

서울고등법원 2022. 11. 11 선고 2021나2030632 판결 [소유권이전등기말소청구의 소]

전 문

원고, 항소인 별지1 원고들 목록 기재와 같다[CU 외 136명]

원고들 소송대리인 법무법인(유한) 화우

담당변호사 정덕모, 사공대, 황인, 노민욱

피고, 피항소인 1. 주식회사 A

2. 주식회사 B

피고들 소송대리인 변호사 이경구, 오상진, 강대우, 정유한

변 론 종 결 2022. 9. 16.

판 결 선 고 2022. 11. 11.

제1 심판결 서울중앙지방법원 2021. 7. 22. 선고 2016가합570126 판결

주 문

1. 원고들의 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용은 원고들이 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. C지역주택조합에게, 별지2 목록 기재 부동산에 관하여, 피고 주식회사 B은 서울중앙지방법원 2012. 4. 10. 접수 제80059호로 마친 소유권이전등기의, 피고 주식회사 A는 같은 법원 2012. 4. 10. 접수 제80046호로 마친 소유권이전등기의 각 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 제1심판결의 인용

원고들의 주장은 제1심에서와 크게 다르지 아니한바, 이 법원이 이 사건에 관하여 적을 이유는, 원고들이 당심에서 추가한 주장에 관하여 아래 제2항에서 추가판단하거나 다시 쓰는 외에는 제1심판결의 해당부분 기재와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 별지 3 내지 5 및 약어를 포함하여 이를 그대로 인용한다.

2. 추가하거나 다시 쓰는 부분

가. 2011. 9. 17.자 정기총회 소집권자 관련 주장에 관한 추가판단

1) 원고 AG이 적법한 직무대행자가 아니라는 주장

가) 원고들 주장의 요지

이 사건 조합 정관 제19조 제6항은 “ 조합장이 유고로 인하여 그 직무를 수행할 수 없을 때에는 이사 중에서 연장자순에 의하여 그 직무를 대행한다 ”고 규정하고 있으므로 이사 중 최연장자인 원고 BP - BR - 원고 AG 순으로 적법한 직무대행자가 되고, 선순위자가 이사직을 사임해야만 비로소 후순위자가 적법한 직무대행자가 될 수 있음에도 원고 BP, BR가 이사직에서 사임하지 않았으므로 원고 AG은 직무대행자가 될 수 없다. 또한, 이 사건 조합 정관 제20조 제1항은 “ 조합장의 사임은 사임서가 총회, 대의원회 또는 이사회에 제출되어 수리된 때 그 효력이 발생한다 ”라고 규정하고 있음에도 선순위 직무대행자가 총회 등에 사임서를 제출하여 수리되지 않았으므로 선순위 직무대행자의 사임은 효력이 없어 후순위 직무대행자인 원고 AG은 적법한 직무대행자가 될 수 없다.

나) 판단

(1) 살피건대, ㉠ 이 사건 조합 정관 제19조 제6항은 “ 이사 중에서 연장자순에 의하여 ” 그 직무를 대행한다고 하고 있을 뿐 별도의 절차를 규정하고 있지 않은 점, ㉡ 직무대행자는 조합장의 유고시에

총회에서 조합장이 선출될 때까지 조합 업무를 원활히 수행해 나가기 위하여 잠정적인 권한을 부여받는 것인 점, ㉠ 이사는 직무대행자가 되기 위한 필요조건일 뿐 이사와 조합장의 직무대행자는 서로 다른 요건과 절차에 의하여 자격이 부여되는바, 이사직을 사임해야만 직무대행직을 수행하지 않게 된다고 볼 근거는 없는 점, ㉡ 총회 결의에 의하여 선출되는 조합장의 경우와 달리 직무대행자는 정관의 규정에 의하여 권한이 부여되는 점 등에 비추어, 선순위자로부터 후순위자에게 순차로 직무대행자 지위가 이전함에 있어서 이사직의 사퇴나 총회 등에 대한 사직서 제출이 필요하다고 볼 수는 없다.

(2) 나아가 갑 제10호증, 갑 제187호증의 1, 2, 갑 제188호증의 1, 갑 제195호증, 갑 제211호증, 갑 제217호증의 각 기재에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하면, 이 사건 조합의 조합장 직무를 대행할 수 있는 선순위자인 원고 BP와 BR가 조합장 직무대행직을 수행하기 어렵다는 의사를 명시적 또는 묵시적으로 표시함에 따라 원고 AG이 차순위자로서 적법하게 이 사건 조합장의 직무를 대행하게 되었다고 봄이 타당하다.

① 2011. 9. 17. 정기총회 무렵 이 사건 조합 이사로 원고 BP(1953년생), 소외 BR(1960년생)와 원고 AG(1963년생)이 재직하고 있었다.

② 원고 AG은 M의 조합원 자격에 관한 문제가 불거진 이후 2011. 6. 6.자 임시총회에서 ‘연장자 순으로 조합장 직무대행을 정관에 정해진 규정대로 처리하다가 저보다 연장자이신 분이 개인적인 사정으로 인해서 직무대행을 할 수 없다고 해서 직무대행자로 업무를 처리하고 있다’고 발언하였다. 또한 원고 AG은 조합장 직무대행자 직위에서 2011. 6. 6.자 총회 소집, 2011. 6. 22.자 이사회 및 대의원회 개최, 2011. 7. 6.자 이사회를 개최하고, 임시총회 개최금지 가처분

신청사건(서울중앙지방법원 2011카합1783)에서 조합장 직무대행자 자격에서 소송행위를 하는 등 조합장 직무대행자로서의 업무를 수행하여 왔다. 그 이후 자신이 주도한 2011. 7. 16.자 임시총회의 개최가 좌절되고, M의 조합원 자격 문제의 발단이 된 이 사건 주택의 면적에 대한 정정 절차가 진행되자 2011. 9. 17.자 정기총회를 앞둔 시점부터는 직무대행자 업무를 더 이상 수행하지 않았다.

③ 한편, 이사 중 최연장자인 원고 BP는 2011. 6. 22.자 이사회 및 2011. 7. 6.자 이사회에 참석하여 원고 AG이 조합장 직무대행자로서 회의를 주재하는 과정에서 아무런 이의를 제기하지 않고

참여하였는바 원고 AG의 직무대행을 승인한 것으로 보이고, 다음 연장자인 BR가 원고 AG이 직무대행자로서 업무를 수행하는데 대하여 이의를 제기하였다고 볼 만한 사정도 없다.

2) 원고 AG이 총회 소집에 동의하지 않았다는 주장

가) 원고들 주장의 요지

G은 원고 AG에게 M의 2011. 7. 23.자 총회개최 공고에 관하여 M과 연명으로 총회소집을 재공고해달라는 요청을 하였으나 원고 AG은 이에 응하지 아니하였다. 원고 AG이 2011. 9. 17.자 정기총회에서 M의 제안을 수용하자는 취지의 발언을 하였다고 하더라도 이는 이사의 지위에서 총회 안건이나 안건의 논의 순서에 관하여 동의한 것에 불과하여 원고 AG이 총회 소집 자체에 동의하였다고 볼 수는 없다. 설령 원고 AG이 위 총회 소집에 동의하였다고 하더라도 이는 총회 직전인 2011. 9. 16. 이 사건 주택의 전유부분이 57.03㎡으로 표시변경되어 M의 조합원 및 조합장 자격과 관련된 문제가 해결되었다는 착오에 빠져서 한 의사표시로서 진정한 동의가 있었다고 볼 수 없다.

나) 판단

살피건대, 갑 제10, 11, 190, 212 내지 214호증, 을 제7호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정에 비추어 보면, 원고 AG은 M의 조합원 자격 유무를 불문하고 2011. 9. 17.자 정기총회 소집에 동의하였다고 봄이 타당하다.

① 원고 AG은 2011. 6. 6.자 임시총회 개최 직전인 2011. 5. 30.경부터 이 사건 조합의 조합장 직무대행자 역할을 수행하기 시작하였다(갑 제10호증 제13면). 2011. 6. 6.자 임시총회 당시 이 사건 2차 대출 원금 중 1,800억 원의 만기가 4일 후인 2011. 6. 10. 도래할 예정이었는데, 2010. 6. 10.자 담보신탁계약 특약조건 제8조 제2항에 ‘이 사건 조합의 채무불이행시 우선수익자의 요청에 따라 신탁부동산을 처분할 수 있다’고 규정되어 있었으므로(갑 제7호증 제16면), 만일 이 사건 조합이 2011. 6. 10.까지 위 대출원금 등을 갚지 못할 경우 H에 신탁한 부동산의 소유권을 상실할 우려가 있었다. 이에 원고 AG은 2011. 6. 9. 만기가 다가온 이 사건 2차 대출계약의 원금 중 1,800억 원 등을 변제하고자 이 사건 3차 대출계약을 ‘조합장 직무대행자’로서 우선 체결하면서, ‘그로부터 5개월 내에 적법한 조합원 총회를 다시 소집하여 위 대출계약을 추인하기로 약정하고 이를 어길 경우 기한의

이익이 상실되는 것'에 동의하였다. 원고 AG은 2011. 6. 22. 이사회에서 2011. 7. 9. 임시총회를 개최하기로 하였으나 이는 무산되었고, 2011. 7. 16. 개최될 예정이던 임시총회 역시 비인가 조합원에 대한 소집절차 누락을 이유로 임시총회 개최금지 가처분 결정(서울중앙지방법원 2011카합1783)에 따라 무산되기에 이르렀다. 이처럼 이 사건 3차 대출계약에서 적법한 총회의 소집 기한으로 정한 5개월 중 한 달 반가량이 지났는데도 원고 AG은 2011. 6. 6.자 임시총회에서 논쟁의 원인이 되었던 추가모집 조합원의 인가 문제조차 해결하지 못하고 있었고, G이 2011. 7. 20. 이 사건 3차 대출계약의 추인을 위한 총회를 개최를 독촉하기도 하였다. 이처럼 원고 AG으로서는 이 사건 3차 대출계약의 추인을 위한 총회를 개최할 유인이 있었다.

② 원고 AG은 2011. 9. 17.자 정기총회에 참석하여 M이 제안한 안건의 논의 순서에 관한 이의가 제기되자 '조합장 M의 제안을 그대로 수용하길 바란다'는 취지로 발언하기도 하였다(갑 제11호증 제34, 51면).

③ 원고들은, 비법인사단의 대표자는 사단의 제반 업무처리를 타인에게 포괄적으로 위임할 수 없으므로(민법 제62조, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2008다15438 판결) 원고 AG이 M에게 조합총회 개최를 위임할 수 없다는 취지로 주장한다. 그러나 원고 AG이 직무대행자로서의 모든 권한을 M에게 포괄적으로 위임한 것이 아니라 2011. 9. 17.자 정기총회 개최에 대하여 동의한 것이므로 위 주장은 이유 없다.

④ 원고들은, 설령 원고 AG이 위 총회의 소집에 동의하였다고 하더라도 이는 당시 M의 조합원 자격과 관련된 문제가 해결되었다는 착오에 빠져서 한 의사표시에 불과하므로 진정한 동의로 볼 수 없다는 취지로 주장한다. 그러나 ㉠ 원고 AG은 자신이 직무대행자 지위에서 개최하려던 2011. 7. 16.자 임시총회가 좌절되자 M이 같은 안건에 대하여 총회를 개최하는 것을 동의하였다고 보이는바 결국 2011. 9. 17.자 정기총회의 소집은 원고 AG의 의사에 기한 것으로 볼 수 있는 점, ㉡ 원고 AG은 2011. 8. 24. G 및 M과 2011. 9. 17.자 정기총회 개최와 관련된 협의를 하는 과정에서, M의 조합장 자격과 관련하여 이 사건 주택의 전용면적 변경신청 진행과정을 공유하면서 예정대로 전용면적이 변경되어 조합장 자격을 유지할 경우와 그렇지 못할 경우를 대비하여 논의한 것으로 보이는 점(을 제30호증), ㉢ 원고 AG으로서는 이 사건 주택의 전용면적 변경신청 진행과정이

예정대로 진행된다면 연명에 의한 재공고가 불필요하다고 판단하였을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고 AG은 M의 조합장 자격 유무에 불구하고 M에 의한 총회 소집에 동의하였다고 봄이 타당하다.

3) 조합원 자격도 없는 M의 총회 소집은 무효라는 주장

가) 원고들 주장의 요지

원고들은 소집권한 없는 자에 의한 종중총회 소집이라고 하더라도 소집권자가 소집에 동의하여 그로 하여금 소집하게 한 경우는 유효하다는 취지의 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다51454 판결은, 소집권한은 없으나 종중원의 자격이 있는 자가 소집한 종중총회에 대하여 소집권자의 동의가 있었던 사안에 관한 것이므로, 조합원 자격 조차 없는 M이 스스로를 조합장으로 참칭한 이 사건에 적용할 수 없다고 주장한다.

나) 판단

대법원 1994. 5. 10. 선고 93다51454 판결의 취지는 소집권자의 소집의사가 있어도 소집권한 없는 자에 의하여 총회가 소집되었다는 사정만으로 총회 소집을 위한 절차를 처음부터 밟지 않도록 함으로써 무의미한 절차의 반복을 막으려는 데 있다. M은 2011. 9. 17. 정기총회 소집 및 개최 당시에는 조합원 및 조합장 자격이 없다는 것이 명확하지 않은 상태였으나, 조합장 직무대행자인 원고 AG의 동의를 얻어 총회를 소집 및 개최한 이상 소집권자의 진정한 의사에 기하여 총회가 소집 및 개최되었다고 보아야 할 것이므로, 사후적으로 M에게 조합원 및 조합장 자격이 없다는 점이 밝혀졌다는 사정만으로 소집권자의 진정한 의사에 기초한 총회의 효력을 부인할 수는 없다. 따라서 원고들의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 2011. 9. 17.자 정기총회의 사전절차를 거치지 않았다는 주장에 관한 추가판단

1) 2011. 7. 22.자 이사회 결의에 관한 주장

가) 원고들 주장의 요지

2011. 9. 17.자 정기총회 개최를 위한 2011. 7. 22.자 이사회 회의록에 원고 AG의 서명과 BP의 막도장이 날인되어 있으나 이는 위조된 것으로서 위 이사회는 실제로 개최되지 않았거나 절차상 하자가 있어 무효이므로, 2011. 9. 17.자 정기총회는 이사회 결의 없이 이루어진 것으로서 절차상

중대한 하자가 있어 무효이다.

나) 판단

갑 제17호증의 2, 갑 제186호증의 1, 갑 제215, 216호증, 을 제7, 29호증의 각 기재, 당심 감정인 KW의 감정결과, 당심 증인 M의 일부 증언 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정에 비추어 보면, 2011. 7. 22.자 이사회 결의가 적법·유효하게 이루어졌다고 봄이 타당하므로, 원고들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

① 2011. 7. 22.자 이사회 회의록(을 제7호증)에는 M이 조합장으로서 소집하고 이사 원고 AG, 이사 BP가 참석한 것으로 기재되어 있으며 원고 AG는 서명이 되어 있고, BP는 막도장이 날인되어 있다. 원고 AG, BP는 2011. 7. 22.자 이사회 소집 통지를 받거나 위 이사회에 참석한 사실이 없으며, 원고 AG의 서명 및 BP의 날인은 위조된 것이라는 내용의 사실확인서(갑 제186호증의 1, 2, 갑 제217호증)를 제출하였고, 당심 증인 M은 2011. 7. 22.자 이사회는 실제로 개최 되지 않았고 이사회 회의록을 위조하였다는 취지로 증언하였다. 그러나 당심 감정인 KW의 필적 감정결과 2011. 7. 22.자 이사회 회의록이 기재된 원고 AG의 서명은 원고 AG의 자필 필적으로 감정되었다¹⁾. 또한 BP는 이 사건 조합 업무의 수행을 위하여 도장을 맡겨둔 상태로 2011. 8. 2.자 이사회 회의록에서도 막도장을 사용하여 날인하는등(갑 제16호증) 조합 업무와 관련하여 막도장을 사용하여 왔던 것으로 보여 막도장이 날인되었다는 사정만으로 위조되었다고 단정할 수는 없으며, 앞서 본 바와 같이 2011. 7. 22.자 이사회 결의에 따라 개최된 2011. 9. 17. 정기총회에서도 아무런 이의를 제기하지 않고 배우자를 통하여 의결권을 행사하기도 하였다. 따라서 원고 AG, BP의 위 각 사실확인서 및 당심 증인 M의 위 증언은 믿기 어렵다.

② 원고들은, ㉠ 2011. 7. 22.자 이사회 의사록에는 M이 조합장으로서 이사회를 소집하고 원고 AG이 이사의 자격으로 참석하였다고 기재되어 있으나, 당시 조합장 직무대행자는 원고 AG이었고 그 직전인 2011. 7. 6.자 이사회까지도 원고 AG이 소집하였던 점(갑 제188호증의 1), ㉡ G이 M의 2011. 7. 23.자 총회 소집공고에 대하여 이 사건 조합 측에 그 경위를 물었을 때 2011. 7. 22.자 이사회는 언급되지 않은 점(갑 제17호증의 1), ㉢ G은 2011. 8. 24.자 협의(을 제30호증) 및 2011. 9. 6.자 공문(갑 제17호증의 2) 등을 통하여 지속적으로 2011. 9. 17.자 정기총회를 위한 이사회와

대의원회를 개최할 것을 요구하였던 점, ㉠ 원고 AG은 2011. 7. 22.자 이사회가 개최된 20:30경 서울 마포구 BS 소재 회사에서 근무 중이었으므로 위 이사회에 참석할 수 없었던 것으로 보이는 점(갑 제215, 216호증) 등 객관적인 상황과 내용이 불일치하는 점에서 2011. 7. 22.자 이사회 회의록이 위조되었다고 주장한다.

그러나 ㉡ 이 사건 주택을 양수한 BN이 2011. 7. 중순경 이 사건 주택의 건축물대장 표시 정정을 처음 신청함에 따라 이 사건 조합의 조합원들이 동작구청에 M의 조합원 자격을 심사하여 줄 것을 요청하는 등 M의 복권 가능성이 그 무렵 논의된 것으로 보이는 점(갑 제160호증의 1, 을 제5호증의 1), ㉢ 원고 AG이 2011. 7. 6. 개최한 이사회에서는 2011. 9. 17.자 임시총회에 조합장 선출 안건을 상정하기로 하면서도 M이 조합장 자격을 상실하지 않았을 경우에는 이를 무효화하기로 하는 결의가 이루어졌던 점(갑 제188호증의 1), ㉣ M은 조합원들에게 조합장에서 물러난다는 취지의 우편을 보낸 사실은 있으나, 당심에서 조합장 자격에 관한 행정적인 제재나 직무정지가처분 등이 없었고, 이 사건 주택에 관한 전용면적 정정신청이 진행중이었기 때문에 계속 조합장 역할을 하였고 다른 조합원들도 자신이 조합장 직무를 수행하는 것에 이의를 제기하지도 않았다고 증언한 점, ㉤ 앞서 본 바와 같이 2011. 7. 22.자 이사회 의사록상 서명이 원고 AG의 자필 필적으로 감정된 점 등에 비추어 보면, 원고들이 주장하는 위 사정만으로 위 의사록이 위조되었다고 보기는 어렵다.

㉥ 원고들은, 2011. 7. 22.자 이사회 당시 이사 총원이 4명이고(갑 제219호증의 1, 2), 이사회는 조합장 및 이사로 구성되며 이사회는 과반수 출석으로 개의하도록 하고 있으므로(정관 제29조 제1항, 제32조) 조합장 자격이 없는 M을 제외하면 이사 AG, BP만 참석한 2011. 7. 22.자 이사회는 의사정족수 미달[2/4]로 무효라는 취지로도 주장한다. 그러나 갑 제219호증의 1, 2는 이 사건 조합 설립 당시(2008. 11.경)의 명단으로서 2011. 7. 22.자 이사회 당시의 이사 총원을 알 수 있는 명확한 자료가 없을뿐더러, 이사 총원이 4명이라고 하더라도, 2011. 7. 22.자 이사회는 2011. 9. 17.자 정기총회 개최를 위하여 소집된 것인 점, 앞서 본 바와 같이 원고 AG은 M의 2011. 9. 17.자 정기총회 소집에 대하여 동의한 것으로 보아야 하는 점, 직무대행체제가 아닌 경우 조합장과 이사 2명이 참석하면 의사정족수[3/5]가 충족됨에도 직무대행자에 의하여 소집된 경우 조합장 직무대행자가 되는 이사를 조합장으로 따로 계산하지 않는다면 이사 3명이 참석하여야만

의사정족수[3/4]가 충족하게 되어 가중요건을 부과하게 되어 부당한 점 등에 비추어 보면, 조합장 직무대행자로서 출석한 원고 AG 또는 M은 구성원과 출석자 수 계산에서 별도로 산정하는 것이 타당하므로, 의사정족수[3/5]가 충족되었다고 보아야 한다.

2) 대의원회 사전심의를 거치지 않았다는 주장

가) 원고들 주장의 요지

이 사건 조합 정관 제26조 제1호는 대의원회의 직무로 “총회 부의안건의 사전심의”를 규정하고 있는데, 2011. 9. 17.자 정기총회에 관하여 대의원회의 사전심의를 거치지 않았으므로 절차상 중대한 하자가 있어 무효이다.

나) 판단

살피건대, 이 사건 조합 정관 제22조 제6항은 ‘총회를 개최하는 경우 미리 이사회 의결을 거쳐야 한다.’고 규정하고 있다. 그러나 이 사건 조합 정관 제25조 제1항에 의하면 조합에는 대의원회를 둘 수 있다고 규정하여 임의기구로 규정하고 있고, 제26조 제1항에서 ‘대의원회가 총회 부의안건에 대한 사전심의’를 하도록 정하고 있을 뿐 총회 개최에 앞서 대의원회의 의결을 거쳐야 한다고 규정하고 있지는 않다. 이러한 정관 규정의 내용과 체계에 비추어, 대의원회의 사전심의를 조합 총회 결의를 위한 필수적 절차라고 볼 수 없고, 그렇지 않더라도 대의원회 사전심의를 거치지 않았다는 사정만으로 총회 결의가 무효로 돌릴 만한 중대한 하자라고 보기는 어렵다. 원고들의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

다. 2011. 9. 17.자 정기총회 의사정족수 관련 주장에 관한 판단

1) 탈퇴 조합원 120명에 대한 대의원회 결의 무효 주장에 관한 추가판단[제1심판결문 37면 9행 다음에 추가한다]

『원고들은, 탈퇴 조합원 120명에 대한 2011. 5. 24.자 대의원회는 실제로 개최되지 않았고, 설령 위 대의원회가 개최되었다고 하더라도 대의원회 소집권한은 의장에게 있는바(이 사건 조합 정관 제27조 제1항) 무권한자인 M이 소집·개최한 위 대의원회 결의는 무효이므로 2011. 9. 17.자 정기총회 의사정족수 산정에서 위 120명이 제외되어서는 안된다고 주장한다.

그러나, ① 2011. 5. 24.자 대의원회 의사록(을 제17호증)이 사후에 위조되었다고 인정할 증거가 없는 점, ② 이 사건 조합 정관 제27조 제1항에 의하면 조합장 외에 대의원 1/3 이상은 대의원회의 소집을 요구할 수 있도록 규정하고 있는데, 2011. 5. 24.자 대의원회에는 전체 대의원수 4명(GK, HK, KY, KZ) 중 3명(GK, KY, KZ)이 출석하고 출석한 대의원 전원이 동의하였던 점, ③ 이 사건 조합 정관 제12조 제1항은 “조합원의 탈퇴는 조합장에 대한 서면 통고 및 총회 또는 대의원회의 의결로서 결정한다”라고 규정하고 있는바 위 탈퇴자들에 대하여 조합설립변경인가 절차가 완료된 뒤 이루어진 총회에서도 위 조합원들의 탈퇴를 전제로 하여 아무런 이의 없이 절차가 진행되었으므로 총회에서 추인되었다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 대의원회의 결의 또는 총회의 추인이 있다고 볼 수 있거나 그렇지 않더라도 2011. 5. 24.자 대의원회 결의에 무효로 볼 만한 중대한 하자가 있다고 볼 수 없다.』

2) BV 등이 의사정족수 산정에 추가되어야 한다는 주장에 대한 판단[제1심 판결문 37면 11행부터 39면 8행까지를 다시 쓴다2)]

『 (4) BV 등 36명

(가) 원고들 주장의 요지

조합과 조합원가입계약을 체결하고 분담금을 납부하였다면 조합설립인가 여부, 행정청 또는 조합이 조합원 자격 등을 서류 등을 확인하였는지 여부와는 무관하게 조합원으로서의 권리를 행사할 수 있다. 2011. 9. 17.자 정기총회 이전에 이 사건 조합과 사이에 조합원공급(분양)계약을 체결하고 분담금을 납부한 BV 등 36명은, 2010. 7. 22.경 있는 동작구청장의 추가모집승인 범위[추가모집 205명, 갑 제15호증] 내에 있고 실제로 2011. 9. 17.자 정기총회 이후에 대부분3) 이 조합설립변경인가까지 받았으므로 2011. 9. 17.자 정기총회 당시 조합원 지위가 인정된다. 따라서 2011. 9. 17.자 정기총회 당시 총 조합원수는 503명[= 467명 + 36명]이 되는바 과반수에 미달하는 240명이 출석하였으므로 의사정족수 요건을 충족하지 못하여 무효이다.

(나) 관련 법리 등

주택조합의 설립인가행위는 그 대상이 되는 기본행위에 보충하여 법률상 효력을 완성시키는 보충행위에 불과하므로 지역주택조합이 설립인가 또는 변경인가를 받지 못하였다고 하여도 그

조합의 단체로서의 실체가 변하는 것은 아니고 조합원은 여전히 조합원의 권리를 행사할 수 있으나, 이는 어디까지나 그 조합원이 규약이나 정관에 따라 조합원의 자격을 취득하였음을 전제로 하는 것이다(대법원 2002. 3. 11.자 2002그12 결정, 대법원 2005. 4. 29. 선고 2004다7002 판결 등 참조).

따라서 조합원 추가에 관한 조합설립변경인가가 있어야만 조합원 지위가 인정되는 것은 아니나, “이 사건 조합의 규약이나 정관에 정한 바에 따른 조합원 자격”을 갖춘 경우에 한하여 의결권 등 조합원으로서의 권리의무를 행사할 수 있다.

이 사건 조합 정관 제8조[조합원의 자격]는 “ 조합원의 자격요건은 법령에 정한 조합원의 자격요건을 말한다. 주택조합설립인가신청일부터 당해 조합주택의 입주가능일까지 주택을 소유하지 아니하거나 주거전용면적 60㎡ 이하의 주택 1채를 소유한 세대주, 주택조합설립인가신청일 현재 서울시 6개월 이상 거주하여 온 자 ”로 규정하고, 제9조는 “ 규약 제8조[조합원 자격]에 해당하는 자로서 조합에 가입하고자 하는 자는 소정 양식의 가입신청서 및 사업시행에 필요한 서류를 제출하여 조합장의 허가를 받아야 한다. ”고 규정하고 있다. 이 사건 조합 조합원공급계약서 제2조는 “ 조합원의 자격은 조합설립인가 신청일 기준으로 주민등록상 서울시에 6개월 이상 거주하고 있는 자로서 조합설립인가 신청일 기준 무주택세대주(전용면적 60㎡이하 주택 1채 소유자 포함)에 한한다. 또한, 무주택 조건은 세대주를 포함한 세대원 전체(단, 배우자는 분리세대임에도 불구하고 1세대로 간주)가 입주시까지 무주택조건을 유지하여야 하며, 기타 관련법규에 위배되지 않아야 한다. ”고 규정하고 있다.

한편, 이 사건 조합 정관 제13조는 ” 조합원의 추가모집은 주택법 등 관계법령에 적합하여야 하고 이에 위배되어 조합원을 추가모집할 수 없다. ”고 규정하고, 구 주택법 시행령(2016. 8. 11. 대통령령 제27444호로 전부개정되기 전의 것) 제39조 제1항은 ” 지역주택조합 또는 직장주택조합은 그 설립인가를 받은 후에는 해당 조합원을 교체하거나 신규로 가입하게 할 수 없다. 다만 조합원수가 주택건설예정세대수를 초과하지 아니하는 범위에서 시장·군수·구청장으로부터 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 조합원 추가모집의 승인을 받은 경우에는 그러하지 아니하다. ”라고 규정하고 있다. 따라서, 이 사건 조합의 정관 및 관련법령에 따르면 이 사건 조합이 조합원을 추가모집하기 위하여는 ① 구청장으로부터 추가모집의 승인을 받고, ② 조합원공급(분양)계약을 체결하고 분담금을

납부하고, ③ 소정 양식의 가입신청서 및 사업시행에 필요한 서류를 제출하여 조합장의 허가를 얻고, ④ 무주택세대주(전용면적 60㎡이하 주택 1채 소유자 포함) 및 거주요건 등 조합원 자격을 갖추고 있어야 한다.

(다) 구체적 판단

살피건대, 갑 제15, 16호증, 갑 제200호증의 1, 2, 제221, 222호증의 1 내지 22, 갑 제227호증의 1 내지 15, 갑 제233호증의 각 기재, 이 사건 조합의 2022. 4. 1.자 사실조회 회신결과 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 조합은 2010. 7. 22.경 동작구청장으로부터 205명의 조합원에 대하여 추가모집승인을 받은 사실은 인정되나, BV 등 36명은 2011. 9. 17.자 정기총회 당시까지 조합원공급(분양)계약 체결 및 분담금 납부 또는 소정 양식의 가입신청서 및 사업시행에 필요한 서류 제출 후 조합장의 허가 또는 무주택세대주 요건 등 이 사건 조합의 규약이나 정관에 정한 바에 따른 조합원 자격을 갖추지 못한 것으로 판단된다.

① GQ4) 이 사건 조합의 2022. 4. 1.자 사실조회 회신결과에 의하면, GQ에 대하여 2011. 9. 17.자 정기총회 당시까지 조합원공급(분양)계약을 체결하고 분담금을 납부한 내역이 확인되지 않으므로, 2011. 9. 17. 당시 조합원 자격을 갖추었다고 인정할 수 없다.

② CP, CQ, CR, CS, CT, LD

살피건대, ㉠ 조합원 지위를 주장하는 자와 가입신청서 등에 기재된 명의인, 입금자 명의가 일치하지 않는 점(갑 제222호증의 4, 14, 16, 22, 17, 갑 제227호증의 9), ㉡ 명의자와 입금내역이 확인되지 않는 경우 조합으로서는 조합원 명의인이 실질적으로 조합원의 자격을 가지는지 여부를 확인할 수 없으므로 명확성이 요구되는 점, ㉢ 이 사건 조합은 2011. 9. 17.자 정기총회 개최를 위하여 2011. 8. 10.자 신청 및 2011. 9. 7.자 인가에 의하여 조합원을 추가하는 내용의 조합변경인가를 받았음에도 그 이후인 2012. 3.경에야 조합변경인가에 포함되었고[CP는 2012. 3. 5., CQ, CR, CT는 2012. 3. 19., CS은 2012. 3. 21.] LD은 2011. 9. 17.자 정기총회 이후에도 조합변경인가가 이루어지지 않은 점 등에 비추어 보면, 원고들이 제출한 증거만으로 CP 등이 2011. 9. 17.자 정기총회 당시까지 소정 양식의 가입신청서 및 사업시행에 필요한 서류를 제출하여 조합장의 허가를 얻거나 무주택세대주 요건 등 조합원 자격을 구비하고 있었다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할

증거가 없다.

③ BV, BY, BZ, CA, CB(1984년생), CC, CD, CE, CF, CG, DC, LA, LB, LC살피건대, ㉠ BV 등은 이 사건 조합이 2011. 8. 10. 신청한 조합원 201명에 관한 조합변경인가신청에서 분담금 납부 미확인, 필수서류 미비, 가입계약서·대표자선정동의서·조합규약동의서 등 미비, 세대주 요건 미충족, 탈퇴요청 등을 이유로 하여 동작구청으로부터 탈락자로 분류된 사실(갑 제200호증의 1, 2), ㉡ 2011. 9. 17.자 정기총회 이후인 2012. 3.경에야 이를 보완하여 각 동작구청장으로부터 조합변경인가를 받았고[BV, BY, BZ, CA, CB(1984년생)은 2012. 3. 5., CC, CD, CE, LA, LB, LC는 2012. 3. 19., CF, CG는 2012. 3. 21.](갑 제233호증 제7, 8면), DC는 2011. 9. 17.자 정기총회 이후에도 조합변경인가가 이루어지지 않은 점 등에 비추어 보면, 원고들이 제출한 증거만으로 BV 등이 2011. 9. 17.자 정기총회 당시까지 소정 양식의 가입신청서 및 사업시행에 필요한 서류를 제출하여 조합장의 허가를 얻거나 무주택세대주 요건 등 조합원 자격을 구비하고 있었다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

④ CH, CI, CJ, CK

살피건대, ㉢ CL[세대주 요건 미충족], CM[세대주 요건 미충족], CN[세대주 변경, 인감상이], CO[세대주 요건 미충족]은 이 사건 조합이 2011. 8. 10. 신청한 조합원 201명에 관한 조합변경인가신청에서 각 해당사유를 이유로 동작구청으로부터 201명 변경인가 탈락자로 분류된 점(갑 제200호증의 1), ㉣ 이후 CH, CI, CJ, CK으로 각 조합원 지위가 양도되거나 명의가 변경되었고(갑 제222호증의 6, 8, 9, 13), 2012. 3.경에야 위 4인에 대하여 조합변경인가가 이루어진 점[CH, CI, CJ은 2012. 3. 5. 인가, CK 2012. 3. 19. 인가](갑 제233호증) 등에 비추어 보면, 원고들이 제출한 증거만으로 CH 등이 2011. 9. 17.자 정기총회 당시 소정 양식의 가입신청서 및 사업시행에 필요한 서류를 제출하여 조합장의 허가를 얻거나 무주택세대주 요건 등 조합원 자격을 구비하고 있었다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

⑤ BW, BX, DG, GW, EH, LE, LF

살피건대, ㉤ DG은 2010. 7. 20.자 동작구청장의 조합변경인가 시 조합원을 탈퇴한 102명에 포함되어 있고, 나머지 BW 등은 2011. 4. 20.자 동작구청장의 조합변경인가 시 조합을 탈퇴한

18명에 포함되어 있다(갑 제233호증).

이에 대하여 원고들은 분담금을 반환받아야 조합원 탈퇴의 효력이 인정된다거나, 탈퇴시 이 사건 조합이 분담금을 반환할 것을 조건으로 탈퇴 의사를 표시하였는데(③항의 CA도 포함) 2011. 9.

17.자 정기총회 당시까지 분담금을 반환받지 못하여 조합원 자격이 유지되고 있었으며, 특히 BW, BX은 분담금을 반환받지 못하여 2012. 3. 21.자로 다시 조합원 명부에 등재되기도 하였는바, 위 사람들은 2011. 9. 17.자 정기총회 당시까지 조합원 자격이 유지되고 있었다고 주장한다.

그러나 ㉠ 이 사건 조합 정관 제12조[조합원의 탈퇴·자격상실·제명]는 ” ① 조합원은 임의로 조합을 탈퇴할 수 없다. 다만, 부득이한 사유가 발생하여 조합원이 조합을 탈퇴하고자 할 때에는 그 뜻을 조합장에게 서면으로 통고하여야 하며, 조합장은 총회 또는 대의원회의 의결로서 탈퇴 여부를 결정하여야 한다. ④ 탈퇴, 조합원자격의 상실, 제명 등으로 조합원의 지위를 상실한 자에 대하여는 조합원이 납입한 제 납입금에서 소정의 공동부담금을 공제한 잔액을 환급청구일로부터 30일 이내에 지급하되, 총회의 의결로서 공제할 공동부담금 및 환급시기를 따로 정할 수 있다. “라고 규정하고 있는 사실(갑 제12호증의 2), ㉡ 위 규정에 의하면, 조합원이 조합장에게 탈퇴의 의사표시를 하고 총회 또는 대의원회 의결로서 탈퇴의 효력이 발생하고 다만 분담금 반환은 조합 탈퇴 이후의 후속절차에 불과한 점, ㉢ 통일적 규율이 필요한 지역주택조합의 단체법적 법률관계에서 조건부 의사표시를 인정한다면 법률관계의 불안정을 초래할 우려가 있고 달리 분담금을 반환받을 것을 조건으로 탈퇴 의사를 표시하였음을 인정할 아무런 증거가 없는 점 등에 비추어 보면, 원고들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

㉣ FC

살피건대, ㉠ 이 사건 조합 정관 제8조, 제12조 제2항에 의하면, 주택조합설립인가신청일부터 당해 조합주택의 입주가능일까지 주택을 소유하거나 주거전용면적 60㎡ 이상의 주택을 소유한 세대주는 조합원 결격자로서 조합원 자격이 자동으로 상실되도록 정하고 있는 사실(갑 제12호증의 2), ㉡ FC은 이 사건 조합의 주택조합설립인가신청일인 2008. 6. 30. 당시 주거전용면적은 99.60㎡의 주택을 소유하고 있었던 사실(갑 제227호증의 10)이 인정되는바, FC은 조합원 자격이 자동 상실되어 2011. 9. 17.자 정기총회 당시 무주택세대주 요건 등 조합원 자격을 갖추었다고 인정할 수 없다.

⑦ LG(1981년생), FQ, LH

원고들은 변경인가탈락자인 CB(1984년생)과 원고들이 추가조합원이라고 주장하는

LG(1981년생)과 동명이인일 뿐이므로 LG(1981년생)은 변경인가 탈락자가 아니어서 2011. 9.

17.자 정기총회 의사정족수 산정을 위한 조합원수에 추가되어야 한다고 주장한다. 그러나

LG(1981년생)이 2011. 9. 17.자 정기총회 의사정족수 산정에서 제외되어 있었다고 볼 증거가 없고,

오히려 CB(1984년생)이 추가조합원으로서 변경인가가 이루어진 이후의 이 사건 조합원 명부[갑

제153호증]에 의하면 2명의 CB, LG(순번 109번, 470번)이 모두 조합원으로 등재되어 있는 사실이

인정되는바 LG(1981년생)은 2011. 9. 17.자 정기총회 의사정족수에 포함되어 있었던 것으로

보인다.

또한, FQ은 2011. 9. 17.자 정기총회 당시 조합원 명단에 포함되어 있고(이 사건 조합의 2022. 4.

1.자 사실조회 회신결과), LH은 2011. 9. 7.자 추가모집 조합원 180명에 포함되어 2011. 9. 17.자

정기총회 당시 조합원 명단에 포함되어 있으므로(갑 제233호증 6면 순번85), FQ과 LH은 2011. 9.

17.자 정기총회에 관한 의사정족수에 이미 반영되어 있다.

따라서 LG(1981년생) 및 FQ, LH이 2011. 9. 17.자 정기총회 의사정족수 산정을 위한 조합원수에

추가되어야 한다는 원고들의 주장은 받아들일 수 없다.

⑧ EL

살피건대, EL가 2011. 9. 17.자 정기총회 개최를 위한 2011. 9. 7.자 조합원 추가를 위한 변경인가에

포함되어 있지 않고, 원고들이 제출한 증거들만으로 2011. 9. 17.자 정기총회 당시 조합원 자격을

구비하고 있었다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

㉔ 소결론

따라서 원고들의 위 주장은 모두 이유 없다.』

라. 이 사건 각 담보신탁에 관한 결의가 있었는지에 관한 추가판단[제1심판결문 41면 9행 다음에

추가한다]

『⑦ 이 사건 조합은 이 사건 각 대출계약을 체결하면서 금융기관으로부터 PF대출을 받고 H에 이 사건

각 부동산 중 일부 내지 전부를 담보신탁하는 방식으로 자금을 조달하여 왔으므로 이 사건 각

대출계약은 이 사건 각 담보신탁계약의 체결을 전제로 한 것이다. 2009. 1. 31.자 정기총회 회의자료(을 제15호증)에는 I으로부터 대출받은 300억 원에 관하여 “이자 : 10%, 수수료 : 4.5%, 근저당권설정 및 신탁”이라고 기재되어 있고 이와 같은 회의자료를 기초로 같은 날 “제2호 안건 : 금융 차입 추인 및 연장 건, 제3호 안건 : 금융 차입(중도금대출 or PF) 의결 건”으로 정기총회가 진행되었다(을 제16호증). 이후에도 2011. 6. 6.자 임시총회(갑 제10호증, 을 제6호증), 2011. 6. 23.자 임시총회 소집 공고(갑 제187호증의 3), 2011. 9. 17.자 정기총회(갑 제11호증)에서 지속적으로 ‘PF 대환 건’, ‘대출금 연장 및 대환’, ‘차입금 대환 및 연장 추인의 건’이 안건으로 상정되어 논의되었다. 이러한 계약의 내용 및 이 사건 조합의 사업진행 과정에 비추어 보더라도 2011. 9. 17.자 정기총회 결의에는 이 사건 각 담보신탁계약의 추인에 관한 내용도 포함되어 있다고 보아야 한다.』

3. 결론

그렇다면, 원고들의 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하여야 한다. 이와 결론을 같이 하는 제1심판결은 정당하므로, 원고들의 항소를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 윤강열, 판사 양시훈, 판사 정현경

별지1 원고들 목록

1. CU
2. CV
3. CW
4. CX
5. CY
6. CZ
7. DA
8. DB
9. DC
10. DD
11. DE
12. DF
13. DG
14. DH
15. DI
16. DJ
17. DK
18. DL
19. DM
20. DN

21. BA

22. DO

23. DP

24. DQ

25. DR

26. DS

27. DT

28. DU

29. DV

30. DW

31. DX

32. CH

33. DY

34. DZ

35. EA

36. EB

37. EC

38. ED

39. EE

40. EF

41. BB

42. EG

43. EH

44. EI

45. EJ

46. EK

47. EL

48. EM

49. EN

50. EO

51. EP

52. EQ

53. ER

54. ES

55. ET

56. EU

57. EV

58. EW

59. EX

60. EY

61. EZ(개명 전 성명: FA)

62. FB

63. FC

64. FD

65. BC

66. BP

67. FE

68. FF

69. FG

70. FH

71. AG

72. FI

73. FJ

74. FK

75. FL

76. FM

77. FN

78. FO

79. FP

80. FQ

81. FR

82. CC

83. FT

84. FU

85. BD

86. CQ

87. FW

88. FX

89. FY

90. FZ

91. GA

92. GB

93. GC

94. BE

95. CP

96. GE

97. GF

98. GG

99. BF

100. GH

101. GI

102. BG

103. BH

104. GJ

105. GK

106. GL

107. GM

108. GN

109. GO

110. GP

111. GQ

112. BI

113. GR

114. GS

115. GT

116. BY

117. GV

118. GW

119. GX

120. GY

121. GZ

122. HA

123. HB

124. HC

125. HD

126. HE

127. HF

128. HG

129. HH

130. HI

131. HJ

132. HK

133. HL

134. HM

135. HN

136. HO

137. HP 끝.

별지2 부동산 목록

1. 서울 동작구 HQ 대 281㎡
2. 서울 동작구 HR 대 152㎡
3. 서울 동작구 HS 대 208㎡
4. 서울 동작구 HT 대 165㎡
5. 서울 동작구 HU 대 145㎡
6. 서울 동작구 HV 대 162㎡
7. 서울 동작구 HW 대 169㎡
8. 서울 동작구 HX 대 60㎡
9. 서울 동작구 HY 대 248㎡
10. 서울 동작구 HZ 대 248㎡
11. 서울 동작구 IA 대 83㎡
12. 서울 동작구 IB 대 122㎡
13. 서울 동작구 IC 대 63㎡
14. 서울 동작구 ID 대 106㎡
15. 서울 동작구 IE 대 112㎡
16. 서울 동작구 IF 대 107㎡
17. 서울 동작구 IG 대 102㎡
18. 서울 동작구 IH 대 139㎡
19. 서울 동작구 II 대 116㎡
20. 서울 동작구 IJ 대 122㎡

21. 서울 동작구 IK 대 122㎡
22. 서울 동작구 IL 대 132㎡
23. 서울 동작구 IM 대 122㎡
24. 서울 동작구 IN 대 106㎡
25. 서울 동작구 IO 대 132㎡
26. 서울 동작구 IP 대 132㎡
27. 서울 동작구 IQ 대 132㎡
28. 서울 동작구 IR 대 132㎡
29. 서울 동작구 IS 대 109㎡
30. 서울 동작구 IT 대 116㎡
31. 서울 동작구 IU 대 133㎡
32. 서울 동작구 IV 대 129㎡
33. 서울 동작구 IW 대 33㎡
34. 서울 동작구 IX 대 73㎡
35. 서울 동작구 IY 대 76㎡
36. 서울 동작구 IZ 대 132㎡
37. 서울 동작구 JA 대 79㎡
38. 서울 동작구 JB 도로 129㎡
39. 서울 동작구 JC 대 89㎡
40. 서울 동작구 JD 대 93㎡
41. 서울 동작구 JE 대 528㎡

- 42. 서울 동작구 JF 대 109㎡
- 43. 서울 동작구 JG 도로 137㎡
- 44. 서울 동작구 JH 대 132㎡
- 45. 서울 동작구 JI 대 66㎡, 끝.

1) 원고들은 2011. 7. 22.자 이사회 회의록(현재 사본만 존재한다)에 기명된 원고 AG의 서명이 위조되었다고 주장하면서, 당심에서 원고 AG의 필적을 채취하여 필적 감정을 신청하였고, 사본에 의하여 진행된 당심 감정 결과 위와 같이 자획형태 등에서 서로 유사하다는 이유로 원고 AG의 자필로 감정되었다. 그러자 원고들은 필적 감정이 사본을 기초로 이루어져 정확성이 담보되기 어렵고, 감정대상 필적 사이에 KX 기재 방법을 두고 차이가 있어 위 감정결과를 믿을 수 없다고 주장하고 있다. 그러나 감정인의 감정결과는 그 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 이상 이를 존중하여야 하는바(대법원 2007. 2. 2. 선고 2004다70420, 70437 판결 등 참조), 당심 감정인 KW의 필적 감정의 감정방법이 경험칙에 반하거나 합리성이 없다고 볼 수 없다.

2) 원고들은 제1심판결의 “BV 등 21명에 관한 주장”에 덧붙여 당심에서 15명을 더하여 합계 36명이 조합원 수에 추가로 포함되어야 한다는 주장을 하고 있으므로 해당 부분을 아래와 같이 다시 쓴다.

3) 제1심에서 주장한 BV 등 21명 + 당심에서 추가하여 주장하는 사람 중 LA, LB, LC 등 24명.

4) 밑줄은 당심에서 추가하여 주장하는 15인이다.