

토양환경보전법상 오염원인자 조항의 위헌성과 위헌성 제거방안*

김 홍 균**

차 례

- I. 들어가는 말
- II. 두 개의 헌법재판소 결정
- III. 분석 및 평가
- IV. 위헌성 제거방안
- V. 맺는 말

국문초록

토양환경보전법의 오염원인자 조항이 위기를 맞았다. 적용중지 결정이라는 불의 타를 받았기 때문이다. 이러한 위기 상황에 이른 데에는 당초 관련 규정이 정치하게 설계·도입되지 않은 것이 근본 원인이지만 그 동안 반복적으로 이루어졌던 위헌 경고를 지나친 것도 무시할 수 없다. 동법에서 소급책임 여하만 분명히 하였어도 헌법불합치 결정에까지 이르지는 않았을 것이라고 생각한다. 또한 소량 배출에 대한 면제, 소유자에 대한 보충책임의 인정과 책임 범위의 제한과 같은 약간의 입법적 고려를 하였어도 관련 규정이 당장 적용 중지되는 최악의 상황은 면했을 것이기 때문이다. 헌법재판소 결정은 그 동안 오염원인자 조항을 둘러싸고 이루어진 논란이 한꺼번에 노출된 것에 불과하다.

그러나 전회위복이라는 생각이 든다. 이번 헌법재판소 결정으로 문제가 된, 그리

* 이 논문은 2012년 한양대학교 교내연구비 지원으로 연구되었음(HY-2012-000-0000-0071).

** 한양대학교 법학전문대학원 교수

고 문제가 될 수 있는 규정을 손질할 수 있는 계기가 마련되었기 때문이다. 두 개의 헌법재판소 결정은 소급책임 문제와 과잉금지원칙 위배 여하라는 서로 다른 주제를 쟁점을 다루고 있다는 점에서 차이가 있는 것 같지만 결국에는 오염원인자 조항이 지나치게 중하다는 인식을 공유하고 있다. 이제 관련 규정의 개정은 피할 수 없는 현안이 되었다. 개정을 위해서는 헌법재판소가 지적하는 것과 같이 과중한 책임에 대한 솔직한 반성이 선행되어야 한다. 이는 책임의 분배의 문제와 관련이 있으며 누구에게, 어떻게, 어느 정도 부담시키는 것이 합리적인가의 문제로 귀결된다. 이러한 관점에서 면책 범위의 확대, 책임 순위의 설정, 소유자 등의 보충책임 및 구상권의 인정, 책임 범위의 제한, 기금을 위시한 책임이행을 위한 재정 수단의 강구, 합의 제도의 마련 등과 같은 입법적 배려가 요구된다. 여기에서 중요한 것은 지나치게 책임을 완화하는 것은 오염원인자 조항을 형해화할 수 있으며, 그렇다고 근본적인 해결 보다 형식적인 해결에 그칠 경우에는 또 다른 위기가 재연될 수 있다는 것이다. 또한 외국의 좋은 법제도 우리나라 실정에 안 맞으면 혼란만 가중될 수 있다는 점이다. CERCLA의 선부른 모방이 지금의 상황을 야기한 것처럼 신중하지 못한 개정이 또 다른 후유증을 낳을 수 있다.

I. 들어가는 말

토양오염원인을 제공하지 않았음에도 소유자나 양수자라는 이유만으로 정화책임을 물을 수 있는가? 양수한 자가 선의·무과실인 경우 면책된다면 소유·운영·점유자가 선의·무과실인 경우에는 어떤가? 선의·무과실이란 어떠한 경우를 말하는가? 과거 소유자 등에게 소급하여 책임을 물을 수 있는가? 법문상 양수한 자로 표현되어 있는데 여기에 법 시행 이전에 양수하였던 자가 포함되는가? 양수한 자에게 소급책임을 물을 수 있다면 어느 시점까지 소급하여 책임을 물을 수 있는가? 무제한으로 소급책임을 지는가? 해방 전의 소유자에게도 책임을 물을 수 있는가? 그렇다면 어느 시점까지 소급하여 책임을 물을 수 있는가? 소급기한을 제한한다고 할 경우 그 기준은 무엇인가? 오염원인자간의 책임분배나 비용부담은 어떻게 이루어져야 하는가? 토양오염에 기여한 바가 없거나 아주 적게 기여하였음에도 소유자라는 이유로 정화비용 전부를 부담하는 것이 형평의 관념에 부합하는가? 오염부지의 가격에 비하여 정화비용이

엄청나게 많은 드는 경우에도 부지 소유자가 전부의 비용(무한책임)을 부담하는가? 오염유발자가 있음에도 불구하고 소유자 등이 우선 책임을 지는 것이 합리적인가? 오염유발자가 무자력인 경우에도 소유자 등에게 2차적·보충적 책임을 인정하여야 하는가? 소유자가 책임을 부담한 경우 오염유발자에게 구상권을 행사할 수 있는가? 오염원인자가 없는 경우 정화책임은 누가 부담하여야 하는가? 기금을 마련하여 정화한다고 할 경우 그 기금 출연자는 누구로 하여야 하는가? 토양환경보전법상 오염원인자 조항을 둘러싼 의문이 꼬리에 꼬리를 물고 있다. 이러한 의문의 출발점과 종착점은 오염원인자(특히 소유자와 양수자)의 책임이 너무 과중한 것이 아닌가로 귀착될 수 있다. 책임 부담에 따른 재산권의 침해가 심하지 않을 경우 분쟁이 발생할 가능성이 많지 않기 때문이다.

토양환경보전법은 제10조의3 제1항에서 “토양오염으로 인하여 피해가 발생하였을 때에는 해당 오염원인자는 그 피해를 배상하고 오염토양을 정화하여야 한다”라고 규정함으로써, 해당 토양오염원인자에게 토양오염의 피해에 대한 무과실책임을 인정하고 있다. 나아가 동법은 제10조의4에서 무과실책임을 지는 ‘오염원인자’를 특정하고 있다. 여기에는 ① 토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발한 자, ② 토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자, ③ 토양오염관리대상시설을 양수한 자와 합병·상속이나 그 밖의 사유로 ① 및 ②에 해당되는 자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자, ④ 민사집행법에 따른 경매, 채무자회생 및 파산에 관한 법률에 따른 환가, 국세징수법·관세법 또는 지방세기본법에 따른 압류재산의 매각, 그 밖에 이에 준하는 절차에 따라 토양오염관리대상시설을 인수한 자가 포함된다.

토양환경보전법상 오염원인자 조항을 둘러싼 분쟁이 최근 부쩍 증가하고 있다. 이는 관련 규정이 미국 종합환경대응보상책임법(CERCLA)의 규정을 무책임하게 도입한 데 큰 원인이 있다고 생각한다. 이는 오염원인자간의 책임의 분배, 정도 및 범위와 직결된다. 최근 헌법재판소는 앞서 여러 의문에 나름대로 답을 하고 있다. 즉 오염원인자 범위에 관한 “토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자(동법 제10조의4 제2호)” 부분과 “토양오염관리대상시설을 양수한 자(동조 제3호)” 부분에 대하여 헌법불합치 결정을 내리고 위헌성이 제거될 때까지 적용중지를 명한 바 있다.

이에 따라 그 위험성을 제거하기 위한 과제가 발등의 불이 되었다. 이러한 사태는 그 동안 여러 경고를 통하여 충분히 예견되었던 것이다. 오염토양의 정화와 관련하여 미국을 비롯한 선진 외국의 전철을 우리도 밟고 있는 셈이다. 그 원인은 오염원인자 조항에 대한 입법자의 배려가 지극히 소박하였기 때문이라고 할 수 있다. 관련 규정의 큰 기초를 이루고 있는 것으로 알려진 미국 CERCLA가 관련 규정을 둘러싸고 수많은 분쟁에 휩쓸리고, 급기야 여러 차례에 걸쳐 개정된 경험은 많은 시사를 주고 있다. 이 시점에서 헌법재판소는 헌법불합치 결정을 하면서 위험성을 제거하기 위한 여러 대안을 제시하고 나름대로 그 답을 주고 있다. 그러나 그 답은 일부분에 불과하다고 생각한다. 그리고 어느 부분에 대해서는 적절하지 않거나 현실성이 떨어지는 부분도 있다. 헌법재판소의 결정은 전화위복이 될 수 있다. 비록 외부의 힘에 의해 어쩔 수 없이 관련 규정의 개정 작업에 착수할 수밖에 없게 되었지만 이를 기회로 그동안 문제가 되었던 규정을 손질할 수 있게 되었기 때문이다. 이러한 인식하에 이 글에서는 헌법재판소 결정을 분석·평가하고 이를 토대로 관련 조항의 위험성을 제거하기 위한 방안을 제시하기로 한다.

II. 두 개의 헌법재판소 결정

최근 헌법재판소는 토양환경보전법상 오염원인자 범위에 관한 “토양오염관리대상 시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자” 부분과 “토양오염관리대상시설을 양수한 자” 부분에 대하여 헌법불합치 결정을 내리고 위험성이 제거될 때까지 적용중지를 명하였다. 두 개의 헌법재판소 결정은 그동안 논란이 되어 있던 문제를 일순간에 표면화하였다. 두 사건은 소급효 문제와 과잉금지원칙 위반 여하라는 별개의 쟁점을 다루고 있는 것 같지만 최종적으로는 문제의 오염원인자 조항이 소유자 등에 너무 과중한 책임을 지우고 있다는 것으로 귀착하고 있다. 우선 그 결정문을 중심으로 주요 내용을 살펴보자.

1. 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바28 결정(부영 사건)

(1) 배경

청구인은 주택건설업 등을 목적으로 하는 회사로, 2003. 3. 14. ○○철강 주식회사로부터 마산시 일대 토지 합계 245,730.7 를 매수하여 2003. 3. 25. 청구인 앞으로 소유권이전등기를 마쳤다. 이 토지는 ○○철강의 철강공장 부지로 사용되어 오던 것으로, 2006. 10.경 실시한 토양오염정밀조사 결과 아연, 니켈 등 토양오염물질이 토양환경보전법이 정한 토양오염 우려기준을 초과하는 것으로 나타났다. 이에 마산시장은, 이 토지가 구 토양환경보전법 제2조 제3호에서 정하는 '토양오염관리대상시설'에, 청구인이 같은 법 제10조의3 제3항 제3호의 '토양오염관리대상시설을 양수한 자'에 각 해당한다고 보아, 2007. 9. 18. 청구인에게 이 토지에 관하여 위 법 제15조 제3항 제3호에 근거한 정화조치명령을 하였다.

청구인은 창원지방법원에 정화조치명령의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 2008. 12. 18. 기각되고(창원지방법원 2007구합3204 판결), 항소하였으나 2009. 6. 26. 기각되었다(부산고등법원 2009누829 판결). 이에 청구인은 대법원에 상고하여 그 상고심 계속 중 법 제2조 제3호 중 '장소 등' 및 법 제10조의3 제3항 제3호 중 '토양오염관리대상시설을 양수한 자' 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2009. 12. 24. 본안과 함께 기각되자, 2010. 1. 8. 위 법률조항들의 위헌확인을 구하는 헌법소원 심판을 청구하였다.

(2) 주요 결정 내용

[1] 토양오염이 과거에 시작되어 '토양오염관리대상시설을 양수한 자' 조항(구법 제10조의3 제3항 제3호, 현행 제10조의4 제3호)의 시행 당시 계속되고 있는 상태라면 이는 종료되지 않고 진행과정에 있는 사실에 해당하므로, 이 오염원인자 조항은 부진정소급입법으로서 종래의 법적상태를 신뢰한 자들에 대한 신뢰보호의 문제를 발생시킬 뿐, 헌법 제13조 제2항이 규정하는 소급입법금지원칙에 위배되지 않는다.

[2] 이 오염원인자 조항은 위 조항 시행 이전의 양수자에게까지 오염원인자의 인적 범위를 시적으로 확장하여 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상한다는 공익을 달성하고자 하는 것이다. 그런데 환경오염책임법제가 정비되기 이전의 토양오염에 대해서는 민법상의 불법행위규정에 의해서만 책임을 부담한다는 데 대한 일반적인 신뢰가 존재하고, 폐기물에 대한 공법적 규제가 시작된 1970년대 이전까지는 자신이 직접 관여하지 않은 토양오염에 대해서 공법상의 책임을 부담할 수 있음을 예측하기 어려웠다. 또, 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자에 대해서는 선의이며 무과실인 양수자에 대한 면책규정이 사실상 의미가 없고, 사실상 우선 책임을 추궁당한 양수자가 손해배상 및 토양정화 책임을 무한책임으로서 부담하게 되는 경우도 많다. 이처럼 이 오염원인자 조항은 예측하기 곤란한 중대한 제약을 사후적으로 가하고 있으면서도, 그로 인한 침해를 최소화 할 다른 제도적 수단을 마련하고 있지 않으므로, 이 오염원인자 조항이 2002. 1. 1. 이전에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 대해서 무제한적으로 적용되는 경우에는 이 오염원인자 조항이 추구하는 공익만으로는 신뢰이익에 대한 침해를 정당화하기 어렵다.

그러나 2002. 1. 1. 이후 토양오염관리대상시설을 양수한 자는 자신이 관여하지 않은 양수 이전의 토양오염에 대해서도 책임을 부담할 수 있다는 사실을 충분히 인식할 수 있고, 토양오염사실에 대한 선의·무과실을 입증하여 면책될 수 있으므로, 보호가치 있는 신뢰를 인정하기 어렵다.

2. 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정(마산주유소 사건)

(1) 배경

청구위 정○임은 2004. 10. 16. 청구인으로부터 마산시 일대의 대 131.01 외 2필지를 임차하여 주유소를 운영하였는데, 2005. 6. 21. 토양오염도 누출검사결과 이 토지의 지하에 설치된 유류저장탱크에 연결된 배관에 이상이 발견되고, 2005. 7.경 토양오염 정밀조사결과 이 토지에서 토양오염물질이 우려기준 이상 검출되자, 마산시장은 2005. 7. 18. 위 정○임에게 시설개선 또는 오염토양의 정화조치를 명하였으나 위

정○임은 이를 이행하지 않았다. 이에 마산시장은 2008. 5. 21. 이 토지의 소유자인 청구인에게 이 토지 및 주변의 오염범위 파악을 위한 오염정밀조사의 실시 및 정밀조사 결과 확인된 오염토양의 정화를 명하였다. 청구인은 창원지방법원에 정화명령의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 2009. 6. 4. 기각되고(창원지방법원 2008구합2734 판결), 항소하였으나 2009. 10. 9. 기각되었다(부산고등법원 2009누3897 판결). 이에 청구인은 상고하여 그 소송 계속 중 구 토양환경보전법 제2조 제3호, 제10조의3 제3항 제2호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2010. 3. 11. 본안과 함께 기각되자, 2010. 4. 12. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 주요 결정 내용

‘토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자’ 조항(구법 제10조의3 제3항 제2호, 현행 제10조의4 제2호)은 신속하고 확실하게 토양오염에 대한 책임자를 특정하고 그에 따른 책임이행을 확보할 수 있도록 오염원인자의 범위를 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자로 확장하여 이들에게 무과실의 책임을 부담시키고 있는데, 이러한 입법목적은 토양환경보전법의 목적에 비추어 정당하다. 한편, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 손해배상책임 및 오염토양의 정화책임 등을 부과하는 것은 그러한 입법목적 달성에 적합한 수단이 된다.

그러나 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 ‘토양오염을 유발시킨 자’(구법 제10조의3 제3항 제1호, 현행 제10조의4 제1호)의 책임에 대한 보충책임을 부담시키는 방법, 토양오염 발생에 관하여 선의·무과실이고 그 책임으로 돌릴 수 없는 경우에 한하여 면책하는 방법, 토양오염 발생에 대하여 선의·무과실인 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 당해 토양오염관리대상시설의 시가 범위 내로 제한하거나, 일반적인 책임한도제를 도입하는 방법 등으로 침해를 최소화할 수 있으므로, 이 오염원인자 조항은 침해의 최소성 원칙에 반한다.

토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자는 사실상 면책이 불가능한 1차적인 무과실 책임을 부담하고, 경우에 따라서는 과산에 이를 정도로 거액에 이르기

하는 비용을 그 범위의 제한 없이 전부 부담하여야 한다는 점에서, 이 오염원인자 조항으로 인하여 얻게 될 공익보다 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 입게 되는 불이익이 더 클 수도 있다.

나아가, 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자와는 달리, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게는 천재·지변, 전쟁으로 인한 면책만을 허용하고 다른 면책 사유 또는 책임 제한수단을 전혀 인정하지 않은 것은 합리적인 이유가 있다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 오염원인자 조항은 토양오염관리대상시설 소유자·점유자·운영자의 재산권 및 평등권을 침해한다.

Ⅲ. 분석 및 평가

1. 부진정소급입법과 소급효 문제

부영 사건에서 청구인은 “토양오염관리대상시설을 양수한 자(구법 제10조의3 제3항 제3호, 현행 제10조의4 제3호)” 부분이 그 시행 이전에 완료된 토양오염행위에 대하여 토양오염관리대상시설을 양수한 자에게 책임을 부담하도록 한 것이므로, 헌법상 금지되는 진정소급입법에 해당하거나, 신뢰보호원칙에 반하는 부진정소급입법에 해당한다고 주장하였다.

이에 대해 헌법재판소는 소급입법은 신법이 이미 종료된 사실관계에 작용하는지(과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는지), 아니면 과거에 시작되었으나 아직 완성되지 아니하고 현재 진행 중에 있는 사실관계에 작용하는지에 따라 ‘진정소급입법’과 ‘부진정소급입법’으로 구분되는데, 전자는 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다는 기존 입장¹⁾을 확인하였다.

나아가 헌법재판소는 “이 사건 오염원인자 조항의 적용시점은 오염원인자의 책임이 발생한 때, 즉 ‘토양오염으로 인하여 피해가 발생한 때’(구법 제10조의3 제1항), ‘오염도가 토양오염 우려기준을 넘는’(구법 제11조 제3항) 것이 확인된 때, ‘상시측정·토양오염실태조사 또는 토양정밀조사의 결과 우려기준을 넘는’(구법 제15조 제3항) 것이 확인된 때 등이고, 양수자가 토양오염관리대상시설을 양수한 시점과는 무관하다 할 것이다. 따라서 이 사건 오염원인자 조항은 그 시행 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자에게도 적용된다. 그런데 토양환경보전법은 그 규율대상인 토양오염의 개념을 ‘사업활동 기타 사람의 활동에 따라 토양이 오염되는 것으로서 사람의 건강·재산이나 환경에 피해를 주는 상태’(구법 제2조 제1호)로 정의함으로써, 토양오염의 원인이 되는 ‘활동’ 뿐만 아니라 그 결과인 ‘상태’도 중요한 요소로 삼고 있다. 따라서 누군가의 행위 또는 물건에 대한 지배에 의하여 토양오염이 과거에 시작되어 이 사건 오염원인자 조항의 시행 당시 계속되고 있는 상태라면 이는 종료되지 않고 진행과정에 있는 사실에 해당한다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 오염원인자 조항은 부진정소급입법으로서 종래의 법적상태를 신뢰한 자들에 대한 신뢰보호의 문제를 발생시킬 뿐, 헌법 제13조 제2항이 규정하는 소급입법금지원칙에는 위반되지 않는다”고 판단하였다.

이러한 해석 및 결론이 과연 타당한 것인가? 토양환경보전법은 명시적으로 소급효를 인정하는 규정을 두고 있지 않기 때문에 애초부터 부진정소급입법 여하가 문제되지 않는다고 생각한다. 헌법재판소의 “오염원인자 조항의 적용시점이 양수자가 토양오염관리대상시설을 양수한 시점과는 무관하다”는 지적은 관련 규정의 ‘해석’의 문제일 뿐이다. 그리고 그 해석도 반론의 여지가 많다고 할 수 있다. 법문이 “양수한 자”로 규정되어 과거에 양수한 자를 포함한다고 해석할 수 있으나 명시적인 규정이 없는 한 원칙적으로 여기에서의 “양수한 자”는 동 조항의 제정 이후에 양수한 자로 해석하는 것이 합리적인 해석이기 때문이다. 헌법재판소의 관련 조항이 부진정소급입법이라는 결정은 법문이나 구조를 면밀히 검토하지 않은 채 소급효가 인정되어야 한다는 필요성을 전제로 성급히 판단한 결과라고 할 것이다.

헌법재판소의 해석은 법문의 표현이 사실상 과거형임을 인정하는 셈인데, 이는 법

1) 헌재 1995. 6. 29. 선고 94헌바39 결정; 대법원 2003. 3. 10. 선고 97누13818 판결 참조.

문의 규정을 지나치게 확대하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 해석은 마산주유소 사건에서 쟁점화되지는 않았지만 “토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자(제10조의4 제2호)” 부분의 해석에도 영향을 미칠 수 있다. 발생시점과 소유·점유 또는 운영시점이 정해져 있지 않아 마찬가지로 문제가 발생할 수 있기 때문이다. 급기야는 “토양오염을 유발한 자(동조 제1호)”의 경우에도 마찬가지로 의문이 있을 수 있다. 결국 오염원인자 조항 전체가 소급효 문제에 휘말릴 수 있는 것이다. “토양오염관리대상시설을 소유하고 있는 자”가 토양오염관리대상시설을 ‘소유하였던 자’를, “토양오염을 유발한 자”가 토양오염을 ‘유발하였던 자’로 해석하는 것은 법문의 충실한 해석이 아니라고 할 것이다. 오염원인자 조항의 소급 적용 필요성과 법문의 충실한 해석은 구별되어야 할 문제이다. 나아가 헌법재판소는 “종료되지 않고 진행과정에 있는 사실에 해당한다”는 점을 덧붙이고 있는데, 사실관계의 종료 여부를 판단하는 것은 어려울 수밖에 없다.

헌법재판소의 입장에 따르면 폐기물관리법상 권리·의무 승계 규정(제17조 제6항)도 소급효 문제를 피할 수 없게 된다. 동 규정은 “사업장폐기물배출자가 그 사업을 양도하거나 사망한 경우 또는 법인이 합병한 경우에는 그 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병에 의하여 설립되는 법인은 그 사업장폐기물과 관련한 권리와 의무를 승계한다”고 규정하고 있는데, 이러한 권리·의무 승계 규정은 양도시점을 정하고 있지 않고 사실 또는 법률관계가 아직 종료되지 않은 문제를 다루고 있다고 볼 수 있어 부진정소급입법에 해당한다고 볼 가능성이 있게 된다.²⁾ 환경법에는 유난히 이러한 권리·의무 승계 규정이 많이 발견되는데³⁾ 마찬가지로 문제가 발생할 수 있다. 헌법재판소의 확대 해석에 따르면 폐기물관리법상 조치명령(제48조) 규정도 소급효 문제가 제기될 수 있다. 동법은 환경부장관 등으로 하여금 “폐기물을 처리한 자” 등에게 폐기물의 처리방법 변경, 폐기물의 처리 또는 반입 정지 등 필요한 조치를

2) 해당 규정이 사실 또는 법률관계가 아직 종료되지 않은 문제를 다루며, 정책의 변경이 아니라 지식이나 평가의 변경에 따라 이루어진, 이른바 ‘부진정 소급’ 규정으로 이해하고 소급 적용이 가능하다는 견해도 만만치 않다. 조홍식, 폐기물관리법상 사업장폐기물 배출사업자의 법적 책임, 환경법연구 제26권 제2호, 2004. 282면.

3) 예컨대, 먹는물관리법(제25조 제1항·제2항), 지하수법(제24조 제2항), 토양환경보전법(제10조의 4 제3항 제3호) 등이 여기에 해당한다.

명할 수 있도록 하고 있는데, 관련 조항이 처리한 시점과 무관하고 사실관계가 아직 종료되지 않았다고 볼 소지가 있기 때문이다. 문제는 특정 조항에 그치지 않고 환경법 전반으로 논란이 확산될 가능성이 많다는 것이다. 환경법은 특히 누적적·점진적 오염이 예상되는 경우(예컨대, 지하수 오염, 폐기물오염)를 다루는 경우가 많은데, 사실관계가 종료되지 않은 것으로 볼 가능성이 많아 헌법재판소의 편의적인 해석 및 결론은 자칫 토양환경보전법상 오염원인자 조항 이외의 다른 규정뿐만 아니라 환경법상의 많은 규정을 소급효 문제에 휩싸이게 하면서 큰 혼란을 야기할 수 있다.

명문으로 소급효를 인정하고 있지 않은 상태에서 소급효 인정 여부를 가르는 중요한 요소는 입법자의 의도가 될 것이다. 그렇다면 문제의 원인자 조항에 대하여 입법자의 의도는 소급효를 인정하는 것인가? 이를 판단하기 위해서는 우리나라 오염원인자 조항의 모델이 된 것으로 알려진 미국 CERCLA상 관련 규정의 위헌 여부를 둘러싼 미국 법원의 결정을 살펴 볼 필요가 있다. CERCLA는 우리나라와 같이 명문으로 소급효를 인정하고 있지 않으나 미국 법원은 동법이 응징적(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 판시한 바 있다.⁴⁾ 법원은 법에 명시적인 규정이 없지만 법의 문구, 구조, 목적뿐만 아니라 입법사 등에 비추어 입법자의 의도가 소급책임을 인정하고 있다고 판시하고 있다.⁵⁾

이러한 미국 법원의 결정에 크게 기초하여 우리나라 토양환경보전법 관련 규정의 소급효를 인정할 수 있다는 견해가 있다.⁶⁾ 그러나 이는 소급 적용의 필요성에 도취하여 편견을 갖고, 미국 법원이 취한 추론과정은 도외시하고 그 최종 결정에 집착한 결론이라고 생각한다. 미국 법원이 이러한 결론에 도달함에 있어서 유력한 근거로 들고

4) *United States v. Northeastern Pharm. & Chem. Co.*, 810 F.2d 726, 732-33 (8th Cir. 1986); *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).

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

6) 김성배, 소급적 토양정화책임을 위한문제 -미국 판례와 CERCLA상의 논의를 중심으로-, 환경법과 정책 제8권, 2012, 91-92면; 김현준, 책임승계인의 신뢰보호와 상태책임을 한계, 공법학연구 제14권 제1호, 2013, 577면 참조.

있는 입법부의 의도를 우리나라에서는 일체 확인할 수 없기 때문이다. 이를 좀더 부연하면 법의 문구나 구조가 과거형(예컨대, 과거의 소유자 또는 과거의 양수자)으로 이루어졌거나 과거의 토양오염을 규율하고 있지 않다는 점,⁷⁾ 토양환경보전법의 목적이 구체 못지않게 규제를 강조하고 있는 점, 법안 심사보고서 등 입법자의 의도를 추측해 볼 수 있는 자료 어디에서도 소급효 인정을 확인할 수 없는 점, 미국 CERCLA 제정의 직접적인 계기가 된 러브캐널(Love Canal) 사건과 같은 국민적 관심을 끈 대형 사건이 우리나라 토양환경보전법 관련 규정의 제정 당시 없었던 점, 소급입법의 필요성에 대한 국민적 공감대가 없었던 점, 소수 전문가만이 미국 법을 모방해서 입법에 이르게 된 점 등이 이를 뒷받침한다. 소급효의 인정은 자칫 법치주의를 흔들고 유독 환경법에만 이러한 특수성을 인정하여야 하는가의 의문도 제기될 수 있다.

부영 사건으로 돌아와서 볼 때, 소급효를 인정하는 명시적인 규정이 없고, 소급효를 가지는 법으로 입법하려고 했던 의회의 의도를 확인할 수 없는 상황에서 법 문구나 구조 등에 대한 치밀한 검토 없이 문제의 오염원인자 조항을 부진정소급입법으로 보는 것은 설부른 결론이라고 생각한다. 명시적으로 소급효 규정을 두지 않고 있음에도 부진정소급입법의 문제로 보는 것은 부진정소급입법에 관한 오해라고 생각한다. 관련 규정의 적용 시점이 양수 시점과 무관하다는 식의 결론은 부진정소급입법의 문제가 아니라 법문 해석의 문제이기 때문이다. 그리고 그러한 해석이 합리적인 것인지에 대해서는 논란이 제기될 수밖에 없을 것이다. 결국 헌법재판소가 전개한 부진정소급입법 법리 자체가 문제라기보다는 관련 조항에 대한 자의적인 해석과 적용이 문제라고 할 수 있다. 소급 책임의 필요성과 해석은 구별되어야 한다.

2. 과중한 책임

부영 사건에서는 소급효 문제가, 마산주유소 사건에서는 과잉금지원칙 위반 여하가 큰 쟁점이었다. 그런데 소급효 문제는 신뢰보호원칙 위반 여부를 다룰 수밖에 없고 그 과정에서 침해의 중한 정도를 따지게 되는데, 이는 과잉금지원칙 위반 여부를

7) 미국 법원이 CERCLA 책임이 소급책임이라고 판단하는 근거 중에는 관련 규정(예컨대, 제107조(a)(2), 제103조(c) 등)이 과거형으로 되어있다는 점도 한몫하고 있다.

가르기 위한 침해의 최소성과 맥이 닿아 있다. 결국 두 사건은 쟁점의 차이에도 불구하고 오염원인자 조항이 양수자와 소유자 등에 너무 과중한 책임을 지운다는 동일한 결론에 도달하고 있다고 볼 수 있다. 나아가 위 헌법재판소 결정들은 모두 위헌적 요소를 제거하려는 가능성을 제기하고 있는데, 그 중착점은 책임완화로 요약할 수 있다. 이러한 문제 인식은 오래 전부터 제기되어 온 것으로⁸⁾ 헌법재판소의 친절한 제안을 담고 있는 다음과 같은 결정에 잘 담겨져 있다:

“토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 ‘토양오염을 유발시킨 자’(구법 제10조의3 제3항 제1호)의 책임에 대한 보충책임을 부담시키는 방법, 토양오염 발생에 관하여 선의·무과실이고 그 책임으로 돌릴 수 없는 경우에 한하여 면책하는 방법, 토양오염 발생에 대하여 선의·무과실인 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 당해 토양오염관리대상시설의 시가 범위 내로 제한하거나, 일반적인 책임한도제를 도입하는 방법 등으로 침해를 최소화할 수 있고, 위와 같은 수단들을 도입함으로써 인하여 발생할 수 있는 손해배상 및 토양정화 등 책임의 공백 또는 그 책임 이행의 지연 문제는 환경손해보험 및 토양정화기금 등과 같은 제도로 보완될 수 있으며, 구상권의 존재는 이 사건 오염원인자 조항으로 인하여 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 받게 되는 침해를 완화하기에 부족하다.”

IV. 위헌성 제거방안

헌법재판소는 문제가 된 “토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자”와 “토양오염관리대상시설을 양수한 자” 조항에 대하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 법적 공백 상태가 발생하게 될 것이고, 입법자에게는 위헌적인 상태를 제거할 수 있는 여러 가지의 가능성이 인정된다면서 단순위헌결정을 하는 대신 적용중지를 명하는 헌법불합치 결정을 하였다. 이에 따라 당분간 ‘토양오염을 유발한 자’(제10조의4 제1호)에 따른 책임만 물을 수밖에 없다. 그러나 동조항도 소급효 문제라는 위

8) 김홍균, 미국 종합환경대응책임법(CERCLA)상의 책임당사자와 토양환경보전법상의 오염원인자, 환경법연구 제24권 제1호, 2002, 92면 이하 참조.

현성이 잠복되어 있다. 한편, 환경정책기본법의 원인자의 무과실책임 규정(제44조)에 의해 이 조항이 무력해지는 상황도 배제할 수 없다.⁹⁾ 이에 조속한 개정 작업이 이루어져 법적 공백 상태가 조속히 제거되어야 한다.

마침 헌법재판소는 위헌성을 제거하기 위한 여러 대안을 제시함으로써 많은 답을 주고 있다. 이제 토양환경보전법상의 오염원인자 조항은 대대적인 손질이 불가피하다. 이 시점에서 특기하고 싶은 것은 모든 대안을 개정법에 담는 것은 불가능할 뿐만 아니라 오히려 토양환경보전법의 책임체제를 무력화할 수 있다는 점이다. 또한, 비록 외부의 힘에 의해 어쩔 수 없이 관련 규정의 개정 작업에 착수할 수밖에 없게 되었지만, 이를 기회로 그동안 문제가 되었던 규정을 손질할 필요가 있다는 점이다.

1. 소급효 여부와 관련한 명시적인 규정

헌법재판소는 해석을 통해 부진정소급입법이라는 결론을 도출하고 있다. 그러나 소급효를 인정하는 명시적인 규정이 없고, 소급효를 가지는 법으로 입법하려고 했던 의회의 의도를 일체 확인할 수 없는 상황에서 해석을 통해 문제의 오염원인자 조항을 부진정소급입법으로 보는 것은 선부른 결론이라고 생각한다. 그러한 해석이 과연 합리적인 해석인가도 의심이 든다. 소급효를 인정하는 것은 현재의 소유자에게 지나치게 가혹한 것으로 책임원칙과 형평의 원칙에 반할 소지가 있다. 결론적으로 “토양오염관리대상시설을 양수한 자” 규정의 시행(이 규정은 2002. 1. 1.부터 시행됨) 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자에게 동규정 시행 이전에 이루어진 토양오염에 대하여 책임을 물을 수 없다고 보아야 할 것이다. 이와 같은 결론은 추론과정은 다르지만 헌법재판소의 최종 결론과 일치한다. 헌법재판소는 오염원인자 조항이 부진정소급

9) 물론 동 규정의 구체적 효력이 인정된다는 전제하에서이지만 토양환경보전법은 환경오염의 피해 원인을 '토양오염'에 국한하고 '토양오염물질'을 한정하고 있기 때문에 피해자 입장에서는 환경정책기본법에 따른 무과실책임을 묻는 것이 유리할 수 있다. 즉 토양오염은 환경정책기본법 제44조상 환경오염의 한 유형이고, 토양오염을 유발한 자는 환경정책기본법 제44조상 '원인자'에 포섭될 수 있기 때문에 토양환경보전법상 무과실책임 규정의 구체범위는 환경정책기본법상 원인자의 무과실책임 규정의 구체범위보다 제한적이라고 할 수 있다. 결국 피해자는 입증부담을 덜기 위하여 토양환경보전법상의 토양오염을 유발한 자가 적용될 수 있는 경우에도 이 규정에 의하지 않고 구체범위가 보다 넓은 환경정책기본법 제44조에 기한 책임을 물을 가능성이 있다.

입법이라고 보았지만 이러한 잠정 결론을 신뢰보호원칙으로 수정하면서, 문제의 “오염원인자 조항이 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자를 그 양수 시기의 제한 없이 모두 오염원인자로 간주하여 보호가치 있는 신뢰를 침해하고 있다”고 결정하였기 때문이다.

당초 소급효 논란은 “토양오염관리대상시설을 양수한 자” 규정을 둘러싸고 제기된 것이지만 헌법재판소의 해석에 따르면 다른 오염원인자 조항으로 번질 가능성도 많다. 물론 헌법재판소 결정 이전이지만 소급효를 인정하여야 한다는 견해가 엄존하고 있다.¹⁰⁾ 이러한 점을 고려해서 더 이상의 불필요한 논란을 차단하기 위해서는 오염원인자 조항 전부에 대하여 소급효 여부와 관련한 명시적인 규정을 둘 필요가 있다.¹¹⁾

소급책임의 시적 범위는 어떻게 하는 것이 바람직한가? 부진정소급입법을 취하더라도 시적 범위를 무제한으로 하는 것은 신뢰보호원칙을 위배할 가능성이 많기 때문에 시적 범위는 합리적인 범위 내로 제한할 필요성이 있다. 오염원인자 조항의 시적 적용 범위는 법 제10조의4에 열거된 오염원인자가 무과실책임을 지는 자로 간주되기 시작한 2002. 1. 1. 이후로 한정하는 것이 합리적이라고 생각한다. 차선책으로 토양환경보전법이 제정된 1995년을 소급책임의 기준 시점으로 하는 것도 고려할 필요가 있다. 토양오염의 문제점을 인식하고 토양보전·관리를 종합적·체계적·본격적으로

10) 황창식, 기업의 인수·합병과 토양오염, 환경문제연구총서 IX, 대한변호사협회, 2001, 149면; 김현준, 토양정화책임: 토양환경보전법 제10조의3에 대한 비판적 검토, 공법연구 제34집 제2호, 2005, 205면; 채영근, 기업의 환경책임에 관한 법적 고찰: 한국철강부지오염에 대한 정화책임을 중심으로, 환경법연구 제32권 제1호, 2010, 131면; 김성배, 앞의 논문, 92면.

11) 관련법에 소급 규정을 두고 있는 국가로는 네덜란드가 대표적이다. 네덜란드는 1987년 이전과 이후 발생 오염으로 구분하여 다른 기준을 적용하고 있는데, 이에 따르면 오염유발자 등은 다음과 같이 세 가지로 방식으로 정화비용을 부담한다: ① 1987년 이후에 발생한 토양오염은 오염책임자가 모두 부담한다; ② 1975년~1987년에 발생한 오염은 과실의 정도, 사건의 시기, 재정적 능력 등을 고려하여 정부가 보조금을 지급한다; ③ 1975년 이전에 발생한 오염은 부지의 용도와 비용효율성을 고려하여 소유자 또는 지방정부가 부담하게 되는데 중앙정부는 정화비용의 1/3(최대 50%)을 보조한다. 박용하·박상열·양재의, 토양오염지역이 책임에 관한 우리나라, 미국, 영국, 독일, 네덜란드, 덴마크 법과 제도의 비교 분석 및 우리나라 정책개선방향, 환경정책연구 제3권 제2호, 2004, 46면. 일본 策法과 독일연방토양보호법 등이 명시적으로 소급책임 여부와 관련해서 명시적인 규정을 두지 않은 것이 우리나라에서도 소급효 여부와 관련한 규정을 둘 필요없다는 논거로 작용해서는 안된다. 이들 국가에서도 논란이 지속되고 있기 때문이다. 독일, 일본에서의 논란에 대해서는 박종원·김현준, 토양정화책임 관련 분쟁사례 분석, 한국법제연구원, 2012, 124 내지 131면, 156면, 216면 참조.

하기 위하여 1995. 1. 5. 비로소 동법이 제정되었다고 할 수 있기 때문이다. 시적 적용 범위를 특정 시점 이후에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 한정하면서 부분적으로 발생하는 소급효의 문제는 국가가 일부 비용을 보조하는 것도 하나의 타협책이 될 수 있다.¹²⁾

2. 책임 완화

헌법재판소는 부영 사건에서 신뢰보호의 문제를 거론하며 침해의 중대성 여부를 중요하게 다루고 있으며, 과잉금지원칙 위반 여부가 쟁점이 된 마산주유소 사건에서 침해의 최소성 여부를 다루고 있다. 결국 두 사건은 공히 문제의 오염원인자 조항이 양수자와 소유자 등에게 너무 과중한 책임을 묻고 있다는 의심을 던지고 있다고 할 수 있다. 나아가 두 개의 헌법재판소 결정은 위헌적 요소의 제거 가능성을 타진하면서 비교적 자세히 그 대안을 제시하고 있다. 이로써 개정 방향은 분명해 보인다. 최소한 지금보다 책임이 완화되는 방향으로 돌파구를 마련하는 것이다. 책임완화의 문제는 누구에게, 어떻게, 어느 정도 책임을 부담시키는 것이 합리적인지의 문제로 직결된다. 이하에서는 헌법재판소가 제안하는 책임완화 방안을 위시해서 다른 국가에서 도입·시행되고 있는 조치를 소개하면서 그 타당성 여부를 살펴보기로 한다. 특기할 점은 이하에서 제시되는 모든 제안을 일시에 모두 도입하여야 위헌성이 제거될 수 있다는 것이 아니라는 점이다. 모든 대안을 채택하는 것이 힘들 뿐만 아니라 소급효 적용 시점의 제한과 정화기금의 마련만으로도 위헌성이 상당히 완화될 수 있으며, 여기에 약간의 입법적 배려를 더한다면 위헌성 문제는 해소될 수 있기 때문이다. 어떠한 입법적 배려가 우리나라 실정에 맞는지, 또 다른 혼란을 야기하지는 않는지에 대한 고려도 중요하다. 대폭적인 책임완화가 오히려 토양환경보전법상의 책임 조항을 무력화할 수 있다는 점도 참고하여야 한다.

12) 참고로 네덜란드에서는 토양오염의 발생을 1987년 이전과 이후로 구분하여 다른 (정화비용과 보조금 지급)기준을 적용하고 있는데, 이와 같이 1987년이 중요한 의미를 갖는 것은 토양오염에 대한 책임을 다루는 법(Soil Protection Act)이 1986년에 제정된 사실과 크게 관련이 있어 보인다.

(1) 면책 범위의 확대

위험적 요소를 제거하기 위해 가장 손쉽고 확실한 방법은 오염원인자의 책임을 완화한다는 차원에서 면책 범위를 확대하는 것이다. 이를 위해서는 미국 CERCLA의 면책 조항과 입법 배경을 고려할 필요가 있다. 미국 CERCLA의 면책 범위는 상당히 넓다고 할 수 있다. 당초 CERCLA는 면책 사유로 천재지변(Act of God, Act of War), 제3자의 행위, 연방법규에 의하여 허용된 배출행위 등만을 규정하고 있었는데,¹³⁾ 1986년 슈퍼펀드 수정 및 재수권법(Superfund Amendments and Reauthorization Act: SARA)에서 우리나라에서 인정되는 선의·무과실의 양수자와 유사한 선의의 소유자 항변¹⁴⁾을 추가하였다. SARA 이래 가장 대폭적이고 강도 높게 CERCLA를 개정한 2002년 중소기업 책임면제 및 브라운필드 활성화 법(브라운필드법)¹⁵⁾에서는 선의의 소유자 항변을 위시하여 선의의 토지구입예정자(bona fide prospective purchasers)에 대한 면책;¹⁶⁾ 인접한 토지 소유자(contiguous landowners)의 면책¹⁷⁾

13) CERCLA § 107(b)(1); §107(b)(3); § 107(j).

14) 선의의 소유자 항변은 제3자의 행위 항변의 일부를 형성하기 때문에 제3자의 행위 항변과 함께 이해하여야 한다. 이에 따르면 선의의 토지소유자는 그 책임을 면하기 위해서 해당 부지를 매수할 당시 문제의 부지에서 유해물질이 처분되었다는 것을 몰랐고, 모름에 상당한 이유가 있음을 입증해야 한다. CERCLA § 101(35)(A)(i). 이 규정은 2002년 중소기업 책임면제 및 브라운필드 활성화 법(브라운필드법)에 의해 수정되었는데, 즉 모름에 상당한 이유가 있다고 인정되기 위해서는 해당 시설을 취득할 당시 혹은 그 이전에 당해 시설의 소유 및 이용 상황에 관한 모든 적절한 조사(all appropriate inquiries)를 행하였고, 계속적인 유출의 금지, 장래 유출 위협의 방지 등 합리적인 조치(reasonable steps)를 취하였다는 점을 입증하여야 한다. *Id.* § 101(35)(B)(i).

15) The Small Business Liability Relief and Brownfields Revitalization Act, 42 U. S. C. § § 9601, 9604, 9605, 9607, 9622(g).

16) 선의의 토지구입예정자는 브라운필드 부지의 구매 당시에 오염 사실을 몰랐고 몰랐다는 점에 대해 상당한 이유가 있음을 입증할 필요가 없다. 면책 규정에 따르면 브라운필드법 시행 이후에 시설을 매수한 자(또는 입찰한 자)는 '현재의 소유자'로서 책임을 면제받기 위해서 다음과 같은 요건을 입증하여야 한다: ① 해당 시설을 취득하기 이전에 유해물질의 '처분(disposal)'이 이루어졌을 것; ② 해당 시설의 소유권 및 이용 상황에 대하여 모든 적절한 조사를 하였을 것; ③ 해당 시설에서의 유해물질의 발견 또는 유출에 관하여 법적으로 요구되는 모든 통지를 할 것; ④ 계속적인 유출의 금지, 장래 유출 위협의 방지 등 합리적인 조치를 취함으로써 시설에서 발견되는 유해물질과 관련하여 적절한 주의(appropriate care)를 기울일 것; ⑤ 오염물질에 대한 대응조치 또는 자연자원의 복원을 실시하는 자에 대하여 충분한 협력, 지원, 접근을 제공할 것; ⑥ 대응조치와 관련하여 수립된 또는 의존하는 모든 토지이용규제(land use restrictions)에 따르고, 해당 시설에 적용되는 어떤 조직 통제의 효율성과 통합성

을 두기에 이르렀다.¹⁸⁾ 또한 중소기업에 대한 면책 규정을 두고 있는데, 소량 배출자,¹⁹⁾ 도시폐기물 배출(municipal solid waste)에 적용되는 규정²⁰⁾이 그것이다.²¹⁾ 이와 같이 미국 CERCLA가 개정을 통해 면책 범위를 넓혀 온 것은 CERCLA 책임이 지나치게 엄격하고 중하다는 문제 인식이 바탕에 깔려 있다. 이러한 관점에서, 우리나라에서 헌법재판소 결정이 기폭제가 되어 개정이 기정사실화되고 있는 상황에서, 미국 CERCLA에서 인정하고 있는 면책 규정은 우선 고려대상일 수밖에 없다.

주의할 점은 지나치게 광범위하고 유연한 면책 사유는 토양환경보전법의 근본 취지를 뒤흔들 수 있고, 좁고 엄격한 면책 사유는 개정 취지를 몰각할 수 있다는 것이

을 방해하지 않을 것; ⑦ 이 법에 따른 정부의 정보요구 또는 소환 등에 따를 것; ⑧ 잠재적으로 책임이 없거나 잠재적으로 책임이 있는 자에게 가담하지 않을 것. CERCLA § 101(40). 선의의 소유자 항변이 해당 토지를 구입할 당시 유해물질의 존재를 알지 못한 소유자의 경우에만 제한적으로 적용됨에 반해 선의의 토지구입예정자에 대한 면책 규정은 매수자에게 매수 당시 해당 부지가 오염된 사실을 알았음에도 불구하고 책임을 면할 수 있는 기회를 제공한다.

17) 자기 소유의 토지가 인접한 또는 유사하게 위치한 다른 토지로부터의 유해물질 유출 또는 유출 위협에 의해 오염된 경우, 해당 토지의 소유자는 다음과 같은 요건을 적극적으로 입증함으로써 그 책임을 면제받을 수 있다: ① 오염물질의 유출을 야기하였거나 그에 기여하였거나 승낙하지 않았을 것; ② 잠재적으로 책임이 있는 자에게 가담하지 않을 것; ③ 계속적인 유출의 금지, 장래 유출 위협의 방지 등 합리적인 조치를 취할 것; ④ 오염물질에 대한 대응조치 또는 자연자원의 복원을 실시하는 자에 대하여 충분한 협력, 지원, 접근을 제공할 것; ⑤ 대응조치와 관련하여 수립된 또는 의존하는 모든 토지이용규제에 따르고, 해당 시설에 적용되는 어떤 조직 체계의 효율성과 통합성을 방해하지 않을 것; ⑥ 이 법에 따른 정부의 정보요구 또는 소환 등에 따를 것; ⑦ 해당 시설에서의 유해물질의 발견 또는 유출에 관하여 법적으로 요구되는 모든 통지를 할 것; ⑧ 해당 토지를 취득하였을 당시에 해당 토지와 관련된 모든 적절한 조사를 실시하였고, 해당 토지가 인접한 토지로부터의 유해물질 유출 또는 유출 위협에 의해 오염되었거나 오염되었을 수 있다는 사실을 알지 못하였거나 알 수 없었을 것. *Id.* § 107(q)(1)(A).

18) 이들 면책 규정의 두 가지 공통 요건은 “모든 적절한 조사”와 “합리적인 조치” 요건이다.

19) 유해물질의 발생자 또는 운반자로서 유해물질의 총량이 일정량 이하인 경우, 즉 액체의 경우 110갤런 이하, 고체의 경우 200톤 이하인 경우, 대응비용에 관한 CERCLA 책임을 면한다. 면책은 국가우선목록(National Priority List: NPL)에 등재된 부지에만 적용된다. CERCLA § 107(o)(1).

20) 도시폐기물(municipal solid waste)의 발생자로서, ① 해당 도시폐기물이 배출된 주거시설의 소유자, 관리자 또는 임차인인 사실, ② 잠재적 책임에 대한 서면통고를 받은 날을 기준으로 최근 3년간 종업원 수가 평균 100명 이하인 기업으로서, 배출된 해당 도시폐기물 전부가 중소기업법(Small Business Act)상의 중소기업으로부터 발생된 사실 등을 입증할 수 있는 경우, 국가우선목록에 등재된 부지의 정화비용과 관련한 CERCLA 책임을 면한다. *Id.* § 107(p)(1).

21) 자세한 내용은 김홍균, 토양환경보전법 책임체계의 새로운 방향: 브라운필드(Brownfield) 문제, 저스 티스 통권 제110호, 2009, 259 내지 266면 참조.

다. 일본이나 독일 등이 면책 범위를 광범위하게 인정하지 않는 것도 유념할 필요가 있다.²²⁾ 토양환경보전법이 애초부터 명시적으로 소급효를 부인하는 규정을 두었거나 책임의 완전 면제까지는 아니더라도 소유자 등에게 보충책임이나 책임한도를 인정하는 방법으로 정의 관념에 부합하는 입법적 배려를 하였다더라면 동법상의 책임이 지나치게 무겁다는 비난은 피할 수 있었을 것이다.

이러한 점을 고려하면서 구체적으로 면책 사유를 확장하려고 할 때 CERCLA상 가장 강력하고 유효한 면책 수단이라고 할 수 있는 소량 배출에 대한 면제 규정과 선의의 토지구입예정자 항변은 매력적인 대안으로 다가온다. 특히 형평성 및 정의 차원에서 실제로 오염에 기여하지 않은 소량 배출자의 책임을 면제하는 것은 중요하다. 이는 도덕적 해이의 해소에도 기여할 수 있다.²³⁾ 특히 우리나라 토양환경보전법에서는 CERCLA에서 인정되는 것과 같이 화해 규정 등을 통한 신속한 화해의 길이 없으므로 소량 배출자에 대한 면책 규정은 의미가 크다고 생각한다. 그러나 소량 배출자에 대한 규정을 두면서 면책 기준인 소량의 한도를 적게 할 경우 면책 범위는 제한될 수 있다. 선의의 토지구입예정자에 대한 면책 규정은 매수자에게 매수 당시 해당 부지가 오염된 사실을 알았음에도 불구하고 책임을 면할 수 있는 기회를 제공한다는 점에서 우리나라에서도 재현될 가능성이 있는 브라운필드 문제²⁴⁾의 해법도 제시할 수 있을

22) 일본 은 불가항력적 사유뿐만 아니라 토지소유자들의 선의·무과실에 대한 별도의 면책 규정을 두고 있지 않다. 독일 연방토양보호법은 법 시행일인 1999년 3월 1일 이후 토지의 소유권을 이전한 선의·무과실의 전소유자, 행정청과 정화의무자 간의 정화계약 체결에 다른 권리승계인의 면책 합의 등의 경우를 제외하고는 책임의 면제에 관하여 규정하고 있지 않다. 박종원·김현준, 앞의 논문, 217면.

23) 연대책임은 부유한 자에게는 아무리 오염억제조치를 취하여도 책임을 지게 함으로써, 가난한 자에게는 책임추구 가능성을 배제함으로써, 이들 모두에게 도덕적 해이(moral hazard)를 유발, 결과적으로 오염억제효과를 반감시키고, 오염 기여도가 적은 자에게 지나친 부담을 줌으로써, 형평의 관념과 오염원인자부담원칙에 반한다는 비판이 제기될 수 있다.

24) 브라운필드란 “방치되거나(abandoned) 놀리고 있거나(idled) 덜 사용되고 있는(underused) 산업 및 상업시설로서, 확장이나 재개발이 실제의 환경오염 또는 환경오염의 가능성 때문에 어려운 부지”를 의미한다. Davis and Margolis, *Brownfield: A Comprehensive Guide to Redeveloping Contaminated Property*, A.B.A 3-14, 1997; Villa, *Cleaning Up at the Tracks: Superfund Meets Rails-to-Trails*, *Harv. Envtl. L. Rev.*, Vol. 25, 2001, p. 511. 브라운필드 문제에 대하여 자세한 내용은 박종원, 미국이 브라운필드 문제와 그에 대한 법적 대응 -브라운필드법을 중심으로-, 환경법연구 제29권 제3호, 2007, 227면 이하; 김성균·이비안, 낙후산업지역(Brownfield) 개발 관련 입법 동향 분석 및 대안의 모색, 환경법연구 제30권 제1호, 2008, 84면 이하; 김홍균, 앞의 논문(각주 21), 257면 이하 참조.

것이다. 그러나 그 면책을 위한 요건은 불분명하고 부담스러울 수 있어 면책 가능성을 일축할 수 있다.²⁵⁾ 브라운필드 문제가 당장의 문제로 대두되고 있지 않은 상태에서 기존 선의·무과실의 양수인 면책 요건을 크게 변경할 수 있는 선의의 토지구입예정자에 대한 면책 규정은 부담스러운 측면이 많다. 이러한 점들을 고려하여 이러한 면책 규정을 도입하더라도 그 요건을 우리나라 실정에 맞게 변형할 필요성이 있다.

이와 문제의 규정을 개정하는 마당에 그 동안 지적되어온 문제점도 함께 해결하는 것을 적극 고려하여야 한다. 면책 규정 중 가장 중요하면서 논란이 많은 것은 선의·무과실의 양수자에 대한 면책 규정이다. 즉 토양환경보전법은 토양오염관리대상시설을 양수 또는 인수한 자가 양수 또는 인수 이전에 “토양환경평가를 받아 그 토양오염관리대상시설의 오염 정도가 우려기준 이하인 것을 확인”하는 등 선의·무과실인 경우 그 책임을 면할 수 있도록 하고 있다(제10조의4 단서). 토양환경영향평가 실시와 우려기준 이하의 확인을 선의·무과실의 한 예로 들고 있는 것은 토양환경평가제도를 활성화한다는 차원에서 충분히 이해할 수 있으나 자칫 허위·부실의 토양환경영향평가와 그에 따른 책임 면제를 양산할 수 있다.²⁶⁾ 선의·무과실 여부의 판단이 여러 요소를 종합적으로 검토하여 이루어지는데, 토양환경평가만을 선의·무과실인 경우의 한 예시로 보는 것은 적절한 입법 방식은 아니라고 할 것이다. 입법기술상으로 이와 같이 토양환경평가의 법적 효과를 담고 있는 규정은 선의·무과실의 한 예시로 보는 제10조의4가 아니라 토양환경평가를 규정하고 있는 조항(제10조의2)에 두는 것이 보다 바람직하다고 생각한다. 또한 “토양환경평가를 받아 그 토양오염관리대상시설의 오염 정도가 우려기준 이하인 것을 확인한 경우”를 선의·무과실의 한 예로 단정하지 않고 허위·부실 평가에 대한 시비 가능성을 염두에 두고 선의·무과실을 ‘추정’해주는 방식이 보다 적절하다고 생각한다.

토양환경영향평가의 실시 외에 어떠한 경우가 선의·무과실에 해당하는지 일체의 기준이 없어 구체적인 경우 논란이 제기될 수 있다. 이와 관련해서 이해관계자의 예

25) 예컨대, “계속적인 유출의 금지, 장애 유출 위협의 방지 등 합리적인 조치(reasonable steps)를 취함으로써 시설에서 발견되는 유해물질과 관련하여 적절한 주의(appropriate care)를 기울일 것”과 같은 요건은 토지 구입 이후에도 요구되는 요건이며, “합리적인 조치”, “적절한 주의” 등은 불명확하다.

26) 박종원, 토지양수인의 정화책임과 토양환경평가, 환경법연구 제32권 제2호, 2010, 189 내지 193면; 박종원·김현준, 앞의 논문, 229 내지 230면.

측가능성을 높인다는 차원에서 법에서 그 기준이나 요소를 제시할 필요가 있다는 견해가 있을 수 있다. 이러한 입법적 배려를 할 경우에는 미국 CERCLA에서 환경보호처(EPA)로 하여금 “모든 적절한 조사(all appropriate inquiries)” 요건에 대한 기준을 설정하도록 요구하면서 제시하고 있는 기준²⁷⁾을 고려할 필요가 있을 것이다. 그러나 선의·무과실의 최종 판단이 법원의 몫이라고 할 경우 굳이 선의·무과실의 경우를 법에서 구체적으로 적시할 필요까지는 없다고 생각한다. 이는 민법상 불법행위책임의 한 요건을 이루는 고의·과실을 법에서 구체적으로 정하고 있지 않은 것과 마찬가지로의 이치다.

한편, 토양환경보전법은 오염원인자 중 양수인에 대해서만 선의·무과실의 경우 면책하고 있는바, 소유자·점유자·운영자의 경우에도 같은 면책 사유를 두어야 한다는 견해가 있다. 이와 관련해서 헌법재판소는 마산주유소 사건에서 “토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 부담하는 책임은 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자가 부담하는 책임과 마찬가지로 토양오염관리대상시설을 지배하고 있다는 사실만으로 인정되는 상태책임에 해당하므로, 그 성격이 본질적으로 동일하다.”²⁸⁾ 그러므로 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 천재·지변, 전쟁으로 인한 면책을 허용하고, 다른 면책 사유 또는 책임 제한수단을 인정하지 않은 것은 합리적인 이유가 있다고 할 없어 평등권을 침해한다”고 지적한 바 있다. 이러한 입장에서는 소유자·점유자·운영자의 경우에도 제3자의 행위, 법적으로 허용된 행위, 일반 공중에 귀속될 수 있는 원

27) “모든 적절한 조사” 요건에는 ① 환경전문가의 토지조사 결과, ② 해당 시설의 과거 및 현재의 소유자 또는 운영자 등과의 면담, ③ 과거의 이용 및 점유를 판단하기 위해 소유권의 이전관계를 보여주는 서면, 항공사진 등 역사적 자료에 대한 검토, ④ 담보권 설정에 대한 조사, ⑤ 정부의 기록, 폐기물 처리 기록, 지하저장탱크기록, 유해폐기물 관리 기록 등에 대한 검토, ⑥ 해당 시설과 인접 토지에 대한 육안 조사, ⑦ 매수인척의 전문 지식 또는 경험, ⑧ 오염되지 아니한 경우 재산 가치와 구매 가격 간의 관계, ⑨ 해당 재산에 대한 일반적으로 알려진 또는 합리적으로 확인할 수 있는 정보, ⑩ 오염의 존재 또는 가능성에 대한 명확성의 정도 등이 포함되어야 한다. CERCLA § 101(35)(B)(iii).

28) 그러나 마산주유소 사건에서 김종대 재판관(소수의견)은 “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”고 지적한 바 있다. 마찬가지로 경찰책임의 법리에 따른 경우 소유자(제10조의4 제2호)의 책임과 양수인(동조 제3호)의 책임은 다른 유형의 책임으로 보아야 한다는 견해도 있다. 박종원·김현준, 앞의 논문, 204면.

인 등으로 인하여 토양오염이 발생한 경우와 같이 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 토양오염 발생에 관하여 선의·무과실이고 그 책임으로 돌릴 수 없는 경우 면책을 허용하는 것을 검토할 필요가 있을 것이다.

소유자·점유자·운영자의 경우 오염원인자 책임원칙에 보다 부합하게 한다는 차원에서 토양오염의 ‘발생 당시’보다는 토양오염물질의 ‘누출·유출·투기·방치 당시’²⁹⁾의 선의·무과실에 기초하여 면책을 허용하는 것이 보다 바람직하다고 생각한다.³⁰⁾ 소유자 등의 책임이 본질적으로 상태책임이라는 점, ‘발생 당시’의 시점을 정하고 있지 않아 “토양오염관리대상시설을 양수한 자” 부분 조항과 마찬가지로 소급효 논란이 발생할 수 있다는 점 등을 고려하여 차체에 ‘발생 당시’라는 문구 자체를 삭제하는 것도 생각해볼 만하다.

한편, 양수인과 소유자가 상당 부분 동일하거나 중복적인 지위에 있다는 점(양수인이 결국은 소유자의 입장에 서게된다는 점을 생각해 보라), 양수인의 소급책임을 부인하는 입장에서 소유자 등과 양수인을 구별할 실익이 많지 않은 점, 소유자의 경우에 토양오염의 ‘발생 당시’와 같은 기교적인 제한을 삭제하고 양수자를 소유자로 포섭하여도 규제의 공백이 발생하지 않는다는 점 등을 고려할 때 차체에 “토양오염관리대상시설을 양수한 자”를 오염원인자에서 삭제하는 것도 고려할 필요가 있다.³¹⁾ 주의적 규정에 불과한 포괄승계인 규정의 존치도 의미가 없다. 이와 같이 정리할 경우 현행 오염원인자의 한 부류인 양수인은 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자에 포함되고 선의·무과실의 경우 면책이 허용되는 등 비교적 단순한 방식으로 규율될 수 있다.

29) 오염물질의 처분과 그로 인한 오염발생 사이의 시간차가 엄연히 존재한다. 토양오염을 오염도가 우려 기준을 넘는 경우로 이해할 경우 더더욱 그러하다.

30) 미국 CERCLA는 현재의 소유자·운영자뿐만 아니라 과거의 소유자·운영자도 책임당사자로 하고 있는데, 즉, 유해물질의 처분(disposal) 당시에 해당 시설을 소유 또는 운영하였던 자는 동법상의 책임을 지게 된다. CERCLA § 107(a)(2).

31) 참고로 미국 CERCLA와 영국 환경보호법(Environmental Protection Act), Pt 2A 등은 책임자를 소유자·운영자만을 대상으로 하고 있을 뿐 양수인을 고려하고 있지 않다. 일본은 소유자·관리자·점유자(토지소유자등)의 책임을 원칙으로 할 뿐 특별히 양수인을 언급하고 있지 않다(제3조 제7조 제1항). 한편, 독일 연방토양보호법은 토양정화의무자로 특별히 양수인을 들고 있지 않으며, 원인자의 특정승계인이 아닌 포괄승계인이 정화의무자가 된다고 규정하고 있다. 김현준, 독일 연방토양보호법상 정화의무자, 환경법연구 제27권 제3호, 2005, 137 내지 147면.

(2) 책임 순위의 설정 및 보충책임

토양환경보전법 제10조의4에 열거된 오염원인자가 지는 책임의 성질은 어떤 것인가? 오염원인자간에 책임 순위를 정하고 있지 않기 때문에 연대책임이라고 이해된다. 법원은 명시적으로 연대책임이라고 밝히고 있지는 않지만 다수의 오염원인자에게 정화조치명령을 내릴 수 있음을 전제로 하고 각각의 정화조치명령 대상자가 제10조의4에 열거된 오염원인자에 해당하는지 여하를 판단하고 있다는 점에서 같은 입장이라고 할 수 있다.³²⁾ 이와 같이 연대책임으로 이해할 경우에는 피해자/시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 토양오염을 유발한 자 대신에 소유자·점유자·운영자 또는 양수인 등에게 1차적 책임을 물을 수 있게 된다. 문제는 오염유발자가 있음에도 불구하고 소유자 등이 책임을 지게 되는 경우에 발생할 수 있다. 소유자 등이 지는 책임이 상태책임이라고는 하지만 지나치게 기혹할 수 있기 때문이다. 이 문제는 바로 마산주유소 사건에서 표출되었다.

형평성 제고 차원에서 오염원인자간 책임 순위를 정하는 것을 고려할 필요가 있다. 그러나 막상 책임 순위를 정하는 것은 쉽지 않다. 책임 순위를 정하는 것은 연대책임의 분배에 따른 문제를 완화하기 위한 수단으로 작용할 수 있는바, 영국, 네덜란드, 일본 등은 복수의 오염원인자간 책임 순위와 절차를 관련법에서 자세히 규정함으로써 입법적 배려를 하고 있다.³³⁾ 헌법재판소가 제안하고 있는 ‘토양오염을 유발시킨 자’에게 1차적

32) 부산고법 2009. 10. 9. 선고 2009누3897 판결(마산주유소 사건); 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두12778(부영 사건); 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두13887(한국철강 사건); 대법원 2012. 1. 26. 선고 2009다76546 판결 참조.

33) 영국의 1990년 환경보호법(Environmental Protection Act), Pt 2A에서는 그룹 A 당사자(오염의 원인이 된 물질을 야기하거나 의도적으로 허용한 자)가 발견되지 않을 경우, 그룹 B 당사자(부지의 소유자·점유자)가 책임자가 되는 것으로 하고 있기 때문에 그룹 B 당사자의 책임은 보충책임으로 이해된다. Mell and McGillivray, *Environmental Law*, 566, 568, 2008). 나아가 책임당사자가 복수인 경우 그룹 A 당사자와 그룹 B 당사자를 구분하고 면책평가(Exclusion Tests) 기준을 제시하여 비난가능성이 보다 적은 자로 보이는 자를 순서대로 책임자에서 제외하고 있다. 그룹 A 당사자에게는 6종류의 기준이 적용되는데, 이에 따르면 제외되는 행위를 한 자, 정화비용을 부담한 자, 오염과의 연계성(SPL)을 형성하는 오염물질의 존재를 인식한 매수인에게 매도한 자, 후에 다른 사람에 의해 도입된 다른 물질과의 작용 때문에 물질이 변화된 경우, 다른 토지로부터의 물질의 유출의 결과 오염이 된 경우, 새로운 경로 또는 수용체의 후속적인 유입 때문에 오염과의 연계성(SPL)이 형성된 경우 책임에서 제외된다. 그룹 B 당사자의 면책평가 기준은 보다 단순한데, 임대료를 부담하는 점유자와 임차인은 책임에서 제외

인 책임을 부담시키고, 오염유발자를 찾을 수 없거나 오염유발자가 책임을 이행하지 않을 때 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 보충적으로 책임을 부담시키는 방법은 소유자 등의 책임을 완화할 수 있는 합리적이고 현실적 타당성을 갖는 대안이라고 생각한다. 소유자 등이 2차적, 보충적 책임을 갖는다고 하더라도 확실하고 신속한 피해배상 및 토양정화라는 입법목적에 크게 손상하지 않을 것이기 때문이다.

책임을 부담한 오염원인자가 다른 오염원인자에게 구상권을 행사할 수 있는가? 예컨대, 오염원인자인 소유자·점유자·운영자가 책임을 부담한 경우 오염유발자에게 구상권을 행사할 수 있는가? 이와 관련해서는 찬·반 논란이 있을 수 있다. 명시적인 규정은 없지만 민사법상의 일반 법리에 따라 책임을 부담한 오염원인자가 그 손해의 원인에 대한 책임있는 다른 오염원인자에 대하여 구상권을 행사할 수 있을 것이다. 그러나 제10조의4에 열거된 오염원인자는 모두 동일하게 책임을 부담하기 때문에 구상권을 행사할 수 없다는 주장도 만만치 않다.³⁴⁾

구상권 문제와 관련해서 미국에서의 논란과 그 해결을 참고할 필요가 있다. 즉 미국 법원은 당초 CERCLA 제107조(a)가 명시적으로 인정하고 있지는 아니하였지만 동법의 책임을 추궁당한 책임당사자가 자신의 기여분을 초과하여 대응비용을 지출한 경우 부진정연대채무를 부담하는 다른 책임당사자를 상대로 구상금청구(contribution action)를 할 수 있는 것으로 해석하여 왔다.³⁵⁾ 그러나 구상권(right of contribution)

된다. 이러한 면책평가 기준은 엄격·소급책임제에 본질적으로 내재하고 있는 불공평성을 완화하기 위한 것으로 이해된다. *Id.* 569 내지 570면. 네덜란드의 1994년 Amended Soil Protection Act(추가토양보호법)은 1986년에 제정된 Soil Protection Act(토양보호법)에 Soil Clean-up Interim Act(잠정적토양정화법)를 흡수시켜 개정된 법이다. 네덜란드에서 정화책임은 오염원인자, 부지의 소유자 및 점유자, 부지로부터 이익을 얻은 자, 지방정부의 순서로 부담한다. 박용하·박상열·양재의, 앞의 논문, 45면. 한편, 일본은 소유자·관리자·점유자(토지소유자등)에게 오염제거 등의 조치를 지우는 것을 원칙으로 하되 토지소유자등 이외의 자의 행위에 의한 오염발생이 분명하고, 원인자(원인, 합병 또는 분할에 의해 그 지위를 승계한 자를 포함)에게 조치를 강구하게 하는 것이 상당하다고 인정되며, 원인자에게 조치를 강구하는 것에 대하여 소유자등의 이익이 없는 경우 원인자에게 책임을 물을 수 있다(제7조 제1항 단서). 독일 베를린-브란덴부르크 고등행정법원은 입법이유의 취지와 달리 연방토양보호법 제4조 제3항에 규정된 순서인 원인자 → 원인자의 포괄승계인 → 토지소유자 → 사실상의 지배 주체를 원칙적으로 책임자의 순서로 볼 수 있다고 해석하였다. 박종원·김현준, 앞의 논문, 135면.

34) 김현준, 토양환경보전법상 정화책임의 공법적 검토, 환경법과 정책 제8권, 2012, 10면.

35) Auxer, Orphan Shares: Should They Be Borne Solely by Setting PRP Conducting the Remedial

의 인정 여부를 둘러싸고 논란이 계속되고, 법원마다 복수 당사자간의 책임 및 구상 기준이 달라 혼란이 계속되자 의회는 1986년 SARA를 제정하여 명시적으로 구상권을 인정하기에 이르렀다. 구상권을 인정하고 있는 제113조(f) 조항은 법원으로 하여금 공평부담의 원칙에 의거 대응비용을 책임당사자들에게 공평하게 분담시킬 수 있도록 하고 있다.³⁶⁾

결국 불필요한 논란을 잠재우기 위해서는 명시적으로 구상권을 인정하는 규정을 두는 것을 고려할 필요가 있다.³⁷⁾ 그러나 구상권 인정이 문제의 완전한 해결이 될 수 없다. 다른 오염원인자가 손해를 발생하였다는 점을 입증하기가 어렵기 때문이다. 헌법재판소도 “구상권을 인정한다 하더라도, 토양오염의 장기성 때문에 다른 오염원인자를 찾을 수 없거나 다른 오염원인자가 무자력인 경우가 많아 사실상 구상권은 의미가 없는 경우가 많고, 구상권 행사의 절차와 책임 분담의 기준이 전혀 규정되어 있지 않아 구상권의 실현에 많은 시간과 비용이 소요되므로, 구상권의 존재는 이 사건 오염원인자 조항으로 인하여 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 받게 되는 침해를 완화하기에 부족하다”고 그 한계를 솔직히 인정하고 있다.³⁸⁾

구상금청구소송이 제기된 경우 어떠한 기준으로 복수의 오염원인자간에 비용을 부담을 시킬 것인지도 어려운 문제이다. 참고적으로 미국 법원은 책임당사자간의 책임을 분배하기 위하여 CERCLA 제정 당시 하원의원이었던 Al Gore가 제시했다고 해서 흔히 “고어 요소(Gore Factors)”라고 불리는 다음 요소들을 고려하고 있다: ① 당사자가 자신의 유해물질의 배출 또는 처분에 기여한 부분이 구별 가능하다고 하는 입증능력; ② 유해폐기물의 양; ③ 유해폐기물의 독성 정도; ④ 당사자가 유해폐기물의 발생, 운반, 처리, 저장, 처분에 관여한 정도; ⑤ 유해폐기물과 관련하여 해당 유해폐기물의

Cleanup or Should They Be Allocated Among All Viable PRPs Relative to Their Equitable Share of CERCLA Liability?, *Temp. Envtl. L. & Tech. J.*, Vol 16, p. 267, 271, 1998; Zeppetello and Wolfe, Determining Whether Private Parties May Recover Under CERCLA Based on Joint and Several Liability or Are Limited to Seeking Contribution, *Env't Rep. (BNA)* Vol. 26, p. 2206, 1996.

36) 그 결과 책임당사자가 정화비용의 전부에 대하여 연대책임을 부담하는 경우에도 법원은 기여금 소송 (contribution action) 또는 사적 비용회수청구 소송(cost recovery action) 등에서 책임당사자간에 “형평에 맞게(equitably)” 정화비용을 분배할 수 있다.

37) 참고로 일본은 토지소유자 등의 원인자에 대한 비용상환청구권을 명시적으로 인정하고 있다(제8조 제1항).

38) 헌법재판소 2012. 8. 23. 자 2010헌바167 결정.

성질을 고려하여 당사자가 보인 주의의 정도; ⑥ 공중의 건강 또는 환경에의 위해를 방지하기 위한 당사자의 정부와의 협력 정도.³⁹⁾

(3) 책임 범위의 제한

해당 오염부지의 가격이 1억원 정도에 불과한데, 정화비용이 10억원에 이르는 경우 부지 소유자가 그 비용 전부를 부담하여야 하는가? 해당 오염원인자가, 인접한 오염유발시설로 인해 오염된 부지의 소유자로서, 피해자의 성격도 가지고 있는 경우는 어떤가? 해당 부지 소유자가 막대한 정화비용을 부담하는 대신에 소유권 자체를 포기할 수 있는가? 무과실책임을 지는 소유자 등(오염유발자는 별론으로 함)에게 무한책임을 지워 거액의 정화비용을 전부 부담케 하는 것은 지나치게 가혹해 보인다. 이러한 점을 고려할 때 소유자 등에게 무과실책임을 부담시키는 한편 책임 범위를 제한하는 것은 형평성을 고려하는 것이라고 할 수 있다. 이는 피해자의 보호와 토양오염관리대상시설의 영위 필요성을 조화시키는 방안이 될 수 있다. 이러한 조치는 토양오염 피해에 대한 손해배상액과 오염토양의 정화비용 등이 거액에 이르는 경우가 많다는 점을 생각할 때 설득력을 갖는다.

이러한 맥락에서 헌법재판소는 마산주유소 사건에서 “토양오염 발생에 대하여 선의·무과실인 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 당해 토양오염관리대상시설의 시가 범위 내로 제한하거나, 일반적인 책임한도제를 도입하는 등으로 침해를 최소화할 수 있다”고 제안하고 있다. 참고적으로 미국 CERCLA는 책임당사자에 따라 책임의 한계가 달라지는데 구체적으로 선박과 운송수단, 항공기, 송유관 및 철도차량의 크기와 유해물질의 운반 형태에 따라 책임의 한도를 달리하고 있다.⁴⁰⁾

39) *United States v. A & F Materials Co.*, 578 F.Supp. 1249 (S.D.Ill. 1984); *R.W. Meyer, Inc., United States v. R.W. Meyer, Inc.*, 932 F.2d 568 (6th Cir. 1991).

40) 책임 한도는 ① 소각선박을 제외하고 유해물질을 화물이나 잔여물로 운반하는 선박의 경우 톤당 300달러 또는 시설당 5백만 달러 중 큰 액수; ② 소각선박을 제외하고 그 외의 모든 선박의 경우 톤당 300달러 또는 시설당 5십만 달러 중 큰 액수; ③ 차량 항공기 송유관 및 철도차량의 경우 5천만 달러 또는 대통령이 정한 액수 이하로 5만 달러 이상; ④ 소각선박과 ③에 포함되지 않은 시설의 경우는 총 대응비용에 5천만 달러의 손해액을 더한 액수이다. 그러나 유해물질의 누출이 책임당사자의 부정행위, 태만, 안전조치의 위반으로 인한 경우에는 책임의 한계가 적용되지 않는다. CERCLA § 107(c).

그러나 시설별로 책임 한도액을 정하는 것은 어렵고 정치한 작업이 요구될 것이다. 책임 범위를 제한한다는 것은 오염원인자에게 합리적인 비용을 부담케 한다는 것을 의미하는바, 정화비용의 일부만을 부담케 하고 나머지를 정부의 보조금⁴¹⁾이나 기금으로 해결하는 것은 같은 맥락으로 이해할 수 있다.

(4) 책임이행을 위한 재정 수단의 강구

면책 범위의 확대, 보충책임의 인정, 책임 범위의 제한 등 오염원인자의 책임완화를 고려한 수단들은 책임의 공백 또는 책임 이행의 지연 문제를 초래할 수 있다. 토양환경보전법은 특정토양오염관리대상시설의 설치자 등이 조합원이 되는 토양정화 공제조합의 설립 근거를 마련하고 있다. 그러나 그 설립이 임의적이고, 공제조합의 사업이 조합원의 이익을 위한 공제사업에 그치고 정화책임을 보증하고 있지 않는 한계가 있다.

이에 정화책임의 이행보증⁴²⁾ 환경손해보험 및 토양정화기금 등과 같은 제도로 보완할 필요가 있다. 특히 과거의 오염 문제를 해결하기 위해서는 잠재적 오염원인자들이 조성한 기금 등에서 손해배상 및 토양정화 등의 비용을 조달할 수 있도록 하는 방안이 검토되어야 한다. 그러나 정치적 저항이 예상되어 기금의 도입이 쉽지 않은 양을 전망이다. 그 동안 꾸준히 도입 필요성이 제기되었음에도 도입이 이루어지지 않은 것이 이를 반증하고 있다. 그러나 헌법재판소의 결정은 이제 기금도입에 대한 진지하고 적극적인 검토를 요구하고 있다. 기금의 도입은 소급효를 인정할 필요성을 감소시킬 수 있다. 소급효를 인정하여 과거의 오염문제를 해결하는 대신에 기금으로 과거 오염 문제를 해결할 수 있기 때문이다. 그러나 기금을 도입한다고 할 경우에는 구체적으로 누구에게 어느 정도의 부담을 부과할지가 어려운 문제로 대두될 것이다.⁴³⁾

41) 네덜란드에서는 오염발생 시기를 구분하여 일정 시점 이전에 발생한 오염의 정화비용 일부를 정부가 보조한다. 박용하·박상열·양재의, 앞의 논문, 46면.

42) 폐기물관리법은 사업장폐기물을 대상으로 하는 폐기물처리업자와 폐기물처리 신고자로 하여금 폐기물처리업 허가를 받거나 폐기물처리 신고를 한 후 영업 시작 전까지 폐기물처리공제조합에 분담금 납부, 폐기물의 처리를 보증하는 보험 가입 중 하나에 해당하는 조치를 취하도록 하는 '방치폐기물처리 보증제도'를 두고 있다(제40조 제1항). 그러나 토양환경보전법상에 이 제도와 유사하게 정화책임 이행 보증제도를 둘 경우 과거에 이미 발생한 오염토양에 대한 정화수단을 마련할 수 있을지 의문이다.

(5) 신속한 분쟁해결전략: 합의

토양환경보전법상 오염원인자가 책임을 면하기 위한 항변(면책 사유)은 많지 않고 그것이 성공적이지 않을 경우가 많다. 이는 행정청이 정화조치명령 등 일방적으로 유효한 카드를 가지고 있다는 것을 의미한다. 그 결과 오염원인자는 행정청과 조기에 합의를 하고 다른 오염원인자의 책임 추구로부터 보호받고 싶은 강한 압력을 받게 된다. 이러한 요구에 부응하여 합의(또는 화해 계약)를 통해 오염원인자의 책임부담 정도를 감소시켜 주는 것은 또 다른 차원에서 책임 완화에 기여할 수 있다. 면책에 이르지 않지만 합의제도를 두는 것은 면책 범위의 확대와 마찬가지로 책임 완화에 기여할 수 있는 것이다. 이는 미국 CERCLA에서 인정하고 있는 것으로 이에 따르면 책임 당사자는 합의(또는 화해 계약)를 통해 장래 책임의 면제 또는 구상의무의 면제와 같은 보호를 받게 된다.⁴⁴⁾ 화해제도는 오염원인자의 책임 정도를 감소하는 기능도 하지만 분쟁의 신속한 해결에도 도움이 된다.

행정청과 오염원인자는 정화책임과 관련하여 합의를 시도할 수 있다. 오염원인자가 화해 계약 시 가장 원하는 내용은 장래 책임의 면제일 것이다. 이러한 합의(화해 계약)에 이른 경우 계약의 당사자인 오염원인자는 정화비용의 전부 또는 일부를 부담할 책임이 있지만, 계약의 당사자가 아닌 다른 오염원인에게 비용의 구상을 청구하는 소송을 제기할 수 있다. 합의제도를 도입하기 위해서는 화해 계약의 조건, 그리고 화해를 촉진하기 위한 절차를 둘 필요가 있다. 이를 위해서는 오염원인자가 어떠한 내용의 합의를 하는 경우, 오염원인자가 행정청으로부터 이후 추가 청구를 위해 소송을 제기당하지 않을 것임을 보장받기를 원한다는 점을 고려하여, 부제소합의의 근거

43) 참고적으로 CERCLA상 정화조치에 사용되는 재원(슈퍼펀드)의 78%가 화학, 정유회사의 세금으로 충당된다. EPA 540-K-96/004 Office of Solid Waste and Emergency Response, *EPA Superfund Today, Focus on Cleanup Costs*, June 1996.

44) SARA 수정 법률에서는 정부가 부제소합의(covenant not to sue)를 제한적으로 할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 정부와 화해 계약을 체결한 당사자가 화해를 하지 않은 다른 당사자에게 구상금을 지급할 책임이 없다고 규정하고 있다. 한편 동법은 정부가 소량의 유해물질을 처분한 책임당사자(소량 당사자)와 이른바 소량 합의(de minimis settlement)를 할 수 있는 근거 규정을 두고 있다. 이에 따르면 소량 당사자는 정부와 부제소합의를 하여 유해물질을 처분한 해당 장소와 관련한 모든 책임을 면제받는다. 완전 면책의 대가로 소량 당사자는 자신에게 분배된 정화비용에 더하여 그 비용의 3배 이하의 가산금을 지급하는 데 동의하여야 한다. CERCLA § 122(f), 122(g).

규정을 두는 것을 고려하여야 한다. 또한 합의한 오염원인자가 다른 오염원인자가 제기하는 소송에서도 보호받기를 원한다는 점을 고려하여 행정청과 화해 계약을 체결한 오염원인자가 화해를 하지 않은 다른 오염원인자에게 구상금을 지급할 책임이 없다는 점을 밝힐 필요가 있다. 이러한 입법적 배려는 행정청과의 화해를 유도하는 유인으로 작용한다. 합의는 특히 소량 배출자의 입장에서 특별한 의미를 갖는다. 소량 배출자인 오염원인자는 행정청과 부채소합의를 함으로써 만의 하나 부담할지 모르는 엄청난 정화비용에 대하여 책임을 면제받을 수 있기 때문이다.

V. 맺는 말

토양환경보전법의 오염원인자 조항이 위기를 맞았다. 적용중지 결정이라는 불의타를 받았기 때문이다. 이러한 위기 상황에 이른 데에는 당초 관련 규정이 정치하게 설계·도입되지 않은 것이 근본 원인이지만 그 동안 반복적으로 이루어졌던 경고를 지나친 것도 무시할 수 없다. 동법에서 소급책임 여하만 분명히 하였어도 헌법불합치 결정에까지 이르지는 않았을 것이라고 생각한다. 또한 소량 배출에 대한 면제, 소유자에 대한 보충책임의 인정과 책임 범위의 제한과 같은 약간의 입법적 고려를 하였어도 관련 규정이 당장 적용 중지되는 최악의 상황은 면했을 것이기 때문이다. 헌법재판소 결정은 그 동안 오염원인자 조항을 둘러싸고 이루어진 논란이 한꺼번에 노출된 것에 불과하다. 그리고 그 헌법재판소 결론이 모든 논쟁의 끝이 아니다.

그러나 전화위복이라는 생각이 든다. 이번 헌법재판소 결정으로 문제가 된, 그리고 문제가 될 수 있는 규정을 손질할 수 있는 계기가 마련되었기 때문이다. 두 개의 헌법재판소 결정은 소급책임 문제와 과잉금지원칙 위배 여하라는 서로 다른 주제를 쟁점을 다루고 있다는 점에서 차이가 있는 것 같지만 결국에는 오염원인자 조항이 지나치게 중하다는 인식을 공유하고 있다. 이제 관련 규정의 개정은 피할 수 없는 현안이 되었다. 개정을 위해서는 헌법재판소가 지적하는 것과 같이 과중한 책임에 대한 솔직한 반성이 선행되어야 한다. 이는 책임의 분배, 할당의 문제와 관련이 있으며 누구에게, 어떻게, 어느 정도 부담시키는 것이 합리적인가의 문제로 귀결된다. 이러한 관점

에서 면책 범위의 확대, 책임 순위의 설정, 소유자 등의 보충책임 및 구상권의 인정, 책임 범위의 제한, 기금을 위시한 책임이행을 위한 재정 수단의 강구, 합의제도의 마련 등과 같은 입법적 배려가 요구된다. 여기에서 중요한 것은 지나치게 책임을 완화하는 것은 오염원인자 조항을 형해화할 수 있으며, 그렇다고 근본적인 해결보다 형식적인 해결에 그칠 경우에는 또 다른 위기가 재연될 수 있다는 것이다. 또한 외국의 좋은 법제도 우리나라 실정에 안 맞으면 혼란만 가중될 수 있다는 점이다. CERCLA의 선부른 모방이 지금의 상황을 야기한 것처럼 신중하지 못한 개정이 또 다른 후유증을 낳을 수 있다.

논문투고일 : 2013. 3. 29. 심사일 : 2013. 4. 16. 게재확정일 : 2013. 4. 24.

참고문헌

- 김성균·이비안, “낙후산업지역(Brownfield) 개발 관련 입법 동향 분석 및 대안의 모색”, 『환경법연구』 제30권 제1호, 2008.
- 김성배, “소급적 토양정화책임의 위헌문제 -미국 판례와 CERCLA상의 논의를 중심으로-”, 『환경법과 정책』 제8권, 2012.
- 김현준, “독일 연방토양보호법상 정화의무자”, 『환경법연구』 제27권 제3호, 2005.
- 김현준, “토양정화책임: 토양환경보전법 제10조의3에 대한 비판적 검토”, 『공법연구』 제34집 제2호, 2005.
- _____, “토양환경보전법상 정화책임의 공법적 검토”, 『환경법과 정책』 제8권, 2012.
- _____, “책임승계인의 신뢰보호와 상태책임의 한계”, 『공법학연구』 제14조 제1호, 2013.
- 김홍균, “미국 종합환경대응책임법(CERCLA)상의 책임당사자와 토양환경보전법상의 오염원인자”, 『환경법연구』 제24권 제1호, 2002.
- _____, “토양환경보전법 책임체계의 새로운 방향: 브라운필드(Brownfield) 문제”, 『저스티스』 통권 제110호, 2009.
- 박종원, “미국이 브라운필드 문제와 그에 대한 법적 대응 -브라운필드법을 중심으로-”, 『환경법연구』 제29권 제3호, 2007.
- _____, “토지양수인의 정화책임과 토양환경평가”, 『환경법연구』 제32권 제2호, 2010.
- 박종원·김현준, 『토양정화책임 관련 분쟁사례 분석』, 한국법제연구원, 2012.
- 박용하·박상열·양재의, “토양오염지역이 책임에 관한 우리나라, 미국, 영국, 독일, 네덜란드, 덴마크 법과 제도의 비교 분석 및 우리나라 정책개선방향”, 『환경정책연구』 제3권 제2호, 2004.
- 조홍식, “폐기물관리법상 사업장폐기물 배출사업자의 법적 책임”, 『환경법연구』 제26권 제2호, 2004.
- 채영근, “기업의 환경책임에 관한 법적 고찰: 한국철강부지오염에 대한 정화책임을 중심으로”, 『환경법연구』 제32권 제1호, 2010.
- 황창식, “기업의 인수·합병과 토양오염”, 『환경문제연구총서』 IX, 대한변호사협회, 2001.

-
- Auxer, William D., "Orphan Shares: Should They Be Borne Solely by Setting PRP Conducting the Remedial Cleanup or Should They Be Allocated Among All Viable PRPs Relative to Their Equitable Share of CERCLA Liability?", *Temp. Env'tl. L. & Tech. J.*, Vol 16, 1998.
- Davis, Todd S. and Kevin D. Margolis, *Brownfield: A Comprehensive Guide to Redeveloping Contaminated Property*, A.B.A, 1997.
- EPA 540-K-96/004 Office of Solid Waste and Emergency Response, *EPA Superfund Today, Focus on Cleanup Costs*, June 1996.
- Mell, Stuart and Donald McGillivray, *Environmental Law*, Oxford University Press, 2008.
- Villa, Clifford J., "Cleaning Up at the Tracks: Superfund Meets Rails-to-Trails", *Harv. Env'tl. L. Rev.* Vol 25, 2001.
- Zeppetello, Marc A. and Michelle A. Wolfe, "Determining Whether Private Parties May Recover Under CERCLA Based on Joint and Several Liability or Are Limited to Seeking Contribution", *Env't Rep. (BNA)*, Vol. 26, 1996.

Abstract]

Constitutionality of the Provision of “Polluters” under the
Soil Environment Conservation Act

Kim, Hongkyun

(Professor, School of Law, Hanyang University)

The provision of “polluters” under the Soil Environment Conservation Act is faced with a critical moment. Its application has been stopped immediately by the decision of the Constitutional Court. The provision has repeatedly received warnings of unconstitutionality which were mostly overlooked. If only it were clear what retrospective liability there is, I believe the related provision could have avoided the unconstitutionality. And if only there were some legislative considerations – like the *de micromis* exemption, landowner’s supplemental liability and limitation of liability – the provision could have avoided its worst situation of being suspended from application. The decision made by the Constitutional Court is no more than the explosion of cumulated controversy surrounding the provision of “polluters”.

At the same time, I think that this moment could be an opportunity to turn misfortune into a blessing. The decision made by the Constitutional Court has given a chance to amend not only the problems that already exist, but also the ones that were about to emerge. The two decisions made by the Constitutional Court may seem to deal with two different issues – one on the subject of retrospective liability and the other on the violation of the principle of prohibition of excessive burden. Yet, they both recognize that the related provision is being overly burdensome to responsible parties concerned. The amendment of the related provision can no longer be evaded. In order to amend, just like the Constitutional Court has pointed out, there must be sincere reconsideration of the burdensome liability. This is related to the issue on the allocation of liability which leads to the problem of deciding who should bear the expenses for remediation and how it should be distributed. In this

perspective, some prudent legislative considerations, such as, the extending statutory defenses, setting liability order among responsible parties, recognizing of the cost recovery action, limitation of liability, contriving financial means including funds to ensure liability, and arranging settlements are necessary. What is important here is that too much mitigation of liability can make a wreck of the provision of “polluters”; but to solve the problem superficially and not fundamentally can lead to another crisis. Regarding legislation, it is also important to note that what may be good to foreign countries, may only cause more confusion if it does not fit to our country. Hasty reformation can produce another side effect, just like how the CERCLA brought about today’s situation through its tactless imitation.

주 제 어 토양환경보전법, 오염원인자, 무과실책임, 정화책임, 소급책임, 종합환경대응보상책임법
Key Words Soil Environment Conservation Act, polluter, strict liability, remediation, retrospective,
CERCLA