

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2011두25173 사업시행인가무효확인

원고, 피상고인 겸 상고인

원고 1 외 2인

원고들 소송대리인 변호사 서홍직 외 1인

원고보조참가인 원고보조참가인

피고, 피상고인 1. 서울특별시 서대문구청장

소송대리인 법무법인 우리

담당변호사 김정철 외 2인

피고, 상고인 2. 홍은제12구역주택재개발정비사업조합

소송대리인 법무법인(유한) 바른 외 3인

원 심 판 결 서울고등법원 2011. 9. 23. 선고 2011누2080 판결

판 결 선 고 2014. 2. 27.

주 문

원심판결 중 피고 홍은제12구역 주택재개발정비사업조합 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고들의 상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 원고들의 상고로 인한 부분은 원고들이 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 피고 조합의 상고이유에 관하여

가. 소의 이익에 관한 주장에 대하여

구 도시 및 주거환경정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 도시정비법'이라고 한다) 제28조 제1항, 제30조에 의하면, 사업시행자가 주택재개발 사업을 시행하고자 하는 경우 토지이용계획·정비기반시설 및 공동이용시설의 설치계획·임시수용시설을 포함한 주민이주대책·세입자의 주거 및 이주 대책·임대주택의 건설계획·건축물의 높이 및 용적률 등에 관한 건축계획·정비사업의 시행과정에서 발생하는 폐기물의 처리계획·교육시설의 교육환경 보호에 관한 계획·그 밖에 사업시행을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도 조례가 정하는 사항을 포함한 사업시행계획서에 정관 등을 첨부하여 시장·군수의 인가를 받아야 하고, 인가받은 내용을 변경하는 경우에도 시장·군수의 인가를 받아야 하며, 다만 대통령령이 정하는 경미한 사항을 변경하고자 하는 때에는 시장·군수에게 이를 신고하여야 한다.

이러한 관계 법령의 내용, 형식 및 취지 등에 비추어 보면, 인가받은 사업시행계획서의 내용 중 경미한 사항을 변경하여 이를 신고한 경우는 물론, 그 밖의 사항을 변경하여

그 인가를 받은 경우에도 종전에 인가받은 사업시행계획 중 변경되지 아니한 부분은 여전히 존재하여 그 효력을 유지함이 원칙이지만, 주택재개발정비사업조합이 당초 사업시행계획의 흠을 바로 잡기 위하여 당초 사업시행계획과 동일한 요건, 절차를 거쳐 새로운 사업시행계획을 수립하여 시장·군수로부터 인가 받은 경우 또는 당초 사업시행계획의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용으로 새로운 사업시행계획을 수립하여 시장·군수의 인가를 받음으로써 새로운 사업시행계획이 당초 사업시행계획을 대체하였다고 평가할 수 있는 경우에는 그 효력을 상실한다. 그리고 당초 사업시행계획의 주요 부분을 실질적으로 변경하는 내용의 새로운 사업시행계획을 수립하여 당초 사업시행계획을 대체하였는지 여부는, 사업시행계획 중 변경된 내용, 변경의 원인 및 그 정도, 당초 사업시행계획과 변경 사업시행계획 사이의 기간, 당초 사업시행계획의 유효를 전제로 이루어진 후속행위의 내용 및 그 진행 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

원심은, ① 변경된 사업시행계획에 있어서, 사업비용은 이 사건 사업시행계획에 비하여 22.5% 증액되었으나, 정비사업비용 이외의 다른 사항에 관하여는 대지면적·지하면적·이주대책 세대수 등이 일부 변경되었을 뿐 건축될 주택의 동수·세대수·형별 세대수 등은 전과 동일한 점, ② 피고 조합이 사업시행계획을 변경한 것은 기존의 사업시행계획을 완전히 철회하고 새로이 사업시행계획을 세우기 위한 것이 아니라, 임대주택공급 및 주거이전비 지급대상자 증가에 따른 변경과 근린생활시설 부분을 변경하여 향후 분양업무에 대한 효율성을 높이기 위한 것으로 보이는 점 등을 들어, 2010. 12. 28. 인가된 사업시행계획의 변경이 2009. 6. 8. 인가된 이 사건 사업시행계획을 대체하여 실질적으로 새로운 사업시행계획을 수립한 것이라고 볼 수 없으므로 이 사건 사업

시행계획이 효력을 상실하여 그 무효확인을 구할 소의 이익이 없다고 볼 수는 없다는 취지로 판단하였다.

앞서 든 법리에 비추어 보면, 원심의 이러한 판단은 정당하고 거기에 사업시행계획의 변경으로 당초 사업시행계획의 효력이 상실하는지에 관한 법리나 소의 이익에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

나. 조합원지위 상실로 인하여 원고적격이 없다는 주장에 대하여

주택재개발사업에 대한 사업시행계획에 당연무효인 하자가 있는 경우에는 재개발사업조합은 사업시행계획을 새로이 수립하여 관할관청에게서 인가를 받은 후 다시 분양신청을 받아 관리처분계획을 수립하여야 한다. 따라서 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않거나 분양신청을 철회함으로써 인해 구 도시정비법 제47조 및 조합 정관 규정에 의하여 조합원의 지위를 상실한 토지 등 소유자도 그때 분양신청을 함으로써 건축물 등을 분양받을 수 있으므로 사업시행계획의 무효확인 또는 취소를 구할 법률상 이익이 있다(대법원 2011. 12. 8. 선고 2008두18342 판결 참조).

위 법리에 따르면, 원고들이 이 사건 사업시행인가 이후 분양신청기간 내에 분양신청을 하지 않아 조합원의 지위를 상실하였다고 하더라도 원고들에게는 이 사건 사업시행계획의 효력을 다툴 법률상 이익이 있다. 따라서 원고들에게 원고적격이 있음을 전제로 한 원심판결은 정당하고, 거기에 원고적격에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

다. 이 사건 사업시행계획 하자의 중대·명백성 여부

(1) 구 도시정비법 제28조 제5항은 사업시행자는 사업시행인가를 신청하기 전에 미리 정관 등이 정하는 바에 따라 토지등소유자의 동의를 얻어야 한다고 규정하고 있

고, 같은 조 제6항은 조합설립동의에 관한 제17조를 사업시행계획의 동의에 관하여 준용하도록 규정하고 있다. 그리고 구 도시정비법 제17조의 위임에 따라 구 도시 및 주거환경정비법 시행령(2009. 4. 21. 대통령령 제21445호로 개정되기 전의 것) 제28조 제1항 제5호는 "추진위원회의 승인신청 전 또는 조합설립의 인가신청 전에 동의를 철회하는 자는 토지등소유자의 동의자수에서 제외할 것. 다만, 제26조 제2항 각 호의 사항의 변경이 없는 경우에는 조합설립의 인가를 위한 동의자의 수에서 이를 제외하지 아니한다"라고 규정하고 있다.

이와 같은 관련 법령의 규정 내용 및 그 취지에 의하면, 구 도시정비법은 사업시행계획에 대한 동의의 시기에 관하여 인가 신청을 하기 전에 미리 하도록 규정하고 있을 뿐이고, 동의의 방법과 정족수에 관하여는 정관 등에 의한 자치법적 규율에 맡기고 있으므로 사업시행계획의 내용이 확정되기 이전에 동의서가 작성되었다면 구체적인 사업시행계획의 작성에 관하여 조합에 위임한다는 취지가 포함되었다고 볼 수 있으므로 이러한 사정만으로 그 동의서가 위법하다고 볼 수 없다. 도시정비법 제28조 제6항에 의하여 사업시행계획 동의에 준용되는 도시정비법 제17조 및 도시정비법 시행령 제28조 제1항 제5호의 규정 취지에 비추어, 사업시행계획에 대한 동의 이후 사업시행계획 내용의 변경 유무에 관계 없이 동의 철회를 인정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 사업시행계획의 내용이 동의 이후 변경되었다고 하더라도 그 동의의 효력이 당연히 상실된다고 볼 수 없다(대법원 2014. 1. 16. 선고 2011두12801판결 참조). 다만 조합설립과 달리 사업시행계획에 있어서는 인가 신청 이전에 창립총회와 같이 변경된 사업시행계획에 대한 의사를 확인할 수 있는 절차가 규정되어 있지 아니한 점을 고려하여 보면, 동의 이후 사업시행계획이 변경된 경우 조합으로서는 조합원들에게 변경된 사업시행계획

의 내용과 함께 기존 동의를 철회할 수 있음을 고지할 신의칙상 의무가 있다고 봄이 타당하다.

(2) 원심판결 이유 및 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거 등에 의하면, 추진위원회 또는 피고 조합은 조합 창립총회를 전후한 2007. 6.경부터 2007. 9.경까지 사이에 토지등소유자로부터 조합설립동의서를 받으면서 사업시행계획동의서(전체 토지등소유자 357명 중 223명, 동의율 62.3%)도 같이 받은 사실, 피고 조합은 2007. 7. 10. 창립총회에서 사업시행계획(안)을 안건으로 상정하였는데, 당시 사업시행계획(안)은 정비계획 중 일부를 그대로 옮긴 것으로서 건폐율, 용적율, 동 세대수 및 평형별 세대 분포 등 사업시행계획에 포함될 사항이 정해지지 아니하였던 사실, 피고 조합은 동의서를 받은 날로부터 1년이 경과한 2008. 12. 18. 이 사건 사업시행계획에 대한 인가신청을 하였는데, 이 사건 사업시행계획에는 당초 토지등소유자로부터 동의서를 받을 당시 예정했던 것보다 약 23% 증액된 금액이 정비사업비용으로 기재된 사실, 피고 조합은 이 사건 사업시행계획 신청하는 과정에서 별도로 토지등소유자로부터 동의서를 받지 아니한 사실을 알 수 있다.

(3) 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 동의서 청구 당시 예정하였던 정비사업비용보다 이 사건 사업시행계획의 정비사업비용이 증액되었으므로 피고 조합이 사업시행계획인가 신청을 하기 이전에 토지등소유자에게 변경된 사업시행계획의 내용과 함께 기존 동의를 철회할 수 있음을 고지할 신의칙상 의무가 있는데도 이를 하지 아니한 절차상 위법이 있다고 보아야 한다.

다만 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위해서는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며, 하자가 중대하고 명

백한지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다(대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체 판결, 대법원 2012. 2. 16. 선고 2010두10907 전원합의체 판결 등 참조).

앞서 본 법리에 비추어 보면, ① 사업시행계획 동의 이후 그 내용이 당초 동의 당시 예정했던 것과 달라진 경우 동의의 효력에 관하여 도시정비법이 아무런 규정을 두고 있지 아니할 뿐 아니라 그 효력에 관한 대법원 판결도 없어서 이러한 경우 동의가 효력을 상실하는지 여부가 명확하지 아니하였고, 이러한 경우 조합이 그 변경 내용을 토지등소유자에게 고지해야 하는지 여부에 대한 법리도 선언되지 아니하였던 점, ② 이 사건에 있어서 사업시행계획 동의서 이외에 창립총회에서 전체 조합원 중 과반수 이상이 사업시행계획(안)에 찬성했고[원심은 창립총회에서 사업시행계획(안)에 대하여 전체 조합원 357명 중 과반수에 미치지 못하는 106명만 찬성하였다고 보았으나 이는 서면 결의자만을 찬성자로 오해한 것으로 보인다], 조합설립동의서에도 이후 사업시행계획이 변경되는 것에 동의한다는 취지가 기재되어 있는 점 등에 비추어, 이와 같은 추가적인 토지등소유자의 의사에 의하여 사업시행계획 변경에 대하여 조합에 대하여 위임했다고 볼 여지도 있는 점 등에 비추어 보면 이 사건 사업시행계획에 있어서 정비사업비용이 증가한 내용과 이에 따라 기존 동의를 철회할 수 있음을 고지하지 아니한 하자가 중대·명백하다고 볼 수 없다.

(4) 그런데 원심은 이와 달리, 이 사건 사업시행계획에 대한 동의서 작성 당시 사업시행계획의 내용이 정해지지 아니하였으므로 사업시행계획에는 동의가 흠결되어 위법함을 전제로 하여, 동의서 징구 당시에 비하여 정비사업비용이 23% 정도 증액되어

토지등소유자가 쉽게 예상할 수 있었던 범위를 넘어선 점, 피고 조합도 이 사건 사업 시행계획에 대해 별도로 토지등소유자 과반수의 동의를 받아야 함을 명백히 인식하고 있었던 것으로 보이는 점 등을 들어, 이러한 동의 흠결의 하자는 중대·명백하므로, 피고 조합의 이 사건 사업시행계획은 무효라고 판단하였다. 따라서 원심판결에는 사업 시행계획 동의의 효력 및 행정처분 하자의 중대·명백성에 대한 법리 등을 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

2. 원고들의 상고이유에 관하여

가. 사업시행계획 인가의 효력에 대한 법리오해 주장에 대하여

기본행위인 사업시행계획이 무효인 경우 그에 대한 인가처분이 있다고 하더라도 그 기본행위인 사업시행계획이 유효한 것으로 될 수 없으며, 기본행위가 적법·유효하고 보충행위인 인가처분 자체에만 하자가 있다면 그 인가처분의 무효나 취소를 주장할 수 있다고 할 것이지만, 인가처분에 하자가 없다면 기본행위에 하자가 있다고 하더라도 따로 그 기본행위의 하자를 다투는 것은 별론으로 하고 기본행위의 무효를 내세워 바로 그에 대한 인가처분의 취소 또는 무효확인을 구할 수 없다(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001두7541 판결 등 참조).

따라서 기본행위의 무효를 들어 인가처분의 무효확인을 구할 수 없는 이 사건에 있어서, 원심판결이 그 이유 설시는 적절치 아니하나 이 사건 인가처분의 무효확인을 구한 원고들의 피고 구청장에 대한 청구를 배척한 결론에 있어서는 정당하다.

나. 사업시행인가절차에 관한 법리오해 등 주장에 대하여

원심은 이 사건 사업시행계획에 대한 공람기간은 구 도시정비법(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 일부 개정된 것) 제31조 제1항에 따라 14일 이상이라고 판단한 후 피고

구청장이 이 사건 사업시행계획에 대해 공람기간을 2009. 4. 10.부터 같은 달 24.까지 14일간으로 한 것은 위 조항에 부합하여 적법하다고 보았다. 그리고 그 채택 증거를 종합하여 그 판시와 같은 사실 인정을 기초로 피고 구청장이 토지등소유자에게 구 도시 및 주거환경정비법 시행령(2010. 7. 15. 대통령령 제22277호로 개정되기 전의 것) 제42조 후문에 의한 개별통지절차를 거쳤다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 사업시행계획인가 절차에 관한 법리 등을 오해하거나, 논리와 경험칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

3. 결론

그러므로 원심판결 중 피고 조합의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략하고 피고 조합의 패소 부분을 파기하여 사건을 서울고등법원에 환송하고 원고들의 상고를 모두 기각하며, 상고비용은 원고들의 상고로 인한 부분은 원고들에게 부담시키도록 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이인복

 대법관 민일영

 대법관 박보영

주 심 대법관 김 신