

토양정화책임 관련 분쟁사례 분석

박종원·김현준



법제분석지원 연구 12-25-⑤

신청기관

환 경 부

토양정화책임 관련 분쟁사례 분석

박 종 원 · 김 현 준

토양정화책임 관련 분쟁사례 분석

A Legal Analysis of Disputes concerning
Liability for Cleaning up Contaminated Land

연구자 : 박종원(한국법제연구원 부연구위원)

Park, Jong-Won

김현준(영남대학교 법학전문대학원 교수)

Kim, Hyun-Joon

2012. 10. 11.

요약문

I. 배경 및 목적

- 최근에는 기술 발전에 따라 토양오염조사 결과 심각한 토양 오염이 확인되고 그에 대한 정화조치명령이 내려지는 사례가 증가하고 있으며, 토양정화책임을 둘러싼 분쟁도 빈발하고 있음
 - 철강공장, 제련소, 택시차고지, 사격장, 주유소 등 여러 유형의 토지에서 분쟁이 발생하고 있음
 - 분쟁의 양상 또한 토양정화조치명령처분의 취소를 청구하는 내용의 행정소송, 원인자 간 비용부담을 다투는 내용의 민사소송, 나아가 정화책임 관련 조항의 위헌 여부를 다투는 내용의 헌법소원 및 위헌법률심판 등 다양한 형태로 나타나고 있음
- 최근의 분쟁에서 다투어지고 있는 쟁점을 명쾌하게 해결하기에는 아직까지 토양정화책임에 관한 법리가 확립되어 있지 못하며, 외국의 분쟁사례나 판례에 대한 심층적인 분석이 이루어지지 못하고 있음
 - 이에 따라 국내의 분쟁사례에 대한 심층적인 분석을 통하여 문제가 되고 있는 쟁점을 확인하고, 그 원인을 제공하고 있는 현행법제상의 문제점을 확인하는 작업이 우선되어야 할 것임

- 또한, 이들 쟁점을 다루고 있는 각국의 관련법제 및 분쟁사례를 집중적으로 분석함으로써, 우리나라에 시사하는 바를 모색할 필요성이 있음
- 향후 토양정화책임을 둘러싼 논란의 여지를 줄이고 관련 분쟁을 해소하기 위한 토양정화책임법제 개선방향을 제시하는 것을 목적으로 함

II. 주요 내용

- 우리나라의 토양정화책임법제 및 관련분쟁사례를 분석함
 - 우리나라 토양환경법제의 발전과정을 되짚어 보고, 현행 「토양환경보전법」을 중심으로 토양정화책임체계를 분석함
 - 토양정화책임 관련 분쟁사례를 사실관계에서부터 법원의 판결에 이르기까지 구체적으로 검토하고, 다툼이 이루어진 주요 쟁점과 향후 다투어질 가능성이 있는 쟁점을 정리함
 - 대상사건: 마산한국철강부지 사건, 장항제련소 사건, 유류저장탱크 사건, 택시차고지 사건, 클레이사격장 사건 등
 - 주요 쟁점: 토양오염관리대상시설의 범위, 연대책임 및 오염원인자 간의 구상관계, 정화책임의 소급 가능성, 정화책임의 면제 등
- 주요 외국의 토양정화책임법제 및 관련 판례를 분석하고, 시사점을 도출함
 - 미국의 토양정화책임법제 및 관련 판례 분석

- CERCLA에 따른 정화책임자의 범위와 복수 당사자 간의 책임 배분, 슈퍼펀드법 및 브라운필드법에 따른 정화책임 면제 등을 포함하여, 미국 토양정화책임법제의 주요내용을 분석함
 - 정화책임자의 범위, 엄격책임, 연대책임, 소급책임 등에 관한 판례의 태도를 분석함
- 독일의 토양정화책임법제 및 관련 판례 분석
- 연방토양보호법에 따른 정화의무자의 범위, 정화책임의 성질과 내용 등을 포함하여, 독일 토양정화책임법제의 주요내용을 분석함
 - 상태책임의 근거와 한계, 소급효, 복수의 정화책임자 간의 선택, 비용상환 등의 쟁점을 중심으로 분쟁사례의 개요와 판례의 태도를 분석함
- 일본의 토양정화책임법제 및 관련 판례 분석
- 토양오염대책법에 따른 오염상황조사, 구역지정 및 오염제거 등의 조치의무 등을 포함하여, 일본 토양정화책임법제의 주요내용을 분석함
 - 토양오염상황조사 및 오염제거조치명령 관련 행정판례, 법령에 따른 토양오염조사·정화비용의 구상에 관한 민사판례, 토양오염에 따른 계약책임에 관한 민사판례 등으로 구분하여 분쟁사례의 개요와 판례의 태도를 분석함
- 각국의 법제 및 판례를 평가하고 정화책임자의 범위와 그 책임의 근거, 손해배상책임과 토양정화책임의 구별, 연대책임 및 비용부담관계, 정화책임의 소급, 정화책임의 면제 또는 책임범위의 제한 등 각각의 쟁점별로 시사점을 도출함

- 우리나라의 「토양환경보전법」이 정하고 있는 정화책임자의 범위는 외국에 비하여 과도하게 설정되어 있는 것은 아닌 것으로 이해되며, 경찰책임이론을 기초로 그 논리적 근거가 뒷받침될 수 있음
- 우리나라와 같이 토양정화책임을 지는 자를 “오염원인자”로 개념지우고, 사법상의 책임과 공법상의 책임에 대하여 동시에 적용되도록 하고 있는 예는 다른 국가에서 찾아볼 수 없음
- 정화책임자의 우선순위에 관하여, 독일에서는 연방토양보호법상 정화책임자의 규정순서를 책임자의 순위로 볼 수 있다는 판례가 있으며, 법원이 복수 원인자 간의 선택재량 기준으로 ‘위험에의 근접’을 제시하고 있음. 일본의 경우에는 법률상으로 정화책임자 간의 우열 문제를 확실히 하고 있음에 따라 행정처분의 위법성을 다투는 분쟁이 거의 없음을 확인할 수 있음
- 정화책임자 간의 비용부담관계에 관해서는, 우리나라를 제외한 미국, 독일, 일본 모두가 구상권을 법으로 명시하고 있음. 복수의 오염원인자 간의 비용분담 방법이나 기준과 관련하여, 독일은 별다른 규정을 두지 않고 사안에 따라 판례를 통해 해결하는 경향을 보이고 있음에 반해, 미국의 경우에는 CERCLA와 판례에서 여러 고려요소를 제시하고 있음. 다만, 여러 고려요소의 사안별 활용방식에 관하여는 사안의 특성에 따라 달리 정해짐
- 정화책임의 소급과 관련하여, 토양정화책임이 소급 적용되는 것으로 해석하면서 양수인이 오염원인자로 간주되기 시작한 2002년 1월 1일을 기준으로, 그 이전의 양수인에 대해서는 신뢰이익이 침해된 것이라고 판시한 헌법재판소의 태도와 달리, 미국 법원은 일관되게 소급책임의 성질을 긍정하고 그 합헌성을 인정하

고 있으며, 우리나라와는 처한 상황이 다소 다를 수는 있으나 독일 법원의 경우에도 보호할 만한 가치 있는 신뢰이익의 유무에 관한 판단시점을 연방토양보호법의 시행 시점보다 이전으로 보는 경향이 있음

- 정화책임의 면제 또는 책임범위의 제한과 관련하여, 독일이나 일본의 경우에는 그 가능성을 크게 열어두고 있지 아니함에 비하여, 미국은 책임의 분할가능성 입증을 통하여 자신의 책임 부분에 따라 비용을 부담할 수 있는 여지를 주고 있으며, 소량 배출과 도시폐기물 배출에 대한 면책을 법으로 규정하고, 인접지 등의 소유자, 브라운필드법 시행 후의 선의매수인, 선의의 토지소유자 등의 면책요건을 구체화하고 있다는 점 등에서 그 특징을 찾을 수 있음

□ 이상에 기초하여 우리나라 토양정화책임법제의 개선방향을 제시함

- 개선방향을 모색함에 있어서는, 헌법위반상태의 제거와 더불어 오염토양의 신속한 정화를 통한 국민건강 및 환경상의 위해 제거라는 입법목적의 달성이 동시에 고려되어야 함
- 만일 헌법재판소가 대안으로 제시하고 있는 국가의 비용 보조, 면책이나 책임범위 제한 등을 입법화한다면, 토양정화를 위한 기금 설치 등 재원 조성에 관한 입법론적 검토도 함께 이루어져야 할 것임
- 오염원인자의 범위, 책임의 성질 등을 고려할 때, 사법상의 손해배상책임과 공법상의 토양정화책임을 엄격히 구별하여 규정할 것을 제안함

- 공법상 정화책임론의 본질, 원인자책임원칙과의 조화, 일반국민의 납득 가능성 등을 근거로, ‘오염원인자’ 용어를 ‘정화책임자’로 전환할 것을 제안함
- 복수의 정화책임자가 존재하는 경우, 구상권 행사에 관한 법적 근거를 명시하고 이들 간의 책임부담관계를 정립할 것을 제안함
 - 세부적인 대안으로 정화조치명령 대상의 우선순위 법정, 정화조치명령처분 행사에 관한 재량준칙 마련, 면책 또는 책임제한을 위한 제도적 장치 마련, 책임분담을 위한 기구 설치 등을 제시함
 - 이들 각 대안의 장단점을 고려하여 그 도입에 있어 신중한 판단을 하여야 할 것이며, 경우에 따라 이들 대안을 적절히 조합하는 방안도 고려할 수 있을 것임
 - 오염토양의 신속한 정화 곤란 등의 단점을 안고 있는 대안의 도입과 관련해서는, 기금의 조성 및 이를 통한 국가의 신속한 정화조치 가능성을 확보함으로써 이를 해소할 수 있는 보완적 기제를 마련할 필요 있음

Ⅲ. 기대효과

- 토양정화책임법제 및 관련분쟁사례의 분석을 통하여 현행 법제의 문제점과 한계를 도출함으로써, 관련법령 개정 추진을 뒷받침할 수 있는 충분한 논거를 제시함
- 주요 외국의 정화책임 관련 법제 및 판례에 관한 정보를 제공함으로써, 법령 정비의 기초자료 및 주요 논거로 활용할 수 있게 함

□ 헌법불합치결정의 내용을 분석하고 평가함으로써, 향후 헌법위반 상태의 제거를 위한 입법대안을 기초하는 데 참고할 수 있도록 함

□ 궁극적으로는 오염토양의 신속하고 적절한 정화를 통한 토양생태계의 보전 및 건강하고 쾌적한 생활환경 조성을 법제도적으로 뒷받침할 수 있는 기반을 마련함

▶ 주제어 : 토양정화책임, 오염원인자, 잠재적 책임당사자, 엄격책임, 연대책임, 소급책임, 토양환경보전법, 종합환경대응보상책임법, 연방토양보호법, 토양오염대책법, 브라운필드, 슈퍼필드, AAI 규칙

Abstract

I . Background and Purpose

- Since soil contamination is gradual, progressive, and cumulative in nature, it is often very difficult to verify the party responsible for damage. To make matters worse, even when a liable party can be found, if the party has limited financial means or is insolvent, in reality, it is meaningless to bring a suit against them.
- Soil contamination has become a pressing social issue. And there have been a number of high profile disputes of soil contamination that have caught the attention of the public and lawmakers. Some of these examples include soil contamination at a former KISCO site, as well as soil contamination at the Jang-Hang refinery.
- Recently, the Constitutional Court ruled that the contested provision of the Polluter Clause under the Soil Environment Conservation Act(SECA) was unconstitutional, violating the principle of trust protection, the principle against excessive governmental measure, and the equal protection rights.

- This study made a comparative analysis of legal systems and case laws concerning liability for cleaning up contaminated land in Korea and other countries, in order to show ways to improve the current legal system.

II. Main Contents

- This study tried to analyze legal system and case laws involving liability for cleaning up contaminated land, aiming to understand legal concerns in depth.
 - To put it concretely, this study presented a brief overview of the history of the legal systems to conserve the soil environment, and current SECA.
 - This study went through a systematic analysis of case laws, including the former KISCO site case, the Jang-Hang refinery case, the Oil storage tank case, the Taxi garage case, the Clay-pigeon shooting range case and so on, focusing on the scope of soil contamination control facilities, characteristics of liability, and defenses to liability.
- Then, this study did a comparative analysis of legal system and case laws in other countries, concerning liability for cleaning up contaminated land, aiming to get the lessons from them.
 - The countries include United States of America, Germany and Japan, which have long had legal frameworks and case laws relating to liability for contaminated sites.

- This study focused on the scope of responsible parties, defenses to liability and characteristics of liability, including strict liability, joint and several liability and retroactive liability.

III. Legal Improvements

- First of all, this study suggested that our laws should be guided by fundamental principles of our Constitution, with due consideration for the SECA's purpose of ensuring the quick and proper clean-up of contaminated soil and removing hazard or injury to public health and environment.
- Based on these analyses, this study presented some concrete ways to improve our legal system.
 - First, a sharp distinction should be made between civil liability for damages and clean-up liability under public law.
 - Second, the term “Polluters” should be replaced with the term “parties liable for clean-up”.
 - Third, the complicated legal problems among multiple responsible parties should be resolved.
 - In this regard, this study showed some alternatives to improve Clean-up Liability Clauses under SECA, with the merits and demerits.

- The alternatives include a legal priority ranking among responsible parties, setting a criteria on exercising discretion, providing an exemption from liability or limitation of liability, and setting up a body to allocate the proper liability.

➤ Key Words : Liability for Cleaning up Contaminated Land, Polluters, PRPs(Potentially Responsible Parties), Strict Liability, Joint and Several Liability, Retroactive Liability, SECA(Soil Environment Conservation Act), CERCLA, BBodSchG, Soil Contamination Countermeasures Act, Brownfields, Superfund, AAI Rule

목 차

요 약 문	3
Abstract	11
제 1 장 서 론	19
제 1 절 연구의 목적	19
제 2 절 연구의 범위와 구성	21
제 2 장 우리나라의 정화책임법제 및 분쟁사례	23
제 1 절 토양환경법제의 역사	23
1. 토양환경보전법 제정 이전	23
2. 토양환경보전법 제정 이후	25
제 2 절 「토양환경보전법」상의 정화책임체계	31
1. 규제대상으로서의 ‘토양오염’	31
2. 정화조치명령 등의 발동기준으로서의 ‘우려기준’과 ‘대책기준’	31
3. 기준 초과 여부 확인을 위한 도구로서의 ‘토양오염조사’	32
4. 정화조치명령 등에 따른 정화책임자로서의 ‘오염원인자’	33
5. 정화책임의 이행방법	35
제 3 절 토양정화책임 관련 분쟁사례	36
1. 분쟁사례의 개관	36
(1) 마산한국철강부지 사건	36
(2) 장항제련소 사건	42

(3) 유류저장탱크 사건	46
(4) 택시차고지 사건	47
(5) 클레이사격장 사건	48
2. 주요 쟁점별 판례의 태도	50
(1) 토양오염관리대상시설의 범위	50
(2) 연대책임 및 오염원인자 간의 구상관계	52
(3) 정화책임의 소급 가능성	55
(4) 정화책임의 면제	57
제 3 장 주요 외국의 토양정화 관련 분쟁사례	61
제 1 절 미 국	61
1. 토양정화책임 관련법제	61
(1) 정화책임자의 범위	61
(2) 복수 당사자 간의 책임배분	62
(3) 정화책임의 면제	63
2. 토양정화책임 관련 분쟁사례	78
(1) 정화책임자의 범위에 관한 판례	78
(2) 엄격책임에 관한 판례	85
(3) 연대책임에 관한 판례	86
(4) 소급책임에 관한 판례	88
제 2 절 독 일	95
1. 토양정화책임 관련법제	95
(1) 연방토양보호법의 연혁 및 개요	95
(2) 독일 연방토양보호법상의 정화책임의 성질	98

(3) 연방토양보호법상의 토양정화의무자	99
(4) 연방토양보호법상의 정화조치	105
2. 토양정화책임 관련 분쟁사례	114
(1) 상태책임의 근거와 한계에 관한 판례	114
(2) 소급효에 관한 판례: 포괄승계인의 책임과 소급효	124
(3) 복수의 정화책임자 간의 선택(Störerauswahl)에 관한 판례	133
(4) 비용 상황에 관한 판례	139
제 3 절 일 본	148
1. 토양정화책임 관련법제	148
(1) 개 요	148
(2) 오염상황조사	150
(3) 구역지정(요조치구역과 형질변경시요신고구역)과 정보관리	152
(4) 요조치구역에서의 오염제거 등의 조치	153
(5) 토지의 형질변경의 제한	159
(6) 오염토양 반출 등에 관한 규제	160
(7) 지원조치	160
2. 토양정화책임 관련 분쟁사례	161
(1) 토양오염상황조사 및 오염제거조치명령 관련 행정판례	162
(2) 법령에 따른 토양오염조사·정화 비용의 구상에 관한 민사판례	171
(3) 토양오염에 따른 계약책임에 관한 민사판례	178
제 4 절 평가 및 시사점	199
1. 정화책임자의 범위와 그 책임의 근거	199
(1) 정화책임자의 범위	199

(2) 정화책임의 근거	201
(3) 유류저장탱크 사건에의 적용	203
2. 손해배상책임과 토양정화책임의 구별	204
3. 연대책임 및 비용부담관계	205
(1) 정화책임자 간의 우열	206
(2) 선택재량의 문제	209
(3) 정화책임자 간의 비용부담관계	211
4. 정화책임의 소급	214
5. 정화책임의 면제 또는 책임범위의 제한	217
제 4 장 토양정화책임법제의 개선방향	221
제 1 절 사법상 책임과 공법상 책임의 준별	222
제 2 절 ‘오염원인자’ 용어의 전환	223
제 3 절 정화책임자 간의 책임부담관계 정립	225
1. 정화조치명령 대상의 우선순위의 법정	227
2. 정화조치명령처분 행사에 관한 재량준칙 마련	228
3. 면책 또는 책임제한을 위한 제도적 장치 마련	229
4. 책임분담을 위한 기구 설치	231
참 고 문 헌	233

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

토양은 물, 공기 등과 더불어 자연생태계를 구성하는 중요한 요소이다. 토양생태계는 무생물과 생물의 안정된 평형상태를 유지시킬 뿐만 아니라 홍수의 방지, 수원의 함양, 수질의 정화, 오염물질의 정화, 토사붕괴의 방지, 토양침식의 방지, 지반침하의 방지, 지표 온도·습도 변화의 완화, 토양생물의 보호, 식생의 보호 등의 기능을 수행한다.¹⁾

한편, 토양은 공기나 물의 경우와 달리 유해물질의 이동성이 낮아 그 영향이 서서히 나타난다는 특성을 갖고 있다. 이로 인해 토양오염은 간접적이고 만성적으로 이루어지는 경우가 많으며 그 오염 여부를 인식하기가 힘들다. 또한, 오염물질이 토양에 오랜 기간에 걸쳐 누적되면서 토양오염이 진행되기 때문에 오염행위와 피해발생 간에 상당한 시차가 존재하고, 그 피해는 장기간에 걸쳐 나타나게 된다. 더욱 문제되는 것은 한번 발생한 오염은 막대한 비용을 들여 제거하지 아니하는 한 지속된다는 점이다. 이러한 특성은 토양환경의 보전을 어렵게 하는 주된 원인이 되고 있다.

우리나라는 1977년 「환경보전법」에서 처음으로 토양오염 방지를 위한 약간의 규정을 두었고, 그 후 「수질환경보전법」, 「폐기물관리법」, 「농약관리법」 등에서 토양오염 규제에 관한 단편적인 규정을 두고 있다가, 1995년 1월 5일 「토양환경보전법」이 제정되면서 종합적·체계적으로 토양환경을 보전할 수 있는 기반이 마련되었다. 「토양환경보전법」은 토양오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 피해를 예방하고, 토양생태계의 보전을 위하여 오염된 토양을 정화하는 등 토양을 적정하게 관리·보전함으로써 모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수

1) 환경부, 『2008 환경백서』, 501면.

있게 함을 목적으로 하고 있는바(제1조), 이를 위하여 측정망 설치를 포함한 토양오염조사, 토양오염관리대상시설 관리, 토양오염방지조치, 토양보전대책지역 지정·관리, 토양오염피해에 대한 무과실책임 등의 규정을 두고 있다.

최근에는 기술 발전에 따라 토양오염조사 결과 심각한 토양오염이 확인되고 그에 대한 정화조치명령이 내려지는 사례가 증가하고 있다. 이와 더불어 토양정화책임을 둘러싼 분쟁 또한 빈발하고 있다. 후술할 것이지만, 철강공장, 제련소, 택시차고지, 사격장, 주유소 등 여러 유형의 토지에서 분쟁이 발생하고 있으며, 그 분쟁양상도 다양하게 나타나고 있다. 즉, 토양정화조치명령처분의 취소를 청구하는 내용의 행정소송, 원인자 간 비용부담을 다투는 내용의 민사소송, 나아가 정화책임 관련 조항의 위헌 여부를 다투는 내용의 헌법소원 및 위헌법률심판 등이 그 예이다.

그럼에도 불구하고, 아직까지 우리나라에서는 이들 분쟁에서 나타나고 있는 여러 쟁점을 명쾌하게 해결하기에는, 현행법상 토양정화책임 조항의 해석을 둘러싸고 학자 간에도 일치를 보지 못하고 있는 부분이 많고 토양정화책임을 관한 법리가 확립되어 있지 못한 실정이다. 그와 아울러, 종래 외국의 토양정화책임법제에 대한 개괄적인 조사는 이루어진 바 있으나, 관계법령의 적용에 따른 분쟁사례 및 판례의 태도 등에 대한 분석은 제대로 이루어지고 있지 못하다.

이에 따라, 이 글에서는 우선 국내의 분쟁사례를 심층적으로 분석함으로써 문제가 되고 있는 쟁점을 확인함과 아울러, 그 원인을 제공하고 있는 현행법제상의 문제점을 파악한 후, 미국, 독일, 일본 등 주요 국가의 토양정화책임법제는 물론, 이들 쟁점을 다루고 있는 각국의 분쟁사례를 집중적으로 분석함으로써, 향후 토양정화책임을 둘러싼 논란의 여지를 줄이고 관련 분쟁을 해소하기 위한 시사점을 도출하고, 이를 기초로 우리나라 토양정화책임법제의 개선방향을 제시하는 것을 목적으로 한다.

제 2 절 연구의 범위와 구성

본 연구의 주된 대상은 토양정화책임 관련 분쟁사례이다. 그렇지만, 연구대상을 분쟁사례로만 한정하는 것은 아니며, 분쟁사례에 대한 이해를 돕기 위한 차원에서, 그리고 토양정화책임 관련 분쟁의 해소를 위한 시사점 도출 및 토양정화책임법제의 개선방향 제시라는 연구목적에 달성하는 데 기여하는 범위에서, 각국의 분쟁사례뿐만 아니라 토양정화책임법제의 핵심적인 내용을 함께 분석하기로 한다.

본 연구는 우리나라 토양환경법제에 대한 역사적 고찰에서부터 시작한다. 현재 발생하고 있는 정화책임 관련분쟁은 체계적으로 성립·발전되었다기보다는, 그때그때의 필요에 따라 임기응변식으로 법령이 제·개정됨으로써 초래된 기형적인 법체계에 기인하는 측면도 없지 않다. 이에, 우리나라 토양환경법제의 발전과정을 역사적으로 되짚어 볼 필요가 있다. 이어서 현행 「토양환경보전법」을 중심으로 우리나라 토양정화책임체계를 분석한 후, 그에 따른 각각의 분쟁사례를 사실관계에서부터 법원의 판결에 이르기까지 구체적으로 검토하고 다툼이 이루어진 주요 쟁점과 향후 다투어질 가능성이 있는 쟁점을 정리한다. 이것이 제2장을 이룬다.

제3장에서는 주요 외국의 분쟁사례를 살펴볼 것이다. 주요 대상국가로는 미국, 독일, 일본 등이 될 것이다. 이에 있어서도 각국의 토양정화책임법제 전반을 분석하는 것은 물론, 관련 분쟁사례를 심층적으로 검토한다. 다만, 국가별 선행연구의 현황이나 각국의 법제나 분쟁사례의 특성 등을 고려하여, 국가마다 다소간 연구의 중점에 차별을 두기로 한다.

먼저, 미국의 경우에는 이미 토양정화책임의 법적 성질을 탐구한 많은 문헌에서 다수의 판례가 소개되어 있는바, 이에 대한 심층적인 분석을 줄이는 대신, 크게 소개되어 있지 않은 최근의 몇 가지 판례만을 검토하고, 최근 브라운필드 문제 발생에 따른 토양정화책임법제의 변천에 보다 중점을 두어 살펴보기로 한다.

다음으로, 독일의 경우에는 판례 분석에 앞서, 판례 이해를 위해 필요한 최소한의 범위에서 독일 연방토양보호법(BBodSchG)을 간략히 살펴보고, 판례 검토에서 등장하는 동법의 조항들은 본문 또는 각주에서 그 번역문을 병기한다.²⁾ 독일의 관련 판례는 이미 방대하게 축적되어 있는데, 이 가운데 최근 우리나라의 관련 분쟁에서 주로 문제되고 있는 쟁점을 다루고 있는 판례를 우선적인 분석대상으로 하되, 그 외에 향후 우리에게 난제로 등장할 수 있는 쟁점을 다른 판례까지도 추가적으로 검토하기로 한다.

끝으로, 일본의 경우에는 토양오염대책법(土壤汚染対策法)상의 오염 제거 등의 조치의무를 중심으로 토양정화책임법제를 개관한다. 일본에서는 우리나라, 미국, 독일 등과는 다소 다른 정화책임체계, 즉 원칙적으로 토지소유자가 정화책임을 지도록 하고, 예외적으로 원인자가 정화책임을 지는 구조를 채용하고 있는바, 그에 대한 일본 학자들의 평가를 보태어 그 특징적인 내용을 살펴보기로 한다. 그리고 그러한 특징에 따라 행정소송보다는 민사소송이 주류를 이루고 있는바, 이를 중점적으로 분석하기로 한다.

이들 논의에 기초하여, 제4장에서는 향후 토양정화책임을 둘러싼 논란의 여지를 줄이고 관련 분쟁을 해소하기 위한 시사점을 도출함과 아울러 그에 터 잡아 토양정화책임법제의 개선방향을 모색한다. 다만, 본 연구 종료시점에 임박하여 헌법불합치결정이 내려짐에 따라, 그에 대한 심층적인 분석에 입각하여 대안을 제시하지 못하는 점은 아쉬움으로 남는다. 그러나 본 연구에서 제시하는 각각의 개선방안은 헌법재판소가 제시하고 있는 위헌적 상태의 제거에도 일정 부분 기여할 수 있을 것으로 기대한다.

2) 이는 주로 김현준, “독일 연방토양보호법상의 오염토양의 조사 및 정화”, 『환경법연구』 제27권 제4호, 한국환경법학회 (2005. 12); 김현준, “독일 연방토양보호법상의 정화의무자”, 『환경법연구』 제27권 제3호, 한국환경법학회 (2005. 9) 등의 논문의 부록으로 전문번역·소개된 규정이다.

제 2 장 우리나라의 정화책임법제 및 분쟁사례

제 1 절 토양환경법제의 역사

1. 토양환경보전법 제정 이전

(1) 공해방지법 시대 (1963년~1977년) : 토양오염의 부지(不知)

우리나라 환경법 역사의 출발점으로 평가되고 있는 1963년의 「공해방지법」은 공장이나 사업장 또는 기계·기구의 조업으로 인하여 야기되는 대기오염·하천오염·소음 또는 진동 등으로 인한 보건위생상의 위해를 방지하여 국민보건의 향상을 기함을 목적으로 제정된 것으로, 토양오염을 법적 규제의 대상으로 인식하고 있지 못하였다.

이 법은 그 규율대상으로서의 ‘공해’를 “대기를 오염하는 매연·분진·악취 및 가스와 화학적·물리학적·생물학적 요인에 의하여 하천을 오염하는 공장폐수·사업장폐수 및 일반하수와 소음 또는 진동으로 인하여 발생하는 보건위생상에 미치는 위해”로 정의함으로써(제2조 제1항), 공해의 개념에 토양오염을 포함시키고 있지 않았다. 이 법은 1971년 한 차례 개정되었는데, 개정법 역시 ‘공해’를 “(i) 배출시설에서 나오는 매연·먼지·악취 및 가스 등으로 인한 대기오염, (ii) 배출시설에서 나오는 화학적·물리학적·생물학적 요인에 의한 수질오염, (iii) 소음·진동으로 인하여 국민의 건강에 미치는 위해와 생활환경을 저해함으로써 발생하는 피해”로 정의함으로써(제2조 제1호), 대기오염, 수질오염, 소음 및 진동, 즉 3대 공해만을 인식하고 있었을 뿐, 토양오염에 대한 법적 인식은 이루어지지 아니하였다.

(2) 환경보전법 시대 (1977년~1990년) : 토양오염의 인식

토양오염을 최초로 규제대상으로 인식한 것은 1977년의 「환경보전법」이었다. 이 법은 대기오염, 수질오염, 소음, 진동, 악취 등과 함께

토양오염으로 인한 보건위생상의 위해 방지를 입법목적으로 규정함과 아울러(제1조), ‘오염물질’을 “대기오염·수질오염 또는 토양오염의 요인이 되는 물질로서 보건사회부령으로 정하는 것”으로 정의함으로써(제2조 제2호), 토양오염을 규제대상으로 인식하게 되었다.

이 법은 “수질 및 토양의 보전”에 관한 장을 두고 있기는 하나, 토양오염에 대한 규제는 특정유해물질에 의한 농경지의 오염방지를 위하여 필요하다고 인정되는 경우 농경지에 유입되는 용수의 수질기준을 정하거나 복토·삭토 등의 조치를 취할 수 있도록 하는 규정(제41조), 그리고 토양이 특정유해물질에 의하여 오염되어 있다고 인정되는 경우 토지소유자 또는 재배자에 대하여 당해 오염지역에 대한 농수산물 등의 재배를 제한할 수 있도록 하는 규정(제42조)이 고작이었다. 게다가 이들 규정에 따른 조치는 특별대책지역 내에서만 이루어질 수 있도록 되어 있었다. 그러다가 1979년 개정법에서는 토양의 오염방지를 위하여 필요하다고 인정되는 경우 농약의 잔류성유독물질 함유기준을 정할 수 있도록 하는 규정을 신설하였다(제42조의2). 이와 같이 환경보전법 시대에서는 토양오염을 법적 규제대상으로 인식하기는 하였으나, 단편적인 약간의 규정을 두고 있을 뿐이었다.

(3) 환경정책기본법 시대 (1990년~1995년): 개별법에 따른 단편적 규제

1990년, 「환경정책기본법」, 「대기환경보전법」, 「수질환경보전법」, 「소음·진동규제법」, 「유해화학물질관리법」, 「환경분쟁조정법」 등 이른바 환경6법이 제정되면서부터 우리나라는 단일법 체계를 탈피하여 복수법 체계로 이행하게 된다. 그러나 복수법주의에 입각한 환경정책기본법 시대에 들어서서도, 토양오염에 대한 종래의 단편적인 규제는 큰 변화가 없었다. 1990년 제정 「수질환경보전법」은 ‘토양오염방지’에 관한 장을 두어, ‘농경지 등의 오염방지(제45조)’, ‘농수산물 재배 등의 제한(제46조)’, ‘농약잔류허용기준(제47조)’ 등 「환경보전법」이 규정하고 있던 내용을 그대로 계수하고 있을 뿐이었다.

한편, 1991년 개정 「폐기물관리법」에서도 토양오염에 관한 일부 규정을 두게 되었다. 즉, 제47조(폐기물처리시설의 사후관리 등), 제48조(폐기물처리시설의 사후관리에치금), 제50조(사용종료 또는 폐쇄 후의 토지이용제한 등)를 통하여 폐기물처리시설의 사용종료 또는 사후폐쇄로 인하여 발생하는 침출수의 누출, 제방의 유실 등으로 인한 주민의 건강 또는 재산이나 주변환경에 대한 중대한 위해를 방지하기 위한 규정을 두고 있었다.

2. 토양환경보전법 제정 이후

(1) 토양환경보전법의 제정 (1995년)

토양오염에 대한 종합적이고 체계적인 규제를 위한 기반이 마련된 것은 1995년 1월 15일, 「토양환경보전법」이 제정되면서부터이다(1996년 1월 6일 시행). 당시 토양오염물질의 사용량 증가, 폐기물매립지 등 토양오염유발시설에 의한 토양오염 요인의 계속적 증가, 금속광산지역 등의 토양오염 심화 등의 문제가 대두됨에 따라, 「수질환경보전법」 등 개별 법률에서 단편적으로 토양오염을 규제하는 것만으로는 효과적인 대처가 곤란하다는 인식이 확대되었다. 이에 따라, 토양오염의 사전예방 및 오염된 토양의 개선 등에 관한 종합적인 관리체제를 마련함으로써 토양보전을 보다 체계적이고 적극적으로 추진하기 위하여 제정된 것이 바로 「토양환경보전법」이다.

1995년 제정 「토양환경보전법」은 5개장, 32개조로 구성되어 있는데, 그 주요내용은 다음과 같다. (i) 토양보전기본계획의 수립(제4조), (ii) 토양측정망의 운영 및 토양오염우려지역에 대한 토양정밀조사의 실시(제5조), (iii) 석유류 제조·저장시설, 유독물 제조·저장시설 등 토양오염유발시설의 설치신고 및 토양오염방지조치와 토양오염검사의 실시(제11조), (iv) 카드뮴, 비소, 구리, 유기인, 페놀, 유류 등 11종의

토양오염물질(제2조 제2호 및 시행령 제2조)에 대한 토양오염우려기준의 설정 및 토양오염물질의 제거 등 토양오염방지조치명령(제14조, 제15조), (v) 토양오염대책기준의 설정 및 토양보전대책지역의 지정·관리(제16조~제22조), (vi) 토양오염의 피해에 대한 무과실책임(제23조), (vii) 토양오염조사를 위한 토양관련전문기관의 인정(제11조, 시행규칙 제11조) 등을 규정하고 있다.

(2) 제1차 개정 (1999년)

「토양환경보전법」은 1999년 2월, 일부 개정되었는데, 이는 검사기록의 보관의무 폐지 등 규제완화를 위한 부분 개정이었다. 이에 따라, 다른 법령에 의하여 토양오염유발시설의 설치에 관한 허가를 받거나 등록을 한 경우 토양오염유발시설 설치신고를 한 것으로 의제하고(제11조 제2항), 검사결과 등을 기재한 기록부의 비치의무를 폐지하는 대신 토양오염검사 결과를 비치하도록 하며(제11조 제5항), 토양오염우려기준을 초과하거나 누출사고 등이 발생한 시설에 한하여 관계공무원이 보고 또는 자료제출명령, 출입검사 등을 할 수 있도록 하였다(제13조 제1항).

(3) 제2차 개정 (2001년)

「토양환경보전법」은 2001년 3월, 또 한 차례 개정이 이루어졌다. 이는 공장부지, 폐광지역 등 토양오염이 심각하게 우려되는 지역을 적극적으로 조사·정화하기 위하여 오염원인자로 하여금 토양오염지역을 조사하게 하고, 토지거래 시 부지의 토양환경평가를 자율적으로 실시할 수 있도록 하며, 토양관련전문기관이 오염토양개선사업을 감리·감독할 수 있도록 하는 등의 내용을 주요골자로 하고 있다.

특히 주목하여야 할 점은 토양오염유발시설이 설치된 부지를 양도·양수하는 경우 부지의 토양오염을 미리 조사하여 토양오염에 대한 법적 책임 관계를 명확히 하기 위하여 양도인 또는 양수인 등이

토양환경평가를 자율적으로 실시할 수 있도록 하고(제10조의2), 토양오염에 대한 확실한 피해배상 및 정화를 위하여 토양오염 유발시설을 인수한 자도 토양오염에 대한 책임을 지도록 하였다(제23조 제3항). 즉, (i) 토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발시킨 자, (ii) 토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염유발시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자, (iii) 토양오염유발시설을 양수한 자 및 합병·상속 그 밖의 사유로 제1호 및 제2호에 해당되는 자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자, (iv) 민사소송법에 의한 경매, 파산법에 의한 환가, 국세징수법·관세법 또는 지방세법에 의한 압류재산의 매각 그 밖에 이에 준하는 절차에 따라 토양오염유발시설을 인수한 자 등을 오염원인자로 정하고, 이들에 대하여 토양오염으로 인한 피해에 대한 무과실·연대책임과 더불어, 오염된 토양의 정화책임까지 부과하게 되었다.

(4) 제3차 개정 (2004년)

급속한 산업화에 따른 부작용으로 중금속 등에 의한 토양오염이 증가함에 따라 오염토양의 정화를 강화하기 위한 목적으로 「토양환경보전법」은 2004년 12월, 또 한 차례 개정되었다.³⁾

2004년 개정법은 오염토양의 정화를 강조하고 오염원인자의 무과실 책임 규정을 ‘총칙’ 부분으로 옮겨 놓았다(제10조의3). 그리고 시장·군수·구청장은 오염원인자에 대하여 토양정밀조사명령을 내리고 우려기준을 초과하는 토양오염에 대하여 정화명령을 내릴 수 있게 되었으며(제15조), 시·도지사 및 환경부장관에게 속해 있던 토양관련 사무권한을 대폭적으로 시장·군수·구청장에게 이양하였다(제17조~제21조).

3) 2004년 개정법의 주요내용에 관한 자세한 소개는 채영근, “토양환경보전법의 실효성 확보를 위한 과제와 토양환경평가”, 『공법학연구』 제9권 제1호 (2008. 2), 370-375면 참조.

또한, 일정한 규모 이상의 오염이 발생하는 경우 환경부장관으로 하여금 토양보전대책지역을 지정하도록 의무화하였다(제17조 제1항 단서).

2004년 개정을 통하여 크게 강화된 것은 오염토양의 정화에 관한 부분이다. 이와 관련하여, 토양정화를 전문적으로 수행할 수 있도록 토양정화업을 신설하고, 토양정화업을 하고자 하는 자로 하여금 일정한 시설·장비 및 기술인력을 갖추어 환경부장관에게 등록하도록 하는 한편, 오염원인자로 하여금 토양정화업자에게 위탁하여 정화조치를 실시하도록 하고, 오염이 발생한 부지 내에서 정화조치를 실시하는 것을 원칙으로 규정하였다(제15조의3, 제23조의7). 그리고 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 오염토양을 정화하는 경우 오염물질의 종류 및 오염도, 주변환경, 장래의 토지이용계획 등을 고려하여 당해 토지의 오염물질이 인체와 환경에 미치는 위해의 정도를 평가하여 그 결과를 정화범위 및 정화시기 등에 반영할 수 있도록 하였다(제15조의5). 또한, 오염원인자가 오염토양의 정화를 토양정화업자에게 위탁하는 경우 토양오염조사기관으로 하여금 정화과정 및 정화완료에 대한 검증을 하게 하도록 의무화하였다(제15조의6).

(5) 제4차 개정 (2007년)

2007년 5월의 제4차 개정은 토양관련전문기관의 지정취소·정지사유 및 토양정화업의 등록취소·정지사유가 구체적으로 규정되어 있지 않아 재량권의 일탈·남용의 소지가 있다는 지적에 따라 이를 보다 구체적으로 규정하기 위한 것으로(제23조의6, 제23조의10), 2개 조문의 개정이 있었을 뿐이다.

(6) 제5차 개정 (2010년)

2010년 5월의 제5차 개정은 오염토양개선사업의 지도·감독을 거부·방해 또는 기피한 자 및 특정토양오염관리대상시설에 대한 공무원의

출입·검사를 거부·방해 또는 기피한 자에게 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하던 것을 각각 200만원 및 300만원 이하의 과태료로 전환하고(제32조), 헌법재판소의 위헌결정 취지에 맞게 양벌 규정을 정비한 것이다(제31조).

(7) 제6차 개정 (2011년)

2011년 4월의 제6차 개정에서는 비교적 큰 틀의 변화가 있었다.

첫째, 표토(表土)가 토양환경에 미치는 영향이 큼에도 불구하고 표토의 침식 현황 및 정도에 대한 체계적인 조사와 관리가 이루어지지 못하고 있다는 인식에 따라, 환경부장관으로 하여금 상수원보호구역 및 수변구역에 대하여 표토의 침식 현황 및 정도에 대한 조사를 실시하고 이에 대한 대책을 수립하여 시행하도록 하였다(제6조의2).

둘째, 국가가 오염원인자인 국유재산에서 발생된 오염토양, 오염원인자를 알 수 없거나 오염원인자가 정화를 할 수 없는 오염토양 등이 제때에 정화되지 못하여 토양오염이 확산되는 문제점을 극복하기 위하여, (i) 국유재산에서 토양오염이 발생한 경우로서 국가가 오염원인자인 경우, (ii) 오염원인자를 알 수 없거나 오염원인자에 의한 토양정화가 곤란하다고 인정되는 경우로서 긴급한 토양정화가 필요하여 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 정화요청을 하는 경우 등에는 환경부장관이 오염토양을 직접 정화할 수 있도록 하였다(제6조의3).

셋째, 토양오염관리대상시설을 양수·인수하기 전에 토양환경평가를 받고 이에 따라 해당 시설의 오염정도가 우려기준 이하임을 확인한 경우 선의·무과실을 인정함으로써 이를 오염원인자에서 제외하였다(제10조의3).

넷째, 오염원인자가 오염토양을 정화하지 못할 경우를 대비하여 오염토양의 정화를 보증하기 위한 장치를 마련하여야 할 필요성에 따라, 특정토양오염관리대상시설의 설치자·운영자 및 토양정화업자로 하여금 오염토양의 정화를 보증하고 토양정화에 드는 재원을 확보하기 위하여

환경부장관의 허가를 받아 공제조합을 설립하고 토양정화를 위한 공제사업 등을 할 수 있도록 하였다(제10조의4~제10조의7).

다섯째, 오염물질이 인체와 환경에 미치는 위해의 정도를 고려한 효율적인 토양정화가 이루어질 수 있도록 위해성평가 대상을 확대하기 위하여, 환경부장관 및 오염원인자가 오염토양의 정화를 하는 경우에도 위해성평가기관으로부터 위해성평가를 받고 그 결과를 토양정화의 범위, 시기 및 수준 등에 반영할 수 있도록 하였다(제15조의5).

여섯째, 오염지역 밖으로 반출하여 정화하는 오염토양의 효율적인 정화 및 재활용을 위하여 토양정화에 필요한 시설을 일정 지역에 집중하여 토양정화가 이루어질 수 있도록 할 필요성이 인식됨에 따라, 환경부장관으로 하여금 국유재산 중 환경부장관이 관리청인 토지를 토양관리단지로 지정할 수 있도록 하고 기반시설의 설치 지원 등 토양관리단지의 운영에 필요한 지원을 할 수 있도록 하였다(제15조의7).

일곱째, 토양오염대책지역의 대책계획에 피해주민에 대한 지원대책을 포함시키도록 하였다(제18조). 대책계획의 내용으로 (i) 오염토양 개선사업, (ii) 토지 등의 이용방안, (iii) 주민건강피해조사 등이 포함되어 있던 것에서 한 걸음 더 나아가 토양오염으로 인한 피해를 입은 주민에 대한 지원까지 대책계획에 포함시키도록 한 것이다.

(8) 제7차 개정 (2012년)

2012년 6월의 제7차 개정에서는 토양오염도 상시측정 결과 우려기준을 초과한 지역에 대하여 토양정밀조사를 실시할 수 있도록 함으로써(제15조 제1항), 오염실태를 정확하게 파악하고 실효적으로 오염토양을 정화할 수 있도록 하는 한편, 오염토양을 반출하여 정화하는 경우 오염토양 및 정화된 토양에 대한 인수·인계절차를 정하는 등(제15조의3) 비교적 소폭의 개정이 이루어졌다. 개정법은 내년 6월 2일부터 시행될 예정이다.

제 2 절 「토양환경보전법」상의 정화책임체계

1. 규제대상으로서의 ‘토양오염’

「토양환경보전법」상 ‘토양오염’이란 “사업활동 기타 사람의 활동에 따라 토양이 오염되는 것으로서 사람의 건강·재산이나 환경에 피해를 주는 상태”를 말한다(제2조 제1호). 이는 사람의 활동을 전제로 하는 개념이기 때문에, 토양오염물질이 토양에 유입되어 일정한 피해를 주고 있다 하더라도 인위적 활동이 개입되지 아니한 경우에는 이 법에 따른 ‘토양오염’의 개념에 포함되지 아니한다. 한편, ‘토양오염물질’이란 “토양오염의 원인이 되는 물질로서 환경부령이 정하는 것”을 말하는데, 시행규칙은 카드뮴, 구리, 비소, 수은, 납, 6가크롬, 아연, 니켈, 불소화합물, 유기인화합물, 폴리클로리네이티드비페닐(PCB), 시안화합물, 페놀류, 벤젠, 톨루엔, 에틸벤젠, 크실렌, 석유계총탄화수소, 트리클로로에틸렌, 테트라클로로에틸렌, 벤조(a)피렌 등 21개 물질로 제한하고 있다(제2조 제2호, 동법 시행규칙 제1조의2, 별표 1).

2. 정화조치명령 등의 발동기준으로서의 ‘우려기준’과 ‘대책기준’

「토양환경보전법」이 규제의 기준으로 삼고 있는 토양오염의 기준은 토양오염의 정도에 따라 토양오염우려기준과 토양오염대책기준으로 나뉜다. 우려기준은 “사람의 건강·재산이나 동물·식물의 생육에 지장을 초래할 우려가 있는 토양오염의 기준”으로 환경부령으로 정하도록 하고 있으며(제4조의2, 시행규칙 제1조의5, 별표 3), 대책기준은 “우려기준을 초과하여 사람의 건강 및 재산과 동·식물의 생육에 지장을 주어서 토양오염에 대한 대책을 필요로 하는 토양오염의 기준”으로 환경부령으로 정하도록 하고 있다(제16조, 시행규칙 제20조, 별표 7).

대책기준은 오염의 정도가 사람의 건강 및 재산과 동·식물의 생육에 지장을 초래할 우려가 있어 토지의 이용중지, 시설의 설치금지 등 규제조치가 필요한 정도의 오염상태를 말해 주는 기준인 데 비하여 우려기준은 대책기준의 약 40% 정도로 더 이상 오염이 심화되는 것을 예방하기 위한 오염수준을 가리키는 기준이다.⁴⁾ 이 법 시행규칙은 21개의 토양오염물질별로 지역의 용도에 따라 1지역⁵⁾, 2지역⁶⁾, 3지역⁷⁾으로 구분하여 우려기준과 대책기준을 설정하고 있다.

우려기준을 초과하거나 토양오염사고 등으로 인하여 우려기준을 넘을 가능성이 큰 경우에는 토양정밀조사, 오염토양의 정화조치, 토양오염방지시설의 설치 또는 개선, 토양오염관리대상시설의 개선 또는 이전, 당해 토양오염물질의 사용제한 또는 사용중지 등의 명령이 내려지게 되며, 대책기준을 초과하는 경우에는 필요에 따라 토양보전대책지역으로 지정하여 오염토양개선사업을 실시하게 되는데, 후술하는 ‘오염원인자’가 정화조치명령 등의 주된 대상자가 된다.

3. 기준 초과 여부 확인을 위한 도구로서의 ‘토양오염조사’

전국 토양에 대한 오염실태와 오염추세를 종합적·지속적으로 파악하는 것은 토양오염의 사전예방대책 강구 및 오염토양의 정화·복원 등 토양환경정책의 수립을 위한 기초자료를 제공한다는 점에서 중요한 의미를 갖는다. 현재 전국 토양오염조사는 크게 환경부장관이 설치·운영하는 측정망(제5조 제1항)과 시·도지사 또는 시장·군수·구

4) 홍준형, 『환경법』, 박영사 (2001), 763면.

5) 전, 답, 과수원, 목장용지, 광천지, 학교용지, 구거, 양어장, 공원, 사적지, 묘지, 어린이놀이시설 부지 등이 이에 해당한다.

6) 임야, 염전, 창고용지, 하천, 수도용지, 체육용지, 유원지, 종교용지 등이 이에 해당한다.

7) 공장용지, 주차장, 주유소용지, 도로, 철도용지, 제방, 국방·군사시설 부지 등이 이에 해당한다.

청장이 실시하는 토양오염실태조사(동조 제2항)의 두 경로를 통하여 이루어지고 있다. 이와 같은 토양오염조사는 특정 지역의 우려기준 또는 대책기준 초과 여부를 확인하고 일정한 조치를 취하기 위한 기초를 제공하게 된다.⁸⁾

4. 정화조치명령 등에 따른 정화책임자로서의 ‘오염원인자’

「토양환경보전법」은 제10조의3에서 ‘오염원인자’를 특정하고 이들에게 피해배상 및 정화에 관한 무과실책임을 지우고 있다. 즉, “토양오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 오염원인자는 그 피해를 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다. 다만, 토양오염이 천재·지변 또는 전쟁으로 인하여 발생한 경우에는 그러하지 아니하다(제1항).”

여기에서 말하는 ‘오염원인자’에는 (i) 토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발시킨 자, (ii) 토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자, (iii) 토양오염관리대상시설을 양수한 자 및 합병·상속 그 밖의 사유로 (i) 및 (ii)에 해당되는 자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자, (iv) 「민사집행법」에 따른 경매, 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따른 환가, 「국세징수법」·「관세법」 또는 「지방세기본법」에 따른 압류재산의 매각, 그 밖에 이에 준하는 절차에 따라 토양오염관리대상시설을 인수한 자가 포함된다. 다만, 위 (iii) 중에서 토양오염관리대상시설을 양수한 자, 그리고 (iv)에서의 토양오염관리대상시설을 인수한 자가 양수 또는 인수 이전에

8) 또한, 이들 조사의 결과는 공개가 의무화되어 있다(제5조 제5항). 이는 토양오염에 관한 정보를 관계당사자뿐만 아니라 일반사회가 공유하도록 함으로써 그로 인한 환경리스크에 적절히 대처할 수 있도록 할 수 있다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 이러한 조사 결과의 공개는 후술하는 브라운필드 문제의 완화 차원에서도 요청된다고 할 수 있다. 大塚直, “米国スーパーファンド法の現状と我が国の土壤汚染対策法の改正への提言”, 『自由と正義』 第59巻 第11号 (2008. 11), 22頁.

토양환경평가를 받아 그 토양오염관리대상시설의 오염 정도가 우려기준 이하인 것을 확인하는 등 선의이며 과실이 없을 때에는 오염원인자로 보지 아니한다(제10조의4).

여기에서 ‘토양오염관리대상시설’이란 “토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리하는 과정에서 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·건축물(構築物) 및 그 부지와 토양오염이 발생한 장소”를 말한다(제2조 제3호). 따라서 토양오염물질을 직접 생산 또는 처리하는 시설 등에 한정되는 것은 아니며, 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설 등이 설치되어 있는 부지도 이에 포함되며, 토양오염물질을 포함하거나 배출하는 물품 등을 생산 또는 처리하는 시설도 이에 포함된다.⁹⁾ 한편, 제10조의3 제2항은 “오염원인자가 2인 이상 있는 경우에는 어느 오염원인자에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 오염원인자가 연대하여 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다.”고 규정하고 있다.

그런데, 「토양환경보전법」은 제10조의3과는 별도로 행정청의 정화조치명령에 관한 직접적인 근거규정에서 정화조치명령의 대상자를 오염원인자로 통일하지 아니하고, 어떤 규정에서는 특정토양오염관리대상시설¹⁰⁾의 설치자(제14조)로 규정하는 한편, 어떤 규정에서는 오염원인자(제15조, 제19조)로 규정하고 있어서 제10조의3에 따른 오염원인자가 공법상의 정화조치명령에 있어서도 그대로 적용되는지에 대해서는 해석상 논란이 있을 수 있다.¹¹⁾ 더구나 오염원인자를 구체적으로 특

9) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두12778 판결; 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두20137 판결.

10) 이 법은 토양오염관리대상시설 중 토양을 현저히 오염시킬 우려가 있는 토양오염관리대상시설을 ‘특정토양오염관리대상시설’로 분류하고(제2조 제4호), 이에 대하여 보다 엄격한 규제를 가함으로써 토양오염을 사전에 예방하도록 하고 있다. 이에 따라 유류, 유독물저장시설, 송유관시설 등이 특정토양오염관리대상시설로 지정되어 특별히 관리되고 있다(시행규칙 제1조의3, 별표 2 참조). 이에 관한 설명은 김홍균, 『환경법』, 홍문사 (2010), 685-697면 참조.

11) 김명용, “토양환경보전법의 비교법적 분석: 독일의 연방토양보호법을 중심으로”,

정하고 있는 제10조의3 제3항에서 “다음 각 호의 1에 해당하는 자는 제1항의 규정에 의한 오염원인자로 본다.”고 규정하고 있어서 논란의 여지를 더욱 크게 하고 있다.¹²⁾ 그러나 뒤에서 보는 바와 같이, 판례는 제10조의3에 따른 오염원인자가 공법상의 정화조치명령에 있어서도 그대로 적용되는 것으로 해석하고 있는 것으로 보인다.¹³⁾

5. 정화책임의 이행방법

「토양환경보전법」은 오염토양의 정화책임을 이행함에 있어서 대통령령이 정하는 정화기준과 정화방법을 따르도록 하고 있다(제15조의3 제1항). 오염토양의 정화기준은 전술한 우려기준으로 설정되어 있으며(시행령 제10조 제1항), 정화방법은 (i) 미생물을 이용한 오염물질의 분해 등 생물학적 처리, (ii) 오염물질의 차단·분리추출·세척처리 등 물리·화학적 처리, (iii) 오염물질의 소각·분해 등 열적 처리 등으로 특정되어 있다(동조 제2항). 또한, 토양오염은 일정한 자격을 갖추고 등록한 토양정화업자에게 위탁하여 정화하되, 오염이 발생한 당해 부지 안에서 정화하는 것을 원칙으로 하고 있다(제15조의3 제2항, 제3항). 아울러 오염토양을 정화하는 자는 오염토양에 다른 토양을 섞어서 오염농도를 낮추는 행위를 하여서는 아니 된다(동조 제4항).¹⁴⁾

『환경법연구』 제24권 제1호 (2002. 9), 52-53면; 채영근, “오염된 토양의 정화책임”, 『공법연구』 제30집 제4호 (2002. 6), 328-330면; 황창식, “기업의 인수·합병과 토양오염”, 『환경문제연구총서 IX』, 대한변호사협회 (2001), 164면 참조.

12) 예컨대, 이 법 제2조(정의)에서 ‘오염원인자’의 개념을 정의한다거나, 제10조의3 제3항에서 “다음 각 호의 1에 해당하는 자는 이 법에 따른 오염원인자로 본다.” 혹은 “다음 각 호의 1에 해당하는 자는 제1항의 규정에 의한 오염원인자(이하 “오염원인자”라 한다)로 본다.”고 규정하고 있다면, 논란의 소지는 훨씬 적을 것이다.

13) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두12778 판결; 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두20137 판결.

14) 이상에서 살펴본 「토양환경보전법」상의 정화책임체계에 관한 내용은 박종원, “토양환경법제의 최근 동향과 쟁점”, 『환경법과 정책』 제4권, 강원대학교 비교법학연구소 (2010. 5), 156-162면 참조.

제 3 절 토양정화책임 관련 분쟁사례

1. 분쟁사례의 개관

최근 측정망, 토양오염실태조사, 특정토양오염관리대상시설의 토양오염도조사 등의 결과, 토양오염 발견률이 증가하는 추세를 보이고 있다. 유류 및 유해화학물질 관련시설, 군부대 주둔지역, 폐기물매립지역, 휴·폐광산, 산업단지지역 등에서 토양오염이 지속적으로 확인되고 있는 것이다. 아울러 토양오염에 대한 국민의 인식향상, 토양오염 조사방법의 발달로 오염지역의 발견도 더욱 늘어날 전망이다. 이에 따라, 오염원인자에 대한 정화조치명령도 차츰 많아지고 있는 추세이며, 이를 둘러싼 분쟁도 점차 증가하고 있다. 「토양환경보전법」을 둘러싼 최근의 법적 분쟁은 주로 오염토양의 정화조치명령에 관한 다툼으로 집중되어 있다. 이하에서는 먼저 각각의 분쟁사례의 사실관계와 소송의 개요 및 경과를 살펴보기로 한다.

(1) 마산한국철강부지 사건

1) 사실관계

(주)부영(이하 ‘부영’이라 한다)은 주택건설업 등을 목적으로 하는 회사로, 2003년 3월 14일, 한국철강 주식회사(이하 ‘한국철강’이라 한다)로부터 마산시 월영동 621 일원 토지 합계 245,730.7m²(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)를 매수하여 2003년 3월 25일, 부영 앞으로 소유권이 전등기를 마쳤다.

이 사건 토지는 오래 전부터 한국철강의 철강공장 부지로 사용되어 오던 것으로서, 2006년 10월경 실시한 토양오염정밀조사 결과 아연, 니켈, 불소, 카드뮴 등 9개 항목 토양오염물질이 토양환경보전법(이하

‘법’이라 한다)이 정한 토양오염 우려기준을 초과하는 것으로 나타났다. 이에 마산시장은 2007년 9월 18일, 부영이 법 제10조의3 제3항 제3호의 토양오염관리대상시설을 양수한 자에 해당한다고 보아, 오염토양인 이 사건 토지(오염토사량 679,645m³)에 대하여 법 제15조 제3항 제3호의 정화조치명령을 하였다.

한편, 마산시장은 2007년 9월 18일, 한국철강에게 이 사건 토지의 이와 같은 토양오염은 법 제2조의 토양오염관리대상시설인 위 철강공장의 운영으로 인한 것으로서, 법 제10조의3 제3항의 오염원인자에 해당한다고 보아, 오염토양인 이 사건 토지에 대하여 정화대상을 오염토사량 679,645m³(오염토양 92,631m³, 폐기물 587,014m³)로 하고, 이행기간을 2008년 9월 17일까지 1년으로 하여 법 제15조 제3항 제3호의 정화조치명령을 하였다.

보다 구체적으로 살펴보자면, 이 사건 토지는 대부분이 원래 바다였으나 매립공사를 통하여 형성된 토지로서, 그 대체적인 매립과정 및 취득경위는 다음과 같다. I 구역은 일본군이 1910년경, II, III 구역은 한국신건재공업 주식회사, 삼양산업 주식회사가 1960년경 각 토사 및 생활쓰레기 등을 이용하여 매립한 것으로 알려지고 있으며, 한국철강은 1965년경 I 구역 중 일부를 매수하여 철강공장을 준공하였고, 그 후 공장증설을 위하여 I 구역 중 남은 일부, II, III 구역 토지를 매수하였다. IV 구역은 원고가 1976년경 부산지방국토관리청으로부터 공유수면매립면허를 취득한 다음 제강공정에서 발생하는 철강슬래그(제강슬래그)로 매립공사를 시행하여, 1979. 12. 26 한국철강 명의로 그 소유권보존등기를 마쳤다. V 구역은 한국철강이 1982년경 부산지방국토관리청으로부터 공유수면매립면허를 취득한 다음 철강슬래그로 매립공사를 시행하여, 1999. 5. 4. 한국철강 명의로 그 소유권보존등기를 마쳤다. VI 구역은 마산시가 1990. 10. 경 부산지방국토관리청으로부터 공유수면매립승인을 받은 다음 한국철강 공장에서 발생하는 철강슬래그로

매립공사를 시행하였으며, 한국철강은 2000. 3. 31. 마산시로부터 위 매립공사 투자비용에 대한 대가로 VI구역의 일부를 취득하였다. 한국철강은 1967년경부터 이 사건 토지 일대에서 철강공장(제강, 강판, 압연공장 등)을 운영하였으며, 1980년경부터는 석유류 저장시설도 설치하였다. 한국철강은 1976년경 I, II, III구역 중 일부가 쓰레기 등으로 매립됨으로 인하여 지반침하 현상이 발생하자 철강슬래그로 약 1미터 정도 복토하였다.

이 사건 토지 주변이 점차 주거지역으로 변모함에 따라 한국철강은 철강공장 운영에 어려움을 겪다가 이 사건 토지를 매도하기로 하고 공개경쟁입찰을 실시하였는데, 그 결과 이 사건 토지에 아파트를 신축하려는 부영이 매수인으로 선정되었다. 한국철강은 2003년 3월 14일 경 부영에게 이 사건 토지를 166,730,000,000원에 매도하기로 하는 계약을 체결하면서, 이 사건 토지의 지상 또는 지하에서 슬러지, 환경오염물질 등을 포함하여 폐기물이 발견되는 경우 부영이 자신의 책임과 비용으로 이를 처리한다고 약정하였다.¹⁵⁾ 한국철강은 2003년 3월 25일,

-
- 15) 부영과 한국철강이 2003. 3. 14. 체결한 매매계약 관련 주요 내용은 다음과 같다.
- 제 4 조 (소유권이전등기) ① 한국철강은 제2조의 규정에 따라 매매대금을 전부 지급받음과 동시에 이 사건 토지에 관하여 부동산등기부상에 설정되어 있는 일체의 용익물권 및 담보물권을 말소한 후 부영에게 이 사건 토지의 이전등기에 필요한 서류를 교부한다.
- 제 5 조 (부동산의 인도) ① 한국철강은 제4조 제1항에 따라 소유권이전등기를 이행한 이후에도 2003. 12. 31.까지 이 사건 토지 지상의 공장을 가동·운영하기 위하여 이 사건 토지를 계속하여 점유·사용할 수 있으며, 부영은 2004. 3. 31.까지 한국철강으로부터 사전에 서면으로 동의를 받은 경우를 제외하고 이 사건 토지에 대한 이와 같은 한국철강의 점유·사용을 제한하거나 기타 방법으로 이 사건 토지의 사용 또는 수익하려는 어떠한 행위도 하지 아니하기로 한다.
- ② 한국철강은 제1항에 따른 점유·사용을 마친 후 늦어도 2004. 3. 31.까지 부영에게 이 사건 토지를 그 당시의 상태로 인도하기로 하며, 이로써 한국철강의 이 사건 토지 인도 의무를 모두 이행한 것으로 보기로 한다.
- 제 6 조 (시설물 등의 철거) ① 한국철강은 2004. 3. 31.까지 자신의 비용으로 이 사건 토지 지상 또는 지하에 존재하는 건축물, 공작물, 기계, 설비, 수목 등 시설물(이하 '시설물 등'이라 한다) 중에서 한국철강이 원하는 시설물 등을 계속 소유하거나 사용하는 등의 목적으로 철거, 취거 또는 제거할 수 있다.
- ② 부영은 제5조 제1항에 따라 이 사건 토지를 인도받은 후 (i) 제1항에 따라서

부영으로부터 대금을 모두 지급받은 후, 같은 날 이 사건 토지에 관하여 부영 명의로 그 소유권이전등기를 마쳐주었다. 한국철강은 이 사건 매매계약 체결 이후에도 당초 약정에 따라 2003년 11월말경까지 이 사건 토지에서 철강공장을 계속 운영하였다.

부영은 2004년 3월 31일경 한국철강으로부터 이 사건 토지를 인도받았는데, 제강설비, 압연설비 일부를 제외하고는 이 사건 매매계약 당시 그대로 공장시설물, 각종 폐기물, 지하 석유류 저장시설 등이 이 사건 토지에 방치되어 있었다. 그 후 부영은 2004년 6월경 성도건설 산업에 위 잔존물 등에 대한 철거를 위탁하였는데, 그 양이 대규모인 관계로 상당한 시간이 소요되었다. 부영이 이 사건 토지에 아파트 건설사업을 추진하려 하자, 환경단체에서는 지속적으로 이 사건 토지가 오염되어 있어 이를 정화하지 않은 채 대규모 주택단지를 건설해서는 안 된다는 취지의 민원을 마산시 등 관련 기관에 제기하였고, 이에 부영은 마산시의 지시에 따라 2005년 8월 16일경 경희대학교 부설 지구환경연구소에 토양환경평가를 의뢰하였다. 동 연구소는 토양시료(50개 지점), 지하수시료(7개 지점)를 채취한 후 토양오염공정시험법에 따라 토양오염도를 분석하였는데, 그 결과는 아래와 같다.

- 1) 이 사건 토지 내 총 오염토양은 144,246m³로 최대 지하 5미터까지 카드뮴, 비소, 6가크롬, 아연, 불소 등 중금속과 유류인 TPH(석유계총탄화수소)에 오염되어 토양오염 우려기준을 초과하고, 수질조사결과 전 지점이 생활용수에 부적합하다.

한국철강이 철거, 취거 또는 제거하는 시설물 등을 제외한 나머지 시설물 등 일체 및 그 내부에 남아 있는 집기, 비품 등 물건을 자신의 책임과 비용으로 철거, 취거, 제거 또는 폐기하고, (ii) 이 사건 토지의 일부 또는 시설물 등을 점유하고 있는 제3자가 있는 경우 자신의 책임과 비용으로 그 인도 또는 명도를 구하며, (iii) 시효취득, 일부 건축물 등의 소유권의 주장 등을 포함하여 발생하는 일체의 민원도 자신의 책임과 비용으로 해결할 의무를 부담한다.

③ 이 사건 토지의 지상 또는 지하에서 슬러지, 환경오염물질 등을 포함하여 폐기물이 발견되는 경우, 폐기물관리법 제25조에 의한 매도인이 사업장폐기물 처리의무에도 불구하고, 매수인이 자신의 책임과 비용으로 이를 처리, 제거 또는 폐기한다.

- 2) 제강공정에서 발생할 수 있는 중금속의 유출과 철강슬래그의 매립 등으로 이 사건 토양오염을 유발시킨 것으로 예상된다.

이에 마산시장은 2006년 8월 1일, 부영에게 ‘이 사건 토지에 대하여 토양환경보전법에 의한 토양오염정화계획을 제출하고, 정화완료 후 사업추진을 하며, 토양오염정밀조사 시 시료채취단계에서부터 시와 협의의 거친 후에 추진하라’는 내용의 토양오염 정화조치명령을 하였다.

그 후 부영, 시민단체 등이 포함된 민·관합동대책위원회가 구성되었고, 부영은 2006년 10월경 위 위원회에서 선정된 서울대학교 농업과학공동기기센터 등 3개 연구기관에 이 사건 토지에 대하여 토양오염정밀조사를 의뢰하였다. 동 연구기관의 토양오염정밀조사 결과는 아래와 같다.

- 1) 이 사건 토지는 무기오염물질인 아연, 니켈, 불소, 카드뮴, 비소, 납, 수은, 구리 순으로 오염되었고, 중심 오염원인 아연을 중심으로 정도의 차이는 있지만 동일 지역이 중복되어 오염된 것으로 나타났으며, 유기오염물질인 TPH만이 국지적으로 토양오염 우려 기준을 초과하는 것으로 확인되었다.
- 2) 전체 오염토사량은 679,645m³(아연으로 오염된 토사 부피와 동일), 그 중 폐기물은 587,014m³(철강슬래그 423,446m³, 소각재 29,904m³, 기타 폐기물 133,664m³), 오염토양은 92,631m³으로 산출되었다.
- 3) 철강제품 생산공정이 이 사건 토지에서 이루어졌다면 아연, 니켈, 납 등이 공정부산물로 발생할 수 있으며, 철광석의 부산물로 함유될 수 있는 비소, 구리 등도 이 사건 토지의 오염원이 될 가능성이 있다.
- 4) 토양오염정밀조사 결과 나타난 오염물질 분포도에 의하면, 철강 공장을 운영하던 부지 주변에는 아연, 니켈 등의 중금속이 심하게 오염되고, 그렇지 않은 본관 사무실 등은 거의 오염되지 않은 상

태이며, 이전에 변전실 및 전기보수반이 위치해 있던 곳은 유류오염이 확인된다.

- 5) 이 사건 토지의 폐기물 분포도와 오염물질 분포도를 비교하여 보면, 철강슬래그가 있는 구역과 중금속으로 오염된 구역이 거의 일치하고 있으며, 철강슬래그가 없는 구역임에도 중금속으로 오염된 부분은 지상에 강판공장, 압연공장 등이 가동되었던 곳이다.

부영은 2007년 5월 22일 한국철강을 상대로 토양오염의 정화비용에 해당하는 280여억원의 손해배상청구소송을 제기하였다. 한국철강과 부영 간에 이 사건 토지에 대한 토양정화 비용부담과 관련하여 다툼이 생기자, 마산시장은 관련 부처에 수차례 법령해석 질의를 거쳐 한국철강의 경우 법 제10조의3 제3항 제1호, 제2호 등의 오염원인자, 부영의 경우 같은 조항 제3호의 오염원인자에 각 해당한다고 보아, 2007년 9월 18일, 한국철강과 부영 모두에게 이 사건 토지에 대하여 법 제15조 제3항 제3호의 정화조치명령을 하였다.

2) 소송의 개요 및 경과

이에, 부영과 한국철강은 각각 2007년 12월 4일과 2008년 4월 29일, 마산시장의 이 사건 토지에 대한 정화조치명령처분의 취소소송을 제기하였고, 각각 제1심¹⁶⁾과 제2심¹⁷⁾에서 모두 패소하였다. 부영과 한국철강은 2009년 7월 14일과 2009년 8월 14일 각각 상고를 제기하였으나, 같은 해 12월 24일 대법원은 이들의 상고를 모두 기각하였다.¹⁸⁾

16) 창원지방법원 2008. 12. 18. 선고 2008구합1144 판결(한국철강); 창원지방법원 2008. 12. 18. 선고 2007구합3204 판결(부영).

17) 부산고등법원 2009. 7. 10. 선고 2009누935 판결(한국철강); 부산고등법원 2009. 6. 26. 선고 2009누829 판결(부영).

18) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두13887 판결(한국철강); 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두12778 판결 (부영).

한편, 부영은 위 취소소송이 대법원에 계속 중이던 2009년 11월 13일, 「토양환경보전법」상의 토양오염관리대상시설의 정의 규정 및 정화책임조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 대법원은 2009년 12월 24일, 본안에 대하여 상고를 기각함과 동시에 제청신청에 대한 기각결정을 하였다.¹⁹⁾

이에, 부영은 2010년 1월 18일, 이들 조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였고, 헌법재판소는 2012년 8월 23일, 정화책임조항에 대하여 헌법불합치결정을 내렸다.²⁰⁾

한편, 부영은 마산시장을 상대로 정화조치명령처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하기 이전인 2007년 5월 22일, 한국철강을 상대로 토양오염의 정화비용에 해당하는 280여억원의 손해배상청구소송을 제기하였다. 이에 대하여 제1심 법원인 창원지방법원은 2011년 1월 20일, 부영의 청구를 모두 기각하였으나,²¹⁾ 제2심 법원인 부산고등법원은 2011년 10월 11일, 한국철강이 부영에게 100억원을 지급하도록 하는 내용의 조정에 갈음하는 결정을 내렸다.²²⁾

(2) 장항제련소 사건

1) 사실관계

엘에스산전 주식회사(이하 ‘엘에스산전’이라 한다)는 전기기기과 동(銅) 부분품 및 시스템의 제조 판매 등의 사업을 영위할 목적으로 1974년 7월 24일 설립된 회사이고, 엘에스니꼬동제련 주식회사(이하 ‘엘에스니꼬동제련’이라 한다)는 금속 및 비금속광물의 제련 및 판매를 목적으로 1999년 7월 2일 설립된 회사로서, 충남 서천군 장항읍 장암리 99 및 같은 리 78-5 일대(이하 ‘이 사건 공장부지’라 한다)에 생산시설 등을 보유하면서 위 사업을 영위하고 있다.

19) 대법원 2009. 12. 24.자 2009누829 결정.

20) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바28 결정.

21) 창원지방법원 2011. 12. 20. 선고 2007가합3360 판결.

22) 부산고등법원 2011. 10. 11.자 2011나774 결정.

이 사건 공장부지는 조선총독부가 1936년 6월경 조선제련 주식회사를 설립하여 해방이 될 때까지 이 사건 공장부지에 용광로 제련시설을 설치하여 장항제련소를 운영하였고, 해방 이후에는 국가로 귀속되어 상공부 직영의 삼성광업공사가 1947년부터 1962년까지 장항제련소를 운영하였으며, 그 후 한국광업제련공사법이 제정되면서 그 권리의무를 국영기업인 한국광업제련공사가 승계하여 1971년 6월경까지 장항제련소를 운영하였다.

1971년 6월경 한국광업제련공사는 한국광업제련 주식회사로 민영화되면서 그 지분을 대한전선과 럭키그룹이 각 50%씩 인수하였는데, 1982년 12월경 유상증자를 통하여 럭키그룹이 한국광업제련 주식회사 발행주식의 53.7%를 확보함으로써 한국광업제련 주식회사는 럭키그룹의 계열사로 편입되었다. 그 후 1989년 7월경 한국광업제련 주식회사는 럭키금속 주식회사로 상호를 변경하였고 1995년에는 다시 엘지금속 주식회사로 상호를 변경하였으며, 1999년 4월경 엘지산전 주식회사에 흡수 합병되었다.

엘지산전 주식회사는 1999년 9월경 신설법인인 엘지니꼬동제련 주식회사에게 장항제련소 및 온산제련소의 전련(전기분해)공장을 양도하였고, 그때부터 현재까지 엘지산전 주식회사는 엘지니꼬동제련 주식회사에 양도한 제련업을 제외한 스테인레스관 및 동판을 제작하는 공장을 운영하고 있으며, 엘지니꼬동제련 주식회사는 동판제작의 원료가 되는 전기동 생산을 담당하여 오다가 2008년 1월경 장항제련소의 조업을 중단하고 현재는 온산제련소에서 전기동을 생산하고 있다. 한편, 2005년경 엘지산전 주식회사는 엘에스산전 주식회사로, 엘지니꼬동제련 주식회사는 엘에스니꼬동제련 주식회사로 각 상호를 변경하여 현재에 이르고 있다.

서천군수는 2007년 5월 17일, 이 사건 공장부지 인근에 거주하는 방 ○ ○ 외 9인으로부터 이 사건 공장부지 주변지역의 토양오염으로 농

산물이 중금속에 오염되고, 주민 50여명이 암으로 사망하거나 고통을 겪고 있으며, 그 밖에도 원인을 알 수 없는 질병에 시달리고 있다는 내용의 민원을 접수하였다. 이에 서천군수는 2007년 5월 25일 및 2007년 6월 14일, 두 차례에 걸쳐 충청남도보건환경연구원에게 이 사건 공장부지 및 그 주변지역의 토양 및 폐기물 오염도 검사를 의뢰하였다.

충청남도보건환경연구원은 위와 같이 서천군수의 의뢰를 받아 이 사건 공장부지와 인근 토지에 대하여 토양오염도 검사를 실시하였는데, 그 결과 구리, 납, 카드뮴, 비소, 니켈, 아연 등이 토양오염우려기준을 초과하는 것으로 나타났다.

이에, 서천군수는 2007년 12월 11일, 엘에스산전과 엘에스니꼬동제련에게 토양오염관리대상시설의 토양오염도검사 결과 토양환경보전법 제4조의2 토양오염의 우려기준을 초과하였음을 이유로 토양환경보전법 제11조 제3항의 규정에 따라 토양정밀조사를 실시한 후 정밀조사보고서를 제출할 것을 명하는 처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다.

2) 소송의 개요 및 경과

이에, 엘에스산전과 엘에스니꼬동은 2008년 3월 10일, 서천군수의 이 사건 토지에 대한 토양정밀조사명령처분의 취소를 구하는 소송(2008구합749)을 대전지방법원에 제기하였고, 이 소송이 계속 중이던 2009년 11월 21일, 「토양환경보전법」상의 토양정화책임조항(제10조의3)의 위헌 여부에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였다.

이에 대하여, 대전지방법원은 위헌법률심판제청신청에 대하여 판단을 하지 않고 있다가, 판결 선고일로 지정하였던 2010년 7월 7일 당일에 와서야 판결 선고 대신 위헌법률심판제청신청을 받아들여 위헌법률심판을 제청하기에 이르렀다.²³⁾

23) 대전지방법원 2010. 7. 7.자 2009아291 결정.

한편, 서천군수는 토양정밀조사명령처분 취소소송이 제기되기 이전인 2007년 12월 24일, 지식경제부, 환경부, 농림수산식품부에, 2008년 1월 10일, 청와대에 이 사건 공장부지 및 인근지역의 토양오염에 대하여 중앙정부 차원의 대책을 마련해줄 것을 건의하였다. 이에 2008년 1월 30일, 국무총리 주재 국정현안정책조정회의 및 2008년 3월 27일, 관계부처 차관회의에서 정부차원에서 오염토지를 매입하고 관계기관 합동으로 오염부지 정화 등 종합적인 개선대책을 마련하기로 결정하였다.

이후 14차례에 걸친 관계기관의 협의, 토양정밀조사, 지하수 오염조사, 주민건강영향조사 및 다이옥신 오염조사 등을 실시하였고, 2009년 7월 31일 토양오염개선 종합대책안을 마련하였다. 이 종합대책안은 오염부지 매입 및 매입토지 이용계획의 수립, 오염부지정화, 토양보전 대책지역의 지정, 주민이주대책의 수립, 주민건강영향조사 시행, 경작 금지 구간의 설정 등을 주요 골자로 하는 토양오염 개선대책 및 토양보전대책지역 지정제도개선, 위해성평가 관련 제도개선, 정부지원 등을 주요 골자로 하는 제도개선방안을 그 내용으로 하고 있는데, 토지매입비 932억 원, 정화비용 2,000억 원 등 총 2,932억원의 비용이 들 것으로 추산하여 그 중 정화비용은 정부부담 70%, 오염원인자 부담 30%로 산정하여 자원조달계획을 수립하였다.

또한, 최근에는 장항제련소 주변지역의 토양오염 문제를 원활히 해결하기 위한 목적으로 엘에스산전, 엘에스니꼬동, 서천군, 충청남도, 지식경제부 및 환경부 간의 협약 체결이 가시화됨에 따라, 엘에스산전과 엘에스니꼬동제련은 2012년 8월 10일, 소취하서를 제출하였고, 2012년 8월 21일, 피고 측이 소취하동의서를 제출함에 따라 소 취하로 사건이 종결되었다. 헌법재판소에서는 위헌법률심판제청사건에 대하여 아직까지 심리 중인 것으로 확인되고 있으나, 이 역시 곧 법원의 위헌제청취소결정으로 취하되거나, 재판의 전제성이 없음을 이유로 각하 결정이 내려질 것으로 예상된다.

(3) 유류저장탱크 사건

1) 사실관계

정○○은 2004년 10월 16일, 박○○로부터 그 소유인 마산시 석전동 ○○○ 대 131.01㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다) 외 2필지를 임차하여 2004년 11월 1일경부터 ‘성일석유’라는 상호로 주유소(이하 ‘이 사건 주유소’라 한다)를 운영하였다.

마산시장은 2005년 7월 18일, 정○○에게, 이 사건 주유소에 대하여 2005년 6월 21일자로 실시한 토양오염도 누출검사 결과 이 사건 토지의 지하에 설치된 유류저장탱크에 연결된 배관 중 실내등유 4번 주유 배관이 불량하다고 판명됨에 따라, 이 사건 주유소 부지 및 주변지역 오염범위 파악을 위한 정밀조사를 6개월 이내에 실시하고, 2005년 8월 1일부터 2006년 7월 31일까지 시설을 개선하거나 오염토양을 정화할 것을 명하였다.

그러나 정○○이 위 명령을 이행하지 아니하고 소재가 불분명해지자, 마산시장은 박○○를 오염원인자로 보아 2008년 5월 21일, 박○○에게, 부지 및 주변의 오염범위 파악을 위한 토양오염정밀조사 실시 및 정밀조사 결과 확인된 오염토양의 정화를 명하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다).

2) 소송의 개요 및 경과

이에, 박○○는 2008년 10월 20일, 마산시장의 이 사건 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였으나, 2009년 6월 4일, 창원지방법원은 소를 기각하였다.²⁴⁾ 2009년 10월 9일, 부산지방법원 역시 항소를 기각하였고,²⁵⁾ 2010년 3월 11일에는 대법원이 상고를 기각하였다.²⁶⁾

24) 창원지방법원 2009. 6. 4. 선고 2008구합2734 판결.

25) 부산고등법원 2009. 10. 9. 선고 2009누3897 판결.

26) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009두20908 판결.

한편, 박○○는 위 취소소송이 대법원에 계속 중이던 2010년 1월 22일, 「토양환경보전법」상의 토양오염관리대상시설의 정의 규정 및 정화책임조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 대법원은 2010년 3월 11일, 본안에 대하여 상고를 기각함과 동시에 제청신청에 대한 기각결정을 하였다.²⁷⁾

이에, 박○○는 2010년 4월 12일, 이들 조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였고, 헌법재판소는 2012년 8월 23일, 정화책임조항에 대하여 헌법불합치결정을 내렸다.²⁸⁾

(4) 택시차고지 사건

1) 사실관계

○○산업주식회사는 택시 82대를 보유하면서 택시운수업을 영위하는 회사로서, 2001년경부터 서울 동대문구 ○○동 ○○번지 1,737.9m²(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)를 사무실, 근린생활시설, 창고 및 주차장 등이 건설된 택시차고지(이하 ‘이 사건 시설’이라 한다)의 부지로 사용하여 왔다.

한편, 이 사건 토지와 이 사건 시설은 ○○산업주식회사가 2011년경부터 김○○로부터 임차하여 온 것으로, 김○○은 1986년경부터는 이 사건 토지를, 1991년경부터는 이 사건 시설을 각각 소유하여 왔다.

서울특별시 동대문구청장은 2007년 4월 3일, “이 사건 토지의 2006년 토양오염실태를 조사한 결과, 토양오염물질인 아연의 농도가 487.8mg/kg 으로서 우려기준인 300mg/kg을 초과한 것으로 확인되었다.”는 이유로 토양환경보전법(이하 ‘법’이라 한다) 제15조에 따라 원고에게 토양정밀조사의 실시 및 오염토양의 정화를 명하였다(이하 “이 사건 처분”이라 한다).

27) 대법원 2010. 3. 11.자 2010아7 결정.

28) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정.

2) 소송의 개요 및 경과

이에 대하여 2007년 7월 25일, ○○산업주식회사(원고)는 동대문구청장(피고)의 이 사건 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였고, 서울행정법원은 2009년 1월 9일, 원고승소 판결을 내렸다.²⁹⁾ 이에, 2009년 2월 20일, 동대문구청장이 항소하였으나, 2009년 10월 7일, 서울고등법원은 이를 기각하였다.³⁰⁾

이에 동대문구청장은 2009년 11월 13일, 대법원에 상고하였고, 2010년 2월 11일, 대법원은 파기환송 판결을 내리기에 이른다.³¹⁾ 이에 따라, 2010년 12월 23일, 서울고등법원은 파기환송심에서 원고패소 판결을 내렸고,³²⁾ 2011년 2월 10일, ○○산업주식회사가 다시 상고하였으나, 2011년 6월 30일, 대법원은 상고를 기각함으로써 확정되었다.³³⁾

(5) 클레이사격장 사건

1) 사실관계

이 사건 토지(서울 노원구 ○○동 ○○○)는 국가지정문화재 사적 제201호인 태릉의 사적지내 일부 토지로서 국유재산 중 보존재산에 속하며 문화재청장이 재산을 관리하고 있다. 문화재청장은 이 사건 토지를 1970년 9월 29일부터 1977년 3월 28일까지 대한사격연맹에게 유상사용허가를 하였고, 1977년 3월 29일부터 2000년 3월 27일까지 국민체육진흥공단에게 무상사용허가를 하면서 수익금의 일부를 체육진흥기금으로 납부하도록 하였으나, 국민체육진흥공단과 사용계약을 체결한 재단법인 ○○○○○○은 감사원의 시정조치로 국민체육진흥공단에 대한 국유재산무상사용허가가 취소된 1998년 5월 1일부터

29) 서울행정법원 2009. 1. 9. 선고 2007구합27967 판결.

30) 서울고등법원 2009. 10. 7. 선고 2009누5260 판결.

31) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두20137 판결.

32) 서울고등법원 2010. 12. 23. 선고 2010누6542 판결.

33) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011두3562 판결.

2002년 12월 22일까지 이 사건 토지를 사격장부지로 무단 사용하였으며, 문화재청장은 2002년 12월 23일부터 2005년 12월 31일까지 이 사건 클레이사격장 시설물을 공매로 취득한 재단법인 한국사격진흥회에 유상사용허가를 하였으나 허가조건인 사격장 건물 기부채납 미이행을 이유로 2006년부터 국유재산 사용을 불허가하였다.

한편, 환경부에서 2000년 10월, 이 사건 클레이사격장에 대한 토양 오염실태조사를 한 결과 납(Pb)으로 인한 오염이 우려기준을 초과한 것으로 나타나자, 노원구청장은 2000년 11월 25일 운영자인 재단법인 ○○○○○○에 토양오염 방지조치 명령을 하였으나 이행되지 않자 위 재단법인을 고발하였고, 위 재단법인은 서울지방법원 북부지원에서 1,000만원의 벌금형을 선고받았다. 서울특별시가 이 사건 토지에 관하여 2004년 1월 29일, 토양운영자 변경에 따른 오염도검사를 재 실시한 결과, 20개 지점 중 19개소가 기준을 초과한 사실이 밝혀졌고, 2005년 3월 3일, 토양정밀조사명령에 의한 정밀조사결과 90개 지점 중 37개소가 기준을 초과하였음이 확인되었다.

이에 노원구청장은 2005년 10월 19일, 문화재청장에 대하여, 재단법인 한국사격진흥회가 대한민국 소유의 이 사건 토지에서 설치하여 운영하고 있는 태릉국제사격장 내 클레이사격장에서 토양오염대책 기준 이상의 납(Pb)이 검출되어 이 지역의 토양이 오염되었다는 이유로 “시설명칭: 태릉국제사격장 내 클레이사격장, 소재지: 서울 노원구 ○○동 ○○○, 대상(토지소유자): 문화재청장, 조치할 사항: 오염된 토양의 정화”를 내용으로 하는 오염토양 정화조치 명령을 하였고, 2006년 3월 23일, 위 오염토양 정화조치 명령 중 “대상(토지소유자): 문화재청장”을 “대상: 대한민국(관리청: 문화재청)”으로 정정하여 문화재청장에게 통지하였다(이하 대상이 정정된 2005년 10월 19일자 오염토양 정화조치 명령을 ‘이 사건 처분’이라 한다). 문화재청장이 서울특별시장에게 이 사건 처분의 무효확인을 구하는 행정심판을 청구하였으나, 서울특별시장은 2006년 4월 21일, 기각재결을 하였다.

2) 소송의 개요 및 경과

문화재청장은 이 사건 소 제기에 앞서 서울특별시시장에게 이 사건 처분의 무효확인을 구하는 행정심판을 청구하였으나, 서울특별시장은 2006년 4월 21일, 기각재결을 하였다. 이에, 2006년 6월 16일, 대한민국(원고)은 노원구청장(피고)의 이 사건 처분의 무효확인 또는 취소를 구하는 소송을 제기하였고, 2007년 1월 31일, 서울행정법원은 원고의 청구를 기각하였다.³⁴⁾ 이에 불복한 대한민국은 2007년 3월 2일, 서울고등법원에 항소하였으나, 이 역시 2008년 4월 3일 기각되었다.³⁵⁾

2. 주요 쟁점별 판례의 태도

이상에서 소개한 분쟁사례에서 다루어진 주요 쟁점은 다음과 같이 정리될 수 있다. (i) 토양오염관리대상시설의 범위, (ii) 복수의 오염원인자의 연대책임 및 구상관계, (iii) 정화책임의 소급, (iv) 정화책임의 면제 등이 그것이다. 이하에서는 이들 쟁점별로 각각의 분쟁사례에서 확인할 수 있는 법원의 태도를 분석하기로 한다.

(1) 토양오염관리대상시설의 범위

앞에서 개관한 대부분의 분쟁사례에서, 해당 시설 또는 토지가 「토양환경보전법」에 따른 “토양오염관리대상시설”에 포함되는지 여부가 쟁점이 되었다. 이는 직접적으로 토양오염을 유발한 자를 제외한 나머지 유형의 오염원인자에 해당하기 위한 전제로서 “토양오염관리대상시설” 개념이 놓여 있기 때문이다.

현행 「토양환경보전법」에서는 “토양오염관리대상시설”을 “토양오염 물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리하는 과정에서 토양

34) 서울행정법원 2007. 1. 31. 선고 2006구합21504 판결.

35) 서울고등법원 2008. 4. 3. 선고 2007누6924 판결.

을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·건축물(構築物) 및 그 부지와 토양오염이 발생한 장소”로 정의하고 있다(제2조 제3호). 그러나 불과 얼마 전, 정확하게는 2011년 4월 5일 법이 개정되어 2011년 10월 6일부터 시행되기 전까지만 하더라도, “토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리함으로써 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·건축물 및 장소 등”이라고만 규정되어 있었고, 위의 분쟁사례의 대다수가 2011년 4월 5일 법이 개정되기 이전의 토양오염관리대상시설 정의조항을 둘러싼 것이었다.

예컨대, 마산한국철강부지 사건에서 부영은 “이 사건 토지는 공장부지로서 공장가동으로 인한 토양오염의 객체에 불과할 뿐, 법 제2조 제3호의 토양오염관리대상시설에 포함되거나 해당하지 아니”한다고 주장하였고, 유류저장탱크 사건에서 원고는 “이 사건 토지는 그 지하에 토양오염물질인 석유류를 저장하는 유류저장탱크가 매설되어 있을 뿐 이 사건 토지 자체가 토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공·처리하는 데 사용되는 것은 아니므로, 법 제2조 제3호 소정의 토양오염관리대상시설에 해당하지 않는다.”고 주장하였다. 또, 택시차고지 사건에서도 원고는 “이 사건 시설은 아연을 배출하는 시설이 아니므로 법에서 정한 토양오염관리대상시설에 해당하지 아니”한다고 주장하였다.

이러한 쟁점이 다투어진 모든 사건에서, 대법원은 해당 시설 또는 부지가 토양오염관리대상시설에 포함된다고 판시하고 있다. 먼저, 택시차고지 사건에서는 토양오염물질을 직접 생산 또는 처리하는 시설 등에 한정되는 것이 아니라, 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설 등이 라면 토양오염물질을 포함하거나 배출하는 물품 등을 생산 또는 처리하는 시설 등도 토양오염관리대상시설에 포함되는 것으로 보았고,³⁶⁾ 마산한국철강부지 사건에서는 공장시설의 가동이 이미 중단된 상태이거나 그 부지가 토양오염의 우려가 없는 용도에 사용될 예정이라는

36) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011두3562 판결.

등의 사정이 있다고 하더라도, 공장시설 등의 부지가 토양오염관리대상시설에 해당한다고 보았으며,³⁷⁾ 유류저장탱크 사건에서도 유류저장탱크가 매설된 부지가 토양오염관리대상시설에 포함되거나 해당한다고 판시하였다.³⁸⁾

한편, 다수의 위헌법률심판이나 헌법소원에서 ‘토양오염관리대상시설’ 정의조항의 명확성원칙 위반 여부가 다투어졌다. 이에 대하여, 헌법재판소는 토양오염관리대상시설 정의조항이 수범자의 예측가능성을 해하거나 법집행 당국의 자의적인 집행을 가능하게 할 정도로 불명확하다고 할 수 없으므로, 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판시하였고,³⁹⁾ 현행법은 당시 정의조항에 대하여 제기되고 있는 불명확한 부분을 다소 해소하는 방식으로 정의조항을 개정하였다는 점 등을 고려할 때, 앞으로 토양오염관리대상시설 해당 여부를 둘러싼 논란은 다소 줄어들 가능성이 있을 것으로 보인다.

(2) 연대책임 및 오염원인자 간의 구상관계

앞에서 소개한 많은 분쟁사례에서 토양정화책임이 연대책임의 성질을 갖는지 여부가 다투어지고 있다. 이는 마산한국철강부지 사건에서 극명하게 드러나는데, 마산시장으로부터 정화조치명령처분을 받은 한국철강과 부영 모두 재량권의 일탈·남용을 주장하면서 정화조치명령처분의 위법성을 다투었다. 먼저, 한국철강은 “마산시장은 이 사건 처분 이전인 2006년 8월경 부영에게 토양정화명령을 내린 바 있으므로 이에 대한 관리·감독만으로도 행정목적 달성이 충분함에도 새로이 원고에게까지 이 사건 정화조치명령을 한 점, 이 사건 처분 당시 원고는

37) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두12778 판결.

38) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009두20908 판결.

39) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정; 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바28 결정.

부영과 사이에 토양정화비용 부담과 관련한 다툼으로 민사소송 진행 중이었던 점 등에 비추어, 이 사건 처분은 그 재량권을 일탈·남용하였다.”고 주장하였고, 부영은 “이 사건 토지에 관하여 직접적 오염원인자인 한국철강에만 오염토양 정화조치명령을 하면 충분함에도 원고에게까지 정화조치명령을 한 것은 그 재량권을 일탈·남용하였다.”고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 (i) 각각의 원고가 오염원인자로서 직접적인 토양정화 의무를 부담하는 점, (ii) 각각의 오염원인자에게 동일한 내용으로 정화조치명령을 한 점, (iii) 각각의 오염원인자 간에 매매계약 내용을 두고 다툼이 있고 그 해석 여하에 따라 정화비용 최종부담자가 결정된다 하더라도 이는 민사적인 문제에 불과하여 정화조치명령처분에 영향을 줄 수 없는 점, (iv) 토지의 토양오염 상황, 그 정도 및 소유관계, (v) 신속하고도 확실한 토양정화의 공익적 필요성 등에 비추어, 재량권의 일탈·남용을 인정하지 아니하였다.⁴⁰⁾

이와 같은 판례의 태도를 고려할 때, 법원은 토양정화책임이 연대책임의 성격을 갖는 것으로 이해하고 있는 것으로 보인다. 유류저장탱크 사건, 택시차고지 사건, 클레이사격장 사건 등에서도 법원이 다수의 오염원인자가 존재하고 이들 오염원인자에 대하여 정화조치명령을 내릴 수 있음을 전제하고 있는바, 토양정화책임이 연대책임의 성격을 갖는 것으로 파악하고 있다고 할 수 있다.

이와 같은 연대책임의 성질이 많은 분쟁사례에서 다툼이 되고 있는 것은 현행법이 아무런 기준 없이 지방자치단체장에게 누구를 대상으로 정화조치명령을 내릴 것인지에 관하여 폭넓은 선택재량을 인정하고 있

40) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두13887 판결; 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두12778 판결. 재량권의 일탈·남용을 인정하지 아니한 근거로 제시하고 있는 이들 고려요소에 대한 판시는 창원지방법원 2008. 12. 18. 선고 2008구합1144 판결; 창원지방법원 2008. 12. 18. 선고 2007구합3204 판결; 부산고등법원 2009. 7. 10. 선고 2009누935 판결 참조. 클레이사격장 사건에서도 역시 법원은 이와 유사한 이유를 들면서 재량권의 일탈·남용을 부정하였다. 서울고등법원 2008. 4. 3. 선고 2007누6924 판결.

음에서 기인하는 부분도 크다. 이에 따라, 정화조치명령을 받음으로써 무거운 책임을 지게 될 수 있는 오염원인자의 입장도 불안하고 혼란스러울 수밖에 없는 것이며, 자신이 정화조치명령을 받은 경우 쉽게 수긍하지 못하고 법적 분쟁으로 확대되는 이유를 제공하고 있기도 하다.

또한, 오염원인자 간에 구상관계가 성립하는 것인지 여부에 대해서도 현행법은 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 이에 따라 정화조치명령을 받은 오염원인자가 정화조치를 실시한 후, 다른 오염원인자를 상대로 구상권을 행사할 수 있는지 여부에 대해서는 논란의 여지가 남아 있는 것이다.

이는 최근 2건의 헌법불합치결정에도 결정적인 원인을 제공한 것으로 보인다. 유류저장탱크 사건에서, 오염원인자 조항의 과잉금지원칙 위반 여부와 관련하여, 다수의견은 현행법이 토양정화책임을 연대책임으로 정하고 있음을 전제로, 책임의 순위를 두거나 책임의 범위를 제한하지 아니한 것이 과잉금지원칙에 위배된다고 보았다. 즉, 제1호의 오염원인자에게 1차적인 책임을 부담시키고 제1호의 오염원인자를 찾을 수 없거나 그가 책임을 이행하지 않을 때 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 보충적으로 책임을 부담시키거나, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 해당 시설의 시가 범위 내로 제한하거나 일반적인 책임한도제를 도입하는 등으로 침해를 최소화할 수 있는 수단이 존재한다는 것이다. 그리고 설령 구상권을 인정한다고 하더라도, 토양오염의 장기성 때문에 다른 오염원인자를 찾을 수 없거나 다른 오염원인자가 무자력인 경우가 많아 사실상 구상권은 의미가 없는 경우가 많고, 구상권 행사의 절차와 책임분담의 기준이 전혀 규정되어 있지 않아 구상권의 실현에 많은 시간과 비용이 소요되므로, 구상권의 존재는 그 침해를 완화하기에 부족하다고 판시하였다.⁴¹⁾

41) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정. 장항제련소 사건에서 위헌법률

부영이 제기한 헌법소원에서도, 이를 확인할 수 있다. 즉, 오염원인자 조항의 신뢰보호원칙 위반 여부와 관련하여, 다수 의견은 “이 사건 오염원인자 조항으로 인하여 토양오염관리대상시설의 양수자는 손해배상 및 토양정화 책임을 무한책임으로서 부담하게 된다. 그런데 다른 오염원인자가 존재하지 않거나 무자력인 경우가 많고, 자력이 있는 다른 오염원인자가 존재하더라도 구상권 행사의 절차 및 책임분배의 기준이 미비하여, 사실상 우선 책임을 추궁당한 양수자가 전적으로 손해배상 및 토양정화 비용을 부담하게 되는 경우가 많다.”고 지적하고 있다.⁴²⁾

부영이 한국철강을 상대로 제기한 민사 사건에서 역시, 부영은 하자담보책임, 채무불이행(불완전이행)으로 인한 손해배상책임, 또는 불법행위를 원인으로 한 손해배상책임을 주장하였을 뿐, 「토양환경보전법」에 기한 구상권의 행사를 주장하지 않았다.⁴³⁾ 복수의 오염원인자가 어떠한 기준에 따라 내부적으로 정화비용을 분담할 것인지도 어려운 문제 중의 하나이다. 이 사건이 법원의 판결이 아니라 조정으로 종결되기에 이른 것도 오염원인자 간의 비용부담 문제의 복잡성에서 기인한 측면이 적지 않았을 것으로 판단된다.⁴⁴⁾

(3) 정화책임의 소급 가능성

마산한국철강부지 사건과 장항제련소 사건에서 모두 정화책임의 소급이 헌법 위반에 해당하는지 여부가 크게 다투어졌다. 물론 「토양환경보전법」이 토양정화책임의 성격을 소급책임으로 명시하고 있지는

심판제청신청을 받아들인 대전지방법원의 결정에서도 이 같은 취지의 판시를 확인할 수 있다. 대전지방법원 2010. 7. 7. 선고 2009아291 결정.

42) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바28 결정.

43) 창원지방법원 2011. 12. 20. 선고 2007가합3360 판결.

44) 부산고등법원 2011. 10. 11. 선고 2011나774 결정.

않아서, 종래부터 소급책임의 성질을 갖는지 여부에 대하여 학설상의 다툼이 있어 왔으나,⁴⁵⁾ 헌법재판소는 공법상의 토양정화책임이 소급책임의 성질을 갖는다고 해석하였다.

부영이 제기한 헌법소원 사건에서, 헌법재판소는 오염원인자 조항이 부진정 소급입법으로서 종래의 법적 상태를 신뢰한 자들에 대한 신뢰보호의 문제를 발생시킬 뿐, 소급입법금지원칙에는 위반되지 않는다고 보았다. 그렇지만, 다수의견은 2001년 3월 28일 개정법이 2002년 1월 1일 시행되면서부터 토양오염관리대상시설의 양수인을 오염원인자로 간주하게 되었는바, 2002년 1월 1일 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자를 그 양수 시기의 제한 없이 모두 오염원인자로 간주하여 보호가치 있는 신뢰를 침해하였으므로, 신뢰보호원칙에 위배된다고 결정하였다.⁴⁶⁾

생각건대, 과연 이들의 신뢰가 보호가치 있는 신뢰인지 여부, 그리고 토양오염을 신속하고 확실하게 제거함으로 인한 공익으로 그 신뢰이익의 침해가 정당화될 수 없는 것인지 여부 등에 대하여 의문의 여지가 남는 것이 사실이다. 그럼에도 불구하고, 헌법재판소의 헌법불합치 결정이 내려진 이상, 법 개정을 통하여 2002년 1월 1일 이후에 토양오염관리대상시설을 양수한 자로 오염원인자를 한정한다거나, 아니면 현행대로 유지하되 직접적인 오염원인자에 비하여 양수인의 책임을 제한 또는 감면한다거나 하는 등의 방식으로 헌법위반 상태를 제거하여야 할 것이다.

45) 소급책임이 아니라고 보는 견해는 김홍균, “미국 종합환경대응책임법(CERCLA)상의 책임당사자와 토양환경보전법상의 오염원인자”, 『환경법연구』 제24권 제1호, 한국환경법학회 (2002), 97-98면 참조. 소급책임으로 보는 견해는 황창식, 註 11, 149면; 김현준, “토양정화책임: 토양환경보전법 제10조의3에 대한 비판적 검토”, 『공법연구』 제34집 제2호, 한국공법학회 (2005. 12), 205면 참조.

46) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바28 결정.

(4) 정화책임의 면제

어떠한 경우 토양정화책임이 면제될 수 있는가의 문제도 여러 사건에서 다루어지고 있다. 현행법상 토양정화책임이 면제되는 경우는 크게 2가지로 나뉜다. 첫째는 천재·지변 또는 전쟁으로 인하여 발생한 경우이고(제10조의3 제1항 단서), 둘째는 토양오염관리대상시설을 양수 또는 인수한 자가 선의이며 과실 없는 경우이다(동조 제3항 단서).

유류저장탱크 사건에서 헌법재판소는 천재·지변 또는 전쟁으로 인한 면책이 공법상 정화책임의 경우에도 적용되는 것으로 전제하고 있는 것으로 보인다. 오염원인자 조항의 평등권 침해 여부와 관련하여, 다수의견은 “토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 부담하는 책임은 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자가 부담하는 책임과 마찬가지로 토양오염관리대상시설을 지배하고 있다는 사실만으로 인정되는 상태책임에 해당하므로, 그 성격이 본질적으로 동일하다.”고 전제하고, 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자의 경우 토양오염사실에 대한 선의·무과실을 입증하여 면책받을 수 있는 반면, “토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 천재·지변, 전쟁으로 인한 면책만을 허용하고, 다른 면책사유 또는 책임 제한수단을 전혀 인정하지 않은 것은 합리적인 이유가 있다고 할 수 없어 이 사건 오염원인자 조항은 평등권을 침해한다.”고 판시하고 있다.⁴⁷⁾

47) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정. 반면, 김종대 재판관은 “토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자는 토양오염 발생 당시에 그 원인이 된 토양오염관리대상시설을 사실적으로 지배하고 있으나, 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자는 토양오염관리대상시설을 양수·인수하기 이전에는 토양오염의 발생과 전혀 무관하므로, 토양오염 발생에 대한 귀책의 정도가 본질적으로 다르다. 따라서 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자에 대해서만 그 양수·인수 이전에 발생한 토양오염에 대하여 선의·무과실인 경우 면책을 인정하는 것은 합리적인 이유가 있다 할 것이므로, 이 사건 오염원인자의 무과실책임조항은 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 평등권을 침해하지 아니한다.”는 반대의견을 제시하였다.

이와 같이 공법상 정화책임의 경우에도 천재·지변 또는 전쟁으로 인한 면책을 인정한다고 하더라도, 그것이 실제로 갖는 의미는 크지 않을 것으로 보인다. 왜냐하면, 「토양환경보전법」 제2조 제1호는 ‘토양오염’을 “사업활동 기타 사람의 활동에 따라 토양이 오염되는 것으로서 사람의 건강·재산이나 환경에 피해를 주는 상태”로 정의하고 있는바, 이에 따르면 전쟁은 별론으로 하더라도 사람의 활동을 수반하지 아니하는 천재·지변으로 인한 것은 ‘토양오염’ 자체에 해당하지 않기 때문에 자연히 이에 따른 정화책임도 발생할 수 없기 때문이다. 아직까지 이와 관련한 법적 분쟁을 발견할 수 없는 까닭도 아마 이와 같은 이유에서 기인한 것이 아닌가 생각된다.

한편, 양수인의 선의·무과실에 따른 면책과 관련해서는, 마산한국철강부지 사건에서 크게 쟁점이 된 바 있다. 즉, 부영은 자신이 제3호의 오염원인자에 해당한다고 하더라도 선의·무과실이 인정되어 면책된다고 주장한 것이다. 그러나 이에 대하여 법원은 “건설전문업체인 부영으로서는 아파트 건설을 위하여 철강공장부지였던 토지를 매수함에 있어서는 더욱 신중하게 처리하는 것이 통상적일 것임에도 불구하고, 토양환경평가 등 토양오염실태에 대한 별다른 조사 없이 매매계약을 체결한 점, 매수 당시 이 사건 토지 및 그 지상 공장시설의 상태, 양도인과 양수인 간의 매매계약의 약정 내용, 토지의 규모, 현황, 형성과정 등에 비추어 보면, 원고는 위 매매계약 당시 실령 이 사건 토지의 토양오염 상태 및 그 정도를 알지 못하였다 하더라도 거기에 과실이 있었다고 봄이 상당하다.”고 판시함으로써 부영의 정화책임 면책을 인정하지 않았다.⁴⁸⁾

여기에서 눈여겨 볼 것은 법원이 토양환경평가의 실시 여부를 양수인의 선의·무과실 판단을 위한 종합적인 고려요소 가운데 하나로 보고 있다는 점이다. 이 사건 당시에는 현행과 같이 양수 또는 인수 이

48) 창원지방법원 2008. 12. 18. 선고 2007구합3204 판결.

전에 토양환경평가를 받아 그 토양오염관리대상시설의 오염 정도가 우려기준 이하인 것을 확인한 경우 선의·무과실을 인정하고 정화책임을 면책하는 취지의 규정(제10조의4 본문 단서)을 두고 있지 않았다.

즉, 「토양환경보전법」은 토양오염관리대상시설이 설치되어 있거나 설치되어 있었던 부지를 양도·양수하거나 임대·임차하는 경우, 양도인·양수인·임대인 또는 임차인으로 하여금 당해 시설이 설치된 부지 및 그 주변지역에 대하여 토양관련전문기관으로부터 토양환경평가를 받을 수 있도록 함으로써(제10조의2 제1항), 양도인, 양수인 등이 토양환경평가를 자율적으로 실시하도록 하는 한편, 이에 따른 토양환경평가의 결과는 그 평가 당시의 토양오염의 정도를 나타내고 있는 것으로 추정된다고 규정함으로써(동조 제2항), 법률상의 추정을 규정하고 있을 뿐이었다.⁴⁹⁾

이에 따라, 토양오염관리대상시설을 양수하려는 자가 토양환경평가를 실시하고 그 결과 토양오염의 부존재를 믿고 해당 시설을 양수한 경우 양수인의 선의·무과실이 인정된다고 볼 수 있을 것인지 여부의 문제가 남아 있었다. 이에 대해서는 특별한 사정이 없는 한 양수인에게 선의·무과실이 인정되어 책임이 면제될 것으로 전망하는 견해가 다수를 이루었으나,⁵⁰⁾ ‘법률상의 추정’은 증명책임 완화의 한 유형으로서, 반대사실에 대한 증명에 의해 얼마든지 번복될 수 있는 것이므로, 개별 사안의 구체적 사정에 따라 달리 판단될 가능성은 충분히 열려 있었다고 할 수 있다.

49) 법률상 추정된 오염도 및 오염기여도는 거래 시 가격 등에 고려되며, 거래 이후에도 재산상 불이익이나 정화 의무 등 법적 책임의 기초로 사용된다. 김홍균, 註 10, 680면.

50) 황창식, 註 11, 146면; 채영근, “우리나라 토양환경보전법과 그 개정안의 내용과 문제점: 미국의 CERCLA와 비교하며”, 『공법연구』 제29집 제2호 (2001. 2), 388면; 송동수, “토양오염과 공법상 정화책임: 토양환경보전법의 개정을 중심으로”, 『토지공법연구』 제14집 (2001. 12), 212면; 김홍균, 『환경법: 문제·사례』, 홍문사 (2007), 342면.

물론 마산한국철강부지사건에서는 양수인인 부영이 토양환경평가를 아예 실시하지 아니하였기 때문에, 이를 두고 직접적이고 일반적인 판단을 내리는 것은 곤란하지만, 법원이 토양환경평가의 실시 여부만을 고려하는 것이 아니라 매수 당시 토지 및 그 지상 공장시설의 상태, 매매계약의 약정 내용, 토지의 규모, 현황, 형성과정 등을 종합적으로 고려하여 양수인의 선의·무과실을 판단하는 태도를 보였다는 점은 당시에는 토양환경평가의 실시 및 그 결과의 신뢰가 곧 양수인의 선의·무과실 인정으로 귀결되는 것은 아니었음을 충분히 뒷받침하는 것이라 할 것이다.

그렇지만, 현행법은 이 사건 당시의 조항과는 달리 선의·무과실이 인정되는 하나의 예로, 양수 또는 인수 이전에 토양환경평가를 받고 그 시설의 오염 정도가 우려기준 이하임을 확인한 경우를 명시하고 있다. 이는 앞으로 토지를 양수하려는 자가 선의·무과실을 인정받음으로써 혹시라도 부담하게 될지 모르는 무거운 정화책임을 피하기 위하여 토양환경평가를 실시하도록 유도하기 위한 취지에서 신설된 것으로 이해된다.⁵¹⁾

그렇지만, 앞으로 여전히 양수인의 정화책임 면제를 둘러싼 논란은 남아 있다. 예컨대, 양수인이 토양환경평가를 실시하지 않고 다른 수단을 통하여 토양오염 여부를 확인하기 위한 노력을 하였다고 주장하는 경우 선의·무과실이 인정되어 정화책임이 면제될 수 있는지 여부가 다투어질 수 있을 것이며, 설령 양수인이 토양환경평가를 실시하였더라도 그가 실시한 토양환경평가 방법의 적정성 시비, 허위 또는 부실 평가에 대한 시비 등이 다투어질 가능성이 남아 있다.

51) 2002년, 자율적 토양환경평가제도가 도입된 이후 2007년 현재까지 토양환경평가가 실시된 사례는 67건에 불과하다(2002년: 10건, 2003년: 6건, 2004년: 3건, 2005년: 9건, 2006년: 18건, 2007년: 21건).

제 3 장 주요 외국의 토양정화 관련 분쟁사례

제 1 절 미 국

1. 토양정화책임 관련법제

미국의 토양정화책임법제는 토양의 유해물질에 대한 엄격한 정화책임을 정하고 있는 종합환경대응보상책임법(Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act: CERCLA)이 그 중심을 이룬다.

(1) 정화책임자의 범위

CERCLA 제107조는 오염지역의 정화책임을 지는 ‘잠재적 책임당사자(Potentially Responsible Parties: PRPs)’로 ① 현재 시설 또는 선박을 소유하고 있는 자와 운영하고 있는 자, ② 유해물질의 배출 시점에 당해 유해물질이 배출된 시설을 소유하고 있었거나 운영하고 있었던 자, ③ 자기 소유의 유해물질을 다른 당사자가 소유·운영·보관하고 있는 시설에서 처리 또는 취급하기 위하여 계약을 체결하였거나, 당해 시설로 운반하기 위하여 운송인과 계약을 체결한 자,⁵²⁾ ④ 유해물질을 자기가 선택한 처리 또는 취급 시설, 소각용 선박 또는 부지로 운반하기 위하여 수령한 자 등을 규정하고 있다.⁵³⁾

CERCLA는 현재의 소유자 또는 운영자뿐만 아니라 과거의 소유자 또는 운영자도 책임당사자로 하고 있는바, 유해물질의 처리 당시에 그 부지를 소유 또는 운영하였던 자는 CERCLA에 따른 정화책임을 지게 된다. 그 결과 현재는 더 이상 문제의 부지를 소유하고 있지 아니하더라도 책임을 지는 경우가 있게 된다.⁵⁴⁾ 한편, 책임을 지는 소유

52) 운반은 배관을 포함한 모든 형식의 유해물질 수송을 의미한다. 42 U.S.C. §9601(26).

53) 42 U.S.C. §9607.

54) 김홍균, 註 45, 68면.

자 또는 운영자에게는 소유권의 징표(indicia of ownership)를 가지고 있다고 하더라도 시설의 운영에 참여하지 아니한 자는 제외된다.⁵⁵⁾

(2) 복수 당사자 간의 책임배분

뒤에서 구체적으로 살펴볼 것이지만, 법원은 CERCLA에 따른 정화 책임을 연대책임으로 해석하고 있다. 이에 따라, CERCLA는 복수 당사자 간의 책임 배분에 관한 규정을 두고 있다.

즉, 다수 당사자가 존재하는 경우, 정화책임을 지는 당사자는 다른 책임당사자를 상대로 구상권을 행사할 수 있다.⁵⁶⁾ 구상권을 행사하게 될 경우 다른 당사자는 자신의 기여분에 해당하는 만큼 책임을 부담하게 된다.

정화비용에 대하여 복수의 당사자가 어떻게 비용 부담을 할 것인가가 어려운 문제로 대두되는데, CERCLA는 EPA로 하여금 구속력이 없는 예비적 책임 분할(Nonbinding Allocation of Responsibility)을 하도록 규정하고 오염물질의 양, 유독성, 이동성, 증거능력, 지불능력, 소송부담, 공익적 요소, 선례로서의 가치, 형평성, 그 밖의 집적효과 등을 고려하도록 하고 있다.⁵⁷⁾

한편, 책임당사자와 EPA 간의 협상에 순응하여 정화를 실시하는 정화책임자를 보호하기 위하여 타협에 응하지 않는 책임당사자의 책임 부분에 대해서는 슈퍼펀드를 사용한다.⁵⁸⁾ 즉, EPA와의 협상에 순응하는 자가 더욱 불리한 책임을 부담하지 않도록 배려하는 것이다. 또한, 파산하거나 사망한 책임당사자가 있는 경우 다른 책임당사자의 부담을 낮추기 위하여 EPA가 슈퍼펀드를 사용한다.

55) 42 U.S.C. §9601(20)(A).

56) 42 U.S.C. §9613(f)(1).

57) 42 U.S.C. §9622(d)(3)(A).

58) 42 U.S.C. §9622(b)(1).

(3) 정화책임의 면제

1) 개 관

① CERCLA와 슈퍼펀드법

앞에서 살펴본 바와 같이, CERCLA는 잠재적 책임당사자의 범위를 넓게 정하고 있다. 더구나 후술하는 바와 같이, 법원은 정화책임을 지는 책임당사자의 범위를 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다.

그럼에도 불구하고, 종래 CERCLA는 면책사유로 불가항력(Act of God), 전쟁행위(Act of War), 제3자의 행위 등의 경우만을 규정하고 있었다.⁵⁹⁾ 그러다가 CERCLA를 대폭 수정한 1986년의 「슈퍼펀드 수정 및 재수권법」(Superfund Amendments and Reauthorization Act: SARA, 슈퍼펀드법)⁶⁰⁾ 제101조(f)는 선의의 토지소유자의 항변(innocent landowner defense)을 면책규정으로 추가하고 있다.⁶¹⁾ SARA 제정 이전에는 CERCLA 제107조(b)에 따른 면책이 인정되는 경우가 드물었고, 특히 책임당사자와 직접적 또는 간접적 계약관계에 있는 자의 행위는 ‘제3자의 행위’에 해당하지 않는 것으로 규정되어 있었기 때문에,⁶²⁾ 토지매수인이 면책되는 것은 사실상 불가능하였다. 이러한 상황에서, SARA에서는 ‘선의의 토지소유자의 항변’을 새로 규정하게 된 것이다.

59) 42 U.S.C. §9607(b). 법원은 자연재해의 ‘불가항력’을 한정적으로 해석하는 것으로 보인다. *U.S. v. Stringfellow*, 661 F.Supp. 1053 (C.D. Cal., 1987). 전쟁행위를 직접적인 쟁점으로 다루고 있는 판례는 확인되고 있지 않으며, 다만 제3자의 행위와 관련해서는, 선의의 토지소유자가 이로써 면책될 수 있는가와 관련하여 다툼이 있었으나, SARA는 후술하는 바와 같이 이를 입법적으로 해결하고 있다.

60) Pub.L. 99 - 499, Oct. 17, 1986, 100 Stat. 1613.

61) 42 U.S.C. §9601(35).

62) 법원은 공부상 소유권의 연속적 이전(chain of title)이 있으면 소유자 간에 간접적 계약관계가 인정된다고 판시하여 왔다. 따라서 1986년 SARA 제정 이전에는 현재 소유자가 과거 소유자가 배출하였음을 이유로 ‘제3자의 행위’ 항변을 주장할 수 없었다. 김형진 (역) / Jeffrey M. Gaba, 『미국 환경법』, 형설출판사 (2005), 223면.

선의의 토지소유자의 항변이 인정되기 위해서는, 토지소유자는 소유권을 취득할 당시 유해물질이 해당 토지에 처리되어 있었음을 알지 못하였고, 알지 못한 것에 관하여 과실이 없었음을 증명하여야 하며, 이를 위해서는 취득 당시 그 이전의 소유·이용 상황에 관한 모든 적절한 조사(all appropriate inquiries)를 실시하였음을 증명하여야 했다. 또한, 이와 관련하여, 법원으로 하여금 피고(선의의 토지소유자 항변을 주장하는 자)의 전문지식과 경험, 오염되지 않았을 경우 해당 토지의 가격과 실제 구입가격과의 관계, 통상적으로 입수할 수 있는 해당 토지에 관한 정보, 해당 토지상의 오염의 존재 또는 존재 가능성에 관한 명백성의 정도, 피고가 적절한 조사를 통하여 오염을 확인할 수 있는 능력 등을 고려하도록 하였다.⁶³⁾

이와 같이 SARA에서는 ‘선의의 토지소유자의 항변’을 추가함으로써 어느 정도 토지매수인의 정화책임 완화를 꾀하였다. 그러나 모든 적절한 조사의 범위가 명확하지 아니한데다, 법원 역시 이를 좁게 해석하는 경향을 보이고 있었다.⁶⁴⁾ 이에 따라 토지소유자가 모든 적절한 조사를 실시하였음을 입증하는 것은 쉽지 않았고 결국 현실적으로 면책되는 경우는 상당히 드물었다.

이와 같은 이유로, 개발자를 비롯한 토지매수인의 경우에는 취득한 토지가 오염되어 있었던 경우 설사 자신이 오염발생에 전혀 기여하고 있지 않다고 하더라도 무거운 정화책임을 지게 될 수 있음을 우려하여, 결국 과거에 공장이나 산업 용지로 사용되었던 토지의 취득을 회피하게 되었고, 재개발이 이루어지지 않는 토지가 도시 주변부를 중심으로 급증하는 현상, 즉 브라운필드 문제가 나타났던 것이다.⁶⁵⁾

63) 42 U.S.C. §9601(35)(B).

64) *Idylwoods Associates v. Mader Capital, Inc.*, 956 F.Supp. 410 (W.D. N.Y., 1997).

65) 이와 같은 브라운필드 문제의 발생요인과 그 심각성에 관해서는 박종원, “미국의 브라운필드 문제와 그에 대한 법적 대응: 브라운필드법을 중심으로”, 『환경법연구』 제29권 제3호, 한국환경법학회 (2007. 12), 230-233면 참조.

② 브라운필드법

2002년 1월, 미국에서는 「중소기업 책임 경감 및 브라운필드 활성화에 관한 법률(Small Business Liability Relief and Brownfields Revitalization Act)」이 제정되었다.⁶⁶⁾ 이 법은 과거부터 문제로 지적되고 있던 CERCLA상의 엄격한 정화책임의 완화 및 브라운필드의 활성화를 목적으로 제정된 것이다.

2002년의 브라운필드법은 브라운필드⁶⁷⁾를 정화하고 그 부지의 재이용을 촉진시키기 위하여 제정된 것인바, 크게 3가지의 목적을 가지고 있다. 첫째는, 브라운필드의 활성화를 위하여 일정한 책임당사자에 대하여 엄격한 정화책임을 면제해 주는 것이다. 둘째는, 주정부와 지방자치단체의 브라운필드 정화 프로그램에 대하여 자금을 원조하는 것이다. 셋째는, 브라운필드 부지의 관리에 있어서 연방정부의 역할을 축소하는 것이다.⁶⁸⁾ 특히, 정화책임의 면책과 관련하여, 브라운필드법은 중소기업에 대한 면책으로서 소량 배출에 대한 면책⁶⁹⁾과 도시폐기물 배출에 대한 면책⁷⁰⁾을 새로 규정하는 한편, 인접지 등의 소유자⁷¹⁾, 브라운필드법 시행 후의 선의매수인⁷²⁾, 선의의 토지소유자 등의 면책요건을 구체화하고 있다.

66) Pub. L. No. 107-118 Stat. 2356 (2002). 이하 “브라운필드법”이라 한다.

67) ‘브라운필드 부지(brownfield site)’란 “유해물질(hazardous substance), 오염물질(pollutant), 오탁물질(contaminant)의 존재 또는 잠재적인 존재 가능성으로 인하여 확대, 재개발, 재이용이 곤란할 수 있는 부동산”을 말한다. 42 U.S.C. §9601(39).

68) 브라운필드법의 주요내용 전반과 그 시사점에 관한 논문으로, 박종원, 註 65, 227면 이하; 김성균·이비안, “낙후산업지역(Brownfield) 개발 관련 입법 동향 분석 및 대안의 모색”, 『환경법연구』 제30권 제1호 (2008. 5), 1면 이하; 김성배, “브라운필드법의 문제점과 그 시사점”, 『환경법연구』 제31권 제1호, 한국환경법학회 (2009. 4), 115면 이하; 김홍균, “토양환경보전법 책임체계의 새로운 방향: 브라운필드(Brownfields) 문제”, 『저스티스』 통권 제110호, 한국법학원 (2009. 4), 254면 이하 참조.

69) 42 U.S.C. §9607(o).

70) 42 U.S.C. §9607(p).

71) 42 U.S.C. §9607(q).

72) 브라운필드법 제222조에 따르면, 오염 사실을 알지 못한 채 브라운필드법 시행 이후에 시설을 매수한 자 또는 임차한 자는 대응조치 또는 자연자원 복원을 방해

2) 정화책임이 면제되는 경우

① 소량 배출

브라운필드법에 의하면, “③ 자기 소유의 유해물질을 다른 당사자가 소유·운영·보관하고 있는 시설에서 처리 또는 취급하기 위하여 계약을 체결하였거나 당해 시설로 운반하기 위하여 운송인과 계약을 체결한 자, 그리고 ④ 유해물질을 자기가 선택한 처리 또는 취급 시설 등으로 운반하기 위하여 수령한 자”는 처리 또는 취급된 당해 유해물질의 총량이 일정량 이하, 즉 액체의 경우 110갤런 이하, 고체의 경우 200톤 이하임을 입증할 수 있고, 당해 처리·취급·운송의 전부 또는 일부가 2001년 4월 1일 이전에 이루어졌음을 입증할 수 있는 경우, 우선정화대상부지목록(National Priority List: NPL)에 등록된 부지의 정

하지 않는 한, 정화책임을 지지 아니한다. 선의의 토지 매수인 또는 그 임차인으로 인정받기 위해서는 다음과 같은 요건을 충족하여야 한다. (i) 그 자가 당해 시설을 취득하기 이전에 유해물질의 처리가 이루어졌을 것, (ii) 해당 시설의 소유 및 이용 상황에 대한 “모든 적절한 조사”를 하였을 것, (iii) 해당 시설에서의 유해물질의 발견 또는 방출에 관하여 신고할 것, (iv) 추가적인 방출을 저지하는 등 합리적인 조치를 취하였을 것, (v) 오염물질에 대한 대응조치 또는 자연자원 복원을 실시하는 자에 대하여 충분한 협력과 지원을 제공할 것, (vi) 대응조치와 관련된 모든 토지이용규제에 따를 것, (vii) 이 법에 따른 정보공개요구 등에 응할 것, (viii) 잠재적으로 책임이 있는 자에게 가담하지 않았으며 잠재적으로 책임이 없을 것 등이 요구된다. U.S.C. §9607(r). 이는 새로운 매수자로 하여금 브라운필드 부지를 구입하여 재개발하도록 유인을 주기 위하여 일정한 요건하에서 선의의 토지구입예정자(bona fide prospective purchasers)를 면책하는 것이다. 선의의 토지구입예정자는 브라운필드 부지의 구매 당시에 오염 사실을 몰랐거나 몰랐다는 점에 대해 상당한 이유가 있음을 입증할 필요가 없다. 김홍균, 註 68, 259-260면; Fenton D. Strickland, *Brownfields Remediated? How the Bona Fide Prospective Purchaser Exemption from CERCLA Liability and the Windfall Lien Inhibit Brownfield Redevelopment*, 38 Ind. L. Rev. 789 (2005), pp. 795-803. 그렇지만 이와 같은 책임면제는 심각한 브라운필드 문제의 발생이라는 특수한 이유를 배경으로 하는 것이다. 브라운필드는 미국 전체적으로 50만~100만 개나 존재하는 것으로 알려져 있다. Kelly J. Shira, *Returning Common Sense to Cleanup? The Small Business Liability Relief and Brownfields Revitalization Act*, 34 Ariz. St. L. J. 991 (2002), p. 993.

화비용과 관련한 CERCLA상의 책임⁷³⁾을 면한다.⁷⁴⁾ 단, 대통령이 정보 제출요구에 응하지 않았거나 시설에서의 대응조치(response action) 및 자연자원복원조치의 실시를 작위 또는 부작위에 의해 방해하였거나 방해하고 있다고 결정한 자, 면책이 적용될 수 있는 행위와 관련하여 형사상 유죄판결을 받은 자 등은 면책대상에서 제외된다.⁷⁵⁾

② 도시폐기물 배출

브라운필드법에 의하면, 도시폐기물(Municipal Solid Waste)을 “③ 다른 당사자가 소유·운영·보관하고 있는 시설에서 처리 또는 취급하기 위하여 계약을 체결하였거나 당해 시설로 운반하기 위하여 운송인과 계약을 체결한 자”는 (i) 자기가 해당 도시폐기물이 배출된 주거 시설의 소유자, 관리자 또는 임차인임을 입증할 수 있거나, (ii) CERCLA상 잠재적 책임에 대한 서면통고를 받은 날을 기준으로 최근 3년간 종업원 수가 평균 100명 이하인 기업으로서, 해당 도시폐기물 전부가 중소기업법(Small Business Act)상의 영세사업과 관련하여 배출된 것임을 입증할 수 있는 경우, NPL에 등록된 부지의 정화비용과 관련한 CERCLA상의 책임⁷⁶⁾을 면한다.⁷⁷⁾ 단, 정보제출요구에 응하지 않았거나 시설에서의 대응조치 및 자연자원복원조치의 실시를 작위 또는 부작위에 의해 방해하였거나 방해하고 있다고 대통령이 결정하는 경우는 예외로 한다.⁷⁸⁾

여기에서 말하는 ‘도시폐기물’에는 일반가정에서 발생한 폐기물이 포함됨은 물론, 비록 상업시설이나 산업시설 등에서 배출된 것이라고

73) 42 U.S.C. §9607(a).

74) 42 U.S.C. §9607(o)(1).

75) 42 U.S.C. §9607(o)(2).

76) 42 U.S.C. §9607(a).

77) 42 U.S.C. §9607(p)(1).

78) 42 U.S.C. §9607(o)(2).

하더라도 그 본질이 일반적으로 가정에서 배출되는 폐기물과 동등한 정도의 것이라면 도시폐기물에 포함된다.⁷⁹⁾ 그 예로는 음식물, 종이류, 제품 포장재, 사무용품, 유리 또는 금속 재질의 음식물 용기, 초·중학교의 실험실 폐기물, 가정의 유해폐기물 등이 제시되어 있다.⁸⁰⁾ 단, 자원회수시설 또는 소각시설에서 발생하는 연소재, 제조·가공시설(오염방지시설 포함)에서 배출되는 폐기물로서 일반적으로 가정에서 배출되는 폐기물과는 본질적으로 다른 폐기물은 이 법에서의 도시폐기물에 해당하지 않는다.⁸¹⁾

③ 인접지 등의 소유자

브라운필드법 제221조에 의하면, 자기 소유의 토지가 인접지 등에서의 유해물질 방출로 인하여 오염된 경우, 해당 토지의 소유자는 CERCLA상의 잠재적 책임당사자 가운데 “① 현재 시설 또는 선박을 소유하고 있는 자와 운영하고 있는 자” 또는 “② 유해물질의 배출 시점에 당해 유해물질이 배출된 시설을 소유하고 있었거나 운영하고 있었던 자”로 간주되지 않는다.⁸²⁾ 즉, 인접지 소유자에 대한 면책을 인정하고 있는 것이다. 책임을 면제받기 위한 요건으로, (i) 오염물질의 방출을 야기하였거나 그에 기여하였거나 승낙하지 않았을 것, (ii) 잠재적으로 책임이 있는 자에게 가담하지 않았으며 잠재적으로 책임이 없을 것, (iii) 추가적인 방출을 저지하는 등 합리적인 조치를 취하였을 것, (iv) 오염물질에 대한 대응조치 또는 자연자원 복원을 실시하는 자에 대하여 충분한 협력과 지원을 제공할 것, (v) 대응조치와 관련된 모든 토지이용규제에 따를 것, (vi) 이 법에 따른 정보공개요구 등에 응할 것, (vii) 유해물질의 발견 또는 방출에 관하여 신고할 것,

79) 42 U.S.C. §9607(p)(4)(A).

80) 42 U.S.C. §9607(p)(4)(B).

81) 42 U.S.C. §9607(p)(4)(C).

82) 42 U.S.C. §9607(q).

(viii) 당해 토지를 취득하였을 당시에 당해 토지와 관련된 모든 적절한 조사를 실시하였고, 당해 토지가 인접토지에서의 유해물질 방출로 인하여 오염되었거나 오염되었을 수 있다는 사실을 알지 못하였거나 알 수 없었을 것 등이 요구된다.⁸³⁾

④ 브라운필드법 시행 이후의 선의매수인

브라운필드법 제222조에 따르면, 오염 사실을 알지 못한 채 브라운필드법 시행 이후에 시설을 매수한 자 또는 임차한 자는 대응조치 또는 자연자원 복원을 방해하지 않는 한, 정화책임을 지지 아니한다. 선의의 토지 매수인 또는 그 임차인으로 인정받기 위해서는 다음과 같은 요건을 충족하여야 한다. (i) 그 자가 당해 시설을 취득하기 이전에 유해물질의 처리가 이루어졌을 것, (ii) 해당 시설의 소유 및 이용 상황에 대한 “모든 적절한 조사”를 하였을 것, (iii) 해당 시설에서의 유해물질의 발견 또는 방출에 관하여 신고할 것, (iv) 추가적인 방출을 저지하는 등 합리적인 조치를 취하였을 것, (v) 오염물질에 대한 대응조치 또는 자연자원 복원을 실시하는 자에 대하여 충분한 협력과 지원을 제공할 것, (vi) 대응조치와 관련된 모든 토지이용규제에 따를 것, (vii) 이 법에 따른 정보공개요구 등에 응할 것, (viii) 잠재적으로 책임이 있는 자에게 가담하지 않았으며 잠재적으로 책임이 없을 것 등이 요구된다.⁸⁴⁾

이는 새로운 매수자로 하여금 브라운필드 부지를 구입하여 재개발하도록 유인을 주기 위하여 일정한 요건하에서 선의의 토지구입예정자(*bona fide prospective purchasers*)를 면책하는 것이다. 선의의 토지구입예정자는 브라운필드 부지의 구매 당시에 오염 사실을 몰랐거나 몰랐다는 점에 대해 상당한 이유가 있음을 입증할 필요가 없다.⁸⁵⁾

83) 42 U.S.C. §9607(q)(1)(A).

84) U.S.C. §9607(r).

85) 김홍균, 註 68, 259-260면; Strickland, *supra* note 72, pp. 795-803.

⑤ 선의의 토지소유자

브라운필드법 제223조는 “모든 적절한 조사”를 실시하였을 것을 조건으로 선의의 토지소유자를 면책하고 있다. 즉, 당해 시설을 취득할 당시 혹은 그 이전에 당해 시설의 소유 및 이용 상황에 관한 모든 적절한 조사를 실시하였으며, 계속되는 방출을 중단하고 장래 우려되는 방출을 방지하며 이미 방출된 유해물질에 대한 사람, 환경 또는 자연 자원의 노출을 방지 또는 제한하기 위한 합리적인 조치(reasonable steps)를 취한 선의의 토지소유자를 면책하도록 하고 있는 것이다.⁸⁶⁾

또한, 동조는 EPA로 하여금 브라운필드법 시행일로부터 2년 이내에 “모든 적절한 조사(All Appropriate Inquiries: AAI)”의 실시라는 요건을 충족하기 위한 기준과 방법을 정하는 규칙을 제정하도록 하는 한편,⁸⁷⁾ 이하의 사항을 반드시 규칙에 포함시키도록 하고 있다: (i) 환경전문가의 조사 결과, (ii) 해당 시설의 잠재적 오염 가능성에 관한 정보 수집을 위한 해당 시설의 과거와 현재의 소유자, 관리자 및 점유자와의 면담, (iii) 일련의 소유권 이전에 관한 문서(chain of title documents), 항공사진, 건축관할관청의 기록, 토지이용기록 등과 같이, 해당 부동산이 처음 개발된 이후의 이용 및 점유 상황을 판단할 수 있는 역사적 자료의 검토, (iv) 연방법, 주법 또는 지방법에 따른 해당 시설의 환경정화 관련 선취특권(environmental cleanup liens) 기록에 관한 조사, (v) 해당 시설 또는 그 주변의 오염과 관련된, 연방정부, 주정부 및 지방정부의 기록, 폐기물처리기록, 지하저장탱크기록, 유해폐기물의 취급·발생·처리·처분·누출 기록의 검토, (vi) 해당 시설

86) 42 U.S.C. §9601(35). 다만, 개인이 주거용 또는 그와 유사한 용도를 목적으로 매수한 시설의 경우에는, 시설검사(facility inspection) 및 권원조사(title search)를 통하여 추가적인 조사가 필요 없는 것으로 드러난 때에는 “모든 적절한 조사” 요건을 충족한 것으로 간주된다. 42 U.S.C. §9601(35)(B)(v).

87) 42 U.S.C. §9601(35)(B)(ii).

및 인접 부동산의 육안점검(visual inspections), (vii) 피고 측의 전문지식 또는 경험, (viii) 해당 부동산이 오염되지 않았을 경우의 가격과 실제 구매가격과의 관계, (ix) 일반적으로 알려져 있거나 합리적으로 인식 가능한 해당 부동산에 관한 정보, (x) 해당 부동산의 오염의 존재 또는 존재 가능성에 관한 명백성의 정도 및 적절한 조사를 통하여 오염을 확인할 수 있는 능력.⁸⁸⁾

이에 따라, 2005년 11월 1일, EPA는 모든 적절한 조사의 실시에 관한 기준과 방법을 정하는 내용을 규칙을 제정하였는데, 이는 흔히 “AAI 규칙(AAI rule)”이라 불리고 있다.⁸⁹⁾ 이는 2006년 11월 1일부터 시행되고 있다.

브라운필드법은 ‘브라운필드법 시행 후의 선의매수인’, ‘선의의 토지 소유자’ 이외에도 ‘인접지 등의 소유자’의 면책과 관련해서도 “모든 적절한 조사”를 요구하고 있는바,⁹⁰⁾ AAI 규칙은 이들에 관해서도 공통적으로 적용되는 것이다. 다만, 미국 역시 우리나라와 마찬가지로 이 규칙에 따른 조사의 실시가 일반적으로 의무화되는 것은 아니며, 위와 같은 관계당사자가 면책을 주장하기 위하여 요구되는 것일 뿐이다.⁹¹⁾

88) 42 U.S.C. §9601(35)(B)(iii).

89) 40 C.F.R. Part 312, 70 Fed. Reg. 66,070. AAI 규칙은 연방, 주, 부족 및 지방정부, 부동산, 금융산업, 건설산업, 환경단체 등을 대표하는 12명 이상의 이해관계자가 참여하는 “협상에 의한 규칙제정(negotiated rulemaking) 절차를 거쳐 제정되었다. See Walter E. Mugdan, *Federal Environmental Law and the Redevelopment of Contaminated Sites*, SP036 ALI-ABA 201 (2009).

90) See 42 U.S.C. §9607(q)(1)(A); 42 U.S.C. §9601(40). 이밖에도, 브라운필드법 제211조는 브라운필드의 조사 및 정화와 관련한 재정 지원에 관하여 규정하고 있는데, 이에 따른 보조금 지급을 위해서도 모든 적절한 조사를 요구하고 있다. 42 U.S.C. §9604(k). 따라서 AAI 규칙 시행 이후의 보조금 지급을 위해서는 AAI 규칙을 준수하여야 할 것이다. Farah Rodenberger, *Brownfields Programs and Tax Incentives are Stimulating the Redevelopment of Brownfields Properties in North Carolina and South Carolina*, 13 Southeastern Env'tl. L.J. 119 (2005), pp. 124-125; Michelle Weiler, *The Environmental Protection Agency's New Standard for CERCLA All Appropriate Inquiry: More Time and Money for Compliance, But Well Worth the Cost to Avoid CERCLA Liability*, 14 U. Balt. J. Env'tl. L. 159 (2007), p. 168.

91) Joseph Philip Forte, *Environmental Due Diligence: A Guide to Liability Risk Management in Commercial Real Estate Transactions*, 42 Real Prop. Prob. & Tr. J. 443 (2007), p. 459.

이하에서 AAI 규칙에 따른 “모든 적절한 조사”의 요건에 대하여 보다 구체적으로 살펴보기로 한다. 이하에서 “관계당사자”로 표기하는 것은 AAI 규칙의 적용을 받는 자, 즉 ‘선의의 토지소유자’, ‘인접지 등의 소유자’, ‘브라운필드법 시행 후의 선의매수인’의 면책을 주장하는 자를 가리키는 것임을 밝혀둔다.

3) AAI 규칙에 따른 “모든 적절한 조사”의 요건

AAI 규칙은 브라운필드법이 제시하고 있는 10가지 요건을 보다 구체적으로 규정하고 있다. 이하의 사항을 충족하는 경우 선의의 토지소유자의 항변이 인정되기 위하여 요구되는 “모든 적절한 조사”를 실시한 것으로 인정된다. 이하의 “모든 적절한 조사” 요건은 해당 부동산의 취득일 전에 1년의 범위 내에서 실시되어야 하며,⁹²⁾ 몇 개의 항목에 관해서는 해당 부동산의 취득일 전에 180일의 범위 내에서 실시 또는 갱신되어야 한다.⁹³⁾

① 환경전문가의 조사

브라운필드법은 환경전문가의 조사 결과를 요구하고 있는바, 이와 관련하여 AAI 규칙은 ‘환경전문가(Environmental Professional)’의 자격요건을 정하고 있다. 이에 따르면, (i) 현재 주, 부족 또는 미국령(U.S. territory)에서 발급하는 공학전문학자 또는 지질전문학자의 면허 또는 등록을 갖고, 관련 업무에 3년 이상 종사하고 있거나, (ii) 연방정부, 주, 부족 또는 미국령으로부터 환경조사의 실시에 관한 면허 또는 인정을 받고, 관련 업무에 상근으로 3년 이상 종사하고 있거나, (iii) 공학 또는 과학 분야에서 공인 고등교육기관의 학사 또는 그 이상의 학위를 가지고, 관련 업무에 상근으로 5년 이상 종사하고 있거나,

92) 40 C.F.R. §312.20(a).

93) 40 C.F.R. §312.20(b). 이하의 내용은 박종원, “토지양수인의 정화책임과 토양환경평가”, 『환경법연구』 제32권 제2호, 한국환경법학회 (2010. 8), 181-187면 참조.

(iv) 관련 업무에 상근으로 10년 이상 종사하고 있을 것이 요구된다.⁹⁴⁾ 환경전문가는 자신이 이상의 요건을 갖추고 있으며, AAI 규칙에 따른 기준과 방법에 적합하게 모든 적절한 조사를 수행하였음을 확인하는 문구를 조사보고서에 기재하고 서명하여야 한다.⁹⁵⁾

② 과거와 현재의 소유자, 관리자 및 점유자와의 면담

환경전문가의 조사에 있어서 해당 부동산의 현재 소유자 및 점유자와의 면담은 반드시 포함되어야 한다. 점유자가 여러 명인 경우에는 주요 점유자와 아울러 유해물질을 사용·저장·처리·취급 또는 처분하고 있거나 하였을 가능성이 있는 점유자와의 면담도 실시되어야 한다.⁹⁶⁾

한편, 해당 부동산의 과거의 소유자, 점유자 또는 운영자와의 면담은 항상 요구되는 것은 아니다. AAI 규칙은 (i) 부동산의 이용 및 물리적 특성에 관한 관련 지식을 가진 현재와 과거의 시설 관리자, (ii) 해당 부동산의 과거의 소유자, 점유자 또는 운영자, (iii) 해당 부동산의 현재와 과거의 점유자의 고용인 등과의 면담은 해당 시설의 잠재적 오염 가능성에 관한 정보 수집 등을 위하여 필요한 한도에서, 포함되어야 한다고 정하고 있다.⁹⁷⁾

또한, 방치된 부동산(abandoned properties)에 관해서는, 인접 또는 주변 부동산의 소유자 또는 점유자와의 면담이 포함되어야 한다.⁹⁸⁾

③ 역사적 자료의 검토

역사적 자료의 검토는 해당 부동산이 최초로 개발된 때의 자료에 대해서까지 하도록 되어 있다. 구체적으로는, 해당 부동산에 처음으로

94) 40 C.F.R. §312.10.

95) 40 C.F.R. §312.21(d).

96) 40 C.F.R. §312.23(b).

97) 40 C.F.R. §312.23(c).

98) 40 C.F.R. §312.23(d).

건축물이 들어선 것으로 증명될 수 있는 시점 또는 해당 부동산이 처음으로 주거, 농업, 상업, 공업 또는 행정상의 목적으로 사용된 시점부터의 자료를 말하는 것이다. 다만, 어떠한 시점까지 소급하여 역사적 자료를 조사할 것인지와 관련해서는, 환경전문가가 조사 시점에서 이용가능한 사실을 고려하여 전문적인 판단을 내릴 수 있도록 되어 있는바,⁹⁹⁾ 환경전문가에게 일정한 재량이 인정되고 있다. 역사적 자료의 구체적인 예로는 항공사진, 화재보험도(fire insurance map), 건축관할관청의 기록, 소유권 이전에 관한 문서, 토지이용기록 등이 예시되어 있는데, 이에 한정되는 것은 아니다.¹⁰⁰⁾

④ 선취특권 기록에 관한 조사

연방법, 주법 또는 지방법에 따른 해당 시설의 환경정화 관련 선취특권 기록에 관한 조사도 포함되어야 한다. 선취특권은 해당 부동산에 대한 정화비용의 회수를 위하여 설정되는 것으로, 환경전문가가 아닌 관계당사자가 이에 관하여 수집한 정보가 있는 경우에는 이를 환경전문가에게 제공할 수도 있다.¹⁰¹⁾ 다만, 인접부동산에 대한 선취특권 기록에 관한 조사는 의무화되어 있지 않다.¹⁰²⁾

⑤ 정부 기록 등의 검토

해당 부동산 및 그 주변 부동산에 관한 연방, 부족, 주 그리고 지방 정부의 기록 또는 정부기록의 데이터베이스에 대한 검토도 의무화되어 있다.¹⁰³⁾ 이에는 매립시설, 폐기물처리시설, 저장탱크 등에 관한 기록이 포함되어야 한다. 특히, 해당 부동산과 관련해서는, (i) 해당 부

99) 40 C.F.R. §312.24(b).

100) 40 C.F.R. §312.24(a).

101) 40 C.F.R. §312.25.

102) Nancy A. Mangone, *A Practitioner's Guide to EPA's "All Appropriate Inquiries" Rule*, 43-DEC Ariz. Att'y 32 (2006), p. 35.

103) 40 C.F.R. §312.26(a).

동산에 관한 부지조사보고서 등의 방출 또는 방출 우려에 관한 보고 기록, (ii) 매립 및 그 밖의 처리시설 입지 기록 및 허가, 저장탱크 기록 및 허가, 유해폐기물 취급자 및 발생자 기록 및 허가, 부족 및 주 정부의 우선정화부지 등재목록, 누출보고기록 등을 포함하는, 방출 또는 방출 우려를 초래할 가능성이 있거나 그에 기여할 가능성이 있는 활동, 조건 또는 사고 기록, (iii) CERCLIS¹⁰⁴⁾ 기록, (iv) 공중보건기록, (v) 긴급대응통보시스템(Emergency Response Notification System) 기록, (vi) 해당 부동산에 대한 환경토지이용제한 등의 제도적 관리에 관한 등록부 또는 공적으로 이용가능한 목록 등에 관한 조사가 반드시 포함되어야 한다.¹⁰⁵⁾

한편, 주변 또는 인접 부동산과 관련해서는, 정부 기록 등에 관한 검토가 의무화되는 해당 부동산으로부터의 거리가 조사대상 정보별로 규정되어 있다. 예컨대, NPL 부지 기록에 관해서는 1마일로 되어 있다.¹⁰⁶⁾ 그러나 환경전문가는 방출의 성질과 정도, 해당 부동산과 주변 환경의 지리적·수문지질학적 또는 지형학적 조건 등을 고려하여 근거를 제시함으로써 그 조사범위를 변경하는 것도 가능하다.¹⁰⁷⁾

⑥ 해당 시설 및 인접 부동산의 육안점검

환경전문가의 조사에 있어서는 (i) 해당 부동산과 시설 및 해당 부동산의 개선에 관한 현지 육안점검, (ii) 해당 부동산, 공공통행로 또는 그 밖의 유리한 위치(예컨대, 항공사진)에서의 주변 부동산에 대한 육안

104) 이는 종합환경대응보상책임정보시스템(Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Information System)을 가리키는 것으로, EPA 웹사이트에서 검색이 가능하다. See <http://www.epa.gov/enviro/html/cerclis/cerclis_query.html> (2012. 8. 1. 방문).

105) 40 C.F.R. §312.26(b).

106) 40 C.F.R. §312.26(c).

107) 40 C.F.R. §312.26(d).

점검이 실시되어야 하며, 이에는 유해물질이 사용·저장·처리·취급 또는 처분되거나 되었을 수 있는 지역의 육안점검이 포함되어야 한다.¹⁰⁸⁾

특히, 해당 부동산에 대해서는 현지에서의 육안점검이 실시되어야 하는데, 현지조사가 물리적으로 불가능한 예외적인 경우에는 환경전문가가 따로 취할 수 있는 대체수단을 기재하여야 한다. 가장 가까이 접근할 수 있는 지점에서의 육안점검, 대규모 부동산에 대한 항공사진 등이 그것이다.¹⁰⁹⁾

⑦ 피고 측의 전문지식 또는 경험

관계당사자는 유해물질의 방출 또는 방출 우려를 확인하기 위한 목적으로, 해당 부동산, 해당 부동산의 주변지역, 인접부동산의 조건, 조사와 관련된 그 밖의 경험에 관한 전문지식을 고려하여야 한다.¹¹⁰⁾ 조사를 실시할 책임 있는 자의 관련되고 적용가능한 전문지식과 경험에 대한 고려가 조사 결과에서 빠져 있는 경우에는 모든 적절한 조사 요건을 충족할 수 없다.¹¹¹⁾

⑧ 해당 부동산이 오염되지 않았을 경우의 가격과 실제 구매가격과의 관계

관계당사자는 해당 부동산의 구매가격이 당해 부동산이 오염되지 않았을 경우의 정당한 시장가격을 합리적으로 반영하고 있는지 여부를 고려하여야 한다.¹¹²⁾ 만약 합리적으로 반영하고 있지 않은 것으로 판단되는 경우에는, 그와 같은 가격 차이가 유해물질의 방출 또는 방출 우려로 인한 것은 아닌지 여부를 고려하여야 한다.¹¹³⁾

다만, 해당 부동산이 오염되지 않았을 경우의 정당한 시장가격의 사정은 반드시 전문가를 통해서 할 필요는 없으며, 그 근접지역의 지가

108) 40 C.F.R. §312.27(a).

109) 40 C.F.R. §312.27(c).

110) 40 C.F.R. §312.28(a).

111) 40 C.F.R. §312.28(b).

112) 40 C.F.R. §312.29(a).

113) 40 C.F.R. §312.29(b).

등을 고려하여 판단해도 무방하다. 중요한 것은, 이와 같은 판단의 주체는 환경전문가가 아니라 관계당사자에게 있다는 것이다.¹¹⁴⁾

⑨ 일반적으로 알려져 있거나 합리적으로 인식 가능한 해당 부동산에 관한 정보

환경전문가 및 관계당사자는 조사에 있어서 해당 부동산과 관련하여 해당 지역사회 내에서 일반적으로 알려져 있거나 합리적으로 인식 가능한 정보를 고려하여야 한다.¹¹⁵⁾ 일반적으로 알려져 있는 정보에는 관계당사자 또는 환경전문가가 환경전문가의 조사 과정에서 정보를 획득하면서 부수적으로 얻은 해당 부동산에서의 방출 또는 방출 우려에 관한 정보가 포함될 수 있다.¹¹⁶⁾

해당 시설의 잠재적 오염 가능성에 관한 정보 수집 등을 위하여 필요한 한도에서, 관계당사자와 환경전문가는 일반적으로 알려져 있거나 합리적으로 인식 가능한 정보를 제공할 수 있는 여러 정보원으로 부터 정보를 수집하여야 한다. 환경전문가는 (i) 인접 또는 주변 부동산의 현재 소유자 또는 점유자, (ii) 해당 부동산과 관련된 지식이나 정보를 갖고 있을 것으로 판단되는 지방정부나 주정부의 공무원, (iii) 그 밖에 해당 부동산에 관한 지식이 있는 자, (iv) 신문, 웹사이트, 지역사회조직, 지방도서관 등 그 밖의 정보원 등을 활용할 수 있다.¹¹⁷⁾

⑩ 해당 부동산의 오염의 존재 또는 존재 가능성에 관한 명백성의 정도 등

환경전문가 및 관계당사자는 해당 부동산에서의 방출 또는 방출 우려의 존재에 관한 명백성의 정도를 판단하는 경우 이상에서 수집된

114) Barry A. Cik, Commercial Landowner CERCLA Liability Protection: Understanding the Final EPA "All Appropriate Inquiries" Rule and Revised ASTM Phase I, Government Institutes (2006), p. 67.

115) 40 C.F.R. §312.30(a).

116) 40 C.F.R. §312.30(b).

117) 40 C.F.R. §312.30(c).

정보¹¹⁸⁾를 고려하여야 한다.¹¹⁹⁾ 관계당사자 및 관계당사자를 위하여 조사를 실시하는 환경전문가는 적절한 조사를 통하여 오염을 확인할 수 있는 능력을 판단함에 있어서도 이들 정보를 고려하여야 한다. 환경전문가는 추가적인 적절한 조사에 관한 의견이 있는 경우, 이를 조사에 포함시켜야 한다.¹²⁰⁾

2. 토양정화책임 관련 분쟁사례

전술한 바와 같이, 미국의 CERCLA는 일련의 토양환경오염에 경악한 여론을 바탕으로 폭넓은 관련 책임자들에게 정화책임을 부과하는 법으로, 판례는 입법동기와 입법사 등을 바탕으로 그 책임의 성격을 엄격책임, 연대책임 그리고 소급책임으로 해석하고 있다. 우리에게 비하여 미국에서는 토양오염과 관련된 많은 축적된 판례가 존재한다. 그런데, 서두에서 밝힌 바와 같이, 미국의 경우에는 이미 판례에 기초하여 CERCLA에 따른 정화책임이 엄격책임, 연대책임, 그리고 소급책임의 성질을 갖는 것으로 확립되어 있고, 많은 문헌에서 이들 법적 성질을 설명하면서 다수의 판례를 소개하고 있다. 이에 대한 심층적인 분석을 줄이는 대신, 이를 간략하게 정리한 후, 소급책임과 관련하여 최근의 대표적인 판례에 대하여 보다 구체적으로 검토하기로 한다.

(1) 정화책임자의 범위에 관한 판례

전술한 바와 같이, CERCLA는 잠재적 책임당사자를 4가지 유형으로 정하고 있는데, 법원은 대체로 그 범위를 넓게 해석하고 있다.¹²¹⁾ 그 이유는 기업과 국민으로 하여금 유해물질을 신속하고 적절하게 처리하도록 유인하고, 토지를 구입하려는 자나 시설에 자금을 융자하려는

118) 구체적으로는 §312.23~§312.30에 따라 수집한 정보를 말한다.

119) 40 C.F.R. §312.31(a).

120) 40 C.F.R. §312.31(b).

121) 이하의 정화책임자의 범위 관련 판례에 관한 분석은 김홍균, 註 45, 66-75면 참조.

대부자 등이 당해 토지의 오염 여부를 사전에 조사하는 등 그 거래에 세심한 주의를 기울이도록 함으로써, 결국 유해물질의 발생을 최소화하고, 폐기물의 재활용 또는 적절한 처리 등 자발적 정화동기를 부여하고자 함이며, 이러한 목적은 실제로 상당한 성과를 거둔 것으로 평가되고 있다.

1) 소유자 또는 운영자

CERCLA는 유해물질이 배출되고 있거나 배출될 위험이 있는 사업장의 현 소유자 또는 운영자에 대하여 책임을 부과하고 있다. 판례에 따르면, 현 사업장 소유자는 과거 유해물질이 처리된 당시 그 사업장을 소유하고 있지 않았더라도 책임을 질 수 있게 된다.¹²²⁾

시설의 소유자는 행위책임을 지는 것이 아니라 소유자라는 지위에 기초하여 책임을 지게 되므로 유해물질을 배출하거나 매립하는 행위와 같은 적극적 행위를 한 자는 물론이고, 유해물질이 배출될 당시 당해 시설을 소유하고 있을 뿐 적극적으로 오염행위를 하지 아니한 자에게도 책임을 부과할 수 있게 된다.¹²³⁾

CERCLA는 사업장의 운영자에 대하여도 책임을 묻는다. 운영자는 사업장의 영업활동을 매일 관리하고 통제하는 자로서, 오염부지를 소유하고 있지 아니하더라도 책임을 부담한다. 판례는 운영자의 판단기준으로 사업장의 재정을 통제하는지 여부, 사업장의 종업원을 관리하는지 여부, 지속적으로 영업활동을 관리하는지 여부, 사업장에서의 환경문제를 책임지고 있는지 여부, 사업장의 운영으로 경제적인 이익을 향유하였는지 여부 등을 제시하고 있다.¹²⁴⁾

주주(stockholder), 관리자(manager), 임원(officer), 이사(director), 회사의 종업원 등도 그들이 직접적으로 시설의 통제행위에 개입되어 있거나

122) *State of New York v. Shore Realty Corp.*, 759 F.2d 1032 (2d Cir. 1985).

123) *Nurad Inc. v. William E. Hooper and Sons Co.*, 966 F. 2d 837 (4th Cir. 1992).

124) *United States v. New Castle County*, 727 F.Supp. 854 (D.Del. 1989).

오염을 야기한 행위를 방지할 수 있는 지위에 있었던 경우에는 “운영자”로서 책임을 지는 경우가 있다.¹²⁵⁾

이밖에, 현재의 소유자 또는 운영자뿐만 아니라 과거의 소유자 또는 운영자도 정화책임을 지는 책임당사자로 규정되어 있음은 전술한 바와 같다. 이에 따라 오염부지의 과거의 임차인(lessee)이나 전대인(sublessor)도 과거의 소유자나 운영자로서의 책임을 진다고 해석된다.

2) 발생자(처리위탁자)

앞서 살펴본 바와 같이, 유해물질을 타인이 소유·운영하고 있는 시설에서 처리 또는 취급하고자 위탁계약을 체결한 자(persons who arranged for disposal)도 잠재적 책임당사자에 포함되는데, 법원은 CERCLA에 따른 처리위탁자 책임과 관련하여 발생자책임을 묻기 위해서는 발생자의 유해물질이 오염부지로 운반될 것, 발생자의 유해물질이나 유사한 물질이 오염부지에 존재하고 있을 것, 오염부지에 유해물질이 배출되고 있거나 배출될 위험이 있을 것, 이로 인해 정화비용을 부담하게 할 것 등의 기준을 충족하여야 한다고 하면서 CERCLA에 따른 책임은 오염부지에서 처리된 유해물질과 그 부지에 폐기물을 버린 발생자 간에 “기여적 인과관계(contributory causational relationships)”만 있으면 부과될 수 있다고 판시함으로써,¹²⁶⁾ 인과관계에 대한 입증책임을 용이하게 하였다.

3) 운반자

CERCLA는 유해물질을 자기가 선택한 처리 또는 취급시설, 소각용 선박 또는 부지로 운반하기 위하여 수령 또는 수령하였던 자를 책임

125) Susan R. Poulter, *Cleanup and Restoration: Who Should Pay?*, 18 J. Land Resources & Envtl. L. 77 (1998), p. 86; Linda J. Oswald & Cindy A. Schipani, *CERCLA and the “rosion” of Traditional Corporate Law Doctrine*, 86 Nw. U. L. Rev. 259 (1992).

126) *United States v. South Carolina Recycling and Disposal, Inc.*, 653 F.Supp. 984 (D.S.C. 1986).

당사자로 명시하고 있는바, 법원 역시 운반자(transporter)는 유해물질이 운반된 부지를 직접 선택한 경우에 한하여 책임을 진다고 판시하고 있다.¹²⁷⁾

4) 대부자

전술한 바와 같이, CERCLA는 시설의 운영에 참여하지 아니한 자는 정화책임을 지는 소유자 또는 운영자에서 제외된다고 함으로써, 담보채권자를 제외하고 있다. 그렇지만, 당초 의회가 CERCLA에 따른 책임을 지는 소유자 또는 운영자에 담보권 실행으로 소유권을 취득한 자가 포함될 것을 의도하였는지 여부는 분명하지 않았다.

이에 경매절차 등을 통해 담보권을 실행한 금융기관이 CERCLA에 따른 책임을 지게 되는가라는 어려운 문제가 발생하였다. 대부자책임을 넓게 인정한 것으로 유명한 *Fleet Factors* 사건에서, 법원은 담보권자가 회사의 유해물질 처리에 실질적으로 영향력을 행사하지 아니하였다고 하더라도 유해물질의 처리결정에 영향력을 행사할 수 있을 만큼 재정상 운영에 관여(participating in the financial management)하였다면 정화책임을 부담한다고 판시하였다.¹²⁸⁾ 이러한 법원의 결정은 기존의 대출관행을 상당히 제한하고 복잡하게 만들면서 금융을 비롯한 경제 전반에 큰 영향을 미쳤다.¹²⁹⁾

이러한 *Fleet Factors* 판결이 대부자(lender)의 책임부담을 가중시킨다는 인식이 확산되면서, 1992년 EPA는 대부자책임을 제한하기 위한 규칙을 제정하기에 이르렀다. 동 규칙에서는 “운영에의 참여(participation

127) *United States v. Northeast Pharmaceutical & Chemical Co., Inc.*, 810 F.2d 726 (8th Cir. 1986); *State ex. rel. Brown v. Georgeoff*, 562 F.Supp. 1300, 1314 (N.D. Ohio 1983); *United States v. Conservation Chemical Co.*, 619 F.Supp. 162, 191 (1985).

128) *United States v. Fleet Factors Corp.*, 901 F. 2d 1550 (11th Cir. 1990).

129) Brent Nicholson & Todd Zuiderhoek, *The Lender Liability Dilemma: Fleet Factors History and Aftermath*, 38 S.D. L. Rev. 22 (1993), p. 38.

in management)”가 무엇을 의미하는지에 관하여 구체적으로 정하였다. 즉, 동 규칙은 대부자로 하여금 담보권을 설정하기 전에 당해 부지 또는 시설을 조사하고, 시설의 운영을 계속 감시하며, 채무자에게 환경관련법규의 준수를 요구할 수 있도록 하였다. 또한 대부자로 하여금 대출채권이 지급불능의 위험에 처하였을 경우 운영과 관련하여 교섭할 수 있도록 하였다. 무엇보다도 중요한 것은 담보권을 실행하기 전에 운영에 참여하지 않았고, 담보권의 실행 후에 성실하게 재매도 또는 재양도를 시도하는 한 대부자가 CERCLA에 따른 책임을 지지 않도록 한 것이었다.¹³⁰⁾

그러나 동 규칙에 대해서는 1994년 *Kelly* 사건에서 EPA가 이러한 규칙을 만들 권한이 없다는 이유로 위헌결정이 내려졌다.¹³¹⁾ EPA와 법무부는 위헌결정에도 불구하고 동 규칙을 계속적으로 적용할 것이라는 성명서(memorandum)를 발표하였으며, *Bancamerica Commercial Corp. and ASARCO Inc. v. Trinity Industries Inc.* 사건¹³²⁾에서 법원은 점유를 취득한 채권자는 유해물질의 처리에 대한 결정에 영향력을 행사할 수 있다는 이유만으로 대부자 책임을 지는 것이 아니라 사업장의 운영에 관여한 정도에 따라 책임을 진다고 판시하여, 사실상 *Kelly* 판결을 뒤집음으로써 대부자책임의 기준에 대한 혼란이 가중되었다.

이에 의회는 대부자책임의 범위를 둘러싼 혼란에 종지부를 찍을 필요성을 강하게 인식하게 되었고, 드디어 1996년 자산보전대부자책임및예금보험보호법(Asset Conservation, Lender Liability, and Deposit Insurance Protection Act: ALDA)¹³³⁾을 제정하기에 이르렀다. 동법에 따르면, 대부자가 책임을 지기 위해서는 경영이나 운영에 실질적으로 참가하여

130) 40 C.F.R. §300.1100 (1992).

131) *Kelly v. Environmental Protection Agency*, 15 F.3d 1100 (D.C. Cir. 1994).

132) 900 F.Supp. 1427 (U.S.D.C. Kan. 1995).

133) 25 Pub.L.No. 104-208, 110 Stat. 3009 (1996).

야 하며, “단순히 영향력을 행사할 수 있다는 지위(merely having the capacity to influence)”나 “행사되지 아니한 지배권(unexercised right of control)”을 가졌다고 하여 책임을 지지 아니한다.¹³⁴⁾ 법원은 1996년 *Kelly v. Tsicornia* 사건에서 동법을 적용하여, 금융기관은 실질적으로 경영에 참가하지 않는 한 소유자/운영자로서의 책임을 부담하지 않는다고 판시하였다.¹³⁵⁾

5) 모회사

통상적으로 회사법상 모회사(parent corporation)는 원칙적으로 자회사(subsidiaries)의 의무에 대하여 책임을 지지 아니하지만, 법원은 일정한 경우 모회사가 CERCLA에 따라 운영자로서의 정화책임을 지는 것으로 판시하고 있다. 즉, 모회사가 자회사의 운영에 실제로 참여하고(actually participate) 통제할 경우¹³⁶⁾ 또는 광범위한 통제(pervasive control)를 할 경우¹³⁷⁾ 운영자로서 책임을 진다는 것이다. 한편, 법인격 부인론(piercing the corporate veil)에 따라 모회사는 예외적인 상황에서 자회사의 소유자로서 책임을 질 수 있는데¹³⁸⁾, 이때 자회사에 대한 통제 정도가 중요한 판단기준이 되고 있다.¹³⁹⁾

134) “Participate in management” means “actually participating in the management or operational affairs of a vessel or facility; and . . . does not include merely having the capacity to influence, or the unexercised right to control, vessel or facility operations.” ALDA §2502(b).

135) 1996 WL 732323 (6th Cir. Dec. 19, 1996).

136) *United States v. Bestfoods*, 524 U.S. 51 (1998).

137) *United States v. Kayser-Roth Corp.*, 910 F.2d 24, 27-28 (1st Cir. 1990).

138) *In re Acushnet River & New Bedford Harbor*, 675 F.Supp. 22, 30 (D. Mass. 1987); *United States v. Nicolet, Inc.*, 712 F. Supp. 1193, 1202 (E.D. Pa. 1989); *Joslyn Mfg. Co. v. T.L. James & Co.*, 893 F.2d 80, 82 (5th Cir. 1990).

139) 모회사가 자회사의 영업활동이나 결정, 재정 등을 지배하여 마치 자회사가 모회사의 분신(alter ego)으로 인정되는 경우 모회사는 자회사의 행위에 대하여 책임을 부담한다(alter ego theory or mere instrumentality theory).

6) 승계인(successor)

법원은 승계인 회사가 회사법상의 책임을 회피하기 위하여 회사 형태를 악용하는 것을 막기 위하여 일정한 경우에는 예외적으로 승계인 회사에 책임을 부과하고, 양도 회사의 채권자를 보호하여 왔다.¹⁴⁰⁾ 예컨대, 양수회사가 이전 회사의 책임을 인수한다고 약정을 한 경우 (assumption of liability),¹⁴¹⁾ 회사법이 요구하는 합병절차를 밟지는 아니하였으나 사실상 합병에 상당하는 기업통합이 있는 경우(de facto merger),¹⁴²⁾ 대금이 제대로 지불되지 않는 등 책임을 회피하기 위하여 기망으로(fraudulently) 거래가 이루어진 경우,¹⁴³⁾ 양수 회사가 단순히 양도 회사의 계속적 형태인 경우(mere continuation) 등이 그것이다.¹⁴⁴⁾ 법원은 채권자를 보호하는 차원보다는 기망을 통한 책임회피를 막기 위한 목적으로 이러한 예외적인 경우를 매우 엄격히 해석하고 있다.

그러나 단순 계속성원칙(mere continuity doctrine)이라는 이름으로 예외가 인정됨에 따라, 종종 실질적으로 종전 기업과 동일한 기업임에도 불구하고 그에게 책임을 묻지 못하는 경우가 발생하였다. 이에 사업양수인에 대한 철저한 책임을 추궁한다는 차원에서 비록 소수의 의견을 차지하지만 생산라인예외원칙(product line exception)과 실질적 계속성예외원칙(substantial continuity or continuity of enterprise exception)

140) William B. Johnson, *Liability of Parent or Successor Corporation, or Corporate Shareholders, in Action Pursuant to Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, 121 American Law Reports 173 (1997).

141) *Aluminum Co. of America v. Beazer East Inc.*, 124 F.3d 551, 555 (3d Cir. 1997); *Louisiana-Pacific Corp. v. Asarco Inc.*, 909 F.2d 1260, 1263-64 (9th Cir. 1990).

142) See *Louisiana-Pacific*, at 1262-65.

143) *City Management Corp. v. U.S. Chem. Co.*, 43 F.3d 244, 249-54 (6th Cir. 1994).

144) See *City Management Corp.*, at 251; *United States v. Mexico Feed & Seed Co.*, 980 F.2d 478, 487 (8th Cir. 1992); *United States v. Carolina Transformer Co.*, 978 F.2d 832, 838 (4th Cir. 1992).

등의 이론이 전개되었다. 생산라인예외원칙이란 양도기업에게 제조물 책임을 더 이상 물을 수 없는 경우에 양수기업에게 그 책임을 묻기 위해 발전된 것으로, 자산을 양수한 자가 양도인에 의하여 생산된 하자 있는 제품을 계속하여 제조하는 경우 그 책임을 부담한다는 것이다.¹⁴⁵⁾ 실질적 계속성예외원칙이란 소유권에서의 중대한 변화가 있다고 하더라도 인수기업이 양도기업과 동일한 영업행위나 제조업을 계속하는 등 기업 운영에 있어서 실질적 계속성을 가지고 있다면 인수기업이 양도기업의 책임을 인수한다는 것이다.¹⁴⁶⁾ 법원은 기업의 실질적인 계속성을 결정하는데 있어 고려할 사항으로 동일한 고용인(same employees), 동일한 감독자(same supervisory personnel), 동일한 장소(same location), 동일한 생산시설(same production facilities), 동일한 제품(same product), 동일한 영업(continuity of same business operation), 동일한 상호(same name), 자산의 계속성(continuity of asset) 등을 제시하고 있다.¹⁴⁷⁾

(2) 엄격책임에 관한 판례

CERCLA가 직접적으로 책임기준을 정하고 있지는 아니하지만 법원은 CERCLA를 제정할 때 입법자의 의도가 엄격 책임을 의도하였다고 하면서 동법상의 책임을 엄격책임(Strict liability)으로 이해하고 있다.¹⁴⁸⁾

145) *Ray v. Alad Corp.*, 560 P.2d 3, 9-10 (Cal. 1977); *Raimirez v. Amsted Indus., Inc.*, 431 A.2d 811, 819 (N.J. 1981); *Garcia v. Coe Mfg. Co.*, 933 P.2d 243, 248-50 (N.M. 1997); *Martin v. Abbott Labs.*, 689 P.2d 368, 388 (Wash. 1984).

146) *Turner v. Bituminous Casualty Co.*, 244 N.W.2d 873, 883-84 (Mich. 1976); *United States v. Carololina Transformer Co.*, 978 F.2d 832, 838 (4th Cir. 1992); *Asher v. KCS Int'l Inc.*, 659 So.2d 598, 600 (Ala. 1995); *Kelly v. Kercher Machine Works Inc.*, 910 F. Supp. 30 (D.N.H. 1995).

147) *United States v. Mexico Feed and Seed Co.*, 980 F.2d 478, 488 (8th Cir. 1992); *Carolina Transformer Co.*, 978 F.2d 832, 838 (4th Cir. 1992); Lawrence P. Schnapf, *CERCLA and the Substantial Continuity Test: A Unifying Proposal for Imposing CERCLA Liability on Asset Purchasers*, 4 Environmental Lawyer 435 (1998).

148) *State of New York v. Shore Realth Corp.*, 759 F.2d 1032, 1042 (2d Cir. 1985);

이에 따르면 책임당사자는 고의·과실 유무를 불문하고 책임을 지게 된다. 이러한 책임원칙하에서 책임당사자는 자신에게 고의 또는 과실이 없었다든가 배출 당시 업계에서 이루어지고 있던 관행기준을 준수하였다는 등의 이유로는 면책되지 아니한다. 이는 책임당사자가 과거에 유해물질을 적법하게 처리하였다 할지라도 책임을 질 수 있다는 것을 의미한다. 원고는 오염지역에 관한 정화책임을 묻기 위해서 책임당사자의 주의의무위반과 같은 귀책사유를 입증할 필요가 없으며, 책임당사자가 소유자, 운영자 또는 발생자 등으로서 오염과 관련되어 있다는 요건만을 입증하면 된다.¹⁴⁹⁾

(3) 연대책임에 관한 판례

복수의 책임당사자가 개입되어 있는 경우, 이들은 부진정연대책임 (Joint and Several Liability)을 부담한다. 오염지역의 정화비용에 대해 책임당사자들이 부진정연대책임을 진다는 것이 CERCLA상 명문으로 규정되어 있지는 않지만 법원은 판례를 통하여 이를 인정하고 있다.¹⁵⁰⁾ 이는 책임당사자가 책임의 정도가 분할될 수 있음을 입증하지 못하는

United States v. Ward, 618 F.Supp. at 893 (1985); *United States v. Buckley*, 934 F.2d 84, 88 (6th Cir. 1991); *United States v. Monsanto Co.*, 858 F.2d 160, 169 (4th Cir. 1988); *United States Alcan Aluminum Corp.*, 964 F.2d 252, 259 (3d Cir. 1992); *United States v. Colorado & Eastern R.R. Co.*, 50 F.3d 1530, 1535 (10th Cir. 1995); *United States v. Cello-Foli Prods. Inc.*, 100 F.3d 1227, 1231 (6th Cir. 1996); *New Castle County v. Haliburton NUS Corp.*, 111 F.3d 1116, 1120-21 (3d Cir. 1997). 엄격책임 및 연대책임의 성질을 인정한 대표적인 판례인 *Monsanto* 사건에 대한 구체적인 국내 소개는 박윤훈, “미국 환경법상의 토양오염의 정화책임”, 『미국헌법연구』 제7호, 미국헌법학회 (1996. 7), 166-171면 참조.

149) 김홍균, 註 45, 76면 참조.

150) *United States v. Chem-Dyne Corp.*, 572 F.Supp. 802 (S.D. Ohio 1983); *Sand Spring Home v. Interplastic Corp.*, 670 F.Supp. 913, 915,-916 (N.D.Okla. 1987); *United States v. Rohm & Haas Co.*, 2 F.3d 1265, 1280-81 (3d Cir. 1993); *United Technologies v. Browning-Ferris Indus.*, 33 F.3d 96, 100 (1st Cir. 1994); *United States v. Colorado & Eastern R.R. Co.*, 50 F.3d 1530, 1535 (10th Cir. 1995).

한,¹⁵¹⁾ 정화비용 일체를 부담할 수 있음을 의미하며, 일체의 정화비용을 부담한 자는 다른 책임당사자에 대하여 구상권을 행사할 수 있게 된다. 다시 말하면, 어떠한 책임당사자가 아주 적은 양의 유해물질만을 배출하였더라도, 환경보호처(EPA)는 그 책임당사자에게 정화비용의 전부를 부담시킬 수 있게 된다. 흔히 정화책임을 묻는 EPA로서는 책임 추구가 쉬운 상대적으로 부유한 책임당사자(deep pocket)를 상대로 정화비용을 청구하고 위 당사자가 다시 다른 당사자를 상대로 구상권을 행사하게 된다.¹⁵²⁾

따라서 한 오염지역에 다수의 책임당사자가 존재하는 경우 정화비용을 각 피고의 귀책사유에 따라 분할할 수 없는 경우 다수의 책임당사자는 정화비용 전체에 대하여 연대하여 책임을 진다.¹⁵³⁾

그런데, 피고가 자신의 책임이 타인의 책임으로부터 분할하는 것이 가능하고 그 분할의 근거를 제시하는 경우에는 자신의 책임부분에 따라 비용을 부담하게 된다. 다수의 피고에 의해 오염된 지역을 정화하는 데 소요된 비용의 분할 여부와 분할 근거에 관하여는 피고가 입증 책임을 진다.¹⁵⁴⁾

분할가능성은 일정량의 유해물질이 해당 피고로부터 유발되었다는 사실만으로는 입증되지 않는다. 손해, 즉 정화비용은 단순히 피고가 기여한 쓰레기의 물리적인 양에 의해 분할될 수 없기 때문이다. 쓰레기의 양적 차이가 분할가능성의 기준이 될 수 없는 이유는 쓰레기의

151) 그러나 일반적으로 손해의 분할 가능성을 입증하는 것은 상당히 어려운 것이다. *Dent v. Beazer Materials & Services*, 156 F.3d 523, 529 (4th Cir. 1998); *Centerior Serv. Co. v. Acme Scrap Iron & Metal Corp.*, 153 F.3d 344, 348 (6th Cir. 1998); *United States v. Rohm & Hass Co.*, 2 F.3d 1265, 1280 (3d Cir. 1993); *United States v. Alcan Aluminum Corp.*, 990 F.2d 711 (2d Cir. 1993).

152) 김홍균, 註 45, 76-77면 참조.

153) See *U.S. v. Chem-Dyne Corp.*, 572 F. Supp. 802 (1983).

154) *U.S. v. Chem-Dyne Corp.*, 572 F. Supp. 802, 811 (1983).

독성 정도, 유동성 등이 정화의 방법과 비용을 결정짓는 데 중요한 역할을 하기 때문이다.¹⁵⁵⁾ 따라서 분할가능성을 입증하기 위해서는 해당 유해물질이 정화비용을 야기하게 된 인과적인 요소를 모두 고려하여야 하는 것이다.

피고가 다수에 의해 초래된 오염의 정화비용이 분할 가능하다는 것을 입증하는 것은 현실적으로 아주 어렵다. 왜냐하면, 분할가능성을 입증하려면 사실상 또는 기술상의 정보를 필요로 하나 피고는 필요한 정보에 접근하기가 용이하지 않다. 이와 같은 어려움은 특히 오염이 제 3자의 토지에서 발생한 경우 더욱 크다.¹⁵⁶⁾

한편, 정화비용에 대하여 복수의 당사자가 어떻게 비용을 분담할 것인가의 문제에 관해서, 법원은 CERCLA 입법 당시 하원의원이었던 Al Gore가 제시하였다고 하여 “Gore Factor”라고 불리는 여러 요소들을 고려하고 있다. ① 당사자가 자신의 유해물질의 폐기 또는 누출에 기여한 부분이 분할 가능하다고 하는 주장과 입증능력, ② 유해쓰레기의 양, ③ 유해쓰레기의 유독성 정도, ④ 당사자가 유해쓰레기의 발생·이동·처리·저장·폐기에 관여한 정도, ⑤ 유해쓰레기와 관련하여 당사자가 기울인 주의의 정도, ⑥ 당사자가 위해를 예방하기 위하여 정부와 협력한 정도 등이 그것이다.¹⁵⁷⁾ 그러나 이와 같이 여러 요소를 평면적으로 열거하는 것이 법원의 판단에 크게 도움이 되지는 않는다. 이들 요소를 어떻게 활용할 것인가에 관한 기준이 없기 때문이다. 따라서 여러 판례에서 법원은 각기 다른 사례적합성을 좇아 이들 요소를 편리한 대로 적용하여 각 사안별로 형평에 맞는 책임배분을 꾀하고 있다.¹⁵⁸⁾

155) *O'Neil v. Picillo*, 682 F. Supp. 706, 725 (1988).

156) 채영근, “오염원인자부담원칙의 적용상의 어려움: CERCLA상의 정화책임을 중심으로”, 『환경법연구』 제23권 제2호, 한국환경법학회 (2001. 12), 361-362면.

157) See *Amoco Oil Co. v. Borden, Inc.*, 889 F.2d 664 (5th Cir. 1989); *U.S. v. R.W. Meyer, Inc.*, 932 F.2d 568, 575-76 (6th Cir. 1991); *U.S. v. A & F Materials Co.*, 578 F.Supp. 1249, 1256 (1984).

158) 채영근, 註 156, 362-363면.

(4) 소급책임에 관한 판례

CERCLA상의 정화책임의 성질 가운데 가장 논란이 많은 것은 책임의 소급가능성이다.¹⁵⁹⁾ 이는 예컨대, 오염부지의 소유자 또는 운영자가 CERCLA 제정 전에 유해물질을 적법하게 배출하였다 할지라도 현재의 오염에 대해서 책임을 질 수 있게 되는 것을 의미한다. 이와 같이 CERCLA의 효력이 과거의 행위에까지 소급적으로 적용된다는 점과 관련하여 위헌이 아닌가 하는 논란이 있으나 법원은 동법은 징벌적(punitive) 성격보다는 구제적(remedial) 성격을 가지며, 국민의 건강과 환경에 중대한 위협을 주는 오염지역의 정화는 법의 정당한 목적이고, 처리시설을 설치하여 그로부터 이익을 얻는 자에게 합리적인 방법으로 정화책임을 부과하고 있다면서 위헌이 아니라고 판시해 왔다.¹⁶⁰⁾

현재까지 미국에서 CERCLA상의 소급책임과 관련하여 위헌이라고 본 판례는 1996년 앨라배마(Alabama) 지방법원의 *United States v. Olin Corp.* 사건 판결이 유일하다.¹⁶¹⁾ 본 사건에서 지방법원은 CERCLA상의 책임 조항이 소급적으로 적용되지 않는다고 하면서, CERCLA가 연방의회의 통상조항(commerce clause)상의 권한을 초과한 것으로 위헌이라고 판시하였다.¹⁶²⁾ 즉, 지방법원은 법률 문맥과 입법적 배경을 고려할 때

159) *United States v. Olin Corp.*, 107 F.3d 1506 (11th Cir. 1997); *United States v. Northeastern Pharm. & Chem. Co.*, 810 F.2d 726, 732-33 (8th Cir. 1986).

160) *United States v. Hooker Chemicals & Plastic Corp.*, 680 F.Supp. 546, 557 (W.D.N.Y. 1988); *United States v. Monsanto Co.*, 858 F. 2d 160 (4th Cir. 1988); *United States v. Olin Corp.*, 107 F.3d 1506 (11th Cir. 1997). 김홍균, 註 45, 77-78면 참조.

161) 927 F. Supp. 1502 (S.D. Ala. 1996), rev'd, 107 F.3d 1506 (11th Cir. 1997).

162) *Olin* 사건에 대한 지방법원의 판결은 그 후 일련의 다른 사건에서 채택되었다. 예를 들면, *Cooper Indus., Inc. v. Agway, Inc.*, 987 F. Supp. 92 (N.D.N.Y. 1997); *United States v. Glidden Co.*, 3 F. Supp.2d 823 (N.D. Ohio 1997) (소급효가 의회의 의도라고 봄); *Gould Inc. v. A & M Battery and Tire Serv.*, 933 F. Supp. 431 (M.D. Pa. 1996) (명시적으로 CERCLA가 소급효를 가지지 않는다고 판단한 지방법원 판결에 동의하지 못한다고 설시함); *Nevada v. United States*, 925 F. Supp. 691 (D.

CERCLA는 소급적용의 의도가 결여되어 있으므로, CERCLA의 책임조항은 소급 적용되지 않는다고 보았다. 그러나 본 판결의 효력은 곧 항소심인 제8고등법원에서 만장일치로 파기되었다. 고등법원은 CERCLA의 책임규정이 CERCLA의 입법 이후부터 적용된다고 본 지방법원의 판결이 최근 당 법원의 판결과 배치될 뿐만 아니라 소급입법에 관한 모든 판결과 배치된다고 하면서, 지방법원의 판결을 파기하였다.¹⁶³⁾ 이에 따라, CERCLA의 소급효가 위헌이라고 주장하기 위해서는 선례를 극복하여야 하는 부담을 안게 되었다.¹⁶⁴⁾

1998년, CERCLA와 직접 관련된 것은 아니지만, CERCLA와 같이 소급효를 갖는 법률, 즉 석탄법(Coal Act)의 위헌 여부에 관한 연방대법원의 판결, 즉 *Eastern* 판결이 있었다.¹⁶⁵⁾ 본 사건에서 연방대법원의 입장은 절대다수를 이루지는 못하였고, 4명의 대법관(상대적 다수의견)은 석탄법이 심각하고 불균형적이고 극단적으로 소급적인 부담을 지우므로 위헌적 수용이 발생하였다고 보았고, Kennedy 대법관은 위헌이라는 결론에는 상대적 다수의견에 동조하지만 석탄법은 위헌적 수용이 아니라 수정헌법 제5조가 보장하는 적법절차권을 침해한 것이라고 보았다. 상대적 다수의견은 제한된 당사자들에게만 심각한 소급적인 책임을 부과하고 있고, 그 당사자들이 그 책임을 예상할 수 없었으며 그 책임의 범위가 당사자의 경험에 비추어 보면 심각히 불균형적일 때는 위헌일 수도 있다는 선례들에서 근거를 찾았다.¹⁶⁶⁾

Nev. 1996); *United States v. NL Indus., Inc.* 936 F. Supp. 545 (S.D. Ill. 1996) (*Olin* 사건의 판단을 따르지 않기로 함).

163) *United States v. Olin Corp.*, 107 F.3d 1506 (11th Cir. 1997).

164) 김성배, “소급적 토양정화책임의 위헌문제: 미국 판례와 CERCLA상의 논의를 중심으로”, 『환경법과 정책』 제8권, 강원대학교 비교법학연구소 환경법센터 (2012. 5), 71면.

165) *Eastern Enters. v. Apfel*, 524 U.S. 498 (1998).

166) *Eastern* 판결에 관한 구체적인 검토는 김성배, 註 164, 73-82면 참조.

Eastern 판결 이후 지금까지 CERCLA의 소급책임과 관련한 판례는 약 20여 건이 있다.¹⁶⁷⁾ *Eastern* 판결 이후 첫 번째 판결은 1988년 *United States v. Vertac Chemical Corp.* 사건¹⁶⁸⁾인데, 지방법원은 단순히 CERCLA상 소급효를 다시 검토할 이유가 없다고 하였다. 두 번째 사건인 1999년 *United States v. Alcan Aluminum Corp.*¹⁶⁹⁾사건에서도 *Eastern* 판결로 인하여 모든 CERCLA의 소급효 관련 선례가 파기되었다는 피고의 주장을 배척하고 앞의 사건과 동일한 결론을 내렸다.

이하에서는 *Eastern* 판결 이후 소급책임의 위헌성이 다투어진 대표적인 2건의 판례만을 검토하고, 그와 유사한 취지의 판례를 함께 소개하기로 한다.¹⁷⁰⁾

167) CERCLA상 소급효에 대한 판례는 다음과 같다. *United States v. Vertac Chemical Corp.*, 33 F.Supp.2d 769 (W.D.Ark.1998), *United States v. Alcan Aluminum Corp.*, 49 F.Supp.2d 96 (N.D.N.Y.1999), *Combined Properties/Greenbrier Ltd. Partnership v. Morrow*, 58 F. Supp. 2d 675 (E.D. Va. 1999), *United States v. Alcan Aluminum Corp.*, 49 F. Supp. 2d 96 (N.D.N.Y. 1999), *Franklin County Convention Facilities Authority v. American Premier Underwriters, Inc.*, 61 F. Supp. 2d 740 (S.D. Ohio 1999), *aff'd*, 240 F.3d 534 (6th Cir. 2001)., *United States v. Dico, Inc.*, 266 F.3d 864 (8th Cir. 2001)., *United States v. Monsanto Co.*, 182 F. Supp. 2d 385 (D.N.J. 2000)., *United States v. Domenic Lombardi Realty, Inc.*, 204 F. Supp. 2d 318 (D.R.I. 2002)., *Bassett, New Mexico Ltd. Liability Corp. v. United States*, 55 Fed. Cl. 63 (Fed. Cl. 2002)., *United States v. Alcan Aluminum Corp.*, 315 F.3d 179 (2d Cir. 2003)., *Ford Motor Co. v. United States*, 56 Fed. Cl. 85 (Fed. Cl. 2003)., *City of Rialto v. United States*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 2219 (C.D. Cal. Feb. 3, 2005)., *General Electric Co. v. Johnson*, 362 F. Supp. 2d 327 (D.D.C. 2005)., *United States v. Vertac Chem. Corp.*, 453 F.3d 1031 (8th Cir. 2006)., *General Electric Co. v. Johnson*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 64907 (D.D.C. 2006)., *United States v. Capital Tax Corp.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 9529 (N.D. Ill. 2007)., *United States v. Newmont USA Ltd.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 63726 (E.D. Wash. Aug. 28, 2007)., *Raytheon Aircraft Co. v. United States*, 501 F. Supp. 2d 1323 (D. Kan. Aug. 2007)., *City of Gary v. Paul's Auto Yard*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 75504 (N.D. Ind. Oct. 4, 2007).

168) 33 F.Supp.2d 769 (W.D.Ark.1998)

169) 49 F.Supp.2d 96 (N.D.N.Y.1999)

170) 이하의 판례 분석은 김성배, 註 164, 86-89면 참조.

1) *Combined Properties/Greenbrier Ltd. Partnership v. Morrow* 사건

① 사건 개요

원고는 버지니아주 페어폭스 소재 쇼핑센터의 소유자로서 CERCLA에 따른 정화비용(약 100만 달러)에 대한 다른 책임당사자의 책임을 묻고자 하였다. 오염은 1969년부터 1992년까지 쇼핑센터에 소재한 세탁소에서 발생하였는데, 그 세탁소는 해당 기간 동안 각기 다른 3명의 사업자가 운영해 왔다. 그 중 Purian은 1969년부터 1974년까지 세탁소를 운영하였는데, 그는 CERCLA가 제정되기 이전에 세탁소를 운영하였고 주장하면서, CERCLA 제정 6년 전에 사업을 종료하였고 자신이 세탁소를 운영하는 동안 당시의 합법적인 처리방법에 따랐으므로 자신에게 CERCLA에 따른 책임을 부과하는 것은 위헌이라고 주장하였다. 그는 Eastern 판결 전에는 CERCLA가 소급적으로 적용된다는 판례가 존재하였고, CERCLA의 소급효가 합헌이라는 것이 분명하였으나, Eastern 판결 이후 연방대법원의 Eastern 판결을 기준으로 CERCLA 책임의 위헌성을 재검토하여야 한다고 주장하였다.

② 법원의 판단

이 사건에서 법원은 *Eastern* 판결 이후 CERCLA의 소급효에 관한 앞의 2건의 사건을 검토한 후, *Eastern* 사건에서는 다수에 의해서 선언된 하나의 통일된 법원칙이 없으므로 선례로서의 가치가 없다고 판시하였다. 또한 버지니아주가 속한 연방 제4고등법원이 1988년 *United States v. Monsanto* 사건¹⁷¹⁾에서 CERCLA의 소급적용을 합헌이라고 판단하였는바, 선례는 변함없이 CERCLA가 합헌이라는 것이라고 판단하였다. 그리고 법원은 당해 사건이 오염에 기여한 책임행위자의 행위에

171) 858 F.2d 160 (4th Cir. 1988)

기초하여 소급적으로 책임이 부과된 사건으로 *Eastern* 사건과 구별되는 사건이라고 판단하였다. 더구나, 당해 사건에서의 책임당사자에 대한 책임은 오염에 의해 야기되는 위험의 가능성과 비교할 때 가혹하지도 불균형적이지도 않다고 판시하였다.

③ 유사 판례

1999년 뉴욕주 북부연방지방법원의 사건인 *United States v. Alcan Aluminum Corp.* 사건¹⁷²⁾에서도 동일한 결론을 내렸다. 본 사건에서는 설사 *Eastern* 사건의 상대적 다수의견이 선례로 적용된다고 하더라도, 원고에게 지워진 책임이 가혹하거나 불균형적이지 않기 때문에 *Eastern* 사건과 구별된다고 하였다. 또한 CERCLA에 따른 소급책임은 합헌인 CERCLA에 기초하고 있다고 판시하였다.

2) *Franklin County Convention Facilities Authority v. American Premier Underwriters, Inc.* 사건

① 사건 개요

CERCLA에 따라 토지소유자로서 정화책임을 지게 된 Franklin County Convention Facilities Authority(CFA)는 1864년부터 1973년까지 해당 토지를 소유하였던 철도회사를 승계한 American Premier Underwriters(APU)에게 정화비용 구상을 청구하였다. CFA는 해당 부지의 오염이 CERCLA 제정 이전에 철도회사가 철도를 건설하는 기간 중에 오염원이 담긴 나무상자를 토지에 매립함으로써 발생하였으므로, APU에게 정화책임을 있다고 주장하였다. 그런데 APU는 CERCLA 제정 이전의 행위에 대하여 소급적으로 책임을 부과하는 것은 위헌이라고 주장하였고, 이를 바탕으로 APU에게 CERCLA에 따른 정화책임을 부과되는 것은 수정헌법 제5조의 실질적 적법절차원리에 반하는 것이라고 주장하였다.

172) 49 F. Supp. 2d 96 (N.D.N.Y. 1999).

② 법원의 판단

이 판결은 *Eastern* 판결의 상대적 다수의견이 제시한 기준을 적용한 판례이다. 즉, 책임부담을 전혀 예상하지 못한 제한된 당사자들에게 가혹한 소급책임을 부과하고 그 책임의 정도가 당사자 입장에서 심각하게 불균형적이라면 그 법은 위헌이라는 기준을 적용하였다. 그럼에도 불구하고, 법원은 CERCLA의 책임구조가 정당한 입법목적에 위한 합리적 수단이며, 수정헌법 제5조에 비추어 허용될 수 있는 수단이라고 판시하였다. 현재의 토지소유자가 과거의 토지소유자의 승계자에게 정화비용 구상을 청구한 사안에서, 비록 CERCLA 입법 이전의 오염행위에 대하여 CERCLA에 따른 책임을 부과하지만 수정헌법 제5조의 실질적 적법절차원리에 반하지 않는다고 판시하였다.

③ 유사 판례

2001년 *United States v. Dico, Inc.* 사건¹⁷³⁾에서 제8연방고등법원은 지방법원판결을 지지하면서 CERCLA에 따른 책임을 소급적으로 적용하는 것은 위헌적인 수용(unconstitutional taking)에 해당하지 않는다고 판시하였고, 2003년 제2연방고등법원은 *United States v. Alcan Aluminum Corp.* 사건에서 CERCLA에 따른 책임이 소급적 부진정연대책임으로 피고에게 적용되는 것은 위헌적인 수용도 아니며, 적법절차권리를 박탈한 것도 아니라고 판시하였다. 2006년 제8연방고등법원도 *United States v. Vertac Chem. Corp.* 사건¹⁷⁴⁾에서 CERCLA에 따른 책임을 소급적으로 적용하는 것은 합헌이라고 판시하였다. 2007년 워싱턴주 동부지방법원은 *United States v. Newmont USA Ltd.* 사건¹⁷⁵⁾에서 재차 의회의 입법동기와 의도가 오염부지를 발생시킨 책임당사자들에게 정화 책임을 소급적으로 적용하고 그 비용을 분배하는 것이라고 판단하면서,

173) 266 F.3d 864 (8th Cir. 2001).

174) 453 F.3d 1031 (8th Cir. 2006).

175) 2007 U.S. Dist. LEXIS 63726 (E.D. Wash. Aug. 28, 2007).

CERCLA에 따른 소급책임은 그 자체로 유효(facially valid)하고 합헌이라고 판시하였다.

제 2 절 독 일

1. 토양정화책임 관련법제

(1) 연방토양보호법의 연혁 및 개요¹⁷⁶⁾

1) 연 혁

1998년에 제정된 독일의 연방토양보호법은 독일환경법체계에서 물, 공기, 토양이라는 3대 환경매체에 관한 근거법률을 완성했다는 의미가 있는 법률로서,¹⁷⁷⁾ 연방토양보호법의 본래의 명칭은 “유해한 토양변경으로부터의 보호 및 위험오염지정화에 관한 법률”이다.¹⁷⁸⁾ 전체 환경법의 한 부분으로서의 토양보호법은 독일에서 연방토양보호법 제정 이전부터 개별적인 토양보호관련 법률을 통해 형성되어 왔다.

이미 1971년 독일 연방정부의 환경프로그램에서 토양은 물, 공기와 함께 3대 환경목표의 하나로서 채택되었고,¹⁷⁹⁾ 1985년 독일 연방정부의 “토양보호에 관한 구상”이 발표된 이후,¹⁸⁰⁾ 본격적으로 학문적으로 논의되었고, 1990년대에 들어서에는 州 차원에서의 입법이 있었다.¹⁸¹⁾

176) 독일연방토양보호법에 관한 상세는 김현준, “독일 연방토양보호법상의 정화의무자”, 『환경법연구』 제27권 제3호, 한국환경법학회 (2005. 9); 김현준, “독일 연방토양보호법상의 오염토양의 조사 및 정화”, 『환경법연구』 제27권 제4호, 한국환경법학회 (2005. 12) 참조.

177) 물(水)환경에 관해서는 물관리법(Wasserhaushaltsgesetz; WHG), 대기환경에 관해서는 연방임미씨온방지법(Bundesimmissionsschutzgesetz; BImSchG)이 각각 기본이 되는 근거법률이다.

178) Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderung und zur Sanierung von Altlasten (Bundes-Bodenschutzgesetz - BBodSchG)

179) BT-Drucks. 6/2710.

180) BT-Drucks. 10/2977.

181) 바뎀-뷔르템부르크 1991년, 작센 1994년, 베를린 1995년.

이러한 토양환경에 관한 기본법의 논의와는 별도로 토양정화책임에 관해서는 일찍이 경찰책임의 일환으로 파악하고, 경찰법의 차원에서 규율되기도 했다는 점을 독일 토양환경법을 이해함에 있어서 간과하면 아니 된다.

어쨌든 1998년 연방 차원에서의 토양보호에 관한 기본법인 연방토양보호법이 제정되어 1999년 3월부터 시행하게 되었다.¹⁸²⁾

2) 개 요

연방토양보호법은 총 5편 26개의 조문으로 되어 있다.

① 제 1 편 총칙

법률의 목적 및 원칙(제1조), 개념정의(제2조), 적용영역(제3조)을 규정하고 있다.

이중 제2조에서는 그간 학문적으로 논란이 많았던 토양환경법상의 여러 용어들, 가령 학문에 따라 다양하게 정의 내려질 수 있는 “토양”의 개념에서부터, 토양의 기능, 유해한 토양변경, 의심부지, 위험오염지(Altlasten), 위험오염의심지, 정화, 보호 및 제한조치 등에 대한 개념이 규정되어있다.

특히 독일 토양환경법에서 자주 등장하면서도, 그간 애매모호한 용어로 불리었던 위험오염지(Altlasten)에 대하여 입법적으로 개념을 정의하고 있다.

② 제 2 편 원칙과 의무

위험방지의무(제4조), 토양봉인해제(제5조), 토양에의 물질투척(제6조), 사전배려의무(제7조), 기준치 및 조치명령(제8조), 위험성평가 및 조사명령(제9조), 기타 조치명령(제10조)을 규정하고 있다.

182) 동법의 제정과정에 대해서는 Kloepfer, Umweltrecht, § 12 Rn. 13 ff.; Versteyl, BBodSchG, Einleitung, Rn. 30 ff.

이 중 이 법률 전체에 걸쳐 가장 핵심적 조항이라고 불리는 것은 제4조이며,¹⁸³⁾ 특히 제4조 제3항은 정화의무자에 관하여 규정하고 있다. 제4조 제1항에서는 만인의무(Jedermannspflicht)로서 토양의 유해한 변경이 발생하지 아니하도록 할 의무를 규정하고 있고, 제7조에서는 사전배려의무, 제8조에서는 일종의 환경기준이라고 할 수 있는 심사 기준 및 대책기준을 규정하고 있다.

③ 제3편 위험오염지에 관한 특칙

등록(제11조), 이해관계인의 정보(제12조), 정화조사 및 정화계획(제13조), 행정청의 정화계획(제14조), 행정청의 감시·자율통제(제15조), 정화책임을 위한 보충적 조치명령(제16조)이 포함되어 있는바, 모두 위험오염지를 규율하기 위한 것이다. 동법이 종합적인 토양환경법이 되기 위해서는 위험오염지정화 외에 토양의 양적·질적 보호에 관한 내용도 포함되어야 한다는 지적이 제정과정에서 제기되었으나, 토양의 양적 보호에 관한 법은 국토관련 계획법에 미루고 결국 이 법에서는 주로 위험오염지의 정화에 관한 법으로 되었는데, 제3장은 이러한 위험오염지에 대한 특칙이다.

④ 제4편 농업적 토양이용

농업에서의 양호한 전문적 관행(제17조)에 관한 규정을 두고 있다. 농업활동을 통하여 토양이 오염되는 경우가 많음에 비추어 이러한 규정은 의미가 있는 것으로 보인다. 이는 독일에서 농업법과 토양환경법의 관계에 관하여 많은 연구가 이루어지고 있는 점과도 관련이 있다.

⑤ 제5편 終章(Schlussvorschriften)

전문기관 및 조사기관(제18조), 연방과 州 간의 정보전송(제19조), 청문(제20조), 州法の 규율(제21조), 유럽연합의 구속적 결정의 이행(제

183) Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, § 9 Rn. 185.

22조), 州防衛(제23조), 비용부담(제24조), 地價調整(제25조), 벌칙(제26조)을 두고 있다. 이중 제22조는 유럽에서의 유럽연합법의 영향증대를 잘 나타내주는 규정이다.

비용부담에 관한 제24조는 독일에서 실무상 자주 문제가 되고 있는 다수의 정화책임자 간의 이익조정 등에 관한 내용으로 비교법적으로 눈여겨볼 만한 규정으로서, 민법상의 공동불법행위자간의 연대책임 및 내부구상권과 비교하여 공법상 이익조정을 어떻게 할 것인가 하는 문제에 대한 근거가 되는 규정이라고 할 수 있다.

(2) 독일 연방토양보호법상의 정화책임의 성질

독일에서 토양정화책임에 대해서는 일찍이 경찰책임, 즉 행위책임과 상태책임으로 파악하고 있고, 이는 연방토양보호법이 제정된 후에도 마찬가지이다. 이는 토양정화의무자에 관한 규정인 제4조 3항의 제목이 “위험방지의무”(Pflichten zur Gefahrenabwehr)라는 데에서도 쉽게 알 수 있다.

경찰책임이란 민·형사책임과는 목적을 달리하는 것이다. 즉 민사책임은 개인과 개인과의 관계에서 개인을 보호하려는 것이고, 형사책임은 사회와 개인과의 관계에서 응보적 제재를 통하여 간접적으로 사회를 개인으로부터 방위하려는 것인데 대하여, 경찰책임은 사회공공의 질서를 유지하고 이에 대한 위해를 제거하여 직접적으로 사회를 개인으로부터 보호하려는 데 있다.¹⁸⁴⁾

경찰책임으로서의 토양정화책임은 책임자의 내부영역인 심리적·도덕적인 면은 고려하지 아니하며, 고의·과실 유무는 문제 삼지 아니하는 무과실책임의 성격을 가지고 있다. 이러한 의미에서 정화책임은 객관적 책임이다.¹⁸⁵⁾ 가령 행위책임의 경우 전적으로 위험야기의 객관적인 구

184) 박윤훈, 『행정법강의(하)』, 박영사 (2005), 330면.

185) 미국의 CERCLA상의 책임도 무과실책임의 성격을 가진 엄격책임(strict liability)

성요건과만 연결되는 것이며, 특별한 행위의사를 가진 의도적 작용이 필요한 것은 아니며, 이에 따라 여기서의 위험야기(Gefahrenverursachung)란 무과실책임의 성격을 가진 것으로, 토양오염의 원인이 된 물질을 다루는 과정에서 그 위해성(Gefährlichkeit)을 인식하였는지 혹은 할 수 있었는지 여부는 문제가 되지 아니한다. 즉 행위와 결부되는 리스크가능성(Risikopotential)을 잘못 인식한 데 대해서는 원인자의 부담으로 되는 것이다.¹⁸⁶⁾

다만, 주의를 요하는 것은 토양정화책임법에 있어서 주관적 요소가 전혀 고려되지 아니하는 것은 아니라는 점이다. 이는 특히 상태책임의 한계를 논하는 과정에서 최근 설득력을 얻고 있다. 가령, 前所有者의 책임을 규정한 연방토양보호법 제4조 제6항에서는 인식적 요소를 고려해야 하며, 이때 상태책임을 요구할 수 있느냐 하는 점에 있어서는 토지의 거래가치문제를 넘어 오염토양에 대한 고의 등 주관적 요소가 문제가 되는 것으로 연방헌법재판소에서 판시한 바가 있다.¹⁸⁷⁾

(3) 연방토양보호법상의 토양정화의무자

연방토양보호법의 중심개념으로도 불리는데¹⁸⁸⁾ 연방토양보호법 제4조 제3항 및 제6항은 다음과 같은 정화의무자를 규정하고 있다.

1) 유해한 토양변경이나 위험오염지의 원인자(Verursacher): 제4조 제3항

먼저 유해한 토양변경 혹은 위험오염지의 원인자(Verursacher)를 들고 있다. 유해한 토양변경(schädliche Bodenveränderungen) 및 위험오염지

인 점에서 연방토양보호법상의 책임과 이 점에 관한 한 공통점을 가진다고 보고 있다. Radig, Altlastengerechtigkeit im Vergleich, 2002, S. 158.

186) Radig, Altlastengerechtigkeit, S. 158.

187) BVerfG, Beschl. vom 16.02.2000 -1BvR 242/99, BVerfGE 102, S. 19 f.

188) Sondermann/Hejma, in: Versteyl/Sondermann, BBodSchG, § 2 Rn. 39.

(Altlasten)¹⁸⁹⁾의 개념에 대해서는 동법 제2조 제3항 및 제5항에서 각각 규정하고 있다.

“유해한 토양변경”이란 개인이나 공중에 대해 위험, 현저한 불이익 혹은 현저한 부담을 줄 수 있는 토양기능의 침해를 말한다. 유해한 토양변경은 인간의 행위만이 아니라, 자연현상을 통해서도 발생할 수 있다.¹⁹⁰⁾

여기서 위험이란 위험방지법(Gefahrenabwehrrecht)에서 정립된 개념인데, 일반적인 생활경험상 판단에 의할 때, 어떠한 행위나 상태가 방해를 받지 아니하고 진전될 경우 멀지 아니한 시점에 경찰상 보호이익에 손해를 가져올 충분한 개연성이 있는 상황을 말하며,¹⁹¹⁾ “불이익”이란 법적 이익의 침해로까지 연결되지 아니하는 이익의 침해를 말한다.¹⁹²⁾

“부담”이란 신체적·정신적 안녕(Wohlbefinden)의 침해로서 이것이 건강피해에까지는 이르지 아니한 경우를 말한다(예: 폐기물집적지의 가스를 통한 악취피해).¹⁹³⁾ 이때 단순한 불이익, 부담만으로 구성요건이 충족되는 것은 아니며, 현저한 정도라야 하는데, 이러한 “현저성”(Erheblichkeit)은 기대가능한 것으로 나타나는 영역을 넘어서는 모든 개념을 포괄하는 것이다.¹⁹⁴⁾

위험오염지(Altlasten)라 함은 停止狀態에 있는 폐기물제거시설 및 기타 부지로서 그 위에서 폐기물이 취급되었거나 놓여졌거나, 집적되었던 곳인 폐기물집적부지(Altablagerungen) 및 停止狀態에 있는 시설의 부지 및 기타 환경위험물질이 다루어졌던 부지인 舊산업부지(Altstandorte)로서

189) Altlasten을 위험오염지로 번역한 이유에 관해서는 김현준, 註 45, 188면 이하 참조.

190) 양자는 보통 중복적으로 발생하기 때문에 실제로 서로 구분하기 힘든 개념이기도 하다. VG Freiburg, NuR 2004, 258.

191) Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2004, § 4 Rn. 2.

192) Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 48.

193) Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 49.

194) BVerwG, DVBl. 1976, 216.

(단, 停止를 위해서 원자력법에 의한 許可를 요하는 시설은 제외), 이를 통하여 개인이나 공중에 유해한 토양변경 및 기타 위험이 초래되는 곳이다.

“유해한 토양변경”의 특별한 경우가 이 위험오염지라고 할 수 있으며, 동 개념이 성립하기 위해서는 구 산업부지나 폐기물집적부지에서의 시설이나 토지로부터 유해한 토양변경 및 기타 위험이 초래되어야 (verursachen) 한다.

따라서 양자간의 인과관계가 요청되며, 위험의 수준에 이르지 아니하는, 즉 환경유해물질을 취급함에 있어서 발생하는 물질적 오염의 수준인 “리스크”가 존재하는 것만으로는 이 개념이 성립하지 아니한다.¹⁹⁵⁾

원인자는 환경법의 기본원칙으로서 “원인자책임의 원칙”을 통해 이미 친숙하게 된 용어인데, 원인자는 자연인은 물론 공법인과 사법인을 포함하는 개념이며, 토양오염에 부분적으로나마 기여한 자 모두 여기에 해당될 수 있다.

2) 원인자의 포괄승계인(Gesamtrechtsnachfolger): 제4조 제3항

연방토양보호법은 이어서 위와 같은 원인자의 포괄승계인 역시 정화무자가 됨을 규정하고 있다.

원인자의 포괄승계인, 즉 행위책임자의 포괄승계인이 정화책임자가 될 수 있는가에 대해서는 종래 많은 다툼이 있었는데, 특히 포괄승계인이 질서행정청의 처분을 통하여 구체화된 행위책임이 아닌 추상적 경찰책임을 지는지 여부에 대하여 학설이 나뉘어졌는데 이를 입법적으로 해결하였다.¹⁹⁶⁾

먼저, 상태책임의 승계가 아닌 행위책임의 승계를 인정하고 있으며, 둘째 행위책임의 특정승계가 아닌 포괄승계에 한하여 인정하고 있고,

195) Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 71.

196) Oerder, BBodSchG, § 4 Rn. 15.

셋째 시간적 제한을 두지 않음으로써, 포괄승계가 동법의 시행 전에 이루어진 경우에도 포괄승계인의 정화책임을 인정되고 있다.¹⁹⁷⁾

3) 토지의 소유자: 제4조 제3항

토지의 소유자가 정화의무자가 될 수 있음을 규정하고 있다. 토지소유자는 가장 전형적인 상태책임자이다.

여기서의 토지소유자는 민법상 토지소유권을 가지는 자로서, 부동산 등기부에 기재된 자이다. 만일 토지를 구입했지만, 아직 등기부에 등재되지 아니한 자는 여기서의 소유자가 아닌, 사실상의 지배주체에 해당될 수 있다.¹⁹⁸⁾ 형식적 의미의 토지소유권을 말하므로, 신탁관계와 같은 예외적인 경제적 법구성의 경우는 여기에 해당되지 아니한다.¹⁹⁹⁾ 토지를 공동소유하고 있는 경우에는 공동소유자들 간에 연대책임을 구성하게 된다.²⁰⁰⁾

토지소유자가 정화의무자가 되는 근거는 결국 상태책임의 근거에 관한 문제라고 할 수 있다. 최근 독일의 헌법재판소에서는 오염된 토지의 소유자가 지는 상태책임의 근거에 관하여 의미 있는 결정을 내린 바 있음은 후술하는 바와 같다.²⁰¹⁾

4) 토지의 사실상 지배주체(Inhaber der tatsächlichen Gewalt): 제4조 제3항

토지의 사실상 지배주체를 정화의무자로 규정하고 있는바, 토지에 대한 사실상 지배(tatsächliche Gewalt)를 가지는 자는 상태책임자로서 토양오염이라는 위협에 대하여 책임을 지게 된다.

토지의 사실상 지배주체가 상태책임자로서 정화의무자가 되는 헌법적 근거는 전술한 토지소유자의 경우와 같은 차원에서 이해할 수 있

197) 여기에 대한 최근 판례로서 BGH, NVwZ 2004, 1267 = UPR 2004, 310.

198) Oerder, BBodSchG, § 4 Rn. 19.

199) Schoeneck, in: Sanden/Schoeneck, § 2 Rn. 16.

200) Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 55.

201) BVerfG, Beschl. vom 16.02.2000 -1BvR 242/99, BVerfGE 102, S. 1 ff.

으며, 통상 소유자가 사실상의 지배주체가 될 수도 있겠지만, 그에 한하는 것은 아니다.

물건에 대한 지배가 어떠한 법적 근거에 있는가는 중요한 것이 아니어서, 물권법은 물론 채권법을 통해서도 사실상의 지배가 가능한 것이며, 임차인, 使用借主(Entleiher) 등이 여기에 해당될 수 있다. 동법에서의 사실상 지배주체는 독일민법 제854조 이하에서 규정하고 있는 占有(Besitz)에 관한 규정과 밀접한 관련을 가지나 민법에서의 개념과 연방토양보호법에서의 개념이 항상 일치하는 것은 아니다.

가령 독일민법 제855조에서의 점유보조자(Besitzdiener)는 민법상 점유자(Besitzer)는 아니지만, 여기서의 사실상 지배주체에 해당하며, 독일민법 제857조의 상속에 의한 점유자(Erbenbesitzer)는 사실상 지배를 하는 것이 아니므로 상태책임자가 될 수 없다. 즉 연방토양보호법상의 사실상 지배주체의 개념은 사실상의 영향력행사가능성과 그에 해당되는 지배의사를 전제로 한다.²⁰²⁾

5) 상법상의 실체파악책임(Durchgriffshaftung)의 당사자: 제4조 제3항

독일 연방토양환경보호법 제4조 제3항 제4문 전단은 商法的 근거로 오염토양의 소유자인 법인에 대하여 책임을 지는 자의 보조적인 정화책임인 실체파악책임(Durchgriffshaftung)을 규정하고 있다. 독일법상 실체파악책임이란 주주가 (또는 유한회사의 사원이) 회사의 채무에 대해 회사 외에 회사의 채권자에게 직접적이고 인적인 책임을 지는 것으로, 회사재산과 개인재산의 분리원칙의 파괴, 즉 주주유한책임원칙의 제한 하에 주주의 개인재산이 회사채무에 대해 책임을 지는 것이다.

동 규정의 입법취지는 “회사의 과소자본화”(Unterkapitalisierung von Gesellschaften)나 “회사의 가중된 사실상의 콘체른중속”(qualifizierter

202) Schädling, “Zur Haftungsbegrenzung bei Inanspruchnahme des Inhabers der tatsächlichen Gewalt als Verantwortlicher im Sinne des Bundes-Bodenschutzgesetzes”, NVwZ 2004, 545.

faktische Konzernabhängigkeit einer Gesellschaften)에서의 통제를 겨냥한 것으로 평가되고 있다.

이러한 실체파악책임에 있어서 인정되는 상법상의 책임으로는, 책임 있는 주주의 경우 회사의 채권자에 대해 인적으로 그리고 무제한적으로 책임을 지며, 책임 있는 행위를 주도하지 않았더라도 이에 협력한 주주는 마찬가지로 유한책임이 제한되는 것이다.

연방토양보호법상의 이 규정은 상법상의 유한책임제도가 악용되어 토양정화책임을 회피하려는 것을 꺾고서, 그 실체를 제대로 파악하기 위한 것이며, 이로써 오염토양의 정화목적상 고의나 과실로 상태책임이 있는 법인의 배후에 있는 자연인 또는 법인에 대한 실체파악이 가능하게 되었고, 그들이 토양정화의무자가 될 수 있도록 규정하고 있는 것이다.

6) 소유권포기자: 제4조 제3항

연방토양보호법은 정화의무자로서 독일민법 제928조에 의한 토지의 소유권을 포기한 자를 규정하고 있다.

물건에 대한 사실상의 지배를 포기할 경우, 즉 점유의 상실이나 소유권포기(Dereliktion)가 있을 경우 상태책임은 소멸하게 되는 것이 원칙이지만, 그렇다고 이를 악용하는 이른바 “상태책임으로부터의 逃走”(Flucht aus der Zustandsverantwortlichkeit)가 있어서는 아니될 것이다. 이러한 “사실상의 지배”의 포기로 인한 상태책임의 소멸이 실제로도 문제가 되어, 이에 대한 입법이 필요하기에 이르렀다.

토양정화비용이 당해 토지의 가액을 상회하는 경우도 생각할 수 있기 때문에, 토양정화책임자인 토지소유자가 그 소유권을 포기하는 경우 역시 예견될 수 있으므로, 소유권의 포기가 물건에 대한 모든 권리·의무와도 분리되는 원칙에 대한 예외로서 소유권포기에 있어서도 토양정화책임은 면탈되지 아니한다는 등 규정은 의미가 있다.

소유권포기자의 정화책임은 후술하는 前所有者의 정화책임과 함께 환경법에 있어서 사후책임(Nachhaftung) 내지는 事後狀態責任(nachwirkende Zustandsverantwortlichkeit)이라는 의미가 있다.²⁰³⁾

7) 前所有者: 제4조 제6항

전 소유자의 책임은 앞의 소유권포기자의 경우와 마찬가지로 그 기본취지는 “상태책임으로부터의 逃走”를 허용할 수는 없다는 것이다.²⁰⁴⁾

연방토양보호법 제4조 제6항에서는 “토지의 前所有者로서 1999. 3. 1 이후에 소유권을 移轉했고, 유해한 토양변경이나 위험오염지를 알았거나 알았어야 했던 경우에는 그 前所有者는 정화의무를 지게 된다. 이는 토지를 취득(Erwerb)함에 있어서 유해한 토양변경이나 위험오염지가 존재하지 아니한다고 신뢰한 자에게는 그 신뢰가 개별상황의 고려 하에서 보호할 만한 가치가 있는 경우에는 적용되지 아니한다.”라는 규정을 두고 있다.

이러한 규정에 따라 소유권을 이미 양도한 前 소유자가 정화책임의 당사자가 될 수 있으며, 다만 이러한 일종의 상태책임의 요건으로 소유권 이전시점에 오염의 존재를 인식하였거나 인식했어야 하며, 토지 취득 시점에서 오염이 존재하지 않는다고 믿었고, 그 신뢰가 보호할 만한 가치가 있는 경우에는 면책되는 것으로 하고 있다.

(4) 연방토양보호법상의 정화조치

이상의 정화의무자가 지게 되는 구체적인 정화책임은 다음과 같다.²⁰⁵⁾

203) 이 문제에 관한 돋보이는 문헌으로는 Kohls, Nachwirkende Zustandsverantwortlichkeit, 2002. 소유권포기자의 책임과 관련해서는 특히 같은 책 S. 54 ff. 참조.

204) Kohls, Zustandsverantwortlichkeit, S. 61.

205) 이에 대한 상세는 김현준, “독일 연방토양보호법상의 오염토양의 조사 및 정화”, 『환경법연구』 제27권 제4호, 한국환경법학회 (2005. 12), 158면 이하 참조.

1) 정화조사

법 제13조 제1항 제1문의 정화조사는 토양정화를 위해 필요한 조치의 종류와 범위에 대한 결정을 위한 조사로서, 방법적으로 정확한 정화계획을 세울 수 있게 한다.²⁰⁶⁾ 여기에서 특히 기술적인 정화가능성, 유해물질의 치환가능성, 남아있는 토양의 변경, 정화조치에 있어서 결정적인 법적·조직적·재정적 상태를 조사하게 된다(승 제6조 제1항, 부록3 제1호).²⁰⁷⁾ 또한 정화조사에 있어서 어떠한 조치가 정화에 적합하며, 최소침해적이고, 상당한가 하는 점도 같은 조항에서 규정되어 있다.

위험오염지정화의 기준은 법 제4조 제3항 제1문 및 제4문, 승 제5조에서 담고 있다. 법 제4조 제3항에 의하면 토양 및 위험오염지, 유해한 토양변경이나 위험오염지를 유발하는 河水汚染은 지속적으로 개인이나 공중에 대하여 어떠한 위험, 현저한 불이익, 현저한 부담이 발생하지 아니하도록 정화되어야 한다. 이로써 입법자는 지속가능한 정화라는 목표를 지향하고 있다. 이러한 목표는 정화목표 확정에서의 법적 기준으로서 모든 개별사례에서 중시해야 한다. 아울러 이 정화목표 및 기타 정화조치의 종류·범위를 결정함에 있어서는 당해 토지이용이 계획법상 허용되는 것인지 등을 감안해야 한다(법 제4조 제4항 제1문). 건설기본계획(Bauleitplan)이나 경관계획(Landschaftplan)과 같은 계획법상의 확정을 결하는 경우에는, 법 제4조 제4항 제2문에 따라 그 지역의 용도성격이 보호필요성을 결정한다. 또한 장래의 발전도 고려해야 한다. 정화목표에 있어서 이용에 따른 차별화가 법 제2조 제2항 제1·2문에서 규정된 자연적 토양기능 및 자연·문화사 저장소로서의 기능과 조화될 수 없으면 허용될 수 없다. 이때 그 보호는 입법자의 의지에 따라 利用과는 독립적인 것으로 보장되어야 한다. 영 제5조는 법률에서 규정된 일반적 정화

206) Schoeneck, BBodSchG, § 13, Rn. 23.

207) Vgl. Steffen, TerraTech 6/1998, 28.

목표·규준을 구체화하고 있다.²⁰⁸⁾ 대책기준치는 정화조사에 있어서도 중요한 역할을 한다.

2) 정화계획

① 私人的 정화계획

현대의 다양한 토양오염문제를 극복하기 위한 수단이라고 할 수 있는 정화계획에 대해서는 법 제13조 및 제14조에서 규정하고 있다. 정화계획은 정화의무를 적절하게 하는 비례원칙에 맞는 조치로서 정화조치의 토대를 형성한다는 데 그 의미가 있다²⁰⁹⁾. 법 제13조의 정화계획은 私人的 정화계획이며, 법 제14조는 후술하는 행정청의 정화계획이다. 위에서 살펴 본 정화조사와 결부되어 행정청은 정화의무자에게 (私人的) 淨化計劃의 提案(Vorlage)을 요구할 수 있다. 정화계획 제안의 요구는 정화조사에서와 마찬가지로, 통상적으로 정화필요성이 있는 위험오염지로 인해 특별한 오염가능성이 존재하는 경우에 행해진다.²¹⁰⁾

② 행정청의 정화계획

“사적인 정화계획”(private Sanierungsplanung)의 代案으로서 법 제14조는 “행정청의 정화계획”(behördliche Sanierungsplanung)을 규정하고 있다. 이러한 법 제14조는 법 제13조에서 규정하는 “사적인 정화계획의 원칙”에 대한 예외라고도 할 수 있다.

따라서 행정청의 정화계획은 사적인 정화계획에 대하여 보충성을 가지며, 관할 행정청은 ① 정화의무자가 계획을 수립하지 아니하거나, 정해진 기간 내에 수립하지 아니하거나, 전문성이 충분하지 않게 수립한 경우(제14조 제1문 제1호), ② 정화의무자가 없거나 적시에 정할

208) Kobes, NVwZ 2000, 265 f.

209) Diehr, Sanierungsplan nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz, UPR 1998, 129.

210) Kloepfer, Umweltrecht, 2004, § 12 Rn. 240.

수 없는 경우(제14조 제1문 제2호), ③ 위험오염지의 광범위한 확대, 위험오염지에 기초한 광역 수질오염 혹은 토양정화의무자의 數에 근거하여 협력적 조치가 필요한 경우(제14조 제1문 제3호)에는, 정화계획을 私人이 아닌 행정청 스스로 수립·보완하거나 전문가를 통하여 수립·보완하게 할 수 있다. 행정청이 직접 행할 수도 있고, 전문가에게 맡길 수도 있는 選擇裁量의 행사에 있어서는 관할행정청의 물적·인적 능력이 중요한 요소로 작용할 것이다.

3) 정화계약

① 공법상 계약으로서의 정화계약과 그 종류

법 제13조 제4항에서 규정하고 있는 정화계약은 독일 행정절차법에서 규정하고 있는 “공법상 계약”의 성질을 가진다. 따라서 행정절차법 제55조의 화해계약(Vergleichsvertrag)²¹¹⁾ 및 동법 제56조의 교환계약(Austauschvertrag)²¹²⁾의 양 형태로 정화계약이 가능하다. 정화계약의 내용적 형성에 있어서 주의해야 할 것은 공법상 계약의 체결 시 私的自治와 같은 의미의 契約自由가 인정되는 것은 아니라는 점이다. 행정작용이 지켜야 하는 법률적합성원칙에 구속되어야 하며, 공법상 계약의 형성에 있어서는 法律優位가 지켜져야 한다. 따라서 행정청은 법 제4조 제3항의 정화기준과 같은 실체법규정을 벗어나는 계약을 할 수는 없고, 그 경우에는 행정절차법 제59조에 따라 그 계약이 무효가 될 수 있다.²¹³⁾

211) 독일 행정절차법 제55조: “사실관계나 법적 상태를 합리적으로 평가할 때 존재하는 불확실성을 상호간의 양보를 통하여 제거하는 법 제54조 제2문의 공법상 계약은, 행정청이 의무적합적 재량에 의해 불확실성제거를 위한 화해의 체결을 합목적적인 것으로 간주하는 경우에 체결될 수 있다.”

212) 독일 행정절차법 제56조 제1항: “계약당사자가 행정청에게 반대급부의무를 지는 법 제54조 제2문의 공법상 계약은, 특정한 목적을 위한 반대급부가 계약에서 합의되고, 공적인 임무의 이행을 위해 행정청에 기여하는 경우에 체결될 수 있다. 반대급부는 전체적인 상황에 비추어 상당해야 하며, 행정청의 계약급부와 객관적인 건련성이 있어야 한다.”

213) Frenz/Heßler, Altlastensanierung und öffentlicher Sanierungsvertrag, NVwZ 2001, 14.

② 정화계약의 구체적 내용

계약서에는 양 계약당사자가 표시되면서, 契約書 前文(Präambel)이 나오게 된다. 여기서는 소유자 및 이용자의 내력과 같은 당해 토지의 연혁적 내용, 양 당사자의 위험오염 및 그 범위의 발생원인에 대한 인식 여부, 정화계약이 이미 수립된 경우에는 그에 따라 필요한 정화 조치 및 정화목표에 대한 간략한 언급 등이 포함된다. 이러한 契約書 前文은 정화계약에서 간과될 수 없는 것으로 복잡하게 전개될 수 있는 정화문제의 해석에 유용한 내용이 된다.

정화의무자의 정화책임 및 이에 대한 행정청의 대응책은 계약의 중심내용이 될 것이다. 어떤 구체적 조치로 오염된 지역의 정화를 수행해야 하는지, 어떠한 정화목표치가 표준이 되는지, 정화조치의 시작과 종료는 언제인지 등이 가능한 한 상세히 기재되어야 한다. 이를 위해 이미 만들어진 정화계획이 부록으로 첨부될 수 있고, 추가적으로 필요한 사항을 계약서내용에 삽입함으로써 계약내용 자체로 만들 수도 있다. 행정청은 계약에서 법 제13조 제4항의 정화계획의 구속표명을 위한 의무를 지는 것도 가능하다. 정화계약의 내용에서 위해성평가, 정화조사, 정화계약수립의 의무를 포함하지 아니하면, 이는 고려되지 아니한다. 계약상 정당한 정화가 미래에 있어서 어떠한 결과를 가지는지, 가령 행정청은 어느 정도 후속정화조치를 취할 것인지, 오염등록대장에서 당해 토지를 삭제할 것인지 등도 계약내용으로 들어갈 수 있다. 정화조치의 진행과정에서 계약체결당시 인식한 토양오염을 넘어서는 오염상태가 나올 수 있다는 점도 생각해야 하다. 따라서 합의된 내용과 다른 오염사항에 대해서는 행정청은 정화처분과 같은 고권적인 방법으로 행해질 수 있음을 유보할 수도 있다.

대부분의 경우, 정화계약이 체결된 때에, 특히 위험오염의 복잡성으로 인해 정화의 구체적 시행은 전문가의 도움이 필요하다. 이 경우 독립된 자문위원의 위촉여부나, 위촉하는 경우 어떠한 기준에 의할

것인지, 자문위원회에 부여되는 과제 등은 무엇인지 등도 가능한 한 포함해야 한다. 또한 통상적으로 토양정화조치비용이 엄청나기 때문에, 정화의무자가 재정적 어려움에 빠져 계획에 적합한 정화의 수행이 위태로워질 수 있다. 이러한 곤란한 상황에 대처하기 위해, 정화의무자가 토지에 대한 저당권을 설정하는 등으로 필요한 재정을 확보한 후에 정화조치를 수행하는 것을 합의할 수도 있다. 정화조치의무의 이행확보를 위해, 정화계약에서 합의한 정화내용을 私人이 제대로 수행하지 못하는 경우에 받게 되는 계약벌(Vertragsstrafe)을 계약내용에 포함시킬 수도 있다.

복수의 정화의무자가 정화계약에 참여하는 경우에는 법 제24조 제2항에 의한 복수의 의무자 간의 구상권에 관한 사항이 계약서에 기재되어야 한다.²¹⁴⁾ 행정청과 1인의 정화의무자간에 정화계약이 체결되는 경우에는 권리승계인(가령 매수인)의 면책에 관하여 합의할 수도 있다.

4) 정화조치명령

① 정화조치명령의 의의

오염된 토양을 위에서 본 정화계약과 같은 협력적 방법이 아닌 전통적인 방법으로 정화할 수 있는 근거규정은 동법 제10조 제1항이다. 따라서 법 제10조 제1항은 연방토양보호법이 제정되기 전의 근거규정이었던 각 주법상의 위험방지를 위한 경찰법규정이나 경찰법상 일반수권조항에 우선하여 적용된다.²¹⁵⁾ 정화의무의 이행을 위하여²¹⁶⁾ 관할

214) 이때 계약체결당사자인 私人은 구상권이라는 非常口(Hintertür)를 통하여 사후지불의무가 발생하지 아니함을 확보할 수 있다는 의미가 있다. Frenz/Heßler, NVwZ 2001, 16.

215) Versteyl, BBodSchG § 10 Rn. 1. 그 이유는 정화책임의 본질을 경찰책임으로 보고 있기 때문일 것이다.

216) 법 제10조 제1항은 정화의무 외에 다른 의무의 이행까지도 포괄하는 개념이다. 즉 제4조, 제7조에서 나오는 의무 및 제5조 제1문, 제6조, 제8조에서 근거하여 발해진 법규명령에서 나오는 의무의 이행을 위한 규정이다. 그러나 정화의무에 주된 초

행정청은 필요한 조치를 행해야 하며, 정화의무자(법 제4조 제3항 및 제6항)의 안전조치의무의 이행을 위해 조치명령이 이루어진 경우, 관할 행정청은 장래의 안전·감시조치의 유지를 위해 의무자가 안전을 수행할 것을 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 조치명령이 개인의 정당한 이용의 이익측면에서 비례성이 없는 경우에는 그 조치명령을 발할 수 없다(법 제10조 제1항 제4문). 연방토양보호법상의 여러 의무 중에서도²¹⁷⁾ 법 제10조 제1항에 의거 수행될 수 있는 가장 중요한 의무는 역시 법 제4조 제3항의 의무이다.²¹⁸⁾

② 필요한 조치(notwendige Maßnahme)

법 제10조 제1항 제1문은 관할행정청이 정화의무에 필요한 조치를 취할 수 있다고 규정하면서, 무엇이 “필요한” 조치인지에 대한 언급은 하지 아니하고 있다. “필요한”이라는 문언상 이 조치는 비례의 원칙에 맞는 조치이어야 한다는 점은 일단 인정된다. 즉 행정청이 명하는 조치는 적합성·최소침해성·상당성의 원칙을 지켜야 한다.

여기서의 필요한 “조치”의 개념에 대해서는 넓게 해석하여, 가령 토지이용에 대한 요구 및 특정물질의 이용의 제한이나 금지 등이 포함되는 것으로 본다. 문제가 되는 것은 동 규정이 직접시행(unmittelbare Ausführung)이나 즉시집행(sofortiger Vollzug)에 대한 권한수권(selbständige Befugnisnorm)이 되는가 하는 점인데, 대체로 긍정적으로 해석하고 있다.²¹⁹⁾ 행정청이 직접 혹은 제3자에게 위탁에 의해 직접시행, 즉시집행

점을 두는 본 연구에서는 정화의무 관련사항만을 논한다.

217) 법 제4조 제1항의 만인의무나 제4조 제2항의 토지소유자나 토지의 사실상 지배주체의 의무를 명할 수 있는 수권조항도 될 수 있지만, 법 제4조 제1항에서의 의무는 실행가능한 법적 의무라기보다는 단지 환경정책적 목표설정의 의미를 가지는 것이라고 할 수 있다. 그리고 법 제4조 제2항의 의무는 토지소유자 및 토지의 사실상 지배주체에만 그 수범자가 한정되므로 마찬가지로 전체 토양정화의무자를 대상으로 하는 일반적인 명령의 관련조항이라 보기 힘들다(Versteyl, BBodSchG § 10 Rn. 9).

218) Frenz, BBodSchG, § 4 Abs. 3 Rn. 1.

219) Sanden, BBodSchG, § 10 Rn. 17; Versteyl, BBodSchG, § 10, Rn. 204; Hilger,

(sofortiger Vollzug),²²⁰⁾ 대집행(Ersatzvornahme)의 방법으로 정화조치를 한 경우, 행정청은 정화의무자에게 발생한 비용부담을 청구할 수 있다.²²¹⁾

필요한 조치는 정화를 위한 조치이어야 함은 물론이다. 법 제10조 제1항 제2문에서는 “제4조 제3항 및 제6항의 안전조치의무의 이행을 위해 조치명령이 이루어진 경우, 관할행정청은 장래의 안전·감시조치의 유지를 위해 의무자가 안전을 수행할 것을 요구할 수 있다.”라고 하여 안전수행(Sicherheitsleistung)에 대한 授權을 인정하고 있다. 여기서 안전수행에는 법 제2조 제7항의 정화개념 중 유해물질을 제거함이 없이 유해물질의 확산을 장기적으로 방지하거나 줄이는 조치인 안전조치(Sicherungsmaßnahmen)가 포함됨은 의문이 없다. 다만, 토양이나 지하수에서의 유해물질을 제거하거나 감소시키고자 하는 조치인 오염제거조치(Dekontaminationsmaßnahmen)가 포함되는지 여부는 법문상 불분명하지만, 동 규정상의 다른 요건이 충족되는 경우 오염제거조치도 유추적용될 수 있다고 할 것이다. 이는 동 조항이 이러한 조치에 대한 명령을 할 수 있는, 즉 처분을 발할 수 있는 권한규범이 될 수 있다는 것이고, 행정처분이 아닌 정화계약에 의해 정화가 이루어지는 경우에는 안전조치나 오염제거조치 어느 것이나 적용될 수 있음은 의문의 여지가 없다.

BBodSchG, § 10 Rn. 3.

220) 독일의 직접시행과 즉시집행은 우리의 즉시강제와 유사한 제도이다. 직접시행과 즉시집행의 구별에 관해서는 논란이 있으나, 독일 모범경찰법안에 따르면, 직접시행(unmittelbare Ausführung)이란 경찰책임자에 대한 처분으로는 경찰목적이 달성될 수 없거나 적시에 달성될 수 없는 경우 경찰이 직접 또는 위탁을 통해 처분을 집행하는 것을 말한다(동 법안 제5a조). 모범경찰법안에서 직접시행은 경찰상 처분(사무)의 한 형태로 규정하고 있다. 즉시집행(sofortiger Vollzug)이란 경찰책임자에 대한 처분으로는 경찰목적이 달성될 수 없거나 적시에 달성될 수 없는 경우, 위험방지를 위하여 필요한 경우에 미리 행정행위를 발령함이 없이 이루어지는 행정강제를 말한다(동 법안 제28조 제2항). 동 법안에서 즉시집행은 행정강제의 한 형태로 규정하고 있다. 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사 (2005), 534면.

221) Radig, Altlastengerechtigkeit im Vergleich, 2002, S. 173.

③ 조정의무

법 제10조 제2항에 따라, 관할행정청이 토지의 소유자나 사실상 지배주체에 대하여 제4조에 따른 의무의 이행을 위해 農林的 土壤利用 및 토양경작의 제한을 명하는 때에, 이러한 이용제한이 특별히 가혹하게 되는 경우에는, 상당한 조정을 해주어야 한다. 다만, 이들은 유해한 토양변경의 원인이 아니어야 한다. 이러한 조정은 기대가능한 내부경영상의 적응조치 후에도 남게 되는 경제적 불이익에 대하여 州法の 기준에 의거한 상당한 범위에서 이루어진다.

동법률의 정부안에서는 여기서의 조정청구권 다툼에 관해서는 통상 법원의 관할로 하고 있었지만,²²²⁾ 최종법률에서는 동 규정이 삭제되었다. 따라서 해석의 문제가 되었는데, 학자들은 이 청구권은 기본법 제14조 제3항에 바탕을 둔 손실보상청구권이 아니라, 공법상 청구권이므로 행정법적인 구제수단이 열려있다고 보고 있다.²²³⁾

④ 정화조치의 종류와 선택

법 제2조 제7항에서는 ‘淨化’의 개념이 규정되어 있다²²⁴⁾. 정화수단으로서 오염제거조치(Dekontaminationsmaßnahmen)는 토양이나 지하수에서의 유해물질을 제거하거나 감소시키는 것이다. 또 다른 정화수단으로는 둘째, 유해물질을 제거함이 없이 유해물질의 확산을 장기적으로 방지하거나 줄이는 것으로 안전조치(Sicherungsmaßnahmen)가 있다.

2개의 정화조치수단 중 오염제거조치는 위험의 종국적 제거수단으로서 항상 선택가능한 것으로 볼 수 있다²²⁵⁾. 그러나 안전조치는 예외

222) BT-Drucks. 13/6701, S. 10 f.

223) Bickel, BBodSchG, § 10 Rn. 16; Versteyl, BBodSchG, § 10, 26; Schoeneck, BBodSchG, § 10 Rn. 40.

224) 그 법이 제정되기 이전에는 관련문헌이나 州法에서 다양하게 ‘淨化’에 대한 정의를 내린 바 있다.

225) Kobes, NVwZ 1998, S. 789.

적으로 선택될 수 있으며, 여기에서 비례의 원칙이 마찬가지로 적용되어야 한다²²⁶⁾.

정화조치가 불가능하거나 상당하지 않을 경우, 법 제4조 제3항 제3문에 따라 보호조치 혹은 제한조치(Schutz- oder Beschränkungsmaßnahmen)가 채택될 수 있다. 이러한 조치는 개인이나 공중에 대한 부정적인 영향을 방지하거나 줄일 수 있는 조치로서, 예컨대 특정한 지역에 주택건설을 하지 못하게 하는 이용제한을 들 수 있다.

2. 토양정화책임 관련 분쟁사례

(1) 상태책임의 근거와 한계에 관한 판례

○ 연방토양보호법의 관련 규정

연방토양보호법 제 4 조: 위험방지의무(Pflichten zur Gefahrenabwehr)

- ① 누구든지 토양에 영향을 주는 자는 유해한 토양변경이 발생하지 아니하도록 행동해야 한다.
- ② 토지의 소유자 및 사실상 지배주체는 그 토지로 인해 발생할 수 있는 유해한 토양변경을 방지하기 위한 조치를 취할 의무를 진다.
- ③ 유해한 토양변경 혹은 위험오염지의 원인자 및 그 포괄승계인, 토지의 소유권자, 토지의 사실상 지배주체는 토양, 위험오염지, 유해한 토양변경이나 위험오염지를 통하여 초래된 수질오염을 정화하여, 개인이나 공중에 대한 위험, 현저한 불이익 혹은 현저한 부담이 지속적으로 발생하지 아니하도록 해야 한다.

이를 위해 유해물질을 통한 오염에 있어서 오염제거조치 외에 오염물질의 확산을 장기간 억제할 수 있는 안전조치가 고려된다.

이것이 불가능하거나 수인기대가능성이 없는 경우에는 기타 보호·제한조치가 행해져야 한다.

상법 혹은 회사법적 근거에서 유해한 토양변경이나 위험오염지가 있는 토지의 소유자인 법인에 대하여 책임을 지는 자 및 이러한 부지에 대한 소유권을 포기한 자도 정화의무를 진다.

226) Sanden, BBodSchG, § 2 Rn. 95.

- ④ 제1항 내지 제3항에 의한 토양관련 의무 및 위험오염지관련 의무를 이행함에 있어서 계획법상 허용된 토지이용 및 이로부터 나오는 보호필요성은, 그것이 제2조 제2항 제1문 및 제2문에서의 토양기능의 보호와 조화되는 한, 유의해야 한다. 계획법상 용도확정을 결할 경우, 그 영역의 용도성격은 가까운 장래의 보호필요성의 발전을 고려하여 정해진다. 河水淨化에 있어서 충족되어야 하는 요구사항은 水法에 의해 정해진다.
- ⑤ 유해한 토양변경이나 위험오염지가 1999년 3월 1일 이후에 발생한 경우에는, 토양의 事前負擔의 측면에서 비례성이 있는 한, 유해물질은 제거되어야 한다. 이는 원인야기의 시점에서 그에게 적용되는 법률적 요구사항의 이행의 측면에서, 이러한 침해가 발생하지 아니할 것을 신뢰한 자에게는, 개별상황을 고려할 때 그 신뢰가 보호할 만한 가치가 있는 경우에는 적용되지 아니한다.
- ⑥ 토지의 前所有者로서 1999년 3월 1일 이후에 소유권을 移轉했고, 유해한 토양변경이나 위험오염지를 알았거나 알았어야 했던 경우에는 그 前所有者는 정화의무를 진다. 이는 토지를 취득(Erwerb)함에 있어서 유해한 토양변경이나 위험오염지가 존재하지 아니한다고 신뢰한 자에게는 그 신뢰가 개별상황의 고려하에서 보호할 만한 가치가 있는 경우에는 적용되지 아니한다.

1) **【판례 1】 연방헌법재판소의 2000. 2. 16. 결정 (BVerfG, Beschluss vom 16. 2. 2000 - 1BvR 242/91, 315/99): 비례원칙 (Verhältnismäßigkeit)**

독일 연방토양보호법의 제정 이래 우선 주목할 만한 판례는 연방헌법재판소(BVerfG)의 2000.2.16 결정(Beschluß)이다.²²⁷⁾ 이는 최근의 헌법

227) 이 결정을 다룬 문헌으로는 Ginzky, “Sanierungsverantwortlichkeit nach dem BBodSchG - Rechtsprechungsbericht”, DVBl. 2003, 169 ff.; Vöneky, “Die Zustandshaftung von Unternehmen - eine Fortführung der Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts”, DÖV 2003, 400 ff.; Knopp, “Bundes-Bodenschutzgesetz und erste Rechtsprechung”, DÖV 2001, 441 (448 ff.); Lepsius, “Zu den Grenzen der Zustandshaftung des Grundeigentümers”, JZ 2001, 22 ff.; Schäling, “Zur Haftungsbegrenzung bei Inanspruchnahme des Inhabers der tatsächlichen Gewalt als Verantwortlicher im Sinne des Bundes-Bodenschutzgesetzes”, NVwZ 2004, 543 ff.; 이기춘, “독일경찰법상 상태책임의 근거 및 제한에 관한 고찰: 2001년 2월 16일자 독일연방헌법재판소의 판결을 소재로 하여”, 『토지공법연구』 제 18집, 한국토지공법학회 (2003), 45면 이하; 김현준, “경찰법상 상태책임”, 『토지공법

소원사건과 관련해서도 시사점을 찾을 수 있는 판례라고 생각된다.

① 사안의 개요

(i) 1991년 제기된 사건(BvR 242/91)

- 1981년 이 사건 토지상에 있는 공장이 파산되기 전까지 이 공장에서는 염화탄화수소(페르클로에틸렌, 트리클로에틸렌)를 이용한 토키틸가죽으로 된 모자재료 제작.
- 1982년 헌법소원 청구인은 경매를 통하여 한 파산재단으로부터 이 사건 부동산 취득
- 1983년 9월부터 토양과 지하수에 염화탄화수소의 심각한 오염이 나타났으며, 이는 모자생산 원료에 기인하는 것으로 확인
- 1985년과 1986년에 걸쳐 소관행정청은 당해 토지의 소유권자인 위 청구인에게 조사 및 정화조치를 명함.
- 청구인은 1998년까지 정화에 소요된 경비는 110만 마르크에 달했고, 피해발생시점의 당해 부동산의 시세는 35만 마르크 정도였음을 주장하며, 관할 행정청이 교란자선택의 재량행사에 하자가 있고, 청구인에게 지워진 상태책임이 비례원칙에 반한다는 이유로 행정소송을 제기했으나 실패함.
- 청구인은 위 재판이 기본법 제14조 제1항 및 제2조 제1항을 침해했다는 점을 들어 헌법소원을 제기함.

(ii) 1999년 제기된 사건(BvR 315/99)

- 1970년 산림부지의 소유권자인 청구인은 그 토지의 일부인 16ha를 12792마르크의 임대료를 받고 “사격장의 설치 및 유지를 위한 연맹”에 임대
- 임대차계약이 해제된 후, 사격장으로 이용되었던 곳에서 심각한 납오염이 밝혀짐.

연구』 제22집, 한국토지공법학회 (2004), 363면 이하.

- 연맹의 재산에 대한 파산이 개시된 후에 소관행정청은 청구인에게 상태책임으로 정화명령을 내렸고, 청구인은 가구제 신청을 하였으나 실패함.
- 청구인은 이에 따라 1997년까지 그 총비용은 590만 마르크 정도에 달하는 정화조치를 하였는데, 이는 당해 토지가액의 최소한 20배를 넘는 것이라고 하며, 정화명령의 위법성을 확인하고, 피청구인에게 이자 등을 포함하여 550만 마르크를 지불하라는 취지로 행정소송을 제기했지만 패소함.
- 청구인은 위 재판이 기본법 제14조 제1항 및 제103조 제1항을 침해했다는 점을 들어 헌법소원을 청구함.

② 연방헌법재판소 결정

연방헌법재판소는 이 2개의 사건에 대하여 같은 논거로 청구인의 주장을 받아들였는데, 그 구체적인 내용을 이하에서 쟁점별로 살펴본다.²²⁸⁾

(i) 상태책임의 근거

독일기본법 제14조

- ① 재산권과 상속권은 보장된다. 내용과 한계는 법률로 정한다.
- ② 재산권은 의무를 수반한다. 그의 행사는 동시에 공공복리에 기여하여야 한다.
- ③ 공용수용(Enteignung)은 단지 공공복리를 위하여만 허용된다. 그것은 보상의 종류와 범위를 규율하는 법률에 의하여, 또는 법률에 근거하여서만 행하여진다. 보상은 공익과 관계인의 이익을 정당하게 형량하여 법률로 정한다. 보상액수에 대한 분쟁에 대하여는 일반법원의 관할이다.

- 소유권자의 위협방지 및 교란제거에 대한 의무로서의 상태책임은 기본법 제14조 제1항 제1문을 통하여 보호되는 법률상 지위와 관련된다.²²⁹⁾

228) 상세는 김현준, 註 227 참조.

229) BVerfGE 102, S. 14.

- 따라서 상태책임을 규정하는 법률규정은 수용에 관한 기본법 제 14조 제3항과는 무관하며, 재산권의 내용과 한계를 정한 것으로 기본법 제14조 제1항과 제2항에 근거하여 판단해야 한다.²³⁰⁾
- 상태책임에 관한 질서법적인 규정은 기본법 제14조 제1항 제2문의 의미의 재산권의 내용과 한계에 관한 허용된 규율이다.
- 이러한 규정들의 목표는 원인야기자의 책임과는 무관하게 물건의 지배자로서의 소유권자를 통해서도 효율적인 위험방지를 확보하려는 것으로, 소유권자는 물건 및 위험원에 영향력을 행사할 법적·사실적 가능성을 가지게 된다.
- 상태책임의 정당성의 근거는, 위험을 초래하는 물건에 대한 지배를 통하여 가지게 되는 영향력행사가가능성(Einwirkungsmöglichkeit)에 있다.
- 소유권자는 물건으로부터 편익을 가지는데, 이 점을 통해서도 소유권자가 그 물건으로부터 나오는 공중에 대한 위험을 제거할 의무가 있음이 정당화되고 있는바, “경제적 편익 및 물적 소유권을 이용할 수 있는 가능성”은 “그 물건으로부터 나오는 부담과 그 이용가능성과 연결되는 리스크를 부담할 공법적 의무”와 상응하는 것이다.²³¹⁾
- 상태책임은 그 근거를 재산권과 연결된 “물건에 대한 지배” 및 “물건의 편익-부담관계”(Verbindung von Vorteilen und Lasten der Sache)에서 찾을 수 있는데, 소유권자는 물건을 개인적으로 이용함으로써 얻는 편익을 그가 관여하지 않고도 누릴 수 있는 것과 마찬가지로, 위험이 그를 통하여 초래되지 않더라도 그 물건에서 오는 부담을 가져야만 하는 것이다.
- 특히 위험오염지(Altlasten) 정화와 관련하여, 토양정화는 공익만이 아니라 토지소유권자의 사익과도 관련이 있어, 정화 의무가 그리 무거운 것이 아니다.

230) BVerfGE 102, S. 15.

231) BVerfGE 102, S. 17 f.

- 토양정화로 토지의 거래가치 및 그 개인적 이용가치가 현저하게 상승한다는 점을 들고 있으며, 아울러 상태책임이 행위책임에 비하여 후위에 서는 것은 헌법적 이유에서 타당하지 아니하다.²³²⁾

(ii) 상태책임의 한계 - 비례의 원칙

- 상태책임 그 자체가 헌법에 합치하는 경우에도, 토지소유권자에게 위협방지를 위하여 어디까지를 요구할 수 있는가 하는 범위의 문제에 있어서, 그 제한이 가능하다.
- 여기서 최소침해적이며(erforderlich), 목적에 있어서 상당하며(angemessen), 기대가능한(zumutbar) 기본권침해만 허용한다는 비례원칙이 특별한 의미를 가진다고 하며, 이는 소유권자가 정화조치의 비용을 부담하는 경우에도 지켜져야 하며, 이러한 정화비용부담은 그것이 소유권자에게 기대가능하지 아니하는 한 정당화될 수 없고, 비례원칙의 차원에서 상태책임이 있는 소유권자의 부담은 고려되어야 하고, 관련되는 공공복리와 형량하여야 한다.²³³⁾
- 그 형량을 위한 몇 가지 관점을 제시할 수 있는 바, 이를 기대가능성이 있는 경우와 없는 경우를 중심으로 다음과 같이 나누어 볼 수 있다.²³⁴⁾

첫째, 기대가능성이 없는 경우로서, 토지로부터 나오는 위험이 자연현상, 일반공중에 귀속될 수 있는 원인, 혹은 이용권한 없는 제3자와 관련이 될 때를 들고 있으며, 이 경우에는 모든 안전의무를 준수하는 소유권자에게 무제한적으로 부담을 지울 수는 없다고 한다. 그렇지 아니하면 정화책임자에게 그가 토지에 대한 물적 지배성이 없으며, 자기 책임영역과 무관한 상황에 근거하여 과도한 리스크를 부과하는 것이 된다.²³⁵⁾

232) BVerfGE 102, S. 18 f.

233) BVerfGE 102, S. 19 f.

234) BVerfGE 102, S. 20 ff.

235) BVerfGE 102, S. 21. 이 경우 사회국가명령과 같은 다른 이유에 근거한 부담에

둘째, 기대가능성이 있다고 보아야 하는 경우로서, 토지소유권자가 그 토지가 위험오염지라는 점을 알거나 알 수 있었을 때에는 비용부담이 토지의 거래가치를 넘더라도 기대가능한 것이 된다.²³⁶⁾

셋째, 거래가치를 넘는 비용부담이 소유권자에게 기대가능하게 된 경우에도 소유권자는 그의 모든 경제적 능력으로 부담할 필요가 없다. 소유권자가 정화를 위해 무제한적으로, 즉 정화대상인 토지와 법적 혹은 경제적 관련성이 없는 재산으로도 책임을 지게 된다면, 이는 기대가능하지 아니하는 것이 된다고 판시하였다. 그에 반하여 농림용 재산 등과 같이 정화대상토지와 機能的 統一性(funktionale Einheit)이 있는 재산을 정화를 위해 투입하는 것은 기대가능할 수 있다. 특히 정화대상토지와 기능적 일체를 이루는 토지재산이 좋은 예가 될 수 있다.

③ 점 토

연방헌법재판소의 이 결정은 오염원인자의 정화책임이 인정되는 경우라도 그것이 너무 지나친 것이어서 비례원칙에 반하는 정도라면 위헌이 될 수 있다는 것이다. 이때 기대가능성이 있는지 여부의 판단기준으로서 토지거래가치를 들고 있는 점은 특기할 만하다. 종래 독일에서는 오히려 희생자로 볼 수도 있는 상태책임자가 엄격하고 무거운 정화책임을 지는 것은 지나치게 가혹하다는 비판이 제기되어 왔는데, 이러한 비판을 수용하여 책임의 한계를 적절하게 조정한 판례라고 생각된다.

이러한 판례의 취지를 참고할 때 상태책임자의 책임의 근거와 한계를 다음과 같이 정리할 수 있다.²³⁷⁾

첫째, 이러한 비례원칙은 정화책임자가 정화조치의 비용을 부담하는 경우에도 지켜져야 함은 물론이며, 이때 책임자의 부담과 관련되는

대한 제한도 고려해야하는지에 대해서는 여기서 판단할 필요가 없다고 한다.

236) BVerfGE 102, S. 21.

237) 이에 대해서는 김현준, “토양오염으로 인한 정화책임과 손해배상책임: 최근 판례를 중심으로”, 『토지법학』 제28-1호, 한국토지법학회 (2012. 6), 199면 이하 참조.

공공복리와 비교형량이 이루어져야 한다.²³⁸⁾

둘째, 토지로부터 나오는 위험이 자연현상이나 일반 공중에 귀속될 수 있는 원인, 또는 이용권한 없는 제3자와 관련이 되는 것인데 토양정화책임을 지는 경우라면 이는 비례원칙에 반한다.²³⁹⁾

셋째, 정화비용으로 인한 상태책임자의 부담이 거래가치의 수준까지 이르는 경우, 정화되어야 하는 토지가 정화의무자의 재산의 중요부분을 이루고, 개인의 생활을 영위하는 토대가 되는 것이라면 비례원칙에 반할 수 있다. 여기에서 기본권주체에게 재산권의 영역에서의 자유공간을 확보해주며, 이로써 자기책임 하의 생활을 형성할 수 있게 하려는 재산권보장의 과제가 전면에 등장하게 된다.²⁴⁰⁾

넷째, 정화책임자가 그 토지가 위험오염지라는 점을 알거나 알 수 있었을 때에는 비용부담이 토지의 거래가치를 넘더라도 비례원칙에 반하지 않는다.²⁴¹⁾ 비용부담이 정화된 토지의 거래가액을 넘어설 경우에도 리스크를 의도적으로 수용한 경우라면 이는 비례원칙에 반한다고 할 수 없다.

다섯째, 거래가치를 넘는 비용부담이 정화책임자에 대해 비례원칙에 반하지 않는 경우에도 토지소유자는 그의 모든 경제적 능력으로 부담할 필요가 없고, 정화책임자가 정화를 위해 무제한적으로, 즉 정화대상인 토지와 법적·경제적 관련성이 없는 재산으로도 책임을 져야 하는 경우라면 이는 비례원칙에 반한다.²⁴²⁾

그러므로 토양오염물질인 오염토양의 소유자·점유자라는 이유로 정화책임을 지는 경우에 정화대상 토지가 정화의무자의 재산의 중요부분을 이루고, 개인 생활에서의 바탕을 이루는 경우라면 비례원칙을

238) BVerfGE 102, S. 19 f.

239) BVerfGE 102, S. 21.

240) BVerfGE 102, S. 21.

241) BVerfGE 102, S. 21.

242) BVerfGE 102, S. 22 f.

판단할 때, 특히 얻게 되는 공익과 잃게 되는 사익을 형량하는 과정에서 고려할 여지가 많다고 생각된다.

2) 【판례 2】 2006. 9. 11. 라이프치히 행정법원 결정 (VG Leipzig, Beschluss vom 11.9.2006 - 6 K 117/06): 상태책임의 “공간적 한계”

① 사안의 개요

피신청인이 2005. 8. 24. 신청인에게 내린 정화계획을 수립할 것을 명하였다.

이 사건 토지상에는 1941/42 광물유를 원재료로 하는 가공보조제를 제조하는 화학공장이 설립되어 가동되어 오다가, 구 동독의 재산권변동 등으로 소유권이전이 있었는데, 신청인은 이에 따라 이 사건 토지의 소유권을 취득한 지방자치단체이다.

관할행정청은 2005. 8. 24. 신청인에 대하여 정화계획수립명령을 발하였고, 신청인은 이에 대하여 행정심판을 거쳐 2006. 5. 17. 행정소송(6 K 586/06)을 제기한 바 있다.

이러한 본안소송과 관련하여, 신청인은 이 행정소송의 집행정지를 회복시켜달라는 취지의 신청을 했다.

② 법원의 결정

전체 정화구역에 대하여 정화계획(BBodSchG 제13조 제1항²⁴³)을 실시

243) 연방토양보호법 제13조 (정화조사 및 정화계획) ① 위험오염지에 있어서 제4조에 의해 필요한 조치의 다양성으로 인하여 적절한 대처를 필요로 하거나 유해물질의 종류, 확산이나 양에 근거하여 특별한 정도로 유해한 토양변경이나 개인·공중에 대한 기타 위험이 발생하는 경우에는 관할 행정청은 제4조 제3항, 제5항, 제6항의 정화의무자에게 필요한 조치의 종류 및 범위에 대한 결정을 위해 필요한 조사(정화조사) 및 정화계획의 제안을 요구할 수 있으며, 여기에는 특히 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다. ② 관할 행정청은 정화조사 및 정화계획이 제18조에 의한 전문가에 의해 작성될 것을 요청할 수 있다. ③ 제1항에 의해 정화계획을 제출해야 하는 자는 제12조에 의한 이해관계인에게 조기에, 적절한 방법으로, 자발적으로(unauffordern) 계획된 조치에 대한 정보를 제공해야 한다. 제12조 제2항 및 제3항은 그에 상응하여 적용된다. ④ 계획수행에 대한 淨化契約案이 정화계획과 함께 제출될 수 있으며, 그 정화계약 안에는 제3자의 포함을 예정

하라는 즉시처분(eine für sofort vollziehbar erklärte Verfügung)에 대한 소송에서 행정소송의 집행정지효를 회복하는 결정을 내렸다.²⁴⁴⁾

동 법원은, 피신청인이 당해 경지(Flurstücke)에 대한 소유권자도 아니고, 사실상 지배주체도 아닌 신청인에 대하여 정화계획을 명함으로써, 「하자 있는 책임자선택」(ermessensfehlerhafte Störerauswahl)을 했다고 보았다. 즉 법원은 신청인의 정화의무가 과도하게 확대되었다고 했다. 그 이유로서, 「신청인의 대지」에 대해서만 책임이 한정되어야 한다는 점을 들었다. 즉, 지배력(Sachherrschaft)을 통하여 매개된 영향력행사가능성(Einwirkungsmöglichkeit)에서 상태책임의 정당성의 근거를 찾아야 한다면, 사실상 지배주체는 자신의 대지에서 기인하는 위험에 대해서만 책임을 지게 된다는 것이다.²⁴⁵⁾

③ 관련 판례

그밖에, VG Regensburg, Beschluss vom 14.3.2005, VG München, Beschluss vom 19.2.2001도 이와 같은 취지로서 정화책임은 자신이 소유

할 수도 있다. ⑤ 위험오염지정화와 관계있는 지역에서 반출한 토양물질을 다시 반입해야 하는 경우, 구속적으로 표명된 정화계획이나 제4조의 의무의 수행을 위한 조치명령을 통하여 공중의 복리가 침해되지 아니함이 확보되는 한, 자원순환및폐기물법 제27조 제1항 제1문이 적용되지 아니한다. ⑥ 관할행정청은 변경유보하에 혹은 부관부로 계획을 구속적인 것으로 표명할 수 있다. 구속적인 것으로 표명된 계획은 그것이 제각기 관할행정청과 합의하에 발해지고, 구속적으로 표명된 계획내에서 그 포함된 결정이 시행되는 경우에는, 환경영향평가법 제3조의 시설과 관련된 이 법 제3조 혹은 주환경영향평가법에 의한 사업안에 대한 승인결정을 제외한 다른 정화관련 행정청의 결정을 포함한다.

1. 위해성평가 및 정화조사의 요약
2. 정화되어야 하는 토지의 종래 및 장래의 이용사항
3. 정화목표의 표시 및 여기에 필요한 오염제거·안전·보호·제한·자율통제의 조치 및 이러한 조치들의 일시적 수행

연방정부는 제20조에 의한 청문참여인(beteiligte Kreise)의 청문과 연방상원의 동의에 의하여 정화조사 및 정화계획의 내용에 대한 요구에 대한 법규명령을 발할 수 있다.

244) 독일의 행정법원법은 우리나라 행정소송법과는 달리 집행정지원칙을 취하고 있는 점을 참고할 것.

245) 이른바 영향력의무에 대한 최대한계로서의 영향력행사가능성(Einwirkungsmöglichkeit als äußerste Grenze für die Einwirkungspflicht).

또는 사실상 지배하는 대지의 범위에서 인정될 수 있으며, 그 범위를 벗어난 토양오염에 대한 책임은 공간적 한계(räumliche Grenzen)를 벗어난 것으로 위법하다고 보았다.

(2) 소급효에 관한 판례: 포괄승계인의 책임과 소급효

1) 【판례 3】 2005. 2. 22. 만하임 고등행정법원 판결 (VGH Mannheim, Urteil vom 22. 2. 2005 - 10 S 1478/03²⁴⁶⁾)

① 사안의 개요

- 1900년대 초에 좌·우 라인강변의 Elsass 및 Markgräflerland에서 소금 원석(Rohsalz)이 발견되었고, 이를 채취하면서 칼리염(Kali)이 쌓이게 되었다. 채굴회사(Bergwerk) Buggingen에서는 1927년부터 1973년까지 17,000,000톤의 소금원석의 수송이 이루어졌다. 파내어진 소금의 이용할 수 없는 부분이 퇴적되어 산더미를 이를 정도이었다. 채굴장을 운영하는 기간 동안 그 더미(Halde)는 3.6ha의 넓이, 40m의 높이에 이르렀다(350,000~400,000평방미터, 그 중 약 250,000톤은 염화물[Chlorid]). 가장 큰 규모는 1966년에 이루어졌다.
- 더미의 퇴적은 1922년에 수갱(豎坑) I의 시추, 1925/26 수갱 II의 시추로 시작되어, 1927년 이후 Baden조합이 정기적으로 작업을 행하였고, 바닥의 밀폐작업(Untergrundabdichtung)은 하지 않았다. 1929년 더미와 관련된 제1차 조업계획(Betriebsplan)이 인가되었다. 채굴회사 Buggingen의 조업은 1973년 4월에 시작되었다. 1973년 9월 사업 운영자는 주(州)광산감독청에 최종조업계획(Abschlussbetriebsplan)을 제출함으로써 조업정지를 신청했고, 1974.8.20. 승인을 받았다. 그 후 그 부지가 사인에게 매각되었고, 그 더미에서 채굴과 퇴적은 행해졌다. 1988년 7월 채굴회사는 광산감독(Bergaufsicht)으로부터 자유롭게 되었다.

246) 제1심 판결은 VG Freiburg vom 16.10.2002 - 1 K 836/00.

- Baden조합은 그 후 Kaliwerk 유한회사(Buggingen)가 되었고, Kaliwerk 유한회사(Buggingen)와 Kaliwerke Markgräfler 유한회사(Heitersheim)는 1970. 12. 16. 사원총회를 통해 「유한회사 Kali/Salz Kassel」을 인수했고, 1971년 「Kali/Salz 주식회사」라는 이름의 주식회사형태로 전환했다. 1972년 Kali/Salz주식회사는 Salzdettfurth주식회사와 합병했다. 1972년 8월에 상업등기상으로 새로운 권리주체는 Kali/Salz Beteiligungs AG(주식회사)로 전환되었다(그후 K+S AG로 됨).
- 1960년대부터 Kali생산으로 라인강의 좌·우편 지역의 지하수에 염분이 침투된다는 점은 행정청도 알고 있었다. 1988년 이후에야 지하수검사가 채굴회사 Buggingen의 더미의 염분침투와 관련하여 행해졌는데, 그 결과 염화물(Chlorid), 나트륨, 칼륨이 食水량이 허용하는 기준치를 몇 배 초과하는 것으로 나타났다. 1993년 및 1997년에는 더미의 Abstrom의 선별검사(Beprobung)를 통해 이러한 수치는 재확인되었다.
- 1999. 2. 19. 주 행정청 Breisgau-Hochschwarzwald는 원고에게 전문가의 자문을 통해 정화계획을 수립하며, 1년에 2회 염화물, 나트륨, 칼륨에 대해 선별검사를 받을 것을 통지했다.

② 법원의 판결

- 1999. 3. 1.부터 시행된 연방토양보호법의 규정을 헌법합치적으로 해석할 경우, 연방토양보호법 제4조 제1항 제1호는 1970년대에 행해진 포괄승계의 경우에는 적용되지 않는다. 헌법상 인정되는 진정 소급효 금지의 예외는 “불확실하거나 혼란스러운 법상황”(unklarer oder verworrener Rechtslage)의 경우이어야 한다. 따라서 1980년대 중반에서야 추상적 경찰책임의 포괄승계가 인정될 수 있다.
- 1972년에 만들어진 주식회사가 1973년 조업정지한 채굴업 운영자의 포괄승계인인 경우에 연방토양보호법 제4조 제3항 제1문²⁴⁷⁾에

247) 연방토양보호법 제4조 제3항 제1문: 유해한 토양변경 혹은 위험오염지의 원인자 및

따라 그 스스로 오염원인자인 경우라야 하며, 그의 피승계인이 오염원인자인 경우에는 이 법조항이 적용되지 않는다.

- 소금퇴적에 대한 복수의 원인자가 있는데도 소금퇴적을 한 피승계인을 승계하였다는 점을 들어 책임을 행정청이 명하는 것은 하자있는 재량행사이다.

③ 검토

종래 많은 논란이 있던 소금효문제를 다룬 이 사건은 고등행정법원의 판결 단계에서부터 관심을 모았다. 이 판결에 대하여는 독일에서의 평가를 대표적인 평석을 통하여 살펴본다.²⁴⁸⁾

- Mannheim 고등행정법원은 진정소금효가 예외적으로 허용될 수 있는 “불확실하거나 혼란스러운 법상황”이 있는지 여부와 관련하여, 이 문제에 대한 법적 해결에 관한 다툼이 1980년대 중반에서야 있었고, 심각한 오염토양문제가 시사성을 가지게 된 것도 1980년대 중반이라고 한다. 그리고 이 시점에는 종래의 법규정의 존속에 대한 보호할 만한 신뢰가 형성될 수 없었다고 보고 있다.
- 그러나 문제가 다투어지고 시사성을 가지게 되었다고 해서 법상황이 불명확하게 되는 것은 아니다. 법상황의 불확실성은 특정한 사실상황이 실정법을 통하여 해결될 수 있는지 여부에 있다. 경찰의무의 포괄승계에 대한 심도 있는 도그마틱한 논쟁은 이미 1961년에 나타난다.²⁴⁹⁾ 특히 1971. 1. 22. 연방행정법원의 판결은 ‘경찰의무의 포괄승계에 관한 불확실한 법상황’으로 이끌고 있다.

그 포괄승계인, 토지의 소유권자, 토지의 사실상 지배주체는 토양, 위험오염지, 유해한 토양변경이나 위험오염지를 통하여 초래된 수질오염을 정화하여, 개인이나 공중에 대한 위험, 현저한 불이익 혹은 현저한 부담이 지속적으로 발생하지 아니하도록 해야 한다.

248) Vierhaus/Marx, “b wann haftet der Gesamtrechtsnachfolger?” NVwZ 2006, 45 ff.

249) 이와 관련하여, 판례에서는 Bettermann(1961), Ossenbühl(1968)이 이 문제에 관하여 행했던 연구내용이 소개되고 있다.

- 이상에서 볼 때, Mannheim 고등행정법원의 판단과는 달리, 1960년대 말부터, 또는 늦어도 1971년 초부터는 원인자의 포괄승계인에게는 경찰의무를 지지 않음에 대한 (보호할 만한) 신뢰가 더 이상 존재하지 않는 것으로 보아야 한다.
- 그러므로 사안의 경우 그 당시의 시점은 소급효를 정당화할 수 있는 불확실하고 혼란스러운 법상황이 존재하였다고 볼 수 있고, 입법자는 연방토양보호법 제4조 제3항 제1문에 따라 소급적으로 규율할 수 있다고 보아야 한다.

2) **【판례 4】** 2006. 3. 16. 연방행정법원의 판결 (BVerwG, Urteil vom 16. März 2006 - 7 C 3.05)

① 사안의 개요

- **【판례 3】**의 사실관계와 동일

② 법원의 판결

- 원심(VGH Mannheim, Urteil vom 22. 2. 2005 - 10 S 1478/03 ⇒ **【판례 3】**)이 연방토양보호법을 오직 장래와 관련된(zukunftsgewandt) 규율로서만 이해하지 않은 점은 정당한 것이었다. 이 점은 연방토양보호법 제1조 제1문²⁵⁰⁾에서 제시하고 있는 동법의 목적규정(“이 법의 목적은 토양의 기능을 지속가능하게 보전하거나 재생하는 것이다.”)에서도 알 수 있다. 즉 동법의 목적은 미래지향적인 토양기능의 ‘지속가능한 보전’만이 아니라 ‘재생’(wiederherstellen)까지를 포함하고 있어, 동법은 그 시행으로 야기되는 유해한 토양오염 및 위험오염지(Altlasten)의 문제까지를 적용영역으로 하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 따라서 포괄승계인의 책임규정을 해석함에

250) 판결문 원문에는 제1조 제1항(§1 Abs. 1)으로 되어 있으나, 이는 제1조 제1문(§1 S.1)의 오키로 보인다.

있어서도 그 책임은 과거의 피승계인의 책임과 관련시켜야만 한다는 체계적 법률해석(gesetzessystematische Auslegung)이 이루어져야 한다.

- 동법 제4조 제3항 제1문의 포괄승계를 법률의 소급적용의 문제로 본 점은 잘못된 것이었다. 연방토양보호법의 원인자의 포괄승계인의 정화의무에 관한 규정은 동법 시행 전의 시점에서도 적용될 수 있다. 따라서, 원인자의 포괄승계인의 정화의무는 법률의 소급금지 원칙에 반하지 않는다. 포괄승계인에게 공법상 의무가 승계된다는 것은 행정법에서 오래 전부터 인정되어 온 일반원칙의 규범적 표현이다.
- 이미 1972. 7. 7.에 제정되었던 「폐기물제거에 관한 법률」이 위험오염지(Altlasten)의 평가 및 통제에 관한 충분한 법적 근거가 된다. 동법 제11조 제1항 제2문은 그 발생시점과 관계없이 일반인의 복리와 관련하여 규정하고 있는 등 다양한 규정에서 오염토양과 관련된 규정을 두고 있다. 또한 이미 1957년에 물관리법(Wasserhaushaltsgesetz, WHG)이 제정되어 오염토양이 지하수를 오염시키는 경우를 규율해 왔다.

③ 검토

2003년의 Stuttgart 행정법원의 판결이나 2005년 Mannheim 고등행정법원 판결은 연방토양보호법의 시행 이전에 정화의무의 승계가 이루어진 경우에도 1980년대 중반을 기준으로 소급효의 예외상황이 존재한다고 보았다. 2006년 연방행정법원의 판결도 소급효가 허용된다고 본 점에서는 위의 양 판결과 마찬가지로, 그것이 인정되는 시점을 훨씬 이전으로 설정하여 사안의 경우 원인자의 포괄적 승계인에게 어떠한 소급효문제도 발생하지 않는 것으로 보았다.²⁵¹⁾

251) Troidl, “Zehn Jahre Bundes-Bodenschutzgesetz - rechtswidrige Sanierungsverfügungen”, NVwZ 2010, 154(155) 참조.

이상의 판례에서는 「소급효」라는 쟁점 외에 「책임의 승계」라는 쟁점도 가지고 있지만, 독일의 판례에서도 명문규정을 일반적으로 받아들이고 있어 후자의 경우는 크게 문제가 되진 않는다. 따라서 이 점을 간략하게만 살펴본다.

독일 판례에서 정화책임의 소급효는 책임승계와 관련해서 주로 문제가 되고 있음을 알 수 있다. 토양정화책임 역시 넓은 의미의 공법상 의무라고 할 수 있어, 정화책임의 승계는 좀 더 넓은 시각에서 본다면 (사인의) 공의무의 승계문제라고도 할 수 있다.

일반적으로 행정행위의 대상이 사람인가, 물건인가에 따라 대인적·대물적 행정행위로 구분할 수 있는데,²⁵²⁾ 대인적 행정행위의 효과는 일신전속적이라는 이유로 이전이 허용되지 않지만 대물적 행정행위의 효과는 이전·상속이 허용되는 것이 원칙이다.²⁵³⁾ 이는 주로 수익적 행위의 경우에 적용되며, 대물적 행정행위가 침해적 성격을 가지는 경우에 그 효과가 명문의 규정이 없이도 승계되는지 여부, 즉 대물적 행정행위가 제재처분인 경우에도 그 제재사유가 승계되는지 여부는 문제가 된다.²⁵⁴⁾ 대물적 행정행위는 물적 사정에 기초하여 행해지며

252) 양자를 함께 고려해야 하는 혼합적 행정행위도 있다.

253) 특히 수익적 행정행위의 경우, 가령 채석허가에 관한 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001두6289 판결, 건축허가에 관한 대법원 1979. 10. 30. 선고 79누190 판결, 환지처분에 따른 소유권취득에 관한 대법원 1987.2.10. 선고 86다카285 판결.

254) 이 문제에 관해서는 독일에서도 많은 논의가 있지만, Peine, “Die Rechtsnachfolge in öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten”, Jus 1997, 984 (988)는 공법상의 권리·의무의 승계에 대하여는 매우 논란이 있다는 점을 전제하면서, 다음과 같은 점은 독일에서 대체적으로 공감대가 형성되어 있다고 한다. ① 권리승계에 관한 법률규정은 단지 승계적성(Nachfolgefähigkeit)에 관한 것이며, 승계요건에 관한 것은 아니라고 보아야 한다. ② 승계적성과 승계요건은 구분되어야 한다. ③ 일신전속적 권리·의무는 승계적성이 없으며, 독일판례는 대체가능한 권리·의무는 승계적성이 있다는 점에 기초를 두고 있지만, 이에 관한 학문적 논의는 충분하지 않으며 충족되어야 하는 기준에 대해서는 다툼이 있다. ④ 공의무의 특정승계는 그 의무가 ‘物的’(dinglich)인 경우에 가능하며, 공권의 승계는 법률과 공익에 반하지 않는 한 ‘합의’(Vereinbarung)를 통해 가능하다. ⑤ 판례 및 일부학설은 특정승계의 요건과 관련하여, 관련 민사법규정이 공법에서도 적용될 수 있고, 이에 따라 공법에서의 권리

행정행위의 무용한 반복을 피해야 하므로 양도 전에 존재하는 제재사유를 이유로 양수인에 대한 제재가 가능하다고 볼 수 있는가 하면, 행정법규 위반의 효과는 대인적 사항이므로 명문의 규정이 없는 한 양수인에게 이전되지 아니한다고 볼 수도 있다. 판례는 대물적 행정행위의 경우 제재사유의 승계를 대체로 인정한다.²⁵⁵⁾

최근 우리나라의 다양한 환경관계법령에서 이러한 공의무의 승계에 관한 명문의 규정을 두어 승계책임을 명확하게 하고 있다. 토양환경보전법 제10조의3 제3항 제3호 및 제4호의 규정 역시 정화의무의 승계에 관한 규정이라고 할 수 있다. 그런데, 이러한 명문의 승계에 관한 규정이 있더라도 승계대상인 의무지위의 구체화는 어느 정도이어야 하는가는 여전히 문제가 된다. 즉, 관할행정청에 의하여 구체적으로 (정화조치 등의) 명령을 받은 경우에만 승계가 가능한 것인지, 아니면 구체적인 명령이 발해지기 전인 추상적 책임이 있는 단계에서도 승계가 가능한가의 문제이다.²⁵⁶⁾

독일의 연방토양보호법은 정화의무자로서 원인자²⁵⁷⁾의 포괄적 승계만을 규정하고 있다. 따라서 독일 연방토양보호법이 명문으로 인정하지 않는 특정승계인의 정화의무는 판례에서도 인정하지 않고 있다. 이에 반해, 우리나라 「토양환경보전법」은 행위책임의 포괄승계, 행위

승계는 민법에서와 같이(parallel) 존재한다는 점에 바탕을 두고 있다.

255) 주유소 양도인의 위법을 이유로 양수인에 대한 영업허가취소를 긍정한 대법원 1986. 7. 22. 선고 86누203 판결; 양도 이전에 있었던 양도인에 대한 제재사유를 들어 양수인의 개인택시운송사업면허의 취소를 긍정한 대법원 1998. 6. 26. 선고 96누18960 판결; 공중위생관리법상 영업장 폐쇄명령에 관한 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001두1611 판결; 유사석유를 판매한 석유판매업자의 지위승계자에 대한 제재처분을 인정한 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결 등. 그러나 개인택시운송사업면허 양도인이 법규위반으로 사망한 사건에서 당시의 법령이 관할관청은 개인택시운송사업자의 운전면허가 취소된 때에 그의 개인택시운송사업면허를 취소할 수 있도록 규정할 뿐 그에게 운전면허 취소처분이 이루어지지 않은 이상 면허취소는 불가하다고 본 판례도 있다. 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007두26001 판결.

256) 책임의 승계에 대한 이러한 문제제기에 대해서는 김현준, 註 237 참조.

257) 주로 행위책임자가 될 것이다.

책임의 특정승계, 상태책임의 포괄승계, 상태책임의 특정승계까지 명문으로 모두 인정하고 있다. 특정승계의 경우 단지 선의·무과실의 면책조항을 둬으로써 포괄승계와 차이를 두고 있을 뿐이다. 우리나라에서 소급효문제를 검토함에 있어서 이러한 차이까지도 고려하여 살펴볼 필요도 있을 것이다.

3) **【판례 5】** 2003. 10. 31. 슈투트가르트 행정법원 판결(VG Stuttgart, Urteil vom 31. 10. 2003 - 18 K 724/01)

① 사안의 개요

1906년 지방자치단체 및 사인들에 의해 설립되어 그 지역의 가스공급을 해 온 Gaswerk AG는 1981. 7. 27.까지 이 사건 토지의 소유자이다. 1976. 3. 31.까지 Gaswerk AG는 이 사건 토지를 임대하였고, CV-GmbH로 되었다. 임대차계약 종료 후에도 1980년 가스회사 경영자가 운영을 할 때까지는 CV-GmbH는 거기에 머물렀다.

1981년 Gaswerk AG는 해산했고, 1982. 10. 12. 상업등기를 마쳤다.

1981. 7. 27. 공증계약으로 Gaswerk AG은 이 사건 토지를 S씨에게 매도했고, 1994. 4. 29. S는 그의 아들에게 이를 증여하였다.

원고는 CV-GmbH의 권리승계인이다. CV-GmbH는 그의 1인 경영자에게 GmbH자산을 이전했다. 자산이전의 결정은 1982. 11. 5. 상업등기부에 등기되었다.

바덴뷔르템베르크 토양정화프로그램에 따라 1991년부터 이 가스공장 부지에 대하여 기초조사를 실시했고, 이 조사에서 그때까지 발견되지 않았던 타르탄갱(Teergrube)에서 90m³ 정도의 타르-기름-물의 혼합물이 나타나는 등 토양오염이 발견되었다.

이에 1999. 2. 3. 행정청은 주 폐기물법에 근거하여 타르탄갱을 제거하고 타르-기름-물의 혼합물을 적절하게 처리할 것을 명했다. 그 근거로서 원고는 CV-GmbH의 권리승계인인 점을 들었다. 즉 CV-GmbH은

행위책임자이며, 원고는 그 승계인이라는 점이다.

이에 원고는 불복했다.

② 법원의 판결

- 연방토양보호법 제4조 제3항을 헌법합치적으로 해석할 경우 1980년대 중반 이전에는 어떠한 승계요건(Rechtsnachfolge-Tatbestände)도 인정되지 않는다.
- 1999. 3. 1. 연방토양보호법이 시행되기 이전에는, 행정청의 통지를 통하여 구체화되지 않았던 추상적 원인책임(abstrakte Verursacherhaftung)이 승계인에게 이전되는 것에 관한 어떠한 법적 근거도 없다.
- 1980년대 중반이 되기 전에 있었던 승계요건에 대하여 연방토양보호법 제4조 제3항의 규정을 적용할 경우 이는 정당화될 수 없는 진정소급효(echte Rückwirkung)가 된다. 왜냐하면, 이 경우, 불확실하거나 혼란스러운 법적 상태(unklare oder verworrene Rechtslage)가 존재하지 않기 때문이다.

③ 검 토

행정청은 가스제조업자의 포괄승계인인 원고에게 토지에 대한 정화 명령을 내렸고, 이에 불복하여 원고는 행정소송을 제기했다.

본 사안의 경우 1982. 11. 5.에 상업등기에 등기가 이루어졌는데, 슈투트가르트 행정법원은 연방토양보호법 제4조 제3항은 헌법합치적 해석을 할 경우 1980년대 중반 이전에는 어떠한 승계의 구성요건도 인정되지 않는다고 보았다. 그렇지 않으면 허용되지 않는 진정소급효가 존재하게 된다고 보았다. 1999. 3. 1. 연방토양보호법의 시행 전에는 추상적 정화의무가 승계인에게 이전되는 것에 관한 어떠한 법적 근거도 없다고 판시했다.

(3) 복수의 정화책임자 간의 선택(Störerauswahl)에 관한 판례

- 1) 【판례 6】 2007. 11. 8. 베를린-브란덴부르크 고등행정법원 (OVG Berlin- Brandenburg, Urteil vom 8. 11. 2007): 우선순위(Rangfolge)

① 사안의 개요

- 30년 전부터 兵營부지로 사용되었던 약 40 ha 규모의 지역이 1945년 이후에는 적군(Rote Armee)의 서쪽그룹의 일부(WGT)로 사용되었다. 1991년 퇴각 이후에 이 병영부지에서 행해진 조사에서 26개의 지점, 그 후에는 32개의 지점의 오염부지가 밝혀졌다.
- 구 병영부지의 주요부분인 약 27ha 규모의 「필지 4/2」(Flurstück 4/2)는 원래 독일연방공화국의 소유이었는데, 1994. 7. 20. 체결된 참가인(1)과의 행정협정(Verwaltungsabkommen) 및 1995. 3월 재산할당통지(Vermögenszuordnungsbescheid)에 따라 참가인에게 이전되었다. 참가인은 이 부동산을 그밖에도 그가 인수한 WGT부동산과 함께 독립특별재산 “브란덴부르크 토지기금”으로 편입시켰다. 이 특별재산은 2004. 12. 31. 주의 예산으로 편입되었다. 이 부동산의 관리 및 활용은 1994년 중반의 사무조달계약(Geschäftsbesorgungsvertrag)의 결과로 원고에게 이전되었는데, 원고의 1인회사가 바로 「참가인(1)」이었다. 2006. 11. 20.부터 원고의 통지에 따라 유한회사 Trk 원고의 1인회사가 되었다.

그 이후 필지 4/2의 새로운 측량에 따라 생겼고, 마찬가지로 과거 특별재산이면서, 원고가 관리했던 「필지 247」에는 위험오염우려지역지(Altlastenverdachtsflächen, ALVF)가 나타났다.

이미 1989년부터 급수시설의 수로 1, 수로 2의 수원은 식수로 적합하지 않게 되었는데, 그 이유는 구 병영부지로부터의 오염물질의 유입이 우려되었기 때문이다. 1992년 여기서 LCKW에 의한 오염이 나타

났고, 그 이후에 행해진 다양한 조사결과에 따르면 오염이 심각한 것으로 나타났다. 가장 심했던 1995/96년에는 10.000 $\mu\text{g}/\ell$ 이상의 LCKW가 검출되었다.

청문을 거쳐, 관할행정청은 2003. 4. 22. 원고가 원고는 연방토양보호법 제4조 제3항에 따라 이 사건 오염부지인 「필지 4/2」의 사실상 지배주체(Inhaberin der tatsächlichen Gewalt)로서 오염제거의 책임이 있으며, 이를 즉시집행(sofortige Vollziehung)해야 함을 명하였다.

② 법원의 판결

- 연방토양보호법은 토양으로부터의 유해물질 침투가 없어진 후에, 단지 유해한 토양변질이나 위험오염지로 야기된 수질의 피해의 경우에도 적용될 수 있다.
- 연방토양보호법 제4조 제3항의 요건이 충족되는 경우의 소유자 또는 사실상 지배주체의 유해한 토양변질이나 위험오염지에 의해 야기된 수질오염에 대한 책임은 지하수오염이 발생했던 부지의 공간적 범위에만 한정되는 것은 아니다.

③ 검토

제2심인 베를린-브란덴부르크 고등행정법원은 제1심인 코트부스 행정법원 판결(VG Cottbus, Urteil vom 9. 9. 2004)을 파기함으로써, 원고의 청구를 인용했다. 그 이유는 판결요지에서 보는 바와 같이 행정청이 복수의 정화책임자 중 원고에게 토양정화명령을 내린 것은 하자있는 선택재량이었다는 점이다. 토지소유자 대신에 사실상의 지배주체에 책임을 명하는 것은 “신속하고 효율적인 정화조치의 제거²⁵⁸⁾”라는 재량선택의 기준에 맞지 않다고 본 것이다. 특히 당해 대지를 사실상 지배를 했었지만 정화명령을 발할 시점에 토양오염물질이 토지소유자

258) 즉 “신속하고 효율적인 위험제거”의 취지이다.

의 부지 내에 포함되어 있고 원고가 더 이상 토지를 지배하지 않는 경우에는 원고를 정화책임자로 본 것은 잘못된 것이라고 보았다.

연방토양보호법의 입법이유(Gesetzesbegründung)의 취지와는 달리 연방토양보호법 제4조 제3항의 규정의 순서인 원인자→원인자의 포괄승계인→토지소유자→사실상의 지배주체는 “원칙적으로” 정화 의무의 우선순위, 즉 “책임자의 순위”(Reihenfolge der Verantwortlichen)로 볼 수 있다고 본 점은 특기할 만하다.

2) **【판례 7】** 2006. 2. 16. 바이로이트 행정법원 (VG Bayreuth, Urteil vom 16. 2. 2006): 직권조사(Amtsermittlung)

① 사안의 개요

원고는 주거용 및 사무용으로 이용되고 있는 토지의 소유자이었다. 1994년 이 사건 토지의 남동쪽에 위치한 토지를 조사한 결과 LHKW의 농도가 40.1µg/ℓ로 나타나는 등의 토양오염이 나타났다.

2004. 8. 19. 행정청은 원고에게 1994. 11. 30. 조사결과를 토대로 토양오염의심지역의 조사 및 평가를 명하였다. 행정청은 그 이유로서, 원고는 이 사건 토지를 사실상 지배하고 있어 토양환경보호법 제4조 제2항의 상태책임자라는 점을 들었다.

원고의 선택은 (i) 과거 운영자가 원인자라는 점이 증명될 수 없으며, 그 때문에 원고에게만 선택재량이 축소되었고, (ii) 원고의 무자력은 재심사될 수 없다. 원고가 제출한 자료에 따르면 원고는 연금, 임대료수입, 유가증권, 부동산 등의 재정적 수단이 있는 것으로 나타났다.

원고는 이에 불복하여 행정소송을 제기했다.

② 법원의 판결

- 정화책임자의 재정적 부담능력(finanzielle Leistungsfähigkeit)은 하자 없는 재량의 선택기준이 될 수 있다.

- 행정청이 선택재량을 행사함에 있어서 재정적 부담능력을 주로 의거하는 경우, 행정청은 단순히 책임자가 될 수 있는 자를 지정하는데 그칠 것이 아니라, 재정관계를 면밀하게 심사해야 한다.

③ 검토

행정청이 토양정밀조사(Detailuntersuchung)를 명하면서 (상태책임자인) 책임자의 재정부담능력을 주된 기준으로 하여 선택재량을 행사함에 있어서는 단순히 재정부담능력에 관한 자료만을 검토하는 것이 아니라 재정관계 그 자체를 면밀하게 검토해야 한다고 판시한 판례이다.

이는 연방헌법재판소의 2000. 2. 16 판례의 취지와 관련하여 이해될 수 있다. 동 헌법재판소 판례는 원고는 그의 총재산을 부지의 정화를 위해 지출할 필요는 없다고 보았다. 따라서 단순히 책임자가 가진 총 재산을 고려하여 재정부담능력을 판단하는 것이 아니라, 그 재산 또는 생활토대의 중요한 구성부분을 형성하는지에 대해서도 조사해야 한다고 판시한 것으로 볼 수 있다.

3) 【판례 8】 2004. 6. 29. 올덴부르크 행정법원 (VG Oldenburg, Urteil vom 29. 6. 2004): 복수원인자간의 선택재량 기준으로서 “위험에의 근접”(Gefahrennähe)

① 사안의 개요

- 원고는 피고가 2002. 4. 26. 이 사건 토지의 정화의무를 명한 것, 그리고 이에 관한 행정심판재결에 대하여 소송을 제기했다.
- 이 사건 토지 위에서 지방자치단체가 가정용폐기물매립장을 운영했다. 그 이전부터 연방자산청은 그의 감독하에 있는 비취급수장(Jadewasserwerk)에게 00회사가 이 사건 토지상에서 천공폐수 및 라크잔류물을 적치하는 것이 가능한지 여부를 문의한 바 있다. 비취급수장은 1955. 10. 5. 그 토지는 급수장에서 직선거리 3km 이격

하여 있어, 괜찮다는 답변을 했다. 그러나 당시 지역언론 및 주민들의 반발이 있었다. 1956. 12. 24 피고는 지방자치단체에게 이러한 적치를 저지할 것을 요청했다. 지방자치단체는 피고에게 1957. 1. 4. 서신으로 그 지역은 연방자산청의 소유이고, 보건청 및 비취급수장의 의견을 들었던바, 아무런 이의가 없었음을 전하며, 이러한 물질의 적치를 허가했다.

- 1957. 2. 11. 연방자산청은 비취급수장에게 1955. 10. 5. 문서와 관련하여 당시 전달된 이의없음의 의견은 문제가 있음을 전했고, 이에 비취급수장은 1955. 10. 5. 당시의 그의 의견은 비취급수장 대표의 결재가 없었던 잘못된 것이라는 점을 시인했다.
- 1991년 니더작센 주는 토양에 유해한 적치관리 차원에서 조사를 했고, 이 사건 토지도 조사대상이었다. 그 토지는 토지대장상으로는 지방자치단체의 적치장으로 등재되어 있었다. 1998/99 GMA와 지방자치단체는 회사(GmbH)에게 이 사건 토지 및 그 인근토지 및 지하수의 보다 정확한 조사를 위탁했다. 그 결과 1998. 12. 18. 및 1999. 1. 7.의 초기 조사에서 그 결과가 기록되어 있다. 그에 따르면, 토양 및 지하수에 부분적으로 LHKW, BTXE, PAK, MKW가 심하게 오염되어 있었다. 이러한 오염은 보고서에 따르면, 산업폐기물에 기인하는 것이었다.
- 피고는 지방자치단체에게 토양정화계획을 수립할 것을 명했다. 그러나 지방자치단체는 1958년에서 1960년까지 이 토지상에서 가정용 폐기물 적치장을 운영했지만, 정화대상이 된 물질이 OO회사(AG)의 산업폐기물로부터 나왔음을 주장했다.
- 1950년대의 이용관계가 알려진 후 피고는 원고(연방자산청 등)에 대하여 2002. 4. 26. 이 사건 토지상의 정화를 통하여 유해한 토양변질을 정화하고, 부분정화계획을 수립할 것을 명했다.

② 법원의 판결

- 연방토양보호법은 유해한 토양변질이나 위험오염지에 대한 책임자가 복수인 경우에 누구에게 명해야 하는가에 대하여 규정하고 있지 않다. 따라서 판례와 학설에서 발전된 원칙에 따라 판단해야 한다.
- 행정청은 복수의 정화책임자의 선택에 있어서 정의에 합치되는 기준(gerechtigkeitsorientierte Kriterien)을 고려해야만 한다. 그러한 기준으로는 위험에의 근접(Gefahrennähe), 복수의 행위책임자들 간의 기여도(Gewicht des einzelnen Verursachungsbeitrages bei mehreren Handlungsstörungen), 의무위반 및 리스크귀속의 요소(Elemente der Pflichtwidrigkeit und Risikozurechnung), 고려되는 책임자의 이행능력(Leistungsfähigkeit der in Betracht kommenden Störer) 등을 들 수 있다.
- 사안에 대한 철저한 조사도 하자 없는 선택재량판단에 속한다.
- 연방토양보호법은 위험야기(Verursachung)의 개념에 관한 상세한 규정을 두고 있지 않으므로, 경찰·질서법적 인과관계이론에 따라야 한다. 동법 제4조 제3항 제1문 전단은 헌법상의 소급효금지에 반하는 것이 아니다.
- 복수의 책임자들 중 한 사람의 책임자만을 선택하건, 복수의 책임자를 선택하건 이는 행정청의 재량인 것과 마찬가지로 이들 중 누구를 선택할 것인가도 행정청의 재량이다. 사안의 전면적인 심사는 하자 없는 선택재량의 판단에 속한다.

③ 검토

올덴부르그 행정법원은 행정청이 발한 토양정화명령을 책임자선택에 있어서 하자가 있었다는 이유로 취소했다. 왜냐하면 복수의 책임자 가운데 가능한 한 가장 신속하고 유효한 위험제거가 기대되는 당사자에게 정화를 명해야 하기 때문이다. 이때 시간적 근접성, 위험에

근접, (복수의 행위책임자 중) 개별적인 원인제공의 비중, 의무위반 및 리스크귀속의 요소, 책임자의 부담능력 등과 같은 정의에 바탕을 둔 기준(gerechtigkeitsorientierte Kriterien)을 고려해야 한다. 그런데, 피고는 이러한 점을 제대로 고려하지 못했고, 사실관계를 충분히 설명하지 않았으며, 이에 따라 재량판단의 보완(행정법원법 제114조 제2문)도 결하고 있다. 사안의 경우 폐기물의 원인이 된 물건을 제조하여, 그 제조과정에서 폐기물이 발생했고, 그로 인해 토양이 오염된 경우인데, 이처럼 위험을 야기한 폐기물의 생산자가 반드시 고려되어야 했다. 그밖에 정화책임자가 Ablagerung으로부터 발생한 경제적 이익을 가지는지 여부도 검토되지 않은 채로 두어서는 아니 된다. 왜냐하면 그는 그렇지 않은 경우 그에 대한 지출을 했어야 했기 때문이다.

(4) 비용 상황에 관한 판례

○ 연방토양보호법의 관련 규정

■ 연방토양보호법 제24조 (비용)

① 제9조 제2항, 제10조 제1항, 제12조, 제13조, 제14조 제1문 제1호, 제15조 제2항, 제16조 제1항에 따른 명하는 조치의 비용은 실시 의무자가 부담한다. 제9조 제2항 제1문의 경우에 조사가 의심을 확인하지 못하거나 제10조 제2항의 요건이 존재하고, 또한 조사명령을 받은 수범자가 그 의심을 근거지우는 상황을 주장할 필요가 없는 경우에는 그가 비용을 상환해야 한다. 제14조 제1문 제2호, 제3호의 경우에는 정화계획의 수립에서 비용부담이 요구될 수 있었던 자가 비용을 부담한다.

② 수인(數人)의 의무자들은 명령수범자가 되는 것과 관계없이 상호 조정청구권을 가진다. 다른 것과 조화될 수 없는 한, 이 조정의무 및 그 조정범위는 우선적으로 일부 혹은 다른 일부에 의해 위험이나 손해가 야기된 정도에 의한다. 민법 제426조²⁵⁹⁾ 제1항 제2문이 여기에 적용된다.....

259) 독일 민법 제426조 ① 연대채무자 상호간에는 다른 정함이 없는 한 균등한 비율로 의무를 진다. 연대채무자 중 1인의 부담부분이 실현될 수 없는 때에 그 부족액은 구상

1) 【판례 9】 2005. 3. 17. 괴팅겐 행정법원 (VG Göttingen, Urteil vom 17. 3. 2005): 법적 근거(Rechtsgrundlage)

① 사안의 개요

원고는 이 사건 토지(J)의 유일한 지상권자(Erbbauberechtigte)이다. 이 토지는 인근에 수질보호구역이 위치한 곳으로서 주거지역 내에 있었고, M의 소유이었다. 이 사건 토지상에는 주거용 건축물이 있었고, 거기에는 원고가 운영하는 기름난방기기가 있었다. 이 기름난방기기는 건물 밖 지하에 있는 10,000 ℓ의 난방기름탱크로부터 기름이 공급되는 것이었다. 그 난방기름탱크가 이 토지 내에 매설되어 있었다. 그것은 N街까지 이어져 있었다. 기름난방기기는 매년 O에 의해 정비되어 왔다. 그 정비계약에는 기름연결부분의 밀폐장치점검도 포함되었다. 지하의 난방유탱크는 매 5년마다 P에 의해 점검되었고, 최종적으로는 1996년 4월에 점검된 바 있다.

2000년 가을, Q를 통하여 난방유가 운반되고 기름탱크에서 펌프되었다. 2001. 1. 8. 난방이 되지 않았다. B회사의 기술자에 따르면, 난방기름탱크는 또 다시 비었고, 기름관이 새는 것으로 나타났다.

그 이전에 피고는 그 인근의 공공수역에서 기름기를 발견하였고, 2001. 1. 9. 이는 원고의 토지와 관련이 있음을 확인하였다. 그리고 피고에 의해 위촉된 기술자 S의 보고서에 따르면, 원고의 토지상에 있는 난방유 바닥판에 37.000mg/kg의 MkW가 발견되는 등의 토양오염을 확인했다. 이에 따라 약 2,000 ℓ 정도의 난방유가 토양에 침투되어 그 일부가 공공수역에 유입된 것으로 보게 되었다.

이에 따라 피고는 원고에 대하여 정화조치를 명하였고, 이에 원고는 불복했다.

의무 있는 다른 채무자가 부담한다. ② 연대채무자 중 1인이 채권자를 만족시키고 그가 다른 채무자에 대하여 구상할 수 있는 경우에는 채권자의 다른 채무자에 대한 채권은 그 범위에서 그에게 이전한다. 그 이전은 채권자의 불이익으로 이를 주장할 수 없다.

② 법원의 판결

- 5년마다 법령에 따라 행해지는 난방유탱크의 점검이 지하에 매설된 송유관을 포함한 전체 난방기의 상시적인 점검이라고 볼 수 없다.
- 水力정화(hydraulische Sanierung) 차원에서 100µg MKW/ℓ의 정화 목표기준은 오염된 토양이 수질보호·주거구역에 위치한 경우에만 가능하다.
- 건축질서법상의 상이한 명령이 있는 경우에 이행강제금이 명해지는 것과 달리, 대집행의 계고의 차원에서 토양정화를 위해 명해진 부분조치를 위해 그 예상비용을 알려줄 필요는 없다. 총액의 부과만으로 충분하다.
- 연방토양보호법 제24조 제1항²⁶⁰⁾은 정화의무자에게 주어지는 동법 제9조 제2항의 조사조치(Erkundungsmaßnahmen)에 대한 비용확정의 근거규정이 될 뿐이다. 동법 제9조 제1항²⁶¹⁾의 적용범위에 있어서

260) 독일 연방토양보호법 제24조 제1항: 제9조 제2항, 제10조 제1항, 제12조, 제13조, 제14조 제1문 제1호, 제15조 제2항, 제16조 제1항에 따른 명하는 조치의 비용은 실시 의무자가 부담한다. 제9조 제2항 제1문의 경우에 조사가 의심을 확인하지 못하거나 제10조 제2항의 요건이 존재하고, 또한 조사명령을 받은 수범자가 그 의심을 근거지우는 상황을 주장할 필요가 없는 경우에는 그가 비용을 상환해야 한다. 제14조 제1문 제2호, 제3호의 경우에는 정화계획의 수립에서 비용부담이 요구될 수 있었던 자가 비용을 부담한다.

261) 독일 연방토양보호법 제9조 (위해성평가 및 조사명령) ① 관할 행정청은 유해한 토양변경이나 위험오염지가 존재한다는 근거가 있는 경우, 사실관계의 조사를 위해 적절한 조치를 취해야 한다. 제8조 제1항 제2문 제1호에 의한 법규명령에서 정해진 검사기준을 넘는 경우에는 관할 행정청은 유해한 토양변경이나 위험오염지가 존재하는지 여부를 확인하기 위하여 필요한 조치를 취해야 한다. 조사 및 평가의 틀에서 무엇보다 유해물질의 종류·농도, 환경으로의 확산가능성, 인간·동물·식물이 섭취할 가능성, 법 제4조 제4항에 의한 토지의 이용이 고려되어야 한다. 토지소유자 및 알려진 경우(wenn dieser bekannt ist) 사실상의 지배주체에게도 관련된 확인사항 및 평가결과에 대하여 통지해야 하며, 신청이 있는 경우에는 문서로 통지해야 한다. ② 구체적 근거에 기하여 유해한 토양변경이나 위험오염지에 대한 충분한 의심이 존재하는 경우, 관할행정청은 제4조 제3항, 제5항, 제6항에서의 자들에게 위해성평가를 위한 조사를 명할 수 있다. 관할 행정청은 전문가 혹은 제18조에 의한 조사기관의 조사가 행해질 것을 요구할 수 있다. 제4조 제3항, 제5항, 제6항의

사안조사에 발생하는 비용을 그 이후에 확정된 정화책임자에게 전가할 수는 없다.

- 행정심판의 집행정지효를 법원이 명하는 것은 행정행위의 발령시점으로 소급하여 적용된다. 이미 행해진 집행조치는 사후적으로 법적근거를 잃게 된다.
- 결함이 있는 공공운하 RW로 난방유가 유입되고, 그 운하(Kanal) 위로 화물이 운송된다는 사실은 감시의무의 위반이 있다면 그에 따라 수질 오염에 대한 원인이 될 수 있는 것이므로 반드시 고려해야 한다.

③ 검토

정원 밑에 매설된 난방유탱크와 건물의 난방보일러를 연결하는 송유관에 대한 관리가 소홀한 경우의 행위책임자의 환경책임에 관한 판례로서 2005년 괴팅겐 행정법원은 행정청의 원고에 대한 급부통지처분(12,650.96 DM, 그 중 6,833.56 DM이 초기 검사조치 비용)을 취소했다. 동 법원은 “손해의 평가(Schadensabschätzung)의 비용의 상황요구에 대한 법적 근거를 결하고 있다. 피고는 연방토양보호법 제9조 제1항에 따라 대응했지만, 동법 제24조 제1항은 원고에게 주어진 관찰조치에 대한 비용확정(동법 제9조 제1항)에 대한 근거일 뿐이다. 동법 제9조 제1항의 적용영역은 사실관계조사에 대한 비용을 이후에 확정된 책임자에게로 전가(Überwälzung)하는 것까지 포함하진 않는다.”라고 하여, 피고가 원고에게 급부통지처분을 통하여 급부청구를 주장할 수 없다고 보았다. 그 대신 동 법원은 피고가 원고에 대하여 독일 민법 제677조 이하²⁶²⁾를 유추적용하여 공법상의 사무관리에 따른 청구권

자들의 기타 조력의무 및 제12조에 의한 이해관계인의 受忍義務는 州法에 따라 정해진다.

262) 독일 민법 제677조 (사무관리자의 의무): 타인으로부터 위임을 받지 아니하거나 기타 타인에 대하여 이에 대한 권한 없이 타인을 위하여 사무를 처리하는 사람은, 본인의 실제의 또는 추정적 의사를 고려하여 그의 이익이 요구하는 대로 사무를 관리하여야 한다. 그 밖에, 제678조(본인의 의사에 반하는 사무관리), 제679조(본인의

(Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag)을 가진다고 보았다.

3) 【판례 10】 2004. 6. 14. **슐레스비히 행정법원** (VG Schleswig, Urteil vom 14. 6. 2004) : **재량**(Ermessen)

① 사안의 개요

원고는 2000년 8월 이 사건 토지를 구입하여 그 토지상의 주택에서 가족들과 살고 있었다.

그 주택은 기름을 사용한 난방기가 장착되어 있었는데, 지하에 연소기(Brenner)가 있었고, 주차장 진입로 지하에 5,000ℓ 용량의 난방유탱크가 있었다.

원고는 2001년 7월 회사 G에게 급유를 맡겼다.

2001년 10월 초 난방기가 고장이 나서, 원고는 난방회사 H에게 수리를 맡겼다. H 회사의 기사는 난방기를 곧 가동시킬 수 있었다. 그 다음 날 난방이 또 다시 작동되지 않자, 원고는 난방기를 다시 살펴 보았고 연소기에 있는 계기판에서 기름이 없음을 표시하고 있음을 발견했다. 2001. 10. 11. 원고는 기름탱크에 기름이 없음을 확인했다. 그때까지 기름을 다 쓴다는 것은 불가능한 상황이었으므로 탱크의 기름이 새어나가 토양 속으로 유입된 것으로 볼 수 있었다.

원고는 2001. 10. 11. 이를 경찰에 신고했고, 그 다음 날 전문가를 대동한 환경보호단(Umweltschutztrupp)이 출동하여 난방기의 결함으로 기름이 새고, 이로써 토양이 오염되었음을 확인했다.

기름유출은 기름탱크의 밀폐장치의 결함에 기인하는 것이며, 1996. 6. 28. 회사 E가 기름탱크의 검사(Tankrevision)을 맡았는데, 이 시점에

반대의사의 不考慮), 제680조(위험방지를 위한 사무관리), 제681조(사무관리자의 부수 의무), 제682조(사무관리자의 무능력), 제683조(비용의 상환), 제684조(이득의 반환), 제685조(중여의도), 제686조(본인의 동일성에 대한 착오), 제687조(준사무관리)의 내용에 대해서는 양창수, 『독일민법전』, 박영사 (2005) 참조.

밀폐장치 교환이 이미 필요했었다.

관할행정청은 이 오염된 토양을 정화하기 위한 비용을 원고에게 청구했다.

② 법원의 판결

- 질서처분의 상대방이 부담하는 행정행위(사안의 경우 대집행)의 집행비용의 근거규정은 일반적인 질서법의 규정이 아니라, 연방토양보호법 제24조 제1항이 된다. 동 규정에서의 「수행의무자」(die zur Durchführung Verpflichteten)라 함은 연방토양보호법 제4조 제3항 등에서 규정된 추상적 의무자들을 말하며, 행정청의 처분을 통하여 구체적으로 의무가 주어지는 자들을 뜻하는 것이 아니다.
- 대집행의 수행이나 때론 사실관계의 추가해명이 행해진 후에, 토양보호 행정청은 새로운 재량판단을 행사하게 되는바, 그것은 제2차적 영역으로 모든 법률상의 의무자들을 두고서 새로이 선택재량을 행사하여, 누구에게 얼마만큼의 비용을 부담시킬 것인가에 대하여 결정한다.
- 지하수와도 관련되는 토양오염의 경우 정화의무는 연방토양보호법으로부터 생긴다.
- 토지소유자의 광물유(Mineralöl)를 통한 토양오염에 근거하여 토양정화의무를 지는 경우에, 토지소유자는 대집행절차에 따라 명해진 정화조치의 비용에 대하여, 그가 법률상 의무가 있는 경우에만 부담하게 된다. 행정청의 대집행의무명령만으로는 비용부담의 충분한 근거가 되지 아니한다.
- 대집행이 행해진 이후에 행정청은 제2차 영역에서 발생된 비용에 대한 책임을 누가 지게 되는가를 판단해야 한다. 이 경우 행정청은 상태책임자로서의 토지소유자 외에 행위책임자가 있는지 여부를 조사해야 한다.

- 유조차운전수의 과실로 인하여 기름탱크가 새게 되어 토양오염이 발생한 경우에 토양보호 행정청은 유조차운전수 자신이 이러한 사고에 대한 책임을 지도록 해야 한다. 그렇지 않으면 복수책임자의 선택에 있어서 재량불행사가 있게 된다.
- 단지 탱크청소만을 위탁받은 경우에는 기름탱크의 밀폐장치의 점검의무 위반의 부작위가 있다고 볼 수는 없다.
- 토지소유자가 5년 기간이 경과한 후에 기름난방시설의 가동 전에 토지소유자가 전문가에게 시설점검을 맡기는 것을 해태하였고, 이에 따라 피해가 발생하였다면, 그는 행위책임자가 된다고도 볼 수 있다.

③ 검토

피고는 원고에 대하여 총 69,571.43유로의 비용을 난방용 유류로 인한 토양오염제거의 비용을 납부할 것을 명하는 비용통지를 했는데, VG Schleswig는 피고의 이 비용통지처분을 취소했다. 동 법원은, 연방토양보호법 제24조 제1항은 ‘실시의무자’(die zur Durchführung Verpflichteten)가 명해진 조치의 비용을 부담하도록 규정하고 있는 점을 지적한다. 이때 의무자는 구체적으로 행정청의 명령에 따라 의무가 생긴 의무자²⁶³⁾만이 아니라 추상적으로 법률(연방토양보호법 제4조 제3항)에서 규정된 의무자²⁶⁴⁾까지 포함한다고 보고 있다. 대집행이나 기타 피해상황의 해명에 따라, (토양보호) 행정청은 어떠한 (법률상의) 의무자를 제2차 영역²⁶⁵⁾

263) 이를 ‘구체적 의무자’, 그 의무를 ‘구체적 의무’라고 한다.

264) 이를 ‘추상적 의무자’, 그 의무를 ‘추상적 의무’라고 한다.

265) 토양정화책임에서 제1차 영역, 제2차 영역은 정화의무자가 복수인 경우에 발생하게 된다. 즉, 1차적으로는 신속하게 토양오염이라는 위험을 제거해야 하는 문제이며, 2차적으로는 구상관계를 포함하여 그 비용부담을 조정하는 문제이다. 이에 관해서는 김현준, 註 45; 복수의 의무자와 관련된 문제에 대한 보다 근본적인 문제에 대해서는 김현준, “수인의 경찰책임자”, 『공법연구』 제35집 제3호, 한국공법학회 (2007. 2); 이러한 문제에 관한 개관으로는 김현준, “토양환경보전법 제10조의3에서의 정화책임”, 『법률신문』 제3426호 (2006. 1. 12) 참조.

에서 어느 정도의 비용을 부담하도록 명할 것인가에 대한 새로운 재량 결정을 행사할 수 있다고 VG Schleswig은 판시했다.

4) **【판례 11】** 2002. 1. 29. 프랑크푸르트 행정법원 (VG Frankfurt a.M., Urteil vom 29. 1. 2002 - 3 E 1296/01): 구상권(Erstattungsregress)

① 사안의 개요

이 사건 토지상에서는 1952년부터 1986년까지 세정제를 생산하는 회사 F가 있었다. 1989. 3. 16. 이후 토양 및 지하수의 오염 우려에 근거하여 조사를 행할 것이 명해졌고, 1990. 3. 22. 회사의 요청에 의한 용역회사의 조사보고서에 따르면 이 사건토지에서의 토양·지하수 오염은 정화가 필요한 것으로 나타났다.

1989. 8. 30. 공증계약을 통하여 원고는 위의 생산회사로부터 토지를 구입했다. 그 계약서의 내용 중에는, “당해 토지는 지금까지 화학공장으로 이용되었다. 행정청에 의해 이 토지상의 조사가 필요한 경우에는 그 비용은 매도인이 부담한다.” 토지양도는 1989. 12. 12, 그리고 등기이전은 1990. 5. 4. 이루어졌다.

그 이후 1991. 3. 20. 원고에게 이 사건 토지가 오염되었다는 사실을 조사보고서에 근거하여 통지했다. 회사의 정화계획에 따라 이 사건토지에서의 지하수 및 토양공기의 정화를 1992. 4. 28. 개시했고, 행정청은 1992. 7. 14. 이 계획을 승인했다. 1995. 3. 13. ~ 1997. 3. 17. 이 사건 회사의 파산절차가 행해졌다. 회사의 정화보고서 외에도, 1994. 7. 21. 이 사건 토지는 토양공기 및 지하수가 CkW로 오염되었음이 확인되었다.

행정청은 1998. 4. 15. 원고는 이 사건 토지의 소유자로서 정화책임이 있다고 판단하고, 헤센주 위험오염지법에 따라 후속정화지역의 확정을 위한 추가조사를 명하였다. 그리고 법정된 기한 내에 행해지지 않을 경우의 대집행을 계고했다. 대집행의 비용으로서 100,000마르크로 임시

적인 견적이 산출되었다. 이에 원고는 행정심판을 제기했는데, 그 이유는 그는 이 사건 토지가 오염되지 않았다고 믿고 구입했음을 들었다.

행정청은 1998. 6. 13. 원고에게 새로이 확인되었던 오염에 대한 비용분 50,000마르크를 공제한 대집행비용을 청구했다. 이에 대해서도 행정심판을 제기했지만, 기각되었다.

1998. 10. 31. 원고는 처분의 취소를 구하며 행정소송을 제기했다.

② 법원의 판결

- 「지불능력 없음」이라는 형태의 경제적 무능력을 이유로 토양보호 법상의 질서법적 의무가 면제될 수 없다.
- 연방토양보호법 제4조의 규정은 연방입법자가 독자적·종국적 규율을 한 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 1999. 3. 1.부터 효력을 가지는 연방토양보호법의 의미에서의 「위험오염지·유해한 토양변질에 대한 정화책임」에 관해서는 연방토양보호법 제4조에 의하여 종래 적용되었던 헤센주의 법규정은 배제되는 것으로 보아야 할 것이다.

③ 검토

지불능력이 없다는 이유만으로는 구상의무를 면할 수 없음을 밝힌 판례이다.

비용부담은 토양오염의 제거와는 밀접한 연관은 있지만, 일단 별도의 문제로 파악하여, 1차적으로는 위험제거문제가 해결된 뒤, 2차적으로 공평부담의 견지에서 비용부담의 문제가 해결되어야 한다. 이때 행정청이 대집행의 방법으로 처리하는 경우가 많을 것이며, 토지소유자 등의 사실상 지배주체는 선의·무과실의 주장을 제기하는 것이 쉽지 아니함을 보여주는 판례이다.

제 3 절 일 본

1. 토양정화책임 관련법제

(1) 개 요

일본의 토양정화책임법제는 토양오염대책법(土壤汚染対策法)이 그 기본을 이루는데, 그 외에도 토양오염의 방지 및 오염된 토양의 원상회복 등에 관한 법률로 농용지의 토양의 오염방지 등에 관한 법률(農用地の土壤の汚染防止等に関する法律, “농지오염법”으로 약칭한다), 수질오탁방지법(水質汚濁防止法), 폐기물의 처리 및 청소에 관한 법률(廃棄物の処理及び清掃に関する法律, “폐기물처리법”으로 약칭한다), 다이옥신류대책특별조치법(ダイオキシン類対策特別措置法, “다이옥신법”으로 약칭한다) 등이 있다.²⁶⁶⁾

즉, 농지오염법은 주로 카드뮴, 구리, 비소 및 이들 화합물에 의한 농용지 토양오염대책을 규정하고 있고, 수질오탁방지법은 특정시설로부터의 특정유해물질의 지하침투를 규제함과 동시에, 이에 의해 건강피해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우의 원상회복조치를 규정하고 있다. 그리고 폐기물처리법은 폐기물처리시설에서 기인하는 토양오염 및 폐기물의 위법처리, 불법투기 등에서 기인하는 토양오염을 대상으로 하고 있으며, 다이옥신법은 다이옥신류에서 기인하는 토양오염의 방지와 오염된 토양의 원상회복에 관한 규정을 두고 있다.

토양오염대책법은 시가지 토양오염 전체를 대상으로 하는 포괄적 법제도가 아니라, 전술한 여러 법령이 적용되지 않는 분야를 대상으로, 특정유해물질²⁶⁷⁾에 의한 토양오염의 3가지 노출형태(직접 노출, 지

266) 松村弓彦, 『ロースクール環境法』, 成文堂 (2010), 192頁.

267) 납, 비소, 트리클로로에틸렌 등의 물질(방사성물질을 제외한다)로서, 그것이 토양에 포함됨으로 기인하여 사람의 건강에 대한 피해를 발생시킬 우려가 있는 것으

하수 경유 노출, 농작물·낙농제품 경유 노출) 중에서, ① 직접 노출과 ② 지하수 경유 노출 가운데 수질오탁방지법이 적용되지 않는 부분에 의한 건강피해 또는 그 우려가 있는 토양오염의 관리를 목적으로 한다. 보호법익은 사람의 건강으로 한정되며, 생활환경 또는 생태계를 포함하는 환경에만 영향을 미치는 유형의 토양오염에 관해서는, 본법에 의해서도 보호되지 아니한다. 자연기인의 토양오염에 관해서도 본법의 적용을 받지 아니한다.²⁶⁸⁾

토양오염의 파악 및 사후적 대응방식으로는, 공공사업형(공공사업으로서 조치를 실시하고, 그 비용을 공해방지비용부담법 등에 의해 비용부담의무자에게 구상하는 방식)과 규제형(일정한 자에게 의무를 지우는 방식)이 존재한다. 농지오염법과 다이옥신법은 공공사업형, 수질오탁방지법과 폐기물처리법은 규제형을 기본으로 한다. 토양오염대책법도 역시 규제형으로, 그 기본적인 구조로 ① 오염상황조사와 조사결과의 보고, ② 구역지정(要措置區域과 形質變更時要申告區域)과 정보관리, ③ 요조치구역에서의 오염제거 등의 조치, ④ 형질변경시 요시고구역에서의 형질변경규제, ⑤ 오염토양반출 등에 관한 규제, ⑥ 지원조치 등을 정하고 있다.²⁶⁹⁾ 이들 중에서 특히 공법상의 토양정화책임과 관계되는 것은 “③ 요조치구역에서의 오염제거 등의 조치”이다.

한편, 이 법과는 별도로 자발적 조사, 대책의 지침으로 국제규격 ISO-14015가 제정되어 있고(2002년),²⁷⁰⁾ 이에 따라 기업의 자발적인 형태의 토양오염상황조사, 정화 등의 조치가 이루어지고 있다.

로 정령에서 정하는 것(제2조).

268) 平成15年2月4日環水土第20号[土壤汚染対策法の施行について] 참조.

269) 松村, 註 266, 193頁.

270) ISO-14015에 관해서는 吉沢正, 『サイトアセスメント』, 環境管理協会 (2003), 301頁以下 참조.

(2) 오염상황조사

토양의 오염상황조사는 본법상의 법적 의무에 근거하여 실시하는 경우와 사업자가 ISO-14015 등에 따라 자발적으로 실시하는 경우가 있는데, 토양오염대책법상 토양오염의 조사에 관하여 법적 의무가 발생하는 것은 후술하는 3가지 경우로 한정된다.

어떠한 경우에도 조사는 지정조사기관으로 하여금 실시하게 하여야 하고(제3조 제1항, 제4조 제2항, 제5조 제1항), 성령에서 정하는 방법에 따라야 하며, 조사결과는 결과의 여하와 관계없이 도도부현지사에게 보고하여야 한다. 지정조사기관제로 한 것은 조사의 질을 확보하기 위한 것이다. 지정의 유효기간은 5년이고(제32조 제1항), 갱신제로 되어 있다. 지정조사기관은 오염상황조사 등(제29조)과 관련하여 국가 또는 도도부현지사의 이행보조자로서의 지위를 갖는 것이 아니라, 소유자 등의 위탁에 근거하여 소유자 등에 대한 자기의 책임으로, 조사를 실시한다. 지정조사기관 지정의 기준은 성령으로 정한다(제29조).²⁷¹⁾

1) 제3조의 조사

유해물질사용특정시설(수질오탁방지법의 적용을 받는 특정시설로서, 카드뮴 그 밖에 사람의 건강에 대한 피해를 발생시킬 우려가 있는 물질로 동법 시행령으로 정하는 물질 가운데 특정유해물질에 해당하는 물질을 제조, 사용 또는 처리하는 것)의 사용을 폐지하였을 경우에는, 그 시설에 관계되는 공장 또는 사업장 부지였던 토지의 소유자 등(소유자, 관리자 또는 점유자)으로서 그 시설 설치자이었던 자 또는 도도부현지사로부터 통지를 받은 자가 조사의무를 진다(제3조 제1항). 토지소유자 등은 사용폐지시점을 기준으로 하는 것이 원칙이다.

271) 松村, 註 266, 194-195頁 참조.

토지이용의 방법으로 보아 사람의 건강피해가 발생할 우려가 없는 경우, 도도부현지사로부터 그러한 취지의 확인을 받았을 때에는 예외로 한다. 다만, 도도부현지사의 확인은 토지이용방법의 변경에 따라 취소될 수도 있다(제3항, 제4항). 그리고 본법 시행 전에 사용폐지된 유해물질사용특정시설의 공장·사업장부지이었던 토지에 관해서는 조사의무가 없다(부칙 제3조).

2) 제4조 제2항의 조사

2009년 개정에 따라, 면적이 환경성령으로 정하는 규모 이상인 토지의 형질변경에 관해서는, 경미한 행위, 그 밖의 행위로서, 환경성령으로 정하는 것 및 비상재해로 인하여 필요한 응급조치로서 실시하는 행위를 제외하고, 사전신고의무가 부과된다(제4조 제1항). 다만, 형질변경신고구역 내에서의 토지의 형질변경을 제외한다(제13조).

사전신고가 있었던 토지가 특정유해물질에 의해 오염되어 있을 우려가 있는 것으로 환경성령으로 정하는 기준에 해당한다고 인정하는 때에는, 도도부현지사는 오염상황조사를 명할 수 있다(제4조 제2항). 조사명령의 대상자는 토지의 소유자 등이다.

3) 제5조의 조사

토양의 특정유해물질에 의한 오염으로 인해 사람의 건강에 대한 피해가 발생할 우려가 있는 것으로 정령으로 정하는 기준에 해당하는 토지라고 인정되는 경우, 도도부현지사는 토양오염조사명령을 내릴 수 있다(제5조 제1항). 조업 중인 시설의 용지도 대상이 된다. 조사명령의 대상자는 소유자 등이다. 대상자를 확인할 수 없고, 대상자를 확인할 수 없는 것에 관하여 도도부현지사에게 과실이 없을 경우에는, 방치하는 것이 공익에 현저히 반하는 경우에는 일정한 공고절차를 거쳐 스스로 조사를 실시하고 후에 그 비용의 상환을 구하는 방법을 선택할 수 있다(제5조 제2항).

(3) 구역지정(요조치구역과 형질변경시요신고구역)과 정보관리

1) 구역지정

① 구역지정의 종류와 기준

의무적 조사에 따른 조사결과는 도도부현지사에게 보고되어야 하며, (i) 특정유해물질에 의한 오염상황(농도), (ii) 지하수이용상황 등(지하수 경유의 노출) 또는 출입 가능성(직접 노출) 등 2가지 요소로 정하는 구역지정기준에 따라 구역으로 지정된다. 모든 기준은 건강피해방지의 관점에서 정해진다(제6조 제1항 본문).

지정구역에는 要措置區域(제6조 제1항)과 形質變更時要申告區域(제11조 제1항)의 2가지 종류가 있다. 전자는 2가지 기준 모두를 충족하는 경우, 후자는 첫 번째 기준(농도기준)만을 충족하는 경우이다. 첫 번째 기준을 충족시키지 않는 경우에는 구역 지정이 이루어지지 않지만, 이 경우에도 그 토지에 건강피해를 발생시킬 우려가 있는 정도의 오염물질이 존재하지 않음을 의미하는 것은 아니다. 조사는 성령으로 정하는 방법에 따라 실시되어야 한다.

② 자발적 조사에 근거한 구역지정신청

토지의 소유자 등이 본법상 오염상황조사의무가 존재하지 않음에도 불구하고 자발적 조사를 실시하였을 경우에는, 위의 기준을 충족하는 경우에도 도도부현지사에게 대한 보고의무는 존재하지 않고, 따라서 구역지정을 받아야 하는 상황은 아니지만, 각 기준의 충족도에 따라 요조치구역 또는 형질변경시요신고구역의 지정을 신청할 수 있다(제14조 제1항). 소유자 등이 복수 존재하는 경우에는 신청에 앞서 전원 합의를 얻어야 한다. 이 신청에 대하여 조사가 공정하게, 그리고 환경성령으로 정하는 방법에 따라 이루어졌다고 인정하는 경우에는, 도도부현지사는 구역을 지정할 수 있으며, 지정되면 자발적 조사는 본법상의

토양오염상황조사로 간주된다(제3항). 본법에 근거한 오염상황조사는 환경성령으로 정하는 방법을 따라야 할 뿐만 아니라 지정조사기관이 실시하여야 하지만, 이 경우에는 공정하게 실시된 것으로 인정되는 한, 지정조사기관이 실시할 것이 요구되지는 않는다.

2) 대장관리

도도부현지사는 요조치구역대장과 형질변경시요신고구역대장을 관리한다(제15조 제1항). 이들 대장은 원칙적으로 공개하고, 제3자로부터 열람 청구가 있을 경우에는 도도부현지사는 정당한 이유가 없는 한 거부할 수 없다(제3항).

3) 정보수집

도도부현지사는 당해 도도부현의 구역 안의 토지에 관하여, 토양의 특정유해물질에 의한 오염 상황에 관한 정보의 수집, 정리, 보존과 그 정보의 제공에 관하여 노력의무를 진다(제61조).

(4) 요조치구역에서의 오염제거 등의 조치

1) 오염제거 등의 조치의무

요조치구역은 본법이 정하는 기준에 따르면 건강피해의 우려가 있다고 인정된 구역이기 때문에, 오염제거 등의 조치를 강구하기 위한 조치가 일정한 자에게 의무화된다. 본법은 소유자 등의 책임을 원칙으로 하면서(제7조 제1항 본문), ① 오염원인이 소유자 등 이외의 자의 행위에 의한 것임이 분명할 것, ② 원인자(상속, 합병 또는 분할에 의해 그 지위를 승계한 자를 포함)에게 조치를 강구하게 하는 것이 상당하다고 인정할 것, ③ 원인자에게 조치를 강구하게 하는 것에 관하여 소유자 등의 이의가 없을 것 등 3가지 요건을 충족하는 경우에는, 원인자책임에 의한다(제7조 제1항 단서).

소유자 등이 원인자이기도 한 경우에는 문제가 없을 것인데, 2007년 시점의 통계에서는 소유자 등이 원인자와 동일한 사례가 158건임에 비해, 동일하지 않은 사례는 95건에 이른다.²⁷²⁾ 원인자가 판명되어 있고, 그리고 조치실시능력이 있는 경우에는, 직접 원인자에게 귀책하는 방식이 정의에 부합하기 때문이다.

3가지 요건, 특히 앞의 2가지 요건에 관하여 도도부현지사와 소유자 등 사이에 다툼이 있는 경우에는 요건 충족의 증명책임은 소유자 등에 있다. 이 경우, ①의 조건은 오염이 소유자 등의 행위에 의한 것이 아니라는 것으로는 충분하지 않고, 특정한 자의 행위가 원인이라는 증명이 요구된다. 현실적으로는 토지소유자 등에게 원인자가 납득하는 방법으로 원인자의 증명을 요구하는 것은 곤란한 경우가 많기 때문에, 실무상으로는 토지소유자 등이 원인자의 존재를 신고하는 방법, 토지소유자 등에 대한 토양오염대책조치명령 등의 불이익처분을 하는 때에 행정절차법에 근거하여 이루어지는 변명의 기회에 원인자의 존재를 주장하는 방법을 통해, 토지소유자 등에게 원인자의 존재에 관하여 주장할 기회를 부여하고, 이를 계기로 도도부현이 지력(地歴) 등을 조사하는 형태로 원인자의 해명에 관여하는 구조가 채용되어 있다.²⁷³⁾

도도부현지사가 제1항 단서에 근거한 지시를 한 대상자가 원인자라는 사실을 다투는 경우에는, 원인자의 증명책임은 도도부현지사에게 있다. 도도부현지사와 원인자 사이에서나, 도도부현지사와 소유자 등의 사이에서나 어떠한 경우에도, 그 증명은 고도의 개연성의 정도로 족하다.²⁷⁴⁾

②의 조건으로는 원인자가 토양오염대책조치비용의 부담을 감당할 수 없는 경우 등이 고려된다. ③의 조건은 원인자에 대한 지시·명령에

272) 環境省水・大氣環境局, 『平成19年度 土壤汚染対策法の施行状況及び土壤汚染調査・対策事例等に関する調査結果』(平成21年3月) 17頁.

273) 中央環境審議会, 『今後の土壤環境保全対策の在り方について』(平成14年1月), 19頁.

274) 공해방지사업비사업자부담법상의 원인자에 관한 東京地判平・18・2・9未登載 참조.

의해 조치를 실시하는 경우에는, 조치의 내용이 건강피해를 방지하기 위하여 필요한 한도로 한정되고, 소유자 등에 의한 토지이용에 지장을 발생시킬 우려도 있다는 등의 이유에서, 소유자 등에게 스스로 조치를 실시한 후에 지시조치 등의 범위에서 비용을 원인자에게 구상하는 방법과, 원인자에 대한 지시·명령에 따라 조치를 실시하는 방법의 선택을 인정하는 것이다.

오염제거 등의 조치를 실시할 법적 의무는 소유자 등 또는 원인자에게 조치의 지시가 이루어질 때까지는 추상적 의무로 머무르고, 지시에 의해 구체적 의무로 확정된다. 도도부현지사에게 있어서, 소유자 등에 대한 의무부과와 원인자에 대한 의무부과는 선택적이다.

원인자에 대한 지시가 이루어진 시점 이후의 소유자 등의 추상적 조치의무, 특히 원인자에 대한 지시 후 조치 완료 전에 앞의 ① 또는 ②의 조건을 결하게 되었을 경우의 의무의 귀속(소유자 등이 부담할 것인가 공적 부담으로 할 것인가)에 관해서는 명확한 형태로 규정되어 있지 않으며, 해석에 맡겨져 있다.

2) 조치의 지시·명령

오염제거 등의 조치는 의무자에 대하여 도도부현지사가 지시한다(제7조 제1항). 조치의 지시를 받은 자는 지시받은 조치 또는 그와 동등 이상의 효과를 갖는 것으로 인정되는 오염제거 등의 조치로서 환경성령으로 정하는 것(지시조치 등)을 강구하여야 한다(제3항). 그러나 본법이 건강을 보호법익으로 하고 있기 때문에, 조치도 동식물의 생태계 등의 환경리스크에 따르지 않고, 직접 노출과 지하수 경우 노출에 따라 건강피해 발생의 우려와의 관계에서 지시되며, 그 구체적 내용은 “당해 오염에 의하여 사람의 건강에 대한 피해가 발생하거나, 또는 발생할 우려가 있는 사람의 건강에 대한 피해를 방지하기 위하여 필요한 한도”이어야 한다. 이 점에서 본법의 한계가 있다. 지시조치 등이 강구되고 있지 않다고 인정되는 경우에는, 도도부현지사는 조치

명령을 내릴 수 있다(제4항). 지시위반에 대하여 벌칙은 없으나, 명령 위반에 대해서는 벌칙이 규정되어 있다(제65조 제1호).

조치의 지시를 받은 자는 지시조치 등의 범위를 넘어, 자발적으로 완전정화조치를 강구할 수도 있다. 특히, 소유자 등에 관해서는 지시·명령에 의하든 자발적 조치에 의하든 불문하고, 요조치구역지정 기준(농도기준)을 충족하지 않는 상태가 되면 요조치구역지정이 해제되고(제6조 제4항. 형질변경시요신고구역도 해제된다[제11조 제4항]), 대장에서 삭제된다는 장점이 있다.

3) 토지소유자 등의 의무

일본에서도 소유자 등이 정화책임을 부담하는 것에 관하여 상태책임 이론을 기초로 설명이 이루어지고 있다.²⁷⁵⁾ 즉, 물건의 상태가 공공의 안전 내지 질서에 위협 내지 방해를 발생시킬 충분한 개연성이 인정되는 경우, 그 상태에 관하여 책임을 지는 자에 대한 공권적 간섭권한을 인정하고, 책임자에게 이러한 간섭에 따른 공법상의 의무를 부과한다는 것이다.

책임의 법적 성질과 관련해서도, 별다른 규정을 두고 있지 아니하다. 이와 관련하여, 토양오염이 본법 시행 후에 발생하였을 경우는 물론, 시행 전에 발생한 오염에 관해서도 책임이 있다고 하면서 소급책임의 성질을 인정하고, 소유자 등이 그 토양오염원인에 관여하였는지 여부를 묻지 아니한다고 하면서 무과실책임의 성질을 인정하는 견해가 유력하게 제시되고 있다.²⁷⁶⁾

한편, 토지소유자 등은 조치의 지시시점을 기준으로 결정하게 될 것인데, 소유자 등이 복수 존재하는 경우의 책임관계에 관해서는 아무런

275) 상태책임에 관해서는 松村弓彦, 『ドイツ土壤保全会の研究』, 成文堂 (2001), 27頁 참조.

276) 松村, 註 266, 199-201頁 참조. 이에 따르면, 본법이 오염원인에 기여하고 있지 않은 토지소유자 등에게 오염제거 등의 조치의무를 부과하는 것 자체는 헌법상의 소유권보장과 모순되지 않는다고 한다.

규정을 두고 있지 않아, 해석에 맡겨져 있다. 소유자와 관리자 또는 점유자가 존재하는 경우에는, 그 사이의 우선서열에 관해서도 아무런 규정이 없다. 토지소유자 등이 부담능력을 갖고 있지 아니한 경우, 그 자에 대하여 법률상 또는 사실상의 권한을 통하여 지배를 가진 자에게 조치의 지시를 발할 수 있는지에 관해서도 명문의 규정이 없고, 해석에 맡겨져 있다.

본법은 선의·무과실의 토지소유자에 대한 면책에 관하여 아무런 규정도 두고 있지 않다. 따라서 토지소유자 등이 오염원인자가 아닌 경우, 소유자 등이 토지취득 시에 오염의 존재에 관하여 선의·무과실이었던 것은 일반적으로는 책임 감면사유로 인정되지 않을 것으로 보인다.

다만, 본법은 토지소유자 등의 원인자에 대한 비용상환청구권을 명시적으로 인정하고 있다. 즉, 토지소유자 등이 오염원인자 또는 그의 포괄승계인이 아닌 경우, 조치의 지시·명령에 기초하여 명해진 조치를 실시하였을 때에는, 원인자가 판명되면, 조치의 지시·명령에 근거한 조치의 실시비용을 원인자에게 구상할 수 있다(제8조 제1항).

다만, 그 행위를 한 자가 이미 당해 오염의 제거 등의 조치에 드는 비용을 부담하였거나 또는 부담한 것으로 간주되는 때에는, 부담의 중복을 피하기 위하여, 구상권은 없다. 예컨대, 토지매매계약 시에 오염의 존재를 고지하고 정화조치비용 상당액을 감액하여 매매가액을 정한 경우 등이 그 예이다. 이 구상권은 토양오염대책조치를 실시하고 원인자를 안 때로부터 3년, 토양오염대책조치의 실시로부터 20년이 되면 시효로 소멸한다(제8조 제2항).

구상권의 범위는 지시·명령받은 오염제거 등의 조치비용으로 한정되므로, 오염상황조사비용을 포함하지 않으며, 소유자 등이 자발적으로 또는 지시·명령의 범위를 초과하여 정화조치 등을 하였을 경우의 비용증가액을 포함하지 아니한다. 이들 비용의 구상은 민법의 일반원칙에 따르게 된다. 본법에 따른 구상권과 소유자 등과 원인자 간의

원인관계에 근거한 민법상의 청구권(예컨대 하자담보, 불법행위 등을 이유로 하는 사법상의 청구권)과의 관계에 관해서는 해석에 맡겨져 있다.

이와 관련해서는, 조치실시시점에 원인관계상의 청구권이 소멸되어 있는 경우에는, 본법상의 구상권을 독립의 청구권으로 이해하여 청구권을 긍정하고, 본법상의 구상권이 토양오염을 이유로 하는 민법상의 청구권을 배제하지 않는 것으로 이해하는 견해가 설득력 있게 제시되고 있다.²⁷⁷⁾ 이에 따르면, 토지의 매수인이 토양오염의 존재에 의해 지시조치 등에 드는 비용의 한도를 초과하는 손해를 입은 경우에는, 민법상의 요건을 충족하는 한, 하자담보책임을 물을 수 있다.

4) 오염원인자(또는 포괄승계인)의 의무

전술한 조건을 충족하는 경우에는 오염원인자가 조치의무를 지는데, 도도부현지사·원인자 간에서는 지시·명령의 대상자가 원인자 또는 그의 포괄승계인이라는 것에 관한 증명책임은 도도부현지사에게 있다. 원인성의 증명은 자연과학적 확실성까지는 요하지 아니하며, 그자에게 조치의무를 부과하는 것이 상당하다는 정도의 개연성이 있으면 족한 것으로 해석된다.²⁷⁸⁾ 토양오염의 원인행위에 관하여는 역시 과실을 요구하지 않으며, 정상조업 또는 토양오염원인행위가 적법행위라는 점, 시설 설치에 있어서 인허가를 받았다는 점 등은 면책사유가 되지 아니한다. 불가항력에 의한 토양오염의 경우에는 명시적 규정이 없으나 원인자의 책임이 행위책임에 기초한 것으로 이해할 때, 면책되는 것으로 보아야 할 것이다.²⁷⁹⁾

원인자가 복수 존재하는 경우에는, 본법상의 조치의무에 관하여 복수의 원인자가 연대책임을 지는 것이 아니라, 각 원인자가 원인기여의

277) 松村, 註 266, 202-203頁.

278) 公害費 제3조에 관하여 고도의 개연성의 증명으로 족하다고 한 예로 東京地判平18・2・9未登載(東京高判平20・8・20未登載 참조. 이 예에서는 자회사에 대한 지휘감독의 실시를 이유로 모회사가 원인자라고 하였다.

279) 松村, 註 266, 203頁.

범위에서 책임을 진다고 함으로써, 원인자 간의 연대책임의 성질을 부정하는 견해가 제시되고 있다.²⁸⁰⁾

본법에 근거한 오염제거 등의 조치의무는 본법 시행시점에서 토양 오염의 건강에 대한 리스크가 존재하는 한, 그 토양오염이 시행 전의 행위에 기인하는 경우에도 적용되는 것으로 해석된다. 다만, 제3조에 근거한 조사의무는 시행 전에 사용폐지된 유해물질사용특정시설의 공장·사업장부지이었던 토지에는 적용되지 아니한다(부칙 제3조).

5) 대집행

도도부현지사로서는, 항상 오염의 제거 등의 조치를 명하여야 하는 대상자(토지소유자 등 또는 토양오염원인자)를 확지(確知)할 수 있다고는 할 수 없지만, 대상자를 확지할 수 없는 것에 관하여 도도부현지사에게 과실이 없는 경우, 그 토양오염을 방치하는 것이 공익에 현저히 반하는 사례에서는, 일정한 공고절차를 거쳐 스스로 조치를 실시하고 나중에 그 비용의 상환을 구할 수 있다(제7조 제5항).

(5) 토지의 형질변경의 제한

형질변경시요신고구역으로 지정된 토지에 관하여, 토양 채취 그 밖의 방법에 의해 형질을 변경하는 경우에는 시행방법에 제한이 부과되어, 환경성령으로 정하는 기준에 적합한 시행방법에 따라 실시하여야 한다(제12조 제4항). 굴삭 등의 형질변경에 의해, 오염된 토양의 비산 등으로 인해 인근에 영향을 주거나 또는 오염된 흙이 반출되어 반출처에서 오염이 확대되는 등, 건강에 대한 새로운 리스크가 발생하는 것을 방지하기 위한 것이다.

형질변경의 제한이 준수되도록 하기 위하여, 토지의 형질을 변경하려는 경우에는 도도부현지사에게 형질변경의 종류, 시행방법 그 밖에

280) 大塚直, 『環境法』, 有斐閣 (2006), 340頁.

일정한 사항을 신고할 의무를 부과한다(동조 제1항. 다만 일정한 예외가 있다). 도도부현지사가 신고받은 시행방법이 기준에 적합하지 않다고 인정하는 경우에는, 신고 후 14일 이내에 시행방법에 관한 계획변경 명령을 내릴 수 있다(동조 제4항).

(6) 오염토양 반출 등에 관한 규제

요조치구역과 형질변경시요신고구역 안의 토양의 반출에 의한 토양 오염 리스크의 확산을 관리하는 것을 목적으로, 반출의 사전신고의무(제16조), 운반에 관한 기준(제17조), 처리위탁의 제한(제18조), 오염토양처리업 규제(제22조 이하) 등의 규정을 두고 있다(2009년 개정).

(7) 지원조치

본법은 지정지원법인으로 하여금 토양오염상황조사, 지정구역 안의 토지에서의 오염의 제거 등의 조치, 토지의 형질변경에 관한 조회·상담·조언 또는 토양오염의 건강영향에 관한 지식의 보급과 계몽 등의 지원업무를 담당하게 함과 동시에, 산업계 등의 각출과 국가의 자금보조에 의해 운영되는 기금을 설치할 것을 예정하고 있다(제46조). 이 기금은 토양오염원인자가 존재하지 않는 경우, 판명되지 않는 경우, 또는 지급능력이 없는 경우, 토양오염대책조치의 실시의무를 지는 토지소유자 등에게 조치비용의 전부를 부담시키면 과혹한 결과가 됨을 고려하여, 지방자치단체가 지정구역 안의 토지에서 오염의 제거 등의 조치를 강구하는 자에 대한 조성을 하는 경우, 이 지방자치단체에 대한 조성금을 교부함으로써 토지소유자 등의 일부 자기부담을 구하면서 국가, 산업계의 각출과 지방자치단체의 부담에 의한 조성에 의해 지원하는 구조이다.

2. 토양정화책임 관련 분쟁사례

일본의 경우에는 우리나라와 같이 정화책임자를 여러 유형을 정하고 있는 것이 아니라, 원칙적으로는 토지소유자 등이 정화책임을 지도록 하고, 예외적으로 원인자가 정화책임을 지는 구조로 되어 있기 때문에서인지, 행정청의 오염제거 등의 조치명령의 당부를 다투는 행정소송은 그리 많지 않은 것으로 보인다. 일본 재판소 사이트²⁸¹⁾에서 판례검색을 통해서도 정화책임 문제를 정면으로 다룬 판례를 찾을 수 없었고, 다만 그와 유사한 성격의 것으로, 토양오염상황조사명령처분의 위법성을 다투는 최고재판소 판결(아사히카와 세정시설부지 사건)²⁸²⁾을 확인할 수 있을 뿐이었다. 그 외에 판례타임즈(判例タイムズ), 판례시보(判例時報), Westlaw Japan²⁸³⁾, LEX/DB 인터넷²⁸⁴⁾ 등의 검색 결과, 토양오염과 관련하여 국가배상을 청구한 군마현 공업단지 토양오염 사건²⁸⁵⁾ 외에는, 토양정화와 관련된 대부분의 판례는 계약책임을 다투는 민사사건이었다. 즉, 계약책임에 기초하여 토양오염으로 인하여 발생한 손해의 배상 등을 청구하는 사건이 대부분이다. 다만, 그 중에서도 토양오염대책법이나 조례 등에 따른 토양오염조사 등을 실시하고 그에 관한 비용을 청구하는 사례도 몇 건 발견되는바, 이들 사례는 법령에 따른 토양오염조사 비용의 구상에 관한 판례로 따로 구분하여 살펴보기로 한다.²⁸⁶⁾

281) <<http://www.courts.go.jp>>

282) 平24·2·3/平成23(行ヒ)18. <<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120203141905.pdf>>.

283) <www.westlawjapan.com>

284) <<http://www.tkclex.ne.jp>>

285) 前橋地判 平成20年2月27日, LEX/DB (25400325).

286) 다만, 토양오염조사의 실시 비용에 대한 청구가 포함되어 있는 사례의 경우에도, 판례의 내용상으로 토양오염대책법이나 그 밖에 지방자치단체의 조례에 따른 토양오염조사 등의 실시의무 이행을 위하여 토양오염조사를 실시한 것인지, 아니면 자발적으로 토양오염조사를 실시한 것인지 여부가 불분명한 사례의 경우에는, 계약

(1) 토양오염상황조사 및 오염제거조치명령 관련 행정판례

1) 아사히카와 세정시설부지 사건

① 사실관계 및 소송의 경과

A는 아사히카와(旭川) 시내에 주소를 두고 있으면서, X 토지를 소유하고 있는 자이다. 한편, 주식회사 D는 아사히카와(旭川) 시내에 위치하고 있는 X 토지상에서 세탁업을 위하여 특정유해물질 테트라클로로에틸렌을 사용하는 세정시설(유해물질사용특정시설)을 설치·운영하면서 X 토지를 점유해오다가, 2006년 3월 1일 회사분할을 통하여 주식회사 C가 종합크리닝업 부문을 담당하게 되었고, 그때부터 2007년 11월 30일경까지는 주식회사 C가 해당 세정시설을 세탁업 용도로 사용하면서, X 토지를 점유하고 있었다. 2008년 4월 27일, A는 위 세정시설(유해물질사용특정시설)의 폐지를 확인하였다.

그런데, 지방자치단체 B는 A에게 2008년 8월 21일 『유해물질사용특정시설의 사용폐지 등에 관하여(통지)』라는 제목의 서면(이하 “이 사건 통지서”라 한다)을 통하여 이 사건 통지를 하였고, A는 같은 날 이 사건 통지서를 수취하였다. 이 사건 통지서에는 “토양오염대책법 제3조 제2항에 따라 다음과 같이 통지합니다. 이에 따라 동법 제3조 제1항에 근거하여 토양오염상황조사 의무를 지게 되었으므로 아래의 기한까지 토양오염대책상황조사보고서를 제출해 주십시오.”라고 기재되어 있었다. 지방자치단체 B는 이 사건 통지에 있어서 A에게 변명의 기회를 부여한다는 취지의 서면 통지를 하지는 않았다.

이에 대하여, 2008년 11월 14일, A는 이 사건 통지가 행정처분에 해당한다고 보고, ① 이 사건 통지 시 행정절차법(行政手続法) 소정의 변명기회가 부여되지 않았다는 점, ② 이 사건 통지는 토양오염대책

책임에 관한 판례로 분류하였음을 밝혀둔다.

법을 잘못 해석함에 따른 것이라는 점, ③ 이 사건 통지의 근거가 되는 토양오염대책법 제3조가 헌법 제29조에 위배된다는 점 등을 이유로, 이 사건 통지의 위법성을 주장하면서, 그 취소를 구하는 항고소송을 제기하였다.²⁸⁷⁾

이에 대하여, 旭川지방법재판소는 이 사건 처분이 행정처분에 해당도지 아니한다고 하면서, 원고(A)의 나머지 주장에 대해서는 판단하지 아니한 채, 소를 각하하였다. 그러나 A는 이에 불복하여 항소하였고, 2010년 10월 12일, 札幌고등재판소는 이 사건 통지가 행정처분에 해당한다고 하면서 원심판결을 파기·환송하였고, 2012년 2월 23일, 최고재판소 역시 토양오염대책법 제3조 제2항에 따른 통지가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 하면서, 상고를 기각하였다.

이와 같이, 법원은 처분성 유무에 대해서만 판시하고 있을 뿐이고, 본안에 대한 판단을 하고 있지 않아 아쉬운 부분이 있기는 하지만, 이 사건에서 당사자들이 제시하고 있는 주장을 살펴보는 것만으로도 토양정화책임을 비롯한 토양오염 관련 분쟁에서 제기될 수 있는 여러 쟁점을 확인할 수 있다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있을 것이다.²⁸⁸⁾

② 쟁점 1: 토양오염대책법 제3조의 해석을 잘못된 위법의 유무

(i) 원고(X 토지의 소유자)의 주장

원고(A)는 토양오염대책법 제3조 제1항에 따라 제1차적으로 조사보고의무를 지게 되는 것은 그 토지상에 유해물질사용 특정시설을 설치하고 있던 자이며, 유해물질사용 특정시설을 설치하지 않은 자가 조사

287) 이 사건의 사실관계나 당사자의 주장 등은 札幌고등재판소 판결을 통하여 확인하였다. 平22·10·12/平成21(行コ)14. <<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20110519185307.pdf>>.

288) 본 사건에서 다루고 있는 통지의 처분성 유무는 행정소송에 있어서 큰 의미가 있다고 할 것이다. 다만, 이 글에서 중점으로 다루고자 하는 토양정화책임 관련 분쟁의 핵심과는 다소 거리가 있는바, 지면관계상 구체적인 내용 소개는 생략하고, 본안의 쟁점에 관한 사항, 그 중에서도 특히 토양오염조사와 직접적으로 관련되는 쟁점에 대해서만 살펴보기로 한다.

보고의무를 지게 되는 것은 설치자 자신이 행방불명인 등 부득이 한 사유가 있는 경우로 한정되는 것으로 해석하여야 한다고 주장하였다.

왜냐하면, ① 토양오염대책법 제7조 제1항 단서 및 동조 제2항의 취지는 환경기본법(環境基本法) 제37조에서의 원인자부담원칙을 구체화한 것으로 볼 수 있는바, 이와 정합성을 이루어야 할 것이며, ② 토양오염대책법 제3조 제1항 및 제2항에서 유해물질사용특정시설을 설치하지 않은 소유자 등에 대한 조사보고의무의 부과방법이 명확하게 보충적이기 때문이다. 또한 이처럼 해석하지 않으면 토양오염대책법 제3조가 위헌이 되기 때문이라는 것이다.

이에 따라, 원고는 이 사건에서 주식회사 D와 주식회사 C가 X 토지상 유해물질사용특정시설인 클리닝공장을 설치하고, 업무를 하고 있었는데, 이들 회사가 토양오염대책법 제3조 제1항의 “소유자 등”에 포함되는 “점유자”에 해당하고, 토양오염상황조사보고의무를 부담하는 것은 원고가 아니라 C 주식회사 또는 D 주식회사라고 주장하였다.

그리고 토양오염대책법 제3조 제1항의 “소유자 등”에 포함되는 점유자에 대해서는 토지의 굴착 등에 관한 권원이 임대차계약에서 정해져 있어야 한다는 취지의 피고(지방자치단체 B)의 주장에 대해서도, 이러한 해석은 조문에 규정되어 있지 않은 조건을 부가하여 오염에 대해서 어떠한 귀책성이 없는 소유자에게 조사보고의무를 부과하게 되기 때문에 토양오염대책법의 취지에 반하는 해석이라고 주장하였다.

(ii) 피고(지방자치단체 B)의 주장

반면, 피고(지방자치단체 B)는 토양오염상황조사의 실시주체가 토지상태에 책임이 있는 ‘토지의 소유자 등’이라고 보고, 토양오염상황조사는 토지의 굴착 등을 수반하기 때문에, 그 실시주체인 ‘소유자 등’은 토지의 굴착 등에 관한 권원을 가진 자일 필요가 있고, 통상 소유자가 이에 해당한다고 하면서, 역시 ‘토지의 소유자 등’에게 관리자

및 점유자가 포함되어 있는 것은 임대차계약에서 토지의 굴착 등을 하는 것까지 포함된 사용 등의 권원을 모두 임차인이 갖는다는 취지를 정한 경우 등을 상정한 것으로, 이와 같은 경우에 한하여 임차인인 관리자 또는 점유자가 실시주체가 된다고 주장하였다.

이 사건에서 피고가 원고에게 이 사건 통지를 한 것은 D 주식회사 등이 토양오염대책법 제3조 제1항의 “토지 소유자 등”에 해당하지 않고, 원고가 동조 제2항의 규정에 해당하는 “유해물질사용특정시설을 설치하고 있었던 자 이외”의 “소유자 등”이기 때문이라는 것이다.

그리고 피고는 원고와 D 주식회사 간의 임대차계약에는 계약서가 존재하지 않으므로, 당연히 토지의 굴착 등에 관한 계약은 이루어지지 않았고, 주식회사 C 또는 주식회사 D가 이 사건 토지의 굴착 등에 관한 권원을 갖는다고 볼 수 없을 것이며, 따라서 이 사건 통지가 위법하지 않다고 주장하였다.

뿐만 아니라, 피고는 토양오염대책법 제7조 제1항에서 토지의 소유자 등에 대해서 오염의 방지 등의 조치를 강구할 것을 명할 수 있다고 규정하는 한편, 동조 단서에서 오염의 원인이 토지의 소유자 등 이외의 자의 행위에 의한 것이 분명하고, 행위자에게 오염의 제거 등의 조치를 강구하게 하는 것이 상당하다고 인정되고, 이를 강구하게 하는 것에 대해서 토지의 소유자 등이 이의가 없는 경우에 한하여, 오염원인자에게 오염제거 등의 조치를 강구할 것을 명할 수 있다는 취지로 규정하고 있는바, 동법 제7조에 따른 오염제거 등의 조치의 실시주체가 원칙적으로 ‘토지의 소유자 등’임이 명확하다고 주장하고 있다.

또한, 환경기본법상의 ‘원인자부담의 원칙’이란 비용부담에 관한 것이며, 실시주체에 관한 것은 아니며, 토양오염대책법 제3조의 조사는 오염원인자가 판명되지 않은 단계에서 오염의 발견을 위하여 실시되는 것이지, 상태책임을 묻는 것은 아니므로, 원인자부담의 원칙은 타당하지 않다고 주장하였다.

나아가 토양오염대책법 제3조 제1항은 유해물질사용 “특정시설을 설치하고 있었던 자 또는 다음 항의 규정에 따라 도도부현지사로부터 통지를 받은 자”라고 규정하고 있는바, 이 같은 규정만으로는 유해물질사용특정시설을 설치하고 있었던 자와 통지를 받은 자 사이에 우열 또는 선후의 관계가 있는 것으로는 해석되지 않는다고 주장하였다.

③ 쟁점 2: 토양오염대책법 제3조의 헌법적합성의 유무

(i) 원고의 주장

원고는 토양오염대책법의 입법목적, 즉 토양오염대책의 실시에 따른 국민의 건강보호 그 자체는 정당하다고 하면서도, 오염상황조사의 목적을 실현하기 위해서는 소유자 등에게 “오염원인자 또는 국가나 공공단체(또는 1차적 조사의무가 부과된 유해물질사용특정시설의 설치자)가 당해 토지에 출입하여 토양을 굴착하고 채취하는 것을 받아들일 의무”를 부과하는 것으로 족하며, 이를 넘어 임차인이 유해물질사용특정시설을 설치한 토지의 임대인에 불과한 소유자에게 오염원인자가 명확함에도 불구하고 과도한 비용부담과 행정형벌의 위협을 수반하는 조사보고의무를 부과하는 것은 필요하지도 않고 합리적이지도 않다고 주장하였다.

또한, 토양오염대책법이 성립된 것은 2002년인바, 이 사건 토지에 관한 임대차계약이 체결된 1964년보다 이전에는 원고가 토양오염상황조사보고의무를 부담할 것을 예정하여 미리 구상(求償)의 합의를 하는 등 재판적 부담의 예방조치를 하는 것이 불가능하였고, 그 후에도 예방조치 등을 취할 수가 없었다고 하면서, 이러한 의무에 따른 비용부담 등은 원고에게 특별희생을 강요하는 것으로, 보상이 필요하게 되는 것임에도 보상에 관한 규정이 없다고 하면서, 토양오염대책법 제3조가 헌법 제29조에 위배된다고 주장하였다.

아울러 경찰법상 상태책임에 근거하여 소유자 등이 토양오염상황조사를 실시하여야 한다는 피고의 주장에 대하여, 원고는 상태책임을 지는 것은 사회생활, 국민의 건강피해에 대한 위험이 발생하고 있거나 그 위험이 임박한 상태일 것이 요구되는바, 이 사건에서는 이와 같은 상태가 발생하지 않았다고 반박하였다.

(ii) 피고의 주장

피고는 토양오염대책법의 입법사실로는 인간의 건강피해 방지 필요성뿐만 아니라, 토양의 특정유해물질에 의한 오염상황의 파악 필요성도 존재하며, 헌법 제29조 제2항에서 재산권의 내용은 공공의 복리에 적합하도록 법률에서 정한다고 규정하고 있으므로, 토양오염상황조사는 토지가 사람의 건강에 대하여 위험한 상태를 발생시키고 있는지를 파악하는 행위로서, 위험한 상태를 지배하고 있는 자인 소유자 등이 위험의 발생을 방지할 책임(이른바, 경찰법상의 상태책임)을 지므로, 토지의 소유자로서 수인하여야 할 한도의 범위 내의 것이라고 주장하였다.

그리고 피고는 확실히 오염원인자로서 개연성이 높은 자 등이 소유자 등의 승낙을 얻어 조사를 실시하는 방법도 생각할 수 있으나, 오염이 판명된 경우에는 사람의 건강에 대한 피해를 방지하기 위하여 조급하게 대책을 강구할 필요가 있다는 점 등을 고려한다면, 토양오염상황조사의 실효성을 높이기 위해서는 확실히 존재하는 소유자 등을 그 실시주체로 하는 것이 무엇보다도 합리적이라고 하면서, 토양오염대책법이 헌법 제29조에 반하지 않는다고 주장하였다.

또한, 피고는 원고가 오염원인자가 명확하다는 것을 전제로 주장하고 있으나, 토양오염상황조사는 당해 토지가 오염되어 있는지 여부를 조사하는 것인바, 조사를 실시하지 아니한 시점에서 오염되어 있는지 여부는 불분명하고 따라서 오염원인자는 판명되어 있지 아니한 상태이므로, 원고의 주장이 부당하다고 주장하였다.

2) 군마현 공업단지 토양오염 사건

① 사실관계 및 당사자의 주장

이 사건은 군마(群馬)현이 공업단지로 조성하여 구획·분양한 토지에 토양오염이 있었다고 하여, 당해 토지를 소유하는 자와 당해 토지에서 건물을 소유하는 자 3인(이 중 2인은 기업이다)이 국가배상법 제 1조 제1항과 제2조 제1항에 근거하여 국가배상을 청구한 사안이다.

1961년, 군마현지사는 이 사건 각 토지에 대하여 카바이드 찌꺼기를 매립하여 그 상부를 흙으로 덮는 내용의 하천의 형상변경 허가를 하여, 1961년 12월부터 1963년 5월까지 이 사건 각 토지에 4100톤의 카바이드 찌꺼기가 매립되었다. 그 후 조성이 완료되어 원고 A는 1979년 6월 30일과 1981년 9월 22일, 공업단지 안의 이 사건 토지를 분양받았다.

그러나 1998년, 원고들이 이 사건 각 토지를 조사하였는데, 이 사건 각 토지가 테트라클로로에틸렌으로 오염되어 있음이 판명되었고, 2006년, 원고들이 업자에게 의뢰하여 조사한 결과, 이 사건 각 토지에서 토양오염대책법상의 기준치를 초과하는 테트라클로로에틸렌, 트리클로로에틸렌 등이 검출되었다.

토양오염대책법에서는, 도도부현지사는 토양의 특정유해물질에 의한 오염으로 인해 사람의 건강에 대한 피해가 발생할 우려가 있는 것으로서 정령에서 정한 기준에 해당하는 토지가 있다고 인정되는 때에는 당해 토지의 토양의 특정유해물질에 의한 오염의 상황에 대해서 당해 토지의 소유자 등에게 환경대신이 지정한 자로 하여금 조사하게 하고, 그 결과를 보고하도록 명할 수 있다(구법 제4조 제1항. 이하 오염조사 및 그 결과의 보고를 “오염조사 등”이라 하고, 오염조사 등을 명하는 것을 “조사명령”이라 한다). 또한 오염조사 결과, 당해 토지의 토양의 특정유해물질에 의한 오염상태가 환경성령에서 정하는 기준에 적합하지 않다고 인정되는 경우에는 당해 토지의 구역을 그 토지가

특정유해물질에 의해 오염되어 있는 구역으로 지정하도록 되어 있다(구법 제5조 제1항. 이하 “구역지정”이라 한다). 또한, 도도부현지사는 토양의 특정유해물질에 의한 오염에 의해 사람의 건강에 대한 피해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 것으로 정령에서 정하는 기준에 해당하는 지정구역 내의 토지가 있다고 인정하는 때에는, 그 피해를 방지하기 위하여 필요한 한도에서 당해 토지의 소유자 등에게 상당한 권한을 정하여 당해 오염의 제거, 당해 오염의 확산방지, 그 밖에 필요한 조치를 강구하도록 명할 수 있다고 규정되어 있다(구법 제7조 제1항. 이하 “조치명령”이라 한다).

원고들은 (i) 하천의 형상변경 허가 및 원고들에 대한 분양행위는 불법행위에 해당하고, (ii) 군마현지사는 토양오염대책법에 따라 구역지정을 하고 조치명령을 내려야 하는바, 이들 권한을 행사하지 않는 것은 위법이며, (iii) 관리하에 있는 폐하천부에 산업폐기물인 카바이드 찌꺼기를 매립하게 한 것에 관하여 영조물의 관리에 하자가 있었다고 주장하였다.

② 법원의 판단

미에바시지방재판소는 (i)의 주장과 관련하여 테트라클로로에틸렌 등의 유기염소계 용제의 유해성에 관하여 인지된 것은 미국에서 1981년, 일본에서 1982년 당시로 인정된다고 하여, 하천의 형상변경허가를 한 1959년 당시 및 분양이 이루어진 1961년 당시에는 이 사건 토양오염에 관하여 예견이 곤란하여 예견가능성이 없었다고 하면서, 원고의 주장을 인정하지 않았다.

(ii)의 주장과 관련해서는, 권한 불행사 사례에서는 “국가 또는 지방자치단체의 공무원에 의한 행정상의 권한 불행사는 그 권한을 정한 법령의 취지, 목적이나 권한의 성질 등에 비추어 개별·구체적인 사정하에서 그 불행사가 허용된 한도를 일탈하여, 현저히 합리성을 결

한 것으로 인정되는 경우”에 “국가배상법의 적용에 따라 위법하다고 평가된다.”는 기준을 제시한 후, 구역지정 및 조치명령 각각에 관하여 판단하였다.

구역지정(구법 제5조 제1항)에 관해서는, 법의 목적은 토양의 특정유해물질에 의한 오염상황 파악에 관한 조치 및 그 오염에 의한 사람의 건강에 대한 피해 방지에 관한 조치를 정함으로써, 국민의 건강을 보호하는 것에 있는 것으로(법 제11조), 법의 체제상으로는 조사의 결과 기준을 충족하지 않는 경우 구역지정을 하는 것이고, 광범위한 재량을 지사에게 부여한 것은 아니지만, 이 사건에서는 구역지정의 전제가 되는 오염조사가 실시되어 있지 않으므로, 현 시점에서는 구역지정에 관한 권한을 행사할 전제를 결하고 있다고 보아야 한다고 판시하였다. 또한, 조사에 관한 권한의 불행사에 대해서는 오염조사나 조사명령에 관한 권한의 행사방법, 오염조사를 실시하여야 할 범위의 확정 등에 관하여 군마현지사에게 일정한 재량이 있는 것으로 해석되고, 일반적으로 오염조사나 조사명령에 관한 권한 행사에 있어서는 오염조사나 조사명령을 실시하여야 할 전제요건의 유무에 관한 검토, 오염조사나 조사명령에 관한 권한의 행사방법의 선택이나 조사의 대상범위의 확정 등 여러 가지 곤란한 문제를 수반하는 것으로, 반드시 단기간에 오염조사나 조사명령에 관한 권한을 행사할 수 있는 것이 아니며, 현재 조사 중인 이 사건에서는 그 조사가 현저히 지체되어 있다고 인정하기에 충분한 증거가 없고, 현시점에서의 이 사건 오염물질에 의한 구체적인 건강피해의 발생 또는 그 발생의 우려가 있다고 인정할 수는 없다고 하여, 군마현지사가 오염조사나 조사명령에 관한 권한을 행사하지 않은 것이 재량을 일탈한 불합리한 것이라고는 할 수 없다고 판시하였다.

또한, 조치명령의 권한 불행사에 관하여 법의 목적은 전술한 바와 같고, 토양오염에 의해 사람의 건강피해가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우 군마현지사는 일정한 요건하에 오염제거조치를 강구하도록

토지소유자나 오염행위를 한 자 등에게 명할 권한을 갖고 있는바, 법은 군마현지사가 이 조치명령의 권한을 행사할지 여부에 대하여 일정한 재량을 부여하고 있으며, 이는 조문상으로도 분명하다고 보았다. 그런 다음, 군마현지사가 조치명령을 하는 전제가 되는 구역지정에 관한 권한 불행사가 위법이라고는 할 수 없다는 점, 이 사건 오염물질에 의한 구체적인 건강피해의 발생 또는 발생의 우려가 있다고 인정할 수는 없다는 점 등을 함께 고려하면, 군마현지사가 조치명령(구법 제7조)에 관한 권한을 행사하지 않는 것이 현저히 합리성을 결한 것이라고 할 수는 없다고 하여, 위법으로 평가할 수 없다고 하였다.

(iii)의 주장에 관해서는, 하천의 형상변경 허가가 내려진 1961년 당시부터 1979년, 1981년 당시에 이르기까지, 이 사건 오염을 예견하는 것은 곤란하였으므로, 이 사건 각 토지의 관리에 하자가 있다고는 할 수 없다고 판시하였다.²⁸⁹⁾

(2) 법령에 따른 토양오염조사·정화 비용의 구상에 관한 민사판례

1) 아다치구(足立区) 토지개발공사 사건

① 사실관계 및 당사자의 주장

1991년 3월, 원고는 닛포리(日暮里) 도네리선(舎人線)의 개설에 불가결한 용지의 피매수자에게 제공할 대체지 취득을 위하여, 1984년경까지 공업용 불산을 제조하기 위한 공장용지이었던 이 사건 토지를 피고로부터 약 23억 300만엔에 구입하였다.

매매에 앞서 1991년 2월, 실시된 조사에서는 이 사건 토지에 납, 비소, 카드뮴이 함유되어 있는 부분이 있는 것으로 판명되었다. 그 후 이 사건 토지는 사실상 유희지가 되었고, 간이포장을 한 후 일반에 개방되어 있었지만, 2005년에 이르러 본래의 목적인 용지매수의 대체

289) 前橋地判 平成20年2月27日, LEX/DB (25400325).

지로서 피해수자에게 제공함에 있어서 이 사건 토지의 토양오염을 조사하였는데, 납, 비소, 카드뮴 외에, 불소가 함유되어 있는 부분이 있는 것으로 판명되었다.

2001년 시행 동경도 조례에서는 토지의 개변(改變)을 하는 자로 하여금 유해물질의 조사를 하도록 의무화하고, 오염되어 있는 것으로 인정되는 때에는 오염상황에 관하여 조사·보고하여야 할 의무를 규정하고 있다. 또한, 유해물질의 농도가 오염토양 처리기준을 초과하는 것으로 판명되는 때에는, 오염확산 방지조치를 강구하도록 의무화하고 있다. 당초 불소는 이 조례에 따른 규제대상으로 포함되어 있지 않았지만, 2003년에 추가되었다.

불소에 관한 법적 규제에 관해서는, 2001년 3월, 환경기본법 제16조에 따른 환경기준에 불소가 추가되었고, 2002년 5월에는 불소를 특정 유해물질로 규정한 토양오염대책법이 공포되고 그 다음 해부터 시행되었는데, 1991년 이 사건 매매계약 체결 당시에는 토양 중의 불소의 유해성이 인식되고 있지 않았다.

제1심에서 원고는 피고로부터 구매한 이 사건 토지의 토양이 유해물질에 의해 오염되어 있으므로, 그 후 시행된 동경도 조례에 따라 토양오염을 조사하고 확산을 방지하는 조치를 하여야 하는 제한을 받게 된 것이 “하자”라고 주장하면서, 하자담보책임에 기한 손해배상 등을 청구하였고, 항소심에서는 매매계약체결 당시 이 사건 토지의 토양이 불소로 오염되어 있었다는 것이 이 사건 토지의 숨은 하자라는 주장을 추가하였다.

② 법원의 판단

제1심에서 동경지방법재판소는 법령 등에 의하여 이용제한을 받는 것은 매매의 목적물로서 통상 가져야 하는 품질과 성능을 흠결한 것으로 ‘하자’에 해당할 수 있으나, 하자담보책임이 문제되는 경우에는 매매

계약 체결 시에 ‘하자’가 필요하며, 즉 현재 법령 등에 따라 목적물의 이용이 제한되고 있는지가 확실히 예정되어 있을 것이 필요한바, 이 사건에서는 매매계약 체결 시 존재하지 아니하는 하자를 주장하는 것으로, 주장 자체가 부당하다고 판시하였다.²⁹⁰⁾

항소심에서 동경고등재판소는 불소에 의한 토양오염이 제1심에서의 사실주장의 불가결한 전제이며, 시기에 늦은 공격방어방법에는 해당하지 않는다고 하면서, “거주, 그 밖에 토지를 통상적으로 이용하는 것을 목적으로 체결된 매매계약의 목적물인 토지의 토양에 사람의 생명, 신체, 건강을 해칠 위험이 있는 유해물질이 상기(上記)의 위험이 아니라고 인정되는 한도를 초과하여 포함되어 있지만, 당시 거래관념상 그 유해성이 인식되지 않았던 경우, 그 이후 당해 물질이 토지의 토양에 상기의 한도를 초과하여 포함되는 것이 유해하다고 사회적으로 인식되기에 이른 때에는 상기 매매계약의 목적물인 토지의 토양에 당해 유해물질이 상기의 한도를 초과하여 포함되어 있는 것은 민법 제570조에서 말하는 숨은 하자에 해당한다고 해석하는 것이 상당하다.”고 함으로써, 매매계약 체결 당시 유해성에 대해서 인식되지 않았더라도 불소에 의한 토양오염은 하자에 해당한다고 판단하고, 위 경우에는 동경도의 조례에 근거하여 오염의 제거·확산 방지조치를 실시하기 위하여 부담한 비용 상당액의 손해배상을 구하는 것이 가능하다고 판시하였다.

나아가 유해성이 인식되고 있지 않았기 때문에 매매의 목적물 인도를 받은 때부터 손해배상청구권을 행사하는 것이 가능하지 않다는 특단의 사정이 있다고 하면서, 하자담보책임에 기초한 손해배상청구권의 시효 기산점을 2001년 3월 28일(환경기준이 개정되어 별표에 불소가 추가된 때)이라고 함으로써, 손해배상청구권의 시효소멸을 인정하지 않았다.²⁹¹⁾

290) 東京地方裁判所判例(東京地判) 平成19年7月25日, 『金融・商事判例』 第1305号, 50頁.

291) 東京高等裁判所判例(東京高判) 平成20年9月25日, 『金融・商事判例』 第1305号, 36頁;

최고재판소는 하자의 판단에 관한 상고이유만 받아들여, “매매계약의 당사자 간의 목적물이 어떠한 품질·성능을 가지는 것으로 예정되어 있는지에 대해서는 매매계약 체결 당시의 계약관념을 참작하여 판단하여야 하는바, 상술한 사실관계에 따르면 이 사건 매매계약 체결 당시 계약관념상 불소가 토양에 함유됨에 기인하여 사람의 건강에 대한 피해를 발생시킬 우려가 있다고는 인식되지 않았고, 피상고인인 담당자도 그 같은 인식을 갖고 있지 않았으며, 불소가 토양에 함유됨에 기인하여 사람의 건강에 대한 피해를 발생시킬 우려가 있는 등 유해물질로 법령에 기초한 규제대상이 된 것은 이 사건 매매계약 체결 후이었다고 하는 것이다. 그리고 이 사건 매매계약의 당사자 사이에 이 사건 토지가 갖추어야 할 속성으로, 그 토양에 불소가 함유되어 있지 아니할 것이나, 이 사건 매매계약 체결 당시에 유해성이 인식되고 있었는지 여부에 관계없이, 사람의 건강에 대한 피해를 발생시킬 우려가 있는 일체의 물질이 함유되어 있지 않을 것이 특히 예정되어 있었다고 보아야 할 사정도 보이지 않는다. 그렇다면, 이 사건 매매계약 체결 당시 계약관념상 그것이 토양에 함유됨에 기인하여 사람의 건강에 대한 피해를 발생시킬 우려가 있다고는 인식되지 않았던 불소에 관하여, 이 사건 매매계약의 당사자 간에 그것이 사람의 건강을 해치는 한도를 초과하여 이 사건 토지의 토양에 함유되지 아니할 것이 예정되어 있었던 것이라고 볼 수는 없고, 이 사건 토지의 토양에 용출량 기준치나 함유량 기준치 중 어느 하나라도 초과하는 불소가 함유되어 있었다고 하더라도, 그것은 민법 제570조에서 말하는 하자에는 해당하지 않는다고 하여야 할 것이다.”라고 판시하였다. 매매계약 체결 당시 거래 관념이 어떠한 것이었는지와 당사자가 거래 당시 목적물에 어떠한 성상 등을 예정하고 있었는지를 각각 탐구하여 하자가 있었는지를 판단하여야 한다는 것이 명확하게 제시된 것이다.²⁹²⁾

『ビジネス法務』第9巻 第3号, 74頁.

292) 最高裁判所判例 平成22年6月1日, 『判例タイムズ』第1326号, 106頁; 『判例時報』

2) 강남화공 사건

① 사실관계 및 당사자의 주장

이 사건은 피고 江南化工 株式会社(이하 “강남화공”)로부터 원고 七ボシ 株式会社(이하 “세본”)가 구입한 토지에서 고농도의 비소가 검출된 것에 대하여 세본이 강남화공 및 조사·정화를 수급한 업자 등에게 손해배상을 청구한 사안이다.

이 사건 토지는 원래 강남화공이 화학물질의 제조공장을 운영하던 토지이었다. 공장의 조업정지 후, 강남화공이 동경도 조례에 따라 토양오염조사를 실시하였는데, 환경기준의 10수배 내지 100배를 초과하는 비소가 검출되었다. 강남화공은 토양의 세정이나 토지의 교체 등 토양오염처리를 하여 정화를 완료한 후, 2004년 8월, 세본에게 이 사건 토지를 매각하여 같은 해 8월 31일 인도하였다. 이때 체결된 이 사건 매매계약에는 이 사건 토지를 인도한 후 6개월을 경과한 때에는 매수인이 하자담보책임에 기한 청구를 할 수 없다는 규정(이하 “기간제한조항”)이 있었고, 같은 날 매도인은 이 사건 토지 중 지표에서 지하 1m의 범위에 한하여 하자담보책임을 진다는 각서(이하 “책임제한특약”)도 체결되었다.

이후 세본이 이 사건 토지를 부상렉셀(扶桑レクセル) 주식회사에게 전매하였는데, 2005년 4월 환경기준치의 180배에 달하는 비소가 검출되었다. 이에, 세본은 민법 제570조, 제566조의 하자담보책임, 완전히 정화된 토지를 인도할 의무 등의 신의칙상의 부수의무가 있음에도 이를 해태하였다는 등의 이유로, 강남화공에 대한 손해배상을 청구하였다. 또한, 정화나 조사를 수급한 업자들에게는 부적절한 조사나 제거 조치를 하였다고 하면서 공동불법행위의 성립을 근거로 손해배상을

第2083号, 77頁.

청구하였다. 그리고 부상렉셀 역시 세본을 상대로 소송을 제기하였는데, 이 사건(세본 사건)에 대해서는 뒤에서 따로 살펴보기로 한다.

② 법원의 판단

동경지방법판소는 민법 제572조가 “매도인이 알면서 고지하지 아니한 사실에 대해서는 공평의 견지에서 하자담보책임의 면책특약의 효력을 부정하는 취지의 것”이고, 이 같은 취지에 비추어보면 기간제한 조항은 이 사건 토지에 비소가 잔류하고 있었음에 대하여 피고가 악의인 때에 무효가 되지만, 잔류하고 있었음을 알지 못하였을 때에는 중과실이라고 하더라도 그 효력이 부정되는 것은 아니라고 판시하고, 피고에게는 중과실은 인정되지 않는다고 하면서 인도한 날로부터 6개월이 지나버린 이 사건에서는 피고가 하자담보책임을 부담하지 아니한다고 하였다.

그러나 “이 사건 매매계약의 매도인인 피고 강남화공은 이 사건 토지가 환경기준치를 초과하는 비소가 함유되어 있는 토지라는 것을 사전에 알고 있었기 때문에, 신의칙상 이 사건 매매계약에 부수하는 의무로서 이 사건 토지의 토양 중 비소가 환경기준치 이하가 되도록 정화하여 원고에게 인도할 의무를 부담한다.”고 하여, 신의칙상 부수의무로 오염정화 의무를 인정하고, 강남화공이 이러한 의무를 위반하였다고 판시하였다. 다만, 강남화공의 책임은 책임제한특약의 범위인 지표로부터 지하 1m 이내의 부분으로 한정된다고 하였다.

조사를 수급한 업자나 토양오염대책조치를 실시한 업자들의 공동불법행위가 성립한다는 주장에 대해서는, 강남화공에 대해서는 계약상의 조사의무나 오염정화 의무를 부담한다고 하더라도 제3자인 세본과의 사이에서는 동일한 의무를 진다고는 인정되지 않는다고 하면서, 각 업자에게 세본에 대한 불법행위는 성립하지 않는다고 판시하였다.²⁹³⁾

293) 東京地判 平成20年11月19日, 『判例タイムス』第1296号, 217頁.

3) Sulzer Meteco (Japan) 사건

① 사실관계 및 당사자의 주장

원고 일정전기(日精電機) 주식회사가 피고 Sulzer Meteco (Japan) 주식회사에게 금속용사(溶射)기술센터로 사용할 목적으로 이 사건 건물을 임대하였는데, 이 사건 건물의 부지인 토지에 토양오염이 발생한 사건이다. 이 사건 건물은 전면 콘크리트가 깔린 후 건설된 것으로, 피고의 센터에서의 모든 작업은 바닥콘크리트 위에서 이루어지고 있었다.

피고는 1998년 2월, 센터를 이전하고 원고에게 이 사건 건물을 명도하였다. 그러나 피고는 명도 후 2005년 3월이 되어 이타바시(板橋)구에 공장폐지신고를 제출하였다(거기에는 당해 공장에서 납, 붕소, 불소 및 트리클로로에틸렌을 사용하고 있고, 오염 가능성이 있다고 기재되어 있었다). 원고는 이타바시구로부터 이 사건 토지의 토양조사명령을 받아 조사를 실시하였고, 이 조사를 위하여 273만엔의 비용을 지출하였고, 나아가 이 사건 토지의 토양오염대책공사 및 토양반출처리공사를 실시하여 1890만엔을 출연하였다.

이에 따라 원고는 피고가 납과 트리클로로에틸렌을 유출시켰음에도 불구하고, 공장폐지신고를 제출하지 않고 토양을 오염시킨 채로 명도하였기 때문에 원고가 토양오염조사비용 및 토양오염처리 공사비용 상당의 손해를 입었다고 하여, 피고에게 불법행위 또는 채무불이행에 기초하여 손해배상을 청구하였다.

② 법원의 판단

동경지방법재판소는 유해물질(트리클로로에틸렌 및 납)을 사용한 자가 피고 이외에는 없다는 점, 콘크리트의 균열 가능성도 높다는 점 등을 고려하여, 피고가 유출시킨 유해물질이 이 사건 토지의 토양오염을 야기한 것으로 인정하였다.

그런 다음, “임차인은 건물의 임대차에 있어서는 부지인 토지에 관해서도 이를 원상회복한 후에 반환할 의무를 부담하는 것이며, 피고는 이 사건 토지에 대하여 오염물질을 제거하여 원상으로 회복한 다음 원고에게 반환하여야 하는데, 토양오염을 제거하지 아니한 채 이 사건 건물 및 이 사건 토지를 반환한 피고는 채무불이행에 기초한 손해배상책임을 진다.”고 판시하여 피고의 책임을 인정하였다.

나아가 피고가 이 사건 토지를 오염시킨 경우, 피고는 오염원인자의 책임으로 이 사건 토지의 토양오염조사비용에 관해서도 배상할 책임을 부담하는 것으로 해석된다고 하여, 즉 이 사건에서 피고는 이 사건 토지의 토양오염을 제거하여 이 사건 토지를 반환할 의무를 부담하고 있는바, 이 사건 토양조사는 피고가 이 사건 토지의 토양을 오염시켰으면서 명도 시에 토양오염을 제거하지 않은 것이 원인이 되어 명해진 것이고, 피고에 의한 토양오염과 토양조사 간에는 인과관계가 인정된다고 하여, 채무불이행에 기초한 손해배상책임을 진다고 판시하였다.²⁹⁴⁾

(3) 토양오염에 따른 계약책임에 관한 민사판례

1) E-Grand 사건

① 사실관계 및 당사자의 주장

2005년 12월 20일, 원고 주식회사 E-Grand(상호 변경 전의 구 상호는 “주식회사 恵久ホーム”, 부동산 매매·임대·중개 및 컨설턴트 업무 등을 목적으로 하는 주식회사)는 맨션건설용지로 주식회사 모리모토(이하 “모리모토”)에 전매할 것을 목적으로, 피고 소유의 택지(이하 “이 사건 토지”)를 대금 6억 1000만엔에 구입하였다. 이 때 매매계약(이하 “이 사건 매매계약”)에는 “피고는 이 사건 토지의 숨은 하자에 대하여 인도한 날로부터 1년간에 한하여 원고에게 그 담보책임을 부담

294) 東京地判 平成19年10月25日, 『判例時報』 第2007号, 64頁.

하는 것으로 한다. 이 사건 토지 안에서 만일 유해물질, 토양오염(유류 포함)이 발견된 경우에는 피고의 책임과 부담으로 신속하게 개량·처리하는 것으로 한다.”라는 내용의 하자담보책임조항이 있었다. 그 후 2005년 12월 21일, 이 사건 토지는 맨션용지로 원고로부터 모리모토에게로 매각되어 있었다. 이 사건 토지는 주유소 부지로 이용되어 온 토지이며, 이 사건 매매계약 체결 당시 이 사건 토지에는 급유소용 건물 등이 존재하고 있었다.

2006년 8월 4일과 5일, 모리모토는 업자에게 의뢰하여 이 사건 토지 내의 7개 지점에서 토양오염조사를 실시하였다. 그 결과, 각 조사지점의 일부에서 납, 벤젠, 톨루엔, 크실렌 및 TPH(석유계 총탄화수소)가 검출되었다.

2007년 3월 14일, 원고와 모리모토 간에 이 사건 토지의 토양오염 개량처리작업 및 지중장해물 제거작업 비용 중 3500만엔을 원고가 부담하는 것으로 합의가 이루어졌고, 같은 달 19일에는 모리모토가 3210만엔을 지불하라고 최고하기에 이르렀다.

그래서 원고는 매매계약 중 하자담보책임조항에 따른 손해배상청구권을 기초하여 3210만엔의 손해를 입었다고 주장하면서, 3210만엔과 지연손해금의 지급을 구하였다.

② 법원의 판단

동경지방법재판소는 먼저, 이 사건 하자담보책임조항에서 말하는 “유해물질, 토양오염(기름 포함)이 발견된 경우”의 “유해물질, 토양오염”이란 민법 제570조에서 말하는 “습은 하자”에 해당하는 유해물질의 존재 또는 유해물질 또는 기름에 의한 토양오염의 존재를 가리키고, 이 사건 토지에 유해물질 및 토양오염이 존재한다고 하기 위해서는 이 사건 매매계약의 목적물로서의 이 사건 토지가 통상 갖추어야 할 품질, 성능의 흠결이라고 평가할 수 있는 정도의 것이어야만 한다고 해석하여야 한다고 보았다.

그런 다음, 이 사건 토지에 그 “숨은 하자”에 해당하는 유해물질 또는 이에 의한 토양오염이 존재하였는지 여부는 “① 이 사건 토지의 토양에 이 사건 매매계약 체결 당시부터 유해물질이 사람의 생명, 신체, 건강을 해칠 위험이 없다고 인정되는 한도를 초과하여 함유되어 있는지 여부, ② 위 ①의 유해물질의 존재는 이 사건 매매계약 체결 당시에는 거래상 상당한 주의를 기울이더라도 발견하는 것이 불가능하였는지 여부”라는 관점에서, 그리고 기름에 관해서는 “① 이 사건 토지의 토양에 이 사건 매매계약 체결 당시부터 기름이 지표상으로 기름냄새나 기름막을 발생시켜 거주자 등에게 불쾌감, 위화감을 갖게 하여 생활환경보전상 지장을 생기게 할 정도 내지 토사를 산업폐기물로 처리하여야 할 정도의 농도·양으로 함유되어 있었는지 여부, ② 위 ①의 농도·양의 기름의 존재는 이 사건 매매계약 체결 당시에는 거래상 상당한 주의를 기울이더라도 발견하는 것이 불가능한 것이었는지 여부”의 관점에서 검토하는 것이 상당하다고 판시하였다.

첫째, 납과 벤젠에 관하여, 동경지방법재판소는 이 사건에서 납과 벤젠이 검출되고 있는바, 토양오염대책법상의 기준 및 환경기준을 초과하는지 여부 및 그 정도는 사람의 생명, 신체, 건강을 해칠 위험이 없는지 여부를 판단하는 데 중요한 고려요소가 되어야 한다고 하면서, 토양 용출량 기준과 토양 함유량 기준에서 모두 기준 이하인 납에 대해서는 사람의 생명, 신체 건강을 해칠 위험이 없다고 인정되는 정도를 초과하여 함유되고 있다고 인정될 수 없다고 보았다.

다른 한편, 벤젠에 대해서는 7개의 조사 지점 중 하나인 23번 지점 지하 3m의 토양에서만 토양 용출량 기준의 11배에 달하는 벤젠이 검출되어 있었고, 23번 지점의 지하 3m 지점 이외에서는 정량 하한치 이하 또는 토양 용출량 기준을 크게 밑도는 벤젠밖에 검출되지 않았고, 사람의 생명, 신체, 건강을 해칠 위험이 있는 농도의 벤젠을 함유한 부분은 이 사건 토지(지적 합계 약 2011m²)의 극히 일부에 한정되어 있

다는 점, 그리고 이 사건 토지 및 그 부근 토지의 거주자 등이 우물 등을 통하여 이 사건 토지의 지하수를 이용하거나 앞으로 이용할 예정이라는 등의 사정은 보이지 않는다는 점 등을 고려한다면, 이 사건 조사 결과로써 이 사건 토지에서 벤젠이 이 사건 토지 및 그 부근 토지의 거주자 등의 사람의 생명, 신체, 건강을 해칠 위험이 없다고 인정되는 정도를 초과하여 함유되어 있다고까지 인정할 수는 없다고 보았다.

톨루엔과 크실렌의 경우에도 마찬가지로, 23번 지점의 지하 3m의 토양에서는 공공용수 및 지하수에 관한 지침치를 초과하는 톨루엔과 크실렌이 검출되고 있었으나, 톨루엔과 크실렌은 사람의 건강에 영향을 미치는 양이나 그 영향의 구체적인 내용이 아직 명확하지는 않고, 위 지침치는 공공용수 및 지하수 중의 농도에 관한 기준으로, 토양 중의 농도에 관한 기준이 아니라는 점에 비추어 사람의 생명, 신체, 건강을 해칠 위험이 없다고 인정되는 한도를 초과하여 함유되어 있다고까지 인정할 수는 없다고 보았다.

기름에 관해서는, 2006년 6월경, 모리모토로부터 이 사건 토지에서 맨션 건설을 수급한 건설업자가 공사 중에 발생한 토사를 처분하려고 하였는데, 토사에서 기름냄새가 난다는 것을 이유로 인수가 거부되어 산업폐기물로 처리하도록 지시받은 사실 등을 고려할 때, 18번 지점 부근의 토양에서는 산업폐기물로 처리하여야 할 정도의 농도의 기름을 함유한 부분이 있었다고 추인할 수 있고, 이는 이 사건 토지의 하자에 해당한다고 판시하였다.

그러나 이 사건 토지는 주유소 부지로 사용되고 있었고 원고도 그것을 알고 있었다는 점, 그리고 원고는 이 사건 매매계약 체결 전에 2004년 실시된 조사 보고서를 통하여 이 사건 토지의 일부의 지표에서 68mg/kg 내지 1900mg/kg의 농도의 TPH가 검출되어 있음을 알고 있었다는 것이 인정되므로, 이러한 사실을 고려할 때, 원고는 이 사건 매매계약 체결 당시부터 이 사건 토지의 토양에 그 토사를 산업폐기

물로 처리하여야 할 정도의 농도·양의 기름을 함유하는 부분이 존재하는 것을 알고 있었거나, 만약 그렇지 않다고 하더라도 거래상 필요한 주의를 기울이면 이 사건 토양에 그 정도의 기름을 함유하는 부분이 존재함을 발견하는 것이 가능하였다고 하면서, “숨은 하자”라고는 할 수 없다고 판시하였다. 결국 각 유해물질 및 기름에 의한 토양오염이 존재하고 있었다고 하여 이 사건 토지에 숨은 하자가 있었다고는 인정할 수 없다고 하면서, 원고의 청구를 기각하였다.²⁹⁵⁾

2) 택지건물 납 오염 사건

① 사실관계 및 당사자의 주장

부동산 매매·관리 등을 하는 유한회사인 원고가 부동산 매매를 하는 유한회사이면서 택지건물거래업자인 피고로부터 택지건물을 구입한 사안이다. 2006년 12월, 피고는 이 사건 택지건물을 원고에게 매각하였고, 2007년 3월, 원고는 피고로부터 이 사건 택지건물을 인도받았는데, 같은 해 11월과 12월, 토양조사가 실시되었고 납에 의한 토양오염이 확인됨에 따라, 2008년 4월, 이 사건 소송을 제기하고, 이 사건 토지에 토양오염이 있음을 피고에게 통지하였다.

이에 대하여 피고는 원고에게 토지의 인도 후 6개월 내에 하자를 통지하지 않았으므로, 상법 제526조 제1항, 제2항에 따라 하자담보책임을 물을 수 없다고 다투었다. 이 사건 토지상에는 30년 동안 신문 판매소로 이용되어 온 건물이 세워져 있었다.

② 법원의 판단

동경지방법재판소는 상법 제526조가 부동산에도 적용됨을 전제로, 택지건물거래업법(宅地建物取引業法) 제40조(택지건물거래업자가 양도인일 경우 택지·건물 거래에 있어서는 일정한 하자담보책임기간에 관한

295) 東京地判 平成22年3月26日, Westlaw Japan (2010WLJPCA03268023).

특약을 제외하고, 민법 제570조에서 준용하는 민법 제566조 제3항의 규정에 따라 매수인에게 불리한 계약을 하여서는 아니 된다고 정하고 있다)는 “하자담보책임특약의 제한을 한 경우의 규정으로, 이 사건에서와 같이 특히 하자담보책임을 제한하는 규정이 없는 경우에는 적용되지 않는다.”고 하여, 만일 적용되더라도 당해 특약이 없는 상태가 될 뿐이며, 상인 사이에서는 상법 제526조가 적용되는 것으로 바뀌지는 아니한다고 판시하였다.

그리고 이 사건에서 원고는 토지의 인도 후 6개월 내에 하자 통지를 하지 않았으므로, 상법 제526조 제2항에 따라 하자담보책임을 묻는 것은 불가능하다고 판시하였다. 또한, 제526조 제3항은 ‘악의’로만 정하고 있고 ‘중과실’은 포함되어 있지 않으므로 중과실이 있다는 주장은 이유가 없다고 할 수 있으나, 만약 악의에 중과실을 포함시킨다고 하더라도 이 사건 토양이 토양오염을 의심할 만한 용도로 쓰인 사정도 없고, 토양오염대책법에 의한 지정구역이 아니라는 점을 고려하면, 피고가 택지건물거래업자이었다고 하더라도 하자를 조사하지 않았음에 중과실은 인정되지 않는다고 판시하여, 원고의 청구를 기각하였다.²⁹⁶⁾

3) 삼방상공 사건

① 사실관계 및 당사자의 주장

2005년 2월, 주식회사 三方商工(피고)(이하 “삼방상공”)은 이 사건 토지를 ヒタチハウジング 주식회사(피고)(이하 “히타치하우징”)에게 매각하였다(이하 “피고 간 매매”라 한다). 삼방상공은 과거 이 사건 토지상의 공장에서 암면(rock wool) 제조·가공 등의 업무를 하고 있었고, 약간이기는 하지만 1988년까지는 석면을 함유하는 제품의 제조·가공도 하고 있었다. 또한, 삼방상공은 이러한 피고 간 매매에 따라 공장 폐지신고서 및 도쿄도 조례상의 유해물질의 취급이 없었다는 취지의

296) 東京地判 平成21年3月6日, Westlaw Japan (2009WLJPCA03068007).

유해물질취급상황신고서를 제출하고 있었다.

위 피고 간 매매에서는 본 매매가 맨션 건설이 가능함을 전제로 한다는 것, 삼방상공은 자신의 책임과 부담으로 이 사건 토지의 토양오염조사 및 개량공사를 실시하고, 그 완료 후에 이 사건 토지를 인도할 것, 개량공사가 불가능한 경우에는 히타치하우징과 협의한 후 본 매매계약을 해약할 수 있다는 것(이하 “해약조항”이라 한다)에 관해서도 합의가 이루어졌다. 그 후, 위 특약에 근거하여 삼방상공이 비용을 부담하는 형식으로, 토양조사가 실시되었으나, 유해물질은 발견되지 않았다(그러한 내용이 기재된 “지질조사보고서”도 작성되어 있다).

2005년 4월 이후, 히타치하우징은 이 사건 토지 한 쪽에 폐자재 등이 있어서 그 제거 등 개량공사가 필요하다고 하면서, 삼방상공과 토지개량공사의 비용부담에 관한 교섭을 하였다. 양자는 개량공사의 발주자를 히타치하우징으로 함과 동시에, 토양개량공사비에 관하여 삼방상공이 500만엔을 지급하는 것으로 하고, 그 지급이 이루어진 후에는 히타치하우징은 삼방상공에게 어떠한 청구도 할 수 없다는 내용으로 합의하였다(이하 “이 사건 각서”라 한다).

2006년 7월 27일, 원고 주식회사 ゼファー(제퍼)는 히타치하우징으로부터 맨션건설용지로 이 사건 토지를 4억 6000만엔에 구입하였다. 당시 히타치하우징은 원고가 실시하는 맨션건설공사를 저해하는 지중장해물 및 토양오염 등의 존재가 판명된 경우에는 이를 제거하기 위한 비용을 지급하며 그 한도는 1000만엔으로 한다는 약정을 맺었다.

2007년 2월, 원고로부터 의뢰받은 업자가 이 사건 토지의 3개 지점을 지표에서 깊이 약 2m까지 굴착하였는데, 자루, 벽돌, 비닐, 폐플라스틱, 고무, 낚시줄 등 폐기물의 지중폐기, 그리고 지표로부터 깊이 약 1.3m 내지 1.5m에서는 기름이 혼입된 지하수가 새어나오는 것이 발견되었다. 이에 따라 계속 조사를 실시하였는데, 납, 카드뮴, 석면도 검출되었다. 이 때문에 원고는 비산방지 가포장공사를 발주하여 525만

엔을 지급하였다. 또한, 원고는 히타치하우징에 대하여 같은 해 납 및 카드뮴, 석면이 검출되었고 지중에 다량의 폐기물이 매설되어 있기 때문에, 숨은 하자로 인해 계약의 목적을 달성할 수 없다고 하여 이 사건 매매를 해제하고 매매대금의 반환 및 부당이득반환청구권에 기초한 토양개량비용 525만엔의 지급 등을 청구하였다.

또한, 원고는 히타치하우징의 무자력을 전제로 하여, 히타치하우징을 대위하여 삼방상공의 히타치하우징에 대한 신의칙상 고지의무 위반 및 약정상의 의무 위반(토양오염조사의무 위반 및 개량공사의무 위반)이라는 채무불이행에 기초한 해제 및 약정위반금의 지급, 또는 예비적으로 위 해약조항에 의한 해약권을 행사하였다고 하고 원상회복청구권에 기초하여 피고 간의 매매대금 상당액의 지급 등을 청구하였다.

② 법원의 판단

동경지방법판소는 먼저 히타치하우징에 대한 청구와 관련하여, 이 사건에서 원고는 부동산의 매매 및 중개 등을 하는 부동산업자로서 분양맨션의 건설을 목적으로 이 사건 토지를 구입한 자이고, 삼방상공 공장폐지신청서, 지질조사보고서에 첨부된 현장사진에서 지중에 묻혀 있는 찌꺼기와 쓰레기 등의 존재를 보고 알 수 있는 정도이었으며, 비교적 간단한 시굴을 통해 지중의 다량의 폐기물의 존재를 용이하게 발견할 수 있었다고는 판단되지만, 토양오염대책법상의 구역 지정도 없어 조사의무가 부과되어 있던 것도 아니므로, 피고 간 매매에서 소정의 유해물질이 발견되지 않았다는 지질조사보고서를 신뢰하였더라도 무리는 아니었다고 판시하였다.

그런 다음, “숨은” 하자에 해당하는지(매수인의 선의·무과실)에 관해서는, 지중의 폐기물의 존재 그 자체는 사회통념상 매수인에게 기대되는 통상의 주의를 하더라도 발견할 수 없는 목적물의 하자라고까지는 할 수 없지만, 특정유해물질에 의한 오염 및 석면의 존재 또는 이에 기

인하는 폐기물이나 토양오염의 처리에 드는 비용의 고액화는 이에 따라 이 사건 토지의 실질적 가치와 매매대금 간의 등가성을 현저하게 해치는 것이어서, “숨은 하자”에 해당하며 이러한 하자의 존재에 의해 맨션 건설이라는 원고의 목적이 달성될 수 없다고 하여 해제를 인정하였다.

한편, 삼방상공에 대한 청구와 관련하여, 피고 간 매매 당시 삼방상공이 석면을 함유하는 제품의 제조·가공을 하고 있었다는 것을 인식하고 있었다고는 인정하였지만, 비산 가능성이 높은 석면이 존재하는 것까지 인식하고 있었다고 인정하기에 충분한 증거는 없고, 피고 간 매매에서도 고지의무 등을 명시한 조항은 없다는 점, 그리고 히타치하우징은 피고 간 매매 시 석면을 함유하는 제품을 1988년까지 제조하고 있었으나 토양오염의 우려는 없다는 취지의 설명을 들었기 때문에 하자담보의 책임 기간 내에 토양 중의 석면의 존부에 관하여 필요한 조사를 실시하고 그 결과에 따라 대응하는 것이 가능하였음에도 불구하고, 이러한 조치를 강구하지 않았다는 점, 또 삼방상공은 피고 간 매매의 특약에 기초하여 히타치하우징이 선정한 업자가 실시하는 지질조사 비용을 부담하고 있음에 비추어보면, 석면 및 그 존재가능성에 관한 고지의무 위반이라는 의미의 채무불이행은 인정되지 않는다고 판시하였다.

그리고 피고 간 매매의 특약에 기초하여 히타치하우징이 선정한 업자가 실시하는 토양오염조사비용을 삼방상공이 부담하고 있으므로, 조사가 결과적으로 불충분하였다고 하더라도 삼방상공에서는 토양오염조사 의무를 다한 것이며, 이 사건 각서에 의해 발주자는 히타치하우징으로 되어 있고 비용부담의 상한도 500만엔으로 정해졌다는 점을 고려하면, 삼방상공은 토양개량공사의무를 부담하지 아니한다고 판시하였다.

또한, 해약조항은 문언상 삼방상공의 해약권을 정한 것이므로, 원고가 해약권을 대위 행사할 수 없다고 함으로써, 결론적으로 원고의 삼방상공에 대한 청구는 어느 것도 인정하지 않았다.²⁹⁷⁾

297) 東京地判 平成20年9月24日, Westlaw Japan (2008WLJPCA09248007).

4) 세본 사건

① 사실관계 및 당사자의 주장

2004년 9월, 원고 부상렉셀(扶桑レクセル) 주식회사는 이 사건 토지에 맨션을 건축하여 제3자에게 분양하는 것을 목적으로 피고 세본 주식회사로부터 9억 2000만엔에 이 사건 토지를 매수하였다. 이 매매계약에는 원고 및 피고는 이 사건 토지에 관하여 전(前) 소유자인 강남화공이 도쿄도 조례에 따라 토양오염확산방지조치를 실시하고 적법하게 처리되었음을 상호 확인하였고, 피고는 이 사건 토지의 토양오염에 관한 하자담보책임을 부담하지 않는다는 합의가 있었다(이하 “이 사건 하자담보책임면제의 합의”라고 한다).

그러나 원고가 이 사건 토지의 인도를 받은 후, 이 사건 토지에는 기름과 환경기준치의 180배 내지 200배에 상당하는 비소가 함유되어 있다는 사실이 확인되었다. 원고와 피고는 논의 결과, 오염대책조치 및 그에 의한 공사기간 지연에 따른 손해·추가비용 등의 합리적 범위 안의 실비를 피고가 부담하는 것으로 합의하였다(이하 “이 사건 합의”라고 한다). 그래서 원고는 피고에게 이 사건 합의에 기초하여, 이 사건 토양오염에 의해 원고가 입은 손해의 지급을 청구하였다.

② 법원의 판단

동경지방법재판소는 이 사건 합의의 효력에 관하여, 구체적인 손해나 추가비용의 항목, 금액 등은 별도 협의를 하여 정하는 취지의 합의라고 해석하는 것이 상당하고, 이에 따라 피고는 원고에 대하여 배상의무를 지는 것으로, 그 법적 효력을 인정하였다.

그런 다음, 이 사건 하자담보책임면제의 합의에 따라 책임을 부담하지 않는다는 피고의 주장에 대해서는, 이 사건 매매에 있어서는 강남화공이 이 사건 토지의 정화처리를 실시함으로써 이 사건 토지의 유해물질은 기준치 이내로까지 제거되었다고 하여 이 사건 매매계약의

의사표시를 하였는데, 객관적으로는 이 사건 매매계약 체결 당시 이 사건 토양오염이 존재하였다는 것이므로, 이 사건 하자담보책임면제의 합의의 의사표시에는 동기의 착오가 있고, 그 동기는 이 사건 하자담보책임면제의 합의의 문언상 표시되어 있다고 인정되므로, 이 사건 하자담보책임면제의 합의는 당사자 쌍방의 착오에 의해 무효라고 판시하였다.

또한, 이 사건 합의에 따라 피고가 원고에게 구체적으로 배상하여야 할 금액은 이 사건 토양오염 정화비용, 건축공사 중단에 따른 추가공사 및 정산금, 공기지연기간 중에 발생한 모텔 룸 관계비용, 공기지연기간 중의 지급이자, 건설공사비용 재건적에 따른 증액(인정되지 않은 것은 간접세 및 고정자산세이었음) 합계 약 3억엔으로 인정하였다.²⁹⁸⁾

5) Miyabi Estex 사건

① 사실관계 및 당사자의 주장

2005년 9월, 원고 주식회사 Land Bank가 피고 주식회사 Miyabi Estex로부터 이 사건 토지를 대금 1억 1800만엔에 매수하였는데, 이 사건 토지는 납 및 그 화합물을 함유하고 있었고, 지중에 대량의 콘크리트가 매설되어 있었던(이하 “이 사건 하자”라고 한다) 사안이다.

이 사건 매매계약에는, “본 물건의 지중매설물 및 토양 하자의 하자담보책임을 매도인은 지지 아니하는 것으로 한다.”는 약정이 있으며, 피고는 이 사건 매매계약에 앞서 토지이용이력 간이조사를 실시하고, 간이토양환경평가보고서(이하 “이 사건 보고서”라 한다)를 작성하여 원고에게 교부하고 있었다. 이 사건 보고서에는 ① 이 사건 토지에 기인하는 토양오염의 가능성은 적지 않은 것으로 생각된다는 점, 다만, 이 사건 토지의 북동쪽 약 10m에 위치하고 있는 A 상점이 현지 조사에서 비철금속을 취급하는 기업으로 확인되고 있어, 휘발성 유기

298) 東京地判 平成19年9月27日, Westlaw Japan (2007WLJPCA09278006).

화합물 및 중금속 등의 취급·관리 등이 우려되므로 이 사건 토지가 토양오염의 영향을 받고 있을 가능성은 부정할 수 없는 점, ② 이 사건 토지는 1971년부터 소형 건물, 주차장, 차고로 이용되거나 공터로 되거나 하였다는 점 등이 기재되어 있었다.

② 법원의 판단

동경지방법재판소는 먼저 사실인정으로, 이 사건 매매계약을 위한 계약교섭에 있어서 원고의 담당자는 피고의 담당자에게 원고는 맨션사업 용지로 이 사건 토지를 구입할 의향이 있다고 설명한 사실, 그리고 계약교섭 시 피고의 담당자는 원고의 담당자로부터 토양조사를 실시하였는지 묻고, 이 사건 보고서를 제시하여 설명함과 동시에 계약이 체결되기 전에 이 사건 보고서를 원고에게 교부한 사실을 인정하였다.

그런 다음, ① 만약 이 사건 하자가 있었다고 하더라도 피고가 얻고 있던 정보는 이 사건 보고서의 한도 내에 있고, 피고가 이 사건 하자의 존재에 관하여 악의이었음을 인정하기에 충분한 증거는 없으며, ② 원고는 이 사건 토양오염의 가능성을 보여주는 이 사건 보고서를 피고로부터 이 사건 매매계약 체결 전에 수령하고 있었고, 그 내용을 알고 있었으므로, 원고는 그 하자의 존재를 알 수 있었다고 인정되어, 숨은 하자에는 해당하지 않고, ③ 이 사건 장해물의 존재 유무의 문제에 관해서는 이 사건 보고서의 내용만으로 이를 용이하게 알 수 있었다고는 인정하기 어려워, 피고가 이 사건 보고서를 갖고 있었던 것으로서 피고에게 악의와 동일시할 만한 중대한 과실이 있다고는 할 수 없으며, 피고는 이 사건 보고서를 이 사건 매매계약 체결 전에 원고에게 교부하고 있었기 때문에 신의칙상 하자담보책임 면제특약의 주장이 허용되지 않는다고 하여야 할 사정도 없으므로, 이 사건에서는 하자담보책임면제특약의 존재에 의해 원고의 청구는 인정되지 않는다고 판시하였다.²⁹⁹⁾

299) 東京地判 平成19年8月28日, Westlaw Japan (2007WLJPCA08288040).

6) 아사히전화 사건

① 사실관계 및 당사자의 주장

1968년 2월, 원고는 피고 아사히전화(朝日電化) 주식회사에게 이 사건 건물을 아연도금공장으로 사용할 목적으로 임대하였고, 2000년 1월, 기간을 2년으로 하고 차임을 월 60만엔으로 하여 임대차계약을 갱신하였다.

2002년 4월, 원고는 피고에게 차임 지급지체를 이유로 이 사건 매매계약을 해제한다는 의사표시를 하고, 같은 달 무렵 피고는 이 사건 토지를 명도하였다.

그러나 2003년 4월부터 6월까지 원고가 의뢰한 업자가 토양조사를 실시하였는데, 이 사건 토양에서 납, 시안, 6가크롬, 불소 및 그 화합물이 검출되었고, 토양오염대책비용이 약 5280만엔에 달하는 것으로 견적되었다.

원고는 이 사건 토지를 제3자에게 매각하였는데, 토양오염대책비용 견적금액을 감액하여 매매대금을 결정하였다. 즉, 본래의 매매대금 금액에서 위 견적 비용에 상당하는 해체·토양개량비용 5200만엔을 감액하도록 강요받았다는 경위가 있다. 이에 따라 원고는 해체비용 900만엔을 차감한 4300만엔을 손해로 주장하였다.

② 법원의 판단

동경지방법재판소는 건물의 임대차 계약에는 합리적인 범위에서의 토지의 사용도 당연히 포함되고, 임대한 건물을 공장 등으로 사용한다는 목적으로 인해 임차인이 사용하는 약제 등에 의해 토양이 오염된 경우에는 임차인에 대하여 형평의 관점에서 원상회복의무를 부과하는 것도 인정된다고 판시하고, 피고에게는 6가크롬 및 시안에 관하여 누출책임이 있으므로, 이를 제거하고 원고에게 이 사건 건물을 반환할

의무가 있다고 하면서, 피고에게 피고가 누출시킨 6가크롬 및 시안에 관하여 원상회복의무가 있음을 인정하였다.

원상회복의무의 범위로는, 토양오염제거에 있어서의 견적 및 원고가 제출한 오염확산방지조치완료신고서(이하 “완료신고서”라고 한다)의 기재내용을 비교·검토하여 이를 산정하는 것이 상당하다고 보고, 견적과 완료신고서에 기재되어 있는 실제 공사기간이나 실제 오염토양의 운반처 등을 비교하여 실제 손해액을 산출한 후, 그 금액에는 피고의 누출책임이 없는 납과 불소의 제거비용도 포함되어 있으므로, 6가크롬과 시안으로 오염된 흙의 양을 전체 대책을 실시한 흙의 양으로 나눈 수를, 앞의 비용에 곱한 숫자를 손해액으로 인정하여, 약 215만 5000엔에 관한 손해배상을 인정하였다.

피고는 만약 피고에게 잘못이 있더라도 원고는 이 사건 토양오염을 제거하여야 할 의무가 있다고 주장하였으나, 재판소는 피고 아사히전화에게 인정되는 책임범위가 6가크롬과 시안 등 두 종류이었다고 하더라도, 이 사건 토양에 유해물질이 인정되는 이상, 이 사건 토양오염의 제거의무 가운데 피고 아사히전화는 상응의 책임을 져야 한다고 해석하는 것이 형평의 관점에서 보아 상당하다고 하면서, 피고의 주장을 인정하지 않았다.³⁰⁰⁾

7) 광양기계산업 사건

① 사실관계 및 당사자의 주장

토목건축공사의 기획·설계·가공 등을 업으로 하는 주식회사인 원고 도쿄(東急)건설주식회사는 1995년 9월, 회사갱생절차개시결정을 받아 경정절차 중에 있던 피고 광양(光洋)기계산업 주식회사로부터 공장 부지와 건물을 경정계획안의 인가 및 저당권의 소멸을 정지조건으로 하여 대금 약 40억에 매수하였다(후에 조건이 충족되어, 1999년 8월

300) 東京地判 平成19年1月26日, Westlaw Japan (2007WLJPCA01260007).

대금지급·인도를 완료하였다).

이 사건 토지는 원래 밭으로 이용되고 있던 것을 피고가 매립하여, 피고 교토공장부지 및 피고로부터 이 사건 토지를 임차한 관서고금속(關西故金屬)의 기계 등의 해체작업용지로 사용되어 온 것이었다.

그리고 1999년 6월, 원고와 피고 간에 사실관계를 설명한 문서(이하 “보고서”라 한다)를 교환하였고, 과거 인근 공장에서 카드뮴을 함유한 폐수가 유출되었다는 점, 그리고 관서고금속이 오랜 기간 동안 사용하고 있었던 관계로 기계의 해체작업 시에 유출된 기름이 그 양은 알 수 없지만 땅 속에 스며들어 있어서 피고로서는 이것을 원고 쪽에서도 이해하고 있는 것으로 인식하고 있다는 점 등이 기재되어 있었다.

2002년 여름 쯤, 원고는 이 사건 토지를 전매하기 위하여 토지에 관한 조사를 실시하였는바, 납과 불소에 의한 토양오염이 판명되었다. 그래서 ① 주위적으로는 착오에 기초한 매매계약의 무효를 주장하여 매매대금의 반환을, ② 예비적으로는 하자담보책임 또는 채무불이행 책임에 기초하여 토양조사 및 토양정화비용의 배상을 청구하였다.

② 법원의 판단

동경지방법재판소는 먼저 착오와 관련하여, 이 사건에서는 전매 목적이 계약내용으로 되어 있다고는 인정되지 않는다는 점, 원고와 피고 모두 토양오염에는 무관심한 채로 지내온 경위가 있다는 점, 토양오염정화비용은 매매대금의 약 21%에 지나지 않아 토양오염을 고려하더라도 토지와 대금 간의 균형이 현저히 깨어져 있다고 평가할 수는 없다는 점 등을 들면서, 토양오염의 사실에 관해서는 원고는 착오에 빠져 있었다고는 인정하였지만, 표시되지 않은 동기의 착오일 뿐이며, 중요부분의 착오라고는 할 수 없다고 판시하였다.

다음으로 하자와 관련하여, 행정상의 각 기준을 초과하고 있다는 것은 당해 토지의 오염도에 의해 사람이 직접적인 피해를 입거나 당해

토지를 빗물 등이 투과하였을 때 지하수를 오염시킬 개연성이 인정된다는 것이고, 그러한 개연성을 전제로 하면, 오염이 발생하지 않은 토지와 동일한 효용 내지 교환가치를 획득하려면 토양의 정화 등의 조치가 필요하게 되는 것이며, 매수인은 그로 인해 비용 지출을 할 수밖에 없게 되는데, 이 사건에서는 실제로 원고가 비용을 지출하고 있고 그 경제적 효용 및 교환가치는 저하되어 있음이 분명하여, 매매대금과의 등가성이 손상되어 있으므로, 하자의 존재가 긍정된다고 보았다. 그러나 상법 제526조에 따라 특단의 사정이 없는 한, 인도 후 6개월이 경과함으로써 원고는 하자담보책임에 기초한 주장을 할 수 없다고 하면서, 이 사건에서도 원고의 주장은 인정되지 않는다고 판시하였다.

부수의무 위반에 기초한 채무불이행책임과 관련해서는, 우선 신의칙상 조사·제거의무를 피고가 부담하는지 여부에 대하여 피고가 직접적으로 이 사건 토지의 토양오염을 인식하고 있었다고 하지 아니하는 이상, 신의칙상의 조사·제거의무는 인정되지 않는다고 판시하였다.

다른 한편, 설명의무에 관해서는 상법 제526조에 따라 매수인에게는 조사·통지의무가 긍정된다고 하더라도 토양오염 유무의 조사는 일반적으로 전문적인 기술과 많은 비용이 요구되기 때문에 매수인이 이러한 조사를 실시하여야 하는지에 대한 적절한 판단을 하기 위해서는, 매도인에게 토양오염이 발생하고 있다는 인식이 없더라도 토양오염을 발생시킬 개연성이 있는 방법으로 토지이용을 하고 있는 경우에는 토양의 내력이나 종래부터의 이용방법에 관하여 매수인에게 설명하여야 할 신의칙상의 부수의무를 부담하여야 하는 경우도 있다고 판시하였다. 그런 다음, 이 사건에서는 피고가 이 사건 토지가 기계해체용지로 사용되고 있었고, 이 사건 토지에 기름이 스며들어 있었다는 것을 인식하고 있었다는 점에서, 원고가 매도인으로서 검사통지의무를 이행하는 계기가 되는 정보를 제공하기 위하여, 이 사건 토지의 인도까지의 사이에 원고에게 1971년 당시 해당 토지의 매립에서부터 해당 토

지의 이용형태에 관하여 설명·보고하여야 할 신의칙상 부수의무를 지고 있었다고 할 것이라고 하여, 부수의무 위반을 인정하였다.

손해액에 관해서는, 원고는 피고의 신의칙상 설명의무의 불이행에 의해 토양오염조사를 실시하여야 할지를 적절하게 판단하기 위한 정보제공을 받을 수 없었으므로, 피고에게 하자담보책임을 물을 기회를 잃었다고 할 수 있고, 이 사건 토지의 정화비용의 견적금액 약 1억 7600만엔 및 정화범위 확정을 위한 조사비용 1260만엔을 합한 약 1억 8860만엔에 관해서는, 원고가 본래 하자담보책임에 기초한 손해배상으로 지급청구할 수 있었던 금액이라고 하여, 해당 금액의 손해를 인정하였다. 한편, 정화의 전 단계인 오염토양의 조사비용에 관해서는 매수인이 목적물 검사의 비용을 부담하여야 할 입장에 있다(상법 제 526조)고 하여 인정하지 않았다.

그러나 과실상계로, 원고는 건축업자이었다는 점, 그리고 적어도 피고로부터 카드뮴 오염에 관한 보고서를 송부받음으로써 해당 토지에 그 양은 불확실하지만 기계의 해체작업 시에 유출된 기름이 스며들어 있다는 정보 제공을 받았다는 점으로 보아, 자신의 판단으로 토양오염조사를 실시하는 것이 상당 정도 기대되고 있었다고 하여, 이 사건 토지 인도 후 곧바로 토양오염조사를 실시하지 않은 점에 관한 원고의 실수까지 종합적으로 고려하여, 공평의 견지에서 피고는 원고에게 발생한 피해의 40%인 7545만 4800엔을 배상할 의무를 부담하도록 한다고 하였다.³⁰¹⁾

8) SMBC 종합관리 사건

① 사실관계 및 당사자의 주장

피고 SMBC 종합관리(綜合管理) 주식회사는 三井住友 은행의 관련 회사인데, 동 은행이 담보권의 실행으로 경매를 신청한 물건을 경매

301) 東京地判 平成18年9月5日, 『判例時報』 第1973号, 84頁.

절차를 통해 매수하고 이를 제3자에게 매각하고 있는 업자로, 이 사건 토지도 피고가 경매에서 매수한 것이었다.

2001년 5월, 원고 クリーンラング 주식회사는 피고로부터 이 사건 토지를 2억 5490만엔에 구입하였다. 이때 매매계약서에는 매도인은 본 물건에 대한 하자담보책임을 부담하지 않는 것으로 하고, 매수인은 이를 승인한다는 취지의 특약(이하 “이 사건 특약”이라 한다)이 기재되어 있었다.

그러나 대금완제 후인 2001년 8월, 원고가 이 사건 토지를 전매하였는데, 전매처의 조사에 의해 이 사건 토지에는 디클로로메탄, 트리클로로에틸렌, 벤젠 등 휘발성 유기화합물과 6가크롬 등의 중금속류가 검출되었고, 원고가 토양오염처분공사를 실시하였을 때에는 블록 등의 지중매설물의 존재도 판명되었다. 이에, 원고는 제거비용으로 2억 685만엔을 지급하였다고 하면서, 하자담보책임에 기초한 손해배상을 청구하였다.

② 법원의 판단

동경지방법재판소는 먼저 이 사건 토지는 피고가 경매절차에 따라 매수할 때까지 꽤 장기간 동안 주차장 용지로 이용되고 있었기 때문에, 콘크리트가 지면에 부설되어 있어 그 지중이 그와 같은 상태(유해물질이나 지중매설물의 존재)에 있다는 사실은 원고는 물론 피고도 알지 못하였다고 인정되므로, 그와 같은 상태를 이 사건 토지의 하자하고 할 수 있다면, 당해 하자는 이른바 숨은 하자이어서, 이 사건 토지의 매매계약에 대해서는 민법 제570조가 적용된다고 보았다.

그러나 이 사건 특약에 관하여, 의사의 합치가 없어 무효이고, 특약이 존재함을 알지 못하였으므로 이 사건 특약에는 의사표시상의 하자가 있다는 원고의 주장에 관하여, 주장 자체가 부당하다고 하고, “하자담보책임을 지지 않는다는 취지의 특약 그 자체는 민법이 용인하는

것이고, 그러한 특약이 적용되는 것의 불합리는 매도인이 하자를 알고 있으면서 매수인에게 고지하지 않은 경우에 당해 특약의 효력이 제한되는 것으로 충분하다고 하여야 한다.”고 하면서 이 사건 특약은 유효하고, 결국 피고는 하자담보책임을 지지 않는다고 하여 원고의 청구를 인정하지 않았다.³⁰²⁾

9) HOYA 사건

① 사실관계 및 당사자의 주장

원고 주식회사 住協은 부동산업을 영위하는 주식회사로, 목조 2층 주택을 건축하여 분양·판매할 목적으로 피고 HOYA 주식회사로부터 2001년 5월 8일, 이 사건 토지를 2억 2000만엔에 구입하였다. 원래 이 사건 토지는 사택의 부지로 이용되어 오던 것을 주차장으로 개변한 것이었다. 그리고 이 매매에 있어서는 2001년 5월 18일, 기존 택지제도의 폐지에 따라 최저부지구모규제에 따르게 된다는 사정이 있어, 원고가 토지의 거래를 서두른다는 것을 피고는 인식하고 있었다. 그러던 중, 계약체결 전날에 매도인인 피고의 신청에 의해 “매수인의 본 물건의 이용을 저해하는 지중장해의 존재가 판명되는 경우, 이를 제거하기 위한 비용은 매수인의 부담으로 한다.”는 취지의 특약이 부가되게 되었다.

또한 매매계약 체결 시에는 원고의 담당자가 이 사건 면책조항과 관련하여 지중매설물의 존재가능성에 관하여 지중매설물이 없는지 여부를 확인하는 질문을 하였는데, 피고 담당자들은 지중매설물의 존재가능성에 대하여 전혀 조사하지 않았음에도 불구하고, 이 사건 토지에는 지중장해물이 존재하지 않는다고 생각한다는 설명을 하였고, 이 사건 면책조항에 관해서는 만약을 위하여 계약조항으로 한다는 취지라는 설명을 하고 있었다.

302) 東京地判 平成16年5月26日, Westlaw Japan (2004WLJPCA05260006).

그 후, 원고가 지반조사를 실시하였는데, 콘크리트 찌꺼기, 가스관 등이 지중에 산재되어 있는 것으로 판명되었다. 이에, 원고가 콘크리트 등의 지중매설물이 잔존해 있는 것에 관하여, 하자담보책임 또는 신의칙상 설명의무 위반의 채무불이행에 기초하여 손해배상을 청구하였다.

이 사건 토지에는 피고가 사택의 해체공사에 있어서 도면상으로 확인한 배관류 등은 철거하고 있으나, 피고가 파악하고 있던 도면상에 표시된 물건 이외의 것은 철거대상으로는 되지 않았다는 경위가 있었다.

② 법원의 판단

동경지방법판소는 “하자”로 볼 수 있는지에 관하여, 이 사건 토지는 일반목조주택용의 택지로 분양·판매하는 것을 목적으로 구입된 것이고, 피고도 이를 확인하고 있었는바, 이 사건 토지의 지중매설물 때문에 본래 필요가 없는 지반조사, 지중매설물의 제거 등을 실시할 필요가 있으며, 이러한 조사·공사 등을 실시하기 위하여 상당한 비용의 지출이 필요하게 된다고 인정되므로, 이 사건 토지는 일반목조주택을 건축하는 토지로서 통상 가져야 할 성상을 갖추고 있지 않은 것으로 인정하는 것이 상당하다고 하면서, 이 사건 매설물의 존재가 하자라는 것을 인정하였다.

다음으로, 숨은 하자에 해당한다고 볼 수 있는지에 관해서는, 이 사건 매매 후의 지반조사 등에 의해 비로소 분명한 것이고, 이 사건 매매계약 당시 원고로서는 이 사건 지중장애물이 존재한다는 것을 예상하지 않고 매수하였던 것이므로, 용이하게 인식할 수 있는 상황은 아니었다고 함으로써, “숨은” 하자에 해당한다고 판시하였다.

그리고 원고는 부동산업자로서 “이 사건 매매계약 체결 전에 이 사건 토지상에는 종전 건물이 존재하였고, 이것이 해체·철거되었음을 조사하는 것은 극히 용이한 것이었다고 할 수 있지만, 그렇다고 해서 지상건물의 해체·철거에 있어서 지중공작물이 철거되지 않고 방치된

다든가, 해체에 의해 발생한 산업폐기물이 지중에 남아 있다든가 하는 것은 사회통념상 상정하기 어려운 것이므로, … 원고가 통상의 주의으로써도 발견할 수 있었다고는 하기 어려운 것이다.”라고 하여 원고의 과실을 부정하였다.

또한, 이 사건 매매계약에는 면책조약이 부가되어 있었는데, 담보책임의 배제는 당사자 간의 자유라고 하면서도, “민법 제572조는 신의칙에 반하는 것으로 보는 2가지의 경우를 유형화하고, 담보책임을 배제·감경하는 특약의 효력을 부정하고 있는 것으로 해석된다. 그리고 이 사건에서 피고는 적어도 이 사건 지중매설물의 존재를 알지 못한 것에 관하여 악의와 동일시할 만한 중대한 과실이 있었다고는 인정하는 것이 상당함과 동시에, 앞에서 인정한 바와 같이 이 사건 매매계약시 원고가 지중매설물이 없는지에 관한 질문을 하였는데, 피고는 지중매설물의 존재 가능성을 전혀 조사하지 않았음에도 불구하고, 문제는 없다는 취지의 사실과 다른 전혀 근거 없는 의견표명을 하였던 것이어서, 전술한 바와 같이 민법 제572조의 취지에서 보면, 이 사건에서 이 사건 면책특약에 의해 피고의 하자담보책임을 면제시키는 것은 당사자 간의 공평에 반하여 신의칙에 반하는 것이 분명하며, 이 사건에서는 민법 제572조를 유추적용”하여, 피고는 민법 제570조에 기초한 책임을 진다고 해석하는 것이 당사자 간의 공평에 맞다고 판시하였다.

나아가 본 판결은 피고에게는 지중매설물에 관하여 원고로부터 존부의 가능성에 관한 문의를 있었을 때에는, 성실하게 이와 관련되는 사실관계에 관하여 설명하여야 할 채무를 진다고 해석하는 것이 상당하므로, 피고에게 설명의무 위반에 기초한 채무불이행책임도 인정된다고 판시하였다.³⁰³⁾

303) 東京地判 平成15年5月16日, 『判例時報』第1849号, 59頁.

제 4 절 평가 및 시사점

이상에서 오염토양의 정화책임과 관련하여 미국, 독일, 일본 등에서 어떠한 책임법제를 갖추고 있는지, 그리고 실제로 어떠한 쟁점으로 분쟁이 발생되어 왔고, 법원은 이를 어떻게 판단하고 있는지에 관하여 살펴보았다. 이하에서는 주요 쟁점별로 각국의 법제와 판례의 태도를 평가하고, 이로써 우리나라에 시사하는 바를 모색하기로 한다.

1. 정화책임자의 범위와 그 책임의 근거

(1) 정화책임자의 범위

정화책임자의 범위와 관련하여, 우리나라의 「토양환경보전법」이 정하고 있는 오염원인자의 범위가 외국과 비교하여 과도하게 설정되어 있는 것은 아니라고 이해된다. 오히려 미국과 독일은 대체로 우리나라에 비하여 광범위하게 정화책임자의 범위를 정하고 있다고 할 수 있다. 미국의 경우, 현재 또는 과거의 소유자와 운영자, 발생자, 운반자 등 다양한 유형의 주체를 책임당사자로 정하고 있으며, 판례 또한 그 범위를 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다. 독일 역시 직접적인 원인자는 물론, 그 포괄승계인, 토지의 소유자, 토지의 사실상 지배주체, 상법상의 실체파악책임의 당사자, 소유권포기자, 전 소유자 등 다양한 주체를 정화의무자로 정하고 있음을 확인할 수 있었다.

다만, 일본의 경우 법문상으로 정화책임자의 유형이 광범위하다고 보기는 어렵다. 정화책임 발생을 위한 전제로 요조치구역의 지정이 우선되어야 함은 물론, 토양오염의 특성상 그 원인자의 규명이 통상적으로 곤란함을 전제로, 원칙적으로는 토지의 소유자, 관리자 또는 점유자에게 정화책임을 지우되, 당해 토지의 소유자 등 이외의 자의

행위에 의해 당해 토지의 특정유해물질에 의한 오염이 발생하였음이 명백한 경우에 한하여 그 행위를 한 오염원인자에게 정화책임을 지우도록 하고 있는 것이다. 미국, 독일 등의 국가와는 달리, 일본의 경우에는 민사분쟁이 거의 대부분을 차지하고 있는 까닭도, 이와 같은 독특한 정화책임체계가 한 몫 하고 있는 것으로 보인다.

그렇지만, 일본에서도 역시 법문상 상속, 합병 또는 분할에 의해 오염원인자의 지위를 승계한 자를 정화책임자의 범위에 포함시키고 있으며, 독일과 같이 소유권포기자의 경우 정화책임자에 해당할 수 있는 것으로 해석하는 견해가 제시되는 등 정화책임자의 범위를 넓게 이해하려는 움직임도 관측되고 있다. 즉, 오염제거조치명령을 받은 후에 토지소유권을 양도하더라도, 조치명령은 양도인에 대하여 효력을 갖는 반면, 조치의 지시 전에 소유권을 양도한 자는 당연히 본법상의 의무자에 해당하지는 않지만, 조치의무면탈을 의도한 양도의 경우에는 해석론을 통하여 본법상의 조치의무를 인정할 수도 있을 것이며, 조치의무면탈 목적의 소유권 방기(파산절차 과정에서 파산관재인이 하는 경우를 포함한다)에 관해서도 동일한 해석이 가능하다는 것이다.³⁰⁴⁾

한편, 정화책임을 지는 자에 관한 법률상의 용어와 관련하여, 우리나라의 경우에는 “오염원인자”라는 용어를 채용하고 있음에 비하여, 미국은 “잠재적 책임당사자(Potentially Responsible parties)”라는 용어를 사용하고 있으며, 독일은 토양정화 의무자의 한 유형으로 “원인자”를 포함시키고 있고, 일본 역시 “오염제거 등의 조치의무자”라는 용어를 사용하는 한편, 직접 자신의 행위로 토양오염을 발생시킨 자를 따로 “오염원인자”로 개념지우고 있다는 점에 대해서도 눈여겨보아야 할 것이다.

304) 松村, 註 266, 199-201頁 참조.

(2) 정화책임의 근거

이들 국가 중에서도 특히 독일의 분쟁사례 분석에서 확인할 수 있었던 것은 토양정화책임의 문제가 철저한 공법책임(경찰책임)으로 파악되고 있고, 토양오염에 관한 민사책임은 일반 민법에 따라 처리되고 있다는 점이다. 공법상 책임으로서의 토양정화책임의 구체적 내용은 행위책임과 상태책임으로 나누어볼 수 있는데, 이러한 독일에서의 논의는 우리나라 「토양환경보전법」상의 네 가지 유형의 오염원인자가 지게 되는 정화책임의 논리적 근거를 제공하고 있다.

첫째, 동법 제10조의4 제1호의 오염원인자(토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기(投棄)·방치함으로써 토양오염을 유발한 자)가 지는 책임은 자신의 행위가 토양오염을 유발한 경우에 지게 되는 행위책임이다. 독일에서는 “원인자”(Verursacher)를, 일본에서는 예외적이기는 하지만 오염행위를 한 자(오염원인자)를, 우리나라에서는 토양오염을 유발시킨 자(제1호)를 각각 정화의무자로 규정하고 있는데, 이는 공히 행위책임자가 정화의무자가 된 것으로 이해할 수 있다.³⁰⁵⁾

둘째, 동조 제2호의 오염원인자(토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자)의 책임은 자신이 지배하는 물건으로 인한 위험(토양오염)에 대하여 지는 상태책임이다.³⁰⁶⁾ 이러한 책임의 근거가 무엇인가에 대해서는 깊은 논의가 전개될 수 있지만, 헌법 제23조 제1항 제2문 및 제2항에 따른 재산권의 사회구속성으로도 설명할 수 있다. 독일법에서는 상태책임자로서 “토지의 소유자”와 “토지의 사실상 지배주체”를 규정하여

305) 일본에서도 오염원인자의 의무에 대한 근거를 행위책임으로 이해하고 있으며, 이를 근거로 불가항력에 의한 토양오염에 대하여 면책이 되는 것으로 해석하고 있다. 松村, 註 266, 203頁.

306) 일본에서도 역시 토지소유자 등의 정화책임을 원칙적으로 인정하고 있는 근거로 상태책임 이론이 들어지고 있다. 松村, 註 266, 199頁 참조.

상태책임의 색채가 보다 분명한 데 반하여, 한국법에서는 “토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자”(제2호)로 규정하여, 지배대상인 물건이 “토양오염관리대상시설”로 되어 있다. 오염부지 등 토지가 이에 포함될 수 있는지와 관련하여, 판례에서 다투어지기도 하였으나, 현행법은 “토양오염관리대상시설”을 토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리하는 과정에서 토양을 오염시킬 우려가 있는 시설·장치·건물·건축물(構築物) 및 그 부지와 토양오염이 발생한 장소로 규정함으로써(제2조 제3호), 그에 관한 의문의 여지가 없어졌다.

셋째, 동조 제3호 오염원인자(토양오염관리대상시설을 양수한 자와 합병·상속이나 그 밖의 사유로 제1호 및 제2호에 해당되는 자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자)의 책임은 제1호의 행위책임이나 제2호의 상태책임을 특정승계 또는 포괄승계한 자의 책임이다. 이러한 특정승계인과 포괄승계인을 함께 규정하고 있는데, 전자의 경우 제10조의4 본문에 따라 선의·무과실의 면책이 적용된다는 점에서 양자의 책임은 커다란 차이가 있다. 그럼에도 불구하고 특정승계인과 포괄승계인을 한꺼번에 규정하는 것은 바람직하지 않은 입법태도라고 할 것이다. 넷째, 제4호의 오염원인자의 책임 역시 제3호 전단의 책임과 같은 행위·상태책임의 특정승계인에 관한 것이다.³⁰⁷⁾

독일에서 채용되고 있는 경찰책임법리를 우리나라의 토양정화책임에 적용시킬 수 있는지에 대한 의문이 있을 수 있다. 특히, 독일에서는 경찰법상 개괄수권조항이 일반적으로 인정되고 있지만, 경찰법상 개괄수권조항의 필요성 및 현행법상 근거조항 인정 여부에 대하여 다툼이 있는 우리나라에서는 경찰책임의 법리를 인정하는 것도 무리가 있는 것은 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 현행 「토양환

307) 한편, 독일의 경우에는 우리와 달리 행위책임자의 특정승계인을 정화의무자로 명시하고 있지 않다.

경보전법』의 토양정화책임에 관한 규정을 경찰책임으로 파악할지 여부는 경찰법상 개괄수권조항을 인정할지의 문제와 아무런 관계가 없다. 경찰법상 개괄수권조항은 개별수권조항이 없이 포괄적인 조항 하나를 가지고도 위험방지를 위한 경찰권 발동을 가능하게 한다는 의미를 가진다. 개괄수권조항의 인정 여부, 나아가 인정하더라도 그것이 현행법상 어떠한 것인가에 대해 다툼이 있는 우리나라에서, 토양오염에 대해 개괄수권조항을 근거로 (환경)경찰권의 발동으로서 오염정화 조치를 명하는 것은 무리가 있다. 설령 개괄수권조항을 인정하더라도 개괄조항의 보충성원칙상, 이미 「토양환경보전법」에서 토양정화조치 명령이나 토양정밀조사명령을 내릴 수 있는 개별수권으로서의 근거규정을 두고 있기 때문에 어차피 개괄조항은 그다지 의미가 없다.³⁰⁸⁾ 이미 입법자에 의해 오염원인자로 표현된 정화의무자에 대한 규정이 있고, 이는 독일의 경찰책임법리로서 가장 논리적으로 해석할 수 있다는 점에서 그 적용필요성과 가능성을 말할 수 있다. 특히 동조 제2호, 제3호, 제4호의 책임의 성격과 귀책근거를 분석하기 위해서는 경찰책임법리는 유용한 해결책을 제시해 줄 수 있다.

(3) 유류저장탱크 사건에의 적용

유류저장탱크 사건에서 헌법재판소는 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 부담하는 책임이 토양오염관리대상시설을 지배하고 있다는 사실만으로 인정되는 상태책임에 해당하는 것으로 판시함으로써,³⁰⁹⁾ 경찰책임의 법리를 채용한 듯한 인상을 주고 있다. 그러나 ‘지배하고 있다는 사실’이 가지는 의미에 대하여 보다 구체적으로 검토하지 못한 아쉬움은 남는다. 이는 독일의 정화책임법제 및 전술

308) 구체적인 내용은 김현준, “토양환경보전법상 정화책임의 공법적 검토”, 『환경법과 정책』 제8권, 강원대학교 비교법학연구소 (2012. 5), 1면 이하 참조.

309) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정.

한 연방헌법재판소의 결정을 통해서도 시사점을 얻을 수 있는 부분이기도 하다.

아울러, 경찰책임의 법리에 따른 경우, 제10조의4 제2호의 책임과 제3호 전단의 책임은 다른 유형의 책임으로 보아야 한다. 그럼에도, 유류저장탱크 사건에서 헌법재판소의 다수의견은 “토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 부담하는 책임은 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자가 부담하는 책임과 마찬가지로 토양오염관리대상시설을 지배하고 있다는 사실만으로 인정되는 상태책임에 해당하므로, 그 성격이 본질적으로 동일하다. 따라서 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자와는 달리, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게는 천재·지변, 전쟁으로 인한 면책만을 허용하고 다른 면책사유 또는 책임 제한수단을 전혀 인정하지 않은 것은 합리적인 이유가 있다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 오염원인자 조항은 토양오염관리대상시설 소유자·점유자·운영자의 평등권을 침해한다.”라고 판시한 것에 대해서는 의문이 없지 않다.

아울러, 동 결정의 반대의견이 “토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자와 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자는 토양오염 발생에 대한 귀책의 정도가 본질적으로 다르다. 따라서 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자에 대해서만 그 양수·인수 이전에 발생한 토양오염에 대하여 선의·무과실인 경우 면책을 인정하는 것은 합리적인 이유가 있다.”라고 적시하고 있는 점은 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

2. 손해배상책임과 토양정화책임의 구별

현행 「토양환경보전법」 제10조의3은 “토양오염의 피해에 대한 무과실책임”이라는 조명하에, “토양오염으로 인하여 피해가 발생하였을 때에는 해당 오염원인자는 그 피해를 배상하고 오염토양을 정화하여야

한다.”고 규정하고 있다(제1항 본문). 이와 같이, 손해배상과 정화를 동시에 규정함으로써 인하여, 동 조항이 사법상 책임만을 규정한 것인지, 아니면 공법상 책임을 아울러 규정한 것인지에 대하여 논란이 제기되고 있다. 제10조의3 제1항이 공법상의 정화책임에 대하여 직접 적용되는 것으로 보든,³¹⁰⁾ 제15조 제1항을 공법상 정화책임의 직접적 근거로 보든,³¹¹⁾ 공법상의 토양정화책임을 지는 자는 제10조의4에 따른 오염원인자로 해석하여야 할 것인바,³¹²⁾ 결국 오염원인자의 범위를 정하고 있는 제10조의4의 규정은 민사상 손해배상책임과 공법상의 정화책임에 공히 적용될 수밖에 없다.

그러나 개인의 이익조절을 목적으로 하는 민사책임과 공공의 안전에 대한 위협을 방지·제거하기 위한 공법상 (경찰)책임의 대상을 ‘오염원인자’라는 동일한 인적 범위로 같이 규율하며, 이를 같은 조문에 두고 있는 것은 바람직하지 않다고 생각된다. 철저히 공법상의 정화책임만을 연방토양보호법이나 토양오염대책법에 규정하고, 민사책임의 문제는 일반 민법에 맡기는 독일이나 일본의 법제는 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

3. 연대책임 및 비용부담관계

「토양환경보전법」 제10조의3 제2항은 “오염원인자가 둘 이상인 경우에 어느 오염원인자에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 오염원인자가 연대하여 배상하고 오염토양을 정화하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이에 따라, 우리 법원은 공법상 토양정화

310) 김현준, 註 45, 193면 이하 참조.

311) 박종원, “오염토양과 폐기물의 법적 구별과 그 처리책임”, 『환경법과 정책』 제8권, 강원대학교 비교법학연구소 (2012. 5), 111-112면 참조.

312) 앞에서 살펴본 바와 같이, 판례 역시 제10조의4에 따른 오염원인자가 공법상의 정화책임에 관하여 그대로 적용되는 것으로 해석하고 있다. 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두12778 판결; 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009두20137 판결.

책임이 연대책임의 성격을 갖는 것으로 이해하고 있다.

그렇지만, 공법상의 토양정화책임이 연대책임의 성질을 갖는다고 이해하더라도, 사법상의 부진정연대책임과는 다소 성질을 달리 한다고 보아야 한다. 행정청이 복수의 정화책임자 가운데 누구를 대상으로 정화조치명령을 내릴 것인지에 관하여 재량을 가진다고 하더라도, 그 재량이恣意가 되어서는 안 된다. 즉, 임의적 행정처분을 발하는 것이 아니라, 하자 없는 재량행사를 해야 하므로 재량하자의 법리가 여기에 적용되어야 하는 것이다.

이와 같은 연대책임의 성질이 우리나라의 분쟁사례에서 자주 다툼의 대상이 되고 있음은 앞에서 살펴본 바와 같으며, 이는 현행법이 아무런 기준 없이 지방자치단체장에게 누구를 대상으로 정화조치명령을 내릴 것인지에 관하여 폭넓은 선택재량을 인정하고 있음에서 기인하는 부분도 크다. 이에 따라, 정화조치명령을 받음으로써 무거운 책임을 지게 될 수 있는 오염원인자의 입장도 불안하고 혼란스러울 수밖에 없는 것이며, 자신이 정화조치명령을 받은 경우 쉽게 수공하지 못하고 법적 분쟁으로 확대되는 이유를 제공하고 있기도 하다.

(1) 정화책임자 간의 우열

현행 「토양환경보전법」 제10조의4에서 열거하고 있는 네 유형의 오염원인자 중 누가 우선적으로 책임을 져야 하는지에 관한 정화책임자 간의 우열 문제는 법문상으로 명시되어 있지 않다. 마산한국철강부지사건에서 마산시장이 부영과 한국철강에 대하여 각각 정화조치명령을 내린 것도 이러한 취지에서 이해된다.

우리나라는 물론, 미국이나 독일, 그리고 일본에서 행위책임자가 반드시 상태책임자에 우선하여 책임을 져야 하는 것으로 인정되는 것은 아니다. 일본의 경우 상태책임자가 원칙적으로 책임을 지도록 하는 한편, 행위책임자가 존재한다고 해서 반드시 행위책임자가 정화책임

을 지는 것이 아니라, 행위책임자에게 조치를 강구하게 하는 것이 상당하다고 인정되어야 하고 그에 관하여 소유자 등의 이의가 없어야만 정화책임을 지을 수 있게 되어 있다.

이와 같이 오염토양에 대한 정화의무가 있는 복수의 행위책임자와 상태책임자 또는 책임승계자가 동시에 존재하는 경우 관할행정청은 누구에게 토양정화 등의 조치명령을 내려야 할 것인가? 먼저, 복수의 의무자 중 아무에게나 정화명령 등을 내릴 수는 없다. 공법상 토양정화책임은 연대책무자 누구에게라도 임의로 채권을 행사할 수 있는 민사상 책임의 경우와 같이 임의의 자에 대한 처분권이 발령될 수 없고, 이때 하자 없는 재량행사가 이루어져야 할 것이다. 이때 선택재량의 기준이 중요한 문제가 될 것이다.

둘째, 여기서 전형적인 오염원인자라 할 수 있는 행위책임자(제1호의 책임자)가 존재하는 경우 그에게 1차적 정화책임을 묻고 나머지 상태책임자나 책임승계자는 부차적 책임자가 되는가? 제2호, 제3호, 제4호의 책임자(상태책임자, 책임승계자)가 정화책임이나 비용부담을 한 경우 이들은 제1호의 책임자(행위책임자)에게 구상권을 행사할 수 있다고 보아야 할 것인가? 그렇지 않다. 현행법의 해석상 이러한 네 유형의 책임자들은 모두 동일하게 정화책임을 부담한다고 보아야 한다. 책임자들 간의 공평한 부담의 배분은 부차적인 문제이다. 즉, 향후 적절한 기여도에 관한 지침이 마련되더라도 이는 오염제거 차원이 아닌, 구상권 행사를 포함한 사후 부담배분에서 의미가 있는 것으로 보아야 할 것이다.³¹³⁾

만약 재량의 자의적 행사 가능성을 축소하거나 과잉금지원칙 위반의 소지를 줄이기 위한 차원에서, 정화책임자 간의 우열관계를 정하는 것이 필요하다면, 앞서 본 2007. 11. 8. 베를린-브란덴부르크 고등행정법원(OVG Berlin- Brandenburg, Urteil vom 8. 11. 2007)이 복수의

313) 김현준, 註 308, 1면 이하 참조.

정화의무자 간의 우선순위(Rangfolge)를 정하고 있다는 점을 참고할 만하다. 베를린-브란덴부르크 고등행정법원은 제1심인 코트부스 행정법원 판결(VG Cottbus, Urteil vom 9. 9. 2004)을 파기함으로써, 원고의 청구를 인용했는데, 그 이유는 행정청이 복수의 정화책임자 중 원고에게 토양정화명령을 내린 것은 토지소유자 대신에 사실상의 지배주체에게 책임을 명하는 것은 “신속하고 효율적인 정화조치의 제거³¹⁴⁾”라는 재량선택의 기준에 맞지 않다고 보았기 때문이다. 특히 당해 대지를 사실상 지배를 했었지만 정화명령을 발할 시점에 토양오염물질이 토지소유자의 부지 내에 포함되어 있고 원고가 더 이상 토지를 지배하지 않는 경우에는 원고를 정화책임자로 본 것은 잘못된 것이라고 보았다.

연방헌법재판소의 2000. 2. 16. 결정 (BVerfG, Beschluss vom 16. 2. 2000 - 1BvR 242/91, 315/99)에서는 상태책임이 행위책임에 비하여 후위에 서는 것은 헌법적 이유에서 타당하지 아니하다고 했고, 이는 이미 연방토양보호법의 입법이유(Gesetzesbegründung)에서도 나타난다. 그런데, 2007. 11. 8. 베를린-브란덴부르크 고등행정법원은 이와는 달리 실질적으로 연방토양보호법 제4조 제3항의 규정 순서인 원인자→원인자의 포괄승계인→토지소유자→사실상의 지배주체는 “원칙적으로” 정화 의무의 우선순위, 즉 “책임자의 순위(Reihenfolge der Verantwortlichen)”로 볼 수 있다고 본 점은 특기할 만하다.

우리나라 「토양환경보전법」상의 정화책임자 조항에 관한 입법론에서도 우열순위를 정할 것인지 여부에 대하여 신중한 검토가 있어야 하며, 독일의 판례에서 이에 관한 시사점을 찾을 수 있다.

아울러 일본의 경우, 원칙적으로 토지의 소유자, 관리자 또는 점유자에게 조치명령을 내리도록 하고, 당해 토지의 소유자 등 이외의 자의 행위에 의해 당해 토지의 특정유해물질에 의한 오염이 발생하였음

314) 즉 “신속하고 효율적인 위험제거”의 취지이다.

이 명백한 경우에 한하여 그 행위를 한 자(“오염원인자”)에게 조치명령을 내리도록 법률로 명시함으로써 정화책임자 간의 우열 문제를 확실히 하고 있다는 점 역시 참고할 만하다. 이러한 이유 때문인지 일본에서 정화조치명령의 위법을 다투는 행정소송은 아직까지 찾아볼 수 없다. 확실히 책임의 우선순위를 정해두는 것이 행정처분상의 혼란을 줄이고 관련된 분쟁을 줄이는 효과는 있을 것으로 보인다.

다만, 일본에서도 소유자, 관리자 또는 점유자 등이 복수 존재하는 경우의 책임관계에 관해서는 규정이 없는데, 해석상 소유자와 관리자 또는 점유자가 존재하는 경우, 이들 사이에 우선서열이 없는 것으로 이해되고 있음을 유의하여야 할 것이다.³¹⁵⁾ 실제로, 토양오염상황조사명령처분의 위법을 다투는 소송에서 우리나라에서와 같이 부지 소유자와 실제 운영자 간의 책임 배분, 위헌성 여부 등이 다투어진 바 있음을 확인할 수 있다.

(2) 선택재량의 문제

복수의 정화책임자가 있는 경우 관할행정청이 이들 중 누구에게 정화조치명령 등의 처분을 내릴 것인가는 행정청의 재량으로 보아야 할 것이지만, 그 재량은 자의(恣意)가 되어서는 아니 된다. 즉, 행정청이 복수의 정화책임자 중 누구를 대상으로 정화조치명령을 내릴 것인가에 관하여 선택재량을 행사함에 있어서 하자 있는 재량이 행사되어서는 안 된다는 것이다.

이와 관련하여 개별 법률상 수권이 있는 경우에는 먼저 그 규정에 따라야 할 것이지만, 현행 「토양환경보전법」은 그에 관한 재량권 행사에 관한 기준을 전혀 정하고 있지 않다. 이와 같이, 특별한 규정이 없는 경우 선택재량의 기준, 혹은 선택재량의 통제를 위하여 적용될

315) 松村, 註 266, 199-201頁 참조.

수 있는 원칙으로는, 다음과 같은 것들을 들 수 있다.³¹⁶⁾

첫째, 효율성의 원칙이다. 이는 위협방지의무를 가장 효율적으로 수행할 수 있는 자가 우선적으로 경찰권 발동의 대상이 된다는 원칙이다. 효율적으로 위협을 제거할 수 있는가에 대한 기준이 되는 것은 ‘경찰책임자의 위협방지를 위한 인적·물적 수행능력(persönliche und sachliche Leistungsfähigkeit des Störers)’ 및 ‘위험에의 공간적·시간적 근접성(räumliche und zeitliche Nähe zur Gefahr)’이다. 따라서 위협방지를 주된 목적으로 하는 경찰법에서 효율성이란 ‘신속하고 실효성 있는 위협의 제거(rasche und wirksame Beseitigung der Gefahr)’를 뜻한다. 이 효율성원칙은 복수의 경찰책임자, 그 중에서도 1차적 문제영역에 있어서 매우 중요한 의미를 가진다. 즉, 행정청은 복수의 책임자 가운데 위협을 가장 신속하고 실효성 있게 제거할 수 있는 상태에 있는 자를 선택하여야 한다. 만일 보다 신속하고 실효성 있게 위협을 제거할 책임자가 있는데도, 그러하지 못한 책임자에게 경찰권을 발동할 경우 효율성원칙에 반하여 재량하자가 된다.

둘째, 정당한 부담배분의 원칙이다. 복수의 정화책임자의 문제에 있어서는 1차적 영역에서는 효율성 원칙이, 2차적 영역에서는 정당한 부담배분의 원칙이 각각 가장 강조된다. 즉, 아직 위협방지 혹은 교란 제거가 있기 전에는 우선 위협을 없애야 한다. 따라서 효율적인 위협의 방지 혹은 제거가 가장 중요한 원칙으로 작용하며, 헌법상 평등권 원칙 및 실질적 법치국가원리에 바탕을 두는³¹⁷⁾ 정당한 부담배분의 원칙은 위협이 제거된 이후인 2차적 영역에서 우선적으로 요청된다.

셋째, 복수의 정화책임자 사이에서 선택재량을 행사함에 있어서도 적합성원칙, 최소침해성원칙, 상당성원칙과 같은 비례의 원칙이 적용

316) 이에 관한 상세는 김현준, “수인의 경찰책임자”, 『공법연구』 제35집 제3호, 한국공법학회 (2007. 2), 233면 이하 참조.

317) Schenke, Polizei und Ordnungsrecht, Rn. 289.

되어야 할 것이다.

우리나라 환경행정실무에서는 이러한 선택재량에 관한 실무가 제대로 정착되어 있지 않을 뿐만 아니라 법원도 그 재량하자를 제대로 판단하지 못하고 있는 것이 현실이다. 그 단적인 예로, 마산한국철강부지 사건에서 관할 행정청인 마산시장이 정화조치명령을 내림에 앞서서 수차례의 법령질의를 한 바 있다. 결국, 마산시장은 제1호 및 제2호에 따른 책임자인 한국철강과 제3호에 따른 책임자인 부영 양자에게 정화조치명령을 내렸고, 법원 역시 마산시장은 부영에게도 법 제 15조 제3항 제3호의 정화조치명령을 한 이상 한국철강에 대한 정화조치명령이 형평에 반한다고 볼 수 없고, 양자 간에 이 사건 매매계약 내용을 두고 다툼이 있어 그 해석 여하에 따라 오염토양 정화비용 최종 부담자가 결정된다 하더라도 이는 민사적인 문제에 불과하여 이 사건 처분에 영향을 줄 수 없어 이 사건 처분이 재량권을 일탈하거나 남용하였다고 보기 어렵다고 판시함으로써 선택재량에 관한 구체적인 접근을 하지 않았다.

이러한 점에서, 2004. 6. 29. 올덴부르크 행정법원 (VG Oldenburg, Urteil vom 29. 6. 2004)은 복수원인자 간의 선택재량 기준으로서 ‘위험에의 근접(Gefahrennähe)’을 제시함으로써 행정청의 토양정밀조사가 재량하자가 있다고 보아 취소하는 판결을 내렸는데, 이 점은 우리에게도 시사하는 바가 있다고 할 것이다.

(3) 정화책임자 간의 비용부담관계

현행 「토양환경보전법」은 오염원인자 간에 구상관계가 성립하는 것인지 여부에 대하여 해서도 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 이에 따라 정화조치명령을 받은 오염원인자가 정화조치를 실시한 후, 다른 오염원인자를 상대로 구상권을 행사할 수 있는지 여부에 대해서는 논란의 여지가 남아 있는 것이다. 마산한국철강부지 사건과 유류저장탱크

사건에서 헌법재판소는 구상권의 인정 여부에 관하여 애매한 태도를 보이고 있으며, 부영이 한국철강을 상대로 제기한 민사사건에서 역시 「토양환경보전법」에 기한 구상권이 주장되지 않았음을 확인할 수 있다.

독일의 2002. 1. 29. 프랑크푸르트 행정법원 (VG Frankfurt a.M., Urteil vom 29. 1. 2002 - 3 E 1296/01) 등에서 비용상환 및 구상권(Erstattungsregress)의 문제를 확인할 수 있는 바와 같이, 향후 복수의 정화책임자와 맞물려 필연적으로 발생할 수밖에 없는 문제가 바로 구상권의 문제이다.

이와 관련하여, 미국의 CERCLA가 다수의 책임당사자가 존재하는 경우 정화비용을 부담한 당사자가 다른 책임당사자를 상대로 구상권을 행사할 수 있음을 명시하고 있고, 일본의 토양오염대책법 또한 토지소유자 등의 원인자에 대한 비용상환청구권을 명시적으로 인정하고 있으며 구상권의 소멸시효까지 구체적으로 정하고 있음을 주목할 필요가 있다.

독일의 연방토양보호법 역시 비용부담에 관한 규정을 두고, 다수의 정화책임자 간의 구상권을 명시하고 있다. 특히, 독일법상의 비용부담 규정은 실무상 자주 문제가 되고 있는 다수의 정화책임자 간의 이익조정 등에 관한 내용으로, 민법상의 공동불법행위자 간의 연대책임 및 내부구상권과 비교하여 공법상 이익조정을 어떻게 할 것인가 하는 문제에 대한 근거가 되는 규정이라고 할 수 있다. 복수의 정화책임자 간에 상호 합의되지 않는 경우에는 오염과의 관련 정도를 고려한 각각의 기여분에 상당하는 구상권을 상호 독립적으로 가지며, 정화조치 명령에 따른 정화뿐만 아니라 자발적인 정화의 경우에도 구상권이 인정된다. 구상액은 위험 또는 손해에 대한 기여율을 기준으로 하므로, 상태책임자는 자신이 부담한 전액을 행위책임자에게 구상할 수도 있는 것으로 해석된다.

독일의 2002. 1. 29. 프랑크푸르트 행정법원 (VG Frankfurt a.M., Urteil vom 29. 1. 2002 - 3 E 1296/01)에서 법원은 지불능력이 없다는 이유만으로는 구상 의무를 면할 수 없음을 밝히고 있다. 또한, 법원은

비용부담은 토양오염의 제거와는 밀접한 연관은 있지만, 일단 별도의 문제로 파악하여, 1차적으로는 위험제거문제가 해결된 뒤, 2차적으로 공평부담의 견지에서 비용부담의 문제가 해결되어야 한다고 본 것이다. 이와 같이, 내부적인 구상관계를 인정하면서도, 신속하게 토양오염이라는 위험을 제거하는 것이 1차적인 문제로서 우선적으로 해결되어야 하며, 이것이 해결된 이후 공평한 부담으로서 비용부담의 문제가 해결되어야 한다고 보는 독일의 접근방식은 우리에게 시사하는 바가 크다 할 것이다.

일본의 경우에는 현재 오염토지를 소유하고 있는 자로서는 토양오염대책법의 제정·시행을 계기로 오염토지의 시장가격 하락이 심각한 문제로 다가오고 있음에 비하여, 토양오염대책법에 따른 오염의 제거 등의 조치가 의무화되는 자는 이들 소유자 중 극히 일부이기 때문에, 이들 소유자가 토양오염대책법에 따른 오염 등의 제거조치를 실시한 후, 실제 오염원인자에 대하여 토양오염대책법에 따른 구상권을 행사하는 경우 또한 극히 한정되어 있다.

이에 따라, 대부분의 민사사건에서 원고가 토양오염대책법 이외의 법령을 근거로, 계약책임을 주장하면서, 오염토지의 가격하락에 따른 손해를 회복하려는 경향을 보이고 있다. 이와 관련하여, 토양오염대책법에 따라 오염제거 등의 조치가 의무화되는 경우에는 토지의 가격하락이 오염행위에 의한 손해로 평가될 수 있을 것이지만, 그렇지 않은 경우에는 시장의 평가변화에 따른 가격하락을 손해로 볼 수 있는지도 문제되고 있다. 이밖에도, 토양오염행위를 불법행위로 볼 수 있을지의 문제, 예견가능성의 문제 등 다양한 문제가 민사사건에서 대두되고 있으며, 이러한 문제점은 일본의 토양오염대책법이 구상권을 명시하고 있음에도 불구하고, 다른 국가와 달리 공법상의 정화책임이 발생하는 경우가 극히 제한되어 있음에서 기인하는 측면이 큰 것으로 보인다.

한편, 복수의 오염원인자가 어떠한 기준에 따라 내부적으로 정화비용을 분담할 것인지도 어려운 문제 중의 하나이다. 부영이 한국철강을 상대로 제기한 민사소송이 법원의 판결이 아니라 조정으로 종결되기에 이른 것도 오염원인자 간의 비용부담 문제의 복잡성에서 기인한 측면이 적지 않았을 것으로 판단된다.

이와 관련하여 독일은 구체적인 책임분배방법에 관한 규정을 두고 있지 않고 사안에 따라 판례를 통하여 해결하는 경향을 보이고 있는 반면, 미국의 CERCLA와 판례에서는 비용부담관계에 관한 여러 고려요소를 제시하고 있음을 주목할 필요가 있다. 즉, CERCLA는 복수 당사자 간의 비용분담과 관련하여, 오염물질의 양, 유독성, 이동성, 증거능력, 지불능력, 소송부담, 공익적 요소, 선례로서의 가치, 형평성, 그 밖의 집적효과 등을 고려하도록 하고 있으며,³¹⁸⁾ 법원에서 ① 당사자가 자신의 유해물질의 폐기 또는 누출에 기여한 부분이 분할 가능하다고 하는 주장과 입증능력, ② 유해쓰레기의 양, ③ 유해쓰레기의 유독성 정도, ④ 당사자가 유해쓰레기의 발생·이동·처리·저장·폐기에 관여한 정도, ⑤ 유해쓰레기와 관련하여 당사자가 기울인 주의의 정도, ⑥ 당사자가 피해를 예방하기 위하여 정부와 협력한 정도 등 “Gore Factor”라고 불리는 여러 요소를 고려하고 있다는 것이다. 그렇지만, 이와 같이 여러 요소를 구체적으로 어떻게 활용할 것인가의 문제는 각각의 사안의 특수성에 따라 달리 정해질 수 있는 것이라는 점을 유의하여야 할 것이다.

4. 정화책임의 소급

마산한국철강부지 사건에서 헌법재판소는 공법상의 토양정화책임이 소급책임의 성질을 갖는 것으로 해석하였다. 헌법재판소는 오염원인자

318) 42 U.S.C. §9622(d)(3)(A).

조항이 부진정 소급입법으로서 종래의 법적 상태를 신뢰한 자들에 대한 신뢰보호의 문제를 발생시킬 뿐, 소급입법금지원칙에는 위반되지 않는다고 보았지만, 다수의견은 2001년 3월 28일 개정법이 2002년 1월 1일부터 시행되면서부터 토양오염관리대상시설의 양수인을 오염원인자로 간주하게 되었는데, 2002년 1월 1일 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자를 그 양수 시기의 제한 없이 모두 오염원인자로 간주하여 보호가치 있는 신뢰를 침해하였으므로, 신뢰보호원칙에 위배된다고 결정한 것이다. 즉, 2002년 1월 1일 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자에 대해서는 선의이며 무과실인 양수자에 대한 면책규정이 사실상 의미가 없고, 나아가 다른 오염원인자가 존재하지 않거나 무자력인 경우가 많고, 자력이 있는 다른 오염원인자가 존재하더라도 구상권 행사의 절차 및 책임분배의 기준이 미비하여, 사실상 우선 책임을 추궁당한 양수자가 손해배상 및 토양정화 책임을 무한책임으로서 부담하게 되는 경우도 많다는 점에 착안하여, 이처럼 이 사건 오염원인자 조항은 예측하기 곤란한 중대한 제약을 사후적으로 가하고 있으면서도, 그로 인한 침해를 최소화 할 다른 제도적 수단을 마련하고 있지 않으므로, 이 사건 오염원인자 조항이 2002년 1월 1일 이전에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 대해서 무제한적으로 적용되는 경우에는 이 사건 오염원인자 조항이 추구하는 공익만으로는 신뢰이익에 대한 침해를 정당화하기 어렵다고 본 것이다.

이와 같은 헌법재판소의 태도는 일관되게 CERCLA의 소급효를 긍정하고 그 합헌성을 인정하고 있는 미국의 판례와 사뭇 달라 보인다. 이번 헌법불합치결정에 대해서는 보다 신중한 검토 후에 평가가 내려져야 할 것이지만, 「토양환경보전법」이 정화책임의 소급에 관하여 침묵하고 있고, 학설상으로 소급책임의 성질 여하에 대하여 다툼이 있는 우리 현실에서,³¹⁹⁾ 「토양환경보전법」상의 정화책임, 특히 제3호의

319) 소급책임이 아니라고 보는 견해는 김홍균, 註 45, 97-98면 참조. 소급책임으로

오염원인자의 정화책임이 소급책임의 성질을 갖는가의 문제에 대하여 구체적인 검토를 하지 아니한 채, 소급책임의 성질을 가진다는 것을 전제로 판단을 하였다는 점은 일단 아쉬움으로 남는다. 특히, 마산한국철강부지 사건은 헌법재판소에서 신뢰이익의 침해 여부를 판단하는 기준으로 제시하고 있는 2002년 1월 1일보다 늦은 2003년 3월에 해당 부지를 매수한 사안이었음을 고려할 때, 더욱 그러하다.

앞서 살펴보았던 독일의 2005. 2. 22. 만하임 고등행정법원 판결(VGH Mannheim, Urteil vom 22. 2. 2005 - 10 S 1478/03³²⁰)은 “1999. 3. 1.부터 시행된 연방토양보호법의 규정을 헌법합치적으로 해석할 경우, 연방토양보호법 제4조 제1항 제1호는 1970년대에 행해진 포괄승계의 경우에는 적용되지 않는다. 헌법상 인정되는 진정소급효 금지의 예외는 ‘불확실하거나 혼란스러운 법상황(unklarer oder verworrener Rechtslage)’의 경우이어야 한다. 따라서 1980년대 중반에서야 추상적 경찰책임의 포괄승계가 인정될 수 있다.”고 본 점은 특기할 만하다. 즉, 1972년에 만들어진 주식회사가 1973년 조업정지한 채굴업 운영자의 포괄승계인인 경우에 연방토양보호법 제4조 제3항 제1문³²¹)에 따라 그 스스로 오염원인자인 경우라야 하며, 그의 피승계인이 오염원인자인 경우에는 이 법조항이 적용되지 않는다고 본 것이다. 즉, 사안의 경우 그 당시의 시점은 소급효를 정당화할 수 있는 불확실하고 혼란스러운 법상황이 존재하였다고 볼 수 있고, 입법자는 연방토양보호법 제4조 제3항 제1문에 따라 소급적으로 규율할 수 있다고 보았다.

우리의 상황에 비하여, 일찍이 환경법이 발전했던 독일의 상황에서 나온 판결이긴 하지만, 토양정화책임의 소급효와 이와 맞물린 신뢰보

보는 견해는 황창식, 註 11, 149면; 김현준, 註 48, 205면 참조.

320) 제1심 판결은 VG Freiburg vom 16.10.2002 - 1 K 836/00.

321) 연방토양보호법 제4조3항1문 : 유해한 토양변경 혹은 위험오염지의 원인자 및 그 포괄승계인, 토지의 소유권자, 토지의 사실상 지배주체는 토양, 위험오염지, 유해한 토양변경이나 위험오염지를 통하여 초래된 수질오염을 정화하여, 개인이나 공중에 대한 위험, 현저한 불이익 혹은 현저한 부담이 지속적으로 발생하지 아니하도록 해야 한다.

호의 문제는 마산한국철강부지 사건에서의 헌법재판소의 헌법불합치 결정 이후에도 완전히 해결된 것으로 보이지 않으며, 향후 계속 다투어질 것으로 보인다. 또한, 독일 법원에서는 보호할 만한 가치 있는 신뢰이익의 유무에 관한 판단시점을 연방토양보호법의 시행 시점보다 이전으로 보는 경향이 있음을 고려할 때, 헌법재판소가 보호할 만한 가치가 있는 신뢰가 형성되는 시점을 오염원인자 조항이 시행된 2002년 1월 1일을 기준으로 삼은 점은 향후 계속해서 논의의 대상이 될 것으로 보인다.

5. 정화책임의 면제 또는 책임범위의 제한

우리나라 「토양환경보전법」은 정화책임의 면제사유를 천재·지변·전쟁과 양수인의 선의·무과실로 한정하고 있다. 그리고 오염원인자의 정화책임 범위의 제한에 관해서는 따로 정하고 있지 아니하다.

독일의 연방토양보호법에서도, 법 시행일인 1999년 3월 1일 이후 토지의 소유권을 이전한 선의·무과실의 前所有者, 행정청과 정화의무자 간의 정화계약 체결에 따른 권리승계인의 면책 합의 등의 경우를 제외하고는 따로 정화책임의 면제나 책임범위의 제한에 관하여 규정하고 있지 아니하다.

물론, 정화조치명령에 따른 정화에 드는 비용이 토지의 가액을 상회하는 사례에서, 독일연방헌법재판소는 헌법상의 소유권보장과의 조정을 도모하기 위하여, 토지소유자의 책임범위가 토지의 거래가액의 범위로 한정되는 경우가 있다고 판시한 바 있다. 그렇기는 하나, 여기에서 말하는 토지소유자에는 기업이 제외된다고 판시하였음을 유의할 필요가 있다. 마산한국철강부지 사건에서 이 문제가 본격적으로 다루어지지 않는 않았으나, 부영의 경우 아파트 건설을 전문으로 하는 기업이었음을 주목하여야 할 것이다. 또한, 헌법재판소의 결정에 이르지 않는 않았으나 장항제련소 사건 역시 엘에스산전이나 엘에스니꼬동제련 등

기업이 그 당사자이었고, 해당 부지상에서의 사업활동을 통하여 막대한 경제적 수익을 얻어 왔음이 충분히 고려되었어야 할 것이다.

일본에서도 별도의 면책규정을 두고 있지는 않으며, 해석상 불가항력에 의한 토양오염의 경우 행위책임자로서 오염원인자의 책임이 면책되는 것으로 이해되고 있을 뿐이며, 선의·무과실의 토지소유자에 대한 면책 규정도 두고 있지 아니한바, 이에 따라 토지소유자 등이 오염원인자가 아닌 경우, 소유자 등이 토지취득 시에 오염의 존재에 관하여 선의·무과실이었던 것은 일반적으로는 책임 감면사유에 해당하지 않는 것으로 해석되고 있다.

이에 비해, 미국의 법원은 연대책임의 성질상 통상적으로는 정화비용 전부에 대하여 연대하여 책임을 지며, 물론 현실적으로 입증상의 어려움이 있기는 하지만, 책임의 분할 가능성을 입증하는 경우에는 자신의 책임부분에 따라 비용을 부담할 수 있는 것으로 판시하고 있다. 유류저장탱크 사건에서 헌법재판소 다수의견이 과잉금지원칙 위반 등을 이유로 그 위헌성을 지적하고 있음을 고려할 때, 헌법위반상태를 해소하기 위해서는 미국에서와 같이 일정한 경우 정화책임의 범위를 제한할 수 있는 가능성을 열어두는 방안 또한 입법론적으로 검토되어야 할 것으로 보인다.

또한, 미국이 심각한 브라운필드 문제에 대처하기 위하여 소량 배출과 도시폐기물 배출에 대한 면책을 법으로 규정하고, 인접지 등의 소유자, 브라운필드법 시행 후의 선의매수인, 선의의 토지소유자 등의 면책요건을 구체화하고 있다는 점 또한 주목할 만하다. 미국은 이와 같이 다양한 면책 가능성을 열어두고 있고, 책임당사자 중 일부를 면책시키는 면책계약까지 인정하고 있다. CERCLA는 인과관계 부재 항변, 유해물질의 누출이 피고와 무관한 또 다른 원인으로부터만 야기되었음을 입증하면 면책이 될 수 있음을 명시하고 있으며, 책임한도 조항도 두고 있는 것이다.

다만, 향후 우리나라에서 입법론적으로 정화책임의 면제 등을 고려함에 있어서는, 미국이 심각한 브라운필드 문제라는 특수한 상황에 직면하여 그와 같은 책임의 면제사유를 신설하거나 구체화하였음을 유의하여야 할 것이다. 특히, 브라운필드법 제정 및 그에 따른 AAI 규칙 제정을 통하여 양수인의 면책을 명확화한 것은 엄격한 정화책임을 지게 될 지도 모른다는 우려로 인하여 다수의 부동산이 확대, 재개발 및 재이용되지 아니하게 되는 브라운필드 문제의 심각성이라는 전제가 있었기 때문이었다. 그러나 우리나라의 경우 아직까지 브라운필드 문제가 심각한 수준으로 나타나고 있다고 볼 수 없다. 미국은 이러한 브라운필드 문제를 해결하기 위하여 브라운필드법이 제정되었고, 여기에서 “선의의 매수인 항변”을 위한 요건을 구체화하기에 이르렀으나, 그 요건을 충족하기는 우리나라 「토양환경보전법」보다 어려운 구조로 되어 있다는 사실도 있어서는 안 될 것이다.

즉, “선의의 매수인 항변”을 인정받기 위해서는, (i) “모든 적절한 조사(All Appropriate Inquiry)”를 실시하여야 할 뿐만 아니라, (ii) 추가적인 오염의 방지 또는 제한을 위한 합리적인 조치(reasonable steps)를 취할 것이 요구된다. 특히 “AAI”의 인정에 관해서는 따로 AAI 규칙이 제정·시행되고 있는데, AAI 규칙에서는 ‘모든 적절한 조사’의 요건으로 환경전문가의 의무사항만을 규정하고 있는 것이 아니라, 토지소유자나 구입예정자 등의 관계당사자에게도 일정한 의무를 부과하고 있다.

제 4 장 토양정화책임법제의 개선방향

최근 2건의 헌법불합치결정이 내려짐에 따라, 「토양환경보전법」은 이들 2건의 결정에서 판시하고 있는 위헌적 상태를 어떻게든 제거하여야 할 것이다.

먼저, 마산한국철강부지 사건과 관련하여, 헌법재판소 다수의견이 신뢰보호원칙 위반을 이유로 제3호의 오염원인자 조항에 대하여 헌법불합치 결정을 내린 이상, (i) 2012년 1월 1일 이후 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수로 한정하는 방안, (ii) 2002년 1월 1일 이전의 특정 시점 이후에 이루어진 양수로 한정하되, 국가가 일부 비용을 보조하는 방안, (iii) 시적 적용범위는 현행대로 유지하되, 양수인 책임의 보충적 성격을 부여하거나, 양수인의 면책사유를 확대하거나 책임 범위를 제한하는 방안 등의 도입 여부에 대한 검토가 요구된다.

또한, 유류저장탱크 사건과 관련하여, 헌법재판소 다수의견이 과잉금지원칙 및 평등원칙 위반을 이유로 제2호의 오염원인자 조항에 대하여 헌법불합치 결정을 내린 이상, (i) 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 정화책임의 보충적 성격 부여, (ii) 이들에 대한 면책사유 확대, (iii) 이들의 책임범위 제한 등에 대한 검토가 필요하다.

입법자로서는 두 건의 헌법불합치결정에서 지적하고 있는 신뢰보호원칙 위반, 과잉금지원칙 위반, 평등원칙 위반 등에 따른 헌법위반 상태를 제거하기 위하여, 헌법재판소가 예시적으로 열거하고 있는 여러 대안의 도입 여부를 신중히 판단하여야 할 것이며, 각각의 대안이 갖고 있는 장·단점을 면밀하게 분석하여야 할 것이다.

아울러, 헌법위반 상태의 제거도 물론 중요하지만, 당초 오염토양의 신속한 정화를 통한 국민건강 및 환경상의 위해 제거라는 「토양환경보전법」의 입법취지가 최대한 훼손되지 않도록 하여야 할 것이다. 또

한, 국가의 비용 보조, 면책이나 책임 범위 제한 등을 위해서는 토양정화를 위한 기금 설치 등 재원 조성에 관한 입법론적 검토도 이루어져야 할 것이다.

이하에서는 앞서 살펴본 외국의 법제와 분쟁사례 분석을 통한 시사점에 중점을 두어, 우리나라 토양정화책임법제의 개선방향을 제시하기로 한다. 본 연구 종료 시점에 임박하여 헌법불합치결정이 내려짐에 따라, 그에 대한 심층적인 분석에 입각하여 대안을 제시하지 못하는 점은 아쉽지만, 이하에서 제시하는 각각의 개선방향은 헌법불합치 결정에 따른 위헌적 상태를 제거하는 데에도 상당 부분 기여할 수 있는 측면이 있을 것이다.

제 1 절 사법상 책임과 공법상 책임의 준별

현행 「토양환경보전법」은 오염원인자의 책임에 관하여 사법상의 손해배상책임과 공법상의 정화책임을 혼란스럽게 규정하고 있어서, 법체계상으로도 맞지 않을 뿐만 아니라 해석상으로도 매우 곤란한 문제를 발생시킨다. 특히, 법 제10조의4 각 호에서 정하고 있는 오염원인자가 사법상 손해배상책임과 공법상 정화책임에서 공히 적용되는 것으로 보아야 할지도 의문이거니와, 이외에도 무과실책임, 연대책임 등의 해석에 있어서도 사법상 책임과 공법상 책임을 구별할 것이 요구된다.

사익에 대한 규율이 아닌 공법적 정화책임 등을 목적으로 하는 「토양환경보전법」의 취지 등을 고려할 때, 민사책임을 굳이 이 법에 포함시키는 것에 대하여 입법론상 의문의 여지가 없지 아니하나, 이를 입법자가 정책적으로 포함시킬 수 있는 여지도 있을 것이다. 그러나 그러한 경우에도 사법상의 정화책임과 공법상의 정화책임은 준별하여 규정하여야 마땅하다.

따라서 그 성질이 본질적으로 다른 2개의 책임을 함께 규정하는 듯한 현행법의 태도는 매우 잘못된 것이라고 보며, 민사책임과는 많은

다른 점이 인정되는 공법상의 정화책임의 성격에 비추어 조속히 개선해야 할 부분이라고 생각된다.

제 2 절 ‘오염원인자’ 용어의 전환

토양정화의 책임을 지는 오염원인자는 제10조의4에서 열거하고 있다. 즉, 제10조의4 각 호에 해당하는 경우 오염원인자라고 규정하고, 이들 오염원인자에게 손해배상책임과 정화책임을 모두 인정하고 있는 것이다.

여기서 오염원인자라는 용어는 “오염원인자 책임원칙”이라는 제목을 가진 「환경정책기본법」 제7조의 “자기의 행위 또는 사업활동으로 환경오염 또는 환경훼손의 원인을 발생시킨 자는 그 오염·훼손을 방지하고 오염·훼손된 환경을 회복·복원할 책임을 지며, 환경오염 또는 환경훼손으로 인한 피해의 구제에 드는 비용을 부담함을 원칙으로 한다.”는 규정을 연상시킨다.

위 규정은 기본적으로 “오염원인자”를 “자기의 행위 또는 사업활동으로 인하여 환경오염 또는 환경훼손의 원인을 발생시킨 자”로 인식하고 있는바, 「토양환경보전법」상의 “오염원인자” 개념, 특히 제3호나 제4호의 오염원인자 개념과는 결코 부합될 수 없는 것으로 이해된다. 엄밀하게 이야기하자면, 「토양환경보전법」 제10조의4 각 호 가운데 제1호만이 직접적인 오염원인자에 해당된다고 보아야 할 것이다. 제1호의 경우 이외의 자들은 직접적인 오염원인자라서 정화책임을 지는 것이 아니라, 그가 지배하는 물건으로부터 토양오염이 발생했기 때문에 정화책임을 지거나 승계를 통하여 책임을 지는 것이다. 이들 모두를 일괄적으로 “오염원인자”라는 개념으로 묶어버리는 것은 매우 정치하게 판단할 필요가 있는 공법상의 정화책임론의 본질을 희미하게 할 수 있어 타당하지 않다고 생각된다.

아울러 「토양환경보전법」상의 무과실책임 규정에 대한 일반규정으로 위치시킬 수 있는 「환경정책기본법」 제44조에서는 “환경오염의 피

해에 대한 무과실책임”이라는 조명하에, “환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 경우에는 해당 환경오염 또는 환경훼손의 원인자가 그 피해를 배상하여야 한다.”고 정하고 있고, 동 조항에서의 “원인자” 역시 제7조의 규정에서와 같이 환경오염 또는 환경훼손의 원인을 발생시킨 자로 이해하여야 할 것인바, 이렇게 되면 「토양환경보전법」상의 무과실책임 규정을 「환경정책기본법」상 무과실책임의 특별규정으로 본다고 하더라도, 일반규정에 비하여 지나치게 원인자의 개념이 확장되어 있다는 비판이 제기될 수 있을 것이다.

결국, 「토양환경보전법」 제10조의4에서와 같이 오염토양에 대한 손해배상책임 및 정화책임의 당사자를 포괄하는 용어로 “오염원인자”를 사용하는 것은 적절하지 못하다. 이는 어의와 정확하게 부합하지 않아 토양정화책임론의 논리적 전개에 장애 혹은 혼동을 줄 수 있다.

부영이 제기한 헌법소원에서도 역시 이 같은 문제점을 확인할 수 있다. 즉, 이 사건에서 토지를 매수한 자에게 정화책임을 지우는 것이 헌법에 합치하는가의 쟁점도 문제가 되었지만, 토양오염을 직접적으로 야기하지 아니한 토지 양수인이 “오염원인자”에 해당한다는 것 자체가 일반국민의 입장에서는 쉽게 납득하기 곤란하다는 점 역시 헌법소원에 이르게 된 중요한 원인이 된 것으로 판단된다. 아울러 이 사건에서는 오염에 기여하지 아니한 토지양수인을 “오염원인자”로 규정 짓는 것에 대하여 환경법의 대원칙이 원인자책임원칙(오염원인자부담원칙)에 명백히 반한다는 주장이 함께 제기되었다.

따라서 동법에서의 “오염원인자” 대신 “정화책임자”라는 용어로 대치하고, 손해배상책임자에 대해서는 구분하여 별도로 규정할 것을 제언한다. 미국은 “잠재적 책임당사자”, 독일은 “토양정화의무자”라는 용어를 사용하고 있다는 점 역시 이러한 주장을 뒷받침한다. 아울러 일본 역시 “오염제거 등의 조치의무자”라는 용어를 사용하는 한편, 직접 자신의 행위로 토양오염을 발생시킨 자를 따로 “오염원인자”로 개념지우고 있다.

구체적으로는, 현행과 같이 민사상 손해배상책임과 공법상 정화책임이 혼재되어 있는 조항을 분리하여 별도 조문으로 구성하여 규정하고, 민사상 손해배상책임에 관한 조항에서는 현재의 “오염원인자” 대신 “해당 토양오염의 원인을 야기한 자”로 수정하는 한편, 공법상 정화책임에 관한 조항에서는 현재의 “오염원인자” 용어를 “정화책임자”로 수정하는 것이 바람직할 것이다.

이를 통하여 개념상의 혼란가능성을 축소하면서도, 현행법상 공·사법상 책임이 얽혀있는 구조적인 문제점을 극복하고, 어떠한 기준이 공법상 책임에 적용되고 사법상 책임에 적용되는지를 분명히 할 수 있을 것이며, 제10조의3 제2항의 연대책임 규정이 공법상 정화책임에도 적용되는지 여부에 관한 논란을 입법적으로 해결할 수 있을 것이다. 다만, 민사법적인 관점에서 손해배상책임에 대해서도 현행과 같이 오염원인자의 범위를 유지하여야 할 것인지, 혹은 직접 오염을 야기한 자로 한정하는 것이 바람직할 것인지 등에 대한 추가적인 검토가 필요할 것이라고 본다.

제 3 절 정화책임자 간의 책임부담관계 정립

현행법상 제10조의3 제2항의 “연대책임”이 사법상 책임에 대해서 적용되는 분명한지만, 공법상 책임에 대해서 적용되는지는 불분명하고 학설상 대립이 있음이 전술한 바와 같다. 원래 “연대책임”이라고 하면, 피해자의 입장에서는 누구를 대상으로 청구할 것인지에 대하여 아무런 제한이 없다. 예컨대, 원인자가 A와 B인 경우, 피해자는 아무런 제한 없이 A만을 대상으로 손해 전액을 청구할 수도 있고, A와 B 모두를 대상으로 청구할 수도 있다. 다만, A와 B 사이에는 내부적인 구상관계가 성립되어, 각각의 기여비율에 따라 배상액을 부담하게 된다.

그런데, 제15조 제3항에서는 “... 오염원인자에게 명할 수 있다.”고 규정함으로써, 정화조치명령을 행정청의 “재량행위” 형식으로 규정하고 있고, 본래적으로 재량행위에 대해서는 재량권의 일탈·남용 금지라는 제한이 붙게 되며, 재량권의 일탈·남용에 해당하는 경우 해당 처분은 위법하게 된다. 따라서 행정청이 정화조치명령 대상자를 정함에 있어서도 제10조의3 제2항의 적용을 받아 무제한의 재량을 갖게 되는 것인지, 정화조치명령을 받은 자가 2인 이상인 경우에는 이들 간의 내부구상관계가 성립하게 되는 것인지 등을 두고 해석상 혼란의 여지가 있는 것이다.

더구나 제10조의3 제2항의 연대책임은 “오염원인자가 둘 이상인 경우에 어느 오염원인자에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때” 발생하는 것이므로, 문언 그대로 해석한다면, 한국철강부지사 건에서와 같이 부영이 아니라 한국철강에 의해 우려기준을 초과하는 토양오염이 발생한 것으로 볼 수 있는 경우에는 해석상 적용의 여지가 없으며, 기껏해야 이 규정을 유추(類推)적용할 수 있는 것으로 해석할 여지가 있을 것이다. 실제 조치명령 발동권자인 지방자치단체장도 환경부나 법제처에 이에 대한 질의를 한 사례가 다수 발견되고 있다.

부영이 제기한 헌법소원에서 부영은 「토양환경보전법」상 원인자가 여러 명 있는 경우 그들이 어떠한 형태로, 또 어떠한 순서로 책임을 부담하는가에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않으며(예컨대, 오염시설을 설치·가동하여 토양을 오염시킨 자와 그로부터 토양을 양수한 갑·을·병 등이 정화책임을 연대하여 부담하는지, 분할하여 부담하는지, 아니면 최초의 오염자나 직접적인 오염자가 먼저 책임을 지고, 토양을 양수받은 자가 부종하여 보충적 내지 제2차적으로 책임을 지는지, 전전양수한 자들이 소유기간에 따라 책임을 부담하는지, 매수대금의 다과에 따라 책임을 부담하는지 등에 관하여는 아무런 규정이 없음), 단순히 오염원인자에 해당하기만 하면 그 자에 대하여 정화조치명령이 가능하다는 형식으로만 규정되어 있다는 점, 그리고 토지양

수인이 자기 비용으로 주된 오염원인자 대신 정화조치를 이행한 경우 주된 오염원인자에 대하여 구상할 수 있다는 규정을 두고 있지 아니하다는 점 등을 문제삼았고, 헌법재판소 역시 이러한 점을 고려하여 헌법불합치결정을 내렸다.

이와 같은 문제를 해결하기 위한 대안은 여러 가지가 있을 수 있을 것이며, 저마다 장단점이 있을 것이어서 그 도입에 있어서 신중한 판단이 필요할 것이며, 경우에 따라서는 이들 대안을 적절히 조합하는 방안에 대해서도 고려할 수 있을 것이다. 아울러 미국의 슈퍼펀드와 같은 기금을 조성하고 신속한 대응이 필요한 토양오염의 경우에는 기금 재원으로 국가가 정화조치를 실시하고, 차후에 오염원인자를 규명하여 비용을 구상할 수 있도록 한다면, 아래에서 제시하는 여러 대안에서 나타날 수 있는 오염토양의 신속한 정화 곤란 등의 단점을 어느 정도 해소할 수 있을 것이다.

1. 정화조치명령 대상의 우선순위의 법정

현행법상의 제1호에 해당하는 직접적인 오염원인자에 대하여 정화조치명령을 내리도록 하고, 직접적인 오염원인자를 규명할 수 없는 경우 상태책임자에 해당하는 제2호 이하의 자에게 정화조치명령을 내릴 수 있도록 명시함으로써 정화조치명령에 관한 재량을 축소하는 한편, 복수 당사자 간의 구상관계는 법률로 구상권 행사의 근거 및 내부적인 비용분담에 관한 고려요소 정도만을 규정하고 사안별로 해결하도록 하는 방안을 고려할 수 있을 것이다. 이에 있어서도 내부적인 비용부담은 당사자 간의 특약 등 사실관계에 따라 달라질 수 있으므로, 개략적인 고려요소를 열거하는 이상으로 이를 구체적으로 법제화하는 것은 사실상 곤란할 것이다.

이와 같은 대안은 정화조치명령 대상 선택의 우선순위를 법으로 명시함으로써 한국철강부지사건에서 볼 수 있는 바와 같은 소송남발, 분쟁의 장기화로 인한 오염토양 방치 등의 문제를 해결할 수 있다는 장점이 인정될 수 있을 것이다. 또한, 헌법재판소에서 판시하고 있는 바와 같이, 일정한 유형의 정화책임자에 대해서는 보충적 성격의 정화책임을 부여함으로써 헌법위반 상태를 제거할 수도 있을 것이다.

다만, 직접적인 오염원인자가 복수인 경우 등에 대해서는 여전히 적절한 해결책이 되지 못한다. 직접적인 오염원인자 규명에 많은 시간이나 비용 등이 발생할 수 있게 되고, 이에 따라 오염토양의 신속한 정화라는 본래적인 입법취지를 훼손시킬 우려가 있다는 점도 문제로 지적될 수 있을 것이다.

2. 정화조치명령처분 행사에 관한 재량준칙 마련

이는 현행법상의 규정은 그대로 유지하되, 정화조치명령의 대상자 혹은 그 우선순위에 관한 가이드라인을 지침 등의 형식으로 제시함으로써, 지방자치단체장이 재량권을 행사함에 있어서 일정한 준칙으로 삼을 수 있도록 유도하는 한편, 앞서서와 동일하게 복수 당사자 간의 구상관계는 법률로 그 근거 및 고려요소 정도만을 규정하고 사안별로 해결하도록 하는 방식이다.

이 경우, 재량권 행사에 관한 일정한 가이드라인을 제시함으로써 각각의 지방자치단체장이 일정한 기준이나 일관성 없이 쇼핑 식으로 정화조치명령 대상자를 정하게 될 우려를 다소 줄일 수 있을 것이다. 다만, 구체적인 재량권행시기준을 마련함에 있어서 토양오염으로 인한 위해제거의 효율성, 비례원칙 등이 동시에 고려될 수밖에 없을 것이므로, 실제 기준 마련 자체에 상당한 어려움이 있을 것임과 아울러, 지나치게 구체적인 재량권행시기준의 마련은 사안에 따른 유연한 행

정청의 대응을 곤란하게 할 수 있고, 역시 오염토양의 신속한 정화라는 본래적인 입법취지를 훼손시킬 우려가 있다는 단점이 있다.

3. 면책 또는 책임제한을 위한 제도적 장치 마련

다음으로, 현행법상 정화책임자의 유형을 열거한 제10조의4를 그대로 유지하되, 개별 당사자가 면책 또는 책임범위의 제한을 주장하고 이를 인정받을 수 있도록 하는 제도적 장치를 절차적으로 보장하도록 법제화하는 방안이 있을 수 있다. 이는 행정절차를 통하여 책임면제 여부나 그 정도를 정함으로써 불필요한 소송남발을 막을 수 있다는 장점이 있고, 헌법상 비례원칙이나 신뢰보호원칙 위반의 여지를 줄임으로써 헌법불합치결정에 따른 헌법위반 상태를 어느 정도 해소할 수 있다는 장점이 있다.

그렇지만, 면책 또는 책임제한을 위한 기준을 만드는 작업이 우선되어야 할 것이며, 면책 관련 이의절차의 지연 등으로 오염토양의 신속한 정화라는 본래적인 입법취지를 훼손시킬 우려가 있다는 점도 문제이다. 또한, 면책 또는 책임제한으로 인한 공백은 결국 현행법상으로 국가의 일반재원을 통하여 해결할 수밖에 없게 되고, 이에 따라 원인자책임원칙과의 모순이 발생할 수 있다. 이를 보완하기 위한 대안으로, 토양오염의 원인에 직·간접적으로 기여하는 자에 대한 부담금 부과 및 토양정화기금의 설치 등을 적극적으로 검토하여야 하는 이유이다.

한편, 현행법이 정화책임의 면제와 관련하여, “양수 또는 인수 이전에 토양환경평가를 받아 그 토양오염관리대상시설의 오염 정도가 우려기준 이하인 것을 확인하는” 경우를 선의·무과실이 인정되는 경우로 명시하고 있는 것은 문제라고 할 수 있다. 토양환경평가의 실시 및 우려기준 이하의 확인을 정화책임 면제 대상으로 명시하는 것은 정화책임의 면책 가능성을 크게 높이는 것으로, 결국 허위·부실의

토양환경평가가 양산되고 그에 따라 정화책임을 면제받는 사례가 늘어남으로써 토양환경의 개선과 정화라는 당초의 입법취지가 손상될 우려가 있는 것이다.

전술한 바와 같이, 미국이 브라운필드법 제정 및 그에 따른 AAI 규칙 제정을 통하여 양수인의 면책을 명확화한 것은 우리나라와는 달리 엄격한 정화책임을 지게 될지도 모른다는 우려로 인하여 다수의 부동산이 확대, 재개발 및 재이용되지 아니하게 되는 브라운필드 문제의 심각성이라는 전제가 있었기 때문이었다. 미국은 이러한 브라운필드 문제를 해결하기 위하여 브라운필드법이 제정되었고, 여기에서 “선의의 매수인 항변”을 위한 요건을 구체화하기에 이르렀으나, 그 요건을 충족하기는 우리나라 「토양환경보전법」보다 어려운 구조로 되어 있다.

그리고 아직까지 우리나라의 토양환경평가 기술력과 전문성 수준이 의심스러운 현실이다. 기술력과 전문성의 미비는 부정확한 토양환경평가 결과를 가져올 수 있다. 그리고 여전히 토양환경평가의 허위·부실 작성에 대한 유인이 강하다. 「토양환경보전법」은 토양환경평가 결과를 신뢰한 양수인에 대한 면책을 명시함과 동시에, 토양환경평가의 항목·방법·절차 등을 대통령령으로 정하도록 하는 한편, 고의 또는 중대한 과실로 토양환경평가 결과를 거짓으로 작성한 경우 토양관련전문기관의 지정취소 또는 업무정지를 할 수 있도록 하고, 고의 또는 중대한 과실로 항목·방법 및 절차를 위반하여 토양환경평가를 부실하게 한 자에 대하여 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 규정을 두고 있기는 하나, 이와 같은 제재는 오염된 토양의 정화에 드는 막대한 비용에 비하여 지나치게 낮은 수준으로 되어 있는바, 토양환경평가 결과를 허위로 작성하거나 부실하게 작성할 만한 유인은 여전히 크다고 할 것이다.

다만, 현실적으로 개정법이 시행된 지 얼마 되지 아니한 상태에서 이와 같은 면책 규정을 당장 삭제하는 것은 곤란한 측면이 있고, 토

양환경평가의 활성화 시책과 역행하게 될 수도 있다. 따라서 그 차선책으로 토양환경평가의 실시방법·기준 등을 보다 엄격하게 정하고, 허위·부실평가에 따른 행정상의 제재 및 형사상의 제재 수준을 강화함으로써, 허위·부실평가에 대한 유인을 축소시키는 것이 필요할 것이다. 법원 역시 이러한 사안에서는 “토양환경평가”가 「토양환경보전법」에 따른 실시방법·기준 등에 적합하게 실시되었는지 여부를 엄격하게 심사하는 태도를 보일 필요가 있을 것이다.

4. 책임분담을 위한 기구 설치

원인자를 규명하고 신속하게 책임자 상호간의 책임분담을 조정할 수 있는 기구를 설치하는 방안도 고려할 수 있을 것이다.³²²⁾ 현행법상 정화조치명령권자로 되어 있는 시장·군수·구청장에게 원인자 규명이나 책임분담 조정에 관한 전문성을 기대하기 어려울 것이므로, 전문기구의 신설을 통하여 이와 같은 문제를 극복할 수 있을 것이다. 다만, 구체적인 사안에서 원인자의 책임유무 및 정도를 판단할 수 있는 전문성 제고 및 구체적인 기준 마련이 선행되지 않고서는 기구의 신설 역시 궁극적인 문제 해결방안이 되지 못할 것이다.

322) 채영근, “기업의 환경책임에 관한 법적 고찰: 한국철강부지 오염에 대한 정화책임의 중심으로”, 『환경법연구』 제32권 제1호, 한국환경법학회 (2010. 4), 141면 참조.

참고 문헌

- 김성균·이비안, “낙후산업지역(Brownfield) 개발 관련 입법 동향 분석 및 대안의 모색”, 『환경법연구』 제30권 제1호 (2008. 5).
- 김성배, “브라운필드법의 문제점과 그 시사점”, 『환경법연구』 제31권 제1호, 한국환경법학회 (2009. 4).
- 김성배, “소급적 토양정화책임의 위헌문제: 미국 판례와 CERCLA상의 논의를 중심으로”, 『환경법과 정책』 제8권, 강원대학교 비교법학연구소 환경법센터 (2012. 5).
- 김필성, “장항제련소 사건의 개요와 전망”, 『토양정화책임 관련 분쟁사례 분석』 제1차 워크숍 자료집, 한국법제연구원 (2012. 5. 25).
- 김현준, “경찰법상 상태책임”, 『토지공법연구』 제22집, 한국토지공법학회 (2004).
- 김현준, “독일 연방토양보호법상의 오염토양의 조사 및 정화”, 『환경법연구』 제27권 제4호, 한국환경법학회 (2005. 12).
- 김현준, “독일 연방토양보호법상의 정화의무자”, 『환경법연구』 제27권 제3호, 한국환경법학회 (2005. 9).
- 김현준, “수인의 경찰책임자”, 『공법연구』 제35집 제3호, 한국공법학회 (2007. 2).
- 김현준, “토양오염으로 인한 정화책임과 손해배상책임: 최근 판례를 중심으로”, 『토지법학』 제28-1호, 한국토지법학회 (2012. 6).
- 김현준, “토양정화책임: 토양환경보전법 제10조의3에 대한 비판적 검토”, 『공법연구』 제34집 제2호, 한국공법학회 (2005. 12).

참고 문헌

- 김현준, “토양환경보전법 제10조의3에서의 정화책임”, 『법률신문』 제 3426호 (2006. 1. 12).
- 김현준, “토양환경보전법상 정화책임의 공법적 검토”, 『환경법과 정책』 제8권, 강원대학교 비교법학연구소 (2012. 5).
- 김형진 (역) / Jeffrey M. Gaba, 『미국 환경법』, 형설출판사 (2005).
- 김홍균, “미국 종합환경대응책임법(CERCLA)상의 책임당사자와 토양 환경보전법상의 오염원인자”, 『환경법연구』 제24권 제1호, 한국환경법학회 (2002).
- 김홍균, “토양환경보전법 책임체계의 새로운 방향: 브라운필드(Brownfields) 문제”, 『저스티스』 통권 제110호, 한국법학원 (2009. 4).
- 김홍균, 『환경법: 문제·사례』, 홍문사 (2007).
- 김홍균, 『환경법』, 홍문사 (2010).
- 김명용, “토양환경보전법의 비교법적 분석: 독일의 연방토양보호법을 중심으로”, 『환경법연구』 제24권 제1호 (2002. 9).
- 박윤흔, “미국 환경법상의 토양오염의 정화책임”, 『미국헌법연구』 제7호, 미국헌법학회 (1996. 7).
- 박윤흔, 『행정법강의(하)』, 박영사 (2005).
- 박종원, “미국의 브라운필드 문제와 그에 대한 법적 대응: 브라운필드 법을 중심으로”, 『환경법연구』 제29권 제3호, 한국환경법학회 (2007. 12).
- 박종원, “오염토양과 폐기물의 법적 구별과 그 처리책임”, 『환경법과 정책』 제8권, 강원대학교 비교법학연구소 (2012. 5).
- 박종원, “토지양수인의 정화책임과 토양환경평가”, 『환경법연구』 제32권 제2호, 한국환경법학회 (2010. 8).

- 박종원, “토양환경법제의 최근 동향과 쟁점”, 『환경법과 정책』 제4권, 강원대학교 비교법학연구소 (2010. 5).
- 송동수, “토양오염과 공법상 정화책임: 토양환경보전법의 개정을 중심으로”, 『토지공법연구』 제14집 (2001. 12).
- 양창수, 『독일민법전』, 박영사 (2005).
- 이기춘, “독일경찰법상 상태책임의 근거 및 제한에 관한 고찰: 2001년 2월 16일자 독일연방헌법재판소의 판결을 소재로 하여”, 『토지공법연구』 제18집, 한국토지공법학회 (2003).
- 조홍식, “토양환경보전법상 정화책임조항의 위헌성”, 『토양정화책임 관련 분쟁사례 분석』 제3차 워크숍 자료집, 한국법제연구원 (2012. 8. 30).
- 조홍식, “토양환경침해에 관한 법적 책임”, 『환경법연구』 제20권, 한국환경법학회 (1998).
- 조홍식, “폐기물관리법상 사업장폐기물 배출사업자의 법적 책임”, 『환경법연구』 제26권 제2호, 한국환경법학회 (2004. 6).
- 채영근, “기업의 환경책임에 관한 법적 고찰: 한국철강부지 오염에 대한 정화책임을 중심으로”, 『환경법연구』 제32권 제1호, 한국환경법학회 (2010. 4).
- 채영근, “오염된 토양의 정화책임”, 『공법연구』 제30집 제4호 (2002. 6).
- 채영근, “오염원인자부담원칙의 적용상의 어려움: CERCLA상의 정화책임을 중심으로”, 『환경법연구』 제23권 제2호, 한국환경법학회 (2001. 12).
- 채영근, “우리나라 토양환경보전법과 그 개정안의 내용과 문제점: 미국의 CERCLA와 비교하며”, 『공법연구』 제29집 제2호 (2001. 2).

참 고 문 헌

- 채영근, “토양환경보전법의 실효성 확보를 위한 과제와 토양환경평가”, 『공법학연구』 제9권 제1호 (2008. 2).
- 최진우, “토양정화책임 관련 최근 판례 분석”, 『토양정화책임 관련 분쟁 사례 분석』 제3차 워크숍 자료집, 한국법제연구원 (2012. 7. 31).
- 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사 (2005).
- 홍준형, 『환경법』, 박영사 (2001).
- 황창식, “기업의 인수·합병과 토양오염”, 『환경문제연구총서 IX』, 대한 변호사협회 (2001).
- Barry A. Cik, Commercial Landowner CERCLA Liability Protection: Understanding the Final EPA “All Appropriate Inquiries” Rule and Revised ASTM Phase I, Government Institutes (2006).
- Brent Nicholson & Todd Zuiderhoek, *The Lender Liability Dilemma: Fleet Factors History and Aftermath*, 38 S.D. L. Rev. 22 (1993).
- Farah Rodenberger, *Brownfields Programs and Tax Incentives are Stimulating the Redevelopment of Brownfields Properties in North Carolina and South Carolina*, 13 Southeastern Env'tl. L.J. 119 (2005).
- Fenton D. Strickland, *Brownfields Remediated? How the Bona Fide Prospective Purchaser Exemption from CERCLA Liability and the Windfall Lien Inhibit Brownfield Redevelopment*, 38 Ind. L. Rev. 789 (2005).
- Joseph Philip Forte, *Environmental Due Diligence: A Guide to Liability Risk Management in Commercial Real Estate Transactions*, 42 Real Prop. Prob. & Tr. J. 443 (2007).

- Kelly J. Shira, *Returning Common Sense to Cleanup? The Small Business Liability Relief and Brownfields Revitalization Act*, 34 Ariz. St. L. J. 991 (2002).
- Lawrence P. Schnapf, *CERCLA and the Substantial Continuity Test: A Unifying Proposal for Imposing CERCLA Liability on Asset Purchasers*, 4 Environmental Lawyer 435 (1998).
- Linda J. Oswald & Cindy A. Schipani, *CERCLA and the “Erosion” of Traditional Corporate Law Doctrine*, 86 Nw. U. L. Rev. 259 (1992).
- Michelle Weiler, *The Environmental Protection Agency's New Standard for CERCLA All Appropriate Inquiry: More Time and Money for Compliance, But Well Worth the Cost to Avoid CERCLA Liability*, 14 U. Balt. J. Envtl. L. 159 (2007).
- Nancy A. Mangone, *A Practitioner's Guide to EPA's “All Appropriate Inquiries” Rule*, 43-DEC Ariz. Att'y 32 (2006).
- Susan R. Poulter, *Cleanup and Restoration: Who Should Pay?*, 18 J. Land Resources & Envtl. L. 77 (1998).
- Walter E. Mugdan, *Federal Environmental Law and the Redevelopment of Contaminated Sites*, SP036 ALI-ABA 201 (2009).
- William B. Johnson, *Liability of Parent or Successor Corporation, or Corporate Shareholders, in Action Pursuant to Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, 121 American Law Reports 173 (1997).
- Axel Hollenbach, *Nukleare Nachsorge - Gefahrenabwehr auf Grund des Atomrechts oder des allgemeinen Polizeirechts?*, NVwZ 2008, 1065.

참 고 문 헌

Beckhaus, Regressansprüche des Veräußerers eines kontaminierten Grundstücks,
ZUR 2010 Heft 9, 418.

Bickel, Die schädliche Bodenveränderung als Abfall, DÖV 2005, S. 994.

Blatt, Franßen, Bodenschutz; Altlasten; Abgrenzung von sonstigem Umweltrecht,
NVwZ 2011, 1291.

Brinktrine, Der Bodenschutz im Umweltschadensgesetz, ZUR 2007 Heft
7-8, 337.

Charalampidou, Der Bodenschutz in der Europäischen Union - der Kampf
um eine einheitliche Regelung, EuR 2011, 593.

Dombert, § 10 USchadG: Abschied vom polizeirechtlichen Entschließungser
messen?, ZUR 2008 Heft 9, 406.

Ekardt, Holzapfel, Ulrich, Umweltschutz; Bodenschutz; Landnutzung;
Ressourcenschonung, UPR 2010, 260.

Ekardt, Seidel, Bodenschutz; Atomrecht; Anwendungsbereich, NuR 2006,
420.

Engels, Zwangsverwaltung; Altlasten, RPfleger 2010, 557.

Frenz, Die Verschränkung von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge,
DÖV 2006, S. 718.

Fröhlich, Bestehende Abfallbeseitigungsanlagen; Folgenutzung, NuR 2011,
555.

Ginzky, 10 Jahre Bundes-Bodenschutzgesetz - Nachsorge hui, Vorsorge pfui!,
ZUR 2010 Heft 1, 1.

Ginzky, Der Anbau nachwachsender Rohstoffe aus Sicht des Bodenschutzes,
ZUR 2008 Heft 4, 188.

- Ginzky, Die Pflicht zur Minderung von Schadstoffeinträgen in Oberflächengewässern, ZUR 2009 Heft 5, 242.
- Hans-Jürgen Müggenborg, Das Verhältnis des Umweltschadengesetzes zum Boden- und Gewässerschutzrecht, NVwZ 2009, 12.
- Hellmuth Mohr, Bewertung von Altlasten: maßgeschneidert und nicht von der Stange!, DS 2006, 377.
- Henning Blatt, Gregor Franßen, Die Abgrenzung von Bodenschutzrecht und sonstigem Umweltrecht gem. § 2 V BBodSchG, NVwZ 2011, 1291.
- Heuser, Europarecht; Bodenschutzrecht; Reformfragen, ZUR 2007, 113.
- Heuser, Überlegungen zur Gestaltung des EU-Bodenschutzrechts, ZUR 2007, 63.
- Hofmann, Bodenschutz; Bauplanung; Richtlinienentwurf, DVBl 2007, 1392.
- Horst Schlemminger, Markus Böhn, Betragsmäßige Höchstbegrenzung der Sanierungsverpflichtung in Sanierungsverträgen, NVwZ 2010, 354.
- Karsten, Riese, Ist unausgeöffneter kontaminierter Boden Abfall?, ZUR 2005, 75.
- Landel, Versteyl, Zur Verantwortlichkeit im Bodenschutz für das Handeln der Vorväter, ZUR 2006, 475.
- Leitzke, Schmitt, Verursachungsnachweis im Altlastenrecht, ZUR 2006, 78.
- Ludger-Anselm Versteyl, Altlast = Abfall - Vom Ende des „beweglichen“ Abfallbegriffs?, NVwZ 2004, 1297.
- Matthias Ruffert, Verantwortung und Haftung für Umweltschäden, NVwZ 2010, 1177.

참 고 문 헌

- Norbert Joachim, Niels Lange, Haftungsbeschränkung des Erben für bodenschutzrechtliche Sanierungspflichten, ZEV 2011, 53.
- Notter, Terra incognita legis - Stellt § 17 Abs. 3 BBodSchG die Landwirtschaft von den Pflichten des Bodenschutzes frei?, ZUR 2008 Heft 4, 184.
- Pils, Zum Wandel des Gefahrenbegriffs im Polizeirecht, DÖV 2008, S. 941.
- Schlabach, Bodenschutz; Kosten; Verwaltungsgebühren, VBIBW 2008, 97.
- Schrader, Bodenschutz; Entwicklung, UPR 2008, 415.
- Schrader, Umweltrecht; Bodenschutz; Landwirtschaft; Klimaschutz, NuR 2009, 747.
- Stefan Paetow, Erstinstanzliche Großverfahren vor dem BVerwG, NVwZ 2007, 36.
- Thomas Troidl, Zehn Jahre Bundes-Bodenschutzgesetz - rechtswidrige Sanierungsverfügungen, NVwZ 2010, 154.
- Tollmann, Bodenschutz; Altlasten; Zustandsstörer; Opferfall, DVBl 2008, 616.
- Tollmann, Die Zustandsverantwortlichkeit des früheren Grundeigentümers gemäß § 4 Abs. 6 BBodSchG: ein Irrläufer der Geschichte?, ZUR 2008 Heft 11, 512.
- Vierhaus, Umweltschutz; Altlasten; Reform, NWVBl 2007, 425.
- Werner Finger, Neues von den Altlasten, NVwZ 2011, 1288.
- Willand, Altlasten und Gewässerschäden zwischen deutschem und europäischem Abfall-, Bodenschutz- und Wasserrecht: Schnittstellen und Bruchstellen, ZUR 2006, 567.

Yorck Schäling, Zur Haftungsbegrenzung bei Inanspruchnahme des Inhabers der tatsächlichen Gewalt als Verantwortlicher im Sinne des Bundes-Bodenschutzgesetzes, NVwZ 2004, 543.

吉沢正, 『サイトアセスメント』, 環境管理協会 (2003).

大塚直, “米国スーパーファンド法の現状と我が国の土壤汚染対策法の改正への提言”, 『自由と正義』 第59巻 第11号 (2008. 11).

大塚直, 『環境法』, 有斐閣 (2006).

森島義博, 『改正土壤汚染対策法と土地取引』, 東洋経済新報社 (2009).

小澤英明, 『土壤汚染対策法と民事責任』, 白揚社 (2011).

松村弓彦, 『ドイツ土壤保全会の研究』, 成文堂 (2001).

松村弓彦, 『ロースクール環境法』, 成文堂 (2010).

深津功二, 『土壤汚染の法務』, 民事法研究会 (2010).

川口有一郎 外, 『土壤汚染リスクと不動産評価の実務』, プロGRESS (2004).

土地総合研究所 (編), 『土地取引と土壤汚染問題への対応』, ぎょうせい (2003).

丸茂克美, 『土壤汚染リスクと土地取引』, プロGRESS (2011).