August, 2020

지팡이

주택정비사업의
판례 길라잡이

vol. 09

조합경영전략연구원

법무사법인(유한) 동양

재개발 · 재건축사업의 전반적인 업무에 관하여 최고(最高) 최상(最上)의 법률 및 행정서비스를 통하여 정비사업이 신속하고 원활하게 진행될 수 있도록 조합의 든든한 버팀목이 되겠습니다.

제대로 된 파트너를 만나면 정비사업의 기간을 단축하여
조합원의 분담금을 대폭 줄일 수 있어 비례율 및 사업성이 제고될 수 있습니다.

조합경영전략연구원
법무사법인(유한) 동양
대표이사 **유 재 관**

주요이력

- 한양대학교 법학과 졸업
- 한국주택정비사업조합협회 정책자문위원/강사
- 주거환경연구원 도시정비포럼 정책전문위원/강사
- 하우징헤럴드 칼럼니스트
- 한국주택경제신문 칼럼니스트
- 국제자산신탁 정비사업관련 자문위원
- 법무사법인(유한) 동양 대표이사
- 조합경영전략연구원 대표이사

저서

- 판례 길라잡이 "지팡이"
- 동양재개발재건축포커스(통권9호)
- 신탁법실무(법률출판사, 1175P, 2008년)

조합경영전략연구원 법무사법인(유한) 동양

조합경영전략연구원의
업무지원분야
(모든 자문은 무료로 진행합니다)

추진위원회 단계

- 추진위원회 구성 및 운영 노하우
- 추진위원 결원시 하자치유방안
- 조합설립동의서 징구시 하자검토
- 조합정관안 작성
- 창립총회 개최시 필요한 절차 등

조합설립인가 후 단계

- 대의원회 및 총회자료의 법률적 하자검토
- 조합임원 및 대의원 선임에 관한 절차상 하자 검토
- 우수협력업체 선정방법 및 계약서 검토
- 조합원의 자격 및 분양권 유무와 관련된 자문

사업시행인가 전후단계

- 임대주택공급대상자 및 세입자 · 영업권자 현황 파악
- 이주대책수립
- 중앙토지수용위원회의 협의 및 의견청취 업무 처리
- 조합원 분양신청 안내 및 분양대상자 적격 유무 검토
- 조합원 감정평가에 관한 자문
- 사업비 예산안 작성 및 적정성 검토

관리처분인가 전후 단계

- 시공자 본계약서 및 관리처분계획(안) 검토 및 자문
- 현금청산자의 협의보상 및 수용재결
- 비점유 및 점유 국공유지 처리방안(소유권 양도 및 변상금 납무 처리 등)
- 이주기간 단축을 위한 이주관리 방안
- 주택도시공사의 사업자금보증서 관련 절차 및 대행업무지원
- 임대주택 매각절차 안내

이주 단계

- 현금청산자 및 영업권자의 협의 대행 및 이주 촉진 방안 제공
- 세입자의 주거이전비 및 영업권 보상에 관한 축적된 노하우 제공과 사업비 절감방안 검토
- 미이주자에 대한 손해배상 및 부당이득 청구 자문
- 이주비 부족한 조합원 등에 대한 적절한 대응 방안 제공

기 타

- 비대위에 대한 대응방안 제공 및 밴드와 카톡 등 SNS의 선제적 대응을 통한 홍보전략 제공
- 준공 이후 청산시까지의 정비사업 전반에 관한 법률 및 행정자문
- 조합에서 문제되고 있는 사안의 해결을 위한 판결문 제공서비스

재개발 · 재건축사업의 등기업무 및 수용재결 업무
(국내 최대 실적 보유)

주·요·업·무

재개발 · 재건축사업의 등기업무 및 자문
재개발사업의 수용재결 업무

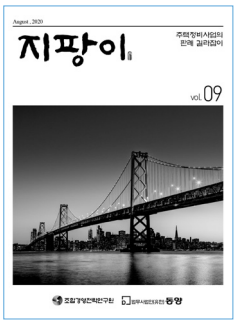
조합경영전략연구원
법무사법인(유한) 동양

칼럼

01 대의원회 결의를 거치지 않은 총회결의의 효력 유무 등 ····· 06
02 소유자 겸 세입자 영업보상 및 주거이전비 ····· 09
03 분양청구권의 일부 포기는 가능한지 여부 ····· 13
04 주거전용면적 산정과 관리처분계획수립의 위법여부 ····· 17
05 2주택의 공급기준과 평형선택권의 침해여부 ····· 21
06 종교부지 소유자의 분양신청과 관리처분계획 수립의 적법여부 ····· 24
07 신발생 무허가 건축물 소유자의 조합원 자격 유무 ····· 27

최신판례 해설

01 총회개최를 위한 총괄업무 용역계약과 도시정비법 위반 ····· 31
02 총회 결의를 조건으로 한 계약체결과 도시정비법 위반여부 ····· 35
03 분양신청 통지와 조합원 지위 상실 여부 ····· 38
04 환급금 지급과 분담금의 징수 시기 ····· 41
05 사업시행인가 시 부가된 부관(附款)의 불이행과 그 효력 ····· 44
06 조합임원의 조합원들에 대한 구상금 및 손해배상금 청구 ····· 47
07 조합정관상의 이자지급 규정의 적용범위 ····· 50
08 주거이전비 보상금의 지급이 건물인도의무보다 선이행의무인지 여부 ····· 54
09 청산대상자와 협의할 경우 정당한 보상금액을 제시하지 않은 경우 ····· 63
10 토지보상법 제7조 소정의 '수용재결신청 대리인'의 범위 ····· 65



주소 06640 서울시 서초구 사임당로 58, 7층(서초동, 제일빌딩) 전화 (02)586-7118 팩스 (02)586-7119

대의원회 결의를 거치지 않은 총회 결의의 효력 유무 등

쟁점

- 대의원회의 개최 여부와 상관없이 총회개최가 가능한지 여부
- 무효인 대의원회의 결의를 총회에서 추인할 수 있는지 여부
- 제3자에 대한 대항요건으로서의 변경인가
- 관할 관청의 인가 유무에 따른 법률효과의 차이
- 정기총회 소집이 대외적인 대표권 행사인지 여부

조합경영전략연구원
법무사법인(유한) 동양
대표이사 유 재 관

사례 ① 대의원회 결의를 거치지 않는 안건에 관한 총회결의가 무효인지 여부 및 무효인 대의원회의 결의를 총회에서 추인할 수 있는지 여부?

사례 ② 임시총회에서 조합장으로 선임된 후 조합설립변경인가 및 임원변경등기 이전에 정기총회를 소집할 수 있는 권한이 있는지 여부 및 그 총회결의의 효력?

1. 【사례 1】의 정리

① 총회를 개최하기 위해서는 조합 정관 제25조 제1항 제3호에 의해 대의원회에서 총회부의 안건을 결의하여야 하나 이러한 절차를 거치지 아니한 총회결의는 무효인지 여부 및 무효인 대의원회의 결의를 총회에서 추인할 수 있는지 여부가 본 사안의 쟁점이다.

② 도시정비법 제44조[1]와 정관 제20조에 의하면, 총회의 개최를 위한 대의원회의 결의가 반드시 필요한 것은 아니나, 정관 제25조 제1항 제3호는 총회에 부의할 안건은 대의원회에서 사전 심의하도록 하고 있다.

1) 도시정비법 제44조(총회의 소집) 제2항 : 총회는 조합장이 직권으로 소집하거나 조합원 5분의 1 이상(정관의 기재사항 중 제40조 제1항 제6호에 따른 조합임원의 권리 · 의무 · 보수 · 선임방법 · 변경 및 해임에 관한 사항을 변경하기 위한 총회의 경우는 10분의 1 이상으로 한다) 또는 대의원 3분의 2 이상의 요구로 조합장이 소집한다.

사안의 경우 해당 안건이 대의원회의 사전심의를 거치지 않은 것에는 다툼이 없다. 그러나 총회 결의에 하자가 있다고 하여 항상 총회 결의가 무효인 것은 아니고 그 하자가 중대하여야 무효가 된다.

이 사건에서는 위 정관 규정에 의하더라도 대의원회가 총회에 부의할 안건을 사전에 심의하도록 규정하고 있을 뿐 총회에 부의할지 여부를 의결하는 것이라고 보기 어려운 점, 조합원 5분의 1 이상이 총회의 목적사항을 제시하여 청구하는 때에 조합장은 총회를 개최하여야 한다는 조합의 정관 제20조 제4항에 비추어 보면 대의원회의 개최 여부와 상관없이 총회가 개최되는 경우를 상정할 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 총회 결의사항에 관하여 대의원회의 사전심의를 거치지 않았다고 하더라도 이러한 사정만으로 이 사건 총회 결의의 하자가 중대하다고 할 수는 없으므로 유효하다고 할 것이다.

3 일정한 사항에 대하여 대의원회가 총회의 권한을 대행하도록 한 것은 총회의 권한을 배제하고 대의원회에만 전속적으로 권한을 부여하는 것이 아니고, 조합의 신속하고 효율적인 의사결정 및 비용절감 등을 위하여 원칙적으로 총회의 결의사항에 해당하는 것을 편의상 대의원회에 그 권한을 부여한 것이라고 할 것이므로, 총회가 대의원회의 의결사항을 추인하는 것은 얼마든지 가능하다.

무효인 대의원회의 결의를 총회에서 추인할 수 있는지 여부와 관련하여, 대법원은 법정 대의원 수의 부족 등으로 인하여 대의원회의 결의가 무효라고 하

더라도, 그 이후 적법한 절차에 따라 소집 · 의결한 조합원 총회에서 종전 대의원회 결의를 그대로 추인하였다면, 이는 종전의 대의원회 결의와 같은 내용의 새로운 결의를 한 것으로 볼 것이어서, 특별한 사정이 없는 한 종전 대의원회 결의에 대하여 그 무효확인을 구하는 것은 과거의 법률관계 내지 권리관계의 확인을 구하는 것이 되어 확인의 소로서의 권리확인요건을 결여한 것이라고 한다.[2)]

2. 【사례 2】의 정리

① 조합 정관 제18조 제2항에 의하면, 조합장 등 새로운 임원이 선임된 경우 구청장의 조합설립변경인가 및 임원변경등기를 하여야 대외적으로 효력이 발생한다고 규정하고 있다. 그러나 민법 제33조는 법인등기 중 설립등기는 성립요건으로 하고, 나머지 다른 등기는 모두 제3자에 대한 대항요건으로 하고 있으므로(민법 제54조), 위 조합 정관 제18조 제2항의 규정도 제3자에 대한 대항요건을 규정한 것으로 보아야 한다. 따라서 새로이 선임된 임원의 자격을 제3자에게 주장하기 위해서는 구청장의 조합설립변경인가 및 임원변경등기가 필요하다고 할 것이다.

② 도시정비법상 정비사업 조합이 공법인이라는 사정만으로 재건축조합과 조합장 또는 조합임원 사이의 선임 · 해임 등을 둘러싼 법률관계가 공법상의 법률관계에 해당한다고 볼 수는 없으므로(대법원), 관할 관청의 인가 유무에 따라 재건축조합설립의 효력이 문제되는 것은 도시정비법과 관련된 공법상의 관계에서이지 주택조합과 조합원 또는 조합원들 사이의 내부적인 사법관계에는 영향이 없다 할 것이다(서울고등법원).

따라서 조합의 정관에 따라 개최된 임시총회에서 재적조합원 과반수 출석과 출석조합원 과반수의 찬성으로 조합의 새로운 조합장을 선출한 경우, 그 조합장은 조합과 조합원들 사이의 관계에서는 구청장의 인가 여부와 관계없이 정당하게 조합을 대표할 권한이 있다.

③ 사안의 경우 임시총회에서 조합장으로 선임된 후 정기총회를 소집한 것은 대외적인 대표권 행사가 아니라 대내적인 사무집행에 해당한다. 따라서 이는 구청장의 조합설립변경인가 및 임원변경등기 없이도 유효한 권한행사라고 볼 수 있으므로 해당 정기총회는 유효하다고 할 것이다.

2) 따라서 대의원회 무효확인의 소의 적법여부는 이 사건 대의원회 결의를 추인한 총회결의가 절차상 · 내용상 중대한 하자가 있어 무효인지 여부로 귀결된다고 할 것이다.

소유자 겸 세입자의 영업보상 및 주거이전비

조합경영전략연구원
법무사법인(유한) 동양
대표이사 유 재 관

사 례 A재개발조합의 조합원 甲은 토지 및 건물을 소유하면서 사업구역 내 타인 소유의 건물을 임차하여 소매업을 영위하여 왔고, 조합원 乙은 주택을 소유하면서 사업구역 내 타인 소유의 주거용건축물을 임차하여 세입자로 거주하여 왔으며, 甲과 乙은 분양신청 기간 내에 상가를 분양받기 위하여 분양신청을 하였다. 이 경우 A조합은 영업보상비(甲)나 주거이전비(乙)를 지급하여야 하는가?

쟁점

- ☑ 영업손실 보상대상인 '영업'의 요건
- ☑ 조합원지위와 세입자(영업권자) 지위를 겸하는 경우 주거이전비나 영업보상비의 지급대상인지 여부
- ☑ 주거이전비나 영업보상비를 지급할 의무가 없는 경우 주거이전비 등을 지급하기로 한 협의는 '예산으로 정한 사항 외에 조합원의 부담이 될 계약'에 해당하는지 여부

1. 관련 법령의 규정 및 쟁점

① 관련 법규

토지보상법 시행규칙 제45조는, 영업손실의 보상대상인 영업에 대하여, '사업인정고시일등 전부터 적법한 장소[3] 에서 인적 · 물적시설을 갖추고 계속적으로 행하고 있는 영업'이라고 규정하고 있다.

그리고 동 시행규칙 제54조 제2항은, 주거용 건축물의 세입자로서 사업인정고시일등 당시 또는 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등이 있은 당시 해당 공익사업시행지구 안에서 거주한 자에 대하여는 가구원수에 따라 4개월분의 주거이전비를 보상하여야 한다고 규정하고 있다.[4]

3) 무허가건축물등, 불법형질변경토지, 그 밖에 다른 법령에서 물건을 쌓아놓는 행위가 금지되는 장소가 아닌 곳을 말한다.

② 쟁점

甲과 乙은 사업구역 내 주택을 소유하는 조합원이면서 또 사업구역 내 타인의 건축물에 거주하는 세입자(또는 영업권자)의 지위도 아울러 갖고 있다. 이 같은 '소유자 겸 세입자'인 조합원이 토지보상법에서 정하는 주거이전비나 영업보상비의 지급대상에 해당하는지 여부가 문제된다.

2. 甲과 乙이 토지보상법에 의한 주거이전비 내지 영업보상비 지급대상인지 여부

① 토지보상법령의 규정에 의하여 공익사업시행에 따라 이주하는 주거용 건축물의 세입자에게 지급하는 주거이전비는 공익사업시행지구 안에 거주하는 세입자들의 조기 이주를 장려하고 사업추진을 원활하게 하려는 정책적인 목적과 주거이전으로 특별한 어려움을 겪게 될 세입자들에게 사회보장적인 차원에서 지급하는 금원인데, 재개발정비사업의 개발이익을 누리는 조합원은 그 자신이 사업의 이해관계인이므로 관련 법령이 정책적으로 조기 이주를 장려하고 있는 대상자에 해당한다고 보기 어려운 점,

② 재개발사업에서 재개발사업에 동의하여 분양신청을 함으로써 사업에 참여한 토지등소유자(조합원)는 정비사업의 성공으로 인한 개발이익을 누릴 수 있고 그가 가지는 이해관계가 실질적으로는 사업시행자와 유사할 뿐만 아니라 궁극적으로는 공익사업의 시행으로 생활의 근거를 상실하게 되는 자와는 차이가 있는데, 이러한 특수성은 '소유자 겸 세입자'인 조합원에 대하여 세입자 주거이전비 내지 영업보상을 인정할 것인지를 고려할 때에도 반영되어야 하는 점,

③ 또한 도시정비법 제61조 제1항은 사업시행자가 재개발사업 시행으로 철거되는 주택의 소유자 또는 세입자에 대하여 정비구역 내·외에 소재한 임대주택 등의 시설에 임시로 거주하게 하거나 주택자금의 융자알선 등 임시수용에 상응하는 조치를 하여야 한다고 정하고 있고, 이러한 다양한 보상조치와 보호대책은 소유자 겸 세입자에 대해서도 적용될 수 있으므로 최소한의 보호에 공백이 있다고 보기 어려운 점,

④ 조합원인 소유자 겸 세입자를 재개발정비사업 조합의 세입자 주거이전비 및 영업보상비 지급대상이 된다고 본다면, 지급액은 결국 조합원 모두의 부담으로 귀결될 것인데, 동일한 토지등소유자인 조합원임에도 우연히 정비구역 안의 주택에 세입자로 거주하였거나 영업을 하였다는 이유만으로 다른 조합원들과 비교하여 이익을 누리고, 그 부담이 조합·조합원들의 부담으로 전가되는 결과 역시 타당하다고 볼 수 없는 점 등의 제반 사정을 종합하여 보면,

4) 도시정비법시행령 제54조 제③항 : 제2항에 따라 영업손실을 보상하는 경우 보상대상자의 인정시점은 제13조 제1항에 따른 공람공고일로 본다. 제④항 : 주거이전비를 보상하는 경우 보상대상자의 인정시점은 제13조 제1항에 따른 공람공고일(=정비계획에 관한 공람공고일)로 본다.

도시정비법이 적용되는 재개발정비사업의 사업구역 내 주거용 건축물, 상가 건축물을 불문하고 이를 소유하는 조합원이 정비사업에 동의하고 사업시행으로 신축될 건축물에 관한 분양신청을 함으로써 정비사업에 참여한 경우에는 위 조합원이 사업구역 내의 타인 소유 건축물에 거주하거나 영업하는 세입자라 하더라도 토지보상법 시행규칙 제45조, 제54조 제2항에 따른 영업보상비 내지 주거이전비의 지급대상에는 해당하지 않는다고 봄이 타당하다.

3. 사례의 정리

조합원 甲은 사업구역 내 부동산의 소유자이고, 조합원 乙은 마찬가지로 사업구역 내 부동산의 소유자로서 각각 분양신청을 한 바 있다.

위에서 본 바와 같이 甲과 乙은 사업구역 내 타인 소유 건축물을 임차하여 甲은 영업을, 乙은 세입자로서 거주하여 왔다 하더라도(소유자 겸 세입자), 이들은 정비사업에 참여하여 사업시행자에 준하는 지위를 가지고 있다고 볼 수 있으므로, 주거이전비 내지 영업보상비 지급대상에 해당하지 않는다.

위 사례에서,

① 재개발조합은 甲, 乙과 영업보상비 내지 주거이전비에 대하여 협의를 한 후 이를 각 지급하였다. 조합은, 甲과 乙에게 영업보상비 등의 청구권이 없음에도 불구하고 이 청구권이 있다는 착오에 빠져 보상금을 지급하였다는 이유로 이를 취소하고, 또한 영업보상비 등의 지급에 관한 협의는 조합원들에게 부담을 주는 계약에 해당하여 총회의 결의가 있어야 하나 이 사건의 경우 총회결의가 없어 무효라고 주장한다.

② 이에 甲과 乙은 위 영업보상비 및 주거이전비 보상에 관하여 조합원 총회에서 관리처분계획으로 승인하는 결의를 거쳤으므로 이 사건 협의는 유효하다고 주장한다.

③ 조합원 乙은 분양신청 이후 부동산을 丙에게 처분하여 조합원 지위를 상실하였으므로, 세입자로서 주거이전비를 지급받은 것은 정당하다고 주장한다.

위 주장에 대한 법원의 판단?

① 협의의 효력

앞에서 본 바와 같이, 조합은 甲과 乙에게 토지보상법에서 규정된 영업보상비 및 주거이전비를 지급할 의무가 없는 이상, 조합이 甲과 乙에게 영업보상 및 주거이전비를 지급하기로 한 이 사건 협의는 도시정비법 제45조 제1항 제4호에서 총회의결사항으로 정하는 '예산으로 정한 사항 외에 조합원의 부담이 될 계약'에 해당한다고 할 것이고, 조합원 총회의 의결을 거치지 아니하였다면 이를 무효로 보아야 할 것이다.

따라서 이 사건 협의는 그 효력을 인정할 수 없으므로, 甲과 乙은 위 협의에 기하여 조합으로부터 지급받은 영업보상비 및 주거이전비를 부당이득으로 반환하여야 한다.[5)]

② 관리처분계획상의 영업손실보상의 대상

조합의 총회에서 의결한 관리처분계획안의 상가 등 영업손실보상금액 및 주택세입자 주거이전비용의 항목은 조합원 이사비용 항목과는 구분되는 것으로서, 이는 분양신청을 하지 않는 등으로 인하여 현금청산대상자가 된 토지등소유자에 대한 영업손실, 주거이전비 보상에 관하여 책정된 것으로 봄이 상당하다. 그러므로 위와 같은 관리처분계획안에 대한 조합의 총회 결의가 있었다 하더라도 조합원으로서 분양신청을 한 甲과 乙에 대한 영업보상비, 주거이전비 지급에 관하여도 결의가 이루어진 것으로 볼 수 없다. 나아가 조합과 甲, 乙간에 이루어진 이 사건 협의는 관리처분계획안에 대한 총회 결의 이후에 체결된 것으로서 이 사건 협의에 관하여 별도로 조합의 총회결의가 있었다고 볼 수 없다.

결국 甲과 乙에게 영업보상비 내지 주거이전비를 지급하기로 한 이 사건 협의는 예산으로 정한 사항 외에 조합원의 부담이 될 계약에 해당함에도 조합원 총회의 의결을 거치지 아니하여 그 효력을 인정할 수 없다.

③ 분양신청을 한 후 부동산을 처분하여 조합원 지위를 상실한 경우

乙이 분양신청을 한 이후 丙에게 그 소유부동산을 매도하였다고 하더라도 재개발정비사업조합원으로서의 지위에 대하여 충분한 반대급부를 받고 이를 매도하였다고 봄이 상당하고, 이로 인하여 매수인 丙이 乙로부터 조합원 지위를 승계할 뿐 乙이 현금청산대상자로 분류되는 것도 아니라 할 것이므로, 위와 같은 사정만으로는 乙이 주거이전비 지급대상자가 아니라는 점에 관하여 달리 평가할 수 없다.

5) 부당이득반환의무는 이행기간의 정함이 없는 채무로서 그 채무자는 이행청구를 받은 때에 비로소 지체책임을 진다.

분양청구권의 일부 포기는 가능한지 여부

(단독 분양권이 있는 조합원 수인이 1인으로 분양신청하는 것이 허용되는지 여부)

- 관리처분계획인가 이후 수분양권의 확인소송 허용여부(조합원 지위확인)
- 분양신청서 인원의 수를 "총2인"으로 기재한 것에 대한 해석
- 조합원의 건축물의 분양청구권 일부 포기도 허용되는지 여부
- 종전 자산평가액이 종후 자산평가액에 현저히 미치지 못하는 경우

조합경영전략연구원
법무사법인(유한) 동양
대표이사 유 재 관

사 례 A재개발조합의 조합원 甲과 乙은 각각 주택을 소유하고 있어 관련규정에 따라 조합에 대한 관계에서 각 1채의 공동주택을 분양받을 지위에 있었음에도 불구하고 분양신청서 중 '수인이 1인의 분양대상자로 신청하는 경우 함께 신청하는 자의 성명'란에 甲은 乙의 성명을, 乙은 甲의 성명을 각 기재한 다음, 인원의 수를 "총 2인"으로 기재하였다. 이에 조합은 甲과 乙을 1인의 분양대상자로 정하여 관리처분계획인가를 받았다. 위 관리처분계획인가는 적법한지 여부?

1. 쟁점

본 사례는, 甲과 乙이 각각 단독 분양신청권을 가지고 있음에도 사례와 같이 분양신청서를 제출한 경우 1인의 분양대상자로 될 의사로 분양신청을 한 것으로 해석할 수 있는지 여부 및 이와 관련하여 분양청구권의 일부 포기가 가능한지 여부가 쟁점이다(단독 분양권이 있는 조합원 수인이 1인으로 분양신청하는 것이 허용되는지 여부).

2. 수분양권의 확인소송 허용여부 (조합원 지위확인)

분양신청 후에 정하여진 관리처분계획의 내용에 관하여 다툼이 있는 경우, 그 관리처분계획은 토지

등소유자에게 구체적이고 결정적인 영향을 미치는 것으로서 조합이 행한 처분에 해당하므로, 항고소송[6]에 의하여 관리처분계획 또는 그 내용인 분양거부처분 등의 취소 또는 무효 확인을 구할 수 있다.

한편 대지 또는 건축시설에 대한 수분양권의 취득을 희망하는 토지등소유자에 대하여 조합이 분양대상자가 아니라고 하여 관리처분계획에 의하여 이를 제외하거나 원하는 내용의 분양대상자로 결정하지 아니한 경우 토지등소유자에게 원하는 내용의 구체적인 수분양권이 직접 발생한 것이라고 볼 수 없어서 곧바로 조합을 상대로 공법상 당사자소송[7]으로 조합원 지위 또는 수분양권의 확인을 구하는 것은 허용될 수 없다(대법원).

사례의 경우, 원고들(甲과 乙)은 자신들을 독립적인 분양대상자로 분류하지 않은 이 사건 관리처분계획이 위법하다고 주장하고 있는바, 위 법리에 의하면 이 사건 관리처분계획에 대한 인가가 이루어진 이상 원고들로서는 관리처분계획의 취소 또는 무효 확인을 구할 수 있을 뿐이고, 조합을 상대로 하는 당사자소송으로 조합원 내지 분양대상자 지위의 확인을 구하는 것은 허용될 수 없다.

3. 甲과 乙이 1인의 분양대상자로 될 의사로 분양신청을 한 것인지 여부

① 甲과 乙은 분양신청서 중 '수인이 1인의 분양대상자로 신청하는 경우 함께 신청하는 자의 성명'란에 상대방의 성명을 기재한 다음 인원의 수를 "총2인"으로 기재하였는바, 그 문언상 '2명의 조합원이 1인의 분양신청자로 분양신청을 하겠다'는 의사를 표시한 것임이 분명한 점,

② 甲과 乙은 자신들의 경제적 사정에 맞게 분담금을 최소화하여 분양을 받고자 부득이하게 그와 같이 분양신청을 하였을 개연성이 큰 점(甲과 乙의 종전자산평가금액을 합해도 종후자산평가액에 미치지 못함),

③ 조합이 분양신청서의 첨부서류와 관련하여 수인이 1인의 분양대상자로 신청하는 경우에는 함께 신청하는 자의 분양신청서 각 1부를 제출하라고 한 것에 비추어 볼 때, 甲과 乙이 분양신청서를 함께 제출한 경위 역시 같은 취지로 이해할 수 있는 점,

④ 조합이 관리처분계획과 관련하여 인가를 신청하기 전에 조합원들을 대상으로 공람 절차를 거쳤

6) 항고소송은 행정소송의 종류 중 하나로서 행정청의 처분 등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송이다. 항고소송은 취소소송(행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송), 무효 등 확인소송(행정청의 처분 등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송), 부작위위법확인소송(행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송)으로 구분한다.

7) 항고소송은 공행정주체가 우월한 지위에서 갖는 공권력의 행사 또는 불행사와 관련된 분쟁의 해결을 위한 절차인 데 반해, 공법상 당사자소송은 행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로써 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송이다. 예컨대 인가청을 상대로 하는 관리처분인가 취소소송은 항고소송이고, 조합을 상대로 하는 관리처분수립을 위한 조합총회 결의 취소소송은 당사자소송이다.

으나, 甲과 乙은 그들을 1인의 분양대상자로 분류한 관리처분계획안에 대하여 별다른 이의를 제기하지 않은 점 등을 종합하여 보면, 甲과 乙은 자신들이 1인의 분양대상자가 될 의사로 이 사건 분양신청서를 제출하였다 할 것이다.

따라서 분양신청서 중 '수인이 1인의 분양대상자로 신청하는 경우 함께 신청하는 자의 성명'란에 상대방의 성명을 기재한 것은 같은 지번에 있는 소유자의 이름을 쓰는 칸으로 착각했다는 甲과 乙의 주장은 이유없다.

4. 甲과 乙을 1인의 분양대상자로 분류하는 것이 관련 법령, 조례 및 정관에 반하는지 여부

① 甲과 乙은 각자 조합원의 지위 및 단독분양권을 가지고 있었음에도 1인의 분양대상자로 될 의사로 이 사건 분양신청서를 제출하였다. 이에 조합은 이들을 1인의 분양대상자로 보아 1개의 공동주택(건축시설 및 대지)만을 배정하였는데, 관련 법령, 조례 및 정관은 그와 같은 조치가 가능하다는 명문의 규정을 두고 있지는 않다.

② 그러나 조합원의 권리행사나 포기의 방법을 모두 관련 법령, 조례 및 정관에 명문으로 기재하는 것은 물리적으로 불가능하므로, 명시적인 규정이 없다고 하여 법률적으로 허용되지 않는 것으로 볼 수는 없다.

나아가 ① 甲과 乙은 이 사건 분양신청서를 제출함으로써 분양청구권의 일부를 포기한 것인바, 조합원에게는 건축물의 분양청구권[8]이 인정되고, 이를 행사하거나 포기하는 것이 가능하므로 해석상 일부 포기도 허용될 수 있고, 실제로 관련 법령 등이 그와 같은 처분행위를 불허하는 규정을 두고 있지 않는 점,

② 관련 법령 등은 하나의 주택을 수인이 소유하고 있는 경우 수인의 분양신청자를 1인의 분양대상

8) 이 사건 정관 제10조 제1항 제1호

자로 한다고 규정하고 있는바, 위 조항을 유추적용하면 수인의 조합원이 1인으로 분양신청하는 것도 허용될 수 있는 점,

③ 이 사건과 같이 종전 자산평가액이 종후 자산평가액에 현저히 미치지 못하는 사안에서는 수인의 조합원들이 1인의 분양대상자로 되어서라도 분양신청을 할 유인이 충분히 존재하며, 만약 이 사건 분양신청서와 같은 형태의 분양신청을 허용하지 않는다면, 종전 자산의 가치가 낮은 조합원의 경우에는 경제적 사정 등으로 인하여 종후의 공동주택 등에 전혀 입주할 수 없게 되는 바, 이는 정비사업의 시행목적에 부합하지 않는 점,

④ 조합원의 구체적인 권리 · 의무를 확정함에 있어 조합의 재량이 개입될 여지는 없으나, 이 사건의 경우에는 조합이 甲과 乙이 보유한 조합원으로서의 권리를 인정하되 이 사건 분양신청서에 담긴 의사를 받아들여 그들의 권리 중 일부를 축소하는 조치를 취한 것이어서 오히려 관리처분계획의 구체적인 내용을 수립하는 계획재량을 행사하였다고 봄이 상당한 점 등을 종합하면,

조합이 甲과 乙의 의사에 따라 이들을 1인의 분양대상자로 분류하는 내용으로 관리처분계획을 수립한 조치는 관련 법령, 조례 및 정관의 규정에 의하더라도 적법하다고 할 것이다. 따라서 단독분양권이 있는 甲과 乙을 1인의 분양대상자로 취급하는 것은 관련 법령, 조례 및 정관에 근거를 두고 있지 않으므로 위법하다는 甲과 乙의 주장은 이유없다.

주거전용면적 산정과 관리처분계획수립의 위법여부

사 례 부산시 소재 A재개발조합의 조합원 甲은 동일한 대지상에 주택 1채와 그 옆에 기존무허가건물을 소유하고 있고, 이 건물 2채의 주거전용면적을 합하면 118㎡를 초과하여 조합원 분양신청기간 내에 59A형 아파트 2채에 관하여 분양신청을 하였다. 무허가건물은 분양신청 기간 전에 甲의 동의없이 도로조성공사를 수행하면서 제3자가 임의로 철거한 상황이다. 조합은 甲의 분양신청에 대하여 59A형 아파트 1채에 관한 분양권을 부여하는 내용이 포함된 관리처분계획을 수립하여 인가를 받고 고시하였다. 이와 같은 관리처분계획 수립은 적법한지 여부?

쟁점

- 1인의 조합원에게 2주택을 공급하기 위한 요건
- 관리처분계획기준일 당시 주택 또는 기존 무허가건축물을 소유한 자
- 주택법상 주거전용면적 산정 기준
- 주택과 분리되어 있는 화장실, 창고 등은 주거전용면적에 포함되는지 여부
- 조합원의 귀책사유없이 건물이 멸실된 경우 주거전용면적 포함여부

조합경영전략연구원
법무사법인(유한) 동양
대표이사 유 재 관

1. 도시정비법령의 규정

① 도시정비법 제76조 제1항 제6호는 '1세대 또는 1인이 하나 이상의 주택 또는 토지를 소유한 경우 1주택을 공급하고, 같은 세대에 속하지 아니하는 2인 이상이 1주택 또는 1토지를 공유한 경우에는 1주택만 공급한다.'고 규정하고, 같은 조 제1항 제7호 다.목 본문은 '제6호에도 불구하고 제74조제1항 제5호에 따른 가격의 범위 또는 종전 주택의 주거전용면적의 범위에서 2주택을 공급할 수 있고, 이 중 1주택은 주거전용면적을 60㎡ 이하로 한다. 다만, 60㎡ 이하로 공급받은 1주택은 제86조 제2항에 따른 이전고시일 다음 날부터 3년이 지나기 전에는 주택을 전매(매매 · 증여나 그 밖에 권리의 변동을 수반하는 모든 행위를 포함하되 상속의 경우는 제외한다.)하

거나 전매를 알선할 수 없다.'고 규정하고 있다.

② 한편 법시행령 제63조 제1항 제3호는 '정비구역의 토지등소유자(지상권자는 제외한다.)에게 분양할 것. 다만, 공동주택을 분양하는 경우 시 · 도조례로 정하는 금액 · 규모 · 취득 시기 또는 유형에 대한 기준에 부합하지 아니하는 토지등소유자는 시 · 도조례로 정하는 바에 따라 분양대상에서 제외할 수 있다.'고 규정하고 있다.

③ 또한 부산시 도시및주거환경정비조례 제36조는 '종전 건축물의 소유면적은 관리처분계획 기준일 현재 소유 건축물별 건축물대장을 기준으로 하며, 법령에 위반하여 건축된 부분의 면적[9]은 제외하고(제3호), 종전 토지 또는 건축물의 소유권은 관리처분계획 기준일 현재 부동산등기부에 따르며(제4호), 기존무허가건축물인 경우에는 항공촬영판독결과와 재산세과세대장 등 소유자임을 입증하는 자료를 기준으로 한다'고 규정하고 있다.

한편 부산시 도시및주거환경정비조례 제37조 제1항은 관리처분계획기준일 현재 '종전 건축물중 주택(기존무허가건축물로서 사실상 주거용으로 사용되고 있는 건축물을 포함한다.)을 소유한 자'를 도시정비법시행령 제63조 제1항 제3호 단서에 따라 주택재개발사업으로 조성되는 대지 및 건축시설 중 공동주택의 분양대상자로 정하고 있다.

2. 쟁점

① 도시정비법 제76조 제1항 제7호 다.목에 의하면 사업시행자는 종전 주택의 주거전용면적의 범위에서 2주택을 공급할 수 있고, 같은 법 시행령 및 조례는 분양신청기간 만료일인 관리처분계획기준일 당시 '종전 건축물 중 주택 또는 기존무허가건축물로서 사실상 주거용으로 사용되고 있는 건축물을 소유한 자'를 공동주택의 분양대상자로 정하고 있다.[10]

② 이 사건에서 원고 甲에게 59A형 아파트 2채의 분양권이 인정되려면, ①이 사건 무허가건물이 기존무허가건물로서 주거용으로 사용되는 건물이어야 하고, ②이 사건 주택과 이 사건 무허가건물 등의 주거전용면적의 합계가 118㎡을 초과하여야 하며, ③원고가 관리처분계획기준일인 분양신청기간 만료일 당시 이 사건 무허가건물의 소유자이어야 한다. 특히 제3자가 분양신청기간 만료일 전에 임의로 이 사건 무허가건물을 철거하여 존재하지 않는 경우에도

9) 무허가건축물의 경우에는 기존무허가건축물에 추가된 면적을 말한다.

10) "기존무허가건축물"이란 1989년 3월 29일 이전에 발생한 무허가건축물(위법시공건축물을 포함)을 의미한다고 규정하고 있다. 또한 주택이란 세대의 구성원이 장기간 독립된 주거생활을 할 수 있는 구조로 된 건축물의 전부 또는 일부 및 그 부속 토지를 의미하므로, 공동주택의 분양대상자인 무허가건축물의 소유자가 되기 위해서는 기존무허가건축물이 주택으로서 주거용으로 사용되거나 적어도 장기간 독립된 주거생활을 할 수 있는 구조를 갖추어 기능상 주거용으로 사용될 가능성이 있는 건축물로 인정되어야 한다. 따라서 위 사례에서는 해당 무허가건축물은 기존무허가건축물로서 기능상 주거용으로 사용되는 건축물이라 가정한다(사례에서는 논란이 되었음).

원고가 2주택 분양대상자의 지위를 유지할 수 있는지 여부가 쟁점이다.

3. 이 사건 주택과 기존무허가건물의 주거전용면적의 합계가 118㎡을 초과하는지 여부에 관한 판단

1 甲은 이 사건 토지위에 위치한 화장실, 창고 등이 이 사건 주택 또는 무허가건물 내에 위치하므로 주거전용면적으로 산입할 수 있다고 주장한다.

2 주택법 시행규칙 제2조는 단독주택의 경우 '바닥면적에서 지하실(거실로 사용되는 면적은 제외), 본 건축물과 분리된 창고 · 차고 및 화장실의 면적은 제외한 면적'으로 주거전용면적으로 산정하도록 규정하고 있고, 건축법시행령 제119조는 '건축물의 각 층 또는 그 일부로서 벽, 기둥, 그 밖에 이와 비슷한 구획의 중심선에서 둘러싸인 부분의 수평투영면적'을 건축물의 바닥면적으로 산정하도록 규정하고 있다.

3 조합이 화장실, 창고 등의 건축물 현황을 별도로 파악하였던 점 등에 비추어 위 화장실, 창고 등은 이 사건 주택 및 무허가건물과 '분리'되어 있었던 것으로 봄이 타당하며, 따라서 주택법 시행규칙에 따라 위 화장실, 창고 등은 주거전용면적에 산입할 수 없다.

설령 이 사건 무허가건물의 면적을 모두 주거전용면적으로 인정하더라도 주택과 면적을 합산하면

105㎡에 불과하여 59A형 아파트 2채의 분양권이 인정되기 위한 주거전용면적에 미치지 못한다.

4. 원고 甲이 분양신청기간 만료일 당시 무허가건물의 소유자인지 여부

종전 건축물의 소유자로서 주택재개발사업으로 조성되는 공동주택의 분양대상자로 인정되려면 부산시 도시및주거환경정비조례에서 정한 바에 따라 관리처분계획기준일인 분양신청기간 만료일 당시 종전 건축물의 실제 소유자이어야 한다.

제3자가 임의로 건물을 철거하거나 천재지변 기타의 사유로 건물이 멸실, 훼손된 경우와 같이 사업시행자가 책임질 수 없는 사유로 건물이 존재하지 않게 되는 경우에는 공동주택 분양대상자의 지위가 유지되는 것으로 해석할 수 없고, 그와 같은 경우에도 분양대상자의 지위가 유지된다는 내용의 조합 정관은 확인되지 않는다.

5. 결론

따라서 원고는 피고 조합에게 59A형 아파트 2채에 관한 분양권을 주장할 수 없고, 피고 조합이 이 사건 관리처분계획에서 원고에 대하여 59A형 아파트 1채에 대한 분양권만을 인정한 것은 도시정비법령 등의 규정에 따른 것으로 적법하다.

설령 위 무허가건물의 면적을 종전 주택의 주거전용면적에 산입하더라도 원고가 구하는 59A형 아파트 2채 면적인 118㎡에 미달하며, 원고는 관리처분계획기준일인 분양신청기간 만료일 당시 무허가건물의 소유자에도 해당하지 않는다.

2주택의 공급기준과 평형선택권의 침해여부

쟁점

- 도시정비법에 의한 2주택 공급기준
- 조합원분양분의 평균 추산액과 일반분양분의 평균 추산액의 구별
- 관리처분계획수립의 계획재량의 한계
- 조합원들간 평형배정에 있어서 합리적인 비례관계 유지
- 관리처분계획 취소의 범위

조합경영전략연구원
법무사법인(유한) 동양
대표이사 유 재 관

사 례 A재건축조합의 관리처분계획상 조합원의 종전자산의 가액이 신축되는 아파트의 분양가액을 초과하는 경우 그 종전자산 가액의 범위 내에서 2주택을 공급받을 수 있는 도시정비법의 규정에 따라 기존 42평형 아파트를 소유한 재건축조합원 중 일부는 신축아파트 25평형과 54평형을 공급받을 수 있는 지위에 있었다. 그럼에도 불구하고 조합은 신축되는 25평형과 54평형의 분양신청을 금지하고 오직 25평형과 46평형만을 분양신청하도록 강제하였고, 예외적으로 42평형을 소유한 일부 조합원에 대하여는 25평형과 54평형을 분양신청을 받아 관리처분계획을 수립하였다. 이러한 내용이 포함된 관리처분계획의 수립은 적법한지 여부?

1. 평형 배정 절차상 하자의 존재 여부에 관한 판단

① 2주택 공급기준

도시정비법 제76조 제1항 제7호 다.목[11]은 '종전자산 가격의 범위 또는 종전 주택의 주거전용면적의

11) 다. 제74조 제1항 제5호에 따른 가격의 범위 또는 종전 주택의 주거전용면적의 범위에서 2주택을 공급할 수 있고, 이 중 1주택은 주거전용면적을 60㎡ 이하로 한다. 다만, 60㎡ 이하로 공급받은 1주택은 제86조제2항에 따른 이전고시일 다음 날부터 3년이 지나기 전에는 주택을 전매(매매 · 증여나 그 밖에 권리의 변동을 수반하는 모든 행위를 포함하되 상속의 경우는 제외한다)하거나 전매를 알선할 수 없다.

범위에서 2주택을 공급할 수 있고, 이 중 1주택은 주거전용면적을 60㎡ 이하로 한다.'고 규정하고 있고, 이 사건 관리처분계획도 조합원들에 대한 아파트 분양기준 중 '2주택 공급기준'에 관하여 동일하게 규정하고 있다.

② 조합원 분양분의 평균 추산액과 일반 분양분의 평균 추산액의 구별

A재건축조합은 분양신청통지 당시 대략적으로 산정한 42평형 조합원들의 세대별 종전자산의 평균 추정가액은 32억 6천만원이고, 종후자산(조합원분양분) 평균 추산액은 25평의 경우 11억, 46평의 경우 20억 3천, 54평의 경우 22억 5천만원으로서, ① 25+46평형의 경우 31억 3천만원, ②25+54평형의 경우 33억 6천만원이므로 일견 42평형 조합원들은 위 2주택 공급기준에 따라 종전자산의 가액 범위 내에서 25+46평형만을 분양신청할 수 있을 뿐 25+54평형은 분양신청할 수 없게 된다.

그러나 조합이 관리처분계획 수립 당시 산정한 종후자산(조합원분양분+일반분양분) 평균 추산액은 실제로는 모든 평형의 최고가와 최저가를 기초로 계산되었고, 여기에 일반분양분의 평균 추산액이 조합원분양분의 평균 추산액보다 상대적으로 훨씬 높다는 점을 감안하여 보면 실제로 상당수의 42평형 조합원들이 자신의 각 종전자산의 가액 범위 내에서도 얼마든지 25+54평형을 분양받을 수 있다.

가령 25평형 중 최저가인 9억 6천만원 상당의 1주택을 공급받게 되는 경우 나머지 주택은 23억(종전자산추산액 32억6천-9억6천) 상당까지의 54평형을 공급받는 것도 충분히 가능하게 되며, 또한 조합 역시 조합원들에게 개략적인 분담금 내역을 통지하면서 '해당 내역은 향후 감정평가 결과, 동호수 추첨 결과에 따라 변동될 수 있다'는 내용을 함께 고지하고 있는 점 등을 고려할 때, 단지 종후자산의 개략적인 평균 추산액만이 산정된 분양신청통지 당시의 시점에서도 위와 같은 현황들을 얼마든지 예측할 수 있었던 것으로 보인다.

③ 소결

결국 42평형 조합원들로서는 분양신청 당시 조합으로부터 단지 개략적인 분담금 내역만을 고지받은 상태에서 위와 같이 관리처분계획안의 수립 당시 실제 분담금 내역이 변경될 수 있음을 이유로 얼마든지 각 자신의 자유로운 의사에 따라 원하는 평형으로 분양신청 할 수 있다고 봄이 타당하고, 비록 결과적으로 자신이 희망한 내용과 다른 평형을 분양받게 되더라도 이는 해당 조합원이 위험으로 감수해야 할 사항에 해당할 뿐, 그와 같은 불이익을 이유로 분양신청 자체를 전면적으로 불허하는 것은 특정 조합원의 재산권을 본질적으로 침해하는 것이다.

종전자산과 종후자산을 모두 평균 추산액에 의할 경우 42평형 조합원들이 25+54평형을 분양받는 것은 불가능하더라도, 종전자산이 평균 추산액을 초과하거나 종후자산이 평균 추산액에 미치지 못할 경우에는 42평형 조합원들도 충분히 25+54평형을 분양받는 것이 가능하다는 사정을 자세히 고지하지 아니한 점 및 42평형을 소유한 일부 조합원들은 25+54평형 분양신청을 하였으나 조합에 의하여 거부된 점 등을 보면, 이는 42평형 조합원들과 그 외 다른 평형

아파트를 소유한 조합원들과 사이에 권리의 차등을 두고 조합원들의 정당한 재산권 행사를 방해하고 이로써 재산권의 본질적인 부분을 침해한 것이다.[12]

2. 관리처분계획수립의 계획재량의 한계

① 비록 사업시행자에게 관리처분계획의 구체적인 내용의 수립에 관하여 상당한 재량이 인정된다고 하더라도 특정 소유자의 재산권을 본질적으로 침해하는 정도로 토지등소유자들 사이에 불균형이 초래된다면 그 관리처분계획은 위법하다고 보아야 한다.

특히 위와 같은 구분소유권 배분방식 자체의 왜곡에 따른 권리배분의 불균형은 단지 종전자산 내지 종후자산의 평가 과정에서 발생한 불균형이 아니고 향후 기대되는 개발이익, 이 사건 사업의 수익성 등을 감안할 때 그 불균형의 정도도 상당하여 추후 종전자산과 종후자산의 적정한 재평가 등을 통하여 청산금을 가감함으로써 조정될 성질의 문제로도 보이지 않는다.

② 조합은 아무런 법적 근거 없이 자의적으로 조합원들간 평형배정에 있어서 합리적인 비례관계를 붕괴시킴으로써 사실상 특정 조합원의 재산가액의 평가 결과를 임의로 변경시키는 것이나 마찬가지의 결과를 초래하였으며, 이는 모든 조합원들이 자신의 권리가액에 따라 당연히 향유하여야 하는 이익을 조합이 자의적인 기준에 따라 그 일부를 부당히 박탈시킴으로써 42평형 조합원들 사이에서도 권리의 차등을 두어 조합원들간의 권리배분을 왜곡하고 비례적인 균형관계를 깨뜨리는 것으로 형평의 원칙에 현저히 반한다고 할 것이다.[13]

3. 관리처분계획 취소의 범위

이 사건 관리처분계획 중 25+54평형으로의 분양신청을 희망하였음에도 그러한 기회 자체가 봉쇄된 상당수의 42평형 조합원들에 대한 2주택 공급에 관한 내용이 취소되어야 하는 이상, 그 경우 2주택을 공급받고자 하는 42평형 조합원들의 분양신청 내용이 달라짐으로써 조합원분양분의 전체적인 배분내용 및 각 평형별 물량 자체가 변경될 수밖에 없고, 이로써 전체 조합원들의 분담금(환급금) 내역도 함께 연쇄적으로 변경되므로 결국 위 관리처분계획의 하자는 이 사건 관리처분계획 전체에 영향을 미친다고 볼 수 있다. 따라서 이 사건 관리처분계획은 그 전부가 취소되어야 할 것이다.

12) 비록 도시정비법상 명문의 규정은 없으나, 법령에 의하여 주택재건축정비사업조합의 조합원의 지위가 인정되는 조합원들 사이에 권리의 차등을 두는 내용의 총회결의는 특별한 사정이 없는 한 무효라고 보아야 한다(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012두6672 판결).

13) 이는 종전의 토지 또는 건축물의 면적, 이용현황 등 사항을 종합적으로 고려하여 대지 건축물이 균형 있게 분양신청자에게 배분되고 합리적으로 이용되도록 하여야 한다는 관리처분계획 내용의 작성기준에도 반한다.

종교부지 소유자의 분양신청과 관리처분계획 수립의 적법여부

- 분양신청통지를 하면서 개략적인 부담금 내역 등에 대한 고지의무 유무
- 종교시설의 소유자에 대한 특별 취급 규정 유무
- 신뢰보호의 원칙 및 금반언(禁反言)의 원칙 위배 여부
- 서울시 종교시설 처리지침의 구속력

조합경영전략연구원
법무사법인(유한) 동양
대표이사 유 재 관

사 례 A재개발조합은 '획지9'를 분양하는 내용으로 사업시행계획을 마련한 후 B교회와 적극적으로 협의를 진행하였으나 결국 합의에 이르지 못하였다. 이에 구청장은 사업시행인가를 하면서 '조합은 관리처분계획 수립 전 교회이전 등에 대하여 신의성실의 원칙에 따라 적극적으로 교회와 협의를 진행하시기 바랍니다'라는 조건을 부과하였다. 조합은 도시정비법령에 따라 분양신청통지를 모든 조합원에게 발송하였으나 B교회는 조합과 대토의 내용 등에 관한 협의가 결렬되어 분양신청을 하지 아니하였다. 이에 분양신청을 하지 아니한 교회를 현금청산대상자로 한 관리처분계획수립은 적법한지 여부?

1. 절차상 하자의 존재여부에 대한 판단

도시정비법 제72조 제1항은 사업시행자는 사업시행계획인가의 고시가 있은 날(사업시행계획인가 이후 시공자를 선정한 경우에는 시공자와 계약을 체결한 날)부터 120일 이내에 개략적인 부담금 내역 및 분양신청기간, 그 밖에 대통령령이 정하는 사항을 토지등소유자에게 통지하여야 한다고 규정하고 있고,

법시행령 제59조는 분양대상 대지 또는 건축물의 내역, 분양신청자격, 토지등소유자외의 권리자의 권리신고방법, 분양을 신청하지 아니한 자에 대한 조치 등을 규정하고 있을 뿐,

그 밖에 도시정비법령에서 위와 같은 분양신청통지 당시 향후 분양신청을 하지 아니하여 현금청산대상자가 된 자들을 위한 이전비용, 이전대책 등을 함께 통지하도록 규정하거나, 종교시설의 소유자를 주택이나 상가 소유자와 달리 특별 취급하여 분양신청통지를 하여야 한다는 내용의 규정을 두고 있지 않다.

결국 사업시행자로서는 조합원들을 대상으로 분양신청통지를 하면서 종교시설의 소유자에게 특별히 종교부지를 분양받을 경우에 있어 개략적인 부담금 내역 등을 별도로 알려주어야 할 의무가 있다고 볼 수 없으므로, A조합은 위 도시정비법령에 따른 분양신청 통지의무를 적법하게 이행하였다고 볼 수 있다.

2. 실체상 하자의 존재여부에 대한 판단

A조합과 B교회는 '획지9'를 분양하는 내용으로 사업시행계획을 마련한 후 적극적으로 협의를 진행한 점, B교회는 사업시행인가 이후에도 계속하여 교회의 현 위치 그대로의 존치를 요구하는 등 허용되지 아니하는 주장을 하다가 결국 사업시행계획에서 예정하고 있던 획지9(정비구역 지정 당시 종교시설로 계획된 부분)에 대한 분양신청을 하지 않았던 점, A조합이 B교회를 현금청산대상자로 정하여 수립한 관리처분계획에 대하여 구청장이 사업시행인가조건에 대한 이행실적 및 조치계획서 등을 요구함에 따라 A조합이 관련 자료를 모두 제출하였으며, 결국 구청장이 이를 기초로 위 관리처분계획을 인가한 점 등을 종합하여 보면, A조합으로서는 위 사업시행인가상의 부관을 충실히 이행한 것으로 봄이 상당하다.

결국 B교회가 단순히 A조합과 협의를 완료하지 못하여 결과적으로 종교시설 부지를 분양받지 못하게 되었다 하더라도 그와 같은 내용으로 수립된 관리처분계획 자체가 위법해지는 것은 아니라고 할 것이다.

3. 신뢰보호의 원칙 및 금반언(禁反言)의 원칙 위배 여부

B교회는 A조합이 B교회에게 종교부지를 분양하여 주기로 약속하였음을 전제로 약속내용을 가리켜 조합의 공적 견해표명이라고 주장하나, 위에서 본 바와 같이 A조합과 B교회는 현재까지 종교부지 분양에 관한 협의를 완료한 사실이 없어 A조합이 처음부터 그러한 약속을 하였다고 보이지 아니하고, 가사 조합장이 그와 같은 취지의 발언을 한 사정이 있다 하더라도 이로써 A조합이 B교회에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적 견해를 표명한 것이라고 보기는 어렵다.[14]

14) 그러나 조합원 총회에서 그러한 내용을 결의한 경우라면 신뢰보호의 원칙이 적용될 수 있을 것이다.

또한 B교회는 A조합에게 분양신청을 하지 아니하여 현금청산대상자로 확정된 이상, B교회에게 종교부지를 분양받을 수 있는 지위를 인정해주어야 할 신의칙상 의무가 A조합에게 존재한다고 보기도 어렵다.

4. 종교부지의 대토 주장에 관한 판단

서울특별시가 2009년 재정비촉진계획을 수립할 때 종교시설의 경우 존치를 원칙으로 하고 그 이전이 불가피한 경우에는 존치에 준하는 이전계획을 수립하도록 하며, 기존 부지와 예정부지에 대하여는 대토를 원칙으로 하고 종교시설의 건축비용 및 이전비용 등을 조합이 부담하게 한다는 내용이 포함된 종교시설 처리지침을 마련한 바 있다.

그러나 위 지침은 서울시 내부 방침에 불과하여 그 자체로 대외적 · 법적 구속력을 가지는 것은 아니므로 조합이 위 지침을 따라야 할 의무를 부담하는 것은 아니다.

나아가 도시정비법령에서 종교시설의 소유자를 주택이나 상가 소유자와 달리 특별히 취급하도록 규정하고 있지도 아니하며, 따라서 그와 같은 정책판단 결정에 관한 입법자의 입법재량이 현저하게 불합리한 것으로 보이지 아니한다. 결국 이 사건 지침으로 인하여 곧바로 종교시설의 소유자에게 종교부지의 분양을 요구할 수 있는 구체적인 권리가 부여된다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

신발생 무허가 건축물 소유자의 조합원 자격 유무

- 조합원지위 확인소송의 원고적격여부
- 조합원 자격이 부여되는 무허가'건축물'의 요건
- 무허가건축물 소유자에게 조합원 자격을 부여하도록 정관으로 정할 수 있는지 여부
- 조합 정관에서도 조합원자격을 취득할 수 있는 무허가건축물의 소유자를 기존무허가건축물의 소유자로 한정하고 있는지 여부
- 협의보상 내용의 화해권고결정의 확정과 조합원 지위 상실여부

조합경영전략연구원
법무사법인(유한) 동양
대표이사 유 재 관

사 례 A재개발조합은, 사업구역내에 철제파이프로 기둥과 골격을 삼고 판넬과 천막으로 세워진 구조물을 소유하면서 제조업을 영위하고 있는 B와, 영업 등에 대한 보상에 대한 협의를 진행하였으나 결렬되었고, 토지인도 및 건물철거에 관한 1심에서 승소한 이후, B를 피공탁자로 하여 영업보상금으로 금 23,900,000원을 공탁하였다. 이후 B가 제기한 항소심에서 'B는 1심판결을 인정하고 항소를 취하한다. A는 B를 피공탁자로 하는 공탁의 반대급부가 이행되었음을 확인하고, B가 위 공탁에 따른 공탁금을 수령하는 것에 대하여 이의를 제기하지 않는다'는 화해권고결정이 확정되었고 이후 B는 일부보상금액이라는 취지로 이의를 유보하고 공탁금을 수령하였다. 한편 A조합의 정관에는 조합원자격을 취득할 수 있는 무허가건축물의 소유자를 기존무허가건축물로 한정하지 않고 있었다. 이러한 경우에 B는 조합원 자격을 취득하는지 여부 및 위와 같은 화해권고결정의 확정으로서 B의 조합원지위가 상실되는지 여부?

1. 조합원지위 확인소송의 원고적격여부

B가 제기한 조합원지위 확인소송에 대하여 조합은 관리처분계획 또는 분양처분거부처분 취소소송을 제기하여야 한다고 주장하면서 B의 소제기가 부적법하다고 항변하였으나,

법원은 재개발정비사업조합이 그 조합원임을 주장하는 자의 조합원자격을 부인하는 경우 조합원임을 주장하는 자는 그의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험 · 불안을 제거하는 방법으로 위 조합을 상대로 조합원지위확인을 구할 소의 이익이 있다 할 것이고, 관리처분계획은 분양처분(이전고시)이 이루어지기 전까지는 변경될 수도 있을 뿐만 아니라, 그 계획이 확정되었다고 하여 위와 같은 소의 이익에 관한 법리가 달라지는 것은 아니라 할 것인바(대법원 1999. 2. 5. 선고 97누14606 판결), 이 사건의 경우 조합은 원고의 조합원자격을 부인하고 있으므로, 원고는 조합을 상대로 조합원지위확인을 구할 소의 이익이 있다고 보았다.

2. 이 사건 시설물이 무허가'건축물'에 해당되는지 여부

건축법 제2조 제1항 제2호에 의하면 "건축물"이라 함은 토지에 정착하는 공작물중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 시설물, 지하나 고가의 공작물에 설치하는 사무소 · 공연장 · 점포 · 차고 · 창고, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것을 말한다고 규정되어 있는바,

여기에서 말하는 "토지에 정착하는 공작물"이란 반드시 토지에 고정되어 이동이 불가능한 공작물만을 가리키는 것은 아니고 물리적으로는 이동이 가능하게 토지에 붙어 있어도 그 붙어 있는 상태가 보통의 방법으로는 토지와 분리하여 이를 이동하는 것이 용이하지 아니하고, 그 본래의 용도가 일정한 장소에 상당기간 정착되어 있어야 하고 또 그렇게 보여지는 상태로 붙어 있는 경우를 포함한다고 할 것이다(대법원).

이 사건 시설물은 토지 위에 철제 파이프로 기둥과 골격을 삼고 판넬과 천막으로 세워진 구조물로서 원고는 수년간 이 사건 시설물에서 제조업을 영위하여 온 사실이 인정되는바, 위와 같은 이 사건 시설물의 규모나 구조, 형태 등으로 보아 토지에 정착하여 이동이 용이하지 아니하고, 지붕과 기둥 등의 구별이 가능한 공작물로 보이므로 이 사건 시설물은 건축법상 건축물에 해당한다고 할 수 있다.

3. 정관에 의하여 신발생무허가건축물 소유자에게 조합원자격을 인정할 수 있는지 여부

① 도시정비법

도시정비법 제2조 제9호 가목 및 제36조 제1항[15]은 정비구역 안에 위치한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자는 주택재개발정비사업조합의 조합원이 된다고 규정하고 있는바,

주택재개발사업의 원활한 시행을 위하여는 주택

15) 제39조(조합원의 자격 등) 제1항은 제25조에 따른 정비사업의 조합원(사업시행자가 신탁업자인 경우에는 위탁자를 말한다.)은 토지등소유자(재건축사업의 경우에는 재건축사업에 동의한 자만 해당한다)로 한다고 규정하고 있다.

재개발정비구역 내의 무분별한 무허가주택의 난립을 규제할 현실적 필요성이 적지 않은 점 등에 비추어 볼 때, 도시정비법 제2조 제9호 가목 및 제36조 제1항에 의하여 소유자에게 조합원의 자격이 부여되는 건축물이라 함은 원칙적으로 적법한 건축물을 의미하고 무허가건축물은 이에 포함되지 않는다고 보아야 할 것이고, 다만 조합은 각자의 사정 내지는 필요에 따라 일정한 범위 내에서 무허가건축물 소유자에게 조합원 자격을 부여하도록 정관으로 정할 수 있다고 할 것이다(대법원 1999. 7. 27. 선고 97누4975 판결 참조).

② 정관 및 경기도 도시및주거환경정비조례의 규정

조합원 자격을 부여하는 관련 법령과 피고의 정관에 의하면,

① 도시정비법은 조합으로 하여금 정관에 조합원의 자격에 관한 사항(제40조 제1항 제2호), 그밖에 정비사업의 추진 및 조합의 운영을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항(같은 항 제18호)을 포함시켜 작성하도록 규정하고 있고,

② 경기도 도시및주거환경정비조례에 의하면 조합정관에 기존무허가건축물 소유자의 조합원 자격에 관한 사항을 정하도록 규정하고 있으나(제18조 제2호)[16], 신발생무허가건축물과 관련해서는 주거환경개선사업의 주택공급대상에서 제외되는 자 중의 하나로 그 소유자를 들고 있을 뿐(제28조 제2호)[17], 재개발사업과 관련하여 조합원에서 제외하는 규정을 두고 있지 아니하며,

③ 조합의 정관에서도 조합원자격을 취득할 수 있는 무허가건축물의 소유자를 기존무허가건축물의 소유자로 한정하고 있지 아니한바, 위 관련 법리에 위와 같은 관련 법령과 정관 규정을 보태어보면 무허가건축물 소유자로서 피고의 조합원이 될 수 있는 자격이 기존무허가건축물의 소유자에 국한된다고 볼 수 없다.

16) 경기도 도시 및 주거환경정비 조례[시행 2020. 7. 15.]
제18조(조합정관에 정할 사항) 영 제38조 제17호에서 "그 밖에 시 · 도조례로 정하는 사항"이란 다음 각 호의 사항을 말한다.
1. 이사회의 설치 및 소집, 사무, 의결방법 등 이사회 운영에 관한 사항
2. 기존무허가건축물 소유자 및 미사용승인건축물 소유자의 조합원 자격에 관한 사항
3. 토지 또는 건축물의 소유권과 지상권이 여러 명의 공유에 속하는 때 대표자 선정에 관한 사항
4. 단독 또는 다가구주택 등의 건축물 준공이후 다세대주택으로 전환된 주택을 취득한 자에 대한 분양권 부여에 관한 사항
5. 법 제50조 제5항에 따라 사업시행계획인가 신청 시 토지등소유자의 동의에 관한 사항

17) 경기도 도시 및 주거환경정비 조례
제28조(주거환경개선사업의 주택공급대상에서 제외되는 자) 영 별표 2 제2호에 따라 주택공급이 제외되는 과소토지 소유자 등은 다음 각 호와 같다. 다만, 시장 · 군수가 해당 지역의 실정을 감안하여 토지의 합리적 이용 및 주택공급에 미치는 영향이 크지 않다고 판단하는 경우에는 제1호에 한정하여 주택을 공급할 수 있다.
1. 건축법 제57조 제1항에 따라 해당 시 · 군의 조례로 정한 대지분할 제한면적에 미달하는 토지소유자
2. 신발생무허가건축물의 소유자

4. 협의보상 내용의 화해권고결정의 확정과 조합원 지위 상실여부

1 해당 사례에서는 원고와 피고 조합간에 수용에 앞서 협의절차를 거친 결과 종국적으로 화해권고결정의 확정에 이르게 되었다.

위 화해권고결정의 내용에는 이 사건 공탁의 원인 및 반대급부에 따라 조합이 원고로부터 이 사건 시설물을 인도받아 취득하고 원고는 그 보상으로 이 사건 공탁금을 수령하기로 한 법률관계가 포함되어 있다고 할 수 있는 점, 그리고 확정된 화해권고결정은 재판상 화해와 같이 창설적 효력을 가지는 것이어서 화해권고결정이 확정되면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리 · 의무관계는 소멸함과 동시에 화해권고결정의 내용에 따른 새로운 법률관계가 유효하게 형성되므로(대법원 2008. 2. 1. 선고 2005다42880 판결 참조),

결국 위 화해권고결정의 확정과 그 이행으로써 조합과 원고 사이에는 이 사건 시설물에 관하여 토지보상법률에 따른 협의취득의 법률관계가 유효하게 성립되었다고 보아야 하고, 위 협의취득은 사법상 매매의 실질을 가지는 점에 비추어, 조합은 위 협의취득으로써 이 사건 시설물에 관한 사실상의 소유권을 원고로부터 승계취득하였고, 그 결과 원고는 이 사건 시설물에 관한 소유권을 상실하게 되어 그에 기하여 가지는 피고 조합원의 지위도 상실하였다고 보아야 한다.[18]

2 이에 대하여 원고는, 원고와 조합 사이의 협의 및 보상 내용은 원고가 이 사건 시설물에서 공장(일성정공이라는 상호로 전자부품 제조업 영위하여 옴)을 10년 이상 운영하였다가 이전함에 따라 발생하는 휴업보상에 한정된 것이고, 조합은 이 사건 시설물에 대한 건물보상비를 제외한 나머지 휴업보상에 관하여 이 사건 공탁을 하였으며, 원고는 보상금 중 일부보상금액임을 표시하여 공탁금을 수령하였으므로, 원고는 여전히 이 사건 시설물의 소유자로서 피고 조합원의 지위를 가지고 있다고 주장한다.

그러나 앞서 본, 원고와 피고 사이의 협의 과정, 공탁원인사실의 내용 및 화해에 이르게 된 과정에 비추어 원고는 피고 조합원의 지위를 상실하였다고 봄이 타당하므로 원고의 위 주장은 이유 없다.

18) 조합은 원고가 조합원으로 인정되기 위하여는 토지 · 건물 등의 출자의무를 부담한다고 할 것인데, 원고는 이 사건 시설물에 대하여 공탁한 금원을 수령함으로서 조합원으로서의 자격을 포기하였다고 주장하고 있다.

최신 정비사업 관련 판례, 알아두면 힘이 됩니다!

Case 01

■ 총회개최를 위한 총괄업무 용역계약과 도시정비법 위반

서울서부지방법원 2019. 도시정비법위반

1. 사실관계

조합의 임원은 예산으로 정한 사항 외에 조합원의 부담이 될 계약을 체결함에 있어서는 도시정비법 제45조의 규정에 따라 총회의 의결을 얻어야 하고, 총회의 의결을 거치지 아니하고 사업을 임의로 추진하여서는 아니됨에도 불구하고[1], 조합장 甲은 예비비가 소진된 상태에서 총회의 의결을 거치지 아니하고 乙과 정기총회 및 조합임원선임총회 총괄업무를 수행한다는 내용의 용역계약을 체결하였다.

2. 피고인 조합장의 주장

① 총회를 진행하기 위한 총회 용역비에 대하여 총회 개최 이전에 별도의 총회 결의를 받아야 한다는 것은 기대가능성이 없다. 즉 다른 용역계약과 달리 총회 개최를 위한 용역업무를 수행하는 이 사건 용역계약은 의결을 하기 전에 이미 모든 용역 업무의 수행이 대부분 종료되는 성질의 것이라는 점에서 총회 현장에서 안건을 상정하여 추인을 받는 방법 외에 달리 사전에 총회 결의를 받는다는 것은 거의 불가능하고, 대부분 조합들도 총

1) 도시정비법 제45조(총회의 의결) ① 다음 각 호의 사항은 총회의 의결을 거쳐야 한다.
4. 예산으로 정한 사항 외에 조합원에게 부담이 되는 계약
■ 제137조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
6. 제45조에 따른 총회의 의결을 거치지 아니하고 같은 조 제1항 각 호의 사업(같은 항 제13호 중 정관으로 정하는 사항은 제외한다)을 임의로 추진한 조합임원(전문조합관리인을 포함한다.)

회 관련 용역계약은 총회 당일 추인을 받는 형태로 진행하고 있다.

'서울특별시 정비사업 조합 등 표준 예산 · 회계규정' 제18조 제1, 2항에서도 예산편성을 위한 총회비용은 총회 이전에 총회 결의를 받는다는 것이 논리적으로 불가능하기 때문에 당해 총회에서 기지출한 비용을 추인받고 향후 지출할 비용을 승인받으라는 취지이다.[2)]

② 당해 총회 개최를 위한 용역계약을 체결하여 당해 총회에서 승인을 받은 경우에는 정당행위에 해당한다. 즉 이 사건 조합처럼 조합원의 수가 1,538명에 이르고 총회 관련 업무를 조합 상근 임원만으로 수행할 수 없어서 총회 관련 업무를 총괄할 용역업체를 사용하는 것이 일반적이고 당해 총회에서 위 계약의 승인이 이루어질 것이 예정되어 있다. 이러한 계약을 체결하지 않을 경우 여러 총회 의결사항들의 처리를 할 수 없게 된다. 이러한 계약만을 체결하기 위해 별도의 총회를 소집하거나 미리 그러한 계약을 추인받는 것도 불가능하다.

3. 법원의 판단

① 총회의 사전 의결

조합원 총회 의결을 거친 예산상 정해진 항목이 아닌 것을 위하여 조합 예산을 지출하는 것은 그것이 정당한 예비비의 지출로 인정되지 않는 한 '예산으로 정한 사항 이외에 조합원의 부담이 될 계약'에 해당하므로 원칙적으로 조합원 총회의 의결을 거쳐야 할 것이고,

같은 취지에서 예비비 항목의 금원 지출의 경우에도 예산으로 정해진 범위를 벗어나는 지출이나 채무 부담 역시 '예산으로 정한 사항 이외에 조합원의 부담이 될 계약'에 해당하여 조합원 총회의 의결을 거쳐야 하는 것으로 해석하여야 하므로,

통상 예비비 항목의 예산으로 지출되어 온 업무에 대한 지출 내지 계약 체결이라고 하더라도 총회 의결 없이 예산으로 정해진 예비비의 범위를 벗어나서 집행할 수 있는 것은 아니므로, 조합의 예산으로 정해진 예비비 항목이 이미 모두 지출되

2) 서울시 표준 예산 · 회계규정 제18조(예산 불성립시의 예산집행)
① 조합 등은 부득이한 사유로 회계연도 개시전까지 당해연도 예산이 성립되지 아니한 때에는 전년도 동기간 예산에 준하여 집행할 수 있다. 다만, 준예산 적용기간은 1년으로 한정하며 이 기간을 초과하여 예산을 집행할 수 없다.
② 제1항 단서 규정에도 불구하고, 준예산 적용기간을 초과하여 예산을 집행하는 경우 사무실 운영을 위한 제세 · 공과금, 임차료, 수도광열비 등 불가피한 경비와 예산편성을 위한 총회비용의 집행은 그러지 아니할 수 있다. 다만, 예산편성을 위한 총회비용 중 총회 전에 소요된 비용은 당해 총회에서 추인을, 총회 이후에 소요될 비용은 당해 총회에서 승인을 받아야 한다.
③ 조합 등은 제1항에 따라 전년도 예산에 준하여 집행할 사유가 생긴 때에는 사전에 추진위원회 또는 대의원회 의결을 거쳐 집행하여야 한다.

어 소진된 상태에서 용역계약이 체결된 것이라면 이는 '예산으로 정한 사항 이외에 조합원의 부담이 될 계약'에 해당하여 조합원 총회를 거치지 아니한 이상 무효로 보아야 한다(대법원).

한편 조합의 임원이 총회의 사전 의결을 거치지 아니하고 예산으로 정한 사항 외에 조합원의 부담이 될 계약을 체결하였다면 그로써 범행이 성립된다고 할 것이고, 이와 달리 추후 총회에서 추인 의결이 이루어진다고 해서 그 범행이 소급적으로 불성립하게 된다고 볼 수 없다.

또한 조합이 추진하는 모든 업무의 구체적 내용을 총회에서 사전에 의결하기 어렵다 하더라도 '예산으로 정한 사항 외에 조합원의 부담이 될 계약'을 체결하는 경우에는 사전에 총회에서 추진하려는 계약의 목적과 내용, 그로 인하여 조합원들이 부담하게 될 부담의 정도를 개략적으로 밝히고 그에 관하여 총회의 의결을 거쳐야 한다(대법원).

② 사례의 정리(형법상 정당행위 또는 기대가능성 유무)

① 이 사건 각 용역계약은 총회의 사전 의결 없이 임의로 체결된 계약에 해당한다고 판단된다. 즉 앞서 창립총회와 2013년 정기총회에서 문제의 용역계약의 체결과 같은 총회비용에 대해서 예비비 명목으로 예산 편성 의결이 있었던 것으로 인정은 된다. 그러나 위 각 용역계약 체결 당시에 이르러서는 이미 종전에 그에 관해 편성되었던 예산이 모두 소진되었으므로 앞서 본 법리와 같이, 이

러한 계약의 체결은 총회의 사전 의결을 거쳐야 하는 사항에 해당한다. 그럼에도 피고인은 총회의 의결을 거치지 않은 채 위 각 용역계약을 체결하였다.

② 피고인의 행위를 정당행위로 평가할 수는 없다. 즉 피고인은 창립총회와 2013년 정기총회에서 예비비 집행을 위한 세부적 절차로 정해 두었던 이사회와 대의원회 의결 절차를 모두 무시한 채 임의로 용역계약 체결을 추진하였고, 피고인 주장의 표준 회계 · 예산규정에 따른 준예산 집행을 위한 대의원회 의결 절차(제18조 제4항)를 거치지도 않았다.

③ 조합장에게 적법 행위의 기대가능성이 없었던 사안으로 평가할 수도 없다. 즉 피고인의 주장과 같이 총회 진행을 위한 방법으로 용역계약 체결이 일반적인 것은 사실이나, 조합이 자체적으로 그 계약 체결을 위한 총회를 사전에 진행하는 것이 아예 불가능하다고 볼 이유는 없고 이 사건 조합에 대해서도 그 예외에 해당한다고 볼 만한 정

황은 없다(조합원들이 사전에 서면결의서를 조합에 직접 제출하는 경우, 비록 신속한 진행은 어렵더라도 조합의 자체적인 총회 진행의 번거로움을 줄일 여지도 많다).

다만 조합이 사전의결이 아닌 총회의 사후 추인을 받을 수밖에 없는 불가피한 상황에 있었던 경우에는 그에 이른 경위에 비추어 정당행위가 인정될 수 있는 것이지만, 피고인의 경우에는 앞서 본 바와 같이 수단이나 방법의 상당성, 보호법익과 침해법익의 법익균형성, 긴급성 등 정당행위로 볼 수 있는 요건을 갖추지 못한 사안으로 봄이 타당하다.[3)]

3) 사례에서 조합장은 100만원의 벌금처분을 받았다.

Case 02

■ 총회 결의를 조건으로 한 계약체결과 도시정비법 위반여부

서울고등법원 2019 위약금

1. 사실관계 및 주장내용
(원고 : 정비업체, 피고 : 조합과 조합장)

① A조합의 조합장 甲은 도시정비법 제45조 제1항 제4호, 제6호[4]에 따라 조합원 총회의 결의를 거쳐 정비사업전문관리업자 乙과 정비사업 전반에 관한 용역계약을 체결해야 함에도 총회의 결의를 거치지 않고 乙과 이 사건 용역계약을 체결하면서, 해당 계약서에 '본 계약서는 조합원 총회에서 가결된 경우에만 효력이 발생한다.'라고 특약사항을 정하였다.

② A조합은 그 후 예정한 총회 결의를 취득하지 못하였고, 이에 정비사업전문관리업자 乙(원고)은 조합과 조합장(피고)에 대하여 주위적으로 위약벌 및 채무불이행으로 인한 손해배상청구를, 제1 예비적으로 불법행위로 인한 손해배상청구를, 제2 예비적으로 부당이득반환청구를 하였다.

2. 조합과 조합장에 대한 불법행위로 인한 손해배상청구에 관한 판단

① 원고(정비사업전문관리업자)의 주장

원고는 피고 A조합의 대표자인 甲이 도시정비법에 따라 조합원 총회의 결의를 거쳐 원고와 이 사건 용역계약을 체결해야 함에도 조합원 총회의 결의를 거치지 않고 원고와 이 사건 용역계약을 체결하여 도시정비법을 위반하였고, 이와 같은 피고 甲의 불법행위로 인해 원고는 4억원(=위약벌 2억 5천, 손해배상금 1억 5천만원) 상당의 손해를 입었으므로, 피고 甲은 민법 제750조[5]에 따라, 피고 A조합은 민법 제35조 제1항[6]에 따라 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다고 주장하면서 피고들에 대하여 공동하여 위 금원의 지급을 구하고 있다.

4) 도시정비법 제45조 제1항 : 다음 각 호의 사항은 총회의 의결을 거쳐야 한다.
4. 예산으로 정한 사항외에 조합원의 부담이 될 계약 6. 정비사업전문관리업자의 선정 및 변경

5) 민법 제750조(불법행위의 내용) : 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

6) 민법 제35조(법인의 불법행위능력) : ① 법인은 이사 기타 대표자가 그 직무에 관하여 타인에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 이사 기타 대표자는 이로 인하여 자기의 손해배상책임을 면하지 못한다. ② 법인의 목적범위외의 행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 사항의 의결에 찬성하거나 그 의결을 집행한 사원, 이사 및 기타 대표자가 연대하여 배상하여야 한다.

결의를 거치기 전인데다가 조합의 내부 사정상 총회 결의를 취득하기 쉽지 아니한 사정들을 원고가 인식하면서도 피고 조합장 甲과 이 사건 용역계약의 체결에 나아간 이 사건 사실관계 하에서, 원고는 피고 甲의 위 불법행위에 공동으로 가담한 자로 볼 수 있고, 그와 같은 원고의 주관적 인식과 객관적 관여 및 위 총회 결의를 취득하지 못할 경우를 대비한 위약벌 규정 하에 이루어진 피고 甲의 이 사건 용역계약 체결 행위가 그에 가담한 원고 乙에 대하여 불법행위를 구성한다고 볼 수 없다.[7]

② 법원의 판단

그러나, 이 사건 용역계약은 그 특약에서 명시한 바와 같이 조합원 총회에서 가결될 경우에만 효력이 발생한다고 하였으므로 비록 예정한 총회 결의를 취득하지 못하여 결과적으로 이 사건 용역계약의 효력을 인정할 수 없게 된다고 하더라도 이와 같이 적법한 조합원 총회 결의를 조건으로 한 계약의 체결 자체만으로 도시정비법 제45조 제4호, 제6호 위반의 불법행위가 된다고 단정할 수 없다.

설령 도시정비법 위반의 불법행위 성립을 인정할 수 있다 하여도 이 사건 용역계약 당시 그 총회

③ 관련 판결

이와 관련하여 대법원은, 당사자 사이에 체결된 계약이 강행법규 위반으로 무효인 경우에 그 계약 불이행을 이유로 진술 · 보장 약정에 따른 손해배상 채무를 이행하는 것이 강행법규가 금지하는 것과 동일한 결과를 가져온다면 이를 강행법규를 잠탈하는 결과가 되고, 이러한 경우에는 진술 · 보장 조항을 이유로 손해배상을 청구할 수 없다고 보아야 한다고 판시하였다. 즉, 진술 · 보장 조항을 근거로 의무불이행 당사자에 대해 이행이익에 해당하는 손해를 배상하도록 한다면, 강행법규의 적용을 배제하거나 잠탈하는 불합리를 초래될 수 있는 결과가 되므로 이를 이유로 손해배상을 청구할 수는 없다.

7) 원고가 위 제반 사정을 알고 있었다고 함은 원고가 스스로 이 사건 용여계약 체결 당시 피고 조합의 내부 상황, 즉 내부적으로 조합원들 사이의 갈등으로 인해 이 사건 정비사업이 중단되었고, 기존 정비업체와 분쟁이 발생하여 해결되지 않은데다 기존 정비업체와의 용역계약도 해지되지 않았음을 인식하고 피고 조합과 용역계약을 체결하였다고 준비서면에서 밝힌바 있으며, 그리고 원고가 이 사건 용역업무를 수행하지 못하게 되었을 경우 피고 조합이 원고에게 위약벌을 지급하도록 하는 조항을 삽입한 점 또한 원고의 위와 같은 인식을 뒷받침한다.

3. 피고 조합에 대한 부당이득반환청구에 관한 판단

① 원고가 피고 조합에 대하여 부당이득반환[8]을 구하기 위해서는 무효인 이 사건 용역계약에 따라 원고가 피고 조합을 위하여 이 사건 용여계약에서 정한 용역업무를 수행하여 피고 조합이 이득을 얻었음이 인정되어야 할 것인데, 원고는 구체적으로 이 사건 용역계약에서 예정한 어떠한 용역업무를 수행하였는지를 제대로 밝히지 못하고 있고, 한편 이 사건 용역계약이 조합원 총회 결의 취득 시에 효력이 발생하고 기존 정비업체와의 용역계약 해지 결의를 완료한 후 원고가 그 업무를 수행할 수 있도록 피고 조합이 조치를 취하도록 규정하는 등 위 총회 결의 이전에는 정상적인 용역업무의 수행을 예상하기 어려운 점 등의 사정은 이 사건 용역계약이 예정한 용역업무의 제공이 이루어진 바 없다는 조합의 주장을 뒷받침하고 있다.

또한 설명 원고가 이 사건 용역계약을 체결한 후 사무실임차, 인테리어 공사, 직원을 고용하고 급여를 지급한 사실이 있다 하더라도 이는 총회 결의를 통한 이 사건 용역계약의 효력이 발생한 이후의 적법한 용역업무 수행을 대비한 원고의 사전 준비에 불과할 뿐, 이 사건 용역업무의 일환으로 피고 조합의 객관적 이익으로 귀속되는 부당이득이 되어 그 반환청구의 대상이 된다고 볼 수 없다.

8) 원고는 피고와 이 사건 용역계약을 체결한 이래 업무수행을 하였으므로, 이 사건 용역계약이 강행규정인 도시정비법을 위반하여 체결된 것으로 무효라고 하더라도 피고 조합은 원고의 용역업무 제공에 따른 이득을 얻고 그로 인하여 원고는 손실을 입었으므로, 피고조합에 대하여 원고가 용역업무를 제공한 기간 동안을 용역비 1억 4천만원(=2,000만원×7개월) 상당의 부당이득반환을 구하고 있다.

Case 03

■ 분양신청 통지와 조합원 지위 상실 여부

광주고등법원 2019 분양자격 확인 / 서울행정법원 2019 조합원지위확인청구

1. 사실관계 및 주장내용

재개발조합의 조합원 甲은 정비사업 구역 내 주택을 소유하고 있다. 甲은 재개발조합 설립인가일 이전부터 분양신청 기간 만료일 이후까지 Ⓐ번지에 거주하고 있었으나, 부동산등기부 등본에는 Ⓑ번지로 기재되어 있었고, Ⓑ번지에는 원고 甲의 형수 乙이 거주하고 있었다. 조합은 분양신청 통지를 Ⓑ번지로 발송하였고, Ⓑ번지에 살고 있는 원고의 형수 乙이 수령했다. 원고는 조합이 분양신청을 적법하게 통지하지 않았으므로 분양신청 기간 내에 분양신청을 하지 않았다고 하더라도 여전히 조합원의 지위에 있다고 주장한다. 甲의 주장은 타당한지 여부?

2. 분양신청 통지의 적법 여부

① 도시정비법 제46조 제1항에서 정한 분양신청기간의 통지 등 절차는 토지 등의 소유권을 상실하게 되는 토지등소유자에게 분양신청의 기회를 보장해 주기 위한 것으로서 관련 법규에 따라 정비사업을 시행하는 과정에서 반드시 이행하여야 할 필요적 절차이고, 이러한 통지 등 절차를 제대로 거치지 않고 이루어진 관리처분계획 등은 위법하게 된다(대법원).

나아가 분양신청권은 통상적으로 조합원이 가지고 있는 재산권의 중요한 요소라는 점까지 보태어 보면, 사업시행자가 관련 법규와 정관에 따른 적법한 분양신청 통지를 하지 않은 경우에 해당 토지등소유자가 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 아니하였다고 하더라도 여전히 조합원의 지위를 보유하고 있다고 봄이 상당하다.

② 조합은 주택의 등기부등본상 주소인 Ⓑ번지로 분양신청 안내자료를 등기우편으로 발송하였고, 위 등기우편은 원고(Ⓐ번지에 거주)와 동거하고 있지 않는 형수(친족) 乙이 수령하였다.

조합은 개략적인 부담금, 분양신청 기간 등의 사항을 토지등소유자에게 등기우편으로 개별 통지하여야 하고, 여기서 말하는 '통지'는 민법의 일반원칙에 따라 당사자에게 도달한 때 그 효력이 발생하는데, 조합이 발송한 원고 甲에 대한 분양신청 통지는 원고가 아닌 형수 乙이 수령한 점, 원고 甲은 조합설립 인가일 이전부터 계속 그곳(Ⓐ번지)에서 거주한 점, 원고가 형수 乙과 친족관계에 있기는 하나, 원고가 형수 乙에게 위 통지에 대한 수령권한을 위임하였다거나 乙이 수령한 위 안

내자료를 원고에게 전달하였다고 인정할 증거가 없는 점에 비추어 보면, 원고에 대한 분양신청 통지가 관계법령 및 조합 정관에 따라 적법하게 이루어졌다고 보기 어렵다.

③ 조합의 주장내용에 대한 법원의 판단

① 조합은 설령 위 분양신청 통지가 원고 甲에게 직접 송달되지 않았다고 하더라도, 조합이 원고의 주소지를 파악하는 것은 현실적으로 불가능한 점, 정관 제10조 제3항에 규정되어 있는 '조합원이 주소를 변경하였을 경우'에 해당하여 주소변경 해태에 따른 불이익을 감수하여야 하는 점, 형수 乙이 안내서를 송달받은 것과 관련하여 원고 甲에게도 책임이 있는 점, 일간신문 공고 및 현수막 게시 등을 통하여 분양신청의 주된 내용이 충분히 고지된 점 등의 사정을 고려하면, 위 통지는 관련 법령 및 정관에 따라 적법하게 이루어진 것으로 볼 수 있다고 주장한다.

② 조합은 재개발사업의 시행자로서 도시정비법 제57조 제1항 제16호, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제93조[9], 주민등록법 제29조 제2항 제3, 6호[10], 같은법 시행령 제47조 제4항 [별표2]제2호 등 관련 법령에 따라 원고의 주민등록표를 열람하거나 등 · 초본을 교부받음으로써 원고의 주소지를 확인할 수 있었을 것으로 보인다. 설령 이러한 방법이 불가능하더라도 형수 乙을 통해 원고의 주소지를 확인할 수 있을 것으로 보이는데 조합은 이러한 구체적인 조치를 취한 사정이 발견되지 않는다. 한편 원고의 주소지는 조합설립인가 이전부터 분양신청 기간 만료일까지 변동이 없었으므로, 원고가 조합 정관 제10조 제3항[11]에서 말하는 '조합원이 주소를 변경하였을 경우'에 해당한다고 보기 어려우므로 위 규정을 근거로 조합의 통지가 적법하다고 할 수도 없다.

또한 도시정비법 제46조 제1항에 의하면, 사업시행자는 일간신문에 공고를 한 경우에도 토지등

9) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제93조(관계 서류의 열람 등) : 도시 · 군계획시설사업의 시행자는 도시 · 군계획시설사업을 시행하기 위하여 필요하면 등기소나 그 밖의 관계 행정기관의 장에게 필요한 서류의 열람 또는 복사나 그 등본 또는 초본의 발급을 무료로 청구할 수 있다.

10) 주민등록법 제29조(열람 또는 등 · 초본의 교부) 제2항 : 제1항에 따른 주민등록표의 열람이나 등 · 초본의 교부 신청은 본인이나 세대원이 할 수 있다. 다만, 본인이나 세대원의 위임이 있거나 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그러하지 아니하다.
3. 다른 법령에 주민등록자료를 요청할 수 있는 근거가 있는 경우
6. 채권 · 채무관계 등 대통령령으로 정하는 정당한 이해관계가 있는 사람이 신청하는 경우(주민등록표 초본에 한정한다.)
7. 그 밖에 공익상 필요하여 대통령령으로 정하는 경우

11) 정관 제10조 제3항 : 조합원이 주소를 변경하였을 경우 그 행위의 종료일로부터 14일 이내 조합에 변경내용을 신고하여야 하고, 해당 조합원이 변경내용을 신고하지 아니하여 조합이 부득이 변경 전의 주소로 통지한 처분, 절차상의 각종 행위 등은 유효한 것으로 간주한다.

소유자에게 개별적인 분양신청 통지를 하여야 하고, 정관 제7조 제2항 제4호에 의하면 조합이 게시판 등에 게시한 경우에도 관련 조합원에게 개별적인 등기우편을 발송해야 한다. 따라서 조합이 주장하는 것처럼 분양신청의 주된 내용이 일간신문 공고 및 현수막 게시 등을 통하여 주변에 알려졌다고 하더라도 원고에 대한 개별적인 분양신청 통지를 생략할 수는 없다.

따라서 위에서 본 바와 같이, 조합이 원고에게 도시정비법령 및 정관에 따른 적법한 분양신청통지를 하였다고 볼 수 없는 이상, 원고는 여전히 조합원 지위에 있고, 이를 다투는 조합을 상대로 조합원 지위의 확인을 구할 이익도 인정된다.

Case 04

■ 환급금 지급과 분담금의 징수 시기

서울행정법원 2019 연체료 청구의 소

1. 청산금에 대한 도시정비법 규정

도시정비법 제89조 제1항은 '대지 또는 건축물을 분양받은 자가 종전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격과 분양받은 대지 또는 건축물의 가격 사이에 차이가 있는 경우에는 사업시행자는 제86조 제2항의 규정에 의한 이전의 고시가 있은 후에 그 차액에 상당하는 금액(이하 "청산금"이라 한다)을 분양받은 자로부터 징수하거나 분양받은 자에게 지급하여야 한다'고 규정하고 있고,

같은 조 제2항은 제1항에도 불구하고 정관 등에서 분할징수 및 분할지급에 대하여 정하고 있거나 총회의 의결을 거쳐 따로 정한 경우에는 관리처분계획인가 후부터 제86조 제2항의 규정에 의한 이전고시가 있은 날까지 일정기간별로 분할징수하거나 분할 지급할 수 있다'고 규정하고, 제90조 제2항은 '제89조 제1항의 규정에 의한 청산금을 지급받을 자가 이를 받을 수 없거나 거부한 때에는 사업시행자는 그 청산금을 공탁할 수 있다'고 규정하고 있다.[12)]

2. 환급금의 지급시점

① 재개발정비사업조합은 청산금의 징수 · 지급의 방법 및 절차 등의 사항이 포함된 정관을 작성하여야 하고(도시정비법 제40조 제1항 제15호 : 청산금의 징수 · 지급의 방법 및 절차), 청산금은 대지 또는 건축물을 분양받은 자가 종전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격과 분양받은 대지 또는 건축물의 가격 사이에 차이가 있는 경우 발생하는데, 종전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격이 높은 경우 환급금을 지급받게 되고, 낮은 경우에는 분담금을 납부하게 된다.

한편 원칙적으로 주택재개발조합의 이전고시가 있은 후 환급금을 지급하거나 분담금을 징수하여야 하나, 정관이나 총회의 의결을 거쳐 관리처분계획인가 후부터 이전고시일까지 분할지급 내지 분할징수를 할 수 있다. 피고의 정관도 이전고시일 후에 환급금을 지급하거나 청산금을 징수하되, 총회의 의결을 거쳐 따로 정한 경우에는 관리처분계획인가 후부터 이전고시일까지 일정기간별로 분할징수하거나 분할지급할 수 있도록 규정하

12) 도시정비법 제90조(청산금의 징수방법 등) : 청산금을 지급(분할지급을 포함한다.)받을 권리 또는 이를 징수할 권리는 제86조제2항에 따른 이전고시일의 다음 날부터 5년간 행사하지 아니하면 소멸한다.

고 있다(정관 제59조 제1항).

② 조합은 총회의 의결에 따라 '이전고시일 이후의 시점이 아닌 이상' 환급금의 지급시기를 정할 수 있다고 보아야 하는데, 이 사건 제1 의결은 환급금의 지급시기를 청산 시로 규정한 것이다. 그러나 관리처분계획의 의결은 조합의 총회에서 단체법적으로 이루어지는 점, 원칙적인 환급금의 지급시기는 이전고시일인 점 등에 비추어, 이 사건 제1 의결을 전부 무효라고 볼 수 없고, 이전고시일 이후의 부분만이 무효라고 봄이 상당하다.

③ 한편 이 사건 제2 의결은 환급금의 지급시기를 청산 시에서 '준공 이후 입주기간(60일) 만료일'로 변경하였다. 공동주택 등에 대한 입주 통지 및 입주절차는 통상적으로 준공인가가 이루어진 이후 이루어지고(정관 제55조, 도시정비법 제83조 제5항 참조), 이전고시 역시 준공인가에 대한 고시가 있은 후에 이루어지므로(정관 제56조 제1항, 도시정비법 제86조[13]), 위 제2 의결 역시 공동주택 등에 대한 준공인가가 이루어진 다음 입주기간이 만료된 시점이 이전고시일 이후라면 이전 고시일 이후의 부분만이 무효라고 봄이 상당하다.

3. 환급금의 지급시기와 부담금의 징수시기의 차이

원고는 이 사건 각 의결은 분담금을 납부할 조합원과 환급금을 지급받을 조합원 권리의 차등을 두는 내용으로 무효라고 주장한다.

그러나 ① 조합은 정관에서 청산금의 징수 · 지급의 방법 및 절차를 정할 수 있으며(도시정비법 제40조 제1항 제15호), 총회는 청산금의 징수 ·

13) 제86조(이전고시 등)
① 사업시행자는 제83조 제3항 및 제4항에 따른 고시(=준공인가 고시)가 있은 때에는 지체 없이 대지확정측량을 하고 토지의 분할절차를 거쳐 관리처분계획에서 정한 사항을 분양받을 자에게 통지하고 대지 또는 건축물의 소유권을 이전하여야 한다. 다만, 정비사업의 효율적인 추진을 위하여 필요한 경우에는 해당 정비사업에 관한 공사가 전부 완료되기 전이라도 완공된 부분은 준공인가를 받아 대지 또는 건축물별로 분양받을 자에게 소유권을 이전할 수 있다.
② 사업시행자는 제1항에 따라 대지 및 건축물의 소유권을 이전하려는 때에는 그 내용을 해당 지방자치단체의 공보에 고시한 후 시장 · 군수 등에게 보고하여야 한다. 이 경우 대지 또는 건축물을 분양받을 자는 고시가 있은 날의 다음 날에 그 대지 또는 건축물의 소유권을 취득한다.

지급(분할징수 · 분할지급에 관한 사항 포함)에 관한 사항을 의결할 수 있는 점(도시정비법 제89조 제2항),

② 환급금의 지급시기나 부담금의 징수시기는 조합의 사업비용 조달을 고려하여 정할 사항으로 원고의 주장과 같이 환급금의 지급시기와 부담금의 징수시기를 동일하게 정하여야 한다고 볼 법적 근거는 없는 점,

③ 특히 청산금 즉, 환급금이나 부담금의 지급 · 징수시기는 원칙적으로 이전고시일이므로(도시정비법 제89조 제1항 참조), 조합이 총회의 의결로 환급금의 지급시기를 이전고시 이전의 시점으로 정한 이상 그와 같은 의결이 불합리하다고 보기 어려운 점,

④ 나아가 환급금은 조합이 조합원에 대하여 지급하는 것이나 분담금은 조합원으로부터 조합이 징수하는 것으로 납부가 이루어지지 않는 경우 사업시행자인 주택재개발사업조합은 시장 · 군수에게 분담금의 징수를 위탁할 수 있는 등(도시정비법 제90조 제1항 참조) 양자는 지급의 주체, 방법, 대상 등에 차이가 존재하는 점 등에 비추어 보면, 환급금과 분담금의 지급시기에 대한 차이가 존재한다는 사정만으로 이 사건 각 의결이 무효라고 볼 수 없다.

Case 05

■ 사업시행인가 시 부가된 부관(附款)의 불이행과 그 효력

서울행정법원 2018 사업시행인가처분 무효확인등

1. 사실관계 및 원고의 주장

① A구청장은 재건축조합에 대하여 사업시행인가를 내주면서 "사업시행인가 조건"으로'서울시의 방침에 따라 정비사업 현장에서 사전협의체를 적극 구성 및 운영하여 법원의 명도소송에 의존하는 무분별한 철거 및 강제 퇴거조치가 없도록 하여야 하고, 정비사업의 강제철거 예방대책으로 관리처분인가 신청서 제출 전 사전협의체를 구성완료하고 운영계획서를 제출하여 주시기 바랍니다'와 같은 내용의 부관(附款)[14]을 부가했다.

② 원고들은 구청장이 사업시행인가를 하면서 '관리처분계획인가 신청 전까지 사전협의체 구성을 완료하고 운영계획서를 제출할 것'이라는 해제조건[15]을 부가하였음에도 조합이 이를 이행하지 않았으므로, 주위적으로 이 사건 사업시행인가는 무효라고 주장하고 예비적으로 관리처분계획인가의 취소를 구하고 있다.

2. 원고적격의 문제

① 원고의 법률적 지위

원고 甲은 재건축조합설립에 동의하지 않은 자이고, 원고 乙은 조합원으로서 분양신청을 하였으나 이를 철회하여 조합원 자격을 상실한 자이며, 원고 丙은 이 사건 정비구역 내 부동산의 임차인들이다.

② 관리처분계획인가 취소와 원고적격

관리처분계획은 조합원 등으로부터 분양신청을 받은 다음 이를 토대로 정비사업으로 조성될 토지 및 건축물에 관한 권리를 일정한 기준에 따라 조합원 및 일반에 배분하는 것과 조합원들이 부담한 사업비용 등에 관한 포괄적인 기준으로 정하는 행

14) 행정법상 '행정행위의 부관'은 법률행위를 하는 자가 스스로의 의사표시에 의해 법률행위의 효력을 좌우하는 것으로서, 조건, 기한, 부담, 철회권의 유보, 법률효과의 일부배제, 사후변경의 유보 등이 있다.

15) 법률상으로 '조건(條件)'이란 장래에 어떤 일이 성취되는가에 따라 법률행위의 효력이 발생하거나 소멸하게 되는 부관이다. '해제조건'은 조건이 성취되면 법률행위의 효력이 소멸되는 조건이다. 예를 들면 아버지가 아들에게 자동차를 사 주면서 '시험에 불합격하면 자동차를 사용하지 못하게 하겠다'고 한 경우에 '불합격'이 해제조건이다. 아들은 이미 자동차를 사용하고 있으므로 효력이 발생하고 있다. 그러나 시험에 불합격하는 조건이 성취되면 자동차를 사용하지 못하게 되므로 효력이 소멸되는 것이다.

정계획인바, 관리처분계획 내지 그 인가의 효력에 대하여 다툴 수 있는 자는 관리처분계획에 따라 권리 · 의무에 직접적 · 구체적인 영향을 받은 조합원이라고 할 것이다.

원고 甲은 조합설립에 동의하지 않아 당초부터 조합원이 아니었으므로 이 사건 관리처분계획인가의 취소를 구할 직접적이고도 구체적인 법률상 이익이 있다고 볼 수 없고, 원고 乙은 조합원으로서 분양신청을 하였으나 이를 철회하여 조합원 자격을 상실하였고, 이 사건 관리처분계획인가의 취소를 구하면서 자신의 분양자격 내지 조합원 자격 등에 관한 위법사항을 주장하는 것도 아니므로 마찬가지로 법률상 이익이 있다고 볼 수 없다.

한편 이 사건 정비구역 내 부동산의 임차인인 원고 丙은 재건축정비사업에 해당하는 이 사건 정비사업의 시행에 있어 어떠한 분양자격을 주장할 수 있는 지위에 있지 않고 구체적인 손실보상의 대상자가 아니며, 이 사건 관리처분계획인가와 관련하여 임차인들로서의 권리 · 의무에 어떠한 변동이 발생한 것도 아니므로 이 사건 관리처분계획인가의 취소를 구할 법률상 이익이 없다.

또한 도시정비법 제74조 제1항 제8호가 관리처분계획의 내용에 포함되어야 하는 것으로 규정하는 '세입자별 손실보상을 위한 권리명세 및 그 평가액'은 주택재건축정비사업에 해당하는 이 사건 정비사업에서 관리처분계획에 포함되어야 할 사항에 해당하지 않는다.[16]

③ 사업시행인가 무효확인과 원고적격

그러나 이 사건 사업시행인가의 무효가 확인되는 경우 조합으로서는 재차 사업시행계획을 수립하여 구청장으로부터 그 인가를 받아야 하고, 이 사건 부관에 따른 절차를 이행해야 한다고 볼 수 있는바, 이 사건 정비사업의 시행에 따라 조합에게 각 소유 부동산을 인도하거나 임차한 부동산에서 퇴거하여야 할 의무가 있는 원고 甲, 乙, 丙은 사업시행인가의 무효확인을 구하여 조합으로 하여금 건물 인도 등과 관련된 사항을 협의하기 위한 사전협의체를 구성하도록 강제하게 할 수 있다면 이는 유효하고도 적절한 법률적 구제수단이 될 수 있으므로, 구청장을 상대로 사업시행인가의 무효확인을 구할 구체적이고도 개별적인 법률상 이익이 있다고 봄이 상당하다.

3. 이 사건 부관의 법적 성격 및 불이행시 효력

행정행위에 부가된 부관(附款)이 조건(條件)인지 부담(負擔)인지 명백하지 아니한 경우에는 비례원칙에 의하여 상대방에게 덜 불이익한 '부담'으로 보는 것이 타당하다고 할 것인바, 이 사건 부관에는 비록 '조건'이라는 표현을 사용하고 있지만

16) 주택재건축사업은 주택재개발사업과 비교하여 그 공공성 · 강제성의 정도에 차이가 있다(헌법재판소).

그 인가조건을 준수하지 아니할 경우 사업시행인가가 당연히 실효된다는 내용이 명시적으로 기재되어 있지 않으므로, 이 사건 부관의 불이행을 사업시행인가에 대한 해제조건으로 정한 것이라고 단정할 수는 없다.

오히려 이 사건 '부관'에는 사업시행인가의 효력에 대한 당연 실효를 전제하지 않는 것으로 판단되고, 나아가 이 사건 부관은 관련 법령 내지 조례에 근거한 것이 아니고, 서울시의 행정지침 내지 방침에 기초한 것에 불과한 바[17], 행정지침 내지 방침에 기초한 이 사건 부관은 사업시행인가의 효력에 영향을 주는 해제조건이 아니라 사업시행인가와 별개의 행정행위로서 실질을 가지는 '부담'에 해당한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 사건 부관이 해제조건에 해당함을 전제로 하여, 이 사건 부관이 이행되지 않아 해제조건으로 성취되었으므로 사업시행인가가 무효라는 주장은 이유없다.

※ 참고로, 재건축정비사업의 사업시행계획에 당연무효의 하자가 있는 경우에는 재건축조합이 그 사업시행계획을 새로이 수립하여 관할관청으로부터 인가를 받은 후 다시 분양신청을 받아 관리처분계획을 수립해야 하는 것이어서, 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않거나 분양신청을 철회함으로 인해 조합원의 지위를 상실한 토지등소유자로 그 때 분양신청을 함으로써 건축물 등을 분양받을 수 있으므로 관리처분계획인가의 기본행위인 관리처분계획의 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 할 것이다(대법원 2011판결).

위 사례에서 원고 乙의 경우 사업시행인가에 당연무효의 하자가 있다면 이를 들어 관리처분계획인가의 취소를 구할 여지도 있다고 보이기는 하지만, 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 사업시행인가에 당연무효의 하자가 있음이 인정되지 않는다.

17) 서울시 도시정비조례는 이 사건 사업시행인가 이후인 2017. 3. 23. 개정되면서 비로소 '협의체의 구성 및 운영'에 관한 제42조의5가 신설되었고, 이 사건 사업시행인가 당시에는 위 조례에 협의체의 구성 및 운영에 관한 규정이 존재하지 않았다. 또한 신설된 제42조의5도 제1항에서 '구청장은 법 제47조에 따른 현금청산대상자 또는 법 제30조 제4호에 따른 세입자와 사업시행자 간의 이주대책, 현금청산 및 손실보상 협의 등으로 인한 분쟁을 조정하기 위하여 협의체를 구성 · 운영할 수 있다."고 규정하여, 협의체의 구성 및 운영을 재량사항으로 규정하고 있을 뿐이다.

Case 06

■ 조합임원의 조합원들에 대한 구상금 및 손해배상금 청구

부산지방법원 2019 구상금

1. 사실관계 및 원고 조합의 주장
(피고 : 조합원들)

① A구역주택재개발정비사업 추진위원회는 2006년 4월 B주식회사를 시공자로 선정하고 공사가계약을 체결한 후, 100억원을 차용하는 내용의 소비대차계약을 체결하였고, 위 추진위원회의 권리 · 의무를 포괄승계한 조합(원고)은 33억원을 차용한 후 공사가계약은 해지되었다.

② B시공자는 원고 및 임원들을 상대로 대여금 청구의 소를 제기하여 피고들은 연대하여 차용금을 지급하라는 판결을 받고 그 무렵 확정되었다.

③ 원고 조합은 토지등소유자의 과반수의 동의에 따른 조합해산신청으로 인하여 조합설립인가가 취소되었다.

④ **원고 조합의 주장**

① A재개발조합의 조합원들(이하 '피고들'이 함)은 원고 조합에게 도시정비법 제60조 제1항, 제61조 1항 및 조합 정관 제10조 제1항 제6호에 따라 조합에 대하여 비용납부의무를 부담하므로, 원고가 시공자에 대하여 반환하여야 할 대여금 33억원에 대하여 A재개발조합의 조합원들(이하 "피고들"이라 함)의 각 종전 자산평가액에 대한 개별 비율에 해당하는 돈을 구상금으로서 지급할 의무가 있고, ② 또한 조합 해산을 주도한 甲 등은 불법행위로 인하여 조합설립인가가 취소됨으로써 이 사건 공사가계약이 해지되었고, 이에 조합은 시공자에 이 사건 대여금반환채무를 부담하게 되는 손해를 입었으므로 원고 조합에게 위 손해를 배상할 책임이 있다,

2. 구상금 청구에 관하여

원고는 피고 조합원들에 대하여 원고의 시공자에 대한 대여금반환채무에 관하여 구상금을 청구하고 있는데, 조합원들이 시공자에 대하여 직접 대여금반환채무를 부담하고 있다고 볼 증거가 없으며, 또한 원고 조합이 시공자와 공사가계약 및 소비대차계약을 체결함으로써 시공자에 대하여 대여금반환채무가 있음을 인정할 수 있을 뿐이므로, 조합의 시공자에 대한 대여금반환채무와 관련하여 조합원들이 조합에 대하여 부담금 등 비용납부의무가 있음은 별론으로 하고, 조합원들이 시공자에 대하여 대여금반환채무가 있음을 전제로 하는 조합의 이 사건 구상금 청구는 이유없다.

또한 조합이 구상금 청구의 전제로써 조합원들을 위하여 시공자에 대여금을 변제하지도 않았고, 원고 조합의 이 사건 구상금 청구를 '사전구상금 청구'로 선해(繕解)하여 보더라도 조합에게 대여금에 관한 사전구상권이 있다고 볼 수 없다.

3. 조합원들이 비용납부 의무를 부담하는지 여부

① 조합 정관 제10조(조합원의 권리 · 의무) 제1항 제6호는 '정비사업비, 청산금, 부과금과 이에 대한 연체료 및 지연손실금(이주지연, 계약지연, 조합원 분쟁으로 인한 지연 등을 포함)등의 비용납무의무'를 규정하고 있고, 또한 제34조(정비사업비의 부과 및 징수)는'조합은 사업시행에 필요한 비용을 충당하기 위하여 조합원에게 공사비 등 주택사업에 소요되는 비용(=정비사업비)을 부과 · 징수할 수 있고(제1항), 제1항의 규정에 의한 정비사업비는 총회의결을 거쳐 부과할 수 있다'고 규정하고 있다.

② 도시정비법 제93조 제1항에서는 "사업시행자는 토지등소유자로로부터 제92조 제1항의 규정에 의한 비용과 정비사업의 시행과정에서 발생한 수입의 차액을 부과금으로 부과 · 징수할 수 있다"라고 규정하면서, 같은 법 제45조 제1항 제12호에서 '제93조의 규정에 의한 비용의 금액 및 징수방법'은 총회의 의결을 거쳐야 한다고 규정하고 있는데, 위 도시정비법 제45조에서 총회의 의결을

거치도록 한 취지는 조합원들의 권리 · 의무에 직접 영향을 미치는 사항에 대하여 조합원들의 의사가 반영될 수 있도록 절차적 보장을 하기 위한 것이라는 점 등에 비추어 볼 때,

'도시정비법 제93조의 규정에 의한 비용의 금액 및 징수방법'에 관한 총회의 의결이라 함은 조합원들이 부담해야 할 구체적인 부과금의 액수 및 징수방법에 관한 결의를 의미하는 것으로 보아야 할 것이고, 또한 원고 정관 제21조에 의하면 부과금의 금액 및 징수방법과 정비사업비의 조합원별 분담내역을 모두 총회의 의결을 거쳐 결정하는 것으로 규정하고 있다는 점 등을 종합해보면, 조합이 부담하는 채무를 그 조합원들에게 분담시키는 부담금채무는 정관 기타 규약에 따라 조합원총회 등에서 조합의 자산과 부채를 정산하여 조합원들이 납부하여야 할 금액을 결정하고 이를 조합원들에게 분담시키는 결의를 하였을 때 비로소 확정적으로 발생한다고 할 것이다(대법원).

그런데, 사례의 경우 조합원들이 납부하여야 할

비용에 관하여 총회의 의결을 거쳤음을 인정할 아무런 증거가 없으므로 원고가 주장하는 부담금 등 비용납무의무를 인정할 수 없다.

4. 조합해산을 주도한 30여명 조합원들에 대한 손해배상청구에 관하여

조합 해산을 주도한 30여명의 조합원들이 선량한 조합원들에게 허위사실(감정가와 비례율이 다른 재개발구역에 비하여 현저히 낮다는 등)을 유포하는 등 조합원들을 기망하여 조합을 해산시켰으므로 원고에 대하여 불법행위에 대한 손해배상 책임이 있다고 주장한다. 그러나 원고 주장 자체에 의하더라도 허위사실의 고지 등에 의한 기망행위는 원고가 아닌 일부 조합원들에 대한 것이어서, 설령 원고의 주장대로 그와 같은 기망행위가 있었다고 하더라도 그와 같은 사정만으로는 원고에 대하여 불법행위가 있음을 인정하기 어렵다고 할 것이고, 또한 30여명의 피고들이 원고 조합 정관상 의무를 위반함으로써 원고에 대하여 불법행위를 하였음을 인정할 근거도 없다 할 것이다.

Case 07

■ 조합정관상의 이자지급 규정의 적용범위

대법원 2020 손실보상금

1. 사실관계 및 주장요지

2012. 2. 1. 개정되어 동년 8. 2.부터 시행된 구 도시정비법 제47조 제2항에서는, 현금청산사유 발생일로부터 150일 이내에 현금으로 청산하지 않은 경우에는 '정관 등으로 정하는 바에 따라 해당 토지등소유자에게 이자를 지급하도록 하는 규정'을 신설하였고, 이러한 개정법에 따라 甲조합은 2013. 3. 24.자 조합총회에서 정관을 개정하여 '기간내에 현금청산을 하지 않을 경우 시중은행 주택담보대출 최저금리(청산자로 분류된 날로부터 150일이 경과한 다음날 금리 적용)를 적용하여 이자를 지급'하도록 정하였다.

이러한 경우 위 조합정관 규정에 근거하여 현금청산자는 당연히 분양신청기간 만료일 다음날부터 150일이 지난 이후부터 수용재결 신청일(또는 수용개시일)까지의 이자를 청구할 권리가 있는지 문제된다.

2. 사건진행의 경과

甲조합은 2009. 7. 29. 조합설립인가를 득한 후 2012. 12. 5. 사업시행인가 고시가 이루어졌고, 분양신청기간을 2013. 11. 27.부터 2014. 1. 10.까지로 하여 분양신청공고를 하였는데, 위 사건의 원고들은 분양신청을 하지 않아 현금청산자가 되었다.

甲조합은 분양신청 기간 만료일 다음날부터 150일이 경과된 이후인 2016. 4. 18. 수용재결을 신청하였고, 2016. 7. 22.자 서울특별시지방토지수용위원회의 수용재결 및 2017. 6. 22.자 중앙토지수용위원회의 이의재결에 대하여 원고는 보상금의 증액 및 '정관규정에 따른 지연이자'를 청구하는 내용의 소송을 제기하였다.

3. 원심의 판단

① 1심인 서울행정법원은 첫째, 구 도시정비법 제47조 및 동법 시행령 제48조에서는 현금청산자에 해당되는 날로부터 150일 이내에 현금으로 청산하되, 청산금액은 사업시행자와 현금청산자가 협의하여 산정하도록 규정하고 있을 뿐이고, 협의가 성립하지 않을 때에는 토지보상법에 의한 수용절차로 이행될 것을 예정하고 있는 점. 둘째, 수용재결 절차를 통하여 손실보상금이 정해지기 전에는 손실보상금에 대한 구체적인 권리가 발생할 수

없고, 사업시행자가 소유권을 취득하는 수용개시일 이전에는 손실보상금 지급의무에 대한 이행지체책임을 부담한다고 보기 어려운 점 등을 이유로 하여,

토지보상법상 재결신청 지체에 따른 지연가산금을 청구하는 것은 별론으로 하고 구 도시정비법 제47조나 조합정관을 근거로 청산금에 대한 지연손해금(이자)의 지급을 구할 수는 없다고 판단하였다.

② 2심인 서울고등법원 역시 위 정관규정의 적용범위를 한정하여 '현금청산에 관한 협의가 이루어졌으나 그 협의된 청산금이 지급되지 않을 경우에 적용'되고, 협의가 이루어지지 않아 토지보상법의 준용에 의한 수용재결절차가 이루어지는 경우에까지는 적용되지 않는다고 판단하였다.

그 근거로는 첫째, 협의가 성립되지 않아 재결절차로 이행될 경우 현금청산자는 토지보상법상 재결신청 지연에 대한 지연가산금을 청구할 수 있는 점. 둘째, 문리해석에 의하여 정관규정에 따른 이자를 지급하여야 한다고 보면, 현금청산대상자들은 대상물건을 사용하면서도 보상금 공탁시까지 이자 상당의 이익을 얻게 되어 형평의 원칙상 지나치게 부당한 결과를 가져오는 점. 셋째, 2017. 2. 8. 전면개정되어 2018. 2. 8. 시행된 도시정비법령에서는 협의기간 및 종료이후 조치 등에 대하여 명문화함으로써 지연이자의 발생시기 및 사유가 명확하게 규정되어 있는 반면, 이 사건 정관규정은 그렇지 않은 점 등을 제시하고 있다.

4. 대법원의 입장

① 대법원은 첫 번째로 '조합관계 탈퇴에 따른 현금청산 의무'와 관련하여서는 도시정비법 제49조 제6항 등에 대한 기존 해석론을 전개하면서, 현금청산자로부터 토지 및 건축물을 인도받기 위해서는 관리처분계획 인가 · 고시만으로는 부족하고 협의 또는 수용절차를 거쳐야 하며, 협의가 성립된 경우에는 현금청산금 지급의무와 토지등의 인도의무는 동시이행의 관계에 있고, 수용절차에 의할 때에는 부동산 인도에 앞서 현금청산금 지급절차가 이루어져야 한다고 판시하고 있다.

② 두 번째로 '현금청산금 지급 지체에 따른 조합의 책임'에 대하여는 현금청산금 지급의무의 이행이 매매대금의 지급의무 이행과 동일한 구조라는데 착안하여, 민법 제587조 후단'매수인은 목적물을 인도를 받은 날로부터 대금의 이자를 지급하여야 한다'규정을 근거로 하여 다음과 같은 논리를 전개하고 있다.

먼저 토지등소유자가 종전자산을 출자(인도)하지 않은 채 계속 점유하다가 조합관계에서 탈퇴하여 현금청산자가 되었고 '보상협의 또는 수용재결에서 정한 현금청산금을 지급받은 이후에야 비로소 조합에게 종전자산의 점유를 인도하게 된 경우'에는, 현금청산사유가 발생한 날로부터 150일

의 이행기간이 경과되었더라도 초과된 지연일수에 대한 지체책임을 부담하지는 않는다.

반면 '종전자산을 출자(인도)한 후에 조합관계에서 탈퇴해서 현금청산자가 된 경우'에는 150일의 이행기간이 경과하면 다음날부터 정관에서 정한 비율 또는 민법상의 법정이율(5%)에 따라 계산된 지연이자를 지급할 의무가 있다고 판시하고 있다.

③ 세 번째로 위와 같은 현금청산금 지급 지체에 따른 지연이자 청구권과 토지보상법상 재결신청 지연에 따른 지연가산금 청구권의 관계에 대하여, 양자는 그 근거규정과 요건 · 효과를 달리하는 것으로서 별개의 청구권이나 다만 토지보상법상 지연가산금에는 이미 '손해전보'라는 요소가 포함되어 있어 이중배상의 문제가 발생하므로, 양자의 청구권이 동시에 성립하더라도 현금청산자는 어느 하나만을 선택적으로 행사할 수 있을 뿐이고, 양자의 청구권을 동시에 행사할 수는 없다고 판시하고 있다.

대법원은 위 판시에서 2017. 2. 8. 전면개정 2018. 2. 8. 시행된 도시정비법 제73조 제2항 및 제3항, 동법 시행령 제60조 제2항 등에서 '관리처분인가 고시 이후 90일이내 협의가 성립되지 않아 협의기간 만료일 다음날부터 60일 이내에 수용재결을 신청하지 않을 경우, 100분의 5에서 100분의 15의 범위에서 지연일수에 따른 이자를 지급'하도록 하는 규정을 두고 있는 바, 위 개정법 부칙 제9조에 따라 2012. 8. 2. 이후 최초로 조합설립인가를 신청한 정비사업부터는 토지보상법상 지연가산금 제도가 준용되지 않고, 위 도시정비법에 따른 지연이자 제도만 적용된다는 점을 밝히고 있다.

결국 대법원은 원심인 서울고등법원의 논리 즉 협의성립의 경우에만 이 사건 정관규정에 따른 이자지급의무가 있다는 점에는 동의하지 않으면서, 매매의 법리를 인용하여 원고들의 지연이자 청구를 기각하고 있는 것이다.

5. 본 판결의 의미

돌아보면 1심과 2심에서 현금청산의 논거로 사용되었던 구 도시정비법 제47조 제2항(정관에 따른 이자지급 규정) 및 동법 시행령 제60조(청산금액 협의산정)등의 규정들은 본래 원고들의 청구를 기각할 근거로는 부족하다.

2012. 2. 1. 개정되어 동년 8. 2. 시행된 구 도시정비법 부칙 제8조에 따르면 정관에 따른 이자를 지급할 수 있도록 개정된 위 규정은 '법 시행 이후 최초로 조합설립인가를 신청하는 정비사업부터 적용'하도록 경과규정을 두고 있는데, 이 사건 조합은 이미 2009. 7. 29. 조합설립인가를 득하였으므로 위 개정조항이 본 사건에는 직접 적용되지는 않기 때문이다.

따라서 위와 같이 적용되지도 않는 구 도시정비법령의 해석론을 본 사건에서 원고청구 기각의 논리로 사용하는 것은 그 근거가 부족하다고 할 것이다. 이러한 이유에서 대법원도 협의성립의 경우에만 정관에 따른 이자를 지급할 의무를 지고 수용재결 절차가 진행되는 경우에는 적용되지 않는다는 원심의 기각이유에 대하여는 동의하지 않은 것이다.

여기에서 현금청산자가 수용재결에 따른 수용개시일까지 계속 점유하면서 그 과실(사용수익권)을 수취하고 있음에도 사업시행자에게 수용보상금 지급시까지 정관규정에 의한 이자를 지급하도록 하는 것은 당사자간 형평의 원칙에 현저히 반한다는 점은 명백한 바, 여기에서 대법원이 민법 제587조 후단의 규정을 인용한 것은 구체적 타당성을 구현하기 위한 탁월한 선택이었다고 볼 것이다.

즉 매매 목적물이 인도되지 않았다면 매수인은 매매대금에 대하여 이행지체에 빠졌더라도 대금에 대한 지연이자의 지급을 구할 수 없는 것처럼, 현금청산대상 목적물을 인도하지 않은 경우에는 비록 이행기간(청산사유 발생일로부터 150일) 경과 이후에도 지연이자를 지급하지 않아도 된다는 논리를 펼친 것이다.

Case 08

■ 주거이전비 보상금의 지급이 건물인도의무보다 선이행의무인지 여부

인천지방법원 2018. 부동산인도

1. 사실관계

원고인 재개발조합은 조합원의 세입자(임차인) 甲을 대상으로 인도청구를 하자, 피고는 다른 곳에 주거지를 마련할 돈이 없고 이사하는 비용을 감당할 돈이 없어서 이사를 할 수 없다고 주장하면서 주거이전비, 이사비를 지급받을 때까지 인도를 거절한다는 취지의 선이행 항변을 하였다.

2. 주거이전비, 이사비 보상금의 지급이 선이행되어야 하는지 여부

도시정비법 제81조 제1항 본문에 의하면 종전의 토지 또는 건축물의 권리자는 제 78조 제4항에 따른 관리처분계획인가의 고시가 있은 때에는 제86조에 따른 이전고시가 있는 날까지 종전의 토지 또는 건축물을 사용하거나 수익할 수 없다. 다만, 「공익 사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라 한다」에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다(단서 제2호).

그리고 도시정비법 제65조 제1항 본문에 의하면, 정비구역에서 정비사업의 시행을 위한 토지 또는 건축물의 소유권과 그 밖의 권리에 대한 수용 또는 사용은 이 법에 규정된 사항을 제외하고는 토지보상법률을 준용한다.

그렇다면 주택재개발정비사업의 사업시행자가 조합원의 임차인으로부터 정비구역 내 토지 또는 건축물을 인도받기 위하여는, 관리처분계획이 인가 · 고시된 것만으로는 부족하고, 협의 또는 재결절차에 의하여 결정되는 손실보상금을 지급함으로써 손실보상을 완료할 것이 요구된다.

■ 대법원 2011 판결

가. 관리처분계획의 인가고시가 있으면 목적물에 대한 종전 소유자 등의 사용 · 수익이 정지되므로 사업시행자는 목적물에 대한 별도의 수용 또는 사용의 절차 없이 이를 사용 · 수익할 수 있게 되는 반면, 임차인은 도시정비법 제81조 제1항 본문에 의하여 자신의 의사에 의하지 아니하고 임차물을 사용 · 수익 할 권능을 제한받게 되는 손실을 입는다. 그렇다면 사업시행자는 도시정비법 제81조 제1항 본문에 의하여 사용 · 수익권을 제한받는 임차인에게 토지보상법을 유추적용하여 그 해당 요건이 충족되는 경우라면 손실을 보상할 의무가 있다고 봄이 타당하다.

나. 또한 위와 같은 도시정비법 제81조 제1항 본문, 사전보상의 원칙을 규정한 토지보상법 제62조를 비롯한 도시정비법 및 토지보상법의 관계규정들을 종합하여 보면, 도시환경정비사업의 사업시행자가 공사에 착수하기 위하여 임차인으로부터 정비구역 내 토지 또는 건축물을 인도받기 위하여는 관리처분계획이 인가고시된 것만으로는 부족하고 협의 또는 재결절차에 의하여 결정되는 영업손실보상금 등을 지급할 것이 요구된다고 보는 것이 국민의 재산권을 보장하는 헌법에 합치하는 해석이라고 할 것이다. 만일 사업시행자와 임차인 사이에 보상금에 관한 협의가 성립된다면 조합의 보상금 지급의무와 임차인의 부동산 인도의무는 동시이행의 관계에 있게 되고, 재결절차에 의할 때에는 부동산 인도에 앞서 영업손실보상금 등의 지급절차가 선행되어야 할 것이다(대법원 2011 판결 등 참조).

주거용 건물의 거주자가 보상받을 수 있는, ① 주거이전에 필요한 비용, 즉 '주거이전비'와 ② 가재도구 등 동산의 운반에 필요한 비용, 즉 이사비(동산이전비라고도 한다)의 보상은 단순한 보상이 아니라 손실의 보상임이 분명하다.

주거 마련, 이사준비 등으로 돈을 지출하지 않을 수 없는 상황에 처함으로 인하여 당연히 재산권이라는 헌법상 기본권이 제한되는 것이고, 이러한 제한을 감수해야 하는 점유자에게 그 손실을 보상해야 한다. 정당한 보상 청구권은 헌법 제23조 제3항이 보장하는 기본권이다. 주거이전의 자유라는 헌법상 기본권에 기초하여 주거를 이전하지 아니할 자유도 가지는데 사업시행자의 명도 요구로 인하여 점유자의 이러한 기본권이 제한되는 경우이기도 하다. 더욱이 빈곤한 형편에 이사할 돈이 없어서 이사할 수 없다는 피고 甲의 주장을 살펴보면, 강제퇴거를 당하게 될 상황에 직면한 사람에게도 보장되어야 하는 인간의 존엄, 주거생활의 안정을 향유하는 행복추구권까지 내포한다고 여겨진다. 시혜적 성격의 금원은 더욱 아니다.

이렇게 손실보상에 포함된다는 당연한 이치, 그리고 법원이 이를 견고히 확인하는 것은 분쟁을

예방하거나 적어도 대비할 수 있게 하여 갈등을 경감시키므로 주택재개발정비사업의 원활을 촉진한다는 정책적 측면에서 보더라도 타당한 측면이 있다. 관리처분계획서에 "세입자별 손실보상을 위한 권리명세 및 그 평가액"이 포함되도록 하였던 기왕의 법 개정 방향과도 부합한다(2009. 5. 27. 법률 제9729호 도시 및 주거환경정비법 일부개정법률 : 제48조 제1항 제7호 신설, 현행법률 제74저 제1항 제8호).

주거이전비와 이사비의 성격을 살펴보면, 생활보호를 위한 사회보장적 차원이라는 성격과 사업추진원활이라는 정책적 목적에서 지급되는 금원이라는 성격 그리고 경제적 손실을 변상하는 금원이라는 성격 등을 겸유하고 있다고 할 수 있는데. 이러한 여러 성격들의 겸유는 그것이 손실보상이 아니라 할 이유가 되지 못한다.

물론 주거이전비와 이사비에 관한 토지보상법 제78조 제5항에는, (예컨대 동법 제77조의 영업손실보상금 등과 달리) '손실' 보상이라는 법문언이 사용되지 않은 것은 맞다.

그러나 '손실'이라는 법문언이 사용되지 않았다는 점이 차별적 취급의 근거가 되지는 못한다고 여겨진다. 토지보상법 제78조는 금전 지급이 아닌 이주대책 수립에 관한 내용도 포함하는 관계로 조문 제목에 손실 보상이라는 문언이 쓰이지 않았을 뿐이다. 법률 제6장 제2절을 아우르는 제목이 "손실보상의 종류와 기준 등"이며, 시행규칙 제5장의 제목은 "손실보상평가의 기준 및 보상액의 산정 등"이다. '손실'이라는 문언이 쓰인 곳들(법률 제73조, 75조, 75조의2, 제79조, 제80조 내에서 각 해당 부분)과 쓰이지 않은 곳들 사이에 유사성을 전체적으로 고려하더라도 그러하다.

따라서 "주거이전비, 이사비는 사업시행 때문에 입게 되는 점유자 등의 손실을 보상하기 위한 것이 아니다"라는 원고 주장은 수긍할 수 없다. 원고가 원용하려는 다른 사실심 판결들의 해당 이유설시 부분도 마찬가지이다. "사회보장적 차원에서 지급되는 성격의 금원이고 손실 보상은 아니다"라는 견해는 타당하지 아니하다.

그러므로 도시정비법 제81조 제1항 단서 제2호가 말하는 토지보상법에 따른 손실보상에는 영업손실보상 뿐만 아니라 주거이전비, 이사비 보상금이 포함된다.[18] 이 사건과 같은 찬성조합원의 세입자가 주거이전비, 이사비 보상금의 지급을 받지 못한 경우에는, 종전대로 사용하거나 수익할 수 있으므로, 이사하고 나가라는 명도 요구에 대해서 정당하게 거절할 수 있는 것이다.

18) 정동진, "재개발조합, 재건축조합의 도시정비법 제49조 제6항에 따른 부동산 인도청구의 제 문제", 부산판례연구회 판례연구27집(2019. 2.), 240.

3. 주거이전비에 관하여

도시정비법상 주거용 건축물의 세입자에 대한 주거이전비의 보상은 정비계획이 외부에 공표됨으로써 주민 등이 정비사업이 시행될 예정임을 알 수 있게 된 때인 정비계획에 관한 공람공고일 당시 해당 정비구역 안에서 거주한 자 중에서 대상이 된다고 보는 것이 타당하다(토지보상법 시행규칙 제54조 제2항)[19]

사실관계를 보면 피고인 세입자 甲은 구청장이 2008. 10. 17. "○○○구역 주택재개발 정비계획 수립을 위한 공람공고"를 한 사실, 피고가 그 후 2013. 9. 최○○(조합원, 소유자)으로부터 부동산을 임차하여 거주하기 시작한 사실을 인정할 수 있다. 그렇다면 피고가 주거이전비를 원고에게 청구할 권리는 발생하지 아니한다고 여겨지고, 이에 관한 피고의 항변은 받아들이지 아니한다.

4. 이사비에 관하여

① 원고 조합의 주장에 따른 쟁점

다음으로, 이사비의 경우에는 위와 같은 '3개월 이상 거주'라는 요건이 필요하지 아니하다.[20] 그런데 원고는 이사비 청구권을 피고가 별도 행정소송 절차로 공법상 당사자 소 제기하여 행사하는 것만 가능하고 본건 민사소송절차에서 항변을 할 수 없으며, 동시이행도 선이행도 아니라고 주장하므로[21] 이러한 법리상 주장의 당부를 먼저 살펴본다.

---

19) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006두2435판결, 2010. 9. 9. 선고 2009두16824 판결 등 참조

20) 주거이전비에 관하여 토지보상법시행규칙 제54조 제2항은 '② 공익사업의 시행으로 인하여 이주하게 되는 주거용 건축물의 세입자(법 제78조 제1항에 따른 이주대책대상자인 세입자는 제외한다)로서 사업인정고시일등 당시 또는 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등이 있은 당시 해당 공익사업시행지구안에서 3개월 이상 거주한 자에 대하여는 가구원수에 따라 4개월분의 주거이전비를 보상하여야 한다. 다만, 무허가건축물등에 입주한 세입자로서 사업인정고시일등 당시 또는 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등이 있은 당시 그 공익사업지구 안에서 1년 이상 거주한 세입자에 대하여는 본문에 따라 주거이전비를 보상하여야 한다.'고 규정하고 있다. 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010두5332 판결, 2012. 8. 30. 선고 2011두22792 판결, 2016. 12. 15. 선고 2016두49754판결 참조

21) 우리나라 법원 사실심 판결 중에 다음과 같이 설시된 1심 판결을 원고가 원용하여 이처럼 주장하였는데, 유사한 사실심 판결이 다수 존재하는 것은 사실이다. 이유설시가 있고 그것이 유사한 내용인 가장 앞선 판결들로는 예컨대 서울서부지방법원 2012. 1. 4. 2010가단63297판결(항소 없이 확정), 서울고등법원 2012. 12. 27. 선고 2012나46561 건물인도 판결(대법원 2013. 5. 23 선고 2013다11119 심리불속행 상고기각 판결로써 확정된 판결이다)등이 있으므로 이 또한 모두 법리검토의 대상으로 하였다. 본문에서 상술하는 바와 같은 이유로, 각 판결의 해당 논지는 타당한 내용이 아니며 수긍할 수 없다.
서울남부지방법원 2017. 4. 21. 선고 2016가단254805 건물명도 판결문 내용 중 일부를 보면, '공익사업법 제78조 제5항, 같은 법 시행규칙 제54조 제1항, 제55조 제2항에 의하여 인정되는 주거이전비, 이사비는 당해 공익사업시행지구 안에 거주하는 소유자 등의 조기 이주를 장려하여 사업추진을 원활하게 하려는 정책적인 목적과 주거 이전으로 인하여 특별한 어려움을 겪게 될 소유자 등을 대상으로 하는 사회보장적인 차원에서 지급되

② 이사비 항변의 본질은 선이행

이사비라는 손실보상이 완료되지 아니한 때에는, 찬성조합원의 세입자는 종전대로 사용하거나 수익할 수 있으므로, 이사하고 나가라는 명도 요구에 맞서서 정당하게 거절할 수 있다. 그리고 이사비를 지급받을 때까지 인도를 거절한다는 항변은 본질적으로 선이행 항변일 것이다.[22)]

이사의 준비 단계에서부터 이사비의 일부 금전 지출이 필요하다는 점, 건물인도 의무의 이행을 원활하게 하기 위한 측면에서도 미리 지급되어야 하는 점, 주거이전비는 이사 갈 곳을 마련해놓기 위한 것이니 당연히 원칙적으로 선지급되어야 하는 성격의 돈일 것인데 이사비도 주거이전비와 마찬가지로 묶어서 선이행으로 취급함이 간명하여 합리성이 있는 점 등을 고려하면, '선결적'견련성이 인정될 수 있는 까닭이다. 이처럼 이사비는 선지급이 원칙인데, 다만 보상금에 관한 협의가 성립하는 경우에 그 협의된 내용에 따라서는 상호 이행 확보를 위하여 동시이행 관계로 되는 경우가 있을 수는 있다.

동시 이행 관계인지 여부, 즉 이사비와 건물인도의무 사이의 견련관계가 '등가적'내지 '대가적'인가 아닌가 하는 데 대하여는 따로 설시하지 아니한다. 피고의 선이행 항변에 동시이행항변이 포함되어 있다고 보고 별도로 살펴볼 수 있다고 하더라도, 결국 마찬가지인 결론이 되기 때문이다.

다만 '이사비'와 '이사'사이에 "양 의무 간에 이행상의 견련관계를 인정할 수 없으므로 양 의무가 동시이행의 관계에 있다고 볼 수 없다"는 논지는 타당하지 아니하고, 이를 이유로 동시이행 관계를 부정하여서는 아니 됨을 덧붙여 둔다.

한편, 피고가 '임대인'에게 월세를 장기간 연체

는 금원의 성격을 가지므로, 적법하게 시행된 공익사업으로 인하여 이주하게 된 주거용 건축물 소유자 등의 주거이전비 보상청구권은 공법상의 권리이고, 따라서 그 보상을 둘러싼 쟁송은 민사소송이 아니라 공법상의 법률관계를 대상으로 하는 행정소송에 의하여야 하며(대법원 2008. 5. 29. 선고 2007다8129 판결 참조). 이를 민사소송에서의 항변사유로 주장할 수는 없다고 할 것이다. 나아가 주거이전비, 이사비 청구권은 위에서 본 바와 같이 그 인정취지가 사업시행 때문에 입게되는 소유자등의 손실을 보상하기 위한 것이 아니라 사회보장적 차원에서 지급되는 성격의 금원인 점에 비추어 보면, 이 사건 임차목적물의 인도의무보다 선이행 관계에 있다거나 동시이행의 관계에 있다고 볼 수도 없다.'고 판시하고 있다.

22) 선이행이라고 판단한 서울동부지방법원 2013. 10. 18. 선고 2012나3793 판결도 참고(대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다94725 심리불속행 상고기각 판결로써 확정된 판결이다).
원고 소송대리인은 원용한 서울행정법원 2016. 5. 11. 선고 2015구단61354 판결은, 주거이전비등 청구 사건으로서 원피고가 반대 방향이라는 차이가 있는 사안이기는 하지만, "사업시행자의 주거이전비, 이사비, 이주정착금 지급의무와, 세입자, 현금청산대상자 등 점유자의 건물 명도의무가, 서로 대가적 의미를 가지고 관련되어 있다고 볼 수 없다."고 하였다. 그 판시와 이 법원의 "본질적으로 선이행"이라는 판단 사이에 서로 모순이 없으니 문제되지 않는다고 여겨진다.

한 것은 사실이지만, 그것만으로 '원고'에 대한 무조건적 퇴거 선이행 의무가 발생하는 근거가 될 리는 없고 임차보증금 동시 이행은 이 사건의 쟁점이 아니다.

■ 부산지방법원 2013. 5. 3. 선고 2011나20840 건물인도 판결의 해당 부분 논지이다.

첫째, 각 의무 발생의 '원인'이 별개임을 이유로 양 의무 간에 이행상의 견련관계를 인정할 수 없다 하였으나, 의무의 법적 성격이 사법상 의무와 공법상 의무로 서로 별개인 것이지 사회적 사실관계로서의 발생 원인은 동일하니 원인이 별개라 단정하여서는 아니된다.

둘째, '이사비'와 '이사' 사이에 이행상의 견련성이 없다고 하는 부분은 그 표현 자체로 부자연스럽다. 이에 대한 상고를 기각한 대법원 2017. 2. 15. 선고 2013다40643판결의 이유 중 해당 부분은 다음과 같다.

원심판결 이유를 관련법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 사업시행자의 주거용 건물의 거주자에 대한 주거이전비, 이사비 등 지급의무와 수용보상금을 지급받은 주거용 건물의 점유 · 사용자가 부담하는 부동산 인도 의무는 이행상 견련관계를 인정할 수 없다는 이유로 피고의 동시이행항변을 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고 이유 주장과 같이 동시이행항변권에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

이처럼 동시이행 항변을 배척한 부산지방법원 2013. 5. 3. 선고 2011나20840 건물인도 판결과 그 상고를 기각한 대법원 2017. 2. 15. 선고 2013다40643 판결은, 사안이 이 사건과 다르다 :

① 현금청산대상자가 수용보상금을 이미 공탁받았다는 점에서 세입자인 본건과 다르다.
② 구 도시정비법에 2009. 5. 27. 법률 제9729호로 개정됨으로써 제49조 제6항 단서에 "손실보상이 완료되지 아니한 권리자의 경우에는 그러하지 아니하다."는 문언이 신설되고 2009. 11. 28. 시행되었는데 이 판결의 사안은 그보다 앞서 제1차 관리처분계획인가 고시가 2008. 3. 5. 이루어지고 2009. 4. 13 수용재결을 거쳐 2009. 5. 29. 소유권이전등기까지 마친 사안으로서(비록 개정법률이 부칙에 별다른 경과규정이 없어서 시행일 2009. 11. 28.부터 적용되기는 하고 그 후 제2차 관리처분계획인가 고시가 이뤄졌기는 하지만 이러한 사정과 상관 없이) 사업시행자의 그러한 등기된 소유권에 기한 인도청구 쪽을 받아들인 사안이었다는 점에서도 도시정비법 제81조 제1항 본문에 의해 인도청구하는 본건과 다르다.

5. 민사소송에서 항변권을 행사할 수 있는지 여부

이사비 보상청구권을 민사소송에서의 항변으로 주장할 수 없다는 원고측 논지는 타당하지 아니하다. 주거이전비도 마찬가지이다.

민사상 원고의 적극적 청구인 인도청구에 대응하는 피고의 소극적 항변에 불과하고 앞서 본 것처럼 본질적 견련성이 있는 항변이기 때문에 민사재판에서도 주장할 수 있다고 보아야 한다.

영업손실보상금 청구권은 공법상 권리인 것임에도 불구하고 도시정비법 제81조 제1항 단서 제2호(구법 제49조 제6항 단서)에 기하여 동시이행 또는 선이행 항변으로써 주장할 수 있다고 봄이 자연스럽고 그렇게 널리 인정되고 있는 점을 생각하여 보더라도, 주거이전비, 이사비 보상청구권을 민사소송에서 선이행 내지 동시이행 항변권으로 행사할 수 없다는 것은 불합리한 주장임을 알 수 있다.

물론 적극적 청구를 하려는 경우에는 공법상 당사자 소송에 의하여야 하겠다. 그러나 이를 이유로 항변조차 못한다고 하는 것은 논리 비약이다. 행정소송과 민사소송의 구분은 헌법이 명시한 바가 아니고 자연스러운 보편 관념도 아니다. 행정소송법이 제정됨에 따른 구분이고, 법원조직 내부에서의 구분일 뿐이다. 그러한 구분에 본질적 당위성이 있는것도 아니다.[23)]

공법상 권리와 사법상 권리의 구분을 취급함에 있어서도 이러한 측면도 고려할 것이며 권리구제에 높은 장벽이 되지 않도록 신중해야 한다. 공법상 권리와 사법상 권리라는 법적 성격의 구별을 이유로, 이미 제기된 하나의 민사소송절차에서 원고로부터 청구를 받고 이에 대응하려는 피고가 본질적 견련성이 인정되는 항변을 가지고 방어하려는 것조차 불가능하게 금지하면, 그것은 곧 항변권을 박탈하고 그 항변권으로서의 존재의의를 영구 상실시켜 버리는 결과를 초래하게 되므로 심해 불합리하고 위법한 일이다. 그러한 잘못은 마땅히 법원이 삼가야 할 것으로 여겨진다.

23) 사업시행자가 소유권에 기한 민법 제213조 인도청구를 소송물로 삼은 경우 뿐만 아니라 도시정비법 제81조 제1항 본문에 기하여 인도청구하는 소송물인 경우에도 공히 실무상 민사소송 절차를 취한다는 점도 참고.

6. 원고의 이사비 공탁으로 인하여 적법한 이사비 보상이 완료된 것인지 여부[24]

원고는 피고 앞으로 이사비 1,243,834원을 공탁하였다. 주택연면적기준 58㎡ 해당하여 노임 549,095원, 차량운임 532,500원, 포장비 162,239원을 합산하였는데, 위 금액은 토지보상법 시행규칙 제55조, 별표 4(별지 참조)에 의하여 산정된 것이라는 원고의 주장에 대하여, 피고는 아무런 반박을 하지 아니하였고 출석하지도 아니하였으며 달리 피고의 반증도 없다. 그러므로 원고는 피고에게 토지보상법이 규정한 산정방식대로 계산한 이사비 보상금을 이미 완제하여 이사비 손실보상을 완료한 것으로 볼 수 있다고 여겨진다.[25]

물론 협의 또는 재결절차에 의하여 결정된 금액이라는 점도 사업시행자인 원고가 주장입증하여야 할 것이지만, 그에 관하여는 피고가 지적하거나 반박하는 아무런 주장을 제출한 바 없으므로 이 사건의 쟁점에서 제외한다.[26] 결론적으로 이사비 보상금에 관한 피고의 선이행 항변은 받아들일 수 없다.

7. 본 판결의 의미

이 사건 판결은, 세입자가 재개발정비사업조합으로부터 주거이전비, 이사비 보상금을 지급받을 수 있는 자격을 갖춘 경우에는, 그 지급이 완료될 때까지는 종전대로 거주할 수 있고, 이사하고 나가라는 명도 요구에 대해서 정당하게 거절할 수 있다는 내용이다.

즉 주거이전비와 이사비는 도시정비법 제81조

24) 원고가 2018. 1. 29. 소 제기를 해놓고도 최근 변론종결하기 직전인 2018. 8. 8. 에야 뒤늦게 피고 앞으로 이사비를 공탁하였는데, 앞서 설시한 법리에 비추어 보면 원고의 소송비용 중에는 피고의 항변권을 지키는 데 필요한 행위로 말미암은 부분, 공탁이 불필요하게 때늦었던 것으로 말미암은 부분이 있다. 적당한 시기에 하지 아니하여 소송이 지연됨으로 말미암은 부분도 있다. 법원이 여러 차례 지적하자 비로소 이사비를 공탁한 점 등 변론 전체의 상황을 감안하여, 소송비용을 패소자 피고에게 부담시키지 아니하고 민사소송법 제99조, 제100조에 의한 예외로서 승소자인 원고에게도 일부 부담시키는 차원에서 주문과 같이 소송비용은 각자 부담토록 한다.

25) 이사비는 실제 이전할 동산의 유무나 많고 적음을 따지지 않고 위 시행규칙 제55조, 별표4에 의하여 산정하면 그 액수산정이 적법하다고 추정할 수 있고, 그렇게 금액산정하는 것이 위법하다고 볼 만한 특별한 사정을 주장입증하지 않은 이상 그렇게 산정된액수(이 사건 1,243,834원)를 초과하는 금액은 피고의 보상청구권을 인정하기 어렵다.

26) 예컨대 협의 또는 재결절차에 의하여 결정된 금액이라야 하는데 위 1,243,834원은 그렇게 적법이 결정된 금액이 아니라서 손실보상이 완료된 바 없는 것이라거나, 부당하게 작은 금액이어서 차액을 마저 지급받을 때까지는 인도할 의무가 없다거나, 공익사업법에서 정한 공탁이 아니고 원고가 임의로 계산해서 민법상 변제공탁하였으니 보상금지급으로서의 효력이 아예 없다거나 등의 주장(서울동부지방법원 2013 . 10. 18. 선고 2012나3793판결도 참고)이 만약 제기되면 사실관계에 관한 쟁점이 되므로 별도로 검토할 문제일 것이지만, 피고가 분명하게 다툰 바 없으니 이 사건 쟁점이 아니라고 보아 판단하지 아니한다.

제1항 단서 제2호(구법 제49조 제6항 단서)가 말하는 손실보상에 포함된다고 보아야 하고(헌법재판소 2015), 이와 달리 "사회보장적 차원에서 지급되는 성격의 금원일 뿐이고 손실 보상은 아니다"라는 견해는 타당하지 아니하다.

그러므로 위 도시정비법에 의하면 주거이전비와 이사비는 본질적으로 먼저 지급되어야 하는 선이행이 원칙이다(대법원). 다만 협의 내용에 따라서는 상호이행확보를 위하여 동시이행으로 되는 경우일 수 있다.

건물명도 청구를 받은 피고는 민사소송 절차 내에서 선이행 항변을 마땅히 할 수 있고, 공법상 보상청구권이라는 이유로 법원이 이를 금지하여서는 아니 된다. 명도청구에 대항하는 항변 차원이고 본질적 견련성이 인정되므로, 별도 행정소송을 제기하지 않더라도 그 민사소송에서 항변으로 주장할 수 있다.

Case 09

■ 청산대상자와 협의할 경우 정당한 보상금액을 제시하지 않은 경우

수원고등법원 2020 수용재결취소

1. 사건의 쟁점

도시정비법에 의하면 사업시행자인 조합은 수 도시정비법에 의하면 사업시행자인 조합은 수용재결청구에 앞서 현금청산대상자와 보상협의절차를 거쳐야 하는바, 이 경우 반드시 정당한 보상금액을 제시하지 않은 경우 수용재결 취소사유가 되는지 여부?

2. 수용재결의 취소사유 여부

조합이 현금청산대상자와 보상협의를 함에 있어서 청산자들에게 정당한 보상금액을 제시하지 않았을 경우 그러한 사정이 수용재결의 취소사유가 될 수 있다는 근거는 없다.

이러한 경우 결국 토지보상법 제85조 제2항에 따른 보상금증감에 관한 소송을 통하여 정당한 보상금액이 결정됨으로써 해소될 수 있는 것들에 불과하다.

■ 도시정비법 제73조(분양신청을 하지 아니한 자 등에 대한 조치)

① 사업시행자는 관리처분계획이 인가 · 고시된 다음 날부터 90일 이내에 다음 각 호에서 정하는 자와 토지, 건축물 또는 그 밖의 권리의 손실보상에 관한 협의를 하여야 한다. 다만, 사업시행자는 분양신청기간 종료일의 다음 날부터 협의를 시작할 수 있다. 〈개정 2017. 10. 24.〉

1. 분양신청을 하지 아니한 자
2. 분양신청기간 종료 이전에 분양신청을 철회한 자
3. 제72조제6항 본문에 따라 분양신청을 할 수 없는 자
4. 제74조에 따라 인가된 관리처분계획에 따라 분양대상에서 제외된 자

② 사업시행자는 제1항에 따른 협의가 성립되지 아니하면 그 기간의 만료일 다음 날부터 60일 이내에 수용재결을 신청하거나 매도청구소송을 제기하여야 한다.

③ 사업시행자는 제2항에 따른 기간을 넘겨서 수용재결을 신청하거나 매도청구소송을 제기한 경우에는 해당 토지등소유자에게 지연일수(遲延日數)에 따른 이자를 지급하여야 한다. 이 경우 이자는 100분의 15 이하의 범위에서 대통령령으로 정하는 이율을 적용하여 산정한다.

■ 도시정비법시행령 제60조(분양신청을 하지 아니한 자 등에 대한 조치)

① 사업시행자가 법 제73조제1항에 따라 토지등소유자의 토지, 건축물 또는 그 밖의 권리에 대하여 현금으로 청산하는 경우 청산금액은 사업시행자와 토지등소유자가 협의하여 산정한다. 이 경우 재개발사업의 손실보상액의 산정을 위한 감정평가업자 선정에 관하여는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제68조제1항에 따른다.

② 법 제73조제3항 후단에서 "대통령으로 정하는 이율"이란 다음 각 호를 말한다.

1. 6개월 이내의 지연일수에 따른 이자의 이율: 100분의 5
2. 6개월 초과 12개월 이내의 지연일수에 따른 이자의 이율: 100분의 10
3. 12개월 초과의 지연일수에 따른 이자의 이율: 100분의 15

Case 10

■ 토지보상법 제7조 소정의 '수용재결신청 대리인'의 범위

법제처 : 안건번호 15-0341, -0369 / 국토교통부 토지정책과 -4109(2015. 6. 10)

1. 질의요지

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라 함」 제7조에 따라 재결을 신청하려는 경우, 변호사 외의 제3자도 대리인으로 할 수 있는지 여부?

2. 회신내용

토지보상법 제7조에 따르면 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 사업인정의 신청, 재결(裁決)의 신청, 의견서 제출 등의 행위를 할 때 변호사나 그 밖의 자를 대리인으로 할 수 있도록 하고 있으며, 토지보상법 시행령 제5조에서 법 제7조에 따른 대리인은 서면으로 그 권한을 증명하도록 규정하고 있습니다. 따라서 토지보상법에 따른 대리인은 동 규정에 따라야 할 것으로 보며, 토지보상법에서는 "그 밖에 자"에 대한 자격요건에 대하여는 별도로 정하고 있지 않습니다.

동 규정은 본인 외에 제3자로 하여금 각종 서류 제출을 대리할 수 있도록 하여 토지등소유자 등의 편의를 도모하고자 한 것입니다.

"수용재결 대리인은 변호사에 한정되지 않아"

국토부, 자격요건 별도규정 없어

수용재결 업무는 변호사만이 대리할 수 있다는 소수 변호사들의 주장에 국토교통부가 '아니다'고 회신했다.

지난 5월 13일 국토부는 '수용재결의 대리인은 변호사에 한정되는지'를 묻는 질의에 "공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제7조에 따르면 변호사나 그 밖의 자를 대리인으로 할 수 있도록 규정하고 있다"며 "그 밖의 자에 대한 자격요건에 대해서는 별도로 정하고 있지 않다"고 답변했다.

여기서 논란이 되는 부분은 그 밖의 자에 대한 해석이다. 소수 변호사들은 그 밖의 자에 대한 규정은 무시한 채 변호사만이 대리할 수 있다고 강변하고 있다.

하지만 대다수 법률 전문가들은 토지보상법에서 그 밖의 자를 변호사와 동일하게 규정한 취지에 대해 "변호사만이 할 수 있다는 의미가 아니고 법무사나 행정사, 수용재결 전문법인 등 일정 자격을 갖춘 자도 가능하다"고 설명했다.

서울지방변호사회 역시 지난 4월 13일자 법률신문에서 "토지보상법 제7조가 재결의 신청 등과 같은 일반 법률사무를 변호사가 아닌 자도 제한적인 범위 내에서 처리할 수 있도록 예외적인 권한을 부여했다"고 답변했다.

다만 수용재결 업무를 취급하는 이른바 브로커들은 얘기가 다르다. 브로커들이 대행회사를 만들어 일감을 따내는 불법행위에 대해서는 변호사법 위반이 적용되기 때문이다.

사실 지금까지 대부분의 재개발조합은 변호사나 법무사, 행정사, 수용재결 전문법인 등을 수용재결 업체로 선정해 왔다. 만일 변호사만이 수용재결 업무를 대리할 수 있다고 해석하면 기존 업체들은 변호사법 위반으로 처벌을 받을 수도 있다. 하지만 현재까지 처벌받은 사례가 없다는 점에서 변호사만이 대리할 수 있다는 해석은 신빙성이 떨어지는 게 사실이다.

그런데도 소수 변호사들은 변호사법 위반 등을 운운하며 조합들을 겁박하고 있다. 결국 속내는 작역 이기주의에 편승해 밥그릇 지키기에 나서고 있다는 것이어서 비난을 받을 수밖에 없다. 조합들 역시 수용재결 업무를 취급하는 브로커들의 문제를 부풀려서 자기 밥그릇 챙기기에 나선 일부 변호사들에게 곱지 않은 시선을 보내고 있다.

박노창 기자 park@arunews.com

재개발 · 재건축사업의 전반적인 업무에 관하여 최고(最高) 최상(最上)의 법률 및 행정서비스를 통하여 정비사업이 신속하고 원활하게 진행될 수 있도록 조합의 든든한 버팀목이 되겠습니다.

제대로 된 파트너를 만나면 정비사업의 기간을 단축하여
조합원의 분담금을 대폭 줄일 수 있어 비례율 및 사업성이 제고될 수 있습니다.

조합경영전략연구원
법무사법인(유한) 동양
대표이사 **유 재 관**

주요이력

- 한양대학교 법학과 졸업
- 한국주택정비사업조합협회 정책자문위원/강사
- 주거환경연구원 도시정비포럼 정책전문위원/강사
- 하우징헤럴드 칼럼니스트
- 한국주택경제신문 칼럼니스트
- 국제자산신탁 정비사업관련 자문위원
- 법무사법인(유한) 동양 대표이사
- 조합경영전략연구원 대표이사

저서

- 판례 길라잡이 "지팡이"
- 동양재개발재건축포커스(통권9호)
- 신탁법실무(법률출판사, 1175P, 2008년)

조합경영전략연구원 법무사법인(유한) 동양

"지팡이"는 재개발·재건축 정비사업에 있어서 현장에서 문제되고 있는 실무와 관련된 최근 판결문 등을 정리하여 조합 및 협력업체들에게 제공함으로써 정비사업을 신속하게 추진하는 데 일조를 하고자 합니다.

구독을 희망하는 조합 및 추진위원회는 당사로 연락주시면 무료로 발송해 드리겠습니다.

주택정비사업의 판례 길라잡이
지팡이 〈2018. 11. 1. 등록번호 서초.라11757호〉

발 행 인 유 재 관

발 행 처 조합경영전략연구원

편 집 인 유 재 관

발 행 일 2020. 8. 25

주 소 06640 서울시 서초구 사임당로 58, 7층(서초동, 제일빌딩)
전화 : (02)586-7118 팩스 : (02)586-7119

인 쇄 우리디앤피
서울시 중구 수표로 10길 14 전화 : (02)2278-6688

※ 이 책은 저작권법에 따라 보호받는 저작물이므로 무단전재와 무단복재를 금지하며, 이 책 내용의 전부 또는 일부를 이용하려면 반드시 저작권자와 조합경영전략연구원의 서면동의를 받아야 합니다.

법무사법인(유한) 동양

정비사업의 든든한 법률파트너!

둔촌주공아파트외

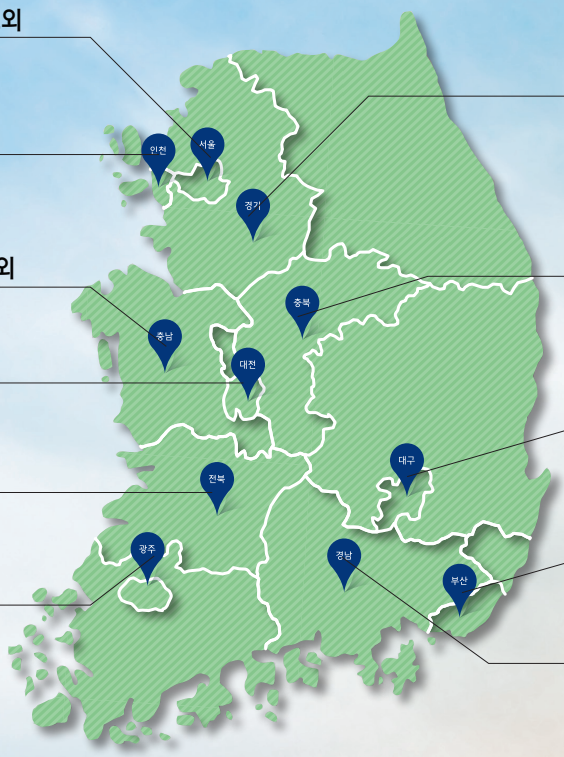
주안1구역외

천안주공4단지외

문화8구역외

종광대2구역외

양동3구역외



팔달8구역외

사모2구역외

파동강촌2지구외

온천4구역외

장평주공1단지외

법무사법인(유한) 동양
서울특별시 서초구 서초대로 50길 62-9
한림빌딩 5층(서초동)
전화 (02)522-3300 **팩스** (02)522-3307
www. dydream.co.kr