

조합설립인가무효확인

[서울고등법원 2011. 7. 15. 2010누5921]



【전문】

【원고, 피항소인】

【제3자소송참가인】

【피고, 항소인】 서울특별시 성동구청장 (소송대리인 법무법인 지후 담당변호사 김형준)

【피고 겸 피고 서울특별시 성동구청장의 보조참가인, 항소인】 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합 (소송대리인 변호사 박일규 외 5인)

【제1심판결】 서울행정법원 2010. 1. 21. 선고 2009구합1945 판결

【변론종결】2011. 6. 17.

【주문】

- 】
1. 제1심 판결을 취소한다.
 2. 원고들의 청구(당심에서 추가된 부분 포함)를 모두 기각한다.
 3. 보조참가 및 제3자 소송참가로 인한 부분을 포함한 소송총비용은 원고들 및 제3자 소송참가인들이 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 가. 피고 서울특별시 성동구청장에 대한 청구취지 피고 서울특별시 성동구청장(이하, '피고 구청장'이라고만 한다)이 ① 2006. 12. 22. 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합설립추진위원회에 대하여 한 주택재건축정비사업조합설립인가처분, ② 피고 겸 피고 서울특별시 성동구청장의 보조참가인 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합(이하, '피고 조합'이라고만 하고, 피고 구청장과 통칭할 경우에는 '피고들'이라 한다)에 대하여 ㉠ 2007. 8. 10. 한 사업시행인가처분, ㉡ 2008. 9. 10. 한 관리처분계획인가처분, ㉢ 2009. 10. 1. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분, ㉣ 2009. 10. 20. 한 사업시행변경인가처분, ㉤ 2010. 5. 14. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분은 각 무효임을 확인한다. 나. 피고 조합에 대한 청구취지 ① 피고 조합이 2007. 8. 10. 피고 구청장으로부터 인가받은 사업시행계획, ② 피고 조합이 2008. 9. 10. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획, ③ 피고 조합이 2009. 10. 20. 피고 구청장으로부터 인가받은 사업시행계획, ④ 피고 조합이 2010. 4. 23. 사업시행계획에 관하여 한 총회 결의는 각 무효임을 확인한다. ⑤ ㉠ 주위적으로, 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획은 무효임을 확인한다. ㉡ 예비적으로 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획을 취소한다(원고들은 당심에서 피고 구청장에 대한 위 ②의 ㉢, ㉣, ㉤의 각 청구와 피고 조합에 대한 위 ①, ③, ④, ⑤의 각 청구를 추가하였다). 2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고들의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 가. 피고 서울특별시 성동구청장에 대한 청구취지 피고 서울특별시 성동구청장(이하, '피고 구청장'이라고만 한다)이 ① 2006. 12. 22. 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합설립추진위원회에 대하여 한 주택재건축정비사업조합설립인가처분, ② 피고 겸 피고 서울특별시 성동구청장의 보조참가인 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합(이하, '피고 조합'이라고만 하고, 피고 구청장과 통칭할 경우에는 '피고들'이라 한다)에 대하여 ㉠ 2007. 8. 10. 한 사업시행인가처분, ㉡ 2008. 9. 10. 한 관리처분계획인가처분, ㉢ 2009. 10. 1. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분, ㉣ 2009. 10. 20. 한 사업시행변경인가처분, ㉤ 2010. 5. 14. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분은 각 무효임을 확인한다. 나. 피고 조합에 대한 청구취지 ① 피고 조합이 2007. 8. 10. 피고 구청장으로부터

터 인가받은 사업시행계획, ② 피고 조합이 2008. 9. 10. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획, ③ 피고 조합이 2009. 10. 20. 피고 구청장으로부터 인가받은 사업시행계획, ④ 피고 조합이 2010. 4. 23. 사업시행계획에 관하여 한 총회 결의는 각 무효임을 확인한다. ⑤ ㉠ 주위적으로, 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획은 무효임을 확인한다. ㉡ 예비적으로 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획을 취소한다(원고들은 당심에서 피고 구청장에 대한 위 ②의 ㉢, ㉣, ㉤의 각 청구와 피고 조합에 대한 위 ①, ③, ④, ⑤의 각 청구를 추가하였다). 2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고들의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 가. 피고 서울특별시 성동구청장에 대한 청구취지 피고 서울특별시 성동구청장(이하, '피고 구청장'이라고만 한다)이 ① 2006. 12. 22. 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합설립추진위원회에 대하여 한 주택재건축정비사업조합설립인가처분, ② 피고 겸 피고 서울특별시 성동구청장의 보조참가인 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합(이하, '피고 조합'이라고만 하고, 피고 구청장과 통칭할 경우에는 '피고들'이라 한다)에 대하여 ㉢ 2007. 8. 10. 한 사업시행인가처분, ㉣ 2008. 9. 10. 한 관리처분계획인가처분, ㉤ 2009. 10. 1. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분, ㉥ 2009. 10. 20. 한 사업시행변경인가처분, ㉦ 2010. 5. 14. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분은 각 무효임을 확인한다. 나. 피고 조합에 대한 청구취지 ① 피고 조합이 2007. 8. 10. 피고 구청장으로부터 인가받은 사업시행계획, ② 피고 조합이 2008. 9. 10. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획, ③ 피고 조합이 2009. 10. 20. 피고 구청장으로부터 인가받은 사업시행계획, ④ 피고 조합이 2010. 4. 23. 사업시행계획에 관하여 한 총회 결의는 각 무효임을 확인한다. ⑤ ㉠ 주위적으로, 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획은 무효임을 확인한다. ㉡ 예비적으로 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획을 취소한다(원고들은 당심에서 피고 구청장에 대한 위 ②의 ㉢, ㉣, ㉤의 각 청구와 피고 조합에 대한 위 ①, ③, ④, ⑤의 각 청구를 추가하였다). 2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고들의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 가. 피고 서울특별시 성동구청장에 대한 청구취지 피고 서울특별시 성동구청장(이하, '피고 구청장'이라고만 한다)이 ① 2006. 12. 22. 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합설립추진위원회에 대하여 한 주택재건축정비사업조합설립인가처분, ② 피고 겸 피고 서울특별시 성동구청장의 보조참가인 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합(이하, '피고 조합'이라고만 하고, 피고 구청장과 통칭할 경우에는 '피고들'이라 한다)에 대하여 ㉢ 2007. 8. 10. 한 사업시행인가처분, ㉣ 2008. 9. 10. 한 관리처분계획인가처분, ㉤ 2009. 10. 1. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분, ㉥ 2009. 10. 20. 한 사업시행변경인가처분, ㉦ 2010. 5. 14. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분은 각 무효임을 확인한다. 나. 피고 조합에 대한 청구취지 ① 피고 조합이 2007. 8. 10. 피고 구청장으로부터 인가받은 사업시행계획, ② 피고 조합이 2008. 9. 10. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획, ③ 피고 조합이 2009. 10. 20. 피고 구청장으로부터 인가받은 사업시행계획, ④ 피고 조합이 2010. 4. 23. 사업시행계획에 관하여 한 총회 결의는 각 무효임을 확인한다. ⑤ ㉠ 주위적으로, 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획은 무효임을 확인한다. ㉡ 예비적으로 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획을 취소한다(원고들은 당심에서 피고 구청장에 대한 위 ②의 ㉢, ㉣, ㉤의 각 청구와 피고 조합에 대한 위 ①, ③, ④, ⑤의 각 청구를 추가하였다). 2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고들의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 가. 피고 서울특별시 성동구청장에 대한 청구취지 피고 서울특별시 성동구청장(이하, '피고 구청장'이라고만 한다)이 ① 2006. 12. 22. 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합설립추진위원회에 대하여 한 주택재건축정비사업조합설립인가처분, ② 피고 겸 피고 서울특별시 성동구청장의 보조참가인 왕십리뉴타운제

1구역주택재개발정비사업조합(이하, '피고 조합'이라고만 하고, 피고 구청장과 통칭할 경우에는 '피고들'이라 한다)에 대하여 ㉠ 2007. 8. 10. 한 사업시행인가처분, ㉡ 2008. 9. 10. 한 관리처분계획인가처분, ㉢ 2009. 10. 1. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분, ㉣ 2009. 10. 20. 한 사업시행변경인가처분, ㉤ 2010. 5. 14. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분은 각 무효임을 확인한다. 나. 피고 조합에 대한 청구취지 ① 피고 조합이 2007. 8. 10. 피고 구청장으로부터 인가받은 사업시행계획, ② 피고 조합이 2008. 9. 10. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획, ③ 피고 조합이 2009. 10. 20. 피고 구청장으로부터 인가받은 사업시행계획, ④ 피고 조합이 2010. 4. 23. 사업시행계획에 관하여 한 총회결의는 각 무효임을 확인한다. ⑤ ㉠ 주위적으로, 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획은 무효임을 확인한다. ㉡ 예비적으로 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획을 취소한다(원고들은 당심에서 피고 구청장에 대한 위 ②의 ㉢, ㉣, ㉤의 각 청구와 피고 조합에 대한 위 ①, ③, ④, ⑤의 각 청구를 추가하였다). 2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고들의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 가. 피고 서울특별시 성동구청장에 대한 청구취지 피고 서울특별시 성동구청장(이하, '피고 구청장'이라고만 한다)이 ① 2006. 12. 22. 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합설립추진위원회에 대하여 한 주택재건축정비사업조합설립인가처분, ② 피고 겸 피고 서울특별시 성동구청장의 보조참가인 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합(이하, '피고 조합'이라고만 하고, 피고 구청장과 통칭할 경우에는 '피고들'이라 한다)에 대하여 ㉠ 2007. 8. 10. 한 사업시행인가처분, ㉡ 2008. 9. 10. 한 관리처분계획인가처분, ㉢ 2009. 10. 1. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분, ㉣ 2009. 10. 20. 한 사업시행변경인가처분, ㉤ 2010. 5. 14. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분은 각 무효임을 확인한다. 나. 피고 조합에 대한 청구취지 ① 피고 조합이 2007. 8. 10. 피고 구청장으로부터 인가받은 사업시행계획, ② 피고 조합이 2008. 9. 10. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획, ③ 피고 조합이 2009. 10. 20. 피고 구청장으로부터 인가받은 사업시행계획, ④ 피고 조합이 2010. 4. 23. 사업시행계획에 관하여 한 총회결의는 각 무효임을 확인한다. ⑤ ㉠ 주위적으로, 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획은 무효임을 확인한다. ㉡ 예비적으로 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획을 취소한다(원고들은 당심에서 피고 구청장에 대한 위 ②의 ㉢, ㉣, ㉤의 각 청구와 피고 조합에 대한 위 ①, ③, ④, ⑤의 각 청구를 추가하였다). 2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고들의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 가. 피고 서울특별시 성동구청장에 대한 청구취지 피고 서울특별시 성동구청장(이하, '피고 구청장'이라고만 한다)이 ① 2006. 12. 22. 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합설립추진위원회에 대하여 한 주택재건축정비사업조합설립인가처분, ② 피고 겸 피고 서울특별시 성동구청장의 보조참가인 왕십리뉴타운제1구역주택재개발정비사업조합(이하, '피고 조합'이라고만 하고, 피고 구청장과 통칭할 경우에는 '피고들'이라 한다)에 대하여 ㉠ 2007. 8. 10. 한 사업시행인가처분, ㉡ 2008. 9. 10. 한 관리처분계획인가처분, ㉢ 2009. 10. 1. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분, ㉣ 2009. 10. 20. 한 사업시행변경인가처분, ㉤ 2010. 5. 14. 한 주택재건축정비사업조합설립변경인가처분은 각 무효임을 확인한다. 나. 피고 조합에 대한 청구취지 ① 피고 조합이 2007. 8. 10. 피고 구청장으로부터 인가받은 사업시행계획, ② 피고 조합이 2008. 9. 10. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획, ③ 피고 조합이 2009. 10. 20. 피고 구청장으로부터 인가받은 사업시행계획, ④ 피고 조합이 2010. 4. 23. 사업시행계획에 관하여 한 총회결의는 각 무효임을 확인한다. ⑤ ㉠ 주위적으로, 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획은 무효임을 확인한다. ㉡ 예비적으로 피고 조합이 2011. 2. 16. 피고 구청장으로부터 인가받은 관리처분계획을 취소한다(원고들은 당심에서 피고 구청장에 대한 위 ②의 ㉢, ㉣, ㉤의 각 청구와 피고 조합에 대한 위 ①, ③, ④, ⑤의 각 청구

를 추가하였다). 2. 항소취지 제1심 판결을 취소한다. 원고들의 피고들에 대한 청구를 모두 기각한다.

【이유】

】 1. 처분의 경위

가. 하왕제7구역주택재개발정비사업조합설립추진위원회는 2003년경부터 서울 성동구 하왕십리동 (지번 1 생략) 일대 97,000㎡ 등을 사업시행예정구역으로 하여 주택재개발사업을 시행할 목적으로 사업시행예정구역 안의 토지등소유자로부터 조합설립에 관한 동의서를 모으기 시작하였다.

하왕제7구역주택재개발정비사업조합설립추진위원회가 모은 동의서는 동의서상의 '신축건물의 설계개요'란과 '건축물 철거 및 신축비용 개산액'란이 공란인 상태였다(이하 위와 같이 일부 기재사항이 공란인 동의서를 '이 사건 쟁점 동의서'라 한다).

나. 2004. 5. 31. 서울특별시 고시 제2004-156호로 서울 성동구 하왕십리동 (지번 2 생략)번지 일대 337,200㎡에 대한 왕십리뉴타운제1종지구단위계획구역이 결정되었는데, 위 계획 중에는 서울 성동구 하왕십리동 (지번 1 생략) 일대 100,440㎡를 특별계획구역 I로 지정하여 주택재개발사업을 추진한다는 내용이 포함되어 있었다.

피고 구청장은 하왕제7구역주택재개발정비사업조합설립추진위원회가 2004. 5.경 설립승인을 신청함에 따라 2004. 8. 6. 사업시행예정구역 내 토지 등소유자 779명 중 392명이 찬성한 것으로 보고(동의율 50.32%) 설립승인(이하, '이 사건 추진위원회설립승인처분'이라 한다)을 하였다.

그 추진위원회의 명칭은 '(가칭)하왕제7구역 조합설립추진위원회'로, 그 사업시행예정구역은 서울 성동구 하왕십리동 (지번 1 생략) 일대 97,000㎡로 정해졌다.

다.

2006. 3. 16. 서울특별시 제2006-94호로 위 특별계획구역 I에 대하여 위치 및 면적을 서울 성동구 하왕십리동 (지번 3 생략) 일대 100,658㎡(위 100.440㎡가 토지조서 작성에 따라 단순히 정정된 것이다, 위 면적의 수치는 2007. 6. 28. 토지조서 작성에 따라 100,586.58㎡로, 2008. 2. 14. 지적현황측량에 따라 100,666.39㎡로 각 변경되었으나 실제 면적은 증가하거나 감소하지 아니하였으므로 이하에서는 구별하지 않고 '이 사건 사업구역'이라 한다)로 확정하고, 구역명칭을 '왕십리뉴타운1구역 주택재개발정비사업'으로 정하는 내용의 지구단위(세부개발)계획이 결정되어 고시되었다.

라. 2006. 3. 16. 위와 같이 이 사건 사업구역의 명칭이 확정됨에 따라 하왕제7구역조합설립추진위원회는 그 명칭을 왕십리뉴타운제1구역 주택재개발조합설립추진위원회(이하 '이 사건 추진위원회'라 한다)로 변경하고, 2006. 4. 18. 이 사건 사업구역 내의 토지등소유자에게 창립총회소집을 통지하면서 아래 제1호, 제6호, 제9호 안건이 기재된 자료집을 우송하였다.

(1) 제1호 안건 조합정관 결의의 건

왕십리뉴타운1구역주택재개발정비사업조합정관제21조(총회의 결의사항)② 법 제28조 제4항의 규정에 의한 사업시행인가를 신청(인가받은 내용을 변경하거나 정비사업을 중지 또는 폐지하는 경우를 포함한다)을 위한 동의는 조합설립 동의서 또는 총회의 결의로 갈음한다.

(2) 제6호 안건 사업계획 결의의 건

1. 제안이유 왕십리뉴타운1구역 주택재개발정비사업계획은 서울특별시고시 제2006-94호에 의해 2006. 3. 16. 정비구역으로 지정된 계획에 의거 작성되었으며, 조합설립 후 사업시행인가신청시 별도의 동의 없이 창립총회에서의 결의로 갈음하려 합니다.
2. 제안내용 현재 계획된 왕십리뉴타운제1구역 주택재개발 정비사업계획은 100,658㎡의 사업면적에 16평형 333세대, 24평형 424세대, 33평형 742세대, 45평형 299세대, 53평형 44세대 및 부대복리시설 총 1,842세대 지하2층, 지상 25층으로 다양한 형태로 건립하는 것으로 계획되었습니다.
사업계획은 구청장이 인가시 변경될 수 있습니다.

(3) 제9호 안건 조합설립동의서 작성 위임의 건

1. 제안이유 도시 및 주거환경정비법 제16조 제1항의 규정에 의거하여 조합원 4/5이상의 동의를 얻어 조합설립인가신청을 해야 합니다.

그러나 왕십리뉴타운1구역 주택재개발정비사업조합설립동의서 제3호 가항, 나항의 신축건축물의 설계개요, 건축물의 철거 및 신축비용 개산액 등의 내용은 현 단계에서 기입하여 동의를 구하기에 어려움이 있어 부득이 기 제출하신 동의서에는 공란으로 되어 있으나 금번 창립총회에서 제3호 가항, 나항의 사항을 정하여 추후 성동구청에 조합설립인가신청시 일괄기입하는 것으로 위임하여 주시기 바랍니다.

2. 제안내용 왕십리뉴타운1구역 주택재개발 정비사업조합설립동의서 제3호 가항, 나항의 내용을 별첨 동의서 내용과 같이 기재하고자 합니다.

○ 신축건축물의 설계개요대지면적(공부상면적)건축연면적규모약 100,440㎡256,700㎡(임대포함)약 1,728세대(임대포함)
○ 건축물철거 및 신축비용개산액철거비신축비기타사업내용합계약 3,141,000,000원약 275,897,000,000원약 55,179,400,000원약 334,217,400,000원

마. 2006. 4. 29. 개최된 조합창립총회에서 제9호 안건은 서면결의자 439인 중 찬성 377인(반대 4인, 기권 58인), 직접출석자 79인 중 찬성 79인으로 가결처리되는 등 위 각 안건을 가결하는 결의가 이루어졌다.

바. 피고 조합의 전신인 이 사건 추진위원회는 2006. 11. 29. 피고 구청장에게 이 사건 쟁점 동의서를 포함한 동의서(이하 '이 사건 동의서'라 한다)를 첨부하여 조합설립인가를 신청하였는데, 이 사건 추진위원회가 첨부한 이 사건 동의서들은 모두 당시의 건설교통부고시「정비사업조합설립추진위원회 운영규정」이 정한 표준동의서에 의한 것이었다. 피고 구청장은 2006. 12. 22. 토지등소유자의 수를 820인으로 확정하고 그 중 조합설립인가 신청 당시 소재가 확인되지 아니한 자 17인을 제외한 나머지 803인이 이 사건 사업에 대한 동의권자라는 전제에서 이 사건 동의서를 검토한 후, 644장의 유효한 동의서가 제출되어 동의율이 80.20%에 달한다고 보아 조합설립인가(이하 '이 사건 조합설립인가처분'이라 한다)를 하였다.

사. 피고 조합은 피고 구청장에게 사업시행계획서를 첨부하여 사업시행인가를 신청하였고, 피고 구청장은 그에 따라 2007. 8. 10. 사업시행인가(이하 '이 사건 사업시행인가처분'이라 하고, 이 사건 사업시행인가처분에서 인가된 사업시행계획을 '이 사건 사업시행계획'이라 한다)를 하였다.

신축 건축물의 설계개요, 건축물철거 및 신축비용개산액에 관하여 조합설립인가신청시 기재된 내용과 사업시행인가서에 기재된 내용은 각 다음과 같다.

가. 조합설립인가신청시 기재 내용사업시행인가서 기재 내용신축건축물 설계개요대지면적약 100,440㎡100,586.58㎡건축 연면적256,700㎡282,071.14㎡규모약 1,728세대(임대포함)1,702세대(임대포함)건축물철거 및 신축비용철거비약 3,141,000,000원-신축비약 275,897,000,000원-개산액기타 사업내용약 55,179,400,000원-합계약 334,217,400,000원 330,297,565,000원

나. 피고 조합은 2007. 8. 14. 이 사건 사업에 관한 분양신청공고를 하면서, 조합원들에게 사업시행인가의 내용, 분양신청자격, 분양신청 방법 등이 개략적으로 기재된 분양신청 안내서를 송부하였다.

다. 피고 조합은 위와 같은 내용의 분양신청안내서를 송부한 외에, 달리 조합원들에 대하여 분양대상자별 종전 권리평가액 등을 고지하지 않은 채 2007. 8. 14.부터 2007. 9. 21.(최초 2007. 9. 13.까지에서 1차 연장된 분양신청기간)까지 분양신청을 받았다.

라. 피고 조합은 소외 3 감정평가법인에, 피고 구청장은 소외 4 감정평가법인에 각 분양대상자별 종전 토지 등의 가격에 대한 감정평가를 의뢰하였고, 위 각 감정평가법인은 2007. 9. 27. 각 그 감정평가서의 작성을 완료하여 그 무렵 피고들에게 그 결과를 통보하였다.

마. 피고 조합은 분양신청이 종료된 이후, 관리처분계획결의총회(이하 '이 사건 관리처분총회'라 한다)를 개최하기 이전에 조합원들에게 관리처분계획안을 배포하였는데, 위 배포된 관리처분계획안에는 종전 토지 또는 건축물의 감정평가 현황과 관련하여 분양대상자별 평가액이 아닌 총 평가액만이 기재되어 있고, 분양기준가액의 산정과 관련하여 분양대상자별 종전 토지 등의 평가액에다가 추정비례율 100.35%를 곱한 액수로 한다는 일반적인 기준만이 기재되어 있으며, 비용부담규모에 관하여 조합원은 분양받은 건축시설의 분양금액과 분양기준가액과의 차액을 제사업경비 부담금으로 납부하여야 한다는 일반적인 기준만 기재되어 있었다.

바. 피고 조합은 2007. 10. 24. 임시총회를 열어 '이 사건 사업에 관한 관리처분계획(안)결의 건' 등의 안건을 상정하여 모두 가결하는 결의를 하였고, 2007. 10. 26.부터 비로소 조합원별 종전 권리가액 및 분양기준가액, 그에 따른 징수 혹은 지급 추산액이 기재된 개인별 분양설계서 등을 조합원들이 공람할 수 있도록 하였다.

사. 위 관리처분계획에 대한 공람기간이 종료된 후 피고 조합은 피고 구청장에게 관리처분계획에 대한 인가신청을 하였고, 피고 구청장은 2007. 12. 28. 피고 조합에 대하여 이 사건 관리처분총회에서 결의된 사항과 인가신청된 관리처분계획이 서로 상이하니 조합원이 결의한 내용으로 신청서를 작성하여 제출하기 바란다는 등의 보완요구 사항을 기재하여 관리처분계획인가신청서의 보완을 요구하였다.

아. 그 후 피고 구청장은 2008. 9. 10. 피고 조합에 대하여 관리처분계획인가(이하 '이 사건 관리처분계획인가처분'이라 하고, 이 사건 관리처분계획인가처분으로 인가된 관리처분계획을 '이 사건 관리처분계획'이라 한다)를 한 후 같은 달 18. 이를 고시하였다.

거. 피고 조합은 이 사건 소송이 계속 중이던 2009. 3. 20. 이 사건 사업으로 인해 신축되는 건축물의 설계개요 및 건축물의 철거와 신축에 소요되는 비용, 조합원 명단 등이 변경[조합원 수가 803인에서 776인(토지소유자 23인, 건축물 소유자 13인, 토지 및 건축물 소유자 740인)으로 변경]되었으므로 조합설립변경인가를 받고자 한다는 내용의 안건 및 종전자산평가액 및 분양예정추산액의 통지절차와 관련하여 소송이 진행 중인 이 사건 관리처분계획을 승인한다는 내용의 안건 등을 상정하여 조합정기총회를 개최한 후, 위 총회에서 위 각 안건이 가결됨에 따라 2009. 7. 10. 피고 구청장에게 조합설립변경인가를 신청하였다.

피고 구청장은 2009. 10. 1. 피고 조합에 대하여 조합설립변경인가(이하 '제1 조합설립변경인가처분'라 한다, 그 조합설립변경인가서에 의하면 동의율이 80.20%로 기재되어 있으나 이 사건 조합설립인가처분의 내용을 그대로 기재한 것으로 보인다)를 하였다.

너. 피고 조합은 이 사건 사업시행계획 중 근린생활시설의 면적을 추가하고, 주민공동시설의 일부 위치 및 면적을 변경하며, 지하주차장 구조시스템을 변경하고, 일부 단지레벨을 조정하며, 단위세대 평면 및 입면을 변경하고, 세입자 주거대책을 변경(누락 세입자 보완)하는 등의 내용으로 사업시행계획을 변경하여 2009. 7. 30. 피고 구청장에게 사업시행변경인가를 신청하였다.

더. 피고 구청장은 위 신청에 따라 2009. 10. 20. 사업시행변경인가(이하 '제1 사업시행변경인가처분'라 하고, 제1 사업시행변경인가처분으로 변경된 사업시행계획을 '제1 사업시행계획'이라 한다)를 한 후, 2009. 10. 22. 제1 사업시행변경인가처분의 내용을 고시하였다.

러. 피고 조합은 2009. 8월 내지 9월경 제1 사업시행변경인가처분에 따라 공람을 실시하여 조합원의 이의신청 및 조합원 등의 분양희망(변경) 신청을 받은 후 2009. 11. 6. 임시총회를 개최하여, ① 조합원 분양아파트의 규모 및 유형을 변경하고, ② 2008. 10. 24. 임시총회에서 관리처분계획으로 결의하였던 일반분양 아파트 및 근린생활시설(상가)의 가격을 현실에 맞게 조정하며, ③ 그에 따른 분양수입금 증가분에 대하여 일부 사업비와 예비비로 편성하여 비례율 변경 없이 자금운영계획을 변경하고, ④ 예비비로 편성된 금액은 일반 분양 이후 총회결의로 사업비 또는 청산금으로 정하기로 하는 등으로 이 사건 관리처분계획의 내용을 일부 변경하는 관리처분계획변경(안)을 가결하는 결의를 하였다.

머. 그 후 원고들 전부 승소의 이 사건 제1심 판결이 선고되자 피고 조합은 2010. 4. 23. 정기총회(이하, '이 사건 정기총회'라 한다)를 개최하여 조합설립변경, 사업시행계획변경, 관리처분계획변경에 대한 결의(이하, '이 사건 총회결의'라 한다)를 하고, 조합원들로부터 위 각 변경에 관한 동의서를 작성·교부받았다.

그 주요변경 내용은 아래와 같다.

- 조합설립 변경 1. 건설되는 건축물의 설계의 개요 2. 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액 3. 제2호에 따른 비용 부담의 기준 4. 사업 완료 후 소유권의 귀속에 관한 사항○ 사업시행계획 변경 2009. 10. 22. 사업시행변경인가고시 중 세입자 및 자금계획 등○ 관리처분계획변경 2008. 9. 18. 관리처분계획인가고시 중 2009. 11. 6. 관리처분계획변경 총회결의 의결 및 이의신청으로 인한 관리처분계획 변경

버. 피고 구청장은 피고 조합이 조합원들로부터 새로이 작성·교부받은 조합설립동의서를 첨부하여 조합설립변경인가를 신청함에 따라 2010. 5. 14. 위 조합설립동의서 등을 검토하여 제1 조합설립변경인가처분의 내용 중 조합원수를 760인(토지 소유자 19인 + 건축물 소유자 9인 + 토지 및 건축물 소유자 732인), 동의율 84.98%(=645/759, 조합원 중 소재불명자 1인을 제외한 759인 중 645명이 동의), 구역면적을 100,666.39㎡로 변경하는 등의 내용으로 조합설립변경인가(이하, '제2 조합설립변경인가처분'이라 한다)를 하였다.

서. 피고 조합은 2010. 1. 18. 피고 구청장에게 관리처분계획 변경인가를 신청하였고, 피고 구청장은 2011. 2. 16. ① 제1 사업시행변경인가처분에 따른 관리처분계획의 변경(공동주택의 규모, 상가 건축면적 증가), ② 분양신청 변경(공동주택의 규모 및 유형별 분양신청의 변경, 상가분양신청의 변경), ③ 일반분양가 조정, ④ 소송 및 청산에 따른 변경, ⑤ 감정평가 변경 등을 주요내용으로 하는 관리처분계획 변경인가(이하 위 관리처분계획 변경인가로 변경된 관리처분계획을 '제1 관리처분계획'이라 한다)를 한 후 그 무렵 이를 고시하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 기록상 명백한 사실, 갑 제1호증, 갑 제2호증의 2, 갑 제3호증, 갑 제4호증의 1, 2, 갑 제5호증, 갑 제7호증의 1, 2, 갑 제8 내지 11호증, 갑 제66호증 갑 제68 내지 71호증, 을가 제1호증, 을나 제1호증의 1, 을나 제2호증, 을나 제4호증의 1, 2, 을나 제5호증의 1, 2, 을나 제6호증의 2, 을나 제7호증의 1, 2, 을나 제9호증의 1, 2, 을나 제10, 12, 15호증, 을나 제22호증의 1 내지 3, 을나 26 내지 28호증, 을나 제34호증의 1 내지 704, 을나 제35호증의 1 내지 646, 을나 제36호증, 을나 제38호증의 1 내지 639, 을나 제39, 40호증의 각 1 내지 646, 을나 제45호증, 을나 제47호증, 을나 제49 내지 54호증, 을나 제63호증의 1, 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 이 사건 조합설립인가처분에 관하여

가. 본안전 항변 및 이에 대한 판단

(1) 피고 구청장의 본안전 항변 및 이에 대한 판단

(가) 본안전 항변

이 사건 조합설립인가처분은 피고 조합의 조합설립이라는 기본행위를 보충하여 그 법률상 효력을 완성시키는 보충행위일 뿐이므로, 각 그 기본행위에 하자가 있을 때는 그 행위의 무효확인을 구하는 것은 별론으로 하고, 기본행위에 관한 하자를 내세워 바로 위 각 인가처분의 무효확인을 구하는 것은 법률상 이익이 없다

(나) 판단

행정청이 도시정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖추 경우 도시정비법상 주택재개발사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다.

그리고 그와 같이 보는 이상 구 도시정비법 제16조 제1항 소정의 토지 등 소유자 4/5 이상의 동의는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는 데 필요한 요건 중 하나에 불과하다고 봄이 상당하므로(대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결, 대법원 2009. 9. 24.자 2009마168,169 결정 등 참조), 토지 등 소유자의 동의율 산정에 하자가 있다면 이를 이유로 하여서도 조합설립인가처분의 무효나 취소를 구할 법률상 이익이 있다.

따라서 피고 구청장의 위 항변은 이유 없다.

(2) 피고 조합의 본안전 항변 및 이에 대한 판단

(가) 본안전 항변

피고 조합은 종전과 다른 내용의 조합설립동의서를 받은 다음 조합원 수의 변경, 신축건축물의 설계개요 변경, 건축물 철거 및 신축비용의 변경 및 이에 따른 비용부담에 관한 사항의 변경 등의 사유를 들어 피고 구청장에게 조합설립 변경인가를 신청하였고, 피고 구청장은 그에 따라 제2 조합설립변경인가처분을 하였다.

제2 조합설립변경인가처분은 이 사건 조합설립인가처분의 효력이 유지됨을 전제로 하여 그 일부 내용을 변경한 것이 아니라 이 사건 조합설립인가처분과 별개의 조합설립인가에 해당된다.

이 사건 조합설립인가처분은 별개의 새로운 조합설립인가인 제2 조합설립변경인가처분으로 사실상 그 효력을 상실하였다.

따라서 이 사건 조합설립인가처분의 무효확인을 구하는 것은 과거의 법률관계 그 자체의 확인을 구하는 것으로서 법률상 이익이 없다.

(나) 판단

1) 조합설립변경인가처분이 있었다 하여 일률적으로 당초의 조합설립인가가 변경인가처분에 흡수되어 존재하지 않게 된다고 볼 것은 아닌바(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두4913 판결 참조), 당초의 조합설립인가뿐 아니라 이를 기초로 행하여진 사업시행인가처분이나 관리처분계획인가처분 등 후속절차를 모두 철회하고 새로이 조합을 구성하는 내용의 변경인가처분이 이루어진 경우에는 당초 조합설립인가가 변경인가처분에 흡수된다고 보아야 할 것이지만, 당초 조합설립인가를 기초로 행하여진 후속절차를 그대로 유지하되 당초 조합설립인가의 일부 사항을 변경하는 내용의 변경인가처분이 이루어진 경우 또는 조합설립변경인가처분의 모습을 갖추기는 하였지만 그 변경내용이 도시정비법 제16조 제1항 단서, 도시정비법 시행령 제27조에 정한 경미한 사항의 변경에 불과하여 변경인가처분의 성질이 위 조항에서 정한 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과한 경우에는 설권적 처분인 당초 조합설립인가가 변경인가처분에 흡수된다고 볼 수 없다.

2) 먼저 제1 조합설립변경인가처분의 법적 성격에 관하여 본다.

을나 제22호증의 1의 기재에 의하면, 제1 조합설립변경인가처분의 변경 내용은 조합원의 명의변경 등에 의한 조합원 변경, 측량에 따라 구역면적 변경, 조합주소지 변경, 조합임원(감사 1인과 이사 2인)변경, 건축되는 건축물의 설계 개요의 변경, 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액의 변경, 주소이전에 따른 조합정관의 변경이므로 구 도시정비법(2010. 4. 15. 법률 제10268호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항 단서, 구 도시정비법 시행령(2011. 4. 4. 대통령령 제22829호로 개정되기 전의 것) 제27조에 정한 경미한 사항의 변경에 해당한다.

따라서 제1 조합설립변경인가의 성질은 위 조항에서 정한 경미한 사항의 변경에 대한 신고를 수리하는 의미에 불과하므로, 이 사건 조합설립인가처분은 제1 조합설립변경인가에 흡수되지 않는다 할 것이다.

3) 다음으로 제2 조합설립변경인가처분이 새로이 별개의 조합을 구성하는 내용의 변경인가처분에 해당하는지 여부에 관하여 본다.

앞서 본 바와 같이 제2 조합설립변경인가처분은 피고 조합이 원고들 전부 승소의 이 사건 제1심 판결이 선고되자 이 사건 소송에 능동적으로 대처하여 장기간 소요되는 소송으로 인한 사업의 지연을 방지한다는 이유로 이 사건 총회결의에 따라 이루어진 것인 점, 그 변경인가서의 내용도 토지등소유자수 및 동의율만 변경하는 것일 뿐 나머지 기재사항은 제1 조합설립변경인가처분과 동일한 점(을나 제28호증), 피고 조합이 제2 조합설립변경인가처분을 위하여 제

출한 조합설립동의서는 이 사건 동의서 중 신축건축물의 설계 개요, 건축물철거 및 신축비용 개산액, 위 비용에 따른 비용의 부담, 신축건축물 구분소유권의 귀속에 관한 사항을 이미 이루어진 사업시행계획, 관리처분계획을 반영하여 변경하는 것인 점(을나 제35호증의 1 내지 646), 피고 조합은 제2 조합설립변경인가처분을 위하여 토지등소유자로부터 동의서를 징구함에 있어, 이 사건 조합설립인가처분 및 그 후속절차가 유효하다는 전제 하에 피고 조합의 조합원이라고 평가되는 사람들에게만 통지를 하고 조합설립동의서를 받았을 뿐 이 사건 관리처분계획인가처분 당시까지 조합설립에 동의하지 않거나 동의를 철회한 자 등 현금청산대상자들에게는 관계법령의 조항에 따른 통지를 하지 아니하였고 조합설립동의서도 받지 아니한 점(다툼 없는 사실) 등의 여러 사정에 비추어 보면, 제2 조합설립변경인가처분은, 비록 피고 조합이 토지등소유자들로부터 새로이 작성·교부받은 조합설립동의서에 기초한 것이지만, 이 사건 조합설립인가처분이나 제1 조합설립변경인가처분뿐 아니라 이를 기초로 이루어진 사업시행인가처분, 관리처분계획인가처분 등 그 후속절차를 모두 철회하는 의미가 아니라 이 사건 소송에 대처하기 위하여 조합설립동의서의 동의요건을 갖추고, 이미 이루어진 사업시행계획인가처분, 관리처분계획인가처분을 반영하여 일부 사항을 변경하는 것에 불과하므로, 이 사건 조합설립인가처분나 제1 조합설립변경인가처분이 이에 흡수되어 소멸되는 것은 아니라 할 것이다.

따라서 제2 조합설립변경인가처분에 흡수되어 이 사건 조합설립인가처분의 효력이 소멸하였다는 전제에 선 피고 조합의 위 항변은 이유 없다.

나. 원고들(제3자 소송참가인들을 포함한다, 이하 같다)의 주장

(1) 이 사건 추진위원회설립승인처분이 무효이므로 이 사건 조합설립인가처분도 무효라는 주장

다음과 같이 이 사건 추진위원회설립승인처분은 중대·명백한 하자가 있어 무효이므로 이 사건 추진위원회설립승인처분을 기초로 한 이 사건 조합설립인가처분 역시 무효이다.

(가) 이 사건 추진위원회설립승인처분은 서울 성동구 하왕십리동 (지번 1 생략) 일대 100,440㎡가 특별계획구역 I 로 고시된 후에 행하여진 것임에도 위 고시와 달리 이 사건 추진위원회설립승인처분의 사업시행예정구역은 97,000㎡로 기재되어 있어 일부 면적이 누락되어 있다.

또한 이 사건 사업구역의 토지조서(갑 제16호증)와 피고 구청장이 제출한 토지등소유자 명부를 대조하면 이 사건 조합설립인가처분 당시를 기준으로 101개 지번(면적 합계 21,008.49㎡)이 누락되어 있고, 그 중에는 소유자가 개인인 토지 29필지(면적 합계 2,398㎡)가 포함되어 있을 뿐만 아니라 피고 구청장은 무허가건물만을 소유한 3명을 토지등소유자 수에 포함시켜 동의율을 산정하였다.

무허가건물만을 소유한 3명을 고려하지 않는다고 하더라도 피고, 구청장이 토지등소유자 수로 인정한 779명에서 누락된 토지등소유자 29명을 더하면 808명을 토지등소유자 수로 보아야 하고, 피고 구청장이 동의자 수로 계산한 392명을 그대로 인정하여 동의율을 계산해 보면 최대 48.52%에 불과하다.

따라서 이 사건 추진위원회설립승인처분은 법정 동의율의 요건을 충족하지 못하였다.

(나) 주택재개발사업 등 도시 및 주거환경정비법(이하, '도시정비법'이라 한다)상의 각종 정비사업에 관하여 그 조합설립추진위원회가 구성되려면 그 전제로 토지등소유자의 범위가 확정될 필요가 있고, 또 토지등소유자의 범위를 확정하기 위하여는 특별시장·광역시장 또는 도지사에게 의한 정비구역의 지정 및 고시가 선행되어야 할 것임에도, 하왕제7구역조합설립추진위원회는 정비구역이 지정·고시되지 아니하였을 뿐만 아니라 도시·주택정비사업기본계획도 존재

하지 아니하는 상황에서 추진위원회 설립동의서를 작성·교부받았고, 피고 구청장은 이와 같은 추진위원회 설립동의서를 근거로 이 사건 추진위원회설립승인처분을 하였다.

(2) 도시정비법에서 정한 동의요건을 갖추지 못하여 무효라는 주장

피고 구청장은 도시정비법의 규정상 토지등소유자의 5분의 4 이상의 동의를 얻은 경우에만 조합설립인가를 할 수 있는데, 이 사건 동의서 중 다음과 같이 하자가 있는 동의서를 제외하면 나머지 동의서만으로는 위와 같은 동의요건에 현저히 미달하게 된다.

피고 구청장은 피고 구청이 제출한 이 사건 동의서, 창립총회 속기록 등 제출서류들을 검토하여 이러한 하자를 쉽게 발견할 수 있었음에도 이를 간과하여 이 사건 조합설립인가처분을 하였다.

따라서 이 사건 조합설립인가처분은 위와 같이 중대·명백한 하자가 있으므로 무효이다.

(가) 피고 조합이 주택재개발정비사업조합설립인가를 받기 위하여 2006. 11. 29. 피고 구청장에게 제출한 이 사건 동의서 중 이 사건 쟁점 동의서 366장은 필요적 기재사항인 '신축건물의 설계개요'란과 '건축물철거 및 신축비용 개산액'란이 공란인 채로 제출되어 이 사건 조합설립인가처분 당시까지 보충되지 아니하였다.

(나) 이 사건 쟁점 동의서의 공란이 이 사건 조합설립인가처분 당시 보충되어 있었다고 하더라도, 이 사건 추진위원회는 토지등소유자 91명으로부터 이 사건 쟁점 동의서의 공란에 대한 보충권을 위임받지 못하였다.

즉 이 사건 추진위원회는 그 보충권의 위임 여부를 창립총회의 안건으로 상정하여 그 결의로 보충권 위임에 갈음하였을 뿐, 이 사건 쟁점 동의서의 작성자로부터 직접 공란에 대한 보충권을 위임받지 아니하였다.

이 사건 쟁점 동의서의 작성자 중 창립총회에 참석하지도 아니하고 창립총회 안건에 대한 서면결의서도 제출하지 아니한 59명은 이 사건 추진위원회에게 이 사건 쟁점 동의서의 공란에 대한 보충권을 수여하였다고 볼 수 없다.

또한 이 사건 쟁점 동의서의 작성자 중 32명은 창립총회 안건에 대한 서면결의서를 제출하기는 하였지만 보충권 수여에 관한 안건(위 제9호 안건)에 명시적으로 반대하였거나 위 안건에 표시하지 않는 방법으로 기권하였으므로 이 사건 쟁점 동의서의 공란에 대한 보충권을 수여하였다고 볼 수 없다.

(다) 정비사업조합의 설립절차나 요건에 관한 도시정비법의 규정에 의하면, 도시환경정비사업조합이 설립되기 위한 가장 기본적인 요건은 토지등소유자의 5분의 4 이상의 동의라고 할 것이고, 그 동의는 도시환경정비사업의 주요 내용인 건설할 건축물의 설계개요, 건축물의 철거나 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액, 그 비용의 분담에 관한 사항, 사업완료 후의 소유권의 귀속에 관한 사항 등의 법정사항이 명시된 동의서에 의하여야 하며, 이러한 동의가 이루어지기 위하여는 그 전제로 정비구역의 지정과 이에 따른 토지등소유자의 범위가 확정되어 있어야 한다. 그런데 이 사건 쟁점 동의서는 도시·주거환경정비기본계획이 작성되거나 정비구역이 지정되기 전에 작성·교부된 것일 뿐만 아니라(인감증명서도 정비구역 전의 일자로 기재되어 있다) 이 사건 쟁점 동의서는 하왕제7구역조합설립추진위원회에 교부된 것이고 하왕제7구역조합설립추진위원회와 이 사건 추진위원회가 동일하다고 볼 수도 없으므로 유효한 동의서라고 볼 수 없다.

(라) 이 사건 동의서를 제출한 토지등소유자 중 조합설립인가신청 이전에 토지 등을 신 소유자에게 양도한 28명은, 신 소유자가 새로이 조합설립동의서를 제출하지 않는 한, 동의자 수를 산정함에 있어 제외되어야 한다.

(마) 가사 동의자 수를 산정함에 있어 구 소유자가 동의를 한 경우 신 소유자도 동의한 것으로 볼 수 있다고 하더라도 구 소유자가 일부 기재사항이 공란으로 된 동의서를 제출한 15명의 경우 그 조합설립동의서는 무효이고, 그 조합설립동의서가 무효인 이상 신 소유자로부터 새로이 동의서를 받아야 하고 신 소유자가 이 사건 추진위원회에게 보충권을 수여하였다 하더라도 무효인 조합설립동의서를 유용할 수 없으므로 위 15명은 동의자 수에서 제외되어야 한다.

(바) 소외 1(갑 제1호증의 연번 166, 갑 제10호증의 조합원번호 162)의 경우 토지는 소유하고 있지 않고 무허가건축물만을 소유하고 있으므로 동의자 수를 산정함에 있어 제외되어야 한다.

(사) 이 사건 동의서에는 조합정관이 첨부되어 있지 아니하였다.

가사 조합설립동의서에 조합정관이 반드시 첨부될 필요는 없다 하더라도 동의서를 수령할 당시에는 조합정관이 확정되거나 그 내용이 토지등소유자에게 알려져 있어야 한다.

피고 조합의 정관은 설립승인이 무효인 이 사건 추진위원회가 작성한 것일 뿐만 아니라 정관이 이 사건 동의서에 첨부되어 있지 않아 그 내용이 토지등소유자에게 알려져 있지도 아니하였다.

또한 정관이 이 사건 동의서에 첨부되어 있지 않은 이상 그 정관을 확정하기 위하여는 조합설립인가의 동의율(토지등소유자의 5분의 4)과 같은 동의율이 필요하다 할 것인데 이 사건 추진위원회나 피고 조합은 정관에 관하여 위 동의율에 해당하는 동의를 받지 못하였으므로 피고 조합의 정관은 효력이 없다.

따라서 이 사건 동의서는 유효한 동의서라고 볼 수 없다.

(아) 이 사건 동의서에는 비용부담에 관한 사항이나 사업완료 후의 소유권의 귀속에 관한 사항에 관하여 조합정관 또는 조합정관이 정하는 관리처분기준에 따르도록 기재되어 있을 뿐, 조합정관이 첨부되어 있지 않고 조합정관이 확정되어 있지도 아니하였다.

따라서 이 사건 동의서는 비용부담에 관한 사항이나 사업완료 후의 소유권의 귀속에 관한 사항이 구체적으로 정해지지 않은 것이므로 유효한 동의서라고 볼 수 없다.

(자) 그 밖에 이 사건 동의서 중 7장의 동의서에는 다음과 같은 하자가 있다.

- ① 소외 5 소유의 토지에는 지상권이 설정되어 있음에도, 소외 5는 단독 명의로 동의서를 제출하였고 지상권자의 동의서는 제출되지 아니하였다.
- ② 소외 6의 경우 '소외 7' 명의의 인감증명서가 첨부된 동의서를 제출하였다.
- ③ 소외 8, 9의 경우 피고 구청장에게 제출된 동의서 중 1면이 누락되어 있다.

④ 소외 2, 10, 11의 경우 동의서가 제출된 바 없다.

다.

판단

(1) 행정처분이 당연무효라고 하기 위하여는 처분에 위법사유가 있다는 것만으로는 부족하고 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자의 중대·명백 여부를 판별함에 있어서는 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰하

여야 한다(대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두2403 판결, 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005두11937 판결 등 참조). 그리고 행정청이 어느 법률관계나 사실관계에 대하여 어느 법률의 규정을 적용하여 행정처분을 한 경우에 그 법률관계나 사실관계에 대하여는 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀져 그 해석에 다툼의 여지가 없음에도 불구하고 행정청이 위 규정을 적용하여 처분을 한 때에는 그 하자가 중대하고도 명백하다고 할 것이나, 그 법률관계나 사실관계에 대하여 그 법률의 규정을 적용할 수 없다는 법리가 명백히 밝혀지지 아니하여 그 해석에 다툼의 여지가 있는 때에는 행정관청이 이를 잘못 해석하여 행정처분을 하였더라도 이는 그 처분 요건사실을 오인한 것에 불과하여 그 하자가 명백하다고 할 수 없는 것이고, 행정처분의 대상이 되지 아니하는 어떤 법률관계나 사실관계에 대하여 이를 처분의 대상이 되는 것으로 오인할 만한 객관적인 사정이 있는 경우로서 그것이 처분대상이 되는지의 여부가 그 사실관계를 정확히 조사하여야 비로소 밝혀질 수 있는 때에는 비록 이를 오인한 하자가 중대하다고 할지라도 외관상 명백하다고 할 수 없다(대법원 2010.9.30. 선고 2010두9358 판결, 대법원 2004. 10. 15. 선고 2002다68485 판결, 대법원 2007. 3. 16. 선고 2006다83802 판결 등 참조).

(2) 이 사건 추진위원회설립승인처분이 무효이므로 이 사건 조합설립인가처분이 무효라는 주장에 대한 판단

(가) 일부 토지를 누락하여 추진위원회설립승인처분의 법정 동의율을 충족하지 못하였다는 주장에 대하여

갑 제16호증, 갑 제50, 51호증의 각 기재만으로 이 사건 추진위원회설립승인처분 당시 사업구역을 판단함에 있어 면적 합계 21,008.49㎡의 101필지 토지를 누락하였다거나, 그 중 개인 소유자가 소유한 면적 합계 2,398㎡의 29필지 토지를 누락하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

오히려 갑 제13호증, 제37호증, 갑 제39호증의 1 내지 5, 갑 제44호증, 을나 제29호증, 을나 제30호증의 1 내지 6, 을나 제31호증, 을나 제32호증의 1, 2의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 서울특별시장은 1998년경 이 사건 사업구역 일대 97,000㎡를 포함한 왕십리제11, 12, 13구역(당시 하왕제6, 7, 8구역으로 호칭되기도 한 것으로 보이고, 이 사건 사업구역 일대는 왕십리제12구역 내지는 하왕제7구역이다)을 함께 주택재개발구역으로 지정·고시한 사실, 피고 구청장은 2001년경 하왕제6, 7, 8구역을 주택재개발구역으로 지정하는 공공계획을 수립하였으나, 위 구역 중 하왕제6, 8구역은 재개발 요건을 갖추지 못하고, 하왕제7구역만이 재개발 요건을 충족하여 갈등을 겪게 되자 2001. 12.경 공공계획을 취소한 사실, 그 후 서울특별시장은 주민의견을 수렴하는 절차 등을 거쳐 앞서 본 바와 같이 2004. 5. 31. 서울특별시 고시 제2004-156호로 이 사건 사업구역(면적 100,440㎡)을 특별계획구역 I로 지정하여 주택재개발사업을 추진하는 내용을 포함하여 서울 성동구 하왕십리동 (지번 2 생략)번지 일대 337,200㎡에 대하여 왕십리뉴타운제1종지구단위계획구역으로 결정한 사실, 원고들은 서울특별시시장에게 1998년 주택재개발구역으로 지정할 당시 면적인 97,000㎡에서 2004. 5. 31. 지정된 특별계획구역 I의 면적이 100,440㎡로 증가된 점에 관하여 질의를 하였으나 서울특별시장은 2010. 12. 22.경 정비예정구역의 실제 확대·감소·변경은 없고 면적 산정에 있어 오류가 있어 이를 바로잡은 것으로 판단된다는 취지로 회신한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 추진위원회설립승인처분의 사업시행예정구역이 97,000㎡로 기재되어 있었다고 하더라도 서울특별시장이 1998년 이 사건 사업구역을 주택재개발구역으로 지정할 당시 그 면적을 97,000㎡로 지정·고시하였기 때문에 이 사건 추진위원회설립승인처분의 사업시행예정구역이 97,000㎡로 기재된 것이지 이 사건 추진위원회나 피고 조합이 임의로 사업시행예정구역을 축소하거나 사업구역 내의 일부 토지를 누락한 것으로 보이지 않고, 그 구역 내의 토지등소유자를 누락하였다고 보아지지도 않는다.

가사 원고들의 주장과 같이 위와 같이 일부 토지를 누락하여 토지등소유자의 동의율이 법정 동의율에서 1 내지 2% 미달된다 하더라도 앞서 본 법리에 비추어 그러한 하자가 중대·명백하여 이 사건 추진위원회설립승인처분이 당연 무효라고 할 수도 없다.

따라서 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 이 사건 추진위원회는 정비구역이 지정·고시되거나 도시·주거환경기본계획이 수립되지 않은 상태에서 토지등소유자들로부터 추진위원회설립동의서를 교부받아 설립되었다는 등의 주장에 대하여

하왕제7구역조합설립추진위원회는 2004. 5. 31. 서울특별시 고시 제2004-156호로 서울 성동구 하왕십리동 (지번 1 생략) 일대 100,440㎡를 특별계획구역 I 로 지정하여 주택재개발사업을 추진하는 내용을 포함한 서울 성동구 하왕십리동 (지번 2 생략)번지 일대 337,200㎡에 대한 왕십리뉴타운제1종지구단위계획구역이 결정되기 전부터 이 사건 사업구역에 관하여 토지등소유자들로부터 추진위원회설립동의서를 교부받아 온 사실은 당사자들 사이에 다툼이 없다.

그러나 ① 앞서 본 바와 같이 서울특별시장은 1998년경 주택재개발기본계획을 수립하였고 그 기본계획에는 면적 97,000㎡의 왕립리제12구역(하왕제7구역)도 포함되어 있었으며, 그 당시 위 기본계획상의 97,000㎡의 왕립리제12구역(하왕제7구역)은 이 사건 사업구역과 동일하므로 이 사건 사업구역 내의 토지등소유자를 확정할 수 있다고 보이는 점, ② 이 사건에 적용되는 구 도시정비법(2005. 3. 18. 법률 제7392호로 개정되기 전의 것) 제13조 제2항은 개정된 현행 도시정비법 제13조 제2항과 달리 '시장·군수 또는 주택공사 등이 아닌 자가 조합을 설립하고자 하는 경우에는 토지등소유자 2분의 1이상의 동의를 얻어 위원장을 포함한 5인 이상의 위원으로 조합설립추진위원회(이하 "추진위원회"라 한다)를 구성하여 건설교통부령이 정하는 방법 및 절차에 따라 시장·군수의 승인을 얻어야 한다.

'라고만 규정하고 있었을 뿐 추진위원회의 구성에 관한 토지등소유자의 동의 시기를 정비구역 지정 고시 이후로 제한하는 규정을 두고 있지 않았던 점, ③ 구 도시정비법 제17조, 구 도시정비법 시행령(2009. 8. 11. 대통령령 제21679호로 개정되기 전의 것) 제28조 제1항 제5호는 추진위원회의 승인신청 전에 동의를 철회하는 자는 토지등소유자의 동의자 수에서 제외하도록 규정함으로써 토지등소유자로 하여금 승인신청 전에는 언제라도 동의를 철회하도록 보장하고 있는 점, ④ 주택재개발정비사업조합설립추진위원회가 토지등소유자로부터 교부받은 조합설립인가에 대한 동의서는 주택재개발정비사업조합설립추진위원회의 설립에 대한 동意的 의사가 포함되어 있는 것으로서 도시 및 주거환경정비법 시행규칙 제6조에 정한 토지등소유자의 동의서에 해당하는 것으로 볼 수도 있는데(대법원 2008. 7. 24. 선고 2007두12996 판결), 앞서 본 바와 같이 피고 조합은 토지등소유자의 80% 이상의 동의를 얻어 이 사건 조합설립인가처분을 받은 점 등을 종합하면, 비록 이 사건 승인처분이 정비구역의 지정·고시 이전에 예정된 정비구역에 의하여 확정된 토지등소유자의 과반수 동의를 얻어 구성된 추진위원회에 대하여 이루어진 것이라고 하더라도 앞서 본 행정처분의 무효에 관한 법리에 비추어 그 하자가 중대·명백하다고 할 수 없다(하왕제7구역조합설립추진위원회가 이 사건 추진위원회로 명칭을 변경하였음은 앞서 본 바와 같으므로 양자의 동일성은 인정된다). 따라서 원고들의 이 부분 주장도 이유 없다.

(다) 이 사건 추진위원회설립승인처분의 하자로 인하여 이 사건 조합설립인가처분이 당연무효가 되는지 여부 앞서 본 바와 같이 이 사건 추진위원회설립승인처분에 하자가 있다 하더라도 그 하자가 중대·명백하다고 보기 어렵다.

가사 이 사건 추진위원회설립승인처분이 그 하자가 중대·명백하여 무효라고 하더라도 조합설립인가처분은 추진위원회에 비하여 가중된 요건을 갖추어 이루어지는 점, 앞서 본 바와 같이 특별한 사정이 없는 한 기존 추진위원회의 자격으로 토지등소유자로부터 교부받은 조합설립인가에 대한 동의서에는 기존 추진위원회의 존재를 인정하고 조합설립인가에 대한 업무처리를 위임한다는 취지가 포함되어 있다고 볼 수 있는 점(대법원 2008. 7. 24. 선고 2007두12996 판결) 등에 비추어 보면, 피고 조합이 이 사건 사업구역 내의 5분의 4 이상의 토지등소유자로부터 조합설립에 관한 동의를 받은 이상, 이 사건 추진위원회설립승인처분의 하자가 이 사건 조합설립인가처분의 하자로서 중대·명백하여 이 사건 조합설립인가처분이 당연무효라고 보기도 어렵다.

(3) 이 사건 쟁점 동의서가 그 일부 기재사항이 공란인 채로 제출되었다는 주장에 대한 판단

(가) 인정사실

갑 제6호증, 갑 제12호증의 1 내지 728, 갑 제41호증의 1 내지 4, 갑 제43호증의 1 내지 363, 갑 제46호증, 갑 제48호증의 1 내지 3, 갑 제49호증, 갑 제56, 57호증, 을나 제55 내지 62호증, 을나 제70호증의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음 각 사실을 인정할 수 있다.

① 원고 2와 소외 12는 2007. 12. 20. 피고 조합을 상대로 하여 서울동부지방법원 2007가합18223호로 조합임시총회결의의 일부 무효확인 등을 구하는 소를 제기하였다.

② 위 서울동부지방법원 사건의 원고들의 소송대리인은 위 소송과정에서 피고 구청장에게 이 사건 동의서 등에 대한 문서제출명령을 신청하였다.

위 법원이 피고 구청장에게 문서제출명령을 한 결과 2008. 10. 17. 피고 구청장으로부터 이 사건 쟁점 동의서 사본을 포함한 이 사건 동의서 사본이 제출되었는데, 이 사건 쟁점 동의서 사본의 기재사항 중 '신축건물의 설계개요'란과 '건축물철거 및 신축비용 개산액'란이 공란이었다.

③ 위 서울동부지방법원 사건의 쌍방 소송대리인은 2009. 3. 30. 서울특별시 성동구청에서 이 사건 동의서 원본을 직접 열람하였는데 그 중 이 사건 쟁점 동의서의 '신축건물의 설계개요'란과 '건축물철거 및 신축비용 개산액'란은 모두 고무인으로 날인되어 보충되어 있었다.

④ 서울특별시 성동구청의 문서대출반납대장에는 이 사건 동의서가 2008. 11. 18. 대출되었다가 2008. 11. 21. 반납되었고, 2009. 1. 12. 대출되었다가 2009. 1. 20. 반납되었으며, 2009. 2. 11. 대출되었다가 2009. 3. 6. 반납된 것으로 기재되어 있으나, 일부 기재사항이 공란인 이 사건 쟁점 동의서 사본이 서울동부지방법원이 제출된 2008. 10. 17. 이전에는 이 사건 동의서가 대출된 적이 없는 것으로 기재되어 있다.

⑤ 피고 조합의 조합설립인가신청 업무를 담당하였던 정비사업 전문관리업체인 주식회사 우영에쓰디의 직원인 소외 13, 14는 '2009. 10.경 피고 조합으로부터 일부 기재사항이 공란인 이 사건 쟁점 동의서 사본을 포함한 이 사건 동의서 사본을 건네받아 동의자 명부를 작성하였고, 2006. 11. 23.경 피고 조합으로부터 이 사건 동의서 원본을 건네받아 2006. 11. 24.경 그 중 이 사건 쟁점 동의서 원본의 공란인 기재사항을 고무인을 찍어 보충한 후 2006. 11. 29. 관련 서류와 함께 피고 구청장에게 제출하였다'는 취지의 각 사실확인서(을나 제56, 57호증)를 작성하였다.

위 서울동부지방법원 사건의 피고 소송대리인은 '피고 구청장이 서울동부지방법원으로부터 위와 같은 문서제출명령을 송달받았으나, 그 문서의 양이 많은 관계로 피고 조합에게 피고 조합이 보관하고 있는 이 사건 동의서 사본을 제출

해 줄 것을 요구하였고, 피고 조합은 일부 기재사항의 공란을 보충하기 전에 복사하여 보관하고 있던 이 사건 동의서 사본을 제출하였다'는 취지의 확인서(을나 제62호증)를 작성하였다.

- ⑥ 위 주식회사 우영에쓰디는 2006. 11. 24.경 사무용품비로 47,000원을 지출하였다.
- ⑦ 이 사건 쟁점 동의서에는 2006. 11. 28. 작성된 일반건축물대장사본이 첨부되어 있는 동의서도 포함되어 있다.
- ⑧ 피고 구청장은 2006. 12. 12. 이 사건 추진위원회가 2006. 11. 29. 제출한 조합설립인가신청에 대하여 보완사항을 통보하였는데, 그 보완사항 중에는 대표선임동의서가 누락, 공유자 수 산정의 오류, 인감도장 상이, 무허가건물확인원 발급불가 등만 기재되어 있을 뿐 이 사건 쟁점 동의서에 공란이 있다는 취지의 보완사항은 통보하지 아니하였다.

(나) 판단

위 인정사실과 같이, 일부 기재사항이 공란인 이 사건 쟁점 동의서 사본이 서울동부지방법원에 제출된 적이 있고, 위 서울동부지방법원 사건의 원고들 소송대리인이 이 사건 쟁점 동의서의 원본을 확인하기 전 3회에 걸쳐 이 사건 쟁점 동의서를 포함한 이 사건 동의서가 대출된 적이 있으며, 위 소외 13, 14는 2006. 11. 24. 이 사건 쟁점 동의서의 공란을 보충하였다는 각 사실확인서를 제출하였는데, 이 사건 동의서에는 위와 같이 보충하였다는 날 이후인 2006. 11. 28. 작성된 일반건축물대장 사본이 첨부되어 있는 동의서도 포함되어 있는 등 이 사건 조합설립인가처분 이후에 이 사건 쟁점 동의서의 공란이 보충된 것이 아닌지 의심이 들기는 한다.

그러나 위 인정사실에서 알 수 있는 바와 같이 피고 구청장이 일부 기재사항이 공란인 이 사건 쟁점 동의서를 제출한 2008. 10. 17.까지는 이 사건 쟁점 동의서를 포함한 이 사건 동의서가 대출된 적이 없는 점, 위 주식회사 우영에쓰디는 피고 구청장에게 이 사건 동의서를 제출하기 수일 전에 문구류를 구입한 적이 있는 점, 앞서 본 바와 같이 피고 조합은 이 사건 쟁점 동의서의 보충권을 위임받기 위하여 총회결의까지 거쳤으므로 보충권을 행사하였을 것으로 보이는 점, 이 사건 쟁점 동의서의 보충일에 관한 정확한 날짜에 대하여는 착오가 있을 수 있으므로 위 각 사실확인서가 허위라고 단정하기 어려운 점, 피고 구청장이 이 사건 추진위원회의 조합설립인가신청에 대하여 여러 가지 보완사항을 통보하면서도 이 사건 쟁점 동의서에 공란이 있다는 점에 대하여는 아무런 언급을 하지 아니한 점 등에 비추어 보면, 앞서 든 각 사정만으로는 이 사건 쟁점 동의서가 공란인 채로 제출되어 이 사건 조합설립인가처분 신청시까지 공란이었다고 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으며, 오히려 이 사건 쟁점 동의서는 이 사건 조합설립인가처분 신청시에는 공란 부분이 모두 보충되었다고 봄이 상당하다.

따라서 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

(4) 이 사건 쟁점 동의서의 보충권 수여와 관련한 주장(제2의 가.항 (2)(나), (마)주장)에 대한 판단

이 사건 쟁점 동의서는 그 중 '신축건물의 설계개요'란과 '건축물철거 및 신축비용 개산액'란이 공란인 채 토지등소유자들로부터 서명·날인받은 것이었으나 조합설립인가 신청시에는 그 공란 부분이 모두 기재되어 있었던 사실은 앞서 본 바와 같다.

비록 조합설립동의 당시에는 그 부분이 공란으로 되어 있었고, 그 보충권을 작성자로부터 개별적으로 위임받지 않고 조합총회의 결의로 보충권의 위임에 갈음하기로 하였다고 하더라도, 피고 조합이 위 조합총회의 결의 이후에 이 사건 쟁점 동의서의 작성자들로부터 개별적으로 보충권을 위임받았을 가능성도 배제할 수 없는 점, 보충권의 위임 여부

는 사실관계를 정확히 조사하여야 비로소 밝혀 질 수 있는 점 등의 사정에다가 앞서 본 행정처분의 무효에 관한 법리를 더해 보면, 이 사건 조합설립인가처분 신청시에 피고 구청장에게 제출된 이 사건 쟁점 동의서의 '신축건물의 설계개요'란과 '건축물철거 및 신축비용 개산액'란이 모두 기재되어 있었던 이상, 특별한 사정이 없는 한 이를 인가한 피고 구청장의 이 사건 조합설립인가처분을 당연무효라고 할 수는 없다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2010두17304 판결 및 그 원심인 부산고등법원 2010. 7. 14. 선고 2010누1071 판결 참조). 따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(5) 정비구역 지정 이전에 하왕제7구역주택재개발정비사업조합설립추진위원회가 청구한 조합설립동의서는 무효라는 주장에 대한 판단

① 구 도시정비법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것) 제13조는 시장·군수 또는 주택공사 등이 아닌 자가 정비사업을 시행하고자 하는 경우에는 토지등소유자로 구성된 조합을 설립하여야 하고(제1항), 제1항의 규정에 의한 조합을 설립하고자 하는 경우에는 토지등소유자 과반수의 동의를 얻어 위원장을 포함한 5인 이상의 위원으로 조합설립추진위원회를 구성하여 건설교통부령이 정하는 방법 및 절차에 따라 시장·군수의 승인을 얻어야 한다(제2항)고 규정하고 있을 뿐, 추진위원회의 설립시기에 대하여는 명문의 규정을 두고 있지 않은 점, ② 도시정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정된 것) 부칙 제8조 단서 등이 그 개정 전 조합설립추진위원회 설립승인시기에 관하여 정비구역 지정 전 추진위원회 승인을 당연히 예정하고 있는 점, ③ 앞서 본 바와 같이 이 사건 사업구역을 포함한 그 주변 일대는 1998년경 서울특별시시장에 의하여 주택재개발구역(왕십리제11, 12, 13구역이고 이 사건 사업구역 일대는 왕십리제12구역이다)으로 지정·고시된 후 2001. 12.경 그 공공계획이 취소되었으나 다시 2004. 5. 31. 이 사건 사업구역을 포함한 주변 일대가 왕십리뉴타운제1종지구단위계획구역으로 결정되었고, 그 후 2006. 3. 16. 이 사건 사업구역을 확정하는 지구단위(세부개발)계획이 결정·고시되었으며 1998년경 주택재개발구역으로 지정될 당시와 2006. 3. 16. 이 사건 사업구역이 확정될 당시의 면적은 수치상으로 차이는 있으나 실제로 양자는 동일한 것으로 보이는 점, ④ 이 사건 사업구역은 정비구역 지정 전이라도 추진위원회의 설립을 허용하여 정비사업의 시행주체인 추진위원회로 하여금 정비계획의 수립에 참여시키는 것이 바람직한 점(추진위원회의 구성이 없는 경우 원활한 정비계획 수립 및 정비구역 지정 추진과 사업추진에 따른 초기 사업비의 투자와 추진 주체 확보 등의 문제로 사실상 사업추진이 어렵게 될 가능성이 있다), ⑤ 정비구역 지정·고시 전이라도 '토지등소유자'의 개념은 유효하게 존재하고, 또한 그 범위를 확정할 수 있는 점, ⑥ 앞서 본 바와 같이 하왕제7구역주택재개발정비사업조합설립추진위원회와 이 사건 추진위원회는 동일성이 인정되는 점 등을 모두 종합하여 보면, 이 사건 동의서 중 일부가 정비구역의 지정·고시 이전에 청구되었다고 하더라도 위 동의서에 하자가 있다고 보기도 어렵고, 설령 하자가 있다 하더라도 그 하자가 중대·명백하다고 보기도 어렵다.

따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(6) 조합설립인가 신청 이전에 토지 등을 신 소유자에게 양도한 경우와 관련한 주장에 대한 판단

구 도시정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정되기 전의 것) 제17조는 '토지등소유자의 동의 산정방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

'고 규정하고 있고 그 위임을 받은 구 도시정비법 시행령(2008. 12. 17. 대통령령 21171호로 개정되기 전의 것) 제28조 제1항 제3호는 '추진위원회 또는 조합의 설립에 동의한 자로부터 토지 또는 건축물을 취득한 자는 추진위원회 또는 조합의 설립에 동의한 것으로 볼 것'이라고 규정하고 있으므로, 이 사건 조합설립인가처분 신청 이전에 토지를 양도한 자가 이 사건 동의서를 제출하였다면 신 소유자 역시 조합의 설립에 동의한 것으로 보아야 한다.

따라서 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(7) 무허가건축물 소유자를 동의자 수에 산정하였다는 주장에 대한 판단

구 도시정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정되기 전의 것) 제2조 제9호 (가)목 및 제19조 제1항은 정비구역 안에 위치한 토지 또는 건축물의 소유자 또는 그 지상권자는 재개발조합의 조합원이 된다는 취지로 규정하고 있는바, 무허가건축물은 원칙적으로 관계 법령에 의하여 철거되어야 할 것인데도 그 소유자에게 조합원 자격을 부여하여 결과적으로 재개발사업의 시행으로 인한 이익을 향유하게 하는 것은 위법행위를 한 자가 이익을 받는 결과가 되어 허용될 수 없는 점, 재개발사업의 원활한 시행을 위하여는 정비구역 안의 무분별한 무허가주택의 난립을 규제할 현실적 필요성이 적지 않은 점 등 여러 사정을 고려하여 볼 때, 구 도시정비법 제2조 제9호 (가)목 및 제19조 제1항에 의하여 소유자에게 조합원의 자격이 부여되는 건축물이라 함은 원칙적으로 적법한 건축물을 의미하고 무허가건축물은 이에 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다.

다만, 이와 같은 법리에 의하여 토지등소유자의 적법한 동의 등을 거쳐 설립된 재개발조합이 각자의 사정 내지는 필요에 따라 일정한 범위 내에서 무허가건축물 소유자에게 조합원 자격을 부여하도록 정관으로 정하는 것까지 금지되는 것은 아니다(대법원 2009.9.24. 자 2009마168,169 결정 참조).

이 사건의 경우, 갑 제3호증의 기재에 의하면, 피고 조합의 정관 제9조 제2항 단서는 건축물이 무허가인 경우에는 법에 의하여 제정된 서울특별시 도시 및 주거환경정비조례에서 정하는 기존 무허가 건물로서 자기 소유임을 입증하는 경우에는 그 무허가건축물 소유자를 조합원으로 인정한다고 규정하고 있다.

따라서 소외 1이 무허가건축물의 소유자라는 사정만으로 소외 1을 조합원으로 본 이 사건 조합설립인가처분이 위법하다고 볼 수는 없다(소외 1이 위 조례에서 정한 무허가건축물의 소유자인지 여부를 알 수 있는 자료는 제출되어 있지 않다). 가사 소외 1을 조합원으로 인정한 것이 위법하다고 하더라도 앞서 본 행정처분의 무효에 관한 법리에 비추어 보면, 위와 같은 하자가 중대·명백하여 이 사건 조합설립인가처분이 당연히무효라고 볼 수도 없다.

따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(8) 정관이 첨부되어 있지 않거나 정관이 확정되어 있지 않다는 주장에 대한 판단

(가) ① 구 도시정비법 시행령(2008. 12. 17. 대통령령 제21171호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항 제5호는 토지등소유자의 동의는 조합정관 등이 기재된 동의서에 동의를 받는 방법에 의한다고 규정하고 있을 뿐 조합정관 자체를 첨부하도록 규정하고 있지는 않은 점, ② 조합원들이 총회에서 추진위원회가 작성한 초안을 의결함으로써 정관으로서의 효력이 발생한다고 할 것인데, 이 사건에서와 같이 조합의 설립 이전에 징구되는 동의서에 확정적인 조합정관을 첨부하는 것은 시간적으로도 불가능하므로, 조합설립을 위한 동의서에는 정관의 초안에 관한 사항을 언급하는 것으로 충분하다고 보이는 점, ③ 구 도시정비법 시행규칙(2007. 12. 13. 건설교통부령 제594호로 개정되기 전의 것) 제7조에서 규정하는 조합설립인가신청서에서는 인가신청서와 함께 제출하여야 하는 첨부서류로 '토지등소유자의 조합설립동의서'와 '조합정관'을 별도로 규정하고 있는 점, ④ 이 사건 추진위원회는 창립총회를 개최하기 전 토지등소유자에게 조합창립총회책자를 등기우편으로 송부하였는데 그 속에는 조합정관에 관한 내용이 포함되어 있었던 점(을나 제9호증의 1, 2) 등을 종합하여 보면, 조합정관이 첨부되지 아니한 동의서에 의한 동의가 무효라고 볼 수 없고, 조합정관이 동의서에 첨부되지 아니하였다고 하여 별도로 토지등소유자의 5분의 4 이상의 동의를 얻어야 한다고 볼 수도 없다.

(나) 이 사건 추진위원회설립승인처분이 무효가 아님은 앞서 본 바와 같고, 이 사건 추진위원회설립승인처분이 취소되었다고 볼 만한 증거도 없으므로 이 사건 추진위원회는 조합정관을 작성할 자격이나 권한이 있다고 할 것이다.

(다) 또한 갑 제12호증의 1 내지 728, 을나 제1호증의 1의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 추진위원회가 조합설립인가 신청시 조합정관을 제출한 사실, 이 사건 동의서에는 '조합정관안에 동의하고 법 제16조에 의하여 정비사업조합을 설립함에 있어 그 조합정관을 신의성실의 원칙에 의거 준수하며 조합정관이 정하는 바에 따라 조합정관이 변경되는 경우 이의 없이 따를 것을 동의함'이라고 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 이 사건 추진위원회가 조합설립인가 신청시에 조합정관을 제출하였고, 이 사건 동의서에 조합정관에 관한 기재가 있는 이상, 앞서 본 행정처분의 무효에 관한 법리에 비추어, 이 사건 동의서를 작성·교부될 당시 조합정관이 확정되거나 토지등소유자들에게 알려져 있지 않다 하더라도, 이와 같은 하자가 중대·명백하여 이 사건 조합설립인가처분이 당연무효라고 볼 수 없다.

(라) 따라서 원고들의 이 부분 주장도 이유 없다.

(9) 비용부담에 관한 사항 등이 구체적으로 정해지지 않았다는 주장에 대한 판단

구 도시정비법(2007. 12. 21. 법률 제8785호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항, 구 도시정비법 시행령(2008. 12. 17. 대통령령 제21171호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항에 의하면 주택재개발사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 토지등소유자로부터 ① 건설되는 건축물의 설계의 개요, ② 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액, ③ 위 ②항 비용의 부담에 관한 사항, ④ 사업완료 후 소유권 귀속에 관한 사항, ⑤ 조합정관에 관한 사항이 기재된 동의서에 동의를 받는 방법에 의하도록 하고 있고, 이 사건 동의서가 건설교통부 고시「정비사업 조합설립추진위원회 운영규정」이 정한 표준동의서에 의한 것임은 앞서 본 바와 같다.

갑 제3호증, 갑 제12호증의 1 내지 728의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

① 이 사건 동의서에는 건설되는 건축물의 설계 개요, 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 금액에 대하여 개략적으로 정하고 있고, 그 비용부담에 관한 사항과 신축건축물의 구분소유권의 귀속에 관한 사항에 관하여 다음과 같이 기재되어 있다.

다.

건물철거 및 신축비용 개산액의 비용분담사항 (1) 조합의 정관에 따라 경비를 부과하고 징수하며, 관리처분시 가청산하고, 조합청산시 최종 확정함. (2) 조합원이 소유한 자산의 가치를 조합 정관이 정하는 바에 따라 평가하여 관리처분기준에 따라 형평의 원칙에 의거 조합정관에서 규정한 관리처분기준에 따라 비용 및 수익을 균등하게 부담·배분함. (3) 시공사에 지급할 공사금액 및 사업 관련 제반 비용은 주택 및 부대복리시설의 일반분양 수입금과 조합원 총회에서 결의되거나 서면 동의한 조합원분담금을 우선 충당하고, 부족금이 발생할 경우 조합 정관 및 관리처분기준에 따라 공평하게 부담함 라. 신축건축물 구분소유권의 귀속에 관한 사항 (1) 조합정관의 관리처분기준에 따르되, 동·호수 결정은 전산추첨 등에 의한다.

단, 경합이 있는 경우에는 조합정관 및 관리처분기준에 의한 방법에 따름 (2) 사업시행 후 분양받을 주택 등의 면적은 분양면적(전용면적 + 공용면적)을 기준으로 하며, 대지는 분양받은 주택 등의 면적비례에 따라 공유지분으로 분양함 (3) 조합원에게 우선분양하고 남은 잔여주택 및 상가 및 복리시설 등은 관계법령과 조합정관이 정하는 바에 따라

일반분양 (4) 토지는 사업완료 후 지분등기하며 건축물은 입주조합원이 각자 보존등기함

② 피고 조합의 정관에는 정비사업비의 부과·징수, 손실보상, 관리처분계획, 분양신청 등의 기준에 관하여 구체적으로 기재되어 있다.

위와 같이 '비용분담에 관한 사항'과 '신축건축물의 소유권 귀속에 관한 사항'을 정하고 있는 이 사건 동의서의 기재 내용과 피고 조합의 정관의 내용을 고려해 보면, 이 사건 동의서의 내용이 도시정비법 등 관련 법령의 규정 내용에 비추어 조합원이 부담하게 될 사업비용의 부담기준이나 사업완료 후 소유권의 귀속에 관한 사항을 구체적으로 정하지 않은 것이어서 위법하다거나 무효로 볼 수는 없다(대법원 2010. 4. 8. 선고 2009다10881 판결 참조). 따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(10) 그 밖의 주장에 대한 판단

(가) 을나 제16호증의 기재에 의하면, 103번(갑 제1호증의 순번을 의미한다, 이하 같다) 조합원 소외 5의 동의서에 지상권자인 송파농업협동조합의 대표자 선임동의서가 첨부된 사실을 인정할 수 있으므로, 소외 5의 동의서는 유효하다.

(나) 을나 제17호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 306번 조합원 소외 6이 제출한 동의서중 주민등록번호란에 기재된 번호가 '소외 7' 명의의 인감증명서의 국내거소신고번호란에 기재된 번호와 일치하며, 각 주소도 동일한 사실이 인정할 수 있으므로, 위 인감증명서는 소외 6의 인감증명서라고 봄이 상당하다.

소외 6의 동의서는 유효하다.

(다) 을나 제19호증의 3, 4의 각 기재에 의하면, 413번 조합원 소외 8, 619번 조합원 소외 9의 동의서 1면이 피고 구청장에게 제출된 사실을 인정할 수 있으므로, 소외 8, 9의 동의서는 유효하다.

(라) 을나 제19호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 501번 조합원 소외 10, 506번 조합원 소외 11의 동의서가 피고 구청장에게 제출된 사실을 인정할 수 있으므로, 소외 10, 11의 동의서는 유효하다.

(마) 갑 제11호증, 갑 제12호증의 214, 을나 제18호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 256번 조합원 소외 16은 당초 이 사건 사업구역 내인 서울 성동구 하왕십리 (지번 4 생략), 같은 곳 (지번 5 생략), 같은 곳 (지번 6 생략)에 있는 3필지의 토지 및 그 지상 건축물의 소유자로서 조합설립동의서를 제출했는데, 그 중 서울 성동구 하왕십리 (지번 6 생략) 토지 및 건물의 소유권을 이 사건 조합설립인가처분 신청 이전인 2005. 4. 15. 소외 2에게 이전한 사실, 피고 조합은 피고 구청장에게 이 사건 조합설립인가처분 신청을 하면서 소외 2 소유의 토지 및 건물에 대하여 소외 16 명의의 동의서를 제출한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 이 사건 조합설립인가처분 신청 이전에 토지를 양도한 자가 이 사건 동의서를 제출하였다면 신 소유자 역시 조합의 설립에 동의한 것으로 보아야 함은 앞서 본 바와 같으므로 소외 2 역시 이 사건 조합 설립에 동의한 것으로 보아야 한다.

(바) 따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다.

3. 이 사건 사업시행계획에 관하여

가. 본안전 항변 및 이에 대한 판단

(1) 피고 조합의 본안전 항변

(가) 원고들은 이 사건 제1심에서 이 사건 사업시행인가처분의 무효만을 주장하였을 뿐 이 사건 사업시행계획 자체의 무효를 주장한 적이 없었는데, 이 사건 항소심에 이르러 청구취지를 변경하여 이 사건 사업시행계획의 무효확인청구를 추가하였다.

원고들의 이러한 청구취지 변경은 피고들이 제1심에서 이 사건 사업시행계획의 무효 여부에 대하여 재판받을 기회를 상실하게 하는 것으로서 피고들의 심급의 이익을 침해하는 것이므로 이 사건 사업시행계획의 무효확인을 구하는 부분의 소는 부적법하다.

(나) 피고 조합은 이 사건 사업시행계획 중 시행 면적, 국공유지 면적, 건축시설, 주택, 정비기반시설, 세입자 대책 등을 변경하는 내용으로 사업시행계획을 변경한 후 피고 구청장에게 사업시행변경인가를 신청하였고, 피고 구청장은 위 신청에 따라 제1 사업시행변경인가처분을 하였다.

제1 사업시행변경인가처분은 경미한 사항의 변경이 아니라 중요한 사항을 변경한 경우에 해당하므로 이 사건 사업시행계획은 제1 사업시행계획에 흡수되어 그 효력을 상실하였다.

따라서 이 사건 사업시행계획의 무효확인을 구하는 부분의 소는 과거의 법률관계의 확인을 구하는 것에 불과하므로 부적법하다.

(2) 판단

(가) 심급의 이익을 침해한다는 항변에 대한 판단

원고들이 제1심에서 이 사건 사업시행인가처분의 무효확인을 구하였을 뿐 그 기본행위인 이 사건 사업시행계획의 무효확인을 구하지 않다가 당심에서 이 사건 사업시행계획의 무효확인청구를 추가하였으나, 사업시행인가처분은 기본행위인 사업시행계획을 보충하는 행위에 불과하고, 원고들이 이 사건 사업시행계획의 무효확인을 구하는 부분에 대한 청구원인 사실도 이 사건 사업시행인가처분의 무효확인을 구하는 부분의 그것과 동일하므로 청구의 기초에 변경이 있다고 볼 수 없다.

또한 이미 제1심에서 원고들이 주장하는 청구원인 사실에 대하여 실질적 심리를 마쳤으므로 심급의 이익을 박탈한 결과로 되는 것도 아닐 뿐 아니라, 오히려 이러한 청구취지의 추가를 허용하는 것이 별도의 소를 제기하도록 하는 것보다 더 소송경제나 당사자의 보호에도 합치된다.

따라서 피고 조합의 위 항변은 이유 없다.

(나) 제1 사업시행계획에 흡수되었다는 항변에 대한 판단

사업시행계획이 변경되었다 하여 일률적으로 당초의 사업시행계획이 변경된 사업시행계획에 흡수되어 존재하지 않게 된다고 볼 것은 아니다.

위 갑 제8호증, 을나 제49호증, 을나 63호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 제1 사업시행계획은 이 사건 사업시행계획과 사업시행기간이 사업시행인가일부터 60개월로 동일하고(양자 모두 인가서에는 '사업시행인변경인가일'부터 60개월로 기재되어 있으나, 위 '사업시행인변경인가일'은 양자 모두 사업시행기간이 '인가일부터 60개월'로 고시된 점에 비추어 '사업시행인가일'의 오기로 보인다), 정비구역의 면적도 동일한 사실(이 사건 사업시행계획의 경우

100,586.58㎡이고, 제2 사업시행계획의 경우 100,666.39㎡이나 이는 지적현황측량에 따른 차이에 불과하고 실제 면적이 변경되지 않은 것임은 앞서 본 바와 같다)을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에서 알 수 있는 바와 같이 이 사건 사업시행계획과 제1 사업시행계획 사이에 기본적인 사항에 관하여는 차이가 없는 점, 앞서 든 각 증거에 의하여 알 수 있는 바와 같이 그 변경내용도 정비계획의 변경에 따른 것이거나(정비계획에 따른 사업시행계획의 변경은 구 도시정비법 제39조 제9호의 경미한 변경에 해당한다) 그 변경 정도도 이 사건 사업시행계획을 무효로 하고 새로운 사업시행계획을 수립한 것으로 볼 수 있을 정도의 대규모 변경으로 보기 힘든 점 등 여러 사정에 비추어 보면, 비록 제1 사업시행계획은 이 사건 사업시행계획 중 근린생활시설의 면적을 추가하고, 주민공동시설의 일부 위치 및 면적을 변경하며, 지하주차장 구조시스템을 변경하고, 일부 단지레벨을 조정하며, 단위세대 평면 및 입면을 변경하고, 세입자 주거대책을 변경(누락 세입자 보완)하는 등 여러 부분이 변경되기는 하였지만, 이 사건 사업시행계획이 제1 사업시행계획에 흡수·소멸된다고 보기는 어렵다.

따라서 피고 조합의 위 항변도 이유 없다.

나. 원고들의 주장

- (1) 이 사건 조합설립인가처분이 무효이므로, 피고 조합은 이 사건 사업을 시행할 자격이나 권한이 없다.

이 사건 사업시행계획은 자격이나 권한이 없는 자에 의해 작성된 것이므로 그 하자가 중대·명백하여 무효이다.

- (2) 구 도시정비법 제28조 제5항, 제17조의 내용을 종합하면, 사업시행자는 사업시행인가를 신청하기 전에 미리 정관 등이 정하는 바에 따라 토지등소유자의 동의를 얻어야 하고, 이는 인감도장을 사용한 서면동의의 방법에 의해야 한다.

그럼에도 불구하고 피고 조합은 피고 조합의 정관 제21조 제2항에 "사업시행인가 신청을 위한 동의는 조합설립동의서 또는 총회의 결의로 갈음한다"는 규정을 두고, 이에 근거하여 조합설립총회 이후 조합원들로부터 사업시행인가 신청에 대한 별도의 동의를 얻는 절차를 생략한 채 사업시행인가를 신청하였다.

이 사건 사업시행계획에는 도시정비사업 조합설립인가신청시 및 사업시행인가신청시 각각 조합원들의 동의를 얻도록 규정한 구 도시정비법 제28조 제4항을 위반한 하자가 있고, 이러한 하자는 중대·명백하므로 이 사건 사업시행계획은 무효이다(원고들은 이 사건 사업시행인가처분에 관한 주장으로 위와 같은 내용의 주장을 하였으나, 위 내용은 사업시행계획의 하자에도 공통된 것이므로 이 사건 사업시행계획에 관한 주장으로 본다).

다.

본안에 대한 판단

- (1) 이 사건 조합설립인가처분이 무효이므로 이 사건 사업시행계획은 자격이나 권한 없는 자에 의하여 작성된 것이어서 무효라는 주장에 대한 판단

이 사건 조합설립인가처분이 무효가 아님은 앞서 본 바와 같으므로 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장은 이유 없다.

- (2) 조합설립에 대한 동의와 사업시행인가에 대한 동의는 별개의 동의가 필요하다는 주장에 대한 판단

피고 조합은 제1호, 제6호 안건을 창립총회에 회부하여, 사업시행인가를 신청함에 있어 필요한 토지등소유자의 동의를 조합설립 동의서 또는 창립총회의 결의로 갈음하기로 하고, 그와 같은 내용의 피고 조합의 정관 제21조 제2항에 관한 안건을 가결한 사실은 앞서 본 바와 같다.

위와 같은 창립총회의 결의나 정관의 규정이 재개발조합으로 하여금 사업시행인가 신청 전에 조합설립의 동의나 창립총회의 결의와는 별도로 토지등소유자의 동의를 얻도록 하는 경우보다 조합원들의 결정권을 두텁게 보호하게 되지 못하는 점은 부인할 수 없다.

그러나 나아가 위와 같은 창립총회의 결의나 정관의 규정이 당연 무효인지 여부에 관하여 보건대, 구 도시정비법(2007. 12. 21. 법률 제8785호로 개정되기 전의 것) 제28조 제4항 본문은 '사업시행자(시장·군수 또는 주택공사등을 제외한다)는 사업시행인가를 신청(인가받은 내용을 변경하거나 정비사업을 중지 또는 폐지하고자 하는 경우를 포함한다)하기 전에 미리 정관 등이 정하는 바에 따라 토지등소유자(주택재건축사업인 경우에는 조합원을 말하며, 이하 이항에서 같다)의 동의를 얻어야 한다.

'고 규정하고 있을 뿐, 재개발조합에 대한 동의나 창립총회의 결의와는 별개의 동의절차를 거쳐야 한다는 명문의 규정이 없고, 이에 관한 명시적인 판례나 확립된 선례도 존재하지 않는 것으로 보이는 점, 위 규정상 사업시행인가 전에 필요한 토지등소유자의 동의가 인감도장을 사용한 서면동의의 방법으로 이루어져야 하는 것도 아닌 점 등 여러 사정에 비추어 보면, 위와 같이 조합설립 동의서나 창립총회의 결의로 사업시행인가를 신청하기 전의 동의에 같음한다는 피고 조합 총회결의나 정관의 규정이 위법하여 취소사유가 됨은 별론으로 하더라도, 그것이 당연무효라고 보기는 어렵다.

따라서 원고들의 이 부분 주장도 이유 없다.

4. 이 사건 사업시행인가처분에 관하여

가. 피고들의 본안전 항변 및 이에 대한 판단

(1) 본안전 항변

(가) 피고들의 본안전 항변

피고 조합은 이 사건 사업시행계획 중 시행 면적, 국공유지 면적, 건축시설, 주택, 정비기반시설, 세입자 대책 등을 변경하는 내용으로 사업시행계획을 변경한 후 피고 구청장에게 사업시행변경인가를 신청하였고, 피고 구청장은 위 신청에 따라 제1 사업시행변경인가처분을 하였다.

제1 사업시행변경인가처분은 경미한 사항의 변경이 아니라 중요한 사항을 변경한 경우에 해당하므로 이 사건 사업시행인가처분은 제1 사업시행변경인가처분에 흡수되어 그 효력을 상실하였다.

따라서 이 사건 사업시행인가처분의 무효확인을 구하는 부분의 소는 과거의 법률관계의 확인을 구하는 것에 불과하므로 부적법하다.

(나) 피고 구청장의 본안전 항변

이 사건 사업시행인가처분은 피고 조합의 사업시행계획의 작성 및 의결이라는 기본행위를 보충하여 그 법률상 효력을 완성시키는 보충행위일 뿐이므로, 각 그 기본행위에 하자가 있을 때는 그 행위의 무효확인을 구하는 것은 별론으로 하고, 기본행위에 관한 하자를 내세워 바로 위 각 인가처분의 무효확인을 구하는 것은 법률상 이익이 없다.

(2) 본안전 항변에 대한 판단

(가) 피고들의 본안전 항변에 대한 판단

이 사건 사업시행계획이 제1 사업시행계획에 흡수되어 소멸되는 것이 아님은 앞서 본 바와 같은바, 같은 이유로 그 보충행위인 이 사건 사업시행인가처분 역시 제1 사업시행인가에 흡수되어 소멸되는 것은 아니라 할 것이다.

따라서 피고들의 위 항변은 이유 없다.

(나) 피고 구청장의 본안전 항변에 대한 판단

도시정비법상 사업시행인가는 사업시행계획의 보충행위라 할 것이고, 보충행위인 인가처분에 있어 그 기본행위가 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7541 판결 참조).

그러나 이 사건의 경우, 뒤에서 보는 바와 같이 이 사건 사업시행인가처분이 자격이나 권한 없는 자에 대하여 한 것이어서 무효라는 원고들의 주장은 기본행위인 이 사건 사업시행계획의 하자가 아니라 이 사건 사업시행인가처분의 하자를 주장하는 것으로 봄이 상당하고 그 당부는 본안에서 판단되어야 할 사항이므로, 원고들은 이 사건 사업시행인가처분의 무효확인을 구할 법률상의 이익이 있다 할 것이다.

따라서 피고 구청장의 위 항변은 이유 없다.

나. 원고들의 주장

(1) 이 사건 조합설립인가처분이 무효이므로, 피고 조합은 이 사건 사업을 시행할 자격이나 권한이 없다.

이 사건 사업시행인가처분은 자격이나 권한이 없는 자에 의해 작성된 사업시행계획을 자격이나 권한 없는 피고 조합에 대하여 인가한 것이므로 그 하자가 중대·명백하여 무효이다.

(2) 구 도시정비법 제28조 제4항, 제17조의 내용을 종합하면, 사업시행자는 사업시행인가를 신청하기 전에 미리 정관 등이 정하는 바에 따라 토지등소유자의 동의를 얻어야 하고, 이는 인감도장을 사용한 서면동의의 방법에 의해야 한다.

그럼에도 불구하고 피고 조합은 피고 조합의 정관 제21조 제2항에 "사업시행인가 신청을 위한 동의는 조합설립총회 또는 총회의 결의로 갈음한다"는 규정을 두고, 이에 근거하여 조합설립총회 이후 조합원들로부터 사업시행인가신청에 대한 별도의 동의를 얻는 절차를 생략한 채 사업시행인가신청을 하였다.

이와 같은 피고 조합의 사업시행인가신청에는 도시정비사업 조합설립인가 신청시 및 사업시행인가 신청시 각각 조합원들의 동의를 얻도록 규정한 구 도시정비법 제28조 제4항을 위반한 위법이 있고, 이는 중대·명백한 하자임에도 피고 구청장은 이를 간과하고 이 사건 사업시행인가처분에 이르렀는데, 이 사건 사업시행인가처분은 무효이다.

다.

판단

(1) 이 사건 조합설립인가처분이 무효이므로 이 사건 사업시행인가처분은 자격이나 권한 없는 자에 대하여 한 것이어서 무효라는 주장에 대한 판단

이 사건 조합설립인가처분이 무효가 아님은 앞서 본 바와 같으므로 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(2) 조합설립에 대한 동의와 사업시행인가에 대한 동의는 별개의 동의가 필요하다는 주장에 대한 판단

원고들의 위 주장은 기본행위인 이 사건 사업시행계획의 작성상의 흠에 해당하는 것이어서 보충행위인 이 사건 사업시행인가처분의 무효사유로는 삼을 수 없는 사유이므로(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두4913 판결 참조), 원고들의

위 주장은 이유 없다(조합설립 동의서나 창립총회의 결의로 사업시행인가를 신청하기 전의 동의에 갈음한다는 피고 조합 총회결의나 정관의 규정이 위법하여 취소사유가 됨은 별론으로 하더라도, 그것이 당연무효가 아님은 앞서 본 바와 같다).

5. 이 사건 관리처분계획 및 이 사건 관리처분계획인가처분에 관하여

가. 본안전 항변 및 이에 대한 판단

(1) 본안전 항변

(가) 피고 조합의 본안전 항변

이 사건 관리처분계획을 변경한 제1 관리처분계획에 대하여 인가·고시가 있었으므로 이 사건 관리처분계획 및 그 인가처분은 모두 그 효력을 상실하였다.

따라서 이 사건 관리처분계획 및 그 인가처분의 무효확인을 구하는 부분의 소는 이미 소멸한 과거의 법률관계에 대한 확인을 구하는 것이므로 소의 이익이 없어 부적법하다.

(나) 피고 구청장의 본안전 항변

이 사건 관리처분계획인가처분은 피고 조합의 관리처분계획의 작성 및 의결이라는 기본행위를 보충하여 그 법률상 효력을 완성시키는 보충행위일 뿐이므로, 각 그 기본행위에 하자가 있을 때는 그 행위의 무효확인을 구하는 것은 별론으로 하고, 기본행위에 관한 하자를 내세워 바로 위 인가처분의 무효확인을 구하는 것은 법률상 이익이 없다.

(2) 본안전 항변에 대한 판단

(가) 피고 조합의 본안전 항변에 대한 판단

피고 조합은 2009. 8. 26.부터 2009. 9. 25.까지 제1 사업시행변경인가처분에 따라 공람을 실시하여 조합원의 이의신청 및 조합원 등의 분양희망(변경) 신청을 받은 후 2009. 11. 6. 이 사건 관리처분계획의 변경을 위한 임시총회를 개최하여 관리처분계획의 변경결의를 하고 2010. 1. 18. 변경인가를 신청한 사실, 피고 구청장은 2011. 2. 16. ① 제1 사업시행변경인가처분에 따른 관리처분계획의 변경(공동주택의 규모, 상가 건축연면적 증가), ② 분양신청 변경(공동주택의 규모 및 유형별 분양신청의 변경, 상가분양신청의 변경), ③ 일반분양가 조정, ④ 소송 및 청산에 따른 변경, ⑤ 감정평가 변경 등을 주요내용으로 하는 제1 관리처분계획변경인가처분을 한 후 그 무렵 이를 고시한 사실은 앞서 본 바와 같고, 을나 제49호증, 을나 제54호증의 각 기재 변론 전체의 취지를 종합하면, 총 소요사업비는 당초 523,098,976,933원에서 574,202,827,357원으로, 수입추산액은 당초 889,114,893,919원에서 937,615,034,090원으로 각 증가되었고, 위 ①의 구체적인 내용은 아래와 같은 사실을 인정할 수 있다.

〈이 사건 관리처분계획의 주택규모별 공급세대수와 상가면적〉공급대상주택규모별(전용면적기준) 공급세대수상가면적(m²)계36.449m²59.846m²59.952m²70.514m²84.874m²84.884m²84.905m²84.922m²84.947m²128.361m²142.657m²148.303m²계1,7023331423050336358184847204361009,540.645토지등소유자759 ? 352342491233331251352 ? 보류시설14 ? ? ? ? 23122211 ? 일반분양596 ? 139304510010651312772247 ? 임대333333 ? ? ? ? ? ? ? ? ? ? ?

〈제1 관리처분계획의 주택규모별 공급세대수와 상가면적〉공급대상주택규모별(전용면적기준) 공급세대수상가면적(m²)계36.40m²59.88m²59.75m²72.52m²84.96m²84.92m²84.97m²84.88m²129.34m²148.801m²148.94m²계1,702333142305038147183612043610012,207.13토지등소유자756 ? 2 ? 1326539152541132134 ? 보류시설11 ? ? ? ? 3113111 ? 일반분양602 ? 140303711372104901465 ? 임대333333 ? ? ? ? ? ? ? ? ? ?

그러나 ① 위와 같은 주택규모별 공급세대수와 상가면적의 변경은 이 사건 사업시행인가처분이 제1 사업시행변경인가 처분으로 변경됨에 따라 이루어진 것임은 앞서 본 바와 같고, 도시정비법 시행령 제49조 제4호는 '사업시행인가의 변경에 따라 관리처분계획을 변경하는 때'를 도시정비법 제48조 제1항 단서의 '경미한 사항'의 변경에 해당한다고 규정하고 있으므로, 위와 같은 공급계획의 변경은 도시정비법 제48조 제1항 단서에서 정한 '경미한 사항'의 변경에 해당하는 점, ② 이 사건 관리처분계획이나 제1 관리처분계획의 추정 비례율 $[(\text{사업 완료 후의 대지 및 건축시설의 총수입}-\text{공동부담 소요비용})/(\text{종전 토지 및 건축물의 총평가액}) \times 100]$ 은 모두 100.39%로서 변경되지 않은 점(을나 제49호증, 을나 제54호증), ③ 피고 조합은 이 사건 관리처분계획이 유효함을 전제로 하여 이 사건 관리처분계획 전 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않았거나 분양신청을 철회한 자들을 피고 조합 정관 제11조 제2항(분양신청기한 내에 분양신청을 아니한 자는 조합원자격이 상실된다) 및 관계법령에 따라 현금청산대상자로서 조합원자격을 상실한 것으로 보고 이들에 대하여는 분양신청 변경에 관한 통지를 하지 않은 점(원고가 제1 관리처분계획의 무효를 주장하면서 현금청산대상자에게 분양신청에 관한 통지를 하지 아니하였다고 주장하였으나 피고들은 이에 대하여 명백히 다투지 아니하였을 뿐만 아니라, 이 사건 관리처분계획과 제1 관리처분계획의 현금청산대상자 수도 크게 차이가 없는 점에 비추어 보면, 현금청산대상자에 대하여는 분양신청에 관한 통지를 하지 아니하였다고 봄이 상당하다) 등을 종합해 보면, 제1 관리처분계획은 이 사건 관리처분계획을 토대로 그 내용을 일부 변경하는 것에 불과하고, 이 사건 관리처분계획과 별개의 새로운 관리처분계획이라 보기 어렵다.

따라서 제1 관리처분계획인 인가·고시됨으로써 이 사건 관리처분계획의 효력이 소멸되었다고 볼 수는 없으므로, 피고 조합의 위 항변은 이유 없다.

(나) 피고 구청장의 본안전 항변에 대한 판단

도시정비법상 관리처분계획인가는 관리처분계획의 보충행위라 할 것이고, 보충행위인 인가처분에 있어 그 기본행위가 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 행정청의 인가처분의 취소 또는 무효확인을 소구할 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7541 판결 참조).

그러나 이 사건의 경우, 뒤에서 보는 바와 같이 원고들은 이 사건 관리처분계획은 자격이나 권한이 없는 피고 조합에 대하여 한 것이고, 피고 조합이 2007. 10. 24.자 임시총회결의를 거친 관리처분계획을 임의로 변경하여 이 사건 관리처분계획의 인가를 신청하였음에도 피고 구청장은 이를 제대로 심사하지 아니한 채 이 사건 관리처분계획을 인가하였다고 주장하고 있는바, 위와 같은 원고들의 주장들은 기본행위인 관리처분계획의 무효를 앞세워 바로 이 사건 관리처분계획인가처분의 무효확인을 구하는 것이 아니라 이 사건 관리처분계획인가처분 자체의 하자를 내세워 그 무효확인을 구하는 것이므로, 원고들은 이 사건 관리처분계획인가처분의 무효확인을 구할 법률상 이익이 있다. 따라서 피고 구청장의 위 항변은 이유 없다.

나. 원고들의 주장

이 사건 관리처분계획 및 이 사건 관리처분계획인가처분에는 다음과 같은 중대·명백한 하자가 있으므로 이 사건 관리처분계획 및 이 사건 관리처분계획인가처분은 무효이다.

- (1) 조합설립인가처분이 무효이므로 피고 조합은 관리처분계획을 작성할 자격이나 권한이 없다.

이 사건 관리처분계획은 자격이나 권한이 없는 자에 의해 작성된 것이고 이 사건 관리처분계획인가처분은 자격이나 권한이 없는 자에 대한 것이다.

- (2) 피고 조합의 이 사건 관리처분총회를 거친 관리처분계획에는 보류지분이 8개에 불과하였다.

그런데 피고 조합은 이 사건 관리처분총회의 결의를 거친 관리처분계획과는 달리 보류지분을 14개로 변경하여 그만큼 일반분양분도 줄어드는 것으로 변경하고 일반분양분에 관한 분양계획도 임의로 변경하는 내용으로 이 사건 관리처분계획의 인가를 신청하였다.

그럼에도 불구하고 피고 구청장은 피고 조합에게 보완을 요구하기는 하였으나 보완이 이루어지지 않은 상태에서 이 사건 관리처분계획을 인가하였다.

- (3) 피고 조합은 사업시행인가 고시가 있는 날로부터 21일 이내에 조합원들에게 개략적인 부담금 내역을 등기우편으로 개별 통지하여야 함에도 이러한 절차를 거치지 아니하였다.

또한 피고 조합은 관리처분계획에 관한 총회 개최 전에 조합원들에게 분양대상자별 종전 자산 가격과 조합원별 추가부담금 규모에 대하여 '개인별 분양설계서'를 송부하는 등의 방법으로 미리 통지하여야 함에도 피고 조합은 위와 같은 의무를 이행하지 않은 채 분양신청을 받고 관리처분계획 수립 절차를 진행하였다.

이처럼 종전의 권리가액에 대한 아무런 정보도 제공하지 않은 상태에서 수립된 이 사건 관리처분계획은 조합원들의 의결권을 중대하게 침해한 하자가 있어 무효이다.

- (4) 이 사건 관리처분계획에서 정해진 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개산액 등은 조합설립 동의서에 기재된 것보다 비율로는 56.51%, 금액으로는 188,881,576,933원이 증가하였고, 이 사건 관리처분계획에서 정해진 신축 건축물의 개요도 정비계획(지구단위계획)에서 정해진 것과 현저하게 다른 내용으로 변경되었다.

이는 실질적으로 새로운 사업시행에 해당하는 것으로서 새로운 조합이 설립된 것으로 보아야 하므로, 피고 조합은 변경된 내용의 사업시행에 대해 구 도시정비법 제16조 제1항에 따라 조합원 중 4/5 이상의 동의를 새로 받아야 함에도 불구하고 이러한 절차를 거치지 않았다.

- (5) 피고 조합은 총회에서 시공사 선정을 추진하는 결의를 하였으나 이 사건 조합설립인가처분이 무효이므로 위 추진 결의는 조합설립인가 후에 시공사를 선정하도록 한 도시정비법 제11조 제1항을 위반한 것으로서 위 추진 결의의 하자는 중대·명백하여 무효이다.

이 사건 관리처분계획 및 이 사건 관리처분계획인가처분은 그 선정이 무효인 시공사와 체결한 도급계약을 기초로 하여 작성된 무효인 사업시행계획을 근거로 한 것이다.

다.

판단

- (1) 이 사건 조합설립인가처분이 무효이므로 이 사건 관리처분계획 및 이 사건 관리처분계획인가처분은 무효라는 주장에 대한 판단

이 사건 조합설립인가처분이 무효가 아님은 앞서 본 바와 같으므로 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(2) 임시총회에서 결의된 관리처분계획과 다른 내용의 관리처분계획을 신청하였음에도 피고 구청장은 이를 심사하지 아니하였다는 주장에 대한 판단

갑 제2호증의 2, 갑 제4호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 피고 조합이 이 사건 관리처분계획에 관한 임시총회를 위하여 조합원들에게 배포한 관리처분계획안은 이 사건 관리처분계획의 아파트 공급계획(위 <이 사건 관리처분계획의 주택규모별 공급세대수와 상가면적> 표와 같다)과 달리 다음 표와 같은 사실을 인정할 수 있고, 피고 구청장이 2007. 12. 28. 피고 조합에 대하여 이 사건 관리처분총회에서 결의된 사항과 인가신청된 관리처분계획이 상이하니 조합원이 결의한 내용으로 신청서를 작성하기 바란다는 등으로 관리처분계획신청서의 보완을 요구한 사실은 앞서 본 바와 같다.

<관리처분계획안의 아파트 공급계획>구분세대수임대60㎡미만 (25, 26TYPE)71㎡미만 (29TYPE)85㎡미만 (32A,32B,33A, 33B,34TYPE)114㎡이상49TYPE53TYPE54TYPE계1,7023331725080720436100조합원761 ? --5371372364일 반 600 ? 17250265661235보류지8 ? ? ? 5111서울시333333 ? ? ? ? ?

그러나 피고 조합이 위 보완요구에 응하지 아니하였다고 볼 만한 증거가 없고, 위 갑 제2호증의 2의 기재에 의하면, 위 관리처분계획안에는 규모별 조합원 분양 및 보류지(보류시설), 일반 분양 세대수는 공람 및 관리처분계획 인가시 변경될 수 있다고 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있는바, 위와 같은 내용의 관리처분계획의 변경은 공람절차나 관리처분계획인가시에 변경된 것으로 보이고, 가사 피고 구청장이 이 사건 관리처분총회에서 결의된 내용과 다른 내용의 관리처분계획을 인가하였다고 하더라도 주택재개발정비사업은 대규모로 이루어지고 장기간의 시간에 걸쳐 이루어지고 그 사업계획도 내외부적인 여건변화에 따라 수시로 변경될 수밖에 없으므로 그 계획이 변경될 때마다 총회결의를 새로이 하는 것은 곤란해 보이는 점, 이 사건 관리처분총회와 이 사건 관리처분계획인가처분 사이에 10개월 이상의 시간적 차이가 나는 점, 위와 같은 변경된 정도가 크지 않은 점 등에 비추어 위와 같은 하자가 중대하다고 보기 어려우므로, 이 사건 관리처분계획 또는 그 인가처분이 당연무효라고 볼 수 없다.

따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(다) 피고 조합은 분양신청 안내를 하면서 사업시행인가 고시가 있는 날로부터 21일 이내에 조합원들에게 개략적인 부담금 내역을 개별 통지하지 아니하였고 관리처분계획에 관한 총회 개최 전에 조합원들에게 분양대상자별 종전 자산 가격과 조합원별 추가부담금 규모에 대하여 '개인별 분양설계서'를 송부하는 등의 방법으로 통지하지 아니하였다는 주장에 대한 판단

1) 개략적 부담금 내역에 관하여

구 도시정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정되기 전의 것) 제46조 제1항은 '사업시행자는 제28조 제4항의 규정에 의한 사업시행인가의 고시가 있는 날(주택재건축사업의 경우에는 제11조의 규정에 의하여 시공자를 선정하여 계약을 체결한 날)부터 21일 이내에 개략적인 부담금 내역 및 분양신청기간 그 밖에 대통령령이 정하는 사항을 토지등 소유자에게 통지하고 분양의 대상이 되는 대지 또는 건축물의 내역 등 대통령령이 정하는 사항을 해당 지역에서 발간되는 일간신문에 공고하여야 한다'고 규정하고 있다.

을나 제4호증의 1, 2의 각 기재에 의하면, 피고 조합은 2007. 8. 14. 이 사건 사업구역 내 토지등소유자에게 다음과 같은 '개략적인 부담금 내역'이 포함된 분양신청 안내문을 등기우편으로 발송한 사실을 인정할 수 있다.

‘사. 개략적인 부담금 내역 : 조합원 부담금은 관리처분계획에 의한 수입, 지출 및 종전토지·건축물 총평가액을 기준으로 추정 비례율(총수입-총지출/종전 토지 등 총평가액)을 산정하고 조합원 종전 토지 및 건축물 평가액에 따라 비용 및 수익을 균등하게 배분 부담합니다.

수입(천원)지출(천원)계아파트부대복리시설 등계건축공사 제비용이주철거 등 비용기타 사업경비
934,852,252875,990,00058,862,252452,341,147341,306,04012,600,00098,435,087

※ 수입과 지출은 개략적인 금액으로서 관리처분계획으로 확정됩니다.

위 인정사실에 의하면, 비록 위 분양신청 안내문에 종전토지·건축물 총평가액 등은 구체적으로 명시되지 아니하였지만, 구체적인 부담금을 확정하기 위하여는 분양대상자, 현금청산대상자, 분양평형 등이 결정되어야 하는데 분양신청을 안내하는 단계에서는 위와 같은 사항이 결정되기 전이므로 개략적인 부담금을 통지할 수밖에 없을 것으로 보이는 점, 사업시행자는 사업인정고시일 이후 21 이내에 위와 같은 통지를 하여야 하는데, 도시정비법 제48조에 의한 종전 자산가를 산정하기 위하여는 상당한 시일이 소요될 것으로 보이는 점, 2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정된 도시정비법 제46조 제1항은 위 21일을 60일로 변경한 점에 비추어 보면, 피고 조합은 개략적인 부담금 내역에 관하여 개정전 구 도시정비법 제46조 제1항에 따른 통지의무를 이행하였다고 봄이 상당하고, 가사 이 사건 관리처분계획 및 그 인가처분의 기초가 된 분양신청 안내에 종전토지·건축물의 총평가액이 구체적으로 명시되지 아니한 하자가 있다고 하더라도 그것이 중대·명백하다고 볼 수는 없으므로, 이 사건 관리처분계획 및 그 인가처분이 당연무효라고 볼 수 없다.

따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다.

2) 분양대상자별 종전 자산 가격과 조합원별 추가부담금 규모 등을 통지하지 아니하였다는 점에 관하여

가) 구 도시정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정되기 전의 것) 제24조 제3항 및 제48조 제1항은 관리처분계획의 수립은 총회의 의결을 거쳐야 하는데 관리처분계획에는 분양신청의 현황을 기초로 한 분양설계, 분양대상자의 주소 및 성명, 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 내용이 포함되도록 규정하고 있고, 관리처분계획은 그 인가·고시에 따라 토지 등 소유자의 종전 권리를 분양받을 권리 또는 청산금지청구권으로 변환시키고 이전고시에 따라 그 정한 대로 권리관계가 실현되는 등 조합원의 권리의무에 막대한 영향을 미치는 행정처분인 점을 고려해 보면, 관리처분계획에는 위와 같은 분양신청의 현황을 기초로 한 위 각 사항들이 반드시 그 내용에 포함되어 있어야 하고 이러한 내용들이 누락된 경우에는 그에 관한 적법한 관리처분계획이 수립된 것으로 볼 수 없다 할 것이다.

나) 이 사건의 경우, 위 인정사실에 위 각 규정과 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 비록 관계 법령이 명시적으로 사업시행자로 하여금 관리처분계획 수립을 위한 총회를 개최하기 이전에 미리 조합원들에게 분양대상자별 종전 토지 또는 건축물의 가격과 조합원별 추가부담금의 규모 등을 통지하도록 하는 규정을 두고 있지 않다고 하더라도, 위 각 규정에 비추어 보면 사업시행자는 관리처분계획 수립을 위한 총회를 개최하기 이전에 미리 조합원들에게 관리처분계획에 포함되는 사항이자 조합원들의 주된 관심사항인 분양대상자별 종전 토지 또는 건축물의 권리가액 등에 관한 감정평가액과 조합원별 추가부담금의 규모 등을 고지하여, 조합원들이 총회에서 관리처분계획을 수립하면서 다양한 의견을 제시하고 충분한 토론을 거쳐 자신들의 의결권을 행사할 수 있도록 할 의무

를 부담하는 것으로 해석되는 점, ② 그런데 피고는 이 사건 총회의 개최 이전에 조합원들에게 개별적으로 위와 같은 사항들을 전혀 고지하지 않았을 뿐만 아니라, 피고가 이 사건 총회 참가자에게 배포한 관리처분계획안에도 종전 토지 또는 건축물의 총 감정평가액, 비례율의 산정내역과 분양기준가액의 일반적 산정방식, 부담금의 일반적 산정방식 등만이 기재되어 있을 뿐이고, 분양대상자별 종전 토지 또는 건축물의 권리가액 등에 관한 감정평가액과 조합원별 추가부담금의 규모 등은 전혀 기재되어 있지 않은 점, ③ 피고는 위와 같이 조합원들에게 분양대상자별 종전 토지 또는 건축물의 권리가액 등에 관한 감정평가액과 조합원별 추가부담금의 규모 등을 알려주지 않은 상황에서 이 사건 관리처분총회의 결의가 이루어진 점, ④ 피고는 이 사건 관리처분계획 이틀 후 비로소 조합원들에게 종전 토지 또는 건축물의 권리가액 등에 관한 감정평가액과 조합원별 추가부담금의 규모에 관하여 개별 통지한 점 등을 종합하여 보면, 관리처분계획에 포함되는 사항이자 조합원들의 주된 관심사항인 분양대상자별 종전 토지 또는 건축물의 권리가액 등에 관한 감정평가액과 조합원별 추가부담금의 규모 등에 관한 정보가 조합원들에게 제공되지 않은 상태에서 이루어진 이 사건 관리처분총회는 조합원들의 의결권을 침해하여 위법하다고 봄이 상당할 뿐만 아니라, 구 도시정비법 제48조 제1항 소정의 내용들이 포함되어 있지 않아 관리처분계획이 제대로 수립되었다고 볼 수 없고, 이러한 하자는 그 정도가 중대하다고 할 것이다.

나아가 위와 같은 하자가 명백한 것인지 여부에 관하여 보건대, 관리처분계획에 관한 총회 이전에 미리 조합원들에게 분양대상자별 종전 토지 또는 건축물의 가격과 조합원별 추가부담금의 규모 등을 통지하도록 하는 명문의 규정은 없는 점, 피고 조합은 종전 토지 또는 건축물의 감정평가 현황과 관련하여 총 평가액은 관리처분계획안에 명시하고 있을 뿐만 아니라 이러한 평가는 감정평가를 통해 이루어지는 것이므로 피고 조합이 임의로 분양대상자별 종전 토지 또는 건축물의 권리가액 등에 관한 감정평가액을 수정할 수는 없는 점, 구 도시정비법 제49조 제3항은 관리처분계획인가의 고시가 있는 때에는 지체없이 대통령령이 정하는 방법 및 절차에 의하여 관리처분계획의 인가내용을 통지하여야 한다고 규정하고 있고, 그 위임을 받은 구 도시정비법 시행령 제53조 제2항 제5호에 의하면, 그 통지 내용 중의 하나로 '분양대상자별 기존의 토지 또는 건축물의 명세 및 가격'을 들고 있고, 같은 내용이 피고 조합의 정관 제54조 제1항에도 규정되어 있어, 위와 같은 통지는 관리처분계획인가의 고시 이후에 이루어지면 족한 것으로 해석할 여지도 있는 점, 관리처분계획을 수립함에 있어 분양대상자별 종전의 토지 또는 건축물의 명세 및 사업시행인가의 고시가 있는 날을 기준으로 한 가격이 포함되어야 함은 앞서 본 바와 같으나, 그것이 관리처분계획안에 명시되어야 하는 것이 아니라 이를 고려하여 관리처분계획을 수립하면 충분한 것이라고 해석할 여지도 있는 점 및 앞서 본 행정처분의 무효에 관한 법리 등을 고려하여 보면, 피고 조합이 위와 같은 통지의무를 이행하지 아니하고 관리처분계획안에 명시하지 아니한 채 총회결의를 거친 하자가 명백하다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 관리처분계획 및 그 인가가 당연무효라고 볼 수 없으므로, 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(라) 조합설립동의서에 기재된 내용이나 정비계획과 전혀 다른 내용의 관리처분계획을 수립하였으므로 구 도시정비법 제16조 제1항에 따라 조합원 중 4/5 이상의 동의를 새로 받아야 한다는 주장에 대한 판단

1) 구 도시정비법 시행령(2011. 4. 4. 대통령령 제22829호로 개정되기 전의 것) 제27조는 조합설립인가에 관한 변경사항 중 구 도시정비법 제16조 단서에서 정한 조합원의 동의 없이 신고만으로 변경할 수 있는 '경미한 사항'으로, 건설되는 건축물의 설계 개요의 변경(제2의3호), 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액의 변경(제2의

4호), 도시정비법 제4조의 규정에 의한 정비구역 또는 정비계획의 변경에 따라 변경되어야 하는 사항(제3호)을 들고 있다.

2) 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개산액의 변경에 관하여

원고들이 주장하는 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 개산액의 변경은 위 구 도시정비법 시행령 제27조 제2의4호 소정의 경미한 사항에 해당하므로, 위와 같은 내용이 변경되었다 하여 실질적으로 새로운 조합설립에 해당한다고 볼 수 없고, 오히려, 위와 같은 경미한 사항의 변경에 관하여 피고 구청장은 2009. 10. 1. 피고 조합의 신고를 수리하는 의미의 제1 조합설립변경인가처분을 하였음은 앞서 본 바와 같다.

따라서 원고들이 이 부분 주장은 이유 없다.

3) 설계개요의 변경에 관하여

갑 제4호증의 2, 갑 제5호증, 갑 제7호증의 2의 각 기재에 의하면, 이 사건 관리처분계획의 설계개요는 서울특별시 고시 제2006-94호로 고시된 정비계획이나 창립총회시 배포한 사업계획 내용과 달리 24평형은 172세대로 줄어들고, 29평형은 새로 생겨 50세대로 늘었으며, 44평형 대신에 49평형이 새로 생겨 299세대로 늘었으며, 53평형이 36세대 늘었고, 54평이 100세대가 늘어나는 등 중소형 평형의 세대수가 줄어들고 대형 평형의 세대수가 늘어 전체 세대수는 140세대가 줄어든 사실을 인정할 수 있다.

그러나 앞서 든 각 증거와 변론 전체의 취지를 종합하면, 위와 같은 설계개요의 변경은 2008. 2. 14. 정비계획이 변경됨에 따른 것인 사실을 인정할 수 있고, 위와 같은 조합설립인가에 관한 변경은 위 구 도시정비법 시행령 제27조 제2의3호 또는 제3호 소정의 경미한 사항의 변경에 불과하다 할 것이므로 실질적으로 새로운 조합설립에 해당한다고 볼 수 없고, 오히려 피고 구청장은 2009. 10. 1. 피고 조합의 신고를 수리하는 의미의 제1 조합설립변경인가처분을 하였음은 앞서 본 바와 같다.

따라서 원고들이 이 부분 주장도 이유 없다.

(마) 시공사 선정결의와 관련한 주장에 대한 판단

도시정비법상 주택재개발정비사업의 경우 사업시행자는 제46조에 따른 분양신청기간이 종료된 때에는 제46조에 따른 분양신청의 현황을 기초로 분양설계, 분양대상자의 주소 및 성명 등이 포함된 관리처분계획을 수립하여 시장·군수의 인가를 받아야 하고(도시정비법 제48조 제1항), 조합은 도시정비법 제16조에 따른 조합설립인가를 받은 후 조합총회에서 국토해양부장관이 정하는 경쟁입찰의 방법으로 건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정하여야 한다(도시정비법 제11조 제1항 본문). 위 각 규정에 의하면, 관리처분계획의 작성 주체는 사업시행자이고 시공사를 관리처분계획의 작성 주체라고 볼 수 없다.

이 사건의 경우, 이 사건 사업시행계획이 피고 조합이 시공사와 체결한 도급계약을 기초로 수립되었다고 볼 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라, 사실상 그 선정이 무효인 시공사와 체결한 도급계약을 기초로 하여 사업시행계획이 수립되고 이를 기초로 하여 이 사건 관리처분계획이 수립되었다 하더라도, 관리처분계획의 작성 주체는 사업시행자이므로, 시공사 선정결의의 하자가 이 사건 관리처분계획에 어떠한 영향을 준다고 볼 수도 없다.

따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(바) 원고들의 이 사건 관리처분계획인가처분에 관한 위 제5의 나.항 (3), (4), (5)의 각 주장은 모두 기본행위인 이 사건 관리처분계획의 작성상의 흠에 해당하는 것이어서 보충행위인 이 사건 관리처분계획인가처분의 무효사유로는 삼을 수 없는 사유이므로(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두4913 판결 참조), 원고들의 위 주장들은 모두 이유 없다.

6. 제1 조합설립변경인가처분에 관하여

가. 본안전 항변 및 이에 대한 판단

(1) 피고 조합의 본안전 항변

제1 조합설립변경인가처분은 이 사건 조합설립인가처분의 내용 중 일부만 변경하는 것으로서 도시정비법 제16조 제1항에 정한 '경미한 사항'의 변경신청을 수리하는 의미에 불과하다.

피고 구청장이 이 사건 조합설립인가처분나 제1 조합설립변경인가처분과는 별개로 새로운 제2 조합설립변경인가처분을 함으로써 제1 조합설립변경인가처분은 그 효력을 상실하였다.

따라서 제1 조합설립변경인가처분의 무효확인을 구하는 것은 과거의 법률관계 자체의 확인을 구하는 것으로서 법률상 이익이 없다.

(2) 판단

제1 조합설립변경인가처분은 도시정비법 제16조 제1항 단서, 도시정비법 시행령 제27조에 정한 경미한 사항의 변경에 해당하고, 제2 조합설립변경인가처분이 이 사건 조합설립변경인가와 제1 조합설립변경인가처분을 철회하는 의미의 새로운 조합설립인가처분이라고 볼 수 없음은 앞서 본 바와 같다.

따라서 피고 조합의 위 항변은 이유 없다.

나. 원고들의 주장

제1 조합설립변경인가처분에는 다음과 같은 중대·명백한 하자가 있으므로 제1 조합설립변경인가처분은 당연 무효이다.

(1) 피고 조합이 제1 조합설립변경인가처분을 신청하기 위하여 토지등소유자들로부터 받은 조합설립 동의서는 ① 소유권의 귀속에 대한 사항 등 법정 기재 사항이 포함되어 있지 않고, ② 동의서 양식도 정식의 조합설립 동의서 양식이 아니다.

(2) 제1 조합설립변경인가처분은 이 사건 관리처분계획에 따라 조합설립에 관한 내용을 변경하는 것인데, 이 사건 관리처분계획이 무효이므로 이 사건 관리처분계획에 터잡은 제1 조합설립변경인가처분 역시 무효이다.

(3) 제1 조합설립변경인가처분이 이 사건 조합설립인가처분을 변경하는 것이라면, 무효인 이 사건 조합설립인가처분에 터잡은 것이므로 무효이고, 변경된 내용에 관하여 전체 토지등소유자의 4/5의 동의를 받아야 함에도 그러한 요건을 갖추지 못하였다.

다.

판단

(1) 먼저 이 사건 조합설립인가처분이나 이 사건 관리처분계획이 무효가 아님은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 조합설립인가처분이나 이 사건 관리처분계획이 무효임을 전제로 한 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(2) 제1 조합설립변경인가처분은 도시정비법 제16조 제1항 단서, 도시정비법 시행령 제27조에 정한 경미한 사항의 변경에 해당함은 앞서 본 바와 같고, 구 도시정비법(2010. 4. 15. 법률 제10268호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항은 '주택재개발사업 및 도시환경정비사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 토지등소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 2분의 1 이상의 토지소유자의 동의를 얻어 정관 및 국토해양부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수의 인가를 받아야 한다.

인가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항을 변경하고자 하는 때에는 조합원의 동의없이 시장·군수에게 신고하고 변경할 수 있다.

'고 규정하고 있으므로 '경미한 사항'의 변경에 불과한 조합설립변경인가에는 토지등소유자의 동의는 필요가 없다.

따라서 동의서에 하자가 있다거나 동의 요건을 충족하지 못하였다는 원고들의 위 주장도 이유 없다.

7. 제1 사업시행계획에 관하여

가. 본안전 항변 및 이에 대한 판단

(1) 피고 조합의 본안전 항변

원고들은 이 사건 항소심에 이르러 청구취지를 변경하여 제1 사업시행계획의 무효확인청구를 추가하였다.

원고들의 이러한 청구취지 변경은 피고들이 제1심에서 제1 사업시행계획의 무효 여부에 대하여 재판받을 기회를 상실하게 하는 것으로서 심급의 이익을 침해하는 것이므로 제1 사업시행계획의 무효확인을 구하는 부분의 소는 부적법하다.

(2) 판단

제1 사업시행계획은 이 사건 사업시행계획과 별개의 것이 아니라 이 사건 사업시행계획의 내용을 일부 변경하는 것에 불과하고, 원고들은 이 사건 사업시행계획 뿐만 아니라 제1 사업시행계획도 무효인 이 사건 조합설립인가처분에 기초한 것으로서 무효라는 주장도 하고 있으므로 제1 사업시행계획의 무효확인 청구는 이 사건 사업시행계획의 무효확인 청구와 청구의 기초에 변경이 있다고 볼 수 없다.

또한 법률적으로 원고의 이 부분 청구취지 변경은 원고들이 제1심에서 전부 승소한 후 피고들의 항소에 따른 부대항소에 해당한다고 볼 것인바, 민사소송법 및 이를 준용하고 있는 행정소송법에서 이와 같은 항소심에서의 청구의 추가적 변경을 허용하고 있다.

비록 피고들의 주장과 같이 이와 같은 청구취지 변경이 피고들의 심급의 이익을 일부 침해할 여지가 있다고 하더라도, 이는 신속한 재판의 진행이라는 민사소송법 및 행정소송법의 또 다른 이념을 위하여 인정되고 있는 것이고, 오히려 이 사건 사업시행계획 및 제1 사업시행계획이 수립된 경위에 비추어 보면, 이러한 청구취지의 추가를 허용하는 것이 별도의 소를 제기하도록 하는 것보다 더 소송경제나 당사자의 보호에도 합치된다 할 것이다.

따라서 피고 조합의 위 항변은 이유 없다.

나. 원고들의 주장

제1 사업시행계획에는 다음과 같은 중대·명백한 하자가 있으므로 제1 사업시행계획은 당연 무효이다.

(1) 이 사건 조합설립인가처분은 무효이므로 피고 조합은 이 사건 사업에 관하여 사업시행계획을 작성할 자격이나 권한이 없다.

제1 사업시행계획은 자격이나 권한이 없는 자에 의해 작성된 것이다.

(2) 도시정비법 제24조 제3항에 의하면 사업시행계획서 수립 및 변경은 총회결의를 거쳐야 하고, 그 총회는 적법한 조합설립인가를 받은 조합의 총회를 의미한다.

이 사건 사업시행계획에 관하여 피고 조합이 총회결의를 거쳤다고 하더라도 이 사건 조합설립인가처분은 무효이므로 그 총회는 적법한 총회가 아니다.

따라서 제1 사업시행계획은 위 도시정비법 제24조 제3항을 위반한 것이다.

(3) 사업시행계획을 작성하고자 하는 경우 도시정비법 제31조에 따라 총회 이전에 공람절차를 거쳐야 함에도 피고 조합은 이러한 공람절차를 거치지 아니하였다.

(4) 사업시행자는 사업시행변경인가를 신청하기 전에 도시정비법 제28조 제5항에 따라 미리 총회를 개최하여 조합원 과반수의 동의를 얻어야 하는데, 그 총회는 적법한 조합이 개최한 총회이어야 할 것이므로 적법한 조합설립인가를 받지 못한 피고 조합이 개최한 총회는 효력이 없다.

결국 피고 조합은 적법한 총회에서 사업시행변경인가 신청을 위한 조합원 과반수의 동의를 얻지 못하였다.

(5) 피고 조합은 총회에서 시공사 선정을 추진하는 결의를 하였으나 이 사건 조합설립인가처분이 무효이므로 위 추진 결의는 조합설립인가 후에 시공사를 선정하도록 한 도시정비법 제11조 제1항을 위반한 것으로서 위 추진 결의의 하자는 중대·명백하여 무효이다.

제1 사업시행계획은 그 선정이 무효인 시공사와 체결한 도급계약을 기초로 하여 작성된 것이다.
다.

본안에 대한 판단

(1) 이 사건 조합설립인가처분이 무효라는 전제에 선 원고들의 주장에 대한 판단

앞서 본 바와 같이 이 사건 조합설립인가처분이 무효가 아님은 앞서 본 바와 같으므로 이 사건 조합설립인가처분이 무효라는 전제에 선 원고들의 위 주장(제7의 나.항 (1), (2), (4) 주장)은 모두 이유 없다.

(2) 총회 이전에 도시정비법 제31조에 정한 공람절차를 거치지 아니하였다는 주장에 대한 판단

구 도시정비법(2010. 5. 31. 법률 제10331호로 개정되기 전의 것) 제31조 제1항은 '시장·군수는 사업시행인가를 하고자 하거나 사업시행계획서를 작성하고자 하는 경우에는 대통령령이 정하는 방법 및 절차에 따라 관계서류의 사본을 14일 이상 일반인에게 공람하여야 한다'고 규정하고 있다.

위 규정에 의하면 주택재개발정비사업조합이 사업시행자인 경우 공람절차 이행의무의 주체는 사업시행자가 아니라 시장·군수라 할 것이므로, 시장·군수가 그 공람절차를 이행하여야 할 시기는 조합이 총회결의를 거쳐 사업시행변경인가를 신청한 이후가 될 수밖에 없다.

을나 제63호증의 1, 2, 을나 제64호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 피고 조합은 2009. 6. 19. 임시총회를 개최하여 이 사건 사업시행계획 변경결의를 한 후 2009. 7. 30. 피고 구청장에게 사업시행변경인가를 신청한 사실, 피고 구청장은 2009. 8. 11.부터 2009. 8. 25.까지 사이에 일반인에 대하여 관계법령에 따라 성동구청 주택과에 비치된 사업시행변경계획서 등 관계서류를 공람한 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고들이 제1 사업시행계획과 관련하여 어떠한 잘못이 있다고 할 수 없으므로, 원고들의 위 주장도 이유 없다.

(3) 시공사 선정결의와 관련한 주장에 대한 판단

도시정비법상 주택재개발정비사업의 경우 사업시행자가 정비사업을 시행하고자 하는 경우에는 사업시행계획서를 작성하여 정관 등과 그 밖에 국토해양부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수에게 제출하고 사업시행인가를 받아야 하고(도시정비법 제28조 제1항), 조합은 도시정비법 제16조에 따른 조합설립인가를 받은 후 조합총회에서 국토해양부장관이 정하는 경쟁입찰의 방법으로 건설업자 또는 등록사업자를 시공자로 선정하여야 한다(도시정비법 제11조 제1항 본문). 위 각 규정에 의하면, 사업시행계획의 작성 주체는 사업시행자이고 시공사를 사업시행계획의 작성 주체라고 볼 수 없다.

이 사건의 경우, 제1 사업시행계획이 피고 조합이 시공사와 체결한 도급계약을 기초로 수립되었다고 볼 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라, 사실상 그 선정이 무효인 시공사와 체결한 도급계약을 기초로 하여 제1 사업시행계획이 수립되었다고 하더라도, 사업시행계획의 작성 주체는 사업시행자이므로, 시공사 선정결의의 하자가 제1 사업시행계획의 효력에 어떠한 영향을 준다고 볼 수도 없다.

따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다.

8. 제1 사업시행변경인가처분에 관하여

가. 원고들의 주장

(1) 이 사건 조합설립인가처분이 무효이므로 피고 조합은 이 사건 사업에 관하여 관리처분계획을 작성할 자격이나 권한이 없다.

제1 사업시행변경인가처분은 자격이나 권한이 없는 피고 조합에 대한 것이므로 그 하자가 중대·명백하여 무효이다.

(2) 피고 구청장은 제1 사업시행계획에 제7의 나.항에서 본 바와 같은 중대·명백한 하자가 있으므로 이를 심사하여야 함에도 위와 같은 제1 사업시행계획의 하자를 간과한 채 제1 사업시행변경인가처분을 하였다.

이는 제1 사업시행변경인가처분 자체의 고유한 하자로서 그 하자가 중대·명백하여 무효이다.

나. 판단

(1) 자격이나 권한 없는 피고 조합에 대한 처분이므로 무효라는 주장에 대한 판단

이 사건 조합설립인가처분이 무효가 아님은 앞서 본 바와 같으므로 피고 조합에게 사업시행변경인가의 상대방이 될 자격이나 권한이 없다고 볼 수 없다.

따라서 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(2) 공람절차와 관련한 주장에 대한 판단

피고 구청장이 제1 사업시행변경인가처분 전에 적법한 공람절차를 거쳤음은 앞서 본 바와 같으므로, 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(3) 원고들의 나머지 주장들에 대한 판단

원고들의 나머지 주장은 모두 기본행위인 제1 사업시행계획의 작성상의 흠에 해당하는 것이어서 보충행위인 제1 사업시행변경인가처분의 무효사유로는 삼을 수 없는 사유이므로(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두4913 판결 참조), 원고들의 위 주장들은 모두 이유 없다.

9. 사업시행계획에 대한 이 사건 총회결의에 관하여

가. 본안전 항변

(1) 피고 조합의 본안전 항변

사업시행계획에 대한 인가·고시까지 있게 되면 사업시행계획은 행정처분으로서 효력을 발생하게 되는데 행정처분의 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의의 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 허용되지 않고, 피고 조합은 이 사건 총회결의에서 가결된 사업시행계획에 관하여 인가신청을 한 바도 없고, 현재 인가신청을 할 계획도 없으므로, 이 사건 총회결의의 무효확인을 구하는 부분의 소는 부적법하다.

(2) 판단

도시정비법상 행정주체인 주택재개발정비사업조합을 상대로 사업시행계획안에 대한 조합 총회결의의 효력 등을 다투는 소송은 행정처분에 이르는 절차적 요건의 존부나 효력 유무에 관한 소송으로서 그 소송결과에 따라 행정처분의 위법 여부에 직접 영향을 미치는 공법상 법률관계에 관한 것이므로, 이는 행정소송법상의 당사자소송에 해당한다.

또한 주택재개발정비사업조합이 같은 법 제28조에 따라 수립한 사업시행계획에 대하여 관할 행정청의 인가·고시까지 있게 되면 사업시행계획은 행정처분으로서 효력이 발생하게 되므로, 총회결의의 하자를 이유로 하여 행정처분의 효력을 다투는 항고소송의 방법으로 관리처분계획의 취소 또는 무효확인을 구하여야 하고, 그와 별도로 행정처분에 이르는 절차적 요건 중 하나에 불과한 총회결의 부분만을 따로 떼어내어 효력 유무를 다투는 확인의 소를 제기하는 것은 특별한 사정이 없는 한 허용되지 않는다(대법원 2009.9.17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결 등 참조).

그러나 이 사건의 경우, 피고 조합이 이 사건 총회결의로 변경한 사업시행계획에 대하여 관할 행정청인 피고 구청장의 인가·고시가 있었다는 점을 인정할 만한 아무런 증거가 없고, 비록 피고 조합이 위 사업시행계획에 대하여 피고 구청장에게 인가신청을 한 바가 없고 현재 인가신청을 할 계획이 없다 하더라도 피고 조합이 위 사업시행계획에 대하여 피고 구청장에게 장차 인가신청을 하지 않으리라고 단정할 수 없는 이상, 원고들은 사업시행계획에 관한 이 사건 총회결의의 무효를 다투는 법률상 이익이 있다 할 것이다.

따라서 피고 조합의 위 항변은 이유 없다.

나. 원고들의 주장

사업시행계획변경에 대한 이 사건 총회결의는 다음과 같이 총회결의의 대상이 될 수 없거나 무효인 사업시행계획을 대상으로 삼은 것이므로 무효이다.

(1) 이 사건 조합설립인가처분과 제1 조합설립변경인가처분이 모두 무효이므로 피고 조합은 사업시행계획이나 관리처분계획을 수립할 수 없다.

이 사건 총회결의의 대상이 된 사업시행계획은 자격이나 권한 없는 피고 조합에 의하여 수립되었으므로 총회결의의 대상이 될 수 없다.

(2) 위 사업시행계획은 제1 사업시행변경인가처분에 터잡은 것인데 제1 사업시행변경인가처분이 무효이므로 위 사업시행계획 역시 무효이다.

(3) 시공사선정결의가 무효이고 그 시공사와 체결된 도급계약도 무효이므로 이를 근거로 수립된 사업시행계획 역시 무효이다.

다.

판단

(1) 이 사건 조합설립인가처분과 제1 조합설립변경인가처분이 모두 무효이므로 사업시행계획에 대한 이 사건 총회결의도 무효라는 주장에 대한 판단

이 사건 조합설립인가처분과 제1 조합설립변경인가처분이 모두 무효가 아님은 앞서 본 바와 같으므로, 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(2) 제1 사업시행변경인가처분이 무효이므로 이에 기초한 사업시행계획에 대한 이 사건 총회결의가 무효라는 주장에 대한 판단

제1 사업시행변경인가처분이 무효가 아님은 앞서 본 바와 같으므로, 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(3) 시공사 선정결의의 무효와 관련한 주장에 대한 판단

사업시행계획이 시공사 선정결의와 관련이 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 원고들의 위 주장은 이유 없다.

10. 제2 조합설립변경인가처분에 관하여

가. 원고들의 주장

제2 조합설립변경인가처분에는 다음과 같은 중대·명백한 하자가 있으므로 제2 조합설립변경인가처분은 무효이다.

(1) 이 사건 조합설립추진위원회승인처분이 무효이므로 이 사건 조합설립추진위원회는 조합설립업무를 할 자격이나 권한이 없다.

새로운 주택재개발정비사업조합을 설립하기 위하여는 새로이 적법하게 승인된 조합설립추진위원회가 설립절차를 진행하여야 할 것임에도 자격이나 권한 없는 피고 조합이 스스로 조합설립행위를 하여 피고 구청장에게 조합설립변경인가를 신청한 후 피고 구청장으로부터 제2 조합설립변경인가처분을 받았다.

(2) 피고 조합은 이 사건 조합설립인가처분이 무효인 관계로 조합설립변경인가를 신청하기 위하여는 도시정비법 제16조, 도시정비법 시행령 제22조의2의 규정에 따라 토지등소유자에게 조합설립내용에 관한 통지를 하고 조합설립동의서를 받아야 한다.

그런데 피고 조합은 이 사건 조합설립인가처분이 유효하다는 전제 하에 피고 조합의 조합원이라고 평가되는 사람들에게만 통지를 하고 조합설립동의서를 받았을 뿐 현금청산대상자들에게는 위 관계법령의 조항에 따른 통지를 하지 아니하였고 조합설립동의서도 받지 아니하였다.

(3) 이 사건 조합설립인가처분이 무효이므로, 새로이 이 사건 사업구역 내의 토지등소유자가 된 사람들을 포함한 조합원들이 새로이 조합의 정관에 관한 결의를 하여야 함에도 피고 조합은 그러한 절차를 거치지 아니하였다.

(4) 피고들은 조합설립에 관한 동의율을 산정함에 있어 이 사건 사업구역 내 토지등소유자 867명 전부를 대상으로 하여야 함에도 그 중 현금청산을 받은 토지등소유자를 제외한 나머지 760명만을 토지등소유자 수로 산정하였다.

조합설립에 동의한 토지등소유자는 645명이므로 동의율은 74.3%(=645/867)에 불과하여 토지등소유자 수의 4분의 3 이상의 동의를 얻지 못하였다.

나. 판단

(1) 이 사건 추진위원회설립승인처분 및 이 사건 조합설립인가처분의 무효와 관련한 주장에 대한 판단

이 사건 추진위원회설립승인처분과 이 사건 조합설립인가처분이 모두 무효가 아님은 앞서 본 바와 같으므로(도시정비법 시행령 제22조의2는 창립총회의 방법 및 절차에 관한 규정이므로, 조합설립변경인가에 있어 창립총회에 방법 및 절차에 관한 규정인 도시정비법 시행령 제22조의2의 규정이 적용된다고 볼 수 없다), 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장들(제10의 가.항 (1), (2), (3) 주장)은 모두 이유 없다.

(2) 현금청산을 받은 토지등소유자를 제외하고 동의율을 산정하였다는 주장에 대한 판단

도시정비법 제47조는 재건축조합은 조합원 중 분양신청을 하지 아니한 자, 분양신청을 철회한 자, 도시정비법 제48조의 규정에 의하여 인가된 관리처분계획에 의하여 분양대상에서 제외된 자에 대하여는 그 해당하게 된 날부터 150일 이내에 대통령령이 정하는 절차에 따라 토지·건축물 또는 그 밖의 권리에 대하여 현금으로 청산하여야 한다고 규정하고 있고, 피고 조합의 정관 제44조 제4항에서도 같은 내용을 규정하고 있다.

도시정비법 및 조합 정관에서 현금청산조항을 규정한 것은 분양신청을 하지 않은 조합원 등에 대하여는 현금청산이 가능하게 함으로써 재개발사업을 신속하고도 차질없이 추진할 수 있도록 하려는데 그 취지가 있는 점, 피고 조합의 정관 제11조는, '조합원이 건축물의 소유권이나 입주자로 선정된 지위 등을 양도하였을 때에는 조합원의 자격을 즉시 상실한다'고 규정하고 있고(제1항), '분양신청기한 내에 분양신청을 하지 아니한 자는 조합원자격이 상실된다'고 규정하고 있는데(제2항), 분양신청을 받은 후 잔여분이 있는 경우에는 도시정비법 제48조 제3항에 의하여 보류지로 정하거나 조합원 이외의 자에게 일반분양할 수 있고, 도시정비법 제55조에 의하여 위 보류지와 일반에게 분양하는 대지 또는 건축물은 도시개발법 제34조의규정에 의한 보류지 또는 체비지로 보게 되므로, 결국 분양신청을 하지 않은 것은 입주자로 선정된 지위 등을 조합에 양도한 것과 다름없다고 볼 수 있는 점, 현금청산대상자는 조합으로부터 청산금을 지급받을 때까지 조합에 대하여 종전 토지 또는 건축물에 대한 소유권이전등기절차의 이행을 거절할 권리를 가지고 있고, 조합과 사이에 청산금액, 청산방법 등에 관한 협의가 이루어지지 않을 경우 법원에서 적절한 방법으로 이를 평가받을 수 있으므로(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다32850, 32867 판결 참조), 현금청산대상자가 조합원의 지위를 상실한다고 보더라도 불리한 지위에 처하게 될 우려는 없는 점 등을 종합하여 보면, 분양신청을 하지 않거나 철회하는 등 도시정비법 제47조 및 조합 정관이 정한 요건에 해당하여 현금청산대상자가 된 조합원은 조합원으로서 지위를 상실한다고 봄이 상당하다(대법원 2010.8.19. 선고 2009다81203 판결 등 참조).

따라서 피고 구청장이 현금청산대상자를 제외하고 동의율을 산정한 것이 위법하다고 볼 수 없고, 가사 현금청산대상자를 포함하여 동의율을 산정하여야 하는 것으로 보더라도 앞서 본 바와 같은 이유로 현금청산대상자를 제외하

고 동의율을 산정한 하자가 중대·명백하다고 보기도 어렵다.

원고들의 위 주장은 이유 없다.

11. 제1 관리처분계획에 관하여

가. 원고들의 주장

제1 관리처분계획은 다음과 같은 중대·명백한 하자가 있으므로 무효이고, 가사 그렇지 않다 하더라도 위법하므로 취소되어야 한다.

(1) 이 사건 총회결의는 조합설립인가를 받지 못한 조합이 개최한 것이므로 무효이다.

제1 관리처분계획은 무효인 이 사건 총회결의를 거쳤을 뿐 유효한 총회결의를 거치지 아니하였다.

(2) 피고 조합은 관리처분계획을 수립·변경할 수 있는 자격이나 권한이 없다.

피고 조합이 수립·변경한 제1 관리처분계획은 자격이나 권한 없는 자에 의하여 수립·변경된 것이다.

(3) 제2 조합설립변경인가처분이 유효하다고 하더라도, 제1 사업시행계획을 포함한 그 전의 위 각 처분들은 권한 없는 자에 의하여 이루어졌으므로 모두 무효이고 제1 관리처분계획은 무효인 제1 사업시행계획 및 그 전의 위 각 처분들에 터잡아 이루어진 것이다.

(4) 이 사건 조합설립인가처분이 무효이고 그 이후 이루어진 위 각 처분도 모두 무효이므로 현금청산을 받은 사람들도 조합원으로서 새롭게 수립되는 관리처분계획을 감안하여 새롭게 분양신청을 할 권리가 있고, 새로운 관리처분계획에 찬성할 것인지 여부에 관하여 표결할 권리가 있음에도 현금청산대상자들에 대하여 분양신청에 관한 통지를 하지 아니하였다.

(5) 사업시행계획에 관한 결의를 하면서 그와 동시에 관리처분계획에 관한 결의를 하는 것은 허용될 수 없다.

(6) 관리처분계획을 변경하기 위하여는 각 조합원의 자산에 대한 종전자산가치를 평가함에 있어 유효한 사업시행인가일을 기준으로 새로 평가하여야 하고 새로운 평가를 근거로 새롭게 분양신청절차를 거쳐 관리처분계획을 변경하여야 함에도 위 관리처분계획은 위와 같은 절차를 거치지 아니하였다.

(7) 시공사 선정결의가 무효이므로 이를 기초로 한 사업시행계획도 무효이고 제1 관리처분계획은 무효인 사업시행계획에 기초한 것이다.

나. 판단

(1) 이 사건 조합설립인가처분과 제1 사업시행변경인가처분이 무효임을 전제로 한 주장에 대한 판단

이 사건 조합설립인가처분과 제1 사업시행변경인가처분이 무효가 아님은 앞서 본 바와 같으므로, 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장{제11의 가.항 (1), (2), (3), (4) 주장}은 모두 이유 없다{특히 제11의 가.항 (4) 주장에 대하여는, 현금청산대상자들이 조합원 지위를 상실하게 됨은 앞서 본 바와 같으므로 원고들의 위 주장은 이 점에서도 이유 없다}.

(2) 사업시행계획에 관한 결의와 동시에 한 관리처분계획에 관한 결의는 무효라는 주장에 대한 판단

을나 제27호증, 을나 제54호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 총회결의로 변경된 사업시행계획의 내용은 세입자 대책의 대상이 되는 세대수를 953세대에서 955세대로 변경하는 것이고, 제1 관리처분계획에 이와 같은 내용이 포함되어 있는 사실을 인정할 수 있다.

그러나 앞서 본 바와 같이 위와 같이 변경된 사업시행계획에 관하여 인가·고시가 있었다고 인정할 만한 증거가 없는바, 인가·고시가 있기 전에는 변경된 사업시행계획이 효력이 발생하였다고 볼 수 없으므로 피고 구청장이 인가한 제1 관리처분계획이 변경된 사업시행계획에 기초하여 수립된 것이라고 볼 수 없다.

따라서 제1 관리처분계획에 원고가 주장하는 바와 같은 하자가 있다고 할 수 없으므로, 원고의 위 주장은 이유 없다.

(3) 종전 자산가치를 새롭게 평가하여야 한다는 주장에 대한 판단

제1 관리처분계획은 이 사건 관리처분계획을 토대로 그 내용을 일부 변경하는 것에 불과하고, 이 사건 관리처분계획과 별개의 새로운 관리처분계획이라고 볼 수 없음은 앞서 본 바와 같으므로, 특별한 사정이 없는 한 기존의 이 사건 관리처분계획을 변경하는 제1 관리처분계획을 수립함에 있어 새로이 종전 자산에 대한 평가를 하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다.

따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다.

(4) 시공사 선정결의가 무효이므로 제1 관리처분계획도 무효라는 주장에 대한 판단

시공사 선정결의가 사업시행인가와 관련이 없음은 앞서 본 바와 같고, 시공사 선정결의와 제1 관리처분계획과 관련이 있다고 볼 만한 아무런 증거도 없으므로, 이와 다른 전제에 선 원고들의 위 주장은 이유 없다.

12. 결론

그렇다면, 당심에서 추가된 주위적 및 예비적 청구를 포함하여 원고들의 청구는 이유 없어 이를 모두 기각하여야 할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 달리 하여 부당하므로 피고들의 항소를 받아들여 이를 취소하고 원고들의 피고들에 대한 청구를 모두 기각하며, 당심에서 추가된 원고들의 피고 구청장에 대한 청구 및 피고 조합에 대한 주위적·예비적 청구도 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[별지 생략]

판사 김창보(재판장) 정문성 변성환