creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학전문석사 학위논문

건축물의 형태규제에 관한 공법적 연구

- 미국의 사례와 그 시사점을 중심으로 -

2022년 2월

서울대학교 법학전문대학원

법학과

심 규 현

건축물의 형태규제에 관한 공법적 연구

- 미국의 사례와 그 시사점을 중심으로 -

지도교수 김 종 보

이 논문을 법학전문석사 학위논문으로 제출함
2021년 10월

서울대학교 법학전문대학원
법학과 법학전공
심 규 현

심규현의 석사 학위논문을 인준함
2022년 1월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

종래 용도지역제에 관한 법학에서의 논의는 토지이용의 규제 및 개발행위에 대한 통제 가능성에 초점이 맞추어져왔다. 그러나 도시계획은 본질적으로 규제의 대상에 따라 용도규제적 측면과 형태규제적 측면으로 나누어질 수 있으며, 도시계획이 용도지역제를 통하여 구현되는 경우에도 마찬가지라 보아야 한다. 본 논문은 이와 같이 형태규제와 용도규제가 준별될 수 있음을 전제로 형태규제에 관한 법학적 논의를 시도하며, 형태규제에 대한 보다 체계적인 이해를 위하여 한국의 용도지역제와 연혁적으로 밀접한 관련을 맺고 있는 미국 주요 도시의 형태규제 사례와 그 시사점 또한 논한다.

도시계획에서 형태규제는 다시 건축물이 얼마만큼의 공간을 점유할 수 있는지에 관한 크기규제와, 규모를 제외한 건축물의 외형적 요소에 관한 형상규제로 세부화할 수 있다. 이와 같이 형태규제를 분류함으로써 다양한 층위에 얽혀 있는 각종 도시계획법령상의 계획수단을 체계적으로 분석·이해할 수 있다.

현행 국토계획법상의 도시계획은 명확한 체계 없이 상당부분 용도지역제에 의지하고 있어 도시계획이 갖는 형태규제적 특성이 법령의 체계와 문언에 선명히 나타나지 않는다. 그리고 형태규제 중 형상규제의 경우 국토계획법이 그 성립근거와 범위 등을 규율하지 않기 때문에, 그 중 일부가 용도지구, 지구단위계획 기타 지방자치단체가 자체적으로 정하는 도시관리계획의 내용을 구성하는 것 외에는 통합적인 관리가 이루어지지 못하고 있다. 형태규제의

방식은 궁극적으로는 입법재량의 문제라 할 것이나, 현재와 같은 형태규제 체계를 유지하는 경우에도 건축물의 형태에 대한 보다 세밀하고 체계적인 관리가 이루어질 필요성이 있다.

주요어 : 건축물, 도시계획, 형태규제, 용도지역, 조닝, 형태기반코드
학 번 : 2019-24802

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 1 절 연구의 배경 ····· 1

제 2 절 연구의 목적과 범위 ····· 2

제 2 장 형태규제의 의의 ····· 3

제 1 절 서설 ····· 3

제 2 절 도시계획의 개념과 의의 ····· 4

I. 도시계획의 의의 ····· 4

1. 법적 개념화의 한계 ····· 4

2. 도시계획의 구성요소 ····· 7

3. 도시계획의 법적 의의 ····· 7

II. 도시계획의 내용 ····· 8

1. 건축단위의 설정 ····· 8

2. 건축허용성의 부여 ····· 9

3. 토지이용용도의 지정 ····· 10

4. 건축허가요건의 통제 ····· 11

5. 기반시설의 설치 ····· 11

제 3 절 도시계획수단으로서 형태규제 ····· 12

I. 형태규제의 개념과 의의 ····· 12

1. 도시계획의 종류 ····· 12

2. 형태규제의 유형 ····· 14

II. 형태규제의 도시계획적 기능 ····· 15

1. 형태규제의 적용대상 ····· 15

2. 형태규제의 작용국면 ····· 15

3. 개별 도시계획수단과의 관계 ····· 16

제 3 장 한·미 형태규제 개관 ····· 17
제 1 절 한국 도시계획법제상 형태규제 ····· 17
I. 도시계획의 법적 규율 ····· 17
1. 개요 ····· 17
2. 국토기본법과 국토계획법 ····· 17
3. 건축경찰법 ····· 18
4. 개발사업법 ····· 19
5. 기반시설의 설치·관리에 관한 법률 ····· 19
6. 지방자치단체의 자치법규 ····· 20
7. 기타 관련 법령상의 규제 ····· 21
II. 형태규제의 방식과 내용 ····· 22
1. 규제의 방식 ····· 22
2. 규제의 내용 ····· 23
제 2 절 미국 도시계획법제상 형태규제 ····· 26
I. 미국의 도시계획법제 개관 ····· 26
1. 미국의 법령체계 ····· 26
2. 도시계획 관련 법령의 규제체계 ····· 28
II. 조닝(Zoning) 기반의 도시계획 ····· 31
1. 조닝의 개념 ····· 31
2. 조닝제도의 연혁 ····· 32
3. 조닝의 종류 ····· 35
4. 도시종합계획(Master Plan)과 조닝의 관계 ····· 39
III. 미국 도시계획법제상 형태규제 ····· 40
1. 개요 ····· 40
2. 뉴욕시의 사례 ····· 41
3. 마이애미시의 사례 ····· 43
4. 휴스턴시의 사례 ····· 46
제 3 절 소결: 형태규제의 다양성 ····· 47

제 4 장 건축물의 크기규제 ····· 48
제 1 절 서설 ····· 48
제 2 절 면적규제 ····· 49
I. 면적규제의 내용 ····· 49
II. 건축단위의 크기 ····· 50
1. 건축단위의 의의 ····· 50
2. 한국과 미국의 건축단위 규율의 차이 ····· 51
III. 건폐율 ····· 53
1. 건폐율의 개념과 의의 ····· 53
2. 건폐율의 연혁 ····· 54
3. 건폐율의 산정 ····· 56
4. 건폐율의 규율 체계 ····· 58
5. 건폐율의 기능 ····· 59
IV. 용적률 ····· 60
1. 용적률의 개념과 의의 ····· 60
2. 용적률의 연혁 ····· 61
3. 용적률의 산정 ····· 62
4. 용적률의 기능 ····· 63
V. 공지(空地)의 확보를 위한 규제 ····· 64
1. 공지의 개념 ····· 64
2. 공지의 규제 필요성 ····· 65
3. 건축선의 제한 ····· 65
4. 대지 안의 공지 ····· 66
5. 공지 규제의 문제점 ····· 69
제 3 절 높이규제 ····· 71
I. 개요 ····· 71
II. 수직길이규제 ····· 71
1. 절대고제한 ····· 71
2. 일조 등의 확보를 위한 높이제한 ····· 73

II. 수직길이를 직접 제한하지 않는 높이규제 ····· 74
1. 층수규제 ····· 74
2. 사선규제와 천공노출면 ····· 75
3. 용적률과 건폐율 ····· 75
제 4 절 미국의 규제사례와 시사점 ····· 76
1. 크기규제의 규제 방식 ····· 75
2. 총량규제의 도입 가능성 ····· 77

제 5 장 건축물의 형상규제 ····· 78
제 1 절 건축물 형상규제의 개념과 의의 ····· 78
I. 형상규제의 의의 ····· 78
II. 형상규제의 개념 ····· 79
1. 개념정의 ····· 79
2. 형상규제와 크기규제의 관계 ····· 79
제 2 절 형상규제의 내용 ····· 81
I. 환경적 요소에 관한 규제 ····· 81
1. 규제의 목적 ····· 81
2. 주변환경과의 조화 ····· 81
3. 관련 도시계획 및 상위계획과의 관계 ····· 84
II. 심미적 요소에 관한 규제 ····· 85
1. 심미규제 ····· 85
2. 경관규제 ····· 86
III. 기능적 요소에 관한 규제 ····· 87
제 3 절 미국의 형태기반코드(Form-Based Codes) 검토87
1. 형태기반코드의 도입 배경 ····· 87
2. 형태기반 규제의 특성 ····· 88

제 6 장 결론 ····· 90

참고문헌 ····· 91
Abstract ····· 94

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 배경

최근 검단신도시에 신축중인 아파트 단지가, 유네스코 세계문화유산으로 지정된 조선왕릉 40기 중 하나인 김포 장릉에서부터 한강을 마주보고 앉은 파주 장릉까지 이어지는 경관을 훼손한다는 점이 밝혀져 사회적으로 큰 문제가 되고 있다. 문화재보호를 위하여 명백히 보호되어야 할 경관이 훼손된 것은 문화재관리상의 문제이기도 하나, 다른 한편으로는 건축물의 형태(높이)에 관한 도시계획이 제대로 작동하지 못한 결과라고 보아야 할 것이다.

도시계획이 무엇을 의미하며, 그 규율범위는 어디까지 인정되어야 하는가에 대하여는 견해가 분분하다. 또한 도시계획의 수권법률인 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 '국토계획법')이 이에 대하여 침묵하고 있다는 점은, 도시계획의 수립 및 적용 범위에 관한 모호성을 더욱 가중시킨다. 다만, 도시계획을 바라보는 어떠한 견해에 따르더라도, 도시계획이 토지 위의 지상공간을 어떻게 합리적으로 사용할 것인지에 대하여 그 목표를 설정하고 이를 달성하기 위한 수단을 마련하는 것을 내용으로 한다는 점에 대하여는, 모두의 견해가 일치할 수 있을 것이다.

물리적 공간을 어떻게 이용할 것인지를 결정하는 것은 공간의 사용용도와 형태를 정하는 것을 본질적인 내용으로 한다. 즉, 도시계획을 통하여 건축행위를 규율하는 것은 곧 건축물의 용도와 형태를 규율한다는 의미를 갖는다. 이른바 '용도지역제'가 도시계획의 가장 앞선에 위치하게 되면서, 도시계획이 토지의 이용 용도를 결정한다는 인식은 강하게 자리잡은 반면 도시계획이 건축물의 가능한 형태 또한 규정한다는 점에 대하

여는 이 점이 명확하게 인식되고 있다고 보기 어렵다.

본 논문은 도시계획이 규제의 대상에 따라 용도규제적 측면과 형태규제적 측면으로 나누어질 수 있음을 전제로, 형태규제에 관한 법학적 논의를 시도하고자 한다. 도시계획법제에서 형태규제의 필요성 및 그에 따라 발생하는 다양한 법률관계를 다각도에서 조명하기 위하여, 한국 도시계획의 형태규제에 많은 영향을 끼쳐온 미국 도시계획법제상의 형태규제와 필요한 범위에서 이를 비교한다. 용도규제와 대비되는 형태규제의 독자적 논의 실익 및 이와 관련된 다양한 법률문제의 해결을 위한 출발점을 마련하고자 한다.

제 2 절 연구의 목적과 범위

본 연구의 목적은 국토계획법 및 관련 법령에서 정하고 있는 도시계획에 관한 규율 중 건축물의 형태를 규제하는 성격을 갖는 요소들을 분류하고 이를 둘러싼 법률관계를 규명하는 데 있다. 이를 위하여 형태규제의 도입 및 발전과정에 대하여 이를 연혁적으로 살펴보고, 우리 법제의 형태규제에 많은 영향을 끼쳤으며 근래 형태규제에 관하여 많은 논의가 전개되고 있는 미국의 형태규제 사례를 비교한다.

먼저 제2장에서는 도시계획수단으로서 형태규제의 개념과 의의를 규명하고, 형태규제에 관한 비교법적 분석에 앞서 제3장에서 한국과 미국의 형태규제와 관련된 도시계획법제의 유사점 및 차이점을 비교하고, 제4장과 제5장에서는 형태규제를 이루는 요소인 크기규제와 형상규제에 대하여 각 살핀 뒤, 마지막으로 제6장에서 결론을 통해 논문을 끝맺는다.

제 2 장 도시계획수단인 형태규제의 개념과 의의

제 1 절 서설

‘도시계획’이라는 말을 구성하는 ‘도시’와 ‘계획’ 모두 어느 하나 그 경계를 명확하게 정의하기 어려운 용어이며, 따라서 ‘도시계획’이란 태생적으로 추상적인 개념일 수밖에 없다.[1] 오늘날 전세계 각국의 모든 도시가 나름의 도시계획에 따라 규율되고 있으나, 이를 모두 포괄할 수 있는 세계적으로 통용되는 정의가 있는 것도 아니다. 비법학적인 관점에서 도시계획을 정의하자면 “도시의 바람직한 미래상을 정립하고 이를 시행하는 일련의 과정”[2] 등으로 이해될 수 있을 것이다.

도시계획은 재산권의 행사와 같은 국민의 권리에 대한 제한이나 주거권[3]·환경권의 보장의 범위를 규정하는 등 일정한 법률효과를 발생시킬 것을 예정한다. 그러므로 법적인 관점에서 도시계획을 정의하고 규명하는 것은, 도시계획에 따라 발생하거나 변동되는 법률관계를 명확하게 한다는 점에서 그 의의가 있다.

---

1) ‘도시계획’이라는 용어는 영국의 Town Planning 또는 미국의 City Planning 등을 직역한 것으로서, 1919년 일본 도시계획법이 제정되는 과정에서 채택된 것이 이후 우리나라에 들어온 것이다. 다만 1934년 조선시가지계획령에서는 도시계획 대신 ‘시가지계획’이라는 명칭이 사용되었으며, 해방 후 1962년 도시계획법 제정에 이르러서야 ‘도시계획’이 법적인 용어로 자리잡게 되었다.

2) 국토교통부 도시계획정보서비스
https://www.upis.go.kr/upispweb/cmnmgmt/viewIntro.do#div_one

3) 헌법 제35조는 국가가 “주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적환 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.”고 선언하며 이러한 국가의 의무는 도시계획을 통하여 구현될 수밖에 없다.

본 장에서는 먼저 도시계획의 의의와 이를 구성하는 요소에 대하여 살피고, 도시계획수단으로서 형태규제의 개념과 의의 및 그 도시계획적 기능에 대하여 규명한다.

제 2 절 도시계획의 개념과 의의

I. 도시계획의 의의

1. 도시계획 개념화의 한계

(1) 국토계획법 정의조항의 문제점

국토계획법 제2조 제2호는 “도시·군계획”을 지방자치단체가 “관할 구역에 대하여 수립하는 공간구조와 발전방향에 대한 계획”으로 정의하고 있고, 이에 대한 하위개념으로서 도시의 장기발전방향을 제시하는 종합계획인 “도시·군기본계획”(제3호)과 토지 이용, 교통, 환경, 경관, 안전, 산업, 정보통신, 보건 등에 관한 구체적 계획인 “도시·군관리계획”(제4호)을 구분하여 정의한다. 국토계획법상의 정의조항은 위와 같이 도시계획에 포함되는 추상적인 사항들을 열거하는 방식으로 도시계획을 정의하는데 그친다. 이러한 규정 방식으로 인해 법적성격이 다른 다양한 유형의 도시계획들이 마치 동일한 개념처럼 받아들여지는 문제가 있다.

(2) ‘도시계획’의 추상성과 다의성

오늘날의 도시계획은 근대적 도시의 탄생 및 성장과 밀접하게 관련되어 있으며, 사회제도와 과학기술의 발전에 따라 그 내용이 끊임없이 변화하여 왔다. 또한 도시계획은 어떤 단일한 계획사상에서 출발한 것이

아니라, 당대의 도시가 직면해있는 여러 문제에 대한 해결책을 마련하고 개선하기 위한 미래 계획을 수립하는 과정에서 각국 혹은 각 도시의 물리적·사회적 환경에 따라 서로 다른 모습으로 발전하였다. 따라서 '도시계획'이 무엇인지를 단일하게 정의하는 것은 상당히 난해한 작업이다. 도시계획학계 내에서도 도시계획이 무엇인지에 대하여는 관점에 따른 여러 시각이 있을 뿐 통용되는 정의가 존재하지 않는다. 그리고 법학적인 관점에서 도시계획을 규범적으로 재정의하는 경우 필연적으로 이에 대한 다른 규범적인 정의와 충돌이 불가피하다.

'도시계획'이라는 단어 또한 그 자체로 추상성을 내포할 수밖에 없다. 도시계획은 영어 'town planning', 'urban planning' 혹은 'city planning'[4] 등을 한국어로 직역한 것인데, 단어 자체가 개념의 적용 대상(도시)과 행위(계획)으로 이루어져있을 뿐, 도시의 무엇에 대하여 계획을 세울 것인지를 미리 정한 상태에서 만들어낸 것이다. 게다가 도시지역과 비도시지역 또한 추상적으로만 그 의미가 준별될 수 있을 뿐이다.

(3) 'Planning'과 'Plan'의 구별

'도시계획'은 그 어원인 영어의 'planning'이나 독일어의 'planung'이 한국어의 '계획'과 일대일로 대응할 수 없다는 점에서도 문제된다. 영어나 독일어에서 이른바 동명사에 해당하는 'planning'은 한국어로 직역하면 '계획하는 것' 내지 '계획행위'의 총체를 의미한다. 즉, 'urban planning'에는 도시계획의 입안, 절차, 문서화된 결과물(plan), 집행 등에 관한 내용이 모두 포함되는 것이다. 그런데 계획행위의 총체를 의미하는 'planning'과 그 결과물인 'plan' 모두 우리말로는 통상 '계획'으로 번역되기 때문에, 한국어 '도시계획'은 'urban planning'과 그 하위개념인 '(urban) plan' 모두를 의미할 수 있게 된다. 이와 같은 문제의식 없이

4) 이들의 이미가 기본적으로 동일하므로 이하에서는 'urban planning'이라 지칭한다.

“도시계획”이라는 용어가 여러 상황에서 쓰이고 있기 때문에, 때로는 ‘planning’을 의미하고, 다른 경우에는 ‘plan’을 의미하기도 하면서 도시계획이라는 용어만 보아서는 그 의미를 명확하게 알 수 없는 형태로 사용되고 있다.

이에 대하여는 현행 국토계획법이 그 문언[5]상 ‘계획’을 ‘plan’의 의미로 사용한다는 점이 명확하므로 크게 문제될 것이 없다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 사회통념상 ‘도시계획’은 국토계획법상의 절차를 거쳐 확정된 특정한 계획을 지칭하기보다는 도시의 계획행위 전반, 즉 ‘planning’을 의미하는 것으로 사용되고 있다. 따라서 ‘도시계획’을 엄격하게 ‘plan’으로 해석하는 것은 해당 용어의 통용되는 의미와 법률상의 의미 사이에 괴리를 만드는 것이 된다. 마찬가지로, ‘도시계획’이라는 용어가 유래한 미국이나 독일에서도 ‘도시계획’(urban planning, stadtplanung)을 계획행위의 총체를 일컫는 의미로 주로 사용한다. 계획행위의 결과로서 수립된 구체적 계획들은 ‘urban plan’이나 ‘stadtplan’과 같은 용어로 지칭하지 않는 것이 보통이며,[6] 그 대신 별도의 이름을 붙이거나(이를테면 독일의 ‘F-plan’), ‘토지이용규제(land use regulation)’, ‘조닝규제(zoning regulation)’ 등과 같이 규제단위로 호칭하는 것이 일반적이다. 따라서 ‘urban planning’을 의미하는 우리말 단어를 새로이 만들지 않는 한 ‘도시계획’이라는 용어가 갖는 다의성의 문제는 계속될 수밖에 없다.

도시계획이 ‘Planning’을 의미하는 것인지, 아니면 ‘Plan’을 의미하는 것인지에 관한 혼란을 방지하기 위해서는, 도시계획을 영어 ‘urban planning’이나 독일어 ‘stadtplanung’에 대응할 수 있는, 계획행위의 과정과 결과물 전체를 통칭하는 의미로 사용하는 것이 바람직하다. 반면 도시계획으로 만들어진 구체적 결과물로서의 계획은 이를 ‘도시계획’으로 지칭하는 것을 지양하여야 한다.

---

5) 법 제2조 제1호 내지 제4호 참조.
6) ‘urban plan’이나 ‘stadtplan’을 직역하면 ‘도시계획’이 된다.

2. 도시계획의 구성 요소

국토계획법은 도시계획을 “공간구조와 발전방향에 대한 계획”으로 추상적으로 정의하는바 이것이 실질적으로 어떠한 개념징표를 함의한다고 보기 어렵다. 현대적 의미의 도시계획은 지역제(zoning) 등을 통하여 토지의 이용을 규제하는 것에서 출발하였고 대부분의 도시계획에서 그 핵심 내용이 되기 때문에, 토지의 합리적인 이용을 위한 토지이용계획이 도시계획의 개념징표라는 점에는 이견이 없다. 일반적으로 도시 내의 교통, 환경, 인구성장관리, 주거, 재해대책 등에 관한 계획 또한 도시계획의 내용으로 이해되나, 토지이용계획 외에 무엇이 더 도시계획에 포함될 수 있는지가 정해져 있는 것은 아니다.

3. 도시계획의 법적 의의

앞에서 살핀 바와 같이, ‘도시계획’은 본질적으로 추상적·다의적인 개념이며 일의적으로 정의하기 어렵다. 이러한 점에 비추어, ‘도시계획’을 법률용어로 규정하여 구체적인 의미를 부여하는 것은 원칙적으로 적절하지 않다.[7] 그러나 이미 법학계에서 ‘도시계획’이라는 용어가 관행적으로 널리 사용되고 있으므로,[8] 용어의 부적절함에 대한 지적은 실익이 크지

---

7) 국토계획법 제2조 제2호가 “도시·군계획”을 정의하는 것은 불필요한 것이다. 특히, 도시·군계획이 기본계획과 관리계획으로 나누어진다는 점 외에는 동법 내에서 어떠한 법적 의미도 갖지 않기 때문에, 위 내용을 국토계획법에서 삭제하여도 아무런 문제가 없다. 나아가 도시계획을 구성하는 개별 계획들에 대하여 관련 법률에서 그 내용을 명확하게 규정하고 있다면, 도시계획을 법률로써 정의할 필요성 또한 높지 않다. 오늘날 전세계 각국의 도시계획법제 발전에 가장 큰 영향을 끼친 것은 독일과 미국의 도시계획법제라 할 것인데, 양국의 법률에는 ‘도시계획’(urban planning, stadtplanung)이라는 표현이 등장하지 않는다는 점은 이를 방증한다.

8) 1971년 제정되어 40여년 간 도시계획의 기본법적 역할을 수행한 구 도시계획법은 전통적으로 ‘도시기본계획’과 ‘도시계획’을 구별하여 전자는 대외적인 구

않고, 오히려 도시계획을 법적으로 어떻게 정의할 것인지가 중요하다.

'도시계획'을 법적으로 정의한다는 것은 곧 도시계획에 관한 법적인 논의의 범위를 정하는 것과 같다. 그렇다면 법적인 의미의 도시계획은 도시계획의 구성요소중 법적 효과를 발생시키는 것에 한정함이 타당하다. 법적 효과를 발생시키는 도시계획이란 곧 국민의 권리·의무를 직접적으로 규율하는, 즉 대외적 구속력을 갖는 도시계획을 의미하는 것으로 보아야 한다. 이에 관하여 도시계획의 개념을 구성하는 핵심적 요소를 법적으로 재구성하여 도시계획을 정의하는 견해에 따르면, 도시계획은 "토지의 합리적 이용을 위해 용도지역 및 기반시설과 건축단위를 설정하며, 각 건축단위의 건축허용성 및 건축허가요건을 정하는 구속적 행정계획"으로 볼 수 있다.[9][10]

II. 도시계획의 내용

1. 건축단위의 설정

속력이 없는 계획으로서 행정청 내부의 지침에 불과한 것으로, 후자는 구속력 있는 행정계획으로 정의하여 왔다. 현행 국토계획법에 이르러서는 구법상의 '도시계획'이 '도시관리계획'으로 바뀌고, 현행법상 도시계획(도시·군계획)은 기본계획과 도시계획을 모두 포괄하는 것으로 체계가 변경되었다. 그러나 오랜기간 '도시계획'이 구속적인 도시계획을 의미하는 것으로 쓰여온 바 이러한 관행은 현재까지도 이어지고 있다.

9) 다만 현행 국토계획법이 구 도시계획법과는 다르게 도시계획을 대외적 구속력이 없는 도시·군기본계획과 구속력이 인정되는 도시·군관리계획을 모두 포괄하는 개념으로 정의하고 있으므로, 도시계획을 이와 같이 정의하는 것은 입법자의 입법의도에 정면으로 반하는 해석인 것으로 볼 여지도 있다.

10) 도시정비법이나 주택법 기타 개별법상의 개발사업들이 이와 같은 정의에 포섭될 수 있는지는 다소 모호하다. 이외에 교통계획, 환경계획과 같이 토지의 이용에 직접적으로 관련되지 않은 도시계획이 문제될 수 있으나 이들 중 구속효를 갖는 것은 극히 드물다는 점에서 크게 문제되지 않을 것으로 생각된다.

국토계획법 등 관련 법령이 도시계획의 의미나 도시계획에 무엇이 포함되는지 그 내용에 관하여는 명확하게 규정하고 있지 않다. 그러므로 도시계획에 대한 사회통념상의 관념, 도시계획의 수단 및 절차 등에 관한 법령상의 내용, 도시계획법제의 입법취지 및 연혁적 발전 과정에 비추어 이를 추상적으로 정의할 수밖에 없다.

도시계획은 본질적으로 토지를 어떠한 기준에 따라 구획으로 나눈 뒤 구획된 토지에 일정한 법적 성격을 부여하는 것을 전제로 한다. 토지의 구획 방식이 무엇인지, 부여할 수 있는 법적 성격의 내용과 범위가 어떻게 되는지는 도시계획법제의 구체적인 모습에 따라서 천차만별일 것이나, 구획의 설정과 법적 성격의 부여라는 본질적인 요소는 모든 도시계획에 공통된다. 도시계획으로써 건축물을 규제함에 있어 구획을 나눈다는 것은 곧 건축단위의 설정을 의미한다.

건축단위란, 하나의 건축허가가 발급될 수 있는 대지와 같은 기준단위를 의미하며,[11] 도시계획이 적용되는 가장 기본의 토지단위이다. 기존에 존재하던 시가지 위에 도시계획이 새로이 설정되는 경우, 건축단위는 가급적 기존의 소유관계와 일치하게 설정됨이 바람직하나, 현실적으로 양자가 일치하지 않는 경우도 있다.[12] 반면 신도시 등 새로운 시가지를 건설하는 경우에는 토지이용계획 등에 따라 토지를 새로 구획하고, 그에 맞추어 지적 또한 새롭게 편성된다.

2. 건축허용성의 부여

건축허용성이란 일단의 토지에 건축행위가 허용되는지 여부에 관하여

---

11) 김종보, 건설법의 이해, 207.

12) 건축법상의 건축단위인 '대지'는 공간정보법상의 필지를 원칙적인 건축단위로 하되, 부분적으로 이와는 다른 건축단위를 만들어낼 수 있도록 규정한다. 보다 자세히는, 김종보, 도시계획의 핵심기능과 지적제도의 충돌.

당해 건축단위가 갖는 법적 성질이다. 국토계획법·건축법은 토지의 합리적인 이용을 위하여 건축행위를 일반적으로 금지한 다음, 도시계획을 포함한 일정한 건축허가요건을 충족하는 경우 금지를 해제하여 건축허가를 발급하는 방식을 취하고 있다.

건축법상 건축물의 신축은 건축법상의 '대지'에만 가능한 것으로 규정되어 있으며, 어떠한 토지가 '대지'의 지위를 갖는다는 것은 행정청이 공적인 견해표명을 통하여 해당 토지에 건축허용성을 부여하였음을 의미한다. 건축물을 짓고자 하는 토지에 건축허용성이 부여되어 있지 않은 경우에는, 건축허가에 선행하여 먼저 행정청에 토지형질변경허가를 신청하여 건축허용성의 부여를 요구하여야 한다.

3. 토지이용용도의 지정

도시계획이 토지의 이용을 규제하는 가장 보편적인 방식은 토지를 주거지역, 상업지역, 공업지역, 녹지지역 등의 일정한 용도로 나누어 용도지역에 따라 토지의 이용 방식을 제한하는 것이다. 이와 같은 방식의 도시계획을 용도지역제 도시계획이라 칭하며, 1917년 뉴욕시에서 조닝규제를 최초 도입한 이래 현재 전세계 각국 도시계획의 가장 기본적인 형태로 자리잡고 있다.[13)]

국토계획법을 살펴보면, 정의조항에서 "도시·군관리계획"의 내용 중 하나로 "용도지역·용도지구의 지정 또는 변경에 관한 계획"을 두고 있으며(제2조 제4호 제가목), 제2절에서 용도지역·지구의 지정 및 관리에 대해 상세히 규정함으로써 용도지역제 도시계획을 기반으로 하고 있음을

13) 다만 용도지역제에 기반한 토지이용용도의 지정이 도시계획의 필수적인 구성요소가 되는 것은 아니다. 미국 텍사스주 휴스턴시의 경우, 별도의 용도지역제 없이 도시계획을 운영하고 있다. 보다 자세히는, 김흥순, 용도지역제 없이 도시계획하기 : 미국 휴스턴 시 사례에 대한 재검토, 한국지역개발학회지, 30:5, 235-262.

알 수 있다. 이와 같은 용도지역제 도시계획에서는, 건축단위가 구획되었음을 전제로 해당 토지에 어떠한 이용용도를 부여할 것인지가 도시계획의 가장 중요한 내용이 된다.

다만 어떠한 토지가 특정 용도로 지정되었다고 하여 건축허용성이 함께 부여되는 것은 아니라는 점에 유의하여야 한다. 토지의 이용용도는 개별 토지에 건축허용성이 부여되어있음을 전제로 만일 건축물을 짓는다면 어떠한 용도로 이를 사용할 수 있는지에 관하여 규제하는 것이기 때문이다. 예를 들어 주거지역 내에 지목상 '대지'가 아닌 토지에 주거용 건축물을 신축하고자 하는 경우, 먼저 이를 '대지'로 바꾸기 위한 절차(토지형질변경허가 등)가 선행되어야 한다.

4. 건축허가요건의 통제

건축허용성이 부여된 토지에 부여된 용도지역에 부합하는 건축물을 신축하는 경우에도, 그밖에 법령 혹은 도시계획에 따라 부여된 건축허가요건을 충족하여야만 건축행위가 허용된다. 건축법 제11조 제5항은 건축법상의 건축허가를 받은 경우 국토계획법상의 개발행위허가를 포함한 타법상의 허가를 의제하고 있으며, 따라서 특별한 사정이 없는 경우 건축법상의 안전요건 등을 충족하면 건축허가요건을 모두 충족한 것이 된다. 그러나 이와 같이 타법상의 허가가 의제되는 경우에도 의제되는 허가의 요건은 모두 충족하여야 한다. 건축허가가 신청된 당해 토지에 용도지구나 지구단위계획 등 다른 도시계획이 중첩적으로 설정되어 있는 경우, 건축행위를 위하여는 이들 도시계획이 요구하는 건축허가요건을 충족하여야만 한다.

5. 기반시설의 설치

기반시설은 국토계획법상 도로, 공원 등 시민의 생활을 위해 필요한

기초시설을 의미한다(법 제2조 제6호). 이들은 통상 도시계획시설결정(제43조 제1항)에 의하여 설치된다.

제 3 절 도시계획수단으로서 형태규제

I. 형태규제의 개념과 의의

1. 도시계획의 종류

(1) 도시계획의 분류 기준

도시계획이 무엇을 의미하는지에 대하여는 전술한 바와 같이 국토계획법 등 관련 법령이 이를 명확하게 정의하지 않을뿐더러 학계에서도 이에 관하여 통일된 논의가 없는 실정이다.[14] 도시계획을 어떻게 체계적으로 이해할 것인지에 관하여 이를 도시계획의 제도적 수단에 따라 설명하는 견해,[15] 도시계획의 적용단위에 따라 이를 설명하는 견해 등이 병존한다.[16]

(2) 도시계획수단에 따른 분류

도시계획수단에 따라 도시계획을 분류하면, 국토계획법 및 그 전신인 도시계획법에 도입되어 현재에 이르고 있는 용도지역제 도시계획, 개발제한제 도시계획, 지구단위계획, 도시계획시설계획으로 나눌 수 있다. 국토계획법 등 관련법령이 상이한 도시계획 간의 관계에 대하여 전혀 규정하지 않은채 단지 이와 같은 제도들을 병렬적으로 나열하는데 그치고 있

14) 원제무, 마음으로 읽는 도시, 삶의 공간을 가꾸는 도시계획, 202-203.
15) 김종보, 앞의 책, 197-199.
16) 도시계획의 분류에 관하여 보다 자세히는 최종권, 현행 도시계획의 분류와 도시계획의 개념 정립, 토지공법연구 69, 2015.

어, 국토계획법이 규정하는 도시계획을 이해하기 위하여 적절한 분류가 될 수 있다. 그러나 이들 계획은 서로 동일한 규제단계에서 논의되는 것이라 볼 수 없으며, 국토계획법 및 관련법령이 규정하는 모든 도시계획적 수단을 포괄하는 것도 아니라는 점을 염두에 두어야 한다.

(3) 적용 단위에 따른 분류

도시계획을 적용 단위가 되는 지역의 규모에 따라 광역도시계획(국토계획법 제2조 제1호), 도시·군기본계획(제3호), 도시·군관리계획(제4호), 지역제 및 지구제, 개별 건축물에 적용되는 도시계획(도시계획시설계획, 사업시행계획 등)으로 분류할 수 있다. 이 중 지역의 장기발전방향에 대한 계획인 광역도시계획과 도시·군기본계획은 국민에 대한 구체적·직접적 법적 효과를 발생시키지 않는 추상적 계획이라는 점에서 법학적인 논의의 가치는 높지 않다.

(4) 규율 대상의 성질에 따른 분류

도시계획을 유형화할 수 있는 다른 방법은 도시계획이 규율하고자 하는 대상의 성질에 따라 이를 분류하는 것이다. 도시계획이 토지를 구획하여 각 토지단위에 용도지역, 건축허용성 등의 법적 성질을 부여하는 것을 그 내용으로 한다면, 결국 이는 토지를 이용함에 있어 그 ① 용도와, ② 형태를 규율하는 것으로 압축할 수 있기 때문이다.

입체적 구조물인 건축물을 예시로 들면, 건축허용성의 부여를 전제로 건축물의 사용 용도(주거, 상업, 공업, 녹지 등)와 물리적 형태(건축물의 크기, 외관 등)가 도시계획에 의하여 규율된다. 도로와 같은 평면적 구조물의 경우에도, 마찬가지로 용도(간선도로, 지방도로, 보행자도로 등 도로의 사용 방법)와 형태(도로의 폭 등)에 관한 계획으로 나누어 생각해 볼 수 있을 것이다. 이와 같이 도시계획을 규율 대상의 성질에 따라 유

형화하면, 건축법과 국토계획법이 건폐율·용적률 등의 규제수단을 통하여 건축물의 형태에 미치는 영향 및 이들 규제수단과 용도지역제 도시계획의 관계를 보다 선명히 할 수 있다는 점에서 장점이 있다.

2. 형태규제의 유형

사전적으로 형태란 '사물의 생김새나 모양'을 의미하는데, 그렇다면 건축물에 대한 형태규제는 건축물의 외형적 생김새나 모양에 관한 일체의 규제를 의미하는 것으로 이해할 수 있다. 사물의 형태는 다시 사물의 크기(부피)에 관한 것과 외면의 생김새(형상)에 관한 것으로 나누어 볼 수 있는데, 이는 건축물의 형태에도 동일하게 적용할 수 있을 것이다.

국토계획법 등 관계법령의 문언만 보아서는, 형태규제를 다시 크기규제와 형상규제로 세분할 수 있다는 점이 명확하게 드러나지 않는다. 국토계획법은 건축법상의 건폐율, 용적률, 대지 안의 공지, 높이 제한 등에 관한 사항을 차용하여 용도지역·지구에 따른 규제에 이를 적용하고 있다. 그런데 국토계획법은 다른 한편으로는 지구단위계획 등을 통하여 건축물의 배치, 형태, 색채 또는 건축선에 관한 계획에 대하여 이를 구체적으로 정할 수 있다고도 규정한다(제52조 제1항 제5호). 이들이 모두 건축물의 형태에 관한 규제라는 점은 명확하지만, 동일한 성격의 규제라고는 보기 어렵다. 건폐율, 용적률 등은 건축물이 지상 위 얼마만큼의 공간을 차지할 수 있는가를 규모의 관점에서 규제하는 것임에 반해, 건축물의 배치, 형태, 색채 등은 건축물의 규모와는 직접적인 관련이 없기 때문이다.

위와 같은 문제의식에서, 형태규제는 건축물의 규모에 관한 크기규제와 생김새에 관한 형상규제로 다시 나누어진다고 봄이 타당할 것이다. 이에 관하여는 후술할 제4장, 제5장에서 보다 자세하게 설명하고자 한다.

II. 형태규제의 도시계획적 기능

1. 형태규제의 적용대상

도시계획을 규율하는 법제에서 건축단위의 설정, 각 건축단위의 건축허용성 및 건축허가요건 등을 규정함으로써 궁극적으로 목표하는 것은, 토지의 합리적인 이용을 위한 토지이용의 규제체계를 마련하는 것이다. 토지를 이용하는 가장 일반적인 방법은 토지의 지상에 건축물을 짓는 것이다. 따라서 토지의 이용에 대한 규제는 필연적으로 건축물에 대한 규제를 중심으로 구성되며, 이는 도시계획상의 형태규제 또한 다르지 않다.

이하에서는 건축물을의 형태규제를 중심으로 논의를 전개할 것이나, 형태규제의 적용대상이 반드시 건축물에 한정되는 것은 아니다. 도시계획은 건축물뿐만 아니라 가로변, 공원, 광장의 외적 형태에 관한 사항도 함께 규율한다. 이들은 도시계획이 적용되는 지상 공간의 형태를 가꾸어 나가는 것이라는 점에서 도시계획상의 형태규제에 해당하고, 다수가 이용하는 공용공간의 형태를 정한다는 점에서 어떠한 측면에서는 개별 건축물에 대한 형태규제보다 도시계획상 더 중요한 지위를 갖는다고 볼 여지도 있다. 다만 위와 같은 공용공간의 형태에 관한 규제는, '도시계획을 통하여 달성하고자 하는 공익과 토지소유자의 건축행위를 통한 재산권의 행사를 어떻게 조화'라는 법학적 논의의 핵심에서는 다소 벗어난 것이기 때문에 법학적 연구에서 자세히 다룰 필요성이 높지 않을 뿐이다.

2. 형태규제의 작용국면

형태규제는 도시계획을 이루는 일부로서 건축허가의 요건으로 작용한다. 다만 도시계획의 수립·변경은 도시계획이 적용되는 지역에 이미 존재하는 건축물에 대하여 적극적으로 현상을 변경시키는 효력은 없다. 즉, 형태규제가 만들어지기 전 건축물이 이미 존재하였거나, 혹은 형태규제

의 내용이 변경되어 기존에 존재하던 건축물이 더 이상 도시계획이 규정하는 형태규제의 내용에 부합하지 않게 된 경우, 기존 건축물이 변경된 도시계획의 내용에 맞추어 건축물의 형태를 변형하여야 하는 것은 아니다.

3. 개별 도시계획수단과의 관계

도시계획이 건축물의 형태규제를 그 내용으로 삼는 경우 건축허가의 요건으로 작용한다는 점은 위에서 살펴본 것과 같으나, 국토계획법 등은 용도규제와 형택규제를 구별하여 형태규제가 도시계획의 내용이 될 수 있는 경우를 명확하게 규율하지 않는다. 따라서 개별 도시계획수단과의 관계에서 형태규제가 어느 수단을 통하여 건축물에 적용될 수 있는지를 파악하는 것은 중요한 문제이다.

형태규제 중 건폐율, 용적률, 높이제한 등의 형태로 작용하는 크기규제의 경우, 용도지역제와 불가분적 일부가 되어 각 지역 및 지구에 적용된다. 이에 반하여 건축물의 외형, 색조 등에 관한 형상규제의 경우, 국토계획법이 이를 용도지역제의 규제 내용에 포함되는 필수적 사항으로 정하고 있지는 않으므로, 개별 용도지구나 지구단위계획에서 형상규제에 관한 내용을 포함하는 경우에만 그 지역 내의 건축물에 직접적으로 적용될 수 있다.

제 3 장 한·미 형태규제 개관

제 1 절 한국 도시계획법제상 형태규제

I. 도시계획의 법적 규율

1. 개요

한국의 도시계획법제에서 가장 중심적인 역할을 하는 것은 국토계획법이다. 그러나 도시계획의 핵심 개념징표를 토지의 합리적 이용을 위한 ①규율대상지역의 법적 성격 확정, ②기반시설의 설치·관리, ③건축단위의 설정 및 ④건축단위별 건축허용성의 부여, ⑤건축허가요건의 규정이라고 정의한다면,[17] 국토계획법이 도시계획의 모든 국면에서 이를 규정하고 있다고 보기는 어렵다. 도시계획 관련 법령은 크게 '계획'의 수립 및 집행 그 자체를 규율하는 법률, 건축물을 규율하는 법률, 개별 개발사업을 규율하는 법률, 각 기반시설의 설치·관리에 관한 법률, 지방자치단체의 자치법규(조례, 규칙)로 나누어 볼 수 있다.

2. 국토기본법과 국토계획법

국토를 어떻게 이용할 것인지를 정하는 '계획'을 규율하는 법률로는 국토기본법과 국토계획법이 있다. 국토계획법은 도시계획법(1962년 제정)과 국토이용관리법(1972년 제정)이 2003년 통합되어 현재에 이르게 된 것으로서, 광역도시계획, 도시·군기본계획, 도시·군관리계획의 수립 근거가 된다. 나아가 용도지역·지구·구역, 개발제한구역, 도시·군계획시설, 지구단위계획 및 개발행위허가 등 도시계획을 규율하는 핵심적인 수단에 대하여 정하고 있는바, 도시계획에서 실질적으로 기본법의 역할을 수행

17) 김종보, 앞의 책, 196.

하고 있다고 보아야 한다.

국토기본법은 2003년 국토계획법의 제정과 함께 도입되었으며, 그 명칭 및 규율 내용을 종합하면 국토의 이용을 계획하는 모든 법률의 기본법적인 역할을 수행하여야 할 것으로 보인다. 법 제6조 제2항은 국토계획의 하위 분류로서 "국토종합계획", "도종합계획", "시·군 종합계획", "지역계획" 및 "부문별계획"을 두고 있으며, 제8조에서 국토계획법에 따른 국토종합계획이 다른 법령에 의한 계획에 대하여 원칙적으로 우선한다고 정하기 때문이다. 그러나 국토종합계획은 구체적 효력이 없는 비구속적 행정계획의 성질을 띠고 있어 도시계획에 실질적인 영향을 미친다고 볼 수 없다. 또한 국토기본법이 "시·군 종합계획"을 '(지방자치단체의) 관할구역을 대상으로 하여 (...) 국토계획법에 따라 수립되는 도시·군계획'으로 정의하고 있으나,[18] 국토계획법은 '시·군 종합계획'이라는 용어를 전혀 사용하지 않음은 물론 국토기본법과 관련된 내용을 전혀 담고 있지 않다. 국토기본법의 제정 목적 및 문언 내용에도 불구하고 국토기본법의 도시계획에 대한 기본법으로서의 지위는 선언적인 의미에 불과하다.

3. 건축경찰법

모든 종류의 도시계획이 건축물에 관한 사항을 포함하는 것은 아니며, 건축물에 관한 모든 법령상의 규율이 '도시계획법제'의 하위 내용으로 포섭된다고 보기도 어렵다. 그러나 도시지역에서 토지를 '이용'하는 가장 보편적인 방법은 건축물을 건축하는 것이라는 점에서, 건축물에 관한 규율은 도시계획과 밀접하게 관련된다.

건축물을 규율하는 법률로는 건축기본법과 건축법이 있으나, 상술한 국토기본법과 국토계획법 간의 관계와 유사하게 건축기본법이 아닌 건축법이 건축물에 대한 법적 규율의 기본법으로서 기능한다. 건축법은 건폐율, 용적률, 공개 공지의 확보, 건축선에 따른 건축제한 등에 관하여 규정하고, 이들은 다시 도시계획에 따른 용도지역이나 지구단위계획의 규

18) 법 제6조 제2항 제3호.

율 내용이 된다는 점에서 도시계획법제의 내용이 된다.[19]

4. 개발사업법

개발사업이란 토지의 합리적 이용을 위해 행정청 또는 조합 등이 사업시행자가 되어 시가지를 조성·정비하는 사업을 말한다. 도시정비법상의 재건축, 재개발 등 정비사업, 도시개발사업(도시개발법), 택지개발사업(택지개발촉진법), 주택건설사업(주택법) 등이 이에 속하고, '개발사업법'은 이와 같이 개발사업을 규율하는 개별 법률들을 총칭하는 강학상의 용어이다. 국토계획법이 토지의 이용 방법에 관한 소극적인 금지·허가요건을 규율하는데 그치는 반면, 개발사업법은 종래의 토지 이용 현황에 개입하여 적극적인 형성작용을 한다는 점에서 차이가 있다.

국토계획법은 용도지역지구제, 지구단위계획, 개발제한구역제 등 상이한 도시계획의 종류 간의 우열관계는 물론, 국토계획법상의 규율과 개발사업법상의 규율간의 관계에 대하여도 명시적으로 규정하지 않는다. 다만 국토계획법·건축법이 규율하는 사항을 개발사업법에서 중첩적으로 규율하는 경우 개발사업법상의 조항이 특례규정으로서 우선하여 적용된다고 규정하는 것이 일반적이다. 따라서 개발사업법상의 규정이 국토계획법상의 용도지역이나 지구단위계획에 따른 규제와 중첩적으로 적용되는 경우 서로 배치되는 범위 하에서는 개발사업법의 규율에 따른다.

5. 기반시설의 설치·관리에 관한 법률

기반시설이란 주민의 생활에 필요한 기초시설을 의미한다(국토계획법 제2조 제6호[20]). 기반시설의 신설은 도시계획(도시계획시설계획)의 수립,

---

19) 건폐율, 용적률 등은 건축법의 규율 목적인 '건축물의 안전 및 기능에 관한 규율'보다 국토계획법이 목적하는 '토지의 합리적인 이용'에 관한 내용에 가깝고, 그 적용에 있어 국토계획법상의 용도지역에 의존한다는 점에서 국토계획법에 의해 규율되어야 한다는 비판이 가능하다. 보다 자세히는, 김종보, 앞의 책, 257면 이하 등 참조.

사업대상지인 토지의 수용 등의 절차를 거친다는 점에서 개발사업법의 하나로 분류될 수도 있겠으나, 기반시설에 관한 법률은 대부분 기반시설의 설치에 관한 내용을 넘어 시설의 이용·관리에 관한 사항까지 포괄적으로 규율한다는 점에서 일반적인 개발사업법과는 구별된다. 이에 해당하는 법령으로는 도로법, 도시철도법, 철도의 건설 및 철도시설 유지에 관한 법률(철도건설법), 자연공원법 등이 있다.

6. 지방자치단체의 자치법규

본래 지방자치단체는 법령이 명시적·묵시적으로 위임하는 사항에 한하여 자치규정을 제정할 수 있을 뿐이므로(헌법 제117조 제1항), 엄밀한 의미에서 자치법규를 '도시계획 법령'으로 보기에는 어려움이 따른다. 그러나 도시계획은 그 특성상 지방자치단체의 실정에 따른 구체적·개별적인 규율을 요한다. 나아가 특별시·광역시·시·군 등의 지방자치단체는 도시계획(도시·군관리계획)의 수립 주체이며(국토계획법 제2조 제4호), 국토계획법과 개발사업법이 이에 따라 지방자치단체에 도시계획의 내용을 규율할 수 있는 상당한 재량을 부여한다는 점에서 지방자치단체의 자치법규(조례, 시행규칙)는 독자적인 의의를 갖는다.

예를 들어 시·도지사 또는 대도시 시장은 용도지역의 지정·변경 권한은 물론(국토계획법 제37조 제1항), 이를 다시 세분하여 정할 수 있고(제2항), 필요한 경우 조례로 용도지역에 따라 건축행위를 제한할 수 있으며(제3항), 시행령 규정에 따라 복합용도지구를 지정할 수 있다(제5항). 한편 국토계획법 시행령은 용도지역별 건폐율·용적률의 상한만을 규제하면서 지방자치단체가 그 범위 내에서 이를 자유롭게 규율할 수 있도록 허용 한다(영 제84조 제1항, 제85조 제1항).

---

20) 다만 위 조항은 여러 기반시설을 열거적으로 규정하면서도 '기반시설'이 무엇인지에 대하여 개념정의하지 않는다는 점이 문제된다.

7. 기타 관련 법령상의 규제

건축법과 국토계획법이 건축행위의 제한을 전속적으로 규정하는 것은 아니며, 건축행위가 다른 법령이 규정하는 행위제한사항에 해당하는 경우 건축허가, 개발행위허가 외에 각 개별 법령에 따른 인·허가 요건이 모두 충족되어여만 건축행위의 적법성이 보장된다. 건축법 제11조 제5항 및 국토계획법 제61조 제1항은 건축허가나 개발행위허가가 발급되는 경우 동항 각호의 인·허가 사항에 관하여 개발행위허가권자가 "미리 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 그 인·허가등을 받은 것으로 본다"는 내용의 인·허가의제 조항을 두고 있다.

건축허가나 개발행위허가의 발급을 위하여 건축법이나 국토계획법이 직접적으로 규정하지 않는 다른 법령상의 요건 또한 충족하여야 하는지에 관하여는 명문의 규정이 없다. 그러나 건축행위가 다른 법령상의 행위제한 규정에 저촉되는 경우에도 적법하게 발급될 수 있다고 해석하는 것은 건축법 및 국토계획법의 규정 취지에 반하는 것이다. 이와 관련하여 대법원은 최근 건축법 제11조 제11항이 "건축허가를 받으려는 자는 해당 대지의 소유권을 확보하여야 한다"고 규정하며 '부지 확보'를 요구하는바, 이는 건축허가의 발급을 위해서는 건축주가 건축물을 건축할 토지의 소유권이나 그 밖의 사용권원을 확보하여야 한다는 점 외에도 해당 토지가 관계 법령상 건축물의 건축이 허용되는 법적 성질을 지닐 것이 요구된다는 취지로 판시하였다.[21] 이에 따르면 건축법이 명문으로 정하는 건축허가요건 외에 다른 법령상의 규정에 따라 건축행위가 금지되는 경우 허가권자는 '부지 확보' 요건의 불충족을 이유로 건축허가의 발급을 거부하여야 한다.[22]

---

21) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결. 한편 위 판결은 그간 학계에서만 논의되었던 '건축허용성'의 개념을 인정한 최초의 판례로 평가된다. 보다 자세히는, 김종보, 박건우, "국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성－대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결－" 등 참조.

22) 건축허가를 기속행위로 보는 대법원 및 학계의 주류적 입장에 따른 것이다.

위 판결이 명시적으로 판단하고 있지는 않으나, 개발행위허가의 절차 및 기준에 관한 국토계획법의 내용에 비추어 개발행위의 내용이 다른 법령상의 규정에 저촉되는 경우에도 허가권자는 개발행위허가를 발급할 수 없다고 보아야 할 것이다. 국토계획법 제58조 제1항은 도시·군계획사업의 시행에 지장이 없고(제3호), 주변의 토지이용실태 또는 토지이용계획과 조화를 이루며(제4호), 해당 개발행위에 따른 기반시설의 설치나 그에 필요한 용지의 확보계획이 적절한 경우에만(제5호) 개발행위허가 또는 변경허가를 할 수 있다고 규정하기 때문이다.

한편 건축법이나 국토계획법상의 의제조항이 건축행위를 제한할 수 있는 모든 관련 법령상의 내용을 포괄하는 것은 아니다. 따라서 건축법이나 국토계획법에 직접적으로 나타나지 않는 다른 법령상의 규제에 따라 건축허가 및 개발행위허가의 발급이 제한될 수 있다고 보아야 한다. 대표적으로는 경관법이나 문화재보호법상의 규정이 이에 해당한다.

II. 형태규제의 방식과 내용

1. 규제의 방식

제2장에서 살펴본 바와 같이 건축물에 대한 규율은 건축물의 기능적 역할에 관한 용도제한적 규제와 건축물의 외형에 관한 형태제한적 규제로 나누어 생각할 수 있다. 그러나 국토계획법은 용도제한과 형태제한을 명시적으로 구별하고 있지 않으며, 도시계획의 종류·수단에 대하여도 별도의 규제체계를 정함이 없이 이를 병렬적으로 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 건축물에 대한 형태규제의 구체적 모습을 알기 위하여는 국토계획법을 위시한 각 도시계획법령의 내용과 작용국면을 개별적으로 뜯어보아야 한다.

2. 규제의 내용

(1) 용도지역지구제의 구성요소

건축법은 건축물에 대한 건폐율(제55조), 용적률(제56조), 대지의 분할 제한(제57조), 대지 안의 공지(제58조), 맞벽 건축과 연결복도(제59조), 높이 제한(제60조, 제61조) 등의 방식으로 건축물의 형태를 규제한다. 그러나 이들 중 건폐율, 용적률, 대지 안의 공지 등에 관하여는 국토계획법상의 용도지역에 따른 규율에 따르는 것으로 규정하고 있으며,[23] 따라서 형태규제의 실질적인 내용은 국토계획법상의 관련 조문의 내용에 의한다. 국토계획법은 용도지역별 건폐율, 용적률 등의 상한을 정하고 그 범위 내에서 지방자치단체가 조례로써 최대한도를 정할 수 있다고 규정하고 있다. 용도지역에 따라 상이한 형태규제가 적용되고, 국토계획법과 건축법의 규정에 따라 모든 건축물에는 일정한 건폐율 및 용적률 등의 제한이 적용되기 때문에 형태규제는 실질적으로 용도지역지구제의 내용을 이루는 필수적인 구성요소로서 기능한다.

(2) 지구단위계획의 구성요소

국토계획법은 법 제49조 내지 제54조에서 '지구단위계획구역'을 규정하면서 국토교통부장관 또는 시·도지사, 시장 또는 군수(이하 '지구단위계획 지정권자')로 하여금 용도지역지구와는 별개로 지구단위구역을 지정하여 도시계획을 수립할 수 있도록 허용한다. 국토계획법은 지구단위계획의 내용으로 될 수 있는 것을 규정하면서도 그 중 필수적으로 포함되어야 할 사항에 대하여는 규정하지 않으므로 지구단위계획은 각 계획마다 내용에 있어 다양한 모습을 보인다.

---

23) 이를테면, 건축법 제55조는 '건축물의 건폐율'에 대하여 "대지면적에 대한 건축면적의 비율의 최대한도는 국토계획법 제77조에 따른 건폐율의 기준에 따른다"고 규정한다.

지구단위계획 지정권자는 용도지역·지구의 세분(제52조 제1항 제1호), 기반시설의 배치 및 규모(제2호), 건폐율·용적률·높이의 최고 및 최저한도(제3호), 건축물의 배치·형태·색채 또는 건축선에 관한 계획(제4호), 경관계획(제5호) 등 형태규제의 직·간접적 내용이 되는 사항들에 대하여 기존의 용도지역지구제와 다른 내용으로 규정할 수 있다,[24] 따라서 지구단위계획이 이들 사항을 규정하는 내용으로 수립되는 경우 지구단위계획의 내용이 곧 형태규제의 내용으로서 기능하게 된다.

(3) 건축법 고유의 형태규제

건축법은 건축물이 대지와 일정 부분(2미터) 이상 접하여야 한다고 규정하여 접도요건을 두고 있으며(제44조), 건축물과 담장이 건축선의 수직면을 넘어서는 아니 된다고 규정하며(제47조),[25] 전용지역과 일반주거지역 내 건축물의 높이는 인접 대지경계선으로부터 거리에 따라 건축법 시행령으로 정하는 높이 이하로 하여야 한다고 규정한다(제61조 제1항). 이들은 건축법 및 동 시행령이 국토계획법과는 별개로 규율하는 형태규제로서 용도지역·지구 및 지구단위계획구역에 따른 규제와 중첩적으로 적용된다.

(4) 건축법·국토계획법상의 미관규제

건축물의 물리적 규모뿐만 아니라 건축물의 외형을 이루는 다른 요소(색채, 조경 등) 또한 형태규제의 내용에 포함된다. 건축법은 건축물이

---

24) 국토계획법이 용도지역지구제와 지구단위계획의 관계에 대하여 전혀 언급하지 않고 있으나, 지구단위계획제도의 입법 연혁과 그 취지 등에 비추어 용도지역제와 지구단위계획의 내용이 다른 경우 지구단위계획의 내용이 우선하여 적용되는 것으로 이해하여야 하며, 실무에서도 이처럼 운용되는 것으로 보인다.
25) 이와 같은 규정에 따라 건축물의 상층부를 건축선의 수직면 외부로 돌출하여 건축하는 행위는 원칙적으로 금지된다.

들어서는 대지의 조경에 관하여 일정한 규정을 두고 있으며(제42조), 대지 내에 일정한 공개공지를 확보하도록 규정한다(제43조). 국토계획법상 용도지역에는 직접적으로 미관규제에 해당하는 사항이 없으나, 지구단위계획을 지정하는 경우 건축물의 배치, 형태, 색채 등에 관하여 규제할 수 있다(제52조 제1항 제5호).

(5) 심의규제

건축법, 문화재보호법, 경관법, 고도 보존 및 육성에 관한 특별법(이하 '고도육성법') 등은 일정한 요건을 충족하는 건축물에 대하여 건축법 및 국토계획법상의 건축허가, 개발행위허가에 앞서 당해 법령이 규정하는 바에 따라 일정한 허가의 발급 내지 심의절차를 거칠 것을 요구한다. 건축법과 국토계획법은 이들 심의규제에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않으나,[26] 앞서 검토한 바와 같이 건축법 제11조 제11항 및 국토계획법 제58조 제1항의 내용 및 취지에 따라 관련 법령상의 규제 또한 건축허가 및 개발행위허가의 요건이 된다고 보아야 한다.

건축허가 및 개발행위허가의 요건이 되는 것과는 별개로, 건축위원회 심의(건축법 제4조의2), 문화재보호법상의 국가지정문화재에 관한 허가사항(문화재보호법 제35조 제1항 각호), 경관위원회 심의(경관법 제27조, 제28조), 고도육성법상 지정지구 내 행위제한사항에 대한 중앙심의위원회 심의(고도육성법 제11조 제1항 각호)에 관한 각 규정은 관련 법령상의 규정에 반하여 건축허가가 이루어진 경우 행정명령과 형사처벌 등이 가능하도록 규정한다. 이를 통하여 상술한 심의규제는 건축주나 사업시행자에 대하여 구속력 있는 형태규제로서 기능할 수 있다.

26) 다만 건축법은 허가권자가 일정한 경우 건축위원회 심의를 거쳐 건축허가의 발급을 거부할 수 있다고 규정한다(제11조 제4항).

제 2 절 미국 도시계획법제상 형태규제

I. 미국의 도시계획법제 개관

1. 미국의 법령체계

(1) 커먼로(Common Law)의 적용

미국의 법령체계는 커먼로를 따른다. 커먼로는 독일과 프랑스를 대표로 하는 유럽의 대륙법체계와 대립되는 법체계로서, 원칙적으로 법문이 없는 불문법이다. 영미법에서는 법체계가 어떠한 권위있는 입법에 귀속되지 않는 대신,[27] 누적된 판례가 법리의 근간을 구성한다. 이처럼 판례를 통한 선례구속의 원칙은 사법제도의 최고 원칙으로 기능한다. 구속성의 정도는 오래 지속되어 보다 확고한 관습으로 자리잡은 판례일수록 높아지게 된다. 다만 미국법은 커먼로를 대표하지만 문서화된 헌법이 있다는 점에서 영국법과 다르고, 또한 헌법이 권력분립의 원칙에 따라 의회에 법률제정권을 부여하므로 선례구속의 원칙에도 불구하고 의회에서 제정한 법률이 판례에 우선한다는 특징을 갖는다.[28]

(2) 연방법과 주법의 관계

미국은 연방제 국가로서 소속된 모든 주(state)에 적용되는 연방법(federal law)와 각 주가 제정한 주법(state law)이 별개로 존재한다. 또한 연방헌법(Federal Constitution)이 존재하는 한편 모든 50개 주가 저마다

---

27) Lespius, 31. 다만 오늘날 커먼로 국가에서 다양한 성문법률이 도입되며 불문법적인 특징이 퇴색되고 있는바 커먼로를 법에 대한 태도나 판단방식으로서 방법론의 측면에서 바라보아야 한다는 주장도 있다.
28) 단, 우리의 헌법재판소 위헌법률심판에 대응한다고 볼 수 있는 연방대법원의 사법심사(Judicial Review)는 입법부를 기속한다.

주헌법(State Constitution)을 두고 있다. 연방헌법 제6조는 연방헌법을 최고법으로 하며 각 주의 법률은 이에 저촉되지 않아야 한다고 규정한다.[29] 연방법과 주법이 헌법에 구속되는 것은 물론, 주법이 연방법과 충돌하는 경우 해당 주법은 연방법과 저촉되는 범위에서는 효력이 없다.

그러나 연방정부는 헌법이 부여한 범위 내에서만 각 주정부에 우선하며, 의회가 권한을 초과하여 제정한 법률은 각 주를 기속하지 않는다. 또한 연방헌법이 연방정부가 제정할 수 있는 법률의 범위를 엄격히 제한함에 따라[30] 각 주의 정부는 주법의 입법권에 관하여 상당한 재량권을 갖게 된다[31].

(3) 지역 정부(local governments)의 법과 규칙

미국은 각 주의 면적이 상당하고 주 내부의 각 지역간에도 적잖은 환경 내지 제반조건상의 차이가 존재하기 때문에, 주정부가 지역 정부에게 많은 행정적 권한과 입법권을 위임하는 것이 일반적이다. 다만, 연방정부와 주정부간의 관계와는 다르게, 통상적으로 지역 정부는 주정부로부터 명시적으로 권한을 위임받은 사항에 대하여만 입법권을 행사할 수 있다.

각 주마다 규율 방식이 상이하겠으나, 지역정부의 법으로는 지역 헌장(Charter)-행정코드(Administrative Code)[32]-지역법(local Laws)-조례

29) 이른바 최고법조항(Supremacy Clause)라고 통칭된다.
30) 연방헌법 제1장 제8조(Article 1, Section 8)는 의회가 제정할 수 있는 법률의 대상을 열거적으로 규정하며, 제9조는 연방정부가 규율할 수 없는 것들을 나열하고, 수정헌법 제10조는 헌법이 명시적으로 연방정부에 권한을 부여하지 않거나 헌법이 직접 금지하지 않은 사항에 대하여는 주정부 또는 국민이 그 권한을 갖는다고 규정한다.
31) 일례로, 동조 제3문은 (연방)의회가 주간의(interstate) 상업에 대하여만 입법권을 가진다고 규정하므로, 각 주는 독자적인 회사법을 주법으로 둘 수 있고, 이에 따라 미국 전역에 걸쳐 적용되는 연방회사법은 존재하지 않는다. 후술하겠지만, 같은 원리로 연방 도시계획법 내지 건축법 또한 존재하지 않는다.

(Ordinances)-규칙(Rules) 등으로 위계적으로 운영되는 것이 일반적이다.

2. 도시계획 관련 법령의 규제체계

(1) 행정법의 체계

원칙적으로 연방법 차원에서는 성문의 행정법이 존재하지 않는다. 연방헌법이 의회에 행정법 전반에 대한 입법권을 부여하지 않기 때문에,[33] 우리의 행정기본법 등에 대응하는 연방법상의 성문 행정법은 상정하기 어렵다. 다만, 연방정부 또는 주정부가 제정한 행정법률의 해석기준 등에 관하여 판례법이 발전하였고, 이것이 행정보통법(Adminstrative Common Law)을 구성한다. 행정절차법적으로는 각 주법이 규정하는 절차법령의 규율에 따르며 연방행정절차법(Administrative Procedure Act)는 연방정부 및 연방법률에 의하여 직접 설치된 기관에 대하여만 효력을 갖는다.

(2) 도시계획의 규제 근거

미국 연방헌법에는 한국의 헌법 제23조 제1항이나 제37조 제2항과 같이 재산권 기타 기본권에 대한 제한 가능성을 규정하는 일반조항이 존재하지 않는다. 따라서 도시계획이 본격적으로 도입되기 시작한 20세기 초부터 미국에서는 연방정부 또는 주정부가 도시계획을 통하여 토지소유자의 재산권 행사에 간섭하는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있는지에 대한 많은 이론적 논의가 활발히 전개되었다. 연방대법원이 *Village of Euclid v. Amber Realty Co.* (1926) 사건에서 유클리드시의 조닝규제가 적법한

---

32) 미국법에서 등장하는 '코드(code)'에 대하여 명확한 정의는 없으나, 특정 규제대상에 관하여 적용되는 법률 내지 이와 동일한 효력을 갖는 규율을 모은 일종의 법전으로 이해할 수 있다. 다만 모든 코드가 법률의 효력을 갖는 것은 아니며 코드의 구체적인 내용이나 규율의 형태의 영향을 받는다.
33) 각주 31 참조.

경찰권(police power)의 행사라고 판단한 이래, '공공복리를 위한 경찰권의 행사'는 도시계획의 수립과 실현에 따른 토지소유권 행사의 제한을 정당화하는 근거로서 보편적으로 인정되고 있다,[34]

경찰권이란 시민의 건강과 안전 등 공공복리의 증진을 위하여 처분을 발급하고 사인의 행위를 제한할 수 있는 정부의 힘을 말한다. 경찰권은 미국 헌법에 명시된 정부의 권한은 아니지만 로마법으로부터 기원한 것으로서 영미법상의 관습법으로 인정된다.[35] 한편 수정헌법 제10조는 헌법이 명시적으로 연방정부에 권한을 부여한 것 외에 대하여는 주정부에게 권한이 있다고 규정하므로, 주정부가 독자적으로 경찰권을 원용할 수 있다고 보는 해석이 합리적이다. 연방대법원은 주정부의 경찰권 행사를 꾸준히 인정하여 왔으며, 나아가 시정부 등 지역정부(local governments)도 적법한 경찰권의 행사를 통하여 사인의 권리를 제한할 수 있다고 본다.[36] 따라서 연방정부와 주정부는 물론 지역정부도 경찰권의 행사를 근거로 하여 도시계획에 관한 규제권한을 독자적으로 행사할 수 있다고 이해된다.[37]

한편, 경찰권이 토지이용규제를 정당화하는 근거가 된다면, 지역정부의 모든 토지이용규제가 경찰권의 행사로 포섭될 수 있는 것인지, 아니면 공공복리의 보호를 위하여 인정되는 소극적인 범위 내에서만 인정될 수 있는 것인지도 문제된다. 이에 대하여 연방대법원은 주거지역의 토지이용규제가 문제된 *Village of Belle Terre v. Boraas* (1974) 사건에서 경찰권은 단순히 오염되고 비위생적인 환경을 제거하는 것에 국한되는 것이 아니라 가족과 청소년의 가치를 보호하고 정온한 환경을 조성하며

---

34) 보다 자세히는, Norton, Police Power, Planning, and Aesthetics, 171면 이하 참조.
35) Willrich, Michael. Pox: an American history, 301.
36) *Berman v. Parker* (1954) 등
37) 이러한 해석은 토지이용규제가 경찰권의 행사로서 정당화될 수 있다고 본 *Village of Euclid v. Amber Realty Co.* (1926), *Berman v. Parker* (1954) 등의 연방대법원 판결의 태도와 부합한다.

주민들이 안정을 취할 수 있는 환경을 조성하는 것 또한 포함한다고 판시하여 토지이용규제가 소극적인 범위로 한정되지 않는다고 판시하였다.

(3) 연방정부 차원의 규제

연방헌법은 연방정부에게 개별 건축물의 안전이나 토지의 합리적 이용을 위한 도시계획에 관한 규제권한을 부여하지 않고 있으며,[38] 따라서 이를 규율하는 연방법은 존재하지 않는다. 그러므로 우리나라의 국토계획법과 같이 전국에 걸쳐 공통적으로 적용되는 공법적인 공간통제체계는 없는 것이다. 다만 연방주택법(Federal Housing Amendments Act of 1988), 장애인법(American Disabilities Act of 1990), 토지이용에 관한 종교법(Religious Land Use and Institutioanlized Persons Act of 2000) 등이 간접적으로 토지이용을 규제하고 있으며, 이들은 헌법상의 최고법조항에 의하여 주정부 또는 지역정부의 규제에 영향을 받지 않는다.

(4) 지역 정부 차원의 규제

미국에서 '도시계획'은 단순한 토지이용규제를 넘어 주거정책, 녹지정책, 인구계획 등을 포괄하는 넓은 개념으로 사용되는 경향이 있다. 그러나 앞서 제2장에서 살핀 바와 같이 도시계획의 개념징표를 건축단위의 설정, 건축허용성의 부여, 토지이용용도의 지정, 건축허가요건의 통제 등으로 한정한다면, 우리가 '도시계획 규제'라고 부를 수 있는 것은 실질적으로 지역 정부의 조닝규제(Zoning Regulations)로 한정된다.[39] 이외의 연방법이나 주법의 경우 특별한 사정이 없는 한 지역 정부의 조닝규제를

---

38) 미국 헌법이 작성된 1787년에는 건축물의 안전확보를 위한 규제나 현대적 의미의 도시계획이 존재하지 않았다는 점에 비추어 이는 당연한 것이기도 하다.
39) 다만 모든 도시계획 규제에 조닝규제가 강제되는 것은 아니며, 조닝규제를 적용하지 않는 규율체계도 가능하다. 다만 조닝규제가 도시계획의 수단으로 절대적으로 보편적인 지위를 갖고 있으며, 대도시 중에서는 텍사스주 휴스턴시만이 조닝 없는 도시계획을 운용중이다. (후술)

간접적으로 규율하는 것에 불과하다고 보아야 하며, 지역 정부는 이들 상위법령의 내용에 저촉되지 않는 범위에서 광범위한 재량권을 행사할 수 있다.

(5) 도시계획에 대한 쟁송가능성

한국의 행정법이 독일법의 행정행위(Verwaltungsakt)에서 발전한 행정작용 개념을 기반으로 하는 것과는 달리, 미국 행정법은 행정작용의 개념을 설정하지 않고 있으며, 행정청이 행사하는 작위 또는 부작위 모두를 행정법의 적용 대상으로 본다.[40] 또한 커먼로의 법우위원칙에 따라 정부도 헌법적 기준에 따른 사법심사의 대상이 되므로, 민사적 절차와 구분되는 별도의 행정소송절차가 존재하지 않는다.

다만 표준조닝수권법의 내용에 따라 조닝제도를 운용하는 각 지역 정부는 조닝위원회를 설치하여 조닝에 관한 사항을 관장하도록 하고, 토지소유자 등 주민이 조닝위원회의 결정에 이의가 있을 경우 변경신청이나 이의신청제도를 두도록 하고 있으므로 대부분의 경우 각 지역 정부의 조닝조례가 규정하는 바에 따라 조닝위원회를 상대로 준사법절차적 성격의 불복절차를 진행할 수 있다.

II. 조닝(Zoning) 기반의 도시계획

1. 조닝의 개념

조닝은 도시내 토지를 구획하여 구획된 지역별로 건축물의 용도, 형태 등을 제한하는 것을 내용으로 하는 도시계획적 수단 내지 법률이다. 단순히 토지를 구획으로 나누어 용도를 지정하는 것을 넘어서, 해당 구획

40) 최봉석, 미국 행정법상 행정행위의 특성과 절차법적 통제, 272-273.

마다 적용되는 여러 도시계획상의 규제(크기규제, 미관규제 등)까지를 모두 포괄하는 개념이다.

2. 조닝제도의 연혁

(1) 1916년 뉴욕시의 조닝규제

도시 내 일정 구획에 대하여 해당 지역에서 특정한 방식의 토지 사용을 금지하는 것을 조닝규제의 본질적인 요소로 본다면, 미국 최초의 조닝규제는 캘리포니아주의 모데스토(Modesto)시에서 제정한 조례라고 할 수 있다.[41] 이후 유사한 형식과 내용의 조례가 몇몇 도시에서 제정되었고, 대도시 중에는 로스앤젤레스시가 처음으로 1908년 공업용도의 토지 사용을 규제하는 부분적인 조닝조례를 제정하였다. 그리고 뉴욕시는 1916년 도시 전체를 여러 가지의 용도지역으로 구획하여 각 지역별로 서로다른 도시계획적 규제를 적용한 최초의 현대적 조닝제도를 도입하였다.[42]

토지를 주거, 상업(업무, 도·소매, 경공업), 무제한(unrestricted) 세 가지 용도로 구획하였으며 '무제한' 지역에는 대규모 공장 및 항구, 철도 등의 기반시설이 자리했다. 고층건물로 인한 일조와 통풍의 제한을 최소화하기 위하여 건폐율과 사선규제가 도입되었으며, 남부 맨하탄 일대를 제외한 대부분의 지역이 2층 이하의 주택만 지을 수 있는 주거지역으로 지정되었다. 다만, 1916년 조례는 토지 소유권에 대한 광범위한 제한을 다소 완화하기 위한 수단으로서 (1) 개별 토지소유자가 용도규제의 적용

---

41) 모데스토시는 백인가구가 밀집한 주거지역 내에 중국인이 진입하는 것을 막기 위하여 주거지역 내에서 세탁소 영업을 금지하는 법률을 제정하였다.
42) 뉴욕시의 조닝조례 제정에 가장 큰 영향을 끼친 것은 상술한 모데스토나 로스엔젤레스시의 사례보다는 독일 프랑크푸르트시의 조닝법이라는 분석이 유력하다. 보다 자세히는, Mullin, American Perceptions of German City Planning at the Turn of the Century 등 참조.

면제(variance)를,[43] 그리고 (2) 지역주민이 용도지역의 변경 및 재지정을 청원(petition)할 수 있게 허용하였다.

(2) 표준조닝수권법(1924)

뉴욕시의 조닝제도 도입으로 이에 대한 전국적인 관심이 높아지자 연방정부는 1924년 표준조닝수권법(The State Standard Zoning Enabling Act; SZEA)을 공포하였다. 수권법은 용도지역제의 기본 원칙, 종합계획(Master Plan)과의 일치성에 대한 요구, 조닝위원회(Zoning Board)의 설치, 집행과 구제 등을 핵심적인 내용으로 한다. 특히, 각 시·군마다 일종의 준사법적 기구인 조닝위원회를 설치하여 조닝에 대한 수정의결권, 청원에 대한 결정권, 조닝규제 적용의 예외 결정권 등을 위임하였는데, 이는 오늘날까지도 미국 조닝제도를 특징짓는 가장 핵심적인 요소이다.

현재까지도 유지되고 있는 표준조닝수권법은 강제성이 없는 모델법(model law)에 불과하나 당시 미국의 48개주 중 43개 주가 표준조닝수권법을 기반으로 한 조닝수권법을 제정하여 조닝제도의 전국화에 크게 기여하였다고 평가된다.[44]

(3) 뉴욕시의 조닝제도 전면 개편(1961~)

뉴욕시의 1916년 조닝조례는 제정당시부터 도시의 성장을 억제하고자 하는 이해관계가 영향을 주었던 만큼 다소 경직적인 것이 특징이었다. 20세기 중반에 접어들며 뉴욕시가 빠르게 성장함에 따라 보다 유연하고 적극적인 조닝규제의 필요성이 대두되었고, 이에 따라 뉴욕시는 1961년부터 수 년에 걸쳐 조닝제도를 전면적으로 개편하였다.

---

43) 이웃주민이 그에 대하여 반대하지 않을 것을 요건으로 하였다.
44) 조재성, 미국의 도시계획, 44-45.

이 시기에 도입된 조닝규제 수단은 지정된 용도지역 하에서 보다 다양한 형태의 토지 이용을 장려하는 것을 목적으로 하였다. 이에 따라 용적률(Floor-Area Ratio)이 도입되었으며, 기존의 소극적 규제(negative control) 방식이 적극적 규제(positive control) 방식으로 대체되었다.[45] 이밖에 공개공지 또는 공공시설을 제공하는 개발업자에게 용적률 보너스를 제공하는 인센티브 조닝(incentive zoning), 특정 구획에 대한 용적률 제한의 대가로 다른 구획의 규제를 완화하여 주는 개발권 이양제(Transfer of Development Rights), 우리의 지구단위계획과 유사하게 특정 지구 전체에 대한 복합개발을 가능하게 하는 계획단위개발제(Planned Unit Development) 및 특별목적지구(Special Purpose District)제가 도입되었으며, 토지가 집약적으로 이용되는 중심업무지구를 통제하기 위한 수단으로 사용되었다.

(4) 1960년대 이후 조닝제도의 발전

20세기 후반에 이르러 도시계획에서 환경보전, 젠트리피케이션, 빈부격차의 완화, 보행성(walkability)이나 거주 적합성(livability)와 같은 비유형적 요소가 강조되면서 다양한 변칙적인 형태의 조닝 규제가 제시되고 있다. 맥락조닝(contextual zoning), 통합형 용도지역제(inclusionary zoning), 혼합개발(mixed-use development), 형태기반코드(Form-Based Codes) 등이 이에 해당하며, 이들 규제수단에 대하여는 아래에서 보다 자세히 살핀다.

또한 플로리다주 마이애미시 등 몇몇 지역정부에서는 용도 기반의 지역제에서 탈피하여 건축물의 형태를 기준으로 건축행위를 통제하는 형태

45) 소극적 규제에서는 특정 용도지역 내에 어떠한 방식의 사용이 금지되는지가 규정되나, 적극적 규제에서는 허용되는 용도를 상세하게 규정한다. 현행 국토계획법 또한 원칙적으로 적극적 규제의 성격을 띠고 있다.

기반코드(Form-Based Codes)를 도입하여 기존의 용도지역제를 대체하는 규제수단으로 사용하고 있다.

3. 조닝의 종류

(1) 개요

조닝규제는 개념상 한국 국토계획법상의 용도지역·지구제와 대응한다. 한국에서 용도지역제를 규제방식에 따라 세분화하는 것이 보편적이지 않으며,[46] 구체적인 법령상의 규제수단에 따라 분류하는 것이 일반적으로 보인다.[47] 그러나 미국의 경우 각 도시마다 환경적, 사회적 특성에 따라 조금씩 변형한 형태의 조닝 제도를 두고 있으며, 조닝규제를 규제방식에 따라 세분화하는 것이 일반적이다. 다만, 도시 전체에 적용되는 용도지역제와 특정한 구역이나 개발사업에만 적용되는 용도지역제적 성격의 규제를 구별하지 않고 모두 '조닝'이라 칭하는 것이 일반적이기 때문에, 조닝을 종류별로 구분하여 체계화하는 것에는 한계가 있다.[48] 일반적으로는 여러 가지 다른 종류의 조닝규제를 각 도시의 실정에 맞게 혼합하여 규범화한다.

(2) 유클리드조닝(Euclidean Zoning)

유클리드조닝이란 도시를 여러 구획으로 나누어 각 구획별로 주거, 상업, 공업 등의 용도를 지정한 뒤 이에 부합하는 건축물에 대하여만 건축행위를 허용하는 것으로서, 조닝의 가장 보편적인 형태이다.[49] 유클리드

---

46) 이와 같은 성향은 특히 도시계획 관련 법제를 다루는 법학분야에서 더욱 도드라진다.

47) 규제수단에 따라 용도지역제를 분류할 경우 (협의의) 용도지역·지구제, 개발제한제, 지구단위계획제 등으로 나눌 수 있다.

48) 보다 자세히는, 김승종, 미국의 토지이용규제에 관한 연구 등 참조.

49) '유클리드 조닝'이란 명칭은 조닝이 헌법적으로 다투어진 최초의 판결인 *Village of Euclid v. Amber Realty Co.* (1926) 사건에서 유래한 것이다. 이 사

조닝에 따른 구획에는 용도만 지정되는 것이 아니라 용도에 따른 건축물의 형태규제 또한 함께 규정되는 것이 일반적이다. 이와 달리 구획별로 용도 및 그에 따른 특성을 정하여 규율하지 않는 비전형적인 형태의 조닝 일체를 비유클리드조닝(Non-Euclidean Zoning)이라 통칭한다.

(3) 비유클리드조닝(Non-euclidean Zoning)

비유클리드조닝이란 유클리드조닝의 방식에 의하지 않는 용도지역제 일체를 의미하는 용어이다. 유클리드조닝에서는 동일한 구획에 모두 같은 규제가 적용되기 때문에 규제의 내용이 경직적이고, 조닝이 나누는 것보다 작은 면적단위의 도시계획에 이를 활용하기 어렵다는 문제의식에 따라 1960년대 이후 발전하였다. 유클리드조닝제를 완전히 배제하고 이를 택하는 경우는 거의 없으며, 대부분의 경우 유클리드조닝제를 기본으로 하되 일부 지역에 대하여 일종의 특별구역과 같은 지위를 부여하여 비유클리드조닝상의 규제를 적용하는 형태를 띤다.

대표적인 예시로는 지구단위계획(Planned Unit Development), 특별계획지역의 지정(Special Zoning Districts)[50], 맥락조닝(Contextual Zoning), 인센티브조닝(Incentive Zoning)제도 등을 들 수 있다. 지구단위계획이나 맥락조닝 등에서는 건축물의 형태에 보다 강하게 개입하여 이를 직접적으로 규제하는 방식이 많이 사용되므로, 통상적인 유클리드조닝보다 형태규제가 보다 전면에 등장하게 된다.

(4) 유도적 조닝(Incentive Zoning)

유도적 조닝이란 사회기반시설이나 녹지, 광장과 같이 계획권자가 지

건에서 연방대법원은 (1) 조닝제도는 정부의 일반적 경찰권에 근거하는 것으로서 그 자체로 연방헌법에 반한다고 볼 수 없으며, (2) 재산권을 과도하게 규제하는 것도 아니라는 취지로 유클리드시의 손을 들어주었다.

50) 국토계획법상의 용도지구제와 유사하다고 평가할 수 있다.

정하는 공공시설 등을 공급하는 개발사업자에게 해당 사업지의 조닝규제를 완화하여주는 제도이다. 사업시행자로 하여금 기존의 유클리드조닝만으로는 구현할 수 없는 계획권자의 의도에 부합하는 특정한 방식의 개발사업을 유도할 수 있다는 특징이 있다. 개발사업에 저소득층을 위한 주택 공급계획을 포함시키도록 하는 통합형 용도지역제(Inclusionary Zoning) 또한 유도적 조닝의 한 모습이라 볼 수 있다.[51]

(5) 맥락적 조닝(Contextual Zoning)

조닝이 적용되기 이전의 물리적, 사회적 형태를 고려하여 도시계획을 수립하는 것을 맥락적 조닝이라 한다. 맥락적 조닝이 적용되는 지역에서는 용도지역제상의 규율과는 별개로 지역 사회적·물리적 환경과 배치되는, 즉 지역사회의 맥락(conetext)을 해치는 건축행위가 금지된다. 뉴욕시에서는 2002년부터 2013년까지 용도지역 재설정(rezoning)을 시행하며 시 면적의 1/3에 해당하는 지역을 맥락조닝 지구로 설정한 바 있다. 맥락적 조닝은 도한 역사·문화지구의 보존을 위한 수단으로도 활용될 수 있다.

(6) 영향평가 조닝(Performance Zoning)

영향평가 조닝이란 토지이용의 밀도를 규제함에 있어 토지의 이용으로 인하여 발생하는 사회적, 경제적, 환경적 영향 등을 그 기준으로 삼는 규제방식을 의미한다.[52] 영향평가 조닝이 적용될 수 있는 방법은 다양한데, 공업지역의 경우 들어설 수 있는 공업시설의 종류에 따라 전용공업지역-일반공업지역-준공업지역과 같이 구분하지 않는 대신, 해당 구획에서 배출할 수 있는 소음·유해물질·폐기물 등 환경공해량의 총량을 정한 뒤 그 범위 내에서는 구획에 들어설 수 있는 시설의 종류나 크기 등을

51) 김승종, 84.
52) 김승종, 85.

별도로 규제하지 않는 방법이 가능하다. 또한 주거지역에서는 일조의 확보를 위해 건물간 일정 거리 이상을 띄우거나 높이를 제한하는 대신 '일정 시간 이상의 일조량 확보'를 요건으로 두어 이를 충족하는 범위 내에서는 자유롭게 건축행위가 가능하도록 규정할 수 있다.

(7) 중첩적 조닝(Overlay Zoning)

중첩적 조닝이란 용도지역제의 한계를 보완하기 위하여 기존의 조닝규제를 강화·완화하는 규체를 추가로 지정하여 중첩적으로 적용하는 것을 말한다.[53] 중첩적용된 규제와 기존의 규제가 충돌하는 경우 중첩적 조닝규제가 우선하는 것이 일반적이다. 뉴욕시의 계획단위개발제(Planned Unit Development)가 이에 해당한다.

(8) 형태기반코드(Form-Based Codes)

형태기반코드란 토지를 구획으로 나눈 뒤 이를 용도 대신 건축물의 물리적 형태를 기반으로 규율하는 규제방식으로서, 비유클리드조닝의 일종이다. 기존의 용도지역제에서 특정한 구획의 토지를 어떠한 용도로 사용하거나 사용할 수 없는지를 규정한다면, 형태기반코드를 기초로 하는 조닝에서는 구획에 들어설 수 있는 건축물의 외형적 특징(건축물의 크기, 형태, 디자인, 연결된 공간과의 관계 등)을 규정하고, 규제내용과 기준은 다이어그램이나 문장으로 기술된다.[54] 통상적인 조닝에서 건축물의 형태에 관한 규제가 선택적 규제사항임에 반하여 형태기반코드에서는 지역을 구성함에 있어 반드시 건축물의 형태에 관한 사항이 규정되어야 한다. 형태기반코드가 적용됨에 따라 기존의 유클리드조닝방식의 규제가 반드시 배제되어야 하는 것은 아니며, 상호 중첩적으로 적용되는 것도 가능하다. 또한 도시 전체를 형태기반코드 중심으로 규율하는 것보다는

53) 김승종, 85.
54) 김재환, 도시재상사업의 형태기반코드 적용 가능성 고찰, 892-893.

도시 내의 특정 지역·지구에 한정하여 이를 적용하는 것이 일반적이다.

미국에서 형태기반코드를 도입하는 지역 정부가 꾸준히 늘어가고 있음에도 불구하고, 이와 같은 방식의 조닝이 헌법적으로 정당화되는지에 관하여는 견해의 대립이 있다. 여전히 지역정부가 행사할 수 있는 경찰권의 범위 내에 있고 기존의 조닝규제와는 단지 규제의 방법이 다를 뿐이라는 견해가 우세하나,[55] 지역 정부가 건축물로 하여금 세세한 부분까지 특정한 형태를 가지도록 강제할 수 있다는 점은 경찰권의 범위를 초과하는 것으로서 위헌적이라는 지적도 있다.[56] 형태기반코드가 아직 도입 초기에 머무르고 있어 이 문제에 대하여는 추가적인 연구 및 연방대법원의 판결 동향을 주시할 필요가 있을 것으로 보인다.

4. 도시종합계획(Master Plan[57])과 조닝의 관계

도시종합계획은 한국 국토계획법상의 '도시·군기본계획'에 대응하는 개념으로서 도시의 중·장기적 발전 목표를 설정하고 이를 달성하기 위한 정책계획을 수립하는 것을 말한다. 상술한 '기본계획'과는 마찬가지로 행정청이나 국민을 기속하는 구체적인 효력이 없다는 점에서 같다.

조닝규제가 도시종합계획과 반드시 합치해야 하는지에 대하여는 오랫동안 논란이 이어져왔다. 미국에서는 용도지역규제가 도시종합계획과 일치하여야 함을 주법이나 시 조례 등에서 명문으로 정하는 경우도 있으나, 최근 캘리포니아주 대법원은 시 조례가 조닝규제와 도시종합계획이 일치할 것을 명문으로 요구하는 경우에도, 주민이 입안한 용도지역조례(zoning ordinance)의 내용이 시의 종합계획에 배치된다는 이유만으로 이를 거부할 수 없다는 취지로 판시한 바 있다.[58] 위 판례의 입장에 따

55) Geller, The Legality of Form-Based Zoning Codes, 59 이하 참조.
56) Bauman, Legally Enabling a Modern-Day Mayberry: A Legal Analysis of Form-Based Zoning Codes, 55.
57) Comprehensive Plan이라고도 한다.

르면 결국 지역 정부가 조례로서 조닝이 종합계획에 구속되도록 규정한 경우에도 그러한 조례의 내용이 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니라는 취지로 이해할 수 있다.

III. 미국 도시계획법제상 형태규제

1. 개요

미국에서는 건축물에 대한 도시계획적 통제가 거의 전적으로 조닝규제를 통하여 이루어지기 때문에[59], 미국의 도시계획법제상 형태규제를 규명한다는 것은 곧 각 도시의 조닝규제가 어떠한 방식으로 건축물의 형태를 규제하는지와 직접적으로 연결된다.

한국의 용도지역제의 경우 국토계획법 제6장(제76조~제84조)이 전국 모든 도시에 적용될 수 있는 용도지역의 종류와 각 용도지역별로 건폐율, 용적률 등 형태규제적 요소를 규정한 다음 규제의 일정한 부분에 대하여 각 지방자치단체 등 계획수립권자가 재량을 행사할 수 있도록 규정한다. 반면 미국의 경우 지방자치단체가 별도의 수권법률 없이도 자체적으로 조닝규제를 수립할 수 있는 것이므로, 시정부 등 지역정부가 규제의 내용과 방법을 독자적으로 정할 수 있다. 이하에서는 가장 보편적인 유클리드조닝 기반의 규제체계를 유지하고 있는 뉴욕주(州) 뉴욕시, 형태기반코드를 도입한 플로리다주 마이애미시, 그리고 조닝 없는 도시계획 규제체계를 갖추고 있는 텍사스주 휴스턴시의 사례를 살펴본다.

---

58) *City of Morgan Hill v. Busheym* 5 Cal. 5th 1068 (2018). 연방대법원이 이 문제에 관하여 다룬 바는 아직 없다.
59) 이는 건축법이나 국토계획법이 여러 가지의 규제수단을 병렬적으로 규정하면서 이를 전국의 모든 건축물에 일괄적으로 적용하는 것과 대비된다.

2. 뉴욕시의 사례

(1) 유클리드조닝 기반의 규제체계

뉴욕시는 1916년 전 세계 최초로 도시 전체에 걸쳐 조닝을 적용하였고, 이후에도 여러 차례 적극적인 개정을 통하여 지속적으로 규제체계를 발전시켜온 만큼 유클리드조닝에 기반한 가장 일반적인 형태의 형태규제 체계를 유지하고 있다. 전 도시의 토지를 구획하여 용도를 지정한 뒤 각 용도지역의 목적과 성격에 따라 상이한 형태규제가 적용된다. 뉴욕시 조닝조례(Zoning Resolution)는 구역의 지정을 시각적으로 표현한 조닝 지도(Zoning Maps)와 각 지역 및 지구에 따른 세부적인 규율사항을 글로 나타낸 조닝문서(Zoning Text)로 구성된다.

(2) 규범화 방식의 차이

한국의 용도지역제와 뉴욕시의 조닝은 유클리드조닝에 기반한다는 점에서는 같으나, 규범화의 방식에는 상당한 차이가 있다. 한국의 경우 용도지역에 따른 규제의 내용이 국토계획법, 국토계획법 시행령, 각 시·군·구의 조례, 기타 형태규제에 대한 완화·강화규정을 두고 있는 관련 법령 등으로 분산되어 있다. 또한 용도지역이 아닌 규제수단의 종류를 기준으로 법령이 제정되어 있다는 특징이 있다. 즉, '주거지역'과 같은 용도지역을 독자적인 조문으로 규정하는 것이 아니라, 건폐율(국토계획법 제77조)이나 용적률(제78조)에 관한 기본조문을 두고 해당 조문에서 각 용도지역별로 어떠한 제한이 적용되는지를 다시 규정하는 것이다. 그런데 대부분의 경우 법에서는 개괄적인 상·하한만을 규정할 뿐 규제의 세부적인 내용에 대하여는 이를 시행령이나 조례에 위임하고 있으므로, 실제로 적용되는 규제의 내용을 알기 위해서는 이들을 모두 종합적으로 검토해야 한다.

반면 뉴욕시 조닝조례의 경우 먼저 용도지역에 따라 전체적인 조문의 체계를 구성한 뒤, 용도지역마다 적용되는 규제수단에 대하여 각각 규정하고 있다. 즉, 조례 제2장(Article II)이 주거지역(Residence District), 제3장(Article III)이 상업지역(Commercial District), 제4장(Article IV)이 공업지역(Manufacturing District)에 대해 규정하면서 각각의 용도지역에 대한 제한사항에 관한 조문을 독립적으로 두는 것이다. 용도지역별로 각 규제수단에 대해 반복적으로 규정해야 하므로 전체적인 규범의 분량이 방대해진다는 단점이 있으나, 조닝지도를 통해 특정 지역에 어떠한 용도지역이 적용되는지 확인하였다면 해당 용도지역에 관한 규제만 모아 바로 확인할 수 있다는 장점이 있다.

(3) 용도규제와 형태규제의 구분

뉴욕시 조닝조례는 용도규제(Use Regulations)와 형태규제(Bulk Regulations, Design Regulations)를 별도로 규제한다는 점에서도 한국의 용도지역제와 차이를 보인다. 주거지역에 관한 조닝조례 제2장은 용도규제(Chapter 2)와 크기규제(Residential Bulk Regulations, Chapter 3), 형상규제(Special Urban Design Regulations, Chapter 6)를 별도의 절에서 규정하고 있으며, 이는 상업지역과 공업지역에 대하여도 동일하다.

건축물의 크기규제에 관하여는 용적률, 개활공간(open space), 밀도규제[60], 필지의 크기(lot area and lot width), 건축선과의 거리(yard), 높이규제(height and setback), 건물 간 이격거리 등을 규정한다. 또한 주거지역 내에 위치한 공공시설(community facilities) 등 비주거용 건물에 대하여는 주거용 건물과는 다른 별도의 형태규제가 적용된다.[61]

형상규제에 관하여는 각 용도지역별로 규제의 내용이 상이하다. 공통

60) 단위면적당 가구수(dwelling units)를 규제한다.
61) NYC Zoning Resolution Article Ii, Chapter 4.

적으로는 식수 등 거리의 조경과 도로와 맞닿는 건물의 1층 전면부에 대한 디자인규제에 관한 사항이 포함되며,[62] 이외에 용도지역별로 보행공간 확보, 장애인 이용 편의의 보장, 주차장, 광장(public plazas), 실내 쇼핑몰(arcades), 지하철 역사 출구의 위치에 관한 규정 등이 포함된다.

(4) 특별구역제도(Special Purpose Districts)

특별구역은 기존의 용도지역에 구애받지 않는다는 점에서 한국의 지구단위계획에 대응할 수 있는 규제수단으로서 용도기반 규제의경직성에 따른 문제를 해소하기 위하여 도입되었다. 특별구역에 관한 별도의 수권조항이나 규제체계가 마련되어 있는 것은 아니며, 각각의 특별구역이 조닝조례에 병렬적으로 규정되어 있다. 지구단위계획과 마찬가지로 규제의 내용, 적용 지역의 크기 등에서 구역 간 많은 차이를 보인다.

3. 마이애미시의 사례

(1) Miami 21

플로리다주 마이애미시는 지난 2010년 미국 대도시 중에는 처음으로 기존의 유클리드조닝규제를 폐지하고 이를 대체하는 형태기반코드 중심의 새로운 조닝규제(Miami 21)를 도입하였다.[63][64] 기존의 용도지역제가 도시를 임의의 방식으로 일정하게 구획하여 각 구획별로 토지의 이용 용도를 설정하는 방식이었다면, 마이애미시의 조닝규제는 도시를 기존의 사용 용도와는 무관하게 생활의 밀도(intensity of urban character)에 따라 일정한 그룹으로 나눈 뒤 각 그룹별로 서로다른 형태기반코드 중심의 지역제를 도입하는 것을 핵심적인 내용으로 한다.[65]

---

62) Speciual Ground Floor Level Streetscape Provisions
63) Duanym A, & Talen E., Transect planning, 245-266.
64) 형태적 요소가 중심이 되지만 토지를 구획하여 일정한 규제를 적용한다는 조닝의 개념징표는 여전히 존재한다.

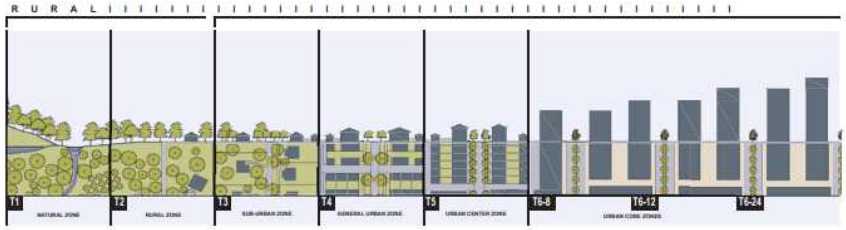
(2) 트랜섹트 계획방법(transect planning)의 적용

마이애미시의 조닝규제가 기존의 조닝규제와 구별되는 점은 ①구획방법의 차별성과 ②구획된 지역에 대한 규제 방법의 차별성이다. 기존의 용도지역제는 같은 용도의 건축물들을 주거, 상업, 공업 등 하나의 분류로 묶은 뒤 이를 필요에 따라 다시 세분화하여 규제하는 방식을 이용하였다. 반면 마이애미시의 경우 도시를 지역의 개발정도와 생활밀도에 따라 6개의 단계[66]로 나누어 구획하는 방식을 차용하였다. 따라서 서로 다른 용도의 건축물이라도 같은 수준의 생활밀도를 가졌다면 동일한 지역으로 분류되어 단일한 규제체계 하에 놓이게 되는 것이다. 이와 같은 방법으로 도시를 구획하는 것을 트랜섹트 계획방법이라 부른다.[67]

마이애미시 지역제는 자연지역(Natural Zone, T1), 비도시지역(Rural Zone, T2), 교외지역(Sub-Urban Zone, T3), 일반도시지역(General Urban Zone, T4), 도심지역(Urban Center Zone, T5), 도심중앙지역(Urban Core Zone, T6)으로 구성된다. 공공시설이나 기반시설, 기간시설의 경우 별도의 지역(Civic Zone, District Zone)으로 분류된다. 이와 같은 트랜섹트 계획방법은 지역의 형태적인 특성인 개발 밀도가 곧 각 지역을 나누는 핵심 징표가 된다는 점에서 형태규제에 기반한 지역제로 평가할 수 있다. 이를 도식화한 모습은 아래 <표 1>과 같다.[68]

---

65) Duanym and Talen, 246.
66)
67) '트랜섹트'란 횡단면 도는 횡단면으로 절개하는 행위를 뜻하는 것으로서, 도시의 각 지역을 개발의 정도에 따라 연속적으로 나열한 뒤 이를 여러 토막으로 나누어 지역제를 적용한다는 점에서 위와 같은 이름으로 불리게 된 것이다. 이에 대하여 보다 자세히는, 한중섭, 트랜섹트 계획방법론이 적용된 형태기반코드(FBCs) 특성 연구 등 참조.
68) The City of Miami, Miami 21, IV.4.



	T1	T2	T3	T4	T5	T6-8	T6-12	T6-24
LOT OCCUPATION								
a. Lot Area			5,000 s.f. min.	1,400 s.f. - 20,000 s.f. **	1,200 s.f. - 40,000 s.f.**	5,000 sf. min 40,000 s.f. max.**	5,000 sf. min. 70,000 s.f. max.**	5,000 sf. min. 100,000 s.f.max. **
b. Lot Width			50 ft. min.	16 ft. min / 50 ft. min.**	16 ft. min / 50 ft. min.**	50 ft. min.	50 ft. min.	50 ft. min.
c. Lot Coverage			50% max.1st Floor 30% max. 2nd Floor for T3 R & T3L only	60% max.	80% max.	80% max.**	80% max.**	80% max.**
d. Floor Lot Ratio (FLR)						5	8	7
e. Frontage at front Setback				50% min.	60% min.	70% min.	70% min.	70% min.
f. Green / Open Space Requirements			25% Lot Area min.	15% Lot Area min.	10% Lot Area min.	10% Lot Area min.	10% Lot Area min.	10% Lot Area min.
g. Density			9-18 du/acre max.**	36 du/acre max.	65 du/acre max.	150 du /acre *	150 du /acre *	150 du /acre *
BUILDING SETBACK								
a. Principal Front			20 ft. min.	10 ft.min.	10 ft. min.	10 ft. min.	10 ft. min.	10 ft. min.
b. Secondary Front			10 ft. min.	10 ft. min.	10 ft. min.	10 ft. min.	10 ft. min.	10 ft. min.
c. Side			5 ft. min.**	0 ft. min. / 5 ft. min.**	0 ft. min.**	0 ft. min.**	0 ft. min.**	0 ft. min.**
d. Rear			20 ft. min.	20 ft. min	0 ft. min.**	0 ft. min.**	0 ft. min.**	0 ft. min.**
OUTBUILDING SETBACK								
a. Principal Front			20 ft. min. (T3 L only)	30 ft. min				
b. Secondary Front			10 ft. min. (T3 L only)	10 ft. min.				
c. Side			5 ft. min. (T3 L only)	0 ft. min. / 5 ft. min.				
d. Rear			5 ft. min. (T3 L only)	5 ft. min.				
PRIVATE FRONTAGES								
a. Common Lawn			permitted	permitted	prohibited	prohibited	prohibited	prohibited
b. Porch & Fence			permitted	permitted	prohibited	prohibited	prohibited	prohibited
c. Terrace or L.C.			prohibited	permitted	prohibited	prohibited	prohibited	prohibited
d. Forecourt			prohibited	permitted	permitted	permitted	permitted	permitted
e. Stoop			prohibited	permitted	permitted	permitted	permitted	permitted
f. Shopfront			prohibited	permitted (T4 L, T4 O)	permitted (T5 L, T5 O)	permitted (T6-8 L, T6-8 O)	permitted (T6-12 L, T6-12 O)	permitted (T6-24 L, T6-24 O)
g. Gallery			prohibited	prohibited	permitted **	permitted **	permitted **	permitted **
h. Arcade			prohibited	prohibited	permitted **	permitted **	permitted **	permitted **
BUILDING HEIGHT (Stories)								
a. Principal Building			2 max.	3 max.	2 min. 5 max.	2 min. 8 max.	2 min. 12 max.	2 min. 24 max.
b. Outbuilding			2 max.	2 max.				
c. Benefit Height Abutting T6, T5 & T4 only						4 max.**	8 max.**	24 max.**

표 1 마이애미시의 트랜섹트형 지역제의 도식화

(3) 형태기반코드의 적용

마이애미시의 조닝규제는 도시를 형태를 기준으로 구획하여 일정한 규제사항을 부여함으로써 형태기반코드가 적용된 지역제의 전형적인 모습을 띠고 있다. 이와 같은 규제체계에서는 용도지역제가 아예 배제되는 것은 아니며, 다만 형태에 따른 구획이 먼저 일어난 뒤 용도제한이 적용될 뿐이다. 마이애미시의 각 조닝지역(T1~T6)은 다시 전용지역(Restricted), 제한지역(Limited), 완화지역(Open)으로 세분화되며 각 세부지역별로 허용되거나 허용되지 않는 용도가 규정되어 있다. 예를 들어, T4(일반도시)지역 중 제한지역과 완화지역에서는 오피스 건물을 신축할

수 있지만, 전용지역에서는 오피스 건물이 허용되지 않는다.[69]

4. 휴스턴시의 사례

(1) 용도지역 없는 도시계획

미국 연방정부가 표준조닝수권법(1924년)을 제정한 이래 대부분의 도시에서 일정한 형태의 조닝규제를 도입하였으나, 예외적으로 텍사스주 휴스턴시는 조닝 없이 도시계획을 운용하여 왔다.[70] 휴스턴의 토지이용규제는 획지분할규제(Subdivision Regulation)를 중심으로 이루어지는데, 획지분할규제는 획지의 특성에 따라 대지의 규모, 건축선의 후퇴, 주차요건, 건물간 이격거리 등을 규정하고 있고 실질적으로 주거지역과 상업지역에 상이한 규제가 적용된다는 점에서 사실상 용도지역제적인 성격의 규정이 존재한다고 평가할 수 있다.[71] 그러나 획지분할규제에 따른 용도제한은 주거전용건물로부터 일정 거리 내 특정 시설의 설치를 금지하는 등 소극적인 규제를 중심으로 하고 있어 통상적인 용도지역제와는 차이가 있다고 보아야한다.

(2) 형태규제의 방식

휴스턴시의 조닝 없는 도시계획은 정부의 간섭을 최소화하여 기업친화적 환경을 조성하고 재산권 행사의 자유를 최대한 보장한다는 이념 하에 이루어지고 있으며,[72] 이에 따라 건축물의 형태에 대한 규제도 최소한의 범위에서 이루어지고 있다. 상술한 바와 같이 건축선과 이격거리에

---

69) The City of Miami, IV.6.
70) 휴스턴시의 용도지역제 약사와 관련하여 보다 자세히는 김흥순, 용도지역제 없이 도시계획 하기, 244-246 참조.
71) 김흥순, 245.
72) Qian, Without zoning: Urban development and land use controls in Houston, 33-35.

대한 규제가 획지분할규제를 통하여 이루어지고 있으며, 그 외의 사항에 대하여는 주민들의 자치적으로 협약을 체결하여 규정한 행위제한(restrictive covenant and deed restriction)이나 마을단위의 종합계획(community master-plan)에 의하고 있어 자치적 성격을 강하게 띠고 있다. 한편 텍사스 주법은 이와 같은 자치규범에 의한 도시계획적 제한에 대해 공권력이 법률에 근거하지 않는 한 간섭할 수 없도록 규정하고 있어 이와 같은 특수한 형태의 도시계획을 지원하고 있다. 자치규범에 대한 다툼은 민사소송의 방법에 의한다.[73]

제 3 절 소결: 형태규제의 다양성

지금까지 살펴본 것을 한국과 미국의 형태규제에 대하여 보자면, 양국의 형태규제는 구체적인 규제수단 자체에 있어서는 상호간에 큰 차이를 보이지 않는다. 건폐율, 용적률, 높이제한, 건축선, 디자인규제 등의 형태규제적 수단이 상이한 형태규제에서 반복적으로 관찰된다는 점이 이를 뒷받침한다. 그럼에도 불구하고 형태규제를 규율하는 방식에 있어서는 그 기반이 되는 용도지역제의 특성 기타 규제적 환경에 따라 다양한 형태를 띠고 있다.

궁극적으로 미국의 규제사례가 한국의 형태규제에 줄 수 있는 시사점을 탐구하기 위하여는, 형태규제를 크기규제와 형상규제 등으로 보다 세분화하여 각 규제수단을 구체적으로 살펴본 뒤, 양국의 형태규제수단이 갖는 유사점과 차이점에 대하여 보다 밀도있게 탐구할 필요가 있다.

73) 김흥순, 249.

제 4 장 건축물의 크기규제

제 1 절 서설: 건축물 크기규제의 의의

도시의 물리적인 형태를 구성하는 요소는 크게 건축물과 도로·하천·공원 등의 비건축물로 나뉠 수 있다. 도시공간의 대부분을 건축물이 점유하고 있고, 도시계획이 비건축물적 요소의 형태에 관여할 수 있는 부분이 제한적이다. 따라서 건축물의 형태를 규제하는 것은 도시계획을 통한 형태규제의 가장 핵심적인 내용이 된다.

사전적으로 '사물의 생김새나 모양'을 의미하는 '형태'는 사물의 규모와 생김새(디자인) 등 사물이 갖는 일체의 외적 모습을 포괄한다. 이러한 '형태'라는 단어의 의미를 바탕으로 살펴보자면, '건축물'의 형태는 그 높이와 면적 등 양적 규모에 관한 '크기'에 관한 것과 건축물 외부의 디자인적 요소에 관한 '형상'에 관한 것으로 구분할 수 있다. 본 장에서는 건축물의 형태를 구성하는 위 두 가지 요소 중 건축물의 크기규제에 관하여 살펴보고자 한다.

정비구역으로 지정된 을지로 일대에 새로운 오피스 건물을 신축하는 경우를 상정하여 보자. 당연하게도, 신축 건물의 규모를 결정하는 첫 번째 요소는 건축허가의 기준이 되는 부지의 규모(건축단위)이다.[74] 건축

74) 건축단위의 설정은 도시계획의 핵심 기능이고, 건축물의 규모를 결정함에 있어 결정적인 역할을 하지만, 한국 도시계획법제상의 건축단위에 관해서는 별개의 복잡한 논의가 있고, 각 개별 필지에 대한 민사상 소유관계에 영향을 받는 것이므로 여기서는 논외로 한다. 이에 상세히는 김종보, 도시계획의 핵심기능과 지적제도의 충돌-건축단위와 건축허용성을 중심으로, 행정법연구 제16호, 2006. 10, 55면 이하 참조.

단위가 이미 정해져 있다는 것을 전제하면, 그 다음으로 문제되는 것은 건축물이 대지의 몇 %까지 덮을 수 있도록 할 것인지(수평규모), 그리고 건축물의 높이(수직규모)는 어디까지 허용할 것인지라 할 수 있다. 건축물이 대지를 전부 덮어버리면 인접 도로나 건물의 일조·통풍을 차단하고, 폐쇄감을 높여 도심환경에 악영향을 줄 수 있으며, 화재나 지진 등 재난에 취약해진다. 한편, 을지로에 초고층 건물이 들어선다면 광화문이나 종로 등 주변 지역에 큰 음영을 만들 수 있고, 해당 지역의 개발밀도가 과도하게 높아지는 문제가 발생할 수 있으므로, 건축물의 높이에 대한 규제도 필요할 것이다.

건축물의 수평·수직규모를 제한하더라도, 건축물의 크기를 규제하여 보다 나은 도시환경을 조성하겠다는 도시계획의 목표를 이루기 위해서는, 수평·수직규모에 대한 제한규정과는 별개로 건축물과 도로와의 관계를 설정하고(건축선 규제), 도심 내 개방공간을 확보하며(대지 내 공지의 강제), 을지로상에 이미 존재하는 다른 건축물과의 거리를 설정할 필요 또한 있을 것이다.

본 장은 먼저 제2절에서 건축물의 면적에 관한 규제로서 건폐율과 용적률, 공지(空地)의 확보를 위한 규제를 검토하고, 이어 제3절에서 건축물의 높이규제를 살피며, 마지막 제4절에서 이와 같은 크기규제가 갖는 본질적인 한계와 그에 대한 보완적 규제의 필요성에 대해 논한다.

제 2 절 면적규제

I. 면적규제의 내용

건축물의 크기규제는 건축물의 수평규모와 수직규모에 대한 제한으로 나누어 생각해볼 수 있다. 전자는 건축물의 면적, 후자는 건축물의 높이

로 이해할 수 있으므로, 이하에서는 이에 관한 수평규모에 관한 규제를 '면적규제'로, 수직규모에 관한 규제를 높이규제로 통칭한다. 건축물에 대한 형태규제의 하위개념으로서 면적규제는 건축물의 종적 크기의 상·하한을 결정하는 모든 요소를 포괄하는 것으로 보아야 한다. 따라서 건축물의 가로·세로길이 또는 면적에 대한 직접적인 규제는 물론, 인접 대지경계선으로부터의 후퇴거리, 대지 내에 건물이 지어지지 않은 공지(空地)의 확보를 위한 법령상의 규정 등이 모두 면적규제로 분류될 수 있다.

용적률로 대표되는 건축물의 연면적이나 건축후퇴선에 관한 규제는 면적규제와 높이규제 양쪽의 성질을 모두 갖고 있다. 그러나 (1) 연혁적으로 용적률이 건폐율의 문제점을 보완하기 위하여 조닝제도에 도입된 것이라는 점, (2) 건축법이 건폐율과 용적률 제55조, 제56조에서 나란히 규정하면서 '건축물의 높이 제한'에 관하여는 제60조 내지 제61조에서 별도의 조문을 두고 있다는 점에서, 이들 또한 면적규제의 일부로서 논의한다.

II. 건축단위의 크기

1. 건축단위의 의의

(1) 건축단위의 개념

건축단위란 건축허가의 기준이 되는 토지의 단위로서, 후술할 건폐율, 용적률의 산정과 건축선 결정의 기준이 된다.[75] 공간정보법상의 '필지' 또한 토지의 단위를 나타내는 법령상의 용어로 사용되고 있으나, 필지는 원칙적으로 민사상의 소유관계를 표상하는 것일 뿐 건축단위와는 구분되는 개념이다.

75) 건설법의 이해, 211.

건축법은 1필지로 구성된 대지를 건축허가의 요건(1필지 1대지 원칙)으로 함으로서 토지 소유권의 객체인 필지와 건축허가요건인 대지가 원칙적으로 서로 대응하여 일치되도록 규율하고 있다. 다만 건축법상의 대지는 건축허가를 위한 기본요소일 뿐 민사상 소유권 또는 거래의 객체로서의 필지와 항상 일치할 수만은 없다. 가령 건축법시행령 제3조는 하나의 건축물을 두 필지 이상에 걸쳐 건축하는 경우 그 건축물이 건축되는 각 필지의 토지를 합한 것을 대지의 범위로 하고 있다.[76]

(2) 면적규제와의 관계

건축물이 건축되기 위해서는 일정한 건축물의 부지가 전제되어야 한다는 점에서, 건축물이 들어서는 부지에 대한 규제는 곧 건축물의 면적에 대한 규제와도 직접적인 관련이 있다. 예를들어 건축단위면적의 상한에 대한 규제가 있는 경우, 건축물의 면적은 건축단위의 면적을 초과할 수 없는 것이므로 이는 곧 건축물의 최대면적에 대한 제한으로서 기능하게 된다.

2. 한국과 미국의 건축단위 규율의 차이

(1) 건축법상의 '대지'

건축법 제2조 제1항 제1호는 대지를 '공간정보법에 따라 각 필지로 나눈 토지'로 설명하면서도 그 정확한 개념정의가 무엇인지에 대하여는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 위 단어가 등장하는 건축법의 여러 조문의 취지에 비추어 건축허가의 기준이 되는 토지의 단위라고 이해함이 타당할 것이다. 공간정보법상의 지목으로서도 '대지'라는 용어가 사용되나, 이 때의 대지는 토지의 사용용도 내지 개발가능성에 관하여 건축

76) 이에 대하여 보다 자세히는, 건설법의 이해, 51.

허용성이 부여되어있는지에 관한 것으로서, 공법상 건축단위를 의미하는 건축법상의 대지와는 구별되어야 한다.[77]

(2) 건축단위의 크기에 대한 규율의 미비

건축물이 지어질 건축단위(대지)의 면적은 건축물의 수평규모를 결정하는 1차적인 요소라 할 수 있다. 하지만 현행 제도상 건축단위의 면적을 직접 규제하는 도시계획적 수단은 마련되어 있지 않다. 건축법은 제4장 "건축물의 대지와 도로"에서 대지의 안전이나 조경 등에 관한 조문을 두고 있으나, 대지의 면적에 관하여는 전혀 규율하지 않는다. 용도지역을 규율하는 국토계획법 또한 건축단위에 관한 규정을 두고 있지 않다는 점은 마찬가지이다. 다만 건폐율 등 다른 면적규제수단을 통하여 건축물의 수평규모를 제한할 수 있을 뿐이다.

(3) 미국 도시계획법제상 건축단위의 규율

미국은 연방법 차원에서 도시계획을 규율하지 않으므로, 건축단위의 규율 또한 주 정부 내지 예하 지방자치정부의 규율에 맡겨져 있다. 수권법률(SZEA, SCPEA)들 또한 제도의 개괄적 형태와 조닝으로 규율할 수 있는 사항에 대하여 지방정부에 그 권한을 포괄적으로 부여하는 형태일 뿐이므로, 결국 법률 단계에서 건축단위에 관하여 규율하지 않는다는 점은 우리와 같다고 볼 수 있다. 그러나 대다수의 조닝조례는 도시계획이 적용되는 토지의 기본단위를 자체적으로 정의 및 규율하고 있으며, 보통 이를 lot 또는 zoning lot(이하에서는 '획지'라고 번역한다.)이라고 부른다.

뉴욕시 조례는 1961년 조닝제도 전면개편 당시 토지조사에 따라 용도

77) 이와 같이 같은 용어를 두 법령에서 서로 다른 의미로 사용하는 것은 필연적으로 불필요한 혼란을 초래한다. 따라서 건축법에서는 '대지'를 대신하여 '획지' 등의 용어를 사용하는 것이 바람직해 보인다.

가 부여된 토지를 현행 조닝조례가 적용되는 토지의 기본단위인 획지(zoning lot)으로 하되, 이에 해당하지 않는 토지에 대하여는 소유권을 기준으로 획지를 정한다고 규정한다.[78] 뉴욕시 조례는 나아가 조닝조례상의 획지가 미국 국세청의 과세의 기초가 되는 토지단위(tax lot)과 일치하지 않을 수 있음을 명문으로 밝히고 있다. 우리 건축법상의 대지가 공간정보법상의 필지를 보충하는 성격을 갖는 것에 비하여, 뉴욕시 조례는 도시계획이 건축단위를 독자적으로 설정하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 이에 따라 민사상 소유관계와의 불일치로 인하여 도시계획이 구현이 어려워지는 것을 방지할 수 있으며, 도시계획의 적극적 도시형성 기능을 보전할 수 있다는 장점이 있다. 이와 같은 건축단위의 규제 방식은 뉴욕시 뿐만 아니라 마이애미시나 휴스턴 시등 다른 방식의 지역제 규제에도 유사한 형태로 존재한다.

III. 건폐율

1. 건폐율의 개념과 의의

(1) 건폐율의 정의

건폐율이란 건축하고자 하는 대지의 면적(대지면적)과 실제로 건축물이 건축되는 면적(건축면적)의 비율을 의미한다.[79] 건축물이 들어서는 대지의 몇 %를 건축물이 덮을 수 있는지를 규율하는 것으로서, 반대의 관점에서는 대지의 일정 비율 이상을 건축물이나 구조물이 들어서지 않는 공지(空地)로 남겨두어야 한다는 의미로 해석할 수 있다.

(2) 건폐율의 의의

78) NYC Zoning Resolution Chapter 2 12-10 “Definitions”
79) 건설법의 이해, p.257.

건폐율은 건축물의 수평적 규모를 제한함으로써 가로환경과 도시경관에 큰 영향을 미친다. 또한 용적률, 높이규제 등 건축물에 대한 다른 규제들과 결합하여 도시의 개발밀도를 통제하는 수단으로 작용한다. 건폐율이 낮을수록 대지에 들어설 수 있는 건물의 크기가 작아지며 건물 간의 거리가 넓어지는 효과가 발생하므로 도시의 물리적 환경의 개발밀도 또한 낮아진다. 이와는 반대로 건폐율이 높아질수록 건축물이 지면을 덮을 수 있는 면적이 넓어지므로 개발밀도가 높아지게 된다.

건축물은 수직적·입체적인 구조물이므로 그 최대 면적을 제한하는 것은 대지 위에 공지를 확보하고 일조, 채광, 통풍의 차단에 따른 도심경관의 훼손을 최소화하며 위생적인 환경을 조성한다는 의미가 있다. 건폐율은 간접적으로는 건물 간 이격거리를 강제하는 효과를 가지는바[80] 화재 등의 재해 발생 시 건물간의 연소를 차단하고 피난을 용이하게 하여 소방안전에 기여한다.

2. 건폐율의 연혁

(1) 건폐율 개념의 태동

현대적인 도시계획의 규제수단으로서 '건폐율'의 역사는 그리 길지 않지만, 특정 구획단위의 토지 위에 건물이 덮을 수 있는 영역을 제한하는 의미의 규제는 훨씬 이전부터 존재하였던 것으로 이해된다. 가령 영국에서는 1700년을 전후하여 건축물의 규모와 인동거리 등에 관한 규제(buidling regulations)가 본격화되었으며, 건폐율 또한 이 무렵 처음 등장한 것으로 이해된다. 이후 도시화와 산업화가 급속도로 진행되어 도시

80) 통상적으로 건폐율 규정을 준수하기 위하여 건물의 외벽과 인접 대지와의 경계선 사이에 빈 공간을 둔다는 점에서 건폐율은 건물 간 이격거리를 강제하는 효과를 갖는다. 다만 건폐율이 인접 대지와의 경계선부터의 이격거리를 직접적으로 규율하는 것은 아니라는 점에서 이러한 효과는 간접적인 것에 불과하다.

환경의 밀도가 급속도로 상승한 19세기 말엽에 이르러서는, 건물의 과밀화 현상 및 도시지역의 무분별한 확산에 대한 규제의 필요성이 대두되면서 유럽 각국에서 건폐율규제가 광범위하게 적용되었다. 1892년 베를린의 조례는 건폐율 제한을 명문화하였으며, 1900년 제정된 작센(Saxons) 건축법 또한 이른바 B-Plan을 도입하며 그 내용 중 하나로 건폐율을 규정하였다. 용도지역제와 결합한 건폐율은 1916년 뉴욕시의 조닝 조례에 의하여 처음 도입되었다.

(2) 한국에서의 연혁

건폐율은 1913년 시가지건축취제규칙 제정을 통하여 우리나라에 도입되었다.[81] 규칙 제 3조는 용도지역에 무관하게 건축면적이 대지면적의 8할을 넘지 못하도록 규정하였으며, 이후 1934년 제정된 조선시가지계획령시행규칙 제48조는 위 규제를 대지 면적의 7할로 강화하였다.

1962년 제정 건축법은 제39조에서 “건축면적의 대지면적에 대한 비율”을 규정하였으며, 건폐율이라는 용어는 1972년 개정 건축법(제2188호, 1970. 1. 1.)에서 처음 도입되었다. 건폐율 기준은 2000년 도시계획법으로 일부[82] 이관되었으나, 2003년 국토계획법 제정에 따라 국토계획법에서 이를 규정하고 건축법은 국토계획법상의 규정을 따르는 것으로 정리되었다.

3. 건폐율의 산정

81) 일본의 도시계획법제에 ‘건폐율’이라는 개념이 등장한 것은 1960년대의 일이지만, 건물의 면적규모에 대한 제한은 이미 19세기 말에 제도적으로 정착되었다. 메이지 시대(1868년-1912년) 일본 정부는 서구의 도시계획을 적극적으로 수용하였다. 1870-80년대 도쿄의 도시계획에는 영국과 독일의 건축가들이 적극적으로 참여하였는데, 건폐율 개념 또한 이무렵 일본에 도입된 것으로 보인다.
82) 당시 건폐율기준 자체는 도시계획법으로 이관되었으나, 도시외 지역의 건폐율 및 용적률에 대하여는 여전히 건축법에서 이를 규정하고 있어 규제체계상의 혼란이 있었다.

(1) 건폐율의 산식

건폐율은 건축물을 지을 수 있는 토지(대지) 위의 몇 %를 건축물로 덮을 수 있는지를 규율하는 것으로서, '건축면적 / 대지면적 * 100'의 산식에 의하여 계산된다. 따라서 건폐율을 산정하기 위하여는 먼저 대지면적과 건축면적의 뜻을 분명히 하여야 한다.

(2) 대지와 대지면적

대지란 건축물이 건축되는 토지의 단위로서 공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률(이하 '공간정보법')에 의해 각 필지로 구획된 토지를 말한다(법 제2조 제1항 제1호). 원칙적으로 대지의 산술적 면적이 곧 건폐율 산정을 위한 대지면적이 되어야 할 것이나, 건축선이 다른 공법적 사유에 따라 대지의 경계선보다 후퇴하여 있는 경우(건축법 제46조 제1항) 혹은 대지가 도시·군계획시설계획에 따라 도시·군계획시설의 부지로 되어 있는 경우는 예외로 하여야 한다. 건축법에서 대지가 갖는 가장 중요한 의의는 해당 토지에 건축행위가 허용된다는 것, 즉 건축허용성의 부여라 할 것인데, 건축선 외부에 위치하거나 도시·군계획시설의 부지로 지정된 대지 내의 부분은 건축허용성이 부여되었다 볼 수 없기 때문이다. 이와 관련하여 대지면적의 구체적인 산정 방법은 건축법 및 그 시행령의 관련 조문에 의한다.

(3) 대지면적의 산정

건축법은 건축물의 대지면적 등의 산정방법을 대통령령에 위임한다(건축법 제84조). 건축법시행령은 대지면적을 "대지의 수평투영면적"으로 정의하면서 건축선이 대지 내에 정하여진 경우[83] 그 건축선과 도로 사

83) 건축법 제46조 제1항은 "도로와 접한 부분에 건축물을 건축할 수 있는 선

이의 대지면적과 도시·군계획시설에 포함되는 대지면적은 건폐율 산정에서 제외하고 있다(건축법시행령 제119조 제1항 제1호).

(4) 건축면적의 산정

건폐율을 결정하는 가장 핵심적인 기초가 되는 것은 건축면적의 계산방법이다.[84] 건축법시행령은 건축면적을 "건축물의 외벽의 중심선으로 둘러싸인 부분의 수평투영면적"으로 정의하는데, 건축물에 외벽이 없는 경우에는 외곽 부분의 기둥의 중심선을 그 기준으로 한다(건축법시행령 제119조 제1항 제2호). 건폐율은 건축물이 토지 위의 공간을 얼마만큼 점유하여 일조, 채광, 통풍 등을 차단할 수 있는지 그 상한선을 정하는데 의의가 있으므로, 건축물의 일부가 그 지상층보다 돌출되어 있다면 지상층의 면적에 더하여 그 돌출된 부분이 점유하고 있는 공간 역시 건폐율의 산정에 고려하여야 한다. 따라서 건축법시행령은 건축물의 외벽에 1미터 이상 돌출된 부분이 있는 건축물의 경우 돌출부분의 끝으로부터 1미터를 후퇴한 선으로 둘러싸인 부분을 건축물의 수평투영면적으로 규정하고 있다(건축법시행령 제119조 제1항 제2호 제가목). 이 때 인정되는 1미터의 후퇴선은 건축면적계산에 탄력성을 부여하기 위한 것으로서 후술할 바닥면적의 후퇴선과는 그 인정 취지가 다르다. 그러므로 바닥면적의 후퇴선과 건축면적의 후퇴선이 일치하지 않는 경우에도 각각 따로 적용될 수 있다.[85]

이와는 반대로, 지하공간의 경우에는 건축물이 지표면을 얼마나 덮는지와 직접적인 관련이 없다. 따라서 건물의 지상층이 점유하고 있지 않

[이하 "건축선(建築線)"이라 한다]은 대지와 도로의 경계선으로 한다. 다만, 제2조제1항제11호에 따른 소요 너비에 못 미치는 너비의 도로인 경우에는 그 중심선으로부터 그 소요 너비의 2분의 1의 수평거리만큼 물러난 선을 건축선으로" 한다고 규정한다.

84) 김종보, 앞의 책, 258.

85) 김종보, 앞의 책, 259.

은 대지의 아래에 지하층이 건축되었다 하더라도 이를 건축면적에 산입할 이유가 없으며, 건축법시행령도 이와 같이 규정하고 있다(동호 제다목). 한편, 다른 법령상의 규정 혹은 기타 필요에 의하여 공공의 이용에 쓰일 목적으로 설치된 건축물 또는 시설물을 건축면적에 산입하는 경우 토지소유주의 권리가 과도하게 침해될 소지가 있다. 이에 따라 사람 또는 차량이 통행하는 통로, 생활폐기물 보관시설, 장애인용 승강기 및 경사로 등은 건축면적의 산정에서 제외된다(상동).

4. 건폐율의 규율 체계

국토계획법은 전체 국토의 용도지역을 크게 도시지역, 관리지역, 농림지역, 자연환경보전지역으로 구분하면서(국토계획법 제6조), 그중 도시지역은 주거·상업·공업·녹지지역으로, 관리지역은 보전관리·생산관리·계획관리지역으로 다시 구분하고(제36조 제1항). 이들 용도지역에 대하여 각기 다른 건폐율 상한을 정하고 있다(제77조 제1항).[86] 그러나 국토계획법 시행령이 국토계획법상의 용도지역(주거·상업·공업·녹지지역 등)을 더욱 세분화하여 각 용도지역별로 각기 다른 건폐율 상한을 규정하고 있다는 점에서, 건폐율 규제의 실질적인 사항은 국토계획법 시행령 및 이에

---

86) 1. 도시지역
가. 주거지역: 70퍼센트 이하
나. 상업지역: 90퍼센트 이하
다. 공업지역: 70퍼센트 이하
라. 녹지지역: 20퍼센트 이하
2. 관리지역
가. 보전관리지역: 20퍼센트 이하
나. 생산관리지역: 20퍼센트 이하
다. 계획관리지역: 40퍼센트 이하
3. 농림지역: 20퍼센트 이하
4. 자연환경보전지역: 20퍼센트 이하
(출처 : 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 타법개정 2020. 6. 9. [법률 제17453호, 시행 2020. 6. 9.] 국토교통부 > 종합법률정보 법령)

따르는 개별 자치체들의 조례에 따른다고 보아야 한다.[87]

5. 건폐율의 기능

(1) 건축허용성 부여의 요건

건폐율은 이미 대지에 건축허용성이 부여되었다는 것을 전제로 하여 규율 대상인 토지 위에 어떠한 형태의 건축물을 허용할 것인가에 대한 것이다. 이러한 의미에서 건폐율은 건축허용성이 부여된 대지에 관하여 건축허가요건의 하나로서 작용하게 된다. 그러나 도시계획상 규제의 효력은 장래의 건축행위에만 미치는 것이므로, 이미 존재하는 건축물이 해당 토지에 대한 건폐율 규정에 반한다 하여 위법하게 되는 것은 아니다.

(2) 개발밀도의 통제

건축물의 건폐율에 관한 기본적인 사항은 건축법의 규율영역에 있다(건축법 제55조). 그러나 건축법은 건폐율의 최대한도를 국토계획법이 정하는 용도지역별 최대 건폐율에 따른다고 규정하므로(동조 후문), 건폐율에 관한 규제의 실질적인 내용은 국토계획법이 중심이 된다.

국토계획법은 시행령에서 용도지역별로 허용되는 용도의 목록을 나열하고 있을 뿐, 그 취지를 명확하게 하고 있지는 않다.[88] 용도제한의 취지에 대한 불명확성에도 불구하고, 국토계획법이 전 국토를 용도지역 및 그 세부 용도지역으로 구분하여 각기 다른 건폐율 제한을 두는 것은 토지의 합리적인 이용을 위해 각 지역의 용도에 맞는 적절한 개발밀도를 설정하겠다는 취지를 바탕으로 하는 것이다.[89] 따라서 용도지역별로 상

---

87) 김종보, 앞의 책, 253.
88) 김종보, 앞의 책, 253.
89) 국토계획법은 건폐율 및 용적률의 규제 목적에 대하여는 명시하지 않고 있으나 도시정비법은 건폐율·용적률 등을 “건축물의 밀도계획”에 관한 것으로 명

이한 건폐율의 상한을 설정한다는 것은 각 용도지역별로 적절한 수준의 개발밀도를 유지한다는 것에 그 의의가 있다.

IV. 용적률

1. 용적률의 개념과 의의

(1) 용적률의 정의

용적률이란 대지면적에 대한 건축물의 연면적의 비율을 의미하는 것으르서, 대지면적의 몇 배까지 건축물의 연면적으로 확보할 수 있는가를 정하는 건축허가요건이다.[90] 여기서 연면적이란 건축물 각 층의 바닥면적을 합한 것으로서 용적률을 통한 연면적의 규제는 건축물의 층수를 결정하는 데 핵심적인 요소로서 작용한다.

(2) 절충적 규제로서의 성격

용적률은 면적규제와 높이규제 사이에서 절충적인 성격을 갖는다. 용적률에 따른 규제를 적용받는 건축주로서는 (1) 건물의 바닥면적을 줄이는 대신 층수를 높이거나, (2) 건물의 층수를 낮추는 대산 바닥면적을 건폐율 등이 허용하는 범위 내에서 최대한 확보하고자 할 수 있다. 건축주가 전자를 선택하는 경우 바닥면적이 줄어듦으로써 공개공지가 보다 많이 확보될 수 있고, 후자를 선택하는 경우 실질적으로 건축물에 대한 높이규제가 적용된 것과 같은 효과가 발생한다.

2. 용적률의 연혁

시하고 있다(도시정비법 제5조 제1항 제11호 등).
90) 김종보, 앞의 책, 260.

(1) 용적률의 제도화(1961)

1916년 뉴욕시에 도입된 최초의 용도지역제는 획일적인 고도제한과 건축선 규정 등으로 인하여 건축행위가 과도하게 제한되어 토지 이용이 경직화된다는 문제가 있었다. 20세기 중반에 이르러 스태튼 아일랜드(Staten Island) 등 뉴욕시내 외곽지역에서의 높아지는 개발수요에 효율적으로 대응할 수 없다는 문제가 점차 대두되자, 뉴욕시는 1961년 최초로 조닝규제에 용적률을 제도화하였다.[91] 용적률의 도입을 통하여 같은 용도지역 내에서도 보다 다양한 형태를 가진 건축물의 신축이 가능해졌고, 세부지역의 특수한 환경조건에 따라 보다 섬세한 규제를 설정할 수 있게 되었다.

(2) 건축법상 용적률의 도입

뉴욕 지역제에 용적률이 도입된지 얼마자 지나지 않은 1963년 일본은 건축기준법 개정을 통해 용적지역제를 도입하였으며, 이에 영향을 받은 한국도 1970년 개정 건축법상 높이규제의 일부로서 도입하였다(제40조). 이후 도시계획법을 거쳐 건축법상의 기본조문이 국토계획법상의 용도지역별 기준에 따르는 조문구조를 갖추게 된 것은 건폐율에 대한 설명과 동일하다.

3. 용적률의 산정

(1) 바닥면적과 연면적의 산정

건축법 용적률을 “대지면적에 대한 연면적의 비율”로(제56조), ‘연면

91) 용적률(Floor Area Ratio)라는 개념은 1940년대에 뉴욕시 조닝에 일부 등장하였으나, 용도지역제의 일부로서 시 전역에 걸쳐 전면적으로 적용된 것은 1961년의 일이다.Sussna, 163-171.

적'은 "하나의 건축물 각 층의 바닥면적의 합계"로(제84조 및 시행령 제119조 제1항 제4호), '바닥면적'은 "건축물의 각 층 또는 그 일부로써 벽, 기둥, 그 밖에 이와 비슷한 구획의 중심선으로 둘러싸인 부분의 수평투영면적"(동항 제3호)으로 각 정의한다. 건폐율이 대지면적 대비 건축면적의 비율로 계산되는 반면, 용적률은 받가면적을 기준으로 한다는 점에서 차이가 있다.

(2) 연면적 산정의 예외

시행령 제119조 제1항 제4호 각호의 규정에 따라 지하층의 면적, 지상층의 주차용 면적, 피난안전구역의 면적, 경사지붕 아래에 설치하는 대피공간의 면적은 연면적의 산정에서 제외된다. 용적률이 기본적으로 건축물의 외적 크기에 대한 통제를 목적으로 한다는 점에서 지하층의 불산입을 이해할 수 있다. 이에 반하여 지상층의 주차용 면적의 경우 건축물의 외적 크기의 일부를 이루므로 원칙적으로 연면적에 산입되는 것이 옳은 것이지만, 도심지역 내 주차공간의 확보라는 정책적 목적이 고려된 규정이라 볼 수 있다.

(3) 바닥면적의 산정에서 제외되는 항목

위 시행령 조항 제3호 각호의 규정에 따라 건축물의 노대, 필로티 및 이와 유사한 구조, 내부의 불용공간(승강기탑, 계단탑, 장식탑, 다락, 전기실, 조경시설 등)이 바닥면적의 산정에서 제외된다.

아파트의 발코니가 건축법시행령상 노대로 구분되어(영 제2조 제15호) 연면적에서 제외되는 점이나, 공중의 통행 내지 주차에 전용되는 필로티구조의 층이 바닥면적에 산입되지 않는 것은, 건축물 외형의 양적 통제라는 규제의 본질적인 취지와는 무관하게 정책적으로 도입된 규정이라 보아야 한다.[92]

4. 용적률의 기능

(1) 건축허용성과의 관계

건폐율과 마찬가지로 용적률 또한 건축허용성이 부여된 대지에 관하여 건축허가요건의 하나로서 작용한다.

(2) 개발밀도의 통제

건폐율과 마찬가지로, 건축법상의 기본조문(제56조)이 용적률의 최대한도를 국토계획법이 정하는 용도지역별 최대 용적률에 따른다고 규정하므로(동조 후문), 규제의 실질적인 내용은 국토계획법이 중심이 된다. 국토계획법은 개별 용도지역에 대하여 각기 다른 용적률 상한을 정하고 있다(제77조 제1항).[93] 세부 용도지역에 따라 규제의 실질적인 사항이

---

92) 보다 자세히는, 김종보, 노대의 구조변경과 증축의 개념.

93) 1. 도시지역

가. 주거지역: 500퍼센트 이하

나. 상업지역: 1천500퍼센트 이하

다. 공업지역: 400퍼센트 이하

라. 녹지지역: 100퍼센트 이하

2. 관리지역

가. 보전관리지역: 80퍼센트 이하

나. 생산관리지역: 80퍼센트 이하

다. 계획관리지역: 100퍼센트 이하. 다만, 성장관리방안을 수립한 지역의 경우 해당 지방자치단체의 조례로 125퍼센트 이내에서 완화하여 적용할 수 있다.

3. 농림지역: 80퍼센트 이하

4. 자연환경보전지역: 80퍼센트 이하

(출처 : 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 타법개정 2020. 6. 9. [법률 제17453호, 시행 2020. 6. 9.] 국토교통부 > 종합법률정보 법령)

국토계획법 시행령 및 이에 따르는 개별 자치체들의 조례에 따른다.

(3) 도시계획의 핵심 요소

용적률은 건폐율, 건축단위의 크기, 절대적 높이제한 등과 결합하여 건축물의 종적·횡적 크기를 규제하는 가장 핵심적인 기준이 된다. 그 자체로서 도시의 물리적 환경에 지대한 영향을 끼치는 요소로서 도시계획의 내용이 되며, 개별 법령 및 지자체 조례에 따라 완화 혹은 강화된 규제가 적용된다.

V. 공지(公志)의 확보를 위한 규제

1. 공지의 개념

건축물의 크기에 대한 규제는 건축물의 수평·수직규모를 직접 제한하는 방식으로 이루어질 수도 있지만, 건축물이 지어지는 대지 위에 건물이 지어질 수 없는 공지를 지정하는 방식으로도 가능하다. 공지(空地)라는 단어의 의미를 그대로 풀어쓰자면 '비어있는 땅'이라 할 수 있다. 그런데 도시계획에서 '공지'란 미개발되어 자연 그대로의 상태로 남아있는 땅이 아니라, 도시계획적인 목적에 따라 의도적으로 그 위에 건축물이 들어서지 않은 공간을 의미한다. 물리적인 구조물이 없어도 도시계획이 적극적으로 적용된 결과라는 점에서 '공지'라는 말로 이를 일컫는 것은 다소 어색한 것이 사실이나,[94] 건축법은 제정 당시부터 이러한 용어를 사용하여왔다.

도시계획에서 공지의 확보가 요구되는 이유는 다양하다. 먼저, 건축물의 안전을 확보하기 위한 요건으로서 피난과 소화활동을 위한 공간을 확

94) 가령 미국에서는 개방공간이라는 의미의 'Open Space'나 (건물의) 뜰이라는 의미의 'Yard' 등이 사용되고 있다.

보할 수 있고, 화재나 지진 등 재해 발생시 한 건축물에 발생한 피해가 인접 건축물로 전이되는 것을 최소화할 수 있다. 건물간 이격거리를 강제함으로써 채광과 통풍을 확보할 수 있고, 건축물의 물리적 밀도를 낮춤으로써 개방감을 확보하여 쾌적한 환경을 제공할 수 있다. 마지막으로 공개공지(公開空地)를 마련하여 도심내 공공공간의 확보를 위한 수단으로 쓰일 수 있다.

2. 공지 규제의 필요성

앞서 살펴본 수평·수직규모 규제인 건폐율은 건축물이 대지를 덮을 수 있는 면적의 한계를 규율한다는 점에서 일종의 공지 확보를 위한 규제의 하나로 이해할 수 있다. 그러나 건폐율은 구체적으로 어떠한 형태의 공지를 확보할 것인지에 대하여는 전혀 통제할 수 없고, 대지의 용도 등에 따른 다양한 완화·강화 규정이 존재하기 때문에, 공지만을 위한 별도의 규율이 필요하다.

3. 건축선의 제한

(1) 건축선의 정의

건축법상 건축선은 “도로와 접한 부분에 건축물을 건축할 수 있는 선”(제46조 제1항)으로 정의되며, 원칙적으로 대지와 도로의 경계선을 의미한다. 여기서 도로는 건축법이 규정하는 이른바 ‘법률상의 도로’로서 형체적·의사적 요소를 모두 갖춘 도로를 의미하는 것으로 이해된다.[95]

(2) 건축선의 기능

건축법 제47조 제1항은 “건축물과 담장은 건축선의 수직면을 넘어서

95) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98두12802 판결.

는 아니 된다"고 규정한다. 따라서 지표면에 접하는 층수인지와 무관하게 건축선을 넘어서는 건축이 불가한 것이므로, 건축허가요건의 하나가 된다. 나아가 사유지 위에 도로가 지정되어 있는 경우, 도로 설치에 관한 해당 도시계획에 저촉되는 건축물이 들어서는 것을 방지한다. 후술할 건축법상의 "대지 안의 공지" 규정이 건축물이 건축선으로부터 일정 거리를 후퇴할 것을 요구하기 때문에, 건축선은 대지 안의 공지 규정을 적용함에 있어서도 중요한 역할을 한다.

4. 대지 안의 공지

(1) "대지 안의 공지"의 의미

'대지'가 건축물이 들어서는 토지의 단위를, '공지'가 건축물이 들어서지 않은 공간을 의미하므로 엄밀히 말해 "대지 안의 공지"는 건축물이 들어서는 대지 위에 건축물이 들어서지 않은 지표면상의 모든 공간을 의미하여야 할 것이다. 그런데 건축법은 제58조에서 대지 안의 공지를 규정하면서, 건축물을 "건축선 및 인접 대지경계선으로부터 대통령령이 정하는 바에 따라 일정 거리"를 띄워야 한다고만 규정함으로써 '대지 안의 공지'의 의미를 '건축 가능한 대지의 외부 경계선으로부터 실제 건축물까지의 이격거리'로 축소하고 있다. 그러나 엄밀한 의미의 대지 안의 공지에는 대지의 외부 경계선과 건축물 사이의 공간뿐만 아니라 건축물에 돌출된 부분이 있는 경우 그 하부의 지상공간, 'ㅁ'자 형태의 건물과 같이 건축물이 중심부의 공지를 둘러싸고 있는 경우 그 내부의 공지 등 건축물이 덮고 있지 않은 대지 위의 모든 공간이 마땅히 포함되어야 한다. 도시계획에서 공지가 갖는 의의를 고려할 때, 건축물의 크기규제를 논함에 있어서는 건축법상의 대지 안의 공지 규정뿐만 아니라 보다 넓은 의미의 대지 내 공지 확보에 관한 규제를 다룰 필요가 있다. 전자를 '협의의 대지 안의 공지' 또는 '건축법상의 대지 안의 공지'로, 후자를 '광의의 대지 안의 공지'로 볼 수 있을 것인데,[96] 이하에서 "대지 안의 공지"는

‘협의의 대지 안의 공지’를 의미하는 것을 전제로 논의한다.

(2) 제도적 연혁

앞서 제2장에서 언급한 바와 같이, 1916년 뉴욕시가 최초의 현대적인 용도지역제(조닝제도)를 도입할 당시 제도의 가장 중요한 목적 중 하나는 고층 건축물의 난립에 대응하여 고층건물에 접한 도로를 중심으로 도심공간의 채광과 통풍을 확보하는 것이었다. 이에 따라 뉴욕시의 제정 조닝조례는 뜰(yard) 규정을 두어, 건축물이 건축선(street line) 또는 인접 대지경계선(lot line)으로부터 일정 거리를 띄울 것을 요구하였으며, 각 대지의 용도마다 건축물이 외부 경계선으로부터 띄워야 하는 거리를 다르게 규정하였다.

우리나라에서는 1975년 개정 건축법이 제41조의2에서 처음으로 대지 안의 공지를 규정하였으며, 현행법에서는 제58조 및 시행령 제80조의2에서 이를 규정한다. 이와는 별개로 시행령 제41조는 건축물 내부에서 시작된 피난통로를 대지 밖의 도로 또는 공지로 연결하는 대지상의 공지(이른바 ‘대지안의 통로’[97])를 둘 것을 요구한다. 이와 같은 건축법 및 그 시행령의 대지안의 공지 규정은 그간 수차례 제·개정을 반복하여 현재에 이르고 있다.

(3) 현행법상 대지 안의 공지의 규제

1) 민법

---

96) 보다 엄밀히는 전자를 ‘대지경계선으로부터의 이격거리’ 정도로 두고, ‘대지 안의 공지’는 후자만을 지칭하는 것으로 이해하는 것이 타당할 것이며, 뉴욕시 조닝규제도 양자를 전혀 별개의 용어로(yard, open space) 규율하고 있다. 그러나 현행 건축법이 ‘대지 안의 공지’의 의미를 위와 같이 사용하고 있으므로 여기서는 본문과 같이 구별한다.
97) 김종보, 앞의 책, 71.

민법은 제242조에서 “경계선부근의 건축”이라는 규정을 두면서, 건축물 경계로부터 반미터 이상의 거리를 둘 것을 요구하고(제1항), 이를 어길시 인접지소유자가 건물의 변경이나 철거를 구할 수 있도록 정한다(제2항). 후술할 건축법 및 동 시행령상의 규정이 모든 건축물에 대해 최소 반미터 이상의 이격거리를 규정하거나 명시적으로 민법 제242조의 적용을 배제하고 있으므로(건축법 제59조 제1항), 이 규정이 문제되는 경우는 많지 않다. 대법원은 민법 제242조를 상린관계에 인한 소유권 행사의 제한으로 보는 관점에서, 해석적인 제한을 통해 위 조문이 상업지역의 건축물에 대해서는 적용되지 않는다고 판시한 바 있다.[98]

2) 건축법 및 동 시행령

건축법 제58조는 건축물이 건축선 및 인접 대지경계선으로부터 6미터 이내의 범위에서 지방자치단체의 조례로 정하는 거리 이상을 띄워야 한다고 규정하는 한편, 제59조에서는 도시미관 등을 위하여 일정한 경우 맞닿는 건물 간의 거리를 0.5m 이하로 지을 수 있다는(“맞벽건축”) 예외를 두고 있다. 구체적인 사항에 대하여는 시행령 제80조의2 및 제81조가 규율한다.

(4) 공개공지(公開空地)

건축법 제43조는 지역의 환경을 쾌적하게 조성하기 위하여 일정 용도·규모의 건축물은 공개공지 또는 공개공간을 설치하여야 한다고 규정한다. 협의의 대지 내 공지와 비교하자면, 공개공지는 건물 내부(옥상 등)나 필로티의 구조로 설치할 수 있고(시행령 제27조의2), 반드시 일반이 사용할 수 있도록 공개될 것이 요구된다는 점에서(법 제43조 제1항) 구별된다. 공개공지를 설치하는 경우에는 건폐율, 용적률, 높이제한이 최대 20%의 범위 내에서 완화될 수 있다(법 제43조 제2항, 시행령 제27조의2 제4항).

98) 대법원 2001. 10. 23. 선고 2001다45195 판결.

5. 공지 규제의 문제점

(1) 용어의 불명확성

전술하였듯, 건축법의 정의규정(제2조)이 '공지'의 정의를 내리지 않은 채로 제58조 및 시행령 제80조의2가 건축물의 건축선 또는 대지경계선으로부터의 거리에 관한 규정을 두면서 이를 "대지 안의 공지"로 지칭하고 있는바, 이는 문언의 의미에 비춰 적절한 용어의 사용이라 볼 수 없다. 한편 공개 공지의 확보에 관한 건축법 제43조는 공지를 "공터"로 설명하고 있어 제58조상의 공지와 그 의미가 일치하지도 않는다.

(2) 규제 목적의 불명확성

건축법 제58조나 그 위임을 받은 시행령 제80조의2는 대지 안의 공지를 규제하는 취지나 목적에 대하여 침묵하고 있다. 마찬가지로, 시행령 별표2는 건축조례가 정할 수 있는 건축기준의 상한과 하한을 정할 뿐 지방자치단체가 어떠한 기준에 의해 조례로써 구체적인 건축기준을 적용해야 할지에 대하여도 전혀 언급하지 않는다.

시행령 별표상의 거리기준이 일정 규모 이상의 숙박시설, 종교시설, 공동주택 등 다중이용시설에 대하여 강화된 규정을 두고 있고, 스프링클러 등 자동식 소화설비를 설치한 건물에 대하여는 강화된 규정의 적용을 배제하고 있으며, 국토계획법 제52조 제3항이 지구단위계획에서 완화하여 적용할 수 있는 건축법상의 규정에 위 건축법 제58조를 포함하지 않고 있는 점 등에 비추어, 건축법상 대지 안의 공지 규정을 건축물의 안전 확보에 관한 규정으로 이해할 수도 있을 것이다.

그러나 연혁적으로 협의의 대지 안의 공지 규정의 취지가 안전규정에

국한된다고 볼 수 없으며, 건축물 간의 거리를 띄우는 것은 건축물의 크기규제는 물론 도시의 시각적 환경에도 상당한 영향을 미치고, 건축법 제59조가 대지 안의 공지 규정의 적용을 배제하는 맞벽 건축을 비교적 쉽게 허용하고 있다는 점 등을 고려하면 대지안의 공지 규정의 의의는 더욱 모호해진다.

건축법상 대지 안의 공지 규정의 취지가 무엇이든 간에, 위와 같은 불명확성으로 인하여 지방자치단체의 조례단계에서도 입법 목적에 따른 유의미한 규제가 이루어지고 있다고 보기 어려우며, 대지 안의 공지로 확보된 공간의 활용가능성 및 방법에 대하여도 규제의 공백이 있다.[99]

(3) 규제 대상 건축물 기준의 일관성 결여

시행령 별표2는 건축선 또는 인접 대지경계선으로부터 건축물까지 띄워야 하는 거리를 규정하면서, 대상 건축물을 일정 바닥면적 이상의 공장, 창고, 숙박·문화·종교시설, 다중이용시설, 공동주택, 그 밖의 건물로 나누고 있다. 이러한 기준은 국토계획법상의 용도지역이나 건축물의 이용자 혹은 거주민 수와 같이 실질적으로 대지 내 공지를 확보해야 할 필요성을 높이는 요소들과 전혀 무관한 것으로서, 위와 같이 건축법 또는 국토계획법상의 다른 규제와 전혀 조화되지 않는 기준이 적용되어야 할 이유가 없다.

제 3 절 높이규제

I. 개요

도심내 건축물이 과도하게 높은 경우 외적으로는 채광을 차단하고, 시

99) 한양대학교 산학협력단, 23.

야와 조망을 해할 수 있으며, 내적으로는 건축물의 안전을 위한 각종 요건이 문제되고, 그밖에 개발밀도가 상승함에 따라 수반되는 부수적인 문제들이 발생한다. 따라서 건축물의 높이제한은 도시계획적 관점에서는 도시의 물리적 환경에 대한 통제 수단으로서, 그리고 개인의 법익에 관해서는 일조권과 조망권에 대한 위법한 침해를 방지하는 수단으로서 의의를 갖는다.

II. 수직길이규제

1. 절대고제한

(1) 높이제한의 연혁

건축물에 대한 높이제한은 도시계획적 규제 중 가장 오랜 역사를 갖는 것 중 하나로서, 고대나 중세의 도시에서도 그 흔적을 찾아볼 수 있다. 현대적 도시계획의 관점에서는, 19세기말 영국의 Town Planning 내지 독일의 B-plan에서 도시의 과밀화를 막기 위한 규제수단으로 도입된 것이 그 시초라 볼 수 있을 것이다. 용도지역제와 결합된 높이규제는 1916년 뉴욕시 조닝 규제를 통하여 최초로 도입되었다.

우리나라에서는 제정 건축법이 뉴욕시 조닝규제의 영향을 받아 높이의 절대적 한도와(제40조) 통로폭에 의한 건축물 높이의 제한(제41조)을 규정하였으며, 현행 건축법도 제60조 및 제61조에서 건축물의 높이제한에 관한 규정을 두고 있다.

(2) 현행법상 건축물의 높이 제한

1) 높이의 산정 방식

건축물의 높이는 원칙적으로 “지표면으로부터 그 건축물의 상단까지의 높이”를 말한다.(건축법시행령 제119조 제1항 제5호) 다만 건축법 제60조에 따라 가로구역을 단위로 하여 높이규제(법 제60조)를 적용하는 경우 건축물의 높이는 전면도로의 중심선으로부터의 높이로 산정하며(동호 제가목), 일조 등의 확보를 위한 높이제한(법 제61조)에 따른 높이를 산정함에 있어서 인접 대지의 지표면 간에 고저차가 있는 경우에는 평균수평면을 지표면으로 본다. 그런데 시행령은 공동주택에 관하여는 다시 별도의 기준을 두어, 공동주택의 대지가 인접 대지의 높이보다 낮은 경우 공동주택의 대지를 지표면으로 보고, 공동주택을 다른 용도와 복합하여 건축하는 경우에는 공동주택의 가장 낮은 부분을 지표면으로 본다고 규정한다(제나목). 필로티로 지어진 층고는 산정에서 제외된다.

한편, 옥상에 설치된 각종 시설물 등(승강기탑, 계단탑, 마울, 장식탑, 옥탑) 등으로서 그 수평투영면적의 합계가 건축면적의 8분의 1을 넘지 않는 경우에는 그 부분의 높이가 12미터를 넘는 경우에만 높이에 산입된다(제다목). 지붕마루장식, 굴뚝 등의 돌출부는 높이에 산입하지 않는다(제라목).

2) 절대적 높이규제

허가권자는 도로로 둘러싸인 일단의 지역(가로구역)을 단위로 하여 건축물의 높이를 지정·공고할 수 있으며, 지자체장은 필요시 건축위원회 심의를 거쳐 이를 완화할 수 있다(건축법 제60조 제1항).

국토교통부장관 및 시·도지사 또는 대도시 시장은 쾌적한 환경 조성 및 토지의 효율적 이용을 위하여 필요한 경우 ‘고도지구’를 지정하여 건축물 높이의 최고한도를 규제할 수 있다(국토계획법 제37조 제1항 제2호). 고도지구 안에서는 도시계획이 정하는 높이를 초과하는 건축물을 건축할 수 없다(동 시행령 제74조).

2. 일조 등을 위한 높이제한

(1) 개요

건축법 제60조 제1항 및 제2항은 주거지역 내 건축물의 높이는 일조 등의 확보를 위하여 정북방향의 인접 대지경계선으로부터의 거리에 따라 일정 높이 이하로 하여야 한다고 규정한다.

(2) 규제의 내용

전용주거지역이나 일반주거지역에서 건축물을 건축하는 경우 건축물의 각 부분을 정북방향으로의 인접 대지경계선으로부터 일정 거리 이상 띄어 건축하여야 한다(시행령 제86조 제1항). 공동주택의 경우 각 부분의 높이는 그 부분으로부터 채광을 위한 창문 등이 있는 벽면에서 직각방향으로 인접 대지경계선까지 수평거리의 2배(근린상업지역, 준주거지역은 4배) 이하로 하여야 하며(제3항 제1호), 같은 대지에서 두 동 이상의 건축물이 서로 마주보고 있는 경우에는 별도의 기준을 적용하되, 그 대지의 모든 세대가 동지를 기준으로 9시에서 15시 사이에 2시간 이상을 계속하여 일조를 확보할 수 있는 거리 이상으로 할 수 있다(제2호).

(3) 포괄위임의 문제

건축법상의 일조규정은 건축법이 이에 대하여 전혀 규정하고 있지 않은 상태에서 모법의 위임이 없음에도 불구하고 시행령을 통하여 먼저 도입되었다. 모법의 위임이 없음에도 시행령이 이를 규정하고 있다는 점에서 포괄위임금지원칙에 위배된다는 비판이 있다.[100]

(4) 거리제한 규정으로의 변용

---

100) 김종보, 건축법상 일조권, 환경법연구 제23권 제2호 등 참조

건축법 제61조는 그 명칭을 “일조 등의 확보를 위한 건축물의 높이 제한”으로 하고 있으며, 동조 각항은 “(...) 정하는 높이 이하로 하여야 한다.”와 같이 문언상 건축물의 높이를 규제하는 조문임을 명확히 하고 있다. 그런데 건축법시행령 제86조 제1항은 “(...) 다음 각 호의 범위에서 건축조례로 정하는 거리 이상을 띄어 건축하여야 한다.”고 하여 인접 대지경계선으로부터의 거리제한의 문제로 이를 변용하고 있다. 또한 건축물의 높이가 9미터 이하인 부분은 대지경계선으로부터 1.5미터 이상, 9미터를 초과하는 부분은 인접 대지경계선으로부터 건축물 각 부분 높이의 2분의 1 이상을 이격해야 한다고 규정함으로써(동조 각호) 실질적으로 사선제한과 유사한 개념을 도입하고 있기도 하다.

III. 수직길이를 직접 제한하지 않는 높이규제

1. 층수규제

건축물에 대한 높이규제는 구체적인 상한의 길이를 직접 정하지 않고 다만 건축물이 일정한 층수 이상으로는 건축될 수 없도록 규제하는 방식으로도 가능하다. 가장 대표적인 사례는 서울시의 한강변 층수규제로서 한강변 일대를 국토계획법상의 경관지구로 지정하여 경관관리계획(‘한강변 기본관리계획’)에 따라 주거용 건축물의 층수가 35층을 넘을 수 없도록 규제하고 있다. 그러나 층수규제를 통하여 건물을 이루는 각 층의 높이까지 규율하는 것은 아니므로, 같은 층수의 건물이라도 층별 전고에 따라 건축물 전체높이가 상이해질 수 있다는 점에서 수직길이의 직접규제를 완전히 대체하는 규제방식이 되기는 어렵다.

2. 사선규제

사선규제란 건축물의 대지에 접하는 전면도로의 폭을 기준으로 건축

물의 높이를 제한하는 법적 기준이다. 전면도로의 폭에 따라 일정한 사선 각도 내에서만 건축행위가 가능하게 되므로, 도로변에 인접한 건축물의 높이를 실질적으로 규제하는 효과를 갖는다. 1916년 뉴욕시 용도지역제 도입 당시에 용도지역제의 내용으로서 함께 도입되었고, 우리나라에서는 1962년 건축법 제정 당시 시야의 확보, 채광, 통풍, 도시미관 개선 등의 목적으로 도입되었으나, 지난 2015년 건축법 개정으로 폐지되었다.

사선규제는 과거 뉴욕시 맨하탄 일대에 고층빌딩이 난립하면서 일조, 채광상의 문제를 해결하기 위해 도입되었다.[101] 그러나 계단형 건물과 같은 비정형적인 건축물의 건축을 유도하고, 이에 따라 다락방 등 활용가치가 낮은 공간이 강제적으로 발생하여 토지의 합리적 이용을 저해하며, 사선규제를 통한 일조·채광의 확보는 다른 규제수단으로 충분히 달성할 수 있다는 비판이 가능하다.

3. 용적률과 건폐율

용적률과 건폐율은 그 조합에 따라 당해 토지에 지을 수 있는 건축물의 높이가 간접적으로 확정된다는 점에서 실질적으로 높이규제의 기능을 수행할 수 있다. 미국 뉴욕시의 경우 많은 용도지역에서 건폐율과 용적률 외 별도의 높이규제를 두고 있지 않다.

제 4 절 미국의 규제사례의 시사점

1. 크기규제의 규제 방식

용도기반의 지역제에 의한 건축물의 통제라는 기본적인 틀을 유지하는 것을 전제한다면, 크기규제와 관련하여 가장 문제되는 부분은 용도지

101) Nash and McGrath, Manhattan Skyscrapers, 55.

역제의 어느 국면에서, 어떠한 방식으로 건축물의 크기를 규제할 것인가이다. 앞서 살펴본 바와 같이, 뉴욕시의 조닝조례는 각 용도지역별로 장(Article)을 구성하여 각 지역별로 크기규제(bulk regulations)를 각각 규정하는 방식을 취하고 있다.

형태기반코드를 차용한 마이애미시의 경우에는, 먼저 각 지역의 범위와 경계에 대하여 규정한 뒤 각 건폐율, 건축 밀도, 높이, 외벽 및 각종 디자인 규제별로 조문을 구성하여 각 규제수단에 대한 조항에서 지역별로 어떠한 수준의 규제가 적용될 것인지를 규제하하는데, 이는 현재 한국의 크기규제 방식과 유사한 형태이다.[102] 그러나 마이애미시의 조닝은 애초부터 지역의 물리적 형태를 기반으로 구획이 이루어진다는 점에서 한국의 현행 제도와는 형태규제에 대한 접근의 출발점부터 다르다고 볼 수 있다.

건축물의 크기를 규제하는 것은 단순히 개별 건축물에 대한 규제권한을 행사하는 것을 넘어 도시 전체의 물리적 환경을 통제할 수 있는 결정적인 규제수단으로 보아야 한다. 그러한 의미에서 국토계획법에 근거한 현행 제도는 건축물의 크기를 독자적인 규제의 대상보다는 다른 규제적 목적(용도지역, 일조의 확보, 인구밀도의 통제 등)를 달성하기 위한 도구적인 수단으로서 지나치게 크기규제의 기능을 한정하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 도시계획이 본질적으로 용도제한적 특성과 형태제한적 특성을 모두 갖고 있으며, 후자 또한 독자적인 규제 대상으로서의 의의를 지니는 만큼, 건축물의 크기 자체를 규제하기 위한 체계가 고안될 필요가 있다고 판단된다. 이는 현행 규제를 전면적으로 개폐하지 않는 범위에서도, 조문 간의 관계를 명확하게 하거나 도시계획 수립권자가 건축물의 크기를 규제할 권한이 있음을 명시적으로 규정하고 이를 위한 각종 규제

102) 구체적으로는 3장(Article 3)의 1절에서 각 지역(Transect Zones)을 규정하고, 제2절부터 제12절까지는 하나의 형태규제수단에 하나의 절이 대응하는 방식으로 규정되어 있다.

수단을 제도적으로 보장하는 방법으로도 이루어질 수 있다.

2. 총량규제의 도입 가능성

총량규제란 개별 건축물에 대하여 면적 또는 높이 등 크기제한을 적용하는 대신, 하나의 블록 혹은 일정한 면적의 지역에 대하여 건축물이나 생활활동의 허용 밀도 수준을 정한 뒤 그 범위 내에서는 자유로운 건축활동이 가능하도록 허용하는 방식의 규제를 말한다. 미국의 조닝 중에는 영향평가 조닝(performance zoning)이 이와 같은 규제에 해당한다. 총량규제는 일조확보를 위한 높이규제와 같이 기존의 규제수단과 규제수단이 달성하고자 하는 목적 사이에 강력한 상호관계가 있다고 보기 어렵거나, 공공복리에 부합하는 범위 내에서 복합 용도의 토지사용을 장려할 수 있다는 점에서 의의가 있다.

현행 크기규제 중 주거지역의 일조량 확보를 위한 높이제한 및 인동거리 규정은, 주민들의 환경권 보호를 위한 최소한의 일조량이 확보되는 범위에서는 개별 건물의 높이나 건축물간의 거리를 자유롭게 설정할 수 있도록 허용하는 방법으로 개정될 수 있을 것이다.

제 5 장 건축물의 형상규제

앞서 제4장에서 살펴본 바와 같이, 건축물의 형태규제의 가장 일반적인 모습은 건축물의 크기를 규제하는 것이다. 이 장에서는, 건축물의 크기에 대한 소극적인 규제에서 나아가 보다 적극적인 모습의 형태규제인 '형상규제'에 관하여 살핀다.

제 1 절 건축물 형상규제의 개념과 의의

I. 형상규제의 의의

일반적으로 토지소유자의 재산권 행사의 자유에는 건축의 자유가 포함되는 것으로 이해된다. 건축행위의 규제를 재산권에 대한 제한이라는 관점에서 바라본다면, 건축물의 외형에 대한 제한은 건폐율, 용적률 등의 면적규제나 높이규제, 혹은 기타 안전상의 필요에 의한 규제 등 재산권의 제한을 최소화하는 소극적인 방법만이 정당화 될 수 있다. 그러나 건축행위에 대한 규제가 단순히 재산권 행사의 공공복리성에 관한 소극적 규제의 측면에서만 정당화되는 것은 아니다. 토지의 이용관계를 합리적으로 조정하여 도시기능의 적정화를 기하고, 쾌적한 생활 및 주거환경을 조성하여 가는 것은 보편적인 공익의 요청이자 국가의 의무라고 볼 수 있기 때문이다.[103]

---

103) 헌법재판소는 도시계획을 통한 토지재산권의 제한이 이러한 공익상의 요청에 따른 것이라고 판시하면서도, 도시계획의 헌법적 근거에 관하여 구체적으로 설시하지는 않는다(헌법재판소 전원재판부 1998. 12. 24. 89헌마214, 90헌바216, 97헌바78(병합)(헌법불합치). 그러나 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며(헌법 제35조 제1항), 국가는 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 하는 헌법적 의무가 있다는 점(동조 제3항), 사회

즉, 국가는 건축물의 형태에 대하여 보다 적극적인 방식의 규제를 가할 수 있다고 보아야 한다. 이는 이론상의 논의에 그치는 것이 아니며, 도시계획 관련 법령의 여러 작용 국면에서 다양한 모습으로 나타난다. 이를테면 신규 건축물에 주변 건축물과의 심미적 조화를 요구하는 것, 색조규제, 건축선으로부터의 후퇴 거리, 건물의 출입구나 유리창 등 외부 표면의 디자인적 요소에 관한 규제 등이 이에 해당한다. 다만 건축물의 형태에 대한 개입의 구체성이 높아질수록 토지소유자의 재산권에 제한의 강도 또한 높아지는 것이므로, 건축물의 형태에 대한 적극적인 규제는 헌법상 보장된 재산권의 침해에 이르지 않는 범위에서 도시계획을 통하여 달성하고자 하는 공익에 부합하는 방식으로 이루어져야 할 것이다.

II. 형상규제의 개념

1. 개념정의

건축물의 물리적 외형에 관한 규제 중 건축물의 규모에 관한 것이 아닌 것, 즉 "건축물의 형태규제 중 질적 요소 등 비규모적인 규제 일체"를 이하에서는 건축물의 '형상규제'라 일컫도록 한다. 사전적으로 '형상'은 사물의 생긴 모양이나 상태를 의미한다. 통상적으로 사용되는 의미상 건축물의 '형태'와 '형상'이 엄밀하게 구분되는 것으로 보기는 어려운 측면이 있으나, 그 개념상 준별의 필요성으로 인하여 위와 같은 용어를 차용한다.

2. 형상규제와 크기규제의 관계

보장·사회복지의 증진에 노력할 의무가 있다는 점(제34조 제2항)에 비춰 도시계획의 수립·실현으로써 도시의 물리적 환경에 대한 보다 적극적인 규제·감독 권한을 행사할 수 있다고 봄이 타당할 것이다.

건축물의 크기규제와 형상규제는 기본적으로는 규제의 대상에 따라 구분된다. 건축물의 형태규제 중 크기규제는, 토지 위의 공간 중 건축물이 얼마만큼을 차지할 수 있는가(=규모)에 관한 것이다. 반면 형상규제는 건축물이 토지 위의 공간을 어떠한 모습으로 점유하여야 하는지를 규제한다.

크기규제와 형상규제는 규제의 대상뿐만 아니라 그 성격에서도 여러 차이가 있다. 건축물의 크기규제는 건축물의 규모를 건폐율, 용적률, 높이 등 여러 수량적 기준에 따라 나누어 상한과 하한을 정하며, 건축물의 양적인 크기가 법령이 정하는 그러한 범주 내에 들어온다면 규제에 부합하는 것이 된다. 따라서 크기규제는 원칙적으로 소극적인 성격을 띤다. 반면 형상규제에서는 법령 또는 도시계획 수립주체에 의하여 구체화된 도시계획이 의도하는 특정한 외형적 요소가 금지되거나 혹은 강제되기 때문에 크기규제보다 건축물에 대한 개입의 정도가 큰, 보다 적극적인 성격을 갖게 된다. 크기규제를 건축물의 형태에 관한 양적 규제, 형상규제를 건축물의 형태에 관한 질적 규제로 구분하여 생각할 수도 있겠으나, 형상규제가 반드시 질적인 요소에 한정되는 것은 아니라는 점에서 엄밀한 구분은 아니다.[104]

크기규제와 형상규제의 내용을 모두 합치면 전체가 하나의 형태규제를 이루는 것이나, 크기규제와 형상규제가 그 내용에 있어 서로 배타적인 것은 아니다. 크기규제의 일부인 개별 규제수단이 형상규제의 수단으로 작용할 수도 있기 때문이다. 크기규제와 형상규제의 성격을 모두 갖는 규제수단의 가장 대표적인 예시로는 앞서 제4장에서 서술한 사선규제를 들 수 있다. 사선규제는 건축물에 접한 도로의 폭에 비례하여 건축물의 높이를 규모적으로 통제하는 역할을 하지만, 동시에 건축물의 형태를 특정한 모습으로 강제하는 효과가 있다.[105] 다른 예시로서, 한 대지에 상

104) 건축선으로부터의 후퇴거리, 도로와 맞닿는 부분의 건축물의 단면적 등에 관한 규제는 형상규제로 분류될 수 있으나 양적 규제에 해당할 것이다.
105) 오늘날 우리에게 익숙한 뉴욕시 맨하탄의 고층빌딩가의 모습은 이러한 사

대적으로 낮은 건폐율과 높은 용적률 상한을 동시에 적용하는 경우 외형상 좁고 높은 건축물의 건축을 유도하여 형상규제적 성격을 띠게 된다.

제 2 절 형상규제의 내용

이하에서는 건축물의 형상규제를 구성하는 요소들을 크게 환경적, 심미적, 기능적 요소에 관한 규제로 분류하여 설명한다.

I. 환경적 요소에 관한 규제

1. 규제의 목적

환경적 요소에 관한 규제란 형상규제가 적용되는 당해 건축물이 속한 (도시계획의 단위가 되는) 지역의 환경적 특성에 따라 적용되는 형상규제를 의미한다. 용도지역제에 기반한 도시계획의 경우 개별 토지가 속한 용도지역·지구의 성격과 밀접한 관련을 갖는다. 환경적 요소에 관한 형상규제에서 가장 핵심이 되는 것은 신축되는 건축물이 (1) 주변 환경과 물리적인 조화를 이루는지, (2) 상위계획 또는 관련 도시계획에 배치되는지의 여부이다.

2. 주변 환경과의 조화

(1) 환경적 조화의 필요성

건축물이 주변 환경과 조화를 이루지 못하게 되면 도시계획이 조성·보존하고자 의도한 심미적 환경을 해칠 수 있으며, 비효율적인 공간활용을 야기하여 토지의 합리적 이용이라는 도시계획의 대전제적 목표를 저

선규제의 영향에 따른 것이다.

해하고, 용도지역·지구의 관리 목적에 부합하지 않는 결과가 발생할 수 있다. 새로운 건축물이 크기규제가 용도지역 등에 따라 요구하는 정량적 기준을 충족하는 경우에도, 현존하는 인근 건축물에 비하여 높이, 전면부의 면적, 표면부의 디자인이나 재질 등에서 크게 차이를 보이는 경우 인근 환경의 통일성을 저해할 수 있다. 또한 특정 건축물이 인접 건축물에 비하여 건축선에서 더 많이 후퇴하여 신축되는 경우 그 앞 공간은 활용이 어려워 토지의 합리적 이용을 저해한다. 한옥마을과 같은 역사보존지구에서 주변 환경에 배치되는 건축물의 신축이 불허되는 것 또한 주변 환경과의 조화를 고려한 형상규제의 하나이다.

(2) 규제의 강도

신축 건축물에 요구되는 주변 환경과의 조화 정도는, 해당 지역이 갖는 지역적 특색에 따라 달라질 수 있다. 거리의 경관적 가치가 높아 경관지구 등으로 지정되거나 지구단위계획에 의하여 특별히 보호받는 지역의 경우에는, 보다 강한 정도의 규제가 적용되어야 한다. 따라서 주변 경관 및 인접 건축물의 형태 및 특성, 지형적 요소, 인접가로의 특성, 개방공간(open space) 계획 등을 종합적으로 고려하여 환경적 조화를 이루는지에 대한 엄격한 심사가 요구된다. 반면 통상적인 경우에는 용도지역에 따라 부여되는 지역적 특성을 크게 해하지 않는 범위에서 약한 정도의 규제가 적용될 것이다.

(3) 용도지역제와 환경적 조화의 규제

용도지역제 도시계획이 작동하는 도시에서는, 용도지역규제 의하여 직접 건축물에 요구되는 주변환경과의 조화의 내용, 범위가 규제되어야 함이 원칙이다. 그러나 도시 전체를 적게는 10여개, 많게는 수십여 개의 지역·지구로 분류하여 같은 지역·지구에 모두 동일한 건축허가요건을 적용하는 용도지역제에서는 개별 건축물의 주변 환경을 고려한 세부적인 규

제가 실질적으로 불가하다. 이러한 용도지역제의 한계를 극복하기 위한 방법으로는 (1) 주변환경과의 조화 여부가 문제되는 건축물에 대하여 이를 개별적으로 심의하는 것, (2) 모든 건축물에 대하여 주변 환경과의 조화를 허가요건으로 일률적으로 요구하는 것이 가능하다.

한국의 법제에서는 (1)의 방안을 택하고 있다. 신축 건축물이 지구단위계획지구나 경관지구 등에 속하게 되면 건축허가를 발급하는 행정청은 관련법령이나 도시계획이 정하는 바에 따라 주변환경과의 조화를 건축허가요건으로 삼을 수 있다. 다만 건축법이나 국토계획법 및 그 시행령 등이 구체적으로 어떠한 요소에 대하여 환경적 조화를 요구하여야 하는 지에 대하여는 별도로 규정하지 않는다.

국토계획법 시행령 제6장에서는 용도지역, 지구에 따른 "건축행위의 제한"을 규정하나, 제한의 구체적인 내용은 특정 용도지역이나 용도지구에서 건축할 수 있는 건축물의 '용도'에 관한 사항에 한정된다. 다만 시행령 제72조 제2항은 경관지구 안에서의 건폐율, 용적률, 최대너비, 색채 및 대지안의 조경 등에 관하여 지구의 보전, 관리, 형성에 필요한 범위안에서 도시·군계획조례로 이를 정할 수 있다는 추상적인 위임조항을 두고 있다. 그러나 지자체 도례의 대부분은 특정한 종류의 건축물이나 시설물(철탑이 있는 골프연습장, 창고시설, 공장 등)을 특정 용도지역·지구에서 건축하지 못하도록 규제하는 것에 그치고 있으며, 건축물이 용도지역상의 요건에 부합하는 경우에도 주변 환경과의 조화를 부가적으로 요구할 수 있는 근거조항을 마련하고 있지는 않다. 다만 지자체에서 자체적으로 용도지구를 설정한 경우 시도계획위원회의 심의를 거쳐 지구의 지정목적에 위배되는지 여부를 심사하는 방식으로 간접적인 형상규제가 이루어진다.[106]

---

106) 예시로서, 서울특별시 도시계획 조례 제43조(시가지경관지구안에서의 건축제한), 제44조(역사문화특화경관지구안에서의 건축제한), 제44조의2(조망가로특화경관지구안에서의 건축제한) 등

(4) 뉴욕시의 맥락적 조닝(Contextual Zoning) 규제

개별 건축물에 대하여 주변 환경과의 조화를 강제하는 것이 어려운 용도지역제 도시계획의 경직성에 따른 한계는, 뉴욕 등 용도지역제를 채택하는 도시에서 공통적으로 발생하는 문제이다. 맥락적 조닝규제란 신축 건축물에 대하여 기존의 용도지역이 요구하는 건폐율, 용적률 등의 요건에 더하여 주변 건축물과 외형적인 일관성(consistency)을 갖출 것을 요구하는 변형된 용도지역제이다. 뉴욕시내 세부용도지역 중 일부[107]에 적용되고 있으며, 주변 건축물과의 외형적 일관성이 건축허가요건으로서 직접적으로 요구되는 것은 아니며, 다만 이들 지역에서는 건축물의 높이, 면적, 건축선으로부터의 후퇴거리 및 기타 디자인적 요소에 있어 재량의 여지가 굉장히 좁게 인정된다. 따라서 구체적인 용도지역제 도시계획이 적용된 결과 자연스럽게 해당 지역 내의 건축물에 일관성 내지 통일성이 강제되는 효과가 발생하게 된다.

맥락적 조닝은 주변환경과의 조화를 사실상 강제함으로써 가장 강력한 형상규제 수단 중 하나로 작용할 수 있다. 그러나 1989년 Quality Housing Program과 함께 맥락적 조닝을 도입하여 지속적으로 적용을 확대하여 온 뉴욕시의 경우, 지역적 성격의 보호라는 이름하에 지역 주민들이 자치결정을 통해 신규 건축행위를 과도하게 제한하거나 용도지역제의 경직성을 오히려 강화하는 등의 문제가 지적되고 있다.[108]

3. 관련 도시계획 및 상위계획과의 관계

---

107) R6A, R7X, R9D, R10A 등 용도지역코드의 끝자리가 A, B, D 또는 X로 끝나는 용도지역에서 맥락적 조닝이 적용된다.

108) 보다 자세히는, Genna L. Sinel, “New Density and Shrink-Wrapped Streets: Contextual Zoning Policy in New York City,” New York University Journal of Law and Liberty 11, no. 1 (2017): 510-555

신축되는 건축물이 도시계획시설결정 등 해당 지역에 중첩되어 설정되어 있는 다른 도시계획과 배치되거나, 인접하는 지역의 도시계획의 지정 취지나 목적에 반하는 경우, 건축물의 형상을 규제할 필요성이 보다 높아지게 된다. 일반적으로 단일 건물 규모의 건축행위에서는 문제될 가능성이 낮으나, 관련법령 등에 따라 사업시행계획의 심의 및 승인을 요하여 행정청이 사업의 구체적인 내용의 허부에 대하여 상당한 재량권을 행사할 수 있는 경우 그 심사기준의 하나로 작용할 수 있다.

가령 서울시의 경우 한강 이남부 한강공원에 낮시간 과도하게 음영이 지는 것을 방지할 필요성이 있으므로, 한강 이남 강변에 지어지는 재건축 아파트단지에 대하여 건축물의 배치나 높이 등을 조절함으로써 일조, 조망 차단을 최소화할 것을 사업시행자에 요구할 수 있다. 최근 김포 장릉과 파주 장릉 간의 경관을 차단하여 문제가 된 인천 검단신도시 일대 아파트 또한 문화재 관리를 위한 관련 계획과 건축행위가 배치되어 발생한 문제로 볼 수 있다.

II. 심미적 요소에 관한 규제

1. 심미규제

도시환경의 심미적 측면을 고려하여 아름다운 도시경관을 조성하는 것은 도시계획이 달성하여야 하는 목적 중 하나이다. 현행 국토계획법상 건축물의 심미적 요소를 규제하기 위한 가장 일반적인 규제수단은 지구단위계획이다. 지구단위계획제도를 규정하는 법 제52조 및 동 시행령 제45조 제4항이 대문·담 또는 울타리의 형태, 또는 색채(제2호), 간판의 크기·형태·색채 또는 재질(3호) 등을 지구단위계획의 내용이 될 수 있는 사항으로 규정하고 있다. 또한 용도지구 중 경관지구 내의 건축물에 대하여도 건축물의 미관에 관한 사항의 심의가 가능하며, 국토계획법이 그

구체적인 심의기준을 규정하지는 않으나 이에 관하여 경관심의운영지침에 관한 국토교통부 고시가 적용된다.

2. 경관규제

국토계획법상 개발사업에 수반하는 건축행위 또는 개발행위허가를 요하지 않는 건축행위에 따라 신축되는 건축물이 경관법의 적용을 받는 경우, 경관법상의 규제는 건축물의 형태규제로서 기능한다. 건축물에 대한 경관법상의 경관규제는 (i)개발사업에 대한 경관 심의와 (ii)개별 건축물에 대한 경관심의로 구별할 수 있다.

국토계획법 및 경관법에 따라 경관계획이 수립·적용되는 경우 개발사업에 대하여 경관위원회의 심의가 강제된다(국토계획법 제37조 제1항 제1호, 경관법 제27조). 따라서 경관위원회 심의가 요구되는 경우 경관위원회의 심의 기준이 곧 건축물에 대한 형태규제로서 기능한다. 경관법은 경관위원회의 심의가 강제되는 도시개발사업에 대하여 규정하는데(동법 시행령 제19조 제1항), ①국토계획법상의 '도시지역'(제6조 제1항)에서 개발사업의 대상지역 면적이 3만제곱미터 이상인 경우, ②도시지역 외의 지역에서 개발사업의 대상지역 면적이 30만제곱미터 이상인 개발사업의 경우, ③농어촌정비법 제101조에 따른 마을정비구역에서 시행하는 생활환경정비사업의 경우 그 대상지역의 면적이 20만제곱미터 이상인 경우가 경관위원회 심의를 필요로 하는 개발사업에 해당한다.

건축법은 건축물에 대한 경관법의 적용에 대하여 명문으로 규정하고 있지 않으나, 개발행위허가를 요하지 않는 건축물이 일정한 요건을 충족하는 경우에도 경관법의 적용 대상이 된다(경관법 제28조 제1항). 구체적으로는 ①경관지구의 건축물, ②중점경관관리구역의 건축물로서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 건축물, ③공공기관 또는 지방공기업이 건축하는 건축물로서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 건축물, ④그

밖에 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 건축물을 건축하려는 경우 건축법에 따른 건축허가를 받기 전 경관위원회의 심의를 거칠 것이 요구된다(경관법 제28조 제1항, 동법 시행령 제21조 제1항).

III. 기능적 요소에 관한 규제

건축물의 기능적인 요소에 관하여 건축물의 형상을 규제할 수도 있다. 예를 들어 건축물이 수 개의 도로변에 동시에 접도하는 경우, 허가청은 보행자 통행 등에 관한 교통처리계획 등을 고려하여 특정한 도로변으로 건축물의 주출입구를 개설할 것을 요구하는 경우가 있다. 다만 이와 같은 구체적인 감독권한이 인정되기 위하여는 지구단위계획 지정 등 통상적인 용도지역에서 나아가 행정청의 개입을 정당화할 만한 부가적인 규제수단이 존재하여야 할 것이다.

뉴욕시의 경우에도 건축물의 기능적 요소에 관한 규제에 대하여는 지구단위계획과 유사한 특별구역제도(Speical Purpose Districts)가 주로 활용되고 있으나, 상업지역 내 위치한 실내 쇼핑몰(arcades)와 같이 특수한 용도지역의 경우에는 해당 용도지역에 대한 조례의 규제 자체에 건축물의 기능적 요소에 관한 사항이 포함되기도 한다.

제 3 절 미국의 형태기반코드(Form-Based Codes) 검토

1. 형태기반코드의 도입 배경

기존의 조닝제도는 도시디자인의 관점에서 도시공간의 맥락을 고려하거나 지역의 특성과 변화를 반영한 도시공간을 창출할 수 있도록 세심하

게 제어할 수 없다는 한계가 명확하였다. 20세기 후반에 들어서는 이러한 조닝제도의 한계를 극복하기 위하여 기존의 도시가 가지는 공간의 환경적인 특성을 보전하면서 신규 개발과 조화를 이루도록 하여 도시공간의 질을 향상시킬 수 있는 제도가 마련될 것이 요구되었다.

형태기반규제(Form-Based Codes; FBCs)는 조닝제도의 한계를 극복하는 과정에서 새롭게 등장한 개념으로, 마스터플랜인 큰 틀의 상위계획을 수립하고, 이에 근거해 각 지구가 가진 고유한 물리적 특성을 바탕으로 공공공간과 건축디자인에 대한 조항을 명시한 규제수단이다. 특히, 종전의 지침이나 가이드라인이 법률규정이나 행정청의 지침에 근거한 서술형의 규제방식이었다면, 형태기반규제는 공간의 디자인과 형태에 중심을 두고 구체적인 규제내용을 '코드형식'으로 기술하는 점이 특징이다.

형태기반규제는 1982년 플로리다주의 씨사이드 커뮤니티의 마스터플랜이 건축물의 용도, 높이, 건축물 또는 설치물이 공공공간을 점유할 수 있는 범위 규제, 주차 관련 조항 등을 코드화하여 도입한 것에서 출발하여, 이어 캘리포니아 소노마시, 플로리다 세인트루시 카운티 및 마이애미시 등에서 전면 도입한데 이어 덴버, 휴스턴 등 미 전역의 대도시에서 부분적으로 도입하는 등 확산세에 있다.

2. 형태기반 규제의 특성

형태기반 규제는 건물과 외부공간과의 관계, 건물의 규모와 형태, 블록과 가로유형 및 비율에 대한 고려를 기반으로 하는 공간 규제를 통하여 특정한 도시 형태를 구현하는 법적 수단으로 적용될 수 있다. 특히, 근래에 주목받고 있는 보행성(walkability)과 보행자친화적(pedestrian-friendly) 환경을 고려한 도시계획을 구현함에 있어 기존의 조닝보다 유리하다는 평가를 받는다.[109)]

109) 이정형 외(2011). "도시디자인 규제수법으로서 형태기반코드에 관한 연구"

형태기반 규제는 마스터플랜에 따라 지역의 특성에 따른 용도, 규h 등에 대한 준수사항을 제시하는 것을 원칙으로 한다. 이를 통하여 공공공간과 사적 공간의 연결에 관하여 건물과 도로, 보도, 공원, 주차장 등을 포함한 전체적인 도시공간을 형성하도록 유도할 수 있다.

나아가 형태기반 규제는 다이어그램을 활용하여 요구치수나 형태 등과 관련한 규제내용을 직관적이고 쉽게 이해할 수 있도록 표현하고 있따. 이렇게 다이어그램으로 표현된 규제기준은 향후의 도시 형태를 예측하는데 용이한 수단으로 활용될 수 있으며, 건축주 또는 사업시행자에게는 용도지역이나 기타 특별 규제에 따른 중첩적인 규제로 인한 절차상의 불확실성을 줄일 수 있다는 장점이 있는 것으로 이해된다.

형태기반 규제의 구체적인 예시로는 건축물의 입면(facade)와 공공공간의 관계, 건축물의 형태와 크기(매스), 가로와 블록의 유형 등이 있으며, 규제의 내용과 기준은 다이어그램과 텍스트로 기술된다.[110] 용도와 용적보다는 건축물과 건축물이 위치한 공간을 구성하는 물리적 디자인의 위치와 범위에 중점을 둔 규제수단이라고 할 수 있다. 기존의 조닝이 용도에 주안점을 두고 용도, 운영, 형태가 분리된 상태였다면, 형태기반 규제는 형태와 설계에 중점을 두고 이를 기초로 운영하고, 용도를 고려하고 있다는 것이 차별점이라 할 수 있다.

---

p.82 (f)

110) 김재환, 도시재상사업의 형태기반코드 적용 가능성 고찰, 892-893.

제 6 장 결론

이상 살핀 것과 같이 도시계획의 내용은 용도규제와 형태규제로 규제대상의 성격에 따라 나누어질 수 있으며, 형태규제는 다시 건축물이 얼마만큼의 공간을 점유할 수 있는지에 관한 크기규제와, 규모를 제외한 건축물의 외형적 요소에 관한 형상규제로 세부화할 수 있다. 이와 같은 분류를 명확히 하는 것은 다양한 층위에 얽혀 있는 각종 도시계획법령상의 계획수단들을 체계적으로 분석·이해하는 출발점이 될 수 있다고 생각된다.

현행 국토계획법상의 도시계획의 구현은 상당부분 용도지역제에 의지하고 있어 도시계획이 갖는 형태규제적 특성이 법령의 체계 및 문언으로만 보아서는 명확하지 않다. 그리고 형태규제 중 형상규제의 경우 국토계획법 등이 그 성립근거와 범위 등을 전혀 규율하지 않기 때문에, 일부가 용도지구제 또는 지구단위계획이나 기타 시·군이 자체적으로 정하는 도시관리계획의 내용을 구성하는 것 외에는 통합적인 관리가 이루어지지 못하고 있다.

형태규제를 지금과 같이 지구단위계획 등 개별 도시계획에 전적으로 맡기는 형태를 유지할지, 아니면 미국의 사례와 같이 도시종합계획(Master Plan, Comprehensive Plan)의 영향력을 강화하거나 형태규제적 측면을 강화하는 방식의 지역제(형태기반규제 등)를 도입할 것인지는 입법재량의 문제라 할 것이다. 다만 현재와 같은 형태규제 체계를 유지하는 경우에도 건축물의 형태에 대한 도시계획의 보다 세밀하고 체계적인 관리가 이루어질 수 있다면 도시미관 및 환경 개선에 보탬이 될 수 있을 것이라 생각한다.

참 고 문 헌

1. 서적

- 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018
- 김동희, 행정법I(제25판), 박영사, 2019
- 김동희, 행정법II(제25판), 박영사, 2019
- 임유경·진현영, 건축의 품격 향상을 위한 건축물 형태규제 개선방안 연구, 건축도시공간연구소, 2011
- 조재성, 미국의 도시계획, 한울, 2004

2. 논문 등

- 김승종, 미국의 토지이용규제에 관한 연구 - 용도지역제도와 토지이용허가제도를 중심으로, 서울법학 제22권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2014
- 김종보, 건축허용성의 부여와 반영, 서울대학교 법학 제53권 제3호, 145~173쪽, 2012
- 김종보, 도시계획변경거부의 처분성, 행정법연구 제11호, 243~272쪽, 2004
- 김종보, 박건우, 국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성－대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결－“, 행정법연구 제64호, 45~73쪽, 2021
- 김지엽·정종대, 토지이용규제에 대한 한국과 미국의 비교 연구 - 헌법의 재산권 보장 관점을 중심으로, 국토계획 제42집 제4호, 대한국토도시계획학회, 7~28쪽, 2007
- 김태환, 도시재상사업의 형태기반코드 적용 가능성 고찰, 예술인문사회융합멀티미디어논문지 9권 8호, 인문사회과학기술융합학회, 891~901, 2019.

- 김흥순, 용도지역제 없이 도시계획하기 : 미국 휴스턴 시 사례에 대한 재검토, 한국지역개발학회지, 30:5, 235-262, 2018.
- 박봉규, 서울시와 뉴욕시의 건축물 높이규제에 관한 비교 연구 - 상업지역의 도로사선제한 중심으로, 지역사회발전학회논문집 제27권 제2호, 2002.
- 박정훈, 도시계획체계상의 합치성원칙에 관한 비교법적 연구 - 미국 도시계획법제를 중심으로, 토지공법연구 제25집, 한국토지공법학회, 101~139, 2005
- 배웅규·김지엽·김소라, 뉴욕시 주거지역의 재생과 보전을 위한 조닝변경(Rezoning)의 특징과 시사점 연구 - 뉴욕시 퀸즈보로(Queens Borough)의 13개 주거지를 대상으로, 서울도시연구 제11권 제4호, 2010
- 오준근, 도시계획관련법제의 체계적 정비방안, 한국법제연구원, 2000
- 이동찬, 토지이용규제수단으로서의 용도지역제, 법학연구 제29집, 한국법학회, 55~76쪽, 2008
- 이향림, 손철수, 공동주택의 일조권 확보를 위한 인동거리비 개선에 관한 연구(서울특별시 및 6대 광역시의 일조 관련법을 중심으로), 한국주거학회 논문집, 17(2), 2006
- 최봉석, 미국 행정법상 행정행위의 특성과 절차법적 통제, 미국헌법학회, 271~297쪽, 2015.
- 한양대학교 산학협력단, 소규모 도시 유휴공간의 재활성화를 위한 건축물 측면공간 활용 가이드랑니 구축 및 공간활용 유형별 공유 플랫폼 개발 최종보고서, 국토교통부 국토교통과학기술진흥원, 2019.
- Andrew Bauman, Legally Enabling a Modern-Day Mayberry: A Legal Analysis of Form-Based Zoning Codes, The Urban Lawyer, 50(1), 41-86, 2010
- Andres Duany and Emily Talen, Transect Planning, Journal of the American Planning Association, 68(3), 2002
- Richard S. Geller, The Legality of Form-Based Zoning Codes, Journal of Land Use & Environmental Law, 26(1), 35-92(2010)
- The City of Miami, Miami 21, May 2010.

- Eric Nash and Norman McGrath, Manhattan Skyscrapers, 1999
- Theodore M. Norton, Police Power, Planning and Aesthetics, Santa Clara Lawyer, 7(2), 171-187(1967)
- Zhu Qian, Witout zoning: Urban development and land use controls in Houston, Cities, 27(1), 2010
- Genna L. Sinel, “New Density and Shrink-Wrapped Streets: Contextual Zoning Policy in New York City,” New York University Journal of Law and Liberty 11, no. 1 (2017): 510-555
- Stephen Sussana, Bulk Control and Zoning: The New York City Experience, Land Economics 43, no. 2 (1967): 158-171

Abstract

Building Form Regulations in Public Law: a comparative study of regulations in the United States and Korea

Gyuhyeon Sim
School of Law
The Graduate School
Seoul National University

Existing researches on zoning regulations have mostly focused on regulatory control over land use and development. Urban planning regulations(including zoning regulations) on buildings, however, can be subdivided into use regulations and form regulations. This study aims to initiate a legal discourse on the form regulations which have been largely neglected in legal studies. The study also provides a comparative focus on the form regulations in the United States, of which zoning regulations have been highly influential in the establishment and development of land use regulations in Korea.

Form regulations can be categorized into bulk regulations, which control how much space a building can occupy, and design regulations. Categorizing form regulations is essential in understanding the intricate web of various form regulations that have been codified in a rather unstructured way. There is no definite answer on how to regulate building forms as the matter is largely up to legislative discretion. Nevertheless, a more carefully designed regulatory approach seems desirable in order to achieve a better planning control over building forms.

keywords : Building Regulations, Urban Planning, Building Forms, Land Use, Zoning, Form-Based Codes
Student Number : 2019-24802