

## 대 법 원

### 제 1 부

### 판 결

사 건	2010다95338 총회결의무효확인
원고, 상고인	별지 원고목록 기재와 같다.
	원고들 소송대리인 법무법인 정률
	담당변호사 백창수 외 1인
피고, 피상고인	만수종합쇼핑재건축정비사업조합
	소송대리인 법무법인 여산
	담당변호사 권대열 외 1인
원 심 판 결	서울고등법원 2010. 10. 22. 선고 2010나5009 판결
판 결 선 고	2012. 11. 15.

### 주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

### 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

## 1. 시장정비사업조합의 조합원 지위 취득요건 등에 관하여

가. 재래시장의 재건축 등에 관한 특별법으로는, 과거 「중소기업의 구조개선과 재래시장 활성화를 위한 특별조치법」(이하 '중소기업활성화법'이라 한다)이 있었는데, 이는 법률 제7235호로 제정된 「재래시장 육성을 위한 특별법」(이하 '중전특별법'이라 한다)이 2005. 3. 1.부터 시행되면서 폐지되었고, 이 법률 역시 2006. 4. 28. 「재래시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」(이하 '개정특별법'이라 한다)으로 전부개정되었다.

위 중전특별법은 "시장정비사업과 관련하여 이 법에서 정하지 아니한 사항은 「도시 및 주거환경정비법」을 준용한다"고 규정한 반면(제22조 제6항), 개정특별법(2007. 4. 11. 법률 제8352호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 "시장정비사업과 관련하여 이 법에서 정하지 아니한 사항은 「도시 및 주거환경정비법」 중 도시환경정비사업에 관한 규정을 준용한다"고 규정하고 있다(제4조 제1항). 그런데 「도시 및 주거환경정비법」(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정되기 전의 것, 이하 '도시정비법'이라 한다)은 정비사업의 종류를 주거환경개선사업, 주택재개발사업, 주택재건축사업, 도시환경정비사업으로 구분하여 규정하고(제2조 제2호), 그 정비사업의 조합원은 토지등 소유자로 하되, "주택재건축사업의 경우에는 주택재건축사업에 동의한 자에 한한다"고 규정하여(제19조 제1항), 주택재건축사업의 조합원은 사업에 동의한 자로 한정되지만 도시환경정비사업 등 다른 정비사업의 경우에는 사업에 반대한 토지등 소유자도 조합원에 포함되는 것으로 되어 있다. 따라서 시장재건축사업에 준용되는 도시정비법의 규정이 주택재건축사업 규정인지 도시환경정비사업 등에 관한 규정인지에 따라 조합원 자격자의 범위가 달라지게 된다.

한편 개정특별법은 부칙 제5조에서 '시장 재개발·재건축에 관한 경과조치'라는

제목으로 '이 법 시행 당시 시장정비사업을 시장재개발 또는 시장재건축으로 구분하여 추진 중인 경우에는 종전특별법 부칙 제3조의 규정에 따라 폐지된 중소기업활성화법에 따라 시장재개발 또는 시장재건축으로 구분하여 추진할 수 있다'고 규정하고 있다.

위와 같은 각 규정의 내용과 취지 및 그 개정 경과 등에 비추어 보면, 종전특별법은 시장정비사업과 관련하여 도시정비법에 규정된 정비사업 중 어느 사업의 시행방식에 관한 규정을 준용할 것인지를 제한하지 아니하였으므로, 시장정비사업을 어떠한 방식으로 시행할 것인지에 관하여는 개별 조합의 정관 규정과 사업내용 등에 따라 판단하여야 하고, 조합원의 범위 역시 그에 따라 정하여야 할 것이다.

나. 원심이 확정된 사실관계와 기록에 의하면, 이 사건 상가부지에 관하여는 2005.

1. 7. 중소기업활성화법 제12조 제1항에 따른 중소기업청장의 시장재건축 사업시행구역선정이 있었고, 피고 조합은 이 사건 상가를 시장재건축의 방식으로 재건축하기 위하여 2005. 5. 4. 종전특별법 제22조 제2항에 의하여 인천광역시 남동구청장으로부터 시장정비사업조합 설립인가를 받았으며, 그 정관 제1조 제2항에서 피고 조합이 시행하는 사업을 '재건축사업'으로 규정하고, 제9조 제1항에서 조합원 자격을 조합설립에 동의한 자로 한정하는 명시적 규정을 두었을 뿐만 아니라, 제39조에서 재건축사업에 동의하지 아니한 자에 대하여는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」(이하 '집합건물법'이라 한다) 제48조의 규정을 준용하여 매도청구를 할 수 있도록 함으로써 피고 조합이 시행하는 시장정비사업에 관하여 도시정비법의 정비사업 중 주택재건축사업과 같은 구조를 취하고 있으므로(도시정비법의 정비사업 중 주택재건축사업에는 집합건물법의 매도청구권 규정이 준용되지만, 도시환경정비사업이나 주택재개발사업의 경우에는 매도청구 대신 「공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따라 수용절

차를 거치게 된다), 피고 조합의 재건축사업 시행방식에 관하여는 도시정비법상 주택재건축사업에 관한 규정이 준용된다고 봄이 상당하다.

같은 취지에서 원심이 피고 조합의 조합원 자격 요건에 관하여 주택재건축사업에 동의한 자에 한하여 조합원 자격을 인정한 도시정비법 제19조 제1항을 준용하여, 사업시행구역 안의 토지등 소유자 중 재건축사업에 동의한 자에 한하여 조합원의 지위를 취득할 수 있다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 종전 특별법상 시장정비사업조합의 조합원 자격 요건에 관한 법리오해 등의 위법은 없다.

## 2. 조합설립인가처분 후 조합원 지위의 상실에 관한 법리오해 등의 점에 대하여

가. 구 도시정비법 시행령(2009. 8. 11. 대통령령 제21679호로 개정되기 전의 것) 제28조 제1항 제5호는 조합설립의 인가신청 전에 동의를 철회한 자는 토지등 소유자의 동의자 수에서 제외한다고 규정하였고, 그 후 개정된 도시정비법 시행령 제28조 제4항은 동의를 철회는 인·허가 등의 신청 전까지만 할 수 있다고 명시적으로 규정한 점에 비추어 보면, 위 구 도시정비법 시행령 시행 당시에도 정관에 달리 정함이 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 조합설립의 인가신청 후에는 동의 철회나 그에 의한 조합으로부터의 임의탈퇴는 인정되지 않는다고 해석할 것이다.

한편 주택재건축사업의 사업시행자인 정비사업조합은 관할 행정청의 조합설립인가와 등기에 의해 설립되고, 조합 설립에 대한 토지등 소유자의 동의(이하 '조합설립결의'라 한다)는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 절차적 요건 중 하나에 불과한 것이므로, 조합설립결의에 하자가 있다 하더라도 그로 인해 조합설립인가처분이 취소되거나 당연무효로 되지 않는 한 정비사업조합은 여전히 사업시행자로서의 지위를 갖게 된다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결 등 참조). 또한 도시정

비법이 시행된 후에는 조합설립결의, 조합설립변경 결의, 사업시행계획이나 관리처분계획 등에 의하지 아니한 '재건축결의'가 있다고 하여 곧바로 조합원에게 권리변동의 효력이 미치지 않는 것이어서, 그와 같은 재건축결의는 사업시행계획 결의 등과 별도의 독자적인 의미를 가지지 아니한다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2008다93001 판결 등 참조). 따라서 재건축정비사업조합이 조합설립 인가 전의 조합설립결의에 하자가 있다는 주장에 대비하여 당초 결의를 보완하는 취지의 새로운 재건축결의를 하는 과정에서, 당초 조합 설립에 동의하였던 토지등 소유자들이 새로운 재건축결의에 동의하지 아니하였다고 하여 그 토지등 소유자들이 새삼 '조합 설립의 동의를 하지 아니한 자'에 해당하게 되어 조합원 지위를 상실하게 되는 것은 아니다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다57824 판결 등 참조).

따라서 조합설립인가 전에 조합설립에 동의한 토지등 소유자는 그 소유부동산을 양도하였다는 등 특별한 사정이 없는 한, 분양신청기간 만료일까지 분양신청을 하지 아니하여 현금청산대상자가 되지 않는 이상 조합원 지위를 유지한다 할 것이므로 그에 대해서는 도시정비법 제39조에 따른 매도청구권을 행사할 수 없다고 할 것이다.

이와 같은 법리는 도시정비법의 주택재건축사업에 관한 규정들이 준용되는 시장정비사업조합의 경우에도 동일하게 적용된다.

나. 원심은 그 판시와 같은 채용증거들을 종합하여, 이 사건 상가의 구분소유자들은 2005. 3. 20. 창립총회를 개최하여 조합설립, 재건축결의의 건 등을 결의하고(이하 이 결의를 '당초결의'라 한다), 2005. 5. 4. 조합설립인가처분을 받은 사실, 피고 조합은 그 후 위 당초결의의 효력에 대하여 조합원들 사이에 다툼이 생기자 2006. 8. 13. 임시총회를 개최하여 새로운 내용의 재건축결의의 건 등을 결의하고(이하 이 결의를 '추가

결의'라 한다), 그 무렵부터 2007. 2. 23.경까지 위 추가결의에 대한 서면동의를 받았는데, 당초결의에 동의하였던 토지등 소유자 중 소외 1 등 15명의 구분소유자들이 위 추가결의에는 동의하지 아니한 사실, 피고 조합은 이를 이유로 소외 1 등 15명의 구분소유자들을 상대로 매도청구를 하고 소유권이전등기청구소송을 제기하여 승소 확정판결을 받은 사실 등을 인정하였다.

원심은 이러한 사실관계에 터 잡아 위 당초결의 당시 조합설립에 동의하였다가 추가결의에 동의하지 아니한 소외 1 등 15명의 구분소유자들은 피고 조합이 제기한 매도청구 소송에서 패소확정된 후 피고 조합이 자신들을 조합원으로 보지 않는 데 대하여 이의를 제기한 바 없는 것으로 보이므로 피고 조합의 조합원 지위를 상실하였다고 판단하였다. 그리고 나아가 피고 조합의 정관 제22조 제1항은 조합원의 과반수 출석을 총회의 의사정족수로 규정하고 있는데, 위 추가결의 이후에 개최된 피고 조합의 2009. 3. 29.자 정기총회에서 시공사 선정 등에 관하여 한 제3호 안건에 대한 결의(이하 '이 사건 결의'라고 한다)는 이들 15명을 제외한 총 조합원 136명 중 69명이 출석하였으므로[출석율 50.73%(=69명÷136명)] 위 정관에서 규정한 의사정족수를 충족하였다는 취지로 판단하였다.

다. 그러나 앞에서 본 법리에 비추어 보면, 당초결의 당시 조합설립에 동의하여 피고 조합의 조합원 지위를 취득한 소외 1 등 15명의 구분소유자들이 조합설립인가처분 후에 한 추가결의에 동의하지 않았다고 하더라도 그러한 사정만으로 새삼 '조합 설립의 동의를 하지 아니한 자'에 해당하게 되어 조합원 지위를 상실하게 된다고 볼 수 없다.

또한 기록상 소외 1 등 15명의 구분소유자들이 피고 조합에서 임의탈퇴할 의사를 표시하였다고 인정할만한 자료를 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라, 피고 조합의 정관

제11조 제4항이 "조합원은 임의로 탈퇴할 수 없다. 다만 부득이한 사유가 발생한 경우 총회의결에 따라 탈퇴할 수 있다"고 규정하고 있음에 비추어, 설령 그러한 의사표시가 있었다고 하더라도 위 정관상의 임의탈퇴 요건을 갖추지 아니하는 한 임의탈퇴의 효력이 생긴다고 볼 수도 없다.

한편 매도청구권은 조합설립에 동의하지 아니한 자에 대해서만 행사할 수 있으므로(도시정비법 제39조) 조합원에 대해서는 이를 행사하더라도 그 본래의 효력이 발생할 수 없다. 따라서 피고 조합이 위와 같이 조합원 자격을 가진 15명의 구분소유자들을 상대로 매도청구권을 주장하는 소송을 제기하여 승소 확정판결을 받았더라도 그 판결은 피고 조합이 위 15명에 대하여 소유권이전등기청구권을 취득한 점에 대하여 기판력이 생길 뿐, 그들의 조합원 지위를 상실시키거나 형성권으로서의 매도청구권의 행사에 의한 매매계약 체결의 효력을 발생시키는 효력은 없다. 또한 만약 피고 조합이 위 확정판결에 기하여 그 매매대금을 지급하고 위 15명의 구분소유자들이 소유한 부동산을 매수하였다면 그로써 조합원 지위도 소멸되었지만 기록상 그러한 사정도 나타나 있지 않다.

위와 같이 볼 때, 소외 1 등 15명의 구분소유자들은 이 사건 결의 당시 조합원의 지위를 상실하지 않고 계속 보유하고 있었으니, 결국 이 사건 결의는 원심이 인정한 피고 조합의 조합원 총수 136명에 위 소외 1 등 구분소유자 15명을 합한 총 151명 중 69명의 조합원만이 출석하여 의사정족수를 충족하지 못한 것이므로 무효라고 볼 여지가 있다.

원심이 이와 달리 그 판시와 같은 사정만으로 소외 1 등 15명의 구분소유자들이 조합에서 임의탈퇴하였다거나 조합원의 지위를 상실하였다고 단정한 후 이 사건 결의가 의사정족수를 충족하였다고 판단한 데에는, 조합원의 임의탈퇴나 조합원의 지위 상

실 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

다만 피고 조합의 위 추가결의가 당초결의를 대체하기 위한 조합설립변경결의에 해당하고, 피고 조합이 그 결의에 터 잡아 처음 조합설립인가신청을 할 때와 동일한 요건과 절차를 거쳐 조합설립변경인가신청을 하여 조합설립변경인가처분을 받은 경우에는 사정이 달라질 수 있다. 그 때는 그 변경인가의 내용이 경미한 사항뿐이어서 당초의 조합설립인가처분에 실질적 변경이 없다거나 조합설립변경인가처분이 취소되거나 당연무효라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 종전의 조합설립인가처분은 실효되고 조합설립변경인가처분만이 존속하게 되므로, 추가결의에 동의하지 아니한 소외 1 등 15명의 구분소유자들은 조합원의 지위를 상실한 것으로 볼 여지가 있다. 따라서 원심으로서는 위와 같은 사항들에 대하여도 아울러 심리한 후 이 사건 결의 당시 소외 1 등 15명의 구분소유자들이 피고 조합의 조합원 지위에 있는지 여부를 가려 이 사건 결의가 정관에서 규정한 의사정족수 요건을 충족하였는지 여부를 판단할 필요가 있음을 지적하여 둔다.

### 3. 조합설립인가처분 후 재건축결의에 동의한 자의 조합원 지위 등에 관하여

가. 원심은 해산간주된 주식회사 만수상사(이하 '만수상사'라고 한다)의 청산인 소외 2가 2006. 8. 11. 피고 조합에 위 추가결의에 대하여 동의서를 제출하였으나, 그 동의서는 소외 2 개인 명의로 작성된 것으로서 만수상사의 법인인감이 날인되어 있지 않고 소외 2 개인의 인감증명서가 첨부되어 있으므로, 만수상사의 유효한 동의가 있다고 볼 수 없어 만수상사는 피고 조합의 조합원이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기

에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 동의의 효력과 조합설립인가처분 후 재건축결의에 동의한 자의 조합원 지위에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다 할 수 없다.

나. 종전특별법 제22조 제1항은 시장정비사업조합의 설립요건 중 하나인 토지등 소유자의 동의 숫자를 산정함에 있어서, 1필지의 토지를 수인이 공유하는 경우 그 수인은 1인으로 보도록 규정하고 있으므로, 1필지 토지의 공유자들이 조합설립에 동의한 것으로 보기 위해서는 그 공유자 전원의 동의를 요하고, 그 중 일부만이 조합설립에 관하여 동의한 경우에는 유효한 조합설립 동의를 있다고 볼 수 없어 조합원의 지위를 취득할 수 없다.

원심판결 이유와 기록에 의하면, 인천 남동구 (이하 생략) 잡종지 2,422㎡(이하 '이 사건 토지'라고 한다)는 소외 3 등 17명이 공유하고 있고, 소외 3은 그 중 488,400분의 250,163.84 지분을 소유하고 있는 사실, 그런데 소외 3은 조합설립인가처분 후인 2006. 8. 11. 자신 명의로 위 지분을 표시하고 '재건축결의 동의서'를 제출한 사실, 피고 조합 정관 제9조 제3항은 "하나의 (구분)소유권이 수인의 공유에 속하는 때에는 그 수인을 대표하는 1인을 조합원으로 본다. 이 경우 그 수인은 대표자 1인을 대표조합원으로 지정하고 별지 2의 대표조합원선임동의서를 작성하여 조합에 신고하여야 하며, 조합원으로서의 법률행위는 그 대표조합원이 행한다"고 규정하고 있는 사실 등을 알 수 있다.

위 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 토지의 공유자 중 1인에 불과한 소외 3이 다른 공유자들의 동의 없이 그 명의로 재건축결의 동의서를 제출한 것은 위 종전특별법 제22조 제1항과 피고 조합의 정관 제9조 제3항에 반하여 유효한 동의라고 볼 수 없으므로, 소외 3은 피고 조합의 조합원 지위를 취득할 수 없다.

원심의 판결이유에는 이와 달리 실시된 부분이 있기는 하나, 소외 3이 피고 조합의 조합원이 아니라고 본 결론은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 조합설립인가처분 후 재건축결의에 동의한 자의 조합원 지위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

#### 4. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략하고 원심판결을 파기하여, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            김창석

                  대법관            양창수

주    심            대법관            박병대

                  대법관            고영한