

논문 / ARTICLE

## 가설건축물의 증축에 대한 통제

심규현\*

## 국문초록

건축법은 건축물과 구별하여 가설건축물에 관한 조항을 별도로 마련하고 있으면서도(제20조) 가설건축물이 무엇인지 별도로 정의하지 않는다. 따라서 가설건축물을 건축물과 어떻게 준별할 것인지에 관한 해석의 문제가 발생하는데, 이에 대하여 통용되는 견해는 건축법 제2조가 정의하는 건축물의 요건 중 “토지에 정착”이라는 요건을 결한 공작물이라고 보는 것이 일반적인 견해이다. 그런데 “토지에 정착”이라는 요건은 어떠한 판단기준에 따라 일률적으로 평가할 수 있는 성질의 것이 아니며, 공작물의 규모, 형태, 구조, 재료, 용도 등을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없다. 따라서 개념상, 그리고 실질적으로, 기존에 존재하던 가설건축물을 증축한 결과 증축 전에는 갖추지 못하였던 “토지에 정착”이라는 요건을 갖추게 될 여지가 있는 것이다. 이렇게 가설건축물을 증축하여 건축물을 건축하려는 경우 건축허가나 건축신고가 필요하다는 점은 당연할 것이나, 허가(신고)의 내용과 대상이 무엇이 되어야 하는지에 대하여는 조금 더 깊게 생각해 볼 필요가 있다. 가설건축물을 증축한 결과 탄생한 공작물이 건축법상 건축물의 요건을 모두 충족하게 되었다면, 증축 전후의 물리적인 변화는 증축에 해당한다고 볼 수 있지만, 건축허용성을 부여한다는 관점에서는 존재하지 않던 건축물이 신축된 것에 준하므로, 건축허가의 관점에서는 신축과 동일하게 다루어야 할 것이다. 다만, 가설건축물의 증축을 위해 신축을 내용으로 하는 건축허가가 필요하다는 점이, ‘가설건축물을 증축하는 방법으로는 건축물을 신축할 수 없다’는 결론으로 이어질 필요는 없다.

주제어 : 가설건축물, 증축, 건축법, 건축허가, 기한부건축물



## Open Access

DOI: <https://doi.org/10.12972/CUDLA.20240003>

Received: February 24, 2024

Revised: March 10, 2024

Accepted: March 15, 2024

Copyright © 2024 Construction &amp; Urban Development Law Association.



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits unrestricted non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

## 목차

## I. 서론

## II. 가설건축물의 개념과 유형

## III. 가설건축물의 증축

## IV. 가설건축물의 위법한 증축에 대한 통제

## V. 결론

\* 법무법인(유한) 태평양 변호사

## I. 서론

기존의 가설건축물을 증축하여 건축물을 건축하려는 경우, (1) 증축부분에 대한 건축허가, (2) 증축부분을 포함한 건축물 전체에 대한 건축허가 중 어떠한 허가를 발급받아야 하는가. 만약 건축물 전체에 대한 허가를 발급받는 경우, 허가의 대상은 건축물의 증축행위인가, 아니면 신축행위인가. 이 글은 위와 같은 문제의식에서 출발하며, 그 배경<sup>1)</sup>을 조금 더 자세히 설명하자면 다음과 같다.

건축법은 건축물과 구별하여 가설건축물에 관한 조항을 별도로 마련하고 있으면서도(제20조) 가설건축물이 무엇인지 별도로 정의하지 않는다. 따라서 가설건축물을 건축물과 어떻게 준별할 것인지에 관한 해석의 문제가 발생하는데, 이에 대하여 통용되는 견해는 건축법<sup>2)</sup>이 정의하는 건축물의 요건 중 “토지에 정착”이라는 요건을 결한 공작물이라고 보는 것이 일반적인 견해이다.

그런데 “토지에 정착”이라는 요건은 어떠한 판단기준에 따라 일률적으로 평가할 수 있는 성질의 것이 아니며, 공작물의 규모, 형태, 구조, 재료, 용도 등을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없다. 따라서 개념상, 그리고 실질적으로, 기존에 존재하던 가설건축물을 증축한 결과 증축 전에는 갖추지 못하였던 “토지에 정착”이라는 요건을 갖추게 될 여지가 있는 것이다. 이렇게 가설건축물을 증축하여 건축물을 건축하려는 경우 건축허가나 건축신고가 필요하다는 점은 당연할 것이나, 허가(신고)의 내용과 대상이 무엇이 되어야 하는지에 대하여는 조금 더 깊게 생각해 볼 필요가 있다. 이 문제는 또한 별도의 허가 없이 가설건축물을 증축한 결과 완성된 공작물이 건축물에 해당하는 경우 그 사후 처리를 어떻게 하여야 하는지의 문제와도 연결된다.

## II. 가설건축물의 개념과 유형

### 1. 가설건축물의 의의

건축물이란 토지에 정착하는 공작물 중 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 것과 이에 딸린 시설물, 지하나 고가의 공작물에 설치하는 사무소·공연장·점포·차고·창고 등을 말한다(건축법 제2조 제1항 제2호). 이에 따라 건축물의 개념요소로는 ① 일정한 공작물로서 토지에 정착할 것, ② 지붕과 기둥 또는 벽(혹은 이와 유사한 수준의 구조물)이 있을 것이 요구되며, 명시적으로 규정되어 있지는 않지만 그 특성상 ③ 사람이 머물 수 있는 구조일 것, ④ 자체로서 독립성을 가질 것 또한 요구된다고 볼 수 있다.<sup>3)</sup>

건축법은 제20조에서 통상적인 건축물의 건축행위와 구분하여 가설건축물의 건축 및 축조에 관해 다음과 같이 규정한다.

**건축법 제20조(가설건축물)** ① 도시·군계획시설 및 도시·군계획시설예정지에서 가설건축물을 건축하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다.

② 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 해당 가설건축물의 건축이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우가 아니면 제1항에 따른 허가를 하여야 한다.

1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제64조에 위배되는 경우
2. 4층 이상인 경우
3. 구조, 존치기간, 설치목적 및 다른 시설 설치 필요성 등에 관하여 대통령령으로 정하는 기준의 범위에서 조례로 정하는 바에 따르지 아니한 경우
4. 그 밖에 이 법 또는 다른 법령에 따른 제한규정을 위반하는 경우

③ 제1항에도 불구하고 재해복구, 흥행, 전람회, 공사용 가설건축물 등 대통령령으로 정하는 용도의 가설건축물을 축조하려는 자는 대통령령으로 정하는 존치 기간, 설치 기준 및 절차에 따라 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고한 후 착공하여야 한다.

④ ~ ⑦ <생략>

위 조항에 따르면, 도시·군계획시설 및 도시·군계획시설예정지에서 가설건축물을 건축하는 경우 (건축)허가를 받아야 하며(제1항), 허가청은 법률에 규정된 불허가사유가 없는 한 이를 허가하여야 한다(제2항). 한편, 도시·군계획시설(예정지) 해당 여부와는 무관하게

1) 관련 쟁점이 문제된 사건이 현재 서울행정법원에 계류 중이다. 아직 제1심이 진행 중인 관계로 사실관계를 소상히 밝히기는 어려우나, 해당 사건에서는 건축주가 가설건축물을 증축하려는 과정에서 허가청이 건축허가 신청을 요구하였고, 건축주는 허가청으로부터 ‘신축’에 대한 허가를 받은 다음 기존의 가설건축물을 증축하였다. 허가청은 ‘신축’허가가 발급되었으므로 건축주는 기존의 가설건축물을 철거한 다음 새로이 건물을 건축하여야 함에도 기존의 가설건축물을 위법하게 증축하였다는 이유로 건축법에 따라 복수의 제재처분을 하였으며, 건축주는 해당 처분들의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

2) 제2조 제1항 제2호.

3) 김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 『행정법연구』 제12호(2004. 10.), 346면.

법률이 정하는 일정한 종류의 가설건축물(재해복구, 흥행, 전람회, 공사용 가설건축물 등 대통령령으로 정하는 용도)을 “축조”하려는 경우에는 허가 없이 신고만으로 착공할 수 있다(제3항).

가설건축물에서 ‘가설(假設)’은 사전적으로는 ‘임시로 설치’함을 의미한다. 건축법이 통상의 건축물과는 구분하여 가설건축물을 규정하고 이에 대하여 완화된 규정을 적용하는 것은 가설건축물이 통상의 건축물이 갖춰야 할 개념요소 중 일부를 갖추지 않고 있으며, 이에 따라 건축물의 안전을 확보하고 편리·쾌적·미관·기능 등 사용가치를 유지·향상시키기 위하여 필요한 사항을 규율하는(건축법 제1조) 건축법상의 공법적 규제를 엄격하게 적용할 필요가 없다는 점에서 기인한 것이다. 관련하여 실무에서는 가설건축물의 개념을 “임시로 설치한 건축물”에 국한하여 건축물을 구성하는 다른 개념요소와 무관하게 이해하기도 하나,<sup>4)</sup> 이와 같이 개념화하는 경우 건축법 제20조가 규율대상으로 삼는 가설건축물 중 오직 일부만 포섭할 수 있게 된다.

## 2. 건축물과 가설건축물의 구별

건축법 제20조 제3항 및 동법 시행령 제15조 제5항은 신고 후 착공 대상인 가설건축물의 예시로서 가설전람회장(영 제15조 제5항 제2호), 전시를 위한 견본주택(제4호), 컨테이너 또는 이와 비슷한 것으로 된 가설건축물로서 임시사무실·임시창고 또는 임시숙소로 사용되는 것(제8호) 등을 들고 있다. 이들 건축물은 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 구조물로서, 사람이 머무를 수 있고, 다른 건축물이나 구조물에 연속하지 않고 자체로서 독립성을 갖고 있다는 점에서 전술한 건축물의 개념요소 중 “토지에 정착할 것”을 제외한 모든 요소를 충족한다. 이러한 규정의 내용에 비추어 볼 때, 가설건축물과 건축물을 나누는 가장 중요한 구별 기준은 토지에 정착하는지 여부라 할 수 있다.

토지에 정착한다는 개념은 통상적인 건축물의 건축 과정에서 토지를 굴착하여 기초공사를 거치게 된다는 점에서 착안한 것이며, 이에 따라 “정착”이라는 것은 건축물이 어느 정도의 영속성을 확보하여 토지에서 쉽게 분리되지 않음을 의미하는 것이라 볼 수 있다.<sup>5)</sup> 다만, 이와 같이 해석하는 경우에도 구체적으로 어느 정도의 영속성을 확보하여야 “정착”의 정도에 이른다고 볼 수 있는지의 문제가 여전히 남게 된다. 관련하여 대법원은 건축법 제2조 제2항의 “토지에 정착하는 공작물”이란 “반드시 토지에 고정되어 이동이 불가능한 공작물만을 가리키는 것은 아니고 물리적으로는 이동이 가능하게 토지에 붙어 있어도 그 붙어있는 상태가 보통의 방법으로는 토지와 분리하여 이를 이동하는 것이 용이하지 아니하고, 그 본래의 용도가 일정한 장소에 상당기간 정착되어 있어야 하고 또 그렇게 보여지는 상태로 붙어 있는 경우를 포함한다”라고 하여,<sup>6)</sup> “정착”의 개념징표로서 ① 토지와 분리하여 이를 이동하는 것이 용이하지 아니하고, ② 상당 기간 일정한 장소에 고정되어 있어야 한다는 점을 제시하였다.<sup>7)</sup> 즉, 공작물이 이동이 용이하지 않을 정도로 토지에 물리적으로 고정되어야 하며, 시적으로는 일정 기간 이상 존속하여야 할 뿐만 아니라, 이러한 물리적, 시적 특성이 외견상으로도 드러나야 한다는 것이다.

위 판결이 제시한 바와 같이 ‘정착’의 판단 기준을 ① 토지에 대한 고정의 정도와 ② 존치기간(이 정해져 있는지 여부)으로 본다면, 위 두 요건이 모두 충족되지 않은 경우에만 가설건축물로 볼 것인지, 혹은 두 요건 중 하나라도 충족되지 않는 경우에는 건축법상 건축물의 요건에 부합하지 않는 것이므로 가설건축물로 보아야 할 것인지가 문제된다. 이는 가설건축물의 유형과 연결되는 문제로서, 목차를 바꿔서 살펴본다.

## 3. 가설건축물의 유형

### (1) 유형적 구분의 필요성

건축법은 가설건축물의 개념징표나 유형에 대하여는 별도로 규정하지 않고 있으나, 제20조 제1항에 따른 가설건축물과 동조 제3항에 따른 가설건축물을 개념상 준별하는 태도를 취하고 있으며(이를테면, 전자의 경우 가설건축물의 “건축”을 위하여 허가를 받아야 한다고 규정하는 반면, 후자의 경우 “축조”를 할 때에는 이를 신고하여야 한다고 규정한다), 연혁적으로도 제1항과 제3항의 가설건축물

4) 배선혜 / 이여경 / 김민지, “가설건축물 제도의 문제점 및 개선방안 연구”, 『대한건축학회논문집』 제39권 제9호(2023. 9.), 15면.

5) 김종보, 앞의 글, 346면.

6) 대법원 1991. 6. 11. 선고 91도945 판결.

7) 대법원은 또한 가설건축물에 법정지상권(민법 제366조)이 성립할 수 있는지가 문제된 사안에서 “가설건축물은 임시 사용을 위해 건축되는 구조물로서 설치 당시부터 일정한 존치기간이 지난 후 철거가 예정되어 있”으므로 “토지에 정착되어 있다고 볼 수 없다”라고 판시하여, (비록 민사 판결이기는 하나) 일정한 단기의 존치기간이 정해져 있는 건물은 모두 토지에 정착되어 있지 않은 것이라는 입장을 취하고 있다(대법원 2021. 10. 28. 선고 2020다224821 판결 등).

은 서로 다른 유형의 가설건축물을 규율하기 위한 목적에서 도입된 것이다.<sup>8)</sup>

건축법 제20조 제1항은 도시·군계획시설(예정지)에서 가설건축물을 건축하려는 자는 허가를 받아야 한다고 규정하며, 제3항은 “제1항에도 불구하고” 재해복구, 흥행, 전람회, 공사용 가설건축물 등 대통령령으로 정하는 용도의 가설건축물을 축조하려는 자는 신고한 후 착공하여야 한다고 규정한다. 건축법은 위 두 조항 외에 가설건축물의 건축 또는 축조를 위하여 필요한 요건을 규정하지 않고 있으므로, 건축법상 가설건축물은 크게 (i) 도시·군계획시설(예정지)상에 건축되는 것으로서 허가 대상인 가설건축물, (ii) 일정한 목적에 따라 축조되는 것으로서 신고 대상인 가설건축물, (iii) 그 외의 가설건축물로 나누어진다.<sup>9)</sup>

비록 건축법은 위 (i)과 (ii) 두 유형을 모두 “가설건축물”로 지칭하나, 건축법의 규정 내용을 살펴보면 위 (i)과 (ii)가 동일한 법적 특성을 갖는다고 보기 어렵다. 구체적으로 살펴보면, 건축법 제20조 제1항이 규정하는 가설건축물은 시·군계획시설(예정지)에 건축되어 도시·군계획시설사업이 진행되는 경우 철거가 예정되어 있다는 점이 가장 핵심적인 개념징표이며, 이를 전제로 구조, 존치기간, 건축목적 등에 일정한 제한이 부과된다(영 제15조 제1항). 반면 제3항은 통상적인 건축물에 비하면 ‘정착’의 정도가 낮은 일정한 구조물들을 열거하면서 이러한 가설건축물의 축조를 위하여는 착공 전에 신고를 하여야 하고, 다만 그 존치기간은 원칙적으로 3년 이내로 하여야 한다고 규정한다(영 제15조 제7항). 건축법은 또한 제1항에서는 “건축”한다는 표현을 사용하며 이를 허가의 대상으로 규정하는 반면, 제3항에서는 “축조”라는 표현을 사용하며 일정한 경우 신고가 필요하다고 규정하는데, 이는 제1항과 제3항에서 각각 규정하는 가설건축물이 서로 다른 유형의 공작물을 전제하고 있음을 의미한다.

이상 살펴본 것처럼 건축법이 서로 다른 유형의 가설건축물들을 준별하지 않는 것에 관하여, 건축법상 건축물의 외형적, 구조적인 요건을 모두 충족하였으나 단지 존치기한이 정해져 있을 뿐인 건축물—즉, 위 (i) 유형의 가설건축물—은 ‘기한부건축물’로, ‘토지에 정착’이라는 요건을 결한 공작물—즉, 위 (ii), (iii) 유형의 가설건축물—은 ‘좁은 의미의 가설건축물’로 구분하여 칭할 수 있다는 분석이 유력하다.<sup>10)</sup> 본 글에서도 위와 같은 가설건축물의 유형화를 따른다.

## (2) 좁은 의미의 가설건축물

건축물의 성립요건을 모두 갖추었으나 ‘토지에 정착’이라는 요소를 결하는 건축물 내지 구조물을 의미한다. 건축법은 경찰법으로서 국민의 기본권을 제한하는 법령인바, 건축법이 건축허가 또는 신고의 대상으로 삼거나 그 외 명시적으로 금지하지 않는 건축(축조) 행위는 자유롭게 허용된다고 보아야 한다.<sup>11)</sup> 좁은 의미의 가설건축물은 건축물의 성립요건을 충족하지 못한 것으로서 당연히 통상의 건축물을 전제로 하는 건축허가(건축법 제11조)나 건축신고(제14조)의 대상이 아니므로, 원칙적으로 자유롭게 건축할 수 있다.

다만, 건축법 제20조 제3항은 “재해복구, 흥행, 전람회, 공사용 가설건축물 등 대통령령으로 정하는 용도의 가설건축물”을 축조하려는 자는 착공 전에 신고를 하여야 한다고 규정하며, 신고 대상인 좁은 의미의 가설건축물은 존치기간이 3년으로 제한되어 있다(영 제15조 제7항). 동법 시행령 제15조 제5항에 따라 신고 대상인 가설건축물은 다음과 같다.<sup>12)</sup>

1. 재해가 발생한 구역 또는 그 인접구역으로서 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 지정하는 구역에서 일시사용을 위하여 건축하는 것
2. 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 도시미관이나 교통소통에 지장이 없다고 인정하는 가설흥행장, 가설전람회장, 농·수·축산물 직거래용 가설점포, 그 밖에 이와 비슷한 것
3. 공사에 필요한 규모의 공사용 가설건축물 및 공작물
4. 전시를 위한 견본주택이나 그 밖에 이와 비슷한 것

8) 김종보, 앞의 글, 350-351면 등 참조.

9) 건축법 제20조는 가설건축물을 포괄적으로 규정하지 않으므로 위 조항의 적용을 받지 않는 가설건축물이 존재하며, 이들에 대하여는 원칙적으로 신고나 허가 없이 건축 또는 축조할 수 있다고 보아야 한다.

10) 김종보, 앞의 글, 349면. 인천지방법원 2010. 6. 10. 선고 2009구합564 판결, 수원지방법원 2020. 2. 14. 선고 2019구합65864 판결, 부산지방법원 2021. 6. 24. 선고 2021구합20499 판결 등 일부 하급심 판결에서도 그 용례를 찾을 수 있다.

11) 김종보, 앞의 글, 355면.

12) 건축법은 2014년 “국민중심 원칙허용 인·허가제도를 도입하여 국민이 경제활동에 필요한 가설건축물을 활용할 수 있도록” 한다는 목적에서 가설건축물의 원칙 허가제를 도입하였다. 개정 법률은 제20조 제2항을 신설하여 법령에 명시되지 아니한 사유를 들어 행정청이 자의적으로 기한부건축물의 건축허가를 거부할 수 없도록 규정하였다. 그뿐만 아니라, 협의의 가설건축물에 관한 기존 제2항을 제3항으로 옮기면서 “제1항의 규정에 의한 가설건축물 외에” 부분을 “제1항에도 불구하고”라고 개정하였는데, 이에 따라 제20조 제3항은 동조 제1항에 대한 예외규정의 성격을 갖게 되어, 재해복구, 흥행, 전람회, 공사용 가설건축물 등을 도시·군계획시설(예정지)에 축조하려는 경우 제3항이 우선하여 적용되어, 별도의 허가 없이 착공 전 신고로 족한 것으로 해석할 수 있게 되었다.

5. 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 도로변 등의 미관정비를 위하여 지정·공고하는 구역에서 축조하는 가설점포(물건 등의 판매를 목적으로 하는 것을 말한다)로서 안전·방화 및 위생에 지장이 없는 것
6. 조립식 구조로 된 경비용으로 쓰는 가설건축물로서 연면적이 10제곱미터 이하인 것
7. 조립식 경량구조로 된 외벽이 없는 임시 자동차 차고
8. 컨테이너 또는 이와 비슷한 것으로 된 가설건축물로서 임시사무실·임시창고 또는 임시숙소로 사용되는 것(건축물의 옥상에 축조하는 것은 제외한다. 다만, 2009년 7월 1일부터 2015년 6월 30일까지 및 2016년 7월 1일부터 2019년 6월 30일까지 공장의 옥상에 축조하는 것은 포함한다)
9. 도시지역 중 주거지역·상업지역 또는 공업지역에 설치하는 농업·어업용 비닐하우스로서 연면적이 100제곱미터 이상인 것
10. 연면적이 100제곱미터 이상인 간이축사용, 가축분뇨처리용, 가축운동용, 가축의 비가림용 비닐하우스 또는 천막(벽 또는 지붕이 합성수지 재질로 된 것과 지붕 면적의 2분의 1 이하가 합성강판으로 된 것을 포함한다)구조 건축물
11. 농업·어업용 고정식 온실 및 간이작업장, 가축양육실
12. 물품저장용, 간이포장용, 간이수선작업용 등으로 쓰기 위하여 공장 또는 창고시설에 설치하거나 인접 대지에 설치하는 천막(벽 또는 지붕이 합성수지 재질로 된 것을 포함한다), 그 밖에 이와 비슷한 것
13. 유원지, 종합휴양업 사업지역 등에서 한시적인 관광·문화행사 등을 목적으로 천막 또는 경량구조로 설치하는 것
14. 야외전시시설 및 촬영시설
15. 야외휴연실 용도로 쓰는 가설건축물로서 연면적이 50제곱미터 이하인 것
16. 그 밖에 제1호부터 제14호까지의 규정에 해당하는 것과 비슷한 것으로서 건축조례로 정하는 건축물

### (3) 기한부건축물

기한부건축물은 도시·군계획시설(예정지) 내에는 원칙적으로 건축행위가 금지되어 있음에도 불구하고,<sup>13)</sup> 건축법 제20조 제1항의 허가를 받아 건축할 수 있는 가설건축물이다. 동조 제2항 및 동법 시행령 제1항에 따른 기한부건축물 건축허가의 요건은 다음과 같다.

- (1) 4층 이상이 아닐 것
- (2) 철근콘크리트조 또는 철골철근콘크리트조가 아닐 것
- (3) 존치기간은 3년 이내일 것<sup>14)</sup>
- (4) 전기·수도·가스 등 새로운 간선 공급설비의 설치<sup>15)</sup>를 필요로 하지 아니할 것
- (5) 국토계획법 제64조(도시·군계획시설 부지에서의 개발행위)에 위배되지 않을 것<sup>16)</sup>

기한부건축물은 토지에 정착하고 있는 건축물에 대하여 그 존치기간을 제한하고 있을 뿐이어서, 존치기간을 제외하면 통상의 건축물과 구별되지 않는다고 볼 수 있다.<sup>17)</sup> 하지만 기한부건축물에 대하여도 토지에 대한 ‘정착’의 강도를 제한하기 위하여 규모(3층 이하 일 것)와 구조(철근콘크리트조가 아닐 것)에 일정한 제한을 두고 있다는 점에서, 기한부건축물이 토지에 정착한 정도를 통상의 건축물과 동일하다고 평가할 수는 없다는 분석도 가능하다.

나아가, 토지에 정착한다는 것은 구조물이 토지에 물리적으로 강하게 결합된 것뿐만 아니라 정해진 존치기간 없이 철거 전까지 토지 위에 존속한다는 요소를 포함한다고 볼 여지도 있다. 이처럼 ‘존치기간의 존재’ 자체를 토지에 대한 정착 여부를 판단 기준으로 삼을 경우, 기한부건축물 또한 토지에 정착한다는 요소를 결하고 있는 건축물로서 가설건축물의 한 유형에 불과한 것으로 이해할 수 있으며, 이는 일견 현행 법령의 규정 내용에 보다 부합하는 해석이기도 하다.

그러나 건축법은 다른 한편으로는 “제20조제1항에 따라 허가를 받거나 신고를 한” 건축물의 공사를 착수하려는 경우 허가권자에게 공사계획을 신고하여야 하며(제21조), 건축공사가 완료된 후에는 사용승인을 받아야만 이를 사용할 수 있다고 규정하고 있어(제22조

13) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’) 제64조.

14) 다만, 도시·군계획시설사업이 시행될 때까지 그 기간을 연장할 수 있다(건축법 시행령 제15조 제1항 제2호).

15) “새로운 간선 공급설비의 설치”란 기존의 간선공급설비 이외에 동 설비의 추가설치를 요하는 경우를 말하는 것으로서, 기존의 설비에 지선을 새로 연결하는 것은 이에 포함되지 않는다(건축법 시행령 제15조 제1항 제3호).

16) 도시·군계획시설결정의 고시일로부터 2년이 지날 때까지 그 시설의 설치에 관한 사업이 시행되지 아니한 도시·군계획시설 중 국토계획법 제85조에 따른 단계별 집행계획이 수립되지 아니하거나 단계별 집행계획에서 제1단계 집행계획에 포함되지 아니한 도시·군계획시설의 부지에만 가설건축물의 건축이 허용된다(국토계획법 제64조 제2항 제1호).

17) 김종보, 앞의 글, 352면.

제1항 및 제3항), 기한부건축물을 건축허가 또는 신고의 대상인 건축물과 동일하게 취급하고 있다. 그뿐만 아니라 허가 없이 기한부건축물을 건축한 자는 법 제11조의 허가 없이 건축물을 건축한 자와 동일한 조항에 의하여 처벌된다(제110조).<sup>18)</sup>

한편, 건축법 제20조 제3항은 “제1항에도 불구하고” 일정 용도의 가설건축물을 축조하려는 자는 신고 후 착공하여야 한다고 규정하므로, 도시·군계획시설(예정지)에 위 조항의 적용을 받는 가설건축물을 건축하는 경우에는 제1항에 따른 허가 없이 신고만으로 착공이 가능하다.

**(4) 두 가설건축물 유형의 비교**

좁은 의미의 가설건축물과 기한부건축물의 관계는 다음과 같이 도식화할 수 있다.

**<표 1> 2014년 건축법 개정<sup>19)</sup> 이전 두 가설건축물의 관계**

		토지 정착의 정도			
		높음.....낮음			
도시·군계획시설(예정지) 해당 여부	O	<b>건축 불가</b>	기한부건축물(허가)		명확하지 않음 <sup>20)</sup>
	X	통상의 건축물 (건축허가신고)	명확하지 않음	좁은 의미의 가설건축물(신고)	좁은 의미의 가설건축물(자유)

**<표 2> 2014년 건축법 개정 이후 두 가설건축물의 관계**

		토지 정착의 정도			
		높음.....낮음			
도시·군계획시설(예정지) 해당 여부	O	<b>건축 불가</b>	기한부건축물 (허가)	좁은 의미의 가설건축물(신고)	명확하지 않음 <sup>21)</sup>
	X	통상의 건축물 (건축허가신고)	명확하지 않음		좁은 의미의 가설건축물(자유)

기한부건축물의 허가제를 규율하는 건축법 제20조 제1항을 문언대로 해석하면, 신고 대상인 좁은 의미의 가설건축물보다 토지 정착의 정도가 낮은 가설건축물을 건축하려는 경우에도 사전에 허가를 받아야 한다. 즉, 토지 정착의 정도가 높아 신고 대상인 좁은 의미의 가설건축물에 대하여는 신고제를 규정하면서, 그보다 정착의 정도가 낮으므로 공법상 통제의 필요 또한 더 적다고 볼 수 있는 가설건축물에 대하여는 여전히 허가제가 적용되는 것이다. 이는 2014년 건축법 제20조를 개정하면서<sup>22)</sup> 제3항을 제1항의 예외조항으로 만듦에 따라 발생할 문제를 예견하지 못하여 규제가 역전된 것이다. 법령 개정을 통해 도시·군계획시설(예정지)에 위치하였으나 토지에

18) 이러한 점에서 기한부건축물에 관한 건축법의 태도는 일관되지 못하다고 할 수 있다.

19) 각주 12) 참조.

20) 법조문의 문언으로만 보면 도시·군계획시설(예정지) 내의 가설건축물 중 신고 대상이 아닌 것은 모두 허가 대상인 것으로 볼 수 있으나, 허가·신고제의 규율 체계 및 건축법의 경찰법적 특성에 의하여 원칙적으로는 가설건축물 축조의 자유가 인정되어야 한다는 점을 고려하면 도시·군계획시설 내일지라도 (신고 대상으로 규율되지 않은) 좁은 의미의 가설건축물은 자유롭게 축조할 수 있다고 봄이 타당하다. 보다 자세히는, 김종보, 앞의 글, 355-356면 등 참조.

21) 위와 같음.

22) 법률 제12246호, 2014. 1. 14. 개정, 2014. 1. 14. 시행.

대한 정착의 정도가 신고 대상인 가설건축물보다도 낮은 가설건축물에 대하여는 이를 신고 대상으로 규율하거나, 별도의 신고 없이 자유롭게 건축 내지 축조할 수 있도록 허용하여야 한다.

위의 경우와는 반대로, 토지에 정착이라는 요소를 결하였으나 건축법 제20조 제3항 및 동법 시행령 제15조 제5항에 따른 신고 대상에 포함되지 않은 가설건축물도 문제된다. 시행령은 신고 대상인 가설건축물의 범위를 비교적 좁게 설정하고 있는데, 가설건축물은 본래 자유롭게 건축할 수 있는 것이 원칙이므로 신고 대상인 가설건축물보다 오히려 공법적인 통제의 필요성이 높은 가설건축물의 축조(건축)가 자유롭게 허용되는 문제가 발생하는 것이다.<sup>23)</sup> 이러한 문제를 해결하기 위해서는 신고 대상인 가설건축물의 범위를 확대하여, 면적, 규모, 구조, 용도 등이 일정 기준을 초과하는 경우 모두 착공 전 행정청에 신고하도록 규율하여야 한다.

### III. 가설건축물의 증축

#### 1. 증축의 개념과 의의

건축법은 건축이란 “건축물을 신축·증축·개축·재축하거나 건축물을 이전하는 것을 말한다.”라고 규정하며(제2조 제8호), 건축행위를 구성하는 개별 요소(신축, 증축, 개축, 재축, 이전)는 건축법 시행령에 의하여 정의된다. 동법 시행령 제2조 제2호에 따르면, 증축이란 “기존 건축물이 있는 대지에서 건축물의 건축면적, 연면적, 층수 또는 높이를 늘리는 것”을 말한다. 증축은 건축행위 이전 기준에 건축물이 존재함을 전제로 하며, 기재하는 건축물의 규모를 확장하는 행위는 새로운 위험을 창출하는 것과 같으므로 이를 건축법의 규율 대상인 건축행위에 포섭한다.

건축법 및 동법 시행령은 신축, 개축, 증축 등을 구분하여 규정하고 있으나, 이들은 허가요건 면에서는 전혀 차이가 없다. 건축법에 관계된 부분으로 국한하여 보자면,<sup>24)</sup> 신축, 개축, 증축, 이전 등이 건축행위에 포함된다는 것은 건축행위의 외연을 확장함으로써 건축법의 적용 대상을 넓히는 것일 뿐, 이들을 구별하는 것에는 실익이 없다.<sup>25)</sup>

#### 2 가설건축물의 증축

가설건축물은 건축물의 성립요건 중 일부를 결하는 구조물이다. 따라서 건축법을 엄격하게 해석하면 가설건축물은 건축법상 건축물에 해당하지 않는다고 볼 수 있고, 건축물의 증축은 ‘기존 건축물’을 전제하고 있기 때문에, 건축물이 아닌 가설건축물의 증축이 개념적으로 성립할 수 있는 것인지에 대해서도 의문이 제기될 수 있다. 그러나 다음의 점을 고려할 때 가설건축물의 증축은 개념적으로 성립할 수 있을 뿐만 아니라, 일정한 요건을 충족하는 가설건축물의 증축행위는 건축법의 통제를 받을 필요가 있다. 첫째, 건축법은 건축물에 대하여는 ‘건축’, 건축물이 아닌 공작물(가설건축물을 포함한다)에 대하여는 ‘축조’라는 표현을 사용하는데, 이미 축조된 공작물의 규모를 확장하는 행위 또한 ‘증축’이라 할 수 있을 것이고, 이미 건축법이 (비록 별도로 정의하고 있지는 않으나) ‘축조’라는 표현을 사용하고 있으므로 가설건축물의 증축이 건축법상 개념적으로 성립할 수 없다고 보기는 어렵다. 다만 건축법상 ‘증축’에 관한 규정은 건축행위를 전제하는 것이므로 (건축이 아닌) 축조행위에 속하는 가설건축물의 증축에는 원칙적으로 적용되지 않는 것일 뿐이다. 둘째, 가설건축물의 면적이나 층수를 확장하는 행위에 대하여 ‘증축’ 외에 이를 칭할 마땅한 표현이 없다. 셋째, 아래에서 더 자세히 다루겠지만, 가설건축물을 증축한 결과 허가·신고의 대상인 가설건축물 또는 통상의 건축물이 탄생한 경우, 건축법은 이와 같은 증축행위를 건축법의 적용 대상으로 포섭하여 해당 건축 또는 축조행위를 건축법의 통제하에 놓을 필요가 있다.

건축법의 규제 대상(즉, 가설건축물 축조신고나 허가의 대상)이 아닌 가설건축물을 증축하였으나 증축된 가설건축물이 여전히 건축법상 허가·신고의 대상이 아닌 경우, 해당 증축행위는 건축법의 통제를 받을 필요가 없다. 따라서 이러한 가설건축물은 별도의 건축법상 절차를 따를 필요 없이 자유롭게 증축할 수 있다고 보아야 한다. 그러나 증축 이전에는 허가·신고의 대상이 아닌 가설건축물이었으나 증축의 결과 허가·신고의 대상인 가설건축물이 되는 경우, 그러한 증축행위는 건축법이 규제의 필요성에 따라 허가 또는 신고의 대상으로 규정하는 건축물을 새로 창출하는 것에 해당하므로, 증축된 건물의 법적 성질에 따라 가설건축물 축조허가를 발급받거나 착공 전 신고하여야 한다. 증축에 따라 축조허가를 발급받아야 하는 예시로는 도시·군계획지역 내에 위치한 것으로서 조립식 경량구조로 된 외벽이 없는 임시 자동차 차고에 외벽을 추가한 경우<sup>26)</sup>를 들 수 있을 것이며, 증축에 따라 축조신고를 하여야 하는 예시로는 도시지역

23) 다만, 실무상으로는 이러한 건축물을 통상적인 건축허가(신고)의 대상으로 규율하는 것으로 보인다. 예를 들어, 김종보, 앞의 글, 355면 참조.  
 24) 반면, 국토계획법의 관점에서는 건축물의 신축, 개축, 증축 등을 엄격하게 구별할 필요성이 높다. 보다 자세히는, 김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018, 243면 이하 참조.  
 25) 위의 책, 45면.

중 주거지역에 설치된 농업·어업용 비닐하우스로서 당초 면적이 100제곱미터 이하였으나 증축 후 100제곱미터를 초과하게 된 경우<sup>27)</sup>가 이에 해당할 것이다.

상술한 경우들과 같은 가설건축물의 증축은, 증축 전후의 물리적인 변화는 증축에 해당한다고 볼 수 있지만, 가설건축물에 대한 허가·신고제를 운영함으로써 건축법의 통제가 필요한 특정한 종류나 규모의 가설건축물들을 규제한다는 건축법의 적용 국면에서는 가설건축물이 신축된 것에 준한다고 볼 수 있다. 따라서 허가·신고의 관점에서는 신축과 동일하게 다루어야 하며, 증축된 가설건축물은 같은 건축물 또는 가설건축물을 신축하는 경우와 동일한 요건을 충족하여야만 적법성이 확보될 수 있고, 이러한 결론에 대하여는 이견의 여지가 적을 것이다.

### 3 가설건축물을 증축한 결과 건축물이 되는 경우

그런데 같은 방법으로, 당초 (축조신고의 대상이거나 대상이 아닌) 가설건축물이었으나 증축의 결과 ‘토지에 정착’ 요건을 충족하여 건축법상 건축물이 탄생하게 되는 것 또한 가능하다. 가설전람회장<sup>28)</sup>으로 축조한 가설건축물을 증축하여 영구적인 전시시설로 사용하려는 경우, 농업용 간이작업장으로 축조한 가설건축물<sup>29)</sup>의 면적과 층수를 확장한 결과 객관적으로 토지에 정착하게 되었다고 볼 수 밖에 없게 된 경우 등이 이에 해당한다. 앞서 설명한 것과 동일한 논리에 따라, 위와 같은 가설건축물의 증축은 전후의 물리적인 변화는 증축에 해당하지만, 건축물의 건축허용성<sup>30)</sup>을 부여한다는 관점에서는 존재하지 않던 건축물이 신축된 것에 준하는 것이다. 따라서 건축허가의 관점에서는 신축과 동일하게 다루어야 하며, 증축된 건축물은 같은 건축물을 신축하는 경우와 동일한 요건을 충족하여야만 건축물의 적법성이 확보될 수 있다.

현재로서는 어느 정도의 면적이나 층수가 되어야 ‘토지에 정착’하였다고 볼 수 있는지에 대한 객관적인 판단기준이 없는 상황이므로, 위에서 열거한 사례들을 확장하여 ‘가설건축물을 증축한 결과 건축허가나 신고가 필요하게 되는 경우’를 일반화하기는 다소 어렵다. 그러나 증축 전후를 비교하였을 때 기존에는 토지에 정착하였다고 볼 수 없었으나 증축 이후에는 명백히 토지에 정착하여 있는 통상의 건축물이라고 판단할 수밖에 없는 사례를 드는 것은 얼마든지 가능하다. 이를테면 당초 조립식 구조의 단층이었던 간이작업장에 철근 콘크리트를 덧대어 3층 이상 규모의 작업장으로 규모와 면적을 확장한 경우가 이에 해당할 것이다.

가설건축물을 증축한 결과 새로운 허가나 신고가 필요한 가설건축물이 된 경우, 그리고 가설건축물을 증축한 결과 허가나 신고 대상인 통상의 건축물이 된 경우 모두, 허가나 신고의 발급 여부가 문제되는 건축(축조)행위의 태양은 신축이 아닌 증축이므로, 허가 또는 신고의 대상은 (신축이 아니라) 증축이어야 한다. 그러나, 전술한 바와 같이, 증축된 (가설)건축물에 대한 허가는 증축된 건축물을 기준으로 신축의 경우와 동일한 요건이 모두 충족된 경우에만 발급될 수 있을 것이다.

한편, 실무상으로는 가설건축물을 증축한 결과 통상의 건축물이 되는 경우 건축법이 그러한 건축행위를 예정하지 않다는 이유에서 허가청이 증축을 불허하는 경우가 있는 것으로 보인다.<sup>31)</sup> 그러나 건축법은 건축허가요건에 있어 신축과 증축을 구분하고 있지 않으므로, 증축의 방법으로 건축물을 신축하는 것이 건축법상 허용되지 않는 행위라고 보기 어렵다. 증축의 결과 건축된 건축물이 건축물이 적법하기 위하여 필요한 요건을 모두 갖추게 될 수 있는 상황이라면 굳이 기존의 가설건축물을 해체한 다음 새로운 건축물을 신축할 것을 강제할 필요가 없다.

26) 외벽이 없는 조립식 경량구조의 임시 차고는 건축법 제20조 제3항 및 동법 시행령 제15조 제5항 제7호에 의하여 축조신고의 대상이나, 외벽이 추가되는 경우 더 이상 위 조항의 적용을 받을 수 없어 건축법 제20조 제1항에 따라 허가의 대상이 될 것이다.

27) 건축법 시행령 제15조 제5항 제9호 참조.

28) 건축법 시행령 제15조 제5항 제2호에 따른 가설건축물.

29) 건축법 시행령 제15조 제5항 제11호에 따른 가설건축물.

30) 건축허용성의 문제에 관하여는, 김중보, “건축허용성의 부여와 반영”, 『서울대학교 법학』 제53권 제3호(2012. 9.) 등 참조.

31) 가령 각주 1)에서 소개한 사건의 경우, 허가청이 위와 같은 증축행위가 불가하다고 판단함에 따라 건축주는 허가청과 협의 후 건축물의 신축을 내용으로 하는 건축허가를 발급받은 다음 실제로는 가설건축물을 증축하게 되었다.



## IV. 가설건축물의 위법한 증축에 대한 통제

### 1. 불법건축의 의의와 유형

#### (1) 형식적 불법

불법건축이란 건축행위를 규율하는 법률(건축관계법)에 반하여 건축물을 건축하는 행위를 말한다.<sup>32)</sup> ‘건축행위를 규율하는 법률’에는 건축허가를 직접적으로 규율하는 건축법, 국토계획법 외 당해 법률의 제정목적에 따라 건축행위를 제한하는 도로법 등도 포함된다.

건축물의 건축과 관련된 규정은 건축허가요건(건축관계법에 따라 건축물이 적법하기 위하여 구비하여야 하는 각종 요건을 포함한 다)을 정하고 있는 것과 허가의 절차를 정하고 있는 규정으로 나눌 수 있다. 건축허가를 받지 않고 건축물을 건축하는 행위와 같이 건축물을 통제하기 위한 절차적 요건을 위반하는 행위는 허가요건에 반하는 건축물의 출현으로 이어질 수 있으므로 금지되어야 한다.<sup>33)</sup> 이처럼 건축행위가 적법하기 위한 절차적 요건을 위반하는 행위를 형식적 불법이라 한다.

건축법은 건축허가 없이 건축물을 건축한 자에 대하여는 2년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처할 수 있는 행정형벌 규정을 마련하고 있으며(제110조 제1호), 국토계획법에도 같은 취지의 조항이 있다(제140조 제1호). 형식적 불법으로 인한 행정형벌은 건축물의 건축이 완료되었는지 여부 및 완공된 건축물에 실질적 불법이 있는지와는 무관하게 부과될 수 있다. 이는 형식적 불법은 그 자체로 건축관계법의 내용에 반하는 건축물을 발생시키는 위험을 내포하므로 용인될 수 없기 때문이다.

형식적 불법이 있는 건축물의 공사가 진행 중인 경우, 허가권자는 공사의 중지를 명할 수 있다(건축법 제79조 제1항). 건축법은 허가청의 공사중지명령을 위반한 건축행위를 행정형벌 부과 사유로 명시하고 있지는 않으나, 대법원은 공사중지명령에도 불구하고 공사를 계속하여 건물을 완공하였다면 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정 기간 계속하여 행한 것이라는 입장이다.<sup>34)</sup> 또한, 공사중지명령 등 시정명령에도 불구하고 건축주가 시정기간 내 시정명령을 이행하지 않은 경우 허가청은 건축주에게 이행강제금을 부과할 수 있다(건축법 제80조 제1항). 단, 형식적 불법이 있는 건축행위가 이미 종료한 경우에는 더 이상 형식적 불법의 시정이 불가한 것이므로 그에 대한 시정명령 및 시정명령을 전제로 하는 이행강제금을 부과할 수 없다.<sup>35)</sup>

#### (2) 실질적 불법

건축물이 건축허가요건을 충족하지 못하는 경우 이를 실질적 불법이라고 한다.<sup>36)</sup> 건축물이 외형상 적법한 절차에 의하여 건축되었다 하더라도, 완공된 건축물이 건축허가요건에 위배된다면 건축물의 안전을 확보하고 도시계획의 내용을 관철하려는 건축관계법의 궁극적 목적이 달성될 수 없다. 따라서 건축관계법은 사후적으로라도 실질적 불법이 있는 건축물을 시정하거나 제거할 수 있어야 한다.

건축법은 건축물이 “이 법 …에 위반되는 대지나 건축물”에 대하여 시정명령을 할 수 있다고 규정하여(제79조 제1항), 형식적 불법 없이 실질적 불법만 있는 건축물에 대하여도 허가권자가 불법을 시정하기 위한 적절한 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 형식적 불법의 경우와 마찬가지로, 시정명령을 받은 자가 이를 기한 내에 이행하지 않는 경우 허가권자는 이행강제금을 부과할 수 있다(제80조 제1항).

### 2. 위법한 가설건축물에 대한 통제

건축법에 따르면 허가권자는 건축법 및 건축법에 따른 명령이나 처분에 위반되는 건축물에 대하여 허가 또는 승인을 취소하거나, 공사의 중지를 명하거나, 건축물의 해체·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다(건축법 제79조 제1항).

그런데 위 조항은 문언상 위반 “건축물”에 적용되는 것이므로, 엄밀하게 본다면 건축법상 건축물에 해당하지 않는 기한부건축물이

32) 김종보, “건축의 개념과 불법건축”, 『공법연구』 제29집 제1호(2000. 11.), 524면.

33) 김종보, 위의 글, 525면.

34) 대법원 1997. 10. 10. 선고 97도1834 판결.

35) 대법원 1991. 10. 25. 선고 90누8251 판결.

36) 김종보, 위의 글, 525면.

나 좁은 의미의 가설건축물이 건축법 등의 내용에 반하여 위법한 경우에도, 허가청이 위 제79조 제1항 등에 따른 조치를 취할 수 있는지 문제된다. 건축법은 건축물에 적용되는 모든 조항이 원칙적으로 기한부건축물을 포함한 가설건축물에도 적용되는 것을 원칙으로 일정 조항들의 적용을 배제하는 조항을 두고 있는데(제20조 제5항), 위 조항은 허가권자가 위반 건축물에 대하여 취할 수 있는 조치들을 규정하는 조항(제79조, 제80조 등)의 가설건축물에 대한 적용을 배제하지 않고 있으며, 형식적·실질적 불법이 있는 가설건축물에 대한 제재는 건축법의 목적을 달성하기 위하여 반드시 필요한 행위라고 평가할 수 있다는 점에서, 허가권자는 위법한 건축물에 대하여 행사할 수 있는 통제수단을 위법한 가설건축물에 대하여도 마찬가지로 행사할 수 있다고 봄이 타당하다.

따라서, 기한부건축물이 그 허가요건에 관한 규정(건축법 제20조 제2항, 동법 시행령 제15조 제1항, 국토계획법 제64조)이나 기타 건축법상 기한부건축물에 적용되는 안전요건 등을 준수하지 않은 경우 이는 실질적 불법에 해당하며, 허가청은 시정명령(건축법 제79조 제1항) 및 이에 기한 이행강제금(제80조 제1항)을 부과할 수 있다고 보아야 한다. 좁은 의미의 가설건축물에 실질적 불법이 있는 경우에도 같은 결론일 것이다. 다만 건축법 제20조 제5항 및 동법 시행령 제15조 제6항에 따르면 건축물에 적용되는 건축법 규정의 대부분은 가설건축물에 대하여는 적용되지 않으므로, 가설건축물의 실질적 불법은 통상의 건축물보다 그 범위가 매우 좁다.

건축물에 대한 대물적 제재와는 별개로, 건축법은 제20조 제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 가설건축물을 건축한 자는 2년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하고(제110조 제3호), 제20조 제3항에 따른 신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고한 경우 5천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하는 등(제111조 제1호), 가설건축물에 형식적 불법이 있는 경우 건축주를 처벌할 수 있도록 하고 있다.

### 3. 가설건축물의 불법 증축에 대한 통제

#### (1) 불법 증축의 통제 수단

건축주가 증축에 필요한 건축허가를 발급받거나 신고의무를 이행하지 않고 가설건축물을 증축한 경우, 허가청은 증축행위의 중지 및 기타 필요한 조치를 명할 수 있고(건축법 제79조 제1항), 건축주가 시정명령을 이행하지 않는 경우 이행강제금을 부과할 수 있다(제80조 제1항). 그러나 이미 증축이 완료된 뒤에는, 절차적 하자를 이유로는 더 이상 시정명령이나 이행강제금을 부과할 수 없고, 제110조에 따른 행정형벌의 부과만 가능할 것이다.

증축된 가설건축물이 건축관계법령상 요구되는 실제적인 요건을 결여한 경우, 해당 건축물의 관리청은 위반 건축물의 위법성을 해소하기 위하여 필요한 적절한 조치를 명할 수 있고(제79조 제1항), 여기에는 사후허가의 신청 및 발급, 건축물의 해체 등이 포함될 수 있다. 또한 시정기간 내에 위반사항이 시정되지 않는 경우 이행강제금을 발할 수 있으며, 실제적 불법에 대한 이행강제금은 법령이 정하는 범위 내에서 위법상태가 해소될 때까지 반복적으로 부과할 수 있다.

#### (2) 증축이 위법하다고 볼 수 없는 경우

일부 가설건축물은 신고 대상인 가설건축물보다 규모나 면적 또는 법적 통제의 필요성이 더 크어도 불구하고 아무런 규제 대상이 되지 않는 경우가 있다. 가령 건축법 및 동법 시행령<sup>37)</sup>은 ‘야외흡연실 용도로 쓰는 가설건축물로서 연면적이 50제곱미터 이하의 것’을 신고 대상인 가설건축물로 지정하고 있는데, 야외흡연실을 증축하여 60제곱미터가 된 경우가 이에 해당하며, 이론상으로는 그보다 훨씬 큰 구조물을 ‘가설건축물’로서 축조하는 것도 가능할 것이다. 앞서 설명한 바와 같이 건축물과 가설건축물을 나누는 ‘토지에 정착’ 요건을 객관적으로 판단하기 어렵다는 사정과 이와 같은 입법상의 공백으로 인하여, 정착의 정도가 큰 구조물을 가설건축물로 볼 것인지, 아니면 통상의 건축물로 보아 건축허가 또는 신고의 대상으로 볼 것인지는 실무상 허가청의 재량에 달려있는 것으로 보인다.<sup>38)</sup> 그리고 각 허가청별로 건축물과 가설건축물의 구별 기준이 상이하기 때문에, 어떤 지역에서는 가설건축물에 해당하는 구조물이 다른 지역에서는 건축물로 취급받는 경우도 빈번하여, 행정의 법적 안정성과 예측 가능성을 저해하고 있다.

헌법 제23조 제1항은 모든 국민의 재산권은 보장되며, 그 내용과 한계는 법률로 정하여야 한다고 규정한다. 법률이 정하는 범위 내에서 토지를 자유롭게 이용할 권리는 헌법에 의하여 보호받는 재산권의 행사 방법이며, 따라서 건축법 등 관계 법령의 명시적인 제한이 없는 한 토지소유자는 토지를 자유롭게 이용할 수 있어야 한다. 이러한 원칙에서 허가나 신고의 대상이 아닌 가설건축물은 자유롭게 건축할 수 있어야 한다는 가설건축물 건축의 자유가 도출된다. 가설건축물의 상한을 정하지 않아 건축허가 또는 신고에 따라 규율되어야

37) 제15조 제5항 제15호.

38) 건축법 시행령은 좁은 의미의 가설건축물에 해당하는 구조물을 건축조례로 정할 수 있다고 규정하지만(제15조 제5항 제16호), 실제로 이에 대한 조례를 제정한 허가청은 많지 않은 것으로 파악된다.

할 건축물이 가설건축물로 간주되어 통제범위 밖에 놓이는 것은 입법 공백에 따른 중대한 부작용이지만, 행정청이 그러한 부작용의 존재를 이유로 법률상에 명시된 근거 없이 가설건축물의 범위를 축소하는 것은 국민의 기본권에 대한 위헌적인 제한이다. 따라서 어떠한 구조물이 신고 대상인 좁은 의미의 가설건축물이 아니라는 이유만으로 곧바로 이를 건축허가의 발급을 요하는 건축물로 간주하여서는 아니 되고, 신고 대상인 가설건축물을 증축하여 신고 대상으로 규정된 범위를 벗어나게 되었지만 건축법상 건축물의 요건을 충족하지 못하는 공작물은 모두 신고의무가 없는 가설건축물로 보아야 하고, 따라서 그와 같은 증축행위에는 아무런 허가나 신고의무가 없다고 보아야 할 것이다.

## V. 결론

건축법상 가설건축물에 관한 규정은, 건축법 제정 이후 도시의 발전 과정에서 정책적·실무적인 필요에 따라 체계적인 고려 없이, 명확한 정의조항조차 없는 상태에서 허가·신고 요건을 더하고 빼는 방식으로 여러 차례 개정되어 왔다. 그 결과, 가설건축물에 대해 규율하는 건축법 제20조 및 동법 시행령 제15조는, 이른바 기한부건축물과 좁은 의미의 가설건축물 간의 관계를 명확히 하지 못하고, 오히려 연혁적으로 별개의 과정을 거쳐 발전한 서로 다른 유형의 가설건축물을 동일한 분류 아래에 둬으로써 규제상의 혼란을 가중시키고 있다.

앞서 살펴본 것과 같이, 가설건축물을 증축하는 경우 기존에는 아무런 건축법상 규제를 받지 아니하다가 신고나 허가의 대상인 가설건축물로 되는 경우, 그리고 가설건축물을 증축한 결과 건축법상 건축물에 요구되는 모든 요건을 충족하여 통상의 건축물이 되는 경우 또한 현실적으로 상정할 수 있다. 이러한 경우, 비록 건축허용성의 관점에서는 기존에 존재하지 않던 건축물이 신축되는 경우에 준한다고 볼 수 있겠으나, 허가나 신고의 대상은 행위의 태양에 따라 신축이 아닌 증축행위라고 보아야 한다. 그리고 증축된 (가설)건축물은 가설건축물 또는 건축물이 적법하기 위하여 필요한 신고 또는 허가요건을 모두 충족하여야 할 것이다.

가설건축물에 대해서는 통상적인 건축물에 적용되는 건축법상의 안전 및 도시계획 규제 중 많은 수가 적용 배제되며, 따라서 가설건축물의 범위가 확대될수록 도시계획을 집행하고 건축물의 안전을 도모하려는 건축관계법령의 궁극적인 목적이 저해되는 측면이 있다. 그러나 다른 한편으로 재산권의 제한은 법령에 의하여만 가능하며, 토지소유자에게는 원칙적으로 가설건축물을 자유롭게 건축할 자유가 있는 것이므로, 명문의 근거 없이 임의로 가설건축물의 범위를 좁힘으로써 가설건축물의 증축을 불법으로 규정하고 이를 통제하는 것은 행정권의 적법한 집행으로 볼 수 없다. 이러한 관점에서, 가설건축물을 증축하는 방법으로는 건축물을 신축할 수 없다는 일부 실무상의 결론은 타당하지 않으며, 증축된 건축물이 건축법상 요구되는 요건을 모두 충족한다면 굳이 이를 불허할 이유가 없다. 또한 신고 대상인 가설건축물을 증축한 결과 신고 대상으로 규정된 범위를 벗어나게 되었으나, 동시에 건축법상 건축물이 되기 위한 요건을 충족한다고 보기에 어려운 경우, 그러한 증축에는 아무런 허가나 신고 의무가 없다고 보아야 한다.

투고일 2024. 2. 24. 심사완료일 2024. 3. 10. 게재확정일 2024. 3. 15.

## 참고문헌

김종보, 『건설법의 이해』(제6판), 피데스, 2018.

김종보, “건축의 개념과 불법건축”, 『공법연구』 제29집 제1호(2000. 11.).

김종보, “가설건축물의 개념과 법적 성격”, 『행정법연구』 제12호(2004. 10.).

김종보, “건축허용성의 부여와 반영”, 『서울대학교 법학』 제53권 제3호(2012. 9.).

배선혜 / 이여경 / 김민지, “가설건축물 제도의 문제점 및 개선방안 연구”, 『대한건축학회논문집』 제39권 제9호(2023. 9.).

ABSTRACT

## Regulation of Extension for Temporary Buildings

David Gyuhyeon Sim\*

While the Building Act includes a separate provision (Article 20) for temporary buildings, distinct from (permanent) buildings, it does not offer a formal definition for these temporary constructions. As a result, there arises an interpretational challenge in distinguishing between temporary buildings and buildings. The commonly accepted perspective defines temporary buildings as structures that do not satisfy the criterion of "fixed on land," one of the requirements for a building stipulated under Article 2 of the Building Act. However, the requirement of "fixed on land" cannot be uniformly evaluated based on a single standard; instead, it necessitates a comprehensive assessment considering factors such as scale, form, structure, materials, and purpose. Consequently, and practically, there may be instances where temporary buildings, which were initially not "fixed on land," acquire this requirement as a result of expansion. It is obvious that building permits or notifications are required when extending temporary buildings to construct (permanent) buildings. However, further consideration is necessary regarding the content and scope of such permits or notifications. If the structure resulting from extending a temporary building satisfies all the requirements for a (permanent) building, the physical changes before and after the extension would constitute an extension under the Building Act, but in terms of granting building permissibility ("건축허용성"), the extension is comparable to a new construction and therefore should be treated the same as a new construction under the Building Act. Nevertheless, the fact that a building permit for a new construction is required to extend a temporary building does not necessarily imply that "constructing a (permanent) building through extending a temporary building" is not permissible.

**Keywords:** Building Act, extension, building permit, temporary building, provisional building

---

\* Attorney at Law, Bae, Kim & Lee LLC