

부산고등법원(창원) 2022. 7. 7 선고 2021나13977 판결 [계약금 등 반환 청구의 소]

---

## 전 문

**원고, 항소인** 1. A

2. B

3. C

4. D

5. E

6. F

원고들 소송대리인 법무법인 지주

담당변호사 박기현

원고들 소송대리인 법무법인 오현

담당변호사 황원용, 고운형

**피고, 피항소인** G지역주택조합

소송대리인 법무법인 율제

담당변호사 손양곤

**변론 종결** 2022. 5. 26.

**판결 선고** 2022. 7. 7.

**제1심판결** 창원지방법원 진주지원 2021. 1. 12. 선고 2019가합11664 판결

**환송전\_판결** 부산고등법원 2021. 7. 15. 선고 (창원)2021나10381 판결

**환송판결** 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021다257743 판결

## 주 문

1. 원고들의 항소를 모두 기각한다.

1. 항소제기 이후의 소송총비용은 원고들이 부담한다.

N

## 청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고는 원고들에게 별지 '청구내역표'의 '청구금액'란 기재 각 금원 및 그 중 같은 표 '조합원 분담금'란 기재 각 명목별 금액에 대하여 '지급일자'란 기재 일자부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 각 지급하라.

## 이 유

### 1. 기초사실

#### 가. 당사자의 지위

피고는 사천시 H 일원에서 공동주택(이하 '이 사건 아파트'라 한다) 신축사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 추진하기 위해 설립된 지역주택조합이고, 원고들은 피고의 조합원이다.

#### 나. 조합가입계약의 체결

1) 원고들은 G지역주택조합 추진위원회(피고가 설립되면서 위 추진위원회의 권리·의무를 그대로 승계하였다. 이하 구별하지 않고 '피고'라고 한다)와 조합가입계약(이하 '이 사건 조합가입계약'이라 한다)을 체결하였는데, 원고들의 '계약체결일' 및 조합가입계약서에 기재된 '동·호수', '평형', '조합원 분담금'은 아래 표 '계약일자'란, '동·호수'란, '공급형'란, '조합원 분담금'란 기재와 같았다.

|   |              |     |                         |              |
|---|--------------|-----|-------------------------|--------------|
| A | 2017. 6. 19. | I 호 | 46.9924 m <sup>2</sup>  | 143,700,000원 |
| B | 2017. 6. 18. | J호  | 123.9956 m <sup>2</sup> | 330,000,000원 |
| C | 2017. 6. 19. | K호  | 84.9863 m <sup>2</sup>  | 235,700,000원 |
| D | 2017. 6. 19. | L호  | 46.9924 m <sup>2</sup>  | 143,700,000원 |

|   |              |     |                         |              |
|---|--------------|-----|-------------------------|--------------|
| A | 2017. 6. 19. | I 호 | 46.9924 m <sup>2</sup>  | 143,700,000원 |
| E | 2017. 6. 17. | M호  | 123.9956 m <sup>2</sup> | 330,000,000원 |
| F | 2017. 7. 20. | N호  | 123.9956 m <sup>2</sup> | 330,000,000원 |

2) 이 사건 조합가입계약 중 일부는 아래와 같다.

G지역주택조합 조합원 가입계약서

#### ■ 목적물의 표시

[G지역주택조합 아파트 신축 사업 개요]

1. 대지면적: 50,938㎡
2. 연면적: 128,047.5175 m<sup>2</sup>
3. 규모/세대수: 지하 1층, 지상 13~19층, 988세대
4. 사업지위치: 경남 사천시 H 일원
5. 동·호수: ( )동( )호
6. 공급형: m<sup>2</sup>

※ 상기 사업개요는 사업계획승인(변경) 시 당초의 조합원 모집 시와 비교 변경(증감)될 수 있습니다.

(가칭)G지역주택조합 추진위원회는 상기 목적물의 표시 주택(이하 "본 사업"이라 한다)을 공급함에 있어 공급자인 (가칭)G지역주택조합 추진위원회(이하 "갑"이라 한다)와 공급신청자인 조합원(이하 "을"이라 한다)은 상호신의와 성실의 원칙에 입각하여 아래와 같이 조합원 가입계약을 체결한다.

#### 제6조(조합원분담금)

3. 사업승인 인·허가 과정에서 공급(계약)면적 증감 및 사업규모 변경이 있을 수 있으며, 변경될 경우 변경된 사업계획에 이의 없이 동의한다.

#### 7. 조합원 분담금 및 업무대행비 납부일정표

|  |  |  |  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|--|--|--|

(1) 상기 납부대금의 납부일정은 인·허가 진행 상황에 따라 변동될 수 있음(향후 중도금의 납부일정은 확정 후 조합원 개별통보 예정)

#### 제8조(조합원의 자격 상실)

1. "갑"은 "을"이 다음 각 호에 해당하는 행위가 있을 시에는 이행의 최고 또는 기타 별도의 조치를 취함이 없이 즉시 계약을 해제(지)할 수 있으며, 이때 "을"은 본 (가칭) G지역주택조합 조합원 자격이 자동으로 상실되며, 이 경우 "을"은 본 사업의 원활한 추진을 위해 본 계약에 대하여 민·형사상 어떠한 이의도 제기할 수 없다.

(4) 중도금을 연속하여 2회 이상 납입하지 아니하였을 때

(5) 신청금 납부 후 계약금 납부 기일을 준수하지 아니하여 계약금 납부독촉을 2회 이상 통보받았을 때

#### 제16조(기타)

8. 사업계획승인 전까지 견본주택의 견본(마감재, 단위세대 평면 모형도 등)은 현재(가칭)

G지역주택조합 추진위원회가 추진하는 것과 차이가 있으며, 또한 조합원 모집을 위한 광고, 홍보를 위한 시각적 자료(조감도 및 자료 등)는 조합원의 이해를 돕기 위한 자료임을 인지하며, 인·허가 과정에서 변동될 수 있음을 확인하고 동의한다.

12. 조합원 분담금 중 조합원직접납부(자납) 비율이 낮아 토지비 확보가 여의치 않을 경우, 조합원 의결(동의)로 브릿지대출 및 조합원 분담금 납부 일정을 조정하여 토지비 확보하는 것에 동의한다.

14. 동·호수 지정은 선착순에 따라 "을"이 지정하되, 지주 등 특별공급 분은 제외된다.

### 다. 조합원 분담금의 납부

원고들은 피고의 조합원으로서 별지 '청구내역표'의 '조합원 분담금'란 기재와 같이 조합원 분담금을 납부했다.

### 라. 조합설립인가

피고는 2018. 1. 18. 주택건설 예정 세대수 988세대, 조합원수 534명, 대지면적 50,124㎡를

내용으로 한 주택조합설립인가 신청을 했고, 사천시장은 2018. 2. 8. 위 534명 중 조합원 자격이

없는 17명을 제외한 517명을 조합원으로 한 주택조합설립인가를 했다.

#### 마. 사업계획변경 및 조합변경인가

1) 피고는 2019. 5. 17. 주식회사 Q에 주택건설 예정 세대수를 998세대에서 470세대로, 예상 연면적을 130,077.73m<sup>2</sup>에서 63,858.30m<sup>2</sup>으로 변경하는 사업계획변경에 대한 의견 및 변경에 따른 예상 착공일정표와 도급공사비에 대해 조회했다.

2) 피고는 2019. 7. 27. 임시총회에서 이 사건 사업의 장기적인 지체와 조합원 모집율의 저하 등을 이유로 주택건설 예정 세대수를 998세대에서 470세대로 변경하는 사업계획변경결의를 했다.

3) 피고는 2019. 12. 6. 조합원 분담금을 납입하지 않은 조합원 238명에게 피고 규약(이하 '이 사건 조합규약'이라 한다) 제12조 제3항에 따라 '미납된 분담금을 납입하는 것으로 소명기회를 부여하니 2019. 12. 15.까지 미납된 분담금을 납입하여 주시기 바랍니다.'는 취지의 내용증명을 발송했고, 2019. 12. 16. 임시이사회에서 이 사건 조합규약 제12조 제3항 제1호에 따라 위 238명(이하 '제명된 조합원 238명'이라 한다)을 제명했다.

4) 피고는 2019. 12. 30. 사천시장으로부터 조합원을 279명(= 주택조합설립인가 당시 조합원 517명 - 제명된 조합원 238명)으로 변경하는 내용의 주택조합변경인가를 받았다.

#### 사. 조합규약

이 사건 조합규약 중 일부는 아래와 같다.

##### G지역주택조합 규약

##### 제4조(사업시행지역의 위치 및 면적)

조합의 주택건설대지는 경상남도 사천시 H 일원이고, 사업부지(편입)의 면적은 65,697m<sup>2</sup>으로 한다. 단, 본 사업의 시행 상 필요할 경우 대지의 총면적이 다소 증감할 수 있다.

##### 제9조(조합가입)

① 규약 제8조에 해당하는 자로서 조합에 가입하고자 하는 자는 소정양식의 가입신청서 및 사업시행에 필요한 서류를 제출하여 조합장의 허가를 얻어야 한다.

##### 제10조(조합원의 권리와 의무)

② 조합원은 다음 각 호의 의무가 있다.

## 1. 분(부)담금 및 업무대행비 등의 납부의무

### 제12조(조합원의 탈퇴·자격상실·제명)

③ 조합원이 다음 각 호에 해당하는 경우 등 조합원으로서 고의 또는 중대한 과실 및 의무를 이행하지 아니하여 조합에 손해를 입힌 경우에는 이사회 의결 또는 총회의 의결에 따라 조합원을 제명할 수 있다. 이 경우 제명 전에 해당조합원에 대해 소명기회를 부여하여야 하되, 소명기회를 부여하였음에도 이에 응하지 아니한 경우에는 소명기회를 부여한 것으로 본다.

#### 1. 분담금 및 개별부담금 등을 지정일까지 2회 이상 계속 납부하지 않을 경우

### 제13조(조합원의 추가모집·교체)

① 조합은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에 조합원의 추가모집이나 교체를 할 수 있으며 주택법 등 관계법령에 적합하여야 하고, 이에 위배되어 조합원을 추가모집하거나 교체할 수 없다.

#### 1. 분담금 및 개별부담금 등을 지정일까지 2회 이상 계속 납부하지 않을 경우

2. 법 제15조의 규정에 의한 주택건설사업계획의 승인이후에 입주자로 선정된 지위(당해 주택에 입주할 수 있는 권리·자격 또는 지위 등을 말한다)가 양도·증여 또는 판결 등으로 변경된 경우, 다만, 관련법령의 규정에 의하여 전매가 금지되는 경우를 제외한다.

#### 3. 조합원 탈퇴 등으로 부득이 조합원 총원이 필요한 경우

#### 4. 조합원이 무자격자로 판명되어 자격을 상실하는 경우

③ 주택법 시행령 제22조 제1항에 의하면 지역조합은 그 설립인가를 받은 후에는 당해 조합의 구성원을 교체하거나 신규로 가입하게 할 수 없다. 다만, 조합원수가 설립인가 당시의 사업계획서상 주택건설예정세대수를 초과하지 아니하는 범위 안에서 시장 등으로부터 국토교통부령이 정하는 바에 따라 조합원 추가모집의 승인을 받은 경우와 기타 결원이 발생한 범위 안에서 총원하는 경우에는 조합원을 교체하거나 신규로 가입하게 할 수 있다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 1, 2, 3, 8, 12, 13, 14, 17, 23, 24, 30호증, 을 1, 2, 5, 8, 9, 10호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 가지번호 각 포함), 변론 전체의 취지

## 2. 원고의 주장

### 가. 사기 취소 주장

1) 피고는 원고들에게 이 사건 조합가입계약 체결을 권유하면서 주택건설 예정 세대수 988세대 중 534명의 조합원을 모집하여 조합원 모집율이 50% 이상이라고 홍보했다. 그러나 사실 위 534명 중 제명된 조합원 238명은 조합원이 될 의사 없이 피고로부터 30만 원 내지 100만 원을 교부받고 조합가입계약을 체결한 '허수조합원'이었고, 조합원 분담금을 미납을 이유로 제명될 것이 예정되어 있었으므로, 피고가 위 238명과 체결한 조합가입계약은 민법 제108조 제1항의 통정한 허위의 의사표시에 해당하여 무효였다. 그럼에도 피고는 조합원 모집율이 50% 이상인 것처럼 홍보하여 원고들을 기망했다.

2) 피고는 원고들에게 이 사건 조합가입계약 체결을 권유하면서 이 사건 사업부지 중 96.95%를 확보했다고 홍보했다. 그러나 사실 이 사건 조합가입계약 체결 무렵인 2017. 7.경 피고의 토지 확보율은 72.30%(= 매매계약 체결한 47,506㎡ ÷ 전체 사업부지 65,700㎡ × 100%)에 불과했다. 그럼에도 불구하고 피고는 토지 확보율이 96.95%인 것처럼 홍보하여 원고들을 기망했다.

3) 원고들은 피고의 위와 같은 기망행위에 속아 피고와 이 사건 조합가입계약을 체결하였는바, 이 사건 조합가입계약은 민법 제110조의 사기에 의한 의사표시에 해당하므로 원고들은 이 사건 소장 부분의 송달로써 이 사건 조합가입계약을 취소한다. 따라서 피고는 원고들에게 원상회복으로 원고들로부터 납부받은 조합원 분담금 전액 및 이에 대한 법정 이자 또는 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

#### **나. 이행불능 해제 주장**

피고는 이 사건 조합가입계약에 따라 원고들에게 988세대 규모의 대단지 아파트를 건축하여 이 사건 조합가입계약에 기재된 동·호수를 공급할 의무를 부담한다. 그러나 피고는 원고들과 이 사건 조합가입계약을 체결한 이후 주택건설 예정 세대수를 988세대에서 470세대로 축소하고, 14개동 중 절반의 건설 계획을 취소하여 동의 배치 및 층수를 변경했다. 이로써 피고의 위 의무는 이행불능이 되었으므로, 원고들은 이 사건 소장 부분의 송달로써 이 사건 조합가입계약을 해제한다. 따라서 피고는 원고들에게 원상회복으로 원고들로부터 납부받은 조합원 분담금 전액 및 이에 대한 법정 이자 또는 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

#### **다. 조합가입계약불이행, 사정변경 해제 주장**

피고는 원고들과 이 사건 조합가입계약을 체결한 이후 주택건설 예정 세대수를 988세대에서 470세대로 축소하고, 이 사건 사업의 부지를 절반 이상 제척했다. 위와 같은 사업계획변경은 원고들이 이 사건 조합가입계약 체결 당시 원고들이 예측할 수 있었던 범위를 초과하는 권리·의무의 변경에 해당하여 조합가입계약의 불이행으로 볼 수 있고, 원고들이 예견할 수 없었던 현저한 사정변경에 해당하여 이 사건 조합가입계약의 구속력을 인정하는 것은 신의칙에 현저히 반하는 결과가 되므로, 원고들은 이 사건 소장 부분의 송달로써 이 사건 조합가입계약을 해제한다. 따라서 피고는 원고들에게 원상회복으로 원고들로부터 납부받은 조합원 분담금 전액 및 이에 대한 법정 이자 또는 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## **라. 이행거절 해제 주장**

이 사건 조합가입계약 제6조 제7항은 2차 조합원 분담금 중 2차 중도금 납부시기를 "착공 시"로 규정하고 있었다. 그런데 피고는 2018. 1. 29. 임시총회에서 조합원 분담금 중 조합원 직접납부(자납) 비율이 낮다는 이유로 2차 중도금의 납부시기를 "총회 종료일로부터 10일 이내"로 변경했다. 피고가 일방적으로 2차 중도금의 납부시기를 변경한 것은 이행거절에 해당하므로, 원고들은 이 사건 소장 부분의 송달로써 이 사건 조합가입계약을 해제한다. 따라서 피고는 원고들에게 원상회복으로 원고들로부터 납부받은 조합원 분담금 전액 및 이에 대한 법정 이자 또는 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## **3. 판단**

### **가. 사기 취소 주장에 대한 판단**

1) 관련 법리 상품의 선전·광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되었다고 하더라도 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 정도의 것이라면 이를 가리켜 기망하였다고 할 수는 없고, 거래에 있어 중요한 사항에 관한 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다(대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다56118 판결 등 참조). 지역주택조합의 설립인가를 위한 조합원 모집에 있어 그 모집 관련 거래의 관행과 신의칙에 비추어 거래의 중요한 사항에 관한 구체적 사실을 비난받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에 해당하는지 여부는 관련 법령과 규약의 내용, 모집공고의 내용과 당시 모집 현황 및 이를 전후한 진행

경과 등 여러 사정을 종합하여 구체적 상황에 맞추어 합목적적으로 판단하여야 할 것이다.

2) 구체적 판단 가) 먼저 피고가 조합원 모집율을 기망했는지 여부에 관해 보건대, 앞서 본 인정사실, 앞서 든 각 증거, 갑 5, 6, 7, 21, 22, 25, 36, 37호증의 각 기재, 당심 증인 R의 증언에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 원고가 주장하는 사정들, 제출한 증거들만으로는 이를 인정하기 부족하다.

(1) 피고가 이 사건 조합가입계약 체결 무렵 조합원 모집율이 50%를 넘는 것처럼 홍보하였는지 여부에 관해 보건대, 아래와 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면 갑 6, 7, 21, 22, 25호증의 각 기재만으로는 이를 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(가) 분양광고(갑 6호증)에 "P단지 모집개시", "P단지 마감임박"이라고 기재된 사실은 인정된다.

그러나 이 사건 아파트의 시공자는 이 사건 조합가입계약 체결 무렵에는 S 주식회사이었다가 그 이후 주식회사 Q로 변경되었는데, 위 분양광고는 시공자가 주식회사 Q로 변경된 이후의 광고이므로, 1) 원고들이 위 광고를 보고 이 사건 조합가입계약을 체결했다고 볼 수 없다.

(나) 신문분양기사(갑 21호증)에 "P단지 50% 이상 조합원이 구성"이라고 기재된 사실은 인정된다.

그러나 위 신문분양기사(갑 21호증)는 원고들이 이 사건 조합가입계약을 체결한 때로부터 약 2개월 내지 4개월이 경과한 2017. 10. 11. 또는 2017. 10. 20.의 기사이므로, 원고들이 위 기사를 보고 이 사건 조합가입계약을 체결했다고 볼 수 없다.

(다) T부동산의 블로그홍보내용(갑 22호증)에 'P단지가 50%는 분양되었다.'는 취지로 기재되어 있는 사실은 인정된다. 그러나 위 블로그 글은 그 등록일자를 알 수 없으므로, 원고들이 위 블로그 글을 보고 이 사건 조합가입계약을 체결했다고 인정하기 부족하다.

(2) 피고가 이 사건 조합가입계약 체결 무렵 조합원 모집율이 50%를 넘는 것처럼 홍보했다고 하더라도, 구 주택법(2020. 1. 23. 법률 제16870호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 주택법'이라 한다) 제11조 제7항, 구 주택법 시행령(2019. 10. 22. 대통령령 제30146호로 개정되기 전의 것) 제20조 제5항에 의하면 지역주택조합의 설립인가를 받기 위해서는 주택건설 예정 세대수의 50% 이상의 조합원을 모집하여야 하는데, 피고가 2018. 1. 18. 534명을 조합원으로 한 조합설립인가 신청을 했고, 사천시장은 2018. 2. 8. 위 534명 중 조합원 자격이 없는 17명을 제외하고 517명을

조합원으로 한 조합설립인가를 한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고의 위와 같은 홍보는 선전·광고에 수반되는 다소의 과장이라고 보이고, 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 허위 사실을 고지한 것이라고 보기는 어렵다.

이에 대하여 원고들은, 제명된 조합원 238명은 조합원이 될 의사 없이 피고로부터 30만 원 내지 100만 원을 교부받은 '허수조합원'이므로, 피고가 위 238명과 체결한 조합가입계약은 통정한 허위의 의사표시로서 무효라고 주장한다. 살피건대, 원고의 주장에 부합하는 듯한 증거로는 당심 증인 R의 증언, 갑 36, 37호증의 각 기재가 있으나 ① 증인 R은 '직접 접촉하여 돈을 주고 조합가입계약을 체결한 것은 4명이다.'는 취지로 증언한 점, ② 녹취록(갑 36호증)은 위 R의 진술을 주된 내용으로 하는 것인 점, ③ 신문기사(갑 37호증)는 "부산의 U의 제보"에 기초한 것에 불과한 점 등에 비추어 보면, 위 증거들만으로는 피고가 위 238명과 체결한 조합가입계약이 통정한 허위의 의사표시라고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

이에 대하여 원고들은, 위 238명은 조합원 분담금을 납부하지 않았으므로 피고의 조합원이 아니라거나, 피고가 위 238명이 조합원 분담금을 납부하지 않은 사실을 원고들에게 고지하지 않은 것은 기망에 해당한다는 취지로 주장한다. 살피건대, 조합규약 제9조, 제10조에 의하면 조합원들은 조합가입계약을 통해 조합원 자격을 취득한 이후 분담금 등을 납부할 의무를 부담하는 것일 뿐, 분담금 납입과 동시에 또는 분담금 납입을 조건으로 조합원 자격을 부여받는 것이 아니고, 조합가입계약 제6조 제7항에도 '납부대금의 납부일정은 인·허가 진행 상황에 따라 변동될 수 있다.'고 기재되어 있어 서로 다른 시기에 조합가입계약을 체결한 조합원들 사이에 납부대금 일정이 달라질 여지를 두고 있다는 점을 고려하면 위 238명이 조합원 분담금을 납부하지 않아 결국 제명되었다고 하더라도, 위 238명이 이 사건 조합가입계약 체결 당시 피고의 조합원이 아니었다거나, 원고들의 이 사건 조합가입계약 체결 여부가 다른 조합원들의 분담금 납입내역에 의해 좌우된다고 볼 수는 없다. 나) 다음으로 피고가 토지 확보율을 기망했는지 여부에 관해 본다. 갑 7, 25호증의 기재에 의하면 피고가 이 사건 조합가입계약 체결 무렵 P단지 토지 확보율이 "96.95%"라고 홍보한 사실은 인정된다. 그러나 앞서 본 인정사실, 앞서 든 각 증거, 갑 29호증, 을 3, 4, 6, 7, 11호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 및 사정들에 비추어 보면, 원고가 주장하는

사정들, 제출한 증거들만으로는 피고가 위와 같이 홍보한 것이 기망행위라고 인정하기 부족하다.

(1) G지역주택조합 토지편입조서(을 3호증), 토지소유권 현황(을 4호증)에 의하면 피고는 2018. 1. 17.까지 ① 전체 사업부지  $65,700\text{m}^2$ (= 사유지  $60,262\text{m}^2$  + 국공유지  $5,438\text{m}^2$ ) 중 사유지  $58,960\text{m}^2$ 에 관해 계약을 체결하여 사유지 면적 대비 계약 비율이  $97.84\%$ (=  $58,960\text{m}^2 \div 60,262\text{m}^2 \times 100\%$ )이었고, ② 주택건설대지  $50,124\text{m}^2$ (= 사유지  $45,359\text{m}^2$  + 국공유지  $4,765\text{m}^2$ ) 중  $45,830\text{m}^2$ (사유지  $41,065\text{m}^2$  + 국공유지  $4,765\text{m}^2$ )에 관해 토지사용승낙을 받아 주택건설대지면적 대비 사용승낙 비율이  $91.43\%$ (=  $45,830\text{m}^2 \div 50,124\text{m}^2 \times 100\%$ ), 사유지 면적 대비 사용승낙 비율이  $90.53\%$ (=  $41,065\text{m}^2 \div 45,359\text{m}^2 \times 100\%$ )이었음이 인정된다. 또한 구 주택법 제11조 제2항에 의하면 주택법상 지역주택조합의 설립인가를 받기 위해서는 해당 주택건설대지의 80퍼센트 이상에 해당하는 토지의 사용권원을 확보하여야 하는데, 피고는 2018. 2. 8. 조합설립인가를 받았음은 앞서 본 바와 같다. 그렇다면 피고가 이 사건 조합가입계약 체결 무렵 토지 확보율이 "96.95%"라고 홍보한 것은 선전·광고에 수반되는 다소의 과장이라고 보이고, 신의성실의 의무에 비추어 비난받을 정도의 허위 사실을 고지한 것이라고 보기는 어렵다.

(2) 이에 대하여 원고들은, 사용승낙을 받은 토지를 제외하고 매매계약을 체결한 토지만을 기준으로 피고가 이 사건 조합가입계약 체결 무렵 96.95%의 토지를 확보했는지 여부를 판단해야 한다는 취지로 주장한다. 살피건대, "토지 확보"는 조합설립인가의 요건인 "사용권원의 확보"를 의미하는 것으로 보이고(원고들은 "토지 확보"가 사업계획승인의 요건인 "소유권 확보"를 의미하는 것이라는 취지로도 주장하나 이를 인정할 증거가 없다), "사용권원의 확보"에는 매매계약을 체결하는 것 외에 토지소유자로부터 토지사용승낙을 받는 것도 포함되므로, 원고들의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 이에 대하여 원고들은, 부동산 매매계약서(갑 29호증)와 같이 매매계약의 당사자가 피고가 아닌 '주식회사 V', '주식회사 W'인 토지들은 제외하고 피고의 토지 확보율을 판단해야 한다는 취지로 주장한다. 살피건대, ① '주식회사 V', '주식회사 W'은 피고의 업무대행사로 보이는 점, ② 부동산 매매계약서(갑 29호증) 제1조는 '공동주택건설 또는 지역주택조합 사업계획승인을 득함을 목적으로 한다.'라고 규정하여 이 사건 사업을 위해 매매계약을 체결하는 것임을 명시하고 있고, 매수인이 "주식회사 V 외 1인"로 기재되어 있는데, "1인"은 매매계약 체결 이후 조합설립인가를 받아 설립될

피고를 예정한 것으로 보이는 점, ③ 피고는 위 토지들 대부분에 관해 소유권이전등기를 마친 것으로 보이는 점 등을 고려하면 원고들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

#### **나. 이행불능, 조합가입계약불이행, 사정변경 해제 주장에 관한 판단**

1) 관련 법리 가) 지역주택조합의 조합원이 된 사람이, 사업 추진 과정에서 조합규약이나 사업계획 등에 따라 당초 체결한 조합가입계약의 내용과 다르게 조합원으로서의 권리·의무가 변경될 수 있음을 전제로 조합가입계약을 체결한 경우에는 그러한 권리·의무의 변경이 당사자가 예측가능한 범위를 초과하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이를 조합가입계약의 불이행으로 보아 조합가입계약을 해제할 수는 없다(대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다212467 판결 참조).

나) 사정변경으로 인한 계약해제는, 계약성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수 원칙의 예외로서 인정되는 것이고, 여기서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것은 아니다(대법원 2007. 3. 29. 선고 2004다31302 판결 등 참조).

2) 구체적 판단 이 사건 조합가입계약 "목적물의 표시"의 "규모/세대수"란에 "988세대"라고 기재되어 있고, "동·호수"란에 특정 동·호수가 기재되어 있던 사실, 피고가 2019. 7. 27.

임시총회에서 주택건설 예정 세대수를 988세대에서 470세대로 변경하는 사업계획변경결의를 하고, 2019. 12. 30. 조합원을 517명에서 279명으로 변경하는 주택조합변경인가를 받은 사실은 앞서 본 바와 같다. 그러나 앞서 본 인정사실, 앞서 든 각 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 및 사정들, 즉 ① 지역주택조합 사업은 최초 사업계획이 변경될 수 있음이 예상되고, ② 이를 고려하여 이 사건 조합가입계약 및 이 사건 조합규약에 이 사건 아파트의 대지면적, 세대수 등의 변경가능성이 명시되어 있었으며, ③ 사업계획의 변경에 관하여 피고 조합원들의 총회승인결의도 있었고, ④ 피고가 변경된 사업계획에 따라 이 사건 사업을 계속하고 있는 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 사실만으로는 피고의 원고들에 대한 아파트 공급이 불가능하게 되었다거나, 원고들이 예측할 수 있었던 범위를 초과하는 권리·의무의 변경이 있었다거나, 이 사건 조합가입계약의 구속력을

인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생긴다고 보기 어렵다.

① 지역주택조합 사업은 조합 설립 전에 미리 조합원을 모집하면서 그 부담금 등으로 사업부지를 매수하거나 사용승낙을 얻고 그 후 조합설립인가를 받아 소유권을 확보하고 사업승인을 얻어 아파트를 건축하는 방식으로 진행되므로 그 진행과정에서 조합원의 모집, 재정의 확보, 토지매입 작업 등 사업의 성패를 좌우하는 변수가 많고 그에 따라 최초 사업계획이 변경되거나 당초 예정했던 사업의 진행이 지연되는 등의 사정이 발생할 수 있음은 어느 정도 예상할 수 있다.

② 이를 고려하여 이 사건 조합가입계약서의 "목적물의 표시" 부분 밑에 "상기 사업개요는 사업계획승인(변경)시 당초의 조합원 모집 시와 비교 변경(증감)될 수 있습니다."라고 명시하고 있고, 제6조는 "사업승인 인·허가 과정에서 공급(계약)면적 증감 및 사업규모 변경이 있을 수 있으며, 변경될 경우 변경된 사업계획에 이의 없이 동의한다."라고 규정하고 있으며, 제16조는 "사업계획승인 전까지 건본주택의 건본(마감재, 단위세대 평면, 모형도 등)은 현재(가칭)

G지역주택조합추진위원회가 추진하는 것과 차이가 있으며, 또한 조합원 모집을 위한 광고, 홍보를 위한 시각적 자료(조감도 및 자료 등)는 조합원의 이해를 돕기 위한 자료임을 인지하며, 인·허가 과정에서 변동될 수 있음을 확인하고 동의한다. 동·호수의 지정은 선착순에 따라 조합원이 지정한다."라고 규정하고 있다. 이 사건 조합규약도 "본 사업의 시행 상 필요할 경우 대지의 총 면적이 다소 증감할 수 있다."라고 규정하고 있고(제4조), 조합원의 자격상실, 제명에 관한 규정(제12조) 및 조합원의 추가모집·교체에 관한 규정(제13조)을 두어 조합원 변경도 예정해 두고 있다.

③ 피고는 당초 조합원을 517명으로 하여 설립되었으나, 그 중 상당수 조합원들이 부담금을 납입하지 않는 바람에 사업진행에 어려움을 겪었다. 이에 피고는 2019. 7. 27. 임시총회에서 주택건설 예정 세대수를 998세대에서 470세대로 변경하는 사업계획 변경안을 피고 조합원들은 찬·반 투표를 거쳐 승인하고, 2019. 12. 16. 임시이사회에서 부담금을 미납한 조합원 238명을 제명한 후 2019. 12. 30. 사천시장으로부터 조합원수를 517명에서 279명으로 하는 조합변경인가를 받았다.

④ 피고는 현재 변경된 사업계획에 따라 이 사건 사업부지 대부분에 관하여 소유권이전등기를 마치고 이 사건 사업을 계속 진행하고 있는 것으로 보인다.

**다. 이행거절 해제 주장에 관한 판단**

1) 관련 법리 이행거절로 인한 계약해제의 경우에는 채권자의 최고도 필요하지 않고 동시이행관계에 있는 자기 채무의 이행제공도 필요하지 않아, 이행지체를 이유로 한 계약해제와 비교할 때 계약해제의 요건이 완화되어 있으므로, 이행거절의사가 명백하고 종국적인 것으로 볼 수 있어야 한다. 명시적으로 이행거절의사를 표명하는 경우 외에 계약 당시 또는 그 후의 여러 사정을 종합하여 묵시적 이행거절의사를 인정하기 위해서는 그 거절의사가 정황상 분명하게 인정되어야 한다(대법원 2021. 7. 15. 선고 2018다214210 판결 참조).

2) 구체적 판단 갑 33호증의 기재에 의하면 피고의 2018. 1. 29.자 임시총회에서 토지비 및 사업비를 조달하기 위한 대출금 규모를 줄이기 위해 2차 중도금 납부시기를 "착공 시"에서 "총회 종료일로부터 10일 이내"로 앞당기는 결의를 한 사실이 인정된다.

그러나 이 사건 조합가입계약 제16조 제12항이 "조합원 분담금 중 조합원직접납부(자납) 비율이 낮아 토지비 확보가 여의치 않을 경우, 조합원 의결(동의)로 브릿지대출 및 조합원 분담금 납부 일정을 조정하여 토지비 확보하는 것에 동의한다."라고 규정하고 있음은 앞서 본 바와 같고, 갑 33호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고는 위 조항에 근거하여 조합원들의 찬·반 투표를 거쳐 위 결의를 한 사실이 인정되므로, 피고가 2차 중도금 납부시기를 변경했다는 사실만으로는 피고가 명백하고 종국적인 이행거절의사를 표시했다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 원고들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

#### 4. 결론

그렇다면 원고들의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 원고들의 항소를 모두 기각한다.

**재판장판사김종기**

**판사강영희**

**판사박이랑**

**별지**

1) 피고는 2020. 3. 26.자 준비서면에서 위 광고가 2018년도 광고라고 주장했고, 원고들은 위

광고의 시기에 대해 구체적으로 반박하지 않았다.