

## 대 법 원

### 판 결

사 건 2012두1419 주택재건축정비사업조합설립인가처분취소  
원고, 상고인 별지 원고 명단 기재와 같다.  
소송대리인 법무법인 다비다 담당변호사 조동섭 외 1인  
피고, 피상고인 서울특별시 마포구청장  
피고보조참가인 신수1주택재건축정비사업조합  
소송대리인 법무법인 을지 담당변호사 차흥권 외 2인  
원 심 판 결 서울고등법원 2011. 12. 9. 선고 2011누18009 판결  
판 결 선 고 2014. 4. 14.

### 주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 원고들이 부담한다.

### 이 유

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

1. 신수1구역 주택재건축정비사업조합(이하 '이 사건 조합'이라 한다) 설립추진위원회 변경승인처분 무효확인 및 취소 청구에 대하여

원고들은 원심판결 중 이 부분 무효확인 및 취소 청구에 관한 패소부분에 대해서도 상고를 제기하였으나, 상고장과 상고이유서에 이 부분에 관하여는 아무런 상고이유의 기재가 없다.

## 2. 이 사건 조합설립인가처분 무효확인 및 취소 청구에 대하여

### 가. 추진위원회 구성승인 및 구성변경승인의 효력에 관한 법리오해 주장에 대하여

조합설립추진위원회(이하 '추진위원회'라 한다)의 구성을 승인하는 처분은 조합의 설립을 위한 주체에 해당하는 비법인사단인 추진위원회를 구성하는 행위를 보충하여 그 효력을 부여하는 처분인 데 반하여, 조합설립인가처분은 법령상 요건을 갖추 경우 주택재건축사업을 시행할 수 있는 권한을 가지는 행정주체(공법인)로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분이므로, 양자는 그 목적과 성격을 달리한다. 추진위원회의 권한은 조합설립을 추진하기 위한 업무를 수행하는 데 그치므로 일단 조합설립인가처분을 받아 추진위원회의 업무와 관련된 권리와 의무가 조합에 포괄적으로 승계되면, 추진위원회는 그 목적을 달성하여 소멸한다. 조합설립인가처분은 추진위원회 구성의 동의요건보다 더 엄격한 동의요건을 갖추어야 할 뿐만 아니라 창립총회의 결의를 통하여 정관을 확정하고 임원을 선출하는 등의 단체결성행위를 거쳐 성립하는 조합에 관하여 하는 것이므로, 추진위원회 구성의 동의요건 흠결 등 추진위원회 구성승인처분상의 위법만을 들어 조합설립인가처분의 위법을 인정하는 것은 조합설립의 요건이나 절차, 그 인가처분의 성격, 추진위원회 구성의 요건이나 절차, 그 구성승인처분의 성격 등에 비추어 타당하다고 할 수 없다.

따라서 구 「도시 및 주거환경정비법」(2012. 2. 1. 법률 제11293호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 도시정비법'이라 한다)이 정한 동의요건을 갖추고 창립총회를 거쳐 주택재

건축조합이 성립한 이상, 이미 소멸한 추진위원회 구성승인처분의 하자를 들어 조합설립인가처분이 위법하다고 볼 수 없다. 다만 추진위원회 구성승인처분의 하자로 인하여 그 추진위원회의 조합설립인가 신청행위가 무효라고 평가될 수 있는 특별한 사정이 있는 경우라면, 그 신청행위에 기초한 조합설립인가처분이 위법하다고 볼 수 있을 것이다. 그런데 조합설립인가 신청행위는 앞서 본 바와 같이 법령이 정한 동의요건을 갖추고 창립총회를 거쳐 조합의 실체가 형성된 이후에 이를 바탕으로 이루어지는 것이므로, 추진위원회 구성이나 그 승인처분의 위법사유를 이유로 그 추진위원회가 하는 조합설립인가 신청행위가 무효로 된다고 볼 것은 아니다. 그 위법사유가 구 도시정비법상 하나의 정비구역 내에 하나의 추진위원회로 하여금 조합설립의 추진을 위한 업무를 수행하도록 한 추진위원회 제도의 입법취지를 형해화할 정도에 이르는 경우에 한하여 그 추진위원회의 조합설립인가 신청행위가 무효이고, 나아가 이에 기초한 조합설립인가처분의 효력을 다룰 수 있게 된다고 할 것이다(대법원 2013. 12. 26. 선고 2011두 8291 판결 등 참조).

원심은, 피고 보조참가인 조합(이하 '참가인 조합'이라 한다)의 전신인 이 사건 추진위원회에 대한 이 사건 구성승인처분에 하자가 있다고 하더라도, 이 사건 구성승인처분이 당연무효는 아니어서 그 하자가 이 사건 조합설립인가처분에 승계되지 않으므로, 이 사건 구성승인처분의 하자로 인하여 이 사건 조합설립인가처분이 위법하다고 볼 수 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리에 비추어 원심이 적법하게 조사한 증거 등 기록을 살펴보면, 이 사건 구성승인처분에 하나의 정비구역 내에 하나의 추진위원회로 하여금 조합설립의 추진을 위한 업무를 수행하도록 한 추진위원회 제도의 입법취지를 형해화할 정도에 이르는 하

자가 있다고 보기 어려우므로, 이 부분 원심판단에는 다소 부적절한 점이 있으나 이 사건 구성승인처분의 하자로 인하여 이 사건 조합설립인가처분이 위법하다고 볼 수 없다는 원심의 결론은 정당하고, 거기에 추진위원회 구성승인 및 구성변경승인의 효력에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

나. 국가 또는 지방자치단체 소유의 토지(이하 '국·공유지'라 한다)의 조합설립동의에 관한 법리오해 주장에 대하여

1) 토지 또는 건축물 소유자의 수에 대하여

구 도시정비법 제16조 제3항, 제2항에 따르면, 주택단지가 아닌 지역이 정비구역에 포함된 경우에 주택재건축사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 주택단지가 아닌 지역 안의 토지 또는 건축물 소유자의 4분의 3 이상 및 토지면적의 3분의 2 이상의 토지소유자의 동의를 얻어 정관 및 국토해양부령이 정하는 서류를 첨부하여 시장·군수의 인가를 받아야 한다. 그리고 구 도시정비법 제17조 제1항에 따르면, 토지 또는 건축물 소유자의 동의는 인감도장을 사용한 서면동의의 방법에 의하며, 이 경우 인감증명서를 첨부하여야 한다. 한편 구 도시정비법 제17조 제2항의 위임에 따라 마련된 구 「도시 및 주거환경정비법 시행령」(2010. 7. 15. 대통령령 제22277호로 개정되기 전의 것. 이하 '시행령'이라 한다) 제28조는 주택재건축사업의 경우에 1명이 둘 이상의 소유권 또는 구분소유권을 가지고 있는 경우에는 소유권 또는 구분소유권의 수에 관계없이 토지등소유자를 1명으로 산정할 것(제1항 제2호 나목)이라고 규정하고 있을 뿐, 여러 필지의 국·공유지에 대하여 소관 관리청이 다른 경우에 관한 특별한 예외규정을 두고 있지 아니하다.

이러한 구 도시정비법 제16조 제3항, 시행령 제28조 등 관계 법령의 문언에 의하면,

정비구역 안에 여러 필지의 국·공유지가 있는 경우에도 그 소유권의 수에 관계없이 토지 또는 건축물 소유자를 소유자별로 각각 1명으로 산정하여야 한다.

2) 국·공유지에 관한 조합설립동의 여부에 대하여

가) 헌법 제35조 제3항은 "국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다."고 천명하고 있고, 구 도시정비법은 이러한 국가의 헌법상 의무를 이행하기 위하여 마련되었으며 그 입법목적은 도시환경을 개선하고 주거생활의 질을 높이는 데 이바지하려는 것이다(제1조).

구 도시정비법 제3조 제1항, 제3항 내지 제5항, 제7항의 각 규정에 의하면, 도시·주거환경정비 기본계획의 수립권자는 특별시장·광역시장 또는 시장이고, 서울특별시와 광역시를 제외한 인구 50만 이상 대도시(이하 '대도시'라 한다)의 시장이 아닌 시장은 기본계획을 수립 또는 변경한 때에는 도지사의 승인을 얻어야 한다. 특별시장·광역시장·도지사(이하 '시·도지사'라 한다) 또는 대도시의 시장이 기본계획을 수립 또는 변경하거나, 도지사가 대도시의 시장 아닌 시장의 기본계획 수립 또는 변경을 승인하려는 경우에는 지방도시계획위원회의 심의를 거치기 전에 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다. 또한 특별시장·광역시장 또는 시장은 기본계획을 수립하거나 변경한 때에는 국토해양부령이 정하는 방법 및 절차에 따라 국토해양부장관에게 보고하여야 한다. 그리고 구 도시정비법 제4조 제1항, 제2항, 제5항의 각 규정에 의하면, 정비구역 지정권자는 시·도지사 또는 대도시의 시장이고, 정비구역을 지정 또는 변경지정한 경우에는 국토해양부령이 정하는 방법 및 절차에 따라 국토해양부장관에게 그 지정내용 또는 변경지정내용을 보고하여야 한다.

이와 같이 구 도시정비법은 국토해양부장관이나 시·도지사 등에게 도시·주거환경

정비 기본계획의 수립 및 정비구역 지정 등 정비사업조합 설립의 토대를 마련하고 정비사업 시행을 위한 단계적 절차에 관여할 각종 권한과 역할을 부여하고, 기본계획 수립단계에서 관계 행정기관의 장에게 협의 권한을 보장하고 있다.

한편 구 도시정비법은 정비사업조합과 국가 또는 지방자치단체 사이의 주택재건축사업에 제공되는 국·공유지에 관한 법률관계에 대하여 제64조 내지 제68조 등과 같은 별도의 규정을 두어, 정비구역 안의 국·공유재산은 정비사업 외의 목적으로 매각하거나 양도할 수 없도록 그 처분 용도를 제한하는 등 사업시행자가 국·공유지를 활용하여 정비사업을 원활히 수행할 수 있도록 정비사업의 시행을 적극적으로 지원하고, 사업시행계획에 국·공유재산의 처분에 관한 내용이 포함된 때에는 재산관리청의 사전협의 권한을 보장하고 있다.

그리고 시장·군수 또는 주택공사 등이 아닌 자가 정비사업을 시행하고자 하는 경우에는 토지등소유자로 구성된 조합을 설립하여야 하고(제13조 제1항), 주택재건축사업은 조합이 이를 시행하거나 조합이 조합원 과반수의 동의를 얻어 시장·군수 또는 주택공사 등과 공동으로 이를 시행할 수 있으며(제8조 제2항), 시장·군수는 구 도시정비법 제8조 제4항 각호가 규정하는 특별한 사유가 있는 때에 한하여 직접 정비사업을 시행하거나 토지등소유자·지정개발자 또는 주택공사 등을 사업시행자로 지정하여 정비사업을 시행하게 할 수 있으므로(제8조 제4항), 이 사건과 같은 주택재건축사업의 시행 주체는 원칙적으로 토지등소유자로 구성된 정비사업조합이다.

또한 구 도시정비법은 국토해양부장관이나 시·도지사에게 정비사업의 추진실적을 보고받을 권한과 정비사업의 원활한 시행을 위하여 감독상 필요하다고 인정하는 때에는 보고 또는 자료의 제출을 명하거나 소속 공무원으로 하여금 그 업무에 관한 사항을

조사하게 할 수 있는 권한을 부여하고 있고(제75조), 일정한 경우 사업시행자 등에 대하여 처분의 취소·변경 또는 정지, 그 공사의 중지·변경 등 필요한 조치를 취할 수 있는 감독권한을 부여하고 있다(제77조).

나) 구 도시정비법은 제17조 제1항에서 토지 또는 건축물 소유자의 동의방법에 관하여 인감도장을 사용한 서면동의에 의하도록 하고, 나아가 인감증명서를 첨부하도록 규정하면서도, 인감도장이나 인감증명서를 갖출 수 없는 국가 또는 지방자치단체의 동의방법에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다.

이와 같이 국가 또는 지방자치단체도 조합설립에 대한 동의를 얻어야 하는 토지 또는 건축물 소유자에 해당함에도, 구 도시정비법이 국가 또는 지방자치단체의 구체적인 동의방법에 관한 규정을 두지 아니한 것은 국가 또는 지방자치단체가 앞서 본 구 도시정비법 규정 등에 의하여 정비사업과 관련한 여러 권한과 역할을 부여받고 있는 특수한 공적 지위에 있음을 고려한 것으로 보인다.

따라서 토지 또는 건축물 소유자인 국가 또는 지방자치단체의 정비사업조합 설립을 비롯한 정비사업의 추진에 관한 동의를 의사는 반드시 서면 등에 의하여 명시적으로 표시될 필요는 없다고 해석함이 타당하다.

다) 그런데 정비사업은 도시기능의 회복이나 주거환경이 불량한 지역의 계획적인 정비를 위한 것으로서 그 사업의 추진은 구 도시정비법이 달성하려는 공익에 부합한다. 그리고 정비사업 시행의 주체는 원칙적으로 정비사업조합이고, 구 도시정비법 제16조 제3항, 제2항이 정하는 조합설립의 다수·면적 요건상 그 정비구역에 대하여 토지 또는 건축물 소유자 다수의 동의를 얻은 하나의 정비사업조합만이 설립될 수 있다. 또한 구 도시정비법이 정한 절차에 따라 정비구역이 지정되고 그 정비구역을 기반으로 하여

관할관청으로부터 구성승인을 받은 추진위원회가 업무를 수행한 결과 정비사업조합 설립인가신청을 하기에 이르렀다면, 정비사업조합에 의한 정비사업 시행이 공익에 부합한다는 점이 확인되었다고 볼 수 있다. 따라서 국민과 주민의 공공복리를 실현할 의무가 있는 국가와 지방자치단체로서는 관할관청의 인가에 의하여 설립되는 정비사업조합에 의하여 시행될 정비사업이 제대로 추진될 수 있도록 지원하고 협조하여야 할 것이다.

라) 이와 같이 국가와 지방자치단체가 정비사업 시행과 관련하여 여러 공적 권한과 역할을 부여받고 있음과 아울러 공공복리 실현을 위하여 정비사업을 지원하고 사업의 추진에 협조할 의무를 지고 있는 점 등에 비추어 보면, 해당 정비사업조합에 대한 설립을 인가하는 관할관청이 대표하는 지방자치단체가 정비구역 내에 토지를 소유하는 경우에 그 지방자치단체는 조합설립인가처분을 통하여 해당 정비사업조합의 설립에 동의한 것으로 볼 수 있고(대법원 2005. 3. 11. 선고 2004두138 판결, 대법원 2013. 5. 24. 선고 2011두14937 판결 등 참조), 또한 국가 또는 정비구역 지정권자가 대표자로 있는 지방자치단체가 해당 정비구역 내에 국·공유지를 소유하는 경우에 정비기본계획의 수립 및 정비구역의 지정으로부터 관할관청의 구체적인 조합설립인가처분에 이르기까지의 과정에서 협의 절차 등을 통하여 정비사업 자체나 해당 정비사업조합에 의한 사업추진에 대하여 명시적으로 반대의 의사를 표시하거나 반대하였다고 볼 수 있는 행위를 하지 아니하였다면, 국가 또는 그 지방자치단체는 관할관청의 인가에 의하여 이루어지는 해당 정비사업조합의 설립에 동의한 것으로 볼 수 있을 것이다.

### 3) 이 사건 동의율에 대하여

가) 원심은, 이 사건 정비구역 안에 있는 재산관리청이 각각 기획재정부, 국토교통부



(변경전 명칭: 국토해양부)인 국유지와 서울특별시 소유인 사유지, 서울특별시 마포구 소유인 구유지에 관하여 그 재산관리청별로 토지 또는 건축물 소유자 수를 산정하여야 한다는 전제 아래 국·공유지에 관한 토지 또는 건축물 소유자가 4인이라고 판단한 다음, 이 사건에서 참가인 조합의 설립에 국·공유지의 관리청에서 반대의 의사를 표시하였다고 볼 만한 증거가 없는 점 등 그 판시와 같은 이유를 들어, 위 각 관리청은 참가인 조합의 설립에 동의한 것으로 봄이 타당하다고 판단하였다.

그러나 토지 또는 건축물 소유자 수 산정에 관하여 앞서 본 법리에 의하면, 정비구역 안에 여러 필지의 국유지가 있는 경우에도 그 소유권의 수에 관계없이 토지 또는 건축물 소유자를 1명으로 산정하여야 하므로, 이 사건 정비구역 안에 있는 여러 필지의 국유지 재산관리청이 각각 기획재정부, 국토교통부로 다르다고 하더라도 토지 또는 건축물 소유자는 국가 1인이라고 보아야 한다. 따라서 이 사건 정비구역 안에 있는 국·공유지에 관한 토지 또는 건축물 소유자 수는 국가, 서울특별시, 서울특별시 마포구 3인이라 할 것이고, 원심이 이와 달리 판단한 부분은 잘못이다.

다만, 국·공유지의 조합설립동의에 관한 앞서 본 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 이 사건 조합설립인가처분의 처분청인 피고가 대표자인 서울특별시 마포구는 이 사건 조합설립인가처분을 통하여 참가인 조합의 설립에 동의한 것으로 볼 수 있고, 또한 국가 및 이 사건 정비구역 지정권자가 대표자로 있는 서울특별시의 경우에도 이 사건 조합설립인가처분에 이르기까지 참가인 조합에 의한 사업추진에 대하여 명시적으로 반대의 의사를 표시하거나 반대하였다고 볼 수 있는 행위를 하였다는 사정이 나타나 있지 아니함을 알 수 있으므로 참가인 조합의 설립에 동의한 것으로 볼 수 있다.

따라서 원심이 이 부분에 관하여 실시한 이유는 다소 부적절하나 국·공유지에 대하

여 국가, 서울특별시, 서울특별시 마포구를 동의자로 산정하여야 한다고 본 결론은 정당하다.

나) 이상과 같은 판단에 따라 동의율을 다시 산정하면, 토지 또는 건축물 소유자는 415인(원심이 인정한 416인 - 국유지 중복산정 1인), 동의자는 314인(원심이 인정한 315인 - 국유지 중복산정 1인)이고, 동의율은 75.66%(314인/415인)로서 법정동의율인 토지 또는 건축물 소유자의 4분의 3 이상을 충족한다. 따라서 원심판결에 토지 또는 건축물 소유자 수 산정에 관한 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 그 밖의 동의율 산정에 관한 법리오해 등 주장에 대하여

1) 원심은, 소외 1은 서울 마포구 (주소 1 생략) 토지를 단독 소유하는 외에 (주소 2 생략) 토지 및 (주소 2 생략) 외 1필지 지상 건물을 소외 2 등과 공유하고 있으므로 위 공유자들과 별도로 토지 또는 건축물 소유자 및 동의자에 포함되어야 한다고 판단하였다. 그리고 원심은, 소외 3, 소외 4, 소외 5는 시행령 제28조 제1항 제4호가 정하는 '토지등기부등본·건물등기부등본·토지대장 및 건축물관리대장에 소유자로 등재될 당시 주민등록번호의 기재가 없고 기재된 주소가 현재 주소와 상이한 경우로서 소재가 확인되지 아니한 자'에 해당하므로, 소외 3, 소외 4, 소외 5는 토지 또는 건축물 소유자에서 제외되어야 한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 소외 6이 제출한 조합설립동의서의 '소유권 현황'란에 '(주소 1, 2 생략)'가 병기되어 있어 하나의 동의서에서 단독 소유하는 '(주소 1 생략) 토지' 및 공유하는 '(주소 2 생략) 토지 및 (주소 2 생략) 외 1필지 지상 건물' 모두에 관하여 동의의사를 표시하였다고 볼 수 있는 등 원심의 판단은 정당하고,

거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 동의율 산정에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.

2) 원고들은 그 밖에 상고이유로, 소외 7로부터 주택을 양수한 소외 8이 토지 또는 건축물 소유자에 포함되어야 하고, 소외 9와 소외 10·소외 11도 토지 또는 건축물 소유자에 포함되어야 한다고 주장한다.

그러나 이 부분 상고이유 주장과 같이 소외 8, 소외 9, 소외 10·소외 11 등 3인을 토지 또는 건축물 소유자에 포함한다고 하더라도, 동의율은 75.11%[314인/(415인+3인)]로서 법정동의율인 토지 또는 건축물 소유자의 4분의 3 이상을 충족한다. 따라서 이 부분 상고이유 주장은 판결 결과에 영향을 미칠 수 없는 사유를 주장하는 것에 불과하므로 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들이지 아니한다.

### 3. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 보조참가로 인한 부분을 포함하여 패소자가 부담하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 국가 또는 지방자치단체의 조합설립동의 여부에 관하여 대법관 이인복, 대법관 김신의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

### 4. 대법관 이인복, 대법관 김신의 반대의견은 다음과 같다.

가. 법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이고, 법의 해석은 그러한 법률의 표준적 의미를 밝히는 것이다. 법을 해석함에 있어서는 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 나아가 법의 입법취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 동원할 수도 있

다. 그러나 법률의 문언 자체가 명확한 개념으로 구성되어 있고 그 문리해석을 통하여 명확하고 타당한 결론이 도출된다면, 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없다.

구 도시정비법 제16조 제2항, 제3항은 주택재건축사업의 추진위원회가 조합을 설립하고자 하는 때에는 일정 비율 이상 토지등소유자의 동의를 얻어야 한다고 규정하고 있고, 제17조는 토지등소유자의 동의방법에 관하여 규정하고 있다.

다수의견은 위 법률의 전반적인 규정 내용과 입법취지 등을 고려하여, 정비사업 시행을 위한 정비구역 안에 국·공유지가 있는 경우에 국가나 지방자치단체가 정비사업 자체나 정비사업조합에 의한 사업추진에 대하여 명시적으로 반대의 의사를 표시하거나 반대하였다고 볼 수 있는 행위를 하지 않았다면, 국가 또는 정비구역 지정권자, 조합설립인가 처분권자 등이 대표자로 있는 지방자치단체는 정비사업을 시행하기 위한 정비사업조합의 설립에 동의하였다고 보아 토지등소유자의 동의자 수에 산입하는 것으로 해석함이 타당하다고 한다.

그러나 조합설립 동의방법에 관한 구 도시정비법 제17조의 규정은 다른 해석방법을 활용할 필요가 없을 정도로 명확하여 달리 해석할 여지가 없다. 다수의견이 제시하고 있는 구 도시정비법의 규정 내용과 입법취지 등을 고려하더라도, 국가나 지방자치단체가 동의서를 제출하지 않았는데도 불구하고 조합설립에 동의한 것으로 보아야 한다는 다수의견의 결론은 법 해석의 한계를 벗어난 예외적이고 자의적인 해석이라는 비판을 면할 수 없다.

나. 구 도시정비법 제16조 제2항, 제3항은 주택재건축사업의 추진위원회가 조합설립인가신청을 할 때 정비구역에 포함된 주택단지가 아닌 지역의 경우 토지등소유자의 4

분의 3 이상 및 토지면적의 3분의 2 이상의 동의를 얻어야 한다고 규정하고 있고, 제 17조 제1항은 그 동의방법에 관하여 인감도장을 사용한 서면에 의하고 인감증명서를 첨부하여야 한다고 규정하고 있으며(2009. 2. 6. 법률 제9444호로 도시정비법을 개정하면서 시행령에서 규정하고 있던 인감도장을 사용한 서면동의의 방법을 법 제17조 제1항에서 새로이 규정한 것이다), 그 위임에 따라 구 「도시 및 주거환경정비법 시행령」(2012. 7. 31. 대통령령 제24007호로 개정되기 전의 것) 제26조 제2항은 그 동의서에 '1. 건설되는 건축물의 설계의 개요 2. 건축물의 철거 및 신축에 소요되는 비용의 개략적인 금액 3. 제2호에 따른 비용의 분담기준 4. 사업 완료 후 소유권의 귀속에 관한 사항 5. 조합정관'이 포함되어야 한다고 규정하고 있다.

이와 같이 구 도시정비법상의 재건축조합 설립에 토지등소유자의 서면에 의한 동의를 요구하고 그 동의서를 조합설립인가신청 시에 행정청에 제출하도록 하는 취지는 서면에 의하여 토지등소유자의 동의 여부를 명확하게 함으로써 동의 여부에 관하여 발생할 수 있는 관련자들 사이의 분쟁을 사전에 방지하고, 나아가 행정청으로 하여금 조합설립인가신청 시에 제출된 동의서에 의하여서만 동의요건의 충족 여부를 심사하도록 함으로써 동의 여부의 확인에 불필요하게 행정력이 소모되는 것을 막기 위한 것이다. 따라서 동의서에 앞서 든 각 호의 법정사항이 포함되어 있지 아니하거나 그 동의서에 날인된 인영과 인감증명서의 인영이 동일하지 않으면 그 동의서는 무효로 처리된다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두5759 판결 등 참조).

이러한 법의 규정과 판례의 태도에 비추어 볼 때, 재건축조합의 설립 동의는 법정양식의 동의서에 의한 명시적 동의를 의미하며, '인감도장을 사용한 서면동의서의 제출'은 동의자의 동의의사를 확인하는 유일한 증거방법이자 요식의 행위로서 이를 결여

한 것은 동의로서의 효력이 없다. 이러한 동의서를 제출하지 아니한 이상 동의의사를 추단할 수 있는 행위나 외관이 있다고 하여 동의한 것으로 보는 해석은 허용되지 않는다. 따라서 구두로만 동의하고 동의서를 제출하지 아니한 사람, 법정사항이 기재되어 있지 않은 동의서를 제출한 사람, 동의서를 제출하더라도 그 동의서에 인감증명을 첨부하지 않은 사람은 아무리 조합설립에 동의하는 의사를 가지고 있다고 하더라도 위법률 규정에 의한 유효한 동의자로 볼 수 없다. 여기에 묵시적 동의로 가능하다거나, 동의한 것으로 볼 수 있는 경우가 있다는 다수의견과 같은 해석은 비집고 들어올 틈이 없다.

다. 다수의견은 조합설립 동의 시 요구되는 위와 같은 서면 동의서 제출 방식이 국가나 지방자치단체의 경우에는 적용되지 않는다고 하나, 이는 다음의 이유로 받아들일 수 없다.

1) 다수의견은, 구 도시정비법에 의하면 국가나 지방자치단체가 도시·주거환경정비기본계획의 수립, 정비구역 지정 및 정비사업 시행과 관련하여 각종 권한과 역할을 부여받고 있고, 공공복리 실현을 위하여 정비사업을 지원하고 사업의 추진에 협조할 의무를 지고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 정비기본계획의 수립 및 정비구역의 지정으로부터 관할관청의 구체적인 조합설립인가처분에 이르기까지의 과정에서 협의 절차 등을 통하여 정비사업 자체나 해당 정비사업조합에 의한 사업추진에 대하여 명시적으로 반대의 의사를 표시하거나 반대하였다고 볼 수 있는 행위를 하지 아니하였다면 정비사업조합의 설립에 동의한 것으로 볼 수 있다고 한다.

그러나 정비계획의 수립 및 정비구역의 지정은 조합설립과는 그 성질을 전혀 달리하는 별개의 절차로서, 정비계획의 수립 및 정비구역의 지정 단계에서 국가나 지방자치

단체가 정비사업 추진에 대하여 반대의 의사표시를 하지 아니하였다고 하여 그로부터 상당한 기간이 경과한 후에 이루어지는 조합설립에 동의한 것으로 보는 것은 논리의 비약이다. 조합설립은 법인 설립에 관한 사단법적 행위이고 조합설립에 대한 동의는 그 법인의 구성원 즉 조합원이 되려는 의사가 있는지에 관한 문제로서, 정비계획 등에 대한 협의과정에서의 의사표시와는 그 목적, 내용, 효과 등을 서로 달리하는 것이다. 그리고 정비사업은 반드시 조합에 의하여 시행되는 것이 아니라 시장·군수 등이 직접 시행하거나 별도의 사업시행자를 정할 수도 있는 것이어서 조합설립 이전 단계에서 정비사업의 추진에 반대하지 아니한다는 의사를 가지고 어느 특정한 조합의 설립에 대한 동의 의사를 추단하기에는 그 거리가 너무 멀다.

2) 다수의견이 들고 있는 구 도시정비법의 각 규정들은 도시·주거환경정비계획의 수립 및 정비구역 지정(제3조, 제4조), 정비기반시설 및 정비구역 안의 국·공유재산의 처분(제64조 내지 제68조), 자료의 제출 및 감독에 관한 규정(제75조, 제77조)들로서, 정비사업의 시행을 위한 단계적 절차 및 정비사업에 제공되는 국·공유지의 처분 등에 관한 것이거나 정비사업의 원활하고 적정한 시행을 위한 내용들이다. 이러한 규정들은 동의방법에 관한 규정인 제17조와는 규범목적은 달리하므로 위 각 규정들로부터 제17조를 다수의견과 같이 해석해야 할 논리적 합리성과 정당성을 인정하기 어렵다.

또한 다수의견은 정비사업조합에 의한 정비사업의 시행이 공익에 부합하고, 국가나 지방자치단체가 국민과 주민의 공공복리를 실현할 의무가 있다는 점도 근거로 들고 있으나, 이는 국가나 지방자치단체가 주택재건축사업과 같은 정비사업의 추진 및 시행을 특별히 반대할 이유가 없고 가급적 조합설립에 동의를 해 주는 것이 바람직하다는 점에 대한 하나의 근거가 될 수는 있을지언정, 이를 넘어서서 법이 정하고 있는 조합설

립에 대한 동의방법, 즉 법정사항을 기재한 서면 동의서의 제출에 의하도록 하는 방식에 대한 예외를 인정할 사유는 되지 못한다.

국가나 지방자치단체가 소유하는 토지에 대하여 가지는 고유의 공익목적과 정비사업을 통하여 달성하려는 공익목적이 서로 일치하지 않은 경우에는 더더욱 다수의견과 같은 해석은 들어설 여지가 없다.

예컨대 어느 지방자치단체가 자신의 관할 구역에 토지를 소유한 경우 뿐 아니라 다른 지방자치단체 관할 구역에 연수원이나 휴양소 보유를 위하여 토지를 소유한 경우가 있을 수 있는데, 다른 지방자치단체가 그 토지를 포함하여 정비구역을 지정하고 정비사업을 시행한다고 가정할 경우, 해당 정비구역 안에 토지를 소유하고 있는 지방자치단체가 반드시 그 정비구역 내 일반 주민들의 공공복리 실현을 추구한다고 할 수는 없으므로 조합설립 시 지방자치단체의 동의의사가 개별적으로 반영되어야 할 필요가 있을 수 있다.

국가와 지방자치단체로 하여금 정비사업의 시행을 적극적으로 지원하도록 한 구 도시정비법의 규정을 국가나 지방자치단체에게 동의를 권장하는 뜻으로 해석하는 것을 넘어 동의서를 제출하지 않아도 동의한 것으로 본다고 해석하는 것은 법률의 문언을 너무 벗어나는 해석이다. 국가나 지방자치단체가 조합설립단계에서 명시적으로 반대의 의사표시를 하지 않았다고 하더라도 이는 조합설립에 당연히 동의한다는 내심의 의사를 가지고 있기 때문이 아니라, 나머지 토지등소유자만으로 동의 요건을 충족하면 특별히 반대하지 않고 그들의 의사에 따르겠다는 정도로 해석할 수 있을 뿐이다.

3) 다수의견은, 국가나 지방자치단체는 사인이 아니어서 인감도장이나 인감증명서를 갖추 수 없기 때문에 인감증명서를 첨부한 서면 동의 방식에 관한 규정이 적용되지 않



는다고 한다.

일반 토지등소유자의 경우에는 진정한 동의의사나 동의서 위조 여부를 일일이 확인하는 것이 사실상 불가능하여 인감증명서를 첨부한 동의서 제출 방식을 채택한 것과 달리 국가나 지방자치단체의 경우에는 그러한 문제가 발생할 소지가 없다. 이러한 경우 국가나 지방자치단체에는 인감증명에 관한 규정이 적용될 수 없고 달리 인감증명을 대체할 수 있는 다른 방법에 관하여 법률이 규정하고 있지 않기 때문에 법원이 해석에 의하여 그러한 법률의 흠결을 보충할 여지가 있다.

대법원이 정비구역 내에 토지나 건축물을 소유한 교회가 조합의 설립 및 사업시행에 대하여 동의를 하는 경우 정관 기타 규약이 없으면 교인들 총회의 과반수 결의에 의하여야 한다고 판시하면서(대법원 2001. 6. 15. 선고 99두5566 판결 참조), 별도로 교회의 인감증명을 요구하지 않은 것은, 인감증명에 관한 규정을 적용할 수 없는 권리능력 없는 사단 등의 경우에 법률의 흠결을 해석에 의하여 보충한 예이다.

구 도시정비법 제17조 제1항의 본질적인 내용은 조합설립에 대한 동의를 서면방식에 의하도록 한 것이고, 그 동의가 본인의 진정한 의사임을 확인하는 방법으로서 인감도장과 인감증명서를 갖추도록 요구하고 있다. 인감도장이나 인감증명서를 갖추지 못하기 때문에 법률이 정하고 있는 동의서를 제출하지 않아도 된다고 보는 것은 본말이 전도된 것으로 입법론과 해석론을 혼동하여 정당한 법률해석의 한계를 넘어선 것이다.

4) 이 사건에서 조합설립을 추진하는 추진위원회가 법률이 정한 동의요건을 미비하여 조합설립이 무산되게 하는 것보다는 국가나 지방자치단체를 동의자에 포함시키는 쪽으로 해석하는 것이 구체적 타당성이 있다는 생각이 다수의견의 밑바탕에 깔린 것으로 짐작된다.

그러나 특별한 사정이 있는 예외적 사안을 구체적 타당성 있게 해결한다는 명분으로 법률해석의 본질과 원칙을 뛰어넘을 수는 없다. 법률이 정한 동의요건을 제대로 갖추지 못하였음에도 조합이 적법하게 설립된 것으로 인정하여 재건축사업 추진을 가능하게 하는 것이 구체적 타당성 있는 해결이라고 보기도 어렵지만, 당해 사건에서의 구체적 타당성 확보라는 명분으로 1회적이고 예외적인 해석을 허용하는 것은 법률해석의 본질과 원칙에서도 벗어난다.

라. 법관은 법을 해석함에 있어서 그 법이 지향하는 원칙과 목표가 훼손되지 않도록 하면서 국민들이 명확한 행위준칙으로 삼을 수 있도록 해야 하고, 동일한 조건에 있는 수범자에게는 동일하게 적용되도록 해야 한다. 그리고 법률의 문언 자체가 명확한 개념으로 되어 있고 그 문리해석을 통하여 명확하고 타당한 결론이 도출된다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다. 만약 이와 같은 법 해석의 한계를 벗어나 예외적이고 자의적인 해석을 허용한다면, 국민으로서는 법원이 언제 그와 같은 해석의 잣대를 들이댈지 알 수 없어서 법관이 법률에 의한 재판이 아닌 자의적인 재판을 한다는 의심을 떨치지 못할 것이며, 이는 법원의 재판에 대한 국민의 신뢰를 크게 해칠 뿐만 아니라 모든 분쟁을 법원에 가져가 보지 않고서는 해결할 수 없게 함으로써 법적 안정성을 크게 훼손하게 된다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결 등 참조).

구 도시정비법 제16조, 제17조의 명문규정에 의하면 주택재건축사업의 시행을 위한 정비구역 안에 국·공유지가 있는 경우에 국가나 지방자치단체도 서면에 의한 동의의사를 표시하여야 조합의 설립에 동의한 것이 된다고 해석할 수밖에 없다. 그럼에도 다수의견은 국가나 지방자치단체가 반대의 의사표시를 하는 등의 특별한 사정이 없는 이

상 국가 또는 정비구역 지정권자, 조합설립인가 처분권자 등이 대표자로 있는 지방자치단체는 조합의 설립에 동의하였다고 보아 토지등소유자의 동의자 수에 산입하는 것으로 해석하고 있어 정당한 법률 해석의 한계를 벗어나는 해석을 하고 있으므로, 이러한 다수의견에는 도저히 찬성할 수 없다.

이상과 같이 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

재판장	대법원장	양승태
-----	------	-----

	대법관	양창수
--	-----	-----

	대법관	신영철
--	-----	-----

	대법관	민일영
--	-----	-----

	대법관	이인복
--	-----	-----

	대법관	이상훈
--	-----	-----

	대법관	김용덕
--	-----	-----

대법관 박보영

주 심 대법관 고영한

대법관 김창석

대법관 김 신

대법관 김소영

대법관 조희대

별지 원고 명단 생략