

서울대학교 건설법센터 / 건설법연구회  
건설법연구 제5호 2021년 4월  
Center for Construction & Urban Development Law, SNU  
Construction & Urban Development Law Association  
Construction and Urban Development Law Journal  
Vol. 5, April 2021

## 장기미집행 도시계획시설과 기한부건축물

- 구 경원초등학교 부지를 중심으로

김진훈\*

---

### 국문초록

---

학령인구 감소의 예측 실패로 많은 수의 학교부지가 장기미집행 도시계획시설로 묶이게 되어 토지소유자들의 재산권을 과도하게 제한하여 왔다. 나아가 이러한 장기미집행 도시계획시설을 해제하는 과정에 있어서도 관할 지방자치단체의 장은 과도한 기부채납 등을 요구함에 따라 해당 부지 소유자와의 갈등이 빈번히 발생하고 있고, 이로 인해 추가적인 사회적 비용이 지출되고 있다.

입법부와 행정부는 학교 등에 대한 도시계획시설결정이 반드시 필요한 경우에만 이루어질 수 있도록 관련 규정과 결정절차를 정비할 필요가 있고, 도시계획시설결정이 집행될 수 없게 될 경우, 신속하게 해당 결정을 해제하고 이 과정에서 과도한 기부채납 요구 등으로 인한 분쟁 발생과 절차 지연을 방지할 필요 또한 높다.

아울러 일반 가설건축물과 그 개념에 있어 상이한 미집행 도시계획시설부지에 건축되는 기한부건축물의 허가에 관한 규정들을 일반 가설건축물의 신고에 관한 규정들과 분리하고, 나아가 앞으로 빈번히 이루어질 장기미집행 도시계획시설결정 해제에 따른 기한부건축물의 일반 건축물 전환에 관한 법적 근거를 신설하여, 향후 부당하게 기한부건축물의 일반 건축물 전환이 거부되는 등의 분쟁 발생의 소지를 예방하여야 할 것이다.

나아가 주민의 도시관리계획에 관한 입안제안권 등을 두텁게 보장하기 위해서는 주민이 입안제안한 내용대로 입안권자에 의하여 도시관리계획의 입안제안이 이루어진 후 결정권자에 의하여 반려된 경우, 해당 반려처분에 대하여도 대상적격 및 입안제안을 한 주민의 원고적격이 인정되어야 할 것이다. 끝으로, 도시관리계획의 수립 및 결정은 입안권자와 결정권자라는 상이한 두 행정청에 의해 입안과 결정이라는 두 단계를 거쳐 이루어지는 것이므로, 권리구제의 실효성을 확보하기 위해서는 현재의 관행대로 결정권자만이 아닌 입안권자와 결

---

\* 변호사, 법무법인(유) 광장

정권자 모두를 피고로 하여 도시관리계획결정에 관한 항고소송이 제기되어야 할 것이다.

주제어 : 장기미집행 도시계획시설, 가설건축물, 기한부건축물, 입안제안, 학교

## 목 차

- I. 서론
- II. 대상 부지 및 판결의 소개
- III. 학교시설과 기한부건축물
- IV. 지구단위계획의 입안제안과 거부처분
- V. 결어

## I. 서론

초등학교, 중학교 등 각급 학교의 신설은 택지 등을 조성함에 있어 최우선적으로 고려되는 시설로, 이를 위해 택지개발 등의 초기단계에서부터 학교부지는 주택용지의 중심부에 도시계획시설결정으로 확보되어 왔다. 그러나 학령인구의 감소와 예산 부족으로 인하여 실제 학교시설의 설치는 보류되고, 이로 인해 학교부지는 그대로 장기간 방치되거나 옥외골프연습장 등의 골프연습장이 건설되어 소음, 진동 및 외관상의 이유로 주변 주민들의 민원대상이 되고 있다. 나아가 학교부지의 장기미집행으로 인해 도시 중심부 고가치의 토지 개발이 장기간 제한됨에 따라, 토지소유자의 재산권을 상당히 제한하고 있을 뿐만 아니라 사회적으로도 중요 부지의 개발 지연에 따른 손실을 야기하고 있다.

이하에서는 도시계획시설로서의 학교의 의의와 학교부지의 장기미집행, 그리고 그 해제를 위한 도시관리계획의 수립 과정에서의 법적 분쟁을 서울특별시 서초구 잠원동 66-2 구 경원초등학교 부지에 관한 사례를 중심으로 살펴보고, 학교시설의 장기미집행과 그 해제에 관한 절차 및 기준 등에 관한 법적 및 제도적 문제점을 지적하고, 그 해결방안을 제시하고자 한다.

## II. 대상 부지 및 판결의 소개

### 1. 대상 부지의 소개

[그림 삽입을 위한 여백]



[그림 1. 대상 부지 인근 지도]

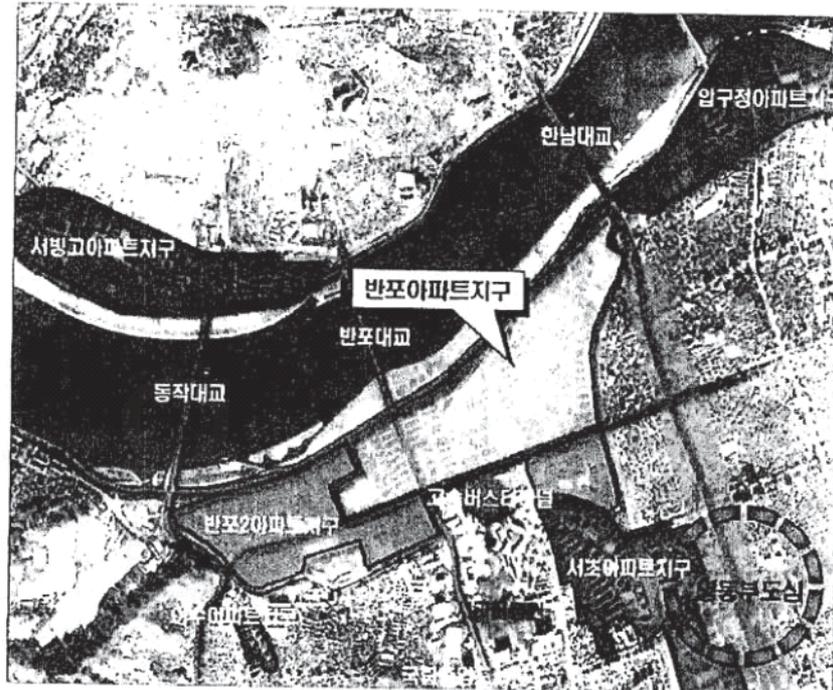
[대상 부지]

1986. 5. 17. 서울특별시 고시 제308호로 현재 서울 서초구 잠원동 66-2 10,562㎡에 대해 경원초등학교를 설치할 목적으로 도시계획시설(학교) 결정이 이루어졌다. 한편, 서울특별시는 1991. 12. 26. 서울 강남구 신사동, 압구정동, 청담동 일부 및 서초구 반포동, 서초동, 잠원동 일부에 대하여 실시된 영동(1, 2지구) 토지구획정리사업의 완료에 따른 환지처분을 하고 서울특별시 공고 제1991-355호로 이를 공고하였다. 위 환지처분에 의하여 서울 서초구 잠원동 1-62 토지 외 13필지 중 일부가 현재의 서울 서초구 잠원동 66-2 학교용지 10,562.3㎡로 환지되었고, 당시 소유자는 한국토지개발공사였다.

그런데 이후 지방자치단체로서는 해당 토지를 한국토지개발공사로부터 매입하여 초등학교를 조성할 예산이 부족하였고, 한국토지개발공사 또한 자금을 확보할 필요가 있어 한국토지개발공사는 1996. 8. 29. 예정가격을 약 155억 원으로 정하여 매각공고를 하였으나 유찰되었고, 결국 2001. 4. 12.에 이르러서야 대상 부지가 약 97억 원의 가격에 현 소유자에게 매각되었다).

1) 2005. 11. 30. 제29회 서울특별시의회(정례회) 본회의회의록 3-4면.

■ 위치도



[그림 2. 반포아파트지구 표시 지도]

한편, 대상 부지 및 반포동, 잠원동 일대는 반포 아파트지구로 지정되어 개발기본계획이 수립되어 있다. 아파트지구는 1976. 1. 28. 구 「도시계획법」 시행령이 대통령령 7963호로 일부개정되면서 처음 도입된 것으로, 토지이용도의 제고와 주거생활의 환경보호를 위하여, 즉 단독주택이 선호되던 당시 분위기를 극복하고 아파트의 집단적 건설을 하기 위하여<sup>2)</sup> 지정된 지구이다(구 도시계획법 시행령 제16조 제2호). 그리고 이러한 아파트지구에 대하여는 구 「주택건설촉진법」에 따라 아파트지구개발기본계획이 수립되었는데, 그 내용은 지구의 구성 및 토지이용에 관한 사항, 중심시설의 건축계획에 관한 사항, 도시계획시설에 관한 사항 등이었다(구 주택건설촉진법 제20조 제1항, 같은 법 시행령 제23조). 아파트지구는 아파트개발이 필요하던 시절에 특정 지구에 아파트만이 건축될 수 있도록 지정하고, 아파트에 방해될 수 있는 시설이 들어서지 못하기 위해 지정된 것으로, 현재의 지구단위계획과 유사

2) 강신은, “죽었음에도 죽지 않은 아파트지구”, 도시개발신문, 2010년 1월 25일자. 아파트지구 제도의 도입 목적과 이후의 경과와 관련하여 자세히는 배선헌, “대규모 주거지 개발수단으로서 ‘아파트지구’ 특성 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2020, 26-66면 참조.

한 사항들을 아파트지구개발기본계획에 규정하였다.

이후 아파트의 인기가 높아짐에 따라 아파트지구의 지정이 필요하지 아니하게 되었고, 이에 2003. 5. 29. 구 주택건설촉진법을 「주택법」으로 개정되면서 아파트지구에 관한 근거조항들은 모두 삭제되었으나, 주택법 부칙(2003. 5. 29.) 제9조에 의해 기존의 아파트지구 개발기본계획의 효력은 모두 남아 있다. 대상 부지 일대에 지정된 반포 아파트지구 개발기본계획의 경우에도, 주택용지의 용도를 공동주택 및 유치원 등으로 제한하고, 상업용지인 주구 중심 등의 경우에도 공동주택의 편의를 증진할 수 있는 근린생활시설 등으로 그 용도를 제한하고, 인근 주거시설에 소음 및 진동 등을 유발하고 경관상 좋지 아니한 옥외골프연습장의 경우 반포아파트지구 전체에 걸쳐 설치를 금지하고 있다.

[도시계획시설결정 폐지에 관한 지구단위계획안의 입안제안]



[그림3. 대상 부지에 설치된 근린생활시설 및 옥외골프연습장]

대상 부지 소유자는 가설건축물 건축허가를 받아 대상 부지 위에 근린생활시설과 옥외골프연습장을 건축하여 운영하려 하였으나, 관할 서초구청장의 거부처분을 받은 후, 행정소송을 제기하여 제1심에서 승소 후 그대로 확정되어 2002. 10.경 서초구청장으로부터 가설건축물 건축허가를 받아 대상 부지 위에 근린생활시설과 옥외골프연습장을 설치하여 운영해 왔다<sup>3)</sup>.

3) 이덕훈, “현장, 이곳은/잠원동 한양아파트 주변”, 조선일보, 2003년 2월 10일자. 거부처분의 이유는 파악되지 아니하나, 아래에서 설명하는 바와 같이 옥외골프연습장의 소음 및 외관불량과 아파트 지구 개발기본계획상 옥외골프연습장의 건축이 금지된다는 이유일 것으로 생각된다.

한편 서울특별시장은 학령인구 감소 등으로 인하여 대상 부지에 학교를 설립할 계획이 없  
어지고, 장기미집행 도시계획시설의 폐지연한이 다가오자 지구단위계획의 수립과 연계하여  
도시계획시설(학교)결정의 폐지를 추진하고자 2014. 4. 27. 대상 부지 소유자에게 도시계획시  
설결정 폐지에 관한 지구단위계획을 수립하여 해당 자치구에 입안제안을 해 달라는 취지의  
공문을 송부하였고, 대상 부지소유자는 2014. 10. 24. 대상 부지에 관하여 도시계획시설(학  
교)을 폐지하는 내용의 지구단위계획안을 마련하여 서초구청장에게 입안제안하였다.

## 2. 대상 판결의 소개

[소송의 제기]

피고 서초구청장은 원고(대상 부지 소유자)가 입안제안한 지구단위계획안에 대해 피고 서  
울특별시장에게 자문을 요청하였으나, 피고 서울특별시장은 공공기여(25%)를 반영하고, 옥외  
골프연습장을 불허용도에 추가하여야 한다는 의견을 밝혔고, 피고 서초구청장은 이러한 의  
견을 2015. 6. 5. 원고에게 전달하였다.

그러나 원고는 「도시·군관리계획수립지침」 4-10-5 (2)에 의하면 장기미집행도시계획시  
설결정을 해제하는 경우 기부채납 대상에서 제외하도록 규정하고 있다는 등의 사유를 들어  
공공기여를 반영하지 아니하고, 옥외골프연습장은 제2종일반주거지역에서 허용되는 운동시  
설이라는 이유로 용도계획도 변경하지 아니하였다.

결국 피고 서초구청장은 원고가 입안 제안한 지구단위계획안의 내용 중 일부만을 수정하  
여 2016. 1. 7. 열람·공고하였으나, 피고 서울특별시장은 2016. 1. 25. 피고 서초구청장에게  
기존의 의견을 다시 송부하였고, 2016. 1. 28. 피고 서초구청장은 해당 내용을 원고에게 전  
달하였다.

그리고 원고는 2016. 4. 27. 직접 피고 서울특별시장을 상대로 기존 지구단위계획안대로  
도시관리계획을 결정해 줄 것을 신청하였으나, 피고 서울특별시장은 2016. 5. 18. 원고에게  
‘원고의 신청은 입안의 제안이므로 피고 서초구청장에게 이첩한다’ 라고 통보하였다.

이에 원고는 선택적으로, 피고 서울특별시장이 2016. 1. 25. 피고 서초구청장에 대하여 한  
도시관리계획안 결정 반려처분, 또는 2016. 1. 28. 원고에게 한 도시관리계획안 결정 반려처  
분, 또는 2016. 5. 18. 원고에게 한 도시관리계획안 결정 반려처분의 취소를 구하였다.

[법원의 판단]

서울행정법원은 우선 비록 피고 서울특별시장은 직접 원고가 수립한 도시관리계획안의 결  
정 반려를 원고에게 통지하지 아니하였으나, 피고 서초구청장을 통해 그대로 전달되었으므  
로, 이는 단순한 행정기관 내부의 행위로 볼 수 없다고 판단하여 피고 서울특별시장이

2016. 1. 28. 원고에게 한 도시관리계획안 결정 반려처분의 원고에 대한 처분성을 인정하고, 해당 처분의 위법성에 대해 판단하였다.

그리고 공공기여 요구의 위법성에 대하여는 도시·군관리계획수립지침 4-10-5. (2)는 장기미집행 도시계획시설결정을 해제하는 경우는 기부채납 대상에서 제외하는 것을 원칙으로 규정하고 있고, 장기미집행 도시계획시설의 해제를 위한 도시관리계획안의 수립에 있어서는 그 동안 이루어진 재산권 제약에 따른 토지소유자의 불이익을 해소한다는 측면을 함께 고려하여야 하며, 원고는 그 동안 운영해 온 가설건축물을 유지한다는 취지로 지구단위계획안을 수립하였는바, 추가적인 기반시설도 요구된다고 보기 어려워 25%의 공공기여 요구는 정당성과 객관성을 갖춘 이익형량에 해당하지 아니하여 위법하다고 판단하였다.

나아가 옥외골프연습장을 불허용도로 추가하라는 요구의 위법성에 대하여도 비록 아파트지구 개발기본계획에서 옥외골프연습장을 불허용도로 규정하고 있으나, 아파트지구는 점진적으로 해제될 예정으로 새로운 지구단위계획안에서 대상 부지에 대한 아파트지구를 폐지하는 것이 문제되지 아니한 점, 이미 설치된 옥외골프연습장을 일반건축물로 전환하여 사용할 수 있는 점, 반드시 기존 기한부건축물을 철거하고 새로운 건축물을 건축하는 방향으로 개발을 할 필요는 없다는 이유로 위와 같은 피고 서울특별시장의 용도제한 요구 또한 정당하고 객관적인 이익형량에 기초한 것이 아니라고 보아 위법하다고 판단하여 피고 서울특별시장이 2016. 1. 28. 원고에게 한 도시관리계획안 결정 반려처분을 취소한다는 판결<sup>4)</sup>을 내렸고, 이는 서울고등법원 2017. 2. 23. 선고 2016누70255 판결로 그대로 확정되었다(상고기간 도과)<sup>5)</sup>.

4) 서울행정법원 2016. 9. 23. 선고 2016구합54916 판결

5) 위 판결의 확정 이후 서울특별시장은 2017. 11. 16. 대상 부지가 포함된 도시관리계획(지구단위구역 및 계획) 결정 및 지형도면 고시(서울특별시 고시 제2017-411호)를 함으로써 대상 부지에 대한 도시계획시설결정을 해제하였다. 그러나 대상 부지 소유자는 위 새로운 도시관리계획은 용적률을 과도하게 제한하고 있는바 용적률을 다시 상향받기 위해서는 결국 기부채납이 필요하여 기존 취소된 계획안과 같은 내용에 해당하고, 나아가 아파트지구를 제척하는 내용도 정하지 아니하여 여전히 옥외골프연습장 운영이 제한되므로 새로운 도시관리계획은 위 확정판결의 기속력에 반한다는 등의 이유로 다시 취소소송을 제기하였다. 이에 관해 제1심은 원고 패소, 제2심은 원고 승소 판결(기속력 위반 취지)을 내렸으나, 대법원은 다시 새로운 도시관리계획 결정 및 지형도면 고시가 기속력 위반에 해당하지 아니한다는 취지로 파기환송판결을 하였고(대법원 2020. 6. 25. 선고 2019두56135 판결), 2021. 4. 22. 현재 서울고등법원에 파기환송심이 계속 중이다(서울고등법원 2020누45720호).

### III. 학교시설과 기한부건축물

#### 1. 도시계획시설로서의 학교와 장기미집행

[도시계획시설로서 학교의 의의]

「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 “국토계획법”이라 한다) 제2조 제6호 각 목의 본문은 “‘기본시설’이란 다음 각 목의 시설로서 대통령령으로 정하는 시설을 말한다”라고 정하고 있고, 라.목은 “학교”를 기본시설 중 하나로 정하고 있다. 나아가 제2조 제7호는 “‘도시·군계획시설’이란 기본시설 중 도시·군관리계획으로 결정된 시설을 말한다”라고 정하고 있다.

한편, 학교 중 유치원, 특수학교, 대안학교, 방송대학·통신대학 및 방송통신대학의 경우에는 도시계획결정 없이 설치할 수 있는 임의적 도시계획시설에 해당하고(국토계획법 시행규칙 제6조 제1항 제9호 각 목), 초등학교, 중학교, 고등학교, 대학교 등 나머지 학교의 경우 반드시 도시계획시설결정에 의해 설치하여야 하는 필수적 도시계획시설에 해당한다.

[학교부지 결정과 학교신설 결정의 불일치]

학교부지의 경우 주로 최초 택지개발 등을 할 당시에 도시계획시설결정을 통해 마련되는데, 실제 학교 설치여부에 대한 결정권한은 교육감에게 있고(「지방교육자치에 관한 법률」 제20조 제5호), 교육부 중앙투자심사위원회의 심사(「지방교육행정기관 재정투자사업 심사규칙」 제3조 제1항 제2호 다.목 참조)를 거친 교육감의 학교 신설 결정은 통상 도시계획시설 결정 이후 8~10년 이후에 이루어진다.

이러한 학교부지 결정권자(지방자치단체의 장) 및 결정시점과 학교신설 결정권자(교육감 및 교육부 장관) 및 결정시점의 불일치 때문에 최근 지속되고 있는 학령인구의 감소로 인해 기존에 학교용지로 결정한 부지에 대하여 교육부의 심사 결과 학교신설 결정이 보류되는 사례가 다수 발생하고 있으며, 학령인구 감소로 사실상 학교신설이 요원해지는 경우에도 도시계획의 입안권자 및 결정권자인 지방자치단체의 장으로서 지역주민들의 반발로 학교부지 폐지결정을 내리기가 어렵기 때문에 장기미집행되고 있는 학교부지가 다수 발생하고 있다<sup>6)</sup>.

[장기미집행 학교부지 현황과 분쟁의 발생]

전국적으로 20년 이상 미집행되어 2020. 7. 해제 예정인 학교부지는 69만 9,167.3㎡에 이른다<sup>7)</sup>. 서울특별시 내 장기미집행 학교부지의 경우에도 총 19개소 21,000㎡가 존재<sup>8)</sup>하며,

6) 김상용, “교육부, 학교신설 자제 기조... 미집행 용지 더 증가 우려”, 서울경제, 2019년 9월 25일자.

7) 김상용, “내년 학교땅 69만9,167㎡풀리지만...도심은 다시 묶일 수도”, 서울경제, 2019년 9월 19일자.

이는 공원 등 타 도시계획시설부지에 비해 작은 면적이지만, 공원 등과 달리 학교는 대부분 주거밀집지역 내 평지에 위치하고 있어 지가가 높고, 사유지 비중이 높기 때문에 실질적 비중은 높으며, 이로 인해 도시계획시설 해제 여부와 관련하여서도 분쟁이 잦은 편이다.

10년 이상 도시계획시설결정이 집행되지 아니한 경우에도 아무런 보상없이 이를 토지소유자가 수인하도록 한 구 도시계획법(1991. 12. 14. 법률 제4427호로 개정된 것) 제4조에 대한 헌법재판소 1999. 10. 21.자 97헌바26 헌법불합치 결정 또한 장기미집행 학교부지 소유자의 헌법소원에 따른 결정이었다.

[장기미집행 도시계획시설결정의 실효와 해제신청]

위와 같은 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라 입법된 국토계획법 제48조 등의 규정에 따르면, 도시계획시설결정이 고시된 도시계획시설에 대하여 그 고시일부터 20년이 지날 때까지 그 시설의 설치에 관한 도시계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 그 도시계획시설결정은 그 고시일부터 20년이 되는 날의 다음 날에 그 효력을 잃는다(국토계획법 제48조 제1항). 그리고 도시계획시설결정의 고시일부터 10년 이내에 그 도시계획시설 설치에 관한 도시계획시설사업이 시행되지 아니한 경우로서 제85조 제1항에 따른 단계별 집행계획상 해당 도시계획시설의 실효 시까지 집행계획이 없는 경우에는 해당 도시계획시설 부지의 토지 소유자는 도시계획시설결정의 해제를 위한 도시관리계획의 입안을 신청할 수 있다(국토계획법 제48조의2 제1항).

[장기미집행 해제와 기부채납]

도시·군관리계획수립지침 4-10-5 (2)는 도시·군계획시설 결정을 해제하는 경우 원칙적으로 5%내외의 기부채납을 토지소유자가 하도록 하되, 최대 10%를 초과하지 아니하는 것을 원칙으로 하고, 다만 장기미집행 도시계획시설을 해제하는 경우 등에는 기부채납 대상에서 제외하는 것을 원칙으로 정하고 있다.

도시계획시설결정이 애당초 사인의 소유권을 제한하는 결정이었는데, 이를 해제하여 본래의 상태로 되돌린다는 이유로 기부채납이 이루어지는 것을 원칙으로 정하고 있는 것은 납득하기 어렵다.

도시계획시설결정의 미집행 기간에 관계 없이 도시계획시설결정을 해제하는 경우에는 기부채납 대상에서 제외하는 것을 원칙으로 하되, 최초 택지조성 등 당시부터 학교부지로 결정되어 있었으나, 해당 부지에 대한 도시계획시설결정이 해제됨에 따른 개발로 인해 최초 택지조성 등 당시에는 예상하지 못했던 추가적인 기반시설의 조성이 반드시 필요한 경우 등의 예외적인 경우에만 기부채납이 필요하다는 취지로 도시·군관리계획수립지침을 개정하는

8) 서울특별시, 2020년 실효대비 장기미집행도시계획시설 재정비계획, 2018, 38면.

것이 타당하다고 판단된다.

[공공기여 요구의 위법성]

앞서 언급하였듯이 장기미집행 도시계획시설결정의 해제는 보상 없이 제한되었던 토지소유자의 재산권 행사가 다시 이루어질 수 있도록 해 주는 의미를 가지는 것이다. 위와 같은 점을 고려하면, 도시·군관리계획수립지침 4-10-5 (2)에서 규정한 원칙과 달리 장기미집행 도시계획시설결정 해제에 관한 도시관리계획 수립과 관련하여 해당 토지 소유자에게 토지면적의 10%를 초과하는 기부채납이 부과될 경우 해당 도시계획시설결정은 특별한 사정이 없는 한 위법하다 할 것이다.

따라서 장기미집행 도시계획시설결정의 해제를 이유로 피고가 원고에게 한 토지면적 25%에 대한 기부채납 요구가 정당하고 객관적인 이익형량에 기초한 것이라 보기 어려워 위법하다고 판단한 대상 판결의 판시는 타당하다.

## 2. 기한부건축물

### (1) 기한부건축물 관련 법령 규정

[건축법의 규정]

「건축법」 제20조 제1항은 도시계획시설 및 도시계획시설예정지에서 가설건축물을 건축하려는 자는 관할 행정청의 허가를 받아야 한다고 정하고 있고, 같은 조 제2항은 관할 행정청은 위 가설건축물의 건축이 국토계획법 제64조에 위배되는 경우, 4층 이상인 경우, 구조, 존치기간, 설치목적 및 다른 시설 설치 필요성 등에 관하여 대통령령으로 정하는 기준의 범위에서 조례로 정하는 바에 따르지 아니한 경우, 기타 법령에 따른 제한규정을 위반하는 경우가 아니면 허가를 하여야 한다고 정하고 있다.

그리고 위 조항의 위임을 받은 사항을 정한 건축법 시행령 제15조 제1항은 도시계획시설 부지에 건축하는 가설건축물의 요건으로 철근콘크리트조 또는 철골콘크리트조가 아닐 것, 존치기간은 3년 이내일 것, 전기 등 새로운 간선 공급설비의 설치를 필요로 하지 아니할 것, 공동주택 등으로서 분양을 목적으로 하는 건축물이 아닐 것 등의 요건을 정하고 있다.

[국토계획법의 규정]

국토계획법 제64조 제1항은 도시계획시설부지에서 그 도시계획시설이 아닌 건축물의 건축이나 공작물의 설치를 허가하여서는 아니 됨을 원칙으로 정하고 있다. 다만 같은 조 제2항 각 호외 본문은 도시계획시설결정의 고시일부터 2년이 지날 때 까지 그 시설 설치에 관한

사업이 시행되지 아니한 도시계획시설 중 제85조에 따른 단계별 집행계획이 수립되지 아니하거나 단계별 집행계획에서 제1단계 집행계획에 포함되지 아니한 도시계획시설의 부지에 대하여는 각 호의 개발행위 허가를 할 수 있다고 정하고, 제1호에서 “가설건축물의 건축과 이에 필요한 범위에서의 토지의 형질변경”을 정하고 있다.

(2) 건축물에 해당하는 기한부건축물

[건축물의 요건을 갖춘 기한부건축물]

이상과 같이 도시계획시설 내 건축하는 가설건축물의 경우 설치기한, 특정 구조 및 설비, 건축 목적의 제한 등을 제외하면 토지에 정착하고, 기둥·벽·지붕이 있는 공작물로 건축할 수 있는 바, 실질적으로는 일반적인 건축물에 해당하는 것이고, 이는 도시계획시설부지에 국한되지 아니하고 가설건축물 축조 신고를 통해 건축할 수 있는 일반 가설건축물의 개념이 가설홍행장, 가설전람회장, 견본주택, 임시 자동차 차고 등으로 ‘토지에 정착’이란 요건을 갖추었다고 보기 어려운 점과는 구별되는 것이다.

[가설건축물과 기한부건축물의 구별]

이러한 이유로 건축법 제20조 제1항 등에 근거하여 건축이 가능한 도시계획시설부지 내 가설건축물의 경우 건축법 제20조 제3항 등에 근거하여 축조신고만으로 축조가 가능한 가설건축물과는 달리 건축을 위해 착공신고와 사용승인의 절차를 거쳐야 하고(건축법 제21조 제1항, 제22조 제1항), 이에 건축법 제20조 제1항 등에 근거하여 설치하는 도시계획시설부지 내 가설건축물의 경우 건축법 제20조 제3항 등에 근거하여 축조하는 가설건축물과 구분하는 의미로 ‘기한부건축물’이라고 불리고 있다<sup>9)</sup>.

[근거조문 분리의 필요성]

이렇듯 기한부건축물과 가설건축물은 그 개념이 상이함에도 불구하고 하나의 조문에 동일한 용어를 사용하여 규정되고 있어 혼란을 초래하고 있는 바, 기한부건축물에 관한 조문을 독립하고, ‘가설건축물’이 아닌 ‘기한부건축물’ 등 별도의 개념을 사용하여 규정할 필요가 있어 보인다<sup>10)</sup>.

9) 김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 피데스, 2018, 37면.

10) 같은 취지로 김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 『행정법연구』 제12호(2004), 362-363면 참조.

(3) 아파트지구 개발기본계획상 용도제한과 기한부건축물

한편 반포아파트지구 개발기본계획은 대상 부지에 건축할 수 있는 건물을 ‘학교시설’로 제한하고 있으며, 반포아파트지구의 나머지 토지 유형(지구중심, 지구중심, 분구중심, 주택용지 등)에 대하여도 옥외골프연습장은 건축할 수 없는 용도로 규정하고 있다<sup>11)</sup>. 이에 이러한 아파트지구 개발기본계획상의 용도제한으로 인하여 이 사건 부지에 옥외골프연습장을 기한부건축물로 건축할 수 없는지 여부가 문제될 수 있다.

다만, 반포아파트지구 개발기본계획에서 건축 가능한 건축물을 ‘학교시설’로 제한한 것은 이 사건 부지에 도시계획시설결정(학교)이 이루어진 점과 관련된 것으로 보이므로<sup>12)</sup>, 학교를 건축하는데 문제되지 아니한 타 용도의 기한부건축물을 건축하는 것은 문제되지 아니할 것으로 판단된다.

나아가 도시계획시설결정으로 인한 토지소유자의 재산권 행사 제한을 완화하기 위하여 제한적인 용도와 구조의 기한부건축물의 건축이 예외적으로 허용되는 점을 고려하면, 기한부건축물의 건축 용도를 다시 제한하는 것은 부당하다고 보이므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 사정만으로는 옥외골프연습장 용도의 기한부건축물 허가를 거부할 수 없을 것으로 판단된다. 이러한 이유로 서울행정법원 또한 대상 부지 지상 옥외골프연습장 등 기한부건축물의 건축허가를 거부한 서초구청장의 거부처분이 위법하다고 판단한 것으로 생각된다.

(4) 기한부건축물의 일반건축물로의 전환

[도시계획시설결정 폐지와 기한부건축물]

도시계획시설부지 내 건축 가능한 기한부건축물의 범위는 건축법령 및 국토계획법상 상당히 제한되므로, 일반적으로 도시계획시설결정이 폐지되면 해당 토지의 소유자는 기존 기한부건축물을 철거하고, 건축물을 신축하기 때문에 도시계획시설결정 폐지 후 기한부건축물의 법적 지위가 문제될 여지가 없으나, 도시계획시설결정이 폐지된 토지의 소유자가 기한부건축물을 존치하기를 원한다면 기한부건축물을 일반건축물로 전환하여 존속시킬 수 있는지 여부가 문제된다.

11) 서울특별시 아파트지구개발기본계획 수립에 관한 조례 제9조 제1항, 별표 2에 근거하여 정해진 것이다.

12) 확인되지 아니하지만, 아파트지구 개발기본계획결정을 통해 도시계획시설결정을 하는 것 또한 가능하므로(구 주택건설촉진법 시행령 제23조 제1항 제4호), 대상 부지에 대한 도시계획시설(학교)결정 또한 반포아파트지구 개발기본계획변경결정을 통하여 이루어졌을 가능성이 높다.

[일반건축물로의 전환 가능성]

먼저, 기존 기한부건축물이 건축법상 일반 건축물의 요건을 모두 충족하고, 도시계획시설 결정 폐지 후 새로이 수립되는 지구단위계획 등에서 정하는 건축요건 등도 모두 충족할 경우에는 기존 기한부건축물의 일반건축물로의 전환 및 존속을 저지할 이유가 없을 것이다. 특히, 건축허가는 원칙적으로 법률상 정한 요건을 충족하지 아니하였다는 사유 이외의 사유를 들어 거부할 수 없는 기속행위에 해당하므로<sup>13)</sup>, 이러한 점에 있어서도 기한부건축물이 일반건축물로서의 건축요건을 모두 충족하는 경우 일반건축물로의 전환 및 존속을 허가하여야 할 것으로 보인다.

다만, 기존 기한부건축물이 도시계획시설결정 폐지 후 새로이 수립되는 지구단위계획 등에서 정하는 건축요건을 충족하지 못하는 경우에는 기한부건축물은 더 이상 존속하기 어렵다고 판단된다.

즉, 기한부건축물의 건축은 도시계획시설결정으로 인한 소유권제한이 과도해지는 것을 막기 위해 일시적으로 허용되는 것이라는 점을 고려하면 도시계획시설결정 폐지 후 허가된 존속기한 이후에도 존속을 보장해야 할 필요성은 낮은 것인 바, 도시계획시설결정 폐지 후 새로이 수립된 지구단위계획 등에서 정한 요건에 맞지 아니하게 된 기한부건축물은 더 이상 그 존속기간이 연장되거나 일반건축물로 전환되지 못하고 철거되어야 할 것이다.

[전환 근거 규정의 미비]

한편, 기한부건축물의 경우 가설건축물 축조신고가 아닌 건축허가에 의해 건축됨에도 불구하고 건축물대장이 아닌 가설건축물대장이 편성되고(건축법 제20조 제6항) 이에 따라 등기부도 작성되지 아니한데, 가설건축물대장의 건축물대장으로의 이기 및 등기부 편성에 관한 규정이 존재하지 아니한다.

[행정실무의 입법 필요성]

이와 같이 기한부건축물의 일반건축물 전환에 관한 근거 법규는 존재하지 아니하지만, 국토교통부 건축정책과는 “가설건축물을 일반건축물로 전환하는 것이 가능한지”에 대한 민원에 대하여 2014. 8. 29. “가설건축물이 일반건축물과 같은 조건으로 건축되고, 건축법과 관련법령에 저촉되는 것이 없다면 신축시와 동일한 절차(추인)를 거쳐 일반건축물로도 사용할 수 있는 것임”이라고 답변한 바 있는바, 일반건축물로의 전환은 문제되지 아니할 것으로 보인다. 다만, 이와 관련된 근거법규가 존재하지 아니하여 향후 문제의 소지를 배제할 수 없으므로, 이에 관한 법령의 정비가 필요할 것이다.

13) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009두8946 판결

### 3. 학교시설과 기한부건축물

[학교부지에 설치되기 용이한 기한부건축물]

학교부지는 장기미집행 도시계획시설의 대부분을 차지하고 있는 공원, 도로 등과 달리 대부분 주거밀집지역 내에 위치하고 있을 뿐만 아니라, 그 형상 및 크기도 건축물을 짓기에 적당한 형태와 크기이므로, 기한부건축물이 흔히 들어서며, 일반적으로는 건설에 있어 많은 면적을 차지하기 때문에 지가가 높은 주거밀집지역에 들어서기 어려운 옥외골프연습장이 기한부건축물로 종종 건축된다.

[기피시설인 기한부건축물]

학교부지에 건축되는 옥외골프연습장 등의 기한부건축물들은 소음과 진동을 발생시키는 경우가 많고, 미관상으로도 좋지 아니하기 때문에, 학교부지의 특성상 인근에 밀집된 주거지역 주민으로부터 빠른 부지 매입 및 학교 건축, 기한부건축물 허가 거부 등을 요청하는 민원들이 제기되기도 한다<sup>14)</sup>.

[학교부지의 기한부건축물을 둘러싼 분쟁]

나아가 이 사건의 경우와 같이, 장기미집행 학교부지에는 옥외골프연습장 등 학교부지를 포함한 주거지역에 설정된 지구단위계획에 의해 그 설치가 금지되는 시설이 기한부건축물로 건축되는 경우가 다수 존재하는데, 이와 같이 기한부건축물로서 예외적으로 건축이 허용됨으로써 상당한 수익을 올리는 경우가 많고, 이로 인해 도시계획시설결정이 폐지되는 경우에도 기존 기한부건축물을 예외적인 용도로서 계속 사용하려는 토지소유자의 입장과 이를 금지시키려는 관할 지방자치단체 및 주민들의 입장이 충돌되어 법적 분쟁이 발생할 가능성이 상존하고 있다.

### 4. 용도제한 요구의 위법성

[도시계획 수립에 있어서의 행정청의 재량]

행정계획의 일종에 해당하는 지구단위계획을 포함하는 도시관리계획과 관련하여 국토계획법 등 관계 법령에는 추상적인 행정목표와 절차만이 규정되어 있을 뿐 도시관리계획의 내용에 대하여는 별다른 규정을 두고 있지 아니하므로 행정주체는 구체적인 도시관리계획을 입안·결정함에 있어서 비교적 광범위한 형성의 자유를 가지는 것이다<sup>15)</sup>.

14) 이덕훈, “현장, 이곳은/ 잠원동 한양아파트 주변”, 조선일보, 2003년 2월 10일자.

15) 대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결 등

특히, 지구단위계획은 아래 IV.1.항에서 보다 상세히 설명하는 바와 같이 특정 지역(지구단위계획구역)의 환경, 장기적인 도시계획, 체계적·계획적 관리의 필요성 등을 고려하여 용도지역제 도시계획으로는 정할 수 없는 각 필지별 구체적인 건축허용성<sup>16)</sup>, 건축물의 용도제한, 건축물의 건폐율 또는 용적을 등에 관한 사항을 상세히 정하는 것이다. 이와 같은 지구단위계획의 목적이 달성되기 위해서는 지구단위계획구역 내 건축물의 용도제한 등에 관한 지구단위계획 수립에 있어 행정청의 재량이 폭넓게 인정되어야 할 필요성이 높다.

[용도 제한에 따른 기본권 제한의 정도]

특정 토지에 건축 자체를 금지하는 경우와 달리 특정 용도의 건축만을 제한하는 것은 상대적으로 약한 정도의 기본권 제한에 해당하는 것이다. 이러한 점을 고려하여, 대법원은 명문의 규정이 없고, 도시계획상 특정 용도의 건축이 제한되지 아니하는 경우에도 예외적으로 도시계획적 측면 등을 고려하여 중대한 공익적 필요가 있는 경우에는 특정 용도 건축물의 건축허가를 하지 아니한 것이 적법하다고 판시하기도 하였다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두1291 판결 등). 나아가 이러한 판례가 건축법 제11조 제4항의 규정<sup>17)</sup>으로 입법화되기도 하였다.

[용도제한 요구가 위법하다고 볼 가능성]

피고 서울특별시장이 원고에게 지구단위계획안에 옥외골프연습장을 용도제한사항으로 추가해달라고 요청한 것의 위법성과 관련하여, 대상 판결이 판시한 바와 같이 아파트지구는 애당초 점진적으로 해제될 예정에 있었던 점, 이미 설치된 옥외골프연습장을 일반건축물로 전환하여 사용하는 것도 가능한 점, 나아가 원고는 이미 수년간 옥외골프연습장을 운영해왔으므로 특별한 공익상의 필요가 있지 아니한 한 계속하여 해당 옥외골프연습장을 운영할 신뢰를 보호받아야 할 필요성이 있다는 점을 감안하면, 피고 서울특별시장의 원고에 대한 용도제한 관련 요구는 비례의 원칙 및 신뢰보호의 원칙에 비추어 재량권을 일탈·남용하여 위

16) 개별 필지 혹은 일단의 토지를 하나의 토지단위로 전제할 때 그 지상에 건축물을 건축할 수 있는 가능성에 관한 공법상 지위를 뜻한다. 건축허용성의 개념과 관련하여 자세히는 김종보·박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성”, 『행정법연구』 제64호(2021), 48면 이하 참조.

17) 제11조(건축허가) ④ 허가권자는 제1항에 따른 건축허가를 하고자 하는 때에 「건축기본법」 제25조에 따른 한국건축규정의 준수 여부를 확인하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이 법이나 다른 법률에도 불구하고 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 아니할 수 있다. <개정 2012. 1. 17., 2012. 10. 22., 2014. 1. 14., 2015. 5. 18., 2015. 8. 11., 2017. 4. 18.>

1. 위락시설이나 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가하는 경우 해당 대지에 건축하려는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경이나 교육환경 등 주변 환경을 고려할 때 부적합하다고 인정되는 경우

2. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제37조제1항제4호에 따른 방재지구(이하 “방재지구”라 한다) 및 「자연재해대책법」 제12조제1항에 따른 자연재해위험개선지구 등 상습적으로 침수되거나 침수가 우려되는 지역에 건축하려는 건축물에 대하여 지하층 등 일부 공간을 주거용으로 사용하거나 거실을 설치하는 것이 부적합하다고 인정되는 경우

법하다고 볼 여지도 있다.

[대상 부지의 도시계획적 특성을 고려한 용도제한의 필요성]

그러나 먼저, 앞서 본 바와 같이 행정청은 지구단위계획 수립에 있어 광범위한 재량을 가지는 것이고, 건축의 전면적 금지가 아닌 건축물의 용도 제한은 그 자체로 과도한 기본권 제한에 해당한다고 보기도 어려운 것이다.

아울러 아파트지구가 점진적으로 해제될 예정에 있고, 대상 부지에 관한 아파트지구를 해제하는 것이 문제되지 아니한다고 하더라도, 대상 부지에 대한 아파트지구의 지정 해제 여부와 관계 없이 대상 부지 인근에 아파트들이 밀집하여 자리잡고 있다는 점은 달라지지 아니한다. 따라서 아파트지구의 해제 가능성과 관계 없이 대상 부지에 관하여 도시계획적 고려에서 주거환경에 악영향을 끼치는 소음 및 진동을 유발하고 경관상으로도 주거밀집지역에 어울리지 아니하는 옥외골프연습장이 위치하는 것을 금지시킬 필요성은 그대로 유지되는 것이다.

[기한부건축물에 대한 존속보장 및 신뢰보호의 필요성의 정도]

나아가 앞서 살펴본 바와 같이 기한부건축물은 도시계획시설결정에 따른 토지소유자의 재산권 제한을 조금이나마 완화해 주기 위해 임시로 건축이 허가된 것으로 그 철거가 예정되어 있어 존속보장의 필요성이 떨어지는바, 기한부건축물의 존속보장에 관한 신뢰보호의 필요성도 일반건축물의 존속보장에 관한 신뢰보호의 필요성보다 현저히 떨어지는 것이다.

특히, 원고는 이미 2002. 10.경 대상부지에 가설건축물 건축허가를 받아 옥외골프연습장을 건축한 후 10년 이상 장기간 옥외골프연습장을 운영하며 상당한 수익을 거둘 수 있었고, 옥외골프연습장을 철거하여도 도시계획시설결정이 해제되고 새로이 지구단위계획이 수립됨에 따라 더 높은 용적률을 적용하여 건축물을 신축하여 더 많은 수익을 거둘 수 있는바, 이러한 구체적 측면에 있어서도 원고의 옥외골프연습장 존속에 관한 신뢰를 보호할 필요성은 현저히 낮다.

[위법하다고 볼 수 없는 용도제한 요구]

위와 같은 사정들을 고려하면, 피고 서울특별시장이 원고에게 지구단위계획안에 옥외골프연습장을 용도제한사항으로 추가해달라고 요구한 것이 재량권을 일탈·남용하거나 신뢰보호 원칙에 위반하여 위법하다고 보기는 어려운 것이다.

따라서 위와 같은 피고 서울특별시장의 요구가 정당하고 객관적인 이익형량에 기초한 것이라 보기 어려워 위법하다는 취지의 대상 판결의 판단은 타당하지 아니하다고 판단된다.

## IV. 지구단위계획의 입안제안과 거부처분

### 1. 지구단위계획의 입안 및 결정권자

[지구단위계획의 의의]

지구단위계획이란 도시·군관리계획 수립 대상지역의 일부에 대하여 토지 이용을 합리화하고 그 기능을 증진시키며 미관을 개선하고 양호한 환경을 확보하여, 그 지역을 체계적·계획적으로 관리하기 위하여 수립하는 도시·군관리계획의 일종(국토계획법 제2조 제5호)이다. 구체적으로 행정청은 지구단위계획을 통하여 용도지역이나 용도지구를 세분하거나 변경하는 사항, 건축물의 용도제한, 건축물의 건폐율 또는 용적률, 건축물 높이의 최고한도 또는 최저한도, 건축물의 배치·형태·색채 또는 건축선에 관한 계획 등 용도지역제 도시계획에서 정할 수 없는 상세한 내용을 특정 지역에 관하여 정할 수 있다(국토계획법 제52조).

지구단위계획의 전신은 구 도시계획법이 1991. 12. 14. 법률 제4427호로 개정되면서 제20조의3으로 신설된 상세계획구역제도에 해당한다. 연원을 더욱 거슬러 올라가면, 상세계획구역제도는 1980년 일본 도시계획법에 신설된 지구단위계획제도를 참고하여 신설한 것이며, 일본의 지구단위계획제도는 독일의 지구단위계획(B-Plan)에 연원을 둔 것인바, 현행 지구단위계획제도는 독일의 지구단위계획(B-Plan)을 그 근원으로 하는 것이다<sup>18)</sup>.

[지구단위계획의 입안권자와 결정권자]

지구단위계획의 입안권자는 다른 도시·군관리계획과 마찬가지로 원칙적으로 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장 또는 군수이며(국토계획법 제24조 제1항), 결정권자는 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사(이하 “시·도지사”)와 인구 50만 이상 대도시의 시장이다(국토계획법 제29조 제1항). 그러나 시장 또는 군수가 입안한 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 결정권한은 해당 시장 또는 군수가 가진다(국토계획법 제29조 제1항 단서, 제1호)

특별시장, 광역시장 등은 광역자치단체의 장임에도 불구하고 직접 지구단위계획 및 도시·군관리계획의 입안권을 가지는 것은 특별시, 광역시의 경우 하나의 도시로서 통일적 공간을 구성하므로 공간형성에 대한 주도권이 구청장이 아닌 특별시장 또는 광역시장에게 집중될 필요가 있기 때문으로 이해된다<sup>19)</sup>. 그리고 다른 도시·군 관리계획과 달리 지구단위계획의 수립 및 변경에 관한 결정권한을 도지사가 아닌 시장 또는 군수가 가지는 것은 지구단위계획이 특정 지역의 도시계획에 관한 상세한 사항들을 정하기 때문에 시·도지사가 아닌

18) 김중보, “도시계획변경거부의 처분성”, 『행정법연구』 제11호(2004), 250면.

19) 김중보, 앞의 책, 269면.

시장 또는 군수가 직접 결정권한까지 가지는 것이 타당하다는 점이 입법 과정에서 반영된 것으로 보인다.

[입안권의 위임]

국토계획법 제139조 제2항은 국토계획법에 따른 시·도지사의 권한을 시·도의 조례에서 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장에게 위임할 수 있다고 정하고 있으며, 이에 도시·군관리계획의 입안권한을 시장·군수 또는 구청장에게 위임하는 경우가 존재한다. 서울특별시의 경우에도 「서울특별시 도시계획 조례」 제68조 제항, 별표4 1. 라.항에 따라 “지구단위계획구역의 지정 및 지구단위계획의 수립”의 입안에 관한 사무를 구청장에게 위임하고 있으므로, 구청장이 지구단위계획의 입안권을 위임받아 가지며, 결정권은 서울특별시장이 가진다.

## 2. 도시계획의 주민제안

[도시계획에 대한 주민의 입안제안권]

2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전부개정되기 이전의 구 도시계획법은 현행 국토계획법 제26조와 같은 주민의 도시·군관리계획의 입안 제안에 관한 규정이 존재하지 아니하였고, 대법원 또한 주민이 도시계획 및 그 변경에 대하여 어떤 신청을 할 수 있음에 관한 규정이 없다는 이유 등으로 도시계획시설변경신청을 불허한 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다는 입장이었다<sup>20)</sup>.

그런데 장기미집행 도시계획시설에 대해 해당 부지의 토지소유자에게 어떠한 보상이나 도시계획결정 해제 등의 방법을 통해 토지소유자의 손실을 최소화할 수 있는 규정을 두지 아니한 것은 위헌이라는 헌법재판소의 결정 이후 2000. 1. 28. 법률 제6243호로 전부개정된 구 도시계획법은 장기미집행 도시계획시설결정의 실효 등에 관한 조항 등을 신설함과 동시에 제20조에 최초로 ‘도시계획입안의 제안’이라는 표제 하의 주민에 도시계획 입안 제안에 관한 규정을 두었고, 해당 조항은 현재의 국토계획법 제26조 등으로 이어지고 있다.

그리고 대법원 또한 위 조항을 기초로 도시계획입안제안에 대한 주민의 법규상 또는 조리상 신청권을 인정하고, 나아가 입안제안 반려의 처분성을 인정하고 있다<sup>21)</sup>.

[도시계획에 대한 주민의 결정 및 변경신청권]

도시계획의 입안제안에 관한 신청권이 법제화 된 것과 달리 주민이 도시계획의 결정권자

20) 대법원 1984. 10. 23. 선고 84누227 판결 등  
21) 대법원 2004. 4. 28. 선고 2003두1806 판결 등

에게 직접 결정 및 변경을 신청할 수 있다는 취지의 조문은 장기미집행 도시계획시설결정의 해제를 위한 도시·군관리계획의 입안신청이 거부된 경우 등에 있어 주민의 결정권자에 대한 도시계획시설결정 해제 신청권을 인정한 국토계획법 제48조의2 제3항의 규정 외에는 입법되지 아니하였다.

이에 주민의 도시·군관리계획 결정 또는 변경신청권이 인정되는지 여부에 대하여는 2004년 주민의 도시계획에 대한 입안제안신청권을 인정한 대법원 판결 이후에도 논란이 지속되었으나, 대법원은 주민의 결정권자에 대한 도시계획시설결정변경에 대한 법규상 또는 조리상 신청권 또한 인정하고, 나아가 도시계획시설결정변경거부의 처분성 또한 인정<sup>22)</sup>하여, 주민의 도시계획 결정 또는 변경신청권 또한 인정되고 있다.

### 3. 결정거부에 대한 주민의 제소가능성과 피고 적격

#### (1) 결정거부에 대한 주민의 제소가능성

[입안권자를 상대로 이루어지는 결정권자의 결정거부]

주민의 도시관리계획 입안제안을 입안권자가 받아들여 도시관리계획을 입안하였는데, 결정권자가 입안된 내용대로의 도시관리계획 결정을 거부할 경우 입안제안을 하였던 주민이 이를 다룰 수 있는지 여부가 문제된다.

이러한 경우 결정권자가 입안된 내용대로의 도시관리계획 결정 거부는 입안권자에 대한 행위이므로, 원칙적으로는 입안권자가 이에 대해 결정권자를 상대로 다투는 것이 타당하고, 결정권자의 결정 거부가 입안제안자를 상대로 이루어지지 아니한 이상, 입안제안자로서는 결정권자로서의 결정 거부에 대해 다룰 수 없다고 봄이 논리적으로 타당하다고 볼 여지도 있다.

[입안권자의 결정권자에 대한 제소가능성]

다만, 결정권자의 이와 같은 결정거부행위는 입안권자의 권한을 침해하는 행위에 해당한다고 볼 수 없기 때문에 입안권자로서는 이에 대해 기관소송 또는 권한쟁의로 다룰 수 없다고 봄이 상당하다(「헌법」 제111조 제1항 제4호, 행정소송법 제3조 제4호). 기관소송의 경우에는 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있는데(행정소송법 제45조), 국토계획법 및 관련 법령은 위와 같은 결정거부행위에 대한 입안권자의 제소권을 규정하고 있지 아니하므로 이 점에 있어서도 입안권자는 결정권자의 결정거부행위에 대해 기관소송을 제기할 수 없다.

나아가 상급행정기관에 해당하는 결정권자의 하급행정기관에 해당하는 입안권자에 대한

22) 대법원 2015. 3. 26. 선고 2014두42742 판결

결정거부행위는 행정내부행위에 해당하는 것으로 처분으로 구성할 수 없는 것인바, 입안권자가 결정권자의 결정거부행위에 대하여 항고소송을 제기할 수도 없는 것이다. 이와 관련하여 대법원도 “항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상의 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상의 효과를 직접 발생케 하는 등 국민의 구체적인 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위를 말하는바, 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 승인·동의·지시 등은 행정기관 상호간의 내부행위로서 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 볼 수 없다” 라고 판시하고 있다<sup>23)</sup>.

이와 같이 입안제안 후 입안권자가 입안제안 내용대로 입안을 하였을 때, 결정권자가 결정거부행위를 한 경우, 입안제안을 한 주민이 결정거부행위에 대해 다툴 수 없다고 하면, 결정거부행위에 대해 아무도 다툴 수 없게 되는 문제점이 발생한다.

[결정거부에 대한 주민의 제소를 인정할 필요성]

물론, 앞서 본 바와 같이 주민에게는 도시관리계획의 입안제안에 관한 신청권 뿐만 아니라 도시관리계획 결정 및 변경의 신청권까지 인정되므로, 이러한 경우 주민으로서는 결정권자에 대하여 도시관리계획 결정 또는 변경을 신청하고, 만일 이에 대해 결정권자가 반려할 경우, 해당 반려처분에 대하여 직접 항고소송을 제기할 수 있을 것이다.

그러나 이와 같은 경우 다시 도시관리계획 결정 및 변경을 신청하고, 반려처분이 있는 후 소제기에 이르기까지 많은 시간과 비용이 소모될 수밖에 없는바, 주민이 입안제안 한 내용대로 입안권자가 도시관리계획의 결정 또는 변경을 입안하였으나, 결정권자에 의해 거부된 경우, 주민이 위와 같은 결정권자의 결정거부행위에 대하여 직접적으로 다툴 수 있도록 할 필요성이 존재한다.

[결정거부행위의 실질적 상대방]

나아가 앞서 살핀 바와 같이 주민에게는 도시관리계획 입안제안의 신청권 뿐만 아니라 도시관리계획 결정 및 변경의 신청권까지 인정되는 점, 주민은 결국 도시관리계획의 결정 및 변경을 위해 도시관리계획의 입안제안을 하는 것임을 감안하면, 주민이 도시관리계획 입안제안을 하는 경우, 해당 내용의 도시관리계획의 결정 및 변경까지 신청하는 것으로 해석함이 타당한 것이다.

여기에 더하여 주민의 입안제안 내용대로 입안권자가 도시관리계획을 입안하였는데, 결정권자가 이를 거부하는 경우 이러한 사실은 입안제안을 한 주민에게 입안권자 혹은 다른 경로를 통하여 알려질 수밖에 없는 것이고, 결정권자 또한 결정거부행위를 할 때 이러한 가능

23) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두2583 판결

성을 인지하고 결정거부행위를 하였다고 봄이 상당한 것이다. 대상 판결 사안의 경우에도 피고 서울특별시장의 도시관리계획결정반려행위는 피고 서초구청장을 통해 원고에게 전달되었다.

[주민에 대한 반려처분의 성질을 겸유하는 결정거부행위]

이와 같이 주민은 도시관리계획의 입안제안을 함으로써 그 결정 및 변경까지 신청하였다고 봄이 상당하고, 결정권자의 결정거부행위 또한 실질적으로 주민을 상대로 이루어졌다고 볼 수 있다는 점, 입안제안을 한 후 최종적으로 결정권자에 의해 결정이 거부된 경우 해당 주민의 권리구제 수단이 확보되어야 할 필요성을 고려하면 주민의 입안제안 내용대로 입안권자가 도시관리계획을 입안하였는데, 결정권자가 이를 거부하는 경우 이는 단순한 입안권자에 대한 행정내부행위뿐 아니라 입안제안을 한 주민에 대한 도시관리계획 결정 반려처분에도 해당한다고 봄이 타당한 것이다.

따라서 비록 원고가 피고 서울특별시장에 대한 도시관리계획안 결정신청을 별도로 한 것은 아니었지만, 원고가 입안제안한 지구단위계획안대로 이루어진 피고 서초구청장의 도시관리계획안 입안에 따른 도시관리계획안 결정을 반려한 행위에 대하여 처분성을 인정한 대상 판결의 판시는 타당하다.

(2) 도시계획 결정거부처분취소소송의 피고 적격

도시관리계획은 결정권자의 결정만으로 이루어질 수 없고, 입안권자의 입안에 대한 결정권자의 결정이라는 2단계가 결합하여 이루어지는 처분에 해당한다. 그리하여 국민의 입장에서 입안권자와 결정권자 두 행정청이 공동으로 하나의 행정계획인 도시관리계획을 고시하는 것이므로, 도시관리계획결정거부처분 취소소송의 피고는 입안권자와 결정권자 모두가 됨이 타당하다.

나아가 도시관리계획결정 거부취소소송의 피고가 입안권자, 결정권자 모두가 되어야 도시관리계획의 입안 및 결정과정이 모두 거부처분취소판결의 기속력을 받게 됨으로써, 권리구제의 실효성도 높아지게 된다.<sup>24)</sup> 그럼에도 불구하고 대부분의 도시관리계획결정거부처분취소소송은 결정권자만을 피고로 하여 제기하고 있다.

이 사건의 경우에도 원고는 도시관리계획안결정거부처분의 처분청을 피고 서울특별시장만으로 특정하였고, 피고 서초구청장은 처분청으로 특정되지 아니하였고, 이에 대상 판결의 주문 또한 “피고 서울특별시장이 2016. 1. 28. 원고에게 한 도시관리계획안 결정 반려처분을 취소한다” 라고만 기재되어 있다.

24) 김종보, 앞의 책, 376면.

그러나 앞서 살펴 본 바와 같이 입안권자와 결정권자가 공동으로 고시하는 행정계획인 도시관리계획의 법적 성질과 기속력 범위의 확장을 통한 권리 구제의 실효성 확보의 관점에서 이 사건 소송을 포함하는 도시관리계획안결정거부처분취소소송은 입안권자와 결정권자 모두를 피고로 하여 제기하는 것이 타당하다고 판단된다<sup>25)</sup>.

## V. 결어

학령인구 감소의 예측 실패로 인해 많은 수의 부지가 학교부지로 결정되었지만, 이후 학교의 설치에 관한 결정 과정에서 학교 설치가 보류되면서, 주거지역의 중심부에 위치한 개발가능성이 높은 고가치의 토지들이 장기미집행 도시계획시설로 묶이게 되어 해당 토지들을 소유하고 있는 사인들의 재산권을 과도하게 제한해 왔을 뿐만 아니라, 사회적으로도 개발지연에 따른 낭비를 초래해 왔다.

또한, 위와 같은 장기미집행 도시계획시설을 해제하는 과정에 있어서도 지방자치단체의 장은 과도한 기부채납 등을 요구함에 따라 해당 부지 소유자와의 갈등이 발생하고 있고, 이로 인해 추가적인 사회적 비용이 지출되고 있다.

입법부와 행정부는 도시 중심부의 높은 개발가능성을 가진 부지에 대한 학교 등의 도시계획시설결정이 철저한 수요 예측을 통해 반드시 필요한 경우에만 이루어질 수 있도록 관련 규정과 결정절차를 정비할 필요성이 있다. 나아가 신중하게 이루어진 도시계획시설결정이 피치 못한 사정으로 집행될 수 없게 될 경우, 신속하게 해당 결정을 해제하고, 이 과정에서 과도한 기부채납 요구 등으로 인한 분쟁 발생과 절차의 지연이 없도록 하여 토지소유자의 부당한 손실과 개발지연으로 인한 사회적 손실이 발생하지 아니하게 하여야 할 것이다.

추가로 미집행 도시계획시설부지에 건축되는 기한부건축물의 허가에 관한 규정들을 일반 가설건축물에 관한 규정들과 분리하고, 나아가 앞으로 빈번히 이루어질 장기미집행 도시계획시설결정 해제에 따른 기한부건축물의 일반 건축물 전환에 관한 법적 근거를 신설하여, 향후 부당하게 일반 건축물 전환이 거부되는 등의 분쟁 발생의 소지를 미리 예방하여야 할 것이다.

25) 같은 취지로 김종보, “도시계획변경거부의 처분성”, 『행정법연구』 제11호(2004), 266-267면.

## 참 고 문 헌

### [단행본]

김종보, 『건설법의 이해(제6판)』, 피데스, 2018.

서울특별시, 『2020년 실효대비 장기미집행도시계획시설 재정비계획』, 2018.

### [논문]

김종보, “도시계획변경거부의 처분성”, 『행정법연구』 제11호(2004).

김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 『행정법연구』 제12호(2004).

김종보·박건우, “국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성”, 『행정법연구』 제64호(2021).

배선혜, “대규모 주거지 개발수단으로서 ‘아파트지구’ 특성 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2020.

### [기타 자료]

강신은, “죽었음에도 죽지 않은 아파트지구”, 도시개발신문, 2010년 1월 25일자.

김상용, “교육부, 학교신설 자체 기조... 미집행 용지 더 증가 우려”, 서울경제, 2019년 9월 25일자.

김상용, “내년 학교땅 69만9,167㎡풀리지만...도심은 다시 묶일 수도”, 서울경제, 2019년 9월 19일자.

이덕훈, “현장, 이곳은/잠원동 한양아파트 주변”, 조선일보, 2003년 2월 10일자.

2005년도 제29회 서울특별시의회(정례회) 본회의회의록.