

## 조합설립인가 처분 무효 확인

[서울고등법원 2010. 10. 14. 2009누37205]



### 【전문】

#### 【원고, 피항소인】

【피고, 항소인】 서울특별시 강서구청장 (소송대리인 법무법인 한림 담당변호사 김종무 외 3인)

【피고보조참가인】 긴등마을주택재건축정비사업조합 (소송대리인 변호사 정봉태 외 3인)

【제1심판결】 서울행정법원 2009. 11. 5. 선고 2009구합12150 판결

【변론종결】2010. 9. 9.

#### 【주문】

】

1. 피고의 항소를 기각한다.

2. 항소비용 중 원고와 피고 사이에 생긴 부분은 피고가, 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이 각 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 피고가 2007. 8. 1. 피고보조참가인(이하 '참가인 조합'이라 한다)에 대하여 한 조합설립인가처분이 무효임을 확인한다라는 판결.2. 항소취지 제1심 판결을 취소하고, 원고의 청구를 기각한다라는 판결.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 피고가 2007. 8. 1. 피고보조참가인(이하 '참가인 조합'이라 한다)에 대하여 한 조합설립인가처분이 무효임을 확인한다라는 판결.2. 항소취지 제1심 판결을 취소하고, 원고의 청구를 기각한다라는 판결.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 피고가 2007. 8. 1. 피고보조참가인(이하 '참가인 조합'이라 한다)에 대하여 한 조합설립인가처분이 무효임을 확인한다라는 판결.2. 항소취지 제1심 판결을 취소하고, 원고의 청구를 기각한다라는 판결.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 피고가 2007. 8. 1. 피고보조참가인(이하 '참가인 조합'이라 한다)에 대하여 한 조합설립인가처분이 무효임을 확인한다라는 판결.2. 항소취지 제1심 판결을 취소하고, 원고의 청구를 기각한다라는 판결.

#### 【이유】

##### 】1. 처분의 경위

다음 각 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 갑 제2 내지 6호증, 을가 제5호증의 1 내지 32, 을가 제6호증의 1, 2, 을나 제1호증의 1, 2, 을나 제7호증의 3, 4의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있다.

가. 서울특별시장은 2005. 10. 23. 구 도시 및 주거환경정비법(2007. 12. 21. 법률 제8785호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 도시정비법'이라 한다) 제4조 제2항, 제3항에 의하여 서울 강서구 공항동 (지번 1 생략) 외 218필지 합계 31,924.10㎡를 주택재건축정비구역으로 지정·고시하였다.

나. (1) 2005. 11. 3. 승인된 긴등마을주택재건축정비사업조합설립추진위원회는 2007. 7.경 위 주택재건축정비구역을 사업구역(이하 '이 사건 사업구역'이라 한다)으로 하여 그 안에 위치한 토지 및 건물 소유자(242명), 토지 소유자(41명), 건물 소유자(4명) 중 203명의 동의(토지 및 건물 소유자 197명, 토지 소유자 6명)를 얻어 피고에게 조합설립인가신청을 하였다.

(2) 이에 대하여 피고는 2007. 8. 1. 이 사건 사업구역이 주택단지가 아닌 지역으로서 다음과 같이 구 도시정비법 제16조 제3항에서 정한 토지 또는 건축물 소유자의 4/5 이상 및 토지 면적의 2/3 이상의 토지 소유자의 동의요건을 갖추었다고 보아, 구 도시정비법 제16조에 의하여 참가인 조합의 설립을 인가하였고(이하 '이 사건 인가처분'이라

한다), 2007. 10. 26. 이 사건 정비사업에 대한 사업시행인가가 이루어졌다.

(가) 토지소유자는 총 283명으로 그 중 203명이 동의하고, 건축물소유자는 총 246명으로 그 중 197명이 동의하였는바, 토지소유자의 동의율은  $71.73\%(203 \div 283 \times 100)$ 로 80%에 미달하나 건축물 소유자의 동의율이  $80.08\%(197 \div 246 \times 100)$ 로 80%를 넘으므로, 토지 또는 건축물 소유자의 4/5 이상이 동의하였다고 본다.

(나) 이 사건 사업구역 내 토지면적은 총 31,924.10㎡인데 그 중 동의대상 토지면적에 해당하지 아니하는 국·공유지를 제외하면 30,754.30㎡로서 그 중 20,845.85㎡의 토지면적의 토지소유자가 동의를 하여 토지면적의 동의율이  $67.78\%(20,845.85 \div 30,754.30 \times 100)$ 가 되는바, 이로써 토지면적의 2/3 이상 토지소유자가 동의하였다고 본다.

이후 참가인 조합은 피고에게 토지 또는 건축물 소유자의 동의율 변경 등을 이유로 조합설립 변경인가를 신청하였고, 피고는 아래와 같이 조합설립 변경인가처분을 한 후(편의상 동의율 변경 이외의 사유(조합장 변경, 조합원 변경, 조합정관 변경 등)에 기한 조합설립변경인가처분은 별도로 살피지 아니한다), 2008. 1. 23. 관리처분계획인가가 이루어져 고시되었다.

(1) 참가인 조합은 이 사건 사업구역 내 토지 및 주택소유자 31명으로부터 추가로 조합설립동의서를 받아 조합설립변경인가를 신청하였고, 피고는 2007. 12. 24. 조합설립 동의율을  $91.56\%(228 \div 249 \times 100)$ 라고 보고 참가인 조합의 설립변경인가를 하였다(이하 '제1차 변경인가처분'이라 한다).

(2) 참가인 조합은 이 사건 사업구역 내 토지 및 주택소유자 1명으로부터 추가로 조합설립동의서를 받아 조합설립변경인가를 신청하였고, 피고는 2008. 8. 27. 조합설립 동의율을  $91.96\%(229 \div 249 \times 100)$ 라고 보고 참가인 조합의 설립변경인가를 하였다(이하 '제2차 변경인가처분'이라 한다).

라. 원고는 이 사건 사업구역 안에 있는 토지들의 소유자인데, 참가인 조합은 2007. 11. 23. 원고를 상대로 서울남부지방법원 2007가합23297호, 2007가합23341호로 매도청구의 소를 제기하였다.

## 2. 이 사건 소의 적법 여부에 관한 판단

### 가. 피고의 주장

피고는, (1) 이 사건 인가처분은 재건축조합설립행위를 보충하여 그 법률상 효력을 완성시키는 보충행위일 뿐이어서 그 기본이 되는 조합설립행위 자체에 하자가 있을 때에는 그에 대한 인가가 있다 하더라도 기본행위인 조합설립이 유효한 것으로 될 수 없으므로, 기본행위인 조합설립에 하자가 있는 경우 따로 민사쟁송으로써 그 기본행위의 무효확인 등을 구하는 것은 별론으로 하고 기본행위의 하자를 내세워 바로 그에 대한 이 사건 인가처분의 무효확인을 소구할 법률상 이익이 없고, (2) 참가인 조합은 이 사건 인가처분 이후에 이 사건 사업구역 내 토지 및 건축물 소유자들로부터 추가로 조합설립에 관한 동의를 얻은 후 변경인가를 신청하였고, 피고는 참가인 조합의 조합설립 동의율이 관계 법령이 정하는 기준을 충족한다고 보아 순차로 제1, 2차 변경인가처분을 하였는바, 이 사건 인가처분은 제1, 2차 변경인가처분에 의하여 이미 변경·소멸되었다고 할 것이고, 이 사건 소 제기 이전에 이미 적법한 요건을 갖춘 새로운 변경인가처분이 내려져 참가인 조합이 유효하게 설립되었으므로, 원고는 더 이상 과거의 법률관계의 확인에 해당하는 이 사건 인가처분의 효력을 다룰 법률상 이익이 없다고 주장한다.

나. 판단

(1) 기본행위의 하자를 이유로 하는 이 사건 청구와 소의 이익 존부

행정청이 도시정비법 등 관련 법령에 근거하여 행하는 조합설립인가처분은 단순히 사인들의 조합설립행위에 대한 보충행위로서의 성질을 갖는 것에 그치는 것이 아니라 법령상 요건을 갖추 경우 도시정비법상 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 갖는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖는다고 보아야 하고, 그와 같이 보는 이상 조합설립결의 등 조합설립행위의 적법여부는 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는데 필요한 요건 중 하나에 불과하여( 대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다60568 판결 참조), 조합설립행위의 하자를 이유로 하여서도 조합설립인가처분의 무효나 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 할 것이므로, 피고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 변경인가처분의 존재와 소의 이익 존부

(가) 조합설립 변경인가처분의 법적 성격

원래 도시정비법 제16조에서 규정하고 있는 조합설립인가의 변경인가처분은 당초의 조합설립인가처분이 유효함을 전제로 하여 그 동일성을 유지하면서 이미 인가받은 사항의 일부를 수정, 취소하거나 새로운 사항을 추가하는 것 등을 상정한 것으로 보인다.

이 경우 변경인가처분은 새로운 인가처분이 아니므로 별개의 독립된 설립인가처분으로서 평가될 수 없는 반면, 당초의 설립인가처분은 그 변경인가처분에 흡수되어 독립적 존재가치를 상실하는 것이 아니라 그대로 효력을 유지하는 물론, 설립인가처분에 가지는 설권적 효력도 당초의 인가처분에 의하여 발생한다고 할 것이고, 다만 변경인가처분에 의하여 변경된 내용이 당초의 인가처분의 내용에 포함되어 일체로서 하나의 설립인가처분을 구성한다고 할 것이다.

그런데, 당초의 조합설립인가처분에 대하여 동의율에 관한 문제가 제기되어 조합이 동의서를 추가로 징구하여 제출하면서 조합설립인가의 변경인가처분을 구하고, 그에 대하여 행정청이 조합설립인가의 변경인가처분을 한 경우에는, 비록 당초의 조합설립인가처분이 조합설립에 관한 동의율 요건을 충족하지 못한 것임이 밝혀져 그 효력이 없다고 하더라도, 행정청으로서는 형식상 존재하는 기존의 인가처분을 무시할 수 없어 변경인가처분의 형식을 취한 것에 불과하므로 그 변경인가처분은 실질적으로는 새로운 인가요건에 따라 이루어진 새로운 인가처분에 해당한 반면, 당초의 인가처분은 이러한 변경인가처분으로 대체되었다고 보아야 할 것이다.

이 때에 당초의 조합설립동의를 정족수 요건을 충족하지 못하였더라도 추후 정족수 요건을 충족하게 된 경우에는 새로운 조합설립동의를 유효하게 성립된다는 전제에 서서 당초의 조합설립동의를 대한 하자를 다투는 것은 과거의 법률관계에 대한 확인을 구하는 것으로서 더 이상 이를 소구할 법률상 이익이 없다고 볼 수도 있다.

그러나 당초의 설립인가처분 이후에 변경인가처분이 이루어지기 전까지 종전의 설립인가처분에 기하여 당해 조합이 유효하게 성립되었음을 전제로 어떠한 권리를 행사한 경우에, 종전의 설립인가처분의 효력 여부에 따라 그 조합이 위와 같은 권리를 행사할 당시 적법한 행정주체의 지위에 있었는지 여부가 달라지게 되므로, 그 상대방으로서는 위 변경인가처분이 이루어진 이후에도 여전히 종전의 설립인가처분의 효력을 다룰 소의 이익이 있다고 봄이 상당하다.

(다) 이 사건에 관한 판단

이 사건 인가처분 이후에 참가인 조합이 이 사건 사업구역 내의 주택 및 토지소유자들로부터 추가로 조합설립 동의를 받아 제출하였고, 피고는 순차로 제1, 2차 변경인가처분을 함으로써 새로운 조합설립동이가 유효하게 성립되었으며 이로 인하여 원고가 더 이상 이 사건 인가처분의 효력을 다툴 수 없다고 볼 여지가 있다.

한편, 도시정비법 제39조에 "사업시행자가 매도청구를 할 수 있다"라고 규정하고, 같은 법 제2조 제8호에 "사업시행자라 함은 정비사업을 시행하는 자를 말한다"라고 규정하고 있으며, 같은 법 제18조 제2항에 "조합은 조합 설립의 인가를 받은 날부터 30일 이내에 주된 사무소의 소재지에서 대통령령이 정하는 사항을登記함으로써 성립한다"라고 규정하고 있으므로, 참가인 조합이 주택재건축정비사업조합으로서 주택재건축사업을 시행하는 이 사건에 있어서 참가인 조합은 조합설립등기를 마친 때로부터 매도청구를 할 수 있다고 할 것이고, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라 한다) 제48조 제4항에서 매도청구권의 행사기간을 규정한 취지 및 도시정비법 제39조에서 이러한 집합건물법 제48조 제4항을 준용하도록 한 입법 취지에 비추어 볼 때, 참가인 조합은 조합설립등기를 마친 때로부터 집합건물법 제48조 제4항 소정의 2월 이내에 원고에 대하여 매도청구를 할 수 있다고 해석함이 상당하고( 대법원 2008. 2. 29. 선고 2006다56572 판결 참조), 위 조합설립등기는 유효한 조합설립인가처분을 전제로 한다고 할 것이다.

위와 같은 법리에 비추어 보면, 참가인 조합은 이 사건 인가처분 이후로서 제1차 변경인가처분이 있기 이전인 2007. 11. 23. 이 사건 인가처분이 유효함을 전제로 원고를 상대로 매도청구의 소를 제기하였는데, 이 사건 인가처분의 효력 여하에 따라 참가인 조합이 원고에 대하여 매도청구권을 행사할 수 있는지가 달려있게 되는 이상, 원고로서는 위 변경인가처분이 이루어진 이후에도 여전히 이 사건 인가처분의 효력을 다툴 소의 이익이 있다고 할 것이므로, 결국 피고의 위 주장은 이유 없다.

3. 이 사건 인가처분의 적법 여부

가. 원고의 주장

원고는, 피고가 이 사건 인가처분을 함에 있어 다음과 같이 위법하게 동의를 충족 여부를 심사함으로써 구 도시정비법 제16조 제3항에서 정한 토지 또는 건축물 소유자의 4/5 이상 및 토지 면적의 2/3 이상의 토지 소유자의 동의라는 요건을 모두 충족하지 못하였음에도 이 사건 인가처분을 하였고 그러한 하자는 중대·명백하므로, 이 사건 인가처분은 무효라고 주장한다.

(1) 구 도시정비법 제16조 제3항은 주택단지가 아닌 지역 안의 토지 또는 건축물 소유자의 4/5 이상의 동의를 얻어야 한다고 규정하고 있는바, 토지 또는 건축물 소유자의 4/5 이상의 동의 여부를 판단함에 있어서 토지 또는 건축물의 소유자의 수를 모두 합쳐서 전체로서 4/5 이상의 동의를 얻는 것이 필요하므로, 피고가 토지 및 건축물을 함께 소유하고 있는 사람들만을 기준으로 하여 동의를 충족 여부를 판단한 것은 위법하고, 피고의 산정방식에 따르면 토지 또는 건축물만을 소유하고 있는 사람들은 동의를 산정에 있어서 고려되지 아니하는 경우가 발생한다.

- (2) 공유관계에 있는 경우, 1인이 수개의 필지를 소유하는 경우 및 1인과 수인이 소유형태를 달리하는 경우에 있어서 토지 등 소유자 수 및 동의자 수는 그 소유형태를 기본으로 하여 산정하여야 할 것인데, 이러한 원칙에 따라 참가인 조합의 설립 동의율을 계산하면 토지 또는 건축물의 소유자 수는 14명이 증가되어야 한다.
- (3) 피고가 토지면적 동의율을 산정함에 있어, ① 토지만을 소유하고 있는 사람들의 토지 면적을 제외하고 토지 및 건축물을 소유하고 있는 사람들만의 토지 면적을 기준으로 동의대상면적, 동의면적을 산정한 것, ② 조합설립에 대한 명시적인 동의가 없는 국·공유지 합계 1,169.8㎡는 사업구역 내 총 토지 면적에 합산되어야 하고 동의 토지면적에서는 제외되어야 함에도 아무런 근거 없이 국·공유지를 동의면적으로 처리한 것은 위법하다.

나. 관계 법령

별지 관계 법령 기재와 같다.

다.

판단

(1) 주택단지가 아닌 지역으로만 구성된 사업구역과 동의요건

주택재건축정비사업조합의 설립인가와 관련하여 주택재건축사업의 사업구역이 주택단지만으로 구성되어 있는 경우에는 구 도시정비법 제16조 제2항에서 정한 동의요건(주택단지 안의 공동주택의 각 동별 구분소유자 및 의결권의 각 2/3 이상의 동의와 주택단지안의 전체 구분소유자 및 의결권의 각 4/5 이상의 동의)만 갖추면 되나, 사업구역에 주택단지뿐만 아니라 주택단지가 아닌 지역이 포함되어 있는 경우에는 사업구역 중 주택단지가 아닌 지역에 대해서 구 도시정비법 제16조 제3항에서 정한 동의요건을 추가로 갖추어야 한다.

그런데, 사업구역이 주택단지가 아닌 지역으로만 구성되어 있는 경우에 대해서는 주택재건축정비사업조합의 설립인가와 관련한 동의요건이 무엇인지에 대해서 법에서는 별도로 규정하지 않고 있다.

그러나 위와 같은 위 법조항의 규정 내용에다가 사업구역에 주택단지가 아닌 지역이 일부 포함된 경우 주택단지가 아닌 지역에 대하여 구 도시정비법 제16조 제3항에서 정한 동의요건이 요구되는 이상 사업구역이 주택단지가 아닌 지역만으로 구성될 경우 주택단지가 아닌 지역에 대하여 구 도시정비법 제16조 제3항에서 정한 동의요건이 요구되지 않는다고 해석할만한 합리적인 이유를 찾기 어려운 점을 보태어 보면, 사업구역이 주택단지가 아닌 지역으로만 구성되어 있는 경우 주택재건축정비사업조합의 설립인가를 받기 위해서는 구 도시정비법 제16조 제3항에서 정한 동의요건을 갖추어야 한다고 봄이 상당하다.

살피건대, 이 사건 사업구역에는 주택단지는 전혀 포함되어 있지 않고 단독주택만 건축되어 있을 뿐이므로, 참가인 조합이 설립인가를 받기 위해서는 구 도시정비법 제16조 제3항이 규정하는 "토지 또는 건축물의 소유자의 4/5 이상 및 토지 면적의 2/3 이상의 토지소유자가 참가인 조합의 설립에 동의한다"라는 요건을 갖추어야 할 것이다.

(2) '토지 또는 건축물 소유자의 4/5 이상의 동의'의 의미

구 도시정비법은 '토지 또는 건축물의 소유자'를 '토지등소유자'와 구별하여 사용하고 있고( 구 도시정비법 제2조 제9호, 제16조 제1항, 제3항, 제39조), 토지 또는 건축물만을 소유한 자는 비록 주택재건축사업에 있어서 조합원이 될 수 없으며( 제19조 제1항, 제2조 제9호), 그 소유의 토지 또는 건축물은 매도청구의 대상이 되는 것이므로( 제39조) 주택재건축사업조합의 설립에 중대한 이해관계가 있다는 점과 규정 자체의 의미 등을 종합해 고려해 보면, 위 규정에

서 '토지 또는 건축물 소유자의 4/5'의 의미는 '토지와 건축물을 모두 소유한 자 뿐만 아니라 토지 또는 건축물만을 소유한 자를 모두 포함하여 그 4/5의 동의를 요한다'라고 봄이 상당하다( 구 도시정비법 제16조 제3항이 '토지소유자의 4/5 이상 또는 건축물소유자의 4/5 이상의 동의'가 아닌 '토지 또는 건축물의 소유자의 4/5 이상의 동의'라고 규정하고 있는 이상, 이 사건 인가처분에서와 같이 이를 '토지소유자의 4/5 이상의 동의 또는 건축물소유자의 4/5 이상의 동의 중 어느 하나만 얻으면 동의요건이 충족된다'라는 취지로 해석하는 것은 문언의 의미를 넘는 해석방법으로서 허용되지 않는다고 할 것이다).

(3) 이 사건 인가처분시 토지 또는 건축물 소유자의 동의요건을 갖추었는지 여부

앞서의 산정기준에 따라 이 사건 인가처분 당시 토지 또는 건축물의 소유자 동의요건이 충족되었는지에 관하여 본다.

(가) 실제 동의를 산정에 관한 당사자의 주장 및 그에 관한 판단

1) 주장의 요지

원고는, 아래<표>의 각 해당란 기재와 같이 이 사건 인가처분시 1인이 하나 또는 다수의 부동산을 단독소유하면서 다른 사람과 부동산을 공유하는 등의 경우에 그 소유형태가 서로 달라 토지 또는 건축물의 소유자를 산정함에 있어 별개로 취급하여야 한다고 주장한다.

순번소유자토지 또는 건축물단독소유공유 1 소외 1 방화동 (지번 2 생략)(토지/건물) 방화동 (지번 3 생략) 토지(소외 1,소외 2,소외 3), 방화동 (지번 4 생략) 토지(소외 1,소외 3), 방화동 (지번 5 생략) 토지/건물(토지 소외 1,소외 4 공유, 건물 소외 4 단독소유)2 원고공항동 (지번 6 생략),(지번 7 생략),(지번 8 생략),(지번 9 생략),(지번 10 생략),(지번 1 생략)1 각 토지방화동 (지번 12 생략) 토지/건물(소외 5,소외 6,소외 7,소외 8,소외 9 토지/건물 단독소유 및 공유, 원고,소외 10 토지 공유)3 소외 11 방화동 (지번 13 생략)(토지/건물) 방화동 (지번 14 생략) 토지(소외 11,소외 12,소외 13) 4 소외 14 방화동 (지번 15 생략)(토지/건물) 방화동 (지번 16 생략) 토지(소외 14,소외 15,소외 16,소외 17,소외 18,소외 19)5 소외 15 방화동 (지번 17 생략), (지번 18 생략)(토지/건물)방화동 (지번 16 생략) 토지(소외 15,소외 16,소외 17,소외 18,소외 19,소외 14)6 소외 20 - 방화동 (지번 19 생략) 토지(소외 20,소외 21,소외 22,소외 23), 방화동 (지번 20 생략) 토지(소외 20,소외 24,소외 25,소외 26)7 소외 27 방화동 (지번 21 생략) 토지 공항동 (지번 22 생략) 토지/건물(토지 소외 28 단독소유, 건물 소외 27,소외 28 공유) 8 소외 29 공항동 (지번 23 생략), (지번 24 생략) 각 토지공항동 (지번 25 생략)토지(소외 29,소외 30,소외 31,소외 32)9 소외 30 공항동 (지번 26 생략) 토지 공항동 (지번 25 생략)토지(소외 30,소외 29,소외 31,소외 32)10 소외 31 공항동 (지번 27 생략) 토지 공항동 (지번 25 생략) 토지(소외 31,소외 29,소외 30,소외 32)11 소외 32 공항동 (지번 28 생략) 토지 공항동 (지번 25 생략)토지(소외 32,소외 29,소외 30,소외 31)

이에 대하여 피고는, ① 이 사건 사업구역 내의 서울 강서구 방화동 (지번 12 생략) 대 398㎡ 및 지상건물은 정비구역에 편입된 부분이 위 대지 중 12㎡에 불과하여 그 지상건물은 정비구역에 편입되지 아니하였으므로 토지소유자 1인으로만 산정하여야 하고, ② 방화동 (지번 29 생략) 대 456㎡ 및 지상건물에 관하여 위 대지 중 9㎡만이 정비구역에 편입되었는데 위 대지 및 지상건물 소유자인 대한예수교장로회방화제일교회(이하 '방화제일교회'라 한다)의 대표목사 소외 33이 동의서를 제출하였음에도 참가인 조합이 이를 미동의자로 산정한 잘못이 있으며, ③ 국유지 3필지에 대하여 동의 간주되는 사정을 고려하여야 하고, ④ 소재 불명자로 토지소유자 2인, 건물소유자 1인이 제외되어야 하며, ⑤ 실제 현황과 공부상 기재가 불일치하는 무허가건물 등을 고려하면 건물만을 소유한 사람은 1인이

되어야 하고, ⑥ 공향동 (지번 30 생략) 대 601㎡ 및 지상의 빌라는 다른 사업지구내 속하므로 토지 및 건물소유자 수에서 6인이 제외되어야 하는 사정을 두루 참작하면, 결국 이 사건 인가처분 당시 이 사건 사업구역 내 토지 또는 건축물의 소유자 수는 토지 및 건축물의 소유자 232명, 건축물 소유자 1명, 토지 소유자가 39명으로 합계 272명이 되고 그 중 동의자 수는 토지 및 건축물의 소유자 197명, 토지 소유자 10명으로 합계 207명으로서, 이 사건 인가처분 당시 토지 또는 건축물 소유자의 동의율을 제대로 산정하면  $76.11\%(207 \div 272 \times 100)$ 에 이른다고 주장한다.

## 2) 원고 주장에 대한 판단

가) 주택단지가 아닌 지역으로만 구성된 사업구역에 있어서의 토지 또는 건축물 소유자 수 및 동의자 수의 산정기준

구 도시정비법 제16조 제1항은 주택재개발사업의 조합설립인가요건으로 '토지등소유자의 4/5 이상의 동의'를 규정하고 있고, 제2항은 주택재건축사업의 조합설립인가요건으로 '주택단지안의 공동주택의 각 동별 구분소유자 및 의결권의 각 2/3 이상의 동의와 주택단지안의 전체 구분소유자 및 의결권의 각 4/5 이상의 동의'를 규정하고 있으며, 제5항은 "법 제16조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 조합설립신청 및 인가절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다"라고 규정하고 있다.

이에 따라 구 도시정비법 시행령(2007. 8. 17. 대통령령 제20222호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 도시정비법 시행령'이라 한다) 제28조 제1항이 토지등소유자의 동의자수 산정방법에 관하여 규정하고 있는데, 제1호는 주택재개발사업의 경우, "1필지의 토지 또는 하나의 건축물이 수인의 공유에 속하는 때에는 그 수인을 대표하는 1인을 토지등소유자로 산정할 것(가목), 토지에 지상권이 설정되어 있는 경우 토지의 소유자와 해당 토지의 지상권자를 대표하는 1인을 토지등소유자로 산정할 것(나목), 1인이 다수 필지의 토지 또는 다수의 건축물을 소유하고 있는 경우에는 필지나 건축물의 수에 관계없이 토지등소유자를 1인으로 산정할 것(다목)"이라고 규정하고 있고, 제2호는 주택재건축사업의 경우, "소유권 또는 구분소유권이 수인의 공유에 속하는 때에는 그 수인을 대표하는 1인을 토지등소유자로 산정할 것"이라고 규정하고 있다.

앞서 살펴 본 것과 같이, 구 도시정비법 및 구 도시정비법 시행령은 구 도시정비법 제16조 제3항에 의한 주택단지가 아닌 지역으로만 구성된 사업구역을 대상으로 하는 주택재건축사업에 있어서의 토지 또는 건축물 소유자 수의 산정방법에 대해서는 별도로 규정하고 있지 않다.

그러나 ㉠ 구 도시정비법 제16조 및 구 도시정비법 시행령 제28조의 각 규정(1인이 다수 필지의 토지 또는 다수의 건축물을 소유하고 있는 경우 필지나 건축물의 수에 관계없이 토지등소유자를 1인으로 산정, 수인이 공유하는 토지 또는 건축물에 대하여 그 수인을 대표하는 1인을 토지등소유자로 산정)은, 사업구역 내의 토지·건축물 소유자들의 조합설립에 관한 의사를 합리적이고 정당하게 확인하기 위하여, 1인이 다수 토지·건축물을 소유하거나 수인이 토지·건축물을 공유하는 경우에 그 소유자에게 토지·건축물의 소유권에 기해서 중복하여 다수의 의결권을 인정하지는 않겠다는 취지의 규정으로 보아야 하는 점, ㉡ 구 도시정비법 제16조 제3항은 주택단지가 아닌 지역으로만 구성된 사업구역에 대한 조합설립요건에 대하여 '토지 또는 건축물 소유자의 4/5 이상 및 토지면적의 2/3 이상의 토지소유자의 동의'라고 규정하여, '토지등소유자의 4/5 이상의 동의'만을 조합설립요건으로 규정하는 주택재개발사업의 경

우와는 달리, 토지·건축물 소유자의 동의 외에 '토지면적의 2/3 이상의 토지소유자의 동의' 요건을 추가로 규정함으로써, 주택재건축사업에 대해서는 전체 토지 면적을 기준으로 한 일정 비율 이상의 토지소유자의 동의 요건을 별도로 규정하고 있는 이상, 구 도시정비법 제16조 제3항이 적용되는 주택재건축사업구역 내에 토지·건축물을 소유하고 있는 1인에게 중복하여 별도의 의결권을 인정할 필요성이 크지 않은 점, ㉔ 주택재건축사업의 조합설립에 필요한 토지등소유자 및 토지 또는 건축물 소유자의 수를 산정함에 있어 그 사업구역이 주택단지로 이루어진 경우, 주택단지가 아닌 지역이 포함된 경우 및 주택단지가 아닌 지역으로만 이루어진 경우를 서로 달리 볼만한 합리적인 이유를 찾기 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 구 도시정비법 제16조 제3항에 의하여 토지 또는 건축물 소유자 수의 산정이 문제되는 경우에도 구 도시정비법 시행령 제28조의 산정기준이 그대로 유추적용된다고 봄이 상당하고, 그 동의율은 위 기준에 따라 산정된 토지 또는 건축물 소유자 수에 대하여 조합설립인가시의 소유 형태를 반영한 동의자 수의 비율로 정해진다고 할 것이다.

#### 나) 이 사건에 관한 판단

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, ㉔ 구 도시정비법 시행령 제28조가 소유권 또는 구분소유권이 수인의 공유에 속하는 때에는 그 수인을 대표하는 1인을 토지등소유자로 산정하도록 규정하고 있는 점, ㉕ 1인이 하나 또는 다수의 부동산을 단독 소유하면서 다른 사람과 하나 또는 다수의 부동산을 공유하는 경우, 위 공유부동산의 각 공유자들이 그 공유부동산 외에 각자 단독으로 부동산을 소유하고 있는 사정 등을 고려하여 그 단독소유자의 수에 대해서만 토지 또는 건축물 소유자의 수에 포함되어야 하는 점(위 표의 순번 3, 8 내지 11), ㉖ 위 공유부동산에 대하여 공유자들을 대표하는 1인이 선정된 경우, 위 공유부동산의 토지 또는 건축물 소유자를 대표자 1인으로 보는 것으로 충분하고, 위 토지 또는 건축물에 관한 공유지분을 원래의 단독소유 토지 및 건축물에 관한 소유권과는 별개의 소유형태로 보아 별도의 의결권을 부여할 필요는 없는 점(순번 7), ㉗ 공유부동산에 대하여 대표자를 선정한 경우와 그렇지 않은 경우에 있어서 토지 또는 건축물 소유자의 수가 달라지게 된다면, 주택단지가 아닌 지역으로만 구성된 사업구역에 있어서의 토지 또는 건축물 소유자 수를 합리적이고 정당하게 산정할 수 없게 되는 점에 비추어 볼 때, 위 공유부동산에 대하여 대표자가 선정되지 아니한 경우에도, 특별한 사정이 없는 한 위 공유부동산에 대해서 여전히 토지 또는 건축물 소유자의 수를 1인으로 산정하여야 하는 점, ㉘ 이 사건 인가처분시 위 ㉔ 내지 ㉗항에서 살펴 본 기준에 따라 토지 또는 건축물 소유자의 수가 산정된 점 등의 사정을 종합하면, 이 사건 인가처분시 1인이 하나 또는 다수의 부동산을 단독소유하면서 다른 사람과 부동산을 공유하는 등의 경우에 그 소유형태가 서로 달라 토지 또는 건축물의 소유자를 산정함에 있어 별개로 취급하여야 한다는 취지의 원고의 위 주장은 모두 이유 없다.

#### 3) 피고 주장에 대한 판단

이 사건 인가처분 당시 이 사건 사업구역 내의 토지 또는 건축물 소유자의 수 및 동의자 수가 제대로 산정되지 아니하였다는 피고의 위 주장을 차례로 본다.

- ① 주장을 보건대, 을가 제7호증의 1 내지 5의 각 기재에 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 사업구역 내의 서울 강서구 방화동 (지번 12 생략) 대 398㎡는 원고, 소외 5, 소외 6, 소외 7, 소외 9, 소외 8 및 소외 10의 각 공유토지로서 그 지상에는 건물 4동( 소외 5, 소외 6이 공유건물 및 소외 7, 소외 9, 소외 8이 각 단독소유하는 건물)이 있었는데, 위 대지 중 12㎡가 이 사건 사업구역에 편입된 사실, 2009. 2. 16. 사업구역에 편입되지 아니한 대 386㎡가 방



화동 (지번 31 생략)으로 분할되어 나간 사실, 이 사건 인가처분시 위 토지와 그 지상 건물들 각각에 대한 토지 또는 건물 소유자로 합계 5명이 산정된 사실을 인정할 수 있는바, 구 도시정비법 제2조 제9호, 제16조 제3항에서 정비구역 안에 포함된 토지 또는 건축물 소유자를 동의율 산정의 대상으로 규정하고 있고, 정비구역 안에 소재한 건축물 및 부속토지의 소유자를 토지등소유자로 보고 있는 점에 비추어 볼 때, 이 사건 인가처분 당시 위 방화동 (지번 12 생략) 토지 중 어느 부분이 이 사건 사업지역으로 편입되었는지가 특정되지 아니한 상태에서, 피고가 제출한 위 증거들만으로는 이 사건 인가처분 당시 위 건물 및 그 부속토지가 이 사건 사업구역 밖에 위치하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 이 사건 인가처분 이후에 이 사건 사업지역으로 편입되지 아니한 나머지 토지가 분할되었다는 사정은 이 사건 처분 이후의 사정으로서 이를 별도로 고려할 필요가 없는데다가, 앞서 본 바와 같이 위 방화동 (지번 12 생략) 토지 및 그 지상건물들에 대한 토지 또는 건축물 소유자 수는 앞서 살펴 본 주택단지가 아닌 지역으로만 구성된 주택재건축 사업구역에 있어서의 토지 또는 건축물 소유자 수의 산정기준에 의하여 정당하게 산정되었다고 할 것이므로, 결국 위 ① 주장은 이유 없다.

② 주장을 보건대, 을가 제7호증의 6, 을나 제3호증의 5의 각 기재에 의하면, 방화동 (지번 29 생략) 대 456㎡ 및 지상 건물에 관하여 위 대지 중 9㎡만이 정비구역에 편입되었는데 위 대지 및 지상건물 소유자인 방화제일교회의 대표목사인 소외 33이 동의서를 제출하였음에도 참가인 조합이 이를 미동의자로 산정한 사실을 인정할 수 있는데, 비록 동의서에는 소외 33이 방화제일교회의 대표목사 자격으로 동의한다는 내용이 명시적으로 기재되어 있지는 않으나, 참가인 조합이 부동산등기부상의 기재를 통하여 소외 33이 개인으로서가 아니라 방화제일교회의 대표목사로서 동의한다는 사실을 쉽게 확인할 수 있었던 이상, 그 동의율을 산정함에 있어 동의자 1인이 추가되어야 할 것이므로, 위 ② 주장은 이유 있다.

③ 주장을 보건대, 갑 제4 내지 6호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 사업구역 중 방화동 (지번 32 생략), 같은 동 (지번 33 생략), 공향동 (지번 34 생략)에 소재한 3필지의 토지가 대한민국 소유인 사실을 인정할 수 있는바, ㉞ 국가의 경우 도시정비법 제17조 제1항에서 정한 인감증명서를 첨부한 인감도장에 의한 서면동의의 방식이 그대로 요구된다고 볼 수 없으므로 그 진의가 객관적으로 확인될 수 있는 상당한 방법으로 동의를 표시하면 족하다고 할 것인 점, ㉟ 도시정비법 제66조 제3항은 정비구역 안의 국유재산은 정비사업 외의 목적으로 매각하거나 양도할 수 없다고 규정하고 있고, 같은 조 제4항은 정비구역 안의 국유재산은 국유재산법 제9조의 규정에 의한 국유재산관리계획과 국유재산법 제43조의 규정에 의한 계약의 방법에 불구하고 사업시행자 또는 점유자 및 사용자에게 다른 사람에게 우선하여 수의계약으로 매각 또는 임대할 수 있다고 규정하고 있는 점, ㊱ 정비계획 수립시 국유지의 귀속 및 처분에 관한 사항이 포함되어 있을 때에 대한민국이 소유한 토지의 관리청들이 조합설립에 반대하는 의사를 표시하지 않았다면 대한민국도 조합설립에 동의한 것으로 봄이 상당한 점, ㊲ 국가는 시장·군수가 정비계획 수립시 도시정비법 제4조 제10항 소정의 국유재산 관리청의 의견을 들은 경우 조합설립에 동의한 것으로 처리하고 있는 것으로 보이는 점, ㊳ 이 사건에서 대한민국이 참가인 조합의 설립에 반대하는 의사를 표시하였음을 인정할 아무런 자료가 없는 점 등에 비추어 보면, 대한민국은 참가인 조합의 설립에 동의하였다고 보아 그 동의율 산정에 있어 동의자 1인이 추가되어야 할 것이므로, 위 ③ 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있고, 나머지 주장은 이유 없다.

- ④ 주장을 보건대, 구 도시정비법 제16조 제4항에서 "토지등기부등본·건물등기부등본·토지대장 및 건축물관리대장에 소유자로 등재될 당시 주민등록번호의 기재가 없고 기재된 주소가 상이한 경우로서 소재가 확인되지 아니한 자는 토지등소유자의 수에서 제외할 것"이라고 규정하고 있는데, 을가 제7호증의 7, 을나 제4호증의 1, 2, 5의 각 기재에 변론 전체의 취지에 의하면, 이 사건 사업구역 내 방화동 (지번 35 생략) 토지 소유자인 소외 36 및 방화동 (지번 36 생략) 토지 소유자인 소외 34에 대한 각 부동산등기부등본과 공향동 (지번 37 생략) 소재 무허가건물의 소유자인 소외 35에 대한 무허가건물확인원에는 모두 주민등록번호가 기재되지 아니하였고 그 소재가 확인되지 않는 사실을 인정할 수 있으나, 다른 한편 을나 제4호증의 3, 4의 각 기재에 의하면, 방화동 (지번 35 생략) 토지 및 방화동 (지번 36 생략) 토지에 관한 각 토지대장에는 각 소유자인 소외 36, 소외 34의 주민등록번호가 각 기재되어 있는 사실(다만, 그 등본에는 개인정보보호를 위하여 주민등록번호의 뒷자리가 표시되어 있지 않은 것에 불과하다고 보인다)을 인정할 수 있는 이상, 위 소외 36, 소외 34에 관해서는 구 도시정비법 제16조 제4항이 규정하는 "공부상 주민등록번호의 기재가 없을 것"이라는 요건을 갖추지 못한 이상, 위 ④ 주장 중 위 건물소유자 1인이 제외되어야 한다는 부분은 이유 있고, 위 토지 소유자 2인이 잘못 산정되었다는 부분은 이유 없다.
- ⑤ 주장을 보건대, 을가 제7호증의 8, 을나 제5호증의 1 내지 4, 을나 제6호증의 1 내지 12의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 소외 37이 1999. 10. 4. 이 사건 사업구역 내의 방화동 (지번 38 생략) 토지와 지상 건물을 낙찰받았는데, 건물 신축과정에서 멸실된 기존 무허가건물에 대하여 공부상 정리되지 아니하여 공부상 전 소유자인 소외 38이 멸실된 구 건물을 여전히 소유하고 있는 것으로 기재되어 있는 사실, 공향동 (지번 37 생략) 토지는 소외 18이 1990. 8. 9. 협의분할에 의한 상속으로 취득하였고 그 지상의 무허가건물은 소외 39와 소외 35가 각각 소유하고 있는 것으로 되어 있으나, 위 토지 소유자인 소외 18은 소외 39로부터 토지를 상속하면서 지상에 있는 무허가건물도 함께 상속받은 것으로 무허가 건물확인원에도 소유자가 소외 18로 되어 있는 사실을 인정할 수 있는바, 결국 이 사건 사업구역 내에 건물만을 소유한 자의 수는 2인이 줄어들어야 할 것이므로, 위 ⑤ 주장은 이유 있다.
- ⑥ 주장을 보건대, 을가 제7호증의 9, 을나 제2호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 당초 이 사건 사업구역 내의 공향동 (지번 39 생략) 대 601㎡에는 해풍빌라 A동 12세대와 B동 6세대가 위치하였는데 그 중 7명의 참가인 조합의 설립에 동의하지 아니한 상태에서, 참가인 조합이 미동의자들을 상대로 매도청구의 소를 제기하였고 그 중 6명이 마곡지구로 편입되기로 하고 1명이 참가인 조합의 조합원이 되는 내용으로 조정에 갈음하는 결정이 내려져 그대로 확정된 사실, 2009. 2. 16. 사업구역에 편입되지 아니한 대 245㎡가 공향동 (지번 40 생략)으로 분할되어 나간 사실을 인정할 수 있는바, 피고가 제출한 위 증거들만으로는 이 사건 인가처분 당시 위 건물 및 그 부속토지가 이 사건 사업구역 밖에 위치하였음을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 이 사건 인가처분 이후에 이 사건 사업지역으로 편입되지 아니한 나머지 토지가 분할되었다는 사정은 이 사건 처분 이후의 사정으로서 이를 별도로 고려할 필요가 없는 이상, 위 ⑥ 주장은 이유 없다.

따라서 이 사건 인가처분 당시 동의자 수는 2명이 증가하고, 건물만을 소유한 자의 수는 3명이 줄어들어야 할 것이다.

(나) 소결론

결국 위와 같은 재산정 결과, 이 사건 인가처분 당시 이 사건 사업구역 내 토지 또는 건축물의 소유자 수는 토지 및 건축물의 소유자 242명, 토지 소유자 41명, 건축물 소유자 1명(3명 감소) 합계 284명이고 그 중 동의자 수는 토지 및 건축물의 소유자 198명(1명 증가), 토지 소유자 7명(1명 증가) 합계 205명으로서, 이 사건 인가처분 당시 토지 또는 건축물 소유자의 동의율은 72.18%( $205 \div 284 \times 100$ )로 구 도시정비법 제16조 제3항이 정하는 동의요건인 4/5에 여전히 미치지 못하였다고 할 것이다.

(4) 이 사건 인가처분의 무효 여부

(가) 앞서 본 바와 같이, 이 사건 인가처분은 조합의 설립인가에 필요한 도시정비법 소정의 동의요건을 충족하지 못한 것으로서 위법하다 할 것이고, 그 동의율이 구 도시정비법 제16조 제3항이 규정하는 법정동의율보다 현저하게 낮은 이상, 위와 같은 이 사건 인가처분의 하자는 중대할 뿐만 아니라 객관적으로 명백하다고 할 것이므로, 이 사건 인가처분은 무효라고 봄이 상당하다.

(나) 이에 대하여 피고는, ① 이 사건 인가처분 당시 토지 또는 건축물 소유자의 동의율은 제대로 산정하면 76.11%( $207 \div 272 \times 100$ )에 이르러 구 도시정비법 제16조 제3항 소정의 동의율 80%에 육박하는데다가, 위 수치는 이 사건 인가처분 직후인 2007. 12. 21. 법률 제8785호로 개정된 구 도시정비법 제16조 제3항이 규정하는 동의율인 3/4을 넘어서고 있으며, 그 밖에 이 사건과 같이 사업구역이 주택단지가 아닌 지역으로만 구성되어 있는 경우 조합설립인가와 관련한 동의요건이 무엇인지에 대하여 도시정비법에서 명문의 규정을 두고 있지 않았던 점, 조합설립인가 신청에 따라 토지 및 건축물 소유자 동의율을 확인할 수 있는 동의총괄표는 서울시 도시및주거환경정비조례 시행규칙 별지 제7호의 서식에 의하도록 규정되어 있었는데, 위 서식에는 토지소유자의 동의율, 건물소유자의 동의율만을 구분하여 산정하도록 정하고 있어 참가인 조합이나 피고로서는 이에 따를 수 밖에 없었던 점, 이 사건 사업구역은 마곡지구개발사업구역과 맞닿아 있어 각 사업구역의 경계를 따라 사업구역의 범위가 정해지는 바람에 토지 또는 건축물의 일부만이 이 사건 사업구역에 포함되는 경우가 발생하였고 이 때문에 동의율을 정확하게 산정하기 매우 어려웠던 점 등의 사정을 두루 고려할 때, 적어도 이 사건 인가처분에 있어서의 토지 또는 건축물 소유자 동의율의 하자는 중대할지는 몰라도 명백하지는 않다고 할 것이며, ② 조합설립동의를 조합설립인가처분이라는 행정처분을 하는데 필요한 요건 중 하나에 불과한데 최초의 조합설립동의를 정족수 요건을 충족하지 못하였더라도 추후 정족수 요건을 충족하게 된 경우에는 새로운 조합설립동의를 유효하게 성립된다고 할 것이므로, 제1, 2차 변경인가처분을 받으면서 조합원의 추가 동의서가 제출됨으로써 구 도시정비법 제16조 제3항 소정의 소유자 및 토지 면적의 동의율 모두가 각각 80%를 상회함으로써, 이 사건 인가처분 당시의 동의율은 각 변경인가처분의 동의율로 변경되어 존재하므로 이 사건 인가처분에 있어서의 동의율 하자는 이미 치유되었다고 주장한다.

① 주장을 보건대, 앞서 본 바와 같이 재산정 결과 이 사건 인가처분 당시 토지 또는 건축물 소유자의 동의율은 72.18%로 구 도시정비법 제16조 제3항이 정하는 동의요건인 4/5에 현저히 미치지 못하였다고 할 것이고(피고의 주장 자체에 의하더라도 제대로 산정된 토지 또는 건축물 소유자의 동의율은 76.11%로서 구 도시정비법 제16조 제3항 소정의 80%에 여전히 미치지 못한다), 2007. 12. 21. 법률 제8785호로 개정된 구 도시정비법 제16조 제3항

에서 '주택단지가 아닌 지역안의 토지 또는 건축물 소유자'의 동의율을 3/4으로 규정하고 있다고 하더라도, 이는 이 사건 인가처분 이후의 사정으로서 이 사건 인가처분 당시에 존재하였던 하자의 무효 여부를 판단하는 데 있어 별도로 고려할 사항은 아닌데다가, 비록 도시정비법에서 사업구역이 주택단지가 아닌 지역으로만 구성되어 있는 경우 조합설립인가와 관련한 동의요건이 무엇인지에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 않았더라도, 관계 규정의 입법 취지 등을 합리적으로 해석하면, 구 도시정비법 제16조 제3항의 규정이 이 사건과 같이 사업구역이 주택단지가 아닌 지역으로만 이루어진 경우에도 적용된다고 보이고, 당시 서울시 도시및주거환경정비조례 시행규칙에서 정하는 동의총괄표 양식에서 사업구역이 주택단지가 아닌 지역으로만 구성되어 있는 경우 조합설립인가와 관련한 동의율 산정에 관한 서식을 따로 두지 않았거나 인접한 마곡지구개발사업구역과의 경계에 따라 사업구역에 획정되는 바람에 동의율을 용이하게 산정할 수 없었다는 등의 사정만으로는 이 사건 인가처분상의 하자가 명백하지 않다고 할 수 없다고 할 것이므로, 위 ① 주장은 이유 없다.

② 주장을 보건대, 행정소송에서 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 하여 판단하여야 하고, 처분 후 법령의 개폐나 사실상태의 변동에 의하여 영향을 받지 않는다고 할 것이며, 흠이 있는 행정행위의 치유는 행정행위의 성질이나 법치주의 관점에서 볼 때 원칙적으로 허용될 수 없는 것이고, 예외적으로 행정행위의 무용한 반복을 피하고 당사자의 법적 안정성을 위해 이를 허용하는 때에도 국민의 권리나 이익을 침해하지 않는 범위에서 구체적 사정에 따라 합목적적으로 인정하여야 할 것인바( 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001두10684 판결 참조), 이 사건에서 참가인 조합이 이 사건 인가처분 이후로서 제1차 변경처분이 있기 이전에 이 사건 인가처분이 유효함을 전제로 원고를 상대로 매도청구의 소를 제기하는 등 행정주체의 지위에서 권리를 행사하여 조합활동을 벌인 이상, 피고 주장과 같은 하자의 치유를 인정하더라도 원고를 비롯한 사업구역 내 토지 등 소유자에게 아무런 손해가 발생하지 않는다고 단정할 수 없는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고가 주장하는 바와 같은 사정이 있다고 하여 이 사건 인가처분의 하자가 치유된다고 할 수 없으므로, 위 ② 주장도 이유 없다.

#### 라. 소결론

따라서 이 사건 인가처분은 원고의 나머지 주장에 대하여 나아가 살펴볼 필요 없이 그 하자가 중대하고 명백하여 무효라고 할 것이고, 원고는 이 사건 사업구역 내의 토지 소유자로서 그 확인을 구할 이익도 있다 할 것이다.

#### 4. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있으므로 이를 인용할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

[별지 생략]

판사 곽종훈(재판장) 이재석 이완희