

February, 2022

# 지팡이

주택정비사업의  
판례 길라잡이

vol. 12



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
- 우리자산신탁 정비사업관련 자문위원
- 대전시 동구 도시정비사업 갈등조정위원
- 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 하지치유방안</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 전후단계	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>■ 주택도시공사의 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 부당이득 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



조합경영전략연구원



법무사법인(유한) **동양**



**칼럼**

- 01 정관으로 2주택의 공급 규정을 제한할 수 있는지 여부 ..... 06
- 02 임의로 분양신청을 철회한 자의 법적 지위 ..... 10
- 03 교회의 분양신청과 현금청산에 관한 관리처분계획수립의 효력 ..... 17
- 04 관리처분인가 후 평형 변경과 추가부담금의 부과 적법 여부 ..... 23
- 05 사업시행계획이 실질적으로 변경된 경우 재분양신청 절차를 거쳐야 하는지 여부 ..... 28
- 06 조합설립인가 후 1세대로부터 매수한 자의 조합원 자격 유무 ..... 34
- 07 1인이 다수의 부동산을 소유하던 중 조합설립 인가 후 양도로 인하여  
여러 명이 다수의 부동산을 소유하게 된 경우 분양권의 갯수 ..... 37
- 08 권리산정기준일 이후 법정상속 등기시 단독분양권 유무 ..... 41
- 09 분양신청기간 종료 후 분양신청의 변경은 가능한가 ..... 45
- 10 사실상 다가구주택의 단독 분양대상자 지위 인정 여부 ..... 53
- 11 주거세입자의 부동산 인도지체와 손해배상책임 ..... 60
- 12 공유자 1인이 제출한 서면결의서 효력 및 서면결의 철회방법 등 ..... 65
- 13 시공자와 체결한 공사도급계약 해제의 요건 ..... 71

**최신판례 해설**

- 01 관리처분계획 수립 시 종전 주택의 소유형태에 따른 주택 공급 기준 ..... 74
- 02 재개발조합과 조합장 사이의 선임·해임 등을 둘러싼 법률관계 ..... 77
- 03 조합원의 지위를 상실한 현금청산대상자들의 의사와 무관하게 일방적으로  
현금청산대상자들이 조합원의 지위를 회복하는 것으로 결정하는 것이  
허용되는지 여부 ..... 78

# 정관으로 2주택의 공급 규정을 제한 할 수 있는지 여부



- ☑ 2주택 공급에 관한 도시정비법 규정을 정관으로 배제할 수 있는지 여부
- ☑ 분양신청기간 종료 후 사업시행계획이 변경된 경우 다시 분양신청 절차를 밟아야 하는지 여부

 **조합경영전략연구원**  
 대표이사 유재관  
 **법무사법인(유한) 동양**

**사 례** 재개발조합의 조합원 甲은 사업구역 내 주택의 소유자로서 조합에게 전용면적 59㎡의 공동주택 2채에 대하여 분양신청을 하였다. 그런데 조합은 甲소유 주택의 주거전용면적이 조합에서 공급하고자 하는 59㎡형 2채의 합산에 미치지 못한다는 이유로 1채에 대해서만 분양신청을 받고 추가 분양을 거부하였다. 이후 사업시행변경계획 및 관리처분변경계획이 인가됨에 따라 조합이 실제로 공급하는 공동주택의 면적이 일부 줄어들어 甲은 전용면적 59㎡의 공동주택 2채를 분양받을 수 있는 자격을 갖추게 되었다. 이러한 경우 추가분양을 제외한 조합의 관리처분변경계획은 위법한지 여부?

## 1. 법령 규정 및 쟁점

### ① 도시정비법 규정 및 취지

도시정비법 제76조 제1항 제7호 다목은 ‘제74조 제1항 제5호에 따른 가격의 범위 또는 종전 주택의 주거전용면적의 범위에서 2주택을 공급할 수 있고, 이 중 1주택은 주거전용면적을 60㎡ 이하로 한다.’<sup>1)</sup> 고 규정(개정 및 시행 2013. 12. 24)하고 있다.

1) 다만, 60㎡ 이하로 공급받은 1주택은 제86조 제2항에 따른 이전고시일 다음 날부터 3년이 지나기 전에는 주택을 전매(매매·중여나 그 밖에 권리의 변동을 수반하는 모든 행위를 포함하되 상속의 경우는 제외한다)하거나 전매를 알선할 수 없다.

위 규정은 종전자산의 권리가액이나 소유면적에도 불구하고 반드시 조합원 당 1주택만을 분양받을 수 있도록 하는 경우에 발생할 수도 있는 중후 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 도시정비법 규정과 다른 내용의 정관 규정

위 도시정비법의 규정과는 달리, 정관 제49조는 ‘조합원의 종전 자산의 가격범위에서는 2주택을 공급하되, 주거전용면적의 범위 내에서는 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.<sup>2)</sup>

## 2. 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 정관<sup>3)</sup>에 따라 분양신청절차를 진행하였으므로 법적 하자는 없는 것으로 보인다.<sup>4)</sup>

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

## 3. 관리처분계획의 일부 무효 또는 취소 주장에 대한 판단

### ① 관리처분계획의 존속 여부

이 사건 사업시행변경계획은 분양대상인 59㎡형의 주거전용면적이 설계상 벽체공유면적<sup>5)</sup>의 증가

2) 이 사건 조합은 2015년 사업시행인가, 2015.11월부터 조합원 분양신청을 받았고, 2016. 9월 관리처분인가, 2018. 6월 사업시행변경인가, 2020. 9월 관리처분변경인가를 득하였다.

3) 이 사건 정관 제49조 제5항은 “조합원이 소유한 기존 주택의 감정평가액 범위 내에서 2주택을 공급할 수 있다”고 규정하고 있다.

4) 설령 ‘종전 자산의 가격’과 달리 ‘종전 주거전용면적’에 대하여만 달리 취급하는 것이 부당하므로, 평등의 원칙에 반하여 위법하다는 취지로 이해하더라도, 원고의 종전 자산의 주거전용면적의 합계는 당시 최소평형 59A형의 주거전용면적의 2배의 면적보다 크거나 같아야 하며, 1㎡만이라도 주거전용면적이 부족한 경우에는 원고가 자신의 주거전용면적의 범위에서 2주택을 신청하였다 하더라도 2주택의 수분양대상자에 해당하지 아니하여 2주택을 분양받을 수는 없다.

5) 주택법 제2조, 주택법시행규칙 제2조, 주택공급에 관한 규칙 제59조 등의 법률에 따라 공동주택의 규모 산정 등에 있어서 주거전용면적이 사용되고, 이 경우 바닥면적에서 주거전용면적을 제외하고 남는 외벽면적(벽체 면적)은 ‘공용면적’에 가산한다고 명시되어 있다(흔히 ‘벽체공용면적’이라는 용어로 불리고, 안목치수를 적용하여 벽체 안쪽을 기준으로 전용



에 따라 위 평형의 주거전용면적이 감소하였고, 분양대상인 공동주택의 세대수를 그대로 유지한 채 단지 59㎡형의 주거전용면적만을 변경한 것이므로, 이는 기존의 사업시행계획을 완전히 대체하는 것이거나 주요 부분을 실질적으로 변경한 것으로 보기 어렵다.<sup>6)</sup>

한편 이 사건 관리처분변경계획은 사업시행변경인가에 따라 그 내용을 반영한 것이므로, 이는 도시정비법 시행령 제61조 제4호에서 말하는 ‘사업시행인가의 변경에 따라 관리처분계획을 변경한 때’에 해당하여 경미한 변경이고, 그와 같은 경미한 변경

은 이 사건 관리처분계획의 내용을 보완하는 부수적인 것에 불과하므로, 이 사건 관리처분변경계획이 존재하나, 관리처분계획도 여전히 유효하게 존속한다고 보아야 한다.

## ② 종전 주택의 주거전용면적의 범위에서 2주택의 공급 규정의 적용여부

조합이 조합원의 종전 주거전용면적의 범위에서 2주택을 공급하기로 하고, 이 사건 사업시행변경계획에 따라 별도로 분양신청절차를 진행하는 경우, 원고로서는 주택을 분양받을 여지가 있기는 하다.

그러나 조합은 자신의 계획재량권의 행사로서 조합원의 종전 자산의 가격범위에서는 2주택을 공급하되, 주거전용면적의 범위에서는 2주택을 공급하지 아니하는 내용의 정관에 따라 분양신청절차를 진행하였고, 조합과 조합원에 대하여 구속력을 가지는 자치법규로서의 구속력을 갖는 정관에도 동일하게 규정하고 있으므로, 설령 새로이 분양신청절차를 진행한다 하더라도 원고는 2주택을 분양받을 수 없다.

면적을 계산하게 되고, 벽체의 두께만큼은 전용면적이 아니라 주거 공용면적으로 분류되었다. 즉 전용면적은 전용으로 사용하는 면적, 즉, 벽체마감 안쪽의 면적을 의미하고, 벽체공용면적은 벽체안쪽과 벽체중심선의 면적을 의미한다.

- 공급면적(분양면적) = 전용면적 + 주거공용면적(벽체, 엘리베이터, 계단, 복도 등)
- 계약면적 = 공급면적 + 기타공용면적(관리실, 기계전기실, 노인정, 주차장 등)

6) 도시정비법 시행령 제46조(사업시행계획인가의 경미한 변경) 제4호는 ‘세대수와 세대당 주거전용면적을 변경하지 않고 세대당 주거전용면적의 10퍼센트의 범위에서 세대 내부구조의 위치 또는 면적을 변경하는 때’를 경미한 변경으로 규정하고 있으므로, 이 사건 사업시행변경계획에서 변경된 사항은 경미한 변경에는 해당하지 아니한다.

#### 4. 사업시행변경계획에 따른 재분양신청 절차 의무가 있는지 여부

조합원의 종전 주거전용면적의 범위에서 2주택을 공급하는 것이 가능한 것으로 본다 하더라도, 이 사건 관리처분계획변경은 이 사건 관리처분계획 중 일부 경미한 사항을 변경하는 것을 내용으로 함은 앞서 본 바이다.

현행 도시정비법 제72조 제4항은 “사업시행자는 제2항에 따른 분양신청기간 종료 후 제50조 제1항에 따른 사업시행계획인가의 변경(경미한 사항은 제외한다)으로 세대수 또는 주택규모가 달라지는 경우 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 분양공고 등의 절차를 다시 거칠 수 있다.”라고 규정하고 있는바<sup>7)</sup>, 다시 분양신청 절차를 진행함으로써 초래될 수 있는 여러 부작용(조합원 상호간의 반목 발생, 재개발사업의 지연 등)과 비교할 때 단지 공동주택의 단위세대별 면적이 미세하게 조정되었다는 이유만으로 조합이 다시 분양신청 절차를 진행하지 않은 조치가 재량권을 일탈·남용한 것이라고 단정할 수 없다.

따라서 이 사건 사업시행변경계획에 따라 당초 사업시행변경계획의 내용 중 일부가 변경되었다 하더라도, 조합에게 다시 분양신청 절차를 진행할 의무가 발생한다고 볼 수 없다.

#### 5. 결어

조합은 원고가 ‘전용면적 59㎡의 공동주택 1채’에 대하여 분양신청을 하였다는 전제 아래 이 사건 관리처분변경계획 중 ‘원고를 전용면적 59㎡ 1채의 분양대상자로 정하고, 추가 분양대상에서 제외’한 부분은 분양신청 현황에 따른 것이어서 적법하다고 봄이 상당하다.



7) 위 규정은 도시정비법이 2017.2.8. 법률 제14567호로 전부개정되면서 신설된 조항이고, 그 효력일이 2018.2.9. 이기는 하나, 부칙에 경과규정을 두지 않은 점, 그 내용이 효력일 이후 발생을 전제로 하는 것이라기보다는 종전에 구 도시정비법상 해석으로 인정되는 것을 명문화한 것으로 보이므로, 이 사건에도 적용된다.

# 임의로 분양신청을 철회한 자의 법적 지위



- ☑ 도시정비법 제73조 제1항 제2호가 정한 '분양신청을 철회한 자'의 의미
- ☑ 분양신청 이후 현금청산자가 되기 위한 요건과 청산금의 지급시기


**조합경영전략연구원**  

**법무사법인(유한) 동양** 대표이사 유재관

**사 례** 재개발조합의 조합원 甲은 분양신청 기간이 종료된 후에 임의로 분양신청을 철회했다. 甲은 도시정비법 제73조 제1항 제4호의 '관리처분계획에 따라 분양대상에서 제외된 자'에 해당하므로, 조합은 甲에게 관리처분계획 인가일 다음 날부터 90일 이내에 현금청산금을 지급할 의무가 있고, 이를 지체하는 경우 지연이자를 지급할 의무가 있다는 취지로 주장한다. 이에 조합은 甲의 분양신청 철회에 대하여 동의를 한 사실은 없으나 甲을 현금청산대상자로 하는 관리처분계획의 수립·인가를 진행하였고 아직 분양계약체결에 관한 통지를 하지 않고 있다. 甲 주장은 타당한지 여부?(서울고법 2021)

## 1. 관련 규정

### ① 도시정비법 및 정관의 규정

도시정비법 제73조는 '분양신청을 하지 아니한 자 등에 대한 조치'라는 제목 하에서 '사업시행자는 관리처분계획이 인가·고시된 다음 날부터 90일 이내에 「분양신청을 하지 아니한 자, 분양신청기간 종료 이전에 분양신청을 철회한 자, 제72조 제6항 본문에 따라 분양신청을 할 수 없는 자, 제74조에 따라 인가된 관리처분계획에 따라 분양대상에서 제외된 자」와 토지, 건축물 또는 그 밖의 권리의 손실 보상에 관한 협의를 하여야 한다. 다만, 사업시행자는 분양신청기간 종료일의 다음 날부터 협의를 시작할 수 있고(제1항), 사업시행자는 제1항에 따른

협약이 성립되지 아니하면 그 기간의 만료일 다음 날부터 60일 이내에 수용재결을 신청하거나 매도 청구소송을 제기하여야 하고(제2항), 또한 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 이율<sup>8)</sup>을 적용하여 산정한다(제3항)고 규정하고 있다.

한편 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 포함되는



### 지 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(대법원 2014. 8. 26. 선고 2013두4293 판결 등 참조).

8) 도시정비법 시행령 제60조 제2항 : 법 제73조 제3항 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 초과외의 지연일수에 따른 이자의 이율 : 100분의 15



다만 사업시행자의 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 된다고 보아야 한다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결, 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013두4293 판결 손실보상금등청구).

## ② 분양신청 이후 현금청산자가 되기 위한 요건과 청산금의 지급시기 등

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(대법원 2013. 1. 24. 선고 2011두22778 판결 등 참조).<sup>9)</sup>

## 3. 사례의 해결(서울고법의 입장)

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

그리고 조합이 그 정관 등을 통하여甲과 같이 ‘분양신청기간이 종료된 후에 임의로 분양신청을

9) 조합에게 분양신청을 철회하는 등으로 분양계약의 체결의사가 없음을 명백히 표시하고 조합이 이에 동의한 경우에는 예외적으로 당해 토지 등 소유자는 현금청산대상자에 해당하게 된다고 보아야 한다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결, 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013두4293 판결 손실보상금등청구).

철회하고 분양계약을 체결하지 아니한 조합원' 등에 대하여 그 권리 등을 분양계약 체결기간이 종료 되는 날의 다음 날 현금으로 청산한다는 취지로 정하였으므로, 조합은 甲에 대하여 '분양계약 체결기간 종료일 다음날부터 90일 이내'에 현금청산금을 지급할 의무를 부담한다고 봄이 타당하다.

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

향후 원고 甲이 분양계약 체결절차에서 정관 제44조 제5항이 정한 절차에 따라 현금청산대상자로 될 여지가 없지 않겠지만, 그것은 장래에 원고 甲이 이 사건 정비사업에서 이탈하기 위하여 선택할 수 있는 하나의 방편에 지나지 않는다(서울행정법원 2021.1.22. 선고 2019구합72410 관리처분계획취소).

따라서 조합에서 정한 분양계약 체결기간 종료 이전에는 현금청산대상자의 지위에 있게 되는 것으로 볼 수 없으며, 관리처분계획 인가일 다음 날부터 90일 이내에 현금청산금을 지급할 의무가 있고, 이를 지체하는 경우 지연이자를 지급할 의무가 있다는 취지의 甲의 주장은 이유없다고 할 것이다.

#### 4. <참조> 현금청산금 지급 지체에 따른 지연이자 청구권(도시정비법 제73조 제3항)과 재결신청 지연가산금 청구권(토지보상법 제30조 제3항)의 구별

도시정비법 제73조 제3항에서 정한 현금청산금 지급 지체에 따른 지연이자 청구권과 토지보상법 제30조 제3항에서 정한 재결신청 지연가산금 청구권은 근거 규정과 요건·효과를 달리하는 것으로서, 각 요건이 충족되면 성립하는 별개의 청구권이므로(대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두46411 판결 등 참조), 도시정비법 제73조 제3항에 의하여 위 현금청산금 지급 지체에 따른 지연이자 청구권이 발생한다는 사정만으로 이와 별개의 청구권이 이 사건 재결신청 지연가산금 청구권이 당연히 발생한다고 보기도 어렵다.

만일 사례에서 원고 甲이 종전자산을 출자하지 않은 채 계속 점유하다가 조합관계에서 탈퇴하여 현금청산대상자가 된 다음 보상협의 또는 수용재결에서 정한 현금청산금을 지급받은 이후에야 비로소 조합에게 종전자산의 점유를 인도하였다면, 도시정비법 제73조에서 정한 현금청산금 지급 지체에 따른 지연이자 청구권은 발생하지 않는다.

- 조합이 구 도시 및 주거환경정비법 제47조에서 정한 현금청산금 지급 이행기간(현금청산사유 발생 다음 날부터 150일) 내에 현금청산금을 지급하지 못한 경우, 그에 대하여 지체책임을 부담하는지 판단하는 방법(대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두46411 손실보상금)

### 【현금청산금 지급 지체에 따른 조합의 책임】

① 구 도시정비법 제47조에서 정한 바와 같이, 조합이 현금청산사유가 발생한 날부터 150일 이내에 지급하여야 하는 현금청산금은 토지 등 소유자의 종전자산 출자에 대한 반대급부이고, 150일은 그 이행기간에 해당한다. 민법 제587조 후단도 “매수인은 목적물의 인도를 받은 날로부터 대금의 이자를 지급하여야 한다. 그러나 대금의 지급에 대하여 기한이 있는 때에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다.

따라서 조합이 도시정비법 제47조에서 정한 현금청산금 지급 이행기간(현금청산사유 발생 다음 날부터 150일) 내에 현금청산금을 지급하지 못한 것에 대하여 지체책임을 부담하는지 여부는 토지 등 소유자의 종전자산 출자시점과 조합이 실제 현금청산금을 지급한 시점을 비교하여 판단하여야 한다.

즉, 토지 등 소유자가 조합원의 지위를 유지하는 동안에 종전자산을 출자하지 않은 채 계속 점유하다가 조합관계에서 탈퇴하여 현금청산대상자가 되었고 보상협의 또는 수용재결에서 정한 현금청산금을 지급받은 이후에야 비로소 조합에 종전자산의 점유를 인도하게 된 경우에는 조합이 해당 토지 등 소유자에게 현금청산금을 실제 지급한 시점이 현금청산사유가 발생한 날부터 150일의 이행기간이 경과한 시점이라고 하더라도 조합은 150일의 이행기간을 초과한 지연일수에 대하여 현금청산금 지급이 지연된 데에 따른 지체책임을 부담하지는 않는다고 보아야 한다.

그러나 토지 등 소유자가 조합원의 지위를 유지하는 동안에 종전자산을 출자한 후에 조합관계에서 탈퇴하여 현금청산대상자가 되었음에도 조합이 도시정비법 제47조에서 정한 150일의 이행기간 내에 현금청산금을 지급하지 아니하면 위 이행기간이 경과한 다음 날부터는 정관에 특별한 정함이 있는 경우에는 정관에서 정한 비율, 정관에 특별한 정함이 없는 경우에는 민법에서 정한 연 5%의 비율로 계산한 지연이자를 지급할 의무가 있다고 보아야 한다.

② 한편 도시정비법 제40조 제1항에 의하여 재개발사업에 준용되는 토지보상법 제30조는, 사업인정고시가 있는 후 협의가 성립하지 아니한 경우에는 토지소유자 등이 서면으로 사업시행자에게 재결을 신청할 것을 청구할 수 있고(제1항), 사업시행자는 그 청구가 있는 날부터 60일 이내에 관할 토지수용위원회에 재결을 신청하여야 하며(제2항), 만일 사업시행자가 그 기간을 경과하여 재결을 신청한 때에는 그 지연한 기간에 대하여 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조에 따른 법정이율을 적용하여 산정한 금액(이하 '재결신청 지연가산금'이라고 한다)을 관할 토지수용위원회에서 재결한 보상금에 가산하여 지급하도록(제3항) 규정하고 있다.

이러한 재결신청 지연가산금은 토지보상법이 특별히 정한 책임으로서, 사업시행자가 정해진 기간 내에 재결신청을 하지 않고 지연한 데 대한 제재와 토지소유자 등의 손해에 대한 전보라는 성격을 아울러 가지고 있다(대법원 2017. 4. 7. 선고 2016두63361 판결 참조).

③ 위에서 살펴본 현금청산금 지급 지체에 따른 지연이자 청구권과 재결신청 지연가산금 청구권은 그 근거 규정과 요건·효과를 달리하는 것으로서, 각 요건이 충족되면 성립하는 별개의 청구권이다. 다만 재결신청 지연가산금에는 이미 '손해 전보'라는 요소가 포함되어 있어 같은 기간에 대하여 양자의 청구권을 동시에 행사할 수 있다고 본다면 이중배상의 문제가 발생하므로, 같은 기간에 대하여 양자의 청구권이 동시에 성립하더라도 토지 등 소유자는 어느 하나만을 선택적으로 행사할 수 있을 뿐이고, 양자의 청구권을 동시에 행사할 수는 없다고 봄이 타당하다.

(다만, 2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부 개정된 도시 및 주거환경정비법 제73조 제1항, 제2항, 제3항 및 그 부칙 제9조에 의하면, 2012. 8. 2. 이후 최초로 조합설립인가를 신청한 정비사업부터는 현금청산사유가 발생한 경우에는 관리처분계획 인가 다음 날부터 90일 이내에 현금으로 청산하여야 하고, 그 기간 내에 보상협의를 성립하지 아니하면 그 기간의 만료일 다음 날부터 60일 이내에 수용재결을 신청하거나 매도청구소송을 제기하여야 하며, 만일 60일의 기간을 넘겨서 수용재결을 신청하거나 매도청구소송을 제기한 경우에는 해당 토지 등 소유자에게 지연일수에 대하여 100분의 15 이하의 범위에서 대통령령으로 정하는 이율을 적용한 이자를 지급하여야 한다. 그에 따라 2012. 8. 2. 이후 최초로 조합설립인가를 신청한 정비사업부터는 토지보상법상 재결신청 지연가산금 제도가 준용되지 않고, 전부 개정된 도시정비법 제73조 제3항에 따른 지연이자 제도만 적용된다는 점을 지적하여 둔다).

■ 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 협의를 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 제73조 제1항에 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」 제68조 제1항에 따른다.
- ② 법 제73조 제3항 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 초과인 지연일수에 따른 이자의 이율 : 100분의 15

# 교회의 분양신청과 현금청산에 관한 관리처분계획수립의 효력



- ☑️ 종교시설과 사택을 소유한 교회의 법적지위
- ☑️ 종교시설에 관한 협의가 이루어지지 아니한 경우 현금청산절차를 거치도록 한 관리처분계획



조합경영전략연구원



법무사법인(유한) 동양

대표이사 유재관

**사 례** 교회<sup>10)</sup> 부지(900㎡)와 건물 및 아파트(사택으로 이용)를 소유하고 있는 재개발조합원 甲 교회는 조합과 교회부지 980㎡ 중 900㎡은 종교부지와 대토하기로 하고, 나머지 80㎡은 타 조합원과 동일한 절차에 따라 현금보상하며, 甲의 예비당 신축비용과 성물의 제작 및 설치비용을 부담하는 등의 내용으로 협의하면서 협의 완료시점은 관리처분계획 수립총회까지로 하였다. 그 후 甲교회는 조합원 분양신청기간에 사택의 소유자로서 아파트의 분양을 희망한다는 취지의 분양신청을 하였고 관리처분계획 수립총회 전까지 甲교회와 조합은 협약서상의 합의는 결국 불발되어 조합은 교회 등에 대해서는 종교부지를 환지로 제공하고 교회부지 및 건물은 현금청산을 하는 내용으로 관리처분계획을 수립하여 인가를 받았다. 관리처분계획은 적법한지 여부?

## 1. 협약서의 내용 및 쟁점

### ① 협약서의 내용

조합과 甲 교회는 협약서에서 정한 ‘대토의무, 현금보상 의무, 임시장소 제공의무’에 관하여 관리처분계획 수립 총회 전까지 완료하기로 하였고, 종교시설이 아닌 사택 등 부동산에 관하여는 조합원의 지위에서 분양신청을 하고, 종교시설 자체에 대하

10) 대한예수교장로회부성교회

여는 분양신청을 하지 아니하되 조합 측과 별도의 협의를 거치고, 그와 같은 협의가 이루어지지 아니한 경우 현금청산 절차를 거치도록 관리처분계획에서 정하였다.<sup>11)</sup>

## ② 쟁점

원고 甲교회는 '사택'의 소유자로서 공동주택에 대한 분양신청을 하여 조합원 지위를 유지하고 있으므로, 이 사건 '교회 등'에 관하여 분양신청을 하지 않았더라도 현금청산대상이 되는 '분양신청을 하지 아니한 자'에 해당한다고 할 수 없어 조합은 원고를 상대로 교회등에 관한 현금청산절차를 진행할 수 없다. 그럼에도 ① 조합은 甲교회를 현금청산대상자로 정한 점, ② 조합과 甲교회간에 합의한 내용을 반영하지 아니한 관리처분계획의 수립은 무효라고 주장한다.

위 ①과 관련하여, 1인이 다수의 물건을 소유하고 있는 경우 일부의 부동산으로 분양신청을 하고 일부는 현금청산을 받을 수 있는지와 관련하여, 사택의 소유자로서 분양신청한 원고를 현금청산대상자로 분류할 수 있는지 여부,<sup>12)</sup> 위 ②와 관련하여, 조합과 甲교회 간에 체결한 협약서의 핵심적인 부분을 이루는 보상금액이 확정되지 아니한 경우에도

이 사건 협약서에 규정된 조합의 의무가 확정적으로 발생한다고 볼 수 있는지 여부가 이 사례의 쟁점이다.

## 2. 현금청산절차상 위법 여부

### ① 관리처분계획의 계획재량

도시정비법 제76조 제1항 제6호는 관리처분계획의 수립기준에 관하여 '1세대 또는 1명이 하나 이상의 주택 또는 토지를 소유한 경우 1주택을 공급한다', 제73조 제1항은 '사업시행자는 분양신청을 하지 아니한 자, 분양신청기간 종료 이전에 분양신청을 철회한 자, 또는 관리처분계획에 따라 분양대상에서 제외된 자에 대해서는 관리처분계획 인가를 받은 날의 다음 날로부터 90일 이내에 토지·건축물 또는 그 밖의 권리에 대하여 현금으로 청산하여야 한다'고 규정하고 있을 뿐, 조합원이 둘 이상의 주택 또는 토지를 소유한 경우 분양신청을 하면서 권리내역으로 기재한 부동산 이외에 나머지 부동산에 관하여 조합이 도시정비법 제73조에 의한 현금청산절차를 거쳐 권리를 취득할 것인지, 도시정비법 제89조에 따라 이전고시 이후 청산금을 지급할 것인지 별도로 규정하고 있지 않다.

- 11) 관리처분계획에 포함되어 있는 '현금청산 명세와 방법' 중 연번 13에는 원고 소유의 이 사건 교회 등에 관한 권리명세와 청산사유 및 방법 등이 기재되어 있다. 이 사건 관리처분계획은 종교부지 900㎡를 환지로 정하고 그에 따른 손실보상 방법 및 보상액은 종전 토지 등의 평가액을 기준으로 하여 39억원의 예비비를 책정해 두었다.
- 12) 甲교회는 사택소유자로서 분양신청을 한 조합원임에도 불구하고 조합은 현금청산대상자가 아닌 원고를 수용재결을 신청하여 이 사건 교회 등의 소유권을 취득하였고, 이를 전제로 이 사건 관리처분계획을 수립하였으므로 이 사건 관리처분계획은 위법하다고 주장하고 있다(이 사건의 관리처분계획은 2017. 3월에 인가되었고, 이에 따른 교회 등의 수용재결은 2018. 5월에 이루어졌다).



재개발정비사업은 정비기반시설이 열악하고 노후·불량건축물이 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하기 위한 사업으로, 이해관계가 상충되는 토지등소유자들의 개별적이고 구체적인 이익을 조정할 수 있도록 사업시행자에게 상당한 재량권이 부여된다. 따라서 조합은 그에게 주어진 계획재량에 따라 관리처분계획을 정함에 있어 위와 같은 경우의 권리취득 절차를 결정할 수 있다.

**㉒ 현금청산자의 지위와 조합원 지위의 양립가능성<sup>13)</sup>**

원고 甲교회는 도시정비법 제73조 및 조합정관이 정한 요건에 해당하여 현금청산대상자가 된 조합원은 조합원으로서 지위를 상실한다고 봄이 상당

하다는 대법원 판결(대법원 2010.8.19. 선고 2009다81203판결)이나, 2주택을 소유한 조합원이 하나의 주택에 대하여 분양신청을 하고 나머지 주택에 대하여 현금청산을 받을 수 없다는 법제처의 법령 해석을 들어 조합원에 대해서는 현금청산을 할 수 없다는 취지로 주장한다. 그러나 위와 같은 대법원 판결이나 법령해석의 취지가 관리처분계획에서 둘 이상의 부동산을 소유한 조합원이 일부 부동산에 대하여는 분양신청을 하여 조합원의 지위를 유지하면서도, 나머지 부동산에 대하여는 현금청산을 받을 수 있도록 정하는 것을 금지하는 취지로는 보이지 않는다(인천지법).

**3. 협약서 기재내용 미반영 주장에 관한 판단<sup>14)</sup>**

㉑ 이 사건 협약서는 조합이 원고에게 교회 건물 등을 분양하는 것이 아니라, 교회 부지를 대토하고 교회 건물의 신축비용 등을 보상하는 것을 내용으로 하고, 비용의 산출 및 검증에 관하여 최선을 다하여 협의하되, 관리처분계획변경을 위한 총회 전까지 합의를 완료하여야 하는데, 원고와 조합은 합의를 완료하지 못하였다.

13) 종교단체인 원고에게는 분양신청에 관한 규정이 적용된다고 볼 수 없고, 조합은 정당한 보상으로써 원고에게 환지를 공급하여야 한다고 주장하고 있고, 또한 조합은 현금청산대상자가 아닌 원고를 상대로 수용재결을 신청하여 이 사건 교회 등의 소유권을 취득하였고, 이를 전제로 이 사건 관리처분계획을 수립하였으므로 이 관리처분계획은 위법하다고 주장하고 있다.

14) 관리처분계획에 하자가 있어 그것이 무효로 되기 위해서는 그 하자가 중대하고도 명백할 것이 요구되고(대법원 2002.12.10. 선고 2001두6333), 행정처분의 당연무효를 구하는 소송에 있어서는 그 무효를 구하는 사람에게 그 행정처분에 존재하는 하자가 중대하고 명백하다는 것을 주장·입증책임이 있다(대법원 2000.3.23. 선고 99두11851).



② 그런데 이 사건 관리처분계획은 종교부지 900㎡를 환지로 정하고 그에 따른 손실보상 방법 및 보상액은 종전 토지 등의 평가액을 기준으로 하고, 조합은 39억원의 예비비를 책정해 두었다. 그러므로 조합은 이 사건 교회 등에 대해서는 종교부지를 환지로 제공하고 나머지 손실에 대한 보상을 위한 상당한 액수의 예비비를 책정하는 등 이 사건 협약서에 따른 합의 가능성을 열어두고 별도로 그 보상방

법 및 보상액을 정하기로 한 것으로 보이고, 이 사건 관리처분계획이 이 사건 협약서의 기재내용을 반영하지 않았다고 단정하기 어렵다.<sup>15)</sup>

또한 교회에 대한 보상 내역 및 이전 대책의 구체적인 내용과 그에 따른 조합의 의무 발생은 교회와 조합 사이의 보상비용에 관한 합의가 마쳐져야 발생하는데, 당사자간 그와 같은 협의를 마치지 못하였으므로, 조합이 관리처분계획에 교회가 주장하는 것과 같은 내용을 확정적으로 포함하였어야 한다고 볼 수는 없다.<sup>16)</sup>

이 사건 협약서의 목적은 조합의 사업추진으로 인하여 교회 甲이 입게 될 손실보상 및 예배당신축에 대하여 상호 합의하는데 있는바, 그 내용의 핵심적인 부분을 이루는 보상 금액이 확정되지 않은 이상, 이 사건 협약서에 규정된 조합의 의무만이 확정

15) 원고 교회 甲은 조합이 처음부터 성실히 협의하고자 하는 의사가 전혀 없었고 협의의 외관만을 꾸며냈다고 주장하면서, 그 근거로 조합이 원고에게 신축공사비 명목으로 12억원을 지급하겠다고 제안하였는바, 이는 원고의 손실에 대한 보상으로는 턱없이 적은 금액이라는 점을 들고 있다. 그러나 조합이 원고에게 지급한 적절한 보상금을 산정할 수 있는 근거가 없는바(이 사건 협약서에서도 원고와 조합 간에 협의를 통하여 정하도록 하였을 뿐이다), 조합이 원고에게 제안한 신축공사비의 금액만으로 조합이 원고와 협의를 할 의사가 전혀 없었다고 단정할 수 없다.

또한 서울 뉴타운지구 종교시설 처리방안은 그 적용 지역에 비추어 볼 때 이 사건에는 직접 적용되는 것이 아니다(부개3구역-부평)

16) 위 사건에서 원고는, 서울고등법원 2017.4.7. 선고 2016누46856 판결(상고심에서 소취하)을 들어 이 사건 관리처분계획에는 종교단체인 원고에 대한 보상에 관한 내용이 필수적으로 포함되어야 한다는 취지로 주장하나, 위 판결은 관리처분계획이 결의되어 인가받을 당시 교회가 종교시설을 분양받는지 여부가 확정되지 아니하였음에도, 교회가 종교시설 부지를 분양받는 것을 전제로 작성된 관리처분계획이 위법하다는 취지로, 이 사건과는 그 내용을 달리한다.

⇒ 위 서울고등법원(2016누46856판결)은 “교회는 이 사건 관리처분계획대로 종교시설 부지로 이전할 경우 오히려 26억의 청산금을 조합에게 지급해야 하는 점, 현재까지도 교회와 조합 사이에 보상금에 관한 합의가 이루어지지 않은 점 등에 비추어 보면, 교회와 조합 사이에 종교시설 부지를 분양하기로 하는 협의를 완료되었다고 보기 어려울 뿐만 아니라 교회에게 보상금에 관한 합의없이 관리처분계획대로 이 사건 종교시설 부지를 분양받을 의사가 있었다고 보기도 어렵다. 따라서 교회가 종교시설 부지를 분양받는 것을 전제로 작성된 관리처분계획에는 중대한 오류가 있어 위법하므로 취소되어야 한다”고 판시했다.

적으로 발생한다고 볼 수는 없다.<sup>17)</sup>

#### 4. 종교단체와 일반 조합원간의 편익(便益)의 차이

종교단체와 일반 조합원의 재개발사업으로 얻는 편익이 동일하지 않고, 교회에게 종교시설의 임시 이전으로 인한 예배상의 불편함 등이 발생한다고 하더라도, 조합이 관리처분계획을 수립하는 과정에서 재량을 행사하여 이에 관한 보상 내용을 반영할 수 있을 뿐, 그와 같은 사정만으로 교회가 정비구역 내의 토지를 대토 또는 환지받을 권리 및 조합이 그에 대한 내용을 관리처분계획에 포함해야 할 의무가 곧바로 발생한다고 할 수 없다.

나아가 설령 조합의 정관 또는 도시정비법의 각 규정 중 주택 공급 및 분양에 관한 내용이 원고의 교회 운영에 대한 손실보상의 방법 중 최선의 방법이라고 보기 어렵다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 교회에 대한 주택분양이 원고에게 경제적으로 전혀 이익이 되지 않아 정당한 보상이 될 수 없다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 앞서 본 바와 같이 원고는 이 사건 사택에 관해서는 분양신청을 하였는바, 원

고에게 분양신청 관련 규정이 전혀 적용될 수 없다는 취지의 원고 주장은 받아들일 수 없다.

#### 5. 결어

정비사업은 정비구역 내 토지나 노후 건축물 등의 소유자 또는 세입자 등에게 재개발로 신축되는 아파트 등을 분양할 목적으로 이루어지는 것으로, 종교단체는 정비사업의 이익을 직접적으로 누릴 수 없다. 이와 같은 정비사업의 목적 및 정관과 도시정비법의 규정 취지 등에 비추어 볼 때, 종교단체로서 이 사건 사택과 함께 종교시설인 교회 등을 함께 소유하고 있는 甲 교회의 경우 종교시설이 아닌 사택 등 다른 부동산에 관하여는 조합원의 지위에서 분양신청을 하고, 종교시설 자체에 대하여는 분양신청을 하지 아니하되, 조합 측과 별도의 협의를 거치고, 그와 같은 협의가 이루어지지 아니한 경우 현금 청산절차를 거치도록 관리처분계획에서 정하였다고 하여, 관리처분계획 자체를 무효로 하는 중대하고 명백한 하자가 있다고 볼 수 없다.

17) 원고 교회 甲은 ‘임시 예배처소 마련 비용과 이사비용은 주거이전비, 영업보상비와 유사한 성질을 가지므로, 그에 대한 보상은 관리처분계획에 확정적으로 포함되어 있어야 한다고 주장하지만, 이 사건 협약서에 의하면 원고와 조합간에 협의로 산정하다고 정하고 있는바, 원고와 조합간에 위와 같은 비용에 관한 협의를 마치지 못한 이상, 조합이 위 비용에 관한 내용을 관리처분계획에 포함하였어야 한다고 볼 수는 없다.

나아가 조합이 39억원의 예비비를 편성하고 이 사건 정비구역에 900㎡의 종교용지를 지정하기는 하였으나, 이 사건 협약서는 원고와 조합 사이에 협의에 따라 그 보상의무가 발생하도록 규정되어 있을 뿐, 조합의 이행 준비만으로 그 의무가 발생하도록 규정하고 있지 않으므로, 위와 같은 사정만으로 조합의 의무가 확정적으로 발생한다고 보기도 어렵다.

## 참고판례

## 서울행정법원 2019.10.1.선고 2018구합74389 관리처분계획취소

- 위 항소심 서울고등법원 2020.12.18. 선고 2019누60907 항소기각

- ① 도시정비법 등에 재건축정비사업에 있어 종교시설의 처리에 관한 구체적인 방법이나 절차를 정한 규정은 물론, 종교시설 소유자를 주택이나 상가 소유자와 달리 취급하는 규정이 없는 점, ② ‘서울시 뉴타운지구 등 종교시설 처리방안’은 서울시가 2009년경 뉴타운사업 추진 과정에서 종교시설 관련 갈등으로 사업이 지연되는 경우가 발생하여 재개발정비사업촉진계획의 수립기준을 마련한 것으로서, 재개발정비사업에 대한 행정지도로 볼 수 있을지언정 그 자체로 구속력을 가지는 법규라고 보기는 어렵고, 더욱이 이 재건축사업에 위 처리방안이 적용된다고 볼 만한 아무런 근거가 없는 점, ③ 도시정비법상 재건축정비사업은 그 진행과정에서 재산권, 거주이전의 자유, 종교의 자유 등 헌법상 기본권을 필연적으로 제한하게 되나, 이는 정비사업 시행에 따른 공익 추구과정에서 불가피하게 이루어지는 것으로, 정비사업에 참여하기를 원하지 않는 경우에는 협의 또는 법률에 따른 보상절차가 마련되어 있는 점 등을 고려하면,

도시정비법상 조합에게 교회를 위하여 반드시 존치, 대토 내지 존치에 준하는 이전조치나 이전대책을 마련할 의무가 있다고 보기 어려우므로, 이 사건 사업시행계획이 교회 소유자의 종교의 자유를 침해하는 등 재량권을 일탈·남용하여 위법하다고 보기 어렵다.

# 관리처분인가 후 평형 변경과 추가부담금의 부과의 적법 여부



- ☑ 평형변경과 이로 인한 조합손실의 분담
- ☑ 평형변경 조합원에 대한 추가부담금 부과가 평등의 원칙 등에 반하는지 여부



조합경영전략연구원



법무사법인(유한) 동양

대표이사 유재관

**사 례** 서울 소재 재건축조합의 조합원 甲은 분양신청 기간 내에 분양신청서에 희망평형을 1순위부터 3순위까지 모두 24평형으로 신청하였고, 조합은 그에 따라 관리처분계획인가를 받았다. 그 후 甲은 동·호수 추첨결과 희망하던 24평형 신축아파트를 배정받지 못하고 관리처분계획의 조합원 평형배정기준에 따라 40평형에 해당하는 아파트를 배정받았다. 이후 원고 甲과 같이 다른 평형을 공급받기를 원하는 조합원들이 발생하자, 조합은 일반분양분으로 남아 있는 29평형 16세대에 관해 평형변경을 위한 재추첨 절차를 진행하기로 결정하여 甲은 29평형 아파트를 분양받았다. 조합은 평형변경으로 인한 일반분양가와 조합원분양가의 차액에 해당하는 금액에 대하여 추가부담금 부과 통지를 하였다. 이러한 추가부담금 부과 통지는 적법한지 여부?(서울고법)

## 1. 조합원 평형배정기준 및 동·호수 추첨과 평형변경절차

### ① 관리처분계획 중 조합원 평형배정기준

- ① 조합원 분양은 임대주택 및 일반분양아파트보다 우선하여 분양한다.
- ② 조합원에게 분양될 신축아파트의 평형배정은 분양신청기간 중 조합원이 분양신청서에 작성한 순위별 희망평형의견을 기준으로 평형배정방법에 의해 결정한다.

- ③ 조합원은 모든 평형에 대해 신청이 가능하고 신청한 희망평형을 기준으로 평형 배정 방법은 다음 각 호에 따른다.
- ④ 위 3항의 1순위 평형 배정시 경합이 발생할 경우 권리가액 다액순으로 배정하며, 권리가액이 동일한 경우 추첨에 의한다.
- ⑤ 위 3항 및 4항의 평형 배정 후 평형이 결정되지 않은 조합원은 분양신청서의 2순위 희망평형에 관하여 각 평형 권리가액 다액순으로 배정한다.
- ⑥ 위 3항, 4항 및 5항의 평형 배정 후 평형이 결정되지 않은 조합원은 분양신청서의 3순위 희망평형에 관하여 각 평형 권리가액 다액순으로 배정한다.
- ⑦ 분양신청서의 3순위 신청에서도 평형이 결정되지 않은 조합원은 신축아파트 잔여 평형에 대하여 큰 평형부터 무작위로 추첨한다.

**② 동·호수 추첨 및 평형변경절차 진행**

조합원 평형배정기준에 따라 조합원들에 대한 신축아파트 동·호수 추첨 및 배정이 이루어진 결과, 원고는 희망하던 24평형 신축아파트를 배정받지 못하고 40평형에 해당하는 아파트를 배정받았다. 원고와 같이 다른 평형을 공급받기를 원하는 조합원들이 발생하자 이사회는 “29평형 배분 관련 의견”이라는 안건을 상정하여 “분양신청을 한 조합원들 중 기존 평형을 29평형으로 변경하는 것을 희망

하는 조합원이 있어 일반분양분으로 남아 있는 29평형 16세대에 관해 조합원 전체를 대상으로 희망자의 의견을 받아 동·호수 추첨 등 배정방법에 관해 대의원회의에서 논의하여 평형변경 및 동·호수 추첨을 진행하고 총회에서 추진받아 추후 관리처분계획 변경시 이를 반영하여 진행한다.”고 결의하였고, 위 재추첨 절차에서 원고는 29평형인 신축아파트를 배정받았다.

조합의 관리처분계획에 의하면 조합원들에 대한 평당 분양가는 34,000,000원 정도로 책정되어 있었는데, 강남구 분양가심사위원회에서 일반 분양가 상한 금액을 평당 31,500,000원으로 결정함에 따라 조합원 분양가보다 일반 분양가가 더 낮아지게 되었다. 이에 조합은 “해당 조합원들이 당초에 배정받은 세대를 조합원 분양이 아닌 일반 분양하게 됨에 따라 생기는 손실(중후 자산 감정평가금액-일반분양금액)과 평형변경에 따라 새로이 배정받은 세대를 조합원 분양이 아닌 일반 분양했다면 생겼을 손실(중후 자산 감정평가금액-일반분양금액)의 차액”(이하 ‘추가부담금’이라 한다)을 평형변경을 희망하는 조합원이 부담하는 조건으로 평형변경을 진행하기로 하고, 이러한 내역을 평형변경 희망 조합원들에게 통보하였다.<sup>18)</sup>

18) 원고를 제외한 나머지 희망 조합원들로부터 “평형 변경으로 발생하는 비용 일체를 부담하고 민·형사상의 모든 법적 책임을 질 것이며 평형배정이 무산될 경우에도 이의를 제기하지 않을 것”이라는 취지의 각서를 제출받았으나, 원고는 추가 부담금을 부담할수 없다는 이유로 각서를 제출하지 아니하였다.



## 2. 추가부담금 부과 결의 및 통지가 무효인지 여부

### ① 관리처분계획에 반하여 무효인지 여부

원고 甲은 당초에 배정받은 이 사건 40평형 아파트를 조합원 분양이 아닌 일반분양하게 됨에 따라 생기는 손실을 원고에게 추가 부담시키는 것은 “조합원 분양은 임대주택 및 일반분양아파트보다 우선하여 분양한다.”는 관리처분계획에 반하여 무효라고 주장한다. 그러나 관리처분계획은 “분양신청서의 3순위 신청에서도 평형이 결정되지 않은 조합원은 신축아파트 잔여 평형에 대하여 큰 평형부터 무작위로 추첨한다.”고 규정하고 있음에도 원고가 이에 불복하여 이 사건 40평형 아파트가 조합원인 원고에게 분양되지 아니하고 일반에 분양되게 된 것이고, 그로 인하여 조합에게 손실이 발생하는 경우 총회결의로써 그 손실을 원고에게 부담시키는 것

은 적법하다고 할 것이다.

### ② 평등의 원칙에 반하여 무효인지 여부

원고는, 피고의 추가부담금 부과 결의 및 통지는 “조합원의 권한은 평등하다.”는 피고의 정관 제 10조 제2항에 반하여 무효라고 주장한다. 그러나

① 일반 분양가 상한 금액이 조합원 분양가보다 낮게 결정됨에 따라, 원고가 최초 배정받았던 이 사건 40평형 아파트에 대한 분양계약을 체결하지 않는 경우에는 위 아파트가 일반 분양분으로 전환되어 조합에게 조합원 분양가와 일반분양가의 차액에 상당하는 손해가 발생하는 점, ② 조합은 위 손해에서 원고가 재배정받게 된 이 사건 29평형 아파트에 관하여 일반 분양이 아닌 조합원 분양을 하게 됨에 따라 취득하게 되는 이익을 공제하는 방식으로 추가부담금을 산정하였는데, 이와 같은 산정 방식은 일반 분양가 상한 금액의 변동에 따른 조합의 손실

과 이익을 적절히 고려한 것으로 보이는 점, ③ 원고는 이미 이 사건 40평형 아파트를 배정받았음에도 불구하고 재추첨·재배정 절차를 통하여 이 사건 29평형 아파트를 다시 분양받게 된 것인데, 이러한 재배정에 대한 권리는 조합원들의 총의에 따라 새로이 부여될 수 있는 권리에 불과하고 조합원의 자격에 내재되어 있는 당연한 권리라고 볼 수는 없으며, 이때 조합에 추가적인 손실이 발생한다면 그 부담 여부 및 방식 역시 원칙적으로 조합의 총의에 따라야 할 것으로 보이는 점, ④ 원고가 최초 배정되었던 이 사건 40평형 아파트의 조합원 분양가와 일반 분양가의 차액을 일부 부담하게 됨에 따라 분양받는 아파트에 관한 조합원 부담금만을 부담하는 다른 조합원들에 비하여 불리하게 된 것은 사실이나, 이는 최초에 추첨·배정 받은 아파트를 포기하고 평형변경을 선택한 원고가 감수해야 할 부분으로 보이고 그것이 사회관념상 현저히 타당성을 잃은 정도라고 볼 수 없는 점,<sup>19)</sup> ⑤ 만약 원고가 이러한 추가부담금 조건을 수용할 수 없다면 분양계약 체결을 하지 아니하고 현금청산<sup>20)</sup>을 할 수 있는 길이 열려 있으므로 특별히 원고에게 불이익하다고 볼 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 추가부담금 부과 결의 및 통지가 합리적인 이유 없이 다수 조합원들이 소수 조합원들에게 부당하게 불이익을 강요한 것으로 볼 수 없고 조합원들 사이의 형평에 어긋난다고도 할 수 없다.

### ③ 신뢰보호의 원칙에 반하여 무효인지 여부

당초 평형변경절차를 진행하면서 조합이 원고에게 기존의 조합원 부담금 외에 추가부담금 등이 부과된다는 점을 구체적으로 알리지 않고 추가부담금 부과 결의 및 통지한 것은 신뢰보호의 원칙에 반하여 무효라고 주장한다.

그러나 재건축 사업의 사업내용은 계속적·단계적으로 절차가 진행됨에 따라 그 내용이 구체화되는 것이 일반적인 점에 비추어 보면 당초 이사회 및 대의원회에서 평형변경에 관한 재추첨·재배정 절차를 진행할 것을 의결하고 개략적인 추가부담금 산정 방식을 전제조건으로 하여 위 평형변경절차 진행을 추진하는 이 사건 총회결의가 있었던 당시에는 아직 추가부담금이 확정되지 않았던 것으로 보인다.

또한 원고에게 통보된 평형변경 조합원 부담금 내역서에도 “아파트 층, 향 및 일반분양가의 최종확정에 따라 일반분양 평당가의 차이로 인해 부담금이 변동될 수 있습니다.”라고 기재되어 있는바, 원고로서도 추가부담금이 변동될 가능성을 충분히 예상할 수 있었던 것으로 보인다. 따라서 원고의 위 주장도 이유 없다.

19) 원평형변경을 희망한 조합원 13인 중 원고를 제외한 12인은 분양계약 체결을 완료하였다.

20) 정관 제44조(분양신청 등) ④ 조합은 조합원이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 해당하게 된 날부터 150일 이내에 건축물 또는 그 밖의 권리에 대하여 현금으로 청산한다.

⑤ 조합원은 관리처분계획 인가 후 조합이 정한 기일 이내에 분양계약체결을 하여야 하며 분양계약체결을 하지 않는 경우 제4항의 규정을 준용한다.

### 3. 결어

도시정비법은 관리처분인가 이후 이미 분양신청을 완료한 조합원들을 대상으로만 진행되는 평형변경 절차의 시행여부, 평형 변경시 평형변경을 신청한 조합원들에게 합리적 범위 내에서의 추가부담금 부과 여부 등에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않으나, 계획 재량이 인정되는 관리처분계획의 특성으로 볼 때 특별히 도시정비법상 강행규정에 위반되는 사정이 없는 한 조합은 평형변경 절차를 시행함에 있어 상당한 재량권을 갖고 있다.

이에 따라, 조합은 평형변경 절차에서, 평형변경 신청자를 기존 분양신청자와 동등하게 처리할지 아니면 합리적 범위 안에서 차등을 부과할지를 재량으로 정할 수 있으며, 이에 대해 최종적으로 관리처분변경계획 수립시 총회 의결을 받으면 유효하다고 볼 수 있다.

따라서 사례의 경우 조합은 평형변경으로 인한 일반분양가와 조합원분양가의 차액에 해당하는 금액에 대한 추가부담금 부과 통지는 관리처분계획에 반하여 무효라고 할 수 없다.

**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**

# 사업시행계획이 실질적으로 변경된 경우 재분양신청 절차를 거쳐야 하는지 여부



- ☑ 사업시행계획의 변경과 분양신청절차의 관계
- ☑ 사업시행계획의 실질적 변경 이후 다시 분양신청절차를 거치지 않는 것이 재량권의 일탈·남용인지 여부

 **조합경영전략연구원**  
 **법무사법인(유한) 동양** 대표이사 유재관

**사 례** 서울 소재 A재개발조합은 2013. 8.경 사업시행인가를 받은 후, 조합원에게 분양신청 기간 등을 통지하였다. 조합은, 원고 甲을 단독의 아파트 분양대상자로, 乙을 상가 분양대상자로 각 분류한 관리처분계획을 수립한 후 인가를 받았다. 그 후 조합은 2018년 임대 및 분양 단위 세대의 전용·공급면적을 변경하고, 근린생활시설의 호수·연면적을 늘리는 등의 내용이 포함된 ‘사업시행변경계획’의 인가를 받았고, 그 내용을 반영하여 건폐율, 건축면적, 연면적을 변경하고 정비사업비 추산액을 약 10% 증액하는 등의 내용이 포함된 관리처분변경계획을 수립한 후 인가를 받았다. 甲, 乙은 위 사업시행변경계획은 최초 사업시행계획과 비교할 때 주택형별로 전용면적이 수정되고, 상가의 호수·연면적을 대폭 늘리는 내용을 포함하고 있음에도 재분양신청절차를 거치지 않고 최초 사업시행계획을 전제로 하는 종전의 분양신청 현황을 토대로 관리처분변경계획을 수립한 것은 위법하다고 주장하고 있다. 원고들은 이 사건 사업시행계획이 실효된 이상, 종전의 분양신청 현황은 도시정비법 제74조 제1항에서 말하는 ‘분양신청의 현황’에 해당한다고 볼 수 없다고 주장하고 있다.<sup>21)</sup> 위 관리처분변경계획의 수립은 적법한지 여부?(서울행법 2021)

21) 관리처분계획은 종전의 토지 또는 건축물의 소유자 등의 분양신청과 기타 이해관계인의 권리신고를 받은 후 장래 권리변환을 어떠한 방향으로 할 것인지의 설계를 정하는 구속적 행정계획으로서(대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결 등 참조), 관리처분계

## 1. 관리처분변경계획이 종전 관리처분계획의 주요 부분을 실질적으로 대체한 것인지 여부<sup>22)</sup>

① 사례의 경우, 관리처분변경계획은 사업시행계획의 변경에 따른 것인바, 당초 사업시행계획의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용의 새로운 사업시행계획을 수립하여 당초 사업시행계획을 대체하였는지 여부는, 사업시행계획 중 변경된 내용, 변경의 원인 및 그 정도, 당초 사업시행계획과 변경된 사업시행계획 사이의 기간, 당초 사업시행계획의 유효를 전제로 이루어진 후속행위의 내용 및 그 진행 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2011두25173 판결 참조).

② 이 사건 관리처분변경계획의 내용은 정비사업비의 추산액이 약 10% 증액되고, 각 주택형별로 분

양계획 중 전용면적, 세대수가 상당히 수정되었으며, 근린생활시설의 면적 및 호수도 대폭 변경되기는 하였다. 그러나 이 사건 사업시행변경계획이 당초 사업시행계획의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용으로 보기에 부족하고, 결국 이 사건 사업시행변경계획에 기초한 이 사건 관리처분변경계획은 종전 관리처분계획의 유효를 전제로 그 내용 중 일부만을 추가·철회·변경한 것으로 해석될 여지가 높지만, 이 사건 사업시행변경계획이 당초 사업시행계획의 주요 부분을 실질적으로 변경한 것으로 볼 여지도 배제할 수 없으므로 이 부분에 대하여도 함께 판단한다.

획의 내용에 대하여 다룰 수 있는 자는 관리처분계획의 내용에 의하여 권리·의무에 직접적·구체적으로 영향을 받는 조합원이라고 할 것이다.

22) 기존의 행정처분을 변경하는 내용의 행정처분이 뒤따르는 경우, 후속처분이 종전처분을 완전히 대체하는 것이거나 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 종전처분은 효력을 상실하고 후속처분만이 항고소송의 대상이 되지만, 후속처분의 내용이 종전처분의 유효를 전제로 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것이고 추가·철회·변경된 부분이 내용과 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아닌 경우에는, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 되는바(대법원 2015. 11. 19. 선고 2015두295 전원합의체 판결), 이 사건 관리처분변경계획에서 추가·철회·변경된 부분의 내용이 성질상 나머지 부분과 불가분적인 것이 아니므로, 후속처분에도 불구하고 종전처분이 여전히 항고소송의 대상이 되나, 원고들은 이 사건 관리처분변경계획만을 다투고 있으므로, 이 부분에 관하여 판단한다.

원고들은 재분양신청절차를 거치지 않고 최초의 분양신청 현황을 토대로 수립된 이 사건 관리처분변경계획이 위법함을 전제로 그 취소를 구하고 있다. 만약 원고 B의 주장처럼 이 사건 제4차 관리처분변경계획이 위법하다면, 이 사건 관리처분변경계획에 기초한 분양계약의 체결 통지 또한 위법하게 되고, 피고 조합이 분양계약 미체결을 이유로 총회의 의결을 거쳐 이 사건 정관 제44조에 기하여 원고 B를 현금청산대상자로 분류한 것과 서울특별시 지방토지수용위원회의 수용재결 등의 후속 행위도 모두 위법하게 될 것이므로(협의에 의한 취득과는 구분된다), 분양계약 미체결만으로 원고들이 이 사건 관리처분변경계획을 다룰 법률상 이익이 없다고 보기 어렵다.

## 2. 사업시행변경계획이 최초 사업시행계획의 일부만을 변경한 것으로 보는 경우

사업시행변경계획은 종전 사업시행계획이 유효함을 전제로 그 내용 중 일부만을 추가·철회·변경하는 것에 불과한 것으로 보는 경우, 종전 사업시행계획은 여전히 유효하게 존재한다. 따라서 위 사업시행계획에 기초한 분양신청을 무효로 볼 수 없고, 재분양신청 절차를 거칠 필요성이 없다 할 것이므로, 원고들을 비롯하여 조합원 전원을 상대로 재분양신청 절차를 거치지 않고 종전의 분양신청현황을 기초로 수립된 이 사건 관리처분변경계획은 그 자체로 위법하다고 볼 수 없다.

① 사업시행계획이 변경될 때마다 조합원 전원을 상대로 다시 분양신청을 받아야 한다면, 그 자체로도 매우 긴 기간이 소요되며, 그때마다 조합원의 구성이 달라질 뿐만 아니라 조합원 지위에 관한 분쟁이 새롭게 촉발될 위험도 있다. 이미 정비사업에서 벗어난 토지등소유자와의 형평성을 고려한다면 토지등소유자 전원에 대하여 소급하여 분양신청을 허용해야 한다고 보아야 한다고 볼 여지도 있는데, 이는 사업시행자에게 조합원의 지위를 벗어난 자들을 상대로 소급하여 재차 분양신청의 기회를 제공하도

록 요구하는 것으로서 정비사업이 현저히 지연되는 결과를 초래할 것이므로, 재개발사업의 공익적 성격에 부합하지 아니한다.<sup>23)</sup>

② 도시정비법 제72조 제4항은 “사업시행자는 분양신청기간 종료 후 사업시행계획인가의 변경(경미한 사항의 변경은 제외한다)으로 세대수 또는 주택규모가 달라지는 경우 분양광고 등의 절차를 다시 거칠 수 있다.”라고 규정하고 있다.<sup>24)</sup>

위 법률 규정에 의하면, 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(위 규정은 도시정비법이 2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부개정되면서 신설된 조항이고, 그 효력일이 2018. 2. 9.이기는 하나, 부칙에

23) 재개발조합이 사업시행계획을 변경하는 이유는 정비사업의 시행 중에 발생한 경제적, 사회적 요소 등에 의한 사정변경에 대응하여 정비사업을 계속 원활하게 진행하기 위함에 있다.

24) 도시정비법 제72조 제5항은 “사업시행자는 정관 등으로 정하고 있거나 총회의 의결을 거친 경우 ‘분양신청을 하지 아니한 자’, ‘분양신청기간 종료 이전에 분양신청을 철회한 자’에 해당하는 토지등소유자에게 분양신청을 다시 하게 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 도시정비법 제74조 제1항 본문은 “사업시행자는 분양신청기간이 종료된 때에는 분양신청의 현황을 기초로 다음 각 호의 사항이 포함된 관리처분계획을 수립하여 시장·군수등의 인가를 받아야 하며, 관리처분계획을 변경·중지 또는 폐지하려는 경우에도 또한 같다.”라고 규정하고 있다.

경과규정을 두지 않은 점, 그 내용이 효력일 이후 발생을 전제로 하는 것이라기보다는 종전에 구 도시정비법상 해석으로 인정되는 것을 명문화한 것으로 보인다).

③ 나아가 위 규정은 공동주택에 대하여 규정하고 있고, 근린생활시설의 경우에는 명시하고 있지 않은바, 이는 앞서 본 바와 같이 근린생활시설은 처음부터 변동을 예정하고 있고, 실제로 근린생활시설의 구획과 면적은 용이하게 변경이 가능하며, 최초 사업시행계획 수립 당시부터 변경가능성을 고지하는 사정 등에 비추어 공동주택보다 훨씬 넓은 재량이 인정된다 할 것이다.

### 3. 이 사건 사업시행변경계획이 사업시행계획을 대체한 경우로 보는 경우

사업시행계획의 주요부분이 실질적으로 변경된 경우 재분양신청절차를 반드시 진행하여야 하는지 여부를 살펴보면, 조합이 원고들을 비롯하여 조합원 전원을 상대로 재분양신청 절차를 진행하지 않은 채 종전의 분양신청 현황을 기초로 이 사건 관리처분변경계획을 수립한 것이 위법하다고 볼 수 없다.<sup>25)</sup>

① 종전 사업시행계획의 주요 부분이 실질적으로



로 변경된 경우 새로운 선택의 기회를 부여하는 측면에서 조합원들에게 다시 분양신청절차를 거칠 필요성이 있을 여지가 있기는 하다. 그러나 사업시행계획의 내용이 실질적으로 변경된 사안이라 하더라도, 언제나 사업시행자로 하여금 다시 분양신청절차를 밟도록 하는 것은 단체법적 법률관계의 획일적이고, 신속한 처리를 저해할 위험이 크고, 앞서 본 분양신청 절차의 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 할 것이고, 이는 이 사건에도 적용된다.

② 원고들은 사업시행계획의 주요 부분이 실질적으로 변경된 경우 반드시 재분양신청절차를 거쳐야 한다고 주장한다. 그러나 당초 사업시행계획의 주

25) 분양신청이란 사업시행자인 조합이 조합원에게 상당한 비용을 부담하면서 정비사업에 참여할 것인지, 아니면 감정가에 의한 현금으로 청산받고 정비사업에 참여하지 아니할 것인지를 선택하는 기회를 부여하는 것이다.



요부분을 실질적으로 변경하는 사업시행계획에 의하여 당초 사업시행계획이 효력을 상실한다 하더라도, 이는 원칙적으로 사업시행계획 변경시점을 기준으로 당초 사업시행계획이 장래에 향하여 실효되었다는 의미일 뿐<sup>26)</sup>, 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.<sup>27)</sup>

#### 4. 관리처분변경계획의 재량권 일탈·남용 여부

중전 사업시행계획의 주요 부분이 실질적으로 변경되었음에도, 재분양신청절차를 거치지 않고, 중전의 분양신청 현황을 기초로 수립된 이 사건 관리처분변경계획이 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법한 것인가에 관하여 살펴보면, 재개발사업의 공익적 성격과 함께 재분양신청 절차를 진행함으로써 여러 부작용이 초래될 수 있는 사정 등에 비추어 조합이 재분양신청 절차를 거치지 않고, 이 사건 관리처분변경계획을 수립하여 인가받은 조치가 비례의 원칙, 신뢰보호원칙을 위반하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 볼 수 없다.

① 재개발조합은 통상 분양신청 안내, 사업시행계획 및 관리처분계획의 안전 등에 세부 내용이 향후 변경될 수 있다는 점을 명시해둠으로써 조합원들에게 사업시행계획 및 관리처분계획이 확정되지 않았다는 것을 알리고 있다. 피고 조합 역시 분양신청 안내나 이 사건 관리처분계획의 안전 등을 통해 조합원들을 상대로 그와 같은 사정을 알린 바 있다. 원고들

26) 대법원 2018. 7. 26. 선고 2017두33978 판결, 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015두2048 판결, 대법원 2015. 11. 26. 선고 2014두15528 판결 등 참조

27) 이와 관련하여 원고들이 근거로 제시하는 대법원 2016. 12. 15. 선고 2015두51309 판결은 ‘중전의 조합설립인가처분이 당연무효이거나 취소되는 경우 해당 재개발조합은 분양신청절차를 다시 진행하여 그 분양신청 현황을 기초로 관리처분계획을 다시 수립하여야 하나, 중전의 분양신청 현황을 기초로 했다고 하더라도 새로운 관리처분계획 수립 당시 토지 등 소유자의 분양신청 현황을 기초로 관리처분계획을 수립했다고 평가할 수 있는 예외적인 경우에는 중전의 분양신청 현황을 기초로 새로운 관리처분계획을 수립하는 것도 허용된다’는 법리를 실시하고 있는데, 위 법리는 조합설립인가 처분이 무효, 취소될 경우 그 유효를 전제로 이루어진 모든 후속 행위가 소급하여 효력을 상실하는 것에 기초하고 있으므로 조합설립인가 또는 조합설립변경인가 처분의 효력과 무관한 이 사건에는 적용될 수 없다.

을 비롯한 피고 조합의 조합원들은 이미 이 사건 사업시행계획의 세부 내용이 관계 법령 및 이 사건 정관에 따라 변경될 수 있다는 것을 인지하고 있었다.

② 원고 甲 등 공동주택 수분양자들에 관하여 보건대, 공동주택의 분양분 및 일반 분양분의 평형별 세대 수 변동은 조합원의 분양신청 의사 등을 반영한 것으로 보이고, 분양대상 전용면적의 변경도 미미한 정도여서 공동주택 수분양자들을 대상으로 하는 재분양신청의 필요성은 존재하지 아니한다.

③ 원고 乙 등 상가 수분양자들에 관하여 보건대, 근린생활시설의 건축 연면적 및 호수의 증가 중 일반분양의 확대를 통한 분양의 효율 및 활성화를 기한 부분은 상가 수분양자들에게 불이익을 가하는 것으로 보기 어렵고, 호수의 단위 당 면적이 일부 증가하였으나, 상가의 구획과 면적은 용이하게 변경이 가능한 것이고, 실제로 일반분양의 결과나 수분양자들의 입점계획 등을 반영하여 상가의 구획과 면적이 변경되는 것이 드물지 않은 점 등을 종합하여 보면, 근린생활시설 수분양자들을 대상으로 하는 재분양신청의 필요성이 크다고 보기 어렵다.

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

### 주·요·업·무

재개발·재건축사업의 등기업무 및 자문  
재개발사업의 수용재결 업무

# 조합설립인가 후 1세대로부터 매수한 자의 조합원 자격 유무



- ☑ 조합설립인가 이후 1세대가 소유하던 부동산 중 일부를 매수한 자의 지위
- ☑ 다수의 부동산이 조합설립 이후 일시적으로 1세대에 속했다가 세대를 달리하는 자에게 다시 매도된 경우



조합경영전략연구원



법무사법인(유한) **동양**

대표이사 유재관

**사 례** 재개발정비사업 조합설립인가 이전에 구역 내 빌라 101호의 소유자는 A, 빌라 102호의 소유자는 B이었는데 조합설립인가 이후에 102호의 주택은 C, D에게 순차 매도되어 현재의 소유자는 D이다. 일시적으로 102호 소유권자였던 C는 101호 소유자인 A와 부부로서 동일한 세대를 구성하고 있었다.

현재 소유자인 D는 도시정비법 제39조 제1항 제3호의 제한을 받지 않고 단독 조합원 자격을 보유하고 있는지 여부?

## 1. 관련 규정 및 쟁점

도시정비법 제39조 제1항은 '정비사업의 조합원은 토지등소유자로 한다'는 원칙을 정하면서, 각 호에서 토지등소유자가 여러 명이더라도 1명만을 대표 조합원으로 보는 예외적인 경우를 열거하고 있다. 그 중 제2호에서는 '여러 명의 토지등소유자가 1세대에 속하는 때'를 예외사유로 정하고 있고, 제3호에서는 '조합설립인가 후 1명의 토지등소유자로부터 토지 또는 건축물의 소유권이나 지상권을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 때'를 예외사유로 정하고 있다.

## 2. 입법취지 및 쟁점

㉠ 구 도시정비법 제19조 제1항 제3호(현행 도

시정비법 제39조 제1항 제3호)는 구 도시정비법 (2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정된 것)으로 신설되었는데, 그 입법취지는 “조합설립인가 후 건축물의 소유권 등을 양수한 자가 조합원 자격을 단독으로 취득하는 것을 제한하여 투기세력 유입에 의한 도시정비사업의 사업성 저하를 방지하고 기존 조합원의 재산권을 보호하려는 것”으로서, 조합설립인가일을 기준시점으로 조합원의 수가 이른바 ‘지분쪼개기’를 통해 늘어나는 것을 방지하기 위한 것이다.

② 사례의 쟁점은 A와 동일 세대에 속하는 C로부터 102호의 주택을 양수한 D는 도시정비법 제39조 제1항 제3호의 제한을 받지 않고 단독 조합원 지위를 가지는지 여부이다.

## 2. 법원의 판단

A와 동일 세대에 속한 C가 102호 주택을 일시적으로 소유하게 되면서 A와 C는 각 단독 조합원 지위를 잃고 함께 1명의 조합원 지위를 가지게 된 이후 A와 세대를 달리하는 D가 102호 주택을 순차 양수한 경우, 동일 세대로 인하여 한번 소멸되었던 조합원 자격이 부활하는지 여부에 대하여,

서울행정법원은 도시정비법 관련 법령의 문언 및

체계, 제·개정 연혁, 아래와 같은 사정을 종합하면, D의 102호 주택 양수에 도시정비법 제39조 제1항 제3호가 적용된다고 보기 어렵고, D의 단독 조합원 지위를 인정하더라도 위 규정의 목적에 반하지도 않으므로, D는 단독 조합원 지위에 있다고 봄이 타당하다고 판시했다.

① 도시정비법 제2조 제9호 가목은 주택재개발 사업에서의 ‘토지등소유자’를 ‘정비구역 안에 소재한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 지상권자’라고 명확하게 정의하고 있고, 도시정비법의 각 조문은 ‘토지등소유자’와 ‘조합원’의 개념을 명확히 구별하여 사용하고 있다. 조합원 자격에 관한 제39조 제1항에서도 ‘토지등소유자’를 ‘조합원’과 구별해서 사용하고 있는데, 위와 같은 정의규정이나 법체계를 고려하면 제39조 제1항 제3호의 “1명의 토지등소유자”는 문언 자체가 비교적 명확한 개념이어서 이를 그 정의와 달리 ‘1명의 조합원’과 동일한 개념으로 해석할 수는 없다고 판단된다.<sup>28)</sup>

② 또한 제39조 제1항 제2호의 ‘세대’와 제3호의 ‘1명’은 문언상 다른 개념임이 명백하므로, 제39조 제1항 제3호의 ‘1명의 토지등소유자’를 ‘1세대의 토지등소유자’라고 해석할 수도 없다고 보인다.

종합하면, 제39조 제1항 제3호의 ‘1명의 토지등소유자’는 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로서

28) 제19조 제1항이 정한 ‘원칙’대로 1명의 토지등소유자에게 단독 조합원 지위가 인정되어 ‘1명의 토지등소유자’가 사실상 ‘1명의 조합원’과 동일하게 되는 경우라 하더라도, 이는 법에 따라 토지등소유자에게 조합원의 지위가 부여된 결과에 따른 것이지 개념적으로 ‘토지등소유자’가 ‘조합원’과 동일한 의미를 지니기 때문이 아니다.

원칙적으로 다른 해석방법은 제한된다고 보아야 하고, 조합이 주장하는 입법취지와 목적을 중시하더라도 이를 ‘1명의 조합원’ 또는 ‘1세대의 토지등소유자’로 확장해석할 수는 없다고 할 것이다(그럼에도 제한의 필요성이 있다면 입법을 통해 해결해야 할 것이다).

③ 조합설립인가일인 당시 101호 주택은 A, 102호 주택은 B가 각 소유해 각각 단독 조합원 지위를 취득하였는데 102호 주택이 순차 매도되는 과정에서 A와 동일 세대에 속한 C가 102호 주택을 일시적으로 소유하게 되면서 A와 C는 각 단독 조합원 지위를 잃고 함께 1명의 조합원 지위를 가지게 된 이후 A와 세대를 달리하는 D가 102호 주택을 순차 양수하였다. 따라서 101호 소유자인 A와 102호 소유자인 D에게 단독 조합원 지위를 인정하더라도 당초 조합설립인가일 당시와 비교하여 조합원의 수는 변동이 없으므로 결과적으로 ‘도시정비사업의 사업

성 저하’ 또는 ‘조합설립인가일 당시의 기존 조합원의 재산권 침해’가 초래되지 않았다 할 것이다.

결국 위 규정의 입법취지는 조합설립인가일을 기준점으로 조합원의 수가 이른바 ‘지분쪼개기’를 통해 늘어나는 것을 방지하기 위한 것인데, 사례의 경우 D에게 단독 조합원 지위를 인정해주더라도 위 규정이 달성하려는 목적에 반하지 않는다.



### 도시정비법 제39조 제1항 제3호의 목적론적 확장해석

설령 조합 주장과 같이 도시정비법 제39조 제1항 제3호를 최대한 목적론적으로 확장해석하여 ‘1명의 토지등소유자’를 ‘1명의 조합원’으로 본다 하더라도, 앞서 본 바와 같이 조합설립인가일을 기준으로 토지등소유자의 수가 증가하지 않는 경우에는 위 규정이 방지하려는 사업성 저하나 기존 조합원의 재산권 침해 우려가 없는바, 역시 목적론적으로 해석하면 위 규정에서 ‘조합설립인가 후 1인의 토지등소유자로부터 토지 또는 건축물의 소유권을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 때’라 함은 조합설립인가일을 기준으로 소유자의 수가 증가한 경우를 의미한다고 봄이 타당하다. 따라서 이 사건의 경우 현재 101호 및 102호 주택 소유자의 수가 총 2명으로 조합설립인가 당시와 동일하므로, 어느 모로 보나 도시정비법 제39조 제1항 제3호가 적용될 여지는 없다고 보인다.

# 1인이 다수의 부동산을 소유하던 중 조합설립인가 후 양도로 인하여 여러 명이 다수의 부동산을 소유하게 된 경우 분양권의 갯수



- ☑ 다수의 부동산을 1인이 소유하다가 조합설립인가 후 여러 명이 소유하게 된 경우, 분양권의 갯수
- ☑ 조합원 지위와 분양권이 분리될 수 있는지 여부

 **조합경영전략연구원**  
 대표이사 유재관  
 **법무사법인(유한) 동양**

**사 례** 乙과 丙은 주택 총 3개를 소유하고 있던 甲으로부터 조합설립인가 후 주택 각 1개씩을 양수하였고, 조합원 분양신청 기간 동안 1명의 대표조합원을 통하여 권리를 행사하여야 함에도 불구하고, 각자 단독으로 분양신청을 하였다는 이유로, A재개발조합은 주택의 소유자인 甲, 乙, 丙 모두를 현금청산대상자로 정하는 내용으로 관리처분계획을 수립하였다. 관리처분계획은 적법한지 여부?

## 1. 도시정비법령의 규정 및 쟁점

① 도시정비법 제39조 제1항에 의하면, 토지 또는 건축물의 소유권과 지상권이 여러 명의 공유에 속하는 때, 수인의 토지등소유자가 1세대에 속하는 때 및 조합설립인가 후 1명의 토지등소유자로부터 토지 또는 건축물의 소유권이나 지상권을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 때에는 그 여러 명을 대표하는 1명을 조합원으로 보고, 관리처분계획의 수립기준에 관한 도시정비법 제76조 제1항 제6호에 의하면, 1세대 또는 1명이 하나 이상의 주택 또는 토지를 소유한 경우 1주택을 공급하고 같은 세대에 속하지 아니하는 2명 이상이 1주택 또는 1토지를 공유한 경우에는 1주택만 공급하여야 한다고 규정하고 있다.

### ② 쟁점(원고의 주장)

부산광역시 도시 및 주거환경정비 조례 제37조 제1항 제1호에서 ‘도시정비법 시행령 제64조 제1항

제3호 단서에 따라 재개발사업으로 조성되는 대지 및 건축시설 중 공동주택의 분양대상자는 관리처분 계획 기준일 현재 종전 건축물 중 주택<sup>29)</sup>을 소유한 자로 한다라고 규정하고 있음을 근거로, 원고들은 이 사건 관리처분계획 기준일 당시 종전 건축물 중 주택을 소유한 자들이므로 각자에게 분양권이 부여되어야 한다는 취지로 주장한다.

## 2. 대표조합원 1인 이외의 나머지 공유자를 비조합원으로 취급해야 하는지 여부

대법원은 구 주택건설촉진법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 개정되기 전의 것) 제44조의3 제6항(“재건축조합원 중 1세대가 2주택 이상을 소유하거나 1주택을 2인 이상이 공유지분으로 소유하는 경우에는 이를 1조합원으로 보며 1주택만 공급한다” - 구 도시정비법 제39조 제1항 제1호 및 제76조 제1항 제6호와 동일한 취지의 규정)의 의미에 대하여 ‘공유자 중 대표조합원 1인 이외의 나머지 공유자를 재건축조합과의 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 조합원총회 결의 등에서 달리 정함이 없는 한 공유자 전원을 1인의 조합원으로 취급하여 그에 따른 권리분배 등의 범위를 정하겠다는 의미로 보

아야 한다’고 판시하였다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다53245 판결 참조).

이러한 법리는 앞서 본 것처럼 도시정비법령이 공유의 경우와 이 사건과 같은 경우에 모두 1인의 대표조합원의 권리행사만 적법한 조합원의 권리행사로 인정하고 있다는 점에서 이 사건에도 준용될 수 있다고 보이므로, 도시정비법 제39조 제1항 제3호에 따라 조합설립인가 당시를 기준으로 다수의 부동산을 소유하고 있는 각각의 소유자를 1인의 조합원으로 산정하고, 조합원으로 산정된 소유자의 숫자만큼 분양권이 인정되며, 위 1인으로부터 조합설립인가 후에 부동산을 양도받은 양수인들은 1개의 분양권 중 자신의 권리 범위에 따른 공유지분만큼의 분양권만을 가지게 된다고 보아야 한다.

## 3. 조합원과 분양권의 분리는 인정되는지 여부(부산고법)

① 도시정비법 시행령 제38조 제15호에 의하면, 조합의 정관에는 조합원의 권리·의무에 관한 사항을 정할 수 있다. 조합의 정관 제9조는 조합원의 자격에 대하여 규정하면서 도시정비법 제39조 제1항과 동일하게 규정하고 있고, 제10조는 조합원의 권리·의무에 대하여 규정하면서 제1항 제1호에서 건축물의 분양청구권을 명시하고 있으며, 제11조는 조합원 자격의 상실에 대하여 규정하면서 제2항에서 분양신청기한 내에 분양신청을 하지 않으면

29) 기존무허가건축물로서 사실상 주거용으로 사용되고 있는 건축물을 포함한다.

조합원 자격이 상실되는 것으로 규정하고 있고, 제 44조 제2항에서 분양신청의 절차 등에 대하여 규정하면서 조합원이 분양신청을 할 수 있다고 규정하고 있으며, 제48조와 제49조에서 주택의 분양에 대하여 조합원 분양과 조합원이 아닌 자에 대하여 하는 일반 분양을 구분하여 규정하고 있다.

위 각 규정을 종합하면, 조합의 정관은 조합원의 주요 권리로 분양청구권을 규정하면서 조합원만이 조합원 분양권을 행사할 수 있고, 조합원의 자격을 도시정비법 제39조 제1항과 동일하게 규정하며, 분양신청기한 내에 분양신청을 하지 않으면 조합원 자격 자체가 상실되는 등 조합원에게만 조합원 분양권이 인정된다는 전제에서 규정하고 있다고 봄이 상당하다. 따라서 법령상 명시적인 규정이 없는 한, 조합원과 분양권은 분리되지 않는다고 봄이 타당하므로 인정되는 조합원의 숫자만큼 분양권이 인정되어야 한다.

② 한편 원고의 주장에 따르면 당초 1인이 다수의 부동산을 소유하던 중 양도로 인하여 여러 명이 다수의 부동산을 소유하게 된 경우 조합원은 1인이나 분양권은 여러 개가 인정된다는 것으로, 이렇게 될 경우 ‘1명이 하나 이상의 주택 또는 토지를 소유하고 있는 경우 1주택을 공급’하도록 규정하고 있는 도시정비법 제76조 제1항 제6호를 잠탈하게 되는 결과가 발생할 수 있다.

③ 또한 위 부산시 정비조례 제37조 제1항 제1호의 규정만으로 조합원 여부 또는 조합원 수에 관계 없이 모든 토지등소유자에게 일률적으로 1개의 분

양신청권이 인정된다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라, 위 조례가 원용하고 있는 도시정비법 시행령 제63조 제1항 제3호 단서는 ‘정비구역의 토지등소유자에게 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’고만 규정하고 있을 뿐, 조례에서 분양대상자를 창설적으로 정할 수 있다는 법령 규정은 없으므로, 위 조례가 도시정비법령이나 정관에서 분양대상자로 규정하고 있지 아니한 원고들과 같은 경우를 분양대상자로 추가로 규정하기 위한 것이라고 보기도 어렵다 할 것이다.

#### 4. 결론

따라서 조합설립 인가 당시에는 1인의 소유자가 다수의 부동산을 소유하고 있다가 그 후 다수의 사람에게 양도된 경우 1개의 분양권만이 인정되므로, 이 사건 주택의 구분소유자들(甲, 乙, 丙)은 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 없다. 따라서 구분소유자 3인을 현금청산대상자로 정한 관리처분계획은 적법하다고 할 것이다.

## 공유자의 분양신청방법

분양신청자가 분양신청기간 내에 분양신청의 효력 등을 다투는 취지의 소송을 제기하였다는 사정만으로 분양신청기간 만료 후에도 계속하여 분양신청을 할 수 있다고 본다면 당해 정비사업의 진행에 현저한 지장을 초래하고 조합원들의 권리관계에도 큰 혼란을 초래할 우려가 있는 점 등에 비추어 보면, 분양신청자가 분양신청기간 내에 분양신청에 관련된 소송을 제기하였는지 여부와 관계없이 사업시행자가 통지한 분양신청기간의 만료일까지 적법한 분양신청을 하지 아니한 조합원은 모두 현금청산대상자가 된다고 봄이 타당하다.

한편, 조합의 정관 제9조 제4항은 ‘조합설립인가 후 1인의 토지등소유자로부터 토지 또는 건축물의 소유권이나 지상권을 양수하여 수인이 소유하게 된 때에는 그 수인을 대표하는 1인을 조합원으로 본다. 이 경우 그 수인은 대표자 1인을 대표조합원으로 지정하고 별지의 대표조합원 선임동의서를 작성하여 조합에 신고하여야 하며, 조합원으로서의 법률행위는 그 대표조합원이 행한다.’라고 규정하고 있고, 이 사건 주택의 구분소유자들이 피고 조합에게 제출한 분양신청서에 의하면, 수인이 1인의 분양대상자로 신청하는 경우 위 신청서에 함께 신청하는 자의 성명을 기재하고 함께 신청하는 자의 분양신청서도 첨부하도록 되어 있다.

이 사건에 돌아와 보건대, 이 사건 주택의 구분소유자들은 조합설립인가 후 1인의 토지소유자로부터 위 각 부동산을 양수하여 수인이 소유하게 된 때에 해당하므로, 이 사건 주택의 구분소유자들로서는 조합이 연장한 분양신청기간의 말일까지 대표조합원을 선임하여 조합에게 신고하고 위 대표자 1인의 명의로 피고 조합에게 분양신청을 하면서 그 신청서에 위 대표자 외의 나머지 이 사건 주택의 구분소유자들의 성명을 기재하고 그들의 분양신청서까지 첨부하였어야 한다.

그럼에도 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 그 대표조합원의 단독 명의로 기존 분양신청(다른 구분소유자들의 성명을 기재하지도 않고 그들의 분양신청서를 첨부하지도 아니한 분양신청)이 소급적으로 유효로 될 수도 없다 할 것이다.

# 권리산정기준일 이후 법정상속 등기시 단독분양권 유무



- ☑ 토지공유자에게 예외적으로 단독분양권이 인정되는 경우
- ☑ 이미 법정상속이 이루어졌으나 그 등기는 권리산정기준일 이후에 마쳐진 경우, 단독분양권 인정 여부



조합경영전략연구원



법무사법인(유한) **중앙**

대표이사 유재관

**사 례** 서울시 동작구 소재 甲재개발조합 사업구역 내 토지에 대하여, B는 2002. 10월 사망한 A의 배우자이고, C, D, E 등은 A의 자녀들이다. 상속인들은 권리산정기준일 이후인 2005. 9. 23. 법정상속을 원인으로 한 지분소유권이전등기를 마쳤으며, 각 상속인들의 지분은 90㎡를 초과하였다. 이후 2010. 9월경 매수인 F는 상속인 E 지분 전부를 매수하여 소유권이전등기를 마쳤다. 甲재개발조합이 2019년 관리처분계획을 수립하면서 상속인 B, C, D와 매수인 F 모두를 1인의 분양대상자로 처리한 경우, 그러한 관리처분계획의 적법 여부?

## 1. 관련 규정

도시 및 주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라 한다) 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 (가)목은 “제6호에도 불구하고 2명 이상이 1토지를 공유한 경우로서 시·도 조례로 주택공급을 따로 정하고 있는 경우에는 시·도 조례로 정하는 바에 따라 주택을 공급할 수 있다.”고 규정하고 있다.

구 서울시 도시정비조례(2010. 7. 16. 개정 전, 이하 ‘구 도시정비조례’라 한다) 제27조 제2항 제3

호는 하나의 주택 또는 한 필지의 토지를 수인이 소유하고 있는 경우에는 수인의 분양신청자를 1인의 분양대상자로 보되, 다만, 2003. 12. 30. 전부터 공유지분으로 소유한 토지의 지분면적이 서울특별시 건축조례 제29조에 따른 규모(90㎡) 이상인 자는 한 필지의 토지공유자임에도 불구하고 각자 1인의 단독분양권을 인정하고 있다.

한편 구 도시정비조례 제34조 제4호 본문에서는 '관리처분계획 수립시 종전 토지 등의 소유권은 관리처분계획기준일 현재 부동산등기부에 따르며, 소유권 취득일은 부동산등기부상의 접수일자를 기준으로 한다'고 규정하고 있다.<sup>30)</sup>

## 2. 쟁점

사안과 같이 상속인들이 법정상속에 의하여 이미 각 공유지분을 취득하였으나 권리산정기준일인 2003. 12. 30. 이후에야 비로소 상속등기를 마친 경우에는, 원고들은 관리처분계획기준일인 2019. 2.경 현재 구 도시정비조례 제34조 제4호 본문의 요건은 갖추고 있다. 이러한 경우에 원고들이 과연 구 도시정비조례 제27조 제2항 제3호 단서의 규정에 따른 보호를 받을 수 있는지 문제된다.<sup>31)</sup>

## 3. 권리산정 기준일 이후 상속에 의한 등기를 한 경우 분양권 유무(서울고법)

권리산정기준일 이전인 2002. 10.경 상속을 원인으로 이 사건 토지에 관한 법정상속 지분 상당의 소유권을 취득하고 관리처분계획기준일 이전인 2005. 9.경 그 법정상속 지분에 관하여 등기를 마친 원고들은 구 도시정비조례 제27조 제2항 제3호 단서 소정의 '2003. 12. 30. 전부터 공유지분으로 소유한 토지의 지분면적이 서울특별시 건축조례 제29조의 규정에 의한 규모 이상인 자'에 해당하여 각자 1인의 분양대상자가 된다고 봄이 타당하다.

① 구 도시정비조례 제27조 제2항 제3호의 취지는 주택재개발 사업으로 건립하는 공동주택 분양과정에서 투기 목적 등으로 무분별하게 공유지분을 분할하는 것을 막기 위해 수인이 토지를 공유하는 경우에 종전대로 공동소유 형태의 권리만을 인정하여 1주택만 공급하는 것을 원칙으로 하되, 도시정비조례 제정일인 2003. 12. 30.을 기준으로 그 이전부터 공유지분으로 소유한 토지가 건축가능면적 이상인 때에는 '재개발사업에 편승하여 경제적 이익만을 목적으로 지분권을 분할 취득한 경우'와는 달리 보아 공유자 별로 주택을 따로 공급받을 수 있게 하려는 데에 있다.

30) 한편 민법 제187조 본문에서는 '상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다'고 규정하여, 상속의 경우에는 소유권이전등기의 경로 없이도 사망 당시에 당연히 소유권을 취득하는 것으로 규정하고 있다.

31) 위 도시정비조례 규정 내용에 따라 공유자 전원에게 1개의 분양권만을 인정하여야 하는지 아니면 민법 제187조에 따라 등기없이도 사망당시 소유권을 취득한 것으로 보아서, 상속인 또는 매수인 각자에게 단독분양권을 인정하여야 하는지 문제된다.

② 상속에 의한 부동산에 관한 소유권의 취득은 등기를 요하지 아니한다(민법 제187조 참조). 상속인은 등기하지 아니하고도 상속에 의하여 곧바로 부동산 소유권을 취득한다. 상속인은 상속의 개시라는 법률요건의 성립에 의하여 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다. 이러한 법리는 특별한 사정이 없는 한 구 도시정비조례 제27조 제2항 제3호의 해석에도 원칙적으로 적용되어야 한다. 법정상속 지분 상당의 소유권취득은 지분 쪼개기 등 투기적인 목적의 법률행위와 무관하므로, 이와 같이 보더라도 구 도시정비조례 제27조 제2항 제3호 단서의 취지에 반하지 아니한다.

③ 한편, 관리처분계획수립과 관련하여 도시정비조례 제34조 제4호 본문은 ‘중전 토지 등의 소유권은 관리처분계획기준일 현재 부동산등기부에 따르며, 소유권 취득일은 부동산등기부상의 접수일자를 기준으로 한다.’고 되어 있다. 관리처분계획의 수립은 다수의 이해당사자들이 관련되어 있으므로 관리처분계획기준일 현재 부동산등기부의 기재를 기준으로 일률적으로 소유자 여부를 판단할 필요성이 있다. 그러나 이 사건과 같이 상속에 의하여 법정상속 지분 상당의 소유권을 취득하고 관리처분계획기준일 이전인 2005. 9. 에 그 지분에 관하여 등기까지 마친 경우에 굳이 그 취득시기를 민법 제187조와 달리 보아 이를 기준으로 단독분양과 공동분양을 나눌 현실적인 필요성은 없다.

④ 구 도시정비조례 제27조 제2항 제3호는 권리산정기준일인 2003. 12. 30. 기준으로 공유자들을 각자 독립된 분양대상자로 취급할지를 정하기 위한

규정이다. ‘관리처분계획기준일 현재 부동산등기부상의 접수일자를 기준으로 중전 토지 등의 소유권 귀속 여부를 판단하는 기준을 제시하고 있는 도시정비조례 제34조 제4호 본문과는 그 성격 및 기준일이 다르다. 도시정비조례 제34조 제4호 본문이 구 도시정비조례 제27조 제2항 제3호 단서의 적용에까지 그 효력이 미친다거나 또는 그 단서의 적용과정에 상속에 의한 부동산 소유권취득의 효력발생 시기까지 민법과 달리 규율하려는 취지는 아니라고 보아야 한다.

⑤ 분양신청을 한 토지 등 소유자에 대하여 분양대상자격 요건이 인정될 경우, 정비사업구역 내의 중전 권리에 관한 처분권은 사업시행자에게 일임된다. 이는 중전 권리가 현물출자로 인해 처분되는 것과 유사하다. 민법 제187조 단서는 ‘법률의 규정에 의한 물권 취득의 경우에 등기를 하지 아니하면 처분하지 못한다.’고 되어 있는데, 원고들은 분양 신청 전에 이미 등기를 마쳤다. 원고들에 대한 구 도시정비조례 제27조 제2항 제3호 단서의 적용에 중전 토지 등 소유자의 소유권 취득시점을 상속개시일자를 기준으로 보더라도 민법 제187조 단서의 취지에도 반하지 아니한다.

#### 4. 결론

민법 제187조는 등기없이 부동산 소유권을 취득하는 물권변동에 대한 예외를 인정하고 있는 것으로서, 하위법령인 조례에서 그에 반하는 규정을 두기 어려운 점 및 협의분할과 달리 법정상속의 경우

에는 조례에서 규율하고자 하는 지분조개기에 해당되지 않는 점 등에 비추어 보면, 원고들은 각자 1인의 분양대상자에 해당함에도, 조합이 이 사건 관리처분계획에서 원고 상속인 B, C, D와 매수인 F를 1

인의 분양대상자로 인정한 것은 위법하며, 따라서 관리처분계획 중 원고들에 대한 부분은 취소되어야 한다.

### 서울행정법원 2020.7.7.선고 2019구합77217(원심)의 판단

- ① 도시정비조례 제34조 제4호는 부동산 물권변동의 효력발생시기를 부동산 등기부상의 접수일자로 의제하겠다는 것이 아니라, 도시정비조례에 의하여 인정되는 토지 등 소유자에 해당하는지 여부를 부동산등기부상의 접수일자를 기준으로 확정하여 그에 따라 관리처분계획이 수립되도록하겠다는 취지이다.
- ② 도시정비법상 1토지 1주택 분양의 원칙에 대한 예외를 규정한 도시정비조례의 내용에 따라 지분소유권자별로 각 단독분양대상자 자격을 취득할 목적에서 이른바 ‘지분조개기’가 이루어질 수 있으므로, 도시정비조례에 의해 단독분양대상자로 인정되는 공유지분권자의 범위를 제한함으로써 1토지 1주택 분양의 원칙이 잠탈되는 것을 방지할 필요가 있다. 상속의 경우에도 만일 2003. 12. 30. 이후에 법정상속분과 다른 내용으로 상속재산 협의분할을 하고 이를 등기하게 되면 2003. 12. 30. 이전에 법정상속분대로 지분소유권이전등기를 경료한 경우보다 단독분양대상조합원이 늘어나게 되는 결과가 될 수 있다.
- ③ 도시정비조례 제34조 제4호가 주택재개발사업에 있어서 도시정비법 및 도시정비조례가 정한 공동주택 분양자격 부여요건인 소유권 취득일을 부동산등기부를 기준으로 하도록 정한 것에는 합리적 이유가 있다.
- ④ 다수의 이해관계인들이 존재하는 정비사업에 있어서는 외부에 공시되는 객관적이고 명확한 기준에 의해 권리관계를 일률적으로 처리할 필요가 큰데, 부동산등기부는 공시성, 객관성 및 명확성을 모두 갖추고 있다.

위 법리에 비추어 보건대, 이 사건 토지에 관하여 2003. 12. 30. 이후에 원고들 명의의 소유권이전등기가 이루어졌고, 원고들은 구 도시정비조례 제27조 제2항 제3호 단서의 요건을 충족하기 못하였으므로 각자 1인의 분양대상자에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 원고들과 F를 함께 1인의 분양대상자로 하여 이루어진 관리처분계획은 적법하다고 할 것이다.

# 분양신청기간 종료 후 분양신청의 변경은 가능한가



- ☑️ 분양신청기간 종료 후 분양신청의 대상을 변경할 수 있는지 여부
- ☑️ 분양신청 대상을 변경한 자에 대한 차별 가부



조합경영전략연구원



법무사법인(유한) 동양

대표이사 유재관

**사 례** 서울 소재 재개발조합의 조합원 甲(이 사건 원고)은 사업시행구역 내 토지 및 건축물을 소유하고 있고, 20여년 전부터 'K'라는 상호로 사업자등록을 마치고 영업을 해왔다. 조합원 甲은 분양신청 기간 종료일 이후 분양신청의 대상을 공동주택에서 근린생활시설(상가)로 변경신청하는 것이 가능한지 여부 및 가능하다면 조합은 분양신청 기간 내에 상가를 신청한 조합원과 차등하여 상가 순위를 배정할 수 있는지 여부?

## 1. 분양신청의 변경 및 정관 규정 등

### ① 공동주택에서 상가로 분양신청의 변경

재개발조합원 甲은 조합이 최초로 분양신청을 공고하였을 당시 공고된 분양신청기간 내에 적법하게 공동주택 분양신청을 하였고, 이후 甲은 관리처분변경계획이 인가되기 전의 공람절차에서 분양신청의 내용을 공동주택의 분양신청에서 근린생활시설(상가)의 분양신청으로 변경하였다. 관리처분변경계획이 있기 전의 <공람의견심사조서>에 의하면, 甲의 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.

### ② 정관 규정 및 관리처분계획의 수립 내용

조합 정관 제48조에서는 '주택 및 부대복리시설

의 분양대상자와 분양기준은 도시정비법 및 시·도 조례가 정하는 기준에 적합한 범위 안에서 총회의 의결로 결정한다'고 규정하고 있고, 관리처분변경 계획 수립을 위한 총회에서는 '상가 동·층·호의 배정, 즉 상가 분양순위'는 추후 권리가액을 확정 한 후 서울시 도시정비조례 제38조 제2항 및 조합 정관에서 정한 순위에 따르기로 하는 내용이 결의되었다.<sup>32) 33)</sup>

## 2. 쟁점<sup>34)</sup>

① 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, ② 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.

## 3. 도시정비법 제76조 제1항 제5호 위반 여부

정비사업조합은 분양신청을 받은 이후 분양설계 등을 포함한 관리처분계획을 수립하게 되는데 도시정비법 제74조는 “관리처분계획의 수립 및 변경”을 총회의 의결사항으로 규정하고 있는바, 관리처분계획은 추후 총회의 결의를 거쳐 변경될 수 있는 것이고, 정비사업조합으로서는 분양신청을 한 조합원을 대상으로 관리처분계획의 수립을 위한 총회결의 전에 분양신청 내용을 변경할 기회를 부여할 수도 있는 것이다(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012두5572 판결).

이처럼 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 있다기보다는 해당 정비사업에 일단 참여하여 신축 건축물의 일부를 분양받고자 한다는 추상적인 의사를 표현한 것이라고 봄이 타당하다.

32) 조합원이 신청한 또는 조합원들에게 분양예정인 상가의 규모나 위치는 물론 분양대상자인 조합원들 각자의 구체적인 분양순위에 대하여는 결의되지 않았다.

33) 甲의 권리가액이 분양건축물의 최소분양단위규모 추산액 이상이므로 서울시 도시및주거환경정비조례 제38조 제2항 및 정관에서 정한 '상가 분양 대상 제1순위자'에 해당하며, 권리가액까지 고려하면 제1순위자 중에서도 최선순위에 해당한다.

34) 甲이 제기한 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하는 청구의 취지는 원고 甲은 상가분양순위가 제1순위에 해당하는데도 불구하고 조합이 원고의 상가 분양순위를 제5순위로 정하여 순위별 내역서를 기재하고 이를 포함한 내용으로 관리처분계획의 인가를 받은 것이어서 부당하다는 취지이고, 이 사건 수분양권 확인청구도 이와 마찬가지로 원고의 상가 분양순위가 제1순위에 해당함을 확인받고자 하는 것이다.

따라서 원고 甲은 제1차 관리처분변경계획안에 대한 공람기간에 분양신청의 내용을 공동주택에서 근린생활시설(상가)의 분양신청으로 변경하였는바, 이와 같은 분양신청 내용의 변경의 기회를 부여<sup>35)</sup>한 것이 도시정비법 제76조 제1항 제5호<sup>36)</sup>의 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.

또한 이 사건 정비사업과 관련하여 공동주택 분양신청을 상가 분양신청으로 변경하더라도 그것이 조합원의 부담금 증가 등으로 조합원들에게 경제적 부담을 초래한다거나 정비사업 수행에 지장을 초래한다고 볼 만한 사정이 보이지 아니한다.

#### 4. 기존 상가분양대상자와 분양순위의 차별은 가능한가

##### ① 미리 고지하거나 총회결의가 없는 이상 차별 금지



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 없다고 보아야 한다.

원고는 분양신청기간 내에 분양신청을 하여 이미 신축 건축물을 분양받을 수 있는 조합원의 지위를

35) 관리처분변경계획이 있기 전의 <공람의견심사조서>에 의하면, 甲의 공동주택에서 근린생활시설로의 변경 신청을 채택 한다는 내용을 조서에 기재하면서, 위 분양신청의 내용을 변경하는 신청을 받아 이를 채택하는 경우 그 분양순위는 서울시 정비조례 제38조 제2항에 의한다는 내용을 명시적으로 기재하고 있다. 또한 조합의 정관이나 조합원 분양신청안내 책자, 관리처분변경계획 공람공고 등에서 기존에 분양신청한 조합원이 그 분양신청 내용을 공동주택에서 상가로 변경하는 경우 후순위로 분양을 받게 될 것임을 예정한 기재는 찾아볼 수 없고, 오히려 조합의 분양신청 안내 책자에는 '분양상가의 배정은 같은 호수의 경합이 있는 경우 순위 및 권리가액에 따라 배정하며, 추후 관리처분계획 공람 시 조합원 공람 의견서 제출로 희망 평형이 변경되어 관리처분계획이 인가될 수 있음'이라고 기재되어 있을 뿐이다.

36) 5. 분양설계에 관한 계획은 제72조의 규정에 의한 분양신청기간이 만료되는 날을 기준으로 하여 수립한다.

었으므로, 그 지위는 '분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않아 조합원 지위를 상실한 자들로서 조합 총회에서 다시 조합원 지위를 부여받아 새롭게 조합원이 된 자'와 엄밀히 구분되고, 분양신청의 대상이 되는 목적물의 내용만을 변경한 것이므로 분양신청기간 내에 적법하게 분양신청을 하였던 조합원과 동등한 지위가 인정되어야 한다고 봄이 타당하다.<sup>37)</sup>

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.



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 사업을 시행함에 있어 반드시 수립하여야 하는, 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(대법원 2010. 10. 28. 선고 2009두4029 판결), 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.<sup>38)</sup>

37) 따라서 원고가 분양신청기간 내 상가 분양신청을 하지 않았기 때문에 분양순위에서 차별을 받아도 부당하지 않다는 취지의 조합주장은 이유없다.

38) 관리처분계획서에는 “근린생활시설(상가)의 동·층·호 배정은 관리처분계획인가 이후 주택규모별 동호수를 추점·배정하여 분양받을 주택의 분양가격을 제외한 권리가액을 확정된 후 관련 규정의 순위에 따라 근린생활시설을 분양할 예정으로 배정세대수는 변경될 수 있습니다”라고 기재되어 있다.



따라서 이 사건 정비사업에 관하여 상가 분양을 신청한 조합원에게 공급하는 상가 분양의 순위는

원칙적으로 서울시 도시정비조례 제38조 제2항의 규정에 따라야 할 것이고, 위 규정에서 정한 상가 공급 기준에 따를 때 신축되는 상가에 관하여 원고甲에게 제1순위의 수분양권이 있다고 봄이 타당하다.

## 5. 결어

원고는 분양신청의 내용을 공동주택의 분양신청에서 근린생활시설(상가)의 분양신청으로 변경하였고, 원고를 상가 분양대상자로 정한 관리처분변경계획이 인가·고시되었는바, 이에 따라 원고는 적법하게 상가분양대상자가 되었다고 보아야 한다. 따라서 원고의 지위는 상가 분양순위에 있어서 기존의 상가 분양대상자들과 차등이 없다고 봄이 타당하므로 원고甲은 권리가액을 고려하면 제1순위의 수분양권이 있다고 보아야 한다.

도시정비법에 의한 재개발·재건축 정비사업에서 사업 시행의 결과로 만들어지는 신축 주택에 관한 수분양자 지위나 수분양권은 조합원이 된 토지등소유자에게 분양신청만으로 당연히 인정되는 것이 아니라 도시정비법 제76조 제1항 각호의 기준에 따라 수립되는 관리처분계획으로 비로소 정하여진다. 따라서 조합원은 자신의 분양신청 내용과 달리 관리처분계획이 수립되는 경우 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 항고소송의 방식으로 구할 수 있을 뿐이지, 곧바로 조합을 상대로 민사소송이나 공법상 당사자소송으로 수분양권의 확인을 구하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2019. 12. 13. 선고 2019두39277 판결).

## 조합의 주장과 서울고등법원의 판단

### 1. 최초 분양신청기간 만료일 이전에 상가 분양신청을 하지 않은 경우, 공급순위를 결정하는 데 있어 도시정비조례 제38조 제2항의 상가 분양순위 규정의 공급기준의 적용이 배제되어야 하는지 여부

#### ① <조합의 주장>

도시정비조례 제38조 제2항에서는 상가 분양 시 ‘관리처분계획기준일 현재 다음 각 호의 순위를 기준으로 공급한다’고 규정하고 있고, 위 조례 제2조 제3호에서 ‘관리처분계획기준일’이란 도시정비법 제72조 제1항 제3호에 따른 분양신청기간의 종료일을 말한다고 규정하고 있으므로, 원고에 대한 상가 분양에 대하여 위 조례 규정이 정한 공급기준이 적용될 수 없다는 취지로 주장한다.

#### ② <서울고등법원의 판단>

도시정비조례 제2조 제3호에서 ‘관리처분계획기준일’을 ‘분양신청기간이 만료되는 날’로 정한 취지는, 정비사업조합이 관리처분계획에 포함되는 분양대상 토지등소유자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 분양신청기간이 만료되는 날 이후에 발생한 권리변동사항은 고려하지 않겠다는 것으로, 이는 다수의 이해관계인이 존재하는 정비사업을 추진함에 있어 권리관계의 변동으로 인한 혼란을 막고 조합으로 하여금 일률적인 사무처리를 할 수 있도록 하기 위한 것으로 봄이 타당하다. 그런데 앞서 본 바와 같이 관리처분계획이 수립된 이후라도 총회의 결의에 따라 그 내용이 변경될 수 있는 것이고, 이 사건 제1차 관리처분변경계획안에 대한 공람기간에 기존의 공동주택 분양신청을 상가 분양신청으로 변경한 원고를 상가 분양대상자로 정한 이 사건 제1차 관리처분변경계획이 인가·고시됨에 따라 원고가 적법하게 상가 분양대상자의 지위를 갖게 되었는바, 앞서 살핀 바와 같은 이유로 원고의 지위를 기존에 상가 분양을 신청한 조합원들과 차등을 두는 것은 허용되지 않는다고 보아야 하므로, 원고가 최초 분양신청기간 만료일 이전에 상가 분양신청을 하지 않았다고 하여 원고의 공급순위를 결정하는 데 있어 도시정비조례 제38조 제2항의 상가 분양순위 규정의 공급기준의 적용이 배제되어야 한다고 볼 수 없다.

### 2. 합리적 범위에서 재량에 따라 상가 분양순위를 임의로 정할 수 있는지 여부

#### ① <조합의 주장>

관리처분계획은 계획적 재량행위이므로, 일부 조합원들의 변경 신청을 수용하는 경우 다른 조합

원에게 불이익이 없게 합리적 범위 내에서 재량에 따라 원고의 상가 분양순위를 임의로 정할 수 있다는 취지로도 주장한다.

## ② <서울고등법원의 판단>

도시정비조례 제38조 제2항 및 피고 정관 제48조 등 관련 규정의 문언 형태에 비추어 보면, 도시환경정비사업을 수행하는 조합으로서는 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 재량행위가 아닌 기속행위에 해당한다. 또한 도시환경정비사업에서의 관리처분계획은 사업을 시행함에 있어 반드시 수립하여야 하는, 법률이 정한 행정계획으로서 토지 등 소유자의 지위나 권리·의무의 인정 자체에 관하여는 재량의 여지가 없다고 하겠으나, 그 구체적인 내용의 수립에 관하여는 이른바 계획재량행위에 해당하여 상당한 재량이 인정된다고 할 것인데(대법원 2010. 10. 28. 선고 2009두4029 판결 등 참조), 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 피고의 재량이 개입되어서는 아니 된다고 봄이 타당하다.

### 3. 분양신청 대상을 변경한 다른 조합원이 제출한 각서가 이 사건의 원고 甲에게도 그 효력이 미치는지 여부(후순위로 상가 분양을 받는 것에 동의한 각서의 효력 범위)

#### ① <조합의 주장>

원고와 같이 분양신청기간 도과 후 공동주택에서 상가 분양으로 분양신청 내용을 변경한 다른 조합원들이 '본인들의 변경 신청으로 인하여 조합 사업에 피해가 발생하는 경우 가장 후순위로 상가 분양을 받는 것에 동의하겠다'는 의사를 표시한 바 있으므로, 원고의 경우에도 마찬가지로 후순위로 상가 분양을 받는 것에 이의를 제기할 수는 없다는 취지로도 주장한다.

#### ② <서울고등법원의 판단>

위 각 각서는 공동주택에서 상가로 분양신청 대상을 변경하였던 일부 조합원들이 본인들의 객관적인 상가 분양순위와는 관계없이 후순위로 분양을 받게 되어도 이를 용인하겠다는 개인적인 의사를 밝힌 것에 불과한바, 위와 같은 각 각서가 제출되었다고 하여 원고로서도 자신의 상가 분양 순위가 후순위로 되는 것을 수인하여야 한다고 볼 수는 없다.

#### 4. 이 사건의 원고 甲이 사업자등록증을 제출하지 아니한 것을 이유로, 이를 분양신청 시에 제출한 다른 조합원과 달리 취급할 수 있는지 여부

##### ① <조합의 주장>

원고가 공람의견서를 제출하면서 'K'라는 상호로 영업을 하고 있다는 점을 소명하거나 사업자등록증을 제출하지 않았고 공람기간이 도과한 후 영업보상액 심사자료로 사업자등록증을 제출하였을 뿐이어서, 상가 분양순위에 있어 분양신청 시나 분양신청 내용 변경 시 사업자등록증을 제출하였던 자들과는 달리 취급될 이유가 있다는 취지로도 주장한다.

##### ② <서울고등법원의 판단>

서울시 도시정비조례 제32조 제3항에서는 분양신청 시 첨부하여야 하는 서류로 '종전의 토지 또는 건축물에 관한 소유권의 내역, 분양신청권리를 증명할 수 있는 서류, 이 조례 또는 법 제2조 제11호에 따른 정관 등에서 분양신청자격을 특별히 정한 경우 그 자격을 증명할 수 있는 서류, 분양 예정 대지 또는 건축물 중 관리처분계획기준의 범위 안에서 희망하는 대상·규모에 관한 의견서'를 들고 있고, 한편 현행 도시정비조례 제38조 제2항에 의하면 사업자등록증은 상가 분양순위를 확인하는 경우 자격증빙 서류로 사용될 수 있으며, 조합원 분양신청 안내책자에는 분양신청 시 제출하여야 할 서류 중 하나로 '사업자등록증 기타 자격요건을 증빙하는 서류 1부(해당자에 한함)'가 기재되어 있는바, 사업자등록증과 같은 증빙서류는 자격의 증빙이 필요한 경우에만 제출하도록 되어있다.

위와 같은 규정들에 따르면 이 사건 정비사업에 관하여 공동주택에 대한 분양을 신청하는 경우에는 사업자등록증 제출이 요구되지 않고, 다만 상가 분양신청 시에는 사업자등록증 제출이 요구되는 것인데, 앞서 본 바와 같이 당초 분양신청기간 내에 상가가 아닌 공동주택에 대한 분양을 신청하였던 원고로서는 사업자등록증을 제출할 필요가 없어서 이를 제출하지 아니하였던 것으로 보인다. 나아가 원고가 공동주택에서 상가로 분양신청 내용을 변경 신청할 당시 사업자등록증을 함께 제출하지 않은 것으로는 보이나, 그 후 피고에게 원고의 사업자등록증이 제출되어 피고가 원고의 사업자등록증 관련 내용을 확인하였다는 점에 대하여는 당사자 사이에 다툼이 없다.

그렇다면 원고로서는 조합원들에 대한 분양상가 배정 전에 사업자등록증을 제출한 것이므로, 원고를 비롯한 상가 분양 신청 조합원들의 상가 분양순위를 판단함에 있어서 원고를 다른 상가 분양신청자들에 비하여 불리하게 취급할 수는 없다고 보아야 한다.

# 사실상 다가구주택의 단독 분양대상자 지위 인정 여부



- ☑ 사실상 다가구주택 구분소유자의  
분양대상자 지위
- ☑ 사실상 다가구주택 구분소유자의  
조합원 지위



조합경영전략연구원



법무사법인(유한) 동양

대표이사 유재관

**사 례** 甲 등 8명은 대전시 재개발정비사업 시행구역 내에 있는 2층 건물의 공유자로서 1층은 점포(245㎡), 2층은 주거공간(234㎡)으로만 사용하고 있고 각 가구별로 지분에 관한 소유권보존등기를 마쳤다(1983년 건축허가를 받고, 가구별 소유권보존등기 또는 지분이전등기가 1991. 2. 26.부터 마쳐짐), 甲 등 건물의 각 공유자는 다른 공유자와는 상관없이 자신의 공유지분을 이전하는 방법으로 가구별로 양도하여 왔다. 甲 등에게 단독 조합원 지위 및 단독 분양대상자의 지위를 인정할 수 있는지 여부?

## 1. 관련 규정 및 취지

### ① 관련규정

도시정비법 제39조 제1항은 “정비사업의 조합원은 토지 등 소유자로 하되, 토지 또는 건축물의 소유권과 지상권이 여러 명의 공유에 속하는 때에는 그 여러 명을 대표하는 1인을 조합원으로 본다.”고 규정하고 있고, 도시정비법 제74조 제4항 및 도시정비법 시행령 제63조 제1항 제3호의 위임에 따른 대전광역시 정비조례 제32조 제2항은 ‘하나의 주택 또는 1필지의 토지를 여러 명이 소유하고 있는 경우’(제3호)에 여러 명의 분양신청자를 1명의 분양대상자로 본다고 규정하고 있다. 다만 대전광역시 정비조례 부칙 제5조(이하 ‘이 사건 부칙’이라 한다)는 ‘2004. 10. 1. 전에 가구별로 지분 또는 구분소유등기를 펼한 다가구주택(1990. 4. 21. 다가구 주택

제도 도입 이전에 단독주택으로 건축허가를 받아 지분 또는 구분등기를 필한 사실상의 다가구주택을 포함한다)’은 위 제32조 제2항의 규정에도 불구하고 다가구주택으로 건축허가 받은 가구수에 한하여 가구별 각각 1인을 분양대상자로 한다’는 경과규정을 두고 있다.

## ② 관련규정의 취지

위 각 규정과 주택재개발정비사업조합의 조합원은 주택재개발사업으로 건립되는 공동주택에 대한 분양신청권, 조합원 총회에서 의결권, 조합 임원 등의 선임권과 피선임권을 가지게 되는 점 등을 종합하여 보면, 재개발사업구역 내의 토지 또는 건축물을 여러 명이 공유하는 경우에는 원칙적으로 그 공유자 전원에게 1인의 조합원 지위만 부여되는 것이고, 다만 주택재개발사업으로 건립되는 공동주택의 분양대상자격을 관하여는 이 사건 부칙 소정의 일정한 요건을 갖춘 다가구주택 또는 사실상의 다가구주택의 공유자들의 경우 가구별로 각각 1인을 분양대상자로 한다는 취지로 보아야 한다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010두4377 판결 참조).

## 2. 쟁점

甲 등이 소유한 건물은 사실상 다가구주택의 실질을 갖추고 있었음에도 건축법령의 미비로 부득이 단독주택으로 건축허가를 받아 구분소유자인 甲 등의 명의로 지분등기가 마쳐진 것으로서, 대전광역시 정비조례 부칙(2018. 10. 5., 개정된 것) 제5조에 따른 사실상의 다가구주택에 해당하므로 분양대상

자 지위 및 단독 조합원 지위가 인정되는지 여부가 본 사안의 쟁점이다.

## 3. 단독 분양대상자로 인정되기 위한 요건 및 취지

### ① 이 사건 부칙의 입법취지

다가구주택(사실상의 다가구주택을 포함한다)이 법률상으로는 구분소유의 객체가 될 수 없으나 설계 및 건축 단계부터 독립된 구조를 갖추고 있고 그에 상응한 지분등기가 마쳐짐으로써 그 지분등기를 이전하는 방법에 의하여 사실상 가구별로 독립적 거래가 가능한 상태가 장기간 지속되어 온 경우에는 예외적으로 그 사실상태의 현실을 존중하여 다가구주택의 가구별로 개별 분양대상자격을 인정하되, 다만 실제 주거의 필요에 의해서가 아니라 주택재개발사업에 의해 공급되는 주택을 다수 취득할 목적으로 이른바 ‘지분 쪼개기’와 같은 행위를 하는 폐해를 방지하고 그 요건에 해당되는지를 용이하게 확인할 수 있도록 하기 위해 보호범위를 일정한 시점까지 지분 또는 구분등기를 마쳤을 경우로 제한하려는 데 있다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2008두22853 판결 등 참조).

이른바 ‘사실상의 다가구주택’에 대해 이 사건 부칙이 적용되기 위한 건축허가의 기준시점으로 1990. 4. 21.이 설정된 이유는 그때까지는 다가구주택제도가 도입되지 않아 어쩔 수 없이 단독주택으로 건축허가를 받았음에도 실제로는 다가구주택과 마찬가지로 사실상 가구별로 독립된 구조로서

지분이전등기를 통해 사실상 가구별로 독립적으로 거래되는 경우에는 다가구주택과 마찬가지로 그 가구별로 개별 분양대상자격을 인정하기 위함이다.

**② 요건**

1) 이 사건 부칙에 따르면 여러 명이 공유하고 있는 주택의 공유자들이 공동분양 대상자가 아닌 각각 1인의 분양대상자로 인정되기 위하여는 그 주택이 ‘2004. 10. 1. 이전에 가구별로 지분 또는 구분소유등기를 필한 다가구주택’ 또는 ‘① 1990. 4. 21. 다가구주택제도 도입 이전에 단독주택으로 건축허가를 받아 ② 지분 또는 구분등기를 필한 ③ 사실상 다가구주택’이어야 한다.

2) 이 사건 부칙의 입법취지를 고려할 때, 사실상의 다가구주택이 이 사건 부칙의 요건을 충족하기 위해 1990. 4. 21. 이전에 단독주택으로 건축허가를 받아야 한다는 데서 나아가, 반드시 그 시점 이전에 독립된 구조를 갖춘 가구들을 표상하는 지분 또는 구분등기까지 마쳐질 것을 필요로 한다는 해석은 타당하지 않다.

다가구 주택이든 사실상 다가구주택이든 각 가구별로 독립적인 생활을 영위해온 공유자들의 지위는 함께 취급되어야 한다는 점에서, 위 부칙이 정한 요건을 충족하기 위한 가구별 지분 또는 구분등기는 다가구주택의 지분 또는 구분등기와 마찬가지로 2004. 10. 1. 이전에 마쳐진 것이면 충분하다. 이

러한 해석은 이 사건 부칙에서 ‘1990. 4. 21. 다가구주택제도 도입 이전에’라는 문구가 ‘단독주택으로 건축허가를 받아’ 부분만 한정하여 수식하고, 그 뒤에 ‘지분 또는 구분등기를 필한’ 부분은 수식하지 않는 것으로 볼 수 있다는 점에서 문언 해석의 범위를 일탈하지도 않는다.

**4. 결어**

이 사건 건물 2층에 위치한 이 사건 각 가구는 건축단계 또는 사용승인 이후 가까운 시일 내에 가구별로 독립적인 주거생활을 영위할 수 있는 구조를 갖추고 실제로 독립된 주거로 이용되어 온 사실<sup>39)</sup>, 이 사건 건물은 1990. 4. 21. 다가구주택제도 도입 이전인 1983. 4. 4. 건축허가를 받았고, 가구별 소유권보존등기 또는 지분이전등기가 1991. 2. 26.부터 마쳐진 사실이 인정된다. 따라서 이 사건 각 건물 중 2층 부분은 이 사건 부칙에서 정한 다가구주택제도 도입 이전에 단독주택으로 건축허가를 받아 가구별로 지분등기를 마친 사실상의 다가구주택에 해당한다.

이 사건 각 건물 각 1층 부분의 용도가 점포, 즉 제1종 근린생활시설이라는 점만으로는 이 사건 각 건물 중 이 사건 각 가구가 속한 2층 부분이 사실상의 다가구주택이라는 판단에 영향을 미치지 않는다. 이 사건 각 건물의 2층은 구조상 1층과는 완전

39) 이 사건 각 가구 중 일부가 변기를 포함한 화장실이 설치되어 있지 않았다는 사정만으로 달리 볼 것은 아니다.

히 독립되어 있고, 공부상 용도나 이용현황도 주택으로서, 점포인 1층과는 다르기 때문이다. 그렇다면 이 사건 각 가구에 거주한 원고들은 모두 이 사건 부칙이 정하는 단독 분양대상자에 해당하고, 앞서 본 것처럼 원고들에게는 그 지위의 확인을 구할 확인의 이익도 존재한다.

결론적으로 보면 이 사건 각 가구를 실질적으로

구분소유하고 있는 원고들은 이 사건 부칙에서 정한 사실상의 다가구주택의 공유자들에 해당하여 공동분양 대상자가 아닌 가구별로 단독 분양대상자격을 가질 수 있다. 그러나 원고들은 이 사건 건물의 공유자들에 불과하므로 각 해당 공유 부분의 다른 공유자들과 함께 그 전원이 1인의 조합원으로 될 뿐이며 각자 단독조합원의 지위에 있다고 할 수는 없다.

## 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**

### ■ 설계 및 건축단계에서 건축물 현황도에 한 호수로 표시된 경우

조합은 위 사건 건물 중에 일부는 이 사건 각 건물이 건축될 무렵 만들어진 것으로 보이는 건축물현황도에 한 호수로 표시되어 있는 것으로 보아 설계 및 건축 단계에서는 독립된 구조를 갖추고 있지 않다가 그 이후 임의로 벽을 설치하여 분리한 것에 불과하므로 위 각 가구별로 단독 분양대상자 지위가 인정될 수 없다는 취지로도 주장한다.

그러나 조합이 주장하는 일부 공유자들의 경우 1985년과 1991년에 지분등기가 이루어졌다. 이는 이 사건 각 건물의 각 건축허가 및 사용승인으로부터 근접한 시기에 각각 독립된 구조가 갖추어졌고 그 때부터 실제 위 각 가구가 별개의 주거공간으로 사용되어 왔을 가능성이 높음을 시사한다. 그렇다면 위 각 가구별로 단독 분양대상자의 지위를 인정하더라도 주택재개발사업에 의해 공급되는 주택을 다수 취득할 목적으로 이른바 '지분 쪼개기'와 같은 행위를 하는 폐해를 방지한다는 이 사건 부칙의 입법취지가 잠탈되는 결과는 발생하지 않는다. 조합의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

### ■ 부칙[조례 제5175호, 2018. 10. 5.]

#### 제5조(다가구주택의 분양기준에 관한 경과조치 등)

- ① 2004년 10월 1일 전에 가구별로 지분 또는 구분소유등기를 필한 다가구주택(1990년 4월 21일 다가구주택 제도 도입이전에 단독주택으로 건축허가를 받아 지분 또는 구분등기를 필한 사실상의 다가구주택을 포함한다)은 제32조 제2항의 규정에도 불구하고 다가구주택으로 건축허가 받은 가구수에 한하여 가구별 각각 1인을 분양대상자로 한다.
- ② 제1항의 개정규정은 이 조례 시행 당시 최초로 사업시행인가를 신청하는 분부터 적용하며, 사업시행인가를 얻은 조합으로서 제1항에 따라 사업시행인가를 변경하고자 하는 경우에는 토지등소유자의 전원의 동의를 얻어야 한다.

### ■ 확인의 이익과 관련하여

(주위적 청구인 단독 조합원 지위 확인과 예비적 청구인 단독 분양대상자 지위확인)

甲 등 원고들이 예비적 청구 부분으로 확인을 구하는 바는 원고가 분양신청을 한 조합원들에게 부여되는 수분양권을 가지는지 여부가 아니라(이는 주위적 청구의 확인 대상인 '조합원 지위'와 관련된 문제이다), 원고들에게 '공동주택의 분양대상자격'이 있는지 여부이고(이는 대전광역시 정비조례 제32조 제2항 및 이 사건 부칙의 '분양대상자'에 해당하는지 여부이다).

이는 조합원으로서의 분양신청권은 물론 관리처분계획의 수립 및 인가로 인하여 재개발조합의 조합

원에게 발생하는 구체적 수분양권과도 전혀 별개인, 사실상 다가구 주택의 가구별 소유자로서 보유하게 되는 개별 수분양권에 관한 법률관계로서 별도의 확인 대상이 되며, 관련 법령에 따라 원고들이 보유하는 현재의 법률상의 지위에 해당한다.

조합은 甲등 원고들을 비롯한 이 사건 건물 및 그 부지의 공유지분권자들을 하나의 조합원으로 관리하는 것으로 보이는데, 이러한 전제에서 분양신청 등 관리처분계획의 수립을 위한 절차에 나아가는 경우에는 통상의 부동산 공유지들과 마찬가지로 취급하여 원고들을 비롯한 공유지분권자들 전체를 1인의 조합원으로 보아 1개의 수분양권만을 부여할 것으로 보이는 바, 원고들이 통상적인 부동산 공유지들과 달리 단독 분양대상자 지위의 확인을 구함으로써 얻을 수 있는 별개의 법률상 이익도 존재한다.

또한 조합이 원고들의 단독 분양대상자격 존부에 관하여 다투고 있는 이상 원고들로서는 조합을 상대로 단독 분양대상자 지위의 확인을 구하는 것이 그들의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험·불안을 제거하는 유효·적절한 수단인 되고, 반드시 관리처분계획이 수립되기를 기다려 그 취소를 구하여야 하는 것은 아니다.

따라서 이 사건 각 가구에 거주한 원고들은 모두 이 사건 부칙이 정하는 단독 분양대상자에 해당하고, 앞서 본 것처럼 원고들에게는 그 지위의 확인을 구할 확인의 이익도 존재한다. 원고들의 예비적 청구는 이유 있다.

■ **대전광역시 도시 및 주거환경정비 조례 [시행 2021. 1. 1.]**

**제32조(분양 대상 등)** ① 영 제63조 제1항 제3호 단서에 따라 주거환경개선사업과 재개발사업으로 건립되는 공동주택의 분양대상자는 관리처분계획 기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 자로 한다. <개정 2020. 7. 3.>

1. 종전의 건축물 중 주택(기존 무허가건축물로서 사실상 주거용으로 사용되고 있는 건축물을 포함한다)을 소유한 자
2. 분양신청자가 소유하고 있는 종전 토지의 총면적이 「대전광역시 건축 조례」 제39조의 규모 이상인 자. 다만, 구역지정 공람공고일 이전에 분할된 1필지 토지로서 그 면적이 30제곱미터 이상인 토지(지목이 도로이며 도로로 이용되고 있는 토지를 제외한다)의 소유자는 사업시행인가 고시일 이후부터 법 제83조 제3항에 따른 공사완료 고시일까지 분양신청자를 포함한 세대원(세대주 및 세대주와 동일한 세대별 주민등록표상에 등재되어 있지 아니한 세대주의 배우자 및 배우자와 동일한 세대를 이루고 있는 세대원을 포함한다) 전원이 주택을 소유하고 있지 아니한 경우

에 한정하여 분양대상자로 한다.

3. 분양신청자가 소유하고 있는 종전의 토지 및 건축물의 가액(이하 “권리가액”이라 한다)이 분양용 최소 규모 공동주택 1가구의 추산액 이상인 자
  4. 사업시행방식이 전환되는 경우 전환되기 전의 사업방식에 따라 환지를 지정 받은 자. 이 경우 제1호부터 제3호까지의 규정은 적용하지 아니할 수 있다.
  5. 직계존비속 세대원(세대주 및 세대주와 동일한 세대별 주민등록표상에 등재되어 있지 아니한 세대주의 배우자 및 배우자와 동일한 세대를 이루고 있는 세대원을 포함한다)이 소유한 토지(지목이 도로이며 도로로 이용되고 있는 토지를 제외한다) 합산 면적이 「대전광역시 건축 조례」 제39조의 면적 이상인 경우
- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 여러 명의 분양신청자를 1명의 분양대상자로 본다.
1. 단독 또는 다가구주택이 다세대주택으로 변경되는 경우
  2. 여러 명의 분양신청자가 하나의 세대인 경우. 이 경우 세대주와 동일한 세대별 주민등록표상에 등재되어 있지 아니한 세대주의 배우자 및 배우자와 동일한 세대주를 이루고 있는 세대원을 포함한다.
  3. 하나의 주택 또는 1필지의 토지를 여러 명이 소유하고 있는 경우. 다만, 구역지정 공람공고일 이전에 공유지분으로 소유한 토지의 지분면적이 「대전광역시 건축 조례」 제39조에 따른 면적 이상인 경우에는 그러하지 아니하다.
  4. 구역지정 공람공고일 이후에 1필지를 여러 개의 필지로 분할한 경우
  5. 하나의 대지 범위에 속하는 동일인 소유의 토지와 주택 등 건축물을 토지와 주택 등 건축물로 각각 분리하여 소유한 경우

#### ■ 부칙[조례 제5175호, 2018. 10. 5.]

##### 제5조(다가구주택의 분양기준에 관한 경과조치 등)

- ① 2004년 10월 1일 전에 가구별로 지분 또는 구분소유등기를 필한 다가구주택(1990년 4월 21일 다가구주택 제도 도입이전에 단독주택으로 건축허가를 받아 지분 또는 구분등기를 필한 사실상의 다가구주택을 포함한다)은 제32조제2항의 규정에도 불구하고 다가구주택으로 건축허가 받은 가구수에 한하여 가구별 각각 1인을 분양대상자로 한다.

# 주거세입자의 부동산 인도지체와 손해배상책임



- ☑ 도시정비법 제81조 제1항 제2호의 '손실보상'의 범위
- ☑ 주거이전비 등의 지급의무와 부동산 인도 의무의 선후 관계
- ☑ 주거세입자의 부동산 인도 의무 이행 지체로 인한 손해배상책임



조일경영전략연구원



법무사법인(유한) **동양**

대표이사 유재관

**사 례** 甲은 A재개발 정비사업 시행구역 내에 있는 부동산을 임차하여 거주하며 점유하고 있던 주거세입자이다. 조합은 甲을 상대로 부동산 인도를 구하는 소를 제기하여 승소판결을 받았고, 이에 피고 甲은 항소를 제기하면서 원고의 위 승소판결에 기한 가집행에 대하여 집행정지를 신청하여, 항소심 판결선고시까지 위 승소판결에 기한 강제집행이 정지되었다. 그 후 조합은 甲이 이 사건 부동산을 인도한 이후 甲을 피공탁자로 하여 토지보상법에 따른 주거이전비 등을 공탁하였고, 조합은 이 사건 강제집행정지 결정이 있었던 시점부터 부동산의 인도일까지 인도 의무 지체로 인하여 원고에게 발생한 손해를 배상할 의무가 있다고 주장하면서 피고를 상대로 손해배상 청구소송을 제기하였다. 손해배상청구소송의 인용여부?

## 1. 관련 법률규정 및 당사자의 주장

① 도시정비법 제81조 제1항은, 종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 관리처분계획인가의 고시가 있을 때에는 이전고시가 있는 날까지 종전의 토지 또는 건축물을 사용하거나 수익할 수 없다고 규정하면서, 사업시행자의 동의를 받은 경우(제1호), 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 경우(제2호)의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니

하다고 규정하고 있다.<sup>40)</sup>

## ② 원고(조합)의 주장

조합은 관리처분계획인가를 받았으므로 도시정비법 제81조 제1항에 따라 주거세입자인 피고는 더 이상 이 사건 부동산을 사용·수익할 수 없고, 사업시행자인 원고에게 이 사건 건물을 인도할 의무가 있다. 따라서 주거세입자인 피고는 이러한 인도의무의 지체로 인하여 원고에게 발생한 손해를 배상할 의무가 있다.

## ③ 피고(주거세입자)의 주장

피고는 원고로부터 주거이전비 등을 지급받지 못하였기 때문에 이 사건 부동산을 인도하지 않은 것이므로 이 사건 부동산을 점유할 정당한 권원이 있고, 따라서 원고에게 인도의무 지체로 인한 손해배상금을 지급할 의무가 없다.

## 2. 쟁점<sup>41)</sup>

관리처분계획인가가 고시된 정비사업 구역 내에서, 「사업시행자인 원고 조합이 주거세입자인 피고에게 토지보상법에 따른 주거이전비 등을 지급할 의무」가 「사업시행자인 원고에게 주거세입자인 피고가 점유하는 부동산을 인도할 의무」와 동시이행 또는 선이행의 관계에 있는지 여부가 쟁점이다.

만약 원고의 주거이전비 등 지급의무가 피고의 점유 부동산 인도 의무와 동시이행 또는 선이행 관계에 있다면, 피고가 관련 인도 소송에서 동시이행 항변권 등을 실제로 행사하지 아니하여 패소한 판결이 확정되었다고 하더라도, 부동산 인도 지체로 인한 손해배상책임을 진다고 볼 수 없다.

## 3. 주거이전비 지급의무와 부동산 인도의무의 선후관계

### ① 개정 법률의 의미

개정 도시정비법 제81조 제1항은 “토지보상법에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 권리자의 경우에

40) 한편 토지보상법 시행규칙 제54조 제2항은 ‘공익사업의 시행으로 인하여 이주하게 되는 주거용 건축물의 세입자(무상으로 사용하는 거주자를 포함)로서 사업인정고시일등 당시 또는 공익사업을 위한 관계 법령에 따른 고시 등이 있을 당시 해당 공익사업시행지구안에서 3개월 이상 거주한 자에 대해서는 가구원수에 따라 4개월분의 주거이전비를 보상해야 한다. 다만, 무허가건축물등에 입주한 세입자로서 사업인정고시일등 당시 또는 공익사업을 위한 관계 법령에 따른 고시 등이 있을 당시 그 공익사업지구 안에서 1년 이상 거주한 세입자에 대해서는 본문에 따라 주거이전비를 보상해야 한다.

41) 목적물을 인도할 의무가 있는 경우에도, 목적물의 점유자가 동시이행항변권을 갖는다면, 인도청구를 하는 자가 동시이행의 관계에 있는 자신의 급부를 이행하거나 적법하게 이행제공하는 등의 사유로 점유자의 동시이행항변권을 상실시키지 아니한 이상, 점유자가 목적물을 계속 점유하더라도 그 점유를 불법점유라고 할 수 없고, 점유자는 이에 대한 손해배상 의무를 지지 아니한다(대법원 1998. 5. 29. 선고 98다6497 판결 등 참조). 또한 이러한 효과는 손해배상책임이 없다고 주장하는 자가 반드시 동시이행의 항변권을 행사하여야만 발생하는 것이 아니다(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다47438 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다32585 판결 등 참조).

는 그러하지 아니하다”는 단서규정을 추가하였고, 결국 사업시행자가 점유자 등에 대하여 건축물 등을 인도청구하기 위해서는 ‘토지보상법에 따른 손실보상이 완료될 것’이 필요함(동시이행 또는 선이행되어야 함)을 명시하고 있다.<sup>42)</sup> 따라서 구 도시정비법 제49조 제6항(현 제81조 제1항)이 2009. 5. 27. 개정된 이후에는, 피고가 주장하는 바와 같은 ‘주거이전비 등 청구권’이 위 단서규정에서 정한 ‘토지보상법에 따른 손실보상’에 해당하는지가 문제될 뿐이다.<sup>43)</sup>

## ② 토지보상법에 따른 손실보상의 범위

도시정비법 제65조 제1항 단서는, ‘정비사업의 시행에 따른 손실보상의 기준 및 절차는 대통령령으로 정할 수 있다’고 규정하고 있고, 그 위임에 따른 도시정비법 시행령 제54조 제4항은 ‘주거이전비 보상대상자의 인정시점’에 관하여 정비구역의 지정을 위한 주민공람공고일로 본다’고 규정하고 있다.<sup>44)</sup>

위 규정들을 종합하여 보면, 도시정비법 제65조 제1항은 토지보상법에 의해 주거세입자에게 인정되는 주거이전비 보상을 그 단서의 ‘정비사업의 시행에 따른 손실보상’의 내용에 포함시키고 있으므로, 주거이전비 보상은 도시정비법 제81조 제1항 단서에서 사용·수익 정지 이전에 완료될 것을 요구하는 ‘도시정비법 제65조 및 토지보상법에 따른 손실보상’에 해당함이 명백하다. 그리고 토지보상법에서 공익사업의 시행으로 인해 사업지구 밖으로 이사하는 주거용 건물의 거주자에 대해 동산의 운반에 필요한 비용, 즉 이사비의 보상을 규정하고 있으므로, 이사비의 보상도 ‘토지보상법에 따른 손실보상’에 해당한다고 보아야 한다(헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2012헌마662 결정 참조).<sup>45)</sup>

## ③ 소결

도시정비법 및 토지보상법에 따라 주거세입자에게 인정되는 주거이전비 및 이사비 보상을 도시정비법 제81조 제1항 단서의 ‘정비사업의 시행에 따

42) 개정 전 구 도시정비법 제49조 제6항은 “관리처분계획인가 고시가 있는 때에는 종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 제54조의 규정에 의한 이전의 고시가 있는 날까지 종전의 토지 또는 건축물에 대하여 이를 사용하거나 수익할 수 없다. 다만, 사업시행자의 동의를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.”라고만 규정하고 있어, 사법상의 권리인 사업시행자의 인도청구권과 공법상의 권리인 점유자의 손실보상청구권 사이의 관계를 명확하게 규정하고 있지 아니하였다.

43) 기존 대법원 판결(대법원 2017. 2. 15. 선고 2013다40643 판결, 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다40097 판결)이 정당하다고 선언한 해당 원심 판결(부산지방법원 2013. 4. 12. 선고 2011나20840)의 ‘공법상의 의무인 주거이전비 지급의무와 사법상의 의무인 부동산 인도의무 간에 이행상의 견련관계를 인정할 수 없다’는 논리는 더 이상 그대로 유지될 수 없다.

44) 따라서 도시정비법 시행령 제13조의 정비계획을 위한 공람공고일 현재 해당 정비구역에 거주하고 있는 세입자는 주거이전비 보상대상자에 해당한다.

45) 주거이전비 등에 관하여 수용재결이 있었던 경우라면, 유사쟁점 대법원 판결의 취지에 따라 그 보상금의 증액에 관한 정송철차가 이루어지고 있는 중이라 하더라도 수용재결에서 정한 보상금이 공탁된 때 손실보상이 ‘완료’되었다고 볼 것이지만, 이 사건과 같이 주거이전비 등에 관한 수용재결이 있었던 경우에 해당하지 아니한다면 수용재결에서 정한 보상금의 공탁 여부와 별개로 ‘손실보상’이 완료되었는지를 판단하여야 한다.

른 손실보상'으로 해석함이 마땅한 점, 주거이전비와 이사비는 관련 법령의 취지에 따라 사회보장적 차원에서 공익사업 등으로 희생될 수 있는 세입자를 보호할 필요가 있는 점 등을 모두 고려하면, 사업시행자인 조합이 임차인인 피고에게 주거이전비 및 이사비를 지급할 의무는 임차인인 피고가 사업시행자인 원고에게 점유 부동산을 인도할 의무와 동시이행 또는 선이행의 관계에 있다고 봄이 타당하다.

따라서 세입자의 이 사건 부동산 인도 이전에 조합이 세입자인 피고에게 주거이전비 및 이사비(동산이전비) 지급의무를 이행하거나 적법하게 이행제 공하는 등의 사유로 피고의 선이행 또는 동시이행 항변권을 상실시켰음을 인정할 증거가 없는 이상, 세입자의 부동산 인도 지체로 인한 손해배상책임을 구하는 조합의 손해배상청구는 이유 없다고 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**

## 유사 쟁점에 관한 기존 판례

대법원은 “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 정당하다”고 판시한 바 있다(대법원 2017. 2. 15. 선고 2013다40643 판결, 이하 ‘기존 대법원 판결’이라 한다).

위 사건의 원심 법원인 부산지방법원은 “주거이전비 등은 당해 공익사업 시행지구안에 거주하는 거주자의 조기이주를 장려하여 사업추진을 원활하게 하려는 정책적인 목적과 주거이전으로 특별한 어려움을 겪게 될 거주자를 대상으로 하는 사회보장적인 차원에서 지급되는 금원의 성격을 가지므로, 적법하게 시행된 공익사업으로 이주하게 된 주거용 건축물 거주자의 주거이전비 보상청구권은 공법상의 권리인바(대법원 2008. 5. 29. 선고 2007다8129 판결 참조), 사업시행자가 주거용 건물의 거주자에 대하여 주거 이전에 필요한 비용과 가재도구 등 동산의 운반에 필요한 비용을 산정하여 보상하여야 할 의무는 사업추진을 원활하게 하려는 정책적인 목적과 사회보장적 목적을 위하여 토지보상법에 따라 인정되는 공법상의 의무인 반면, 적법한 수용절차에 따라 소유권을 취득한 사업시행자에게 수용보상금을 지급받은 점유·사용자가 부담하는 부동산인도 의무는 사법상의 의무로 별개의 원인에 의하여 발생한 것이어서, 양 의무 간에 이행상의 견련관계를 인정할 수 없으므로, 양 의무가 동시이행의 관계에 있다고 볼 수 없다.”고 판결하였다(부산지방법원 2013. 4. 12. 선고 2011나20840).

한편, 대법원은 “사업시행자인 원고가 이 사건 토지 및 건물에 대한 수용보상금과 피시방 영업 손실보상금을 각 수용 개시일까지 모두 공탁함에 따라 도시정비법 제49조 제6항에서 말하는 손실보상이 완료되었다고 판단하고, 피고가 이 사건 토지 및 건물에 대한 수용재결 감정절차에서 일부 누락된 지장물이 있음을 이유로 행정소송을 통해 보상금증액을 구하고 있는 이상 아직 손실보상이 완료되었다고 볼 수 없어 원고의 인도청구에 응할 수 없다는 피고의주장을 배척한 원심의 판단은 정당하다”고 판시한 바 있다(대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다40097 판결).

# 공유자 1인이 제출한 서면결의서 효력 및 서면결의 철회방법 등



- ☑ 공유자 중 1인이 대표조합원을 선임하지 않은 채 서면결의서를 제출한 경우
- ☑ 총회 개최 전에 서면결의서 반환요청서를 제출한 경우
- ☑ 본인의 위임장·인감증명서를 지참하지 않은 대리인


**조합경영전략연구원**  

**법무사법인(유한) 동양** 대표이사 유재관

**사 례** 재개발조합의 조합장이었던 甲은 임시총회에서 해임의결되었다(조합원 311명, 서면결의 포함 158명 참석, 해임찬성 155명). 이 사건 임시총회의 서면결의서의 유효성과 관련하여, <첫째>, A는 토지의 공유자임에도 대표조합원을 선임하지 않은 채 서면결의서를 제출하였고, <둘째>, B는 임시총회 개최 전에 서면결의서 반환요청서가 조합의 직원을 통하여 조합 특별대리인에게 제출하였고, <셋째>, D는 조합원 C의 남편으로서 정관에 따른 대리인의 총회 출석에 필요한 위임장, 인감증명서 등을 지참하지 않은 채 C명으로 총회 장소에 참석하였다. 甲은 위 3명을 제외하면 조합원의 과반수인 156명에 미달하므로 의사정족수를 충족하지 못하여 무효라고 주장하고 있다. 해임총회는 유효한가?

## 1. 의사정족수 미달 여부에 관한 판단

### ① 조합 임원의 해임에 관한 관련규정

도시정비법 제43조 제4항은 ‘조합임원은 제44조 제2항<sup>46)</sup>에도 불구하고 조합원 10분의 1 이상의 요

46) 도시정비법 제44조 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. <개정 2019. 4. 23.>



구로 소집된 총회에서 조합원 과반수의 출석과 출석 조합원 과반수의 동의를 받아 해임할 수 있다. 이 경우 요구자 대표로 선출된 자가 해임 총회의 소집 및 진행을 할 때에는 조합장의 권한을 대행한다.’고 규정하고 있고, 정관 제18조 제3항에도 동일한 내용이 규정되어 있다.

## ② 과반수의 의미 및 쟁점

조합임원은 총회에서 조합원 과반수의 출석과 출석 조합원 과반수의 동의를 얻어 해임할 수 있다고 규정하고 있고, 여기서 ‘과반수’란 1/2을 넘어서는 것을 의미하는바(대법원 1994. 11. 22. 선고 93다 40089 판결 참조), 조합의 총 조합원 수가 311명이므로 그 과반수는 156명 이상이라고 할 것이다. 사례에서 문제된 조합원 3인의 의사정족수 산입 여부를 중심으로 이 사건 각 결의가 ‘조합원 156명 이상의 출석’이라는 의사정족수를 충족하였는지 여부에 관하여 본다.

## 2. 조합원 A의 의사정족수 산입 여부에 관한 판단(공유자 1인 제출 관련)

### ① 관계법령 및 조합 정관

도시정비법에는, 사업시행구역 내에 있는 토지 등의 소유권이 수인의 공유에 속하거나 조합설립인가 후 1인의 토지 등 소유자로부터 그 소유권을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 경우 그 여러 명을 대표하는 1명을 조합원으로 본다(제39조 제1항), 도시정비법의 위임을 받은 도시정비법 시행규칙에는 조합설립 시 제출하여야 하는 서류로 대표조합원 선임동의서를 명시적으로 규정하고 있다(제8조 제2항 제1호 (라)목).

한편 조합 정관에는, 사업시행구역 내에 있는 토지 등의 소유권이 수인의 공유에 속하거나 조합설립인가 후 1인의 토지 등 소유자로부터 그 소유권을 양수하여 여러 명이 소유하게 된 경우, 그 수인은 대표자 1인을 대표조합원으로 지정하고 대표조합원 선임동의서를 작성하여 조합에 신고하여야 하며, 조합원으로서의 법률행위는 그 대표조합원이 행하는 것으로 규정하고 있다(제9조 제4항).

### ② 사례의 정리

1) 이 사건 원심법원(대구고법)은, A가 대표조합원 지정 신고를 하지 않은 상황에서 조합에게 서면결의서를 제출하였지만, A가 공유자의 의사에 반하여 위와 같이 서면결의서를 제출하였다고 볼 만한 자료가 제출되어 있지 않고, 오히려 A의 공유자는 친연니로서 A의 서면결의서 제출에 동의한 사실이 인정되므로, 이 사건 임시총회 당시까지 A와 공유

자가 조합에게 대표조합원 지정 신고를 하지 않았다는 사정만으로는 A가 제출한 위 서면결의서의 효력을 부정할 수는 없다고 하였다.

2) 그러나 대법원은 아래와 같이 판시하며 원심 판결을 파기하였다.

즉, 도시정비법령 및 정관의 규정 내용 및 취지 등에 비추어 보면, 토지 등의 공유자들이 조합 총회에서 의결권을 행사하기 위해서는 공유자들 전부가 총회에 참석하여 동일한 내용의 의결권을 행사하거나 동일한 내용의 서면결의서를 제출하는 등의 특별한 사정이 없는 한 대표조합원을 지정하여 조합에 대표조합원 선임동의서를 서면으로 제출하여야 한다.

그런데 A를 대표조합원으로 지정하는 선임동의서가 제출되지 않았음에도 불구하고 A가 단독으로 제출한 서면결의서를 적법하게 제출된 서면결의서로 보고 이 사건 각 결의의 의사정족수를 산정할 때 출석한 사람으로 계수하여 의사정족수에 포함하였다. 이러한 원심의 판단에는 대표조합원의 적법한 의결권 행사의 요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

### 3. 조합원 B의 의사정족수 산입 여부에 관한 판단(서면결의서 철회 관련)

#### ① 철회의 방법과 도달의 개념

서면결의의 방법에 의한 재건축결의에 있어서 재

건축결의가 유효하게 성립하기 전까지는 재건축결의에 대한 동의를 철회할 수 있고, 그 철회의 의사표시는 재건축결의에 대한 동의를 의사표시와 마찬가지로 조합규약이나 정관에 다른 정함이 없는 이상 반드시 일정한 절차와 방식에 따라서만 하여야 하는 것은 아니며, 그 철회의 의사를 분명히 추단할 수 있는 행위나 외관이 있는 것으로 충분하다고 보아야 하는바(대법원 2008. 8. 21. 선고 2007다83533, 83540 판결 참조), 이러한 법리는 조합임원의 해임결의에도 그대로 적용된다고 할 것이다.

한편, 상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달한 때 효력이 생기고(민법 제111조 제1항), 여기서 '도달'이라 함은 사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우를 가리키는 것으로서, 상대방이 통지를 현실적으로 수령하거나 통지의 내용을 알 것까지는 필요로 하지 않는 것이므로, 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절한 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 한다(대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다19973 판결 참조).

#### ② 사례의 정리

B는 임시총회 개최시간 3시간 전에 조합사무실에 근무하던 직원에게 서면결의서 반환요청서를 제출하였고, 그 직원은 반환요청서를 사진을 찍어 조합의 특별대리인에게 전송하였다.

① 정관 제22조 제4항에서 조합원이 총회 출석을

서면으로 하는 때에는 안건 내용에 대한 의사를 표시하여 총회 전일까지 조합에 도착되도록 하여야 한다고 규정하고 있고, 선거관리규정 제22조는 서면결의서의 제출은 우편 또는 인편으로 접수하도록 규정하고 있기는 하나, 위 각 규정은 서면결의서 제출에 관한 것으로서 서면결의 철회의 의사표시에도 그대로 적용된다고 보기 어려운 점, ② 정관과 선거관리규정에 서면결의 철회 절차와 방식에 관한 규정이 없는 이상, B는 임시총회 개최 전에 조합 특별대리인에게 서면결의 철회 의사를 명확히 표시한 이상 그 효력을 인정하여야 하는 점, ③ 정관 제10조 제2항이 조합원 권리를 대리행사 할 수 있는 자를 배우자·직계존비속·형제자매로 제한하고 있기는 하나, B는 조합의 직원을 통하여 직접 피고 특별대리인에게 각 서면결의서 반환 요청서를 제출하였을 뿐이고, 그 직원을 대리인으로 하여 서면결의 철회 의사를 표시하였다고는 볼 수 없는 점 등을 종합적으로 살펴보면, 결국 조합원 B가 제출한 서면결의서는 더 이상 효력이 없게 되어 임시총회에 출석한 것으로 인정할 수 없다. 따라서 이 사건 각 결의의 의사정족수에 산입되어서는 아니 된다.

#### 4. 조합원 C의 의사정족수 산입 여부에 관한 판단(대리인 D 출석 관련)

##### ① 관계법령 및 조합 정관

도시정비법 제45조 제5항 제1호에는 “조합원이 권한을 행사할 수 없어 배우자, 직계존비속 또는 형제자매 중에서 성년자를 대리인으로 정하여 위임장을 제출하는 경우 대리인을 통하여 의결권을 행사

할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 정관 제10조 제2항, 제22조 제5항에도 조합원이 대리인을 통하여 의결권을 행사하는 경우 위임장을 작성하여 제출하도록 규정하고 있다.

##### ② 사례의 정리

1) 원심법원(대구고법)은, 대리인이 위임장과 인감증명서 등을 지참하지 않았다고 하더라도 대리인 또는 본인이 다른 방법으로 위임장의 진정성 내지 위임 사실을 증명할 수 있거나 조합이 위임 사실을 알고 있었다면 조합은 그 대리권을 부정할 수 없다고 하면서, 이 사건의 경우 조합원 C가 D를 대리인으로 하여 이 사건 임시총회에 적법하게 출석하였다고 보았다.

2) 그러나 대법원은 아래와 같이 판시하며 원심 판결을 파기하였다.

즉, 도시정비법 제45조 제5항 제1호, 정관 제10조 제2항, 제22조 제5항 등은 대리권의 존부에 관한 법률관계를 명확히 하여 총회 결의의 성립을 원활하게 하기 위한 데 그 목적이 있다 할 것이다. 이러한 규정에도 불구하고 총회 개최 당시 의장이나 그 직무대행자 등 집행부의 자의적인 판단에 따라 조합원의 의결권 대리행사 가부를 가릴 수 있다고 보게 되면 당사자들이 유불리에 따라 총회 결의의 결과를 좌우할 수 있도록 허용하는 것이 되어 불필요한 법적 분쟁이 야기될 수 있는바, 이는 단체법적 법률관계에서 중시되는 객관성, 명확성, 안정성의 측면에서 바람직하지 않다. 따라서 조합원이 도시정비법과 정관에서 규정하고 있는 대로 위임장을

제출하지 아니하면 대리인을 통해 의결권을 행사할 수 없다고 보아야 한다.

그런데 원심은 D가 위임장을 제출하지 않았음에도 조합원 C를 대리인으로 하여 이 사건 임시총회에 적법하게 출석한 것으로 보고 이 사건 각 결의의 의사정족수 산정에 포함시켰다. 이러한 원심의 판단에는 조합원의 적법한 의결권 대리행사의 요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

## 5. 결어(의사정족수의 충족 여부와 해임총회의 효력 유무)

이 사건 조합의 경우, 총 조합원의 수가 311명이고 그 과반수는 156명 이상이라 할 것인데, A·B·C가 총회 참석자로 인정될 경우, 이 사건 임시총회는 모두 158명 참석으로 그 의사정족수가

충족된 것으로 볼 수 있다.

그러나 위에서 살펴본 바와 같이, ① 토지공유자들이 대표조합원을 지정하여 신고하지 아니한 채 공유자들 중 1인이 단독으로 서면결의서를 제출한 경우, 이를 적법하게 제출된 서면결의서로 볼 수 없고, 따라서 이를 이 사건 각 결의의 의사정족수에 산입할 수 없다. ② 또한 조합원 B가 제출한 서면결의서는 적법하게 철회되었으므로 임시총회에 출석한 것으로 인정할 수 없고, 따라서 조합원 B는 의사정족수에 산입할 수 없다. ③ 조합원 C는 대리인을 통하여 이 사건 임시총회에 출석한 것으로 인정할 수 없으므로, 이 역시 의사정족수에 산입할 수 없다.

결국 이 사건 임시총회 참석자는 155명에 불과하여 의사정족수에 미달한 것으로 보아야 하며, 따라서 이 사건 임시총회의 각 결의는 그 효력을 인정할 수 없다.



## 총회장소에서의 이탈과 의사정족수 산입여부

이 사건 각 결의의 투표 결과 발표 전에 총회 장소에서 이탈한 것과 관련하여 의사정족수에 포함시킬 수 있는지 여부에 관하여 본다.

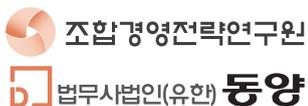
의사정족수는 일반적으로 합의체 기관이 의사를 진행하는 데 필요한 구성원의 출석수를 뜻하는 것으로, 해당 단체가 총회의 성립을 위한 의사정족수를 정하고 있는 경우 그 수는 원칙적으로 총회의 개회, 토의 또는 안건 심의 및 결의 등 전체 과정을 통하여 유지되어야 한다. 다만, 단지 개회선언 당시 참석자가 의사정족수에 다소 미달한 상태였다거나 총회 과정에서 일시적으로 참석 인원이 의사정족수를 유지하지 못하게 되었던 경우 그대로 총회를 진행하였다 하여 그 총회에서 이루어진 결의가 효력이 없다고 단정할 수 없고, 안건에 대한 토론과 심의, 투표 등의 총회 진행 대부분의 과정에서 의사정족수에 해당하는 구성원이 총회에 참여하였다면 그 결의의 효력을 무효로 볼 정도의 중대한 하자가 있다고 보기는 어렵다.

사례의 경우, 임시총회 회의록에는 이 사건 각 결의에 관한 투표를 마친 후 직접 출석한 조합원들의 표를 개표하기 시작한 후 8명이 총회 장소에 출석하여 있었다가 투표 결과 발표 직전에 1명(A)이 총회 장소에서 나간 것으로 기재되어 있는 사실이 인정되는바, A가 이 사건 각 결의에 대한 투표에 참여하지 않았을 뿐 총회 진행 대부분의 과정에 참여하다가 그 투표 결과 발표 직전에 총회 장소를 이탈한 것으로 봄이 타당하고, 그러한 사정만으로 A가 이 사건 각 결의에 참여하지 않았다고 볼 수는 없다(조합은 조합원이 이 사건 각 결의 당시 출석하였으나 투표를 하지 않고 기권한 것으로 처리했다).

# 시공자와 체결한 공사도급계약 해제의 요건



- ☑ 조합이 시공자와의 도급계약을 해제하기 위한 요건
- ☑ 민법 제673조에 따른 해제와 수급인에 대한 손해배상



조합경영전략연구원

법무사법인(유한) **동양**

대표이사 유재관

**사 례** 서울 강남구 소재 재건축조합은, 기 선정된 시공자 A가 부당한 공사비 증액을 요구하고 착공을 거부하는 등 계약위반사항이 있다는 이유로, 조합총회에서 도급계약 해제를 의결한 후 시공자 A에게 계약해제를 통보하였다. 그런데 시공자 계약해제를 위한 조합총회의 안건 심의자료에는, “시공자 계약해제로 인한 손해배상에 관한 내용”이 포함되지 않았고, 총회 진행과정에서도 손해배상에 대한 충분한 설명이 이뤄지지 않았다. 이 경우 재건축 조합의 계약해제 통보에 따라 시공자 도급계약이 해제되는지 여부?

## 1. 도급계약 해제 방법

### ① 도급계약서 상 해제권 조항에 따른 해제

조합과 시공자 간에 체결된 도급계약서 상에 특별히 해제권 관련 조항을 둔 경우, 이는 민법 제544조 법정해제권을 주의적으로 규정한 것이거나 약정해제권을 유보한 것 등 다양한 의미가 있을 수 있다. 당사자가 어떠한 의사로 해제권 조항을 둔 것인지는 결국 의사해석의 문제로서, 계약체결의 목적, 해제권 조항을 둔 경위, 조항 자체의 문언 등을 종합적으로 고려하여 논리와 경험법칙에 따라 합리적으로 해석하여야 한다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다14429, 14436 판결 등 참조). 약정해제권을 유보한 것으로 해석되는 경우에는 약정된 해제사유가 인정되는지 여부를 검토하게 된다.

또한 민법 제544조에 의하여 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 계약의 목적달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53795, 53712 판결 등 참조). 이 경우에는 계약의 주된 채무의 불이행이 있었는지 여부가 쟁점이 된다.

## ② 민법 제673조에 의한 임의해제

민법 제673조에서는 ‘수급인이 일을 완성하기 전에는 도급인은 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있다’고 규정하고 있으므로, 채무불이행이나 기타 약정위반으로 인한 해제가 아니라 하더라도 위 규정에 따라 도급인은 수급인의 손해를 배상하고 임의로 도급계약을 해제할 수 있다.

위 규정의 취지는, 도급인의 일방적인 의사에 기한 도급계약 해제를 인정하는 대신, 도급인의 일방적인 계약해제로 인하여 수급인이 입게 될 손해, 즉 수급인이 이미 지출한 비용과 일을 완성하였더라면 얻었을 이익을 합한 금액을 전부 배상하게 하는 것이라 할 것이므로, 위 규정에 의하여 도급계약을 해제한 이상은 특별한 사정이 없는 한 도급인은 수급

인에 대한 손해배상에 있어서 과실상계나 손해배상 예정액 감액을 주장할 수는 없다(대법원 2002. 5. 10. 선고 200다37296, 37302 판결 등 참조).

## 2. 도급계약 해제의 쟁점 및 효력<sup>47)</sup>

### ① 쟁점

조합은 도급계약서상 시공자의 채무불이행으로 인한 해제가 아니라고 하더라도 민법 제673조에 의한 도급계약의 임의해제가 가능한지 여부 및 총회 결의시 해제로 인한 손해배상금의 액수에 대하여 조합원들에게 고지한 후 의결해야 하는지 여부가 쟁점이다.

### ② 도급계약 해제의 효력

① 본 사안에서 “도급계약서 상의 약정해제사유나 계약을 해제할 만한 채무불이행 사유가 발생하였는지 여부”와 관련하여, 서울고등법원은, 부당한 공사비 증액 요구 관련사항, 착공거부 및 사업지연 관련 사항, 사업비 대여 거부 관련사항, 무상특화 기타 해제사유 인정 여부에 대하여, 약정해제사유에 해당되지 않거나 계약목적의 달성이 불가능하다고 판단될 정도의 주된 채무의 불이행이라고 평가하기 어렵다고 판시하였다.

47) 도시정비법은 시공자 선정과정의 투명성을 제고하고 조합원 간의 분쟁을 예방하기 위한 취지에서 ‘조합총회에서 경쟁입찰 또는 수의계약의 방법으로 시공자를 선정하여야 한다’는 규정(제29조 제4항)을 두고 있을 뿐, 그와 같이 선정된 시공자에게 독점적인 지위를 부여하는 규정을 두고 있지 아니하다. 즉 도시정비법에 의하여 선정된 시공자라 하여 특별한 공법상 지위를 갖는 것이 아니라 조합과 사이에 체결한 공사도급계약의 수급인의 지위를 갖는 것에 지나지 아니한다고 보아야 한다.

② “민법 제673조에 따른 임의해제”와 관련하여서는, 도시정비법 제45조 제1항 제13호 및 동법 시행령 제42조 제1항 제4호에서는 조합총회의 의결을 거쳐야 하는 사항 중 하나로 정비사업비 변경이 규정되어 있고, 도급계약의 임의해제의 경우 손해배상 책임이 발생하여 정비사업비의 변경이 초래된다. 따라서 민법 제673조에 따라 도급계약을 해제할 경우에는, 이로 인하여 수급인에게 지급될 손해배상에 대하여 조합원들에게 그 자료가 제공되어 이를 기초로 조합원들이 도급계약을 해제할 것인지

를 결정하였어야 한다고 실시했다.

③ 결국 조합과 시공자 간에 체결한 공사도급계약서상 해제사유의 존재가 인정되지 아니하는 경우에는 물론이고, 조합의 계약해제통보에 민법 제673조에 기한 임의해제 의사가 포함되어 있다고 보더라도 시공자 해제총회에서 그러한 해제 및 그와 일체를 이루는 손해배상에 관하여 총회 의결이 없었으므로 유효하다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 계약해제통보에 기한 시공자 도급계약의 해제는 효력이 없다<sup>48)</sup>(서울고등법원).

**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**

48) 이 사건에서는 수급인(시공자)이 도급계약 해제시 조합이 부담하게 될 손해배상에 대하여 조합원들에게 알려줄 것을 요청하였음에도 불구하고 조합은 해제총회 안전심의를 위한 자료에 손해배상에 관한 내용을 포함하지 않았고, 총회 당시 사회자나 조합장이 이에 대한 설명을 하지 않았음은 물론 오히려 손해배상에 대한 조합원의 질문에 대하여 손해배상 걱정을 하지 않아도 된다고 설명하는 등 여러 사정에 비추어 도급계약 해제와 일체를 이루는 손해배상에 관하여 개략적으로나마 의결이 이루어졌다고 볼 수 없으므로, 이 사건 도급계약 해제에 대한 유효한 총회의결이 있었다고 볼 수 없다고 판시하였다.

# 최신 정비사업 관련 판례, 알아두면 힘이 됩니다!



## Case 01

### ■ 관리처분계획 수립 시 종전 주택의 소유형태에 따른 주택 공급 기준

법제처 법령해석총괄과 - 1769

#### 1. 질의요지

도시정비법에 따른 주거환경개선사업<sup>1)</sup>의 사업시행자가 같은 법 제76조 제1항 제6호에 따라 관리처분계획을 수립할 때, 정비구역 내 동일 세대원이 아닌 甲과 乙이 A 주택을 공동으로 소유하고 있고 甲은 B 주택을 단독으로 소유하고 있는 경우<sup>2)</sup>, '甲' 및 '甲과 乙'에게 각각 1주택을 공급하도록 관리처분계획을 수립해야 하는지, 아니면 '甲' 또는 '甲과 乙' 중 어느 하나에게 1주택을 공급하도록 관리처분계획을 수립해야 하는지?

#### 2. 회답

이 사안의 경우 사업시행자는 '甲' 및 '甲과 乙'에게 각각 1주택을 공급하는 내용으로 관리처분계획을 수립해야 한다.

#### 3. 이유

도시정비법 제23조 제1항 제4호 및 같은 법 시행령 제63조 제1항 제3호 본문에서는 주거환

- 1) 도시정비법 제2조 제2호 가목에 따른 주거환경개선사업으로서 같은 법 제23조 제1항 제4호의 방법으로 시행하는 사업으로 한정하며, 이하 같음.
- 2) 도시정비법 제76조 제1항 제7호(같은 항 제6호에도 불구하고 1주택 이상 공급할 수 있는 경우) 및 같은 법 시행령 제63조 제1항 제3호 단서에 따라 조례로 정하는 제외 사유에는 해당하지 않는 경우로 한정하며, 이하 같음.

경개선사업을 사업시행자가 정비구역에서 같은 법 제74조에 따라 인가받은 관리처분계획에 따라 주택 및 부대시설·복리시설을 건설하여 공급하는 방법으로 하도록 규정하면서, 관리처분의 방법으로 정비구역의 “토지등소유자<sup>3)</sup>”에게 분양하는 방법을 규정하고 있고, 같은 법 제76조 제1항 제6호에서는 “관리처분계획”의 수립기준으로 1세대 또는 1명이 하나 이상의 주택 또는 토지를 소유한 경우 1주택을 공급하며, 같은 세대에 속하지 않는 2명 이상이 1주택 또는 1토지를 공유했던 경우에는 1주택만 공급한다고 규정하고 있는바, 이 사안에서는 토지등소유자 1명이 하나의 주택을 소유하고, 하나의 주택은 동일 세대원이 아닌 타인과 공유하고 있는 경우 1명 이하 1주택을 소유한 경우로 보아 1주택만 공급해야 하는지, 아니면 소유형태에 따라 단독 소유한 경우와 공유한 경우를 구분하여 각각 1주택을 공급해야 하는지 문제가 된다.

먼저 도시정비법 제76조 제1항 제6호에서는 “1세대 또는 1명이 하나 이상의 주택을 소유한 경우”와 “같은 세대에 속하지 않는 2명 이상이 1주택을 공유했던 경우”를 각각 구분하여 주택 공급 기준을 정하면서 둘 이상의 주택을 소유 또는 공유한 자가 일부 겹치기는 하지만 동일하지 않은 경우의 주택 공급방법에 대해서는 별도로 규정하고 있지 않으므로, 해당 공급기준은 주택을 소유한 자와 공유한 자가 겹치는지 여부와는 상관



없이 주택 공급 대상자가 소유하거나 공유한 종전의 주택이나 토지를 기준으로 1명이 소유한 경우와 여러 명이 공유한 경우를 구분하여 각각 적용되는 것으로 해석하는 것이 위와 같은 규정 체계에 부합하는 해석이다.

만약 도시정비법 제76조 제1항 제6호를 이와 달리 해석하여 ‘甲’ 및 ‘甲과 乙’에 대해 총 1주택을 공급해야 한다고 볼 경우, ‘甲’ 또는 ‘甲과 乙’ 중 어느 쪽에 주택을 공급해야 하는지가 문제되나, 도시정비법령에서는 그러한 공급기준에 대해서는 전혀 규정하고 있지 않고, A주택의 공유자인 ‘乙’은 다른 주택을 소유하고 있지 않음에도 불구하고 해당 주택의 공유자인 甲이 다른 주택을 소유하고 있다는 이유로 주택을 공급받지 못하는 상황이 발생할 수 있는바, 명시적인 규정이 없음에도 둘 이상의 주택을 소유 또는 공유한 자가 일부 겹친다는 우연한 사정에 따라 주택 공급

3) 도시정비법 제2조 제9호 가목에 따른 정비구역에 위치한 토지 또는 건축물의 소유자를 말하며, 이하 같음.



기준을 ‘乙’에게 불리하게 적용할 수는 없다고 할 것이다.

아울러 도시정비법 제76조 제1항 제6호에 따른 관리처분계획 수립기준은 이 사안과 같이 조합 설립 없이 시장·군수 등이 시행하는 주거환경개선사업 외에도 같은 법 제25조에 따라 조합을 설립하여 시행<sup>4)</sup>하는 관리처분 방식 재개발사업 및 재건축사업에도 적용되는데, 같은 법 제39조 제1항에서는 재개발사업 및 재건축사업 조합원의 자격에 관하여 이 사안과 같이 2주택을 소유 또는 공유한 자가 일부 겹치기는 하지만 동일하지 않은 경우 ‘甲’ 및 “甲과 乙”을 대표하는 1인”이 각각 조합원 자격을 가지는 것으로 인정<sup>5)</sup>하고 있는바, 사업시행자가 관리처분계획을 수립할 때 ‘甲’ 또는 ‘甲과 乙’ 중 어느 하나에게만 1주택을

공급해야 하는 것으로 해석한다면 정비사업의 조합원 자격을 인정받았음에도 불구하고 주택을 공급받을 수 없는 불합리한 상황이 발생한다는 점도 이 사안을 해석할 때 고려해야 한다.

따라서 이 사안의 경우 사업시행자는 ‘甲’ 및 ‘甲과 乙’에게 각각 1주택을 공급하는 내용으로 관리처분계획을 수립해야 한다.

**※법령정비 권고사항**

이 사안과 같이 주택 공급 대상자가 소유하거나 공유한 종전의 주택이나 토지를 기준으로 1명이 소유한 경우와 여러 명이 공유한 경우를 구분하여 각각 공급기준을 적용하는 것이 형평성 차원에서 문제는 없는지 정책적으로 검토할 필요가 있다.

4) 조합이 조합원 과반수의 동의를 받아 시장·군수, 토지구획공사 등, 건설업자, 등록사업자와 공동으로 시행하는 경우를 포함함.  
5) 법제처 2018. 12. 7. 회신, 18-0365, 18-0701 해석례 참조

## Case 02

## ■ 재개발조합과 조합장 사이의 선임·해임 등을 둘러싼 법률관계

대구고등법원 2021. 조합장 해임결의 무효확인

### 1. 조합과 조합임원의 법률관계

도시정비법상 재개발조합이 공법인이라는 사실만으로 재개발조합과 조합장 또는 조합임원 사이의 선임·해임 등을 둘러싼 법률관계가 공법상의 법률관계에 해당한다고 볼 수는 없고, 재개발조합과 조합장 또는 조합임원 사이의 선임·해임 등을 둘러싼 법률관계는 사법상의 법률관계에 해당한다.

또한 조합설립인가행위는 그 대상이 되는 기본행위를 보충하여 법률상 효력을 완성시키는 보충행위로서, 이러한 인가의 유무에 따라 기본행위의 효력이 문제되는 것은 관련된 공법상의 관계에서이지 주택조합과 조합원 사이의 내부적인 관계에까지 영향을 미치는 것은 아니다(대법원).

### 2. 임원등기는 제3자에 대한 대항요건

한편 도시정비법 제49조에 의해 준용되는 민법 제54조 제1항에 의하면 피고의 임원변경등기는 제3자에 대한 대항요건에 불과하므로 조합의

내부적인 법률관계에는 영향이 없고, 정관 제17조 제2항에서도 조합설립변경인가 및 임원변경등기를 대외적인 효력발생요건으로 규정하고 있다(대법원).

이러한 점에 비추어 보면 조합원총회에서 조합장이 선출된 경우 조합장으로 하는 변경인가나 임원변경등기가 이루어지지 않았더라도 그것이 조합과 조합장 또는 조합원들 사이의 내부적인 사법상의 법률관계에 대하여 영향을 미친다고 볼 수 없으므로, 임원 선출을 위한 임시총회 결의가 부존재 또는 무효임이 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한 총회에서 선출된 조합장은 위 임시총회 결의에 따라 조합의 조합장 지위가 인정된다고 보아야 한다.



Case 03

■ 조합원의 지위를 상실한 현금청산대상자들의 의사와 무관하게 일방적으로 현금청산 대상자들이 조합원의 지위를 회복하는 것으로 결정하는 것이 허용되는지 여부

대법원 2021. 총회결의무효

1. 사건경위

① 2017. 7. 임시총회 → 최초 사업시행계획의 폐지인가 신청

② 2018. 1. 27. 정관변경을 위한 총회개최 → 정기총회에서 정관조항을 “사업시행인가에 따라 행하여진 분양신청절차에서 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않은 자(현금청산대상자)는 사업시행인가 폐지 시 조합원 자격이 회복될 수 있다(단, 조합원 변경신고 수리일부터 회복되는 것으로 간주한다).”라고 변경

③ 최초 분양신청절차에서 분양신청을 하지 않음으로써 조합관계에서 탈퇴한 토지등소유자들이 이 사건 정관조항에 따라 다시 조합원의 지위를 회복하였음을 전제로 조합원 총수를 477명에서 799명으로 변경하는 신고 → 구청장 수리

④ 2018. 4. 14. 임시총회-새로운 사업시행계획 수립총회 개최(위 799명에게 소집통지)

2. 사업시행계획의 폐지와 조합원 지위의 자동 회복 여부

재개발정비사업조합의 조합원이 분양신청절차에서 분양신청을 하지 않으면 분양신청기간 종료일 다음날에 현금청산대상자가 되고 조합원의 지위를 상실한다(대법원). 그 후 그 분양신청절차의 근거가 된 사업시행계획이 사업시행기간 만료나 폐지 등으로 실효된다고 하더라도 이는 장래에 향하여 효력이 발생할 뿐이므로 그 이전에 발생한 조합관계 탈퇴라는 법적 효과가 소급적으로 소멸하거나 이미 상실된 조합원의 지위가 자동적으로 회복된다고 볼 수는 없다.

조합이 새로운 사업시행계획을 수립하면서 현금청산대상자들에게 새로운 분양신청 및 조합 재가입의 기회를 부여하는 것은 단체 자치적으로 결정으로서 허용되지만, 그 기회를 활용하여 분양신청을 함으로써 조합에 재가입할지 여부는 현금청산대상자들이 개별적으로 결정할 몫이지, 현금청산대상자들의 의사와 무관하게 조합이 일방적으로 현금청산대상자들이 조합원의 지위를 회복하는 것으로 결정하는 것은 현금청산사유가 발생하면 150일 이내에 현금청산을 하도록 규정



한 구 도시정비법 제47조 제1항의 입법취지에도 반하고, 현금청산대상자들의 의사와 이익에도 배치되므로 허용되지 않는다고 보아야 한다.

따라서 정관변경 결의 및 그에 따른 이 사건 정관조항은 무효이고, 1차 분양신청절차에서 분양신청을 하지 않았던 현금청산대상자 330명이 이 사건 총회결의 당시에 조합원 자격이 없었다고 보아야 한다.

### 3. 총회결의에 조합원 자격이 없는 현금청산대상자들이 참여한 경우 총회의 효력

① 조합의 총회는 조합의 최고 의사결정기관이고, 사업시행계획의 수립·변경은 총회의 결의 사항이므로, 총회는 상위법령 및 정관에 위배되

지 않는 범위 내에서 사업시행계획을 수립·변경할 자율성과 형성의 재량을 가진다. 따라서 사업시행계획을 수립·변경하는 총회결의가 상위법령 및 정관에서 정한 절차와 의결정족수를 갖추었고 그 총회결의의 내용이 상위법령 및 정관에 위배되지 않는다면 총회결의의 효력을 쉽게 부정하여서는 아니 된다(대법원).

② 조합의 총회에 소집공고 등 절차상 흠이 있다 하더라도 조합원들의 총회 참여에 실질적인 지장이 없었다면 그와 같은 절차상 흠은 경미한 것이어서 그것만으로 총회결의가 위법하다고 볼 것은 아니다(대법원). 따라서 총회소집통지를 조합원들뿐만 아니라 조합원 자격 없는 현금청산대상자들에게도 하였다는 사정만으로 이 사건 총회결의가 위법하다고 볼 수는 없다.

③ “재개발정비사업조합의 최초 사업시행계

획이 폐지인가를 받아 실효된 후 최초 사업시행 계획에 따른 분양신청절차에서 분양신청을 하지 않아 조합원 자격을 상실한 현금청산대상자들 중 일부가 참여한 총회에서 새로운 사업시행 계획이 수립되고 인가를 받아 주택재개발사업구역 내 부동산 소유자들이 사업시행계획의 취소를 구하는 소를 제기”한 사안에서,

총회결의에 조합원 자격이 없는 현금청산대상자들이 참여하였으나 그들을 제외하더라도 사업시행계획 수립을 위한 의결정족수를 넉넉히 충족하여 사업시행계획 수립에 관한 총회결의의 결과에 어떤 실질적인 영향을 미쳤다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상, 조합원 자격이 없는 현금청산대상자들에게 소집통지가 이루어졌고 그들이 총회결의에 일부 참여하였다는 점만으로 총회결의가 무효라거나 총회결의를 통해 수립된 사업시행계획에 이를 취소하여야 할 정도의 위법사유가 있다고 단정하기는 어렵다고 판시했다(대법원).<sup>6)</sup>

#### 4. 현금청산금이 과소 계상된 경우

정비사업비는 사업시행계획서에 필수적으로

기재하여야 할 사항이지만(구 도시정비법 제30조 제8호의2), 사업시행계획 수립 단계에서 정비사업비는 정비사업의 규모를 반영하는 개략적인 추산액에 불과하다. 사업시행계획 수립 후 분양신청절차를 진행하여야 사업에 참여하는 조합원 및 현금청산대상자의 수가 비로소 확정되므로, 사업시행계획 수립 단계에서는 현금청산대상자에게 지급하여야 하는 현금청산금의 전체 규모를 정확하게 파악하기 어렵다.

또한 현금청산금을 다소 과소 계상하여 그에 따라 이후 현금청산금의 규모가 늘어난다고 하더라도 그만큼 일반분양분과 분양수익이 늘어나게 되므로, 사업시행계획 수립 단계에서 제시하는 조합원의 수 또는 현금청산금의 규모가 비례율 및 조합원의 부담금에 직접적인 영향을 미친다거나 조합원들의 주된 관심사항이라고 보기도 어렵다(이런 이유에서 구 도시정비법 제46조 제1항도 사업시행계획 인가·고시 후에 진행되는 분양신청절차에서도 개략적인 부담금내역을 통지하도록 규정하고 있을 뿐이다). 따라서 이 사건 사업시행계획에 현금청산대상자에게 지급하여야 하는 토지매입비 등 정비사업비가 현저히 불합리하게 과소 계상되어 조합원들의 의사결정에 영향을 미쳤다고 보기는 어렵다.

6) 조합원 자격이 없는 현금청산대상자들이 이 사건 총회결의에 일부 참여하게 됨에 따라 이 사건 사업시행계획 수립에 관한 이 사건 총회결의의 결과에 어떤 실질적인 영향을 미쳤다고 볼 만한 특별한 사정이 없다. 그런데도 원심(서울고등법원 2021. 2. 10. 선고 2020두48031)은, 이 사건 총회결의에는 중대한 하자가 있어 무효이고, 이 사건 총회결의를 통해 수립된 이 사건 사업시행계획은 위법하다고 판단하였다(위 대법원은 원심을 파기하고 서울고법에 환송함).

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

주·요·업·무

재개발·재건축사업의 등기업무 및 자문  
재개발사업의 수용재결 업무

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 유재관

**주요이력**

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

**저서**

- 판례 길라잡이 “지팡이”
- 동양재개발재건축포커스(통권 9호)
- 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>

---

발행인 유재관

발행처 조합경영전략연구원

편집인 유재관

발행일 2022. 2. 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 무단복제를 금지하며,  
이 책 내용의 전부 또는 일부를 이용하려면 반드시 저작권자와 조합경영전략연구원의  
서면동의를 받아야 합니다.

**법무사법인(유한) 동양**

# 정비사업의 든든한 법률파트너!



압구정아파트지구 3구역외

팔달8구역외

주안1구역외

천안주공4단지외

사모2구역외

도마·변동 3구역외

서문지구외

종광대2구역외

은천4구역외

양동3구역외

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

