

# 광 주 고 등 법 원

## 제 2 민 사 부

### 판 결

사 건 2009나3370 소유권말소등기  
원고, 피항소인 한◇○ (xxxxxxx-xxxxxxx)  
광주 북구 OO동 \_\_-\_  
소송대리인 변호사 강성두, 이정학  
피고, 항소인 광□■■■■■■■■■■  
광주 북구 OO동 \_\_-\_  
송달장소 광주 북구 OO동 \_\_ 00000아파트 \_\_동 상가 \_\_호  
대표자 조합장 최○♣  
소송대리인 변호사 박행용  
제 1 심 판 결 광주지방법원 2009. 6. 4. 선고 2007가합11875 판결  
변 론 종 결 2010. 3. 24.  
판 결 선 고 2010. 5. 12.

### 주 문

1. 제1심 판결 중 아래에서 지급을 명하는 금원을 초과하는 피고 패소부분을 취소하고,  
그 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다.

피고는 원고에게 2,560,317,500원 및 이에 대하여 2009. 3. 13.부터 2010. 5. 12.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 지급하라.

2. 피고의 나머지 항소를 기각한다.

3. 소송총비용은 이를 3분하여 그 1은 원고가, 나머지는 피고가 각 부담한다.

## 청구취지 및 항소취지

### 청구취지

피고는 원고에게 4,051,856,640원 및 이에 대하여 2009. 3. 13.부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 따른 금원을 지급하라.

### 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

## 이 유

### 1. 인정사실

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제1 내지 6호증, 을 제1 내지 3호 증의 각 기재와 제1심 법원의 각 검증결과에 변론 전체의 취지를 종합하여 이를 인정할 수 있다.

가. 피고는 광주 북구 OO동 \_\_-\_\_ 외 13필지 구역의 OOOOOO단지재건축사업(이하 '이 사건 재건축사업'이라 한다)을 시행하기 위하여 위 구역 내 ◆▲아파트 2단지 소유자 등으로 구성되어 2003. 1. 6. 광주 북구청장으로부터 설립인가를 받은 재건축조합이

고, 원고는 위 재건축구역 내에 있는 광주 북구 OO동 \_\_-\_\_ 대 1024.8㎡ 및 그 지상 \_\_층, 지하 \_\_층 건물의 소유자로서 피고의 조합원이다.

나. 원고와 피고는, 2005. 6. 9. 원고가 이 사건 재건축사업에 동의하고, 원고 소유의 위 대지와 건물을 피고에게 제공하기로 하기로 하여 아래와 같은 내용의 협의약정을 체결하였다(이하 '이 사건 협의약정'이라 한다. 당초 2003. 3. 6.에도 원고와 피고간에 협의약정이 있었으나 2003. 3. 28. 취소되었고, 이후 2005. 6. 9. 아래와 같이 변경된 내용으로 이 사건 협의약정이 이루어졌다).

[이 사건 협의약정의 주요내용]

① 피고는 ◆▲2단지 2블럭내에 대지 288평, 건평 250평(\_\_층 100평, \_\_층 100평, 지하 50평) 규모의 유치원을 신축하여 원고에게 제공하며 준공시 관계법에 의해 해당 대지를 분할한다.(별지도면 참조)

② 피고는 ◆▲2단지 2블럭내에 신축되는 상가 200평(\_\_층 100평, \_\_층 100평)을 원고에게 제공하며 위치는 가능한 한 \_\_-지구 내에 진입로 모서리에 1-\_\_층이 수직배치되도록 하며, 기존 상가 소유자와 분쟁발생시 서로간에 충분한 협의를 거쳐 약간의 변경은 가능하며 관계법의 허용범위 내에서 원고가 지정하는 자에게 소유권을 이전하며 대지지분은 공유지분으로 등기한다.(별지도면 참조)

③ 유치원 설계는 관계법의 허용범위 내에서 유치원측의 안을 적극 수용하되, 내·외부 마감재는 일반적인 유치원(♥♥유치원 참조)을 기준하여 피고와 원고가 협의하여 결정하며 원고는 공사에 지장을 주지 않도록 적극 협조한다.

다. 피고는 이 사건 재건축사업을 시행하기 위하여 2003. 2. 8. ►◆◆◆ 주식회사를 시공사로 선정하고, 2003. 6. 30. 구 주택건설촉진법(2003. 5. 29. 법률 제6916호 주택법으로 전문개정되기 전의 것, 이하 같다)에 따라 광주 북구청장으로부터 주택건설사업

계획승인을 받았으며, 이 사건 협의약정에 따라 2005. 6. 21. 원고로부터 원고 소유의 토지 및 건물에 대하여 신탁을 원인으로 한 피고 명의의 소유권이전등기를 경료하고, 2005. 6. 30. 원고를 포함한 조합원의 이주를 완료한 후, 공사를 진행하여 이 사건 재건축사업을 완료하였다.

라. 한편, 원고는 피고가 이 사건 협의약정 당시 유치원 해당 대지를 분할해 주기로 하였음에도 불구하고 대지를 분할해 주지 아니한 채 그대로 재건축사업을 진행하자, 2007. 9. 4. 광주 북구청에 이 사건 협의 약정에 따른 유치원 해당 부지의 분할이 가능한지를 문의하였으나, 사업계획승인 당시 유치원 부지를 포함한 사업부지 전체에 대한 건폐율 54.2%, 용적률 287.74%로 사업계획승인이 이루어졌으며, 현재 광주광역시 도시계획조례상 제3종 일반주거지역의 용적율은 최고 250%인 관계로 유치원 부지를 분할할 경우 공동주택 부지의 용적률이 상향되는 결과를 초래하므로 별개 필지로 분할할 수 없다는 내용의 회신을 받았다.

마. 피고가 원고에게 제공하기로 하였던 ◆▲2단지 \_ \_ 지구 내 진입로 모서리에 위치한 상가(▷▷▷호, 이하 '이 사건 상가' 한다)는 소외 유♣☆, 장□△에게 분양되었고, 피고가 신축하여 원고에게 제공한 유치원의 설계 및 내·외부 마감공사는 ♥♥유치원의 그것과는 다르게 이루어진 상태이다.

## 2. 이 사건 협의약정이 유효한지에 관하여

### 가. 당사자들의 주장

① 원고가 피고의 이 사건 협의약정에 따른 채무불이행책임을 주장함에 대하여 피고는, 구 도시 및 주거환경정비법(2003. 5. 29. 법률 제6893호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 도시정비법'이라 한다) 제24조 제3항 5호는 '예산으로 정한 사항외에 조합원의

부담이 될 계약'은 총회의 의결을 거치도록 하고 있는데, 이 사건 협의약정은 다른 조합원들에게 부담을 주게 되는 계약임에도 총회의 의결을 거치지 않아 무효이고, 이 사건 협의약정에 구 도시정비법이 적용되지 않는다고 하더라도 자치규약에 따른 총회의 의결이나 대의원회의 결의를 거치지 않았으므로 무효라고 주장한다.

② 이에 대하여 원고는, 이 사건 재건축사업은 구 도시정비법이 시행되기 전에 구 주택건설촉진법에 따라 사업승인을 받았기 때문에 구 도시정비법 부칙 제7조에 의해 같은 법의 적용이 배제되고, 구 주택건설촉진법은 총회의 결의사항에 대한 규정을 두고 있지 않다. 피고 조합의 조약규약에 의하면 예산외의 조합원의 부담이 될 계약에 관하여 대의원회의의 결의사항으로 규정하고 있는데 이 사건 협의약정에 관하여 피고 조합의 대의원회의의 결의를 거쳤으므로 이 사건 협의약정은 유효하다고 주장한다.

#### 나. 판 단

##### (1) 이 사건 재건축사업에 구 도시정비법이 적용되는지 여부

구 도시정비법 부칙 제7조 제1항은 '사업시행방식에 관한 경과조치'라는 표제로 "종전 법률에 의하여 사업계획의 승인이나 사업시행인가를 받아 시행중인 것은 종전의 규정에 의한다"고 규정하고 있는바, 구 도시정비법이 시행되기 전의 재건축 사업에 대하여 사업계획의 승인을 얻으면 원칙적으로 행정청의 관여는 종료되고 조합원은 이로써 분양받을 권리(입주자로 선정된 지위)를 취득하게 되며, 원래 재건축조합의 운영과 조합원 사이의 권리분배 및 신축된 건물 또는 대지의 소유권이전 방식 등은 일반 민법 등에 의하여 자율적으로 이루어질 것이 예정되었던 것이어서, 이미 사업계획의 승인을 얻은 재건축조합에 대하여 구 도시정비법에 의한 절차나 방식에 따라 잔존 사업을 시행할 필요성이나 합리성이 있다고 볼 수 없다. 그리고 구 도시정비법 제6조는 '정비사

업의 시행방법'이라는 표제로 그 제3항 본문에서 "주택재건축사업은 정비구역 안 또는 정비구역이 아닌 구역에서 제48조의 규정에 의하여 인가받은 관리처분계획에 따라 공동주택 및 부대·복리시설을 건설하여 공급하는 방법에 의한다."고 규정하고 있는바, 위 조항은 구 도시정비법 부칙 제7조 제1항에 의하여 구 도시정비법의 적용이 배제되는 '사업시행방식'에 관한 규정이라고 볼 수 있고, 위와 같이 구 도시정비법의 핵심적인 조항이라고 할 수 있는 관리처분계획의 인가와 이를 기초로 한 이전고시에 관한 조항 등이 위 부칙 조항에 의하여 배제된다면 그 밖의 세부적인 구 도시정비법의 절차나 방식에 관한 규정들 역시 배제된다고 보는 것이 자연스러운 해석이다. 따라서 재건축조합의 경우 구 도시정비법 부칙 제7조 제1항에서 종전의 규정에 의하도록 한 '사업시행방식'은 특별한 사정이 없는 한 구 도시정비법 제3장 '정비사업의 시행'에서 규정하고 있는 방식이나 절차를 모두 포함한다고 할 것이므로 이러한 방식이나 절차에 관한 사항은 종전의 규정에 의하여 규율되어야 한다.(대법원 2010.1.28. 선고 2009다78368 판결 등 참조)

이 사건에서 보건대, 구 도시정비법은 제3장 '정비사업의 시행' 밑에 제2절 '조합설립추진위원회 및 조합의 설립 등'을 두고 있으며 이에 속하는 제24조 제3항 5호는 '예산으로 정한 사항외에 조합원의 부담이 될 계약'에 관하여 총회의 의결을 거치도록 규정하고 있는바, 위 조항은 사업시행에 관한 방식이나 절차에 관한 것으로서 구 도시정비법 부칙 제7조 제1항에서 종전의 규정에 의하도록 한 '사업시행방식'에 관한 규정이라고 할 것이다. 따라서 종전 법률인 구 주택건설촉진법에 따라 주택건설사업계획의 승인을 받은 이 사건 재건축사업에 대하여는 구 도시정비법 제24조 제3항이 적용되지 않으므로 위 조항에 따른 총회의 의결을 거치지 않아 이 사건 약정이 무효라는 피고의

주장은 이유 없다.

(2) 조합규약에서 정한 결의를 거쳤는지 여부

① 조합규약의 규정 내용 및 해석

피고 조합의 조합규약(을 제1호증) 제19조 7호는 '조합원의 부담이 될 약정에 관한 사항'을 총회의 결의사항으로 규정하고 있는 반면, 제22조 4호는 '예산으로 정한 사항 외의 조합원의 부담이 될 계약 등에 관한 사항'을 대의원회의의 결의사항으로 규정하고 있다. 위 두 조항에서 규정하고 있는 '조합원의 부담이 될 약정'과 '조합원의 부담이 될 계약 등에 관한 사항'은 실질적으로 동일한 의미라고 볼 수 있는바, 위 두 조항의 관계에 관하여 합리적인 해석이 필요하다고 할 것이다. 그러므로 이에 관하여 보건대, 통상 조합원 총회가 재건축사업의 진행에 관한 일반적이고 중요한 사항을 의결하는 기구로서 그 소집절차가 복잡하며 소집에 시일이 소요되어 구체적이고 개별적인 안건을 결의하기 곤란한 점, 총회에서 직접 결의하기 곤란한 사항을 위임하여 결의할 수 있도록 하기 위하여 대의원회의를 설치한 점, 이 사건 재건축사업을 규율하던 구 주택건설촉진법에는 총회의 의결사항에 관하여 아무런 제한 규정이 없었으나, 도시재개발사업을 규율하던 구 도시재개발법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 폐지되기 전의 것)<sup>1)</sup> 제19조 제1항 제5호에서는 '예산으로 정한 사항외에 조합원의 부담이 될 계약'에 관하여 총회의 의결사항으로 규정하면서도 같은 법 제19조 제2항과 같은 법 시행령 제25조에서는 대의원회의가 총회의 의결을 대신할 수 있도록 규정하고 있었던 점, 피고의 조합규약 제22조 4호에서 규정하고 있는 '예산으로 정한 사항 외의 조합원의 부담이 될 계약'의 문구가 당시 시행되던 구 도시재개발법 제19조의 문구와 동일한 점, 구

1) 구 주택건설촉진법과 구 도시재개발법은 그 적용대상사업을 달리할 뿐 입법취지가 유사하고, 모두 구 도시정비법의 시행으로 폐지되었다.

도시정비법 제24조 제3항 5호는 '예산으로 정한 사항외에 조합원의 부담이 될 계약'은 총회의 의결을 거치도록 규정하고 있는데, 피고 조합의 조합규약을 제정할 당시에는 이러한 제한 규정이 없었던 점 등의 사정에 비추어 보면, 피고 조합의 조합규약 제22조 4호의 규정 취지가 '예산으로 정한 사항외에 조합원의 부담이 될 계약'에 관하여 총회의 결의와 별도로 대의원회의의 결의를 중첩적으로 거치도록 하는 취지라고 볼 수는 없고, 총회의 결의사항 중 하나인 위의 사항을 대의원회의의 결의에 위임하는 취지라고 봄이 상당하다. 따라서 조합원의 부담이 될 계약에 관한 사항은 총회의 결의나 대의원회의의 결의 중 어느 하나를 거치면 유효한 것으로 보아야 한다.

② 이 사건 협의약정에 관한 대의원회의의 결의가 있었는지 여부

갑 제28호증의 1 내지 18의 각 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 조합은 이 사건 재건축사업의 시행상 원고 소유의 유치원 부지를 사업시행구역에 포함시키는 것이 불가피하다고 판단하여 수차에 걸쳐 원고와 협의를 하였으나 협의가 이루어지지 않은 사실, 2005. 4. 13. 피고 조합의 조합장이 대의원회의에서 유치원 문제에 관하여 며칠 후 쫓이면 시공사인 ▶◇◆◇과 협의해서 잘 해결될 것 같다는 내용으로 보고를 한 사실, 피고 조합은 원고와 이 사건 협의약정을 체결하기 2일전인 2005. 6. 7. 피고 조합의 이사회에 이 사건 협의약정을 안건으로 상정하여 이사회의 의결을 받은 사실, 이 사건 협의약정을 체결한 후인 2005. 10. 7. 대의원회의에서 피고 조합의 조합장이 이 사건 협의약정의 내용과 같이 협의가 이루어진 사실 및 이 사건 협의약정에 따라 추가로 부담이 늘어나는 부분에 관하여 ▶◇◆◇주식회사에서 피고 조합에게 일부 부담을 하여 줄 것을 요구한 사실을 보고하였고, 대의원회의에서는 이 사건 협의약정의 내용에 관하여는 아무런 이의없이 ▶◇◆◇주식회사에서 요구하는 추가부담을 하



지 않기로 결의를 한 사실, 피고 조합은 위 2005. 10. 7.자 대의원회의의 결의에 따라 이 사건 협의약정의 내용을 반영한 공사 (본)계약 체결의 건과 관리처분계획(안) 승인의 건을 2005. 10. 31.자 조합원 임시총회에 제출하여 임시총회의 의결을 받은 사실, 2005. 11. 10. 피고 조합의 대의원회의에서 이 사건 협의약정에 따라 원고에게 분양하여야 할 아파트의 분양방법에 관하여 원고가 희망하는 대로 분양하여 주기로 결의를 한 사실 등이 인정되는바, 위 인정사실에서 보는 바와 같은 사정들 즉, 피고 조합의 조합장이 대의원회의에서 원고와의 협의진행과정을 보고하고, 피고 조합의 이사회에서도 원고와의 이 사건 협의약정을 안건으로 상정하여 이사회의 의결이 있었던 점, 이사회의 의결을 받은 직후 피고 조합의 조합장이 피고 조합을 대표하여 원고와 이 사건 협의약정을 체결한 점, 이 사건 협의약정을 체결한 후 피고 조합의 2005. 10. 7.자 대의원회의에서 조합장으로부터 이 사건 협의약정의 내용에 관하여 보고를 들은 후 이 사건 협의약정의 내용에 대하여는 아무런 이의가 없었고, 단순히 이 사건 협의약정에 따른 추가부담 부분에 관하여만 ▶◇◇◇이 요구하는 추가부담을 피고 조합에서 부담하지 않기로 결의한 점, 피고 조합은 위 2005. 10. 7.자 대의원회의의 결의에 따라 이 사건 협의약정의 내용을 반영한 공사 (본)계약 체결의 건과 관리처분계획(안)을 확정하여 조합원 임시총회에 그대로 보고한 점, 위 2005. 10. 7.자 대의원회의 이후에 개최된 2005. 11. 10.자 대의원회의에서도 이 사건 협의약정이 유효함을 전제로 하여 이 사건 협의약정에 따라 원고에게 분양하여야 할 아파트의 분양방법까지 구체적으로 결의를 한 점 등에 비추어 볼 때 피고 조합의 2005. 10. 7.자 대의원회의에서 이 사건 협의약정의 내용을 인정하는 결의를 하였다고 봄이 상당하다.

그러므로 이 사건 협의약정이 피고 조합의 조합규약에서 정한 절차를 거치지 않아

무효라는 피고의 주장은 이유 없다.

### 3. 이 사건 협의약정이 해제되었는지 여부에 관하여

피고는, 원고가 원고의 2008. 2. 27.자 준비서면의 송달로써 이 사건 협의약정에 대한 해제의 의사표시를 하였고, 2008. 5. 20.자 준비서면에서도 이행불능을 원인으로 하여 이 사건 협의약정을 해제하였기 때문에 이 사건 협의약정이 유효함을 전제로 한 원고의 이 사건 청구는 이유 없다고 주장한다.

그러므로 살피건대, 원고가 2008. 2. 27.자 준비서면에서 피고의 기망에 의해 이 사건 협의약정을 체결하였음을 이유로 하여 이 사건 협의약정을 취소하는 의사표시와 유치원부지의 분할이 불가능하여 이 사건 협의약정이 이행불능이 되었다는 이유로 이를 해제하는 의사표시를 한 사실, 2008. 5. 20.자 준비서면에서도 유치원부지의 분할이 불가능하고, 원고에게 제공하기로 한 ◆▲2단지 2블럭내에 ■♠하는 상가 중 2층 모서리 부분을 타인에게 분양함으로써 이 사건 협의약정이 이행불능에 이르게 되었다는 이유로 이 사건 협의약정을 해제하는 의사표시를 한 사실이 인정된다.

그러나, 원고의 위와 같은 취소·해제의 의사표시는 피고를 상대로 하여 이 사건 재건축사업부지에 포함된 광주 북구 OO동 —- 대 1024.8㎡(이 사건 재건축사업이 시행되기 전 원고 소유의 토지)에 관하여 피고 명의로 경료된 소유권이전등기의 말소등기를 청구하면서 그 말소등기가 가능함을 전제로 하여 이 사건 협의약정을 취소·해제하겠다는 의사를 표시한 것으로 보아야 하고, 위 말소등기청구를 이 사건 협의약정의 위반을 원인으로 한 손해배상청구로 변경하는 경우에도 이 사건 협의약정을 취소·해제하겠다는 의사를 표시한 것으로 볼 수는 없다(원고의 이 사건 협의약정에 대한 해제 주장이 이유 없다는 점은 피고 스스로도 이미 주장한 바 있다).

그러므로 원고의 위 2008. 2. 27.자 준비서면과 2008. 5. 20.자 준비서면의 송달로서 이 사건 협의약정이 취소 또는 해제되었다는 피고의 주장은 이유 없다.

#### 4. 손해배상책임의 발생 및 범위

가. 유치원대지 분할약정의 불이행에 따른 손해배상책임

##### (1) 당사자들의 주장

① 원고는, 피고가 이 사건 협의약정에 따라 유치원부지를 이 사건 재건축사업 지구에서 분할하여 줄 의무가 있음에도 불구하고 이 사건 재건축사업의 추진과정에서 원고의 유치원부지를 분할하는 내용의 사업계획변경을 하지 않아 원고의 유치원부지를 분할할 수 없게 되었으므로, 피고는 원고에게 유치원부지가 분할되었을 경우의 가액과 유치원부지가 분할되지 않은 상태로 이 사건 재건축사업지구에 포함되어 있는 경우의 가액 사이의 차액을 배상할 의무가 있다고 주장한다.

② 이에 대하여 피고는, 이 사건 협의약정 당시 원고의 유치원부지를 이 사건 재건축사업지구에서 제외하여 분할하는 것은 어려운 상태였고, 이에 따라 준공시 관계 법에 따라 지번분할이 가능할 경우에 원고의 유치원부지를 분할하여 주기로 약정한 것 일 뿐, 이 사건 재건축사업계획을 변경하여 원고의 유치원부지를 분할하여 주기로 한 것은 아니므로 원고의 유치원부지를 분할하여 줄 의무가 없다고 주장한다.

##### (2) 판 단

그러므로 피고가 원고의 유치원부지를 이 사건 재건축사업지구에서 제외하는 내용으로 사업계획을 변경하지 않은 것이 이 사건 협의약정의 위반에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 위에서 본 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, 피고는 원고와 이 사건 협의약정을 하기 이전인 2003. 6. 30. 광주 북구청장으로부터 이

사건 재건축사업지구 전체에 대한 설계도를 첨부하여 주택건설사업계획 승인을 받았는데, 위 승인에 따라 사업부지 전체에 대한 건폐율과 용적율이 확정된 점, 원고의 유치원부지를 사업부지에서 제외시킬 경우에는 용적율이 증가하게 되어 이 사건 사업계획에 대하여 전체적인 수정이 불가피하고, 사업계획에 대하여 다시 사업계획변경승인을 받아야 하는 점, 피고로서는 사업부지 전체의 용적율 증가를 위해 원고의 유치원부지를 사업지구에 포함시키려고 원고에게 많은 보상을 하면서까지 이 사건 협의약정을 체결하였는데, 이를 분할하여 사업지구에서 제외할 경우에는 이 사건 협의약정을 체결할 아무런 실익이 없어지게 되는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 협의약정의 내용 중 '준공시 관계법에 의해 해당 대지를 분할한다'는 내용은 피고가 원고의 유치원부지를 이 사건 재건축사업지구에서 제외하는 것으로 사업계획을 변경하여 분할하여 주겠다는 의미로 해석할 수는 없고, 이 사건 재건축사업지구에 원고의 유치원부지를 포함시켜 사업을 진행하되, 준공시의 관계법에 따라 분할이 가능할 경우에는 이를 분할하여 주겠다는 취지라고 해석함이 상당하고, 유치원 해당부지를 분할할 경우 사업부지의 용적율이 상향되는 결과를 초래하므로 별개 필지로 분할할 수 없다는 내용의 복구청 회신은 현행 법령상 원고의 유치원 부지를 분할할 수 없다는 것이므로 피고가 원고에게 현행 법령상 불가능한 유치원부지의 분할의무를 부담한다고 볼 수는 없다.

따라서 피고가 원고의 유치원 부지를 분할하여 주지 않은 것이 이 사건 협의약정의 위반에 해당함을 전제로 하는 원고의 위 부분 청구는 이유 없다.

나. 상가분양약정의 불이행에 따른 손해배상책임

(1) 당사자들의 주장

원고는 이 사건 협의약정에서 피고가 원고에게 상가건물 \_-\_-지구 내 진입로 모

서리 부분의 상가 200평을 분양해주기로 약정하였음에도 불구하고, 이를 다른 사람들에게 분양하여 버림으로써 위 분양의무가 이행불능이 되었으므로 원고에게 분양하여 주기로 한 상가건물 상당액을 원고에게 배상하여야 한다고 주장한다.

이에 대하여 피고는, 이 사건 상가는 상가조합원인 유♣☆과 장□△의 신청에 의해 분양되었는바, 원고는 상가조합원이 아닌 복리시설에 관한 조합원일 뿐이어서 원·피고 사이에 이루어진 이 사건 협의약정과 관계없이 이 사건 상가에 관하여는 상가조합원에게 우선권이 있는 것이고, 그렇기 때문에 '가능한 한', '기존 상가 소유자와 분쟁 발생시 서로간에 충분한 협의를 거쳐 약간의 변경은 가능하며'라는 문구를 삽입하였던 것인바, 피고는 원고에게 이 사건 상가를 제공하여야 할 의무가 없고, 원고에게 동일한 면적의 다른 상가를 제공하였음에도 원고가 이를 수령하지 않았으므로 이 사건 협의약정을 위반한 사실이 없다고 주장한다.

## (2) 판 단

① 그러므로 피고가 상가분양약정을 위반하였는지 여부에 관하여 살피건대, 이 사건 상가가 상가조합원인 유♣☆, 장□△의 신청에 의해 위 사람들에게 분양된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 갑 제10호증의 1, 2, 을 제1호증의 각 기재, 제1심 법원의 이 사건 상가 검증결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 조합의 조합규약상 사업시행지구안에 건립하는 상가 등 부대·복리시설은 종전 건축물의 용도가 동일하거나 유사한 소유자에게 우선분양하도록 규정되어 있는 사실은 인정되나, 한편 앞서 본 증거들에 의하면 이 사건 협의약정시 갑 제1호증에 첨부된 도면상에 이 사건 상가 위치를 특정하고, 기존 상가 소유자와 분쟁 발생시 서로간에 충분한 협의를 거치도록 약정한 사실, 이후 이 사건 상가 옆인 ▷▷▷호 내지 ▷▷▷호도 농협에서 모서리 쪽도

부동산 중개소 및 화장품점 등에 모두 분양을 마친 사실 또한 인정되는바, 기존 상가 소유자인 유♣☆, 장□△의 이 사건 상가에 대한 분양신청 이후 피고가 원고와 유♣☆, 장□△ 사이에 어떠한 협의를 도출하려는 노력을 기울였다고 볼만한 아무런 증거가 없고, 원고가 원하지 않는 부분의 상가를 피고가 임의로 제공한다고 하여 원고가 이를 수령하여야 할 의무가 있다고 볼 수도 없으므로 피고가 원고와 약정한 상가분양약정을 이행하였다고 볼 수 없다. 그리고 피고가 원고에게 분양하기로 약정하였던 상가부분에 대한 소유권을 회복하여 원고에게 다시 이를 분양하여 줄 수도 없으므로 피고의 상가 분양의무는 이행불능이 되었다고 봄이 상당하므로 피고는 이 사건 협의약정에 따라 원고에게 제공하기로 약정하였던 상가의 가액을 배상할 의무가 있다고 할 것이다.

② 나아가, 피고가 상가분양약정의 위반에 따라 원고에게 배상하여야 할 손해배상의 액수에 관하여 보건대, 피고가 이 사건 상가 및 이와 수직 배치된 ㄴ층 상가 ▷▷▷호(합계 200평)를 원고에게 분양하지 아니함으로 인하여 원고가 입은 손해는 애초에 피고가 원고에게 제공하기로 하였던 ㄴ층 ▷▷▷호와 ㄴ층 ▷▷▷호 상가의 일반분양가 상당액이라고 봄이 상당하다. 그리고 상가건물의 일부에 대한 구분소유자는 그 면적비율에 따라 공용부분도 소유하는 것이고, 갑 제10호증의 1, 2,(분양계약서)에도 분양하는 상가호수의 면적을 계약면적으로 표기하고 있으므로 피고가 원고에게 공급하기로 약정한 200평은 공용부분을 포함한 계약면적으로 산정함이 상당하다(원고는 전용면적을 기준으로 하여야 한다고 주장하나, 위와 같은 사정에 비추어 원고의 주장은 이유 없다).

한편, 갑 제11호증(2단지 분양면적표)의 기재에 의하면 계약면적을 기준으로 하여 산정한 이 사건 상가 ▷▷▷호의 평당 일반분양가는 15,750,090원, ▷▷▷호의 평당 일반분양가는 5,965,245원인 사실이 인정된다.

그러므로 피고가 원고에게 상가분양약정에 따라 배상하여야 할 금액은 ㄴ층 100평의 가액 1,575,009,000원과 ㄴ층 100평의 가액 596,524,500원의 합계 2,171,533,500원이다.

다. 유치원 설계 및 내·외부 마감재 약정의 불이행에 따른 손해배상책임

(1) 당사자들의 주장

① 원고는, 유치원의 설계는 관계법의 허용범위내에서 유치원측의 안을 적극 수용하되, 내·외부 마감재는 일반적인 유치원(♥♥유치원 참조)을 기준하여 피고와 원고가 협의하여 결정하기로 하였는데 신축 유치원의 내·외부 마감재를 ♥♥유치원의 그것과는 다르게 시공하였으므로, 피고는 민법 제390조에 의하여 이 사건 협의약정상 채무불이행으로 인하여 원고에게 발생한 손해를 배상할 책임이 있다고 주장한다.

② 이에 대하여 피고는, 유치원 설계 당시 원고 측과 여러 차례 상의하여 설계도면이 최종 결정되었고, 이에 따라 유치원을 건축하여 제공하였으므로 피고는 이 사건 협의약정에 의한 의무를 다하였고, 따라서 이 사건 협의약정상 채무불이행으로 인한 손해배상책임이 없다고 주장한다.

(2) 판 단

① 그러므로 살피건대, 현재 ♥♥유치원의 내·외부마감재와 신축유치원의 그것이 다르게 시공된 상태인 사실은 위에서 본 바와 같고, 갑 제1호증, 을 제18호증의 1, 2, 3의 각 기재, 제1심 증인 박♥◆의 증언, 제1심 증인 권♥ㅁ의 일부 증언, 제1심 법원의 ♥♥유치원 및 신축유치원에 대한 각 검증결과에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 신축유치원의 설계는 관계법의 허용범위 내에서 원고측의 안을 적극 수용하도록 약정한 사실, 시공사인 ▶◆◆ 주식회사는 2006. 6. 20. 이 사건신축유치원의 설

계를 담당한 권♥뽀에게 ♥♡유치원의 사진을 전송하면서 이를 참조하고 원고와 협의해서 유치원의 설계도면을 작성하도록 지시한 사실, 권♥뽀는 2006. 8. 11. 원고측의 박♥◆과 상의하여 설계도면을 수정하여 을 제18호증의 3(최종도면)을 작성하였으나, 이 설계도면은 건축허가를 받기 위한 필수 구조물 등에 대하여서만 설계한 것일 뿐 내부마감공사와 관련하여서 구체적으로 설계한 것이 아니어서 내부마감공사에 대하여는 박♥◆과 협의한 바가 없었기 때문에 위 최종도면의 NOTE란에 모든 내부마감공사는 건축주와 협의하여 결정/시공한다라는 단서를 기재한 사실, 이후 유치원 신축공사가 진행되면서 원고 및 박♥◆은 내부마감공사 및 설계도면의 수정을 요구하였으나, 그 무렵 원고가 이 사건 협의약정과 달리 유치원부지를 분할받지 못하였음을 이유로 하여 피고를 상대로 이 사건 소송을 제기하자 피고는 유치원 골조공사를 중단하였고, 그후부터 원고 및 박♥◆은 유치원 신축공사에 관여하지 아니한 사실, 이후 피고가 다시 공사를 재개하여 원고와의 마감공사에 대한 협의없이 일방적으로 공사를 완공한 사실, 현재 시공된 일부 마감재(계단 핸드레일, 계단과 홀의 단차 등)는 유치원에 맞지 않는 성인 기준으로 시공되어 있고, 일부 마감공사는 시공이 되어 있지 않은 사실이 인정되는바, 이에 비추어 보면 유치원을 신축함에 있어서 그 설계 및 내·외부 마감재를 ♥♡유치원을 기준으로 원고와의 협의하에 결정하도록 함이 이 사건 협의약정의 내용이라 봄이 상당함에도 불구하고 피고는 이에 위반하여 원고와의 협의없이 유치원 신축공사를 ♥♡유치원의 그것과 달리 시공하고, 일부는 아직까지도 시공하지 않았다고 할 것이므로, 이로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이다.

② 나아가 피고가 배상하여야 할 손해배상의 액수에 관하여 보건대, 피고가 이 사건 협의약정과 달리 유치원의 설계 및 내·외부 마감재를 ♥♡유치원을 기준으로 하



지 아니한 채 원고와의 협의없이 시공함으로 인하여 입은 원고의 손해는 원고가 ♥♥ 유치원에 상응하게 내·외부 마감재를 다시 시공하는데 필요한 비용 상당액이라고 할 것인바(피고는 ♥♥유치원을 기준으로 하여 시공할 경우의 공사비와 이 사건 신축유치원의 공사비 차액 상당액이 원고의 손해라고 주장하나, ♥♥유치원의 시설과 달리 시공한 부분은 피고가 이 사건 협의약정에 위반하여 임의로 시공한 부분이고, 유치원의 특성상 성인기준으로 시공이 되어 있는 부분의 재시공이 불가피하다고 판단되므로 피고의 위 부분 주장은 받아들이지 않는다), 제1심 감정인 최순의 비용감정결과에 의하면 그 소요비용은 388,784,000원이다.

③ 이에 대하여 피고는, 감정인 최순의 비용감정결과에는 이 사건 협의약정에 포함되지 않은 내·외부 인테리어 공사비용까지 포함되어 있으므로 이를 공제하여야 한다고 주장하므로 살피건대, 앞서 든 증거들과 변론 전체의 취지를 종합하면, 감정인 최순의 비용감정결과의 내역은 조리실 벽체, 바닥, 천정 마감재, 방화문, 2층 홀 천정, 천정몰딩, 벽체 하부 몰딩, 창호, 출입문, 난간, 옥상층바닥 등 대부분 내부마감재에 관한 감정결과인 점, 위 비용 산정에 포함된 냉난방시설 및 놀이대시설에 관하여 보면 원고 및 박♥♦이 신축유치원의 설계도면 작성을 담당한 권♥罙에게 유치원 냉난방시설 및 유치원 부대시설을 도면에 표기해달라고 요구하였으나, 권♥罙은 자신이 맡은 설계부분은 건축허가에 필요한 필수구조물 부분에 한정되고 그러한 부분은 해당되지 아니하니 추후 피고와 협의하여 결정하라고 말한 점, 원고 및 박♥♦이 피고와 이에 대해 협의하던 무렵 이 사건 소송 진행으로 인하여 유치원 신축공사가 중단되었고, 이후 원고측과의 협의없이 피고에 의해 공사가 진행된 점, 피고가 원고의 기존 유치원을 철거함에 있어 유치원 건물 뿐만아니라 그 건물에 부착된 냉난방시설 및 놀이대시설까

지 모두 철거한 것으로 보이는 점 등을 종합해 볼 때 피고가 신축하여주기로 한 부분은 유치원 건물 뿐만아니라 인테리어와 냉난방시설까지를 포함하여 신축유치원에 필요한 제반시설을 제공해주기로 하였다고 봄이 상당하므로 피고의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

## 5. 결 론

그렇다면, 피고는 원고에게 손해배상금 합계 2,560,317,500원(상가분양약정 위반으로 인한 손해배상 2,171,533,500원 + 유치원 설계 및 마감공사약정의 위반으로 인한 손해배상 388,784,000원) 및 이에 대하여 채무불이행일 이후로서 원고가 구하는 바에 따라 청구취지 및 청구원인 변경신청서가 피고에게 송달된 다음날인 2009. 3. 13.부터 이행의무의 존부와 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 당심판결 선고일인 2010. 5. 12.까지는 민법이 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있으므로, 원고의 피고에 대한 청구는 위 인정범위내에서 이유 있어 이를 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 이와 결론을 일부 달리한 제1심 판결 중 위 인정금원을 초과하여 지급을 명한 피고 패소부분은 부당하므로 이를 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고의 청구를 기각하며, 피고의 나머지 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장      판사      윤성원 \_\_\_\_\_

            판사      장정희 \_\_\_\_\_

판사 위인규 \_\_\_\_\_