

서울중앙지방법원 2021. 7. 22 선고 2016가합570126 판결 [소유권이전등기말소청구의 소]

전 문

원고별지1 원고들 목록 기재와 같다.

원고들 소송대리인 법무법인(유한) 화우

담당변호사 정덕모, 사공대, 황인

피고1. 주식회사 A

2. 주식회사 B

피고들 소송대리인 법무법인(유한) 지평

담당변호사 사봉관, 정원, 마상미, 박보영

피고들 소송대리인 변호사 이경구, 류용호, 오상진, 이송호, 강대우, 박종욱, 정유한

변론 종결2021. 5. 18.

판결 선고2021. 7. 22.

주 문

1. 원고들의 청구를 모두 기각한다.

2. 소송비용은 원고들이 부담한다.

N

청 구 취 지

C지역주택조합에게, 별지2 목록 기재 부동산에 관하여,

가. 피고 주식회사 B(이하 '피고 B'이라고만 한다)은1) 서울중앙지방법원 2012. 4. 10. 접수

제80059호로2) 마친 소유권이전등기의,

나. 피고 주식회사 A(이하 '피고 A'라고만 한다)는 같은 법원 2012. 4. 10. 접수 제80046호로3)

마친 소유권이전등기의

각 말소등기절차를 이행하라.

이 유

1. 기초 사실

가. 당사자 등의 지위

1) C지역주택조합(이하 '이 사건 조합'이라고만 한다)은 서울특별시에 6개월 이상 거주한 무주택 세대주(주거전용면적 60㎡ 이하 주택 1채를 소유한 세대주 포함)들이 내 집 마련을 위해 결성한 지역주택조합으로, 서울 동작구 E 일대에서 주택법에 따른 주택건설사업(이하 '이 사건 사업'이라고만 한다)을 시행하기 위하여 2008. 11. 17. 서울특별시 동작구청장(이하 '동작구청장'이라고만 한다)으로부터 조합설립인가를 받았다.

2) 원고들은 이 사건 조합의 조합원들이거나, 탈퇴 내지 제명된 조합원들이다.

나. 최초 대출 및 담보신탁(변경)계약의 체결과 조합설립인가

1) 최초 대출 및 담보신탁(변경)계약의 체결 가) 첫 번째 대출과 담보신탁계약의 체결

(1) 이 사건 조합은 2007. 7. 13. 주식회사 F(이하 'F'라고만 한다), 시공사인 주식회사 G(이하 'G'라고만 한다)과 이 사건 사업과 관련하여 사업부지 매입 등에 필요한 자금을 조달하기 위한 대출협약(이하 '이 사건 대출협약'이라고만 한다)을 체결하여 F으로부터 650억 원을 대출받았다. G은 위 대출금 채무를 연대보증하였다.

(2) 이 사건 조합은 2007. 7. 15. G과 이 사건 사업에 관한 공사도급협약을 체결하였다.

(3) 이 사건 조합은 위 대출금 등을 기초로 이 사건 사업구역 내에 존재하는 별지3 담보신탁 현황(이하 '이 사건 현황표'라 한다) 기재 회차 1 내지 19차 및 순번 234번 기재 각 부동산을 매수하였다.

(4) 이 사건 조합은 2007. 8. 1. 주식회사 H(이하 'H'이라고만 한다)과 이 사건 현황표 기재 회차 1, 2차(순번 1 내지 122번) 및 순번 234번 기재 각 부동산에 관하여 G을 1순위 우선수익자로 정한 부동산담보신탁계약을 체결하고, H에 위 각 부동산에 관하여 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기를 마쳐주었다. 이후 추가로 토지 및 건물이 매수됨에 따라 양자 사이에 여러 차례 부동산담보신탁계약이 체결되었으며, 이 사건 현황표 회차 3 내지 19차 기재 각 부동산에 관하여 이 사건 현황표 중 '신탁등기접수일'란 기재 일자에 H 앞으로 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌다.

나) 두 번째 대출과 담보신탁(변경)계약의 체결

(1) 이 사건 조합은 2008. 1. 31. I 주식회사로부터 300억 원을 대출받았고, G은 위 대출금 채무를 연대보증하였다.

(2) 이 사건 조합은 위 300억 원으로 이 사건 현황표 회차 20 내지 31차 기재 각 부동산을 매수하였다.

(3) 이 사건 조합은 2008. 1. 31.경 H과 이 사건 현황표 회차 1 내지 19차 기재 각 부동산에 관하여 G을 1순위 우선수익자로, I 주식회사를 2순위 우선수익자로 하는 부동산담보신탁변경계약을 체결하였다. 이후 추가로 토지 및 건물이 매수됨에 따라 양자 사이에 여러 차례 부동산담보신탁계약이 체결되었으며, 이 사건 현황표 회차 20 내지 31차 기재 각 부동산에 관하여 이 사건 현황표 중 '신탁등기접수일'란 기재 일자에 H 앞으로 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌다.

다) 세 번째 대출과 대환

이 사건 조합은 2008. 9. 26. G의 연대보증 하에 주식회사 J으로부터 209억 원을 대출받고, 그 대출금으로 F으로부터 대출받은 첫 번째 대출금 650억 원 중 200억 원 및 그에 대한 지급보증이자, 수수료를 변제하였다.

라) 네 번째 대출과 담보신탁(변경)계약의 체결

(1) 이 사건 조합은 2008. 10. 6. G의 연대보증 하에 주식회사 K으로부터 200억 원을 대출받고, 그 대출금으로 이 사건 현황표 회차 32 내지 36차 기재 각 부동산을 매수하였다.

(2) 이 사건 조합은 2008. 10. 13. H과 이 사건 현황표 회차 1 내지 31차 기재 각 부동산에 관하여

G을 1순위 우선수익자로, 주식회사 K, 주식회사 L을 2순위 우선수익자로 하는 부동산담보신탁변경계약을 체결하였다. 이후 추가로 토지 및 건물이 매수됨에 따라 양자 사이에 여러 차례 부동산담보신탁계약이 체결되었으며, 이 사건 현황표 회차 32 내지 36차 기재 각 부동산에 관하여 이 사건 현황표 중 '신탁등기접수일'란 기재 일자에 H 앞으로 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌다.

마) 다섯 번째 대출과 변제기한 연장

이 사건 조합은 2008. 12. 31. G로부터 1,200,312,000원을 대출받고, 위 대출금으로 위 다)항 기재 세 번째 대출금에 대한 이자 및 수수료를 변제하여 그 변제기한을 연장하였다.

2) 조합설립인가 이 사건 조합은 2008. 5. 16. 창립총회를 거쳐 M을 조합장으로 선임하고, 2008. 6. 30. 동작구청장에게 주택조합설립인가를 신청하여 2008. 11. 17. 조합설립인가를 받았다.

다. 후속 대출 및 담보신탁(변경)계약의 체결

1) 여섯 번째 대출과 담보신탁(변경)계약의 체결 가) 이 사건 조합은 2009. 6. 11. N 유한회사 외 21개 회사(이하 'N 유한회사 등'이라고만 한다)로부터 1,700억 원을 만기일 2010. 6. 10.(500억 원) 또는 2010. 6. 11.(1,200억 원)로 정하여 대출받았다(이하 '이 사건 1차 대출계약'이라고만 한다). G은 위 대출금 채무를 연대보증하였다.

나) 이 사건 조합은 위 1,700억 원 중 일부로 이 사건 현황표 회차 37 내지 54차 기재 각 부동산을 매수하였다.

다) 한편 이 사건 조합은 2009. 6. 11. H과 이 사건 현황표 회차 1 내지 36차 기재 각 부동산에 관하여 N 유한회사 등을 1순위 우선수익자로, G을 2순위 우선수익자로 하는 부동산담보신탁변경계약을 체결하였다. 이후 추가로 토지 및 건물이 매수됨에 따라 양자 사이에 여러 차례 부동산담보신탁계약이 체결되었으며, 이 사건 현황표 회차 37 내지 54차 기재 각 부동산에 관하여 이 사건 현황표 중 '신탁등기접수일'란 기재 일자에 H 앞으로 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌다.

2) 일곱 번째 대출과 담보신탁(변경)계약의 체결 가) 이 사건 조합은 ① 2010. 6. 9. 주식회사 J 외 15개 회사(이하 'J 등'이라고만 한다)와 ② 2010. 7. 28. N

유한회사로부터 250억 원[위 각 대출금 중 J 등으로부터 대출받은 1,800억 원의 만기일은 2011. 6. 10.이고, N 유한회사로부터 대출받은 700억 원의 만기일은 2012. 6. 10.이다]을 각 대출받았다(이하 '이 사건 2차 대출계약'이라고만 한다). G은 위 각 대출금 채무를 연대보증하였다. 나) 이 사건 조합은 위 2,500억 원 중 일부로 이 사건 현황표 회차 55 내지 60차 기재 각 부동산을 매수하였다.

다) 한편 이 사건 조합은 2010. 6. 10. H과 이 사건 현황표 회차 1차 내지 54차 기재 각 부동산에 관하여 J 등을 1순위 우선수익자로, N 유한회사를 2순위 우선수익자로, G을 3순위 우선수익자로 정한 부동산담보신탁변경계약을 체결하였다(당시 이 사건 현황표 회차 55차 기재 각 부동산에 관하여 부동산담보신탁계약을 체결하였다). 이후 추가로 토지 및 건물이 매수됨에 따라 양자 사이에 여러 차례 부동산담보신탁계약이 체결되었으며, 이 사건 현황표 회차 56 내지 60차 기재 각 부동산에 관하여 이 사건 현황표 중 '신탁등기접수일'란 기재 일자에 H 앞으로 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기가 마쳐졌다.

3) 여덟 번째 대출과 담보신탁(변경)계약의 대출 가) 이 사건 2차 대출계약의 대출금 중 1,800억 원의 만기일이 다가오자, 이 사건 조합은 2011. 6. 6. 임시총회(이하 '2011. 6. 6.자 임시총회'라 한다)를 개최하였다. 그 무렵 M의 조합장 자격에 관한 논란이 발생하였고, 원고 AG이 '조합장 직무대행자'로서 위 총회를 주재하였다. 원고 AG은 위 총회에서 제1호 안건으로 위 1,800억 원에 대하여 대환 대출을 하고 추가로 200억 원을 대출받는 내용의 '금융차입의 대환 및 연장의 건'을 상정하였고, '찬성 140표, 반대 133표로 가결되었다'고 선포하였다.

나) 원고 AG은 '조합장 직무대행자'로서 2011. 6. 9. AH 주식회사 외 8개 회사(이하 'AH 등'이라고만 한다)6) 와, ① AH 등이 J 등의 이 사건 조합에 대한 대출금 채권 1,800억 원을 양수하는 방식으로 대출받고, ② 이자 변제를 위해 AR 유한회사로부터 200억 원을 추가로 대출받는 내용(위 대출금의 만기일은 2011. 9. 8.7) 또는 2011. 12. 8.8) 또는 2012. 3. 26.9) 이다)의 계약을 체결하였다(이하 '이 사건 3차 대출계약'이라고만 한다). G은 위 대출금 채무를 연대보증하였다. 다) 이 사건 조합은 그 무렵 위 2,000억 원으로 이 사건 2차 대출계약의 원금 중 1,800억 원 및 그 이자를 대환 내지 변제하였다.

라) 한편 이 사건 조합은 2011. 6. 9. 및 2011. 6. 10. 이 사건 3차 대출계약에 따라 H과의 사이에 이 사건 현황표 기재 각 부동산에 관한 담보신탁계약의 우선수익자10및 우선수익한도금액을 변경하는 내용의 부동산담보신탁변경계약을 체결하였다.

마) 이 사건 조합은 H과 각 담보신탁계약을 체결할 때 "신탁부동산의 처분은 기본계약 제19조 내지 제22조에 불구하고 수탁자와 우선수익자가 협의하여 정할 수 있으며, 특히 우선수익자가 요구할 경우 신탁부동산은 우선수익자 또는 우선수익자가 지정하는 자에게 직접 매매를 원인으로 소유권이전등기를 경료함과 동시에 신탁등기를 말소할 수 있고 위탁자는 이에 일체의 이익을 제기치 아니한다."는 내용의 조항을 특약조건에 포함하여 왔는데(이하 '이 사건 특약조항'이라 한다), 이 사건 특약조항은 위 부동산담보신탁변경계약의 특약조건 제8조 제4항에도 포함되었다.

4) 이 사건 3차 대출계약의 추인 M은 '이 사건 조합 조합장 M' 명의로 2011. 7. 23. 정기총회 개최를 공고하였고, 2011. 9. 17. M의 주재 하에 정기총회(이하 '2011. 9. 17.자 정기총회'라고만 한다)가 개최되었다. 위 총회에서는 제2호 안건으로 이 사건 3차 대출계약을 추인하는 내용의 '차입 대환 및 연장 추인안건'이 의결되었다.

라. G의 대위변제 및 이 사건 현황표 기재 각 부동산의 환가처분

1) G은 2012. 3. 22. 이 사건 조합에 '이 사건 3차 대출계약의 만기가 2012. 3. 26. 도래할 경우 G은 연대보증인으로서 대주단인 AH 등의 판단에 따라 이 사건 조합의 채무를 대신 변제하고 이를 구상할 수 있다'고 통지하였다.

2) G은 2012. 3. 27. 이 사건 조합의 AH 등에 대한 채무 270,061,643,833원을 대위변제하여 같은 금액 상당의 구상권과 우선수익권을 취득한 후, 그중 1,800억 원 상당의 채권을 피고 A에 양도하는 한편, H에 이 사건 현황표 기재 각 부동산을 환가처분할 것을 요청하였다.

3) H은 2012. 3. 28., 2012. 4. 3. 및 2012. 4. 5. 총 3차례에 걸쳐 이 사건 조합에 채무이행 최고 및 환가처분예정 통지를 하였으나, 이 사건 조합은 채무를 이행하지 못하였다.

4) H은 2012. 4. 10. 우선수익자인 G이 이 사건 특약조항에 따라 지정한 자인 피고 A에 이 사건 현황표 기재 각 부동산을 2,100억 원에 매도하고, 같은 날 A에 이 사건 현황표 기재 각 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 2012. 4. 10. 접수 제80046호로 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를

마쳐주었다(이하 '이 사건 1차 소유권이전등기'라고만 한다). 이 사건 현황표 기재 각 부동산에 대한 매매대금 중 1,800억 원은 피고 A가 1, 2순위 우선수익자의 지위에서 1,800억 원의 신탁수익을 지급받을 권리로써 같은 금액 상당의 매매대금채권을 상계하는 방식으로 지급하고, 나머지 300억 원은 H에 현금으로 지급하였다.

마. G, 피고 A, 피고 B의 민영주택건설사업 추진

1) 같은 날 G와 피고 A, 피고 B(변경 전 상호 주식회사 D)은 '피고 A와 G이 모든 책임과 의무를 부담하면서 이 사건 사업구역 내에 민영주택을 신축하여 분양하는 사업을 진행하기로 하되, 피고 B는 사업시행자 명의만을 보유한 채 책임을 지지 않기'로 하는 내용의 관리형(분양형) 토지신탁계약을 체결하였다.

2) 같은 날 피고 A는 피고 B에 이 사건 현황표 기재 각 부동산에 관하여 서울중앙지방법원 2012. 4. 10. 접수 제80059호로 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었다(이하 '이 사건 2차 소유권이전등기'라고만 한다). 그 무렵 피고들은 위 민영주택건설사업의 시공자로 G를 선정하였다.

3) 피고 B는 2012. 10. 31. 동작구청장에게 주택건설사업계획승인을 신청하였으나, 동작구청장은 2013. 2. 25. '이 사건 사업구역 일대는 이 사건 조합이 주택건설사업의 정상화를 위하여 총회를 실시하는 등 지속적으로 사업을 추진하는 지역으로 두 사업주체가 하나의 사업장에서 주택건설사업을 추진하고 있고, M의 횡령사건으로 수사가 진행되고 있으며, 두 사업주체간 협의가 진행 중에 있는 상황으로 조합원들과 원만한 합의 또는 조합원들에 대한 아무런 대책이 없는 상황에서 사업계획 승인 시 조합원들의 막대한 피해가 예상된다'는 이유를 들어 위 신청을 반려하였다.

4) 피고 B는 2013. 5. 22. 서울행정법원 2013구합53943호로 위 반려처분에 대한 취소청구의 소를 제기하였으나, 위 법원은 2013. 12. 17. 피고 B의 청구를 기각하였다. 이에 피고 B는 위 제1심판결에 항소하였으나(서울고등법원 2014누40311호), 2015. 2. 12. 항소기각 판결이 선고되었다. 피고 B는 다시 상고하였으나(대법원 2015두39446호), 2015. 6. 11. 심리불속행 판결로 상고가 기각됨에 따라 위 제1심판결은 같은 날 확정되었다.

바. 관련 사건의 진행 경과 및 피고 B에 대한 주택건설사업계획승인처분

1) 이 사건 조합의 전 조합장인 M은 2012. 12. 5. 이 사건 조합의 조합원 분담금 계좌에 보관 중이던

100억 원 이상을 횡령하였다는 등의 범죄사실로 기소된 후(서울중앙지방법원 2012고합1701호 등), 2013. 11. 29. 징역 10년 및 벌금 10억 원의 형을 선고받았다. 이에 검사 및 M이 항소하였고(서울고등법원 2013노3959호), 항소심법원은 2014. 8. 22. 위 제1심판결을 파기하면서 징역형을 8년으로 감경하는 내용의 판결을 선고하였다. 검사 및 M이 다시 상고하였으나(대법원 2014도11745호), 2015. 1. 29. 상고기각 판결이 선고됨에 따라 위 항소심판결은 같은 날 확정되었다.

2) 이 사건 조합은 2013. 8. 28. 피고들을 상대로 이 사건 현황표 기재 각 부동산 중 별지4 목록 '선행 민사소송'란 기재 토지에 관한 소유권이전등기의 말소등기를 청구하는 소를 제기하였으나(서울중앙지방법원 2013가합65227호), 위 법원은 2015. 1. 16. 이 사건 조합의 청구를 기각하였다. 이에 이 사건 조합은 항소하였으나(서울고등법원 2015나2008085호), 2016. 4. 22. 항소기각 판결이 선고되었고, 다시 상고하였으나(대법원 2016다227762호), 2016. 10. 13. 심리불속행 판결로 상고가 기각됨에 따라 위 제1심판결은 그대로 확정되었다(이하 '선행 민사소송'이라고만 한다).

3) 위 민사판결 확정 이후인 2016. 11. 22. 피고 B은 동작구청장에게 다시 주택건설사업계획승인을 신청하였다. 동작구청장은 2017. 4. 10. 피고 B이 주택건설대지면적 24,678m² 중 21,563.71m²의 소유권을 확보하였음을 전제로 주택건설사업계획을 승인하고 2017. 4. 13. 이를 고시하였다.

4) 이에 이 사건 원고들 중 일부가 2017. 7. 10. 동작구청장을 상대로 '피고 B이 주택건설사업계획승인을 받기 위해서는 이 사건 사업이 시행될 해당 대지면적 중 80% 이상의 사용 권원을 확보하여야 하는데, 피고 B이 들고 있는 권원 중 이 사건 1, 2차 소유권이전등기는 무효'라는 이유로 피고 B에 대한 주택건설사업승인처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다(서울행정법원 2017구합69625호). 피고 B은 위 소송에 보조참가하였다.

5) 서울행정법원은 2019. 6. 14. 위 원고들 중 서울 동작구 AY 다세대주택 제1층 AZ호 및 그 대지권 공유자들의 청구를 인용하여, '동작구청장이 2017. 4. 10. 피고 B에 대하여 한 주택건설사업계획 승인처분을 취소한다'는 판결을 선고하였다(나머지 원고들의 소는 각하하였다). 이에 동작구청장과 소가 각하된 원고들 모두가 항소하였는데(서울고등법원 2019누49726호), 항소심 법원은 2021. 1.

28. 제1심판결 중 원고들 승소 부분을 취소하고, 위 원고들의 청구를 기각하며, 나머지 원고들의 항소를 기각하는 판결을 선고하였다. 위 사건 원고들이 상고하였으나(대법원 2021두34046호), 2021. 5. 27. 심리불속행 판결로 상고가 기각됨에 따라 위 항소심판결은 그대로 확정되었다(이하 '선행 행정소송'이라고만 한다).

사. 이 사건 조합 정관 규정

이 사건 조합 정관 규정 중 이 사건의 쟁점과 관련 있는 부분은 별지5 기재와 같다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 12, 149, 150, 153, 169, 184, 190, 191, 198호증(각 가지번호 포함), 을 제1, 2, 3, 6, 12, 13, 15, 16, 31호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고들 청구의 요지

원고들은 이 사건 조합의 조합원들이거나 제명·탈퇴된 조합원들로서, 이 사건 조합에 대하여 부담금 반환채권 내지 손해배상채권을 보유하고 있다. 이 사건 1, 2차 소유권이전등기는 다음과 같은 이유로 무효인바, 무자력인 이 사건 조합을 대위하여 피고들을 상대로 각 말소를 구한다[다만 별지4 목록 '선행 민사소송'란 기재 각 토지에 관하여는 선행 민사판결이 확정되었으므로, 별지2 목록 기재 각 토지에 한하여 말소를 구한다].

H을 수탁자로 하는 이 사건 현황표 기재 각 부동산에 관한 담보신탁계약(이하 '이 사건 각 담보신탁계약'이라고 하고, 이를 원인으로 하는 H 명의의 각 소유권이전등기를 '이 사건 각 담보신탁등기'라고 한다)은 총유물의 관리·처분행위에 해당하므로 이 사건 조합의 총회 결의가 필요하다.

- ① 그러나 이 사건 조합의 2008. 5. 16.자 창립총회와 2009. 1. 31.자 총회에서는 담보신탁계약에 관한 의결이 이루어진 적이 없다.
- ② 이 사건 3차 대출계약에 관하여 의결한 2011. 6. 6.자 임시총회는 의사정족수와 표결 방법에 중대한 하자가 있어 무효이다.
- ③ 이 사건 3차 대출계약을 추인한 2011. 9. 17.자 정기총회는 주거전용면적 60㎡를 초과한 주택을 소유하여 조합장 자격을 상실한 M이 소집한 것이다. 특히 선행 행정판결은 조합장 직무대행인 원고 AG이 M에게 2011. 9. 17.자 정기총회 소집권한을 위임하였다고 판단하였으나, 이 사건 조합

정관에 따르면 원고 AG은 적법한 조합장 직무대행자가 아닐뿐더러, 2011. 7. 22.자 이사회에 참석하여 M에게 총회 소집권한을 위임한 사실도 없고, 2011. 9. 17.자 정기총회를 소집하기로 결의한 2011. 7. 22.자 이사회는 의사정족수를 충족하지 못하여 무효이다.

④ 2011. 9. 17.자 정기총회는 위법하게 조합원들을 탈퇴시키거나 추가 모집한 것으로 처리한 채 의결하여 의사정족수도 충족하지 못하였으며, 위 총회에서 이 사건 각 담보신탁계약에 관한 의결 역시 이루어지지 않았다.

⑤ 이러한 총회결의를 갈음하는 아무런 서면합의도 없었다.

3. 본안전항변에 관한 판단

가. 본안전항변의 요지: 채권자대위권의 행사요건에 관하여

1) 피보전채권의 부존재: 원고들이 조합에 대하여 부담금 반환채권 내지 손해배상채권을 가지고 있다는 사실이 증명되지 않았다. 특히 일부 원고들은 이 사건 조합 계좌가 아닌 M의 개인 계좌로 돈을 송금하였으므로, 이 사건 조합이 해당 원고들에 대하여 부담금 반환채권을 부담한다고 인정할 수 없다.

2) 보전의 필요성: 이 사건 조합은 무자력 상태가 아니다.

3) 채무자의 권리행사: 이 사건 조합은 이미 피고들을 상대로 이 사건 1, 2차 소유권이전등기의 말소등기를 청구하는 선행 민사소송을 제기하였다가 패소하였으므로, 이 사건 조합의 권리불행사 상태로 볼 수 없다.

나. 판단

1) 피보전채권의 존부에 관하여 가) 갑 제19 내지 146, 153호증(각 가지번호 포함)의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 이 사건 조합과 원고들 사이에 '조합원 공급(분양)계약서', '조합가입권리증', '부동산매매계약서' 등의 서류가 작성된 사실, ② 원고들은 각 서류에서 정한 부담금을 납부하였고, 이 사건 조합 조합원 명부에도 원고들의 이름이 기재되어 있는 사실, ③ 일부 원고들은 이 사건 조합 계좌가 아니라 M의 개인 계좌로 돈을 송금하였으나, 위 원고들의 경우에는 '조합원 공급(분양)계약서' 등에 은행계좌가 기재되어 있지 않거나 인쇄된 '은행계좌'란에 삭선이 그어져 있고 거기에 이 사건 조합 조합장 명의의 인장이 날인되어 있는 사실이 인정된다. 위 인정

사실에 의하면, 원고들이 이 사건 조합에 가입신청서를 제출하고 부담금을 납부하여 이 사건 조합으로부터 조합원 지위를 인정받은 사실을 인정할 수 있다.11나) 이 사건 조합 정관 제12조 제4항은 "탈퇴, 조합원자격의 상실, 제명 등으로 조합원의 지위를 상실한 자에 대하여는 조합원이 납입한 제 납입금에서 소정의 공동부담금을 공제한 잔액을 환급청구일로부터 30일 이내에 지급"한다고 규정하고 있으므로, 이 사건 조합에서 탈퇴·제명된 원고들은 이 사건 조합에 대하여 부담금 반환채권을 보유하고 있다. 한편 기초 사실에 의하면 이 사건 조합이 사업계획으로 정한 조합주택을 공급하는 것은 불가능하게 되었다고 봄이 타당하므로, 이 사건 변론종결일 현재 조합원인 원고들은 이 사건 조합을 상대로 위 주택 공급의무의 불이행으로 인한 손해배상채권을 보유하고 있다. 다) 결국 원고들 모두에 대하여 피보전채권이 인정된다.

2) 보전의 필요성(이 사건 조합의 무자력)에 관하여 기초 사실에 갑 제152, 191호증, 을 제1 내지 3, 31호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 조합은 이 사건 현황표 기재 각 부동산에 관한 소유권을 모두 상실하였고, 원고들을 비롯한 조합원들에게 부담금도 반환하지 못하고 있는 사실을 인정할 수 있으며, 달리 이를 반환할 자력이 있다고 볼 수도 없다. 이 사건 조합이 무자력 상태에 있음을 넉넉히 인정할 수 있으므로, 원고들이 이 사건 조합을 대위하여 소를 제기할 보전의 필요성은 인정된다.

3) 채무자의 권리행사 여부에 관하여 기초 사실 및 을 제1, 2, 3호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 조합은 피고들을 상대로 선행 민사소송에서 별지4 목록 '선행 민사소송'란 기재 토지에 관한 말소청구를 하였고, 위 토지는 이 사건에서 원고들이 말소를 구하는 이 사건 각 부동산과는 중복되지 않음을 알 수 있다. 따라서 이 사건 각 부동산에 관하여는 이 사건 조합이 이미 권리를 행사하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다. 소결론

피고들의 본안전항변은 모두 이유 없다.

4. 본안에 관한 판단

가. 이 사건 각 담보신탁계약에 총회 결의가 필요한지

1) 주택법에 의하여 설립된 지역주택조합인 이 사건 조합은 비법인사단에 해당하므로, 이 사건 각

부동산은 이 사건 조합원 전원의 총유에 속한다. 민법 제275조, 제276조 제1항은 총유물의 관리 및 처분에 관하여는 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 그에 의하되 정관이나 규약에서 정한 바가 없으면 사원총회의 결의에 의하도록 규정하고 있으므로, 이러한 절차를 거치지 아니한 총유물의 관리·처분행위는 무효이다.

한편 신탁법상의 신탁은 위탁자가 수탁자에게 특정의 재산권을 이전하거나 기타의 처분을 하여 수탁자로 하여금 신탁 목적을 위하여 그 재산권을 관리·처분하게 하는 것이므로, 부동산의 신탁에 있어서 수탁자 앞으로 소유권이전등기를 마치게 되면 대내외적으로 소유권이 수탁자에게 완전히 이전되고, 위탁자와의 내부관계에 있어서 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것은 아니다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012다33174 판결 등 참조).

2) 위 법리에 비추어 보건대, 이 사건 각 담보신탁계약은 위탁자인 이 사건 조합이 수탁자인 H에 이 사건 각 부동산의 소유권을 이전하는 것으로서 총유재산의 처분행위에 해당한다. 따라서 이 사건 각 담보신탁계약을 체결하기 위해서는 이 사건 조합의 총회결의가 필요하다.

3) 피고들은 이 사건 조합 정관 제46조 제3항 제1호("다음 각 호의 등기를 하는 경우에는 민법 제276조 제1항과 부동산등기법 시행규칙 제56조 제3호에 의한 조합원 총회의 의결은 별도로 받지 아니한다. 1. 조합이 사업 부지를 매입하는 경우 및 신탁을 원인으로 하는 등기")를 들어 이 사건 각 담보신탁계약에는 총회결의가 필요하지 않다고 주장한다.

그러나 위 정관 제46조 제3항 제1호에서 말하는 '신탁등기'는, 조합원 소유로 되어 있는 사업시행구역 안의 부동산을 사업시행자인 조합 앞으로 이전하여 조합이 관리·처분하게 하는 의미의 신탁등기에 한정되는 것으로 해석하는 것이 타당하며, 위 규정을 이 사건과 같이 관리신탁이 아닌 담보신탁의 경우에도 총회결의를 받지 않아도 된다는 의미로 해석되지 않는다. 피고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 이 사건 각 담보신탁계약에 관한 총회 결의의 존재 여부

1) 2011. 6. 6.자 임시총회 결의에 관하여 기초 사실에 갑 제10, 11호증, 을 제6, 31호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 보태어 인정할 수 있는 다음 사정들을 종합하여 보면, 2011. 6. 6.자 임시총회 결의는 의결정족수를 충족하였다고 보기 부족하여 무효라고 봄이 타당하다.

- ① 원고 AG은 '조합장 직무대행자'로서 2011. 6. 6.자 임시총회를 주재하였고, 제1호 안건 '금융차입의 대환 및 연장의 건'에 관하여 '찬성 140표, 반대 133표로 가결되었다'고 선포하였다.
- ② 그러나 위 임시총회 성원 보고 당시 직접 출석한 조합원과 서면동의서를 제출한 조합원의 집계가 중복되어 총 출석 조합원이 502명(직접출석자 259명 + 서면동의서 제출자 243명)으로 산출되어, 원고 AG이 '오늘 현재 조합원 숫자'라고 말한 484명을 초과하는 것으로 나타났다. 이에 관하여 원고 AG도 '중복 인원이 많아 정확한 인원을 알 수 없다'고 말하였다(갑 제10호증 3, 4쪽).
- ③ 비상대책위원장인 BJ과 원고 AG 쌍방의 도장이 날인된 투표용지만 유효하게 취급하기로 한 과정에서 투표용지의 유효성에 관하여 다툼이 있었고, 인감증명서가 첨부되지 않은 서면동의서의 효력 여부에 관하여도 문제가 제기되었다.
- ④ 이후 개최된 2011. 9. 17.자 정기총회에서는 위와 같은 여러 문제로 인하여 2011. 6. 6.자 임시총회에서 상정된 이 사건 3차 대출계약에 관한 안건이 부결된 것으로 정리하고(갑 제11호증 2쪽) 재차 이에 대한 결의를 진행하였다.

2) 2011. 9. 17.자 정기총회 결의에 관하여 가) 인정 사실

다음 사실은 갑 제10 내지 13, 17, 184, 185, 187, 188, 190, 195호증(각 가지번호 포함), 을 제1, 2, 3, 6, 7, 31호증의 각 기재 및 형상에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

(1) M의 조합장 자격을 둘러싼 의혹의 발생

- ① M은 이 사건 조합의 용역대행자로서 위 조합의 지역주택조합 사업에 참여하게 되었고, 이 사건 조합이 F과 최초 이 사건 대출협약을 체결하고 조합원 가입신청서를 징구하던 2007. 7.경부터 계속 조합장으로 근무하여 왔다.
- ② 이 사건 조합 정관 제8조는 조합원의 자격을 '주택조합설립인가신청일부터 당해 조합주택의 입주 가능일까지 주택을 소유하지 않거나 주거전용면적 60㎡ 이하의 주택 1채를 소유한 세대주인 자'로 규정하면서, 제12조 제2항에서 "관계법령 및 이 규약에서 정하는 조합원 자격에 해당하지 않게 된 자의 조합원 자격은 자동 상실된다"고 정하고 있다(갑 제12호증의 2).
- ③ M은 2009. 4. 30. 서울 동작구 BK 등 5개 필지 지상에 건축된 BL, BM호(지상 3층, 지하 1층으로 구성되어 있다. 이하 통틀어 '이 사건 주택'이라고 한다)에 관한 소유권이전등기를 마쳤다가 2009. 8.

12. BN에게 위 주택의 소유권을 이전하였는데, 당시 이 사건 주택의 등기사항전부증명서와 건축물대장에는 전유부분이 총 90.33m^2 (= 3층 67.75m^2 + 지하실 22.58m^2)라고 기재되어 있었다(갑 제13호증의 1, 2).

④ 이러한 사실이 이 사건 조합에 알려지자 조합원들 중 일부로 구성된 비상대책위원회가 M의 조합장 자격과 불투명한 회계처리 등에 관하여 이의를 제기하였고, BO은행 여신 담당부서에서 근무하면서 이 사건 조합의 이사를 겸직하던 원고 AG이 2011. 5. 30.경부터 '조합장 직무대행자' 역할을 수행하기 시작하였다.

⑤ 원고 AG은 2011. 5. 30. '조합장 직무대행 원고 AG'의 명의로 2011. 6. 6.자 임시총회를 공고하였다. 한편 이 사건 조합의 비상대책위원회는 2011. 5. 31. G에 M이 조합장 자격을 상실하였다고 알리고, 2011. 6. 1. M을 업무상횡령 등 혐의로 고소하였다.

(2) 원고 AG의 2011. 6. 6.자 임시총회 진행 실패와 총회 소집 무산

① 원고 AG은 '조합장 직무대행자'로서 2011. 6. 6.자 임시총회를 주재하였다. 위 총회에서는 2011. 6. 10. 만기가 도래하는 이 사건 2차 대출금 1,800억 원과 이에 대한 금융비용 200억 원 등을 대환 대출하는 안건의 승인 여부 등이 논의되었고, 원고 AG은 위 안건이 '찬성 140표, 반대 133표로 가결되었다'고 선포하기도 하였다. 그러나 위 총회에서 이 사건 조합 비상대책위원회와 원고 AG 사이에, 시공사를 G로 유지할 것인지, 이 사건 조합의 회계처리가 적정한지, 동작구청장의 인가를 받지 못한 추가모집 조합원 197명이 의결권을 가지는지 등을 둘러싼 논쟁이 발생하였다(갑 제10호증).

② 2011. 6. 6.자 임시총회에서 '가결되었다'고 선포한 2,000억 원에 관하여, 원고 AG은 '조합장 직무대행자'로서 2011. 6. 9. AH 등으로부터 1,800억 원, AR 유한회사로부터 200억 원 합계 2,000억 원을 대출받는 이 사건 3차 대출계약을 체결하였다. 위 각 대출계약은 '이 사건 조합이 계약 체결일로부터 5개월 내에 적법한 총회 소집 절차를 거쳐 조합원 총회를 소집하여 조합장을 새로 선임하고, 대출약정과 관련한 담보의 제공 등을 추인하는 내용의 결의를 하여야 하며, 이러한 의무를 이행하지 않았을 경우 이 사건 조합이 기한의 이익을 상실한다'고 규정하였다(갑 제8호증의 1 제13조 제15항, 갑 제8호증의 2 제9조 13항).

③ 원고 AG은 2011. 6. 22. 21시경 '조합장 권한대행'으로서 이사회를 개최하여 이 사건 조합의 이사였던 원고 BP의 출석 하에 '2011. 7. 9. 임시총회를 개최하여 조합장 선출의 건(제1호), 조합임원(감사, 이사, 대의원) 해임 및 선출의 건(제2호), 이 사건 3차 대출계약 등 추인의 건(제3호)을12상정할 것'을 의결하였고, 같은 날 22시경 대의원회 결의를 거쳐 그 다음 날인 2011. 6. 23. 이러한 내용을 이 사건 조합원들에게 공고하였다(갑 제187호증의 1 내지 3). 그러나 위 2011. 7. 9.자 임시총회의 개최는 무산되었다.

④ 원고 AG은 2011. 7. 6. 22시경 다시 이사회를 개최하여 원고 BP의 출석 하에 '위 제1 내지 3호 안건을 논의하는 2011. 7. 16.자 임시총회를 개최'하기로 의결하면서, 다만 '위 안건 중 조합장 및 조합임원의 선출에 관한 부분은 M이 조합원 자격을 상실한 것을 전제로 한 것이므로, 이러한 사유가 무효가 될 경우에는 위 안건도 상정하지 않기'로 의결하였다(갑 제188호증의 1). 이후 원고 AG은 2011. 7. 8. 위 제1 내지 3호 안건을 상정 안건으로 하는 2011. 7. 16.자 임시총회 소집을 공고하였으나(갑 제188호증의 2), 2011. 7. 15. 서울중앙지방법원 2011카합1783호로 '위 공고는 동작구청장으로부터 인가를 받지 못한 조합원들에 대한 소집절차를 누락하여 이들의 의결권을 침해한다'는 이유에서 위 총회의 결의 효력을 정지하는 가처분이 내려졌고(갑 제195호증), 이에 위 2011. 7. 16.자 임시총회의 개최도 무산되었다.

(3) 2011. 9. 17.자 정기총회의 소집 과정

① 원고 AG이 공고한 임시총회가 모두 개최되지 못하자, G은 2011. 7. 20. 이 사건 조합에게 '2011. 7. 16.자 임시총회가 무산되어 조합임원 선출 및 PF대출 추인 등 안건이 결의되지 않아 조합 정상화가 지연되고 있다. 조속한 시일 내에 위 안건의 결의가 반드시 필요한 상황이다. 이에 관하여 협의하고자 2011. 7. 21. 회의를 개최하고자 한다'는 취지의 내용증명을 보냈다(갑 제185호증의 2, 다만 위 공고에 따른 공식 회의가 열렸다고 인정할 증거는 없다).

② 이 사건 조합의 2011. 9. 17.자 정기총회에 관한 이사회 의사록이 2011. 7. 22.자로 작성되었다(을 제7호증). 여기에는 '위 이사회가 조합장 M의 주재 아래 2011. 7. 22. 오후 8시 30분경 개최되었고, 시공사의 선정 등에 관한 안건(제1호), 이 사건 3차 대출계약 추인의 건(제2호), 조합장 해임 및 선출의 건(제4호), 조합임원 해임 및 선출의 건(제5호) 등을 논의하기 위한

정기총회를 2011. 9. 17. 개최하기로 의결하였다'고 기재되어 있다. 위 의사록 하단에 인쇄된 원고 AG의 이름 옆에는 서명이 되어 있고, 원고 BP의 이름 옆에는 위 원고의 인영이 막도장으로 현출되어 있다.

DOCUMENT: 2011년 7월 22.일자 이사회 의사록(이미지 생략)

③ M은 2011. 7. 23. '이 사건 조합 조합장 M' 명의로 2011. 9. 17.자 정기총회 소집을 공고하였다(갑 제190호증).

④ G은 2011. 7. 28. 이 사건 조합에게 '원고 AG이 2011. 5. 30.부터 조합장 직무대행으로서 조합 업무를 수행하여 왔으나, 조합장의 자격이 없는 M이 조합장의 자격을 명시하면서 2011. 9. 17.자 정기총회 소집 공고를 하였다. 조합의 명확한 해명과 조합의 대표자로서 주장할 수 있는 자료 등을 신속히 요청한다.'는 내용증명을 보냈다(갑 제17호증의 1).

⑤ 위 2011. 7. 16.자 임시총회에 관한 가처분에서 지적된 비인가 조합원 대한 의결권 침해 문제에 관하여(위 (2)의 ④항), M은 2011. 8. 10. '이 사건 조합 조합장 M' 명의로 동작구청장에게 추가 모집한 조합원 201명 등에 관한 주택조합 변경인가를 신청하였다(갑 제16호증).

⑥ G은 2011. 8. 24. M, 원고 AG 등과 2011. 9. 17.자 정기총회 개최 등을 논의하기 위한 회의를 개최하였다. 위 회의 당시 다음과 같은 회의록이 작성되었다.

DOCUMENT: 2011년 8월 23.일자 C 지역주택조합 협의사항 회의록(이미지 생략)

⑦ G은 2011. 9. 6. 이 사건 조합에게 '2011. 8. 24.자 회의에 따라 총회 개최를 위한 선행사항(변경인가, 건축물대장 정정, 이사회, 대의원회 개최 등)을 완료하여 적법한 절차에 의거한 재공고를 하도록 합의하였으나 조합이 이를 이행하지 않고 있다. 회의 시 합의한 내용대로 M과 원고 AG이 연명으로 총회를 재공고할 것을 촉구한다.'고 통보하였다(갑 제17호증의 2). 그러나 원고 AG은 M과 연명으로 총회를 재공고하지 않았다.

(4) 2011. 9. 17.자 정기총회의 진행

2011. 9. 17.자 정기총회는 M의 주재 하에 진행되었고, 원고 AG도 참석하였다. 당시 이 사건 조합은 전체 조합원을 460명으로 보고, 그중 240명이 참석하였으므로 이 사건 조합의 정관 제24조 제1항에서 정한 "재적조합원 과반수"의 의사정족수가 충족되었다고 보아 총회를 진행한 끝에(갑

제11호증 1쪽) 이 사건 3차 대출계약의 추인 안건을 의결하였다(35쪽).

나) M이 '적법한 조합장'으로서 총회를 소집한 것인지: 부정

인정 사실에서 본 바와 같이, 이 사건 조합 정관은 주거전용면적 60㎡를 넘는 주택을 소유하였을 경우 조합원의 자격이 자동 상실된다고 정하고 있다. M은 2009. 4. 30. 이 사건 주택의 소유권을 취득하였는데, 다음과 같이 이 사건 주택의 주거전용면적은 84.09㎡ (= 2011. 9. 16. 당시 건축물대장에 전유부분으로 표시된 57.03㎡ + 지하층 22.58㎡ + 벽체 4.48㎡)라고 보아야 하므로, M은 2011. 9. 17.자 정기총회 당시 조합원의 자격을 상실하여 조합장 자격이 없었다고 봄이 타당하다. 따라서 M이 '적법한 조합장'으로서 2011. 9. 17.자 정기총회를 소집하였다고 볼 수는 없다.

(1) 이 사건 주택의 주거전용면적 60㎡ 초과 여부

(가) 지하실 22.58㎡: 포함 O

1986. 1.경 이 사건 주택이 준공될 당시 시행되던 구 주택건설촉진법 시행규칙(1993. 7. 8. 건설부령 제531호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 주택건설촉진법 시행규칙'이라고만 한다) 제17조 제1항은 "영 제30조 제1항에 규정된 주택의 단위규모는 호당 또는 세대당 주거전용면적을 뜻한다"고 규정하고, 제2항 제2호는 공동주택의 주거전용면적을 산정할 경우 '계단·지하실 등 2세대 이상이 공동으로 사용하거나 주거의 용도에 직접 쓰이지 않는 공용부분의 면적을 제외해야 한다'고 규정한다. 그런데 갑 제13, 178 내지 183, 202 내지 205호증(각 가지번호 포함)의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지를 보태어 인정할 수 있는 다음 사정들 즉 ① 이 사건 주택의 준공 무렵 작성된 건축물대장은 지하층 22.58㎡를 전유부분으로 표시하고 있는 점(갑 제13호증의 2), ② 이 사건 주택에 관한 등기사항전부증명서는 지하층 부분을 '부속건물'로 기재하면서 각 호수를 '지하실 BQ호' 등으로 다르게 표시하고 있어, 준공 당시부터 35세대가 각 지하층 방실을 나누어 점유하였던 것으로 보이는 점(갑 제13호증의 1), ③ 동작구청장도 BL의 소유자들이 지하층의 각 방실을 각자 소유한다는 전제 아래 과세하여 온 점(갑 제180, 183호증), ④ BL의 소유자들이 지하층만을 별도로 제3자에게 임대하기도 한 점(갑 제179호증), ⑤ BL 지하층이 주거의 용도로 직접 사용된 흔적 역시 발견되는 점(갑 제178호증) 등을 종합하여 보면, 이 사건 주택 지하실 22.58㎡는 1세대만이 단독으로

사용하면서 주거의 용도에 직접 쓰이는 부분이라고 충분히 인정할 수 있으므로, 위 22.58m²는 이 사건 주택의 주거전용면적에 포함되어야 한다.

(나) 계단실 6.24m²: 포함 X

갑 제159호증의 2, 160호증의 2의 기재에 의하면, 계단실 6.24m²는 이 사건 주택의 현관 외부에 설치된 계단 부분으로서 여러 세대의 이동을 위해 사용되는 것으로 보이므로, 2세대 이상이 공용으로 사용하는 계단실의 면적을 주거전용면적 산정 시 제외하도록 규정한 구 주택건설촉진법 시행규칙 제17조 제2항 제2호에 따라 주거전용면적에서 제외되어야 한다.

(다) 벽체 4.48m²: 포함 O

구 주택건설촉진법 시행규칙 제17조 제2항 제2호는 공동주택의 주거전용면적을 "구 건축법 시행령 제101조 제1항 제3호의 규정에 의한 바닥면적을 기준"으로 산정한다고 규정하고, BL의 준공 당시 시행되던 구 건축법 시행령(1986. 12. 29. 대통령령 12022호로 개정되기 전의 것) 제101조 제1항 제3호는 "벽·기둥 기타 이와 유사한 구획의 중심선으로 둘러싸인 부분의 수평투영면적"을 바닥면적으로 한다고 규정하고 있다. 따라서 이 사건 주택 3층 외벽의 내부선으로부터 중심선에 이르기까지의 벽체 면적 4.48m²는 주거전용면적에 포함되어야 한다.

(2) 피고들의 주장에 관한 판단

이에 대하여 피고들은 ① M이 2009. 8. 12. 이 사건 주택을 매도함에 따라 조합원의 자격을 회복하였거나, 2011. 9. 17.자 정기총회에서 M의 해임 안건이 부결되었는데, 이는 이 사건 조합이 정관 및 주택법령의 규정과 무관하게 M의 조합원 자격을 인정하기로 한 것이므로, M이 2011. 9. 17.자 정기총회 당시 적법한 조합장의 자격이 있었다고 주장한다.

그러나 인정 사실에 비추어 알 수 있는 다음 사정들 즉 ① 이 사건 조합 정관 제8조 가호에 따르면 조합원의 자격은 '주택조합설립인가신청일부터 당해 조합주택의 입주 가능일까지' 유지되어야 하는 것이고, 달리 주택을 매도하면 조합원의 자격이 다시 회복된다는 규정은 없는 점, ② 2011. 9. 17.자 정기총회에서는 M이 보유한 이 사건 주택의 주거전용면적이 57.03m²로 표시변경되었다는 점을 확인한 다음 M에 대한 해임 안건이 부결된 것이어서(갑 제11호증 45~50쪽), 이 사건 조합이 정관 및 주택법령과 무관하게 M의 조합원 자격을 인정하기로 하였다고 보기 어려운 점 등에 의하면, 피고들의

주장은 받아들이기 어렵다.

다) 소집권 없는 사람이 소집한 총회로 그 결의가 무효인지: 부정

(1) 관련 법리

소집권한 없는 자에 의한 총회소집이라고 하더라도 소집권자가 소집에 동의하여 그로 하여금 소집하게 한 경우에는 이를 권한 없는 자의 소집이라고 볼 수 없다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다51454 판결 참조).

한편 민사소송의 수소법원이 관련 확정판결의 사실인정에 구속되는 것은 아니지만, 관련 확정판결에서 인정한 사실은 민사소송에서도 유력한 증거자료가 되므로, 민사소송에서 제출된 다른 증거들에 비추어 관련 확정판결의 사실 판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한, 이와 반대되는 사실은 인정할 수 없다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다92312, 92329 판결, 대법원 2019. 7. 4. 선고 2018두66869 판결 법리 참조). 특히 전후 두 개의 소송이 당사자가 같고 분쟁의 기초가 된 사실도 같으나 다만 소송물이 달라 기판력에 저촉되지 아니한 결과 새로운 청구를 할 수 있는 경우에 있어서는 더욱 그러하다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다48964, 48971 판결 등 참조).

(2) 판단

위 법리에 비추어 보건대, 앞서 본 인정사실과 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음 사정들에 의하면, M은 적법한 소집권자인 원고 AG의 동의 아래 2011. 9. 17. 정기총회를 소집하였다고 보기에 충분하므로, 위 총회가 소집권 없는 사람에 의하여 소집되었다고 볼 수 없다.

(가) 원고 AG이 적법한 조합장 직무대행자였는지: 인정

이 사건 조합 정관 제19조 제6항이 "조합장이 유고로 인하여 그 직무를 수행할 수 없는 때에는 이사 중에서 연장자 순에 의하여 그 직무를 대행한다"고 규정하고 있고(갑 제12호증의 2), 2011. 9. 17. 정기총회 무렵 이 사건 조합 이사로는 원고 BP(1953년생), 소외 BR(1960년생)와 원고 AG(1963년생)이 재직하고 있었던 것으로 보이기는 한다(갑 제186호증의 1, 2, 제211호증).

그러나 ① 원고 AG이 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 발언하였던 점(갑 제10호증 12쪽), ② 최연장자인 원고 BP는 원고 AG이 '조합장 직무대행'으로서 2011. 6. 22., 2011. 7. 6. 이사회를 개최, 주재하는 과정에서 아무런 이의를 제기하지 않고 참여하였던 점(갑 제187호증의 1, 188호증의 1, 217호증), ③ 소외 BR가 원고 AG의 직무대행에 이의를 제기하였다고 인정할 아무런 증거가 없는 점 등에 비추어 보면, 연장자인 원고 BP와 소외 BR가 조합장 직무대행을 수행하기 어렵다는 의사를 명시적 또는 묵시적으로 표시함에 따라 원고 AG이 이 사건 조합장의 직무를 대행하게 되었다고 봄이 타당하므로, 적법한 직무대행자의 자격이 있다고 보아야 한다. 이와 달리 원고 BP나 소외 BR가 이 사건 조합 이사직에서 사임하지 않은 상태에서는 원고 AG이 직무대행자가 될 수 없다는 원고들의 주장은 받아들이기 어렵다.

(나) 원고 AG이 2011. 9. 17.자 정기총회 소집에 동의하였는지: 인정

① 이 사건 조합의 사업과 총회 소집을 둘러싼 상황

원고 AG은 2011. 6. 6.자 임시총회가 개최되기 직전인 2011. 5. 30.경부터 이 사건 조합의 조합장 직무대행자 역할을 수행하기 시작하였다. 2011. 6. 6.자 임시총회 당시 이 사건 2차 대출 원금 중 1,800억 원의 만기가 4일 후인 2011. 6. 10. 도래할 예정이었는데, 이에 관하여 체결된 2010. 6. 10.자 담보신탁계약은 특약조건 제8조 제2항에서 '이 사건 조합의 채무불이행시 우선수익자의 요청에 따라 신탁부동산을 처분할 수 있다'고 규정하였기 때문에(갑 제7호증 16쪽), 이 사건 조합이 2011. 6. 10.까지 위 대출원금 등을 갚지 못할 경우 H에 신탁한 부동산의 소유권을 상실할 우려가 있었다.

원고 AG은 2011. 6. 6.자 임시총회에서 이 사건 사업부지의 소유권을 상실할 수 있는 상황임을 피력하면서 이 사건 3차 대출계약 체결을 승인하여 줄 것을 요청하였고(갑 제10호증 23~24쪽), 위 안건이 '찬성 140표, 반대 133표로 가결되었다'고 선포하기도 하였으나, 이 사건 조합의 부실한 운영과 추가모집 조합원의 의결권에 관한 다툼이 발생하였다.

그리하여 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. 이에 따라 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 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 개최할 것을 독촉하기도 하였다. 따라서 원고 AG으로서도 어쨌든 총회를 소집하여 이 사건 3차 대출계약을 추인해야 할 만한 절박한 필요가 있었다고 봄이 타당하다.

한편 2011. 7. 중순경 BN이 이 사건 주택의 건축물대장 표시정정을 처음 신청함에 따라 이 사건 조합 조합원들이 동작구청장에게 M의 조합원 자격을 심사하여 줄 것을 요청하는 등 M의 복권 가능성이 논의되었다. 원고 AG이 2011. 7. 6. 개최한 이사회에서도 '2011. 7. 16.자 임시총회에 조합장 선출 안건을 상정하기로 하면서도 M이 조합장 자격을 상실하지 않았을 경우에는 이를 무효화하기로 하는 결의'가 이루어지기도 하였다.

② 원고 AG, BP의 2011. 7. 22.자 이사회 참석 여부: 인정

이러한 상황에서 2011. 7. 22. 작성된 이사회 의사록(을 제7호증)의 하단에는 원고 AG의 기명과 서명, 원고 BP의 인영이 막도장으로 현출되어 있다. 이에 관하여 원고 AG은 '2011. 7. 22. 이사회에 참석하거나 이에 관한 이사회 의사록에 서명한 적이 없다'는 내용의 사실확인서를, 원고 BP는 '2011. 7. 22. 이사회에 참석한 사실이 없고, 이에 관한 이사회 의사록에 찍혀 있는 막도장을 새긴 사실도 없다'는 내용의 사실확인서를 각 제출하기는 하였다(갑 제186호증의 1, 2, 제217호증).

그러나 2011. 7. 22.자 이사회 의사록에 현출된 원고 AG의 기명과 서명은 원고 AG이 자서한 2011. 6. 22.자 이사회 회의록(갑 제187호증의 1), 2011. 7. 6.자 이사회 회의록(갑 제188호증의 1), 2011. 8. 24.자 회의록(을 제30호증)의 필체 및 서명과 매우 유사하다.13여기에다가 앞서 본 2011. 7. 중순경까지 이 사건 조합의 사업과 총회 소집을 둘러싼 상황까지 더하여 보면, 2011. 7. 22.자 이사회 의사록에 서명한 사실이 없다는 원고 AG 사실확인서의 내용은 그대로 믿기 어렵고, 원고 AG이 2011. 7. 22. 이 사건 조합의 이사회에 출석하여 안건을 결의하고 이에 관한 의사록에 직접

서명하였다고 충분히 인정할 수 있다.

이에 관하여 원고들은 원고 AG이 2011. 7. 22. 서울 마포구 BS에 있는 근무지에서 20:41:57경 퇴근하였으므로(갑 제215, 216호증), 14서울 동작구 BT 조합 사무실에서 '오후 8시 30분'에 개최되었다고 기재되어 있는 2011. 7. 22.자 이사회에는 참석할 수도, 이사회 의사록에 서명할 수도 없었다는 취지로 주장하나, 그 거리 및 시간적 간격 등을 고려하더라도, 원고들이 주장하는 사정만으로는 앞서의 사실인정을 뒤집기에 부족하다.

한편 원고 AG이 서명한 2011. 7. 22.자 이사회 의사록에는 '이사 총수: 3명, 출석이사수: 2명'이라고 기재되어 있고, 원고 BP는 2011. 9. 17.자 정기총회 개최에 관하여 아무런 이의를 제기하지 아니하였고 오히려 배우자를 통해 2011. 9. 17.자 정기총회에서 의결권을 행사한 사실을 인정할 수 있으므로(갑 제11호증 50쪽), 이에 의하여 원고 BP가 위 이사회에 참석한 사실도 인정할 수 있다. 그 인영이 막도장에 의한 것이라는 사실만으로는 위와 같은 사실인정을 뒤집기에 부족하다.

③ 2011. 9. 17.자 정기총회 소집 절차에 관하여

이처럼 원고 AG은 여러 차례 '조합장 직무대행'으로서 이 사건 조합의 총회를 직접 소집하는 데 실패하고 이 사건 3차 대출계약에서 정한 총회의 추진결의 기한도 다가오는 상황에서, 2011. 7. 22.자 이사회에 참석하였다. 위 이사회에서는 이 사건 3차 대출계약의 추진 및 조합장의 해임과 선출 등의 안건을 논의하기 위한 2011. 9. 17.자 정기총회를 개최하기로 결의하였고, M은 그 다음 날인 2011. 7. 23. 위 이사회 결의에 따라 2011. 9. 17.자 정기총회 소집을 공고하였으므로, 이로써 원고 AG, 원고 BP는 M의 총회 소집에 동의하였다고 볼 수 있다. 또한 원고 AG이 서명한 2011. 7. 6.자 이사회 의사록(갑 제188호증의 1), 2011. 7. 22.자 이사회 의사록에는 '이사 총수: 3명, 출석이사수: 2명'이라고 기재되어 있으므로, 이로써 이사회 의결정족수를 충족한 사실도 인정할 수 있다.

이에 관하여 원고들은 이 사건 조합 정관 제26조 제1호는 대의원회의 직무로 "총회 부의안건의 사전심의"를 규정하고 있는데, 2011. 9. 17.자 정기총회에 관하여는 대의원회의 사전심의를 거치지 않았으므로 소집 절차에 하자가 있다는 취지로도 주장한다. 그러나 이 사건 조합 정관 제22조 제6항은 '총회를 개최하는 경우 미리 이사회의 의결을 거쳐야 한다'고는 규정하고 있으나 대의원회의 의결을 거쳐야 한다고는 규정하고 있지 않은 점에 비추어 보면, 대의원회의 사전'심의'를 거치지

않았다는 사정만으로 그 소집 절차에 이 사건 조합 정관을 위반한 하자가 있다고 보기는 어렵다.

③ 원고 AG의 2011. 9. 17.자 정기총회에서의 발언

M이 주재한 2011. 9. 17.자 정기총회에 참석한 원고 AG은, M이 제안한 안건의 논의 순서에 관한 이의가 제기되자 "정말 3개월 전으로 한 번 돌아갔으면 하는 생각이 듭니다. 그때까지만 하더라도 얼마의 가격인지는 중요하지 않고 사업이 실체화되는 것만을 바랐습니다. 그런데 지금 3개의 시공사를 가지고 서면결의를 한다면 언제 시공사를 결정하겠습니까? 지금 정말 우리는 배부른 소리를 하고 있는 겁니다. 석 달 전에 우리가 어떻게 했었습니까? 조합장님의 제안을 그대로 수용하기를 바랍니다."라고 말하였고, 조합임원을 선출하는 안건을 논의하는 과정에서는 "6월 초로 다시 돌아가서는 안 되겠다는 심정이고 오늘 조합장님께서 11월 달에 착공을 하겠다고 하시니까 기쁘기도 합니다. 조금만 더 힘을 실어주시면 최고의 주거지가 지어지지 않을까 생각합니다."라고 말하기도 하였다(갑 제11호증 32, 50쪽). 이러한 발언 내용에 비추어 보면, 원고 AG은 단순히 M의 총회 진행에 관하여 이의를 제기하지 않는 것을 넘어 M이 2011. 9. 17.자 정기총회를 소집하고 이를 진행하는 데 적극적으로 동의하였다고 봄이 타당하다.

또한 위와 같은 발언 내용 등에 비추어 볼 때, G이 2011. 9. 6. 원고 AG에게 M과 연명으로 2011. 9. 17.자 정기총회 소집을 재공고할 것을 요청하였으나 원고 AG이 이를 이행하지 않았다는 사정만으로는, 원고 AG이 2011. 9. 17.자 정기총회 소집에 동의하였다는 앞서의 사실인정을 뒤집기에 부족하다.

라) 의사정족수의 충족 여부: 인정

2011. 9. 17.자 정기총회 당시 총 조합원은 467명(= 조합설립인가 당시 조합원 407명 - 탈퇴 조합원 120명 + 추가모집 조합원 180명)인데, 그중 240명이 위 총회에 참석한 사실은 앞서 본 바와 같다. 따라서 2011. 9. 17.자 정기총회는 이 사건 조합의 정관 제24조 제1항이 규정한 의사정족수(= 재적조합원 과반수)를 충족하였다고 봄이 타당하다. 구체적인 판단 이유는 다음과 같다.

(1) 조합설립인가 당시: 407명(갑 제1호증)

(2) 2011. 5. 24. 무렵까지 탈퇴한 조합원: 120명

갑 제1, 14, 15, 221호증, 을 제17호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 2008. 11.

17. 조합설립인가 당시 이 사건 조합의 조합원은 407명이었으나, 2010. 7. 20. 조합원 중 102명이, 2011. 4. 20.까지 추가로 18명이, 2011. 9. 5.까지 추가로 7명이 각 탈퇴 의사를 표시한 사실, ② 동작구청장은 2010. 7. 22. 당시 조합원이 305명임을 전제로 205명의 추가모집을 승인한 사실, ③ 이 사건 조합은 2011. 5. 24.자 대의원회에서 "제3호 안건: 총회 조합원 정족수 산정의 건"에 관하여 "인가조합원 287명, 예비조합원 197명(추후 인가 시 변동 가능), 총 조합원 484명"이라는 내용의 결의를 한 사실을 인정할 수 있다.

위 인가조합원 287명은 조합설립인가 당시의 조합원 407명 중 2011. 5. 24. 무렵까지 탈퇴의 의사를 표시한 120명을 제외한 숫자와 동일하므로, 이로써 이 사건 조합은 조합원 120명의 탈퇴를 승인하였다(한편 2011. 9. 5.까지 탈퇴 의사를 표시한 7명에 관하여는 대의원회 결의가 없었던 것으로 보이므로, 2011. 9. 17.자 정기총회 당시 위 조합원 7명의 탈퇴는 인정되지 않는다).

이에 관하여 원고들은 위 2011. 5. 24.자 대의원회는 소집 권한 없는 M에 의하여 소집된 것이므로, 그 탈퇴 의결도 무효라는 취지로 주장한다. 그러나 ① 2011. 5. 24.자 대의원회는 M의 조합장 자격에 관한 논란이 본격화되기 이전의 시점에 소집된 것으로 보이는 점, ② 위 대의원회에서 M의 조합장 자격이나, 위 120명에 대한 탈퇴 승인에 관하여 이의가 제기되었다고 볼 만한 아무런 근거가 없는 점, ③ 2011. 6. 6.자 임시총회 및 2011. 9. 17.자 정기총회도 모두 위 대의원회에서 이루어진 탈퇴의 효력을 인정하는 전제 아래 개최되었고, 이에 관한 아무런 이의도 제기되지 않았던 점, ④

2010. 7. 22.자 동작구청장의 조합원 추가모집 승인도 조합원들이 이미 상당수 탈퇴하였음을 전제로 이루어진 것으로 보이는 점, ⑤ 자발적으로 탈퇴의사를 밝히고 조합활동을 중단하고자 한 사람들에게 대한 탈퇴 승인 결의에 관하여, M이 소집 권한이 없었다는 이유만으로 탈퇴의 효력을 인정하지 않는 것은 조합과 관련된 법률관계를 불안정하게 할 우려가 큰 점 등의 사정을 종합하면, 원고들의 주장은 받아들이기 어렵다.

(3) 추가모집 조합원: 180명(갑 제221호증)

(4) BV 등 21명: 부정

원고들은 이 사건 조합이 2011. 9. 17.자 정기총회까지 BV 등 21명의 조합원을 추가모집하였고, 위 21명은 2011. 9. 17. 이전에 부담금 등을 모두 납부하였으므로, 위 21명도 2011. 9. 17.자

정기총회 당시의 조합원에 포함되어야 한다는 취지로 주장한다.

그러나 갑 제16, 200호증의 1, 2, 제221, 222호증의 1 내지 22의 각 기재에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉 ① BW, BX 2명은 2011. 4. 20. 무렵까지 이 사건 조합을 탈퇴하여 변경인가까지 이루어진 점(갑 제221호증), ② BV, BY, BZ, CA, CB, CC, CD, CE, CF, CG 10명은 세대주 요건 미충족, 서류 미비, 불일치 등으로 '201명 변경인가 탈락자'로 분류된 점(갑 제200호증의 1, 2), ③ CH, CI, CJ, CK 4명에 관하여, CL, CM, CN, CO이 세대주 요건 미충족 등으로 '201명 변경인가 탈락자'로 분류되었고, 이후 위 CH 등 4명으로 조합원 지위가 각 양도되거나 명의변경된 점, ④ CP, CQ, CR, CS 4명도 조합원 지위를 주장하는 자와 가입신청서 등에 기재된 명의인, 입금자 명의가 일치하지 않는 점(갑 제222호증의 4, 14, 16, 22), ⑤ CT는 M으로부터 '조합가입 권리증'을 교부받았는데, 거기에는 '상기인은 주택조합 조합원 권리자임을 확인합니다. 3. 주택조합 가입자는 관계법령에서 정하는 자격을 갖추어야 한다. * 조합원으로 안 될 시에는 납입금에 대하여는 연 12%의 금리를 가산하여 조합에서 반환하여 주기로 한다.' 등의 문언이 기재되어 있는 점(갑 제222호증의 17), ⑥ 이에 관하여 원고들도 "지역주택조합의 조합원 자격심사는 관할구청 담당자가 1차로 심사하고, 국토교통부 조회를 통해 결격사유가 없으면 조합원 명부에 등재하는 절차로 진행된다"고 15절명한 점(2019. 11. 29.자 준비서면 4쪽) 등을 종합하여 보면, 2011. 9. 17.자 정기총회 당시까지도 위 21명은 세대주 요건 미충족, 서류 미비, 명의 불일치 등으로 이 사건 조합 정관에서 정한 조합원 자격이 있다는 점이 서류에 의하여 확인되지 않았던 것으로 보인다. 그렇다면 원고들이 제출한 증거들만으로는 위 BV 등 21명이 2011. 9. 17.자 정기총회 당시까지 이 사건 조합 정관 등에서 요구하는 서류를 모두 제출하여 조합원 자격을 확인받았다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 위 BV 등 21명을 2011. 9. 17.자 정기총회 당시의 조합원 수에 포함시킬 수 없다(원고들이 들고 있는 대법원 2002. 3. 11.자 2002그12 결정은 '정관에 따라 조합원의 자격을 취득'한 사안에 관한 선례로서, BV 등 21명이 2011. 9. 17.자 정기총회 당시까지 정관에서 정한 조합원 자격을 확인받음으로써 적법하게 추가모집되었다는 증명이 부족한 이 사건에 그대로 원용할 수 없다).

마) 이 사건 각 담보신탁에 관한 결의가 있었는지: 인정

기초 사실에 갑 제10, 11호증, 을 제1, 2, 3, 6, 15, 31호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 보태어 인정할 수 있는 다음 사정들을 종합하면, 이 사건 조합의 조합원들은 2011. 9. 17.자 정기총회에서, 이 사건 3차 대출계약이 이 사건 각 담보신탁계약을 필수적인 전제로 체결된 것임을 분명히 인식한 상태에서 위 대출계약의 추인을 결의하였으므로, 위 결의에는 이 사건 각 담보신탁계약의 추인에 관한 내용도 포함되어 있다고 봄이 타당하다.

① 이 사건 조합은 2007년경부터 2010년경까지 이 사건 제1, 2, 3차 대출계약을 체결하면서 금융기관으로부터 PF대출을 받고 H에 이 사건 각 부동산 중 일부 내지 전부를 담보신탁하는 방식으로 자금을 조달하여 왔다. 이 사건 각 담보신탁계약 없이는 이 사건 각 대출계약이 체결되지 않았을 것으로 보이고, 이 사건 조합원들의 입장에서 이 경험칙상 명백하였을 것으로 보인다. 결국 이 사건 각 담보신탁계약은 2011. 9. 17.자 정기총회에서 논의된 '차입금 대환 및 연장 추인' 안건과 직접적으로 관련되어 있다.

② 2009. 1. 31.자 정기총회 회의자료에는 제2, 3호 안건으로 '금융 차입(중도금대출 or PF) 의결 건'이 기재되었고, 2010. 9. 8.자 임시서면총회 소집공고에 첨부된 안건 설명 자료에는 대출계약이 PF대출의 방식으로 체결된다는 점이 고지되었다. 주택건설사업에서의 PF대출은 건축부지를 담보로 대출을 발생시키는 구조가 일반적이므로, 이 사건 조합의 조합원들은 이 사건 1, 2, 3차 대출계약이 각 담보신탁을 전제로 이루어진 사실을 예상할 수 있었다.

③ 2011. 6. 6.자 임시총회의 설명자료에는 이 사건 3차 대출계약의 체결과 관련하여 '본건 대출에 따른 조합 소유 토지 담보 제공'이라는 문구가 기재되었고, H에 이 사건 각 부동산을 담보신탁하는 것에 관한 조항이 포함된 이 사건 2차 대출계약에 관한 대출협약서가 포함되었다.

④ 원고 AG은 2011. 6. 6.자 임시총회의 진행 과정에서 이 사건 3차 대출계약의 필요성을 설명하면서 'G이 대위변제를 하게 되면 기존의 이 사건 사업부지를 G이 가져가게 된다. 이미 배포된 책자에도 조합 대출 채무불이행시 사업 포기 부분이 기재되어 있다.'는 취지로 말하고, 제안사유로 '2011. 6. 10. 만기 도래하는 PF론'을 들었다. 당시 이 사건 조합의 비상대책위원장이던 BJ도 위 대출협약서를 제시하면서 원고 AG에게 해명을 요구하기도 하였다(갑 제10호증 23~24, 63, 94쪽).

⑤ 2011. 9. 17.자 정기총회 결의 전 이 사건 조합의 조합원들에게 배포된 공고문에는 "2010. 6.

금융차입건과 관련된 사업대출약정서의 제8-4조 제1, 2항, 제11-2조 제1항에 의하면, 이 사건 조합이 대출금을 변제하지 못할 경우 연대보증인의 지위인 시공사와 대주만의 결정으로 사업시행권 전부가 양도되는 한편, 차주인 이 사건 조합은 대가 정산을 요구할 수 없으며 모든 권리를 상실한다"는 문구가 기재되었다.

⑥ 이 사건 조합이 2011. 9. 17.자 정기총회를 위해 배포한 총회 자료집에도 이 사건 조합과 G이 작성한 2011. 5. 20.자 합의서가 부착되었는데, 위 합의서 제3조 제3항에는 "G이 이 사건 조합의 채무를 대위변제할 경우 H과 체결한 담보신탁계약상의 우선수익권을 취득하여 행사할 수 있다"는 규정이 있고, 위 총회 자료집 중 'PF 리파이낸싱 약정 체결을 위한 선행조건' 문건에는 총회결의 안건으로 '리파이낸싱 및 추가 PF의 만기 도래 시까지 전체 PF 2,700억 원에 대하여 미상환하는 경우 토지의 소유권은 신탁결의서에 의거하여 처리'라고 기재되었다.

바) 그 밖의 사정들

앞서 인정한 사실들을 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들 즉 ① M은 2007. 7.경부터 계속 이 사건 조합 조합장으로 활동하여 왔고, 2008. 5. 16.자 창립총회에서 조합장으로 선임되었으며, 2008. 6. 30. 주택조합설립인가를 신청하여 2008. 11. 17. 조합설립인가를 받는 등 대내적·대외적으로 조합장으로서의 사무를 수행하여 온 점, ② M이 2009. 4. 30. 이 사건 주택에 관한 소유권이전등기를 마침으로써 조합장 자격을 상실하기 이전부터 조합원 자격이 없었다고 인정할 증거는 없는 점, ③ M의 불투명한 회계처리 등에 관하여 이의를 제기하여 왔던 이 사건 비상대책위원회 측도 2011. 9. 17.자 정기총회에서 M의 총회 주재 및 '차입금 대환 및 연장 추인의 건'에 관하여는 별다른 이의를 제기하지 않았고, 위 안건에 반대하는 의사를 표시한 조합원도 없었던 것으로 보이는 점(갑 제11호증 35쪽), ④ 위 '차입금 대환 및 연장'의 건은 결국 2007. 7. 13. 이래 체결되어 온 각 PF대출의 연장선상에 있다고 보이는 점, ⑤ 선행 민사소송과 행정소송에서 모두 2011. 9. 17.자 정기총회 결의가 유효하다는 판결이 확정된 점(즉 선행 행정소송의 원고들은 상고이유로 이 사건에서의 주장과 유사하게 '원고 BP, 소외 BR가 이사직을 사임하지 않았고, 2011. 7. 22.자 이사회와 2011. 9. 17.자 정기총회는 의사정족수를 충족하지 못하였다'는 점 등을 주장하였으나, 대법원은 상고를 기각하였다) 등을 종합하면, 원고들이 이 사건에서 제출한 증거들과

사정들을 고려하더라도, 확정된 선행 민사판결 및 행정판결의 일치된 판단을 채용하지 아니하고 2011. 9. 17.자 정기총회의 소집 및 의결 절차에 총회 결의를 무효라고 보아야 할 정도의 하자가 있다고 평가하기는 어렵다.

다. 소결론

이 사건 조합의 2011. 9. 17.자 정기총회는 조합장 직무대행자인 원고 AG으로부터 소집권한을 위임받은 M이 소집한 것으로서 의사정족수를 충족하였으므로 적법하다. 이 사건 조합은 위 2011. 9. 17.자 정기총회에서 이 사건 3차 대출계약을 추인하기로 결의함으로써 이 사건 각 담보신탁계약까지 모두 추인하였다.

따라서 이 사건 각 담보신탁등기는 유효하고, 결국 이에 터 잡은 피고들의 이 사건 1, 2차 소유권이전등기도 모두 유효하다.

5. 결론

이 사건 조합을 대위하여 이 사건 1, 2차 소유권이전등기의 말소를 구하는 원고들의 청구는 모두 이유 없으므로 기각한다.

재판장판사이기선

판사박수진

판사현재언

별지

- 1) 소장에 기재된 '피고 주식회사 D'은 피고 B의 오기(誤記)임이 명백하므로 선행하여 기재한다.
- 2) 소장에는 접수 제80046호로 기재되어 있으나, 각 등기부등본(갑 제4호증)에 의하면 피고 B 명의의 등기 접수번호는 제80059호이므로, 선행하여 기재한다.
- 3) 소장에는 접수 제80059호로 기재되어 있으나, 각 등기부등본(갑 제4호증)에 의하면 피고 A 명의의 등기 접수번호는 제80046호이므로, 선행하여 기재한다.
- 4) N 유한회사, 주식회사 O, 주식회사 P, 주식회사 J, 주식회사 Q, 주식회사 R, S 주식회사, 주식회사

K, 주식회사 L, 주식회사 T, 주식회사 U, 주식회사 V, 주식회사 W, 주식회사 X, 주식회사 Y, 주식회사 Z, 주식회사 AA, 주식회사 AB, 주식회사 AC, 주식회사 AD, 주식회사 AE, 주식회사 AF

5) N 유한회사, 주식회사 J, AH 주식회사, AI 주식회사, 주식회사 AJ, AK 주식회사, 주식회사 AL, 주식회사 AM, 주식회사 K, 주식회사 T, 주식회사 AN, 주식회사 R, 주식회사 AO, 주식회사 U, 주식회사 AP, 주식회사 V, 주식회사 AQ

6) AH 주식회사, AS 주식회사, AT 주식회사, 주식회사 AO, 주식회사 AU, AR 유한회사, AI 주식회사, AV 유한회사, AW 유한회사

7) AH 주식회사, AS 주식회사, AT 주식회사, 주식회사 AO, 주식회사 AU, AR 유한회사, AI 주식회사, AR 유한회사가 대출한 금원 및 AW 유한회사가 대출한 일부 금원

8) AW 유한회사가 대출한 일부 금원

9) AW 유한회사가 대출한 일부 금원

10) 1순위 우선수익자: AH 주식회사, AS 주식회사, AT 주식회사, 주식회사 AO, 주식회사 AU, AR 유한회사, AI 주식회사로, 2순위 우선수익자: AV 유한회사, AW 유한회사 3순위 우선수익자: N 유한회사, AX 유한회사 4순위 우선수익자: AR 유한회사 5순위 우선수익자: G

11) 다만 원고들 중 21. BA, 41. BB, 65. BC, 85. BD, 94. BE, 99. BF, 102. BG, 103. BH, 112. BI에 관하여는 입금증 등이 증거로 제출되지 않아, 정확한 부담금 납부액을 알기는 어렵다(그렇다고 하여도 위 원고들이 이 사건 조합에 대한 채권자임은 변함없는 사실로 인정할 수 있다).

12) 2011. 6. 22.자 이사회 의사록(갑 제187호증의 1), 2011. 6. 22.자 대의원회 의사록(갑 제187호증의 2)에는 '제3호 안건에 대한 업무의 진행을 보고하고 점검하다'는 기재가 있으나, 제3호 안건이 무엇인지 명확하게 기재되어 있지는 않다. 그러나 2011. 6. 23.자 임시총회 소집 공고(갑 제187호증의 3)에는 제3호 안건이 "2011. 6. 10.자 PF대환 건 2,000억 원(1,800억 원 + 200억 원)에 대한 추인의 건"이라고 기재되어 있으므로, 이에 의하여 이사회 및 대의원회의 제3호 안건이 무엇인지를 알 수 있다.

13) 사본에 의한 사감정 결과이기도 하지만, BU 역시 2011. 7. 22.자 이사회 의사록에 현출된 원고 AG의 기명과 서명은 2011. 6. 22.자, 2011. 7. 6.자 이사회 의사록 등에 서명한 사람과 동일인이

췌을 가능성이 높다고 추정하였다(을 제29호증).

14) 원고들은 2019. 10. 15.자 준비서면 39쪽에서 원고 AG을 '고 AG'이라고 표시하였으나, 원고 AG은 2020. 6. 12.자 사실확인서를 제출하면서 본인이 발급받은 2020. 6. 15.자 인감증명서를 첨부하였다(갑 제215호증).

15) ■ 구 주택법 시행령(2013. 3. 23. 대통령령 제24443호로 개정되기 전의 것) 제38조(조합원의 자격) ① 법 제32조에 따른 주택조합의 조합원이 될 수 있는 자는 다음 각 호의 자로 한다. ③ 제1항의 규정에 의한 조합원 자격의 확인절차는 국토해양부령으로 정한다. 제39조(지역·직장주택조합 조합원의 교체·신규가입 등) ① 지역주택조합 또는 직장주택조합은 그 설립인가를 받은 후에는 해당 조합원을 교체하거나 신규로 가입하게 할 수 없다. 다만, 조합원수가 주택건설예정세대수를 초과하지 아니하는 범위에서 시장·군수 또는 구청장으로부터 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 조합원 추가모집의 승인을 받은 경우와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 결원이 발생한 범위에서 총원하는 경우에는 그러하지 아니하다. ② 제1항 단서의 규정에 의하여 조합원으로 추가 모집되는 자와 동항 각호의 사유로 총원되는 자에 대한 제38조 제1항 제1호 및 제2호에 규정된 조합원 자격요건 충족여부의 판단은 당해 주택조합의 설립인가신청일을 기준으로 한다. 다만, 제1항 제1호의 사유로 인하여 조합원의 지위를 상속받는 자는 제38조 제1항 제1호 및 제2호에 규정된 조합원 자격요건을 필요로 하지 아니한다. ■ 구 주택법 시행규칙(2013. 3. 23. 국토교통부령 제1호로 개정되기 전의 것) 제18조(조합원의 자격확인 등) ③ 시장·군수 또는 구청장은 지역주택조합 또는 직장주택조합에 대하여 다음 각호의 행위를 하고자 하는 경우에는 국토해양부장관에게 주택전산망에 의한 전산검색을 의뢰하여 영 제38조 제1항 제1호 및 동항 제2호의 규정에 의한 조합원 자격에의 해당여부를 확인하여야 한다.