

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2017두74320 건축신고반려처분취소  
원고, 피상고인 원고  
소송대리인 변호사 윤영선  
피고, 상고인 동대문구청장  
소송대리인 법무법인(유한) 산경  
담당변호사 이석형 외 2인  
피고보조참가인 피고보조참가인  
원 심 판 결 서울고등법원 2017. 11. 15. 선고 2017누54618 판결  
판 결 선 고 2019. 10. 31.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제2점, 제3점에 대하여

가. 1975. 12. 31. 법률 제2852호로 개정된 건축법 제2조 제15호는, '도로'라 함은 '보행 및 자동차통행이 가능한 폭 4m 이상의 도로'로서 '도시계획법·도로법·사도법 기타 관계법령의 규정에 의하여 신설 또는 변경에 관한 고시가 된 것' 또는 '건축허가 시 시장·군수가 그 위치를 지정한 도로' 중 하나에 해당하는 도로를 말한다고 규정하고, 그 부칙 제2항(이하 '종전 부칙 제2항'이라고 한다)은, "이 법 시행 당시 종전의 규정에 의한 도로로서 제2조 제15호의 규정에 적합하지 아니한 것은 동 규정에 불구하고 이를 도로로 본다."라고 규정하고 있다. 그리고 1967. 3. 30. 법률 제1942호로 개정된 건축법 제2조 제15호는, "도로라 함은 폭 4m 이상의 도로와 다음에 계기하는 것의 하나에 해당하는 예정도로로서 폭 4m 이상의 것을 말한다. 폭 4m 미만의 도로로서 시장·군수가 지정한 도로도 또한 같다."라고 규정하고 있다. 따라서 폭 4m 이상으로서 위 법률 제2852호로 개정된 건축법 시행일인 1976. 2. 1. 이전에 이미 주민들의 통행 도로로 이용되고 있던 도로의 경우에는 폭 4m 미만의 도로와는 달리 시장·군수가 도로로 지정하지 않았더라도 '건축법상의 도로'에 해당하였다. 그런데 건축법이 1991. 5. 31. 법률 제4381호로 전부 개정이 되면서 '건축법상의 도로'를 보행 및 자동차통행이 가능한 너비 4m 이상의 도로로서 도시계획법 등의 관계 법령에 의하여 신설 또는 변경에 관한 고시가 되었거나 건축허가 또는 신고 시 시장·군수 등이 그 위치를 지정한 도로 또는 그 예정도로라고 정의하면서도, 종전 부칙 제2항과 같은 조항을 두지는 아니하였다.

개정 법률이 전부 개정인 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 원칙적으로 종전 법률의 본문 규정은 물론 부칙 규정도 모두 효력이 소멸되는 것으로 보아야 하므로 종전 법률 부칙의 경과규정도 실효되지만, 특별한

사정이 있는 경우에는 그 효력이 상실되지 않는다고 보아야 한다. 여기에서 말하는 '특별한 사정'은 전부 개정된 법률에서 종전 법률 부칙의 경과규정에 관하여 계속 적용한다는 별도의 규정을 둔 경우뿐만 아니라, 그러한 규정을 두지 않았다고 하더라도 종전의 경과규정이 실효되지 않고 계속 적용된다고 보아야 할 만한 예외적인 사정이 있는 경우도 포함한다. 이 경우 예외적인 '특별한 사정'이 있는지는 종전 경과규정의 입법 경위·취지, 전부 개정된 법령의 입법 취지 및 전반적 체계, 종전 경과규정이 실효된다고 볼 경우 법률상 공백상태가 발생하는지 여부, 기타 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 한다.

위 법리를 토대로 앞서 본 건축법의 도로에 관한 규정을 살펴보면, 건축법이 1991. 5. 31. 법률 제4381호로 전부 개정되면서 종전 부칙 제2항과 같은 경과규정을 두지 않은 것은 당시 대부분의 도로가 시장·군수 등의 도로 지정을 받게 됨으로써 종전 부칙 제2항과 같은 경과규정을 존치시킬 필요성이 줄어든 상황을 반영한 것일 뿐, 이미 건축법상의 도로가 된 사실상의 도로를 다시 건축법상의 도로가 아닌 것으로 변경하려고 한 취지는 아니라고 보이는 점, 종전 부칙 제2항이 효력을 상실한다고 보면 같은 규정에 의하여 이미 확정적으로 건축법상의 도로가 된 사실상의 도로들에 관하여 법률상 공백상태가 발생하게 되고 그 도로의 이해관계인들, 특히 그 도로를 통행로로 이용하는 인근 토지 및 건축물 소유자의 신뢰보호 및 법적 안정성 측면에도 문제가 생기는 점 등의 제반 사정을 종합해 볼 때, 종전 부칙 제2항은 1991. 5. 31. 법률 제4381호로 전부 개정된 건축법의 시행에도 불구하고, 여전히 실효되지 않았다고 볼 '특별한 사정'이 있다고 보아야 한다(대법원 2012. 3. 15. 선고 2011두27322 판결 등 참조).

나. 원심은, 서울 동대문구 (주소 1 생략) 대 126㎡(이하 '이 사건 토지'라고 한다)가

비록 1975년 이전부터 인근 주민들의 통행로로 이용되어 왔던 '사실상 도로'에 해당하기는 하지만, 1975. 12. 31. 법률 제2852호로 개정된 건축법의 시행일인 1976. 2. 1. 이전에 폭 4m 이상인 도로이었다거나 시장·군수가 그 위치를 지정하였다고 인정할 증거가 없으므로, 이 사건 토지가 '건축법상 도로'에는 해당하지 않는다고 판단하였다.

이러한 원심 판단은 앞서 본 법리에 따른 것으로서, 거기에 건축법상의 도로에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

## 2. 상고이유 제1점에 대하여

가. (1) 건축허가권자는 건축신고가 건축법, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 등 관계법령에서 정하는 명시적인 제한에 배치되지 않는 경우에도 건축을 허용하지 않아야 할 중대한 공익상 필요가 있는 경우에는 건축신고의 수리를 거부할 수 있다(대법원 2012. 3. 15. 선고 2011두27322 판결, 대법원 2015. 9. 15. 선고 2014두15504 판결 등 참조).

(2) 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청이 당초 처분의 근거로 삼은 사유가 아닌 별개의 사실을 들어 처분사유로 주장함은 허용되지 아니하나, 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계에 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서는 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있고, 여기서 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정된다(대법원 2001. 9. 28. 선고 2000두8684 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 다음과 같은 사정들을 알 수 있다.

(1) 분할 전 서울 동대문구 (주소 2 생략) 대 566㎡ 토지는 원래 동일인이 소유하

였는데, 1975. 3. 21. ① (주소 2 생략) 대 132㎡, ② (주소 3 생략) 대 136㎡, ③ (주소 1 생략) 대 126㎡(이 사건 토지), ④ (주소 4 생략) 대 172㎡로 분할되었고, 그 무렵 ①, ②, ④토지는 양도되어 양수인이 각자 건축허가를 받아 그 지상에 단독주택을 건축하였으며, 그 무렵부터 이 사건 토지는 '사실상 도로'로서 인근 주민들의 통행로로 이용되어 왔으며, 이 사건 토지의 지하에는 하수관로가 매설되어 있다.

(2) 원고는 이러한 이 사건 토지의 이용상황을 알면서도 이 사건 토지를 매수한 다음, 2016. 8. 4. 이 사건 토지에 2층 규모의 주택을 신축하겠다는 내용의 건축신고서를 제출하였다.

(3) 이 사건 토지에 원고의 건축계획대로 주택을 건축하는 경우 ②토지는 공로로 출입할 수 있는 통행로가 사라져 맹지(盲地)가 되고, ①토지는 맹지가 되는 것은 아니지만 그 지상 주차장으로 자동차가 출입할 수 없게 되며, ④토지는 맹지가 되는 것은 아니지만 그 지상 건물의 보조출입문을 출입할 수 없게 된다.

(4) 이에 피고는 2016. 8. 19. 원고에 대하여 '이 사건 토지는 건축법상 도로에 해당하여 건축을 허용할 수 없다'는 사유로 건축신고수리 거부처분을 하였다(이하 '이 사건 처분'이라고 한다).

(5) 제1심법원이 이 사건 토지를 건축법상 도로에 해당하지 않는다는 이유로 원고의 청구를 인용하는 판결을 선고하자, 피고는 항소하여 '이 사건 토지는 1975년 분필된 후로 인근 주민들의 통행에 제공된 사실상의 도로인데, 원고가 이 사건 토지에 주택을 건축하여 인근 주민들의 통행을 막는 것은 사회공동체와 인근 주민들의 이익에 반하므로 원고의 주택 건축은 허용되어서는 안 되며, 따라서 이 사건 처분은 공익에 부합하는 적법한 처분이라고 보아야 하고, 원고의 건축신고나 이 사건 행정소송 제기

는 권리남용이라고 보아야 한다'는 주장을 추가하였다.

다. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 다음과 같이 판단할 수 있다.

(1) 이 사건 처분의 당초 처분사유와 피고가 이 사건 소송에서 추가로 주장한 처분사유는 이 사건 토지상의 사실상 도로의 법적 성질에 관한 평가를 다소 달리하는 것일 뿐, 모두 이 사건 토지의 이용현황이 '도로'이므로 거기에 주택을 신축하는 것은 허용될 수 없다는 것이므로, 기본적 사실관계의 동일성이 인정된다.

(2) 이 사건 토지에 건물이 신축됨으로써 인근 주민들의 통행을 막지 않도록 하여야 할 중대한 공익상 필요가 인정되고, 이러한 공익적 요청이 원고의 재산권 행사보다 훨씬 중요하므로, 피고가 원심에서 추가한 처분사유는 정당하여 결과적으로 이 사건 처분은 적법한 것으로 볼 여지가 있다.

라. 그럼에도 원심은, 피고가 원심에서 추가한 주장을 단순히 소권남용을 주장하는 본안전항변이라고 단정하여 본안전항변이 이유 없다고 배척하였고, 본안에서 추가된 처분사유의 당부에 관해서는 판단하지 않았다. 이러한 원심 판단에는 처분사유 추가·변경의 허용기준 및 중대한 공익상의 필요에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      김상환

                  대법관      박상옥

주 심      대법관      안철상

                  대법관      노정희