

01 화제의 판결

- 조합설립인가처분의 성격 및 하자의 기준 (최찬욱 변호사)

14 건설부동산 칼럼

- 도급인/수급인의 파산과 도급계약의 효력 (정정태, 배지영 변호사)

18 최신법령소개

- 「주택법 시행령」 일부개정 (2010. 11. 10. 시행)
- 「도시개발법 시행규칙」 일부개정 (2010. 10. 15. 시행)
- 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 시행령」 일부개정 (2010. 10. 14. 시행)
- 「역세권의 개발 및 이용에 관한 법률 시행령」 일부개정 (2010. 10. 16. 시행)
- 「도로법 시행령」 일부개정 (2010. 9. 23. 시행)

26 화제의 뉴스

- 건설사 지원 P-CBO 5천억 연내 발행
- 법원 “서울 금호지역 재개발 취소 계획”
- PF 지급보증에 발목잡힌 건설사의 묘수 찾기
- 재개발 사업장 분쟁 대폭 줄어들 듯
- 세종시 포기 건설사 계약금 못 받는다

33 최신판례소개

- 부당이득반환 (대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다59646 판결)
- 물품대금 (대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다53273 판결)
- 이행강제금부과처분취소 (대법원 2010. 10. 14. 선고 2010두13340 판결)
- 부당이득반환 (대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다37905 판결 판결)

법무법인 지평지성의 Newsletter는 일반적인 법률 정보를 신속하고 정확하게 전달할 목적으로 제공되고 있으며, 이에 수록된 내용은 법무법인 지평지성의 공식적인 견해나 구체적인 사안에 관한 법적인 효력을 지닌 법률 자문이 아닙니다. 구체적인 내용은 법무법인 지평지성의 변호사 및 전문가와 상담하여 주십시오.

(화제의 판결)

조합설립인가처분의 성격 및 하자의 기준

1. 서론 : 공법관계로 정리된 정비사업

2002. 12. 30. 제정된 도시 및 주거환경정비법(이하 '도시정비법')은 도시기능의 회복이라는 유사한 기능을 하는 사업임에도 개별 법규로 규제되던 주택재개발사업, 주택재건축사업 및 주거환경개선사업 및 도시환경정비사업을 정비사업의 개념에 포괄하여 규제하고 있습니다.

도시정비법 제정 이전에 주택건설촉진법(이하 '주축법'), 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법')에 의하여 진행되던 주택재건축사업은 조합설립인가와 사업계획승인시에만 행정처분으로 공법적 통제를 받았다는 점에서 주택재건축사업을 시행하는 조합이 유리한 것으로 인식되었으나, 토지소유권 확보의 어려움이나 법률관계의 불안정 등은 약점으로 작용하였습니다.¹ 그러나 도시정비법의 제정으로 조합설립인가와 사업계획승인이라는 공법적 통제만 받았던 주택재건축사업도 조합이 시행하는 다른 정비사업의 경우와 마찬가지로 '정비구역의 지정', '추진위원회 승인', '조합설립인가', '사업시행인가', '관리처분계획인가', '이전고시', '청산금부과처분'의 행정처분으로 공법적인 통제를 받게 되었습니다.

2. 도시정비법 시행 전후 조합설립동의의 하자에 대한 법원의 판단

주택재건축사업은 전형적인 공법으로 규제되던 주택재개발사업과는 달리 재건축결의, 권리배분에 관한 규율을 사법인 집합건물법과 일반 사법의 원리에 따라 해결하여 왔습니다. 도시정비법 시행 이전에 선고된 법원의 판례는 재건축결의라는 집단적 의사결정절차에서 1명의 개인이라도 결의사항을 불충분하게 고지받았다면 전체 재건축결의를 무효시킬 수 있는 근거를 마련하였고, 최근 대법원 판결에 의하여 조

¹ 새로운 재건축·재개발이야기 1, 김중보, 전연구 공저, 한국도시개발포럼, 2008, 33쪽.

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

합설립인가처분의 성격이 설권적 처분으로 규정되기 전까지 아무런 수정 없이 대표적인 판시내용을 반복해서 원용하고 있었습니다. 그 대표적인 판시 내용은 다음과 같습니다.

“집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제47조 제2항에 의하면 재건축의 결의는 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 다수에 의한 결의에 의하도록 규정되어 있고, 같은 조 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 아니된다고 규정하고 있는바, 위 재건축 비용의 분담에 관한 사항은 구분소유자들로 하여금 상당한 비용을 부담하면서 재건축에 참가할 것인지, 아니면 시가에 의하여 구분소유권 등을 매도하고 재건축에 참가하지 않을 것인지를 선택하는 기준이 되는 것이고, 재건축 결의의 내용 중 가장 중요하고 본질적인 부분으로서, 재건축의 실행단계에서 다시 비용 분담에 관한 합의를 하지 않아도 될 정도로 그 분담액 또는 산출기준을 정하여야 하고 이를 정하지 아니한 재건축 결의는 특별한 사정이 없는 한 무효이다(대법원 1998. 6. 26. 선고 98다15996판결, 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다77819 판결 등, 이상 집합건물법상 재건축결의사항 중 비용분담에 관한 사항)”

도시 및 주거환경정비법(2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정되기 전의 것) 제16조 제2항 및 같은 법 시행령(2005. 3. 8. 대통령령 제18736호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항에 의하면, 주택재건축사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 건설되는 건축물의 설계의 개요, 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액, 그 비용의 분담에 관한 사항, 사업 완료후의 소유권의 귀속에 관한 사항에 대하여 토지 등 소유자의 동의를 받아야 한다고 규정하고 있는 바, 이러한 건물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 분담에 관한 사항은 토지 등 소유자들로 하여금 상당한 비용을 부담하면서 재건축에 참가할 것인지, 아니면 시가에 의하여 소유권 등을 매도하고 재건축에 참가하지 않을 것인지를 선택하는 기준이 되는 것으로 조합설립동의의 내용 중 가장 중요하고 본질적인 부분이므로, 토지 등 소유자들이 각자 어떤 ○○아파트 등을 신청할 수 있는지, 토지 등 소유자의 권리가액 평

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

가방법, 앞으로 신청할 ○○아파트 등의 분양가액은 권리가액과 대비하여 어떠한 비율로 책정되는지 등 재건축의 실행단계에서 다시 비용 분담에 관한 합의를 하지 않아도 될 정도로 그 분담액 또는 산출기준이 정하여져야 한다고 할 것이고, 이러한 사항을 정하지 않은 조합설립동의서에 기초한 재건축을 위한 결의는 무효라고 할 것이다(대구지방법원 2009. 4. 10. 선고 2007나11997 판결 참조).

위와 같이 도시정비법이 시행된 이후에도 다수의 하급심 판례에서는 종래의 민사법원이 내렸던 재건축결의하자에 관한 법리를 문장도 변함없이 거의 차용하고 있던 실정이었습니다. 이러한 법리를 그대로 차용하거나 심지어 주택재건축사업이 아닌 주택재개발사업, 도시환경정비사업에까지 해당 법리를 넓혀 적용한 하급심 판례의 태도 때문에 전국의 정비사업조합은 혼란 속에 빠지고 말았습니다. 이에 대하여 드물게 보는 하급심 판례에서는 위 법리를 차용하면서도 주택재건축사업의 실태를 반영하여 추후 보완을 통한 치유 법리나 종래 법리를 완화하는 논리를 보완적으로 적용하여 재건축결의하자 내지 조합설립동의하자에 대한 새로운 해석을 하려는 시도를 보여주었습니다.

“...피고는 이 사건 소가 제기된 이후 피고가 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 분담에 관한 사항 등에 대하여 재개발사업의 실행단계에서 다시 그에 관한 합의를 하지 아니하여도 될 정도로 구체적으로 정하여 토지 등 소유자로부터 새롭게 조합설립동의를 받았으므로, 피고의 설립은 유효하다고 주장한다...이 사건 제2동의서에 첨부된...종전 토지 및 건축물의 감정평가현황, 권리가액의 인정기준, 조합원에 대한 공동주택의 공급면적 및 분양가격 등이 상세히 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있다. 위 인정사실에 의하면 이 사건 조합설립동 의와는 별도로 이 사건 제2동의서에 기초하여 조합설립동 의가 유효하게 이루어졌다고 봄이 상당하므로 결국 피고의 설립은 유효하다 할 것이다(서울북부지방법원 2009. 6. 12. 선고 2009가합1348 판결)”

“...다만, 조합설립인가 당시 위와 같은 사항에 관하여 동 의가 없다고 하더라도, 재건축사업의 실행단계에서 조합원 총회에서 그 비용의 분담에 관한 사항 등에 관하여 도정법상 가중정족수에 의한 결의가 있고 그 결의의 내용이 조합원들 간의 형평이 유지되도록 정한 것이라면,

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

위와 같은 하자는 치유된다고 봄이 상당하다(서울행정법원 2009. 3. 26. 선고 2008구합16995 판결)

“다만, 집합건물의 재건축은 보통 개별 동에 국한되지 아니하고 수개의 동으로 이루어진 일단의 단지 내에 존재하는 수많은 구분소유자 전원을 상대로 하는 사업인 만큼 그 추진과정에서 다양한 이해관계가 교차되어 의견을 통일하기가 쉽지 않고, 그 추진과정에서 재건축에 추가로 참가하거나 탈퇴하는 구분소유자가 생길 뿐 아니라 법령의 개정, 주택시장의 변화 등으로 외부여건이 변동하게 마련이어서 재건축을 추진하는 초기 단계에서 구체적이고도 확정적인 추진계획을 마련할 것을 요구하기는 어렵고, 재건축추진위원회의 활동, 조합의 설립, 사업관계자와의 협의 등의 과정을 거치면서 단계적·발전적으로 형성되어 건축설계나 사업계획 등이 완성되면서 사업의 전반적인 모습이 비로소 구체적인 모습을 드러내는 것이 통례라고 할 것이다. 이러한 사정을 감안하여 집합건물법 제47조 제3항 제2호는 재건축결의사항 중 하나로 ‘건물의 철거 및 신건물의 신축에 소요되는 비용의 개산액’이라고 규정한 것으로 보이고, 제3호는 ‘제2호의 개산액을 기준으로 한 비용의 부담’을 규정한 것으로 보인다. 뿐만 아니라, 2003. 7. 1.부터 시행된 도시정비법 제11조 제1항에 의하면 조합은 설립인가를 받은 후에야 시공사를 선정할 수 있도록 규정함으로써 조합 창립총회 당시에 조합원들이 비용분담에 관한 구체적인 합의를 하기가 더욱 어렵다고 할 것이다. 이러한 사정상 조합설립동의사항을 열거한 도시정비법 시행령 제26조 제1항 중 제2호 ‘건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액’, 제3호 ‘제2호의 금액을 기준으로 한 비용의 부담’을 규정하고 있는 것으로 보인다. 또한 도시정비법 제48조 제1항에 의하면 시공사 선정 후 분양신청 기간이 종료된 다음 분양신청 현황을 기초로 ‘분양대상자별 분양예정인 대지 또는 건축물의 추산액, 분양대상자별 종전의 토지 또는 건축물의 명세 및 사업시행인가의 고시가 있는 날을 기준으로 한 가격, 정비사업비의 추산액 및 그에 따른 조합원 부담규모 및 부담시기’ 등의 사항이 포함된 관리처분계획에 대하여 조합총회의 의결을 거쳐 시장·군수의 인가를 받도록 하고 있어, 관리처분계획의 인가단계에서야 비로소 조합원의 비용분담사항이 어느 정도 구체화될 수 있고, 재건축결의 또는 조합설립동의 당시에는 조합원의 비용분담사항에 대하여 구체적 금액으로 정할 수 없고 산출기준으로 정할 수 밖에 없는 어려움이 있는 것이 현실이다. 따라서 재건축결의 또는 조합설립동을 하면서 ‘건물의 철거 및 신건물의 신축에 소요되는 비용의 부담’에 관한 사항 등을 정할 때에는 재건축의 실행단계에서 다시

비용분담에 관한 합의를 하지 않아도 될 정도로 그 분담액을 구체적으로 정하기는 사실상 어렵다고 할 것이고, 다만 구분소유자들로 하여금 상당한 비용을 부담하면서 재건축에 참가할 것인지를 선택할 수 있도록 그 개략적인 금액을 기준으로 비용분담의 산출기준을 정하면 족하다고 하여야 할 것이다(서울고등법원 2009. 7. 30. 선고 2008가합71928 판결)².

위 판례들은 집합건물법 제47조의 재건축결의와 도시정비법 제16조의 조합설립동의를 동일시한다는 점에서 공통적인 견해를 가지고 있습니다. 그러한 견해는 조합설립인가를 행정법상 기본행위(재건축결의, 조합설립동의)를 보충해 주는 정도의 효력을 가진 강학상 인가로 인식하는 기존 대법원 판례의 한계를 넘지 못한 것입니다(대법원 1994. 10. 14. 판결 93누22753판결, 대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다13694 판결).

따라서 법원이나 정비사업전문변호사들은 기본행위인 조합설립동의의 하자를 치유하는 방법 내지 보완하는 방법 및 그 정당성에 대한 법리를 구성하려고 많이 노력하여 왔습니다.

3. 조합설립인가처분의 성격에 대한 대법원 판례의 변화 : 관할의 변경

위 인가처분의 성격에 대한 학설상 논의가 정리되지 않은 상태에서 대법원은 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결을 통해 관리처분계획에 대한 총회결의는 관리처분계획이라는 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과하다고 판시하였습니다. 관리처분계획은 인가·고시된 경우 행정처분으로서 효력이 발생하게 되는데, 종전의 태도로 본다면 관리처분계획에 대한 총회결의는 기본행위이고, 인가처분은 이를 보충해 주는 강학상 인가에 머무르게 됩니다. 그러나 위 전원합의체 판결은 종래 대법원 판결에서는 기본행위로 평가해 줄 총회결의가 절차적 요건 중 하나에 불과하다고 판단한 것입니다. 이러한 변화는 쟁송의 유형에도 변화를 주어 관리처분계획에 대한 인가·고시가 있는 경우 총회결의의 하자를 이유로 처분의 효력

² 다만 상고심인 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다64864판결은 원심을 행정법원에 이송한다는 취지로 파기이송하였습니다.

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

을 다투는 소송은 항고소송으로서 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하는 것으로 수정되었습니다.

대법원은 곧이어 추후 조합설립무효의 판단과 관련하여 큰 변화를 불러일으키게 되는 판시를 하였습니다. 대법원은 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결에서 행정청이 도시정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 **법령상 요건을 갖추 경우 도시정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다**고 판시하였습니다.

그리고 대법원은 재건축사업에 있어 부동의 역할을 해온 조합설립결의(동의)의 지위를 하자가 있을 경우 조합설립 자체를 무효로 만들어버리는 중대한 기본행위에서 **조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는데 필요한 요건 중 하나에 불과한 것으로** 행정법적 시각으로 바로 잡게 됩니다.

이러한 조합설립결의(동의)의 법적 성격에 대한 대법원의 태도 변화는 전원합의체로 이루어진 것은 아니었습니다만, 도시정비법이라는 공법과 그 안에 규정된 조합설립인가처분이라는 공법인을 만들어내는 독특한 성격의 행정행위가 본질 그대로 법원에서 인정받기 시작한 기초가 마련되었다는 데 의미가 있었습니다.

대법원은 기본행위를 민사법원에서 다투는 조합설립무효(확인)소송, 재건축결의무효확인소송, 관리처분총회결의무효확인소송 등을 모두 행정법원에서 관련 처분에 대한 항고소송으로 정리할 것을 요구하였고, 정비사업관계자들은 행정법원이 사정판결도 가능한 행정사건으로서 성격을 반영하여 심리할 것이라고 입을 모았습니다. 그 기대의 근거는 바로 행정처분의 공정력이었고, 무효에만 이르지 않는다면 이미 쟁송기간이 지난 상태가 다수였으므로 이미 완성된 법적 상태를 보존할 수 있으리라 기대하고 있었습니다.

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

그런데 민사법원의 경우에도 갑자기 늘어난 조합설립무효(확인)소송에 대한 반성적 고려로서 가능하면 치유를 인정해 주고, 심지어 종래 비용분담에 관한 사항에 대한 엄격한 판단기준에서 하급심으로 갈수록 추후 보완을 통한 치유를 적극적으로 허용해 주는 쪽으로 변화하던 중이었습니다. 즉 신(新)동의서를 징구하여 서증으로 제출하면 어떻게든 조합설립무효만큼은 면하게 해주고자 하는 움직임이 일고 있었습니다.

행정법원은 갑자기 관할을 가지게 된 정비사업에 관한 쟁송들에 대하여 행정사건의 기준을 가지고 도시정비법이 추구하는 목적, 재건축사업의 공공성, 공법인인 조합의 이익과 침해받는 개인의 이익 등을 형량하여 결론을 내려야 했습니다. 그런데 초기 행정법원은 오히려 민사법원의 하급심에서 추구하고 있는 소급적인 하자의 치유 방식(물론 무효의 법리와 어긋나는 부분은 있습니다)보다 엄격한 잣대를 보여주었고, 2009년 이전 대법원 판례의 설시를 그대로 차용하였습니다.

“우선 이 사건 관리처분계획의 조합 설립 인가에 관한 하자의 치유 여부에 관해 본다. 재개발조합설립에 관한 동의 당시 비용의 분담에 관한 사항을 정하지 않고 사업실행단계에서 조합원총회가 이에 관해 결의하는 경우(새로이 동의를서를 징구하는 경우에도 같다) 이해관계가 대립하는 조합원들간의 형평을 보장하기 위해 조합설립시 필요한 토지 등 소유자의 동의에 관한 요건을 충족해야 하고(다만, 이 경우 조합원총회결의 또는 새로운 동의서 징구 당시 법에 의해 요구되는 동의에 관한 요건을 충족하면 된다고 할 것이다), **이 경우 최초 조합설립 동의에 존재하던 하자는 치유돼 그때부터 유효하게 되거나 그때 새로운 동의가 있는 것으로 봄이 상당하다**(대법원 1998.6.26. 선고 98다15996 판결, 2005.4.21. 선고 2003다4969 전원합의체 판결 등 참조)고 할 것이므로, **비록 피고 조합이 이 사건 관리처분계획 수립 후 이 사건 사후 동의를서를 다시 제출받았다고 하더라도 피고 조합의 설립인가가 소급적으로 유효하게 돼 이 사건 관리처분계획 또한 소급적으로 적법하게 되는 것은 아니라고 할 것이다**(서울행정법원 2009. 12. 4. 선고 2009구합11973)

민사법원에서 일고 있었던 움직임이 법리적으로 정치하다고 보기는 어려웠지만, 피고가 된 조합들은 나름 조금씩 변해가고 있던 법원의 태도에 밤낮 땀을 흘리며 새

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

로운 동의서를 징구하고 있을 때였으나, 위 행정법원의 판단에 따라 또 주저앉을 수 밖에 없었던 것입니다.

이처럼 종래 민사법원에서 오랜 기간 동안 고민해 오던 논리들이 행정법원에는 제대로 전달이 되지 않거나 적용 자체가 배제되었고, 행정법원은 결정적인 판단에 있어서는 종래 대법원이 취해 오던 재건축결의·조합설립동의의 하자에 관한 엄격한 기준만을 차용해 올 뿐이었습니다.

그렇지만, 조합설립인가처분을 설권적 처분으로 보고, 조합설립결의(동의)가 인가처분이 내려지는 절차의 한 요건에 불과하다면 과연 조합설립결의(동의)에 어느 정도 하자가 있다고 하더라도 전체 인가처분이 무효가 되는 것은 부당한 것이고, 저희 법인은 다수의 조합설립무효사건, 매도청구사건등에서 이를 극복할 논리를 고민하였습니다. 그 결론은 바로 처분의 하자기준으로 판례와 통설이 받아들이고 있던 중대명백설의 신중한 적용이었습니다. 우리나라의 통설·판례는 행정처분의 하자가 중대한 법규의 위반이고 또한 그것이 외관상 명백한 것인 때에는 무효이고, 그에 이르지 않는 것인 때에는 취소할 수 있음에 불과하다고 보고 있습니다(대법원 20078. 6. 14. 선고 2004두619판결).

그러나 정비사업분쟁을 처음 접하게 된 행정법원은 다른 처분의 하자는 중대명백설에 의하여 판단하면서 조합설립인가처분의 하자에 대해서는 그 기본행위인 조합설립결의(동의)의 하자를 절대적이라고 할 만큼 높게 평가하여 전체 인가처분의 무효를 판단하는 기존 대법원 판결의 태도를 답습하였습니다. 즉 행정법원은 무효가 아닌, 취소될 수 있는 재건축결의의 하자, 조합설립동의의 하자에 대하여 기준을 만들지 않았습니다. 도리어 그 판시는 "...이 사건 동의서에는 신축건축물의 설계 개요로서 대지와 건축 연면적, 층수와 철거비와 신축비, 기타 사업비용의 액수가 기재돼 있고, 비용분담에 관해 피고 조합 정관에서 정하는 것으로 기재돼 있다. 그렇지만, 피고 조합 정관에는 비용분담에 관한 결정권한이 총회에 있음을 정하고, 정비사업비의 조달원천과 조합원에게 정비사업비를 부과하는 절차와 징수방법에 관해 정하고 있으나, 비용을 분담하는 기준에 관해서는 '추후 사업시행구역 안의 토지 및

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

건축물 등의 위치·면적·이용상황·환경 등 제반 여건을 종합적으로 고려해 관리처분 계획에 따라 공정하게 금액을 조정해야 한다'라는 추상적이고 지극히 당연한 내용만 기재돼 있을 뿐이다"라고 종전 민사법원에서 실시하던 내용을 그대로 이기한 것에 불과했습니다(서울행정법원 2009. 12. 4. 선고 2009구합11973 판결). 위 하급심 판결은 위 내용 중 '추상적이고 지극히 당연한 내용'이라는 판단은 무엇을 근거로 하였는지, 또한 정관의 규정이 왜 구체적이지 못한지에 대한 설시가 없습니다.

주택재건축사업에 대한 행정을 책임지고 있는 조합과 공무원으로서 국토해양부라는 소관부처가 고시한 규범인 정비사업조합설립추진위원회 운영규정 별지 조합설립동의서 양식의 하자를 외관상 명백히 알 수 있었느냐는 문제는 반드시 짚고 넘어가야 했습니다. 조합설립동의서의 하자유무, 특히 법원이 일관되게 판시해 오는 비용분담의 사항의 하자는 공무원이 직무의 성실한 수행상 당연히 요구되는 조사대상이라고 보기도 어렵거니와 다음 대법원 판례에 의하더라도 공법인인 조합, 담당공무원 등 행정주체의 행위의 하자를 책할 수 없다고 보아야 하므로 외관상 명백한 하자라고 단정하기 어렵습니다.

"행정처분에 사실관계를 오인한 하자가 있는 경우 그 하자가 중대하다고 하더라도 객관적으로 명백하지 않다면 그 처분을 당연무효라고 할 수 없는 바, **하자가 명백하다고 하기 위하여는 그 사실관계 오인의 근거가 된 자료가 외형상 상태성을 결여하거나 또는 객관적으로 그 성립이나 내용의 진정을 인정할 수 없는 것임이 명백한 경우라야 할 것이고, 사실관계의 자료를 정확히 조사하여야 비로소 그 하자 유무가 밝혀질 수 있는 경우라면 이러한 하자는 외관상 명백하다고 할 수 없다**(대법원 1992. 4. 28. 선고 91누6863판결)"

따라서 행정법원은 민사법원에서 이관된 사건이므로 이전 사건에서 최고법원이 세워놓은 논리구조 대로 판단하는 것이 아니라, 항고소송에서 무효, 취소를 구분하는 기준에 따라 엄밀히 도시정비법상 행정처분의 하자를 판단하여야 할 부담을 가지게 되었습니다. 무효·취소의 구분은 만일 조합설립인가처분이 무효가 된다면, 그 하자가 승계되어 그 이후의 처분들이 모두 무효가 될 수 밖에 없으나, 취소사유에 불

과하다면 쟁송기간이 지난 후에는 그 이후의 처분들에 대하여 하자승계를 이유로 위법을 주장할 수 없기 때문에 실익이 있습니다.³

4. 백지 동의서를 둘러싼 조합설립무효확인소송에 대한 대법원 판례의 변화

조합설립인가처분의 하자에 대한 중대명백설의 구체적 기준에 대한 논쟁은 조합설립무효확인소송에서 피고 조합의 항변이나 매도청구소송에서 원고 조합의 주장과 관련하여 의미가 있습니다. 대법원은 주택재건축정비사업조합 설립에 대한 토지 등 소유자의 동의가 '정비사업조합 설립추진위원회 운영규정'(건설교통부 고시 제 165호)의 붙임 운영규정안 제34조 및 [별지3-1]주택재건축정비사업조합설립동의서(이하 '표준동의서')에 의해 이루어진 사안에서, 위 표준동의서상의 기재 내용이 조

³ 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두11951 청산금처분취소사건의 판결은 위 논의의 실익을 보여주고 있다.

“구 도시재개발법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 폐지되기 전의 것) 제34조, 제35조, 제42조, 제43조의 각 규정에 의하면, 관리처분계획은 주택재개발사업에서 사업시행자가 작성하는 포괄적 행정계획으로서 사업시행의 결과 설치되는 대지를 포함한 각종 시설물의 권리귀속에 관한 사항과 그 비용 분담에 관한 사항을 정하는 행정처분이고, 청산금부과처분은 관리처분계획에서 정한 비용 분담에 관한 사항에 근거하여 대지 또는 건축시설의 수분양자에게 청산금납부의무를 발생시키는 구체적인 행정처분으로서, 청산금부과처분이 선행처분인 관리처분계획을 전제로 하는 것이기는 하나 위 두 처분은 각각 단계적으로 별개의 법률효과를 발생시키는 독립된 행정처분이라고 할 것이므로, 관리처분계획에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 된 경우에는 그 관리처분계획에 위법사유가 있다 할지라도 그것이 당연무효의 사유가 아닌 한 관리처분계획상의 하자를 이유로 후행처분인 청산금부과처분의 위법을 주장할 수는 없다.

그런데 원고(선정당사자, 이하 '원고')가 이 부분 상고이유로 주장하는 사유들은 모두 관리처분계획에서 정하고 있는 비용 분담에 관한 사항 즉 청산금 산정방법에 하자가 있다는 것으로서 설령 그 주장과 같은 하자가 있다 하더라도 그러한 하자는 다른 특별한 사정이 없는 한 중대하고도 명백하다고 볼 수 없어 관리처분계획의 당연무효 사유에는 해당하지 아니한다(대법원 2002. 12. 10. 선고 2001두 6333 판결 등 참조).

원심이 같은 취지에서 이 사건 관리처분계획에 이미 불가쟁력이 발생한 이상 관리처분계획에 원고가 주장하는 바와 같은 하자가 있다 하더라도 그러한 이유로 이 사건 청산금부과처분을 다룰 수 없다고 판단한 것은 옳고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 청산금 산정에 관한 법리오해나 심리미진, 채증법칙 위배 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

합원이 부담하게 될 사업비용의 분담기준이나 사업완료 후 소유권 귀속에 관한 사항 등에 관하여 구체적으로 정하지 않은 것이어서 위법하다고 볼 수 없다고 판단함으로써 종래 표준동의서를 이용하여 조합설립결의를 한 정비사업조합에게 매도청구 소송이나 조합설립무효소송에서 승소할 수 있는 길을 열어주었습니다.

그러나 실제 현장에서는 조합설립동의서 징구시에는 도대체 사업비가 얼마나 소요될 지 확정하는 것이 불가능하기 때문에 신축물의 설계 개요, 건축물의 철거 및 신축비용을 백지로 하여 동의를 받는 경향이 있었고, 이렇게 백지 동의서를 징구한 조합들은 그 내용이 불충분한 정도가 아니라 고지하지 않았다고 보아야 하기 때문에 도저히 구제의 길이 없는 것처럼 보였습니다.

그러나 서울 동대문구의 한 재건축조합이 1심에서 백지동의서, 표준동의서 등을 이유로 조합설립동의서가 무효이기 때문에 조합설립이 무효라는 이유로 매도청구를 기각당하고 제기한 항소심에서 서울고등법원은 의미있는 판결을 내립니다. 바로 중대명백설에 근거한 판단입니다.

"...피고들이 주장하는 위 사유와 같이 신축물의 설계 개요 및 건축물의 철거 및 신축비용이 공란인 채로 동의가 이루어졌다면 재개발조합의 설립과정에서 그 직접의 이해당사자인 토지 등 소유자의 동의가 가지는 현저한 의미 등에 비추어 사후에 위 공란을 보충하여 조합설립인가신청을 하였다 하더라도 이에 기한 조합설립인가처분은 그 하자가 중대하다고 할 것이나, 한편 조합설립인가신청을 받은 행정청으로서 동意的 내용에 관하여는 동의서에 구 시행령 제26조 제1항 각호의 법정사항이 모두 포함되어 있는지를 기준으로 심사할 수 밖에 없고, 토지 등 소유자가 동의서를 제출할 당시부터 신축물의 개요와 철거 및 신축비용에 관하여 기재가 되어 있었는지 아니면 그 당시는 공란이었으나 사후에 이를 보충기재하였는지 여부까지 심사할 권한이나 의무는 없다 할 것이므로 앞서 본 위 하자는 그것이 외관상 명백하다고 할 수는 없다 할 것이다(서울고등법원 2010. 6. 23. 선고 2009나21302 판결).⁴

⁴ 달리 소개할 논점도 많지만, 본 글에서는 백지동의서 부분에 초점을 맞추고자 합니다.

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

서울고등법원은 1심에서 패소한 7건의 매도청구소송에서 위와 같은 이유로 모두 항소를 인용하였습니다. 원고들 중 일부는 상고하였으나, 심리불속행판결로 항소심 판결이 확정되었습니다.

대법원은 2010. 10. 29. 건축물 철거 및 신축비용 개선액란을 공란으로 징구한 후 그 동의서를 제출하여 조합설립인가처분을 받은 조합이 제기한 매도청구소송 상고심에서 조합의 매도청구를 기각한 원심을 파기하고 사건을 환송하였습니다. 그 판시는 다음과 같습니다.

“원심이 인정한 사실관계에 의하면, 원고는 2006. 5. 13. 창립총회를 개최하고 2006. 6. 12. 서울특별시 노원구청장으로부터 설립인가를 받은 후 2006. 6. 15. 법인설립등기를 마친 사실, 토지 등 소유자가 이 사건 조합설립 동의를 할 당시 동의서에는 ‘건축물철거 및 신축비용 개선액’ 란이 공란이었으나, 행정청에 조합설립인가를 신청하기 위하여 제출된 조합설립동의서에는 위 공란이 모두 기재되어 있었던 사실을 알 수 있고, 이와 같이 조합설립인가 신청시에 행정청에 제출된 조합설립동의서에 ‘건축물철거 및 신축비용 개선액’이 기재되어 있었던 이상 비록 조합설립 동의 당시에 이 부분이 공란이었다고 하더라도 이를 인가한 행정청의 조합설립인가처분이 당연무효라고 할 수는 없다(대법원 2010. 10. 29. 선고 2009다29380 판결)”

비록 심리불속행 판결이지만, 위 서울고등법원 판결을 확정시킨 상고심판결과 위 대법원 판결은 백지동의서를 징구한 조합의 매도청구소송이나 조합설립무효소송에서 향후 법원이 어떠한 기준으로 매도청구소송의 주체가 되는 조합의 존속 여부를 판단할지 잘 보여주는 판결이라고 할 것입니다.

5. 결론

결국 대법원은 행정법원을 포함한 하급심 법원에서 재건축결의 및 조합설립동의의 절대적인 위치를 강조하던 과거 민사법원(대법원 판결 포함)의 오랜 구습에서 벗어

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

나 도시정비법 및 그에 포함된 처분이 가지는 의미, 처분의 하자에 대한 행정법 고유의 하자 판정 기준을 구체화하여 적용하기 시작하였습니다.

이러한 변화는 일부 동의사항을 백지로 할 수 밖에 없었던 사정을 원죄(原罪)처럼 가지고 고민하고 있는 상당수 정비사업조합에 처분의 공정력을 바탕으로 하여 향후 자신있게 사업을 진행해 나갈 수 있고, 조합원들의 이익을 극대화할 수 있는 근거가 될 것으로 판단됩니다.

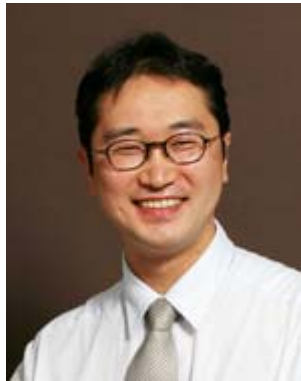
다만 백지동의서의 경우 구제를 받으려면 반드시 조합설립인가신청 이전에 모두 보충할 것을 필요로 합니다. 따라서 동의서 자체의 하자가 있어 동의율이 부족하거나, 공무원이 접수한 동의서에 구체적인 내용의 기재가 탈루되어 있다면 그 조합은 설립무효를 면치 못할 것이므로 이 점을 구분하여야 합니다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009두4845 판결).

“원심판결의 이유 및 기록에 의하면, 참가인조합의 설립추진위원회가 토지 등 소유자들로부터 받아 피고에게 제출한 동의서에는 구 도시정비법 시행령 제26조 제1항 제1호의 ‘건설되는 건축물의 설계의 개요’ 및 제2호의 ‘건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액’에 관한 각 사항을 기재하도록 하는 난이 마련되어 있기는 하나 구체적인 내용의 기재가 전적으로 탈루되어 있는 사실 및 그럼에도 피고는 2007. 1. 24. 참가인조합의 설립을 인가하는 이 사건 처분을 한 사실을 알 수 있다. 그렇다면 피고의 이 사건 처분에는 재개발조합설립인가의 요건인 토지 등 소유자의 동의내용에 관한 심사기준을 위반하여 효력이 없는 동의를 유효한 것으로 처리한 위법이 있다고 할 것이다. 그리고 재개발조합의 설립과정에서 그 직접의 이해당사자인 토지 등 소유자의 동의가 가지는 현저한 의미 등에 비추어 이 사건 처분의 위와 같은 하자는 중대하다고 할 것이고, 나아가 동의서의 외관상 그 하자를 쉽사리 알 수 있음에도 불구하고 이를 유효로 처리하였다는 점 등에 비추어 그 하자의 명백성도 인정된다”

is horizon

(건설부동산 칼럼)

도급인/수급인의 파산과 도급계약의 효력



[정정태 변호사](#)



[배지영 변호사](#)

1. 쌍방 미이행 쌍무계약인 도급계약의 해제/해지 문제

공사도급계약은 비교적 오랜 기간에 걸쳐 계약 이행 행위가 이루어지고, 공사대금도 기성 부분에 상응하여 수회에 걸쳐 나누어 지급되는 경우가 많습니다. 이와 같은 장기계약의 특성상 계약기간 중에 도급인 또는 수급인 중 일방에게 회생/파산절차가 개시될 위험이 큼니다.

그런데 수급인의 공사 착수 후, 완성 전에는 도급인의 공사대금(잔금) 지급의무와 수급인의 공사 의무의 이행이 모두 완료되지 않은 상태이므로, 소위 '쌍방 미이행 쌍무계약'의 상태가 됩니다. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(이하 '통합도산법')은 쌍방 미이행 쌍무계약에 대해서는 관리인(회생절차)/파산관재인(파산절차)이 선택적으로 (i) 계약을 "해제 또는 해지"하거나, 아니면 (ii) 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있도록 규정하고 있습니다(통합도산법 제119조 제1항, 제335조 제1항). 이에 따르면 도급인 또는 수급인의 관리인/파산관재인은 이행을 선택하지 않고 도급계약을 "해제 또는 해지"할 수 있으므로, 문언상으로는 도급계약을 소급적으로 소멸(해제)하게 할 수도 있는 것으로 해석될 여지가 있습니다.

반면 민법은 ① 도급인이 파산한 경우에 대해서는 수급인 또는 파산관재인이 계약을 해제할 수 있도록 하되, 기성 부분에 대한 보수 및 보수에 포함되지 아니한 비용에 대하여 파산재단의 배당에 가입할 수 있도록 규정하고 있습니다(민법 제674조 제1항). ② 수급인이 파산한 경우에 대해서는 민법은 특별한 규정을 두고 있지 않습니다. 다만 수급인이 일을 완성하기 전에는 도급인은 손해를 배상하고 계약을 해제할 수 있습니다(민법 제673조). 이에 따르면 “해제”의 표현을 사용하기는 했지만 기성 부분에 대한 보수와 비용을 청구할 수 있으므로, 도급계약은 장래에 향하여 소멸(‘해지’와 동일한 효과)하게 하는 것만 가능하고, 소급적 해제는 할 수 없습니다.

한편 쌍방 미이행 쌍무계약의 이행을 선택할 경우 상대방의 채권은 공익채권/재단채권이 됩니다(통합도산법 제179조 제1항 제7호, 제473조 제7호). 그런데 회생/파산절차 개시 결정 전에 수급인이 완성한 부분에 대한 기성금 채권은 (i) 이미 이행을 완료하였으므로 회생채권/파산채권으로 보아야 할지, 아니면 (ii) 공사 의무가 전부 이행된 것은 아니므로 공익채권/재단채권으로 보아야 할지가 문제됩니다.

아래에서는 이와 관련한 대법원 판결을 중심으로 위 문제들을 살펴보겠습니다.

2. 도급인의 파산시 도급계약의 효력

대법원은 도급인이 파산한 경우에는 구 파산법상의 쌍방 미이행 쌍무계약에 관한 규정이 적용될 수 없고 민법 제674조 제1항이 적용되어 도급계약의 효력은 장래를 향하여 소멸한다고 판시하였습니다(대법원 2002. 8. 27. 선고 2001다13624 판결).

구 파산법(현 통합도산법)상의 쌍방 미이행 쌍무계약에 관한 파산관재인의 해제권이 아니라 민법 제674조에 의한 해제권만을 행사할 수 있다는 판시의 구체적인 의미는, ① 해제로 인하여 도급계약의 효력을 처음부터 소급하여 무효로 만들 수 없고, ② 도급계약의 해제로 인한 원상회복채권은 재단채권이 아닌 파산채권이 된다는 것입니다. 즉, 도급인의 파산관재인은 이미 공사가 완성된 부분에 해당하는 기성금의 반환을 구할 수 없고, 기성금을 제외한 기지급 공사대금은 파산채권으로서 다른 채권자들과 평등하게 채권액에 비례하여 파산절차를 통해서만 지급받을 수 있게 되는 것입니다.

3. 도급인의 파산시 기성금 채권의 지위

대법원은 공사 진행 중 도급인에 대하여 구 회사정리법상 회사정리절차 개시결정(통합도산법상의 회생절차에 해당함)이 내려진 경우, 개시결정 이전에 완성한 공사 부분에 대한 수급인의 기성금 채권은 공익채권이라고 판단하였습니다(대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다65691 판결).

그 이유는 ① 일반적으로 도급계약에 있어서 수급인이 완성하여야 하는 일은 불가분이므로 그 대금채권이 회사정리절차개시 전의 원인으로 발생한 것과 그러하지 아니한 것으로 분리될 수 없고, ② 공사대금의 지급방법에 관하여 정기적으로 기성고 비율에 따라 지급하기로 한 것은 중간공정마다 기성고를 확정하고 그에 대한 공사대금을 지급하기로 한 것과는 다르기 때문입니다.

다만 만약 전체 공사를 독립적 가치를 가진 공정별(예컨대, 터파기 공사, 공조공사, 설비공사, 마무리공사 등 각 공정이 별도의 하도급 단위가 될 수 있는 경우)로 나누고, 각 공정별로 지급될 공사대금을 따로 정하였다면, 이러한 공정은 독립된 단위의 채무라고 볼 수 있어, 그 기성금 채권은 회생채권/파산채권으로 인정될 가능성도 있을 것입니다.

한편 회생/파산절차에 참가하고자 하는 채권자는 회생채권/파산채권 신고를 하여야 하고(통합도산법 제148조 제1항, 제447조 제1항), 회생채권자표/파산채권자표의 기재는 확정판결과 동일한 효력이 있습니다(통합도산법 제168조, 제460조). 그런데 대법원은 수급인의 기성금 채권이 공익채권으로 인정되는 경우임에도 불구하고 수급인이 이를 구 회사정리법상 정리채권(통합도산법상의 회생채권에 해당함)으로 신고하였더라도, 이러한 사정만으로 기성금 채권을 정리채권으로 취급하는 데 동의하였다거나 공익채권자의 지위를 포기한 것으로 볼 수 없다고 판단하였습니다(대법원 2004. 8. 20. 선고 2004다3512, 3529 판결).

그 이유는 ① 정리채권자표(통합도산법상의 회생채권자표에 해당함)의 기재가 확정판결과 동일한 효력을 갖는다고 함은 기판력이 아닌 확인적 효력을 가지고 정리절차 내부에 있어 불가쟁의 효력이 있다는 의미에 지나지 않는 것이므로, 공익채권을 단순히 정리채권으로 신고하여 정리채권자표 등에 기재된다고 하더라도 공익채권의

성질이 정리채권으로 변경된다고 볼 수는 없고, ② 공익채권자가 자신의 채권이 공익채권인지 정리채권인지 여부에 대하여 정확한 판단이 어려운 경우에 정리채권으로 신고를 하지 아니하였다가 나중에 공익채권으로 인정받지 못하게 되면 그 권리를 잃게 될 것을 우려하여 일단 정리채권으로 신고할 수도 있기 때문입니다.

4. 수급인의 파산시 도급계약의 효력

대법원은 수급인이 파산한 경우에는, 앞서 본 도급인이 파산한 경우와는 달리, 쌍방미이행 쌍무계약의 선택에 관한 구 파산법 제50조(통합도산법 제335조)의 적용을 제외하는 취지의 규정이 없으므로, 이를 적용한다고 판단한 예가 있습니다(대법원 2001. 10. 9. 선고 2001다24174,24181 판결). 현행법은 이러한 취지에서 수급인이 파산할 경우 파산관재인은 필요한 재료를 제공하여 채무자 또는 제3자로 하여금 잔여 공사를 하게 할 수 있음을 명시하고 있습니다(통합도산법 제341조 제1항).

다만 위 판결의 사안은 수급인이 준공검사를 마친 후 하자보수의 의무만 남아 있는 상태(도급인도 이에 상응하는 공사대금 잔금을 미지급하였음)에서 파산한 것이었습니다. 이에 대하여 대법원은 이미 공사가 완성되었다면 이제 더 이상 공사도급계약을 해제할 수는 없고, 수급인은 도급계약상의 채무를 전부 이행한 것으로 보아야 하며, 결국 그 도급계약은 파산선고 당시에 쌍방 미이행의 쌍무계약이라고 할 수 없으므로, 구 파산법 제50조를 적용할 수 없다고 판단하였습니다.

위 사안과 같은 경우, 도급인의 수급인에 대한 하자보수에 갈음하는 손해배상채권은 파산채권이 되어 불합리한 것처럼 보이지만, 도급인은 파산채권인 하자보수에 갈음하는 손해배상채권을 자동채권으로 하고, 파산재단 소속 채권인 공사대금채권을 수동채권으로 하여 상계권을 행사함으로써 채권을 보전받을 수 있을 것입니다.

(최신법령 소개)

1. 주택법 시행령 - 2010. 11. 10. 시행

[대통령령 제 22479 호, 2010. 11. 10. 일부개정]

(1) 개정이유 및 주요내용

대한주택보증주식회사가 건설사의 회사채 등을 유동화자산으로 하여 발행하는 유동화증권을 매입할 수 있도록 대한주택보증주식회사의 업무범위를 확대하여 사업주체의 자금난을 경감시켜 보증사고의 발생을 사전에 방지하고, 보증책임 이행에 따른 손실 확대를 방지하도록 하는 한편, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

(2) 개정안의 내용

상세내용 : [「주택법 시행령」](#)

2. 도시개발법 시행규칙 - 2010. 10. 15. 시행
[국토해양부령 제 297 호, 2010. 10. 15. 일부개정]

(1) 개정이유 및 주요내용

사업시행자가 조성한 토지를 보다 원활하게 공급하고, 방송과 통신이 융합된 새로운 방송통신정책에 부응할 수 있도록 국가가 직접 설치하는 방송·통신시설 용지를 감정가격 이하로 공급할 수 있도록 허용하는 한편, 종전에는 개발계획의 토지이용계획상 공동주택용지에 대해서만 집단환지 지정이 가능하도록 하던 것을 앞으로는 집합건물용지에 대하여 집단환지 지정이 가능하도록 집단환지 지정 대상을 확대함으로써 복합용도의 개발사업을 촉진하려는 것임.

(2) 개정안의 내용

상세내용 : [「도시개발법 시행규칙」](#)

3. 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 시행령

- 2010. 10. 16. 시행 [대통령령 제 22450 호, 2010. 10. 14. 일부개정]

(1) 개정이유

개발제한구역에 노인의 여가활용을 위한 소규모 실내 생활체육시설을 설치할 수 있도록 하는 내용 등으로 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」이 개정(법률 제10265호, 2010. 4. 15. 공포, 10. 16. 시행)됨에 따라 개발제한구역에서 설치 가능한 소규모 실내 생활체육시설의 범위를 게이트볼장과 배드민턴장으로 정하는 등 법률에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 정하는 한편, 개발제한구역 내 주말농원에 대해서는 농업용 원두막의 설치 허용 규모를 확대하고, 개발제한구역 내 위반 건축물 및 공작물에 대한 이행강제금을 한시적으로 감경하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

(2) 주요내용

가. 개발제한구역 내 공익사업으로 철거되는 분묘의 개별 이장 금지(현행 제14조제6호 삭제) 개발제한구역의 훼손을 방지하고 공동묘지, 수목장 등의 장묘로 유도할 수 있도록 공익사업으로 철거되는 개별적인 분묘를 이장하기 위한 토지의 형질변경을 허용하지 아니함.

나. 개발제한구역 내 농업용 원두막의 설치 허용 규모 확대(안 제19조제2호의2 신설) 종전에는 개발제한구역 내 10제곱미터 이하의 농업용 원두막의 설치만 허용하던 것을, 앞으로는 농가소득을 향상시키기 위하여 주말영농을 위하여 토지를 임대하는 이용객이 50명 이상인 주말농원에 10제곱미터 초과 20제곱미터 이하의 농업용 원두막을 설치할 수 있도록 하되, 사전에 신고하도록 함.

다. 한시적인 이행강제금 감경 제도 실시(안 제41조의3 신설)

1) 이행강제금 제도의 시행일(2010년 2월 7일) 이전에 설치되었거나 용

도 변경된 위법 건축물 및 공작물에 대한 시정명령을 이행하지 아니한 자에게 부과하는 이행강제금의 금액 일부를 약 3년의 범위에서 연차별로 차등하여 감경함.

2) 이행강제금의 감경을 받으려는 자는 시장·군수·구청장에게 감경신청을 하도록 하는 한편, 이행강제금 감경기간 내에 자진하여 철거하기로 서약하고, 대집행 비용을 미리 납부하도록 함.

3) 개발제한구역 내 위법 건축물 또는 공작물에 대한 자진 철거를 유도하고, 이행강제금 제도가 안정적으로 정착되는데에 이바지할 것으로 기대됨.

라. 개발제한구역에서 설치 가능한 소규모 실내 생활체육시설의 범위(안 별표 1 제1호마목 신설) 개발제한구역에 노인의 여가활용을 위하여 시장·군수·구청장이 설치할 수 있는 소규모 실내 생활체육시설을 게이트볼장과 배드민턴장으로 정하고, 그 규모는 부대시설을 포함하여 600제곱미터 이하로 함.

마. 개발제한구역 내 자연공원의 공원시설로 설치된 박물관의 증축 허용(안 별표 3 제44호) 개발제한구역 안에 자연공원의 공원시설로 설치된 박물관에 대하여 증축을 허용함으로써 자연공원 탐방객의 이용 편의를 높이도록 함.

(3) 개정안의 내용

상세내용 : [「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 시행령」](#)

4. 역세권의 개발 및 이용에 관한 법률 시행령 - 시행 2010. 10. 16. 시행
[대통령령 제 22448 호, 2010. 10. 14. 제정]

(1) 제정이유

철도시설과 도시계획을 종합적으로 고려한 체계적인 역세권 개발이 가능하도록 하여 역 중심의 생활문화공간을 조성하고 도시환경을 개선하려는 목적으로 「역세권의 개발 및 이용에 관한 법률」이 제정(법률 제 10266호, 2010. 4. 15. 공포, 10. 16. 시행)됨에 따라, 국토해양부장관이 지정할 수 있는 역세권개발구역의 규모를 정하는 등 법률에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 정하려는 것임.

(2) 주요내용

가. 국토해양부장관이 역세권개발구역을 지정할 수 있는 최소 면적기준의 구체화(안 제2조)

- 1) 국토해양부장관이 역세권개발구역을 지정할 수 있는 규모를 철도역의 신축이나 증축 또는 개량의 경우에는 신축 등이 되는 대지면적이 3만제곱미터 이상인 경우로 하고, 지정하려는 역세권개발구역의 전체를 대상으로 하는 경우에는 개발되는 면적이 30만제곱미터 이상인 경우로 규정함.
- 2) 국가가 추진할 수 있는 역세권개발사업의 범위를 제한함으로써 지방자치단체 중심으로 역세권개발사업을 추진할 수 있을 것으로 기대됨.

나. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 건폐율 및 용적률에 대한 특례 구체화(안 제11조)

- 1) 역세권개발구역의 복합적·입체적 개발을 촉진하기 위해서는 용도지역별 건폐율 및 용적률에 대하여 특례를 인정할 필요가 있음.
- 2) 역세권개발의 지정권자가 그 용도지역에서 적용되는 건폐율 및 용적률의 100분의 150을 초과하지 않는 범위에서 개발구역에서의 건폐율 및 용적률을 달리 정할 수 있도록 규정함.

3) 역세권 중심의 고밀도 복합단지 개발이 가능하게 되고, 지역 경제 활성화에도 크게 기여할 수 있을 것으로 기대됨.

다. 역세권개발구역 안에서의 행위 등 제한(안 제14조)

1) 역세권개발구역으로 지정·고시된 지역에서 일정한 행위를 제한함으로써 사업개시 전의 무분별한 개발행위로 인한 수용 등 사업자의 비용증대 요인을 억제할 필요가 있음.

2) 건축물의 대수선 또는 용도변경, 토지의 굴착 또는 공유수면의 매립, 죽목의 벌채 및 식재를 지정된 역세권개발구역 안에서 시장·군수·구청장 등의 허가를 받아야 하는 행위로 규정하고, 선로의 이설 또는 신설이 예정되어 있는 부지에서의 행위허가에 대해서는 지정권자의 의견을 듣도록 함.

3) 지정구역 안에서의 행위허가 대상을 구체화하고 지정권자의 사전 의견청취를 의무화함으로써 개발사업 전의 비용부담 완화 및 개발사업의 원활한 추진에 기여할 것으로 기대됨.

라. 사업시행자의 유형, 사업시행자 변경 및 취소 사유 등의 구체화(안 제15조부터 제17조까지) 역세권개발사업의 사업시행자가 될 수 있는 자로 한국토지주택공사와 한국관광공사, 개발구역에서 철도사업을 운영 중이거나 운영한 경험이 있는 자 등을 정하고, 사업시행자가 스스로 변경 또는 지정의 취소를 원하는 경우를 시행자의 변경 또는 지정취소 사유로 규정함.

(3) 개정안의 내용

상세내용 : [「역세권의 개발 및 이용에 관한 법률 시행령」](#)

5. 도로법 시행령 - 2010. 9. 23. 시행
[대통령령 제 22386 호, 2010. 9. 17. 일부개정]

(1) 개정이유

행정구역을 기준으로 하는 도로투자의 문제점을 극복하기 위하여 국토해양부 장관이 고속국도 또는 국도의 지선 및 지정국도를 지정할 수 있도록 하는 내용 등으로 「도로법」이 개정(법률 제10156호, 2010. 3. 22. 공포, 9. 23. 시행)됨에 따라 고속국도 또는 국도의 지선 및 지정국도의 지정기준, 절차 등을 규정하고, 국도대체우회도로를 건설할 때 동(洞)구간의 보상비는 도로가 위치한 구역을 관할하는 지방자치단체에 부담시킬 수 있도록 하는 등 법률에서 위임한 사항과 그 시행에 필요한 사항을 정하는 한편, 그 밖에 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.

(2) 주요내용

- 가. 고속국도 또는 국도의 지선 지정 기준(안 제12조의2 신설)
- 1) 국토해양부 장관은 고속국도 또는 국도의 본선과 그 인근의 도시 등을 연결하는 도로 등을 고속국도 또는 국도의 지선으로 지정할 수 있는데, 그 지정 기준 및 절차를 대통령령으로 위임함.
 - 2) 고속국도 또는 국도의 지선은 본선과 그 인근의 도시 등을 직접 연결하여 도시 등의 접근성을 향상시키거나 교통물류를 개선하는 효과가 있고, 통행시간 및 거리를 단축시킬 것 등 지선의 지정 요건을 명시함.
- 나. 지정국도의 지정 요건(안 제14조의2제1항 신설)
- 1) 특별시, 광역시, 특별자치도, 시가 관할하는 구역의 상급도로는 특별시, 광역시, 특별자치도, 시가 관리청이 되고 있으나, 중요 간선의 기능을 하고 있는 도로의 경우 국토해양부 장관이 직접 지정하여 관리할 수 있도록 법률이 개정됨.
 - 2) 지정국도의 지정 요건으로 일부구간이 간선 기능을 수행하는 수준의 교통량이 존재하고, 교통혼잡으로 간선 기능 저하가 우려되나 지역

여건상 우회도로 개설이 곤란한 경우 등으로 정함.

다. 국도대체우회도로에 대한 건설 비용 부담(안 제62조제1항 및 제2항 신설) 국도대체우회도로를 건설하면 지역 주민이 수익을 받게 되는 점을 고려하여, 동(洞) 구간의 보상비는 도로가 위치한 지방자치단체에서 부담하도록 하여 형평을 맞추는 한편, 도시 지역의 특성 때문에 지나치게 보상비가 많이 드는 경우에는 예산의 범위에서 초과하는 비용의 일부를 국고에서 보조할 수 있도록 함.

(3) 개정안의 내용

상세내용 : [「도로법 시행령」](#)

(화제의 뉴스)

1. 건설사 지원 P-CBO 5 천억 연내 발행

정부가 8·29 대책에서 건설사 자금 지원책으로 내놓은 '프라이머리 채권 담보부증권(P-CBO)' 5000억 원어치가 올해 안에 발행됩니다.

P-CBO 총 발행금액은 3조 원에 달하지만 이 가운데 1차분 5000억 원어치가 이번에 발행됩니다. 그러나 위험 부담이 큰 후순위채를 인수해야 하는 대한주택보증과 건설공제조합이 각각 1차분 125억 원을 비롯해 총 750억 원 가량의 손실을 입을 수 있다는 점에서 논란은 계속되고 있습니다. 총 3조 원 규모가 발행될 P-CBO 물량 중 11%를 차지하는 후순위채는 부실 우려 채권만 모아둔 데다 신보 보증도 없어 원금 회수 가능성이 낮다는 점이 문제입니다.

결국 정부는 후순위채를 발행기업(4%), 건설공제조합과 주택보증(각각 2.5%), 신용보증기금(2%)이 순차적으로 부담하는 구조로 짚습니다. 후순위채 인수기관으로 지정된 건설공제조합과 대한주택보증을 자칫 생길 수 있는 부실을 떠맡긴 셈이다. 당연히 두 기관은 수개월간 반발했지만 정부 시책을 거스를 수 없다는 이유로 최근 후순위채 인수를 결정했습니다.

■ 용어설명

P-CBO(프라이머리 채권담보부증권) : 채권을 기초자산으로 발행하는 자산담보부증권(ABS)을 말하는데 이번에 추진하는 P-CBO는 건설사와 기타 업종 회사채 또는 대출채권을 기초로 유동화자산을 구성한 후 신용보증기금 보증을 통해 최우량등급으로 상향된 증권을 시장에 매각하는 방식이다. 건설업과 비건설업종을 각각 50%씩 편입해 위험 부담도 줄인다.

▶ [관련기사 : 건설사 지원 P-CBO 5천억 연내 발행 - 매일경제 | 2010. 10. 28. 16:59:55](#)

2. 법원 "서울 금호지역 재개발 계획 취소"

'소형 짓기로 해놓고 대형 확대는 사업변경'

소형 아파트를 짓기로 해놓고 계획을 중도에 바꿔 중대형 아파트를 늘리기로 한 것은 재개발 사업의 본질적인 사업변경에 해당한다는 법원의 판단이 나왔습니다.

서울행정법원 행정 5 부(이진만 부장판사)는 27 일 금모씨 등 63 명이 금호제 16 구역주택재개발정비사업조합을 상대로 제기한 사업시행계획무효확인 청구소송에서 "2009 년 12 월 17 일 서울시 성동구청장으로부터 인가받은 금호제 16 구역주택재개발정비사업의 사업시행계획을 취소한다"고 밝혔습니다. 법원 판단에 따라 금호제 16 구역의 주택재개발 사업시행계획은 항소심 판결 선고 때까지 효력을 정지하게 되었습니다.

재판의 쟁점은 소형 아파트와 중·대형 아파트의 비율 변화가 재개발 사업계획의 '본질적 변경'으로 볼 수 있는지였습니다. 금호제 16 구역은 재개발 사업인가를 받을 때 최소 평형 59.98 m²를 149 가구 짓기로 했으나 조합은 최소평형을 65 m²로 바꾸고, 당초 계획에 없던 115 m² 초과평형을 88 가구 건축하기로 했습니다. 소형평수는 줄이고 중대형평수는 늘린 것입니다. 이 때문에 종전 계획대로라면 전체 조합원의 40.7%가 최소평형의 아파트를 받을 수 있었지만, 새 사업계획에 따르면 32.5%만이 분양을 받을 수 있게 됐고 분담비용도 늘게 되었습니다.

조합은 사업계획을 바꾸면서 평형 비율의 변화를 '경미한 변경'으로 신고하고 과반수의 동의를 얻어 사업계획을 변경했습니다.

재판부는 "평형비율의 변경은 사업결과 소유할 수 있는 건물내역에 중대한 변동이 생기는 경우이고, 개개인에 따라 비용분담의 절대적인 수액 또한 증가될 수 있는 것"이라며 "조합원들의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 것이기 때문에 4분의 3 이상의 동의가 필요하다"고 밝혔습니다.

▶ 관련기사 : [법원 "서울 금호지역 재개발 계획 취소" - 경향신문 | 2010. 10. 27. 21:52:18](#)

3. PF 지급보증에 발목잡힌 건설사의 묘수 찾기

글로벌 금융위기 이후 국내 건설사들의 최대 숙제는 부동산개발 프로젝트 파이낸싱(PF) 우발채무 부담을 털어내는 일입니다. 부동산 PF 부실 때문에 수많은 건설사가 자금부족에 빠져 부도에 직면하거나 워크아웃에 들어가거나 은행과 재무구조개선 약정을 맺어야 했습니다.

부동산 PF 문제로 기업의 생사가 갈리는 상황에 처하자, 문제 있는 PF 사업장을 양도하고 사업위험을 더 면밀히 검토하고, 차입금 구조를 바꾸는 등 다양한 개선 노력이 전개되고 있습니다.

다양한 방식의 새로운 부동산 PF 구조도 등장하고 있습니다. 최근에는 토지 판매자가 직접 신용을 보강한 토지반환채권과 신탁사의 기능을 확대한 관리형토지신탁 구조 등이 선을 보였습니다.

그러나 일부 건설사의 경우 단지 재무제표에서 우발채무를 지우는 것 자체를 목적으로 하는 것처럼 보여 아쉬움이 있다고 합니다. 사실상 지급보증을 선 셈이면서도 지급보증인 아닌 것으로 꾸미는 것이라는 지적입니다. 시행사 채무에 대해 지급보증을 설 경우 내년부터는 국제회계기준(IFRS)에 따라 연결채무로 인식되므로 부채비율을 낮추려는 것입니다.

삼성중공업은 최근 PF 를 일으켜 당산동 오피스텔 신축 사업비 615 억 원을 마련했습니다. 이 가운데 260 억 원이 특수목적법인(SPC)을 통한 유동화 방식으로 조달됐습니다. 삼성중공업이 책임준공과 책임분양을 약정하고, 이를 이행하지 못할 경우 시행사 채무를 인수하는 구조입니다.

책임준공과 책임분양 약정은 회계상 장부에 우발채무로 계상되지 않았습니다. 이행보증의 성격이 짙어 우발채무로 볼 이유가 없다는 이유에서입니다.

삼성중공업의 입장에서 보증채무를 1 원도 늘리지 않고 3.3 m²당 400 만 원대의 공사를 수주한 셈입니다. 그러나 분양률이 크게 저조할 경우 삼성중공업은 오피스텔을 대물로 떠안을 수 있고, 이 때 주변 시세가 분양가 이

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

하로 떨어질 경우 평가손실을 감수해야 합니다. 할인매각 부담으로 대물인수를 하지 않는다면 시행사 채무를 인수해야 합니다.

신용평가 전문가들은 삼성중공업의 책임준공과 책임분양 그리고 조건부 채무인수가 지급보증과 성격이 다르지 않은 것으로 보고 있습니다. SPC가 발행한 자산담보부기업어음(ABCP)은 삼성중공업의 약정으로 신용평가사로부터 'A1'등급을 받았습니다.

이에 대해서는 시공사 지급보증 리스크를 분산시키기 보다는 감춘 것이고, 이벤트(event)가 발생하기 전까지는 개발사업 위험에 노출된 시공사 재무부담을 정량적으로 판단할 길이 없어 그 피해는 고스란히 투자자들의 몫이 될 것이라는 지적이 있습니다.

더 큰 문제는 부실 건설사들이 내년 IFRS 전면 도입 이후 우발채무 축소의 수단으로 이 같은 방식을 이용할 소지가 크다는 점입니다. IFRS는 지급보증과 유사한 간접적 채무보증 행위에 대한 위험 인식 기준이 명확하지 않습니다.

▶ [관련기사 : PF 지급보증에 발목잡힌 건설사의 묘수 찾기 - 머니투데이 | 2010. 10. 20. 10:31](#)

is horizon

4. 재개발 사업장 분쟁 대폭 줄어들 듯

법원 "정비구역 지정전 설립됐지만 재승인 받은 추진위는 유효"

정비구역으로 지정되기 전에 설립된 재개발추진위원회라도 사업구역 확대 변경 후 변경승인을 받았다면 추진위 설립이 유효하다는 법원의 첫 판단이 나왔습니다.

이는 나중에 추가로 동의서를 받아 설립한 조합은 기존 조합과는 다른 새로운 추진위로 봐야 하기 때문에 1 차 추진위의 위법성은 중요하지 않다는 의미여서 최근 추진위 무효 소송 제기로 혼란을 겪고 있는 조합들에게 구제 길이 열릴 것으로 보입니다.

11 일 서울행정법원은 서울 동작구 흑석 제 9 구역 주택개발조합원 A 씨 등이 동작구청을 상대로 제기한 추진위 설립 무효 확인 소송에 대해 원고 기각 판결을 내렸습니다.

흑석 9 구역 토지 등 소유자들은 2005 년 5 월 흑석동 90 일대 1 만 9371 m² 를 개발할 목적으로 동작구청에 조합설립추진위 설립승인신청을 했으며 동작구청으로부터 그 해 6 월 토지 등 소유자 178 명 중 99 명의 동의를 얻었음을 근거로 이를 승인 받았습니다.

서울시는 2006 년 10 월 흑석동 일대를 뉴타운 지역으로 지정고시 했습니다. 이에 따라 구역 개발대상 지역은 기존 1 만 9371 m²에서 9 만 6572 m²로 확대됐습니다. 추진위 측은 기존 99 명의 동의자 및 권리승계자 중 74 명에게서 사업범위 확대에 대한 동의서를 제출받고 새롭게 개발지역으로 포함된 구역 내 토지 등 소유자들 중 339 명으로부터 추진위 동의서를 제출받았습니다. 또 동작구청에 추진위 변경승인을 신청해 승인받았습니다.

그러나 A 씨 등 원고들은 당초 재개발사업으로 추진됐던 당시 1 차 추진위원회가 정비구역 지정 전 설립승인 처분이 내려졌기 때문에 무효이며 뉴타

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

운으로 확대해 변경승인된 추진위 역시 무효라며 소를 제기했습니다.

2009 년 2 월 '도시 및 주거환경정비법'이 개정되기 이전에는 추진위 설립 시점을 '정비구역 지정 고시 이후'라고 명시하고 있지 않아 상당수 재개발 추진지역 주민들이 정비구역 지정 전부터 주민들로부터 동의서를 받아 추진위 설립승인을 받았습니다.

법원은 지난해부터 이 같은 재개발 추진위에 대해 '위법'이라고 판결해 상당수 재개발 현장이 추진위설립과 추진위의 후신격인 조합설립까지 무더기로 무효 판결을 받아 사업이 중단되는 파행을 겪고 있습니다.

그러나 이번 사건에서 재판부는 "제 1 차 추진위 설립승인 처분의 기초가 된 이 사건 정비구역을 포함해 구역 면적이 대폭 확대된 경우 사건의 뉴타운 지역 내 전체 토지 등 소유자 수와 동의자 수를 터 잡아 다시 승인한 것이어서 제 1 차 추진위 승인처분은 변경승인 처분에 흡수됐다고 봐야 한다"고 판시했다.

제 1 차 추진위가 사업이 확대변경된 뉴타운 추진위에 흡수돼 존재하지 않게 된 이상 제 1 차 추진위 설립승인처분 효력을 다투는 자체가 무의미하다는 것입니다.

▶ [관련기사 : 재개발 사업장 분쟁 대폭 줄어들 듯 - 매일경제 | 2010. 10. 12. 19:19:43](#)



5. 세종시 포기 건설사 계약금 못 받는다

세종시 내 아파트사업용 토지를 분양받은 후 지난해 정치권의 수정안 논란 등을 이유로 땅값 납부를 미루다 계약이 일방 해지된 건설사가 계약금을 돌려받지 못하게 됐습니다.

서울동부지법 민사 11 부는 지난 15 일 쌍용건설이 한국토지주택공사(LH)를 상대로 낸 76 억 2000 여만원 규모의 계약금 반환소송에서 원고 패소 판결했습니다.

건설업계에 따르면 쌍용건설을 비롯해 세종시 내 아파트건설 용지를 분양받은 12 개 건설사들은 지난해 정치권에서 세종시 수정안 논란이 일자 사업 불확실성을 이유로 공사를 미루고 중도금과 잔금 납부를 거부했습니다.

이에 대해 사업시행자인 LH는 쌍용건설과 풍성주택에 대해 사실상 사업파기 통보를 해 계약을 해지하였습니다. 쌍용건설은 지난해 9 월 28 일 법원에 계약금 반환소송을 제기했고 1 년 넘게 법정 공방을 벌였지만 1 심에서 패소했습니다. 쌍용건설은 이에 대해 항소 방침을 밝혔습니다.

쌍용건설 관계자는 "다른 건설사들과의 형평성도 맞지 않을 뿐더러 당시 외부 요인이 컸던 점에 대한 고려가 더 필요하다고 본다"고 강조했습니다.

▶ [관련기사 : 세종시 포기 건설사 계약금 못 받는다 - 머니투데이 | 2010. 10. 19. 08:18](#)

IS Horizon

(최신판례 소개 ①)

▣ 부당이득금반환

- 대상판결 : 대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다9597 판결

1. 논점

공사도급계약의 해제 또는 해지 등으로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생한 경우, 별도의 상계 의사표시 없이 미지급 기성공사대금이 선급금으로 충당되는지, 이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금 내역의 산정 기준 및 정산하고 남은 선급금의 반환채무도 선급금과 같은 성질을 갖는지 여부

2. 요지 및 해설

(1) 요지

(i) 공사도급계약에 있어서 수수되는 이른바 선급금은 구체적인 기성고와 관련하여 지급된 공사대금이 아니라 전체 공사와 관련하여 지급된 공사대금이고, 이러한 점에 비추어 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담하게 되나, 이때 선급금의 충당 대상이 되는 기성공사대금의 내역을 어떻게 정할 것인지는 도급계약 당사자의 약정에 따라야 한다. 그리고 그와 같이 정산하고 남은 선급금을 공사의 수급인이 도급인에게 반환하여야 할 채무는 선급금 그 자체와는 성질을 달리하는 것이다.

(ii) 甲과 乙이 공동수급체를 구성하여 도급받은 공사를 乙이 주관사가 되어 선급금 등을 지급받고 진행하다가 포기함에 따라 甲이 도급인 丙과 사이에 乙의 탈퇴 뒤 잔여공사를 시행하기로 하면서 체결한 약정에 의해 그 약정 당시 甲과 丙이 乙의 丙에 대한 미정산선급금의 수액을 확정하고 그 반환채무를 甲이 승계하였다면, 丙의 甲에 대한 그 미정산선급금 반환채권과 甲의 丙에 대한 공사대금채권이

서로 상계적상에 있는 경우에 이를 상계, 공제하는 등으로 별도의 정산을 거쳐야 비로소 甲의 위 미정산선급금 반환채무가 소멸되는 것일 뿐, 위 미정산선급금이 乙의 미수령공사대금에 당연 충당된 것으로는 볼 수 없다.

(2) 해설

위 판결은 선급금을 지급한 후 계약이 해제 또는 해지되는 등의 사유로 수급인이 도중에 선급금을 반환하여야 할 사유가 발생하였다면, 특별한 사정이 없는 한 별도의 상계 의사표시 없이도 그때까지의 기성고에 해당하는 공사대금 중 미지급액은 선급금으로 충당되고 도급인은 나머지 공사대금이 있는 경우 그 금액에 한하여 지급할 의무를 부담한다는 기존의 대법원 판례를 그대로 인정하였습니다. 다만, 甲과 乙이 공동수급체를 구성하여 도급받은 공사를 乙이 주관사가 되어 선급금 등을 지급받고 진행하다가 포기함에 따라 甲이 도급인 丙과 사이에 乙의 탈퇴 뒤 잔여공사를 시행하기로 하면서 체결한 약정에 의해 그 약정 당시 甲과 丙이 乙의 丙에 대한 미정산 선급금의 수액을 확정하고 그 반환채무를 甲이 승계하는 특별한 사정이 있는 경우에는, 丙의 甲에 대한 그 미정산 선급금 반환채권과 甲의 丙에 대한 공사대금채권이 서로 상계적상에 있는 경우에 이를 상계, 공제하는 등으로 별도의 정산을 거쳐야 비로소 甲의 위 미정산선급금 반환채무가 소멸되는 것일 뿐, 위 미정산 선급금이 乙의 미수령 공사대금에 당연 충당된 것으로는 볼 수 없다고 판시하였습니다. 그리하여 위 미정산 선급금이 乙의 丙에 대한 미수령 공사대금에 당연 충당되어 甲이 승계한 그 미정산 선급금의 반환채무가 소멸되었다고 판단한 원심판결을 파기하였습니다.

3. 다운로드 : [대법원 2010. 7. 8. 선고 2010다9597 판결](#)

is horizon

(최신판례소개 ②)

▣ 물품대금

- 대상판결 : 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다53273 판결

1. 논점

금전채권의 보전을 위하여 채무자의 금전채권에 대하여 가압류가 행하여진 후 채권자의 신청에 의하여 그 집행이 취소된 경우, 가압류에 의한 소멸시효 중단의 효과가 소급적으로 소멸되는지

2. 요지 및 해설

(1) 요지

금전채권의 보전을 위하여 채무자의 금전채권에 대하여 가압류가 행하여진 경우에 그 후 채권자의 신청에 의하여 그 집행이 취소되었다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 가압류에 의한 소멸시효 중단의 효과는 소급적으로 소멸된다. 민법 제175조는 가압류가 '권리자의 청구에 의하여 취소된 때에는' 소멸시효 중단의 효력이 없다고 정한다. 가압류의 집행 후에 행하여진 채권자의 집행취소 또는 집행해제의 신청은 실질적으로 집행신청의 취하에 해당하고, 이는 다른 특별한 사정이 없는 한 가압류 자체의 신청을 취하하는 것과 마찬가지로 그에게 권리행사의 의사가 없음을 객관적으로 표명하는 행위로서 위 법 규정에 의하여 시효중단의 효력이 소멸한다고 봄이 상당하다. 이러한 점은 위와 같은 집행취소의 경우 그 취소의 효력이 단지 장래에 대하여만 발생한다는 것에 의하여 달라지지 아니한다.

(2) 해설

이 사건의 원고는 피고의 예금채권 가압류 결정을 받아 집행이 된 이후, 가압류집행의 해제를 신청하였고, 가압류집행해제통지서가 피고에게 송달되었습니다. 이후 원고는 피고를 상대로 물품대금을 구하는 이 사건 소를

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

제기하였고, 피고는 소멸시효 항변을 하였습니다. 이에 원고는 가압류에 의해 소멸시효가 중단되었다고 주장하였습니다(민법 제170조 제2항). 그런데 대법원은 '가압류 집행해제 신청'은 민법 제175조 '가압류가 권리자의 청구에 의하여 취소된 때'에 해당한다고 보았습니다. 가압류 집행해제 신청은 가압류 자체의 신청을 취하는 것과 마찬가지로 권리행사 의사가 없음을 객관적으로 표명하는 행위라고 본 것입니다. 결국 원고의 소멸시효 중단의 재항변은 배척되었습니다.

3. 다운로드 : [대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다53273 판결](#)

is Partner

(최신판례소개 ③)

▣ 이행강제금부과처분취소

- 대상판결 : 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010두13340 판결

1. 논점

건축법 위반 건축물에 대해 건축주 명의를 갖는 자가 실제 건축주가 아니라고 하더라도, 건축법 제79조 제1항에 의한 시정명령의 상대방이 되는 건축주에 해당하는지

2. 요지 및 해설

(1) 요지

건축법의 관계 규정상 건축허가 혹은 건축신고시 관할 행정청에 명의상 건축주가 실제 건축주인지 여부에 관한 실질적 심사권이 있다고 보기 어렵고, 또 명목상 건축주라도 그것이 명의대여라면, 당해 위반 건축물에 대한 직접 원인행위자는 아니라 하더라도 명의대여자로서 책임을 부담하여야 하는 점, 만약 이와 같이 보지 않을 경우 건축주는 자신이 명목상 건축주에 불과하다고 주장하여 책임회피의 수단으로 악용할 가능성이 있고, 또 건축주 명의대여가 조장되어 행정법 관계를 불명확하게 하고 법적 안정성을 저해하는 요소로 작용할 수 있는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 위반 건축물에 대해 건축주 명의를 갖는 자는 명의가 도용되었다는 등의 특별한 사정이 있지 않은 한 건축법 제79조 제1항의 건축주에 해당한다고 보아야 한다.

(2) 해설

건물에 대한 건축허가를 받은 甲이 건축 중이던 건물 및 대지를 乙에게 양도하였으나 乙이 명의를 변경하지 아니한 채 사용승인을 받지 않고 건물을 사용하자, 행정청은 명의상 건축주이자 건물에 관한 소유권보존등기 명의

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

자인 甲에게 시정명령을 한 후 이행강제금을 부과하였습니다. 甲은 행정청의 처분의 상대방이 잘못되었음을 들어 이행강제금부과처분 취소소송을 제기하였으나 대법원은 건축주 명의를 도용되었다는 등의 특별한 사정을 인정할 만한 자료가 없는 이상, 위 건물의 건축주 명의를 갖는 자이자 부동산등기부등본상 소유자인 甲이 건축법 제79조 제1항에 규정된 시정명령의 상대방인 건축주 또는 소유자가 될 수 있다고 판단하였습니다.

3. 다운로드 : [대법원 2010. 10. 14. 선고 2010두13340 판결](#)

is Partner

(최신판례소개 ④)

▣ 부당이득반환

- 대상판결 : 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다37905 판결

1. 논점

상가건물 임대차보호법이 적용되는 상가건물의 공유자인 임대인이 법 제10조 제4항에 의하여 임차인에게 갱신거절의 통지를 하는 것이 공유물의 관리행위인지

2. 요지 및 해설

(1) 요지

공유자가 공유물을 타인에게 임대하는 행위 및 그 임대차계약을 해지하는 행위는 공유물의 관리행위에 해당하므로 민법 제265조 본문에 의하여 공유자의 지분의 과반수로써 결정하여야 한다. 상가건물 임대차보호법이 적용되는 상가건물의 공유자인 임대인이 같은 법 제10조 제4항에 의하여 임차인에게 갱신 거절의 통지를 하는 행위는 실질적으로 임대차계약의 해지와 같이 공유물의 임대차를 종료시키는 것이므로 공유물의 관리행위에 해당하여 공유자의 지분의 과반수로써 결정하여야 한다.

(2) 해설

원고는 상가건물 임대차보호법이 적용되는 상가건물의 공유자 중 1/2 지분권자인데, 다른 1/2 지분권자인 다른 공유자와 협의 없이 임차인인 피고들에게 단독으로 임대차계약에 관하여 갱신거절의 의사표시를 하고, 상가건물의 명도를 구하였습니다. 판례는 임차인에게 갱신 거절의 통지를 하는 행위는 공유물의 관리행위에 해당하여 공유자의 지분의 과반수로 결정하여야 하는데, 나머지 1/2 지분권자가 동의하였음을 인정할 자료가 없으므로 원고의 갱신거절의 의사표시가 유효하다고 볼 수 없다고 판단하고 원고의

법무법인 지평지성 건설부동산 뉴스레터

청구를 배척하였습니다.

3. 다운로드 : [대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다37905 판결](#)

is horizon



지평지성
JISUNG HORIZON

<http://www.js-horizon.com>

법무법인 지평지성

주사무소

(100-743) 서울 중구 남대문로 4가 45 상공회의소빌딩 8, 11층 Tel : (02)6200-1600 Fax : (02)6200-0800

강북분사무소

(100-161) 서울 중구 봉래동 1가 25 HSBC빌딩 15층 Tel : (02)6200-1800 Fax : (02)6200-0830

글로벌 비즈니스 센터

(100-743) 서울 중구 남대문로 4가 45 상공회의소빌딩 11층 Tel : (02)6200-0880 Fax : (02)6200-0804

상해 사무소

Room 2310, Shanghai Maxdo Center, No.8 Xing Yi Road, Shanghai China Tel : 86-21-5208-2800 Fax : 86-21-5208-2807

호치민 사무소

#1605, Centec Tower, 72-74 Nguyen Thi Minh Khai Street, Ward 6, District 3, Ho Chi Minh City, Vietnam
Tel : 84-8-3910-7510 Fax : 84-8-3910-7511

하노이 사무소

Suite 1003, 10th Fl., Daeha Business Center, 360 Kim Ma St., Ba Dinh Dist., Hanoi, Vietnam Tel : 844-6266-1901 Fax : 844-6266-1903

캄보디아사무소

SK-Shinoh Office, 2F No.797, Monivong Blvd. & St. 484, Phsar Doeum Thkov, Khan Chamkarmon, Phnom Penh, Cambodia Tel : 855-23-726-897 Fax : 855-23-726-457

라오스사무소

LLC Bldg, Nong bon Road, Saysetha District, Vientiane, Laos Tel : 070-8275-4940 Fax : 856-21-264-344