

독일에서의 廢棄物埋立施設 설치에 대한 計劃確定

金 連 泰*

- I. 머리말
- II. 독일에 있어서 폐기물처리시설의 허가
- III. 독일 폐기물법상의 계획확정에 있어서 형성의 자유의 법적 한계
- IV. 우리나라에서의 폐기물처리시설 설치에 대한 개관
- V. 맺는말

I. 머리말

1993년 7월의 환경처 발표에 의하면 우리나라에서는 하루에 생활쓰레기 75,000톤, 산업체 폐기물 68,000톤(특정폐기물 19,000톤 포함)이 발생하는데, 대부분 매립에 의존하고 있다고 한다. 우리나라의 폐기물처리정책 방향은 협소한 국토면적과 폐기물처리시설의 입지 확보난을 감안하여, 폐기물의 발생량을 억제하고 발생한 폐기물의 재활용 촉진에 역점을 두고 있다. 그러나 쓰레기의 재활용률을 현재의 7.9%에서 1997년까지 20% 수준으로 제고하여도 매립·소각 등의 최종 처리는 불가피한 것이다. 또한 전국의 쓰레기 매립지 중 60%가 1,000평 이하의 소규모로서, 잔여매립가능기간은 향후 약 3년에 불과하다고 한다.

독일에서는 현재 매년 4천만톤의 생활쓰레기가 발생하고 있고, 그 외에 매년 1천만톤의 특정폐기물(Son derabfälle)¹⁾이 처리되어야 한다.

• 高麗大 講師·法學博士

1) 독일에 있어서 특정폐기물이라 함은 영업 및 그 밖의 사업활동에 수반하여 발생하거나 또는 공공시설에서 배출되는 폐기물로서, 그의 성질, 상태 또는 양에 의하여 공중보건, 대기 또는 수질에 유해하거나, 폭발성·가연성 또는 전염병을 유발할 가능성이 있는 폐기물을 말한다.

생활쓰레기 중 9백만톤은 현재 소각되고 있다. 법적으로 규정된 폐기물 발생방지 및 재활용제도가 완전하게 그 효용을 발휘한다면 폐기물의 양은 현저히 줄어들 것이다. 환경법의 영역에서의 집행결함(Vollzugsdefizit)의 현상과 관련하여 폐기물 발생방지 및 재활용제도가 완전히 기능을 발휘하리라는 것은 기대하기 곤란하지만, 그것을 가정한다고 하더라도 처리되어야 할 폐기물의 양은 1천1백만톤에 달할 것이다. 처리되어야 할 폐기물의 양에 비하여 처리시설, 즉 처리능력의 부족은 정도의 차이는 있지만 우리의 현실과 크게 다르지 않다고 하겠다. 또한 현재 가동중에 있는 폐기물매립장의 대부분은 조만간 처리능력의 한계에 도달하게 될 사정도 마찬가지라 하겠다. 폐기물처리시설의 부족은 무엇보다도 위법한 폐기물처리를 야기하게 될 것이고, 그로 인해 공공복리에 대한 현저한 침해를 가져올 것이다. 따라서 새로운 폐기물처리시설의 설치는 적정한 폐기물처리를 위하여 피할 수 없는 것이다.

이와 같이 새로운 폐기물처리시설의 설치가 필요하다 하더라도, 그의 설치와 운영이 국민보건과 자연환경에 위해를 가져와서는 안되는 것이다. 그러나 폐기물처리시설의 설치 및 운영은 공익뿐만 아니라 제3자, 특히 인근 주민의 이익에 지대한 영향을 미치는 것이 사실이다. 따라서 폐기물처리시설 설치에 인근 주민을 포함한 제3자의 격렬한 반대에 부딪치는 것이 독일의 경우도 마찬가지이다. 이 경우에 그들은 결정권자에 영향을 미쳐 사업계획을 취소시키거나 또는 최소한 사업개시를 지연시키려는 의도를 갖고 있는 것이다.

아래에서는 독일에 있어서의 폐기물처리시설의 허가에 대하여 개관하고, 계획확정에 있어서 형성의 자유에 대한 한계이론에 대하여 살펴보기로 한다. 이러한 독일에서의 폐기물처리시설의 설치에 대한 논의가 우리나라에서 폐기물처리시설 설치와 관련하여 발생하는 문제의 해결에 조금이나마 도움이 되었으면 하는 마음이다.

II. 독일에 있어서 폐기물처리시설의 허가

1. 독일 폐기물법의 기본구조

폐기물처리시설의 허가에 관한 한 독일 폐기물법(KrW-/AbfG)은 다음과 같은 기본구조를 갖고 있다.

— 폐기물은 공공복리를 침해하지 않도록 처리되어야 한다(10 Abs. 4 KrW-/AbfG). 공공복리를 침해하지 않는, 특히 환경조화적인 폐기물 처리의 원칙은 폐기물법의 가장 중심이 되는 원칙이다.

— 폐기물은 따라서 그를 위하여 허가된 시설(Abfallbeseitigungsanlage)²⁾에서 처리³⁾되어야 한다(§ 27 Abs. 1 KrW-/AbfG).

— 폐기물의 중간저장·처리를 위한 고정된(ortsfest) 시설의 설치·운영·중대한 변경에는 연방이미션방지법(BImSchG)에 따른 허가(Genehmigung)가 필요하다(§ 31 Abs. 1 KrW-/AbfG).

— 폐기물매립시설의 설치·운영 및 그에 대한 중대한 변경에는 폐기물법에 따른 계획확정(Plan feststellung)이 필요하다(§ 31 Abs. 2 KrW-/AbfG).

— 폐기물법 제31조 제3항에 따른 요건이 충족되면, 신청에 의하거나 또는 행정청의 직권으로 계획확정절차 대신에 계획허가절차(Plangenehmigungsverfahren)에 의하여 허가가 주어질 수 있다(§ 31 Abs. 3 KrW-/AbfG).

2. 중간저장·처리시설의 연방이미션방지법상의 허가

종래에는 모든 폐기물처리시설이 원칙적으로 계획확정절차에 의하여 허가를 받아야 했다. 그러나 1993년 4월 22일자로 제정된 투자용이화

2) 독일 폐기물법은 폐기물의 수집·운반은 제49조의 허가(Transport genehmigung)을 받도록 규정함으로써 수집·운반의 단계를 중간처리·중간저장·매립과 구별하여 취급하고 있다. 따라서 독일 폐기물법상 폐기물처리시설에서 수집·운반을 위한 시설, 예컨대 쓰레기통, 쓰레기운반차 등은 제외된다.

3) 독일 폐기물법상의 폐기물처리(Abfallbeseitigung)에는 협의의 처리(Be hand lung, 이하·처리), 중간저장(Lagerung), 매립(Ablagerung)이 포함된다.

및 택지조성법(Investitionserleichterungs- und Wohn- baulandgesetz)에 의하여 중간저장·처리시설은 연방이미씨온방지법상의 규정에 따른 허가를 받도록 되었다. 입법자는 이러한 폐기물시설은 그의 기술적 설비, 절차과정 및 그로부터 유출되는 환경오염에 있어서 연방이미씨온방지법상의 생산시설과 유사하다는 점을 고려한 것이다.⁴⁾ 입법자는 폐기물법상의 허가 절차를 이미씨온방지법의 규율 밑으로 옮겨놓음으로써 허가절차의 신속한 진행을 기대하고 있는 것이다.⁵⁾ 이미씨온방지법상의 허가절차는 공중의 참여가 보장된 동법 제10조에 의한 정식의 절차와 공중의 참여 기회가 없는 동법 제19조에 의한 약식절차로 나누어진다.

연방이미씨온방지법 제10조 및 허가절차에 관한 동법 시행령(9. BImSchV)⁶⁾에 따른 허가절차는 대부분 폐기물법상의 계획확정절차와 일치한다. 그러나 연방이미씨온방지법에 의한 허가절차는 폐기물법상의 계획확정절차와 달리 절차의 신속을 위해 가능할 수 있는 몇몇 가지 제도를 가지고 있는데, 예컨대 부분허가(Teilgenehmigung: § 8 BImSchG)·예비결정(Vorbescheid: § 9 BImSchG)에 의한 절차의 단계화 가능성, 실질적 배제(materielle Präklusion: § 10 Abs. 3 Satz 4 BImSchG) 등이 인정되고 있다. 또한 투자용이화 및 택지조성법에 의해 이미씨온방지법상의 허가절차가 변경되었는데, 특히 결정기간(§ 10 Abs. 6a BImSchG),⁷⁾ 공시에 의한 송달의 대체가능성(§ 10 Abs. 8 BImSchG), 변경허가에 있어서 법률상의 요건이 충족된 경우에는 사업계획의 공시와 신청서 및 제출서류의 공람을 생략하여야 할 행정청의 의무(§ 15 Abs. 2 BImSchG) 등이 새로이 규정됨으로써 허가절차의 신

4) BT-Drucks. 12/3944, S. 53; Appold/Beckmann, Ziele und rechtliche Instrumente der integrierten Abfallwirtschaft, VerwArch. 81(1990), 307 (318) 참조.

5) BT-Drucks. 12/3944, S. 2; Moormann, Die wesentlichen Änderungen des Immissionsschutzrechts durch das Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz, UPR 1993, 286; Klett/Gerhold, Das Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz aus abfall- und immissionsschutzrechtlicher Sicht, NuR 1993, 421 (422).

6) Verordnung über das Genehmigungsverfahren i.d.F. der Bekanntmachung vom 29.5.1992(BGBl. I S. 1001), geändert am 20.4.1993(BGBl. I S. 494).

7) 결정기간의 도입에 의한 절차의 신속화를 달성하기 위하여, 또한 그에 따른 공무원의 과중한 업무부담을 피하기 위하여는 허가관청이 충분한 인적·물적 요소를 갖추어야 할 것이 필요하다고 하겠다.

속을 기할 수 있게 되었다. 물론 이러한 절차의 신속을 가져오는 규정들은 계획확정절차를 위하여도 규율될 수 있는 것이다.

이미씨온방지법상의 허가와 폐기물법상의 계획확정 사이의 중요한 차이점으로는 연방이미씨온방지법에 따라 허가가 필요한 시설물이 법적인 요건을 충족한 경우에 신청인에게 허가발급청구권이 인정된다는 점을 들 수 있다. 그에 비하여 폐기물법에서는 폐기물법 제32조 제1항에 규정된 허가요건을 충족하는 경우에도 허가에 대한 발급청구는 인정되지 않고, 단지 흠없는 계획재량의 행사만이 요구될 수 있다. 계획확정의 경우에는 권한있는 행정청에 원칙적으로 계획상의 형성의 자유가 인정되는데, 이미씨온방지법상의 허가는 기속행위로서 허가관청에게 계획상의 재량 여지가 존재하지 않는 것이다.⁸⁾

이와 관련하여 이미씨온방지법에 따른 폐기물처리시설의 허가의 경우 필요성의 심사(Bedarfsprüfung)와 설치장소에 대한 대안심사(Standortalternativprüfung)가 행해질 수 있는지가 문제가 된다. 투자용이화 및 택지조성법의 제안 이유에서 입법자는 중간저장·처리시설이 폐기물법상의 계획확정에서 연방이미씨온방지법상의 허가로 대체됨으로써 허가청의 설치장소에 대한 대안심사 의무는 사라졌음을 명백히 하였다.⁹⁾ 이미씨온방지법에 따른 허가구조는 필요성의 심사와 설치장소에 대한 대안심사에 배치되는 것이다. 그러나 이와 같은 사정은 폐기물법 제29조의 폐기물관리계획(Abfallwirtschaftspläne)에 의하여 부분적이거나 보완될 수 있다. 폐기물관리계획에는 무엇보다도 폐기물처리시설을 위한 적정지역 또는 후보지가 선정될 수 있고, 또한 처리시설의 필요성에 대하여 명시할 수 있다. 따라서 이미씨온방지법에 의한 허가절차에서 특정한 폐기물처리시설의 필요성 및 입지선정은 구속력있는¹⁰⁾ 폐기물관리계획에 의하여 영

8) 이미씨온방지법상의 허가에도 계획적인 요소가 있음을 주장하는 견해가 있는데, 이에 대하여는 필자의 독일 오스나브뤽대학교 법학박사 학위논문 Rechtsprobleme bei der Zulassung von Abfallentsorgungsanlagen zur Ablagerung von Abfällen: unter besonderer Berücksichtigung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter, Frankfurt am Main u.a. 1994, S. 71 ff. 참조.

9) BT-Drucks. 12/3944, S. 53.

10) 폐기물관리계획은 처리의무자에게 구속력이 있다고 선언될 수 있다(§ 29 Abs. 4 KrW-/AbfG).

향을 받을 수 있다.

3. 폐기물매립시설의 계획확정

폐기물매립을 위한 시설은 종전과 다름없이 계획확정 절차에 따라 허가가 주어진다. 이에 대하여 입법자는 매립시설의 경우에는 중간저장·처리시설과 달리 건축계획법상의 외부지역(Außenbereich)에 설립됨이 보통이고, 매립지 및 그의 영향지역의 광역화로 인하여 주변지역 이해관계인의 광범위한 합의가 요청되고, 특히 매립장 후보지의 대안에 대한 계획상의 형량이 필요하다는 것을 이유로 들고 있다.¹¹⁾

매립시설은 공간질서를 위하여 중요하다라는 점에서 사회 간접자본 시설과 유사하고, 따라서 그러한 사업계획의 허가를 위하여 창안된 계획확정 절차가 여기에 적합한 절차가 된다고 하겠다.¹²⁾

매립시설의 허가는 다수의 공익·사익이 관련되고, 서로 상충되는 여러 이익간에는 형량 조정이 필요하다. 계획확정 결정은 관련된 공익·사익의 종합적 형량의 결과를 내용으로 하는 것이므로, 계획확정절차는 특히 공간 및 환경에 중요한 대규모 사업계획(raum und umweltrelevante Großvorhaben)의 포괄적이고 복잡한 결정에 적합한 절차이다. 또한 계획확정 결정은 사업계획의 허가에 대한 통일적이고 최종적인 결정인 것이다. 계획확정에 결부된 집중효(Konzentrationswirkung) 때문에 계획확정 이외에 사업계획을 위하여 필요한 다른 행정청의 결정(예컨대, 허가, 인가, 승인, 동의, 계획확정 등)은 필요하지 않다. 다만, 계획확정의 단점으로는 장기간에 걸치는 절차의 진행을 들 수 있다.¹³⁾

11) BT-Drucks. 12/3944, S. 53. 이에 대하여 비판적인 생각으로는 Schink, Kontrollerlaubnis im Abfallrecht, DÖV 1993, 725(739) 참조. 그는 매립장의 설치도 이미써온방지법에 의한 허가절차에 의한 것을 제안하고 있다. 같은 생각으로는 Schink/Schwabe, Von der Abfallentsorgung zur Kreislaufwirtschaft, Stadt und Gemeinde 1993, 18(27 ff.) 참조.

12) 같은 생각으로는 Hoppe/Beckmann, Planfeststellung und Plangenehmigung im Abfallrecht, 1990, S. 119, S. 122; Ipsen, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48(1990), 177(182) 참조.

13) 1988년 노르트라인-베스트팔렌 주정부의 발표에 의하면 평균적인 계획확정 절

폐기물법상의 계획확정 절차에는 행정절차법 제72조부터 제78조까지의 규정이 적용된다. 행정절차법은 계획안의 고시·열람, 이의신청, 청문 등을 규정함으로써 이해관계인의 결정 절차에의 참여를 제도적으로 보장하고 있다. 또한 폐기물법상의 계획확정 절차에서는 사업계획에 대한 환경영향평가가 행해져야 하는데 (§ 31 Abs. 2 KrW-/AbfG), 환경영향평가는 독자적인 절차로 행해지는 것이 아니라, 비독립적 부문으로서 계획확정 절차안에 편입되어 있다. 권한있는 행정청¹⁴⁾은 사업계획의 환경에 대한 영향을 분석하고 평가하여 허가결정을 함에 있어서 그 결과를 반영하여야 한다. 독일의 환경영향평가법은 독자적인 환경영향평가서의 작성을 요구하지 않고, 단지 허가결정에 대한 이유부기를 함에 있어서 환경영향에 관한 종합적 분석을 포함시킬 수 있다고 규정하고 있다 (§ 11 Satz 4 UVPG). 그러나 적절한 환경영향의 평가, 허가결정에서 환경영향평가의 충분한 고려와 그에 대한 공중 및 법원의 사후심사를 보장하기 위하여는 독자적인 문서로 환경영향에 대한 분석과 평가가 행해져야 할 것이 필요하다고 본다.

4. 폐기물매립시설의 계획허가

독일의 폐기물법은 매립시설의 허가와 관련된 문제를 해결하기 위하여 관계 행정청과 인근 주민의 참여 및 영향력행사 가능성이 상대적으로 높은 계획확정 절차에 의하여 허가가 주어질 것을 원칙으로 하고 있다. 이러한 원칙에 대한 예외로서 폐기물법 제31조 제3항은 일정한 조건하에 계획확정 절차 대신에 공중의 참여없이 진행되는 약식의 제

차의 진행기간은 산업폐기물 매립시설의 경우 5~15년, 산업폐기물 소각시설의 경우 3~5년, 산업폐기물 처리시설 2~5년이 걸린다고 한다. 물론 이러한 장기간의 절차진행이 오직 계획확정 절차 자체의 번잡성에 그 요인이 있는 것은 아니다. 오히려 사업계획의 전면폐지 또는 최소한 사업실시의 지연을 목적으로 하는 인근 주민 및 환경단체들의 광범위하고 강력한 반대에 주원인이 있다고 보아야 할 것이다.

- 14) 일반적으로 계획확정청이 환경영향에 대한 분석과 평가를 함이 보통인데, 사업계획을 위하여 여러 행정청의 허가가 필요한 경우에는 주에 의하여 결정된 권한있는 행정청이 환경영향에 관한 종합적 분석을 하게 된다.

획허가 절차(Plangenehmigungsverfahren)에 의할 수 있음을 규정하고 있다. 이는 절차의 간소화 및 절차의 신속화를 위한 것이다. 그러나 계획허가는 계획과정과 달리 집중효가 없기 때문에 사업계획의 실현을 위하여는 다른 법률에 의하여 필요한 행정청의 결정(예컨대, 건축법상의 허가, 자연보호법상의 허가 또는 물관리법상의 허가)이 있어야 한다. 이것은 구체적인 경우에 계획허가에 의한 절차의 간소화 및 신속화를 저해하는 효과를 가져올 수 있다.

계획허가절차의 특징은 무엇보다도 이 절차에서는 환경영향평가가 행해지지 않는 데 있다. 따라서 매립장의 허가를 위하여 계획확정절차 대신에 계획허가 절차를 진행할 수 있는 첫번째 요인 중 하나인 "중요하지 않은 매립장"(unbedeutende Deponie: § 31 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG)¹⁵⁾에 해당하는지 여부는 환경영향평가제도의 목적을 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다. 즉 효과적인 환경보호를 위하여 환경에 대한 영향을 가능한 한 빨리, 그리고 완벽하게 조사하고 그 결과를 사업계획에 대한 허가결정을 함에 있어서 참작하기 위한 환경영향평가의 목적에 따라 매립장으로부터 중대한¹⁶⁾ 환경오염 내지 환경침해의 발생이 우려되는 경우에는 환경영향평가가 실시되지 않는 계획허가 절차에 따라 허가결정이 내려져서는 안될 것이다.

다만, 이러한 절차상의 차이점 이외에 계획확정 절차 대신에 계획허가 절차를 선택함으로써 계획상의 형량 결정의 구조 및 사업계획에 대한 실체법적인 허가요건이 변경되는 것은 아니라는 것을 유의해야 한다.

(연방) 폐기물법은 계획허가 절차에 관한 규정을 갖고 있지 않고, 주 폐기물법이 특별규정을 갖고 있는 경우가 많은데, 그 외에는 주행정절차법(통일에 의해 새로 연방에 편입된 구 동독지역에 속한 주의 경우

15) 독일 폐기물법 제31조 제3항 제1문은 그 밖의 계획허가 절차에 의한 허가의 요건으로 i) 환경영향평가법 제2조 제1항 제2문에 규정된 보호대상에 대하여 현저한 영향을 미치지 않는 중대한 변경(Nr. 2), ii) 전적으로 또는 주로 새로운 기술개발과 그의 시험을 위한 매립시설(Nr. 3)을 들고 있다.

16) 여기서 환경영향의 중대성에 대한 판단은 주변지역의 보호가치성과 보호필요성에 따라 판단되어야 한다.

는 연방행정절차법의 규정이 적용된다. 따라서 계획허가절차에는 행정절차법 제13조 제2항에 의해 단지 사업계획에 의하여 법률상 이익이 관련되는 자만이 참여할 수 있게 된다. 폐기물법 제32조 제2항은 사업계획이 제3자의 권리에 부정적 영향을 미치는 것이 예상될 때, 제3자의 사업계획에 대한 이의제기를 허가거부의 전제요건으로 규정하고 있다. 이 규정으로부터 사업계획에 의하여 권리를 침해당할 수 있는 제3자는 계획허가절차의 진행에 대하여 알 수 있어야 하며 또한 절차에 참여할 기회가 보장되어야 한다는 결론을 도출할 수 있다.

Ⅲ. 독일 폐기물법상의 계획확정에 있어서 형성의 자유의 법적 한계

계획확정에 의한 허가(계획허가의 경우도 마찬가지)는 계획확정청(Planfeststellungsbehörde)에게 계획상의 형성의 자유(planerische Gestaltungsfreiheit)가 있음을 특징으로 한다. 이러한 허가청의 형성의 자유가 폐기물법이나 행정절차법에 명문으로 규정되어 있는 것은 아니다. 그러나 이것은 계획확정의 권한있는 행정청에게 계획의 권한을 부여한 것으로부터 도출될 수 있다. 왜냐하면 계획의 권한은 형성의 자유를 포함하는 것이고, 또한 포함해야만 하기 때문이다(“형성의 자유없는 계획은 그 자체 모순이다”).¹⁷⁾

물론 이러한 계획상의 형성의 자유에 아무런 법적 제한이 없는 것은 아니다. 법치국가적 계획의 일반 원칙에 따르면 계획상의 형성의 자유는 네 가지 관점에서 법적 한계에 놓이게 된다.¹⁸⁾

즉, 계획확정청은 우선 기존의 계획에 구속되고 둘째, 계획확정 결정은 계획정당화 요구에 적합해야 하며 셋째, 법적인 계획기본준칙에 따라야 하며, 마지막으로 형량명령을 준수해야 한다.

17) BVerwGE 48, 56 (59).

18) 이에 대하여는 기본적으로 BVerwGE 48, 56 (59, 63 f.) 참조.

1. 기존 계획에의 구속

첫번째 한계인 계획확정청의 기존의 계획에의 구속으로는 폐기물법상의 계획확정과 관련하여서는 국토계획 및 주(州)계획의 목표와 요구(Ziele und Erfordernisse der Raumordnung und Landesplanung)와 폐기물법 제29조의 폐기물관리계획(Abfallwirtschaftspläne)이 특히 문제된다. 우선 계획확정청은 사업계획이 국토계획 및 주계획의 목표와 요구에 합치하는지 여부를 심사하여야 한다. 국토계획 및 주계획의 목표와 요구는 폐기물법상의 계획확정에 있어서 단지 형량에 있어서 중요한 이익에 불과한 것이 아니라, 그 내용의 구체성에 상응하는 직접적인 효력을 발휘하는 것이다.

폐기물매립시설은 또한 구속력있음이 선언된 폐기물관리계획의 내용에 배치되서는 안된다(§ 32 Abs. 1 Nr. 4 KrW-/AbfG). 따라서 구속력있는 폐기물관리계획의 내용은 폐기물법상의 허가를 기속하는 전단계의 계획결정에 해당하는 것이다. 그에 비하여 구속력있음이 선언되지 않은 폐기물관리계획은 단지 계획상의 형량에서 고려되어야 할 사항에 불과한 것이다. 이러한 폐기물관리계획은 그의 결여가 폐기물법상의 허가를 차단하는 효과를 갖지는 못한다는 데 유의하여야 한다.¹⁹⁾

독일의 일부 학설과 판례는 예컨대, 구속력있는 폐기물관리계획에서 처리시설의 부지가 선정되어 있는 경우에 그와 다른 곳에 폐기물처리시설의 설치가 허가되어서는 안된다고 하여 구속력있는 폐기물관리계획은 허가결정에 대하여 '엄격한' 구속력을 갖는다고 한다.²⁰⁾ 그러나 이러한 제한적인 견해에는 다음의 이유로 찬동할 수 없다. 폐기물법 제29조의 폐기물관리계획은 각 주에 의하여 광역성의 관점에서

19) BVerwG, D V 1983, 599 참조.

20) Schwärmer, in: Künig/Schwärmer/Versteyl, Kommentar zum Abfallgesetz, 1992, § 6 Rdn. 52, § 8 Rdn. 38; Schlarmann, Die Rechtsprechung zur Alternativenprüfung im Planungsrecht, DVBl. 1992, 871(873); Peine, 연방행정법원의 1988년 12월 20일의 결정(7 NB 2.88)에 대한 판례평석, JZ 1989, 541; OVG L neburg, DVBl. 1987, 1023; 이 판례에 찬동하는 생각으로는 Ibler, Die Gerichtskontrolle mehrstufiger Fachplanung, ins besondere der Abfallentsorgungsplanung, DVBl. 1989, 639 (646).

(nach überörtlichen Gesichtspunkten) 수립되고, 그것은 잠정적인 성격(vorläufige Natur)을 가지는 것이다. 폐기물관리계획의 수립에 있어서는 최종적이고, 구체적인 입지선정의 모든 요소를 고려한 형량이 행해지지 않는 것이다. 연방행정법원의 판례에 의하면 이 단계에서의 입지선정의 심사는 일반적으로 모든 지역적 특수성에까지 미치는 것이 아니라, 단지 기본적인 적정성에만 미친다고 한다. 개별적인 문제의 해결은 건축·기술·운영에 관한 자세한 규율을 할 수 있는 계획확정 절차에 맡겨져 있는 것이다.²¹⁾ 따라서 허가청은 구속력있는 폐기물관리계획에서 선정된 입지가 최종적인 형량의 결과 적합하지 않다는 이유로 허가를 거부할 수 있는 것이다. 또한 폐기물관리계획에서 언급되지 않은 장소에 폐기물처리시설의 설치가 허가될 수도 있는 것이다. 단지 선정된 부지가 구속력있는 계획에서 설정된 틀안에 끼워질 수 있으면 된다. 구속력있는 폐기물관리계획은 개별 시설에 대한 폐기물법상의 허가에 직접적인 영향을 미칠 수 있지만, 그 허가를 대체할 수 있는 것은 아니다. 허가청은 단지 구속력있는 계획의 테두리를 벗어나서는 안되는 것이다. 이러한 테두리는 계획확정 절차에서 채워지고 구체화된다. 계획의 내용이 구체적일수록 허가청에게 남아있는 결정의 여지는 좁아질 것이다. 따라서 허가청은 계획에 의하여 내려진 결정의 성질과 내용에 따라 그를 구체화할 수 있는 일정한 결정의 여지를 갖고 있는 것이다.

2. 폐기물법상의 계획확정에 있어서 계획정당화

1) 판례 및 학설의 동향

연방행정법원의 판례에 의하면 고권적 계획은 법적 정당성을 그 자체 이미 보유하고 있는 것이 아니라, 제3자의 권리에 대한 침해 때문에 그의 법적 정당성이 요구된다고 한다.²²⁾ 즉, 계획정당성의 요구

21) BVerwGE 81, 128 (134).

22) BVerwGE 48, 56 (60); BVerwGE 56, 110 (118).

(Planrechtfertigung)는 고권적 계획의 침해성격으로부터 도출되는 것이다. 연방행정법원에 의하여 건설기본계획(Bauleitplanung)과 관련하여 발전된 계획정당화 요구는 폐기물법상의 전문계획 및 다른 전문계획(Fachplanung)에도 적용되었다.²³⁾ 판례에 의하면 개개의 전문계획법이 추구하는 목표에 비추어 볼 때 객관적으로 사업계획의 필요성이 인정된다면, 계획정당화 요구는 충족된다고 한다.²⁴⁾ 이것은 사업계획이 불가피한 경우를 의미하는 것은 아니고, 법적 목표를 달성하기 위하여 합리적 건지에서 필요하다고 판단될 때를 의미한다.²⁵⁾

그러나 최근에는 몇몇 학자들에 의하여 과연 계획정당화가 계획에 대한 법적 한계로서의 독자적인 의미가 있는가 하는 점에 대하여 회의적인 견해가 주장되고 있다. 즉, 계획정당화가 계획통제의 중심을 이루는 형량명령과 다른 통제기준을 제시하는가에 대하여 의문을 제기하고 있다.²⁶⁾ 계획정당화에서 심사되는 사항은 형량명령의 범위내에서 고려될 수 있으므로 형량명령 이외에 따로 계획정당화의 심사를 할 필요가 없다는 것이다.²⁷⁾

또한 계획정당화는 사업계획의 필요성에 대하여 지극히 낮은 정도의 필요성만을 요구하는 것이므로 사업계획이 계획정당화 때문에 목적을 달성하지 못하는 경우는 거의 없을 것이라는 비판도 제기된다.²⁸⁾

계획정당화의 단계에서는 계획상의 형성의 자유에 대한 중대한 제한이 행해지지 않고, 그 결과 효과적인 법적 통제는 불가능하다고 한다.

23) 폐기물법에 있어서의 계획정당화에 대하여는 VGH Mannheim, UPR 1988, 191(192); VGH Mannheim, 487(489) 참조.

24) BVerwGE 48, 56(60); BVerwG, DVBl. 1987, 573(581).

25) BVerwGE 56, 110(119); BVerwGE 85, 44(51).

26) Wahl, Entwicklung des Fachplanungsrechts, NVwZ 1990, 426(434). 그는 판례를 면밀히 분석해 보면 계획정당화가 통제기능을 충분히 발휘하고 있지 못함을 알 수 있다고 한다.

27) Paetow, Zur Struktur der abfallrechtlichen Planfeststellung, in: Fest schrift für Sendler, 1991, S. 431; Erbguth/Schink, Kommentar zum Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, 1992, § 12 Rdn. 60; Weidemann, 연방행정법원의 1990년 3월 9일 판결(7 C 21.89)에 대한 평석, DVBl. 1990, 592 f. 이 판결에서 연방행정법원은 계획정당화의 심사가 필요한가, 계획정당화에서 심사되는 사항이 형량의 범위내에서 고려될 수는 없는가에 대하여 대답을 유보하고 있다(BVerwGE 85,44(51)).

28) Steinberg, Fachplanung, 1993, § 4 Rdn. 36; 같은 생각으로는 Kühling, Fachplanungsrecht, 1988, Rdn. 166.

2) 형량의 전단계에서 사업계획에 대한 용인가능성의 심사로서의 계획정당화

재산권 이외의 다른 개인적, 공적 법익에 대한 침해도 법적 정당성이 요구되는 것은 당연하지만, 계획정당화에 있어서는 무엇보다도 재산권 침해의 가능성이 문제되는 것이다. 폐기물처리는 생활배려를 위한 국가의 중요한 과제의 하나이다. 따라서 폐기물법상의 계획확정에 있어서 사업시행자는 공적인 과제를 수행하는 것이며, 누가 사업시행자인지 관계없이 항상 폐기물처리에 대한 공익이 존재하여야 한다. 이러한 이유로 폐기물법상의 계획확정에 대한 재산권보호의 관점에서 우선 계획된 시설이 폐기물처리에 대한 공익에 봉사하는지 여부가 심사되어야 한다. 즉, 사업계획을 위하여 타인의 재산권에 대한 침해가 일반적으로 허용될 수 있는지가 심사되어야 한다. 재산권침해의 가능성이 인정된다면, 그 다음에 사업시행자가 자기소유의 또는 자유계약에 의하여 구입한 토지 위에 시설을 설치하지 않고 타인의 재산권에 대한 제한을 통하여 사업계획을 실현할 정도로 그 사업계획으로 추구되는 폐기물처리 이익이 증대한 것인가를 심사하여야 한다. 여기에서 두 개의 문제, 즉 일반적인 재산권침해 가능성의 문제와 사업계획의 실현을 위한 구체적인 재산권침해의 문제는 구별하여야 하는데, 전자는 관계 이익의 형량없이 대답될 수 있는데 비하여, 후자의 문제는 다른 관점들(예컨대, 사업계획으로 수행하려는 환경에 적합한 폐기물처리라는 행정과제의 중요성, 부지로 선정된 지역의 상황, 침해될 재산권의 범위 등)과의 형량하에서만 대답될 수 있는 것이다.

사업계획이 폐기물처리에 대한 공익에 봉사하지 않는 것이 명백하여 폐기물법의 목표에 부합하지 않으면, 그 사업계획은 형량명령의 준수라는 심사단계전에서 벌써 실패로 돌아갈 것이다. 또한 사업계획에 의하여 추구하는 목표가 폐기물법상의 목표설정에 부합하지만, 사업계획의 필요성이 충분히 증명되지 않는 경우에도 마찬가지이다. 사업계획이 폐기물법의 목표에 부합하고 그 목표달성을 위하여 필요하다는 것, 즉 사업계획이 계획정당화 요구를 충족한다는 것은 사업계획이 공

공복리를 위한 것이고, 따라서 필요한 경우에는 타인의 재산권을 침해할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 위에서 살펴보았듯이 연방행정법원의 판례에 의하면 계획정당화의 관점에서 요구하는 사업계획의 필요성은 없어서는 안될 정도를 요구하는 것이 아니라, 합리적인 판단에 의해 필요하다고 인정되면 충족되는 것이다. 실제적이고 최종적인 사업계획의 필요성 심사는 사업계획에 관련된 모든 이익의 형량에 의해서만 가능하다. 따라서 계획정당화는 계획상의 형량의 단계에 들어가기 전에 사업계획의 명백한 하자에 대한 사전심사로서의 기능을 가지고 있는 것이다. 계획에 대한 법적 통제 of 중점은 형량명령에 놓여 있는 것이다.

3) 폐기물법상의 계획확정에 있어서 계획정당화의 의미

(가) 매립시설의 목표적합성

계획정당화와 관련하여 우선 사업계획이 폐기물법상의 목표에 부합하는지 여부를 심사해야 한다. 계획된 매립시설이 폐기물법에 의하여 일반적으로 추구되는 공익의 실현, 특히 폐기물의 적정처리를 지향한다면 목표적합성은 존재하는 것이다. 사업계획의 목표적합성은 우선 그 사업계획이 이미 폐기물관리계획에 결정되어 있으면 쉽게 도출될 수 있다. 사업의 시행자가 폐기물처리의무자인 공법상의 법인 (§ 13 Abs. 1 KrW-/AbfG)인 경우에 그 사업계획이 폐기물법상의 목표에 일치한다는 것은 명백하다. 일반 개인이 공법상의 법인의 사용에 제공하기 위하여 매립시설을 설치·운영하려고 하는 경우에도 마찬가지이다. 또한 폐기물법 제15조 제3항에 따라 폐기물소유자에게 처리의 의무가 있을 때에 그가 폐기물의 적정처리를 위하여 직접 매립시설을 설치·운영하려고 하는 경우에도 목표적합성이 인정된다. 목표적합성과 관련하여 개인이 자기의 사경제적 이익을 얻기 위하여 사업계획을 추진한다고 하더라도 그가 그 사업으로 동시에 공익에 봉사할 수 있다는 점을 유념하여야 할 것이다.²⁹⁾

29) 이에 대하여는 BVerwGE 85, 44(48) 참조.

(나) 매립시설의 필요성

매립시설의 목표적합성이 긍정되면 필요성의 문제가 제기된다. 폐기물법상의 계획확정에 있어서 필요성의 요구를 충족시키지 못하는 경우는 매우 드물 것이다. 폐기물법 제27조 제1항에 의하면 폐기물은 허가를 받은 폐기물처리시설에서만 처리·저장·매립될 수 있다. 제10조 제3항은 국내에서의 폐기물처리를 원칙으로 규정하고 있다. 따라서 권한있는 행정청은 충분한 폐기물처리시설의 설치·운영이 확보되도록 배려해야 할 과제를 부담하고 있는 것이다. 적정한 폐기물처리는 무엇보다도 허가된 폐기물처리시설의 처리능력 확보에 달려있는 것이다. 폐기물처리시설의 필요성은 이미 존재하는 처리능력의 부족에서뿐만 아니라, 장래의 수요로부터 도출될 수 있는 것이다. 즉, 새로운 처리능력을 창출함으로써 현존하는 처리능력의 부족이 메꾸어지거나, 또는 장래의 급박한 처리능력의 부족을 예방할 수 있다면 매립시설의 필요성은 긍정되는 것이다.

그러나 폐기물의 매립을 위하여 허가된 시설이 이미 충분히 존재하거나, 새로운 처리능력의 확충이 폐기물 발생방지 및 재활용제도가 효과적으로 기능을 발휘하는 것을 명백히 저해한다면 매립시설의 필요성은 부정된다. 폐기물법 제4조와 제5조는 폐기물 발생방지 및 재활용에 대한 원칙과 의무를 규정하고 있고, 또한 연방이미씨온방지법 제5조 제1항 3호에 의하면 폐기물처리(Abfallbeseitigung)는 폐기물의 발생방지 및 재활용이 기술적으로 불가능하거나 기대할 수 없는 경우에만 허용된다고 한다. 따라서 매립시설의 필요성과 관련하여 폐기물 발생방지 및 재활용조치가 충분히 취해졌는가, 그럼에도 불구하고 매립시설이 필요한가를 심사해야 한다.

3. 계획기본준칙

연방행정법원의 판례에 의하면 모든 계획확정은 법적인 계획기본준칙(Planungsleitsätze)을 준수해야 한다. 그에 의하면 계획상의 형량과정에서 다른 목표 또는 이익과 조정이 허용되지 않고 엄격한 준수가

요구되는 법률규정은 계획기본준칙을 포함하고 있다고 한다.³⁰⁾

그러나 계획기본준칙이 계획에 대한 심사기준으로서 독자적인 의미를 가지고 있는지 의문이다. 문헌에서는 폐기물법 제32조 제1항의 허가요건과 폐기물법상의 계획확정에 있어서 형량이 허용되지 않고 엄격히 준수해야 하는 폐기물법 이외의 다른 법률규정을 계획기본준칙으로 보고 있다.³¹⁾ 폐기물법상의 허가가 폐기물법 이외의 다른 법률의 규정에 엄격히 구속³²⁾된다는 것은 계획확정 결정의 집중효의 결과인 것이며, 이것은 폐기물법상의 계획확정을 위하여 부가적인 허가요건을 이루는 것이다. 또한 폐기물법 제32조 제1항은 폐기물법상의 강제적인 허가요건을 규정하고 있는데, 계획확정에 있어서 이러한 허가요건을 준수해야 하는 것은 계획결정에 대한 제한으로부터 도출되는 것이 아니라, 시설허가라는 계획확정의 성질에서 나오는 당연한 것이다. 강제적인 허가요건을 충족하지 못하면 계획상의 형성의 자유에 대한 법적 한계의 준수 여부를 불문하고 허가는 거부되는 것이다. 강제적인 실정법적 규정이 적용되는 한, 허가청에게 계획기본준칙에 의하여 제한되는 계획상의 형성의 자유는 없는 것이다.

계획에 있어서 엄격한 기속을 요구하기 때문에 형량결정이 허용되지 않는 법률규정과 특정이익의 특별한 배려를 요구하여 계획상의 형성의 자유를 제한·조정하는 법률규정의 양자를 구별하는 연방행정법원의 태도에 기본적으로 찬동하지만, 판례에 의하여 구성된 계획기본준칙은 독자적 의미를 갖는 계획제한이론으로는 볼 수 없는 것이다.

30) BVerwGE 71, 163(165); BVerwG, NVwZ 1991, 69(70).

31) Höpfe/Beckmann (註 12), S. 99; dies., Umweltrecht, 1989, § 8 Rdn. 48; Beckmann, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im raumbedeutsamen Umweltrecht, 1987, S. 140; Erbguth/Schink, Kommentar zum Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, 1992, § 12 Rdn. 67.

32) 적용하여야 할 실제법적 규정이 강제적 거부사유를 포함하고 있는지 또는 단지 계획상의 형량에서 고려되어야 할 이익만을 제공하고 있는지는 관계 규정의 해석에 의하여 결정된다.

4. 형량명령

건설계획법에서 발전된 형량명령(Abwägungsgebot)은 명문규정의 존재 여부를 불문하고 공법상의 계획의 전 분야에 적용된다. 실제적이고 결정적인 계획상 형성의 자유의 한계를 이루는 것은 형량명령인 것이다. 아래에서는 계획상의 형량에 있어서 설치장소에 대한 대안심사 문제와 환경영향평가 결과의 고려에 대하여 살펴보기로 한다.

1) 계획상의 형량에 있어서 설치장소에 대한 대안심사

매립시설의 허가에 있어서 중심을 이루는 설치장소에 대한 결정은 계획상 여러 단계에서 내려질 수 있다. 허가의 단계에서 행해지거나 또는 국토계획(Raumordnungsverfahren), 폐기물관리계획(Abfallwirtschaftsplanung), 지역개발계획(Gebietsentwicklungsplanung), 건설기본계획(Bauleitplanung) 등, 허가의 전 단계에서 미리 매립시설의 장소가 결정될 수도 있다. 계획 및 계획확정 절차에서의 대안심사는 학설·판례에 의하여 아직 해결되지 않은 문제로 남아 있다. 여기에서는 폐기물법상의 계획확정 절차³³⁾에서의 설치장소³⁴⁾에 관한 대안심사에 대하여만 살펴보기로 한다.

(가) 폐기물법상의 계획확정절차에서의 제한적인 대안심사

폐기물법상의 계획확정절차에서 설치장소에 대한 대안심사가 행해져

- 33) 다른 계획절차에서의 대안심사에 대하여 간단히 살펴보면, i) 폐기물관리계획은 대안심사를 위한 가장 적합한 수단이다. 그러나 이 단계에서 최종적인 입지선정결정이 내려지는 것은 아니다. 폐기물관리계획과 모순되지 않는 한, 다른 장소가 계획확정의 대상이 될 수 있다. ii) 지역개발계획과 국토계획에서는 본원적이고, 전문적인 대안심사는 행해지지 않는다. 단지 사업계획에 대한 공간영향평가가 행해질 뿐이다. 국토계획에서는 사업시행자 자신이 제시한 대안에 대한 심사와 결정만이 허용된다. iii) 건설기본계획에서는 건설법전(BauGB) 제38조를 근거로 폐기물법상의 시설에 대한 대안심사가 행해지지 않는다.
- 34) 대안심사의 요구는 원칙적으로 입지선정뿐만 아니라 시설구조, 즉 기술적 설비에 대한 대안도 포함하는 것이다.

야 하는지 여부 및 정도에 대하여 확실상 다툼이 있다. 부정적인 견해는 폐기물법상의 계획확정 절차는 원칙적으로 사업계획의 허가절차라는 점을 근거로 한다.³⁵⁾

심사의 대상은 예정된 장소에 신청된 사업계획이 허용될 수 있는가 여부이며, 따라서 사업계획이 다른 장소에 설치되는 것이 환경피해를 줄일 수 있는가에 대하여 심사를 하는 것은 아니라고 한다. 또한 폐기물법상의 계획확정 절차는 다른 비공식적 계획과정을 거친 다음에 진행되는 것이 보통이므로, 기본적인 사항은 이미 결정되고 세부적인 사항에 대한 결정만이 남아 있게 된다고 한다. 입지선정의 문제는 이미 이러한 계획의 비공식적 단계, 즉 계획확정 절차 전에 결정된다는 것이다.³⁶⁾ 마지막으로 매립시설의 위치가 폐기물관리계획 (§ 29 KrW-/AbfG)에서 구속적으로 확정되어 있다면 계획확정 절차에서의 대안심사는 법적으로 배제된다는 논거를 들고 있다.³⁷⁾

폐기물법상의 계획확정 절차가 입지선정과 관련하여 포괄적인 대안심사를 하기에 적당하지 않다는 것에 원칙적으로 이의를 제기할 수는 없다. 허가절차에 있어서 계획확정청은 의도된 장소에서의 사업계획이 관계 법규에 부합하는가를 심사하는 것이다. 계획확정 절차는 매립시설의 설치를 위해 구체적으로 제안된 장소에 대한 심사에 관한 것이다. 그러나 폐기물법상의 계획확정이 신청된 사업계획에 대한 허가라는 것으로부터 당연히 계획확정청은 대안심사의 권한이 없으며 단지 신청을 인용하거나 또는 거부할 것을 결정할 수 있을 뿐이라는 결론이 도출되어서는 안된다. 계획확정은 공법상의 전문계획의 수단으로써 계

35) Jarass, Auslegung und Umsetzung der EG-Richtlinie zur Umweltverträglichkeitsprüfung, 1989, S. 34; Hoppe/Beckmann, Zur Berücksichtigung von Standortalternativen bei der Zulassung von Abfallentsorgungsanlagen, DÖV 1990, 769(770 f.); dies. (註 12), S. 102 f.; Bender/Pfaff, Zur Standortproblematik im Recht der Abfallentsorgungsanlagen, DVBl. 1992, 181(186).

36) Jarass(註 35), S. 35. 폐기물법상의 계획확정 절차 전의 비공식적 입지선정에 대하여는 Erbguth, Informale Standortsuche für eine Hausmüll deponie und Abwägungsgebot, NuR 1992, 262 ff.; Bender/Pfaff(註 35), DVBl. 1992, 181(183 f.) 참조.

37) Jarass(註 35), S. 35.

획상 형성의 자유와 그에 대한 한계이론으로서의 형량명령으로 특징지어지는 것이다. 계획상의 형량결정의 적법성은 그 결정이 생각해 볼 수 있는 유일한 것이냐의 여부에 달려 있다. 폐기물법상의 계획확정에 있어서 형량명령은 선정된 부지 그 자체의 적합성뿐만 아니라, 대안에 대한 고려에까지 미치는 것이다. 이러한 점에서 계획확정은 법적으로 엄격히 기속된, 따라서 대안심사가 구조적으로 허용되지 않는 행정청의 허가(Genehmigung)와 구별된다. 결론적으로 계획확정이 사업계획에 대한 허가절차라는 것으로부터 폐기물법상의 계획확정에서 대안심사는 원칙적으로 배제된다는 결론을 도출해서는 안되는 것이다.

또한 비공식적 절차에서의 입지선정은 과소평가할 수 없는 사실상의 효력을 발휘하지만, 계획확정 절차에서 계획확정청을 법적으로 구속하는 효력을 갖는 것은 아니다. 계획확정청은 계획확정 절차에서 최종적으로 입지선정의 적합성에 대하여 결정을 하는 것이고 따라서 입지선정에 대한 법적인 책임을 부담하는 것이다.

폐기물처리시설을 위한 적합한 위치의 선정은 폐기물법 제29조의 폐기물관리계획의 중심과제이다. 폐기물관리계획은 각 주(州)에 의하여 광역성의 관점에 따라 수립된다. 그것은 적용영역 안에서 적정한 폐기물처리를 위하여 필요한 조치를 서로 조화시키고 조정을 목적으로 하는 준비적인 전문계획이다. 이러한 광역성 및 준비적 성격으로 인해 이 단계에서의 심사는 모든 지역적 특수성에까지 미치는 것이 아니라 입지선정의 기본적인 적합성에만 미치는 것이다. 개별적인 문제의 해결은 계획확정 절차에서 행해지는 것이다. 따라서 계획확정 절차에서는 사업계획의 수행을 위한 구체적이고 개별적인 문제와 관련하여 대안심사가 행해져야 한다. 구속력있는 폐기물관리계획에서 폐기물처리시설이 설치되어야 할 장소가 선정되었다면 계획확정 절차에서의 대안심사의 범위는 극히 제한될 것이다. 이러한 경우에도 폐기물관리계획에서 선정된 입지가 구체적으로 폐기물처리시설을 위하여 적합하지 않으면 계획확정청은 허가를 거부할 수 있음은 물론이다.³⁸⁾ 입지의 적합

38) 이에 대하여는 OVG Bremen, NVwZ 1988, 1051 (1053); Weidemann, Abfallentsorgungspläne-ein wirksames Instrument des Entsorgungsrechts?,

성에 대하여는 계획확정절차의 단계에서 최종적으로 심사되어야 하는 것이다. 더욱이 폐기물관리계획에 예정되어 있지 않은 장소라도 선정된 입지가 구속력있는 계획이 설정한 범위내에 들어가면 그곳에 매립시설의 설치가 허가될 수도 있다. 마지막으로 폐기물관리계획은 다수의 적합한 후보지를 선정할 수 있는데,³⁸⁾ 폐기물법상의 계획확정절차에서 대안심사는 전적으로 배제되어 있다는 주장이 타당하지 않음은 이 경우에 명백해진다.

이상으로부터 계획확정절차에서의 대안심사는 법적으로 요구된다는 결론을 도출할 수 있다. 아래에서는 설치장소의 대안에 대한 조사범위, 그의 평가 및 최종적인 선택을 위한 기준에 대하여 살펴보기로 한다.

(나) 대안의 조사

연방행정법원은 대안의 조사와 관련하여 사안의 사정에 따라 특정한 대안이 제공되거나(anbieten) 또는 그의 존재가 명백해야 함(aufdringen)을 요구한다.⁴⁰⁾ 이러한 제한적인 기준은, 계획확정은 사업계획에 관한 허가절차이므로 제한적으로만 대안심사가 허용된다는 인식을 근거로 한다. 계획확정청은 모든 생각해 볼 수 있는 대안에 대하여 심사할 수는 없는 것이다. 연방행정법원에 의하면 계획확정청은 형량을 함에 있어서 그에게 중요한 것으로 인식될 수 있는, 그러한 대안만을 심사해야 한다고 한다. 우선 사업계획으로 달성하려는 목적이 공익·사익에 대한 피해를 줄일 수 있는 다른 대안에 의하여 달성될 수 있음이 명백한 경우가 이에 해당한다.⁴¹⁾ 또한 사업계획에 관련된 자가 주민참가를 통하여 또는 다른 허용된 방법으로 적법하게 계획확정 절차에서

38) 이에 대하여는 OVG Bremen, NVwZ 1988, 1051 (1053); Weidemann, Abfallentsorgungspläne-ein wirksames Instrument des Entsorgungsrechts?, NVwZ 1988, 977(978); Erbguth, Rechtliche Anforderungen an Alternativprüfungen in(abfallrechtlichen) Planfeststellungsverfahren und vorge-lagerten Verfahren, NVwZ 1992, 209(214).

39) Hoppe/Beckmann(註 35), D V 1990, 769(772); Erbguth(註 38), NVwZ 1992, 209(214).

40) BVerwGE 69, 256(273); BVerwG, UPR 1989, 273; BVerwG, NVwZ-RR 1991, 118(124).

41) BVerwGE 71, 166 (171 f.) 참조.

대안을 제시하는 경우도 원칙적으로 이에 해당한다고 할 수 있다.⁴²⁾

그러나 다른 장소가 관련된 중요한 이익을 고려해 볼 때 더 좋은 해결방안임이 계획확정청에게 명료할 때에 비로소 대안의 심사의무가 발생하는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 연방행정절차법 제24조의 일반적인 절차원칙에 의하면 행정청은 사안에 관련된 중요한 사실을 모두 조사하고 고려해야 한다. 계획확정결정을 하기 전에 계획확정청이 해야 할 형량이라는 것이 가능한 한 권리에 대한 침해를 피하거나 또는 최소한의 침해를 줄 수 있는 방안을 강구하는 것이므로, 공익·사익에 대한 경미한 침해가 기대되는 대안이 존재하는지는 원칙적으로 계획확정청이 조사해야 한다. 사업계획에 의하여 특히 환경에 중대한 침해를 가져올 것이 예상되는 경우에는 대안을 조사하여야 할 계획확정청의 의무는 증가된다. 판례에 의하여 도입된 대안의 “인식가능성”(Erkennbarkeit)이라는 기준은 충분치 못한 것이다. 대안심사의 정도는 신청된 장소에서의 시설물의 효과에 따라 달라져야 한다. 즉, 사업계획에 의한 공익·사익의 침해가 크면 클수록 대안조사 의무도 커지는 것이다. 따라서 계획확정청이 ‘필요한’ 대안에 대한 조사를 소홀히 한 경우에 이것은 형량하자의 결과를 가져올 수도 있다.

(다) 대안의 평가

이렇게 조사된 대안들은 다음 단계에서 각각 평가된다. 형량명령에 따라 각각의 대안에게 법적·사실적 상황에 따른 객관적 가치를 부여해야 한다. 객관적 가치는 개개의 대안에 대한 찬성 또는 반대의 근거가 되는 관련이익을 조사·평가·조정함으로써 확정된다. 즉, 대안의 평가는 개개의 대안에 관련된 여러 이익의 형량의 결과인 것이다. 형량에 있어서는 특히 토지의 형질, 폐수처리가능성, 도로연결, 자연경관의 침해, 주변 지역의 환경상태 및 대상부지의 확보가능성과 수용의 범위 등을 고려하여야 한다.

42) BVerwG, NVwZ-RR 1989, 241 참조.

(라) 입지선정

계획확정청은 다수의 적합한 후보지 중에서 공익과 사익에 대한 침해가 가장 적은 곳을 입지로 선정해야 한다. 이것은 행정법의 일반원칙인 비례의 원칙의 요구사항이기도 하다. 그러나 구체적인 경우에 어떠한 부지가 관계이익의 피해를 최소화하는지를 결정하기는 결코 쉬운 문제가 아니다. 여러 후보지 중 적정한 부지를 선정해야 한다는 요구는 형량의 불비례(Abwägungsdisproportionalität)⁴³⁾ 라는 행위 및 통제기준과 일치하는 것이다. 계획확정청이 입지선정과 관련하여 갖고 있는 형성의 여지는 매우 커서 단지 다른 후보지와와의 관계에서 '명백한' 형량의 잘못만이 입지선정결정을 위법한 것으로 만든다. 즉 다른 장소가 매립시설을 위한 부지로서 더 적합하다는 것이 명백한 경우에만 부지선정에 하자가 있다고 인정된다. 따라서 부지선정에 대한 법원의 통제는 매우 제한되어 있다고 할 수 있다.

2) 환경영향평가 결과의 고려

권한있는 행정청은 사업계획의 허가결정을 함에 있어서 환경영향평가의 결과를 고려해야 한다. 환경영향평가 결과가 사업계획에 대한 허가결정에 어느 정도로 영향을 미치느냐는 기본적으로 개개의 구체적 상황과 적용 법규에 따라 다르게 나타난다. 폐기물법상의 계획확정에 있어서 평가결과로 인하여 바로 허가를 거부해야 할 경우가 있다. 평가결과에 의해 환경과 관련된 강제적인 허가요건(예컨대, 폐기물법 제 32조 제1항 1호, 3호, 4호)이 충족되지 못함이 밝혀지는 경우가 이에 해당한다. 그 밖의 경우에 평가결과는 단지 허가결정을 함에 있어서 형량의 요소로서 고려되는 것이다. 권한있는 행정청은 환경영향평가의 결과와 다른 이익과의 형량을 근거로 허가의 거부결정, 허가결정 또는 부관이 붙은 허가결정을 할 수 있는 것이다. 계획상의 형량의 범위내에서 환경영향평가의 결과를 고려해야 한다는 것이 형량과정에 있어서

43) 형량의 불비례는 관계 여러 이익간에 조정을 함에 있어서 그 조정이 개개 이익의 객관적 가치와 비례관계에 있지 않은 경우를 말한다.

관계된 환경이익의 객관적 가치를 높여주는 것은 아니다. 계획상의 형량에 있어서 고려되어야 할 이익은 원칙적으로 동등한 것이다. 법적으로 평가우위가 인정되어 있지 않는 한 환경영향평가 결과에 우월적 지위가 주어지는 것은 아니다. 오히려 환경법 분야에 있어서 계획확정에 관한 실무는 사업계획의 실현을 위한 이익이 환경보호이익보다 형량에 있어서 중시되었음을 보여준다.⁴⁴⁾ 이와 같이 형량과정에 의하여 환경영향평가가 유명무실하게 되는 것을 방지하려면 계획상의 형량에 있어서 환경보호이익에 우월적 지위를 인정할 필요가 있다. 폐기물법상의 계획확정에 있어서는 특히 매립시설의 불가결성 때문에 환경보호이익이 공익상의 폐기물처리이익에 비하여 소홀히 취급될 위험이 크다. 따라서 폐기물법에 있어서 환경보호를 위하여 형량을 조정하는 규정⁴⁵⁾이 입법적으로 고려되어야 할 것이다.

Ⅳ. 우리나라에서의 폐기물처리시설 설치에 대한 개관

우리나라에서의 폐기물처리시설에 대한 설치는, 우선 국가 또는 지방자치단체가 대통령령이 정하는 규모 이상의 폐기물처리시설을 설치하고자 하는 경우에는 폐기물처리시설설치계획의 결정에 의하도록 되어 있다. 폐기물의 처리를 업으로 하고자 하는 자는 시·도지사 또는 환경부장관의 허가를 받아야 하며, 그 이외의 자가 폐기물처리시설을 설치하고자 하는 경우⁴⁶⁾에는 환경부장관의 승인을 얻어야 한다. 우리나라의 폐기물처리시설 설치 절차의 가장 큰 흠결로는 계획결정과정이나 허가 및 설치승인 단계에서의 이해관계있는 주민의 참여가 법적으로

44) 이에 대하여는 Bunge, Die Umweltverträglichkeitsprüfung im Verwaltungsverfahren, 1986, S. 36; ders., Zur Umweltverträglichkeitsprüfung in der Bundesrepublik Deutschland - eine Zwischenbilanz, ZfU 1984, 405(418 f.) 참조.

45) 우대명령 (Optimierungsgebot) 내지 우위규정 (Vorrangregelung)이 이에 해당한다.

46) 이에 는 폐기물 배출업소가 자가처리시설을 설치하려는 경우뿐만 아니라, 국가 또는 지방자치단체가 시설 주체이지만, 폐기물처리시설설치계획의 결정 대상이 되지 않는 규모의 공공처리시설 설치의 경우도 포함된다.

로 보장되어 있지 않다는 것이 지적되었다.⁴⁷⁾ 이러한 사정은 1992년 12월 8일의 폐기물관리법 개정에 의하여 국가 및 지방자치단체가 대통령령이 정하는 폐기물처리시설을 설치하고자 하는 경우에 입지결정을 함에 있어서 주민의 의견을 수렴할 것을 규정(폐기물관리법 제31조, 동법 시행규칙 제42조)함으로써 어느 정도 개선되었다. 다시 이 규정은 1994년 정기국회에서 통과된 폐기물처리시설설치촉진및주변지역지원등에관한법률에 흡수되어 이 법 시행 이후부터는 주민대표가 참여하는 입지선정위원회로 하여금 그 입지를 선정하도록 하여 입지선정이 정부의 자의적 결정에 의하지 아니하고 해당 지역주민의 의사에 의하여 결정되도록 하였다. 즉, 동법 제9조에 의하면 폐기물처리시설설치계획을 결정·고시하기 전에 대통령령이 정하는 규모 이상의 폐기물처리시설을 설치·운영하고자 하는 환경부장관 또는 지방자치단체의 장은 입지선정계획을 결정·공고하여야 하며, 입지선정계획을 공고한 때에는 지체없이 그 입지선정계획 지역의 주민대표가 참여하는 입지선정위원회를 설치하여 당해 폐기물처리시설의 입지를 선정하도록 하였다. 또한 환경영향평가법 제4조와 동법 시행령 제2조 제2항의 규정에 의한 별표 1에 의하면 일정한 규모 이상의 폐기물매립시설과 소각처리시설은 주민의견의 수렴제도가 도입된 환경영향평가를 실시하여야 하는데, 이를 통하여 주민의사를 반영할 수 있다. 그러나 환경영향평가제도는 환경영향평가서의 협의내용을 주민에게 통보하는 절차가 미비되어 있고 협의내용에 대한 주민의 이의신청권이 인정되고 있지 않다는 점에서 주민참여의 측면에서 개선될 점이 많다고 하겠다.⁴⁸⁾

환경영향평가법 시행령 제9조의 규정에 의한 별표 1에서는 폐기물처리시설의 설치승인전 및 폐기물처리업의 허가전에 환경영향평가서를 제출할 것만을 규정하고 있고 폐기물처리시설설치계획에 대하여는 언급이 없어 폐기물처리시설설치계획의 결정과 관련하여 환경영향평가가 실시되는지 여부 및 시기가 문제될 수 있다. 폐기물처리시설설치촉진및주변지역지원등에관한법률 제10조에 의한 폐기물처리시설설치계획은

47) 김성수, 「환경침해시설 설치 절차와 주민참여」, 『고시제』, 1992/9, 98쪽.

48) 홍준형, 환경법, 1994, 121쪽.

폐기물처리시설의 종류·규모·위치·면적·공사기간·설치기관 등이 명시되며, 이 계획에 따라 타인의 토지 등의 수용·사용이 가능하게 되므로 대국민적 구속력을 갖는 행정처분적 성질의 계획이라 할 것이다.⁴⁹⁾ 폐기물처리시설설치계획의 결정에 의하여 구체적인 폐기물처리시설의 설치가 확정되는 것이므로 이에 대한 환경영향평가가 실시되어야 함은 환경영향평가법의 목적에 비추어 볼 때 당연하다고 하겠다. 환경영향평가법 제3조 제1항은 “국가 및 지방자치단체는 각종 정책 또는 계획을 수립·시행하고자 할 때에는 환경영향을 고려하고, 이에 대한 대책을 강구하여야 한다.”고 하여 국가의 책무를 규정하고 있는 바, 이에 따라 환경부장관 또는 시·도지사가 폐기물처리시설 설치계획을 수립함에 있어서는 당해 사업의 시행으로 인하여 환경에 미치는 영향을 미리 예측·분석하여 환경영향저감 방안을 강구하여야 할 것이다. 또한 폐기물처리시설설치촉진및주변지역지원등에관한법률 제12조 제1항 2호에 의하면 폐기물처리시설설치계획이 고시된 때에는 폐기물처리시설의 설치승인을 받은 것으로 보도록 하고 있는데, 이 규정으로부터 폐기물처리시설설치계획의 결정·고시 전에 환경영향평가가 실시되어야 한다는 결론을 도출할 수 있다.

V. 맺는 말

우리나라의 폐기물처리시설설치계획은 개별사업을 대상으로 하는 전 문제획으로서, 독일의 계획확정(Plan feststellung)에 견주될 수 있는 것이다.⁵⁰⁾ 행정청은 폐기물처리시설 설치계획을 수립함에 있어서 계획상의 형성의 자유를 가지는 것이며, 따라서 그에 대한 한계이론, 특히 형량명령은 우리의 폐기물처리시설 설치계획에서도 그대로 적용될 수 있다고 하겠다.

위에서 언급한 바와 같이 우리의 폐기물 관련법제는 일정 규모 이상

49) 김성수(註 47), 『고시계』, 1992/9, 97쪽.

50) 김성수(註 47), 『고시계』, 1992/9, 97쪽.

의 폐기물처리시설에 대한 입지선정과 환경영향평가와 관련하여 주민의 참여를 규정하고 있고, 폐기물처리시설설치계획의 절차와 관련하여서는 계획이 결정된 후 이를 고시하고, 그 도면을 열람할 수 있는 것에 대하여만 규정하고 있는데, 이는 이해관계있는 주민의 계획결정과정에서 참여할 수 있는 기회를 보장하고 그 의견의 반영을 제도적으로 보장하고 있는 독일의 계획확정절차에 비하여 이해관계인의 행정절차에의 참여와 그로 인한 개인의 권익구제의 측면에서 상당히 미흡한 입법이라 하겠다. 주변영향지역의 광역성으로 인하여 다수의 주민들의 권리·이익에 관련된 사업계획은 무엇보다도 그 결정과정의 투명성 및 상충되는 여러 이익간의 적정한 형량이 보장되어야 한다.

폐기물처리시설 설치의 필요성, 그에 대한 인근 주민의 격렬한 반대라는 서로 상충되는 딜레마를 해결하기 위하여 폐기물처리시설의 설치에 있어서는 특히 행정절차에의 주민참여의 문제와 행정소송상의 권리구제 가능성의 문제⁵¹⁾가 중요하다고 하겠다. 행정절차에의 조기참여 내지 강화된 주민참여 및 정치적 압력으로부터 독립된 법원에 의한 설치결정의 통제는 폐기물처리시설의 설치에 대한 사회의 승인을 용이하게 해줄 것이다.

51) 이에 대하여는 필자의 위 박사학위논문 169쪽 아래 참조.