

재건축조합의 성격과 규율방법

남 윤 국 · 조 용 민*

목 차

- | | |
|---|------------------------------------|
| I. 서론 | IV. 재건축조합의 법적 성격과 설립의 하자를 다루는 정송방법 |
| II. 재건축제도의 변천 및 분쟁발생의 원인 | 1. 재건축조합의 법적 성격 |
| 1. 재건축제도의 변천 | 2. 재건축조합 인가의 법적 성격 |
| 2. 재건축 관련 분쟁의 원인 | 3. 재건축조합의 설립의 하자를 다루는 방법 |
| III. 도시 및 주거환경 정비법 제39조 (매도청구권)의 위헌성 검토 | V. 정관의 주요사항 변경을 위한 의결 정족수 요건 검토 |
| 1. 문제의 제기 | 1. 문제의 소재 |
| 2. 위헌 판단의 대상 조문 | 2. 근거 조문 |
| 3. 매도청구권 부여에 대한 헌법적 근거 | 3. 대법원의 입장 |
| 4. 검토 | 4. 검토(도시정비법 제20조 적용) |
| | VI. 결어 |

I. 서론

재건축 조합내부 분쟁이 소송으로 이어지게 된 것은 그리 오래된 일이 아니며, 부동산과 관련된 제도는 국가마다 그 특수성을 지니기 때문에 외국의 사례를 국내 문제에 바로 적용할 수도 없고 연구 자료도 부족한 실정이다. 재건축은 장기간(최소 3~5년 이상)에 걸쳐 여러 단계로 진행되며, 각 단계별로 조합총회결의와 행정관청의 인가(행정행위)를 거쳐

* 건국대학교 법학전문대학원 법학전문석사과정.

야 한다. 이런 상황 속에서 재건축조합의 법적성격과 각 단계의 총회결의 또는 인가의 법적성격, 그리고 각 단계의 유기적 구성관계를 살펴본다면, 재건축 분쟁에 대한 법적 해결방법을 검토하는 데 중요한 단서를 얻을 수 있다.

지난 2009년 9월 17일 재건축조합과 관련하여 대법원 전원합의체판결¹⁾이 있었다. 대법원은 재건축조합과 총회결의의 성격, 그리고 행정청의 인가의 성격을 확인하고, 지금까지 일반법원에서 관할하던 재건축 조합총회결의에 대한 분쟁을 행정법원에서 관할하여야 한다고 판례를 변경하였다. 이번 판결은 재건축제도의 공익성을 강조함으로써 행정관청의 개입과 역할이 강화되는 현실에 보다 잘 부합하는 것이라고 평가할 수 있다.

이하에서는 우선 재건축 제도의 변천과정, 최근 재건축 관련 분쟁이 빈번하게 발생할 수밖에 없었던 이유, 그리고 재건축제도의 위헌성여부를 검토해본다. 그리고 이어서 조합설립과 관련된 문제(재건축 결의와 조합설립인가의 성격)와 그 쟁송방법, 그리고 정관의 중요사항변경을 위한 의결정족수에 대한 견해를 제시해 보고자 한다.

Ⅱ. 재건축 제도의 변천 및 분쟁발생의 원인

1. 재건축 제도의 변천

가. 종전의 재건축사업

1990년대까지 도시를 재정비하는 사업은 주로 전후 불량 정착촌을 정비하기 위한 목적으로 도시재개발법에 의하여 시행되었다. 동법에서는 토지를 수용, 철거, 청산, 분양하는 등의 과정을 모두 행정처분형식으로

1) 대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 판결.

규정하면서 행정기관의 주도하에 이루어지도록 규정하고 있었다.

그런데 이런 재개발사업은 주택건설촉진법에 의해 재건축사업이 도입되면서 그 독점적인 지위를 상실하게 되었다. 특히 1990년대 후반에 접어들면서 서울에서 도시개발사업은 재개발보다는 재건축사업으로 무게중심이 옮겨졌는데 이러한 재건축사업은 재개발사업에 비하여 공법적 통제가 약하다는 중요한 차이가 있었다.

나. 새로운 재건축사업

2003년 7월 1일 도시 및 주거환경정비법이 제정됨에 따라 기존에 도시 재개발법과 주택건설촉진법에 의하여 분리 시행되던 재건축과 재개발은 하나의 법률로 통합되어 시행되게 되었다. 양제도의 통합에 따른 제도의 변화는 재개발보다는 재건축사업에서 두드러진다. 동법은 주로 재건축사업 방식에 있어 재개발방식을 대부분 수용하고 있는 형태이기 때문이다. 즉 재건축에도 정비구역의 지정과 관리처분계획이 제도화되는 등 이전보다 행정관청의 개입이 더욱 적극화된 것이다.

그러나 도시 및 주거환경정비법 제정 이후에도 재건축과정에서 많은 문제점이 발생하였다. 비록 재건축과정에 행정관청의 개입이 적극화되었다고는 하지만, 여전히 운영자금을 스스로 조달할 능력이 없는 민간조합이 개발을 주도하여야 하므로, 조합은 자금력이 있는 건설사 또는 정비업체로부터의 지원을 받아야만 하였다. 이러한 지원은 점차 불법적인 결탁으로 변질되었고, 이는 비리 발생의 원인이 되었다.²⁾

2) 실제로 국회 국토해양위원회 신영수 의원실의 발표에 따르면 2000년 이후 재건축, 재개발과 관련된 고소고발 사건은 109건이며 조합장이 구속된 사례는 15건에 이른다고 한다.

다. 공공관리제도의 도입

이러한 문제점들을 개선하고자 2010년 도시 및 주거환경정비법상에 공공관리제도가 도입되었다. 그 결과 과거 민간이 주도하던 재건축의 진행을 시군구청장이 정비사업의 계획 수립단계에서부터 최소한 설계자 및 시공자의 선정까지 사업진행 관리를 지원 혹은 감독하게 되었다.³⁾

2. 재건축 관련 분쟁의 원인

가. 투자 혹은 투기 대상으로의 재건축

보통 부동산 투기는 개발도상국가에서 많이 발생하는 경향이 있다. 왜냐하면 국민들은 빠른 속도로 자산을 축적하는 반면, 금융시스템은 낙후된 상태를 면하지 못하여 자본가들이 부동산 외에 마땅한 투자처를 찾기 어렵기 때문이다. 하지만 금융시장이 발달하게 되면 부동산은 투기의 대상에서 이용의 대상으로 변화한다. 결국 선진국이 되어갈수록 국민들의 자산 중 부동산이 차지하는 비중이 낮아지게 된다. 그런데 우리나라의 국민들은 다른 선진국 국민들에 비하여 부동산 투자에 대한 강한 애착을 갖고 있다.⁴⁾ 그리고 부동산 중에서도 재건축 아파트는 환금성이 높은 투자 상품이므로 쉽게 투자 혹은 투기수요의 대상이 될 수 있었다.

3) ‘도시및주거환경정비법’을 개정하여 재건축 시행단계에서 행정관청의 개입을 강화하는 것을 내용으로 하는 공공관리제도가 2010년부터 시행되고 있다. 그리고 서울시에서는 재건축 재개발에 대한 체계적인 공공관리를 위해 클린업시스템(<http://cleanup.seoul.go.kr/>)을 구축운영하고 있다.

4) 금융투자협회에서 발표한 주요국가계금융자산비교(2010.9.) 자료에 따르면 한국의 가계자산중 비금융(부동산 등)의 비율은 79.6%로 미국(35.1%), 영국(54.8%), 일본(41.3%)보다 월등히 높다.

나. 정부의 재건축 투기 방지 정책시행과 분쟁의 발생

부동산 가격의 급격한 상승은 부익부 빈익빈 현상을 심화시켜 제사회 문제를 발생시키는데, 정부는 재건축 아파트의 가격상승을 시급하게 해결하여야 할 국정 과제로 인식하고, 이런 문제의식 속에서 부동산 투기 방지를 위한 여러 가지 재건축 투기 억제 정책을 발표하였다. 기존에 노화된 아파트의 재건축을 추진하기 위한 인센티브를 억제하는 동시에 재개발이익을 환급할 수 있는 제도들을 도입하였던 것이다.⁵⁾ 이러한 제도들이 시행되거나 시행이 예정될 때마다 재건축 조합들은 이러한 제도들의 규제를 피하려 재건축을 서둘러 추진하였다. 특히 2006년 3월 제정하여 9월 25일부터 시행한 재건축초과개발이익환수에 관한 법률은 간접적인 방법으로 투기 억제하려던 기존의 정책들과는 달리 투기로 인한 이익을 직접적으로 환수하는 강력한 내용을 담고 있었다. 동법은 부칙에서 시행일 이후에 관리처분계획인가를 신청하는 단지부터 동법을 적용하도록 하였기 때문에, 재건축을 추진하는 조합은 관리처분계획인가신청을 서두를 수밖에 없었다.

이러한 강력한 부동산 투기 규제조치로 인하여 2006년 말 이후 재건축 아파트 가격은 보합세를 유지하며 정부의 정책이 서서히 실효를 거두는 모습을 보였다. 그러나 이러한 규제조치는 다른 문제점을 야기하였다. 정부의 규제조치를 피하기 위하여 조합이 재건축 절차를 성급하게 추진하면서, 조합원간의 이해관계 조정 없이 수적우위에 기댄 밀어붙이기식의 총회결의가 곳곳에서 이루어진 것이다. 결국 많은 재건축 단지에서 분쟁이 발생하였고, 법원에 그 해결을 구하기에 이르렀다.

5) 참여정부는 재건축 투기 방지를 위해 2003년에 후분양제도입, 안전진단기준강화, 재건축연한강화, 소형주택의무비율확대, 조합원명의변경제한, 2005년에 개발이익환수제(임대주택의무건립), 소형주택의무비율 추가확대, 입주권양도세강화, 2006년에 기반시설부담금 신설, 재건축초과이익환수 조치를 시행했다.

Ⅲ. 도시및주거환경정비법 제39조(매도청구권)의 위헌성 검토

1. 문제의 제기

도시및주거환경정비법 상의 다른 제도(주택재개발사업, 도시환경정비사업, 주거환경개선사업)들과 비교할 때, 재건축제도의 목적은 공공 복리적 성격이 약하다. 그런데도 재건축에 동의하지 않는 자는 무조건 그의 구분소유권 및 대지사용권의 조합에 양도하여야만 한다. 이 때문에 재건축제도가 개인의 재산권을 과도하게 침해하는 위헌적인 제도라는 비판을 받기도 한다.⁶⁾⁷⁾ 오히려 매도청구권 없이 재건축 유도 정책(용적률 상향)등을 통해 민간에서 자율적으로 해결하는 방법으로 재건축을 추진하는 것이, 개인의 재산권을 보다 보호하면서도 재건축의 목적을 달성하는데 바람직 할 수도 있다는 의견도 있다.

2. 위헌 판단의 대상 조문

도시및주거환경정비법(이하 ‘도시정비법’이라고 한다) 제39조에서는 “사업시행자는 주택재건축사업을 시행함에 있어 조합 설립의 동의를 하

6) 대법원은 1999. 12. 10. 선고 98다36344 판결에서 “집합건물 거주자인 구분소유자들이 자신의 의사에 관계없이 거주를 이전하여야 하게 되고, 이는 그들의 행복추구권·거주 이전의 자유·주거의 자유에 영향을 미치게 됨은 분명하지만, 재건축에 반대하는 구분 소유자들의 구분소유권 및 대지사용권에 대한 같은 법의 제한에는 합리적인 이유가 있다고 인정”된다고 하여 재건축에도 공공 복리성이 인정된다는 취지의 설시를 하였다.

7) 그러나 판례의 태도와는 달리 재건축제도가 공공성이 희박하다는 점은 여러 곳에서 드러난다. 일반인들에게 재건축은 주거환경을 개선하기 위한 제도라기보다는 재산 증식의 수단으로서 더 강하게 인식되어 있다. 그리고 재건축 추진은 원칙적으로 민간(조합)이 주도한다. 반면에 행정관청은 각 단계마다 사후적으로 인가(조합설립인가, 사업시행인가, 관리처분계획인가)를 하거나 민간이 재건축을 추진하도록 유도정책(용적률 상향)을 만드는 것이 일반적이다.

지 아니한 자 등에 대하여 토지 또는 건축물에 대하여는 집합건물의소유 및관리에관한법률 제48조의 규정을 준용하여 매도청구를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 재건축에 동의하지 않는 사람들의 토지(재산권)를 강제적으로 확보(제한)할 수 있도록 하여 재건축 사업이 원활하게 이루어 질수 있도록 사업시행자(조합)에게 수용권과 유사한 공권력을 부여한 것이다.

3. 매도청구권 부여에 대한 헌법적 근거

대한민국 헌법 제37조 제2항에서 국민의 기본권(재산권)도 공공복리를 위하여 제한할 수 있다고 명시하고 있으며, 헌법 제23조 제3항에서도 정당한 보상을 지급하면 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 헌법 제122조에서도 국토의 이용에 대하여 필요한 제한과 의무를 부과할 수 있다고 규정하고 있다.

4. 검토

국토에 대해서는 헌법 제122조에서 기본권을 제한할 수 있음을 특별히 규정하고 있다. 이는 우리나라에서 부동산은 재산권으로서 뿐만 아니라 공공재로서 특수성도 매우 강하기 때문이다. 따라서 부동산에 대한 재산권 제한은 다른 기본권에 대한 제한보다 좀 더 폭넓게 인정될 여지가 있다. 또한 재건축의 공공성을 제고하고 재산권 침해방지를 위한 여러 가지 제도적 장치가 마련되어 있다. 첫째는 안전진단을 거쳐 명백하게 노후화되고 안전성이 위협받는 단지만이 재건축을 추진할 수 있도록 하고 있으며, 둘째는 재건축으로 인한 개발이익의 일부를 환수하고 임대 및 소형아파트를 의무적으로 건립하도록 하여 공공의 복리에 기여할 수 있도록 하고 있다. 마지막으로 재건축 결의는 매우 엄격한 정족수의 요건을 충족

하는 것을 요건으로 하여 개인의 재산권 침해를 최소화 할 수 있도록 하고 있다.⁸⁾ 따라서 재건축 제도의 위헌 가능성은 매우 낮다고 할 수 있다.

IV. 재건축조합의 법적 성격과 설립의 하자를 다루는 쟁송방법

1. 재건축조합의 법적 성격

가. 대법원의 입장

구 주택건설촉진법 하에서의 주택조합에 관하여 판례는 이른바 비법 인사단에 해당한다고 판시하였다.⁹⁾

그러나 도시정비법의 시행으로 재건축조합의 성격이 바뀌어 대법원은, “주택재건축사업은 ‘정비기반시설은 양호하나 노후·불량건축물이 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하기 위하여 시행하는 사업’으로서(법 제2조 제2호 (다)목), 도시·주거환경 정비기본계획의 수립(법 제3조), 정비계획의 수립 및 정비구역의 지정·고시(법 제4조), 조합 설립추진위원회의 구성 및 인가(법 제13조), 조합의 설립 및 인가(법 제16조), 사업시행인가

8) 도시및주거환경정비법 제16조 제2항 “주택재건축사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 집합건물의소유및관리에관한법률 제47조 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 주택단지안의 공동주택의 각 동(복리시설의 경우에는 주택단지안의 복리시설 전체를 하나의 동으로 본다)별 구분소유자의 3분의 2 이상 및 토지면적의 2분의 1 이상의 토지소유자의 동의(공동주택의 각 동별 구분소유자가 5 이하인 경우는 제외한다)와 주택단지안의 전체 구분소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 4분의 3 이상의 토지소유자의 동의를 얻어 정관 및 국토해양부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수의 인가를 받아야 한다. 인가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다. 다만, 제1항 단서의 규정에 의한 경미한 사항을 변경하고자 하는 때에는 조합원의 동의 없이 시장·군수에게 신고하고 변경할 수 있다.”

9) 대법원 1994. 6. 28. 선고 92다36052 판결.

(법 제28조), 관리처분계획의 수립 및 인가(법 제48조), 이전고시(법 제54조), 청산(법 제57조) 등의 절차를 거쳐서 이루어진다. 위와 같은 주택재건축사업의 내용 및 목적, 그 시행절차 등을 고려할 때, 주택재건축사업이 사적 개발사업의 성격도 가지고 있지만, 노후·불량한 건축물을 정비하여 주거환경을 개선한다는 공익적 성격이 보다 강하다고 할 것이다. 그리고 주택재건축조합은 법에 의하여 그 설립 목적과 절차가 규율되고, 조합원들에 대하여 각종의 권한을 행사하고 의무를 강제할 수 있으며, 사업시행과 관련하여 여러 가지 특례가 인정되며, 행정청의 감독을 받고, 국가 등으로부터 각종 지원을 받을 수 있는바, 이러한 사정에 비추어 보면 주택재건축조합은 조합원에 대한 법률관계에서는 특수한 존립목적을 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독 하에 그 존립 목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리의무 관계에서 있는 사단법인이라고 할 것이다.”라고 판시하여 재건축조합을 공법상 법인으로 보고 있음을 확인하였다.¹⁰⁾

나. 학설

국내 학자들 중에서도 정비조합에 관하여 그 행정주체성을 부정하는 견해는 찾아보기 어려운 것으로 보인다.¹¹⁾

다. 검토

재건축조합은 도시정비법상 정비사업조합으로서 공공사업의 시행을

10) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2007도694 판결.

11) 김종보·전연규 공저, 「2006 새로운 재건축·재개발 이야기」, 한국도시개발연구포럼, 2006, 384면; 송현진·유동규 공저, 「재개발·재건축 이론과 실무」, 법률출판사, 2009, 216면; 이범상, 「건설관련소송(개정판)」, 604면; 오진환, “재개발사업과 각종 쟁송방법”, 「법조」 제46권 제8호, 법조협회, 84-85면.

목적으로 설립되고 관계법령에 따라 국가의 감독 하에 일정한 행정작용을 수행하게 된다. 그렇다면 그 존립목적인 공공사무를 행하는 범위 내에서는 공법상 법인으로 봄이 타당하다고 할 것이다.

2. 재건축조합 인가의 법적 성격

가. 대법원의 입장

종래 대법원은 주택건설촉진법에서 규정한 바에 따른 관할시장 등의 재건축조합설립인가는 불량·노후한 주택의 소유자들이 재건축을 위하여 한 재건축조합설립행위를 보충하여 그 법률상 효력을 완성시키는 보충행위일 뿐이라고 판시하여 학설의 다수설과 동일한 입장이었다.¹²⁾

그러나 2009년 대법원 판례¹³⁾에 의하면 도시정비법상의 주택재건축 정비사업조합(이하 ‘재건축조합’이라고 한다)은 정비구역 안에 있는 토지와 건축물의 소유자 등으로부터 조합설립의 동의(이하 ‘조합설립결의’라 한다)를 받는 등 관계 법령에서 정한 요건과 절차를 갖추어 관할 행정청으로부터 조합설립인가를 받은 후 등기함으로써 법인으로 성립한다(도시정비법 제16조 제2항, 제5항, 제18조). 그리고 이러한 절차를 거쳐 설립된 재건축조합은 관할 행정청의 감독 아래 정비구역 안에서 도시정비법상의 ‘주택재건축사업’을 시행하는 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체로서의 지위를 갖는다. 따라서 이 판결에서는 행정청이 도시정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖추어 도시정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체

12) 대법원 2000. 9. 5. 선고 99두1854 판결.

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

(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 한다고 판시하여 종래 주택건설촉진법상의 재건축조합설립인가와 달리 도시정비법상의 재건축조합설립인가의 법적성격은 설권적 행위에 해당한다고 보았다.

나. 학설

공공조합의 설립인가에 관하여 강화상 인가로 보는 입장이 다수설이다.¹⁴⁾ 강화상 인가는 행정청이 제3자들간의 법률행위에 동의함으로써 그 효력을 완성시켜주는 보충행위를 말한다.

그러나 도시정비법상 조합설립인가에 대하여는 설권행위(특허)로 보는 입장도 있다.¹⁵⁾

다. 검토

(1) 재건축조합에 대한 인가를 보충행위로 볼 경우의 문제점

도시정비법상 재건축 조합을 설립목적인 공공사업을 행하는 범위 내에서는 공법인으로서의 지위를 가진다고 보고 있음에도 행정청의 인가를 단순히 보충적 행위로 볼 경우 그 지위의 근거가 무엇인지 문제될 뿐만 아니라, 조합설립인가를 보충행위로 보고 조합설립결의를 기본행위로 본다면 조합설립결의 무효확인소송에서는 제소기간의 제한이 없어 언제든지 제소할 수 있으므로, 정비사업절차를 매우 불안정하게 하고 법적 안정성을 현저히 침해하는 결과를 초래할 수 있다.¹⁶⁾

14) 박윤훈, 「행정법강의(상)」, 박영사, 2002, 324면; 김철용, 「행정법 I」, 박영사, 2010, 205면; 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2010, 338면; 김동희, 「행정법 I」 제16판, 박영사, 2010, 288면.

15) 김중권, 「행정법 기본연구 I」, 법문사, 2008, 311-313면.

16) 노경필, “도시정비법상 재건축·재개발사업과 행정소송”, 「사법」 제10호, 사법발전재단, 2009, 227-229면.

(2) 설권적 처분으로 볼 필요성

도시정비법의 해석상 정비사업조합이 공행정주체로서 정비사업시행자의 지위를 갖는다고 보는 이상, 그 근거는 행정청의 인가처분으로 보는 것이 타당하다. 뿐만 아니라 조합설립인가의 법적 성격을 설권행위로 본다면 도시정비법에서 규정하고 있는 조합설립요건 중 등기를 제외한 나머지 요건은 모두 조합설립인가처분의 요건으로 볼 수 있어 설립인가처분 취소소송에서 취소사유로 다룰 수 있게 된다.¹⁷⁾ 그럼으로써 분쟁의 대상을 집중시킬 수 있을 뿐 아니라 법적불안정상태를 단기간에 해소할 수 있다는 장점도 있다.

(3) 소결론

도시정비법상의 정비조합의 공공적 성격과 공행정주체로서의 지위를 인정하는 전제에서 법적 안정성을 유지하고 쟁송의 신속하고 효과적인 해결을 위해서는 조합설립인가의 성격은 설권적 행위로 봄이 타당하다고 하겠다.

3. 재건축조합의 설립의 하자를 다루는 방법

가. 관련 쟁송 방법의 구별

(1) 행정소송

(가) 취소소송과 무효확인소송의 관계

취소소송과 무효확인소송은 서로 양립할 수 없는 청구로서 별개의 독립된 소송이다. 그런데 일반적으로 행정처분의 무효확인을 구하는 소에는 원고가 그 처분의 취소를 구하지 아니한다고 밝히지 아니한 이상 그 처분이 만약 당연무효가 아니라면 그 취소를 구하는 취지도 포함되어 있

17) 노경필, 앞의 논문, 229면.

는 것으로 보아야 하므로¹⁸⁾ 당사자가 처분 취소의 소를 제기하였는데, 그 처분에 무효사유가 있는 것으로 판단되면, 처분을 취소하는 원고 전부 승소의 판결을 하여야 하지만 반대로 취소처분 무효확인을 구하는 소를 제기하였는데 단지 취소사유만이 있다고 판단되고, 또한 취소소송의 제기에 필요한 요건을 갖추었다고 판단될 때에는 당사자에게 무효확인이라든가 취소라도 구하는 것인지를 석명하여, 당사자가 처분의 취소를 구하지 않는다고 명백히 하지 않은 이상, 취소의 소로 청구를 변경하도록 한 후, 취소의 판결을 하여야 한다.¹⁹⁾

(나) 무효확인소송과 당사자소송과의 관계

처분이 무효인 경우는 공정력이 없어 누구나 어떠한 방법으로나 그 효력을 부인할 수 있는 것이므로, 무효확인의 소뿐만 아니라 당사자 소송으로도 다룰 수가 있다.²⁰⁾

(2) 행정소송과 민사소송의 관계

(가) 항소소송과 민사소송의 관계

항고소송은 처분의 취소, 무효확인 등을 구하는 점에서 권리관계의 존부에 관한 이행, 형성, 확인을 구하는 민사소송과 다르다. 양자를 구별하기 위해서는 행정청의 처분성을 인정할 수 있는 지 여부가 선결되어야 할 것이다.

(나) 당사자 소송과 민사소송의 관계

일반적으로 당사자소송은 대립되는 권리주체 사이의 공법상의 법률관계를 대상으로 한다는 점에서 민사소송과 구별된다. 그런데 무엇을 기

18) 대법원 1994.12.23. 선고 94누477 판결.

19) 서울행정법원 실무연구회, 「행정소송의 이론과 실무」, 2008, 9-10면.

20) 서울행정법원 실무연구회, 위의 책, 11면.

준으로 공법상 법률관계와 사법상 법률관계를 구별할 것인가에 관하여는 소송물을 기준으로 그 권리가 공법상 권리인가 사법상 권리인가를 구별하는 견해와 소송물의 전제가 되는 법률관계를 기준으로 양자를 구별하려는 견해가 대립하는데, 판례는 조세채권과 같은 국가나 지방자치단체의 금전청구권은 공법상의 권리로 보면서도, 이론상 행정사건이라고 할 수 있는 국가배상, 손실보상 등의 사건은 민사소송으로 처리하여 왔기 때문에 그 입장이 일관된 것으로 보기는 어려우나, 기본적으로는 전설에 입각하고 있는 것으로 보인다.²¹⁾

나. 조합설립인가 이전의 쟁송방법

(1) 조합설립결의 무효확인소송

재건축조합설립에 대한 행정청의 인가가 이루어지지 않은 이상, 아직 공법인이라고 볼 수 없고, 그렇다면 재건축조합의 법률적 성격은 민법상 비법인 사단에 불과하다고 보아야 할 것이므로, 이 경우에는 조합설립추진위원회를 피고로 민사소송에서 조합설립의 결의의 무효를 다툴 수 있다.²²⁾

(2) 조합설립결의 무효확인소송 중 조합설립인가처분이 있는 경우

그러나 당사자가 조합설립추진위원회를 피고로 민사소송에서 조합설립의 결의를 다투던 중, 행정청에 의한 조합설립인가처분이 있게 되면, 원고로서는 아래에서 보는 바와 같이 인가처분 취소소송으로 소를 변경할 필요가 있게 된다.

대법원은 원고들이 재건축결의 부존재를 이유로 조합설립의 무효를 구하는 소송에서, “이 사건 소는 공법상 법률관계에 관한 것으로서 행정소송의 일종인 당사자소송으로 제기된 것으로 봄이 상당하다. 따라서 이 사건

21) 서울행정법원 실무연구회, 앞의 책, 23면.

22) 노경필, 앞의 논문, 232면; 이영동, “재개발·재건축조합의 설립과 설립무효”, 「사법논집」 제49집, 법원행정처, 2009, 183면.

소는 제1심 관할법원인 서울행정법원에 제기되었어야 할 것인데도 서울 북부지방법원에 제기되어 심리되었으므로 확인의 이익 유무에 앞서 전속 관할을 위반한 위법이 있는바, 이송 후 행정법원의 허가를 얻어 이 사건이 조합설립인가처분에 대한 항고소송으로 변경될 수 있음을 고려해 보면 이송하더라도 부적법하게 되어 각하될 것이 명백한 경우에 해당한다고 보기는 어려우므로, 이 사건은 관할 법원으로 이송함이 마땅하다”고 판시한 바 있고,²³⁾ 재건축조합에 관리처분계획의 무효확인을 구하는 청구에 대하여, “그 무효확인 이 사건 소 제기 후인 2005. 3. 18. 관할 행정청의 인가·고시가 있었던 이상 따로 총회결의의 무효확인만을 구할 수는 없게 되었다고 하겠으나, 이송 후 행정법원의 허가를 얻어 관리처분계획에 대한 취소소송 등으로 변경될 수 있음을 고려하면, 그와 같은 사정만으로 이송 후 이 사건 소가 부적법하게 되어 각하될 것이 명백한 경우에 해당한다고 보기는 어려우므로, 이 사건은 관할법원으로 이송함이 상당하다”²⁴⁾고 하여 당사자 소송에서 취소소송으로의 소 변경과 함께 민사법원에서 행정법원으로의 이송도 허용하고 있다.

그렇다면 조합설립추진위원회를 피고로 하여 조합설립무효를 구하는 원고로서는 이송된 행정법원의 허가를 얻어 피고를 조합설립추진위원회에서 당해 행정청으로, 청구를 조합설립결의 무효확인에서 설립인가 취소소송으로 바꿀 수도 있다고 보인다.

반면, 민사소송에서 행정소송으로 소 변경이 허용되지 않는다는 입장에서 세게 되면 결국 원고로서는 기존 소송을 취하하고 새로 인가처분취소소송을 제기할 수밖에 없다고 볼 수도 있다.²⁵⁾

생각건대 당사자가 소 제기 시에 조합설립추진위원회에 대한 민사소송의 요건을 충족하였으나 후에 사정변경에 의하여 조합설립추진위원회

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

24) 대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결.

25) 노경필, 앞의 논문, 233면.

가 당사자적격을 상실하고 또한 소의 변경이 불가피하게 된 것이므로 소송경제와 신속한 분쟁의 해결이라는 소송법의 이상을 고려할 때, 이송과 당사자 변경을 허용함이 타당할 것이다.

다. 조합설립인가 이후의 쟁송방법

(1) 조합설립인가처분 취소·무효확인 소송

앞에서 살펴본 바와 같이 재건축조합설립에 관한 인가처분이 있게 되면 재건축조합은 공법인으로서의 지위를 가지게 된다. 그리고 이에 관한 인가처분의 성격은 설권적 행위로 볼 수 있음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그렇다면 조합설립과정에서 결의의 부존재 등을 다투려고 하는 원고의 주장은 결국 처분행위의 요건을 다투는 것으로 볼 수 있고 그에 관한 소송은 행정청의 처분을 다투는 것으로서 항고소송이 되어야 한다.

대법원도 조합설립결의는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것이어서, 조합설립결의에 하자가 있다면 그 하자를 이유로 직접 항고소송의 방법으로 조합설립인가처분의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 이와는 별도로 조합설립결의 부분만을 따로 떼어내어 그 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 원고의 권리 또는 법률상의 지위에 현존하는 불안·위험을 제거하는 데 가장 유효·적절한 수단이라 할 수 없어 특별한 사정이 없는 한 확인의 이익은 인정되지 아니한다²⁶⁾고 판시하여 조합설립이후에 설립결의 등의 하자를 다투는 경우 인가처분 취소소송에 의하여야 한다고 하였다.

(2) 조합설립 무효확인소송(당사자 소송)

조합설립인가처분이 당연무효라는 이유로 조합을 상대로 조합설립 자체의 무효확인을 구하는 소송을 생각해 볼 수도 있으나, 당사자 소송에

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

서 승소판결을 얻더라도 대세효가 인정되지 않으므로 조합설립인가처분 무효소송을 놔두고 조합설립 무효확인소송을 구하는 것은 확인의 이익이 인정되기 어려워 허용되기 어려울 것으로 보인다.²⁷⁾

V. 정관의 중요사항 변경을 위한 정족수 요건 검토

1. 문제의 소재

앞서 살펴본 바와 같이 재건축은 장기에 걸쳐 추진된다. 따라서 최초 재건축 결의 당시 작성한 사업계획과 실제 사업계획과는 차이가 있을 수 밖에 없으며 이러한 경우 사업계획을 변경하는 것은 불가피하다. 그런데 재건축 계획에 중대한 변경이 발생하고²⁸⁾ 이에 대하여 일부 조합원들이 동의할 수 없는 경우 어떤 절차를 거쳐야하는지 논란이 되었다. 즉 조합총회에서 중요한 사업계획을 변경할 경우 의결정족수를 도시정비법 제16조(인가사항 변경)를 적용하여야 할지 아니면 제20조(정관의 변경)으로 하여야 할지에 대한 다툼이 있었던 것이다. 그러나 2009년 2월 6일 도시정비법을 개정하면서 상대적으로 완화된 요건인 제20조를 적용하도록 함으로써 이러한 논란을 입법적으로 해결하였다.

하지만 현재 법원의 판단을 기다리고 있는 많은 재건축과 관련된 분쟁들은 도시정비법이 개정되기 전에 발생한 것이란데 문제가 있다. 따라서 개정된 법률에 대한 타당성의 평가와 더불어 과거의 분쟁에 대해서도 개정된 도시정비법과 동일한 기준을 적용할 수 있는가에 대한 검토가 필

27) 노경필, 앞의 논문, 233면.

28) 사업의 내용은 조합 정관에서 정하고 있으며 도시 및 주거환경 정비법 제20조 제1항에서는 제2호 조합원의 자격에 관한 사항, 제3호 조합원의 제명·탈퇴 및 교체에 관한 사항, 제4호 정비사업 예정구역의 위치 및 면적, 제8호 조합의 비용부담 및 조합의 회계, 제12호 공사비 등 정비사업에 소요되는 비용(이하 “정비사업비”라 한다)의 부담 시기 및 절차를 중요한 사항으로 보고 있다.

요할 것이다.

2. 근거 조문

가. 도시및주거환경정비법 제16조 제2항

주택재건축사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 집합건물의소유및관리에관한법률 제47조 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 주택단지안의 공동주택의 각 동(복리시설의 경우에는 주택단지안의 복리시설 전체를 하나의 동으로 본다)별 구분소유자의 3분의 2 이상 및 토지면적의 2분의 1 이상의 토지소유자의 동의(공동주택의 각 동별 구분소유자가 5 이하인 경우는 제외한다)와 주택단지안의 전체 구분소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 4분의 3 이상의 토지소유자의 동의를 얻어 정관 및 국토해양부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수의 인가를 받아야 한다. 인가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

나. 도시및주거환경정비법 제20조 제3항

(1) 현재 법률 조문

조합이 정관을 변경하고자 하는 경우에는 제16조 제1항부터 제3항까지에도 불구하고 총회를 개최하여 조합원 과반수(제1항 제2호 내지 제4호·제8호·제12호 또는 제15호의 경우에는 3분의 2 이상을 말한다)의 동의를 얻어 시장·군수의 인가를 받아야 한다.

(2) 2009년 2월 6일 개정전 법률 조문

조합이 정관을 변경하고자 하는 경우에는 조합원 과반수(제1항 제2호 내지 제4호·제8호·제12호 또는 제15호의 경우에는 3분의 2 이상을 말

한다)의 동의를 얻어 시장·군수의 인가를 받아야 한다.

3. 대법원의 입장

재건축조합 총회에서 ‘시공사 계약서에 포함될 내용’을 변경하여 조합원의 비용분담을 가중시키고자 하는 경우, 그 동의에 필요한 의결정족수는 조합원의 3분의 2 이상이라고 하였으며,²⁹⁾ 조합원의 비용분담 조건을 변경하는 것인 때에는 비록 그것이 정관 변경에 대한 절차가 아니라 할지라도, 그와 같은 내용이 피고 조합의 정관에 실제 규정되어 있는지 여부와 관계없이, 특별다수의 동의요건을 규정하여 조합원들의 이익을 보호하려는 구 도시정비법제20조 제3항, 제1항 제15호의 규정을 유추 적용하여 조합원의 3분의 2 이상의 동의를 요한다고 봄이 상당하다고 판시하였다.³⁰⁾

그러나 일부 판결³¹⁾에서는 재건축결의를 포함하는 조합설립의 동의에 관하여는 위 법 제16조 제2항의 의결 정족수에 의한 찬성결의가 필요하고, 그 후 재건축결의의 내용을 변경하고자 하는 경우에도 대통령령이 정하는 경미한 사항에 해당하지 않는 한 위 법 제16조 제2항의 의결 정족수에 의한 찬성결의가 필요하다 판시한 것으로 볼 때 일관성 있게 제20조를 적용하지는 않고 있다. 또한 제20조를 적용했던 대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다31884 판결에서 조차도 원심은 그 판시와 같은 사정들을 인정한 다음 제5호 안전에 관한 관리처분총회 결의가 재건축결의를 변경한 것이 아니라고 인정하여 그 총회 결의에 조합원 5분의 4 이상의 다수의 특별 의결정족수를 요하지 않는다고 판단하였는바 의결정족수에 관한 판단 부분이 적절하지 아니하기는 하나 이와 같은 잘못이 판결에 영향을 미

29) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다31884 판결.

30) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다31884 판결.

31) 대법원 2008. 1. 10. 선고 2007두16691 판결.

쳤다고 할 수 없다고 하고 있는 것으로 볼 때, 비록 대법원의 판단과는 다르지만 하급심에서는 제20조가 적용되는 것은 아니라는 생각을 갖고 있었던 것으로 보인다.

위와 같은 판례로 볼 때, 일단은 도시정비법 개정 이전에 재건축 계획과 관련된 중대한 변경사항(정관의 변경사항)이 있는 경우는 도시정비법 제20조에 따라 조합원의 3분의 2 이상의 동의를 받아야 하는 것이 대체적인 판례의 경향으로 볼 수 있다. 그리고 이러한 요건은 최소한 도시정비법 제20조의 요건 이하로 정족수를 완화할 수는 없다는 판단을 하고 있다.³²⁾

4. 검토(도시정비법 제20조 적용)

도시정비법 제20조를 적용하는 것이 타당하다. 우선 앞서 검토한 바와 같이 조합설립인가의 법적 성격을 처분적 행정행위로 본다면, 인가 이전의 민간(재건축설립추진위원회)의 기본행위와 인가 이후의 공법상 법인(재건축조합)의 정관변경행위를 동일한 관점에서 볼 필요는 없다. 게다가 재건축이 장기간에 걸쳐 추진되는 것이고 이에 따른 사업의 내용의 변경이 불가피 한데도 재건축 결의와 같은 엄격한 요건을 요구한다면, 재건축 추진이 거의 불가능할지도 모른다는 현실적인 문제도 고려하여야 한다.

그런데 도시정비법 개정으로 상대적으로 완화된 요건인 도시정비법

32) 재건축조합의 정관 규정이 조합원들의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 '시공사 계약서에 포함될 내용'에 관하여 그것이 당초의 재건축결의의 내용을 실질적으로 변경하는 것임에도 불구하고 조합원의 3분의 2 이상의 의결정족수에 못 미치는 동의로도 가결할 수 있도록 규정하고 있는 경우에는, 구 도시및주거환경정비법(2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정되기 전의 것) 제16조 제2항 소정의 엄격한 동의요건을 거쳐 성립한 재건축결의의 내용이 용이하게 변경되어 재건축결의의 기초가 흔들릴 수 있을 뿐만 아니라, 일단 변경된 내용도 다시 이해관계를 달리하는 일부 조합원들의 이합집산에 의하여 재차 변경될 수 있어 권리관계의 안정을 심히 해하고 재건축사업의 원활한 진행에 상당한 장애를 초래할 수 있으므로, 그러한 정관의 가결정족수 규정은 사회관념상 현저히 타당성을 잃은 것으로서 그 효력을 인정하기 어렵다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다31884 판결).

제16조가 적용될 경우 조합원들의 재산권을 침해하는 결과를 야기할 위험이 있다는 우려도 있다. 도시정비법은 매수청구권 제도가 재산권 침해할 수 있기 때문에 재건축 결의의 요건을 강화함으로써 위헌의 가능성을 상쇄시키고 있다. 그런데 재건축 결의의 내용인 정관의 중요사항을 변경하면서 상대적으로 완화된 요건인 제20조를 적용하는 것은 재건축 결의의 요건을 강화한 취지와 어긋나는 것이다. 또한 이러한 점을 악용하여 처음에는 허위의 정관으로 조합설립인가를 받고, 이후 완화된 요건으로 정관을 변경하는 조합이 나타날 우려도 있다.

하지만 정관 내용이 변경됨으로써 현저하게 형평을 잃게 되는 경우에는, 재건축 결의의 하자를 이유로 재건축조합설립인가의 취소를 구하여 구제받을 수 있는 방법이 있다. 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제47조를 도시정비법상 재건축에 유추적용하여 조합원 간에 현저히 형평에 반하는 변경인 경우, 그 결의의 무효를 주장할 수 있기 때문이다. 판례 역시 같은 태도이다.³³⁾ 그리고 무엇보다도 조합설립인가가 재량행위인 설권적 처분이라면 행정청은 조합설립인가시 재건축의 사업계획에 대하여 적정성을 엄격하게 평가하여³⁴⁾ 재건축으로 인한 재산권 침해와 조합의 악용에 대한 우려를 예방하는 것이 법원에 의하여 사후적으로 분쟁을 해결하는 것보다 바람직할 것이다.

33) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제47조 제3항, 제4항에 의하면 재건축의 결의를 할 때에는 건물의 철거 및 신건물의 건축에 소요되는 비용의 분담에 관한 사항과 신건물의 구분소유권의 귀속에 관한 사항을 정하여야 하고, 위와 같은 사항은 각 구분소유자 간의 형평이 유지되도록 정하지 아니하면 아니 되므로, 재건축의 결의가 위와 같은 사항에 관하여 각 구분소유자 간의 형평에 현저히 반하는 경우에는 이러한 재건축결의는 특별한 사정이 없는 한 무효이다(대법원 2009. 6. 25. 선고 2006다64559 판결).

34) 이는 조합설립인가를 설권적 처분행위로 보고 행정청의 재량권을 인정하기 때문에 가능하다.

Ⅵ. 결어

재건축사업은 과거에 공공성보다는 민간사업으로서 투자대상으로 인식되었고 그 규율에 있어서도 재개발사업과 달리 엄격하지 않았다. 하지만 도시정비법에 의해 재건축사업이 규율되고 공공관리제도 도입된 이상 이제 공공성 있는 사업으로 규율하고자 하는 입법자의 취지를 충분히 고려하여 관리될 필요가 있다.

그런 의미에서 재건축사업에 있어 매도청구권에 관한 규정은 위헌이라고 보기 어렵다. 또한 재건축조합에 대한 인가처분은 행정청이 재건축조합을 공법인으로 설립을 허가하는 설권적 행위에 해당하므로 조합설립행위의 하자는 인가처분이 행해진 이후로는 인가처분에 대한 항고소송으로 다 투도록 규율함은 문제의 신속하고 일관된 해결을 위해 바람직하다. 그리고 마찬가지로 취지에서 조합설립의 정관변경을 위한 정족수도 도시정비법 제20조를 적용하여 조합원 3분의 2 이상의 동의를 받아야 한다.

주제어 : 재건축, 규제, 재건축조합, 정관변경, 쟁송방법, 주거환경정비법, 위헌성

[Abstract]

The Legal Regulation on Reconstruction Union

Yun-Kuk Nam · Yong-Min Cho*

Since multi-housing reconstruction was recognized not as a public project but as an investment business, the governmental regulation had not been so tight. However, after the Act on the Maintenance and Improvement of Urban Areas and Dwelling Conditions for Residents, which regulates both multi-housing reconstruction and urban redevelopment together, was enacted, the government started to control the process of multi-housing projects. And now, multi-housing reconstruction should be considered as a public project.

By the legislation of the new act, the disconstitutional dispute for the past act which regulated the multi-housing reconstructing may disappear because the more governmental controls may justify the right of eminent domain exercised by the reconstruction-cooperative. Moreover, the administrative Court should take charge on the conflicts which could happens during the period of reconstruction because the cooperative is not a private union but a public organization after the sanction of union establishment by the government. From the same point of view, it is more proper to apply the article 20 in the Act on the Maintenance and Improvement of Urban Areas and Dwelling Conditions for Residents when there are important changes on reconstruction plans because the article 18 is supposed to be applied to private unions and not to public cooperatives.

* J.D. Candidates 2012, Konkuk Law School.

Key Words : Reconstruction, Reconstruction of Housing, Regulations on reconstruction, Reconstruction Union