

주택정비사업의 판례 길라잡이

# 지팡이

vol. **16**  
2024. 5

**특집호** 분양신청의 절차, 방법 및 효력  
- 판례사례 22선 -



지난호 다시 보기



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.



법무사법인(유한) 동양 대표이사 유재관

## 주요이력

- 한양대학교 법학과 졸업
- 한국주택정비사업조합협회 정책자문위원/강사
- 주거환경연구원 도시정비포럼 정책전문위원/강사
- 매일경제 부동산아카데미 강사
- 하우징헤럴드 칼럼니스트
- 한국주택경제신문 칼럼니스트
- 우리자산신탁 정비사업관련 자문위원
- 대전시 동구 도시정비사업 갈등조정위원
- 관리처분계획 타당성 검증(법률분야) 자문위원(부동산원)
- 법무사법인(유한) 동양 대표이사
- 조합경영전략연구원 대표이사

## 저서

- 판례 길라잡이 “지팡이”
- 동양재개발재건축포커스(통권 9호)
- 신탁법실무(법률출판사, 1175P, 2008년)

# 조합경영전략연구원의 업무지원분야

(모든 자문은 무료로 진행합니다.)



추진위원회 단계	조합설립인가 후 단계
<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 추진위원회 구성 및 운영 노하우</li> <li>■ 추진위원 결원시 하자치유방안</li> <li>■ 조합설립동의서 징구시 하자검토</li> <li>■ 조합정관안 작성</li> <li>■ 창립총회 개최시 필요한 절차 등</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 대의원회 및 총회자료의 법률적 하자검토</li> <li>■ 조합임원 및 대의원 선임에 관한 절차상 하자 검토</li> <li>■ 우수협력업체 선정방법 및 계약서 검토</li> <li>■ 조합원의 자격 및 분양권 유무와 관련된 자문</li> </ul>
사업시행인가 전후 단계	관리처분인가 전후 단계
<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 임대주택공급대상자 및 세입자 · 영업권자 현황 파악</li> <li>■ 이주대책수립</li> <li>■ 중앙토지수용위원회의 협의 및 의견청취 업무 처리</li> <li>■ 조합원 분양신청 안내 및 분양대상자 적격 유무 검토</li> <li>■ 조합원 감정평가에 관한 자문</li> <li>■ 사업비 예산안 작성 및 적정성 검토</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 시공사 본계약서 및 관리처분계획(안) 검토 및 자문</li> <li>■ 현금청산자의 협의보상 및 수용재결</li> <li>■ 비점유 및 점유 국공유지 처리방안(소유권 양도 및 변상금 납부 처리 등)</li> <li>■ 이주기간 단축을 위한 이주관리 방안</li> <li>■ 주택도시보증공사의 사업자금보증서 관련 절차 및 대행업무지원</li> <li>■ 임대주택 매각절차 안내</li> </ul>
이주 단계	기 타
<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 현금청산자 및 영업권자의 협의 대행 및 이주 촉진 방안 제공</li> <li>■ 세입자의 주거이전비 및 영업권 보상에 관한 축적된 노하우 제공과 사업비 절감방안 검토</li> <li>■ 미이주자에 대한 손해배상 및 부당이익 청구 자문</li> <li>■ 이주비 부족한 조합원 등에 대한 적절한 대응 방안 제공</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ 비대위에 대한 대응방안 제공 및 밴드와 카톡 등 SNS의 선제적 대응을 통한 홍보전략 제공</li> <li>■ 준공 이후 청산시까지의 정비사업 전반에 관한 법률 및 행정자문</li> <li>■ 조합에서 문제되고 있는 사안의 해결을 위한 판결문 제공서비스</li> </ul>



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

주·요·업·무

---

재개발 · 재건축사업의 등기업무 및 자문  
재개발사업의 수용재결 업무

# CONTENTS

지팡이 2024년 5월호(통권 제16호)

Chapter

01

## 분양신청의 절차

01	분양신청기간 통지의 규정은 강행규정인가?	04
02	분양신청 통지의 대상자가 누구인가?	07
03	조합원의 주소이전과 분양신청 안내문의 통지의 하자유무	09
04	전(前) 소유자에게 분양신청 통지를 한 것은 효력이 있는지 여부 및 추가로 일반우편 발송하지 않은 하자로 인한 분양통지의 효력은 있는가?	11
05	조합에서 분양신청기간을 임의로 연장할 수 있는가?	13
06	분양신청기간 연장시, 반드시 등기우편으로 고지해야 하는가?	16
07	분양신청기간의 계산방법 및 분양신청에 대한 추후보완 가능여부	18
08	사업시행계획이 실질적으로 변경된 경우 재분양신청 절차는?	21
09	평형변경과 분양신청기간 연장의 구별	24
10	분양신청기간 만료일과 분양설계 기준일의 구별	27
11	공람절차에서의 평형변경신청은 가능한가?	30
12	분양신청 종료 후 공동주택에서 상가로 분양신청변경 가능한가?	33
13	분양신청의 철회 가능시점 및 그 효력	37

Chapter

02

## 분양신청의 방법과 효력

01	분양신청은 대표조합원만 할 수 있는가?	40
02	대표조합원 미선정 사안에서 분양신청권 유무	44
03	대표조합원과 공유자간 분양계약 체결에 관하여 의견 상충하는 경우	49
04	대표조합원 이외의 공유자도 분양신청서를 제출하여야 하는가?	51
05	공유자 중 일부만 분양신청한 경우, 그 분양신청은 효력이 있는가?	55
06	공유자 중 일부가 소재불명자인 경우, 분양신청의 방법은?	59
07	상속인 중 일부가 소재불명자인 경우, 분양신청의 방법은?	61
08	분양권의 일부 포기는 가능한가?	64
09	1인 1주택 공급원칙의 예외(1+1주택의 공급)	66

## 01

## 분양신청기간 통지규정은 강행규정인가?

## 사 례

정비사업조합은 사업시행인가 이후 8개월이 지나서야 조합원들에게 분양신청기간 40일을 통지한 후 추가로 20일을 연장하였지만, 조합원 A는 위 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않았다. 조합원 A는 배우자가 분양신청 안내문을 수령하여 자신에게 전달해 주지 아니하여 그 내용을 확인할 수 없었으므로 적법한 분양신청안내 통지가 이루어지지 않았고(첫째 주장),

또한 조합은 사업시행인가 고시일부터 120일 이내에 분양신청절차를 통지하여야 하는데도 약 8개월이 지나서야 이를 통지하였다. 조합이 분양신청 일정을 과도하게 늦추는 바람에 원고가 분양신청기간이 언제인지 미처 알지 못하여 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않았다는 이유로 원고의 분양신청을 거부한 것은 신의칙 위반 내지 권리남용에 해당한다(둘째 주장).

## 쟁 점

- ① 도시정비법 제72조 제1항 소정의 분양신청사항 통지기간을 위반한 경우, 절차상 위법하다고 볼 수 있는지
- ② 분양신청 안내문을 조합원이 아닌 조합원의 배우자에게 송달된 경우, 그 서류가 조합원에게 송달된 것으로 볼 수 있는지 여부

## 1

## 도시정비법의 규정

도시정비법 제72조(분양광고 및 분양신청) ① 사업시행자는 제50조 제9항에 따른 사업시행계획인가의 고시가 있는 날(사업시행계획인가 이후 시공자를 선정한 경우에는 시공자와 계약을 체결한 날)부터 120일 이내에 다음 각 호의 사항을 토지등소유자에게 통지하고, 분양의 대상이 되는 대지 또는 건축물의 내역 등 대통령령으로 정하는 사항을 해당 지역에서 발간되는 일간신문에 공고하여야 한다.

1. 분양대상자별 종전의 토지 또는 건축물의 명세 및 사업시행계획인가의 고시가 있는 날을 기준으로 한 가격
2. 분양대상자별 분담금의 추산액, 3. 분양신청기간, 4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항(분양신청자격, 분양신청방법 등)

## 2

**통지기간의 위반 효과 (쟁점1)**

① 도시정비법 제72조 제1항에서 ‘사업시행계획인가의 고시가 있는 날부터 120일 이내’라고 정한 분양신청사항 통지기간은 효력규정이 아니라 훈시규정으로 보는 것이 판례의 주류이다. 따라서 사업시행계획인가의 고시가 있는 날부터 120일’을 넘겨서 분양신청사항을 통지하였다 하더라도, 이러한 사정만으로는 이에 기초한 관리처분계획이 절차적으로 위법하다고 할 수 없다.

② 분양신청 통지기간을 준수하지 못한 경우에 그 분양신청 절차와 뒤따르는 관리처분계획이 모두 위법하다고 하게 되면, 정비사업조합으로 하여금 사업시행인가를 다시 받은 후에 분양신청 절차를 재차 진행하도록 하는 결과를 초래하고, 이는 재산권이나 분양신청절차에서 합리적인 의사결정을 할 권리 등 조합원들의 권리·의무에 미치는 영향에 비하여 정비사업조합에 과도한 절차의 반복을 요구하는 것이 되어 부당하다.

## 3

**분양신청안내 통지절차에 하자가 있는지 여부 (쟁점2)**

(조합원의 배우자가 분양신청안내문을 수령한 경우, 조합원이 수령한 것으로 볼 수 있는지 여부)

**① 관련 법리**

우편법 등 관계규정의 취지에 비추어 볼 때 우편물이 등기취급의 방법으로 발송된 경우, 반송되는 등 특별한 사정이 없는 한 그 무렵 수취인에게 배달되었다고 본다. 등기취급의 방법으로 발송된 이 사건 분양신청안내 통지서는 원고 A에게 도달하였다고 봄이 상당하다.

그리고 민사소송법 제172조 제1항 소정의 보충송달을 받을 수 있는 ‘동거자’란 송달을 받을 자와 동일한 세대에 속하여 생활을 같이 하는 자를 말하는 것으로서 반드시 주민등록상 동일세대에 속할 필요는 없고 사실상 이와 같은 관계에 있으면 족하다.

**② 동거인의 수령**

도시정비법 제72조 제1항은 분양신청기간 등 분양신청과 관련된 사항을 토지 등 소유자에게 통지하는 이외에 일간신문에 공고하도록 하고 있고, 정관 제7조는 제1항에서 ‘조합은 조합원의 권리·의무에 관한 사항(변동사항 포함)을 조합원 및 이해관계인에게 성실히 고지·공고하여야 한다’고 규정하고 있다. 이는 송달불능이나 수취인불명 등의 사정으로 분양신청의 통지를 받지 못한 토지 등 소유자들에게 분양신청의 기회를 부

여하기 위한 취지로 볼 수 있다.

명의인(조합원 A)이 다른 사람(배우자)에게 우편물 기타 서류의 수령권한을 명시적 또는 묵시적으로 위임한 경우에는 그 수입자가 해당 서류를 수령함으로써 본인에게 그 서류가 적법하게 송달된 것으로 볼 수 있다.

이 사건에서 원고의 거주지로 배달된 이 사건 통지서를 배우자가 수령한 점을 보면, 원고의 배우자는 원고와 같은 곳에 거주하고 있고, 사회통념상 동거하고 있는 배우자 사이에서는 우편물 수령권한을 서로 묵시적으로 위임하였다고 봄이 상당하므로, 원고의 배우자가 이 사건 통지서를 수령함으로써 원고에게 그 서류가 적법하게 송달되었다고 할 것이다.



#### 조합원의 이웃 또는 아들이 분양신청 통지 안내문을 수령한 경우

조합원 A은 분양신청안내문을 직접 수령하지 못하고, 1차 분양신청안내문은 이웃 B이 수령하였고, 2차 분양신청안내문은 아들 丙(35세)이 수령하였다. 비록 1차 분양신청안내문이 원고의 이웃인 B에게 도달하였으나 조합의 직원은 원고 A에게 전화통화 및 문자메시지로 분양신청에 관한 안내를 하였고, 또한 이웃 B가 A에게 분양신청안내문을 교부한 것은 인정된다.

한편, 토지등소유자의 동거인에게 분양신청에 관한 서류가 교부되고 그 동거인에게 사리를 분별할 지능이 있다면, 토지등소유자가 그 서류의 내용을 실제로 알지 못한 경우에도 분양신청에 관하여 적법한 통지가 이루어졌다고 보아야 하는데, 이 경우 사리를 분별할 지능이 있다고 하려면, 적어도 통지의 취지를 이해하고 그가 영수한 서류를 송달받은 사람에게 교부하는 것을 기대할 수 있는 정도의 능력이 있으면 족하다



#### 조합의 분양신청 통지의 적극적 조치의무가 있는가?

분양신청 안내문을 조합원 A의 등기부상 주소로 보냈다가 폐문부재로 반송되자 “서면결의서 등 다른 자료”에 나타난 주소가 있는지 여부를 확인해보고 그쪽으로 통지해 보는 등의 조치를 취하지 아니하였고 조합원에게 분양신청안내문이 제대로 통지되지 아니하여 분양신청을 할 수 있는 기회가 제공되지 않았다고 할 것이고, 통지의무를 제대로 이행하지 아니한 조합으로서는 위와 같이 분양신청기간 중에 분양신청을 할 수 있는 기회를 제공받지 못한 A를 분양대상자에서 제외할 수 없다. 따라서 조합원 A는 조합을 상대로 아파트를 분양받을 권리의 확인을 구할 이익이 있다(분양신청안내문을 수령할 권한 없는 자가 수령한 경우에도 위와 동일하게 판단할 수 있을 것이다).

## 02

## 분양신청 통지의 대상자는 누구인가?

## 사 례

공유자간에 대표조합원을 선임하지 못한 경우 조합의 분양신청 통지의무가 면제되나?(공유자 전원에게 통지를 안해도 되는가?)

## 1

## 분양신청통지의 대상자가 누구인지

도시정비법 규정 체계 및 입법 취지 등을 고려할 때, 도시정비법 제72조 제1항에서 정한 분양신청통지 대상자인 ‘토지등소유자’는 도시정비법 제2조 제9호 나목에 규정된 ‘토지등소유자’이지, ‘토지등소유자’ 중에 통지 당시 이미 ‘조합원’의 자격을 갖추고 있는 자에 국한된다고 볼 수 없다.

① 토지등소유자가 분양신청절차에서 분양신청을 하지 않으면 분양신청기간 종료일 다음 날에 현금청산 대상자가 되고 조합원의 지위를 상실하는 점을 더하여 살펴보면, 토지등소유자는 시기적으로 분양신청기간 종료 시점을 기준으로 ‘현금청산자인 토지등소유자’와 ‘조합원인 토지등소유자’로 그 법적지위가 달라지는데, 분양신청기간 전의 분양신청통지 대상인 토지등소유자는 개념상 ‘토지등소유자 전원’을 의미하고, 분양신청기간 종료 후의 관리처분계획안에 대한 이해관계인은 토지등 소유자 중 ‘조합원’만 해당한다고 보는 것이 타당하다.

② 이와 같이 도시정비법이 ‘토지등소유자’에게 분양신청통지를 하라고 규정한 취지는, 대표조합원 선정이 필요한 토지등소유자의 경우에도 분양신청기간이 종료하기 전에는 얼마든지 대표조합원을 선정하여 분양신청을 할 수 있으므로 그 기회가 박탈되지 않도록 하려는 것이다.



2

### 분양신청통지를 받지 못하여 분양신청을 하지 않았거나 분양대상에서 제외된 자의 경우 조합원 지위 상실 여부

분양청구권은 조합원의 가장 중요한 권리로서, 조합원들은 분양신청을 통하여 향후 정비사업에 참여할 것인지, 현금청산을 받고 정비사업에 참여하지 아니할 것인지에 관한 의사를 표시할 기회를 부여받게 되므로, 분양신청기간을 비롯한 분양신청에 관한 일체의 사항은 조합원의 권리·의무에 관한 중요한 사항에 해당한다. 그런데 조합원에 대한 분양신청의 통지조차 없었다면 조합원으로서의 정비사업에 참여할 것인지 여부에 관한 의사를 표시할 기회조차 부여받지 못한 것이므로, 그와 같은 경우 도시정비법과 정관에서 정한 자격 상실 사유인 ‘분양신청을 하지 아니한 자’라고 할 수 없다.

3

### 등기우편으로 개별고지 않은 경우의 하자과 치유

조합이 원고에게 등기우편으로 개별 고지하는 방식으로 분양신청통지를 하지는 않았으나, 그 후 분양신청기간 전은 물론 분양신청기간 중에도 조합이 조합원의 대리인(모친)에게 분양신청통지의 내용을 알려주고 설명하였으며 분양신청통지서에 기재될 사항이 담겨 있는 분양신청 안내책자를 전달한 경우에는, 원고가 실질적으로 분양신청통지를 받았거나 분양신청기회를 보장받았다고 보아야 한다.

또한 원고는 이메일, 카카오톡 등을 통해 분양에 관한 설명을 들은 후 분양신청 기간 내에 분양신청을 마쳤다면, 분양신청 통지 누락으로 인해 원고의 조합원으로서의 권리에 대한 본질적 침해가 있었다고 볼 수 없다.

결국 분양신청통지 절차에 하자는 존재하지 않거나 설명 존재하였다 하더라도 치유되었으므로, 이 사건 관리처분계획 중 원고를 현금청산자로 정한 부분이 위법하다고 할 수 없다.



#### 과소필지 소유자에게 분양신청 통지를 하지 않아도 되는가?

분양신청을 하였더라도 종전재산의 지분이 지나치게 작아 신축아파트 등의 분양이 적절하지 않다고 인정되는 경우 등에는 관리처분계획에 의해 분양대상자에서 제외되어 현금청산대상자가 된다. 따라서 비록 90제곱미터 미만의 과소토지의 소유자에게 분양신청통지가 적법하게 이루어졌다고 볼 수 없지만, 과소토지 소유자가 적법하게 분양신청을 하였더라도 그 총면적이 주거지역 내 분할 제한면적(서울 90제곱미터) 미만의 과소토지 소유자는 결국 관리처분계획에 따라 분양대상자에서 제외되므로, 위 과소토지 소유자를 현금청산대상자로 정한 부분은 적법하다. 단 분양대상자격이 있는지 여부를 가리기 위해서는 권리가액을 따져봐야 한다.

## 03

## 조합원의 주소이전과 분양신청안내문의 통지의 하자유무?

## 사 례

재개발조합은 조합원 A에게 부동산등기부등본상 주소로 분양신청 안내서를 ‘반송불요’ 등기우편으로 발송하였다. A는 위 통지 이전에 다른 곳으로 이사하였으나 조합에 주소변경신고를 하지 아니하였고, 그로 인해 분양신청안내서를 통지받지 못하여 분양신청을 하지 못했다. 조합은 A를 현금청산자로 처리하여 관리처분계획을 수립하였고, 이에 A는 관리처분계획 중 자신을 현금청산대상자로 정한 부분은 적법한 분양신청안내 통지 없이 이루어진 것으로서 무효라고 주장한다. 이 사건 관리처분계획은 적법한가?

## 쟁 점

- ① 이 사건의 쟁점은 조합원 A는 등기부상 주소지에 거주하다가 위 분양통지 이전에 이사하였으나 조합에 주소변경신고를 하지 아니한 경우, 기존 주소지로 발송된 위 분양신청안내서는 적법하게 통지된 것으로 간주될 수 있는지 여부
- ② ‘반송불요’ 등기우편으로 발송한 것은 하자가 없는지 여부

## 1

## 분양신청기간의 통지 등 절차에 관한 대법원의 입장

도시정비법 제72조 제1항에서 정한 분양신청기간의 통지 등 절차는 구역 내의 토지등소유자에게 분양신청의 기회를 보장하여 주기 위한 것으로서 도시정비법 제74조 제1항에 의한 관리처분계획을 수립하기 위해서는 반드시 거쳐야 할 필요적 절차이고, 이러한 통지 등 절차를 제대로 거치지 아니하고 이루어진 관리처분계획은 위법하다.

나아가 조합의 정관은 제7조에서 조합이 조합원에게 조합원의 권리·의무에 관한 사항을 고지함에 있어서 관련 조합원에게 등기우편으로 개별적으로 고지하여야 하고, 등기우편이 주소불명, 수취거절 등의 사유로 반송되는 경우에는 1회에 한하여 일반우편으로 추가 발송하며, 이 경우 그 등기우편을 발송한 날에 고지된 것으로 본다 고 정하고 있다.

## 2

## 조합원이 주소변경 신고를 하지 아니한 경우 고지의 효력유무

조합 정관 제10조 제3항은 조합원이 주소의 변경을 신고하지 아니한 경우 그로 인하여 발생하는 불이익을 조합원이 부담하도록 규정하고 있지만, 토지등소유자에 대한 분양신청안내서의 통지는 토지등소유자 개개의 의사와는 상관없이 강제적으로 진행되는 재개발사업에서 토지 등의 소유권을 상실하는 토지 등 소유자가 분양신청 여부를 결정하는 데 생략하여서는 아니 될 매우 중요한 절차인 점에 비추어, 원고가 주소변경신고를 게을리하였다더라도 조합 정관 규정에 따라 등기우편 발송 후 일반우편으로 추가 발송하여야 고지된 것으로 간주되어 고지의 효력이 발생한다.



(정관 제10조 제3항) 조합원이 그 권리를 양도하거나 주소 또는 인감을 변경하였을 경우에는 그 양수자 또는 변경당사자는 그 행위의 종료일부터 14일 이내에 조합에 그 변경내용을 신고하여야 한다. 이 경우 신고하지 아니하여 발생하는 불이익 등에 대하여 해당 조합원은 조합에 이의를 제기할 수 없다.

## 3

## '반송 불요' 등기우편의 효력

조합이 '반송 불요' 등기우편으로 발송하였기 때문에 피고는 분양신청안내서 등이 원고에게 송달되었는지 여부와 송달되지 아니한 사유를 전혀 알 수 없었고, 이에 따라 분양신청안내서 등이 원고에게 일반우편으로 추가 발송될 가능성 자체가 없어졌다. 이는 조합의 정관 규정에 반하는 것이므로 위 안내서는 고지된 것으로 간주되지 아니하고 고지의 효력도 발생하지 아니한다.

## 04

## 전(前) 소유자에게 분양신청 안내통지효력 및 추가로 일반우편 발송하지 아니한경우, 분양통지의 효력은?

## 사 례

조합원 A는 '조합은 분양신청 통지 시 부동산등기부를 열람하여 부동산의 소유권 변동 여부를 확인하는 노력조차 하지 않은 채 현재 소유자인 원고가 아닌 전(前) 소유자 B에게 분양신청통지를 하였기 때문에 분양신청을 하지 못했고, 또한 조합이 제2차 분양신청에 관하여 B에게 일반우편으로 추가 통지를 하지 않은 것이 위법하다고 주장한다.

그러나 조합은 부동산의 소유권을 취득한 후 조합에게 조합원 권리변동신고를 하지 않았으므로, 조합이 전 소유자에게 한 분양신청 통지절차에 관하여 이의를 제기할 수 없다고 주장한다.

## 1

## 전(前) 소유자에게 분양신청 통지를 한 것이 위법한지 여부

원고가 조합에게 권리변동신고를 하지 않은 이상 조합이 전 소유자 B를 상대로 제1, 2차 분양신청 통지를 한 것은 적법하다.

① 사업시행자는 토지등소유자에게 '분양신청자격 및 분양신청방법'을 통지하여 이를 안내하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 분양신청 통지의 방법이나 토지등소유자의 권리변동 및 인적사항(주소, 연락처 등) 변경 시 고지의무 등에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다.

② 나아가 조합원의 주소 및 권리변동 사항은 다수의 이해관계인을 상대로 한 분양신청 절차를 실시하기 직전까지도 변경될 수 있고, 이를 일일이 추적하여 확인할 수 없는 조합의 현실을 고려하면, 조합원에게 주소 및 권리변동 등의 신고의무를 부과하되, 이를 해태하였을 경우 이미 신고된 대로 조합의 업무를 실시하고 신고의 해태로 발생하는 불이익에 대하여는 이의를 제기할 수 없도록 정한 조합의 정관 규정이 조합원에게 현저히 불공정하거나 과도한 의무를 부담 지우는 규정이라고 보기 어렵다.

2

### 추가로 일반우편에 의한 통지를 하지 않는 것이 위법한지 여부

① 정관 제9조에 의하면, 원고는 이 사건 부동산의 소유권을 이전받음으로써 조합원의 자격을 취득하고, 종전 조합원의 권리·의무 및 조합이 종전 조합원에게 한 처분 등의 효력은 원고에게 승계되므로, 조합이 B에게 일반우편으로 추가 통지를 하지 않은 것이 위법한가?

② 조합이 등기우편으로 발송한 제1차 분양신청 통지는 B에게 배달되었으나, 등기우편으로 발송한 제2차 분양신청 통지는 폐문부재로 배달되지 않은 사실이 인정되고, 정관 제7조 제2항 제1호는 조합원에 대한 고지 방법에 관하여 정관에서 따로 정하는 경우를 제외하고는 '관련 조합원에게 등기우편으로 개별 고지하여야 하고, 등기우편이 주소불명, 수취거절 등의 사유로 반송되는 경우에는 1회에 한하여 일반우편으로 추가 발송한다'고 규정.

또한 제1차 분양신청과는 별도로 '분양신청기간의 연장'에 해당하는 제2차 분양신청 통지에 관하여도 도시정비법 제72조 제1항에 따른 개별적인 통지가 이루어져야 하는데, 피고가 B에게 일반우편으로 제2차 분양신청 통지를 추가로 실시하였음을 인정할 아무런 증거가 없는 이상, 피고가 B에게 한 제2차 분양신청 통지는 도시정비법 및 피고의 정관에 반하여 위법하다.

따라서 B에 대한 제2차 분양신청 통지의 하자는 B에게서 조합원의 지위를 승계한 원고에게 그대로 승계되었으므로, 이 사건 관리처분계획 중 원고를 현금청산대상자로 정한 부분은 유효한 분양신청 통지절차를 거치지 아니한 채 수립되어 위법하므로 취소되어야 한다.

3

### 분양신청기간의 연장의 경우에도 반드시 등기우편을 개별적으로 통지해야 하나?

① 도시정비법 제72조 제1항 본문 제3호는 사업시행자로 하여금 사업시행계획인가의 고시가 있는 날부터 일정 기간 내에 '분양신청기간'을 토지등소유자에게 통지해야 한다고 규정하고 있는데, 문언상 '최초의' 분양신청기간으로 한정하여 해석할 근거가 없고, 분양신청기간의 연장 등으로 기간이 변경된 경우 변경된 분양신청기간 또한 위 '분양신청기간'에 포함된다고 해석하는 것이 타당하다.

② 분양신청기간이 연장된 경우에도 분양신청의 기회를 보장해야 할 필요성은 동일하고, 오히려 분양신청기간의 연장을 통지하지 않아 토지등소유자가 이를 알지 못한 경우, 분양신청의 기회를 추가로 보장하기 위하여 분양신청기간을 연장한 취지가 몰각될 우려가 있다.

## 05

## 조합에서 분양신청기간을 임의로 연장할 수 있는가?

## 사 례

재개발조합의 조합원 A는 최초 분양신청기간(30일) 및 제1차 연장된 분양신청기간(20일간)에 분양신청을 하지 아니하였다. 그 후 조합은 제2차 연장 분양신청기간을 10일로 정하여 조합원에게 통지하였고, 그 기간에 A는 분양신청을 했다. 이 사건 A의 분양신청의 효력은 있는가?

## 쟁 점

이 사건의 쟁점은 제1차 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 아니한 조합원은 조합원 지위를 상실함에도, 제2차 분양신청기간을 부여한 후 조합원으로 추가 인정한 이 사건 관리처분계획은 도시정비법에 위반하여 무효라고 볼 수 있는지 여부이다.

## 1

## 분양신청기간(연장)에 관한 규정이 효력규정인지 여부

## ① 쟁점

도시정비법 제72조 제1항은 사업시행자가 분양신청기간을 토지등소유자에 대한 분양통지를 한 날로부터 30일 이상 60일 이내로 정할 수 있되, 관리처분계획의 수립에 지장이 없다고 판단하는 경우에는 분양신청기간을 20일의 범위 내에서 연장할 수 있다고 규정하고 있는바, 사업시행자가 분양신청기간을 연장하고자 하는 경우에는 최초로 정한 분양신청기간의 장단과 관계없이 20일의 범위 내에서만 이를 할 수 있음이 위 규정의 문언상 명백하다.

도시정비법 제76조 제1항 제5호는 ‘분양설계에 관한 계획은 분양신청기간이 만료하는 날을 기준으로 하여 수립한다.’고 규정하고 있는데, 분양대상 조합원에 해당하는지 여부 판정의 기준일을 ‘분양신청기간 만료일’ 이후로 늦추는 내용의 조합 총회 결의는 효력이 있는지 여부가 쟁점이다.

## ② 법원

“토지등소유자의 귀책사유 없이 당초의 분양신청기간 내에 분양신청을 할 수 없었던 불가피한 사유가 있는 경우를 제외하고는 조합은 당초의 분양신청기간 외에 추가로 분양신청기간을 정할 수 없다고 봄이 상당하므로, 조합이 당초 분양신청기간 외에 추가로 정한 분양신청기간을 특별한 사정이 없는 한 도시정비법 제72조 제1항에 따른 분양신청기간으로서의 효력이 없고, 그 결과 당초 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않은 이상 추가 분양신청기간 내에 분양신청을 하였다고 하더라도 당초 분양신청기간 만료일 다음날 조합원으로서의 지위를 상실한다고 보아야 한다”고 판시.

① 재개발조합의 조합이 도시정비법이 정한 방법 이외의 방법으로 분양신청기간을 연장할 수 있다고 한다면, 정비사업의 진행에 현저한 지장을 초래하고 재조합원들의 권리관계에도 큰 혼란을 초래할 우려가 있는 점 등을 종합하여 보면, “조합의 제명결의 등으로 토지등소유자가 당초의 분양신청기간 내에 분양신청을 할 수 없었으나 그 후 조합의 제명결의가 무효인 것으로 판명되는 등 토지등소유자의 귀책사유 없이 당초의 분양신청기간 내에 분양신청을 할 수 없었던 불가피한 사유가 있는 경우”를 제외하고는 재개발조합은 당초의 분양신청기간 외에 추가로 분양신청기간을 정할 수 없다.

② 다만, 분양신청기간 내에 분양신청을 한 조합원들을 대상으로 분양신청 내용의 변경신청을 받은 결과, 각 평형별 분양신청자 수가 조합원 공급대상인 평형별 세대수에 미달하는 경우에는, 조합이 분양대상 조합원 자격을 갖추고 분양신청기간 내에 분양신청을 함으로써 분양대상 조합원이 된 사람들에 대하여 관리처분 계획 수립을 위한 조합총회 결의 전에 그 분양신청 내용을 변경할 기회를 부여한 경우, 이는 분양설계에 관한 기준일을 변경하는 것이지만, 예외적으로 법률의 규정을 위반한 것으로 볼 수는 없다(대법원).

## ③ 법제처의 견해

사업시행자는 분양신청기간을 연장하고자 하는 경우 당초의 분양신청기간에 이어서 20일의 범위 내에서 분양신청기간을 연장할 수 있다.

## 2

### 2차 연장 분양신청기간에 한 분양신청의 효력 유무

위 사례의 경우 1차 연장 분양신청기간이 20일간이었고, 1차 분양신청기간만으로도 이미 도시정비법 제72조 제3항에 따라 조합이 연장할 수 있는 분양신청기간의 최대한도에 달하므로, 조합은 제1차 연장 분양신청기간이 만료함으로써 더 이상 분양신청기간을 연장할 수 없다. 조합이 도시정비법 제72조 제3항이 허용하

는 한도를 넘어서 연장한 2차 연장 분양신청기간 동안 이루어진 분양신청은 부적법하다고 할 것이며, 조합이 진행한 총 분양신청기간이 60일(=최초 분양신청기간 30일 + 1차 연장 분양신청기간 20일 + 2차 연장 분양신청기간 10일)로서 도시정비법 제72조 제3항이 사업시행자가 연장할 수 있는 기간을 포함하여 정할 수 있는 분양신청기간의 최대 한도(최초로 정할 수 있는 최장의 분양신청기간 60일 + 최장으로 연장할 수 있는 분양신청기간 20일)를 넘지 않는다고 하여 이와 달리 볼 것은 아니다.

따라서 조합원 A가 부적법한 2차 연장 분양신청기간에 한 분양신청은 무효라고 할 것이다.



### 분양계약 체결기간은 임의로 연장할 수 있는가?

#### 1. 사례

조합원 A는 분양계약 체결기간 내에 분양계약을 체결하지 아니하였는데, 조합은 최초 분양계약체결기간이 종료된 후에 그 기간을 연장한 경우 현금청산대상자가 되는 시점이 언제인지가 문제된다.

#### 2. 법원의 판단

조합이 분양계약체결기간이 종료된 이후 이를 연장한 것은 기존의 분양계약 체결기간 내에 분양계약을 체결하지 아니하여 조합원 지위를 상실하고 현금청산자 지위를 갖게 된 자가 스스로 현금청산자 지위를 포기하고 새로 정해진 분양계약 체결기간 내에 분양계약을 체결할 경우 그에게 조합원 지위를 회복시켜 주겠다는 의사를 표시한 것으로 봄이 타당하다.

그러나 이미 현금청산자 지위를 갖고 있고 새로 정해진 분양계약체결기간 내에 분양계약을 체결할 의사가 없는 자에 대해서까지 강제적으로 현금청산자 지위를 상실시키고 조합원 지위를 회복시키는 효과가 발생한다고 보기는 어려운 점, 조합이 분양계약체결기간을 연장하여 위 기간이 종료되지 않았다고 본다면 분양계약체결기간 내에 분양계약을 체결하지 않은 조합원들의 지위가 조합의 일방적인 의사에 따라 수시로 변동하게 되어 법률관계의 안정을 해할 가능성이 큰 점 등을 종합해 보면, 조합이 최초 분양계약체결기간으로 지정한 기간의 종료 후에 분양계약체결기간을 연장하였다고 하더라도 최초 분양계약 체결기간 내에 분양계약을 체결하지 않은 원고의 지위가 변동된다고 볼 수 없다.

따라서 원고 A는 '최초 분양계약 체결기간 종료일 다음 날'에 현금청산대상자가 된다고 보아야 한다.

## 06

## 분양신청기간 연장하는 경우, 반드시 등기우편으로 고지해야 하나?

### 사 례

조합은 분양신청기간을 공고하였다가 조합원들의 분양신청율이 저조하여 분양신청기간을 연장하는 내용의 추가 분양신청 공고를 하였으나, 개별 고지를 하지는 않았다. 조합에서 분양신청기간을 연장하면서 등기우편으로 개별 고지하지 아니한 경우 효력이 있는지의 여부?

## 1

### 도시정비법의 규정

도시정비법 제72조(분양공고 및 분양신청)는 ‘사업시행자는~(중략)~ 개략적인 부담금내역 및 분양신청기간 그 밖에 대통령령이 정하는 사항을 토지등소유자에게 통지하여야 한다고 규정하고 있고, 그 단서는 사업시행자는 관리처분계획의 수립에 지장이 없다고 판단하는 경우에는 분양신청기간을 20일의 범위에서 한 차례만 연장할 수 있다’고 규정하고 있다.

위 법령의 문언과 취지 등을 종합하여 보면, 사업시행자가 분양신청기간을 연장할 경우에도 위 법 제72조 제1항 제1문에 따라 연장된 분양신청기간을 토지등소유자에게 통지하여야 한다고 해석함이 타당하다.

## 2

### 분양신청기간 연장시에도 적용되는 근거

1) 이 사건 조항 제1문은 ‘분양신청기간’을 토지등소유자에게 통지하여야 한다고 규정하고 있는바, 이를 최초의 분양신청기간으로 한정하여 해석할 근거가 없고, 분양신청기간의 연장 등으로 그 기간이 변경된 경우 변경된 분양신청기간도 제1문의 ‘분양신청기간’에 포함된다고 해석하는 것이 타당.

2) 위 법조항에서 정한 분양신청기간의 통지 등 절차는 재개발구역 내의 토지등소유자에게 분양신청의 기

회를 보장해주기 위한 것인데, 분양신청기간이 연장된 경우에도 분양신청의 기회 보장의 필요성은 동일하다. 오히려 분양신청기간의 연장을 통지하지 아니하여 토지등소유자가 이를 알지 못한 경우, 분양신청의 기회를 추가로 보장하기 위해 분양신청기간을 연장한 취지가 몰각될 우려가 있다.

3) 재개발조합이 분양신청 통지를 함에 있어서는 도시정비법 및 조합정관 규정에 따라 통지 등 절차가 이루어져야 한다. 조합 정관 제7조에 의하면, 조합은 조합원의 권리·의무에 관한 사항을 조합원에게 고지·공고하여야 하고, 그 고지는 등기우편으로 개별 고지하여야 한다. 조합원의 분양신청여부는 조합원이 상당한 비용을 부담하면서 정비사업에 참여할 것인지, 현금으로 청산받고 정비사업에 참여하지 아니할 것인지를 선택하는 것으로서, 분양신청기간을 비롯한 분양신청에 관한 사항은 조합원의 권리·의무에 관한 사항에 해당한다.

따라서 분양신청기간이 연장된 경우 이는 권리·의무에 관한 변동사항이 있는 경우이므로, 조합은 이를 조합원에게 등기우편으로 개별 고지하여야 한다.

## 3

## 결어

조합에서 분양신청기간 연장통지를 하지 아니한 것은 도시정비법 제72조, 조합정관 제7조에 위반하여 위법하고, 이는 관리처분계획의 수립을 위한 필수적인 절차를 위반한 것으로서 그 하지는 중대하다고 보아야 한다. 그러나 도시정비법 제72조에서 분양신청기간을 연장할 경우에도 이를 다시 통지하여야 한다고 명백히 규정하고 있지 아니한 이상 조합이 이를 통지하지 아니한 하자가 객관적으로 명백하다고 보기는 어렵다(중대명백설-서울고법).

따라서 분양신청기간을 연장할 경우 개별 고지하지 아니한 하자는 당연무효라고 할 수는 없지만, 취소사유에는 해당한다고 할 것이다.



## 07

## 분양신청기간의 계산방법 및 분양신청에 대한 추후보완 가능여부?

## 사 례

정비사업조합은 조합원의 분양신청기간을 30일로 정하여 분양신청통지를 하였으나 만료일이 토요일이었다. 조합원 A는 병원에서 입원치료를 받은 후 귀가하여 치료를 하였고, 그러던 중 분양신청기간의 만료가 임박하여 민법 규정을 신뢰하고 월요일에 분양신청을 하게 되었다. 그러나 조합은 분양신청기간이 만료되었다는 이유로 원고의 분양신청을 수리하지 않았다. 이 사건 수리거부처분은 위법한가?

## 쟁 점

원고는 민법 161조는 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당하는 때에는 기간은 그 익일로 한다고 규정하고 있는 것은 기간의 말일이 공휴일에 해당하는 경우 발생할 불이익을 막고자 마련된 규정이므로, 당사자 사이에 합의가 없는 이상 조합의 일방적인 통지 또는 공고에 의하여 위 규정의 적용을 배제할 수 없고, 또한 원고는 불가피한 사정으로 인해 분양신청기간을 지키지 못하였으므로 분양신청에 대한 추후보완이 가능하다고 주장하고 있다. 분양신청기간이 만료되었으나 민법 제161조에 따라 만료일의 익일(월요일)에 분양신청을 할 수 있는지 여부가 이 사건의 쟁점이다.

## 1

## 민법의 규정

1) 민법 제159조는 ‘기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에는 기간말일의 종료로 기간이 만료한다.’라고 규정하고 있고, 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당하는 경우에는 권리행사 및 의무이행을 함에 있어 불이익이 발생할 여지가 있으므로, 그 예외로서 같은 법 제161조는 ‘기간의 말일이 토요일 또는 공휴일에 해당한 때에는 기간은 그 익일로 만료한다.’라고 규정하고 있다. 그렇다면 민법 제161조는 기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정한 때에 적용되는 규정이라고 봄이 타당하다.

2) 먼저 조합이 과연 분양신청기간을 일, 주, 월 또는 연으로 정하였는지 여부에 관하여 보면, 조합은 조합원들에게 분양신청기간에 관하여 ‘2017.10.6.(금) ~ 2017.11.4.(토), (30일간)’이라고 기재된 분양신청 안

내문을 발송한 사실이 있고, 구 도시정비법 제46조 제1항, 구 도시정비법 시행령 제47조 제1항에 따르면 사업시행자는 사업시행인가의 고시가 있는 날로부터 60일 이내에 개략적인 부담금 내역 및 분양신청기간 등을 토지등소유자에게 통지하고 이 경우 분양신청기간은 그 통지한 날로부터 30일 이상 60일 이내로 하여야 한다.

분양신청을 하지 않거나 철회하여 현금청산대상자가 된 조합원은 분양신청기간 종료일 다음날 조합원의 지위를 상실하게 되므로, 분양신청기간은 당사자의 권리·의무 관계에 매우 중대한 영향을 미치게 된다. 이와 같이 분양신청기간이 갖는 의미를 고려하면, 조합은 '30일'의 기간에 중점을 두고 분양신청기간을 정한 것으로 판단되므로, 분양신청기간을 '일'로 정한 것으로 봄이 타당하다.

## 2

### 분양신청기간 계산시 민법 제161조가 적용되는지 여부

민법 제155조는 '기간의 계산은 법령, 재판상의 처분 또는 법률행위에 다른 정한 바가 없으면 본장의 규정에 의한다.'라고 규정하고 있으므로, 기간의 계산에 있어서는 당해 법령 등에 특별한 정함이 없는 한 민법의 규정에 따라야 한다. 도시정비법령은 기간의 계산에 관하여 별도의 규정이 없다.

1) 분양신청기간 사이에 있는 토요일과 공휴일에도 오전 9시부터 오후 6시까지 분양신청 접수 업무를 수행하였고, 분양신청기간의 만료일이 토요일이었지만 오전 9시부터 오후 6시까지 분양신청 접수 업무를 수행하였다.

2) 분양신청서에 첨부되는 서류 중 일부는 관공서 등으로부터 발급받아야 하는 서류로서 위 분양신청기간의 말일이 토요일이어서 발급받을 수 없는 사정은 인정된다. 그러나 조합은 위와 같은 점을 염려하여 사전에 조합원들에게 이를 알려 미리 준비하도록 하였고, 위 분양신청기간의 말일에 분양신청서에 첨부되는 서류 중 일부를 미리 준비하지 못하였더라도 일단 분양신청서를 접수한 후 미비한 서류는 추후에 보완할 수 있었을 텐데 원고는 그러한 방법을 취하지도 않았다.

3) 조합은 분양신청기간의 만료일이 토요일임에도 불구하고 위 날의 만료로 분양신청기간이 만료된다는 의사를 분양신청 안내문을 통해 명확하게 표시하였고, 그 후에도 조합원들이 피해를 입지 않도록 여러 차례에 걸쳐 조합원들에게 이를 알렸다

4) 구체적인 분양신청기간은 위에서 본 30일 이상 60일 이내이기만 하면 재건축정비사업의 진행정도, 관계 법령에 따른 제반 비용 등 다수 당사자의 이해관계를 종합적으로 고려하여 재건축정비사업조합이 정하도록 한 것이라 보아야 하고, 그 과정에서 조합원들의 동의나 합의는 필요하지 않다고 보아야 하며, 분양신청기간의 말일이 토요일이나 공휴일인 경우에도 그 다음날이 아닌 당일을 분양신청기간의 말일로 할 것인지 여부도 재건축정비사업조합이 정할 수 있다고 봄이 타당하다.

5) 소결 위 분양신청기간을 계산함에 있어 민법 제161조가 적용되지 아니한다고 봄이 타당하다.

### 3 추후보완신청 인정 여부

원고가 분양신청기간 중 5일간 치료를 위해 병원에 입원한 사실은 인정된다.

그러나 ① 원고는 입원 전과 퇴원 후에 분양신청을 할 수 있는 시간적 여유가 충분히 있었던 것으로 보이는 점, ② 분양신청기간 내에 분양신청서를 등기우편으로 발송하는 방법으로도 분양신청이 가능한 점 등을 종합하면, 위 인정사실만으로는 원고가 불가피한 사정으로 인해 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 못하였다고 볼 수 없다. 나아가 원고가 불가피한 사정으로 인해 분양신청기간을 지키지 못하였다고 하여 분양신청에 대한 추후보완이 가능하다고 할 법적 근거가 없을 뿐만 아니라 단체법적 법률관계의 조속한 안정이라는 측면을 고려하면 추후보완을 허용해야 할 필요성도 인정하기 어렵다.



## 08

## 사업시행계획이 실질적으로 변경된 경우, 재분양절차를 반드시 거쳐야 하는지 여부?

## 사 례

조합은 1차 분양신청 이후 주택의 규모 등 주택건설계획이 대폭 변경된 내용의 사업시행변경인가를 다시 받고 조합원 및 기존 미분양신청자 전원을 대상으로 분양신청 공고(2차)를 하였으나, 1차 분양신청기간 내 분양신청을 했던 조합원 A는 2차 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않았다. 그 후 조합은 조합원 A를 현금청산대상자로 하는 내용의 관리처분계획을 수립하여 인가를 받았다. 이 사건 관리처분계획은 적법한가?

## 1

## 재분양신청의 개념

재분양신청은 기존 분양신청자의 지위를 박탈하는 것이 아니라 모든 조합원을 대상으로 처음부터 다시 새로운 분양신청을 받는 것으로서, 도시정비법 제72조 제4항 및 제5항의 법률 규정에 의하면, 정비사업에 있어 분양신청절차는 1회만 이루어지는 것으로 예정되어 있으며, 다만 부득이한 사유가 있는 경우에는 예외적으로 사업시행자의 재량에 따라 다시 분양신청절차가 진행될 수 있다.

즉, 설령 당초 사업시행계획이 뒤에 수립·인가된 사업시행변경계획에 따라 변경(주요 부분이 실질적으로 변경된 경우를 포함)되었다고 하더라도, 그러한 이유만으로 사업시행자가 조합원 전원을 상대로 반드시 분양신청절차를 다시 거쳐야 하는 의무를 부담하지 아니하고, 재분양신청절차를 진행할 것인지 여부는 사업시행자의 재량에 맡겨져 있다.

재분양신청은 사업구역 내 기존 분양신청을 한 조합원들에게 사업시행계획의 변경에 따라 건축할 아파트 평형 및 세대수가 변경되었음을 이유로 일정한 기간 내에 종전에 분양신청한 아파트 평형의 변경신청을 할 것을 알리는 “평형변경신청”과는 구별된다.

## 관리처분계획의 적법여부

(1) 조합원 A는 재분양신청 절차를 거치기 위하여서는 총회 결의를 거쳐야 한다고 주장한다.

도시정비법이 2017. 2. 8. 법률 제14567호로 개정되면서 제72조 제4항에서 “사업시행자는 제2항에 따른 분양신청기간 종료 후 사업시행계획인가의 변경(경미한 사항의 변경은 제외한다)으로 세대수 또는 주택규모가 달라지는 경우 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 분양공고 등의 절차를 다시 거칠 수 있다.”,

같은 조 제5항에서 “사업시행자는 ‘정관등으로 정하고 있거나 총회의 의결을 거친 경우’ 제4항에 따라 제73조 제1항 제1호(분양신청을 하지 아니한 자) 및 제2호(분양신청기간 종료 이전에 분양신청을 철회한 자)에 해당하는 토지등소유자에게 분양신청을 다시 하게 할 수 있다.”라며 재분양신청에 대한 규정을 신설하였다.

그렇다면, 당초 사업시행계획의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용으로 새로운 사업시행계획을 수립하여 시장·군수의 인가를 받음으로써 새로운 사업시행계획이 당초 사업시행계획을 대체하였다고 평가할 수 있는 경우에는 그 효력을 상실하게 되는데, 도시정비법이 2017. 2. 8. 개정되어 제72조 제4항에 재분양신청 절차에 관한 규정을 명문화하기 이전에도 조합으로서의 경미한 사항이 아닌 사항에 관하여 사업시행계획인가의 변경이 있는 경우에는 재분양신청을 받을 수 있고, 이를 위해 별도의 총회 결의를 반드시 거쳐야 한다고 보기 어렵다.

(2) 재분양절차 개시에 대한 조합의 재량권

재개발사업에 있어 분양신청절차는 1회만 이루어지는 것으로 예정되어 있으며, 다만 부득이한 사유가 있는 경우에는 예외적으로 사업시행자의 재량에 따라 다시 분양신청절차가 진행될 수 있다. 즉, 설령 당초 사업시행계획이 뒤에 수립·인가된 사업시행변경계획에 따라 변경(주요 부분이 실질적으로 변경된 경우를 포함)되었다고 하더라도, 그러한 이유만으로 사업시행자가 조합원 전원을 상대로 반드시 분양신청절차를 다시 거쳐야 하는 의무를 부담하지 아니하고, 재분양신청절차를 진행할 것인지 여부는 사업시행자의 재량에 맡겨져 있다.

설령 이 사건 사업시행계획이 실질적으로 변경되고 그 때문에 그 변경내용에 따라 새로운 분양신청 절차를 진행해야 한다고 하더라도, 이미 조합원의 지위를 상실한 원고에게 다시 분양신청기회를 부여해야 한다거나 원고의 조합원 지위가 소급적으로 회복된다고 보기 어렵다.

### (3) 원고를 분양대상자에서 제외하고 현금청산대상자로 정한 부분이 위법한지 여부

비록 원고가 분양신청 공고(1차)에 대하여 분양신청 하였으나 사업시행변경인가가 이루어진 이후에 조합이 다시 한 분양신청 공고(2차)에 대하여는 그 통지를 받고도 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않았음이 명백하므로, 조합이 원고를 분양대상자에서 제외하고 현금청산대상자로 분류한 것은 정당하다.

3

### 사업시행계획의 주요 부분이 실질적으로 변경된 경우 반드시 재분양신청절차를 거쳐야 하는지 여부

사업시행계획의 내용이 실질적으로 변경된 사안이라 하더라도, 언제나 사업시행자로 하여금 다시 분양신청절차를 밟도록 하는 것은 단체법적 법률관계의 확일적이고, 신속한 처리를 저해할 위험이 크고, 분양신청절차의 반복에 따른 문제점이 존재한다 할 것이다. 위와 같은 사정들을 고려하여 도시정비법 제72조 제4항은 사업시행계획의 주요 부분이 실질적으로 변경된 경우 재분양신청 절차를 거칠 것인지 여부는 사업시행자의 재량사항으로 규정하고 있다.

원고들은 사업시행계획의 주요 부분이 실질적으로 변경된 경우 반드시 재분양신청절차를 거쳐야 한다고 주장한다.

그러나 당초 사업시행계획의 주요부분을 실질적으로 변경하는 사업시행계획에 의하여 당초 사업시행계획이 효력을 상실한다 하더라도, 이는 원칙적으로 사업시행계획 변경시점을 기준으로 당초 사업시행계획이 장애에 향하여 실효되었다는 의미일 뿐, 원고들의 주장과 같이 당초 사업시행계획을 전제로 진행된 모든 절차가 소급하여 효력을 상실하는 것은 아니다.

그러므로 당초 사업시행계획에 기초하여 진행된 분양신청절차 및 그 이후의 후속 조치는 소급하여 효력을 상실한다고 볼 수 없다.

## 09

## 평형변경절차와 재분양신청절차의 구별

## 사례

재개발조합은 중대형 아파트를 다수 건축할 경우 중대형 아파트가 분양되지 않을 것을 염려하여 “중대형 평형을 중소형 평형으로 변경”하는 등의 사업시행변경인가를 받고, 전체 조합원을 대상으로 재분양신청을 받는다는 내용의 공고를 하고 조합원들에게 평형(분양)변경신청 안내문을 발송하였다.

조합에서 사업시행변경인가 이후 진행한 평형(분양)변경신청 공고의 내용을 보면,

- ① 평형(분양)변경신청기간 내에 ‘평형(분양)변경신청을 하지 아니한 조합원’과
- ② ‘평형(분양)변경신청을 하지 아니하고 분양신청을 포기한 조합원’을 구분하여 공고하였다.

조합은 조합원 A가 평형(분양)변경신청 기간 중 평형변경신청을 하지 않았다는 이유로 A를 현금청산 대상자로 정하는 내용으로 관리처분계획을 수립하였다. 이 사건 관리처분계획은 적법한가?

## 쟁점

이 사건은 재분양신청기간 내에 조합에게 평형변경신청을 하지 아니한 조합원 A가 조합원의 지위를 그대로 유지하는지, 아니면 현금청산자가 되는지 여부가 쟁점이라고 할 것인데, 조합이 조합원들에게 한 평형변경신청 공고 내지 안내에 나타난 의사표시의 해석이 이를 가리는 관건이 된다. 결국 이 사건의 쟁점은 평형변경신청기간 도과로 현금청산자가 되는지 여부이다.

## 1

## 판단

## (1) 평형(분양)변경신청의 개념 및 안내문의 해석

도시정비법의 규정에 따르면 분양신청기간에만 분양신청을 받고, 1인에게 1주택만 분양하는 것이 원칙이고, 분양신청기간 경과 후 이미 분양신청한 조합원들을 대상으로 분양신청 변경 기회를 부여하거나 1인에게 2주택을 분양하는 것은 예외적인 요건이 충족되는 경우에 한하여 조합의 재량에 따라 이루어지는 것이다.

재개발조합은 중대한 사업시행변경인가 이후 진행한 평형(분양)변경신청 공고의 내용을 보면, ①평형(분양)변

경신청기간 내에 ‘평형(분양)변경신청을 하지 아니한 조합원’과 ②‘평형(분양)변경신청을 하지 아니하고 분양신청을 포기한 조합원’을 구분하여 공고하였고, 전자의 경우에는 조합원의 지위를 그대로 인정하여 기존 분양신청 내용에 근접한 평형을 배정하고, 후자의 경우에는 현금청산자로 분류하겠다는 의사를 표시한 것으로 볼 수 있다.

## (2) 평형변경신청을 하지 않은 경우 현금청산대상자가 되는가?

위 안내문의 문구 등에 비추어 보면 위 평형변경 신청기간은 조합이 이 사건 사업구역 내 토지 등 소유자에게 별도의 새로운 분양신청을 하도록 분양신청기간을 부여한 것이라고 보기는 어려우므로, 위 평형변경신청기간 내에 평형변경신청을 하지 않더라도 분양희망 평형에서 다소 불이익을 받을 가능성이 있을 뿐 조합원의 지위를 박탈하여 현금청산자가 된다고 해석할 수는 없는 점, ③ 원고는 위 평형변경신청기간 내에 평형변경신청을 하지 않았을 뿐, 최초 분양신청기간 내에 분양신청을 철회하지는 않았는바, 도시정비법 제73조 제1항 제2호 소정의 ‘분양신청기간 종료 이전에 분양신청을 철회한 자’에 해당한다고 보기도 어려운 점 등 제반 사정에 비추어 보면, 위 평형변경신청기간의 도과로 원고가 현금청산자의 지위를 취득하게 된다고 볼 수는 없다.

이 사건을 종합적으로 살펴보면, 조합원 A는 조합에게 평형(분양)변경 신청기간 내에 단순히 평형(분양)변경신청을 하지 아니한 것에 불과할 뿐 별도로 분양신청 자체를 포기한다는 의사를 표시하였다고 볼 자료가 없으므로 전자의 경우에 해당한다. 따라서 조합원 A가 이 사건 평형(분양)변경신청 공고 및 절차에서 평형(분양)변경신청을 하지 않았다고 하더라도 기존의 조합원으로서의 지위를 상실한다고 할 수 없다.

## 2 이 사건의 경우 새로운 분양신청절차로 볼 수 있는가?

이 사건 사업시행변경계획은 부동산 경기의 침체로 인해 여러 지역에서 발생한 미분양 사태를 참조하여 분양 리스크를 최소화하고 일반 분양을 성공적으로 추진하기 위하여 기존의 건축설계를 변경하여 아파트의 중대형 평형을 중소형 평형으로 변경한 것으로 보이므로, 종전 사업시행계획을 대체하여 실질적으로 새로운 사업시행계획이 수립된 것이라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 평형(분양)변경신청 공고 및 절차는 새로운 분양 공고 및 분양신청절차라고 보기 어려우므로 조합원 A가 이 사건 평형(분양)변경신청 공고 및 절차에서 평형(분양)변경신청을 하지 않았다고 하더라도 기존의 조합원으로서의 지위를 상실한다고 할 수 없다.

설령 이 사건 사업시행변경계획이 실질적으로 새로운 사업시행계획을 수립한 것이어서 종전 사업시행계획에 따른 분양절차와는 독립된 새로운 분양절차를 거쳐 관리처분계획이 수립되어야 한다고 보더라도, 앞서 본 바와 같이 조합은 이 사건 평형(분양)변경신청 공고 및 안내에서 평형(분양)변경신청을 하지 아니한 경우 기

존 분양신청 내용에 근접한 평형을 배정한다는 공적인 견해표명을 하였고, 기존에 분양신청을 한 A로서는 조합의 견해표명에 따라 적어도 기존에 분양신청을 한 자의 지위는 잃지 않는다는 전제에서 평형(분양)변경신청을 하거나 하지 않았을 것으로 보이므로, 이러한 공적인 견해표명에 반하여 기존 분양신청의 효력을 부인하고 원고들을 현금청산 대상자로 처리하는 것은 신뢰보호 원칙에 위배된다.



## 10

## 분양신청기간 만료일과 분양설계 기준일의 구별

1

## “분양신청기간 만료일”의 개념

## (1) 관리처분계획기준일과 분양설계에 관한 계획

도시정비법에 의하면, 분양신청기간이 종료된 때에는 그 분양신청의 현황을 기초로 분양설계, 분양대상자의 주소 및 성명 등이 포함된 관리처분계획을 수립하여 시장·군수의 인가를 받아야 하고(제74조 제1항), 관리처분계획 중 분양설계에 관한 계획은 분양신청기간이 만료되는 날을 기준으로 하여 수립한다(제76조 제1항 제5호).

위와 같은 분양대상 조합원에 해당하는지 여부 판정의 기준일인 ‘분양신청기간 만료일’은 강행규정으로서 조합원 총회의 결의로도 이를 변경할 수 없다. 따라서 사업시행구역 내 토지등소유자가 분양대상 조합원인지 여부는 분양신청기간이 만료되는 날을 기준으로 하여 도시정비법령, 서울특별시 도시정비 조례 등에 의하여 확정된다.

※ ‘분양설계’란 건축계획에 따른 건축물의 설계기준, 시설의 내역, 분양의 기준 등 관리처분계획에 따라 분양할 토지 및 건축물의 분양에 관한 구체적 계획을 의미한다. 즉 분양대상자별로 분양예정 위치를 정하고 적정 분양가격을 산정하는 설계를 의미한다.

한편 서울시 도시정비조례 제2조 제3호는 “관리처분계획기준일”이란 ‘분양신청기간의 종료일’을 말한다고 규정하고 있고, 제36조(재개발사업의 분양대상 등) 제1항은 ‘재개발사업으로 건립되는 공동주택의 분양대상자는 관리처분계획기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 토지등소유자로 한다’고 규정하고 있다.

이와 같은 입법목적과 관련 규정의 취지 및 분양대상 조합원에 해당하는지 여부 판정의 기준일을 ‘분양신청기간 만료일’이 아니라 ‘관리처분계획이 수립되는 날’로 늦추는 변경을 할 경우 재개발사업의 진행에 현저한 지장을 초래하고 재개발조합원들의 권리관계에도 큰 혼란을 초래할 우려가 있는 점 등 사정을 감안하면, 위와 같은 내용의 조합원 총회의 결의는 관련 법령의 취지에 배치될 뿐만 아니라 공익에 현저히 반하는 것으로서 그 효력이 없다.

**(2) <사례> 19세 이상 자녀의 분가에 관한 조합원의 세대분리 시점은 언제까지 이루어져야 하는가?**

도시정비법 제39조 제1항 제2호는 19세 이상 자녀의 분가에 관한 조합원의 세대분리 시점을 조합설립인가 후로 규정하고 있을 뿐, 그 중기는 따로 규정하고 있지는 않다. 그러나

- ① 분양대상자의 확정은 조합원들의 분양신청을 기초로 이루어지는 점,
- ② 관리처분계획기준일(=분양신청기간 종료일)까지 분양을 신청하지 않은 토지등소유자는 조합원자격이 상실되면서 현금청산자가 되는 점,
- ③ 서울시 정비조례 역시 재개발사업으로 건립되는 공동주택의 분양대상자를 정함에 있어 관리처분계획기준일을 기준으로 삼고 있는 점(서울시 정비조례 제36조 제1항 참조),
- ④ 특히, 단체법적인 법률관계에 있어서는 기준일의 설정이 필수적일 뿐 아니라, 조합원들의 분양신청 이후에는 분양대상자와 현금청산자가 나뉘고 이를 토대로 관리처분계획 및 관리처분계획 인가 절차가 진행되는바, 관리처분계획기준일 이후의 시점을 1세대의 기준일로 규정한다면 분양대상자의 지위에 변동이 불가피하여 법률관계의 안정을 이루기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 1세대의 구성에 따른 분양대상자 지위 여부에 대한 기준일을 관리처분계획기준일(=분양신청기간의 종료일)로 보아야 한다.

따라서 관리처분계획기준일은 분양대상자, 분양대상자별 분양예정인 대지 또는 건물 추산액 등을 정하는 기초가 되고, 관리처분계획은 관리처분계획기준일의 분양신청 현황을 기초로 수립되는 점, 도시정비조례는 토지등소유자가 분양대상자가 되는 기준일을 '관리처분계획기준일 현재'로 정하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 관리처분계획기준일 이후에 세대를 분리하였다고 하더라도 관리처분계획기준일을 기준으로 1세대를 판정하는 것이 타당하고, 세대분리에 투기 목적이 없었다고 하더라도 달리 보기 어렵다.

## 2

**분양설계 기준일의 개념****(1) 개념**

분양설계에 관한 계획은 제72조에 따른 분양신청기간이 만료하는 날을 기준으로 하여 수립한다. 여기서 '분양설계'라고 함은 분양대상자별로 분양예정위치를 정하고, 적정분양가격을 산정하는 설계를 말하는 것으로서 건축설계와는 그 의미를 달리한다.

**(2) 분양신청자의 추상적 의사표시 및 분양신청 내용의 변경**

- ① 정비사업조합은 분양신청을 받은 이후 분양설계 등을 포함한 관리처분계획을 수립하게 되는데 도시정

비법 제45조 제1항 제10호에서 ‘관리처분계획의 수립 및 변경’을 총회의 의결사항으로 규정하고 있는 바, 관리처분계획은 추후 총회의 결의를 거쳐 변경될 수 있는 것이고, 정비사업조합으로서는 분양신청을 한 조합원을 대상으로 관리처분계획의 수립을 위한 총회 결의 전에 분양신청 내용을 변경할 기회를 부여할 수도 있는 것이다.

- ② 이처럼 분양신청 이후에도 사업의 진행 경과에 따라 관리처분계획의 구체적인 내용이 변경될 수 있는 것인바, 최초 분양신청 절차에서 분양신청을 한 토지 등 소유자의 의사는 장래에 특정한 세대를 분양받고자 하는 데 있다기보다는 해당 정비사업에 일단 참여하여 신축 건축물의 일부를 분양받고자 한다는 추상적인 의사를 표현한 것이라고 봄이 타당하다.
- ③ 이와 같이 분양신청의 본질은 사업시행자가 토지등소유자의 분양받고자 하는 의사를 파악하여 이를 관리처분계획에 반영하는 것이다.

조합으로서는 1주택 분양신청을 한 조합원 수 및 2주택 분양신청을 한 조합원 수를 관리처분계획 수립 이전에 미리 파악하여야 합리적인 의사결정을 할 수 있게 되므로, 이러한 필요에서 향후 관리처분계획에서 2주택을 분양할 수도 있음을 전제로 조합원들로부터 분양신청을 받는 것이 향후 2주택을 분양하겠다는 조합의 확정적인 의사라고 볼 수는 없다

### (3) 분양설계에 관한 기준일 변경의 예외적 허용

신축 주택에 관한 수분양자 지위나 수분양권은 조합원이 된 토지 등 소유자에게 분양신청만으로 당연히 인정되는 것이 아니라 도시정비법 제76조 제1항 각호의 기준에 따라 수립되는 관리처분계획으로 비로소 정하여진다.

도시정비법 제76조 제1항 제5호에 의하면 ‘분양설계에 관한 계획’은 ‘분양신청기간이 만료되는 날’을 기준으로 하여 수립하여야 하므로, 분양대상 조합원에 해당하는지 여부 판정의 기준일을 ‘분양신청기간 만료일’은 강행규정으로서, 분양신청기간 만료일을 이후로 늦추는 내용의 조합 총회 결의는 효력이 없다고 보아야 하지만, “분양신청기간 내에 분양신청을 한 조합원들을 대상”으로 “분양신청 내용의 변경신청”을 받은 결과, 각 평형별 분양신청자 수가 조합원 공급대상인 평형별 세대수에 미달하는 경우, 조합이 분양대상 조합원 자격을 갖추고 분양신청기간 내에 분양신청을 함으로써 분양대상 조합원이 된 사람들에게 대하여 관리처분계획 수립을 위한 조합 총회 결의 전에 그 분양신청 내용을 변경할 기회를 부여하였다고 하여 위 법률의 규정을 위반하였다고 볼 수 없다.

이는 “분양설계에 관한 기준일”을 변경하는 것이지만, 예외적으로 법률의 규정을 위반한 것으로 볼 수는 없다고 할 것이다.

## 11

## 분양신청 종료 이후 공람절차에서의 평형변경신청은 가능한가?

### 사례

조합은 조합원들의 분양신청절차가 완료된 이후 진행된 공람절차에 대한 안내 통지를 할 때 '평형변경에 관한 의견'란이 기재된 공람의견서 양식을 교부하였을 뿐, 별도로 위 공람기간 내에 추가분양신청 기회 등에 관한 통지는 하지 않았다. 조합은 공람기간 중 일부 조합원들이 공람의견서에 2주택으로 분양신청내용의 변경신청을 반영하여 관리처분계획을 인가받았으나, 이 때 A는 분양신청 내용을 변경하는 의견서를 제출하지 않았다.

조합원 A는 이 사건 공람절차에서 추가분양신청에 관한 통지를 받지 못함으로써 그 기회를 보장받지 못하였고, 이러한 분양신청결과를 토대로 수립된 이 사건 관리처분계획은 위법하다고 주장한다.

본 사안의 쟁점은 분양대상 조합원들에게 분양신청 내용을 변경할 기회를 공정하게 부여하였는지 여부이다.

## 1

### 관리처분계획의 공람절차

도시정비법 제78조 제1항 본문은 사업시행자는 관리처분계획의 인가를 신청하기 전에 관계서류의 사본을 30일 이상 '토지등소유자'에게 공람하게 하고 의견을 들어야 한다고 규정하고, 같은 항 단서에서 다만 제74조 제1항 단서에 따른 대통령령으로 정하는 경미한 사항을 변경하고자 하는 경우에는 토지등소유자의 공람 및 의견청취절차를 거치지 아니할 수 있다고 규정하고 있다. 정관 제53조 제1항에서도 관리처분계획의 인가를 받기 전에 관계서류의 사본을 30일 이상 조합원에게 공람하도록 규정하고 있다(위 조항의 토지등소유자에는 현금청산대상자가 포함되는가?)

만약 공람절차에서 제출된 의견이 타당한 경우에는 이를 반영하여 수정된 관리처분계획에 대한 인가를 신청하여야 한다.

분양신청 기간 전의 분양통지 대상인 토지등소유자는 개념상 '토지등소유자 전원'을 의미하고, 분양신청 기간 종료 후의 관리처분계획안에 대한 이해관계인은 토지등소유자 중 '조합원'만 해당한다.

## 2

**공람절차에서 분양신청 내용의 변경신청 가능여부**

도시정비법의 규정에 따르면 분양신청기간에만 분양신청을 받고, 1인에게 1주택만 분양하는 것이 원칙이고, 분양신청기간 경과 후 이미 분양신청한 조합원들을 대상으로 분양신청 변경 기회를 부여하거나 1인에게 2주택을 분양하는 것은 예외적인 요건이 충족되는 경우에 한하여 조합의 재량에 따라 이루어지는 것이다.

관리처분계획을 수립하여야 하는 조합으로서 1주택 분양신청을 한 조합원 수 및 2주택 분양신청을 한 조합원 수를 관리처분계획 수립 이전에 미리 파악하여야 합리적인 의사결정을 할 수 있게 되므로, 이러한 필요에서 향후 관리처분계획에서 2주택을 분양할 수도 있음을 전제로 조합원들로부터 분양신청을 받는 것이 향후 2주택을 분양하겠다는 조합의 확정적인 의사라고 볼 수는 없다.

관리처분계획은 추후 총회의 결의를 거쳐 변경될 수 있는 것이고, 정비사업조합으로서 분양신청을 한 조합원을 대상으로 관리처분계획의 수립을 위한 총회 결의 전에 분양신청 내용을 변경할 기회를 부여할 수도 있는 것이다(대법원).

분양신청기간 내에 분양신청을 한 조합원들을 대상으로 분양신청 내용의 변경신청을 받은 결과 각 평형별 분양신청자 수가 조합원 공급대상인 평형별 세대수에 미달하는 경우 등 이미 분양신청기간 안에 분양신청한 조합원들의 권리를 침해하지 않는 경우에는, 조합이 분양대상 조합원 자격을 갖추고 분양신청기간 안에 분양신청을 함으로써 분양대상 조합원이 된 사람들에게 대하여 관리처분계획 수립을 위한 조합 총회 결의 전에 그 분양신청 내용을 변경할 기회를 부여하였다고 하여 위 법률의 규정을 위반하였다고 볼 수 없다.

## 3

**이 사건 관리처분계획의 적법여부**

이 사건 관리처분계획 중 A를 1주택 분양권자로 지정한 부분에 어떠한 위법이 있다고 볼 수 없다.

- 1) 원고는 분양신청기간 안에 분양신청을 하면서 2주택 분양을 희망할 경우 이를 기재하도록 통지받고, 별다른 제약 없이 1주택 분양을 희망하는 내용으로 분양신청을 완료하였다.
- 2) 피고 조합이 공람절차에서 원고의 추가 분양신청 기회를 박탈하였다고 볼 수 없다. 이러한 관리처분계획안의 내용에 관하여 원고에게만 통지가 누락되었다거나, 일부 조합원들에게만 통지되었다는 등의 절

차적 하자도 없는 것으로 보이고, 원고들은 제1차 공람기간 중에 분양신청 내용을 변경하는 의견서를 제출하지 않았다.

3) 분양신청기간 경과 후 이미 분양신청한 조합원들을 대상으로 분양신청 변경 기회를 부여하거나 1인에게 2주택을 분양하는 것은 예외적인 요건이 충족되는 경우에 한하여 조합의 재량에 따라 이루어지는 것이다.

이 사건에서 조합은 제1차 공람절차와 달리 제2차 공람절차에서는 모든 조합원들에게 분양신청 변경기회를 부여하지 않았다. 원고들이 제2차공람절차에 이르러 한 2주택 분양신청에 대하여 일반분양절차 등 정비사업의 진행에 차질이 발생할 수 있다는 이유로 위 분양신청을 받아들이지 않았는바, 이러한 피고의 거부행위는 관련 법령이 정한 피고의 재량권 행사 범위 안에 있다고 볼 수 있다.

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

### 주요·업무

재개발·재건축사업의 등기업무 및 자문  
재개발사업의 수용재결 업무

 법무사법인(유한) **동양**

## 12

## 분양신청 종료 후 공동주택에서 상가로 분양신청변경 가능한가?

### 사 례

재개발조합의 조합원 A는 사업시행구역 내 토지 및 건축물을 소유하고 있고, 20 여년 전부터 'K'라는 상호로 사업자등록을 마치고 영업을 해왔다. 조합원 A는 분양신청 기간 중 공동주택을 분양신청을 하였으나, 분양신청 기간 종료일 이후 관리처분계획에 대한 공람기간 중, 분양신청의 대상을 공동주택에서 근린생활시설(상가)로 변경신청하는 것이 가능한지 여부?

### 쟁 점

첫째, 분양신청 내용을 변경할 수 있는 기회를 부여한 것이 '분양설계에 관한 계획은 분양신청기간이 만료되는 날을 기준으로 수립한다'고 규정하고 있는 도시정비법 제76조 제1항 제5호에 위반되는지 여부

둘째, 분양신청 내용의 변경을 통해 적법하게 상가 분양대상자의 지위를 갖게 된 원고의 분양순위에 관하여는 다른 상가 분양대상자들과 권리의 차등을 둘 수 있는지 여부가 본 사안의 쟁점이다.

## 1

### 분양신청의 변경 및 관리처분계획안 등

#### (1) 원고의 법률상 지위

이 사건에서 원고는 분양신청기간 내에 분양신청을 하여 이미 신축 건축물을 분양받을 수 있는 조합원의 지위를 얻었으므로, 그 지위는 '분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않아 조합원 지위를 상실한 자들로서 조합 총회에서 다시 조합원 지위를 부여받아 새롭게 조합원이 된 자'와는 엄밀히 구분되고, 분양신청의 대상이 되는 목적물의 내용만을 변경한 것이므로 분양신청기간 내에 적법하게 분양신청을 하였던 조합원과 동등한 지위가 인정되어야 한다고 봄이 타당하다.

#### (2) 공동주택에서 상가로 분양신청의 변경

원고 A는 조합이 최초로 분양신청을 공고하였을 당시 공고된 분양신청기간 내에 적법하게 공동주택 분양신청을 하였고, 이후 A는 관리처분계획이 인가되기 전의 공람절차에서 분양신청의 내용을 공동주택의 분양

신청에서 근린생활시설(상가)의 분양신청으로 변경하였다.

관리처분변경계획이 있기 전의 ‘공람의견 심사조서’에 의하면, A의 공동주택에서 근린생활시설로의 변경 신청을 채택한다는 내용을 조서에 기재하면서, 위 분양신청의 내용을 변경하는 신청을 받아 이를 채택하는 경우 그 분양순위는 서울시 정비조례 제38조 제2항에 의한다는 내용을 명시적으로 기재하고 있다.

관리처분변경계획 수립을 위한 총회에서는 ‘상가 분양순위’는 추후 권리가액을 확정된 후 서울시 도시정비조례 제38조 제2항 및 조합 정관에서 정한 순위에 따르기로 하는 내용이 결의되었다.

## 2

## 도시정비법 제76조 제1항 제5호 위반 여부

분양신청 이후에도 사업의 진행 경과에 따라 관리처분계획의 구체적인 내용이 변경될 수 있는 것인바, 최초 분양신청 절차에서 분양신청을 한 토지등소유자의 의사는 장래에 특정한 세대를 분양받고자 하는 데 있다 기보다는 해당 정비사업에 일단 참여하여 신축 건축물의 일부를 분양받고자 한다는 추상적인 의사를 표현한 것이라고 봄이 타당하다.

따라서 원고 A는 제1차 관리처분계획안에 대한 공람기간에 분양신청의 내용을 공동주택에서 근린생활시설(상가)의 분양신청으로 변경하였는바, 이와 같은 분양신청 내용의 변경의 기회를 부여한 것이 도시정비법 제76조 제1항 제5호의 규정을 위반하였다고 볼 수 없고, 이러한 분양신청 내용의 변경은 기존의 분양신청 자체를 철회하고 새롭게 분양신청한 것이 아니라, 분양신청의 대상이 되는 구체적인 목적물의 내용만을 변경한 것으로 보는 것이 합리적이다.

## 3

## 기존 상가분양대상자와 분양순위의 차별은 가능한가

## (1) 미리 고지하거나 총회결의가 없는 이상 차별금지

조합은 원고에 대하여 분양 목적물을 상가로 변경할 기회를 부여하면서 그 분양순위를 서울시 정비조례 제38조 제2항에 의한다고 하였을 뿐 그 분양순위를 기존에 이미 상가 분양을 신청한 다른 조합원들과 달리 차별하여 정할 것임을 미리 고지하거나 총회에서 결의하였다고 볼 수 없는 이상, 분양신청 내용의 변경을 통해 적법하게 상가 분양대상자의 지위를 갖게 된 원고의 분양순위에 관하여는 다른 상가 분양대상자들과 권리의

차등을 둘 수 없다.

원고는 분양신청기간 내에 분양신청을 하여 이미 신축 건축물을 분양받을 수 있는 조합원의 지위를 얻었고, 분양신청의 대상이 되는 목적물의 내용만을 변경한 것이므로 분양신청기간 내에 적법하게 분양신청을 하였던 조합원과 동등한 지위가 인정되어야 한다.

따라서 원고가 최초 분양신청기간 만료일 이전에 상가 분양신청을 하지 않았다고 하여 원고의 공급순위를 결정하는 데 있어 서울시 정비조례 제38조 제2항의 상가 분양순위 규정의 공급기준의 적용이 배제되어야 한다고 볼 수 없다(따라서 원고가 분양신청기간 내 상가 분양신청을 하지 않았기 때문에 분양순위에서 차별을 받아도 부당하지 않다는 취지의 조합의 주장은 이유 없다).

그러나 관리처분계획안에 대한 공람절차에서 평형변경 등의 절차를 진행하면서 ‘분양신청 기간 종료 후 공람기간중의 분양대상의 변경을 신청하는 경우, 상가분양 순위를 분양신청 기간 내 분양신청한 기존 상가 분양대상자들의 후순위’로 하기로 하는 조합 총회의 결의가 있었고, 그 결의 내용이 관리처분계획에 포함된 경우에는 분양신청기간 만료일 이후 상가 분양을 신청한 원고에 대하여 기존의 상가 분양대상자들의 권리를 침해하지 않는 범위에서 분양순위를 부여하는 것 또한 가능하다고 할 것이다.

## (2) 상가 분양순위결정은 재량행위가 아닌 기속행위

서울시 도시정비조례 제38조 제2항 및 정관 제48조 등 관련 규정의 문언 형태에 비추어 보면, 정비사업을 수행하는 조합으로서 그 재량에 따라 상가 분양순위를 정할 수 있는 것이 아니고, 도시정비조례 및 조합 정관에서 정해놓은 기준에 따라 상가 분양순위를 결정하여야만 하는 것으로 봄이 타당한바, 상가 분양순위를 결정하는 것은 재량행위 아닌 기속행위에 해당한다.

또한 정비사업에서의 관리처분계획은 법률이 정한 행정계획으로서 토지등소유자의 지위나 권리·의무의 인정 자체에 관하여는 재량의 여지가 없다고 하겠으나, 그 구체적인 내용의 수립에 관하여는 이른바 계획재량행위에 해당하여 상당한 재량이 인정된다고 할 것인데, 상가 분양순위는 신축 건축물을 분양받을 조합원의 종전 건축물의 사용 용도나 권리가액 등을 기준으로 하여 정해지는 것으로서 조합원의 지위나 권리·의무와 관련된 사항이라고 보아야 하므로, 이러한 측면에서도 각 조합원에게 권리가액 등에 합당한 순위로 분양받을 지위를 부여하는 것에 조합의 재량이 개입되어서는 아니된다고 봄이 타당하다(재량행위가 아닌 기속행위에 해당).



### 후순위로 상가 분양을 받을 것에 동의한 각서는 효력이 있는가?

‘본인들의 변경 신청으로 인하여 조합 사업에 피해가 발생하는 경우 가장 후순위로 상가 분양을 받는 것에 동의하겠다’는 의사를 표시한 경우, 그 각서는 효력이 있는가?

위 각서는 공동주택에서 상가로 분양신청 대상을 변경하였던 일부 조합원들이 본인들의 객관적인 상가 분양순위와는 관계없이 후순위로 분양을 받게 되어도 이를 용인하겠다는 개인적인 의사를 밝힌 것에 불과하므로, 위법하다고 볼 수는 없다.



## 13

## 분양신청기간 종료 후 분양신청의 철회와 현금청산대상자 시점은?

### 사 례

재개발조합의 조합원 A는 분양신청 기간 종료된 후에 임의로 분양신청을 철회했다. A는 조합은 A에게 관리처분 계획 인가일 다음 날부터 90일 이내에 현금청산금을 지급할 의무가 있고, 이를 지체하는 경우 지연이자를 지급할 의무가 있다는 취지로 주장한다. 이에 조합은 A의 분양신청 철회에 대하여 동의를 한 사실은 없으나甲을 현금청산대상자로 하는 관리처분계획의 수립·인가를 진행하였고 아직 분양계약체결에 관한 통지를 하지 않고 있다. A의 주장은 타당한지 여부?

## 1

### 관련 규정

#### (1) 도시정비법 및 정관의 규정

도시정비법 제73조는 '분양신청을 하지 아니한 자 등에 대한 조치'라는 제목하에서 '사업시행자는 관리처분 계획이 인가·고시된 다음 날부터 90일 이내에 「분양신청을 하지 아니한 자, 분양신청기간 종료 이전에 분양신청을 철회한 자, 제72조제6항 본문에 따라 분양신청을 할 수 없는 자, 제74조에 따라 인가된 관리처분계획에 따라 분양대상에서 제외된 자」와 토지, 건축물 또는 그 밖의 권리의 손실보상에 관한 협의를 하여야 한다. 다만, 사업시행자는 분양신청기간 종료일의 다음 날부터 협의를 시작할 수 있고(제1항), (2013.12.24. 이후 조합설립인가신청부터 적용)

사업시행자는 제1항에 따른 협의를 성립되지 아니하면 그 기간의 만료일 다음 날부터 60일 이내에 수용재결을 신청하거나 매도청구소송을 제기하여야 하고(제2항),

또한 사업시행자는 제2항에 따른 기간을 넘겨서 수용재결을 신청하거나 매도청구소송을 제기한 경우에는 해당 토지등소유자에게 지연이수에 따른 이자를 지급하여야 한다. 이 경우 이자는 100분의 15 이하의 범위에서 대통령령으로 정하는 비율을 적용하여 산정한다(제3항)'고 규정하고 있다.

## (2) 정관의 규정

조합 정관 제44조 제4항 제2호는 ‘분양신청을 철회한 자’에 대하여 관리처분계획이 인가·고시된 다음 날부터 90일 이내에 토지·건축물 또는 그 밖의 권리에 대하여 현금으로 청산하여야 한다.”라고 규정하고 있고, 같은 조 제5항은 ‘조합원은 관리처분계획인가 후 조합에서 정한 기간 내에 분양계약체결을 하여야 하며, 분양계약체결을 하지 않는 경우 분양계약기간 종료일의 다음 날로부터 제4항을 준용한다’고 규정하고 있다.

2

### 분양신청 철회시점과 조합관계 탈퇴에 따른 현금청산 의무

#### (1) ‘분양신청을 철회한 자’에 ‘분양신청기간이 종료된 후 임의로 분양신청을 철회한 자’가 포함되는지 여부

도시정비법 제73조 제1항 제2호는 명백하게 ‘분양신청기간 종료 전에 분양신청을 철회한 자’라고 규정하고 있고, 위 정관 제44조 제4항 제2호에서 말하는 ‘분양신청을 철회한 자’에 대한 의미는 도시정비법과 마찬가지로 분양신청기간 내에 분양신청을 하였다가 그 기간이 종료되기 전에 이를 철회한 자를 가리키고, 분양신청기간이 종료된 후에 임의로 분양신청을 철회한 자는 여기에 포함되지 않는다.

다만 조합의 정관이나 관리처분계획에서 조합원들에 대하여 분양신청기간 종료 후 일정한 기간 내에 분양계약을 체결할 것을 요구하면서 그 기간 내에 분양계약을 체결하지 아니한 자에 대하여는 그 권리를 현금으로 청산한다는 취지를 정한 경우, 이는 사업시행자가 조합원이었던 토지 등 소유자에 대하여 해당 기간에 분양계약의 체결을 거절하는 방법으로 사업에서 이탈할 수 있는 기회를 추가로 부여한 것이므로, 분양신청을 한 토지 등 소유자가 분양신청 기간이 종료된 이후 분양계약 체결기간 내에 분양계약을 체결하지 않는 경우 당해 토지 등 소유자는 현금청산대상자에 해당하게 된다.

#### (2) 분양신청기간 종료 이후 분양신청 철회와 조합의 동의여부

분양신청을 한 토지 등 소유자가 분양계약을 체결하지 않거나 사업시행자에게 분양신청을 철회하는 등으로 분양계약의 체결의사가 없음을 명백히 표시하고 사업시행자가 이에 동의함으로써 추가로 현금청산대상자가 된 경우, 그러한 현금청산대상자에 대한 사업시행자의 청산금 지급의무는 ‘분양계약 체결기간의 종료일 다음 날’ 발생하므로, 분양계약 체결기간에도 이르기 전에 사업시행자의 재결신청과 그에 따른 수용재결이 이루어진 경우에는 사업시행자의 재결신청 지연을 이유로 한 공익사업법 제30조 제3항이 정한 가산금은 발생할 여지가 없다.

### 사례의 해결

사례의 경우 조합이 분양신청 기간 종료 이후에 분양신청을 철회한 것에 대하여 동의하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라 조합은 원고 A의 분양신청 철회를 거부한 사실이 인정된다.

그리고 조합이 그 정관 등을 통하여 A와 같이 ‘분양신청기간이 종료된 후에 임의로 분양신청을 철회하고 분양계약을 체결하지 아니한 조합원’등에 대하여 그 권리 등을 분양계약이 종료되는 날의 다음날 현금으로 청산한다는 취지로 정하였으므로, 조합은 A에 대하여 ‘분양계약 체결기간 종료일 다음날부터 90일 이내’에 현금청산금을 지급할 의무를 부담한다고 봄이 타당하다.

조합은 A가 분양신청을 철회함으로써 분양대상에서 제외하였고, 그에 따라 甲을 현금청산대상자로 하는 관리처분계획의 수립·인가 절차가 진행된 것으로 보일 뿐, ‘인가된 관리처분계획에 의하여 A가 분양대상에서 제외된 경우’에 해당한다거나 조합의 정관이나 관리처분계획에 따른 현금청산금 지급에 관한 권리관계가 관리처분계획의 인가로 인하여 변경된다고 보기는 어렵다.



#### 조합에서 분양계약 체결시점을 임의로 시점 및 기간을 정할 수 있는지 여부?

조합정관 제44조 제5항은 ‘조합원은 관리처분계획인가 후 조합에서 정하여 통지하는 기한 내에 분양계약체결을 하여야 하며, 분양계약체결을 하지 않는 경우 그 권리를 현금으로 청산한다’고 규정하여 분양계약체결기간을 조합이 정할 수 있게 하면서 그 시기적 제한을 명시하지 아니하고 있다.

위와 같은 정관조항은 조합이 조합원들에게 분양계약체결을 요구하는데도 그 분양계약체결 의무에 위반하여 분양계약을 체결하지 아니한 조합원을 현금청산대상자로 한다는 의미로 해석하는 것이 타당하고, 조합이 사업 진행상 여러 가지 사정으로 조합원들에게 분양계약체결 자체를 요구하지 아니한 경우에도 그 규정에 따라 분양계약체결기간 내에 분양계약체결이 이루어지지 않았다고 하여 모든 조합원들이 현금청산대상자가 된다고 볼 것은 아니다.

따라서 조합은 조합원들의 다양한 이해관계, 정비사업에 소요될 것으로 예상되는 사업비용, 조합원·현금청산대상자·세입자 등의 이주 정도, 관리처분계획의 변경 가능성 등 제반 사정을 고려하여 분양계약체결기간을 적절한 시기로 정할 수 있는 폭넓은 권한을 보유하고 있다.

분양신청 기간 내에 분양신청을 하여 관리처분계획에 그 분양과 관련된 내용이 반영된 분양대상 조합원으로서 도시정비법에서 규정하고 있는 현금청산대상자가 아니고, 조합정관 제44조 제5항에 근거하여 분양계약의 체결을 거절하는 수동적인 방법으로 주택재개발정비사업에서 이탈할 수 있는 기회를 추가로 부여받은 것에 불과한 지위에 있을 뿐이다.

## 01

## 분양신청은 대표조합원만 할 수 있는가?

## 1

## 분양신청권의 준공유

## (1) 관련 법령 및 정관의 규정

도시정비법 제39조 제1항은 수인의 소유자 중 대표조합원 1인 이외의 나머지 소유자를 재건축조합과의 사단적 법률관계에서 완전히 탈퇴시켜 비조합원으로 취급하여 분양대상에서 제외하겠다는 취지로 해석할 수는 없고, 수인의 소유자 전원을 1인의 조합원으로 보되, 수인의 소유자 전원을 대리할 대표조합원 1인을 선출하여 조합 운영의 절차적 편의를 도모함과 아울러, 수인의 소유자 전원을 1인의 조합원으로 취급하여 그에 따른 권리분배 등의 범위를 정한다는 의미로 보아야 한다.

조합원의 자격 등에 관한 내용을 규율하는 도시정비법 제39조 제1항 본문은 “정비사업의 조합원은 토지등 소유자로 하되, 토지 또는 건축물의 소유권 등이 수인의 공유에 속하는 때(1호), 수인의 토지등소유자가 1세대에 속하는 때(2호), 조합설립인가 후 1인의 토지등소유자로부터 토지 또는 건축물의 소유권이나 지상권을 양수하여 수인이 소유하게 된 때(3호)에는 그 수인을 대표하는 1인을 조합원으로 본다”고 규정하고 있고, 관리처분계획의 수립기준에 관한 내용을 규율하는 도시정비법 제76조 제1항 제6호는 “1세대 또는 1명이 하나 이상의 주택 또는 토지를 소유한 경우 1주택을 공급하고, 같은 세대에 속하지 아니하는 2명 이상이 1주택 또는 1토지를 공유한 경우에는 1주택만 공급한다”고 규정하고 있다.

정관 제9조 제3항은 “하나의 (구분)소유권이 수인의 공유에 속하는 때에는 그 수인을 대표하는 1인을 조합원으로 본다. 이 경우 그 수인은 대표자 1인을 대표조합원으로 지정하고 대표조합원 선임동의서를 작성하여 조합에 신고하여야 하며, 조합원으로서의 법률행위는 그 대표조합원이 행한다”라고 규정하고 있다.

## (2) 1개의 분양신청권은 대표조합원에게 전적으로 귀속

조합원은 원래 정비구역 내 몇 개의 부동산을 소유하는지와 상관없이 1개의 분양신청권만을 갖는데, 일부 부동산을 양도할 경우 부동산 물권의 수대로 주택을 분양받을 수 있는 권리가 추가로 생긴다고 보게 되면 투기세력의 유입을 억제하고 사정변경으로 조합원의 수가 변동되는 것을 방지하기 위하여 신설된 구 도시정비

법 제19조 제1항 제3호의 입법취지에 반하는 점을 더하여 보면, 조합이 이 사건 관리처분계획을 수립함에 있어 ① 수인이 하나의 부동산을 공유하는 경우, ② 1세대를 구성하는 수인이 2 이상의 부동산을 소유하는 경우, ③ 동일인이 2 이상의 부동산을 소유하고 있다가 그중 일부를 다른 사람에게 양도한 경우 모두 1개의 분양신청권만 인정된다. 즉, 위와 같은 경우 수인의 토지등소유자는 그 전원이 1인의 조합원 지위에 있고, 다른 조합원과 분양신청권을 준공유하는 관계에 있게 된다고 볼 수 있다.

따라서 도시정비법 제39조 제1항 본문 및 정관 제9조 제3항에 비추어 볼 때, 1개의 분양신청권을 준공유하는 수인의 토지등소유자가 그 중 1인을 대표조합원으로 지정하기로 합의하고, 이에 따라 대표조합원 선임 동의서를 조합에게 제출하였다면, 이로써 향후 대표조합원을 통하여서만 조합원으로서 총회의 출석, 발언 및 의결권 행사, 임원의 선임 및 분양신청 등의 법률행위를 하겠다는 의사를 표시한 것이라고 보아야 한다.

설령 수인의 토지등소유자가 내부적으로 대표조합원을 변경하였다거나 일부 법률행위는 각자 하기로 합의하였더라도, 그러한 의사를 조합에게 알리는 등의 특별한 사정이 따로 존재하지 아니하는 한, 조합이 대표조합원의 분양신청 등 법률행위만을 적법한 것으로 인정하는 것이 재량권을 일탈·남용한 것이라고 보기는 어렵다.

## 2

## 대표조합원의 선임

정관에 의하면 ‘그 수인은 대표자 1인을 대표조합원으로 지정하고 별지의 대표조합원선임동의서를 작성하여 조합에 신고하여야 하며, 조합원으로서의 법률행위는 그 대표조합원이 행한다’고 규정하고 있다.

수인이 1인의 대표조합원을 지정하기 위하여는 대표조합원선임동의서의 제출이 필요하고, 이러한 선임동의 등이 없었다면 수인은 공동조합원에 해당할 뿐 1인이 대표조합원의 지위에 있다고 할 수 없다.

도시정비법 제39조 제1항 본문은 그 여러 명을 대표하는 1명을 조합원을 본다고 규정하고 있으므로, 공유자 각자가 단독조합원의 지위를 가지는 것이 아니라 그 공유자 전원이 1인의 조합원 지위만 부여받을 수 있다.

## 3

## 분양신청 방법

1개의 분양신청권을 준공유하는 수인의 토지등소유자로서는 각자 별도로 분양신청을 해야 하는지, 대표조합원을 선임하여 분양신청을 하여야 하는지, 대표조합원을 선임하지 않은 채 각각 별도로 분양신청을 한 경우 그중 분양대상자로 지정되는 사람이 누구인지 여부를 명확하게 알기 어렵다.

수인의 토지등소유자로 하여금 대표조합원을 지정하여 분양신청권을 행사하도록 이러한 절차를 사전에 알려주지 않은 상태에서 대표조합원을 선임하지 않은 수인의 토지등소유자로부터 각각 분양신청을 받았다면, 조합원으로서의 그들로 하여금 대표조합원을 선임하여 분양신청을 하도록 보정을 권고하고 그에 따라 대표조합원으로 선임된 토지등소유자를 분양대상자로 지정하는 것이 맞다.

대표조합원이 선정되었다면 그 대표조합원이 나머지 토지등소유자를 대표하여 분양신청권 및 분양계약체결권한 등 조합원으로서의 권리를 행사해야 한다. 따라서 분양신청과 같은 토지등소유권자로서의 법률행위는 관련 법령 및 정관이 정하는 바에 따라 대표조합원이 행하여야 하고, 대표조합원선임 동의를 받지 않은 공유자가 단독으로 행한 법률행위는 무효라고 보아야 한다.

따라서 공유자 중 일부가 다른 공유자들의 대표조합원 선임동의를 받지 않은 채 단독으로 분양신청을 한 이상 적법한 분양신청이 있었다고 볼 수 없다.

### 대표조합원이 아닌 공유자는 총회참석권이 보장되는가?

대표조합원 아닌 토지등소유자인 공유자의 총회에의 참석권이 대표조합원 또는 일반 단독조합원의 그것과 동일하게 보장되어야 한다고 보기는 어렵고, 총회의 질서유지와 조합사무의 효율적 운영을 위하여 제한될 수 있다.

대표조합원이 아닌 공유자의 총회 참석권이 침해되어 총회 자체에 절차적 하자가 있다고 볼 수는 없으며, 설령 피고가 실제로 총회 장소에 입장하려 하는 원고의 입장을 저지하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 해당 총회 자체가 위법해질 만큼의 절차적 하자에 해당한다고 볼 수는 없다.

### 대표조합원 선임을 철회할 수 있는지 여부 및 그 방법은?

도시정비법령에서는 대표조합원의 선임과 관련하여 아무런 정함이 없고, 조합 정관에서도 대표조합원 선임행위의 철회에 관하여는 따로 규정하고 있지 아니하다. 그러나 대표조합원 선임동의서를 제출한 공유자인 조합원도 이후 대표조합원과 의견이 상충하는 등의 상황이 발생하는 경우에는 대표조합원에 대한 수권행위를 철회할 수 있다고 봄이 합당하다. 다만 법적안정성을 위하여 도시정비법 시행령 제33조 제3항을 유추적용하여 소유자는 철회 의사가 기재된 서면에 주민등록증 또는 여권 등 신원을 확인할 수 있는 신분증명서 사본을 첨부하여 대표조합원 및 조합에게 내용증명 우편의 방법으로 발송하여야 할 것이다.

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

### 주·요·업·무

재개발·재건축사업의 등기업무 및 자문  
재개발사업의 수용재결 업무

 법무사법인(유한) **동양**

## 02

## 대표조합원 미선정 사안에서 분양신청권의 유무

## 사 례

재개발조합원 원고 A는 상가 101호를 각 1/2 지분씩 조합원 B와 공유로 소유한 토지등소유자로서, 근린생활시설의 분양을 희망한다는 분양신청서를 제출하였고, 조합원 B는 구역 내 별도의 단독건물을 소유하고 있어 단독으로 분양신청을 하였다. 피고는 원고 A에 대해서는 이 사건 상가 101의 지분만을 소유하고 있어 부동산 공유자들이 대표조합원 1인을 지정하여 분양신청을 한 것이 아닌 이상 개별 지분권자에게 별도의 분양신청권을 인정할 수는 없다는 이유로 원고를 현금청산대상자로 정하는 내용의 관리처분계획을 수립하였다. 관리처분계획은 적법한가?

## 1

## 쟁점의 정리

이와 같이 이 사건 쟁점 사안임에도 대표조합원이 선정되지 않은 경우(이하 '대표조합원 미선정 사안'이라 한다) 조합원의 권한 행사 방식에 대하여는 구 도시정비법령과 피고 정관 및 관리처분계획에서 아무런 정함이 없다.

따라서 원고의 조합원 지위상실 여부와 관련해서는 대표조합원 미선정 사안에서 조합원 지위의 존부 및 그 권리행사(분양계약체결권한)의 가부와 방식이 문제된다.

## 2

## 조합원 지위 및 분양신청권 유무

## (1) 관련 규정 및 쟁점의 정리

도시정비법 제39조 제1항 제1호는 '정비사업의 조합원은 토지등소유자로 하되, 토지 또는 건축물의 소유권과 지상권이 여러 명의 공유에 속하는 때에는 그 여러 명을 대표하는 1명(이하 '대표조합원'이라 한다)을 조합원으로 본다'고 규정하고 있다. 따라서 만일 이 사건 상가 101호와 관련하여 공유자들 사이에 대표조합원이

선정되었다면, 그 대표조합원이 공유자들을 대표하여 분양신청권 등 조합원으로서의 권리를 행사해야 한다.

그러나 이 사건의 경우처럼 이 사건 상가 101호와 관련하여 대표조합원이 선정되지 않은 경우(이하 ‘대표 조합원 미선정 사안’이라 한다), 조합원의 지위 및 권리 행사 방식에 대해서는 도시정비법령과 정관, 이 사건 관리처분계획 등에서 명시적 규정을 찾아볼 수 없다.

### (2) 대표조합원 미선정 사안에서 조합원 지위의 존부

도시정비법 제2조 제9호 (가)목, 제25조, 제39조 제1항에 의하면 재개발사업의 정비구역에 위치한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자는 ‘토지등소유자’로서 재개발사업의 조합원이 된다. 그런데 도시정비법은 토지 또는 건축물의 소유권과 지상권이 여러 명의 공유에 속하는 때에는 대표조합원 1명을 조합원으로 본다고 규정(제39조 제1항 제1호)하고 있을 뿐, 대표조합원을 선정하지 않은 경우에 공유자의 조합원 지위를 박탈하는 등의 규정은 두고 있지 않고, 이에 대한 손실보상 규정도 마련하고 있지 않다.

이 사건 조합원 자격 규정의 취지가 수인의 토지등소유자 전원이 조합원의 자격은 보유하되 수인을 대리할 대표조합원 1인을 선출하여 그 1인을 조합에 등록하도록 함으로써 조합 운영의 절차적인 편의를 도모하는 것이라는 점, 조합설립인가 이후에 토지 등 소유권을 양수한 자들 또한 현물출자 의무를 부담하는 것은 마찬가지라는 점을 보태어 보면, 대표조합원 미선정 사안의 경우 권리행사 방법은 별론으로 하더라도 토지등소유자들의 조합원 지위 자체가 부인될 수는 없다.

따라서 도시정비법 제39조 제1항에 따라 대표조합원을 선정하지 않았다는 사정만으로 정비구역 내 토지 또는 건축물의 공유자들이 조합원 지위를 상실한다고 보기는 어렵고, 이러한 경우에도 공유자들은 여전히 ‘토지등소유자’로서 조합원의 지위를 보유하되, 다만 권리분배를 함에 있어 공유자 전원을 1인의 조합원으로 취급하는 것에 불과하다고 봄이 타당하다.

### (3) 대표조합원 미선정 사안에서 분양신청권의 유무

재개발사업 정비구역 내 토지 또는 건물 공유자들 사이에 대표조합원이 선정되지 아니하였다거나, 공유자들 전부가 공동으로 분양신청을 하지 않았다는 이유만으로 해당 공유자들의 분양대상자 자격이 상실된다고 볼 수 없다.

1명의 대표조합원 선정과 관련하여, 공유자들 사이에 분양신청을 할 대표조합원을 누구로 선임할지에 대한 합의가 이루어지지 않거나, 이 사건과 같이 공유자들 중 일부가 정비구역 내에 공유부동산 외의 다른 부

동산을 단독소유 하고 있어 독자적으로 분양신청을 함으로써 공유자들 전부 1명의 대표조합원을 선정하여 해당 부동산과 관련한 분양신청을 하는 것이 불가능한 경우 등 대표조합원을 통한 공유자들의 통일적인 분양신청권 행사가 어려운 경우가 존재한다.

대표조합원 미선정 사안의 경우 공유자들의 조합원 자격 내지 분양대상자 자격을 박탈하는 규정은 두고 있지 않고, 달리 정관이나 이 사건 관리처분계획 등에서 공유자들의 분양신청권을 제한하는 명시적 규정도 두고 있지 않다.

분양신청권과 분양계약체결권한 등 분양을 위한 권리는 조합원이 소유하던 정비구역 내 토지 또는 건축물의 현물출자의무에 대응하는 가장 핵심적인 권리에 해당하는 분양신청권의 성격을 고려하면, 명시적인 규정이 없는 이상 절차적 편의를 도모하기 위한 대표조합원 선임 규정만을 이유로 대표조합원 미선정 사안에서 공유자의 분양신청권이 박탈된다고 볼 수 없다.

만일 이와 달리 조합이 주장하는 바와 같이 대표조합원을 선정하지 않거나 공유자들 전원이 공동으로 분양신청을 하지 않는 경우 개별 공유자들의 분양신청이 부적법하다고 본다면, 공유자들 중 일부가 정비구역 내에 다른 부동산을 단독소유하고 있어 독자적인 분양신청권을 행사하는 등 공유자들 전원이 공동으로 공유부동산에 기한 분양신청권을 행사할 수 없는 사안의 경우 원고와 같은 지분권자들은 아무런 귀책사유 없이 다른 지분권자들이 별개의 부동산을 단독소유 하고 있다는 등의 우연한 사정에 의하여 분양신청권을 행사할 기회 자체를 박탈당하는 결과가 된다.

도시정비법 등 관계 법령은 분양대상자를 '토지등소유자'로 규정하고 있는바, 정비구역 내 토지 등을 소유한 자들은 원칙적으로 분양대상자로서 분양계약체결권한을 가진다고 할 것이다. 따라서 도시정비법령은 분양대상자를 '토지등소유자'로 규정하고, 서울시 정비조례 제36조 제1항도 정비구역 내 토지 등을 소유한 자들은 원칙적으로 분양대상자로서 분양신청권 및 분양계약체결권한을 가진다고 할 것이다.

## 3

## 적법한 권리분배 방식

## (1) 대표조합원 미선정시 조합의 조치

도시정비법 제39조 제1항, 피고의 정관 제9조 제4항 등이 공유자들로 하여금 1인의 대표조합원을 선정하여 조합에 대한 법률행위를 하도록 규정하고 있는 취지는 수인의 소유자 전원을 1인의 조합원으로 취급하여

그에 따른 권리분배 등의 범위를 정한다는 의미로 보아야 하므로, 대표조합원 미선정 사안에서 공유자들이 각자 분양신청을 할 경우 각 공유자들마다 별개의 분양권을 인정할 것은 아니다.

그렇다면 정관이나 관리처분계획에 대표조합원이 선정되지 않은 경우의 공유자 권리행사 방식에 대한 근거 조항을 마련하지 않은 재개발조합으로서는 먼저 대표조합원을 선임하지 않고 각자 분양신청을 한 공유자들에게 ① 도시정비법 제39조 제1항에 따라 대표조합원을 선정하고 그를 통하여서만 조합원으로서의 권리(분양신청권 등)를 행사할 것을 요구하거나, ② 공유자들 전원에게 분양희망 부동산 등 분양신청서에 기재된 의사표시를 합치시킬 것을 요구하여 사실상 대표조합원을 선임한 것과 마찬가지로 공유자들이 통일된 의사표시를 할 수 있도록 하는 조치를 취하여야 한다.

그런데도 공유자들이 위와 같은 요구를 거부함으로써 공유자들 전원을 1인의 조합원으로 취급하여 권리를 분배하는 것이 불가능하게 된다면, 이러한 경우 비로소 재개발정비사업조합은 불가피하게 공유자들을 현금청산대상자로 삼는 것을 검토할 수 있다.

## (2) 사안의 적용

① 이 사건의 경우 조합원 B는 정비구역 내에 다른 부동산을 단독소유하고 있으므로, B는 이 사건 상가 101호 지분에 기하여 따로 분양신청을 하는 것이 아니라 위 부동산을 포함한 이 사건 정비구역 내 소유 부동산을 통틀어 위 각 ‘소유자들마다 하나의 분양신청’을 하여야 하므로, 이 사건 상가 101호의 공유자들이 대표조합원을 선임하여 분양신청을 하거나, 위 공유자들 전원이 공동으로 분양신청하는 것이 사실상 불가능하다.

따라서 원고로서는 이 사건 상가 101호 지분에 기하여 분양신청을 할 수밖에 없으므로, 대표조합원을 선정하거나 공유자들 전원이 공동하여 분양신청을 하지 않았다고 하더라도 원고의 이 사건 분양신청은 그 자체로 적법하다. 따라서 피고는 원고에게 상가 101호 지분 소유권과 관련한 분양권을 인정하였어야 함에도 이 사건 분양신청이 부적법하다는 전제에서 원고를 현금청산대상자로 분류하였으므로, 이는 원고들의 재산권을 침해한 것으로서 위법하다. 따라서 조합은 원고 A에게 이 사건 상가 101호 지분 소유권에 따른 분양권을 인정하여야 한다.

② 이와 같이 대표조합원 미선정 사안에서 공유자의 개별 분양신청을 적법한 것으로 취급하더라도, 공유자들 전원을 1인의 조합원으로 취급하여 권리분배의 범위를 정하는 이상 1개의 공유부동산에 대하여 수개의 분양권이 인정될 여지가 없어 분양권 과다산정의 문제가 발생하지 않는다.

마찬가지로, 이 사건에서 원고에게 1개의 분양권을 인정하더라도 이는 상가 101호에 대하여 1개의 분양권을 인정하는 것에 불과하므로(B에게 인정된 분양권은 이 사건 상가 101호의 공유자로서 인정된 것이 아니라 단독으로 다른 부동산을 소유함으로써 인해서 인정된 것이므로, 이 사건 상가 101호에 대하여 1개의 부동산에 수개의 분양권이 인정된 것이라고 볼 수는 없다), 다른 조합원들의 권리를 침해할 우려가 없다.

더욱이 도시정비법 제77조 제1항은 정비구역 지정일 등의 다음 날을 기준으로 건축물을 분양받을 권리를 산정한다고 규정하고 있는데, 이는 이른바 ‘지분 쪼개기’ 등을 통하여 기존 조합원의 권리를 침해하는 것을 방지하려는 것이다. 그런데 원고는 이 사건 정비구역의 지정일 보다 훨씬 전에 상가 101호를 취득하였는바, 위와 같은 ‘지분 쪼개기’ 유형에 포함될 여지도 없다(도시정비법 제77조-특정적 열거)



#### 1필지의 일부 공유자가 다른 토지와 합하여 단독조합원이 되는 경우, 나머지 공유자에게 분양신청권을 부여할 수 있는가?

1. <사례> A는 ‘甲토지(90㎡이상)’의 단독소유자이면서 동시에 ‘乙토지’에 대한 지분소유권자이고, B는 ‘乙토지’의 지분소유권자로서 공유지분 면적은 70㎡인 경우, A와 B에 대한 공평한 분양배분 방식은?
2. <서울시 정비조례> 구 서울시 정비조례 제27조제2항3호는 수인의 분양신청자를 1인의 분양신청자로 본다고 하면서 예외적으로 2003.12.30. 전부터 공유지분으로 소유한 토지의 지분면적이 90㎡이상인 자는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다. 따라서 B의 공유지분면적이 90㎡이상인 경우에는 2003.12.30. 전부터 공유지분으로 소유한 것이냐가 주된 논점이 되겠지만, B의 공유지분은 70㎡이므로(토지의 취득시기는 2005년), 이 사건 토지의 권리가액에 상당하는 공동주택의 3/8 지분을 분양받을 수 있다고 판결했다(나머지 5/8의 지분은 조합에 귀속된다).
3. <분양배분의 방법 >
  - ① A에게 甲토지에 대하여 하나의 분양신청권, 乙토지에 대하여 A와 B에게 분양신청권을 인정하는 방법
  - ② A에게 하나의 분양신청권만 인정하고 B는 현금청산하는 방법
  - ③ A와 B에게 각각 하나의 분양신청권을 인정하는 방법
  - ④ A는 甲토지의 소유권과 乙토지의 지분소유권을 합하여 분양신청권을 인정하고, B는 해당 토지의 권리가액에 상당하는 공동주택을 자신의 지분에 한하여 공급받는 방법
4. <법원의 판단> 서울행정법원은 토지 1필지의 공유자 중 일부가 사업구역 내의 다른 토지 등에 대한 소유권이 있어서 그의 공유지분이 다른 토지 등에 합산되면서 단독조합원 자격을 부여받은 경우, 나머지 공유자에게도 분양신청권이 인정되어야 한다(④번째 방법 채택).

## 03

대표조합원과 공유자간에 분양계약 체결에 관하여  
의견이 상충하는 경우

## 사 례

조합원인 A와 B는 공유자로서 B가 대표조합원으로 선임되었다. A는 현금청산을 희망하는 반면, 대표조합원인 B는 분양계약(분양신청)을 희망하고 있는 경우, A는 어떠한 조치를 취할 수 있는가?

## 1

## 쟁점 및 관련 규정

1) 재개발조합의 조합원인 A와 B는 관리처분계획 인가 이후 분양계약의 체결여부에 관하여 대표조합원과 공유자 사이에 의견이 상충하는 경우, 관리처분계획 기준일 이후에도 대표조합원 선임행위를 해지하거나 수권행위를 철회할 수 있는지가 쟁점이다.

2) 도시정비법 제39조(조합원의 자격 등) 제1항은 정비사업의 조합원은 토지등소유자로 하되, ‘토지 또는 건축물의 소유권과 지상권이 여러 명의 공유에 속하는 때’에는 그 여러 명을 대표하는 1인을 조합원으로 본다고 규정하고 있다. 한편 정관 제9조 제4항도 동일한 내용으로 규정하면서, 이 경우 그 여러 명은 대표자 1인을 대표조합원으로 지정하고 대표조합원 선임동의서를 작성하여 조합에 신고하여야 하며, 조합원으로서의 법률행위는 그 대표조합원이 행하도록 하고 있다.

3) 또한 조합 정관에 의하면, 조합원은 관리처분계획이 인가된 후라도 정관에서 정한 분양계약 체결기간 이내에 분양계약을 체결하지 아니함으로써 특별한 사정이 없는 한 현금청산대상자가 될 수 있는데, 이러한 규정은 조합원으로 하여금 관리처분계획이 인가된 이후라도 조합원지위에서 이탈하여 현금청산을 받을 기회를 추가로 부여하려는 취지이므로, 그 내용이 도시정비법에 위배되어 무효라고 볼 수 없다.

## 2

## 대표조합원 선임행위의 철회 및 방법

도시정비법령에서는 대표조합원의 선임과 관련하여 아무런 정함이 없고, 정관에서도 대표조합원 선임행위의 철회에 관하여는 따로 규정이 없다.

그러나 대표조합원 선임동의서를 제출한 공유자인 조합원도 이후 대표조합원과 의견이 상충하는 등의 상황이 발생하는 경우에는 대표조합원에 대한 수권행위를 철회할 수 있다고 봄이 합당하다. 다만 법적안정성을 위하여 도시정비법 시행령 제33조 제3항을 유추적용하여 소유자는 철회의사가 기재된 서면에 주민등록증 및 여권 등 신원을 확인할 수 있는 신분증명서 사본을 첨부하여 대표조합원 및 조합에게 내용증명 우편의 방법으로 발송하여야 한다고 볼 여지는 있다.

## 3

## 사례의 정리

위 정관 규정에 근거하여, 관리처분계획인가 기준일이 지났더라도 분양계약 체결 여부에 관하여 대표조합원과 의견이 상충하는 공유자는 분양계약 체결 기간 내에 대표조합원에 대한 위임계약을 해지하거나 수권행위를 철회함으로써 공유자인 甲은 현금청산을 할 수 있다.

결국 A는 대표조합원 선임행위를 철회한다는 의사표시가 담긴 서면을 조합에 발송하여야 할 것이고, 그 서면이 조합에 도달하는 경우 대표조합원의 분양계약체결에 관한 대표조합원 지위는 소멸되었다고 할 것이므로, 대표조합원 B는 조합과의 분양계약체결 및 그 이행에 관하여 공유자의 대표조합원 지위에 있지 않다고 보아야 한다.

## 04

## 대표조합원 이외의 공유자도 분양신청서를 제출하여야 하는가?

## 1

## 대표조합원의 수권의 범위

## (1) 관련 법령

정관 제9조 제3항도 도시정비법 제39조 제1항과 동일한 내용의 규정을 두고 있고, 제9조 제3항 후문은 “이 경우 그 수인은 대표자 1인을 대표조합원으로 지정하고 별지2의 대표조합원 선임동의서를 작성하여 조합에 신고하여야 하며, 조합원으로서의 법률행위는 그 대표조합원이 행한다”고 규정하고 있으며, 같은 조 제4항은 “양도 등으로 조합원의 권리가 이전된 때에는 조합원 권리를 취득한 자로 조합원이 변경된 것으로 보며, 권리를 양수받은 자는 조합원의 권리와 의무 및 종전의 권리자가 행하였거나 조합이 종전의 권리자에게 행한 처분, 청산 시 권리·의무에 관한 범위 등을 포괄 승계한다”고 규정하고 있다.

## (2) 포괄적 수권행위도 가능한가

정관 제9조 제3항 [별지2] 서식에 따른 대표조합원 선임동의서를 작성하여 조합에게 제출한 경우, 대표조합원(A)이 아닌 공유자(B) 등은 조합에 대하여 조합원으로서 하는 법률행위에 관한 대표 권한을 대표조합원에게 수권하였다고 할 것이고, 이후 공유자 B로부터 부동산을 양도받아 그 조합원 지위를 양수한 C는 정관 제9조 제4항에 따라 공유자가 행한 법률행위의 효과 등을 포괄 승계한다고 할 것이므로, 조합원 C 역시 조합에 대하여 조합원으로서 하는 법률행위에 관한 포괄적인 대표권한을 A에게 수권하였다고 할 것이다. 따라서 A가 대표조합원으로서 조합에 대하여 법률행위를 할 때마다 매번 별도의 위임을 다시 받아야 하는 것은 아니다.

## (3) 분양신청 당시 대표조합원으로 선임된 경우, 분양계약 체결권한도 수권범위에 포함될 수 있는지 여부

A가 대표조합원으로서 분양신청을 하기에 앞서 공유자로부터 ‘분양신청을 위한 대표조합원 선임동의서’를 받아 조합에게 분양신청을 하였고, 위 대표조합원 선임동의서에는 정관 제9조 제3항 [별지2] 서식에 따른 대표조합원 선임동의서와 달리 ‘분양신청에 관련된’ 소유자로서의 법률행위는 대표소유자(조합원)가 행하는 데 동의한다고 하여 마치 수권의 범위가 분양신청에 관련된 법률행위에만 제한되어 있는 것으로 해석될 여지가 있는 표현이 부가되어 있는 경우에는 대표조합원의 수권범위에 관하여 다툼의 여지가 있을 수 있다.

그러나 대표조합원 선임동의서를 제출한 공유자인 조합원도 이후 대표조합원과 분양계약의 체결 여부에 관하여 의견이 상충하거나 아예 분양신청 의사를 철회하고자 하는 경우에는 언제든지 대표조합원에 대한 수권행위를 철회할 수 있으므로, 조합원들이 대표조합원에게 수권한 범위를 축소하여 ‘분양신청에 관한 법률행위만을 수권한 것’이라고 볼 수 없다.

## 2

## 공유자들의 분양신청 방법

주택의 구분소유자들은 조합이 공고한 분양신청기간의 말일까지 대표조합원을 선임하여 조합에게 신고하고 위 대표자 1인의 명의로 조합에게 분양신청을 하면서 그 신청서에 위 대표자 외의 나머지 구분소유자들의 성명을 기재하고 그들의 분양신청서까지 첨부하여야 한다.

〈사례〉 이 사건 주택의 구분소유자들은 분양신청기간이 만료될 때까지 대표조합원을 선임하지 아니한 채 각자 단독 명의로 분양신청을 하였을 뿐이고, 그 신청서에 신청자 본인을 제외한 나머지 이 사건 주택의 구분소유자들의 성명을 기재하거나 그들의 신청서를 첨부하지도 아니하였는바, 이러한 분양신청은 수인이 1인의 분양대상자로 신청하는 경우에 관한 도시정비법 규정 및 조합의 정관 규정에 위반되는 것이므로 그 자체로 유효한 분양신청이 될 수 없을 뿐만 아니라, 분양신청기간 만료 후에 선임된 대표조합원의 추인이 있다고 하더라도 소급적으로 유효로 될 수도 없다 할 것이다. 따라서 이 사건 주택의 구분소유자들은 모두 현금청산대상자가 된다(대법원).

## 3

## 분양신청서의 서식은 법규적 효력이 있는지 여부

서울특별시 도시 및 주거환경 정비조례 시행규칙 제15조는 ‘분양신청서’는 [별지 제24호] 서식에 따른다고 규정하고 있는데, 위 분양신청서의 서식에 의하면, ‘수인이 1인의 분양대상자로 신청하는 경우 함께 신청하는 자의 분양신청서 각 1부’를 첨부하도록 하고 있다. 위와 같은 서울시 정비조례 시행규칙 제14조는 도시정비법 제72조 제3항, 도시정비법 시행령 제59조 제2항 제2호의 위임에 따른 것이므로, 서울시 정비조례 시행규칙 [별지 제24호]의 “분양신청서 서식”은 도시정비법령의 수권에 의하여 법령을 보충하는 사항을 정한 것으로서, 그 근거 법령규정과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규적 효력이 있다.

그런데 서울시 정비조례 시행규칙 제14조 [별지 제24호] 서식에 의하면, 대표조합원이 분양신청을 하더라도 나머지 사람들의 분양신청서도 함께 작성되어 제출되어야 한다. 이와 같은 서울시 정비조례 시행규칙 제

14조 [별지 제24호] 서식의 입법취지는 분양신청에 의하여 관리처분계획상의 수분양자가 되는 경우, 당해 조합원 수인은 비록 1인의 조합원 지위에 있으나 각각 중후 자산과 종전 자산과의 차액에 해당하는 청산금 및 조합비용에 대한 분담금을 지급할 의무를 부담하게 되므로, 그와 같은 중대한 의무를 초래할 행위에 대하여는 조합 운영의 절차적 편의를 도모하기 위하여 대표조합원이 행위 하더라도 나머지 사람들의 의사를 확인할 수 있도록 하는 서면을 제출하도록 한 것이다.

따라서 이와 같은 분양신청서 서식에 반하여 나머지 공유자들의 분양신청서가 첨부되지 아니한 경우 대표 조합원의 분양신청은 적법하다고 볼수 없다.

4

**대표조합원 이외에 공유자에 대한 구비서류를 갖추지 못하였다는 이유로 분양계약 체결 요청을 거절하고 공동수분양권자 지위를 상실시킬 수 있는지 여부**

### (1) 사례

대표조합원 A는 조합이 통지한 분양계약 체결기간에 분양계약을 체결하고자 공유자인 B에게 연락을 취하였으나 연락이 되지 않았고, 이에 A만 조합에 방문하여 분양계약을 체결하려고 하였으나, 조합은 공동분양 대상자인 B와 함께 방문하지 아니하였다는 이유로 대표조합원의 분양계약체결 요청을 거절하였고, 이후 조합은 대표조합원에게 ‘조합이 정한 분양계약 체결기간 내에 분양계약을 체결하지 않았다는 이유로 정관 제11조 제2항의 규정에 따라 조합원 자격이 상실되었다’는 통보를 하였다. 위 관리처분계획은 적법한가?

### (2) 분양계약 체결의무 및 별도 수권행위가 필요한지 여부

정관규정에 따라 조합원의 자격을 상실시키고 현금청산대상자로 하려면 해당 조합원이 분양계약 체결의무를 위반하였다고 볼 만한 명백한 사정이 존재하여야 한다. A가 조합의 분양계약체결 안내에 따라 대표조합원으로서 이 사건 분양부동산에 관한 분양계약을 체결하려고 하였으나, 조합이 분양계약 체결 요청을 거절한 사유는 대표조합원 A가 분양계약 체결을 위한 B의 수권을 받지 못하였다는 것과 B에 대한 구비서류를 갖추지 못하였다는 것이다. 그러나 원고가 대표조합원으로서 이 사건 분양부동산에 관한 분양계약을 체결함에 있어 공유자 B의 별도 수권이 필요하다고 할 수 없다.

그렇다면, A가 B에 대한 구비서류를 갖추지 못한 것이 분양계약 체결의무를 위반하였다고 볼 수 있는 것인지에 관하여 보건대, 관계 법령과 정관의 규정 및 그 취지에 비추어 보면, 대표조합원이 공유자인 B에 대한 구비서류를 갖추지 못하였다는 것을 분양계약 체결의무를 위반한 것이라고 평가할 수 없고, 따라서 조합이 대표조합원의 분양계약 체결 요청을 거절하여 공동수분양권자로서의 지위를 상실시키는 것은 부당하다고

봄이 타당하다.

정관규정에 따라 조합원의 자격을 상실시키고 현금청산대상자로 하려면 해당 조합원이 분양계약 체결의무를 위반하였다고 볼 만한 명백한 사정이 존재하여야 한다.

5

### 분양계약체결시에도 분양신청서와 같은 공유자의 관련서류를 반드시 제출하여야 하나?

#### (1) 사례

조합이 조합원들에게 통지한 분양계약체결 안내문을 보면, '공동명의인 경우 각 소유자별 구비서류[계약금(부담금의 10%) 입금증, 인감증명서, 주민등록등본, 인감도장, 신분증]'를 함께 제출하도록 요구하고 있는데, 이는 앞서 본 바와 같이 법규적 효력이 있는 서울시 정비조례 시행규칙 제14조 [별지 제24호] 서식이 “수인이 1인의 분양대상자로 신청하는 경우 함께 신청하는 자의 분양신청서 각 1부”를 작성하여 제출하도록 하는 것을 고려한 것으로 보인다.

#### (2) 법원의 판단

조합이 도시정비법령등 관계법령이나 정관에서 정하여지지 않은 대표조합원 외 나머지 공동분양대상자에 대한 계약금 입금증, 인감증명서, 주민등록등본, 인감도장, 신분증 등을 제출하도록 요구한 후 대표조합원이 위 서류들을 갖추지 못한 채 분양계약 체결에 임하였다고 하여 이를 분양계약 체결의무를 위반한 것이라고 평가해서는 아니된다.

① 서울시 정비조례 시행규칙 제14조가 대표조합원이 분양신청을 하더라도 나머지 사람들의 분양신청서도 함께 작성하여 제출하도록 하는 것은 법규적 효력이 있어 정관의 규정에 우선한다고 할 것이나, 분양계약과 관련하여서는 반드시 대표조합원 외의 나머지 사람들의 분양계약 체결의 의사를 확인할 수 있는 서류의 제출을 요구하는 법령이나 정관의 규정이 없는 점, ② 수분양권은 관리처분계획이 인가되면 확정되고, 분양계약의 체결은 조합이 조합원에게 해당 기간에 분양계약의 체결을 거절하는 방법으로 사업에서 이탈할 수 있는 기회를 추가로 부여한 것에 불과하므로 수분양권을 확정하는 전제가 되는 분양신청의 경우처럼 엄격한 요건을 필요로 한다고 보기 어려운 점, ③ 대표조합원을 제외한 나머지 공유자들의 경우 분양계약체결 통지 사실을 알 수 없는 점 등에 비추어 보면, 공유자의 서류가 제출되지 않았음을 이유로 정관에 기한 분양계약 체결 조항에 따라 조합원 지위를 박탈하고 현금청산대상자로 하는 것은 부당하다.

## 05

## 공유자중 일부만 분양신청한 경우, 그 분양신청은 효력이 있는가

## 사 례

하나의 소유권이 수인의 공유에 속하는 경우, 공유자 중 일부만 분양신청 한 경우 분양신청의 효력이 있는지 여부 및 이러한 경우 공유자 전원이 현금청산대상자에 해당하는지 여부?

## 1

## 공유자의 법적 지위

도시정비법 제39조 제1항은 ‘토지 또는 건축물의 소유권이 여러 명의 공유에 속하는 때에는 그 여러 명을 대표하는 1명을 조합원으로 본다’고 규정하고 있고, 정관 제9조는 “하나의 소유권이 수인의 공유에 속하는 때에는 그 수인을 대표하는 1인을 조합원으로 본다. 이 경우 그 수인은 대표자 1인을 대표조합원으로 지정하고 대표조합원 선임동의서를 작성하여 조합에 신고하여야 하며, 조합원으로서의 법률행위는 그 대표조합원이 행한다.”라고 규정하고 있다.

도시정비법 제39조 제1항 제1호가 토지의 소유권이 수인의 공유에 속하는 때에는 그 수인을 대표하는 1인을 조합원으로 본다고 규정하고 있으나, 공유자 중 대표조합원 1인 외의 나머지 공유자를 조합과의 사단적 법률관계에서 완전히 탈퇴시켜 비조합원으로 취급하겠다는 취지로 해석할 수는 없고, 공유자 전원을 1인의 조합원으로 보되 공유자 전원을 대리할 대표조합원 1인을 선출하여 그 1인을 조합에 등록하도록 함으로써 조합 운영의 절차적 편의를 도모함과 아울러, 조합규약이나 조합원 총회 결의 등에서 달리 정함이 없는 한 공유자 전원을 1인의 조합원으로 취급하여 그에 따른 권리분배 등의 범위를 정하겠다는 의미로 보아야 한다.

## 2

## 조합원 지위의 법적 성질

분양대상자가 되는 조합원의 지위가 민법상 ‘준공유의 법리’에 따라 1명의 조합원으로 보는 여러 명의 토지

등소유자들 사이에서 분량적으로 귀속되고 그 지위에 터잡아 ‘조합과 분양계약을 체결할 수 있는 권리’ 또한 분량적으로 귀속된다고 관념하는 듯 하다.

그런데, 일단 조합원의 지위는 조합과의 관계에서 도시정비법령이 정한 각종 권리를 행사하고 의무를 이행하여야 하는 공법상의 지위일 뿐 어떠한 권리가 아니어서 여기에 사법상 권리의 보유형태인 준공유의 법리를 적용할 수 있다고 보기는 어렵다.

1명의 조합원으로 취급되는 토지등소유자들 중 일부는 조합관계에서 탈퇴를 하고, 일부는 남아있기를 원하는 경우 후자의 조합원들만이 조합관계를 유지할 수 있다고 한다면, 도시정비법 제39조 제1항의 제도적 취지(지분조개기폐단방지)가 몰각될수 있는바 이를 허용할 수는 없다. 결국 1명의 조합원의 지위는 개별 부동산에 관한 권리처럼 공유관계로 분할되어 귀속될 수는 없는 것이다.

따라서 도시정비법 제39조 제1항에 따라 그 여러 명을 대표하여 조합원으로 보는 자 외의 토지등소유자는 같은 법 제72조 제3항에 따라 분양신청을 할 수 없다고 보아야 한다.

## 3

## 공유자의 분양신청 방법

토지 또는 건물이 여러 명의 공유인 경우, 그 여러 명의 공유자들은 1개의 조합원 지위 또는 분양신청권을 준공유하게 되며, 그 공유자들은 단독으로 분양신청권 전부는 물론 그 공유지분에 관하여도 이를 행사할 수 없고, 대표조합원이 선임되어 있지 않는 한, 그 조합원 지위 또는 분양신청권을 준공유하고 있는 공유자 전원이 공동으로만 이를 행사할 수 있다.

따라서 1개의 분양신청권을 준공유하는 여러 명의 토지등소유자가 그중 1인을 대표조합원으로 지정하기로 합의하고, 이에 따라 대표조합원 선임동의서를 조합에게 제출하였다면, 이로써 향후 대표조합원을 통하여서만 조합원으로서 총회의 출석, 발언 및 의결권 행사, 임원의 선임 및 분양신청 등의 법률행위를 하겠다는 의사를 표시한 것이라고 보아야 한다.

따라서 설령 여러 명의 토지등소유자가 내부적으로 대표조합원을 변경하였다거나 일부 법률행위는 각자하기로 합의하였더라도, 그러한 의사를 조합에게 알리는 등의 특별한 사정이 따로 존재하지 아니하는 한, 조합이 대표조합원의 분양신청 등 법률행위만을 적법한 것으로 인정하는 것이 재량권을 일탈·남용한 것이라

고 보기는 어렵다.

따라서 위 정관 규정에 따라 대표조합원 선임동의서를 작성하여 조합에 신고할 의무를 부담하고, 분양신청 행위는 조합을 상대로 한 법률행위이므로 위 정관 규정에 따라 대표조합원이 하여야 한다.

4

#### 분양신청을 하지 않은 나머지 공유자의 분양신청권 유무

##### (1) 분양신청을 하지 아니한 공유자를 제외한 나머지 토지등소유자(공유자)들이 여전히 1주택을 공급받을 수 있는 지위에 있는지 여부

나머지 토지등소유자들만으로 1인의 토지등소유자로서 분양신청을 할 수 있다는 취지라면, 분양신청을 하지 아니한 토지등소유자가 대상 토지에 관하여 수용보상금을 지급받고, 위 나머지 토지등소유자들은 1개의 분양신청권을 보유하게 되는바, 이러한 결과는 동일한 자산에 대하여 이중의 이익을 향유하도록 허용하는 것이어서 다른 조합원들과의 형평에 반하므로 타당하지 아니하고, 도시정비법 제76조 제1항 제6호 후문에서는 관리처분계획의 수립기준을 정하면서 같은 세대에 속하지 아니하는 2명 이상이 1주택 또는 1토지를 공유한 경우에는 1주택만 공급한다고 규정하고 있는 것과도 배치된다.

또한, 위 나머지 토지등소유자들과 조합(사업시행자)이 1인의 토지등소유자로서 분양신청을 할 수 있다는 취지라면, 도시정비법령에 그와 같이 불 근거가 없으며, ‘조합이 조합의 조합원이 되어 조합을 상대로 분양청구권 등 조합원으로서의 권리를 행사한다’는 것이어서 그 자체로도 도시정비법령이 예정하고 있는 상황이라고 볼 수 없다.

5

#### 결어

하나의 부동산을 여러 명이 공유하는 경우에는 공유자를 대표하는 1인을 대표조합원으로 지정하여 분양신청을 하거나, 모든 공유자들이 개별적으로 동일한 내용의 분양신청을 하여야 한다.

대법원은 공유자가 단독으로 분양신청한 경우, 분양신청의 효력에 관하여, “주택의 구분소유자들이 분양신청기간이 만료될 때까지 대표조합원을 선임하지 아니한 채 각자 단독 명의로 분양신청을 하고, 그 신청서에 본인을 제외한 나머지 구분소유자들의 성명을 기재하거나 그들의 신청서를 첨부하지도 아니한 것은 도

시정비법 규정 및 조합 정관 규정에 어긋나 적법한 분양신청으로 볼 수 없고, 분양신청기간이 만료된 후 이 사건 관리처분계획의 효력을 다투는 소송계속 중에 구분소유자 중 1인을 대표조합원으로 선임하였다고 하여 이와 달리 볼 수는 없으므로, 위 주택의 구분소유자들은 모두 현금청산대상자가 된다”고 판시했다(대법원 2023. 2. 23. 선고 2020두36724 판결 참조)

따라서 공유자들은 대표조합원을 선임하여 그로 하여금 적법한 분양신청기간 내에 분양신청을 하도록 해야 하며, 다만, 위 토지등소유자들 전원이 일치하여 분양신청을 한 경우에는 수분양자가 될 여지가 있다 할 것이나, 그중 1인이라도 분양신청을 원하지 아니하는 경우에는 그 전원이 현금청산대상자가 된다 할 것이다.



**조합설립인가 시점을 기준으로 조합원 수 고정(도시정비법 제39조 제1항)**

▣ 도시정비법 제39조 제1항은 구 도시정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정된 것) 제19조 제1항으로 신설되었는데, 개정법은 투기세력 등의 유입을 사전에 근본적으로 차단하고, 기존 조합원의 권익을 보호하며, 이른바 '지분 쪼개기'를 통한 조합원수의 급격한 확대로 인하여 공익사업인 정비사업이 진행에 차질을 빚고 좌초하는 일이 없도록 하려는 목적에서 제19조 제2항, 제3항, 제50조의2 등을 신설하여 일정한 경우에는 조합원 자격이나 수분양권을 제한하도록 규정하였다(헌법재판소 2012. 7. 26. 선고 2011헌마169 결정 참조).

따라서 도시정비법 제39조 제1항 제3호의 의미와 적용 범위를 판단할 때에도 이러한 입법 취지를 고려해야 한다. 특히 조합설립인가 후 토지 등을 양수하여 여러 명이 소유하게 되었다는 사후 사정만으로 여러 명에게 각각 단독조합원 지위를 인정한다면, 위와 같은 도시정비법 개정 취지가 몰각될 수 있다(조합원 지위의 숫자가 사후적 조작으로 늘어나는 것을 방지하기 위함).

▣ 도시정비법 제39조 제1항 각호는 하나의 토지 또는 건축물의 공유자로 하여금 사업시행자인 조합에 대한 관계에 있어서 1인의 대표조합원을 선정하여 하나의 의결권 등을 행사하게 함으로써 다른 토지 또는 건축물 소유자와의 형평성을 기하고 정비사업의 원활한 시행과 조합 운영의 절차적인 편의를 도모하는 한편, 기존의 토지 또는 건축물의 소유자가 정비사업에 즈음하여 소유형태를 공유로 변경함으로써 과도한 의결권을 행사하는 등의 방법으로 정비사업의 진행에 부당한 영향력을 행사하는 이른바 '지분쪼개기'와 같은 폐단을 방지하기 위한 것으로서, 기본적으로 형평에 기초하여 토지등 소유자의 재산권과 조합의 사업운영의 자유를 조화시키고 더 나아가서는 보다 공공의 이익에 부합하는 정비사업을 시행하기 위하는 데 그 목적이 있다.

## 06

## 공유자중 일부가 소재불명자인 경우, 분양신청의 방법은?

## 사 례

도시정비법 제39조 제1항 및 정관 제9조 제4항의 적용과 관련하여, 토지 또는 건축물의 소유권이 여러 명의 공유에 속하는 때 그 여러 명을 대표하는 1인을 조합원으로 간주하는 도시정비법 제39조 제1항을 일부 공유자 또는 그 상속인의 소재불명 등 다른 공유자의 책임 없는 사유로 대표조합원을 선정할 수 없는 경우예까지 일률적으로 적용하여 다른 공유자의 조합원 지위를 부정하는 것은 과잉금지 원칙에 반하거나 재산권의 본질적 내용을 침해하는지 여부가 문제된다. 공유자 중 소재불명자를 제외하고 나머지 공유자가 한 분양신청은 적법한지 여부가 쟁점이다

## 1

## 관련 규정

도시 및 주거환경정비법 시행령 제33조(토지등소유자의 동의자 수 산정 방법 등) 제1항 제4호는 토지등소유자(토지면적에 관한 동의자 수를 산정하는 경우에는 토지소유자를 말한다)의 동의는 다음 각 호의 기준에 따라 산정한다고 하면서, 제4호에 “토지건물등기사항증명서, 건물등기사항증명서, 토지대장 또는 건축물관리대장에 소유자로 등재될 당시 주민등록번호의 기록이 없고 기록된 주소가 현재 주소와 다른 경우로서 소재가 확인되지 아니한 자는 토지등소유자의 수 또는 공유자 수에서 제외할 것”이라고 규정하고 있다.

## 2

## 판단

원고 A는 ‘도시정비법 시행령 제33조 제1항 제4호에 따라 원고 이외에 소재불명자인 B는 토지등소유자 또는 공유자에서 제외되어야 하므로, 원고의 분양신청만으로 분양신청이 적법하게 완료되었다고 보아야 한다. 그러나 위 도시정비법 시행령 제33조제1항 제4호의 조항은 토지등소유자의 동의에 관한 규정일 뿐이고, 분양신청을 해야 하는 공유자가 누구인지를 정하는 규정은 아니다. 게다가 위 조항을 이와 같은 경우에 준용한

다는 규정도 없으므로, 이를 이유로 일부의 공유자만이 분양신청대상자가 된다고 볼 수는 없다.

## 3

## 구제방안

일부 공유자의 소재불명 등의 경우에도 조합원이 되고자 하는 다른 공유자로서는 민사상의 공유물분할청구 등의 방법을 통하여 공유관계를 해소함으로써 조합원이 되거나 수분양자 지위를 확보할 수 있는 점, 나아가 대표조합원을 선임하지 못하여 조합원이나 수분양자 지위를 인정받지 못하게 된다 하더라도, 최소한 현금청산대상자로서 정비구역 내 부동산(공유지분)의 재산적 가치를 보전받을 수 있는 점 등을 종합해 보면,

공유 토지 또는 건축물에 관하여 일부 공유자의 소재불명 등의 사유로 대표조합원을 선정할 수 없는 경우 에까지 위 규정을 일률적으로 적용한다고 하여 과잉금지 원칙에 반하거나 재산권의 본질적 내용을 침해한다고 할 수 없다.

토지의 공유자들은 그들 사이에 토지의 분할방법에 관하여 협의가 이루어지지 않은 경우, 민법 제269조 제1항에 따라 이 사건 토지의 분할을 구할 수 있고, 공유물의 분할은 공유자 간에 협의가 이루어지는 경우에는 그 방법을 임의로 선택할 수 있으나 협의가 이루어지지 아니하여 재판에 의하여 공유물을 분할하는 경우에는 법원은 현물로 분할하는 것이 원칙이고, 현물로 분할할 수 없거나 현물로 분할을 하게 되면 현저히 그 가액이 감소될 염려가 있는 때에 비로소 물건의 경매를 명하여 대금분할을 할 수 있는 것이므로, 이러한 예외적인 사정이 없는 한 법원은 공유자의 지분비율에 따라 공유물을 현물 그대로 수개의 물건으로 분할하고 분할된 물건에 대하여 각 공유자의 단독소유권을 인정하는 판결을 하여야 하고, 분할의 방법은 당사자가 구하는 방법에 구애받지 아니하고 법원의 재량에 따라 공유관계나 그 객체인 물건의 제반 상황에 따라 공유자의 지분비율에 따른 합리적인 분할을 하면 충분하다.

또한 공유물분할청구의 소는 분할을 청구하는 공유자가 원고가 되어 다른 공유자 전부를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송이고, 이러한 경우 공동소송인과 상대방 사이에 판결의 합일확정이 필요하다.

## 07

## 상속인 중 일부가 소재불명자인 경우, 분양신청의 방법은?

## 사 례

서울시에 위치한 재개발조합의 조합원 A는 조합설립인가 당시 주택 1채를 소유하고 있던 중 사망하였고, 조합은 망인의 주소지에 2회에 걸쳐 분양신청 통지서를 발송하였다. 조합의 분양신청기간 중 망인의 상속인인 자녀 B, C, D 중 D가 실종되었음을 이유로 B와 C만이 분양신청을 하였고, 이에 조합은 상속을 원인으로 한 소유이전등기가 없음을 이유로 이 사건 관리처분계획에서 망인을 현금청산대상자로 분류하였다. 이 사건 관리처분계획이 인가된 후 B는 협의분할에 의한 상속을 원인으로 위 주택에 관한 소유권이전등기를 마쳤다. 이 사건 관리처분계획은 적법한가?

## 쟁 점

이 사건 관리처분계획이 적법한지와 관련하여, ① 망인의 주소지로 분양신청 안내문을 발송한 것과 관련하여 분양신청 통지상의 하자가 있는지 여부, ② 상속재산 협의분할에 따른 물건변동의 소급효로 이 사건 관리처분계획이 위법하게 되는지 여부, ③ 실종자를 제외한 B와 C의 분양신청만으로 분양신청이 적법하게 완료되었는지 여부가 문제된다.

## 1

## 분양신청 통지의무의 이행상 하자 유무

(1) 사업시행자는 토지등소유자의 소재확인이 현저히 곤란한 경우가 아닌 한 조합설립인가 이후 부동산등기부 등 공부상의 기재를 기준으로 하여 토지등소유자의 소재를 확인하여 분양신청 통지를 할 의무가 있다.

도시정비사업에는 다수의 이해관계자가 존재하고, 신속한 사업의 추진이 정비사업의 성공에 중요한 요소가 되는 점, 사업시행자로서는 공부상 기재 이외에 토지등소유자의 소재를 확인할 특별한 방법이 없는 점 등을 종합하면, 특별한 사정이 없는 한 사업시행자가 공부상 기재에 그치지 않고 토지등소유자의 실제 소재지까지 확인하여 분양신청 통지를 하여야 한다고 볼 수는 없다.

(2) 그런데 부동산등기부상 망인의 주소 외에는 달리 다른 공부상 기재에 망인의 다른 주소가 기재되어 있지는 않다. 또한, 망인은 피고가 분양신청 통지를 할 당시 이미 사망한 상태였는데, 망인의 사망 사실이 부동산등기부에 기재되어 있지 않아 피고가 이를 알 수 있었다고 볼 수도 없다. 따라서 피고가 망인의 주소로 분양신청 통지를 한 것은 적법한 통지로 보인다.

따라서 피고 조합은 망인을 수신인으로 하여 분양신청 안내서를 발송함으로써 분양신청 통지의무를 이행하였다고 봄이 타당하다.

조합으로서는 사업시행구역 내 부동산의 등기사항증명서를 기준으로 그 소유권 등의 명의자를 토지등소유자로 보아 분양신청 등의 통지를 할 수밖에 없다고 할 것이며, 조합이 그 소유권 등의 명의자의 상속인 유무와 주소지까지 조사하여 상속인에게 위와 같은 통지의무를 이행할 의무까지 있다고 보기는 어렵다.

## 2

## 상속재산 분할협의의 소급효 및 관리처분계획의 위법여부

(1) 서울특별시 도시 및 주거환경정비 조례 제34조 제4호 본문은 종전 토지 등의 소유권은 관리처분계획기 준일 현재 부동산등기부에 따르며, 소유권 취득일은 부동산등기부상의 접수일자를 기준으로 한다고 규정하고 있다.

이는 부동산 물권변동의 효력발생시기를 부동산등기부상의 접수일자로 의제하겠다는 것이 아니라, 도시정비조례에 의하여 인정되는 토지등소유자에 해당하는지 여부를 부동산등기부상의 접수일자를 기준으로 확정하여 그에 따라 관리처분계획이 수립되도록 하겠다는 취지이다.

(2) 민법 제187조 단서는 법률의 규정에 의한 물권의 취득에 있어서도 이를 처분함에 있어서는 등기를 요한다고 규정하고 있는 점을 더하여 보면, 서울시 정비조례 제34조 제4호가 재개발사업에 있어서 위 조례가 정한 공동주택 분양대상자격 부여 요건인 ‘소유권 취득일’을 권리의 처분 시 필요한 요건을 구비한 날(부동산등기부상의 접수일자)을 기준으로 판단하도록 정한 것은 합리적인 이유가 있다.

(3) 이 사건 관리처분계획이 인가 이후 열흘 정도가 지나서야 원고 B가 이 사건 주택에 관하여 자신의 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다. 따라서 상속재산 분할 협의에 따른 물권변동에 소급효가 있다고 하더라도 이 사건 관리처분계획에서 B를 이 사건 주택의 소유자로 보지 않은 것이 위법하다고 볼 수 없으므로, 관리처분

계획의 수립에 있어 관리처분계획기준일 현재 소유권이전등기를 마친 사람에 한하여 토지등소유자로 봄이 타당하다.

3

### 상속인 중 일부의 분양신청만으로 분양신청이 적법하게 완료되었는지 여부

도시정비법 시행령 제33조 제1항은 토지등소유자의 동의는 다음 각 호의 기준에 따라 산정한다고 규정하면서 제4호로 “토지등기부등본·건물등기부등본·토지대장 및 건축물관리대장에 소유자로 등재될 당시 주민등록번호의 기록이 없고 기록된 주소가 현재 주소와 다른 경우로서 소재가 확인되지 아니한 자는 토지등소유자의 수 또는 공유자 수에서 제외할 것”을 규정하고 있다.

그러나 위 조항은 토지등소유자의 동의에 관한 규정일 뿐이고, 분양신청을 해야 하는 공유자가 누구인지를 정하는 규정은 아니다. 게다가 위 조항을 이와 같은 경우에 준용한다는 규정도 없으므로, 이를 이유로 일부의 공유자만이 분양신청대상자가 된다고 볼 수는 없다.

따라서 망인 A의 공동상속인 중 실종자인 D를 제외한 B와 C만이 분양신청을 한 것은 적법하다고 볼 수 없으므로, 상속인 중 일부의 분양 미신청을 이유로 망인을 현금청산대상자로 분류한 이 사건 관리처분계획은 적법하다.

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

### 주요·업무

재개발·재건축사업의 등기업무 및 자문  
재개발사업의 수용재결 업무

 법무사법인(유한) **동양**

## 08

## 분양신청권의 일부 포기는 허용되는가?

## 사 례

재개발조합의 조합원 A와 B는 각각 주택을 소유하고 있어 각 1채의 공동주택을 분양받을 지위에 있었음에도 불구하고 분양신청서 중 '수인이 1인의 분양대상자로 신청하는 경우 함께 신청하는 자의 성명'란에 A는 B의 성명을, B는 A의 성명을 각 기재하고 인원의 수를 "총 2인"으로 기재하여, 1인의 분양대상자가 될 의사로 이 사건 분양신청서를 제출하였다. 이에 조합은 A와 B를 1인의 분양대상자로 정하여 관리처분계획인가를 받았다. 이 사건 관리처분계획인가는 적법한가?

## 쟁 점

이 사건은 A와 B가 각각 단독 조합원 지위와 단독 분양신청권을 가지고 있음에도 사례와 같이 분양신청서를 제출한 경우 1인의 분양대상자로 될 의사로 분양신청을 한 것으로 해석할 수 있는지 여부와 관련하여 분양청구권의 일부 포기는 가능한지 여부가 쟁점이다(단독 분양권이 있는 조합원 수인이 1인으로 분양신청하는 것이 허용되는지 여부).

## 1

## A와 B가 1인의 분양대상자로 될 의사로 분양신청을 한 것인지 여부

① A와 B는 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 A와 B는 자신들의 경제적 사정에 맞게 분담금을 최소화하여 분양을 받고자 부득이하게 그와 같이 분양신청을 하였을 개연성이 큰 점(A와 B의 종전자 산평가금액을 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,

A와 B가 분양신청서를 함께 제출한 경위 역시 같은 취지로 이해할 수 있는 점, ④ 조합이 관리처분계획과 관련하여 인가를 신청하기 전에 조합원들을 대상으로 공람 절차를 거쳤으나, A와 B는 그들을 1인의 분양대

상자로 분류한 관리처분계획안에 대하여 별다른 이의를 제기하지 않은 점 등을 종합하여 보면, A와 B는 자신들이 1인의 분양대상자가 될 의사로 이 사건 분양신청서를 제출하였다고 봄이 상당하다.

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 A와 B의 주장은 이유없다.

2

### A와 B를 1인의 분양대상자로 분류하는 것이 관련 법령, 조례 및 정관에 반하는지 여부

(1) 조합은 A와 B를 1인의 분양대상자로 보아 1개의 건축시설 및 대지만을 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 A와 B는 이 사건 분양신청서를 제출함으로써 분양청구권의 일부를 포기한 것인바, 조합원에게는 건축물의 분양청구권이 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 분양대상자로 한다고 규정하고 있는 바, 위 조항을 유추적용하면 수인의 조합원이 1인으로 분양신청하는 것도 허용될 수 있는 점, ③ 이 사건과 같이 종전 자산평가액이 중후 자산평가액에 현저히 미치지 못하는 사안에서는 수인의 조합원들이 1인의 분양대상자로 되어서라도 분양신청을 할 유인이 충분히 존재한다.

만약 이 사건 분양신청서와 같은 형태의 분양신청을 허용하지 않는다면, 종전 자산의 가치가 낮은 조합원의 경우에는 경제적 사정 등으로 인하여 중후의 공동주택 등에 전혀 입주할 수 없게 되는 바, 이는 정비사업의 시행목적에 부합하지 않는다고 보아야 한다.

## 09

## 1인 1주택 공급원칙의 예외(1+1주택의 공급)

## 사례

재개발조합원 원고 A는 이 사건 사업구역 내에 있는 2층 주택(주거전용면적 179.79㎡)을 소유하는 자이다. 원고는 84㎡형인 1주택에 대하여 분양신청을 하였고, 조합은 이를 토대로 이 사건 관리처분계획을 수립하였으나, 원고는 관리처분계획의 공람기간 중에 피고로부터 2주택(1+1 주택) 분양자격을 제대로 고지받지 못한 탓에 2주택 분양신청 대상자가 아니라고 생각하여 1주택만 분양신청하였다'고 하면서, 원고에게 2주택에 관한 분양권을 인정해달라는 취지의 이의신청서를 제출하였다. 그러나 피고는 조합원의 형평성을 고려하여 원고의 이의신청을 수용하지 않은 채 구청장으로부터 이 사건 관리처분계획을 인가받았다. 이 사건 관리처분계획은 적법한지 여부?

## 1

## 도시정비법 및 정관의 규정

(1) 도시정비법 제76조 제1항 제6호는 '1세대 또는 1명이 하나 이상의 주택 또는 토지를 소유한 경우 1주택을 공급하고, 같은 세대에 속하지 아니하는 2명 이상이 1주택 또는 1토지를 공유한 경우에는 1주택만 공급한다'고 규정하고, 같은 항 제7호 라목 본문은 '제6호에도 불구하고 제74조 제1항 제5호에 따른 가격의 범위 또는 종전 주택의 주거전용면적의 범위에서 2주택을 공급할 수 있고, 이 중 1주택은 주거전용면적을 60제곱미터 이하로 한다'고 규정하고 있다.

도시정비법 시행령 제63조 제1항 제7호는 관리처분의 경우 '주택 및 부대시설·복리시설의 공급순위는 기존의 토지 또는 건축물의 가격을 고려하여 정하고, 이 경우 그 구체적인 기준은 시·도 조례로 정할 수 있다'고 규정하고 있고,

위 위임에 따른 서울특별시 도시 및 주거환경정비 조례 제38조 제1항 제3호는 '도시정비법 제76조 제1항 제7호 라목에 따라 2주택을 공급하는 경우에는 권리가액에서 1주택 분양신청에 따른 분양주택가액을 제외하고 나머지 권리가액이 많은 순서로 60제곱미터 이하의 주택을 공급할 수 있다'고 규정하고 있다.

(2) 또한 피고 정관 제48조는 조합원 분양에 관하여 그 기준을 관계 법령 등이 정한 범위 안에서 총회 의결

로 결정하도록 하고 있고, 위 정관에 따라 임시총회 의결로 승인된 이 사건 관리처분계획 제8조(관리처분계획의 기준) 제1항은 ‘1세대 또는 1인이 하나 이상의 주택 또는 토지를 소유한 경우 1주택을 공급하되, 제76조 제1항 제7호 라목에 따른 가격의 범위 또는 종전 주택의 주거전용면적의 범위에서 2주택을 공급할 수 있고, 이 중 1주택은 주거전용면적을 60제곱미터 이하로 한다’고 규정하고 있다.

## 2

## 법원의 판단(기각)

조합의 2주택 분양신청 기준 수립 및 통지 절차와 관련하여 위법이 있다고 볼 수 없다.

(1) 도시정비법 제76조 제1항 제7호 라목의 규정은 조합에게 2주택을 분양할 수 있는 재량권을 부여한 것일 뿐, 종전자산의 평가액이나 종전 주택의 주거전용면적 기준을 충족하는 조합원들이 2주택을 분양신청하면 이를 반드시 공급한다는 취지의 규정은 아니다. 조합이 조합원들에게 보낸 이 사건 분양신청 안내문에 기재된 내용도 ‘종전 권리가액 가격의 범위 또는 종전 주택의 주거전용면적의 범위에서 2주택을 공급할 수 있다’는 취지로 위 규정 내용을 되풀이한 것에 불과하고, 조합에게 2주택 공급의 재량권을 부여하는 내용이다.

(2) 관리처분계획을 수립하여야 하는 조합으로서는 1주택 분양신청을 한 조합원 수 및 2주택 분양신청을 한 조합원 수를 관리처분계획 수립 이전에 미리 파악하여야 합리적인 의사결정을 할 수 있게 되므로, 이러한 필요에서 향후 관리처분계획에서 2주택을 분양할 수도 있음을 전제로 조합원들로부터 분양신청을 받는 것이 향후 2주택을 분양하겠다는 피고의 확정적인 의사라고 볼 수는 없고, 이 사건 분양신청 안내문에도 같은 취지로 ‘추가로 공급되는 주택은 분양신청 결과에 따라 해당 주택형이 부족할 시 공급이 불가할 수 있다’고 기재되어 있다.

(3) 조합이 공지한 내용과 원고의 종전자산 감정평가내역 등에 비추어 보면 원고가 위 법 규정의 내용에 따라 2주택 분양을 신청할 수 있는 지위에 있는지 여부는 비교적 쉽게 파악할 수 있으므로, 만연히 2주택 분양신청 대상자가 아니라고 생각하여 1주택 분양신청만 하였다면 이는 특별한 사정이 없는 한 자기책임의 원칙에 따라 유효한 신청으로 보아야 할 것이고, 조합에게 더 나아가 원고가 주장하는 바와 같이 ‘2주택을 분양받을 수 있는 구체적인 종전자산 평가금액에 따른 가격의 범위 또는 종전주택의 주거전용면적의 범위’까지 알려주어야 할 의무가 있다고 볼 수는 없다.

(4) 조합은 원고의 공람기간 중 이의신청에 관하여 원고가 주장하는 문제점이 있는지 심사·검토하고, 이

사회 의결을 통해 이의신청을 받아들일 것인지 여부를 결정하였다. 원고가 이의신청을 하였다고 해서 무조건 그 내용을 반영하여 관리처분계획의 내용을 수정하여야 하는 것은 아니고, 원고의 '분양기준 수립 및 통지 절차에 관한 위법 주장'이 이유 없는 이상 조합이 이를 받아들이지 않았다고 하여 원고의 이의신청 처리에 잘못이 있다고 할 수는 없다.





## 정관으로 2주택의 공급규정을 제한할 수 있는가?

### 1. 도시정비법 규정 및 취지

도시정비법 제76조 제1항 제7호 라목은 ‘제74조제1항제5호에 따른 가격의 범위 또는 종전 주택의 주거전용면적의 범위에서 2주택을 공급할 수 있고, 이 중 1주택은 주거전용면적을 60제곱미터 이하로 한다.’고 규정(개정 및 시행, 2013.12.24.)하고 있다.

위 규정은 종전자산의 권리가액이나 소유면적에도 불구하고 반드시 조합원 당 1주택만을 분양받을 수 있도록 하는 경우에 발생할 수도 있는 종후 자산의 합리적 배분 및 이용이 저해되는 문제점 등을 고려할 수 있도록 조합에 폭넓은 재량을 부여하기 위함으로서, 위와 같은 2주택 분양의 도입 여부는 조합의 재량이다.

### 2. 정관규정의 자치법규로서의 구속력

조합의 정관은 조합의 조직, 활동, 조합원의 권리의무관계 등 단체법적 법률관계를 규율하는 것으로서 공법인인 재개발조합과 조합원에 대하여 구속력을 가지는 자치법규이므로, 이에 위반되는 활동은 원칙적으로 허용되지 아니한다.

위 도시정비법의 규정과는 달리, 정관 제49조는 ‘조합원의 종전 자산의 가격범위에서는 2주택을 공급하되, 주거전용면적의 범위내에서는 2주택을 공급하지 아니한다’고 규정하고 있고, 이에 조합은 자신의 계획재량권의 행사로서 조합원의 종전 자산의 가격 범위에서는 2주택을 공급하되, 주거전용면적의 범위에서는 2주택을 공급하지 아니하는 내용의 정관에 따라 분양신청절차를 진행하였다.

### 3. 정관상 주거전용면적의 범위의 공급규정 배제는 적법한지 여부

종전 주택의 주거전용면적의 범위에서 2주택을 공급할 수 있도록 할 것인지 여부에 관하여는 조합의 계획재량행위에 해당하여 상당한 재량이 인정된다고 할 것인데, 조합은 조합원의 종전자산의 가격 범위에서는 2주택을 공급하되, 주거전용면적의 범위에서는 2주택을 공급하지 아니하는 내용의 정관에 따라 분양신청절차를 진행하였으므로 법적 하자는 없는 것으로 보인다.

왜냐하면 재개발조합의 정관은 조합의 조직, 활동, 조합원의 권리의무관계 등 단체법적 법률관계를 규율하는 것으로서 공법인인 재개발조합과 조합원에 대하여 구속력을 가지는 자치법규이기 때문이다.

### 4. 결론

조합은 자신의 계획재량권의 행사로서 조합원의 종전 자산의 가격범위에서는 2주택을 공급하되, 주거전용면적의 범위에서는 2주택을 공급하지 아니하는 내용의 정관에 따라 분양신청절차를 진행하였다.

조합과 조합원에 대하여 구속력을 가지는 자치법규로서의 구속력을 갖는 정관에도 동일하게 규정하고 있으므로, 설령 새로이 분양신청절차를 진행한다 하더라도 원고는 2주택을 분양받을 수 없다.



### 정관으로 2주택의 공급규정을 제한할 수 있는가?

#### 1. 사례

‘도시정비법’의 제반규정 및 대형평형 주택 공급과의 형평 등을 고려하면, 도시정비법 제74조 제1항 제5호에 따른 2주택 공급시 60㎡이하를 공급하는 경우, 그 분양가를 조합원 분양가를 기준으로 하지 않고 일반 분양가로 정한 관리처분계획은 적법한가?

#### 2. 관련 법령

도시정비법 76조 제1항 제7호 라목은 “제74조 제1항제5호에 따른 가격의 범위 또는 종전 주택의 주거전용면적의 범위에서 2주택을 공급할 수 있고, 이 중 1주택은 주거전용면적을 60제곱미터 이하로 한다. 다만, 60제곱미터 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.”고 규정하고 있다.

#### 3. 조합의 계획재량권

정비사업에서 조합원에게 2주택을 분양받을 당연한 법적 권리가 있지 아니할 뿐 아니라, 피고가 조합원에게 2주택을 분양한다고 하여 2주택 모두를 조합원분양가로 분양하여야 할 뚜렷한 근거가 없다. 오히려 2주택의 분양가격 등 그 구체적 분양조건을 결정함에 있어서는 조합의 상당한 계획재량이 인정된다. 한편 조합의 정관에는 2주택 분양시 그 분양가 산정에 관하여 별다른 규정을 두고 있지 않다. 살피건대, 이 사건 2주택 분양가로 인하여 이 사건 정비사업 구역 내 소유자들 사이에 다소의 불균형이 초래된다고 하더라도 그러한 사정만으로는 이 사건 관리처분계획이 위법하다고 볼 수 없다.



## 2주택 분양신청권자에 대한 구체적 고지의무가 있는가?

### 1. 원고의 주장

관계 법령과 정관 등에는 2주택 분양대상자의 자격에 관하여 추상적이고 복잡하며 기교적으로 규정되어 있으므로, 조합으로서는 조합원들에게 분양신청 통지를 함에 있어서, 구체적으로 감정평가액 또는 주거전용면적의 범위가 어느 정도 이상인 경우 2주택의 분양신청 자격이 있다거나 당해 조합원이 2주택의 분양을 신청할 수 있는 권리가 있음을 적시하여 통지했어야 한다고 주장한다.

### 2. 판단

도시정비법 제72조는 각 호의 사항을 토지등소유자에게 일률적으로 통지하거나 공고하도록 되어 있을 뿐이고,

조합원에게 개별적인 통지를 하는 경우라고 하더라도 특정 조합원의 개인적이고 구체적인 사정까지 모두 고려하여 특별한 내용의 통지를 하도록 규정되어 있지 않은 점, 이해관계가 상충되는 다수의 권리관계를 규율하는 단체법적 법률관계의 획일적이고 신속한 처리를 위하여 위와 같이 일률적으로 이루어지는 통지는 그 성질상 법령상의 일반적인 내용으로 기술될 수밖에 없는 한계가 따르는 점등에 비추어 보면,

조합원들의 개인적인 상황이나 지적 능력, 법률적 소양 등은 조합의 분양신청 통지의 적법여부를 판단함에 있어 고려 대상이 된다고 보기 어렵다.

나아가 2주택을 분양받을 자격이 있는 조합원이 1주택만의 분양을 신청한 경우, 조합이 그 조합원이 2주택을 분양받을 자격이 있음을 알지 못하여 1주택만의 분양을 신청한 것이라고 짐작하기는 어려운 사정을 더하여 보면, 설령 조합의 분양신청 안내에 원고들이 주장하는 하자가 있다고 하더라도 그 하자가 명백한 것이라고는 도저히 볼 수 없다.



“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>

---

발행인 유재관

발행처 조합경영전략연구원

편집인 유재관

발행일 2024. 4. 26.

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

인 쇄 경성문화사  
서울시 영등포구 국회대로66길 11 전화 : (02)786-2999

---

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

# 법무사법인(유한) **동양**

## 정비사업의 든든한 법률파트너!



입구정아파트지구 3구역외

주안1구역외

천안주공4단지외

도마·변동 3구역외

종광대2구역외

양동3구역외

속초중앙동외

팔달8구역외

사모2구역외

서문지구외

온천4구역외

장평주공1단지외



# 법무사법인(유한) **동양**

서울특별시 서초구 서초중앙로 22길 87  
 유정빌딩 2층(서초동)  
 전화 (02)522-3300 팩스 (02)522-3307  
[www.dydream.co.kr](http://www.dydream.co.kr)

