

조합설립인가무효확인

[서울고등법원 2012. 5. 25. 2011누28006]



【전문】

【원고(선정당사자), 피항소인】

【원고 보조참가인】

【피 고】 서울특별시 서대문구청장

【피고 보조참가인, 항소인】 홍은동제5 주택재건축 정비사업조합 (소송대리인 법무법인 광장 담당변호사 장찬익 외 1인)

【제1심판결】 서울행정법원 2011. 7. 22. 선고 2010구합25749 판결

【변론종결】 2012. 4. 17.

【주문】

】

1. 제1심 판결을 다음과 같이 변경한다.

가. 원고(선정당사자)의 주위적 청구를 기각한다.

나. 피고가 2010. 6. 4.에 한 홍은동제5주택재건축정비사업조합 설립인가처분을 취소한다.

2. 보조참가로 인한 비용을 포함한 소송총비용 중 1/2은 원고(선정당사자) 및 원고 보조참가인들이 부담하고, 1/2은 피고 및 피고 보조참가인이 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 주위적으로, 피고가 2010. 6. 4.에 한 홍은동제5주택재건축정비사업조합 설립인가처분이 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2010. 6. 4.에 한 홍은동제5주택재건축정비사업조합 설립인가처분을 취소한다. [제1심에서는 선택적으로 위 설립인가처분의 무효확인 또는 취소를 구하였다가, 당심에서 그 무효확인을 주위적 청구로, 그 취소를 예비적 청구로 변경하였다]2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고(선정당사자)의 청구를 모두 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 주위적으로, 피고가 2010. 6. 4.에 한 홍은동제5주택재건축정비사업조합 설립인가처분이 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2010. 6. 4.에 한 홍은동제5주택재건축정비사업조합 설립인가처분을 취소한다. [제1심에서는 선택적으로 위 설립인가처분의 무효확인 또는 취소를 구하였다가, 당심에서 그 무효확인을 주위적 청구로, 그 취소를 예비적 청구로 변경하였다]2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고(선정당사자)의 청구를 모두 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 주위적으로, 피고가 2010. 6. 4.에 한 홍은동제5주택재건축정비사업조합 설립인가처분이 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2010. 6. 4.에 한 홍은동제5주택재건축정비사업조합 설립인가처분을 취소한다. [제1심에서는 선택적으로 위 설립인가처분의 무효확인 또는 취소를 구하였다가, 당심에서 그 무효확인을 주위적 청구로, 그 취소를 예비적 청구로 변경하였다]2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고(선정당사자)의 청구를 모두 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 주위적으로, 피고가 2010. 6. 4.에 한 홍은동제5주택재건축정비사업조합 설립인가처분이 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2010. 6. 4.에 한 홍은동제5주택재건축정비사업조합 설립인가처분을 취소한다. [제1심에서는 선택적으로 위 설립인가처분의 무효확인 또는 취소를 구하였다가, 당심에서 그 무효확인을 주위적 청구로, 그 취소를 예비적 청구로 변경하였다]2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고(선정당사자)의 청구를 모두 기각한다.

한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 주위적으로, 피고가 2010. 6. 4.에 한 홍은동제5주택재건축정비사업조합 설립인가처분이 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2010. 6. 4.에 한 홍은동제5주택재건축정비사업조합 설립인가처분을 취소한다. [제1심에서는 선택적으로 위 설립인가처분의 무효확인 또는 취소를 구하였다가, 당심에서 그 무효확인을 주위적 청구로, 그 취소를 예비적 청구로 변경하였다]2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고(선정당사자)의 청구를 모두 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 주위적으로, 피고가 2010. 6. 4.에 한 홍은동제5주택재건축정비사업조합 설립인가처분이 무효임을 확인한다. 예비적으로, 피고가 2010. 6. 4.에 한 홍은동제5주택재건축정비사업조합 설립인가처분을 취소한다. [제1심에서는 선택적으로 위 설립인가처분의 무효확인 또는 취소를 구하였다가, 당심에서 그 무효확인을 주위적 청구로, 그 취소를 예비적 청구로 변경하였다]2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고(선정당사자)의 청구를 모두 기각한다.

【이유】

Ⅰ. 조합설립인가

갑 제1 내지 3, 18, 20, 21, 32, 33호증, 을 제1, 11, 43, 45 내지 47호증(가지번호 포함), 갑 제8호증의 1, 2, 갑 제12호증의 5 내지 8, 갑 제17호증의 5 의 각 기재에 변론 전체 취지를 종합하면 아래의 사실이 인정된다.

[1]

- 서울특별시장은 2006. 3. 23. 서울특별시 고시 제2006-95호로 서울 서대문구 홍은동 (지번 1 생략) 일대 17,012.9㎡를 정비예정구역으로 지정하는 내용이 포함된 도시·주거환경 정비기본계획을 수립·고시하였다.
- 그 후 서울특별시장은 2007. 8. 23. 서울특별시 고시 제2007-282호로 정비예정구역의 면적을 위 17,012.9㎡에서 서울 서대문구 홍은동 (지번 2 생략) 외 68필지를 추가한 34,497.7㎡로 변경하는 내용의 도시·주거환경 정비기본계획을 변경·고시하였다.

[2]

- 피고는 2008. 1. 15. 서울 서대문구 홍은동 (지번 3 생략) 일대를 사업구역으로 하는 재건축정비사업조합 설립추진위원회(이하 '추진위원회'라고 한다)의 승인처분(이하, '추진위원회 승인처분'이라고 한다)을 하였다.
- 그 후 서울특별시장은 2009. 5. 21. 그 당시 시행되던 「도시 및 주거환경정비법」(이하 '도시정비법'이라고 한다) 제4조 제1항에 따라 서울특별시 고시 제2009-202호로 서울 서대문구 홍은동 (지번 1 생략) 일대 34,817㎡(이하 '이 사건 정비구역'이라 한다)를 정비구역으로 지정하였다.
- 이 사건 정비구역은 소유자 수에 있어서나 면적에 있어서나 주로 주택단지가 아닌 지역으로 이루어져 있다.

[3]

- 서울특별시장의 이 사건 정비구역의 지정과 피고의 추진위원회 승인에 대하여 제소기간 내에 취소소송이 제기되지 아니하였다.
- 한편 피고의 추진위원회 승인에 관하여 무효확인 소송이 서울행정법원 2010구합4445호로 제기되었으나 2010. 8. 13. 그 청구가 기각되었고, 이에 위 사건의 원고들이 서울고등법원 2010누29002호로 항소하였으나 2011. 8. 19. 그

항소가 기각되었으며, 그 무렵 위 판결이 확정되었다.

[4]

- 추진위원회는 2010. 2. 7. 창립총회(이하 '1차 창립총회'라고 한다)를 개최한 후 2010. 2. 23. 피고에게 주택재건축 정비사업조합(이하 '재건축조합'이라고 한다) 설립인가 신청을 하였으나 피고는 2010. 4. 2. 동의를 부족을 이유로 위 신청을 반려하였다.
- 이에 추진위원회는 2010. 4. 20. 창립총회(이하 '2차 창립총회'라고 한다)를 개최한 후 2010. 4. 22. 피고에게 재건축 조합 설립인가를 다시 신청을 하였으나 피고는 2010. 5. 17. 또다시 동의를 부족을 이유로 위 신청을 반려하였다.
- 이에 추진위원회는 2010. 5. 30. 창립총회(이하 '3차 창립총회'라고 한다)를 다시 개최하여 1, 2차 창립총회의 안건을 일괄상정하여 재차 의결한 후, 2010. 5. 31. 피고에게 이 사건 정비구역 내 토지 또는 건축물 소유자들의 재건축조합 설립동의서(이하 '이 사건 동의서'라 한다) 등을 첨부하여 재건축조합 설립인가 신청을 하였다.
- 피고는 토지소유자 17명, 건축물소유자 14명, 주택 및 토지소유자 249명 합계 280명 중 214명의 동의가 있는 것(동 의율 76.43%)으로 인정하여 2010. 6. 4. 피고보조참가인(이하 '참가인 조합'이라고 한다)의 설립을 인가하였다(이하 '이 사건 설립인가'라고 한다).

[5]

- 그 후 참가인 조합은 2011. 3.경 토지등소유자 3명의 동의서 추가제출 및 조합원 명의변경을 이유로 피고에게 재건축조합 설립변경인가를 신청하여 2011. 3. 29. 피고로부터 그 변경인가(이하 '1차 변경인가'라고 한다)를 받았다.
- 또한 참가인 조합은 토지등소유자 1명의 동의서 추가제출 및 조합원 명의변경을 이유로 피고에게 재건축조합 설립 변경인가를 신청하여 2011. 6. 20. 피고로부터 그 변경인가(이하 '2차 변경인가'라고 한다)를 받았다.
- 참가인 조합은 2명의 토지등소유자가 추가로 동의서를 제출하였음을 이유로 피고에게 재건축조합 설립변경인가를 신청하여 2011. 7. 7. 피고로부터 그 변경인가(이하 '3차 변경인가'라고 한다)를 받았다.

Ⅱ. 이 사건 설립인가의 하자

원고(선정당사자, 이하 '원고'라고만 한다), 원고보조참가인(선정당사자), 원고보조참가인 원고보조참가인 2, 3(이하 통칭 하여 '원고 등'이라고 한다)은 이 사건 설립인가에 하자가 있음을 이유로, 주위적으로는 이 사건 설립인가의 무효 확인을 구하고, 예비적으로는 이 사건 설립인가의 취소를 구하는바, 먼저 그 하자 유무에 관해 살펴본다.

1. 이 사건 정비구역 지정의 하자 여부

가. 원고 등의 주장

이 사건 정비구역 내의 건물 중 기능·구조 결함으로 인하여 철거가 불가피한 건축물에 해당되는 건축물의 비율이 낮고, 실제 노후도나 건축연면적을 기준으로 한 노후율도 매우 낮으며, 노후·불량건축물 판단을 위한 현장조사 또는 실지조사가 없었고, 안전진단도 거치지 아니하는 등 정비구역 지정을 위한 요건을 갖추지 못하였다.

그럼에도 불구하고 이 사건 정비구역을 도시정비법상 정비구역으로 지정한 서울특별시장의 이 사건 정비구역 지정에는 중대한 하자가 있고, 위와 같은 하자는 피고의 이 사건 설립인가에도 승계된다.

나. 판단

(1) 먼저 노후·불량건축물의 판단절차상 하자가 있었는지 살펴본다.

(가) 서울특별시장의 2009. 5. 21.자 이 사건 정비구역 지정 당시 적용되던 도시정비법 제4조 제1항에 의하면, 시장·군수는 기본계획에 적합한 범위 안에서 노후·불량건축물이 밀집하는 등 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 구역에 대

하여 정비계획을 수립하여 주민설명회를 열고 30일 이상 주민에게 공람하고 지방의회의 의견을 들은 후 이를 첨부하여 시·도지사에게 정비구역지정을 신청하도록 되어 있고, 그 당시 적용되던 도시정비법 시행령 제10조 제1항 별표 1 제3호 나.목 (2)에 의하면 기존의 단독주택을 재건축하고자 하는 경우에는 단독주택 200호 이상 또는 그 부지면적이 10,000㎡ 이상인 지역으로서 노후·불량건축물이 당해 지역 안에 있는 건축물수의 3분의 2 이상인 지역이 정비계획 수립대상지역이 된다.

한편, 도시정비법 제2조 제3호 다.

목은 도시미관의 저해, 건축물의 기능적 결함, 부실시공 또는 노후화로 인한 구조적 결함 등으로 인하여 철거가 불가피한 건축물로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도 조례로 정하는 건축물을 '노후·불량건축물'로 정의하고 있고, 도시정비법 시행령 제2조 제2항 제1호는 '준공된 후 20년(시·도 조례가 그 이상의 연수로 정하는 경우에는 그 연수로 한다)이 지난 건축물을 도시정비법 제2조 제3호 다목 소정의 '대통령령이 정하는 건축물'로 정의하고 있으며, 그 당시 적용되던 「서울특별시 도시 및 주거환경 정비조례」(이하 '도시정비조례'라고 한다) 제3조 제1항 제2호는, 단독주택의 경우 철근·철골콘크리트 또는 강구조 건축물의 경우에는 내구연한을 60년으로, 그 외의 건축물은 내구연한을 30년으로 정하고 위 각 내구연한의 3분의 2 이상이 경과되었다면 도시정비법 시행령 제2조 제2항 제1호 소정의 노후·불량건축물로 보는 것으로 규정하고 있다.

(나) 위에서 본 바와 같이 도시정비법 제2조 제3호 다.

목이 규정한 노후·불량건축물의 개념은 추상적인 개념이므로 실제 정비구역 지정 여부를 판단함에 있어서는 적절한 재량권의 행사를 위한 객관적이고 명확한 기준을 정립할 필요성이 있는데, △ 도시정비법 시행령 제2조 제2항 제1호가 노후·불량건축물의 요건으로 20년 경과 기준을 둔 것은 일정한 시간의 경과가 노후·불량건축물 해당 여부를 판단하는 유용하고 적절한 기준이 될 수 있다는 데 그 취지가 있는 점, △ 위 조항은 지방자치단체에게 조례에 의하여 해당 지역의 토지 및 건축물의 이용 상황, 정비기반시설의 설치 현황, 정비구역 및 주변 지역의 교통 상황 등 주거환경을 감안하여 그 이상의 연수로 노후·불량건축물을 정할 수 있는 권한을 부여한 점 등을 종합하여 보면, 도시정비법 시행령 제2조 제2항 제1호에서 정한 20년 경과 기준은 노후·불량건축물을 판단하는 일응의 기준을 제시한 것으로 해석함이 상당하다(대법원 2010. 7. 15. 선고 2008두9270 판결).

(다) 한편 관계 법령에서는 도시정비법 제2조 제3호 다.

목에서 정한 노후·불량건축물이라는 추상적인 개념을 판단하는 기준이나 절차에 관하여 도시정비법 시행령 제2조 제2항 각 호의 기준에 의하여 시·도 조례에 위임하는 것 이외에는 명시적인 규정을 두고 있지 않은 반면, 철거가 불가피한 노후·불량건축물에 해당하는지 여부는 기술적, 법률적인 측면에서 볼 때 전문가의 판단영역에 속하므로 정비사업구역 지정권자에게 관련 전문가들의 자문을 거쳐 그 해당 여부를 결정하도록 상당한 재량권이 부여되어 있다고 봄이 상당하다.

(라) 그런데 도시정비조례 제3조 제1항 제2호는 공동주택인지 여부, 준공시기, 건축물의 층수 및 구조, 내구연한에 따라 도시정비법 시행령 제2조 제2항 제1호의 '20년이 지난 건축물'의 연수를 더욱 세분하여 구체적으로 규정하고 있는 바, △ 위 도시정비조례 조항은 도시정비법 시행령이 부여한 위임의 범위 내에서 서울특별시 의회가 적절하게 재량권을 행사하여 나름대로 객관적이고 명확한 기준을 정립한 것으로 보이는 점, △ 피고는 토지대장, 건축물대장, 등기부 등 공부상 기재에 비추어 도시정비조례가 정한 공동주택인지 여부, 준공시기, 건축물의 층수 및 구조, 내구연한 등의 기준에 따라 철거가 불가피한 건축물로서 노후·불량건축물에 해당하는지 여부를 판단한 점, △ 행정청으로

하여금 앞서 살펴 본 도시정비조례의 구체적인 기준 외에 별도로 해당 건축물을 실사하여 철거가 불가피한 건축물 인지 여부를 개별적으로 판단하도록 한다면 정비사업 자체가 사실상 곤란하다고 보이는 점, △ 예를 들어 공부는 존재하나 해당 건물이 철거되어 존재하지 않는다는 등 공부상 기재와 현황이 다르다는 사정은 해당 건축물의 소유자 등 이해관계인의 주장과 소명에 따라 노후·불량건축물 판정에 반영될 수 있는 점(다만 관련 법령에 따른 신고나 인·허가 없이 수선, 증·개축이 이루어져 공부에 반영되지 못한 경우는 받아들이기 어렵다) 등을 종합하면, 도시정비법 시행령 제2조 제2항 제1호, 도시정비조례 제3조 제1항 각 호의 요건을 충족하는 건축물은 도시정비법 제2조 제3호다.

목에서 정하는 노후·불량건축물로 분류될 수 있다고 봄이 상당하다.

그런데, 을 제20호증에 변론 전체의 취지를 더하여 보면 피고가 공부상 기재에 터 잡아 이 사건 정비구역 내의 건축물을 조사한 결과 도시정비조례 소정의 기간을 도과한 건축물이 70%를 상회하는 사실을 인정할 수 있다.

(마) 그렇다면 피고가 이 사건 정비구역 내 건축물에 대하여 개별적인 실사를 거쳐 노후·불량 여부를 확인하지 않고, 공부상 건축물 준공 후 경과연수 등 도시정비법 시행령과 도시정비조례가 정한 기준과 절차에 따라 노후·불량건축물을 산정한 데에 어떠한 하자가 있다고 할 수 없다.

(2) 다음으로 노후·불량건축물 해당 여부를 판단함에 있어 건축연면적을 고려하여야 하는지에 관하여 살펴본다.

건축연면적은 주택재건축 사업을 위한 정비계획 수립대상구역에 관하여 정한 도시정비법 시행령 제10조 제1항, 별표 1 제3호 나.목 (2)의 규정에서 기준에 포함되어 있지 않고, 달리 건축연면적을 기준으로 노후·불량건축물에 해당되는지 여부를 결정할 합리적 이유를 찾기도 어려우므로, 이에 대한 원고 등의 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 나아가 안전진단을 실시하지 않은 것이 하자에 해당되는지 여부를 살펴본다.

이 사건 정비구역 지정 당시 시행되던 도시정비법 제12조 제10항, 같은 법 시행령 제20조 제1항 제3호 별표 1 제3호 나.목 (2)에 의하면 재건축사업을 위한 안전진단은 공동주택을 대상으로 할 뿐이고, 노후·불량건축물이 당해 지역 안에 있는 건축물 수의 3분의 2 이상인 경우에는 나머지 건축물에 대한 안전진단을 생략할 수 있도록 되어 있으므로, 안전진단을 실시하지 않았다고 하여도 이를 두고 이 사건 정비구역 지정에 하자가 있다고 보기 어렵다.

(4) 이상에서 본 바를 종합하면, 서울특별시장의 이 사건 정비구역 지정에 원고 등이 주장하는 하자가 있었다고 볼 수 없으므로, 선행처분의 하자가 후행처분의 효력에 어떠한 영향을 미치는지 여부에 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

2. 피고의 추진위원회 승인처분의 하자 여부

가. 원고 등의 주장

피고의 추진위원회 승인이 정비구역 지정 전에 이루어졌고, △ 추진위원회 설립을 위하여 토지등소유자의 동의를 받으려는 자가 토지등소유자들로부터 추진위원회 구성에 관한 동의를 받을 당시 도시정비법 제3조 제4항, 같은 법 시행령 제21조의2 제2항을 위반하여 설명과 고지를 하지 않았으며, △ 같은 법 시행령 제24조를 위반하여 추진위원회 운영을 공개하지 않았다.

위와 같은 하자는 피고의 추진위원회 승인처분의 하자를 이루고, 하자 있는 피고의 추진위원회 승인은 피고의 이 사건 설립인가와 사이에 선행처분과 후행처분의 관계에 있으므로, 위와 같은 선행처분의 하자는 후행처분에도 승계된다.

나. 판단

선형처분인 피고의 추진위원회 승인에 관하여 제소기간 내에 취소소송이 제기되지 아니함으로써 불가쟁력이 발생하였고, 피고를 상대로 제기된 추진위원회 승인처분 무효확인 청구 소송에서 그 청구를 기각하는 판결이 확정된 사실은 앞서 본 바와 같은바, 피고의 추진위원회 승인에 원고가 주장하는 하자가 있다고 하더라도 원고 등은 더 이상 그 하자를 주장할 수 없다고 할 것이므로, 원고 등의 위 주장은 이유 없다.

3. 참가인 조합 창립총회의 소집절차의 하자

가. 원고 등의 주장

참가인 조합의 설립을 위한 창립총회 당시 조합설립에 동의하지 않았거나 동의하지 못한 이 사건 정비구역 내의 토지 또는 건축물 소유자들에게 소집통지를 하지 않았다.

따라서 위와 같은 절차를 거치지 않은 2010. 5. 30.자. 3차 창립총회에는 중대한 하자가 있고, 위와 같은 하자는 피고의 이 사건 설립인가에도 승계된다.

나. 판단

(1) 도시정비법 시행령 제22조의2에 의하면 추진위원회는 토지등소유자로부터 조합설립의 동의를 받은 후 조합설립인가의 신청 전에 조합설립을 위한 창립총회를 개최하되(제1항), 창립총회 14일 전까지 회의목적·안건·일시·장소·참석자격 및 구비사항 등을 인터넷 홈페이지를 통해 공개하고 토지등소유자에게 등기우편으로 발송·통지하여야 하고(제2항), 창립총회에서는 조합정관의 확정, 조합임원의 선임, 대의원의 선임, 그 밖에 필요한 사항으로서 제2항에 따라 사전에 통지한 사항 등의 업무를 처리하며(제4항), 창립총회의 의사결정은 토지등소유자(주택재건축 사업의 경우 조합설립에 동의한 토지등소유자로 한정한다)의 과반수 출석과 출석한 토지등소유자 과반수 찬성으로 결의(제5항)하도록 규정하고 있다.

위 규정 내용을 종합하면, 추진위원회는 도시정비법이 요구하는 토지등소유자의 동의서가 구비됨을 전제로 하여 주택재건축 사업의 경우 조합설립에 찬성하는 토지등소유자의 과반수 출석과 출석한 토지등소유자 과반수 찬성에 의한 결의의 방법으로 조합설립 및 운영에 필요한 업무를 처리하게 된다.

(2) 따라서 추진위원회는 창립총회 14일 전까지 회의목적·안건·일시·장소·참석자격 및 구비사항 등 위 제2항에 정한 사항을 인터넷 홈페이지를 통해 공개하고 조합설립에 동의한 토지등소유자에게 이를 등기우편으로 발송·통지할 의무는 있으나, 조합설립에 동의하지 않았거나 동의를 철회하였거나 위 창립총회 시까지도 동의에 관한 의사결정을 하지 못한 토지등소유자에게도 그 회의목적 등 위 제2항에 정한 사항을 등기우편으로 발송·통지하여야 한다고 볼 수 없다.

(3) 그렇다면 추진위원회가 원고를 포함한 조합설립에 동의하지 않았거나 동의하지 못한 토지등소유자들에게 창립총회에 관한 소집통지를 하지 않았다고 하더라도 창립총회 개최 및 결의에 어떠한 하자가 있다고 할 수 없으므로, 원고 등의 위 주장은 이유 없다.

4. 소형주택 건설의무 미반영의 하자

가. 원고 등의 주장

2009. 4. 22. 법률 제9632호로 개정된 도시정비법에 의하여 종전의 '주택재건축 사업의 임대주택 건설의무' 제도(제30조의2)가 폐지됨과 동시에 '주택재건축 사업의 용적률 완화 및 소형주택 건설' 제도(제30조의3)가 신설되었다.

그럼에도 참가인 조합은 주택재건축 사업의 용적률 완화 및 소형주택 건설 제도에 관한 도시정비법 제30조의3을 반영하지 않은 채 주택재건축 사업의 임대주택 건설의무 제도가 적용됨을 전제로 하여 토지등소유자로부터 조합설립인가의 동의를 받아 피고로부터 이 사건 설립인가를 받았고, 그로부터 상당한 기간이 경과한 2011. 2. 16.경에서야 소형아파트 건축을 위한 기본설계변경 및 정비구역변경을 추진하기 시작하였다.

이는 참가인 조합이 이 사건 설립인가를 목적으로 토지등소유자를 기망한 것으로서 이에 터잡은 토지등소유자의 조합설립에 대한 동의나 이 사건 설립인가에는 중대한 하자가 있다.

나. 판단

- (1) 2009. 4. 22. 법률 제9632호로 개정된 도시정비법에 의하여 종전의 '주택재건축 사업의 임대주택 건설의무' 제도(제30조의2)가 폐지됨과 동시에 '주택재건축 사업의 용적률 완화 및 소형주택 건설' 제도(제30조의3)가 신설되었다.
- (2) 그런데 종전의 주택재건축 사업의 임대주택 건설이 의무사항이었던 반면, 신설된 주택재건축 사업의 용적률 완화 및 소형주택 건설은, 수도권의 과밀억제권역에서 주택재건축 사업을 시행하는 경우 그 사업시행자가 정비계획으로 정하여진 용적률에도 불구하고 지방도시계획위원회의 심의를 거쳐 광역시·시 또는 군의 조례로 정한 용적률 제한(도시정비법 제30조의3 제1항 제1호)이나 정비계획으로 정한 허용대수 제한(제2호)을 받지 않고 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제78조 및 관계 법률에 따른 용적률의 상한까지 건축할 수 있되(제1항), 이 경우 법정상한 용적률에서 정비계획으로 정하여진 용적률을 뺀 용적률의 100분의 30 이상 100분의 50 이하로서 시·도 조례로 정하는 비율에 해당하는 면적에 주거전용면적 60㎡ 이하의 소형주택을 건설할 의무(제2항)를 부담하게 하는 제도이다.

또한 정비계획상 용적률을 초과하여 건축하고자 하는 경우 사업시행자는 사업시행인가를 신청하기 전에 미리 재건축 소형주택에 관한 사항을 인수자와 협의하여 사업시행계획서에 반영하여야 한다(제5항).

- (3) 위에서 본 바에 의하면, '주택재건축 사업의 용적률 완화 및 소형주택 건설' 제도를 선택하고 이용하는 자는 조합설립인가 후 지정되는 '사업시행자'이고, 재건축사업 시행자는 조합설립인가 후에 사업의 규모, 전망, 예상 사업비용 등 제반사항을 종합적으로 고려하여, △「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」이나 정비계획에 따른 용적률 제한을 수용하여 그 범위 내에서 재건축사업을 시행하는 방안과, △ 도시정비법 제30조의3에 의하여 법정상한용적률의 상한선까지 용적률을 높여 수익성을 높이는 대신 재건축소형주택을 건설할 의무를 부담하는 방안 중에서 택일하게 되는 것이므로 이는 재건축사업 시행자의 재량사항이라고 할 것이다.

- (4) 또한 종전의 '주택재건축 사업의 임대주택 건설의무' 제도에 관한 근거법령이 폐지되었다고 하여 추진위원회가 사업계획에 반영한 임대주택 건설계획 자체가 당연히 무효가 되는 것은 아니고, 추진위원회가 토지등소유자의 의견을 수렴하여 임대주택 건설계획을 철회하거나 다른 방법으로 변경할 수 있을 뿐이다.

- (5) 위에서 본 바를 종합해 보면, 위와 같은 도시정비법의 개정으로 '주택재건축 사업의 용적률 완화 및 소형주택 건설' 제도가 도입되어 추진위원회가 위 제도를 이용할 가능성이 있었다고 하더라도, 재건축조합 설립 전의 추진위원회가 위 제도를 조합설립에 관한 동의서에 기재하지 않았거나 피고가 '주택재건축 사업의 용적률 완화 및 소형주택 건설' 제도를 포함하지 않은 내용으로 이 사건 설립인가를 하였다고 해서 어떠한 하자가 있다고 할 수 없으므로, 원고 등의 위 주장은 이유 없다.

5. 참가인 조합 설립을 위한 법정 동의율의 충족 여부

가. 이 사건 동의서의 구체성 결여 여부

(1) 원고 등의 주장

이 사건 동의서에는 설계의 개요에 있어 용적률, 건폐율, 지하층면적, 상가의 면적 및 규모, 지하층의 건축연면적, 전유부분에 대한 분양평형별 규모 등이 기재되지 않았다.

조합설립동의서를 징구할 때 정하여야 할 비용분담에 관한 사항은 사업실행단계에서 다시 비용분담에 관한 합의를 하지 않아도 될 정도로, 또한 토지등소유자가 재건축에의 참여할 경우 부담하게 되는 비용을 충분히 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하여야 함에도, 이 사건 동의서에는 비용분담에 관한 사항이 구체적이지 않다.

소유권의 귀속에 관한 사항도 이 사건 동의서에 포함되지 않았다.

따라서, 이 사건 동의서는 그 내용이 구체적이지 않은바, 이는 조합설립 동의나 이 사건 설립인가의 하자에 해당한다.

(2) 판단

(가) 주택재건축 사업은 정비계획이 확정된 후 추진위원회 설립승인, 조합설립인가, 사업시행계획 및 그 인가, 관리처분계획 등을 거쳐 그 사업내용이 구체적으로 확정되는바, 조합설립인가를 위한 동의서 징구 당시 향후 여러 절차를 거쳐 비로소 확정될 내용에 준하는 정도로 사업의 규모나 내용, 비용분담, 신축건축물의 소유권의 귀속 여부 등을 미리 예상하여 구체적으로 정하는 것을 기대할 수는 없고, 동의서 징구 단계에서 예상할 수 있는 범위 내에서 대략적인 내용을 확정할 수밖에 없다.

(나) 도시정비법 시행령 제26조 제1항은, 도시정비법 제16조 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 토지등소유자의 동의는 국토해양부령으로 정하는 동의서에 동의를 받는 방법에 의하도록 규정하고 있고, 도시정비법 시행규칙 제7조 제1항은, 정비사업의 추진위원회가 도시정비법 제16조 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 조합설립인가를 받으려면 위 시행규칙 별지 서식에 의하도록 규정하고 있다.

그런데 갑 제4호증의 기재에 의하면 이 사건 동의서는 위 시행규칙 별지 제4호의3 서식을 사용한 것으로서 신축건축물의 설계개요와 건축물철거 및 신축비용 개산액이 구체적으로 적시되어 있는 사실을 인정할 수 있다.

특히 이 사건 동의서에는 비용분담에 관하여 '조합정관에 따라 경비를 부과·징수하고, 관리처분시 가청산하며, 조합청산시 청산금을 최종 확정하고, 조합원 소유 자산의 가치를 조합정관이 정하는 바에 따라 산정하여 그 비율에 따라 비용을 부담한다'는 내용과 함께 분양대상자별 부담금 추산방법과 비례율 계산식이 기재되어 있고, 신축건축물의 구분소유권의 귀속에 관하여 조합원에 대하여는 그 기준과 순위 등의 산정방법에 관한 원칙이 명시되어 있고, 상가 등 복리시설의 소유자에 대하여는 조합정관 및 관리처분계획에 의하여 새로 설치되는 복리시설을 공급받게 된다는 점이 명시되어 있다.

(다) 한편 참가인 조합의 정관 역시 이 사건 동의서에 의한 동意的 대상이 되는바, 갑 제5호증의 기재에 의하면 참가인 조합 정관에는 분양받은 대지 및 건축물의 가격과 종전 토지 및 건축물 가격의 평가방법, 청산금의 부담시기와 납부방법 등이 구체적으로 규정되어 있는 사실을 인정할 수 있다.

(라) 뿐만 아니라, △ 도시정비법상 시공사 선정시기가 조합설립인가 이후로 규정되면서 조합 측으로서는 정보의 부족으로 인하여 조합설립인가 이전에 종전의 주택재건축에서와 같은 정도로 비교적 구체적인 비용분담에 관한 사항을 정하는 것이 사실상 불가능하게 되었고, △ 조합원마다 구체적으로 부담하게 되는 비용의 수액은 조합설립인가, 사업시행계획인가 등을 거쳐 최종적으로 관리처분계획에 의하여 결정되므로 조합설립인가 전 단계에서 토지등

소유자로부터 동의서를 징구하는 경우에는 부득이하게 향후 재건축사업이 진행됨에 따라 그 내용을 구체화할 수 있는 대략적인 기준과 절차 및 방법 등을 정도로 비용분담에 관한 사항을 기재하는 것이 불가피하다고 보이며, △ 향후 사업진행의 정도에 따라 비용분담에 관한 세부적인 사항이 결정되는 경우 그에 따라 조합원 지위의 유지 또는 현금청산 등의 의사결정을 통하여 과도한 비용분담의 위험에서 벗어날 수도 있으므로, 동의서 징구 단계에서 비용 분담에 관한 사항이 구체적으로 정해지지 않았다는 이유만으로 토지등소유자에게 곧바로 불측의 손해가 발생하거나 손해 발생의 위험이 있다고 보기 어렵다.

(마) 이상에서 본 바를 종합해 보면, 이 사건 동의서에 조합원이 부담하게 될 사업비용의 분담기준이나 사업의 개요, 소유권의 귀속 등에 관한 사항이 다소 추상적으로 기재되어 있다고 하더라도, 그 기재 정도에 비추어 볼 때 이 사건 정비구역 내의 토지등소유자로서는 신축건축물의 설계개요와 건축물철거 및 신축비용 개산액, 조합원의 비용분담에 관한 조합정관 부분 등을 토대로 하여 조합설립에 동의할 경우 자신이 부담하게 될 비용의 정도나 향후 사업의 진행방향 등을 합리적으로 예측할 수 있다고 보인다.

그렇다면 이 사건 동의서의 내용이 향후 조합원이 부담하게 될 사업비용의 분담기준이나 사업의 개요, 소유권의 귀속 등에 관하여 구체적으로 정하지 않은 것이라고 볼 수 없으므로, 원고 등의 위 주장은 이유 없다.

나. 정비구역 지정 전 동의서 징구의 하자 유무

(1) 원고 등의 주장

이 사건 동의서는 이 사건 정비구역 지정 전에 징구되었다.

(2) 판단

을 제15, 19, 26, 33, 39호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 동의서는 이 사건 정비구역이 지정된 2009. 5. 21. 이후에 징구된 사실을 인정할 수 있으므로, 원고 등의 위 주장은 이유 없다.

이 사건 동의서 징구 당시 정관이나 동의 철회 방법에 관한 설명 유무

(1) 원고 등의 주장

이 사건 동의서는 참가인 조합의 정관 등에 관한 설명이나 동의철회 방법에 관한 설명 없이 징구되었는바, 이는 조합설립동의나 이 사건 설립인가의 하자에 해당한다.

(2) 판단

(가) 이 사건 동의서에 의한 동의 대상에는 조합의 정관도 포함되어 있었으므로, 이 사건 동의서에 의하여 동의의사를 밝힌 토지등소유자는 조합의 정관 내용을 인지하고 이에 동의한 것으로 추정되고, 이를 반박한 만한 증거가 없다.

(나) 도시정비법 시행령 제24조 제1항 제8호가 정한 조합설립에 관한 동의의 철회는 조합설립에 대하여 동의한 토지등소유자에게만 문제되는 것이다.

갑 제12호증의 5 내지 8, 갑 제21호증의 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, △ 추진위원회는 토지등소유자의 질문에 대하여 추진위원장 명의의 공문을 발송하는 방법으로 대응하여 온 사실, △ 추진위원회 위원장은 2010. 5. 19. 토지등소유자에게 '피고가 2010. 2. 7.자 및 2010. 4. 20.자 각 창립총회에 터 잡은 조합설립인가신청을 동의율 부족으로 반려하였으므로 위 각 창립총회에서 의결된 안건을 재상정하여 의결하기 위하여 2010. 5. 30. 창립총회를 개최하는바, 참석하지 못하는 토지등소유자는 서면결의서 제출로 참석 및 의결을 대신할 수 있으므로 서면결의서의

찬성과 반대란에 표시를 하여 반송용 봉투에 담아 추진위원회에 제출해 달라'는 취지의 안내문을 발송한 사실을 각 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 추진위원회는 이 사건 정비구역 내의 조합설립에 동의한 토지등소유자들에게 위와 같은 안내문을 발송하여 창립총회의 개최 일시와 안건 등뿐만 아니라 창립총회의 안건에 반대(동의의 철회도 포함한다고 보인다)할 수 있다는 점을 공지하였다고 할 것이다.

(다) 그렇다면, 이 사건 동의서 징구 당시 토지등소유자는 조합 정관의 내용을 알면서 추진위원회에 이 사건 동의서를 작성해 주었고, 추진위원회는 조합설립에 동의한 토지소유자들에게 동의철회의 방법을 알려 줄 의무를 이행하였다고 할 것이므로, 원고 등의 위 주장은 이유 없다.

라. 과소토지의 의결권 가치의 왜곡 여부

(1) 원고 등의 주장

과소토지 11건의 의결권 가치를 다른 토지의 의결권 가치와 같게 평가할 수 없음에도 참가인 조합이 과소토지를 다른 토지와 동등하게 평가하였으므로, 참가인 조합 설립에 관한 동의율 산정에 중대한 하자가 있다.

(2) 판단

토지등소유자의 동의자수 산정방법 등에 관한 도시정비법 제17조, 같은 법 시행령 제28조는 토지의 면적에 따라 의결권의 가치를 달리 평가하도록 하는 규정을 두지 않고 있고, 다른 한편으로 조합설립인가에 관한 도시정비법 제16조는 조합의 설립인가에 필요한 토지등소유자의 동의에 관하여 토지등소유자의 수와 토지면적의 수로 이원화하여 별도의 동의요건을 설정하고 있어 토지면적의 다과에 따른 의결권 가치의 왜곡을 차단하고 있으므로, 원고 등의 위와 주장은 이유 없다.

마. 동의 면적 요건의 가중 여부

(1) 원고 등의 주장

이 사건 정비구역의 특성을 고려하면, 동의면적 요건은 동의자 수 요건과 같이 토지 면적의 4분의 3으로 하여야 하는데, 참가인 조합의 설립에 동의한 소유자들의 토지면적이 이에 미달되므로, 참가인 조합 설립에 관한 동의율 산정에 중대한 하자가 있다.

(2) 판단

(가) 도시정비법은, 주택재건축조합의 설립을 위한 동의요건을 이원화하여, △ 주택단지 안의 공동주택의 경우에는, 각 동별 구분소유자의 3분의 2 이상 및 토지면적의 2분의 1 이상의 토지소유자의 동의와 주택단지안의 전체 구분소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 4분의 3 이상의 토지소유자의 동의를 얻도록 규정(제16조 제2항)하는 반면, △ 주택단지가 아닌 지역이 정비구역에 포함된 때에는 주택단지가 아닌 지역 안의 토지 또는 건축물 소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 3분의 2 이상의 토지소유자의 동의를 얻도록 규정(제3항)하고 있다.

(나) 재건축결의 및 조합설립에 대한 동의제도의 취지와 도시정비법이 주택단지인 경우와 주택단지가 아닌 지역 사이에 동의요건을 차별화한 입법취지 등에 비추어 볼 때, 도시정비법상 위 다수결 요건은 강행규정으로서 규약 기타의 합의에 의하여 완화 또는 가중할 수 없다고 할 것이다.

(다) 이 사건 정비구역은 주로 주택단지가 아닌 지역으로 이루어져 있음은 앞서 본 바와 같은바, 이 사건 정비구역 내 주택단지가 아닌 지역 안의 토지등소유자의 동의요건은 토지 또는 건축물 소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 3분의 2 이상의 토지소유자의 동의이고, 원고 등이 주장하는 특별한 사정이 있다고 하여 이를 변경할 수 없는 것이므로

, 원고 등의 위 주장은 이유 없다.

바. 동의자 수의 중복 또는 누락 여부

(1) 1인이 다수 토지 또는 건축물을 소유한 경우

(가) 도시정비법 시행령 제28조 제1항 제2호 나.목에 따르면 1명이 둘 이상의 소유권 또는 구분소유권을 소유하고 있는 경우에는 소유권 또는 구분소유권의 수에 관계없이 토지등소유자를 1명으로 산정하여야 하는데, 이는 구분소유권을 소유하고 있는 공유자들에 대하여도 그대로 적용되는 것이고, 같은 호 가.목에 따르면 소유권 또는 구분소유권이 수인의 공유에 속하는 때에는 그 수인을 대표하는 1인을 토지등소유자로 산정하여야 한다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두15852 판결 참조).

(나) 서울 서대문구 홍은동 (지번 4 생략) 및 그 지상 건물, 같은 동 (지번 5 생략) 소유자(을 제35호증 연번 193, 1010) 갑 제43호증, 을 제35호증의 각 기재에 의하면, △ 서울 서대문구 홍은동 (지번 4 생략)(이하에서는 지번 특정시 '서울 서대문구'를 제외하고 '홍은동 (지번 4 생략)'와 같이 표시하기로 한다) 및 그 지상 건물과 홍은동 (지번 5 생략)은 이 사건 설립인가 당시 모두 소외 2, 3의 공유이었으나 대표조합원만 서로 다르게 되어 있는 사실, △ 그러나 피고는 홍은동 (지번 4 생략) 및 그 지상 건물과 홍은동 (지번 5 생략)을 별개의 소유자의 소유물로 판단하여 2명의 토지 또는 건축물 소유자가 조합설립에 동의한 것으로 처리한 사실을 각 인정할 수 있다.

그렇다면, 홍은동 (지번 4 생략) 및 그 지상 건물, 홍은동 (지번 5 생략)의 소유자 소외 2, 3은 1명의 토지 또는 건축물 소유자로 산정하여야 하므로, 피고가 이 사건 설립인가시 산정한 토지 또는 건축물의 소유자 수 및 동의자 수에서 각 1명을 제외해야 한다.

(다) 홍은동 (지번 6 생략) 및 지상 건물, 홍은동 (지번 7 생략), (지번 8 생략), (지번 9 생략), (지번 10 생략) 소유자(을 제 35호증 연번 13, 1001)

을 제35호증의 기재에 의하면, 피고는 홍은동 (지번 6 생략) 및 지상 건물 소유자 소외 4를 1명의 토지 및 건축물 소유자로 산정하고, 홍은동 (지번 7 생략), (지번 8 생략), (지번 9 생략), (지번 10 생략) 토지 소유자인 소외 4를 별도로 1명의 토지 소유자로 산정한 다음 각 미동의자로 처리한 사실이 인정된다.

그렇다면 위 각 토지 또는 지상 건축물의 소유자는 소외 4 1명으로 산정하여야 하므로, 피고가 이 사건 설립인가시 산정한 토지 또는 건축물의 소유자 수에서 1명을 제외해야 한다.

(2) 수인이 토지 또는 건축물을 소유한 경우

(가) 도시정비법 시행령 제28조 제1항 소정의 동의율 산정방법에 의하면, 1필지의 토지를 수인이 공유하는 경우에는 공유자를 대표하는 1인을 토지등소유자로 산정하여야 하고(제2호 가목), 수인이 수필지의 토지를 공유하는 경우에도 수필지의 공유자가 동일하고 동일인을 대표공유자로 선임한 경우에는 1인이 수필지의 토지를 소유하는 경우와 마찬가지로 그 1인을 토지등소유자로 산정하여야 하나, 토지의 필지별 또는 토지·건물의 소유자, 공유자가 서로 다를 경우에는 각 부동산별로 1인을 토지등소유자로 산정하여야 할 것이다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두15852 판결 참조).

(나) 홍은동 (지번 11 생략) 및 그 지상 건물 소유자(을 제35호증 연번 208, 209)

1) 갑 제9호증, 을 제35호증의 각 기재에 의하면, △ 홍은동 (지번 11 생략) 및 그 지상 건물은 이 사건 설립인가 당시 소외 5, 6, 7, 8의 공유였던 사실, △ 피고는 위 공유자 중 소외 5, 6은 각 1명의 토지 및 건축물 소유자로, 소외 7, 8은

두 사람을 합하여 1명의 토지 및 건축물 소유자로 보고 합계 3명의 토지 및 건축물 소유자가 조합설립인가에 동의한 것으로 본 사실을 각 인정할 수 있다.

그렇다면, 소외 5, 6, 7, 8이 (지번 11 생략) 및 그 지상 건물을 공유하고 있었다라도, 위 네 명을 합하여 1명의 토지 및 건축물 소유자로 산정하여야 한다.

2) 이에 대하여 참가인 조합은, (지번 11 생략) 및 그 지상 건물이 도시정비조례 부칙 제3조 제1항에 따른 협동주택이므로 구분된 가구 수인 3가구를 각각 토지등소유자로 산정하여야 한다고 주장하나, 위 규정은 협동주택의 경우 구분된 가구별로 분양신청권이 있다는 취지일 뿐 구분된 가구별로 토지등소유자의 자격을 인정하는 규정은 아니므로 위 주장은 받아들이지 아니한다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010두4377 판결 참조).

3) 따라서 피고가 이 사건 설립인가시 산정한 토지 또는 건축물 소유자 수 및 동의자 수에서 각 2명을 제외해야 한다.

(다) 홍은동 (지번 12 생략), (지번 13 생략) 지상 (호수 1 생략), (호수 2 생략)(을 제35호증 연번 2001, 2002)

을 제14호증(가지번호 포함), 을 제35호증의 각 기재에 의하면, 홍은동 (지번 12 생략), (지번 13 생략) 지상 (호수 1 생략), (호수 2 생략)는 이 사건 설립인가 당시 각 소외 9, 10, 11의 공유였는데, 피고는 위 (호수 1 생략)와 (호수 2 생략)의 소유자를 각 호별로 별개의 건축물 소유자로 인정하여 2명의 토지 또는 건축물 소유자로서 미동의자로 처리한 사실이 인정된다.

그렇다면 위 (호수 1 생략), (호수 2 생략)의 공유자 소외 9, 10, 11은 1명의 토지 또는 건축물 소유자로 산정하여야 하므로, 피고가 이 사건 설립인가시 산정한 토지 또는 건축물의 소유자 수에서 1명을 제외해야 한다.

(3) 국가기관 명의의 토지 또는 건축물의 동의자 수 산정 : 홍은동 (지번 14 생략), (지번 15 생략) 및 각 지상 건축물 소유자(을 제35호증 연번 247, 248)

(가) 을 제35, 43호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 홍은동 (지번 14 생략) 및 지상 건물은 관리기관이 대법원이고, 홍은동 (지번 15 생략) 및 지상건물은 관리기관이 기획재정부인데, 피고는 대법원과 기획재정부를 별도의 토지 및 건축물 소유자로서 동의자 수에 포함시킨 사실을 인정할 수 있다.

(나) 그러나, △ 이 사건 설립인가 당시 국유지·공유지에 대한 토지등소유자 수의 산정기준에 대한 명확한 규정이 없었고, △ 2010. 7. 15. 법률 제22277호로 개정되어 그 다음날부터 시행된 도시정비법 시행령 제28조 제1항 제5호에서 비로소 "국유지·공유지에 대해서는 그 재산관리청을 토지등소유자로 산정할 것"이라고 규정되었을 뿐이며, △ 위 개정 시행령에서 달리 소급하는 부칙을 두지도 않았다.

그렇다면 도시정비법상 토지등소유자의 개념을 민법상 소유권자와 달리 볼 합리적 이유를 찾아보기 어렵다.

(다) 따라서 위 개정 시행령이 시행되기 전인 이 사건 동의서 청구 당시 국유지의 재산관리기관은 국유재산의 관리사무를 담당하는데 불과하고 그 소유권은 어디까지나 국가에게 있다고 할 것이므로, 도시정비법 소정의 토지 또는 건축물 소유자의 산정에 있어 국가가 관리기관을 달리 하여 정비구역 내 여러 필지를 소유하고 있다 하더라도 개개의 관리기관을 소유자로 보아서는 아니되고, 대한민국 1인만 소유자로 산정하여야 한다.

(라) 이에 대하여 원고 등은, 국가라고 하더라도 도시정비법 제17조의 방법에 의한 동의의 외형적 요건을 갖추지 아니한 이상 동의자로 볼 수 없다고 주장한다.

살피건대, △ 국가 또는 지방자치단체의 경우 도시정비법 제17조 제1항에서 정한 인감증명서를 첨부한 인감도장에 의한 서면동의 방식이 그대로 요구된다고 볼 수 없으므로 그 진의가 객관적으로 확인될 수 있는 상당한 방법으로 동

의를 표시하면 족하다고 보이는 점, △ 도시정비법 제66조 제3항은, 정비구역 안의 국·공유재산은 정비사업 외의 목적으로 매각하거나 양도할 수 없다고 규정하고 있고, 제4항은 정비구역 안의 국·공유재산은 「국유재산법」 제9조 또는 「지방재정법」 제77조의 규정에 의한 국유재산관리계획 또는 공유재산관리계획과 「국유재산법」 제43조 및 「지방재정법」 제61조의 규정에 의한 계약의 방법에 불구하고 사업시행자 또는 점유자 및 사용자에게 다른 사람에 우선하여 수의계약으로 매각 또는 임대할 수 있다고 규정하고 있는 점, △ 정비계획 수립시 국·공유지의 귀속 및 처분에 관한 사항이 포함되어 있을 때에 국가 소유 토지의 관리청들이 조합설립에 반대하는 의사를 표시하지 않았다면 국가도 이에 동의한 것으로 봄이 상당하고, 국가가 참가인 조합의 설립에 반대하는 의사를 표시하였음을 인정할 아무런 자료가 없는 점 등을 종합하면, 피고가 국가가 참가인 조합의 설립에 동의하였다고 본 것은 정당하다고 할 것이다.

(마) 그렇다면 피고가 이 사건 설립인가시 산정한 홍은동 (지번 14 생략), (지번 15 생략) 및 각 지상 건축물의 소유자 수 및 동의자 수에서 각 1명을 제외해야 한다.

(4) 토지나 건축물의 소유자, 공유자가 서로 다른 경우 : 홍은동 (지번 16 생략), 홍은동 (지번 13 생략) 및 지상 건물(을 제35호증 연번 158)

(가) 을 제35호증의 기재에 의하면, 피고는 홍은동 (지번 16 생략)의 소유자 소외 12와, 홍은동 (지번 13 생략) 및 지상 건축물의 공유자 소외 12, 13을 1명의 토지 또는 건축물 소유자로 인정하여 동의자로 처리한 사실을 인정할 수 있다.

(나) 그러나 토지나 건축물의 소유자, 공유자가 서로 다른 경우에는 각 부동산별로 1인이 토지 또는 건축물 소유자로 산정되어야 하므로(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두15852 판결 참조), 홍은동 (지번 16 생략)과 홍은동 (지번 13 생략) 및 지상 건물은 별개의 토지 또는 건축물 소유자로 보아야 한다.

(다) 따라서 피고가 이 사건 설립인가시 산정한 토지 또는 건축물의 소유자 수와 동의자 수에 각 1명을 추가해야 한다.

(5) 그 밖의 원고 등의 중복계산 주장에 관한 판단

(가) 원고 등은, 홍은동 (지번 17 생략) 소재 서울특별시 소유 건물은 존재하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 을 제35호증의 기재에 의하면 서울특별시는 이 사건 정비구역 내에 위 건물 이외에 홍은동 (지번 18 생략) 등 토지도 소유하고 있고, 피고는 서울특별시가 소유한 모든 부동산에 대하여 1명의 토지 또는 건축물 소유자가 동의한 것으로 처리한 사실을 인정할 수 있으므로, 설령 원고의 위 주장이 인정된다 하더라도 동의자가 중복계산된 것으로 볼 수는 없다.

(나) 또한 원고 등은, 홍은동 (지번 19 생략), (지번 20 생략)의 소유자인 소외 14와 홍은동 (지번 21 생략)의 공유자인 소외 14·소외 15는 소외 14와 소외 15가 부부임을 감안하여 토지 또는 건축물 소유자 1명으로 보아야 한다고 주장한다.

살피건대, 원고 등의 주장에 의하여도 위 부동산들은 소유관계의 형태가 다르므로, 별개의 토지 또는 건축물 소유자로 보아 2명으로 보아야 하고, 따라서 피고가 토지 또는 건축물의 소유자를 2명으로 산정한 것은 적법하다.

(다) 나아가 원고 등은, 홍은동 (지번 22 생략), (지번 23 생략)를 1명의 토지 또는 건축물 소유자로, 홍은동 (지번 24 생략) 소재 건축물 (호수 2 생략)와 같은 곳 소재 (호수 3 생략), (호수 4 생략)을 1명의 토지 또는 건축물 소유자로 보아야 한다고 주장한다.

살피건대, 위 각 부동산의 소유자가 다른 이상, 원고 등의 주장대로 그 소유자들 간에 배우자 또는 인척 관계가 있다는 이유만으로 1명의 토지 또는 소유자로 볼 수는 없고, 피고가 산정한 방법대로 별개의 토지 또는 건축물 소유자로 보아야 한다.

(6) 원고 등은, 이 사건 설립인가 전후로 조합설립동의를 철회한 토지등소유자는 이 사건 설립인가의 동의자 수에서 제외되어야 한다고 주장하는바, 이에 관하여는 다음 항에서 살펴보기로 한다.

사. 동의 철회의 인정 여부

(1) 관련 규정

도시정비법 제17조 제1항은, 주거환경개선 사업의 동의(제8조 제1항 내지 제4항), 조합설립추진위원회 설립 동의(제13조 제2항, 제14조 제4항), 조합설립인가 동의(제16조 제1항 내지 제3항), 사업시행자지정 동의(제26조 제3항), 사업시행인가 동의(제28조 제7항, 제33조 제2항) 등에 있어 인감도장을 사용한 서면동의에 의하고 인감증명서를 첨부하도록 규정하고 있고, 제17조 제2항은 토지등소유자의 동의의 절차 등을 대통령령으로 정하도록 하고 있다.

이에 따라 도시정비법 시행령 제28조 제4항은, '토지등소유자는 도시정비법 제17조 제1항 전단 및 제12조의 동의에 따른 인·허가 등의 신청 전에 동의를 철회하거나 반대의 의사표시를 할 수 있다.

다만, 도시정비법 제16조에 따른 조합설립의 인가에 대한 동의 후 제26조 제2항 각 호의 사항이 변경되지 않은 경우에는 조합설립의 인가신청 전이라 하더라도 철회할 수 없다'고 규정하고 있고, 제26조 제2항 각 호는 건설되는 건축물의 설계의 개요(제1호), 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액(제2호), 비용의 부담기준(제3호), 사업 완료 후 소유권의 귀속에 관한 사항(제4호), 조합정관(제5호)이 규정되어 있다.

(2) 당사자의 주장

도시정비법 시행령 제28조 제4항의 해석과 관련하여, 원고 등은, 조합설립인가 신청 전에 제26조 제2항 각 호의 사항이 변경되는 경우에는 변경되는 사항의 경중을 가리지 않고 조합설립의 인가에 대한 동의를 철회할 수 있다고 주장한다.

이에 대하여 참가인 조합은, 조합설립인가 신청 전이라고 하더라도 시행령 제26조 제2항 각 호의 사항이 중대하게 변경된 경우, 즉 적어도 '조합설립인가 이후라면 변경인가를 요하는 정도의 조합설립동의 내용의 변경'에 해당하는 경우에만 조합설립의 인가에 대한 동의를 철회할 수 있는 것으로 보아야 한다고 주장한다.

(3) 시행령 제28조 제4항 단서의 해석

(가) 도시정비법은 정비계획의 내용 변경(제4조 제1항), 조합의 설립변경인가(제16조 제1항), 정관 변경(제20조 제3항), 사업시행 변경인가(제28조 제1항), 관리처분계획 변경인가(제48조 제1항) 등에 관하여 '경미한 변경'에 해당하는 경우 별도의 인·허가를 거치지 않고 시장·군수에게 신고하는 것만으로 그 변경을 하도록 규정하고 있고, 도시정비법 시행령 제12조, 제27조, 제32조, 제38조, 제49조에서는 각각 '경미한 변경'에 해당하는 경우를 구체적으로 규정하고 있다.

반면, 조합설립동의를 철회가 가능한 요건인 도시정비법 시행령 제28조 제4항은 '제26조 제2항 각 호 사항'이라고만 규정하고 있을 뿐 이를 다시 '경미한 변경'과 '중대한 변경'으로 구별하지 않고 있다.

(나) 특히 건설되는 건축물의 설계의 개요, 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액이라는 동일한 사항이, △ 조합설립 변경인가에 관한 도시정비법 제16조 제1항 단서의 경미한 사유에 해당되는 반면(도시정비법 시행

령 제27조 제2의3호, 제2의4호), △ 조합설립 동의에 관한 제28조 제4항 단서에서는 조합설립인가 신청 전의 동의 철회 가능사유(제26조 제2항 제1호, 제2호)로 규정되어 있다.

따라서, 도시정비법의 다른 조항에서 위와 같은 사유를 경미한 사유로 규정하였다고 하여, 도시정비법 시행령 제28조 제4항 단서의 적용에 있어서도 경미한 사유라고 단정할 수 없으므로, 합리적 이유 없이 제28조 제4항 단서의 '조합설립의 인가에 대한 동의 후 제26조 제2항 각 호 사항의 변경'을 '조합설립의 인가에 대한 동의 후 제26조 제2항 각 호의 사항의 "중대한" 변경'으로 제한하여 해석할 수 없다.

만일 피고의 주장과 같이 도시정비법 시행령 제28조 제4항 단서의 '제26조 제2항 각 호 사항의 변경'을 경미한 변경과 중대한 변경으로 나누어 보는 경우 대통령령에 대한 행정청이나 법원의 해석만으로 명확한 법률상 근거 없이 토지 또는 건축물 소유자의 재산권이나 주거권 등을 침해할 가능성이 높고, 이에 관한 법적 분쟁으로 도시정비사업의 절차적 안정성을 해치게 될 것이다.

(다) 도시정비법 시행령 제26조 제2항의 각 호의 사유, 즉 건설되는 건축물의 설계의 개요(제1호), 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액(제2호), 비용의 부담기준(제3호), 사업 완료 후 소유권의 귀속에 관한 사항(제4호), 조합정관(제5호)의 사유는 그 자체가 도시정비법상 각종 사업에 따른 토지등소유자의 권리, 의무에 영향을 미치는 사항으로서, 그 내용이 변경됨에 따라 조합원의 권리, 의무의 내용뿐만 아니라 그로 인한 경제적 손익도 변경되는 것이어서 도시정비법도 이를 조합설립동의의 대상에 포함시킨 것으로 봄이 옳다.

따라서 도시정비법 시행령 제26조 제2항 각 호의 사유가 일부라도 변경되는 사정이 발생하였다면 그 자체가 중요한 사정변경에 해당하는 것으로서 향후 조합원 지위를 취득할 수 있는 토지등소유자에게 의사결정에 관한 재고의 기회를 부여함이 타당하고, 또다시 도시정비법 시행령 제26조 제2항 각 호의 사유를 또다시 경미한 변경과 중대한 변경으로 구별하여야 할 합리적 이유를 찾아보기 어렵다.

(라) 재건축사업은 다수의 이해관계가 존재하고 그 사업수행을 위하여는 여러 단계의 집단적 의사결정을 거쳐야 하며 각 단계마다의 결정이 그 이후의 결정의 존립기초가 되고 특히 조합설립인가가 그 중심이 되므로, 조합설립인가신청이 있는 후에는 집단적 의사결정의 보호, 사업의 원활하고 안정적인 수행 및 행정청의 동의자 수 확정 업무의 원활한 수행 등을 위한 절차 안정의 필요에 따라 토지등소유자의 동의의 철회가 제한될 수 있고, 도시정비법 제28조 제4항 본문이 이를 규정하고 있다.

그러나 한편으로, △ 도시정비법은 서면결의를 통하여 조합설립결의를 하도록 규정하고 있는바, 서면결의의 속성상 결의 성립일까지는 일정한 시간이 소요되고 그 사이에 사정변경이 있는 경우 그러한 변경된 사정을 반영한 자유로운 의사결정 및 그 변경도 보호되어야 하는 점, △ 도시정비법상 조합설립의 '동의'의 의사표시에는 아무런 제한이 없음에도 '동의의 철회'만을 과도하게 제한하는 것은 불합리하다고 보이는 점, △ 조합설립인가신청 전에 동의의 철회를 허용하여도 아직 조합이 설립되지 않은 이상 절차의 안정을 해하지는 않는 점 등에 비추어, 집단적 의사결정 전에 중요한 사정변경이 있음을 이유로 서면결의에 의한 동의를 철회할 수 있다고 보아야 한다.

특히 재건축조합의 설립동의를, 토지 및 건축물 소유자의 경우에는 자신이 소유하고 있는 건축물을 철거하고 그 대지를 재건축 사업에 이용하도록 하겠다는 의사표시를, 토지 또는 건축물 중 어느 하나만을 소유한 자의 경우에는 자신이 소유하는 토지 또는 건축물에 관하여 재건축조합의 매도청구의 상대방이 되는 것을 수용하겠다는 의사표시를 담고 있는바, △ 이는 토지 또는 건축물 소유자의 재산권 또는 주거권에 대한 중대한 처분이자 결단이므로, 토지등소유자가 창립총회나 주민들 사이의 자유로운 의사교환을 통하여 보다 신중한 의사결정을 하도록 보장할 필요가

있고, △ 재건축사업의 진행 정도에 따라 사업의 개요나 비용분담 내용 등이 변경되고 그로 인한 손익에 관한 정보가 변경되므로, 조합설립의 인가에 동의한 토지등소유자라고 하더라도 일정한 시점까지는 그와 같은 변경된 정보를 반영하여 앞서 본 바와 같이 재산권과 주거권 나아가 향후의 삶의 계획 등에 관한 종국적인 판단을 하여 조합설립에 대한 동의 여부를 결정할 수 있어야 할 것이다.

(마) 또한 일단 조합이 설립된 후에는 재건축 사업을 원활하게 추진하는 것이 정비구역 내의 토지 또는 건축물 소유자의 공익에 부합하는 것으로서 조합설립 동意的 철회를 엄격히 제한할 공익상의 필요성이 크겠지만, 조합 설립 이전에는 그와 같은 공익상의 필요는 상대적으로 적은 반면, 토지등소유자에게 창립총회나 주민들 사이의 토의 등을 통하여 재건축 동의 여부에 관한 자유로운 의사형성을 할 수 있는 기회를 보장할 필요나 그들의 재산권, 주거권 등을 보장하여야 할 필요성이 크다고 할 것이다.

(바) 도시정비법 시행령 제28조 제4항은 위와 같은 사정을 고려하여 조합설립에 대한 동意的 철회시기를 조합설립인가 신청 전으로, 동意的철회의 사유를 제26조 제2항 각 호의 사유로 제한한 것으로 봄이 상당하므로, 조합설립에 동의한 토지등소유자라고 하더라도 도시정비법 제26조 제2항 각 호의 사항이 변경된 경우에는 조합설립인가 신청 전까지 조합설립에 대한 동의를 철회할 수 있다고 할 것이다.

(4) 도시정비법 시행령 제26조 제2항 각 호 사항의 변경

(가) 갑 제17호증의 2, 3, 5, 갑 제18호증의 5의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, △ 추진위원회가 토지등소유자로부터 징구한 이 사건 동의서에는 신축건축물의 설계개요로서 '대지면적 34,817㎡, 건축연면적이 110,174.48㎡, 아파트(지하 3층, 지상 7층~20층) 10개동 540세대 외 근린생활시설 등'으로 기재되어 있었고, 2009. 6. 21. 주민총회시 배포된 자료에는 이에 더하여 주민공동시설이 600㎡로, 주민운동시설 중 지하분이 700㎡로 각 기재되어 있었던 사실, △ 그 후 1차, 2차 창립총회를 거쳐 2010. 5. 30. 3차 창립총회에서 추인한 사업시행계획안에는 건축연면적이 110,124.46㎡로, 주민공동시설이 550㎡로, 주민운동시설 중 지하분이 650㎡로 각 기재되어 있었던 사실, △ 위와 같은 건축연면적의 변화와 함께 건축면적이 6,175.31㎡에서 6,361.85㎡로, 건폐율이 22.81%에서 23.57%로 각 변경된 사실을 각 인정할 수 있다.

(나) 위 인정사실에 의하면, 도시정비법 시행령 제26조 제2항 제1호, 즉 건설되는 건축물의 설계의 개요에 관한 사항이 변경되었고, 그로 인하여 미세하게나마 제26조 제2항 각 호의 나머지 사항의 변경될 여지가 생겼는바, 이는 도시정비법 시행령 제28조 제2항 단서의 제26조 제2항 각 호의 사항이 변경된 경우에 해당하므로, 당초 조합설립에 동의 하였던 토지등소유자는 조합설립인가 신청 전까지 동의를 철회할 수 있다고 할 것이다.

(다) 이에 대하여 참가인 조합은 아래와 같이 주장한다.

즉, 이 사건 동의서의 설계의 개요와 2010. 5. 30.자 3차 창립총회에서 추인한 사업시행계획의 설계의 개요의 차이는 부대복리시설 중 지하층에 설치되는 주민공동시설 면적 "600㎡"이 "550㎡"로 변경됨에 따라 용적률, 건폐율, 연면적, 세대수 등이 경미하게 변경된 정도에 불과하다.

실제로는 그 변경내용도 이 사건 정비구역 지정 전에 추진위원회가 서울특별시 도시·건축 공동위원회의 심의의견에 대한 조치계획을 수립하면서 기존의 도시·주거환경기본계획에 따라 경미하게 설계를 변경한 것으로서 이 사건 정비구역 지정·고시의 대상이 되었으며, 그 내용 그대로 1차, 3차 창립총회에서 결의되고 추인된 것이다.

결국 이 사건 정비구역 지정·고시와 3차 창립총회 사이에 조합설립에 대한 동의서를 제출한 토지등소유자의 동의의 대상에는 변경이 없었고, 이 사건 정비구역 지정·고시에 올바른 설계의 개요가 포함되어 있었으므로 토지등소유자도 위와 같은 사실을 알 수 있었다.

그럼에도 불구하고 참가인 조합은 2009. 6. 21.자 주민총회 당시 착오로 배포된 책자에 설계변경 전의 설계의 개요를 표시한 것을 올바르게 정정하는 차원에서 3차 창립총회에서 사업시행계획을 밝히면서 이 사건 정비구역 지정·고시의 내용대로 설계의 개요 등을 표시한 것에 불과하므로, 도시정비법 시행령 제26조 제2항 각 호의 사항이 변경되었다고 볼 수 없다.

(라) 살피건대, 토지등소유자의 조합설립동의는 정비사업에 관한 제반사정을 종합적으로 고려하여 자신의 소유권 등 재산권의 귀속이나 그 내용에 중대한 변경을 가져오는 처분행위이므로 제반사정에 관한 해당 토지등소유자의 주관적인 의사가 무엇보다 중요하다고 할 것이다.

그런데 토지등소유자 개인이 주민총회에서 배포한 책자의 설계의 개요 등과 이 사건 정비구역 지정·고시 당시 공보에 기재된 고시문의 설계의 개요 등이 일치하는지 여부를 용이하게 확인할 수 있었다고 보기 어려우므로, 토지등소유자로서는 주민총회에서의 설명이나 이 사건 동의서에 기재된 설계의 개요 등 도시정비법 시행령 제26조 제2항 각 호의 사항이 객관적 사실에 부합하는 것이라고 믿을 수밖에 없다.

따라서 토지등소유자는 주민총회에서의 설명이나 이 사건 동의서에 기재된 설계의 개요대로 재건축사업이 진행될 것이라는 예상 아래 조합설립에 동의한 것으로 보아야 하는데, 그 후 개최된 참가인 조합의 창립총회에서 도시정비법 시행령 제26조 제2항 각 호의 사유에 관하여 종전의 조합설립동의서 작성 당시 제공된 정보를 기초로 주관적으로 인식하였던 것과 다른 내용으로 창립총회가 진행되었음을 알게 되었다면, 객관적인 내용의 변경 또는 변경내용의 경중과 무관하게 그 자체로서 토지등소유자가 조합설립동의 당시 인식하였던 도시정비법 시행령 제26조 제2항 각 호의 사유에 관한 정보에 변경이 있었다고 봄이 상당하므로, 토지등소유자는 도시정비법 시행령 제28조 제4항 단서에 의하여 조합설립에 대한 동의를 철회할 수 있다고 봄이 옳다고 할 것인바, 참가인 조합의 위 주장이나 이에 부합하는 듯한 을 제48호증의 기재는 받아들일 수 없다.

(5) 유효한 동의 철회 건수의 산정

(가) 추진위원회가 이 사건 설립인가를 신청한 2010. 5. 31. 전에 조합설립에 대한 동의를 철회한 토지등소유자는 아래 표 기재와 같다.

순번부동산의 표시 (서울 서대문구 홍은동은 생략)토지등소유자동의일자철회일자1(지번 25 생략)원고보조참가인 선정자 33(대법원판결의 소외인)2009. 6. 30.2010. 2. 16.2(지번 26 생략), (호수 5 생략)소외 162009. 6. 24.2010. 2. 16.3(지번 26 생략), (호수 4 생략)소외 172009. 7. 28.2010. 2. 16.4(지번 27 생략), (호수 6 생략)원고보조참가인 선정자 302009. 11. 18.2010. 5. 10.5(지번 28 생략), (호수 2 생략)소외 182010. 1. 12.2010. 5. 24.6(지번 13 생략), (호수 4 생략)소외 192009. 6. 24.2010. 5. 25.7(지번 29 생략)소외 202009. 11. 13.2010. 5. 25.8(지번 30 생략)소외 212009. 11. 13.2010. 5. 26.9(지번 28 생략), (호수 4 생략)소외 222009. 11. 11.2010. 5. 27.

(나) 이에 대하여 참가인 조합은, 당시에 이르러 소외 16, 17이 자신들의 동의 철회가 적법하지 않음을 알고서 2010. 7. 14.자 창립총회에 참가하는 등 조합원으로서의 권리의무를 향유하고 있으므로, 이들은 동의철회자에서 제외되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 도시정비법 제17조 제1항은 조합설립에 대한 동의뿐만 아니라 동의한 사항의 철회도 인감도장을 사용한 서면동의에 의하여야 하고 인감증명서도 첨부하여야 한다고 규정하고 있고, 위 규정은 강행규정으로서 위와 같은 방식에 의하지 않은 동의 또는 동의의 철회는 그 효력이 없다.

따라서 이미 위와 같은 방식으로 조합설립에 대한 동의철회서를 추진위원회나 피고에게 제출함으로써 소외 16, 17은 그 동의를 철회한 것으로 확정되는 것이고, 이들이 사실상 조합활동에 참여하였다거나 참가인 조합으로부터 조합원의 대우를 받는다고 하여 그들이 참가인 조합의 조합원이 되는 것도 아니다.

그렇다면 소외 16, 17이 추진위원회 또는 피고에게 인감증명서를 첨부하고 인감도장을 사용하여 작성한 조합설립에 대한 동의서를 새로 제출하지 않는 한 소외 16, 17을 이 사건 설립인가에 대한 동의자 수에 산입할 수 없다(참가인 조합은, 원고가 당시에 이르러 당사자 사이에 다툼이 없는 동의 철회자 수가 종전 9명에서 소외 16, 17을 제외한 7인이라고 인정하였다는 취지로 주장하나, 2012. 1. 11.자 원고 준비서면의 기재나 그 이후의 변론 내용에 비추어 볼 때 원고는 더 많은 토지등소유자가 동의를 철회하였다고 주장하면서 최소한의 개념으로 소외 16, 17을 제외한 7인의 동의 철회자를 언급하고 있을 뿐 소외 16, 17이 조합설립인가 신청 전에 조합설립에 대한 동의를 철회하였다는 주장을 종국적으로 철회한 것으로 보기 어렵다).

(다) 한편 원고 등은, 이 사건 설립인가 후에 추가로 12명의 토지등소유자가 동의를 철회하거나 재철회하였으므로 위 동의철회자들은 이 사건 설립인가의 동의자 수에서 제외되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 도시정비법상 조합설립인가를 위한 법정동의율은 인가권자인 관할 행정청의 인가 당시 충족될 것을 요구하고, 일단 그 요건이 충족되어 행정청이 조합설립을 인가하면 조합설립의 효력이 발생하는 것이며, 그 이후에 동의철회가 있더라도 조합설립인가의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않고, 조합설립 후의 다음 단계(사업시행자 지정, 사업시행인가, 관리처분계획인가 등)의 동의율 산정에 반영되는 것에 불과하므로, 원고 등의 주장은 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

(라) 그렇다면 추진위원회의 이 사건 설립인가 신청 전에 유효하게 조합설립에 대한 동의를 철회한 토지등소유자는 9명이 되므로, 위 9명은 이 사건 설립인가 당시 조합설립인가에 동의한 동의자 수에서 제외되어야 한다.

아. 법정동의율 미달의 하자

(1) 동의율의 재계산

위 바.항과 사.항에서 살펴 본 바에 의하여 전체 토지등소유자 수를 재산정하면 최대 275명(= 피고가 인정한 토지 또는 건축물 소유자 수 280명 - 홍은동 (지번 4 생략) 및 그 지상 건물, 홍은동 (지번 5 생략) 중복계산 1명 - 홍은동 (지번 11 생략) 중복계산 2명 - 홍은동 (지번 14 생략), (지번 15 생략) 중복계산 1명 - 홍은동 (지번 6 생략), (지번 7 생략), (지번 8 생략), (지번 9 생략), (지번 10 생략) 중복계산 1명 - 홍은동 (지번 12 생략), (지번 13 생략) 지상 (호수 1 생략), (호수 2 생략) 중복계산 1명 + 홍은동 (지번 16 생략), 홍은동 (지번 13 생략) 및 지상 건물 누락 1명)이 된다.

또한 같은 방법으로 조합설립에 동의한 토지등소유자 수를 재산정하면, 최대 202명(= 피고가 인정한 동의자 수 214명 - 홍은동 (지번 4 생략) 및 그 지상 건물, 홍은동 (지번 5 생략) 중복계산 1명 - 홍은동 (지번 11 생략) 중복계산

2명 - 홍은동 (지번 14 생략), (지번 15 생략) 중복계산 1명 - 동의철회자 9명 + 홍은동 (지번 16 생략), 홍은동 (지번 13 생략) 및 지상 건물 누락 1명)이 된다.

(2) 하자의 존재

그렇다면, 이 사건 설립인가 당시 토지등소유자의 동의율은 최대 73.45%(= 조합설립에 동의한 토지등소유자 수 202명 ÷ 전체 토지등소유자 수)에 불과하여 도시정비법 제16조 제3항 소정의 토지 또는 건축물 소유자의 4분의 3에 미달하게 되는바, 조합설립에 필요한 법정동의율에 미달하였음에도 이를 간과한 채 참가인 조합의 설립을 인가한 피고의 이 사건 설립인가에는 하자가 있다.

6. 이 사건 설립인가 후 그에 관한 통지·열람 제공 유무

가. 원고 등의 주장

이 사건 설립인가 후 그에 관한 통지·열람 제공이 없었으므로 이 사건 설립인가에는 하자가 있다.

나. 판단

피고가 이 사건 설립인가를 한 이후에 조합원이나 종전의 토지등소유자에게 그에 관한 통지를 하거나 열람을 위한 제공을 하지 않았다고 하더라도 그와 같은 사정만으로 소급하여 이 사건 설립인가에 하자가 있다고 볼 수 없으므로, 원고 등의 위 주장은 이유 없다.

Ⅲ. 주위적 청구에 관한 판단

1. 하자의 중대·명백 여부

가. 하자의 존재 및 중대성

추진위원회는 주택재건축조합 설립에 필요한 도시정비법 제16조 제3항이 정한 토지 또는 건축물의 소유자의 4분의 3 이상의 동의요건을 갖추지 못한 채 참가인 조합의 설립인가를 신청하였음에도, 피고는 동의자 수를 중복 또는 누락하여 산정하거나 적법하게 조합설립에 관한 동의를 철회한 자를 동의자 수에 포함하는 등 동의자 수를 잘못 계산함으로써 법정동의율을 충족한 것으로 보아 이 사건 설립인가를 하였음은 앞서 본 바와 같고, 도시정비법 제16조 제3항 소정의 동의요건은 강행규정이므로, 이는 중대한 하자에 해당한다.

나. 하자의 명백성 여부

(1) 도시정비법 및 그 시행령에 따라 정당하게 계산한 이 사건 설립인가 당시 토지등소유자의 동의율은 73.45% 정도로 볼 수 있어 도시정비법 제16조 제3항이 요구하는 토지 또는 건축물 소유자의 4분의 3의 요건에 근소하게 미달함에도, 피고는 그 동의율을 76.43%로 산정하였다.

(2) 앞서 살펴본 바와 같이 피고가 위와 같이 동의율 산정을 잘못된 원인은 담당 공무원이, △ 1인이 다수 토지 또는 건축물을 소유한 경우, △ 수인이 토지 또는 건축물을 소유한 경우, △ 수개의 국가기관 명의로 토지 또는 건축물을 소유한 경우, △ 토지나 건축물의 소유자, 공유자가 서로 다른 경우 등에 있어 도시정비법 시행령 제28조 제1항 제2호를 비롯한 관련 규정에 관한 해석을 잘못하였거나, 법령에 이에 대한 명백한 규정이 없었거나, 조합설립인가 전 동의철회에 관한 도시정비법 시행령 제28조 제4항 중 '제26조 제2항 각 호 사유의 변경'의 해석에 있어 명확한 선례가 없어 동의 철회자를 인정하지 않은 데 있다고 보인다.

- (3) 사정이 위와 같다면, 수개의 국가기관 명의로 토지 또는 건축물을 소유하더라도 전체 소유자를 국가로 보아 1개의 소유권을 인정하여야 한다거나 조합설립인가 전에 도시정비법 시행령 제26조 제2항 각 호의 사항이 변경되는 경우 그 경중을 가리지 않고 토지 또는 건축물의 소유자가 동의를 철회할 수 있다는 점 등이 피고에게 객관적으로 명백하였다고 할 수 없다.

2. 소결론

그렇다면 피고의 이 사건 설립인가에는 동의율 산정에 있어 중대한 하자가 있지만 그 하자가 객관적으로 명백하다고 볼 수 없으므로 이를 무효라고 할 수 없다.

따라서 이 사건 주위적 청구는 이유 없다.

IV. 예비적 청구에 관한 판단

1. 하자의 존재 및 이 사건 설립인가의 위법성

피고의 이 사건 설립인가에는 앞서 살펴 본 바와 같이 도시정비법 제16조 제3항 소정의 동의요건에 미달한 중대한 하자가 있었으므로, 피고의 이 사건 설립인가는 도시정비법에 위배되는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 취소되어야 한다.

2. 하자의 치유 또는 보완 여부

가. 참가인 조합의 주장

이 사건 설립인가가 위법하더라도, 그 후에 6건의 토지 또는 건축물 소유자의 동의서가 추가로 제출되어 4분의 3 이상의 동의율 요건이 충족되었고, 피고가 1차 내지 3차 변경인가를 함에 따라 이 사건 설립인가의 하자가 치유되었거나 그 요건이 보완되었다.

나. 판단

- (1) 참가인 조합이 △ 2010. 6. 4. 피고로부터 이 사건 설립인가를 받았고, △ 그 후 2011. 3. 29. 3명의 동의서를 추가로 제출하여 피고로부터 1차 변경인가를 받았으며, △ 2011. 6. 20. 1명의 동의서를 추가로 제출하여 피고로부터 2차 변경인가를 받았고, △ 2011. 7. 7. 2명의 동의서를 추가로 제출하여 피고로부터 3차 변경인가를 받은 사실은 앞서 본 바와 같고, 위 6명의 동의서를 이 사건 설립인가 당시의 동의자 수에 단순 합산하면, 조합설립에 대한 동의율은 $75.64\% [= \text{동의자 수 } 208\text{명}(= 202\text{명} + 6\text{명}) \div \text{토지 또는 건축물 소유자 수 } 275\text{명}]$ 이 되어 형식적으로는 법정동의율인 75%를 상회하게 된다.
- (2) 그러나 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지 않으며, 흠이 있는 행정행위의 치유나 전환은 행정행위의 성질이나 법치주의 관점에서 볼 때 원칙적으로 허용될 수 없고, 예외적으로 행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 이를 허용하는 때에도 국민의 권리나 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로 인정하여야 한다(대법원 1983. 7. 26. 선고 82누420 판결, 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010두2579 판결 등 참조).
- (3) 도시정비법 제16조 제1항에서 정하는 조합설립 인가처분은 설권적 처분의 성질을 가지고 있고, 하자 있는 이 사건 설립인가의 치유나 전환을 인정하더라도 원고나 선정자들을 비롯한 토지 또는 건축물 소유자들에게 아무런 손해가 발생하지 않는다고 단정할 수 없으므로, 참가인 조합의 위 주장은 이유 없다.

한편으로 참가인 조합은 위와 같은 주장의 근거로, 재건축조합 설립을 위한 정족수를 충족시키지 못한 상태에서 설립인가나 변경인가를 받은 하자가 있더라도 부족한 정족수가 근소하고 상당한 기간 내에 추가동의를 받아 정족수를 충족한 경우에는 그 하자가 치유된 것으로 볼 수 있다는 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다63380 판결을 들고 있으나, 위 대법원 판결은 미달하는 정족수가 1.25%로 근소할 뿐만 아니라 변경인가일로부터 불과 20일 이내에 추가동의를 받고 해당 소 제기 전에 추가변경인가를 받았고 그 기간 내에 주택재건축사업의 개요가 변경될 여지가 없었던 사안에 관한 것이어서, 이 사건 소송 중이던 이 사건 설립인가일로부터 1년 이상이 경과한 후에야 비로소 법정동의율을 충족하게 되었고 이 사건 설립인가 후에 매도청구 소송, 시공사 선정 등 후속절차까지 진행되고 있었던 이 사건에 적용된다고 보기 어렵다.

(4) 또한 이 사건 설립인가와 1차 내지 3차 변경인가의 관계에 관하여 살펴본다.

도시정비법에 의하면, 재건축조합은 관할 행정청의 감독 아래 정비구역 안에서 도시정비법상의 '주택재건축 사업'을 수행하는 목적 범위 내에서 법령이 정하는 바에 따라 일정한 행정작용을 행하는 행정주체로서의 지위를 갖고(대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결 등 참조), 추진위원회가 재건축사업의 설립인가를 받고자 할 때에는 제16조 제2항 또는 제3항이 요구하는 법정동의율을 충족하여 인가를 신청하여야 하고, 인가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 마찬가지로 법정동의율을 충족하여야 한다.

다만, 제16조 제1항 단서의 규정에 의한 경미한 사항을 변경하고자 하는 때에는 조합원의 동의없이 시장·군수에게 신고하고 변경할 수 있고, 도시정비법 시행령 제27조는 법 제16조 제1항 단서에서 조합의 명칭 및 주된 사무소의 소재지와 조합장의 주소 및 성명(제1호), 조합설립 인가처분 후 토지 등 건축물의 매매 등으로 인하여 조합원의 권리가 이전된 경우의 조합원의 교체 또는 신규가입(제2호), 법 제4조의 규정에 의한 정비구역 또는 정비계획의 변경에 따라 변경되어야 하는 사항(제3호), 그 밖에 시·도조례가 정하는 사항(제4호)의 경우를 '경미한 사항'으로 규정하고 있다.

여기서 조합설립 인가처분과 동일한 요건과 절차가 요구되지 아니하는 도시정비법 시행령 제27조 각 호에서 정하는 경미한 사항의 변경에 대하여 행정청이 조합설립의 변경인가라는 형식으로 처분을 하였다고 하더라도 그 성질은 당초의 조합설립 인가처분과는 별개로 위 조항에서 정한 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과한 것으로 보아야 할 뿐, 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과한 변경인가처분에 설권적 처분인 조합설립 인가처분이 흡수된다고 볼 것은 아니다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두4555 판결 참조).

한편으로, 당초의 설립인가처분이 법정 동의율을 충족시키지 못한 채 이루어졌고, 그 후 재건축조합의 성립요건 중 오직 동의율 요건만을 충족시키기 위하여 추가적인 변경신고를 하는 경우에는, 비록 경미한 사항의 신고방식을 취하였다고 할지라도 그 실질적인 내용은 종전 인가처분시 제출되었던 토지등소유자의 조합설립동의서 및 동의사항을 증명하는 서류, 창립총회 회의록 등에 덧붙여 새로운 동의서를 추가하는 방법으로 조합설립의 실체적 요건을 보완하는 것이므로, 거기에 부응하여 관할 행정청이 변경된 동의율에 터잡아 설립변경인가처분을 한 이상 그 변경인가처분 자체를 기존의 설립인가처분과는 별도의 독립적인 설립인가처분으로 평가할 수 있고, 그 변경인가처분시를 기준으로 하여 실체적 요건의 구비 여부를 판단하여야 할 것이다.

왜냐하면, 당초의 설립인가처분에 무효 사유나 취소 사유가 있었다가 사후적으로 조합설립을 위한 적법한 실체적 요건을 갖추게 되었을 경우, 형식상 경미한 사항의 신고에 의한 설립변경인가처분의 방식을 취하였다는 이유만으로

새로운 설립변경인가처분을 처음부터 무효이거나 실효된다고 보게 된다면, 이는 주거환경의 개선을 위하여 어렵게 모아진 다수인의 집합적 의사를 무시하는 것일 뿐만 아니라, 이미 존재하는 설립인가처분에 터잡아 관계법령이 제시한 방식에 따라 업무를 처리한 행정청의 절차적 노력을 무로 돌리는 것이기 때문이다.

위와 같이 변경인가처분을 유효한 설립인가처분으로 평가한다고 하여 반드시 종전의 설립인가처분의 하자가 치유되는 것은 아니다.

왜냐하면 실체적 요건을 갖추지 못하여 무효이거나 또는 법원의 판결에 의하여 취소되는 당초의 설립인가처분은 비록 형식적으로 그에 후속하는 설립변경인가처분이 있었다고 할지라도, 유효한 설립인가처분이 설권적 처분으로서 후행절차에 절대적인 영향을 미치는 점에 비추어 볼 때, 그 유효 여부를 별개로 판단하여야 할 것이지, 후에 설립변경인가처분이 이루어졌다고 하여 종전 설립인가처분의 효력이 상실된다거나 후행 설립변경인가처분에 흡수된다고는 볼 수 없기 때문이다.

- (5) 이상에서 본 바를 종합해 보면, 이 사건 설립인가는 법정 동의율에 미달하는 중대한 하자가 있어 위법하므로 취소되어야 할 것이고, 설령 3차 변경인가를 통하여 법정동의율이 충족되었다고 보는 경우 3차 변경인가가 그 시점부터 유효한 설립인가처분으로서 유효하게 되는지 여부는 별론으로 하더라도 그로 인하여 이 사건 설립인가의 하자가 치유된다거나 소급하여 미달된 동의율 요건을 보완한다고 볼 수 없다.

3. 소결론

따라서 피고의 이 사건 설립인가는 위법하므로 취소되어야 하므로, 이 사건 예비적 청구는 이유 있다.

V. 결 론

그렇다면 원고의 주위적 청구는 이유 없어 이를 기각하고, 예비적 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 당심에서 이루어진 청구의 변경에 따라 제1심 판결을 위와 같이 변경하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

[별지 선정자 목록 및 관계법령 생략]

판사 고의영(재판장) 최한순 이순형