

복수의 토양정화책임자와 정화조치명령 대상자의 선택*

— 2015년 개정 「토양환경보전법 시행령」 제5조의3의 해석과 평가 —

박종원**

차 례

- I. 들어가며
- II. 토양정화조치명령의 대상자 선택에 관한 원칙
- III. 토양정화조치명령의 대상자 선택에 관한 예외
- IV. 토양정화자문위원회의 자문에 따른 토양정화조치명령의 대상자 선택
- V. 나오며

[국문초록]

지난 2015년 3월 24일, 개정된 「토양환경보전법 시행령」에서는 복수의 정화책임자에 대한 정화조치명령의 재량권 행사기준을 구체화하고 있다. 이 글에서는 개정 「토양환경보전법 시행령」의 주요내용을 분석함으로써 그 해석론을 제시하는 한편, 「토양환경보전법」의 입법취지나 목적에 비추어 다소 미흡한 부분을 지적함으로써 이를 보완하기 위한 입법론을 함께 제시하고 있다.

개정 시행령은 정화책임자가 여러 명인 경우 정화조치명령의 발동과 관련하여, 토양오염에 직접적으로 기여한 자를 우선순위로 하여 정화조치명령을 내리도록 규정하고 있다. 시행령에서 정하고 있는 정화책임자 간의 순위나 그 적용에 대한 예외사유 그 자체는 비교적 적정하게 정해진 것으로 볼 수 있으나, 토양정화조치명령의 대상자 선택에 관한 고려요소까지도 보다 구체적으로 명시하였다더라면 하는 아쉬움이 남는다. 시행령에서 정하고 있는 순위는 어디까지나 각각의 유형에 해당

* 이 글은 한국환경법학회 제120회 학술대회(2014. 12. 5)에서 “토양정화조치명령의 재량권행사기준에 관한 소고”라는 주제로 발표하였던 내용을 대폭적으로 수정·보완한 것으로, 2013학년도 부경대학교의 지원을 받아 수행된 연구임(C-D-2013-1336).

** 부경대학교 법학과 조교수.

하는 정화책임자가 각기 따로 존재하는 경우에 대한 기준만을 제공할 수 있을 뿐, 동일 유형에 속하는 정화책임자가 여러 명인 경우에는 아무런 기준도 제공하지 못한다는 한계가 있다.

그리고 모법인 「토양환경보전법」 제10조의4 제3항을 고려할 때, 단지 각 유형의 정화책임자 간의 순위를 정하고 특별한 사유에 해당함을 행정청이 입증하지 못하는 한 반드시 그 순서에 따라 정화조치명령을 내리도록 하는 것만으로는 모법이 규정하는 바와 같이 각 정화책임자의 귀책정도와 신속하고 원활한 토양정화 등의 가능성이 충분히 고려될 수 있을 것인지 의문이다.

여하튼 이와 같이 순위를 명시하는 입법방식을 채용하였다고 하더라도, 보다 우선순위에 있는 자가 조치명령의 대상자가 되었다고 해서 그 후순위에 있는 자가 정화책임으로부터 완전히 자유로워지는 것은 아니라는 점을 유의하여야 할 것이다. 이는 어디까지나 제1차적 영역에서의 정화조치명령의 “대상”에 관한 우선순위를 정한 것일 뿐, 제2차적 영역에서의 내부비용부담관계의 문제는 여전히 존재하는 것이다.

I. 들어가며

2014년 3월 24일, 「토양환경보전법」이 개정되었고 올해 3월 25일부터 시행되고 있다. 개정 「토양환경보전법」(이하 “개정법”이라 한다)은 (i) 공법상의 토양정화책임과 사법상의 손해배상책임의 구별, (ii) 정화책임자의 범위 재구성, (iii) 정화책임의 면책범위 확대, (iv) 정화책임의 제한을 위한 비용지원 등 종래 토양정화책임체계의 대폭적인 변화를 가져왔다. 주지하다시피, 이는 2012년 8월 23일 헌법재판소의 헌법불합치결정¹⁾에 따른 위헌성을 제거하기 위한 취지의 것이다.

필자는 헌법불합치결정이 지적하고 있는 위헌성을 제거하기 위하여 「토양환경보전법」을 어떻게 개정하여야 할 것인가에 관한 입법론²⁾, 그리고 개정법에 따른 토양정화책임 체계에 대한 분석 및 평가³⁾ 등을 담은 논문을 발표한 바 있다. 이들 연구에서 밝힌

1) 헌법재판소 2012. 8. 23.자 2010헌바28 결정; 헌법재판소 2012. 8. 23.자 2010헌바167 결정.

2) 拙稿, 헌법불합치결정에 따른 토양정화책임조항 입법론, 환경법과 정책, 제10권, 2013, 105면 이하 참조.

3) 拙稿, 2014년 개정 「토양환경보전법」에 따른 토양정화책임조항에 대한 평가와 전망, 환경법연구, 제36권 제1호, 2014, 299면 이하 참조.

바와 같이, 복수의 정화책임자의 선택 문제와 관련하여 개정법은 정화조치명령의 대상자의 우열관계 명시하는 방안과 이를 명시하지 않고 선택재량의 행사기준을 보다 구체화하는 방안을 택할 가능성을 모두 열어둔 채로 그 세부적 사항을 대통령령으로 위임하고 있다.

즉, 개정법 제10조의4 제3항은 “시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제11조제3항, 제14조 제1항, 제15조제1항·제3항 또는 제19조제1항에 따라 토양정화등을 명할 수 있는 정화책임자가 둘 이상인 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 토양오염에 대한 각 정화책임자의 귀책정도, 신속하고 원활한 토양정화의 가능성 등을 고려하여 토양정화등을 명하여야 하며, 필요한 경우에는 제10조의9에 따른 토양정화자문위원회에 자문할 수 있다.”고 규정하고 있다.

이에 따라 2015년 3월 24일 개정 「토양환경보전법 시행령」에서는 복수의 정화책임자에 대한 정화조치명령의 재량권 행사기준을 구체화하고 있다.⁴⁾ 이 글에서는 「토양환경보전법 시행령」의 주요내용을 분석함으로써 그 해석론을 제시하는 한편, 「토양환경보전법」의 입법취지나 목적에 비추어 다소 미흡한 부분을 지적함으로써 이를 보완하기 위한 입법론을 함께 제시하려 한다.⁵⁾

4) 이밖에도 개정 시행령에서는 토양정화비용의 지원에 관한 규정도 신설하고 있다. 이는 헌법재판소에서 지적한 과잉금지원칙 위반 상태의 제거와도 밀접한 관련성을 갖는 것이다. 다만, 이와 관련해서는 (i) 비용지원신청의 주체, (ii) 비용지원의 시기, (iii) 비용지원사유 추가 등 논의할 사항이 적지 아니하므로, 구체적인 논의는 다음 기회로 미루기로 한다.

5) 이 글의 명확한 이해를 위해서는 2014년 개정 「토양환경보전법」에 따른 토양정화책임체계에 대한 이해가 우선되어야 할 것이나, 필자가 이미 다른 논문을 통하여 구체적으로 다룬 바 있으므로, 지면관계상 이 글에서는 생략하기로 한다. 이와 아울러 토양정화책임의 이론적 기초를 이루는 행위책임, 상태책임, 복수의 경찰책임자 등에 관한 선행연구를 살피는 것 역시 이 글을 이해하는데 크게 도움이 될 것이다. 복수의 경찰책임자에 대한 선택재량의 행사 등에 관한 글로는 김현준, 수인의 경찰책임자, 공법연구, 제35집 제3호, 2007, 233면 이하; 서정범, 다수의 경찰책임자에 관한 법적 문제, 공법연구, 제24집 제2호, 1996, 383면 이하 참조. 이밖에도 경찰책임을 깊이 있게 다루고 있는 글로 서정범, 상태책임의 한계에 관한 고찰: 이른바 연계원칙의 종언, 토지공법연구, 제48집, 2010, 479면 이하; 김현준, 경찰법상의 상태책임, 토지공법연구, 제22집, 2004, 363면 이하; 이기춘, 독일경찰법상 상태책임의 근거 및 제한에 관한 고찰: 2000년 2월 16일날 독일연방헌법재판소의 판결을 소재로 하여, 토지공법연구, 제18집, 2003, 405면 이하; 정하중, 경찰법상의 책임, 공법연구, 제25집 제3호, 1997, 109면 이하 등 참조.

II. 토양정화조치명령의 대상자 선택에 관한 원칙

1. 토양정화조치명령 대상자의 순위: 행위책임 → 상태책임

시행령은 정화책임자가 둘 이상인 경우 토양정화조치명령의 대상자 선택에 관한 순위를 다음과 같이 정하고 있다.

제5조의3 (둘 이상의 정화책임자에 대한 토양정화등의 명령) ① 법 제10조의4제3항에 따라 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제10조의4 제1항에 따른 정화책임자(이하 “정화책임자”라 한다)가 둘 이상인 경우에는 다음 각 호의 순서에 따라 법 제11조제3항, 제14조제1항, 제15조제1항·제3항 또는 제19조제1항에 따른 토양정밀조사, 오염토양의 정화 또는 오염토양 개선사업의 실시(이하 “토양정화등”이라 한다)를 명하여야 한다.

1. 법 제10조의4제1항제1호의 정화책임자와 그 정화책임자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자
2. 법 제10조의4제1항제2호의 정화책임자 중 토양오염관리대상시설의 점유자 또는 운영자와 그 점유자 또는 운영자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자
3. 법 제10조의4제1항제2호의 정화책임자 중 토양오염관리대상시설의 소유자와 그 소유자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자
4. 법 제10조의4제1항제4호의 정화책임자 중 토양오염이 발생한 토지를 현재 소유 또는 점유하고 있는 자
5. 법 제10조의4제1항제4호의 정화책임자 중 토양오염이 발생한 토지를 소유 하였던 자

시행령은 직접적인 오염원인자, 오염원인 시설의 점유·운영자, 오염원인 시설의 소유자, 오염토지의 소유자, 오염토지의 과거 소유자 등의 순으로 정화조치명령을 내리도록 규정하고 있다. 바꾸어 말하면, 시행령은 (i) 자신의 직접적인 행위로써 토양오염을 발생시킨 행위책임자, (ii) 자신이 점유 또는 운영하는 시설을 매개로 토양오염을 발생시킨 자⁶⁾, (iii) 자신이 소유하고 있는 시설을 매개로 토양오염을 발생시킨 자, (iv) 토양오염이 발생한 토지를 현재 소유하고 있는 상태책임자, (v) 토양오염이 발생한 토지를 소유하

었던 과거의 상태책임자 등의 순으로 정화조치명령을 내리도록 하고 있는 것이다.

2. 평가

(1) 순위 설정방식의 선택

위 조항은 정화책임자가 여러 명인 경우 정화조치명령의 발동과 관련하여, 토양오염에 직접적으로 기여한 자를 우선순위로 하여 정화조치명령을 내리는 것을 원칙으로 규정한 것으로 이해된다.

전술한 바와 같이, 「토양환경보전법」 제10조의4 제3항은 복수의 정화책임자의 선택 문제와 관련하여 대통령령에서 (i) 선택재량의 행사에 관한 기준을 정하는 방식(예컨대, 정화조치명령의 대상자 선택에 관한 종합적 고려요소를 나열하는 방안)과 (ii) 정화조치명령의 대상자 선택에 관한 우열관계를 명시하는 방식을 택할 가능성을 모두 열어두고 있다.

헌법재판소는 “보충책임”의 도입을 위헌성 제거를 위한 하나의 대안으로 제시한 바 있다.⁷⁾ 그러나 헌법재판소가 말하는 “보충책임”이 “연대책임”과 배치되는 개념을

6) 법 제10조의4 제1항 제2호의 정화책임자가 지는 정화책임은 전적으로 상태책임의 성질만 띠는 것으로 보기는 곤란하며, 행위책임과 상태책임의 성질이 혼재되어 있음은 다른 논문에서 이미 제시한 바와 같다. 제2호의 책임이 경찰책임으로서의 상태책임과 유사한 측면이 없는 것은 아니나, 상태책임만으로는 설명될 수 없는 부분도 적지 않으며 행위책임의 성격과 상태책임의 성격이 혼재되어 있다고 보아야 할 것이다. 첫째, 경찰책임론에서 말하는 ‘상태책임’의 경우, 물건을 사실상 지배하고 있는 자와 물건의 소유자가 책임의 주체가 되며, 경찰책임의 인정과 관련하여 위험발생 시점이 중요한 것이 아니라 행정청이 개입하는 시점이 중요하기 때문에 물건에 대한 지배를 포기함과 동시에 상태책임도 소멸된다고 한다. 그러나 제2호의 정화책임자는 현재의 소유·점유·운영자로 한정되지 않는다. 둘째, 상태책임의 경우, 행위책임과는 달리 그 사람의 소유 또는 사실상의 지배하에 있는 물건의 상태에 의해 위험 또는 장애가 직접적으로 야기될 것이 요구되지는 않는다고 한다. 또한, 어떠한 행위책임자에 의하여 토양오염이 발생한 경우, 오염된 토지의 소유자는 피해자임에도 불구하고 당해 오염된 토지의 소유자 혹은 사실상의 지배주체라는 이유만으로 상태책임을 지게 된다. 그렇지만, 제2호의 정화책임자는 “위험야기”를 필요로 한다. 셋째, 상태책임은 위험한 시설을 사실상 지배하는 자가 지는 책임이므로, 결국 오염된 토지(혹은 넓게는 그 토지 위에 입지한 시설)의 소유자 또는 사실상 지배주체에게 책임을 귀속시키는 근거가 되는 것임에 반하여, 제2호의 경우에는 어떠한 토양오염관리대상시설로 인하여 해당 시설이 입지하고 있는 부지가 오염된 경우뿐만 아니라, 그 주변 토지가 오염된 경우에 대해서까지 적용될 수 있는 것이다. 이에 관한 상세는 拙稿, 앞의 논문(주 3), 306-309면 참조.

7) 2012. 8. 23.자 2010헌바167 결정. 필자는 이미 다른 글에서 대통령령의 규정 여하에 따라

의미하는 것이라면, 즉 선순위의 정화책임자가 전적으로 책임을 지고 후순위의 정화책임자는 아무런 책임을 지지 않으며, 선순위의 정화책임자가 존재하지 않거나 불명이거나 그에 의한 정화를 기대하기 어려운 경우에 한해서만 후순위의 정화책임자가 책임을 지도록 하는 방식이라면, 이는 토양오염의 속성상 절대 받아들여서는 안 된다. 개정 「토양환경보전법」의 명문규정상으로 “연대”라는 문구가 사라지기는 하였으나, 이로써 토양정화책임의 본질이 연대책임이 아니라고 보아서는 곤란하다.⁸⁾ 법 제10조의4 제3항은 “제11조제3항, 제14조 제1항, 제15조제1항·제3항 또는 제19조제1항에 따라 토양정화등의 명령을 받은 정화책임자가 자신의 비용으로 토양정화등을 한 경우에는 다른 정화책임자의 부담부분에 관하여 구상권을 행사할 수 있다.”고 규정함으로써 구상권의 행사를 명시적으로 규정하고 있는바, 이 또한 토양정화책임의 본질이 연대책임이라는 근거이다.

뿐만 아니라, 헌법재판소가 말하는 “보충책임”이 예외가 인정되지 않는 보충책임은

헌법재판소가 하나의 대안으로 제시하는 바와 같은 “보충책임”을 도입하게 될 여지도 있음을 지적하면서, 이에 대하여 소극적인 입장을 피력한 바 있다. 拙稿, 앞의 논문(주 3), 322-326면 참조. 유사한 취지에서 상태책임에 대하여 보충적 성격을 부여하는 것에 반대하는 입장으로, 김현준, 책임승계인의 신뢰보호와 상태책임의 한계: 헌법재판소 2012. 8. 23.자 2010헌바28 결정; 2012. 8. 23.자 2010헌바167 결정에 대한 비판적 검토, 공법학연구, 제14권 제1호, 2013, 587-589면; 이기춘, 토양환경보전법의 무과실책임조항에 대한 헌법재판소 결정에 관한 소고, 공법연구, 제41집 제3호, 2013, 454면 참조.

- 8) 필자는 구법 체계하에서도 반드시 구법 제10조의3 제2항에 따른 “연대하여”라는 문구 때문에 토양정화책임이 연대책임으로 해석되는 것은 아니라고 밝힌 바 있다: “제10조의3 제2항은 기본적으로 사법관계에서 적용되는 규정으로, 공법상의 토양정화책임의 성질을 연대책임으로 해석하는 직접적인 근거로는 볼 수 없다 할 것이다 … 결국 제15조 제3항에 따른 조치명령은 행정청의 재량행위에 해당하는 것이고, 행정청은 어떠한 오염원인자를 대상으로 조치명령을 내릴 것인지, 그리고 어떠한 유형의 조치를 명할 것인지에 관하여 선택할 수 있는 재량을 갖게 되는 것이다. 이에 따라 행정청은 어느 하나의 오염원인자에게 정화조치명령을 내릴 수도 있고, 동시나 순차로 모든 오염원인자에게 정화조치명령을 내릴 수도 있을 것이다. 그리고 정화조치명령을 받은 각 오염원인자는 우리기준 이하가 되도록 토양을 정화하여야 할 책임을 지게 되는데, 결국 자신의 기여도와 관계없이 전체에 대하여 책임을 지게 되는 결과가 되는 것이다.” 拙稿, 앞의 논문(주 2), 131-133면 참조. 미국의 경우에도 연대책임에 관하여 명문으로 규정되어 있지는 않으나, 법원은 판례를 통하여 부진정연대책임의 성질을 갖는 것으로 인정하고 있음은 주지의 사실이다. *United States v. Chem-Dyne Corp.*, 572 F.Supp. 802 (S.D. Ohio 1983); *Sand Spring Home v. Interplastic Corp.*, 670 F.Supp. 913, 915-916 (N.D.Okla. 1987); *United States v. Rohm & Haas Co.*, 2 F.3d 1265, 1280-81 (3d Cir. 1993); *United Technologies v. Browning-Ferris Indus.*, 33 F.3d 96, 100 (1st Cir. 1994); *United States v. Colorado & Eastern R.R. Co.*, 50 F.3d 1530, 1535 (10th Cir. 1995).

의미하는 것이라면, 이 역시 받아들이기 곤란하다. 이렇게 되면, 결국 행정청이 제1호 이외의 자에게 정화조치명령을 내릴 수 있기 위해서는 직접적인 오염원인자가 존재하지 않거나 이를 규명하는 것이 불가능하거나 설령 찾았다고 하더라도 자력이 없다는 사실을 증명할 수 있어야 할 것인데, 이에 엄청난 시간과 비용이 발생하게 될 우려가 있다. 결국 오염토양의 신속하고 확실한 정화라는 본래의 입법취지를 달성하기 어렵게 되는 것이다. 또한, 많은 시간과 비용을 들여 직접적인 오염원인자를 찾았다고 하더라도 현재 해당 토지를 소유 또는 점유하고 있는 자가 직접적인 오염원인자가 정화할 수 있도록 협조하지 않아 토양정화가 지연되는 경우도 얼마든지 발생할 수 있는 것이다.

또한, 제1호의 유형 중에서도 실질적으로는 토양오염의 발생에 대하여 극히 일부분만 기여한 자가 있을 수 있고, 제2호의 유형 중에서도 장기간 동안 자신이 소유하고 있는 시설에서 토양오염이 발생하거나 발생할 우려가 있음을 인식하면서도 이를 방치한 자가 있을 수 있을 것인데, 제1호의 정화책임자가 전적으로 책임을 부담하도록 하면서, 제2호의 정화책임자는 아무런 책임음지지 않도록 하는 것은 공평의 관념에도 어긋나는 것으로 결코 받아들일 수 없다.⁹⁾

외국의 사례를 보더라도, 미국이나 독일, 그리고 일본에서 직접적인 행위책임자가 그 이외의 자에 우선하여 책임을 저야 하는 것으로 인정되는 것은 아니다. 일본의 경우에는 뒤에서 보다 구체적으로 볼 것이지만, 상태책임자가 원칙적으로 책임을 지도록 하는 한편, 행위책임자가 존재한다고 해서 반드시 행위책임자가 정화책임을 지는 것이 아니라, 행위책임자로 하여금 정화하게 하는 것이 상당하다고 인정되어야 하고 그에 관하여 소유자 등의 이의가 없어야만 정화책임을 지을 수 있게 되어 있다. 독일의 경우에는 2004. 6. 29. 올덴부르크 행정법원 판결(VG Oldenburg, Urteil vom 29. 6. 2004)에서는 복수의 책임자 가운데 가능한 한 가장 신속하고 유효한 위협제거가

⁹⁾ 가령 甲이 50년 이상 주유소 및 그 부지를 소유하는 동안, 乙, 丙, 丁, 戊 등에게 순차적으로 해당 부지를 임대하여 주유소를 운영하게 한 경우, 乙, 丙, 丁, 戊 등 주유소 운영자가 각각 조금씩 토양오염에 기여하였는데, 토양오염 우려기준을 초과한 사실이 발견된 현 시점에서 확인할 수 있거나 자력이 있는 주유소 운영자가 丁밖에 없다고 할 경우, 보충책임을 도입하게 되면 행위책임자(제1호)에 해당하는 丁이 자신이 기여하지 않은 부분에 대해서까지 전적으로 정화책임을 부담하고(우려기준 이하로 오염토양을 정화하고), 토양오염이 발생하거나 발생할 우려를 인식한 채로 주유소를 임대해 온 甲은 아무런 정화책임 없이 토양정화로 인한 수익을 얻게 되는 불합리한 결과가 초래될 수 있다.

기대되는 당사자에게 정화를 명하여야 한다고 판시한 바 있고,¹⁰⁾ 연방헌법재판소의 2000. 2. 16. 결정에서는 상태책임이 행위책임에 비하여 후위에 서는 것은 헌법적 이유에서 타당하지 않다고 판시하였다.¹¹⁾

만약 정화조치명령의 대상자 선택에 관한 순위를 정하지 않고, 그에 관한 고려요소를 나열하는 입법방식을 택한다면, (i) 토양오염물질의 종류·양·특성, (ii) 토양오염관리대상시설의 소유·점유 또는 운영 기간, (iii) 토양오염관리대상시설의 소유·점유 또는 운영을 통하여 얻은 이익, (iv) 토양정화로 인한 이익의 귀속, (v) 토양환경평가의 실시, 그 밖에 토양오염의 방지를 위한 주의의 정도, (vi) 토양정화에 드는 비용을 감당할 능력이 있는지 여부, (vii) 토양오염이 발생한 토지로의 출입 가능성 또는 용이성, (viii) 정화책임자 간의 약정 내용 등을 나열할 수 있었을 것이다.¹²⁾¹³⁾

물론 대통령령에서 행정청이 복수의 정화책임자 중 누구에게 정화조치명령을 내릴지에 관하여 판단함에 있어서 고려하여야 할 요소를 제시하는 것만으로는, 정화조치명령의 발동권한이 지방자치단체의 장에게 주어져 있는 입법현실에서는 적절한 토양정화조치명령 대상자의 선택을 기대하기 어려운 부분도 적지 않다. 그래서 개정법은 토양정화자문위원회를 설치하고 지방자치단체장이 정화조치명령의 대상자 선택에 관

10) 박종원·김현준, 토양정화책임 관련 분쟁사례 분석, 한국법제연구원, 2012, 136-139면 참조.

11) BVerfG, Beschluss vom 16. 2. 2000 - 1BvR 242/91, 315/99.

12) 미국의 경우, 비록 대상자 선택에 관한 문제는 아니나, 그와 유사하게 정화비용의 분담과 관련하여, CERCLA는 EPA로 하여금 구속력이 없는 예비적 책임 분할(Nonbinding Allocation of Responsibility)을 하도록 규정하고 오염물질의 양, 유독성, 이동성, 증거능력, 지불능력, 소송부담, 공익적 요소, 선례로서의 가치, 형평성, 그 밖의 집적효과 등을 고려하도록 하고 있음을 확인할 수 있다. 42 U.S.C. §9622(e)(3)(A). 그리고 법원 역시 ① 당사자가 자신의 유해물질의 폐기 또는 누출에 기여한 부분이 분할 가능하다고 하는 주장과 입증능력, ② 유해쓰레기의 양, ③ 유해쓰레기의 유독성 정도, ④ 당사자가 유해쓰레기의 발생·이동·처리·저장·폐기에 관여한 정도, ⑤ 유해쓰레기와 관련하여 당사자가 기울인 주의의 정도, ⑥ 당사자가 위해를 예방하기 위하여 정부와 협력한 정도 등의 요소를 고려하고 있다. See *Amoco Oil Co. v. Borden, Inc.*, 889 F.2d 664 (5th Cir. 1989); *U.S. v. R.W. Meyer, Inc.*, 932 F.2d 568, 575-76 (6th Cir. 1991); *U.S. v. A & F Materials Co.*, 578 F.Supp. 1249, 1256 (1984).

13) “그 기준은 관례를 통해 축적되어야 바람직하겠지만, 독일에서의 논의를 참고로 하여 실패한다면, 원하는 결과를 가능한 한 간단하고 중국적으로 가질 수 있는지(möglichst einfaches und endgültiges Erreichen des gewünschten Erfolges), 장소에 접근용이성(örtliche Schadensnähe), 원인야기에 대한 기여도(Anteil an der Verursachung), 인적·물적 수행능력(persönliche und sachliche Leistungsfähigkeit), 처분상대방이 입게 되는 불이익의 정도(Grad von Nachteilen für den Maßnahmenadressaten) 등이 선택제량의 기준이 될 수 있다.” 김현준, 앞의 논문(주 7), 588-589면.

하여 위원회에 지문할 수 있도록 규정하고 있는 것이다. 그럼에도, 시행령이 정화책임자 선택에 관한 순위를 직접 정하게 된 배경에는 헌법재판소의 결정 내용뿐만 아니라 이러한 현실에 대한 고려가 크게 작용한 것으로 보인다.

다만, 이와 같이 순위를 명시하는 입법방식을 채용하였다고 하더라도, 보다 우선순위에 있는 자가 조치명령의 대상자가 되었다고 해서 그 후순위에 있는 자가 정화책임으로부터 완전히 자유로워지는 것은 아님을 유의하여야 한다. 이는 어디까지나 제1차적 영역에서의 정화조치명령의 “대상”에 관한 우선순위를 정한 것일 뿐, 제2차적 영역에서의 내부비용부담관계의 문제는 여전히 존재하는 것이다. 즉, 정화조치명령 대상자의 선택에 관한 순위에 따라 정화조치명령을 받고 토양정화조치를 이행한 자는 다른 정화책임자에게 정화비용을 구상할 수 있다.

(2) 행위책임자 우선의 원칙

정화조치명령의 대상자 선택에 관한 순위를 정함에 있어서는 크게 2가지 대안을 고려할 수 있었을 것이다. 그 첫째는 일본의 경우와 같이 상태책임의 성질을 갖는 제4호의 정화책임자에게 조치명령을 하는 것을 원칙으로 하되, (i) 제1호나 제2호에 해당하는 정화책임자가 존재할 것, (ii) 그 자에게 토양정화등을 명하는 것이 상당할 것, (iii) 그 자가 토양정화등을 하는 것에 관하여 현재의 상태책임자가 이의를 제기하지 아니할 것 등의 요건을 충족하는 경우, 즉 현재의 상태책임자가 이상의 사항을 입증하는 경우에 한하여 다른 정화책임자가 정화책임을 지도록 하는 방안이다.¹⁴⁾

¹⁴⁾ 일본 토양오염대책법(土壤汚染対策法) 제7조 제1항에 따르면, 토지의 소유자, 관리자 또는 점유자의 책임을 원칙으로 하되, (i) 오염원인이 제3자의 행위에 의한 것이 분명하고, (ii) 원인자로 하여금 조치를 취하도록 하는 것이 상당하다고 인정되며, (iii) 원인이자가 조치를 취하는 것에 관하여 소유자 등의 이의가 없는 경우에 한하여 원인이자가 정화책임을 지게 된다. 이들 요건의 충족 여하에 관하여 다툼이 있는 경우, 요건 충족에 대한 증명책임은 소유자 등에게 있다. (i)의 요건 충족을 위해서는 토양오염이 소유자 등의 행위에 의한 것이 아니라는 것으로는 충분하지 않으며, 특정한 자의 행위가 원인이라는 증거가 있어야 한다. (ii)의 요건과 관련하여서는, 원인이자가 토양정화비용의 부담을 감당할 능력이 없는 경우에는 (ii)의 요건을 충족하지 못한 것으로 판단될 수 있을 것이다. (iii)의 요건을 따로 둔 까닭은 원인이자에 대한 정화명령에 따라 조치를 실시할 경우 그 조치의 수준이 건강피해를 방지하기 위하여 필요한 한도로 한정될 것이고, 소유자 등의 토지 이용에 장애를 줄 우려도 있다는 등의 이유로, 원인이자가 정화조치명령에 따라 정화조치를 실시하도록 하는 방법 이외에, 소유자 등이 직접 정화를 실시한 후 법령에 따른 정화조치명령의 범위 안의 비용을 원인이자에게 구상할 수 있는 방법을 택할 수 있도록 인정된 취지라고 할 수

그 둘째는 비록 연방헌법재판소의 결정이나 연방토양보호법의 입법취지와는 모순되는 판결이기는 하나 2007. 11. 8. 베를린-브란덴부르크 고등행정법원(OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 8. 11. 2007) 판결에서와 같이 “원인자 → 원인자의 포괄승계인 → 토지소유자” 등으로 순위를 정하는 방안이 그것이다.¹⁵⁾ 영국의 경우에도 기본적으로는 토양오염을 발생시킨 자에게 1차적인 책임을 지우고, 적절한 조사 실시에도 불구하고 그 원인자를 찾아내지 못할 경우에는 토양오염 당시의 소유자 또는 점유자에게로 그 책임을 이전시키도록 함으로써, 이와 유사한 방식을 취하고 있다.¹⁶⁾

개정 시행령이 행위책임자에게 정화조치명령을 우선적으로 내리는 것을 원칙으로 규정한 까닭은 앞서 예시한 여러 고려요소, 즉 (i) 토양오염물질의 종류·양·특성, (ii) 토양오염관리대상시설의 소유·점유 또는 운영 기간, (iii) 토양오염관리대상시설의 소유·점유 또는 운영을 통하여 얻은 이익, (iv) 토양정화로 인한 이익의 귀속, (v) 토양환경평가의 실시, 그 밖에 토양오염의 방지를 위한 주의의 정도, (vi) 토양정화에 드는 비용을 감당할 능력이 있는지 여부, (vii) 토양오염이 발생한 토지로의 출입 가능성 또는 용이성, (viii) 정화책임자 간의 약정 내용 등을 종합적으로 고려하다 보면, 통상적으로는 행위책임자에게 정화조치명령을 내리게 되는 경우가 많을 것이라는 점, 그리고 일반국민의 법감정과 아울러 현행 토양정화 관련 행정실무상으로 행위책임자가 존재하는 것이 분명한 사안에서는 거의 대부분 행위책임자에게 정화조치명령을 내리고 있다는 점을 종합적으로 고려한 결과로 보인다.

우리나라가 일본과는 다른 방식으로 정화책임의 순위를 정한 배경으로는, 첫째 일본이 소유자 책임을 원칙으로 규정하고 있음에도 불구하고, 실제로 오염원인이 소유자 등 이외의 제3자의 행위에 의한 것이 분명할 경우에는 그 소유자의 이익이 없는 한 그 원인자에게 명령을 내리게 되는 것이므로, 그 적용에 있어서는 행위책임자에게 우선적인 정화책임을 지우는 것과 크게 다를 바 없다는 점이 고려된 것으로 이해된다.

그렇지만, 일본의 경우 원인자에게 정화책임을 부담시키기 위한 요건에 대한 증명 책임을 소유자 등이 부담하는 것으로 해석되는 반면, 우리나라의 경우 아래에서 보는 바와 같이 시행령 제5조의3 제2항의 규정방식을 고려할 때, 행위책임자를 비롯한

있다. 이에 관한 구체적인 내용은 박종원·김현준, 앞의 책, 153-155면 참조.

15) 이 판결의 내용에 관해서는 박종원·김현준, 앞의 책, 133-135면 참조.

16) 김성배, 영국의 토양오염법제와 그 시사점, 환경법과 정책, 제10권, 2013, 76-81면 참조.

선순위의 정화책임자 이외의 정화책임자에게 정화조치명령을 내릴 수 있기 위한 특별한 사유에 대한 증명책임을 행정청이 부담하는 것으로 해석될 가능성이 크다.

통상적으로, 토지소유자의 경우 직접적인 원인자를 규명하는 데 있어서 행정청이나 다른 정화책임자에 비하여 유리한 지위에 있다는 점, 특별한 사유에 대한 증명책임을 행정청에게 부담시킬 경우 그에 드는 시간적·경제적 부담 등으로 오염토양의 신속하고 적절한 정화가 저해될 수 있다는 점 등을 고려할 때, 토지소유자에게 증명책임을 지을 필요성도 부정할 수는 없다.

그렇지만, 토지소유자에게 정화조치명령을 우선적으로 내리는 것을 원칙으로 규정하게 되면, 우리나라의 현실상 소유자에게 우선적으로 정화조치명령을 내리도록 규정할 경우 정화조치명령에 관한 권한을 갖고 있는 지방자치단체장이 다른 원인자의 존재 여부 등에 대한 별다른 고려 없이 토지소유자에게 정화조치명령을 내림으로써 분쟁을 양산할 우려가 상존한다는 점, 헌법재판소가 “오염유발자를 찾을 수 없거나 오염유발자가 책임을 이행하지 않을 때 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 보충적으로 책임을 부담시키는 방법을 통해서도 확실하고 신속한 피해배상 및 토양정화라는 입법목적달성할 수 있다.”고 명시적으로 실시하였음¹⁷⁾에도 불구하고 이와 달리 순위를 정할 경우 또 다른 위헌 논란이 부딪힐 수 있다는 점¹⁸⁾ 등을 고려하여, 시행령은 행위책임자를 우선순위에 놓는 방안을 택한 것으로 보인다. 그러나 토지소유자의 적극적 협조 없이는 원인자 규명이 곤란한 현실을 감안할 때 토지소유자의 적극적인 협조를 유도할 수 있는 방안의 모색이 요구된다 할 것인데, 이에 관해서는 후술하는 바와 같이 예외 조항을 통하여 적절히 반영하고 있다고 할 수 있다.

17) 헌법재판소 2012. 8. 23.자 2010헌바167 결정.

18) 소유자 등이 2차적, 보충적 책임을 갖는다고 하더라도 확실하고 신속한 피해배상 및 토양정화라는 입법목적달성을 크게 손상하지 않을 것이라는 견해로 김홍균, 토양환경보전법상 오염원인자 조항의 위헌성과 위헌성 제거방안, 환경법연구, 제35권 제1호, 2013, 221-222면 참조. 이에 반하여 상대책임과 행위책임이 동위(同位)에 있다고 보아야 하며, 그것이 최소침해성원칙에 반하는 것은 아니라는 취지의 견해로는 김현준, 앞의 논문(주 7), 587-589면 참조.

Ⅲ. 토양정화조치명령의 대상자 선택에 관한 예외

1. 후순위 정화책임자에 대한 정화조치명령

시행령 제5조의3 제2항에 따르면, 아래에서 보는 바와 같이 일정한 사유가 있는 경우에는 이러한 원칙에 구애됨 없이 후순위의 정화책임자에게 정화조치명령을 내릴 수 있다.

제5조의3 (둘 이상의 정화책임자에 대한 토양정화등의 명령) ② 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 제1항 각 호의 순서 중 후순위의 정화책임자 중 어느 하나에게 선순위의 정화책임자에 앞서 토양정화등을 명할 수 있다.

1. 선순위의 정화책임자를 주소불명 등으로 확인할 수 없는 경우
2. 선순위의 정화책임자가 후순위의 정화책임자에 비하여 해당 토양오염에 대한 귀책사유가 매우 적은 것으로 판단되는 경우
3. 선순위의 정화책임자가 부담하여야 하는 정화비용이 본인 소유의 재산가액을 현저히 초과하여 토양정화등을 실시하는 것이 불가능하다고 판단되는 경우
4. 선순위의 정화책임자가 토양정화등을 실시하는 것에 대하여 후순위의 정화책임자가 이의를 제기하거나 협조하지 아니하는 경우
5. 선순위의 정화책임자를 확인하기 위하여 필요한 조사 또는 그 밖의 조치에 후순위의 정화책임자가 협조하지 아니하는 경우

제1항에서 정하고 있는 행위책임자 우선의 원칙에도 불구하고, 행위책임자를 알 수 없거나, 알 수 있다 하더라도 자력이 부족하여 정화조치명령을 이행할 능력이 없거나, 행위책임자라고 하더라도 토양오염에 기여한 정도가 극히 미미한 경우, 행위책임자 등이 토양정화를 실시하는 것에 관하여 후순위에 있는 현재 토지소유자가 반대하거나 협조하지 아니하는 경우, 또는 행정청이 행위책임자를 포함한 선순위의 정화책임자를 확인하기 위하여 실시하는 조사 등에 대하여 현재 토지소유자 등이 협력하지 아니하는 경우에는 후순위의 정화책임자에게 먼저 정화조치명령을 내릴 수 있도록 한 것이다.

2. 평가

(1) 예외 사유에 있어서의 정화조치명령 대상자의 선택

시행령 제5조의3 제2항의 문언상으로 각 유형의 예외사유에 해당할 경우 행정청은 후순위의 정화책임자 중 “어느 하나”에게 선순위의 정화책임자에 앞서 토양정화등을 명할 수 있다고 규정하고 있는바, 문리적 해석에 의존할 경우 행정청은 각 예외사유에 해당하면 제1항에서 정하고 있는 순서와 무관하게 정화조치명령의 대상자를 택할 수 있게 된다. 극단적으로는 1순위의 정화책임자를 확인할 수 없으면 최후순위의 정화책임자에게 곧바로 정화조치명령을 내릴 수도 있는 결과가 되는 것이다.

그러나 동 조항의 도입취지를 고려할 때, 행정청으로서는 각 유형의 예외사유에 해당한다고 판단될 경우 그 다음 순위의 정화책임자에게 정화조치명령을 내리는 것으로 해석하는 것이 합목적적이라 할 것이며, 차제에는 “후순위의 정화책임자 중 어느 하나에게”라고 규정할 것이 아니라 “그 다음 순위의 정화책임자에게”라고 규정함으로써 불필요한 해석상 논란의 여지를 제거하여야 할 것이다.

(2) 예외사유의 유형

(가) 정화책임자를 확인할 수 없는 경우

제1호에 해당하는 사유, 즉 선순위의 정화책임자를 확인할 수 없는 경우 후순위 정화책임자에게 정화조치명령을 내릴 수 있도록 하는 것에 대해서는 너무나 당연한 것으로 누구도 이에 대하여 이견이 없을 것으로 판단된다. 일본의 경우 소유자 책임을 원칙으로 규정하는 방식을 취하고 있기는 하나, 오염원인이 소유자 등 이외의 자의 행위에 의한 것임이 분명한 경우에는 그 소유자의 이의가 없는 한 그 원인에게 명령을 내리도록 하고 있음에 비추어보더라도 이는 그 설득력을 얻을 수 있다고 할 것이다. 아울러 영국에서도 오염원인자를 확인할 수 없는 경우 소유자 또는 점유자에게로 책임이 이전시키도록 하고 있음은 전술한 바와 같다.¹⁹⁾

다만, 위 제1호는 선순위의 정화책임자를 확인할 수 없는 경우로 “주소불명”만을 규정하고 있으나, 이는 선순위의 정화책임자를 확인할 수 없는 경우에 대한 하나의

¹⁹⁾ See Environmental Protection Act 1990, Part II(A), Art. 78F(4).

예에 그치는 것으로 보아야 할 것이며, 인과관계의 불명 등으로 그 행위책임자를 확인할 수 없는 경우도 당연히 이에 포함되는 것으로 해석하여야 할 것이다.

(나) 선순위의 정화책임자의 귀책사유가 매우 적은 경우

제2호에서는 선순위의 정화책임자가 있더라도 그 자가 후순위의 정화책임자에 비하여 해당 토양오염에 대한 귀책사유가 매우 적은 것으로 판단되는 경우 후순위 정화책임자에게 조치명령을 내릴 수 있도록 하고 있다.

이를 법문 그대로만 해석한다면, 자신이 발생시킨 오염의 정도와는 관계없이 토양오염 발생에 대한 고의 또는 과실이 없거나 혹은 경과실에 그치는 경우에는 선순위의 정화책임자가 있더라도 보다 귀책사유가 큰 후순위의 정화책임자가 있다면 그에게 정화조치명령을 내려야 한다는 취지로 읽힌다. 토양정화책임은 경찰책임의 본질상 고의나 과실 등의 귀책사유를 요구하지 않는 무과실책임의 성격을 갖는 것으로 이해되고 있으며, 이는 개정법에서도 동일한 것으로 보아야 할 것인바, 설령 무과실의 경우 정화책임자가 될 수는 있다고 하더라도 그 대상자 선택의 우선순위에 있어서는 후순위에 위치한다는 것으로 이해된다.

물론 귀책사유의 정도에 따라 이와 같은 우선순위 설정을 부여하여야 할 필요성에 대해서도 공감할 수 있다. 그렇지만, 토양오염의 특성상 더욱 필요한 것은 “귀책사유가 매우 적은 것으로 판단되는 경우”가 아니라 “토양오염에 기여한 정도가 매우 적은 것으로 판단되는 경우”이다. 즉, 정화책임자의 귀책사유의 유무나 정도와 관계없이도, 토양오염의 누적적·만성적·계속적 특성에 비추어 현재 상태의 토양오염 수준에 비추어 볼 때, 그 행위책임자가 그에 기여한 정도가 극히 미미하기 때문에 그에게 토양오염 전체에 대한 책임을 지우는 것이 지나치게 가혹한 것으로 판단되는 경우가 있을 수 있다.

제1호의 정화책임자 유형 중에서도 실질적으로는 토양오염의 발생에 대하여 극히 일부분만 기여한 자가 있을 수 있고, 제2호의 정화책임자 유형 중에서도 장기간 동안 자신이 소유하고 있는 시설에서 토양오염이 발생하거나 발생할 우려가 있음을 인식하면서도 이를 방치한 자가 있을 수 있을 것인데, 이에 관하여 예외를 인정하지 않을 경우에는 제1호의 정화책임자가 토양정화조치명령의 대상이 되는 결과가 초래될 수 있는 것이다.

미국에서는 소량 배출에 관하여 아예 정화책임을 면제하고 있음을 확인할 수 있다. 미국 브라운필드법²⁰⁾에 의하면, “자기 소유의 유해물질을 다른 당사자가 소유·운영·보관하고 있는 시설에서 처리 또는 취급하기 위하여 계약을 체결하였거나 당해 시설로 운반하기 위하여 운송인과 계약을 체결한 자, 그리고 유해물질을 자기가 선택한 처리 또는 취급 시설 등으로 운반하기 위하여 수령한 자”는 처리 또는 취급된 당해 유해물질의 총량이 일정량 이하, 즉 액체의 경우 110갤런 이하, 고체의 경우 200톤 이하임을 입증할 수 있고, 당해 처리·취급·운송의 전부 또는 일부가 2001년 4월 1일 이전에 이루어졌음을 입증할 수 있는 경우, 우선정화대상부지목록(National Priority List: NPL)에 등록된 부지의 정화비용과 관련한 CERCLA상의 책임²¹⁾을 면한다.²²⁾

생각건대, 동 규정의 해석을 통하여 토양오염에 대한 기여도가 매우 적은 경우까지도 이에 포함되는 것으로 넓게 해석하는 것이 바람직할 것이며, 만약 이러한 해석이 곤란하다면 이를 명시하여 입법적으로 해결하는 방안을 강구하여야 할 것이다.

(다) 선순위의 정화책임자가 부담하여야 하는 정화비용이 과다한 경우

제3호는 “선순위의 정화책임자가 부담하여야 하는 정화비용이 본인 소유의 재산가액을 현저히 초과하여 토양정화등을 실시하는 것이 불가능하다고 판단되는 경우”를 들고 있다.

이와 같은 경우 예외를 인정할 필요성을 인정할 수는 있으나, 동 규정은 정화비용이 본인 소유의 재산가액을 현저히 초과할 것까지 요구하고 있다는 점에서 예외의 범위를 지나치게 제한한 것으로 판단된다. 정화비용이 본인 소유의 재산가액을 현저히 초과하는 경우는 법 제10조의4 제5항에 따른 비용지원사유에 해당하는 것이며, 그에 따라 해결하여야 할 부분이지, 정화조치명령 대상자의 선택에 관하여 반드시 직결되어야

²⁰⁾ 정식 명칭은 중소기업 책임 경감 및 브라운필드 활성화에 관한 법률(Small Business Liability Relief and Brownfields Revitalization Act)이다. Pub. L. No. 107-118 Stat. 2356 (2002). 이에 관한 구체적인 내용은 拙稿, 미국의 브라운필드 문제와 그에 대한 법적 대응: 브라운필드법을 중심으로, 환경법연구, 제29권 제3호, 2007, 227면 이하 참조.

²¹⁾ 42 U.S.C. §9607(a).

²²⁾ 42 U.S.C. §9607(o)(1). 다만, 대통령이 정보제출요구에 응하지 않았거나 시설에서의 대응조치(response action) 및 자연자원복원조치의 실시를 작위 또는 부작위에 의해 방해하였거나 방해하고 있다고 결정한 자, 면책이 적용될 수 있는 행위와 관련하여 형사상 유죄판결을 받은 자 등은 면책대상에서 제외된다. 42 U.S.C. §9607(o)(2).

하는 것은 아니다. 선순위 정화책임자의 자력부족 등으로 원활한 토양정화가 곤란한 사정이 있다면, 반드시 그 정화비용이 재산가액을 현저히 초과하는 등의 가중적인 사유가 없더라도, 후순위의 정화책임자에게 토양정화명령을 내릴 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.

일본의 경우에는 원인자에게 조치명령을 내릴 수 있는 요건 중의 하나로 “원인자에게 조치를 강구하게 하는 것이 상당하다고 인정될 것”을 들고 있는데,²³⁾ 원인자가 정화비용 부담을 감당할 능력이 없는 경우라면 위 요건을 충족하지 못하게 되고, 결국 토지소유자에게 정화조치명령을 내릴 수 있는 것으로 해석되고 있는데, 정화비용 부담을 감당할 능력이 없다는 것이 반드시 본인 소유의 재산가액을 현저히 초과하는 경우만으로 한정되는 것은 아니라 할 것이다.

(라) 선순위의 정화책임자가 토양정화등을 실시하는 것에 대하여 후순위의 정화책임자가 이의를 제기하거나 협조하지 아니하는 경우

토지소유자의 적극적 협조 없이는 원인자 규명이 곤란한 현실을 감안할 때 토지소유자의 적극적인 협조를 유도할 수 있는 방안이 요구되는데, 우리나라의 경우 일본과 달리 토지소유자를 후순위의 정화책임자로 규정하고 있음을 고려할 때, 더욱 토지소유자의 적극적 협조를 이끌어낼 수 있는 규정이 필요하다.

이에 따라, 제4호는 현재 토지 소유자 등이 다른 정화책임자에 의한 토양정화에 대하여 이의를 제기하거나 협조하지 아니하는 경우 후순위의 정화책임자에게 정화조치명령을 내릴 수 있도록 하고 있다. 여기에서 협조하지 아니하는 경우에는 정화책임자가 토양정화를 위하여 해당 토지에 출입하는 것을 토지소유자가 방해하는 경우 등을 고려할 수 있을 것이다. 즉, 선순위의 정화책임자를 찾아내었고 그에게 정화조치명령을 내렸음에도 불구하고 현재 토지소유자가 그에 의한 토양정화에 대하여 이의를 제기하거나 출입을 저지하는 등 방해하는 경우에는 행정청으로서의 실령 후순위의 정화책임자를 찾아내더라도 현재 토지소유자의 협조를 기대하기 어려울 것이므로, 곧바로 현재 토지소유자에게 정화조치명령을 내릴 수 있도록 한 것으로 이해된다. 현행법상 토지소유자의 협조를 이끌어내기 위한 장치가 미흡함을 고려할 때 이러한

23) 일본 토양오염대책법 제7조 제1항 참조.

규정의 필요성은 긍정적으로 평가된다.

아울러 토지소유자 이외의 정화책임자가 행정청의 정화조치명령에 따라 토양을 정화할 경우에는 그 비용 부담을 고려할 때 법적 정화기준인 우려기준 이하로만 토양을 정화할 것이지만, 토지소유자에 따라서는 그보다 더 안전한 수준으로 오염토양을 정화하기를 원하는 경우도 없지 않을 것인바, 동 규정에 근거하여 소유자는 행위책임자 등 선순위의 정화책임자에게 토양정화조치명령을 내리는 것에 대하여 이의를 제기함으로써 자신이 직접 토양을 정화하고 법적 정화기준 적용에 따른 범위의 정화비용을 원인자에게 구상할 수도 있을 것이다.

다만, 이와 같이 선순위의 정화책임자가 토양정화등을 실시하는 것에 대하여 후순위의 정화책임자가 이의를 제기하거나 협조하지 아니하는 경우에는 이의를 제기하거나 협조하지 아니하는 해당 후순위의 정화책임자에게 곧바로 정화조치명령을 내릴 수 있는 것으로 해석하여야 할 것이다. 예컨대, 4명의 정화책임자 甲, 乙, 丙, 丁이 존재하고 시행령 제5조의3 제1항에 따른 경우 甲(행위책임자)이 1순위, 乙(시설 운영자)이 2순위, 丙(시설 소유자)이 3순위, 丁(토지 소유자)이 4순위라고 가정할 경우, 甲에게 정화조치명령을 내리는 것에 관하여 丁이 토지 소유자로서 이의를 제기하였다면, 행정청으로서는 丁에게 곧바로 토양정화조치명령을 내릴 수 있는 것으로 해석하여야 할 것이다. 그러한 해석을 허용하지 않을 경우에는, 丁의 이의 제기 여하에 따라 행정청의 토양정화조치명령의 대상자가 甲이 될 수도 乙이 될 수도 丙이 될 수도 있게 되는 불합리한 결과가 초래될 것이다. 입법론적으로는 제4호의 경우에는 이의를 제기하거나 협조하지 아니한 “해당” 후순위의 정화책임자에게 곧바로 토양정화조치명령을 내릴 수 있도록 명시하여야 할 것이다.

(마) 선순위의 정화책임자를 확인하기 위하여 필요한 조사 또는 그 밖의 조치에 후순위의 정화책임자가 협조하지 아니하는 경우

제5호는 현재 토지 소유자 등이 행정청의 조사에 협조하지 아니하는 등의 경우에는 후순위의 정화책임자에게 정화조치명령을 내릴 수 있도록 규정한 것이다. 예컨대, 제1호의 정화책임자로 의심되는 A가 존재하고, 제2호의 정화책임자로 의심되는 B가 존재하는 경우, A가 제1호의 정화책임자임을 규명할 수 없다면 그 후순위 정화책임자인 B에게 정화조치명령을 내리는 것이 보통일 것이나, 그것이 현재 토지소유자 C가

A가 정화책임자임을 확인하기 위한 행정청의 조사에 협조하지 아니한 결과 A가 제1호의 정화책임자임을 규명할 수 없었다면, 행정청으로서 B에게 정화조치명령을 내리는 것이 아니라 그 토지소유자 C에게 곧바로 정화조치명령을 내릴 수 있다는 것이다.

제5호의 경우 역시, 제4호와 마찬가지로 협조하지 아니한 해당 후순위외의 정화책임자에게 곧바로 정화조치명령을 내릴 수 있도록 해석하여야 할 것이며, 입법론적으로는 이를 명시하는 것이 바람직하다고 본다.

IV. 토양정화자문위원회의 자문에 따른 토양정화조치명령의 대상자 선택

1. 토양정화자문위원회의 자문에 따른 공동정화조치명령

시행령 제5조의3 제3항은 이상의 기준에 따라서도 토양정화조치명령을 내릴 하나의 정화책임자를 정하기 곤란한 경우 토양정화자문위원회의 자문을 거쳐 둘 이상의 정화책임자로 하여금 공동으로 토양정화를 실시하도록 명할 수 있도록 하고 있다.

제 5 조의3 (둘 이상의 정화책임자에 대한 토양정화등의 명령) ③ 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항 또는 제2항에 따라 토양정화등을 명할 하나의 정화책임자를 정하기 곤란한 경우에는 법 제10조의9에 따른 토양정화자문위원회(이하 “위원회”라 한다)의 정화책임자 선정 및 각 정화책임자의 부담 부분 등에 대한 자문을 거쳐 둘 이상의 정화책임자에게 공동으로 토양정화등을 명할 수 있다.

이는 불가피한 경우 둘 이상의 정화책임자에게 공동으로 토양정화를 하도록 명할 필요성도 없지 아니함을 고려하여, 그러한 가능성을 열어두기 위한 취지의 것으로 이해된다. 둘 이상의 정화책임자에게 동시에 토양정화조치명령을 내리는 것은 어느 한 정화책임자가 다른 정화책임자에게 정화조치의 이행을 떠넘김에 따라 토양정화조치명령의 실효적인 이행에 크게 도움이 되지 않는다. 이는 과거 마산한국철강부지

사건을 떠올려 보더라도 확인할 수 있는 바이다.²⁴⁾ 이에 따라 토양정화자문위원회의 자문을 거친 경우에 한하여 복수의 정화책임자의 부담 부분을 제시하고 공동정화조치 명령을 내릴 수 있도록 규정한 것이다.

2. 평가

정화조치명령 발동권한을 갖고 있는 지방자치단체의 장으로서의 시행령 제5조의3 제1항의 적용을 위한 행위책임자의 규명 등에 있어서 어려움이 있을 수도 있고, 제2항에서 정하고 있는 각 호의 사유에 해당하는지 여부에 관한 판단에도 어려움이 있을 수 있을 것이다. 이러한 어려움을 돕기 위한 취지에서 법 제10조의4 제3항에서는 필요한 경우 지방자치단체의 장이 토양정화자문위원회에 자문할 수 있도록 규정하고 있다.²⁵⁾

따라서 비록 시행령 규정상으로는 “토양정화등을 명할 하나의 정화책임자를 정하기 곤란한 경우” “둘 이상의 정화책임자에게 공동으로 토양정화등을 명할 수 있다”고 규정하고 있으나, 법 제10조의4 제3항의 규정취지에 비추어 볼 때, 반드시 이에 해당하지 아니하는 경우에도 행정청의 판단으로 자문이 필요하다고 인정된다면 토양정화자문위원회에 자문할 수 있다고 보아야 할 것이며, 그리고 그 결과 역시 “둘 이상의 정화책임자에게 공동으로 토양정화등을 명”하는 것이 아니라 1인의 정화책임자에게 토양정화등을 명할 수도 있는 것이라고 보아야 한다. 다만, 시행령 제5조의3 제3항이 이를 따로 규정한 취지는 불가피한 경우 둘 이상의 정화책임자에게 공동으로 정화를 하도록 명할 필요성도 없지 아니함을 고려하여 그러한 가능성을 열어둔 것으로 이해하여야 할 것이다.

한편, 복수의 정화책임자에게 공동으로 정화할 것을 명하는 경우, 자문위원회로

²⁴⁾ 이 사건에서 마산시장은 한국철강과 부영 모두에게 정화조치명령을 내렸는데, 부영과 한국철강은 각각 한국철강 혹은 부영에게만 정화조치명령을 하면 충분함에도 불구하고 자신에게까지 정화조치명령을 한 것이 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 주장하면서 정화조치명령처분의 취소소송을 제기하였다.

²⁵⁾ 이와 같은 견지에서 오염원인자를 찾아내고 신속하게 이들 상호간 책임분담을 조정할 수 있는 기관과 조직이 만들어져야 한다는 주장이 이미 제기된 바 있다. 채영근, 기업의 환경책임에 관한 법적 고찰: 한국철강부지 오염에 대한 정화책임에 중심으로, 환경법연구, 제32권 제1호, 2010, 141면.

하여금 각 정화책임자의 부담부분에 관한 의견을 함께 제시할 수 있는 근거도 마련한 것은 긍정적으로 평가할 수 있다. 아무런 기준 없이 복수의 정화책임자에게 공동으로 정화할 것을 명하는 경우 정화비용 부담을 두고 양 당사자 간의 분쟁을 유발할 수 있고 결국 법정다툼으로 토양정화가 지연되는 결과가 초래될 수 있음을 고려할 때, 부담부분을 제시함으로써 각 당사자의 원만한 협조를 이끌어낼 수 있도록 하는 기능이 기대될 수 있다.

다만, 각각의 정화책임자 간의 종국적인 비용부담관계는 어디까지나 사법(私法)의 영역에 속하는 것으로, 행정청이 둘 이상의 정화책임자에게 그 부담부분을 명시하여 공동으로 토양정화를 실시하라고 명하였다고 하더라도, 각 정화책임자 사이에서는 구상권을 행사할 수 없게 되는 것은 아니며, 정화책임자 간의 구체적인 비용부담관계에 관하여 서로 다툴 수 있다고 할 것이다. 물론 행정청이 제시한 부담부분에 관한 의견은 법원의 판단 여하에 따라 사법적 구상관계에 있어서도 존중될 수는 있을 것이다.

V. 나오며

개정 시행령은 정화책임자가 여러 명인 경우 정화조치명령의 발동과 관련하여, 토양오염에 직접적으로 기여한 자를 우선순위로 하여 정화조치명령을 내리도록 규정하고 있다. 이와 같이 정화책임자 선택에 관한 순위를 직접 정하게 된 배경에는 헌법재판소의 결정뿐만 아니라 정화조치명령의 발동권한이 지방자치단체의 장에게 주어지고 그 전문성을 고려할 때 정화조치명령의 대상자 선택에 관한 고려요소의 나열만으로는 적절한 정화조치명령 대상자 선택을 기대하기 어렵다는 현실에 대한 고려도 크게 작용한 것으로 보인다.

이러한 현실적 고려도 일부 수긍이 되지만, 토양정화조치명령의 대상자 선택에 관한 고려요소까지도 보다 구체적으로 명시하였다더라면 하는 아쉬움이 남는다. 왜냐하면, 시행령에서 정하고 있는 순위는 어디까지나 법 제10조의4 제1항 각 호의 유형에 해당하는 정화책임자가 각기 따로 존재하는 경우에 대한 기준만을 제공할 수 있을 뿐, 동일 유형에 속하는 정화책임자가 여러 명인 경우, 예컨대 행위책임자가 여러

명인 경우 등에 있어서는 아무런 기준도 제공하지 못하기 때문이다.

그리고 이 같은 시행령 조항에 대한 위임근거를 정하고 있는 모법 제10조의4 제3항에서는 정화책임자가 둘 이상 존재하는 경우 “해당 토양오염에 대한 각 정화책임자의 귀책정도, 신속하고 원활한 토양정화 등의 가능성 등을 고려”할 것을 요구하고 있음에 비추어 볼 때, 단지 행위책임자가 상태책임자에 우선하는 방식으로 각 유형의 정화책임자 간의 순위를 정하고 특별한 사유에 해당함을 행정청이 입증하지 못하는 한 반드시 그 순서에 따라 정화조치명령을 내리도록 하는 것만으로는 모법이 규정하는 바와 같이 각 정화책임자의 귀책정도와 신속하고 원활한 토양정화 등의 가능성이 충분히 고려될 수 있을 것인지 의문이라 할 것이며,²⁶⁾ 모법에서 인정하고 있는 행정청의 재량에 대한 지나친 제한이 아닌가 생각된다. 형식상 “법규명령”에 해당하는 시행령에서 위와 같이 규정함으로 인하여, 이제는 행정청이 특별한 사유에 해당함을 증명하지 못한 채 후순위에 있는 정화책임자에게 토양정화조치명령을 내릴 경우에는 그 자체만으로 위법하게 되는 결과가 초래될 수 있는 것이다.

앞에서 논한 바와 같이, 정화조치명령의 대상자 선택에 관한 고려요소를 나열한다면, (i) 토양오염물질의 종류·양·특성, (ii) 토양오염관리대상시설의 소유·점유 또는 운영 기간, (iii) 토양오염관리대상시설의 소유·점유 또는 운영을 통하여 얻은 이익, (iv) 토양정화로 인한 이익의 귀속, (v) 토양환경평가의 실시, 그 밖에 토양오염의 방지를 위한 주의의 정도, (vi) 토양정화에 드는 비용을 감당할 능력이 있는지 여부, (vii) 토양오염이 발생한 토지로의 출입 가능성 또는 용이성, (v) 정화책임자 간의 약정 내용 등을 명시할 수 있었을 것이다. 이러한 종합적 고려요소를 정하게 되면, 각 유형의 정화책임자가 각기 따로 존재하는 경우는 물론이고 동일한 유형에 속하는 정화책임자가 여러 명인 경우에도 중요한 판단기준으로 작동하게 될 수 있을 것이다.

또한, 입법론적으로는 시행령에서 정하고 있는 토양정화조치명령 대상자의 선택에 관한 우선순위가 모든 개별·구체적인 사안에 있어서 대상자 선택에 관한 정답을 제공할 수는 없는 것임을 고려할 때, 그리고 법률에서도 정화조치명령의 대상자 선택

26) 이와 유사한 취지에서 개정 「토양환경보전법 시행령」이 행위책임자에게 우선적인 책임을 지우도록 규정한 것에 대하여 비판적인 입장을 보이는 견해로 김연태, 토양환경보전법상 정화책임자의 범위와 책임의 한계, 고려법학, 제77호, 2015, 107-108면 참조.

에 관한 사항을 대통령령으로 위임하면서 반드시 우선순위를 정하는 방식을 택할 것을 요구하고 있지는 않다는 점 등을 고려할 때, 현실적인 이유로 순위의 설정이 필요하다면 내부적인 재량권 행사준칙으로 삼으면 될 것이지만, 굳이 법규명령의 형식을 택할 필요까지 있었는가라는 의문이 남는다. 그리고 시행령에서 직접 우선순위를 정하는 방식을 택한다고 하더라도 제5조의3 제1항에서와 같이 “다음 각 호의 순서에 따라” “명하여야 한다”고 규정함으로써 행정청의 선택재량을 일의적으로 제한할 것이 아니라, “명하는 것을 원칙으로 한다” 등의 방식으로 규정함으로써 개별·구체적인 사안에서 해당 토양오염에 대한 각 정화책임자의 귀책정도, 신속하고 원활한 토양정화 등의 가능성 등을 충분히 고려하여 정화조치명령의 대상자를 선택할 수 있도록 행정청의 선택재량의 여지를 남겨두도록 하는 한편, 그에 관한 판단이 곤란한 경우 토양정화자문위원회의 자문을 거쳐 그 대상자를 택할 수 있도록 하는 것이 보다 「토양환경보전법」의 당초 입법취지에 부합하는 것이라 생각된다.

끝으로 짚어두고 싶은 것은, 이와 같이 순위를 명시하는 입법방식을 채용하였다고 하더라도, 보다 우선순위에 있는 자가 조치명령의 대상자가 되었다고 해서 그 후순위에 있는 자가 정화책임으로부터 완전히 자유로워지는 것은 아니라는 점이다. 이는 어디까지나 제1차적 영역에서의 정화조치명령의 “대상”에 관한 우선순위를 정한 것일 뿐, 제2차적 영역에서의 내부비용부담관계의 문제는 여전히 존재하는 것이다. 토양정화책임은 “연대책임”이다. 즉, 정화조치명령 대상자의 선택에 관한 순위에 따라 정화조치명령을 받고 토양정화조치를 이행한 자는 다른 정화책임자에게 정화비용을 구상할 수 있다. 그리고 행정청이 둘 이상의 정화책임자에게 그 부담부분을 명시하여 공동으로 토양정화를 실시하라고 명하였다고 하더라도, 각 정화책임자 사이에서는 구상권을 행사할 수 없게 되는 것은 아니며, 정화책임자 간의 구체적인 비용부담관계에 관하여 서로 다를 수 있다. 시행령에 따른 정화조치명령의 우선순위, 부담부분 제시 등에 관한 규정이 법 제10조의4 제4항에 따른 구상권의 행사에 영향을 미치지 아니한다고 주의적으로라도 규정하는 방안을 적극적으로 고려할 필요가 있다.

참고문헌

- 김성배, “영국의 토양오염법제와 그 시사점”, 「환경법과 정책」 제10권, 2013.
- 김연태, “토양환경보전법상 정화책임자의 범위와 책임의 한계”, 「고려법학」 제77호, 2015.
- 김현준, “경찰법상의 상태책임”, 「토지공법연구」 제22집, 2004.
- 김현준, “수인의 경찰책임자”, 「공법연구」 제35집 제3호, 2007.
- 김현준, “책임승계인의 신뢰보호와 상태책임의 한계: 헌법재판소 2012. 8. 23.자 2010헌바28 결정; 2012. 8. 23.자 2010헌바167 결정에 대한 비판적 검토”, 「공법학연구」 제14권 제1호, 2013.
- 김홍균, “토양환경보전법상 오염원인자 조항의 위헌성과 위헌성 제거방안”, 「환경법연구」 제35집 제1호, 2013.
- 박종원, “2014년 개정 「토양환경보전법」에 따른 토양정화책임조항에 대한 평가와 전망”, 「환경법연구」 제36권 제1호, 2014.
- 박종원, “미국의 브라운필드 문제와 그에 대한 법적 대응: 브라운필드법을 중심으로”, 「환경법연구」 제29권 제3호, 2007.
- 박종원, “헌법불합치결정에 따른 토양정화책임조항 입법론”, 「환경법과 정책」 제10권, 2013.
- 박종원 · 김현준, 『토양정화책임 관련 분쟁사례 분석』, 한국법제연구원, 2012.
- 서정범, “다수의 경찰책임자에 관한 법적 문제”, 「공법연구」 제24집 제2호, 1996.
- 서정범, “상태책임의 한계에 관한 고찰: 이른바 연계원칙의 종언”, 「토지공법연구」 제48집, 2010.
- 이기춘, “독일경찰법상 상태책임의 근거 및 제한에 관한 고찰: 2000년 2월 16일날 독일연방헌법재판소의 판결을 소재로 하여”, 「토지공법연구」, 제18집, 2003.
- 이기춘, “토양환경보전법의 무과실책임조항에 대한 헌법재판소 결정에 관한 소고”, 「공법연구」 제41집 제3호, 2013.
- 정하중, “경찰법상의 책임”, 「공법연구」 제25집 제3호, 1997.

채영근, “기업의 환경책임에 관한 법적 고찰: 한국철강부지 오염에 대한 정화책임을 중심으로”, 「환경법연구」 제32권 제1호, 2010.

[Abstract]

An Administrative Order to One of Responsible Parties for Cleaning up Contaminated Land

Park, Jong Won

(Assistant Professor, Pukyong National University)

Enforcement Decree of the Soil Environment Conservation Act (SECA Decree), which was amended on March 24, 2015, has provisions on who should be ordered to clean up the contaminated land, if there are more than one responsible parties. This study tried to analyze the new standard for exercising discretionary powers to issue order to whom, and provide interpretation of the provisions and their improvements.

Priority ranking and the exceptions set by the SECA Decree seem not bad. But it had been better, if it had provided on the specific relevant factors, such as the volume and toxicity of pollutant, period of possession or operation of the facility, incomes from possession or operation of the facility, the income attributable to the facility, the benefit from cleaning-up, the soil environment assessment, the ability to pay the cost of clean-up, and so on.

The priority ranking under the SECA Decree can provide no direction, where there are more than one responsible parties, belonging to the same type. And the only priority ranking and its exceptions do not seem to be enough to consider the levels attributable to each responsible party and the possibility of the quick and proper clean-up sufficiently.

주 제 어: 토양정화책임, 토양정화책임, 정화책임자, 우선순위, 선택재량, 연대책임, 토양환경보전법

Key Words: Liability for Cleaning up Contaminated Land, Responsible Party for Cleaning-up, Priority Ranking, Selective Discretion, Joint and Several Liability, SECA(Soil Environment Conservation Act)