

토양오염으로 인한 민사책임*

안 경 희**

차 례

- I. 머리말
- II. 토양오염의 의의
- III. 방해제거책임
- IV. 하자담보책임
- V. 채무불이행책임
- VI. 맺음말

[국문초록]

2012년 8월에 핫이슈가 되었던 토양환경보전법에 대한 2건의 헌법소원사건인 이른바 마산주유소사건과 (구)한국철강부지사건을 계기로 공법학계에서는 토양오염으로 인한 책임이 활발하게 논의되었다. 이 사건들의 개요를 살펴보면 마산주유소 사건은 이웃들 사이의 상린관계에서, (구)한국철강부지사건은 토지매매계약에서 각각 비롯된 것이어서 이 케이스들을 제대로 분석하려면 민법상 방해제거책임, 하자담보책임 및 채무불이행책임에 대한 연구가 뒷받침되어야 한다. 그럼에도 불구하고 아직 사법학계에서는 이 문제에 대한 논의가 부족한 상태이므로, 본 연구에서는 민법상 토양오염의 의의, 방해제거책임, 하자담보책임 및 채무불이행책임을 중심으로 토양오염으로 인한 민사책임에 대하여 분석하고 있다.

* 이 논문은 2013년 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (KRF-A2013-0184).

** 국민대학교 법과대학 부교수

I. 머리말

자동차가 증가하게 되면 주유소도 이에 비례하여 증가하기 마련인데, 먼지·소음으로 인한 피해와 화재위험 등을 이유로 주택가 인근에 주유소가 개설 내지 증설되는 것을 반대하는 시위가 적지 않게 발생하고 있다. 이러한 주민들의 반대에 부딪혀서 주유소로 사용되던 토지와 건물을 다른 용도로 사용하거나 주유소를 다른 곳으로 이전하려면 이번에는 기름 등으로 인한 토양오염 때문에 정화비용이 많이 들어서 이 비용을 누가 부담하는가를 두고 법적인 분쟁이 발생하기도 한다. 그런가 하면 택지개발 등을 목적으로 토지를 구입했으나 후에 부지조성공사를 하던 중 토양오염사실이 드러나 매수인이 매도인을 상대로 정화처리비용을 청구하거나 사업의 지연에 따른 손해에 대하여 하자담보책임 또는 채무불이행책임을 묻는 사례도 증가하고 있다.

이러한 사례에서 토지소유자 또는 매수인이 토양환경보전법상 오염원인자로서 행정당국으로부터 정화조치명령을 받고 정화책임을 부담할 수도 있는데, 토지소유자 등이 이러한 처분을 받게 되면 행정당국을 상대로 정화조치명령 취소소송을 제기하는 것이 일반적이다. 2012년 8월에 핫이슈가 되었던 토양환경보전법에 대한 2건의 헌법소원사건도 정화조치명령에 대한 취소소송이 기각되자 헌법소원을 제기한 사건들이었다. 헌법재판소는 직접 토양오염을 유발하지 않은 토지소유자의 정화책임이 문제가 되었던 마산주유소사건(2012.8.23, 2010헌바167)¹⁾에서는 재산권 및 평등권침해를 이유로, 오염토지의 양수인의 정화책임이 문제가 되었던 (구)한국철강부지사건(2012.8.23, 2010헌바28)²⁾에서는 신뢰보호원칙 위배를 이유로 (구)토양환경보전법 제

1) 토지를 임차하여 주유소를 운영하던 중 주유배관불량으로 토양을 오염시킨 주유소운영자에게 마산시장이 정화조치명령(2005.7.18.)을 내렸음에도 불구하고 운영자가 이에 불응하자 마산시장이 그 토지 소유자에게 다시금 정화명령을 내렸고(2008.5.21.), 이에 소유자가 당해 처분에 대한 취소소송을 제기 하였으나 1심(창원지법 2009. 6. 4 선고 2008구합2734 판결) 및 항소심(부산고법 2009. 10. 9. 선고 2009누3897 판결)에서 모두 기각되었고, 상고심(대법원 2010. 3. 11. 선고 2009두20908 판결) 소송 계속 중 (구)토양환경보전법 제2조 제3호, 제10조 제3항 제2호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 역시 본안과 함께 기각되자(대법원 2010. 3. 11. 선고 2010아7의3 결정), 재산권침해, 평등권침해 등을 이유로 헌법소원을 청구(2010.4.12.)한 사건이다.

2) 아파트신축을 목적으로 부영주택이 (구)한국철강부지를 매수하였으나 환경단체에서 지속적으로 민원을 제기하자 토양오염정밀조사를 실시하였고 그 결과 우려기준을 초과한 것으로 나타나 마산시장이 부영주택과 한국철강을 상대로 정화조치명령을 내렸고(2007.9.18.), 이에 부영주택이 당해 처분에 대

10조의3 제3항 제2호와 제3호에 대하여 각각 헌법불합치결정을 내렸다.

이 두 헌법소원사건을 계기로 공법학계에서는 토양오염으로 인한 책임에 대하여 활발하게 논의되었다. 사실 이 사건들의 개요를 살펴보면 마산주유소사건은 이웃들 사이의 상린관계에서, (구)한국철강부지사건은 토지매매계약에서 각각 비롯된 것이어서, 이 사례들을 제대로 분석하려면 민법상 방해제거책임과 계약책임(하자담보책임 및 채무불이행책임)에 대한 연구가 선행되어야 한다. 그럼에도 불구하고 아직 사법학계에서는 이 문제에 대한 논의가 부족한 상태이므로, 본 연구에서는 방해제거책임, 하자담보책임 및 채무불이행책임을 중심으로 토양오염으로 인한 민사책임에 대하여 분석하고자 한다. 이러한 책임의 내용을 검토하기에 앞서서 우선 토양오염의 의의에 대하여 살펴보기로 한다.

II. 토양오염의 의의

토양오염은 토양과 오염이라는 두 개의 단어가 결합된 복합명사이다. 민법에는 이에 대한 정의규정을 두고 있지 않으므로, 이 개념 자체는 일반적인 언어용례에 따르게 된다. 통상 ‘토양’ 또는 ‘흙’은 지구의 표면을 덮고 있는, 바위가 부스러져 생긴 가루인 무기물과 동식물에서 생긴 유기물이 섞여 이루어진 물질³⁾을, ‘오염’은 더럽게 물들 또는 더럽게 물들게 함을 각각 의미하는바,⁴⁾ 토양오염이란 흙이 더럽혀지는 것을 말한다고 할 수 있다.

이러한 토양오염이 민법의 규율대상이 되려면 먼저 토양이 민법상 권리의 객체에 해당해야 한다. 토양은 관리 가능한 유체물이므로 민법 제98조⁵⁾의 의미에서의 물건

한 취소소송을 제기하였으나 1심(창원지법 2008. 12. 18. 선고 2007구합3204 판결), 2심(부산고법 2009. 6. 26. 선고 2009누829 판결), 3심(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두12778 판결)에서 모두 기각되자 소급입법금지원칙 위배, 신뢰보호원칙 위배 등을 이유로 헌법소원을 청구(2010.1.8.)한 사건이다.

3) <<http://krdic.naver.com/detail.nhn?docid=39538300>> (최종방문일: 2014년 6월 29일).

4) <<http://krdic.naver.com/search.nhn?query=%EC%98%A4%EC%97%BC>> (최종방문일: 2014년 6월 29일).

5) 본고에서 범명의 언급 없이 인용된 법조문은 민법의 규정이다.

에 속하고, 토양 그 자체는 -토지 및 그 정착물이 아닌바- 동산이다(제99조 제2항). 가령 정원, 건축용부지 등을 조성하기 위하여 흙을 구입하는 경우에는 그 흙 자체가 동산으로서 권리의 객체가 된다. 이에 비하여 자연적으로 흙, 토사, 암석 등으로 이루어진 토지를 구입하는 경우라면 여기에서의 토양은 부동산인 토지의 일부에 불과하다. 이러한 경우 토양은 -토지와는 별개의 독립한 물건이 아니라- 당해 토지를 구성하는 요소이므로, 권리의 객체는 토양 등으로 구성된 토지이고, 당해 토지의 소유권의 효력이 그 구성부분인 토양에도 미치게 된다. 그런가 하면 타인의 토지를 인위적으로 흙 등으로 메꾼 경우에는 부합이 문제될 수도 있다. 주지하는 바와 같이 부합은 소유자를 달리하는 여러 개의 물건이 결합하여 훼손하지 아니하면 양자를 분리할 수 없거나 분리에 과도한 비용을 요하는 경우 또는 분리하게 되면 경제적 가치를 심히 감소하는 경우에 인정된다.⁶⁾ 이 경우에도 -임차인이 흙을 구입하여 화단 또는 텃밭을 조성한 경우 등 타인의 권원에 의하여 부속된 것을 제외하고는- 당해 부합물의 소유권은 부동산 소유자에게 귀속되므로, 동산인 토양이 부동산인 토지에 부합된 경우에도 토양이 토지와는 별개의 물건으로 취급되지는 않는다. 마산주유소사건, (구)한국철강부지사건 등에서 알 수 있듯이 토양오염사례에서는 주로 두 번째 경우가 문제되는바, 이러한 경우에 토양이 오염되었다는 것은 당해 토양을 구성부분으로 하는 토지가 오염 내지 훼손되었다는 것을 의미하게 된다.

나아가 -독립한 권리의 객체로서 또는 토지의 구성부분 내지는 부합물로서- 토양이 더럽혀져서 사익이 침해되었거나 침해받을 염려가 있어야 한다. 따라서 카드뮴·수은·납 등과 같은 오염물질이 섞인 폐수·하수·폐기물이 토양에 버려지거나 농약이

6) 대법원 1962. 1. 31. 선고 4294민상445 판결; 대법원 2007. 7. 27. 선고 2006다29270-39278 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008다49202 판결; 강태성, 물권법, 대명출판사, 2009, 598면;곽윤직, 물권법, 박영사, 2002, 201면; 김상용, 물권법, 화산미디어, 2010, 379면; 김중환·김학동, 물권법, 박영사, 1998, 167면; 김형배·김규완·김명수, 민법학강의, 신조사, 2010, 608면; 민법주해[V]/권오근, 494면; 박종두, 물권법, 삼영사, 2005, 347면; 박종찬, 물권법, 강원대학교 출판부, 2008, 284-285면; 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2014, 702면; 양형우, 민법의 세계, 진원사, 2009, 469면; 오시영, 물권법, 학원사, 2009, 367면; 이병준, 인접한 토지의 경사면에 건축한 석축의 부합과 방해배제청구권 -대법원 2009.5.4. 선고 2008다49202 판결에 대한 평석-, 민사법학, 제54-1호, 2011, 92면; 이상태, 물권법, 법원사, 2007, 251면; 이영준, 물권법, 박영사, 2009, 545면; 이은영, 물권법, 박영사, 2000, 482-483면; 주석민법/정권섭, 2001, 782면; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2014, 628면; 홍성재, 물권법, 대영문화사, 2010, 368면.

토양에 스며들면서 토양이 오염되었다 하더라도 토지소유권 등 개인적 법익의 침해가 없는 한 민사책임은 발생하지 않는다. 이에 비하여 토양환경보전법상 토양오염이라 함은 “사업활동이나 그 밖의 활동에 의하여 토양이 오염되는 것으로서 사람의 건강·재산이나 환경에 피해를 주는 상태”를 의미하므로(동법 제2조 제1호), 사익의 침해를 수반하지 않는 토양오염도 일응 동법의 규율대상이 될 수 있다. 다만 이 불확정개념은 사람의 건강·재산이나 동물·식물의 생육적 지장을 초래할 우려가 있는 토양오염의 기준(‘우려기준’)에 의하여 구체화되므로(동법 제4조의2), 환경부령으로 정하는 21종의 토양오염물질이 토양의 용도에 따라 3개의 지역으로 구분하여 설정된 우려기준을 초과했을 때 비로소 동법상 토양오염이 인정된다. 따라서 법정토양오염물질에 해당하지 않는 기타의 오염물질에 의하여 토지가 오염된 경우 또는 우려기준을 초과하지 않는 법정토양오염물질에 의하여 토지가 오염된 경우에는 -민법상 책임은 성립할 수 있으나- 동법상의 책임은 발생하지 않는다.

III. 방해제거책임

1. 의의

방해제거책임이라 함은 제214조에 근거한 책임유형의 하나로 자신의 행위에 의하여 타인의 소유권을 방해하는 자(행위방해자) 또는 어떤 물건이나 시설로 타인의 소유권을 방해하는 상태를 조성한 자(상태방해자)가 부담하는 방해제거의무를 말한다(행위책임 또는 상태책임). 이 책임은 절대권인 물권의 내용의 완전한 실현이 방해받고 있는 경우에 -물권의 실효성을 확보하기 위하여- 인정되는 것이므로, 토양오염으로 인한 소유권 방해가 존속하는 한 방해자는 기간의 제한 없이 이러한 의무를 부담한다.

다만 통상의 민사책임이 고의 또는 과실이라는 有責性에 근거를 두고 있는 것과는 달리, 행위방해자의 책임은 -인간의 행위를 직접 원인으로 소유권 방해가 발생했다는- 因果性을⁷⁾, 상태방해자의 책임은 방해자가 妨害源인 물건 내지 시설에 대한 소유자라

는 물건법적인 관계⁸⁾를 근거로 한다.

2. 책임의 요건

제214조에 근거하여 피방해자가 방해자를 상대로 방해제거를 청구하려면 토양오염으로 인한 위법한 소유권 방해가 존재해야 하고 방해상태가 현존해야 하며 방해자에게 책임이 귀속될 수 있어야 한다. 토양오염과 관련해서는 두 번째 요건인 ‘방해상태의 현존여부’가 주로 문제된다. 이는 후술하는 -채무불이행으로 인한- 손해배상청구권과의 관계에서 다수설⁹⁾ 및 판례¹⁰⁾가 방해 상태가 계속되는 동안에는 방해제거청구권

7) 김형석, 소유물방해배제청구권에서 방해의 개념 -대법원 2003.3.28. 선고, 2003다5917 판결의 평석을 겸하여-, 법학, 제45권 제4호, 2004, 404면; 서광민, 물건적 청구권에 관한 일고찰, 민사법학, 제17호, 1999, 496면 이하; 안경희, 환경침해에 대한 민사법적 구제, 환경법연구, 제28권 3호, 2006, 18면; 민법주해[V]/양창수, 250면; Baur/Stürmer, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1999, § 13 Rn. 13; Brem/Berger, *Sachenrecht*, Tübingen, 2000, § 7 Rn. 22; Erman/Hefermehl, § 1004 Rn. 14; Hermann, *Störer*, S. 29 ff., 452 ff., 560; Jauernig/Jauernig, § 1004 Rn. 516; Palandt/Bassenge, § 1004 Rn. 16; RGRK/Pikart, § 1004 Rn. 58; Schwab/Prütting, *Sachenrecht*, München, 1999, Rn. 573; Vieweg/Werner, *Sachenrecht*, Köln, 2003, § 9 Rn. 23; Wieling, *Sachenrecht*, Berlin, 2001, S. 361 f.; Wolf, *Sachenrecht*, München, 2001, Rn. 327.

8) 상태책임에 대하여는 안경희, 토지 소유자 상태책임의 헌법불합치 결정에 대한 민사법적 평가와 향후 전망, 환경법과 정책, 제10권, 2013, 25면 이하 참조.

9) 강태성, 앞의 책, 2009, 620면; 김상용, 물건법, 388면; 김중환·김학동, 물건법, 295면; 김형배·김규완·김명수, 앞의 책, 613면; 민법주해[V]/양창수, 246면; 박종두, 앞의 책, 36면; 박종찬, 앞의 책, 295면; 송덕수, 앞의 책, 708면; 양형우, 앞의 책, 481면; 오시영, 물건법, 379면; 이상태, 앞의 책, 258면; 이영준, 앞의 책, 568면; 이은영, 앞의 책, 449면; 주석민법/정권섭, 506면; 지원립, 앞의 책, 638면; 홍성재, 앞의 책, 153면. 독일의 다수설이기도 하다: Brem/Berger, *Sachenrecht*, § 7 Rn. 28; Erman/Ebbing, § 1004 Rn. 85; Erman/Hefermehl, § 1004 Rn. 7; Jauernig/Jauernig, § 1004 Rn. 6; Marburger, *UTR* Bd. 3 S. 169, 187 f.; MünchKomm/Medicus, § 1004 Rn. 24; Palandt/Bassenge, § 1004 Rn. 27; RGRK/Pikart, § 1004 Rn. 33; Schwab/Prütting, *Sachenrecht*, Rn. 577; Soergel/Mühl, § 1004 Rn. 113; Strunden, *Altlasten*, S. 210 f.; Vieweg/Werner, *Sachenrecht*, § 9 Rn. 17; Wieling, *Sachenrecht*, S. 369.

10) 대법원 1963. 1. 31. 선고 62다878 판결; 대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다5917 판결. 독일의 판례도 기본적으로 손해는 이미 끝나버린 것이지만, 방해는 원고의 소유권에 대하여 계속적으로 작용하는 것이라고 보고 있다: RGZ 51, 408, 411; RGZ 127, 29, 35; BGHZ 19, 126, 130; BGHZ 28, 110(방해원인인 공작물 자체의 제거만이 방해제거청구권의 내용이고, 방해의 결과는 손해배상에 의하여 과실 있는 경우에만 회복될 수 있다고 판시). 그렇지만 일부의 판례는 방해제거청구권을 넓게 인정하여 결과의

으로 제거해야 할 '방해'가 존재하지만, 방해 상태가 종료한 후에는 손해배상청구권으로 전보를 받아야 하는 '손해'가 있는 것으로 보는 데에 기인한다. 그런데 물건 손해의 경우에는 소유권의 실현이 방해되는 상태도 수반되기 때문에¹¹⁾, 다수설에 제시하는 '방해상태의 현존'이라는 척도로 방해와 손해를 구분하는 것이 용이하지 않은 않다. 따라서 독일에서는 다수설의 구분을 기본으로 하면서- 이러한 문제점을 보완하는 견해들이 주장되고 있다.

먼저 반대행위설(Theorie vom contrarius actus)에서는 방해와 손해의 구별기준으로 방해행위, 방해시설 및 그로부터 직접 발생하는 영향(방해제거의무)을 제시하고 있다. 그리하여 방해자는 행위책임의 경우에는 방해하는 행위에 대한 반대행위를, 상태책임의 경우에는 방해원인인 시설을 철거하거나 장래 방해의 계속을 저지하는 데 필요한 조치를 취할 의무가 있으며, 그 밖의 결과의 제거는 손해배상의 범주에 속한다고 한다.¹²⁾ 이 견해에 따르면 가령 미산주유소 사건의 경우에 임차인의 방해행위는 기름을 유출하는 것이었으므로, 방해의 제거는 그에 대한 반대행위인 기름의 제거행위로 한정되고, 오염되지 않은 깨끗한 흙으로 토지를 메꾸는 것 등은 손해의 범주에 속한다. 그리고 소유자의 상태책임의 경우에는 방해원인인 유류저장탱크와 주유배관을 새것으로 교체 내지 수리하는 등의 행위가 방해제거로 요구될 수 있다. 이 반대행위설에 대하여는 독일민법 제1004조 제1항 제1문¹³⁾의 명문규정에 상응하지 않고¹⁴⁾, 방해자의 행위를 척도로 삼고 있어서 상태책임에서는 여전히 손해와 방해를 준별하기

제거책임까지도 그 내용에 포함시키고 있다(RGZ 127, 34 f: 철도시설의 파괴도 방해제거청구권으로 회복되어야 한다고 판시).

11) Baur, "Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB - Zugleich ein Beitrag zu Problem der Rechtswidrigkeit auf dem Gebiet des Güterschutzes", *AcP* 160(1961), 465, 487, 489; Erman/Hefermehl, § 1004 Rn. 7; Mertens, "Zum Inhalt des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 BGB", *NJW* 1972, 1783, 1785; MünchKomm/Medicus, § 1004 Rn. 71.

12) 반대행위설은 Baur교수가 *AcP* 160(1961), S. 465, 489에서 처음 주장한 이론으로 현재에도 이 학설을 따르는 학자들이 상당수 있다: Baur/Stürner, *Sachenrecht*, § 13 Rn. 20; Knoche, *Altlasten und Haftung*, Heidelberg, 2001, 198 ff.; 김형석, 앞의 논문, 396면 이하, 420-421면; 민법주해[V]/양창수, 243-244면; 이은영, 물권법, 445면.

13) "점유침탈 또는 점유억류 이외의 방법으로 소유권이 방해받은 경우에는 소유자는 방해자에 대하여 그 방해의 제거를 청구할 수 있다."

14) Erman/Hefermehl, § 1004 Rn. 7; Staudinger/Gursky, § 1004 Rn. 96; Strunden, *Altlasten*, S. 210.

가 곤란하며,¹⁵⁾ 반대행위라는 개념이 불명확하여 개별적인 사례에서 무엇이 반대행위에 속하고 무엇이 이에 속하지 않는지에 대하여 준별하기 어렵다는 비판이 제기되고 있다.¹⁶⁾

이에 비하여 소유권한참칭설(Theorie von der Rechtsusurpation)은 방해는 제3자가 자신의 소유권을 참칭함에 따라 임의로 자신의 물건을 사용, 수익, 처분할 소유자의 자유가 제한을 받는 것(법적인 기능에 대한 제한)을, 손해는 물건에 대한 모든 가해와 결합된 물건사용의 실제적 가능성에 대한 제한(사실적 기능의 제한)을 의미하는 것으로 이해한다.¹⁷⁾ 이러한 협의의 방해개념에 의하면 방해제거청구권의 내용은 방해자에게 자신의 권리영역을 넘어 타인의 권리영역을 침해하는 것을 중지할 것, 즉 자기권리영역의 수정을 요구하는 것으로 한정된다.¹⁸⁾ 그리고 방해행위가 종료한 경우에는 더 이상 권리의 참칭은 없으므로, 설령 방해행위에 의하여 피방해물에 어떠한 상태 변화가 발생했다 하더라도 이는 손해에 해당한다고 보게 된다.¹⁹⁾ 아울러 방해행위는 종료했으나 그 결과가 피방해지에 존속하고 있는 경우에도 행위의 종료로 행위책임은 이미 소멸하고, 이제 방해물의 상태에 의한 소유권 방해의 문제가 발생한다고 한다. 이 물건에 의한 상태책임에서는 방해상태를 야기하는 물건의 소유권을 기준으로 방해 여부가 결정되는데, 방해물이 타인의 토지에 위치하고 있다면 이는 타인의 소유권을 사실상 행사하는 것이어서 그 타인의 소유권한의 일부를 참칭하는 것에 해당하고, 반면에 방해물이 무주물이거나 피방해지 소유자의 물건이라면, 타인 소유권의 사실상 행사는 있을 수 없고 따라서 이 경우에는 손해가 존재할 따름이라고 한다.²⁰⁾ 따라서 미산주유소사건의 경우에 기름유출행위의 종료로 행위책임은 소멸하고 상태책임만이 문제되는데, 다만 이웃 토지에 스며든 기름은 그 토지에 부합하므로(제

15) MünchKomm/Medicus, § 1004 Rn. 73.

16) Erman/Hefermehl, § 1004 Rn. 7; Mertens, *NJW* 1972, 1783, 1786; Staudinger/Gursky, § 1004 Rn. 96; Strunden, *Altlasten*, S. 210; 김형석, 앞의 논문, 420-421면.

17) 소유권한참칭설은 Picker가 Bonn대학 박사학위논문(*Der negatorische Beseitigungsanspruch*)에서 주장한 이론이다. 이에 찬동하는 견해: Mertens, *NJW* 1972, 1783, 1785; Staudinger/Gursky, § 1004 Rn. 95 ff.; Westermann/Gursky/Eickmann, *Sachenrecht*, Heidelberg 1998, S. 260; Wilhelm, *Sachenrecht*, 2007, S. 1379 ff.

18) Picker, *Beseitigungsanspruch*, S. 51

19) Picker, *Beseitigungsanspruch*, S. 86 f., 91.

20) Picker, *Beseitigungsanspruch*, S. 86 f., 92.

256조) 기름을 유출한 자는 소유권 상실로 인하여 이웃 토지 소유자의 권한을 침해하지 아니하고 따라서 더 이상 방해는 존재하지 않으며, 남아있는 불이익한 결과는 손해배상에 의하여 한다고 한다. 이 견해는 방해제거청구권의 적용범위를 법적 완전성의 보호로 한정하는 문제점이 있고,²¹⁾ 소유권 포기에 의한 면책을 인정하는 것은 방해제거청구권을 사실상 인용청구권으로 전환시키는 것이어서 독일민법의 규정예 상응하지 아니한다는 비판을 받고 있다.²²⁾

생각건대 독일 문헌에서 적절하게 지적되고 있는 바와 같이 방해와 손해 사이에 명확한 경계확정이 이루어지지 않는다면, 가해자의 귀책사유를 요건으로 하는 손해배상청구로 처리되어야 할 사안들이 무과실책임으로 구성되어 있는 방해제거청구로 처리될 수 있어서 후자에 의한 전자의 잠탈이 발생하는바, 이러한 위험을 막으려면 방해와 손해를 준별할 필요가 있다.²³⁾ 물론 토지에 있는 시설에서 기인하는 소유권 방해가 문제되는 사례에서는 통상 공작물책임에 따른 손해도 고려될 텐데, 양자는 모두 무과실책임이어서 양자의 구별은 큰 의미를 갖지 아니할 것이다. 이에 비하여 행위책임과 일반불법행위책임이 고려되는 사안에서는 양자의 주관적 성립요건이 무과실책임과 과실책임으로 상이하므로, 방해의 범위를 넓게 인정하게 되면 경우에 따라서는 불법행위를 무과실책임으로 만들어 버리는 결과에 이를 수도 있어서 주의를 요한다.

그러고 보면 방해와 손해의 구별이 중요하게 대두되는 것은 행위책임 사례이고, 특히 방해행위는 이미 종료했으나 그 방해의 결과가 이웃 토지에 남아 있는 경우가 될 것이다. 가령 과거에 주유소를 경영했던 자가 그 영업기간 중에 기름을 다량 유출시켰고 지금은 업종을 변경하여 주유소가 있던 위치에서 다른 영업을 하고 있는데, 과거의 기름유출이 아직도 이웃 토지에 피해를 주고 있는 사례가 그러하다. 이 경우에 기름 등 토양오염물질을 이웃토지에 유입시키는 행위 자체는 일회성 내지는 한시적일

21) Erman/Hefermehl, § 1004 Rn. 7; MünchKomm/Medicus, § 1004 Rn. 26; Palandt/Bassenge, § 1004 Rn. 28; Strunden, *Altlasten*, S. 210; 김형석, 앞의 논문, 426-427면.

22) Marburger, *UTR* Bd. 3 S. 169, 188; Strunden, *Altlasten*, S. 210; 김형석, 앞의 논문, 428면.

23) Baur, *AcP* 160(1961), 465, 487; Jauernig/Jauernig, § 1004 Rn. 7. 그런가 하면 과실책임을 원칙으로 하는 불법행위법의 미비함을 보충하기 위하여 -광의의 상린관계의 경우에 한정하여- 독일 판례를 통하여 인정된 결과제거책임을 방해제거청구권에 포함함으로써 무과실책임화할 필요가 있다는 견해도 있다: Hohloch, *Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht*, Frankfurt, 1976, S. 167 ff. 179.

수 있으나, 그 물질이 이웃토지에서 계속적으로 확산 내지 방산됨으로써 특히 이웃토지 소유자의 토지 사용 권능을 방해하기 때문에, 피해자는 방해자를 상대로 방해상태의 제거를 청구할 수 있어야 할 것이다. 따라서 이러한 경우에 방해행위의 종료를 이유로 행위책임을 인정하지 않는 소유권한참칭설의 결론은 타당하지 않다고 하겠다. 설령 이 경우에 소유권한참칭설에서 주장하는 바와 같이 행위책임은 종료하고 상태책임이 인정된다 하더라도, 방해물의 소유권을 기준으로 방해제거를 청구할 수 있는지의 여부가 결정된다는 것은 지나치게 형식논리적이다. 이 논리대로라면 주유소 지하 저장탱크로부터 누출된 등유 등에 의한 토양오염의 경우에는 등유가 이웃토지로 흘러 들어가면 이웃토지에 부합되어, 이웃토지 소유자가 그 등유를 포함한 토양오염물질의 소유권을 원시취득하게 되고, 따라서 등유 등은 이제 이웃의 소유물로 되었기 때문에 방해제거의 대상이 되지 않는다.²⁴⁾ 그렇지만 설령 부합으로 오염물질이 토지의 구성 부분이 되어 오염물질에 대한 소유권이 피방해토지 소유자에게 귀속된다 하더라도, 이는 -제3자에 의하여 '소유자의 의사와는 무관하게' 물건의 상태가 변화된 경우에 해당하여- 소유권 방해로 인정될 수 있기 때문에, 이러한 경우에도 피방해자는 방해자를 상대로 오염물질의 제거를 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.²⁵⁾ 그런가 하면 오염물질이 토지에 부합되지 않는 성질을 가지는 경우에도, 방해자가 정화비용 등의 부담 때문에 당해 물질에 대한 소유권을 포기해 버리면 더 이상 소유권참칭은 없고, 따라서 방해제거비용은 고스란히 피방해자의 몫으로 되는 점도 설득력이 없다.

24) 우리의 판례도 부합으로 방해물의 소유권이 피방해자에게 귀속하게 되면 피방해자는 더 이상 방해제거를 청구할 수 없다는 입장인데, 그러고 보면 우리 판례는 독일의 소유권한참칭설을 근거로 내세우고 있지는 아니하나, 그 근거에 있어서는 이 독일의 소수설과 맥을 같이하고 있다고 할 수 있다: 대법원 1966. 1.31. 선고 65다218 판결; 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다6495 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008다49202 판결. 대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다5917 판결도 -명시적으로 실시하고 있지는 않으나- 이러한 전제 하에 소유권에 기한 방해제거청구권을 인정하지 아니한 것으로 보인다.

25) 민법주해[V]양창수, 255-256면; 안경희, 앞의 논문, 2013, 30면; 이병준, 앞의 논문, 103-106면. 독일의 판례와 다수설도 기름유출로 인한 토양오염의 경우에 방해제거청구를 인정한다. BGH NJW 1987, 197; BGH NJW 1996, 845; Baur, Der Ersatz der Aufwendungen für präventiven Gewässerschutz, JZ 1964, 354, 355; Baur, AcP 175(1975), 177, 179 f.; Erman/Ebbing, § 1004 Rn, 93; Jauernig/Jauernig, § 1004 Rn. 7; Schwab/Prütting, Sachenrecht, Rn. 577; Soergel/Mühl, § 1004 Rn, 29; Wieling, Sachenrecht, S. 369. 이에 반대하는 견해도 있다: Erman/Hefermehl, § 1004 Rn, 11; Picker, Beseitigungsanspruch, S. 32, 38; Staudinger/Gursky, § 1004 Rn. 133.

3. 책임의 내용

방해제거책임의 내용은 오염원인을 제거하여 토양 또는 토지를 오염이 발생하기 전의 상태로 회복시키는 것이다. 방해자가 어떠한 방식으로 방해원인을 제거하는가는 원칙적으로 방해자에게 일임되어 있다. 따라서 방해자는 자신의 비용으로 직접 토양 오염원인을 제거할 수도 있고, -토양정화업자 등을 통하여- 대체집행을 할 수도 있다(제389조 제2항 후단, 민사집행법 제260조). 다만 방해자가 적시에 오염원인을 제거하지 않아 피방해자가 자신의 비용으로 토양을 정화한 경우에는, 피방해자는 사무관리 규정을 유추하여²⁶⁾ 또는 부당이득을 이유로²⁷⁾ 방해자로부터 자신이 지출한 비용을 상환 받을 수 있을 것이다.

IV. 하자담보책임

1. 의의

하자담보책임이라 함은 매매 기타 유상계약의 목적물인 물건에 하자가 있는 경우에 당해 물건을 인도한 채무자가 채권자에게 부담하는 손해배상의무, 계약해제로 인한 원상회복의무, 계약해지로 인한 청산의무 등을 말한다. 민법은 매도인의 담보책임에 관한 상세한 규정을 두고(제570조 내지 제584조) 이 규정들을 다른 유상계약에 준용하고 있으므로(제567조), 이하에서는 매매로 인한 하자담보책임을 중심으로 기술하기로 한다.

26) RGZ 167, 55, 59; BGHZ 65, 354; BGHZ 98, 235; BGHZ 106, 142; Baur/Stürmer, *Sachenrecht*, § 12 Rn. 22; Brem/Berger, *Sachenrecht*, § 7 Rn. 30; Erman/Ebbing, § 1004 Rn. 69; Jauernig/Jauernig, § 1004 Rn. 8; Picker, "Beseitigungsanspruch, nachbarrechtliches Selbsthilferecht und Verjährung von Ansprüchen aus eingetragenden Rechten - BGHZ 60, 235", *JuS* 1974, 357, 361; Schwab/Prütting, *Sachenrecht*, Rn. 578; Vieweg/Werner, *Sachenrecht*, § 9 Rn. 67; Wieling, *Sachenrecht*, S. 370.

27) BGHZ 97, 231; BGH NJW 1964, 1365; Baur/Stürmer, *Sachenrecht*, § 12 Rn. 22; Brem/Berger, *Sachenrecht*, § 7 Rn. 30; Erman/Ebbing, § 1004 Rn. 69; Erman/Hefermehl, § 1004 Rn. 24; Schwab/Prütting, *Sachenrecht*, Rn. 578; Vieweg/Werner, *Sachenrecht*, § 9 Rn. 67; Wieling, *Sachenrecht*, S. 370.

전술한 바와 같이 토양오염사건에서 주로 문제가 되는 것은 토지의 구성부분인 토양이 오염된 경우인데, 이는 곧 당사자들의 의사표시에 기하여 계약의 목적물로 특정된 물건인 토지의 性狀과 관련된 문제이므로, 토양오염도 제580조의 규율대상이 될 수 있다.²⁸⁾ 토지와 같은 특정물의 하자로 인한 담보책임의 법적 성질에 대하여는 법정책임설²⁹⁾과 채무불이행책임설³⁰⁾이 대립하고는 있으나 이 책임이 무과실책임이라는 점에 대하여는 이론이 없다. 따라서 하자담보책임은 -후술하는 채무자의 귀책사유를 요건으로 하는 채무불이행책임에 비하여- 매수인에게 유리한 구조로 되어 있다. 다만 매수인은 하자가 있음을 안 날로부터 6개월 내에 매도인에게 담보책임을 물어야 하는데(제582조), 토양환경평가 등을 통하여 토양이 오염되었다는 사실을 확정하려면 상당히 오랜 시간이 소요된다는 점에 비추어 볼 때, 이 단기의 제척기간은 매수인에게 불리하게 작용한다.

28) 박상열, 토양오염과 법률문제, 토양환경, 제1권 1호, 1996, 7면; 조은래, 토양환경보전법상 정화책임의 민사법적 검토, 환경법과 정책, 제8권, 2012, 42면; 조홍식, "토양환경침해에 관한 법적 책임", 환경법연구, 제24권, 1998, 340-341면.

29) 법정책임설에 따르면 본래 특정물의 인도 의무를 부담하는 채무자는 이행기의 현상대로 목적물을 인도할 의무를 부담할 따름이지만(특정물 도그마), 매매계약의 유상성에 비추어 매수인을 보호하고 일반거래의 신용을 보장하기 위하여 법률에서 특별히 하자담보책임을 법정하고 있으며, 이는 -채무불이행책임과는 무관한- 무과실책임이라고 한다(김중환·김학동, 채권각론, 박영사, 2006, 235면, 267면). 그런가 하면 하자담보책임은 본질에 있어서는 채무불이행 내지 불완전이행에 대한 책임이지만 연혁적 이유로 무과실의 법정책임으로 된 것으로 파악하는 견해도 있다(곽윤직, 채권각론, 박영사, 2003, 136-137면; 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2009, 194-195면; 송덕수, 앞의 책, 1395면). 종래 대법원판례의 입장이기도 하다: 대법원 1957. 10. 30. 선고 4290민상552 판결.

30) 채무불이행책임설은 채무자는 특정물인도채무에 있어서도 하자 없는 상태의 물건을 인도할 의무를 부담한다는 전제 하에 목적물에 하자 있는 특정물의 제공은 계약상 의무위반이라는 의미에서 채무불이행에 해당하며 아울러 제580조에서 법정하고 있는 무과실의 담보책임도 채무불이행의 성격을 갖는 것으로 해석한다: 김대정, 하자담보책임과 채무불이행책임의 경합, 민사법학, 제28호, 2005, 174면; 김봉수, 특정물매수인의 하자보수청구권, 비교사법, 17권 1호, 2010, 52-53면; 김주수, 채권각론, 삼영사, 1993, 182면; 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 1307면; 남효순, 담보책임의 본질론(II), 법학, 제35권 32호, 1994, 226면 이하; 명순구, 채무불이행규범의 일원화를 위한 기초, 비교사법, 제13권 4호, 2006, 319면; 사동천, 최근 국제적 동향에서 바라 본 우리 민법상 매도인의 하자담보책임에 관한 연구, 민사법학, 제24호, 2003, 39면; 안춘수, 하자담보법상의 문제점, 민사법학, 제11·12호, 1995, 419면 이하; 양형우, 앞의 책, 1108면; 윤철홍, 채권각론, 법원사, 2009, 196면; 이은영, 채권각론, 박영사, 2005, 309면; 지원림, 앞의 책, 1424면. 최근 판례의 입장이다: 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다17146 판결; 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586 판결.

2. 책임의 요건

특정물매매에 있어서 하자담보책임이 성립하기 위해서는 계약이 유효하게 성립되었어야 하고, 위험이전시에 목적물에 하자가 있어야 하며³¹⁾ 매수인이 목적물에 하자가 있음을 알지 못하고, 알지 못하는 데 과실이 없어야 한다.³²⁾ 매수인의 선의·무과실에 대한 입증책임은 담보책임을 면하려는 매도인이 부담하므로,³³⁾ 예컨대 매매계약을 체결하기 전에 매수인이 토양환경평가 등을 통하여 당해 토지가 오염되었음을 이미 인지하고 있었다는 사실을 매도인이 증명해야 한다.

이러한 요건 가운데 토양오염사례에서는 토양오염으로 토지 사용에 제한을 받는 것이 '하자'에 해당하는지의 여부가 논의의 핵심이다. 통상 하자는 매매목적물인 물건의 현재 성상(Ist-Beschaffenheit)과 계약당위적 성상(Soll-Beschaffenheit)이 불일치하여 물건의 사용가치 또는 교환가치가 상실되거나 상당하지 않게 하락되는 경우에 인정된다. 다만 하자의 판단기준에 대하여는 일반적으로 그 종류의 물건이 통상 가지고 있는 성질이 없는 경우를 하자로 파악하는 객관설³⁴⁾, 당사자 사이에 합의된 성질이 없으면 하자가 존재하는 것을 원칙으로 하되 당사자의 의사가 불분명한 경우에는 객관설과 마찬가지로 해석하는 주관설³⁵⁾ 및 물건이 본래 가지고 있어야 할 객관적 성질이 없는 경우와 매매 당사자가 합의한 성질이 없는 경우를 모두 병렬적으로 하자로

31) 박윤직, 채권각론, 148면; 김주수, 채권각론, 197면; 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 1316면; 사동천, 앞의 논문, 15면; 이은영, 채권각론, 338면; 지원림, 앞의 책, 1437면. 이에 비하여 계약체결시를 기준으로 하자 유무를 판단하는 견해도 있다. 김범철, 매매계약상 하자의 존재시기, 민사법학, 제20호, 2001, 363-364면; 김중환·김학동, 채권각론, 239면; 송덕수, 앞의 책, 1407면. 판례는 특정물매매에 있어서 하자 유무를 계약성립시를 기준으로 판단하고 있다. 대법원 2000. 1. 18. 선고 98다18506 판결.

32) 이러한 맥락에서 토양환경보전법 제10조의4 단서에서도 "토양오염관리대상시설을 양수 또는 인수한 자가 양수 또는 인수 이전에 토양환경평가를 받아 그 토양오염관리대상시설의 오염 정도가 우려기준 이하인 것을 확인하는 등 선의(善意)이며 과실이 없을 때에는 당해 양수인 또는 인수인을 오염원인자로 간주하지 않는다.

33) 김주수, 채권각론, 197면; 김중환·김학동, 채권각론, 274면; 송덕수, 앞의 책, 1407면; 윤철홍, 앞의 책, 207면; 이은영, 채권각론, 339면; 지원림, 앞의 책, 1437면.

34) 박윤직, 채권각론, 148면; 김주수, 채권각론, 197면; 윤철홍, 앞의 책, 2009, 206면.

35) 김범철, 앞의 논문, 356면; 김봉수, 앞의 논문, 68면; 김중환/김학동, 채권각론, 269면; 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 1314면; 사동천, 앞의 논문, 12면; 송덕수, 앞의 책, 1405면. 이은영, 채권각론, 335면에서는 '절충설'을 주장한다고 기술되어 있으나, 그 내용은 주관설에 해당한다.

파악하는 병존설³⁶⁾이 대립하고 있다. 생각건대 매매목적물은 당사자들이 약정한 내용에 따라 확정되는바, 물건의 하자 유무도 일차적으로 계약당사자들이 합의했던 내용을 기준으로 판단하는 것이 바람직하다. 다만 당사자들 사이에 이러한 약정이 없는 경우에는 객관적 기준에 따라서 하자 유무를 판단해야 할 것이다.

이렇게 하자의 개념을 파악하는 경우에는 원칙적으로 토지의 성상과 관련하여 계약당사자들이 합의한 것을 기준으로 토지의 '있어야 할 성상'을 판단하게 되므로, 매수인이 당해 토지를 구입한 '목적'이 중요한 의미를 가진다. 우선 토지의 물질적인 성상(구조, 위치 등)으로 말미암아 매수인이 당해 토지를 구입한 목적에 상응하게 토지를 사용하는 것이 불가능하게 된 경우에 제580조 제1항의 의미에서의 하자가 존재한다. 가령 건축 목적으로 나대지를 구입했으나 토양오염으로 건물을 짓는 것이 불가능하거나 기초공사에 많은 비용이 드는 경우에는 -당해 토지의 사용가치가 상실 내지 하락되므로- 하자가 인정될 것이다.³⁷⁾ 판례도 매매의 목적물인 대지에 다량의 폐기물이 매립되어 있어 그 폐기물을 제거하지 않고서는 통상적인 건축행위를 할 수 없는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 토지는 건물부지의 품질 내지 상태를 갖추지 못하여 제580조에서 정하는 '매매의 목적물에 하자가 있는 때'에 해당한다고 보고 있다.³⁸⁾

토지 사용의 제한은 토지와 자연과의 사실적·법적인 관계로부터도 발생할 수 있다. 예컨대 폐기물처리장, 쓰레기처리장, 홍수 위험지역, 침수지역 등에 위치한 토지는 토지 자체의 물질적 성상으로 말미암아 토지 사용에 제한을 받으므로 하자가 있다고 볼 수 있다.³⁹⁾ 나아가 토양오염으로 건축제한을 받거나 건축허가를 받지 못한 경

36) 김상용, 채권각론, 203면; 양형우, 앞의 책, 1109면; 지원립, 앞의 책, 1435면. 판례로 이러한 입장인 것으로 보인다: 대법원 2000. 1. 18. 선고 98다18506 판결; 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다30554·30561 판결; 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000다17834 판결; 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586 판결.

37) Erman/Grunewald, § 434 Rn. 30; Frey, *Haftung für Altlasten*, Frankfurt/M, 1992, S. 122 f.; Jauernig/Berger, § 434 Rn. 25; Leinemann, *Altlasten im Grundstücksverkehr*, 1990, S. 6; MünchKomm/Westermann, § 434 Rn. 50; Palandt/Weidenkaff, § 434 Rn. 62; Reuter, "Altlast und Grundstückskauf", *BB* 1988, 497, 498; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 434 Rn. 140.

38) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586 판결; 서울지법 2007. 10. 25. 선고 2006가합34379 판결.

39) Erman/Grunewald, § 434 Rn. 30; Jauernig/Berger, § 434 Rn. 25; MünchKomm/Westermann, § 434 Rn. 50; Palandt/Weidenkaff, § 434 Rn. 62; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 434 Rn. 140;

우도, 이는 토지라는 물건 자체에서 비롯된 것이어서 매매목적물의 물질적 성상과 관련된 것이므로, 물건의 하자로 볼 수 있을 것이다.⁴⁰⁾

나아가 공공의 안전 및 질서에 대한 위협으로 인하여 토지소유자가 공법상 정화책임을 부담하는 경우, 가령 토양오염물질이 토양환경보전법상 우려기준을 초과하여 매수인이 오염원인자로서 정화책임 내지는 그에 상응하는 비용을 부담하는 경우에(동법 제10조의3 제1항, 제10조의4 제3호) 토지의 하자를 인정할 수 있는지에 대하여도 검토할 필요가 있다. 이 경우에도 통상의 물건 하자과 마찬가지로 토양정화책임으로 당해 토지의 가치가 침해되는지의 여부가 하자 유무를 판단하는 기준이 될 텐데, 매수인이 정화책임을 부담한다고 하여 당해 토지의 사용가치가 크게 감소하지는 않을 수 있다. 그렇지만 -“오염지(Altlast)는 곧 비용부담(Kostenlast)을 의미한다.”⁴¹⁾고 인식될 정도로- 토양정화에는 많은 비용이 드는바, 매수인이 공법상 토양정화책임을 부담하게 되면 당해 토지의 교환가치 내지는 매매가격은 하락하기 마련이다.⁴²⁾ 따라서 매수인이 오염된 토지의 소유자로서 토양정화책임을 부담하는 경우에는 제580조 제1항의 의미에서 계약해제권, 손해배상청구권이 주어지는 하자가 존재하는 것으로 보아야 한다. 뿐만 아니라 우려기준을 초과하지 않는 법정토양오염물질에 의하여 토지가 오염된 경우에는 토양환경보전법상 토양오염은 존재하지 않지만, 예컨대 토지가 농업용

Strunden, *Altlasten*, S. 28.

40) 대법원 2000. 1. 18. 선고 98다18506 판결; 김증한·김학동, *채권각론*, 270면; 송덕수, 앞의 책, 1406면; 이은영, *채권각론*, 338면; 지원립, 앞의 책, 1437면. 독일에서의 판례 및 통설의 입장이기도 하다: RGZ 131, 343, 348 f.; BGHZ 67, 134, 136; BGH NJW 1986, 2824, 2825; BGH WM 1989, 857, 858; Erman/Grunewald, § 434 Rn. 30; Frey, *Haftung für Altlasten*, S. 124; Jauernig/Berger, § 434 Rn. 25; MünchKomm/Westermann, § 434 Rn. 50; Johlen, “Haftung des Grundstücksverkäufers bei Unbebaubarkeit des verkauften Baugrundstücks”, *NJW* 1979, 1531, 1532; Knoche, “Sachmängelgewährleistung beim Kauf eines Altlastengrundstücks”, *NJW* 1995, 1985, 1986; Leinemann, *Altlasten im Grundstücksverkehr*, S. 8; Marburger, *UTR* Bd. 3, S. 169, 173; Palandt/Weidenkaff, § 434 Rn. 61; Reuter, *BB* 1988, 497, 498; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 434 Rn. 138; Strunden, *Altlasten*, S. 30. 이에 비하여 법률적 장애를 물건의 하자로 보게 되면 경매의 경우에는 매도인이 담보책임을 부담하지 아니하게 되어 매수인에게 불리하다는 이유로 이를 권리의 하자로 보는 견해도 있다: 박윤직, *채권각론*, 148면; 김상용, *채권각론*, 203면; 김주수, *채권각론*, 197면; 윤철홍, 앞의 책, 207면.

41) Reuter, *BB* 1988, 497, 497.

42) 결과에 있어서 동일: 조은래, 앞의 논문, 42면; Reuter, *BB* 1988, 497, 498; Strunden, *Altlasten*, S. 51.

또는 유기농업용으로 매도되었으나 토양의 질로 말미암아 비교 가능한 다른 농업용지에 비하여 통상적인 수확량에 못 미치는 경우에는 토지의 가용성이 제한되고 따라서 그러한 토지는 하자가 있다고 보아야 할 것이다.⁴³⁾

하자담보책임에 관한 민법규정은 -강행규정인 제214조와는 달리- 임의규정이므로, 당사자들이 담보책임을 면제하는 특약을 하게 되면 이 책임이 포괄적으로 배제될 수 있다(제584조). (구)한국철강부지사건에서도 취소소송과는 별도로 부영주택이 한국철강을 상대로 토양오염 정화비용 282억원과 사업 지연에 따른 손해배상액 등 557억원을 요구하는 민사소송을 제기했으나 1심 재판부는 매매계약서의 “본 건 부동산의 지상 또는 지하에서 폐기물이 발견되는 경우, 매수인이 자신의 책임과 비용으로 이를 처리·제거 또는 폐기한다.”는 조항을 한국철강에 대한 면책규정으로 해석해 소송을 기각한 바 있다.⁴⁴⁾ 다만 이러한 특약을 맺은 경우에도 매도인이 알고 고지하지 않은 사실에 대하여는 매도인이 책임을 부담한다. 따라서 매도인이 토양오염사실은 인식하였으나 구체적으로 어떤 오염물질에 의하여 토양이 오염되었는지에 대하여는 알지 못한 상태에서 담보책임면제의 특약을 한 경우에도, 매도인은 이 면책특약에 기하여 담보책임을 면제를 주장할 수 없다고 보아야 한다. 기령 전술한 바와 같이 토지가 과거에 쓰레기 매립지 내지 산업폐물 처리장으로 사용되었던 경우에는 당해 토지가 제한적으로만 사용된다거나 기초공사비용이 많이 드는 등의 문제가 발생할 수 있기 때문에 이러한 사실은 매매계약의 목적 달성에 중요한 영향을 미치는바, 매도인이 토지의 과거 용도를 알고 있었다면, 매도인은 -구체적으로 매립된 쓰레기, 폐기물의 종류를 알고 있었는지의 여부를 불문하고- 이를 매수인에게 고지해야 할 것이다.⁴⁵⁾

43) RGZ 129, 280, 283; Strunden, *Altlasten*, S. 69.

44) <<http://www.idomin.com/news/articleView.html?idxno=389394>> (최종방문일: 2014년 7월 2일). 다만 항소심 재판부는 ‘한국철강은 부영에 100억 원을 2012년 3월 31일까지 지급하고, 부영은 나머지 청구를 포기한다.’는 내용의 강제조정 결정을 내렸고 양 측이 받아들이면서 소송이 마무리됐다(2011.10.31). 이와 더불어 한국철강은 법원 조정이 확정되면 부영주택이 현재 터 소유자로서 정화를 책임지고 이행하겠다는 확약을 조건으로 내걸었다고 한다. 따라서 오염 정화 주체와 비용 문제를 둘러싼 법적 다툼은 사실상 헌법소원을 제기하기 전에 모두 끝난 상태였다.

45) 결과에 있어서 동일: BGH, NJW 1991, 2900, 2901; BGH, NJW 1994, 253, 254; BGH, NJW 1995, 1549, 1550.

3. 책임의 내용

매도인은 특정물의 하자로 매수인이 매매의 목적을 달성할 수 없을 때에는 계약해제로 인한 원상회복의무와 손해배상의무를, 하자가 그 정도로 중대하지 않은 때에는 손해배상의무를 각각 부담한다(제580조 제1항, 제575조 제1항). 먼저 계약해제로 매수인이 매도인에게 오염된 토지를 반환하게 되면 매수인은 이제 더 이상 토지소유자가 아니므로, 소유자의 지위에서 부담하게 되는 토양환경보전법상 상태책임도 부담하지 않게 된다.⁴⁶⁾

물건의 하자로 인한 손해는 -차액설에 근거하여- “당해 물건의 하자가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 하자가 있는 현재의 재산상태의 차이”⁴⁷⁾를 말한다. 손해배상의 범위에 대하여는 담보책임이 무과실책임이라는 점을 근거로 이행이익을 넘지 않는 범위에서 신뢰이익을 배상하면 충분하다는 견해⁴⁸⁾, 하자에 상응하는 만큼의 대금을 감액해 준다는 의미가 내포된 신뢰이익의 배상이라는 견해⁴⁹⁾, 담보책임을 채무불이행 책임의 일종으로 보아 손해배상의 일반원칙에 따라 통상의 손해를 한도로 이행이익을 배상해야 한다는 견해⁵⁰⁾ 및 매도인이 무과실일 때에는 신뢰이익의 배상에 그치지만 매도인에게 귀책사유가 있는 경우에는 이행이익까지 배상해야 한다는 견해⁵¹⁾가 대립하고 있다. 생각건대 다수설과 같이 특정물의 하자로 인한 담보책임의 법적 성질을 채무불이행책임으로 보는 경우에도, 담보책임은 -채무불이행책임과는 달리- 하자있는 목적물과 대금 사이의 대가적 교환관계를 회복하기 위하여 인정되는 것이고 무과실책임으로 구성되어 있는바, 매수인이 물건에 하자가 없다고 믿었기 때문에 입은 손해를 배상하는 것으로 충분하다고 할 것이다. 이러한 신뢰이익의 손해에는 하자의 제거를

46) Marburger, *UTR* Bd. 3, S. 169, 172; Peine, “Rüstungsaltlasten”, *DVB* 1990, 733, 739; Strunden, *Altlasten*, S. 22.

47) 대법원 2010. 4.29. 선고 2009다91828 판결.

48) 곽윤직, *채권각론*, 140면.

49) 김대정, *앞의 논문*, 180면; 송덕수, *앞의 책*, 1408면; 지원립, *앞의 책*, 1438면.

50) 김주수, *채권각론*, 205면; 사동천, *앞의 논문*, 36면; 윤철홍, *앞의 책*, 209면; 이은영, *채권각론*, 317면.

51) 김상용, *채권각론*, 196면; 김중환·김학동, *채권각론*, 245-246면; 김형배·김규완·김명숙, *앞의 책*, 2010, 1318면. 관례도 이러한 입장이다: 대법원 1989. 11. 14. 선고 89다카15298 판결; 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586 판결.

위한 비용(토양정화비용 내지는 폐기물처리비용), 계약준비비용(감정비, 견적비 등), 담보권설정비용 등이 포함되는데, 실제에 있어서는 -토양이 오염되지 않은- 토지의 시가(정상가)에서 이러한 비용들을 감액하게 될 것이다. 이에 비하여 매도인에게 귀책 사유가 있는 경우에는 후술하는 채무불이행책임에 기한 손해배상과 마찬가지로 -채무가 완전히 이행되었더라면 존재하였을 가상적 이익인- 이행이익의 손해를 배상해야 한다.

통상 신뢰이익의 손해는 이행이익의 손해보다 작지만, 예외적으로 전자가 후자보다 큰 경우에는 -계약이 무효인 경우에 채권자로 하여금 계약이 유효하여 정상적으로 이행되었더라면 그가 차지할 수 있었던 이행이익보다 더 큰 신뢰이익의 배상을 받을 수 있게 하는 것은 불합리하기 때문에⁵²⁾- 그 배상한도는 이행이익의 한도로 제한된다고 해석된다. 따라서 매도인이 하자제거비용에 대한 배상을 청구하는 경우에, 그 배상한도는 원칙적으로 하자 없는(토양이 오염되지 않은) 토지의 시가로 한정된다고 보아야 할 것이다.⁵³⁾

V. 채무불이행책임

1. 의의

채무불이행책임이라 함은 채무자에게 책임 있는 사유로 채무의 내용에 좇은 이행이 이루어지지 않은 경우에 채무자가 채권자에게 부담하는 손해배상의무, 계약해제로 인한 원상회복의무, 해지로 인한 청산의무 등을 말한다(제390조, 제548조). 전술한 바와 같이 토양오염사례는 채무자가 채무의 이행으로서 토지를 인도했으나 당해 토지의 토양이 오염되어 채권자에게 손해가 발생한 경우 또는 부가적 손해가 발생한 경우⁵⁴⁾

52) 송덕수, 앞의 책, 1015면; 지원림, 앞의 책, 1079면.

53) 동자: 김대정, 앞의 논문, 189면. 이에 비하여 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586 판결에서는 폐기물처리비용이 매매대금을 초과한다는 사정은 손해배상청구권 행사에 아무런 장애가 되지 않는다고 보고 있다.

54) 이와 같이 불완전이행과 적극적 채권침해를 동일한 내용의 채무불이행의 유형으로 이해하는 견해가

가 주를 이루므로, 토양오염으로 인한 채무불이행의 유형은 이른바 불완전이행⁵⁵⁾이 대부분을 차지한다.

매도인이 고의 또는 과실로 매수인에게 오염된 토양을 구성부분으로 하는 토지를 인도한 경우에는 제580조의 하자담보책임과 제390조의 불완전이행책임을 요건을 모두 충족하게 되므로, 양 규정의 경합여부가 문제된다.⁵⁶⁾ 먼저 담보책임은 채무불이행 책임의 특칙으로서의 성격을 가지므로 동일한 사실이 양책임의 요건을 충족시키는 경우에는 특칙인 담보책임만이 발생한다는 견해⁵⁷⁾, 원칙적으로 담보책임이 발생하지만, -확대손해와 같이- 어떤 사실이 담보책임으로 전보되지 않으나 채무불이행책임으로 전보되는 경우에는 예외적으로 그 부분에 한정하여 채무불이행책임도 발생한다는 견해⁵⁸⁾, 담보책임에 관한 규정을 두고 있다 하더라도 매도인의 귀책사유를 이유로 불완전이행에 기한 채무불이행책임을 물을 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니므로 -확대손해가 없는 때에도- 양자의 경합을 인정하는 견해⁵⁹⁾가 주장되고 있다. 폐기물처리비

다수이다: 박윤직, 채권총론, 박영사, 2003, 88면; 김상용, 채권총론, 화산미디어, 2010, 128면, 135면; 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 929면; 양형우, 앞의 책, 794면; 정기웅, 채권총론, 법문사, 2009, 146면; 지원립, 앞의 책, 1066면. 이에 비하여 양자를 구분하여 광의의 불완전이행에는 급부 자체가 불완전한 협의의 불완전이행과 불완전이행으로 인하여 확대손해가 발생한 경우를 적극적 채권침해로 나누어서 이해하는 견해도 있다: 김주수, 채권총론, 삼영사, 2003, 134면.

55) 민법에는 이행지체와 이행불능에 관한 규정만 두고 있을 뿐 불완전이행에 대하여는 규정하고 있지 아니하나, 이 또한 제390조에서 법정하고 있는 “채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때”에 해당하므로, 이를 채무불이행의 한 유형으로 파악하는 것이 일반적이다: 김상용, 채권총론, 화산미디어, 129면; 김주수, 채권총론, 135면; 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 2010, 930면; 송덕수, 앞의 책, 1007면; 양형우, 앞의 책, 795면; 이은영, 채권총론, 박영사, 2009, 239면; 정기웅, 앞의 책, 148면; 지원립, 앞의 책, 1066면.

56) 대금감액을 효과로 하는 하자담보책임과 이행이익 또는 확대손해의 배상을 내용으로 하는 일반적 채무불이행책임은 적용법조가 처음부터 다르거나 이행이익 또는 확대손해의 배상을 내용으로 하는 하자담보책임만이 인정되어야 하므로, 양 책임의 경합이라는 문제는 발생하지 아니한다는 견해도 있다: 김대정, 앞의 논문, 181면.

57) 김중환·김학동, 채권각론, 241-241면, 278면; 송인권, 매도인의 담보책임과 채무불이행책임의 경합, 법조, 제55권 4호, 2006, 224면 이하.

58) 박윤직, 채권각론, 150면; 김주수, 채권총론, 138면.

59) 채무불이행책임설을 취하는 학자들이 주로 청구권경합을 인정한다: 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 932면; 양형우, 앞의 책, 796면; 이은영, 채권각론, 313-314면; 지원립, 앞의 책, 1425면. 법정책임설을 취하면서도 양책임의 요건과 효과, 행사기간이 상이하므로 매수인의 보호를 위하여 양 청구권의 경합을 인정하는 견해도 있다: 김상용, 채권각론, 211면; 송덕수, 앞의 책, 1008면.

용 상당의 손해에 대한 배상이 문제가 된 사례에서 판례도 “토지 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 손해배상 책임을 부담하고, 이는 하자 있는 토지의 매매로 인한 민법 제580조 소정의 하자담보 책임과 경합적으로 인정”된다고 판시한 바 있다.⁶⁰⁾ 다수설 및 판례와 같이 양자의 경합을 인정하게 되면 원고측에서 무과실책임으로 구성되어 있는 하자담보책임을 주장할 것 같지만, 전술한 바와 같이 이 제580조에 기한 청구권은 하자를 안 날로부터 6개월 내에 행사해야 하고⁶¹⁾ 손해배상의 범위도 신뢰이익으로 한정되는 등의 문제가 있으므로 제390조의 채무불이행책임이 갖는 의미가 적지 않다.

2. 책임의 요건

불완전이행책임이 성립하려면 채무자가 고의 또는 과실로 채무의 내용에 좇지 않은 이행행위를 했어야 하고, 이러한 불완전한 이행으로 말미암아 채권자에게 손해가 발생해야 하며, 당해 행위가 위법해야 한다. 이러한 요건 가운데 토양오염사건의 경우에는 채무자의 위법한 의무위반행위와 귀책사유가 중요하게 다루어진다.

먼저 영업용 또는 산업용으로 사용되는 토지의 구성부분인 토양이 오염된 경우, 가령 미산주유소사건에서처럼 토지 임차인이 주유소 영업을 하면서 임차목적물인 토양을 오염시킨 경우에는, 이러한 토지 사용이 ‘채무의 내용에 좇지 않은 이행행위’에 해

60) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다51586 판결.

61) 불완전이행의 효과로 발생하는 완전물급부청구권, 추완청구권 및 손해배상청구권의 소멸시효기간에 대하여는 학설의 대립이 있다. 이러한 청구권에 대하여 장기의 시효기간을 인정하는 경우에는 장기간이 경과한 후에도 채권자로부터 청구를 받게 되어 채무자에게 가혹할 뿐만 아니라 신의칙에도 반하는 결과가 된다는 이유로 이들 청구권은 모두 신의칙상 상당한 기간이 경과하면 손해배상청구권이 소멸한다는 견해(곽윤직, 채권총론, 95면; 김주수, 채권총론, 144면)가 있다. 이에 비하여 불완전이행의 효과로 발생하는 여러 청구권들 가운데 손해배상청구권은 10년의 시효에 걸린다고 보는 견해(김대정, 앞의 논문, 193면; 김상용, 채권총론, 136면)와 채권자는 불완전이행의 효과로 손해배상청구권을 행사할 수 있을 따름이고 이 권리는 이행지체, 이행불능에 있어서와 다르게 취급될 이유가 없으므로 10년의 소멸시효의 대상이 된다는 견해(송덕수, 앞의 책, 1009면)도 있다.

당하는지의 여부가 검토되어야 한다. 일단 임차인이 주유소 영업용으로 토지를 임차한 경우에는 당해 토지에서 주유소 영업을 하는 것 자체는 계약 또는 목적물의 성질에 의하여 정해진 용법으로 임차목적물을 사용·수익하는 것(제654조에 의한 제610조의 준용)에 해당한다. 그렇지만 주유소 영업으로 인한 토양오염행위도 '채무의 내용에 좇은 이행행위'에 포함되는지는 의문이다. 왜냐하면 계약당사자들이 주유소 영업용으로 토지를 임대하는 데 합의하였고, 주유소 영업 자체가 기름 등 토양을 오염시킬 수 있는 물질을 사용하는 권한을 내포하고 있으며 주유소용으로 토지가 사용되는 경우에는 부득이하게 기름 등으로 토양이 오염될 수 있지만, 그렇다고 하여 당해 토지에서 행하는 모든 토양오염행위가 '허용'된다고 해석할 수는 없기 때문이다. 따라서 이 문제는 결국 어느 범위까지 토양오염행위를 허용할 것인가의 문제, 즉 위법성의 문제로 귀착된다. 물론 기타의 채무불이행책임에서와 마찬가지로 토양오염사건에서도 위법성은 소극적으로 징표되므로, 임대인이 임차인의 토양오염 사실(채무불이행)과 손해발생사실 및 그 손해를 금전적으로 평가한 배상액을 입증하게 되면 -위법성 조각사유가 없는 한- 당해 행위는 일응 위법한 것으로 추정된다. 따라서 임대인이 물건의 반환을 받은 날로부터 6개월 내에 계약에 반하는 사용을 이유로 손해배상을 청구하면서(제654조에 의한 제617조의 준용) 토양환경평가 등을 통하여 임차인의 임대차 기간 중에 토양이 오염된 사실을 증명하면, 임차인이 현재의 과학기술의 수준으로 토양오염을 회피할 수 없다는 이른바 기술수준의 항변을 하거나, 다른 원인으로 토양이 오염되었다는 사실을 입증해야 한다. 아울러 토양환경보전법상 우려기준이 설정되어 있는 경우에는 임차인이 토양을 오염시킨 것은 사실이나 그 오염의 정도가 우려기준을 초과하지 않는다고 항변할 수도 있는데, 전술한 바와 같이 우려기준은 동법상 위법성조각사유가 될 수는 있으나, 민법상 위법성이 항상 이 기준에 의하여 확정되는 것은 아니다. 물론 우려기준을 초과하는 토양오염이 발생한 경우에는 공법상으로도 민법상으로도 위법성을 인정하는 데 무리가 없을 것이다. 다만 우려기준은 토양오염이 일정한 수치에 달하면 공중이 위험에 처할 수 있다는 '사전예방적'인 차원에서 마련된 것이므로, 이 기준에서 미처 고려되지 못한 비전형적인 사례가 발생한 경우 등에는 우려기준을 준수했거나 그 기준 이하의 토양오염이 발생한 경우라 해도 사법상으로는 당해 행위를 위법한 것으로 판단할 수 있다.⁶²⁾

나아가 채무자가 고의 또는 과실로 불완전한 이행을 했어야 한다. 주지하다시피 고의는 자신의 행위로 불완전이행이라는 결과가 발생할 것을 인식했음에도 불구하고 그 행위를 하는 것을, 과실은 불완전이행이 발생할 것을 인식했어야 함에도 불구하고 부주의로 이를 인식하지 못하고 행위하는 것을 각각 의미한다. 민사사건에서는 주로 후자, 즉 주의의무를 게을리한 행위가 문제되는데, 토지와 같은 특정물의 임차인은 임대차기간이 종료되면 임차목적물을 이행기의 현상대로 임대인에게 반환해야 하므로(제374조), 임차인은 전 임대차 기간 동안 선량한 관리자의 주의로 당해 물건을 보존할 의무를 부담한다(추상적 경과실). 따라서 임차인의 속하는 직업, 지위에 있는 사람들에게 평균적·일반적으로 요구되는 정도의 주의를 기준으로 한다.

다만 주의의무의 내용이 무엇인가에 대해서는 견해가 대립하고 있다. 먼저 '방지의무위반설(회피가능성설)'은 결과발생의 예방을 위하여 일정한 방지시설을 하여야 할 의무를 위반한 경우에 과실이 있는 것으로 본다.⁶²⁾ 따라서 가령 주유소 부지의 토양오염이 문제가 되는 경우를 상정한다면, 주유소 임차인이 임차지를 사용하면서 현대의 과학기술 수준에서 토양오염으로 인한 손해를 저감시키기 위하여 상당한 설비를 갖춘 경우에는 과실이 없는 것으로 되어 책임이 조각된다. 이에 비하여 '예견가능성설'은 손해발생에 관한 예견가능성이 있으면 조업정지 등을 통하여 손해회피조치를 취함으로써 손해를 방지할 수 있다는 점에서 예견가능성을 과실의 중심개념으로 삼는 입장이다.⁶⁴⁾ 따라서 임차인이 토양오염으로 인한 손해의 발생가능성은 인식했으나 - 모든 주의를 다 기울였음에도 불구하고 - 유해한 결과를 회피할 수 없었던 경우에도 과실은 인정된다. 생각건대 방지의무위반설에 따르면 주유소 임차인이 상당한 토양오염저감설비를 갖추기만 하면 실령 임대인에게 중대한 침해가 발생한 경우라 해도 임차인의 과실이 인정되지 않고 따라서 임차인은 손해배상책임을 지지 않게 되는바, 이 견해는 임차인의 영업활동의 자유를 적극적으로 보장하는 반면 임대인의 보호에는 미

62) 이러한 배출허용기준의 의의에 대하여는 안경희, 공법상 배출허용기준의 사법상 의미, 비교사법, 제11권 4호, 2004, 324면 이하 참조.

63) 대법원 1973. 5. 22. 선고 71다2016 판결.

64) 대법원 1973. 10. 10. 선고 73다1253 판결; 박윤직, 채권총론, 540면; 손운하, 환경침해와 민사소송, 청림출판, 2005, 62면; 전경운, 환경침해피해의 사법상 구제법리, 환경법연구, 제25권 2호, 2003, 366면.

흡한 이론이다.⁶⁵⁾ 따라서 임대인의 보호를 위해서는 예견가능성설에 따라 임차인이 토양오염으로 인한 손해의 발생을 예견할 수 있었던 경우에는 그에게 과실이 있는 것으로 보아야 할 것이다. 다만 환경에 대한 의식 내지는 토양오염으로 인한 위험에 대한 인식이 확산될수록 이 예견가능성의 유무 및 범위도 상향 조정되기 마련인데, 임차인 등의 예견가능성의 범위를 지나치게 확대하면 무과실책임을 인정하는 결과가 되므로, 예견가능성의 유무는 동종의 업무에 종사하는 자가 통상 갖추고 있는 전문적 지식을 표준으로 ‘객관적으로’ 판단해야 할 것이다.

3. 책임의 내용

불완전한 이행의 제공이 있다 하더라도 완전이행이 가능한 경우라면, 채무자는 완전물 급부의무, 즉 추완방법이 있는 경우에는 추완의무 및 이행지체로 인한 손해배상의무를 부담한다.⁶⁶⁾ 이에 비하여 급부의 목적물이 멸실하거나 완전이행이 가능해도 새로운 이행이 채권자에게 아무런 이익을 주지 않는 경우에는 이행불능이 발생하므로, 채무자는 전보배상을 해야 한다.⁶⁷⁾ 그밖에 불완전이행의 결과 채권자에게 목적물 이외의 ‘다른 법익’에 이행이익을 초과하는 부가손해 내지는 확대손해가 발생한 경우, 가령 토지임차인이 임대차기간 중에 고의 또는 과실로 토양을 오염시켰고 이로 말미암아 임대인의 생명, 신체, 건강 등에 침해가 발생한 경우에는, 임차인은 이러한 확대손해에 대한 배상의무도 부담한다.

불완전이행으로 인한 손해는 채무자가 채무를 이행하지 않았기 때문에 채권자가 입은 손해, 즉 ‘이행이익의 손해’를 의미한다. 그렇지만 채무자가 채권자에게 발생한

65) 박윤직, 채권총론, 540면; 구연창, 환경오염의 사법적 구제 재조명, 환경법연구, 제11권, 1989, 158면; 손윤하, 앞의 책, 62면; 이동아, 환경소송에 있어서 입증책임완화에 관한 연구, 법조, 제563호, 2003, 69면; 전경운, 앞의 논문, 365면.

66) 박윤직, 채권총론, 94면; 김상용, 채권총론, 134면; 김주수, 채권총론, 143면; 양형우, 앞의 책, 799면; 이은영, 채권총론, 242면; 정기웅, 채권총론, 153면; 지원림, 앞의 책, 1069면.

67) 박윤직, 채권총론, 95면; 김주수, 채권총론, 144면; 양형우, 앞의 책, 800면; 정기웅, 채권총론, 153-154면; 지원림, 앞의 책, 1069면. 이에 비하여 손해배상의 범위에 관하여 금전배상주의를 취하고 있는 우리 민법상 불완전급부의 경우에 완전이행청구권 특히 추완청구권이 가능한지는 의문이므로, 우리 민법에 있어서는 손해배상청구권만 생긴다고 보는 견해도 있다: 송덕수, 앞의 책, 1009면.

손해 전부를 배상해야 하는 것은 아니고, 채무자는 제393조 제1항에 따라 특별한 사정이 없는 한 그 종류의 채무불이행이 있으면 사회 일반의 거래관념 또는 경험칙에 비추어 통상 발생하는 것으로 생각되는 통상손해⁶⁸⁾만 배상하면 된다. 이에 비하여 제393조 제2항의 특별한 사정으로 인한 손해는 당사자들의 개별적, 구체적 사정에 따른 손해를 의미하는데, 이러한 특별손해는 채무자에게 예견가능성이 있었던 경우에 한하여 배상범위에 포함된다.

나아가 불완전 이행으로 채권자가 계약의 목적을 달성할 수 없거나 계약의 이행이 채권자에게 아무런 이익도 없는 경우에 채권자가 매매 등 일시적 계약을 해제하면 채무자는 원상회복의무를, 임대차 등 계속적 계약을 해지하면 채무자는 청산의무를 각각 부담한다.

VI. 맺음말

1. 토양오염으로 인한 민사책임은 주로 토지를 구성하는 토양이 오염된 경우에 문제된다. 이러한 경우 민법상 권리의 객체인 물건은 토양이 아니라 토지이고, 토양은 토지와 별개의 독립한 물건이 아니라 당해 토지를 구성하는 요소에 불과하므로, 토지의 구성부분인 토양에도 토지 소유권의 효력이 당연히 미친다. 따라서 토양이 오염되었다는 것은 곧 당해 토양을 구성부분으로 하는 토지가 오염되었다는 것을 의미하고, 이는 토지소유자의 의사와는 무관한 토지의 상태 변화(‘방해’) 또는 토지소유권이라는 사익에 대한 비자발적 손실(‘손해’)로 인정된다.

2. 토양오염물질의 배출 등으로 인한 토지의 상태 변화가 현존하는 경우에는 그러한 방해를 야기한 자에게 제214조에 근거하여 방해제거책임을 물을 수 있다. 이 책임은 절대권인 물권의 내용의 완전한 실현이 방해받고 있는 경우에 -물권의 실효성을 확보하기 위하여- 인정되는 것이므로, 토양오염으로 인한 소유권 방해가 존속하는 한 방해자는 기간의 제한 없이 방해제거의무를 부담한다. 다만 채무불이행으로 인한 책임의 근거가 채무자의 고의 또는 과실이라는 有責性에 있는 것과는 달리, 방해제거책

68) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다24842 판결.

임의 근거는 인간의 행위를 직접 원인으로 소유권 방해가 발생했다는 因果性 또는 방해자가 妨害源인 물건에 대한 소유자라는 물권법적인 관계에 있다. 방해제거책임의 내용은 오염원인을 제거하여 토양오염이 발생하기 전의 상태로 토지를 회복시키는 것이다.

3. 채무자의 토양오염행위로 채권자의 법익이 침해된 경우에는 당해 손해에 대한 배상책임이 문제된다. 먼저 토양오염은 특정물인 토지의 性狀과 관련된 문제이므로 하자담보책임이 고려될 수 있다. 이 하자담보책임은 무과실책임이므로 매수인에게 유리한 구조로 되어 있으나, 하자가 있음을 안 날로부터 6개월 내에 담보책임을 물어야 한다는 점(제582조), 담보책임을 면제하는 특약으로 책임을 포괄적으로 배제시킬 수 있다는 점(제584조) 및 손해배상의 범위가 신뢰이익의 배상으로 한정되는 점은 하자담보책임의 실효성을 미비하게 만드는 요소이다.

4. 토양오염사례는 채무자가 채무의 이행으로 토지를 인도했으나 토양오염으로 채권자에게 손해가 발생한 경우 또는 부가적 손해(내지는 확대손해)가 발생한 경우가 대다수이므로, 불완전이행으로 인한 책임도 중요하게 다루어져야 한다. 무과실책임으로 구성되어 있는 방해제거책임과 하자담보책임과는 달리 이 채무불이행책임은 채무자의 귀책사유를 요건으로 한다. 그렇지만 채무자에게 불완전이행의 결과 목적물 이외의 '다른 법익'에 발생한 이행이익을 초과하는 부가적 손해 내지는 확대손해에 대한 책임도 물을 수 있다는 점 및 이행이익의 배상을 청구할 수 있다는 점에서 중요한 의미를 가진다.

참고문헌

- 강태성, 『물권법』, 대명출판사, 2009.
- 곽윤직, 『물권법』, 박영사, 2002.
- 곽윤직, 『채권총론』, 박영사, 2003.
- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 2003.
- 곽윤직(편집대표), 『민법주해[V』, 물권(2) 제211조-제278조, 박영사, 2000 (인용: 민법 주해[V]/집필자).
- 김상용, 『물권법』, 화산미디어, 2010.
- 김상용, 『채권총론』, 화산미디어, 2010.
- 김상용, 『채권각론』, 화산미디어, 2009.
- 김주수, 『채권총론』, 삼영사, 2003.
- 김주수, 『채권각론』, 삼영사, 1993.
- 김증한·김학동, 『물권법』, 박영사, 1998.
- 김증한·김학동, 『채권각론』, 박영사, 2006.
- 김형배·김규완·김명숙, 『민법학강의』, 신조사, 2010.
- 박종두, 『채권법각론』, 삼영사, 2005.
- 박종찬, 『물권법』, 강원대학교 출판부, 2008.
- 박준서(편집대표), 『주식민법[물권(1)]』, 한국사법행정학회, 2001 (인용: 주식민법/집필자).
- 손운하, 『환경침해와 민사소송』, 청림출판, 2005.
- 송덕수, 『신민법강의』, 박영사, 2014.
- 양형우, 『민법의 세계』, 진원사, 2009.
- 오시영, 『물권법』, 학현사, 2009.
- 오시영, 『채권각칙』, 학현사, 2010.
- 윤철홍, 『채권각론』, 법원사, 2009.
- 이상태, 『물권법』, 법원사, 2007.
- 이영준, 『물권법』, 박영사, 2009.

- 이은영, 『물권법』, 박영사, 2000.
- 이은영, 『채권총론』, 박영사, 2009.
- 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2005.
- 정기웅, 『채권총론』, 법문사, 2009.
- 지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2014.
- 홍성재, 『물권법』, 대영문화사, 2010.
- 구연창, “환경오염의 사법적 구제 재조명”, 『환경법연구』, 제11권, 1989.
- 김대정, “하자담보책임과 채무불이행책임의 경합”, 『민사법학』, 제28호, 2005.
- 김범철, “매매계약상 하자의 존재시기”, 『민사법학』, 제20호, 2001.
- 김봉수, “특정물매수인의 하자보수청구권”, 『비교사법』, 제17권 1호, 2010.
- 김형석, “소유물방해배제청구권에서 방해의 개념 -대법원 2003.3.28. 선고, 2003다 5917 판결의 평석을 겸하여-”, 『법학』, 제45권 제4호, 2004.
- 남효순, “담보책임의 본질론(II)”, 『법학』, 제35권 2호, 1994.
- 명순구, “채무불이행규범의 일원화를 위한 기초”, 『비교사법』, 제13권 4호, 2006.
- 박상열, “토양오염과 법률문제”, 『토양환경』, 제1권 1호, 1996.
- 사동천, “최근 국제적 동향에서 바라 본 우리 민법상 매도인의 하자담보책임에 관한 연구”, 『민사법학』, 제24호, 2003.
- 서광민, “물권적 청구권에 관한 일고찰 -물권적 청구권의 내용에 관한 논의의 매듭을 위하여-”, 『민사법학』, 제17호, 1999.
- 송인권, “매도인의 담보책임과 채무불이행책임의 경합”, 『법조』, 제55권 4호, 2006.
- 안경희, “환경침해에 대한 민사법적 구제”, 『환경법연구』, 제28권 3호, 2006.
- 안경희, “토지 소유자 상태책임의 헌법불합치 결정에 대한 민사법적 평가와 향후 전망”, 『환경법과 정책』, 제10권, 2013.
- 안경희, “공법상 배출허용기준의 사법상 의미”, 『비교사법』, 제11권 4호, 2004.
- 안춘수, “하자담보법상의 문제점: 채무불이행책임설의 입장에서 특정물 매매를 중심으로”, 『민사법학』, 제11·12호, 1995.
- 이동아, “환경소송에 있어서 입증책임완화에 관한 연구”, 『법조』, 제563호, 2003.

- 이병준, “인접한 토지의 경사면에 건축한 석축의 부합과 방해배제청구권 -대법원 2009.5.4. 선고 2008다49202 판결에 대한 평석-”, 「민사법학」, 제54-1호, 2011.
- 전경운, “환경침해피해의 사법상 구제법리”, 「환경법연구」, 제25권 2호, 2003.
- 조은래, “토양환경보전법상 정화책임의 민사법적 검토”, 「환경법과 정책」, 제8권, 2012.
- 조홍식, “토양환경침해에 관한 법적 책임”, 「환경법연구」, 제24권, 1998.
- Eduard Picker, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, Bonn, 1972 (인용: Beseitigungsanspruch).
- Elke Hermann, *Der Störer nach § 1004 BGB. zugleich eine Untersuchungen zu den Verpflichteten der §§ 907, 908 BGB*, Berlin, 1987 (인용: Störer).
- Felicitas Frey, *Haftung für Altlasten. Möglichkeiten und Grenzen einer privatrechtlichen und wasserrechtlichen Schadensersatzhaftung sowie Amtshaftung für Umweltbeeinträchtigungen durch Altablagerungen und Altstandorte, sog. Altlasten*, Frankfurt/M, 1992.
- Gerhard Hohloch, *Die negatorischen Ansprüchen und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht*, Frankfurt, 1976.
- Hans Josef Wieling, *Sachenrecht*, Berlin, 2001.
- Harm Peter Westermann/Karl-Heinz Gursky/Dieter Eickmann, *Sachenrecht*, Heidelberg 1998.
- Harm Peter Westermann(Hrsg.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2. Band, Münster 2000 (인용: Erman/집필자)
- Harm Peter Westermann(Hrsg.), *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2. Band, Münster 2008(인용: Erman/집필자)
- Jan Wilhelm, *Sachenrecht*, Berlin, 2007.
- Joachim Knoche, *Altlasten und Haftung*, Heidelberg, 2001.
- Jürgen Fritz Baur/Rolf Stürner, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München, 1999.

- Karl-Heinz Gursky(Redaktor), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Drittes Buch Sachenrecht §§ 985-1011, Berlin, 1993 (인용: Staudinger/집필자).
- Karl-Heinz Schwab/Hanns Prütting, *Sachenrecht*, München, 1999.
- Klaus Vieweg/Almuth Werner, *Sachenrecht*, Köln, 2003.
- Wolfgang Krüger/Harm Peter Westermann(Redakteure), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3 Schuldrecht·Besonderer Teil §§ 433-610, München 2008 (인용: MünchKomm/집필자).
- Manfred Eberhard Rinne(Redakteur), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 6 *Sachenrecht* §§ 854-1296, München 2004 (인용: MünchKomm/집필자).
- Manfred Wolf, *Sachenrecht*, München, 2001.
- Michael Martinek(Redaktor), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-487, Berlin, 2004 (인용: Staudinger/집필자).
- Mitgliedern des Bundesgerichtshofes (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts- und Bundesgerichtshofes*, Band III 1. Teil, Berlin, 1979 (인용: RGRK/집필자).
- Othmar Jauernig(Hrsg.), *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch*, Kommentar, München, 2007 (인용: Jauernig/집필자).
- Otto Mühl(Redakteur), *Soergel Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 6 Sachenrecht(§§ 854-1296), Stuttgart, 1989 (인용: Soergel/집필자).
- Peter Bassenge(Bearbeiter), *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2014 (인용: Palandt/집필자).
- Ralf Leinemann, *Altlasten im Grundstücksverkehr* (Auswertung einer Umfrage des Deutschen Städtetages), Reihe E, DST-Beiträge zur Stadtentwicklung und zum Umweltschutz, Heft 19, 1990.
- Stefan Strunden, *Altlasten - Ansprüche des Grundstückseigentümers im*

Spannungsfeld zwischen öffentlichem und zivilem Recht, Dissertation
Köln, 1991 (인용: *Altlasten*).

Wolfgang Brem/Christian Berger, *Sachenrecht*, Tübingen, 2000.

Alexander Reuter, "Altlast und Grundstückskauf", *BB* 1988, 497 ff.

Eduard Picker, "Beseitigungsanspruch, nachbarrechtliches Selbsthilferecht und
Verjährung von Ansprüchen aus eingetragenden Rechten – BGHZ 60, 235",
JuS 1974, 357 ff.

Franz-Joseph Peine, "Rüstungsaltlasten", *DVBf* 1990, 733 ff.

Fritz Baur, "Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB – Zugleich ein Beitrag zu
Problem der Rechtswidrigkeit auf dem Gebiet des Güterschutzes", *AcP*
160(1961), 465 ff.

Fritz Baur, "Der Ersatz der Aufwendungen für präventiven Gewässerschutz", *JZ*
1964, 354 ff.

Hans-Georg Mertens, "Zum Inhalt des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 BGB",
NJW 1972, 1783 ff.

Heribert Johlen, "Haftung des Grundstücksverkäufers bei Unbebaubarkeit des
verkauften Baugrundstücks", *NJW* 1979, 1531 ff.

Joachim Knoche, "Sachmängelgewährleistung beim Kauf eines
Altlastengrundstücks", *NJW* 1995, 1985 ff.

Peter Baumann, "Die Haftung für Umweltschäden aus zivilrechtlicher Sicht", *JuS*
1989, 433 ff.

Peter Marburger, "Grundstückserwerb und Altlastenhaftung in zivilrechtlicher
Sicht", in: Breuer, Rüdiger(Hrsg.), *Umwelt- und Technikrecht*, Bd. 3,
Düsseldorf, 1987, S. 169 ff. (인용: UTR Bd. 3).

[Zusammenfassung]

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit für
Bodenverunreinigungen

Ahn, Kyung Hee

(Associate Professor, Kookmin University College of Law)

Ziel des vorliegenden Beitrages ist es, die Verantwortlichkeit für Bodenverunreinigungen im koreanischen BGB(KBGB) darzustellen und entsprechende gesetzliche Regelungen zu erörtern.

Durch den Verkauf gesundheitsgefährdender Grundstücke kann der Anspruch auf Beseitigung der Kontamination nach § 214 KBGB begründet sein. Als Störer verantwortlich ist der Verkäufer, wenn er das Grundstück kontaminiert hat oder wenn ihm aufgrund besonderer Umstände die Bodenverunreinigung zuzurechnen ist.

Stellt der Eigentümer auf seinem Grundstück Bodenverunreinigungen fest, kann er von dem Verkäufer wegen der Kontamination auch gesetzliche Gewährleistungsansprüche geltend machen. Bodenverunreinigungen stellen sich dann als Sachmangel eines Grundstücks dar, wenn sie im Einzelfall eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit, respektive für die körperliche Unversehrtheit von Menschen zur Folge haben.

Für Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung ist nur Raum, wenn Vertragsverletzungen in Rede stehen, die von den §§ 570 ff. KBGB nicht abgedeckt sind. Genannt seien vor allem die Zusicherung, die sich nicht auf eine Eigenschaft der Kaufsache bezieht, eine Zusicherung nach Vertragsschluß und die Verletzung von Nebenpflichten, die mit der Mangelhaftigkeit der Sache in keinem Zusammenhang stehen.

주 제 어 토양오염, 민사책임, 방해제거청구권, 하자담보청구권, 손해배상청구권

Key Words Bodenverunreinigungen, zivilrechtliche Verantwortlichkeit, Abwehranspruch,
Gewährleistungsanspruch, Schadensersatzanspruch