

논문 / ARTICLE

기간 도과 후 분양계약을 체결한 조합원의 법적지위

채필호*

국문초록

조합원분양계약은 도시 및 주거환경정비법에서 규율하고 있는 재건축·재개발 정비사업에서 요청되는 필수적 절차가 아니다. 동법에서도 전혀 규정하고 있지 않는 조합원분양계약이라는 제도를 여전히 활용하여, 정비사업에서 가장 핵심 절차 중 하나이면서 정비사업 목적 자체라고 할 수 있는 중후 아파트 취득의 원인행위인 관리처분계획이라는 행정행위의 공정력에도 반하는 결론에 이르러 행정행위의 효력조차도 배제하는 사법적 우위의 결과를 초래하고 있어 이에 대한 근본적 검토가 필요하다.

위와 같이 조합원분양계약이라는 임의적인 사법상 행위를 통하여 종국적으로는 정비사업에서 요구되는 핵심적 절차 특히 행정행위의 일환으로 계획되고 통제되는 각종 행정계획이 사실상 부인되어 현금청산자의 지위(조합원지위 상실)로 전락하게 되는 부당한 결론에 이르게 되는데, 이는 사실상 쌍방 당사자 간 의사합치라는 표면적 형식적 이유를 내세워 사법적 효력을 사실상 최우선시 하고 있는 것이다.

이에 과연 조합원분양계약은 반드시 필요한 절차인지 법리적인 측면과 함께 실무적 관점에서도 검증할 필요성이 있다. 나아가 조합원분양계약의 현실적 필요성이 있다고 하더라도 관리처분계획의 효력과 관련하여 어떻게 해석되어야 하는지 검토가 필요하고, 이에 앞서 과연 조합원분양계약 제도와 이를 규율하고 있는 표준정관 자체가 유효한지 여부에 대해서도 선행적 논의가 필요해 보인다.

따라서 본 연구는 과연 조합원들이 수분양권을 가지게 되는 근본적 권능이 무엇인지 일반분양과 비교하여 살펴볼 필요성이 있으며, 조합원분양계약의 필요성과 연동하여 근본적으로 요구되는 현실적 문제점이 불가피하게 발생하게 되는데, 이러한 문제해결과 함께 사법적 계약을 통한 공법적 효력의 회피문제의 근본적인 문제해결을 위해서는 일본의 권리변환제외신청을 한 토지등소유자에 한하여 정비사업의 탈퇴를 인정하는 권리변환계획의 제도도입을 적극적으로 검토할 필요성이 요구된다.

주제어: 조합원분양계약, 표준정관, 관리처분계획, 공정력, 조합원분양, 일반분양, 현금청산자, 권리변환계획

목차

I. 서론

II. 관리처분계획과 조합원 분양

III. 조합원분양계약과 조합원의 법적지위

IV. 결어

* 법무법인 시을 변호사



Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.2026.15.2>

Received: February 15, 2026

Revised: March 13, 2026

Accepted: March 17, 2026

Copyright © 2026 Construction & Urban Development Law Association.



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

I. 서론

1. 현대 정비사업의 경향

속칭 재개발·재건축 사업으로 대표되는 정비사업 진행과 관련하여 그 성패는 속도전에 달려있다고 해도 과언이 아닐 정도로 사실상 정비사업의 실체는 민간사업과 많이 닮아 있다. 법리적으로나 연혁적 차원에서 보더라도 재개발사업은 공익성이 매우 강한 공익사업임에도 불구하고, 아이러니하게도 원활한 정비사업의 진행을 통하여 주거환경을 개선하고 토지의 합리적 이용에 이바지하는 공익 역시 실무현장에서는 수익창출의 가능성 여부에 상당 부분 의존하고 있는 것처럼 보인다.

본래 재개발사업 역시 그 출발점은 우리가 흔히 주변에서 목격하고 있는 정비기반시설이 낙후된 서울 강북지역의 어느 빌라 촌을 개발하여 번듯한 아파트를 짓는 주택재개발의 모습은 아니었다. 6.25 전쟁 이후 불량정착촌을 정비하기 위한 하나의 수단으로 등장¹⁾하였으나 그 근거법령이 도시계획법과 도시재개발법과 도시 및 주거환경정비법(이하 도시정비법)으로 이어지면서 현재의 모습에 이른 것이다. 통상 공익성이 매우 강하다는 재개발사업이 이러한 상황이므로 기존 아파트단지를 대상으로 한 재건축사업의 그것은 말할 나위가 없는 것이다.

그럼에도 불구하고 실제 정비사업의 법률관계를 따져 복잡하고도 다층적인 문제를 해결하기 위하여 시도되거나 요구하는 제반적 조치들은 너무 형식적이고도 무비판적인 과거의 특정 도그마에 매몰되어 오히려 공익사업을 그르치는 지경까지 이르는 모습을 종종 보곤 한다.

이러한 점들은 특히 입법적 연혁과 과정·취지를 전혀 무시한 채, 한번 확립된 이론이라는 외관을 띤 대법원 판례의 입장을 그대로 답습할 경우 그 이론적 비판은 차치하더라도 실무적 입장에서 도무지 납득하기 힘든 결론에 도달하여 당사자 전체를 당황스러운 환경에 빠뜨리곤 한다.

문제는 법리적으로 충실하면서도 구체적으로 타당한 결론에 이르러, 많은 기회비용 절감과 함께 사회적·경제적 차원에서 보더라도 손실 방지에 이바지하는 것이 아니라, 오히려 분쟁을 확대하고 재생산하여 추후에는 도무지 법리적으로도 통일성 있고 체계적인 해결 방안 자체를 찾기 어렵게 한다는 것에 있다.

2. 私法화 경향

도시정비법은 기본적으로 공법영역에 속한다고 할 수 있다. 이에 따라 상당 부분 행정법원의 관할로 변경되었지만 그럼에도 불구하고 공법상 법률관계에 속한 부분조차도 법률상 원인은 전혀 도외시킨 채 그 법률효과에만 초점을 맞추어 공법상 당사자 소송²⁾ 등이 아닌 단순히 민사관할에 속한 민사소송이나 민사 가처분의 형태로 접근하는 것을 허용하여 더욱더 문제를 복잡하게 만들어 가고 있는 것이 아닌가 하는 인식이 상당하다.

아래에서 검토하고자 하는 사례 역시 재건축·재개발 사업에 있어서 조합원 지위 및 수분양권에 관한 사항은 기본적으로 관리처분계획에 관한 것이므로 그 법률상 원인은 공법상 법률관계라고 보는 것이 합당하다. 이에 유력한 학설³⁾과 우리 대법원⁴⁾은 조합설립인가 취소소송, 인가된 관리처분계획 취소소송 등에 대해서는 기존 태도와 달리 행정소송의 관할로 삼으면서도, 사실상 1회적 분쟁으로 종결되고 마무리되어지는 가처분재판에 대해서는 여전히 민사관할의 형태로 이어져 당해 정비사업의 성패 자체가 실질적으로 민사관할의 가처분 재판결과에 의존하게 되는 심각한 문제를 초래하는 상황을 종종 목격하게 된다.

1) 김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018, 400면 이하.

2) 안철상, “행정소송과 민사소송의 관계”, 『법조』 제57권 제1호(2007. 12.), 336-352면. 소송물이 공법상의 것은 물론, 사법상의 것일지라도 그 전제인 법률관계가 공법상의 법률관계이면 행정사건으로 볼 여지가 있다고 밝히고 있고, 조세환급청구소송의 경우에도 판례는 처분 등을 원인으로 하는 법률관계라도 그 소송물이 사법상의 법률관계이면 민사사건으로 처리하고 있으나 이에 대해서는 반대의견을 보이고 있다.

3) 김종보, “강학상 인가와 정비조합 설립인가”, 『행정법연구』 제10호(2003. 10.), 325-344면; 김종보, “재건축결의무효의 공법적 파장”, 『서울대학교 법학』 제49권 제2호(2008. 6.), 193-216면; 노경필, “도시정비법상 재건축·재개발사업과 행정소송”, 『사법』 제10호(2009. 1.), 211-248면.

4) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다 60568판결, “행정청이 도시 및 주거환경정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖춘 경우 도시 및 주거환경정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다.” 이외에도 관리처분계획과 관련해서는 대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결 참조.

3. 사건의 개요⁵⁾

갑과 을은 도시정비법에 따라 설립된 주택재건축정비사업조합의 조합원으로서, 당해 조합 임시총회의 조합장 선거에 출마하였다. 당해 조합은 사업시행인가 처분을 받은 후 조합원 분양신청을 받았다. 그 이후 관리처분계획 변경인가를 받았고, 이어서 조합원들에게 분양계약 체결기간을 정하여 통지하였다. 갑은 분양신청은 하였으나 분양계약체결기간 동안 분양계약을 체결하지 않고 그 계약기간을 넘어 조합과 조합원분양계약서를 작성하였다.

갑은 위 조합 임시총회에서 조합장으로 당선되었고, 을은 여기에서 낙선하였다. 이에 을은 갑이 적법한 분양신청은 하였으나 조합원 분양계약 체결기간 내 계약을 체결하지 않았으므로 당해 조합 정관 규정⁶⁾에 따라 분양계약체결 기간 다음날에 즉시 조합원의 자격을 상실하므로 피선거권이 부존재하여 갑의 당선은 무효이고, 을이 당해 조합의 대표로 선출되었다고 주장하였다.

이를 이유로 을이 갑을 상대로 제기한 직무집행정지 등 가처분신청 사건에서, 법원은 정관상 규정에 근거하여 설령 추후에 조합원분양계약을 체결하였다고 하더라도 갑은 조합원 분양계약 체결기간 다음날에 즉시 조합원지위를 상실하므로, 피선거권 부존재를 이유로 갑의 직무를 정지하는 가처분결정을 하였다.⁷⁾

II. 관리처분계획과 조합원 분양

1. 서론

도시정비법상 정비사업의 구성원으로 포함된 조합원은 당연한 권리로서, 종전 토지 또는 건축물에 대응하여 새롭게 건축된 종후채 산에 대한 소유권을 갖는다. 이는 쌍방 당사자가 자유로운 의사표시에 기초한 법률행위에 따른 것이 결코 아니고, 개발행위의 일환인 순차적으로 이루어지는 정비계획과 사업시행계획, 관리처분계획에 따른 매우 공법상 효과에 기초한 것이다.

이러한 일련의 행위는 행정계획과 그 집행행위의 일환으로 구성되며, 매우 중첩적이고도 다층적으로 이루어지는 경우가 다반사이다. 그럼에도 불구하고 특정 시점의 사법적 효력만을 강화될 경우 공법상 법률관계는 완전히 무시된 채 민사상 쌍방 당사자 간 합의에 따라 도시정비법에 나타난 모든 제도적 취지에 정면으로 반하는 행위마저 정당화시키는 부당한 결론을 이르게 된다.

2. 관리처분계획의 내용

(1) 일반분양과 조합원분양

1) 일반분양

일반분양이란 정비사업의 결과 조성된 대지 및 건축물 등을 조합원 아닌 자에게 분양하는 행위라고 칭하고 있다.⁸⁾ 일반분양은 정비사업의 비용을 조달하기 위한 것이고 사실상 정비사업 조합의 수익의 대부분을 차지하고 있다. 일반분양은 사업비용뿐만 아니라 보류지⁹⁾와도 밀접한 연관이 있으며, 결국 조합원들에게 분양하고 남은 아파트를 일반인에게 공급하게 되는 것이다.

그렇다고 하더라도 일반분양 역시 일정한 법률상 제한을 받게 되는데, 주택법과 주택공급에 관한 규칙에 따른 공급제한이 바로 그것이다. 그런데 이 경우에도 조합원에 공급하고 남은 잔여부분이 30세대 이상인 경우에 적용되며 30세대 미만인 경우에는 조합 임의대로 처분이 가능하게 된다(주택공급에 관한 규칙 제3조).

이러한 주택공급에 관한 규칙을 변칙적으로 활용하여 보류지를 이용한 조합원들의 부담금을 줄이고 정비사업의 이익을 극대화시키는 방향으로 약간은 편법적인 실무적 관행이 존재하고 있다. 특히 아파트 재건축정비사업은 다른 재개발사업과 달리 보류지의 필요성이 매우 적음에도 불구하고 고의적으로 도시정비법과 조례가 허용하는 최대치의 보류지(아파트)를 만들어 놓은 다음, 30세대 미만인 29세대⁹⁾를 보류지로 산정하여 주택공급에 관한 규칙상 제한을 피해 그 이익을 극대화시키는 방편으로 활용하고 있다는 점은 실무에

5) 실제 사안인 이유로 최대한 사실관계를 간략히 설명하고자 이해의 편의를 위하여 수정·보완하여 요약하였다는 점을 밝히고자 한다.

6) 표준정관규정과 동일하게, '조합원은 관리처분계획 인가 후 조합이 정하여 통지하는 기간 내에 분양계약을 체결하여야 하며, 분양계약을 체결하지 않은 경우 제4항(분양미신청자 등에 대한 현금청산규정)규정을 준용한다.'고 규정하고 있다.

7) 조금 더 깊게 들어가면 여러 쟁점이 있었으나, 아래에서는 조합원분양계약체결 쟁점에 한정하여 살피고자 한다.

8) 김종보 / 전연규, 『새로운 재건축·재개발 이야기 I -하권』, 한국도시개발연구포럼, 2010, 721면 이하 참조.

9) 과거에는 재개발·재건축 조합원에 공급하고 남은 잔여부분이 있으면 20세대 미만을 기준으로 보류지를 산정하여 임의처분을 실행하였다.

서는 공공연한 비밀이다.

2) 조합원 분양

조합원 분양은 사업시행자가 관리처분계획의 일환인 관리처분계획을 수립 후 관할 행정청으로부터 인가를 받고, 이에 따라 조합이 아파트를 조합원에게 배정하는 것으로 보면 된다. 전술한 바와 같이 조합원이 아닌 일반인에게 종후 부동산인 아파트를 공급하는 것과 구별 짓기 위한 명칭으로 보아야 할 것이고, 조합원 분양이라는 용어의 등장도 결국엔 조합원 분양계약이라는 법률행위를 통한 부수적 효과를 이끌어 내어 조합원들의 진정한 의사표시와 달리 사업시행자의 편법적이고도 우회적인 방법으로 도시정비법 체계 아래에서 사업시행자 등에게 부과된 여러 제한을 회피하기 위한 방편으로 활용되는 측면을 부인하기 힘들다.

실제로 우리 도시정비법에서 조합원분양계약에 관한 내용이나 구체적인 규정을 찾아볼 수 없다. 단지 도시정비법 제72조에서 투기과열지구의 정비사업에서 동법 제74조에 따른 관리처분계획에 따라 같은 조 제1항 제2호 또는 제1항 제4호 가목의 분양대상자 및 그 세대에 속한 자는 분양 대상자 선정일부터 5년 이내에는 투기과열지구에서 분양신청할 수 없다는 투기 방지 차원에서의 정책적 통제규정을 두면서, 대상자 선정일과 관련하여 일반분양자와 구별하기 위하여 ‘조합원 분양분의 분양대상자’라는 표현을 사용하고 있을 뿐이다(도시정비법 제72조 제6항).¹⁰⁾

재건축·재개발사업에서 조합원 분양은 정비사업의 궁극적 목적임과 동시에 정비사업의 절차 자체를 의미한다고 보아도 무방하다.¹¹⁾ 조합원이 정비사업의 결과 종후 아파트를 배분받는 것은 종전재산과 차액에 대한 금전적 부담을 모두 제공한 결과에 따른 것이지만 일반 민사적인 쌍방 간 의사표시 합치에 따른 법률행위의 효과에 기초한 것이 결코 아니라는 점을 유의할 필요가 있다.

(2) 조합원분양계약과 관리처분계획

1) 조합원분양계약에 포함된 조합원 권리의 중심적 근거

재건축·재개발사업의 조합원이 정비사업에서 자신의 종전재산에 대응한 종후 부동산인 아파트를 분양받을 수 있는 근거를 관리처분계획임은 부인할 수 없는 사실이다. 이는 도시정비법에서 명시적으로 천명하고 있는 것이고(도시정비법 제79조 제1항, 제2항), 정비사업의 성질과 운영과정에 비추어 보더라도 지극히 당연한 것이다.

제79조(관리처분계획에 따른 처분 등) ① 정비사업의 시행으로 조성된 대지 및 건축물은 관리처분계획에 따라 처분 또는 관리하여야 한다.
② 사업시행자는 정비사업의 시행으로 건설된 건축물을 제74조에 따라 인가받은 관리처분계획에 따라 토지등소유자에게 공급하여야 한다.

따라서, 그 조합원이 받을 수 있는, 또한 받게 되는 아파트와 관련하여 종전 재산의 가액과 차이 등에서 나오는 금전적 부담에 관한 내용 역시 관리처분계획에서 정해지는 것이지, 조합원 분양계약에 따라 창설적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니다.

2) 관리처분계획의 의의와 내용

① 개론

본래 대표적인 도시정비사업으로 칭하고 있는 재개발사업과 재건축사업은 구 도시재개발법과 구 주택건설촉진법에서 각기 상이한 형태로 규율되고 있었다. 재개발사업은 현재 도시정비법 체제와 마찬가지로 정비계획(1차계획), 사업시행계획(2차계획), 관리처분계획(3차계획)의 단계를 거쳐 분양처분과 분양고시로 마무리 되는 절차를 가지고 있는 반면, 재건축사업은 주택건설촉진법에서 공동의 주택 건설의 일환으로 단순히 사업시행계획인가 또는 사업계획승인에 초점을 두어 규율을 시도하고 있었을 뿐, 지금 같은 정비구역 및

10) 위 규정을 보더라도 조합원 분양분의 분양대상자는 최초 관리처분계획 인가일을 대상자선정일로 정한다고 하여, 관리처분계획이 조합원으로서 분양대상자 권리 여부를 결정하고 있다는 점을 여실히 보여주고 있을 뿐이다. 참고로 도시정비법 제72조 제6항은 “제3항부터 제5항까지의 규정에도 불구하고 투기과열지구정비사업에서 제74조에 따른 관리처분계획에 따라 같은 조 제1항제2호 또는 제1항제4호가목의 분양대상자 및 그 세대에 속한 자는 분양대상자 선정일(조합원 분양분의 분양대상자는 최초 관리처분계획 인가일을 말한다)부터 5년 이내에는 투기과열지구에서 제3항부터 제5항까지의 규정에 따른 분양신청을 할 수 없다. 다만, 상속, 결혼, 이혼으로 조합원 자격을 취득한 경우에는 분양신청을 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

11) 김종보, 앞의 책 제650면.

정비구역지정과 관리처분계획 및 이에 대한 관할 행정청의 인가제도는 정식적인 법률적 근거와 통제는 없었다.¹²⁾ 이에 따라 재건축사업은 관리처분계획 수립에 관한 기준이나 그 내용에 관한 통제 방법이 역시 순수한 민사적 합의 또는 재건축결의에 기초한 민사적 통제 수단이 그 주를 이루고 있었을 뿐이다.

그러나, 2003년 도시정비법이 제정되면서 재건축사업과 재개발사업 등 여러 개발사업이 하나의 법률¹³⁾로 제정되었고, 그 공익성의 정도에 불구하고 재건축사업 역시 공익사업의 일종으로써 도시정비법을 통하여 재개발사업과 거의 동등하게 규범적 통제를 받게 되었다.

이에 따라 재건축사업 역시 권리배분에 관한 계획을 조합원들의 총의를 거쳐 수립한 후 행정청으로부터 인가를 받아 관리처분계획에 기초한 조합원에 대한 분양(소유권취득)이 이루어지게 된 것이다.

② 관리처분계획의 개념적 징표의 필요성

관리처분계획은 재건축·재개발사업 등의 공사가 완료된 이후 행하는 분양처분 및 청산 등에 관한 계획임과 동시에 공용환권계획이라고 칭하고 있는 견해¹⁴⁾도 있으나 그 개념적 정의가 매우 추상적이고 포괄적일 뿐만 아니라 그 법적성질과 관련해서도 동의하기 힘든 부분이 있으므로 보다 쉬운 개념적 징표에 따른 설명이 필요해 보인다.

우리나라 관리처분계획은 일본의 권리변환계획과 관리처분계획이 혼용되어 그 체계를 이해하기 난해하다는 입장¹⁵⁾도 있을 만큼 단번에 관리처분계획을 이해하기에는 어려운 부분이 있는 것도 사실이다. 통상 권리배분계획이라는 단어로 압축되어 설명을 시도하고자 하나, 현재 실무적 관행과 정비사업의 절차에 따른 측면에서 살펴보면 조금 선 듯 그 이해가 쉽지 않다.

사업시행자는 사업시행인가의 고시가 있는 날로부터 90일 이내에 사업시행인가의 내용, 분양신청기간 및 장소, 분양대상 대지 또는 건축물의 내역, 개략적인 부담금 내역, 분양신청자격, 분양신청방법, 분양을 신청하지 아니한 자에 대한 조치내용 등을 토지등소유자에게 통지하고, 해당지역에서 발간하는 일간신문에 공고하는 절차와 함께 분양신청, 관리처분계획안에 대한 총회의결, 공람 및 의견청취, 관할 행정청의 인가 및 고시절차를 거쳐서 완성된다(도시정비법 제72조 및 동법 시행령 제59조 이하 참조).

위와 같이 관리처분계획이 권리배분계획이라고 하면서도, 구체적인 실상으로 들어가 살펴보면 조합원의 구체적인 동·호수 추첨이 관리처분계획의 인가 이후에 이루어지고 있어 만연히 권리배분계획이라는 단어로 함축되는 표현에 오히려 관리처분계획의 뜻이나 그 내용이 선뜻 다가오지 않는다.

③ 관리처분계획의 내용

임시총회를 통한 조합원들의 총의를 거쳐 수립된 관리처분계획안을 실제로 들여다보면, 관리처분계획은 분양대상자인 조합원들의 특정에서 출발하여, 종후 아파트 배정에 관한 기준과 정비사업비 등 비용 및 비례율로 대표될 수 있다. 다시 말해 누가 구체적으로 얼마의 금전적 부담(비용부담, 부담금)을 한 후 몇 동 몇 호의 아파트를 가지게 될 것인가에 대한 기준을 담고 있는 것이 관리처분계획안이다. 물론 이 부분은 향후 구체적인 동·호수 추첨 등을 통해서 더 구체화되고 있는 것이 현실이고, 최종적인 집행행위는 조합원분양계약이 아닌 이전고시(분양처분)와 청산금부과처분을 통해서 이루어지게 된다. 정리하자면 관리처분계획이 정하는 사항은 크게 핵심적인 사항만 보자면 소유권의 귀속 문제와 비용의 부담이라는 개념적 징표를 통하여 설명할 수 있어 보인다.

이러한 관리처분계획의 개념적 징표를 통하여 보더라도 관리처분계획의 내용을 담고 있는 도시정비법 제74조의 내용을 쉽게 설명할 수 있을 것으로 보인다. 동 규정에서 관리처분계획의 내용을 담고 있고, 관리처분계획에서 정해지고 있는 사항은 분양설계, 분양대상자의 주소 및 성명, 분양대상자별 분양예정인 대지 또는 건축물의 추산액(임대관리 위탁주택에 관한 내용 포함), 보류지 등의 명세와 추산액 및 처분방법, 분양대상자별 종전의 토지 또는 건축물 명세 및 사업시행계획인가 고시가 있는날을 기준으로 한 가격, 정비사업

12) 물론 실무적으로 구 주택건설촉진법 상 정식적인 관리처분계획과 이에 대한 행정청의 인가 시스템은 없었지만 사업시행자의 임의적인 관리처분계획 수립과 이에 기초한 분배가 없었던 것은 아니다.

13) 도시정비법 제정당시에는 도시재개발법에 의한 공장재개발과 도심재개발을 포함하여 도시환경정비사업으로 칭하였고, 결국 정비사업은 재건축사업, 재개발사업, 도시환경정비사업, 주거환경개선사업으로 분류되었으나 그 후 가로주택정비사업, 주거환경정비사업이 추가되었다가 현재 빈집 및 소규모주택의 정비에 관한 특별법으로 이전되었고, 현행 도시정비법은 도시환경정비사업이 재개발사업으로 흡수되었다(김종보, 앞의 책 392면 각주 2) 참조).

14) 박균성, 『행정법론(하)』(제23판), 박영사, 2025, 661면; 홍정선, 『행정법특강』(제6판), 박영사, 2007, 1124면; 김동희, 『행정법Ⅱ』(제23판), 박영사, 2017, 427면-435면.

15) 강신은, “관리처분계획방식 정비사업에 관한 법적 연구: 주택재개발·재건축사업을 중심으로”, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2012, 131면.

비의 추산액 및 그에 따른 조합원 부담규모 및 부담시기, 분양대상자의 종전 토지 또는 건축물에 관한 소유권 외의 권리명세, 세입자별 손실보상을 위한 권리명세 및 그 평가액 등이 있다.

3. 관리처분계획의 효과

(1) 총론적 개관

사업시행자는 사업시행인가 고시 후 토지등소유자에게 분양신청을 통지·공고하고, 이에 따라 토지등소유자가 분양신청을 하게 되면 종전 및 분양예정 자산에 대한 평가를 거쳐 관리처분계획안을 수립하게 되는데, 이는 총회의결 및 공람 등 절차를 거쳐 최종 인가·고시를 통하여 관리처분계획은 확정되게 된다.

인가된 관리처분계획은 고시되어 효력이 발생하는 것이고, 고시 없이 개별적 통지만으로 그 효력이 발생하지 않는다. 관리처분계획의 인가·고시가 있게 되면 그 효력으로 권리의 변환 및 확정, 종전의 토지 등의 사용·수익의 금지, 철거개시의 가능, 일반분양개시 등을 들 수 있다는 견해¹⁶⁾가 있다. 이에 대하여 관리처분계획 인가 자체에 대한 직접적인 효력과 그 이후의 집행행위에 따른 관리처분계획의 효력의 실현 등으로 나누어 설명하는 견해¹⁷⁾도 있다. 그러나 전자의 경우 마치 일본의 제1종 시가지재개발사업에서 권리변환계획에 따른 효과를 인정한 것¹⁸⁾처럼 보여 지고, 관리처분계획의 법적성질이 공용환권이라는 주장에 대한 반대의견을 가지고 있는 필자의 입장에서 보면 후자의 견해가 훨씬 논리적 적합성을 가지고 있는 것으로 보이므로 이에 근거한 관리처분계획의 효과를 살피고자 한다. 다만 조합원 분양계약서와 관련된 쟁점으로 한정시켜 보면 관리처분계획의 직접적 효력만으로 그 설명이 충분해 보이므로 이에 한정하여 살피고자 한다.

(2) 관리처분계획의 직접적 효과

1) 분양대상자의 확정

관리처분계획은 조합원들의 권리·의무관계에 직접적으로 영향을 미치는 행정처분이고, 결국 토지등소유자였던 조합원들은 오직 자신이 소유하고 있던 종전 부동산에 대하여 어떠한 종후 부동산을 가지게 될 것인지 여부가 사실상 오롯한 관심사일 수밖에 없다. 정비계획과 사업시행계획 역시 최종적으로는 관리처분계획에서 정해지는 권리배분에 관한 사항의 수단으로 여겨질 정도로 통상 20년 전후에 걸쳐 정비사업이 진행되는 이유이기도 하다.

이와 같이 사업시행자가 수립한 관리처분계획(안)이 총회에서 의결된 후, 행정청의 인가와 고시가 있게 되면, 가장 큰 효력은 분양대상자가 확정된다는 것이다. 이러한 분양대상자의 확정도 관리처분계획이라는 행정처분의 직접적 효력이라고 봐도 되며, 이에 반하는 분양대상자 확정도 그 효력이 없다고 보아야 할 것이다.

2) 분양받을 종후 부동산 등 확정

이 부분은 엄밀하게 말하자면 관리처분계획(안)이 행정청의 인가와 고시만으로 바로 그 효력이 발생하는 것은 아니라는 점은 이미 본 바와 같다. 원칙적인 관리처분계획의 내용과 모습은 이미 관리처분계획 인가 이전에 토지등소유자가 분양신청한 것을 토대로 한 동·호수 추첨까지 마친 후 관리처분계획에 대한 인가가 이루어지는 것이 마땅하나, 우리 실무에서는 분양받을 종후 부동산의 동·호수까지 포함한 권리배분은 관리처분계획에 대한 인가 이후 이루어진다는 점을 고려할 필요가 있다. 따라서 일본의 제1종 시가지개발사업과 같이 권리변환계획에서 정해지는 권리배분은 아니라는 점을 유의할 필요는 있다.

16) 조혜정, “재개발·재건축 사업의 관리처분계획에 관한 법적 쟁점 연구: 판례연구를 중심으로”, 건국대학교 부동산대학원 석사학위논문, 2009, 18면.

17) 강신은, 앞의 책, 162면 이하 참조.

18) 실제로 위 전자의 견해에 따르면 관리처분계획을 공용환권의 법적성질을 가지고 있다고 밝히고 있다.(관리처분계획을 통해서 조합원의 권리가 그 이전의 토지 및 건물에 대한 소유권개념에서 분양권의 개념으로 전환되기 때문에 관리처분의 성격을 공용환권으로 본다. 관리처분계획인가고시를 기준으로 하여 종전의 토지 및 건축물의 소유자의 지위는 상실되고 분양자로서 지위에서 가지는 분양권 및 청산금에 대한 권리로 변환된다는 견해) 조혜정, 앞의 책, 11면, 18면 참조, 이에 대하여, 분양대상자는 이전고시 시점까지 종전 토지 또는 건축물의 소유권을 상실하지 않은 상태에서 분양예정인 건축물 및 그 부속토지를 취득할 수 있는 권리를 취득한다고 보고, 이러한 법적 효력은 일본 제2종 시가지개발사업에서 시행자가 모든 토지 및 건축물의 소유권을 취득한 후 관리처분계획에 따라 분양받을 권리를 배분하는 것과 다르며, 일본 제1종 시가지개발사업에서 권리변환계획에서 정한 권리변환기일에 토지의 소유권이 새롭게 정리되는 것과도 다른 형태이다.라고 밝히면서 이에 반대하는 입장이 있다. 강신은, 앞의 책, 163-164면.

분양예정 자산과 관련하여 관리처분계획의 인가 및 고시의 효과로 볼 수 있는 것은 종전의 부동산의 소유권을 '분양받을 권리로 변환시키는 내용의 처분'이라고 설명하는 견해¹⁹⁾가 적절해 보인다.

3) 종전 부동산에 대한 사용·수익의 정지 및 철거개시

종전의 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 제78조제4항에 따른 관리처분계획인가의 고시가 있는 때에는 제86조에 따른 이전고시가 있는 날까지 종전의 토지 또는 건축물을 사용하거나 수익할 수 없고(도시정비법 제81조 제1항), 사업시행자는 제74조제1항에 따른 관리처분계획인가를 받은 후 기존의 건축물을 철거하여야 한다(동법 제81조 제2항). 이에 따라 사업시행자는 관리처분계획 인가를 받으면 재난및안전관리법·주택법·건축법 등 관계법령에서 정하는 기존 건축물의 붕괴 등 안전사고의 우려가 있거나 폐공가의 밀집으로 범죄발생의 우려가 있는 경우가 아닌 한 해당 건축물을 철거할 수 있게 된다.(동법 제81조 제3항 참조) 다만, 이는 토지등소유자의 재산에 대한 중대한 제한에 해당되고 일종의 공용사용이라고 볼 수 있으므로 이에 대해서는 정당한 보상이 이루어지는 것을 전제로 한 것이라고 보아야 한다. 이에 따라 도시정비법에서도 공익사업을 위한 토지등의 취득및보상에 관한 법률(이하 토지보상법)에 따른 손실보상이 완료되지 아니한 경우에는 종전 부동산에 대한 사용·수익의 정지에 대한 예외를 인정하고 있다(동법 제81조 제1항 참조).

물론 이러한 보상규정에 대한 예외조항의 적용여부에 관련하여 수용을 전제하지 않고 있는 재건축 정비사업에 대해서는 위 손실보상규정이 적용되지 않는다고 보고 있으나, 재건축 정비사업에 있어서 매도청구소송 역시 넓게 보면 수용소송²⁰⁾이라고 볼 여지가 크며, 특히 지금은 사라졌지만 단독주택재건축사업과 같이 그 실질에 있어 임차인의 입장에서 보자면 사실상 재개발사업과 동일한 경우라면 손실보상규정의 적용은 완화하여 적용하는 것이 타당해 보인다.

이러한 필자의 개인적 소견은 이러한 사용 수익의 정지 규정이 기본적으로 구 토지구획정리사업법의 사용·수익 정지명령에 대한 조문들²¹⁾을 받아들인 것²²⁾과 연동되어 있는 점에 비추어 보더라도 적극적인 해석이 필요해 보인다고 생각한다.

4) 기타 (제한물권 등의 이전 등)

지금까지 살펴 본 관리처분계획의 효력 외에도 여러 가지 효력을 관리처분계획의 집행과 연동하여 설명하고 있다. 도시정비법은 대지 또는 건축물을 분양받을 자에게 제86조제2항에 따라 소유권을 이전한 경우 종전의 토지 또는 건축물에 설정된 지상권·전세권·저당권·임차권·가등기담보권·가압류 등 등기된 권리 및 「주택임대차보호법」 제3조제1항의 요건을 갖춘 임차권은 소유권을 이전받은 대지 또는 건축물에 설정된 것으로 본다고 규정하고 있다(동법 제87조 제1항).

이전고시가 있는 시점에 종전 부동산에 설정된 제한물권 등이 종후 부동산에 설정된 것으로 본다고 규정하고 있는 것은 사실이나, 이전고시는 행정처분이지만 관리처분계획의 집행행위에 해당하고 이미 관리처분계획의 내용 속에는 분양대상자의 종전 토지 및 건축물에 관한 소유권이외의 권리명세가 포함되어 있으므로 이를 관리처분계획의 효과로 볼 여지가 없는 것은 아니다.

19) 강신은, 앞의 책, 163면, 다만 이 견해는 그 표현에 있어 관리처분계획이 인가 고시되면 분양대상자가 확정될 뿐만 아니라, 분양받을 건축물, 종전자산 및 분양자산의 가액 및 부담금 등이 확정된다고 기재하고 있으나, 엄밀하게 말하자면 분양받을 건축물과 부담금 등은 인가 고시 시점에 바로 확정되는 것으로 보는 것이 어렵고, 이는 향후 동·호수 추첨 등을 통한 행위 등까지 모두 관리처분계획의 내용으로 포함하는 것으로 선택하는 것이 마땅해 보인다.

20) 김중보, “재개발사업의 철거와 세입자 보상”, 『행정법연구』 제23호(2009. 4.), 112면.

21) 구 토지구획정리사업법(법률 제3255호, 1980. 1. 4.개정 이전의 법률)

제57조(지정의 효과) ① 환지에정지가 지정된 경우에는 종전의 토지에 관한 토지소유자 및 임차권자 등은 환지에정지의 지정의 효력발생일로부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 환지에정지 또는 그 부분에 대하여 종전과 동일한 내용의 권리를 행사할 수 있으며, 종전의 토지에 대하여는 이를 사용하거나 수익할 수 없다.

제58조(사용·수익의 정지) ① 시행자는 환지를 정하지 아니하기로 결정된 토지에 관한 토지소유자 또는 임차권자들에게 기일을 정하여 그 날로부터 당해 토지 또는 그 부분의 사용 또는 수익을 정지시킬 수 있다.

제60조(가청산) 시행자는 제56조제1항 또는 제58조제1항의 규정에 의한 처분을 한 경우에 필요한 때에는 제68조의 규정에 준하여 가청산금을 징수하거나 교부할 수 있다.

22) 강신은, 앞의 책, 제166면.

III. 조합원분양계약과 조합원의 법적지위

1. 가청산과 조합원분양계약

(1) 가청산의 의의

가청산이란 기본적으로 구 토지구획정리사업법에서 도출된 것으로, 과거 청산금에 관하여 환지처분의 공고가 있는 후에 확정된 청산금을 징수하거나 교부하여야 한다고 하면서, 환지를 정하지 아니하는 토지에 대하여 환지처분시까지 기다리는 것이 아니라 그 이전에 청산금을 지급함으로써 환지를 받지 않기로 한 대상자에 대하여 먼저 마무리 짓는 제도이다.(구 토지구획정리사업법 제68조²³⁾ 단서) 후술하는 바와 같이 그 이후 구 도시재개발사업에서 이를 받아들여 가청산 제도를 여기에 변형을 가하여 도입하게 되었고, 도중에 도시재개발법이 개정되어 삭제되었다. 현재 도시정비법에서 가청산이라는 제도는 존재하지 않는다.

이는 우선 조합이 공사대금 등을 조달하여 지급하고 사업완료시에 조합원으로부터 현 청산금을 일시불로 지급받아 충당하도록 하는 경우에는 그 동안의 이자 등의 금융비용의 부담 내지 그에 따른 경제적 손실이 고스란히 조합원에게 돌아가게 될 것이므로 오히려 조합원에게 불리하게 될 수 있다는 점 등을 고려해서 도입한 것이다.²⁴⁾

(2) 가청산금의 연혁

도시주변과 시가지의 무질서를 정비하기 위한 차원에서 애초 규율하고 있었던 법률은 조선시가지계획령과 이를 이어 받은 구 토지구획정리사업법으로 보고 있는 것이 일반적이다. 그러나 이는 계속되는 도시의 팽창과 더불어 주로 평지를 이루고 있는 부지나 도시에서 건축물이 점점 건축되자 도시계획법에서 재개발사업으로 규율되던 것들이 여기에서 다시 독립하여 구 도시재개발법이 탄생하게 되었다. 이에 따라 구 도시재개발법의 가청산금을 비롯하여 여러 제반적 규정을 보다 잘 이해하기 위해서는 구 토지구획정리사업과 연동하여 그 이해의 폭을 넓힐 필요성이 있는 것이다.

본래 가청산금은 앞서 본 바와 같이 구 토지구획정리사업에서 청산금에 관한 규정을 두면서 그 단서에서 환지를 받지 않은 대상을 상대로 환지처분 이전에 가청산할 수 있도록 한 것이 본래 모습이었다. 그런데 재개발사업을 진행함에 있어 가장 중요한 사업비 마련과 관련하여 구 도시재개발법에서는 사업비용을 사전에 조합원들에게 부담시킬 요량으로 현금청산대상자 등 종후 아파트를 배정받지 못하는 경우에 한정시키지 않고, 관리처분계획을 통하여 종후 아파트를 배정받는 경우라도 관리처분계획에 대한 인가시 가청산금을 징수할 수 있도록 그 사유를 추가하였다(구 도시재개발법 제45조).²⁵⁾ 이 가청산금 제도는 1995년 구 도시재개발법 개정으로 삭제되었다.

(3) 가청산금 제도의 무분별한 확장

재개발사업에서 가청산금은 본래 그 명칭에서 알 수 있듯이 임시적인 청산금에 관한 것이고, 청산금이라 함은 청산을 전제로 한 용어이므로 정비사업을 진행함에 있어 그 목적달성 이후 이를 정리하는 단계에서 등장하는 것이 타당함에도 불구하고, 정비사업이 한참 진행 중인 가운데 단순히 사업비를 마련하기 위한 방편으로 사용된 측면이 없지 않았고, 이는 가청산금 제도가 1995년 구 도시재개발법이 개정되어 삭제된 마당에도 여러 방법을 통하여 어떻게 해서든지 가청산금을 유지하고자 했다.

이러한 가청산금의 무분별한 활용은 현장 곳곳에서 많은 잡음과 분쟁을 야기시켰고, 처음에는 가청산금 부과처분의 근거가 없어지거나 삭제되어 가청산금 부과처분이 부적법하거나 행정처분의 성질을 가질 수 없으므로 위법·취소되거나 또는 각하되어야 한다는 주장 등²⁶⁾이 있었음에도 불구하고 그 이후에도 여전히 정관 등에 가청산금에 관한 규정을 존치시키는 방법으로 여러 논란을 피하고자 했

23) 구 토지구획정리사업법

제68조(청산금) ① 시행자는 환지처분의 공고가 있는 후에 확정된 청산금을 징수하거나 교부하여야 한다. 다만, 제49조 및 제50조제2항의 규정에 의하여 환지를 정하지 아니하는 토지에 대하여는 환지처분 이전이라도 청산금을 교부할 수 있다.

24) 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다67896 판결, 이 판결의 쟁점은 구 도시재개발법상 가청산금에 관한 규정이 삭제된 이후에도 조합의 정관, 총의 결의에 기하여 가청산금을 받는 것이 허용되는 여부에 관한 것 사안이었다.

25) 구 도시재개발법(법률 제5109호, 1995.12.29.로 개정되기 전의 것)

제45조(가청산) 시행자는 제41조제1항의 규정에 의한 관리처분계획의 인가가 있을 때 또는 제44조의 규정에 의한 청산을 함에 있어서 필요한 때에는 제53조의 규정에 준하여 가청산금을 징수 또는 지급할 수 있다.

26) 하급심 판례 역시 서울행정법원 98구19079 판결은 1심에서 부적법 위법하므로 취소되어야 한다고 판시하였으나, 항소심인 서울고등법원 99누4503 판결에서는 처분성을 갖추지 못해 부적법 각하하였다. 대법원 2002. 12. 10. 선고 2001두6333 판결 역시 행정처분에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

다.²⁷⁾

그러나, 현행 도시정비법은 물론 구 도시재개발법에 따르더라도 경비부과처분을 통하여 적법하게 사업 도중에 비용을 마련할 수 있는 근거가 있다고 할 것이므로 이러한 가청산금 형태를 이용한 사업비 제반 비용마련은 그 정당성을 유지하기 힘들어 보인다.²⁸⁾

(4) 가청산금 규정 삭제와 조합원분양계약의 남용

가청산금 규정은 정비사업 조합에서 그 명목이 무엇이든 간에 조합원으로부터 금전을 마련함에 있어 만능적인 수단인 것처럼 남용되어 왔고, 이에 대하여 수많은 이해관계인들로부터 법적 문제제기와 논란을 자초하였다. 그럼에도 불구하고 결론적으로만 보자면 어차피 정비사업의 마지막단계에서는 최종적으로 조합원들에게 그 부담이 귀속된다는 것과 여러 가지 이자 부담 등 더 많은 불이익이 발생할 수 있다는 명분을 들어 실무에서는 이에 대한 반성적 고찰 없이 가능한 한 적법하게 그 해석을 확장시켰다고 밖에 볼 수 없다.

가청산 규정 삭제 전후²⁹⁾를 불문하고 조합원분양계약이라는 제도를 자신들의 입맛에 맞게 이용한 것이 사실이지만, 결국 1995년 도시재개발법이 개정되면서 가청산에 관한 규정이 삭제되자 조합의 입장에서는 어디에도 그 근거를 찾기 힘든 조합원분양계약이라는 제도를 더욱더 활용하기 시작하였던 것으로 보이고, 이에 대한 어떠한 반성적 고려 없이 현행 도시정비법 체제하에서도 여전히 조합원 분양계약이라는 정체불명의 제도가 여전히 남용되고 있다.

2. 분양계약기간을 도과하여 체결한 조합원의 법적지위

(1) 조합원분양계약의 개관

1) 조합원 분양계약서 작성의 현실적·실무적 배경

지금까지 자세히 살펴 본 바와 같이 도시정비법 체제를 차치하고 정비사업의 연혁상 조선시가지계획령, 도시계획법, 구 도시재개발법 그 어디를 보더라도 공익사업의 일환으로 시작된 조합 방식의 정비사업에서 조합원들을 상대로 한 분양계약서 작성에 관한 어떠한 규정도 찾을 수 없다. 정비사업은 기본적으로 정비계획과 사업시행계획, 관리처분계획으로 이어지는 가운데 종국적으로는 권리배분을 단순히 구성원들의 동의에만 나두지 않고 이를 기초로 행정처분의 형태로 이루어지는 관리처분계획을 두고 조합원들에게 분양계약 체결을 강요하는 것은 쉽사리 법리를 떠나 납득하기 힘들다. 그런데 여기에서 한 발짝 더 나아가 행정처분에 해당하는 관리처분계획의 내용에 정면으로 반하는 조합원분양계약의 내용이 실질적으로 규범적 효력을 발휘하고 있다는 점은 도시정비법 자체를 무력화시키는 것을 넘어 공법적 효력 자체를 형해화시켜 많은 법리적 문제점을 담고 있다.

이러한 무리수를 여전히 남겨 놓은 채 도시정비법 등 근거법령에서 어떠한 근거를 찾을 수 없음에도 현재까지 끈질기게 고수하고 있는 조합원들에 대한 분양계약서 작성의 실무적 관행은 여러 가지 현실적인 몇 가지 사유를 들고 있는 것으로 보인다.

그 대표적인 예로 누구나 들고 있는 것이 공사비 등 비용선납에 대한 현실적 필요성이다. 조합방식 정비사업의 현실적인 진행절차와 구조를 보면 여러 가지 협력업체와 많은 제도를 가지고 있으나 결국엔 시공사인 건설사의 금전적 지원에 기대어 절차를 진행할 수밖에 없는 현실이다. 그런데 건설사 역시 여러 정비사업의 현장에서 시공사의 지위를 맡고 있는 가운데 정비사업 마무리 시점까지 계속해서 자금을 지원할 여력이 있는 곳은 사실상 전무하다고 할 것이므로 공사비 선납을 통한 시공사의 우선적 공사비 충당과 함께 비용을 사전에 마련할 필요성이 매우 커지게 된다. 두 번째로 관리처분계획이 확정되면 분양대상자 등이 확정되는 것이지만 소유자를 손쉽게 입증할 공적장부를 찾는 것도 매우 어렵다. 이미 관리처분계획이 인가·고시되면 철거에 들어가 건물의 경우 등기부등본이 폐쇄³⁰⁾되고, 단순한 토지 등기부만 남아 있는 상태이고, 이를 새로운 매수인에게 양도할 경우 종전 부동산이 아닌 종후 아파트에 대한 권리를 양도의 목적물로 삼고 싶어 하는 것이 당연하므로 이러한 차원에서 보더라도 분양계약서의 필요성은 일응 수긍이 간다. 이외에도 부담금 납부 등 조합 업무의 편의성과 시공사의 이익에 기초한 것들이 대부분이다.³¹⁾

27) 김의환, “도시재개발사업의 몇 가지 쟁점에 대한 고찰-청산금을 중심으로”, 『특별법연구』 제7권(2005. 12.), 314-328면 참조.

28) 김종보, “도시재개발과 가청산”, 『인권과 정의』 제292호(2000. 12.), 114-117면.

29) 심지어 실무에서는 가청산 제도가 유지되고 있는 상황에서도 조합은 이마저도 그 편의성과 우월적 지위에서 조합원분양계약제도를 애용하였다.

30) 기존 다세대주택, 단독주택 등의 경우에는 그나마 토지 등기부 등본이라도 손쉽게 열람이 가능하며, 최소한이나 그 특정이 가능할 수 있지만, 재건축정비사업의 경우 그 주된 대상을 이루고 있는 강남아파트는 대부분이 집합건물법이 시행되기 이전에 준공된 아파트가 다수이므로 이 경우 토지등기부등본이 각 구분소유자가 전체 토지에 대한 공유지분의 형태로 매우 복잡하게 연결되어 있고, 심지어 법률전문가조차 그 공유관계를 제대로 파악하기 힘들다는 차원에서 보더라도 관리처분계획인가 후 철거가 진행된 가운데 새로운 제3자에게 매매가 이루어진 경우 분양계약서의 필요성이 커진다고 볼 수 있다.

31) 강신은, 앞의 책, 187면 참조.

2) 조합원 분양계약의 법적성질 등에 따른 한계 및 정관의 위법성

조합원들에게도 조합원분양계약서의 필요성은 이미 본 바와 같고, 정비사업의 절차진행과 관련하여 공사비 부담 등은 종국적으로 조합원들에게 귀속되므로 원활한 사업진행을 위해서라도 그 필요성이 없는 것은 아니라고 할 것이다. 다만 이러한 조합원 분양계약이라는 것도 엄밀히 말하자면 분양계약이라고 할 수 없고 분담금 계약³²⁾이라고 해야 할 것이므로, 공법상 법률관계 범위 안에 있는 이상 도시정비법과 행정처분의 효력에 반할 수 없는 것이므로, 그 한계를 분명하게 가질 수밖에 없다고 보아야 한다.

정비사업의 법률관계가 단순히 민사적인 규율에 그치는 것이 아니라, 조합원의 동의만으로 효력이 발생하지 않고 이를 요건으로 행정처분이 발급³³⁾되어야 효력이 발생하는 관리처분의 경우에는 단순한 사법관계라고 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고 우리 대법원은 조합원 분양계약의 근거나 체결경위, 필요성과 상당성, 쌍방 간 자유로운 의사표시에 따른 법률효과에 초점을 맞추어 조합이 조합원들에게 조합원 지위 상실과 현금청산이라는 무기를 내세워 사실상 조합원 분양계약을 강제하고 있음에도 불구하고 그 계약의 내용은 도외시한 채 그 유효성을 인정하고 있고,³⁴⁾ 조합원에게 관리처분계획이후에도 추가이탈의 기회를 보장한다는 이유를 들어 이러한 정관 역시 무효라고 볼 수 없다고 선언하고 있다.³⁵⁾

이에 대하여 많은 곳에서 비판적 견해가 등장하고 있다. 통상 조합원 분양계약이 문제되고 있는 것은 동·호수 추첨에 불만을 가지는 사람들이 속칭 ‘비대위’라고 불리고 있는 반대파를 구성하거나 의도적으로 정비사업 자체를 반대하면서 분양계약자체를 거부하는 경우가 종종 있는 것이 현상의 모습이다. 그렇다고 하더라도 분양계약체결을 거부함으로써 지금까지 장기간 진행해 온 다단계 행정행위 자체를 부인하는 방식으로 해석되어서는 안 된다고 할 것이다.

이는 도시정비법 체제 자체를 부인하는 것과 다름이 없는 것으로, 조합원분양계약의 기초가 된 표준정관 자체가 무효라고 보는 것이 마땅하다. 표준정관은 아무런 근거도 없이 현금청산에 관한 규정을 두면서, 조합에서 일방적으로 정한 분양계약서 작성기간 이내에 분양계약을 체결하지 않은 경우 현금청산에 관한 정관규정을 준용하도록 강제하고 있다. 그러나 이러한 표준정관은 도시정비법 제반 규정은 물론 그 취지에도 정면으로 어긋날 뿐만 아니라 주로 문제가 되고 있는 공사비 등 비용선납에 관한 사항을 임의적으로 규정하여 도시정비법상 부과처분 등을 통하여 충분히 해결할 수 있음에도 불구하고 이를 회피하는 것으로 자의적인 공법상 법률효과를 창설하고 있는 점, 정관에서 새롭게 효력이 부여될 수 있는 것들은 도시정비법에서 규율하고 있지 않는 범위 내에서 보충적인 규정에 그쳐야 한다는 점, 조합원 분양계약이 의사의 합치에 기초한 사법상 계약이라는 근거를 들고 있지만 사실상 계약체결이 강요되고 있다는 점 등을 고려하면 이러한 표준정관 자체는 무효³⁶⁾이고 이러한 정관에 기초한 조합원분양계약의 효과와 내용을 이루는 제반 조항들은 도시정비법에서 정하고 있는 확인적 의미의 규정과 이를 보충하는 정도에 이르는 것이 아닌, 전혀 새롭게 창설적 효력을 담고 있는 내용들은 모두 무효라고 보는 것이 타당하다.

(2) 분양계약기간을 도과하여 체결한 조합원의 자격 및 피선거권 상실여부

1) 분쟁의 변형 ‘분담금 선납’에서 ‘피선거권’으로

정비사업비와 관련된 분쟁과 법리의 전개는 통상 재개발사업에서 문제가 제기되어 이를 토대로 발전되어 왔다. 재건축사업은 2003년 재개발사업과 함께 도시정비법이라는 하나의 법률로 묶이기 전까지는 서로 다른 근거법률을 가지고 있었기 때문이다. 재건축사업은 재개발사업과 달리 정비계획, 관리처분계획 및 이에 대한 관할관청의 인가라는 제도자체가 없었고, 기껏해야 스스로 권리배분계획을 세웠을 뿐이다.

재건축사업은 구법 시대 당시에는 관리처분계획의 절차가 없는 결과 재건축결의 당시부터 비용분담에 관한 사항에 관하여 추후 다시 정할 필요가 없을 정도로 엄격한 요구를 받게 되었고, 사실상 분담금에 대하여 전혀 문제를 삼지 않았던 토지등소유자들조차 자신들

32) 장찬익 / 송헌진, 『재개발·재건축 이론과 실무』(개정판), 법률출판사, 2005, 619면 이하

33) 김종보, “정비사업의 구조이론과 동의를 평가”, 『일감법학』 제20호(2011. 8.), 145면 이하, 이를 처분동의라고 하고 있으며, 일반동의를 대립되는 개념으로 사용하고 있다.

34) 구 도시재개발법(1995. 12. 29. 법률 제5116호로 전문 개정되기 전의 것)의 적용을 받는 재개발조합과 조합원이 도시재개발사업 시행 과정에서 시공사에 대한 공사비 지급, 신축건물에 대한 조합원의 입주 및 분양대금 납부 등을 둘러싼 권리·의무관계를 원활하게 조정하고 이를 구체화하기 위하여 사법상 계약의 형태로 개별적인 약정을 체결하는 것은 그것이 재개발조합과 조합원의 자유로운 의사의 합치에 기하여 이루어진 것인 이상 총회결의 절차를 반드시 거쳐야 한다고 볼 수 없으며, 공사비 등의 지급을 위한 조합원의 급부의무의 부담 및 그 내용이 구 도시재개발법을 포함한 전체 법질서에 비추어 허용될 수 있고 그 사법상 계약의 체결에 이르게 된 동기, 경위 및 목적 등에 비추어 필요성과 상당성이 있다고 인정되는 때에는, 사법상 계약에서 조합원에게 정관이나 관리처분계획 등에서 예정하지 아니한 급부의무에 관하여 정하고 있다는 사정만으로 위 사법상 계약이 무효로 되는 것이 아니다(대법원 2008. 12. 24. 선고 2006다73096 판결).

35) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결.

36) 김종보, “조합원 분양계약의 위법성”, 『사법』 23호(2013. 3.), 26면 이하.

의 이익을 극대화시키는 요량으로 재건축결의가 무효라는 민사소송을 남발하는 사태가 발생하였고, 재건축사업에서 출발된 이러한 문제제기가 재개발사업에도 그대로 이어졌다. 그러나 이는 재건축사업에도 관리처분계획과 이에 대한 행정청의 인가 절차가 도입된 이상 더 이상 설득력이 없게 되었다.³⁷⁾ 이에 더하여 조합설립인가의 법적성질에 대한 대법원³⁸⁾ 입장변화와 함께 민사소송의 불허로 인하여 사실상 이에 관한 분쟁은 종결되었다.

이러한 비용분담론의 문제가 해결되자, 실무에서는 과거부터 아무런 반성적 고려 없이 관행적으로 이어져 오던 분담금의 납부시기와 관련된 분담금 선납이 여러 현장에서 문제되기 시작하였다. 도시정비법 체제 아래에서도 많은 규정이 있음에도 불구하고 사업시행자는 시공사와 함께 매우 손쉬운 방법으로 이익을 극대화시키기 위하여 여전히 조합원분양계약이라는 제도를 이용한 것이다. 이에 따라 근래에 이르기까지 표준정관과 조합원분양계약 제도의 무효 여부는 분담금 선납과 관련된 것이 주를 이루었다. 초기 도시재개발법 당시부터 유지되어 왔던 조합원분양계약과 관련된 대법원의 입장은 현행 도시정비법에 따르더라도 충분히 그 해결책이 있음에도 불구하고 아무런 비판 없이 과거 입장을 답습하는 결론에 이른 것이다.

문제는 토지등소유자의 분담금 선납문제를 넘어서 조합원 자격상실과 연동된 피선거권 문제까지 확대되었고, 도시정비법과 관련 법령 그 어디에서도 조합원분양계약체결이라는 내용을 찾을 수 없는 마당에, 조합원분양계약은 가장 핵심적인 조합원의 자격 또는 수분양권 존재여부, 피선거권 등 모든 공법적 규율을 넘어서는 법적 효력을 규율하는 초월적인 제도가 되어 버린 것이다. 대법원의 판시 문구에 지나치게 경도된 나머지 최소한의 도시정비법과 우리 헌법이 규정하고 있는 기본권마저 침해하는 해석을 자의적으로 확대시키고 있다는 점에서 그 문제의 심각성은 매우 크다. 아래에서는 과연 분양계약서를 작성했다고 하더라도 분양계약서 작성기간을 도과하였다면 향후 분양계약서 작성여부와 상관없이 작성기간을 도과한 즉시 (피선거권과 관련하여) 조합원지위를 상실하였는지에 관하여 큰 2개의 입장이 대립하고 있어 항을 바꾸어 살펴보고자 한다.

2) 기존 대법원의 판시사항과 사법적 효력에 경도된 입장

위에서 자세히 본 바와 같이 우리 대법원은 분담금 계약의 성질을 가지고 있고, 구체적으로 들어가면 분담금의 사전 납부에 관한 사항 등을 포함하고 있는 조합원분양계약에 관한 정관규정과 이에 기초한 분양계약에 대해서 단순히 당사자 쌍방 간 자유로운 의사표시에 따른 사법상 계약이라는 이유로 그 효력을 인정하고 있다. 이에 따라 대법원 판시 및 정관의 특정문구에 지나칠 정도로 의존하고, 이를 근거로 기계적인 적용을 넘어 무한대 확장을 시도한 결과 본래 대법원조차 의도하지 않은 결과를 초래하고 있다. 이는 재개발·재건축 사업 현장에서도 마찬가지로 상당한 파장을 일으키고 있다.

우리 대법원은 이러한 사안까지 확대하여 전반적인 법 이론을 관통하는 의미로 판시한 것이 아니고, 기본적으로 토지등소유자인 조합원들의 권익보호차원에서 관리처분계획인가 이후에도 조합원 지위에서 이탈하여 현금청산을 받을 기회를 한번 더 보장하기 위한 차원에서 이러한 정관 및 조합원분양계약의 효력을 인정하고 있다.³⁹⁾ 위와 같은 입장에 선 견해⁴⁰⁾들은 당해 정관규정은 조합원으로 하여금 관리처분계획이 인가된 이후라도 현금청산을 받을 기회를 추가로 부여하기 위한 데 그 취지가 있으므로 구 도시정비법에 위배되어 무효라고 볼 수 없다고 하면서, 당초 분양신청을 했음에도 분양계약을 체결하지 아니함으로써 추가로 현금청산대자가 된 자에 대한 사업시행자의 청산금지급의무의 발생시기는 ‘분양계약체결기간의 종료일 다음날’이라고 보고 있다.

특정문구에 지나치게 치우친 나머지 심지어 대법원의 판결취지에도 반하는 해석을 무리하게 시도하고 있는 것이다. 청산금지급의무의 발생시기는 분양계약체결기간의 종료일 다음날이므로 분양계약체결기간의 만기가 지나는 순간 추후 계약체결여부와 상관없이 그 즉시 현금청산대상자가 되고 조합원의 지위를 상실한다고 보고 있다.

그러나, 이러한 견해는 근본적으로 도시정비법 제반 규정과 공법적 효력에도 반할 뿐만 아니라 과연 대법원의 취지와도 부합하는지 많은 의문이 제기되고 있다.

37) 이외에도 여러 비판이 존재하는데, 애초에 재개발사업은 조합원 강제주의가 적용되고 관리처분단계에서 분양신청을 통하여 참가여부가 결정되므로 이러한 비용분담론 주장은 적용되기 힘든 부분이 있다. 김종보, “재건축·재개발 비용분담론의 의의와 한계”, 『행정법연구』 제24호(2009. 8.), 154-156면.

38) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결.

39) 통상 이러한 입장에선 견해들이 주로 인용하고 있는 대법원 판례를 보더라도 모두 조합원들이 결국엔 조합의 구성원으로부터 이탈을 원하고 있는 가운데 조합원분양계약서를 작성하지 않거나 철회하는 방법으로 자신들에게 가장 유리한 청산금 또는 방여방법(청산금지급의무 발생 시기, 청산금지급을 상환으로 한 건물명도 의무 등)을 강구하기 위한 주장에서 비롯된 것이 주된 사실관계의 기초이다. 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011두17936 판결, 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364판결.

40) 분양계약의 실무적 관점에서 매우 중요한 의미를 가지고 있고, 분양계약불체결은 일종의 분양신청철회와 유사하고, 관리처분계획에 대한 인가가 보충행위에 불과한 이상 수립권자인 조합이 스스로의 정관으로 그 변경에 대하여 규정하는 것은 당연하므로 이를 지지하는 입장이 있다. 이우재 / 박치범, 『도시 및 주거환경정비법(하)』, 진원사, 2022, 295-302면.

3) 도시정비법 제반 규정취지 및 공법적 효력에 기초한 입장

분양계약체결기간이 도과되는 순간 조합원의 지위를 상실한다는 입장에 대하여 많은 비판적 견해가 있다. 우선 조합원지위 상실여부를 떠나 이에 기초되는 (표준)정관과 조합원분양계약자체가 위법하다는 것이다.

우리 도시정비법은 조합원 수분양권과 분담금 선납 등의 문제는 모두 매매계약의 형태가 아닌 처분의 형식을 예정하고 있으므로 이를 우회해서 현금청산의 불이익을 과하도록 정하는 것은 그 한계를 넘어서는 것이라고 보고 있다. 물론 조합원 지위와 관련해서도 도시정비법에서 정하지 않고 있을 뿐만 아니라 동법으로 위임받지 않은 사항을 정관에 기초하여 조합원지위를 상실하는 것 자체를 허용할 수 없다는 입장이다.⁴¹⁾

또 다른 입장은 2012. 2. 1. 개정된 도시정비법 제47조(현 도시정비법 제73조) 제1항에서 정한 분양신청철회 기한에서 이러한 (표준)정관과 조합원분양계약의 위법성을 찾는 견해⁴²⁾가 있다. 위 2012년 2월 개정으로 분양신청을 철회한자에 대한 현금청산지급의무 발생 시기는 분양신청기간 종료일의 다음날이라고 명시하고 있는 이상 분양신청의 철회의 종기에 반하는 정관은 무효라는 것이다. 이에 더하여 구 도시정비법 제20조(현 도시정비법 제40조)에서 정관 기재사항 등에 청산금의 징수·지급방법 및 절차 등은 규정되어 있으나 현금청산자의 범위에 대해서는 별다른 규정이 없다는 점도 근거로 들고 있다. 이러한 견해에 따르면이라도 당연히 분양계약체결기간이 도과되어 계약을 체결하였다는 이유로 조합원지위는 상실하지 않는다.

(3) 사건

1) 도시정비법의 규정에 따른 법률효과

우리 도시정비법은 정비사업의 시행으로 조성된 대지 및 건축물은 관리처분계획에 따라 처분 또는 관리하여야 하고(동법 제79조 제1항), 사업시행자는 정비사업의 시행으로 건설된 건축물을 제74조에 따라 인가받은 관리처분계획에 따라 토지등소유자에게 공급하여야 한다.(동법 제79조 제2항)고 규정하고 있다. 정비사업에서 조합원이 아파트를 분양받게 되는 법적 근거는 관리처분계획이고, 이러한 관리처분계획에 의하여 조합원과 조합 사이의 분양에 관한 법률관계가 확정되는 것이다.

2) 분양계약의 보충성

조합원 분양계약은 조합과 조합원 사이에 체결되는 사법상의 계약에 불과한 것으로, 관리처분계획에서 이미 확정된 조합원의 수분양권이나 분담금의 내용을 관행적으로 다시 확인하는 '분담금 납부에 관한 계약'의 성질을 가지는 것이고, 이미 관리처분계획에 따라 형성된 분양에 관한 법률관계를 보충하는 계약의 의미를 갖는 것에 불과하다.⁴³⁾ 따라서 도시정비법에서 정하고 있는 범위를 넘어서 정관을 통하여 창설적인 법률관계를 형성하는 것은 허용될 수 없다고 보는 것이 타당하다.

3) 관리처분계획의 공정력 또는 처분적 효력

위와 같이 정비계획, 사업시행계획, 관리처분계획이라는 순차적인 행정행위에 따라 이루어진 정비 사업에 관한 제반 계획은 행정행위 또는 행정처분으로써 효력을 가지는 것이 원칙⁴⁴⁾이며, 이는 특별한 사정이 없는 한 토지등소유자를 기속한다 할 것이다. 그런데 관리처분계획이 수립된 이후에 비로소 구체적인 동·호수 추첨을 통해 종후 아파트에 대한 배정이 이루어진다는 점에서 이를 불만삼아 합부로 관리처분계획에서 정해진 법률관계를 부정하는 것은 강요된 매매계약을 가지고 공법적 효력을 완전히 부인하는 매우 부당한 결과를 초래한다는 점에서도 조합원의 자격상실과 피선거권이 박탈된다는 견해에는 찬동하기 힘들다.

4) 정비사업의 실무

우리 도시정비법은 분양신청행위에 대해서 너무 강조한 나머지 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않는 경우 현금청산 대상자⁴⁵⁾

41) 김종보, 앞의 글(조합원분양계약의 위법성), 22면 이하.

42) 김종하 / 김재호, “주택재개발사업에서 분양계약 미체결자의 법적지위 및 개선방안”, 『토지공법연구』 제57집(2012. 5.), 158-160면.

43) 같은 취지, 부산지방법원 2019. 7. 24. 선고 2018가합46380 판결.

44) 물론 정비사업의 본질상 단체성을 가지고 있고, 해당 법률관계가 다층적이므로 내부적으로 민사법적 관계에 따라 규율되는 부분이 없는 것은 아니나, 조합원의 지위 상실 또는 수분양권 여부는 기본적으로 처분행에 속한다고 할 것이다.

45) 법리적으로는 현금청산이라기보다는 손실보상이라는 표현이 적절하며, 이에 따라 실제로 현행 도시정비법에서도 손실보상이라는 용어를 사용하고 있다.

로 규정하고 있다.(도시정비법 제73조) 이에 대하여 분양신청행위는 자신의 희망평형을 밝히는 것에 불과한 것⁴⁶⁾으로 법률적의미를 너무 강조하는 것은 너무 과하다는 주장이 있다. 도시정비법상 관리처분계획은 조합원의 분양신청 상황을 기초로 수립하도록 되어 있다. 이 때 분양신청기간을 보면 통지한 날로부터 30일 이상 60일 이내로 하면서 분양신청기간을 20일의 범위 내에서 연장할 수 있도록 하여, 최장 80일로 규정하고 있다.

이에 비하여, 조합원 분양계약서 체결기간과 관련하여 정비사업 현장에서는 통상 3-4일이고, 심지어 COVID-19 당시에도 20일을 넘기지 않고 있었다. 분양신청을 한 조합원들도 여러 사정에 비추어 조합이 정한 분양계약체결기간을 도과하여 구체적인 계약서를 작성한 경우는 다반사이며, 실제로 모든 조합원들이 조합원분양계약체결기간 내에 계약을 마무리하는 재건축·재개발 현장을 찾아보기 힘들 정도이다.

3. 소결

우선 대법원의 입장과 조합원분양계약이 유효함을 전제로 이를 충실히 따르는 입장에서 보더라도, 과연 조합과 분양신청까지 적법하게 마친 조합원들 사이에 합의에 따라 분양계약체결기간을 도과하여 계약서를 작성하였다면 온전한 양 당사자 합의에 따른 것으로 이를 무효로 돌리거나 이에 기초한 효력을 부인할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 대법원의 입장에 따르더라도 그 취지는 조합원들의 추가적인 이탈의 기회를 보장하기 위한 차원에서 비롯된 것이므로, 조합과 토지등소유자가 현금청산하지 않기로 하고 조합이 이를 수용하여 조합원 분양계약을 체결하기로 예정한 기간을 넘어 분양계약을 체결하는 것까지 금지하는 것으로 볼 수 없기 때문이다.⁴⁷⁾

통상 실무적으로 조합원분양계약서 체결기간을 3일 또는 최대 20일을 넘기지 않고 있고, 이미 종전 부동산의 경우 철거가 진행되어 새로운 아파트가 건축되고 있는 가운데, 상당수의 토지등소유자가 사업구역 외에서 멀리 떨어진 곳에 거주하거나 해외에 거주하는 경우도 많아 단순히 조합원분양계약체결기간을 도과한 순간 즉시 조합원 지위를 상실하고 피선거권이 부존재하다고 보는 것은 구체적 타당성 측면에서 보더라도 전혀 실무와 동떨어진 해석이 아닐 수 없다.

특히, 조합원지위 상실 또는 박탈은 조합원 자격과 신분에 관한 것으로, 단체법적 질서 내에서 제명과 그 궤를 같이한다고 해석될 수 있다고 본다. 그렇다면 조합원의 지위를 박탈하는 것은 조합의 이익을 위하여 불가피한 경우에 한하여 최종적인 수단으로 인정되어야 하고,⁴⁸⁾ 특별한 사정이 없는 한 조합과 토지등소유자 사이에 합의에 기초하여 비록 분양계약체결기간을 도과하여 계약을 체결하였다든 이유만으로 조합원지위를 박탈할 것인지 여부는 매우 엄격하게 제한적으로 해석되는 것이 타당하다.

따라서 비록 대법원의 입장과 사법적 효력을 중시하는 입장에 따른다고 하더라도 토지등소유자가 분양계약체결기간을 도과하였다 고 하더라도, 조합과 사이에 분양계약을 체결한 이상 기존 조합원의 지위는 그대로 유지된다 할 것이므로, 조합원의 자격과 분양권 등은 상실되지 않고, 피선거권 역시 그대로 유지된다고 보아야 할 것이다.

IV. 결어(입법론 및 일본의 권리변환방식 도입 검토)

우리나라의 재건축·재개발사업으로 대표되는 정비 사업은 복잡한 연혁을 거쳐 매우 혼란스럽게 전개되어 왔다. 재개발 사업 역시 도시계획법에서 출발되었으나 1976. 12. 31. 도시재개발법이 제정된 이후 조합을 중심으로 한 주택재개발사업이 그 주를 이루었고, 주택재건축사업 역시 사실상 민간영역에 가까울 정도로 주택건설촉진법에 그 근거를 두고 있었으나, 집합건물법을 준용하여 공법적 통제보다는 구성원들 사이에 합의에 기초한 사업으로 진행되어 왔다. 이러한 가운데 2003년 도시정비법이라는 하나의 법률로 위 양대 정비 사업이 묶이면서 여러 가지 엄청난 변화를 가져왔을 뿐만 아니라, 소송의 형태 역시 여러 학자들의 연구에 따라 기존 민사소송의 형태에서 공법상 법률관계에 기초한 행정사건으로 변화되기에 이르렀다. 그럼에도 불구하고 여전히 과거의 연혁적 기초에서 보듯 아직까지도 도시정비법의 규정이나 그 취지 등은 전혀 도외시 한 채 조합과 구성원들 사이에 그 근거를 찾기 힘든 쌍방 간 계약이라는 이름을 빌려 사법적 효력에 전적으로 의존시키는 관행적 태도를 벗어나지 못하고 있다.

46) 이와 관련하여, 분양신청제도는 주로 사업시행자인 조합과 사업의 편의를 위한 것일 뿐 조합원의 권리를 보호하기 위한 것이 아니고, 분양미진 청자 역시 조합이 청산을 선택할 수 있다는 의미로 보는 것이 타당하며, 기존 정비사업에서 자신의 불이익을 고려하여 사업에서 이탈하기 위한 수단으로 해석하는 것이 온당치 않다는 견해가 있다. 김종보, 앞의 글(정비사업의 구조이론과 동의를 평가), 158-159면.

47) 같은 취지, 서울고등법원 2015. 11. 11. 선고 2014누7802 판결 참조.

48) 피고조합과 같은 단체의 구성원인 조합원에 대한 제명처분이라는 것은 조합원의 의사에 반하여 그 조합원인 지위를 박탈하는 것이므로 조합의 이익을 위하여 불가피한 경우에 최종적인 수단으로서만 인정되어야 할 것이다(대법원 1994. 5. 10. 선고 93다21750 판결).

이러한 사법적 계약을 통한 공법적 효력에 대한 회피의 문제는 도시정비법 제반규정의 미비에서도 그 원인을 찾을 수 있는데, 정비사업에 있어서 토지등소유자들의자격 상실 및 재산권 행사의 절대적 제한 등 중대한 사항은 도시정비법에서 명확한 규정을 두는 것이 바람직해 보인다. 앞서 본 여러 견해 중 도시정비법 규정과 공법적 효력을 강조하고 있는 입장들도 입법적 개선방안을 제시하고 있는데, 조합원분양계약에서 정하고자 하는 청산금 선납과 이와 연동된 조합원 자격상실 등 중요내용은 법률에서 규정하자는 것과, 조합의 운영과 관련된 내용은 차치하더라도 조합원의 자격 등 사업의 추진과 관련된 필요한 사항은 이를 정관에서 정하게 되면 행정처분의 효력을 부인하는 결과를 초래할 수 있으므로 도시정비법에서 구체적으로 명확하게 규정하는 것이 타당하다는 입장과도 궤를 같이한다.

나아가 분양신청과 분양계약 단계에서 발생하는 탈퇴의 문제와 관련⁴⁹⁾하여, 일본의 제1종 시가지재개발제도와 같이 일단 공익사업에 구성원으로 편입된 이상 권리변환계획에 따라 모든 토지등소유자의 종전 부동산은 이에 상응하는 종후 부동산으로 변환되는 것을 원칙으로 하고, 정비사업에서의 탈퇴는 적극적으로 권리변환제외신청을 한 토지등소유자에 한하여 인정되는 것으로 전면적인 제도적 개편을 검토할 필요성이 상당해 보인다.

투고일 2026. 2. 15. 심사완료일 2026. 3. 13. 게재확정일 2026. 3. 17.

49) 이는 기본적으로 재개발·재건축 등 정비사업의 시행방식과 관련이 있는 것이다. 일본에서 초기 재개발은 구획정리법이 규정해 두었던 입체환지의 수법을 준용했다가, 1961년에는 시가지개조법과 방재건축가구조성법을 제정했고, 1971년 위 두 법률은 도시재개발법으로 통합되었다(손정목, 『서울 도시 계획이야기 2』, 한울, 2003, 104면). 그 후 1975년 위 일본 도시재개발법은 법률개정으로 통해 제2종 시가지재개발사업을 도입하여 제1종 시가지재개발사업(권리변환방식)과 제2종 시가지개발사업(관리처분방식)으로 구분하고 있다.

참고문헌

단행본

- 김동희, 『행정법 II』(제23판), 박영사, 2017.
 김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018.
 김종보 / 전연규, 『새로운 재건축·재개발 이야기 I -하권』, 한국도시개발연구포럼, 2010.
 박균성, 『행정법론(하)』(제23판), 박영사, 2025.
 손정목, 『서울 도시 계획이야기 2』, 한울, 2003.
 이우재 / 박치범, 『도시 및 주거환경정비법(하)』, 진원사, 2022.
 장찬익 / 송현진, 『재개발·재건축 이론과 실무』(개정판), 법률출판사, 2005.
 홍정선, 『행정법특강』(제6판), 박영사, 2007.

학위 논문

- 강신은, “관리처분계획방식 정비사업에 관한 법적 연구: 주택재개발·재건축사업을 중심으로”, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 2012.
 조혜정, “재개발·재건축 사업의 관리처분계획에 관한 법적 쟁점 연구: 판례연구를 중심으로”, 건국대학교 부동산대학원 석사학위논문, 2009.

일반 논문

- 김의환, “도시재개발사업의 몇 가지 쟁점에 대한 고찰-청산금을 중심으로”, 『특별법연구』 제7권(2005. 12.).
 김종보, “도시재개발과 가청산”, 『인권과 정의』 제292호(2000. 12.).
 김종보, “강학상 인가와 정비조합 설립인가”, 『행정법연구』 제10호(2003. 10.).
 김종보, “재건축결의무효의 공법적 파장”, 『서울대학교 법학』 제49권 제2호(2008. 6.).
 김종보, “재개발사업의 철거와 세입자 보상”, 『행정법연구』 제23호(2009. 4.).
 김종보, “재건축·재개발 비용분담론의 의의와 한계”, 『행정법연구』 제24호(2009. 8.).
 김종보, “정비사업의 구조이론과 동의를 평가”, 『일감법학』 제20호(2011. 8.).
 김종보, “조합원 분양계약의 위법성”, 『사법』 제23호(2013. 3.).
 김종하 / 김재호, “주택재개발사업에서 분양계약 미체결자의 법적지위 및 개선방안”, 『토지공법연구』 제57집(2012. 5.).
 노경필, “도시정비법상 재건축·재개발사업과 행정소송”, 『사법』 제10호(2009. 1.).
 안철상, “행정소송과 민사소송의 관계”, 『법조』 제57권 제1호(2007. 12.).

ABSTRACT

Legal Status of Reconstruction Association Members with Overdue Housing Sales Contracts

Chae, Pil Ho*

A combination residential supply agreement (the "Combination Member Sales Contract") is not a mandatory procedure prescribed under the Act on the Improvement of Urban Areas and Residential Environments. Despite the absence of explicit statutory grounds, this practice persists in reconstruction and redevelopment projects. This leads to legal outcomes where private law contracts supersede the "public power" (Gungjeong-ryeok) of the Management and Disposal Plan, which is an administrative action that serves as the core procedure and the very purpose of improvement projects for acquiring newly constructed apartments. Consequently, a fundamental review of this phenomenon is required.

Through the arbitrary private law act of the Combination Member Sales Contract, essential administrative plans, which should be controlled and planned as part of administrative actions, are effectively denied. This results in the unjust outcome whereby members are relegated to the status of persons entitled to cash compensation (loss of member status). This situation prioritizes judicial effectiveness under the superficial and formal pretext of mutual "meeting of minds" between the parties.

Accordingly, A need exists to verify whether the Combination Member Sales Contract is a truly indispensable procedure from both legal and practical perspectives. Furthermore, even if its practical necessity is recognized, how the contract should be interpreted in relation to the validity of the Management and Disposal Plan must be examined. Preceding this, a discussion on the validity of the Combination Member Sales Contract system itself and the Standard Articles of Association that regulate it is warranted.

Therefore, this study compares the fundamental powers through which members acquire the right to receive an allotment versus general subscribers. It addresses the inevitable practical issues linked to the necessity of these contracts. To resolve the fundamental problem of evading public law effects through private contracts, the introduction of the Japanese "Right Conversion System" should be actively considered. Specifically, this study proposes adopting a mechanism that allows the withdrawal from an improvement project only for landowners who have applied for exclusion from the right conversion plan.

Keywords: Member Sales Contract, Standard Articles of Association, Management and Disposal Plan, Presumption of Validity / Official Power, Member Sales, General Sales, Cash Liquidator, Right Conversion Plan

* Attorney at Law, LAW FIRM SIYUL