

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2011두25876 조합설립변경인가처분무효확인
원고, 상고인	원고 1 외 6인 소송대리인 변호사 박성훈
원고보조참가인	다인종합건설 주식회사 소송대리인 변호사 손지열 외 5인
피고, 피상고인	서울특별시 강서구청장 소송대리인 법무법인 한림 담당변호사 김종무 외 2인
피고보조참가인	화곡3주구주택재건축정비사업조합 소송대리인 변호사 강재룡 외 1인
원 심 판 결	서울고등법원 2011. 9. 7. 선고 2011누13899 판결
판 결 선 고	2014. 5. 29.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용 중 원고들 보조참가로 인한 부분은 원고들 보조참가인이, 나머지는 피고 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고들이 각 부담한다.

이 유

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

1. 상고이유 제1, 2점에 대하여

가. 정비사업조합(이하 '조합'이라고만 한다)에 관한 조합설립변경인가처분은 당초 조합설립인가처분에서 이미 인가받은 사항의 일부를 수정 또는 취소·철회하거나 새로운 사항을 추가하는 것으로서 유효한 당초 조합설립인가처분에 근거하여 설권적 효력의 내용이나 범위를 변경하는 성질을 가지므로, 당초 조합설립인가처분이 쟁송에 의하여 취소되거나 무효로 확정된 경우에는 이에 기초하여 이루어진 조합설립변경인가처분도 원칙적으로 그 효력을 상실하거나 무효라고 해석함이 타당하다. 마찬가지로 당초 조합설립인가처분 이후 여러 차례 조합설립변경인가처분이 있었다가 중간에 행하여진 선행 조합설립변경인가처분이 쟁송에 의하여 취소되거나 무효로 확정된 경우에 후행 조합설립변경인가처분도 그 효력을 상실하거나 무효라고 새겨야 한다.

다만, 조합설립변경인가처분도 조합에 정비사업 시행에 관한 권한을 설정하여 주는 처분인 점에서는 당초 조합설립인가처분과 다를 바 없으므로, 선행 조합설립변경인가처분이 쟁송에 의하여 취소되거나 무효로 확정된 경우라도 후행 조합설립변경인가처분이 선행 조합설립변경인가처분에 의해 변경된 사항을 포함하여 새로운 조합설립변경인가처분의 요건을 갖춘 경우에는 그에 따른 효력이 인정될 수 있다. 이러한 경우 조합은 당초 조합설립인가처분과 새로운 조합설립변경인가처분의 요건을 갖춘 후행 조합설립변경인가처분의 효력에 의하여 정비사업을 계속 진행할 수 있으므로, 그 후행 조합설립변경인가처분을 무효라고 할 수는 없다.

나. 구 도시 및 주거환경정비법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것. 이하 '구 도시정비법'이라고 한다) 제16조 제2항은 "주택재건축사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 「집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률」 제47조 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 주택단지 안의 공동주택의 각 동별 구분소유자 및 의결권의 각 3분의 2 이상의 동의와 주택단지 안의 전체 구분소유자 및 의결권의 각 4분의 3 이상의 동의를 얻어 정관 및 건설교통부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수의 인가를 받아야 한다. 인가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다. 다만, 제1항 단서의 규정에 의한 경미한 사항을 변경하고자 하는 때에는 조합원의 동의 없이 시장·군수에게 신고하고 변경할 수 있다."고 규정하고 있고, 제3항은 "제2항의 규정에 불구하고 주택단지가 아닌 지역이 정비구역에 포함된 때에는 주택단지가 아닌 지역안의 토지 또는 건축물 소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 3분의 2 이상의 토지소유자의 동의를 얻어야 한다."고 규정하고 있다. 그리고 구 도시 및 주거환경정비법 시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20722호로 개정되기 전의 것. 이하 '구 도시정비법 시행령'이라고 한다) 제27조는 '구 도시정비법 제16조 제1항 단서에 규정된 대통령령이 정하는 경미한 사항'으로, '토지 또는 건축물의 매매 등으로 인하여 조합원의 권리가 이전된 경우의 조합원의 교체 또는 신규가입(제2호)', '구 도시정비법 제4조의 규정에 의한 정비구역 또는 정비계획의 변경에 따라 변경되어야 하는 사항(제3호)'을 들고 있다.

위 규정들의 내용, 형식 및 체제에 비추어 보면, 조합을 설립할 때 정비구역에 주택단지가 아닌 지역이 포함되어 있을 경우에는 주택단지에 대하여 구 도시정비법 제16조 제2항에 의한 동의를 얻는 것과 별도로 주택단지가 아닌 지역에 대하여도 같은 조 제3항에 의한 동의를 얻어야 한다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2010두25107 판결 등 참조).

또한 설립인가를 받은 조합이 인가받은 사항을 변경하는 경우에도 그 변경 사항에 대하여 설립시와 마찬가지로 법정 동의율 이상의 동의를 갖추어야 하는 것이 원칙이지만, 그 변경 사항이 구 도시정비법 시행령 제27조 각호에 규정된 경미한 사항에 해당하면 새로운 동의절차가 필요 없다.

이에 따라 사업구역의 위치를 변경하고 면적을 확대하는 조합설립변경인가의 경우에도 원칙적으로 종전 구역과 추가된 구역을 합한 전체 구역을 대상으로 하여 법정 동의 요건을 갖추어야 한다. 그런데 위와 같은 사업구역의 위치 변경과 면적 확대가 구 도시정비법 제4조의 규정에 의한 정비구역 또는 정비계획의 변경에 따라 이루어지는 경우 이는 구 도시정비법 시행령 제27조 제3호에 규정된 경미한 사항에 해당하므로, 달리 특별한 사정이 없는 이상 기존의 조합설립에 동의한 조합원들에 대하여는 새로이 동의를 받을 필요가 없고 종전 사업구역에 대한 동의는 변경된 사업구역에 대한 동의로도 유효하다고 봄이 상당하다. 그리고 어느 구분소유자 등이 처음에는 조합설립에 동의하지 아니하였다가 설립인가 후에 의사를 바꾸어 조합설립에 동의함으로써 조합에 추가로 가입한 경우, 이는 구 도시정비법 시행령 제27조 제2호에 규정된 경미한 사항인 '토지 또는 건축물의 매매 등으로 인하여 조합원의 권리가 이전된 경우의 조합원의 교체 또는 신규가입'에 해당하므로 그들의 추가 동의 내역도 조합설립변경인가의 법정 동의율 충족 여부를 판단할 때 반영하여야 하며, 또한 위에서 본 사업구역 변경시의 동意的 효력에 관한 법리는 그 추가 동意的 효력을 판단할 때도 그대로 적용된다고 보아야 한다.

다. 원심이 인용한 제1심판결 이유와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 비롯한 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 서울특별시장은 서울 강서구 화곡동, 내발산동 일대 367,864.3㎡에 대한 화곡아파트지구개발기본계획을 변경하고 2000. 2. 25. 서울특별시 고시 제2000-36호로 이를 고시하였다. 위 지구개발기본계획에서 정한 제3주구(이하 '제3주구'라고 한다)의 면적은 139,753.9㎡이고, 그 안에는 우신아파트 1,222세대(상가 52세대 포함), 양서아파트 305세대(상가 15세대 포함), 홍진시범 1차아파트 99세대(상가 9세대 포함), 홍진시범 2차아파트 93세대(상가 3세대 포함), 홍진아파트 100세대, 화인연립 36세대 등의 주택단지 및 단독주택이 있었다.

2) 우신아파트 구분소유자와 홍진시범 1차아파트 구분소유자 1,118명으로 구성된 피고 보조참가인 조합(이하 '참가인 조합'이라고 한다)은 제3주구에서 화곡3주구주택재건축사업(이하 '이 사건 사업'이라고 한다)을 시행하기 위해서 대지면적을 76,373㎡로 하여 2002. 7. 24. 구 주택건설촉진법(2002. 8. 26. 법률 제6732호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제44조에 의거하여 피고로부터 설립인가를 받아 구 도시정비법 제18조 제2항 및 부칙(2002. 12. 30.) 제10조 제1항에 따라 2003. 7. 28. 설립등기를 마쳤다.

그 후 참가인 조합은 이 사건 사업의 시행을 위하여 여러 차례 조합원을 추가하거나 제3주구 안에 있는 다른 지역을 사업구역에 편입하여 조합원을 확대하는 취지의 변경인가를 받았는데, 이 사건 제1차 변경인가에 의해 홍진시범 2차아파트 주택단지 및 주택단지가 아닌 지역이, 이 사건 제4차 변경인가에 의해 화인연립 주택단지가, 이 사건 제5차 변경인가에 의해 홍진아파트 주택단지가, 이 사건 제6차 변경인가에 의해 양서아파트 주택단지가 각각 사업구역에 편입되었다(이하 이 사건 제1, 4, 5, 6차 변경인가 처분을 통틀어 '선행 변경인가처분'이라고 한다).

3) 그런데, 참가인 조합의 정관은 설립인가 당시부터 사업시행구역에 관하여 제5

조에서 조합의 재건축사업 시행구역으로 제3주구를 대상으로 하여 대지의 총면적을 139,753.9㎡로 정하고 사업의 시행상 불가피하다고 인정되어 관계 법령 및 정관에 따라 추가로 편입되는 토지가 있을 경우에는 사업시행구역과 대지의 총면적이 다소 증감할 수 있다고 정한 것을 비롯하여, 조합구성에 관하여 제3주구 내의 다른 단지 조합과 합의하여 연합 또는 합병할 수 있음을 허용하고, 최초 조합을 구성한 아파트 소유자뿐만 아니라 사업시행구역 안의 주택 등 소유자로서 재건축결의에 동의한 자에 대하여 조합원의 자격을 부여하는 등 조합이 제3주구 139,753.9㎡ 내에서 사업시행구역을 확대할 수 있음을 전제로 한 규정들을 두고 있다.

마찬가지로 참가인 조합이 설립시에 구분소유자들로부터 받은 동의서에도 사업을 시행하는 대지면적이 그 동의서 작성시의 사업구역 면적이 아니라 서울특별시 기본계획 확정고시 기준에 따른 면적으로서 제3주구 대지의 총면적인 '약 139,753.9㎡'로 기재되어 있고, 또한 위와 같은 내용의 조합 정관에 따라 조합을 운영하고 사업을 시행하는 것에 동의한다고 기재되어 있다.

이에 따라, 참가인 조합은 제3주구 전체의 면적 범위 내에서 사업구역을 확대하는 취지의 선행 변경인가처분을 받을 때도, 사업구역에 추가된 지역의 구분소유자나 토지 또는 건축물 소유자로부터 위와 동일한 내용의 동의서를 추가로 받았을 뿐 종전 사업구역의 구분소유자나 토지 또는 건축물 소유자로부터는 따로 동의서를 받지 않았고, 또한 사업구역의 면적은 그대로 두고 조합원의 추가가입 및 명의변경에 의한 총 조합원 수의 변경을 변경인가의 대상으로 삼았다.

4) 서울특별시장은 2007. 10. 11. 서울특별시 고시 제2007-356호로 제3주구의 면적을 139,753.9㎡에서 서울 강서구 화곡동 일대 154,096.0㎡로 확장하는 내용으로 화곡

아파트지구 개발기본계획·정비계획을 변경·고시하였고, 그에 따라 참가인 조합은 종전의 제3주구에 인접한 서울 강서구 (주소 1 생략) 대지, (주소 2 생략) 대지, (주소 3 생략) 대지, (주소 4 생략) 대지, (주소 5 생략) 대지, (주소 6 생략) 대지 및 위 대지상에 있는 상가건물들과 그 밖의 단독주택 또는 다세대주택 부지 및 건물 등(이하 '이 사건 편입구역'이라고 한다)을 사업구역에 추가하였고, 그 후 2008. 1. 14. 건설예정지를 서울 강서구 (주소 7 생략) 외 150필지로, 구역면적을 154,096.1㎡로, 조합원을 2,021명으로 각 변경하는 내용의 이 사건 제8차 변경인가를 받았다.

5) 참가인 조합은 이 사건 제1차 변경인가처분 당시 새로이 사업구역에 편입되는 주택단지가 아닌 지역 안의 토지 또는 건축물 소유자 103명 중 59명(57%)의 동의만을 받았고 이 사건 제7차 변경인가처분 당시까지도 구 도시정비법 제16조 제3항에 규정된 동의요건을 갖추지 못하였다.

이에 원고들은 선행 변경인가처분과 이 사건 제8차 변경인가처분 등의 무효확인을 구하는 이 사건 소를 제기하였는데, 제1심법원은 2011. 3. 30. 선행 변경인가처분에 대한 무효확인 청구는 인용하고, 제8차 변경인가처분에 대한 무효확인 청구는 기각하는 취지의 판결을 선고하였고, 이에 대하여 피고가 항소하지 아니하여 선행 변경인가처분에 대한 무효확인판결은 2011. 9. 7. 원심판결의 선고와 동시에 확정되었다.

6) 그렇지만 이 사건 제8차 변경인가처분 당시 참가인 조합이 선행 변경인가처분에 앞서 각각 받은 동의서를 모두 포함하면, 이 사건 제8차 변경인가처분에 의하여 변경된 전체 사업구역 내에서의 주택단지 지역의 구분소유자들에 대하여는 구 도시정비법 제16조 제2항에 규정된 주택단지에 관한 법정 동의율을 충족한다.

그리고 제7차 변경인가처분까지와는 달리 이 사건 제8차 변경인가처분 당시에는 이

사건 편입구역이 추가됨에 따라 전체 주택단지가 아닌 지역 안의 토지 또는 건축물 소유자가 103명에서 303명으로 증가하고 토지면적이 17,101.83㎡에서 31,282.04㎡로 늘어났으며, 이 사건 편입구역 내 토지 또는 건축물 소유자 200명 중 183명의 동의를 추가로 받음에 따라, 종전 토지 또는 건축물 소유자 103명 중 당시까지의 동의자 74명을 합하면, 전체 동의자 257명은 토지 또는 건축물 소유자의 84.81% $[(183명+74명)/(200명+103명) \times 100]$ 이고, 그들이 소유한 토지면적 합계 21,071.76㎡는 전체 토지면적의 67.36% $(21,071.76㎡/31,282.04㎡ \times 100)$ 로서, 역시 구 도시정비법 제16조 제3항에 규정된 주택단지가 아닌 지역에 관한 법정 동의율을 충족한다.

라. 위 사실관계에 의하면, 선행 변경인가처분이 쟁송에 의해 무효로 확정되었으므로, 이 사건 제8차 변경인가처분은 선행 변경인가처분이 유효함을 전제로 하여 이 사건 편입구역을 추가로 편입하고 이 사건 편입구역 내 조합원을 추가하는 내용의 선행 변경인가처분에 대한 변경 처분으로서는 유효하다고 보기 어렵다.

마. 그렇지만, 아래에서 보는 것과 같이 이 사건 제8차 변경인가처분은 당초 조합설립인가처분에 따라 우진아파트와 홍진시범 1차아파트의 각 주택단지로 구성된 사업구역(이하 '최초 사업구역'이라고 한다)을 선행 변경인가처분에 의하여 편입된 지역과 이 사건 편입지역이 모두 추가된 제3주구 사업구역(이하 '변경 후 제3주구 사업구역'이라고 한다)으로 확대하는 조합설립변경인가로서의 요건을 갖추었으므로 그에 따른 효력이 인정되고, 참가인 조합은 당초 조합설립인가처분과 새로운 조합설립변경인가처분의 요건을 갖춘 이 사건 제8차 변경인가처분의 효력에 의하여 정비사업을 계속 진행할 수 있으므로, 이 사건 제8차 변경인가처분을 무효라고 할 수는 없다.

1) 참가인 조합 설립 후에 제정된 구 도시정비법이 조합의 사업구역과 정비구역이

일치할 것을 요구하는 것과는 달리, 참가인 조합의 최초 설립 근거였던 구 주택건설촉진법령에서는 아파트지구개발기본계획에 의한 아파트지구 내의 일부 토지를 대상으로 한 사업시행 내지는 조합설립이 허용됨에 따라 조합설립 후에 아파트지구 내의 다른 구역을 사업구역으로 추가하여 전체 아파트지구에 대하여 사업을 시행하는 조합으로의 변경을 예상할 수 있었고, 참가인 조합은 이러한 취지를 정관에 반영하는 한편 설립시부터 구분소유자들이나 토지 또는 건축물 소유자들로부터 받은 동의서들에도 사업대상 토지면적으로 제3주구 대지의 총면적이 기재되어 있었으므로, 이러한 사정을 종합하여 보면 위 동의서들은 제3주구 대지 전체를 사업구역으로 하는 동의로서 유효하다고 봄이 상당하다. 그리고 위에서 본 것과 같이 제3주구에 이 사건 편입지역이 추가된 것은 조합설립 후에 화곡아파트지구 개발기본계획·정비계획이 변경됨에 따른 것이며, 이는 구 도시정비법 시행령 제27조 제3호에서 정한 경미한 사항에 해당하고, 그 변경된 면적을 고려하더라도 그 동일성을 부정할 정도는 아니므로, 종전의 제3주구 대지 전체에 대한 위 동의서들은 이 사건 편입지역이 추가된 변경 후 제3주구 사업구역에 대한 동의로도 유효하다고 할 것이다.

또한 참가인 조합이 이 사건 제8차 변경인가처분 당시까지 받은 동의서들에 의하면, 변경 후 제3주구 사업구역 중에서 주택단지에 관하여는 구 도시정비법 제16조 제2항에 규정된 법정 동의율을, 주택단지가 아닌 지역에 관하여는 구 도시정비법 제16조 제3항에 규정된 법정 동의율을 각각 충족하였음은 위에서 본 바와 같다.

결국 이 사건 제8차 변경인가처분 당시, 참가인 조합은 변경 후 제3주구 사업구역에 대하여 조합설립과 마찬가지로의 법정 동의 요건에 해당하는 동의서를 갖추고 있었다고 할 수 있으므로, 참가인 조합이 갖추고 있었던 동의서가 적법·유효하다면 이러한 사

정에 기초하여 이루어진 이 사건 제8차 변경인가처분은 최초 사업구역을 변경 후 제3주구 사업구역으로 변경하는 조합설립변경인가로서의 효력이 인정될 수 있다.

2) 그런데 원심이 인용한 제1심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거를 비롯한 기록에 의하여 알 수 있는 바와 같이, 피고는 이 사건 제8차 변경인가처분 당시 '주택단지가 아닌 지역'인 사업구역 내에 여러 필지의 토지를 소유하고 있던 기독교대한 성결교회 ○○교회(이하 '○○교회'라고 한다)의 동의서가 적법·유효하다고 보았는데, 원고들은 교인총회의 결의 없이 소외인이 제출한 ○○교회의 동의서는 조합설립 동의로서 효력이 없다고 다투고 있다.

구 도시정비법 제17조의 위임에 따라 마련된 구 도시정비법 시행령 제28조 제4항에 따르면, 토지등소유자의 동의는 인감도장을 사용한 서면동의의 방법에 의하여 인감증명서를 첨부하여야 한다. 그러나 권리능력 없는 사단은 인감증명을 발급받을 수 있는 제도가 마련되어 있지 아니하므로, 권리능력 없는 사단의 대표자가 그 대표자 자격 및 대표자 본인이 작성하였음을 증명하는 개인 인감증명 등의 서류를 첨부하거나 권리능력 없는 사단의 직인을 날인하고 그 직인의 진정 성립을 증명하는 서류를 첨부하는 등 적절한 방법으로 권리능력 없는 사단을 대표하여 조합설립동의를 하면 된다고 새기는 것이 타당하다.

그리고 구 도시정비법 시행령 제28조 제4항이 규정한 서면동의 방법의 입법취지 등을 고려하면, 정비구역 안에 토지나 건축물을 소유한 교회가 재건축조합의 설립 및 사업시행에 대하여 동의를 하는 경우에 교회 대표자의 조합설립 동의서 제출 경위, 동의서 제출 전후 교인들의 재건축 추진에 대한 의견, 동의서 제출 이후의 구체적인 상황 등 제반 사정에 비추어 교인들의 총의(總意)가 반영되어 동의를 이루어진 것으로 인정

될 수 있다면 그 동의를 유효하다고 보아야 한다.

원심이 인용한 제1심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거를 비롯한 기록에 의하면, ① ○○교회는 피고에게 참가인 조합의 설립 및 사업시행에 동의하면서 그 대표자인 목사 소외인이 '소외인(기독교대한성결교회○○교회)'이라고 기재된 '재건축결의 및 사업시행계획 동의서'에 소외인의 인감도장을 날인하고 그의 인감증명서를 첨부하여 제출한 사실, ② ○○교회는 화곡아파트지구 개발기본계획·정비계획이 변경됨에 따라 이 사건 제8차 변경인가처분 이후인 2008. 8. 21. 조합에 의한 정비사업의 시행에 동의하였음을 전제로 하여 참가인 조합과 정비계획상 획지3(주구중심 3-2)에 교회 건물을 건축하는 데 협조하기로 합의하는 한편, 획지3(주구중심 3-2) 면적을 초과하는 ○○교회의 종전 토지 부분의 정산을 위해 참가인 조합에 서울 강서구 (주소 8 생략) 대 1,424.5㎡ 중 701.4㎡를 7,001,725,500원에 매도하기로 하는 계약을 체결하고 2009. 3. 4. 참가인 조합으로부터 매매대금 전부를 지급받은 사실, ③ ○○교회는 2010. 11. 16. 참가인 조합을 상대로 하여 조합설립인가 무효확인 소송을 제기하기 전까지는 참가인 조합에 교회 신축을 위하여 협조해달라는 취지로만 요구하였을 뿐 조합설립동의가 무효라는 취지로는 주장하지 아니한 사실, ④ 그 밖에 ○○교회가 이 사건 제8차 변경인가처분에 대하여 다투고 있다는 아무런 자료가 없는 사실 등을 알 수 있다.

위 사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, ○○교회의 적법한 대표자인 소외인이 ○○교회를 대표하여 조합설립동의서를 작성하여 제출하였고, 그 조합설립동의서 제출 이후에도 ○○교회가 정비사업의 시행에 동의하였음을 전제로 하여 제3주구 내에서 ○○교회 건물을 신축하는 데 서로 협조하기로 합의하고, 참가인 조합에 위 (주소 8 생략) 토지의 일부를 매도하고 정상적으로 그 매매계약이 이행되어 거액의 대금을 주고받는

등의 사정을 고려할 때, ○○교회의 조합설립동의를 교인들의 총의(總意)가 반영되어 이루어졌다고 인정할 수 있으므로 그 동의는 유효하다고 보아야 한다.

3) 따라서 이 사건 제8차 변경인가처분은 변경 후 제3주구 사업구역 전체에 대하여 조합설립과 마찬가지로 법정 동의 요건을 갖추고 있어, 최초 사업구역을 변경 후 제3주구 사업구역으로 변경하는 새로운 조합설립변경인가로서의 효력이 인정되고, 참가인 조합은 당초 조합설립인가처분과 이 사건 제8차 변경인가처분의 효력에 의하여 정비사업을 계속 진행할 수 있으므로, 이 사건 제8차 변경인가처분을 무효라고 할 수는 없다.

바. 같은 취지에서 이 사건 제8차 변경인가처분이 유효하다고 본 원심판결은 이유의 설시에 부적절한 부분이 있으나 그 결론에 있어 정당하므로, 거기에 조합설립변경인가의 법적 성질이나 조합설립동의를의 효력 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법 등이 없다.

2. 상고이유 제3점에 대하여

행정소송에 관하여 행정소송법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 민사소송법의 규정이 준용되므로(행정소송법 제8조 제2항), 원칙적으로 변론주의가 지배하는 행정소송에서도 직권조사사항에 관한 것이 아닌 이상 실기한 공격 또는 방어의 방법의 각하에 관한 민사소송법 제149조 제1항이 준용된다고 할 것이고, 행정소송법 제26조(직권 심리)가 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2003. 4. 25. 선고 2003두988 판결 등 참조). 그리고 법원은 당사자의 고의 또는 중대한 과실로 시기에 늦게 제출한 공격 방어방법이 그로 인하여 소송의 완결을 지연하게 하는 것으로 인정될 때에는 이를 각하할 수 있고, 이는 독립된 결정의 형식으로 뿐만 아니라 판결이유 중에서 판단하는

방법에 의하여 할 수도 있다. 다만, 법원이 당사자의 공격방어방법에 대하여 각하결정을 하지 아니한 채 그 공격방어방법에 관한 증거조사까지 마친 경우 또는 실기한 공격방어방법이라 하더라도 따로 심리하거나 증거조사를 하여야 할 사항이 남아 있어 어차피 기일의 속행을 필요로 하고 그 속행기일의 범위 내에서 공격방어방법의 심리도 마칠 수 있거나 공격방어방법의 내용이 이미 심리를 마친 소송자료의 범위 안에 포함되어 있는 때에는 각하할 수 없다고 보아야 한다(대법원 2003. 4. 25. 선고 2003두988 판결 등 참조).

원심은, 원고들이 토지면적 동의율 산정이 위법하다는 취지의 주장을 4차에 걸친 제 1심 변론기일은 물론 원심 1차 변론기일까지 하지 않다가 위 주장이 담긴 2011. 8. 5. 자 준비서면을 제출한 후 2011. 8. 10. 11:00에 열린 원심 2차 변론기일(마지막 변론기일)에서 위 준비서면을 진술함으로써 비로소 위와 같은 주장을 하였으므로, 이는 적시 제출주의를 규정한 민사소송법 제146조의 규정을 어기어 고의 또는 중대한 과실로 공격방어를 뒤늦게 제출함으로써 소송의 완결을 지연시키게 하였다고 보아 위 주장을 각하하였다.

위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 원고들의 위 주장의 당부를 판단하기 위해서는 추가적인 증거조사가 필요하다고 보이고, 이미 심리를 마친 소송자료의 범위 안에 위 주장의 내용이 포함되어 있지 아니한 점 등을 고려할 때, 원심의 이러한 판단은 충분히 수긍할 수 있고, 거기에 실기한 공격방어방법의 각하에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.

3. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여 관여 대법관

의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	이인복
	대법관	민일영
	대법관	박보영
주 심	대법관	김 신