

환경보전수단으로서 건축협정

김창조*

차 례

- I. 머리글
- II. 건축협정제도의 의의와 성격
- III. 건축협정의 기능
- IV. 건축협정의 내용
- V. 법적분쟁의 구체적 사례
- VI. 우리 법제에의 시사

I. 머리글

건축협정제도는 주거지의 일조, 조망 및 주거환경 등과 관련된 이해관계를 주민 간 합의와 자율에 의해 합리적으로 관리할 수 있도록 하는 주민주도의 도시관리제도의 일종이다. 이것은 건축물의 기준에 관한 협정으로 당사자에 의한 자율적 건축제한인데, 당해 지역의 특성을 보전하거나, 녹지를 조성하거나, 재개발의 기반을 마련하기 위한 방법 등으로 운용된다.

이러한 점에서 건축협정은 당사자에 의한 자율적 건축제한¹⁾이고, 건축행정에 대한 주민의 자발적 참여의 의미를 가지며 점차 그 중요성이 증대되고 있다. 건축

* 경북대학교 법과대학 교수

1) 건축협정은 사인의 합의에 의하여 정립되기 때문에 일종의 사적입법(private legislation)이라고도 칭하여 지는 경우도 있다.

협정을 체결하려고 하는 토지소유자 등은 그 전원의 합의에 의해 협정의 목적이 되는 토지의 구역, 건물의 외벽, 지붕, 창호, 담장 등의 형상, 재료, 질감, 건축물의 용도, 협정의 유효기간 및 협정위반이 있을 경우의 조치를 정한 건축협정서를 작성하여야 한다. 우리나라에서는 건축협정 도입에 대하여 2004년 입법화가 시도되었으나 성안되지 못하였다. 그 후 서울시 등 지방자치단체는 자체 조례를 제정하여 건축협정제도를 실시하려 하고 있다.

일본의 경우 1950년대 건축기준법을 제정할 당시 이 제도를 도입하여 현재까지 운용하고 있다. 이하에서는 일본의 제도를 중심으로 제도의 구조와 기능을 분석하여 당해 제도가 우리나라에 도입될 경우 예견되는 제 문제점을 검토하려 한다.

II. 건축협정제도의 의의와 성격

1. 건축협정제도의 의의

건축협정제도를 인정하는 근거에는 건축기준법이 공공의 복리증진을 위하여 건축물 부지구조·설비 및 용도에 관하여 전국적으로 지켜져야 할 필요 최소한의 기준을 정한 것이라는 사고에 기초하고 있다. 건축협정은 주택지 등의 환경을 유지·개선하는 것을 목적으로 소유자 등의 합의에 의하여 일정구역에 대하여 건축기준법이 규정한 일반적 기준 이상의 기준을 규정하는 것을 인정하는 제도이다.²⁾ 건축기준법은 제69조부터 77조에 걸쳐 건축협정에 대하여 규정하고 있다. 이 제도는 주택지로서의 환경과 상가로서의 편리성을 고도로 유지·증진시키고 토지환경의 개선을 위해 주민 스스로에 의한 도시형성의 방법으로 널리 사용되는 수법으로 양호한 환경의 도시조성에 큰 기여를 하고 있다.³⁾

2) 이와 같은 필요 최소한의 기준만으로 지역환경보전에 대처하기 어려운 경우가 적지 않다. 건축협정과 유사한 제도로써 녹지협정제도(일본 도시녹지보전법 제14조), 경관협정제도(일본 경관법 제81조) 등이 있다. 이하 법령은 일본제도를 전제하여 기술하며 이에 관하여 별도로 부기하지 않는다.

일반적으로 도시계획법, 건축기준법, 조례 등에 의한 토지이용 및 건축에 대한 공법상의 규제기준을 넘어서 토지소유자가 합의에 의하여 기준이상의 제한을 행하는 것은 계약자유의 원칙에서 가능하지만 이후 계약당사자에게서 토지 등을 양수받은 자에게 그 규제를 적용하는 것은 곤란하기 때문에 사적계약에 의한 건축제한계약은 경우에 따라서 유명무실화할 수 있다. 이런 점을 감안하여 건축기준법은 안정적이고 자주적인 도시조성을 촉진한다는 관점에서 건축협정 체결 시에 있어서 토지소유자 뿐만 아니라 새로운 토지 소유자에 대하여도 그 효력이 미치는 것으로 규정하고 있다.⁴⁾

2. 제도의 연혁

건축협정제도는 1950년 건축기준법 제정 시 도입된 것이다.⁵⁾ 건축기준법 제정에 참여한 관계자의 기술에 따르면 건축협정은 「당시의 건설성 주택국장의 강력한 주장과 그 취지에 공감하여 법체계상의 커다란 장애를 법률론으로서 적극적으로 극복한 당시의 문서과장의 협력에 의하여」 만들어 졌다고 한다.⁶⁾

건축협정의 입안과정에서 당초의 법안과 실제로 입법화된 법안과는 상당한 차이를 보이고 있다. 즉, 건축법 초안(1947년 1월 4일 건축법초안)의 건축협정에 관한 규정은 3년 후 실제로 제정된 건축기준법의 그것과 상당히 다르게 되어 있었다.

첫째, 건축법 초안에서는 체결에 필요한 당사자가 「토지 총 면적의 2/3 이상의 권리자」로 규정되어 있었으나, 건축기준법에서는 「전원합의」로 개정되어 규정되

3) 건축기준법은 건축물의 부지, 구조, 설비 및 용도에 관한 기준을 규정하고 있지만 이것은 공법상의 규제로서 전국적으로 최소한의 기준을 규정한 것이다. 건축기준법상 건축기준을 전제로 보다 양호한 환경을 희망하는 토지소유자의 전원합의에 의하여 그 지역의 특성에 따라서 보다 높은 수준의 도시조성의 기대에 따르기 위하여 만들어진 제도가 건축협정제도이다.

4) 건축기준법 제75조.

5) 건축협정의 제도화 과정에서 검토된 자료에 의하면 건축협정은 제2차 세계대전 이전부터 존재한 토지의 이용제한과 지역고유의 협약을 하나의 법형식으로 제도화한 것이라고 한다. 長谷川貴陽史, 「都市コミュニティと法」(東京: 東京大學出版會, 2005), 66-67面.

6) 長谷川貴陽史, 前掲書, 66-68面.

었다. 초안은 보유면적의 비율에 따라서 행사가능한 권한의 크기가 결정되게 되어 있었다. 총 면적에 관계없이 전원합의를 요구하는 현행의 제도와 비교하면 초안이 오히려 공법적 색채가 강하다고 볼 수 있다.

둘째, 초안에는 건축협정위반에 대하여 지방장관이 위반시정명령을 발할 수 있게 되어 있었다. 이에 대하여 현행법은 위반사실의 시정방법에 대하여 규정을 두지 않고 민사소송으로 시정할 수 있게 되어 있다.

이러한 점을 고려할 때 건축법 초안에서부터 건축기준법의 제정으로 이르는 과정을 살펴보면 건축협정은 공법적 색채를 상당히 상실하고 사법상 계약에 유사한 것으로 변모된 것으로 보여 진다. 이와 같이 공법적 규제 측면이 약화됨에 따라 행정지도나 지역자치조합에 의한 제재의 관행이 형성되었다고 볼 수 있다.

제도가 형성된 이후에는 다음의 사항을 제외하고는 현재까지 큰 변화는 없다. 1961년 주택단지조성사업에 있어서 택지·건물 부양 후의 주택환경의 유지·보전에 대한 관심이 높아지는 것을 배경으로 협정의 기준에 건축물 용도가 추가되었다. 그리고 1976년에 1인 협정제도가 도입되었고 1995년에 건축협정구역 인접지 제도가 도입되었다.

건축협정 제도는 영미의 토지이용제한약관(Restrictive Covenant, Deed Restriction)과 유사한 것이다. Covenant는 Zoning제도 보다 오래된 토지이용 규제제도인데 영국에서는 18세기부터 존재하여 온 것이다. 이 제도는 토지소유자 계약에 의하여 성립한다는 점, 사람이 아닌 토지에 대한 것이라는 점, 시정에 있어서 가입자에 의하여 구성되는 단체(Home Owners Association, Civic Club)가 소송을 제기한다는 점 등에 있어서 일본의 건축협정과 유사하다. 반면에 건축물 이외에 대하여도 규제가 가능하다는 점, 부동산등기(Public land record)와 연동하고 있다는 점, 주택소유자단체 혹은 시민그룹은 공공의 목적(for common purpose)이 있으면 개인의 토지에 대한 출입·조사권한을 가진 점에 차이가 있다.⁷⁾

7) 長谷川貴陽史, 前掲書, 68-70面.

3. 건축협정의 법적 성격

건축협정의 법적 성격에 대하여 사법상계약설로 보는 견해⁸⁾와 준조례적 성격을 가지는 제도로 보는 견해⁹⁾로 나뉘어 진다.

사법상 계약설의 근거로서는 첫째, 최초의 체결과 변경이 전원의 합의에 의해서만 가능하다는 점, 둘째, 협정위반에 대하여 법이 특별규정을 두지 않고 오로지 협정내용으로서 자주적으로 규정할 수 있다는 점 등을 들 수 있다. 이 견해에 따르면 건축협정위반 건축물에 대하여 통상의 민사계약상의 채무불이행과 같이 협정가입자가 민사소송과 가처분 신청을 행하게 된다. 행정청은 협정위반의 건축허가신청에 대해서는 협정위반을 이유로 거부처분을 할 수 없고 단지 행정지도에 의하여 건축주에게 건축협정의 준수를 촉구하는 것이 가능할 뿐이다. 또한 특정 행정청은 시정명령조치 또는 대집행을 행할 수 없다.

준조례적 성격을 갖는 제도로서 보는 입장에서는 다음의 사항을 그 근거로서 제시하고 있다. 첫째, 건축협정은 건축기준법이라는 법률에 근거하고 있다는 점, 둘째, 당해 제도가 조례에 의하여 보장되고 있다는 점, 셋째, 종람, 공개적 청문이라는 민주적 절차가 규정되어 있다는 점, 넷째, 특정 행정청의 인가제와 연계시키고 있다는 점, 다섯째, 전원합의의 요구 규정은 단순한 사법적 규제에서 벗어나 행정적 규제에 연결시키려는 규정으로 보는 것이 가능하다는 점, 여섯째, 건축협정을 통한 건축규제의 제도형성과정 등을 들고 있다. 이 견해는 건축협정을 공공조합과 유사한 것으로서 파악하여 건축협정의 체결을 공공조합 또는 지방자치단체의 조합설립행위와 같이 「공법상 합동행위」로 해석한다. 건축협정을 행정청에 의한 건축허가사항을 포함하여 건축기준법 제9조의 조치명령 또는 대집행절차의 대상으로 해석한다고 하더라도 합리적 근거를 결한 것이라고 할 수 없다고 한다.

행정실무 또는 판례는 사법상 계약설을 취하고 있다. 행정실무상 해석에 따르면 「건축협정은 건축허가대상이 되는 법령이 아니기 때문에 위반이 있다고 하더

8) 塩崎 勤安藤一郎 編, 「建築關係訴訟法」(東京: 青林書院, 1999), 318-319面.

9) 森田寛二, “建築協定論としての公法上契約論(一)その建立的基礎についての素描-”, 自治研究59卷10号, 3面.

라도 특정행정청에 의한 시정처분은 행하여지지 않는다. …(중략)… 협정위반자에 대하여 어떠한 조치를 취할 것인가는 행정상 조치와 관계없이 오로지 협정서에 규정된 내용에 따라서 결정된다.»고 한다.¹⁰⁾

판례도 「건축협정은 당사자 간의 자주적 규제이고 기준법령 그 자체가 아니기 때문에 건축확인신청 시에 행정지도를 행하는 것을 별도로 하면 건축허가 대상은 아니다」고 한다.¹¹⁾

그러나 건축협정이 단순한 민사계약과는 다른 다음과 같은 측면이 있다는 것을 지적할 수 있다. 첫째, 건축협정은 지역의 주거환경 보전이라고 하는 공동의 이익을 위하여 각 협정자가 동일 내용의 제한을 받고 있다. 둘째, 따라서 어떤 협정자에 대하여 과하여진 제한이 다른 협정자의 이익이 되는 대가적 구조가 아니다. 셋째, 협정의 효과는 토지에 대하여 미치는 것이고 협정자가 구역으로부터 이전한다면 협정과는 무관계하게 되지만, 새롭게 그 구역에 들어오게 된 자는 합의를 하지 않았음에도 불구하고 협정에 의한 제한을 받는다. 넷째, 협정에 위반하더라도 특정한 자에게 특정한 손해를 발생시키는 것이 아니고 지역환경이라는 공동의 이익이 손상되기 때문에 건축협정은 통상의 사법상 계약에서 보여지는 대가적 구조를 찾기 어렵다.

협정위반에 대한 청구내용으로서의 협정위반자에 대한 위반건축물의 공사금지·철거·손해배상 등의 청구를 생각할 수 있다. 판례상으로 손해배상청구는 거의 찾을 수 없고 공사금지 또는 철거청구가 대부분이다. 협정위반에 대한 손해배상은 위반행위에 의하여 이웃사람이 직접 입은 일조방해 등의 손해가 아니고 당해 위반에 의하여 지정구역이 전체로서 입는 손해이기 때문에 산정하기가 쉽지 않을 것이다. 건축협정구역에서는 가입자인 주민이 운영위원회라고 하는 협정운영조직을 만들어 위반사항 등을 취급한다. 건축기준법 등의 법령은 운영위원회에 대하여 규정하는 바가 없고 개개의 건축협정 중에 규정하는 것이 일반적이다.¹²⁾

10) 建設省住宅局(監修)財團法人日本建築センター(編), 「詳解 建築基準法(改訂版)」, (東京: ぎょうせい, 2005), 897-898面.

11) 神戸地判 1994. 1. 31. 判例タイムズ862号, 298面.

12) 판례는 각 협정자와 운영위원, 운영위원장과의 관계는 위임관계에 준하는 것으로 보고 있다.

통상적으로 운영위원은 협정위반을 적발하더라도 위반자의 토지에 들어가서 검사, 시험, 질문 등을 할 수 있는 권한을 갖고 있지 않다.

건축협정위반에 대하여는 누가 제소할 것인가가 문제되는데 운영위원회가 민법상 조합이라고 한다면 전원의 명의로 제소할 수도 있고 운영위원회 명의로 제소하는 것도 가능할 것이다. 운영위원회가 권리능력 없는 사단이라고 하더라도 운영위원회의 명의로 제소가 가능할 것이다. 또한 합리적 요구가 있다면 운영위원장이 임의적 소송담당을 하는 것도 가능할 것이다.

실제로 건축협정 중에는 민사소송을 제기할 때 운영위원장이 원고로 된다는 취지를 규정하는 것이 많다. 이 경우 판례에 따르면 제소가 가능한 것은 운영위원장이 된다. 운영위원회의 의사운영에 대하여는 협정과 별도로 운영위원회 운용세칙을 규정하는 위원회도 있다.

Ⅲ. 건축협정의 기능

건축협정의 기능으로 다음과 같은 것을 들 수 있다.

첫째, 건축협정규정에 의하여 용도지역제를 초과한 초과적 규제 혹은 용도지역에서는 불가능한 강화적 규제가 가능하여 용도지역제에 의한 대강적 규제를 보완하는 기능을 행한다. 토지소유자 등이 상호간에 토지이용권의 행사를 제한하도록 하는 것에 의하여 지역 전체로서 양호한 환경, 경관을 형성하는 시스템이라고 할 수 있다.

둘째, 건축협정은 당해 지역의 재산적 가치를 높이는 기능을 행한다. 미국의 zoning 제도의 구분으로서 외부불경제 규제를 위한 zoning과 재산적 가치의 보전을 위한 zoning이 논하여지는데 후자의 경우는 건축협정의 재산가치보전 기능에 대응한다고 볼 수 있다.¹³⁾

셋째, 건축협정은 주거환경보전을 위하여 토지이용이 제한되는 것으로 당해 커

13) 吉田克己, 「現代市民社會と民法學」(東京: 日本評論社, 1999), 33面.

뮤니티에 거주 가능한 일정 소득계층이 구조적으로 배제되는 경우가 있다. 그러나 이것은 토지이용규제 일반에 대하여 지적될 수 있는 사항이다. 전체로 볼 때 건축협정지구는 넓지 않기 때문에 건축협정의 배제효과가 문제가 되는 것은 큰 의미를 가지지 않는다고 할 수 있다.

넷째, 주거환경유지라고 하는 기능에 착안하는 경우에 건축협정이 포괄적·행정적 규제가 아닌 사법적 규제라고 하는 시스템을 취하는 것의 장점과 단점에 대하여 「법의 원용」국면과 「법의 형성」국면을 나누어 볼 수 있다.

법의 원용국면에 있어 장점으로서 법의 실현이 당사자의 의사에 맡겨져 있기 때문에 유연하게 대처하는 것이 가능하다. 반면에 단점으로서 위반의 시정이 불충분할 수 있다. 위반의 발견에 대하여 검토하여 보면 사인의 위법인지능력이 낮다는 것을 들 수 있다. 건축협정은 행정청의 건축허가의 대상이 되지 않기 때문에 건축주가 건축허가신청을 행한 사실에 대하여 운영위원회가 확실히 보완하는 것이 쉽지 않다. 이 때문에 건축협정문에는 증·개축의 신고를 가입자에게 의무 지우고 있고 건축허가 행정청이 행정서비스로서 허가신청이 제출된 사실을 운영위원회에 연락하게 하는 경우도 있다. 또한 위법의 시정에 대하여 검토하여 보면, 법 실현에 요하는 금전적·시간적·정신적 비용을 부담할 여유가 없는 협정구역에서는 위반시정이 행하여지지 않을 우려가 있다. 또한 운영위원이 법적 지식을 갖추고 있지 못한 경우와 지역주민의 지지를 얻지 못한 경우, 이웃과 관계가 좋지 못한 경우에는 시정되기가 어려울 것이다.

법의 형성국면에 있어 장점은 사법상 계약으로서 전원합의가 요구되기 때문에 개개주민의 의사를 협정에 반영하기 쉽다는 것을 들 수 있다. 이것에 대하여 단점으로서 합의 형성과정에 시간과 노력이 요구된다는 점이다. 협정구역 내에 한 사람의 반대자가 있으면 협정은 성립되지 않게 된다. 기성 시가지에서 협정의 체결, 변경이 어려운 것은 반대자가 실질적으로 강력한 거부권을 가지기 때문이다. 실제로 특정행정청은 소수 반대자 때문에 협정이 성립하지 못하는 사태를 피하기 위하여 비동의자의 구역에는 협정의 법적 구속력이 미치지 않는 것을 조건으로 협정을 인가하고 있다.¹⁴⁾

기성 시가지의 경우에는 점포나 사무소 등이 건축협정의 적용배제가 되는 경우가 많다. 또한 주변주민이나 이웃과 반목하고 있는 개인구역도 건축협정의 적용배제가 되는 경우도 있다. 이것에 대하여 건축협정부로 신규 개발·분양된 1인의 건축협정구역의 경우에는 당초부터 건축협정 적용배제구역은 존재하지 않으나, 갱신할 경우에는 발생할 수도 있다.

건축협정 적용배제구역의 소유자는 협정규제를 준수한다는 비용을 부담하지 않고 건축협정에 의하여 유지·형성되는 주위의 양호한 주거환경이라고 하는 편익만을 얻게 된다. 건축협정적용배제구역의 건축행위는 건축협정구역에 대하여 부의 외부효과를 가져오게 될 것이다.

건축협정은 상호구속에 의한 양호한 시가지를 형성하는 시스템이기 때문에 일정한 지역이 규제에서 벗어나게 되어 일부만 이것을 준수하게 되면 그 의미는 크게 축소되게 된다. 그 결과 가입자가 협정을 준수하는 긍정적 효과가 상실되게 되어 건축협정배제구역이 점차로 확대되어 간다. 그러나 운영위원회는 건축협정배제구역에 대하여 어떠한 법적 청구도 할 수 없고, 건축행위가 건축기준법의 일반규정과 조례에 반하지 않는 한 행정청도 개입할 수 없다. 이러한 의미에서 건축협정배제구역의 문제는 개개의 재산권을 존중한 전원합의제에 의한 시가지 형성수법의 한계를 나타내는 것이라고 할 수 있다.

건축협정이 건축허가와 시정명령의 대상이 되지 않는다는 점에 대하여 몇 차례 법 개정을 해야 한다는 주장이 제기되기도 하였다. 실제로 있어서는 운영위원회가 건축협정배제구역이 발생하지 않도록 여러 가지 대책을 강구하여 왔다. 예컨대, 체결·갱신 시에 협정의 규제 내용을 완화하는 것이다. 즉 건축협정이 체결되면 건축협정위반자가 되기 때문에 가입을 거절하는 소유자를 위하여 협정의 규제 내용을 완화하는 것이다. 그러나 너무 완화할 경우 협정을 체결하는 의미가 축소될 것이다.

그 밖에 체결 시에 유효기간 만료 시 자동갱신규정을 두는 것이다. 예컨대, 10년 후에 만료할 경우에 2/3 이상의 반대가 없다면 자동적으로 협정의 유효기간을

14) 지리적으로 협정구역 내에 있더라도 협정구역 외로 간주한다.

연장한다는 규정을 두면, 갱신을 어려움이 없이 행할 수 있고 건축협정배제구역의 확대를 억제할 수 있다. 그러나 이러한 규정은 사회적·경제적 사정변화에 대응한 협정의 수정이 어렵게 된다는 결점이 있다.¹⁵⁾

IV. 건축협정의 내용

1. 건축협정의 목적

건축협정의 목적은 「주택지로서의 환경 또는 상가로서의 편리성을 고도로 유지·증진하여 건축물의 이용을 증진하고 토지의 환경을 개선하는 것」이다. 건축협정은 토지소유자 등이 전원합의에 의해 건축물에 관한 기준 등에 대하여 규정한 협정서를 특정행정청이 공개적 청문절차를 거쳐 인가하여 공고하는 것에 의하여 성립하고, 인가 공고 후에는 협정구역내의 토지에 대하여 새롭게 토지소유자 등으로 된 자에 대하여도 협정의 효력이 미친다.¹⁶⁾

2. 일반적 협정사항

협정은 다음의 사항을 내용으로 한다. ① 건축물에 관한 기준 즉 「건축물의 부지, 위치, 구조, 용도, 형태, 건축설비」에 대한 기준¹⁷⁾ ② 협정의 목적으로 된 토지구역(건축협정구역), ③ 협정의 유효기간, ④ 협정에 위반한 경우의 조치¹⁸⁾, ⑤ 협정은 요식행위이기 때문에 문서로 작성될 것이 요청된다.¹⁹⁾

15) 長谷川貴陽史, 前掲書, 57-58面.

16) 건축협정은 공고되면 공고가 된 날 이후에 건축협정구역 내의 토지소유자가 된 자에 대하여도 그 효력이 미친다. 즉 건축협정은 당초에 가입한 자 뿐만 아니라 협정가입자로부터 구역 내의 토지를 매매 혹은 상속 등에 의하여 취득한 자도 당연히 협정에 구속된다. 이것을 건축협정의 「대세효」, 「제3자효」, 「승계효」 등으로 칭한다. 이에 관하여 상세히 후술한다.

17) 건축기준법 제69조

18) 건축기준법 제70조 제1항

19) 이러한 문서를 건축협정서라고 한다. 각 지구에서 체결하고 있는 건축협정서의 구성은 대

건축물에 관한 기준에 대하여는 건축기준법에서 이미 규정한 기준을 완화하는 기준을 규정 할 수 없다.²⁰⁾ 그리고 건축물의 부지, 위치, 구조, 용도, 형태, 건축설비에 관한 기준에 해당되는 한에서는 건축기준법에 규정이 없는 사항에 대해서도 규정할 수 있다. 실제로는 건축물 용도를 거주에 한정하는 것, 부지의 최소면적을 규정하는 것, 담의 구조 등을 규정한 경우가 많다.

3. 건축협정구역 인접지 제도

협정서에는 일반적 협정사항 이외에 건축물의 이용증진 및 토지환경의 개선을 도모하기 위하여 건축협정구역에 인접한 토지를 「건축협정구역 인접지」로서 규정할 수 있다.²¹⁾ 건축협정은 원칙적으로 협정구역 내의 토지소유자 등의 전원합의에 의하여 체결되기 때문에 협정체결 후 건축협정에 가입하기 위해서는 동일한 절차의 반복이 되는 불편을 없애기 위하여 1994년 법개정에 의하여 도입된 제도이다. 협정서에서 규정된 인접지 구역 내의 토지 소유자 등이 특정 행정청에게 서면에 의한 일반적 의사표시에 의하여 당해 건축협정에 가입하는 것이 가능하도록 되어 있다.²²⁾ 건축협정구역 인접지는 기존의 건축협정구역의 확대에 의하여 당해 건축협정구역으로 되기 때문에 무제한으로 인정되는 것은 아니다.²³⁾

부분 ① 목적, ② 명칭, ③ 협정의 체결, ④ 협정의 변경 및 폐지, ⑤ 협정구역, ⑥ 건축물의 제한, ⑦ 유효기간, ⑧ 위반자의 조치, ⑨법원에의 제소, ⑩ 위원회, ⑪ 운영위원, ⑫ 보칙, ⑬ 부칙 등으로 구성되어 있다. 각 항목의 표현내용은 지방자치단체와 지구별 상황에 따라 약간의 차이가 있지만, 건축물제한 등의 상세한 점을 제외하면 대부분 동일하다.

20) 건축협정에 규정되는 것은 건축물의 「부지, 위치, 구조, 용도, 형태, 의장 또는 건축설비에 관한 기준」이다(건축기준법 제69조). 이 외에 협정서에는 유효기간, 협정위반이 된 경우의 조치 등을 규정한다(건축기준법 제70조 제1항). 규제의 정도는 건축기준법의 기준을 강화할 수 있지만, 건축기준법이 규정하는 최저기준을 완화할 수는 없다.

21) 건축기준법 제70조 제2항

22) 건축기준법 제75조의 2 제2항

23) 건축기준법 제73조 제2항

4. 건축협정을 규정하는 것이 가능하다는 취지의 조례가 존재할 것

건축협정은 시정촌의 건축협정조례가 제정되어 있고, 그 조례에 근거하여야 한다.²⁴⁾ 이 경우 시정촌은 그 조례에서 당해 시정촌의 일부 구역이 아닌 그 전역에 대하여 건축협정을 체결할 수 있다는 것을 규정할 수도 있다.

5. 건축협정을 체결하는 것이 가능한 자

건축협정을 체결할 수 있는 자는 예정된 건축협정 구역 내에 「토지소유자 및 건축물의 소유를 목적으로 하는 지상권 또는 임차권을 가지는 자」로서 이것을 총칭하여 「토지 소유자 등」이라고 칭하고 있다.²⁵⁾ 건축물의 임차인에 대하여는 「건축협정의 목적인 건축물에 관한 기준이 건축물의 임차인의 권한에 관련될 경우에는 그 건축협정에 대하여는 당해 건축물의 임차인을 토지소유자 등으로 본다.」²⁶⁾고 되어 있다. 따라서 건축물의 임차인은 원칙적으로 협정의 당사자가 되지 않지만, 협정내용이 임차인의 권한에 속하는 경우, 예컨대, 「광고, 간판, 빛 차단막 등의 설치에 관한 기준 등」을 규정하는 경우에는 협정의 당사자가 된다.

예정협정구역 내에 1인의 토지소유자만이 존재할 경우 1인의 토지소유자가 건축협정을 규정하는 것이 가능하다.²⁷⁾ 건축협정구역 내의 토지로서 토지구역정리사업 등으로 가환지로 지정된 토지가 존재하는 경우에는 당해 토지에 대응하는 종전의 토지 소유자 등도 토지 소유자 등으로서 건축협정을 체결할 수 있다.²⁸⁾ 이 규정은 1994년 법개정에 의해서 도입된 제도이다.²⁹⁾

24) 건축기준법 제69조

25) 건축기준법 제69조

26) 건축기준법 제77조

27) 건축기준법 제76조의 3 제1항

28) 건축기준법 제69조

29) 일반적으로 합의협정은 기성 시가지의 주환경을 유지하기 위하여 주민들이 체결하는 경우가 많고 1인협정은 개발업자가 신규로 주택지를 개발·분양할 때에 이용하는 경우가 많다. 통상적으로 1인협정은 시정촌의 행정지도에 의하여 체결되지만 개발업자가 스스로 「건축협정부 분양」을 주택지의 질을 표시하는 문구로 이용하는 경우도 있다.

6. 건축협정의 체결권자 전원합의에 의한 건축협정서 작성

건축협정을 체결하기 위해서는 원칙적으로 예정된 건축협정구역 내의 토지의 소유권자 등의 전원합의가 필요하다.³⁰⁾ 단지 임차권의 목적이 된 토지에 대해서는 임차인의 합의가 있으면 충분하고 당해 임차권의 목적으로 된 토지 소유자의 합의는 얻지 않아도 된다.³¹⁾ 토지의 공유자 또는 공동임차인은 건축협정의 합의에 관하여 하나의 소유자 또는 임대인으로 간주³²⁾되기 때문에 공유지에 대해서는 공유지분권의 과반수 합의가 있으면 충분하다고 본다. 다른 견해는 공유자 전원의 합의가 요구된다고 한다. 이것은 건축협정이 성립되는 것에 의하여 당해 공유지는 원래의 건축제한을 상회하는 엄격한 규제를 받기 때문에 건축협정에 합의하는 행위는 공유물 등의 관리가 아닌 공유물 등의 변경에 해당한다는 것을 그 이유로 들고 있다.³³⁾

7. 건축협정의 인가

건축협정을 체결하려는 자는 건축협정서를 특정행정청에 제출하여 그 인가를 받아야 한다.³⁴⁾ 특정행정청에 의한 건축협정의 인가가 행하여지기 이전에 건축협정의 공고·종람³⁵⁾과 공개적 청문절차가 행하여진다.³⁶⁾ 개개의 경우에 따라 다르지만 실무상은 당해구역에 근접하는 자를 20명 단위로 추출하여 공개청문을 행한다. 건축협정을 인가제로 한 것은 「협정내용이 일정지역 내 토지에 대하여 법률, 조례에 의하지 않고 재산권에 제약을 가하고 그 제한 내용이 이후의 건축협정 구역 내의 토지소유자가 된 자에 대해서도 그 효력이 미치기 때문에 건축물 및 토

30) 건축기준법 제70조 제3항

31) 건축기준법 제70조 제3항 단서

32) 건축기준법 제76조의 2

33) 塩崎 勤安藤一郎 編, 前掲書, 315面.

34) 건축기준법 제70조 제1항

35) 건축기준법 제71조

36) 건축기준법 제72조

지의 이용, 환경증진, 환경개선의 목적에 비례하여 타당한 제한이 가하여졌는가에 대하여 공적 주체가 판단할 필요가 있기 때문」이라고 한다.³⁷⁾

특정행정청은 당해 건축협정이 그 목적으로 하고 있는 토지 또는 건축물을 부당하게 제한하는 것이 아니며 건축기준법 제69조에 규정된 건축협정의 목적에 합치된다고 인정할 때에 이것을 인가하여야 한다.³⁸⁾ 건축협정구역 인접지가 규정되어 있는 경우에는 그 구역의 경계가 명확히 규정되는 것 등의 일정 기준의 충족이 요구된다.³⁹⁾ 하급심 판례에서 인가신청에 대하여 특정행정청이 신청요건을 결하였다는 이유로 한 수리거부처분은 불인가의 최종적 판단이라고 본 것이 있다.⁴⁰⁾

특정행정청은 건축협정을 인가한 때에는 즉시 공고하여야 한다. 인가를 행한 특정 행정청의 시정촌장은 그 건축협정서를 당해 시정촌의 사무소에 비치하여 일반의 종람에 제공하여야 한다.⁴¹⁾ 건축협정의 인가공고와 협정서의 종람은 그 이후에 건축협정구역내의 토지소유자 등으로 된 자에 대하여 건축협정구역을 폭넓게 알리기 위해서이다.

8. 건축협정의 변경과 폐지⁴²⁾

건축협정서에 규정된 건축협정구역, 건축물에 관한 기준, 유효기간 또는 협정위반이 있는 경우의 조치에 대하여 변경의 필요가 발생한 경우에는 토지소유자 등의 전원합의에 의하여 건축협정을 체결할 때와 같은 절차에 의하여 그러한 사

37) 塩崎 勤安藤一郎 編, 前掲書, 315-316面.

38) 건축기준법 제73조 제1항

39) 건축기준법 제73조 제1항

40) 京都地判 1987. 8. 26 判例地方自治 42号 78面.

41) 건축기준법 제73조 제3항

42) 건축협정의 유효기간은 범위가 정해져 있지 않으므로 지구별 특성을 반영하여 다양하게 정하는 것이 가능하다. 그 유효기간의 범위는 제한이 없지만 유효기간이 10년인 지구가 대부분을 점하고 있고, 10년 미만의 단기간으로 정하고 있는 지구는 기성 시가지내 협정 지구가 대부분이다. 유효기간의 만료 후 갱신에는 과반수 이상의 협정자가 건축협정의 폐지 의사를 나타내지 않는 한 협정이 자동으로 갱신되도록 되어 있는 지구가 많다. 건축협정의 갱신 작업에는 협정자 전원의 동의가 필요하고 다양한 장애가 수반되기 때문에 최근에는 이 방식을 취하고 있는 지구가 많다.

항을 변경할 수 있다.⁴³⁾

건축협정구역 이외에 존재하는 토지소유자 등이 새롭게 건축협정에 가입하는 것도 건축협정구역의 변경이 되기 때문에 건축협정구역에 관한 변경절차에 의하여 행하여지게 된다. 따라서 이 경우에도 전원의 합의가 필요하고 새롭게 가입하는 토지 소유자 등 뿐만 아니라 종래 협정자인 토지소유자 등의 전원합의가 요구된다고 해석된다. 단지 임차권의 목적인 된 토지로서 임차권자만이 건축협정에 참가하고 있는 경우⁴⁴⁾의 토지소유자 참가에 대해서는 특정 행정청에 서면으로서 그 의사표명을 하는 것만으로 당해 건축협정에 가입하는 것이 가능하고⁴⁵⁾, 건축협정구역 인접지가 규정되어 있는 경우에도 이와 동일한 절차로 참가가 가능하다.⁴⁶⁾ 건축협정을 폐기하기 위해서는 토지의 소유자 등의 과반수 합의로 충분하다.⁴⁷⁾ 건축협정의 폐지에도 특정 행정청의 인가가 필요하며⁴⁸⁾ 특정행정청은 그 인가를 할 때에는 즉시 공고하여야 한다.⁴⁹⁾

9. 건축협정의 효력

인가를 받은 건축협정은 공고일 이후에 효력을 발생한다.⁵⁰⁾ 이 효력은 협정의 체결자에게만 미치는 것이 아니고 공고 이후 당해 건축협정지구내의 토지소유자로 된 자에 대해서도 그 효력이 미치는데⁵¹⁾ 이것을 건축협정의 대세적 효력이라고 한다. 이 경우 공고 이후 토지 소유자 등이 된 자가 당해 건축협정의 존재를

43) 건축기준법 제74조

44) 건축기준법 제70조 제3항

45) 건축기준법 제75조의 2 제1항

46) 건축기준법 제75조의 2 제2항

47) 폐지에는 과반수의 합의만으로도 가능하다. 협정의 폐지가 과반수의 합의만으로 가능한 이유는 과반수가 폐지를 바라고 있는 것은 이미 협정이 자주적인 규제라는 의의가 사라졌다고 보기 때문이다.

48) 건축기준법 제76조 제1항

49) 건축기준법 제76조 제2항

50) 건축기준법 제76조의 3 제5항

51) 건축기준법 제75조

알지 못하였다고 하더라도 효력이 미치는 것으로 해석된다. 공고 이후 토지 소유자로 된 자라 함은 종전의 토지 소유자 등으로부터 토지 또는 임차권을 양수받은 특정승계인 혹은 상속에 의하여 이것을 취득한 일반승계인을 가리키는 것이지만, 시효에 의하여 이러한 권리를 취득한 자도 포함되며, 종전의 토지 소유자로부터 새롭게 임차권 등을 설정 받은 자도 포함 된다.

10. 건축협정에 위반한 건축행위에 대하여 취할 수 있는 수단

건축협정에 위반하는 건축물의 건축허가 신청에 대하여 행정청이 건축협정에 규정된 건축물에 관한 기준에 위반한다고 하여 건축허가를 거부 할 수 있는가 여부의 문제와 건축협정에 위반한 건축행위에 대하여 특정행정청이 건축기준법 제9조에 의거하여 공사시행정지 또는 건축물의 철거 등 시정조치를 명하는 것이 가능한가의 문제가 있다. 이에 대하여 건축기준법에는 명확한 규정이 없고 해석에 위임되어 있다. 행정해석에 따르면 「건축협정은 공법상 권리제한이 아니고 자주적 규제 범위를 벗어난 것이 아니다. 따라서 건축협정에서 규정하는 건축물에 관한 기준은 행정청의 허가대상이 되는 건축물에 관한 법령 등의 규정에는 포함되지 않고 위반이 있다고 하더라도 특정행정청에 의한 위반시정의 대상으로 되지 않는다」라고 한다. 이러한 해석에 따르면 건축협정에 위반하는 건축행위에 대하여는 통상의 민사계약상 채무불이행의 경우와 같이 최종적으로는 법원의 판단에 따라 해결되게 된다.⁵²⁾

이러한 견해에 대하여 「건축협정은 준 조례적 성격 및 공공조합적 성격을 가지는 것으로 보는 것이 상당하고 건축협정을 건축기준법 제6조의 건축허가의 대상에 포함시키고 협정위반행위에 대해서는 특정행정청에 의한 건축기준법 제9조의 조치명령과 대집행이 된다.」고 해석하여야 한다는 견해도 있다.⁵³⁾

그러나 이러한 조치는 건축기준법 제6조 및 제9조 규정에서 명백히 규정하는 바와 같이 「법률 또는 이것에 의거한 명령 또는 조례의 규정」이 존재할 경우, 이

52) 塩崎 勤安藤一郎 編, 前掲書, 318-319面.

53) 森田寛二, 前掲書, 3面.

러한 규정의 위반을 확인하려는 것이다. 건축기준법은 협정위반에 대해서 특별한 규정을 두고 있지 않다. 협정사항으로서 「협정위반이 있을 경우의 조치」를 규정하는 것을 법정요건으로 하고 있고⁵⁴⁾ 협정위반에 대한 조치에 대해서는 오로지 협정 내용으로서 자주적으로 규정한다는 것을 감안한다면 협정위반에 대하여 건축기준법상의 행정조치를 취할 수 없다고 해석하여야 하는 것이 설득력이 있는 것 같다.⁵⁵⁾

11. 건축협정에 위반하는 건축행위에 대한 조치

건축협정서에는 「협정위반이 있을 때 조치」에 대하여 규정하도록 되어 있고⁵⁶⁾ 실제로 행하여진 건축협정에 있어서 대부분의 경우 협정을 운영하는 기관으로서 운영위원회가 설치되어 있다.⁵⁷⁾ 협정위반행위가 있을 경우 운영위원회의 위원장이 위원회 결정에 따라서 위반자에 대하여 공사시행정지를 청구하고 문서를 통하여 상당한 유예기간을 주면서 시정을 위한 필요한 조치를 취할 수 있다.⁵⁸⁾ 위반자가 이러한 것에 따르지 않을 경우 위원장은 위원회 결정에 따라서 그것의 강제

54) 건축기준법 제70조 제1항

55) 건축협정서의 조문에 의문이 생긴 경우와, 협정위반에 적절한 대응을 행정청에 요구하는 경우에는 운영위원회는 건축협정을 소관하고 있는 자치체 담당자와 연대해서 문제에 대처해 갈 필요가 있다. 또 자치체 담당자는 건축협정에 저해하는 건축계획의 확인신청이 제출된 경우에는 통상적으로 운영위원회에 연락하고 운영위원회와 연대해서 문제를 해결한다.

56) 건축기준법 제70조 제2항

57) 건축협정의 운영에 공정성과 일관성을 확보하기 위해서는 협정의 운영 방법과 운영위원회의 운영에 관한 사항을 정한 운영 세칙을 정해 두어야 한다. 운영 세칙은 협정서에 규정된 위임사항에 기초해 작성하고, 그 내용에는 위원회의 소집, 업무, 의결, 경비 등을 규정한다. 그 외에 건축계획(안)의 제출 절차와 도중 협정 참가자의 취급 등에 대해서 부가하기도 한다. 협정운영의 효율성을 높이려면 주민들이 적극적으로 협정의 운영에 참여하는 것이 필요하다.

58) 운영위원회의 중요한 업무 중의 하나는 협정지구 내 위반건축물에 대한 조치를 취하는 것이다. 건축협정은 관례상으로는 사법적 계약으로 인정되기 때문에 협정위반이 발생한 경우에는 운영위원회가 위반사항에 대응하게 된다. 협정 위반사항이 협의로 해결되지 않는 경우에는 최종적으로는 법적인 판단으로 대처한다. 건축협정이 보다 효율적으로 기능하기 위해서는 사전에 협정위반의 방지를 위한 활동들이 매우 중요하다.

집행 또는 위반자의 비용을 가지고 제3자에게 이것을 행하도록 법원에 청구할 수 있도록 규정하고 있다.

현행의 건축기준법 해석으로는 건축협정에서 규정하는 「건축물에 관한 기준」은 법적인 것이 아닌 사실상 공법적 규제기준을 보충하는 기능을 가지는 것으로 자주적 건축제한에 대한 합의라고 할 수 있다. 따라서 건축법 제6조에서 말하는 건축허가 시 심사대상의 기준이 되지 않는 건축협정위반에 대하여 행정청이 건축기준법 제9조의 규정에 의거하여 위반 시정명령을 발할 수 없는 것이 된다. 그렇다면 협정위반자에 대하여 취할 수 있는 수단으로서 건축협정서에 규정된 것에 좌우될 것이다. 현재 실제 행하여지고 있는 다수의 건축협정서 규정에 따르면 운영위원회 위원장이 위원회 결의에 의거하여 위반자에 대하여 위반행위를 시정하기 위한 필요한 조치를 강구할 것을 청구하고 위반자가 이 청구에 따르지 않을 때에는 위원장은 위원회 결정에 따라서 공사정지, 혹은 건축물의 철거를 구하는 소송을 제기 할 수 있다. 이와 별도로 손해를 입었을 때에는 손해배상을 청구 할 수도 있을 것이다.

V. 법적분쟁의 구체적 사례

1. 오사카 고등재판소 1981년 5월 20일 판결⁵⁹⁾

본건은 보조참가인인 부동산회사(소외A)가 고베시의 행정지도에 따라서 체결한 건축협정과 관련된 사건이다. 본건에서 쟁점이 된 건축협정 제6조는 건물용도를 주거전용 또는 주거환경을 저해하지 않는 점포(병원)병용주택으로 규정하였다. 피항소인 Y는 교회건물을 건축하기 위하여 당시 운영위원장이었던 A에게 건축승인을 구하여 당해 신청이 승인되어 공사를 개시하였다. 그 후 협정자(주민)인 항소인(X)의 14명이 Y의 교회건축이 협정 제 6조에 위반한다고 하여 건축금

59) 大阪高判 1981. 5. 20. 判例タイムズ449号, 75面.

지의 가치분을 신청하여 당해 신청이 인용되었으나 원판결은 가치분신청을 취소하였다.

본 판결에서는 본건 협정 제6조 제 1항 소정의 점포(병원) 병용주택에는 본건 건물과 같은 교회용 주택이 포함되지 않는 것이 상당하다고 하였다. 그러나 원시 협정자를 포함하여 A는 점포(병원) 병용주택에 교회용 주택이 포함된다고 해석하여 건축허가 신청을 승인하였고, 이에 Y도 본건 허가의 정당성에 대하여 아무런 의심없이 본건 공사에 착수하였다. 이러한 제 사정을 고려할 때, 그 후에 본건 협정의 운영위원회 견해가 변하였다는 것을 이유로 이미 부여한 승인의 효과를 철회하고 피항소인이 이미 착수한 본건 건축공사의 금지 등을 요구하는 것은 피항소인의 신뢰를 배반하고 예견할 수 없는 손해를 주는 것으로 신의성실의 원칙에 반하는 것으로 판단하여 원판결을 유지하고 항소를 기각하였다.

구건축기준법 별표 2항의 규정방식을 고려할 때 점포(병원)병용주택에는 교회가 포함된다고 보기 어렵다. 그러나 전술한 바와 같이 동교회가 주거환경을 저해하지 않는 점포(의원)병용주택으로 이미 승인되었다는 점을 중시하여 금반언의 관점에서 청구를 기각한 것이고 결론적으로 타당하다고 할 수 있다.

본 판결은 다음의 세 가지점에 대하여 방론으로서 판단하고 있다.

첫째 본건 협정은 위반시정에 대하여 운영위원장에게 필요한 조치의 강제이행을 구하여 법원에 제소하는 취지를 규정하고 있지만, 이 경우 법원에 제소가 가능한 것은 운영위원장만이고, 각 협정자 개인은...(중략)...위반행위의 금지를 구하는 소를 제기할 권한은 갖지 않는다고 하였다.

둘째 본건에서는 A가 운영위원장 임기 종료 후에 부여한 건축승인이 무효인가 여부가 쟁점이 되었다. 이것에 대해서 본건 협정과 같이 그 운영에 관한 사항을 처리하기 위하여 협정자 호선에 의한 운영위원으로 구성되는 운영위원회가 설치되어 있고 운영위원 중에서 선임된 운영위원장이 협정운영의 사무를 총괄하고 위원회를 대표하는 것이 협정자체에 규정되어 있는 경우, 각 협정자와 운영위원, 운영위원장의 임기 만료 후 후임자의 선임시까지 사무처리에 대해서는 민법 제654조(위임)가 준용된다고 해석하는 것이 상당하다고 하였다.

셋째, 건축기준법에 의거한 건축협정에 대하여는 인가공고일 이후에 협정구역 내의 토지 소유자로 된 자에 대하여도 그 자가 건축협정을 알고 있었는가를 불문하고 당연히 효력이 미친다고 하였다.

2. 고베 지방법원 1994년 1월 31일 판결⁶⁰⁾

본건은 원고인 분양업자 X가 히메지시에서 분양, 판매한 주택지의 건축협정을 둘러싼 분쟁이다.⁶¹⁾ 쟁점이 된 협정 제6조는 건물의 층수를 2층 이하로 규정하고 있었다. 본건 피고 Y(폭력단 두목)는 당해 협정구역내의 토지를 매입하여 별도로 중개자를 내세워 3층 주택의 건축을 계획하였다. 이 때 중개자는 Y에게 건축협정에 대하여 설명하지 않았다. Y는 매매계약서, 협정서와 중요사항 설명서를 수령하였지만 건축협정의 내용을 확인하지 않고 건축허가를 신청한 바 건축허가를 받았다. 공사 착공 후 허가 행정청과 X는 협정위반을 발견하고 일시적으로 공사를 중지시켰다. 그 후 X는 Y를 채무자로 하여 건축금지 가처분을 신청하여 3층 부분의 건축금지 가처분결정을 받았지만 Y는 공사를 재개하여 건물을 완성시켰다. X는 3층 부분의 철거를 청구하여 제소하였는데 Y는 철거청구가 권리남용에 해당한다고 주장하였다.

법원은 Y가 건축협정을 알지 못하였다는 주장에 대하여 건축협정은 특정 행정청의 인가 공고 후 당해 특정구역내의 토지소유자 등이 된 자에 대하여도 협정의 존부에 대하여 알고 있는가를 불문하고 그 효력이 미친다고 하였다. 건축협정은 당사자간의 자주적 규제이고 기준법령 그 자체가 아니기 때문에 건축허가 신청시에 창구에서 행정지도를 행하는 것을 별도로 하면 행정청의 허가 대상이 되지 않는다고 하였다. 또한 피고 Y자신도 본건 협정서, 매매계약서 및 중요사항 설명서를 수령하면서 그 내용을 확인하지 않은 과실이 있다고 하여 당초 피고가 본건 협정의 존재를 알지 못하였다는 점 및 허가행정청이 본건 건물의 건축허가 시에 본건 협정의 존재를 지적하지 않았다는 것을 가지고 본건 건물 3층 부분의 건축

60) 神戸地判 1994. 1. 31. 判例タイムズ862号, 298面.

61) 본건에서는 분양 중의 1인 협정구역이기 때문에 X가 운영위원장이 되었다.

을 정당화하는 사정으로 볼 수 없다고 판단하였다.

철거청구가 권리남용이라는 Y의 주장에 대해서는 Y가 3층 건축을 고집하고 공사중지요청을 무시하여 건물의 건축을 강행하였다는 점, 협정위반사실을 알게 된 시점, 원고로부터 결론이 제시된 시점에서 설계변경이 가능하였음에도 불구하고 손실을 확대시킨 것은 Y 자신의 대응에 기인하였다고 지적하였다. 그리고 입지조건으로서 일조, 조망 등의 장해가 발생하지 않는다는 Y측 반론에 대해서도 다음과 같이 지적하여 원고의 철거청구를 인용하였다. 건축협정은 주택지의 환경을 유지, 개선하는 등의 목적으로 법령 이상의 규제를 부담하는 당사자 간의 자주적 규제이고 그 실현이 당사자 간의 임의의 이행에 의하여 추구되고 협정구역 내에 있어서 협정내용의 일률적 실시를 통하여 그 실효성이 확보되는 것이기 때문에 건축에 이르는 경위 및 그 이후 피고의 대응 등에 비추어 보면 실제 피해가 없다는 것을 주장하여 예외적으로 본건 건물 3층 부분의 건축을 정당화할 수 없다고 하였다.

본 판결은 실제로 피해가 없는 경우에도 건축협정의 일률적 실시를 붕괴시키는 것이 허용되지 않는다는 것을 명확히 하고 있다. 토지소유자 상호 제약에 의하여 공적 공간을 형성하는 건축협정제도의 기능이 잘 표현된 판결이라고 평가된다.

VI. 우리 법제에의 시사

현행 우리나라 건축법제에 내재된 개선하여야 할 핵심적 과제로 다음의 두 가지 점을 지적할 수 있다.

첫째, 전통적 견해에 따르면 현행의 건축법제는 건축의 자유라는 기본권실현의 측면에 초점이 맞추어져 있어서 건축허가의 경우, 관계법상 허가요건이 충족되면 당해 허가를 발급하여야 하는 기속행위로 인식되어 왔다. 이러한 이해에 따를 경우 건축관계법이 요구하는 건축요건을 충족할 경우 별다른 제약없이 전국적으로 어디서나 동일한 기준에 따라서 건축행위가 가능하게 되어 도시와 지역의 상황에

적합한 높은 삶의 질을 확보할 수 있는 친환경적이고 개성있는 도시형성을 기대하기 어렵다.

둘째, 도시계획과정을 포함하여 건축법의 집행을 통한 주거환경보전의 실효성을 확보하는 과정에 주민참가절차가 부족하다는 점이다. 이들 과정에서는 주로 도시계획전문가와 행정기관이 주도가 되어 제도를 설계하고, 그 운용을 진행하여 왔으며 주민참가는 형식적이고 불충분하게 실현되어 왔다는 점이 지적되어 왔다.

본고에서 고찰한 건축협정제도는 이들 문제를 획기적으로 개선할 수 있는 제도로 파악된다. 즉, 건축협정제도는 지역사정에 적합한 주거환경형성을 단순한 주민참가의 수준을 넘어서 주민 스스로가 제도를 설계·운용할 수 있는 주민주도의 도시관리제도의 일종으로 평가할 수 있다. 그러나 이 제도도 상술한 바와 같이 순기능과 역기능의 양면을 가지므로 제도가 부정적으로 기능하지 않도록 법제도를 규정할 필요가 있을 것이다. 그리고 이 제도를 도입할 경우 조례를 통하여 지방자치단체별로 도입되는 것을 방지할 것이 아니라 건축법에 이에 대한 규정을 두는 것이 바람직할 것이다. 지방자치법 제15조(개정법 제22조)와의 관계에서 보면 법률의 근거없이 조례의 단계에서 건축협정을 규정할 경우 당해영역에 대한 조례 선점이 위법성을 수반할 수도 있기 때문이다.⁶²⁾

62) 건축법상 건축기준을 건축기준에 관한 최저기준으로 보고 건축협정을 법령에 규정하고 이를 조례를 통하여 인정한다면, 각 지역별로 건축협정을 통하여 강화된 형태의 건축기준을 설정할 수 있게 되어서 환경정책기준법상의 환경기준에 관하여 조례를 통하여 법령강화조례 내지 법령확대조례를 인정하는 것과 유사한 제도구조를 갖게 될 것이다.

참고문헌

- 金敞祚, “韓國의都市計劃策定過程における住民參加”, 「まちづくり・環境行政の法的課題」(東京: 日本評論社, 2007). 234-245.
- 김남철, “건축허가의 법적 성질에 대한 관례의 검토”, 한국행정관례연구회 222차 발표회 발표문, 2007. 10.
- 김대인, 「행정계약법의 이해」, 서울: 경인출판사, 2007.
- 長谷川貴陽史, 「都市コミュニティと法」, 東京: 東京大學出版會, 2005.
- 片山直也, “京都岡崎有樂莊事件-美觀地區における眺望沮害- 景觀破壞と料理旅館による差止請求-”, 「別冊ジュリスト 環境法判例百選, 2004」 156面.
- 佐藤岩夫, “都市計劃と住民參加-住民參加の觀點から見た改正都市計劃法の評價と課題-”, 原田純孝 編, 「日本の都市法II」, 東京: 東京大學出版會, 2001.
- 塩崎 勤·安藤一郎 編, 「建築關係訴訟法」, 東京: 青林書院, 1999.
- 吉田克己, 「現代市民社會と民法學」, 東京: 日本評論社, 1999.
- 倉澤 進, 「コミュニティ論 地域社會と住民運動」, 東京: 放送大學教育振興會, 1998.
- 五十嵐敬喜·小川明雄, 「都市計劃 一利權の構圖を超えて-」, 東京: 岩波書店, 1993.
- 建設省住宅局(監修)·財團法人日本建築センター(編), 「詳解 建築基準法(改訂版)」, 東京: きょうせい, 2005.
- 石井 昇 “建築協定·綠化協定の性質”, 「別冊ジュリスト 行政法の争點(新版)」, 1990.
- 森田寬二, “建築協定論としての公法上契約論(一)その建立的基礎についての素描-”, 自治研究59卷 10号 3面.
- 市川清文·廣瀬良一, “建築協定-横浜市における経緯と實態-”, ジュリスト481号 47面.
- Spencer Heath MacCallum, “The Case for Land Lease versus Subdivision Homeowners' Associations Reconsidered”, David T. Beito, Alexander

Tabarrok, and Peter Gordon. et al. (eds.) *The voluntary city: choice, community, and civil society*, University of Michigan Press 2002.

ROBERT H. NELSON, "Privatizing the Neighborhood : A Proposal to Replace Zoning with Private Collective Property Rights to Existing Neighborhoods, *Neighborhoods Affairs*", *George Mason Law Review*, Vol. 7, No. 4, Summer 1999.

<Abstract>

An Analysis on the Building Agreement from the Viewpoint of Environmental Protection

Kim, Chang Jo

This thesis analyzes the structure and function of the building agreement from the viewpoint of environmental protection. The building agreement is implemented to supplement the architectural regulation system originally after world war II in Japan. This agreement which can be regulated by municipal ordinance, is concluded by the common consent of the owners of land and the other right holders for improving the quality of environment in the field of building. The building standards can be interpreted as national minimum standards for building restrictions. Residents of a particular community can strengthen the level of existing building standards by making a separate building agreement.

Some municipal governments try to introduce building agreement as a means of environmental protection. This system of building agreement has both advantages and disadvantages. The advantage of this building agreement is that it can deal with local demands of environmental regulation beyond existing building standards. But to realize the goal of environmental protection with the building agreement takes too much time and efforts.

주 제 어 : 건축협정, 건축기준, 1인협정, 주민참여, 협정내용

Keywords : Building Agreement, National Minimum, Building Standards, Environmental Protection, Quality of Environment