

건설계획법을 통한 환경보호

-독일 건설법전(BauGB)의 示唆-

金 鉉 載*

목차

- | | |
|------------------------------|------------------------|
| I. 머리말 | 2) 계획지침규정 |
| II. 환경보호수단으로서의 건설계획법 | 3) 형량에서의 환경보호이익 |
| 1. 독일의 건설계획법 | 4) 환경보호규정의 형량유도강도 |
| 2. 건설계획법의 환경보호적 역할 | IV. 건설계획법을 통한 구체적 환경보호 |
| III. 건설계획법상 환경보호를 위한 형량 유도규범 | 1. 대기환경보호 |
| 1. 계획법과 형량명령 | 2. 소음방지 |
| 2. 형량유도규범 | 3. 토양환경보호 |
| 3. 건설계획법에서 환경보호를 유도하는 규정 | 4. 자연환경보호 |
| 1) 계획목표규정 | 5. 물환경보호 |
| | V. 맺음말 |

I. 머리말

최근 우리 국토가 개발과정에서 많이 손상되고 있지만, 여기에 관한 규제와 관리를 위한 법이라고 할 수 있는 국토이용관리법, 도시계획법 등이 제 기능을 하지 못하고 있다는 지적이 높아지고 있다).

* 경북대학교 법과대학 강사

1) 조선일보 2000년 5월 22일 1쪽 : "국토가 파괴되고 있다. 온 나라의 들과 산, 강, 바다가 개발이란 이름아래 무참히 파헤쳐지고 짓밟히고 있다. …… 그러나 우리에게겐 전 국토를 하나의 재산으로 보고 기획하는 장기 마스터플랜이 없다. 국토이용관리법, 도시계획법 등 규제와 관리를 위한 법이 난립하고 있지만, 이 법들을 관통하는 일관된 국토이용철학이 없다. …… 이제 이 탐욕스러운 국토 파괴의 행진을 멈춰야 한다. 회복불능의 단계에 빠지기 전에 제동을 걸어야 한다. 그렇지 않으면 우리가 국토를 황폐화시키는 그만큼, 더불어 우리의 삶도 급속히 황폐해질 것이다."

국토의 개발과정에서 발생하는 환경침해에 대한 법적 보호는 바로 그 개발이 바탕을 두고 있는 법을 통해서 해결하는 것이 가장 효율적일 것이다. 말하자면 토지이용의 계획단계에서 환경보호의 고려를 함으로써, 예상되는 환경침해를 사전에 배려할 수 있다는 뜻이다. 이를 위하여 먼저 계획과정에서 환경보호라는 현대적 이익(Belange)이 다른 이익과의 형량에 있어서 충분히 고려될 수 있도록 하는 입법적 장치가 필요하며, 나아가 환경보호방향으로 유도된 형량결과를 구체적으로 실현할 수 있는 계획수단 역시 입법을 통해 마련할 필요가 있다. 그리고 우리 나라의 토지이용계획에 관한 대표적 법이라고 할 수 있는 국토이용관리법이나 도시계획법이 환경보호적인 기능을 못했다는 점은, 계획형량에 대한 체계적 이해를 포함한, 계획법의 환경보호수단으로서의 현대적 역할에 대한 연구가 부족했다는 사실과도 많은 관련이 있을 것 같다.

독일의 경우, 개별환경 각 영역에서 고유한 환경법제가 발달되어 있는 것과는 별도로, 토지이용계획에 관한 법률 그 자체에서도 환경보호문제를 중요시하고 있으며, 그 중요성에 대한 인식은 날로 커지고 있다. 이는 환경법상 사전배려의 원칙이 무엇보다 중요하다는 점과 환경보호수단으로서의 계획법의 역할을 생각할 때, 바람직한 방향이라고 볼 수 있으며, 이 점이 부족한 우리 법제에 시사하는 바가 커다고 하겠다. 특히 건설법전(Baugesetzbuch, 약칭 : BauGB)을 주된 法源으로 하는 도시계획법(Stadtplanungsrecht) 혹은 도시건설법(Städtebaurecht)이라고도 불려지는 독일의 건설계획법(Bauplanungsrecht)은²⁾ 개발과 계획 그리고 환경보호 등을 조화시키고 있다는 점에서, 이 건설계획법을 통한 환경보호의 방법은 앞서 제기한 문제의 해결을 위해서 검토가치가 충분하다고 할 수 있다.

2) Vgl. Brohm, Öffentliches Baurecht, 1999, § 1 Rn. 1.

II. 환경보호수단으로서의 건설계획법

1. 독일의 건설계획법

독일에서 건설계획법은 건설공법(öffentliches Baurecht)에 속한다. 여기서 건설공법이란 건설물의 건립의 허가(Zulässigkeit), 제한(Grenzen), 정비(Ordnung) 및 촉진(Förderung)에 관한 법 및 그 용도에 맞는(bestimmungsgemäß) 이용에 관한 일체의 법을 말한다³⁾. 이러한 건설공법에는 건설계획법 외에도 건설질서법(Bauordnungsrecht)이 포함된다. 건설계획법은 지방자치단체 내에서 공간이용을 확정하는 기능을 하며, 토지와 관련되는(flächenbezogen) 연방법(Bundesrecht)인 반면에, 건설질서법은 구체적인 건설물에 대한 경찰법적 요구를 규율하며, 대상과 관련되는(objektbezogen) 주법(Landesrecht)이다⁴⁾.

건설계획법은 전통적으로 토지의 법적 성질과 이용가능성을 확정하는 임무를 가지고 있다⁵⁾. 따라서 건설계획법규는 대지의 건설적 이용 및 기타 이용을 준비하고 유도하는 사항을 규정하고 있으며, 이는 특히 토지의 법적 성질을 확정하는 계획을 수단으로 채택하고 있다⁶⁾. 건설계획법은 실정법상 건설법전(Baugesetzbuch, 약칭 : BauGB)을 주된 내용으로 하고 있으며, 건설법전에 근거하여 제정된 하위법령들인 건설이용령(Baunutzungsverordnung, 약칭 : BauNVO), 가치심사령(Wertermittlungsverordnung, 약칭 : WertV), 계획표시령(Planzeichenverordnung, 약칭 : PlanZV) 등도 여기에 포함된다⁷⁾. 이 건설계획법은 실무상 가장 중요한 계획이라고 할 수 있는 건설기본계획(Bauleitplanung)에 관한 법을 주된 내용으로 하고 있다⁸⁾.

3) Peine, Öffentliches Baurecht, 1997, § 8 Rn. 108; Krautzbeger, in: Battis/Krautzbeger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 1999, Einl. Rn. 3.

4) Battis, Öffentliches Baurecht, 1999, S. 1.

5) BVerfG, Rechtsgutachten vom 16.6.1954-1 PBW 2/52-BVerfGE 3, S. 423 f.

6) Erbguth/Wagner, Bauplanungsrecht, 1998, Rn. 48.

7) Ebenda.

8) Krautzbeger, in: Battis/Krautzbeger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 1999, § 1 Rn. 1.

2. 건설계획법의 환경보호적 역할

토지의 법적 성질과 이용가능성을 확정하는 것을 주임무로 하는 독일의 건설 계획법이 오늘날 현대 환경정책을 실현하는 중심적 수단으로 간주되고 있는 사실에 주목할 필요가 있다⁹⁾. ‘건설계획법의 생태화(Ökologisierung)’라는 표현이 등장하는 것도¹⁰⁾ 같은 맥락에서 이해해야 한다.

환경보호수단으로서 계획과 계획법의 중요성은 복잡한 사실관계의 해결에 적합하다는 데서 찾을 수 있다. 계획은 전형적으로 복잡한 이해구조의 형성과 관련된다. 따라서 계획은 다양한 환경오염을 파악하고, 장기적인 안목으로, 특히 국토와 관련된 환경문제를 해결하는 데 적절한 수단이다¹¹⁾. 환경문제와 관련되는 수많은 이해관계상충의 해결에 있어서 비계획적인 행정수단인 급부적 행정(leistende Verwaltung)이나 침해적 행정(eingreifende Verwaltung)만으론 한계가 있으며¹²⁾, 형성의 자유를 본질적 내용으로 하는 계획이 여기에서 효율적 수단으로 등장할 수 있고, 이는 환경법상 원칙인 사전배려의 원칙이나 협력의 원칙과도 조화될 수 있다¹³⁾.

행정의 행위형식 중 이러한 계획에 속하는 도시계획에 관한 법인 건설계획법은 특히 복잡한 환경문제를 사전배려적으로 해결하는 데 적절한 수단이라고 할 수 있다. 최근 1998년에 전면개정된 독일의 건설법전이 이를 대폭 반영한 것도, 건설계획법의 환경보호수단으로서의 역할에 대한 인식증대에서 기인하는 것이며¹⁴⁾, 아울러 국가의 환경보호의무를 규정한 기본법

9) Krautzbeger, a.a.O., § 1a Rn. 1; Brandt, Altlastenrecht, 1993, S. 301.

10) Erguth, Grundfragen des neugefaßten Städtebaurechts im Verhältnis zum Umweltrecht, VR 1999, S. 119.

11) Brandt, Altlastenrecht, 1993, S. 301; Book, Bodenschutz durch räumliche Planung, 1986, S. 25.

12) Steiger, Umweltschutz durch planende Gestaltung, ZRP 1971, S. 135; Wahl, Genehmigung und Planungsentscheidung, DVBl. 1982, S. 52.

13) Schmidt-Aßmann, Struktur und Gestaltungselemente eines Umweltplanungsrechts, DÖV 1990, S. 169.

14) BT-Drucks. 13/6392; Schink, Die Berücksichtigung von Umweltbelangen in der Bauleitplanung, BauR 1998, S. 1164; Erguth, VR 1999, S. 119.

제20a조를 구체화하고 있는 것이다¹⁵⁾. 독일 건설법전 제1조 제1항에 따라, 건설기본계획은 지방자치단체에 있는 대지의 건설적 이용 및 그밖의 이용을 준비하고 유도하는 것을 그 기본과제로 삼고 있지만, 이때 계획주체는 이러한 계획과정에서 환경보호이익을 고려해야 함을 새로운 건설계획법은 분명히 했으며, 건설기본계획을 통해 구체적으로 환경이 보호될 수 있는 가능성을 확대시키고 있다.

III. 건설계획법상 환경보호를 위한 형량유도규범

1. 계획법과 형량명령

연방행정법원이 일찍이 확인한 바와 같이¹⁶⁾, 계획주체의 계획권한에는 어느 정도 확충된 형성자유의 여지를 포함하며, 이러한 형성의 자유가 없는 계획은 그 자체가 모순일 수 밖에 없을 것이다. 이와 같이 제한된 사법심사의 대상이 되는 계획상 형성의 자유는 계획법규범의 대표적 특질이라고 할 수 있다. 그러나 계획상 형성의 자유가 바로 계획의 자유를 뜻할 수는 없고, 법치주의 요청상 계획에 있어서 형량이 요구되는데, 이러한 의미에서 계획상 형성의 자유란 결국 “형량조건부 자유영역”라고 이해해야 한다¹⁷⁾. 이 형량명령을 입법화한 것이 건설법전 제1조 제6항¹⁸⁾이라고 할 수 있지만, 형량명령은 반드시 이 규정을 전제로 하는 것이 아니라, 법치주의의 요청상 명시적인 형량명령에 관한 규정이 없이도 요구된다고 할 수 있다¹⁹⁾.

15) Erguth, a.a.O.

16) BVerwG, Urteil vom 12.12.1969-4C 105.66-, BVerwGE 34, S. 304.

17) Vgl. Erguth/Wagner, Bauplanungsrecht, 1998, Rn. 222.

18) 독일 건설법전(BauGB) 제1조 제6항 : “건설기본계획을 세움에 있어서 공익과 사익을 서로 정당하게 형량해야 한다.”

19) Peine, Öffentliches Baurecht, 1997, Rn. 137; Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 1998, Rn. 704. 바로 이 점에 근거하여 독일 건설법전 제1조 제6항과 같은 명시적 형량명령 규정

그리고 계획형량을 함에 있어서 형량을 유도하는 규정들을 먼저 파악할 필요가 있으며, 이는 이른바 형량유도규범에 대한 정확한 해석을 전제로 한다. 즉 건설계획법이 환경보호방향으로 형량을 유도하는 규정을 담고 있는 경우에도, 그 유도강도(Steuerungsintensität)에 대하여 평가해야 하며, 이를 위해 건설계획법에서 규율하고 있는 다양한 형량유도규범에 대해 검토할 필요가 있다.

2. 형량유도규범

유도규범이라고 부른다. 형량유도규범은 계획과정에서 고려의 여지가 없이 엄수해야 하는, 즉 계획형량을 통해 극복될 수 없는 계획엄수규범(Planungsleitsätze)²⁰과는 구별되는 것이다. 따라서 형량유도규범이란 단지 계획의 틀에서 고려할 것을 요구하는 것이고, 형량을 통해서 극복가능한 것이다.

이와 같이 계획엄수규범과는 구별되는 형량유도규범을 다시 '考慮의 명령'(Berücksichtigungsgebote)과 '최적화명령'(Optimierungsgebote)으로 구분할 수 있다.

첫 번째, 고려의 명령이란 형량에 있어서 단순한 고려만을 요구하는 것을 뜻한다. 말하자면 고려의 명령으로 분류되는 이익을 형량과정에 포함시키고, 다른 이익과 이익형량되도록 해야 한다는 것이다²¹). 이러한 고려의 명령은 그 유도강도(Steuerungsintensität)가 특별히 높지 않음을 특징으로 한다²²). 고려의 명령들간의 관계는 추상적으로 동등한 중요성을 가지

이 없는 우리나라에서도 이 형량명령이 요청될 수 있다고 할 수 있다.

20) 여기서 계획엄수규범으로 번역한 Planungsleitsätze를 직역하면, '계획지도원칙' 정도로 번역가능하겠지만, 이 용어가 가지는 본질적인 의미가 고려의 가치가 없이 엄수해야 한다는 데 있음에 비추어 계획엄수규범이란 용어가 적절하리라 본다. 이는 가령 Planungseitlinien과 같이 전혀 의미가 다르지만, 직역할 경우 유사하게 번역될 수 있는 용어와의 혼동을 피해야 한다는 점도 고려한 것이다.

21) Stüer, a.a.O., Rn. 709.

며, 그들간 이익충돌의 해결방법으로서 미리 정해져 있는 어떤 것도 없다²³⁾.

두 번째, 최적화명령이란 넓은 의미로는 고려의 명령에 포함한다고도 할 수 있겠지만, 앞서 본 고려의 명령과 같은 단순한 고려가 아니라, 특별한 고려를 요하는 규범이다. 최적화명령의 기능은 이 명령이 요구하는 이익에 특별한 의미가 부여되며, 그 범위에서 계획상 형성의 자유가 제한된다²⁴⁾. 그리고 최적화명령인 규범은 고려의 명령인 규범에 비하여 형량에 있어서 일반적으로 우위를 가진다. 그리고 구체적인 경우에 고려의 명령이 최적화명령보다 예외적으로 우위를 가지는 경우도 가능하지만, 이 경우 특별한 논거의 제시(besondere Begründung)가 필요하다²⁵⁾. 따라서 이러한 의미에서의 최적화명령(Optimierungsgebot)이란 곧 상대적 우위(relativer Vorrang)를 가지는 규범을 가리킨다고 할 수 있다²⁶⁾. 하지만 독일 연방행정법원의 판례²⁷⁾에 의해서 만들어진 이 최적화명령이라는 용어에 관해서는 매우 주의할 점이 있다. 우선, 이 연방행정법원에서 만든 최적화명령이란 용어를 매우 확대해석한 일부 견해가 있다는 것이다²⁸⁾. 그리고 계획법과도 많은 관련이 있는 독일의 이론법학에서 같은 표현의 '최적화명령'(Optimierungsgebote)이라는 개념을 사용하는 경우가 있다는 점이다²⁹⁾. 아울러 이러한 계획법상의 최적화명령에 대해 최근 비판이 강하게 제기되

22) Pfeifer, Regeln und Prinzipien im Bauplanungsrecht, DVBl. 1989, S. 343.

23) Funke, Die Lenkbarkeit von Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis zugunsten des Umweltschutzes, DVBl. 1987, S. 516.

24) BVerwG, Urteil vom 22.03.1985-4C 73.82-BVerwGE 71, S. 165.

25) Pfeifer, DVBl. 1989, S. 343.

26) Dreier, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, 1995, S. 121; Sandler, Die Bedeutung des Abwägungsgebots in § 1 Abs. 6 BauGB, UPR 1995, S. 45.

27) Urteil vom 22.03.1985-4C 73.82-BVerwGE 71, 163 ff.

28) Hoppe, Die Bedeutung von Optimierungsgeboten im Planungsrecht, DVBl. 1992, S. 859.

29) Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 76 이러한 R. Alexy가 말하는 최적화명령은 여기서 이야기하는 이론바 '계획법상 최적화명령'과도 많은 관련이 있긴 하지만, 보다 넓은 개념이라고 할 수 있다. 말하자면 Alexy가 이야기하는 최적화명령에는 '여기서의 최적화명령'과 앞서 언급한 '고려의 명령'을 모두 포괄하는 개념이라는 점도만 이 글에서 언급하고자 한다.

고 있다는 점도³⁰⁾ 참고할 필요가 있다.

3. 건설계획법에서 환경보호를 유도하는 규정

위에서 살펴 본 형량명령 및 형량유도규범에 대한 일반적 이해를 토대로, 구체적으로 건설계획법에서 규정하고 있는 형량유도규범 중 환경보호를 위한 규정, 즉 환경보호유도규정을 검토해 볼 필요가 있다.

1) 계획목표(Planungsziele)규정

독일 건설법전(BauGB) 제1조 제5항 제1문에 따르면 “건설기본계획은 지속가능한 도시건설개발(nachhaltige städtebauliche Entwicklung)과 일반의 복리(Wohl der Allgemeinheit)에 적합하고 사회정의에 맞는 토지이용(sozialgerechte Bodennutzung)을 확보해야 하며, 인간존중적인 환경을 확보하고 자연적 생활토대를 보호하고 개발하는 데 기여해야 한다”고 규정하고 있다. 계획목표조항이라고 불리는³¹⁾ 이 규정은 1998년 건설법전의 전면개정을 통해 새롭게 규정된 것으로서, 오늘날 환경법에서 자주 거론되는 ‘지속가능한 개발’(nachhaltige Entwicklung)의 원칙을 건설계획법에서 구현한 것이다³²⁾. 여기서 지속가능한 도시건설개발, 말하자면 건설계획법상 지속가능한 개발이라 함은 도시건설에 대한 사회적·경제적 요구를 도시의 생태적 기능과 조화되도록 개발한다는 뜻으로 새길 수 있다³³⁾. 따라

30) 여기에 관해선 Brohm, Öffentliches Baurecht, 1999, § 13 Rn. 9 f., 12 및 이 문헌에 나오는 다른 문헌 참조.

31) 계획목표조항이라는 표현 이외의 다른 용어를 사용하는 경우도 있지만, 용어에 관해서는 큰 문제의 여지는 없을 것 같다. 다양한 용례에 관해서는 Dreier, a.a.O., S. 167, 185.

32) Bunzel, Nachhaltigkeit – ein neues Leitbild für die kommunale Flächennutzungsplanung, NuR 1997, S. 584.

33) 이는 건설법전(BauGB)과 함께 1998에 전면개정된 독일의 국토정비법(Raumordnungsgesetz)에서 ‘지속가능한 국토개발’에 관해서 동법 제1조 2항 1분에서 “국토에 대한 사회적·경제적 요구를 그 생태적 기능과 조화를 이루며, 지속적·광역적으로 균형잡힌 국토질서로 유도하는 국토개발”이라고 개념정의하는 데에서 유추한 것이다.

서 건설계획법상 지속가능한 개발은 사회적·경제적·생태적 이익들간의
정당한 조절 내지는 조정을 도모한 것이다³⁴⁾.

2) 계획지침(Planungsleitlinien)규정

건설법전 제1조 제5항 제2문은 전술한 지속가능한 도시건설개발의 계획목표를 구체화하는 다양한 계획지침을 규정하고 있다. 이 규정에 따르면 건설기본계획의 수립에 있어서 특히 일정한 사항을 고려해야 한다고 하는데, 그 중에서도 환경보호와 관련되는 것은 제7호의 사항, 즉 동법 제1a조에 따른 환경보호이익을 고려해야 한다는 규정을 들 수 있다.

그리고 제1호에 따르면 건강한 주거·노동관계 및 주거민·직장인의 안전에 대한 일반적 요구가 고려되어야 한다고 규정하고 있는 것도 환경보호와 무관하지 않는 것이다. 따라서 지속가능한 개발이라고 할 수 있는 계획목표를 구체화하는 계획지침 중 특히 제7호나 제1호와 같은 환경보호이익이 건설법전에서 명시됨으로써 계획수립단계에서 환경보호가 고려될 수 있는 입법적 바탕이 마련되어 있다고 하겠다.

3) 형량에서의 환경보호이익

전술한 계획목표규정과 계획지침규정을 통해서 환경보호를 유도하는 방향으로 형량이 행해질 수 있는 가능성이 있음을 살펴보았다. 그리고 이 점은 1998년 건설법전의 개정에서 '형량에서의 환경보호이익'(umweltschützende Belange in der Abwägung)이라는 제목을 가진 제1a조가 새로 만들어짐으로써 더욱 강조되었다고 할 수 있다. 동조 제1항에서는 토양보호이익을 고려할 것을 규정하고 있으며, 동조 제2항 제1호는 건설기본계획상 형량에 있어서 경관계획 및 기타 水法·폐기물법·임씨온법적인 계획의 설정을, 동조 제2항 제2호는 자연

34) Krautzberger, in : Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 1999, § 1 Rn. 45.

및 경관에 대하여 발생할 수 있는 침해의 회피 및 보상을, 동조 제2항 제3호는 환경영향평가를, 동조 제2항 제4호는 유럽법인 이른바 ‘동물군·식물군·서식지에 관한 지침’(Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie)에 따른 심사를 고려할 것을 규정하고 있다. 그리고 동조 제3항은 ‘자연보호법상 침해규정’(naturschutzrechtliche Eingriffsregelung)과 건설기본계획과의 관계에 관한 사항을 규정하고 있다.

이러한 개별적인 환경보호이익은 ‘건설계획법을 통한 개별 환경보호’의 차원에서 검토하게 되지만³⁵⁾, 여기서 문제삼고자 하는 것은 환경보호이익(umweltschützende Belange)이 계획형량의 단계에서 다른 관련되는 이익(Belange)에 비하여 일반적 차원에서 우월한 지위를 가지는 이익으로 보아야 할 것인가 하는 점이다. 이러한 주장은 환경보호이익이 오늘날 특별히 중시되고 있고, 기본법 제20a조에서 환경보호를 새로운 국가목표규정으로 하고 있음에 비추어 주장될 법도 하지만, 환경보호이익 그 자체가 선행적인 우월성(apriorische Vorrangigkeit)을 가지고 있는 것으로 인정되지는 않는다³⁶⁾. 그러나 입법자의 명시적 표현을 통해서, 개별 환경보호이익이 상대적 혹은 절대적 우월을 가지게 하는 것은 입법론상(de lege ferenda) 가능하다고 보아야 한다. 이와 관련하여 건설법전 제1a조의 규정이 상대적 우월성을 인정하는 이른바 ‘최적화명령’인가 하는 문제가 다투어지고 있기도 하다³⁷⁾. 요컨대 환경보호이익이 계획형량에 있어서 선행적인 우월성을 가질 수는 없으며, 개별 환경법률에서 다른 이익에 비하여 우월성을 갖도록 입법자가 규정하는 것은 가능하다고 할 수 있다.

35) 이 글 ‘IV. 도시계획법을 통한 구체적 환경보호’ 참조.

36) Erbuth/Wagner, Bauplanungsrecht, 1998, Rn. 76.

37) 이 계획법상 최적화명령이라는 개념이 1985년 연방행정법원의 판결 이래, 많은 학자들의 관심의 대상이 되어 왔지만, 그 이론적 당부를 떠나 실무상 큰 의미가 없다는 지적이 있다. Erbuth/Wagner, Bauplanungsrecht, 1998, Rn. 78.

4) 환경보호규정의 형량유도강도

계획형량의 단계에서 환경보호방향으로 형량을 유도할 수 있는 건설법상 규정들을 살펴보았거니와, 먼저 계획목표 및 계획지침이 가지는 유도강도는 특별히 강한 것은 아니라고 보아야 한다. 물론 지속가능한 도시개발이라는 명시적인 도시건설의 목표를 분명히 한 점이나 환경보호이익이 구체적으로 명시된 점에서 형량과정에서 계획주체의 주의를 환기시키고, 이는 곧 집행결함을 개선하는 역할을 한다고도 볼 수 있지만³⁸⁾, 환경보호이익에 대하여 우월한 중요성을 부여한다고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 이는 앞서 본 (단순한) 고려의 명령에 해당한다고 할 수 있다. 그리고 건설법전 제1a조 제2항에서 규정하고 있는 다양한 환경보호이익 역시 고려의 명령 정도로 이해하는 점에 의문이 없지만, 제1a조 제1항에서 규정하는 토양보호조항은 다른 이익에 비해 상대적 우월성을 규정하는 이른바 '계획법상 최적화명령'으로 보아야 한다는 것이 다수설이다³⁹⁾. 요컨대 입법자의 의도에 따라 형량유도규범의 유도강도를 조절하는 것은 가능하다는 것이며, 특히 특정한 환경보호를 특별히 형량과정에서 고려하게끔 해야 할 필요가 있을 경우에는 입법규정을 통해서 계획상 형성의 자유를 다소 제한할 수도 있다는 이야기가 된다.

IV. 건설계획법을 통한 구체적 환경보호

이상에서 환경보호이익을 계획형량을 함에 있어서 고려해야 한다는 점을 살펴보았는데, 이는 형량의 모든 과정, 즉 형량자료를 수집하고, 형량에 편입된 모든 이익의 중요성을 평가하고, 최종적으로 비교형량하는 각 단계에서 환경보호의 방향으로 작용할 수 있다. 그리고 이러한 과정을 거친 형량결과는 구체적

38) Vgl. Dreier, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, 1995, S. 172.

39) 후술하는 이 글 'IV. 3. 토양의 보호' 참조

건설계획을 통해 현실화될 수 있다. 구체적인 건설기본계획은 토지이용계획(Flächennutzungsplanung)과 지구상세계획(Bebauungsplanung)으로 구성되며, 구체적으로 건설계획이 확정되는 효과를 가져오는 지구상세계획은 토지이용계획을 발전시킨 내용임이 원칙이다(건설법전 제8조 2항). 이 중 준비적 건설기본계획(vorbereitender Bauleitplan)이라고 할 수 있는 토지이용계획은 이미 이 단계에서 지방자치단체의 계획이 어느 정도 틀이 잡힌다는 점에서 환경보호상 중요성을 가지지만, 원칙적으로 이 토지이용계획에서 발전된 구속적 건설기본계획(verbindlicher Bauleitplan)인 지구상세계획에서 확정된 법률효과를 가져온다는 점에서⁴⁰⁾, 여기서는 지구상세계획의 경우만 검토하고자 한다. 지구상세계획을 통한 환경보호는 다음과 같이 개별적인 환경보호종류에 따라 살펴볼 수 있다.

1. 대기환경보호

건설계획법은 대기환경보호에 관해서 다음과 같은 다양한 계획가능성을 규정하고 있다.

첫째, 건설구역의 편성 및 특정한 이용의 배제를 확정하는 방법이다. 이는 특히 건설이용의 종류에 따라 서로 상충된 상황을 해결하는 점에서 중요한 의미가 있으며, 이는 곧 연방임미씨온방지법 제50조가 “전적으로 혹은 주로 주거용으로 이용되는 구역 및 기타 보호필요성이 있는 구역에 대한 유해한 환경영향은 최대한(so weit wie möglich) 피해야 한다.”고 규정하는 것과 관련이 있다⁴¹⁾. 이러한 이른바 ‘분리명령’(Trennungsgebot)을 실현하는 방법은 바로 도시계획을 통해서 가능하기 때문이다. 따라서 건설이

40) 지구상세계획(Bebauungsplan)은 건설법전 제10조에 따라 조례(Satzung)로서 이해되므로, 이와 관련하여 권리침해가 있는 경우 독일행정재판소법 제47조 1항 1호에 따른 행정소송, 즉 규범통제소송(Normenkontrolle)도 가능하다(vgl. Peine, Öffentliches Baurecht, 1997, Rn. 223, 238 ff.).

41) 이 규정은 ‘최대한’(so weit wie möglich)이란 표현에 근거하여, 그 영향유도감도의 측면에서 앞서 살펴본 ‘최적화명령’(Optimierungsgebote)으로 해석되고 있는 대표적 규정 중 하나이다.

용령(BauNVO)에 따라 건설구역을 편성하고, 서로 인접한 구역간 조화되는 이용을 하도록 계획할 필요성이 있다. 그리고 인접한 구역간 이미 조화되지 않는 이용이 존재하는 경우에는 이용제한의 방법 등을 생각할 수 있다.

둘째, 건설법전 제9조 제1항 제23호에 따라 계획주체는 연방임미씨온방지법상의 유해한 환경영향으로부터의 보호를 위해 특정한 대기오염물질을 사용할 수 없거나(사용금지) 제한적으로만 사용할 수 있는 지역을 확정할 수 있다(사용제한). 이 규정은 주로 지구상세계획에 있어서 석탄이나 난방용 기름과 같은 특정한 난방연료의 사용을 제한하는 것을 목적으로 하며⁴²⁾, 이를 통해서 배출농도가 심한 연소물질이나 제조물질이 사용되는 것을 방지함으로써, 지역적인 대기보호에 기여할 수 있다. 그리고 여기서 말하는 유해한 환경영향이라 함은 종류, 정도, 지속성에 따라 공중이나 이웃에 대하여 위험(Gefahren)이나 현저한 불이익(erhebliche Nachteile) 혹은 현저한 부담(erhebliche Belästigung)을 주는 것을 뜻한다. 대기오염물질이란 특히 연기, 검댕(Ruß), 먼지, 가스, 煙霧質(Aerosole), 김, 후각에 작용하는 물질(Geruchsstoffe)을 통해서 대기의 자연적 합성에 변화를 주는 물질을 말한다⁴³⁾. 이와 같은 계획가능성은 연방임미씨온법상의 유해기준을 넘어서지 않는 경우에도 적용될 수 있는 사전배려적 환경보호의 가능성을 열어주는 것이지만, 항상 도시계획적 목표설정과 관련해서만 적용될 수 있음은 물론이다⁴⁴⁾.

셋째, 건설법전 제9조 제1항 제24호 역시 대기오염방지를 위한 특별한 계획가능성을 규정하고 있으며, 이에 따라 다음과 같은 지구상세계획의 확정가능성이 있다.

① 건설되지 않는 보호지역 및 이러한 보호지역의 이용의 확정

42) Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 1999, § 9 Rn. 81a.

43) 이러한 정의는 연방임미씨온법 제3조 제1항 및 제4항의 규정에 따른 것이다.

44) Vgl. Gaentzsch, in: Schlichter/Stich, Kommentar zum BauGB, 1995, § 9 Rn. 55.

- ② 유해한 환경영향으로부터 보호를 위한 방지나 특별한 시설을 위한 지역
- ③ 유해한 환경영향으로부터 보호를 위하여나 이러한 영향의 회피나 감소를 위한 건설적 혹은 기타 기술적 예방의 확정

2. 소음방지

건설계획법적 차원의 소음방지는 역시 계획의 수립과정에서 효율적으로 행해질 수 있다. 독일에서 소음방지는 대기환경보호와 함께 임미씨온이라는 상위개념 속에서 같이 논해지는 것이 일반적이지만⁴⁵⁾, 분리해서 파악할 경우 다음과 같은 계획가능성을 들 수 있다.

첫째, 이른바 ‘적극적 소음방지’(Aktive Lärmschutzvorkehrungen), 즉 소음원에 대해 그 방지책을 맞추는 경우이며, 건설법전 제9조 제1항 제24호에 근거하여 이루어질 수 있다. 건설법전 제9조 제1항 제24호에 의하면 연방임미씨온방지법상의 유해한 환경영향의 방지를 위한 특별한 시설과 조치에 대한 토지가 확정될 수 있음을 규정하고 있다. 이러한 계획확정의 내용으로서 소음원에 관한 건설기술적 요구, 예컨대 소음방지창, 소음을 막아주는 외벽, 창문을 소음원 반대쪽에 설치하는 방법, 도로를 소음감소하도록 건설하는 방법 등이 결정될 수 있다.

둘째, 이른바 ‘소극적 소음방지’(Passive Lärmschutzvorkehrungen), 즉 소음원 그 자체에서 관리하는 것이 아니라 소음의 영향을 받는 장소에서 방지책을 세우는 방법으로서, 예컨대 소음을 받는 입장에서 소음방지용 창을 설치하는 경우를 들 수 있다. 이는 이미 행해진 계획단계에서 소음원을 제대로 관리하지 못한 상황에서 적용될 수 있을 것이다. 주로 교통소음과 관련해서 활용되지만, 계획상황에 따라 다른 소음원(항공기소음, 스포츠소음 등)이 있는 경우에도 문제될 수 있다. 그리고 이 방법은 건설법전 제9조 제1항 제24호의 내용 중 ‘유해한 환경영향에 대한 보호를 위해 혹은 이러

45) 소음 외에도 진동, 열기, 빛, 광선 등이 임미씨온에 포함될 수 있다.

한 영향의 제거나 감소를 위해 행하는 건설적·기타 기술적 예방책'을 위한 지역을 계획확정할 수 있다는 규정에 근거하게 된다.

그밖에 소음방지벽(Lärmschutzwälle)을 설치하거나⁴⁶⁾, 소음방지용 식물을 심는 방법이 있다. 이는 주로 주요교통시설이나 산업지역의 소음에 대하여 유효하게 이용될 수 있다. 이러한 계획가능성 역시 건설법전 제9조 제1항 제24호의 내용 중 '유해한 환경영향에 대한 보호를 위한 특별한 시설을 위한 지역' 혹은 '그 예방을 위한 지역'을 계획확정할 수 있다는 규정에 근거하는 것이다. 그리고 이러한 2가지 가능성을 병용하는 방법, 즉 방음벽에 방음용 식물을 심는 경우도 물론 가능하다⁴⁷⁾.

3. 토양환경보호

넓은 의미의 토양의 보호에는 ① 토양의 양적 보호 ② 토양의 질적 보호 ③ 토양정화라는 3가지 영역이 포함된다⁴⁸⁾. 이 중 건설계획법과 관련하여 주로 문제되는 영역은 '토양의 양적 보호'일 것이다⁴⁹⁾. 주로 택지조성이나 교통시설확충을 위해 빈 공간을 많이 필요로 하고, 이는 건설법전(Baugesetzbuch, 약칭: BauGB)에서 규정된 건설기본계획(Bauleitplanung)을 통해 주로 이루어 진다는 점에서 토양의 양적 보호를 위해 핵심적인 역할을 하는 법제는 바로 건설계획법이라고 할 수 있다.

토양보호, 특히 토양의 양적 보호와 관련해서는 형량유도규범 중 이른바 토

46) 이러한 소음방지벽의 설치에 상대적으론 넓은 지역을 필요로 하기 때문에, 차고 등의 설치와 연결해서 그 설치를 계획할 수 있을 것이다(Bunzel/Hinzern/Ohligschläger, a.a.O., S. 97).

47) Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 1999, § 9 Rn. 88.

48) 이러한 분류는 단순히 토양보호의 문제를 토양오염의 차원에서는 보는 시각에서 벗어나, 토양보호법의 영역으로서 토양의 양적 보호에 관한 법, 토양의 질적 보호에 관한 법, 그리고 위험오염지(Altlasten)정화를 중심으로 한 토양정화법의 3가지 영역으로 체계화될 수 있음을 뜻한다. 여기에 관한 상세는 김현준, 토양의 법적 보호, 한국공법학회 제87회 학술발표회 논문집(2000. 5. 20), 87쪽 이하, 특히 92쪽 참조.

49) 이 말은 도시계획법이 '토양의 질적 보호' 및 '위험오염지정화'의 문제와는 전혀 관계없다는 뜻은 아니고, 주로 문제되는 영역이 '토양의 양적 보호'의 경우라는 뜻이다.

양보호조항(Bodenschutzklausel)이라고 부르는 건설법전 제1a조 제1항을 들 수 있다⁵⁰). 여기에 따르면 “토양은 절약적이고 소중하게 다루어져야 하며, 토양 붕인은 필요최소한도로 제한되어야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정은 법이론상 ‘계획법상 최적화명령(planungsrechtliche Optimierungsgebote)’이라고 파악되며, 이는 가급적이면 형량과정에서 고려되어야 하는 원칙을 뜻한다. 즉 다른 이익과의 상충에서 이 이익이 배제될 가능성도 있지만, 가능한 한 고려해야 하며, 일반적인 이익고려명령에 비해 상대적 우선권이 인정되는 것이다⁵¹). 이러한 토양보호조항을 통한 ‘토양의 양적보호에 관한 이익’이 형량의 모든 단계에서 강조될 수 있으며, 이는 ‘단순한’ 고려명령이 아닌 ‘특별한’ 고려명령이라는 점에서 건설계획단계에서 특히 토양을 양적으로 보호하는 방향으로 계획주체의 계획상 형성의 자유를 제한하게 된다. 따라서 토양환경보호와 관련하여 큰 의미를 갖는 규정이라고 할 수 있다.

그리고 이러한 토양환경보호를 위한 형량유도규범들을 실현하는, 즉 토양의 양적 보호에 기여할 수 있는 구체적 계획가능성으로 다음을 들 수 있다.

첫째, 녹지지역의 설정가능성이다(건설법전 제9조 제1항 제15호). 즉 주차장, 정원, 스포츠·놀이·야영·수영을 위한 장소, 묘지와 공공·사적 녹지를 지구상세계획에서 들 수 있으며, 이는 휴양, 자연보호법상 침해의 보상 등에도 기여할 수 있으며, 바로 직접적으로 토양의 양적 보호에 중요한 작용을 할 수 있다.

둘째, 농업·임업지역의 설정가능성을 들 수 있다(건설법전 제9조 제1항 제18호). 이는 건설법상 형량에서 농업·임업적 이익을 고려해야 한다는 건설법전 제1조 제5항 제2문 제8호 규정을 구체화할 수 있는 규정이다. 이러한 농업·임업지역설정은 이를 통해 교통시설확충이나 택지건설을 방지

50) 그밖에도 건설법전 제1조 제5항 제1문과 제2문의 7호를 들 수 있겠지만, 가장 중요한 것은 역시 동법 제1a조 제1항이라고 할 수 있다.

51) Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, 1989, S. 97; Pfeifer, Der Grundsatz der Konfliktbewältigung in der Bauleitplanung, 1989, S. 38.

할 수 있다는 점에서 토양의 양적 보호에 기여한다고 할 수 있다. 하지만 이는 일단 직접적으로 농림목적이라는 것이 전제가 되어야 하기 때문에, 토양의 생산기능촉진을 위한 경우 이외에 전적으로 다른 자연적 토양기능의 보호를 위해서는 허용되지 아니한다는 점에서 앞의 녹지대의 경우에 비하여 토양의 양적보호의 측면이 제한되기도 한다⁵²⁾.

셋째, 토양, 자연, 경관의 보호·관리·발전을 위한 지역의 설정가능성이 있다(건설법전 제9조 제1항 제20호). 지방자치단체는 토양, 자연, 경관의 상태에 대한 실사(Ermittlung) 및 평가(Bewertung)를 통해 토양보호를 위한 지역을 설정할 수 있다. 따라서 토양의 양적 보호의 측면에서 택지개발을 위한 새로운 지역이 반드시 필요한 것인지, 그리고 이것이 부득이한 경우 가능한 한 토양절약적인 택지지역설정이 가능한지에 관해서 심사해야 한다⁵³⁾. 여기에서 직접적으로 ‘토양보호’라는 문구가 언급된 점에서 볼 수 있는 것처럼, 이 규정은 토양의 양적보호에 기여할 수 있다.

4. 자연환경보호

자연환경보호와 건설계획법은 매우 밀접한 관계가 있으며, 이는 여기에 관한 기본법들인 연방자연보호법(Bundes-Naturschutzgesetz)과 건설법전의 관계에서 잘 나타난다. 이 양법의 관계는 변천과정을 겪어오면서, 1998년 개정건설법전(BauGB)에서 다음과 같이 더욱 긴밀한 것으로 규정되었다.

첫째, 건설법전 제1a조 제2항 2호에서 자연보호법적 침해⁵⁴⁾규정의 기본

52) Kauch, Bodenschutz aus bundesrechtlicher Sicht, 1993, S. 70; Schink, Bodenschutz in der Bauleitplanung, ZfBR 1995, S. 187.

53) Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 1999, § 5 Rn. 33.

54) 여기서 자연보호법상 “침해”(Eingriff)라 함은 연방자연보호법(Bundes-Naturschutzgesetz) 제8조 1항에서 규정하는 바에 따라 자연의 능력(Leistungsfähigkeit)이나 경관의 모습에 현저히 혹은 지속적으로 악영향을 줄 수 있는 모든 토지의관의 변경이나 토지이용의 변경을 뜻한다. 여기서 “토지의관의 변경”이란 나무를 베거나 건설이나 개발사업시 흙을 파대거나(Bodenabbau), 흙을 쌓아올

개념을 규정하고 있다. 그리고 건설법전의 개정을 통해서 개정된 연방자연보호법은 단지 관련 건설법전규정만을 언급하고 있다. 요컨대 자연보호법적 침해와 관련된 사항은 그것이 주로 건설법상 발생한다는 점에 비추어, 주된 내용을 연방자연보호법이 아닌 건설법전 그 자체에서 담고 있다. 이 규정에서 건설과정에서 발생하는 자연보호법적 침해에 관한 이익의 형량 과정에서 고려할 것을 명시하고 있음은 앞서 본 바와 같다.

둘째, 건설법전 제1a조 제3항은 자연과 경관에 대해 예상할 수 있는 침해의 보상을 실현할 다양한 가능성을 규정하고 있다. 이 역시 1998년 개정된 건설법전의 주된 내용에 해당하는 것으로서, 이전에 연방자연보호법에서 규정한 것을 건설법전에서 규정하면서, 보상의 가능성을 확대한 점에 그 특색이 있다. 이 규정에 따라 자연이나 경관에 대한 침해 및 자연계와 경관의 모습에 대한 지속적 악영향을 ① 피할 수 있는 것인 경우에는 이를 저지하고, ② 불가피한 경우에는 이를 최소화하며, ③ 이미 발생한 경우에는 보상하거나 기능적으로 보충해야 한다. 특히 ③의 경우인 그것이 피할 수 없는 경우로서 보상(Ausgleich)함에 있어서 이 보상용도를 위한 구역을 건설계획상 설정할 수 있도록 하는 등의 조치를 새로운 건설법전이 규정하고 있다.

구체적인 지구상세계획가능성으로서 건설법전 제9조 제1a항에서 자연보호법적 침해에 대한 보상과 이에 관한 지역의 설정가능성을 규정하고 있다. 이와 관련하여 특기할 만한 것으로 침해와 보상간 공간적·시간적 연결성을 필요없게 함으로써, 침해지역과 다른 곳에서의 보상을 가능하게 하여 이른바 생태구좌(Öko-Konto)⁵⁵⁾의 형태로 계획주체가 활용할 수 있게

리거나(Aufschüttungen), 토양의 퇴적(Ablagerungen) 등의 경우에 있어서 발생할 수 있으며, 이는 항상 토양의 생태적 기능의 위협을 초래할 수 있다. 그리고 "토지이용의 변경"이란 나대지위에서 새롭게 건설을 하는 경우와 같이, 지금까지의 용도와 다르게 대지를 이용하는 것을 말한다(Kauch, Bodenschutz aus bundesrechtlicher Sicht, 1993, S. 46).

55) 이 말은 자연환경침해를 보상하는 지역설정을 시간적·공간적 구속을 받지 않고 할 수 있어, 경우에 따라서 계획주체가 미리 자연보호를 위한 지역을 많이 확보하고 있을 경우, 침해보상의무로

했다는 점이다.

5. 물환경보호

물보호에 대해서는 건설계획법은 상대적으로 적은 계획지역설정가능성을 규정하고 있다. 이는 독일에서 계획고권이 지방자치단체에 있는 점과, 水관리는 원칙적으로 중앙정부소관이지만 지방자치단체의 소관사항이 아니라는 점과 관련이 있다. 그리고 강이나 호수와 같은 河水는 自然에 속하는 것으로서 계획주체인 지방자치단체는 이미 자연보호에 관한 도시건설계획을 수립하게 되고, 수질보호와 관련된 많은 부분은 이러한 자연보호사항 속에 흡수되기 때문이라는 이유도 있다⁵⁶⁾. 그러나 비록 제한적이긴 하지만, 건설계획법을 통한 물환경보호 역시 간과될 수는 없다.

지구상세계획을 통한 물환경보호는 다음과 같은 주로 지하수보호에 관한 내용들이다⁵⁷⁾.

첫째, 토양봉인(Bodenversiegelung)의 제한을 통한 물보호방법이다. 이러한 토양봉인의 제한은 토양의 양적 보호와 우선 관련되는 것이지만, 降水(Niederschlagswasser)가 충분히 지하로 빠지지 못하여 새로운 지하수 형성 등에 악영향을 미칠 수 있으며, 홍수의 원인으로 작용할 수도 있다. 따라서 토양봉인의 문제는 물환경보호의 문제와 바로 직결되는 문제라고 할 수 있고, 토양봉인을 제한할 수 있는 도시계획방법은 물환경보호에 기여하는 것이 될 것이다. 여기에 관해서 건설법전 제9조 제1항 제1호, 제2호, 제3호 및 이와 관련된 건설이용령(BauNVO)을 통한 계획설정가능성이 있다. 다만 주의를 요하는 점은, 경우에 따라 오히려 토양봉인을 통해서, 즉 강수가 지하로 잘 스며들 수 없게 함으로써 지하수의 수질보호에 기여할

서 이러한 자연보호지역을 필요에 따라 사용할 수 있다는 뜻이다.

56) Bunge, Bauleitplanung, in : Lübbe-Wolff(Hrsg.), Umweltschutz in der Bebauungsplanung, 1997, S. 93 ff.

57) Bunzel/Hinzen/Ohligschläger, Umweltschutz in der Bebauungsplanung, 1997, S. 67 ff.

수도 있다는 사실이다. 즉 오염물질을 많이 다루는 산업부지나 교통량이 많은 곳과 같은 수질오염을 유발할 수 있는 곳에서는 오히려 토양봉인이 수질보호에 유용할 수 있다⁵⁸⁾.

둘째, 降水의 저장을 통한 물관리방법이다. 강수의 저장을 위한 계획설정 가능성을 건설법전 제9조 제1항 제14호가 규정하고 있으며, 구체적 상황과 관련된 강우처리방법에 따라 강우저장시설을 도시계획과정에서 만들 수 있으며, 이는 곧 물환경보호에 기여하는 효과가 있다.

V. 맺음말

각 분야별 환경보호는 개별 기본법이 원칙적으로 규율해야 함은 물론이다. 독일의 경우 대기오염이나 소음·진동으로부터의 보호는 연방임미션스온방지법(Bundes-Immissionsschutzgesetz)이, 수질보호는 수자원관리법(Wasserhaushaltsgesetz)이, 토양보호에 관해서는 연방토양보호법(Bundes-Bodenschutzgesetz)이, 그리고 자연보호를 위해서는 연방자연보호법(Bundes-Naturschutzgesetz)이 각 환경분야의 기본법으로서 그 주된 역할을 하고 있다. 그러나 이와는 별도로 토지이용에 관한 계획에 관한 법률, 특히 건설법전이 환경보호에서 차지하는 역할은 결코 간과할 수 없다. 이는 한편, 계획이라는 행정수단이 가지는 복잡한 이해관계상충의 해결능력과 관련된 것이며, 다른 한편, 토지이용 내지는 개발과정에서 환경침해의 가능성이 지대하기 때문이라고 할 수 있다. 이러한 의미에서 주로 건설기본계획에 관한 법이라고 할 수 있는 독일의 건설계획법(실정법상으론 건설법전)이 현대 환경문제를 극복하는 중심수단으로 평가되는 것도

58) 그리고 이와 관련하여 준비적 계획이라고 할 수 있는 토지이용계획단계에서 지하수에 대한 영향을 생각해야만이 지구상세계획에서 보다 효율적으로 지하수를 보호할 수 있을 것이다. 예컨대 큰 도로, 산업지역, 농업지역과 같이 수질오염위험성이 높은 지역을 계획할 때는 지하수 및 지표수에 어떻게 민감하게 영향을 미칠 것인가를 사전에 미리 고려할 필요성이 있다(vgl. Hinzen, Umweltschutz in der Flächennutzungsplanung, 1995, S. 41 ff.).

그리 놀랄만 일이 아니다.

다만 여기서 이른바 개별 환경전문계획이 있는 경우에는, 가령 연방자연환경보호법 제6조의 경관계획(Landschaftsplanung), 연방수자원관리법 제36조의 水法的 計劃, 연방임미씨온방지법 제47조의 대기정화계획, 동법 제47a조의 소음감소계획의 경우, 환경보호와 관련되는 건설기본계획과 이러한 환경전문계획간의 관계가 논의되기도 하는데⁵⁹⁾, 이 경우에도 보조적인 역할 담당자로서 건설기본계획의 환경보호도구로서의 중요성은 마찬가지로 간과될 수 없다고 본다⁶⁰⁾. 왜냐하면 어차피 전체적인 계획수립과정 속에서 모든 이익에 대한 형량이 행해져야 하고, 이 과정에서 도시계획단계에서 불가피하게 발생할 수 있는 환경침해가능성은 이미 이 단계에서 사전 배려할 필요가 있기 때문이다.

최근 우리나라 건설교통부는 이른바 난개발에 관한 대책으로서 도시와 농촌으로 나뉘어 용도지역을 정하고 있는 현행 국토건설종합계획법과 국토이용관리법, 도시계획법 등 3개 법률을 통합한 가칭 '국토계획·이용및관리에관한기본법'의 제정을 추진할 계획을 가지고 있다고 한다⁶¹⁾. 그리고 새로운 법률하에서는 '환경과 개발'이 조화되며, 전 국토에 대하여 '선계획-후개발'체계를 갖추게 된다는 발표를 접하게 된다⁶²⁾. 여기서 "계획없이 개발"은 개발에 있어서 '계획'의 강조는 환경보호수단으로서 계획이 중요하다는 차원에서 매우 주목이 가는 대목이다. 따라서 이와 관련하여 다음과 같은 몇 가지를 덧붙이고자 한다.

첫째, 환경과 개발의 조화를 꾀하면서, 그 방법으로 선계획-후개발체

59) 가령 환경전문계획을 강조하는 견해 : Bückmann/Lee/Zieschank, Bodenschutz - Steuerungsfunktion von Recht, Politik, Planung und Information im Bereich des Umweltschutzes, UPR 1999, S. 85.

60) 이는 도시계획법과 전문환경계획(환경계획법)과의 관계에 관한 문제로서 독일에서 오래동안 다루어 온 문제이긴 하지만, 아직 여기에 관한 명확한 결론이 없는 상태이다 (Erbguth/Wagner, Bauplanungsrecht, 1998, Rn. 82).

61) 한겨레신문(2000.5.31), 1쪽.

62) 건설교통부 보도자료(2000.5.30), '국토의 난개발 방지를 위한 종합대책' (<http://www.mocd.go.kr/>).

를 갖춘다는 의미는 환경보호수단으로서 계획이라는 행정의 행위형식을 사용한다는, 즉 새로운 법률에 계획법규범을 포함시키겠다는 뜻으로 이해된다. 이는 우리의 환경법제가 주로 전통적인 경찰법적 수단을 취하고 있다는 점과 비교할 때, 매우 바람직한 것이라고 일단 평가할 수 있다. 다만 계획법이 무엇인가에 대한 정확한 이해가 필요하다고 보며, 때론 도시계획법이나 국토이용관리법과 같은 전체적으로 계획법이라고 부를 수 있는 법률 중 실질적으로 계획법규범이 아닌 규정이 있을 수 있다는 점을 생각할 필요가 있다. 새로운 법률에서 계획적 수단을 채용한다고 할 때는 실질적 의미의 계획법규범을 통해 환경보호를 꾀하자는 뜻이다. 말하자면 계획법규범의 본질적 요소인 계획상 형성의 자유를 허용하는 규범구조상 특질을 띠는 법규정형식이 되어야 하며, 이러한 규범에 대한 법치행정상 요청에서 계획형량이 필요로 하게 해야 한다는 의미이다. 물론 전체적으로 계획법이라고 할 수 있는 법률에서도 이와 같은 규범구조적 특질상 실질적 의미의 계획법규가 아닌 규정⁶³⁾도 포함될 수 있을 것이며, 그 법규정의 해석에는 계획법에 특유한 형량(Abwägung)이 아닌 전통적인 包攝(Subsumtion)의 방법이 타당하게 될 것이다.

둘째, 이와 같은 전제하에서 새로운 법률에는 계획형량을 환경보호방향으로 유도하는 규범이 먼저 있어야 한다. '환경과 개발의 조화'와 같은 일반적 성격의 계획목표도 이러한 환경보호방향으로 형량을 유도하는 규범이 될 수 있을 것이며, 그밖에 개별적·구체적인 계획지침을 마련하는 과정에서 중요한 환경보호관련이익들을 포함시킬 수 있다. 이와 같은 환경보호적 형량유도규정은 보통은 통상적 유도강도를 가지겠지만, 입법자의 의도에 따라 상대적 우월성을 가지는 이익으로 규정할 수도 있다. 이는 앞에서 이야기한 '상대적 우월규정' 내지는 '계획법상 최적화명령'으로 법이론상 분류시킬 수 있는 내용이 될 것이다.

63) 일반적으로 화자들이 이야기하는 이른바 조건프로그램적 규정을 말한다.

셋째, 이러한 환경보호방향으로 유도된⁶⁴⁾ 계획형량의 결과를 구체적으로 실현시킬 수 있는 계획설정가능성을 포함해야 한다. 독일 건설법전에서 건설기본계획의 여러 가능성들이 환경보호를 위해 활용될 수 있도록 규정되어 있는 점은 참고할 만하다.

이상의 제언은 앞으로 예상되는 특정한 법률만을 겨냥한다기 보다는, 계획수단을 그 내용으로 하면서, 환경보호를 고려해야 하는 계획법 전반에 적용될 수 있는 내용일 것이다. 그리고 이는 최근 우리 대법원판례에서도 계획법에 있어서 그 하자통제논리로서 형량명령을 인정하는 방향으로 발전하는 단계에 있다는 점에서, 어느 정도 논의가 성숙되고 있다고 인정할 수 있다. 요컨대 현대 환경문제의 효율적 해결수단으로서 계획을 보다 체계적으로 법에서 규정할 필요가 있다는 점과, 법치주의 요청상 효율적으로 통제할 필요성도 있다는 입장에서 볼 때, 우리 나라의 관련 법률의 해석이나 입법방향에 있어서 시사하는 바가 커다고 보는 것이다.

64) 이 이야기는 절대적으로 환경보호이익이 형량에서 선형적 우월성을 가진다는 이야기는 아니며, 다른 공익 및 사익과의 형량결과 환경보호이익이 채택되었을 경우를 뜻한다.