

부산고등법원(창원) 2021. 5. 13 선고 2020나12397 판결 [부당이득금반환]

전 문

원고, 피항소인 A

소송대리인 법무법인 새날, 담당변호사 조현태

소송복대리인 법무법인 김앤파트너스, 담당변호사 조아라

피고, 항소인 B 지역주택조합 추진위원회의 소송수계인

B 지역주택조합

소송대리인 변호사 신현목

변 론 종 결 2021. 4. 1.

판 결 선 고 2021. 5. 13.

제1 심판결 창원지방법원 2020. 6. 18. 선고 2019가합678 판결

주 문

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고 및 제1심피고 C는 연대하여 원고에게 37,760,000원 및 이에 대하여 2018. 1. 13.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을

지급하라.

2. 항소취지

제1심판결 중 피고 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 청구를 기각한다(원고는 제1심에서 피고와 제1심피고 C에 대하여 청구취지와 같은 금전지급을 구하였다. 그러나 제1심법원은 원고의 피고에 대한 청구에 관하여 일부 인용, 원고의 제1심피고 C에 대한 청구에 관하여 전부 기각의 판결을 선고하였다. 이에 피고만 불복하여 항소하였다).

이 유

1. 기초사실

가. B 지역주택조합 추진위원회(이하 ‘이 사건 추진위원회’라고 한다)는 김해시 D 등 일대에 아파트를 신축하는 사업(이하 ‘이 사건 사업’이라 한다)을 시행하는 지역주택조합의 설립 등을 추진하기 위하여 2017. 9. 28. 창립총회를 거쳐 구성되었다.

나. 원고는 2018. 1. 13. 이 사건 추진위원회와 사이에 이 사건 사업에 따라 신축예정인 59㎡형 아파트를 분양받기로 하는 조합가입계약(이하 ‘이 사건 계약’이라 한다)을 체결하였고, 이 사건 추진위원회에 계약금과 조합원분담금 등으로 2018. 1. 11. 50만 원, 같은 달 15일 650만 원, 같은 달 20일 1,300만 원, 2018. 3. 9. 1,776만 원 합계 3,776만 원을 납부하였다.

다. 피고는 2020. 8. 28. 김해시장으로부터 주택조합설립 인가를 받아 이 사건 추진위원회의 지위를 승계하였다(이하 이 사건 추진위원회와 피고를 구별하지 아니하고 피고로 지칭한다).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 3, 9, 10호증, 을 제1, 2, 15, 19호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지

2. 주장 및 판단

가. 청구원인에 관한 판단

1) 상품의 선전광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나, 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다(대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다75892 판결 참조).

2) 앞서 든 증거, 갑 제4, 11, 13호증, 을 제4, 10, 13, 16 내지 18, 24호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다) 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정 등을 종합해 보면, 피고는 이 사건 계약 당시 원고에게 계약 체결에 있어 중요한 고려사항인 토지사용권원 확보율에 관하여 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지하여 기망한 것으로 봄이 타당하다.

가) 주택조합설립인가를 받으려는 사람은 해당 주택건설대지의 80% 이상에 해당하는 토지의 사용권원을 확보하여야 하고(주택법 제11조 제2항 제1호), 주택건설사업계획승인을 받은 지역주택조합이 주택건설대지면적의 95% 이상의 사용권원을 확보한 경우에는 사용권원을 확보하지 못한 대지의 소유자에 대한 매도청구권을 행사할 수 있다(주택법 제22조 제1항 제1호). 이처럼 지역주택조합의 토지사용권원 확보율은 지역주택조합의 설립인가 및 최종 부지 확보를 위한 매도청구권 행사의 요건이 되고, 앞으로 확보해야 하는 사업부지 면적을 파악하고 그에 따라 예상되는 소요 기간 등을 가늠할 수 있게 해준다. 이를 바탕으로 조합원은 자신이 부담할 분담금의 상승 여부나 사업의 변경 여부 등도 예상할 수 있으므로, 토지사용권원 확보율은 지역주택조합이 추진하는 주택건설사업에 있어 매우 중요한 사항이다. 지역주택조합 사업은 통상적으로 조합설립 전 미리 조합원을 모집하면서 그 분담금 등으로 사업부지를 매수하거나 사용승낙을 받은 후 사업승인을 얻어 아파트를 건축하는 방식으로 진행되므로, 조합설립 전에 이루어져야 하는 조합설립 추진업무가 매우 중요하고, 그 진행과정에서 사업의 성패를 좌우하는 변수가 많으며, 당초 예정했던 사업의 진행이 지연되는 경우가 많은 점에서도 그러하다. 이러한 지역주택조합의 토지사용권원 확보율의 중요성과 사업의 지연가능성 등을 고려하면, 지역주택조합 추진위원회는 조합원을 모집할 때 상대방에게 중요한 사항인 사업부지의 사용권원 확보율과 향후 토지확보 가능성, 사업의 진행경과 등에 대하여 최대한 과장이나 허위 없이 고지하여야 한다.

나) 피고는 2017. 9. 28.자 창립총회에서 “조합원님들 잘 아시다시피 우리 조합은 현재 토지를 81.5% 확보한 상태이며 이 숫자는 변호사에 의해서 공증까지 받은 수치이며 …(중략)… 이렇게 지역주택조합 사업에서 가장 중요한 토지확보와 조합원 모집이 안정적이기 때문에 우리 사업을 진행하는데 있어서 걱정할 요소가 극히 낮을 수밖에 없습니다.”, “우리 조합은 토지가 공증으로 81.6% 확보 되었고 남아 있는 토지에 대해서도 계속 매매협의 진행 중에 있습니다. …(중략)… 이제 토지확보는 거의 마무리 단계에 와 있습니다. 사업계획승인을 위한 95%와 비교해서 13.4%의 차이가 있습니다만 현재 일부는 추가 매수가 진행 중인데요.”라고 하였다. 그리고 2017. 9. 28.자로 작성된 ‘B 지역주택조합 토지현황(998세대) 창립총회’(을 제18호증의 1)의 표에는 매도의향서 15.69%, 국공유지 17.69%를 포함하여 토지사용권원 확보율이 81.65%로 기재되어 있다. 그리고 피고는 이 사건 계약일 후인 2019. 3. 8. 개최된 임시총회에서 “현재 사업부지 내 소유권이전 및 계약완료 등 82.05%가 넘습니다.”라고 말하였고, 당시 제시된 토지매입 현황표(을 제24호증의 2 15쪽)에는 매도의향서 6.95%, 국공유지 17.69%를 포함하여 토지사용권원 확보율이 82.05%로 기재되어 있다.

한편 피고의 조합원인 S은 피고의 분양대행사 직원 T와 아래와 같이 통화하였다.

S: 그때 그 설명해주실 때 토지확보율 90% 이상 된다고 하신 게. 그때 설명을 하시긴 하셨었잖아요?

T: (중략) 동의랑 이제 매매계약서 체결이 그 정도 된다고 얘기했을 겁니다.

S: 조합 측에서 그렇게 홍보하라고 하시긴 하셨었죠? (중략)

T: 그 말을 저희가 그냥 할 수 없어요.

또한 원고 외 다른 여러 조합원들도 원고처럼 분양대행사 직원으로부터 토지 사용권원 확보율이 80%를 넘는다는 말을 듣고 조합가입계약을 체결하였고, 이는 기망행위에 해당한다고 주장하면서 이 사건과 같은 취지의 소송을 제기하였으며, 그중 피고 조합원인 U이 이 사건 추진위원회를 상대로 제기한 소송(창원지방법원 2019가단107237)에서 U의 주장이 받아들여져 일부 승소판결을 받았고(소송촉진 등에 관한 특례법의 개정으로 지연손해금만 일부 기각되었을 뿐이다), 그 판결이 항소심(창원지방법원 2020나50093), 상고심(대법원 2020다244566)을 거쳐 2020. 10. 16.

확정되었다.

이러한 사정을 종합하여 보면, 피고는 분양대행사에 토지사용권원 확보율이 80%를 넘는다는 취지로 설명하였고, 이에 따라 분양대행사 직원은 이 사건 계약체결 당시 원고에게 같은 취지로 설명하였으며, 원고는 이를 믿고 이 사건 계약을 체결하였다고 볼 수 있다.

다) 하지만 2017. 9. 28. 창립총회 당시 언급된 81.65%의 토지사용권원 확보율과 2019. 3. 8. 임시총회 당시 언급된 82.05%의 토지사용권원 확보율에는 매도의향서를 받은 토지와 국공유지가 포함되어 있고, 이를 제외하면 토지사용권원 확보율은 2017. 9. 28. 기준 48.27%(=피고 주장의 총 토지사용권원 확보율 81.65% - 국공유지 17.69% - 매도의향서 15.69%), 2019. 3. 8. 기준 57.41%(=피고 주장의 총 토지 사용권원 확보율 82.05% - 국공유지 17.69% - 매도의향서 6.95%)에 불과하다.

이에 대하여 피고는 국공유지와 매도의향서를 받은 사업부지까지 모두 사용권원이 확보된 사업부지에 포함된다고 주장한다.

그러나 국가 또는 지방자치단체는 지역주택조합 설립 후 국공유지를 지역주택조합에게 수의계약에 의해 우선매각할 수 있으나(주택법 제30조 제1항 제2호, 국유재산법 시행령 제40조 제3항 제18호 등), 사업부지에 국공유지가 포함된 경우에는 해당 토지의 관리청이 해당 토지를 사업주체에게 매각하거나 양여할 것을 확인한 서류를 사업계획승인권자에게 제출하는 경우에 사업부지를 확보한 것으로 볼 수 있는바(주택법 제21조 제1항 제1호), 위와 같이 피고가 설립 후 국공유지를 우선매수할 수 있는 가능성이 있다는 것만으로 해당 토지의 관리청이 매각 내지 양여 의사를 밝히지 않은 상태에서 국공유지에 관한 사용권원이 확보되었다고 단정할 수 없다. 그럼에도 피고는 이 사건 계약 당시 사업부지 내에 있는 국공유지에 대하여 국가나 해당 지방자치단체로부터 사용권원을 부여받거나 매각 내지 양여 의사를 확인받은 적도 없다. 그리고 관할관청인 김해시도 국공유지의 경우 관리청과 협의하여 유상 또는 무상 매입이 가능하다고 회신될 경우 토지 사용권원 확보로 인정한다는 취지로 답변하였으므로, 이 사건 계약 당시 국공유지는 사용권원이 확보된 사업부지에 포함될 수 없다고 보아야 한다. 또한 피고가 제출한 자료만으로는 피고의 주장처럼 사용권원이 확보된 사유지 비율에 국공유지 비율을 합하여 80% 이상이면 국공유지에 대한 매매동의가 당연히 이루어져

조합설립이 인가되는 관행이 있다고 단정하기 어렵다(국공유지를 포함하더라도 토지사용권원 확보율은 2017. 9. 28. 기준 65.96%, 2019. 3. 8. 기준 75.1%로 여전히 80%에 미달된다). 그리고 피고가 토지소유자로부터 교부받았다는 매도의향서의 내용은 사업부지를 ‘매도할 의향’이 있다는 것에 불과하여 위 서류를 받았다는 사정만으로는 피고가 해당 사업부지의 사용권원을 확보하였다고 보기 어렵다. 따라서 피고의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

라) 그럼에도 피고는 이 사건 계약을 체결하면서 사용권원이 확보되었다고 말한 80% 이상의 사업부지에 국공유지 및 매도의향서를 받은 사업부지가 포함되어 있다는 점에 관하여 충분히 밝히지 않았다.

이에 대하여 피고는 “토지사용권원 확보에 관하여 매매계약서, 토지사용승낙서, 매도의향서, 국공유지로 구분하여 집계하고 있었고, 이에 관한 자료를 분양대행사에 제공하여 분양대행사 직원은 이러한 자료를 보여주면서 분양상담을 하였으므로, 피고가 토지사용권원 확보율에 관하여 기망행위를 하였다고 볼 수 없고, 설령 분양대행사 직원이 분양상담을 하면서 이러한 자료를 보여주지 않았다 하더라도 이는 분양대행사의 기망행위일 뿐 피고의 기망행위로 볼 수 없다.”고 주장한다.

그러나 ① 비록 피고는 위 주장과 같이 구분하여 집계를 하였지만 매도의향서만 받은 사업부지와 국공유지도 매매계약을 체결한 사업부지 등과 동일하게 토지사용권원을 이미 확보한 것으로 취급하였던 점, ② 분양대행사 직원이었던 T는 희망하는 사람에 한하여 매매계약서 등 토지사용권원 확보와 관련된 자료를 제시하였다고 말하는데, 원고가 이 사건 계약 당시 원고를 상담하였던 분양대행사 직원에게 이러한 자료의 제시를 요구하였다고 볼 만한 사정을 찾기 어려운 점, ③ 설령 원고가 위와 같은 자료제시를 요구하여 이를 보았다 하더라도, 법에 대하여 문외한인 원고가 국공유지 및 매도의향서만 받은 토지를 사용권원이 확보된 토지에 포함시킬 수 없다는 점을 알지 못한 상태에서 피고가 제시한 자료만 보고 실제 토지사용권원 확보율이 80%에 미달한다는 것을 파악해낸다는 것은 매우 어려워 보이는 점, ④ 피고는 매도의향서만 받은 토지 및 국공유지와 다른 토지사용권원을 동일하게 보고 분양대행사에 토지사용권원 확보율이 80%를 넘는다고 설명한 이상 분양대행사가 토지사용권원 확보율에 포함하기에 미흡한 부분(매도의향서만 받은 토지 및 국공유지)을 독자적으로 판단한 다음 분양희망자들에게 적절한 안내를 한다는 것을 기대하기 어려운 점 등에 비추어 보면,

피고가 매도의향서만 받은 사업부지와 국공유지를 이미 토지사용권원이 확보된 토지인 것처럼 분양대행사에 설명하였고, 그러한 설명이 분양대행사를 통해 원고와 같은 분양희망자들에게 전달된 이상 피고가 토지사용권원 확보율에 관하여 기망행위를 하였다고 볼 수 있다.

마) 2017. 9. 28. 창립총회 당시 이 사건 사업에 관하여 사업면적(실사용면적) 42,108㎡, 건축연면적 142,273.11㎡, 건립예정세대 998세대, 건축규모 14개동으로 하는 내용의 사업계획이 의결되었지만, 2019. 3. 8.자 임시총회에서 사업면적(실사용면적)을 35,960㎡로, 건축연면적을 117,382.93㎡로, 건립예정세대를 807세대로, 건축규모를 12개동으로 축소하기로 의결되었다. 그리고 피고는 2019. 5. 7. 위와 같이 축소된 사업규모를 토대로 김해시장에게 조합원수를 592명으로 한 B지역주택조합 설립인가신청을 하였으나 인가요건을 충족하지 못하여 신청을 취하하였고, 2020. 6. 2. 조합설립인가신청을 하여 2020. 8. 28. 비로소 김해시장으로부터 주택법 제11조에 따라 조합원수를 471명으로 한 주택조합설립인가를 받았다.

나. 피고의 항변에 관한 판단

1) 피고의 주장

원고는 2019. 3. 8.자 임시총회에 참석하여 토지사용권원 확보율이 80%에 미달된다는 사실을 알면서 이에 대하여 피고가 대안으로 제시한 앞서 본 사업면적 등 축소 에 관하여 찬성 의견을 제시하였다. 따라서 원고는 기망에 따른 취소권을 포기하거나 피고의 기망행위를 추인하였다고 볼 수 있다.

2) 판단

살피건대, 을 제24 내지 26호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 2019. 3. 8. 임시총회에서 “현재 토지사용승낙서 징구율은 74.69%입니다.”라고 안내하였던 사실, 피고는 위 임시총회 당시 앞서 본 바와 같이 사업면적 등을 축소하는 안건을 제시하였고, 이에 그 당시 전체 조합원 592명 중 참석한 조합원 374명의 찬성으로 위 안건이 의결된 사실, 원고는 대리인을 통해 위 임시총회에 참석하여 위 안건에 대하여 찬성의 의견을 표명한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 추인은 취소권을 가지는 자가 취소원인이 종료한 후에 취소할 수 있는 행위임을 알고서 추인의

의사표시를 하거나 법정 추인사유에 해당하는 행위를 행할 때에만 법률행위의 효력을 유효로 확정하는 효력이 발생하는데[대법원 2015. 7. 23. 선고 2013다19342(본소), 2013다19359(반소) 판결 참조], 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 앞서 인정한 사실만으로 원고가 앞서 본 바와 같이 기망을 당하였다는 사정을 알면서 위와 같이 찬성의 의견을 표명하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 따라서 피고의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

가) 피고는 2019. 3. 8. 임시총회에서 “현재 사업부지 내 소유권이전 및 계약완료 등 82.05%가 넘습니다. 허나 일부 토지주가 계약서는 작성하였음에도 불구하고 토지대를 증액시키고자 계약금수령을 거부하는 건과 토지사용승낙서와 인감증명서를 첨부하여 교부하여야 함에도 이를 이행하지 않는 건이 있어 현재 토지 사용승낙서 징구율은 74.69%입니다. …(중략)… 토지작업자가 토지대를 증액하여 사전에 확보한 토지 및 토지주와 결탁하여 계약을 유보시키는 등의 방법으로 당 사업을 방해하고 있음을 확인하고 …(중략)… 토지작업자가 토지매매계약을 제대로 못함으로 토지용역사와 계약을 파기하고 새로운 토지용역자가 현재 토지작업을 진행하고 있습니다. 빠른 시일 내 토지작업을 마무리하여 설립인가 신청을 접수할 수 있도록 하겠습니다.”라고 발언하였다. 그리고 피고가 당시 제시한 토지매입 현황표(을 제24호증의 2 15쪽)에는 매도의향서만 받은 토지와 국공유지를 포함한 토지사용권원 확보율이 82.05%라고 기재되어 있다. 이러한 발언 등을 종합하여 보면, 피고의 입장은 “토지사용권원 확보율이 여전히 80%를 넘지만 토지에 관한 용역 회사의 방해 등으로 인해 토지사용승낙서 징구율이 토지사용권원 확보율에 다소 미달하게 되었고, 이는 조만간 해결될 수 있는 문제에 불과하다.”라는 것이었다고 볼 수 있다. 따라서 2019. 3. 8.자 임시총회에 참석한 조합원들은 애당초 토지사용권원 확보율이 80%에 미달하여 기망을 당하였다고 인식하기 어려웠다고 볼 수 있다.

나) 또한 피고는 위 임시총회에서 “토지작업이 토지대 상승 및 토지용역자 업무 미비 등으로 사업 진행이 늦어지고 있습니다. 이에 본 추진위원회에서는 구역축소안을 대안으로 마련했습니다. …(중략)… 일반적으로 지역주택조합에 대해서 시공사들의 참여조건은 조합원 80%에 토지 확보 95%입니다. 현실적으로 추가 조합원 모집 없이 사업을 진행하기 어렵습니다. 그의 대안으로

사업구역축소를 하여 세대수를 줄이고 현재 조합원에 일부 추가 조합원을 모집하여 사업진행을 빠르게 하는 방안입니다.”라고 발언하였다. 그리고 피고가 배포한 임시총회 안내문(을 제26호증)에는 ‘사업규모 축소에 관한 건’의 안건 상정 사유로 “김해 미분양관리지역 지정 및 분양시장 악화로 추가 조합원 모집이 사실상 어려움”, “북측 제외 면적 내 토지소유자의 과도한 토지대 요구”가 기재되어 있다. 앞서 본 사정에다가 이러한 발언 등을 종합하여 보면, 피고가 사업면적 등의 축소를 제시한 이유는 토지가격의 상승(또는 일부 토지소유자의 높은 토지가격 요구), 토지에 관한 용역 회사의 부실한 업무 수행 및 시공사의 참여 조건 달성을 위해 필요한 추가 모집 조합원 감축이었고, 피고가 주장하는 것처럼 토지사용권원 확보율의 80% 미달은 사업면적 등 축소의 주된 이유가 아니다.

다. 소결론

피고의 기망행위를 이유로 이미 지급한 계약금 및 조합원분담금 등의 반환을 구하는 내용이 기재된 이 사건 소장 부분이 2019. 8. 26. 피고에게 송달된 사실은 기록상 명백하고, 이는 사기를 이유로 이 사건 계약을 취소한다는 의사표시로 해석할 수 있으므로, 이 사건 계약은 소급적으로 무효로 되었다. 따라서 피고는 부당이득금으로 원고에게 이미 납부한 계약금 및 조합원분담금 등 합계 3,776만 원 및 그중 50만 원에 대하여 피고의 수령일 이후로서 원고가 구하는 바에 따라 2018. 1. 13.부터, 650만 원에 대하여 피고의 수령일인 2018. 1. 15.부터, 1,300만 원에 대하여 피고의 수령일인 2018. 1. 20.부터, 1,776만 원에 대하여 피고의 수령일인 2018. 3. 9.부터 각각 피고가 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당하다고 인정되는 제1심 판결선고일인 2020. 6. 18.까지 민법에 정한 연 5%, 각 그 다음날부터 다 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법에 정한 연 12%의 각 비율로 계산한 이자 또는 지연손해금을 지급할 의무가 있다(원고는 2018. 1. 13.부터 이자 또는 지연손해금의 지급을 구한다. 그러나 악의의 수익자인 피고는 계약금 및 조합원분담금 등의 명목으로 이익을 수령한 때부터 이자를 붙여 부당이득으로 반환하여야 하므로, 그전의 이자 또는 지연손해금의 지급을 구하는 부분은 받아들이지 아니한다).

3. 결론

그렇다면 원고의 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고, 나머지 청구는 이유 없어 이를

기각하여야 한다. 그런데 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 남양우, 판사 박규도, 판사 김윤석