

분양대금반환

[수원지법 2009. 10. 29. 2009가합3183]



【판시사항】

지역주택조합의 조합장이 중개업자를 통하여 허위의 분양계약서를 교부하여 분양대금을 편취한 사안에서, 조합의 대표자의 이중분양행위에 대하여 수분양자들의 중과실이 인정되므로 조합의 손해배상책임을 부정한 사례

【판결요지】

지역주택조합의 조합장이 중개업자를 통하여 허위의 분양계약서를 교부하여 분양대금을 편취한 사안에서, 조합의 대표자의 이중분양행위가 외관상, 객관적으로 조합의 직무에 관한 행위에 해당하지만, 정상적인 조합원 가입절차나 일반 분양절차를 거치지 않은 비정상적인 계약 체결 경위 등에 비추어 볼 때 수분양자들에게 요구되는 주의의무를 현저히 위반한 중과실이 인정되므로 위 조합의 손해배상책임을 부정한 사례.

【참조조문】

민법 제35조 제1항

【전문】

【원 고】

【피 고】

【변론종결】2009. 9. 24.

【주문】

】

1. 원고들의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고들이 부담한다.

【청구취지】피고들은 연대하여, 원고 1에게 7,700만 원, 원고 2에게 1억 9,000만 원, 원고 3에게 8,000만 원, 원고 4에게 2억 6,000만 원, 원고 5에게 6억 6,500만 원, 원고 6에게 2억 6,000만 원, 원고 7에게 5억 6,250만 원, 원고 8에게 4억 412만 원, 원고 9에게 5억 3,500만 원, 원고 10에게 3억 8,700만 원 및 각 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일 다음날부터 각 다 갚는 날까지 연 20%의 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고들은 소외 1 주식회사, 소외 2 주식회사를 상대로도 소를 제기하였다가 이 사건 소송 도중 화해권고결정으로 사건이 종결되었다).

【이유】

】 1. 인정 사실

가. 이 사건 아파트 사업 경위

- (1) 소외 1 주식회사는 안양시 동안구 비산동 지역을 대상으로 지역주택조합사업을 추진하기 위하여 마을 주민들로부터 토지를 매수한 후, 당시 소외 1 주식회사의 사장이던 소외 3이 스스로 '(가칭) 피고 1 지역주택조합'의 추진위

원장이 되어 2003. 6.경 피고 2 주식회사와 공사도급 가계약을 체결하고, 피고 2 주식회사의 보증하에 800억 원의 금융기관 대출을 받아 사업을 추진하였다.

- (2) 소외 1 주식회사는 2003. 11. 29. 최초 30명을 조합원으로 하여 피고 피고 1 지역주택조합을 구성하여 안양시장으로부터 조합 설립인가를 받고 당시 소외 1 주식회사의 자금부장이던 소외 4를 피고 1 지역주택조합의 조합장으로 선출되도록 하였고, 그 후 피고 1 지역주택조합은 2004. 4. 30. 조합원 추가모집을 통해 조합원을 315명으로 하는 변경인가를 받았다.
- (3) 소외 1 주식회사는 피고 1 지역주택조합의 시행대행사로서 2005. 11. 7. 안양시 동안구 비산동 415-12 외 146필지를 위 주택사업지로 하고, 피고 1 지역주택조합과 피고 2 주식회사를 공동사업주체로 하는 사업계획승인인가를 받았는데, 그 구체적 내역은 위 사업지 내에 24평형 15세대, 32평형 320세대, 45평형 151세대 합계 486세대 아파트(이하 '이 사건 아파트'라 한다)를 건축하되, 조합원 분양분은 282세대, 나머지 204세대는 일반 분양분으로 건축하도록 하는 것이었다.
- (4) 피고 1 지역주택조합은 2005. 12. 13. 피고 2 주식회사와 공사도급 본계약을 체결하고, 2006. 1. 23. 공사를 착공하여 2006. 9.경 입주자모집공고를 통해 일반 분양자를 모집하였고, 같은 해 11.경 총 204세대에 대한 일반 분양이 100% 완료되었다.

나. 소외 1 주식회사 및 소외 4의 이중분양행위

그런데 소외 1 주식회사는 이 사건 아파트 사업뿐만 아니라 2002. 12.경부터 여러 곳에서 동시 다발적으로 많게는 수백억 원, 적게는 수십억 원대의 자금이 필요한 주택시행사업, 주상복합건물 신축사업, 인허가 관련 용역작업 등을 무리하게 추진해 오던 과정에서 2004. 8.경부터 심각한 자금압박을 받기 시작하여 사채 차용이나 은행 대출을 통하여 그 이전에 빌렸던 사채나 은행 대출금을 다시 갚아나가는 소위 '돌려막기' 방식으로 회사 채무를 변제해 나가게 되었고, 이에 당시 소외 1 주식회사의 대표이사이던 망 소외 3(2007. 4. 27.경 사망)과 피고 1 지역주택조합의 대표자인 소외 4는, 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 아파트의 경우 합법적인 임의분양은 불가능하고 분양권 전매 역시 불가능함에도 소외 1 주식회사의 운영자금을 마련하기 위하여, 소외 5, 소외 6, 소외 7 등 부동산 중개업자들을 통하여 이 사건 아파트의 분양권을 할인하여 판매한다고 하여 매수자들을 모은 후 분양계약서를 이중, 삼중으로 작성해 주고, 피고 2 주식회사 대표자 명의의 아파트 공급계약서를 위조하는 등으로 분양대금을 편취하였으며, 소외 4는 그러한 범죄사실로 기소되어 2009. 6. 12. 수원지방법원에서 징역 13년 형을 선고받았다.

다.

원고들의 이 사건 아파트 수분양 경위

(1) 원고 1

원고 1은 2003. 10. 6. 피고 1 지역주택조합에 조합원으로 가입하기 위해 3,000만 원을 소외 1 주식회사의 자회사인 '소외 2 주식회사'의 계좌에 입금한 후 서류 일체를 제출하였다가 자신이 주택소유자여서 이 사건 주택조합원의 자

격이 되지 않는 것을 알게 되자, 시동생 명의로 변경하여 분양을 받기로 하고 2004. 7. 15. 2,500만 원을 ' 피고 2 주식회사'의 계좌로 입금하였다가 그것도 여의치 않자, 2004. 8.경 피고 1 지역주택조합의 조합장인 소외 4를 만나 또다시 자신 명의로 조합원 분양분 아파트를 분양받기로 한 후 2004. 8. 31. 4,700만 원을 소외 4가 지정하는 ' 피고 1 지역주택조합' 명의의 계좌에 입금하였으나, 추후 소외 4 등과 분양계약서 등을 작성하지는 아니하였다.

(2) 원고 3

원고 3은 2007. 5.경 평소 알고 지내던 ○○부동산에 근무하는 소외 7로부터 " 피고 1 지역주택조합에서 임의로 분양하는 아파트가 있고 확실히 분양을 보장할 수 있다"라는 취지의 말을 듣고 별지 '원고별 분양경위' [표]에서 보는 바와 같이 소외 7에게 각 금원을 지급하고 그를 통해 소외 4로부터 분양계약서를 교부받았다.

(3) 원고 2, 원고 4, 원고 5, 원고 6, 원고 7, 원고 8, 원고 9, 원고 10

위 원고들은 2005. 6.경부터 2008. 6.경까지 사이에 부동산중개업을 하는 소외 6으로부터 "할인된 금액에 분양권을 양도하여 원고들이 이 사건 아파트를 분양받을 수 있게 해주고, 만약에 문제가 생기면 원금에 은행이자까지 보태어 반환하겠다"라는 취지의 말을 듣고, 위 별지 [표] 기재 각 아파트에 관한 분양권에 관하여 양도·양수계약을 체결하고, 소외 6에게 위 표에서 보는 바와 같이 각 금원을 지급하였고, 소외 6은 위 원고들로부터 지급받은 금원 중 일부를 자신의 중개비로 취득하고 나머지를 피고 1 지역주택조합에 교부하거나 피고 1 지역주택조합에 대한 자신의 채권에 충당한 후 소외 4로부터 수분양자가 위 원고들로 된 조합 명의의 각 분양계약서, 완납확인증 등을 교부받아 위 원고들에게 교부하였다(위 원고들은 형식상 소외 6과 사이에 분양권양수계약을 체결하였으나, 소외 6은 당시 피고 1 지역주택조합의 조합원이 아니어서 조합원 분양분 아파트의 수분양자가 아니었음은 물론 일반 분양분 아파트의 수분양자도 아니었고, 위 원고들 역시 소외 6이 그러한 정당한 수분양자라고 믿고 그로부터 분양권을 양수한다는 의사하에 그러한 계약을 체결한 것이라기보다는, 중개업자인 소외 6의 중개를 통해 피고 1 지역주택조합의 분양권을 취득하기 위해 위와 같은 분양권양수계약을 체결한 것으로 보인다).

(4) 그러나 원고들이 분양받기로 한 아파트는 모두 정상적인 수분양자들이 존재하는 것으로서 원고들은 모두 위와 같은 소외 4의 사기 분양행위로 인해 분양대금을 편취당하였을 뿐 아파트를 분양받지 못하였다.

라. 이 사건 주택사업 관련 규정 및 원고들 관련 내용

(1) 주택법 및 주택법 시행령 등

이 사건 주택사업에 관련된 법령의 내용 및 원고들과 관련된 주요 사항은 다음과 같다.

- ㉓ 수도권정비계획법 및 그 시행령에 의한 투기과열지구(인천광역시 및 경기도) 안에서 건설·공급되는 주택은 입주자모집을 하여 최초로 주택공급계약 체결이 가능한 날부터 당해 주택에 대한 소유권이전등기를 완료한 때까지 주택의 입주자로 선정된 지위를 전매할 수 없는데(주택법 제41조의2, 주택법 시행령 제45조의2, 수도권정비계획법 제2조, 수도권정비계획법 시행령 제2조), 이 사건 아파트의 분양권도 위 규정에 따라 전매가 금지되는 경우에 해당한다.
- ㉔ 주택조합이 조합원에게 공급하기 위하여 건설하는 주택을 조합원에게 공급하고 남은 주택이 20호 또는 20세대 미만인 경우에 한하여 공개모집 등 주택법 및 주택공급에 관한 규칙 등의 규정이 완화되어 소위 '임의분양' 방식에 의해

수분양자를 모집할 수 있으나(주택공급에 관한 규칙 제3조), 앞서 본 바와 같이 이 사건 아파트에 관해서는 일반 분양분이 위 20세대를 초과하여 임의분양에 의한 분양은 불가능한 경우이다.

- ㉔ 주택조합이 설립인가를 받은 후에는 당해 조합원을 교체하거나 신규로 가입하게 할 수 없고, 다만 조합원 추가모집 승인을 받은 경우나, 조합원이 무자격자로 되는 경우, 조합원의 탈퇴 등으로 조합원 수가 일정 수 미만이 되는 경우 등에 한하여 예외적으로 조합원 교체가 가능하며, 이 경우에도 조합원이 되기 위해서는 주택법 시행령의 규정에 의한 무주택요건 및 거주요건 등을 갖추어야 하는데(주택법 시행령 제39조 제1항, 제2항), 원고들이 위와 같은 조합원 교체나 신규가입 절차를 거친 바는 없다.

(2) 피고 1 지역주택조합의 규약 및 분양계약서의 내용

원고 1을 제외한 나머지 원고들이 소외 6 및 소외 7에게 금원을 지급하고 그들로부터 교부받은 피고 1 지역주택조합 규약 및 분양계약서에는 아래와 같은 내용이 명기되어 있다.

㉕ [피고 1 지역주택조합 규약]

제11조(조합원의 자격)

1. 주택조합원의 무주택 요건은 조합설립인가신청일 6개월 이전부터 조합주택의 입주 가능일까지 전용면적 60㎡ 미만의 주택을 세대주 및 세대원을 포함하여 1가구를 소유한 자 또는 소유하지 아니한 세대주(세대별 주민등록등본상 세대주를 포함한 세대원 전원인 조합설립인가신청일 현재부터 입주 가능일까지 관계 법령에 정한 요건을 유지하여야 함). 다만, 배우자의 경우 세대별 주민등록등본상 등재 여부와 관계없이 호적등본을 확인하여 무주택 여부를 확인하고 그 자격요건은 관계 법령에 따라 입주 가능일까지 유지되어야 조합원 자격이 계속 유지됨.
2. 주택조합은 설립인가신청일 6개월 이전부터는 물론 당해 조합주택에 입주 가능일까지 세대별 주민등록등본상 세대주이어야만 조합원자격이 상실되지 않음.

제12조(조합원의 가입)

본 조합에 가입하고자 하는 자는 소정의 가입신청서 및 조합에서 요구하는 각종 서류를 제출하여야 한다.

제29조(권리의 양도)

1. 본 조합이 공급하는 공동주택의 전매금지 기간은 주택건설촉진법 및 관련 규정이 정하는 바에 의한다.
2. 상기 사항 위반시 해당 조합원은 행정관청의 조치나 지시에 의하여 조합이 집행하였을 경우 이에 따른 당 조합에 대하여 민·형사상 일체의 이의를 제기치 않는다.

㉖ [아파트 공급계약서 제1조]

조합원의 분담금액은 시공사인 피고 2 주식회사 명의 지정 계좌에 조합원이 실명으로 입금시켜야 하며, 그 은행계좌 이외의 납부금은 일체 인정하지 않고, 일반 분양의 분양대금도 피고 2 주식회사 명의의 계좌로 입금되어야 하며, 위 계좌로 입금되지 아니하고 다른 형태로 납부된 공급대금은 정당한 공급대금 납부로 인정하지 아니한다(조합원 분양분 아파트공급계약서 및 일반 분양분 아파트공급계약서 공통).

㉗ [일반 분양분 아파트 공급계약서 제3조]

분양권 전매는 정부의 정책 및 관련 법규에 따라 처리하도록 하고, 분양권 전매가 허용될 경우 매수인은 분양권 전매에 관한 피고 1 지역주택조합 및 피고 2 주식회사의 승인을 득하되, 피고 1 지역주택조합의 전매 동의에 관한 업무는 피고 2 주식회사가 위임받아 수행한다.

㉔ [조합원 분양분 아파트 공급계약서 제8조]

목적물에 대한 권리의무의 승계는 피고 1 지역주택조합이 요구하는 제반 서류를 제출하고 제출된 서류가 주택법 등 관련 규정에 적합할 경우 피고 1 지역주택조합의 승인을 거쳐 조합설립인가관청의 조합설립변경인가를 경료함으로써 승계하기로 한다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 10, 13, 26 내지 35호증, 을나 제2, 5, 7호증(각 가지번호 포함)의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 피고 1 지역주택조합에 대한 청구에 대한 판단

(1) 청구원인에 관한 판단

살피건대, 주택조합과 같은 비법인사단의 대표자가 직무에 관하여 타인에게 손해를 가한 경우 그 사단은 민법 제35조 제1항의 유추적용에 의하여 그 손해를 배상할 책임이 있으며, 비법인사단의 대표자의 행위가 대표자 개인의 사리를 도모하기 위한 것이었거나 혹은 법령의 규정에 위배된 것이었다 하더라도 외관상, 객관적으로 직무에 관한 행위라고 인정할 수 있는 것이라면 민법 제35조 제1항의 직무에 관한 행위에 해당한다고 할 것이다(대법원 2003. 7. 25. 선고 2002다27088 판결 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 위 인정 사실에서 본 바와 같이 피고 1 지역주택조합은 주택법의 규정에 따라 설립된 비법인 사단이라 할 것인데, 피고 1 지역주택조합의 대표자인 소외 4가 중개업자인 소외 6이나 소외 7을 통하여 피고 1 지역주택조합이 시행자로서 분양하는 이 사건 아파트의 임의분양분을 분양한다는 명목으로 원고들에게 허위의 분양계약을 교부하면서 분양대금을 편취한 행위는 외관상, 객관적으로 피고 1 지역주택조합의 직무에 관한 행위라 할 것이므로, 피고 1 지역주택조합은 일응 원고들에게 소외 4의 위법행위로 인한 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이다.

(2) 피고 1 지역주택조합의 항변에 관한 판단

이에 대하여 피고 1 지역주택조합은, 원고들이 소외 4의 위와 같은 사기 분양행위를 인식하지 못하고 만연히 그 분양이 정당한 분양인 것으로 믿고 이 사건 분양대금을 지급하였으므로 원고들에게 악의 또는 중과실이 있다고 할 것이어서 피고 1 지역주택조합은 원고들의 청구에 응할 수 없다고 주장한다.

(가) 살피건대, 비법인사단의 경우 대표자의 행위가 직무에 관한 행위에 해당하지 아니함을 피해자 자신이 알았거나 또는 중대한 과실로 인하여 알지 못한 경우에는 비법인사단에게 손해배상책임을 물을 수 없다고 할 것이고, 여기서 중대한 과실이라 함은 거래의 상대방이 조금만 주의를 기울였더라면 대표자의 행위가 그 직무권한 내에서 적법하게 행하여진 것이 아니라는 사정을 알 수 있었음에도 만연히 이를 직무권한 내의 행위라고 믿음으로써 일반인에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 상태를 말한다고 할 것인바(위 2002다27088 판결 참조), 위에서 본 바와 같은

이 사건 아파트 사업 경위, 소외 1 주식회사 및 소외 4의 이중분양 행태, 원고들의 이 사건 아파트 수분양 경위, 이 사건 주택사업 관련 규정 및 아래에서 보는 바와 같은 사정 즉, 이 사건 아파트는 분양권 전매가 금지되고 입주자 모집 경쟁률이 매우 치열했는데, 원고들은 분양가보다 낮은 가격(1,200여 만 원 내지 2억 7,000여 만 원)에 분양권을 취득할 수 있다는 소외 6 등 중개인의 말만 믿고 정상적인 조합원 가입절차나 일반 분양절차를 전혀 거치지 아니하고 소외 6 등을 통해 이 사건 분양계약을 체결한 점, 그 분양계약 역시 피고 1 지역주택조합의 조합장과 직접 체결한 것이 아니라 중개인 소외 6 등과 분양권 양도계약서 내지는 부동산 매매계약서를 작성한 후 소외 6으로부터 소외 4가 발행하였다는 분양계약서를 교부받아 체결하는 등 그 거래 형식도 매우 이례적인 점, 더욱이 원고들이 교부받은 분양계약서 제1조에 그 대금을 계약서에 명시된 계좌에 입금하지 아니하는 경우 분양대금 납부가 일체 인정되지 아니한다고 명시되어 있음에도 만연히 소외 6 등 중개인에게 이를 지급하였고, 그에 나아가 분양권 전매의 문제가 발생할 경우에 대비하여 소외 6, 소외 4 등으로부터 확인서까지 받아둔 점 등을 종합해 보면, 이 사건에 있어서도 결국 원고들은 조금만 주의를 기울였다면 소외 4가 피고 1 지역주택조합의 조합장으로서 적법하게 원고들에게 이 사건 아파트를 분양하는 것이 아니라, 중개업자들을 통하여 소위 '물막지(주택법 등의 규정에 저촉된 것으로서, 분양자 중 향후 탈퇴자가 발생하는 경우 정당한 수분양자 모집 절차를 거치지 아니하고 임의로 그 분양분을 총당할 계약으로, 조합원 자격을 갖추었는지 여부나 입주 조건을 갖추었는지 여부를 불문하고, 시행사에서 자금부족 문제를 해결하기 위해 일반인들로부터 분양대금 및 업무추진비 명목으로 미리 금원을 지급받고 입주 권리를 파는 것)'을 유통시키고 있다는 사정을 알았거나 알 수 있었음에도 만연히 이를 정당한 분양행위라고 믿음으로써 수분양자에게 요구되는 주의의무를 현저히 위반하였다고 봄이 상당하여 결국 피고 1 지역주택조합의 위 항변은 이유 있다.

(나) 원고들의 고의, 중과실을 인정할 수 있는 사정

1) 원고들에게 공통되는 사정

이 사건 아파트는 앞서 본 바와 같이 분양권 전매가 금지된 것이었고, 조합이 임의로 분양할 수 있는 임의분양분이 있을 수 없었던 데다가, 2006. 9. 20.경 정식으로 일반 분양분에 관한 입주자 모집 공고가 있었고 청약 경쟁률이 11:1에 이르는 등 청약 경쟁이 매우 치열하였으므로, 그 결과 2006. 11.경 100% 분양이 완료되었다.

그럼에도 원고들은 모두 정상적인 조합원 가입절차나 일반 분양절차를 거치지 아니하였음은 물론 피고 2 주식회사 명의의 계좌로 분양대금을 납부하지 아니하고 중개업자(소외 6, 소외 7)에게 정상분양가보다 할인된 대금을 지급하고 그 후에 중개업자로부터 피고 1 지역주택조합의 조합장 명의로 발행된 '완납확인서' 등을 교부받았다(다만, 원고 1은 중개업자와 거래를 하지 아니하였고, 일부 금원은 피고 2 주식회사의 계좌로 송금하였다).

또한, 원고들(원고 1 제외)은 소외 6 등을 통해 피고 1 지역주택조합과 사이에 분양계약서를 작성하였지만 그 무렵 피고 1 지역주택조합의 사무실을 방문하거나 피고 1 지역주택조합장을 직접 만나 그 계약의 진위조차 확인하지 아니하였고, 원고 1, 원고 3을 제외한 나머지 원고들은 형식적으로는 피고 1 지역주택조합과 사이에 아파트 공급계약을 체결하면서도(갑 제2, 4 내지 10호증의 각 1), 동시에 소외 6과 사이에 분양권 전매계약 내지 부동산 매매계약을 체결하였는바(갑 제4, 5, 6, 8, 10호증의 각 2, 갑 제7호증의 3, 4, 갑 제9호증의 4) 아파트 공급계약과 분양권 전매계약(또는 부동산 매매계약)은 그 법적 성격이 전혀 다른 것이므로 같은 아파트에 대해서 그와 같은 계약을 동시에 체결한 것은 대단히 비정상적으로 보인다.

2) 원고 1, 원고 3

조합원 분양분 아파트의 경우, 앞서 본 바와 같이 주택법상 엄격한 자격 요건을 갖추고 관할 관청에 인가를 받아 조합원이 된 자에 한하여 통상적으로 일반 분양분 아파트보다 저렴한 가격에 분양받게 되는 것으로서 조합원이 아니면 이를 분양받을 수 없고, 그와 같은 조합원 지위 승계 요건이나 전매 금지 등에 관해 피고 1 지역주택조합의 분양계약서나 규약에 관련 문구가 명시되어 있음에도, 원고 1은 주장 자체에 의하더라도 피고 1 지역주택조합에 조합원으로 가입하기 위해 계약금으로 3,000만 원을 지급한 후 자신이 무주택자가 아니어서 조합원 자격이 되지 않는 것을 알게 되자 소외 4와의 협의를 통해 그 명의를 인척 명의로 변경하기로 하고 중도금 일부(2,500만 원)를 지급하였다가, 그 인척 명의로 분양받기도 어려워지자 다시 소외 4와 협의하여 자신 명의로 45평형 아파트를 공급받기로 하고 4,700만 원을 지급하였다는 것이므로(그와 관련해 조합 명의의 분양대금납부확인증이나 분양계약서 등을 교부받지도 아니하였다), 이는 자신 스스로 조합원 자격이 없음을 명확히 알게 되었음에도 불법적인 방법으로 조합장과의 사적인 협의를 통해 조합원 분양분을 저렴하게 공급받기로 하고 함께 1억 200만 원이라는 거액을 소외 4가 지정하는 계좌로 입금한 것이고, 원고 3도 조합원으로 가입하는 절차는 전혀 취하지 아니한 채 조합원 분양은 물론 일반 분양까지 모두 마쳐진 후인 2007. 5.경 공인중개사(소외 7)에게 분양대금을 지급하고 그를 통해 조합원 분양분 분양계약서를 교부받았는데, 그 분양계약서에는 조합원 본인이 그 분양대금을 피고 2 주식회사의 계좌로 입금하여야만 그 권리가 인정된다고 명시되어 있었음에도, 1억 5,800만 원이라는 거액의 대금을 중개업자인 소외 7에게 모두 교부하였다.

3) 원고 2, 원고 4, 원고 6, 원고 8, 원고 10(조합원 분양분 아파트에 관해 분양계약을 체결한 자)

위 원고들 역시, 조합원 분양분 아파트의 경우 조합원이 아니면 이를 분양받을 수 없는 것이 명백함에도 피고 1 지역주택조합의 조합원으로 정식 가입하는 절차는 전혀 취하지 아니한 채, 공인중개사 소외 6과 별지 [표]에서 보는 바와 같이 일반 분양가에 비하여 약 1,200여 만 원에서 무려 2억 7,000여 만 원 할인된 가격에 이 사건 아파트를 분양받기로 하고 그에 관한 분양권 양도·양수계약을 체결(갑 제4, 6, 8, 10의 각 2)함과 동시에 피고 1 지역주택조합과 사이에 분양계약도 체결하였다.

위 원고들은 소외 6에게 분양대금을 지급한 후 그로부터 '분양이 이루어지지 않을 경우 양도인(소외 6)은 양도대금 및 손해배상에 대한 책임을 감수한다'는 취지의 확인서 또는 그와 같은 취지가 기재된 권리양도약정서를 교부받고, 그 후 소외 6을 통해 소외 4로부터 분양계약서를 교부받았다.

한편, 위 원고들이 교부받은 분양계약서에도 조합원 본인이 그 분양대금을 피고 2 주식회사의 계좌로 입금하여야만 그 권리가 인정된다고 명시되어 있음에도 위 원고들은 중개업자에게 분양대금 명목의 돈을 모두 지급하였고, 위 원고들이 교부받아 스스로 서명한 분양계약서나 피고 1 지역주택조합의 규약에도 위와 같은 조합원 지위 승계 요건 등에 관한 문구가 명시되어 있음에도 위 원고들은 이에 관한 정식의 절차를 거치려고 한 바가 없었다.

4) 원고 5, 원고 7, 원고 9(일반 분양분 아파트에 관해 분양계약을 체결한 자)

위 원고들 역시, 별지 [표]에서 보는 바와 같이 일반 분양가에 비하여 약 5,100여 만 원에서 무려 2억 6,000여 만 원 할인된 가격에 이 사건 아파트를 분양받기로 하고 공인중개사 소외 6과 분양권 양도·양수계약을 체결 함과 동시에

피고 1 지역주택조합과 사이에 분양계약도 체결하고, 소외 6에게 분양대금을 지급하면서 그로부터 '분양이 이루어지지 않을 경우 양도인(소외 6)은 양도대금 및 손해배상에 대한 책임을 감수한다'는 취지의 확인서 또는 그와 같은 취지가 기재된 권리양도약정서를 교부받았다.

한편, 위 원고들은 소외 6을 통해 소외 4로부터 분양계약서를 교부받았는데, 그 분양계약서에도 분양대금을 피고 2 주식회사의 계좌로 입금하여야만 그 권리가 인정된다고 명시되어 있고, 앞서 본 바와 같이 이 사건 아파트의 경우 분양권의 전매가 안되는 것일 뿐 아니라, 분양계약서 자체에 의하더라도 분양권 전매가 가능한 경우 피고 2 주식회사의 승낙을 받아야 한다고 기재되어 있음에도, 원고들은 사전에 그와 같은 분양권의 전매에 관해 피고 2 주식회사의 사전 승낙을 받지 않았음은 물론, 소외 6을 통해서도 그와 같은 피고 2 주식회사의 승낙서를 요구하지도 아니하였다.

[인정 근거] 갑 제1호증의 1, 2, 3, 갑 제2호증의 1, 4, 5, 갑 제3호증의 2, 갑 제4호증의 1, 2, 3, 5, 7, 8, 갑 제5호증의 1 내지 5, 갑 제6호증의 1 내지 7, 갑 제7호증의 1, 3, 4, 5, 12, 갑 제8호증의 1 내지 4, 갑 제9호증의 1, 4, 5, 11, 12, 갑 제10호증의 1, 2, 3, 7, 8, 갑 제27호증의 1, 3, 갑 제28호증의 7, 8, 갑 제32호증의 1, 2, 갑 제33호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

(3) 소결

따라서 원고들의 피고 1 지역주택조합에 대한 청구는 결국 모두 이유 없다.

3. 피고 2 주식회사에 대한 청구에 관한 판단

(1) 원고들의 주장

원고들은 우선, 피고 2 주식회사는 주택법의 규정과 공사도급계약서, 분양자금의 관리, 홈페이지 관리 등에 있어 피고 1 지역주택조합과 이 사건 주택사업을 공동으로 영위하여 피고 1 지역주택조합과 공동사업주체의 지위에 있어 민법상 조합 유사 단체 관계라 할 것이므로, 피고 2 주식회사 역시 피고 1 지역주택조합의 대표자인 소외 4의 불법행위에 대한 손해배상책임이 있다고 주장한다.

또한 원고들은, 피고 2 주식회사는 피고 1 지역주택조합과 공동사업주체로서 피고 1 지역주택조합이 벌이는 분양 업무를 면밀히 검토하고 감시, 감독하여 만일 피고 1 지역주택조합이 무자격자와 계약을 체결한 사실이 발견되면 즉시 당사자에게 통보를 하여 피해를 입는 일이 없도록 해야 하며, 이중분양 등 불법행위가 없도록 조치를 해야 할 법률상, 계약상 의무가 있다 할 것인데, 피고 2 주식회사는 그와 같은 주의의무를 게을리하여 소외 4의 불법행위에 대하여 과실에 의한 방조를 하였다 할 것이므로 원고들의 손해를 배상할 책임이 있다고 주장한다.

(2) 피고 2 주식회사가 피고 1 지역주택조합과 동업체로서 사용자책임이 있는지 여부에 관한 판단

살피건대, 동업관계에 있는 자들이 공동으로 처리하여야 할 업무를 동업자 중 1인이 그 업무집행을 위임하여 그로 하여금 처리하도록 한 경우, 다른 동업자는 그 업무집행자의 동업자인 동시에 사용자의 지위에 있다 할 것이므로, 업무집행과정에서 발생한 사고에 대하여 사용자로서 손해배상책임이 있다고 할 것이나(대법원 1984. 4. 28. 선고 97다 55164 판결 참조), 다만 위와 같이 동업관계로서 조합관계에 있다고 하려면 서로 출자하여 공동사업을 경영할 것을

약정하여야 하며, 영리사업을 목적으로 하면서 당사자 중의 일부만이 이익을 분배받고 다른 자는 전혀 이익분배를 받지 않는 경우에는 동업관계라 볼 수 없을 것이다(대법원 2000. 7. 7. 선고 98다44666 판결 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 원고는 피고 2 주식회사가 피고 1 지역주택조합과 동업관계에 있다는 근거로서 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 주택사업의 초기인 2003. 6.경 피고 1 지역주택조합과 피고 2 주식회사는 공사도급가계약을 체결하고 그 무렵 피고 1 지역주택조합이 800억 원의 사업 자금을 대출받음에 있어 피고 2 주식회사에서 보증을 한 후, 그 자금을 피고 2 주식회사가 관리하면서 피고 1 지역주택조합의 지출요청에 따라 이를 지급해 준 점, 피고 1 지역주택조합이 피고 2 주식회사와 사이에, i) 피고 1 지역주택조합이 사업추진과 관련하여 설계, 감리, 견본주택, 분양, 철거, 인허가 등 모든 업무를 사전에 피고 2 주식회사와 협의하고 피고 2 주식회사의 의견에 따라 시행하기로 하고, ii) 피고 1 지역주택조합이 건축계획을 변경하고자 하는 경우 피고 2 주식회사의 서면 동의를 받도록 하며, iii) 피고 2 주식회사가 피고 1 지역주택조합의 업무를 지원하고 모델하우스의 건립 및 운영 업무, 분양 광고 등 분양관련 업무지원 및 하자보증서의 발급지원 업무, 분양수입금관리(통장관리 포함) 업무 등을 하기로 하고, iv) 피고 1 지역주택조합과 피고 2 주식회사는 조합의 제 사업비 관리를 위한 통장을 공동인감 날인해 피고 2 주식회사 명의로 개설하여 입출금을 관리하고 피고 1 지역주택조합은 사업비를 인출할 경우 피고 2 주식회사와 합의하여야 하며, v) 피고 1 지역주택조합은 조합원이 납부한 금액을 공사대금 지급기일에 인출하여 피고 2 주식회사에 즉시 지급하고, 피고 1 지역주택조합이 공사대금 등의 지급을 지체하는 경우 피고 2 주식회사가 공동관리 통장에서 해당 금액을 인출하여 공사대금으로 직접 충당할 수 있도록 하며, vi) 분양계약자가 입주 전 납부해야 하는 잔금을 분양계약자 사정상 공동통장으로 입금하지 못하고 공휴일 또는 일요일에 직접 납부 후 입주시는 반드시 피고 2 주식회사의 입회하에 피고 2 주식회사가 잔금 수령하여 익일 공동통장으로 입금하도록 하고, vii) 피고 1 지역주택조합은 수분양자에 대한 분양대금채권을 피고 2 주식회사에게 양도하고 피고 2 주식회사는 이를 양수하기로 하며, viii) 피고 1 지역주택조합은 피고 2 주식회사를 사업주체로 하고, 토지 소유권을 피고 2 주식회사에게 이전하도록 하는 제소전 화해조서를 본계약과 동시에 해주기로 하는 내용의 공사도급 가계약 내지 공사도급계약을 체결한 점, 피고 2 주식회사는 이 사건 주택사업에 대한 사업계획승인에 있어서도 공동의 사업주체로 된 점, 이 사건 일반 분양분 아파트 공급계약서에 "시공사 겸 채권양수인 피고 2 주식회사"라고 기재되어 있어서 피고 2 주식회사가 분양계약의 당사자로 기재되어 있는 점, 원고들의 분양대금 납부 여부를 확인할 수 있는 분양정보시스템 화면상에 피고 2 주식회사의 대표 브랜드인 "○○"이라는 로고가 있고, 그 페이지는 피고 2 주식회사의 홈페이지를 통해서도 들어갈 수 있도록 연결되어 있는 점, 피고 2 주식회사가 원고들로부터 입주예약 신청을 받고 입주 사전점검 초청행사 안내문을 발송하였으며, 분양대금 납부안내서, 연체료 납부안내서를 발송하는 등의 업무를 한 점 등을 들고 있다.

그러나 한편, 을나 제2, 3호증, 을나 제4호증의 1, 2, 3의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 비추어 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고 1 지역주택조합이 피고 2 주식회사와 공동의 사업주체로 사업승인을 받은 것은 주택법 제9조 제1항 및 제10조 제2항에 따라 주택건설사업 등록의무를 면제받기 위하여 한 것으로 보이고, 그에 따라 피고 2 주식회사가 피고 1 지역주택조합과 공동사업주체로 의제되도록 되어 있으나(위 법 제10조 제1항), 공동사업주체 간의 구체적인 업무·비용 및 책임의 분담 등에 관하여는 대통령령으로 정하는 범위에서 당사자 간의 협약에 따르도록 규정되어 있는 점(제10조 제4항), ② 그에 따라 피고 1 지역주택조합은 피고 2 주식회사와 사이에 공사도급가계

약을 체결하면서 ' 피고 1 지역주택조합이 사업주체로서 사업비 부담 및 일체의 조합업무에 대하여 책임과 의무를 부담하고, 피고 2 주식회사는 순수한 수급인으로서 본 계약 내용과 관할 관청이 인가한 설계도서에 의하여 시공할 뿐이다'는 취지로 약정(위 계약서 제3조 제2항, 제3항)하였고, 그 후 공사도급계약에서도 '분양계약 체결, 분양자 수납관리, 분양계약자 관리 및 분양 수입금의 세무 회계 처리' 등을 포함한 이 사건 주택사업 관련 업무의 대부분을 피고 1 지역주택조합의 업무로 하고, 피고 2 주식회사의 업무로는 '공사목적물의 시공 및 준공, 인허가 관련 피고 1 지역주택조합의 업무 지원, 아파트 분양관련업무(모델하우스 건립 및 운영, 분양광고, 분양대행사업체 선정), 하자 보증서 발급, 분양수입금의 관리 및 피고 1 지역주택조합의 분양자 수납관리 업무지원' 등으로 한정하여 약정한 점, ③ 건축계획이나 설계 변경은 피고 2 주식회사의 주된 의무인 시공의 변동을 가져오는 주요한 사항의 변동이므로 이에 관해 피고 1 지역주택조합이 피고 2 주식회사와 협의하도록 하는 것은 지극히 자연스러운 점, ④ 피고 2 주식회사는 위 공사도급계약을 통해 피고 1 지역주택조합으로부터 일정의 공사대금을 지급받기로 하였을 뿐이지 이 사건 주택사업에 따른 수익을 분배받기로 한 바가 전혀 없고, 그러한 점에 비추어 피고 2 주식회사가 피고 1 지역주택조합의 대출자금을 관리하고 피고 2 주식회사 명의의 분양대금 계좌를 개설하여 조합원의 분담금을 관리하도록 하거나 수분양자에 대한 피고 1 지역주택조합의 분양대금채권을 피고 2 주식회사에 양도하도록 한 것은 피고 2 주식회사의 800억 원이라는 거액의 보증채무에 따른 구상금채권 내지 공사대금채권을 확보하기 위한 수단으로 보이는 점, ⑤ 수분양자들이 분양대금의 입금내역을 확인하도록 되어 있는 분양정보시스템 홈페이지는 피고 1 지역주택조합이 그 시스템 공급업체와 계약을 체결하여 관리하였고, 그 게시 자료도 피고 1 지역주택조합이 입력한 것인 점, ⑥ 피고 2 주식회사가 원고들에게 '입주 사전점검 초청행사 안내문' 등을 발송한 것은 위 공사도급계약서상 피고 1 지역주택조합의 분양 업무에 대한 협조 업무의 일환으로 볼 수 있는 점, ⑦ 피고 2 주식회사가 계약의 당사자로 기재되어 있는 분양계약서(갑 제5, 7, 9호증의 각 1)는 소외 4가 피고 2 주식회사의 인장을 임의 날인하여 위조한 것에 불과한 점 등을 종합하면, 원고들 주장과 같은 사정만으로 피고 2 주식회사가 피고 1 지역주택조합과 서로 출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정하고 이익을 분배하기로 한 동업관계에 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 피고 2 주식회사가 피고 1 지역주택조합과 조합 유사의 관계인 동업관계에 있음을 전제로 하여 피고 1 지역주택조합의 대표자의 불법행위에 대하여 피고 2 주식회사도 손해배상책임이 있다는 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다(원고들이 근거로 제시하는 대법원 2007. 12. 13. 선고 2005다52214 판결은 주택건설사업의 공동사업주체들이 시공계약을 체결하면서 민법상 조합의 성립요건인 쌍방의 출연의무와 지분에 관한 권리관계를 정한 사안에 관한 것으로서 이 사건과 사안을 달리하여 이를 이 사건에 원용하기에 적절치 아니하다).

더욱이, 설사 피고 2 주식회사가 피고 1 지역주택조합과 동업관계에 있다고 인정된다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 피고 1 지역주택조합의 대표자인 소외 4의 이 사건 불법행위에 대하여 원고들의 중과실이 인정되는 한, 원고들은 피고 2 주식회사에 대하여도 사용자책임을 물을 수 없다고 할 것이므로, 원고들의 위 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

(3) 피고 대림이 피고 1 지역주택조합과 공동불법행위책임을 지는지 여부에 관한 판단

수인이 공동하여 타인에게 손해를 가하는 민법 제760조의 공동불법행위에 있어서 행위자 상호간의 공모는 물론 공동의 인식을 필요로 하지 아니하고, 다만 객관적으로 그 공동행위가 관련 공동되어 있으면 족하고 그 관련 공동성 있는 행위에 의하여 손해가 발생함으로써 그에 대한 배상책임을 지는 공동불법행위가 성립하며, 공동불법행위에 있어 방조라 함은 불법행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 과실에 의한 방조도 가능하다고 할 것이며, 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다1313 판결 참조).

그런데 이 사건에 있어서는, 앞서 본 바와 같이 피고 2 주식회사는 피고 1 지역주택조합과 공사도급계약을 체결하고 이 사건 아파트의 시공의무를 주된 의무로 하면서 피고 1 지역주택조합의 분양 업무 등을 협조하는 관계에 있을 뿐 그와 동업관계에 있지도 아니하고, 또한 분양계약의 체결 및 분양자 관리 등의 업무는 피고 1 지역주택조합의 독자적 업무임이 명백하므로, 피고 2 주식회사가 피고 1 지역주택조합 대표자의 매우 이례적인 이중분양계약 체결 행위를 감시할 주의의무가 있다고 보기 어렵고, 달리 피고 2 주식회사가 소외 4의 위와 같은 불법행위를 용이하게 하도록 직·간접으로 어떤 도움을 주었다는 점을 인정할 증거가 없으므로 위 주장도 이유 없다(한편, 피고 2 주식회사가 원고들에게 입주자 사전점검 초청행사 안내문을 보낸 사실은 인정되나, 위 증거들 및 변론 전체의 취지에 비추어 보면 피고 2 주식회사도 원고들이 진정한 수분양자인지 여부를 알지 못한 채 피고 1 지역주택조합으로부터 수분양자로 통보받고 원고들에게 그와 같은 문서를 보낸 것으로 보이고, 또한 위 문서를 보낸 것은 원고들이 이미 분양대금을 납부한 이후이므로 그와 같은 안내문의 발송과 원고들의 손해 사이에 인과관계도 인정할 수 없다). 이에 대하여 원고들은 2007. 5.경이나 2007. 11.경 피고 2 주식회사 직원들도 이중분양 관련 민원이 발생한 사실을 알았음에도 이를 만연히 방치한 점에 있어서도 과실에 의한 방조의 책임이 있다는 취지로도 주장하나, 그와 같은 사정은 원고 5, 원고 6, 원고 8, 원고 10을 제외한 나머지 원고들의 경우는 이미 분양대금을 모두 납부한 이후의 사정일 뿐 아니라, 앞서 본 피고 1 지역주택조합과 피고 2 주식회사의 관계 등에 비추어 피고 2 주식회사가 피고 1 지역주택조합 대표 소외 4의 위법한 이중분양행위를 감시할 주의의무까지 있다고 보기 어려워, 위와 같은 사정만으로 피고 2 주식회사에 방조에 의한 공동불법행위책임을 인정하기 어렵다.

(4) 소결

그렇다면 원고들의 피고 2 주식회사에 대한 청구도 모두 이유 없다.

4. 결론

그렇다면 원고들의 이 사건 청구는 모두 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 정한익(재판장) 김영기 김정운