

廢棄物管理法上 事業場廢棄物 排出事業者의 法的 責任*

趙弘植**

< 차 례 >

【序】

- I. 問題의 提起
- II. 事業場 廢棄物 排出事業者의 廢棄物管理法上 責任
- III. 폐기물관리법의 違憲性: 遡及立法에 의한 財産權 剝奪 주장의 當否
- IV. 事業場廢棄物 排出事業者의 私法上 責任
- V. 事業場廢棄物을 委託處理한 排出事業者의 法的 責任

【結】

【序】

폐기물관리법에 관해서는 근자에 적지 않은 연구가 이루어져 왔다.¹⁾ 이러한 연구들은 폐기물관리법 전체의 구조를 개관함으로써 폐기물관리에 관한 법제도의 내용과 체계를 설명하고 현재의 체계에 관련된 문제점을 살펴보는 것이었다. 본고에서는 같은 수고를 반복하는 것을 피하고, 현실적으로 벌어지는 문제 상황에서 제기되었거나, 제기될 수 있는 법적 논점을 주된 관심사로 하여, 이러한 논점들에 대한 기존의 논의를 정리하고 이에 대한 필자의 견해를 밝히는 작업을 하기로 한다.

사람들은 — 진공 속에서가 아니라 — 두 발로 땅을 딛고 현실을 살아간다. 폐기물관리

* 본고는 2004. 4. 24. 개최된 한국환경법학회 제77회 학술대회 “폐기물 정책과 법”에서 필자가 발표한 원고를 수정·보완한 것이다. 본고를 작성하는 데에는 많은 분들이 도움을 주셨다. 대화로써 사고의 단초를 제공해주시는 윤진수 교수님, 글감이 된 중재판결을 소개해 준 최지현 변호사, 관련 문헌조사에 애써 준 김나영씨, 자료를 찾아주고 교정을 보아 준 이유헌 석사, 박종현 학사에게 감사한다.

** 서울대학교 法科大學 副教授

1) 예컨대, 박균성, “산업폐기물처리책임체계의 재검토,” 경희법학 제36권 제1호, 75 (2001); 김연태, “폐기물의 개념 및 분류·처리체계: 독일의 순환관리 및 폐기물법을 중심으로,” 환경법연구 제25권 제1호, 165(2003. 9.) 등.

법이 사람들의 삶 속에서 문제될 수 있는 상황 중 발생가능성이 가장 큰 사안을 상정하여 이에 대한 폐기물관리법 및 관련 법률에 근거한 법적 대응을 살펴보는 것은, 일상을 사는 일반인들의 입장에서 보면, 폐기물관리법 전체를 조망하여 그 運用機制를 살펴보는 것보다 낫을지도 모른다. 또한 이러한 사례연구를 통해 살펴본 법적 논점은 폐기물관리법의 체계에 대해 다시 한번 살펴볼 수 있는 계기가 될 수도 있을 것이다.

본고는 다음의 순서에 의해 진행한다. 먼저 I장에서는 폐기물관리법이 규율법규로 등장할 수 있는 가능성이 큰 사안 유형을 상정해 본 후 있을 수 있는 법적 논점들을 망라하고 이어 그 논점들 중 중요한 것을 추려낸다. II장과 IV장에서는 앞서 추출된 논점들에 초점을 맞추어 사업장폐기물 배출사업자 및 그 승계인, 특히 토지소유자의 廢棄物管理法上 및 私法上 責任에 관하여 살펴보고, III장에서는 배출사업자의 법적 책임을 인정함에 있어 가장 큰 법적 장애가 되는 폐기물관리법의 違憲性 여부를 진단한다. V장은 사업장폐기물이 불법 처리된 경우 그 처리를 委託한 排出事業者의 法的 責任을 진단해 보기로 한다. 본고는 논의의 초점이 분산되는 것을 피하기 위해 형사법적 문제에 관해서는 논하지 않는다.

I. 問題의 提起

1. 問題 狀況의 想定

폐기물관리법은 아직도 일반인에게는 생소한 법률이고, 법률전문가에게도 낯익은 주제가 아니다. 폐기물관리법에 관한 사례도 많지 않아,²⁾ 폐기물관리법이 실제로 어떤 상황에서 어떤 형태로 작용할지에 관해서는 추측이 가능할 뿐이다. 나는 우선 이번 연구의 초점을 放置된 廢棄物의 事後處理에 맞추기로 결정하였다. 폐기물처리에 관한 事前規制에 관해서는 앞서 본 기존의 연구가 설명하고 있기도 하지만, 폐기물과 관련하여 司法이 개입할 수 있는 문제 상황의 본령은 무엇보다도 사건이 터지고 난 후 그 사후수습을 어떻게 하여야 하는가에 관한 문제라고 생각하기 때문이다.

환경부가 部로 승격된 이후에 많은 활동을 하고 있고 다양한 방면에서 풍부한 데이터베

2) 필자가 조사해 본 바에 의하면 우리나라 법원이 1988년에서 2003년 사이에 다룬 폐기물관리법 관련 사건의 수는 64건에 지나지 않는다.

이스를 축적해오고 있는 것이 사실이지만, 정작 폐기물관리법이 적용될 것으로 예상되는 분쟁상황에 관한 자료는 충분하지 않다. 예컨대 환경부와 국립환경연구원이 발행한 2002 전국 폐기물 발생 및 처리 현황³⁾은 전국에서 발생하는 폐기물과 그 처리현황에 대하여 자세한 통계자료를 담고 있지만, 법적 분쟁이 야기될만한 상황, 즉 불법투기폐기물 또는 방치폐기물에 관한 자료는 제공하지 않고 있다.

이런 까닭에 이웃 일본의 상황을 참고하게 되었는데, 일본의 상황이 우리나라와 같다고 말할 수는 없겠지만 사태의 추이 정도를 추측할 수 있게 하는 자료로 사용하는 데에는 큰 문제가 없을 것이다. 일본의 후생성이 1993년부터 1995년까지 3년 동안에 벌어진 산업폐기물의 불법투기실태를 조사하여 발행한 산업폐기물의 불법투기의 상황에 관해서라는 책자에 따르면 불법투기는(처리업자라기보다는) 排出事業者에 의해 가장 많이 범해지는 것으로 나타났다. 3년 동안 불법투기건수인 435.2건 중 45%에 달하는 195건이 배출사업자에 의하여 이루어졌던 것이다.⁴⁾ 이 통계자료에 의하면 원인불명이 32%, 무허가 처리업자가 14%, 허가를 받은 처리업자가 6.5%(=수집운반업자 5%+중간처리업자는 1%+최종처리업자는 0.5%)를 각각 차지하였다. 배출량을 기준으로 해서도 3년간 불법투기된 389,507톤 중 40%에 달하는 155,981톤이 배출사업자에 의해 저질러진 것으로 조사되었다. 또 다른 자료에 의하면, 1995년에 발견된 투기건수 중 47%가 배출사업자, 6%가 허가를 받은 처리업자, 13%가 무허가 처리업자에 의해 범해졌고, 30%가 원인불명이었다.⁵⁾

廢棄物處理業者에 의한 불법투기의 건수가 이와 같이 적은 것은 처리업자에 대한 관리체계가 비교적 적절히 정비·운영되고 있어서이기도 하겠고 처리업자의 수가 그리 많지 않아 그 관리가 크게 어렵지 않아서이기도 하겠지만, 보다 근본적으로는 이제까지 委託處理보다는 自家處理가 주를 이루었기 때문일 것이다.

배출사업자의 불법투기가 행해지는 원인으로는 먼저 배출사업자의 사업장폐기물에 대한 責任意識의 缺如를 들 수 있다.⁶⁾ 폐기물의 적정처리를 행하기 위해서는 적절한 비용부담이 필요하지만, 처리요금을 저렴한 가격으로 하려고 해서 부적정한 처리를 야기하거나, 경우에 따라서는 무허가업자에게 처리를 위탁하거나 하는 것이다.

한편 불법투기된 폐기물이 發覺되는 것은 특별한 계기에 의해서 마련된다. 일반 주민들

3) 행정간행물 등록번호 11-1480083-000198-01. 이 자료는 환경부 website에서 내려받을 수 있다.

4) 大塚 直, “産業廢棄物の事業者責任に關する法的問題,” *ジュリスト*(No. 1120) 35, 36 (1997. 10. 1).

5) 北村喜宣, “自家處理の現狀と法的規制のあり方: 建設系産業廢棄物を中心として,” *ジュリスト*(No. 1120) 45, 46(1997. 10. 1).

6) 大塚 直(註 4) 35~36.

이 사는 곳 근처의 나대지에 폐기물이 야적된 경우, 폐기물이 노출되거나 침출수가 누출되어 인근 주민의 건강에 영향을 끼치는 경우 등이 일반 주민이 관련될 수 있는 분쟁상황이다. 하지만 이와 같은 경우에도 그 정도가 지나치지 않는 한 일반 주민들이 자발적으로 문제를 제기하고 법적 분쟁으로 몰고 갈 가능성은 그리 많지 않을 것이다. 대개는 폐기물 투기·방치·매립된 토지의 소유관계나 사용관계가 바뀔 때, 환언하면 새로운 소유자 내지 사용자가 당해 토지를 사용하기 시작할 때 불법투기가 문제되기 시작한다고 판단된다.

나는 이러한 통계자료에 기해 다음과 같은 추측을 하였다. 즉 법원의 법적 판단에 의해 해결의 방향이 잡히는 문제 상황의 가장 큰 부분은 배출사업자의 불법투기 — 이를 의도하였든 하지 않았든 관계없이 —에 의해 야기되고, 이것이 밝혀지는 것은 그 불법투기가 이루어지고 난 후 상당한 시간이 흘러 불법투기가 이루어진 토지의 소유관계나 사용관계의 변동이 생길 때이다. 요컨대 폐기물관리법상 법적 문제는 대부분이 배출사업자가 스스로 처리하는, 소위 自家處理에서 비롯되어 잠복해 있다가, **廢棄物이 投棄·埋立된 土地의 所有·使用關係에 變動**이 생길 때 수면 위로 떠오른다는 것이다.

이러한 추론에 터잡아 나는 다음과 같은 문제 상황을 상정해보려고 하던 차에, 우연히 글감으로 쓰일 수 있는 적절한 사건을 발견하게 되었다. 그것은 아쉽게도 중재 사건이었는데, 중재 판결이 통상 그러하듯이 법적 쟁점에 관한 양 당사자의 주장과 그에 대한 재판부의 결정의 근거에 관한 상세는 알 수 없었고 다만 결론만이 적시되어 있었다.⁷⁾ 하지만 이 중재 판결만으로도 紛爭 樣相을 構造化하는 데 부족함이 없었다. 다음은 위 중재사건에 터잡아 이 글의 목적에 맞추어 재구성한 것이다.

각종 기계류, 중장비 및 발전설비 등을 제작해 온 회사인 甲회사(HK중공업)는 1962. 9. 20. 설립된 이래, 각종 기계류, 중장비 및 발전설비 등을 제작해 온 회사로서, 창사 이후 계속하여 군포시에 소재한 공장(“군포공장”)에서 공정과정 중 배출된 폐주물사(납, 구리, 비소 등 인체에 해로운 성분을 포함하고 있다)를 사내에 조성된 매립장에 매립하여 왔다(그런데 이 매립은 현행 폐기물관리법에 의하면 불법이다). 그러던 중, 甲회사는 1983. 10. 10. 乙회사(○스전선)와의 사이에 군포공장 營業讓渡契約을 체결하였는데, 그 결과 군포공장의 土地 및 부대시설 일체의 所有權과 관련 영업권이 乙회사에게 양도되게 되었다. 乙회사는 매수 후 공정 끝에 발생하는 폐기물을 관련 폐기물관리법의 규정에 따라 모두 適法하게 처리해왔다.

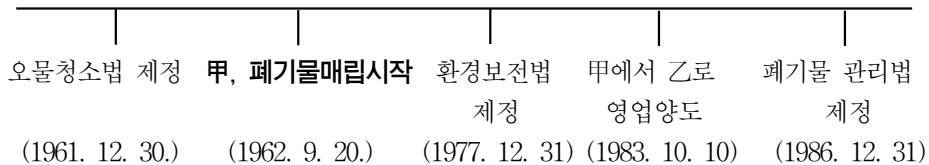
한편 군포시는 도시정비를 하기 위한 방편 중 하나로 도로개설공사를 하게 되었는데, 개설되는 도로가 군포공장을 관통하게 되어 도로에 해당될 토지 부분의 소유권이 군포시로 넘어가게 되었다. 군포시는 소유권 이전이 완료되기 전 개설할 도로부분 토지의 굴토작업을 시행하게 되었는데,

7) 대한상사중재원 2001. 6. 29. 선고 중재 제00111-0056 사건.

굴토작업 중 다량의 폐토사를 발견하였다. 이 폐토사의 주된 성분은 甲회사의 공정 중에 발생한 폐주물사임이 밝혀졌다. 군포시는 乙회사에게 폐기물을 처리할 것을 명하는 措置命수를 발하였고, 이에 乙회사는 廢棄物處理費用을 甲회사에게 請求하였다.

한편, 폐기물관리법의 전신은 구오물청소법과 구환경보전법이다. 구오물청소법은 1961. 12. 30. 법률 제914호로 제정되었는데, 동법 제7조에서는 서울특별시 또는 시장, 군수는 특별청소구역 내에서 청소작업상 곤란하거나 청소용 기구 또는 시설을 훼손할 우려가 있는 특수한 오물을 생기게 하는 공장 또는 사업장의 경영자에 대하여 당해 특수오물에 대한 필요한 조치를 하거나 또는 위생적 방법으로 이를 지정하는 장소에 운반하거나 지정하는 방법에 의하여 처리할 것을 명할 수 있다고 규정하고, 동법 제22조에서는 제7조에 위반한 자에 대하여 구류 또는 과료에 처하도록 규정하고 있다. 구환경보전법은 1977. 12. 31. 법률 제3078호로 제정되었는데, 동법 제52조에서는 사업자가 폐기물을 산업폐기물처리업자에게 위탁하여 처리하지 않고 종말처리(매립도 포함)하는 경우에는 미리 시·도지사에게 신고하고 보건사회부령에서 정한 방법과 기준에 따라 적합하게 처리하여야 한다고 규정하고, 동법 제68조에서는 사업자가 제52조에서 정한 요건을 위반할 경우 6월 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 또한 폐기물관리법은 1986. 12. 31. 제정되고, 1991. 3. 8.의 전면개정을 비롯하여 여러 차례 개정되었는데, 문체가 되는 규정인 제6조와 제7조는 1999. 2. 8.에, 제24조 제5항은 1999. 2. 8.과 2002. 1. 26.에, 제45조 제1항은 1999. 2. 8.과 2003. 5. 29.에, 동조 제2항은 2003. 12. 30.에 각각 개정되어 오늘에 이르고 있다.

위 사안의 전개과정과 폐기물관리법의 개정과정을 시간적으로 살펴보면 다음과 같다.



2. 事實 確定에서의 爭點

불법폐기물이 토지에 매립 또는 방치된 사실이 밝혀지고 나면, 현재의 소유자 내지 사용자는 그 소유·사용을 개시하기 전에 당해 토지를 소유·사용한 사람들에 대하여 불법 폐기물의 처리를 구하게 된다. 이때 사실관계를 확정함에 있어 다음과 같은 문제들이 제기되는데, 이들은 모두 因果關係의 확정과 관련된 것이라 단언할 수 있다. 구체적으로는 대개 다음과 같은 세 가지 점이 문제가 될 듯 하다.

첫째, 당해 불법폐기물이 투기·방치·매립된 時期이다. 이와 같이 시기가 문제되는 것은 시기가 확정되면 당해 폐기물의 불법처리의 책임자가 밝혀지기 때문이기도 하지만, 후술하는 바와 같이 법해석의 입장에 따라서는 폐기물관리법의 적용 여부가 그 불법처리의 시기에 달려 있기 때문이다. 둘째, 불법폐기물의 量이다. 이것은 책임자가 배상하여야 할

손해액을 확정하기 위해서 필요한 것이다. 셋째, 불법폐기물의 **處理方法**이다. 이것은 같은 양의 폐기물이라 하여도 그 처리방법에 따라 비용에 큰 영향을 미치기 때문이다.

이러한 세 가지 점에 치중하여 통상 감정을 실시하게 되는데, 감정기관에 따라서 감정의견에 편차가 없을 수 없는 것이기 때문에 감정기관의 선정에서부터 신경전이 펼쳐지는 것이 보통일 것이다.

3. 法的 爭點의 抽出

대체로 다음의 논점들이 乙회사가 甲회사에 대하여 손해배상청구 등의 법적 청구를 할 때 先決되어야 할 법적 쟁점이다.

(1) 乙회사의 廢棄物管理法上的 責任

1) 이 사건 폐기물의 種類

폐기물관리법은 폐기물의 종류에 따라 그 규율을 달리 하고 있다. 따라서 대상폐기물이 어떤 종류에 속하는지를 먼저 보아야 한다. 이 사건 토지에 매립된 채 발견된 폐기물은 일반 매립지에 버릴 수 없고 지하수 및 토양오염방지시설을 갖춘 특수 매립지에서만 처리할 수밖에 없는 산업폐기물로, 폐기물관리법상 사업장폐기물, 그 중 지정폐기물에 해당된다.

2) 甲회사와 乙회사의 폐기물관리법상의 책임

이 사건에서와 같이 무단 매립된 지정폐기물은 매립지부터 제거되어 적절히 처리되어야 하는데, 통상 이와 같은 사후 처리에는 엄청난 비용이 소요되기 때문에 관련 당사자들의 자발적인 협조를 기대하기는 어렵다. 따라서 행정청이 사후처리를 명하는 措置命을 내려 이를 강제하고 불복하는 경우에는 행정대집행으로 처리하도록 되어 있다. 행정청의 입장에서는 조치명령이 발하여질 수 있는 상황이 많을수록 폐기물의 사후처리의 적정화를 도모할 수 있을 것이다. 이에 이 사건 폐기물의 매립과 관련된 甲회사와 乙회사의 폐기물관리법상의 책임이 중요한 논점이 된다.

가. 甲회사의 책임

甲회사 책임의 인정 여부를 논하기 위해서 무엇보다도 먼저 착안해야 할 점은 甲회사의 행위가 현행 폐기물관리법이 제정·발효되기 이전에 이루어졌다는 것이다. 그럼에도 불구하고

하고 甲회사의 책임을 인정할 수 있는지, 인정한다면 **소급입법에 의한 재산권박탈에 해당하지 않는지**, 이와 같은 문제점을 회피하기 위하여 **甲회사의 행위가 최소한 행위시의 법규에 위반하여야 하는지** 등의 논점이 다루어져야 할 것이다.

나. 乙회사의 책임

乙회사 책임의 인정 여부를 논하기 위해서 무엇보다도 먼저 착안해야 할 점은 乙회사는 甲회사의 행위에 전혀 개입하지 않았다는 것이다. 오로지 甲회사의 영업을 양수받았고 그 토지를 양수받았다는 것 외에 乙회사를 비난할 만한 標識는 보이지 않는다. 또한 乙회사가 영업양도를 받은 시점은 폐기물관리법이 제정되기 이전이다. 이와 같은 상태에서 乙회사의 책임을 인정하기 위해서 필요한 요건이 무엇인지를 살펴보아야 할 것이다. **甲회사의 책임이 인정되는 것이 乙회사 책임을 인정하기 위한 전제조건인지, 문제가 된 토지를 소유하고 있는 것만으로 乙회사 책임을 인정하기 충분한지, 乙회사의 책임을 인정하는 것이 소급입법에 의한 재산권박탈에는 해당하지 않는지** 등이 문제가 된다.

(2) 乙회사의 甲회사에 대한 民事上 請求權原

1) 민사상 청구권원

乙회사의 甲회사에 대한 청구권원으로 생각할 수 있는 것은 ① 소유권에 기한 방해배제 청구, ② 하자담보책임, ③ 불법행위책임, ④ 환경정책기본법 §7의 원인자부담의 원칙에 기한 책임이 있다. 각 권원마다 논점이 다르게 나타나지만, 각 권원에 공통되는 중요한 논점이 하나 있다. 그것은, 甲회사가 폐기물관리법상의 책임을 부담하는가 여부가 乙회사의 사법상 청구가 성립하기 위해 해결되어야 할 先決問題인가 여부이다. 이것은 요컨대 폐기물관리법과 민법의 관계를 어떻게 설정할 것인가의 문제가 된다.

2) 損害賠償의 範圍도 간단하지 않은 문제를 제기한다. ① 범위(폐기물의 매립량), ② 폐기물처리방법 및 공정, ③ 2차 오염 여부에 관하여 적지 않은 논란이 예상된다.

II. 事業場廢棄物 排出事業者의 廢棄物管理法上 責任

1. 폐기물관리법상 사업장폐기물 處理責任體系의 概要

그 동안 여러 차례 개정된 폐기물관리법은 다양한 주체에 대하여 비교적 자세한 규정을 가지게 되었다. 이하에서는 이와 같은 폐기물관리법 규정을 살펴보고, 사업장폐기물을 배출하는 사업자(이하, “사업장폐기물배출자” 또는 “사업장폐기물 배출사업자” 또는 “배출사업자”)의 사업장폐기물 처리의무에 초점을 맞추어 逐條解釋하기로 한다.

(1) 事前的 義務

폐기물관리법에 의하면 사업장폐기물배출자는 생산공정에 있어서 폐기물 감량화시설의 설치, 기술개발 및 재활용 등의 방법으로 사업장폐기물의 발생을 최대한으로 억제하여야 하고(제24조 제1항 제2호), 일정한 규모 이상의 사업장폐기물배출자는 사업장폐기물의 발생억제를 위하여 고시되는 지침을 준수하여야 하며(제24조 제4항), 환경부령이 정하는 사업장폐기물배출자는 사업장폐기물의 종류·발생량 등을 환경부령이 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다(제24조 제2항).

그러나 폐기물관리법은 독일의 순환관리및폐기물법(Kreislaufwirtschafts-und Abfallgesetz)과 같이 폐기물처리 방안의 優先順位를 정하는 原則 규정을 가지고 있지 않다. 독일의 경우는 폐기물의 발생억제가 재활용보다 우위에 있고, 재활용이 적정처리보다 우선임을 원칙으로서 명확히 밝히고 있으나,⁸⁾ 우리나라의 경우는 명시적 규정으로부터가 아니라 폐기물관리법 및 자원의절약과재활용촉진에관한법률의 관련 규정 및 양법 전체의 취지에 기하여 폐기물 발생억제 및 재활용의 내용을 도출할 수 있을 뿐이다. 하지만 이것만으로는 폐기물 처리의 우선순위 및 단계에 관해서 법적 구속력이 있는 원칙이 천명되었다고 보기 어렵기 때문에,⁹⁾ 현행법이 발생억제 및 재활용의 실효성을 담보하기는 어렵다고 본다.

8) 자세한 것은 정훈, “폐기물처리에 관한 법적 고찰: 한국의 폐기물관리법과 독일의 순환관리 및 폐기물법(KrW-/AbfG)을 중심으로”(전남대학교 박사학위 논문), 103-138 참조.

9) 同旨, 김연태(註 1); 反對, 정훈(註 8), 144~45.

(2) 事後的 義務

1) 廢棄物 適正處理의 義務

폐기물관리법은 앞서 본 바와 같이 폐기물의 처리에 관한 원칙규정을 명시적으로 두고 있지 않다. 하지만 폐기물관리법의 각 규정¹⁰⁾을 살펴보면 배출한 폐기물은 그 종류에 관계없이 적정하게 처리되어야 한다는 것을 규정하고 있는 바이므로, 폐기물 適正處理의 原則이 명시적 규정의 흠결에도 불구하고 실질적으로 구현되고 있다고 보아도 될 듯하다.¹¹⁾

한편 독일에서 인정되고 있는 폐기물 自家處理의 原則(Grundsatz der eigenentsorgung)이 우리나라에서도 인정될 수 있는지 여부에 대해서는 논의가 분분할 것으로 생각된다.¹²⁾ 私見으로는 자가처리의 원칙도 實質的으로 具現되고 있다고 본다. 왜냐하면 첫째, 환경정책기본법에는 원인자책임의 원칙이 천명되어 있는데, 자가처리의 원칙은 폐기물의 배출자 또는 점유자에게 폐기물의 처리의무를 부과함으로써 原因者責任의 原則을 폐기물법에서 구현하는 것에 지나지 않고, 둘째, 생활폐기물의 예외를 제외하고는¹³⁾ 공법상의 처리주체 또는 제3자에게 처리의무를 부과하지 않고 있으며, 셋째, 자가처리의 원칙이 채택되면 위탁처리의 경우에도 그 최종적 처리의무는 여전히 배출자와 점유자에게 남아 있기 때문에 폐기물관리를 두텁게 도모할 수 있다는 법정정책적 이유 때문이다. 특히 마지막의 이유는 중요한데, 자가처리의 원칙이 채택되지 않는다면, 폐기물처리를 위탁한 대부분의 경우에 위탁자가 위탁한 것만으로, 환언하면 폐기물을 수탁자에게 引渡한 것만으로 그 의무를 다하였다는 주장이 가능할 것으로 보이기 때문이다. 자가처리의 원칙이 채택되고 있는 상황이라면, 위탁처리는 자가처리를 함에 있어 선택할 수 있는 한 가지 방안이 지나지 않고, 따라서 위탁자는 위탁만으로 최종적인 책임에서 벗어나지 못하게 된다.

10) 폐기물관리법 제1조(목적; “발생된 폐기물을 적정하게 처리함으로써”), 제4조(국가 및 지방자치단체의 책무; “廢棄物이 적정처리될 수 있도록 廢棄物處理施設을 設置·운영하여야 하며”), 제12조(폐기물의 처리기준 등; “처리하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 기준 및 방법에 의하여야”), 제24조(사업장폐기물배출자의 의무 등; “사업장안에서 발생하는 모든 폐기물을 적정하게 처리하여야”), 제25조의 3(강화된 처리증명; “적정처리를 위하여 필요하다고”), 제44조의 3(폐기물의 회수조치; “적정한 처리 등에 필요한 조치”), 제45조(폐기물처리에 대한 조치명령; “제12조의 규정에 의한 기준에 적합하지 아니하게 수집·운반·보관 또는 처리되는 경우에는”) 등 참조.

11) 적정의 내용으로는 독일의 경우에 비추어보면 ① (양과 유해성의) 최소화원칙, ② 에너지재활용원칙, ③ 내국처리의 원칙, ④ 공공부리조화의 원칙 등이 될 수 있을 것이다. 자세한 것은 정훈(註 8), 110.

12) 이 문제를 정식으로 다룬 글은 보이지 않고 암시적으로 이 원칙이 인정되지 않는다는 주장은 있는 듯하다. 김연태(註 1).

13) 폐기물관리법 제13조에 따르면, “시장·군수·구청장은 관할구역 안에서 배출되는 생활폐기물을 수집·운반·처리하여야” 할 의무가 있고, 제15조는 생활폐기물배출자의 처리협조에 관해 규정하고 있다.

어쨌든 위탁만으로 책임에서 벗어나게 되는 상황은, 후술하는 바와 같이 폐기물의 적정 처리를 위해서 결코 바람직하지 않다.¹⁴⁾ 독일의 경우에도 구폐기물법상 특정폐기물에만 적용되던 폐기물 점유자의 자가처리의 원칙이, 순환관리및폐기물법에서 폐기물의 종류에 관계없이 원칙적으로 모든 폐기물에 적용되는 것으로 개정되었다.¹⁵⁾ 이하에서는 이상을 전제로 자가처리의 원칙이 여하히 구현되고 있는가를 살펴보기로 한다.

사업장폐기물 배출사업자를 포함한 누구라도 자신이 소유·점유·관리하는 토지·건물의 청결을 유지하도록 노력하여야 하며, 시장·군수·구청장이 정하는 계획에 따라 대청소를 실시하여야 하고(폐기물관리법 제6조 제2항, 이하 특별한 표시가 없는 한 괄호 안에 인용한 법조항은 폐기물관리법의 법조항이다), 자신이 소유·점유·관리하는 토지·건물이라고 하더라도 그곳이 시장·군수·구청장이나 공원·도로 등 시설의 관리자가 폐기물의 수집을 위하여 마련한 장소 또는 설비가 아니라면 그곳에 폐기물을 투기하여서는 안되고(제7조 제1항), 자신이 소유·점유·관리하는 토지·건물이라고 하더라도 그곳이 허가를 받거나 승인을 얻은 매립시설이 아니라면 그곳에 폐기물을 매립하여서는 안된다(제7조 제2항).

폐기물관리법은, 누구든지 — 사업장폐기물 배출사업자가 폐기물을 수집·운반·보관·처리하고자 할 때에는, 스스로 하거나(自家處理) 혹은 위탁하여 처리하거나(委託處理) 관계없이¹⁶⁾(제25조 제1항) — 대통령령이 정하는 기준 및 방법에 의하여야 한다고 규정하고 있다(제12조). 또한 사업장폐기물 배출사업자는 사업장안에서 발생하는 모든 폐기물을 적정하게 처리하여야 하는데(제24조 제1항 제1호), 적정처리란 위탁기준, 처리기준, 보관기준, 폐기물처리시설유지관리기준 등 법령이 정한 기준 및 방법을 준수하는 것을 의미한다.

위탁처리의 경우, 즉 폐기물의 수집·운반·처리를 위탁하는 경우에는, 수탁자가 대통령이 정하는 기준 및 방법에 적합하게 폐기물을 수집·운반·처리할 능력이 있는지를 확인한 후(제24조 제1항 제3호), 소정의 요건을 충족하는 ㉠폐기물처리업의 허가를 받은 자, ㉡다른 사람의 폐기물을 재활용하는 자, ㉢폐기물처리시설을 설치·운영하는 자 또는 ㉣폐기

14) 자세한 것은, V 사업장폐기물의 처리를 위탁한 배출사업자의 법적 책임 부분을 보라.

15) 김연태(註 1). 순환관리 및 폐기물법 제5조 제2항 및 제11조 제1항에 의하면 폐기물의 배출자 또는 점유자는 재활용 또는 처리의 의무를 부담한다. 중대한 예외로는 일정한 요건을 충족한 경우에 개인의 가사활동에서 발생한 폐기물(생활폐기물)의 재활용과 처리 및 다른 영역에서 발생한 폐기물(非생활폐기물)의 처리를 위해 폐기물의 배출자 또는 점유자는 引渡義務만을 부담하게 되는 것이 있다(제13조 제1항).

16) 배출사업자가 위탁 처리하는 경우뿐만 아니라 스스로 처리하는 경우에도 제12조의 적용을 받는다고 명문으로 규정할 필요가 있다는 견해가 있다. 박균성(註 1), 75-77. 하지만 제12조가 그 수범자로 “누구든지”로 규정하고 있어 처리업자뿐만 아니라 배출사업자도 포함하는 것이 명백하고, 입법기술상 가능한 간명하게 입법하여야 할 필요성이 있기 때문에 그럴 필요가 없다고 본다.

물해양배출자의 등록을 한 자에게 위탁하여야 하고(제25조 제1항), 환경부장관이 고시하는 폐기물처리 가격의 최저액보다 낮은 가격으로 폐기물처리를 위탁하여서는 아니 되며(제25조 제2항),¹⁷⁾ 사업장폐기물을 배출·운반 또는 처리할 때마다 폐기물의 인계·인수에 관한 폐기물(간이)인계서를 작성하여야 한다(제25조 제4항).

사업자가 指定廢棄物을 배출하는 경우에는 상기의 의무에 더하여, 지정폐기물의 처리 전에 소정의 서류, 즉 ㉠ 배출자의 폐기물처리계획서, ㉡ 폐기물분석결과서, ㉢지정폐기물을 처리하는 자에게 지정폐기물의 처리를 위탁한 경우 위탁받은 처리자의 수탁확인서를 환경부장관에게 제출하여 확인을 받아야 한다(제25조의 2).

2) 措置命令

가. 조치명령의 要件

만약 사업장폐기물 배출사업자가 상기의 의무에 반하는 경우에는 조치명령이 내려질 수 있고, 조치명령이 이행되지 않을 때에는 代執行 후 그 비용을 징수할 수 있다(제45조 제1-3항). 폐기물관리법상 조치명령이 내려질 수 있는 경우는 다음의 두 가지이다. 첫째, 사업장폐기물배출자가 자신이 소유·점유 또는 관리하고 있는 토지·건물의 청결을 유지하지 아니하는 경우에는 시장·군수·구청장은 이에 대하여 당해 지방자치단체의 조례가 정하는 바에 따라 필요한 조치명령을 발할 수 있다(제7조 제3항). 이 조항에 의해서 폐기물이 매립된 토지의 소유자를 대상으로 폐기물 제거를 위한 조치명령이 내려질 수 있는 것으로 해석된다. 제7조 제3항은 폐기물관리법 總則의 일부로, 폐기물의 적정처리가 문제되는 사안, 즉 동법이 적용되는 사안을 모두 그 규제대상으로 하고 있다고 보아야 하고, 따라서 동 조항은 폐기물처리업자와 일반국민을 구분하지 않고 적용될 수 있다고 보아야 하기 때문이다. 環境部の 實務도 이와 같이 하고 있다.¹⁸⁾

둘째, 폐기물이 제12조의 규정에 의한 기준에 적합하지 아니하게 수집·운반·보관 또는 처리된 때에는 조치명령의 상대방에 대하여 기간을 정하여 폐기물의 수집·운반·보관

17) 본항과 제25조의 7(“환경부장관은 폐기물의 적정처리를 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 환경부령이 정하는 폐기물에 대하여 그 처리에 소요되는 비용 등을 고려하여 폐기물처리가격의 최고액 또는 최저액을 정하여 고시할 수 있다.”), 그리고 제26조 제8항(폐기물처리업자는 제25조의 7의 규정에 의한 폐기물처리 가격의 최고액보다 높거나 최저액보다 낮은 가격으로 수탁하거나 환경부령이 정하는 양 및 기간을 초과하여 폐기물을 보관할 수 없으며 그밖에 환경부령이 정하는 준수사항을 지켜야 한다)은 2003. 12. 30.에 신설되었다. 앞으로 제도 운영의 실태를 보아가면서 그 개선책을 강구하여야 한다고 본다.

18) 아래 註 57 및 그 本文을 참조하라.

또는 처리방법의 변경 기타 필요한 조치명령을 내릴 수 있다(제45조 제1항).

그런데 폐기물관리법은 조치명령의 요건으로 이상의 두 가지 외에 『生活環境의 保全上 支障이 생기거나 생길 우려가 있을 것』을 명시하지 않고 있다. 따라서 문언해석상, 기준에 적합하게 처리되지 아니한 경우에는 생활환경의 보전상 지장이 생길 우려가 없는 경우에도, 예컨대 생활환경에는 지장이 없는데 생태계 등 自然環境에 危害를 초래하거나 생길 우려가 있는 경우에도 조치명령을 발할 수 있다고 하겠다. 그러나 이는 환경보호에 지나치게 치우친 해석이고, 동시에 환경부에 지나치게 광범위한 재량을 주는 것이 아닌가 생각한다. 실무는 생활환경의 보전상 지장이 생기거나 생길 우려가 있을 때에 조치명령을 발하는 것으로 보인다.¹⁹⁾ 법개정을 통해 이를 분명히 하는 것이 바람직할 것이다.

참고로 전세계 환경책임법을 선도하고 그 모델이 된 미국의 綜合環境對應·補償·責任法(Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, 이하 “CERCLA,” 또는 “Superfund”)²⁰⁾은 유해물질의 방출에 책임이 있는 자에 대해서 오염정화 및 정화비용의 부담 의무를 과하고 있는데, 현실의 또는 급박한 유해물질의 방출에 의해 “공중의 건강 또는 환경에 급박하고 동시에 중대한 위협이 생길 때”에 조치명령이 가능한 것으로 규정하고 있다.²¹⁾ 또한 일본은 조치명령의 요건으로 생활환경의 보존상 중대한 지장을 요구하고 있었는데 1991년에 廢棄物の處理及び清掃に關する法律(이하 “廢棄物處理法”)의 제정을 통해 “생활환경의 보전상 지장이 생기거나 생길 우려가 있”을 것으로 요건을 완화하였다.²²⁾ 하지만 여전히 자연환경에 대한 중대한 위협에 대해서는 무방비상태라 할 수 있다.

나. 조치명령의 相對方

폐기물이 제12조의 규정에 의한 기준에 적합하지 아니하게 수집·운반·보관 또는 처리된 때에는 ① 自家處理한 경우에는 폐기물의 수집·운반·보관 또는 처리를 한 자(허가

19) 생활환경뿐만 아니라 생태계 등 자연환경에 대한 위해에 대해서도 조치명령을 발하는 것으로 해야 한다는 반대설도 있다. 박균성(註 1), 94. 우리나라의 경제력이나 정부자원의 규모에 비추어 볼 때 미래에 추구하여야 할 목표가 아닌가 생각한다.

20) 1980년에 제정되고, 1986년 대폭적으로 개정되었고, 1994년 10월에 폐안에 이르고 있다. CERCLA는 제정 이후, 수많은 유럽제국이 제도적 정비를 함에 있어 일종의 典範으로 참조하였는데, 이들 나라들은 CERCLA의 경험을 토대로 그 흠결을 수정하고, 보다 온건한 제도를 형성하거나 형성하려고 했다고 할 수 있다. 이들 나라들은 각 제도의 구축에 있어 자신들이 처한 법상황을 고려하였음은 물론이다. 이에 관해서는 大塚 直, “ヨーロッパ主要國における土壤汚染淨化の費用負擔の現狀とわが國への示唆(上),” *ジュリスト*(No. 1067), 90(1995. 6. 1). 우리나라도 새로운 법제도를 구축함에 있어 이와 같은 추세를 고려하면서, 우리나라의 기존 법제도와와의 관련을 검토할 필요가 있다고 하겠다.

21) CERCLA § 106.

22) 일본 廢棄物の處理及び清掃に關する法律 第19條의 4 참조.

유무를 不問한다; 제45조 제1항 제1호) 및 그 승계인(제24조 제5항 및 제32조 제1항)으로서, ② 委託處理한 경우에는 수탁자가 제12조의 규정에 의한 기준에 적합하게 폐기물을 수집·운반·처리할 능력이 있는지를 확인하지 않고 위탁한 자(제45조 제1항 제2호) 및 그 승계인(제24조 제5항)으로서, ③ 폐기물을 직접 처리하거나 다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허용한 경우에는 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자(제45조 제1항 제3호)²³⁾ 및 그 승계인(이것은 논란의 여지가 있으나, 후술하는 바와 같이 그 근거는 제7조 제3항이 될 것이다)을 상대방으로 하여 조치명령을 내릴 수 있다(제45조 제1항).

다수의 사람이 그 상대방으로 지목할 수 있는 경우에는 이들 각자에게 조치명령을 발할 수 있다고 본다. 말하자면 이들은 連帶責任을 지는 것이다. 따라서 복수의 책임자가 있는 경우, 행정청은 각각의 사람의 기여도에도 불구하고 누구에 대해서도 전부에 대해 조치명령을 내릴 수 있고 대집행 비용 전액의 부담을 구할 수 있게 된다.²⁴⁾ 단, 상대방이 손해가 可分的이고, 책임을 합리적으로 配分可能하다는 것을 증명한 경우에 한해서 책임이 限定된다고 본다. 이 경우 立證責任은 책임을 제한하려고 하는 상대방에 있다.²⁵⁾

한편 承繼인도 피승계인과 같이 조치명령의 대상이 될 수 있는 것은 다음과 같은 규정에 근거한다. 즉, 사업장폐기물배출자가 그 사업을 양도하거나 사망한 경우 또는 법인의 합병이 있는 경우에는 그 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병에 의하여 설립되는 법인은, 그리고 민사집행법에 의한 경매, 파산법에 의한 환가나 국세징수법·관세법 또는 지방세법에 의한 압류재산의 매각 기타 이에 준하는 절차에 따라 사업장폐기물배출자의 사업을 인수한 자는 당해 사업장폐기물과 관련한 權利·義務를 承繼하므로(제24조 제5항) 이들에 대해서도 조치명령을 발할 수 있다.²⁶⁾ 또한 사업장폐기물배출자가 폐기

23) 여기서 말하는 ‘다른 사람에게 자기 소유의 토지사용을 허용한 경우 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자’에 대해 부산고등법원은 “용도를 불문하고 타인에게 자신의 토지의 사용을 허용한 경우를 모두 포함한다고 해석함이 상당하고, 달리 이를 폐기물의 투기나 매립을 위한 토지사용을 허용한 소유자에 한정되는 것으로 해석할 것은 아니”라고 판시한 바 있다. 부산고법 2003. 10. 24. 선고 2003누2731 판결.

24) 미국에서는 CERCLA에 관한 사건에서 법원에 의해 본문과 같은 취지의 판례, U.S. v. Chem-Dyne Corp., 572 F. Supp. 802(S.D. Ohio, 1983)가 있었으나, 그 후 입법으로 해결되었다. 大塚 直, 米國のスーパーファンド法の現状とわが國への示唆(2), NBL No. 563(1995. 2. 15), 63 참조.

25) 미국에서도 CERCLA에 관한 사건에서 같은 취지의 판례가 내려진 바 있다. U.S. v. Chem-Dyne Corp., 572 F. Supp. 802(S.D. Ohio, 1983).

26) 박균성은 본조에 대해 날카로운 지적을 하고 있다. 즉, 본조는 첫째, ‘사업’의 양수인에게 책임을 지우도록 규정하고 있기 때문에 문언대로 하면 사업 자체를 양수하지 않고 사업장만을 부동산으로 매입하거나 경락받은 경우에는 사업장폐기물에 대한 처리책임은 지지 않게 되고, 둘째, 사업의 양수인은 ‘당해 사업장폐기물과 관련한 권리·의무를 승계한다’고 규정하고 있어 양도인은 책임을 면제받는 것으로 해석될 여지가 있다는 지적이다. 박균성(註 1) 100-101. 적절한 지적이고, 특히 前者에 관해서는 입법적 보완이 필요하다고 본다.

물처리업의 허가를 받은 자이거나 폐기물처리시설의 설치승인을 얻거나 신고를 한 자인 경우에는, 폐기물처리업 또는 폐기물처리시설을 양도하거나 사망한 경우 또는 법인의 합병이 있는 경우에는 그 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병에 의하여 설립되는 법인은 허가·승인 또는 신고에 따른 권리·의무를 승계하므로(제32조 제1항) 이들에 대해서도 조치명령을 발할 수 있다. 하지만, 이들에 대해서는 제43조의 2 제3항 각호에 해당하는 조치에 불구하고 미처리된 방치폐기물이 있는 경우에 한하여 조치명령이 발하여질 수 있다(제45조 제2항).²⁷⁾ 또한 민사집행법에 의한 경매 또는 파산법에 의한 환가나 국세징수법·관세법·지방세법에 의한 압류재산의 매각, 기타 이에 준하는 절차에 따라 폐기물처리업자나 폐기물재활용신고자의 사업을 인수한 자에 대해서도, 제43조의 2 제3항 각호에 해당하는 조치에도 불구하고 미처리된 방치폐기물이 있는 경우에 한하여 조치명령이 발하여질 수 있다(제45조 제2항).

다. 廢棄物이 埋立·放置된 土地의 買受人

이와 같이 제45조 제1항 제1호와 제2호에 기재된 조치명령의 대상자의 승계인에 관해서는 명문의 규정이 있는데 반해, 동조 제3호의 폐기물이 방치·매립된 토지소유자의 승계인(가장 전형적인 예는 폐기물이 방치 또는 매립된 土地의 買受人이 될 것이다)에 대해서는 명시적 규정이 없다. 불법적인 매립·투기·방치행위에 관여하지 않고 그 사실을 모른 채 당해 토지를 매수한 사람에게 조치명령을 내리는 것의 당부에 관해서는 많은 논란이 있을 수 있다.

제45조 제1항 제3호에 규정된 토지소유자의 승계인에 대하여 조치명령을 내릴 수 없다는 견해(消極說)는 다음과 같은 근거에 기초할 수 있다. 첫째, 그 사정을 모르고 취득한 토지매수인에게는 너무나 가혹하다는 結果不正義가 있고,²⁸⁾ 둘째, 이와 같은 결과는 제45조

27) 제45조 제2항에 의하여 폐기물처리업 등의 승계인은 피승계인보다 경감된 의무와 책임을 진다고 할 수 있을 것이다. 즉, 피승계인은 제45조 제1항에 의하여 “폐기물의 수집·운반·보관 또는 처리를 한 자”로서 폐기물이 제12조의 규정에 의한 기준에 적합하지 아니하게 수집·운반·보관 또는 처리되는 경우에 조치명령을 받을 수 있지만, 승계인은 위 요건을 충족한 위에, 다시 제43조의 2 제3항 각호에 해당하는 조치에 불구하고 미처리된 방치폐기물이 있는 경우에 한하여 조치명령의 대상이 되기 때문이다. 따라서 제45조 제2항과 승계인이 피승계인의 권리·의무를 승계한다고 규정한 제32조 제1항은 상충하는 측면이 있다. 한편, 사업장폐기물배출자의 승계인에 대해서는 폐기물처리업 등의 승계인에 대해서와 같은 책임감경 규정이 마련되어 있지 않다. 즉 제24조 제5항은 당해 사업장폐기물과 관련한 권리·의무를 승계한다고 규정하고 있지만, 그 외의 다른 규정이 마련되어 있지 아니한 것이다. 폐기물처리업 등의 승계인에 대해 배출사업자 등의 승계인보다 배려한 것은 폐기물처리업을 장려하기 위한 정책적 고려 때문이라고 추측할 수도 있을 것이다. 만약 그러한 정책적 고려가 없었다면 폐기물처리업의 승계인에 대한 규정이 없는 것은 입법상의 실수에 지나지 않을 것이다.

28) 박균성(註 1), 93~94.

제1항 제3호의 문언을 무시하는 결과를 초래한다. 즉, 동호는 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자 모두를 대상으로 하지 않고, 그 중에서 “폐기물을 직접 처리하거나 다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허용한 경우”만을 조치명령의 대상으로 하고 있는데, 그 사정을 모르고 토지를 매수한 사람에게 책임을 인정하게 되면 결과적으로는 폐기물이 방치·매립된 토지의 소유자는 모두 조치명령을 받을 수 있게 되어 文言에 반하는 해석이 된다는 것이다.

한편, 제45조 제1항 제3호에 규정된 토지소유자의 승계인에 대한 조치명령을 긍정하는 견해(肯定說)는 경찰행정법상의 狀態責任에 그 근거를 두고 있다. 경찰책임의 원칙에 입각하여, 폐기물의 방치는 공공의 안전 또는 질서에 대한 침해의 위험이고 따라서 그 책임소재를 따져 책임을 져야 할 자에 대해서 경찰명령으로서의 조치명령이 발해질 수 있다고 전제한 후, 이러한 경찰책임을 져야 할 상대방은 行爲妨害者(Handlungsstörer) 뿐만 아니라 狀態妨害者(Zustandsstörer), 즉 자신이 소유 또는 사실상 지배하는 물건으로 인해 경찰위반의 상태를 발생시킨 자도 포함된다는 것이다.²⁹⁾

그러나 우리나라에는 독일에 있어서와 같은 경찰법의 一般 條項(general Klausel)은 존재하지 않는다는 점,³⁰⁾ 독일에서는 경찰법이 1794년 프로이센 일반 Land법 이래 존재해왔기 때문에 책임의 근거로서 이용될 수 있다는 歷史的 背景이 있는데 반해, 우리나라에는 그와 같은 역사적 배경이 없는 점 등으로 인해 한계가 있다고 하겠다.³¹⁾ 뿐만 아니라 경찰법 아래에서는, 위험제거에 필요한 정도를 넘어 정화를(경우에 따라서는 원상회복도) 강제하는 것은 허용되지 않는다고 하는 제약이 있고, 전통적 이해에 의하면 위험의 예방을 위한 조치를 명하는 것, 그리고 이것과 관련해서 오염의 의심이 있는 토양의 조사를 사업자에 명하는 것에 관해서 곤란한 면이 있다.³²⁾ 또한 종래의 경찰법 아래에서는 행위방해자 중 直接原因者(대개는 처리업자)와 상태방해자(대개는 토지소유자)에 경찰책임을 부과

29) 大塚 直(註 20), 90, 92 참조.

30) 우리나라에 경찰관직무집행법 제2조 제5호는 경찰권의 발동근거에 관한 개괄조항은 아니고 그것은 다만 경찰의 직무범위만을 정한 것으로서 본질적으로는 조직법적 성격을 가진다고 할 것이다. 김동희, 行政法 II(제5판), 164(1999); 홍정선, 行政法(하), 351(1993). 한편 이에 대해서는 우리나라에는 독일에 있어서와 같은 경찰법의 일반 조항은 존재하지 않지만, 소방법, 건축기준법 등의 개별의 행정법규에 그 사고방식이 보이고, 행정법학상의 중요한 개념으로 되고 있는 점 등이 반론으로 제시될 수 있을 것이다. 大塚 直(註 4), 41.

31) 일본에 관한 논의는, Id.

32) 大塚 直(註 20), 92. 그러나 일본의 최근 학설에서는 위험의 의심이 있는 상태도 경찰법상의 위험으로 이해하고, 조사의 결과, 위험의 존재가 확인된다면, 그와 같은 조사비용도 사업자에 명할 수 있다고 하는 설이 유력하게 되고 있다고 한다. 山下龍一, 『ドイツにおけるストック公害に對する警察法の適用』(I) 大阪市 大經濟研究 38卷 3号 18面(1993) 大塚 直(註 20), 92, 註 21에서 재인용.

하고, 이외의 자(예컨대 배출자)에게는 책임을 묻지 않는 것, 상태방해자로서의 토지소유자의 책임에 아무런 제한이 가해지지 않는 것, 책임자가 복수존재하고 그 중의 한 사람이 책임을 부담하는 경우, 그 자가 다른 책임자에 구상권을 행사할 수 없는 것 등이 인정되고 있지만, 이것들에 관해서는 오늘날 각각 문제가 있다는 것이 지적되고 있다.³³⁾

이러한 까닭으로 긍정설은 또 다른 근거가 필요한데, 그것으로 제시될 수 있는 것은, 논란의 여지는 있으나, 제7조 제3항의 적극적 해석이다. 즉, 동항은 토지·건물의 소유자·점유자 또는 관리자가 그 토지·건물의 청결을 유지하도록 노력하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 이행하지 않는 경우에는 지방자치단체의 조례에 따라 필요한 조치를 명할 수 있다고 규정하고 있는바, 이 규정에 의하여 불법방치·투기·매립된 폐기물의 정화를 명할 수 있다고 보는 것이다.

다른 한편, 양 입장을 절충하는 것(折衷說)도 가능할 것이다. 미국 CERCLA가 이 입장을 취하고 있다. 미국의 CERCLA에는 토양오염을 중심으로 한 유해물질 오염에 대한 정화책임이 정해져 있고, “잠재적 책임당사자”(“Potentially Responsible Parties,” 이하 “PRP”)를, 토지소유자 등을 포함해서 극히 광범위하게 파악하고, 동시에 이 사람들에 관해서 嚴格責任(strict liability),³⁴⁾ 遡及責任, 連帶責任이라고 하는 매우 엄한 책임을 과하고 있다. 즉, CERCLA는 유해물질의 처리시 그 유해물질이 처리된 시설을 소유하였거나 운영했던 자 (§107 (a)(2))뿐만 아니라 유해물질로 오염된 토지 및 시설의 현재 소유자 및³⁵⁾ 운영자 (§107 (a)(1))도 조치명령의 대상자로 규정하고 있고,³⁶⁾ 현재 토지소유자가 그 책임을 면하

33) 大塚 直(註 20), 92. 이러한 문제의식에 터잡아 이것을 수정하는 학설이 유력하게 주장되고 있다고 한다. 여기에 관해서는 山下龍一, ドイツにおけるストック公害に對する警察法の適用(II)大阪市 大經濟研究 39卷 1号 1面(1994) 참조. 大塚 直(註 20), 92, 註 22에서 재인용.

34) 엄격책임의 점에 관해서는 CERCLA 제정시, 덧붙여 말하면 1986년의 SARA 제정시에 산업계로부터 강력한 반대가 나타났지만 현재도 유지되고 있다. 엄격 책임을 지기 때문에 위법 여부나 과실 유무를 묻지 않는데, 예를 들면 당사자가 주 당국에 의해 특정시설에서 유해폐기물을 처리하도록 명령되고 있는 경우에도 정화책임이 부과될 수 있는 것이 된다. 본법의 책임에 관해서는 불가항력, 전쟁행위, 제3자의 작위 또는 부작위의 세 가지의 항변이 규정되고 있지만(§107 (b)) 소송상 가장 중요한 것은 제3자의 작위 또는 부작위의 항변이고(§107 (b) (3)), 이것은 엄격책임의 예외가 어디까지 인정되는가라고 하는 문제와 관련되고 있다. 판례는 피고가 이 항변을 사용할 경우에는 정말로 제3자가 방출에 관해서 유일한 원인자라는 것을 증명하지 않으면 안된다고 한다. 즉, 피고 자신에게 전혀 인과관계가 없다는 것을 증명할 필요가 있는 것이다. U.S. v. Monsanto, 858 F.2d 160, 19 ELR 20085(1988). 이 증명이 지남할 것임은 두말할 필요도 없다.

35) 여기서 “및”(“and”)이란, 판례상, “또는”(“or”)의 의미로 받아들여지고 있다. U.S. v. Moore, 703 F.Supp. 455, 18 ELR 21272(E.D. Va. 1988).

36) CERCLA는 이외에도 유해물질의 배출자(§107 (a)(3)), 유해물질을 운반한 자(§107 (a) (4)) 등을 조치명령의 대상자로 정하고 있다. CERCLA의 제정과정에 있어서 당초는 유해폐기물을 처분한 자에게만 책임을 부과한다고 하는 논의가 이루어졌었는데, 이것으로는 정화에 필요한 자금이 충분히 얻어질 수 없다는 것 때문에 PRP의 범위가 확대되었다. CERCLA에 관해서 자세한 내용을 참조하기 위해서는

기 위해서는 당해 토지의 취득시의 善意·無過失 즉, 유해물질이 당해 토지에 처분된 것을 몰랐거나 알 수 없었다는 것을 입증하여야 하는 것이다(§101 (35)(A)).³⁷⁾

또한 독일의 토양보호법 1994년 草案도 CERCLA와 비슷한 취지의 규정을 갖고 있다. 이에 의하면, Altlasten, 즉 과거의 활동에 의해 위험한 정도로 오염되고 현재 활동이 행해지고 있지 않은 토지³⁸⁾의 정화책임을 원인자 및 그 포괄승계인, 토지소유자 및 사실상 지배하고 있는 자가 부담하고 있는 것으로 규정하고 있는데, 이때 토지소유자는 원인자가 아니고 또한 소유권의 취득에 있어 Altlasten 또는 그 존재를 보여주는 제사실을 알지 않았거나 또는 아는 것이 불가능한 경우에는 그 책임이 경감된다. 즉, 명해진 조치의 실시에 필요한 비용이 그 조치를 실시한 후의 매매가격을 초과할 경우(94년 초안 제25조 제4항)에는 토지소유자에는 정화의 이익이 전혀 없기 때문에 토지가격에 관해서만 부담하고, 잔액은 행정청이 부담하는 것으로 이해되고 있다.³⁹⁾

필자는 CERCLA의 입법태도를 우리 법의 해석에 원용할 수 있다고 본다. 대법원도 惡意의 토지매수인에게 폐기물처리책임을 물은 바 있고,⁴⁰⁾ 개정된 토양환경보전법은 토양오염유발시설을 양수한 자가 선의·무과실인 경우에는 책임을 지지 않지만 토양이 오염된 사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는 책임을 인정하고 있다(제23조 제2항). 나아가 토양 관련 전문조사기관에 평가를 받은 경우에는 면책되도록 규정하고 있다(10조의 2). 이와 같

Jeffrey G. Miller & Graig N. Johnston, *The Law of Hazardous Waste Disposal and Remediation*(1996), 특히 그 역사에 관해서는 40~66. 정리된 내용을 보려면 Robert V. Percival, et al., *Environmental Regulation: Law, Science, and Policy*, 263-329(3d., 2000). CERCLA 체계를 잘 요약한 글로는 大塚直(註 24), 61 참조.

37) 원래 CERCLA 하에서는 현재의 소유자, 관리자가 책임을 면하는 것이 사실상 불가능에 가까운 것이었지만 이것을 개정하려는 목적으로 SARA는, 제3자의 항변의 일종으로서의 소위 善意의 買受人의 항변을 법문화하였다(§101 (35), 107 (B) (3)). 이것에 의해서 매수인은 소유권을 취득할 때 유해물질이 그 시설에 처분되고 있던 것을 알지 못하고 또한 알아야 할 사정이 없었던 것을 증명한다면 책임을 면하는 것으로 규정하였다(§101 (35) (A)(i)). 다만 피고가 알아야 할 사정이 없던 것을 증명하기 위해서는 피고는 취득 시에 이전의 소유권에 관해서 적절한 조사를 전부 행하고 동시에 그 책임을 최소로 하기 위해 소유지를 선량한 사업상 또는 관행상 실무에 따라서 이용하지 않으면 안된다고 규정하고 있다(§101 (35) (B)). 판례상 선의의 매수인의 항변을 거의 인정하고 있지 않지만, 상속이나 증여의 경우에는 취득 전에 충분한 조사를 할 수 없었던 피상속인이나 수증자에게도 그 항변을 인정하고 있다. 한편, CERCLA의 책임에 대한 일반적인 항변 외에 배상책임면제특약(보증특약)도, 보증자로부터의 구상소송에 있어서는 항변이 될 수 있으나(§107 (e) (1)). 다만 소유자, 관리자를 중심으로 하는 PRP가 제1차적 책임을 부담하는 것은 변하지 않는다), 소유지를 그대로인 상태로(as is) 매각하는 것이 합의 되어 있었다고 말할 수 있는 것만으로는 이와 같은 특약이 있다고는 볼 수 없다고 한다. 보다 자세한 것은 大塚直(註 24), 64 참조.

38) Altlasten은 다양하게 번역할 수 있을 것이다. 김현준 교수는 필자에게 ‘위험오염지’로 번역할 것을 제안한 바 있는데, 記述的(descriptive)인 譯語로 적절하다고 판단된다.

39) 자세한 것은 大塚直(註 20), 93. 우리가 참고할 만한 내용이라 하겠다.

40) 대법원 1997. 8. 22. 선고 95누17724 판결.

은 판례 및 입법 태도는 절충설의 유력한 근거가 될 것이다.

한편 여기서 승계되는 권리·의무는 폐기물관리법상의 권리·의무를 의미한다고 본다. 따라서 양수인은 양도인의 행위로 인하여 생긴 상태를 통제하기 위해 발하여지는 조치명령의 대상이 될 수 있다. 대법원도 폐기물관리법 제24조 제5항에 관련하여, “민사집행법(구 민사소송법)에 의한 경매, 과산법에 의한 환가나 국세징수법·관세법 또는 지방세법에 의한 압류재산의 매각 기타 이에 준하는 절차에 따라 사업장폐기물배출자의 사업을 인수한 자는 당해 사업장폐기물과 관련한 권리·의무를 승계한다고 규정되어 있는바, 폐기물관리법이 폐기물을 적정하게 처리하여 자연환경 및 생활환경을 청결히 함으로써 환경보전과 국민생활의 질적 향상에 이바지함을 목적으로 하고(제1조), 환경정책기본법 제7조 및 폐기물관리법 제24조 제1항, 제25조가 오염원인자 책임원칙을 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 위 승계규정은 방치되는 폐기물의 발생을 예방하기 위하여 오염원인자 책임원칙을 확장한 것으로서 위와 같은 인수자가 사업장폐기물배출자의 公法上 權利·義務를 承繼한다는 취지일 뿐이고, 이로써 사업장폐기물배출자의 私法上 權利·義務까지 당연히 승계되는 것은 아니”라고 판시한 바 있다.⁴¹⁾

라. 조치명령의 內容과 節次

그런데 우리나라 폐기물관리법령은 조치명령의 내용이나 절차에 관하여 거의 규정하고 있지 않다. 우리나라 폐기물관리법령상 조치명령의 근거인 제45조 제1항은 “기간을 정하여 폐기물의 수집·보관 또는 처리방법의 변경 기타 필요한 조치를 명할 수 있다”고 규정하고 있을 뿐이다. 이 조항이 처리방법의 변경을 거론하고 있기 때문에 이미 발생한 支障의 除去뿐만 아니라 發生防止를 위해 필요한 조치도 포함되는 것으로 해석되지만 너무나 불분명한 규정인 것은 틀림없는 사실이다.

이와 같이 불분명한 상태에서 학설은 조치명령에는 폐기물로 인한 위해발생의 방지와 위해의 제거가 있다고 하고, 전자는 “폐기물처리시설의 개선 등 위해발생 방지조치”를 말하고, 후자에는 “불법처리된 폐기물에 대한 제거 등 시정명령, 오염된 토양 또는 지하수의 정화명령이 포함되는 것”으로 보고 있는 정도이다.⁴²⁾

주지하듯이 폐기물을 정화하라는 내용의 조치명령은 결국 명령을 받은 被規制者에게 엄청난 費用을 지불하게 하고 특히 조치명령의 내용에 따라 그 비용은 등락할 것이다. 또한

41) 대법원 2002. 10. 22. 선고 2002다46331 판결.

42) 박균성(註 1), 95.

어디까지 정확하여야 하는가라는 문제, 즉 “How clean is clean enough?”라는 문제에 관해서는 의견이 분분할 수밖에 없다.

조치명령의 내용이 명시적으로 규정되어 있지 않기 때문에 조치명령의 내용은 결국 ① 조치명령의 要件과 건련되어 있다고 볼 수밖에 없다. 예컨대 앞서 본 바와 같이 미국의 CERCLA처럼 조치명령의 요건으로 “공중의 건강 또는 환경에 ... 위험이 생길” 것을 요구한다면 조치명령의 내용 또한 『자연자원의 손상, 파괴, 손실에 대한 손해배상』(손해 등의 평가에 필요한 합리적인 액수의 비용을 포함)을 포함하는 것이 되지만,⁴³⁾ 우리나라와 같이 오로지 생활환경보전상 위험만을 요건으로 한다면 자연자원에 대한 것은 조치명령의 대상이 되지 않는 것이다

조치명령의 내용은 또한 ② 어느 범위의 피해를 폐기물과 인과관계가 있는 것으로 볼 것인가에 따라 결정된다. 조치명령의 대상은 방치·매립된 폐기물과 相當因果關係에 있는 피해이어야 하겠으나 인과관계에 관해서는 그 개별의 증명을 요구하는 것은 입법취지에도 부합하지 않고, 어느 물질이 어느 발생자로부터 방출되어졌는가를 특정하는 것은 기술적으로 불가능하다고 보아야 한다. 따라서 미국의 판례는 유해물질의 방출 또는 방출의 우려와 발생한 대책비용과의 사이에 인과관계만을 요구하고 있고(피해와의 인과관계가 아니다),⁴⁴⁾ 나아가 피고의 유해물질이 피해자의 재산을 실제로 오염하였다는 것의 증명도 이를 요구하지 않고 있다.⁴⁵⁾

그러나 이와 같이 법해석으로 조치명령의 내용을 정하는 것은 불명확성을 초래해 법적 안정성을 해칠 수밖에 없다. 따라서 앞으로 정화사업의 대상이 되는 오염을 정하고, 그에 대해 명해지는 정화사업의 종류를 확정하여야 하며, 구체적으로 진행되는 정화사업의 기준과 방법을 명확히 하고, 나아가 정화사업의 절차에 대해 입법할 필요가 있다.

참고로 일본의 廢棄物處理法은 조치명령에는 이미 발생한 지장의 제거뿐만 아니라 발생방지를 위해 필요한 조치도 포함된다고 규정하고 있고,⁴⁶⁾ 조치명령의 진행되는 과정(process)과

43) CERCLA상 PRP가 부담하는 책임의 범위는 다음의 네 종류이다. ㉞ 합중국정부, 주 등이 국가대응계획(National Contingency Plan, “NCP”; 여기에는 국가 유해물질 대책 계획이 포함됨 (\$105))과 모순하는 것이 없게 지출한 제거사업 또는 수복사업에 필요한 전 비용 ㉟ NCP에 따라서 그 외의 사람이 지출한 필요한 대책비 ㊱ 자연자원의 손상, 파괴, 손실에 대한 손해배상(손해 등의 평가에 필요한 합리적인 액수의 비용을 포함한다) ㊲ 사람의 건강의 영양 조사 또는 그 평가연구에 필요한 비용이다(\$107 (a)). 사실상 생각할 수 있는 일체의 오염정화활동에 수반한 비용이 포함되고 있다. 또 책임한도액은 원칙으로서 전체의 대책비용과 5천 달러의 합계로 되고 있지만(\$107 (c) (1) (D)), 대책비용의 상한이 없기 때문에 실제로는 제한이 없다고 해도 좋다.

44) U.S. v. Ottati & Gross, Inc., 630 F.Supp. 1361(D.N.H., 1985).

45) Dedham Water Co. v. Cumberland Frams Dairy Inc., 889 F.2d 1146(1st Cir., 1989).

46) 일본 廢棄物處理法 第19條의 4 참조.

관련하여 여러 조항, 예컨대 대집행 규정도 폐기물처리와 관련해 신설하고 있다. CERCLA의 경우에는 특히 조치명령의 절차,⁴⁷⁾ 특히 정화비용을 PRP에 부담시키는 절차⁴⁸⁾에 관해 매우

- 47) CERCLA상 정화사업의 절차에 관해서 그 대략을 말하면 다음과 같다. 첫 번째로 사업대상지역의 선작업으로서 ① EPA의 데이터베이스에 있는 CERCLIS (Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Information System)에의 등록, ② CERCLIS에 등록된 지역에 관해서 예비적 평가(Preliminary Assessment, PA), 그리고 덧붙여 필요한 경우에는 현지 조사(Site Inspection, SI)의 실시(PA 및 SI의 단계에서 건강이나 환경에 긴급의 위험이 있다고 EPA가 판단할 때는 제거사업이 행해진다) ③ 현지조사에 의해 건강이나 환경에의 악영향이 확인되는 경우의 위험도 평가 시스템에 기한 위험도의 평가(지하수, 表流水, 토양 및 대기의 4가지의 오염경로를 통한 위험성이 평가된다) ④ 평가의 결과가 일정한 점수(28.5점)를 초과한 지역에 관해서 전국우선지역일람(National Priorities List, NPL)에의 기재가 있다. 두 번째로 사업계획의 결정절차로서 ① NPL 기재의 지역에 관해서 오염문제의 상황이나 범위를 파악하기 위한 수복조사(Remedial Investigation, RI)(여기에 건강 및 위험성의 조사와 정화기준의 결정이 행해진다) 및 이 조사자료를 근거로 한 실시가능성조사(Feasibility Study, FS)(수복사업의 몇 가지 대안을 설정하고 이것들을 평가하고 상호비교한다) — RI와 FS 모두를 EPA 또는 잠재적 책임당사자(Potentially Responsible Parties, PRP)가 실시한다 — ② RI 및 FS를 근거로 한 EPA에 의한 개혁안의 책정, 공표, 일반주민 관계기관의 31일만에 걸친 의견징수 ③ 제출된 의견을 근거로 한 EPA에 의한 최종적인 실시계획의 책정(단, 이 확정안의 내용과 결정까지의 과정은 결정서(Record of Decision)라고 하는 문서로 매듭지어진다)이다. 셋째로, 사업의 실시 및 유지관리라는 절차를 경유하는 것이 된다. 이에 관해서는 ① 계획의 실시를 위한 상세설계(Remedial Design, RD)가 행해지고, 실제의 수복사업이 행해지고(Remidial Action, RA), ② 토목적인 사업이 종료하고 일상관리적인 것이 될 때에 그 지역은 유지관리(Operation maintenance)의 관계로 이행하고 덧붙여 결정서에 정해진 기준 등에 적합하도록 할 때에 그 지역은 NPL로부터 삭제된다. 다만, 중요한 것은 연방정부가 CERCLA의 집행에 있어서 할 수 있는 만큼 사인이 자발적으로 또는 강제에 의해 정화하는 것을 목표로 하고 있다는 점이다. Super Fund로부터의 대책비의 지출은 연방 및 주가 적당하다고 인정된 경우에만 행해진다. 연방정부는 주정부와의 사이에 협력협정을 체결하고 주정부는 그것에 기해서 오염정화에 관해서 중요한 역할을 수행하고 나중에 책임당사자로부터 해소하는 것이다. 이상의 CERCLA의 내용을 간추린 잘 정리된 문헌인 大塚 直, 米國のスーパーファンド法の現狀とわが國への示唆(), NBL No. 562(1995. 2. 1.), 26, 31 참조.
- 48) CERCLA에 기한 정화에는 연방 스스로가 실시하고 후에 PRP에 구상하는 방법과, PRP에 정화작업을 실시시키는 방법이 있지만 근자에 EPA는 후자에 중점을 두고 있다. PRP에 정화비용을 부담시키기 위한 절차로서 본법은 EPA에 화해(Settlement), 명령, 구상의 세 가지에 권한을 부여하고 있지만, 소송에 의한 부담을 피하고 신속한 해결을 도모하기 위해 화해에 의한 합의가 증시되고 있다(\$122). 이것은 1986년 10월에 제정된 CERCLA의 후속법률인 Superfund 수정·재수권법(Superfund Amendments and Reauthorization Act, "SARA")에 의해 절차가 명확하게 된 것이다. CERCLA는 SARA에서 대폭 수정된 바 있다. EPA는 PRP의 사업실시를 구하는 통지를 송부하고, PRP 상호의 협의, EPA와의 협의의 결과, 비용부담에 관해서 합의가 성립한 경우에는 행정상의 합의서 또는 사법상의 동의 판결(Consent Decree)이 작성된다. 화해의 촉진수단으로서는 소송을 제기하지 않는 뜻의 서약(Covenant not to sue), 기여도가 근소한 자와의 화해(De minimis settlement), 공동정화비용 부담(Mixed funding)의 협정(Agreement)(PRP와 기금의 공동 부담), 구속력이 없는 예비적인 책임분할의 제시(Non binding preliminary allocation of responsibility)가 SARA에 의해 도입되었다. 기여도가 작은 자와의 화해가 연방정부와 성립하면 이 자는 화해에 참가하지 아니한 자로부터 소송을 제기당하지 않는 것으로 되고 있다(\$122 (g)). 근자에 화해의 절차가 제법 활용되도록 되고 있지만(1990년에 1336건 37억5천5백만 달러. 이 액수는 1986년의 7배에 달한다), 위의 화해 촉진 수단의 이용은 아직 적다고 한다. PRP가 화해에 의하지 않는 경우에는, EPA는 이것에 대해서 사업실시의 행정 명령을 발하는 것이 가능하다(\$106). 이것에 의하지 않는 경우에는, EPA는 스스로 하루 2만5천 달러 이하의 벌금을 부과하는 것이 가능하다. 단, EPA는 소송에 의해 사법 명령(Court Order)을 득하는 것도 가능하다. EPA는 PRP가 사업을 실시하지 아니한 경우 스스로 기금에 의해서 사업을 행하고, 사후적으로 PRP에 구상하는 것이 가능하다. 행정명령을 발한 후에 EPA가 기금에 의한 사업을 행한 때는 EPA는 PRP에 대해

복잡하고 자세한 규정을 가지고 있는바, 좋은 참고 모델이 되리라 생각된다.

2. 事案에의 適用

위 사안에서 甲회사는 사업장폐기물, 그 중에서도 지정폐기물을 배출하는 사업자로서 폐기물관리법 소정의 각종 의무를 지고 있다. 甲회사는 사업장에서 발생한 사업장폐기물을 자가처리 하였는데 폐기물관리법 제12조의 규정에 의한 기준에 적합하지 아니하게 처리한 것으로 볼 수 있다. 따라서 환경부장관 등은 甲회사에 대하여 “폐기물의 수집·운반·보관 또는 처리를 한 자”로서의 책임을 묻기 위해 기간을 정하여 필요한 조치명령을 내릴 수 있다(제45조 제1항 제1호).

한편 乙회사는 폐기물의 수집·운반·보관 또는 처리를 한 자인 甲회사의 承繼人이므로(제45조 제1항 제①호, 제24조 제5항, 제32조 제1항, 제45조 제2항) 乙회사에 대해서도 甲회사에 대해서와 마찬가지로 조치명령을 내릴 수 있다. 또한 乙회사는 제45조 제1항 제3호에서 규정한 폐기물을 직접 처리하거나 다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허용하여 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자는 아니지만, 土地의 所有者로서 매립된 폐기물을 방치함으로써 자신이 소유하고 있는 토지의 청결을 유지할 의무(제6조 제2항)를 위반한 것이므로, 매수 당시의 선의·무관심을 입증하지 못하는 한, 乙회사에 대해 제7조 제3항에 의해 조치명령을 발할 수 있다고 본다. 제7조 제3항은 명할 수 있는 조치에 대해 제한을 두지 아니한 채 오로지 “당해지방자치단체의 조례가 정하는 바에 따라 필요한 조치를 명할 수 있다”고 규정하고 있고, 폐기물처리에 대한 조치명령을 정면으로 규정한 제45조 제1항 각호에서 거시한 조치명령의 대상자⁴⁹⁾는 列舉的이라기보다는 例示的이라고 보기 때문이다.⁵⁰⁾ 또한 이렇게 보는 것이 폐기물관리법이 폐기물 관리를 위해 매우 강력한 규정을 도입한 입법취지에도 부합한다고 보는 것이다.

서울고등법원 1999. 2. 2. 선고 98나 22989 판결은, 비록 토양환경보전법 제15조에서 규

서 지출한 경비의 3배의 손해배상을 청구할 수 있다(§107 (c) (3)). 자세한 것은 大塚 直(註 24), 61, 64-65 참조.

49) 제45조 제1항은 ① 폐기물의 수집·운반·보관· 또는 처리를 한 자, ② 제24조 제1항 제3호의 규정에 의한 확인을 하지 아니하고 위탁한 자, ③ 폐기물을 직접 처리하거나 다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허락한 경우 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자를 거시하고 있다.

50) 이에 대해서는 명백한 근거 없이 공법상 책임을 확장하여 결국 법치국가의 원리, 구체적으로는 법률유보의 원칙에 반하여 기본권을 침해한다는 비판이 제기될 수도 있을 것이다. 그러나 위와 같은 해석은 제7조 제3항에 기하여 내려진 것으로 이 규정이 가진 문언의 합리적 해석의 범위 내라고 판단된다.

정한 토양오염방지조치명령에 관한 것이지만, “피고가 이 사건 매립지에 은밀하게 폐기물을 불법 매립한 사실이 추후 드러나는 경우 그 발각 당시 토지소유자는 행정청으로부터 폐기물제거명령을 받거나 기타 토지의 사용상 이를 반드시 제거하여야 할 것이다(토양환경보전법 제15조 제1항 참조)”라고 판시하고 있고,⁵¹⁾ 실무상으로도 현소유자에게 조치명령을 발하고 있다.

그러나 甲회사와 乙회사에 대한 이러한 법적용이 가능하기 위해서는 소급입법에 의한 재산권박탈이라는 항변이 성공적으로 극복되어야 할 것이다. 이에 관해서는 장을 바꾸어 논하기로 한다.

Ⅲ. 폐기물관리법의 違憲性: 遡及立法에 의한 財產權 剝奪 주장의 當否

1. 폐기물관리법 적용 結果의 不當性?

甲회사의 입장에서 보면 오래 전 아무런 죄의식 없이 이루어진 폐기물 처리행위에 대해 새롭게 제정된 법률에 따라 엄격해진 기준을 적용하고 엄청난 비용이 드는 처리책임을 묻는 것은 — 게다가 이 사안과 같이 이미 그 업계를 떠난 상태라면 더욱 — 그야말로 불측의 손해가 아닐 수 없다. 요컨대 甲회사는 폐기물관리법이 甲회사의 폐기물 매립 당시에 제정되어 있지 않았으므로 위반할 기준도 없고, 따라서 甲회사에 대한 조치명령은 위법하다는 생각을 하는 것이다.

乙회사의 입장은 더욱 황망할 것이다. 매도인이 토지 위에 폐기물을 매립하고 이를 제거하지 않은 채 그 내용을 모르는 매수인에게 매도한 경우, 매수인에게 폐기물의 제거·처리명령을 내리는 것은 매수인에게는 큰 충격의 不意打가 되기 때문이다. 폐기물을 부산물로 가져올 사업에 대해서 인근 주민뿐만 아니라 소비자들까지도 호감을 가질 수 없기 때문에 기업이미지 측면에서도 좋지 않은 결과를 초래하겠지만, 무엇보다도 폐기물의 제거·

51) 이 판결은 폐기물관리법상의 규정에 대하여 내려진 것이 아니라 토양환경보전법 제15조 제1항(“시·도지사는 제5조 제4항 제2호에 해당하는 지역의 오염원인자에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 기간 및 방법을 정하여 토양관련전문기관으로부터 토양정밀조사를 받도록 명할 수 있다.”)에 규정된 토양오염방지조치명령에 대해 내려진 것이다. 즉 이 판결은 현토지소유자를 오염원인자로 보고 오염원인자에 대해 내려질 수 있는 토양오염방지조치명령을 발할 수 있다고 판시한 것이다. 폐기물처리에 대한 조치명령도 마찬가지로 내려질 수 있다고 본다.

처리에는 중소기업으로서는 감당할 수 없는 막대한 비용이 드는 것이다.

土地買受人에게는 더욱 가혹한 결과가 될 수 있는데, 그것은 매수인이 위와 같은 책임을 지게 된 근거 법률이 매수 당시에는 존재하지 아니할 때이다. 매수 후 법률이 바뀌었기 때문에 매수 당시에 매수할 토지의 상태·성상을 따질 수 없었던 사람에게 매수 후 개정된 법률을 근거로 막대한 비용이 소요되는 조치명령을 내리는 것은 매수인의 입장에서는 결코 받아들일 수 없는 정의롭지 못한 결과이고, 그런 까닭에 헌법상 보장된 재산권을 소급적으로 박탈하는 것이라는 주장이 제기되는 것이다.

土地賣渡人の 입장에서 보면 폐기물관리법은 소급입법에 의한 재산권 박탈에 그치는 것이 아니라 刑罰不遑及의 原則에 반할 가능성도 있다. 폐기물관리법은 폐기물을 불법처리한 경우에 이를 시정하라는 조치명령을 내릴 수 있고(제45조 제1항), 조치명령을 이행하지 않을 경우에는 형사처벌을 하도록 규정하고 있는바(제60조 제10호), 폐기물관리법이 제정되기 이전에 행해진 폐기물의 불법처리행위에 대해서 그 행위자에게 행정청이 시정명령을 내리고 행위자가 이를 이행하지 않는다면 형사처벌도 할 수 있는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

이런 까닭에 甲회사 또는 乙회사 모두 폐기물관리법을 위와 같이 적용하는 것이 “소급입법에 의하여 재산권을 박탈”하는 것으로 헌법 제13조 제2항에 위반된다고 주장하는 것은 어찌 보면 매우 자연스러운 현상이다.

2. 見害의 對立

책임 주체가 느끼는 결과의 부당성이 암시하듯이 폐기물관리법의 소급적용에 대해서는 다양한 견해가 대립하고 있다. 먼저 그 적용이 소급입법에 의한 재산권 박탈에 해당한다는 주장(違憲說)을 살펴보자. 위헌설을 펴는 쪽에서는 먼저 ① 폐기물관리법이 해석상 위사안에 적용되지 않는다는 것, 즉 폐기물관리법상의 요건을 충족하지 않는다는 것을 먼저 주장할 것이고, 이것이 받아들여지지 아니할 경우 적용된다고 하더라도 이것은 ② 소급입법에 의한 재산권박탈에 해당하여 違憲이라고 주장할 것으로 생각된다.

폐기물관리법상 관련 규정을 살펴보면 ①의 “적용되지 않는다”는 주장도 터무니없는 것으로 가변이 넘길 수 없다. 폐기물관리법 제45조는 “제12조의 규정에 의한 기준에 적합하지 아니하게 처리된 폐기물에 대해서 조치명령을 할 수 있다”고 규정하고 동법 제12조는 “폐기물의 처리는 대통령령이 정하는 기준 및 방법에 의하여야 한다”고 규정하고 있으며

로, 폐기물관리법 시행령상의 기준 및 방법에 위반된 폐기물의 처리에 대해서만 폐기물관리법 제45조의 조치명령을 발할 수 있는데, 위 사안에서는 埋立 行爲時에 조치명령의 논리적 전제인 폐기물관리법 시행령상의 기준 및 방법이 존재하지 않았기 때문이다. 요컨대 위 사안에서 폐주물사의 매립은 폐기물관리법이 제정된 1986년 이전에 이루어졌기 때문에 폐기물관리법 시행령상의 기준을 위반할 수 없는 것이라는 주장이 가능하다. 이러한 주장을 하는 사람은 이어서 만약 폐기물관리법 시행령상의 기준이 그 제정 이전에 적용된다고 해석된다면 이것은 헌법에 규정된 소급입법에 의한 재산권박탈에 해당하는 것으로 위헌이라고 보게 될 것이다.

그런데 폐기물관리법의 적용이 법률불소급의 원칙에 반한다는 주장에 대해서는 이를 뒷받침하는 논거보다는 부정(合憲說)하는 논거가 많다. 예컨대 폐기물관리법은, 폐기물의 무단 매립은 현재 아직 『종료되지 않은 환경오염』이기 때문에, 사실관계를 장래에 어떻게 해결할 것인가에 대하여 규율하는 법률이라는 주장이나, 폐기물관리법상의 폐기물제거명령은 민법상 당연히 인정되는 소유물방해제거청구권 또는 불법행위에 기한 손해배상청구권 등의 권리를 환경법적으로 다시 재확인한 것으로, 종래 없던 권리와 의무를 새로이 창설한 것은 아니라는 주장 등이 그것이다. 나아가 폐기물관리법이 제정되지 않았다 하더라도 상기한 바와 같이 경찰책임의 원칙에 근거해서 상태책임을 추궁하는 것이 가능한 것이기 때문에 폐기물관리법은 이러한 책임을 확인하는 것에 지나지 않고 따라서 소급입법에 해당하지 않는다는 주장⁵²⁾도 가능할 것이다.

한편 양자의 주장의 타협을 모색하려는 움직임(折衷說)도 감지된다. 예컨대 환경부는 폐기물관리법 제정 이전에 불법매립된 폐기물에 대한 현행 폐기물관리법 제45조에 의한 조치명령이 가능한지 여부 및 조치명령 대상자에 대한 질의에 대한 회신에서, “폐기물관리법 제정 이전에 이루어진 폐기물의 매립행위가 그 당시 폐기물의 처리를 규정하고 있는 법률인 오물청소법⁵³⁾ 또는 환경보전법⁵⁴⁾의 규정에 적합하지 아니하게 매립된 사실이 확실하

52) 그러나 독일에서는 경찰법이 18세기말부터 이미 존재하고 있었기 때문에 책임소급의 근거로서 이용될 수 있다는 역사적 배경이 있는데 반해 우리나라에는 그와 같은 역사적 배경이 없는 점 등으로 인해 한계가 있다고 하겠다. 자세한 것은 상기 註 30 및 그 本文 참조.

53) 오물청소법상 위 사안과 관련된 규정을 추려보면 다음과 같다. 제6조에 의하면 공장 또는 사업장을 경영하는 자는 조업으로 인하여 생기는 오물을 운반 및 보관 또는 처리할 의무를 지고, 동법 시행규칙 제6조에 의하면 “오물”의 범위 및 종류에 관하여 일정 오물을 나열하고, 그 오물에 해당하지 않는 경우에도 1일 평균 배출량이 0.5톤 이상인 경우에는 언제나 규제 대상 오물에 해당되는 것으로 정하고 있어서 규제대상이 매우 광범위하다고 보인다. 동법 시행규칙 제7조 제3호은, 공장 또는 사업장을 경영하는 자(“사업자”)가 오물처리업자로 하여금 오물을 처리하게 하지 않고 자체 매립처리를 하고자 할 경우에는 매립지의 주위에 울타리를 설치하고 “매립지”라는 표시를 하여야 하며, 또한 매립지에서 받

고, 불법매립자의 확인이 가능하다면 불법매립자에게 당해 폐기물에 대하여 현행 폐기물관리법 제45조 제1항의 규정에 의해 관할 행정기관의 장이 적정처리하도록 조치명령을 하는 것은 가능”하다고 실시하고 있는 것이다.⁵⁵⁾

이와 같은 입장은, ① 甲회사의 매립행위가 있었고, 이것이 현행 폐기물관리법의 관점에서 보면 불법인 점만으로는 (소급입법 등의 논란으로 인해) 부족하다고 느낀 나머지, 현재의 폐기물관리법에 반하는 것 외에, ② 甲회사의 매립 당시에 그 당시의 법규 위반이 있어야 한다는 요건을 추가한 것이다. 요컨대 위헌시비를 피하기 위하여 일정한 요건 하에 폐기물관리법을 적용하겠다는 것이다.

그런데 환경부는 위와 같은 내용의 회신에 이어서 “폐기물이 발생된 사업장을 양도·양수를 통해 소유권을 이전시킨 행위가 현행 폐기물관리법의 사업장폐기물의 권리의무 승계를 명시한 규정인 제24조 제5항의 시행일인 1999. 8. 9. 이전에 이루어졌다 하더라도 동 규정의 제정취지를 감안할 때 사업장폐기물과 관련된 권리·의무는 승계된다고 보아야 [한다]. 따라서 당해 사업장의 양수자에게 폐기물관리법 제45조 규정에 의하여 불법처리된 폐기물에 대한 조치명령을 할 수 있[다]. 다만, 사업장의 양도·양수자간의 처리비 부담 등에

생하는 오염물질이 공공수역 또는 지하수에 영향을 미치지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다고 규정하고 있다. 동법은 또한 사업자의 범위에 관하여 특별한 제한을 두지 않고 있다. 이렇게 보면 현행 폐기물관리법 규정에 위반하는 폐기물의 매립·투기·방치행위의 대부분은 오물청소법에도 위반하는 것으로 판단된다. 또한 오물청소법 제6조 제3항에 의하면 시장 및 군수는 사업자의 오물 보관, 운반 및 처리가 동법 시행규칙에 위배되는 때에는 사업자에 대하여 조치명령을 할 수 있고, 이 조치명령에 위반한 사업자는 동법 제20조 제1호에 의하여 형사처벌의 대상이 된다. 한편, 현행 폐기물관리법이 1986. 12. 31. 제정되면서 오물청소법은 같은 날 폐지되었는데, 현행 폐기물관리법이 1986. 12. 31. 제정될 당시 부칙 제4조에서는 **폐기물관리법 시행 전에 오물청소법에 의하여 행한 행정기관의 행위는 폐기물관리법에 의한 행위로 본다**는 규정을 두어 폐기물관리법이 오물청소법을 계승한 법률이라는 점을 분명히 하고 있다(이 규정은 폐기물관리법 시행 전에 발생한 위법한 행위에 대해서도 폐기물관리법을 적용하고자 하는 입법의도를 드러낸 근거로 제시될 수 있을 것이다). 이상의 규정 및 제반 사정을 살펴보면, **현행 폐기물관리법에 위반하는 행위는 대부분 오물청소법에도 위반하는 것으로 보인다.**

- 54) 1977. 12. 31. 제정된 환경보전법에 의하면 사업장을 경영하는 자는 그 사업활동에 따라 생기는 산업폐기물을 스스로 또는 산업폐기물처리업자에게 위탁하여 처리하여야 한다. 동법 제52조에 의하면 사업자가 폐기물을 산업폐기물처리업자에게 위탁하여 처리하지 않고 종말처리하는 경우에는 미리 시·도지사에게 신고하고 보건사회부령으로 정하는 방법과 기준에 적합하게 처리하여야 하는데, 이에 따라 1978. 7. 1. 제정된 환경보전법시행규칙 제38조와 별표 12에 의하면, 산업폐기물을 매립하는 경우에는 “1. 처리장 입구에 산업폐기물의 종합처리장 표시를 할 것, 2. 매립지의 주변에는 사람의 출입을 못하도록 조치를 할 것, 3. 매립지의 지반침하방지를 위한 조치를 할 것, 4. 매립지의 주변에는 지하수의 유입을 방지하는 필요한 조치를 할 것, 5. 매립지에는 소정의 요건을 구비한 설비를 할 것” 등의 요건을 준수할 것을 요구하고 있다. 동법 제37조는 누구든지 공공수역 또는 산림에 산업폐기물을 버리는 행위, 자연환경훼손행위 등을 하여서는 안된다고 규정하고 있다. 동조에 위반하는 경우 동법 제68조 제7호에 의하여 6년 이하의 징역 또는 일정한 벌금에 처하도록 규정되어 있다. 이상의 규정 및 제반 사정을 살펴보면, 현행 폐기물관리법에 위반하는 행위는 대부분 환경보전법에도 위반하는 것으로 보인다.
- 55) 환경부 2001. 1. 9.자, 문서번호 산업67507-19 질의에 대한 회신. 인용문 안의 번호와 고딕체 강조는 필자가 설명의 편의와 강조를 위해 추가한 것이다.

관한 사항은 민법 등 관련 법령에 의하여 결정되어야 할 것”이라고 실시한 바 있다.⁵⁶⁾

또한, 또 다른 환경부 민원회신에 따르면, “적법하게 매립된 것이라면 도로공사로 발생된 폐기물 이외의 폐기물은 처리하실 필요가 없”고, “그러나 매립되어 있는 폐기물이 매립 당시 불법으로 매립된 것이라면 매립되어 있는 전체 폐기물을 처리하여야 하며, 이 경우 폐기물의 처리의무는 당해 폐기물을 발생시킨 사람에게 있으며, 폐기물을 발생시킨 사람이 명확하지 않은 경우 해당 토지의 소유자에게도 처리책무가 있”다고 한다.⁵⁷⁾

이와 같은 환경부의 태도는 이중 잣대라는 비난을 면키 어려울 것이라 보인다. 왜냐하면 불법매립의 直接 行爲者인 양도인에 대해서는 그 책임을 묻기 위해 엄격한 요건(추가된 ②의 요건)을 요구하면서, 불법매립행위와는 아무런 관련이 없는 양수인인 土地所有者에 대해서는 그 양수행위가 관련규정이 발효하기 전에 있었다 하더라도 양도인의 책임이 인정되는 것 이외에 아무런 추가 요건(예컨대 매수시 매립 사실을 알았거나(惡意) 過失로 인하여 알지 못하였을 것)의 충족 없이 바로 책임을 묻는 것이기 때문이다. 법해석의 일관성을 위해서는 양자에 대해 같은 수준의 요건을 요구하여야 하며, 이 경우 직접 행위자인 양도인에 대해 ②의 요건을 요구하지 말아야 한다고 본다. 왜냐하면 폐기물관리법 규정, 법률불소급의 원칙에 반하여 위헌이 아닌 한, 행위 당시의 법률에 위반될 것을 요건으로 하는 것은 모처럼 마련된 폐기물관리법의 실효성을 떨어뜨리는 것으로 적절하지 않다고 생각하기 때문이다. 참고로 아래에서 보는 바와 같이 미국의 CERCLA도 행위 당시의 법률에 위반되는지 여부를 묻지 않고 CERCLA를 적용하고 있다.

3. 判例 및 外國 學說의 態度

(1) 우리나라

한편, 이와 같은 법령의 소급효 문제를 정면으로 다룬 판결은 없는 것으로 보이지만, 그 합헌성을 전제로 하여 이에 기해 내린 판결은 찾을 수 있었다. 예컨대 서울고등법원 1999. 2. 2. 선고 98나22989판결도 “매립지에 은밀하게 폐기물을 불법매립한 사실이 추후 드러나

56) *Id.*

57) 민원 번호13278, 등록일자 2000. 11. 15. 자 민원회신 참조. 상기한 증재사건에서 동일한 취지의 사실조회 회신이 이루어졌다. 그 내용을 보면 환경부는 “폐기물관리법 제정 이전에 불법매립한 폐기물이 현행 폐기물관리법 제정 이후까지 전량 제거조치 되지 않고 매립되어 있다면, 현행 폐기물관리법 제45조의 규정을 적용하여 폐기물처리를 한 자 또는 폐기물이 매립된 토지의 소유자를 대상으로 폐기물 제거를 위한 조치명령을 하여야 할 것”이라고 회신한 바 있다.

는 경우 그 매립사실을 모르고 토지를 취득한, 발각 당시의 토지소유자는 행정청으로부터 폐기물의 제거명령을 받거나 기타 토지 사용의 필요상 이를 반드시 제거하여야 할 것이므로(토양환경보전법 제15조 제1항 참조)"라고 판시한 바 있다. 이 판결은 행정청이 토지매수자에 대해 내리는 폐기물 제거명령이 적법한 것으로 전제하고 논의를 전개하고 있는 것으로 보이는데, 만약 폐기물 제거명령이 부적법하여 이에 응할 필요가 없다면 이를 적시하지는 않았을 것이다. 위 판결은 나아가 "피고가 이 사건 매립지에 폐기물을 불법 매립함으로써 그 뒤 소유권을 취득한 원고로 하여금 이 사건 매립지의 폐기물을 제거할 손해를 발생케 한 행위 자체가 불법행위인 만큼 이는 매립 당시 이 사건 매립지의 소유권과는 관계 없이 성립되는 것"이라고 판시하였다.

(2) 美國

미국에서는 이 논제가 비교적 일찍 그리고 치열하게 다투어졌다. 즉, 법률제정 전의 행위에 관해서까지 소급적으로 책임을 부과하는 것에 관해서는 適法節次(Due Process)에 반한다고 하는 주장이 제기되었지만 미법원은 이 주장을 받아들이지 않고 있다.⁵⁸⁾ 미국법원의 일반적인 입장은, CERCLA의 입법 취지가 폐기물 처리의 궁극적인 책임을 폐기물 배출에 의하여 야기된 문제에 대해 책임이 있는 자에게 지우는 것이라는 점을 고려하여 그 소급적용을 인정하고 있다.⁵⁹⁾ 대표적인 사건인 U.S. v. Monsanto에서 연방고등법원 제4순회법원도 CERCLA의 소급효에 관해서 유해폐기물의 처리장의 정화는 법률의 정당한 목적이었고, 의회는 처분장을 마련해서 그것으로부터 이익을 얻은 자에게 합리적인 방법으로 정화책임을 부과하고 있는 것이기 때문에 合憲이라고 판시한 바 있다.⁶⁰⁾

사실, CERCLA 규정 및 그 운용관행을 보면 CERCLA가 과거회고적(retrospective)이라는 것을 알 수 있다. CERCLA는 과거의 오염에 대해서도, 현재 발생하고 있는 오염에 대해서도 적용되지만 미국의 환경보호청(Environmental Protection Agency; EPA)에서는 현재 조업 중의 시설의 오염에 관해서는 RCRA(자원보전·회수법) 등의 제도에 의한 대응을 우선시키고 있기 때문에, 실제로는 CERCLA의 주된 목적은 방치된 과거의 유해물질에 대한 오염의 정화에 있다고 말할 수 있다. 다만, CERCLA 제정 전의 오염에 관해서는 당시의 규제에 적합한지 아닌지에 대해서 묻지 않고 대상으로 하는 반면, 제정 후의 오염에 관

58) U.S. v. Northeastern Pharmaceutical & Chemical Co., 810 F.2d 726(8th Cir., 1986).

59) 예컨대 Landgraf v. USI Film Products, 511 U.S. 244(1994); United States v. Olin Corp. 107 F.3d 1506(11th Cir., 1997).

60) U.S. v. Monsanto, 858 F. 2d 160, 19 ELR 20085(4th Cir. 1988), cert. denied 490 U.S. 1106(1989).

해서는 각종 규제에 적합한 배출은 적용 대상으로부터 제외된다.⁶¹⁾

(3) 獨逸

독일에서는 폐기물처리시설에 관해 구폐기물회피·처리법(Abfallgesetz) 제10조 제2항,⁶²⁾ 지하수 기타 수원의 오염에 관해서 수관리법(Wasserhaushaltsgesetz) 제26조 제2항, 제34조 제2항 등이 있었지만,⁶³⁾ 각각의 법률의 시행 이전에 폐쇄된 폐기물처리장 또는 공장에서 처리·방치 또는 폐기된 유해물질이 원인이 되어 생긴 오염에 관해서는, 이들 법률을 소급 적용할 필요성을 느끼지 못했던 것으로 보인다. 위 법률의 시행 전의 폐기물점유자의 신뢰는 공공의 복지의 관점과 비교하면 보호하여야 할 정도가 적은 것으로 동법의 소급을 인정하도록 하는 입장이 있지만, 상기한 바와 같이 이와 같은 경우에는 一般警察法을 사용할 수 있었기 때문에,⁶⁴⁾ 폐기물규제관련 법규의 소급적용이 필요한 경우는, 실제로는 많지 않았다고 한다.⁶⁵⁾

소급적용의 필요성이 적었던 사정에 관해 좀더 살펴본다.⁶⁶⁾ 독일의 경우, 토양정화를 규율하지 않던 Land나 원래 토양오염에 관한 법제도가 없던 Land에 관해서는 一般警察法(allgemeines Polizei und Ordnungsrecht)이 보완적 역할을 하였다. 즉 독일에서는 개별 법률이 존재하지 않는 경우에 있어서 위험을 제거할 필요가 있을 때에는 각 Land에 존재하는 경찰법상의 一般 條項이 적용되었던 것이다. 경찰법의 요건으로서는, 공공 안전 또는 질서에 대한 위험이 존재하는 것이 필요하지만, 토양이나 지하수가 오염되면 나아가 사람의 건강까지도 해칠 우려가 있기 때문에, 경찰법의 보호의 대상으로는 사람의 건강·재산 뿐이 아니고 지하수, 토양 등도 포함되게 된 것이다. 전통적 이해에 의하면, 공공의 안전 또는 질서에 대한 위험은 경찰법상 보호된 법익(예를 들면 사람의 건강이나 재산)의 침해에 관해서 충분한 개연성이 있을 것을 요하지만, 법익이 중대하고, 또 침해의 정도가 현저한 경우에는 그 개연성은 적어도 무방하다고 이해되고 있다. 또한, 공공 안전의 보호 중에는, 개인의 권리나 법익에 대한 위험의 제거도 포함되는데, 개개의 침해의 정도가 적어

61) CERCLA를 요약한 문헌인 大塚 直(註 47), 26 이하, 특히 30면을 참고하라.

62) 고정형폐기물처리시설의 소유자(Inhaber)가 자기의 비용으로, 처리에 사용된 토지의 표토를 재생하고(rekultivieren), 기타 공공의 복지의 침해를 방지하기 위해서 필요한 예방조치를 취할 것을 명하고 있다.

63) 이들 규정은 하천 또는 지하수를 오염시킬 우려를 발생시키는 물질의 방치 또는 투기를 금지한다.

64) 상기 註 30 그 본문 참조.

65) 게다가 1991년에 시행된 환경책임법도, 96종의 시설에 관해서 무과실책임에 기해서 원상회복을 명하는 규정이 있지만(제16조), 소급책임은 인정하지 않았다(제23조). 大塚 直(註 20), 92.

66) 이하는 Id. 90, 92에 의존하였다.

도, 그것이 축적되거나, 다수의 사람에게 영향을 미치거나 하는 경우에는, 이 위험이 있다고 판단할 수 있다. 이와 같이 경찰법상의 『위험』은 민법상의 『방해』와는 차원이 다른 개념이라고 말할 수 있다.

한편 독일 연방행정재판소는 1990. 12. 14. 절충적인 입장이라고 볼 수 있는 결정을 하였는데, 『상태책임자가 소유권 내지 물건의 지배의 취득에 있어서 토지가 질서위반의 상태에 있다는 것을 알고 있었거나 또는 적어도 그와 같은 상태의 존재가 추측될 수 있다고 하는 사실을 알고 있었던 경우』에는 기본법 제14조(소유권보호의 규정)는 토지소유자의 Altlasten에 관해서 상태책임을 제한할 근거가 되지 않는다고 판시한 바 있다.⁶⁷⁾ 말하자면 惡意의 경우에 책임을 부과하는 것은 위헌이 아니라는 취지이다.

다른 한편 독일의 연방헌법재판소는 독일기본법 하에서 법률의 소급금지 원칙과 관련하여, 법률의 소급효에는 법률이 해결이 완료된 과거의 사실을 사후적으로 변경하고 처리하는 경우인 “眞正溯及效”(“echte Rückwirkung”)와 법률이 현재 아직 종료되지 않은 사실관계와 관련하여 장래에 대하여 효력을 가지는 경우인 “不眞正溯及效”(“unechte Rückwirkung”)가 있는데, 진정소급효는 독일기본법상 금지되나 부진정소급효는 허용된다고 판시한 바 있다.⁶⁸⁾ 이러한 독일의 판례를 사안에 적용해 보면, 아직도 이 사건 토지에 폐기물이 매립되어 있고 이것이 계속적으로 환경과 인간에 악영향을 끼치고 있는 현재 상황에서 보면 甲회사의 매립·방치행위나 乙회사의 폐기물점유행위는 아직도 끝나지 않고 계속되고 있다. 따라서 이와 같이 계속되고 있는 일련의 甲회사 및 乙회사의 행위에 대해 폐기물관리법에 근거하여 제재를 가하는 것은 법률불소급의 원칙에 반하는 것은 아니라고 볼 수 있을 것이다.

독일의 학자들은 다양한 근거로 무장한 채 팽팽히 대립하고 있다.⁶⁹⁾ 활동 시에는 경찰법상 문제가 되지 아니한 행위가, 후에 과학기술의 수준의 변화에 의해서 경찰법위반이 되는 것은 진정 소급이고, 기본법상 허용되지 않는다고 하는 입장이 존재하는 반면,⁷⁰⁾ 또 다

67) BVerwG, Beschl. v. 14. 12. 1990, NVwZ 1991, S. 475.

68) BverfGE 72, 141; BverfGE 11, 139.

69) 이하는 大塚 直(註 20), 90에 의존하였다. 이하에 인용하는 문헌은 위 글에서 재인용한 것이다. 특별히 강조할 필요가 있는 경우가 아닌 한 재인용표시를 하지 않기로 한다.

70) Papier, “Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht,” NVwZ 1986, SS. 256, 259, 260. Paier는, 영업허가를 받은 자는 그 사업이 경찰법상의 위험의 직접적인 원인이 됐다고 해도 행위책임이 면제된다고 한다. 그러나 이것에 대해서는 면책효의 범위는 허가의 범위에 한정된다는 것이고, 토양오염이 허가되고 있는 것은 아니라고 하는 비판이 유력하다. 山下龍一, 『ドイツにおけるストック公害に對する警察法の適用』(II) 大阪市 大經濟研究 39卷 1号 32 이하. 大塚 直(註 20), 94, 註 41에서 재인용.

른 견해는 기본법에 의해서 부여된 신뢰의 보호는 침해의 중요성, 즉, 구체적으로는 기본법상의 비례원칙에 합치하는가 여부 및 법적 안정성을 해하는 정도가 적은가 여부에 의해서 결정된다고 하는 연방헌법재판소의 입장⁷¹⁾을 기초로 하면서, Altlasten의 정화책임자로서 소유자를 거론하는 것은 전통적인 경찰법적인 위협제거의 기준을 구체화한 것이고, 비례원칙에 합치하고 법적 안정성을 해하는 것도 아니고, 부진정소급에 해당한다고 해석하고 있다.⁷²⁾ 이와 같은 이해는 경찰법이 과거로부터 존재하고 있다고 하는 상기한 독일 특유의 사정 하에서는 쉽게 수용할 수 있다고 할 것이다. 아예 소급의 문제가 일어날 것도 없다는 견해도 있다. 즉, “소급이란 법률을 그 실제의 시행보다도 소급해 적용하는 것이다.”⁷³⁾ 법적 강화(Rechtsverschärfung)를 하고 법률의 공포 후에 법적 효력을 강화해도, 그것은 애당초, 소급이 아니다. Altlasten은 현존하는 것이고, 그 분쟁은 현재의 결과의 제거 또는 장래의 결과의 제거의 문제이다. 따라서 이것에 관해서 법률을 강화하는 것은 소급의 문제는 아니라고 하는 것이다.⁷⁴⁾ 이와 같이 본다면 방치폐기물에 의한 공해의 경우에 소급효의 합헌성이 문제가 되는 것은 있을 수 없게 될 것이다.

4. 小 結

위헌 여부는 경우를 나누어 생각해 보아야 한다고 본다. 정책의 변경에 의한 법률개정·제정과 새로운 지식이나 평가에 기한 법률적용의 변경은 구별되어야 하고, 방치폐기물에 의한 공해의 경우는 후자에 속하고, 유해물질의 독성에 관해서의 평가가 학문의 진보에 의해 변했으므로 사실의 인식이 변경된 것에 지나지 않기 때문에 진정 소급의 문제는 아니라는 견해에 찬동한다.⁷⁵⁾ 甲회사에 대해서는 그의 행위에 의한 침해가 계속되고 있고, 乙회사는 자신이 지배하고 있는 토지상의 폐기물로 계속하여 피해를 야기한다고 볼 수 있는 상황에서, 폐기물관리법은 그 침해에 대한 지식이나 평가의 변경에 따라 이루어진 것으로 진정 소급의 문제는 아니라고 본다. 다만, 입법을 통해 甲회사나 乙회사가 면책되는 경

71) BVerfGE 45, 142; BVerfGE 72, 141.

72) U. Rid und F. Peterson, “Konzeption für ein Bundes-Bodenschutzgesetz-Bodenschutz- oder Altlastensanierungsgesetz?,” NVwZ 1994, SS 844, 848, 849.

73) BVerfGE 72, 200; BVerfGE 77, 370.

74) R. Breuer, “Empfehlen sich ergänzende gesetzliche oder untergesetzliche Regelungen der Altlasten, und welchen Inhalt sollten sie haben?” DVBl. 1994, SS 890, 898.

75) Kloepfer, “Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht,” NuR, 1987, SS. 7, 9.

우를 정할 필요는 있다고 본다. 양자가 느끼는 피해가 구체적으로는 헌법상의 비례원칙에 비추어볼 때 지나치게 크다고 볼 여지가 남아 있기 때문이다. 앞서 본 CERCLA의 입법태도, 즉 선의의 매수인의 항변측은 참고할 수 있는 좋은 예가 될 것이다.

IV. 事業場廢棄物 排出事業者의 私法上 責任

乙회사의 甲회사에 대한 請求權原으로 생각할 수 있는 것은 ① 소유권에 기한 방해배제 청구, ② 하자담보책임, ③ 불법행위책임, ④ 환경정책기본법 §7의 원인자부담의 원칙에 기한 책임이 있다. 각 권원마다 논점이 다르게 나타나지만, 각 권원에 공통되는 중요한 논점이 하나 있다. 그것은 甲회사의 매립이 『妨害』, 『瑕疵』, 『不法行爲』로 평가받기 위해서 甲회사의 (행위가 폐기물관리법상 불법으로 판명되어야 하고 그) 승계인으로서 乙회사가 폐기물관리법상 매립된 폐기물의 처리책임을 부담하여야만 甲회사에 대하여 청구할 수 있는 것이다. 또한 乙회사가 나아가 폐기물관리법상 조치명령을 받아야만 甲회사에 대하여 청구할 수 있는지 여부도 연관된 논점이다. 이것은 요컨대 폐기물관리법과 민법의 관계를 어떻게 설정할 것인가의 문제가 된다. 이하에서는 이 문제부터 시작하여 각 청구권원에 관하여 살펴보기로 한다.

1. 폐기물관리법상의 責任 有無가 先決問題인가?

아래에서 논하는 민사상 청구원인들은, 환경법이 현재와 같은 수준에 이르지 않고 장식적 수준에 머물던 시대에는 상상할 수 없는 일이었다고 하여도 과언이 아닐 것이다. 이런 까닭에 민사상 청구가 성립하기 위해서는 폐기물관리법상의 책임이 인정되어야 하는가가 문제가 될 수 있다. 바꾸어 말하면 매도인이 토지에 매립된 폐기물을 제거하여야 할 처리책임이 폐기물관리법에서 인정되지 않는 한 민사상 청구는 성립하지 않는가가 문제로 되는 것이다.

이 문제는 논리적으로 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 민사상 청구권이 성립하기 위해서는 첫째, 폐기물관리법상의 책임이 인정되는 것을 전제로 하는지 여부, 둘째, 폐기물관리법상의 책임이 인정되는 것에 더하여 당국에 의해 조치명령이 발하여져야 하는지 여부이다.

법적 책임이 있는지 여부는 당국에 의한 조치명령의 유무와 무관한 것이므로 後者의 문제는 법적 책임을 논함에 있어 다루어야 할 쟁점이라고 할 수 없다. 하지만 환경문제의 심각성에 대한 인식의 수준은 아직도 일천하기 때문에, 당국의 조치명령이 존재하지 않으면 당사자가 — 매도인이든 매수인이든 상관없이 — 많은 비용이 드는 폐기물처리사업을 자발적으로 추진하리라고 기대하기 힘들다. 이런 까닭에 비용을 부담하여야 할 당사자는 당국의 조치명령이 없는 한, 어떠한 책임도 질 수 없다고 생각하게 된다. 사실 폐기물관리법이 규정대로 문제가 되는 모든 경우에 적용된다고 한다면 대한민국의 국토는 거의 모든 곳에서 정화조치가 취해져야 되는지도 모를 일이다.

그러나 당국에 의한 조치명령의 유무는 법적 책임을 결정하는 요소는 아니다. 법원에 의한 판단과 달리, 행정청의 결정은 최종적인 것이 아닐 뿐만 아니라 행정처분은 법규에 따라 이루어진다고 해도 재량의 여지가 있는 것이기 때문이다.

前者의 문제에 관해서 보면, 乙회사의 폐기물관리법상의 책임 유무와 乙회사의 민사상 손해배상청구권은 法理的으로 牽聯되어 있지만 直接的 關聯性은 없다고 판단된다. 폐기물관리법상 책임이 인정되어야만 민사상 청구권이 성립하는 것은 아니지만, 폐기물관리법상 강화된 기준은 민사상으로도 폐기물의 불법매립·투기·방치행위의 違法性을 判斷하는 데 작용할 요소임에 틀림없기 때문이다. 환언하면 폐기물관리법상의 책임 유무가 민사상 청구권 성부의 先決問題는 아니지만, 폐기물관리법상의 책임 유무는 민사상 청구에도 적지 않은 영향을 미치는 것이다. 違法性에 관한 판단은 法秩序 全體의 입장에서 이루어져야 한다고 보기 때문이다. 이 논점에 관하여는 폐기물관리법 규정의 사법상 효력, 보다 크게는 공법과 사법의 관계 등 다양한 논점이 숨어 있지만, 이에 관한 논의는 다음 기회로 돌리기로 한다.⁷⁶⁾

2. 所有權에 기한 妨害排除請求權

매도인이 토지 위에 폐기물을 매립하고 이를 제거하지 않은 채 위 내용을 모르는 매수인에게 토지를 양도하고, 양도 후에라도 폐기물을 처리하지 아니한 행위는 매수인의 토지에 대한 소유권 행사를 방해하는 행위에 해당할 수 있다.

이에 대해서는 폐기물이 이미 당해 토지에 “附屬”되어 토지와 함께 매수인의 소유가 되었으므로(민법 제256조), 당해 토지에 폐기물이 매립되어 있는 것으로 타인에 의해서 소유

76) 拙稿, 원도우 2003: **신공사법관계론**(2003. 11. 17. 민사판례연구회 월례발표회 발표문) 참조.

권이 방해되고 있다고 할 수 없다는 주장이 가능하다. 이 주장은 터무니없다고 보이지만 가벼이 넘길 수 없다. 왜냐하면 이 문제는 『오염된 토양』을 폐기물로 볼 수 있는냐의 문제와 관계가 있는 것으로, 모두의 사안과 달리, 예컨대 유해물질을 함유한 액체가 토양에 불가분으로 혼합되었다면, 법적으로는 폐기물로 취급할 수 없게 되는 문제가 있다. 이에 관한 환경부의 방침은, 오염된 토양은 원칙적으로 지하에 방치되어 있던 지상으로 옮겨졌든 폐기물로 보지 않되, 예외적으로 불법매립·투기된 폐기물로 인하여 직접 오염된 토사에 인하여 폐기물로 보고 처리하여야 한다고 해석하고 있다.⁷⁷⁾

하지만 이와 같은 항변을 받아들이는 것은 현실적으로 수용할 수 없는 부정의한 결과를 초래할 뿐만 아니라 당사자 의사의 합리적 해석에도 반하는 것으로 보인다. 즉, 매도인이 매수인에게 당해 토지의 매도 당시 폐기물 매립사실을 정당하게 고지하고 이에 대하여 매수인이 문제 삼지 않기로 동의한 경우가 아니라면, 매수인은 폐기물의 소유권을 취득할 의사가 없었던 것으로 보아야 한다. 또한 부합 항변대로라면 어떤 사람이 타인의 토지소유권을 타인의 토지에 법률상 부합되는 물질을 사용하여 방해한 경우(예를 들어 토지에 부합되는 오염물질을 토지에 혼합하는 등의 경우)에는 타인의 토지소유권을 방해한 경우에 해당되지 않게 되는데, 이는 도저히 받아들일 수 없는, 상식에 반하는 결과가 된다. 중요한 것은, 매수인이 매도인에게서 매수한 것은 그 上下 全體의 利用에 아무런 장애가 없는 性狀의 土地이지 폐기물이 부합된 토지가 아니라는 것이다.

대법원도 토지소유권에 기한 방해배제청구를 인용한 바 있다. 원고가 일괄경매에 의해 공장저당법에 따라 근저당권이 설정되어 있던 피고 소유의 공장 대지와 건물 및 기계기구를 낙찰받았는데 이 사건 공장 대지 지상에는 피고가 염료 및 안료를 생산하는 과정에서 배출한 사업장폐기물인 폐수처리 汚泥 1,500톤이 폐기물관리법에 따라 처리되지 아니한 채 500kg 단위의 점보백에 포장된 상태로 적치되어 있는 사실을 알고 위 폐기물의 배출자인 피고에 대하여 그 제거를 구한 사건에서, 대법원은 “피고는 이 사건 폐기물을 독립된 물건의 형태로 원고 소유의 이 사건 공장 대지 위에 적치함으로써 원고의 소유권을 방해하고 있음이 분명하므로, 특별한 사정이 없는 한 위 방해배제를 구하는 원고에 대하여 이 사건 폐기물을 제거하고 그 부분 대지를 인도할 의무가 있으며, 이 사건 공장 대지와 건물 및 기계기구를 일괄하여 취득한 원고가 위 승계규정에 따라 이 사건 폐기물에 관한 피고의 지위를 승계함으로써 행정청에 대하여 공법상 의무를 부담한다 하더라도, 위와 같은 피고

77) 환경공무원교육원, 토양환경관리법연수교재, 177(1997). 자세한 것은, 拙稿, “토양환경침해에 관한 법적 책임,” 환경법연구 제20권, 298, 325(1998) 참조.

의 사법상 취거 및 인도 의무에 무슨 변동이 생기는 것은 아니”라고 판시한 것이다.⁷⁸⁾

그러나 매수한 토지와 불가분의 일체가 된 폐기물을 분리할 수 있다고 전제한 후 그 폐기물의 소유자는 매도인이고 따라서 매도인이 그 폐기물로 매수인의 토지사용을 방해하고 있다고 이론 구성하는 것은 어딘지 모르게 자연스러운 법적 사고로 여겨지지 않는다. 이런 까닭에 다음에서 보는 매도인의 하자담보책임이 보다 많이 이용되리라 판단된다.

3. 賣渡人의 瑕疵擔保責任

민법 제580조 제1항, 제575조 제1항에 의하면, 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때를 제외하고는 손해배상을 청구할 수 있다. 매매목적물에 관한 하자 여부는 그 목적물이 통상 갖추어야 할 품질 내지 상태를 갖추었는지 여부에 의하여 판단되어야 한다. 그런데 통상 토지매매의 경우 그 토지 상하 전체의 이용에 전혀 제약이 없는 것을 전제로 매매되는 것이 일반적이므로, 매도인이 대상 토지에 폐기물을 매립하여 토지 지하 부분을 이용할 수 없게 하고 또한 이로 인하여 막대한 폐기물처리비용을 부담하게 하였다면 이것은 매매목적물의 하자에 해당한다고 하여야 할 것이다. 거래 관행에 비추어 보면 매수인이 이와 같은 사정을 미리 알았다면 매수인은 이용이 제한된 토지의 지하부분을 평가한 금액만큼 또는 폐기물처리비용을 매매대금에서 공제하려고 할 것이기 때문이다.

이러한 판단은 형평의 관념에도 부합하는 것으로 보인다. 매도인은 폐기물을 불법 매립하여 폐기물의 처리비용을 지급하지 않음으로써 부당한 경제적 이득을 얻었기 때문에 폐기물의 처리비용을 나중에라도 부담하도록 하는 것이 형평에 부합한 해석이라고 본다.

한편 매수인이 매수 당시에 대상토지의 하자에 대해 알고 있었는지 여부는 구체적 사정에 의하여 결정될 것이다. 매수인이 회사인 경우에는 그 회사를 대표하여 계약을 체결하는 代表理事 등을 기준으로 판단하여야 한다. 매수회사가 토지만을 매수하는 것이 아니라 영업양수나 회사의 합병 등을 통해 인수할 때에는 통상 직원들도 함께 인수하는데 이때 직원을 기준으로 善意·無過失 여부를 판단한다면 거의 모든 경우에 매수회사가 사정을 알고 있다고 보게 되는 불합리한 결과를 초래하게 될 것이기 때문이다.

또한 매수인이 대상토지의 하자를 알지 못한 데 過失이 있었는지 여부는, 매도인에게

78) 대법원 2002.10.22. 선고 2002다46331 판결.

기대되는 하자에 관한 사실을告知하여야 할信義則上義務와 연계해 판단하여야 한다고 본다. 환언하면 매수인이 그 사실을 몰랐다는 것 자체에 의하여 매수인의 과실을 추정할 수 없고, 제반사정을 고려하여 판단하여야 하겠지만, 이때 매도인이 고지의무를 충실히 이행하였는지를 살펴서 판단하여야 할 것이다.⁷⁹⁾ 요컨대 매도인이告知義務를充實히履行한程度에 따라 매수인의 과실이 인정될 가능성은 높아질 것이다. 또한 매수인의 과실에 대한立證責任은 매도인에게 있다.

4. 不法行爲責任

매도인의 행위를 불법행위로 보는 것도 가능하다. 불법행위는他人에 대한 것이므로 매도인이自己所有의土地에 폐기물을 매립한 행위를 불법행위로 볼 수 없다는 반론이 가능하다. 사실 매도인이 대상 토지에 폐기물을 매립할 당시, 그 대상 토지는 매도인의 소유였다는 것은 분명하기 때문에 말하자면 자신의 토지 위에 스스로 불법행위를 저지를 수는 없다는 반론을 제기하는 것이다.

그러나 매도인이 대상 토지를 소유할 당시 위 토지에 폐기물을 매립하고 그 매립사실을 모르고 있는 매수인에게 토지를 매도한『一連의 行爲를 일체로 파악』한다면 이를 불법행위로 볼 수 있을 것이다. 부연하면 위와 같은 일련의 행위를 함으로써, 매수인이 폐기물 제거명령을 받고 또한 토지사용 및 토지매각을 위한 필요상 비용을 들여 폐기물을 제거하게 하여 필연적으로 그로 인한 손해를 입게 한 것을 불법행위로 본다는 것이다. 이렇게 본다면 매도인의 행위와 통상의 불법행위 사이의 차이점은 전자가 장기간에 걸쳐서 이루어지기 때문에 손해가 현실화되는 데 시간이 걸리는 점이라 할 것이다. 즉 폐기물이 매립된 토지를 취득하여 소유한 사람이 관할관청으로부터 제거명령을 받거나 또는 토지소유자로서 완전한 토지소유권의 행사를 위해 불가피하게廢棄物을處理하여야 할時點에損害가現實化되고 이때不法行爲가完成된다고 볼 수 있다고 하겠다.⁸⁰⁾

79) 그러나 고지의무에 관해서도 고민이 있기는 마찬가지이다. 왜냐하면 고지의무는 거래통념상 인정되어야 하고 그렇기 때문에 고지의 내용도 거래통념상 결정될 것인데, 환경법이 지금과 같이 정비되어 있지도 않았고 그렇다고 환경의식이 자리잡지도 아니한 상태에서 어느 정도까지 고지의무를 인정하여야 하는가는 논란의 대상이 될 것이 때문이다. 환경보호를 위해 법률을 특별히 제정하는 경우에 바로 그 특별한 목표를 위해 필요한 규정은 마련할 수 있지만 고지의무와 같이 그 부수적 내용에 관한 규정은 마련되지 아니하고 따라서 고도화된 특별 규정만큼 이러한 부수적 내용도 단기간에 상향조정될 것을 기대할 수는 없는 것이다. 이러한 요소들이 범질서 내지 법체계 전체의 균열을 조장하고 바로 여기서 해석의 어려움이 생긴다.

서울고등법원 1999. 2. 2. 선고 98나22989판결도 “매립지에 은밀하게 폐기물을 불법매립한 사실이 추후 드러나는 경우 그 매립사실을 모르고 토지를 취득한, 발각 당시의 토지소유자는 행정청으로부터 폐기물의 제거명령을 받거나 기타 토지 사용의 필요상 이를 반드시 제거하여야 할 것이므로 그로 인한 손해를 입은 것은 필연적으로 예상되는 결과이나, 은밀하게 행해진 불법행위의 성질에 비추어 불법매립자의 위법행위와 폐기물의 제거를 위한 현실적인 손해 발생 사이에 시간적인 간격이 있게 되고, 이러한 경우에는 단지 관념적이고 부동적인 상태에서 잠재적으로만 존재하던 손해가 그 후 현실화되었다고 볼 수 있는 때에 불법행위가 완성되었다고 보아야 할 것이므로 폐기물을 불법매립한 자는 그 후 매립지의 소유권을 취득한 자가 폐기물을 제거하기 위해 입은 손해를 배상할 책임이 있다”고 판시한 바 있다. 위 판결은 나아가 “피고가 이 사건 매립지에 폐기물을 불법 매립함으로써 그 뒤 소유권을 취득한 원고로 하여금 이 사건 매립지의 폐기물을 제거할 손해를 발생케 한 행위 자체가 불법행위인 만큼 이는 매립 당시 이 사건 매립지의 소유권과는 관계없이 성립되는 것”이라고 판시하였다. 위 판결은 손해배상액에 관해서는 위와 같이 손해가 현실화된 시점에서 감정인으로 하여금 폐기물매립량 및 폐기물처리비용을 감정하도록 하고 그 결과에 의하여 산정하였다.

불법행위가 성립하는 또 하나의 근거는, 통상 자신의 소유물을 손괴하는 것과 달리, 폐기물은 이를 자신의 토지에 매립하는 경우에는 일정한 방법과 기준에 따라야 한다는 것이다. 전술한 바와 같이 폐기물관리법은 배출사업자가 폐기물을 수집·운반·보관·처리하고자 할 때에는 자가처리 또는 위탁처리를 불문하고 소정의 기준 및 방법에 의하여야 한다고 규정하고 있다(제12조). 또한 구 환경보전법(1977. 12. 31. 법률 제3078호) 제52조도 사업자가 폐기물을 산업폐기물처리업자에게 위탁하여 처리하지 않고 종말처리하는 경우에는 미리 시도지사에게 신고하고 보건사회부령에서 정한 방법과 기준에 따라 적합하게 처리하여야 한다고 규정하고 있고, 동법 제68조는 사업자가 제52조에서 정한 요건을 위반할 경우 6월 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 통상의 경우와 달리 자신이 소유한 토지에 폐기물을 매립하여도 형사처벌까지 받는 것으로 규정되어 있는

80) 이와는 달리 손해가 현실화될 것을 기다릴 필요없이 곧바로 예상되는 손해배상을 청구할 수 있다는 입장도 있을 수 있다. 특히 제2차 오염의 가능성, 즉 오염된 토지로 인하여 지하수가 오염되고 있음을 고려할 때 당장 처리하는 것이 시급한 일임을 부정할 수 없다. 그러나 이런 입장을 취하게 되면 당장 수많은 소송이 법원으로 몰려들 것이고, 우리나라의 경제여건상 이러한 사태가 꼭 바람직하다고는 할 수 없다. 환경을 보호하여야 한다는 명제에 반기를 드는 것이 아니라, 국가가 추구하여야 할 목표에는 환경보호 외에도 여러 가지가 있을 수 있고, 법해석을 하는 사람이라도 이런 점을 도외시할 수는 없기 때문이다. 이에 관한 자세한 논의는 앞으로의 과제로 남기기로 한다.

것이다. 또한 토양환경보전법 제15조 제1항에 의하면 매립지에 은밀하게 폐기물을 불법 매립한 사실이 추후 드러나는 경우, 행정청은 그 발각 당시 토지소유자에게 폐기물제거명령을 발할 수 있도록 규정하고 있다.

5. 환경정책기본법 제7조의 原因者負擔의 原則에 基한 責任

주지하듯이 환경정책기본법 제7조는 “자기의 행위 또는 사업활동으로 인하여 환경오염의 원인을 야기한 자는 그 오염의 방지와 오염된 환경의 회복 및 피해구제에 소요되는 비용을 부담함을 원칙으로 한다”고 규정하여 오염원인자부담의 원칙을 천명하고 있다. 이 조문에 기하여 매수인은 오염원인자인 매도인을 상대로 그 처리비용을 청구할 수 있다는 견해가 있을 수 있다.

우리 법원의 판결도 관점에 따라서는 이와 같은 취지를 뒷받침한다고 할 수 있는 판례를 내고 있는데, 민사집행법(구 민사소송법)에 의한 경매, 파산법에 의한 환가나 국세징수법·관세법 또는 지방세법에 의한 압류재산의 매각 기타 이에 준하는 절차에 따라 사업장 폐기물배출자의 사업을 인수한 자는 당해 사업장폐기물과 관련한 권리·의무를 승계한다고 규정되어 있는바, 폐기물관리법이 폐기물을 적정하게 처리하여 자연환경 및 생활환경을 청결히 함으로써 환경보전과 국민생활의 질적 향상에 이바지함을 목적으로 하고(제1조), 환경정책기본법 제7조 및 폐기물관리법 제24조 제1항, 제25조가 오염원인자 책임원칙을 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 위 승계규정은 방지되는 폐기물의 발생을 예방하기 위하여 오염원인자 책임원칙을 확장한 것으로서 위와 같은 인수자가 사업장폐기물배출자의 공법상 권리·의무를 승계한다는 취지일 뿐이고, 이로써 사업장폐기물배출자의 사법상 권리·의무까지 당연히 승계되는 것은 아니”라고 판시한 바 있다.

그러나 이러한 주장이 법적으로 유효하기 위해서는 이 규정이 私法上 效力을 가지고 있음을 먼저 설득력있게 주장하여야 한다. 나는 이 규정의 사법상 효력을 인정할 수 없다고 본다. 환경정책기본법은 제1조에서 “모든 국민이 건강하고 쾌적한 삶을 누릴 수 있도록 함을 목적으로 한다”고 규정하고 있는바, 이 목적을 수행하기 위한 수단으로 ① “환경보전에 관한 국민의 권리, 의무와 국가의 책무를 명확히” 함과 동시에, ② 거기에서 머물지 않고 무엇보다도 법의 제목이 표상하고 있듯이 “환경정책의 기본이 되는 사항을 정하여 환경오염과 환경훼손을 예방하고 환경을 적정하게 관리·보전함”을 제시하고 있다. 따라서 환경

정책기본법의 규정 중에는 상기 목적을 달성하기 위해 ① 국민의 권리·의무를 규정하고 있는 조문이 있는 반면, ② 환경정책의 기본이 되는 사항을 정하고 있는 조문도 있다고 보아야 한다. 또한 전자의 경우에도 ㉠ 국민의 국가에 대한 권리·의무를 규정한 조문이 있는 반면, ㉡ 타인에 대한 권리·의무를 규정한 조문이 있는 것이다.

어떤 조문이 어떤 유형에 속하는지는 문언(text)뿐만 아니라 입법의도, 법률구조, 입법목적 등의 문맥적 요소(contextual factors)를 살펴 결정하여야 할 것이지만, 원인자부담의 원칙을 규정한 제7조는 다음과 같은 근거에 기해 그 사법상 효력을 부정하여야 한다고 본다. ① 文言만으로는 그 사법상 효력 여부를 추단할 수 없다. 오히려 “...원칙으로 한다”고 규정하고 있는바, 이것은 얼마든지 예외가 있을 수 있다는 것을 의미하고 원칙인지 예외인지는 개별법규에서 입법적으로 정할 것을 예정한 것이라고 보는 것이 합리적이다. 실제로도 “한강수계수변지역개발특별법”은 원인자부담의 원칙에 정면으로 반하는 수익자부담의 원칙에 기하여 오염원인자인 강원도민이 아니라 정화수익자인 서울시민에게 비용을 부담시키고 있다. 따라서 이 규정은 앞서 본 바와 같이 정책기조를 정하고 있는 규정이라고 보는 것이 적절하다. ② 文脈的 要素를 살펴보아도 문언에 기한 판단을 뒤집을 근거를 찾기 어렵다. ㉢ 立法史(legislative history)에 해당하는 입법자료를 살펴보아도 위 조문의 사법상 효력 여부를 판단할 수 있는 자료를 찾을 수 없어 위 조문의 기안자들의 의도를 간파하는 것은 불가능하다고 말해도 과언이 아니다. ㉣ 法律構造를 보아도 앞서 설명한 바와 같이 환경정책기본법이 그 목적을 달성하기 위한 수단으로 권리·의무의 설정만이 아니라 정책기조의 책정도 거론하고 있고, 여타의 규정을 보아도 권리·의무를 규정한 규정보다는 정책기조에 관계된 규정이 다수이다. ㉤ 立法目的은 앞서 본 바와 같이 환경보호인데 이를 달성하기 위한 수단으로 두 방안이 함께 제시되어 있다는 점, 환경보호가 국가의 유일한 목적이 될 수 없기 때문에 여타의 목적을 가진 타법과의 관계에서 법질서 전체의 조화와 일관성을 염두에 두어야 한다. ㉥ 기존의 민법 등 사법의 규정과 법이론으로도 환경보호에 충실한 결과를 도출할 수 있기 때문에, 굳이 사법체계 자체에 큰 영향을 끼칠 수 있는 조문의 사법상 효력을 인정할 필요는 없을 것이다.

요컨대 환경정책기본법 제7조만으로는 매도인의 의무의 내용과 범위를 확정할 수 없기 때문에 이 규정에 기해 민사상 청구를 하는 것은 불가하다고 본다.⁸¹⁾

81) 환경정책기본법 제7조는 행정처분의 근거로도 부족하다. 행정처분을 하려면 법치주의의 원칙상 법률에 그 근거규정이 있어야만 가능하고 행정처분의 근거법령이 되려면 행정처분의 주체나 처분내용에 대하여 구체적으로 규정하여야 하기 때문이다. 환언하면 누가, 어떠한 내용으로 행정처분을 할 수 있는지에 관해 확정할 수 있는 내용의 규정이 없이 행정처분을 한다면 그것은 법치행정의 원칙에 반하는 것

이 될 것이기 때문이다.

V. 事業場廢棄物을 委託處理한 排出事業者의 法的 責任

1. 委託處理한 배출사업자에 대한 責任 追窮의 意義

모두에 제시한 사안에서는 사업장폐기물 배출사업자가 自家處理하다가 회사부지 및 영업 일체를 양도한 경우를 상정하였고 그 이후의 논의는 이와 같이 적정하게 처리되지 아니한 자가처리 폐기물의 처리책임이 영업양수도를 전후하여 누구에 대해 여하히 추궁되는지를 살펴보았다. 사안을 이와 같이 구상한 것은 전술한 바와 같이 실제로 불법투기·방치된 폐기물의 대부분이 자가처리에서 비롯된 것이라는 통계 때문이었지만, 실제로 환경문제, 특히 토양오염의 심각성을 깨닫지 못하던 과거에는 환경산업의 싹이 트기 전이었을 뿐만 아니라 비용절감 차원에서도 대부분 폐기물이 自家處理되었을 것이라고 추측하는데 이견이 제기될 수 없었기 때문이었다.

그러나 환경보호의식이 새로워지면서, 특히 현행 폐기물관리법이 강화된 기준을 갖게 되면서 앞으로는 대부분의 폐기물이 위탁처리될 것으로 판단된다. 위탁처리의 보편화는 수탁자에게 위탁처리비용을 지불하게 함으로써 위탁자의 環境意識을 강화하고 또 처리업자의 專門性을 제고하는 긍정적 효과가 있을 것이다. 하지만 다른 한편으로는 위탁자의 道德的 解弛(moral hazard), 즉 위탁처리한 것으로 할 일을 다 하였다고 생각해버리는 책임불감증이 생길 위험도 도사리고 있다. 사실 우리나라의 환경산업은 아직도 초기단계에 있고 여전히 영세하다.

사업장폐기물에 대한 책임의식이 결여된 배출사업자는, 폐기물의 처리요금을 저렴한 가격으로 하려고 해서 부적정한 처리를 야기하거나 경우에 따라서는 무허가업자에게 그 처리를 위탁하려고 할 가능성이 크다. 2003. 12. 30.에 신설된 폐기물관리법 제24조 제2항은 배출사업자가 허가업자에 위탁할 경우에는 “고시된 폐기물처리 가격의 최저액”보다 낮은 가격으로 폐기물처리를 위탁하여서는 안된다고 규정하고 있다. 이제까지는 처리요금이 계약의 자유에 위탁되고 있고 그 가격의 다과가 계약의 적법성에 영향을 미치는 것이 아니었는데, 위 조항으로 말미암아 어느 정도는 적정한 요금으로 계약이 체결될 가능성이 높아졌다고 할 수 있다.

그러나 이 제도의 도입은 경쟁을 저해하고, 규제완화라고 하고 시대의 요청에 적합하지 아니한 점이 문제가 되고, 또한 이 경우에도 산업폐기물을 인도한 후의 처리가 확실하게

행해지는 구조가 되고 있는 것은 아니다. 왜냐하면 적정처리 확인 후에 요금이 지불되는 것은 아니라고 하는 것에도 문제가 있다. 수집운반업자는 종종 처리능력이상으로 계약을 체결하고 불법투기에 이르고 있고, 최저 가격이 설정되어 있다고 해도 여전히 처리요금의 설정은 시장에 맡겨져 있는 한 처리업자 등이 사업자로부터 가격할인을 요청받는 구조는 변하지 않을 것이고 불법투기를 격감시킬 수 있는 근원적인 대책이 취해졌다고는 말하기 어려울 것이다.

이러한 상황에서 사업장폐기물 배출사업자가 폐기물처리를 위탁한 경우에도 그 책임을 추궁하는 것은 매우 중요하다고 하겠다. 폐기물 처리를 위탁한 배출사업자에게 불법처리에 대한 책임을 묻는다면 불법투기에 이어지는 것과 같은 과도한 가격할인을 하는 것도 없어지게 되고 사업자는 신뢰할 수 없는 악질의 업자에게는 처리 등을 위탁하지 않게 된다고 생각되어지기 때문이다.

이런 까닭에 앞서 제기한 사안에 다음의 사정을 추가해 폐기물처리를 위탁한 배출사업자(丙회사)의 책임을 살펴보기로 한다.

각종 기계류, 중장비 및 발전설비 등을 제작해 온 회사인 甲회사(HK중공업)는 1962. 9. 20. 설립된 이래, 각종 기계류, 중장비 및 발전설비 등을 제작해 온 회사로서, 창사 이후 계속하여 군포시에 소재한 공장(“군포공장”)에서 공정과정 중 배출된 폐주물사(납, 구리, 비소 등 인체에 해로운 성분을 포함하고 있다)를 사내에 조성된 매립장에 매립하였고, 뿐만 아니라 협력회사인 丙회사가 배출한 폐주물사를 위탁처리하기 위하여 동 매립장에 매립하였다.

2. 위탁처리한 배출사업자의 廢棄物管理法上의 責任

(1) 현행 폐기물관리법상의 책임

폐기물관리법 제45조는 폐기물이 제12조의 규정에 의한 기준에 적합하지 아니하게 수집·운반·보관 또는 처리된 때에는 自家處理한 경우뿐만 아니라 委託處理한 경우에도 일정한 요건 하에 위탁자에 대해서 조치명령을 발할 수 있도록 개정하였다. 정부는 여러 차례에 걸친 폐기물관리법의 개정을 통해 앞서 본 위탁처리에 따르는 문제점을 해결하고자 노력하였는데, 최근에도 폐기물의 수집·운반·처리를 위탁하는 경우에 사업장폐기물배출자는 수탁자가 제12조의 규정에 의한 기준에 적합하게 폐기물을 수집·운반·처리할 능력이 있는지를 환경부령이 정하는 바에 따라 확인한 후 위탁하여야 한다고 법규정을 개정하고, 이와 같은 확인을 하지 아니하고 위탁한 자에게 조치명령이라는 엄격한 책임을 묻고

있는 것이다. 또한 최저 가격 이하로 위탁한 경우는 확인하지 아니하고 위탁한 것으로 사실상 추정될 것이다.

위탁기준은 구체적으로는 위탁내용이 수탁자가 허가받은 사업범위 내라는 것, 종류, 수량, 최종목적지 등 소정사항이 기재된 서면에 의한 계약을 체결하는 것 등이 될 것이다.⁸²⁾ 제25조 제2항은 고시된 폐기물처리가격의 최저액보다 낮은 가격으로 폐기물을 위탁하는 것을 금지하고 있는데, 이에 반하여 위탁한 경우에는 “확인을 하지 아니하고 위탁한” 것으로 事實上 推定된다고 보아야 한다. 한편 사업장폐기물의 처리를 위탁한 배출사업자가 사업을 양도한 경우 그 승계인도 조치명령의 대상이 되는 것은 물론이다(제24조 제5항).

(2) 法政策的 檢討

한편 위탁자가 위탁기준을 확인하고 위탁하면 위탁자를 조치명령으로부터 해방시켜주는 현재의 법규정은, 수탁자인 수집·운반·처리업자의 영세성을 상기할 때, 너무나 안이한 태도로 판단된다.⁸³⁾ 왜냐하면 허가를 받은 폐기물처리업자는 폐기물처리기준에 적합하게 처리할 능력이 있는 것으로 事實上 推定되므로 허가를 받은 폐기물처리업자에게 위탁하는 한 사업장폐기물 배출사업자의 책임을 물을 수 없는데다가,⁸⁴⁾ 배출사업자가 아무리 적법하게 위탁한 경우라도 그 후에 불법투기가 이루어질 가능성은 얼마든지 있으며, 이런 경우의 대책으로는 위에서 본 바와 같이 배출사업자의 책임을 무겁게 하는 것이 가장 효과적 이기 때문이다.

따라서 1997년 이후 폐기물관리법제를 거듭 개정하고 있는 일본의 예와 같이 위탁한 후에도 위탁자로 하여금 수탁자의 업무에 관심을 갖도록 하는 장치를 입법할 필요가 있을 것이다. 일본에서는 1997년 廢棄物處理法の 개정을 통해 조치명령을 내릴 수 있는 자로서 폐기물처리를 위탁한 배출사업자 중에 폐기물인계표를 교부하지 않거나 허위의 인계표를 교부한 자를 덧붙였고,⁸⁵⁾ 2000년 개정법에서는 배출사업자에게 산업폐기물의 발생으로부터 최종처분에 이르기까지의 일련의 처리과정에 있어서 처리가 적정하게 행해지도록 필요

82) 일본 폐소법시행령 제6조의 2. 또한 일본 폐소법 제26조 제1호에 따르면 위탁기준에 위반하여 위탁한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 백만원 이하의 벌금이 부과되는 것으로 규정되어 있다. 한편 필자가 확인한 바에 의하면 우리나라는 이에 관한 환경부령이 마련되어 있지 않은 것으로 보인다.

83) 同旨, 박균성(註 1) 88 이하.

84) Id.

85) 廢掃法 제19조의 4. 이외에도 일본은 계속된 폐기물관리법의 개정을 통하여 폐기물의 불법투기에 대비하고 있고 또한 불법투기된 폐기물의 제거를 용이하게 하고 있다. 자세한 것은 大塚 直(註 4); 阿部泰隆, “改正廢棄物處理法の全體的評價,” *ジュリスト* (No. 1120), 6(1997. 10. 1).

한 조치를 강구할 주의의무를 부과하고, 관리표확인 의무를 위반하거나 관리표보관의무를 위반한 경우에도 배출사업자를 조치명령의 대상자로 하였고(폐기물처리법 제19조의 5),⁸⁶⁾ 중간처리 후에 부적정한 처분이 행해지고 사업자가 위탁기준 및 관리표에 관한 의무 등을 전혀 위반하지 않은 경우에도, ① 부적정한 처분을 행한 자 등에 자력이 없고, ② 배출사업자가 당해 산업폐기물의 처리에 관하여 적정한 대가를 부담하고 있지 않은 때 부적정한 처분이 행해질 것을 알았거나 알 수 있었을 때 기타 적정한 처리를 확보해야 할 주의의무에 비추어 사업자에게 지장의 제거 등의 조치를 취하도록 하는 것이 적당한 때에는 배출사업자에 대해서도 조치명령을 취할 수 있도록 개정하였다(폐기물처리법 제19조의 6). 2003년 12월 1일부터 시행에 들어간 廢棄物の處理及び清掃に關する法律の一部を改正する法律에서는, 일반폐기물의 적정한 처리를 확보하기 위해 사업자가 일반폐기물의 처리를 위탁하는 경우의 기준을 정함과 동시에, 조치명령의 대상자로서 당해기준에 위반한 위탁사업자를 추가하고 있고, 나아가 2003년 6월 18일부터 2013년 3월 31일까지 한시적으로 시행되는 特定産業廢棄物に起因する支障の除去等に關する特別措置法은 과거에 행해진 불법투기의 원상회복을 행하는 경우에 필요한 경비에 관해서 국고보조 및 지방채의 기채 특례 등의 특별조치를 강구하기 위해 제정된 것이다.⁸⁷⁾

미국의 CERCLA는 더욱 엄격하다. CERCLA 제107조는 잠재적 책임당사자로 인정한 “유해물질을 소유 또는 점유하고 타인에 의한 그 처분 또는 처리를 준비(arrange)한 자”에게 과거에 저지른 위탁처리에 대해 거의 절대에 가까운 책임을 지고 있다. 실제로는 대부분 유해물질의 제조자가 여기에 해당한다. 연방정부가 ㉠ 유해물질이 있던 과거의 시점에 있어서 그 시설로 운반되었던 것, ㉡ 제조자의 유해물질 또는 그것에 유사한 유해물질이 그 장소에 존재했던 것, ㉢ 그 장소에 있던 유해물질의 무언가가 누출 또는 그 우려가 있었던 것, 및 ㉣ 누출 또는 그 우려로 인해 대책비용의 부담이 생긴 것을 증명한 경우에는 제조자는 책임을 지도록 판시된 바 있다.⁸⁸⁾

이와 같은 엄격한 책임에서 벗어나기 위해서는 불가항력, 전쟁행위, 제3자의 작위 또는 부작위의 세 가지 항변 중 하나를 주장, 입증하여야 하는데(\$107 (b), 소송상 가장 중요한 것은 제3자의 작위 또는 부작위의 항변이고(\$107 (b) (3)), 이것은 엄격책임의 예외가 어디

86) 박근성(註 1), 89. 보다 자세한 내용을 참조하기 위해서는 廢棄物處理法制研究會 監修, 廢棄物處理法改正のポイント(2001); 廢棄物處理法制研究會 監修, 廢棄物處理法 平成12年改正逐條解説(2001) 참조.

87) 이에 관해서는 環境省, 廢棄物・リサイクル對策部, 廢棄物處理法の一部改正 及び 産廢特措法について, JURIST No. 1256, 60(2003. 11. 15).

88) U.S. v. South Carolina Recycling & Disposal Inc., 653 F. Supp. 984(D.S.C. 1984).

까지 인정되는가라는 문제와 직접적 관련이 있게 된다. 판례는 배출자가 이 항변을 사용할 경우에는 진실로 제3자가 방출에 있어서의 유일한 원인자라는 것을 증명하지 않으면 안된다고 판시하였다.⁸⁹⁾ 즉, 배출자 자신에게 전혀 인과관계가 없다는 것을 증명할 필요가 있는 것이다.⁹⁰⁾ 이 증명이 至難할 것임은 설명을 필요로 하지 않는다.

또한 107조(b)항 (3)호는 나아가 피고가 이 항변을 주장하기 위해서는 당해 유해물질과의 관계에서 상당한 주의를 피고가 기울였다는 것 및 피고가 제3자의 예견가능한 작위 또는 부작위에 대해서 예방책을 취한 것을 입증하지 않으면 안된다(§107 (b) (3) (a), (b)). 예를 들면 매도인이 자기의 토지가 유해물질에 오염되고 있는 것을 알고 있었던 경우에는 오염이 전소유주 하에서 생겼다고 해도 매수인에 대해서 그것에 관해서 경고를 하지 않으면 상당한 주의를 기울인 것으로 평가받지 못한다고 한다.⁹¹⁾

입법론상으로는, 比例原則에 반하지 않는 한, 배출사업자에게 일본의 개정된 폐기물처리법의 규정보다 더 완화된 요건 하에 조치명령을 하는 것도 불가능하지 않다고 본다. 배출사업자는 자가처리를 하든 위탁처리를 하든 적정처리를 하여야 할 의무가 천명되고 있지만, 그것은 추상적인 차원에 그치고 있고 구체적으로 어떠한 형태로 처리하여야 하는가는 개개의 규정에 위임되어 있는 이상, 처리를 위탁한 배출사업자의 책임을 구체화하는 규정(따라서 무엇이 적정처리인가를 구체화하는 의미에서 위탁처리의 경우에도 일정한 경우를 부적정처리로 보고 그에 따른 책임을 물리는 규정)을 둘 수 있다고 본다.

해석론상으로도, 汚染者負擔의 原則에 근거해서 배출사업자가 적법한 위탁을 한 경우에

89) O'Neil v. Picillo, 682 F.Supp. 706(D.R.I., 1988), *aff'd* 883 F.2d 176(11th Cir., 1989), *cert. denied* 110 S.Ct. 1115(1990). 한편, 여기에서 말하는 제3자란 배출자의 피용인 또는 대리인이면 안되고, 또 배출자와의 사이의 직접적 또는 간접적 계약관계와의 관련으로(in connection with) 작위 또는 부작위를 하는 자이어도 안된다(§107 (b) (3)). 예를 들면 유해물질의 배출자가 그 운송자와 계약관계에 있는 경우에는 배출자가 운송자의 처분 장소를 알지 못할 때 또는 운송자가 배출자의 허가 없이 배출자가 준비한 장소와 다른 장소로 그것을 운반한 때라도 제3자의 항변을 주장할 수 없다. O'Neil v. Picillo, 682 F.Supp. 706(D.R.I., 1988). 게다가 어떤 곳에서 배출자의 폐기물이 발견된 경우에는 배출자는 자신과 계약관계를 가진 자가 그 곳에서의 폐기물 처리에 전혀 책임을 지지 않음을 증명할 수 있을 때에만 제3자의 항변을 주장할 수 있다. Id. 단, 배출자의 피용인(구체적으로는 市職員)이 폐기물의 위법한 처분에 의해서 제3자로부터 뇌물을 수령하고 있는 것 같은 경우에도 배출자와 제3자와의 사이에는 關聯性(connection)이 없다고는 말할 수 없는 이상 배출자에게 책임이 있다고 하는 것이 판례의 입장이다. City of Philadelphia v. Stepan Chemical Co., 18 ELR 20133(E. D. Pa. July 28, 1987). 이와 같이 판례는 피고가 제3자의 항변을 주장하는 경우의 제3자에 관해서 피고와 전혀 무관계인 것을 필요로 하고 있지만, 계약이 종료한 후에 당해 작위 또는 부작위가 행해진 경우에는 107조(b)항(3)호의 관련에 해당하지 않는다고 되어 있다. Shapiro v. Alexanderson, 743 F.Supp 208(S.D.N.Y., 1990). 자세한 것은 大塚 直(註 24), 63 참조.

90) U.S. v. Monsanto, 858 F.2d 160(4th Cir., 1987).

91) 大塚 直(註 24), 63.

도, 자기가 생산한 폐기물에 대해 일정한 책임을 진다고 하는 것이 적절하다고 말할 수 있고, 앞서 본 自家處理의 原則이 우리 폐기물관리법에 구현되어 있다고 본다면, 즉 배출사업자는 폐기물법상 자신이 배출한 폐기물을 처리할 책임이 있다고 본다면, 폐기물의 처리를 위탁한 경우에도 자신의 폐기물이 적정하게 처리되는지를 확인할 책임을 부담하며 이 확인의무를 소홀히 한 경우에는 폐기물의 부적정처리에 대해 책임을 져야 한다고 주장할 수 있기 때문이다.⁹²⁾ 또한 이러한 입법·해석은 앞서 살핀 근거에 의해 소급입법에 의한 재산권박탈에도 해당하지 않는다.

그러나 이와 같은 입법론에 대해서는 다음과 같은 세 가지 반론이 제기될 수 있을 것이다.

첫째, 배출사업자가 『許可받은』 업자에 위탁한 것에 대해 왜 책임을 지게 하는가의 문제이다.⁹³⁾ 이에 대해서는 허가제도는 적법하게 위탁한 배출사업자를 免責하는 것은 아니라는 답변이 가능할 것이다. 일반적으로, 사업장폐기물처리업의 허가는 공적 관여가 약한 소위 경찰허가이고, 이것은 민간에 자유로이 맡겨지고 사회공공에의 지장의 유무만을 체크한다면 좋다고 하는 발상이라고 이해되고 있다. 경찰허가와 공기업의 특허의 구별은 상대화되고 있고,⁹⁴⁾ 직업선택의 자유·영업의 자유를 넓게 보장하는 것이 현재의 신자유주의의 추세에도 부합하고 헌법의 정신에도 어긋나지 않는 점에 비추어보면, 어느 쪽인가를 말하면 경찰허가의 모델을 지향하여야 한다고 말할 수 있을 것이다. 요컨대 경찰허가는 최소한의 점검에 지나지 않고, 영업활동의 내용에 관해서는 당사자의 판단에 위임하고 있는 것이 일반이라고 볼 수 있을 것이다.⁹⁵⁾

둘째, 계약에 의해 배출사업자는 폐기물처리의 의무를 면하고 있는데 이에 대해 왜 책임을 지우는가라는 문제이다. 가장 먼저 떠오르는 답은 아마도 사법상의 사유로 공법상의 책임을 논할 수 없다는 公·私法峻別論일 것이다. 부연하면, 산업폐기물에 관해서는 배출사업자가 처리를 하는 것이 法定 義務이고(폐기물관리법 제12조), 처리는 본래는 배출사업

92) 大塚 直(註 4), 40. 阿部泰隆, 廢棄物法制の課題(下), JURIST(No. 946) 107, 110 (1989. 12.)도 같은 견해이다.

93) 大塚 直(註 4), 40~41. 이와 같은 의문은 특히 산업계로부터 제기되고 있다고 한다. 阿部泰隆(註 85), 13.

94) 大塚 直은, 최근의 행정법의 학설을 소개하면서 허가와 특허를 법령에 의해서 행정행위에 주어져 있는 법적 효과를, 사인의 권리·의무에 어떠한 관계방식을 갖는가라는 관점에서 이론적으로 추상하고 만들어 내는 모델 개념으로 하여 상대화시키고 있다. 大塚 直(註 4), 40~41.

95) 阿部泰隆(註 85), 13도 같은 견해를 피력하였다. 일본의 최고재판소도 택지건물거래업법에 기한 면허제도에 관해서 거래의 공정을 확보하고 택지건물의 원활한 유통을 도모한다고 하는 것을 넘어서 “면허를 부여한 주택건설업자의 인격·자격 등을 일반적으로 보증하고, 나아가서는 당해업자의 부정행위에 의해 개개의 계약관계자가 입은 구체적인 손해의 방지·구제를 제도의 직접적인 목적으로 하는 것으로는 도저히 해석하기 어렵다”고 판시한 바 있다. 最高裁判所 平成 1년 11.24. 民集 43권 10호 1169면.

자 자신이 행해야 할 것이지만(상술한 “자가처리의 원칙”)⁹⁶⁾ 편의상 위탁이 인정되고 있는 것에 지나지 않다는 점을 강조한다면, 위탁계약은 당사자간에는 처리의무를 이전하는 것이지만, 공법상, 이것은 당사자간의 문제이고, 국가에 대한 법정의무는, 여전히 배출사업자에 남는다, 말하자면 계약을 가지고 국가에 대항하는 것은 할 수 없다고 구성하는 것도 가능하다고 하겠다.

현재 독일에 있어서는, 이와 같은 사고방식이 취해지고 있다. 즉 순환관리및폐기물법은, 폐기물처리의 의무를 부담하는 자(Verpflichteten; recycle되지 않은 폐기물의 배출자 및 점유자)는 제3자에 의무를 위탁할 수 있지만, 의무의 이행에 대한 책임은 남는다고 규정하고 있고(제16조 제1항 제2문), 이것은, 당사자의 계약에 의해서 원칙으로서 영향받지 않는다고 이해되고 있다.⁹⁷⁾

또한 국가가 개입하지 아니한 경우, 즉 순수한 私法上의 問題로서도, 가령 사업자와 처리업자의 사이에 계약이 체결되고 있는 경우라 해도 제3자와의 관계에서는 사업자의 행위가 불법행위가 되는 것은 충분히 있을 수 있는 것이고, 도급인인 사업자가 경제적·기술적으로 수급인인 처리업자를 능가하고 있는 경우에는, 상술한 바와 같이 사업자는 민법 제756조의 사용자책임을 부담한다고 생각되어진다. 이를 유추해서 행정책임으로서 제756조 제1항 단서와 같은 요건으로 배출사업자에 조치명령을 발동하는 것은 충분히 고려될 수 있을 것이다.⁹⁸⁾

셋째, 행정법의 일반원칙인 警察責任의 原則에 반하지 않는가라는 문제이다. 폐기물배출

96) 註 12 및 그 본문 참조.

97) von Koeller, Kreislaufwirtschafts-und Abfallgesetz, 2.Aufl.,1996, S.180(大塚 直(註 4), 41 註 41에서 재인용). 한편, 순환관리및폐기물법 제16조 제1항과 제2항을 각각 “제3자에 의한 이행 또는 대행”(Beauftragung)과 “제3자에게 처리업무가 이전되는 경우”(Aufgabenübertragung)로 보고 이를 범주화하는 유력한 견해가 있다. 김연태(註 1). 전자는 제3자에게 재활용 및 처리업무의 수행이 맡겨지지만 폐기물의 배출자 및 점유자의 책임이 이전되지 않아 결국 재활용·처리업무의 이행에 대한 책임은 계속해서 배출자 및 점유자에게 남아 있는 경우이고, 후자는 제3자가 폐기물의 배출자 및 점유자를 대신해서 재활용·처리의 책임을 부담하게 되는 경우이다. 후자의 예로는 순환관리및폐기물법 제16조 제2항에서 예외적으로 폐기물처리의 의무를 부담하는 자가 면책되는 위탁을 규정한 것을 들 수 있는데, 면책이 성립하려면, ① 제3자(수탁자)에 전문적 지식과 기술이 있고, 신뢰성이 있을 것, ② 위탁된 의무의 이행이 보증되고 있을 것, ③ 우월적인 대립하는 공익이 존재하지 않을 것이라고 하는 요건을 충족하여야 한다. 그리고 이와 같은 위탁은 주무관청의 행정행위로 이해되고 있고, von Koeller, a.a.O., SS. 181, 182, 이때 위탁을 받은 수탁자는 업무수행을 도와주는 보조자에 불과한 것이 아니라 公務受託私人의 지위에 있게 된다. 따라서 수탁자는 폐기물처리를 자기책임 하에 수행해야 할 의무를 부담하게 된다. 처리의 의무가 이전됨에 따라 공무원수탁사인은 그에 상응한 일정한 권리(예컨대 수수료 결정, 출입 및 감독권한 등)도 부여받게 된다. 요컨대 수탁자는 행정주체로서 공법적 기속을 받게 되는 것이고, 그 논리적 결과로서 계약의 자유에 대한 제한을 받게 되어 예컨대 수탁자는 그에게 맡겨진 폐기물처리를 정당한 사유없이 거부할 수 없게 된다고 하겠다. 김연태(註 1).

98) 大塚 直(註 4), 41.

자를 조치명령의 대상으로 하는 것은, 경찰상의 위해, 즉 타인의 생명이나 재산에 대한 위해를 발생시킨 자에 대하여 발생된 위해를 제거하기 위한 명령을 발하여야 한다는 경찰책임의 원칙에 반한다는 비판이 있을 수 있다.⁹⁹⁾ 또한 경찰책임에 있어서의 인과관계에 관해서는 원칙적으로 경찰위반상태를 직접 야기한 행위자만이 경찰책임을 지고 간접 원인을 제공한 자는 경찰책임을 지지 않는다는 直接原因說이 일반적으로 받아들여지고 있는데, 이에 따르면 폐기물의 처리를 위탁한 배출사업자는 간접원인자에 불과하기 때문이다.

그러나 배출사업자가 처리업자에 대해 事實上的의 支配力 내지 영향력을 가지고 있다면 수탁자인 처리업자를 배출사업자의 履行補助者라고 볼 수 있을 것이고, 그렇다면 경찰책임을 법리에 의하더라도 배출사업자에 대해서도 불법처리자와 함께 경찰책임을 부과하는 것도 가능할 것이다. 요컨대 일정한 요건 하에서 배출사업자의 책임을 묻는다면 경찰책임의 원칙과 상충하지 않고도 얼마든지 배출사업자의 책임을 물을 수 있을 것이다. 미국 대법원도 이른바 『貸與者責任』(lender liability)에 관련한 사건에서 借主에 대한 사실상의 지배력을 기준으로 CERCLA상의 엄격책임을 대역자에게 인정한 바 있다.¹⁰⁰⁾

99) 박균성(註 1), 92.

100) 앞서 살핀 바와 같이 CERCLA는 유해물질이 시설에서 처분된 당시의 소유자 또는 관리자뿐만 아니라 오염된 시설의 현재의 소유자 및 관리자에 대해서도 엄격책임을 인정하고 있다. 현재의 소유자 또는 관리자의 책임의 유무를 판단하는 기준은 두 가지가 있다. 즉, 所有의 사실과 支配(control)의 유무이다. 판례는 시설의 소유자 또는 관리자로 불릴 만큼의 충분한 지배를 행하는 자도 또 소유자 또는 관리자로서의 PRP에 해당한다고 하는 논리 하에 다음과 같은 사람에게도 PRP의 범위를 확대했다. 즉, 임원이나 종업원 개인으로 유해폐기물의 처분행위를 행하거나 또는 결정을 하고 있는 (또는 행했거나 결정을 행했던) 자, 子會社의 유해폐기물처리를 감독할 수 있는 입장에 있는 母會社 외에 貸與者("lender")도 일정한 경우에는 PRP에 해당한다고 한다. 한편, 대역자의 책임에 관해서 살펴보면, 대역자는 담보물건을 소유한 경우 또는 경영에 관여한 경우(후자의 경우에 관해서는 담보권의 실행의 유무에 불구하고)에 현재의 소유자 또는 관리자로서 CERCLA상의 책임을 부담할 가능성이 있다. CERCLA 101조(20)(A)는 소유자 또는 관리자로서 시설의 경영에 관여하지 않고 주로 시설에 관한 담보권을 보전하기 위해 소유권의 증빙을 가지고 있는 자는 포함하지 않는다고 규정하고 있지만 (소위 담보권자 면책규정이라고 불린다), 근자의 판례는 대역자가 직접 시설을 관리하지 않아도 유해폐기물의 취급에 영향을 행사할 정도로 채무면에서 시설의 경영에 관여하고 있다면 경영관여로 판단할 수 있고 또는 실제로 경영에 관여하고 있지 않아도 유해폐기물 결정에 영향을 미칠 수 있다고 추측할 수 있는 정도로 관여하고 있다면 책임을 부담시켜야 한다고 하는 사고방식을 보이고 있다. 한편 EPA는 1992년 4월 29일에 대역자가 책임을 부담하는 경우에 관해서 본법을 한정적으로 해석하는 규칙을 공포하였다. 이 규칙은 앞서 말한 담보권자 면책 규정의 소유권의 증빙, 주로 담보권을 보전하기 위해서, 경영 관여의 각각을 정의하고 (경영관여에 관해서는 借主의 환경법 등의 준수에 관해서 담보권자가 결정권을 행사한 경우, 또는 담보권자가 차주의 사업에 경영자와 같은 정도의 지배를 하고 있던 경우라는 두 가지의 기준을 제시했다), 담보권실행 후에 취득한 권한에 관해서도 담보권 실행까지의 경영에 관여하고 있지 않은 경우 또는 경영에 관여하고 있어도 담보권 실행 후에도 다시 입대하거나 합리적으로 신속하게 재산을 양도한 경우에는 담보권자 면책 규정이 적용되는 뜻을 정하고 있다. 자세한 것은 大塚 直(註 24), 61, 62 참조.

(3) 責任의 根據지움 및 具體的인 立法案의 豫示

배출사업자는 적법한 위탁을 행하는 경우라도 위탁한 사업장폐기물이 최종적으로 적정하게 처리될 때까지 자기가 배출한 폐기물에 대해 일정한 책임을 지고 나아가 이에 대해 조치명령이 발하여질 수 있다고 해석·입법하기 위해서는 그 근거가 제시되어야 한다. 배출사업자의 책임의 근거로는 警察責任의 원칙(배출사업자가 처리업자를 사실상 지배하고 있는 경우 배출사업자를 직접원인자로 볼 수 있으므로, 배출사업자에 책임을 묻는 것은 경찰책임의 원칙에 부합), 衡平의 원칙(배출사업자는 폐기물배출로 이익을 보고 있으므로 그 비용도 함께 부담시키는 것이 형평의 원칙에 부합),¹⁰¹⁾ 危險責任에 기해 이론 구성하는 방안도 생각할 수 있을 것이나,¹⁰²⁾ 다음의 두 가지가 가장 유력하다고 본다. 첫째, 환경정책기본법상 천명되어 있는 汚染原因者負擔의 원칙, 그 폐기물관리법상의 구체화 원칙으로서 自家處理의 원칙에 기해 이론 구성하는 방안, 둘째, 독일의 예와 같이 法定의 特別責任으로서 배출사업자에 공법상의 의무가 남는다는 것으로 이론 구성하는 방안이 그것이다.¹⁰³⁾ 환경책임이라는 것은 과거 경찰행정의 관점에서 볼 때 과도한 자유의 제약으로 비추어졌을 것인데, 그럼에도 불구하고 새롭게 인식되기 시작한 환경문제에 대처하기 위해 마련된 것이다. 배출사업자의 책임을 인정하는 것도 이와 같이 새로운 문제에 대처하기 위해 인정된 법정 책임이라고 보는 것이 타당하고, 이것은 환경법의 일반원칙이라 할 수 있는 오염원인자부담의 원칙 및 폐기물관리법상의 자가처리의 원칙과도 부합한다고 할 것이다.

이와 같이 배출사업자의 적정처리에 대한 지도·감독의무 위반을 근거로 하여 배출사업자에 대해서 조치명령을 행하기 위해서는 폐기물관리법 제24조에서 규정한 사업장폐기물 배출자의 의무와 제45조 제1항에서 거시한 조치명령의 대상자의 범위를 넓게 해석하거나 법률을 개정하여야 할 것이다. 현재는 수탁자가 제12조의 규정에 의한 기준에 적합하게 폐

101) 미국의 CERCLA상 PRP의 범위가 극히 넓게 취해지고 또한 극히 완화된 요건 하에서 책임이 인정되고 있는 이유로서는 다음의 두 가지 점이 거론된다. 첫 번째는 CERCLA에 기초가 되었던 제96 의회상원법 제1480호의 설명에 보이는 바와 같이 현재 생기고 있는 유해폐기물의 문제에 관해 과거에 불충분하고 싼 처분을 행한 것에 의해서 이익을 받은 자에게 정화의 부담을 시켜야 하는 것이라고 하는 사고방식이다. 두 번째는 보다 정책적인 이유이지만 정화사업에는 극히 다액의 비용이 필요하고 거액의 기금을 가지고 해도 현재의 수준으로는 참으로 부족하기 때문에 PRP에 부담시킬 밖에는 없다고 하는 점이다. 특히 연대책임이 부과되었던 이유로서는 토양오염의 경우에는 장기에 걸치는 사례가 많고 관계자가 다수여서 정확한 부담 부분을 판정하기 어려운 것, 지불능력이 없거나 소재가 판명될 수 없는 PRP가 있다면 분할책임으로는 충분한 정화를 이룰 수 없는 것이 거론되었던 것이다. EPA는 정화사업의 실시 주체를 가능한 한 PRP로 하는 지침을 제시하고 있지만 이것도 위와 같은 사정과 관련되고 있다. 자세한 것은 大塚 直(註 24), 64. 참조.

102) *Id.* 91.

103) 大塚 直(註 4), 41.

기물을 수집·운반·처리할 능력이 있는지를 확인하는 것만을 배출사업자의 의무로 규정하고 이에 반할 때 조치명령을 발할 수 있다고 규정하고 있으나, 이것에 덧붙여 ① 적정처리결과 확인의무 또는 ② 적정처리에 대한 지도감독 의무를 부과하는 방향의 개정을 생각해 보아야 한다. 구체적으로는 일본의 개정논의에서와 같이 배출사업자가 확인을 행해야 할 시기를 명확하게 하기 위해 확인의무의 창설과 함께, 위탁계약 중에 처리업자가 처리를 행할 기한을 명기시키고, 처리업자에 당해 기한 내에 처리를 행할 의무를 지우는 방안을 고려할 만하다고 하겠다.¹⁰⁴⁾

(4) 위탁처리한 배출사업자에 대한 措置命令의 內容

한편, 배출사업자에 대한 조치명령의 내용은 수탁받은 폐기물을 직접 불법처리한 처리업자에 대한 조치명령과는 구분되어야 할 것이다. 구체적으로는 배출사업자가 배출한 廢棄物과 相當因果關係에 있는 支障에 限定하여야 할 것으로 생각된다. 일본에서도, “배출사업자에 대한 조치명령은 상당한 범위에 있어서 지장의 제거 등의 조치를 강구하는 것이 가능하고, 『상당한 범위』란, 부적정처분된 산업폐기물의 성상, 수량, 처분의 방법 기타 사정에 비추어 통상 예상되는 생활환경 보전상의 지장의 제거에 한정하는 취지[이다]. 따라서 복합오염이나 2차 오염 등 통상 예상할 수 없는 지장은 여기에 포함되지 않[는다]”고 한다.¹⁰⁵⁾

3. 위탁처리한 배출사업자의 私法上的 責任

위탁받은 폐기물을 불법투기 등으로 부적정하게 처리한 경우, 수탁자인 폐기물의 수집·운반·처리업자가 민법 제750조의 불법행위책임을 지는 것은 특별한 설명을 필요로 하지 않는다. 문제는 위탁자에게 민사상 책임을 추궁할 수 있는가이다. 수탁자인 수집·운반·처리업자가 배출사업자의 사실상의 지휘감독 하에 복종하는지 여부에 따라 이하의 두 가지로 나누어 생각할 수 있다.¹⁰⁶⁾

첫째, 수집·운반·처리업자를 사업장폐기물 배출사업자의 事實上的 指揮監督에 服從하는

104) 다만 이러한 방안이 있어서는 처리업자가 부적정처리를 하고, 또는 기한 내에 처리를 행하지 않는 경우에, 배출사업자는, 처리업자에게 그 시정을 구할 의무는 있지만 스스로 원상회복을 행할 의무를 지우는 것으로 하는 것은 곤란하다는 점에 한계가 있다고 하는 견해도 있다. 大塚 直(註 4), 42.

105) 폐기물처리법제연구회 감수, 廢棄物處理法改正のポイント, 67(2001).

106) 이하는 大塚 直(註 4) 37~38에 크게 의존하였다. 강조의 필요가 없는 한 일일이 註를 달지 않기로 한다.

자(被備者)로서 포착할 수 있는 경우에는 배출사업자의 使用者責任(민법 제756조)을 묻는 것이 가능하다. 즉, 양자에 이와 같은 관계가 인정될 수 있는 경우에는 현재의 판례·통설 하에서는 수집·운반·처리업자의 고의·과실이 인정된다면 원칙으로서 배출사업자의 고의·과실을 묻지 않고 배출사업자의 책임을 묻는 것이 가능하다. 제756조 제1항 단서는 사용자의 피용자에 대한 선임 및 그 사무 감독에 과실이 없는 경우에 사용자의 免責을 인정하고 있지만 그 입증 책임을 사용자에게 부담시키고 있고, 게다가 판례는 사용자의 그와 같은 주장을 거의 인정하지 않고 있으며, 그 결과 사용자책임은 無過失責任에 가까운 것으로 되어 있다.¹⁰⁷⁾

둘째, 수집·운반·처리업자를 배출사업자의 사실상의 지휘감독에 복종하는 자로 파악할 수 없는 경우에는 배출사업자에게는 都給人的 責任(민법 제757조)을 물을 수밖에 없다. 이에 따르면 배출사업자의 책임을 인정하기 위해서는 都給 또는 指示에 관해서 重大한 過失이 있을 것이 필요하다. 원래 수급인은, 도급인으로부터 독립해서 그의 사무를 처리하는 것이므로, 도급인의 사용자라고 할 수 없다. 따라서 민법 제757조는 이와 같은 당연한 사리를 주의적으로 규정한 것에 지나지 않은 것이고, 따라서 그 의의를 찾는다면 단서, 즉 도급 또는 지시에 관해서 중대한 과실이 있는 경우의 규율에서 찾아야 할 것이다. 판례도 같은 취지로 판시하기를 “도급인이 수급인의 일의 進行 및 方法에 관하여 具體的인 指揮·監督權을 留保한 경우에는 도급인과 수급인의 관계는 실질적으로 사용자 및 피용자의 관계와 다를 바 없으므로 수급인이 고용한 제3자의 불법행위로 인한 손해에 대하여 도급인은 민법 제756조에 의한 사용자책임을 면할 수 없고 이러한 이치는 하도급의 경우에도 마찬가지”라고 판시한 바 있다.¹⁰⁸⁾ 따라서 도급관계에는 언제나 제757조가 적용되고 따라서 도급인은, 동조 단서에 의하여, 예외적으로만 사용자책임을 지게 되는 것은 아니라는 점을 주의할 필요가 있겠다. 특히 문제가 되는 것은 하도급에 있어서인데, 많은 경우에 하수급인은 원수급인의 지휘·감독을 받고, 그와 같이 사실상의 지휘·감독의 관계가 있으면, 제757조의 적용은 배제되고, 제756조에 의하여 원수급인은 사용자책임을 면하지 못하게 될 것이다.¹⁰⁹⁾

한편, 위와 같이 사용자책임을 인정되지 않는 경우에도 제757조 단서의 도급 또는 지시에 관한 중과실이 있는 경우에는 도급인은 책임을 부담하지 않을 수 없다. 여기에서 말하

107) 박윤직, 債權各論(신정판), 750.

108) 大判 1987. 10. 28. 선고 87 다카 1185 판결.

109) 박윤직(註 107), 746. 한편 일본 대심원의 판례는 도급인도 민법 제715조(우리 민법 제756조에 해당)의 책임을 부담하지만 제715조 제1항 단서의 면책의 입증책임이 제716조 단서(우리 민법 제757조 단서)에 의해서 전환되는 것으로 하고 있고(最高裁判所 昭和 9년 5월 22일 民集 13권 784면), 이에 따르면 도급인의 책임을 부담시키기 위해서는 도급 또는 지시와 손해와의 사이에 상당인과관계는 필요하지 않고 넓은 의미에서의 인과관계가 있으면 족하다고 해석되고 있다. 大塚 直(註 4) 37~38.

는 도급이란 受給人의 選任과 일의 內容의 指示를 포함하고, 지시란 일의 內容이나 그 實施方法에 관해서의 具體的인 指示를 의미한다. 그런데 도급 또는 지시에 따라서 수행한다면 필연적으로 피해가 생길 것이 예견되는 일 내지 방식을 피해발생을 豫見할 수 있음에도 불구하고 도급 또는 지시하는 것을 도급인의 중대한 과실이라고 할 수 있을지에 관해서는 의문이 있다. 일본의 민법처럼 도급인의 중대한 과실을 요구하지 않고 과실만을 요구한다면 위와 같은 경우에는 도급인의 과실이 인정될 것이고 따라서 이 경우 도급인이 면책되는 것은 사고가 통상 있을 수 없는 수급인의 과실에 의한 경우에 한정될 것이다. 그러나 우리 민법은 중대한 과실을 요구하기 때문에 문제가 그리 간단하지 않다.

폐기물관리법상의 위법한 위탁의 경우 배출사업자의 과실로 볼 수 있는 것은, 배출사업자가 수탁자의 허가 유무나 적정처리체제의 유무의 확인을 행하지 않는 경우, 폐기물의 성상에 관해서 정보를 제공하지 아니한 경우는 물론, 시장가격보다도 현저하게 싼 요금으로 처리를 도급한 경우이지만, 이것들을 도급인의 중대한 과실로 볼 수 있을지는 간단히 결론지을 수 없다. 다만, 도급인이 經濟的, 技術的으로 수급인을 능가하고 있는 경우에는 민법 제757조의 책임에 관해서도 제756조에 가깝게 생각해서 위와 같은 경우에 중과실을 인정하는 방향으로 나아가야 한다고 생각한다. 배출사업자와 수집·운반·처리업자의 관계에 관해서는 전자가 후자를 경제적으로 능가하고 있는 것이 통상이라고 생각되기 때문에 위와 같은 사고방식은 도급인의 책임을 인정하는 데 큰 도움이 될 것이다.

【結】

투기·방치·매립된 폐기물이 불러오는 土壤汚染은 축정성의 오염이고, 사람의 손으로 정화되지 않는 한 그 영향은 영구히 지속된다. 또한 여기서 그치지 않고 긴 기간을 거쳐 지하수를 오염시키는데, 地下水는 일단 汚染되면 그 정화는 극히 어렵다. 토양오염은 산업화가 고도화되면서 일어나는 현상이어서, 실제 드러나고 있지 않지만 선진국의 경우와 같이 우리나라의 각지에서도 토양오염이 심각한 형태로 진행되고 있을 것으로 추측되고 있다. 이러한 점에 비추어보면 우리나라에 있어서 토양오염의 豫防 및 과거 오염의 淨化에 관한 법제의 정비가 매우 중요하고, 그 중에서도 특히 과거 오염의 정화책임을 엄격하게 추궁하는 것은 매우 중요한 일라 할 수 있다.

나는 본문에서 이와 같은 문제의식에 기초하여 폐기물관리법의 해석상 추궁할 수 있는 사업장폐기물 排出事業者의 責任을 주로 논하였다. 토양오염을 방지하기 위해서도 지난 날 자행되었던 사업장폐기물의 부적정처리에 대해 법적 재제를 가할 필요가 있고, 사업장폐기물의 부적정처리로, 특히 무책임한 위탁처리로 사업상 이득을 본 배출사업자에게 책임을 지우는 것은 일반국민의 법감정에도 부합하는 것이기 때문이다. 또한 오염된 토지의 매수인에 대해서는, 부적정처리되어 생활환경에 지장을 초래하고 2차 오염의 위험성을 내포한 오염된 토지를 밝혀내고 앞으로 사업장폐기물의 투기·방치·매립이 더 이상 계속될 수 없도록 하기 위해 불가피하게 그 책임을 추궁하는 방안을 논구하였다.

그 결과 다음과 같은 결론에 도달하였다. 폐기물관리법상 사업장폐기물에 관한 법적 문제의 대부분은 배출사업자의 부적정한 自家處理에서 비롯되어 상당한 시간동안 잠복해 있다가, 투기·매립된 토지의 所有·使用關係에 變動이 생길 때 수면 위로 떠오른다. 사업장폐기물을 부적정하게 처리한 배출사업자는, 비록 그 행위시에 현행 폐기물관리법이 제정되어 있지 않았다 하더라도, 行爲時의 法規에 違反하였는지 여부에 상관없이, 현행 폐기물관리법상의 책임을 부담한다.

사업장폐기물을 부적정하게 처리한 배출사업자로부터 당해 사업을 양수한 자는, 排出事業者의 承繼人으로서 폐기물관리법상의 조치명령을 받게 된다. 사업장폐기물이 매립·방치된 토지를 매수한 土地所有者的 承繼人은, 당해 토지를 양수할 때 善意·無過失이었음을 입증하지 못하는 한, 토지의 소유자로서 폐기물관리법 제7조 제3항의 규정에 의하여 조치명령을 받게 된다. 조치명령을 받은 자는, 방치·매립된 사업장폐기물과 相當因果關係에 있는 지장을 제거하거나 피해발생을 방지하는 데 필요한 조치를 취하여야 한다.

사업장폐기물의 부적정처리가 현행 폐기물관리법이 발효하기 이전에 이루어졌다고 하더라도 현행법에 의한 부적정처리자에 대한 조치명령은 遡及立法에 의한 財産權 剝奪에 해당하지 않는다. 사업장폐기물을 부적정하게 처리한 배출사업자로부터 당해 사업이나 당해 토지를 양수한 자에 대한 조치명령도, 현행 폐기물관리법이 양수 당시에는 존재하지 않았다 하더라도, 소급입법에 의한 재산권 박탈에 해당하지 않는다.

사업장폐기물을 부적정하게 처리한 배출사업자로부터 당해 사업 또는 당해 토지를 양수한 경우, 양수인은 양도인에 대하여 所有權에 기하여 폐기물로 야기된 妨害를 排除해 달라고 청구할 수 있고, 瑕疵擔保責任을 물을 수 있으며, 不法行爲에 기한 손해배상청구도 할 수 있다. 한편, 양수인의 양도인에 대한 이러한 청구가 성립하기 위해서, 양도인에 대한 폐기물관리법상 책임이 인정되어야 할 필요는 없다.

사업장폐기물의 적정한 관리를 위해 관심을 기울여야 할 또 다른 분야는 사업장폐기물의 委託處理이다. 위탁을 받은 처리업자의 부적정처리에 대비하기 위해서는, 處理業者에 대한 監督 및 그 책임의 엄정한 추궁뿐만 아니라 폐기물처리를 委託한 排出事業者에 대해서도 그 責任을 추궁하는 것이 매우 중요하다. 현행 폐기물관리법은 수탁업자가 사업장폐기물을 수집·운반·처리할 능력이 있는지 여부를 확인하지 않고 위탁한 자에게 조치명령을 부과할 수 있도록 개정되었지만, 이것만으로는 위탁을 기화로 벌어지는 사업장폐기물의 부적정한 처리를 관리하기에는 부족하므로 앞으로 법개정이 요망된다고 하겠다. 다만, 수집·운반·처리업자를 배출사업자의 사실상의 지휘감독에 종사하는 자로서 포착할 수 있는 경우에는, 민사상 배출사업자의 使用者責任을 묻는 것이 가능할 것이다.

이러한 법해석상의 논구는 법정정책적 필요성에 의해 기획된 면이 있다. 法政策的 觀點에서 살펴본다면 土地所有者(賣渡人과 買受人)와 폐기물을 委託處理한 排出事業者 등 폐기물의 불법처리를 방지하고 감시할 수 있는 지위에 있던 사람들에게 무거운 책임을 지우는 것이 타당하기 때문이다. 무엇보다 매도인과 배출사업자는 “最小費用回避者”(“cheapest cost avoider”)이므로, 이들에게 책임을 부담시키는 것이 효율성 기준에 부합한다. 매수인은 매도인을 감시할 수 있는 가장 유리한 위치에 있는 사람이므로 매수인에게 무거운 책임을 부담시키는 것은 “監視費用”(“monitoring cost”)을 효과적으로 사용하는 것이 된다.

事後的인(*ex post*) 관점에서 보면 행위자가 아닌 사람들에게 무거운 불법폐기물 처리 책임을 지우는 것이 옳지 않다고 생각되지만, 事前的인(*ex ante*) 관점에서 사람들의 행위를 啓導하기 위해서는 폐기물을 가장 싸고 쉽게 처리하고 감시할 수 있는 지위에 있는 사람들에게 처리책임을 지우는 것이 가장 적절한 방법이다. 이것이 우리 사회의 규칙으로 섰다면, 그리하여 일반국민의 법인식 속에 자리매김한다면 사후적인 관점에서도 정의로운 결과로 인식하게 될 것이다.

주제어 : 폐기물관리법, 사업장폐기물, 배출사업자, 배출사업자의 책임, 대여자 책임, 방치 폐기물, 자가처리(의 원칙), 위탁처리, 지정폐기물, 소급입법에 의한 재산권박탈, 위헌성, 상태책임, 하자담보책임, 원인자부담의 원칙, 적정처리의 원칙, 조치명령, CERCLA, 토지소유자의 책임, 선의의 매수인, 경찰책임, 직접원인설, 일반경찰법, U.S. v. Monsanto, 진정소급효, 부진정소급효, 비례의 원칙, 하자담보책임, 불법행위책임, 소유권에 기한 방해배제청구권, 부합, 법해석, 공사법준별론, 사용자책임, 법정정책

【참 고 문 헌】

- 곽윤직, 債權各論 (신정판)
김동희, 行政法 II(제5판) (1999)
김연태, “폐기물의 개념 및 분류·처리체계: 독일의 순환관리 및 폐기물법을 중심으로,” 환경법연구 제25권 제1호, (2003)
박균성, “산업폐기물처리책임체계의 재검토,” 경희법학 제36권 제1호, 75 (2001)
정 훈, 폐기물처리에 관한 법적 고찰: 한국의 폐기물관리법과 독일의 순환관리 및 폐기물법(KrW-/AbfG)을 중심으로(전남대학교 박사학위 논문)
조홍식, 윈도우 2003: 신공사법관계론 (2003. 11. 17. 민사판례연구회 월례발표회 발표문)
조홍식, “토양환경침해에 관한 법적 책임,” 환경법연구, 제20권, 298, 325 (1998)
홍정선, 行政法(하) (1993)
환경공무원교육원, 토양환경관리법연수교재, 177 (1997).
환경부·국립환경연구원, 2002 전국 폐기물 발생 및 처리 현황, 행정간행물 등록번호 11-1480083-000198-01
- 大塚 直, “産業廢棄物の事業者責任に關する法的問題,” JURIST No.1120) 35 (1997.10.1)
大塚 直, “ヨーロッパ主要國における土壤汚染浄化の費用負擔の現状とわが國への示唆(上),” JURIST(No. 1067), 90 (1995.6.1.)
大塚 直, 米國のスーパーファンド法の現状とわが國への示唆, (NBL No. 562), 26 (1995.2.1.)
大塚 直, 米國のスーパーファンド法の現状とわが國への示唆2, (NBL No. 563), 63 (1995.2.15.)
北村喜宣, “自家處理の現状と法的規制のあり方: 建設系産業廢棄物を中心として,” JURIST No.1120) 45 (1997.10.1)
山下龍一, 『ドイツにおけるストック公害に對する警察法の適用』(I)大阪市 大經濟研究 38券 3号 18面 (1993)
山下龍一, 『ドイツにおけるストック公害に對する警察法の適用』(II)大阪市 大經濟研究 39券 1号 1面(1994)
阿部泰隆, “改正廢棄物處理法の全體的評價,” JURIST (No. 1120), 6 (1997.10.1.)

- 阿部泰隆, 廃棄物法制の課題(下), ジュリストNo.946) 107, 110 (1989.12.)
- 廃棄物処理法制研究会 監修, 廃棄物処理法改正のポイント (2001)
- 廃棄物処理法制研究会 監修, 廃棄物処理法 平成12年改正逐條解説 (2001)
- 環境省, 廃棄物・リサイクル対策部, 『廃棄物処理法の一部改正』及び『産廃特措法』について, ジュリスト No. 1256, 60 (2003.11.15)
- Jeffrey G. Miller & Graig N. Johnston, The Law of Hazardous Waste Disposal and Remediation (1996)
- Robert V. Percival, et al., Environmental Regulation: Law, Sceince, and Policy (3d., 2000)
- R. Breuer, “Empfehlen sich ergänzende gesetzliche oder untergesetzliche Regelungen der Altlasten, und welchen Inhalt sollten sie haben?” DVBl. 1994, SS 890, 898
- Kloepfer, “Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht,” NuR, 1987, SS. 7, 9
- Papier, “Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht,” NVwZ 1986, SS. 256, 259, 260
- U. Rid und F. Peterson, “Konzeption für ein Bundes-Bodenschutzgesetz-Bodenschutz-oder Altlastensanierungsgetz?,” NVwZ1994, SS 844, 848, 849
- von Koeller, Kreislaufwirtschafts-und Abfallgesetz, 2.Aufl.,1996, S.180

【Abstract】

Legal Responsibility of Industrial Waste Generators on Wastes Control Act

Cho, Hong Sik

While Korea realized tremendous economic expansion in a relative short period of time, the pressure placed on the environment as a result of this expansion revealed some serious pathological phenomena. One of the most serious phenomena is soil and groundwater contamination caused by illegal disposal of industrial wastes. This article describes how and by whom a number of severe illegal disposals of industrial wastes were made, and how to legally cope with them, especially focusing on legal responsibility of enterprisers who generate industrial wastes on “Wastes Control Act” (“the Act”).

Most of important legal issues concerning the Act are concerned with the situation where an industrial waste generator disposes of wastes generated from her place of business all by herself. Disposal of industrial wastes by a generator often results in their illegal abandonment or dumping, which is revealed far later when she assigns business, or sells the land on and in which wastes have been dumped or buried (“dump-site”) to another person. Concerning the situation, this article argues as follows:

1. Where wastes were disposed of in such a manner as fails to meet the standards prescribed in the Act, the person who disposed of wastes should observe the mandatory order to take measures with respect to waste disposal (“mandatory order”) even though the Act did not enter into force when the waste disposal was made.
2. If an industrial waste generator assigns business to another person, or if a corporation merges with another, the assignee, or the corporation surviving after

the merger, or the one newly established by the merger should succeed obligations related to the industrial wastes concerned, and thus observe the mandatory order to take measures with respect to the illegal waste disposal.

3. If an industrial waste generator sold a dump-site to another, Person the current owner should also be subject to the mandatory order unless she successfully proves that she unknowingly bought it without negligence.
4. The mandatory order issued to an industrial waste generator or its successor as mentioned above is not against constitution even though the illegal disposal or the succession was made before the Act entered into force. It is so because it does not fall under the category of deprivation of property by ex post legislation.

Finally, this article argues necessity of a new amendment that the Act strengthen responsibility of industrial waste generators even when they dispose of wastes generated from their place of business by entrusting disposal service to another person who has been licensed for waste management business.