

대 구 고 등 법 원

제 3 민 사 부

판 결

사	건	2011나7223	소유권 이전등기 등
원고, 피항소인		A 주택재건축정비사업조합	
		대표자 조합장 000	
		소송대리인 변호사 000	
피고, 항소인		1. B	
		2. C	
		3. D	
		4. E	
		피고 1, 2, 3의 소송대리인 변호사 000	
		피고 4의 소송대리인 법무법인 00 담당변호사 000	
제 1 심 판 결		대구지방법원	2011. 9. 8. 선고 2009가합3214 판결
변 론 종 결		2012. 5. 30.	
판 결 선 고		2012. 6. 13.	

주 문

1. 제1심판결 중 피고들에 대한 예비적 청구 부분을 취소한다.

2. 원고의 피고들에 대한 제1, 2 예비적 청구를 각 기각한다.
3. 피고들은 원고에게 별지2 부동산목록 기재 각 해당 부동산에 관하여 각 2006. 11. 30. 신탁약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 위 각 해당 부동산을 인도하라.
4. 소송총비용 중 50%는 원고가, 나머지는 피고들이 각 부담한다.
5. 제3항 중 부동산의 인도를 명하는 부분은 가집행할 수 있다.

청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

가. 주위적 청구취지 : 피고들은 원고로부터 별지1 부동산가액표 중 제1항의 '① 합계액'란 기재 각 해당 금원을 지급받음과 동시에, 원고에게 별지2 부동산목록 기재 각 해당 부동산(이하 '이 사건 각 부동산'이라 한다)에 관하여 피고 B, D는 각 2009. 3. 25., 피고 E는 2009. 3. 26., 피고 C는 2009. 3. 27. 각 매매를 원인으로 한 소유권이전 등기절차를 이행하고, 위 각 해당 부동산을 인도하라.

나. 제1 예비적 청구취지 : 피고들은 원고로부터 별지1 부동산가액표 중 제3항의 '③ 합계액'란 기재 각 해당 금원을 지급받음과 동시에 원고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 각 2008. 1. 31. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 위 각 해당 부동산을 인도하라.

다. 제2 예비적 청구취지 : 피고들은 원고로부터 별지1 부동산가액표 중 제2항의 '② 합계액'란 기재 각 해당 금원을 지급받음과 동시에 원고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 각 2006. 11. 30. 현물출자약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고,

위 각 해당 부동산을 인도하라.

라. 제3 예비적 청구취지 : 피고들은 원고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 각 2006. 11. 30. 신탁약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 위 각 해당 부동산을 인도하라(원고는 당심에서 예비적 청구취지들 사이의 순서 및 제1 예비적 청구취지의 등기원인을 변경하였다).

2. 항소취지

제1심판결 중 피고들에 대한 부분을 취소하고, 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

이 유

1. 당심의 심판범위

원고가 제1심에서 피고들을 상대로, 주위적으로는 제2차 조합설립결의에 따른 매도 청구권에 기한 소유권이전등기 및 부동산인도 청구를, 예비적으로는 제1차 조합설립결의에 따른 출자약정 또는 현금청산(제1 예비적), 신탁약정(제2 예비적)에 기한 소유권이전등기 및 부동산인도 청구를 한 데 대하여, 제1심판결은 주위적 청구를 기각하고 제1 예비적 청구 중 현물출자 약정에 기한 청구를 인용하였는데, 피고만이 불복하여 예비적 청구에 관한 부분에 대하여 항소하였으므로, 예비적 청구 부분만이 당심의 심판범위에 해당한다.

2. 인정사실

가. 원고는 구 도시 및 주거환경정비법(2007. 12. 21. 법률 제8785로 개정되기 전의 것, 이하 '구 도시정비법'이라 한다) 제4조에 의하여 정비구역으로 지정·고시된 대구

00구 00동 00번지 00필지(이하 '이 사건 정비구역'이라 한다) 안에 있는 노후·불량한 건축물을 철거하고 그 지상에 아파트 000세대 및 부대·복리시설을 신축하는 내용의 주택재건축정비사업(이하 '이 사건 재건축사업'이라 한다)을 시행할 목적으로 설립된 조합이고, 피고들은 이 사건 정비구역 안에 있는 이 사건 각 부동산의 소유자들이다.

나. 원고 재건축사업추진위원회는 2006. 7. 30. 재건축조합설립을 위한 창립총회를 개최하여 이 사건 정비구역에 편입된 전체 토지 또는 건축물 소유자의 4/5 이상 및 토지면적의 2/3 이상의 토지 소유자들의 동의를 얻어 재건축결의 및 조합설립결의(이하 '제1차 조합설립결의'라 한다)를 한 다음, 2006. 11. 30. 대구광역시 00구청장으로부터 조합설립인가를 받아(이하 '이 사건 조합설립인가처분'이라 한다), 2006. 12. 22. 설립등기를 마쳤다.

다. 그 후 원고는 2007. 7. 16. 조합설립에 동의하지 아니한 토지소유자 등을 상대로 구 도시정비법 제39조에 따른 매도청구권을 행사한다는 내용의 소(이하 '이 사건 종전 소송'이라 한다)를 제기하는 한편, 2007. 10. 22.경 제1차 조합설립결의에 동의한 토지 소유자 등에게, 분양신청기간을 '2007. 10. 22.부터 2007. 11. 20.까지'로 하고, 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 아니한 조합원들은 구 도시정비법에 따라 현금청산자로 분류된다는 내용의 조합원 분양공고를 하였고, 피고들은 모두 위 분양공고에 따른 분양신청서를 작성, 제출하였다.

라. 원고는 이 사건 종전 소송에서 제1차 조합설립결의의 비용분담에 관한 사항의 명확성 여부가 쟁점이 되자, 2007. 11. 24.자 총회에서 비용분담에 관한 사항을 명확하게 보완한 관리처분계획을 결의하여 2008. 1. 31. 위 00구청장으로부터 관리처분계획인가결정(인가고시일은 2008. 2. 1.)을 받은 다음, 2008. 11. 19.부터 2008. 11. 28.까지

토지소유자 등에게 새로운 재건축결의 및 조합설립결의(이하 '제2차 조합설립결의'라 한다)에 관한 동의를 받았고, 피고들을 포함한 일부 조합원들이 동의하지 아니하자 2008. 12. 1.경 조합설립동의 여부를 최고하는 내용의 서면을 보냈는데, 피고들은 모두 위 최고서를 수령하였음에도 최고일로부터 2개월 이내에 회답하지 아니하였다.

마. 그 후 원고는 조합원들에게 분양계약체결을 요구하지 않은 상태에서 조합설립결의에 동의하지 아니한 토지소유자 등의 토지, 건물에 관한 소유권을 확보하기 위한 소송을 진행하는 한편, 이주가 완료된 소유자들의 건물에 대한 철거 작업을 진행하는 중에 있다.

바. 이 사건 각 부동산은 피고들이 제1차 조합설립결의일로부터 현재까지 이 사건 정비구역 내에서 소유하고 있는 토지 또는 건축물들로서 2006. 11. 30.(조합설립인가처분일), 2008. 2. 1.(관리처분계획인가고시일), 2009. 3. 23.(이 사건 소장부분 송달일에 근접한 시기) 기준 원고의 정관에 따른 그 각 시가감정결과는 별지1 부동산가액표 기재와 같다.

사. 한편, 이 사건에 적용될 관련 법령 및 원고의 정관 규정은 아래와 같다.

■ 구 도시정비법

제2조 (용어의 정의)

7. "주택단지"라 함은 주택 및 부대·복리시설을 건설하거나 대지로 조성되는 일단의 토지로서 대통령령이 정하는 범위에 해당하는 일단의 토지를 말한다.

9. "토지등소유자"라 함은 다음 각목의 자를 말한다.

나. 주택재건축사업의 경우에는 다음의 1에 해당하는 자

(1) 정비구역 안에 소재한 건축물 및 그 부속토지의 소유자

(2) 정비구역이 아닌 구역 안에 소재한 대통령령이 정하는 주택 및 그 부속토지의 소유자와 부대·복리시설 및 그 부속토지의 소유자

제16조 (조합의 설립인가 등)

② 주택재건축사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 집합건물의 소유 및

관리에 관한 법률 제47조 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 주택단지 안의 공동주택의 각 동(복리시설의 경우에는 주택단지 안의 복리시설 전체를 하나의 동으로 본다.)별 구분소유자 및 의결권의 각 3분의 2 이상의 동의와 주택단지 안의 전체 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 동의를 얻어 정관 및 건설교통부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수의 인가를 받아야 한다.

- ③ 제2항의 규정에 불구하고 주택단지가 아닌 지역이 정비구역에 포함된 때에는 주택단지가 아닌 지역 안의 토지 또는 건축물 소유자의 5분의 4 이상 및 토지면적의 3분의 2 이상의 토지소유자의 동의를 얻어야 한다.

제19조 (조합원의 자격 등)

- ① 정비사업(시장·군수 또는 주택공사 등이 시행하는 정비사업을 제외한다.)의 조합원은 토지등소유자(주택재건축사업의 경우에는 주택재건축사업에 동의한 자에 한한다.)로 하되, 토지 또는 건축물의 소유권과 지상권이 수인의 공유에 속하는 때에는 그 수인을 대표하는 1인을 조합원으로 본다.

제39조 (매도청구)

사업시행자는 주택재건축사업을 시행함에 있어 제16조 제2항 및 제3항의 규정에 의한 조합 설립의 동의를 하지 아니한 자(건축물 또는 토지만 소유한 자를 포함한다.)의 토지 및 건축물에 대하여는 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제48조의 규정을 준용하여 매도청구를 할 수 있다.

제47조 (분양신청을 하지 아니한 자 등에 대한 조치)

사업시행자는 토지등소유자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 해당하게 된 날부터 150일 이내에 대통령령이 정하는 절차에 따라 토지·건축물 또는 그 밖의 권리에 대하여 현금으로 청산하여야 한다.

1. 분양신청을 하지 아니한 자
2. 분양신청을 철회한 자
3. 제48조의 규정에 의하여 인가된 관리처분계획에 의하여 분양대상에서 제외된 자

■ 구 도시정비법 시행령(2007. 8. 17. 대통령령 제20222호로 개정되기 전의 것)

제5조 (주택단지의 범위)

법 제2조 제7호에서 "대통령령이 정하는 범위에 해당하는 일단의 토지"라 함은 다음 각 호의 토지를 말한다.

1. 「주택법」 제16조의 규정에 의한 사업계획승인을 얻어 주택과 부대·복리시설을 건설한 일단의 토지

■ 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라 한다.)

제48조 (구분소유권 등의 매도청구 등)

- ① 재건축의 결의가 있으면 집회를 소집한 자는 지체 없이 그 결의에 찬성하지 아니한 구분소유자(그의 승계인을 포함한다.)에 대하여 그 결의 내용에 따른 재건축에 참가할 것인지 여부를 회답할 것을 서면으로 촉구하여야 한다.
- ② 제1항의 촉구를 받은 구분소유자는 촉구를 받은 날로부터 2개월 이내에 회답하여야 한다.
- ③ 제2항의 기간 내에 회답하지 아니한 경우 그 구분소유자는 재건축에 참가하지 아니하겠다는 뜻을 회답한 것으로 본다.

■ 원고의 정관

제5조(시행방법)

- ① 조합원은 소유한 토지 및 건축물을 조합에 현물로 출자하고, 조합은 법 제48조 규정에 의하여 인가받은 관리처분계획에 따라 주택 및 부대·복리시설을 건설하여 공급한다.

제9조(조합원의 자격 등)

- ① 조합원은 법 제2조 제9호 나목의 규정에 의한 토지등소유자(이하 '토지등소유자'라 한다.)로서 조합설립에 동의한 자로 한다.

제10조(조합원의 권리·의무)

- ① 조합원은 다음 각 호의 권리와 의무를 갖는다.
 1. 토지 또는 건축물의 분양청구권
 6. 사업시행계획에 의한 철거 및 이주 의무
 7. 그 밖에 관계법령 및 이 정관, 총회 등의 의결사항 준수의무

제11조(조합원 자격의 상실)

- ④ 조합원은 임의로 조합을 탈퇴할 수 없다. 다만, 부득이한 사유가 발생한 경우 대의원회에서 대의원 1/2 출석과 출석대의원 2/3 이상의 의결에 따라 탈퇴할 수 있다.

제33조(경비사업비의 부과 및 징수)

(부동산의 신탁)

- ① 사업시행구역 내의 건축물 또는 토지에 대하여 조합은 조합원에게 조합을 수탁자로 하는 신탁등기의 완료를 청구할 수 있다.
- ② 조합의 신탁등기 청구가 있을 경우 조합원은 조합의 신탁등기 청구기간 내에 신탁등기를 이행하여야 한다.

제34조(이주대책)

- ① 사업시행으로 주택이 철거되는 조합원은 사업을 시행하는 동안 자신의 부담으로 이주하여야 한다.

제38조(매도청구 등)

- ① 조합은 주택재건축사업을 시행함에 있어 법 제17조 제2항 및 제3항의 규정에 의한 조합설립의 동의를 하지 아니한 자(건축물 또는 토지만 소유한 자를 포함한다.)와 제11조 제3항의 규정에 의하여 제명된 조합원 및 제11조 제4항의 규정에 의하여 탈퇴한 조합원의

토지 및 건축물에 대하여는 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제48조의 규정을 준용하여 매도청구를 할 수 있다.

제41조 (분양신청 등)

④ 조합은 조합원이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 해당하게 된 날로부터 150일 이내에 건축물 또는 그 밖의 권리에 대하여 현금으로 청산한다. 그 금액은 시장·군수가 추천하는 감정평가업자 2 이상이 평가한 금액을 산술평균하여 산정한다.

1. 분양신청을 하지 아니한 자
2. 분양신청을 철회한 자
3. 인가된 관리처분계획에 의하여 분양대상에서 제외된 자

⑤ 조합원은 관리처분계획인가 후 60일 이내에 분양계약체결을 하여야 하며 분양계약체결을 하지 않는 경우 제4항의 규정을 준용한다.

제46조 (관리처분계획의 통지 등)

② 관리처분계획의 인가고시가 있는 때에는 종전 건축물의 소유자 등 권리자는 법 제54조의 규정에 의한 이전의 고시가 있는 날(이하 '이전고시일'이라 한다)까지 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 이를 사용하거나 수익할 수 없다.

부칙 : 이 정관은 관할 00구청장으로부터 A 주택재건축정비사업조합의 설립인가를 받은 날부터 시행한다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 10, 43, 45, 47호증, 을나 제13, 14호증(각 가지번호 포함)의 각 기재, 제1심 감정인 000의 시가감정결과, 변론 전체의 취지

3. 당사자들의 주장

가. 원고

(1) 제1 예비적 주장(2008. 1. 31.자 매매 주장)

피고들은 비록 제1차 조합설립결의에 동의한 후 그에 기한 분양신청까지 하였지만, 그 후 제2차 조합설립결의에 부동의하고 이 사건 소송에서 위 조합설립인가처분의 무효를 주장하는 등 사실상 분양신청을 철회하여(분양신청에 대한 철회의 의사표시도 일정한 절차와 방식에 따라야만 하는 것은 아니고 그 철회의 의사를 분명히 추단할 수 있는 행위나 외관이 있으면 된다) 구 도시정비법 제47조 제2호, 원고 정관 제41조 제4

항 제2호에서 정한 현금청산자에 해당하게 되었으므로, 피고들은 원고로부터 청산금(별지1 부동산가액표 중 제3항의 '㉓ 합계액'란 기재 각 해당 금원)을 지급받음과 동시에 원고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 관리처분계획인가일인 2008. 1. 31. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 각 해당 부동산을 인도할 의무가 있다.

(2) 제2 예비적 청구(2006. 11. 30.자 현물출자약정 주장)

피고들은 위와 같이 사실상 분양신청을 철회하였지만, 제1차 조합설립결의에 동의한 조합원들로서 여전히 조합 정관 제5조 제1항 등에 따른 현물출자의무를 부담하고 있으므로, 피고들은 원고로부터 별지1 부동산가액표 중 제2항의 '㉒ 합계액'란 기재 각 해당 금원을 지급받음과 동시에 원고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 이 사건 조합설립인가일인 2006. 11. 30. 현물출자약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 각 해당 부동산을 인도할 의무가 있다.

(3) 제3 예비적 청구(2006. 11. 30.자 신탁약정 주장)

가사 피고들이 분양신청을 철회하지 않았더라도, 피고들은 제1차 조합설립결의에 동의한 조합원들로서 여전히 조합 정관 제10조 제1항 제6, 7호, 제33조 후단 제1, 2항, 제34조 제1항, 제46조 제2항 등에 따른 신탁등기 및 부동산인도의무를 부담하고 있으므로, 피고들은 원고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 이 사건 조합설립인가일인 2006. 11. 30. 신탁약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 각 해당 부동산을 인도할 의무가 있다.

나. 피고들

(1) 재건축 동의서는 통상 인감증명서 발급일 무렵에 작성될 것인데, 이 사건에서 제1차 조합설립결의를 위하여 제출된 동의서 261장 중 156장에 첨부된 인감증명서가

이 사건 정비구역이 주택재건축 정비구역으로 지정된 2006. 3. 10. 또는 그 이전에 발급된 것인바, 위 156장의 동의서는 정비구역이 지정되기 전 또는 그 직후 신축건물의 설계 개요 및 건축물 철거, 신축비용개산액 등이 명확하지 아니한 상태에서 작성, 제출된 것으로 적법한 동의요건을 갖추었다고 할 수 없고, 이는 조합설립결의의 중대·명백한 하자라고 할 것이므로, 이 사건 조합설립인가처분은 당연 무효이다.

(2) 가사 위 156장의 동의서가 유효한 것이라 하더라도, 원고는 이 사건 정비구역 내 부동산 소유자의 수를 '토지등소유자' 321명, 나대지 소유자 20명, 도로 소유자 20명 합계 361명으로 집계하였고, 2006. 11. 30. 대구광역시 00구청장이 발행한 주택조합인가필증에는 조합원 수가 261명으로 기재되어 있고 여기에 동의한 도로부지 소유자 4명을 합하면 265명에 불과하여 동의율은 73%에 그치는바, 이는 원고가 제1차 조합설립결의 당시 구 도시정비법에 따른 동의율인 '토지 또는 건축물 소유자의 5분의 4 이상'을 충족하지 못하는 것으로 조합설립결의의 중대·명백한 하자에 해당하므로, 이 사건 조합설립인가처분은 당연 무효이다.

다. 피고 E

(1) 이 사건 재건축결의는 일부 상가 수분양자에게는 기존 위치에 신축될 상가를 분양하면서도 피고 E에게는 기존 위치가 아닌 곳에 신축될 상가를 분양하는 등 신축될 상가소유권의 귀속에 관하여 구분소유자들 사이의 형평에 현저히 반하는 경우에 해당하여 무효이다.

(2) 피고 E는 이 사건 소송에서 다양한 법률적 주장을 하였을 뿐 분양신청을 철회한 적이 없으므로 여전히 원고의 조합원 지위를 유지하고 있다.

(3) 원고가 당초 피고 E에게 기존 위치에 신축될 상가를 분양하여 준다고 약속하

여 놓고도 그 분양약속을 지키지 아니한 채 이 사건 소송을 제기한 것은 신의칙에 반하는 것으로 허용될 수 없다.

4. 판단

가. 이 사건 조합설립인가처분의 무효 여부

원고는 이 사건 조합설립인가처분이 유효함을 전제로 예비적 청구를 하고 있고, 이에 대하여 피고들은 이 사건 조합설립인가처분이 무효라고 주장하고 있으므로, 먼저 이 사건 조합설립인가처분이 무효라는 피고들의 주장에 관하여 본다.

주택재건축사업에서의 사업시행자인 정비사업조합은 관할 행정청의 조합설립인가와 등기에 의해 설립되고, 조합 설립에 대한 토지 등 소유자의 동의는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 절차적 요건 중 하나에 불과하므로, 조합설립결의에 하자가 있다고 하더라도 그로 인해 조합설립인가처분이 취소되거나 당연무효로 되지 않는 한 정비사업조합은 여전히 사업시행자로서의 지위를 갖는바(대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결 등 참조), 원고 조합이 2006. 7. 30. 제1차 조합설립결의를 하고, 2006. 11. 30. 대구광역시 00구청장으로부터 조합설립인가처분을 받은 다음 2006. 12. 22. 조합설립등기를 마친 사실은 앞서 본 바와 같고, 위 조합설립인가처분이 취소되었다는 주장, 입증은 없으므로, 제1차 조합설립결의에 중대·명백한 하자가 있어 조합설립인가처분이 무효로 되는지가 문제된다.

(1) 동의서 156장의 효력에 대한 피고들의 주장에 관한 판단

피고들은, 위 동의서 156장은 정비구역이 지정되기 전 또는 그 직후 신축건물의 설계 개요 및 건축물 철거, 신축비용개산액 등이 명확하지 아니한 상태에서 작성, 제출된 것으로 적법한 동의요건을 갖추지 못하여 무효라는 취지로 주장하고 있으므로 살피

건대, 갑 제47호증, 을나 제13, 14호증(가지번호 포함)의 각 일부 기재에 의하면, 이 사건 정비구역은 2006. 3. 10. 주택재건축 정비구역으로 지정·고시된 사실, 제1차 조합설립결의 당시 제출된 동의서 중 117장에 첨부된 인감증명서의 발급일은 2006. 3. 10. 이전이고, 39장에 첨부된 인감증명서의 발급일은 2006. 3. 10.인 사실을 각 인정할 수는 있으나, 갑 제1 내지 47호증, 을가 제4호증, 을나 제13, 14호증(각 가지번호 포함)의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 위 156장의 동의서들은 대부분 작성일자가 기재되어 있지 않아 그 정확한 작성일자를 확인할 수 없는 점, ② 이 사건 재건축사업이 시작되어 제1차 조합설립결의일까지는 상당한 시일이 걸렸으므로 조합원 다수가 동의서 작성을 위한 인감증명서를 미리 발급받아 놓았던 것으로 보이는 점 등에 비추어, 앞서 본 인정사실만으로는 위 156장의 동의서가 정비구역이 지정되기 전 또는 그 직후에 작성된 것이라는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 점을 전제로 하는 피고의 이 부분 주장은 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

(2) 동의율 충족 여부에 대한 피고들의 주장에 관한 판단

피고들은, 위 156장의 동의서가 유효하더라도 제1차 조합설립결의는 구 도시정비법에서 정한 '토지 또는 건축물 소유자의 5분의 4 이상'을 충족하지 못하여 무효라는 취지로 주장하고 있으므로 살피건대, 갑 제5호증의 2, 갑 제7호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, 원고가 제2차 조합설립결의일인 2008. 11. 28. 작성한 '재건축결의 동의율 현황에 관한 문서'(갑 제7호증의 1)에서 이 사건 정비구역 내 부동산 소유자 현황을 '토지등소유자' 321명, 나대지 소유자 20명, 도로 소유자 20명 합계 361명으로 표시하고 있는 사실, 대구광역시 00구청장이 2006. 11. 30. 발행한 이 사건 조합설

립인가에 관한 인가필증에서 원고 조합원의 수를 261명으로 표시하고 있는 사실을 각 인정할 수는 있다.

그러나 위 인용증거들에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 제1차 조합설립결의 당시의 부동산 소유자가 제2차 조합설립결의 당시의 소유자 현황과 같다고 하더라도, 구 도시정비법 제19조 제1항에서 조합원의 자격을 '토지 등소유자'로, 제2조 제9호에서 주택재건축사업의 '토지 등소유자'를 '정비구역 안에 소재한 건축물 및 그 부속토지의 소유자'로 정하고 있는 반면, 제16조 제3항에서는 '토지 또는 건축물 소유자'를 기준으로 조합설립인가를 위한 동의율을 계산하도록 정하고 있으므로, 조합설립에 동의한 '토지 등소유자'의 수, 즉 조합원의 수가 조합설립에 동의한 '토지 또는 건축물 소유자'의 수와 일치하지 않을 수 있는 점, ② 대구광역시 00구청장은 대구지방법원 2007가합9102 소유권이전등기 청구사건의 2008. 8. 4.자 사실조회회신(갑 제45호증)에서 "이 사건 정비구역 내 '토지 등소유자'는 312명, 토지 소유자는 354명, 건물 소유자는 314명이고, 원고 조합원의 수는 2006. 11. 30. 조합설립인가 당시 261명, 2007. 6. 27. 조합변경신고 당시 266명, 2007. 12. 14. 조합변경신고 당시 271명이며, 재건축에 동의한 소유자의 비율은 토지 소유자의 경우 80.23%(354명 중 284명), 건물 소유자의 경우 83.76%(314명 중 263명)이다"고 답변하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 앞서 본 인정사실만으로는 제1차 조합설립결의가 동의율을 충족하지 못하여 무효라는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 점을 전제로 하는 피고의 이 부분 주장도 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

(3) 구분소유자들 사이의 형평에 반한다는 피고 E의 주장에 관한 판단

피고 E는, 이 사건 재건축결의는 신축될 상가소유권의 귀속에 관하여 구분소유

자들 사이의 형평에 현저히 반하는 경우에 해당하여 무효라는 취지로 주장하고 있으므로 살피건대, 원고가 다른 상가 수분양자에게는 기존 위치에 신축될 상가를 분양하면서도 피고 E에게는 기존 위치가 아닌 곳에 신축될 상가를 분양하였다는 점에 관하여는, 을나 제1 내지 16호증(각 가지번호 포함)의 각 일부 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 위 인용증거들과 변론 전체의 취지에 의하면, 원고는 아직 상가 수분양자들에게 분양할 신축 상가의 구체적인 위치를 정하지 아니한 사실을 인정할 수 있을 뿐이고, 달리 이 사건 재건축결의가 신축될 상가 소유권의 귀속에 관하여 구분소유자들 사이의 형평에 현저히 반하는 경우에 해당하는 점에 관한 주장, 입증도 없으므로, 피고 E의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

(4) 소결

따라서 이 사건 조합설립인가처분은 여전히 유효하므로, 원고 조합은 제1차 조합설립결의에 의하여 설립되어 지금까지 적법하게 존속하고 있다고 할 것이다.

나. 제1, 2 예비적 청구에 관한 판단

원고는, 피고들이 정관 제41조 제4항에서 정한 '분양신청을 철회한 자'로 현금청산 대상자에 해당함을 전제로 그 청산금 상당액의 지급과 상환으로 2008. 1. 31.자 매매 또는 2006. 11. 30.자 현물출자약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행과 부동산의 인도를 구하고 있으므로, 우선 피고들이 '분양신청을 철회한 자'로서 현금청산 대상자에 해당하는지에 관하여 본다.

살피건대, 원고 정관 제41조 제4항은 "조합은 조합원이 '분양신청을 하지 아니한 자', '분양신청을 철회한 자' 등에 해당하는 경우에는 그 해당하게 된 날부터 150일 이내에 건축물 또는 그 밖의 권리에 대하여 현금으로 청산한다."고 규정하고 있고, 같은 조 제

5항은 "조합원은 관리처분계획인가 후 60일 이내에 분양계약체결을 하여야 하며 분양 계약체결을 하지 않는 경우 제4항의 규정을 준용한다."고 규정하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같고, 위와 같은 정관 문언의 내용 및 규정취지에 비추어 볼 때, 정관 제41조 제4항의 '분양신청을 철회한 자'라고 함은 분양신청기간 내에 분양신청을 하였으나 그 기간이 종료하기 전에 이를 철회함으로써 '분양신청을 하지 아니한 자'와 마찬가지로 관리처분계획의 수립과정에서 현금청산 대상자가 된 사람을 의미할 뿐, 분양신청을 한 후 분양신청기간이 종료한 다음 임의로 분양신청을 철회하는 사람까지 이에 해당하는 것은 아니라고 할 것이고, 정관 제41조 제5항은 조합이 조합원들에게 분양계약체결을 요구하는데도 그 분양계약체결 의무에 위반하여 분양계약을 체결하지 아니한 조합원을 현금청산 대상자로 한다는 의미로 해석하는 것이 타당하고, 조합이 사업진행상 여러 가지 사정으로 조합원들에게 분양계약체결 자체를 요구하지 아니한 경우에도 그 규정에 따라 관리처분계획인가 후 60일 이내에 분양계약체결이 이루어지지 않았다고 하여 모든 조합원이 현금청산 대상자가 되는 것은 아니라고 할 것이다(대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다71141 판결 등 참조).

이 사건에서 피고들은 원고의 분양신청 안내에 따라 그 분양신청기간 무렵에 분양신청을 하였을 뿐 분양신청기간 내에 분양신청을 철회하지 아니한 사실, 원고는 조합원들의 분양신청을 근거로 관리처분계획을 수립한 후 2007. 11. 24. 관리처분총회의 의결을 거쳐 2008. 1. 31. 대구광역시 00구청장으로부터 관리처분인가를 받은 사실, 그 후 원고는 아직 조합원들에게 분양계약체결 자체를 요구하지 아니한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고들이 원고의 정관 제41조 제4항에서 정한 '분양신청을 철회한 자'나 제41조 제5항에서 정한 '분양계약을 체결하지 아니한 자'에 해당하여 현금청산 대상자로

되었다고 볼 수는 없다(위 법리에 따라 피고들은 향후 원고가 정하는 분양계약체결기간 내에 분양계약을 체결하지 아니함으로써 현금청산 대상자가 될 수 있음은 별론으로 하고, 피고들이 제2차 조합설립결의에 부동의하고 이 사건 소송에서 위 조합설립인가처분의 무효를 주장하였다는 등의 사정만으로 바로 피고들이 분양신청 철회의 의사를 표시하였다고 볼 수도 없으므로, 이와 달리 분양신청 철회의 의사를 추단할 수 있는 행위와 외관이 있으면 일정한 절차와 방식에 따르지 않더라도 '분양신청을 철회한 자'에 해당할 수 있다는 취지의 원고 주장은 받아들이지 아니한다).

따라서 피고들이 '분양신청을 철회한 자'로서 현금청산대상자에 해당함을 전제로 하는 원고의 제1, 2 예비적 청구는 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

다. 제3 예비적 청구에 관한 판단

재건축정비사업에 동의함으로써 조합원이 된 사람은 당해 조합규약이 조합원의 신탁등기의무 등을 규정하고 있는 경우 이를 따를 의무가 있다고 할 것인바(위 대법원 2010다71141 판결 참조), ① 피고들은 모두 제1차 조합설립결의에 동의하였고 분양신청까지 마친 원고의 조합원들인 사실, ② 원고는 조합원들로부터 분양신청을 받아 이를 기초로 관리처분계획을 수립한 다음 조합원총회의 의결을 거쳐 2008. 1. 31. 대구광역시 00구청장으로부터 관리처분계획인가를 받아 그 고시가 된 사실, ③ 원고의 정관 제5조 제1항은 "조합원은 소유한 토지 및 건축물을 조합에 현물로 출자하고, 조합은 법 제48조 규정에 의하여 인가받은 관리처분계획에 따라 주택 및 부대·복리시설을 건설하여 공급한다."고, 정관 제10조 제1항 제6호는 '조합원의 사업시행계획에 의한 철거 및 이주' 의무를, 정관 제33조 후단 제1항은 "사업시행구역 내의 건축물 또는 토지에 대하여 조합은 조합원에게 조합을 수탁자로 하는 신탁등기의 완료를 청구할 수 있다."

고, 같은 조 제2항은 "조합의 신탁등기 청구가 있을 경우 조합원은 조합의 신탁등기 청구기간 내에 신탁등기를 이행하여야 한다."고, 정관 제34조 제1항은 "사업시행으로 주택이 철거되는 조합원은 사업을 시행하는 동안 자신의 부담으로 이주하여야 한다."고, 정관 제46조 제2항은 "관리처분계획의 인가고시가 있을 때에는 종전 건축물의 소유자 등 권리자는 법 제54조의 규정에 의한 이전의 고시가 있는 날까지 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 이를 사용하거나 수익할 수 없다."고, 정관 부칙은 "이 정관은 관할 00구청으로부터 A 주택재건축정비사업조합의 설립인가를 받은 날부터 시행한다."고 각각 규정하고 있는 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 여전히 원고 조합의 조합원인 피고들은 원고에게 그 소유의 각 해당 부동산에 관하여 정관의 효력 발생일인 2008. 1. 31. 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 각 해당 부동산을 인도할 의무가 있다고 할 것이다.

이에 대하여 피고 E는, 원고가 당초 피고 E에게 기존 위치에 신축될 상가를 분양하여 준다고 약속하여 놓고도 그 약속을 지키지 아니한 채 이 사건 소송을 제기한 것은 신의칙에 반하는 것으로 허용될 수 없다고 주장하고 있으므로 살피건대, 원고가 당초 피고 E에게 기존 위치에 신축될 상가를 분양하여 준다고 약속하여 놓고도 그 약속을 지키지 아니하였다는 점에 관하여는, 을나 제1 내지 16호증(각 가지번호 포함)의 각 일부 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없을 뿐 아니라, 피고 E가 여전히 원고의 조합원임을 전제로 다른 조합원들과 동일하게 정관에서 정한 조합원의 의무를 이행하라는 이 사건 제3 예비적 청구를 두고 신의칙에 반하는 소송이라 할 수도 없으므로, 피고 E의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

라. 소결

따라서 여전히 조합원의 지위를 유지하고 있는 피고들은 조합 정관에서 정한 바에 따라 원고에게 이 사건 각 부동산에 관하여 각 2006. 11. 30. 신탁약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하고, 위 각 해당 부동산을 인도할 의무가 있다.

5. 결론

그렇다면 원고의 피고들에 대한 제1, 2 예비적 청구는 모두 이유 없어 이를 기각하고 제3 예비적 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 제1심판결 중 피고들에 대한 예비적 청구에 관한 부분은 이와 결론을 달리하여 부당하므로 피고들의 항소를 받아들여 이를 취소하고, 당심에서 변경된 청구 순서에 따라 원고의 피고들에 대한 제1, 2 예비적 청구를 모두 기각하며, 제3 예비적 청구에 따라 피고들에 대하여 원고에게 신탁약정을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행 및 부동산의 인도를 명하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 홍승면

판사 김태현

판사 곽병수

별지1

부동산 가액표

1. 2009. 3. 23.(이 사건 소장 부분 송달일에 근접한 시기)경의 시가 (단위: 원)

순번	피고	토지 감정가액	건물 감정가액	㉠ 합계액
1	B	506,300,000	318,531,960	824,831,960
2	C	281,170,000	33,146,820	314,316,820
3	D	352,080,000	11,912,300	363,992,300
4	E	779,520,000	52,807,200	832,327,200

2. 2006. 11. 30.(조합설립인가처분일)경의 시가 (단위: 원)

순번	피고	토지 감정가액	건물 감정가액	㉡ 합계액
1	B	524,356,000	310,301,160	834,657,160
2	C	292,175,000	34,042,680	326,217,680
3	D	364,464,000	12,495,400	376,959,400
4	E	829,696,000	56,107,650	885,803,650

3. 2008. 2. 1.(관리처분인가고시일)경의 시가 (단위: 원)

순번	피고	토지 감정가액	건물 감정가액	㉢ 합계액
1	B	520,940,000	314,828,100	835,768,100
2	C	290,780,000	33,843,600	324,623,600
3	D	362,160,000	12,328,800	374,488,800
4	E	793,600,000	54,347,410	847,947,410

(끝)

1. 피고 B 소유

가. 대구 00구 00동 00번지 대 000m²

나. 위 지상 철근콘크리트조 슬라브지붕 3층 단독주택

2. 피고 C 소유

가. 대구 00구 00동 000번지 대 000m²

나. 위 지상 시멘트벽돌조 슬라브지붕 2층 주택

3. 피고 D 소유

가. 대구 00구 00동 0000번지 대 000m²

나. 위 지상 제1호 목조 와즙 1층 단독주택

4. 피고 E 소유

가. 대구 00구 00동 00000번지 대 000m²

나. 위 지상 철근콘크리트조 육층 평가건 사무실 1동 (끝)