

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2013다49381 약정금등  
원고, 상고인 반포주공3단지재건축주택정비사업조합  
소송대리인 변호사 안용득 외 4인  
피고, 피상고인 지에스건설 주식회사  
소송대리인 법무법인(유한) 태평양  
담당변호사 고현철 외 3인  
원 심 판 결 서울고등법원 2013. 6. 5. 선고 2012나90308 판결  
판 결 선 고 2016. 5. 12.

주 문

원심판결 중 약정금 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.  
나머지 상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 약정금 청구 부분에 관한 상고이유에 대하여

가. 「도시 및 주거환경정비법」(이하 '도시정비법'이라 한다)에 의한 재건축조합의 정관은 재건축조합의 조직, 활동, 조합원의 권리의무관계 등 단체법적 법률관계를 규율하는 것으로서 공법인인 재건축조합과 그 조합원에 대하여 구속력을 가지는 자치법규이므로 이에 위반하는 활동은 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 한다. 그런데 구 도시정비법(2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 '시공사 계약서에 포함될 내용'이 조합원의 비용분담 등에 큰 영향을 미치는 점을 고려하여 이를 정관에 포함시켜야 할 사항으로 규정하고 있고(제20조 제1항 제15호), 정관 기재사항의 변경을 위해서는 조합원의 3분의 2 이상의 동의를 받도록 규정하고 있다(제20조 제3항). 그러므로 '시공자와의 계약서에 포함될 내용'에 관한 안건을 총회에 상정하여 의결하는 경우 그 내용이 당초의 재건축결의 시 채택한 조합원의 비용분담 조건을 변경하는 것인 때에는 비록 그것이 직접적으로 정관 변경을 하는 결의가 아니라 할지라도 실질적으로는 정관을 변경하는 결의이므로 그 의결 정족수는 정관변경에 관한 규정인 구 도시정비법 제20조 제3항, 제1항 제15호의 규정을 유추적용하여 조합원의 3분의 2 이상의 동의를 요한다고 봄이 타당하다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다31884 판결, 대법원 2009. 11. 12. 선고 2008다81640 판결 등 참조).

나아가 조합원의 비용분담조건을 변경하는 안건에 대하여 위와 같이 특별다수의 동의요건을 요구함으로써 조합원의 이익을 보호하고 권리관계의 안정과 재건축사업의 원활한 진행을 도모하고자 하는 도시정비법 관련 규정의 취지에 비추어 보면, 재건축조합이 구 도시정비법의 유추적용에 따라 요구되는 조합원 3분의 2 이상의 동의를 거치지 아니하고 당초의 재건축결의 시 채택한 조합원의 비용분담조건을 변경하는 취지로 시공자와 계약을 체결한 경우 그 계약은 효력이 없다 할 것이다[대법원 2011. 4.

28. 선고 2010다105112 판결, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2011다5448, 2011다5455(반소) 판결 등 참조].

한편 계약체결의 요건을 규정하고 있는 강행법규에 위반한 계약은 무효이므로 그 경우에 계약상대방이 선의·무과실이라 하더라도 민법 제107조의 비진의표시의 법리 또는 표현대리 법리가 적용될 여지는 없다(대법원 1983. 12. 27. 선고 83다548 판결, 대법원 1996. 8. 23. 선고 94다38199 판결 등 참조). 따라서 도시정비법에 의한 주택재건축조합의 대표자가 그 법에 정한 강행규정에 위반하여 적법한 총회의 결의 없이 계약을 체결한 경우에는 상대방이 그러한 법적 제한이 있다는 사실을 몰랐거나 총회결의가 유효하기 위한 정족수 또는 유효한 총회결의가 있었는지에 관하여 잘못 알았다고 하더라도 그 계약이 무효임에는 변함이 없다. 또한 총회결의의 정족수에 관하여 강행규정에서 직접 규정하고 있지 않지만 강행규정이 유추적용되어 과반수보다 가중된 정족수에 의한 결의가 필요하다고 인정되는 경우에도 그 결의 없이 체결된 계약에 대하여 비진의표시 또는 표현대리의 법리가 유추적용될 수 없는 것은 마찬가지이다. 강행규정이 유추적용되는 경우라고 하여 강행법규의 명문 규정이 직접 적용되는 경우와 그 효력을 달리 볼 수는 없기 때문이다.

나. 원심은 제1심 판결 이유를 인용하여 다음과 같은 사실을 인정하였다.

1) 2001. 11. 10. 개최된 원고의 조합 창립총회에서 피고가 '사업참여제안서'를 통하여 그 시공에 관한 조건을 제시하였는데, 그 주된 내용은, 확정지분제 방식으로 공사를 진행하기로 하고 조합원의 무상지분 권리금액을 평당 약 2,368만 원으로, 평균 무상지분율을 171.84%로 산정하되, 조합원들에게 우선분양하고 남은 아파트 잔여세대를 일반분양할 때 실제 일반분양금 총액이 당초의 예상 일반분양금(일응 조합원 분양가에

부가가치세액을 더한 금액) 총액보다 10% 이상 초과하는 경우에는 그 초과분을 조합원들의 수익으로 하여 환급한다는 조건(이하 '이 사건 수익조건'이라 한다)을 포함하는 것이었다. 위 사업참여제안서에 기하여 피고가 다른 경쟁회사를 제치고 시공사로 선정되었으며, 원고가 최종적으로 전체 조합원 2,510명 중 80%가 넘는 2,151명으로부터 위 사업참여제안서와 같은 내용의 재건축동의서를 교부받아 당시의 법령에 따른 재건축결의가 이루어졌다.

2) 원고는 2002. 9. 6. 피고와 사이에 위 사업참여제안서의 내용과 거의 동일한 내용으로 공사도급 가계약(이하 '이 사건 가계약'이라 한다)을 체결하였는데, 이때 피고는 피고의 귀책사유와 관계없이 발생하는 정부의 정책변경이나 행정명령 등 불가피한 상황이 생길 경우 주택건설촉진법령, 건축법령 등 관계 법령의 범위 내에서 원고에게 공사변경을 요구할 수 있으며, 그 경우 원고와 피고는 협의하여 공사를 변경하기로 하고(제28조), 위 공사변경이 있는 경우, 원고의 요구에 의한 설계변경이 있는 경우, 일반분양가 총액이 10% 이상 증가되는 경우 원고와 피고가 상호 합의하여 조합원 무상지분 권리금액을 조정하기로 약정하였다(제29조).

3) 피고는 그 후 원고와의 본계약 협상 과정에서 정부의 정책변경 등으로 최소 2,000억 원의 추가비용 발생요인이 생겼음을 주장하면서 이를 전액 인정하여 줄 것을 요구하였는데, 원고는 조합원들이 이 사건 수익조건에 따른 10% 이상 초과분에 대한 배분을 받지 아니하는 대신에 추가 발생 비용을 포함한 모든 사업비용을 시공사가 부담하는 것으로 하되, 각 조합원의 무상지분 권리금액을 평당 약 24,526,000원으로 책정하는 것을 주된 내용으로 하는 시공사 본계약안을 마련하였고, 2005. 2. 5.에 총회를 개최하여 위 시공사 본계약안 안건(이하 '이 사건 안건'이라 한다)에 대하여 재적조합

원 2,516명 중 1,378명의 찬성으로 승인결의(이하 '이 사건 결의'라 한다)를 하였으며, 이에 따라 2005. 2. 피고와 사이에 이 사건 안건과 같은 내용으로 이 사건 본계약을 체결하였다.

4) 그런데 원고의 일부 조합원들이 원고를 상대로 이 사건 결의 무효확인 청구의 소를 제기하였고, 제1심과 항소심에서는 각 청구기각 및 항소기각 판결이 선고되었으나, 대법원은 2009. 1. 30. 이 사건 안건은 당초 재건축결의 시 채택한 조합원 비용분담 조건을 실질적으로 변경하는 것에 해당하여 그 결의를 위해서는 조합원 3분의 2 이상의 동의가 필요함에도 2005. 2. 5.자 관리처분총회에서 이 사건 안건에 동의한 조합원이 이에 미치지 못하였음을 이유로 이 사건 결의가 무효라는 취지로 원심판결을 파기 환송하였고(대법원 2009. 1. 30. 선고 2007다31884 판결), 서울고등법원은 2010. 2. 19. 위 대법원 판단 취지에 따라 '이 사건 결의는 무효임을 확인한다'라는 판결을 선고하였으며(서울고등법원 2009나16515), 그 판결은 그대로 확정되었다.

다. 원심은 위 인정사실에 기초하여, 비록 이 사건 결의가 위와 같이 무효로 확정되었다 하더라도, 비법인사단의 대표자가 '정관'에서 총회의 결의를 거치도록 규정한 대외적 거래행위를 그 결의를 거치지 아니하고 한 경우에 거래 상대방이 그러한 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우가 아니라면 그 거래행위는 유효하다고 봄이 상당하고, 이 경우 거래의 상대방이 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었음은 이를 주장하는 비법인사단 측이 주장·증명하여야 한다고 하고(대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다64780 판결 등 참조), 또한 '법령'에서 법인 대표자의 대표권을 제한하고 있는 경우에도 그 대표권 제한에 위반된 대표자의 행위를 일률적으로 무효라고 볼 수는 없고, 법인의 이익 또는 법인 구성원의 이익과 대표자의 행위를 유효한 것으로 신뢰한

거래상대방의 이익 또는 거래의 안전을 비교 형량하여 후자를 보호할 필요성이 더 큰 경우에는 그 거래행위를 일단 유효로 하되, 거래상대방이 대표권 제한 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에만 무효로 보아야 한다고 판시한 다음, 그 판시 사정을 종합하면 이 사건 본계약은 일단 유효하고, 다만 거래상대방인 피고가 이 사건 안전에 대하여 특별결의가 필요하다는 것을 알았거나 알 수 있었을 경우에만 무효로 보아야 할 것인데, 피고가 이를 알았거나 알 수 있었다고 볼 증거가 없으므로, 이 사건 본계약은 유효하다고 판단하였다.

라. 그러나 앞서 본 바와 같이 이 사건 안전은 당초의 재건축결의에서 채택한 조합원의 비용분담조건을 변경하는 안전에 해당하므로 구 도시정비법의 관련 규정을 유추적용하여 조합원 3분의 2 이상의 동의가 있어야 한다. 따라서 이 사건 결의는 그 의결정족수에 미치지 못하여 효력이 없고, 이 사건 본계약도 결국 법률에 규정된 요건인 총회결의를 거치지 않은 것이므로 무효이다. 그리고 앞서 본 법리에 비추어 피고가 이 사건 본계약 체결 시 조합원 3분의 2 이상의 동의가 필요하다는 것을 알았거나 알 수 있었는지 여부는 계약의 효력에 아무런 영향이 없다고 할 것이다.

또한 원심이 든 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다64780 판결은 비법인사단의 정관에 의한 대표권 제한에 관한 것으로서 강행법규를 위반한 이 사건과는 사안을 달리한다. 강행법규에 의하여 요구되는 조합원 3분의 2 이상의 동의에 의한 총회 결의를 거치지 아니한 이상 원고의 조합장은 원고를 대표하여 계약을 체결할 권한이 없다 할 것이어서, 원고의 조합장이 행한 이 사건 본계약 체결행위에는 표현대리의 법리가 준용되거나 유추적용될 여지가 없다 할 것이고, 원고가 이 사건 본계약의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 반한다고 볼 수도 없다(대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다73626 판결 등

참조).

마. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 본계약이 유효하다고 보아, 이 사건 가계약 제28조, 제29조에 기하여 일반분양 초과수익금의 발생이나 정부정책 변경에 따른 공사 변경 등 제반 사항을 고려하여 조합원 무상지분 권리금액을 조정할 경우 원고가 지급받을 수 있는 정당한 약정금의 존부 및 액수에 관하여 심리하지 아니한 채 원고의 이 부분 청구를 배척하였다. 이러한 원심의 판단에는 구 도시정비법상 조합원 총회의 특별결의를 거치지 아니한 계약의 효력에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다. 이를 지적하는 원고의 이 부분 상고이유 주장은 이유 있다.

## 2. 임대주택부담금에 관한 상고이유에 대하여

가. 원심판결 이유에 의하면 원심은 아래 사정을 종합하여, 피고는 임대주택부담금을 원고의 조합원들로부터 지급받았으므로 설령 그 반환의무가 있다고 하더라도 원고의 조합원들에 대하여 의무를 지는 것이지 원고에 대하여 반환의무를 진다고 할 수 없고, 나아가 피고가 원고의 조합원들로부터 법률상 원인 없이 임대주택부담금을 지급받았다고도 할 수 없다고 하여 원고의 이 부분 청구를 배척하였다.

1) 원고의 조합원들이 임대주택부담금을 입금한 계좌는 원고와 피고의 공동명의로 개설된 계좌로서, 원고의 조합원들은 위 계좌에 직접 임대주택부담금을 입금하였고 원고가 자신의 계산으로 임대주택부담금을 지급한 바는 없다.

2) 이 사건에서 재건축공사는 그 공사비 및 사업경비 전액을 피고가 부담하는 대신 일반분양금 및 조합원부담금 전액을 피고에게 귀속시키기로 하는 확정지분제 방식으로 진행된 것이므로, 원고의 조합원들이 지급한 임대주택부담금 역시 피고에게 귀속

되는 것이고 원고에게 귀속되어야 할 근거가 없다.

3) 이 사건 본계약에서는 임대주택건설 등 정부정책 변경 시 조합원들에 대한 대물변제 기준이 조정될 수 있음을 규정하였고, 이 사건 본계약에서는 재건축공사의 변경을 예정하고 있는바, 위 공사의 변경에는 단순히 사실적인 의미의 공사의 변경뿐만 아니라, 정부정책의 변경에 따른 분양 방식의 변경도 포함된다고 보아야 한다.

4) 이와 같이 공사대금의 변경이 필요한 경우 시공사인 피고가 합리적인 수준의 공사대금 변경을 요구하는 경우 원고로서는 이에 따라야 할 것이고, 원고의 대의원회에서 피고의 공사대금 요구를 거부하였다고 하여 달리 보기는 어렵다.

나. 앞서 본 바와 같이 이 사건 본계약은 무효라 할 것이므로 원심의 위와 같은 판단 중 이 사건 본계약이 유효임을 전제로 한 부분은 부적절하다. 그러나 이 사건 가계약은 여전히 유효하고, 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 가계약에도 정부정책의 변경 시 피고가 공사 변경을 요구할 수 있고 그 경우 원고와 피고의 합의 하에 조합원 무상지분 권리가액을 조정할 수 있다는 조항이 포함되어 있으며, 원심 판단과 같이 정부의 임대주택 정책 변경으로 인한 분양 방식의 변경도 이에 해당한다 할 것이므로, 원고가 피고의 정당한 공사 변경 요구에 응하지 아니하는 경우 피고는 원고에게 이에 상응하는 공사대금을 청구할 수 있다 할 것이다. 그러므로 원고가 관련 협상을 거부하는 가운데 원고의 조합원들이 피고로부터 아파트를 인도받기 위하여 피고에게 직접 임대주택부담금을 지급하였다고 해서 피고가 원고와의 관계에서 이를 부당 이득하였다고 할 수는 없다. 이 부분 원고의 청구를 기각한 원심의 결론은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 임대주택부담금 반환에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

### 3. 결론

그러므로 원고의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략하고 원심판결 중 약정금 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 원고의 나머지 상고를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            김 신

주 심            대법관            박병대

                  대법관            박보영

                  대법관            권순일