

〈논문〉

건축허용성의 부여와 반영*

金 鐘 甫**

요 약

건축허용성은 개별 필지 또는 일단의 토지를 하나의 토지단위(垆地)로 상정할 때 그 지상에 건축물을 건축할 수 있는 공법적 지위로서, 이를 승인하는 행정청의 공적인 견해표명에 의해 확정된다. 건축허용성의 결정은 도시계획의 핵심기능 중 하나이므로, 이상적인 도시계획이라면 (1) 개별 필지의 건축허용성을 최초로 결정할 뿐만 아니라 (건축허용성의 부여), (2) 결정된 개별 필지의 건축허용성을 도시계획에 반영해주는 기능까지 담당해야 한다(건축허용성의 반영).

그러나 한국의 용도지역제 도시계획은 개별 필지의 건축허용성을 규율하지 못하는 제한적 도시계획이므로 건축허용성을 부여하는 기능이 없을 뿐 아니라, 이미 결정된 건축허용성을 반영하는 기능도 없다. 결국 기성 시가지 내의 토지에 건축허용성을 부여하기 위하여 사용되었던 수단은 토지대장에 등재된 지목을 대지로 변경하는 토지형질변경절차였다. 또한 그렇게 부여된 건축허용성은 토지의 지목을 통하여 공시되었다. 이와 같이 개별 필지 단위로는 건축허가 전(또는 동시에) 형질변경허가를 통하여 건축허용성을 부여받는 반면, 대규모 택지조성사업과 같은 도시계획사업이 이루어지는 경우에는 당해 사업에서 사업시행자가 개별 필지를 획지하고 건축허용성을 부여한다.

건축허용성이 부여된 토지는 사후적으로도 다른 토지들과 구별할 수 있는 수단이 필요하며 이런 수단을 통해 그 토지의 특권적 지위가 드러나게 된다. 건축허용성이 가장 잘 반영되는 제도는 지구단위계획이라는 도시계획이며, 만약 지구단위계획에서 건축허용성이 부여된 것으로 표시되어 있다면 당해 토지의 특권적 지위는 매우 강력한 것이다. 이에 비해 사후적으로 도시계획이 수립된 기성 시가지의 경우에는 도시계획의 수립 당시 이미 지목이 대지로 존재하고 있던 토지와 형질변경허가에 의해 지목이 대지로 바뀐 토지가 혼재하게 된다. 이들은 통상 실무적으로 잘 구별되지 않은 채 건축허용성이 부여된 특권적 지위를 갖는 토지로 취급된다.

주제어 : 건축허용성, 도시계획, 토지형질 변경허가, 지목, 지구단위계획

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2012 학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

I. 서론 - 도시의 관리와 건축허용성

도시에는 한정된 토지면적에 과도한 수의 사람들이 모여 살고 있다. 당연히 주택을 비롯한 각종 건물을 짓고자 하는 수요가 발생하고 사실상 많은 필지에서 건물이 지어진다. 그러나 도시에 있는 모든 토지에서 그 소유자가 원하는 대로 건물을 지을 수 있다면 도시는 유지될 수 없다. 실제 도시가 존재하고 있는 실체를 돌아보면 많은 토지들은 건물이 없는 상태로 유지되고 있다는 것을 쉽게 발견할 수 있다.

다른 한편 건축허가가 기속행위라는 법원의 입장이 확고한 이상 도시의 토지소유자들이 건물을 짓는 것을 막는 일은 그리 쉽지 않다.¹⁾ 그래서 행정주체의 입장에서는 최소한 소유자가 건축허가를 신청하기 이전 단계에서 토지를 분류하고 건물을 지을 땅과 그렇지 않은 땅을 구별하는 규제를 마련해야 한다. 이런 공법적 규제를 통해 어떤 토지상에 건물을 지을 수 있다는 것이 정해지면, 이 토지는 건축허용성이 부여된 토지가 된다.

민사적인 관점에서 도 도시 내의 토지는 중요한 거래의 대상인데, 토지를 구입할 때 가장 중요하게 보는 요소는 그 토지의 개발가능성이다. 만약 도시 내의 어떤 토지에 건물을 지을 수 있다면 토지의 가격은 높이 형성되겠지만, 그 반대라면 토지의 가격은 낮게 정해질 것이다. 그러므로 토지를 매매하는 거래 주체들은 반드시 토지의 어떤 징표를 통해 당해 토지에서 건축이 가능한지 그렇지 않은지를 평가해야 하는 부담을 갖게 된다. 토지를 평가하기 위한 가장 중요한 요소로서 건축허용성은 민사의 영역에서도 중요한 기능을 담당하게 된다.

그래서 도시에는 도시계획이라는 행정계획이 존재하고 이 행정계획에는 건축허가의 이전단계에서 개별 필지에서 건물을 지을 수 있는가 하는 것을 통제하는 기능이 포함되어 있다. 다만 도시계획의 종류에 따라 규율밀도가 달라 도시계획에 따라 건축허용성을 완결적으로 규율하는 것과 그렇지 못한 것으로 나뉜다. 후자의 경우에는 지적(地籍)과 같은 다른 제도와 도시계획이 같이 작동하면서 건축허용성을 통제하는 불완전한 형태를 띤다. 한국에서는 유감스럽게도 기성 시가지가 모두 형성

1) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002두3263 판결; 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002두3201 판결; 대법원 1996. 3. 8. 선고 95누7451 판결; 대법원 1995. 6. 13. 선고 94다56883 판결; 대법원 1995. 12. 12. 선고 95누9051 판결; 대법원 1992. 6. 9. 선고 91누11766 판결 등 대법원의 일관된 견해이다. 판례의 태도의 법적 의의와 한계에 대하여 상세히는 김중보, 건축허가에 존재하는 재량문제, 행정법연구 제3호, 1998. 10. 158면 이하 참조.

되고 나서 그 뒤에 주거지역 등 용도지역을 정하는 도시계획이 뒤따르는 과정을 거쳤다. 이런 도시계획은 개별 필지에 대해 건축허용성을 사전에 모두 정하지 못하는 한계를 갖는 제도였고, 따라서 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률(이하 지적법)상의 지목(동법 제2조 제24호, 제67조)과 결합해서 건축허용성을 결정하는 방식을 사용했다.

이에 비해 분당과 일산 등 신도시가 개발되는 시점에 이르면 지구단위계획과 같은 상세한 도시계획이 법률에 이미 도입되어 도시의 건설과정에서 개별 필지별 건축허용성을 모두 부여한다. 도시계획가들이 도시의 건설과정에서 사전에 개입해서 토지를 나누고, 그 토지에 건축허용성을 부여하는 작업을 했다는 의미이다.

아직 지구단위계획과 같은 도시계획이 없었던 1970년대와 80년에 새롭게 택지가 조성된 곳은 건축허용성과 관련해 조금 다른 문제를 보이고 있다. 이런 지역은 도시계획결정과 그에 따른 도시계획사업이 시행된 곳으로, 각종 토목공사와 토지분할 등 도시계획적 수단이 사용되어 주택단지가 형성된 곳이다. 이렇게 도시계획사업으로 주택지가 조성되려면 당해 지역의 획지, 도로 등을 정하는 토지이용계획이 마련되어 사업이 시행된다. 그러나 사업이 완료되었을 때 개별 필지들에 건축허용성을 부여했던 토지이용계획은 준공과 함께 효력을 상실했다. 지구단위계획과 같은 도시계획이 존재하지 않았거나 존재하고 있었다고 해도 이를 지구단위계획으로 변환해야 할 필요를 느끼지 못했기 때문이다.

그러므로 이렇게 도시계획사업에 의해 새롭게 조성된 지역도 다시 용도지역제 도시계획에 의해 용도지역이 지정되는 데 그쳐 다른 기성기사와 구별되기 어려웠다. 도시계획 사업의 결과가 강력하게 구속력을 확보하지 못한 채 사업의 결과물들이 단순히 토지대장에만 등재되는 것으로 종료되었다는 의미이다. 또 기성 시가지가 이미 형성되고 용도지역제 도시계획이 도입된 곳에서도 역시 개별 필지단위로 건축허용성을 인정받기 위한 절차들이 계속 진행되었지만, 일정한 처분을 통해 건축허용성을 부여받은 개별 필지의 경우에도 이를 도시계획에 반영하는 방법은 없었다. 앞에서 본 것과 같은 이유로 용도지역제 도시계획은 개별 필지단위의 규율을 담지 않는 불완전한 성격의 도시계획이었기 때문이다.

현재 한국 사회에서 작동되는 도시계획과 그에 따른 건축허용성은 개별 도시계획의 종류와 시가지의 현황에 따라 다양한 관점을 반영하며 판단된다. 그러나 도시계획에 의한 건축허용성의 부여문제나 그렇게 부여된 건축허용성의 반영문제가 통일적·종합적으로 조율되지 않으면 토지의 공법적 지위와 함께 민사적 거래의 안

정성도 위협받을 수 있다. 이 글은 이러한 문제의식에 기초해 현존하는 다양한 유형의 시가지와 그 속에 존재하는 토지들의 건축허용성을 전체적으로 조망해보기 위한 것이다.

II. 도시계획과 건축허용성

1. 건축허용성의 의의

1) 개발가능성과 건축허가요건

국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 국토계획법)은 토지의 합리적 이용을 위해 건축의 허용여부 및 허가요건을 정하는 기능을 담당한다. 일정한 토지상에 건축이 허용된 경우에는 동법이 정하는 허가요건에 따라 건축허가절차가 진행되지만, 건축허용성이 인정되지 못하는 경우 대상토지의 개발가능성은 원천적으로 봉쇄된다. 국토계획법이 토지의 합리적 이용을 위해 토지상의 건축자유권에 개입하는 경우, 토지의 개발가능성을 결정하는 기능과 건축허가요건을 정하는 기능이 같이 포함되어야 실효성을 얻을 수 있다.²⁾

2) 건축허용성의 개념

건축허용성은 개별 필지 또는 일단의 토지를 하나의 토지단위(대지)로 상정할 때 그 지상에 건축물을 건축할 수 있는 공법적 지위로서 이를 승인하는 행정청의 공적인 견해표명에 의해 확정된다. 국토계획법은 토지의 합리적 사용을 위해 건축행위를 일반적으로 금지시키고 도시계획과 그에 따른 요건이 충족되는 경우에 일반적 금지를 해제하여 건축허가를 발급하는 방식을 취하고 있다. 다만 도시계획에 의해 건축허가요건이 정해지는 것은 당해 필지에서 건축이 허용된다는 전제에서 의미를 갖는다. 물론 이러한 전제가 충족되면 도시계획의 종류에 따라 건축물의 용적률, 건폐율, 허용되는 용도 등이 정해진다.

2) 이에 반해 위험방지를 목적으로 하는 건축법은 토지의 개발가능성에 거의 간여하지 못한다. 통상 우리 건축실무상 위험한 건축물이기 때문에 허용되지 않는 경우는 없기 때문이다. 그러므로 건축법은 건축허가요건을 정하는 기능에 힘이 집중된다. 건축법과 국토계획법의 관계에 관하여는 우선 김종보, **건설법의 이해**, 박영사, 2008. 13면 이하; 상세히는 김종보, 건축법과 도시계획법의 관계, 한국공법학회, **공법연구**, 1998. 6. 333면 이하 참조.

3) 도시인구와 건축허용성

도시를 계획하기 위한 기초요소 중의 하나는 도시에 거주하는 인구를 산정하는 것이며, 행정주체는 그에 기초해서 도로·공공시설 등을 확보하게 된다. 도시의 인구는 주택에 거주하게 되므로 주택의 수와 그를 위한 대지의 수가 도시계획이 관심을 기울여 규율하는 대상이다. 이런 이유로 도시계획은 개별 필지 또는 일단의 토지상에 건축물이 건축될 수 있는가를 규율하게 되는데, 이는 결국 토지에 대한 건축허용성의 결정으로 나타난다. 도시를 설계하고 운영하는 역할을 담당하는 도시계획은 도시계획시설·용도지역·건축허용성·건축허가요건 등을 내용으로 도시를 관리하므로, 건축허용성이라는 개념은 도시계획을 구성하는 중요한 요소이다.

2. 도시계획의 개념과 종류

도시계획은 한국 도시의 모든 영역에서 건축허용성과 연동된다. 이론상 건축허용성 자체가 도시계획에 의해 선결적으로 정해져야 하는 것이지만, 도시계획의 종류에 따라 도시계획이 수립된 후 개별적 행정처분에 의해 건축허용성이 정해지는 경우도 있고, 도시계획에 의해 처음부터 건축허용성이 부여되어 도시계획에 의해 지속적으로 유지되는 경우도 있다.

1) 도시계획의 개념

도시계획은 “도시(市街地)내 토지의 합리적 사용을 위해 규율대상지역의 ① 법적 성격을 확정하고(용도지역 지정) 대상지역 내 ② 도시계획시설, ③ 건축단위와 ④ 건축단위별 건축허용성 그리고 ⑤ 건축허가요건을 정하는 행정계획”이다.³⁾ 그러나 통상 국토계획법이 명시적으로 상정하고 있는 도시계획의 기능은 주거지역 등 용도지역을 정하는 것, 도시계획시설을 정하는 것 그리고 건축허가요건을 정하는 것에 그친다. 그 외 건축단위의 설정기능과 건축허용성 결정기능은 현행법상의 도시계획이 완결적으로 행사하고 있지는 않다. 그러나 도시를 계획하는 수단으로서 도시계획은 건축단위와 건축허용성을 정하는 기능을 불가결의 요소로 한다. 그렇지 않으면 대상지역에서 인구를 확정하는 것이 불가능하고 어떠한 곳에서 건축물이 건축될 것인지를 예측하거나 통제할 수 없으므로 도시를 계획적으로 관리하는 것이 불가능하기 때문이다.

3) 김종보, 앞의 책, 187면; 김동희, **행정법 II**, 박영사, 2010, 459면 참조.

그러므로 도시계획은 건축단위와 건축허용성 결정기능을 담당해야 하고, 만약 도시계획이라는 실정법상의 제도가 그 기능을 담아내지 못하면 다른 유사한 제도가 변질되어 그 기능을 대신 수행하게 된다. 이때 다른 제도가 담당하는 그 기능도 역시 실질적인 의미에서는 도시계획 기능이라 해석할 수 있으므로 이들도 큰 틀에서 보면 넓은 의미의 도시계획에는 포함된다.

2) 도시계획의 종류와 건축허용성

도시계획은 궁극적으로 건물을 통제해서 토지의 합리적 사용을 추구하는 것인데, 건축물의 건축행위에 대한 통제시스템이 작동하기 위해서는 개별 필지 단위별로 각각의 건축허용성이 확정되어야 한다. 그러므로 건축허용성은 건축허가요건보다 선행하는 요소가 되며 도시계획과 동시에 정해지거나 또는 도시계획과 건축허가의 중간시점에 존재하게 되므로, 도시계획에 의해 건축허용성이 정해진다는 것은 상당히 다의적이다. 특히 한국처럼 다종다양한 도시계획의 종류를 가지고 있는 법제에서는 건축허용성이라는 개념을 이해하는 것이 더욱 어렵다. 도시계획의 종류에 따라 도시지역에 있어서도 개별 필지 단위로 과연 건축이 가능한가 하는 점은 아직 확정되지 않은 경우가 더 많다.

큰 틀에서 보면 도시계획의 종류에 따라 대상지역의 건축허용성(개발가능성) 전체를 봉쇄하는 도시계획이 있고, 추상적인 개발가능성 자체는 허용되지만 개별 필지 단위에 대해 건축허용성을 부여할 것인가에 대해서는 아직 개방적인 상태로 열어 두고 있는 도시계획이 있다. 전자에 해당하는 것은 개발제한제 도시계획이 정해져 있는 개발제한구역이나 도시계획시설의 설치가 예정된 도시계획시설구역 등이고, 후자에 속하는 것은 용도지역제 도시계획이나 지구단위계획과 같은 것들이다.

개발제한제 도시계획이 수립되어 있는 지역에서는 현재의 법률상태 그대로 건축허용성의 변화가 허용되지 않는다(개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제12조). 따라서 건축허용성이 이미 부여되어 있는 토지(대지)에서는 개축·증축, 경우에 따라 신축이 허용되지만 그렇지 않은 필지에 대해서는 건축허용성이 새로 부여될 수 없다. 구체적으로는 전답 등의 토지를 대지로 변경하기 위한 형질변경허가가 금지되므로 건축허용성이 봉쇄된다는 점이 개발제한제 도시계획의 특징이다.⁴⁾

4) 대법원 2004. 7. 22 선고 2003두7606 판결, “개발제한구역 내에서는 구역 지정의 목적상 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경 등의 행위는 원칙적으로 금지되고, 다만

이러한 의미에서 개발제한계 도시계획은 그 자체로서 대상지역내 개별 필지에 대한 건축허용성을 완결적으로 확정하는 기능을 한다.

이에 비해 용도지역제 도시계획은 당해 지역의 법적 성격을 정하고 있다는 점에서 도시계획의 일종이지만, 개별 필지단위의 건축허용성에 대한 개별적 판단까지는 이르지 못하는 매우 불완전한 성격을 갖는다. 여기서 도시계획이 불완전하다는 것은 예컨대 대상지역의 500필지에 대해 주거지역이라는 용도지역이 지정되었다고 해도, 개별 필지 단위로 각 필지상에 건축이 가능한 것인가는 아직 미정이라는 의미이다.

3. 도시계획의 기능 - 도시의 건설과 관리

1) 도시계획의 이중기능

도시 또는 시가지가 만들어지는 것과 도시를 계획하는 일은 선후관계가 모호한 복잡한 과정을 거치며 진행된다. 그래서 도시를 계획한다는 의미에서 사용되는 ‘도시계획’이라는 용어도 그 개념이나 기능이 역시 크게 두 가지로 나뉘는데, 하나는 도시를 건설하기 위한 도시계획이고 다른 하나는 완성된 도시를 관리하기 위한 도시계획이다. 이처럼 도시계획은 최초로 새로운 도시를 건설하기 위한 설계도 역할을 하면서 도시를 계획하는 기능을 갖지만, 동시에 도시가 어느 정도 형성되고 난 후 도시를 관리하기 위한 차원에서 도시를 계획하는 역할을 담당하기도 한다.

신도시가 의도적으로 건설될 때라면 먼저 도시의 건설을 위한 도시계획이 만들어져 운영되다가 도시의 형태가 어느 정도 갖추어지면서 도시계획의 건설기능이 줄어들고, 도시관리기능이 부각된다. 이와 달리 자연발생적으로 생겨난 ‘기성 시가지’에 대해 도시계획이 뒤늦게 따라오면 도시를 건설하는 기능은 생략되고 도시계획은 도시관리기능만을 담당하게 된다. 그러므로 1950년대를 거치면서 형성된 기성 시가지를 가지고 있던 서울 등 대도시에서 사후적으로 수립된 용도지역제 도시계획은 주로 도시관리기능을 위한 것이었다.

구체적인 경우에 위와 같은 구역 지정의 목적에 위배되지 아니할 경우 예외적으로 허가에 의하여 그러한 행위를 할 수 있게 되며, 한편 개발제한구역 내에서의 건축물의 건축 등에 대한 예외적 허가는 그 상대방에게 수익적인 것으로서 재량행위에 속하는 것이라고 할 것이므로 그에 관한 행정청의 판단이 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 목적위반 등에 해당하지 아니하는 이상 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 할 수 없다.”

2) 용어로서 도시관리계획

국토계획법이 2003년 기존의 도시계획법과 국토이용관리법을 통합해 제정되면서 도시계획이라는 기존 명칭을 도시‘관리’계획으로 변경한 것은, 도시계획의 기능 중 도시의 무질서한 성장을 관리한다는 측면을 강조한 것이다. 이 시점에 이르면 기성 시가지가 충분히 성장해서 도시계획의 무게중심이 도시의 관리로 옮겨졌기 때문이다. 이에 비해 과거에 건설된 분당, 일산, 또는 더 거슬러 올라가 서울의 강남이나 지금도 건설 중인 세종시나 판교 신도시 등에서 도시계획은 도시를 건설하는 성격을 더 강하게 띤다. 다만 도시의 건설 후 일정한 도시계획이 남으면 당해 도시에는 도시의 건설과정에서 설계되었던 도시계획이 도시를 관리하기 위한 도시계획으로 그 기능을 전환한다. 예컨대 분당이나 일산의 지구단위계획, 서울 강남의 아파트지구개발기본계획 등은 도시의 건설과정에서 일정한 역할을 했던 도시계획이 현재까지 도시를 관리하기 위한 도시계획으로 남아있는 경우이다.

3) 도시계획가의 힘

도시가 형성될 때와 이미 형성된 도시에서 도시계획가가 할 수 있는 일은 약간 달라진다. 최초에 도시를 건설하는 과정에서부터 도시계획이 개입하면 도시계획가는 도시의 면적과 인구 등을 감안해서 토지이용계획을 수립하고 그 계획에 의해 토지를 가구(街區: block)와 획지(劃地: lot)로 나눈다. 물론 당해 획지들 중에서 건물을 지을 땅과 공원이나 임야처럼 건물을 지을 수 없는 토지를 정하는 것도 도시계획가의 권한과 책임이 된다. 그러므로 우리가 알고 있는 분당이나 일산과 같은 신도시는 획지의 형태가 장방형이고 규모가 통일적이며, 개별 필지에서 건물을 지을 수 있는지(건축허용성) 여부가 이미 도시의 건설과정에서 정해진다.

이에 비해 이미 기성 시가지가 존재하고 그 위에 도시계획을 수립해야 하는 경우라면 도시계획가가 할 수 있는 일은 매우 제약적이다.⁵⁾ 우선 이미 존재하는 기존의 토지소유권이 필지의 면적으로 정해져 있으므로 그 필지의 경계선을 교환하게

5) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2006두1227 판결: “지구단위계획에 의해 타인 소유 토지의 취득이나 자기 소유 토지의 처분을 강제할 수는 없으므로 지구단위계획에 의해 지적의 경계와 용도구분에 의한 경계가 달라지게 되었다 하더라도 그 지구단위계획의 내용이나 취지가, 각 지정된 용도에 맞추어 건축물을 건축하거나 건축물의 용도를 변경하라는 범위를 넘어서, 토지소유자에게 부정형으로 되어 있는 지적 경계를 지구단위계획에서 정한 장방형의 용도구분의 경계와 일치시켜야 한다거나 기타 사용권의 취득을 강제하는 것이라고 볼 수는 없다.”

나 분합하는 것이 매우 어렵다.⁶⁾ 건축허용성과 관련해서도 이미 건물이 존재하고 있는 필지에 대해 건축허용성을 부인하기 어려운 한편, 건물이 없는 필지들에 대해서도 개별적으로 건축허용성을 부여하거나 부인하는 작업은 개별 토지소유자들에게 대한 설득을 요하는 어려운 과정을 거쳐야 한다. 그러므로 1950, 60년대 서울과 대도시의 기성 시가지에 용도지역제 도시계획이 도입되던 시절에 도시계획가가 할 수 있는 일은 서울을 몇 개의 권역으로 나누어 그 위에 주거지역, 상업지역과 같은 용도지역을 지정하는 정도였다.

4) 사후적 도시계획

기성의 시가지가 존재하고 그 속에 개별 필지의 소유권이 강고하게 자리 잡고 있다면, 그 필지의 모양과 건축허용성 문제에 대해 도시계획이 간여하는 것은 불가능에 가깝다. 한국의 도시계획은 이처럼 기성 시가지에서 개별 필지의 크기, 모양새, 건축허용성에 대해 개입하지 않은 채 사후적으로 도시를 관리하기 위한 차원에서 수립되었다. 건축허용성의 측면에서 보면 이미 존재하는 기성 시가지의 주택이나 상가는 있는 그대로 받아들일 수밖에 없었다는 의미이므로, 도시계획은 이미 건물이 존재하는 토지에서 건축허용성을 승인하는 것을 전제로 도입될 수밖에 없었다. 그 외 이미 지목이 대지로 정해져 있지만 아직 건물이 존재하지 않는 나대지에 대해서도 역시 건축허용성을 승인하는 방향으로 법과 실무가 운영되었다. 다만 나대지를 포함한 임야 등에 대해 토지의 경사도나 산림의 다과(多寡)가 형질변경허가 또는 산림훼손허가 등 행정처분의 기준으로 설정되어, 개별 필지에 대한 건축허용성 부여기준으로 작동했다.

6) 종래 국토계획법에 지구단위계획의 내용 중 토지소유자의 동의를 얻어 토지경계선을 교환 또는 분합할 수 있는 조항이 존재한 적이 있지만, 이는 사실상 사문화되어 폐지되고 말았다(2007년 1월).

제정 국토계획법(법률 제6655호) 제55조 (지구단위계획구역에서의 환지) ① 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 지구단위계획구역 안의 토지소유자 및 지상권자가 지구단위계획에서 정한 내용에 적합하게 토지를 이용하기 위하여 토지의 분할·합병 또는 교환을 위한 환지를 원하는 경우에는 그 토지를 대상으로 환지계획을 작성하고 환지처분을 하는 등의 필요한 조치를 취할 수 있다.

4. 건축허용성의 부여와 반영

1) 양자의 관계

도시의 어떤 토지에서 건물을 지을 수 있는가 하는 점을 결정하는 것도 매우 중요한 것이지만, 이렇게 내려진 결정이 공적인 수단을 통해 반영되어 그 법적 지위를 그대로 유지하는 것도 그에 못지않게 중요하다. 그러므로 도시를 관리하는 행정주체가 도시계획 또는 그에 준하는 수단을 통하여 건축허용성을 부여하려면, 그렇게 부여된 건축허용성이 도시계획의 효력 또는 그에 준하는 효력에 의존해 지속성을 갖도록 제도를 마련해야 한다.

이미 설명한 바와 같이 이상적인 도시계획이라면 건축허용성을 최초로 정하고 이를 도시계획에 반영하여 개별 필지의 건축허용성을 반영해주는 기능까지 담당해야 한다. 그러나 도시계획사업과 그에 따른 도시계획적 결정을 모두 반영하는 기능을 수행하는 도시계획이 있는가 하면, 그렇지 못하고 여타의 제도들과 도시계획이 결합하여 건축허용성을 부여하거나 또는 반영하는 경우가 있다.

2) 기성 시가지에서 건축허용성의 불완전성

한국의 도시계획은 주로 용도지역제 도시계획이며, 이는 기성 시가지에서 이미 존재하고 있는 지적(地籍)의 상태를 그대로 받아들여 용도지역만을 정하는 수준으로 시작되었다. 그래서 도시계획이 도입된 후 수십 년이 지난 현재에도 용도지역이 지정된 기성 시가지에서는 용도지역이 지정되기 전의 필지 모양과 지목이 그대로 유지되는 경우가 적지 않다. 이렇게 개별 필지에 대한 도시계획 차원의 규율이 결여되면 주거지역에 속해있는 토지에서는 일용 지목이 대지인가에 따라 건축허용성이 판단될 수밖에 없다.⁷⁾ 그러나 지목이 대지가 아닌 토지라 해도 종국적으로 건축허용성이 부인되는 것은 아니므로 그 토지에 대해서는 아직 지상에 건축을 할 수 있는가 하는 점이 미확정인 채로 남는다. 이런 필지에서는 건축허가를 받기 이전 단계에 그 필지의 건축허용성을 부여받기 위해 토지형질변경허가(국토계획법 제56조 제1항 제2호)라는 행정청의 처분이 개입된다.

용도지역제 도시계획은 개별 필지의 건축허용성을 규율하지 못하는 제한적 도시계획이므로 건축허용성을 부여하는 기능이 없는 것과 마찬가지로 건축허용성을 반

7) 건축허용성과 지적제도의 관계에 대하여 상세히는 김종보, 도시계획의 핵심기능과 지적제도의 충돌-건축단위와 건축허용성을 중심으로, 행정법연구 제16호, 2006. 10, 55면 이하 참조.

영하는 기능도 없다. 그러므로 용도지역제 도시계획에 의해 규율되는 토지가 새롭게 형질변경허가를 받아 건축허용성을 획득한 경우에도 도시계획 자체에는 그 내용이 반영되지 않는다. 결국 이런 토지의 건축허용성을 나타내기 위해 사용될 수 있었던 수단은 토지대장에 등재된 지목으로서 대지였고, 이는 대장상의 지적변경(지적법 제2조 제33호, 동법 제81조)을 통해 이루어졌다. 그러나 토지대장에 등재된 지목으로서의 대지는 그 자체가 도시계획이 아니라는 점에서 매우 제한적인 것이다.

III. 건축허용성의 부여

1. 개관

원칙적으로 도시계획이 건축허용성을 관장하지만, 도시계획이 건축허용성을 부여하는 계기는 다양한 형태를 띠게 된다. 도시가 행정주체의 의도에 의해 새롭게 건설되는 경우라면 도시계획이 선행하고 그에 따라 사업이 진행되는 도시계획사업이 시행된다. 예컨대 대규모 택지조성사업이 도시계획사업으로 이루어지는 경우라면 당해 사업에서 사업시행자는 개별 필지를 획지하고 건축허용성을 부여하는 권능을 부여받는다. 그 외 개별 필지 단위로는 형질변경허가제도가 건축허가 전에 건축허용성을 부여하는 제도로 작동한다. 여기서는 도시계획을 포함해서 개별 필지에 건축허용성을 부여하는 제도를 개관하기로 한다.

2. 도시계획사업

1) 주택단지의 건설

도시계획사업은 도시관리계획에 기초해 일단의 주택단지를 조성하거나 또는 신도시를 건설하는 사업 등을 말한다(국토계획법 제2조 제11호). 이런 사업은 새로운 주택단지를 조성하는 것을 목적으로 사업대상지를 획지해서 그 필지별로 건축허용성을 부여하는 것을 주된 목적으로 한다. 물론 사후에 들어설 주택과 인구를 전제로 각종 기반시설을 설치하는 것도 도시계획사업의 목적을 구성한다. 이렇게 공급된 택지는 개인들에게 매각되고 소유자들이 그 지상에 건축허가를 신청하는 절차를 거쳐 주택단지로 바뀌게 된다.

2) 공사허가와 건축허용성 승인

택지개발촉진법에 의한 택지개발사업(동법 제2조 제4호), 도시개발법에 의한 도시개발사업(동법 제2조 제2호), 도시 및 주거환경정비법에 의한 정비사업(동법 제2조 제2호) 등의 도시계획사업은 사업대상지를 대규모로 개발해야 하므로 이에 대한 물리적 형상 변경을 수반한다. 따라서 도시계획사업에는 대규모 공사허가가 포함되며 이를 통해 구릉지가 없어지거나 작은 호수가 생겨나고 없어지는 등의 토목공사가 진행된다. 도시계획사업은 또한 사업대상지 전체에 대한 토지이용계획을 포함하는데, 이는 대상지역에 대한 획지와 그에 대한 건축허용성 부여기능을 포함한다. 이를 통해 공동주택용지·단독주택용지·상가용지 등이 만들어지며, 이러한 권능에는 종래 지목이 전·답·임야이던 땅을 대지로 바꾸어주는 힘이 포함된다.

3) 도시계획사업의 법적 효과

도시계획사업은 도시계획에 근거한 사업이기 때문에 이미 도시계획이 있다면 현존하는 도시계획을 변경하는 기능을 포함하고, 도시지역 외곽에 새로운 도시를 건설할 때에는 새로운 시가지를 도시계획구역으로 편입하는 기능을 포함하게 된다. 도시계획사업은 기성 시가지와 인접해서 도시지역 내에서 이루어지는 것과 도시지역을 벗어나 새로운 신도시를 만드는 사업으로 크게 나뉜다. 구획정리사업이나 일단의 주택지조성사업 등은 전자에 속하고, 택지개발촉진법에 의한 택지개발사업은 후자에 속한다.

4) 택지개발사업과 지구단위계획

택지개발촉진법에 의한 대규모의 택지개발사업은 500~600만평 규모로 도시 외곽의 임야·전·답 등의 필지를 모두 새로운 도시지역으로 편입하면서 토지의 법적 성질을 모두 변경하는 힘을 갖는다. 이는 구체적으로 새롭게 작성되는 토지이용계획에 의존하는데, 개발사업의 결과로 설치된 도로 등 기반시설과 이를 중심으로 획지된 다양한 필지들이 새롭게 생겨나게 된다. 새롭게 생겨난 필지들에 대해 공공시설용지·상업용지·주택용지 등의 법적 성격이 부여되며 이는 토지이용계획 또는 지구단위계획에 담겨 법적으로 확정된다.⁸⁾

8) 한국도시설계학회, **지구단위계획의 이해**, 기문당, 2006, 224면의 사례 등 참조.

3. 토지형질 변경허가

1) 개념과 기능

통상적으로 토지의 형질변경이라는 것은 기존의 ‘토지 형상에 실질적인 변경’을 가하는 행위를 말하는 것으로 이해되고 있다.⁹⁾ 그리고 토지 형상의 변경은 구체적으로는 성토·절토 또는 정지 등의 방법을 통하여 이루어진다(국토계획법시행령 제51조 제3호). 성토는 기존 토지의 토석의 양을 늘리는 행위를 말하고, 절토는 기존 토지의 양을 줄이는 행위를 말한다.¹⁰⁾ 이렇게 토지형질 변경행위의 개념은 철저히 물리적인 형상을 변경하는 것으로 좁게 이해되고 있다.¹¹⁾

그러나 사실상 도시지역 내에서 이루어지는 토지의 형질변경은 많은 경우 전·답과 같은 지목의 토지를 대지로 전환하기 위한 전제가 된다¹²⁾(지적법 제81조, 동법시행령 제67조 제1항 제1호, 국토계획법 제62조). 그리고 지목을 대지로 전환하는 주된 목적은 당연히 그에 후속하는 건축행위를 위한 것이다. 국토계획법이 토지의 형질변경을 허가대상으로 삼고 있는 것도 토지의 형상변경만을 통제하려는 데 그치지 않고 그에 후속하는 건축물의 건축행위를 허용할 것인가를 정하기 위해서이다.¹³⁾

토지형질 변경허가는 형상변경을 위한 공사허가로서의 의의를 갖는 한편, 도시계획 체계의 작동을 위해 건축허용성을 부여하는 기능을 수행한다.¹⁴⁾ 형질변경 허가 제도가 건축허용성을 부여하는 기능을 담당하게 된 이유는 용도지역제 도시계획이 가지고 있는 한계 때문이다. 용도지역제 도시계획은 기성 시가지의 지적(地籍)을 그대로 용인한 채 그 위에 용도지역을 지정하는 방식을 사용했을 뿐, 개별 필지의

9) 대법원 1998. 4. 14. 선고 98도364 판결. 이외 토지형질변경에 대한 판례를 잘 설명하고 있는 글로는, 윤진영, 토지의 형질변경, 법조, 1994. 8, 120면.

10) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94도3209 판결.

11) 정태용, 도시계획법, 한국법제연구원, 2001, 269면 등.

12) 참고판례. 대법원 1991. 12. 10. 선고 91누605 판결, 대법원 1991. 7. 9. 선고 90누6354 판결, 대법원 1978. 12. 13. 선고 78누339 판결; 1996년 한 해 동안 도시계획구역 내에서 9,625건의 토지형질 변경허가가 발급되었는데 그 중 주거목적의 형질변경이 2,852건으로 전체의 약 30%를 차지하고 있다. 그 외 상업용(1,321건)이나, 공업용(240건) 형질변경허가를 합하면 거의 50%에 육박하는 수치로서 도시 내 토지 형질 변경이 대부분 건축을 위한 목적에서 행해진다고 하는 점을 잘 알 수 있다(건설교통부, 도시계획현황 1996, 1997.11. 7-1 토지형질변경허가실적).

13) “토지형질변경신청의 당부를 판단함에 있어서 형질변경 행위 자체로 인한 경관 등에의 영향만을 고려해야 할 뿐 아니라 토지형질 변경 후 ‘그 지상에 아파트를 건축한다는 가상적인 계획’도 고려의 대상이 된다”(대법원 1990. 11. 27. 선고 90누2000 판결).

14) 이에 대해 자세한 김중보, 토지형질 변경허가의 법적 성질, 행정판례연구 제11집, 2006. 6, 383-421면 참조.

입장에서 보면 건축허용성을 완결적으로 정하지도, 토지의 형상에 대한 공사를 행하지도 못했다. 그러므로 이 지역에 존재하는 개별 필지 위에 건물을 지을 수 있는가 하는 점은 건축허용성 면에서도 물리적인 형상 면에서도 아직 미정이다. 따라서 통상의 신도시에서 이미 도시계획사업에 의해 물리적 대지조성이 이루어지고 건축허용성이 부여된 토지들과 비교하면, 기성 시가지의 토지들은 건축허용성과 함께 물리적 공사허가도 개별 필지별로 받을 수밖에 없는 상황에 놓이게 된다.

이런 기성 시가지에서 행정청은 토지형질 변경허가를 발급할 때 당해 필지의 건축허용성에 대해 최초로 심사하게 된다. 이때 토지형질 변경허가가 담당하는 기능은 아직 완성되지 않는 개별 필지단위의 도시계획내용을 완성해주는 것이며, 법적으로는 ‘필지 단위의 도시계획’이라는 실질을 갖는다. 물론 전체 도시계획의 결정은 아니지만 도시계획적 판단이 행해져야 하고 개별 필지 단위로 도시계획결정권자가 미처 행사하지 못한 계획재량도 그 속에 일부 녹아들어간다고 보아야 하기 때문이다. 대법원에 의해 토지형질 변경허가가 의문의 여지없이 재량행위로 해석되는 것도 이러한 점들이 고려되었기 때문이다.¹⁵⁾

2) 성질변경과 형상변경의 관계

① 성질변경 허가와 형상변경 허가의 가분성

통상은 지목이 전·답 등인 토지가 형상도 대지의 모양을 갖추지 않고 있는 경우가 일반적이므로 토지형질 변경허가 속에 존재하는 성질변경과 형상변경은 하나의 처분 속에 공존하게 된다. 그러나 예외적으로 토지의 형상은 이미 평탄하게 조성되어 있지만 지목은 대지가 아닌 토지가 있을 수 있고, 지목은 대지이지만 형상은 건물을 짓기에 부적합한 토지가 있을 수 있다. 전자의 경우에는 형질변경 허가가 성질변경만을 위한 목적으로 신청되는 것이고, 후자의 경우에는 형상변경만을 위해 신청되는 것이다. 각각의 경우 행정청은 후술하는 별개의 허가요건을 심사해서 거부할 수 있을 뿐, 포함되지 않은 부분의 기준을 원용해서 형질변경 허가를 거부할 수 없다.

② 성질변경의 우위

토지형질 변경허가의 규율내용을 구성하는 것은 크게 두 가지이다. 첫 번째는 필지

¹⁵⁾ 대법원 2001. 9. 28 선고 2000두8684 판결, 대법원 2001. 1. 16. 선고 99두8886 판결, 대법원 2000. 7. 7. 선고 99두66 판결 등.

단위의 도시계획으로서 당해 토지에 건축허용성을 부여하고, 두 번째는 이를 전제로 토지를 대지로 조성하기 위한 물리적 공사를 허용한다는 내용이다.¹⁶⁾ 토지형질 변경허가의 명칭이 ‘형상(形象)’변경허가가 아니라 ‘형질(形質)’변경허가로 정해진 취지도 그 허가의 내용이 공사허가에 국한되는 것이 아니라 법적 성질을 변경하는 것을 공히 포함하고 있기 때문이다.¹⁷⁾

그러므로 토지형질 변경허가는 외형상 하나의 처분이지만 실질적으로는 토지의 ‘성질변경’ 허가와 ‘형상변경’ 허가로 구성된다. 판단의 순서도 토지의 성질을 변경해도 좋을 것인가 하는 판단이 선행하고, 긍정적인 판단이 내려지는 경우에 비로소 형상변경을 위한 공사허가의 판단이 뒤따른다. 토지의 성질변경을 허용하기 위해서는 도시계획적 판단이 종합적으로 선행해야 하고, 주변토지의 이용상황 등이 고려되어야 하므로 그 허가여부에 대해 행정청의 폭넓은 재량이 인정된다.¹⁸⁾ 형상변경에

-
- 16) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두10232 판결, “용도변경을 초래하는 이용 내지 개발 행위에 법적 규제를 받는 토지에 대한 지적법상의 지목변경은 원칙적으로 그러한 행위를 가능하게 하는 개발행위 허가나 전용허가 등을 통하여 토지의 용도가 적법하게 변경된 경우(반드시 토지 자체에 대한 물리적인 변경행위가 요구되는 것은 아니다)에 비로소 허용되고, 그 토지의 실제 현황이 어느 시점에 공부상의 지목과 달라지게 되었다는 사정은 그 허용 여부에 영향을 미치지 아니한다고 해석하여야 할 것이다.”
- 17) 1919년에 제정된 일본 도시계획법 제11조는 형질변경이라는 표현 대신 “토지에 관한 공사 또는 권리에 관한 제한으로서 도시계획상 필요한 것은 칙령으로 정한다”는 규정을 두고 있었다. 이를 이어 받은 1934년 조선시가지계획령 제10조는 앞의 표현대신에 명시적으로 “토지의 형질을 변경”하는 행위를 허가대상으로 삼고 있다. 현행 일본 도시계획법도 개발행위허가라는 개념을 사용하고, 토지의 (구획)형질을 변경하는 행위를 포섭시키고 있다(일본 도시계획법 제4조 제12호). 조선시가지계획령, 1919년 일본 도시계획법 조문은 손정목, **일제강점기 도시계획사연구**, 일지사, 1989, 398면 이하 부록 부분 참조.
- 18) 2000년 도시계획법과 2003년의 국토계획법은 토지형질 변경허가의 법적성격과 관련하여 중요한 의미를 갖는 세 가지 정도의 중요한 제도개편을 경험한다. 첫째, 2000년 개정은 행위허가제도의 기본틀은 유지하면서 제도개편을 단행하였는데, 대표적인 것이 행위허가제도의 제목을 ‘개발행위허가’로 변경한 것이다(동법 제46조). 개발행위허가라는 표현을 사용한 것은 토지형질 변경허가로 대표되는 허가대상행위가 개발가능성을 부여하는 행위라는 것을 인식한 바탕에서 이루어진 것이다. 둘째, 형질변경허가의 기준에 대한 법령이 변화하여 구 법령상 ‘조성이 완료된 대지’를 형질변경허가의 대상에서 제외하던 문구가 삭제되었다(구 토지형질변경규칙 제2조 제1호, 국토계획법 시행령 제51조). 이는 토지형질 변경허가가 외형을 변경하는 물리적 측면의 공사허가에 그치는 것이 아니라 법적 지위를 부여하는 성격을 갖고 있다는 것을 입법자가 인식하기 시작했다는 의미이다. 셋째, 개발행위를 허가함에 있어 ‘도시계획위원회의 심의’를 원칙적으로 거치도록 하는 제도가 도입되었다(국토계획법 제59조). 도시계획위원회 심의 절차는 도시계획 자체의 수립절차로서 중요한 의미를 갖는 것이며, 도시전체의 균형

대한 공사허가는 당해 공사로 인해 주변토지에 위험을 초래하지 않도록 하고, 토지가 기능적으로 문제가 없도록 하는 데 주안이 놓인다. 당연히 형상변경허가를 심사하는 과정에서 행정청이 누리는 재량은 거의 존재하지 않는다. 국토계획법 시행령은 이 둘을 나누어 건축허용성 부여기준을 분야별 검토사항의 공통분야(별표 1호 가목)에서, 공사허가기준은 개발행위별 검토사항(별표 2호 나목)에서 정하고 있다.

③ 건축허용성 부여기준

토지형질변경허가를 통해 행정청이 당해 필지들에 개발가능성을 부여하는 경우 우선 그 필지의 최대규모에 관한 제한이 있다(국토계획법 제58조 제1항 제1호, 동법 시행령 제55조 제1항). 이는 형질변경허가가 직접 도시계획을 거치지 않는 것이므로 원칙적으로 소규모로 발급되어야 함을 정하는 취지이다. 그 외 일반적으로 법령이 정하고 있는 건축허용성의 부여기준은 첫째 녹지지역이나 우량농지로 보존필요성이 없을 것, 둘째 역사·문화적 가치가 높지 않아 원형보존의 필요가 없을 것, 셋째 표고·경사도 등을 참작하여 조례가 정하는 기준에 적합할 것 등이다(동 시행령 별표 1의 2. 1. 분야별 검토사항).¹⁹⁾

④ 조성공사의 허가요건

토지형질 변경허가는 물리적 공사허가의 성격을 포함하므로, 그 공사는 토지가 연약한 지반인 때에는 그 두께 등의 조사와 지반의 지지력 등에 관한 시험을 실시하여 이를 개량해야 하고, 토지의 형질변경으로 인한 비탈면 또는 절개면에 대하여는 옹벽 또는 석축의 설치 등 도시계획조례가 정하는 안전조치를 해야 한다(위 별표, 2. 개발행위별 검토사항, 나목).

공사허가의 요건은 공사를 허용하는 것을 전제로 공사에서 필요한 안전요건을 정하고 있을 뿐, 불가능한 것을 요구하여 공사허가를 거부할 수 있는 사유를 담고 있지 않다. 그러므로 공사허가와 관련해서 행정청은 설계도에 법령이 정하는 안전

을 고려할 수 있는 위원회가 도시계획의 타당성을 심사하는 절차이다. 토지형질 변경허가의 가부를 결정하는 과정에 도시계획위원회의 심의절차가 도입되었다는 점은 토지형질 변경허가 과정에서 도시계획적 판단이 존재한다는 점을 상징적으로 보여준다.

¹⁹⁾ 이는 종래 토지형질 변경규칙에서 규율하던 것들을 좀 더 구체화시킨 형태로 진화된 것으로서, 국토계획법상 제58조의 허가기준 및 제56조의 개발행위종류에 따라 세분되어 있다.

조치를 반영하도록 요청할 수 있을 뿐, 이를 충족한 설계도에 대해 공사허가를 거부할 수 없다. 물론 건축허용성 자체가 부여될 수 없다면 공사허가에 대해서는 심사할 필요도 없이 형질 변경허가가 거부될 수 있다.

⑤ 경사도와 건축허용성

형질 변경허가의 기준으로 실무에서 중요한 역할을 담당하는 경사도나 입목본수도(立木本數度) 등의 기준은 시행령이 표고·경사도 등을 참작해서 정하도록 위임한 것을 자치단체의 조례가 받아 정해진 것이다. 이는 개발행위의 특성·지형여건·사업수행상의 필요 등을 고려해서 도시계획위원회의 심의를 거쳐 적용이 완화될 수 있다[위 별표, 1. 분야별 검토사항, 공통분야 (3)호 단서]. 이 기준은 건축허용성 판단의 기준과 대등하게 나열되어 있고 또한 도시계획위원회의 도시계획적 판단에 따라 완화될 수 있는 성질의 것이라는 점에서 건축허용성 부여기준이다. 이 기준이 충족되지 못하면 건축허용성이 부여될 수 없는 것이고, 그에 따라 형질 변경허가는 발급될 수 없다.

이렇게 조례에서 정해진 경사도 등은 건축허용성을 부여하는 기준이라는 점에서 공사허가의 기준으로 혼동되지 않도록 유의해야 한다. 그러므로 건축허용성이 이미 부여되어 있는 토지에 대해 형상변경을 위한 공사허가를 구하는 의미에서 형질 변경허가가 신청된 경우 행정청은 경사도 등을 이유로 이를 거부할 수 없다. 이러한 처분은 공사허가를 거부하는 것이 아니라 건축허용성이 없다고 선언하는 것으로, 이런 처분은 과거 적법하게 부여된 건축허용성을 부인하는 것이기 때문이다.

3) 형질변경 허가제도의 적용범위

기성 시가지에서 개별 필지 단위의 건축허용성을 부여해 온 형질변경 허가제도는 한국 도시계획의 특수한 상황에 의존해 강력한 위력을 발휘해 왔다. 그러나 건축허용성의 부여는 원칙적으로 도시계획에서 규율해야 할 사항이며, 개별적인 처분에 의해 건축허용성을 부여하는 것은 전체 도시계획의 체계나 이상과는 거리가 있다. 그러므로 도시계획사업 등 개별 필지에 대한 도시계획적 결단이 선행하는 신도시 등에서는 정상적으로 작동하는 도시계획을 위주로 건축허용성이 판단되어야 한다.

형질변경 허가제도는 기성 시가지와 지적이 형성되고 난 후 사후적으로 용도지역제 도시계획이 수립된 곳을 원칙적인 적용범위로 한다. 이때 형질변경허가는 주거지역 등 용도지역이 정해진 곳에서 개별 필지단위로 건축물을 건축하는 것을 허용할

것인가를 심사하는 기능을 맡아왔다. 그러므로 형질변경 허가제도가 적용되는 범위는 용도지역제 도시계획만이 존재하고 지구단위계획을 포함한 각종 토지이용계획이 필지 단위에 이르기까지 섬세하게 규율하지 않고 있는 지역에 한정된다.

도시계획사업이 시행되면 형질변경 허가제도와는 다른 절차에 의해 건축허용성이 부여되고, 이런 경우에는 형질변경 허가제도가 개입될 여지가 없다. 예컨대 일산이나 판교, 분당과 같은 곳으로 가면 택지개발사업이 있고, 그에 따른 토지이용계획으로서 지구단위계획이 세밀하게 존재하므로 형질변경 허가제도가 사업의 중간에 개입할 여지가 없다. 사후적으로도 도시계획적 결단이 섬세하게 담겨진 지구단위계획이 존재하는 신도시에서 형질 변경허가를 매개로 추가로 건축허용성을 부여하는 것은 지구단위계획에 반한다.

이에 비해 과거 일정한 시점에 도시계획사업이 진행되었으나 현재에는 단순히 용도지역제 도시계획만이 수립되어 있는 지역들에 대해서는 논란의 여지가 생긴다.²⁰⁾ 실질적으로는 이미 건축허용성에 대한 판단이 도시계획사업의 과정에서 이루어졌지만, 현재의 외관은 형질 변경허가가 필요한 지역으로 보이기 때문이다. 논란의 여지는 있지만 이 경우는 원칙적으로 실질에 따라 지목으로서의 대지가 도시계획에 의해 부여된 건축허용성을 반영하는 것으로 해석해야 한다.

4. 산림과 건축허용성 부여

산림에 대해서는 1962년 산림법이 제정되어 산림에 관한 보호정책이 시행된 이래 오랜 기간 산림법의 체계가 유지되다가, 2002년 산림기본법(법률 제10480호), 산지관리법(법률 제10977호), 산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률(법률 제11456호, 이하 산림자원법)로 분화되어 현재에 이르고 있다.

산지관리법은 사실상 산림이 생육하고 있는 토지를 보존하고, 이 토지가 전용되어 건물을 짓는 등 개발행위로 이용되지 않도록 제한하는 기능을 한다(동법 제1조). 국토계획법상 형질변경 허가제도가 건축허용성을 부여하는 것과 유사하게 산지관리법상 산지전용허가도 건축허용성과 밀접한 관련을 맺는다(국토계획법 제56조 제3항).²¹⁾ 다만 산지관리법상의 산지전용허가에는 보존하고자 하는 산림의 훼손도

20) 대법원 2001. 9. 28. 선고 2000두8684 판결 참조. 이 사건에서는 주택지조성사업이 시행되어 지목이 '대'로 변경되었으나 사업시행 이후에도 택지로 조성되지 않은 채로 남겨진 토지의 개발가능성이 문제되었다.

21) 2003년 도시계획법과 국토이용관리법이 통합되는 것을 계기로 종래 도시지역에서만

포함되므로 통상적인 형질 변경허가보다 더 엄격한 기준이 적용된다는 점에서 차이를 보인다. 이와 달리 산림자원법은 좀 더 순수하게 산림자원 자체를 보호하기 위한 역할을 하며, 건축허용성과 직접적인 관련을 맺는 법률은 아니다.

산지관리법이나 산림자원법 공히 보호대상인 산림에서 주택지의 산림을 제외하고 있으므로(산지관리법 제2조 제1호 단서, 산림자원법 제2조 제1호 단서) 도시계획 사업에 의해 주택단지로 편입되고 지목이 대지인 토지상의 산림은 적용대상이 아니다. 그러므로 이런 토지는 건축허용성의 부여와 관련해서 산지관리법상 산지 전용허가의 대상이 되지 않으며(동법 제14조 등), 이 토지상 산림에 대한 별채는 산림자원법상 허가의 대상(동법 제36조)에 해당하지 않는다.

5. 주택건설사업

주택건설사업은 주택법에 의한 사업승인을 통해 진행되는데(동법 제16조), 이 과정에서 주택단지가 될 일단의 토지를 묶어서 건축허용성이 부여된다. 주택법에 의한 사업승인은 대지조성사업과 주택건설사업의 두 가지 종류로 나뉘며, 대지조성사업만을 목적으로 사업승인이 발급되면 형질 변경허가와 유사하게, 토지에 대한 공사허가와 건축허용성을 부여하는 것을 내용으로 한다. 이에 비해 일반적으로 하나의 주택단지에 대한 사업승인이 이루어지는 경우라면 그 사업승인 속에는 토지에 대한 공사허가, 건축허용성을 부여하는 처분과 주택건설허가라는 처분이 공존하게 된다. 그러므로 전·답 등의 지목을 포함한 일단의 토지를 주택단지로 해서 사업승인을 받으면 주택건설공사가 끝난 후 모두 지목이 바뀌는 과정을 거친다. 이 경우에는 그 일단의 토지에 대한 건축허용성도 사업승인의 과정에서 모두 검토되어 승인된 것이다.

이와 달리 신도시의 건설과정에서 택지개발촉진법에 의한 택지개발사업이 시행되면 토지이용계획 또는 지구단위계획에서 공동주택용지로 목적이 특정된 토지가 공급된다. 이렇게 공급된 토지는 이미 공동주택에 대한 건축허용성이 부여되어 있는 토지이므로, 단순하게 주택건설허가만이 발급되며 이때의 사업승인은 건축허용성을 포함하지 않는다. 따라서 개발이익환수에 관한 법률에서 말하는 개발행위(동법 제2조 제1호)에 해당하지 않으며 개발부담금 부과대상에서도 제외된다.²²⁾ 또한

작동되던 개발행위(형질변경)허가제도가 도시지역을 포함한 전국으로 범위가 확장되면서 가장 문제가 되었던 곳이 산림이었다. 결국 국토계획법은 산림에 대해서는 산지관리법과 산림자원법이 개발행위를 규율하도록 위탁하면서 절충이 이루어졌다.

이미 대지조성공사에 대한 허가를 받아 조성된 일단의 토지에서 사업승인을 받는 경우에도 역시 사업승인은 건축허용성을 포함하지 않는 순수한 건설허가의 성격만을 갖는다.

IV. 건축허용성의 반영

1. 개관

건축허용성은 앞서 설명한 바와 같이 다양한 경로를 통해 토지에 부여된다. 이렇게 건축허용성이 부여된 토지는 사후적으로도 다른 토지들과 구별할 수 있는 수단이 필요하며 이런 수단을 통해 그 토지의 특권적 지위가 드러나게 된다. 건축허용성이 가장 잘 반영되는 제도는 지구단위계획이라는 도시계획이며, 만약 지구단위계획에서 건축허용성이 부여된 것으로 표시되어 있다면 당해 토지의 특권적 지위는 매우 강력한 것이라 평가해도 좋다.

이에 비해 사후적 도시계획이 수립된 기성 시가지의 경우에는 도시계획의 수립 당시 이미 지목이 대지로 존재하고 있던 토지와 형질 변경허가에 의해 지목이 대지로 바뀐 토지가 혼재하게 된다. 이들은 통상 실무적으로 잘 구별되지 않은 채 건축허용성이 부여된 특권적 지위를 갖는 토지로 취급된다.

2. 지구단위계획

현행 국토계획법상 지구단위계획은 건축허용성에 대한 종합적 판단이 선행된 도시계획사업에 대해 이를 받아 법적으로 유지하는 기능을 담당한다. 택지개발촉진법에 의한 택지개발사업의 과정에서 토지이용계획이 작성되고 이를 포함해서 사업의 일정

22) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2008두3968 판결, “(...) 이와 같은 관련 법령의 규정 내용과 취지를 종합하여 보면, 위 시행령(구 개발이익환수에 관한 법률 시행령)에 택지개발사업으로 “대지조성사업 및 주택건설사업”을 규정한 것은 구 주택건설촉진법의 적용대상인 일정 면적 이상의 대지조성사업이나 같은 면적의 대지조성과 함께 시행되는 주택건설사업의 경우는 물론 대지조성 면적이 그 이하인 경우에도 그 대지조성과 함께 시행되는 주택건설의 규모가 구 주택건설촉진법에 의한 사업계획승인의 대상에 해당하는 경우에는 그 주택건설사업도 개발부담금 부과대상사업에 포함된다는 의미이지, 대지조성공사를 필요로 하지 않는 토지에 주택건설만을 하는 경우까지 개발부담금 부과대상사업에 포함하는 것으로는 볼 수 없다.”

시점에 지구단위계획이 의제되는데(동법 제3조 제7항), 이는 도시개발사업, 재건축·재개발 등 정비사업에서도 예외 없이 관철되고 있다. 이처럼 개발사업과 연계된 지구단위계획은 도시계획사업에서 이루어진 각종의 도시계획적 판단을 담아 사후적으로 도시를 관리하는 기능을 담당한다.

통상적인 지구단위계획에서 개별 필지에 대해 용도가 부여되는 방식은 단독주택용지·종교시설용지 등 지적법상의 지목과는 다른 명칭이 사용된다. 이 경우도 상식적으로 해석하면 건축허용성이 부여된 토지라는 점이 명확하지만, 이를 보완하는 의미에서 이 토지에 대해서 토지대장에 지목이 ‘대지’로 등재된다. 지구단위계획은 도시의 건설과정에서 개별 필지의 건축허용성을 정하는 기능을 하지만, 그 기능이 법령에 명확하게 표현되어 있지 않다. 이런 점에서 현행법상 지구단위계획에 대한 입법은 불완전한 것이다. 그래서 지구단위계획이 수립될 때 개별 필지의 경계선이 확정되는 것은 지구단위계획의 내용이 되어 사후적으로도 지구단위계획의 내용을 이루지만, 건축허용성은 상업용지·주택용지 등으로 부여되고 반영되므로 지적법상의 지목과는 다르다는 점에 유의해야 한다.

서울시 조례도 경상도 등 건축허용성의 판단기준을 구체화하면서, 다만 ① 도시계획사업을 전제로 ② 지목이 대지이고 ③ 지구단위계획이 수립되어 있는 지역에서는 이를 적용하지 않도록 정하고 있다(서울시 도시계획조례 별표1의 1. 가. (3)항 단서). 도시계획사업에서 건축허용성이 부여된 토지가 사후적으로 지구단위계획과 지목에 의해 반영되는 것이라 보는 것이다.

3. 지목으로서 대지

1) 지목의 의미

지적은 토지의 적(籍)을 말하며 호적과 유사하게 토지에 대한 각종의 정보를 편성하여 국가가 지적공부에 등재함으로써 성립한다. 지적의 한 항목으로서 지목(地目)이란 개별 필지 단위로 당해 토지가 주로 어떠한 목적으로 사용되고 있는가를 나타내는 용어로서 지적법이 채택하고 있는 개념이다. 지적법상 지목이란 “토지의 주된 용도에 따라 토지의 종류를 구분하여 지적공부에 등록한 것”을 의미한다(지적법 제2조 제24호). 지적공부에 등록하여 용도가 정해지는 것이 아니라 토지의 주된 용도가 먼저 확인되고 이를 공부에 기재하도록 되어 있다(확인적 성격). 지목을 정하는 기준에 따라 지형지목, 토성지목, 용도지목 등이 있으나 지적법은 용도지목을 채택한 것으로 해석되며 현재 28개의 지목이 있다(동법 시행령 제58조). 지목은

국정주의 원칙에 의해 국가가 결정하고, 한 필지에 하나의 지목만을 부여하는 것이 원칙이다.²³⁾

2) 지목의 법적 성격

지적법에 의해 지목이 설정되는 것은 우선 당해 토지의 과세표준으로 삼고자 한 측면이 강하고²⁴⁾ 초기부터 그 토지의 장래 이용형태를 직접 통제하려는 의도가 있었던 것은 아니다. 그러므로 지적법의 어떤 부분을 보아도 지목의 부여가 특별히 당해 토지의 행정법적 지위에 영향을 주는 것이라는 관념이 없다. 그러므로 지목은 최초에 결정될 때에도 또는 그 후의 변경되는 경우에도 행정소송을 통해 통제된 적이 없다. 지목이 확인적 성격을 갖고 있다는 점 때문이다. 우리 대법원도 일관되게 지목변경을 둘러싼 행정소송을 부적법한 것으로 각하해 왔으며,²⁵⁾ 2004년 4월에 와서야 지목변경신청에 대한 거부처분의 처분성을 처음으로 인정하고 있다.²⁶⁾

그러나 지목을 순수하게 확인적 성격만 있다고 보는 것은 현재의 법상태를 전적으로 무시하는 결과가 된다. 불법적으로 대지조성공사를 한 자에게 단순히 지목을 대지로 변경해주는 것이 부당함은 말할 것도 없고, 지목은 개발부담금부과대상, 지방세의 과세대상, 공시지가의 산정 등 공법상 법률관계에 영향을 미치기 때문이다. 또한 개발제한구역 내 손실보상에 관한 헌법재판소의 결정도 지목이 ‘대지(垜地)’인 토지에 국한하여 손실보상을 해주거나 건축제한을 해제하도록 명하고 있는데,²⁷⁾

23) 지종덕, **지적의 이해**, 기문당, 2003, 206면 이하.

24) 1910년대 토지조사 당시 18개의 지목은 전·답·대 등 ‘과세지목’, 분묘지·공원지 등 ‘면세지목’, 도로·하천 등 ‘비과세지목’의 3종으로 크게 구분되어 설정되었다. 지종덕, 한국의 지목체계 실태와 개선방안, 국토지리학회, **지리학연구** 제36집 제2호, 2002, 106면; 같은 취지, 이성호·황택수, 지목체계 개선에 관한 연구, 부산대학교 도시문제연구소, **도시연구보** 제8호, 1999. 12, 19-20면.

25) 대법원 1981. 7. 7. 선고 80누456 판결, 1991. 2. 12. 선고 90누7005 판결, 1993. 6. 11. 선고 93누3745 판결, 1995. 12. 5. 선고 94누4295 판결 등; 지목직권변경에 대해서는 대법원 1971. 8. 31. 선고 71누103 판결, 1972. 2. 22. 선고 71누196 판결, 1976. 5. 11. 선고 76누12 판결, 1980. 2. 26. 선고 79누439 판결, 1980. 7. 8. 선고 79누309 판결, 1985. 3. 12. 선고 84누681 판결, 1985. 5. 14. 선고 85누25 판결 등.

26) 대법원 2004. 4. 22. 선고 2003두9015 전원합의체 판결. 대법원보다는 일찍 헌법재판소가 헌법소원사건에서 지목에 대한 소송가능성을 열고 있었다. 헌법재판소 1999. 6. 24 선고 97헌마315 결정 등. 물론 이 사건들은 지목이 ‘대지’였던 것을 행정청이 ‘전, 답’ 등으로 직권변경하면서 문제가 된 경우이므로 이를 일반화하는 것은 무리이다.

27) 헌법재판소 1998. 12. 24. 89헌마 214 등(병합) 결정. 이를 통해 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법이 제정되었고 동법시행령에 지목이 대지인 토지에서 건축허용성이 승인되고 있다(동시행령 별표 1 제3호 (가)목, 4호 (나)목 등).

이 또한 지목(최소한 대지라는 지목은)이 단순히 확인적 성격을 넘어서는 것이라는 법실무를 그대로 반영한 것이다.²⁸⁾ 국토계획법도 도시계획시설부지에서 토지소유자의 매수청구권을 인정함에 있어 그 지목이 대지인가를 중요한 기준으로 삼는다(동법 제47조 제1항).

3) 대지인 지목과 건축허용성

도시계획구역 내 개별 필지의 법적 성격을 판단함에 있어 중요한 기능을 하는 것이 각 필지의 지목이다. 특히 형질변경허가 등에 의해 개별 필지의 건축허용성이 부여된 토지는 지적에만 반영되어 종래 지목이었던 전, 답, 임야 등이 대지로 변경되는 데 그쳤다. 형질 변경허가에 의해 부여된 건축허용성은 이론상 도시계획 자체에 반영되어야 하지만, 용도지역제 도시계획은 이를 반영할 수 있는 방법이 없었기 때문이다.

현재 도시 내 토지 중 지목이 대지인 토지는 1911년부터 대지였던 토지와 그 이후 일정 시점에 형질 변경허가 등을 통해 대지로 변경된 토지가 혼재되어 있으며, 이들을 구분할 수 있는 구체적인 기준도 현재로서는 찾기 힘들다. 그 외 대규모 택지 개발사업이나 토지구획정리사업 등이 이루어진 후 지적이 다시 편성되어 지목이 대지로 정해진 토지들이 기성 시가지에 존재하고 있는데, 이들 또한 지목으로서 대지가 건축허용성을 반영하는 것이다. 이런 점들을 종합적으로 고려하면 지목이 ‘대지’인가 여부가 건축허용성 판단의 가장 결정적 기준이며, 지목으로서 대지는 건축허용성이 부여된 특권적 지위가 인정되는 토지라는 것을 상징한다.

그러므로 용도지역제 도시계획이 수립된 지역에서 지목 중 ‘대지’에 해당하는 필지는 별도의 성질 변경허가(건축허용성 부여)가 필요하지 않다. 이 경우 필지의 물리적 형상에 대해 공사가 필요하다면 공사허가라는 의미에서 형질 변경허가를 받아야 할 것이지만,²⁹⁾ 물리적인 형상으로도 대지화되어 있다면 별도의 형질 변경허가도 필요 없다고 해석하는 것이 옳다.

28) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008두10232 판결, “지적법 시행령 제16조 제1항 제2호의 ‘토지의 용도가 변경된 경우’에서의 ‘토지의 용도’는 그 토지의 사실상의 이용현황을 의미하는 것이 아니라 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에 의하여 일정한 지역의 토지 전체에 대하여 이용가능성을 규제하는 ‘용도지역’, ‘용도지구’, ‘용도구역’에서의 ‘용도’, 즉 ‘법적으로 허용된 이용가능성으로서의 용도’를 의미한다고 보아야 하는 점.”

29) 실무상으로도 지목이 대지인 토지를 농사목적으로 사용하고 있었다면 형질변경허가를 받도록 하는 경우가 있는 것으로 보고되고 있다. 신동진, 토지형질변경의 관련제도 현황과 문제점, 국토연구원, **월간국토** 제74호, 1987, 7면.

지목이 '대'가 아니라 전, 답 등인 토지라면 비록 토지의 형상이 건축물을 건축하기에 충분한 상태로 조성되어 있다고 해도 건축행위를 하기 위해서 관념적인 성질 변경허가는 받아야 한다.³⁰⁾ 또한 토지의 형상이 아직 평탄하지 않다면 당연히 물리적인 공사허가도 수반되어야 한다. 후자의 경우라면 토지형질 변경허가는 두 가지 측면에서 공히 필요하고 행정청의 재량도 매우 폭넓은 것이라 해석된다.

4) 초기 도시계획사업과 건축허용성의 반영

현행의 지구단위계획은 1980년대 건축법상 도시설계제도와 1992년 도입된 도시계획법상의 상세계획구역을 통합해서 2000년 도시계획법에서 탄생한 제도이다. 이 제도는 2000년 들어 도시 내에서 본격적으로 사용되기 시작했고, 1980년대와 1990년대 중반까지는 그 활용도가 높지 않았다. 법문상 초기부터 상세계획구역을 지정할 수 있는 지역으로 나열되었던 택지개발지구와는 달리(1992년 개정 도시계획법 제20조의3 제2항 제1호), 구획정리지구는 2000년에 비로소 지구단위계획이 수립될 수 있는 대상지역으로 편입되었다. 물론 대상지역으로 편입되었다고 해도 계획수립이 의무화되었던 것은 아니므로 여전히 지구단위계획이 존재하지 않는 지구들이 상당수이다. 이는 70, 80년대 시행된 구획정리지구나 택지개발지구에서 지구단위계획이 수립되어 획지경계선과 건축허용성 등의 내용이 도시계획 차원에서 반영되지 않았다는 것을 의미한다. 이런 사업지구는 당연히 주택지 등으로 분류되어 단순한 기성 시가지로 편입되었으므로 용도지역제 도시계획에 의해 주거지역으로 지정되는 것이 일반적이었다.

4. 기타

1) 아파트지구 개발기본계획

서울의 강남을 비롯한 대도시에 아파트지구가 지정된 적이 있었는데 이는 도시

30) 형질 변경허가가 관념적인 성질 변경허가의 성격을 갖고 있음을 보여주는 판결로는, 대법원 1999. 12. 16. 선고 98두18619 판결, “이 사건 토지는 원래 지목이 잡종지였다가 근린생활시설 건물인 이 사건 건물의 건축으로 공부상 지목이 '대'로 변경되었다는 것이므로, 그로써 개발부담금의 부과대상인 법 제5조 제1항 제10호 소정의 개발사업은 이미 시행된 것이라고 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 원심이 이 사건 토지 자체에 대한 물리적인 개발행위가 없었다는 이유만으로 개발부담금의 부과대상인 개발사업의 시행을 부정한 것은 법 제5조 제1항 제10호 소정의 개발사업에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 할 것이다.”

계획법에 의한 것이었다. 이를 전제로 주택건설촉진법이 정하는 아파트지구개발기본계획이 수립되어 아파트가 개발된 지역이 현재까지도 다수 존재하고 있다. 아파트지구에 관한 근거조문도 현재는 소멸되었고, 아파트지구개발기본계획에 대한 조항도 주택법이 제정되면서 사라졌다. 다만 주택법의 경과규정에 의해 아파트지구개발기본계획은 여전히 유효한 것으로 처리되면서 이 또한 아파트지구의 도시계획적 판단들을 반영하는 기능을 담당하고 있다(2003년 제정 주택법 부칙 제9조). 이 계획들에도 역시 건축허용성에 대한 판단이 담기게 되므로 건축허용성이 반영된 도시계획의 일종으로 해석할 수 있다.

2) 토지이용계획과 환매권

1980년대 도입된 택지개발촉진법과 그에 의한 택지조성사업은 초기에 지구단위 계획 등 개별 필지를 규율하는 도시계획이 없었던 시절에 준공된 경우가 많았다. 이때 택지개발사업의 과정에서 결정된 도시계획적 사항들은 그래서 공법적 효과를 명확하게 관철할 방법이 없었다. 그러므로 사업과정에서 기준이 되었던 토지이용계획은 사후 매매계약에서 환매특약형태로 담겨 토지소유자를 강제하는 민사적 형태를 띠게 되었다.³¹⁾

V. 결론 - 건축허용성의 평가

건축허용성을 부여하는 체계와 이를 반영하는 제도를 종합적으로 살펴보면 현재 시가지내 필지별로 건축허용성이 이미 부여되어 있는 토지인지, 새롭게 건축허용성을 부여받아야 하는 토지인지가 판단될 수 있다. 만약 새롭게 건축허용성을 부여받아야 하는 토지라면 그 절차를 어떻게 진행하는 것이 정당한지도 생각해볼 수 있다.

1. 일반적 용도지역

일반적 용도지역에서 지목이 대지인 토지는 건축허용성이 부여된 토지로 평가하는 것이 원칙이다. 지목이 비록 도시계획이 아닌 지적에 담겨진 것이라 해도 도시계

31) 참고판례, 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다35527 판결 등.

획이 건축허용성에 관한 1차적 판단을 지목에 의지하고 있기 때문이다.

용도지역제 도시계획이 수립되어 있는 기성 시가지에서 새롭게 건축허용성이 부여되는 것도 도시계획이 아니라 토지형질 변경허가라는 개별적 제도를 통해서이다. 지목이 대지가 아닌 토지는 아직 건축허용성이 부여된 것이 아니므로, 건축허용성을 확보하기 위해 형질 변경허가를 받아야 하며, 형질 변경허가를 통해 형상 변경허가와 함께 건축허용성도 부여받는 것이라 해석한다. 이렇게 부여된 건축허용성은 도시계획에 반영될 길이 없고 단순히 토지대장상 지목이 대지로 변경되는 데 그치므로 사후에 건축허용성을 판단할 때도 이 지목이 결정적인 기준이 된다. 그러므로 어떤 토지에서 바로 건축허가를 신청할 수 있는가를 결정하는 것은 지목이 대지인가 여부에 따른다.

형질 변경허가나 도시계획사업이 전혀 매개되지 않고, 단순히 1911년 이후 지목이 대지인 상태일 때는 지목의 법적 성격을 어떻게 해석하는가에 따라 결론이 달라질 수 있다. 이러한 토지들에 대해서는 법적으로 한 번도 건축허용성이 부여되는 과정이 없었고 최초로 부여된 지목도 확인적 성격이 강했다. 그러나 이런 토지와 형질변경허가 등을 통해 건축허용성이 부여된 토지를 구분할 수 있는 기준이 없고, 이미 그 지상에 건물이 존재하는 경우가 대부분이라는 점을 고려하면, 이들에 대해서도 건축허용성을 부인하기 어렵다. 다만 이러한 토지들에게 인정되는 건축허용성은 도시계획사업에 의해 부여된 건축허용성에 비해 그 특권적 지위가 상대적으로 낮다.

2. 지구단위계획구역

지구단위계획이 수립되어 있는 신도시의 경우라면 당해 지구단위계획에 건축허용성이 표현되므로 당해 지구단위계획에 의해 건축허용성을 판단하면 된다. 통상 지구단위계획 자체에 주택용지, 근린시설용지, 종교용지 등으로 표현되어 있으면 건축허용성이 이미 부여되어 있는 토지로 평가한다. 만약 지구단위계획이 정하고 있는 것과 다르게 어떤 필지에서 건축허용성을 새롭게 부여해야 할 필요가 생기면, 지구단위계획 변경절차에 의해서 건축허용성을 부여하는 것이 원칙이다.

이에 비해 기성 시가지에서 용도지역제 도시계획과 중복해서 지구단위계획이 수립되어 관리되고 있는 지역이 있다. 이런 지역에서는 지구단위계획이 도입되면서 그에 의해 건축허용성을 변경하거나 필지 경계선을 강제로 분합하는 역할을 하지 못했고, 신도시와는 달리 지구단위계획이 기존의 지적(地籍)과 일정한 타협을 하

지 않을 수 없었다. 이런 지역에서는 개별 필지소유자에게 건축허용성을 부여받기 위해 도시계획 변경절차를 이행하도록 하는 것은 가혹할 수 있으므로 형질 변경허가에 의한 건축허용성 취득도 가능한 것으로 해석할 수밖에 없다.

3. 도시계획사업 후 용도지역에 편입된 토지

지목은 대지이지만, 여전히 토지의 형상이 평탄하지 않고 바로 건축행위에 들어갈 수 없는 토지들에 대해서는 일단 당해 토지의 지목이 대지로 되는 과정에서 도시계획사업, 또는 형질 변경허가 처분이 개입된 적이 있는지를 살펴야 한다. 도시계획사업이라 할 때 크게는 주택지조성사업과 도로나 공원과 같은 도시계획시설을 설치하는 사업을 의미한다. 주택지조성사업은 택지개발촉진법에 의한 택지개발사업, 토지구획정리사업법에 의한 구획정리사업, 도시계획법에 의한 일단의 주택지 조성사업 등으로 구성된다. 도시계획사업에 의해 주택지가 조성될 때 대규모 토목공사에 이어 집을 지을 수 있는 택지를 공급하는 것이 가장 중요한 목적이다.

이런 유형의 사업은 1990년에 이르기까지 지구단위계획을 통해 사업의 결과를 반영할 수 없었고, 사후적으로 당해 사업에 의해 조성된 시가지는 용도지역제 도시계획에 의해 관리되었다. 그리고 용도지역제 도시계획이 갖는 한계 때문에 결국 건축허용성에 관한 한 토지대장에 지목을 대지로 반영하는 것으로 만족할 밖에 없었다. 이렇게 되면 도시계획사업의 결과 이미 건축허용성이 결정된 토지들이 형식상 도시계획적 지위를 확보하지 못한 채 주변의 일반적 토지들과 혼재하게 되었다. 이런 곳에서 건축허용성의 부여는 도시계획적 결정에 따른 것이지만 건축허용성이 반영되는 수단은 지적에 불과하므로 건축허용성의 부여와 반영수준이 불일치하는 문제가 생겨난다.

이런 지역에서 도시계획사업에 의해 부여된 건축허용성은 실질적으로 도시계획적 지위를 갖는 것이므로, 신도시의 지구단위계획에 준해서 판단되어야 한다. 도시계획사업에 의해 토지에 부여된 건축허용성과 그 징표로서 대지인 지목은 사후의 행정처분에 있어서도 존중되어야 한다는 의미이다. 다만 형상 변경을 위한 공사허가는 추가로 필요한 상황이면 그에 한정해서 형질 변경허가를 받아야 한다. 그러나 이때 실무에서 적용되는 경사도 등의 기준은 공사허가가 아니라 건축허용성을 부여하는 기준이므로 이를 이유로 형질 변경허가를 반려할 수는 없다고 보아야 한다.

투고일 2012. 8. 6	심사완료일 2012. 8. 29	계재확정일 2012. 8. 31
----------------	-------------------	-------------------

참고문헌

- 건설교통부, **도시계획현황 1996, 1997.**
- 김동희, **행정법 II**, 박영사, 2005.
- 김종보, **건설법의 이해**, 박영사, 2008.
- 김종보, 건축법과 도시계획법의 관계, 한국공법학회, **공법연구**, 1998. 6.
- 김종보, 건축허가에 존재하는 재량문제, **행정법연구** 제3호, 1998. 10.
- 김종보, 도시계획의 핵심기능과 지적제도의 충돌-건축단위와 건축허용성을 중심으로, **행정법연구** 제16호, 2006. 10.
- 김종보, 토지형질변경허가의 법적 성질, **행정판례연구** 제11집, 2006. 6.
- 손정목, **일제강점기 도시계획사연구**, 일지사, 1989.
- 신동진, 토지형질변경의 관련제도 현황과 문제점, 국토연구원, **월간국토** 제74호, 1987.
- 윤진영, 토지의 형질변경, **법조**, 1994. 8.
- 이성호·황택수, 지목체계 개선에 관한 연구, 부산대학교 도시문제연구소, **도시연구보** 제8호.
- 정태용, **도시계획법**, 한국법제연구원, 2001.
- 지종덕, **지적의 이해**, 기문당, 2003.
- 지종덕, 한국의 지목체계 실태와 개선방안, 국토지리학회, **지리학연구** 제36집 제2호, 2002.
- 한국도시계획학회, **지구단위계획의 이해**, 기문당, 2006.

<Abstract>

Grant of Development Permission and Its Reflection by City Planning

Kim, Jong-Bo*

A development permission is the status by public law which permits construction on the development unit, and it is confirmed by official announcement of administrative agency. An Ideal city planning includes following two functions; (1) initial decision of development permission about every individual development unit and (2) reflection of those decisions to city planning.

Since the Zoning system in Korea does not regulate development permission on each development unit, it does not have above mentioned two functions. Accordingly, the characteristic transfer of land used as the mean of development permission to individual development units in existing urban area. And the land category system notices the development permission granted by those manner. The other side, the promoter of Urban planning project lots the area out and determine development permission on each development unit.

The development unit which is granted development permission by administrative agency needs an announcement method. District unit plans completely reflect the development permission of individual development units to city planning. So if the district unit plan records the development permission on specific development unit, the unit has special privilege of construction.

Contrary to the above, there are two kind of “site”s in existing urban area; the one is categorized by land cadastral act, And the other is characteristic transferred one. These two are considered as *development-permitted* units without distinction in administrative practice.

Keywords: development permission, city planning, permission of characteristic transfer of land, category of land, district unit plan

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

