

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2023다313968 이사선임절차이행
2023다313975(독립당사자참가의소) 이사선임절차이행
원고, 피상고인 원고
소송대리인 법무법인 다지원 외 1인
피고, 피상고인 피고
소송대리인 법무법인 명경
담당변호사 신가영 외 2인
독립당사자참가인, 상고인
독립당사자참가인
소송대리인 변호사 강주원 외 1인
원 심 판 결 광주고등법원 2023. 11. 9. 선고 (전주)2021나11751, (전주)2022나
12003(독립당사자참가의소) 판결
판 결 선 고 2024. 5. 30.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 광주고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 관련 법리

가. 구 「장사 등에 관한 법률」(2015. 1. 28. 법률 제13108호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 장사법'이라 한다) 제14조 제1항 제4호, 제3항, 제4항에 따르면, 사설묘지 중 하나로서 법인이 불특정 다수인의 분묘를 같은 구역 안에 설치하는 '법인묘지'는 묘지의 설치·관리를 목적으로 민법에 따라 설립된 재단법인만이 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 관할관청의 허가를 받아 설치·관리할 수 있고, 구 장사법 제39조 제1호는 위와 같은 관할관청의 허가를 받지 아니하고 법인묘지를 설치하는 경우 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 또한 구 장사법 제21조에 따르면, 공설묘지와 사설묘지를 설치·관리하는 자는 같은 조 단서 및 구 「장사 등에 관한 법률 시행령」(2016. 8. 29. 대통령령 제27468호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 장사법 시행령'이라 한다) 제25조에서 정한 예외사유에 해당하지 아니하는 한 매장될 자가 사망하기 전에는 묘지의 매매·양도·임대·사용계약 등을 할 수 없고, 구 장사법 제40조 제7호는 같은 법 제21조를 위반하는 경우 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

위와 같이 법인묘지의 설치·관리 주체를 민법상 재단법인에 한정하는 구 장사법 제14조 제4항과 묘지의 사전 매매 등을 금지하는 같은 법 제21조의 입법 취지는 법령상의 자격요건을 갖추지 못한 자가 공·사설묘지에 관한 관리처분권을 이전받아 이를 관리·운영하는 것을 엄격히 제한함으로써 묘지에 대한 봉사·수호·관리의 연속성을 보장하고, 묘지의 매점매석과 무분별한 사전분양에 따른 피해를 방지하여 국토의 효율

적 이용과 공공복리의 증진을 도모하려는 데 있다.

이러한 입법 취지에 더하여, 민법상 재단법인이 아니어서 관할관청의 허가를 받는 것이 원칙적으로 불가능한 자연인 또는 법인이 법인묘지를 설치하는 행위와 매장될 자가 사망하기 전에 묘지를 매매·임대하는 등의 행위는 각각 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위에 해당할 뿐 아니라 그로 인해 야기될 수 있는 장사시설의 운영 및 장사제도 전반에 대한 악영향에 비추어 사회통념상 쉽게 용인되기 어렵고, 위와 같은 위반행위에 대하여 단순히 형사처벌을 가하는 것만으로는 앞서 본 입법 취지를 달성하기 어려우므로 그 위반행위로 인해 묘지에 관한 관리처분권이 법률상의 자격요건을 갖추지 못한 자에게 귀속되는 것을 근본적으로 방지하여야 할 필요가 있다. 이런 점들을 종합적으로 고려하면, 법인묘지의 설치·관리 주체를 민법상 재단법인에 한정하는 구 장사법 제14조 제4항과 묘지의 사전 매매 등을 금지하는 구 장사법 제21조의 규정은 그에 위반되는 약정의 사법상 효력을 제한하는 강행법규에 해당하므로, 구 장사법 제21조 단서 및 구 장사법 시행령 제25조에서 정한 예외사유에 해당하지 아니함에도 민법상 재단법인이 아닌 자에게 묘지를 사전에 매매·양도·임대하거나 사용을 허락하기로 하는 약정은 구 장사법 제14조 제4항 및 제21조에 위반되어 효력이 없다(대법원 1994. 3. 22. 선고 93다60625 판결, 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다39352 판결 참조).

나. 법률행위의 일부가 강행법규인 효력규정에 위반되어 무효가 되는 경우 그 부분의 무효가 나머지 부분의 유효·무효에 영향을 미치는가의 여부를 판단할 때에는, 개별 법령이 일부 무효의 효력에 관한 규정을 두고 있는 경우에는 그에 따르고, 그러한 규정이 없다면 민법 제137조 본문에서 정한 바에 따라서 원칙적으로 법률행위의 전부가 무효가 된다. 그러나 당사자가 위와 같은 무효를 알았더라면 그 무효의 부분이 없

더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정되는 경우에는 같은 조 단서에 따라서 그 무효 부분을 제외한 나머지 부분이 여전히 효력을 가진다. 이때 당사자의 의사는 법률행위의 일부가 무효임을 법률행위 당시에 알았다면 의욕하였을 가정적 효과의사를 가리키는 것이다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다9068 판결, 대법원 2017. 11. 9. 2015다44274 판결 등 참조).

2. 이 사건에 관한 판단

가. 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 따르면, 다음 사실을 알 수 있다.

1) 재단법인 ○○공원(이하 '이 사건 재단'이라 한다)은 2007. 10. 12. 전북 완주군(이하 생략) 임야 외 8필지를 기본재산으로 하여 법인묘지의 설치 및 유지관리, 자연장 시설의 조성 및 관리 등을 목적으로 설립된 재단법인이다.

2) 이 사건 재단의 대표권 있는 이사이던 소외 1과 이사이던 소외 2는 2012. 8. 31. 이 사건 재단의 법인묘지 조성 사업과 관련하여 재단법인 경영권 등 그들이 가지고 있던 모든 권리와 의무를 위 조성 사업의 시공사인 소외 3 회사 또는 소외 3 회사가 지정하는 제3자에게 양도하기로 하는 내용의 경영권양수도 약정을 체결하였다(이하 '선행 양수도약정'이라 한다).

선행 양수도약정 제3조에 따르면, 소외 3 회사는 이 사건 재단이 조성하는 묘지 중 일부를 공사대금 등 채권의 대물변제 명목으로 양수하되, 위 약정 체결일로부터 6개월 이내에 위와 같이 대물변제 명목으로 양수하고 남은 묘지에 관한 처분권을 갖는 관리회사를 설립하여야 하며, 그 관리회사의 지분 중 30%를 소외 1과 소외 2 또는 그들이 지명하는 자에게 양도하여야 한다.

3) 그 후 소외 3 회사의 지명에 따라 이 사건 재단의 대표권 있는 이사로 취임한

피고는 2014. 7. 9. 원고로부터 일정한 대금을 받고 피고 스스로 이사직을 사임하거나 피고 측 이사를 사임하게 하는 한편 원고 또는 원고가 지명하는 사람을 이사로 선임되게 하는 방법으로 원고에게 이 사건 재단의 운영권을 양도하는 내용의 약정을 체결하였다(이하 '이 사건 약정'이라 한다).

이 사건 약정 제2조 제4항 및 제3조에 따르면, 원고는 선행 양수도약정을 조건 없이 승계하고, 본인 또는 자신이 지명하는 사람이 이 사건 재단의 대표권 있는 이사가 됨과 동시에 선행 양수도약정에서 정한 관리회사의 설립 및 운영에 관한 권한과 책임을 질 뿐 아니라, 그 관리회사의 지분 중 30%를 소외 1과 소외 2 또는 그들이 지명하는 자에게 양도할 의무를 지며, 피고는 잔금 지급 이전이더라도 원고에게 관리회사 운영에 관한 모든 권한을 위임하고 이 사건 재단 및 관리회사의 운영에 적극 협조할 의무를 진다.

나. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

1) 선행 양수도약정에는 이 사건 재단이 장차 별도로 설립될 관리회사에 묘지에 관한 처분권을 양도한다는 내용이 명시적으로 담겨 있지 않다. 그러나 선행 양수도약정 제3조는 이 사건 재단이 시공사 겸 경영권 양수인인 소외 3 회사에 이 사건 재단 소유 묘지의 일부를 대물변제 명목으로 양도하고, 소외 3 회사가 설립하는 별도의 관리회사가 나머지 묘지에 관한 처분권을 보유한 채 묘지사용권을 독자적으로 타에 분양하는 방식으로 위 묘지를 관리·운영하며, 경영권 양도인인 소외 1과 소외 2는 위 관리회사의 지분 30%를 보유함으로써 이 사건 재단의 경영권을 양도한 후에도 묘지 운영사업에 계속 참여할 것을 예정하고 있다. 또한 선행 양수도약정은 이 사건 재단의 경영권 양도인인 소외 1, 소외 2와 양수인인 소외 3 회사 이외에 이 사건 재단도 계약

당사자로 포함하고 있다. 그렇다면, 선행 양수도약정 제3조는 실질적으로 이 사건 재단이 그 소유 묘지의 일부를 민법상 재단법인이 아닌 소외 3 회사에 양도하고, 나머지 묘지에 관한 처분권은 민법상 재단법인이 아닌 장차 설립될 관리회사에 일괄 양도하는 내용을 포함한다고 봄이 타당하다. 그러므로 위 계약조항은 법인묘지의 설치·관리 주체를 민법상 재단법인에 한정하는 구 장사법 제14조 제4항과 묘지의 사전 매매 등을 금지하는 구 장사법 제21조에 위반된다.

2) 나아가 선행 양수도약정의 일부인 위 약정 제3조가 강행법규인 효력규정에 위반되어 무효가 되는 경우, 경영권 양도인인 소외 1과 소외 2는 이 사건 재단의 묘지에 관한 처분권을 가진 관리회사의 지분을 보유하지 못하게 되어 더 이상 위 묘지 운영사업에 참여할 수 없게 될 뿐만 아니라, 그와 같이 사업 참여가 무산됨에 따라 이 사건 재단의 경영권 양도에 대한 대가를 다시 산정해야 할 수 있다. 따라서 소외 1과 소외 2가 선행 양수도약정 제3조가 무효임을 알았더라도 그 무효 부분 없이 선행 양수도약정을 체결하였을 것이라고 보기 어려우므로, 결국 선행 양수도약정 전부가 무효로 된다고 볼 여지가 크다.

3) 아울러 이 사건 약정도 원고가 선행 양수도약정의 당사자 지위를 승계한다는 취지의 조항을 두고 있을 뿐만 아니라, 그 전체적인 내용을 살펴보더라도 원고가 이 사건 재단의 묘지에 관한 처분권을 가진 별도의 관리회사를 통해 묘지사용권을 타에 분양하는 방식으로 위 묘지를 관리·운영할 권한과 책임을 지는 점, 소외 1과 소외 2 측에 위 관리회사의 지분 30%를 양도할 의무를 부담하는 점 등에서 선행 양수도약정과 다를 바가 없다. 따라서 이 사건 약정의 일부를 이루는 선행 양수도약정 제3조가 무효인 이상, 앞서 본 바와 같은 이유로 이 사건 약정의 전부가 무효가 된다고 볼 여

지가 크다.

4) 그러므로 원심으로서선 선행 양수도약정 및 이 사건 약정의 목적 및 체결 경위, 구체적인 내용과 그 이후의 경과 등을 심리한 다음 이 사건 약정의 일부를 이루는 선행 양수도약정 제3조의 무효로 말미암아 이 사건 약정의 전부가 무효로 되는지를 가려보았어야 한다.

다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 약정이 유효하다는 전제에서 그 계약상 의무의 존부와 범위를 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에는 강행법규 및 일부무효에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하고 법령을 적용하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 세 당사자 사이의 결론의 합일확정을 위하여 원심판결을 파기하고(대법원 2007. 10. 26. 선고 2006다86573, 86580 판결 등 참조), 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김상환

 대법관 이동원

대법관 권영준

주 심 대법관 신숙희