

# 판례를 통해서 본 토지임대인에 대한 폐기물처리책임 귀속의 문제\*

이 기 춘\*\*

## 차 례

- I. 고찰의 계기
- II. 문제의 법률규정과 대상판례
- III. 토지소유자(임대인)의 건설폐기물처리책임에 관한 헌법재판소 결정의 분석
- IV. 자기책임원칙 모델의 도입시사
- V. 결론

## [국문초록]

현행 폐기물관리법은 다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허용한 경우 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자에게 - 행위책임자인 처리업자와 병렬적으로 - 방치된 폐기물의 조치명령을 내릴 수 있도록 규정하고, 건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률은 건설폐기물처리업의 허가를 받은 자에게 허가받은 사업장 부지를 임대하여 준 자에 대하여 - 처리업자보다는 후순위 즉 보충적으로 - 조치명령을 내릴 수 있도록 규정하고 있다. 이에 근거하여 과도한 액수의 비용이 소모되는 조치명령이 내려지자 근거법률인 위 법률들에 대하여 헌법재판소는 재산권의 사회적 의무를 강조하고 효과적 위협방지목적 달성을 위해서 사실상 영향력행사가 가능

\* 이 논문은 부산대학교 자유과제 학술연구비(2년)에 의하여 연구되었음. 그리고 이 논문은 한국환경법학회 2012 여수세계박람회 기념 학술대회 및 정기총회(「지속가능한 발전과 해양환경보전」)에서 발표한 글(「판례를 통해서 본 폐기물처리책임의 문제에 관한 소고」)을 논문형식으로 수정·보완한 것임.

\*\* 부산대학교 법학전문대학원 부교수.

성과 임대토지에 대한 주의의무 보유자인 토지소유자나 임대인에게 조치명령이 내려지는 것이 과잉금지원칙에 비추어 위헌이지 않다고 간주하였다. 그러나 사실상 영향력행사가능성과 주의의무에 대한 자세한 논증이 존재하지 않는다. 즉 현장의 긴급한 위험방지상황에서는 헌법상 기본의무인 협력의무에 따라 잠정적인 효과적 위험방지조치에 수인하여야 하고(제1차적 차원에서의 협력의무), 위험상황이 종료되거나 정리된 상황에서는 자기지배영역에서 안전확보의무의 위반에 대한 리스크의 부담으로서 자기결정에 따른 책임을 부담(제2차적 차원에서의 교란금지 의무 혹은 안전확보의무)하는 것이다. 즉 토지소유자인 임대인은 방치된 (건설)폐기물의 처리와 관련하여 생명, 신체 및 중대한 재산적 법익이 현장에서 긴급하게 위협받는 상황이 아닌 이상, 임대토지의 타인에 의한 사용을 허용하였다는 자기결정에 따라 계속된 타인의 이용에 관한 안전확보의무를 부담하고 그 의무의 불이행에 따른 자기지배영역에 대한 리스크로서 책임을 부담하는 것이다.

## I. 고찰의 계기

2001. 3. 28. 개정되어 2002. 1. 1. 시행된 토양환경보전법<sup>1)</sup>은 토양환경의 오염원 인자로 간주되는 자를 직접 열거하기 시작하였다. 독일경찰범이론에 따르면 이른바 행위교란자(Verhaltensstörer)로서 직접원인자라고 할 수 있는 「토양오염물질을 토양에 누출·유출시키거나 투기(投棄)·방치함으로써 토양오염을 유발한 자」에 대한 정화 및 그 처리비용의 책임을 귀속(동법 제23조 제1항, 제3항 제1호)시키는 것에서 더 나아가 - 병렬적으로 - 그 책임귀속의 범위를 확장하여 「토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자」를 포함시키고(동조 제3항 제2호), 그 토양오염관리대상시설이란 「토양오염물질을 생산·운반·저장·취급·가공 또는 처리하는 과정에서 토양을 오염시킬 우려가 있는 시

1) 이 법이 1996년 제정되었을 때 제23조에서 토양오염의 피해에 대한 무과실책임을 규정하면서, “①토양오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 오염원인자는 그 피해를 배상하여야 한다. ②오염원인자가 2인 이상 있는 경우에 어느 오염원인자에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지 알 수 없을 때에는 각 오염원인자가 연대하여 배상하여야 한다.”라 하여 오염원인자의 범위 즉 토양오염의 위험과 책임귀속자는 해석에 맡기는 태도를 취해왔다.

설·장치·건물·건축물(構築物) 및 그 부지와 토양오염이 발생한 장소를 말한다」고 정의하여(동법 제2조 제3호), 토양오염우려의 부지소유자, 점유자에게도 동법 제23조 제1항에 따른 무과실책임에 따른 비용배상 및 오염토양을 정화하여야 할 의무가 귀속 되도록 규정하고 있다. 이러한 태도는 현행 토양환경보전법에서도 유지되고 있다(제10조의 4 제1호, 제2호)<sup>2)</sup>. 이러한 토양환경오염과 관련해서는 소유자, 점유자, 운영자에게 귀속되는 정화책임 등 환경회복책임과 무과실의 비용배상책임의 법적 근거와 성격 및 범위, 그 한계에 관하여 많은 고찰이 있어왔다.<sup>3)</sup> 이러한 상황에서 우리 현재는 금년 2012. 8. 23.에 토지소유자에게 면책이나 책임제한의 가능성을 열어주는 법적 조치 없이 과도한 비용책임을 부담시킬 수 있는 구 토양환경보전법 제10조의 3 제3항 제2호는 과잉금지원칙의 위반으로 위헌이고 이에 대하여 헌법불합치선언을 하였다.<sup>4)</sup>

그러나 폐기물과 관련해서는 그 동안 연구가 계속되어 왔지만<sup>5)</sup> 토양환경오염과 비교하면 상대적으로 그 정화 및 비용책임의 귀속에 관한 논의가 많지 않았다. 필자는 그러한 상황에서 폐기물관련법령 중 「건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률」(이하

2) 현 제10조의 4가 만들어지기 전에 제10조의 3 제3항에 원인가간주규정이 있었는데, 제3호가 헌법재판소에서 헌법불합치결정을 받았다(헌재 2012.8.23., 2010헌바28 - "토양환경보전법(2004.12.31. 법률 제7291호로 개정되고, 2011.4.5. 법률 제10551호로 개정되기 전의 것)제10조의3 제3항 제3호 중 '토양오염관리대상시설을 양수한 자' 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관과 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다."). 그러나 제1호와 제2호는 그대로 존속하고 있다.

3) 이에 대해서는 너무 많은 문헌들이 존재하기에 가장 최근에 발표된 문헌들이 있어서 이들만을 열거한다. 김현준, 토양환경보전법상 정화책임의 공법적 검토, 환경법과 정책 제8권, 강원대비교법학연구소 환경법센터, 2012, 1쪽 이하; 조은래, 토양환경보전법상 정화책임의 민사법적 검토, 환경법과 정책 제8권, 강원대비교법학연구소 환경법센터, 2012, 29쪽 이하; 김성배, 소급적 토양정화책임의 위헌문제 : 미국 판례와 CERCLA상의 논의를 중심으로, 환경법과 정책 제8권, 강원대비교법학연구소 환경법센터, 2012, 55쪽 이하; 박종원, 오염토양과 폐기물의 법적 구별과 그 처리책임, 환경법과 정책 제8권, 강원대비교법학연구소 환경법센터, 2012, 99쪽 이하 참고.

4) 헌재 2012. 8. 23, 2010헌바167. 이에 대해서는 후술한다.

5) 대표적으로 김상겸, 폐기물관련법제에 관한 헌법적 고찰, 환경법연구 제26권 제3호, 2004, 26쪽 이하; 박균성, 산업폐기물처리책임체계의 재검토, 경희법학 제36권 1호, 2001, 75쪽 이하; 방극채, 폐기물의 처리책임에 관한 비교법적 연구, 전남대박사학위논문, 2008; 이주현·백윤철, 환경권과 건설폐기물의 관리와 재활용의 문제점과 개선방안에 관한 研究, 토지공법연구 제24집, 2004, 617쪽 이하; 정 훈, 자원절약과 환경친화적인 폐기물처리를 위한 폐기물법의 규율방향, 환경법연구 제24권 제1호, 2002, 180쪽 이하; 조홍식, 폐기물관리법상 사업장 폐기물 배출사업자의 법적 책임, 환경법연구 제26권 제2호, 2004, 255쪽 이하; 채영근, 폐기물 관련 법령체계의 문제점 및 개선방안, 환경법연구 제31권 2호, 2009, 146쪽 이하 등 참고.

‘건설폐기물법’이라고 칭함)에서 건설폐기물처리업의 허가를 받은 자에게 사업장 부지를 임대하여 준 토지소유자가 방치된 폐기물의 처리책임을 부담한다는 규정에 따라 임대인에게 귀속되는 책임의 근거와 본질에 관한 문제점을 발견하고 그에 관한 소고(小考)를 2009년에 논문으로 발표한 바 있다.<sup>6)</sup> 그 이후 2010. 5. 27.에 헌법재판소에서, 앞 논문의 고찰계기를 제공하기도 하였던 수원지방법원의 2007. 5. 3. 2006구합 5589판결[폐기물조치명령취소청구 대상사건이 헌법소원으로 다루어져, 근거법률인 건설폐기물법과 모법인 폐기물관리법상 토지임대인에 대한 방치된 (건설)폐기물의 정화나 비용책임귀속에 관한 법률규정의 위헌소원에 관한 심판이 행해졌다.

이 글은 폐기물 자체가 다른 환경오염원과 비교하여 책임법에서 어떤 특별한 취급을 받아야 하는가에 대한 것은 아니다. 오염의 간접원인자에 불과한 토지임대인에게 방치된 폐기물의 처리책임이나 비용책임이 귀속되는 문제점의 확인과 그 해결책 즉 대안설정에 초점을 맞춘 것이다. 특히 폐기물 중 건설폐기물과 관련된 위 판례들을 대상으로 하여, 우리 사법부가 현 폐기물법체에서 임대인인 토지소유자에 대하여 귀속되는 책임의 성격을 어떻게 평가하고 있는지를 비판적 시각으로 검토하고, 그 책임에 관한 중요한 시사점을 던져 보는 것이 연구의 주된 목표이다.

## II. 문제의 법률규정과 대상판례

### 1. 건설폐기물법상 부지임대인과 폐기물관리법상 토지소유자의 책임에 관한 규정과 입법태도

위 수원지방법원의 2007년 판결이 이루어지기 전 2005. 1. 1.부터 시행된 건설폐기물법은 2007년 이전 구법 제41조에서 건설폐기물처리업자에게 방치폐기물의 예방조치를 취하도록 명한 다음, 공제조합에 가입하여 분담금을 납부하거나 보증보험에 가입하도록 하여 이행보증조치를 취하도록 하고(구법 제42조), 이러한 이행보증조치를

6) 이기춘, 건설폐기물과 토지소유자의 처리책임에 관한 소고, 환경법연구 제31권 제3호, 2009, 149쪽 이하.

취한 자가 부도나 허가취소로 영업활동을 중단한 경우나 그밖에 불가피한 사유로 인하여 90일 이상 조업을 중단한 경우에 1차적으로 당해 건설폐기물처리업자에게 방치폐기물의 처리를 명하고(구법 제43조), 이러한 처리가 없는 경우에 2차적으로 처리업자의 처리책임을 승계한 자(구법 제44조 제1~4호) 특히 그 중 건설폐기물처리업의 허가를 받은 자에게 허가받은 사업장 부지를 임대하여 준 자(제1호)에게 방치폐기물의 처리를 명하도록 규정하였다(구법 제45조)<sup>7)</sup>. 그리고 3차적으로 방치폐기물의 처리이행보증 주체인 공제조합이나 보증보험업자에게 처리명령을 내리는 것으로 규정하고 있었다(구법 제46조)<sup>8)</sup>.

그런데 본 논문에서 문제시하는 위 수원지법 판례 이후 2009. 6. 9. 건설폐기물법은 위 방치폐기물의 처리책임을 승계규정(구법 제44조)을 삭제하고, 제45조를 전문개정하여 처리책임이 승계되는 것이 아니라 허가처리업자가 방치폐기물처리를 이행하지 않을 경우 '자신'의 책임으로 처리명령의 수범자가 되는 것으로 규정하기에 이르렀고, 이 태도는 현행 건설폐기물에서도 유지되고 있다. 즉 처리업자의 1차적 처리책임을 '승계'하는 2차적 책임자가 아니라 '자신'의 법적 책임으로 개정한 것이다. 단 아래 폐기물관리법상 토지소유자의 책임과는 달리 건설폐기물처리업자에 대한 보충적 지위를 인정하고 있다<sup>9)</sup>.

더 나아가 이러한 건설폐기물법의 일반법에 해당하는 폐기물관리법은 수원지법의 판결 당시 폐기물처리에 대한 조치명령의 수범자로 "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 허용한 경우<sup>10)</sup> 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자"를 열거하면서 제3호에서 위 건설

7) 특히 구 건설폐기물법 제44조 (방치폐기물 처리책임을 승계) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 제41조 제1항의 규정에 의하여 조치를 이행하여야 하는 자의 방치폐기물의 처리책임을 승계한 것으로 본다.

1. 제21조 제4항의 규정에 의한 건설폐기물처리업의 허가를 받은 자에게 허가받은 사업장 부지를 임대하여 준 자

8) 이에 대해 자세한 것은 이기춘, 위의 논문, 154~155쪽 참조.

9) 대표적으로 박균성·함태성, 환경법, 제5판, 박영사, 2012, 544쪽 참고.

10) 하급심 판례는 "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 아니다."라고 한다(부산고법 2003. 10. 24. 2003누2731). 이에 대해서는 박균성·함태성, 앞의 책, 506쪽.

폐기물 부지임대인에 해당하는 토지소유자의 책임을 규정해놓고 있었다(구법 제45조).

이 규정은 2010. 7. 23. 전문개정 되었는데 특히 폐기물처리의 조치명령의 수범자로 “1. 폐기물을 처리한 자, 2. 제17조 제1항 제3호에 따른 확인을 하지 아니하고 위탁한 자, 3. 폐기물을 직접 처리하거나 다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허용한 경우 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자”(제48조로 이동)라고 하여 직접 원인자로서 행위책임자인 제1호를 「폐기물을 처리한 자」로 단순화한 이외에 여기서 중요한 제3호의 토지소유자 책임규정은 그대로 유지되고 있으며, 이는 2013. 6. 2. 시행될 미래의 폐기물관리법 안에서도 동일하다.

폐기물관리법은 직접원인자로서 행위책임자라고 볼 수 있는 폐기물을 처리한 자와 비교하여 그 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자에게 보충적 지위를 부여하지 않는다. 행정청은 효과적인 폐기물관리를 위하여 필요한 위치에 있는 사람을 선택할 수 있는 재량을 부여한 것으로 보인다<sup>11)</sup>. 또한 건설폐기물법은 공제조합이나 보증회사를 최후의 3차적 책임귀속자로 규정하고 있는데 반하여, 폐기물관리법은 과거나 현재도 마찬가지로 1차적 책임귀속자로 규정하는 차이점을 보여주고 있다(동법 제43조의 2 제3항). 결론적으로 건설폐기물법은 부지임대인의 책임을 보충적으로 인정하는 태도를, 폐기물관리법은 토지소유자의 책임을 행위책임자이자 직접원인자인 폐기물 처리자와 병렬적 선택관계에 두는 태도를 취한다.

## 2. 수원지법 2007. 5. 23, 2006구합5589 판결사건

이 사건은 원고 이○○, 홍○○ 등이 경기도 화성시장을 피고로 하여 폐기물조치명령의 취소를 구한 사건이다. 원고들의 청구는 기각되었다. 판결문에서 살펴볼 수 있는 폐기물조치명령이라는 행정처분의 경위는 아래와 같다.

가) 마○기업 주식회사(이하 '소외 회사'이라 한다)는 1997. 8. 1. 땅 홍○○와 사이에 동인 소유의 화성시 마도면 슬항리 220-4 옆전 12,707㎡, 같은 리 220-90 구거 952㎡, 같은 리 220-92 옆전 25,241㎡, 같은 리 220-95 제방 347㎡, 같은 리 220-96 잡종지 1,891㎡, 같은 리 220-101 잡종

11) 이에 대해서는 박균성·함태성, 앞의 책, 504~506쪽 참고.

지 1,202㎡(이하 '이 사건 토지'라고 한다)에 대하여 계약기간을 2000. 7. 30.까지로 정하여 임대차 계약을 체결하고 피고로부터 건설폐기물중간처리업 및 수집운반업 허가를 받아 위 토지상에서 건설폐기물처리업을 영위하였다.

나) 망 홍○○가 2000. 1.경 사망하고 원고들이 이 사건 토지를 공동으로 상속하였다.

다) 피고는 2004. 3. 20. 소의 회사에 대한 건설폐기물중간처리업 및 수집운반업허가를 취소하였는데, 소의 회사는 같은 해 4. 8. 수원지방법원에 영업허가취소처분의 취소를 구하는 소를 제기하면서 집행정지를 신청하였고, 같은 달 16. 위 신청이 인용되었다. 그러나 최종적으로 2005. 11. 25. 소의 회사의 청구를 기각하는 판결이 선고되면서 위 집행정지결정도 취소되었고, 위 판결은 같은 해 12. 27. 그대로 확정되었다.

라) 피고는 2006. 1. 10.경 소의 회사에 대하여 같은 해 3. 2.까지 이 사건 토지에 방치된 폐기물 전량에 대하여 적정조치하도록 조치명령을 하였고, 소의 회사가 이를 이행하지 않자 2006. 4. 4. 토지 소유자인 원고들에게 소의 회사의 영업허가 취소로 발생된 방치폐기물에 대하여 그 처리책임을 승계한 자로서 같은 해 6. 3.까지 이 사건 토지에 방치된 폐기물 전량에 대하여 적정처리하도록 조치명령을 발하는 이 사건 처분을 하였다.

이러한 행정처분과 관련하여 토지임대인인 원고들은 대상 행정처분에는 아래와 같은 위법사유들이 있음을 주장하였다.

(1) 이 사건 처분의 근거가 되는 건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률은 2003. 12. 31. 공포되어 2005. 1. 1.부터 시행되고 있고, 폐기물관리법 제45조는 1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정되어 같은 해 8. 9.부터 시행되고 있는데, 이 사건 토지에 대한 임대차계약은 1997. 8. 1. 체결되었으므로 이 사건 처분은 소급입법에 의한 재산권박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항에 위반한 것이다.

(2) 이 사건 토지의 시가는 6억 5천만 원에 불과한 반면, 이 사건 처분에 따른 처리비용은 15억 원에 달한다는 점에 비추어 이 사건 처분은 제량권을 일탈하였다.

(3) 피고의 감독소홀로 인하여 기준량을 초과한 폐기물이 발생하였음에도 그 제거책임을 토지 소유자인 원고들에게만 지우는 것은 위법하다.

(4) 원고들은 2003. 소의 회사의 요구에 따라 주식회사 마도환경개발과 사이에 이 사건 토지에 관하여 임대차계약을 체결함으로써 소의 회사와 사이의 임대차계약은 해지되었고, 그 후 주식회사 마도환경개발과의 임대차계약도 해지되었음에도, 소의 회사와 사이에 임대차계약관계가 존속한다는 전제 하에서 내려진 이 사건 처분은 위법하다.

(5) 소의 회사는 건설폐기물처리를 보증하는 공제조합에 가입하였으므로 공제조합에 먼저 이 사건 토지에 적재된 폐기물의 처리를 명하여야 함에도 그러한 조치 없이 원고들에게 내려진 이 사건 처분은 위법하다.

정리하자면, ① 소급입법에 의한 재산권박탈금지원칙에 위반한 처분이고, ② 과잉

금지원칙을 위반한 재량권 일탈의 처분이고, ③ 법률규정에 따라 토지소유자인 임대인에게만 책임을 지우고 감독을 소홀히 한 행정청 화성시장에게는 책임을 묻지 않는 것은 위법하며, ④ 처분의 전제인 임대차계약관계는 해제되었고, ⑤ 공제조합에게 먼저 책임을 묻지 않는 것도 위법하다는 것이다.

이에 대하여 수원지방법원은 ① 소급입법문제에 대하여 직접적으로 언급은 안 하였지만, '부진정' 소급의 문제이므로 원고들의 그 주장은 전혀 이유가 없고<sup>12)</sup>, ③ 행정청인 피고는 소외 회사에 7회에 걸쳐 경고처분, 조치명령, 영업정지에 갈음한 과징금 처분 등을 하였으므로 감독소홀로 인한 폐기물발생이라는 주장에는 이유가 없으며, ④ 본 사건과 관련하여 임대차계약이 묵시적으로 갱신되어 계속된 것으로 간주되므로 또한 다른 전제에 선 원고들의 주장에는 이유가 없고, ⑤ 공제조합을 우선적으로 처리명령의 상대방으로 삼아야 한다는 주장에는 당시 건설폐기물법 제46조 제1항에 따른 공제조합은 건설폐기물처리업자, 여기 토지소유자 등에 의한 처리가 없을 경우에 보충적·최종적으로 책임을 지는 것으로 규정되어 있으므로 다른 전제에 선 원고들의 주장은 역시 이유 없다고 판단하여 전체적으로 취소소송을 기각하였다<sup>13)</sup>.

특히 ②와 관련하여, 수원지방법원은 아래와 같이 판결이유를 밝혔다.

(2) 이 사건 처분에 따른 처리비용이 토지가격에 비하여 과도하다는 주장에 대한 판단

갑 제8, 9호증, 을 제10호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 토지의 2006. 1. 1.자 공시지가가 6,982,046,000원(952m<sup>2</sup>+1,891m<sup>2</sup>+347m<sup>2</sup>+25,231m<sup>2</sup>+12,707m<sup>2</sup>)×165,000원 + 1,202m<sup>2</sup>×163,000원인 사실, 이 사건 토지 등(폐기물은 이 사건 토지가 아닌 화성시 마도면 슬항리 220-130 토지상에도 일부 적재되어 있다)에 적재된 폐기물을 처리하는 데에 2,419,749,690원 상당이 소요될 것으로 예상되는 사실을 인정할 수 있는바, 이러한 사실만으로는 이 사건 처분이 토지가격에 비하여 그 비용이 과다하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

즉 원고들이 주장한 토지의 시가 6억 5천만 원은 잘못된 것이고 공시지가만 해도 70억 원에 가깝고, 폐기물 처리에 소요될 예상비용은 24억여 원에 불과하므로, 이 정도로 재량권의 일탈·남용을 인정하기는 어렵다는 판단이다. 이러한 금전적인 이해관

12) '부진정' 소급입법의 법리에 대해서는 대표적으로 홍정선, 행정법원론(상), 제20판, 박영사, 2012, 99~100쪽 참고.

13) 방치폐기물의 처리이행보증 주체에 대한 조치에 대해서는 박균성·함대성, 위의 책, 545쪽 참고.

계의 발생으로 말미암아 과잉금지원칙에 반하는 행정처분이라고 보기 곤란하다는 의미이다. 결국 위와 같은 조치명령이라는 행정처분에 대한 원고들의 취소소송은 기각으로 종결되었다. 근거법률조항들의 위헌여부에 대한 직접적 판단은 이 판결에는 등장하지 않는다. 부수적인 판단을 제외하면 단순히 과잉금지원칙의 위반여부를 심사하여 그 위반이 없음을 판단하였을 뿐이다. 물론 법률조항의 위헌성문제는 아래와 같이 수원지법이 위헌심판제청을 기각함으로써 헌법재판소로 넘어가게 되었다.

### 3. 현재결 2010. 5. 27, 2007헌바53 전원재판부 결정사건

위 취소소송의 원고들은 위 소송의 계속 중 구 「건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률」 제44조 제1호, 구 「폐기물관리법」 제45조 제1항 제3호가 헌법상 보장된 청구인들의 재산권 및 사적 자치권을 침해한다고 주장하면서 위 법률조항들에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 법원은 2007. 5. 23. 당해 사건과 함께 이 신청을 기각하였다. 이에 위 취소소송의 원고들은 2007. 6. 7. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 헌법재판소는 심판대상을 구 건설폐기물법 제44조 제1호가 아니라 제1호에서 정한 바에 따라 처리책임을 승계한 자에 대한 방치폐기물처리를 명하여야 한다는 제45조 제1항과 구 폐기물관리법 제45조 제1항 제3호(“다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허용한 경우 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자”)에서 “다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허용한 경우”에 관한 부분의 위헌 여부로 확정하였다.

① 앞에서 수원지방법원이 위헌제청신청을 기각하면서 제기한 이유는 아래와 같다.

건설폐기물처리업의 허가를 받은 자 또는 폐기물의 수집·운반·보관 또는 처리를 한 자가 폐기물을 방치하는 경우에 국가 또는 지방자치단체의 책임으로 돌려 결과적으로 국민 또는 주민 전체의 부담으로 지우는 것보다는 토지소유자에 대하여 그 처리에 대한 책임을 지우는 것이 **책임의 원칙에 비추어 타당하고, 폐기물 불법 처리가 예방되는 효과<sup>14)</sup>**도 가져올 수 있으므로 토지소유자

14) 수원지방법원은 책임의 원칙이 공법에서 어떤 내용과 본질, 한계를 갖는지에 대하여 전혀 구체화하지 않고 기준으로 삼아 이에 비추어 타당하다고 하고 있으며, 국가나 지방자치단체보다 토지임대인에게

에 대한 재산권 제한의 필요성이 인정된다. 나아가 토지소유자가 지는 책임은 보충적이고, 토지를 임대하거나 그 사용을 허락한 경우에만 발생하는 점 등에 비추어 보면 기본권의 본질적인 내용이 침해되었다고 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항들이 국민의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

② 위 행정소송의 원고들은 여기서 청구인들(이제 '청구인'이라 한다)이 되어 아래와 같이 주장하였다. 즉 자신의 귀책사유가 전혀 존재하지 않는 토지소유자이자 임대인인 청구인들에게 조치명령을 발하도록 근거지우는 위 법률조항들은 사유재산권 보장과 사적 자치권 보장의 헌법내용을 위반하고 있다는 주장이다.

이 사건 법률조항들은 단지 사업장을 임대하여 주었을 뿐 폐기물 방치에 대해서는 전혀 귀책사유가 없는 사업장 부지 소유자(임대인)에게 그 방치된 폐기물처리 등의 조치명령을 내리도록 규정하고 있는바, 이는 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항과 사적 자치권을 보장한 헌법 제10조에 위반된다.

③ 이에 대하여 위 행정소송의 피고인 화성시장은 아래와 같이 의견을 제시하였다.

모든 국민은 자연환경 및 생활환경을 청결히 유지하도록 노력하여야 하며, 토지소유자는 자신의 토지를 폐기물이 방치되지 않도록 적절하게 관리해야 할 국민의 책무를 성실하게 이행하여야 할 의무가 있다. 건설폐기물처리업자의 고의 또는 불가피한 부도로 인해 방치된 폐기물 그리고 사인간의 임대차 계약 종료 후 발생하는 상당수의 방치폐기물에 대하여 원인행위자를 확인하여 처리하도록 하는 것은 현실적으로 행정여건상 불가능하다. 방치폐기물과 관련된 모든 처리책임을 국가가 감당하게 된다면 이는 국민 일반에게 부당하게 그 책임을 전가하는 상황을 초래하게 되는 것이고, 토지소유자는 임대료만 책고 토지 관리에는 소홀히 하여 대다수 국민의 환경권을 침해하게 될 것이다. 따라서 이 사건 법률조항들이 방치폐기물 발생 예방적 측면과 공익적 측면을 고려하여 토지를 임대하거나 그 사용을 허락한 경우 토지소유자에게 방치폐기물의 책임을 인정하도록 한 것은 헌법상 책임주의 원칙이나 비례의 원칙에 어긋나지 아니한다.

책임을 지우는 것이 폐기물불법처리의 예방효과가 탁월하다고 현실적으로 검증된 바는 전혀 존재하지 않는다.

- 15) 여기서 '귀책사유(歸責事由)'란 법효과로서의 책임을 귀속시킬 근거가 되는 사유라는 것으로, 또한 책임귀속의 근거가 되는 행위자의 일정한 정신작용이라고 한다(민법계에서 대표적으로 지원림, 민법강의, 제8판, 홍문사, 2009, 22쪽). 민법에서는 손해배상책임(Haftung)의 요건사유로 '과실(Verschulden)'이 중시되고, 형법에서는 형벌을 정당화하는 범죄성립요건 중 하나인 책임에서 주관적 구성요건요소로서의 기능과 함께 이중적 기능을 하는 '고의(Absicht)'를 원칙으로 한다.

④ 더 나아가 환경부장관의 의견은 아래와 같다.

이 사건 법률조항들은 헌법상 보장된 국민의 환경권, 생명권 등을 보장하기 위한 국가의 책무를 수행하기 위한 것이며, 외국의 입법례, 현실여건 등을 종합적으로 검토하여 보더라도, 이 사건 법률조항들이 헌법상 과잉금지원칙에 위반하여 재산권 내지 사적 자치권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

⑤ 위와 같은 여러 의견을 종합하여, 헌법재판소는 문제의 법률조항들은 헌법에 위반되지 않는 합헌의 것이라는 결정을 하였다. 헌법재판소의 판단내용을 요약해서 보면 아래와 같다.

가. 재산권 침해 여부

(1) 재산권의 보장과 토지관련 재산권의 사회적 의무

(가) 헌법 제23조는 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”(제1항), “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”(제2항)라고 규정함으로써 재산권은 법률로써 규제될 수 있고, 그 행사 또한 일정한 제약을 받을 수 있다는 것을 밝히고 있다. 재산권이 법질서 내에서 인정되고 보호받기 위해서는 입법자에 의한 형성을 필요로 한다. 즉 **법에 의한 보장 이전의 재산권은 재산에 대한 사실상 지배에 다름 아니므로, 다른 기본권과는 달리 그 내용이 입법자에 의하여 법률로 구체화됨으로써 비로소 권리다운 모습을 갖추게 된다.** 입법자는 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서 **헌법상의 재산권보장(헌법 제23조 제1항 제1문)**과 재산권의 제한을 요청하는 공익 등 **재산권의 사회적 기속성(헌법 제23조 제2항)**을 함께 고려하고 조정하여 양 법익이 **조화와 균형을 이루도록** 하여야 한다<sup>16)</sup>.

(나) 재산권에 대한 제한의 허용정도는 **재산권 객체의 사회적 기능, 즉 재산권의 행사가 기본권의 주체와 사회전반에 대하여 가지는 의미**에 달려 있다. 재산권의 이용과 처분이 소유자의 개인적 영역에 머무르지 아니하고 국민 일반의 자유행사에 큰 영향을 미치거나 국민 일반이 자신의 자유를 행사하기 위하여 문제되는 재산권에 의존하는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 제한하는 규율권한은 더욱 넓어진다<sup>17)</sup>.

우리 헌법은 재산권 행사의 사회적 의무성을 강조하는 것에 더하여 “국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.”(헌법 제122조)고 함으로써, **토지제**

16) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 944-945; 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마110, 판례집 21-2상, 197, 211 등 참조.

17) 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 406; 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마110, 판례집 21-2상, 197, 211 등 참조.

산권에 대한 한층 더 강한 규제의 필요성과 그에 관한 입법부의 광범위한 형성권을 표현하고 있다<sup>18)</sup>.

(다) 위와 같이 입법자에게 재산권의 사회적 제약에 관한 사항에 관하여 넓은 입법재량이 인정된다고 할지라도, 재산권의 사회적 기속성에 기한 제한 역시 다른 기본권에 대한 제한입법과 마찬가지로 비례원칙을 준수하여야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사적 이용권과 원칙적인 처분권을 부인하여서는 아니 되며, 이는 사회적 기속성이 더욱 강한 토지재산권에 관하여도 마찬가지이다<sup>19)</sup>.

## (2) 과잉금지원칙 위배 여부

### (가) 목적의 정당성 및 방법의 적정성

헌법 제35조 제1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하여 국민의 환경권보장과 국가의 환경보전의무를 선언하고 있다. 이 사건 법률조항들은 폐기물의 발생을 억제하고 발생한 폐기물을 적정하게 처리하여 환경보전과 국민생활의 질적 향상을 도모하려는 데에 그 입법목적이 있는바(건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률 제1조, 구 폐기물관리법 제1조 참조), 폐기물 문제가 자연의 자정작용만으로는 해결될 수 없는 심각한 사회문제로 대두되고 있는 오늘날 현실에 비추어 볼 때 이러한 입법목적은 정당하다 할 것이다.

한편 폐기물을 방치한 사업자가 방치된 폐기물을 처리할 자력이 없는 경우 주변 환경을 오염시키는 방치폐기물에 대한 신속한 처리가 요구되는 상황에서 직접적인 오염원인자 이외에 그러한 폐기물이 방치된 토지의 소유자에게도 폐기물 처리책임을 확장하여 인정하는 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하는 데에 효과적인 방법이라고 할 것이다. 폐기물이 갖고 있는 사회적 위험성을 고려하여 사실상 영향력행사 가능성을 보유하는 자에 대하여 그 처리책임을 부담시키는 것은 위험방지의 효과가 있다.

### (나) 침해의 최소성

이 사건 법률조항들은 다음의 점들에 비추어 기본권 침해의 최소성원칙에도 반하지 않는다고 본다. 이 사건 법률조항들에 의하면 토지소유자는 항상 방치폐기물에 대한 처리책임을 지는 것이 아니라, 자신의 의사에 따라 타인에게 토지를 임대하거나 토지사용을 허용한 경우 임차인이 방치폐기물에 대한 처리책임을 사실상 이행하지 않는 때 책임을 부담하게 되는 것이고, 자신이 직접 처리비용을 부담한 경우에도 폐기물 발생의 원인을 제공한 임차인에게 그 상환을 청구할 수 있는 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항들에 의한 기본권 제한은 재산권의 사회적 기속성을 고려할 때 과도한 것이라고 보기 어렵다.

18) 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 406-407; 헌재 2009. 7. 30. 2007헌바110, 판례집 21-2상, 197, 211 등 참조.

19) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 948; 헌재 2002. 8. 29. 2000헌마556, 판례집 14-2, 185, 198; 헌재 2009. 7. 30. 2007헌바110, 판례집 21-2상, 197, 211 등 참조.

**환경의 보호는 국가의 의무일 뿐만 아니라 모든 국민이 함께 달성하여야 할 중요한 과제라는 점**을 감안하면, 폐기물을 발생시키는 사업을 하는 자에게 **자신의 토지를 임대하는 소유자 역시 폐기물로 인한 환경 피해가 없도록 주의하여야 할 것이다.** 국가가 소유자에게 이에 대한 일정한 책임을 부담시키는 것은 폐기물을 처리할 능력이 부족한 임차인과의 임대계약이 쉽게 이루어질 수 없도록 하여 환경보호에 기여할 것이고, 한편 소유자 입장에서도 **자신의 토지 위에 방치된 폐기물에 대해서는 스스로 이를 처리해야 할 필요성**이 있는 것이다.

만일 방치폐기물에 대한 책임을 **직접적 원인제공자(임차인)에게만 한정하고<sup>20)</sup> 그 외의 경우에는 항상 국가나 지방자치단체가 이를 부담한다면,** 폐기물의 방치가 쉽게 조장되거나 폐기물에 대한 처리가 적시에 이행되기 어려울 수 있고, 종국적으로는 폐기물 방치에 아무런 원인이 제공하지 않은 **일반 국민들에게 막대한 처리 비용을 떠안기게 되는 불합리한** 결과를 초래하게 된다.

무엇보다, 법은 폐기물처리업자가 자력이 부족하여 사업장 내에 방치된 폐기물이 처리되지 못하는 것에 대비하기 위하여 **방치폐기물처리 이행보증제도**를 마련하여, 폐기물처리업자가 방치한 폐기물에 대한 **1차적 처리를 담당**하게 하고 있다(폐기물관리법 제43조의2 제1항, '건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률' 제42조 등 참조).

(다) 법익균형성

이 사건 법률조항들이 달성하려는 **폐기물의 효과적인 처리 내지 환경의 보전**은 쾌적한 생활환경 확보와 국민 건강에 직결되는 것이다. 특히 방치된 폐기물이 야기하는 토양오염은 축적성의 문제가 있고, 사람의 손으로 정화되지 않는 한 그 영향은 영구히 지속될 수도 있다. 만약 이로 인하여 지하수가 오염되면 보건상의 문제는 심각하며 그 정화는 극히 어려울 것이다. 이러한 점에 비추어 보면 토양오염의 예방 및 과거의 오염의 정화에 관한 환경법제의 정비는 매우 중요하며, 이 사건 법률조항들이 폐기물을 초래한 임차인이나 국가에게만 책임을 지우는 것이 아니라 소유

20) 행위책임에서 직접적 원인제공자를 우선적으로 위협방지조치나 환경정화조치 및 그 비용상환책입의 귀속자로 삼는 직접원인설(Theorie der unmittelbaren Verursachung)은 독일(대표적 경찰법문헌인 Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 8. Aufl., 1986, S. 313; 서정범(譯), 독일경찰법론 [Schenke의 Polizei- und Ordnungsrecht을 번역함], 세창출판사, 1998, 134쪽), 일본(한귀현(譯), 일본경찰법 [宮田三郎(미야타 사부로우)의 警察法을 번역함], 한국법제연구원, 2003, 102쪽), 우리나라(손재영, 경찰법, 박영사, 2012, 310쪽; 홍정선, 경찰행정법, 제2판, 박영사, 2010, 303쪽) 통설이자 판례의 지배적 입장이라고 할 수 있다. 특히 우리나라 판례로는, 대판 1989. 12. 22, 88누8944판결(간접보상금부과처분취소)("환경오염을 방지하기 위하여 국가 또는 지방자치단체가 시행하는 환경오염방지사업에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 부담하여야 할 의무가 있는 '원인자'는 그 사업활동으로 인하여 당해 방지사업이 시행되는 지역의 환경에 오염의 원인을 직접 야기하게 한 사업자를 의미하고, 그 방지사업 중에는 같은 법시행령(1987.6.4. 대통령령 제12172호로 개정되기 전의 것) 제29조 제5호 소정의 주택기타 시설의 이전사업도 포함되는 것으로 해석 된다."); 대판 1989. 10. 24, 88누9251판결(간접보상금부과처분취소)("구 환경보전법(1986.12.31 법률 제3903호로 개정되기 전의 것) 소정의 환경오염방지사업에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 부담할 의무가 있는 오염의 원인을 직접 야기하게 한 자, 즉 '원인자'란 모든 공해배출 시설설치허가 대상업체가 당연히 그리고 무조건 포함되는 것은 아니고 당해 환경오염방지사업과 관계되는 지역에서 그 공해의 원인이 되는 사업을 행하는 자 즉 그의 사업활동으로 인하여 당해 환경오염방지사업의 원인이 되는 오염의 원인을 직접 야기하게 한 자에 한정된다고 볼 것이다.")

자에게도 이를 부담하게 하여 환경보호를 추구하는 것은 중요한 비중을 지닌 공익에 해당한다. 이에 비해 토지소유자가 받게 되는 **재산권의 제한은 자신의 의사에 따라 타인에게 토지를 임대하였을 경우에 그 토지 위에 방치된 폐기물에 대하여 보충적인 처리 책임을 지는 것에 불과한** 것이다. 요컨대, 이 조항들로 인하여 토지소유자들이 입게 되는 불이익보다는 이로 인하여 얻게 될 공익이 훨씬 크다.

(라) 그렇다면, 자기 소유의 토지를 타인에게 임대한 경우 토지소유자에게도 당해 토지 위에 방치된 폐기물에 대한 처리책임을 인정하는 이 사건 법률조항들이 헌법상 재산권을 과도하게 침해한 것으로 볼 수 없다.

#### 나. 사적 자치권 침해 여부

이 사건 청구인들은, 이 사건 법률조항들로 인한 재산권 침해를 다투는 이외에, 이 사건 법률조항들이 **사적 자치권을 보장한 헌법 제10조도 위반**하고 있다고 주장하고 있다.

그런데 이 사건에서는 관련 기본권으로서 재산권에 대한 침해 여부를 판단하는 이상, 다른 개별적 기본권이 적용되지 않는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 기본권인 행복추구권에서 파생되는 원칙 중 하나인 사적 자치권 침해 여부에 대하여는 따로 판단할 필요가 없으며<sup>21)</sup>, 가사 별도의 판단을 하더라도 위 재산권 침해 여부에 대한 판단에서 본 바와 같은 이유로, 이 사건 법률조항들이 기본권 제한의 일법 원칙을 벗어나 청구인들의 사적 자치권을 침해하여 헌법 제10조에 위반되는 것은 아니라고 할 것이다.

### Ⅲ. 토지소유자(임대인)의 건설폐기물처리책임에 관한 헌법재판소 결정의 분석

#### 1. 수원지방법원·청구인·화성시장·환경부장관의 의견에 대한 검토

① 수원지방법원은 위와 같이 부지임대인인 토지소유자에게 처리책임을 부담시키는 규정에 대하여 첫째 책임의 원칙에 합당하다는 이유를 들고 있고, 둘째 폐기물 불법처리의 예방효과가 있고, 셋째 보충적 책임이자 사용허락의 경우에만 귀속되는 점을 이유로 위헌제청신청을 기각하였다. 그러나 동 법원은 「책임의 원칙」을 원용하고 있는데, 여기서 말하는 책임의 본질, 성격, 근거 등에 관해서는 납득할 수 있는 설명

21) 헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5 등, 판례집 14-2, 106, 123 참조.

이 전혀 없고<sup>22)</sup>, 이익형량의 과정 없이 환경상 보호이익의 예방효과만을 일방적으로 거론하고, 마지막으로 폐기물관리법은 보충적 책임이 아니라 직접원인자인 폐기물처리자와 병렬적 선택관계에 있는 책임귀속을 규정하고 있는데 이에 대해서는 아무런 언급이 없다.

② 청구인들은 전혀 귀책사유가 없다는 것을 헌법소원심판청구의 이유로 하고 있고, 그 근거를 사적 재산권을 보장하는 헌법 제23조 제1항과 사적 자치권을 보장하는 헌법 제10조예의 위반에서 찾고 있다. 청구인들은 토지소유자이자 임대인으로서 자신의 토지를 공식적으로 지배하고 있는 자로 간주되는 자들로서 자신의 지배영역(Risikosphäre)에 대한 관찰<sup>23)</sup>과 안전확보에 대한 기본적 책무를 부담하는 상식에 대한 판단은 전혀 하고 있지 않고 귀책사유가 없다는 점을 강조하고 있다. 그러면 여기서 귀책사유는 민법, 형법의 귀책사유와 어떤 차이가 있는지, 공통되는 점이 있다면 문제점이 어디에 있는지 등에 대한 구체적 설명이 존재하지 않는다<sup>24)</sup>. 그리고 사적 자치권의 침해를 주장한 이유가 무엇인지는 의문이 든다.

선해한다면, 민법의 대원칙이자 최고원리인 사적 자치의 원칙(Prinzip der Privatautonomie)<sup>25)</sup>은 헌법 제10조에 근거하여 보장되는 자기결정(권)(Selbstbestimmung)과 그에 따른 책임을 스스로 부담하여야 한다는 자기책임(Selbst-oder

22) 이러한 태도는 우리 문헌에서도 통상적으로 발견된다. 박군성, 행정법강의, 제9판, 박영사, 2012, 547쪽; 동인, 행정법론(상), 제8판, 박영사, 2009, 703쪽(국가배상법 제5조 “설치 또는 관리의 하자”에 관한 주관설 즉 객관적 주관설을 논하면서 “... 일반적으로 말하면 영조물의 안전확보의무 또는 손해방지 의무는 공무원의 주의의무보다는 엄격한 의무이다. 이 견해는 ... 관리자의 관리의무 위반을 책임의 근거로 보는 것이 책임의 원칙에 비추어 타당하다는 점 등에 근거하고 있다.”) 공법상 특히 행정법상(자기)책임주의나 동 원칙을 근본적으로 설명하는 문헌은 민·형사법에 비해 찾기 어렵다. 형법계에서는 특히 심재우(편역), 책임형법론, 홍문사, 1995, 특히 1쪽 이하 서문(“히르쉬(H. Joachim Hirsch)도 ... 책임원칙을 상대화하거나 또는 완전히 불필요하게 만드는 예방이론은 형법체계 내에서 현저한 내재적 모순을 가져올 뿐만 아니라, 국가형벌권의 남용에 구실을 주는 위험스러운 사고라고 경고한다.”) 참고.

23) 법상 의무위반과 리스크영역을 근거로 경찰법상 조치의 상대방을 결정하는 대표적 견해로 Pietzcker, Jost, Polizeilichrechtliche Störerbestimmung nach Pflichtwidrigkeit und Risikosphäre, DVBl. 1984, S. 457-464.

24) 형법에서 고의와 과실이라는 귀책사유의 구분은 - 고의범만을 처벌하는 것이 원칙 - 범죄성립의 문제인 반면에, 민사책임법에서는 손해의 공평한 분담이 목표라는 지원립, 위의 책, 23쪽 참조.

25) 사적 자치의 원칙에 대해서는 지원립, 위의 책, 20쪽 이하 참조.

Eigenverantwortung)<sup>26)</sup>을 핵심으로 한다. 환경보호이익을 효과적으로 보전하기 위하여 임대차계약으로 스스로 부담하기로 결정할 가능성이 전혀 없는 폐기물처리책임을 토지소유자인 임대인들에게 법률로 강제하는 것에 대하여, 청구인들은 자기책임의 전제인 계약내용의 자기결정(권)이라는 기본권의 과도한 침해를 주장한 것이라고 간주된다. 어쨌든 이에 관한 근거지움은 너무 불명확하다.

③ 피고인 화성시장은 토지소유자는 자신의 토지를 적절히 관리해야 할 책무를 성실하게 이행하여야 할 의무가 있음을 강조하여 위 수원지방법원이 「책임의 원칙」을 말하고 그친 것에 비하여 지배토지의 소유자는 폐기물적정관리책무에 따른 의무를 이행<sup>27)</sup>하여야 함을 추가하여 논증하고 있다. 공동체부담원칙으로서 국민이나 지자체주민에게 책임이 전가될 경우 발생하는 문제점을 적시하고, 정책적으로 미래에 토지소유자의 토지관리소홀을 부추길 가능성의 존재까지도 제시하고 있다. 결론으로 헌법상

26) “자기책임(주의)”은 판례에서도 민·형사 사건에 걸쳐 다수 발견된다. 특히 형사법상으로는 양벌규정에 따른 형사처벌에서 언급된다. 대표적으로 대판 2011.7.14., 2009도5516 【개발제한구역의지정및관리에 관한특별조치법위반】 등 참고. 그리고 민사판례에서는 행위무능력자제도, 손해배상에서 배상책임자의 책임, 국가배상법상 책임의 본질과 공무원개인의 배상책임에 관한 판례들에서 자기책임주의가 판시되고 있다. 대법원 2007.11.16. 선고 2005다71659,71666,71673 판결 【채무부존제확인등·부당이득반환청구】 (“... 행위무능력자 제도는 사적자치의 원칙이라는 민법의 기본이념, 특히, 자기책임 원칙의 구현을 가능케 하는 도구로서 인정되는 것이고, ...”); 대법원 2007.7.26. 선고 2007다28161,28178 판결 【구상금·손해배상(자)】 (“...보험사업자가 피해자에게 보장사업에 따른 보상금을 지급하는 것은 법령에 따른 자기책임으로 보험금을 지급하는 것이므로 민법 제480조 또는 제481조에 의하여 피해자를 대위할 수도 없다 할 것이다.”); 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결 【손해배상(자)】 (1별개의견 “반대의견의 위와 같은 해석은 직무상 불법행위를 한 공무원 개인의 피해자에 대한 직접적인 손해배상책임을 인정하지 아니하는 독일·일본에서의 통설·판례를 유념한 것으로 보이나, 이는 독일의 기본법과 국가책임법 및 민법이 국가의 대위책임을 명문으로 규정하고 있고 독일과 일본에서는 우리 헌법 제29조 제1항 단서와 같은 규정을 두고 있지 않은 것을 간과한 것은 아닌지 의문스럽다. 이와 같이 명문의 규정을 달리하는 법제하에서 전개된 이론이나 판례가 우리 나라의 경우에 그대로 적용될 수는 없을 것으로 본다. 오히려 국가의 대위책임을 입법화한 독일에서조차 자기책임설을 도입하도록 학계에서 100년간에 걸쳐 건의하였던 사정을 참고하여야 할 것이다.”)

27) 박균성, 행정법론(상), 위의 책, 703쪽에서 말하는 국가배상법 제5조에 따른 책임은 일반공무원의 단순한 주의의무보다는 엄격한 “안전확보의무”, 관리자의 “관리의무”의 위반에 따른 귀속이라는 객관적 주관설의 논리가 - 국가나 지자체의 배상책임이라는 근본적 차이점에도 불구하고 - 시민 특히 폐기물처리업체에 토지를 임대하여 사용을 허락해준 토지소유자의 적절한 관리의무와 그 위반이 폐기물관리법과 건설폐기물법상 토지소유자에 대한 책임귀속의 근거와의 연결점이 아닐까라는 시사점이 될 수 있을 것이라고 본다.

책임주의 원칙이나 비례의 원칙에 어긋나지 않는다고 한다. 그러나 화성시장 측도 헌법상 책임주의 원칙이 무엇을 의미하는지를 법리적으로 전혀 밝히지 않고 있다.

④ 환경부장관은 오히려 국가의 책무수행목적은 제시하고 단순히 외국의 입법례, 현실여건의 종합적 검토라는 근거를 들어 특별한 헌법위반이 없다는 의견을 제시한다.

## 2. 헌법재판소 판단의 분석

### (1) 재산권의 사회적 의무성과 효과적 위험방지 강조

문제된 건설폐기물법과 폐기물관리법상 처리장부지의 토지소유자인 임대인의 방치 폐기물처리책임에 관한 법률조항들에 따른 재산권이라는 기본권침해조치(Grundrechtseingriff)는 환경보전과 국민생활의 질적 향상도모라는 정당한 입법목적 을 가진 입법자에 의한 법률에 따른 형성과 강한 규제의 필요성(헌법 제23조 제1항) 및 재산권 자체의 사회적 의무성 또는 기속성(헌법 제23조 제2항)을 통해 정당화된다고 한다. 전자의 입법목적은 효과적 위험방지의 요청을 통해 강화하고 있다. 그것은 「폐기물이 갖고 있는 사회적 위험성을 고려하여 사실상 영향력행사 가능성을 보유한 자에 대하여 그 처리책임을 부담시키는 것은 위험방지의 효과가 있다」는 판단내용에서 구체적으로 확인된다.

따라서 헌법재판소는 - 명시적으로 밝힌 것은 아니지만 - 효과적 위험방지요청을 담고 있는 환경보전의 정당한 재산권침해입법은 재산권의 사회적 의무 내지 기속성에서 정당성의 근거를 찾을 수 있다고 함으로써, 토지소유자의 처리책임의 근거를 재산권의 사회적 기속성(Sozialbindung)에 발견한 것이다. 그러나 재산권의 사회적 기속성을 근거로 한 토지소유자의 처리책임 정당화의 과정에는 문제가 있다. 사회전반에 끼치는 의미와 국민일반의 자유행사에 대한 영향력을 재산권제한의 허용정도의 측정 기준으로 삼고 있을 뿐이고, 왜 토지소유자가 위 법률조항에 따른 과중한 책임을 져야 하는지에 대한 논증이 결여되어 있다.

독일연방헌법재판소(BVerfG)는 - 토양오염에 대한 상태책임(Zustandsverantwortung)<sup>28)</sup>

에 관한 것이기는 하지만 - 2000. 2. 16.에 이와 관련하여 그 동안 독일 경찰질서법상 이러한 책임근거에 관한 논쟁에 종지부를 찍으면서<sup>29)</sup>, 과거 재산권의 사회적 기속성에서 근거를 찾던 과거 연방헌재 스스로의 판례에서 벗어나, 위험원인 물건에 대하여 효과적인 위험방지로서의 영향력을 행사할 수 있는 법적·사실적 가능성(rechtliche oder tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit)과 물적 재산권을 이용하여 경제적 이득을 수취할 가능성은 물건으로부터 발생할 각종 부담을 떠안을 리스크와 조응한다는 수익-부담결합원칙을 토지소유자가 자신의 직접원인제공과 무관하게 책임을 지는 근거라고 제시하였다<sup>30)</sup>. 우리 헌법재판소는 과거 독일연방헌법재판소의 입장과 유사하며, 효과적 위험방지를 위한 사실상 영향력행사가능성 보유는 입법목적의 정당성을 근거 지우는 한 요소로 강조하고 있을 뿐이다.

## (2) 토지소유자인 임대인의 환경피해가 없도록 주의할 의무의 강조

우리 헌법재판소는 환경보호의 의무는 국민 모두 함께 이루어야 할 중요한 과제이므로 폐기물발생 사업자에게 토지를 임대하는 소유자도 폐기물로 인한 환경피해가 없도록 주의하여야 할 의무가 있음을 강조한다. 이 의무 자체의 존재로 인해 자력이 부족한 폐기물처리업자인 임차인과 임대차계약이 쉽게 이루어질 수 없으므로 환경보호를 위한 예방효과가 발생할 것이고, 토지소유자 스스로 방치 폐기물을 처리해야 할 필요성이 긍정된다고 한다.

우리 헌법재판소는 이에 관하여 자세한 설명을 하지 않고 있으나, 이러한 의무가 바로 독일 경찰질서법에서 말하는 소위 실질적 경찰의무 또는 책임(materielle Polizeipflicht oder -verantwortung)으로서 독일 지배설이 요구하는 일반적 교란금지 의무(allgemeine Nichtstörungspflicht)이다<sup>31)</sup>. 이 교란금지의무 혹은 실질적 경찰의무

28) 독일경찰질서법에서 상태책임에 관해서는 대표적으로 이기춘, 독일경찰법상 상태책임의 근거 및 제한에 관한 고찰, 토지공법연구 제18집, 2003, 405쪽 이하 참조.

29) 이 연방헌법재판소의 판결을 분석하는 대표적 국내문헌으로 김현준, 경찰법상의 상태책임, 토지공법연구 제22집, 2004, 363쪽 이하; 서정범, 상태책임의 한계에 관한 고찰 - 이른바 연계원칙의 종언(終焉)? -, 토지공법연구 제48집, 2010, 479쪽 이하; 줄고, 앞의 논문, 405쪽 이하 등 참고.

30) BVerfG, JZ 2001, 37, 38-39.

31) 이 의무에 대해서는 이기춘, 위험방지를 위한 협력의무로서 경찰책임의 귀속에 관한 연구, 고려대학교

가 행위 혹은 인간의 유형적 태도로 직접 위반되면 직접원인설과 위법원인설에 따른 책임자에게 부담되는 행위책임이 되고, 인적 행위와는 무관하게 물건으로부터 법에서 고려하는 위험이 발생하여 제거필요성이 발생하면 그 사실적 지배권자 혹은 영향력행사가능성 보유자에게 부담되는 상태책임이 되는 것이다. 양자는 원칙적으로 병렬적 선택관계에 있는 것이고, 상태책임이 보충적 관계에 있다거나 하는 것이 아니라는 것이 독일 지배설의 입장이다.

현재는 단순히 환경피해가 없도록 주의할 의무만을 언급하고 특별히 과실이나 고의와 같은 주관적 귀책사유를 요구하고 있지 않다. 이는 독일의 연방헌재에 의한 위판결과 동일한 입장에 있다. 그러나 독일의 판례 및 지배설과 다른 점이 있다면, 토지소유자의 보충적 책임성을 강조하는 점에 있다. 효과적 위험방지목적에 의해 정당화되는 상태책임법리에 좀 더 접근한다면, 폐기물관리법처럼 폐기물처리자라는 직접원인자로서 행위책임자와 토지소유자에게 병렬적인 책임을 묻는 입법태도가 타당하다고 볼 수도 있다.

### (3) 사적 자치권 침해 여부의 판단결여

헌법재판소는 문제의 법률조항들은 사적 자치권을 보장한 헌법 제10조를 위반하고 있다는 청구인들의 주장을 따로 판단할 필요가 없다고 본다. 관련 기본권인 재산권 침해의 정당성을 판단하는 것으로 족하며 보충적 기본권인 행복추구권에서 파생되는 사적 자치권 침해여부는 이 사건에서 중요한 의미를 가지지 못하며, 있더라도 기본권 제한입법의 원칙을 벗어나지 않는다고 간주하였다. 사실 이 판례를 검토하는 중요한 동기 중의 하나가 바로 여기에 있다.

## 3. 문제점

헌법재판소의 결정에 따라 합헌이 된 이 법률규정들이 문제가 없는 것일까? 토지

박사학위논문, 2003. 2, 196쪽 이하. 이 의무의 현대적 재조명에 대해서는 Hollands, Martin, *Gefahrenzurechnung im Polizeirecht*, 2005, S. 121ff.

소유자인 임대인은 얼마 되지 않는 임차료 수익을 거두다가 폐기물처리업자가 처리를 방치하고 사라지게 되면 경우에 따라 자신의 토지시가를 초과할 정도의 비용이 소모되는 조치명령의 수범자가 될 수 있다. 법률은 감경규정을 두고 있지도 않기 때문에 이와 관련하여 취소소송 제기가 빚발칠 가능성이 크다. 문제된 수원지법의 기초사례도 임대토지공시지가가 70억원 정도인데 건설폐기물처리비용만 24억원 정도에 이른다. 처리업자공제조합의 책임은 후순위로 되어 있는 것도 문제이다. 행위책임자인 처리업자들이 기금을 모아 공제조합을 만든 것인데 토지소유자가 먼저 책임을 진다는 것도 납득이 되지 아니한다. 또한 신뢰성이 떨어지는 처리업자들에게 토지임대인들은 매우 높은 보증금과 임대료를 요구할 것이고 그 결과 폐기물처리장소를 찾기 어려워지는 상황이 도래할 것이다. 이것은 경찰법에서 말하는 물적 상태책임의 과도한 확장 사례이고 이에 대해서는 그 법적 근거와 함께 책임범위의 축소이론들이 발전되었고<sup>32)</sup>, 이 사례는 환경법사례이지만 논의의 위치는 그렇게 다르지 않다.

헌법재판소는 행위책임 귀속의 근거인 직접원인설과 다르게 이 사례에서 토지소유자인 임대인에 대한 조치명령수범자로서의 책임귀속은 재산권의 사회적 의무와 사실상 영향력행사가능성, 임대인의 주의의무 등을 근거로 삼았다. 이는 독일연방헌법재판소의 상태책임에 관한 입장과 대동소이한 것이다. 그러나 환경법규상 토지소유자인 임대인의 조치명령수범자로서의 책임의 취지는 재산권의 사회적 의무나 사실상 영향력행사가능성만으로 충족되는 것이 아니다. 특히 임대인의 주의의무의 근거와 내용에 대한 논증이 없이 판시하고 있다. 더 나아가 물적 상태책임의 제한을 위한 시도도 필요하다라고 판단된다.

이러한 상황에서 헌법재판소는 금년 여름에 획기적인 두 가지 판결을 하였다. 2012. 8. 23.에 첫째 토양환경보전법 제10조의 3 제3항 제2호등에 대하여 주유소부지의 소유자가 제기한 위헌소원에서, 현재는 토양오염을 유발한 자의 책임에 대한 보충책임으로 규율할 수도 있었고, 책임한도를 제한하는 방법 등을 강구함이 없이 선의·무과실의 토지소유자들에게 과도한 책임을 지우는 것은 과잉금지원칙에 반하여 위헌이므로 헌법불합치선언을 한다고 판시한 바 있다.<sup>33)</sup> 둘째, 같은 날 현재는 동 조항

32) 독일경찰질서법상 상태책임의 근거와 제한논의에 대하여 이기춘, 독일경찰법상 상태책임의 근거 및 제한에 관한 고찰, 토지공법연구 제18집, 2003, 405쪽 이하 참고.

33) 현재 2012. 8. 23, 2010헌마167 사건에서 “토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 토양

제3호의 토양오염관리대상시설을 양수한 자를 원인으로 간주하는 규정은 법 개정시행일인 2002년 1월 1일 이전 이전의 양수인에게도 적용하는 것은 피해를 최소한으로 하는 방안을 강구함이 없이 이루어졌다면 신뢰보호원칙의 위반으로 위헌이라고 선언하였다.<sup>34)</sup> 상황이 이러하다면 폐기물관리법과 건설폐기물의 입법태도의 변화는 사실 시간문제에 해당한다. 헌법재판소에 폐기물법제에 관한 위헌소원이나 위헌법률심사가 제기되어 올 경우에 위헌선언을 피하기 곤란할 것이다. 따라서 폐기물처리부지의 임대인인 토지소유자에게 합리적인 책임제한을 위한 법 개정이 요청되며, 더 나아가 환경법상 책임법리에 관한 근원적인 성찰의 필요성이 더 요청된다.

오염을 유발시킨 자(구법 제10조의3 제3항 제1호)의 책임에 대한 보충책임을 부담시키는 방법, 토양 오염 발생에 관하여 선의·무과실이고 그 책임으로 들릴 수 없는 경우에 한하여 면책하는 방법, 토양 오염 발생에 대하여 선의·무과실인 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 당해 토양오염관리대상시설의 시가 범위 내로 제한하거나, 일반적인 책임한도제를 도입하는 방법 등으로 침해를 최소화할 수 있으므로, 이 사건 오염원인자조항은 침해의 최소성 원칙에 반한다. 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자는 사실상 면책이 불가능한 1차적인 무과실 책임을 부담하고, 경우에 따라서는 과산에 이를 정도로 거액에 이르기도 하는 비용을 그 범위의 제한 없이 전부 부담하여야 한다는 점에서, 이 사건 오염원인자조항으로 인하여 얻게 될 공익보다 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 입게 되는 불이익이 더 클 수도 있다. 나아가, 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자와는 달리, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게는 천재·지변, 전쟁으로 인한 면책권을 허용하고 다른 면책사유 또는 책임 제한수단을 전혀 인정하지 않은 것은 합리적인 이유가 있다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 오염원인자조항은 토양오염관리대상시설 소유자·점유자·운영자의 재산권 및 평등권을 침해한다.”라고 판시하였다.

34) 현재 2012. 8. 23. 2010헌바28은 “이 사건 오염원인자조항은 위 조항 시행 이전의 양수자에게까지 오염원인자의 인적범위를 시적으로 확장하여 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상한다는 공익을 달성하고자 하는 것이다. 그런데 환경오염책임법제가 정비되기 이전의 토양오염에 대해서는 민법상의 불법행위규정에 의해서만 책임을 부담한다는 데 대한 일반적인 신뢰가 존재하고, 폐기물에 대한 공법적 규제가 시작된 1970년대 이전까지는 자신이 직접 관여하지 않은 토양오염에 대해서 공법상의 책임을 부담할 수 있음을 예측하기 어려웠다. 또, 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자에 대해서는 선의이며 무과실인 양수자에 대한 면책규정이 사실상 의미가 없고, 사실상 우선 책임을 추궁당한 양수자가 손해배상 및 토양정화 책임을 무한책임으로서 부담하게 되는 경우도 많다. 이처럼 이 사건 오염원인자조항은 예측하기 곤란한 중대한 제약을 사후적으로 가하고 있으면서도, 그로 인한 침해를 최소화 할 다른 제도적 수단을 마련하고 있지 않으므로, 이 사건 오염원인자조항이 2002. 1. 1. 이전에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 대해서 무제한적으로 적용되는 경우에는 이 사건 오염원인자조항이 추구하는 공익만으로는 신뢰이익에 대한 침해를 정당화하기 어렵다.”라고 판시하였다.

## IV. 자기책임원칙 모델의 도입시사

### 1. 조치명령의 수범자에게 귀속되는 책임의 의의

환경법, 경찰질서법에서 일정한 사유로 인해 시민이 부담하여야 하는 책임은 공권력에 의한 환경정화조치명령의 수범자로서 부담하는 정화의무이행에의 실질적 협조를 명하는 책임과 위험귀속자가 현실적으로 정화의 결과를 달성하기에는 능력상 한계를 갖는 경우가 많고 전문성 때문에 전문정화업체가 책임자의 비용으로 대행하거나 국가가 대신 이행하고 그에 따라 지출된 비용의 상환명령에 따른 책임으로 구분된다. 독일에서는 전자의 책임을 'Verantwortlichkeit'로서 공법적 특성을 갖고 사익에 속하지 않은 환경이익이 해를 입을 때 문제된다고 하고, 후자의 책임은 'Haftung'으로서 사적으로 귀속되는 개인적 법익의 침해가 있을 때 민사법상 배상책임이자 강제집행으로 관철되는 사법적 배상책임의 특성을 갖는다고 한다<sup>35)</sup>. 다시 전자의 경우 환경을 위한 효과적 위험방지구단이 선호되며 책임귀속법리도 사회적 형평이나 비례성보다는 긴급상황에서 일단 유효하게 위해를 제거할 수 있는 위치에 있는 시민을 찾는 쪽으로 발전하였다. 후자의 경우 경찰법에서 고의·과실과 무관하다고는 하지만 공평부담원칙에 따라 그것을 고려하여야 하며 불가항력(höhere Gewalt)이나 우연(Zufall)에 기인한 사정이 입증되면 책임의 내용을 경감해주어야 한다. 이렇게 성질이 다른 두 책임이 환경법상 기본원칙인 원인자책임원칙(Verursacherprinzip)에서 하나로 결합되어 원인자에게 부담되고 있다.

여기서 관건인 토지소유자 내지 임대인의 방치된 폐기물에 대한 조치명령은 법상 그들의 어떤 행위와 직접적 인과관계 있는 결과로 연결되어 부과되는 것이 아니라 물적 위험(Sachgefahr)의 제거 즉 물건에 대한 사실상의 지배(Sachherrschaft) 혹은 영향력행사가능성(Einwirkungsmöglichkeit)을 매개근거로 하여 부과된 것이다. 이러한 점 때문에 여기 토지소유자의 책임<sup>36)</sup>이나 다른 법 즉 토양환경보전법에서 토양오염

35) Ruffert, Matthias, Verantwortung und Haftung für Umweltschäden, NVwZ 2010, 1177ff., S. 1178.

그러나 학자들에 의해 혼용되는 경우가 많다. 참고로, 2007년의 독일의 환경손해법(USchG)은 제4조, 제5조, 제6조, 제7조 등에서 정화의무의 수범자인 책임자를 'Verantwortliche'라고 공식화했다.

36) 전술한대로 판례(부산고법)는 "폐기물관리법이 정하고 있는 ... '다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용

의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자에 대한 토양오염의 피해에 대한 무과실책임(동법 제10조의 3, 제10조의 4)을 상태책임(Zustandsverantwortlichkeit oder -haftung)이라고 부르는 것이다<sup>37)</sup>. 우리 헌법재판소도 이 사실상의 영향력행사가능성을 폐기물이 방치된 토지의 임대인인 소유자에 대한 조치명령에 따른 책임귀속의 근거로 삼았으며, 이는 위에서 본 2000년의 독일연방헌법재판소의 입장과 별 차이가 없다.

그러나 이러한 사실상 영향력행사가능성론은 토지소유자들에 대한 공법적인 특히 경찰법상 고유한 위협방지에의 협력을 구하는 독일의 'Verantwortlichkeit'적인 책임부과에 적합한 법리이지, 위태상황이 종료 혹은 적어도 어느 정도 정리가 된 상태에서 발생한 환경손해의 조정이나 배분을 위한 'Haftung'적 책임귀속과는 어울리지 않는다. 더 나아가 현 폐기물관리법(건설폐기물법 포함)과 토양환경보전법에서 이들에 대한 책임을 정당화하려는 시도는 "수익-비용-결합관계(Nutzen-Kosten-Korrelation)"를 통하고 이는 재산권보장의 한 내용으로 설명함이 일반이다. 그러나 폐기물법이나 토양환경보전법에서 토지라는 물건의 사실상 지배권자들이 부담하는 책임은 이러한 수익 창출가능성을 직접적 원인으로 하여 부과되는 것이 아니다. 임대인으로서 임차료를 수령하고 언제든지 처분가능성을 갖고 있다는 점은 책임귀속단계에서 항상 고려된다. 그러나 수익가능성이 없는 경우에도 책임을 지도록 하는 것이 이들에 '원인자(Verursacher)'라고 간주한 법의 취지이므로, 수익을 거두는 자가 비용도 책임을 진다는 상관관계가 책임귀속의 일반적 정당화사유가 될 수는 없다. 따라서 여러 사정에 비추어 보아도 사실상 영향력행사가능성, 수익-비용-상관관계는 토지임대인이나 토양오염관리대상시설의 소유·점유·운영자의 무과실책임의 일반적 정당화근거가 되기는 곤란하다. 책임으로부터 파산의 우려나 재산권의 사실상의 박탈까지도 가져올 수 있는 물적 상태책임의 귀속을 위해서는 별도의 귀속근거가 추가되어야 한다. 이러한

을 허용한 경우 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자란 용도를 불문하고 타인에게 자신의 토지의 사용을 허용한 경우를 모두 포함한다."라고 하여 넓게 해석하고 있다(부산고법 2003. 10. 24, 2003누2731 [방치폐기물제거명령취소]). 동 관례는 박근성/함태성, 위의 책, 506쪽 참조.

37) 폐기물관리법상 조치명령의 수범자로 "다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허용한 경우 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자"를 규정하는데, 이들의 책임을 상태책임이라고 하는 문헌으로 박근성/함태성, 위의 책, 506쪽.

문제의식에서 의무위반과 리스크영역론을 대표한 Pietzcker의 견해<sup>38)</sup>를 현대적으로 발전시켜 자기지배영역에서 (보증인적) 의무를 위반하여 책임을 귀속시켜야 하고, 기존의 행위-상태책임의 구분을 파괴하고 '지배(Herrschaft)'를 토포스로 하는 귀속론을 전개한 견해가 있다<sup>39)</sup>.

## 2. 행위-상태책임 이분론의 타파와 리스크영역이론에 근거한 자기책임원칙 모델의 시사

토지임대인인 소유자와 같은 법적·사실적 지배권자(혹은 사실적 영향력행사가가능성 보유자)는 자기지배영역(Herrschaftskreis- oder sphäre) 안에서 자신의 행위 혹은 보유 물건의 상태에서 발생한 직접적 위험에 대하여 자신의 비용으로 처리하여야 하고, 그 자기지배영역에서의 위험은 자신의 결정에 따른 자기책임(Selbstverantwortung)으로 구성한다는 것이다. 즉 자기지배영역이 자신의 물건으로부터의 리스크 부담영역이 된다. 스스로 결정하여 지배하지 못한 위험 즉 불가항력이나 우연적 사정에 기인한 위험에 대한 책임은 공동체가 부담하여야 한다. 그리고 이러한 책임의 근본이념은 자유로부터 도출된다. 자유(Freiheit)-책임(Verantwortung)의 결합관계가 문제해결의 시작점이다<sup>40)</sup>. 자신의 지배영역에서 처분의 자유를 향유하는 자는 위험방지에 관련된 협력의무(Mitwirkungspflicht)와 일반적 교란금지의무(allgemeine Nichtstörungspflicht)를 부담한다. 이는 헌법에 의해 정당화되는 것들로서, 위험이 현재화된 상태에서 긴급한 위해제거명령이 불가피한 경우<sup>41)</sup> 잠정적으로 비례성원칙의 제한 하에 효과적 위해방지에 가장 적합한 결과를 추구하는 것은 전자인 협력의무와 연결되고, 이는 법치국가원리의 제1목적인 “안전(Sicherheit)”에 의해 정당화된다. 후자는 현장에서 위험이 목전에 있는 상황이 아니라 손해조정이나 해당 조치의 이익형량이 가능한 여유가

38) Pietzcker, a.a.O., S. Pietzcker, Jost, Polizeilichrechtliche Störerbestimmung nach Pflichtwidrigkeit und Risikosphäre, DVBl. 1984, S. 457-464.

39) Hollands, Martin, Gefahrenzurechnung im Polizeirecht, 2005, 특히 37쪽 이하 참고.

40) “책임 없는 자유는 없다(Es gibt keine Freiheit ohne Verantwortung).”는 사상이다. Hollands, a.a.O., S. 40.

41) 독일경찰법에서 말하는 소위 “제1차적 차원(die primäre Ebene)”이다.

있는 통상적 상황<sup>42)</sup>에서 타인에게 위해가 발생하지 않도록 안전을 확보할 의무를 말한다. 이를 안전관리의무(Sicherungspflicht)라 할 수 있고, 일반적 교란금지의무 또는 평화의무(Friedenspflicht)에 근거하며 전통적으로 실질적 경찰의무라고 불려왔던 것이다<sup>43)</sup>. 이러한 책임귀속모델(Zurechnungsmodell)을 필자 스스로 자기책임원칙이라 명명해본다.

자기책임은 자기결정을 전제로 한다. 자기결정은 자기책임과 짝을 이루고 (Selbstbestimmung korrespondiert Selbstverantwortung)<sup>44)</sup>, 자기결정 시에 자유로운 결정의지를 가지고 있어야 한다. 결국 타인에게 자신의 토지사용을 허용한 토지소유자인 임대인은 명문의 규정과는 상관없이 그 허용행위에 관한 자기의지에 따른 결정(자기지배)에 따라 허용공간에 대한 법적 혹은 사실적 처분권이라는 영향력행사가능성을 가지고 안전확보의무(Sicherungspflicht)를 부담하며<sup>45)</sup>, 이러한 의무의 불이행이나 위반은 위법한 의무위반으로서 부작위가 되어 - 형법상 보증인의무(Garantenpflicht)와 유사한 사례가 된다 - 자신의 “행위(Verhalten)”로서 물적 상태책임을 부담하게 되는

42) 이른바 “제2차적 차원(die sekundäre Ebene)”이라 한다. 이러한 제1차적 차원, 제2차적 차원에서 경찰 혹은 질서행정관청(환경청을 포함한다)의 위해제거조치의 수범자결정의 원리(Prinzip)의 우선순위가 변경될 수밖에 없음을 논증하고 있는 문헌으로 이기춘, 위 박사학위논문, 26-27쪽 참고.

43) Pietzcker는 “일반적 장애야기금지의무(allgemeine Nichtstörungspflicht)의 구체화과정은 민법의 교통 안전확보의무(Verkehrssicherungspflicht)의 발전방향과 유사하다. 하지만 경찰법상 전자의 의무가 좀 더 광범위한 것이다. 왜냐하면 도로상 교통·접촉(Verkehr)과 관련하여 일반적으로 준수되어야 할 주의의무 이외에 위험영역에 관련된 리스크의 귀속도 전자의 의무에서 문제되기 때문이다”라면서 양자의 관계를 설명하고 있다. Pietzcker, DVBl. 1984, 457ff., S. 460.

44) 자기책임의 근거와 한계를 헌법적으로 설명한 문헌으로 Hilgruber, Christian, Das Prinzip der Selbstverantwortung - Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, in: Riesenhuber, Karl, (Hrsg.) Das Prinzip der Selbstverantwortung, 2011, 165ff. S. 167.

45) 국가배상법 제5조에 관한 대법원의 최근 판례가 사용한 “방호조치의무”와 유사한 것이다. 독일에서는 제국법원 이래로 판례법으로 형성된 시민의 이러한 의무를 “교통안전의무(Verkehrssicherungspflicht)”라고 한다(정하중, 행정법개론, 제6판, 법문사, 2012, 565쪽). 집 앞의 도로의 안전관리의무에서 시작할 이래로, 이 의무는 자신의 지배영역 범위 내의 안전확보의무(Selbstsicherungspflicht)로 발전한 것이다. Maurer도 우리의 국가배상법에 해당하는 직무책임 부분(Die Amtshaftung nach Art. 34 GG/§839 BGB)에서 이 의무는 연방통상법원(BGH)에 따르면 사법적 의무이지만, 도로공간을 안전하게 유지할 도로교통안전의무는 공법적 직무이고 그 위반은 배상청구권을 발생시킨다는 것이 지배설이라고 한다. Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., C. H. Beck, 2009, §26 Rn. 23, S. 662.

것이다<sup>46)</sup>. 그러나 자기지배의지에 반하거나 전혀 무관하게 위해가 행위를 통해서 발생하든 물적 위해가 야기된 경우라면 책임의 내용은 형평에 맞게 합리적으로 조정되어야 한다. 결과적으로 앞으로 행위책임과 상태책임은 「자기지배영역에서의 안전확보의무의 위반에 따른 자기책임」 하에서 위해야기의 매개체가 행위이나 물적 상태이냐에 따라 작용원리(Prinzip)의 우선순위, 이익형량요소 등에서 차이가 있게 될 뿐이다. ‘책임’이라는 단어를 빼고, 단순히 전자를 행위위험(Verhaltensgefahr), 후자를 물적 위험(Sachgefahr)이라고 부르기도 한다<sup>47)</sup>. 자기지배영역의 리스크배분의 관점을 이렇게 도입하려는 목적은 시민에게 과도한 책임을 전가하는 독일식 물적 상태책임의 제한을 위한 것이다.<sup>48)</sup> 자신의 소유토지가 임차인에 의하여 어떻게 사용되고 있고 안전이 어떻게 관리되고 있는지를 항상 관리·감시하여야 하고, 그러한 의무를 이행하였을 경우 또는 불가항력이나 우연에 기인한 물적 위험상황에 대해서는 책임을 감면하는 입법, 행정, 사법적 결정이 있어야 한다.

현재 이 이론은 학술대회 발표의 기회에서 상태책임의 과도한 확대를 제한하기 위한 모델의 하나로 주장하는 것에 불과하다. 위 가설의 개별적 문제점으로는 기존 리스크영역이론의 비판이 그대로 이어질 수 있는데<sup>49)</sup>, ① 과실과 또 다른 주관적 형평 기준이 지배할 수 있다는 점, ② 객관적 예견가능성이 고려될 수 있다는 점에서 경찰법의 기본원리라고 볼 수 있는 고의·과실과 경찰법은 무관하다는 점과 충돌할 수 있

46) 국가배상법 제5조 “설치 또는 관리의 하자”에 관한 위법·무과실책임설과 유사한 것이다. 위법·무과실책임설은 독일의 (교통)안전의무(Verkehrssicherungspflicht)를 참고하여 이 관례법상 자신의 주위 지배영역 안에서의 안전확보의무를 위반한 것이어서 위법한 설치·관리의 하자이고 이는 무과실책임이라고 하는 것이, 국가배상법 제5조의 문언에 합치된다고 보는 것이다. 왜냐하면 동 조항은 단순히 물적 상태책임이 아니라 “설치·관리에 하자”를 요구하고 있으므로 행위책임이고, 과실을 요구하고 있지 않으므로 무과실책임조항이라는 것이다. 이 학설에 대해서는 김남진/김연태, 행정법 I, 제16판, 법문사, 2012, 606쪽; 정하중, 위의 책, 565쪽 참고. 근거와 내용적으로는 다른 것이지만, 결론만을 가지고 보면 시민들이 환경위해제거와 관련하여 의무위반과 리스크영역(혹은 자기지배영역)을 강조하는 Jost Pietzcker의 견해와 상당히 닮아있다(Pietzcker, a.a.O.).

47) Hollands, a.a.O., S. 37ff.

48) 리스크영역(Risikosphäre)의 귀속을 근거로 하는 것의 주목적은 과도한 상태책임의 제한에 있다는 것은 타 학자들에 의해서도 확인되고 있다. 대표적으로 Griesbeck, Michael, Die materielle Polizeipflicht des Zustandsstörers und die Kostentragungspflicht nach unmittelbarer Ausführung und Ersatzvornahme, 1991, S. 70ff.

49) 이기춘, 위 박사학위논문, 142-144쪽.

다는 점, ③ 불명확한 리스크기준이 도입되어 효과적 위험방지목적이 위태화될 수 있다는 점들이 그것이다. 더 나아가 자기결정에 따른 자기책임이라는 것은 사적 자치의 본질적 표지인 만큼 민법에서 발전된 토포스이다. 그것을 공법상 그것도 시민의 자기안전(확보)의무의 존재를 정당화시켜 전통적 물적 상태책임을 극복하려는 주장이므로 위의 설명으로는 자기결정의 근거, 내용, 자기책임의 헌법상 근거, 자기안전(확보)의무의 근거와 범위, 민·형법상 책임론과의 구분 등에 관련된 보다 구체적인 논증이 부족하다. 더 나아가 최근 Lepsius에 의하여 이루어진 고전적 상태책임이론의 심화라는 또 다른 견해의 타당성여부 등에 대한 검토가 있어야 할 것이다<sup>50)</sup>. 따라서 위 주장은 가설에 그칠 수밖에 없고, 빠른 시일 내에 수행하여야 할 과제로 설정하고자 한다.

## V. 결 론

폐기물관리법과 건설폐기물법상 방치된 (건설)폐기물의 처리명령의 수범자로서 고려되고 있는 타인에게 토지사용을 허용한 토지소유자나 임대인의 폐기물처리무에 대하여 수원지방법원은 책임의 원칙과 불법폐기에방효과 및 후순위로 고려된다는 점 등을 들어서 위헌법률심사청구를 기각하였고, 이후 헌법재판소는 재산권의 사회적 의무를 강조하고 폐기물과 관련된 위험방지의 효과를 위해서는 직접원인자인 폐기물처리업자 이외에 토지소유자나 임대인과 같은 사실상 영향력행사가능성 보유자들에게 조치명령을 내려야 입법목적을 달성할 수 있다고 간주하여 합헌으로 판단하였다.

우리나라 문헌들은 대부분 토지임대인이나 소유자의 방치폐기물처리책임규정의 합헌성을 전제하고 있는 것으로 간주된다<sup>51)</sup>. 비교법적 차원에서도 건설폐기물법과 폐

50) Lepsius, Oliver, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002.

51) 이승우, 방치폐기물처리 행정대집행비용의 회수와 유치권행사, 환경법연구 제29권 제2호, 환경법학회, 2007, 288쪽("...오염자부담의 원칙에 반하여 재산권보장에 위반될 여지가 있으나 최근 오염자의 범위를 확대하는 추세로 판례도 인정하고 있다."); 조홍식, 폐기물관리법상 사업장폐기물 배출사업자의 법적 책임, 환경법연구 제26권 제2호, 2004, 269쪽(토지소유자의 승계인 책임에 관한 논쟁을 소개하면서, 토지소유자의 처리책임에 대해서는 아무 언급이 없는 태도로 보아 합헌성을 전제하는 것으로 생각된다).

기물관리법상 토지소유자가 방치폐기물처리의 책임을 부담하는 것이 위헌이라는 판단을 내릴 근거는 명백하지 않다. 그러나 토지소유자에 대한 처리명령규정의 합헌성에 대해서는 의문이다. 이것은 구 토양환경보전법 제10조의 3 제3항 제2호의 토지소유자등의 책임에 대하여 위헌을 선언한 헌법재판소의 태도를 보아도 분명해진다. 따라서 폐기물책임법에 대한 입법정책적 개선방향이 제시되어야 한다고 본다. 이에 따라 필자는 ① 방치폐기물의 적절한 처리목적과 효과적 위험방지원칙에 따른 토지소유자 처리책임의 정당성, ② 최소침해원칙의 검토와 미국 CERCLA법, 특히 브라운필드법에서 선택된 대체적 부담방식(alternative payment methods)의 도입검토, ③ 토지임대인의 책임감경·면제가능성과 처리이행보증제도의 개선 등 공정한 부담배분원칙에 따른 상태책임의 수인한도 내로의 제한이라는 제안을 한 바 있다<sup>52)</sup>.

마지막으로 이론적으로 단순한 사실적 영향력행사가능성이나 수익-비용-상관관계라는 근거로 물적 상태책임을 일반적으로 정당화하려는 시도는 그 흠으로 인하여 목적을 달성하기 어렵다. 독일식의 행위-상태책임 이분론을 타파하고, 과도하게 확장될 수 있는 물적 상태책임을 자기결정에 따른 자기지배영역 즉 리스크(부담)영역에 대한 자기책임론으로 일원화하여 그 아래에서 직접원인설이 강조되는 행위위험론과 자기지배영역에 대한 안전확보의무와 그 영역에 대한 사실적 영향력행사가능성 및 수익가능성을 종합적으로 고려한 물적 위험론으로 구성하는 것이 도그마틱적으로나 상태책임의 제한을 위하여 타당하다고 생각된다.

52) 이기춘, 건설폐기물과 토지소유자의 처리책임에 관한 소고, 환경법연구 제31권 제3호, 2009, 177-180쪽 참고.

## 참고문헌

- 김상겸, 폐기물관련법제에 관한 헌법적 고찰, 환경법연구 제26권 제3호, 2004, 26쪽 이하
- 김성배, 소급적 토양정화책임의 위헌문제 : 미국 판례와 CERCLA상의 논의를 중심으로, 환경법과 정책 제8권, 강원대비교법학연구소 환경법센터, 2012, 55쪽 이하
- 김현준, 경찰법상의 상태책임, 토지공법연구 제22집, 2004, 363쪽 이하
- \_\_\_\_\_, 수인의 경찰책임자, 공법연구 제35집 제3호, 2007, 233쪽 이하
- 김현준, 토양환경보전법상 정화책임의 공법적 검토, 환경법과 정책 제8권, 강원대비교법학연구소 환경법센터, 2012, 1쪽 이하
- 박근성, 행정법강의, 제9판, 박영사, 2012
- \_\_\_\_\_, 행정법론(상), 제8판, 박영사, 2009
- 박근성, 産業廢棄物處理責任體系의 再檢討, 경희법학 제36권 1호, 2001, 75쪽 이하
- 박근성·함태성, 환경법, 제5판, 박영사, 2012
- 박종원, 오염토양과 폐기물의 법적 구별과 그 처리책임, 환경법과 정책 제8권, 강원대비교법학연구소 환경법센터, 2012, 99쪽 이하
- 방극채, 폐기물의 처리책임에 관한 비교법적 연구, 전남대박사학위논문, 2008
- 서정범(譯), 독일경찰법론, 세창출판사, 1998
- 서정범, 상태책임의 한계에 관한 고찰 - 이른바 연계원칙의 종언(終焉)? -, 토지공법연구 제48집, 2010, 479쪽 이하
- 손재영, 경찰법, 박영사, 2012
- 심재우(編譯), 책임형법론, 홍문사, 1995
- 이기춘, 위험방지를 위한 협력의무로서 경찰책임의 귀속에 관한 연구, 고려대학교박사학위논문, 2003
- \_\_\_\_\_, 독일경찰법상 상태책임의 근거 및 제한에 관한 고찰, 토지공법연구 제18집, 2003, 405쪽 이하
- \_\_\_\_\_, 건설폐기물과 토지소유자의 처리책임에 관한 소고, 환경법연구 제31권 제3호, 2009, 149쪽 이하

- 이주현·백윤철, 環境權과 建設廢棄物의 관리와 재활용의 문제점과 개선방안에 관한 研究, 토지공법연구 제24집, 2004, 617쪽 이하
- 정하중, 행정법개론, 제6판, 법문사, 2012
- 이승우, 방치폐기물처리 행정대집행비용의 회수와 유치권행사, 환경법연구 제29권 제2호, 2007, 287쪽 이하
- 조은래, 토양환경보전법상 정화책임의 민사법적 검토, 환경법과 정책 제8권, 강원대 비교법학연구소 환경법센터, 2012, 29쪽 이하
- 조홍식, 폐기물관리법상 사업장 폐기물 배출사업자의 법적 책임, 환경법연구 제26권 제2호, 2004, 255쪽 이하
- 지원림, 민법강의, 제8판, 홍문사, 2009
- 정 훈, 자원절약과 환경친화적인 폐기물처리를 위한 폐기물법의 규율방향, 환경법 연구 제24권 제1호, 2002, 180쪽 이하
- 채영근, 폐기물 관련 법령체계의 문제점 및 개선방안, 환경법연구 제31권 2호, 2009, 146쪽 이하
- 한귀현(譯), 일본경찰법, 한국법제연구원, 2003
- 홍정선, 경찰행정법, 제2판, 박영사, 2010
- 홍정선, 행정법원론(상), 제20판, 박영사, 2012
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 8. Aufl., 1986, S. 313
- Griesbeck, Michael, Die materielle Polizeipflicht des Zustandsstörers und die Kostentragungspflicht nach unmittelbarer Ausführung und Ersatzvornahme, 1991
- Hilgruber, Christian, Das Prinzip der Selbstverantwortung - Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, in: Riesenhuber, Karl, (Hrsg.) Das Prinzip der Selbstverantwortung, 2011, S. 165ff.
- Hollands, Martin, Gefahrenzurechnung im Polizeirecht, 2005
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., C. H. Beck, 2009
- Pietzcker, Jost, Polizeilichrechtliche Störerbestimmung nach Pflichtwidrigkeit und Risikosphäre, DVBl. 1984, S. 457-464

Ruffert, Matthias, Verantwortung und Haftung für Umweltschäden, NVwZ 2010,  
1177ff.

[Abstract]

## Eine Untersuchung zur Zurechnung von Abfallbeseitigungsverantwortung der Grundstückseigentümer als Vermieter in der Rechtsprechung

Lee, Kee Chun

Nach dem geltenden koreanischen Abfallwirtschaftsgesetz müssen Grundstückseigentümer als Vermieter, den anderen Personen die Verwendung und Nutzung zu gestatten, Sanierungshaftung neben Abfallverwirter tragen, wenn sie Abfall über ihrer Grundstück hinterlassen oder unter den auffüllen. Das Gesetz über die Förderung der Kreislaufwirtschaft von den Bauabfälle(“Bauabfallgesetz”) schreiben vor, daß Verfügungsbehörden dem Vermieter Sanierungsmaßnahmen befehlen können. Aber ander als angeführtes Gesetz, die Haftung des Vermieters ist von ergänzender Natur. Die Autoren qualifizieren diese Haftung als Zustandshaftung. Nach den Vorschriften beiden Gesetzen auferlegten die Sanierungspflichten jedenfalls den Grundstückseigentümer, so daß die übermäßigen Kosten ihren angelastet werden. Das koreanische Verfassungsgericht gilt diese Zustandshaftung als verfassungsmäßige Verantwortung. Denn es akzentuiert die Sozialbindung von Eigentum und sieht für die Realisierung der Aufforderung von der effektiven Gefahrenabwehr diese Haftung des Inhabers der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit als notwedig aus. Aber es gibt keine detaillierte Argumentation von der Theorie der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit und Sorgfaltspflicht der Grundstückseigentümer. Vor dringender Situation müssen die Bürger die vorläufigen Eingriffsmaßnahmen auf Grund der Mitwirkungspflicht als eine der Grundpflichten im Verfassungsrecht hinnehmen (die primäre Mitwirkungspflicht), und haben Selbstverantwortung als Risiko der Selbstsicherungspflichtswidrigkeit im eigentlichen Sphäre zu anlasten, nachdem Gefahrsituation endet oder Gefahr ist entfallen (die sekundäre Nichtstörungspflicht, Sicherungspflicht).

**주 제 어** 폐기물, 자기책임, 토지소유자의 상태책임, 리스크영역, 안전확보의무, 협력의무, 책임의 귀속

**Key Words** Abfall, Selbstverantwortung, Zustandsverantwortung der Grundstückseigentümer, Risikosphäre, Mitwirkungspflicht, Sicherungspflicht, Zurechnung der Verantwortung