

# 환경법에 있어서 공법 규제와 사법 규제의 상호관계

— 대법원 2009다66549 전원합의체 판결을 중심으로 —\*

손 호 영\*\*

## 차 례

사안의 개요
Ⅰ. 대상사안
Ⅱ. 원고 주장 요지
Ⅲ. 제1심 판결: 서울중앙지방법원 2008. 9. 3. 선고 2006가합7988 판결
Ⅳ. 원심 판결: 서울고등법원 2009. 7. 16. 선고 2008나92864 판결
Ⅴ. 대법원 판결: 대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결 [연구]
Ⅰ. 문제제기
Ⅱ. 환경공법과 환경사법의 상호관계
Ⅲ. 대상판결에 대한 검토
Ⅳ. 결론

## [국문초록]

대상판결은 종래 대법원 판결과 태도를 달리하여, 원고가 사법 규제를 받을 수 있음을 명확히 하였다. 대상판결이 위법행위를 ‘매립행위’ 자체로 보지 않은 것은 아쉬운 지점이나, 피고 세아베스틸의 책임을 인정한 결론 자체는 타당하다. ‘자신의 소유였던 토지였던 토지에 폐기물 등을 매립한 행위’는, ① 유한한 인간에 비해 토지는 영속하는 점, ② 환경공법이 매립행위를 금지하는 점(위법성 판단은 환경공법과 환경사법의 기준이 일치하여야 한다는 것을 전제로 한다), ③ 환경공법상 위법

\* 이 글은 사단법인 한국환경법학회 제132회 정기학술대회 ‘환경법 집행에 있어서 규범과 현실의 괴리 -민사법적 관점에서-’라는 주제 하에 발표한 글을 수정·보완한 것이다. 발표의 기회를 주신 서울대학교 허성욱 교수님, 미비한 점을 지적하는 내용의 토론을 해주신 이영창 판사님, 박상열 변호사님, 논문을 심사해주신 익명의 심사위원님들께 깊이 감사드립니다.

\*\* 의정부지방법원 고양지원 판사.

성 판단 기준이 환경사법상 위법성 판단 기준의 최소한도이므로, ‘환경공법상 위법하지 않으나, 환경사법상 위법하다.’는 결론은 가능하지만, ‘환경사법상 위법하지 않으나, 환경공법상 위법하다.’는 결론은 가능하지 않다는 점, ④ 소유권도 환경공법에 의하여 제한될 수 있는 점 등에 비추어 보면 위법하다고 봄이 타당하기 때문이다.

## [사안의 개요]

### I. 대상사안

1. 피고 세아베스틸은 1973년경부터 서울 구로구 구로동 1-14 등 30여 필지 35,011㎡(이하 ‘이 사건 부지’라고 한다) 지상에서 약 20년간 주물제조공장을 운영하였고, 1982년경부터는 이 사건 부지 중 대부분을 사용한 시·국유지 2,767㎡(이하 ‘이 사건 시·국유지’라고 한다)를 제외한 부지 32,244㎡(이하 ‘이 사건 매매 부지’라고 한다)를 매수하여 소유하여 왔다.

2. 피고 세아베스틸은 1993. 12. 21. 피고 기아자동차 주식회사(원고의 피고 세아베스틸에 대한 청구에 관하여 원고보조참가인 지위에 있다. 이하 ‘피고 기아자동차’라고 한다) 및 주식회사 기산(이하 ‘기산’이라고 한다)에 이 사건 매매 부지 중 각 1/2 지분을 매도하고, 1993. 12. 30. 각 소유권이전등기를 마쳤다.

3. 기산은 1993. 8. 27. 피고 세아베스틸로부터 위 주물제조공장 철거 및 매립 공사를, 1993년 말경 피고 기아자동차로부터 이 사건 부지의 복토 및 아스팔트콘크리트 피복 등 자동차 출하장 조성공사를 각 도급받아 공사를 실시하였는데, 이 사건 부지 지하의 공동구 등 지하 시설물들은 그대로 둔 상태에서 지상의 건물만을 철거하고 폐콘크리트 등 건설폐기물을 지하에 매립한 다음 복토 및 아스팔트콘크리트 피복 작업을 진행하였고, 피고 기아자동차는 1994. 7.경부터 이 사건 부지를 자동차 출하장으로 사용하였다.

4. 엘지투자증권 주식회사(이하 ‘엘지투자증권’이라고 한다)는 2000. 6. 28. 주식회사 한국토지신탁을 거쳐 기산의 위 지분을 매수하였고, 원고는 이 사건 부지의 토양오염 사실 등을 알지 못한 채 이 사건 부지에 복합전자유통센터인 신도림 테크노마트를 신축·분양할 계획을 가지고(이하 위 신축·분양 사업을 ‘이 사건 사업’이라고 한다)

2001. 12. 17. 엘지투자증권으로부터 이 사건 매매 부지 중 1/2 지분을, 2002. 2. 15. 피고 기아자동차로부터 이 사건 매매 부지 중 나머지 1/2 지분을 각 매수하여 2002. 7. 9. 이 사건 매매 부지에 관하여 소유권이전등기를 마친 다음 2004. 10. 11. 한국자산신탁 주식회사에 신탁하였고, 이 사건 시·국유지도 그 무렵 매수하여 소유권이전등기를 마친 다음 위 회사에 신탁하였다.

5. 원고의 이 사건 매매 부지 취득 후 이 사건 부지의 지표면으로부터 지하 6m의 범위에 불소, 아연, 니켈, 구리 등 구 토양환경보전법의 오염물질로 오염된 토양이 존재하고, 또한 지표면으로부터 지하 1m 부근에 주물공장의 바닥층에 해당하는 두께 약 20cm 내지 40cm의 콘크리트 슬래브가 부지 전체에, 지하 공동구 및 콘크리트 매트 등이 부지 일부에 존재하는 것을 비롯하여 콘크리트 조각, 페슬레이트, 페아스콘, 페타이어, 벽돌, 플라스틱, 비닐, 연탄재 등의 폐기물이 이 사건 부지의 대부분에 걸쳐 인위적으로 매립되어 있는 것으로 판명되었는데, 이 사건 부지의 토양오염은 피고 세아베스틸이 약 20년간 주물제조공장을 운영하면서 발생한 것이다(이 사건 부지 내에 있는 위 오염토양 및 폐기물을 통틀어 ‘이 사건 오염토양 등’이라 한다).

6. 원고는 사업부지 30,849㎡ 중 건축물 부지에 존재하는 오염토양 및 폐기물 등에 관하여는 2005. 3. 24., 그 중 도로 부지에 존재하는 것에 관하여는 2007. 1. 25., 그 중 공원 부지에 존재하는 것에 관하여는 2007. 3. 6. 및 2007. 9. 20. 각 주식회사 대우건설 등에게 그 처리업무를 도급주어 이를 처리하게 하여 합계 약 90억 원을 지출하였고, 사업 제외 부지 4,162㎡에 존재하는 오염토양 및 폐기물 등의 예상 처리비용은 약 17억 원이다.

## II. 원고 주장 요지<sup>1)</sup>

피고 세아베스틸은 이 사건 부지를 주물공장 및 자동차 출하장으로 사용하면서 토양을 유류 등으로 오염시키고, 주물공장 철거 및 자동차 출하장 조성 과정에서

1) 본 글에서 다룰 주제는 ‘종래 토지 소유자인 피고 세아베스틸이 토지 전전취득자인 원고에게 폐기물 등 매립행위로 인한 불법행위책임을 부담하는지 여부’이므로, 논의를 집중하기 위하여 이와 직접 관련이 없는 원고의 피고 기아자동차에 대한 청구 부분은 검토하지 않기로 한다.

지하 시설물을 그대로 내버려 두었을 뿐만 아니라 폐콘크리트 등 폐기물을 매립하였다. 이로써 이 사건 매매 부지의 현 소유자인 원고는 위 오염토양 및 폐기물 등을 처리하게 됨으로써 그 처리 비용 상당의 손해를 입게 되었다.

그러므로 구 환경정책기본법(2011. 7. 21. 법률 제10893호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제7조(오염원인자 책임원칙)<sup>2)</sup>, 제31조(환경오염의 피해에 대한 무과실 책임)<sup>3)</sup>, 구 토양환경보전법(2011. 4. 5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제10조의3 제1항(토양오염의 피해에 대한 무과실책임)<sup>4)</sup> 및 구 폐기물관리법(2007. 1. 19. 법률 제8260호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제24조 제1항 제1호(사업장폐기물배출자의 의무 등)<sup>5)</sup>에 따라<sup>6)</sup> 피고 세아베스틸은 원고에게 그 손해를 배상할 책임이 있다.

### Ⅲ. 제1심 판결: 서울중앙지방법원 2008. 9. 3. 선고 2006가합7988 판결

구 폐기물관리법 규정은 행정상의 의무를 규정한 것으로, 위 규정으로부터 곧바로

- 
- 2) 제7조(오염원인자 책임원칙) 자기의 행위 또는 사업활동으로 인하여 환경오염 또는 환경훼손의 원인을 야기한 자는 그 오염·훼손의 방지와 오염·훼손된 환경을 회복·복원할 책임을 지며, 환경오염 또는 환경훼손으로 인한 피해의 구제에 소요되는 비용을 부담함을 원칙으로 한다.
- 3) 제31조(환경오염의 피해에 대한 무과실책임) ①사업장등에서 발생하는 환경오염 또는 환경훼손으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 그 피해를 배상하여야 한다. ②사업장등이 2개 이상 있는 경우에 어느 사업장등에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 사업자는 연대하여 배상하여야 한다.
- 4) 제10조의3(토양오염의 피해에 대한 무과실책임) ①토양오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 오염원인자는 그 피해를 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다. 다만, 토양오염이 천재·지변 또는 전쟁으로 인하여 발생한 경우에는 그러하지 아니하다.
- 5) 제24조(사업장폐기물배출자의 의무 등) ①사업장폐기물을 배출하는 사업자(이하 “사업장폐기물배출자”라 한다)는 다음 사항을 지켜야 한다. 1. 사업장안에서 발생하는 모든 폐기물을 적정하게 처리하여야 한다.
- 6) 제1심에서 원고는 피고 세아베스틸 책임 발생근거로 ① 토양환경보전법(2005. 3. 31. 법률 제7459호로 개정된 것) 제10조의3 제1항, ② 환경정책기본법(1999. 12. 31. 법률 제6097호로 개정된 것) 제7조, 제31조 및 ③ 폐기물관리법(2006. 3. 3. 법률 제7860호로 개정된 것) 제24조 제1항 제1호라고 명시하여 청구를 하였는데, 아래 대상판결에서 판시된 바에 따라 위와 같이 법률을 특정하였다.

민사상 손해배상책임을 인정할 수는 없다. 구 토양환경보전법 및 구 환경정책기본법 규정의 경우 특수한 형태의 불법행위책임을 규정하면서 행위자의 무과실책임을 인정하는 것이므로, 결국, 피고 세아베스틸에게 원고에 대한 일반 불법행위책임을 성립하는지 여부를 살펴보아야 한다.

그런데 ① 자신의 소유인 토지에 대하여 그 토양을 오염시키거나 폐기물 등을 매립한 행위는 행위자 자신에 대한 행위로서 제3자에 대한 행위가 아니므로 불법행위가 성립되지 않는다(불법행위 요건 중 위법성 미충족). 또한 ② 행위자가 이 사건 매매 부지를 오염시키거나 폐기물 등을 매립한 행위 자체만으로 당연히 그 후 이 사건 매매 부지의 소유권을 취득한 사람에게 어떤 손해가 발생하였다고 볼 수도 없다(불법행위 요건 중 인과관계 미충족).<sup>7)</sup>

따라서 피고 세아베스틸이 자신의 소유였던 이 사건 매매 부지를 오염시키거나 이 사건 매매 부지에 폐기물 등을 매립하였다고 하더라도 이를 그 후 이 사건 매매 부지에 관한 소유권을 취득한 원고에 대한 불법행위라 할 수는 없다.

#### IV. 원심 판결: 서울고등법원 2009. 7. 16. 선고 2008나92864 판결

1. 폐기물 등이 매립된 토지의 소유권을 취득하는 사람은 하자의 존재를 모른 채 취득가액에 이를 반영함이 없이 취득할 가능성이 많고, 그가 하자를 발견하고 행정법 규상 의무이행으로서 또는 자신의 토지 사용상 필요에 의하여 이를 제거하려면 환경관련 법령이 정하는 바에 따라 적정하게 처리하여야 하므로 그 토지의 효용가치 감소 정도를 초과하는 대대한 비용이 소요되어 불측의 손해를 입게 된다(불법행위 요건 중 손해 충족).

오염행위를 한 토지 소유자로서는 토지를 유통시킬 때 이러한 결과를 충분히 예측할 수 있는 일이므로 이는 토지거래의 안전을 해치고, 장차 그 토지를 취득하려는 사람의 신뢰를 저버리는 행위로서 위법한 행위로 평가함이 마땅하다(불법행위 요건

<sup>7)</sup> 제1심 판결의 위 판시는 대법원 2002. 1. 11. 선고 99다16460 판결을 참조한 것이다.

중 위법성 충족).

나아가 토지 소유자의 위와 같은 행위와 오염사실을 발견한 토지 취득자가 비용을 들여 이를 제거하여야 하는 손해와의 사이에는 상당인과관계도 인정될 수 있다(불법 행위 요건 중 인과관계 충족).

따라서 피고 세아베스틸은 불법행위자로서 원고에게 이 사건 매매 부지의 오염토양 및 폐기물 등을 처리하기 위하여 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

2. 이러한 불법행위는 위법행위와 그로 인한 손해의 발생 사이에 시간적 간격이 있는 불법행위로서 단지 관념적이고 부동적인 상태에서 잠재적으로만 존재하던 손해가 그 후 현실화되었다고 볼 수 있을 때, 즉 토지 취득자가 오염사실을 발견하고 이를 제거하여야 할 때 완성된다고 보아야 할 것이다.

피고 세아베스틸의 불법행위는 원고의 손해가 현실화된 2005. 3.경(원고가 주식회사 대우건설 등에게 오염토양 및 폐기물 등 처리업무를 도급주어 이를 처리하려고 할 때)에 완성되었고, 원고의 손해배상청구권도 그 때 비로소 발생한다 할 것이므로, 이 사건 소제기일(2006. 1. 27.) 당시 10년이 경과하지 아니하였음은 분명하다. 따라서 이 사건 오염토양 등으로 인한 손해배상채권에 관한 10년의 소멸시효도 완성되지 않았다.

## V. 대법원 판결: 대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결<sup>8)</sup>

### 1. 다수의견

헌법 제35조 제1항, 구 환경정책기본법, 구 토양환경보전법 및 구 폐기물관리법의 취지와 아울러 토양오염원인자의 피해배상의무 및 오염토양 정화의무, 폐기물 처리의무 등에 관한 관련 규정들과 법리에 비추어 보면, 토지의 소유자라 하더라도 토양오염

<sup>8)</sup> 이하 '대상판결'이라고 한다.

물질을 토양에 누출·유출하거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발하였음에도 오염토양을 정화하지 않은 상태에서 그 오염토양이 포함된 토지를 거래에 제공함으로써 유통되게 하거나, 토지에 폐기물을 불법으로 매립하였음에도 이를 처리하지 않은 상태에서 그 해당 토지를 거래에 제공하는 등으로 유통되게 하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 거래상대방 및 위 토지를 전전 취득한 현재의 토지 소유자에 대한 위법행위로서 불법행위가 성립할 수 있다고 봄이 타당하다.

그리고 위 토지를 매수한 현재의 토지 소유자가 오염토양 또는 폐기물이 매립되어 있는 지하까지 그 토지를 개발·사용하게 된 경우 등과 같이 자신의 토지소유권을 완전하게 행사하기 위하여 오염토양 정화비용이나 폐기물 처리비용을 지출하였거나 지출해야만 하는 상황에 이르렀다거나 구 토양환경보전법에 의하여 관할 행정관청으로부터 조치명령 등을 받음에 따라 마찬가지로의 상황에 이르렀다면 위 위법행위로 인하여 오염토양 정화비용 또는 폐기물 처리비용의 지출이라는 손해의 결과가 현실적으로 발생하였다고 할 것이므로, 토양오염을 유발하거나 폐기물을 매립한 종전 토지 소유자는 그 오염토양 정화비용 또는 폐기물 처리비용 상당의 손해에 대하여 불법행위자로서 손해배상책임을 진다.

따라서 피고 세아베스틸은 자신의 귀책사유 있는 행위로 이 사건 부지에 토양오염 물질을 누출·유출하거나 방치함으로써 토양오염을 유발하고 또한 폐기물이 불법으로 매립되게 한 자로서, 그 상태에서 이 사건 매매 부지를 매도하여 유통시킴으로써 그 사실을 모른 채 이를 전전 매수하여 그 소유권을 취득한 원고로 하여금 이 사건 사업을 위하여 이 사건 오염토양 등을 정화 및 처리하는 데에 비용을 지출하였거나 지출해야 하는 손해를 입게 하였으므로, 원고가 입은 이러한 손해에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다.

## 2. 반대의견

자신의 토지에 폐기물을 매립하거나 토양을 오염시켜 토지를 유통시킨 경우는 물론 타인의 토지에 그러한 행위를 하여 토지가 유통된 경우라 하더라도, 행위자가 폐기물을 매립한 자 또는 토양오염을 유발시킨 자라는 이유만으로 자신과 직접적인 거래관계가 없는 토지의 전전 매수인에 대한 관계에서 폐기물 처리비용이나 오염정화비용

상당의 손해에 관한 불법행위책임을 부담한다고 볼 수는 없다.

이와 달리 이 사건 매매 부지에 관하여 피고 세아베스틸의 불법행위책임을 긍정한 원심판결에는 불법행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있으므로, 원심판결 중 피고 세아베스틸 패소 부분은 파기되어야 한다.

## [연구]

### I. 문제제기

환경을 보호·보전하려는 관심이 커짐에 따라 사회는 환경침해를 ‘문제’로 인식하게 되었다. 문제에는 해결 또는 관리를 위한 규범과 규제가 필요하다. 헌법에 환경권 조항을 규정하고, 개별 환경공법을 차례로 제정한 것은 자연스러운 수순이었다.

공법 규제 수준이 높아지고 피규제자에게 한층 높은 공법 의무를 부담하게 하여도, 피해자를 위한 사법 구제 공백이 여전한 경우가 있었다. 2002년 대법원 판결(대법원 2002. 1. 11. 선고 99다16460 판결, 이하 ‘종래 대법원 판결’이라 한다)은 ‘A가 자신의 소유였던 토지에 폐기물 등을 매립하여 토양을 오염시켰다. 토지의 소유권은 이후 B를 거쳐 C에게 이전되었고, C는 정화비용을 지출하였다. 이때 C가 A를 상대로 토양오염에 따른 손해배상청구를 할 수 있을까?’라는 질문에 대하여 부정적으로 답하였다. ‘A가 행정제재나 형사처벌 등을 받는 것은 별론’으로 한다면서도, ‘① A가 자신의 소유였던 토지에 폐기물 등을 매립한 행위는 스스로에 대한 행위이므로 위법하지 않고(불법행위 요건 중 위법성 미충족), ② 매립행위 자체만으로 C에게 어떠한 손해가 발생하였다고 볼 수 없다(불법행위 요건 중 인과관계 미충족).’는 것이 종래 대법원 판결의 대답이었다.

종래 대법원 판결의 태도는 ‘공법과 사법의 이원 체계’ 하에서 ‘소유권 절대의 원칙’을 고수했기 때문이다. 다시 말하여, A가 공법 규제를 받을 수 있음을 인정하면서도 C를 사법 구제하지 않으려 한 결론은 ‘공법과 사법을 준별’하였던 데에서 비롯하였고, A가 자신의 소유였던 토지에 폐기물 등을 매립하는 것을 위법하지 않다고 하는 결론은 ‘A가 보유한 소유권은 배타적이고 절대적인 권리’라는 원칙에 예외를 인정하지 않은 데에서 비롯하였다.



종래 대법원 판결의 결론은 환경침해 피해자를 구제하지 못할 뿐만 아니라 가해자에게 잘못된 신호를 줄 수 있다는 문제가 있다. 그 동안 환경공법의 규범수준이 높아졌다 하더라도 현실에서 그 규범이 힘을 얻기 위해서는 피해자를 구제하고 이를 통해 가해자에게 책임을 지우는 환경사법의 적용수준 또한 함께 높아질 필요가 있다.

이러한 관점에서, 종래 대법원 판결과 달리 ‘A는 C에게 불법행위에 기한 손해배상 책임을 부담한다.’는 답을 내어놓은 대상판결은 환경공법 규제와 환경사법 구제의 수준을 맞추고, 소유권에도 환경공법에서 정한 한계를 인정하였다는 점에서 의의가 크다. 특히 대상판결은 환경사법(특히 불법행위법)이 본래 가지는 경고와 예방 기능에 주목했다는 점에서 더욱 그러하다.

이하에서는 종래 대법원 판결이 가지는 문제점과 대상판결이 가지는 의의를 더욱 자세하게 살피기로 하되, 이를 위하여 우선 환경문제에 있어 공법 규제와 사법 구제의 발전과정 또는 양상, 실현방법, 각각이 가지는 장점과 단점·한계를 살펴보고, 공법 규제와 사법 구제의 상호관계에 대하여 검토해본다. 그리고 대상판결에서 피고 세아베스틸이 원고에 대하여 불법행위에 기한 손해배상책임을 지는지 여부를 불법행위 성립 요건 별로 순서대로 검토하되, ‘위법성 판단에 있어 공법과 사법을 준별하는 것이 타당하지’, ‘소유권이 과연 배타적이고 절대적인지’ 등에 관한 논의를 중점적으로 다루고자 한다. 이때 대상판결에서 자세하게 실시된 다수의견, 반대의견, 보충의견에서 제시한 각 논점들도 함께 살펴보고자 한다.

## II. 환경공법과 환경사법의 상호관계

### 1. 환경문제에 대한 공법 규제

#### (1) 환경공법의 발전양상

산업이 고도로 발전함에 따라 각종 폐기물이 범람하게 되었고, 환경파괴 규모는 갈수록 커졌다. 당초 우리나라는 사법 구제를 통해 나날이 심각해지는 환경문제를 해결하려고 하였다. 그러나 사법 구제는 개별사건을 해결할 뿐이어서 그 방식 자체가

지닌 한계가 명확했다. 게다가 법원은 환경침해를 인정하는 데 소극적이기까지 했다.<sup>9)</sup>

환경사법을 넘어 환경공법을 제도적으로 확립하고 시행할 필요성은 분명했다. 우리나라는 1963년 공해방지법을 시작으로 1977년 환경보전법<sup>10)</sup>을 제정하였고, 이후 1980년 헌법은 “모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”고 선언함으로써 환경권을 헌법상 권리로 명시하였다(제33조). 헌법에 따른 환경권은 1990년부터 법률로 체계화되기 시작했는데<sup>11)</sup>, 주된 골격은 환경매체(물, 대기, 토양 등) 또는 환경에 유해한 행위를 유형별로 나누어 주무관청으로 하여금 오염원을 규제하도록 한 것이다.<sup>12)</sup> 이는 곧 환경문제에 대하여 정부·국가 차원에서 폭넓고 적극적이며 일관된 대응을 하는 공법 규제를 마련해왔다는 의미이다.<sup>13)</sup>

## (2) 환경공법의 규제방법

환경공법은 발전 단계별로 형식을 나눌 수 있다. ① 소송에 기초한 규제, ② 정보공개에 의한 규제, ③ 명령통제방식에 의한 규제, ④ 경제 유인책에 의한 규제, ⑤ 통합오염관리방안에 의한 규제 등이 바로 그것이다.<sup>14)</sup>

이중에서 환경공법의 본령을 이룬다고 볼 것은 ③ 명령통제방식에 의한 규제이다.<sup>15)</sup> 그 구체적 수단으로는 ㉠ 환경행정계획, ㉡ 환경기준의 설정, ㉢ 신고제, 인·허

9) 이계수, 한국 환경법의 역사와 과제, 민주법학 제51호, 2013, 141면

10) 환경보전법은 공해방지법에 의한 규제만으로는 환경보전을 기할 수 없다고 여겨 환경기준의 설정, 특별대책지역의 지정, 배출허용기준의 합리적인 설정 등 제반대책을 수립하고자 제정되었다.

11) 이윤희, 환경법의 진화과정 속에 나타난 공법과 사법간의 갈등구조, 환경법연구 제32권 제2호, 2010, 46면 이하

12) 최인호, 환경침해에 대한 원인자의 민사적 책임, 법학연구 제28권 제1호, 2017, 160면

13) 이윤희, 앞의 논문, 35면 이하; 이계수, 앞의 논문, 165면

14) 조홍식, 환경법 소묘 - 환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰 -, 서울대학교 법학 제40권 제2호, 1999, 343면 이하

15) ③ 명령통제방식에 의한 규제를 제외한 나머지 규제방식은 다음과 같은 단점을 가지고 있다.

① 소송에 기초한 규제는 환경사법에서 인정하고 있는 민법상 책임원리를 입법으로 수정하여 엄격한 책임을 인정하는 규제방식을 말한다. 이는 사법원리를 수정한다는 점에서 환경사법에 가까울 뿐만 아니라 환경사법이 가지는 개별 구체라는 문제점을 해소하지 못한다. ② 정보공개에 의한 규제는 환경영향평가법과 공공기관의 정보공개에 관한 법률 등을 통해 환경문제 관련 정보를 일반대중에게 공개함으로써 이해관계 당사자 뿐만 아니라 일반 국민에게 이해조정 또는 정치과정을 합리화하는 규제방식을 말한다. ④ 경제 유인책에 의한 규제는 피규제자에게 경제 유인을

가제, 하명처분 등의 직접적 규제, ㉔ 지역·지구의 설정 등이 있다. 환경공법은 이처럼 다양한 수단을 통하여 피규제자에게 여러 의무를 부여하는 한편, 환경오염행위의 유책 여부, 사익의 침해 여부, 환경오염행위와 피해 사이의 인과관계 등에 대한 증명을 요구하지 않고 공법 책임을 부과할 수 있는 법적 근거를 마련함으로써 환경보호를 위한 법제도의 실효성과 집행력을 제고했다.<sup>16)</sup>

## 2. 환경문제에 대한 사법 구제

### (1) 환경공법의 한계 및 환경사법의 역할

환경공법은 국회의 입법 내지 정부의 정책에 의지하기에, 환경보호·보전과 경제성장이라는 두 가치 사이에서 종종 경제성장에 무게중심을 두게 되는 한계가 있었다.<sup>17)</sup> 또한 환경공법은 국가·원인자 사이의 관계를 규율하는 데 그치고, 피해자를 구제하는 데에 미흡했다. 이에 따라 환경문제를 해결하는 하나의 축으로서 환경사법, 특히 불법행위법이 가지는 역할이 다시금 주목받게 되었다.<sup>18)</sup>

### (2) 환경사법의 구제방법

환경사법의 구제방법은 ① 사전예방인 유지청구와 ② 사후보전인 손해배상청구로 나눌 수 있다.

#### (가) 사전예방: 유지청구

유지청구는 현재 발생하고 있는 환경침해를 제거하거나 예방하도록 청구하는 것을

---

제공하여 시장을 통해 환경문제를 해결하고자 하는 것이다. 현행 온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률이 가장 대표적이다. 그러나 ②, ④는 모두 간접 규제방식이어서 환경문제를 해결하는 효과가 크지 않은 문제가 있다. ⑤ 통합오염관리방안에 의한 규제는 환경이 물, 공기, 토양 및 생물계로 이루어진 하나의 시스템이라는 데에 기반하여 착안하여 각 환경매체별로 규제하기보다 이를 통합하여 관리하는 규제방식을 말한다. 그러나 이는 입법이 필요한 영역으로서 미래형 규제방식이다(조홍식, 앞의 논문, 343면 이하).

16) 최인호, 앞의 논문, 161면

17) 최인호, 앞의 논문, 161면

18) 허성욱, 기후변화시대의 불법행위법 - 기후변화대응 정책수단으로서 불법행위소송의 장·단점 및 발전방향에 관한 소고 -, 사법 제21권, 2012, 97면 이하

말한다. 유지청구는 피해자가 가해자에게 직접 가해행위를 중지할 것을 구하거나(소극적), 침해상태를 제거 또는 개선대책을 수립하여 시행할 것을 구하는(적극적) 양태를 가진다.

유지청구의 법적 근거에 대하여는 ① 민법 제214조에 근거하는 물권적 청구권설, ② 민법 제217조에 근거하는 상린관계설, ③ 인격권설, ④ 환경권설, ⑤ 불법행위설 등 여러 논의가 있지만,<sup>19)</sup> 판례는 물권적 청구설을 명확히 취하고 있다(대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904 판결, 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다89433 판결).<sup>20)</sup>

유지청구의 요건으로는, ① 가해자의 환경침해행위로 인하여 소유권 기타 물권에 대한 침해가 계속되어야 하고, ② 수인한도를 초과하는 피해가 발생하여야 하며, ③ 그 피해의 성질과 정도에 비추어 그 손해액을 금전으로 환산하기 어렵고 금전보상으로 회복하기 어려운 손해가 발생하여야 한다. 이때, 가해자의 고의나 과실은 요구되지 않는다.

#### (나) 사후구제: 손해배상청구

##### 1) 하자담보책임 또는 채무불이행에 기한 손해배상청구

환경오염이 발생한 목적물이 거래대상이 된 경우 매수인은 매도인에게 하자담보책임 또는 채무불이행에 기해 손해배상청구를 할 수 있는지 문제된다. 요컨대 환경오염을 매매목적물의 ‘하자’로 볼 수 있는지가 쟁점이다. 대상사안과 같이 폐기물 등이 매립된 토지가 매매의 목적이 된 경우가 대표적인 사례에 해당한다.

보통 ‘하자’라 함은 목적물의 품질이나 성능, 성상이 통상적으로 기대되는 정도를 벗어나는 결함을 의미하는데, 거래대상 목적물에 환경오염이 발생한 경우라면 하자라고 봄이 타당하다. 환경오염을 아무런 문제로 삼지 않았던 과거와 달리 환경문제에

19) 각 논의에 대한 구체적인 설명은 최인호, 앞의 논문, 210면 이하; 박균성·함태성, 환경법, 박영사, 2013, 170면 이하

20) 판례는 “건물의 소유자 또는 점유자가 인근의 소유로 인하여 정온하고 쾌적한 일상생활을 영유할 수 있는 생활이익이 침해되고 그 침해가 사회통념상 수인한도를 넘어서는 경우에 건물의 소유자 또는 점유자는 그 소유권 또는 점유권에 기하여 소음피해의 제거나 예방을 위한 유지청구를 할 수 있다(대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904 판결).”거나 “공작물의 설치·보존상의 하자로 인하여 발생한 소음피해에 관하여 민법 제758조에 기하여서는 손해배상을 청구할 수 있을 뿐 침해행위의 배제를 구하는 방지청구를 할 수는 없다(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다89433 판결).”고 하여 물권적 청구설을 명확히 취하고 있다.

대한 인식수준이 달라졌을 뿐만 아니라 환경공법의 규제에 따라 매수인이 공법적 책임을 질 가능성이 있기 때문이다.<sup>21)</sup>

관례도 폐기물 등이 매립되지 않은 토지가 정상적인 토지이자 토지에 대하여 통상적으로 기대하는 정상임을 전제로, “매도인이 성토작업을 기화로 다량의 폐기물을 은밀히 매립하고 그 위에 토사를 덮은 다음 도시계획사업을 시행하는 공공사업시행자와 사이에서 정상적인 토지임을 전제로 협의취득절차를 진행하여 이를 매도함으로써 매수자로 하여금 그 토지의 폐기물처리비용 상당의 손해를 입게 하였다면 매도인은 이른바 불완전이행으로서 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담하고, 이는 하자 있는 토지의 매매로 인한 민법 제580조 소정의 하자담보책임과 경합적으로 인정된다고 할 것이다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586 판결).”고 판시하고 있다.

## 2) 불법행위에 기한 손해배상청구

### 가) 불법행위소송의 기능 및 장·단점

하자담보책임 또는 채무불이행에 기한 손해배상청구 이외의 피해자 구제는 불법행위에 기한 손해배상청구를 통하게 된다. 본래 불법행위소송은 피해자 손해를 전보하는 회복 기능을 주로 담당해왔다고 여겨졌지만, 20세기 이후에는 사후 회복보다는 사전에 위법행위를 방지하거나 손해를 발생시키지 않도록 사회활동을 유도하는 불법행위법의 예방기능이 주목받게 되었다.<sup>22)</sup>

환경문제에 불법행위법이 가지는 예방기능을 접목시킬 경우 다음과 같은 효과를 기대할 수 있다. ① 환경문제에 관한 불법행위소송은 그 자체로 대규모이고, 관련된 사람들도 다수여서 정부·국가로 하여금 해당 환경문제와 관련한 정책을 형성·집행시키게 된다. ② 불법행위소송이 제기되었다는 자체만으로도 일반 국민들이 환경문제에 경각심을 갖게 되고 환경문제에 관한 의사결정에 영향을 미치게 된다.<sup>23)</sup> ③ 불법행위소송에서 배상책임을 인정하는 결론은 잠재적 가해자가 할 환경오염행위를 억지하

21) 조홍식, 토양환경침해에 관한 법적 책임, 환경법연구 제20권, 1998, 340, 341면; 서재국, 토양오염이 물건의 하자 내지 불완전이행인지, 하자담보책임과 채무불이행책임을 경합 및 상법 제69조의 적용범위, 판례연구 제28집, 2017, 434면 이하

22) 허성욱, 앞의 논문, 110면 이하; 권영준, 불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점 - 예방과 회복의 패러다임을 중심으로, 저스티스 제109호, 2009, 77면 이하

23) 허성욱, 앞의 논문, 98면

게 된다. 실제로 사업시행자인 건설회사를 상대로 한 일조침해에 기한 손해배상소송이 상당한 성공을 거두자<sup>24)</sup>, 이러한 소송결과는 건설회사나 건축주들에 대해 향후 건축 행위를 함에 있어 타인의 일조권을 침해하지 않도록 하는 강력한 예방 기능을 했다고 평가되었다.<sup>25)</sup>

한편 불법행위법은 소송을 통해 적용되고 발현되는데, 불법행위소송은 가해자와 피해자라는 사건의 핵심에 맞닿은 당사자끼리 다투는 구조이므로, 국가와 사회 전체에 비용을 전가시키지 않을 수 있는 사회경제적 장점도 갖고 있다. 법률 근거가 있는 경우에만 발동될 수 있는 공법 규제에 비하여 입법의 흠결이 있어도 청구 가능하다는 점에서 접근가능성도 높다. 다만 불법행위소송은 소송이라는 방식으로 인하여 시간과 비용이 많이 들고<sup>26)</sup>, 결과(법원의 판단)의 예측가능성이 낮으며 개별사건을 해결하는데 집중하는 소송절차의 성격상 그 결과가 일관되지 않는 문제가 있다. 행정부나 입법부에 비하여 환경문제와 같이 새롭게 등장하는 현상이나 분야에 대하여 법원이 비전문적일 수밖에 없다는 한계도 존재한다.<sup>27)</sup>

#### 나) 불법행위책임 성립요건

불법행위에 따라 손해배상청구를 하기 위해서는, “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 정한 민법 제750조에 따라 ‘① 가해자의 고의 또는 과실, ② 가해행위의 위법성, ③ 손해 발생, ④ 가해행위와 손해 발생 사이 인과관계’라는 요건을 충족하여야 한다. 특히 환경침해에 따른 불법행위책임을 위 요건에 따라 살펴보면 다음과 같다.

##### ① 가해자의 고의 또는 과실

고의의 입증은 환경침해에 기한 불법행위책임을 경우도 여타 불법행위책임과 다르지 않다. 그러나 과실의 입증은 간접성·광역성·누적성이라는 환경침해의 특성 및 정보의 편재라는 현실로 인하여 여타 불법행위책임과 달리 어렵다. 이에 따라 판례는

24) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다23850 판결 등

25) 김종보, 건축법과 민사법의 접점, 중앙법학 제4권 제2호, 2002, 74면

26) 김민규, 경관이익의 침해와 불법행위책임법의 만남, 토지법학 제27권 제2호, 2011, 132면

27) 허성욱, 앞의 논문, 98면

“설사 피고공장이 그 공장설립당시나 그 가동에 있어서 현대과학이 가능한 모든 방법을 취하여 손해를 방지하는 시설을 갖추고 있다하여 피고가 원고에게 가한 불법행위에 과실이 없다고 말할 수는 없다(대법원 1973. 10. 10. 선고 73다1253 판결).”고 하여 과실의 개념을 넓게 이해하고 있다.<sup>28)</sup> 나아가 환경정책기본법 제44조<sup>29)</sup>, 환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률 제6조<sup>30)</sup> 등과 같은 특별법은 불법행위책임을 인정하는 데에 과실을 요구하지 않기도 한다(무과실책임).

## ② 가해행위의 위법성<sup>31)</sup>

시설을 운영하거나 영업활동을 하다보면 소음이나 진동 등이 으레 따를 수 있다. 운영행위나 영업활동을 모두 위법하다고 한다면 경제활동이 불가능해지는 불합리가 발생한다. 따라서 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘어서는 경우에만 그러한 행위를 위법하다고 할 필요가 있다(수인한도론). 판례도 “주거의 일조는 쾌적하고 건강한 생활에 필요한 생활이익으로서 법적 보호의 대상이 되는 것이며... 일조방해의 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘어서는 경우에는 그 건축행위는 정당한 권리행사로서의 범위를 벗어나거나 권리남용에 이르는 행위로서 위법한 가해행위로 평가되어 일조방해로 인한 불법행위가 성립한다고 할 것이다(대법원 2001. 6. 26. 선고 2000다44928 판결).”고 판시하여 수인한도론을 받아들이고 있다.

28) 손윤하, 환경침해를 원인으로 한 민사소송에 관한 문제 - 일조, 조망 및 생활소음 중심으로 -, 저스티스 제81호, 2004, 124면 이하; 이태영, 환경오염피해에 대한 배상책임의 구조 - 고의, 과실과 위법성을 중심으로, 강원법학 제23권, 2006, 241면 이하

29) 제44조(환경오염의 피해에 대한 무과실책임) ① 환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 경우에는 해당 환경오염 또는 환경훼손의 원인자가 그 피해를 배상하여야 한다. ② 환경오염 또는 환경훼손의 원인자가 둘 이상인 경우에 어느 원인자에 의하여 제1항에 따른 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 원인자가 연대하여 배상하여야 한다.

30) 제6조(사업자의 환경오염피해에 대한 무과실책임) ① 시설의 설치·운영과 관련하여 환경오염피해가 발생한 때에는 해당 시설의 사업자가 그 피해를 배상하여야 한다. 다만, 그 피해가 전쟁·내란·폭동 또는 천재지변, 그 밖의 불가항력으로 인한 경우에는 그러하지 아니하다. ② 환경오염피해가 그 시설 운영 중단 전의 상황으로 인하여 발생한 경우에는 그 시설을 운영하였던 사업자가 제1항에 따라 배상하여야 한다.

31) 권리침해가 아니라 위법행위를 불법행위의 요건으로 한 것은 위법성을 구현하고 있을지라도 타인의 권리를 침해한 바가 없으면 불법행위가 성립하지 않는 불합리를 피하기 위해서이다[김성용, 불법행위의 요건으로서의 위법성의 역할, 민사법학 제30권, 2005, 41면 이하].

### ③ 손해 발생

손해 발생은 배상청구의 원인으로서 불법행위책임의 당연하고도 기본적인 요건이다. 다만 환경침해에 기한 불법행위책임의 경우 간접성·광역성·누적성이라는 환경침해의 특성으로 인하여 위법행위와 손해 발생 시기가 다를 가능성이 있다. 따라서 피해자가 손해배상청구를 함에 있어 가해자는 환경침해행위를 한 시기가 이미 오래 전의 일이라고 주장하며 소멸시효 항변을 할 수 있다. 이에 대하여 판례는, 불법행위에 기한 손해배상채권에 있어서 민법 제766조 제2항에 의한 소멸시효의 기산점이 되는 ‘불법행위를 한 날’이란 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미한다는 법리를 확고히 해왔는바(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다 71881 판결), 위 법리에 비추어 보면 환경침해의 경우에도 가해행위가 오래 전에 있었다는 이유만으로는 소멸시효 항변이 받아들여지지 않을 것이다.

### ④ 위법행위와 손해 발생 사이 인과관계<sup>32)</sup>

환경피해는 간접적으로 발생하고, 원인물질이 무엇인지 정확히 알 수 없을 뿐만 아니라 도달 경로도 규명하기 어렵다. 여타 불법행위책임과 같이 인과관계 증명을 요구할 경우 환경침해에 기한 불법행위책임은 인정되기 어렵다.

따라서 판례는 “공해소송에 있어서 피해자인 원고에게 사실적 인과관계의 존재에 관하여 과학적으로 엄밀한 증명을 요구한다는 것은 공해로 인한 사법 구제를 사실상 거부하는 결과가 될 우려가 있는 반면에 가해기업은 기술적, 경제적으로 피해자보다 훨씬 원인조사가 용이한 경우가 많을 뿐만 아니라 그 원인을 은폐할 염려가 있고 가해기업이 어떠한 유해한 원인물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자 측에서 그것이 무해하다는 것을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다고 보는 것이 사회형평의 관념에 적합하다고 할 것이다(대법원 1984. 6. 12. 선고 81다558 판결).”고 하거나 “개연성이론 그 자체가 확고하게 정립되어 있다고는 할 수 없으나 결론적으로 말하면 공해로 인한 불법행위에 있어서의 인과관계에 관하여 당해 행위가 없었더라면 결과가 발생하지 아니 하였으리라는 정도의 개연성

32) 위법행위와 피해자의 손해 사이에 인정되어야 하는 인과관계는 자연과학적 인과관계가 아니라 법관이 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 판단하는 상당인과관계를 말한다(민사소송법 제202조).



이 있으면 그로써 족하다는 다시 말하면 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 입증을 하므로써 족하고 가해자는 이에 대한 반증을 한 경우에만 인과관계를 부정할 수 있다고 하는 것으로... 개연성이론을 수긍 못할 바 아니다(대법원 1974. 12. 10. 선고 72다1774 판결).”고 판시하여 인과관계의 증명을 완화하고 있다.

### 3. 환경공법과 환경사법의 상호관계

#### (1) 공법과 사법의 준별

공법과 사법이 준별됨은 현재 우리 법체계상 명확하다.<sup>33)</sup> 행정소송에 관하여 민사소송과 다른 절차를 규정하고 있는 행정소송법이 별도로 제정되어 있고, 행정소송법은 명문으로 ‘행정청의 공권력의 행사와 그 거부와 이에 준하는 행정작용’에 관한 불복소송을 항고소송으로 파악하는 한편 ‘공법상 법률관계에 관한 소송’으로 당사자소송을 규정하여 이들에 대하여는 민사소송과는 다른 행정소송법상 특수한 규정을 적용받도록 하고 있다.<sup>34)</sup> 또한 행정사건을 다루는 행정법원도 별도로 설치되어, 행정법원이 관할하는 사건을 결정하기 위해서라도 민사소송과 행정소송을 구별하는 것이 필수적이다.<sup>35)</sup> 따라서 우리의 실정법상 공법과 사법을 구별할 실익이 분명히 존재하고, 공법과 사법의 구별을 부인하는 것은 도리어 혼란을 자아낼 수 있다.<sup>36)</sup>

33) 공법과 사법의 구별이 선형적인 것인지 아니면 특정 시대와 정치·사회·문화 또는 법체계의 상황이 필요함에 따라 만들어진 것인지등에 관하여는 여러 가지 논의가 있으나[김용욱, 공법과 사법 구분의 기원, 변천 및 당위체계에 관한 연구 - 금전급부 8 유형론의 구체적 실례 및 그 정리와 해결을 중심으로-, 저스티스 150호(2015. 10.), 168면 이하], 현재 우리 법체계상 그 구별이 명확하다는 점은 의문의 여지가 없다.

34) 행정소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소·변경하거나 그 효력 유무 또는 존재 여부를 확인함으로써 국민의 권리 또는 이익의 침해를 구제하고 공법상의 권리관계 또는 법 적용에 관한 다툼을 적정하게 해결함을 목적으로 하므로, 대등한 주체 사이의 사법상 생활관계에 관한 분쟁을 심판대상으로 하는 민사소송과는 목적, 취지 및 기능 등을 달리한다(대법원 2008. 3. 20. 선고 2007두6342 전원합의체 판결).

35) 행정소송은 행정법원에 전속관할이 있으므로 민사법원이 본안판단으로 나아갈 경우 위법하게 된다(대법원 2009. 9. 17. 선고 2007다2428 전원합의체 판결).

36) 안철상, 공법관계와 사법관계의 구별 - 대법원 1983. 12. 27. 선고 81누366 판결 -, 행정판례평선, 2011), 80면 이하

## (2) 환경공법과 환경사법의 상호영향

(가) 그러나 공법과 사법이 서로 영향을 미치고 있고 구분을 완화하고 있는 경향이 있는 것도 부인할 수 없다. 이러한 경향에는 국가가 국고작용을 하거나 국가의 조력을 사법에서 예정하고 있는 경우에 두드러진다.<sup>37)</sup>

예를 들어, 국·공유 일반재산을 대부하는 행위는 국가나 지방자치단체가 사경제주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상 계약이므로 국·공유 일반재산의 대부 등 권리관계에 대하여는 원칙적으로 사법의 규정이 적용되지만, 계약당사자의 일방이 국가나 지방자치단체이고 그 목적물이 국·공유재산이라는 공적 특성 때문에 국유재산법, 공유재산 및 물품관리법 등 특별법의 규제를 받게 된다(대법원 2017. 4. 13. 선고 2013다207941 판결). 또한 국가가 잠종재산의 대부·매각 등의 법률관계에 관하여 사경제 주체로서 사인과 대등한 지위에서 법률행위를 하고 이에 관하여 사법의 적용을 받는다고 하여 그 유지·보존 및 운용에 관한 모든 법적 규율이 획일적으로 사법의 영역이 되어야 한다고 볼 수는 없으므로 공법적 규율이 가능하다(대법원 2008. 5. 15. 선고 2005두11463 판결). 한편 근로관계는 사용자와 피용자 사이의 사적 관계이지만, 헌법은 국가에게 근로자의 적정임금 보장에 노력할 의무를 지우고(헌법 제32조 제1항), 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정하게 하고 있으며(헌법 제32조 제3항), 근로기준법은 이를 이어받아 근로조건에 관한 각종 강행규정을 두고 있고, 행정벌 등을 두고 있다.

(나) 환경문제 영역도 이러한 경향은 마찬가지이다. 판례는, “일조방해행위가 사회통념상 수인한도를 넘었는지 여부는 피해의 정도, 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가, 가해 건물의 용도, 지역성, 토지이용의 선후관계, 가해 방지 및 피해 회피의 가능성, 공법 규제의 위반 여부, 교섭 경과 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 건축 후에 신설된 일조권에 관한 새로운 공법 규제 역시 이러한 위법성의 평가에 있어서 의미 있는 자료가 될 수 있다. 그리고 건축법 등 관계 법령에 일조방해에 관한 직접적인 단속법규가 있다면 그 법규에 적합한지 여부가 사법상 위법성을 판단함에 있어서 중요한 판단자료가 될 것이지만, 이러한 공법 규제에 의하여 확보하고자 하는 일조는 원래 사법상 보호되는 일조권을 공법적인 면에서도 가능한

37) 김용욱, 앞의 논문, 183면

한 보장하려는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 일조권 보호를 위한 최소한도의 기준으로 봄이 상당하고, 구체적인 경우에 있어서는 어떠한 건물 신축이 건축 당시의 공법 규제에 형식적으로 적합하다고 하더라도 현실적인 일조방해의 정도가 현저하게 커서 사회통념상 수인한도를 넘은 경우에는 위법행위로 평가될 수 있다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2009다40462 판결).”고 판시하고 있다.<sup>38)</sup> 즉, 환경사법 구제에 있어 위법성 평가를 하는 경우 ‘공법 규제의 위반 여부’를 중요한 자료로 보고 적어도 최소한도의 기준으로 보고 있다고 한다. 실무에서도 환경침해에 기한 불법행위 손해배상소송에서 위법성 판단의 요소 중 공법상 규제 상 기준 준수 여부 비중은 점점 높아지고 있다.<sup>39)</sup>

### Ⅲ. 대상판결에 대한 검토

#### 1. 검토 순서

앞서 문제제기에서 보았듯, 종래 대법원 판결과 대상판결은 ‘A가 자신의 소유였던 토지에 폐기물 등을 매립하여 토양을 오염시켰다. 토지의 소유권은 이후 B를 거쳐 C에게 이전되었고, C는 정화비용을 지출하였다. 이때 C가 A를 상대로 토양오염에 따른 손해배상청구를 할 수 있을까?’에 대하여 서로 다른 답을 하였다. A(대상판결에서는 피고 세아베스틸)의 불법행위책임 성립요건이 각 충족되는지 여부를 순서대로 살펴보는 방식으로 어떠한 결론이 정당한지 검토해본다.

#### 2. 청구원인 단계

##### (1) 가해자의 고의 또는 과실

<sup>38)</sup> 이러한 판례의 태도는 일조침해에 따른 환경문제뿐만 아니라 소음으로 인한 환경침해에서도 마찬가지이다(대법원 2008. 8. 21. 선고 2008다9358, 9365 판결).

<sup>39)</sup> 허성욱, 태양반사광에 의한 눈부심 현상이 발생한 경우에 그로 인한 침해 정도가 사회통념상 참을 한도를 넘었는지 판단하는 기준, 대법원 비교법실무연구회, 2017, 14면

피고 세아베스틸의 위법행위를 ‘피고 세아베스틸이 토양오염물질을 토양에 누출·유출하거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발한 행위 또는 토지에 폐기물을 불법으로 매립한 행위(이하 통틀어 ‘매립행위’라고 한다)’로 파악하든 ‘오염토양이 포함된 토지를 거래에 제공함으로써 유통되게 한 행위 또는 폐기물이 매립된 토지를 거래에 제공하는 등으로 유통되게 한 행위(이하 통틀어 ‘유통행위’라고 한다)’로 파악하든, 위와 같은 행위는 모두 피고 세아베스틸이 고의로 한 행위임은 분명하다(환경침해에 기한 불법행위책임에서 인정되는 과실의 입증완화 법리 또는 특별법상 무과실책임은 대상사안에서 논의될 필요가 없다). 따라서 이 부분 요건은 충족되었다고 보는 데에 무리가 없다.

## (2) 가해행위의 위법성

### (가) 위법성 판단의 구조

위법성이란 말 그대로 ‘법익침해를 야기한 법질서 위반행위에 대한 객관적 비난가능성’이다.<sup>40)</sup> 이때 법질서를 실정법으로 국한할 필요는 없다. 실정법으로 편입되지 않은 보편규범의 위반에 대한 구제 공백이 발생할 수 있으므로 일반 사회질서도 위법질서에 포함된다고 봄이 타당하다(실질적 위법성론).<sup>41)</sup>

법질서 위반의 실질에 대하여 ‘권리나 법익 침해의 결과가 있으면 특별한 정당화 사유가 없는 이상 위법하게 된다.’고 하여 ‘권리나 법익 침해라는 결과’에 주목하는 결과불법론과 ‘과실에 의한 불법행위의 경우 법익침해의 결과가 사회생활상 필요한 주의의무를 위반함으로써 발생된 경우에만 위법하다.’고 하는 행위불법론의 대립이 있으나, 판례는 행위 태양(행위불법론)과 피해법익의 중요성(결과불법론)을 상관적으로 파악하여야 한다는 입장이다(상관관계설).<sup>42)</sup> 즉, 상관관계설의 입장에서는 ① 재산권, 인격적 이익 등 피침해이익이 어떤 종류인지에 따라, ② 형벌법규를 위반하였는지, 금지법규 또는 단속법규를 위반하였는지 아니면 공서양속위반인지 등 침해행위 태양에 따라 그 상관관계를 검토하여 위법성 판단을 하게 된다. 요컨대, 피침해이익이 크거나 중요하면 침해행위 태양의 불법성이 적더라도 가해행위를 위법하다고 할 수

40) 김용담 편집대표, 주석민법[채권각칙(8)], 한국사법행정학회, 2011, 34면

41) 주석민법, 앞의 책(주40), 183면

42) 김용담 편집대표, 주석민법[채권각칙(6)], 한국사법행정학회, 2011, 184면 이하

있는 것이고, 피침해이익이 적거나 사소하다면 침해행위 태양의 불법성이 커야만 가해행위를 위법하다고 할 수 있는 것이다.

#### (나) 가해행위 확정

대상사안의 가해행위가 무엇인지 우선 특정할 필요가 있다.

대상판결은 “토지의 소유자라 하더라도 토양오염물질을 토양에 누출·유출하거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발하였음에도 오염토양을 정화하지 않은 상태에서 그 오염토양이 포함된 토지를 거래에 제공함으로써 유통되게 하거나, 토지에 폐기물을 불법으로 매립하였음에도 이를 처리하지 않은 상태에서 그 해당 토지를 거래에 제공하는 등으로 유통되게 하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 이는 거래상대방 및 위 토지를 전전 취득한 현재의 토지 소유자에 대한 위법행위로서 불법행위가 성립할 수 있다고 봄이 타당하다.”고 판시하여, 유통행위를 위법행위로 보았다.

그러나 ‘유통행위’가 아닌 ‘매립행위’ 자체를 위법행위로 보는 것이 타당하다.<sup>43)</sup>

첫째, 불법행위에 기한 손해배상소송에서 전보되어야 할 손해의 배상은 ‘손해를 야기한 사건이 없었다면 존재하였을 바로 그 상태의 회복’ 내지는 ‘가해자에 의한 배상의무를 야기하는 손해 사건이 없었다면 현재 존재하였을 상태로 정확히 그 만큼만 회복하기 위해 피해자에게 부담하는 배상’을 의미한다.<sup>45)</sup> 만약 대상판결과 같이 ‘유통행위’를 위법행위로 본다면, 전보되어야 할 손해는 ‘피고 세아베스틸의 유통행위가 없었다면 존재하였을 바로 그 상태의 회복’이다. 그런데 대상판결은 원고의 손해를 ‘정화비용’으로 보고 있다. 피고 세아베스틸로 하여금 원고의 ‘정화비용’이라는 손해

43) 대상판결의 다수의견에 대한 대법관 김용덕의 보충의견도 같은 견해이다. “토지 소유자라 하더라도 자신의 토지에 토양오염을 유발하거나 폐기물을 매립하는 행위는 그 자체로서 헌법 및 구 환경정책기본법 등에서 정한 환경보전의무를 위반하여 금지된 환경 오염·훼손행위를 한 것으로서 정당한 토지 소유권의 행사라 할 수 없으며, 사회정의 및 사회상규에 위배되는 행위로서 위법하다고 평가된다.”

44) 정화의무 또는 처리의무의 불이행을 위법행위로 보아야 한다는 견해도 있다[이선형, 자기 소유 토지에 토양오염을 유발하고 폐기물을 매립한 자의 민사상 불법행위책임에 관하여 - 대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결, 법학연구 제57권 제4호, 2016, 245면]. 그러나 정화의무 또는 처리의무는 매립행위 자체를 금지됨에 따라 발생한 의무로서 매립행위에 따른 효과로 볼 수도 있으므로 부작위(정화의무 또는 처리의무 불이행)를 위법행위로 특정하기보다는 작위(매립행위)를 위법행위로 특정하는 것이 보다 간명하고, 타당하다고 생각한다.

45) 주석민법, 앞의 책(주40), 55면

를 배상하도록 하는 것은 단지 원고가 이 사건 매매 부지를 취득하기 전의 상태로의 복귀가 아니라 폐기물 등이 매립되어 있지 않은 토지로의 회복을 의미한다. 그렇다면 이는 ‘피고 세아베스틸의 유통행위가 없었다면 존재하였을 바로 그 상태의 회복’이라 기보다는 ‘피고 세아베스틸의 매립행위가 없었다면 존재하였을 바로 그 상태의 회복’을 의미한다. 따라서 대상판결이 ‘유통행위’를 위법행위로 파악하면서, 손해는 ‘정화 비용’으로 보는 것은 논리정합하지 않다.

둘째, 대상판결이 매립행위가 아닌 유통행위를 위법행위로 본 이유는 종래 대법원 판결에서 “자신의 소유였던 토지에 폐기물 등을 매립한 행위가 스스로에 대한 행위이므로 위법하지 않다.”고 한 판시를 다분히 의식했기 때문으로 생각한다.<sup>46)</sup> 토지가 매립행위자의 소유이므로 매립행위 당시에는 스스로에 대한 행위이겠지만, 유통행위를 위법행위로 볼 경우 유통행위를 통해 토지의 소유권이 제3자에게 이전되므로 스스로에 대한 행위로 보지 않을 수 있다. ‘위법행위의 타인성’ 요건을 충족시킬 수 있게 되는 것이다. 그러나 이는 토지의 내재적 특성을 고려하지 않은 데에서 비롯된 단견적 논리이다. 즉, 토지소유자를 포함한 인간은 유한하나 토지는 영속한다. 따라서 토지는 그 자체로 유통가능성을 전제로 하고 있다. 매매든 상속이든 어떤 연유에 의하든 토지는 필연적으로 유통된다. 그러므로 비록 매립행위 당시에는 자신의 소유인 토지라 하더라도 유통이 필연적으로 예정된 토지에 폐기물 등을 매립하는 행위를 두고 ‘위법행위의 타인성’이 충족되지 않았다고 하는 것은 단기적 시각이다.

셋째, 환경사법이나 환경공법은 모두 폐기물 등이 매립되지 않은 토지를 하자가 없다거나 규제가 필요하지 않은 상태로 보고 있다. 그렇다면 매립행위 그 자체만으로도 토지의 정상을 해하는 위법행위라고 봄이 타당하고 이에 더해 유통행위까지 있어야지만 위법행위라고 평가할 수는 없다.

넷째, 타인 소유 토지에 폐기물을 매립하는 경우와의 해석상 균형을 맞출 필요도 있다. 만약 대상사안이 타인 소유였던 토지에 폐기물 등을 매립한 사안이었다면 매립 행위 자체를 위법행위로 파악하는 데 무리가 없다. 대상판결도 “피고 세아베스틸이

<sup>46)</sup> 이선형, 주43, 234면도 ‘(대상판결의) 다수의견조차도 자기 소유 토지의 토양을 오염시키거나 그 토지에 폐기물을 매립하는 행위만으로는 특별한 사정이 없는 한 타인에 대한 불법행위를 구성하지 않는다는 점에 대하여 일응 종전 대법원 판결의 견해와 태도를 같이하는 것이라 보인다.’고 하고 있다.

타인의 소유인 이 사건 시·공유지에 이 사건 오염토양 등을 유발하고 불법으로 매립한 행위는 불법행위에 해당한다.”고 실시하여 이러한 경우에는 ‘매립행위’가 위법행위에 해당한다고 본다. 토지 소유관계 때문에 위법행위를 다르게 보는 것은 부당하므로, 자신 소유의 토지에 폐기물을 매립하는 경우에도 ‘매립행위’를 위법행위로 보는 것이 타당하다.

다섯째, 매립행위가 아닌 유통행위를 위법행위로 볼 경우, 폐기물 등이 매립된 토지를 그저 중간에서 유통한 자의 비난가능성보다 폐기물 등을 매립한 자의 비난가능성이 더 크에도 불구하고 중간에서 유통을 한 자가 현재 토지 소유자에게 손해를 가하였다고 볼 우려가 있다.

따라서 이하에서는 ‘매립행위’를 위법행위로 확정하여 논의를 진행하고자 한다. 다만 위법행위를 ‘매립행위’로 보더라도 매립행위 시점에서 곧바로 불법행위가 성립하지는 않는다.<sup>47)</sup> 손해 요건이 아직 충족되지 않았기 때문이다.

#### (다) 매립행위의 위법성

1) 대상사안에서 위법성을 인정하기 위해서 극복해야 할 가장 큰 문제는 피고 세아베스틸이 폐기물 등을 매립한 토지가 바로 피고 세아베스틸 소유라는 것이다. 소유권자는 자신의 소유물을 임의로 사용, 수익, 처분할 수 있다. 폐기물 등을 매립한다 하여 자신이 그 손해(토지의 재산가치 하락, 토양오염으로 인한 피해 등)를 감수한다면 이를 위법하다고 할 수 있을까? 종래 대법원 판결은 이 점에 주목하여 “자신의 소유였던 토지에 폐기물 등을 매립한 행위는 스스로에 대한 행위이므로 위법하지 않다.”고 판시하였다.

2) 그러나 자신의 소유였던 토지였던 토지에 폐기물 등을 매립하였다 하더라도

<sup>47)</sup> 대법판결의 다수의견에 대한 대법관 김용덕의 보충의견도 같은 견해이다. “민법 제750조에서 정한 불법행위는 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우에 성립한다. 따라서 토양오염이나 폐기물 매립의 대상이 된 토지가 그 원인행위자 자신의 소유이고 그 행위 이후에도 여전히 그 원인행위자 자신의 소유로 머물러 있는 경우에는 위와 같은 위법행위로 인하여 바로 타인의 법익을 침해하지는 않으므로, 그 단계에서는 불법행위가 성립하지 않는다.” 이와 같은 관점은, ‘타인성’을 위법성 단계가 아니라 ‘손해’ 단계에서 요구하는 것처럼 보이기도 한다.

이는 그 자체로 위법하다고 봄이 타당하다.

가) 인간은 유한하나, 토지는 영속하고 소유자뿐만 아니라 인간생활의 기반이 된다. 토지가 현재 일시적으로 누군가의 소유라 하더라도 그 토지라는 대상 자체에는 유통가능성이 내포되어 있다고 봄이 타당하다(소유자의 죽음이 필연적인 이상 소유자가 소유권을 양도하거나 포기할 의사가 없다 하더라도 마찬가지이다). 따라서 종래 대법원 판결이 지적하는 ‘위법행위의 타인성’ 요건은 매립행위 시에 이미 충족된다고 봄이 타당하다. 이에 대하여 형법상 자기재물손괴가 처벌되지 않고, 민법상 소유권포기가 가능하다는 이유로 종래 대법원 판결의 태도가 타당하다는 견해<sup>48)</sup>도 있지만, 전자는 죄형법정주의가 적용됨에 따른 결론일 뿐인 점, 후자는 토지의 경우 소유권포기가 가능하더라도 토지 그 자체는 지구상에 여전히 존재한다는 점을 간과한 점 등을 고려하면 이러한 견해는 부당하다.

나) 환경공법은 매립행위를 분명하게 금지하고 있다. 대표적 환경공법인 환경정책기본법은, 사업자로 하여금 사업활동으로부터 발생하는 환경오염 및 환경훼손을 스스로 방지하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다는 의무를 규정하고(제5조), 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 규정하였다(제7조). 토양 환경에 관한 특별법인 토양환경보전법은 사람의 건강·재산이나 동물·식물의 생육에 지장을 줄 우려가 있는 토양오염의 기준을 환경부령으로 정하도록 하는 한편(제4조의2), 토양오염으로 인하여 피해가 발생한 경우 그 오염을 발생시킨 자는 그 피해를 배상하고 오염된 토양을 정화하는 등의 조치를 하여야 한다고 규정하고 있고(제10조의3), 토양오염이 발생하면 관할 행정관청은 오염원인자에게 정화조치를 명할 수 있도록 정하고 있다(제11조, 제15조). 이는 모두 환경 특히 토양을 오염하는 행위를 금지하고, 이를 위반한 것을 위법하다고 선언하는 규정들이라 할 것이다. 이러한 공법적 요구 내지 명령을 위반하였다는 점에서, (자신의 소유였던 토지에 행하였다 하더라도) 매립행위는 위법하다고 봄이 타당하다.

이에 대하여 “환경공법에서 규정한 의무와 책임을 위반한 것은 환경공법의 관점에

48) 이선형, 앞의 논문, 233면



서 위법한 것일 뿐, 환경사법의 관점에서 위법한 것은 아니다”는 문제제기가 있을 수 있다.

공법과 사법이 준별되어야 함을 부정할 수는 없다. 그러나 다음과 같은 이유로 위법성 판단이라는 국지적 쟁점에 관하여는 공법과 사법의 판단이 일치할 수 있고, 일치하는 것이 바람직하다.

① 위법성이란 ‘법익침해를 야기한 법질서위반행위에 대한 객관적 비난가능성’이고, 이러한 개념 정의에 공법과 사법이 구별되어 있지 않다(위 법질서에는 사회질서까지 포함되고 있다). 공법과 사법은 하나의 법질서를 이루고 있을 뿐만 아니라 현대사회는 공법관계와 사법관계를 따로 뺄 수 없고, 각 관계가 서로를 전제로 이어지기도 하므로, 그 내용에 있어서도 일관될 필요가 있으므로,49) 환경공법상 위법성 판단 기준과 환경사법상 위법성 판단 기준이 가능한 한 근접하도록 할 필요가 있다.

② 위법성이란 결국 공동체 구성원들의 사회적 공감에서 비롯되는 것이다. 환경공법상 위법성 판단 기준은, ‘대의민주주의 제도 하에서의 선거 → 국민의 대리인 선임 → 대리인이 위임받은 권한 행사를 통한 법률을 제정 → 그 법률에서 위임된 행정권의 행사에 의한 행정입법’ 등과 같은 과정을 거치면서 세워진다.50) 이러한 과정 속에서 사회구성원의 공감대가 정합적으로 반영될 것은 충분히 기대할 수 있다. 한편 환경사법상 위법성 판단 기준은, 경제적 이해관계를 둘러싼 사인 간의 분쟁의 집적을 통해 세워진다.51)52) 이때 법원이 수많은 분쟁 사례를 해결해나가는 과정 속에서 사건당사자뿐만 아니라 잠재 당사자들의 공감대가 정합적으로 반영될 것도 마찬가지로 기대할 수 있다.

시계열을 넓게 본다면(위와 같은 기준을 세우는 과정을 반복하다보면), 환경공법상 위법성 판단 기준과 환경사법상 판단 기준은 모두 공동체 구성원들의 사회적 공감대가 형성되어 있는 ‘위법성’에 수렴하게 될 것이고, 중국에는 서로 같게 될 것이다. 이는 환경공법상 위법성 판단 기준과 환경사법상 위법성 판단 기준이 서로 영향을 미치는

49) 이상천, 건축법령상 일조규제의 문제점 - 입법제량의 남용과 입법론을 중심으로 -, 토지법학 제27권 제1호, 2011, 107면

50) 허성욱, 앞의 논문(주39), 26면

51) 허성욱, 앞의 논문(주39), 27면

52) 우리나라의 불법행위법은 법원이 사안별로 법의 여백을 메워나가며 법형성작용을 분담한다. 즉 ‘판사가 만드는 법(judge-made law)’의 속성을 가진다(권영준, 앞의 논문, 75면)

점을 고려하면 더욱 그러하다. 판례가 “공법적 규제 역시 이러한 (환경사법상) 위법성의 평가에 있어서 의미 있는 자료가 될 수 있다”고 하였음은 앞서 본 바와 같고(환경공법 → 환경사법), 공법적 기준이 아직 마련되어 있지 않은 환경침해에 대한 손해배상소송이 제기된 경우, 법원에서 제시하는 환경사법상 위법성 판단 기준이 쌓이면, 그러한 기준이 공법적 기준으로 편입될 가능성이 크다고 보는 것도 무리가 없다(환경사법 → 환경공법).

③ 환경공법과 환경사법은 모두 동일한 환경문제를 대상으로 하고 있다. 동일한 환경문제를 대상으로 하고 있는 환경공법과 환경사법은 크게 보면 헌법의 테두리 안에서 재산권과 환경권을 규율하고 조정하는 역할을 수행하므로, 위법성에 대하여 서로 다른 기준으로 모순된 판단을 하는 것은 법질서에 합당하지 않다.<sup>53)</sup>

④ 행위규범으로서 법의 성격을 고려하면, 수범자로서는 환경공법과 환경사법이 위법성에 대하여 서로 다른 기준으로 모순된 판단을 하게 될 때 혼란스럽다. 일조 관련 건축법령상 기준과 사법상 수인한도의 기준의 관계가 달라지는 경우, 건축주의 입장에서는 건축법령에 따라 적법하게 허가를 받았다 할지라도 추후 민사법적 손해배상의무를 부담하게 될 수도 있어 행동·지위에 지장을 받게 된다.<sup>54)</sup> 이러한 경우 법의 규범력은 낮아지게 된다.

⑤ 불법행위법이 본래 가지는 회복 기능이 개인과 개인 사이 갈등 해결에 치중하였다면, 예방 기능은 사회 전체 관점에서 구성원들에게 어떠한 유인을 제공할지, 어떠한 영향을 미칠지에 집중한다. 이러한 불법행위법의 예방 기능을 통해 자원은 효율적으로 배분되고 사회적 부도 극대화될 수 있다. 이와 같은 불법행위법의 예방 기능은 공법이 수행하는 역할과 맞게 된다.<sup>55)56)</sup> 그렇다면 적어도 불법행위법의 예방 기능이 중시

53) 허성욱, 환경법에서의 공법과 사법 - 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관한 논의를 중심으로 -, 환경법연구 제39권 제1호, 2017, 314면 이하; 김종보, 앞의 논문, 75면

54) 김민규, 건축법령상의 일조확보 기준과 민사책임법상의 일조기준 사이의 괴리와 혼미, 법학논총, 제20권 제1호, 2013, 221면.

55) 허성욱, 앞의 논문(주18), 100면 이하

56) 판례는 불법행위책임 인정 여부에 있어 당사자의 사정들만을 고려하지 않고, 공공의 이익을 고려하고 있는바, 이러한 판례의 태도는 공법의 역할과 맞닿아 있다고 볼 수 있다. “일반적으로 채권에 대하여는 배타적 효력이 부인되고 채권자 상호간 및 채권자와 제3자 사이에 자유경쟁이 허용되는 것이어서 제3자에 의하여 채권이 침해되었다는 사실만으로 바로 불법행위로 되지는 않는 것이지만, 거래에 있어서의 자유경쟁의 원칙은 법질서가 허용하는 범위 내에서의 공정하고 건전한 경쟁을 전제로 하는 것이므로, 제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규에 위반

되는 사안, 즉 대상사안과 같은 환경침해에 기한 손해배상청구 사안에 대하여는 환경공법과 그 기준을 달리할 이유가 없게 된다.

다) 환경공법과 환경사법의 위법성 판단 기준이 서로 다를 수 있다고 한다면, 환경공법상 위법성 판단 기준을 최소한도의 기준으로 봄이 타당하다. 판례(대법원 2014. 2. 27. 선고 2009다40462 판결)도 “공법 규제에 의하여 확보하고자 하는 일조는 원래 사법상 보호되는 일조권을 공법적인 면에서도 가능한 한 보장하려는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 일조권 보호를 위한 최소한도의 기준으로 봄이 상당하다.”고 판시하였다. 이는 앞서 본 바와 같이 환경공법상 위법성 판단 기준은 민주주의의 과정을 거쳐 용인된 ‘최소한의 사회적 공감대’로 볼 수 있기 때문이다. 이러한 논리에 따르면 ‘환경공법상 위법하지 않으나, 환경사법상 위법하다.’는 결론은 가능하지만, ‘환경사법상 위법하지 않으나, 환경공법상 위법하다.’는 결론은 가능하지 않다. 종래 대법원 판결은 물론 대상판결의 반대의견은 ‘원고의 행위가 환경공법상 위법하다.’는 점을 인정하고 있다. 그렇다면 대상사안에서 ‘원고의 행위가 환경사법상으로도 위법하다.’고 봄이 타당할 것이다.

라) 소유권자가 자신의 소유물을 임의로 사용·수익·처분할 수 있음은 물론이지만, 그 또한 법률의 범위 내에서만 적법할 뿐이다(민법 제211조). 위 법률은 민법과 특별법을 의미하고 특별법에는 공법도 포함된다.<sup>57)</sup> 사법상 소유권 절대의 원칙은 이미 공법 규제에 의하여 예외가 광범위하게 확립되어 있다. 예를 들어, 자신의 토지가 농지인 경우 일정 사유가 발생하면 해당 농지를 처분하여야 하는 경우도 있고(농지법 제10조), 자신의 토지에 건축물의 건축 또는 공작물의 설치하거나 토지의 형질을 변경하거나 또는 토석의 채취 등을 하려 하는 때에도 허가를 받아야만 가능하고(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제56조), 심지어는 자신의 토지가 공익사업에 필요한 토지가 된 경우에는 수용되기까지 한다(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에

하거나 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반하는 등 위법한 행위를 함으로써 채권자의 이익을 침해하였다면 이로써 불법행위가 성립한다고 하지 않을 수 없고, 여기에서 채권침해의 위법성은 침해되는 채권의 내용, 침해행위의 태양, 침해자의 고의 내지 해의 유무 등을 참작하여 구체적, 개별적으로 판단하되, 거래자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익균형 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다(대법원 2003. 3. 14. 선고 2000다32437 판결).”

57) 김용담 편집대표, 주석민법[물권(1)], 한국사법행정학회(2011. 12.), 478면 이하

관한 법률 제19조). 이와 같이 소유권은 이미 다양한 공법에 의하여 제한을 받고 있다. 그렇다면 자신의 소유인 토지에 대한 매립행위가 환경공법상 금지되는 이상, 그 행위를 토지 소유권의 배타성·독점성 지위에 기대어 위법하지 않다고 할 수는 없다.

(라) 대상판결의 의의 및 한계

1) 대상판결은 ‘헌법 제35조 제1항, 구 환경정책기본법, 구 토양환경보전법 및 구 폐기물관리법의 취지’ 및 ‘토양오염원인자의 피해배상의무 및 오염토양 정화 의무, 폐기물 처리의무 등에 관한 관련 규정들과 법리’를 근거로, 매립행위를 한 피고 세아베스틸이 이 사건 매매 부지를 전전취득한 원고에게 손해배상책임이 있다고 판시하였다. 대상판결은 종래 대법원 판결이 ‘공법과 사법의 이원적 체계’ 하에서 ‘소유권 절대의 원칙’을 환경문제에 있어서도 고수했던 것을 어느 정도 극복했다는 점에서 결론적으로 타당하고 의의가 있다.<sup>58)</sup>

2) 이 중에서 특히 ‘공법과 사법의 이원적 체계’를 극복했다는 점에 관하여 본다. 대상판결이 근거로 삼고 있는 ‘헌법 제35조 제1항, 구 환경정책기본법, 구 토양환경보전법 및 구 폐기물관리법의 취지’ 및 ‘토양오염원인자의 피해배상의무 및 오염토양 정화 의무, 폐기물 처리의무 등에 관한 관련 규정들과 법리’가 인용하고 있는 구체적인 법규정들은 다음과 같다.

- 헌법 제35조(환경권)
- 구 환경정책기본법 제2조(기본이념), 제5조(사업자의 책무), 제6조(국민의 권리와 의무), 제7조(오염원인자 책임원칙), 제31조(환경오염의 피해에 대한 무과실 책임)
- 구 토양환경보전법 제10조의3(토양오염의 피해에 대한 무과실책임), 제11조(토양오염의 신고 등), 제15조(토양오염방지조치명령 등)
- 구 폐기물관리법 제6조(국민의 책무), 제7조(폐기물의 투기금지등), 제12조(폐

<sup>58)</sup> 박신욱, 토양오염의 유발과 폐기물의 매립으로 인한 불법행위성립에 대한 연구 - 대법원 2016, 5, 19, 선고 2009다66549 전원합의체 판결 -, 토지법학 제33권 제1호, 2017, 132면도 같은 입장이다.

기물의 처리기준 등), 제45조(폐기물처리에 대한 조치명령), 제58조의2(벌칙), 제60조(벌칙)

이들 규정을 살펴보면, 공법 규정과 사법 규정이 혼재되어 있다. 특정의 범조항을 두고 공법인지 사법인지를 구별하는 것은 어려운 일이지만<sup>59)</sup>, 적어도 관할 행정관청의 조치명령이나 벌칙 등을 규정한 구 토양환경보전법 제11조, 제15조 및 구 폐기물관리법 제7조, 제12조, 제45조, 제58조의2, 제60조는 공법 규정들에 해당한다 할 것이다. 그리고 대상판결이 이러한 환경공법 규정들을 근거로 하여 피고 세아베스틸의 환경사범상 손해배상책임을 인정한 것은, 공·사법적 규율의 통일성을 기하였다고 평가할 수 있다.<sup>60)</sup> 다만, 대상판결은 구 토양환경보전법상 피해배상의무, 정화의무 및 구 폐기물관리법상 폐기물 처리의무를 환경사범상 의무(즉, 오염원인자/폐기물 매립자가 현재의 토지 소유자에 대하여 부담하는 의무)로 파악하고, 피고 세아베스틸이 위 의무를 위반한 점에도 주목하고 있다는 점에서, 완전히 환경공법상 의무위반만을 근거로 피고 세아베스틸의 환경사범상 불법행위책임을 인정한 것은 아니다.

3) 대상판결의 반대의견은, ① 구 토양환경보전법 제10조의3 제1항에서 정한 정화의무를 피고 세아베스틸의 불법행위성립의 근거로 볼 수 없고<sup>61)</sup>62), ② 구 토양환경보전법 제15조 제3항 및 폐기물관리법 규정들은 모두 공법상 의무를 규정하고 있는 것일 뿐이므로 이들 규정들 또한 피고 세아베스틸의 불법행위성립의 근거가 될 수 없다.<sup>63)</sup> ③ 대상사안의 경우 폐기물은 부동산에 부합하였다고 할 것이어서 피고 세아

<sup>59)</sup> 이상천, 앞의 논문, 107면

<sup>60)</sup> 이선형, 앞의 논문, 228면

<sup>61)</sup> 반대의견은, ㉠ ‘토양오염으로 인한 피해’란 토양오염으로 지하수가 오염되어 그 물을 마신 사람의 건강에 해를 끼친 때나 인접한 타인 소유의 토지를 오염시킨 때와 같이 토양오염으로 인하여 직접적인 피해가 발생한 경우를 의미하는 것이고, 토지가 오염된 다음 그 오염된 토지의 매매가 이루어진 후 거래과정에서 오염 사실이 제대로 반영되지 못함으로써 매수인에게 생겨날 수 있는 재산상 손해(오염 정화비용 상당의 손해)까지를 포함하는 것으로 그 의미를 확장하여서는 아니 되며, ㉡ 위 조항에서 정한 ‘정화의무’에 오염유발자가 현재의 토지 소유자에게 부담하는 정화의무가 포함된다는 취지라고 하더라도, 해석의 한계를 넘는다는 점 등을 이유로 구 토양환경보전법 제10조의3 제1항을 근거로 피고 세아베스틸의 불법행위성립을 인정할 수 없다고 한다.

<sup>62)</sup> 반대의견에 대한 대법관 김창석, 조희대의 각 보충의견도 같은 견해이다.

<sup>63)</sup> 반대의견에 대한 대법관 김창석의 보충의견도 ‘구 토양환경보전법 제4조의2, 제15조 제3항, 제10조의3 제3항 등의 규정은 토양오염과 관련된 공법상 의무를 정한 것이므로, 이를 근거로 곧바로 사인 사이의 정화의무가 도출되지는 않는다.’고 하여 같은 맥락이다.

베스틸이 원고에게 소유물방해제거의무의 하나로서 폐기물 처리의무를 부담할 수도 없다.’는 이유로 대상판결을 비판한다. 그러나 아래와 같은 이유로 위 반대의견의 비판은 부당하다.

가) 구 토양환경보전법 제10조의3 제1항을 불법행위성립의 근거로 볼 수 없다는 비판에 대하여 검토해본다. 위 조항은 민법 기타 법률에 따른 불법행위책임으로 구성할 수 있는 사안임을 전제로 가해자가 구 토양환경보전법 제10조의4 각 호에 정한 오염원인자일 경우 그 가해자로 하여금 귀책사유가 없는 경우에도 손해배상책임을 부담하도록 하는 규정이다.<sup>64)</sup> 그런데 위 조항이 아니더라도 원고로서는 피고 세아베스틸을 상대로 민법 제750조에 따라 손해배상책임을 구할 수 있다. 설령 반대의견의 견해처럼 위 조항이 피고 세아베스틸의 불법행위성립의 근거가 될 수 없다 하더라도, 피고 세아베스틸의 불법행위책임을 인정하는 데에는 별다른 문제가 없다. 대상사안의 경우에는 피고 세아베스틸의 고의 위법행위가 있었던 것이므로, 대상사안에서 위 조항은 특별법으로서의 기능(무과실책임의 인정)을 하지 못하는 점까지 고려하면 더욱 그러하다.

나) 구 토양환경보전법 제15조 제3항 및 폐기물관리법 규정들이 모두 공법상 의무를 규정하고 있는 것일 뿐이어서 이들 규정들 또한 피고 세아베스틸의 불법행위성립의 근거가 될 수 없다는 비판에 대하여 검토해본다. 반대의견의 위와 같은 비판은 종래 대법원 판결과 같이 ‘공법과 사법의 이원적 체계’를 엄격히 인정하는 것을 전제로 한다. 그러나 환경공법상 의무위반의 경우에도 환경사법상 손해배상책임을 인정하는 입장에서는 위와 같은 비판을 받아들일 수 없다.

다) 대상사안의 경우 폐기물은 부동산에 부합하였다고 할 것이어서 피고 세아베스틸이 원고에게 소유물방해제거의무의 하나로서 폐기물 처리의무를 부담할 수도 없다는 비판에 대하여 검토해본다. 앞서 본 바와 마찬가지로 환경공법상 의무위반의 경우에도 환경사법상 손해배상책임을 인정하는 입장에서 볼 때 위와 같은 비판은 받아들일 수 없을 뿐만 아니라, 매립된 폐기물이 부동산에 부합했다고 볼 수도 없다. 판례는 “어떠한 동산이 민법 제256조에 의하여 부동산에 부합된 것으로 인정되기 위해서는 그 동산을 훼손하거나 과도한 비용을 지출하지 않고서는 분리할 수 없을 정도로 부착

64) 한지형, 토양오염 관련 민사소송의 제 논점 - 오염토양 정화비용을 부담한 자에 대한 책임을 중심으로 -, 사법논집 제57집, 2013, 370면 이하

· 합체되었는지 여부 및 그 물리적 구조, 용도와 기능면에서 기존 부동산과는 독립한 경제적 효용을 가지고 거래상 별개의 소유권의 객체가 될 수 있는지 여부 등을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다15602 판결).”고 하는바, 토지에 매립된 폐기물은 그 분리 및 처리에 상당한 비용이 든다고 하더라도 궁극적으로 토지에서 제거되어야 할 대상이고, 나아가 이를 분리하여 처리하는 것이 오히려 사회경제적으로 이익일 뿐만 아니라 부동산의 효용이나 가치 면에서도 유리하다.<sup>65)</sup> 나아가 토지에 매립된 폐기물이 토지에 부합하였다고 본다면, 더 이상 폐기물은 독립하여 존재하지 않고 토지만이 존재하게 되는데, 이렇게 볼 경우 환경공법상 처리대상인 폐기물을 어떻게 특정할지 문제가 생긴다. 이러한 경우조차 공법과 사법을 구별하여, 환경사법상으로는 토지만 존재하지만 환경공법상으로는 토지와 폐기물이 별개로 존재한다고 해석하는 것이 타당할지 의문이다.

### (3) 인과관계 및 손해 발생

(가) 대상사안에서 원고는 오염토양을 정화하고 폐기물을 처리하느라 본래 정상적인 토지라면 쓰지 않았을 비용을 지불하게 되었다. 이는 원고의 명백한 ‘손해’이다. 원고 손해인 정화비용은 무엇에서 비롯되었을까?

원고 손해의 경우에는 여타 환경문제와 달리 원인물질(오염토양, 폐기물)도 분명하며, 도달 경로도 명백하다. 인과관계 증명에 어려움이 없어 개연성이론을 적용할 필요도 없다. 또한 폐기물 등은 토지 지하에 존재하므로 토지 지하를 사용하려는 현재 토지 소유자에 이르러야 비로소 발견되는 특성을 가지고 있다. 이러한 사정은 매립행위 당시 충분히 예견가능하고, 매립된 폐기물 등의 위와 같은 특성을 고려한다면 토지가 전전유통되어 현재 토지 소유자에 이르러 비로소 정화비용이 발생한 것을 두고 매립행위와 시간 차이가 난다거나 혹은 유통과정이 길었다는 이유로 인과관계를 부정하는 것도 부당하다. 그렇다면 폐기물 등을 매립한 피고 세아베스틸의 ‘매립행위’와 원고의 손해(정화비용) 사이에는 상당한 인과관계가 있다고 봄이 타당하다.

(나) 반대의견은 “대상사안에서 원고에게 생겨난 손해는 원고가 엘지투자증권이나 피고 기아자동차로부터 이 사건 매매 부지를 매수하면서 이 사건 매매 부지의 오염

<sup>65)</sup> 대상판결의 다수의견에 대한 대법관 김용덕의 보충의견 참조.

사실을 제대로 인식하지 못하여 그 정화비용 상당액을 매매가격에 반영하지 못하였기 때문에 생겨난 것이지, 토양오염 그 자체, 또는 오염된 토지의 유통 그 자체 때문에 생겨난 것이라고는 할 수 없다. 즉 원고에게 생겨난 손해와 토양오염 또는 오염된 토지의 유통 자체와 사이에는 상당인과관계가 없다.”고 하여 인과관계를 부정하는 견해를 취하고 있다. 그러나 반대의견은 ‘이 사건 매매 부지가 매매되었다’는 점에 천착하여 인과관계를 파악하고 있다. 폐기물 등이 매립된 토지도 유효한 사적 거래의 대상이 될 수 있음은 물론이다. 그리고 폐기물 등이 매립된 토지의 매수인이 그 사실을 알았을 수도 있고 몰랐을 수도 있다. 만약 매수인이 그 사실을 알았고 이를 토대로 매매가격을 결정하였다면 매수인에게는 손해가 발생하지 않는다. 그러나 이는 매도인과 매수인 간 채권적 관계에서, 매수인에게 손해가 발생하지 않았다는 의미일 뿐이다.<sup>66)</sup> 이러한 가격조정을 거치지 않은 매수인이자 현재 토지 소유자는 폐기물 등 매립으로 인하여 뜻하지 않은 정화비용을 지출하게 되는 손해를 입게 된다.

반대의견은 “매수인에게 발생된 손해는 토양오염 그 자체, 또는 오염된 토지의 유통 그 자체로부터 생겨나는 것이 아니라 매수인의 매수 목적이 무엇인지, 매수인이 토양오염 사실을 충분히 알고 있었는지, 궁극적으로 그러한 사정을 매매가격의 결정에 고려하였는지 하는 점 등으로부터 생겨나는 것이기 때문이다.”라고 한다. 그러나 토지 매수인의 매수 목적은 토지 소유권을 취득하고자 하는 것이다. 토지 매수인의 매수 목적을 토지 사용 용도에 한정할 수는 없다. 토지 매수인이 취득하고자 하는 소유권은 매수인으로 하여금 토지의 효용을 완전하게 누리는 것을 보장하는 것이고, 토지 소유권은 지표, 지상, 지하까지 그 효력이 미친다. 그런데 단지 토지 매수인이 매매 당시 토지 매수인이 지하를 사용하지 않을 예정이었다고 하여(그래서 토양오염이 매매의 중요한 고려사항이 아니었다고 하여) 이후 토지 소유권자로서 매수인이 지하를 사용하고자 할 때 폐기물 등 때문에 지출한 정화비용은 손해가 아니라는 것은 부당하다.

<sup>66)</sup> 대법원의 다수의견에 대한 대법관 김용덕의 보충의견도 같은 견해이다. ‘실령 자기 소유 토지에 토양오염을 유발하거나 폐기물을 매립한 자와 그 사실을 알고 있는 매수인 사이에 오염토양이나 매립 폐기물의 존재를 전제로 하는 약정이 이루어졌다 하더라도, 이러한 약정은 그 당사자들 사이에서 채권적인 효력을 가질 뿐 그 약정의 매수인으로부터 전전 매수한 소유자에게 당연히 그 효력이 미치지 않는 아니며, 또한 위와 같은 약정의 대상이 된 오염토양이나 폐기물이 존재하는 지하 부분에 대한 사용·수익의 권능이 전전자에게까지 대세적으로 유효하게 포기될 수 있는 것도 아니다.’



반대의견은 “토양오염이 매수 목적의 달성에 중대한 영향이 있음에도 토지의 매수인이 토양오염 사실을 충분히 알지 못한 채 매매가격을 결정하여 매수하였다면 매수인에게 손해가 발생할 수 있다. 이 경우 매매과정에서 매도인의 기망 등 위법행위가 있었던 것으로 평가될 수 있는 사정이 있다면, 그리고 그것이 매도인의 고의 또는 과실로 인한 것으로 평가될 수 있다면 매도인은 매수인에 대하여 불법행위책임을 부담할 수 있다.”고 한다. 기망이란 매립행위 과정에서 있을 수 있는 것이 아니고 유통행위 과정에서 있을 수 있는 것인 점을 고려해볼 때, 매수인이 폐기물 등 매립사실을 알지 못한 채 토지를 매수한 경우에도 매도인에게 ‘기망’이 있는 경우우려야만 그 책임을 물을 수 있다고 하는 위와 같은 견해는, 위법행위를 ‘매립행위’가 아니라 ‘유통행위’라고 보는 것을 전제로 성립한다.<sup>67)</sup> 그러나 유통행위가 아니라 매립행위를 피고 세아베스틸의 위법행위로 보아야 함은 앞서 본 바와 같다.

대상판결에 따르면 매립행위자는 폐기물 등 매립사실을 매수인에게 알렸고, 이를 반영한 매매대금을 취득하였는데, 이후 정화되지 않은 채 토지가 유통된 탓에 ‘거래상 대방도 아닌 자’에게 ‘매매 이후로 시간이 꽤 지난 이후’에까지 정화비용 상당의 손해 배상책임을 묻는 결과가 된다. 이를 두고 반대의견은 “책임의 소재가 왜곡되었다”, “자기책임의 원칙에 어긋난다”, “오염된 토지의 처분가능성이 부인되었다” 또는 “매립행위자의 계약 체결 자유가 박탈되었다”는 비판을 한다. 그러나 매립행위를 하지 말고, 만약 매립행위를 하였다면 정화·처리하라는 것이 헌법, 구 환경정책기본법, 구 토양환경보전법, 구 폐기물관리법이 요구하는 의무이다. 거래상대방과의 채권적 관계에 있어서 손해배상책임을 지지 않는 것은 별론으로 하고, 토지가 전전유통되었다는 사정만으로 매립행위자를 면책시킬 수는 없다.

## 2. 항변 단계

### (1) 소멸시효 완성 주장

피고 세아베스틸은 대상사안에서 “이 사건 오염토양 등의 매립행위는 이 사건 매매 부지를 매도하기 이전에 있었던 일로서 그에 따른 손해배상채권은 10년의 소멸시효

67) 이지민, 토양오염과 불법행위책임 - 미국 보통법을 중심으로 -, 사법 제37호, 2016, 342면

완성으로 소멸하였다.”는 항변을 하였다.

“불법행위에 기한 손해배상채권에 있어서 민법 제766조 제2항에 의한 소멸시효의 기산점이 되는 ‘불법행위를 한 날’이란 가해행위가 있었던 날이 아니라 현실적으로 손해의 결과가 발생한 날을 의미하지만, 그 손해의 결과발생이 현실적인 것으로 되었다면 그 소멸시효는 피해자가 손해의 결과발생을 알았거나 예상할 수 있는가 여부에 관계없이 가해행위로 인한 손해가 현실적인 것으로 되었다고 볼 수 있는 때로부터 진행한다(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결).” 그렇다면, 대상사안에서 손해가 현실화된 시기는 언제로 보는 것이 타당할지 문제된다.

토지에 폐기물 등이 매립되어 있어도, 지표와 지상을 사용하는 데에는 무리가 없다. 매수인인 매수인이 지표와 지상만을 사용하는 중이라면 폐기물 등 매립이 매수인의 소유권 행사에 어떤 장애가 되고 있다고 보기 어려우므로 아직 손해가 발생하지 않았다고 봄이 타당하다. 그런데 매수인이 지하까지 사용하려고 하는 때부터는 매립되어 있는 폐기물 등을 정화하고 처리할 필요가 생긴다. 이에 따라 매수인이 지출하는 정화비용을 손해라고 할 것이고 그 때부터 손해가 현실화되었다고 볼 것이다. 다수의 견도, “이 사건 오염도양 등에 대한 정화비용 및 처리비용 지출이라는 손해가 현실화된 것은 원고가 2001. 12. 17.부터 순차로 이 사건 부지를 매입하여 이 사건 부지에 관한 지반조사를 실시함으로써 이 사건 부지의 지하 현황을 파악한 이후라고 봄이 타당하다.”고 판시하였다.

다만 이와 같이 해석할 경우, 오염원을 발생시킨 자의 입장에서는 ‘거래 상대방’도 아닌 자에게, 토지를 매도한 지 오랜 시간이 경과한 후에도, 손해배상책임을 부담하게 되는 결과가 된다. 그러나 토지에 오염행위 자체를 지양하도록 유도하는 것이 불법행위법의 역할이라는 점을 고려한다면<sup>68)</sup>, 이와 같은 결론은 수긍할 만하다.

## (2) 정의 관념 및 형평성 위반 주장

반대의견에 대한 대법관 김창석의 보충의견은 ‘① A가 자신 소유 임야에 폐기물 매립 → ② 1억 원에 B에게 매도 → ③ 수십년 후, C에게 100억 원에 매도 → ④ C가 20억 원을 지출함’과 같은 사례를 상정한다. 다수의견에 따른 경우, 위 사례에서

<sup>68)</sup> 이지민, 앞의 논문, 348면.

C가 A를 상대로 20억 원을 청구하는 경우, A의 70% 책임만 인정하더라도 A는 14억 원을 C에게 배상해야 하는 반면, B는 100억 원을 매매대금으로 취득하게 되므로, 이처럼 지가상승과 개발이익 등을 포함하는 양도차익을 B에게 독점하도록 하고, 정화·처리 책임은 A에게 모두 전가하는 결론이 된다. 이는 정의 관념에 부합하지 않을 뿐만 아니라 A와 B 사이의 형평에도 반한다는 것이 위 보충의견의 견해이다.

그러나 A가 C에게 부담하는 손해배상액수는 지가상승과 개발이익 등에 따른 매매대금과는 관련이 없다. A는 자신이 행한 위법행위를 회복시키기 위한 비용을 부담하여야 할 뿐이다. 자신이 하지도 않은 매립행위 때문에 단지 B가 지가상승이라는 우연한 이익을 얻었다고 하여 B로 하여금 C에게 배상책임을 져야 한다고 할 수도 없다. 이러한 결론은 오히려 B의 재산권 침해라는 결과를 초래한다.

위 보충의견은 “만약 C가 B와 사이에 오염토양이나 폐기물이 발견되더라도 B에게 책임을 묻지 않기로 약정했다 하더라도 C가 A에게 손해배상청구를 할 경우 A는 그 의무를 부담하게 된다”고 하는데, 이는 B가 책임을 지지 않는 것은 C와의 관계에서의 채권적 함의에 따른 효력을 받는 것일 뿐인 것을 간과하였다고 생각한다. 위 함의의 효력이 A에게 미친다고 하는 것은 계약법의 원리에 어긋난다.

## IV. 결론

환경침해가 ‘문제’로 인식된 이후 환경공법과 환경사법이 규제와 구제를 번갈아가며 대응하여 왔다. 환경공법은 국가-원인자 사이의 관계를 규율하는 데 그쳐 피해자를 구제하는 데에 미흡하였으며, 환경사법은 개별사건을 해결할 뿐이어서 일관되고 폭넓은 대응이 어려웠다. 환경공법과 환경사법은 각기 지닌 한계를 보완해나가며 환경문제를 해결하는 수단으로서 역할을 다해왔다.

그런데 공법과 사법은 준별되므로, 환경공법상으로는 위법한데, 환경사법상으로는 위법하지 않은 결론이 나올 수 있다. ‘A가 자신의 소유였던 토지에 폐기물 등을 매립하여 토양을 오염시켰다. 토지의 소유권은 이후 B를 거쳐 C에게 이전되었고, C는 정화비용을 지출하였다. 이때 C가 A를 상대로 토양오염에 따른 손해배상청구를 할 수 있을까?’라는 사안에 대하여, 종래 대법원 판결은 A가 공법 규제를 받을 수 있음을

인정하면서도 C를 사법적으로 구제하지 않으려 하였다. ‘공법과 사법의 이원적 체계’ 하에서 ‘소유권 절대의 원칙’을 고수했기 때문에 나온 결론이었다.

대상판결은 종래 대법원 판결과 태도를 달리하여, C(대상사안의 원고)가 사법 구제를 받을 수 있음을 명확히 하였다. ‘헌법 제35조 제1항, 구 환경정책기본법, 구 토양환경보전법 및 구 폐기물관리법의 취지’ 및 ‘토양오염원인자의 피해배상의무 및 오염도양 정화의무, 폐기물 처리의무 등에 관한 관련 규정들과 법리’에 비추어 보면 A(대상사안의 피고 세아베스틸)의 유통행위는 위법하다는 것이 대상판결의 결론이었다.

대상판결이 위법행위를 ‘매립행위’ 자체로 보지 않은 것은 아쉬운 지점이나, 피고 세아베스틸의 책임을 인정한 결론 자체는 타당하다. 무엇보다 ‘자신의 소유였던 토지였던 토지에 폐기물 등을 매립한 행위’는, ① 유한한 인간에 비해 토지는 영속하는 점, ② 환경공법이 매립행위를 금지하는 점(위법성 판단은 환경공법과 환경사법의 기준이 일치하여야 한다는 것을 전제로 한다), ③ 환경공법상 위법성 판단 기준이 환경사법상 위법성 판단 기준의 최소한도이므로, ‘환경공법상 위법하지 않으나, 환경사법상 위법하다.’는 결론은 가능하지만, ‘환경사법상 위법하지 않으나, 환경공법상 위법하다.’는 결론은 가능하지 않다는 점, ④ 소유권도 환경공법에 의하여 제한될 수 있는 점 등에 비추어 보면 위법하다고 봄이 타당하기 때문이다.

대상판결은 종래 대법원 판결이 고수해온 환경공법과 환경사법의 틈을 메움으로써 환경공법이 가지는 규범력을 제고하였고, 그동안 환경법의 규범과 현실의 괴리에 한 원인이 되어 왔던 법원의 소극적인 자세도 극복했으며, 나아가 불법행위법이 가지는 경고와 예방 기능에 다시금 주목했다. 이러한 점에서 대상판결이 환경법에서 가지는 의의는 크다고 할 것이다.

논문투고일 : 2018. 3. 21. 심사일 : 2018. 4. 22. 게재확정일 : 2018. 4. 27.

## 참고문헌

- 김용담 편집대표, 『주석민법 [물권(1)], [채권각칙(6)], [채권각칙(8)]』, 한국사법행정학회 2011.
- 박균성·함대성, 『환경법』, 박영사, 2013.
- 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점 - 예방과 회복의 패러다임을 중심으로”, 『저스티스』 제109호, 2009.
- 김민규, “건축법령상의 일조확보 기준과 민사책임법상의 일조기준 사이의 괴리와 혼미”, 『법학논총』 제20권 제1호, 2013.
- \_\_\_\_\_, “경관이익의 침해와 불법행위책임법의 만남”, 『토지법학』 제27권 제2호, 2011.
- 김성용, “불법행위의 요건으로서의 위법성의 역할”, 『민사법학』 제30권, 2005.
- 김용욱, “공법과 사법 구분의 기원, 변천 및 당위체계에 관한 연구 - 금전급부 8 유형론의 구체적 실례 및 그 정리와 해결을 중심으로-”, 『저스티스』 제150호, 2015.
- 김종보, “건축법과 민사법의 접점”, 『중앙법학』 제4권 제2호, 2002.
- 박신욱, “토양오염의 유발과 폐기물의 매립으로 인한 불법행위성립에 대한 연구 - 대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결 -”, 『토지법학』 제33권 제1호 2017.
- 서재국, “토양오염이 물건의 하자 내지 불완전이행인지, 하자담보책임과 채무불이행 책임의 경합 및 상법 제69조의 적용범위”, 『관례연구』 제28집, 2017.
- 손윤하, 환경침해를 원인으로 한 민사소송에 관한 문제 - 일조, 조망 및 생활소음 중심으로 -, 『저스티스』 제81호, 2004.
- 안철상, “공법관계와 사법관계의 구별 - 대법원 1983. 12. 27. 선고 81누366 판결 -”, 『행정관례평선』, 2011.
- 이계수, “한국 환경법의 역사와 과제”, 『민주법학』 제51호, 2013.
- 이상천, “건축법령상 일조규제의 문제점 - 입법재량의 남용과 입법론을 중심으로 -”, 『토지법학』 제27권 제1호, 2011.
- 이선형, “자기 소유 토지에 토양오염을 유발하고 폐기물을 매립한 자의 민사상 불법행위책임에 관하여 - 대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판

- 결”, 「법학연구」 제57권 제4호, 2016.
- 이유봉, “환경법의 진화과정 속에 나타난 공법과 사법간의 갈등구조”, 「환경법연구」 제32권 제2호, 2010.
- 이지민, “토양오염과 불법행위책임 - 미국 보통법을 중심으로 -”, 「사법」 제37호, 2016.
- 이태영, “환경오염피해에 대한 배상책임의 구조 - 고의, 과실과 위법성을 중심으로”, 「강원법학」 제23권, 2006.
- 정기웅, “불법행위 성립요건으로서의 위법성에 관한 고찰”, 「안암법학」 제36호, 2011.
- 조홍식, “환경법 소묘 - 환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰 -”, 「서울대학교 법학」 제40권 제2호, 1999.
- \_\_\_\_\_, “토양환경침해에 관한 법적 책임”, 「환경법연구」 제20권, 1998.
- 최인호, “환경침해에 대한 원인자의 민사적 책임”, 「법학연구」 제28권 제1호, 2017.
- 한지형, “토양오염 관련 민사소송의 제 논점 - 오염토양 정화비용을 부담한 자에 대한 책임을 중심으로 -”, 「사법논집」 제57집, 2013.
- 허성욱, “기후변화시대의 불법행위법 - 기후변화대응 정책수단으로서 불법행위소송의 장·단점 및 발전방향에 관한 소고 -”, 「사법」 제21권, 2012.
- \_\_\_\_\_, “태양반사광에 의한 눈부심 현상이 발생한 경우에 그로 인한 침해 정도가 사회통념상 참을 한도를 넘었는지 판단하는 기준”, 「대법원 비교법실무연구회」, 2017.
- \_\_\_\_\_, “환경법에서의 공법과 사법 - 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관한 논의를 중심으로 -”, 「환경법연구」 제39권 제1호, 2017.

## [Abstract]

## A Study on the Boundary between Public Law and Private Law in Environmental Law

Son, Hoyoung

(Uijeongbu Goyang District Court)

The pertinent judgment(Supreme Court Descision 2016. 5. 19, 2009Da66549) took a different attitude from the conventional Supreme Court decision and clarified that plaintiff on the target issue could receive judicial relief. It was sorry that the pertinent judgment did not see the ‘act of reclamation’ itself as an illegal act, but the conclusion that responsibility lies with the defendant is reasonable. Above all, the ‘act of reclamation of wastes, etc in the land that he possessed’ can be deemed illegal, reasonably, in light of ① land is permanent compared to finite human beings, ② environmental public law prohibits the act of reclamation (illegality determination is based upon the premise that the criteria for environmental public law and environmental private law should be identical), ③ as the illegality determination criteria in environmental public law is the minimum of the illegality determination criteria in environmental public law, the conclusion that ‘it is not illegal in environmental public law, but illegal in environmental public law’ can be drawn, but the conclusion that ‘it is not illegal in environmental private law, but illegal in environmental public law’ cannot be drawn, and ④ ownership can be restricted by the environmental public law.

**주 제 어** 환경공법, 환경사법, 토양오염, 불법행위법, 위법행위

**Key Words** public law, private law, land pollution, tort law, unlawful act