

서울고등법원 2017. 2. 8 선고 2016나2036742 판결 [소유권이전등기 등 청구의 소]

재판경과

서울고등법원 2017. 2. 8 선고 2016나2036742 판결

서울중앙지방법원 2016. 4. 26 선고 2014가합581955 판결

전문

원고, 피항소인 1. 원고 A

2. 원고 B

3. 원고 C

피고, 항소인 주식회사 하나자산신탁

피고 1. D주택조합

2. E

변론 종결 2016. 12. 7.

판결 선고 2017. 2. 8.

제1심판결 서울중앙지방법원 2016. 4. 26. 선고 2014가합581955 판결

주문

1. 피고 주식회사 하나자산신탁의 원고들에 대한 항소를 모두 기각한다.
2. 원고들의 피고 D주택조합, 피고 E에 대한 청구를 각 기각한다.
3. 원고들과 피고 주식회사 하나자산신탁 사이에 생긴 항소비용은 피고 주식회사 하나자산신탁이

부담하고, 원고들과 피고 D주택조합, 피고 E 사이에 생긴 소송총비용은 원고들이 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

가. 주위적 피고 주식회사 하나자산신탁

피고 주식회사 하나자산신탁은 원고 A에게 별지 목록 제1, 2, 3항 기재 각 부동산에 관하여, 원고 B에게 별지 목록 제4, 5항 기재 각 부동산에 관하여, 원고 C에게 별지 목록 제6항 기재 부동산에 관하여 각 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

나. 예비적 피고 D주택조합, 피고 E

피고 D주택조합, 피고 E은 연대하여 원고들에게 각 100,000,000원 및 위 각 돈에 대하여 이 사건 소장 부분 송달 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

제1심 판결 중 피고 주식회사 하나자산신탁에 대한 부분을 취소한다. 원고들의 피고 주식회사 하나자산신탁에 대한 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자의 지위

(1) 피고 D주택조합(이하 '피고 조합'이라 한다)은 서울특별시에 6개월 이상 거주한 무주택 세대주(주거전용면적 60㎡ 이하 주택 1채를 소유한 세대주 포함)들이 내집 마련을 위해 결성한

지역주택조합으로서 서울 동작구 F 일대 사업부지(이하 '이 사건 사업부지'라 한다)에서 주택법에 따른 주택건설사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 시행하기 위하여 2008. 11. 17. 서울특별시 동작구청장으로부터 조합설립인가를 받았다.

(2) 피고 E은 2009.경 피고 조합의 조합장 지위에 있던 사람이다.

(3) 2009.경 원고 A은 별지 목록 제1 내지 3항 기재 토지, 원고 B은 별지 목록 제4, 5항 기재 토지, 원고 C는 별지 목록 제6항 기재 토지의 각 소유자들로서, 피고 조합의 조합원이 아니었다.

나. 원고들과 피고 조합 사이의 계약 체결

(1) 별지 목록 기재 각 토지(이하 '이 사건 각 토지'라 한다)는 피고 조합이 이 사건 사업을 진행하기 위하여 매수하여야 하는 위치에 소재하고 있어, 피고 조합이 원고들에게 이 사건 각 토지를 피고 조합에게 매도하여 줄 것을 요청하였고 원고들이 이를 수락하여, 피고 조합과 원고들 사이에 2009. 6. 23.경 아래와 같은 내용이 기재된 매매계약서가 작성되었다(이하 위 매매계약서 작성 당시 원고들과 피고 조합 사이에 체결된 계약을 '이 사건 각 계약'이라 한다).

(가) 원고 A과 피고 조합 사이에 작성된 매매계약서

- 목적물 : 별지 목록 제1, 2항 기재 각 토지
- 매매대금 : 금 일십삼억이천만원정(본 계약서는 아파트 건립을 위한 정지조건부 계약임)
- 계약금 삼억이천만원정을 계약금으로 지불하고
- 잔금 일십억원[공동주택에 건립되는 아파트(펜트하우스)로 대물교환한다. 원하는 위치로 한다]

(나) 원고 A, C와 피고 조합 사이에 작성된 매매계약서

- 목적물 : 별지 목록 제3, 6항 기재 각 토지
- 매매대금 : 일십오억사천만원정(본 계약서는 아파트 건립을 위한 정지조건부 계약임)
- 계약금 오억사천만원정
- 잔금 일십억원(공동주택에 건립되는 사업부지내 상가와 사업승인시 대물교환한다. 원하는 위치로 한다)

(다) 원고 B과 피고 조합 사이에 작성된 매매계약서

- 목적물 : 별지 목록 제4, 5항 기재 각 토지

- 매매대금 : 매매대금 이십구억구천오백만원정(본 계약서는 아파트 건립을 위한 정지조건부 계약임)
- 계약금 일십구억구천오백만원정
- 잔금 일십억원정(공동주택에 건립되는 사업부지내 상가와 사업승인시 대물교환한다. 원하는 위치로 한다)

(2) 이 사건 각 매매계약서에 공통적으로 기재된 내용은 다음과 같다.

제8조 본 계약은 공동주택 신축사업 목적인 계약으로 정지조건부 계약임. 즉 매도인이 임의로 본 계약을 해지 해제할 수 없으며 매도인의 계약해지인 경우 이에 따른 피해를 배상하기로 한다.

다. 피고 조합과 피고 E의 확약서 작성

피고 조합과 피고 E은 2009. 7. 16. ① 원고 A에게 다음과 같은 '68평형 펜트하우스 분양확약서'를 작성하여 각 피고 조합과 피고 E의 인장을 날인한 후 공증인가 G법률사무소 등부 2009년 제1417호로, ② 원고 A, B에게 다음과 같은 '상가대물교환 확약서'를 작성하여 각 피고 조합과 피고 E의 인장을 날인한 후 공증인가 G법률사무소 등부 2009년 제1418호로, 각 공증을 받아 주었다.

[68평형 펜트하우스 분양확약서]

피고 조합

조합장 E

상기인은 서울시 동작구 M외 5필지 소유자 C 부동산을 취득함에 있어 D주택조합 아파트 사업부지내 68평형 펜트하우스를 A의 명의로 하여 분양하여 주기로 확약하며 분담금에 대하여는 조합원 분양가에 준하여 분양하는 것으로 하고 분담금상승에 따른 분담금 또한 일체의 책임을 조합에서 하여 주기로 하고 분양대금 선납에 따른 68평형 금 10억으로 모두 종결처리 조건으로 한다.

이를 어길시 민, 형사상의 일체의 책임과 이에 따른 손해배상까지도 본인 조합장이 지기로 한다(아파트 등기명의인은 지정하여 주는 자에게 할 수 있다)

[상가대물교환확약서]

피고 조합

조합장 E

상기인은 서울시 동작구 M외 5필지 소유자 CBA의 부동산을 취득함에 있어 D주택조합 아파트 사업부지내 상가건물을 분양평수 350평(평당가 약 2200만 원정)으로 B, A의 공동명의로 하여 주고, 상기 부동산소유권을 취득하는 것에 합의하며 이를 어길시 민, 형사상의 일체의 책임과 이에 따른 손해배상까지도 본인 조합장이 지기로 한다.

라. 소유권이전등기의 경로

피고 조합은 2009. 7. 16. 원고들로부터 이 사건 각 토지에 관하여 소유권이전등기를 경로받고, 같은 날 주식회사 코람코자산신탁에게 이 사건 각 토지에 관하여 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 경로하여 주었다.

마. 피고 조합의 대출금 미변제에 따른 소유권변동

(1) 피고 조합은 이 사건 각 토지를 비롯하여 피고 조합의 명의로 소유권을 취득한 토지들을 담보로 제공하여 대출을 받았는데, 2012. 3.경 금융기관에 대한 대출금채무를 변제하지 못하여, 이 사건 각 토지를 비롯하여 피고 조합이 사업을 추진하기 위하여 보유하고 있던 부동산들에 관한 환가절차가 진행되게 되었다.

(2) 위 환가절차를 통하여 주식회사 로쿠스가 2012. 4. 10. 이 사건 각 토지를 비롯한 피고 조합 소유의 부동산에 대한 소유권을 취득하였고, 주식회사 로쿠스는 같은 날 피고 주식회사 하나자산신탁(이하 '피고 회사'라 한다)에게 이 사건 각 토지를 비롯한 피고 조합 소유의 부동산에 관하여 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 경로하여 주었다.

【인정근거】갑 제1 내지 3호증, 갑 제12호증, 갑 제19호증의 각 기재

2. 주위적 피고인 피고 회사에 대한 청구에 관한 판단

가. 이 사건 각 계약의 성격

(1) 당사자의 주장 (가) 원고들

원고들과 피고 조합 사이의 이 사건 각 계약은 피고 조합이 매매대금의 지급에 갈음하여 펜트하우스 및 상가부지를 공급해주는 것을 내용으로 하는 교환계약 또는 매매대금의 지급방법을 대물변제에

의하여 하기로 약정하여 이 사건 각 토지에 대한 재산권이전약정과 그 대금의 지급에 관한 대물변제약정을 관념상 구분할 수 없는 매매계약에 해당한다.

(나) 피고 회사

① 이 사건 각 계약은 이 사건 각 토지에 대한 매매계약과 그 대금지급방법으로서의 대물변제약정이 혼합된 계약으로서 매매계약과 대물변제약정은 가분적으로 구별되는 별개의 계약이다.

② 가사 이 사건 각 계약이 매매계약과 대물변제약정을 관념상 구분할 수 없는 경우라고 하더라도, 대물변제약정이 무효가 되더라도 매매계약 부분은 유효로 하겠다는 당사자의 가정적 의사를 인정할 수 있어, 민법 제137조 후단에 따라 대물변제약정의 무효가 매매계약의 효력에 영향을 미치지 않는다.

(2) 판단 (가) 위 1항에서 인정한 사실 및 갑 제6 내지 17호증, 을나 제2호증의 2, 3, 을나 제5호증, 을나 제6호증의 각 기재, 피고 E에 대한 제1심 당사자본인신문결과에 변론 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사정들을 인정할 수 있고, 을나 제8 내지 10호증, 을나 제15호증의 각 기재는 위 인정에 방해가 되지 아니한다.

① 이 사건 각 계약 당시 작성된 계약서는 "매매계약서"이고 위 각 매매계약서에도 명시적으로 "매매"라고 기재되어 있으며, 피고 조합이 이 사건 각 토지에 대한 소유권을 이전받은 등기 원인도 "매매"이다.

② 이 사건 각 계약 당시 작성된 계약서에 원고들이 피고 조합에게 이 사건 각 토지에 대한 소유권을 이전하는 의무를 부담하고 피고 조합은 원고들에게 그 대금으로 펜트하우스 또는 상가를 공급하는 것으로 기재되어 있는바, 위와 같은 계약의 내용은 "당사자 일방이 재산을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 효력이 생긴다"고 정한 민법 제563조의 "매매"의 내용과 동일하다.

③ 이 사건 각 계약 당시 작성된 계약서에 피고 조합이 원고들에게 지급하여야 하는 대금의 총액이 각 기재되어 있는 한편 피고 조합이 원고들에게 변제하여야 하는 대금을 지급하는 방법으로 금전이 아닌 펜트하우스 또는 상가를 공급하는 것으로 기재되어 있는바, 이는 채무자가 채권자의 승낙을 얻어 본래의 채무이행에 갈음하여 다른 급여를 할 것을 약정한 경우에 해당한다.

④ 원고 C는 피고 조합에게 별지 목록 제6항 기재 토지 이외에도 서울 동작구 H 대 395㎡와 그 지상 건물, I 대 280㎡에 대한 36.844/280 지분을 매도하는 매매계약을 체결하였는데, 위 각 부동산에 대한 매매계약서에는 이 사건 각 매매계약서와는 달리 대금을 상가 또는 펜트하우스를 공급하는 것으로 같음한다는 취지의 기재가 전혀 없고, 위 각 부동산에 대한 매매계약서에 기재된 매매대금과 원고들이 피고 조합으로부터 수령하였다고 주장하는 영업손실비와 이주비를 합한 돈1) 과 피고 조합이 원고들에게 직접 또는 용산세무서에 세금을 대납하면서 지급한 돈의 합계액2) 이 일치하는 점에 비추어 볼 때, 원고들이 피고 조합으로부터 지급받은 돈 중 이 사건 각 토지에 대한 대금으로 지급된 돈은 없는 것으로 보인다.

(나) 위 (가)항에서 인정한 사정들을 종합하여 볼 때, 이 사건 각 계약은 이 사건 각 토지에 대한 매매계약에 해당하고, 다만 이 사건 각 토지에 대한 매매대금을 지급하는 방법으로 현금이 아닌 펜트하우스 또는 상가에 대한 소유권을 이전하는 것으로 같음하기로 하는 대물변제약정이 체결되어, 대물변제약정이 매매계약 내용의 일부를 이루게 되었다고 할 것이고, 매매계약에서의 대금변제방법으로 정하여진 대물변제약정만을 따로 구분하여 매매계약과 대물변제약정이 별개의 계약으로 체결된 것이라고 볼 수는 없으며, 원고들이 이 사건 각 토지가 이 사건 사업부지로 사용된다는 사정을 알고 있었다거나, 원고들이 피고 조합의 조합장인 피고 E 개인으로부터도 위 1의 다항 기재와 같이 대물변제약정이 이행되지 않을 경우 그 손해를 배상한다는 약정을 받아두었다는 사정은 위 인정에 방해가 되지 아니한다.

(다) 가사 이 사건 각 토지에 대한 매매계약과 대물변제약정이 별개의 계약으로 체결된 것이라고 하더라도, 원고들이 이 사건 각 토지에 대한 대금을 전혀 지급받지 않은 상태에서 이 사건 각 토지에 대한 매매계약을 체결하고 그 소유권을 이전하여 준 점에 비추어 볼 때, 원고들로서는 대물변제약정을 체결하지 않았다면 이 사건 각 토지에 대한 매매계약 역시 체결하지 않았을 것으로 보이고, 원고들이 피고 E 개인으로부터 위 1의 다항 기재와 같이 대물변제약정이 이행되지 않을 경우 그 손해를 배상한다는 약정을 받아두었다는 사정만으로 원고들이 대물변제약정이 없었더라도 추후에 금전으로 대금을 지급받아도 된다는 의사를 가지고 이 사건 각 계약을 체결한 것이라고 인정할 수는 없으므로, 이 사건 각 토지에 대한 매매계약과 대물변제계약은 전체적으로 경제적·사실적으로 일체로서

행하여진 것으로서 양 계약 전부가 하나의 계약인 것과 같은 불가분의 관계에 있다고 봄이 상당하다.

나. 이 사건 각 계약의 효력

(1) 목적의 불능 또는 불확정으로 인하여 무효인지 여부 (가) 원고들의 주장

피고 조합은 지역주택조합으로 전용면적 85㎡ 이하의 아파트만 건설·공급하는 것으로 설계하고 있었으므로, 피고 조합이 원고 A에게 68평형 펜트하우스를 공급하기로 하는 것은 그 목적이 원시적 불능이고, 또한 원고들에게 공급할 펜트하우스 및 상가에 대한 다른 조합원들의 동의 여부 등이 전혀 특정되지 않은 상태였으므로, 이 사건 각 계약은 무효이다.

(4) 판단

갑 제4호증의 기재, 피고 E에 대한 당사자신문 일부 결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① 이 사건 각 계약 체결 당시 이 사건 사업에 관하여 34평의 단일한 평수로 구성된 아파트를 건축하는 내용으로 설계도면이 작성되어 있었던 사실을 인정할 수 있다.

그러나 앞서 든 각 증거들과 피고 E에 대한 제1심 당사자본인신문결과 중 일부 및 변론 전체의 취지를 종합하면, ② 피고 조합이 원고들과 같이 조합원이 아닌 자에 대하여 분양하는 일반 분양의 경우에는 주택 규모가 전용면적 85㎡ 이하로 제한되지 않는 점, ③ 이 사건 각 계약 체결 당시 이 사건 사업은 사업부지를 매입하는 초기 단계에 있었으므로 그 진행 과정에서 설계가 변경될 여지가 있었던 것으로 보이는 점, ④ 이 사건 각 계약 및 각 확약서상 대물변제 관련 규정은 그 내용이 다소 불확정적이기는 하나 피고 조합이 원고들에게 '68평형 펜트하우스'와 '상가 350평'을 제공한다는 내용임은 명확하고, 이는 추후에 특정이 가능한 점 등의 사정이 인정된다.

위 ② 내지 ④항 기재 각 사정에 비추어 볼 때, 위 ①항에서 인정한 사실만으로는 이 사건 각 계약의 목적이 원시적 불능이라거나 계약 내용이 불확정적이라고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(2) 조건부 계약으로서 조건의 미성취로 무효인지 여부 (가) 원고들의 주장

이 사건 각 계약은 피고 조합의 아파트 건립을 조건으로 한 정지조건부 계약에 해당하는데, 피고 조합의 이 사건 사업이 무산되어 정지조건이 불성취로 확정되었으므로, 무효이다.

(나) 판단

① 피고 조합은 이 사건 사업부지 마련을 위해 이 사건 각 계약을 체결하였던 사실, ② 이 사건 각 계약서 제8조에 "본 계약은 공동주택 신축사업 목적인 계약으로 정지조건부 계약임"이라고 기재되어 있는 사실은 위 1항에서 본 바와 같다.

그러나 ③ 이 사건 각 계약서 제8조의 후단에 "즉 매도인이 임의로 본 계약을 해지, 해제할 수 없으며, 매도인의 계약해지인 경우 이에 따른 피해를 배상하기로 한다"고 규정되어 있는 점에다가 피고 E에 대한 제1심에서의 당사자본인신문결과에 의하면, 이 사건 각 계약에서의 '정지조건부 계약'이라는 의미는 통상적인 의미와 달리 매도인의 임의적인 계약 해지, 해제를 금지하는 의미로 사용된 것으로 보이는 점, ④ 원고들이 피고 조합의 아파트 건립이 확정되기 이전에 피고 조합, E으로부터 대물변제약정에 관한 확약서를 교부받음과 동시에 이 사건 각 계약에 기하여 피고 조합 앞으로 소유권이전등기를 마쳐 준 점에 비추어 볼 때, 위 ①, ②항 기재 각 사실만으로 이 사건 각 계약이 피고 조합의 이 사건 사업의 완료를 조건으로 그 효력이 발생하는 정지조건부 계약이라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 원고들의 위 주장 역시 이유 없다.

(3) 총회의 결의를 거치지 않아 무효인지 여부 (가) 청구원인에 대한 판단

주택조합이 주체가 되어 신축 완공한 건물로서 조합원 외의 일반에게 분양되는 부분은 조합원 전원의 총유에 속하며, 총유물의 관리 및 처분에 관하여 주택조합의 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 이에 따라야 하고 그에 관한 정관이나 규약이 없으면 조합원 총회의 결의에 의하여야 할 것이며, 그와 같은 절차를 거치지 않은 행위는 무효이다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2005다52214 판결 참조).

피고 조합이 이 사건 각 토지에 대한 매매대금으로 원고들에게 제공하기로 한 펜트하우스와 상가는 피고 조합이 이 사건 사업을 진행하면서 신축하여 조합원들에게 공급하고 남은 나머지 아파트와 상가에 해당하는 것으로서 피고 조합의 조합원들 전원의 총유에 속하는 총유물에 해당한다고 봄이 상당하고, 피고 조합이 원고들에게 이와 같은 펜트하우스와 상가의 소유권을 이전하여 주기로 하는 것은 피고 조합이 단순히 채무를 부담하는 행위에 불과한 것이 아니라 총유물인 펜트하우스와 상가를 처분하는 행위에 해당하므로, 결국 피고 조합이 원고들에게 펜트하우스와 상가를 공급하기로 하는

약정을 체결하려면, 피고 조합의 정관이나 규약에 정한 바에 따라야 하고, 그에 관한 정관이나 규약이 없으면 조합원 총회의 결의에 의하여야 할 것이다.

갑 제18호증의 기재에 의하면, 피고 조합 정관에 총유물의 관리 및 처분에 관하여 구체적인 규정을 두고 있지 아니한 사실이 인정되므로, 피고 조합이 총유물의 관리 및 처분을 하려면 조합원 총회의 결의에 의하여야 할 것인바, 피고 조합이 이 사건 각 계약을 체결하면서 조합원 총회의 결의를 거치지 아니한 사실에 관하여는 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 결국 이 사건 각 계약은 피고 조합 총회의 결의를 거치지 아니하여 그 효력이 없다.

(나) 피고 회사의 주장에 대한 판단

① 총회의 결의 대상이 아니거나 총회의 결의를 거친 것으로 의제되는지 여부

㉠ 주장

피고 조합이 사전에 조합원들로부터 토지매입권한과 관련된 일체의 권한을 별도로 위임받았으므로 이 사건 각 토지에 대한 매매계약의 체결은 총회 결의대상이 아니거나 총회의 결의를 거친 것으로 의제된다.

㉡ 판단

을나 제11 내지 13호증의 각 기재에 의하면, 피고 조합의 조합원들이 피고 조합에 가입하면서 작성된 조합원가입계약서에 다음과 같은 조항이 포함되어 있는 사실을 인정할 수 있기는 하다.

제4조(사업에 대한 권한 위임)

"을"(조합원)은 "갑"(조합)의 대표성을 인정하며, 을의 권한 및 사업추진에 따른 다음 사항을 갑에게 위임한다.

1. 주택조합 업무총괄(조합원모집, 조합인가 및 조합구성, 조합원관리, 조합 자금 관리, 동호수 추첨업무 등 기타 사업추진에 따른 모든 업무 일체)
2. 사업계획(사업계획변경 포함)결정에 대한 사항(세대수, 연면적, 층수, 배치 등)
3. 토지매입에 따른 업무(단, 용역비를 지급하는 조건으로 이를 용역으로 처리하여도 무방하다)
4. 업무추진에 따른 관련업체 선정 및 계약체결(시공회사, 업무대행사, 건축설계사무소, 조합회계감사업무 일체 등)

5. 공사도급계약서 및 시공에 따른 감사업무

6. 내지 8.항 생략

9. 기타 사업추진에 따른 업무

제11조(처리사항 인준)

1. 을은 갑이 토지소유자와 체결한 부동산 매매관련 업무 및 시공사와의 공사도급계약 기타 조합업무대행계약, 건축설계용역계약, 철거용역계약, 교통영향평가용역계약 등 일체 사업관련 계약을 인정하고 승인한다.

그러나 갑 제18호증의 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, ㉔ 위 조합원가입계약서상 피고 조합의 조합원이 피고 조합에게 업무를 위임한 사항으로 거시된 사항들 중 피고 조합의 규약 제23조에 총회의 의결사항으로 정하여져 있는 사항들이 포함되어 있는 점(조합 자금 관리, 사업계획결정, 시공자의 선정 및 공사계약의 체결 등), ㉕ 피고 조합의 규약에 총회의 의결사항으로 정하여진 내용들은 모두 이 사건 사업을 진행하면서 필요한 기본적인 사항들이자 조합원들의 이해관계에 큰 영향을 미치는 사항들로서, 위 사항들에 관하여 피고 조합의 총회 결의를 거치도록 피고 조합의 규약에 정한 이유는, 피고 조합의 대표자 등 피고 조합의 일부 구성원의 의사가 아닌 피고 조합 전체 조합원들의 의사에 따라 피고 조합이 합리적으로 운영될 수 있도록 하기 위한 것으로 보이는 점, ㉖ 그럼에도 불구하고 조합원가입신청서 제4조, 제11조에 위 사항들에 관하여 피고 조합에게 권한을 위임하는 것으로 기재되어 있다는 이유로 피고 조합이 위 사항들에 관하여 총회의 결의 없이 피고 조합 명의의 행위들을 할 수 있다고 보는 것은 피고 조합의 조합원들이 자체적으로 정한 규약의 내용에 정면으로 반하게 되는 점 등의 사정이 인정된다.

위 ㉔ 내지 ㉖항 기재의 각 사정들을 종합하여 볼 때, 위 조합원가입계약서상 피고 조합의 조합원들이 피고 조합에게 토지매입에 따른 업무를 위임하고, 피고 조합이 토지소유자와 체결한 부동산매매계약을 인정하고 승인한다고 정한 취지는, 적법한 절차에 따라 체결된 토지매입계약을 구체적으로 이행하고 집행하면서 행하여져야 하는 법률행위 및 사실행위를 피고 조합이 행함에 있어 피고 조합의 조합원들로부터 개별적으로 수권을 얻을 필요 없이 피고 조합이 피고 조합의 조합원들을 대표하여 행할 수 있다는 의미라고 해석함이 상당하고, 이와 달리 피고 조합의 대표자가, 피고 조합에

대하여 적용되는 민법 제276조의 규정 및 피고 조합의 규약 제23조에 반하여, 위 조합원가입계약서 제4조, 제11조의 규정을 근거로, 피고 조합의 총회 결의사항으로 정하여진 사항에 대하여도, 총회의 결의 없이 임의로 피고 조합 명의의 법률행위를 할 수 있다는 의미로 해석할 수는 없으므로, 이와 다른 전제에 선 피고 회사의 위 주장은 이유 없다.

② 피고 조합의 조합원들이 이 사건 각 매매계약을 추인하였는지 여부

㉠ 주장

피고 조합의 조합원들은 이 사건 각 토지에 대한 매매계약의 체결, 대물변제 방식의 대금 지급 사실을 보고받았으나, 아무도 그에 대하여 이의를 제기하지 않음으로써, 대물변제방식의 토지대금 지급 및 이 사건 매매계약의 체결을 추인하였다.

㉡ 판단

을나 제14호증의 기재에 의하면, 피고 조합의 2011. 6. 16.자 조합원총회 책자 제134면에 '자금(분담금 + PF) 사용내역 보고' 중 '토지대' 부분에 "적요 : 상가대물공제, 계약금액(예정금액): 5,640,830,000원"라고 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있다.

그러나 갑 제19호증의 1 내지 3의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, 피고 조합과 주식회사 로쿠스, 피고 회사 사이의 관련 소송에서 피고 조합의 2011. 6. 16.자 총회에는 표결방법 및 의사정족수 산정에 중대한 하자가 있어 무효라는 판단이 포함된 판결이 선고되었고 위 판결이 확정된 점, 위 총회책자에 기재된 상가대물공제와 관련된 기재에서의 계약금액이 이 사건 각 토지의 매매대금의 액수와 일치하지 않고 달리 위 기재가 이 사건 토지에 대한 것이라고 볼 만한 자료가 없는 점 등에 비추어 볼 때, 위 인정사실만으로는 피고 조합의 조합원들이 이 사건 각 토지와 관련하여 대물변제방식의 토지대금의 지급을 추인하였다고 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고 회사의 위 주장은 이유 없다.

다. 소결론

그러므로 이 사건 각 계약이 효력이 없으므로 이 사건 각 토지에 관한 피고 조합 명의의 소유권이전등기는 원인 무효의 등기이고, 그에 터잡아 마쳐진 주식회사 코람코자산신탁, 주식회사 로쿠스, 피고 회사의 각 소유권이전등기 역시 모두 원인 무효의 등기이므로, 피고 회사는 별지 목록

제1 내지 3항 기재 토지의 소유자인 원고 A에게, 별지 목록 제4, 5항 기재 토지의 소유자인 원고 B에게, 별지 목록 제6항 기재 토지의 소유자인 원고 C에게, 위 각 토지에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행할 의무가 있다.

3. 예비적 피고인 피고 조합, E에 대한 청구에 관한 판단

원고들은 이 사건 각 계약이 유효하다고 인정되어 피고 회사에 대한 청구가 인용되지 아니할 것을 대비하여 예비적으로, 피고 조합, E을 상대로 다음과 같이 주장한다.

즉, 이 사건 각 계약이 유효하더라도, 원고들은 피고 조합장인 피고 E이 펜트하우스와 상가를 공급한다고 하여 이 사건 각 계약을 체결한 것인데, 사실은 펜트하우스 및 상가의 공급은 원시적으로 불능이거나 피고 조합의 총회 결의를 거치지 아니하여 불가능한 것이었으므로, 이 사건 각 계약은 사기 또는 착오에 의한 의사표시에 해당한다. 또한 피고 조합의 이 사건 사업이 사실상 무산되어 이행불능 상태에 이르렀다. 이에 원고들은 이 사건 소장 부분 송달로써 이 사건 각 계약을 취소 또는 해제하였으므로, 피고 조합은 원고들에 대해 원상회복의무로서 가액반환의무를 부담한다. 또한 피고 E은 이 사건 각 확약서를 작성해 주면서 위 확약서상의 의무를 불이행하는 경우 원고들에게 모든 민형사상 책임과 그에 따른 손해배상책임을 모두 부담하기로 약정하였으므로, 피고 E은 위 각 확약서에 따라 피고 조합과 연대하여 원고들이 입은 손해를 배상할 의무를 부담한다.

그러나 원고들의 피고 회사에 대한 청구가 이유 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 원고들의 예비적 피고인 피고 조합, E에 대한 청구는 이유 없다.

4. 결론

그렇다면, 원고들의 피고 회사에 대한 청구는 이유 있으므로 이를 인용할 것인바, 제1심 판결 중 피고 회사에 대한 부분은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로 이에 대한 피고 회사의 항소는 이유 없어 이를 기각한다.

그리고 제1심 판결은 민사소송법 제70조에도 불구하고 주문 및 이유에서 예비적 피고인 피고 조합, E에 대한 원고들의 청구에 대한 판단을 명시적으로 표시하지 아니한 잘못이 있으나, 주관적, 예비적 병합 소송은 주위적 피고에 대한 청구와 예비적 피고에 대한 청구가 양립할 수 없기 때문에 제1심에서 원고들의 주위적 피고에 대한 청구가 인용된 이상 예비적 피고에 대한 청구는 당연히 기각될

운명이었으므로 실제로 재판을 누락하였다고 단정할 수 없을 뿐더러 당심에서도 예비적 피고인 피고 조합, E이 심급의 이익을 박탈당하였다고 이의하지도 아니하는 이상, 주위적 청구와 예비적 청구는 분리하여 심판할 수 없는 법리에 따라 주위적 피고 회사의 항소에 의하여 예비적 피고인 피고 조합, E에 대한 부분까지 이심되었다고 보고 당심에서 예비적 피고인 피고 조합, E에 대한 청구에 관하여도 판단하여야 할 것인바, 원고들의 피고 조합, E에 대한 청구는 이유 없으므로 이를 각 기각하기로 한다.

이상과 같은 이유로 주문과 같이 판결한다.

재판장판사박형남

판사이정희

판사이민영

별지

- 1) 6,679,000,000원 = 위 각 부동산에 대한 매매계약서에 매매대금을 기재된 돈 6,440,000,000원 + 영업손실비 181,000,000원 + 이주비 58,000,000원
- 2) 6,679,000,000원 = 2009. 6. 1. 200,000,000원 + 2009. 7. 16. 3,900,000,000원 + 2009. 11. 10. 220,000,000원 + 2009. 11. 27. 100,000,000원 + 2009. 12. 8. 30,000,000원 + 2009. 12. 31. 30,000,000원 + 2010. 1. 27. 50,000,000원 + 세금대납액 1,116,520,660원 + 2010. 7. 29. 1,032,479,340원