

독일 연방토양보호법상의 정화의무자

김 현 준(金鉉峻)*

《 차 례 》

- I. 머리말
- II. 독일 연방토양보호법상의 정화책임의 성질
- III. 토양정화의무자
- IV. 우리나라 토양환경보전법과의 비교
- V. 맺음말

I. 머리말

1998년에 제정된 독일의 연방토양보호법은 독일환경법체계에서 물, 공기, 토양이라는 3대 환경매체에 관한 근거법률을 완성했다는 의미가 있는 법률이다.¹⁾ 동법이 다른 환경 법률에 비하면 상대적으로 늦게 만들어진 편이지만, 그렇다고 독일의 토양환경에 대한 법적 규율 내지는 법학적 논의가 그 전에는 이루어지지 않았던 것은 아니다. 그 이전에도 州法の 차원에서 혹은 일반경찰법의 차원에서 상당한 논의가 있었고, 연방토양보호법은 이러한 축적된 연구의 결정체라고도 할 수 있다.²⁾

* 영남대학교 법과대학 교수

- 1) 물(水)환경에 관해서는 물관리법(Wasserhaushaltsgesetz; WHG), 대기환경에 관해서는 연방임피씨온방지법(Bundesimmissionsschutzgesetz; BImSchG)이 각각 기본이 되는 근거법률이다.
- 2) 독일의 토양환경법과 관련된 연방토양보호법 제정 前後의 학술문헌은 다 열거하지 못할 정도이다. 연방토양보호법에 대한 주석서(Kommentar) 중에서, 비교적 학문적 인용도가 높고 이 글에서도 참조한 것만을 들자면, Versteil/Sondermann, BBodSchG, 2. Aufl., 2005; Bickel, BBodSchG, 4.Aufl.,2004; Holzwarth/Radtke/Hilger, BBodSchG, 1998; Oerder/Numberger/Schönfeld, BBodSchG, 1999; Sanden/Schoeneck, BBodSchG, 1998. 아울러, 환경법문헌 중 토양환경법에 대한 내용이 비교적 상세한 것으로는 Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd.III, Loseblatt, 42. Lfg. Stand 4/2004; Kloepfer, Umweltrecht, 2004; Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, 5. Aufl., 2003. 그밖에 독일 토양환경법에 대한 일본의 연구서인 松村弓彦, ドイツ土壤保全法の研究 (2001)는 연방토양보

그래서 그런지 이 연방토양보호법 및 관련문헌을 상세히 살펴보면, 환경법과 공법(특히 행정법)이론의 寶庫라는 생각이 들 정도로 많은 쟁점들이 여기에서 발견된다. 예컨대 경찰 책임관련 다양한 문제들(행위책임, 상태책임, 책임승계, 다수책임자간의 선택재량), 비용부담과 구상권, 위험관련 쟁점들(위험의 종류, 외관상 위험, 위험의심, 위험확인조치), 사전배려원칙, 원인자책임원칙, 협동의 원칙, 환경기준, 농업법과 환경법, 새로운 환경보호수단으로서 공법상 계약, 행정계획, 행정법관계에서의 ADR, 법률불소급의 원칙 등이 현실감 있게 논의될 수 있는 場이 여기에 열려있다. 동법에 관한 학문적 논의는 법제정 이전부터 활발히 이루어져왔지만, 법제정 이후에도 꾸준히 이루어지고 있으며, 최근까지도 독일에서 논의가 그치지 않는 점에서도 현대 환경문제에서 토양보호가 가지는 의미가 어느 정도인지를 짐작하게 된다.

이 글에서는 연방토양보호법에 대한 개관과 함께 동법상의 정화책임의 성질을 알아본 뒤(Ⅱ), 정화의무자를 비교적 상세히 살펴보고(Ⅲ), 이를 우리나라 토양환경보전법의 관련 규정과 비교한 뒤(Ⅳ), 논의를 맺고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 독일 연방토양보호법상의 정화책임의 성질

1. 독일 연방토양보호법 개요

연방토양보호법의 본래의 명칭은 “유해한 토양변경으로부터의 보호 및 위험오염지정화에 관한 법률”이다.³⁾ 전체 환경법의 한 부분으로서의 토양보호법은 독일에서 연방토양보호법 제정 이전부터 개별적인 토양보호관련 법률을 통해 형성되어 왔다. 이미 1971년 독일 연방정부의 환경프로그램에서 토양은 물, 공기와 함께 3대 환경목표의 하나로서 채택되었고,⁴⁾ 1985년 독일 연방정부의 “토양보호에 관한 구상”이 발표된 이후,⁵⁾ 본격적으로 학문적으로 논의되었고, 1990년대에 들어서는 주차원에서 입법이 있었다.⁶⁾ 이러한 토양 환경에 관한 기본법의 논의와는 별도로 토양정화책임에 관해서는 일찍이 경찰책임의 일환

호법 제정 이전의 내용이 많이 포함되어 있다.

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

4) BT-Drucks. 6/2710.

5) BT-Drucks. 10/2977.

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

으로 파악하고, 경찰법의 차원에서 규율되기도 했다. 그러다가 마침내 1998년 연방차원에서 토양보호에 관한 기본법인 연방토양보호법이 제정되어 1999년 3월부터 시행되게 되었다.⁷⁾

연방토양보호법은 총5편 26개의 조문으로 되어 있다.⁸⁾

[제1편 총칙]에서는 법률의 목적 및 원칙(제1조), 개념정의(제2조), 적용영역(제3조)을 규정하고 있다. 이 중 제2조에서는 그간 학문적으로 논란이 많았던 토양환경법상의 여러 용어에 대한 정의를 내리고 있다. 학문에 따라 다양하게 정의 내려질 수 있는 “토양”의 개념에서부터, 토양의 기능, 유해한 토양변경, 의심부지, 위험오염지(Altlasten), 위험오염의심지, 정화, 보호 및 제한조치 등에 대한 개념이 규정되어있다. 특히 독일 토양환경법에서 자주 등장하면서도, 그간 애매모호한 용어로 불리었던 위험오염지(Altlasten)에 대하여 입법적으로 개념규정하고 있는 점은 특기할 만하다.

[제2편 원칙과 의무]에서는 위험방지의무(제4조), 토양봉인해제(제5조), 토양에의 물질투척(제6조), 사전배려의무(제7조), 기준치 및 조치명령(제8조), 위험성평가 및 조사명령(제9조), 기타 조치명령(제10조)을 규정하고 있다. 이 중 이 법률 전체에 걸쳐 가장 핵심적 조항이라고 불리는 것은 제4조이다.⁹⁾ 특히 제4조 3항은 정화의무자에 관하여 규정하고 있다. 제4조 1항에서는 만인의무(Jedermannspflicht)로서 토양의 유해한 변경이 발생하지 아니하도록 할 의무를 규정하고 있고, 제7조에서는 사전배려의무, 제8조에서는 일종의 환경기준이라고 할 수 있는 심사기준 및 대책기준을 규정하고 있다.

[제3편 위험오염지에 관한 특칙]에는 등록(제11조), 이해관계인의 정보(제12조), 정화조사 및 정화계획(제13조), 행정청의 정화계획(제14조), 행정청의 감시·자율통제(제15조), 정화책임을 위한 보충적 조치명령(제16조)이 포함되어있다. 모두 위험오염지를 규율하기 위한 것들이다. 동법이 종합적인 토양환경법이 되기 위해서는 위험오염지정화 외에 토양의 양적·질적 보호에 관한 내용도 포함되어야 한다는 지적이 제정과정에서 제기되었으나, 토양의 양적 보호에 관한 법은 국토관련 계획법에 미루고 결국 이 법에서는 주로 위험오염지의 정화에 관한 법으로 되었는데, 제3장은 이러한 위험오염지에 대한 특칙이다.

[제4편 농업적 토양이용]에서는 농업에서의 양호한 전문적 관행(제17조)에 관한 규정을 두고 있다. 농업활동을 통하여 토양이 오염되는 경우가 많음에 비추어 이러한 규정은 의미가 있는 것으로 보인다. 이는 독일에서 농업법과 토양환경법의 관계에 관하여 많은 연

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

8) 이 중 제1조, 제2조, 제4조에 대해서는 참고자료(번역)로 이 글 본문 뒤에 첨부되어 있다.

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

구가 이루어지고 있는 점과도 관련이 있다.

[제5편 終章(Schlussvorschriften)]은 전문기관 및 조사기관(제18조), 연방과 州간의 정보 전송(제19조), 청문(제20조), 州法の 규율(제21조), 유럽연합의 구속적 결정의 이행(제22조), 州防衛(제23조), 비용부담(제24조), 地價調整(제25조), 벌칙(제26조)을 두고 있다. 이중 제22조는 유럽에서의 유럽연합법의 영향 증대를 잘 나타내주는 규정이다. 비용부담에 관한 제24조는 독일에서 실무상 자주 문제가 되고 있는 다수의 정화책임자간의 이익조정 등에 관한 내용으로 비교법적으로 눈여겨볼 만한 규정이다. 민법상의 공동불법행위자간의 연대책임 및 내부구상권과 비교하여 공법상 이익조정을 어떻게 할 것인가 하는 문제에 대한 근거가 되는 규정이라고 할 수 있다.

2. 연방토양보호법상의 정화책임의 성질

독일에서 토양정화책임에 대해서는 일찍이 경찰책임, 즉 행위책임과 상태책임으로 파악하고 있고, 이는 연방토양보호법이 제정된 후에도 마찬가지이다. 이는 토양정화의무자에 관한 규정인 제4조 3항의 제목이 ‘위험방지의무’(Pflichten zur Gefahrenabwehr)라는 데에서도 쉽게 알 수 있다. 경찰책임이란 민·형사책임과는 목적을 달리하는 것이다. 즉 민사책임은 개인과 개인과의 관계에서 개인을 보호하려는 것이고, 형사책임은 사회와 개인과의 관계에서 응보적 제재를 통하여 간접적으로 사회를 개인으로부터 방위하려는 것인데 대하여, 경찰책임은 사회공공의 질서를 유지하고 이에 대한 위해를 제거하여 직접적으로 사회를 개인으로부터 보호하려는 데 있다.¹⁰⁾ 따라서 경찰책임으로서의 토양정화책임은 책임자의 내부영역인 심리적·도덕적인 면은 고려하지 아니하며, 고의·과실 유무는 문제삼지 아니하는 무과실책임의 성격을 가지고 있다. 이러한 의미에서 정화책임을 객관적 책임이라고도 할 수 있다.¹¹⁾

그러므로 가령 행위책임의 경우 전적으로 위험야기의 객관적인 구성요건과만 연결되는 것이며, 특별한 행위의사를 가진 의도적 작용이 필요한 것은 아니다. 따라서 여기서의 위험야기(Gefahrenverursachung)란 무과실책임의 성격을 가진 것으로, 토양오염에 원인이 된 물질을 다루는 과정에서 그 위해성(Gefährlichkeit)을 인식하였는지 혹은 할 수 있었는지 여부는 문제가 되지 아니한다. 즉 행위와 결부되는 리스크가능성(Risikopotential)을 잘못

10) 박윤훈, 행정법강의(하), 2005, 330쪽.

11) 미국의 CERCLA상의 책임도 무과실책임의 성격을 가진 엄격책임(strict liability)인 점에서 연방 토양보호법상의 책임과 이 점에 관한 한 공통점을 가진다고 보고 있다(Radig, Altlastengerechtigkeit im Vergleich, 2002, S. 158)

인식한 데 대해서는 원인자의 부담으로 되는 것이다.¹²⁾

다만, 주의를 요하는 것은 토양정화책임법에 있어서 주관적 요소가 전혀 고려되지 아니하는 것은 아니라는 점이다. 이는 특히 상태책임의 한계를 논하는 과정에서 최근 설득력을 얻고 있는 것 같다. 가령, 후술하는 前所有者의 책임을 규정한 연방토양보호법 제4조 제6항에서는 인식적 요소를 고려해야 하며, 이때 상태책임을 요구할 수 있느냐 하는 점에 있어서는 토지의 거래가치문제를 넘어 오염토양에 대한 고의 등 주관적 요소가 문제가 되는 것으로 연방헌법재판소에서 판시한 바가 있다.¹³⁾

Ⅲ. 토양정화의무자

연방토양보호법 제4조 3항 및 6항에서는 정화의무자에 관해서 규정하고 있다. 이러한 정화의무자는 단독으로 혹은 중첩적으로 책임당사자가 될 수 있으며, 동 규정의 성격을 예시적이 아닌 열거적인 것으로 이해하고 있다.¹⁴⁾ 이와 관련하여 지방자치단체가 하자있는 건설기본계획(Bauleitplan)을 수립한 경우, 특히 오염된 토양을 개발한 경우 그 지방자치단체가 토양정화책임을 지는지 여부가 문제가 되지만, 동 규정이 가지는 열거적 성격으로 인하여 소극적으로 해석되고 있다.¹⁵⁾ 물론 지방자치단체가 후술하는 ‘원인자’ 등의 요건을 충족하여 정화의무자가 되는 경우나, 하자있는 계획으로 인하여 손해를 입은 국민이 지방자치단체에 대하여 행정상 손해전보책임을 청구하는 것은,¹⁶⁾ 해당되는 법리에 따라 인정될 수도 있음은 별론으로 한다. 이하에서는 연방토양보호법 제4조 3항 및 제4조 6항에서 규정하고 있는 정화의무자를 법률에 규정된 순서에 따라 살펴보고자 한다.

1. 유해한 토양변경이나 위험오염지의 원인자(Verursacher)

토양정화책임을 질 수 있는 자로서 먼저 유해한 토양변경 혹은 위험오염지의 원인자

12) Radig, Altlastengerechtigkeit, S. 158.

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

14) BVerwG, Urteil vom 16.05.2000 -3C2/00, NVwZ 2000, 1179; Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 37. 이에 관한 異見을 포함한 종합적인 논의로는 Bickel, BBodSchG, § 4 Rn. 14.

15) Schrödter, BauGB, 7. Aufl., 2005, § 2 Rn. 65-81; Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 38.

16) 이는 여기서의 정화책임이 아닌 계획법관련 손해전보의 문제로서 논할 수 있다. Reh binder, Altlasten: Amtshaftung für fehlerhafte Bauleitplanung, Jus 1989, 885 ff. 참조.

(Verursacher)를 들고 있다. 유해한 토양변경(schädliche Bodenveränderungen) 및 위험오염지(Altlasten)¹⁷⁾의 개념에 대해서는 동법 제2조 제3항 및 제5항에서 각각 규정하고 있다.

연방토양보호법의 중심개념으로도 불리는¹⁸⁾ ‘유해한 토양변경’이란 개인이나 공중에 대해 위협, 현저한 불이익 혹은 현저한 부담을 줄 수 있는 토양기능의 침해를 말한다. 유해한 토양변경은 인간의 행위만이 아니라, 자연현상을 통해서도 발생할 수 있다.¹⁹⁾ 동 개념은 독일 환경법체계에서 연방임미씨온방지법 제3조 제1항의 ‘유해한 환경영향’(schädliche Umwelteinwirkung)과 같은 맥락에서 이해될 수 있는 것으로서, 개인이나 공중에 대하여 ‘위험’, ‘현저한 불이익’, ‘현저한 부담’을 주는 토양기능의 침해를 뜻한다.

여기서 위험이란 위험방지법(Gefahrenabwehrrecht)에서 정립된 개념인데, 일반적인 생활 경험상 판단에 의할 때, 어떠한 행위나 상태가 방해를 받지 아니하고 진전될 경우 멀지 아니한 시점에 경찰상 보호이익에 손해를 가져올 충분한 개연성이 있는 상황을 말하며,²⁰⁾ ‘불이익’이란 법적 이익의 침해로까지 연결되지 아니하는 이익의 침해를 말한다.²¹⁾ ‘부담’이란 신체적·정신적 안녕(Wohlbefinden)의 침해로서 이것이 건강피해에까지는 이르지 아니한 경우를 말한다(예: 폐기물집적지의 가스를 통한 악취피해).²²⁾ 이때 단순한 불이익, 부담만으로 구성요건이 충족되는 것은 아니며, 현저한 정도라야 하는데, 이러한 “현저성”(Erheblichkeit)은 기대 가능한 것으로 나타나는 영역을 넘어서는 모든 개념을 포괄하는 것이라고 할 수 있다.²³⁾

위험오염지(Altlasten)라 함은 停止狀態에 있는 폐기물제거시설 및 기타 부지로서 그 위에서 폐기물이 취급되었거나 놓여졌거나, 집적되었던 곳인 폐기물집적부지(Altablagerungen) 및 停止狀態에 있는 시설의 부지 및 기타 환경위험물질이 다루어졌던 부지인 舊 산업부지(Altstandorte)로서(단, 停止를 위해서 원자력법에 의한 許可를 요하는 시설은 제외), 이를 통하여 개인이나 공중에 유해한 토양변경 및 기타 위험이 초래되는 곳을 말한다. 앞에서 본 ‘유해한 토양변경’의 특별한 경우가 이 위험오염지라고 할 수 있다.²⁴⁾ 필자가 Altlasten을 위험오염지로 번역함에서도 이 점을 착안한 바와 같이,²⁵⁾ 동 개념이 성립하기

17) Altlasten을 위험오염지로 번역한 이유에 관해서는 줄고, 토양정화책임, 공법연구 제34집 제2호, 188쪽 이하.

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

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

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

21) Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 48.

22) Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 49.

23) BVerwG, DVBl. 1976, 216.

24) Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 56.

위해서는 구 산업부지나 폐기물집적부지에서의 시설이나 토지로부터 유해한 토양변경 및 기타 위험이 초래되어야(verursachen) 한다. 따라서 양자간의 인과관계가 요청되며, 위험의 수준에 이르지 아니하는, 즉 환경유해물질을 취급함에 있어서 발생하는 물질적 오염의 수준인 ‘리스크’가 존재하는 것만으로는 이 개념이 성립하지 아니한다.²⁶⁾

원인자는 환경법의 기본원칙으로서 ‘원인자책임의 원칙’을 통해 이미 친숙하게 된 용어일 것 같다.²⁷⁾ 연혁적으로 볼 때 독일 연방정부의 환경프로그램(1971)에서는 원인자를 “환경에 부담을 주거나 손상시키는 모든 자”로 정의한 바 있다. 그리고 실제 입법단계로 가지는 못했지만, 독일환경법연구에서 큰 의미를 가지고 있는 이른바 통합환경법-전문가 위원회안(UGB-KomE)의 제6조 1항에서는 원인자책임의 원칙으로 “환경이나 인간에 대하여 현저히 불리한 영향, 위험 혹은 리스크를 야기하는 자는 이에 책임을 진다.”라는 규정을 두고 있다.

원인자는 자연인은 물론 공법인과 사법인을 포함하는 개념이며, 토양오염에 부분적으로나마 기여한 자 모두 여기에 해당될 수 있다. 또한 가령 오일 교환하는 과정에서 그 찌꺼기를 토양에 버리는 경우와 같은 ‘적극적인 행위’ 외에도 임차인 등이 토지에 집적부지(Ablagerung)가 있음을 알렸는데도 당해 토지의 소유자가 어떠한 조치도 취하지 않는 경우와 같은 受忍(Dulden), 인식을 하고도 승용차의 기름통이 새는 것을 방치하는 경우와 같은 不作爲를 통해서도 가능한 것으로 본다.²⁸⁾

자주 문제가 되는 것은 유해한 토양변경 등 토양오염의 원인을 제공하는 자가 다양한 경우이다.²⁹⁾ 원인자는 경찰법상 행위책임자와 관련되는 것으로 해석하고 있지만, 법문에서 구성요건에서의 다른 보충규정이 없이 원인자(Verursacher)라고만 하고 있어, 구체적인 인과관계 및 책임귀속에 대해서는 해석에 의할 수밖에 없다. 특히 폐기물집적지 등에서 행위책임을 확인하기 위해 원인야기행위와 위험발생간의 인과관계를 조사해야 하는데, 실제로 오염의 원인이 된 물질들이 상호작용을 해서 발생한 경우가 많고, 증명하기 매우 곤란한 화학반응을 일으키는 경우도 적지 아니하다. 또한 토양오염에 있어서 존재하는 침해는 장기간에 걸쳐 누적적으로 영향을 미치게 되어 입증곤란의 문제를 일으키기도 한다. 따라서 어떤 관련되는 자가 토양오염에 기여했다는 점이 밝혀지는 경우에도, 그의 기여와 사

25) 졸고, 앞글, 189쪽.

26) Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 71.

27) 물론 환경법의 기본원칙으로서의 ‘원인자책임의 원칙’에서의 원인자와 여기서의 원인자가 같은 개념은 아니다. 원인자책임의 원칙의 다양한 의미에 대해서는 Kloepfer, Umweltrecht, § 4 Rn. 45 ff.

28) Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 42.

29) Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 43.

실상 존재하는 위험간의 인과관계를 條件說에 따라 파악하는 것은 매우 어렵다고 할 수 있다. 개별 오염기여에 대한 불확실성에 있어서 관련되는 자가 오염원인자로 될 수 있는지 여부, 혹은 眞僞不明(non liquet)의 위험에 대하여 행정청과 잠재적 책임자 중 누가 정화의무자가 되는가 하는 문제가 생긴다. 가령 위험오염지가 된 폐기물집적지의 원인제공을 한 자는 폐기물생산자, 운반자, 시설운영자 등 다양할 수 있는데, 그중 누가 최종적으로 동법상의 “원인자”가 되는지 인과관계 및 책임귀속이론에 따른 확정이 필요한 것이다.³⁰⁾ 경찰책임론에 있어서 통설적 입장에 있는 直接原因說에 의하면, 다양한 오염에의 영향들 중에서 위험수위를 넘어서는 기여를 한 자가 책임을 지게 되며, 그 자가 여기서의 원인이자 된다.³¹⁾ 기본적으로 객관적 성격을 가지는 정화책임에 있어서 민·형법상의 귀책사유(Verschulden)는 문제가 되지 아니함은 물론이다.

2. 원인자의 포괄승계인(Gesamtrechtsnachfolger)

연방토양보호법은 이어서 위와 같은 원인자의 포괄승계인 역시 정화의무자가 됨을 규정하고 있다. 이와 같은 원인자의 포괄승계인, 즉 행위책임자의 포괄승계인이 정화책임자가 될 수 있는가에 대해서는 종래 많은 다툼이 있었다. 특히 포괄승계인이 질서행정청의 처분을 통하여 구체화된 행위책임이 아닌 추상적 경찰책임을 지는지 여부에 대하여 학설이 나뉘어졌는데 이를 입법적으로 해결하였다.³²⁾ 다시 말하자면, 토양정화에 있어서의 실무상 많은 문제를 유발하고 있는 행위책임의 확대와 관련하여, 동 규정을 통하여 다음과 같이 정리하게 되었다. 먼저, 상태책임의 승계가 아닌 행위책임의 승계를 인정하고 있다. 둘째, 행위책임의 특정승계가 아닌 포괄승계에 한하여 인정하고 있다. 셋째, 시간적 제한을 두지 않음으로써, 포괄승계가 동법의 시행 전에 이루어진 경우에도 포괄승계인의 정화책임은 인정되고 있다.³³⁾ 이는 특히 법률의 불소급의 원칙과의 관계에서 많은 논란이 있는 부분이기도 하다.

3. 토지의 소유자

토지의 소유자가 정화의무자가 될 수 있음을 규정하고 있다. 토지소유자는 가장 전형적

30) Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 43.

31) Radig, Altlastengerechtigkeit, S. 137 ff., 158 ff.

32) Oerder, BBodSchG, § 4 Rn. 15.

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

인 상태책임자이다. 여기서의 토지소유자는 민법상 토지소유권을 가지는 자로서, 부동산등기부에 기재된 자이다. 만일 토지를 구입했지만, 아직 등기부에 등재되지 아니한 자는 여기서의 소유자가 아닌, 후술하는 사실상의 지배주체에 해당될 수 있다.³⁴⁾ 또한 형식적 의미의 토지소유권을 말하므로, 신탁관계와 같은 예외적인 경제적 법구성의 경우는 여기에 해당되지 아니한다.³⁵⁾ 토지를 공동소유하고 있는 경우에는 공동소유자들간에 연대책임을 구성하게 될 것이다.³⁶⁾

토지소유자가 정화의무자가 되는 근거는 결국 상태책임의 근거에 관한 문제라고 할 수 있다. 최근 독일의 헌법재판소에서는 오염된 토지의 소유자가 지는 상태책임의 근거에 관하여 의미 있는 결정을 내린 바 있다.³⁷⁾ 동 결정은 상태책임의 근거와 한계의 논의에 있어서는 빼놓을 수 없는 중요한 판례로서 학자들에 의해 다루어지고 있는데, 여기서도 토지소유자의 정화의무와 관련하여 동 판례를 간략하게나마 살펴본다.

연방헌법재판소는 소유자의 위험방지 및 교란제거에 대한 의무로서의 상태책임은 기본법 제14조 제1항 제1문을 통하여 보호되는 법률상 지위에 그 근거가 있다고 한다.³⁸⁾ 즉 상태책임은 收用에 관한 기본법 제14조 제3항이 아닌, 재산권의 내용과 한계를 정한 기본법 제14조 제1항과 제2항에 근거를 두고 있다는 것이다.³⁹⁾ 상태책임에 관한 질서법적인 규정은 기본법 제14조 제1항 제2문의 의미의 재산권의 내용과 한계에 관한 허용된 규율이라고 한다. 이러한 규정들의 목표는 원인야기자의 책임과는 무관하게 물건에 대하여 지배를 하는 소유자를 통해서도 효율적인 위험방지를 확보하려는 것이다. 소유자는 물건 및 위험원에 영향력을 행사할 법적·사실적 가능성을 가지며, 상태책임의 정당성의 근거는, 위험을 초래하는 물건에 대한 지배를 통하여 가지게 되는 영향력행사 가능성(Einwirkungsmöglichkeit)에 있다고 한다. 또한 소유자는 물건으로부터 편익을 가지는데, 이 점을 통해서도 소유자가 그 물건으로부터 나오는 공중에 대한 위험을 제거할 의무가 있음이 정당화된다. 즉 ‘경제적 편익 및 물적 소유권을 이용할 수 있는 가능성’은 ‘그 물건으로부터 나오는 부담과 그 이용가능성과 연결되는 리스크를 부담할 공법적 의무’와 상응하는 것이라고 한다.⁴⁰⁾ 따라서 상태책임은 그 근거를 재산권과 연결된 ‘물건에 대한 지배’ 및 ‘물건의 편익-부담관계’(Verbindung von Vorteilen und Lasten der Sache)에서 찾

34) Oerder, BBodSchG, § 4 Rn. 19.

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

36) Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 55.

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

38) BVerfGE 102, S. 14.

39) BVerfGE 102, S. 15.

40) BVerfGE 102, S. 17 f.

을 수 있다.⁴¹⁾ 소유자는 물건을 개인적으로 이용함으로써 얻는 편익을 그가 관여하지 않고도 누릴 수 있는 것과 마찬가지로, 위험이 그를 통하여 초래되지 않더라도 그 물건에서 오는 부담을 가져야만 하는 것이라고 한다. 특히 위험오염지(Altlasten) 정화와 관련하여, 토양정화는 공익만이 아니라 토지소유권자의 사익과도 관련이 있어, 정화의무가 그리 무거운 것이 아니하다고 한다. 토양정화로 토지의 거래가치 및 그 개인적 이용가치가 현저하게 상승한다는 점을 들고 있으며, 아울러 상태책임은 행위책임에 비하여 후위에 서는 것은 헌법적 이유에서 타당하지 아니함을 분명히 하고 있다.⁴²⁾

4. 토지의 사실상 지배주체(Inhaber der tatsächlichen Gewalt)

다음으로, 토지의 사실상 지배주체를 정화의무자로 규정하고 있다. 즉 토지에 대한 사실상 지배(tatsächliche Gewalt)를 가지는 자는 상태책임자로서 토양오염이라는 위험에 대하여 책임을 진다. 토지의 사실상 지배주체가 상태책임자로서 정화의무자가 되는 헌법적 근거는 전술한 토지소유자의 경우와 같은 차원에서 이해할 수 있다. 통상 소유자가 사실상의 지배주체가 될 수도 있겠지만, 그에 한하는 것은 아니다. 또한 물건에 대한 지배가 어떠한 법적 근거에 있는가는 중요한 것이 아니어서, 물권법은 물론 채권법을 통해서도 사실상의 지배가 가능한 것이며, 임차인, 使用借主(Entleiher) 등이 여기에 해당될 수 있다.

동법에서의 사실상 지배주체는 독일민법 제854조 이하에서 규정하고 있는 占有(Besitz)에 관한 규정과 밀접한 관련을 가진다. 그러나 민법에서의 개념과 연방토양보호법에서의 개념이 항상 일치하는 것은 아니다. 가령 독일민법 제855조에서의 점유보조자(Besitzdiener)는 민법상 점유자(Besitzer)는 아니지만, 여기서의 사실상 지배주체에 해당된다. 독일민법 제857조의 상속에 의한 점유자(Erbenbesitzer)는 사실상 지배를 하는 것이 아니므로 상태책임자가 될 수 없다고 한다. 즉 연방토양보호법상의 사실상 지배주체의 개념은 사실상의 영향력행사가능성과 그에 해당되는 지배의사를 전제로 한다.⁴³⁾

이와 같이 ‘사실상의 지배’는 토양정화책임이나 경찰법상 상태책임을 이해하기 위한 매우 중요한 전제가 되는 개념이다. 그런데 ‘사실상의 지배주체’에 해당되는 것으로서 ‘사실

41) 이는 학자들에 의해 주장되어 온 내용이기도 하다(Oerder, BBodSchG, § 4 Rn. 20). 그러나 이에 대하여 가령 폐기물의 경우에 있어서는 어떠한 경제적 이용이 없는 경우도 있는 것처럼 경제적 가치와는 중립적으로 파악해야 한다는 견해(Bickel, BBodSchG, § 4 Rn. 41.)도 있다.

42) BVerfGE 102, S. 18 f.

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

상의 지배권자'라는 용어가 국내 행정법이나 경찰법 혹은 환경법 관련문헌에 거의 예외 없이 사용되고 있는 점은 주의를 요한다. 상태책임의 수범자로서 물건에 대한 '사실상의 지배주체'라 함은, 말 그대로 '사실상의 지배'를 하는 자이다. 여기에는 '사실상의 지배의 사'가 요구되긴 하지만, 반드시 어떠한 권리나 권한을 가지고 물건을 지배해야 한다는 뜻은 아니다. 다시 말해서 '사실상의 지배를 할 수 있는 본권을 가진 자'가 아니다. 이때 문제가 되는 것은 '있어야 할 상태'(Sollenzustand)가 아니라 '있는 상태'(Seinszustand)인 것이다. '사실상의 지배권자'라는 잘못된 표현은 독일 경찰법상 용어인 'Inhaber der tatsächlichen Gewalt'를 번역한 것으로 보이는데, 이 독일용어는 사실상 지배(tatsächliche Gewalt)를 가지는 자(Inhaber)라는 의미이지, 사실상 지배를 할 수 있는 권리를 가지는 자라는 뜻은 아니다. 따라서 상태책임의 수범자로서 '사실상의 지배권자'를 이야기하는 것은 적절하지 아니하며, '사실상의 지배주체' 내지는 '사실상의 지배자' 정도의 용어가 타당할 것이다. 그리고 '지배자'라는 말 역시 틀린 말은 아니지만, '지배자'라는 말이 줄 수 있는 오해의 여지를 고려하면, 이미 판례 등에서도 - 다른 차원에서 사용한 것이기는 하지만 - 사용하고 있는⁴⁴⁾ '사실상의 지배주체'라는 용어가 더 적절하리라 생각되어, 동 개념을 사용할 것을 제언한다.

4. 상법상의 실체파악책임(Durchgriffshaftung)의 당사자

독일 연방토양환경보호법 제4조 제3항 제4문 전단은 商法的 근거로 오염토양의 소유자인 법인에 대하여 책임을 지는 자의 보조적인 정화책임인 실체파악책임(Durchgriffshaftung)⁴⁵⁾을 규정하고 있다.

독일법상 실체파악책임이란 주주가 (또는 유한회사의 사원이) 회사의 채무에 대해 회사 외에 회사의 채권자에게 직접적이고 인적인 책임을 지는 것으로, 회사재산과 개인재산의 분리원칙의 파괴, 즉 주주유한책임원칙의 제한 하에 주주의 개인재산이 회사 채무에 대해 책임을 지는 것을 의미한다.⁴⁶⁾ 이러한 실체파악책임을 연방토양보호법에 명시적으로 규정

44) 대법원 2001.3.27, 2000다64472; 대법원 2001.1.19, 2000다58576, 58583 등.

45) 이를 '支配責任'으로 번역하기도 한다(松村弓彦, 앞책, 204頁). 이러한 입장은 이 책임이 오염된 토지소유자에 대한 지배권한을 가지는 자의 책임이라는 데 착안한 것으로 보인다. 필자는 'Durchgriff'이라는 원어에 보다 충실하면서, 이러한 지배권한을 가지는 자에 대한 '실체파악'이 여기서 중요한 의미를 가진다는 점과, 우리 상법학에서 '법인격부인의 법리' 등과 관련하여 이 용어가 이미 사용되고 있다는 점도 고려하여, 實體把握責任이라고 번역한다.

46) 조지현, 주주유한책임의 제한 - 독일법상의 실체파악책임을 중심으로, □상사법연구□ 제23권 3호, 2004, 304쪽.

함으로써 입법자는 ‘질서법의 새로운 세계’(ordnungsrechtliches Neuland)에 발을 들여놓게 되었다고도 이야기한다.⁴⁷⁾

동 규정의 입법취지는 ‘회사의 과소자본화’(Unterkapitalisierung von Gesellschaften)나 ‘회사의 가중된 사실상의 콘체른종속’(qualifizierter faktische Konzernabhängigkeit einer Gesellschaften)에서의 통제를 겨냥한 것이다.⁴⁸⁾

먼저, 회사의 과소자본화는 법정 최소자본만으로 설립된 새로운 회사에 오염된 토지를 남기는 경우의 원래의 회사, 오염된 토지를 남기고 잔여자산을 새로운 회사에 분리하는 경우의 분리된 회사와 같이 자기자본부족을 통하여 회사가 정화책임으로부터 비켜나려는 폐해를 막는 의미를 가진다.⁴⁹⁾

다음으로, 회사의 가중된 사실상의 콘체른종속은 회사가 하나의 콘체른으로 통합되고, 사실상 그 회사를 지배하는 기업에 의해 움직이지만, 독일 주식법상 필요한 어떠한 형식적인 지배계약이나 수익지급계약도 체결되지 아니한 경우이다. 이때에도 일정한 경우 그 배후에 있는 영향력 있는 기업이 사실상 콘체른의 역할을 하고 있는 것으로 보아 그 기업이 실제과약책임으로서의 토양정화책임을 지도록 하는 것이다.⁵⁰⁾

이러한 실제과약책임에 있어서 인정되는 상법상의 책임으로는, 책임 있는 주주의 경우 회사의 채권자에 대해 인적으로 그리고 무제한적으로 책임을 지며, 책임 있는 행위를 주도하지 않았더라도 이에 협력한 주주는 마찬가지로 유한책임이 제한되는 것이다.⁵¹⁾ 연방 토양보호법상의 동 규정은 상법상의 유한책임제도가 악용되어 토양정화책임을 회피하려는 것을 꿰뚫어 봄으로써, 그 실체를 제대로 파악하기 위한 것이다. 이로써 오염토양의 정화 목적상 고의나 과실로 상태책임이 있는 법인의 배후에 있는 자연인 또는 법인에 대한 실제과약이 가능하게 되었고, 그들이 토양정화의무자가 될 수 있도록 규정하고 있는 것이다.

5. 소유권포기자

연방토양보호법은 정화의무자로서 독일민법 제928조에 의한 토지의 소유권을 포기한 자를 규정하고 있다. 물건에 대한 사실상의 지배를 포기할 경우, 즉 점유의 상실이나 소유권포기(Dereliktion)가 있을 경우 상태책임은 소멸하게 되는 것이 원칙이지만, 그렇다고

47) Oerder, BBodSchG, § 4 Rn. 26.

48) Vgl. BT-Drucks. 13/6701, S. 1; Oerder, BBodSchG, § 4 Rn. 27.

49) Vgl. Hilger, in: Holzwarth/Radtke/Hilger, BBodSchG, 1998, § 4 Rn. 103.

50) Hilger, BBodSchG, § 4 Rn. 104 ff.

51) 조지현, 앞글, 313쪽 참조.

이를 악용하는 이른바 ‘상태책임으로부터의 逃走’(Flucht aus der Zustandsverantwortlichkeit)가 있어서는 아니될 것이다. 이러한 ‘사실상의 지배’의 포기로 인한 상태책임의 소멸이 실제로도 문제가 되어, 이에 대한 입법이 필요하기에 이르렀다.

이는 민법상 소유권포기(Dereliktion)에 관한 문제로 거슬러 올라가는데, ‘소유권의 포기를 통하여 개인의 의무가 변하는 것은 아니다’(An seinen persönlichen Verpflichtungen ändert sich aber durch die Aufgabe des Eigentums nichts.)⁵²⁾라는 민법상 대원칙을 통하여 1998년 연방토양보호법의 제정 이전부터 소유권포기자에 대한 책임을 인정할 수 있었다. 따라서 연방토양보호법에서의 동 규정은 이와 같은 민법상의 원칙을 공법적으로 구체화했다는 의미가 있다.⁵³⁾

독일의 각급 행정법원의 판례나 연방토양보호법 이전의 각 주의 법률에서도 이러한 소유권포기자(Derelinquenten)에 대한 행정청의 정화처분을 확인하고 있는바, ‘교란을 일으키는 물건의 소유자는 포기를 통하여 상태책임을 면하는 것은 아니다.’, ‘위험이 無主物로부터 발생할 경우, 그 물건에 대한 소유권을 포기했던 자에 대한 조치를 취할 수 있다.’ 등이 그것이다. 또한 이러한 경우 소유권포기자의 以前상태책임이 오염토양정화라는 위험방지조치의무의 부작용으로 파악하여 행위책임으로 이해하는 경우도 있다.⁵⁴⁾

토양정화비용이 당해 토지의 가액을 상회하는 경우도 생각할 수 있기 때문에, 토양정화 책임자인 토지소유자가 그 소유권을 포기하는 경우 역시 예견될 수 있으므로, 소유권의 포기가 물건에 대한 모든 권리의무와도 분리되는 원칙에 대한 예외로서 소유권포기에 있어서도 토양정화책임은 면탈되지 아니한다는 동규정은 의미가 있다고 생각된다.

소유권포기자의 정화책임은 후술하는 前所有者의 정화책임과 함께 환경법에 있어서 사후책임(Nachhaftung) 내지는 事後狀態責任(nachwirkende Zustandsverantwortlichkeit)이라는 의미를 가지고 있다.⁵⁵⁾ 환경법의 새로운 문제라고도 할 수 있는 이 사후책임에 대해서는 아직 독일의 학설이나 판례에서도 의견이 분분하며, 특히 이러한 책임의 귀속에 있어서 헌법적 정당성이 논의되고 있어 전통적인 경찰책임의 법리를 그대로 사후 책임에 적용할 수 없는 면도 있다.⁵⁶⁾

52) Kanzleiter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., § 928 Rn. 11(Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 75에서 재인용).

53) Versteyl, BBodSchG, § 4 Rn. 75.

54) VGH München, Beschl. v. 26.9.1995 -21B 95.1527, NuR 1997, 559 f.; Denninger, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, E, Rn. 92.

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

56) Kohls, Zustandsverantwortlichkeit, S. 58 및 S. 109 ff.

6. 前所有者

전소유자의 책임은 앞의 소유권포기자의 경우와 마찬가지로 그 기본취지는 ‘상태책임으로부터의 逃走’를 허용할 수는 없다는 것이다.⁵⁷⁾ 토양보호법 제4조 6항에서는 ‘토지의 前所有者로서 1999. 3. 1 이후에 소유권을 移轉했고, 유해한 토양변경이나 위험오염지를 알았거나 알았어야 했던 경우에는 그 前所有者는 정화의무를 진다. 이는 토지를 취득(Erwerb)함에 있어서 유해한 토양변경이나 위험오염지가 존재하지 아니한다고 신뢰한 자에게는 그 신뢰가 개별상황의 고려 하에서 보호할 만한 가치가 있는 경우에는 적용되지 아니한다.’라는 규정을 두고 있다. 이에 따라 소유권을 이미 양도한 前소유자가 정화책임의 당사자가 될 수 있으며, 다만 이러한 일종의 상태책임의 요건으로 소유권 이전시점에 오염의 존재를 인식하였거나 인식했어야 하며, 토지취득 시점에서 오염이 존재하지 않는다고 믿었고, 그 신뢰가 보호할 만한 가치가 있는 경우에는 면책되는 것으로 하고 있다. 나누어 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 전소유자의 정화책임이 인정되기 위해서는 ‘土地의 前所有者’(früheres Eigentum an einem Grundstück)이어야 한다. 전소유자가 당해 토지를 취득하기 이전에 이미 오염된 경우에는(이른바 Alt-Altlasten의 경우) 전소유자가 책임이 없는 것으로 보고 있다.

둘째, 법문에 따라 연방토양보호법의 효력발생시점인 1999. 3. 1 이후에 소유권을 이전한 경우이어야 한다. 이는 1999. 3. 1 이후에 발생한 위험한 수준의 오염토양(이른바 Neulasten)을 뜻하는 것은 아니며, 당해 토지에서 이 시점 이전에 토양오염이 발생했다라도 소유권의 양도시점이 1999. 3. 1 이후면 된다는 의미로 보고 있다. 이 점은 법률불소급원칙과 관련한 헌법상 문제가 제기되고 있는 부분이기도 하다.⁵⁸⁾

셋째, 소유권이전의 시점에 유해한 토양변경이나 위험오염지에 대하여 알았거나 알아야만 했어야 한다. 이 알았거나 알았어야 하는 대상은 ‘토양의 오염이라는 사실 그 자체’이며, 토양오염의 범위나 종류를 알았거나 알았어야 할 필요가 없다.⁵⁹⁾ ‘알았어야 함’(Kennenmüssen)의 의미는 독일 민법 제122조 제2항의 ‘과실로 인하여 몰랐던 경우’(fahrlässige Unkenntnis)로 이해되고 있다.⁶⁰⁾ 주의할 점은 여기서의 ‘알았음’(惡意) 혹은

57) Kohls, Zustandsverantwortlichkeit, S. 61.

58) Kohls, Zustandsverantwortlichkeit, S. 65 f.

59) Bickel, BBodSchG, § 4 Rn. 80.

60) Kohls, Zustandsverantwortlichkeit, S. 69 및 같은 곳에서 소개하고 있는 다수의 문헌 참조. 따라서 이 ‘알아야만 했음’은 우리나라 법제에서의 과실의 의미의 ‘알 수 있었음’과 유사한 내용이라고 할 수 있으나, 독일법제의 소개에 주된 목적이 있는 이 글에서는 Kennenmüssen을 그대로 직역해서 나타낸다.

‘알았어야 함’은 전통적인 경찰책임론의 입장에서 보면 이질적인 내용이라는 점이다. 왜냐하면 행위책임이나 상태책임과 같은 경찰책임은 민·형사책임과는 달리 주관적인 요소는 고려하지 아니하는(verschuldensunabhängig) 객관적 성격을 가지기 때문이다.⁶¹⁾ 따라서 원칙적으로 객관적 책임이면서도 책임의 한계문제와 관련하여 종합적 판단이 필요한 것으로 이해할 수 있다.

넷째, 오염사실을 존재하지 아니한다고 신뢰하고 선의로 토지를 취득해야 하며, 그 신뢰는 보호할만한 가치가 있어야 한다. 여기서 취득(Erwerb)이란 연방토양보호법 제4조 6항 1문의 정화책임을 지는 전소유자가 토지를 취득하는 것이며, 새로운 소유자의 취득을 뜻하는 것이 아니다. 따라서 전소유자가 토지취득의 시점에서 토양오염이 없다는 것을 신뢰했고, 그가 그 후 다시 제3자에게 양도하던 시점에 이미 존재하던 토양오염에 대하여 알았을 경우에는 책임이 없다. 연방토양보호법의 이 규정은 종래 헤센州 危險汚染地法, 베를린토양보호법, 미국의 CERCLA의 해당되는 규정과 다른 점이다. 즉 헤센주법률이나 베를린법률에서는 소유권을 가지고 있는 동안 사후에 오염에 대하여 알게 되면 정화책임을 지게 되며, 미국 CERCLA에서는 전소유자가 취득자에게 토양오염에 대하여 해명하지 않았을 때에도 책임을 지게 되는 점과 비교가 된다.⁶²⁾

IV. 우리나라 토양환경보전법과의 비교

이상에서 독일 연방토양보호법상의 정화책임에 관해서 살펴보았다. 연방토양보호법과 비교할 만한 우리나라의 토양환경보전법은 제10조의3에서 정화책임의 당사자에 대해서 ‘오염원인자’라는 개념으로 통하여 열거적으로 규정하고 있는데, 양국 법제간의 차이점을 살펴보면 다음과 같다.

먼저, 독일법에서는 ‘원인자’(Verursacher)를 한국법에서는 토양오염을 유발시킨 자(제3항

61) 이는 전술한 연방헌법재판소의 판례(BVerfG, Beschl. v. 16.02.2000-1BvR 242/99)를 상기시킨다. 상태책임이 가혹하게 지워지는 것을 막기 위해 동 재판소가 원용한 주관적 범리는 경찰책임이 그 기본적인 성격은 객관적이지만, 책임의 한계 등과 관련해서는 주관적 요소를 배제할 수 없는 것이 아닌가 하는 생각을 가지게 된다.

62) Kohls, Zustandsverantwortlichkeit, S. 75; CERCLA Sec. 9601 (35) (C) : “...; if the defendant obtained actual knowledge of the release or threatened release of a hazardous substance at such facility when the defendant owned the real property and then subsequently transferred ownership of the property to another person without disclosing such knowledge...”

1호)를 규정하고 있다. 이는 공히 행위책임자가 정화의무자가 된 것으로 이해할 수 있다.

둘째, 독일법에서는 상태책임자로서 ‘토지의 소유자’와 ‘토지의 사실상 지배주체’를 규정하여 상태책임의 색채가 보다 분명한 데 반하여, 한국법에서는 ‘토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자’(제3항 2호)로 하여, 지배대상인 물건이 토지가 아니라 토양오염관리대상시설로 되어 있다. 이러한 제한규정으로 말미암아 상태책임자가 가혹하게 책임을 질 수 있는 경우를 방지할 수 있는 장점이 있다고 생각된다. 또한 ‘토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된’이라는 요건을 추가하고 있어 독일법에서의 전소유자의 책임이나 소유권포기자의 책임의 일부도 동 규정을 통하여 포섭하고 있다.

셋째, 독일법에서는 행위책임자의 포괄승계인을 정화책임자로 포함시키고 특정승계의 경우에는 특별한 규정을 두지 않고 있으나, 한국법에서는 행위책임자의 포괄승계인과 상태책임자의 포괄승계인을 모두 정화책임자로 하고 있으며, 포괄승계인 외에도 토양오염관리대상시설의 양수인 및 제3항 4호의 다양한 引受人까지도 정화책임자로 규정하고 있어, 특정승계까지도 포함하고 있는 점은 독일법과 구분되는 점이다. 그리고 한국법에서는 포괄승계인의 경우와 달리, 제3항 제3호의 양수인 및 제3항 제4호의 인수인의 경우에는 선의·무과실의 경우에는 면책이 되는 규정을 두고 있는데, 독일법 제4조 제6항의 전소유자의 책임에서와 같은 주관적 요소를 한국법에서도 찾아볼 수 있는 점이다. 그 본질이 객관적 책임이라고 할 수 있는 정화책임이 구체적인 경우에 있어서 타당성을 가지기 위해 주관성이 가미된 것이라고 생각된다.

넷째, 독일법에서 규정하고 있는 상법상의 실체과약책임(Durchgriffshaftung)은 향후 우리나라에서도 문제될 수 있는 것이라고 보이지만, 한국법에서는 이와 관련된 규정을 두고 있지 아니하다. 이는 행정법학 및 상법학을 바탕으로 한 공·사법간의 종합적 연구를 통해 정리될 문제로서, 향후 입법과제로 검토할 만하다.

V. 맺음말

실무와 이론의 양 측면에서 아직은 발전해가는 단계에 있는 우리나라 토양정화책임법을 이해함에 있어, 이미 많은 정리가 되어 있는 선진외국법제가 우리에게 시사하는 바는 적지 아니할 것이다. 그중에서도 우리 법제와 유사한 체계를 가지고, 공법의 많은 부분에서 이론적 바탕을 이루고 있는 독일의 토양정화법제는 관심을 가질만하다고 생각된다. 이러

한 이유에서 독일 연방토양보호법에서의 토양정화관련 많은 쟁점가운데에서 특히 중요한 의미를 가지는 정화의무자에 대하여 살펴보았다.

서두에서 언급한 바와 같이 연방토양보호법은 다양한 공법이론이 펼쳐지고 있는 생생한 학문의 현장이라고 할 수 있다. 이 글에서의 정화의무자에 관한 검토는 연방토양보호법을 이해함에 있어서 序說 정도의 의미가 있겠지만, 이를 통해 우리나라의 토양정화법에 관한 논의가 보다 성숙해지기를 기대한다.

【참고자료】 연방토양보호법 제1조, 제2조, 제4조

유해한 토양변경으로부터의 보호 및 위험오염지정화에 관한 법률(연방토양보호법)
Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderung und zur Sanierung von
Altlasten (Bundes-Bodenschutzgesetz - BBodSchG)

제1조 법률의 목적 및 원칙(Zweck und Grundsätze des Gesetzes)

이 법의 목적은 토양의 기능을 지속가능하게 보전하거나 재생하는 것이다. 이를 위해 유해한 토양변경을 방지하고, 토양, 위험오염지 및 이들을 통하여 초래되는 수질오염을 정화하고, 토양에의 불리한 영향에 대한 사전배려가 행해져야 한다. 토양에 대하여 영향을 미치는 경우에 있어서 토양의 자연적 기능 및 自然·文化史의 保管所로서의 기능에 대한 침해는 가능한 한 피해야 한다.

제2조 개념정의(Begriffsbestimmungen)

1. 이 법에서 말하는 토양이란 제2항의 토양기능을 수행하는 地殼(Erdkruste)의 상층부를 말하며, 토양수(Bodenlösung), 토양공기(Bodenluft)를 포함하는 개념이며, 지하수(Grundwasser)와 河床(Gewässerbetten)은 제외한다.

2. 토양은 이 법에서 말하는 다음의 기능을 충족하는 것이다.

1) 自然的 機能

- a) 인간, 동물, 식물, 토양유기체에 있어서 삶의 토대 및 삶의 공간으로서의 기능
- b) 자연계, 특히 물·먹이순환을 가진 자연계의 구성요소로서의 기능
- c) 여과·완충·물질변환특성에 기한 물질적 영향에 대한 저감·조정·확충매체로서의 기능 및 특히 지하수보호를 위한 기능

2) 自然·文化史의 保管所로서의 기능

3) 利用機能

- a) 천연자원저장소로서의 이용기능
- b) 주거 및 휴식을 위한 부지로서의 이용기능
- c) 농업적·임업적 이용에 대한 장소로서의 이용기능

d) 기타 경제적·공공적 이용, 교통, 공급처리를 위한 장소로서의 기능

3. 이 법에서의 유해한 토양변경(schädliche Bodenveränderungen)이란 개인이나 공중에 대하여 위험, 현저한 불이익 혹은 현저한 부담을 초래할 수 있는 토양기능의 침해를 말한다.

4. 이 법에서의 의심부지(Verdachtsflächen)란 유해한 토양변경이 의심스러운 지역을 말한다.

5. 이 법에서의 위험오염지(Altlasten)란 다음 각 호와 같은 부지로서, 이를 통하여 개인이나 공중에 유해한 토양변경 등의 위험이 초래되는 곳을 말한다.

- 1) 停止狀態에 있는 폐기물제거시설 및 기타 부지로서 그 곳에서 폐기물이 취급되었거나 놓여졌거나, 집적되었던 곳(폐기물집적부지: Altablagerungen)
- 2) 停止狀態에 있는 시설의 부지 및 기타 부지로서 그곳에서 환경유해물질이 다루어졌던 부지(舊산업부지: Altstandorte). 단, 그 停止를 위해서 원자력법에 의한 許可를 요하는 시설은 제외한다.

6. 이 법에서의 위험오염의심지(Altlastverdächtige Flächen)란 개인이나 공중에 유해한 토양변경 등의 위험이 의심스러운 폐기물집적부지 및 舊산업부지를 말한다.

7. 이 법에서의 淨化(Sanierung)란 다음의 조치를 말한다.

- 1) 오염제거조치(Dekontaminationsmaßnahmen) : 유해물질의 제거나 감소를 위한 조치
- 2) 안전조치(Sicherungsmaßnahmen) : 유해물질을 제거함이 없이, 그 확산을 장기간 제지하거나 감소시키는 조치
- 3) 토양의 물리·화학·생물학적 성질의 유해한 변경의 제거나 감소를 위한 조치

8. 이 법에서의 보호·제한조치(Schutz- und Beschränkungmaßnahmen)란 개인이나 공중에 대한 위험, 현저한 불이익 혹은 현저한 부담을 제지하거나 감소하는 기타 조치, 특히 이용제한(Nutzungsbeschränkungen)을 말한다.

제4조 위험방지의무(Pflichten zur Gefahrenabwehr)

1. 누구든지 토양에 영향을 주는 자는 유해한 토양변경 (schädliche Bodenveränderungen)이 발생하지 아니하도록 행동해야 한다.

2. 토지(Grundstück)의 소유자 및 사실상 지배주체는 그 토지로 인해 발생할 수 있는 유해한 토양변경을 방지하기 위한 조치를 취할 의무를 진다.

3. 유해한 토양변경 혹은 위험오염지의 원인자 및 그 포괄승계인, 토지의 소유권자, 토지의 사실상 지배주체는 토양, 위험오염지, 유해한 토양변경이나 위험오염지를 통하여 초래된 수질오염을 정화하여, 개인이나 공중에 대한 위험, 현저한 불이익 혹은 현저한 부담이 지속적으로 발생하지 아니하도록 해야 한다. 이를 위해 유해물질을 통한 오염에 있어서 오염제거조치(Dekontaminationsmaßnahmen) 외에 오염물질의 확산을 장기간 억제할 수 있는 안전조치(Sicherungsmaßnahmen)가 고려된다. 이것이 불가능하거나 수인기대가능성이 없는 경우에는 기타 보호·제한조치가 행해져야 한다. 상법 혹은 회사법적 근거에서 유해한 토양변경이나 위험오염지가 있는 토지의 소유자인 법인에 대하여 책임을 지는 자 및 이러한 부지에 대한 소유권을 포기한 자도 정화의무를 진다.

4. 제1항 내지 제3항에 의한 토양관련 의무 및 위험오염지 관련 의무를 이행함에 있어서 계획법상 허용된 토지이용 및 이로부터 나오는 보호 필요성은, 그것이 제2조 제2항 1문 및 2문에서의 토양기능의 보호와 조화되는 한, 유의해야 한다. 계획법상 용도 확정(Festsetzung)을 결할 경우, 그 영역의 용도성격은 가까운 장래의 보호필요성의 발전을 고려하여 정해진다. 河水淨化에 있어서 충족되어야 하는 요구사항은 水法(Wasserrecht)에 의해 정해진다.

5. 유해한 토양변경이나 위험오염지가 1999년 3월 1일 이후에 발생한 경우에는, 토양의 事前負擔의 측면에서 비례성이 있는 한, 유해물질은 제거되어야 한다. 이는 원인야기의 시점에서 그에게 적용되는 법률적 요구사항의 이행의 측면에서, 이러한 침해가 발생하지 아니할 것을 신뢰한 자에게는, 개별상황을 고려할 때 그 신뢰가 보호할 만한 가치가 있는 경우에는 적용되지 아니한다.

6. 토지의 前所有者로서 1999년 3월 1일 이후에 소유권을 移轉했고, 유해한 토양변경이나 위험오염지를 알았거나 알았어야 했던 경우에는 그 前所有者는 정화의무를 진다. 이는 토지를 취득(Erwerb)함에 있어서 유해한 토양변경이나 위험오염지가 존재하지 아니한다고 신뢰한 자에게는 그 신뢰가 개별상황의 고려 하에서 보호할 만한 가치가 있는 경우에는 적용되지 아니한다.

【참 고 문 헌】

- 김현준, 토양정화책임-토양환경보전법 제10조의3에 대한 비판적 검토, □공법연구□ 제34집 제2호, 2005, 187.
- 박윤훈, □행정법강의(하)□, 2005.
- 조지현, 주주유한책임의 제한 -독일법상의 실체파악책임을 중심으로, □상사법연구□ 제23권 3호, 2004, 297.
- 松村弓彦, ドイツ土壤保全法の研究, 2001.
- Bickel, Kommentar zum BBodSchG, 4. Aufl., 2004.
- Holzwarth/Radtke/Hilger, Kommentar zum BBodSchG, 1998.
- Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl., 2004.
- Kohls, Nachwirkende Zustandsverantwortlichkeit, 2002.
- Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd.III, Loseblatt, 42. Lfg. Stand 4/2004.
- Lisken/ Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001.
- Oerder/Numberger/Schönfeld, Kommentar zum BBodSchG, 1999.
- Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2004.
- Radig, Altlastengerechtigkeit im Vergleich, 2002.
- Rehbinder, Altlasten: Amtshaftung für fehlerhafte Bauleitplanung, Jus 1989, 885.
- Sanden/Schoeneck, Kommentar zum BBodSchG, 1998.
- Schäling, Zur Haftungsbegrenzung bei Inanspruchnahme des Inhabers der tatsächlichen Gewalt als Verantwortlicher im Sinne des Bundes-Bodenschutzgesetzes, NVwZ 2004, 543.
- Schrödter, Kommentar zum BauGB, 7. Aufl., 2005.
- Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, 5. Aufl., 2003.
- Versteyl/Sondermann, Kommentar zum BBodSchG, 2. Aufl., 2005.

【Zusammenfassung】

Sanierungspflichtige im deutschen unges-Bodenschutzgesetz

Kim, Hyun Joon

Mit dem am 1.3.1999 in Kraft getretenen Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) hat der deutsche Gesetzgeber ein Regelungswerk zum Bodenschutz geschaffen. Kernstück des Gesetzes ist die Regelung der Sanierungsverantwortlichkeit und damit der Frage, wer die Sanierung einer vorhandenen schädlichen Bodenveränderung oder Altlast durchzuführen und die anfallenden Kosten zu tragen hat.

Die Pflichtenkatalog des § 4 Abs. 3, 6 BBodSchG nennt alternativ und ggf. kumulativ, aber abschließend folgende Sanierungspflichtige und deren Verantwortlichkeiten:

- Zunächst ist der Verursacher nach § 4 Abs. 3 1. Alt. zur Sanierung verantwortlich. Dies entspricht der Haftung des polizeirechtlichen Verhaltensstörer.

- Der Gesamtrechtsnachfolger des Verursachers einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast nach § 4 Abs. 3 2. Alt. haftet unabhängig davon, ob bereits gegenüber dem Verursacher der Kontamination Sanierungsmaßnahmen angeordnet worden sind.

- Der Grundstückseigentümer und der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück sind als Zustandsstörer zur Sanierung verantwortlich. Diese Haftung wird verfassungsrechtlich aus dem Sozialpflichtigkeitsgebot des Art. 14 Abs. 2 GG abgeleitet.

- Zur Sanierung verpflichtet derjenige, der für eine juristische Person, der ein mit einer schädlichen Bodenveränderung oder einer Altlast belastetes Grundstück gehört, aus handelsrechtlichem oder gesellschaftlichem Rechtsgrund einzustehen hat. Dabei handelt es sich um die gesellschaftsrechtlichen Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung oder qualifizierter Konzernabhängigkeit.

- Der Derelinquent ist auch zur Sanierung verantwortlich. Somit kann sich der Eigentümer einer störenden Sache nicht durch Dereliktion der Zustandshaftung entziehen.

- § 4 Abs. 6 überträgt die durch § 4 Abs. 3 begründete Sanierungspflicht unter bestimmten Umständen auf frühere Eigentümer eines Grundstücks.

Es steht zu erwarten, dass der Rechtsvergleich des BBodSchG mit dem koreanischen Bodenschutzgesetz (KBodSchG) einem effektiveren und gerechteren Umgang mit kontaminierten Böden in Korea dient.

Key Words : Bundes-Bodenschutzgesetz, Sanierungspflichtige,
Sanierungsverantwortlichkeit, Altlasten, Pflichten zur Gefahrenabwehr