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

입체도로의 설치와 규제에 관한 공법적 연구

- 건축물과 도로의 수직적 혼재를 중심으로 -

2023년 2월

서울대학교 대학원

법학과

신 기 훈

입체도로의 설치와 규제에 관한 공법적 연구

- 건축물과 도로의 수직적 혼재를 중심으로 -

지도교수 김 종 보

이 논문을 법학전문석사 학위논문으로 제출함
2022년 11월

서울대학교 대학원
법학과
신 기 훈

신기훈의 법학전문석사 학위논문을 인준함
2023년 2월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

‘입체도로’란 수직의 공간에서 건축물과 입체적으로 배치되는 도로를 의미한다. 입체도로에 관한 논의의 실익은 고밀도의 도시지역에서 토지를 합리적으로 이용하고 사인들의 재산권 제한을 최소화하여 도로를 설치하고자 함에 있다. 따라서 입체도로의 설치 및 그에 관한 규제는 비도시지역보다는 도시지역 내에서 더욱 중요한 의미를 갖게 된다. 도시지역 내에서 도로는 통상 도시계획시설로서 설치되는바, 도시지역에서 설치되는 입체도로는 입체도시계획시설이 된다.

입체도시계획시설의 설치를 규율하는 일반적인 근거법규에는 「도시계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙」 제3조의 ‘도시계획시설의 중복결정’, 제4조의 ‘입체적 도시계획시설결정’, 그리고 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제64조 제1항 및 동법 시행령 제61조의 ‘도시계획시설부지 내 일반 건축물 허용’이 있다. 한편, 「도로법」 역시 입체도로의 설치에 관한 규정으로, ‘도로점용허가’ 제도와 ‘입체적 도로구역 지정’ 제도를 두고 있다.

도시의 전제가 되는 도로는 본래 도시공간들을 연결해나가는 교통시설이지만, 그것이 오히려 도시공간을 단절시키기도 한다. 이는 도로의 설치가 수용권의 발동 및 건축선 형성을 통해 건축물의 건축을 제한하게 되면서 생기는 결과이다. 반면, 입체도로의 설치는 수용권을 발동시키지 않으며, 건축선 역시 형성하지 않는다. 건축물은 입체도로의 상·하부 수직면을 침범하여 연속적으로 건축될 수 있다. 건축물과 대립하는 통상의 도로와 달리, 입체도로는 도로

의 설치가 건축물의 건축에 양보하는 양상을 보인다는 점에 그 의의가 있다.

한국에 입체도로 제도가 도입된 이래로 입체도로를 활성화하고자 하는 다양한 정책들과 계획들이 발표되었으나, 정작 그것이 현실에서 구현된 사례는 찾아보기 어렵다. 입체도로가 갖는 이점들을 고려할 때 입체도로에 대한 사회적 수요는 많다고 할 것이나, 정작 그것이 실현되기까지는 큰 어려움들이 있는 것이다. 우수한 토목기술력을 가진 한국이지만, 제도의 미비가 그러한 기술력을 발휘할 기회를 박탈하고 있다.

입체도로 제도와 관련하여 우리의 법제는 관련법률들이 서로 연계되어 작용하지 않는다는 문제가 있다. 또한, 입체도로의 설치에 관한 독자적인 절차규정과 입체도로만의 구조안전 및 위험방지에 관한 기준이 부재하다. 입체도로와 혼재하는 건축물을 규율하는 별도의 건축허가요건 역시 마련돼있지 않으며, 당해 부지에 관한 권리관계도 불분명하다. 입체도로에 대한 사회적 수요가 법제 개선에 압박을 주고 있는 현재, 현행 입체도로 제도가 갖는 위와 같은 문제점들을 면밀히 검토하고 그 개선안을 고민할 필요성은 더욱 강조된다고 할 것이다.

주요어 : 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 도로법, 건축법, 도시계획시설, 입체도시계획시설, 입체도로
학 번 : 2016-25562

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 1 절 연구의 배경 ····· 1

제 2 절 연구의 목적과 범위 ····· 2

제 2 장 입체도로의 의의 ····· 3

제 1 절 서설 ····· 3

제 2 절 입체도시계획시설의 의의 및 활용 ····· 4

Ⅰ. 도시계획시설의 의의 및 설치 ····· 4

1. 도시계획시설의 개념 ····· 4

2. 도시계획시설의 특성 ····· 6

3. 도시계획시설의 설치절차 ····· 9

Ⅱ. 입체도시계획시설의 의의 및 설치 ····· 12

1. 입체도시계획시설의 개념 ····· 12

2. 입체도시계획시설의 필요성 ····· 12

3. 입체도시계획시설의 설치절차 ····· 18

Ⅲ. 입체도시계획시설의 활용 ····· 24

1. 교통시설과 건축물의 입체적 배치 ····· 25

2. 교통시설과 공간시설의 입체적 배치 ····· 27

3. 단일한 건축물 내에서의 입체적 배치 ····· 29

제 3 절 입체도로의 의의 ····· 30

Ⅰ. 도로의 법적 정의 ····· 30

Ⅱ. 건축물과 도로의 관계 ····· 31

1. 도로 설치의 법적 근거 ····· 31

2. 도로와 건축허가요건 ····· 36

3. 건축물과 대립하는 도로 ····· 39

Ⅲ. 입체도로의 의의 ····· 39
1. 입체도시계획시설과 입체도로 ····· 39
2. 건축물과 양립하는 입체도로 ····· 41
제 4 절 입체도로의 활용 ····· 41
Ⅰ. 도로가 공중에 위치하는 유형 ····· 41
1. 고가도로 하부에 건축물이 위치하는 유형 ····· 42
2. 고가도로가 건축물을 관통하는 유형 ····· 43
Ⅱ. 도로가 지상에 위치하는 유형 ····· 44
Ⅲ. 도로가 지하에 위치하는 유형 ····· 45

제 3 장 입체도로의 규제 체계 ····· 47
제 1 절 서설 ····· 47
제 2 절 「국토계획법」상의 규제 ····· 48
Ⅰ. 입체도시계획시설 제도의 연혁 ····· 48
Ⅱ. 입체도시계획시설 설치의 법적 근거 ····· 50
1. 중복결정 ····· 50
2. 입체적 결정 ····· 51
3. 공간적 범위 결정 ····· 53
Ⅲ. 소결 ····· 56
제 3 절 「도로법」상의 규제 ····· 58
Ⅰ. 도로점용허가 제도 ····· 58
Ⅱ. 입체적 도로구역 지정 제도 ····· 61
Ⅲ. 입체도시계획시설 제도와의 관계 ····· 62
제 4 절 외국의 입체도로 제도 비교 ····· 67
Ⅰ. 일본의 입체도로 제도 ····· 68
1. 「도시계획법」상의 규제 ····· 69
2. 「도로법」상의 규제 ····· 73
3. 「건축기준법」상의 규제 ····· 76

Ⅱ. 독일의 입체도로 제도 ····· 78
1. B-Plan의 활용 ····· 78
2. 특별이용의 허가 ····· 80
Ⅲ. 미국의 입체도로 제도 ····· 81
Ⅳ. 시사점 ····· 82

제 4 장 입체도로와 건축물의 관계 ····· 84
제 1 절 서설 ····· 84
제 2 절 건축물의 건축제한 완화 ····· 85
Ⅰ. 도로의 설치 및 유지·관리를 위한 건축제한 원칙 ····· 85
1. 건축을 제한하는 요소들 ····· 85
2. 도로의 설치 단계에서의 건축제한 원칙 ····· 86
3. 도로의 유지·관리 단계에서의 건축제한 원칙 ····· 87
Ⅱ. 입체도로와 건축선 규정의 적용 완화 ····· 88
1. 「건축법」상 건축선 규정의 적용범위 ····· 88
2. 입체도로가 설정하는 건축선 ····· 89
Ⅲ. 입체도로 설치에 따른 건축제한 완화 ····· 97
1. 입체적 결정에 따른 건축제한 완화 ····· 97
2. 공간적 범위 결정에 따른 건축제한 완화 ····· 98
3. 「도로법」상 입체도로 설치에 따른 건축제한 완화 99
제 3 절 건축허가요건의 적용 ····· 100
Ⅰ. 건축허가요건을 규율하는 법률 ····· 101
1. 「건축법」이 규율하는 건축허가요건 ····· 101
2. 「국토계획법」이 규율하는 건축허가요건 ····· 103
3. 「건축법」과 「국토계획법」의 관계 ····· 104
Ⅱ. 입체도로와 위험방지요건의 적용 ····· 107
1. 혼재하는 건축물에 적용되는 위험방지요건 ····· 107
2. 도로 설치의 안전기준 법제 ····· 107
3. 입체도로에 적용되는 위험방지요건 ····· 108

Ⅲ. 입체도로와 「국토계획법」상 건축허가요건의 적용 · 109
1. 도시계획이 정하는 건축허가요건 ····· 109
2. 도시계획의 충돌에 따른 건축허가요건 ····· 110
3. 입체도로의 건축허가요건 설정 ····· 113
제 4 절 권리관계의 변동 및 보상 ····· 115
Ⅰ. 토지소유자 등의 권리관계 ····· 115
1. 토지소유권의 존속 ····· 115
2. 토지사용권의 일부제한 ····· 116
3. 기타 토지권리자들의 권리관계 ····· 116
Ⅱ. 건축물소유자 등의 권리관계 ····· 120
1. 건축물소유권의 존속 ····· 120
2. 건축물사용권의 일부제한 ····· 121
3. 기타 건축물권리자들의 권리관계 ····· 121
Ⅲ. 보상제도 ····· 122
1. 보상의 근거규정 ····· 122
2. 토지소유자 등에 대한 보상 ····· 123
3. 건축물소유자 등에 대한 보상 ····· 124

제 5 장 입체도로 제도의 개선방안 ····· 125
제 1 절 서설 ····· 125
제 2 절 건축허가요건의 재설정 ····· 126
Ⅰ. 건축선 규정의 적용범위 설정 ····· 126
1. 「건축법」과 「국토계획법」의 충돌 ····· 126
2. 건축선 적용 예외규정 명시의 필요성 ····· 126
3. 예외규정 명시의 구체적 방안 ····· 127
Ⅱ. 위험방지요건의 설정 ····· 127
1. 혼재하는 건축물의 위험방지요건 ····· 127
2. 입체도로의 구조안전기준 등 ····· 129
3. 입체도로의 관리기준 ····· 132

Ⅲ. 「국토계획법」상 건축허가요건의 설정 ····· 132
1. 독자적인 건축허가요건의 창설 ····· 133
2. 위원회 제도의 활용 ····· 135
3. 입체도로와 건축단위 등 설정의 문제 ····· 135
제 3 절 권리관계의 조정 ····· 136
Ⅰ. 토지 및 건축물 권리자의 절차 참여 ····· 136
1. 입체도로 설치의 절차규정 ····· 136
2. 구분지상권 설정 등을 위한 협의절차 ····· 137
3. 토지 및 건축물 권리자의 참여기회 보장 ····· 139
Ⅱ. 구분지상권 등의 설정 및 보상 ····· 141
1. 구분지상권의 설정 ····· 142
2. 기타 권리관계의 변동 ····· 143
3. 권리관계와 보상제도 ····· 144

제 6 장 결론 ····· 147

참고문헌 ····· 136
Abstract ····· 137

표 목 차

[표 1] 도시계획시설의 종류 ····· 6
[표 2] 입체도시계획시설 제도의 법적 근거 ····· 57

그 림 목 차

[그림 1-1] 양천아파트 및 신정지하철차량기지 ····· 26
[그림 1-2] 경의선숲길 ····· 29
[그림 2-1] 센바센터 빌딩 ····· 43
[그림 2-2] 우메다 게이트타워 빌딩 ····· 45
[그림 2-3] 낙원상가 ····· 46
[그림 2-4] 상도어린이집 ····· 47
[그림 3-1] ‘입체적 결정’을 통한 입체도로 설치의 예 ····· 53
[그림 3-2] ‘공간적 범위 결정’을 통한 입체도로 설치의 예 ··· 56

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 배경

도시가 도시로서의 기능을 수행하고 도시민들의 경제활동을 원활히 지원하기 위해서는 기반시설의 확충이 필수적이다. 특히 도로는 기반시설 중에서도 비중이 가장 큰 핵심적인 시설이다. 도로는 건축물과 건축물, 도시공간과 도시공간을 이어나가는 교통시설로서, 도시의 건설뿐만 아니라, 그 유지 및 확장에 있어서 필수불가결한 요소인 것이다.

우리의 도시는 이미 과도하게 고밀도화되었기에, 기존의 도시에서 새로이 도로를 설치하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 도심지 내의 건축물을 철거하고 토지소유권을 수용한 후에야 비로소 도로의 설치가 가능해지는데, 그 건축물 및 토지와 관련된 권리관계는 매우 복잡하기 때문이다. 또한 수용에 따른 보상비용은 도로 설치 사업비의 대부분을 차지할 정도로 아주 크다.

이에 기존의 건축물 및 토지소유권을 그대로 둔 채 설치할 수 있는 도로가 요구된다. 즉 일단의 토지에서 도로와 건축물이 하나의 수직 공간에 혼재하게 되는 입체도로의 설치가 필요한 것이다. 입체도로는 고밀도의 도시에서 합리적이고 경제적인 토지이용을 가능케 한다. 또한, 도로의 설치에도 불구하고 기존의 도시질서를 해하지 않으며, 건축물 및 토지소유자 등의 재산권 제한을 최소화할 수 있다는 점에 그 의의가 있다.

본 연구에서는 입체도로의 이러한 이점에 주목하여 국내의 입체도로 제도 현황을 살피고, 문제점을 파악하여 개선점을 논하는 단계까지 나아가보고자 한다. 입체도로에 관한 많은 선행연구들이 이루어져 왔지만, 그

선행연구들은 대부분 건축학이나 토목학 분야에서 이루어진 것들이었다. 이에 본 연구는 법학의 관점에서 현행 제도를 분석하고 다양한 법률관계를 살피어 개선점을 논해보고자 한다. 이를 통해 입체도로 제도의 활성화에 기여할 수 있기를 기대해본다.

제 2 절 연구의 목적과 범위

본 연구의 목적은 현행 입체도로 제도의 한계를 법학적 관점에서 검토하고 그 개선방안을 제시하는 데 있다. 따라서 입체도로와 관련된 공법적 규제 체계를 논하는 것으로 연구범위를 한정한다. 본 연구는 총 6개의 장으로 구성하였으며, 그 내용은 다음과 같다.

제1장에서는 연구의 배경과 목적을 제시한다.

제2장에서는 입체도로의 의의 및 그 활용 등을 본격적으로 살펴보되, 이에 앞서서 도시계획시설 전반과 입체도시계획시설의 의의, 설치절차, 유형에 대해 논하도록 한다.

제3장에서는 입체도로 제도의 연혁과 구체적인 내용들을 살피고, 국외의 입체도로 제도와 비교해보도록 한다.

제4장에서는 입체도로의 설치와 관련하여 건축선 규정 적용의 완화를 논한다. 나아가, 입체도로 설치에 따른 건축허가요건의 적용과 권리관계의 변동 및 그 보상에 관한 제도들에 대해 살펴보도록 한다.

제5장에서는 현행 입체도로가 갖는 문제점들에 주목하여 그 개선방향을 논의해본다.

제6장에서는 앞의 논의를 종합하여 본 연구의 결론을 제시한다.

제 2 장 입체도로의 의의

제 1 절 서설

‘입체도로’란 수직의 공간에서 건축물과 입체적으로 배치되는 도로를 의미한다. 이러한 입체도로에는, 공중에 위치한 도로의 하부에 건축물이 위치하는 경우, 도로가 공중 또는 지표면에서 건축물을 관통하여 진행하는 경우, 혹은 지하의 도로 위로 건축물이 위치하는 경우 등이 있을 수 있다. 즉 도로의 상·하부 공간에 건축물이 배치되는 경우 그 도로를 입체도로라고 할 것이다.

입체도로 논의의 실익은 고밀도의 도시지역에서 토지를 합리적으로 이용하고 사인들의 재산권 제한을 최소화하여 도로를 설치하고자 함에 있다. 또한, 도로와 같은 선형의 교통시설이 도시지역 내에 설치되면 그 선형의 교통시설을 기준으로 도시공간이 단절되게 되지만, 도로가 입체화될 경우에는 그러한 단절을 막을 수 있다는 점에서 입체도로는 이점을 갖는다.

이처럼 입체도로에 관한 논의는 비도시지역보다는 도시지역 내에서 훨씬 중요한 의미를 갖게 되는데, 「국토의 이용 및 계획에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’이라 한다)」 및 「도로법」에 따라 도시지역 내에서 설치되는 도로들은 모두 ‘도시·군계획시설’(이하 ‘도시계획시설’이라 한다)로서의 지위를 갖게 된다. 따라서 도시지역에서 설치되는 입체도로들은 ‘입체도시계획시설’이 되고, 입체도시계획시설에 대한 이해는 입체도로에 관한 논의에서 필수적인 것이 된다.

이에 입체도로의 의의 및 그 활용 등을 본격적으로 살피기에 앞서서,

우선 입체도시계획시설에 대해 상세히 살펴보고자 한다. 먼저 도시계획시설 전반과 입체도시계획시설의 의의, 설치, 유형 등에 대해 논하고 난 후, 그 이해를 바탕으로 본격적으로 입체도로에 대한 논의로 나아가도록 한다.

제 2 절 입체도시계획시설의 의의 및 활용

Ⅰ. 도시계획시설의 의의 및 설치

1. 도시계획시설의 개념

(1) 기반시설의 의의

「국토계획법」은 기반시설의 종류를 나열하고 기반시설의 설치 및 관리에 대해 규율하고 있을 뿐 기반시설의 명확한 개념요소를 서술하고 있지는 않기에, 「국토계획법」의 해석을 통해 비로소 정의될 수 있다. 기반시설은 통상 "도로, 상·하수도, 학교 등 도시인들의 생활을 위해 반드시 필요한 공적 시설로서, 자유로운 시장경제질서에 의해 조성되기 어려워 원칙적으로 행정주체가 설치하고 관리할 책임을 갖게 되는 유형의 시설"이라고 정의된다.[1)2)]

「국토계획법」은 총 46개의 기반시설을 교통시설, 공간시설, 유통·공급 시설, 공공·문화체육시설, 방재시설, 보건위생시설, 환경기초시설로 분류하고 있다(법 제2조 제6호, 시행령 제2조 제1항). 또한, 「국토계획법」은 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 사항을 '도시·군관리계획'(이하 '도시계획'이라 한다)[3)]에 포함시키고 있다(법 제26조).

---

1) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 328면 이하
2) 예외적으로, 행정주체가 아닌 사인이 사업시행자가 되어 기반시설을 설치하고 비용 부담할 수도 있다.

(2) 도시계획시설의 개념

기반시설은 원칙적으로 행정주체가 「국토계획법」 제30조 소정의 '도시계획 결정'을 통해 설치하여야 한다. 「국토계획법」은 이렇게 도시계획의 결정을 통해 설치되는 기반시설을 '도시계획시설'이라고 정의하고 있다(법 제2조 제7호).[4] 또한, 도시계획시설 설치에 관한 도시계획의 결정을 '도시·군계획시설결정'(이하 '도시계획시설결정'이라 한다)이라고 한다(동법 제47조 제1항).

「국토계획법」이 기반시설을 정의함에 있어서 그 종류를 나열하고 있을 뿐이기에, '도시계획시설결정으로 설치된 기반시설'인 도시계획시설 역시 그 개념요소나 법적 요건 및 효과 등이 「국토계획법」에서 적극적으로 서술되고 있지 않다. 이에 도시계획시설도 「국토계획법」의 해석을 통해 정의할 수밖에 없다. 도시계획시설은 "도시기능을 위해 필요한 기반시설 중 공공성과 영향력이 높아 원칙적으로 행정주체가 도시계획시설결정 및 실시계획의 절차를 거쳐 설치하는 시설"이라고 정의된다.[5]

그 밖에도 「국토계획법」 제43조 제3항에 따라 행정주체가 관리 책임을 진다는 점, 동법 제25조 및 제29조에 따라 행정주체가 최종적인 입안권과 결정권을 독점한다는 점, 위치·면적·부피·형태 등을 갖는 유형적 시설물을 전제로 하여 설계도서·공사·공간점용이 요구된다는 점 등에서도 도시계획시설의 징표를 찾아볼 수 있다.[6]

(3) 도시계획시설의 종류

---

3) 도시계획의 종류로는 용도지역제·개발제한제·지구단위계획·도시계획시설계획이 있다. 이에 관해선 **제4장 제3절 Ⅲ. 1.**에서 후술한다.
4) 예외적으로, 도시계획의 결정 없이 설치되는 도시계획시설도 있다(「국토계획법」 제43조 제1항 단서).
5) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 330면 이하
6) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 330면 이하

도시계획시설은 도시계획시설결정을 통해 설치되는 기반시설이므로, 도시계획시설의 종류는 기반시설의 종류와 동일하다. 따라서 기반시설과 마찬가지로 도시계획시설에는 총 46개의 시설들이 있으며, 이들은 다시 기능별로 교통시설, 공간시설, 유통·공급 시설, 공공·문화체육시설, 방재시설, 보건위생시설, 환경기초시설 등 7종으로 분류된다. 2020년을 기준으로, 도시계획시설로 결정된 전체 면적 중 가장 큰 면적을 차지하는 도시계획시설의 종류는 교통시설로, 전체 면적의 33.4%를 차지하고 있다.[7)]

구 분	종 류
교통시설	도로 · 철도 · 항만 · 공항 · 주차장 · 자동차정류장 · 궤도 · 차량 검사 및 면허시설
공간시설	광장 · 공원 · 녹지 · 유원지 · 공공공지
유통 · 공급시설	유통업무설비 · 수도공급설비 · 전기공급설비 · 가스공급설비 · 열공급설비 · 방송통신시설 · 공동구 · 시장 · 유류저장 및 송유설비
공공 · 문화체육시설	학교 · 공공청사 · 문화시설 · 공공필요성이 인정되는 체육시설 · 연구시설 · 사회복지시설 · 공공직업훈련시설 · 청소년수련시설
방재시설	하천 · 유수지 · 저수지 · 방화설비 · 방풍설비 · 방수설비 · 사방설비 · 방조설비

[표 1] 도시계획시설의 종류

2. 도시계획시설의 특성

“도시기능을 위해 필요한 기반시설 중 공공성과 영향력이 높아 원칙적으로 행정주체가 도시계획시설결정 및 실시계획의 절차를 거쳐 설치하는 시설”이라는 도시계획시설의 개념정의에서, ‘공공성’은 도시계획시설 부지에 대한 수용권으로 연결되고, ‘영향력’은 도시계획결정절차의 엄정

7) 국토교통부·LX, “도시계획현황” (https://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxMainPrint.do?idx_cd=1201&board_cd=INDX_001)

성과 연결된다.[8] 즉 도시계획시설은 높은 공공성을 지니기에 「헌법」 제23조 제3항에 따른 수용권 발동이 허용되는 것이며, 높은 영향력을 지니기에 형식상 까다로운 설치절차를 거쳐야 한다.

(1) 도시계획시설의 수용권한

도시계획시설 설치사업의 사업시행자는 도시계획시설을 설치하는 과정에서 법률에 의해서 도시계획시설부지를 수용할 수 있는 권한을 부여받게 된다(「국토계획법」 제96조 제2항 등). 이러한 수용권한을 통해 도시계획시설이 부지 확보의 용이성을 갖게 된다는 점에서 도시계획시설사업에 있어서 수용권한이 갖는 의미는 크다. 이에 이러한 수용권한을 정당화할 수 있는 근거가 무엇인지 살펴볼 필요가 있다.

「헌법」은 제23조 제1항에서 모든 국민의 재산권을 보장한다는 원칙을 정하면서, 동조 제3항에서 '공공필요'에 의해 법률로 재산권을 수용할 수 있다는 예외를 허용하고 있다. 따라서 도시계획시설의 설치 과정에서 사업시행자가 법률에 의해 수용권한을 부여받기 위해서는 도시계획시설의 설치에 「헌법」이 요구하는 공공필요성이 인정되어야 하는 것이다. 도시계획시설사업에 공공필요성이 인정되지 않는다면, 도시계획시설 설치의 사업시행자에게 수용권한을 부여하는 법률조항은 「헌법」에 위반되는 것이 된다.

헌법재판소는 도시계획시설사업의 공공필요성을 명시적으로 인정해오고 있다.[9] 도시계획시설사업이 도시계획시설을 설치하여 공공복리를 증진시키고 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 목적으로 하고 있기에 그 자체로 공공필요성이 인정된다는 것이다. 헌법재판소의 입장에 따를 경우, 도시계획시설사업의 사업시행자에게 수용권을 부여하는 규정은 공공필요성이 인정되는 사업의 추진을 위해 수용권을 행사하도록 하는 것인

8) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 330면 이하
9) 헌법재판소 2007. 11. 29.자 2006헌바79 결정, 헌법재판소 2011. 6. 30.자 2008헌바166 결정 등

바 「헌법」 제23조 제3항에 위반되지 않게 된다.

도시계획시설이 도시인들을 위한 필수적인 시설로서 기능하고 공공의 이익을 위해 활용된다는 점, 행정주체의 개입 없이 자유시장경제질서에 의해서만은 도시계획시설이 조성되기 어렵다는 점 등에 비추어 볼 때, 도시계획시설사업에는 공공필요성이 인정된다고 봄이 타당하다.[10] 「헌법」 제23조 제3항에 따라 수용의 일반법 역할을 해온 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라 한다)」은 1962년에 「토지수용법」이라는 이름으로 제정되었을 당시부터 도시계획시설사업을 수용 대상이 되는 주요 공익사업으로 규정해오고 있다.

(2) 도시계획시설 설치절차의 엄정성

「국토계획법」은 도시계획시설이 갖는 영향력을 고려하여 그 설치를 위해서는 형식상 까다로운 절차를 요구하고 있다.[11] **제2장 제2절 Ⅰ. 3.** 에서 후술하겠지만, 도시계획시설을 설치하기 위해서는 다른 도시계획들과 마찬가지로 도시계획의 입안과 결정 등의 절차에 따라야만 한다. 그리고 도시계획시설의 내용을 변경할 때도 동일한 절차를 거쳐야 하는바, 일단 도시계획시설결정이 있게 되면 그 도시계획시설의 내용을 바꾸기는 매우 어렵게 된다. 이러한 절차적 엄정성을 통해 도시계획시설은 지속성 측면에서 유리함을 갖는다.

(3) 도시계획시설의 입체화 가능성

도시계획시설 설치 과정에서 사업시행자는 법률에 의해 수용권한을 부여받아 행사함으로써 사업부지를 확보하게 되는 것이 일반적이다. 그러나 수용을 통해 사업부지의 소유권을 확보하는 것이 도시계획시설의 사업부지 확보를 위한 유일한 방법인 것은 아니다. 사업시행자는 법률에서 정하고 있는 다양한 근거 규정들을 활용하여 수용권한을 행사하지 않

10) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 329면
11) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 330면 이하

고도 사업부지를 확보할 수 있다. 즉 사업부지의 소유권을 확보하지 않고도 타인 소유의 토지 및 건축물을 가로지르는 도시계획시설을 설치할 수 있는 것이다. 도시계획시설을 입체화하기 위한 법률적 근거들은 **제3장 제2절 Ⅱ.**에서 자세히 후술하도록 한다.

수용을 통한 도시계획시설 설치에는 토지소유자의 반발이나 보상비용 문제 등 현실적인 제약이 뒤따르게 되는 것이 일반적이다. 반면, 입체화를 위한 법률상 근거들을 통해 설치되는 도시계획시설은 수용이 불필요하기 때문에 보다 원활한 사업추진이 가능해진다. 뿐만 아니라, 도시계획시설의 입체화를 통해 고밀도 도시에서의 도시계획시설의 유연한 활용도 기대할 수 있게 된다. 수용을 요하지 않는 도시계획시설의 입체화 절차는 **제2장 제2절 Ⅱ. 3.**에서 구체적으로 살펴보기로 한다.

3. 도시계획시설의 설치절차

(1) 도시계획시설결정

도시계획시설을 설치하기 위해서는 「국토계획법」 제30조 소정의 도시계획의 결정, 즉 도시계획시설결정이 필요하다.[12] 도시계획시설사업을 위한 도시계획시설결정은 도시계획시설의 위치와 면적을 확정하는데, 이는 후속하는 실시계획을 위한 법적 기초가 된다.[13] 도시계획시설결정은 관계행정기관장과의 협의 및 중앙도시계획위원회 심의(「국토계획법」 제30조), 주민참가와 지방의회의 의견 청취(동법 제28조), 기초조사(동법

12) 도시계획시설의 설치를 위한 도시계획시설계획 역시 도시계획 중 하나이므로, 다른 도시계획의 수립절차와 마찬가지로 도시계획의 결정 이전에 도시계획의 입안 절차가 요구된다.
도시계획의 입안권자는 특별시장·광역시장·시장·군수이며, 이들은 기초조사, 주민참가 및 지방의회 의견 수렴 절차 등을 진행하게 된다(「국토계획법」 제24조 내지 제28조). 입안된 도시계획에 대해서는 원칙적으로 광역자치단체장이 결정권자가 되어 도시계획의 결정 절차를 진행하게 된다.

13) 대법원 1995. 12. 8. 선고 93누9927 판결

제27조), 도시계획의 결정·고시(동법 제30조 제6항), 지형도면의 고시(동법 제32조) 등의 절차를 거쳐 이루어진다.

도시계획시설결정이 내려지면, 그 자체만으로도 당해 도시계획시설부지 내 건축허가요건에 영향을 미치게 된다.[14] 도시계획시설결정이 내려지면 원칙적으로 당해 도시계획시설부지 내에서는 도시계획시설이 아닌 건축물의 건축은 허용될 수 없다(「국토계획법」 제64조 제1항 본문). 다만, 예외적으로 건축물의 건축이 허용되는 경우도 있는데(동법 제64조 제1항 단서), 이 경우 건축허가권자인 시장·군수는 건축허가신청사항이 도시계획시설 설치사업에 지장을 주는지에 관하여 사업시행자의 의견을 물어야 한다(동법 제58조 제2항).

한편, 도시계획시설결정은 도시계획시설부지의 토지소유권 자체에는 아무런 변동을 초래하지 아니하므로, 이후의 절차인 수용재결에 의해 사업시행자가 토지소유권을 취득할 때까지는 도시계획시설부지의 사용권은 여전히 기존 토지소유자에게 남아 있다.[15] 즉 「국토계획법」 제64조 제1항 본문에 의해 도시계획시설부지의 토지소유자는 건축물의 건축을 할 수 없는 등 토지에 대한 사용권을 제한받게 되지만, 사용권 자체를 상실하는 것은 아니다.

(2) 실시계획 인가

일반적으로 건축허가요건만을 규율하는 대부분의 도시계획들은 도시계획의 결정·고시로 그 절차가 완결된다. 그러나 도시계획 중 하나인 도시계획시설계획의 경우, 도시계획시설결정 이후에도 유형적 시설물로서의 도시계획시설을 설치하기 위한 후속절차와 공사를 수반하게 된다.[16] 실시계획은 유형의 도시계획시설물을 설치하기 위한 공사계획으로, 설계도서, 자금계획, 시행기간, 위치 등을 그 내용으로 한다.[17] 도시계획시설

14) 헌법재판소 1999. 9. 16. 자 98헌바82 결정
15) 대법원 1987. 7. 7. 선고 85다카1383 판결
16) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 336면

의 설치에 있어서 실시계획은 설계도를 중요한 구성요소로 하고, 그 설계도에 의해 사업부지가 특정되게 된다.[18]

도시계획시설의 실시계획 입안자는 사업시행자이며, 「국토계획법」 제86조는 원칙적으로 특별시장·광역시장·시장·군수를 사업시행자로 정하면서도, 예외적으로 제3자도 가능하다고 명시하고 있다. 한편, 실시계획의 인가권자는 국토교통부장관, 시·도지사 또는 대도시의 시장이다(동법 제88조 제2항). 인가가 신청되면, 공람·공고 및 실시계획 인가·고시가 이루어지게 된다(동법 제90조, 제91조). 실시계획의 인가는 공사를 허가한다는 의미를 갖는바, 사업시행자는 실시계획의 인가를 통하여 공사에 착수할 수 있는 지위를 얻게 된다.[19] 또한, 실시계획 인가에는 각종 인·허가가 의제된다(동법 제92조).

(3) 수용재결

도시계획시설의 실시계획 인가는 「토지보상법」상의 사업인정 및 그 고시로 의제된다(「국토계획법」 제96조 제2항). 「토지보상법」상의 사업인정을 받으면 사업시행자에게 수용권한이 부여되는바(「토지보상법」 제20조 제1항), 도시계획시설의 실시계획 인가를 통해 사업시행자는 도시계획사업에 필요한 토지 등을 수용할 수 있는 권한을 부여받게 된다. 따라서 도시계획시설의 실시계획이 인가되면 사업시행자는 토지수용위원회에 수용재결을 신청할 수 있게 된다. 사업시행자의 수용재결 신청에 대하여 토지수용위원회는 기존 토지소유자의 소유권 박탈 및 그에 따른 보상액을 내용으로 하는 수용재결 처분을 발급하게 된다.

(4) 공사의 진행

실시계획이 인가되고, 수용재결을 통해 사업대상 부지들의 소유권이 확보되면, 사업시행자는 인가된 실시계획에 따라 공사를 진행하여 최종

---

17) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 335면 이하
18) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 336면
19) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 336면

적으로 준공검사 및 준공 절차를 이행하게 된다.

Ⅱ. 입체도시계획시설의 의의 및 설치

1. 입체도시계획시설의 개념

입체도시계획시설에 대하여 명확하게 정의 내리고 있는 법조문은 찾아보기 어렵다. 「도시·군계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙(이하 '도시계획시설규칙'이라 한다)」 제4조에서 '입체적 도시·군계획시설결정'이라는 용어를 사용하고는 있으나, 이는 단지 입체도시계획시설의 설치에 관한 수 개의 법적 근거 중 하나에 불과하다. 통상 입체도시계획시설계획은, "토지의 합리적 이용 등을 위하여 둘 이상의 도시계획시설 혹은 도시계획시설과 비도시계획시설을 동일한 토지 안에서 지하, 지상, 수중, 공중에 입체적으로 배치하는 도시계획 방식"으로 이해된다.[20] 따라서 이러한 입체도시계획시설계획의 결과로 설치된 도시계획시설을 '입체도시계획시설'이라고 정의하고, 입체도시계획시설의 설치와 관련한 제도 일반을 '입체도시계획시설 제도'라고 칭하며 이후의 논의를 이어나간다.

2. 입체도시계획시설의 필요성

일찍이 제도를 마련하여 도시공간의 입체적 활용을 적극적으로 해온

20) 이선용, "[용어풀이 224] 입체도시계획", 국토 제427호(2017. 5.), 45면.
위 참고문헌에서는 '입체도시계획시설계획'이 아닌 '입체도시계획'이라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 '입체도시계획'은 하나의 도시계획이 공간적 측면에서 상·하의 건축허가요건을 달리 정하는 경우로도 이해될 수 있다는 점을 고려하여, 본 연구에서는 '입체도시계획시설계획'이라는 용어로 대체하여 사용한다.

일본 등과 비교했을 때 국내의 입체도시계획시설 활용은 아직 도입기 수준이라고 볼 수 있다.[21] 이에 입체도시계획시설 제도 활용의 이점을 살펴봄으로써 입체도시계획시설의 적극적 활용의 필요성을 검토해 볼 필요가 있다.

선행연구(박신영, 2006)는 입체도시계획시설의 필요성에 관하여 사업대상지 주민의 재산권 보호, 도시기능 및 공간의 합리적 이용, 환경보호 및 경관 보호를 기술하고 있다.[22] 이를 보완하여 다음에서는 도시계획시설의 원활한 확충, 도시기능의 고도화 및 도시공간의 합리화, 도시계획시설부지 토지소유자의 재산권 보호, 도시환경의 개선 측면으로 나누어 입체도시계획시설의 이점을 검토하고자 한다.

(1) 도시계획시설의 원활한 확충

도시가 도시로서의 기능을 수행하고 도시민들의 경제활동을 원활히 지원하기 위해서는 기반시설의 확충이 필수적이다. 그러나 도시지역 내에서 도시계획시설을 설치하기란 쉽지 않다. 도시계획시설 설치사업의 경우 수용재결에 따른 보상비가 사업비의 90% 이상을 차지하는데, 이는 사업의 비효율성을 야기하고 사업을 지체시키게 되는 주요한 원인이 된다.[23] 많은 도시계획시설 설치사업들이 도시계획시설결정 이후 장기미집행 상태로 남아 있는 이유도 대부분 재원 부족에서 기인한 것이다.

입체도시계획시설 제도를 활용하게 되면 도시계획시설부지의 토지소유권을 확보할 필요 없이 구분지상권 등의 설정만으로 도시계획시설을 설치할 수 있게 되어 보상비를 절약할 수 있다. 이로써 도시지역 내 도

---

21) 이범현·남성우·김영현, “도시재생 측면에서 입체도시계획의 기능과 제도 개선 방안”, 한국콘텐츠학회논문지 19권 2호(2019), 519면

22) 박신영, “입체도시계획을 통한 부동산개발 사업화 방안 연구 - 공동임대주택사업을 중심으로-”, 강남대학교 석사학위 논문(2006), 14면 이하

23) 박신영, “입체도시계획 활용방안 연구 - 주택단지 사례를 중심으로”, 주택도시 제90호(2006. 9.), 81면

시계획시설을 보다 원활하게 확충할 수 있게 되므로 원활한 도시기능 수행을 가능케 할 것으로 기대해 볼 수 있다.

(2) 도시기능의 고도화 및 도시공간의 합리화

도시지역에 도시계획시설이 설치되게 되면, 원칙적으로는 도시계획시설부지에 도시계획시설 외의 다른 일반 건축물들이 들어서는 것이 제한되고(「국토계획법」 제64조 제1항 본문), 수용재결의 절차로 나아가게 된다. 즉 도시계획시설의 설치로 인하여 당해 부지 내에 존재하던 기존의 일반 건축물 등이 철거되거나 이후에 일반 건축물들이 추가로 출현하게 될 기회가 박탈되는 것이다. 도시의 물리적 공간은 지상에만 한정되지 않고 공중·지하·수상·수중 등 수직적으로 연장된 공간의 범위를 가짐에도 불구하고, 도시계획시설의 설치로 인해 그러한 공간을 활용하는 것은 제한되고 도시공간 활용의 비효율이 야기된다.

입체도시계획시설 제도는 도시계획시설을 비도시계획시설인 일반 건축물과 수직적으로 배치되게 함으로써, 도시기능의 고도화 및 토지의 합리적 이용을 도모할 수 있도록 한다. 가령, 비도시계획시설인 상가 건축물의 공중에 도시계획시설인 도로를 설치하게 되면, 일단의 토지에 상업시설의 기능을 하는 건축물과 교통시설의 기능을 하는 도로가 혼재하게 되어 도시 공간을 효율적으로 이용할 수 있게 된다. 나아가, 교통시설과 상업시설을 연결하여 상가 건축물의 진입로를 추가로 확보함으로써 토지의 합리적 이용을 더욱 고도화할 수도 있다. 이와 같이 도시기능의 고도화 및 토지 이용의 합리화 측면에서도 입체도시계획시설 제도의 필요성이 인정된다고 볼 수 있다.

(3) 도시계획시설부지 토지소유자의 재산권 보호

도시계획시설부지 토지소유자의 재산권 보호는 도시계획시설 설치절차의 진행 정도에 따라 그 문제의 양상이 다르게 나타나게 된다. 이에 (i) 도시계획시설결정 이후 실시계획 및 수용재결까지 진행된 경우와 (ii)

도시계획시설결정 이후 아무런 절차가 진행되지 않고 있는 경우로 나누어 살펴볼 수 있다. 전자의 경우는 정당한 보상의 문제가, 후자의 경우는 장기미집행 도시계획시설 문제가 주요한 쟁점이 된다.

(i) 실시계획 및 수용재결이 진행된 경우

도시계획시설결정이 내려진 후 실시계획 인가를 거쳐 수용재결이 있게 되면, 도시계획시설부지의 토지소유자는 토지소유권을 박탈당하게 된다. 토지소유자의 입장에서는 수용재결로 인하여 재산권과 생활권을 상실하게 되는 것이다. 다만, 수용재결은 소유권 박탈뿐 아니라 그에 따른 보상 역시 내용으로 하는바, 「토지보상법」에 의거하여 수용재결에 따른 보상금이 지급되게 된다. 「헌법」 제23조 제3항은 공공필요에 의한 재산권 수용과 더불어 그에 대한 정당한 보상 역시 법률로 정하도록 하고 있으므로, 「토지보상법」은 수용과 함께 수용에 따른 정당한 보상도 함께 정하고 있는 것이다.

「토지보상법」에 따른 보상금이 지급됨에도 불구하고, 도시계획시설부지의 토지소유자는 여전히 도시계획시설 설치에 따른 토지소유권 박탈 그 자체 혹은 보상금 액수에 대하여 불만을 갖는 경우가 있을 수 있다. 이에 도시계획시설부지의 토지소유자는 토지소유권 박탈 및 보상금 액수를 내용으로 하는 토지수용위원회의 수용재결에 대하여 이의신청을 할 수 있으며(「토지보상법」 제83조), 수용재결 혹은 이의재결에 대하여 행정소송을 제기할 수도 있다(동법 제85조 제1항). 토지소유자가 불복하는 내용이 토지소유권 박탈에 관한 사항이라면 토지수용위원회를 피고로 하여 항고소송을 제기하여야 하고, 보상액에 관한 불복이라면 사업시행자를 피고로 하여 당사자소송을 제기하여야 한다(동법 제85조 제2항).[24]

---

24) 「토지보상법」 제85조 제2항에 의한 보상액증감소송은 형식상 당사자소송으로 입법되어 있으나, 그 실질은 항고소송으로 보아야 한다.
김동희·최계영, 행정법 I (제26판), 박영사, 2021, 792면

(ii) 실시계획 및 수용재결이 진행되지 않은 경우

도시계획시설결정 후 장기간 동안 실시계획 수립 및 수용 절차로 나아가지 못하고 있는 도시계획시설을 장기미집행 도시계획시설이라고 하는데, 이 경우에는 도시계획시설부지 토지소유자의 재산상 불이익이 더욱 크게 문제된다. 앞에서 살펴보았듯 도시계획시설결정의 효력이 발생하게 되면, 도시계획시설의 설치장소로 결정된 지상·수상·공중·수중 또는 지하에 대하여 당해 도시계획시설이 아닌 건축물의 건축이나 공작물의 설치가 허용되지 않게 된다. 장기미집행 도시계획시설의 경우, 도시계획시설부지 토지소유자는 수용에 따른 보상을 받지도 못한 채 장기간 당해 토지에 관한 변경금지의무와 현상유지의무를 부담하게 되는 것이다.[25] 즉 도시계획시설결정으로 도시계획시설부지의 토지소유자는 당해 토지를 온전하게 사용할 수 없게 되는바, 신속하게 실시계획 인가 및 수용재결이 이루어지지 않으면 토지소유자의 사용권에 중대한 제한이 가해지게 된다.

장기미집행 도시계획시설과 관련하여 도시계획시설부지 토지소유자의 재산권 침해가 문제되자, 헌법재판소의 '97헌바26 전원재판부 결정'[26]을 계기로 「도시계획법」에 도시계획시설결정 이후 10년이 지난 경우 토지소유자에게 매수청구권을 인정하는 조항이 마련되었다. 이는 「도시계획

25) 이상훈·석호영, "도시관리계획에 의한 재산권 제한의 적정성 확보 방안 연구", 한국토지공법학회(2016. 11.), 77면

26) 헌법재판소, 1999. 10. 21. 선고 97헌바26 전원재판부 결정 :
"도시계획시설의 지정으로 말미암아 당해 토지의 이용가능성이 배제되거나 또는 토지소유자가 토지를 종래 허용된 용도대로도 사용할 수 없기 때문에 이로 말미암아 현저한 재산적 손해가 발생하는 경우에는, 원칙적으로 사회적 제약의 범위를 넘는 수용적 효과를 인정하여 국가나 지방자치단체는 이에 대한 보상을 해야 한다. (중략) 이러한 경우, 사업시행자에 의한 토지매수가 장기간 지체되어 토지소유자에게 토지를 계속 보유하도록 하는 것이 경제적인 관점에서 보아 더 이상 요구될 수 없다면, 입법자는 매수청구권이나 수용신청권의 부여, 지정의 해제, 금전적 보상 등 다양한 보상가능성을 통하여 재산권에 대한 가혹한 침해를 적절하게 보상·하여야 한다."

법」이 폐지되고 제정된 「국토계획법」에도 반영되었다. 현행 「국토계획법」은 도시계획시설결정 후 10년이 경과하면 토지소유자에게 매수청구권을 인정하고 있으며, 매수청구가 받아들여지지 않을 경우 토지소유자는 대통령령이 정하는 건축물 등을 건축할 수 있게 된다(법 제47조). 또한, 도시계획시설결정 이후 20년이 경과하면 도시계획시설결정 자체가 실효되게 된다(동법 제48조).

(iii) 입체도시계획시설의 경우

도시계획시설의 설치 과정에서 도시계획시설부지의 토지소유자는 토지소유권을 박탈당하거나 사용권의 제한을 받게 된다. 수용에 따른 재산권 및 생활권의 상실 혹은 장기미집행에 따른 사용권 제한 등의 불이익을 감수할 수밖에 없는 것이다. 이러한 도시계획시설의 설치에 따른 토지소유자의 불이익을 최소화하기에 적합한 제도가 바로 입체도시계획시설 제도이다. 입체도시계획시설 제도는 도시계획시설부지의 토지소유권을 수용하지 않고 특정 공간에 한정하여 구분지상권을 설정하는 방법을 통해 도시계획시설이 설치될 수 있도록 한다. 즉 도시계획시설부지의 토지소유자는 도시계획시설의 설치에도 불구하고 토지소유권을 박탈당하지 않을 수 있으며, 입체도시계획시설이 설치될 공간 외의 나머지 공간들에서는 건축물의 건축행위도 보장받을 수 있게 되는 것이다.

(4) 도시환경 개선 및 쾌적한 도시공간 조성

도로나 철도 등이 도심을 가로질러 설치되는 경우, 지역을 분단시키고 소음 및 먼지 등의 공해를 유발함으로써 주변 환경이나 경관에 악영향을 미치게 되는 경우가 많다. 특히 도로의 경우 건축물의 건축을 제한하여 도시공간의 단절을 야기하기도 한다.[27] 이에 교통시설 상부에 주거단지나 각종 편의시설 등을 조성하거나, 공원 등 녹지를 풍부하게 계획하여 이러한 문제를 해결할 수 있을 것이다. 즉 입체도시계획시설의 설치를 통해 단순히 도시기능을 고도화하고 토지이용의 합리화를 도모하는 것을

27) 이에 관해선 **제2장 제3절 Ⅱ. 3.**에서 후술한다.

넘어서서, 도시가 직면한 환경 및 경관에 관한 문제들을 해결할 수 있을 것으로 기대된다.

3. 입체도시계획시설의 설치절차

「국토계획법」은 도시계획시설의 설치절차만을 정하고 있을 뿐, 입체도시계획시설의 설치절차를 별도로 명시하고 있지 않다. 입체도시계획시설도 도시계획시설이므로, 큰 틀에서는 **제2장 제2절 Ⅰ. 3.**에서의 도시계획시설 설치절차를 따라야 할 것이나, 도시계획시설의 입체화에 요구되는 세부적인 절차에 관하여 「국토계획법」은 아무것도 정하고 있지 않다. 이와 관련하여 도시계획시설이 비도시계획시설과 입체적으로 배치되는 경우와 둘 이상의 도시계획시설이 입체적으로 배치되는 경우를 각각 살핀다.

(1) 기존 비도시계획시설과 도시계획시설의 입체적 배치

기존의 비도시계획시설과 입체적으로 도시계획시설이 배치되는 경우, 단일한 도시계획시설 설치의 경우와 비교하여 추가적인 절차들이 요구된다. 도시계획시설이 기존의 비도시계획시설과 입체적으로 배치되는 경우의 가장 큰 특징은 소유권을 박탈하는 수용재결의 절차 대신 구분지상권 설정 등의 절차가 필요하다는 점이다. 또한, 기존의 비도시계획시설을 일부 변형하면서 입체도시계획시설을 설치하여야 하는 경우, 단순히 수용을 통해 도시계획시설부지를 확보하는 경우보다 비도시계획시설 관련 권리자들의 참여가 더 섬세하게 이루어져야 한다.

입체도시계획시설의 설치를 규율하는 대표적인 규정은 「국토계획법」의 위임을 받은 「도시계획시설규칙」 제4조이다. 「도시계획시설규칙」 제4조 제2항은, 입체도시계획시설을 설치하고자 하는 경우 사전에 토지소유자, 토지에 관해 소유권 이외의 권리를 가진 자, 토지에 있는 물건에 관하여 소유권이나 그 밖의 권리를 가진 자와 구분지상권의 설정

또는 이전 등을 위한 협의를 하여야 한다고 정하고 있다. 그러나 구체적으로 어떤 절차 단계에서 어떤 방식으로 협의를 진행해야 하는지에 관하여는 정하고 있는 바가 없다.

도시계획시설결정 단계에서 도시계획시설의 위치 및 면적이 확정됨을 **제2장 제2절 Ⅰ. 3. (1)**에서 살펴보았는데, 이는 입체도시계획시설의 경우도 마찬가지다. 이에 도시계획시설결정을 통해 이미 입체도시계획시설의 위치와 면적이 확정된 후에 그 위치와 면적에 관하여 구분지상권 설정 협의가 진행되는 것이라고 볼 경우, 문제가 발생한다. 그 위치와 면적에 관하여 구분지상권 설정에 관한 협의가 성사되지 않는다면, 도시계획시설결정이 이루어졌음에도 불구하고 이후의 사업진행이 불가능해지기 때문이다. 따라서 입체도시계획시설 설치를 위한 구분지상권 설정에 관한 협의는 도시계획시설결정 이전에 이루어지는 것이라고 보아야 한다. 즉 구분지상권 설정에 관한 협의가 성사되어야 비로소 입체도시계획시설 설치를 위한 도시계획시설결정 절차로 나아갈 수 있게 되는 것이라고 봄이 타당하다.

이에 구분지상권 설정 협의가 도시계획시설결정 전에 구체적으로 어느 단계에서 이루어져야 하는지가 문제된다. 「국토계획법」은 도시계획의 입안 단계에서 주민의견청취 절차를 마련하고 있는바(법 제28조), 일차적으로 주민의견청취 절차를 보완하여 구분지상권 설정에 관한 협의절차를 추가로 진행할 수 있다고 할 것이다. 다만, 주민의견청취 절차의 활용만으로 「도시계획시설규칙」 제4조 제2항의 구분지상권 설정 등을 위한 협의절차가 완료된다고 보기엔 한계가 있다. 입체도시계획시설의 경우, 실시계획의 수립 단계에서 구분지상권의 설정 등에 관한 협의가 추가적으로 요구될 수 있기 때문이다.

단일한 도시계획시설 설치의 경우, 도시계획시설결정으로 사업부지가 결정되면 그로 인해 그 대상 토지의 소유권 박탈이 예상되게 된다. 그

이후에 수립되는 실시계획은 이미 결정된 사업부지 내에서의 도시계획시설의 구체적인 형태나 위치 등을 정하고 있을 뿐이어서 그 내용만으로는 토지소유자의 재산권을 추가적으로 제한하지 않는다. 반면, 입체도시계획시설의 경우, 구분지상권 설정 구역이 결정된 후에도 실시계획의 내용에 따라 비도시계획시설 권리자의 재산권이 추가적으로 제한될 수 있다.

기존 비도시계획시설과 입체적으로 설치되는 도시계획시설의 경우, 실시계획에서 도시계획시설의 구체적인 형태와 위치뿐 아니라 기존 비도시계획시설에 관한 사항까지 정해지게 된다. 도시계획시설결정 단계에서 입체도시계획시설이 설치될 공간 정도만이 결정되는 반면, 실시계획에서는 비도시계획시설에 영향을 미치는 구체적인 사항들까지도 정해지게 되는 것이다. 가령, 비도시계획시설의 형태 변경, 도시계획시설과 비도시계획시설 간의 연결, 도시계획시설과 간섭되는 비도시계획시설 부분의 처리, 비도시계획시설 내 도시계획시설 설치를 위한 기둥 및 구조 보강물의 위치 등이 실시계획 단계에서 정해지게 되는 것이다.

이와 같은 실시계획 내용으로 인해 비도시계획시설 권리자의 재산권은 추가적으로 제한될 수 있게 된다. 따라서 실시계획의 수립 단계에서 비도시계획시설 권리자의 재산권이 보호될 수 있도록 하는 별도의 협의절차가 추가적으로 마련돼야 한다. 이때의 협의절차에서는 입체도시계획시설과 비도시계획시설이 접하는 부분에 관한 사항들이 정해지게 되는 바, 그에 따라 입체도시계획시설결정 전에 일차적으로 설정된 구분지상권의 범위도 조정이 필요하게 된다. 즉 실시계획 수립 단계에서 비도시계획시설 권리자의 재산권 보호를 위한 협의절차를 진행하면서 구분지상권의 조정에 관한 추가적 협의도 진행하여야 하는 것이다.

입체도시계획시설결정 이전에 주민의견수렴절차 등을 활용하여 일차적으로 구분지상권 설정에 관한 협의가 이루어져야 함은 물론, 실시계획의 수립 절차 중에도 이해관계인들이 참여할 수 있도록 하는 별도의 추

가적 절차가 마련되어야 한다. 후자의 협의절차에서는 입체도시계획시설과 비도시계획시설이 접하는 부분에 관한 사항들이 구체적으로 정해지는 바, 입체도시계획시설결정 전에 일차적으로 설정된 구분지상권의 범위도 조정되게 될 것이다. 즉 실시계획 수립 단계에서의 협의절차를 통해서 비로소 구분지상권 설정 등에 관한 협의가 완료되게 되는 것이다.

(2) 도시계획시설 결정 후 비도시계획시설의 입체적 배치

(i) 사인 소유 토지에서의 입체적 배치

사인 소유의 토지에 입체도시계획시설의 설치가 우선하여 결정된 후에 그 부지 내에서 토지소유자가 비도시계획시설인 건축물을 건축하는 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우, 비도시계획시설을 도시계획시설과 입체적으로 설치하고자 하는 당해 부지의 토지소유자는 입체도시계획시설 설치가 예정된 공간에 한하여 건축행위를 제한받게 된다.

가령, 공중 공간에 입체도시계획시설로서 도로가 설치되는 경우, 그 하부 공간에 건축될 비도시계획시설인 건축물은 물리적으로 높이의 제한을 받을 수밖에 없다. 만약 공중의 도로가 비도시계획시설의 대지 전체를 덮으며 지나간다면, 비도시계획시설인 건축물은 도로의 밑면까지로 높이가 제한될 것이다. 즉 토지소유자는 도시계획이 당해 토지에 관하여 정하고 있는 높이제한보다 사실상 더 큰 제한을 받게 된다.

이러한 건축행위의 추가적 제한을 고려한다면, 특정 토지에 입체도시계획시설 설치가 결정된 후 비도시계획시설인 건축물이 건축되는 경우에는 건축주에게 참여기회를 보장해줄 필요가 있다. 즉 건축주와 도시계획시설설치자 사이 협의절차가 추가적으로 요구된다. 이를 통해 입체도시계획시설의 설치 및 운영에 지장을 초래하지 않는 범주 내에서 건축주가 기존의 도시계획이 해당 대지에 허용한 건폐율·용적률 및 높이제한 등을 최대한 활용할 수 있도록 하여야 한다.[28]

---

28) 만약 입법적으로 입체도시계획시설의 결정 과정에서 당해 시설이 지나는

가사 공중에 입체도로가 설치되는 경우, 그 하부에 비도시계획시설인 건축물을 건축하고자 하는 건축주는 당해 건축물의 높이를 최대한으로 보장받기 위하여 도로 설치자에게 도시계획시설결정이 된 공간 범위 내에서 도로의 노선 및 형태 등의 조정을 요청할 수 있어야 한다. 건축주와 도시계획시설 설치자 간 협의절차에서 건축주는 요구사항을 제출할 수 있을 것인데, 이러한 협의절차는 아직 입체도시계획시설의 세부적인 위치나 형태가 확정되기 전인 실시계획 단계에서 이루어져야 할 것이다.

한편, 비도시계획시설의 설치계획이 어느 단계까지 진행되었을 때 위 협의절차에 참여할 수 있도록 해야 할지가 문제된다. 비도시계획시설의 설치에 관한 계획이 전혀 마련되지 않은 상황에서 비도시계획시설 설치 예정자를 위 협의절차에 참여하도록 하면, 당해 협의절차는 무용해질 것이기 때문이다. 따라서 비도시계획시설 설치자가 협의절차에 참여할 수 있는 자격요건의 설정이 필요하다.

가령, 입체도시계획시설의 도시계획시설결정 전까지 건축주가 건축설계도 작성을 완료하여 건축허가 신청을 마친 경우에만 실시계획 단계에서 협의절차에 참여할 수 있도록 할 수 있을 것이다. 혹은 도시계획시설결정 시 정해진 기간 내 건축허가를 위한 설계도서를 제출하도록 하는 절차를 마련하여, 당해 절차에서 설계도서 제출한 자에 한하여 협의에 참여시키는 등의 제한도 가능할 것이다.

그러나 현행 입체도시계획시설 제도는 입체도시계획시설 설치에 관한 별도의 절차를 마련하고 있지 않은바, 건축주의 건축행위 보장을 위한 협의절차 마련과 그 자격요건의 설정에 관하여 침묵하고 있다. 이와 관

토지의 건폐율·용적률 및 높이제한 등을 완전히 새로이 정해지게 된다고 제도를 개선한다고 하더라도(**제5장 제2절 Ⅲ. 1.** 참조), 그 범위 내에서 다시 건축주의 건축행위가 최대한으로 보장될 수 있도록 하기 위하여 협의절차가 마련되어야 필요가 있다고 할 것이다.

련하여, 제도의 구체적인 개선방안을 **제5장 제3절 Ⅰ. 3. (2)**에서 구체적으로 살펴보도록 한다.

(ii) 도시계획시설부지 내에서의 입체적 배치

「국토계획법」 제64조 제1항 및 동법 시행령 제61조에 따라 수용이 전제된 도시계획시설부지 내에서 사후적으로 비도시계획시설인 건축물의 건축을 허용하는 경우도 있다. 이 경우 도시계획시설부지 내 토지 전체에 대해 일반적인 도시계획시설결정이 있은 후에 그 부지 내에서 도시계획시설이 설치될 공간적 범위를 조정함으로써, 남은 공간에서의 비도시계획시설 설치를 허용해주게 된다. 따라서 수용을 전제로 한 통상의 도시계획시설 설치절차와 완전히 동일한 절차로 진행되되, 비도시계획시설의 예외적 설치 허용을 위한 도시계획시설의 공간 범위 조정 절차만 추가될 뿐이다. 이에 관하여는 **제3장 제2절 Ⅱ. 3.**에서 구체적으로 논한다.

(3) 둘 이상의 도시계획시설들의 입체적 배치

둘 이상의 도시계획시설들이 입체적으로 배치되는 경우, 설령 각 도시계획시설별로 설치주체 내지 관리주체가 다를지라도, 일반적인 도시계획시설 설치절차를 따라 설치되면 족하다. 각 설치주체 내지 관리주체 간 비용부담에 관한 사항이나 설치 이후 운영에 관한 사항 등은 도시계획시설결정 과정에서 「국토계획법」 제30조에 따른 관계행정기관장과의 협의 및 중앙도시계획위원회 심의 등을 통해 조율될 수 있기 때문이다.

물론 둘 이상의 도시계획시설들이 입체적으로 배치되는 경우에도 실시계획 수립 단계에서 도시계획시설 상호 간 영향을 미치는 사항들이 구체적으로 정해지게 된다. 그러나 이로 인해 국민의 재산권 제한이 추가적으로 발생하는 것은 아니므로 국민의 재산권 보호를 위한 섬세한 참여절차 마련이 요구되진 않는다. 「국토계획법」 제30조에 따른 협의 내지 심의 이후에도 실시계획이 수립되는 과정에서 각 도시계획시설의 설치·관리 주체들이 수시로 협의 등을 통하여 사업을 진행해나가면 충분하다.

따라서 둘 이상의 도시계획시설들이 입체적으로 배치되는 경우는 기존 비도시계획시설과 입체적으로 설치되는 도시계획시설과 달리 별도의 추가 절차가 마련되어 있지 않아도 별다른 문제가 되지 않는 것이다. 또한, 한 번의 수용을 통해 둘 이상의 도시계획시설을 설치할 수 있다는 이점도 있다. 둘 이상의 도시계획시설들이 입체적으로 배치된 유형이 국내에 존재하는 입체도시계획시설 중 대부분을 차지하는 것은 이러한 설치절차의 편리성 내지 경제성에서 기인한 것으로 보인다.

(4) 입법 미비에 따른 입체도시계획시설 활용의 제한

「국토계획법」 등의 법령에 입체도시계획시설의 설치와 관련한 절차 혹은 세부적인 내용이 명시돼 있지 않은 것은 입법의 미비다. 이는 입체도시계획시설 제도의 활성화 측면에서도 문제가 된다. 도시계획을 수립하는 행정주체의 입장에서는 입체도시계획시설 설치절차가 명확하지 않다는 점이 입체도시계획시설 제도 활용에 큰 부담으로 작용할 수 있기 때문이다.

또한, 입체도시계획시설이 구체화 되는 과정에서 토지소유자 내지 비도시계획시설 권리자 등의 섬세한 참여가 법령을 통해 보장되지 않는다면, 입체도시계획시설 설치는 곧 관련 권리자들의 반대에 부딪히게 된다. 이는 입체도시계획시설 설치에 있어서 중대한 사실상의 제약이 되어 입체도시계획시설 제도의 활성화를 저해하게 될 것이다.

Ⅲ. 입체도시계획시설의 활용

앞에서 살펴보았듯 「국토계획법」과 시행령에서 정하고 있는 도시계획시설의 종류는 총 46개이다. 입체도시계획시설은 도시계획시설의 종류가 다양한 만큼 다양한 유형을 갖게 된다. 그중 주요한 유형으로서, 선형의 교통시설 중 철도와 건축물이 입체적으로 배치되는 경우, 교통시설과

공간시설이 입체적으로 배치되는 경우, 단일한 건축물 내부에서 건축물 형태의 도시계획시설이 입체적으로 배치되는 경우들에 대해 살펴보고자 한다. 다만, 선형의 교통시설 중 도로가 건축물과 입체적으로 배치되는 경우는 **제2장 제4절**에서 살펴보도록 한다.

1. 교통시설과 건축물의 입체적 배치

선형의 교통시설인 철도가 도시지역을 가로지르게 될 경우, 도시지역 내에서의 연속적인 토지이용을 저해하여 도시 공간들을 단절시키게 된다. 이에 철도 역시 도로와 마찬가지로 다양한 방식으로 입체화할 필요성이 생긴다. 철도를 입체화한 국외 사례들은 대부분 철도 상부에 인공대지를 조성하여 건축물을 건축하였다.[29] 국내의 사례로는 신정지하철차량기지 상부에 인공대지를 조성한 후 건축된 양천아파트가 있다.

[그림 1-1]
양천아파트 및
신정지하철차량기지
(출처 : 정책주거지 공감)

29) 일본 니시다이 주택단지, 홍콩 쿨롱베이 데파트, 프랑스 몽빠르나스역 등이 대표적이다.

신정지하철차량기지 상부의 인공대지는 1990년 12월에서 1992년 12월에 걸쳐 건설되었으며, 상부의 양찬아파트 등의 건축물들은 1993년 1월부터 1995년 10월에 걸쳐 건설되었다.[30] 양천아파트 및 신정지하철차량기지를 짓기 위한 법적 근거로는, 2002년에 「도시계획시설규칙」이 제정되기 전까지 존재했던 「도시계획시설 기준에 관한 규칙」(이하 '구법시대[31]의 「도시계획시설규칙」'이라 한다) 제6조 제3항[32]이 활용되었다.

구법시대의 「도시계획시설규칙」 제6조 제3항은 '복합기능을 갖는 도시계획시설에 대한 도시계획시설결정'을 통해 단일한 건축물 안에 도시계획시설인 건축물과 도시계획시설이 아닌 건축물을 설치할 수 있다고 정하면서도, 설치 가능한 도시계획시설을 시장·운동장·철도·여객자동차정류장·고속여객자동차정류장·전기공급설비로 제한했다.[33] 이에 양천아파트 건설에 있어서 당해 규정에서 명시하고 있는 '철도'에 관한 해석이 다음의 두 가지 측면에서 문제가 되었다.

첫 번째로, 양천아파트 하부에 설치되는 시설이 철도를 지원하는 차량기지라는 점에서 위 규정에서의 '철도'에 차량기지도 포함되는지가 문제

---

30) 박신영, "입체도시계획을 통한 부동산개발 사업화 방안 연구 - 공동임대주택사업을 중심으로-", 강남대학교 석사학위 논문(2006), 55면

31) 이하의 논의에서 '구법시대'라 함은, 「국토계획법」이 제정되기 이전에 「도시계획법」과 「국토이용관리법」이 분리되어 존재하던 2003년 이전 시기를 의미한다.

32) 이와 관련해서는 **제3장 제2절 Ⅰ.**에서 구체적으로 살펴보도록 한다.

33) 이러한 제한은 구법시대의 「도시계획시설규칙」이 1994년 3월 16일 건설부령 제548호로 일부개정 되면서 삭제되었는데, 이는 모든 종류의 도시계획시설에 대하여 도시계획시설인 건축물이 도시계획시설이 아닌 건축물과 같이 설치될 수 있도록 규제를 완화하기 위함이었다.
이후 '복합기능을 갖는 도시계획시설'에 관한 규정은 구법시대의 「도시계획시설규칙」이 2000년 8월 18일 건설교통부령 제257호로 전면개정 됨에 따라 삭제되었다. 한편, 현행 「도시계획시설규칙」이 2002년에 최초로 제정되어 시행되게 되면서 구법시대의 「도시계획시설규칙」은 폐지되었다.

되었다. 이 문제는 당해 규정의 입법 취지를 확인함으로써 쉽게 해결될 수 있었다. 구법시대의 「도시계획시설규칙」 제6조 제3항이 입법된 취지는 "도시계획시설인 철도역사 등의 건축물과 도시계획시설이 아닌 건축물이 단일한 건축물 내에서 복합기능을 할 수 있도록 하기 위함"이었다.[34] 즉 해당 규정에서의 '철도'는 도시계획시설인 철도뿐 아니라 그 철도를 지원하는 철도역사·차량기지 등을 당연히 포함하는 것이었다.

또 다른 문제는, 양천아파트 하부에 설치되는 신정지하철차량기지를 지나는 철도가 도시철도라는 점에서, 위 규정에서의 '철도'에 도시철도 및 그 지원시설도 포함되는지 여부였다. 구법시대의 「도시계획시설규칙」 제22조는 제6조 제3항의 '철도'를 「철도법」 제2조 제1항에 의한 철도와 「국유철도재산의활용에관한법률」 제2조 제1호에 의한 철도관련사업시설만을 의미한다고 정하고 있었는데, 도시철도 및 그 지원시설은 위 두 규정에서 정하는 철도 및 철도관련사업시설에 해당되지 않았다. 따라서 양천아파트 및 신정지하철차량기지 건설을 위해서는 구법시대의 「도시계획시설규칙」의 개정이 필요했다. 1992년 12월 16일 건설부령 제522호로 구법시대의 「도시계획시설규칙」이 개정되면서 제6조 제3항의 '철도'에 「도시철도법」 제3조 제1호에 의한 도시철도가 포함되게 되었고, 이로써 양천아파트 및 신정지하철차량기지 건설의 법적 근거가 마련될 수 있었다.[35]

2. 교통시설과 공간시설의 입체적 배치

공간시설인 공원은 교통시설인 도로·철도 내지 주차장 등과 입체화될

34) 1987년 12월 19일 건설부령 제429호로 일부개정 되어 같은 날 시행된 구법시대의 「도시계획시설규칙」의 개정이유에서 이를 명시적으로 확인할 수 있다.

35) 박신영, "입체도시계획을 통한 부동산개발 사업화 방안 연구 - 공동임대주택사업을 중심으로-", 강남대학교 석사학위 논문(2006), 58면-59면

수도 있고, 건축물과 입체화될 수도 있다. 공원이 선형의 교통시설인 도로·철도와 입체화되는 경우, 통상적으로 도로·철도가 지하에 설치되고 그 상부에 공원을 조성하게 되거나, 지표면에 도로·철도가 위치하고 그 상부에 인공대지를 만들어 공원을 조성하게 된다. 공원이 주차장과 입체화되는 경우에는 통상 주차장이 공원의 지하에 위치하게 된다. 한편, 공원이 건축물과 입체화되는 경우로는 건축물의 옥상에 공원이 설치되는 경우 등이 있다.[36]

선형의 교통시설인 철도와 공간시설인 공원이 입체화되는 대표적인 사례는 경의선숲길공원이다.[37] 1906년 개통된 경의선은 철도 주변의 도시화가 진행됨에 따라 1973년 12월 30일 도시계획시설로 결정되었다. 경의선으로 인해 인근의 도시공간들은 서로 단절되어있었다. 이후 경의선과 인천국제공항철도가 지하에 건설되게 되면서, 해당 철도 부지에 철도와 중복하여 공원이 도시계획시설로 결정되었다.[38] 철도부지의 소유자인 한국철도시설공단은 서울특별시와 협약을 통해 공원 부지를 무상으로 사용할 수 있도록 하였고, 이로써 도시 내 지역을 단절시켰던 철도부지가 다시 두 공간을 이어주는 역할 수 있게 되었다.

다만, 경의선숲길공원 사례의 경우, 입체도시계획시설이 갖는 장점 중 도시계획시설의 원활한 확충 및 사인의 재산권 보호에 관한 부분은 찾아보기 어렵다. 최초에 철도가 지상에 위치함에 따라 이미 당해 부지의 토지들이 모두 수용되고 건축물들이 철거되었으며, 이후에 철도가 지중화되면서 남게 된 지표면 공간에 공원이 조성된 것에 불과하기 때문이다.

---

36) 서울특별시, 도시계획시설 중복·복합화에 따른 효율적 운용방안 연구(2010. 11.), 70면-71면

37) 선형의 교통시설인 도로와 공간시설인 공원이 입체화되는 대표적인 사례로는 미국 보스턴의 로즈 케네디 그린웨이 공원 등이 있다. 로즈 케네디 그린웨이의 경우, 지하에 도로가 지나가고 그 위 지표면에 공원이 위치하여 선형의 교통시설로 인한 도시공간의 단절을 최소화하였다.

38) 서울특별시 공고 제2012-296호(2011. 12. 29.)

[그림 1-2] 경의선숲길(출처 : 서울특별시)

3. 단일한 건축물 내에서의 입체적 배치

통상 입체도시계획시설이라 하면, 선형의 교통시설이나 공원 등과 같은 공간시설이 건축물과 입체적으로 배치되는 유형을 떠올리게 된다. 그러나 입체도시계획시설의 개념을 고려한다면, 단일한 건축물 내에서 둘 이상의 도시계획시설 내지 도시계획시설과 비도시계획시설이 입체적으로 배치되는 경우도 입체도시계획시설의 한 유형으로 볼 수 있다. 이러한 유형은 주로 자동차정류장과 같은 교통시설에서 찾아볼 수 있다. 하나의 건축물 안에 버스터미널이나 철도역사가 백화점 등의 상업시설과 입체적으로 배치되는 경우가 그러하다.

가령, 부천시 자동차터미널의 경우, 지하3층·지상9층 규모의 단일한 건축물 내부에 지하1층부터 지상 4층에는 도시계획시설인 자동차정류장(28.8%), 나머지 층에는 상업용도의 일반 건축물(71.2%)이 위치하고 있다.[39] 자동차정류장은 도로와 관련한 시설이지만 건축물의 형태를 갖고 있는바, 이와 상업용도의 일반 건축물의 입체적 배치 역시 입체도시계획시설의 한 유형에 해당한다고 볼 수 있다.

39) 서울특별시, 도시계획시설의 중복·입체적결정 허용범위 기준정비(2006. 6.), 392면-393면

제 3 절 입체도로의 의의

Ⅰ. 도로의 법적 정의

국가를 하나의 단위로서 운영하고 도시의 건설 및 운영을 수행해나감에 있어서 도로는 필수불가결한 요소이며,[40] 역사적으로도 도시를 건설할 때 도로는 가장 먼저 설치되는 시설이었다.[41] 따라서 도로는 크게 (i) 국가를 하나의 단위로 운영하기 위해 전국토의 규모에서 도시지역과 비도시지역들을 연결하는 기간시설로서의 도로와 (ii) 도시의 건설 및 운영을 위해 도시 내부에서 교통의 기능을 수행하는 기반시설로서의 도로로 구분될 수 있다.[42]

도로는 통상 "보행자 및 차량이 이동하는 통로로 정치·경제·사회·문화 등 전 분야에 걸쳐 국가 발전에 선도적인 역할을 하는 사회간접 자본시설"이라고 정의할 수 있다.[43] 이에 도로의 법적 정의를 살펴볼 필요가 있는데, 도로를 정의하고 있는 법률들은 각각 도로에 관하여 다르게 정의하고 있다. 도로를 정의하고 있는 현행법에는 「도로법」, 「도로교통법」, 「건축법」이 있다.

우선, 「도로법」은 제2조 제1호에서 차도, 보도, 자전거도로 등으로 구성된 것으로서 제10조에 열거된 것을 의미한다고 정하고 있다. 「도로법」 제10조에 열거된 도로의 종류에는 고속국도, 일반국도, 특별시도,

---

40) 김종보, "도로의 설치와 관리 그리고 점용허가", 행정법연구(54)(2018. 8.), 200면
41) 손정목, 일제강점기 도시계획연구, 일지사, 1994, 43면 이하
42) 김종보, "도로의 설치와 관리 그리고 점용허가", 행정법연구(54)(2018. 8.), 200면-201면
43) 서울지방국토관리청, 국토지식정보-도로 정보 (http://www.molit.go.kr/srocm/USR/WPGE0201/m_13062/DTL.jsp)

광역시도, 지방도, 시도, 군도, 구도가 있는바, 이들이 곧 「도로법」상의 도로가 된다.

「도로교통법」은 도로를 "「도로법」에 따른 도로, 「유료도로법」에 따른 유료도로, 「농어촌도로 정비법」에 따른 농어촌도로, 사람과 차마가 통행할 수 있도록 공개된 장소로서 안전하고 원활한 교통을 확보할 필요가 있는 장소"라고 정의하고 있다(법 제2조 제1호). 「건축법」은 도로의 요건으로서 너비 4미터 이상일 것과 관계 법령에 따른 고시·공고가 있을 것을 요구하고 있다.[44]

Ⅱ. 건축물과 도로의 관계

1. 도로 설치의 법적 근거

(1) 「국토계획법」과 「도로법」의 관계

「국토계획법」은 도로를 기반시설의 하나로 규정하고 있으며(법 제2조 제6호 가목), 도시계획시설로서 설치하도록 하고 있다. 한편, 도로를 규율하는 일반법으로는 「도로법」이 별도로 존재한다. 행정주체가 도로를 설치하고자 할 때, 「국토계획법」과 「도로법」 중 어느 것에 근거해야 하는지의 기준이 되는 명문 규정은 찾아보기 어렵다. 따라서 양자를 구별하기 위해서는 법률 간의 체계와 입법 연혁, 그리고 실무의 양상을 살펴볼 수밖에 없다.

「국토계획법」은 2003년에 제정되었는데, 그 이전까지는 「도시계획법」과 「국토이용관리법」으로 분리돼 있었다. 「도시계획법」은 조선시가지계획령을 토대로 하여 1962년 제정되었으며, 그 적용범위는 현행법의 도시지역과 유사한 도시계획구역으로만 한정되었다.[45] 현행법상 비

44) 이와 관련해서는 **제2장 제3절 Ⅱ. 2. (2)**에서 구체적으로 살펴보도록 한다.

도시지역에 해당하는 비도시계획구역은 「국토이용관리법」에 의해 규율되었다. 한편, 조선도로령을 뿌리로 하는 「도로법」 역시 1962년 제정되었다.

「도시계획법」, 「국토이용관리법」, 「도로법」은 각각 도로의 설치를 규율하는 조문을 두고 있었는데, 그중 「도시계획법」은 도시계획의 결정을 통하여 도시계획구역에 해당하는 지역 내에서의 도로 설치를 규율했다. 반면, 「국토이용관리법」은 공공시설입지결정이라는 절차를 두어 비도시계획구역에 해당하는 지역에서의 도로 설치를 규율했다. 「도로법」은 도로구역 결정을 통하여 도로설치를 규율하였다.

「도로법」은 그 적용범위를 특정 지역에 한정하고 있지 않았지만, 「도시계획법」이 도시계획구역 내 도로는 도시계획의 결정을 통하여 설치하여야 한다고 정하고 있었기에 도시계획구역 내 도로 설치는 도시계획의 결정을 통해서만 이루어졌다.[46] 반면, 비도시계획구역에서의 도로 설치는 「국토이용관리법」상 공공시설입지결정과 「도로법」상 도로구역 결정이 모두 활용되었으며, 도시계획구역과 비도시계획구역에 걸쳐서 도로를 개설하는 경우에는 「도로법」상 도로구역 결정만이 활용되었다.[47]

2003년 제정된 「국토계획법」은 「도시계획법」과 「국토이용관리법」을 통합하였기에 그 적용범위 역시 도시지역과 비도시지역을 전부 아우르게 되었다. 그러나 이러한 「국토계획법」의 제정에도 불구하고 실무에서는 여전히 도시지역에서의 도로는 「국토계획법」상 도시계획시설결정에 의해, 비도시지역의 도로 또는 도시지역과 비도시지역을 관통하는 도로는 「도로법」상 도로구역 결정에 의해 설치되는 양상이 이어지고 있다.[48]

---

45) 윤지은, “도로개설의 법체계”, 행정법연구(24)(2009. 8.), 172면
46) 윤지은, “도로개설의 법체계”, 행정법연구(24)(2009. 8.), 175면
47) 윤지은, “도로개설의 법체계”, 행정법연구(24)(2009. 8.), 173면-174면

이와 관련하여, 「국토계획법」이 도시지역과 비도시지역을 구분하는 이원적 체계를 버리고 전국토를 도시계획이라는 단일한 수단으로 통합하는 방식을 택했기 때문에, 오직 도시지역의 도로만을 도시계획시설결정에 의해 설치하는 실무양상은 법체계에 반한다는 견해도 있다.[49] 이러한 견해에 따르면, 전국토의 도로는 모두 「국토계획법」상 도시계획시설결정을 통해 설치되어야 한다.

반면, 도시지역과 비도지역에 따라 도로의 설치를 달리 규율하는 실무양상은 「국토계획법」의 제정에도 불구하고 타당하다는 견해가 있다.[50] 이 견해는 「국토계획법」이 도시지역과 비도시지역을 구분하는 이원적 체계를 버린 것이라는 점에 대해 동의하지 않는다. 따라서 도시지역 내 도로만이 「국토계획법」상 도시계획시설결정을 통해 설치되는 것이라고 본다. 기간시설과 기반시설이 갖는 의미의 차이 및 각 법률의 연혁 등을 고려한다면 후자의 견해가 더 타당하다고 보여진다.

국가를 하나의 생활권과 생활단위로 묶기 위해서는 전국의 도시와 도시 혹은 도시와 비도시지역을 연결해주는 도로나 철도 등 다양한 기간시설들이 필요하다.[51] 한편, 하나의 단위로서 도시 자체를 보면, 도시민들의 생활에 필수적인 기반시설이 필요하다. 이때 도시 내부에서 각각의 주거와 직장, 학교, 시장 등을 연결해나가는 도로 역시 기반시설이며, 이는 도시와 도시, 혹은 도시와 비도시지역을 잇는 도로와는 달리 도시 자체의 교통 기능을 위한 것이다.

「국토계획법」이 그 적용범위를 전국토로 넓혔다고는 하지만, 여전히

---

48) 윤지은, “도로개설의 법체계”, 행정법연구(24)(2009. 8.), 175면
49) 윤지은, “도로개설의 법체계”, 행정법연구(24)(2009. 8.)
50) 김종보, “도로의 설치와 관리 그리고 점용허가”, 행정법연구(54)(2018. 8.)
51) 김종보, “도로의 설치와 관리 그리고 점용허가”, 행정법연구(54)(2018. 8.), 200면

종래의 「도시계획법」과 「국토이용계획법」에 의한 규율범위는 구분되어야 한다. 도시민들을 위한 필수적 시설이라는 기반시설의 개념정의에서도 드러나듯이, 기반시설은 「도시계획법」에 의해서만 규율돼 왔는바, 기반시설의 설치는 곧 도시지역을 전제로 하는 것이다. 반면, 「도로법」은 본래부터 기간시설로서의 도로를 규율하는 법률이었다.

따라서 도시지역 내부에 설치되는 도로는 기반시설로서 도시계획도로[52]가 되고, 도시지역 밖에서 설치되어 도시와 도시, 도시와 비도시지역을 연결하는 도로는 기간시설로서 「도로법」상 도로인 것이다. 그렇기에 지방의 국도를 도시계획시설결정으로 설치하지 않는 현행 실무의 양상은 「국토계획법」의 제정에도 불구하고 타당하다고 보아야 한다.

(2) 도시계획도로의 설치

「국토계획법」은 도로를 기반시설로 규정하여 반드시 도시계획시설결정을 통하여 설치하도록 정하고 있으며, 「도시계획시설규칙」은 도시계획도로를 사용 및 형태, 규모, 기능별로 구분하고 있다(규칙 제9조). 사용 및 형태별로는 일반도로, 자동차전용도로, 보행자전용도로, 보행자우선도로, 자전거전용도로, 고가도로, 지하도로로 구분되고, 규모별로는 광로, 대로, 중로, 소로로 구분되며, 기능별로는 주간선도로, 보조간선도로, 집산도로, 국지도로, 특수도로로 구분된다. 이와 같은 분류는 서로 다른 기준에 의한 것이므로, 하나의 도로가 다양한 분류에 해당할 수 있다.

도시계획도로의 설치 절차는 앞에서 살펴본 도시계획시설의 설치 절차와 동일하다. 즉 까다로운 설치절차가 요구되는 것이다. 한편, 도시계획도로의 설치기준에 있어서는, 「도시계획시설규칙」이 정하는 요건과 「도로법」의 하위법령인 「도로의 구조·설치기준에 관한 규칙(이하 '도로규칙'이라 한다)」에서 정하는 요건이 모두 충족되어야 한다. 즉 도시계획도로는 「도로법」상의 도로에 비해 그 설치절차와 설치기준이 더

52) 도시계획시설인 도로를 의미한다. 이하 같다.

엄격하다고 볼 수 있다.

(3) 「도로법」상 도로의 설치

「도로법」상의 도로는 차도, 보도, 자전거도로, 측도, 터널, 교량, 지하도, 육교, 궤도, 옹벽, 배수로, 길도랑, 지하통로, 무넘기시설, 도선장 및 도선의 교통을 위하여 수면에 설치하는 시설로 구성된 것을 의미한다(법 제2조 제1호, 시행령 제2조). 또한 도로관리청이 도로의 이용과 안전, 그리고 교통의 확보 및 관리 등을 위하여 설치하는 도로의 부속물도 도로에 포함된다(동법 제2조 제1호, 제2호). 「도로법」이 정하고 있는 도로의 종류는 고속국도, 일반국도, 특별시도, 광역시도, 지방도, 시도, 군도, 구도가 있다(법 제10조).

「도로법」에 의한 도로의 설치 절차는 크게 노선의 지정·고시, 도로구역 결정, 공사의 진행으로 이루어진다. 노선지정 단계에서는 노선번호, 노선명, 기점, 종점, 중요 통과지 등이 개략적으로 결정되며(「도로법」 제19조 제2항), 도로의 구체적인 위치와 면적은 확정되지 않는다. 도로의 구체적인 위치와 면적은 후속하는 도로구역의 결정절차에서 확정된다(동법 제25조). 도로구역이 결정되면 도로예정부지 확보를 위하여 건축물의 건축, 공작물의 설치 등의 개발행위가 제한되고(동법 제27조), 「토지보상법」상 사업인정이 의제되어 수용권이 부여되게 된다(동법 제29조). 도로구역 결정 후 공사가 진행되게 되는데, 공사의 절차에 관하여 「도로법」은 도로공사는 도로관리청이 수행한다는 내용만 정하고 있을 뿐(법 제31조 제1항) 그 밖의 상세한 조항은 없다.[53]

「도로법」에 의한 도로의 경우, 도시계획시설결정에 요구되는 관계행정청의 의견청취, 도시계획위원회의 심의 등과 같은 절차가 도로구역 결정 과정에서 요구되지 않는다. 따라서 도시계획도로에 비교했을 때 「도

53) 김종보, “도로의 설치와 관리 그리고 점용허가”, 행정법연구(54)(2018. 8.), 204면

로법」에 의한 도로의 설치절차가 상대적으로 덜 엄격하다고 볼 수 있다. 또한, 「도시계획시설규칙」과 「도로규칙」 모두를 충족해야 하는 도시계획도로와 달리, 「도로법」상 도로는 「도로규칙」에서 정하는 기준 요건만을 충족하면 된다는 점에서도 차이를 보인다.

(4) 도시계획도로와 「도로법」상 도로의 의제

「도로법」은 도로구역의 결정이 있게 되면, 도시계획시설결정이 있는 것으로 의제된다고 정하고 있다(법 제29조 제1항 제4호). 즉 「도로법」에 의해 설치된 도로여도 도시계획도로로 의제되는 것이다. 다만, 「도로법」에 의해 설치된 도로의 모든 구간이 도시계획도로가 되는 것은 아니라고 보아야 한다. 앞에서 살펴보았듯 도시지역 내의 도로만이 도시계획시설로서의 도로이고, 도시지역 외의 도로는 도시계획도로라고 볼 수 없는바, 위 의제조항은 도시지역을 통과하는 도로에 한해서만 적용되는 것이다.[54]

도시와 도시, 도시와 비도시지역을 연결해나가는 기간시설로서의 도로가 「도로법」에 의해 설치되었을 때, 해당 도로 중 도시지역을 관통하는 구간의 도로만이 도시계획도로로 의제되는 것이라고 보아야 한다. 따라서 도시지역 안에는 처음부터 도시계획시설의 설치절차에 따라 설치된 도시계획도로와 「도로법」에 의해 기간시설로서 설치되었으나 도시지역을 관통하여 도시계획도로로 의제되는 도로가 혼재하게 된다.

2. 도로와 건축허가요건

(1) 도로와 건축물의 관계

「국토계획법」 혹은 「도로법」에 의해 설치되는 도로들은 건축물의

54) 김종보, “도로의 설치와 관리 그리고 점용허가”, 행정법연구(54)(2018. 8.), 206면

진입로 역할을 한다는 점에서는 건축물의 건축을 위한 요소이기도 하지만, 한편으로는 건축을 제약하는 요소이기도 하다.[55] 도로는 특히 「건축법」상 건축허가요건 중 하나로 작동하며, 건축물의 건축을 제약하게 된다는 점에서 도로와 「건축법」상 건축허가요건의 관계를 면밀히 살펴볼 필요가 있다.

(2) 「건축법」상 도로의 개념

도로의 설치를 규율하는 법률은 「국토계획법」과 「도로법」이지만, 그렇게 설치된 도로에 의해 건축물의 건축이 제한되는 경우에는 「건축법」상 도로의 개념이 중요해진다. 도로가 설치된 후에는 그 도로가 「건축법」상 도로로 인정되어야만 건축허가요건으로서 작동할 수 있게 되기 때문이다. 「건축법」 제2조 제1항 제11호는 「건축법」상 도로를 정의하면서 형체적 요소와 의사적 요소를 요구하고 있다.[56]

「건축법」상 도로개념의 형체적 요소로서, 보행과 자동차 통행이 가능한 너비 4미터 이상의 도로일 것이 요구된다.[57] 한편, 의사적 요소로서 행정주체의 고시·공고 등을 통해 도로로 제공하겠다는 의사표시가 있을 것이 요구된다. 「국토계획법」상 도시계획시설결정이 고시되거나, 「도로법」상 도로구역 결정이 고시된 경우에는 의사적 요소가 충족되었다고 본다. 즉 「국토계획법」상의 도시계획도로 혹은 「도로법」상의 도로가 그 너비가 4미터이고, 보행과 자동차 통행이 가능하다면 「건축법」상 도로에 해당하는 것이다.[58]

---

55) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 79면
56) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 80면
57) 다만, 지형적으로 자동차 통행이 불가능한 경우와 막다른 도로의 경우에는 「건축법」 시행령 제3조의3이 정하는 구조와 너비의 도로일 것이 요구된다.
58) 도시계획시설결정 내지 도로결정만 있고, 아직 유형의 도로가 설치되지 않았다고 하더라도, 향후에 「건축법」상 도로개념의 형체적 요소가 충족될 것이 예상되는 도로라면, 「건축법」상 도로로 인정된다. 이는 「건축법」 제2조 제11호가 도로를 정의하면서 '예정도로' 역시 「건축법」상 도로에 포함시키고 있기 때문이다.

(3) 「건축법」상 도로와 건축허가요건

도로가 「건축법」상 도로에 해당하게 되면 건축허가요건으로 작동하여 건축물의 건축을 제한하게 되는데, 구체적으로는 접도요건(「건축법」 제44조), 건축선(동법 제47조), 높이제한(동법 제60조)을 통해 건축물의 건축을 제한한다. 접도요건은 건축을 하고자 하는 토지가 도로에 접해있을 것을 요구하므로, 「건축법」상 도로와 접하고 있지 않은 토지에는 그 토지를 대지로 하여 건축물을 건축하는 것이 허용되지 않는다. 즉 맹지 상에 건축물을 건축하고자 건축허가를 신청한 경우, 그러한 건축허가신청은 거부된다. 한편, 높이제한 규정은 도로로 구획된 가로구역별로 건축물의 높이를 제한한다. 마찬가지로 높이제한을 위반한 내용의 건축허가신청은 행정청에 의해 건축허가의 발급이 거부된다.

「건축법」 제47조 제1항은 건축물과 담장은 건축선의 수직면을 넘어서는 안 된다고 규정하고 있으므로, 건축허가요건으로서 건축선의 정의가 중요해진다. 건축선은 원칙적으로 대지와 「건축법」상 도로의 경계선으로서 건축물을 건축할 수 있는 경계선을 의미한다(「건축법」 제46조 제1항 본문).[59] 다만, 「건축법」상 도로개념의 형체적 요소를 갖추지 못한 도로의 경우에는 그 중심선으로부터 그 소요 너비의 2분의 1의 수평거리만큼 물러난 선을 건축선으로 하게 된다(동법 제46조 제1항 단서). 대법원 판례는 이와 같은 후퇴선 규정이 적용되는 경우에도 그 도로는 의사적 요소를 갖추어야 한다고 해석하고 있다.[60] 따라서 도시계획도로 내지 「도로법」상 도로가 「건축법」상 도로로서의 형체적 요소를 온전하게 갖추지 못했다고 하여도 건축선을 형성하여 건축물의 건축을 제한할 수 있는 것이다.

---

59) 도로의 모퉁이의 경우에는 「건축법」 시행령 제31조에 따라 건축선이 정해진다(「건축법」 제46조 제1항 단서). 한편, 특별자치시장・특별자치도지사 또는 시장・군수・구청장은 필요한 경우에 건축선을 별도로 지정할 수도 있다(동법 제46조 제2항).

60) 대법원 1999. 7. 27. 선고 99도697 판결

건축선 규정으로 인하여 도로상에는 건축물을 건축할 수 없게 된다. 즉 건축물을 당해 대지에 인접한 「건축법」상 도로상으로 돌출되도록 건축하는 내용으로 건축허가를 신청한 경우, 행정청은 건축허가 발급을 거부하게 된다. 이러한 건축선 규정은 도로가 설치되는 구역에서 건축물의 출현을 완전히 차단하는 효과를 발생시키는 규정이므로, 「건축법」상 도로가 건축허가요건으로서 건축을 제한하는 방식 중 가장 강력한 규제 방식이라고 할 수 있다.

3. 건축물과 대립하는 도로

도로는 수용권을 발동하여 기존 건축물들을 철거하고, 설치부지 내의 건축행위를 제한하며, 건축선 등 건축허가요건으로서 작동함으로써 건축물과 대립하는 양상을 보인다. 도시지역에서 도로는 건축물이 존재하기 위한 전제이자 도시공간들을 연결해나가는 교통시설이기도 하지만, 동시에 건축물의 건축을 제한하고 도시공간의 단절을 야기하기도 하는 것이다. 도로의 이러한 측면 때문에 건축물의 건축을 최소한으로 제한하는 입체도로의 설치가 더욱 의미를 갖게 된다고 할 것이다.

Ⅲ. 입체도로의 의의

1. 입체도시계획시설과 입체도로

통상 입체도로는, “토지이용 향상과 공익시설의 확충 등 공공복리를 증진하기 위하여 그 상·하부 공간에 건축물이 설치되는 도로”로 정의된다.[61] 이러한 정의는 도시계획도로와 「도로법」상의 도로를 구분하지

61) 문동주·이춘용, “입체도로 제도 도입방안”, 도로교통 no.70(1997), 38면

않고, 건축물과 입체적으로 배치되는 모든 도로를 입체도로라고 보는 것이다. 즉 건축물과 입체적으로 배치되는 도로가 도시지역 내 도로이든, 도시지역과 도시지역을 연결하는 도로이든, 도시지역과 비도시지역을 연결하는 도로이든 구분 없이 모두 다 입체도로가 되는 것이다.

그러나 입체도로 제도를 논하는 실익은 고밀도의 도시지역에서 토지를 합리적으로 이용하면서도 사인들의 재산권 제한을 최소화하여 도로를 설치하고자 함에 있다. 즉 입체도로의 설치가 논의되는 무대는 도시지역인 것이다. 앞에서 살펴보았듯, 도시지역 내 도로는 그것이 도시계획시설의 설치절차에 따라 설치되었든, 「도로법」상 도로구역 결정으로 설치되었든 전부 도시계획도로가 된다. 따라서 도시지역 내 도로가 입체도로로 설치된 경우, 도시계획도로가 입체화된 것이며, 이는 곧 입체도시계획시설이기도 하다. 이에 이후의 논의에서 입체도로라 함은, 도시지역 내에서 입체화된 도시계획도로, 즉 입체도시계획시설의 일종인 도로만을 의미한다고 전제하고 논의를 이어나간다.

국외에서는 일찍이 도심 내에서 도로를 활용한 입체적 개발이 이루어져 왔다. 특히 일본의 경우 1988년 입체도로제도를 도입한 후 도로를 중심으로 한 입체적 개발을 추진해왔다.[62] 이어 일본은 입체도로 제도의 연장선상의 의미에서 입체도시시설 제도를 도입하게 되었다.[63] 한국의 경우도 「도로법」 개정을 통해 입체도로 설치의 근거를 마련한 이후 「도시계획법」 등을 개정하여 입체도시계획시설 제도의 근거를 마련하였다.[64]

도로의 입체화는 입체도시계획시설 제도를 도입하게 된 시발점이라고 볼 수 있으며,[65] 입체도로는 입체도시계획시설의 대표적 유형이라고 할

---

62) 박신영, “입체도시계획 활용방안 연구 - 주택단지 사례를 중심으로”, 주택도시 제90호(2006. 9.), 78면
63) 이와 관련해서는 **제3장 제4절 Ⅰ.**에서 구체적으로 살펴보도록 한다.
64) 이와 관련해서는 **제3장 제2절** 및 **제3절**에서 구체적으로 살펴보도록 한다.

것이다. 특히 국내의 전체 도시계획시설부지 면적 중 교통시설이 가장 큰 비중을 차지하고 있는 만큼, 입체도시계획시설로서의 입체도로의 중요성은 대단히 크다고 할 것이다.

2. 건축물과 양립하는 입체도로

앞에서 살펴보았듯, 도로는 수용을 통해 건축물을 철거하고 그 부지 내에서의 건축행위를 제한하며 건축허가요건으로서 작동하는 등 건축물과 대립하는 양상을 보인다. 그러나 입체도로는 그러하지 않다는 점에서 중요한 의미를 갖는다. 입체도로의 설치를 위해서는 수용을 통해 설치부지의 토지 및 지상 건축물의 소유권을 박탈하거나 건축물을 철거할 필요도 없으며, 건축물이 입체도로의 수직면을 침범하여 그 상·하부에 건축될 수도 있다. 즉 입체도로의 경우 도로의 설치가 건축물의 철거를 야기하거나 건축물의 건축을 제한하지 않으며, 오히려 도로의 설치가 건축물의 건축에 양보하는 양상을 보이는 것이다.

제 4 절 입체도로의 활용

선행연구(장시찬, 2010)와 마찬가지로,[66] 도로가 공중에 위치하는 유형, 도로가 지상에 위치하는 유형, 도로가 지하에 위치하는 유형으로 나누어 입체도로를 살펴보도록 한다.

Ⅰ. 도로가 공중에 위치하는 유형

65) 박신영, “입체도시계획 활용방안 연구 - 주택단지 사례를 중심으로”, 주택도시 제90호(2006. 9.), 79면

66) 장시찬, “역세권 입체도시계획 개발사례의 건축적 공공성에 관한 연구, 홍익대학교 석사학위 논문, 2010

도로가 공중에 위치하는 유형이라 함은, 고가도로 형태의 도로가 건축물과 입체적으로 배치되는 경우를 말한다. 고가도로는 지하도로에 비해서 공사비가 적게 들며, 사후관리가 용이하다는 이점이 있으나, 고가도로 하부에 영구적인 음지가 형성되고 주변 상권 악화 등 슬럼화가 우려된다는 점에서 분명한 단점을 갖는다.[67] 이에 고가도로 하부에 건축물을 건축하거나, 건축물의 일부를 고가도로가 관통하여 지나가도록 입체도시계획시설 제도를 활용하게 된다면, 고가도로 하부 공간이 갖는 문제를 해결할 수 있을 것이라고 기대된다.

1. 고가도로 하부에 건축물이 위치하는 유형

공중에 설치되는 도로를 입체화하는 사례는 일본에서 쉽게 찾아볼 수 있다. 그중 오사카 중심부에 위치한 센바센터 빌딩이 대표적인 사례라고 할 수 있다. 센바센터 빌딩의 경우, 건축물 위로 도시계획도로 및 도시고속도로가 지나고 있다. 본래 센바센터 빌딩의 위치에는 시장이 위치하고 있었는데, 오사카시의 동측과 서측을 연결하는 도로의 설치계획이 발표되자 주민들과 시장 상인들의 거센 반발이 이어지게 됐다.[68] 기존의 시장이 철거되고 도로가 설치될 경우, 지역의 분리 현상이 발생하고 상인들은 생활터전을 옮겨야 했기 때문이다.

이러한 문제를 조화롭게 해결하기 위해 도시계획의 내용으로서 지상 4층·지하 2층 규모의 센바센터 빌딩 건축물 10동과 그 건축물들 위를 지나는 총 12차선의 도로들이 조성되게 되었다.[69] 이러한 건축물과 도로의

---

67) 장시찬, “역세권 입체도시계획 개발사례의 건축적 공공성에 관한 연구”, 홍익대학교 석사학위 논문(2010), 31면

68) 장시찬, “역세권 입체도시계획 개발사례의 건축적 공공성에 관한 연구, 홍익대학교 석사학위 논문, 2010, 30면

69) 이 경우 일본의 「도로법」 제47조의18 제1항에 근거하여 관리되게 된다.

입체적 배치를 통해 오사카의 동측과 서측을 잇는 연결대로가 조성됨과 동시에 지역의 분리현상을 막을 수 있었으며, 기존의 시장 상인들 역시 현지에서의 생업을 이어나갈 수 있게 되었다.

[그림 2-1]
센바센터 빌딩
(출처 : 오사카 관광국)

2. 고가도로가 건축물을 관통하는 유형

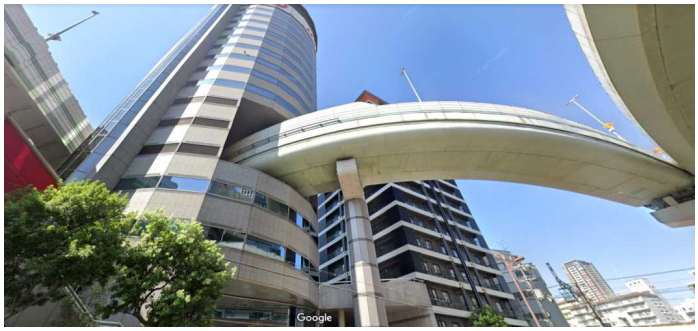
오사카의 중심상업·업무지역에 위치한 우메다 게이트타워 빌딩은 고가도로가 건축물을 관통하는 배치가 특징적이다. 우메다 게이트타워 빌딩은 지상 16층의 건축물로, 건축물의 5층에서 7층 사이를 도로가 관통하고 있다. 우메다 게이트타워 빌딩 측은 본래 1980년 초반 노후화에 따른 개축을 진행하려 했으나, 인근의 고속도로 출구 도로를 건설하려는 도시계획으로 인하여 건축허가에 어려움을 겪고 있었다. 이에 우메다 게이트타워 빌딩 측과 고속도로공단과의 약 5년간의 협상이 이어졌고, 해당 지역 인근이 고도의 토지이용이 필요한 지구라는 점이 인정되어 현재와 같은 형태의 입체도시계획시설이 설치되게 되었다.[70]

이로써 고가도로의 상·하부에 건축물이 건축되어 있는 형태가 되었다. 센바센터 빌딩과 달리 우메다 게이트타워 빌딩은 도로와 일체화되어 있

이에 관하여는 **제3장 제4절 Ⅰ. 2.**에서 구체적으로 살펴본다.

70) 이범현·고용석·이정찬·홍경구·김승남, “도시재생 실현을 위한 입체도시 조성 방안”, 국토연구원 제2017-9호(2017. 9.), 71면

지 않고 독립되어 있으며, 도로의 설치를 위해 구분지상권을 설정하였다.[71] 고속도로공단 측은 도로 설치를 위한 구분지상권의 설정 비용으로 약 7억 엔을 사용하였는데, 이는 도로부지 매입비 23억 엔의 약 30%에 불과한 금액이었다.[72]



[그림 2-2]
우메다 게이트타워 빌딩
(출처 : Google 로드뷰)

Ⅱ. 도로가 지상에 위치하는 유형

도로가 지상에 위치하는 경우, 도로의 상부에 건축물이 건축되면서 도로의 입체화가 실현되게 된다. 이러한 유형으로 대표적인 예는 서울시 종로구에 위치한 세운상가와 낙원상가가 있다. 세운상가와 낙원상가 모두 도시계획시설인 도시계획도로 상부에 도시계획시설이 아닌 건축물이 배치되므로 입체도시계획시설 사례에 해당한다.

세운상가는 1966년 착공되었고, 낙원상가는 1967년 착공되었다. 세운상가와 낙원상가를 설치할 수 있었던 당대의 법적 근거는 도로점용허가 제도였다.[73] 세운상가와 낙원상가에서는 이후에 도로점용료 면제효력의 승계 및 도로점용료 부과처분 등과 관련한 소송이 이어지기도 하였다.[74]

---

71) 우메다 게이트타워 빌딩을 관통하는 입체도로는 일본의 「도로법」 제47조의17 제2항에 근거하여 설치된 것으로 이해된다. 이에 관하여는 **제3장 제4절 Ⅰ. 2.**에서 구체적으로 살펴본다.

72) 장시찬, “역세권 입체도시계획 개발사례의 건축적 공공성에 관한 연구”, 홍익대학교 석사학위 논문(2010), 31면

73) 이와 관련해서는 **제3장 제3절 Ⅰ.**에서 구체적으로 살펴보도록 한다.

[그림 2-3]
낙원상가
(출처 : Google 로드뷰)

Ⅲ. 도로가 지하에 위치하는 유형

도로가 지하에 위치하는 유형의 대표적인 국내 사례로는 구립 상도어린이집이 있다. 상도어린이집은 도시계획시설 중 사회복지시설에 해당하며, 상도어린이집 지하를 통과하는 상도지하차도 역시 도시계획시설인 도시계획도로이다. 도시계획도로가 먼저 설치되었으며, 도로 설치 시 축조된 터널 상부에 어린이집이 도시계획시설로서 건축되었다.

상도어린이집의 준공연도는 1996년이다. 이는 **제3장 제2절 Ⅱ.** 및 **제3절 Ⅱ.**에서 후술하게 입체도로 설치의 현행법상 근거들이 본격적으로 마련된 2000년보다 앞선 시점이다. 따라서 상도어린이집은 구법시대의 「도시계획시설규칙」 제6조의 '복합기능을 갖는 도시계획시설에 대한 도시계획시설결정' 규정에 근거하여 설치된 것으로 보인다.[75]

구법시대의 「도시계획시설규칙」 제6조 제2항은 단일한 토지에 둘 이상의 도시계획시설을 결정할 수 있다고 정하고 있었다.[76] 이에 도시계

74) 세운상가의 경우, 대법원 1980. 8. 12. 선고 80다426 판결.
낙원상가의 경우, 대법원 1998. 9. 22. 선고 96누7342 판결.
75) 이와 관련해서는 **제3장 제2절 Ⅰ.**에서 구체적으로 살펴보도록 한다.

획시설로 결정된 상도지하차도 부지에 구법시대의 「도시계획시설규칙」 제6조 제2항에 따른 도시계획시설 결정을 통하여 상도어린이집이 설치되었을 것으로 추측된다.

[그림 2-4]
상도어린이집
(출처 : Google 로드뷰)

76) 이는 **제3장 제2절 Ⅱ. 1.**의 '중복결정'과 같은 기능을 하는 조문이다.

제 3 장 입체도로의 규제 체계

제 1 절 서설

도시지역 내 도로는 「국토계획법」상의 도시계획시설로서 설치될 수도 있고, 「도로법」상의 도로로 설치되어 도시계획시설로 의제되는 경우도 있을 수 있다. 따라서 도시지역에 설치되는 입체도로 역시 「국토계획법」상의 입체도시계획시설 제도와 「도로법」상의 규정에 근거하여 설치될 수 있다. 도시지역 내부에서 기반시설로서의 역할을 수행하는 입체도로는 「국토계획법」과 그 하위법령이 정하는 입체도시계획시설 제도에 근거하여 설치되어야 한다. 반면, 도시와 도시 혹은 도시와 비도시지역을 연결하는 기간시설로서의 도로가 도시지역을 관통하면서 도시지역의 건축물과 입체화되는 경우는, 「도로법」이 정하는 규정에 근거하여 입체도로로 설치되어야 한다. 이때 후자의 경우도 도시계획시설로 의제된다(「도로법」 제29조 제1항 제4호).

입체도시계획시설의 설치를 규율하는 일반적인 근거법규에는 「도시계획시설규칙」 제3조의 '도시계획시설의 중복결정'(이하 '중복결정'이라 한다), 제4조의 '입체적 도시계획시설결정'(이하 '입체적 결정'이라 한다), 그리고 「국토계획법」 제64조 제1항 및 동법 시행령 제61조의 '도시계획시설부지 내 일반 건축물 허용'(이하 '공간적 범위 결정'이라 한다)이 있다. 「도로법」 역시 입체도로의 설치에 관한 규정들을 두고 있는데, 도로점용허가 제도와 '입체적 도로구역 지정' 제도가 대표적이다. 이 장에서는 이러한 제도들이 도입된 연혁과 구체적인 내용들을 살피고,[77] 국

77) 입체도로와 관련하여 일부 선행연구들에서는 1999년 2월 8일 법률 제5895호로 「건축법」이 일부개정되면서 종래의 '도로안의 건축제한' 규정(제34조)이 삭제되었기에 입체도로 설치의 계기가 마련되었다고 기술하고 있는

외의 입체도로 제도와 비교해보도록 한다.

제 2 절 「국토계획법」상의 규제

「도로법」상의 도로가 아닌 「국토계획법」상의 도시계획시설 설치 절차에 따라 설치되는 도로가 입체화되기 위해서는 입체도시계획시설의 일반적인 근거 규정들에 따라 설치되어야 한다. 즉 '중복결정', '입체적 결정', '공간적 범위 결정'을 통해 도로가 입체도시계획시설로서 설치된다면, 그것이 곧 입체도로가 되는 것이다.

Ⅰ. 입체도시계획시설 제도의 연혁

입체도시계획시설 제도가 본격적으로 도입되기 전인 2000년 이전에는 구법시대의 「도시계획시설규칙」 제6조의 '복합기능을 갖는 도시계획시설에 대한 도시계획시설결정' 규정이 입체도시계획시설 설치의 근거로 활용되었다. 당시 「도시계획법」은 제12조 제3항에서 도시계획시설의 설치기준에 관한 사항을 구법시대의 「도시계획시설규칙」에서 정하도록 위임하고 있었다. 이에 구법시대의 「도시계획시설규칙」 제6조는 '복합기능을 갖는 도시계획시설'의 유형을 정하고 있었으며, 이 규정이 입체도시계획시설 설치의 법적 근거가 되었다.

'복합기능을 갖는 도시계획시설'의 유형에는 (i) 단일구조로 된 도시계획시설이 둘 이상의 도시계획시설 기능을 갖는 경우(동 규칙 제6조 제1항), (ii) 단일한 토지 혹은 단일한 건축물 안에 둘 이상의 도시계획시설

데, 이는 부정확한 설명임을 지적한다. 종래의 '도로안의 건축제한' 규정은 건축선 규제와 중복된 내용의 규제였으며, '도로안의 건축제한' 규정의 삭제에도 불구하고 건축선 규제 규정은 삭제되지 않았다는 점에서 '도로안의 건축제한' 규정의 삭제는 입체도로와 관련하여 별다른 의미를 갖지 못한다.

이 결정되는 경우(동조 제2항), (iii) 단일한 건축물 안에 도시계획시설인 건축물과 도시계획시설이 아닌 건축물을 설치하는 경우(동조 제3항)가 있었다. **제2장 제4절 Ⅲ.**의 상도어린이집의 경우는 (ii)에 해당하고, **제2장 제2절 Ⅲ. 1.**의 양천아파트 및 신정지하차량기지의 경우는 (iii)에 해당한다.

그러나 이와 같은 '복합기능을 갖는 도시계획시설'의 유형 3가지만으로는 다양한 유형의 입체도시계획시설의 설치 근거가 되기 어려웠다. 둘 이상의 도시계획시설이 중복하여 결정되는 경우에는 위 규정만으로 법적 근거가 될 수 있었다(동조 제1항 내지 제2항). 그러나 도시계획시설과 비도시계획시설이 입체적으로 배치되는 경우는 단일한 건축물 내부에서 도시계획시설인 건축물과 비도시계획시설인 건축물이 수직적으로 배치되는 경우에만 법적 근거로 활용될 수 있었다(동조 제3항).

건축물이 아닌 도시계획시설과 도시계획시설이 아닌 건축물이 입체적으로 배치되는 경우는 위 규정을 근거로 하여 설치되는 것이 제한되었다.[78] 따라서 구법시대의 「도시계획시설규칙」 제6조가 다양한 유형의 입체도시계획시설 설치에 대한 포괄적인 근거 규정으로 작용했다고 평가하기에는 어려움이 있다. '복합기능을 갖는 도시계획시설'에 관한 규정은 2000년에 구법시대의 「도시계획시설규칙」이 전면개정 됨에 따라 삭제되었다.[79]

---

78) **제2장 제2절 Ⅲ. 1.**의 양천아파트 및 신정지하차량기지의 경우는, 비도시계획시설인 건축물(양천아파트)과 입체적으로 배치되는 도시계획시설이 철도의 차량기지로서 건축물이었기에 구법시대의 「도시계획시설규칙」 제6조 제3항에 근거하여 설치될 수 있었다.

79) 비록 '복합기능을 갖는 도시계획시설'에 관한 규정은 삭제되었으나, 여전히 「국토계획법」 시행령 제61조 제2호에서 그 흔적을 찾아볼 수 있다. 「국토계획법」 시행령 제61조 제2호는 종래에 '복합기능을 갖는 도시계획시설'로서 도시계획시설과 비도시계획시설을 같은 건축물 안에 설치한 경우에는 일정한 요건이 충족되면 「국토계획법」 제64조 제1항에 따른 행위제한이 적용되지 않는다고 정하고 있다.

‘중복결정’과 ‘입체적 결정’ 조항은 「도시계획법」과 구법시대의 「도시계획시설규칙」이 2000년에 전면개정되면서 최초로 마련되었다. 2000년에 전면개정된 「도시계획법」은 제36조 제3항에서 도시계획시설의 설치기준에 관한 사항을 구법시대의 「도시계획시설규칙」에서 정하도록 위임하였다. 이에 「도시계획법」의 위임을 받은 구법시대의 「도시계획시설규칙」도 같은 해에 전면개정되면서 제3조와 제4조에서 각각 도시계획시설의 ‘중복결정’ 및 ‘입체적 결정’에 관한 사항을 정하게 되었다. 이로써 본격적으로 입체도시계획시설의 설치가 가능하게 되었다.

2003년 「국토계획법」과 「도시계획시설규칙」의 제정으로 「도시계획법」과 구법시대의 「도시계획시설규칙」은 폐지되었고, 입체도시계획시설에 관한 내용은 각각 「국토계획법」과 「도시계획시설규칙」으로 옮겨졌다. 또한, 같은 해에 「국토계획법」이 추가로 개정되면서 도시계획시설부지 내 개발행위 제한에 관한 사항을 정하게 되었는데(법 제64조 제1항 본문), 이에 대한 예외사항을 「국토계획법」 시행령에서 정하도록 위임하였다(동법 제64조 제1항 단서).

국토계획법 제64조 제1항 단서의 위임을 받은 동법 시행령 제61조는 「국토계획법」의 위임에 따라 ‘공간적 범위 결정’에 관한 사항을 정하였다. 이로써 「도시계획법」과 구법시대의 「도시계획시설규칙」에 있던 입체도시계획시설 제도는 「국토계획법」과 「도시계획시설규칙」에서 규율되게 된다. 이렇게 마련된 법규들은 현행법에 이르기까지 세부적인 내용이 추가되었을 뿐 조문 위치를 유지하고 있다.

Ⅱ. 입체도시계획시설 설치의 법적 근거

1. 중복결정

「도시계획시설규칙」은 토지를 합리적으로 이용하기 위하여 필요한 경우에는 둘 이상의 도시계획시설을 같은 토지에 함께 결정할 수 있다고 정하고 있다(규칙 제3조 제1항 전문). 이와 같은 '중복결정'을 통하여 둘 이상의 도시계획시설을 수직적으로 함께 결정할 수 있게 된다.[80] '중복결정'을 하는 경우 각 도시계획시설의 이용에 지장이 없어야 하고, 장래의 확장가능성을 고려하여야 한다(동 규칙 제3조 제1항 후문). 한편, 행정주체가 도시지역에서 도시계획시설결정을 하는 경우에는 '중복결정'을 할 필요가 있는지 여부를 우선적으로 검토해야 하며, 특히 공공문화체육시설을 결정하는 경우에는 이용자의 편의성 및 도심활성화 등을 고려하여 '중복결정' 여부를 반드시 검토하여야 한다(동 규칙 제3조 제2항).

'중복결정'을 통하여도 입체도로 설치는 가능하다. 도시계획시설의 종류에는 학교나 사회복지시설 등 건축물의 형태를 갖는 시설도 있으므로, 이러한 도시계획시설들과 도시계획도로가 '중복결정'을 통하여 설치된다면 그 도로 역시 입체도로라고 할 수 있다. 그러나 입체도로가 갖는 법적 쟁점들은 대체로 비도시계획시설인 일반 건축물과 도로가 입체적으로 배치되는 경우에 발생한다고 할 것이다. 따라서 입체도로와 그에 따른 법적 쟁점을 논하기 위해서는 도시계획시설 간의 '중복결정'보다는 도시계획시설과 비도시계획시설이 입체화되는 근거들을 보다 주의 깊게 살펴보아야 할 필요가 있다.

2. 입체적 결정

80) 둘 이상의 도시계획시설을 단일한 부지 내에서 수평적으로 배치하도록 결정하는 평면적 '중복결정'도 있을 수 있으나, 이러한 도시계획시설계획은 입체도시계획시설계획이라고 할 수 없다. 따라서 본 연구에서 '중복결정'이라 함은, 둘 이상의 도시계획시설을 수직적으로 배치하도록 결정하는 수직적 '중복결정'만을 의미한다고 상정하고 논의를 진행한다.

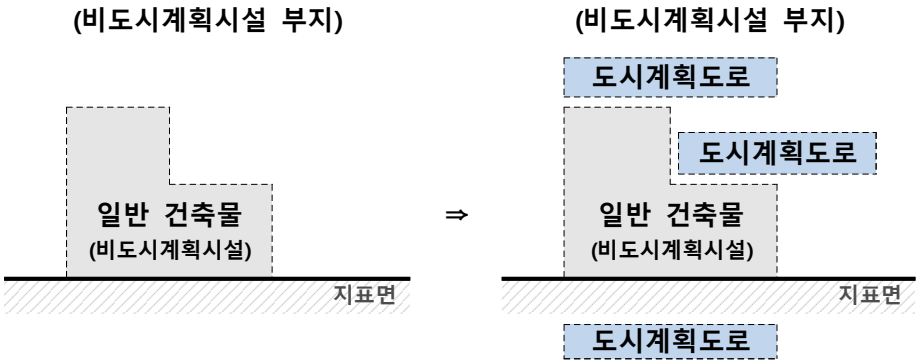
‘입체적 결정’은 비도시계획시설 부지(예정 부지 포함) 내에서 도시계획시설이 위치할 공간의 일부만을 구획하여 공간적으로 도시계획시설을 결정하는 제도이다.[81] ‘입체적 결정’은 입체도시계획시설 설치의 근거가 되는 가장 대표적인 규정이다. 「도시계획시설규칙」은 도시계획시설이 위치하는 지역의 적정하고 합리적인 토지이용을 촉진하기 위하여 필요한 경우에는 도시계획시설이 위치하는 공간의 일부만을 구획하여 도시계획시설결정을 할 수 있다고 정함으로써(규칙 제4조 제1항 전문), ‘입체적 결정’ 규정을 마련하고 있다. 이 경우 당해 도시계획시설의 보전, 장래의 확장가능성, 주변의 도시계획시설 등을 고려하여 필요한 공간이 충분히 확보되도록 하여야 한다(동 규칙 제4조 제1항 후문).

이와 같은 ‘입체적 결정’을 통하여 비도시계획시설인 일반 건축물이 위치하고 있는 대지 안에서 일부 공간만을 구획하여 도시계획시설로 결정할 수 있게 된다. 이때 도시계획시설은 건축물과 이격되어 설치될 수도 있고, 건축물 내부 공간의 일부를 차지하며 설치될 수도 있다. 뿐만 아니라, 조문의 해석상 비도시계획시설인 건축물이 아직 존재하지 않는 사인 소유 토지에 대하여도 ‘입체적 결정’이 가능한 것으로 보아야 한다. 즉 ‘입체적 결정’이 이루어진 이후에 그 토지소유자가 해당 입체도시계획시설 상·하부에 건축물을 건축하는 것도 가능하다.

‘입체적 결정’을 통해 도시계획시설을 설치하고자 할 때에는 사전에 토지소유자, 토지에 관해 소유권 이외의 권리를 가진 자, 토지에 있는 물건에 관하여 소유권이나 그 밖의 권리를 가진 자와 구분지상권의 설정 또는 이전 등을 위한 협의를 해야 한다(동 규칙 제4조 제2항). 또한, 행정주체는 도시지역에 건축물과 연계되는 도시계획시설을 결정할 때에는 ‘입체적 결정’을 할 수 있는 여부를 우선적으로 검토하여야 하며(동 규칙 제4조 제3항), 시설들을 유기적으로 배치하여 보행을 편리하게 하고 대

81) 서울특별시 도시계획국 도시계획과·서울특별시 도시계획상임기획단, 서울특별시 도시계획위원회 매뉴얼. 2019-02, 심의기준(2019), 243면

중교통과 연계될 수 있도록 하여야 한다(동 규칙 제4조 제4항). 이에 서울시는 '입체적 결정'의 운용원칙, 적용기준(불허기준), 허용대상시설 등에 대한 매뉴얼[82]을 작성하여 도시계획위원회에서 활용하고 있다.



[그림 3-1] '입체적 결정'을 통한 입체도로 설치의 예

3. 공간적 범위 결정

'공간적 범위 결정'은 도시계획시설결정이 된 도시계획시설부지에서 도시계획시설이 아닌 건축물을 설치하도록 하기 위해 평면적으로 결정된 도시계획시설을 공간적으로 변경하는 결정이다.[83] 도시계획시설결정이 된 장소의 지상·수상·공중·수중 또는 지하에는 그 도시계획시설이 아닌 건축물의 건축이나 공작물의 설치가 허용되지 않는 것이 원칙이다(「국토계획법」 제64조 제1항 본문). 그러나 '공간적 범위 결정'을 통해 도시계획시설이 공간적으로 변경 결정되어 있다면, 그 도시계획시설의 설치·이용·확장에 지장이 없는 범위에서 도시계획시설부지 내에 도시계획시설이 아닌 건축물을 건축할 수 있게 된다(동법 제64조 제1항 단서, 동법

82) 서울특별시 도시계획국 도시계획과·서울특별시 도시계획상임기획단, 서울특별시 도시계획위원회 매뉴얼. 2019-02, 심의기준(2019)
83) 서울특별시 도시계획국 도시계획과·서울특별시 도시계획상임기획단, 서울특별시 도시계획위원회 매뉴얼. 2019-02, 심의기준(2019), 244면

시행령 제61조 제1호).

이와 같은 '공간적 범위 결정'을 통해 도시계획시설로 결정된 부지 안에도 도시계획시설에 저촉되지 않는 범위 내에서 도시계획시설이 아닌 건축물이나 공작물을 설치할 수 있게 된다. 이 경우 아직 유형의 도시계획시설이 설치되지 않고 도시계획시설결정만 된 상태에서 비도시계획시설인 건축물이 건축되는 경우도 있을 수 있고, 도시계획시설이 이미 설치돼 있는 상태에서 비도시계획시설인 건축물이 건축될 수도 있다. 한편, '입체적 결정'과 마찬가지로 서울시는 '공간적 범위 결정'에 대하여도 운용원칙, 적용기준(불허기준), 허용대상 시설·용도·밀도 등에 관하여 도시계획위원회 매뉴얼[84]을 작성하여 운영하고 있다.

'공간적 범위 결정'을 통해 평면적이던 도시계획시설결정을 공간적 범위를 정하여 입체적으로 변경하게 되는데, 이 경우 도시계획시설부지가 된 토지의 공법적 지위가 문제 된다. 이에 관하여 (i) 사업부지가 된 토지 전체가 도시계획시설결정이 되어있다는 점은 그대로 유지된 채 단순히 부지 내에서의 도시계획시설 위치만을 수직적으로 변경하여 변경 결정된 것으로 보아야 한다는 해석이 가능할 것이다. 혹은 (ii) 도시계획시설결정의 범위를 해당 공간적 범위만큼으로 축소시키고 부지 내 나머지 수직 공간들에 대하여는 도시계획시설결정이 실효되는 것으로 보아야 한다는 해석도 있을 수 있다.

이러한 문제는, 아직 수용재결 절차로 나아가지 않은 상태에서 '공간적 범위 결정'이 있게 될 경우, 도시계획시설부지가 된 토지에 관하여 최종적으로 기존 사인의 토지소유권이 박탈되는 것인지 여부와 직결된다. 만약 공간적 범위를 정한 외의 수직 공간에 대하여는 도시계획시설결정 효과가 사라지는 것이라고 본다면, 결과적으론 '입체적 결정'과 마찬가지

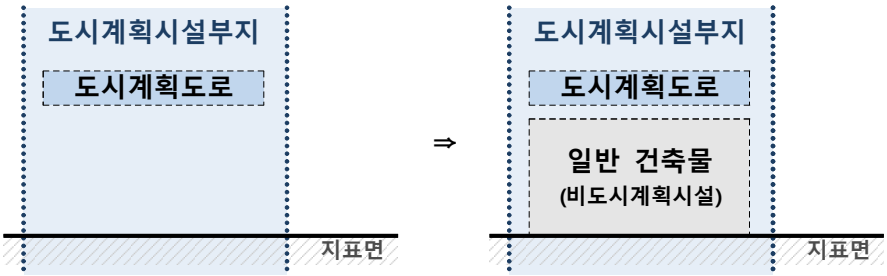
84) 서울특별시 도시계획국 도시계획과·서울특별시 도시계획상임기획단, 서울특별시 도시계획위원회 매뉴얼. 2019-02, 심의기준(2019)

로 도시계획시설부지의 토지소유자는 소유권을 박탈당하지 않게 된다. 단지 그 공간적 범위 내에서만 사용권을 제한받을 뿐이다. 반면, 해당 부지의 모든 수직 공간에 여전히 도시계획시설결정의 효력이 남아있는 것이라고 본다면, 사업부지가 된 토지의 소유자는 향후 진행될 수용재결 절차로 인하여 토지소유권이 박탈될 것이 예상되게 된다.

「국토계획법」 제64조 제1항 본문과 단서, 동법 시행령 제61조 제1항의 관계를 살펴볼 때 기존의 도시계획시설결정의 효력은 여전히 당해부지의 모든 수직 공간 상에 그대로 미친다고 해석함이 타당하다. 「국토계획법」 제64조 제1항은 도시계획시설결정이 된 장소인 도시계획시설부지에서의 개발행위의 제한을 정하고 있고, 그 예외로서 시행령에서 '공간적 범위 결정'을 통해 도시계획시설결정이 된 장소에서의 비도시계획시설 건축을 허용하고 있다. 즉 '도시계획시설결정이 된 장소'를 전제로 하고 있는 것이다. 이는 '공간적 범위 결정'의 공간적 범위 외의 나머지 수직 공간들도 여전히 도시계획시설결정의 효력이 있는 것임에도 불구하고, 그 나머지 수직 공간들에서의 개발행위를 예외적으로 허용하는 것이라고 해석된다.

'공간적 범위 결정'으로 당해 범위 외 나머지 공간에서는 도시계획시설결정이 실효된다고 해석할 경우에는, 이미 수용재결까지 나아간 경우의 토지소유권 귀속이 문제된다. 도시계획시설결정 후 수용이 이루어져 도시계획시설의 설치가 완료된 상태에서 '공간적 범위 결정'을 하게 될 경우, 도시계획시설결정이 실효된 나머지 공간의 토지소유권을 종전소유자에게 귀속시켜야 하는지, 혹은 이미 수용이 된 이상 사업시행자인 행정주체의 소유로 남는 것인지 여부가 불분명해지기 때문이다. 이와 같은 소유권 귀속의 복잡성 문제를 피하기 위해서라도, '공간적 범위 결정'에도 불구하고 당해 범위 외의 나머지 공간에 대하여는 도시계획시설결정이 실효되지 않는다고 봄이 타당하다.

따라서 '공간적 범위 결정'에도 불구하고, 기존에 도시계획시설부지가 된 토지의 모든 수직 공간들에는 여전히 도시계획시설결정의 효과가 유지되는 것이 되고, 따라서 사업부지가 된 토지에 관한 사인의 토지소유권은 향후 수용재결 절차의 진행으로 인하여 수용될 것이다. 나아가, '공간적 범위 결정'을 통해 도시계획시설부지 내에 비도시계획시설의 설치를 허용하는 것은 개발행위가 제한된 곳에서 예외적으로 개발행위를 허용해주는 것이 되므로, 강학상 '예외적 승인'에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 이때의 비도시계획시설의 설치 허용에는 행정청의 재량이 인정된다고 할 것이다.[85]



[그림 3-2] '공간적 범위 결정'을 통한 입체도로 설치의 예

Ⅲ. 소결

입체도시계획시설 설치의 일반적인 법적 근거에는 '중복결정', '입체적 결정', '공간적 범위 결정'이 있다. '중복결정'은 둘 이상의 도시계획시설 간의 입체적 배치에 관한 규정이며, '입체적 결정' 및 '공간적 범위 결정'은 도시계획시설과 비도시계획시설 간의 입체적 배치에 관한 규정이다. 이러한 근거 규정에 의해 설치된 도시계획도로는 곧 입체도로가 된다.

한편, '입체적 결정'의 경우에도, '입체적 결정'이 있은 후 비도시계획

85) 강학상 '예외적 승인'의 경우, 행정청의 재량이 인정된다.
박균성, 행정법론(상)(제10판), 박영사, 2021, 354면

시설인 건축물이 건축되는 경우가 있을 수 있다는 점에서 '공간적 범위 결정'과의 구별이 문제된다. 양자의 가장 큰 차이는 당해 토지가 도시계획시설의 부지인지 여부에 있다. '입체적 결정'이 비도시계획시설 부지(예정 부지 포함) 내에 도시계획시설을 입체적으로 설치하도록 하는 결정이라면, '공간적 범위 결정'은 도시계획시설 부지 내에 비도시계획시설을 입체적으로 설치하도록 하는 결정이다.

따라서 '입체적 결정'의 경우, 도시계획시설이 설치되는 사유지의 소유권에 변동은 없고, 구분지상권 등이 설정되게 된다. 반면, '공간적 범위 결정'의 경우 우선적으로 도시계획시설부지 전체에 도시계획시설결정이 있게 되어 사인의 소유권이 박탈되거나 박탈이 예상된다는 점에서 차이를 보인다. 즉 '공간적 범위 결정'은 사인의 소유권이 박탈되었거나 박탈이 예상되는 도시계획시설부지 내에서 사인의 비도시계획시설의 설치를 허용해주는 것이다.

소유권 박탈이 선행 내지 예정된다는 점에서 '공간적 범위 결정'은 '입체적 결정'보다 토지소유자의 재산권 보호 등의 측면은 상대적으로 부족하다고 볼 수 있다. 즉 **제2장 제2절 Ⅱ. 2.**에서 살펴본 도시계획시설 확보의 용이 및 토지소유자의 재산권 보호라는 입체도시계획시설의 이점들은 상대적으로 '입체적 결정'에서 더욱 강하게 나타난다고 볼 수 있다.

법적 근거	도시계획시설 간 입체적 배치	도시계획시설과 비도시계획시설 간 입체적 배치	
	중복결정	입체적 결정	공간적 범위 결정
근거 조문	「도시계획시설규칙」 제3조	「도시계획시설규칙」 제4조	「국토계획법」 제64조 제1항 단서 / 동법 시행령 제61조 제1호
내용	둘 이상의 도시계획시설을 동일 토지 내에 입체적으로 설치	기존 사유지에서 공간의 일부만을 구획하여 도시계획시설을 입체적으로 설치	도시계획시설의 공간적 범위를 결정하여 당해 도시계획시설 부지에서 비도시계획시설을 입체적으로 설치

[표 2] 입체도시계획시설 제도의 법적 근거

제 3 절 「도로법」상의 규제

Ⅰ. 도로점용허가 제도

입체도시계획도로를 설치하기 위해서는 「국토계획법」상의 입체도시계획시설 설치의 법적 근거 외에도 「도로법」상의 근거 마련이 별도로 요구된다. 도시지역 내 도로에는 도시계획시설 설치절차에 따라 설치되는 도시계획도로뿐 아니라, 「도로법」에 의해 설치되었으나 도시계획시설로 의제되는 도로도 있기 때문이다. 이에 「도로법」은 입체도로의 설치를 규율하기 위하여 1999년 2월 8일 법률 제5894호 개정을 통해 '입체적 도로구역 지정' 제도를 마련하게 되었다. 다만, '입체적 도로구역 지정' 제도가 마련되기 전에도 입체도로의 출현이 불가능했던 것은 아니었다. 도로가 우선적으로 존재하고 그 도로의 상·하부에 건축물을 건축하고자 하는 경우에는 도로점용허가 제도가 활용되었다.

도로점용허가 제도란, 공작물·물건, 그 밖의 시설을 신설·개축·변경·제거하는 등의 사유로 도로(도로구역 포함)를 점용하려는 자는 도로관리청의 허가를 받아야만 한다는 제도이다(「도로법」 제61조 제1항). 대법원 판례는 도로점용허가에서의 '도로점용'은 도로의 일반사용과는 별도로 도로의 특정 부분을 유형적·고정적으로 특정한 목적을 위해 사용하는 특별사용으로 보고 있다.[86] 따라서 도로점용허가는 특정인에게 일정한 내용의 공물 사용권을 설정하는 설권적 행위로, 강학상 특허에 해당하는 대표적인 행정행위가 된다.[87]

---

86) 대법원 1995. 2. 14. 선고 94누5830 판결, 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두5795 판결

87) 최용전, "최근 사례를 통한 도로점용허가의 법적 쟁점", 한국토지공법학회(2020. 8.), 93면

제2장 제4절 Ⅱ.에서 살펴본 세운상가와 낙원상가는 도로점용허가 제도를 활용하여 도로의 상부에 건축물을 건축한 대표적인 사례였다. 세운상가와 낙원상가 건축 당시의 「도로법」은 도로점용허가를 통한 일반 건축물의 건축을 제한하고 있지 않았다. 법률 제2232호로 1970년 8월 10일에 개정되기 전까지 「도로법」은 제40조에서 도로점용허가를 통하여 도로 구역 내에서 공작물을 신설, 개축, 변경, 제거할 수 있다고만 정하고 있었다. 따라서 공작물의 일종인 건축물도 도로점용허가를 통하여 도로 상부에 지어지는 데에 문제가 없었다.

이후 1970년 8월 10일 「도로법」 개정을 통해 도로점용허가를 받을 수 있는 시설의 종류를 「도로법」 시행령에서 정하도록 하였다. 이에 「도로법」 시행령 제24조 제5항은 도로점용허가 대상시설 종류를 나열하면서, '관리청이 도로의 안전과 교통에 지장이 없다고 인정한 시설'을 포함시켰다. 따라서 관리청이 인정하기만 한다면, 사실상 모든 유형의 시설들이 도로점용허가를 통해 설치될 수 있었다. 이는 「도로법」 시행령이 1999년 8월 6일 대통령령 제16501호로 개정되기 전까지 계속되었다.

1999년 8월 6일 개정 「도로법」 시행령은, '관리청이 도로의 안전과 교통에 지장이 없다고 인정한 시설'의 범위를 '건설교통부령 또는 당해관리청의 조례로 정한 것'으로 한정하였다. 이러한 내용은 현행 「도로법」 시행령까지 이어지고 있으며, 이로써 사실상 모든 유형의 시설들이 도로점용허가를 통해 도로 위에 설치될 수 있도록 하였던 종래의 규정은 더 이상 유효하지 않게 되었다.

현행법상 '국토교통부령 또는 해당 도로관리청이 속해 있는 지방자치단체의 조례로 정한 것'에서의 '국토교통부령'은 「도로법」 시행규칙 제28조를 의미하는데, 이에는 농작물, 수목, 그 밖에 이와 유사한 것으로 한정된다. 한편, 자치단체의 조례들은 도로점용허가 대상시설을 대체로

전통시장의 차양, 역사적 사건을 기념하기 위한 동상 조형물, 광고탑 및 광고판, 신재생에너지 설비, 가로판매대, 생활정보지통합배포대 등 건축물이 아닌 공작물로 한정하고 있다.

한편, 1970년 8월 10일 「도로법」 개정 이후 도로점용허가 대상시설을 나열하게 된 「도로법」 시행령은, 위의 '관리청이 도로구조의 안전과 교통에 지정이 없다고 인정한 시설' 외에도 주유소·주차장·자동차정류장·자동차수리소·승강대·화물적치장·휴게소 및 지하도·지하실 등을 도로점용허가 대상시설로 정하였다. 즉 주유소·주차장·자동차정류장·자동차수리소·승강대·화물적치장·휴게소 및 지하도·지하실 등이 건축물의 형태로 건축되는 경우[88]에는 도로점용허가를 통하여 입체도로의 실현이 가능하게 되었던 것이다.

이후 여러 차례 개정을 통해 현행 「도로법」 시행령 제55조는 주유소·수소자동차 충전시설·주차장·여객자동차터미널·화물터미널·자동차수리소·승강대·화물적치장·휴게소(제3호), 지하상가·지하실(제5호), 고가도로의 노면 밑에 설치하는 사무소·점포·창고·자동차주차장·광장·공원·체육시설(제9호) 등을 도로점용허가 대상시설로 명시하고 있다. 따라서 위 시설들이 건축물의 형태로 건축되는 경우에는 입체도로의 실현이 가능해지는 것이다. 비록 종래와 같이 모든 유형의 시설에 대하여 도로점용허가를 통하여 도로를 입체화하는 것은 어렵게 되었지만, 여전히 도로점용허가제도는 입체도로의 실현을 가능하게 하는 제도로서 주요한 기능을 하는 것이다.

---

88) 「건축법」 제2조 제1항은 건축물을 정의하면서, 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것 외에도 지하나 고가의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고 등도 건축물에 해당한다고 명시하고 있다. 따라서 주유소·주차장·자동차정류장·자동차수리소·승강대·화물적치장·휴게소 및 지하도·지하실 등도 건축물의 형태로 건축될 수 있다.

Ⅱ. 입체적 도로구역 지정 제도

1999년 이전까지 「도로법」상 도로의 설치는 부지를 전면 매입하는 방식으로 추진되어 왔으며, 부지 내 공간 중 일부에 한정하여 도로구역을 결정할 수 있는 법적 근거가 없었다.[89] 이에 1999년 개정 「도로법」은 도로의 부지를 매입하지 않고 차량이 통행할 수 있는 공간의 범위를 설정하여 도로구역을 정할 수 있도록 하는 '입체적 도로구역 지정' 제도를 마련하게 된다. 그 밖에도 도로보전입체구역 지정, 도로보전입체구역 안에서의 행위제한 등의 규정도 신설되어 입체도로 설치의 관련 근거로 기능하게 되었다. 이와 같은 개정 내용들은 현행 「도로법」에서도 조문의 위치만 달리한 채 유지되고 있다.[90] 이하에서는 현행법상 '입체적 도로구역 지정' 제도를 구체적으로 살펴본다.

도로관리청은 도로구역을 결정·변경함에 있어서 그 도로가 있는 지역의 토지를 적절하고 합리적으로 이용하기 위하여 지상이나 지하 공간 등 도로의 상·하 범위를 정하여 도로구역으로 지정할 수 있는데, 이를 '입체적 도로구역 지정'이라고 한다(「도로법」 제28조 제1항). '입체적 도로구역 지정' 규정은 입체도로 설치의 대표적인 법적 근거가 된다. 도로관리청은 '입체적 도로구역 지정'을 할 때에는 토지 및 토지의 지상물에 대한 소유권이나 그 밖의 권리를 가진 자와 구분지상권의 설정·이전을 위한 협의를 하여야 하며, 지상 공간에 대한 협의가 이루어지지 않으면 '입체적 도로구역 지정'을 할 수 없다(동법 제28조 제2항).

이때 협의의 내용에 포함되어야 할 사항으로는, 협의의 목적이 되는 소유권이나 그 밖의 권리, 구분지상권의 범위, 구분지상권 설정에 대한

---

89) 건설교통부, 21세기 도시비전 - 입체도시계획의 활성화 방안 연구(2001. 8.), 10면

90) 「도로법」 제28조는 '입체적 도로구역 지정'을, 제45조는 도로보전입체구역 지정을, 제46조는 도로보전입체구역에서의 행위제한 등을 정하고 있다.

보상금액과 지급시기 및 방법, 구분지상권의 유효기간, 도로사용으로 인한 손해발생 시 조치사항 등이 있다(동법 시행령 제27조 제1항). 최종적으로 협의가 이루어지면 구분지상권이 설정·이전되며, 이 경우 구분지상권의 존속기간은 도로가 존속하는 때까지로 한다(동법 제28조 제3항).

또한, 도로관리청은 '입체적 도로구역 지정'을 한 경우 도로의 보전 혹은 교통의 위험 방지를 위해 도로의 상·하 범위를 정하여 최소한도의 범위 내에서 도로를 보호하기 위한 구역을 지정할 수 있는데, 이를 도로보전입체구역이라고 한다(동법 제45조 제1항 및 제2항). 이 경우 도로관리청은 미리 도로보전입체구역 지정 사실을 고시하고 그 도면을 일반인이 열람할 수 있도록 해야 하며, 도로보전입체구역 지정을 변경하거나 해제하는 경우에도 동일한 절차를 거쳐야 한다(동법 제45조 제3항).

도로보전입체구역에 있는 토지, 나무, 시설, 건축물, 그 밖의 공작물의 소유자나 점유자는, 그 시설 등으로 인하여 발생하는 도로구조나 교통안전에 대한 위험을 방지하기 위해 필요한 조치를 하여야 하며(동법 제46조 제1항), 도로관리청은 이들에 대하여 장애물 제거, 방지시설 설치 등의 조치를 하게 할 수 있다(동법 제46조 제2항, 제40조 제4항). 또한, 도로보전입체구역에서는 도로구조나 교통안전에 위험을 끼치는 토석 채취 행위·토지의 형질변경 행위·공작물 설치 행위·인화성물질을 취급하는 시설을 설치하는 행위 등은 금지된다(동법 제46조 제3항, 동법 시행령 제45조).

Ⅲ. 입체도시계획시설 제도와의 관계

(1) 「국토계획법」상 '입체적 결정'과 「도로법」상 입체도로 제도

「도로법」상 도로구역 결정이 있게 되면 「국토계획법」상 도시계획시설결정이 의제되고, 도로구역 결정을 통해 설치된 도로는 도시계획도로로 의제된다(「도로법」 제29조 제4호). 이때 「도로법」상 '입체적 도

로구역 지정'은 공간의 일부만을 구획하여 도로구역을 결정한다는 점에서 「국토계획법」상 '입체적 결정'과 대응된다고 할 수 있다. 따라서 「도로법」상 '입체적 도로구역 지정'이 있게 되면 「국토계획법」상 '입체적 결정'이 있는 것으로 의제된다고 해석함이 타당할 것이다.

한편, '입체적 도로구역 지정'을 통해 '입체적 결정'이 의제된 도로가 설치된 이후에 그 도로의 상·하부에 건축물이 건축되게 되는 경우 도로점용허가가 필요한지가 문제된다. 도로부지 전체가 수용되어 도로가 설치된 후에 그 도로 상·하부에 건축물이 건축되는 경우가 아니라, 사인 소유 토지의 일부 공간을 구획하여 도로 설치가 결정되어 있고 그 도로 상·하부에 건축물을 건축하는 경우에 도로점용허가가 필요한지 여부가 문제되는 것이다.

「도로법」 시행령은 고가도로의 노면 밑에 설치하는 사무소·점포·창고·자동차주차장·광장·공원·체육시설(시행령 제55조 제9호)을 도로점용허가 대상으로 명시하고 있다. 또한, 「도로법」은 '입체적 도로구역을 포함한' 도로에 관하여 그 도로부지를 점용하고자 허가를 신청한 자가 둘 이상인 경우 도로관리청이 일반경쟁에 부치는 방식으로 도로점용허가를 받을 자를 선정할 수 있다고 정하고 있다(법 제61조 제3항).

위 규정들은 마치 '입체적 도로구역 지정'을 통해 입체도로로서 고가도로가 설치된 후에도 그 하부 공간에 건축물 등을 건축하고자 할 때는 도로점용허가가 필요하다는 것처럼 보인다. 그러나 '입체적 도로구역 지정'을 통해 도로가 설치된 경우에 그 도로 상·하부 공간의 토지를 점용하고자 할 때에는 도로점용허가가 불필요하다고 봄이 타당한다. 그 이유는 다음과 같다.

(i) 첫째, '입체적 도로구역 지정'이 이루어진 도로의 상·하부 수직 공간에 대하여는 별다른 도로구역 지정이 없으므로 공물관리자의 권

한이 미치지 않아 도로점용허가가 불가능하다고 보아야 하기 때문이다. 도로점용허가는 공물인 도로에 대하여 공물관리자인 행정주체가 특정인에게 일정한 내용의 공물 사용권을 설정해주는 설권행위이다.[91] 즉 행정주체가 도로점용허가를 발급해주기 위해서는 행정주체가 공물관리자로서 공물의 사용권을 설정해줄 수 있는 권한을 갖고 있어야 하는바, 도로점용허가는 공물관리자의 소유권 내지 사용권이 미치는 공간에 한하여 이루어질 수 있다.

'입체적 도로구역 지정'을 통해 입체도로가 사인 소유의 토지상에 설치된 경우, 그 입체도로의 공물관리자는 구분지상권 설정 등을 통해 사용권한을 갖게 된 입체적 도로구역 공간에 한해서만 관리권한을 갖는다. 사인인 토지소유자가 여전히 소유권 및 사용권을 갖는 입체도로의 상·하부 공간에 대하여는 행정주체가 도로점용허가를 할 수 있는 권한이 없는 것이다. 따라서 도로구역을 한정적으로 결정하는 '입체적 도로구역 지정'의 경우에는 도로점용허가의 대상이 되는 공간은 당해 입체적 도로구역으로 제한된다고 보아야 한다.

(ii) 둘째, '입체적 도로구역 지정' 제도의 도입 취지상 '입체적 도로구역 지정' 시 도로점용허가는 불필요하다고 보아야 한다. '입체적 도로구역 지정'은 도로부지가 된 토지의 소유자가 소유권을 박탈당하지 않고 기존의 토지사용행위 내지 계획하고 있던 토지사용행위를 할 수 있도록 보장해주기 위해 행해지는 것이다. 그렇다면, 지정된 입체적 도로구역 외의 수직 공간에 대하여는 토지소유자의 토지사용권을 최대한 보장해주어야 한다.

특정인에게 공물 사용권을 설정해주는 설권적 행위인 도로점용허가는 재량행위인바, 법정 요건을 충족했다고 하여도 행정주체의 재

91) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두5795, 판결

량에 따라 도로점용허가의 발급이 거절될 수도 있다. 또한, 도로점용허가에는 통상 점용료 부과 등의 침익적 부관도 함께 부과된다. 나아가, 「도로법」은 도로점용허가를 통해 설치할 수 있는 시설을 매우 제한적으로만 인정하고 있다. 따라서 입체적 도로구역 외 수직 공간에 건축물을 건축하고자 할 때 도로점용허가를 받아야 한다고 해석하면, 토지소유자의 토지사용권을 크게 제약하는 결과를 낳게 된다.

'입체적 도로구역 지정'에도 불구하고 도로점용허가가 요구되는 것이라면, 이는 토지소유자의 소유권 및 사용권을 보장이라는 '입체적 도로구역 지정' 제도의 취지에 어긋나는 결과를 야기하게 된다. 따라서 '입체적 도로구역 지정'이 이루어진 경우, 당해 도로부지 내에서 입체적 도로구역 외 수직 공간에서 이루어지는 개발행위에는 도로점용허가가 불필요하다고 보는 것이 타당하다. 그리고 '입체적 도로구역 지정'이 있은 후 해당 부지에 비도시계획시설인 건축물을 건축하고자 할 때 그 건축물의 종류 역시 「도로법」 시행령 제55조의 도로점용허가 대상시설로 제한되지 않는다고 보아야 한다.

위와 같이 '입체적 도로구역 지정'을 통해 '입체적 결정'이 의제된 도로의 상·하부에 건축물이 건축되는 경우 도로점용허가가 불필요하다는 해석에 따른다면, 「도로법」 시행령 제55조 제9호 및 「도로법」 제61조 제3항은 제한적으로 해석·적용되어야 한다. 「도로법」 시행령 제55조 제9호의 경우, 일반적인 도로구역 결정을 통해 고가도로가 설치된 후에 그 고가도로 하부에 건축물을 건축하고자 할 때 도로점용허가가 요구된다는 점을 정한 것으로 보아야 한다. 즉 '입체적 도로구역 지정'에 따라 고가도로가 설치된 경우에는 적용되지 않는 규정인 것이다. 한편, 도로점용허가의 처분상대방 선정에 관한 「도로법」 제61조 제3항의 경우, '입체적 도로구역 지정'이 이루어진 당해 공간에 한해서만 적용되는 것이고, 그 공간 밖 상·하부 공간에는 적용되지 않는 것이라고 보아야 한다.

(2) 「국토계획법」상 '공간적 범위 결정'과 「도로법」상 입체도로 제도

도로점용허가의 경우, 도로구역이 결정된 후에 그 도로구역에서 사인의 건축행위를 허용한다는 점에서 「국토계획법」상 '공간적 범위 결정'과 유사한 측면이 있다. 그러나 차량과 관련된 특수한 건축물[92]이 아닌 일반 건축물의 경우, 도로의 하부 공간(지표면 아래, 고가도로 노면 밑)[93]에서만 도로점용허가가 허용된다(「도로법」 시행령 제55조). 즉 도로점용허가를 통한 건축물의 설치는 '공간적 범위 결정'보다 그 허용범위가 제한적이다. 이에 양자의 관계가 문제된다.

「도로법」상 도로구역 결정이 있게 되면 도시계획시설결정이 의제되는바, 도로구역으로 결정된 도로부지의 모든 수직 공간에 대하여 도시계획시설결정이 있게 된다. 한편, '공간적 범위 결정'을 통해 도시계획시설이 공간적으로 변경 결정되어도 여전히 나머지 수직 공간도 도시계획시설결정이 유지되는 것임을 앞에서 살펴보았다. 따라서 도로구역 결정을 통해 도시계획시설결정이 의제된 후 당해 도로의 상·하 공간에 건축물을 건축하기 위해 '공간적 범위 결정'을 하게 되는 경우, 그 상·하 공간은 여전히 도로구역 결정 및 도시계획시설결정이 잔존한다고 보아야 한다.

「도로법」은 유형의 도로뿐 아니라 도로구역에 대하여도 도로점용허가를 받아야 한다고 정하고 있다(법 제61조 제1항). 그렇다면, 도로구역 결정이 이루어져 도시계획시설부지로 의제되는 토지에 대하여 '공간적 범위 결정'을 통해 도로의 상·하 공간에 건축물의 건축을 허용하고자 하는 경우에도 도로점용허가가 필요하다고 보아야 한다. '공간적 범위 결

---

92) 「도로법」 시행령 제55조 제3호 : 주유소·수소자동차 충전시설·주차장·여객자동차터미널·화물터미널·자동차수리소·승강대·화물적치장·휴게소

93) 「도로법」 시행령 제55조 제5호 : 지하상가·지하실
「도로법」 시행령 제55조 제9호 : 고가도로의 노면 밑에 설치하는 사무소·점포·창고·자동차주차장·광장·공원·체육시설

정'에도 불구하고 도로의 상·하 공간에는 여전히 도로구역 결정의 효과가 잔존하고 있기 때문이다.

도로점용허가의 대상시설은 '공간적 범위 결정'을 통해 설치가 허용되는 비도시계획시설의 종류보다 훨씬 제한적이다. 따라서 도시계획시설로 의제되는 도로가 설치된 후 '공간적 범위 결정'이 있게 되면, 그 도로부지 내에서는 도로점용허가를 통해 건축물이 건축될 수 있고, 이때 건축 가능한 건축물은 도로점용허가의 허용대상 시설로 제한된다. 지표면 아래에 건축되는 지하상가·지하실과 고가도로의 노면 밑에 설치하는 사무소·점포·창고·체육시설 등을 제외한 일반적인 건축물들은 「도로법」상 도로점용허가의 대상시설이 아니므로, '공간적 범위 결정'에도 불구하고 건축이 허용될 수 없다.

'공간적 범위 결정'의 경우, '입체적 결정'에 비하여 도시계획시설부지 확보의 용이성 및 토지소유자의 재산권 보호 측면이 약할 뿐 아니라, 설치되는 도시계획시설이 도로일 경우 함께 설치될 수 있는 비도시계획시설의 종류가 상당히 제한된다는 단점이 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때, '입체적 결정' 및 '입체적 도로구역 지정'이 입체도로의 실현에 적극적으로 활용되어야 할 제도적 근거라는 점이 더 분명하게 확인된다.

제 4 절 외국의 입체도로 제도 비교

비교법을 통하여 우리의 법제 및 이론을 파악하고 문제점을 찾아낼 수 있게 되는바(이른바 '비교법의 자기점검적 기능의 수행'),[94] 다음에서는 일본과 독일, 미국의 입체도로 제도를 살피고, 그로부터 우리의 제도 개선과 관련하여 시사점을 모색한다. 국외의 제도에 관한 서술은 큰 틀

94) 박정훈, "韓國 行政法學 方法論의 形成·展開·發展", 공법연구 제44권 제2호 (2015), 167면

에서는 정종대(2006), 조상운(2006), 이종원(2010), 이정형(2017) 등 선행 연구들의 구성을 따르되, 관련 근거규정들을 보다 상세히 논하고 법학적 관점에서의 평가를 더한다.

Ⅰ. 일본의 입체도로 제도[95]

일본의 입체도로 제도 역시 「도시계획법」상의 규제와 「도로법」상의 규제로 나누어 살펴볼 수 있다. 「도로법」상의 입체도로 설치 근거는 1989년에 처음 마련되었으며, 「도시계획법」상의 입체도시계획시설 설치 근거는 2000년에 이르러서야 마련되었다.[96] 「도시계획법」에 입체도시계획시설에 관한 근거가 마련되기 훨씬 이전에 이미 입체도로에 관한 근거가 「도로법」에 마련되었다는 점에서 일본 역시 입체도시계획시설의 가장 일반적인 유형으로 입체도로를 고려하고 있음을 알 수 있다.

일본의 입체도로 제도는 그 적용대상을 단계적으로 확장해왔다.[97] 제도 창설 초기에는 신설·개축되는 자동차전용도로 및 특정 고가도로를 적용대상으로 한정했으나,[98] 2014년에 이르러서는 신설·개축에 국한되지 않고 기존의 자동차전용도로 및 특정 고가도로로 그 적용대상을 넓혔으며, 2017년에 이르러서는 일반도로에까지 그 적용대상을 확장하였다. 이로써 도로의 종류를 구별하지 않고 시가지 전역에서 입체도로 제도의 적용이 가능해졌다.[99]

---

95) 일본의 「도시계획법」은 우리의 「국토계획법」에, 도시시설은 우리의 도시계획시설에, 「건축기준법」은 우리의 「건축법」에 대응된다.

96) 이종원, “입체도시계획 활성화를 위한 계획기법 및 제도개선에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위 논문(2010), 42면·45면

97) 서울특별시·서울연구원, 도로공간 입체개발 법제화에 따른 서울시 가이드라인 연구(2019), 38면-39면

98) 정종대·김영훈·박신영, “입체도시계획제도의 도시정비사업 활용방안 연구”, 주택도시연구원(2006), 42면

99) 서울특별시·서울연구원, 도로공간 입체개발 법제화에 따른 서울시 가이드라

일본의 「도시계획법」은 도시시설을 나열하고 있는데, 도로는 도시시설에 포함된다(법 제11조 제1항 제1호). 한편, 도시시설의 설치와 더불어, 도시지역을 가로질러 설치되는 「도로법」상 도로의 설치 역시 도시계획의 결정 대상이 된다(「도시계획법」 제15조 제1항 제5호, 시행령 제9조 제2항 제1호). 즉 도시시설로서 설치된 도로이든 「도로법」에 따라 설치된 도로이든 간에 도시지역 내 공적인 도로들은 모두 「도시계획법」의 규율을 받는 도로인 것이다. 이에 도시지역 내 입체도로 설치와 관련하여 「도시계획법」과 「도로법」을 각각 살펴볼 필요가 있다.

한편, 일본의 입체도로 제도는 「도시계획법」·「도로법」 외에도 「건축기준법」이 연동되어 작용하며, 입체도로의 설치를 위해 이 3가지 법률을 일체적으로 운용하고 있다.[100] 이하에서는 일본의 입체도로 제도를 「도시계획법」상의 규제와 「도로법」상의 규제로 나누어 살펴보는 것에 그치지 않고, 입체도로의 설치와 관련하여 「건축기준법」이 어떻게 작용하는지도 함께 살핀다.

1. 「도시계획법」상의 규제

(1) 입체적 범위를 정하여 설치하는 도시시설로서의 도로

「도시계획법」 제4조 제6호는 도시시설을 "제11조 제1항 각 호에 열거된 시설로서 도시계획에서 결정해야 하는 시설"로 정의하고 있으며, 도로는 제11조 제1항 제1호에 명시되어 있다. 한편, 「도시계획법」 제11조 제3항은 토지의 적절하고 합리적인 이용을 위해 필요한 경우 합리적인 토지이용을 위해 필요가 있을 때 입체적 범위를 정하여 도로, 도시고속철도, 하천 및 기타 도시시설의 설치를 도시계획으로 정할 수 있다

인 연구(2019), 38면-39면

100) 백승관, "도로 공간의 입체적 개발을 위한 일본 입체도로제도에 관한 분석", 한국산학기술학회논문지(JKAIS) vol.21(2020), 314면

고 정하고 있다. 특히 도시시설의 설치 범위가 지하로 결정되는 경우엔 최소 이격거리 및 최대 적재하중에 관한 사항까지 함께 정하도록 하고 있다. 도시계획에서 입체적 범위를 정할 수 있는 도시시설에는 도로 등의 교통시설, 공원 등의 개방 공간, 상·하수도 등의 공급·처리시설 등이 있다(「도시계획법」 시행령 제6조의2).

(2) 지구계획을 통해 입체적으로 설치하는 도로

일본의 「도시계획법」은 위 (1)과 같이 입체도시계획시설 일반에 관한 사항을 정하는 데 그치지 않고, 도시시설 중 도로의 입체적 설치에 관한 사항을 별도로 정하고 있다. 「도시계획법」은 도시민들이 사용하는 도로를 지구시설의 한 종류로 명시하고 있으며(법 제12조의5 제2항 제1호), 도시계획의 한 종류인 지구계획으로서 지구시설인 도로의 배치 및 규모에 관한 사항을 정하도록 하고 있다(법 제12조의5 제7항). 이에 지구시설인 도로의 상공 또는 노면 아래에 건축물을 건축하는 것이 필요하다고 인정되는 경우, 수직상의 범위를 정하여 건축물과 도로가 동일 부지를 함께 사용하도록 지구계획을 수립할 수 있다(동법 제12조의 11).

(3) 도시시설 부지 내에서의 건축허가와 입체도로

「도시계획법」은 도시시설 부지 내에서의 건축은 별도의 허가(이하 '도시시설 부지 내에서의 건축허가'라 한다)를 받아야만 한다고 명시하면서도(법 제53조 제1항 본문), 그 예외사항 또한 정하고 있다(법 제53조 제1항 단서). '도시시설 부지 내에서의 건축허가'가 불필요한 예외적인 경우로는, 「도시계획법」 제11조 제3항에 따라 입체도시시설이 설치될 때 그 설치 범위가 지하로 결정되어 최소 이격거리 및 최대 적재하중에 관한 사항이 함께 정해진 경우 등이 있다(법 제53조 제1항 제4호).

「도시계획법」 제11조 제3항에 따른 입체도시시설이 위 제53조 제1항 제4호의 경우에 해당하지 않는다면, '도시시설 부지 내에서의 건축허가'가 요구된다. 즉 「도시계획법」 제11조 제3항에 따른 입체도시시설이

지표면이나 지상에 설치되는 경우, 그 부지 내에서의 건축은 '도시시설 부지 내에서의 건축허가'를 받아야 하는 것이다. 다만, 도시시설 부지 내 건축되는 건축물이 도시시설의 설치에 중대한 지장을 줄 우려가 없는 경우, 허가권자는 특별한 사정이 없는 한 건축을 허가하여야만 한다(법 제54조 제2호 전문). 이때 설치되는 도시시설이 도로인 경우, '중대한 지장을 줄 우려가 없는 경우'라 함은, '안전·화재예방·위생에 지장이 없는 것으로 「도시계획법」 시행령이 정하는 경우'를 의미한다(「도시계획법」 제54조 제2호 후문).

「도시계획법」 시행령 제37조의4는, 지하에 건축물을 건축하거나(제1호), 입체적 범위의 하부 공간에 건축물을 건축하거나(제2호), 입체적 범위가 정해진 도로의 상부 공간에 교통의 횡단을 목적으로 하는 건축물의 복도 기타 통로를 설치하는(제3호) 등의 경우, 안전·화재예방·위생에 지장이 없다고 인정되면 허가권자는 '도시시설 부지 내에서의 건축허가'를 발급하여야 한다고 정하고 있다. 즉 「도시계획법」 제11조 제3항에 따라 입체적 범위를 정하여 도로가 설치된 경우, 도로가 지하가 아닌 곳에 설치된다면, 그 상·하부 공간에서의 건축물의 건축에는 '도시시설 부지 내에서의 건축허가'가 필요한 것이고, 동법 시행령 제37조의4가 정하는 경우에 해당하면 허가권자는 위 건축허가를 발급해야만 하는 것이다.

한편, 지구시설인 도로의 상·하 공간에서 '도로일체건물'이 건축되거나 도로관리청이 건축물을 건축하는 경우, 도로 설치에 중대한 제한을 줄 우려가 없다면 '도시시설 부지 내에서의 건축허가'를 받지 않아도 된다(「도시계획법」 제53조 제1항 제5호, 시행령 제37조의3). 그렇지 않은 경우에는 원칙적으로 '도시시설 부지 내에서의 건축허가'가 요구된다. 즉 지구계획에 따라 지구시설인 도로의 상·하 공간에 건축물이 건축될 때에는 '도시시설 부지 내에서의 건축허가'를 발급받아야 한다. 이때 당해 건축물의 건축이 도시계획시설과 관련한 도시계획을 준수하는 경우라면, 허가권자는 '도시시설 부지 내에서의 건축허가'를 발급하여야만 한다(동

법 제47조 제1호). 이는 쉽게 철거할 수 있는 구조로 건축물이 건축되는 경우에도 마찬가지다(동조 제3호).

(4) 소결

정리하자면, 일본의 「도시계획법」은 일반적인 입체도시계획시설의 설치에 관한 규정(법 제11조 제3항)과 더불어 도로의 입체적 설치에 관한 규정(법 제12조의11)도 함께 마련하고 있으며, 후자의 경우는 지구계획으로 결정된다는 차이가 있다. 즉, 도시지역 내에서 입체도로는 「도시계획법」 제11조 제3항에 따라 입체도시계획시설 설치절차를 통해 설치되는 방법과 제12조의11에 따라 지구시설로서 지구계획을 통해 설치되는 방법이 있는 것이다. 그리고 입체도로 부지 내에서 건축물을 건축하고자 할 때에는 '도시시설 부지 내에서의 건축허가'가 필요한 것이 원칙이다.

(5) 보론 : 중복이용구역 지정과 특정도시도로

「도시계획법」의 특별법 역할을 하는 「도시재생특별조치법」이 정하는 입체도로 제도도 살펴볼 필요가 있다. 「도시재생특별조치법」 제36조는, 도시 활성화를 위하여 합리적이고 건전한 토지 사용을 촉진하고 특수한 용도·형태·배치를 갖는 건축물을 건축할 필요가 있다고 인정되는 지역에 특별도시재생지구를 지정할 수 있다고 정하고 있다. 그리고 동법 제36조의2 제1항은 이러한 특별도시재생지구에 관하여 도로부지를 건축물의 부지로 함께 이용하는 '중복이용구역'을 정함으로써, 도로의 상·하부에 건축물을 건축할 수 있도록 하고 있다.

'중복이용구역' 지정을 통해 건축물과 입체적으로 배치되는 도로를 '특정도시도로'라고 한다(「도시재생특별조치법」 제36조의3 제1항). 특정도시도로는 지구계획에서의 입체도로와 마찬가지로, 「건축기준법」이 정하고 있는 건축제한 규정의 예외가 된다는 점(「도시재생특별조치법」 제36조의3 제2항)에 그 의의가 있다. 이와 관련해서는 **제3장 제4절 Ⅰ. 3.**에서 자세히 살펴보도록 한다.

2. 「도로법」상의 규제

(1) 입체적 도로구역 지정

일본의 「도로법」은, 도로가 통과하는 지역의 상황을 고려하여 적정하고 합리적인 토지이용의 촉진을 도모하기 위해 필요하다고 인정되는 경우에 도로구역을 입체적인 범위로 결정하여 도로를 신설·개축할 수 있다고 정하고 있다(법 제47조의17 제1항). 일본의 「도로법」에서 주목할 만한 점은 도로와 건축물의 관계에 따라 권리관계를 달리하도록 「도로법」에서 명시하고 있다는 점이다.

입체적으로 도로구역을 정하는 경우, 원칙적으로는 해당 부지에 구분지상권을 설정하여 도로를 설치하게 된다(「도로법」 제47조의17 제2항). 따라서 해당 부지의 토지소유자는 소유권을 박탈당하지 않으며, 입체도로에 영향을 주지 않는 범위 내에서는 비교적 자유롭게 건축행위가 가능해진다. **제2장 제4절 Ⅰ. 2.**에서 살펴본 우메다 게이트타워빌딩 사례의 경우, 「도로법」 제47조의17 제2항에 따라 구분지상권을 설정하고 입체도로가 설치된 것으로 보인다.

한편, 입체적 도로구역 지정을 통해 도로가 건축물과 일체화되어 설치되는 '도로일체건물'의 경우에는 일반적인 입체적 도로구역 지정의 경우와 다른 방식으로 권리관계가 설정된다. 「도로법」은 도로관리자와 건축주가 '도로일체건물'의 신축 및 관리를 위한 비용을 분담하고, 도로관리자가 도로 관리에 필요하다고 판단되는 경우에는 건축물 관리를 수행할 수 있다고 정하고 있다(법 제47조의18 제1항).[101] **제2장 제4절 Ⅰ. 1.**

---

101) 일부 선행연구들에서는 도로관리자와 건축주가 '도로일체건물'의 소유에 있어서 민사상 공유 관계를 갖는다고 서술하고 있는데 이는 잘못된 설명이다. 일본의 「도로법」은 '도로일체건물'의 소유관계에 관하여 어떠한 사항도 정하고 있지 않다. 단지 도로관리자와 건축주 간 상호 계약을 체결하여

에서 살펴본 센바센터 빌딩의 경우가 ‘도로일체건물’에 해당하며, 「도로법」 제47조의18 제1항에 따라 관리되게 된다.

「도로법」 제47조의18 제1항은 ‘도로일체건물’을 둘러싼 도로관리자와 건축주 사이의 구체적인 권리·의무관계를 상호 계약을 체결하여 정하도록 명하고 있으며, 계약서에 명시되어야 할 사항들을 열거하고 있다. 구체적으로는 ‘도로일체건물’의 신축 및 그 비용부담에 관한 사항, ‘도로일체건물’의 관리에 필요한 비용부담 사항, ‘도로일체건물’의 도로 관리에 필요한 조치에 대한 비용부담 사항, ‘도로일체건물’에 일체화되어 설치될 주차장의 유지·관리에 관한 비용부담 사항, 계약의 유효기간, 계약 위반 시의 조치사항, 계약서 게시방법, ‘도로일체건물’의 관리에 관한 기타 필요사항 등이 있다.

위와 같은 계약사항은 계약체결 후 지체없이 공고되고 계약서 사본이 게재되어야 하며(「도로법」 제47조의18 제2항), 계약사항이 공고된 이후에는 건축주로부터 ‘도로일체건물’의 지분권을 이전받은 승계인에 대해서도 해당 계약사항이 효력을 갖게 된다(동법 제47조의19). 한편, ‘도로일체건물’ 부지 일부를 사용할 목적으로 해당 부지에 관하여 구분지상권 등을 설정받은 자가 위 계약상 ‘도로일체건물’의 유용성을 저해하는 부지 사용을 하게 되는 경우, 구분지상권 등의 권리를 ‘도로일체건물’의 소유자에 대하여 주장할 수 없게 된다(동법 제47조의20 제1항).

(2) 도로보전입체구역

「도로법」 제47조의21 제1항은 입체도로의 구조 보존 및 교통위험 방지를 위하여 필요하다고 판단되는 경우 도로관리자가 도로의 상·하 범위를 정하여 도로보전입체구역을 설정할 수 있도록 하고 있다. 도로보전

구체적인 권리·의무관계를 정하도록 지시할 뿐이다. ‘도로일체건물’에 대한 소유관계를 민사상 공유 관계로 볼만한 단서는 찾아볼 수 없다. 따라서 ‘도로일체건물’에 관한 소유관계 역시 도로관리자와 건축주가 상호 계약을 통해 정해야 할 사항으로 이해하는 것이 타당하다.

입체구역은 도로의 구조 보존 및 교통위험 예방을 위한 최소한의 범위로 정해져야 하며(「도로법」 제47조의21 제2항), 도로관리자는 도로보전입체구역 지정을 공고하여야 한다(동조 제3항).

도로보전입체구역 내에서 토지, 수목, 건축물 기타 지상물이 도로의 구조를 손상시키거나 교통을 위태롭게 할 가능성이 인정되는 경우, 그 소유자 내지 점유자들은 도로의 손상 및 교통위험 방지를 위해 필요한 조치를 취하여야 하고(「도로법」 제48조 제1항), 도로의 손상이나 교통을 위험하게 하는 행위를 하여서는 안 된다(동조 제2항). 도로관리자는 토지, 수목, 건축물 기타 지상물의 소유자 내지 점유자에 대하여 도로 손상 및 교통위험 방지를 위해 필요한 조치를 취할 것을 명령할 수 있고(동법 제48조 제2항), 도로 손상 및 교통 위험을 야기할 행위를 한 자에 대하여 필요한 조치를 취하도록 명령할 수 있다(동조 제4항).

(3) 도로점용허가

일본의 「도로법」은 입체적 도로구역 지정뿐 아니라, 도로점용허가를 통한 입체도로의 실현도 허용하고 있다. 「도로법」 제32조 제1항 제5호는 도로관리자의 허가를 받아 도로에 설치될 수 있는 공작물 등으로서 지하 쇼핑몰·지하실을 포함하고 있다. 또한, 「도로법」 시행령에서는 사무실, 상점, 창고, 주택 등도 도로점용허가를 통해 고가도로의 하부(시행령 제7조 제9호) 혹은 특정한 도로들[102]의 상부(동조 제10호)에 설치될 수 있다고 정하고 있다. 「도로법」 제33조는 이와 같은 도로점용허가에 관하여 그 기준에 관련된 사항들을 상세하게 열거하고 있다. 한편, 국가기관이 시행하는 사업을 위하여 도로점용이 필요한 경우에는 도로점용허가 대신 협의를 통하여 도로점용에 동의를 얻는 것으로 족하다(「도로법」 제35조).

---

102) 「도시계획법」 제8조에 규정된 고도지구·고도이용지구·특별도시활성화구역 내의 고속도로 및 「도시재생특별조치법」 제36조의3에 규정된 특정도시도로를 의미한다.

입체적 도로구역 지정의 경우, 사인의 토지에 구분지상권을 설정함으로써 입체도로가 설치되게 된다. 입체적 도로구역 지정을 통해 토지의 권리자는 본래 자신에게 보장되었던 재산권을 해당 도로구역 외부 공간에 대해서만 행사하도록 제한받게 되는 것이다. 반면, 도로점용허가는 도로가 우선하여 존재하고 있고, 그 도로에 대하여 점용허가를 통해 도로의 상·하부에 건축물이 건축되는 것이라는 점에서 차이가 있다. 도로점용허가를 통해 건축된 건축물의 권리자는, 본래 재산권 행사가 불가능하던 곳에서 도로점용허가가 이루어진 공간 범위에 한하여 재산권 행사를 보장받게 된다.

3. 「건축기준법」상의 규제

(1) 「건축기준법」상의 도로

「건축기준법」은 폭 4미터 이상의 「도로법」상의 도로 내지 「도시계획법」상의 도시시설인 도로 등을 「건축기준법」상의 도로에 포함시키고 있다(법 제42조). 또한, 아직 설치되지 않았으나 2년 이내에 사업이 진행될 예정도로 역시 「건축기준법」상의 도로에 포함된다. 이러한 「건축기준법」상 도로는 「건축기준법」상 건축허가요건의 기준이 되는 요소로서, 건축물의 건축을 제한하게 된다.

(2) 건축선에 따른 건축제한과 예외규정

「건축기준법」 제44조 본문은 건축물이나 옹벽이 「건축기준법」상의 도로에 돌출되거나 그 도로 위에 건설되어서는 안 된다고 하여 도로 내 건축제한을 규정하고 있다. 이에 「건축기준법」 제44조 단서는 도로 내 건축제한의 예외를 열거하고 있는데, 지표면 아래에 설치되는 건축물(제1호), 공익을 위해 필요한 건축물로서 교통에 방해가 되지 않고 특정 행정기관에 의해 승인된 건축물(제2호), 도로의 상·하부에 건축되는 건축물 중 지구계획의 내용을 준수하고 시행령이 정하는 기준에 부합하는 건

축물(제3호), 안전·화재예방·위생을 위해 필요한 건축물로서 주변 건축물의 편의를 방해하거나 주변환경을 해질 위험이 없고 특정 행정기관에 의해 승인된 건축물(제4호)이 그 예외에 해당한다.

도시고속철도·주차장 등의 교통시설은 「도시계획법」상 도시시설에 해당하나(법 제11조 제1항), 「건축기준법」상의 도로에 해당하지 않기 때문에 법 제44조 본문에 따른 건축제한이 적용되지 않는다. 따라서 「도시계획법」 제11조 제3항에 따라 해당 시설을 건축물과 입체적으로 배치되도록 설치하는 것은 가능하다. 반면, 「도시계획법」과 「도로법」상의 도로는 「건축기준법」상의 도로이므로, 「건축기준법」 제44조 본문의 건축제한을 적용받는다. 이때 「도시계획법」과 「도로법」상의 입체도로 제도는 도로와 건축물의 관계에 관하여 「건축기준법」을 배제시키고 있지 않다.[103] 따라서 이 경우에도 「건축기준법」 제44조 본문에 따라 도로 내 건축물의 건축은 불가능한 것이 원칙이나, 「건축기준법」 제44조 단서의 예외규정에 따라 입체도로의 실현이 가능해지는 것이다.

「도시계획법」 내지 「도로법」상 도로가 지면에 설치되고 지하에 건축물이 건축되는 경우에는 위 제1호 사유에 해당하여 도로 내 건축 제한이 적용되지 않게 된다. 또한, 「도시계획법」상 지구계획으로서 설치되는 입체도로의 경우 위 제3호 사유에 해당하여 도로 내 건축 제한 규정의 적용을 받지 않게 된다. 특별도시재생지구에서의 특정도시도로의 경우도 「건축기준법」 제44조 제3호의 사유에 해당되는 것으로 간주되는바(「도시재생특별조치법」 제36조의3 제2항), 도로 내 건축 제한 규정이 적용되지 않는다. 그밖에 「도시계획법」 내지 「도로법」상의 입체도로 제도에 따라 설치되는 입체도로의 경우에는 제2호 혹은 제4호에 해당하는 경우에만 도로 내 건축제한 규정의 적용을 피할 수 있게 된다.

---

103) 이종원, “입체도시계획 활성화를 위한 계획기법 및 제도개선에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위 논문(2010), 43면

Ⅱ. 독일의 입체도로 제도

독일은 연방국가이므로 주마다 입체도로에 대한 법 규정의 차이가 있으며, 주도·군도·시도 등의 연방도로는 각 주의 「도로법」을 통해 규율된다.[104] 각 주의 「도로법」 규정들을 모두 살피는 것은 한계가 있으므로, 이하에서는 「연방원거리도로법(Bundesfernstraßengesetz)」에 따라 규율되는 연방고속도로를 중심으로 독일의 입체도로 제도를 논한다.

독일의 경우, 도로 상부공간에서의 건축물 건축이 제한될 뿐만 아니라, 연방고속도로로부터 40m이내, 연방도로로부터 20m 이내의 구역에서도 건축물의 건축이 금지된다(「연방원거리도로법」 제9조). 이에 「연방원거리도로법」은 「건축법」상의 B-Plan의 활용 및 특별이용의 허가를 통해 입체도로 제도를 운용하고 있다.[105]

1. B-Plan의 활용

(1) B-Plan의 법적 성질

「연방건설법(Baugesetzbuch)」은 기초자치단체(Gemeinde)의 도시계획인 건설기본계획을 도시기본계획인 Flächennutzungsplan(F-Plan)과 구속적 계획인 Bebauungsplan(B-Plan)으로 구성하고 있다(법 제1조 제1항).[106] 기본계획의 성격을 갖는 F-Plan은 국민에 대한 구속력은 없지만 행정당국에 대한 구속력은 갖는다. 반면, B-Plan은 기본계획인 F-Plan을 보완하고 집행하는 역할을 하며 각 토지에 대하여 법적 구속력을 갖는다

---

104) 조상운, 입체도시계획제도 활성화 방안 연구, 인천발전연구원, 2006, 36면

105) 「베를린 도로법」, 「노르토라인-베스트팔렌주 도로법」 등의 경우, 계획확정 및 특별이용 허가를 활용하여 입체도로 제도를 운용하고 있다.
조상운, 입체도시계획제도 활성화 방안 연구, 인천발전연구원, 2006, 36면

106) 박동민, “지구단위계획에 관한 공법적 연구”, 경희대학교 박사학위 논문(2022), 14면

(동법 제8조 제1항, 제2항).[107]

B-Plan은 통상 상세계획 또는 지구상세계획으로 번역되며,[108] 한국의 지구단위계획제 도시계획은 독일의 B-Plan이 일본을 거쳐 도입된 것이다.[109] B-Plan은 건축허가요건을 대단히 상세하게 정하고 있는데, 건축선, 용도, 층수, 건폐율, 용적률 등을 비롯하여 건축양식, 건축물 마감재의 재료와 색깔, 지붕의 모양, 식재할 나무의 종류 등까지도 B-Plan에 의해 정해진다.[110] 「연방건설법」은 제9조 제1항에서 B-Plan에서 다루는 항목들을 열거하고 있다.

이처럼 매우 구체적인 건축허가요건들을 정하고 있는 B-Plan은 구속적 도시계획이기 때문에 B-Plan이 수립된 지구에서 건축물을 건축하고자 하는 경우엔 B-Plan이 정하고 있는 까다로운 건축허가요건들을 모두 충족하는 설계안을 제출해야지만 건축허가를 받을 수 있게 된다.[111] 그러나 B-Plan이 수립되지 않은 곳에서는 토지소유자가 건축행위를 일체 할 수 없다는 점에서 오히려 B-Plan의 수립은 당해 토지소유자에게 있어서 수익적 행정행위가 된다.[112] 한국의 경우, 기성시가지에서 지구단위계획이 수립되면 건축허가요건을 더욱 까다롭게 만들어 토지소유자에게 불이익한 규제가 된다는 점에서 독일의 B-Plan과는 차이가 있다.

---

107) 박동민, “지구단위계획에 관한 공법적 연구”, 경희대학교 박사학위 논문(2022), 15면
108) 최종권, “도시계획시설에 관한 공법적 연구”, 중앙대학교 박사학위 논문(2014), 83면
109) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 299면
110) 이원영·이영아·문기덕, “라멘플란의 실체와 국내 적용가능성에 관한 연구”, 국토연구원 연구보고서(2008), 13면-14면
111) 박동민, “지구단위계획에 관한 공법적 연구”, 경희대학교 박사학위 논문(2022), 16면
112) 박동민, “지구단위계획에 관한 공법적 연구”, 경희대학교 박사학위 논문(2022), 16면

(2) B-Plan과 도로의 입체화

「연방원거리도로법」 제9조는 연방고속도로 및 연방도로 지역에서의 건축을 금지하면서도, B-Plan이 수립되는 경우에는 해당 건축금지규정을 적용하지 않는다고 명시하고 있다(법 제9조 제7항). 또한, 도로를 건설하거나 변경하는 경우, 사전에 계획을 수립하여 확정하여야 하는데, 이 경우에도 역시 B-plan의 수립으로서 계획의 확정을 대체할 수 있다(동법 제17조).

B-Plan은 건축선 등의 건축허가요건과 더불어 보행 및 운전에 관한 통행권이 부여된 공간도 정할 수 있는바(「연방건설법」 제9조 제1항 제21호), 건축선의 조정 및 일부 공간에의 통행권 지정 등의 방법을 활용하여 건축물과 도로를 입체적으로 배치할 수 있게 된다. 즉 B-Plan을 통해 동일한 대지 내에서 교통의 이용과 건축적 이용을 중복하여 입체적으로 지정할 수 있게 되는 것이다.[113]

2. 특별이용의 허가

B-Plan을 이용한 도로의 입체화 외에도 도로의 입체화를 위한 제도가 「연방원거리도로법」에 마련되어 있다. 도로를 교통목적이 아닌 다른 목적으로 이용하는 것을 특별이용(Sondernutzung)이라고 하는데, 이러한 특별이용은 허가를 통해 허용될 수 있다(「연방원거리도로법」 제8조 제1항). 특별이용은 일정 기간을 정하여 허가될 수 있고, 조건이 붙을 수도 있으며(동법 제8조 제2항), 사용료가 부과될 수도 있다(동법 제8조 제3항). 도로의 특별이용으로서 건축물 등을 장기적으로 이용하는 경우에는 독일 민법에 근거하여 도로를 이용할 수 있는 권리가 부여된다(동법 제8조 제10항). 이와 같은 특별이용에 대한 허가를 통하여 도로를 건축물의 대지 목적으로 활용할 수 있게 되어, 도로의 입체화가 가능해진다.

113) 조상운, 입체도시계획제도 활성화 방안 연구, 인천발전연구원, 2006, 37면

Ⅲ. 미국의 입체도로 제도

미국은 공중권(Air rights) 설정을 통하여 입체도로 제도를 운용하고 있다. 공중권은 토지소유권의 범위를 확대하여 토지의 공중 공간까지 토지소유자의 사용 권리를 인정하는 개념으로,[114] 토지, 건물, 도로 등의 상부공간에 대한 개발 권리로 이해된다.[115] 보스턴에서는 1960년대부터 교통체증 해결 및 상업 개발 추진 등을 위해 공중권 제도를 활용해오고 있으며, 매사추세츠주 교통국(Mass DOT)은 고속도로 건설을 위해 소유하고 있는 토지의 공중권을 임대할 수 있는 권한을 보유하고 있다.[116]

공중권 설정을 통한 미국의 입체도로 제도 운용은, 입체도로라는 동일한 문제를 다른 나라들과는 전혀 다른 관점에서 바라보고 있다는 점에서 주목할만하다. 한국을 비롯하여 일본과 독일 모두 입체도로를 도로라는 시설을 중심으로 제도를 설계하고자 한다면, 미국의 공중권은 시설이 중심이라기보다는 공간이 중심이 된다는 점에서 차이를 보인다. 즉 미국의 경우 공간을 먼저 인식하고 그 공간을 활용한다는 점에서 관점의 차이가 있는 것이다. 그렇지만 미국의 공중권 제도도 어디까지나 다른 나라들의 입체도시계획시설 전반에 대응되는 것이라고 할 수 있고, 그 안에 입체도로의 논의가 있는 것이므로, 결국 본 연구에서 논의하려는 부분과 맞닿아 있다고 할 수 있다.

한편, 미국의 경우 공중권 외에도 입체도로 설치를 위해 개발권 이양제도(Transfer of Development Rights, TDR)를 함께 활용하고 있다. 이

114) 이정형, “도시공간의 융·복합을 위한 입체도시계획”, 국토연구원(2017), 23면
115) 서울특별시·서울연구원, 도로공간 입체개발 법제화에 따른 서울시 가이드라인 연구(2019), 48면
116) 서울특별시·서울연구원, 도로공간 입체개발 법제화에 따른 서울시 가이드라인 연구(2019), 48면

는 입체도로의 설치로 인해 당해 부지의 토지소유자가 그 토지에 부여된 개발허용한도를 온전히 활용하지 못하게 된 것에 대하여 그 보상으로서 다른 지역의 개발권을 이양해주는 것을 말한다.[117] 개발권 이양 제도는 입체도로 설치의 직접적인 제도적 근거가 된다기보다는 입체도로 설치로 인한 보상의 측면에서 이루어지는 제도이다.

Ⅳ. 시사점

일본은 입체도로 제도를 활발하게 이용하고 있는 반면, 국내의 경우 그 활용사례가 드물다. 그 이유로 입체도로 제도를 운용할 세부적인 지침 내지 가이드라인이 부재하다는 점이 지적되어 왔다.[118] 이를 해결하고자 서울시에서는 입체도시계획시설의 설치를 위한 도시계획위원회 매뉴얼을 만들기도 하였으나,[119] 여전히 부족한 실정이다. 일본의 경우, 입체도로와 관련하여 최소 이격거리·최대 적재하중에 관한 사항, '도로일체건물'의 계약사항 등을 법령 수준에서 세부적으로 정하고 있다. 우리의 제도 역시 법령 수준에서 보다 세부적인 규정 마련이 요구된다.

또한, 입체도로의 설치를 위하여 일본의 경우와 같이 「국토계획법」, 「도로법」, 「건축법」 3개의 법률이 일체화되어 운영될 수 있도록 제도 개선이 필요하다. 국내의 경우, 입체도로 설치와 관련하여 「국토계획법」과 「도로법」은 미약하게나마 서로 연동되어 작동하는 모습을 보이고 있으나,[120] 「건축법」의 작용은 보이지 않는다. 「건축법」은 단지

117) 이정형, "도시공간의 융·복합을 위한 입체도시계획", 국토연구원(2017), 24면
118) 이종원, "입체도시계획 활성화를 위한 계획기법 및 제도개선에 관한 연구", 한양대학교 박사학위 논문(2010), 58면
119) 서울특별시 도시계획국 도시계획과·서울특별시 도시계획상임기획단, 서울특별시 도시계획위원회 매뉴얼. 2019-02, 심의기준(2019)
120) 「도로법」상 도로구역 결정 시 「국토계획법」상 도시계획시설결정이 의제되거나(「도로법」 제26조 제4호), 도로점용허가대상이 되는 지하상가·지하실은 「국토계획법」상 '공간적 범위 결정'을 통하여 설치된 것이어야

독립적으로 건축선 규정 등을 통하여 도로 위 건축행위를 제한하고 있을 뿐이다. 따라서 우리의 법제도 3개의 법률간 연계를 통하여 입체도로의 설치를 보다 효율적으로 규율하고, 일선에서의 혼선을 최소화하여야 할 필요가 있다.

이와 관련하여 일본과 독일의 사례에서 주목할만한 점은 입체도로와 관련하여 건축선 적용의 예외에 관한 사항이 「건축법」 등에 명시되어 있다는 점이다. 한국의 경우, 건축선을 규율하는 「건축법」 규정에 건축선 적용의 예외를 명시하고 있지 않다. 물론 건축선 규정 적용의 제한적 해석을 통해 건축선 규정과 입체도로 설치에 관한 규정들을 조화롭게 적용하는 것이 불가능하진 않을 것이다.[121] 그러나 건축허가가 이루어지는 일선에서 이를 기대하기란 쉽지 않다. 명시적으로 「건축법」상 건축선 규제가 있음에도 건축선 규정을 제한적으로 적용하여 도로의 상·하부를 통과하는 건축물의 건축을 허가해 주는 것은 담당 공무원 입장에서는 부담으로 작용하기 때문이다. 그리고 이는 곧 입체도로 실현을 크게 제약하는 요소로 작용하게 된다.

일본과 독일은 건축선 적용의 예외와 관련하여 우리의 지구단위계획에 해당하는 지구계획, B-Plan을 적극적으로 활용하고 있다는 점 역시 주목할만하다. 우리도 지구단위계획과 연계된 건축선 적용 예외를 적극적으로 고려해볼 필요가 있다. 「국토계획법」은 지구단위계획의 내용으로서 건축선에 관한 계획도 포함되도록 정하고 있는바(법 제52조 제1항 제5호), 지구단위계획을 활용하여 건축선을 규율함으로써 입체도로 설치 시 방해요소를 제거해나갈 수 있을 것이다.

한다는 점(「도로법」 시행령 제55조 제5호) 등

121) 이와 관련해서는 **제4장 제2절 Ⅱ.**에서 구체적으로 살펴보도록 한다.

제 4 장 입체도로와 건축물의 관계

제 1 절 서설

도시의 전제가 되는 도로는 본래 도시공간들을 연결해나가는 교통시설이지만, 그것이 오히려 도시공간을 단절시킬 수도 있게 됨을 앞에서 살펴보았다. 이는 도로가 수용권 발동 내지 건축선 형성 등을 통해 건축을 제한하는 역할을 하게 되면서 생기는 결과이다. 도로와 건축물은 본래 서로 접하기만 할 뿐, 겹치지는 않던 것이었다.

그러나 입체도로는 건축물의 건축을 최소한으로 제한하면서 도로와 건축물이 양립할 수 있게 된다는 점에서 의의를 갖게 된다. 통상의 도로들이 건축물과 대립하는 양상을 보였다면, 입체도로의 경우는 도로의 상·하부 수직면에 건축물이 침범하여 건축되면서 건축물의 건축에 대하여 도로의 설치가 양보하는 양상을 보이는 것이다.

이하에서는 도로의 설치 및 유지·관리를 위해 건축물의 건축이 제한되는 일반원칙에 대하여 우선적으로 살핀 후, 입체도로 설치의 근거규정별로 입체도로의 설치가 어떻게 건축제한을 완화시키게 되는지를 살핀다. 그 과정에서 특히 「건축법」상의 건축선 규정 적용의 완화와 관련하여 입체도로와 관련하여 건축선 적용범위의 해석 문제를 상세히 살펴보도록 한다.

입체도로가 건축물의 건축제한을 완화하는 측면을 살펴본 후에는 입체도로 설치에 따른 건축허가요건의 적용을 살핀다. 이때 「국토계획법」상 건축허가요건, 「건축법」상 위험방지요건뿐만 아니라, 입체도로의 독자적인 위험방지요건에는 무엇이 있는지도 함께 살핀다. 끝으로는

입체도로 설치에 따른 권리관계의 변동 및 그 보상에 관한 제도들에 대해 살펴보도록 한다.

제 2 절 건축물의 건축제한 완화

Ⅰ. 도로의 설치 및 유지·관리를 위한 건축제한 원칙

1. 건축을 제한하는 요소들

도로가 건축을 제한하게 되는 요소들에는 크게 수용에 따른 건축물 철거, 행위제한 규정, 건축선 규정이 있다. 이들은 도로의 설치 및 유지·관리 단계에서 각각 작용하면서 건축물의 건축을 제한하게 된다. 그 작용의 양상을 간단히 살펴보면 다음과 같다.

(1) 도로 확보를 위한 건축물 철거의 원칙

도로의 설치를 위한 토지의 수용은 곧 그 토지 지상에 건축된 건축물의 철거를 예정한다는 점에서 건축물의 건축을 제한하게 된다.

(2) 도로 확보를 위한 건축행위제한의 원칙

도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이 있게 되면, 「국토계획법」 및 「도로법」의 행위제한 규정에 의하여 해당 도로부지에서는 건축물의 출현이 차단된다.

(3) 도로 확보를 위한 건축선 규제의 원칙

아직 유형의 도로가 존재하지 않는 도로의 설치 단계에서도 「건축법」상 건축선 규정에 의한 건축제한이 일어나게 된다. 「건축법」 제2조 제11호가 「건축법」상 도로에 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정만 있고 아직 형태를 갖추지 못한 예정도로도 포함시키고 있기 때문이

다. 예정도로가 「건축법」상 도로인 이상 그 예정도로 역시 「건축법」 제46조에 따라 건축선을 형성하게 되고, 동법 제47조에 따라 예정도로가 지나는 곳에는 건축물이 건축될 수 없게 된다. 따라서 도로의 설치 단계에서 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이 있게 되면, 건축선 규제를 통하여 인접 토지에서의 건축물 건축은 제한되게 된다.

(4) 도로 유지·관리를 위한 건축선 규제의 원칙

「건축법」 제47조에 따라, 유형의 도로가 설치된 후 유지·관리 단계에서도 건축선에 따른 건축 제한으로 인하여 당해 도로가 지나는 곳에는 건축물이 건축될 수 없게 된다.

2. 도로의 설치 단계에서의 건축제한 원칙

도로를 설치하기 위해선 부지의 확보가 필요한데, 「국토계획법」과 「도로법」은 모두 도로부지의 확보를 위해 「토지보상법」을 활용하고 있다. 「국토계획법」의 경우, 도시계획시설결정 이후 실시계획 인가를 통해 「토지보상법」상 사업인정 및 그 고시가 의제되고 사업시행자에게 수용권한이 부여됨을 앞에서 살펴보았다. 따라서 도시계획시설결정을 통해 설치되는 도시계획도로는 「토지보상법」상 수용을 통하여 부지를 확보하게 된다. 「도로법」상 도로의 경우도 마찬가지로 도로구역 결정의 고시로서 「토지보상법」상의 사업인정 및 그 고시가 인정되어 수용절차로 나아가게 된다(「도로법」 제82조).

토지의 수용은 곧 그 토지 지상에 건축된 건축물의 철거를 예정한다(‘도로 확보를 위한 건축물 철거의 원칙’). 토지수용위원회의 수용재결에 따라 토지소유권과 그 지상 건축물의 소유권이 사업시행자에게 수용되면, 사업시행자는 이후에 공사를 진행하면서 해당 건축물들을 철거를 가장 우선적으로 수행하게 되기 때문이다. 즉 「국토계획법」상 실시계획 인가 내지 도로구역 결정으로 인해 그 사업부지 상의 건축물들은 철거가

예정되는바, 도로는 그 설치 단계에서 건축물을 철거함으로써 건축을 제한하는 양상을 보인다.

한편, 「국토계획법」상 도시계획시설결정이 있게 되면 원칙적으로 그 사업부지의 지상 등에는 건축물 등의 설치가 제한됨 역시 앞에서 살펴보았다(법 제64조 제1항). 「도로법」의 경우, 도로구역 결정이 있게 되면 특별자치시장, 특별자치도지사, 시장·군수 또는 구청장의 허가가 있는 경우에만 예외적으로 건축물의 건축이 허용된다(법 제27조 제1항). 만약 도로구역 결정이 있음에도 불구하고 허가 없이 해당 구역에 건축물을 건축한 경우, 허가권자는 원상회복을 명할 수 있고 이를 이행하지 않으면 행정대집행법에 따른 대집행도 가능하다(동법 제27조 제7항). 따라서 도로의 설치 단계에서 있게 되는 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정으로 인하여, 해당 도로부지에서는 건축물의 출현이 차단되게 되는 것이다('도로 확보를 위한 건축행위제한의 원칙').

도로 설치에 의한 건축제한은 단순히 도로 설치의 사업부지 내부에서만 이루어지는 것이 아니다. 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정만 있고 아직 형태를 갖추지 못한 예정도로 역시 「건축법」상의 도로로 인정되는바(법 제2조 제11호), 건축선 규제를 통하여 그와 인접한 토지에 대하여도 건축물의 건축을 제한하게 되기 때문이다('도로 확보를 위한 건축선 규제의 원칙'). 이에 인접 토지에 건축되는 건축물은 건축선 규정에 따라 예정도로 방향으로 돌출되어 건축될 수 없게 된다. 이처럼 아직 유형의 도로가 나타나지도 않은 도로의 설치 단계에서부터 도로는 기존의 건축물을 철거하고 새로운 건축물의 출현을 차단하며, 인접 토지에서의 건축에도 영향을 주면서 건축물의 건축을 강하게 제한하게 된다.

3. 도로의 유지·관리 단계에서의 건축제한 원칙

도로가 공사를 통해 형태를 갖추고 난 이후인 도로의 유지·관리 단계

에서도 도로는 건축물의 건축을 지속적으로 제한해나간다. 앞에서 살펴보았듯 도시계획도로 및 「도로법」상 도로는 모두 「건축법」상 도로로 인정되어 건축허가요건으로서 건축물의 건축을 제한하게 된다. 특히 건축선에 따른 건축 제한을 통하여 도로가 지나는 곳에는 건축물이 건축될 수 없게 된다('도로 유지·관리를 위한 건축선 규제의 원칙').

한편, 「도로법」은 도로 구조의 파손 방지, 미관의 훼손 또는 교통에 대한 위험 방지를 목적으로 도로의 경계선에서 일정 거리 이내의 범위를 접도구역으로 지정할 수 있다고 정하고 있는데(법 제40조 제1항), 접도구역으로 지정된 곳에서는 건축물의 건축이 금지된다(동조 제3항 제2호). 이로써 유형의 도로가 지나는 곳뿐만 아니라 그 인근에까지 도로는 건축물의 건축을 제한하게 된다.

Ⅱ. 입체도로와 건축선 규정의 적용 완화

1. 「건축법」상 건축선 규정의 적용범위

건축선은 도로와 접한 부분에 건축물을 건축할 수 있는 선을 의미한다(「건축법」 제46조 제1항). 「건축법」은 건축물은 도로와 대지의 경계선인 건축선의 수직면을 넘어서 건축될 수 없다고 정하고 있다(법 제47조 제1항 본문). 다만, 「건축법」은 지표 아래 부분에 대하여는 건축선에 따른 건축제한 규정의 예외를 정하고 있는바(법 제47조 단서), 지상에 도로가 설치되어 있어도 그 지하로는 건축물이 건축될 수 있다. 이 경우에는 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률(이하 '공간정보관리법'이라 한다)」에 따른 하나의 필지가 건축물의 대지가 되는 것이 아니라, 행정청이 따로 정한 토지가 건축물의 대지가 된다(「건축법」 제2조 제1항 제1호 단서, 시행령 제3조 제1항 제5호).

이외에는 「건축법」이 특별히 건축선에 따른 건축제한의 예외를 정하고 있지 않으므로, 건축물이 지하에 위치하는 경우가 아니라면 일응 건축선에 따른 건축제한 규정이 항상 적용된다고 보아야 할 것이다. 따라서 건축선에 따른 건축제한 규정을 매우 엄격하게 적용한다면, 도로가 지표면에 위치하고 그 위로 건축물이 지나거나, 도로가 공중에 위치하고 그 하부에 건축물이 위치하거나, 도로가 공중에서 건축물을 관통하여 지나는 것은 모두 건축선에 따른 건축제한 규정에 의해 불가능하다고 보아야 한다.

2. 입체도로가 설정하는 건축선

「건축법」을 비롯하여 입체도로를 규율하는 「국토계획법」이나 「도로법」은 모두 입체도로의 설치 및 운영에 있어서 「건축법」상 건축선에 따른 건축제한 규정을 적용하지 않는다는 별도의 조문을 두고 있지 않다. 그럼에도 불구하고, 입체도로의 설치 및 운영에 있어서 건축선에 따른 건축제한 규정을 제한적으로 적용할 수 있다는 해석이 전혀 불가능한 것은 아니다. 이하에서는 입체도로의 설치에 있어서 건축선에 따른 건축제한 규정를 완화하여 적용할 수 있는 해석의 근거들을 살핀다.

(1) 건축선의 전제

「건축법」은 '도로와 대지의 경계선'을 건축선으로 정하고 있다(법 제46조 제1항). 이에 「건축법」상 대지의 개념정의가 우선 문제될 것이다. 「건축법」상 대지는 건축물이 건축되는 건축단위로서 건축허가를 위한 기본요소가 된다.[122] 「건축법」은 대지를 「공간정보관리법」에 따라 각 필지로 나눈 토지라고 정의하고 있다(법 제2조 제1항 제1호).

「공간정보관리법」은 필지를 구획함에 있어서, 토지의 '지상'에 경계

122) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 51면

점을 정하고 그 점들을 이어서 그린 선을 필지의 경계로 정하고 있다. 이때 '지상'이란, 「공간정보관리법」 및 그 하위법령의 규정들을 고려했을 때 '지표면'을 의미하는 것이 비교적 자명하다.[123] 토지는 지표면 상에 그려진 경계선에 따라 필지로 구획되고, 각각의 필지가 「건축법」상 대지가 되는 것이다. 즉 대지의 경계선은 지표면 상에 그려진다.

대지의 경계선이 지표면에 그려지는 것이라면, '도로와 대지의 경계선'으로 정해지는 건축선 역시 지표상에 그려지는 것으로 해석하는 것이 합리적이다. 나아가, 대지의 경계와 도로의 경계가 접해야 건축선이 그려지는 것이므로, 「건축법」상 건축선을 형성하는 도로는 지표면 상의 도로인 것이라고 해석할 수 있다. 즉 현행 「건축법」은 건축선을 형성하는 도로의 설치 위치를 지표면으로 전제하고 있는 것으로 이해된다.

(2) 입체도로가 공중에 위치한 경우의 건축선

건축선 규정이 지표면 상의 도로를 전제로 하고 있는 것이라면, 도로가 공중에 위치하는 경우에는 건축선 규정이 어떻게 작용하게 되는지가 문제된다. 대지의 경계는 지표면 상에 위치하는 반면, 고가도로는 공중에 위치하고 있어 도로와 대지가 물리적으로 접하지 않고 있기 때문이다. 이와 관련해서는, 건축선을 형성하는 「건축법」상 도로의 범위에 유형의 도로뿐만 아니라 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이 있는 영역도 포함되는 것인지가 문제된다.

유형의 도로가 공중에 위치하는 경우, 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정의 영역은 도로가 놓인 수직 공간 전체에 존재하는 것이어서 그 영역의 경계선이 지표면 상에 그려지게 된다. 즉 위 영역이 「건축법」상 도로의 범위에 포함되는 것이라고 볼 경우, 지표면에서 도로와 대지

---

123) 대표적으로, 「공간정보관리법」의 하위법령인 「수치지도 작성 작업규칙」은 경계복원측량과 관련하여 '지표상에 복원할 토지의 경계점'이라는 표현을 쓰고 있다(규칙 제24조 제2항).

의 경계선이 접할 수 있게 된다. 따라서 「건축법」상 도로의 범위에 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이 있는 영역도 포함되는 것인지 여부는 고가도로의 건축선 형성 여부 판단에 있어서 중요한 쟁점이 된다.

(i) 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이 있는 영역도 「건축법」상 도로의 범위에 포함된다고 보는 경우

「건축법」상 도로는 형체적 요소뿐만 아니라 의사적 요소도 요구하고 있음을 **제2장 제3절 Ⅱ. 2. (2)**에서 살펴보았다. 이에 건축선을 정의하는 「건축법」 제46조 제1항의 '도로와 대지의 경계선'에서 '도로'를 유형의 도로로 한정하지 않고, 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이 있는 영역도 포함되는 것이라고 해석할 수 있다.

'입체적 결정' 내지 '입체적 도로구역 지정'이 아니라 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정을 통해 고가도로가 설치되는 경우, 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이 이루어진 영역의 경계는 원칙적으로 지표면 상에 그려지게 된다. 이에 위 결정이 이루어진 영역도 「건축법」상 도로에 해당한다는 해석에 따르면, 지표면 상에 그려진 그 영역의 경계는 곧 「건축법」상 도로의 경계가 된다.

따라서 도로가 공중에 위치하고 있더라도, 위 결정 영역의 경계가 지표면 상에서 대지의 경계와 만나게 되어 건축선을 형성하게 된다. 이로써 고가도로 부지 인근의 토지소유자는 고가도로의 하부 공간에 대하여도 「건축법」 제47조 제1항에 따라 건축물을 돌출되게 건축할 수 없게 되는 것이다.

한편, '입체적 결정' 내지 '입체적 도로구역 지정'을 통해 고가도로가 설치된 경우, 그 결정이 이루어진 영역은 공중에 존재하는 것이어서 지표면 상에 그 영역의 경계가 그려지지 않는다. 따라서 이와 같은 입체도로의 경우에는 건축선이 형성되지 않는다고 보아야 한다. 다만, 이 경우

에도 건축물로부터 발생하는 위험을 방지하기 위함이라는 「건축법」의 목적[124]을 고려한다면, 공중의 입체도로의 도로면으로부터 일정 높이 범위 내에 한하여는 건축물이 건축될 수 없다는 점은 적용될 필요가 있다. 그 높이 기준은 아래의 (4)에서 살펴볼 높이 기준과 크게 다르지 않을 것이다.

(ii) 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이 있는 영역은 「건축법」상 도로의 범위에 포함되지 않는다고 보는 경우

「건축법」상 도로는 오로지 유형의 도로 혹은 예정도로만이 해당하고, 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이 있는 영역까지 그 공간범위로 포함하는 것은 아니라고 해석할 여지도 있다. 즉 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이라는 의사적 요소는 단지 「건축법」상 도로의 성립을 위한 절차요건에 불과한 것이고, 「건축법」상 도로는 오로지 그러한 절차요건을 거쳐 설치된 유형의 도로 혹은 설치될 예정도로인 것으로 보는 것이다.

이러한 해석에 따를 경우, 고가도로가 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정을 통해 설치되었든, '입체적 결정' 내지 '입체적 도로구역 지정'을 통해 설치되었든 간에, 「건축법」상 도로는 오로지 공중에 존재하는 고가도로에 한정되므로, 도로의 경계가 지표면 상에 그려지지 않게 된다. 따라서 고가도로의 경계가 지표면 상에 그려진 대지의 경계와 물리적으로 접할 수 없는바 건축선이 형성하지 않는다. 다만, 필지 경계선이 그려지는지 여부에 따라서 고가도로 하부 공간으로의 건축이 제한될 수는 있다. 이는 건축선의 문제는 아니고, 토지소유권의 문제이다.

「공간정보관리법」에 따른 필지는 민사법상 소유권의 단위로, 공법상 건축허가의 대상이 되는 토지단위인 「건축법」상 대지와는 그 법적 성격이 다르다.[125] 그럼에도 「건축법」이 하나의 필지가 하나의 대지가

124) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 8면

되도록 원칙을 정한 것은 건축단위와 민사상 토지소유권이 균형을 유지하도록 하기 위함이라고 할 수 있다.[126] 나아가, 「건축법」은 건축허가 신청 시 대지의 소유권을 증명하는 서류를 제출하게 하고 있는데, 이 역시 소유권의 객체인 필지와 건축허가의 요건인 대지의 관계를 일치시키려는 노력으로 이해된다.[127]

도로의 설치를 위하여 「국토계획법」상 도시계획시설결정 내지 「도로법」상 도로구역 결정이 있게 되면, 종국적으로 그 결정이 있은 영역의 경계에 새로운 필지 경계선이 그려져 필지가 분할되게 되는데, 이는 도로부지의 소유권을 새롭게 만들어내기 위함이다. 도로를 설치하는 사업시행자는 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이 된 부분에 대하여 토지소유권을 수용하게 되는데, 일단의 필지 일부에 대하여 수용이 있게 되면, 소유권의 구분을 위해 새롭게 필지 경계선이 그려지는 것이다.

즉 새롭게 그려진 필지 경계선의 내측은 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이 있은 영역으로 사업시행자의 소유가 되고, 필지 경계선의 외측은 기존 토지소유자의 소유권이 유지되게 된다.[128] 이는 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정을 통해 도로가 공중에 설치되는 경우에도 마찬가지다. 고가도로의 하부 공간 역시 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이 있은 범위 내에서 토지소유권이 수용되어 도로부지의 소유권에 변동이 일어나기 때문이다.

도로가 공중에 위치하더라도, 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정이 이루어진 영역의 경계를 따라 새로운 필지 경계선이 지표면 상에 그려지

---

125) 배기철, “한·일 도시계획법과 지적의 비교연구 - 건축허용성과 건축단위를 중심으로-”, 서울대학교 박사학위 논문(2021), 133면
126) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 51면
127) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 51면
128) 「토지보상법」은 새롭게 그려진 필지 경계선 외측의 토지로서 기존 토지소유자의 소유권이 유지되는 부분을 ‘잔여지’라고 명명하며, 그 보상에 관한 사항을 정하고 있다(법 제73조 제1항).

면, 그 경계선 내부는 사업시행자 소유의 토지가 된다. 타인소유의 토지를 침범하여 건축물을 건축하는 것은 허용되지 않으므로, 고가도로 부지 인근의 토지소유자는 고가도로의 상·하부 공간에 대하여 건축물을 돌출시켜 건축할 수 없게 된다. 고가도로 설치에 따라 새로이 그려진 필지 경계선은 비록 건축선은 아니지만, 마치 건축선과 같은 역할을 하게 되는 것이다.

한편, 「국토계획법」상 '입체적 결정' 내지 「도로법」상 '입체적 도로구역 지정'을 통해 설치되는 입체도로의 경우, 토지소유권에는 영향을 주지 않고 단지 그 설치범위 내에서만 토지소유자의 사용권을 제약하는 것에 불과하다. 따라서 입체도로의 설치에도 불구하고 기존 토지의 토지소유권에는 아무런 변동도 없게 된다. 사업시행자는 구분지상권을 설정받는 것만으로도 충분하므로, 해당 부지의 소유권을 취득해야 할 필요성도 없어진다. 따라서 소유권을 표상하는 필지의 경계선이 새로이 그려질 필요가 없다.

공중에 입체도로가 설치되어도 필지 경계선의 변화가 없고, 기존 필지들의 소유권이 그대로 유지되는 것이라면, 그 필지의 소유자는 여전히 자신의 필지를 대지로 하여 건축물의 건축을 위한 건축허가를 신청할 수 있다. 입체도로의 설치에도 불구하고 건축허가의 토지단위가 되는 대지의 경계선은 아무런 변화가 없는 것이다. 다만, 이 경우에도 건축물로부터 발생하는 위험을 방지하기 위함이라는 「건축법」의 목적을 고려하여, 공중의 입체도로의 도로면으로부터 일정 높이 범위 내에 한하여는 건축물이 건축될 수 없다고 보아야 한다.

(3) 입체도로가 지하에 위치한 경우의 건축선

입체도로가 지하에 위치하고 그 지상공간에 건축물이 위치하는 경우에도 위 (2)의 논의 및 해석이 그대로 적용될 수 있을 것이다.

(4) 입체도로가 지표면 상에 위치한 경우의 건축선

건축선 규제 규정이 지표면 상에 위치한 도로를 전제로 하고 있는 만큼, 도로가 「국토계획법」상 '입체적 결정' 내지 「도로법」상 '입체적 도로구역 지정'을 통해 지표상에 설치된 경우, 그 상부에 건축물이 건축되는 것은 제한된다고 보는 것이 타당할 것이다. 그러나 건축물로부터 발생하는 위험의 방지라는 「건축법」의 목적을 고려한다면, 건축선에 따른 건축제한 규정을 완화하여 적용할 여지가 없는 것도 아니다.

건축선에 따른 건축제한 규정의 취지가 건축물이 도로 상부로 돌출되어 설치될 경우 발생하게 될 도로 교통상의 위험을 방지하기 위함이라면, 그러한 위험발생 가능성이 전혀 없는 경우에는 국민의 권익보호 및 규제완화의 차원에서 이를 완화하여 적용할 필요성도 있기 때문이다. 가령, 도로 포장면으로부터 수십 미터 떨어진 높이에 건축물의 일부분이 돌출되어 있다고 하더라도, 그러한 건축물의 돌출이 도로 교통에 위험을 야기하게 된다고 보기는 어려울 것이다.

다만, 이렇게 해석하는 경우에는 도로 교통의 위험을 야기하지 않는 높이 기준을 정해야 하는 문제가 발생하게 된다. 이와 관련하여 「건축법」은 이미 그 높이 기준 선정에 참고할만한 조문을 갖추고 있다. 도로면으로부터 높이 4.5미터 이하의 범위에서는 출입구, 창문, 그 밖에 이와 유사한 구조물을 열고 닫을 때도 그 구조물들이 건축선의 수직면을 넘지 못하도록 정하고 있는 「건축법」 제47조 제2항이 바로 그러하다.

「건축법」 제47조 제2항을 반대해석해보면, 도로면으로부터 높이 4.5미터를 초과하여서는 출입구, 창문 등의 구조물을 열었을 때 그 구조물이 건축선의 수직면을 넘어 돌출되어도 도로 교통상에 위험이 야기되지 않는다는 것으로 이해된다. 그렇다면, 출입구, 창문 등과 달리 상시 고정돼 있게 되는 구조물의 경우, 4.5미터보다는 조금 더 상향된 높이 기준을 적용하여 도로에의 돌출을 허용해도 문제되지 않을 것으로 예상된다.

도로가 지표면에 위치하는 경우 건축선에 따른 건축제한 규정을 통해 도로의 상부 공간으로는 건축물이 위치할 수 없는 것이 원칙이다. 그러나 위험발생 가능성이 없는 예외적인 경우에는, 건축선의 규제 목적에 반하지 않는 범위 내에서 건축제한 규정을 탄력적으로 적용할 수 있다고 볼 여지가 있다. 즉 도로면으로부터 높이 4.5미터 이상의 어느 일정 높이까지는 건축선에 따른 건축제한 규정이 적용되나, 그 높이 기준을 초과하여서는 건축제한 규정의 적용을 완화할 수 있다고 해석해볼 수 있을 것이다.

한편, 건축선 규정에는 도시계획법적 허가요건 측면도 존재한다는 점에서,[129] 건축물로부터 발생하는 위험방지 측면뿐만 아니라 토지의 합리적 이용으로서 도시 내 도로의 교통기능 보장 측면도 함께 고려되어야 한다. 즉 「건축법」 제47조 제2항은 도로의 교통기능 보장을 위한 취지도 있는 것이어서, 도로면으로부터 4.5미터 이상 떨어진 높이에 건축물이 있는 경우는 반대해석상 도로 안전에 위험이 되지 않을 뿐 아니라 원활한 도로 교통에도 지장을 주지 않는 것으로 볼 수 있다. 이처럼 건축선 규정의 도시계획법적 요소를 고려하더라도, 마찬가지로 건축선 규정을 완화하여 적용할 여지가 있다.

과거 도로점용허가를 통해 지표상의 도로 위에 건축된 건축물인 세운상가와 낙원상가는 이러한 해석의 가능성을 시사하고 있다. 해당 건축물들의 건축 당시에도 「건축법」은 건축선에 따른 건축제한 규정을 마련하고 있었지만, 도로점용허가에 따라 도로의 상부 공간에 건축물을 건축함에 있어서 건축선 규제 규정이 전혀 작동하지 않았다. 세운상가 및 낙원상가의 하부 도로공간으로는 여전히 차량의 통행이 원활하게 이루어지고 있다. 지표면 상의 도로면으로부터 충분한 층고를 확보하여 건축물을 건축하였기 때문에 도로면 상부 공간에 위치한 건축물로 인하여 어떠한

129) 이와 관련해서는 **제4장 제3절 Ⅰ. 1.**에서 구체적으로 살펴보도록 한다.

위험이 발생하고 있지도 않다. 즉 세운상가와 낙원상가는 일찍이 건축선 규제의 완화적 적용의 가능성을 시사해오고 있던 것이다.

Ⅲ. 입체도로 설치에 따른 건축제한 완화

1. 입체적 결정에 따른 건축제한 완화

(1) 건축물이 입체도로에 선행하여 건축된 경우

이미 비도시계획시설인 건축물이 있는 대지 상에 입체도로가 「국토계획법」상 '입체적 결정'을 통해 설치되는 경우, **제4장 제2절 Ⅰ. 1. (1)**에서 살펴본 도로의 확보를 위한 건축물의 철거가 불필요하다. '입체적 결정'으로 입체도로를 설치하게 될 경우, 설치부지에 대한 사인의 토지소유권이나 기존 건축물의 존재가 도로의 설치부지 확보에 아무런 장애가 되지 않기 때문이다. 즉 '입체적 결정'을 통하여 사인의 토지소유권과 기존 건축물을 그대로 둔 채 구분지상권의 설정·이전만으로 입체도로를 설치할 수 있는바, 이러한 입체도로의 설치는 '도로 확보를 위한 건축물 철거의 원칙'의 예외가 된다.

(2) 입체적 결정 후 유형의 도로 설치 전 건축물이 건축되는 경우

'입체적 결정'이 선행한 후 아직 유형의 입체도로가 설치되기 전에 비도시계획시설인 일반 건축물이 건축되려는 경우는 **제4장 제2절 Ⅰ. 1. (2)**에서 살펴본 '도로 확보를 위한 건축행위제한의 원칙'이 적용되지 않는다. '입체적 결정'으로 인해 도시계획시설결정이 된 공간은 해당 부지의 수직 공간 중 일부에 불과하므로, 「국토계획법」 제64조 제1항에 따르더라도 나머지 수직 공간에서의 건축행위는 제한되지 않는 것이다.

또한, **제4장 제2절 Ⅰ. 1. (3)**에서 살펴본 '도로 확보를 위한 건축선 규제의 원칙'도 적용되지 않게 된다. **제4장 제2절 Ⅱ. 2.**에서 살펴본 건

축선 규제의 완화적 해석에 따르면, 장래에 설치될 입체도로의 수직면을 넘어서도 건축물이 건축될 수 있게 된다. 다만, 장래에 설치될 입체도로의 교통과 안전에 지장을 주는 범위, 즉 도로면으로부터 4.5미터 이상의 일정 높이 범위까지는 도로 확보를 위한 건축제한 원칙이 적용된다고 보아야 할 것이다.

(3) 입체도로 설치 후 건축물이 건축되는 경우

'입체적 결정'을 통해 유형의 입체도로가 설치된 이후의 경우, **제4장 제2절 Ⅰ. 1. (4)**에서 살펴본 '도로의 유지·관리를 위한 건축선 규제의 원칙'의 예외가 된다. **제4장 제2절 Ⅱ. 2.**에서 살펴본 바에 따라 건축선에 따른 건축제한 규정을 완화하여 해석하면, '입체적 결정'을 통해 설치된 유형의 입체도로 상·하부에 건축물이 건축될 수 있게 된다. 다만, 이 경우에도 역시 입체도로의 교통과 안전에 지장을 주지 않는 범위에 한해서만 건축이 제한되지 않는다고 할 것이다.

2. 공간적 범위 결정에 따른 건축제한 완화

도시계획도로의 설치를 위한 도시계획시설결정이 있은 후 아직 유형의 도로가 설치되기 이전이라면, 원칙적으로 「국토계획법」 제64조 제1항 본문에 따라 건축물의 건축행위는 제한되어야 한다. 또한, 「건축법」은 예정도로 역시 「건축법」상 도로로 인정하고 있으므로(법 제2조 제1항 제11호), 건축선에 따른 건축제한 규정 역시 적용된다. 그러나 입체도로가 '공간적 범위 결정'을 통해 설치되는 경우, 아직 유형의 도로가 설치되지 않은 단계에선 **제4장 제2절 Ⅰ. 1.**의 **(2)**와 **(3)**에서 살펴본 '도로 확보를 위한 건축행위제한의 원칙' 및 '도로 확보를 위한 건축선 규제의 원칙'이 적용되지 않는다.

「국토계획법」과 「건축법」은 도로의 확충을 위하여 도로가 설치될 예정인 곳에서는 건축행위를 제한하고 있지만, '공간적 범위 결정'이 있

게 되면, 장래에 들어설 도로의 상·하부 공간에 건축물이 건축될 수 있게 되는바(「국토계획법」 시행령 제61조 제1호), 이는 도로의 확보를 위한 건축제한 원칙들의 예외가 되는 것이다. 다만, 공간적 범위가 결정된 도시계획도로의 교통과 안전에는 지장을 주어서는 안 되므로, 지장을 주지 않는 범위에 한해서만 건축제한 원칙들의 예외가 된다고 할 것이다.

'공간적 범위 결정'을 통해 이미 유형의 입체도로가 설치된 이후의 경우는 **제4장 제2절 Ⅰ. 1. (4)**에서 살펴본 '도로의 유지·관리를 위한 건축선 규제의 원칙'의 예외가 된다. '공간적 범위 결정'을 통해 유형의 입체도로 상·하부에 건축물이 건축될 수 있게 되는바, 이는 도시의 유지·관리를 위한 건축제한의 예외가 되는 것이다. 다만, 이 경우에도 역시 공간적 범위가 결정된 입체도로의 교통과 안전에 지장을 주지 않는 범위 한에서만 건축제한의 예외가 된다고 할 것이다.

한편, '공간적 범위 결정'의 경우 도시계획시설 부지 전체에 대하여 도시계획시설결정이 선행되어 기존 토지소유자의 소유권 박탈이 이루어지게 된다. 따라서 기존 토지소유자의 소유권을 박탈하지 않고 구분지상권 설정을 통해 입체도로를 설치하게 되는 '입체적 결정'의 경우와 달리, '공간적 범위 결정'으로 입체도로를 설치하는 경우는 **제4장 제2절 Ⅰ. 1. (1)**에서 살펴본 '도로 확보를 위한 건축물 철거의 원칙'의 예외가 되지 못한다.

3. 「도로법」상 입체도로 설치에 따른 건축제한 완화

(1) 입체적 도로구역 지정의 경우

「도로법」상 '입체적 도로구역 지정'이 있게 되면 「국토계획법」상 '입체적 결정이 있는 것'으로 의제됨을 앞에서 살펴보았다. '입체적 도로구역 지정'을 통해 입체도로가 설치되는 경우, '입체적 결정'의 경우와 마찬가지로 **제4장 제2절 Ⅰ. 1. (1)**에서 살펴본 '도로 확보를 위한 건축물

철거의 원칙'의 예외가 된다. 입체적 도로구역으로 지정된 경우, 구분지상권의 설정·이전 등을 통해 입체도로가 설치되게 되며, 부지 확보를 위한 건축물의 철거는 불필요하기 때문이다.

또한, '입체적 도로구역 지정' 후 도로를 보호하기 위한 최소한도의 범위에서만 도로보전입체구역이 지정되게 되는데, 이 구역 밖에서는 '입체적 결정'의 경우와 마찬가지로 입체도로의 상·하 공간에 건축물이 건축될 수 있다. 이러한 점에서 **제4장 제2절 Ⅰ. 1.**의 (2), (3), (4)에서 각 살펴본 '도로 확보를 위한 건축행위제한의 원칙', '도로 확보를 위한 건축선 규제의 원칙', '도로 유지·관리를 위한 건축선 규제의 원칙'의 예외가 된다.

(2) 도로점용허가의 경우

도로점용허가의 경우, 도로구역이 결정된 상태 혹은 도로가 설치되어 존재하는 상태에서 그 도로구역 내지 유형의 도로의 상·하부로 사인의 건축물 건축을 허용한다는 점에서 「국토계획법」상 '공간적 범위 결정'과 유사하다. 따라서 '공간적 범위 결정'에서와 마찬가지로, **제4장 제2절 Ⅰ. 1.**의 (2), (3), (4)에서 살펴본 '도로 확보를 위한 건축행위제한의 원칙' 및 '도로 확보를 위한 건축선 규제의 원칙', '도로의 유지·관리를 위한 건축선 규제의 원칙'이 적용되지 않는다.

한편, 도로점용허가는 '공간적 범위 결정'의 경우처럼 이미 도로구역 결정이 선행되어 기존 토지소유자의 소유권 박탈을 전제로 하고 있다. 따라서 입체도로의 설치 근거가 되는 도로점용허가 제도는, **제4장 제2절 Ⅰ. 1. (1)**에서 살펴본 '도로 확보를 위한 건축물 철거의 원칙'의 예외로 기능하지는 않는다.

제 3 절 건축허가요건의 적용

Ⅰ. 건축허가요건을 규율하는 법률

1. 「건축법」이 규율하는 건축허가요건

(1) 건축경찰법과 「건축법」

행정법학에서의 '경찰'이란 공동체의 안전 및 질서를 유지함으로써 국민의 생명·신체를 보호하기 위한 행정작용을 의미한다.[130] 경찰법 중 하나인 건축경찰법은 붕괴, 추락, 화재 등 건축물로부터 발생하는 위험을 방지하기 위하여 건축할 권리를 제한하는 법률이며, 건축경철법의 기능을 담당하는 우리의 실정법은 「건축법」이다.[131] 「건축법」은 건축허가 제도를 통해 위험한 건축물의 출현을 방지하고 있으며, 건축허가요건으로서 위험방지요건, 위생요건 등을 정하고 있다.[132]

(2) 「건축법」상 건축허가의 허가요건

「건축법」이 정하는 위험방지요건에는 구조의 안전, 방화요건, 피난요건, 대지의 안전, 난간의 설치, 피뢰설비의 설치 등이 있으며, 이는 주로 직접적인 재난에 대비하기 위한 요건이다.[133] 한편, 「건축법」은 건축허가요건으로서 위생요건 역시 정하고 있다. 위생요건은 건축물의 위생 및 환경기준을 확보하여 건축물을 사용하는 자의 건강상 위해를 방지하기 위한 것이므로 이 역시 전통적인 경찰법의 영역에 속하는 것으로 볼 수 있다.[134]

「건축법」은 이러한 요건들을 시행령과 시행규칙뿐만 아니라, 「건축물의 구조기준 등에 관한 규칙」, 「건축물의 피난·방화구조 등의 기준

---

130) 김동희, 행정법Ⅱ(제23판), 박영사, 2017, 189면
131) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 25면 이하
132) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 110면 이하
133) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 55면 이하
134) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 55면

에 관한 규칙」, 「건축물의 설비기준 등에 관한 규칙」 등에도 위임함으로써 그 내용을 구체적으로 정하고 있다. 시대에 따른 건축 기술의 빠른 변화와 전문성의 심화를 고려했을 때 이러한 위임은 불가피한 것으로 보인다.

한편, 우리 「건축법」은 상당기간 동안 도시계획법의 기능을 중첩적으로 수행해왔기에 「건축법」이 규율하고 있는 허가요건에는 도시계획법적 허가요건들 일부가 여전히 남아있다.[135] **제2장 제3절 Ⅱ. 2.**에서 살펴본 도로와 관련된 「건축법」상 건축허가요건들이 대표적이다. 이 요건들은 도시의 환경과 관련이 크므로, 도시계획법적 허가요건에 가까워 보인다.[136] 다만, 건축물의 사용이 도로이용에 위험을 초래하는 것을 방지하고, 화재시 소방차량이 진입할 수 있도록 하는 등의 측면에서는 여전히 위험방지요건의 성격도 가지고 있다고 볼 수 있다.[137]

그 외에도 「건축법」상 도시의 환경과 관련한 건축허가요건으로는 일조권 관련 요건(「건축법」 제61조), 조경 관련 요건(동법 제42조), 공개공지 관련 요건(동법 제43조) 등이 있다.[138] 이러한 요건들 역시 도시계획법적 성격이 강한 요건들이지만, 여전히 「건축법」상 건축허가요건으로 남아있다.

(3) 「건축법」상 건축허가의 법적 성질

대법원 판례는 전통적으로 「건축법」상 건축허가를 기속행위라고 판시해오고 있으나,[139] 중대한 공익이 있는 경우 건축허가를 거부할 수 있다고 하여 이른바 기속재량행위와 같이 판시하는 판례도 존재한다.[140]

---

135) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 28면-29면
136) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 77면-78면
137) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 77면-78면
138) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 94면 이하
139) 대법원 1987. 3. 10. 선고 85누942 판결, 대법원 1989. 3. 28. 선고 88누10541 판결 등
140) 대법원 1992. 12. 11. 선고 92누3038 판결, 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002

이와 관련하여 「건축법」상 건축허가에도 재량이 인정되는 것으로 보는 견해가 있다.[141] 그러나 지배적인 견해는 기속재량행위의 개념을 인정하지 않으면서 「건축법」상 건축허가는 원칙적으로 기속행위에 해당한다고 본다.[142]

「건축법」은 모든 건축행위를 금지하되 건축허가요건을 충족하는 건축물의 경우에는 그 금지를 해제할 법적 의무를 행정청에게 부여하고 있는바, 건축허가요건을 충족한 위험하지 않은 건축물이라면 행정청은 「건축법」을 근거로 그 출현을 막을 수 없게 된다.[143] 따라서 행정청의 건축허가는 원칙적으로는 행정법학에서의 강학상 허가에 해당하며, 기속행위라고 보아야 한다. 다만, 대규모 건축물의 건축, 「국토계획법」상 개발행위를 포함하는 건축, 개발제한구역 내에서의 건축 등의 경우에만 그에 대한 건축허가를 재량행위로 해석하는 것이 타당할 것이다.[144]

2. 「국토계획법」이 규율하는 건축허가요건

(1) 도시계획법과 「국토계획법」

행정법학에서 도시계획법은 토지의 합리적 이용을 목적으로 건축물의 입지 및 용도와 형태를 규제하게 되는데,[145] 도시계획법의 기능을 하는 우리의 실정법은 「국토계획법」이다. 「국토계획법」은 '건축물의 건축'에 대해서도 「국토계획법」상 개발행위허가를 받아야 한다고 정하고 있다(법 제56조 제1항 제1호). 「국토계획법」 역시 개발행위허가 속에 건

두7043 판결, 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두8946 판결 등

141) 우미형, "건축행위 허가의 법적 성격", 강원법학 제62권(2021. 2.)

142) 김동희·최계영, 행정법 I (제26판), 박영사, 2021.,
김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018. 등

143) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 110면 이하

144) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 110면 이하

145) 김종보·박건우, "국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성", 행정법연구 제64호(2021. 3.), 55면

축허가 제도를 운영하고 있는 것이다. 이하에서는 「국토계획법」 제56조 제1항 제1호의 '건축물의 건축'에 대한 개발행위허가를 '「국토계획법」상 건축허가'로 기술하도록 한다.

(2) 「국토계획법」상 건축허가의 허가요건

「국토계획법」상 건축허가 제도 역시 「건축법」과 마찬가지로 건축물의 건축행위를 통제하는 기능을 하나, 토지의 합리적 이용을 위한 건축물의 용도제한과 형태제한을 허가요건으로 정하고 있다는 점에서 위험방지를 목적으로 하는 「건축법」과는 차이가 있다.[146] 「국토계획법」상 건축허가는 용도제한으로서 토지 내 건축물의 허용용도 등을 정하고 있으며, 형태제한으로서 건폐율·용적률·높이제한 등을 정하고 있다.[147]

(3) 「국토계획법」상 건축허가의 법적 성질

대법원 판례는 「국토계획법」상 건축허가와 그 밖의 다른 개발행위허가들을 구분하지 않고, 「국토계획법」 제56조의 개발행위허가를 모두 재량행위로 보고 있다.[148] 개발행위허가의 허가기준 및 금지요건을 규율하는 「국토계획법」 제58조 제1항 제4호 및 제3항, 시행령 제56조 제1항 [별표 1의2] 등이 불확정개념으로 규정된 부분이 많다는 이유에서다. 이에 대하여 개발행위허가 중 토지형질변경허가는 재량행위이나, 「국토계획법」상의 건축허가는 「건축법」상 건축허가와 마찬가지로 원칙적으로 기속행위에 해당한다는 견해가 있다.[149]

3. 「건축법」과 「국토계획법」의 관계

---

146) 김종보, "건축법과 「도시계획법」의 관계", 공법연구(1998. 6.), 333면 이하
147) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 9면-10면
148) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결, 대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결 등
149) 김종보·박건우, "국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성", 행정법연구 제64호(2021. 3.), 66면

(1) 「건축법」상 건축허가에 의제되는 「국토계획법」상 건축허가

「건축법」과 「국토계획법」은 별개의 목적으로 건축허가요건과 건축허가를 정하고 있는 것이므로 도시계획이 존재하는 곳에서 건축주는 건축물을 건축하기 위하여 「건축법」상 건축허가와 「국토계획법」상 건축허가를 모두 받아야 한다.[150] 이때 「건축법」상 건축허가를 받으면 「국토계획법」 제56조에 따른 개발행위허가를 받은 것으로 의제되게 되는데(「건축법」 제11조 제5항 제3호), 「국토계획법」 제56조의 개발행위허가에는 「국토계획법」상 건축허가가 포함되는바(법 제56조 제1항 제1호) 양 건축허가의 관계가 문제된다.

「국토계획법」상의 건축허가는 법체계상 당연히 「건축법」상 건축허가에 포함되어야 하는 처분으로서 의제되는바, 「국토계획법」상 건축허가는 「건축법」상 건축허가와 분리해서 별도의 절차로 신청·발급될 수 없다고 보아야 한다.[151] 따라서 「건축법」상 건축허가를 신청하는 건축주는 그와 별개의 절차로 「국토계획법」상 건축허가를 신청할 수는 없는 것이다. 「건축법」상 건축허가 신청을 받은 행정청은 「국토계획법」상의 건축허가요건을 함께 검토하여 「건축법」상 건축허가에 「국토계획법」상 건축허가를 의제하여 발급해야 한다.[152] 이러한 점은 최근의 대법원 판례에 의해서도 확인되었다.[153]

---

150) 김종보, “건축법과 「도시계획법」의 관계”, 공법연구(1998. 6.), 333면 이하

151) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 125면 이하

152) 반면, 「국토계획법」 제56조의 개발행위허가 중 토지형질변경허가의 경우는 「건축법」상 건축허가에 당연히 포함되는 처분이 아니므로, 그것의 「건축법」상 건축허가에의 의제는 절차간소화를 위한 의제가 된다. 따라서 건축주는 토지형질변경허가를 「건축법」상 건축허가에 의제시키지 않고, 별도로 토지형질변경허가만을 신청할 수 있다.
김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 128면 이하

153) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결 :
“건축주가 건축물을 건축하기 위해서는 「건축법」상 건축허가와 「국토계획법」상 개발행위(건축물의 건축) 허가를 각각 별도로 신청하여야 하는 것이 아니라, 「건축법」상 건축허가절차에서 관련 인·허가 의제 제도를

즉 도시계획이 존재하는 곳에서 건축물을 건축하기 위해서는 건축주는 「건축법」상 건축허가를 신청하게 되고, 신청을 받은 행정청은 「건축법」상의 건축허가요건(위험방지요건 등) 뿐만 아니라 「국토계획법」상의 건축허가요건(용도제한, 형태제한)도 함께 검토하게 된다. 건축주의 건축허가신청이 양 법이 정하는 건축허가요건을 모두 충족하였다면, 행정청은 「건축법」상의 건축허가에 「국토계획법」상의 건축허가를 포함시켜 발급하게 되는 것이다.[154]

(2) 「국토계획법」상 건축허가 의제와 「건축법」상 건축허가의 법적 성질

대법원 판례는 「건축법」상 건축허가는 기속행위이지만, 법령에 의해 의제되는 인·허가가 재량행위인 경우 그 한도 내에서 재량권이 인정된다고 판시하고 있다.[155] 그리고 「국토계획법」의 개발행위허가를 모두 재량행위로 보고 있음을 앞에서 살펴보았다. 이에 「국토계획법」상 건축허가는 「건축법」상 건축허가에 필수적으로 의제되는 점을 고려하면, 사실상 모든 「건축법」상 건축허가는 재량행위가 되게 된다. 그러나 「국토계획법」상 건축허가는 원칙적으로 기속행위에 해당한다고 보는 견해에 따른다면, 「건축법」상 건축허가에 「국토계획법」상 건축허가가 필수적으로 의제되더라도 여전히 「건축법」상 건축허가를 기속행위로 볼 수 있게 된다.

통해 두 허가의 발급 여부가 동시에 심사·결정되도록 하여야 한다. 즉, 건축주는 건축행정청에 「건축법」상 건축허가를 신청하면서 「국토계획법」상 개발행위(건축물의 건축) 허가 심사에도 필요한 자료를 첨부하여 제출하여야 하고, 건축행정청은 개발행위허가권자와 사전 협의절차를 거침으로써 「건축법」상 건축허가를 발급할 때 「국토계획법」상 개발행위(건축물의 건축) 허가가 의제되도록 하여야 한다."

154) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 125면 이하

155) 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 등

Ⅱ. 입체도로와 위험방지요건의 적용

1. 혼재하는 건축물에 적용되는 위험방지요건

입체도로와 입체적으로 혼재하는 건축물을 건축하고자 할 때 「건축법」상 건축허가요건들이 일반적인 건축물의 건축과 어떻게 다르게 적용되어야 할지가 문제된다. 도로와의 관계를 생각했을 때 위험방지라는 측면에서 대체로 기존의 「건축법」상 건축허가요건보다 강화된 기준이 요구되어야 할 것이다.

즉 통상의 「건축법」상 건축허가요건보다 입체도로와 혼재하는 건축물의 건축허가요건은 위험방지요건의 측면에서 더욱 강한 규제를 요하게 되는 것이다. 나아가, 도로에서 발생하는 소음이나 매연 등의 공해 내지 일조 차단 등을 고려하면, 위험방지요건 외의 위생요건이나 도시의 환경 관련 요건에 있어서도 「건축법」상 건축허가요건은 더욱 가중된 요건의 적용이 필요할 수 있다.

그러나 현행법령의 경우, 도로와 입체적으로 혼재하게 되는 건축물에 대하여 「건축법」상 건축허가요건을 달리 정하고 있지 않다. 이는 건축물과 입체도로를 이용하는 자들의 안전을 고려하면 큰 문제가 된다고 할 수 있다. 따라서 법령의 정비가 요구되는바, 이에 대하여는 **제5장 제2절 Ⅱ. 1.**에서 구체적으로 논하도록 한다.

2. 도로 설치의 안전기준 법제

도로와 건축물이 연결되는 경우에는 도로의 안전문제가 곧 건축물의 안전문제로 이어지는바 도로의 안전기준 법제가 문제된다. 도로의 설치 및 유지와 관련하여 안전기준을 규율하는 법령에는 앞에서 살펴본 「도

로규칙」과 더불어, 「도로의 유지·보수 등에 관한 규칙(이하 '도로유지·보수규칙'이라 한다」, 「도로와 다른 시설의 연결에 관한 규칙(이하 '도로연결규칙'이라 한다)」 등이 있다.

한편, 간접적으로 도로의 안전을 정하는 법률로는 「건설기술진흥법」과 「건설산업기본법」이 있다. 「건설기술진흥법」은 건설공사의 적정 시행과 품질향상 및 안전 확보를 목적으로 하는 법이다(법 제1조). 「건설산업기본법」은 건설공사의 조사·설계·시공·감리·유지관리·기술관리 등에 관한 사항과 건설업의 등록 및 건설공사의 도급 등에 관한 사항을 정하는 법이다(법 제1조). 「건설기술진흥법」과 「건설산업기본법」에서의 '건설사업' 내지 '건설공사'에는 토목공사가 포함되는바 도로의 건설이 포함된다고 보아야 할 것이고, 이에 이들 법률도 도로의 안전을 정하는 법률이 된다.

3. 입체도로에 적용되는 위험방지요건

「도로규칙」, 「도로유지·보수규칙」, 「도로연결규칙」 등이 도로의 안전에 관한 사항들을 정하고 있지만, 건축물과의 관계에 집중하여 입체도로의 안전을 구체적으로 규율하고 있는 법령은 찾아보기 어렵다. 「국토계획법」 및 「도로법」은 "도시계획시설의 보전, 장래의 확장가능성, 주변의 도시계획시설 등을 고려하여 필요한 공간이 충분히 확보되도록", "도로의 구조를 보전하거나 교통의 위험을 방지하기 위하여"와 같은 추상적 표현을 사용하고 있을 뿐이다. 즉 입체도로의 설치에 있어서 구체적으로 어떠한 요소들이 고려되어야 하는지 그 기준이 매우 불명확한 것이다.

일본의 경우, 입체도로와 관련하여 최소이격거리 내지 최대적재하중에 관한 구체적인 기준을 두어 안전에 관하여 규정하고 있음을 앞에서 살펴보았다. 우리의 경우도 세부적인 수치 등은 위임법령을 통해 규율한다고

하더라도, 최소한 이격거리, 하중, 소음, 환경 등 어떠한 요소들이 고려되어야 하는지에 관하여는 법률에 규정되어야 할 필요가 있을 것이다. 즉 법률에서는 각 요소들의 항목을 정하고, 위임을 통해 하위법령에서 구체적인 수치 범위 등을 정할 필요가 있다. 이에 관하여는 **제5장 제2절 Ⅱ. 2.**에서 구체적으로 논하도록 한다.

Ⅲ. 입체도로와 「국토계획법」상 건축허가요건의 적용

1. 도시계획이 정하는 건축허가요건

(1) 도시계획의 개념정의 및 종류

도시계획이란, "도시 내 토지의 합리적 이용을 위해 용도지역 및 기반시설과 건축단위를 설정하며, 각 건축단위의 건축허용성 및 건축허가요건을 정하는 구속적 행정계획"이라고 정의된다.[156] 도시계획의 종류에는 용도지역제 도시계획, 지구단위계획, 도시계획시설계획, 개발제한제 도시계획 등이 있으며,[157] 이 중 앞의 3가지를 살핀다.

(2) 용도지역제 도시계획과 건축허가요건

용도지역제 도시계획이 수립된 지역에선 주거·상업·공업·녹지의 용도지역이 지정되며 이는 다시 세분된다(「국토계획법」 제36조, 시행령 제30조). 용도지역이 정해지면 그 지역에 따라 정해진 건폐율·용적률 등 건축물의 규모제한이 뒤따른다. 그러므로 용도지역제 도시계획은 종국적으로 건축물의 용도와 형태에 대한 건축허가요건으로 기능한다.[158] 그러나 건축단위와 건축허용성을 정하지는 못한다는 한계를 갖는다.[159]

---

156) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 195면 이하
157) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 205면
158) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 210면
159) 배기철, "한·일 도시계획법과 지적의 비교연구 - 건축허용성과 건축단위를 중심으로-", 서울대학교 박사학위 논문(2021), 37면 이하

(3) 지구단위계획과 건축허가요건

도면의 형태로만 존재하는 용도지역제 도시계획과 달리 지구단위계획은 부속규정(민간부문 시행지침 등)이 존재한다는 점이 특징적이다.[160] 지구단위계획은 이러한 부속규정을 통해 용도지역제 도시계획에 비해 매우 상세하게 건축허가요건을 규율하는데, 그 내용으로는 건축물의 배치·형태·색채, 건축선에 관한 계획, 환경관리계획, 경관계획 등이 있다.[161]

(4) 도시계획시설계획과 건축허가요건

앞에서 살펴보았듯 도시계획시설계획은 별도의 건축허가요건을 규율하지 않는다.[162] 오히려 도시계획시설결정이 있게 되면 해당 지역에는 건축물의 건축을 비롯한 개발행위가 금지된다. 따라서 도시계획도로와 입체적으로 건축되고자 하는 건축물의 경우 그 건축허가요건의 심사가 문제되게 된다. 이에 관하여는 **제4장 제3절 Ⅲ. 3.**에서 상세히 논한다.

2. 도시계획의 충돌에 따른 건축허가요건

입체도로는 도시계획시설로서 설치되거나 도시계획시설로 의제되어 설치됨을 앞에서 살펴보았다. 따라서 입체도로의 설치에 관한 사항은 일응 도시계획시설계획에 포함된다고 보아야 한다. 이에 입체도로가 정하는 건축허가요건을 살피기에 앞서 도시계획시설계획이 다른 도시계획들과 충돌하는 경우를 살핀다.

(1) 용도지역제 도시계획과 도시계획시설계획의 충돌

---

160) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 299면
161) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 301면
162) 다만, 건축물 형태의 도시계획시설이 설치되는 경우에는 당해 도시계획시설에 적용될 건폐율·용적률·높이제한 등 건축허가요건이 도시계획시설결정의 내용으로 정해지게 된다(「도시계획시설규칙」 제2조 제1항 후문).

주거지역으로 용도지역이 정해진 곳에 도시계획시설계획으로 학교의 설치가 결정된 경우 그 부지는 도시계획시설부지가 되는데, 이때 기존의 용도지역제 도시계획이 배제되는 것인지 여부가 문제된다. 이는 용도지역제 도시계획과 도시계획시설계획 상호 간 우열의 문제이기도 하다. 만약 두 도시계획을 동등한 지위라고 본다면, 도시계획시설계획의 결정으로 인해 당해 부지의 용도지역제 도시계획은 배제되는 것으로 보아야 한다. 이후에 도시계획시설결정이 해제되더라도 종래의 용도지역이 그대로 다시 적용되는 것이 아니라, 용도지역을 새로이 정해야 할 필요가 생기는 것이다.

반면, 용도지역제 도시계획을 도시계획시설계획보다 상위의 도시계획이라고 본다면, 도시계획시설계획으로 도시계획이 설치되어도 기존의 용도지역제 도시계획은 그대로 유지되고 도시계획시설이 마치 공작물의 하나로서 설치돼 있는 것으로 볼 수 있다. 즉 주거지역과는 전혀 무관한 제3의 도시계획시설 부지일 뿐인 것이다. 이러한 해석에 따르면, 주거지역에서 도시계획시설결정이 있은 이후 당해 결정이 해제되더라도, 그 부지의 용도지역은 여전히 주거지역으로 보아야 한다. 용도지역을 새로이 정하는 도시계획의 수립·변경이 별도로 요구되지 않는 것이다. 이는 도시계획 상호 간 중첩될 수 있다는 견해다.

이는 「국토계획법」 시행령 제83조 제1항의 해석에 있어서도 문제가 된다. 「국토계획법」 시행령 제83조 제1항은, 도시계획시설 설치의 경우 용도지역제 도시계획의 용도제한이 적용되지 않는다고 정하고 있다. 대법원 판례는 이 규정을 창설적인 것으로 본다.[163] 즉 도시계획시설계획은 용도지역제 도시계획보다 지위가 낮아서 당해 용도지역이 허용하지 않는 용도의 건축물은 그것이 도시계획시설일지라도 그 용도지역 내에 설치할 수 없다는 것을 전제하고 있는 것이다. 이러한 전제를 바탕으로, 「국토계획법」 제83조 제1항은 그 전제의 원칙을 깨고 특별하게 도시계

163) 대법원 2004. 4. 28. 선고 2003두1806 판결

획시설의 경우에는 용도계획제 도시계획에 의한 용도제한을 '면제'해준다는 점을 창설하고 있는 것이라고 이해하고 있다. 즉 대법원은 도시계획시설결정에도 불구하고 용도지역제 도시계획은 배제되지 않는다는 입장이다.

그러나 위와 같은 대법원의 입장에도 불구하고, 도시계획시설결정으로서 용도지역제 도시계획이 배제된다고 보아야 한다. 이론적으로는 도시계획은 상호 중첩될 수 있지만, 그중 이론상 양립할 수 없는 도시계획들도 있는 것이어서 만약 그 두 도시계획이 중첩되면 구 계획은 신 계획의 내용에 모순되는 범위 내에서는 폐지되는 것이라고 해석하는 것이 타당하기 때문이다. 용도지역제 도시계획과 도시계획시설계획은 그 종류와 목적이 다르고, 도시계획시설결정과 용도지역제 도시계획 모두 도시계획위원회에서 도시계획결정으로 정해지는바(「국토계획법」 제30조) 우열이 있다고도 볼 수 없다. 이에 도시계획시설결정이 나중에 이루어진 것이라면 기존의 용도지역인 주거지역은 지워지는 것이라고 해석하는 것이 타당하다. 따라서 대법원의 입장과 달리 「국토계획법」 제83조 제1항은 확인적 규정에 불과한 것으로 이해되어야 한다.

(2) 지구단위계획과 도시계획시설계획의 충돌

지구단위계획은 건축허가요건뿐만 아니라, 기반시설의 배치와 규모에 관한 사항을 정할 수 있다(「국토계획법」 제52조 제1항 제2호). 기반시설의 배치와 규모를 정하는 지구단위계획은 곧 도시계획시설결정을 의미하며, 이는 도시계획시설의 설치를 위한 실시계획 인가의 법적 근거로 해석되게 된다.[164]

즉 지구단위계획은 도시계획시설계획과 충돌한다기보다는 도시계획시설계획을 정하는 또 하나의 수단이 되는 것이다. 즉 신도시 건설 등을 통해 지구단위계획이 수립되는 지역에서는 도시계획시설계획을 지구단위

164) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 302면

계획을 활용하여 수립하게 될 것이고, 지구단위계획이 수립돼 있지 않은 구도심지 등에서는 별도의 도시계획시설계획을 수립하여 도시계획도로 등을 설치하게 될 것이다.

3. 입체도로의 건축허가요건 설정

「국토계획법」은 도시계획시설계획으로서 건축물의 건축을 제한하기만 할 뿐, 입체도시계획시설계획이 존재하는 경우 해당 토지에서의 건축허가요건을 별도로 규율하고 있지 않다. 따라서 기존 규정들의 해석을 토대로 입체도시계획시설계획이 정하는 건축허가요건을 살펴보아야 할 것이다.

(1) '입체적 결정'이 정하는 건축허가요건[165)]

일반적으로 도시계획시설계획은 해당 부지 전체에 걸쳐서 도시계획시설결정이 이루어지게 되며, 이로써 용도지역제 도시계획은 배제된다고 봄이 타당함은 앞에서 논하였다. 그러나 '입체적 결정'을 통해 입체도시계획시설이 설치되는 경우, 해당 부지의 전체가 아닌 특정 수직 공간에 한하여만 도시계획시설결정이 있게 된다. 이에 용도지역제 도시계획이 수립돼 있는 곳에서 입체도시계획시설이 설치되는 경우, '입체적 결정'이 있는 특정 수직 공간 외의 나머지 공간에 대해서는 여전히 용도지역제 도시계획이 유지되는 것으로 보아야 할지가 문제된다.

이론적으로는 '입체적 결정'이 있지 않은 나머지 공간의 경우 대등한 지위의 두 도시계획이 충돌하지 않는 공간이므로, 기존의 용도지역제 도시계획이 그대로 유지된다고 봄이 타당할 것이다. 따라서 해당 공간에서는 기존의 용도지역제 도시계획이 정하는 「국토계획법」상의 건축허가

165) 「도로법」상 '입체적 도로구역 지정'이 있게 되면 「국토계획법」상 '입체적 결정'이 의제된다고 봄이 타당하므로, '입체적 도로구역 지정'이 있는 경우의 건축허가요건도 이와 내용을 같이 한다.

요건도 변동되지 않고 그대로 적용돼야 한다. 그러나 이 경우 '입체적 결정'이 선행하여 도시계획도로가 공중에 설치되었고 이후에 동일 부지 내에서 비도시계획시설인 건축물을 건축하고자 하는 경우가 문제된다.

'입체적 결정'으로 도로가 설치된 후 비도시계획시설인 건축물이 건축될 때에는 기존의 건폐율·용적률 및 높이제한 등의 형태제한 뿐만 아니라 용도제한 역시 그대로 적용받게 될 것이다. 그러나 입체도로의 존재로 인하여 건축주는 해당 토지에 부여된 공법적 권리범위를 최대한으로 활용할 수 없게 되는 제한을 받게 된다. 가령, 공법상 규제로는 5층 높이의 건축물의 건축이 가능하나, 고가도로가 존재하여 3층 높이까지 밖에 건축할 수 없게 되는 경우가 있을 수 있다. 혹은 주거용 건축물을 건축할 수 있었으나, 고가도로의 설치로 인하여 주거환경이 열악해져 도저히 주거용도의 건축물이 들어설 수 없는 환경이 조성될 가능성도 있다.

따라서 이러한 현실적인 문제를 고려한다면, 제도적으로 '입체적 결정'을 하는 경우 해당 부지의 나머지 수직 공간에 대하여도 기존의 용도지역제 도시계획이 정하는 「국토계획법」상 건축허가요건이 아닌 입체도로의 존재를 고려한 새로운 건축허가요건을 설정해줄 필요가 있다. 기존의 높이제한대로 건축하는 것이 제한된다면 건폐율을 상향시켜준다든지, 주거용 건축물 외의 다른 용도의 건축물 건축을 허용하는 방식 등이 가능할 것이다. 즉 '입체적 결정'과 함께 나머지 공간에 대한 도시계획변경 절차가 함께 이루어져야 할 것이다.

(2) '공간적 범위 결정'이 정하는 건축허가요건

'공간적 범위 결정'이 있는 경우 입체도로가 설치되는 공간 외의 나머지 수직 공간에 대하여도 여전히 도시계획시설결정의 효력이 잔존하는 것임을 앞에서 확인하였다. 그리고 도시계획시설결정이 유효하게 적용되고 있는 공간에서는 용도지역제 도시계획의 적용은 배제된다고 봄이 타당하다. 따라서 '공간적 밤위 결정'이 있는 부지의 나머지 수직 공간에

대하여는 도시계획시설계획만이 적용되고 있는 것인데, 도시계획시설계획은 건축행위의 제한만을 정할 뿐 별도의 건축허가요건을 정하지 않고 있다는 점에서 문제가 된다. 즉, 나머지 공간에서 예외적 승인으로서 건축물의 건축이 허용될 때 그 건축물의 건축에 적용할 「국토계획법」상의 건축허가요건이 부재한 것이다. 이에 관하여는 입법을 통한 제도 마련이 요구된다.

(3) 지구단위계획이 수립돼 있는 지역의 경우

지구단위계획은 도시계획시설에 관한 사항도 정하는바, 만약 입체도로가 설치되는 지역이 지구단위계획 수립지역이라면 입체도시계획시설결정은 지구단위계획에 포함되게 된다. 따라서 입체도로가 설치되는 해당 부지에 적용되는 지구단위계획을 변경하면서 입체도로에 관한 사항과 함께 나머지 수직 공간에 대한 건축허가요건도 새로이 정할 수 있게 된다. 즉 이 경우는 용도지역제 도시계획의 배제 여부를 고민할 필요가 없고, 기존 건축허가요건을 최대한 활용할 수 없게 된 건축주의 불이익을 보다 유연하게 해결해줄 수 있게 된다. 실제로 일부 지방자치단체의 지구단위계획 수립지침이나 개발사업 간의 지구단위계획 시행지침 등은 건축물이 도로를 가로지르는 사항들에 대하여도 규정하고 있음을 알 수 있다.[166]

제 4 절 권리관계의 변동 및 보상

Ⅰ. 토지소유자 등의 권리관계

1. 토지소유권의 존속

'입체적 결정' 내지 '입체적 도로구역 지정'을 통해 입체도로가 설치되

166) 하남 지역현안2지구 도시개발사업 지구단위계획 시행지침(2012. 11.) 등

는 경우에는 토지소유자의 소유권은 그대로 유지된다. 반면 '공간적 범위 결정'을 통해 입체도로가 설치되는 경우에는 토지소유권의 수용이 불가피하다. 수용으로 토지소유권 박탈이 있게 되는 '공간적 범위 결정'은 통상의 도시계획시설의 권리관계 및 보상 논의와 크게 다를 바가 없게 된다. 따라서 이하의 권리관계 및 보상에 관한 논의에서는 '입체적 결정' 내지 '입체적 도로구역 지정'을 통해 입체도로가 설치되는 경우를 전제로 하여 논의를 이어나가도록 한다.

2. 토지사용권의 일부제한

소유권에는 사용·수익권한도 포함되는바(「민법」 제211조), 토지소유권자는 통상 토지의 사용·수익권한도 함께 갖는다. 그리고 토지소유권의 범위는 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미치므로(「민법」 제212조), 토지소유자의 사용·수익권한은 토지의 지표면뿐만 아니라, 그 지하와 상공에도 미친다. 그러나 '입체적 결정' 내지 '입체적 도로구역 지정'을 통해 입체도로가 설치될 때 구분지상권이 설정되게 되면, 그 설정 공간에서만큼은 토지소유자의 사용·수익권한은 제한되게 된다. 즉 토지소유권 자체의 변동은 없는 것이지만, 소유권의 내용인 사용·수익권한은 일부 제한되게 되는 것이다.

3. 기타 토지권리자들의 권리관계

토지에는 소유권 외에도 다양한 권리들이 존재할 수 있다. 대표적으로 용익물권인 지상권과 담보물권인 저당권이 있다. 지상권은 타인 소유 토지의 지상에 건축물 등을 소유하기 위해 사용하는 용익물권으로, 지상권자는 그 토지에 대하여 사용·수익 권한을 갖는다(「민법」 제279조).[167] 저당권은 채권의 담보를 목적으로 채무자 등이 제공한 부동산을 점유하

167) 양창수·김형석, 권리의 보전과 담보(제3판), 박영사, 2018, 738면

지 않으면서 그 부동산으로부터 채권의 우선만족을 얻을 수 있는 권리다(「민법」 제356조).[168] 이에 입체도로의 설치가 이러한 권리들을 어떻게 제한하게 되는지 살펴볼 필요가 있다.

(1) 지상권의 경우

일물일권주의 원칙상 하나의 물건에 대하여 서로 양립할 수 없는 둘 이상의 물권이 동시에 성립할 수 없는데,[169] 이는 지상권의 경우도 마찬가지다. 즉 동일한 토지의 동일한 지상 공간에는 둘 이상의 지상권이 설정될 수 없는 것이다. 이에 토지소유자가 자신의 토지에 관하여 제3자에게 지상권을 설정해준 후 입체도로 설치를 위해 구분지상권도 설정해주려는 경우가 문제된다. 구분지상권을 설정하려는 공간에 관하여 기존의 지상권과 구분지상권이 중첩되는 문제가 생기기 때문이다.

이 경우, 입체도로가 설치되는 공간에 한하여 기존 지상권을 입체도로 사업시행자에게 이전해주거나 기존 지상권을 소멸시킨 후 구분지상권을 새로 설정해주는 방법 등을 통해 양 지상권의 중첩을 피할 수 있을 것이다. 이때 입체도로 설치 시 수반되는 구분지상권 설정을 위한 협의절차에 기존 지상권자를 참여토록 하여, 기존 지상권 이전 내지 소멸에 관한 부분까지 협의내용으로 삼도록 하여야 한다.

(2) 저당권의 경우

부동산에 담보물권인 저당권이 설정된 경우, 저당물소유자는 자신의 부동산에 대한 소유자로서 사용·수익·처분 권능을 그대로 가진다.[170] 따라서 토지소유자는 자신의 토지에 저당권이 설정되기 전뿐만 아니라, 저당권이 설정된 후에도 그 토지상에 입체도로 설치를 위한 구분소유권을 설정할 수 있다. 다만, 저당권 설정 시점과 입체도로 설치를 위한 구분소유권 설정 시점의 선후관계에 따라 구분지상권의 존속 여부가 문제되는

168) 양창수·김형석, 권리의 보전과 담보(제3판), 박영사, 2018, 382면
169) 양창수·권영준, 권리의 변동과 구제(제3판), 박영사, 2020, 46면
170) 양창수·김형석, 권리의 보전과 담보(제3판), 박영사, 2018, 406면

바, 이를 살필 필요가 있다.

토지에 저당권이 설정되기 이전에 이미 지상권이 설정돼있던 경우라면, 저당권의 실행으로 경매가 진행되어도 「민사집행법」 제268조, 제91조 제4항에 따라 지상권은 소멸하지 않는다(이른바 '인수주의'). 따라서 토지상에 입체도로의 설치를 위한 구분지상권이 설정된 후에 저당권이 설정된 경우, 저당권 실행으로 경매가 진행되어도 입체도로를 위한 구분지상권은 존속하게 된다. 경매를 통해 토지를 낙찰받은 매수인은 입체도로의 존재 및 구분지상권의 존재를 용인한 채 토지를 소유하여야 한다.

반면, 토지에 저당권이 설정된 이후에 지상권이 설정되는 경우, 「민사집행법」 제268조, 제91조 제3항에 따라 저당권의 실행으로 지상권은 소멸하게 되고(이른바 '소멸주의'), 경매를 통해 낙찰받은 매수인은 소멸된 지상권에 의해 설치되었던 토지상의 지상물을 철거할 수 있게 된다. 이에 저당권 설정 이후에 입체도로 설치를 위해 설정된 구분지상권도 소멸주의에 따라 소멸하는지가 문제된다. 입체도로가 갖는 공공필요성을 고려한다면 입체도로의 존속을 위해 구분지상권의 소멸을 인정하여서는 안 될 것이다.

경매를 통해 도로부지를 낙찰받은 매수인이 구분지상권의 소멸 및 입체도로의 철거를 청구할 수 있다고 본다면, 공공필요가 인정되어 설치된 입체도로의 존속 여부를 매수인의 임의적 선택에 맡기게 되는 것인바, 이는 부당하다. 따라서 입체도로의 설치를 위해 설정된 구분지상권은 저당권의 실행에도 불구하고 예외적으로 소멸하지 않고 존속한다고 보아야 한다. 그러나 입체도로를 규율하는 「국토계획법」 및 「도로법」에는 소멸주의를 규율하는 「민사집행법」 제268조, 제91조 제3항에 대한 예외를 인정하고 있지 않으므로, 명시적인 예외규정의 마련이 요구된다.

한편, 저당권 설정 이후 설정된 입체도로 설치를 위한 구분지상권이

저당권의 실행에도 불구하고 소멸하지 않는다고 보는 경우, 저당권자는 그 구분지상권의 존속으로 인하여 담보가치 하락이라는 손해를 입게 된다. 이에 저당권자의 권리구제방안이 문제되는데, 저당권자의 저당권 침해에 대한 보호수단으로는 방해배제청구, 손해배상청구, 물상대위권 행사 등이 있다.[171]

저당권자는 저당권이 위법하게 침해되는 경우, 그 배제를 청구할 수 있다(「민법」 제370조, 제214조). 저당물 소유자가 목적물을 사용·수익하는 것은 저당권의 특성이므로, 설사 그 사용·수익이 담보물의 담보가치를 하락시키는 것이라도 위법한 방해라고 볼 순 없다.[172] 그러나 담보가치를 하락시키는 사용·수익이 저당권 실현을 방해하기 위한 목적에 의한 것이라면, 저당권을 위법하게 방해하는 것으로서 방해배제청구의 대상이 될 수 있다.[173] 또한, 저당권자는 저당권의 침해를 이유로 채무불이행책임 내지 불법행위책임으로서 손해배상을 청구할 수도 있다(「민법」 제390조, 제750조)

이에 토지에 저당권이 설정된 이후 토지소유자가 입체도로 설치를 위해 구분지상권을 설정한 경우, 저당권자가 토지소유자를 상대로 위 방해배제청구 내지 손해배상청구를 할 수 있는지가 문제된다. 특별한 사정이 없는 한 토지소유자가 입체도로 설치를 위해 구분지상권을 설정해줌에 있어서 저당권자의 저당권 실현을 방해하기 위한 목적이 있다고 보기는 어려우므로, 저당권자의 방해배제청구권은 인정되지 않을 것이다. 또한, 그러한 구분지상권 설정에 있어서 토지소유자에게 귀책사유가 있다고 보기도 어렵다는 점에서 토지소유자의 손해배상책임 역시 인정되지 않을 것이다.

저당권에는 물상대위가 인정되는데(「민법」 제370조, 제342조), 저당

171) 양창수·김형석, 권리의 보전과 담보(제3판), 박영사, 2018, 398면-420면
172) 양창수·김형석, 권리의 보전과 담보(제3판), 박영사, 2018, 411면
173) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다3243 판결

권의 효력은 목적물의 멸실·훼손·공용징수로 저당권설정자가 받을 금전 기타 물건에도 미치게 된다.[174] 따라서 도로부지의 토지소유권이 수용되는 경우 당해 토지에 설정된 저당권은 수용으로 인해 소멸하지만, 저당권자는 토지소유자가 받게 되는 보상금에 대하여 물상대위권을 행사할 수 있게 된다. 그러나 입체도로 설치를 위한 구분지상권 설정 시에는 저당권이 공용징수로 소멸하게 되는 것은 아니라는 점에서, 저당권자는 보상금에 대하여 물상대위권을 행사할 수 없다.

따라서 저당권자로서는 입체도로를 위한 구분지상권 설정으로 저당물의 담보가치가 하락되는 손해를 입게 되더라도 별다른 구제수단이 없게 된다. 이에 저당권자에 대하여 별도의 보상이 이루어져야 하는지가 문제된다. 저당권의 설정에도 불구하고 저당물 소유자에게는 사용·수익권한이 인정되는 것이며, 그러한 사용·수익권한의 행사가 저당물의 담보가치를 하락시키는 것이어도 달리 볼 바 아니다. 이러한 저당권의 특성을 고려한다면, 입체도로 설치를 위한 구분지상권 설정이라는 토지소유자의 사용·수익권 행사가 토지의 담보가치를 하락시킨다고 하여도 이에 대한 보상규정을 해야 할 필요는 없다고 할 것이다.

Ⅱ. 건축물소유자 등의 권리관계

1. 건축물소유권의 존속

토지소유권과 마찬가지로 입체도로의 설치는 건축물소유권에는 영향을 미치지 않는다. 한편, 건축물소유자가 토지소유자와 다를 경우, 건축물소유자는 토지에 대한 지상권 등을 갖는 자가 되는데, 이러한 자의 토지에 관한 권리의 제한은 앞에서 살펴본 바와 같다.

---

174) 양창수·김형석, 권리의 보전과 담보(제3판), 박영사, 2018, 398면-399면

집합건축물의 경우 단일한 건축물 내에서 구분소유권들이 설정되어 있을 수 있는데, 만약 입체도로 설치로 인해 건축물의 일부분이 철거돼야 한다면, 이 경우에는 구분소유권자 일부는 소유권을 박탈 당하는 불이익이 발생할 수 있다. 즉 이 경우에는 부득이하게 수용이 수반될 것이며, 그 절차는 통상의 도시계획시설결정 내지 도로구역 결정 이후의 수용절차를 준용할 수밖에 없을 것이다.

2. 건축물사용권의 일부제한

입체도로의 설치가 필연적으로 건축물의 사용권 제한을 야기하는 것은 아니지만 건축물사용권이 일부 제한되는 경우들을 생각해볼 수 있다. 가령, 공중의 도로와 인접한 건축물 부분은 도로의 소음이나 매연 등으로 인하여 본래의 목적대로의 사용이 제한될 수 있다. 이는 법적 제한이라기보다는 사실상의 제한에 가깝다. 또한, 「국토계획법」과 「도로법」이 각각 입체도로 설치 시 건축물이 입체도로의 교통이나 안전에 방해가 되지 않을 것을 요구하고 있는바, 입체도로 공간 인근에서의 건축물의 증축 역시 제한될 가능성이 높을 것이다.

3. 기타 건축물권리자들의 권리관계

건축물 내에서 거주하는 세입자들은 건축물에 대하여 임차권을 가질 것이고, 건축물에 대해 저당권을 갖는 자도 있을 것이다. 입체도로와 근접하게 되는 방실의 경우, 입체도로에서 발생하는 소음 등으로 인하여 그 방실의 세입자가 본래의 임차목적대로 방실을 사용하는 데 제한이 생길 수 있다. 혹은 해당 부분이 불가피하게 철거됨에 따라 임차목적물을 잃게 되는 경우도 있을 수 있다. 저당권의 경우는 앞에서 논한 토지에 설정된 저당권의 경우와 크게 다르지 않을 것이다. 한편, 지상권은 토지에 대한 권리이므로 건축물에 대한 지상권은 생각할 수 없다.

Ⅲ. 보상제도

1. 보상의 근거규정

「국토계획법」은 도시계획시설을 공중·수중·수상 또는 지하에 설치하는 경우, 그 설치로 인하여 토지나 건축물의 소유권 행사에 제한을 받는 자에 대한 보상에 관하여는 다른 법률에서 정한다고 하고 있다(법 제46조). 이에 「도시철도법」은 도시철도가 도시계획시설로서 지하에 설치되는 경우 구분지상권의 설정방법 등을 정하고 있으며, 그에 따른 보상대상, 보상기준, 보상방법 등을 시행령으로 위임하고 있다.

반면, 도로의 경우에는 「도로법」에 따라 보상에 관한 사항이 결정된다고 할 것이다.[175] 「도로법」은 기본적으로 도로구역의 결정을 「토지보상법」 상의 사업인정으로 보아 「토지보상법」에 따라 수용재결로 나아갈 수 있다고 정하고 있다(「도로법」 제82조). 즉 도로구역 결정을 통해 당해 토지 및 건축물 등의 소유권 및 기타 권리들을 수용 내지 사용할 수 있는 것이다. 이 경우 보상에 관한 사항 역시 「토지보상법」 상의 보상규정이 적용되게 된다. 다만, 「도로법」은 '입체적 도로구역 지정'에 관하여는 조금 다르게 정하고 있으므로, 이에 대해서는 별도로

175) '입체적 결정'을 규정하고 있는 「도시계획시설규칙」에는 '입체적 결정'을 하는 경우 구분지상권의 설정·이전을 위한 협의를 해야 한다고만 정하고 있을 뿐, 구체적인 사항에 대해서는 아무것도 정하고 있는 바가 없다. 「도시계획시설규칙」은 국토교통부령이므로 「국토계획법」 제46조의 '다른 법률'에 해당하지 않는바, 입체도로 설치와 관련하여 보상의 근거가 될 수 없다. 따라서 입체도로의 설치와 관련하여서는 「도로법」을 근거로 하여 보상제도를 논하여야 한다. '입체적 도로구역 지정'에 '입체적 결정'이 의제된다는 점을 고려하면, 「도로법」을 근거로 보상제도를 논함이 타당할 것이다.

살펴보아야 한다.

2. 토지소유자 등에 대한 보상

(1) 입체도로가 지상공간에 설치되는 경우

「도로법」은 '입체적 도로구역 지정'을 하려는 경우 구분지상권의 설정·이전에 대한 협의를 하여야 한다고 정하면서, 지상의 공간에 대해 구분지상권의 설정·이전을 위한 협의가 없으면 '입체적 도로구역 지정'이 불가능하다고 정하고 있다(법 제28조 제2항). 이때 구분지상권 설정·이전 협의의 내용으로서 구분지상권 설정·이전에 관한 보상에 관하여도 정해야 한다(동법 시행령 제27조). 즉 입체적 도로구역이 지상공간에 지정되는 경우에는 오로지 구분지상권의 설정·이전 및 보상을 내용으로 하는 협의가 반드시 있어야 하는 것이고, 협의가 성사되지 않으면 '입체적 도로구역 지정'이 불가능해지는 것이다.

구분지상권에 관한 협의가 성사되는 것 외에는 입체도로를 설치할 수 없다고 「도로법」이 명시하고 있는바, 협의의 성사 없이 「토지보상법」에 따른 수용재결 내지 사용재결을 통하여 구분지상권 설정·이전 및 보상에 관한 사항을 정하는 것도 허용되지 않는다. 다만, 지상공간에 대한 구분지상권 설정·이전 협의 시 보상금 산정의 기준으로는 「토지보상법」 규정을 활용할 수는 있을 것이다.[176]

(2) 입체도로가 지하공간에 설치되는 경우

지하의 공간에 대해서는 「도로법」은 위 (1)의 협의를 통한 방법 외

176) 「도로법」이 '입체적 도로구역 지정'을 위한 구분지상권 '협의'를 「토지보상법」 상의 '협의'라고 표현하고 있지 않다는 점에서 양자는 서로 다르다고 보아야 할 것이다. 따라서 전자의 '협의'를 함에 있어서 그 보상액의 산정기준은 「토지보상법」의 그것을 반드시 따라야 할 필요는 없는 것이고, 단지 참고의 기준으로 활용할 수 있을 뿐이라는 점에 유의해야 한다.

에도 「토지보상법」에 따른 수용재결이나 사용재결을 통해서도 구분지상권 설정·이전이 가능함을 전제하고 있다(법 제28조 제4항). 따라서 지하공간에 '입체적 도로구역 지정'을 하고자 하는 사업시행자는 「도로법」 제28조 제2항의 협의 외에도 「토지보상법」 상의 재결 등의 방법을 통해서도 그 지하공간에의 구분지상권 설정·이전이 가능해진다. 이때 「토지보상법」상의 협의취득 내지 재결의 방법으로 구분지상권을 설정·이전하게 되는 경우에는, 토지의 지하 및 지상 공간의 사용에 관한 보상규정인 「토지보상법」 제71조 및 동법 시행령 제31조에 따라 그 구체적인 보상액이 산정되게 된다.

3. 건축물소유자 등에 대한 보상

「도로법」은 '입체적 도로구역 지정' 시 구분지상권 설정·이전에 관한 협의의 대상을 토지소유자로 한정하지 않고 '토지·건물 또는 토지에 정착한 물건의 소유권이나 그 밖의 권리를 가진 자'로 정하고 있다(법 제28조 제2항). 따라서 건축물소유자 역시 위 협의 과정에 참여하여 입체도로의 설치로 인해 생기는 건축물소유권 등에의 제한에 대하여 보상을 요구할 수 있을 것이다.

한편, 「토지보상법」은 건축물에 관한 보상에 대해서도 정하고 있는데, 입체도로 설치 시에는 건축물 이전은 요구되지 않으므로 건축물의 이전에 관한 보상규정인 제75조는 적용의 여지가 없고, 잔여 건축물에 관한 보상규정인 제75조의2만이 적용될 여지가 있다. 그러나 이 규정 역시 「도로법」 제28조 제2조의 구분지상권 설정·이전의 협의만이 허용되는 지상에서의 입체도로 설치에는 적용될 여지가 없다. 지하에 설치되는 입체도로가 기존 건축물의 지하부분에 영향을 주며 설치되는 경우에만 위 규정이 적용될 여지가 있다고 할 것이다.

제 5 장 입체도로 제도의 개선방안

제 1 절 서설

한국에 입체도로 제도가 도입된 이래로 입체도로를 활성화하고자 하는 다양한 정책들과 계획들이 발표되었으나,[177] 정작 그것이 현실에서 구현된 사례는 찾아보기 어렵다. 입체도로가 갖는 토지의 합리적 이용 내지 사유재산의 보호 등의 이점들로 인해 여전히 입체도로에 대한 사회적 수요는 많았지만, 그것이 실현되기까지는 큰 어려움들이 있는 것이다.

한국이 지닌 우수한 토목기술력을 고려했을 때 국내에서 입체도로가 설치되지 못하고 있는 것은 기술적인 문제 때문이라고 보기는 어려울 것이다. 오히려 제도의 미비가 그러한 기술력을 발휘할 기회를 박탈하고 있다고 볼 수 있다. 입체도로에 대한 사회적 수요가 법제 개선에 압박을 주고 있는바, 이 장에서는 그러한 압박에 따라 입체도로 제도를 개선해 나가야 할 방향을 제시해보고자 한다.

입체도로와 관련하여 「국토계획법」, 「도로법」, 「건축법」 등의 관련법률들이 서로 연계되어 작동하지 않고 서로 충돌하는 양상을 보이고 있다. 입체도로의 설치에 관한 독자적인 절차규정은 부재하며, 입체도로만의 구조안전 내지 위험방지에 관한 기준 역시 부재하고 있다. 또한, 혼재하는 건축물을 규율하는 건축허가요건 내지 당해 부지의 토지 및 건축물의 권리관계에 관하여도 불분명한 부분들이 많다. 이러한 점들에 주목하여 이하에서는 그 개선 방향을 논의해본다.

---

177) 보도자료 “도로의 변신! 입체도로시대 도래…도로 상·하부 활용”, 국토교통부, 2017. 2. 15. 등

제 2 절 건축허가요건의 재설정

Ⅰ. 건축선 규정의 적용범위 설정

1. 「건축법」과 「국토계획법」의 충돌

앞에서 살펴보았듯 일본은 건축선 적용의 예외규정을 명시적으로 「건축기준법」에 두고 있다. 독일의 경우 B-Plan 자체에서 건축선의 적용 및 예외를 정하고 있다. 이처럼 일본과 독일의 경우는 「건축법」이 입체도로 설치에 관여하는 비중이 크다. 그러나 우리의 「건축법」은 입체도로 설치에 관하여 무관심하다. 입체도로의 설치와 관련하여 「국토계획법」과 「도로법」이 그 근거 규정을 마련하고 있으나, 이때 「건축법」은 보이지 않는다. 특히 「건축법」상 건축선에 따른 건축제한 규정을 **제4장 제2절 Ⅱ. 2.**에서의 해석과 다르게 엄격하게 적용할 경우, 도로와 건축물의 입체적 배치는 불가능하게 될 수도 있다. 즉 건축선 규정을 두고 있는 「건축법」은 입체도로의 설치를 규율하는 「국토계획법」 및 「도로법」과 충돌하게 되는 것이다.

2. 건축선 적용 예외규정 명시의 필요성

「국토계획법」과 「도로법」, 「건축법」 어느 곳에서도 입체도로 설치와 관련하여 건축선에 따른 건축제한 규정을 적용하지 않는다는 명시적인 예외 규정을 마련하고 있지 않다. 따라서 현행법 체계에서는 **제4장 제2절 Ⅱ. 2.**에서와 같이 법규정 간 조화로운 해석을 통해서 건축선의 적용을 면하게 된다고 볼 수밖에 없다.

그러나 보다 적극적인 입체도로 제도의 활용을 위해서는, 입체도로의

설치에 있어 건축선 제한이 적용되지 않음을 「건축법」에 명시할 필요가 있다. 즉 입체도로 설치 시 건축선의 적용 완화 규정을 「건축법」에 마련하여 이 입체도로 설치에 관하여 「국토계획법」과 「도로법」뿐만 아니라, 「건축법」도 함께 연계하여 작용하도록 제도를 정비할 필요가 있다.

3. 예외규정 명시의 구체적 방안

입체도로의 설치를 규율하는 「국토계획법」과 「도로법」 각각에 「건축법」상 건축선 규정의 적용을 면한다는 조문을 두는 것보다는, 「건축법」 자체에 건축선 적용의 예외규정을 마련하는 것이 효율적일 것이다. 건축선에 따른 건축제한을 규정하는 「건축법」 제47조에 제3항을 추가하여, '입체적 결정', '공간적 범위 결정', '입체적 도로구역 지정'이 있는 경우 제1항의 규정은 입체도로의 도로면으로부터 4.5미터 이상의 일정 높이까지만 적용된다는 내용의 예외규정을 마련할 필요가 있다.

Ⅱ. 위험방지요건의 설정

1. 혼재하는 건축물의 위험방지요건

도로와 입체적으로 혼재하는 건축물을 건축하고자 할 때 「건축법」상 건축허가요건들이 일반적인 건축물의 건축과 어떻게 다르게 적용되어야 할지가 문제된다. 도로와의 관계를 생각했을 때 위험방지라는 측면에서 대체로 기존의 「건축법」상 건축허가요건보다 강화된 기준이 요구될 것이다. 이때 건축물 자체에서 오는 위험뿐만 아니라 건축물과 인접한 도로에서 발생한 위험이 건축물을 매개하여 건축물 이용자에게 피해를 입히게 되는 경우도 고려되어야 할 것이다.

(1) 위험방지요건

「건축법」상 건축허가요건 중 위험방지요건에는 구조의 안전, 방화요건, 피난요건, 대지의 안전, 난간의 설치, 피뢰설비의 설치 등이 있다. 이때 도로와 입체적으로 혼재하는 건축물의 건축의 경우, 도로와 인접하는 부분에 대하여 기존의 「건축법」에서 요구되는 위험방지요건보다 더 가중된 요건의 적용이 필요할 수 있다.

가령, 차량의 이동에 따른 진동이 건축물에 전달되어 건축물에 하중을 가할 수 있으므로 그에 대비한 구조 안전이 요구될 것이다. 또한, 건축물에서 발생한 화재가 도로에 미치는 영향을 최소화하기 위해 도로에 면하는 건축물 부분의 방화설비를 더욱 강화하도록 할 수도 있을 것이다. 건축물 내 재난발생 시 피난경로와 관련해서도 입체도로로의 대피방안 및 그 과정에서의 안전한 피난방안을 확보하기 위한 고민도 요구된다.

이와 관련하여 「건축법」에 입체도로와 혼재하는 건축물의 건축허가요건을 달리 정할 수 있음을 명시하고, 구체적인 내용을 하위법령에 위임하는 것이 필요해 보인다. 현행 「건축법」이 위험방지요건을 지나치게 많은 내용을 하위법령에 위임하고 있다는 점에 대한 비판도 존재하지만,[178] 교통수단의 발전은 특히 그 변화 속도가 빠르고 전문적인 영역이라는 점에서 그에 대응하기 위해서는 위임입법이 불가피해 보인다.

(2) 위생요건

도로와 혼재하는 건축물의 건축허가에 있어서 위생요건으로는 환기, 소음, 채광 등이 고려될 수 있다. 도로의 차량에서 발생하는 매연 등이 건축물로 유입되는 것을 방지하여 건축물 이용자의 건강한 생활을 보장하여야 할 필요가 있다. 또한, 도로에서 발생하는 소음 역시 건축물 이용자에게 환경상 피해를 입힐 수 있다는 점에서 방음설비 등을 건축허가요

178) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 55면

건으로 요구할 수도 있을 것이다.

도로가 건축물의 상부에 위치하는 경우, 건축물 내 채광이 문제될 수도 있다. 도로로 인한 일조권 저해는 아래의 (3)에서 살펴볼 내용이나, 건축물 내 반자높이의 제한, 채광창문의 설치 등은 위생요건으로서 고려될 수 있다. 따라서 도로의 설치로 인하여 채광 확보가 저해되지 않도록 채광에 관한 건축허가요건들도 일반 건축물의 건축에 비해 더욱 강하게 고려되어야 할 것이다.

(3) 도시의 환경 관련 요건

도시의 환경과 관련된 요건으로는 도로와 관련한 건축허가요건이 대표적이다. 그중 건축선 규정에 관하여는 앞에서 상세히 서술한 바 있다. 그 외의 다른 도로 관련 요건 중 위험방지와 관련하여서는 소방도로와의 연결에 관한 요건이 더욱 심도있게 고려돼야 할 것이다. 건축물의 고층부분에서 화재가 발생할 경우 소방차량을 이용한 화재진화가 어렵다는 점을 고려하면, 지표상의 건축물 진입도로 외에 공중에 위치한 입체도로를 통하여 화재진화를 더욱 용이하게 할 가능성도 있을 것이다.

그 밖의 도시의 환경 관련 요건으로는 일조권 요건의 검토가 필요하다. 도로가 건축물 상부에 위치하게 될 경우, 건축물의 일조 확보가 어려워질 수 있는바 이에 대한 과학적인 기준 요건이 필요하다. 현행 「건축법」의 일조규정이 상당기간 동안 수 차례의 개정과정을 거쳤음에도 불구하고 일조권과 관련한 분쟁에서 유의미한 효과를 거두지 못하고 있음을 고려하면,[179] 입체도로와 혼재하는 건축물의 일조규정은 더욱 세심하게 고려되어 마련될 필요가 있다고 할 것이다.

2. 입체도로의 구조안전기준 등

179) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 97면 이하

(1) 혼재하는 건축물의 위험방지요건과의 차이점

이미 건축물이 설치된 이후에 그 건축물과 입체적으로 도로가 설치되는 경우, 기존의 건축물은 **제5장 제2절 Ⅱ. 1.**에서 살펴본 건축허가요건이 고려됨 없이 일반적인 건축물의 건축과 동일한 요건의 심사를 통하여 건축되었을 것이다. 이 경우 혼재하는 건축물은 입체도로의 설치에 사후적으로 대응하는 것이 제한된다. 따라서 시간적으로 나중에 설치되는 입체도로 자체에 안전기준을 강화하여 위험을 방지할 필요가 있다.

제5장 제2절 Ⅱ. 1.에서는 도로 설치 이후에 건축물의 건축하는 경우 건축허가요건을 다루었기에, 건축물에서 발생하는 위험이 도로에 피해를 미치는 경우 및 도로에서 발생하는 위험이 건축물을 매개로 하여 건축물 내 이용자에게 피해를 미치는 경우를 주로 고려했다. 반면, 기존 건축물이 우선하여 존재하고 이후에 입체도로가 설치되는 경우에는, 도로의 출현을 고려하지 않았을 건축물로부터 오는 위험으로부터 도로를 보호하기 위한 측면과 도로의 출현으로 인하여 건축물이 받게 될 피해를 방지하기 위한 측면이 모두 고려돼야 한다.

(2) 입체도로에 요구되는 위험방지요건의 예시

입체도로에 요구되는 위험방지요건의 예로는 다음과 같은 내용들이 있을 수 있다. 건축물에서 발생한 화재 및 그 연기가 도로로 확산되는 것을 막기 위하여 도로 자체에 방화 및 제연 설비 등이 마련되어야 할 것이고, 도로의 구조 및 마감재에 보다 강화된 내화기준이 요구될 것이다. 건축물의 중앙이나 하부를 통과하여 지나는 입체도로의 경우에는 도로의 조도 확보를 위한 조명시설의 설치가 요구된다. 그 밖에도 건축물과 인접하는 부분의 도로의 구조안전 문제 등도 고려돼야 할 것이다.

특히, 도로에서 발생하는 소음이나 매연 등이 건축물로 유입되지 않도록 하는 설비가 요구될 것인데, 이러한 요구기준이 마련되지 않거나 혹

은 입체도로의 설치주체가 그러한 요구기준을 충족하지 못할 경우에는 다양한 유형의 분쟁이 발생하게 될 우려가 있다. 이와 관련해서는 아래의 (3)에서 구체적으로 살핀다.

(3) 도로에서 발생하는 환경피해에 관한 분쟁

요구기준의 미비로 인해 차량의 소음이나 매연의 유입으로 건축물 이용자가 환경적 피해를 입게 된 경우, 그 건축물 이용자로서는 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 헌법소원심판을 제기하여 적절한 요구기준이 입법되도록 할 수 있다. 즉 헌법소원심판을 통해 요구기준의 불비(이른바 '부진정 입법부작위')가 헌법 제35조가 보장하는 국민의 환경권을 침해하여 위헌임을 확인받고, 적절한 요구기준이 새로이 입법되도록 할 수 있는 것이다.[180]

요구기준의 마련에도 불구하고 도로로 인하여 건축물 이용자가 환경상 피해를 입게 된 경우에는 그 도로의 설치자 내지 관리자를 상대로 「환경정책기본법」상 손해배상청구(법 제44조) 내지 「민법」상 공작물책임(법 제758조) 등을 물을 수 있을 것이다. 만약 도로의 책임자가 국가 또는 지방자치단체라면, 「국가배상법」에 따른 영조물책임 추궁이 가능할 것이다(법 제5조).

대법원 판례는, 환경적 피해의 배상책임과 관련하여, 공법상의 규제기준은 행정목적상 최소한의 기준으로 보아 공법상 규제기준을 준수하였더라도 그로 인한 환경피해가 참을 한도를 넘는다면 위법성이 인정될 수 있다고 보면서도(이른바 '참을한도론'), 공법상 규제기준의 준수여부는 참을 한도를 넘는 피해 발생과 관련하여 위법성을 판단하는 중요한 고려요소가 된다고 보고 있다.[181] 따라서 국가로서는 위와 같은 환경분쟁들에

---

180) 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2018헌마730 전원재판부 결정에서는 선거운동을 위한 확성장치에 대해 소음 규제기준을 규정하지 않은 「공직선거법」 규정에 대하여 청구인의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해하여 위헌이라고 보았다.

대비하여 입체도로에서 발생하는 환경피해를 방지하기 위한 충분한 규제를 입법해야 할 필요성이 있는 것이다.

3. 입체도로의 관리기준

앞에서 살펴본 위험방지요건 등의 적용을 거쳐 도로와 건축물이 입체적으로 혼재하게 된 이후에는, 그 입체도로의 관리에 관한 기준 마련이 요구된다고 할 것이다. 이와 관련해서는 공법상의 규제와 더불어, 도로의 관리주체와 토지 및 건축물 소유자 간의 계약에 의한 기준 마련을 고민할 수 있다. 특히 **제5장 제3절 Ⅰ. 2. (1)**에서 살펴볼 바와 같이 실시계획 단계에서 별도의 협의절차를 마련하게 될 경우, 해당 협의절차에서 향후 입체도로와 비도시계획시설 등의 관리에 관한 사항을 정하도록 법령에 명시할 수 있을 것이다. 이는 특히 입체도로가 건축물과 일체화되는 경우에 더욱 필요할 것이다.

협의사항으로는 관리에 소요되는 비용부담, 관리상의 행위제한, 출입방법, 공사진행 간 협조, 손해배상, 협정유효기간, 위반시 조치, 협의사항 게시방법 등이 있을 수 있다. 이때 입체도로 설치 이후의 행위제한에 관한 사항을 협의하는 경우, 그 제한사항은 토지 및 건축물 소유자 외에도 토지 및 건축물에 대하여 기타 권리를 갖는 자들에게도 적용되어야 하므로, 이들 역시 협의에 참여할 수 있도록 해야 한다. 나아가, 이러한 협의사항이 대외적으로 구속력을 가질 수 있도록 하는 공시 등의 방법을 마련하여야 할 것이다.

Ⅲ. 「국토계획법」상 건축허가요건의 설정

181) 대법원 2015. 9. 24. 선고 2011다91784 판결, 대법원 2017. 2. 15. 선고 2015다23321 판결 등

1. 독자적인 건축허가요건의 창설

(1) 혼재하는 건축물에 대한 「국토계획법」상 건축허가요건의 부재

입체도시계획시설계획이 수립되는 경우, 해당 부지에서의 건축허가요건은 어떠한 도시계획에 따라 정해져야 하는지에 관한 명문의 규정이 없다. 이에 '입체적 결정'이 있는 경우, 그 결정이 있지 않은 나머지 수직 공간에 대하여는 기존의 용도지역제 도시계획에 따라 건축허가요건이 정해진다고 해석될 것임을 앞에서 서술한 바 있다.

그러나 입체도로의 설치에도 불구하고 기존의 도시계획이 정하는 건축허가요건을 그대로 유지하는 것이 타당한지에 대해서는 의문이 있다. 도로의 설치로 인하여 기존에 정해진 용도의 건축물이 제 기능을 못하게 될 수도 있고, 도로의 위치에 따라 건축물의 형태도 제한받게 되면서 기존의 건폐율·용적률·높이제한 등을 그대로 적용하는 것이 제한될 수도 있기 때문이다. 이에 '입체적 결정'과 함께 나머지 수직 공간에 대한 기존의 도시계획을 변경이 요구된다.

만약 당해 지역이 지구단위계획이 수립되지 않은 경우라면, 나머지 수직 공간에 대하여 기존의 용도지역을 다른 용도지역으로 변경하는 방식으로 도시계획 변경이 이루어질 것이다. 그러나 이 경우 각각의 용도지역은 형태제한 내지 용도제한의 범위가 한정된다는 점에서, 입체도로 설치에 따른 유연한 도시계획의 변경은 제한되게 된다.[182] 따라서 현행 법체계상으로는 입체도로 설치에 따른 「국토계획법」상 건축허가요건 변경에는 한계점이 존재한다.

---

182) 가령, 주거지역에서 입체도로를 설치함에 따라 그 입체도로의 나머지 수직 공간에 대하여 주거지역의 허용용도는 유지하되, 용적률을 상업지역 수준으로 상향할 필요가 있는 경우가 문제된다. 이 경우, 입체도로의 나머지 수직 공간에 대하여 단순히 용도지역을 주거지역에서 상업지역으로 변경하는 것만으로는 문제가 완전하게 해결되지 않는다는 한계가 있다.

(2) 독자적인 건축허가요건 창설규정 마련의 필요성

‘입체적 결정’이 있는 수직 공간과 나머지 수직 공간을 이원화하지 않고, ‘입체적 결정’을 통하여 해당 토지 전체에 새로운 도시계획이 결정되도록 하는 제도의 마련이 요구된다. 일단의 토지에서의 ‘입체적 결정’은, 직접적으로는 그 결정이 있는 수직 공간에 대하여는 입체도로의 설치에 관한 내용을 정하는 것이고, 간접적으로는 나머지 수직 공간에서의 기존의 용도지역제 도시계획을 배제하고 새로운 건축허가요건을 규율할 수 있도록 하는 것이다. 즉 ‘입체적 결정’을 입체도로가 설치되지 않는 나머지 수직 공간에 대하여도 규율할 수 있는 도시계획시설결정인 것으로 제도를 개편하여, 그 나머지 공간에는 여전히 「국토계획법」 제64조 제1항 본문의 개발행위제한 규정이 적용되지 않으면서도 새로운 건축허가요건을 창설할 수 있도록 하는 입법이 요구된다.

(3) ‘공간적 범위 결정’의 경우

‘공간적 범위 결정’이 있는 경우에는 해당 토지의 모든 수직 공간에 도시계획시설결정의 효력이 미치게 되는데, 도시계획시설결정은 「국토계획법」상 건축허가요건을 정하고 있지 않다는 점에서 문제가 된다. 다만, 이는 개발제한구역에서의 건축허가와 유사하게 보아, 예외적 승인으로서 ‘공간적 범위 결정’이 있는 토지의 나머지 수직 공간에서의 건축허가요건 설정에 관하여 행정청의 폭넓은 재량이 인정된다고 보면 족할 것이다.

따라서 ‘입체적 결정’과는 달리 ‘공간적 범위 결정’ 시 행정청이 특별히 독자적인 건축허가요건을 창설할 수 있도록 근거규정을 마련할 필요는 없을 것이다. 개발제한구역에서의 건축허가와 관련하여 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법(이하 ‘개발제한구역법’이라 한다)」은 일응의 건축허가요건들을 정하고 있다. 이와 마찬가지로, ‘공간적 범위 결정’ 시에도 입체도로와 혼재하게 될 건축물의 건축허가와 관

련한 최소한의 요건들을 법령에서 정하고, 이후 건축허가 신청 시 행정청의 재량이 폭넓게 인정된다고 해석하면 충분할 것이다.

2. 위원회 제도의 활용

효율적인 입체정비를 위하여 필요한 경우에는 도시계획위원회와 건축위원회를 통해 건축허가요건 및 기타 제반사항 등을 정하도록 할 수도 있을 것이다. '입체적 결정' 시 나머지 수직 공간에 대한 건축허가요건을 정함에 있어서 위원회 제도를 활용할 수도 있을 것이고, '공간적 범위 결정' 시 예외적 승인으로서 건축물의 건축을 허가할 때 그 허가요건 심사에 있어서 위원회 제도를 활용하는 방안도 가능할 것이다.

3. 입체도로와 건축단위 등 설정의 문제

(1) 입체도로와 건축단위

건축단위는 "토지의 단위로서 하나의 건축허가가 발급될 수 있는 대지와 같은 기준단위"로 정의된다.[183] 「건축법」은 건축단위인 대지를 필지와 일치시키고 있다(법 제2조 제1항 제1호). 따라서 입체도로와 건축단위 설정의 문제는 곧 '입체적 결정' 시 지표면 상에 필지 경계선이 새로이 그려지는지의 문제가 된다. 입체도로 설치시 토지의 분할이 요구되는지의 문제인 것이다.

이와 관련해서는 **제4장 제2절 Ⅱ. 2. (2)**의 **(ii)**에서 논의한 바대로 기존 필지의 경계선은 변하지 않는다고 봄이 타당하다. 통상의 도로 설치 시에는 필지 경계선이 새로이 그려지지만, 입체도로의 경우 소유권의 변동이 없는바 필지 경계선은 새로이 그려지지 않는 것이다. 따라서 입체도로의 설치는 건축물의 건축단위에 영향을 주지 않는 것이고, 건축단

183) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 211면

위 설정과 관련하여 특별히 입체도로 제도의 개선이 요구되지도 않는다.

(2) 입체도로와 건축허용성

건축허용성은 “개별 필지 또는 일단의 토지를 하나의 토지단위(대지)로 상정할 때 그 지상에 건축물을 건축할 수 있는 공법적 지위”로 정의된다.[184] 지목이 ‘대지’인 경우 건축허용성이 인정된다. 이와 관련해 입체도로의 설치가 지목을 변경시켜 건축허용성의 변화를 가져오는지가 문제되는데, ‘입체적 결정’이 있다고 하더라도 그 부지의 지목이 변경될 필요는 없다고 봄이 타당하다.[185] ‘입체적 결정’을 통해 입체도로가 설치되더라도 나머지 수직 공간은 토지의 기존 용도대로 사용되어야 하는 것인바, 토지의 용도인 「공간정보관리법」상 지목의 변경은 요구되지 않는다고 보아야 하기 때문이다. 따라서 지목이 ‘대지’인 토지에 ‘입체적 결정’이 있게 되어도 그 도로의 상·하부 공간에는 여전히 건축허용성이 부여돼있는 것이어서 도로와 입체적으로 혼재하는 건축물의 건축이 가능한 것이다. 이에 건축단위와 마찬가지로 건축허용성과 관련하여서도 특별히 입체도로 제도의 제도 개선은 요구되지 않는다.

제 3 절 권리관계의 조정

Ⅰ. 토지 및 건축물 권리자의 절차 참여

1. 입체도로 설치의 절차규정[186]

184) 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018, 219면

185) 별론으로, ‘중복결정’의 대표적 사례인 상도어린이집의 경우에도 부지가 된 필지는 도로로서의 도시계획시설결정과 사회복지시설로서의 도시계획시설결정이 중복하여 결정돼있는 한편, 그 지목은 여전히 ‘대지’에 해당한다.

186) 이하에서는 ‘입체적 결정’을 통해 설치되는 입체도로에 관하여 중점적으로 살핀다.

「국토계획법」은 도시계획시설의 설치절차만을 정하고 있을 뿐, 입체도시계획시설의 설치절차를 별도로 명시하고 있지 않음은 **제2장 제2절 Ⅱ. 3.**에서 살펴보았다. 「국토계획법」의 하위법령인 「도시계획시설규칙」은 도시계획시설이 기존의 비도시계획시설과 입체적으로 배치되는 경우 구분지상권 설정 절차가 필요하다고 정하고 있다(규칙 제4조 제2항). 그러나 「국토계획법」과 「도시계획시설규칙」 어디에도 구분지상권 설정에 관한 협의절차를 어느 단계에서 어떠한 내용으로 진행하여야 하는지는 정하고 있지 않다.

한편, 기존의 비도시계획시설과 입체적으로 도로가 설치될 경우 기존의 비도시계획시설을 일부 변형하게 되는 경우도 발생한다는 점에서 비도시계획시설과 관련된 권리자들의 절차 참여 필요성은 더욱 강조된다. 그러나 「국토계획법」과 「도시계획시설규칙」은 입체도로의 사업시행자와 비도시계획시설 권리자가 입체도로 설치 과정에서 비도시계획시설의 변형과 관련된 사항을 협의하도록 하는 절차 역시 마련하고 있지 않다. 이에 입체도로 설치에 있어서 구분지상권 설정 등을 위한 협의절차와 더불어 비도시계획시설 권리자의 참여기회 보장을 위한 절차 마련이 함께 요구된다.

2. 구분지상권 설정 등을 위한 협의절차

‘입체적 결정’을 통해 도시계획시설을 설치하고자 할 때에는 ‘미리’ 토지소유자, 토지에 관해 소유권 이외의 권리를 가진 자, 토지에 있는 물건에 관하여 소유권이나 그 밖의 권리를 가진 자와 구분지상권의 설정 또는 이전 등을 위한 협의를 해야 한다(「도시계획시설규칙」 제4조 제2항). 이에 ‘미리’의 시점이 문제된다. 도시계획시설결정 단계에서는 도시계획시설의 위치 및 면적이 확정되는데, 이는 ‘입체적 결정’의 경우도 마

찬가지라고 보아야 한다. 따라서 입체도로 설치를 위한 구분지상권 설정에 관한 협의는 '입체적 결정' 이전에 이루어지는 것이라고 보아야 한다. '입체적 결정'을 통해 입체도로의 위치와 면적이 확정된 이후에 구분지상권 설정에 관한 협의가 진행된다고 볼 경우, 만약 그 협의가 성사되지 못한다면 이미 '입체적 결정'이 이루어졌음에도 불구하고 이후의 사업진행이 불가능해지기 때문이다.

「국토계획법」은 도시계획시설결정 전 도시계획의 입안 단계에서 주민의견청취 절차를 마련하고 있다(법 제28조). 따라서 일차적으로 주민의견청취 절차를 보완하여 구분지상권 설정에 관한 협의절차를 추가로 진행하도록 제도를 개선하는 것이 하나의 방법일 것이다. 다만, 주민의견청취 절차의 활용만으로 구분지상권 설정 등을 위한 협의절차가 완료된다고 보긴 어렵다. 기존 비도시계획시설에 도시계획시설을 입체적으로 설치하는 경우, 실시계획의 내용에 따라 추가적인 구분지상권 설정이 요구될 수 있기 때문이다.

'입체적 결정'을 통해 도로가 기존 비도시계획시설과 입체적으로 설치되는 경우, 변형되는 비도시계획시설의 구체적인 형태, 입체도로와 비도시계획시설 간의 연결 및 상호 간섭되는 부분의 처리, 비도시계획시설 내 입체도로 설치를 위한 기둥 및 구조 보강물의 위치 등이 실시계획 단계에서 정해지게 된다. 이에 추가적인 구분지상권 설정이 요구되는 경우가 발생한다. 가령, 입체도로의 구조안전을 위하여 비도시계획시설인 건축물 인근에 교각의 설치가 요구되는 경우, 그 교각이 설치되는 공간에 대하여는 추가적인 구분지상권 설정이 요구될 것이다.

따라서 실시계획 수립 단계에서 구분지상권 설정 등을 협의하는 절차가 추가적으로 마련되어야 한다. 주민의견청취는 도시계획의 입안단계에서 이루어지는 것이고, 실시계획 수립은 그보다 훨씬 이후에 진행되는 것으로, 입안단계에서 미리 입체도로 설치에 요구되는 추가적인 구분지

상권 범위까지 예상하여 구분지상권 설정 협의를 완료하는 것은 불가능하다. 즉 실시계획 수립 단계에서 추가적인 구분지상권 설정 등의 협의 절차가 진행될 필요가 있는 것이며, 이를 통해서 비로소 구분지상권 설정 등에 관한 협의가 완료되도록 하여야 한다.

3. 토지 및 건축물 권리자의 참여기회 보장

(1) '입체적 결정' 전에 비도시계획시설이 존재하는 경우

단일한 도시계획시설 설치의 경우, 도시계획시설결정으로 사업부지가 결정된 이후에 수립되는 실시계획은 이미 결정된 사업부지 내에서의 도시계획시설의 구체적인 형태나 위치 등을 정하게 될 뿐이다. 이미 도시계획시설결정으로 인하여 사업부지의 토지소유권은 수용될 것임이 예상되므로,[187] 이후에 수립되는 실시계획의 내용만으로는 토지소유자 등의 재산권이 추가적으로 제한되지는 않는다.

반면, '입체적 결정'을 통해 도로가 기존 비도시계획시설과 입체적으로 설치되는 경우, 실시계획에서 도시계획시설의 구체적인 형태와 위치뿐 아니라 기존 비도시계획시설에 관한 사항까지 정해지게 됨을 앞에서 살펴보았다. 즉 '입체적 결정' 단계에서 기존 도시계획시설 중 유지되는 부분과 일부 변형이 필요한 부분의 범위 정도만이 결정되는 반면, 실시계획에서는 비도시계획시설에 영향을 미치는 구체적인 사항들까지도 정해지는 것이다.

비도시계획시설의 형태 변경, 비도시계획시설 내 입체도로 설치를 위한 기둥 및 구조 보강물의 위치 등이 실시계획 단계에서 구체적으로 정해짐으로써, 실시계획으로 인해 비도시계획시설 권리자의 재산권은 추가

187) 실시계획의 인가가 사업시행자에게 수용권한을 부여하는 것이지만, 수용의 범위는 이미 도시계획시설결정 단계에서 정해진 것으로 보아야 한다.

적으로 제한될 수 있다. 따라서 실시계획 수립단계에서 비도시계획시설 권리자의 재산권이 보호될 수 있도록 하는 협의절차가 추가적으로 마련돼야 한다. 이는 구분지상권 설정 등의 협의와는 내용을 달리하는 것이지만, 결과적으로 이 협의의 내용에 따라 구분지상권의 추가적 설정이 뒤따르게 된다는 점에서 구분지상권 설정 협의와 함께 진행되도록 하여야 할 것이다.

(2) '입체적 결정' 후에 비도시계획시설이 설치되는 경우

사인 소유 토지에서 '입체적 결정'이 이루어진 이후에 그 부지 내에서 토지소유자가 비도시계획시설로서 건축물을 건축하는 경우, 당해 부지의 토지소유자는 입체도로 설치가 예정된 공간에 한하여는 건축행위를 제한받게 된다. 예를 들어, 공중에 입체도로가 설치되는 경우, 그 하부 공간에 건축될 건축물은 물리적으로 높이제한을 받게 될 것이다.

따라서 건축주의 건축행위를 최대한으로 보장해주기 위하여 건축주와 입체도로 사업시행자 간 협의절차를 마련할 필요가 있다. 만약 공중에 입체도로 설치가 결정되어 건축주가 사실상의 높이제한을 받게 될 우려가 있는 경우, 건축주가 사업시행자에게 입체도로의 노선 및 형태의 조정을 요청할 수 있도록 하여야 한다. 건축주의 이와 같은 요청은 입체도로의 구체적인 위치나 형태가 확정되기 전인 실시계획 수립단계에서 이루어져야 할 것이다. 이를 통해 건추주가 기존의 도시계획이 해당 대지에 허용한 건폐율·용적률·높이제한 등을 입체도시계획시설의 설치 및 운영에 지장을 초래하지 않는 범주 내에서 최대한 활용할 수 있도록 하여야 한다.

한편, **제5장 제2절 Ⅲ. 1. (1)**에서 입법적으로 '입체적 결정' 단계에서 당해 입체도로가 지나는 토지의 건폐율·용적률·높이제한 등을 완전히 새로이 정하도록 제도를 개선할 필요가 있음을 살펴보았다. 이에 '입체적 결정'이 있는 공간범위 외의 나머지 수직 공간에 대하여도 기존의 도시

계획이 변경되는 것으로 제도가 개선될 경우에도, 실시계획 수립단계에서 위와 같은 협의절차가 필요한지가 문제된다.

제5장 제2절 Ⅲ. 1. (1)에서 살펴본 바와 같이 제도가 개선된다면, '입체적 결정' 단계에서 일차적으로 건축주가 건폐율·용적률 및 높이제한 등을 최대한 활용할 수 있도록 건축허가요건의 조정이 이루어질 것이다. 그럼에도 불구하고, 새로이 정해진 건폐율·용적률 및 높이제한 등의 범위 내에서 다시 건축주의 건축행위가 최대한으로 보장될 수 있도록 실시계획 수립단계에서도 협의절차를 마련하는 것이 국민의 권리보장 차원에서 타당하다고 할 것이다.

한편, 위 협의절차에 참여할 수 있는 건축주의 자격이 문제된다. 이는 곧 비도시계획시설인 건축물의 건축계획이 어느 단계까지 진행되었을 때 그 건축주를 협의절차에 참여할 수 있도록 할지의 문제이다. 건축물의 건축에 관하여 아무런 구체적 계획도 마련되지 않은 상태의 건축주를 협의절차에 참여할 수 있다고 정할 경우, 당해 협의절차는 무용해질 것이다. 따라서 협의절차에 참여할 수 있는 자격요건의 설정이 필요하다.

이에 건축물의 건축계획 단계와 입체도시계획시설 설치의 진행 단계와 비교하여 그 자격요건을 설정하는 방법이 가능할 것이다. 가령, '입체적 결정' 전까지 비도시계획시설의 건축설계도 작성까지 완료되어 건축허가가 신청돼있는 경우에만 건축주가 실시계획 단계에서 협의절차에 참여할 수 있다고 정할 수 있을 것이다. 혹은 '입체적 결정' 시 정해진 기간 내 건축허가를 위한 설계도서를 제출할 수 있도록 하는 절차를 마련해, 당해 절차에서 설계도서 제출한 자에 한하여 협의에 참여시키는 등의 방법도 가능할 것이다.

Ⅱ. 구분지상권 등의 설정 및 보상

1. 구분지상권의 설정

도로를 공중에 설치하는 경우, 그 하부의 공간에 대하여 수용을 통하여 토지소유권을 박탈할지, 도로공간에 대하여만 구분지상권을 설정하여 토지소유권을 존속시킬지는 실무상의 문제이다. 도로는 아니지만, 공중에 설치되는 시설인 케이블카의 경우, 대체로 그 아래의 선하지에 대하여 수용을 통해 토지소유권을 박탈하게 된다.[188] 도로의 경우에도 「국토계획법」과 「도로법」상 입체도로 설치를 위한 제도가 마련되어 있음에도 불구하고, 현재까지는 고가도로를 설치하는 대부분의 경우에 그 도로부지의 토지소유권을 박탈하는 수용이 뒤따라오고 있다. 그러나 도시의 고밀화, 사업비 절감, 재산권 보호 등을 고려하면 앞으로는 더욱 입체도로 활용의 필요성이 재고될 것이다. 도로의 입체화를 통해 얻게 되는 분명한 이점을 고려하면 토지소유권 수용이 아닌 구분지상권 설정의 방법으로 도로를 설치하는 것이 권장되어야 한다.

「국토계획법」상 '입체적 결정' 및 「도로법」상 '입체적 도로구역 지정'은 각각 구분지상권 설정·이전에 관하여 협의를 하도록 정하고 있다. 「도로법」의 경우, 구분지상권 설정 등에 관한 협의가 없으면 '입체적 도로구역 지정'이 불가능하다고 정하고 있으므로(법 제28조 제2항), 구분지상권 설정 등에 관한 협의는 '입체적 도로구역 지정' 단계에서 이루어져야 한다. 「도시계획시설규칙」은 '입체적 결정'에 의한 입체도로 설치 시 '미리' 구분지상권 설정 등에 관한 협의를 하여야야 한다고 정하고 있는바(규칙 제4조 제2항), 일응 '입체적 결정' 이전 단계에서 협의가 이루어지는 것이라고 보아야 할 것이다. 이에 주민의견수렴절차에서 일차적

188) 이로 인하여 수용보상의 문제가 발생하기도 한다.
(이용재, "사천바다케이블카 노선 결국 변경", 경남일보, 2014. 7. 24., http://www.gnnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=216234)
한편, 선하지에 대하여 구분지상권의 설정이 이루어지는 경우도 있다.
(목포시 고시 제2019-90호, 2019. 4. 25. 참조)

으로 구분지상권 설정을 협의한 후 실시계획 수립단계에서 그 범위의 조정에 관하여 추가적인 협의를 진행해야 함을 앞에서 살펴보았다. 입체도로 제도의 활성화를 위해서는 이러한 협의절차에 관하여 각 단계별 시기 및 협의내용을 법률 차원에서 정하는 방향으로 개선이 이루어져야 한다.

2. 기타 권리관계의 변동

현행 입체도로 제도에는 구분지상권 설정에 수반되는 다른 권리와의 충돌에 관한 사항을 어떻게 조율할 것인지에 관한 규정이 없다. 기존에 도로부지에 관하여 지상권이 설정돼있는 경우, 위 구분지상권 설정 등에 관한 협의 단계에서 기존의 지상권에 대한 조정이 요구됨을 **제4장 제4절 Ⅰ. 3.**에서 살펴보았다.

또한, **제4장 제4절 Ⅰ. 3.**에서 살펴보았듯, 선순위저당권 실행 시 소멸주의에도 불구하고 입체도로의 존속을 위해 구분지상권이 소멸하지 않아야 한다는 점에 관하여도 명시적 규정이 필요하다. 선순위 저당권자는 비록 구분지상권의 존속에 따른 담보가치 하락이라는 손해를 입는 것이지만, 이는 저당권의 성질에 따른 것이라고 볼 수 있어 저당권자의 손해를 보전해주기 위한 별도의 입법은 불필요하다고 할 것이다.

한편, 건축물과 입체도로가 일체화될 경우, 권리관계에 관한 규정도 필요하다. 이는 도로와 건축물이 만나는 부분의 구분이 불명확한 경우에 특히 그러하다. 가령, 도로의 하중이 건축물로 전달되는 경우, 건축물의 관리가 도로 안전과 직결되거나, 도로의 관리가 건축물의 안전과 직결될 수 있다. 이에 도로와 건축물 권리자 상호 간 권리관계가 문제된다.

도로 소유자가 건축물 소유자에게 혹은 건축물 소유자가 도로 소유자에게 각각의 소유권에 기하여 물권적청구권으로서 안전조치 등을 이행할 것을 청구할 수도 있을 것이다. 그러나 이는 물권적청구권 행사의 범위

가 불분명하다는 문제가 있다. 따라서 일본의 경우와 같이 도로와 건축물의 각 권리자가 계약을 체결하도록 의무화하여 그 계약에 따라 상호 관리책임을 분명히 하고, 특정한 경우에는 상대방 시설에 대한 안전조치를 직접 할 수 있도록 하는 등의 방법이 마련돼야 할 것이다.

3. 권리관계와 보상제도

(1) 「국토계획법」상 건축허가요건의 축소와 보상

도로가 토지 위를 가로질러 지나가게 되면서 해당 토지를 대지로 하는 건축물의 건축은 종래의 건폐율·용적률·높이제한이 보장하는 최대한의 범위 안에서 건축을 하는 것이 불가능해진다. 이에 관하여 입체도로가 설치되는 공간 범위 외의 나머지 수직 공간에 대하여도 기존의 도시계획이 정하는 건축허가요건을 배제하고 새로운 건축허가요건을 정해야 함을 **제5장 제2절 Ⅲ. 1. (1)**에서 살펴보았다. 그러나 만약 이러한 제도가 마련되지 않는다거나, 혹은 그러한 건축허가요건 변동이 토지소유자에게 지나치게 큰 불이익으로 작용하는 경우에 그에 관한 보상도 요구되는지가 문제된다. 이와 관련해서는 「헌법」 제23조를 살펴볼 필요가 있다.

「헌법」 제23조 제3항은 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다고 정하고 있는바, 이것이 손실보상의 근거가 된다.[189] 재산권의 '공용침해'를 정하고 있는 「헌법」 제23조 제3항과 달리, 동조 제1항 및 제2항은 재산권의 '사회적 제약'을 정하고 있다.[190] 이때 사회적 제약과 공용침해 사이의 관계에 관하여 독일에서는 경계이론과 분리이론이라는 이름의 해석론이 발전해왔고, 이는 한국의 헌법재판소 결정에도 영향을 미쳤다.[191]

189) 성낙인, 헌법학(제20판), 법문사, 2020, 1437면
190) 성낙인, 헌법학(제20판), 법문사, 2020, 1433면

「헌법」 제23조에 대해 '경계이론'은, 사회적 제약과 공용침해는 별개의 제도가 아니고 정도의 차이인바, 사회적 제약을 넘어서서 특별한 희생을 야기하는 재산권의 침해가 곧 공용침해에 해당한다고 본다.[192] 반면, 분리이론은 사회적 제약과 공용침해가 전혀 다른 별개의 제도인바 일반적·추상적으로 장래를 향하여 재산권에 가해지는 불이익을 사회적 제약이라고 보고, 이미 형성된 구체적 재산권을 개별적으로 박탈하거나 제한하는 경우 공용침해에 해당한다고 본다.[193][194] 헌법재판소는 분리이론의 입장이다.[195]

헌법재판소와 마찬가지로 분리이론에 따를 경우, 입체도로 설치시 「국토계획법」상 건축허가요건의 축소와 관련하여 토지소유자가 받게 되는 재산권의 제한이 사회적 제약에 해당하는 사안인지 공용침해에 해당하는 사안인지 살필 필요가 있다. 도시계획변경결정에 따라 용도지역제 도시계획이 정하는 건축허가요건이 토지소유자에게 불이익하게 변경되는 경우, 이는 「헌법」 제23조 제1항의 전형적인 사안으로 이해된다. 일반적·추상적으로 장래를 향하여 재산권에 가해지는 불이익에 불과하기 때문이다. 입체도로 설치에 따른 건축허가요건의 축소는 용도지역제 도시계획의 변경과 유사한바, 이 역시 사회적 제약의 사안이라고 봄이 타당할 것이다.

건폐율·용적률·높이제한 등의 건축허가요건이 축소되었다고 하여, 이미 형성된 구체적 재산권이 개별적으로 박탈되거나 제한되어 공용침해에 해당한다고 보기는 어렵다. 따라서 「헌법」 제23조 제3항의 손실보상 사안은 아닌 것이며, 법률로서 정당한 보상을 정할 필요는 없다. 다만,

---

191) 성낙인, 헌법학(제20판), 법문사, 2020, 1433면
192) 성낙인, 헌법학(제20판), 법문사, 2020, 1434면
193) 성낙인, 헌법학(제20판), 법문사, 2020, 1434면 이하
194) 분리이론에 따르면, 도시계획에 의한 개발행위제한은 사회적 제약의 전형적인 사안이고, 토지수용에 의한 토지소유권 박탈은 공용침해의 전형적인 사안이다.
195) 헌법재판소 1998. 12. 24.자 89헌마214 결정 등

헌법재판소는 사회적 제약에 해당하는 사안의 경우에도 비례의 원칙 등 「헌법」의 일반원칙의 준수가 요구된다고 보는바,[196] 만약 사회적 제약이 비례의 원칙을 위반하여 재산권을 침해하게 될 경우에는 보상 규정 등을 둠으로써 비례의 원칙에 부합하는 합헌성을 회복해야 한다는 입장이다.[197] 따라서 비록 입체도로 설치에 따른 건축허가요건의 축소가 사회적 제약에 해당한다고 하더라도, 그것이 비례의 원칙을 위반하여 재산권을 침해하는 것으로 판단된다면 보상 입법의 마련 등이 요구될 수는 있을 것이다.

(2) 인근주민에 대한 보상 마련

구분지상권의 설정·이전에 따른 토지권리자와 건축물권리자에 대한 보상 외에 입체도로 주변의 인근주민들의 간접손실 또한 고려될 필요가 있다. 인근주민들의 경우에도 소음이나 매연, 일조차단 등의 피해가 발생할 수 있기 때문이다. 입체도로를 설치하는 행정주체로서는 법령에 보상 규정이 없으면 보상을 할 수 없다. 그러나 인근주민들이 적정한 보상을 받지 못하게 되면 입체도로 설치는 그 주민들의 강한 저항에 직면하게 될 것이다. 이러한 사실상의 제한으로 인해 입체도로 설치가 제한될 가능성이 있는 것이다. 따라서 인근주민들의 간접손실에 대한 보상에 관하여 특별조문을 두는 것이 적절할 것이다.

---

196) 헌법재판소 1998. 12. 24.자 89헌마214 결정

197) 이때의 보상 규정은 헌법 제23조 제3항의 손실보상의 정당한 보상과는 다른 성격의 것으로서, 헌법재판소는 이를 금전보상에 한하지 않고, 보상에 갈음하거나 손상을 완화할 수 있도록 하는 제도의 총체의 의미로 사용한 것으로 이해된다.

제 6 장 결론

이상에서 입체도로의 설치와 규제를 공법적 측면에서 살펴보았다. '입체도로'란 수직 공간에서 건축물과 입체적으로 배치되는 도로를 의미한다. 입체도로는 고밀도의 도시지역에서 토지를 합리적으로 이용하고 사인들의 재산권 제한을 최소화하여 도로를 설치할 수 있다는 점에서 큰 이점을 갖는다. 이에 입체도로에 관한 논의는 비도시지역보다는 도시지역 내에서 중요한 의미를 갖게 되는바, 도시계획시설 중 입체도시계획시설에 대한 이해는 입체도로에 관한 논의에서 필수적인 것이 된다.

입체도시계획시설의 설치를 규율하는 근거법규에는 「도시계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙」 제3조의 '중복결정', 제4조의 '입체적 결정', 그리고 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제64조 제1항 및 동법 시행령 제61조의 '공간적 범위 결정'이 있다. 도시지역 내에서 도로는 도시계획시설로서 설치되므로, 위 규정들은 곧 입체도로의 근거규정이기도 하다. 이 중 '입체적 결정'의 경우, 도시계획시설이 설치되는 사유지의 소유권에 변동은 없고, 구분지상권 등이 설정되게 된다. 반면, '중복결정' 및 '공간적 범위 결정'의 경우 사인의 토지소유권이 박탈되거나 박탈이 예상된다. 따라서 도시계획시설 확보의 용이 및 토지소유자의 재산권 보호라는 입체도시계획시설의 이점들은 '입체적 결정'에서 강하게 나타나게 된다.

한편, 「도로법」 역시 입체도로 제도에 관한 규정으로, '도로점용허가' 제도와 '입체적 도로구역 지정' 제도를 두고 있다. 「도로법」에 따라 설치된 도로가 도시지역을 지나는 경우, 그 도로는 도시계획도로로 의제되는바, 「도로법」상 '입체적 도로구역 지정'이 있게 되면 「국토계획법」상 '입체적 결정'이 있는 것으로 의제된다고 해석된다. '입체적 도로구역 지정'을 통해 '입체적 결정'이 의제된 도로가 설치된 후에 그 도로의 상·하부에 건축물이 건축되게 되는 경우, 도로점용허가는 불필요하다

고 봄이 타당하다.

일본과 독일은 일찍이 입체도로 제도를 운영해왔는바, 우리에게 시사하는 바가 많다. 일본과 독일의 제도와 비교해보건대, 우리의 입체도로 제도에도 입체도로 제도를 운용할 세부적인 지침 내지 가이드라인의 마련, 「국토계획법」, 「도로법」, 「건축법」 간 연계, 건축선 적용의 예외 규정 마련 등이 요구된다고 할 것이다. 특히, 일본과 독일은 건축선 적용의 예외와 관련하여 우리의 지구단위계획에 해당하는 지구계획, B-Plan을 적극적으로 활용하고 있다는 점을 주목할만하다. 이에 우리 역시 지구단위계획과 연계된 건축선 적용 예외를 적극적으로 고려해볼 필요가 있다.

도시의 전제가 되는 도로는 본래 도시공간들을 연결해나가는 교통시설이지만, 그것이 오히려 도시공간을 단절시키기도 한다. 이는 도로가 건축선의 형성 및 수용권 발동을 통해 건축물의 건축을 제한하고 건축물과 대립하게 되면서 생기는 결과이다. 입체도로는 건축선을 형성하지 않고, 토지소유권의 박탈이 아닌 구분지상권 설정을 통해 설치된다는 점에서 건축물의 건축을 최소한으로 제한한다. 즉 입체도로의 상·하부 수직면에 건축물이 침범하여 건축되면서 도로의 설치가 건축물의 설치에 양보하는 양상을 보이는 것이다.

한국에 입체도로 제도가 도입된 이래로 입체도로를 활성화하고자 하는 다양한 정책들과 계획들이 발표되었으나, 정작 그것이 현실에서 구현된 사례는 찾아보기 어렵다. 우수한 토목기술력을 가진 한국이지만, 제도의 미비가 그러한 기술력을 발휘할 기회를 박탈하고 있는 것이다. 입체도로 제도와 관련하여 우리의 법제는 관련법률들이 서로 연계되어 작용하지 않는다는 문제가 있다. 또한, 입체도로의 설치에 관한 독자적인 절차규정과 입체도로만의 구조안전 및 위험방지에 관한 기준 역시 부재하다. 입체도로와 혼재하는 건축물을 규율하는 건축허가요건 및 당해 부지

의 토지 및 건축물의 권리관계에 관하여도 불분명한 부분들이 많다.

이에 입체도로 설치 시 건축선 규정이 적용되지 않음을 명시하는 예외규정을 「건축법」자체에 마련할 필요가 있으며, 도로와 입체적으로 혼재하는 건축물을 건축하고자 할 때 적용되는 「건축법」상 건축허가요건들의 기준을 강화하여야 한다. 이미 건축물이 설치된 이후에 그 건축물과 입체적으로 도로가 설치되는 경우 역시 입체도로 자체에 안전기준을 강화하여 위험을 방지할 필요가 있다. 또한, '입체적 결정'이 있는 수직 공간과 나머지 수직 공간을 이원화하지 않고, '입체적 결정'을 통하여 해당 토지 전체에 새로운 도시계획이 결정되도록 하는 제도의 마련이 요구된다.

그 밖에도 '입체적 결정' 이전에 주민의견청취 단계에서 구분지상권 설정 등을 협의하는 절차를 마련하여야 하며, 이후 실시계획 수립단계에서는 비도시계획시설 권리자의 절차참여를 보장하는 절차 및 구분지상권의 추가 설정을 위한 협의절차도 마련되어야 한다. 한편, 입체도로 설치에 따른 건축허가요건의 축소는 사회적 제약에 해당하는바, 「헌법」 제23조 제3항에 따른 정당한 보상 규정을 마련할 필요는 없지만, 입법자의 재량으로 보상 입법을 마련할 수는 있을 것이다. 입체도로 주변의 인근 주민들의 간접손실에 대하여도 보상에 관한 특별조문을 두는 것이 적절할 것이다.

본 연구에서 현행 입체도로 제도의 문제점과 개선방안을 완벽하게 논하는 것은 한계가 있다. 특히 아직 입체도로 제도의 활용이 활발하지 않아 관련된 법적 쟁점들이 현실에서 문제된 적이 없다는 점에서 더욱 그러하다. 그러나 입체도로에 대한 사회적 수요가 법제 개선에 압박을 주고 있는 만큼, 현행 입체도로 제도의 문제점을 개선하기 위한 고민을 이어나가야 한다. 이에 본 연구를 시작으로 하여 입체도로 제도의 활성화 방안에 관한 공법적 연구가 발전해나가길 기대해본다.

참 고 문 헌

■ 단행본

- 김동희·최계영, 행정법Ⅰ(제26판), 박영사, 2021
- _____, 행정법Ⅱ(제23판), 박영사, 2017
- 김종보, 건설법의 이해(제6판), 피데스, 2018
- 박균성, 행정법론(상)(제10판), 박영사, 2021
- 성낙인, 헌법학(제20판), 법문사, 2020
- 손정목, 일제강점기 도시계획연구, 일지사, 1994
- 양창수·권영준, 권리의 변동과 구제(제3판), 박영사, 2020
- _____·김형석, 권리의 보전과 담보(제3판), 박영사, 2018
- 조상운, 입체도시계획제도 활성화 방안 연구, 인천발전연구원, 2006

■ 논문

- 김종보, “건축법과 「도시계획법」의 관계”, 공법연구(1998. 6.)
- _____, “도로의 설치와 관리 그리고 점용허가”, 행정법연구(54)(2018. 8.)
- _____·박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성”, 행정법연구 제64호(2021. 3.)
- 박동민, “지구단위계획에 관한 공법적 연구”, 경희대학교 박사학위 논문(2022)
- 박신영, “입체도시계획을 통한 부동산개발 사업화 방안 연구 - 공동임대주택사업을 중심으로-”, 강남대학교 석사학위 논문(2006)
- _____, “입체도시계획 활용방안 연구 - 주택단지 사례를 중심으로”, 주택도시 제90호(2006. 9.)
- 박정훈, “韓國 行政法學 方法論의 形成·展開·發展”, 공법연구 제44권 제2호(2015)
- 배기철, “한·일 도시계획법과 지적의 비교연구 - 건축허용성과 건축단위를 중심으로-”, 서울대학교 박사학위 논문(2021)
- 백승관, “도로 공간의 입체적 개발을 위한 일본 입체도로제도에 관한 분석”, 한국산학기술학회논문지(JKAIS) vol.21(2020)
- 우미형, “건축행위 허가의 법적 성격”, 강원법학 제62권(2021. 2.)

- 윤지은, “도로개설의 법체계”, 행정법연구(24)(2009. 8.)
- 이범현·남성우·김영현, “도시재생 측면에서 입체도시계획의 기능과 제도 개선 방안”, 한국콘텐츠학회논문지 19권 2호(2019)
- 이범현·고용석·이정찬·홍경구·김승남, “도시재생 실현을 위한 입체도시 조성 방안”, 국토연구원 제2017-9호(2017. 9.)
- 이상훈·석호영, “도시관리계획에 의한 재산권 제한의 적정성 확보 방안 연구”, 한국토지공법학회(2016. 11.)
- 이선용, “[용어풀이 224] 입체도시계획”, 국토 제427호(2017. 5.)
- 이원영·이영아·문기덕, “라멘플란의 실체와 국내 적용가능성에 관한 연구”, 국토연구원 연구보고서(2008)
- 이정형, “도시공간의 융·복합을 위한 입체도시계획”, 국토연구원(2017)
- 이종원, “입체도시계획 활성화를 위한 계획기법 및 제도개선에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위 논문(2010)
- 장시찬, “역세권 입체도시계획 개발사례의 건축적 공공성에 관한 연구”, 홍익대학교 석사학위 논문(2010.)
- 정종대·김영훈·박신영, “입체도시계획제도의 도시정비사업 활용방안 연구”, 주택도시연구원(2006)
- 최용전, “최근 사례를 통한 도로점용허가의 법적 쟁점”, 한국토지공법학회(2020. 8.)
- 최종권, “도시계획시설에 관한 공법적 연구”, 중앙대학교 박사학위 논문(2014)

■ 보고서 등

- 건설교통부, 21세기 도시비전 - 입체도시계획의 활성화 방안 연구(2001. 8.)
- 서울특별시, 도시계획시설 중복·복합화에 따른 효율적 운용방안 연구(2010. 11.)
- _____, 도시계획시설의 중복·입체적결정 허용범위 기준정비(2006. 6.)
- _____·서울연구원, 도로공간 입체개발 법제화에 따른 서울시 가이드라인 연구(2019)
- 서울특별시 도시계획국 도시계획과·서울특별시 도시계획상임기획단, 서울특별시 도시계획위원회 매뉴얼. 2019-02, 심의기준(2019)
- 서울특별시 공고 제2012-296호(2011. 12. 29.)

- 목포시 고시 제2019-90호(2019. 4. 25.)
- 하남 지역현안2지구 도시개발사업 지구단위계획 시행지침(2012. 11.)

■ 신문기사, 인터넷 자료 등

- 보도자료 “도로의 변신! 입체도로시대 도래…도로 상·하부 활용”, 국토교통부, 2017. 2. 15.
- 이용재, “사천바다케이블카 노선 결국 변경”, 경남일보, 2014. 7. 24., http://www.gnnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=216234
- 국토교통부·LX, “도시계획현황” (https://www.index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxMainPrint.do?idx_cd=1201&board_cd=INDX_001)
- 서울지방국토관리청, 국토지식정보-도로 정보 (http://www.molit.go.kr/srocm/USR/WPGE0201/m_13062/DTL.jsp)

Abstract

A Study on the Construction and Regulation of Three-Dimensional Roads

- Focusing on the vertical arrangement of buildings and roads -

Shin Ki Hun

School of Law

The Graduate School

Seoul National University

The term 'three-dimensional road' means a road that is three-dimensionally arranged with a building in a vertical space. Three-dimensional roads should be discussed to install roads by using land reasonably in high-density urban areas and minimizing restrictions on property rights of individuals. Therefore, the discussion on three-dimensional roads has a much more important meaning within urban areas than non-urban areas. Since roads are usually installed as urban planning facilities in urban areas, three-dimensional roads installed in urban areas become three-dimensional urban

planning facilities.

Regulations on the installation of three-dimensional urban planning facilities include 'redundant decision', 'three-dimensional decision', and 'space range decision'. Meanwhile, the Road Act also prepares a system for the three-dimensional road system called 'road occupancy permit' and 'three-dimensional road area designation'.

Roads are transportation facilities that connect urban spaces, but they also cut off urban spaces. This is the result of the installation of roads restricting the construction of buildings through the demolition of buildings and the formation of building lines. On the other hand, the installation of a three-dimensional road does not demolish the building and does not form a building line. Buildings can be constructed continuously by invading the upper and lower spaces of the three-dimensional road. Unlike ordinary roads that confront buildings, three-dimensional roads are meaningful in that the installation of roads concessions to the construction of buildings.

Since the introduction of the three-dimensional road system in South Korea, various policies and plans to revitalize the three-dimensional road have been announced. However, it is difficult to find a case in which it was implemented in reality. There is a high social demand for three-dimensional roads, but there is a great difficulty in installing them. Although South Korea has excellent civil engineering technology, the lack of a legal system eliminates the opportunity for civil engineering technology to be exercised.

There is a problem that the laws on three-dimensional roads do

not work in conjunction with each other. In addition, there are no procedural regulations and safety standards for the installation of three-dimensional roads. There are also no building permit requirements for buildings that are vertically arranged with a three-dimensional road. The relationship of rights to the three-dimensional road site is unclear. As the social demand for three-dimensional roads is putting pressure on the improvement of legislation, it is necessary to continue to think about improving the problems of the current three-dimensional road system.

keywords : National Land Planning And Utilization Act, Road Act, Building Act, urban planning facilities, three-dimensional urban planning facilities, three-dimensional road
Student Number : 2016-25562