

헌법재판소의 헌법불합치 결정 이후

— 정화책임자 조항의 위헌성은 제거되었는가? —

김 홍 균*

차 례

- I. 들어가는 말
- II. 배상책임
- III. 정화책임
- IV. 평가
- V. 정화책임자 조항의 위헌성
- VI. 위헌성 해소 방안
- VII. 맺는 말

[국문초록]

2012년 헌법재판소의 2개의 헌법불합치 결정은 그동안 논란이 되어 있던 문제를 일순간에 표면화하였으며, 2014. 3. 24. 법 개정의 기폭제가 되었다. 개정 법은 정화책임의 주체로 ‘정화책임자’라는 용어를 새로이 도입하고 정화책임자의 범위를 재설정하면서 면책의 확대, 정화책임자간 우선순위 설정, 구상권, 국가지원 등 규정을 새로이 두면서 나름대로 대폭적인 손질을 하였다. 그렇다면 위헌성은 완전히 제거되었는가?

정화책임자 조항은 과거 오염원인자의 범위 및 적용에 관한 위헌성 논란을 어느 정도 해결했다는 점에서 의미가 크다. 그러나 구체적인 경우 그 해석을 둘러싼 치열한 논란이 예상되고 있다. 가뜩이나 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라 떠밀리듯이 이루어진 소폭적이고 임기응변적인 개정은 위헌성을 완전히 제거하는데 미흡하다고 할 수 있으며, 본격적인 시행에 따라 분쟁이 재연될 가능성이 있다.

특히 개정 법은 소급효 문제를 충분히 고려하지 않고 있다. 동법에서 정화책임자 조항 전반에 걸쳐 소급책임 여하만 분명히 하였어도 위헌성 문제는 크게 제기되지

* 한양대학교 법학전문대학원 교수

않을 것이라고 생각한다. 토양오염을 발생시킨 자와 토양오염관리대상시설의 소유자 등을 빠트리고 토지의 소유자 등에 대해서만 소급효 문제를 다루고 있는 것은 입법의 부주의라고 할 수 있다. 이러한 점에서 개정 법은 절반의 성공이라고 평가할 수 있다. 이러한 점을 고려할 때 추후 개정 시에는 토양오염관리대상시설의 소유자 등에 대한 소급효 여하(특히 소급 적용의 시적 범위)를 분명히 하고, 기금의 설치, 국가의 비용지원 등을 포함하여 소급효 제한에 따라 발생할 수 있는 문제를 해결하기 위한 방안을 다각적이고 면밀히 검토하고 보완하여야 할 것이다. 나아가 면책의 범위를 확장한다는 차원에서 토양오염관리대상시설의 선의의 소유자 항변, 선의의 토지구입예정자에 대한 면책, 소량의 오염물질과 비유해물질을 배출자에 대한 면제 등 입법적 배려가 요구된다.

I. 들어가는 말

그동안 「토양환경보전법」상 오염원인자 조항과 관련한 위헌성 여하가 강하게 제기되었다.¹⁾ 급기야 2012년 헌법재판소의 2개의 헌법불합치 결정²⁾은 그동안 논란이 되어 있던 문제를 일순간에 표면화하였으며, 2014. 3. 24. 법 개정의 기폭제가 되었다. 헌법재판소의 결정 및 법 개정은 여러 가지를 생각하게 한다. 무엇보다도 그동안 위헌성 논란이 꾸준히 제기되었으나 자체적인 노력이 아니라 헌법재판소의 결정에 따라 떠밀리듯이 「토양환경보전법」을 개정하기에 이른 점이다. 또한 개정은 헌법재판소가 결정문에서 친절하게 제시한 내용을 반영할 수밖에 없었을 터인바, 개정이 이루어진 현 상태에서 그 내용이 충분히 반영되었는지 검토할 필요가 있다는 점이다. 충분히 반영되지 않았다면 이는 또 다른 위헌성 논란, 헌법불합치 결정(부적용), 개정이라는 악순환을 예고하고 있기 때문이다.

1) 조홍식 교수는 구 「토양환경보전법」 제10조의3 제3항 제3호 조항이 재산권의 본질적 내용 침해금지원칙, 소급입법금지원칙, 비례원칙, 자기책임원칙, 재산권 박탈에 관한 정당한 보상원칙, 법률유보원칙 등의 위반을 지적한 바 있다. 조홍식, 소급적 환경책임의 위헌성 - 2010헌가77 토양환경보전법 제10조의3 제1항 등 위헌제청사건을 글감으로 하여, 사법, 2013. 12, 145면 이하.

2) 현재 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정(마산주유소 사건); 현재 2012. 8. 23. 선고 2010헌바28 결정(부영 사건).

개정 법은 정화책임의 주체로 ‘정화책임자’라는 용어를 새로이 도입하고 정화책임자의 범위를 재설정하면서 면책의 확대, 정화책임자간 우선순위 설정, 구상권, 국가지원 등 규정을 새로이 두면서 나름대로 대폭적인 손질을 하였다. 그렇다면 위헌성은 완전히 제거되었는가? 해당 오염원인자 조항의 ‘적용중지’를 명하는 헌법불합치 결정은 임기응변적인 법 개정을 재촉하였을 것이다. 그 결과 아무래도 시간에 기는 개정을 할 수밖에 없었을 것이고, 그 결과는 단기적이고 단편적·소폭적 개정을 할 수밖에 없는 측면이 있었을 것이다. 해당 규정의 적용이라는 숨통이 트여진 현 시점에서 개정 내용을 평가해보는 것은 나름대로 의미가 있다고 생각한다. 법 개정이 이루어진 이후에 문제를 제기하는 것은 실기한 감이 없지 않다. 그러나 문제 제기를 통해 차제에 장기적이고 본질적·대폭적인 개정을 모색할 수 있기 때문이다.

이러한 인식하에 이 글에서는 그 개정이 위헌성을 완전히 제거하는 데 미흡하다고 결론을 내리고, 우선 개정된 내용을 분석·평가한 후, 이 글의 핵심인 위헌성 여부를 검토하고, 이를 토대로 그 위헌성을 제거하기 위한 방안을 제시하기로 한다.

II. 배상책임

「토양환경보전법」은 토양오염에 대한 정화책임(제10조의4)과 함께 배상책임(제10조의3)을 인정하고 있다. 정화책임은 일정한 범위의 정화책임자로 하여금 오염토양의 정화, 오염토양 개선사업의 실시 등을 실시하도록 하고 있다. 배상책임은 해당 토양오염을 발생시킨 자에게 토양오염의 피해에 대한 무과실책임을 묻고 있다. 정화책임이 공법상의 책임을 규정하고 있다면 배상책임은 사법상의 책임을 규정하고 있다고 할 수 있다.

1. 토양오염피해에 대한 무과실책임

「토양환경보전법」은 “토양오염으로 인하여 피해가 발생한 경우 그 오염을 발생시킨 자는 그 피해를 배상하고 오염된 토양을 정화하는 등의 조치를 하여야 한다”고 규정함으로써(제10조의3 제1항 본문), 토양오염의 피해에 대한 무과실책임을 인정하

고 있다. 이 규정은 위험책임의 법리를 실정화한 것으로, 토양오염 피해자는 가해자의 고의 내지 과실을 입증할 필요 없이 손해배상을 받을 수 있다. 또한 동규정은 피해배상 뿐만 아니라 ‘정화’의무를 규정하고 있는데, 토양오염의 사전예방뿐만 아니라 오염된 토양의 사후적 복구를 도모하고 있다는 점에서 의미가 있다.

가. 요건

(1) 오염을 발생시킨 자

책임주체는 토양오염을 발생시킨 자이다. 책임 주체를 “오염을 발생시킨 자”로 한 것은 종전에 책임의 주체를 ‘오염원인자’로 하면서 오염원인자가 구체적으로 누구인지, 오염원인자를 토양오염 발생과 직접적인 관련이 없는 자(예컨대, 토양오염관리 대상시설의 소유자, 승계인)로 확대해석할 수 있는지 등 논란이 있었는데, 그 논란을 잠재우려는 입법적 노력이라고 이해된다. 그러나 동법은 ‘오염을 발생시킨 자’에 대한 별도의 개념규정을 두고 있지 않으며, 보기에 따라 그 범위가 여전히 광범위하고, 불분명한 점이 있어서 구체적인 경우 그 해석을 둘러싸고 논란이 제기될 수 있다.

(2) 토양오염피해

‘토양오염’이란 사업활동이나 그 밖의 사람의 활동에 의하여 토양이 오염되는 것으로서 사람의 건강·재산이나 환경에 피해를 주는 상태를 말한다(제2조 제1호). 동법이 ‘토양오염물질’을 “토양오염의 원인이 되는 물질로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다”고 정의하고 있음(제2조 제2호)에 비추어 토양오염은 토양오염물질로 인한 오염으로 이해된다.

나. 책임의 내용

제10조의3 제1항은 손해배상과 오염된 토양의 정화를 그 책임으로 인정하고 있다. 이는 원인자의 과실 여부를 떠나 인정되는 ‘무과실책임’이다. 원인자에게 배상과 함께 ‘오염된 토양’을 정화하는 조치를 구할 수 있는데, ‘오염된 토양’에 대한 개념 정의가 없어 다소 혼란스러운 부분이 있다. 예컨대, 여기서 말하는 ‘오염된 토양’이 공법상의 정화책임의 책임범위가 되는 오염도가 우려기준을 초과하는 경우로 보아야 하는가?

제11조 제3항에서는 ‘오염토양’과 관련해서 “오염도가 우려기준을 넘는 토양”이라고 정의하고 있기 때문에 이러한 정의가 제10조의3에 따른 정화의무에도 유추적용될 수 있다는 견해가 있을 수 있으나 공법상 책임과 사법상 책임을 구별하고 있는 상황에서 공법상 정화책임에 적용되는 이러한 요건이 제10조의3에 따른 사법상 책임에도 그대로 적용될 수 있는지는 의문이다.³⁾

다. 책임의 면제

동법은 명시적으로 토양오염이 천재지변이나 전쟁, 그 밖의 불가항력으로 인하여 발생한 경우 책임을 묻지 않고 있다(제10조의3 제1항 단서).

2. 복수원인자 책임

수인이 공동으로 오염물질을 배출하여 환경피해를 야기한 경우 과연 누구에 의해 피해가 발생한 것인지를 밝히기란 쉬운 일이 아니다. 이러한 환경피해에 대한 책임소재 규명의 어려움을 해결하기 위하여 「토양환경보전법」 제10조의3 제2항은 「환경정책기본법」 제44조 제2항의 규정 취지와 같은 맥락에서 “토양오염을 발생시킨 자들 이상인 경우에 어느 자에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각자가 연대하여 배상하고 오염된 토양을 정화하는 등의 조치를 하여야 한다”라고 규정하고 있다.

이러한 연대책임규정은 같은 시기에 공간적으로 인접한 2개의 사업장에서 오염물질을 배출하여 토양을 오염시킨 경우에 적용될 것은 분명하지만, 같은 장소에 시간을 달리하여 누적적으로 토양을 오염시킨 경우 관련당사자 모두를 책임자로 볼 수 있는지는 불분명하다. 실제 입증의 여하는 별론으로 하고, 이를 소극적으로 해석할 이유는 없다고 본다.

3) 이른바 대한전선 사건에서 법원은 ‘토양오염’에 대한 개념 정의(제2조 제1호)를 유추하여 ‘오염토양’을 “토양오염물질이 축적되어 사람의 건강·재산, 동·식물의 생육에 지장을 주는 토양”이라고 정의하고 있다. 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008도2907 판결 참조(이 사안에서는 문제의 토양이 우려기준을 초과하고 있기 때문에 그 결론이 달라지지는 않을 것이다).

복수원인자의 연대책임을 인정하는 이유는 토양오염으로 인한 피해는 그 피해의 만성적·누적적 성격 때문에 그 책임소재 규명이 매우 어렵고, 경우에 따라서는 책임 분할 자체가 곤란하며, 이미 도산하였거나 지불능력이 없는 자에게 책임을 묻는 것이 현실적으로 의미가 없기 때문이다. 모든 원인자에게 소를 제기하지 않고 상대적으로 부유한 자(deep pocket)에게 비용을 소구할 수 있도록 하는 것이 정화작업의 중요한 요소인 신속성을 확보할 수 있게 한다는 점도 복수원인자에게 연대책임을 묻는 중요한 이유가 될 수 있다.

그러나 연대책임은 부유한 자에게는 아무리 오염억제조치를 취하여도 책임을 지도록 하고 가난한 자에게는 책임추구 가능성을 배제함으로써, 이들 모두에게 도덕적 해이(moral hazard)를 유발하여, 결과적으로 오염억제효과를 반감시키고, 오염 기여도가 적은 자에게 지나친 부담을 줌으로써, 형평의 관념과 오염원인자 책임원칙에 반한다는 비판이 제기될 수 있다.

Ⅲ. 정화책임

1. 정화책임자

동법은 제10조의4에서 오염토양의 정화 등 책임을 지는 ‘정화책임자’를 특정하고 있다. 여기에는 ① 토양오염물질의 누출·유출·투기(投棄)·방치 또는 그 밖의 행위로 토양오염을 발생시킨 자, ② 토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염 관리대상시설의 소유자·점유자 또는 운영자, ③ 합병·상속이나 그 밖의 사유로 ① 및 ②에 해당되는 자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자, ④ 토양오염이 발생한 토지를 소유하고 있었거나 현재 소유 또는 점유하고 있는 자가 포함된다(동조 제1항). 다만 ④에 해당하는 토지의 소유자·점유자는 선의·무과실 등 일정한 경우에는 면책된다(동조 제2항). 이는 ④에 해당하는 토지의 소유자·점유자를 제외한 다른 정화책임자에게는 사실상 무과실책임을 인정하는 셈이다. 이 정화책임자 조항은 과거 오염원인자의 범위에 관한 논란을 어느 정도 해결했다는 점에서 의미가 크다. 그러나 구체적인 경우 그 해석을 둘러싼 치열한 논란이 예상되고 있다.

가. 토양오염을 발생시킨 자

동법은 토양오염물질의 누출·유출·투기(投棄)·방치 또는 그 밖의 행위로 토양오염을 발생시킨 자를 정화책임자로 규정하고 있다(동조 제1항 제1호). 이는 토양오염관리대상시설의 소유·점유·운영 여부와 관계없이 토양오염물질을 사용 또는 취급하던 중 토양오염이라는 결과를 야기한 경우 정화책임을 지도록 하고 있는 것이다. 이러한 점에서 ‘토양오염을 발생시킨 자’가 지는 책임은 ‘행위책임’이라고 할 수 있다. 그 결과 행위와 토양오염의 발생 사이에 인과관계가 존재하여야 하는데, 주지하는 바와 같이 인과관계를 명확히 밝히는 것은 쉽지 않다.

‘오염을 발생시킨 자’의 범위는 상당히 넓다고 할 수 있으며, 다소 모호한 측면도 있다. 이는 ‘그 밖의 행위’를 어떻게 해석하느냐의 문제와 관련이 있다. 예컨대, 토양오염물질의 발생자로서 그 처리를 위탁한 자를 토양오염을 발생시킨 자로 볼 수 있는지 분명하지 아니하다. 토양오염물질을 발생시킨 자가 그 처리를 위탁한 경우 발생자는 적절한 처리를 위탁하였을 뿐 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치하였다고 보기는 어렵다고 볼 수도 있으나, 토양오염물질의 발생은 기업의 운영에 있어서 불가피하고, 당해 기업은 그로 인해 막대한 이윤을 획득하고 있으므로 정화책임자로 보아 책임을 부담케 하는 것이 오염된 토양의 정화를 중요한 목적으로 하는 법 취지에 보다 부합할 것이다. 논란을 없애기 위해서는 입법적으로 이를 분명히 할 필요가 있다.

나. 소유자·점유자·운영자

동항 제2호는 토양오염 ‘발생’ 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자를 정화책임자로 명시하고 있다. 그 결과 토양오염물질을 직접 발생시키지는 않았더라도 토양오염의 ‘발생’ 당시 소유자·점유자·운영자라면 그 책임을 질 수 있다.⁴⁾ 앞서 토양오염을 발생시킨 자(동항 제1호)가

4) ‘배출’과 오염 ‘발생’ 간에는 시간 차가 있을 수 있으며, 오염원인자 책임원칙에 부합하기 위해서는 발생이라는 표현 대신에 ‘배출’ 또는 ‘처리’ 등의 표현이 보다 적합하다고 생각한다. 참고적으로 미국 종합환경대응보상책임법(CERCLA)은 유해물질의 ‘처분(disposal) 당시’에 시설(부지를 포함)을 소유 또는 운영하였던 자에게 동법상의 책임을 묻고 있다. CERCLA § 107 (a)(1), (2).

지는 책임이 행위책임이라면 소유자·점유자·운영자가 지는 책임은 토양오염관리대상시설을 지배하고 있다는 사실만으로 인정되는 ‘상태책임’이라고 할 수 있다.⁵⁾ 그러나, ‘토양오염의 원인이 된’이라는 요건이 충족되어야 하므로, 토양오염을 유발시키는 직접적 행위가 매개되지 않더라도, 토양오염관리대상시설과 토양오염 간의 관련성은 인정되어야 한다.⁶⁾ 이는 토양오염의 발생과 행위와의 직접 관련성을 요구하는 제1호의 오염을 발생 시킨 자와 구별되는 것이다. 실제 토양오염을 발생시킨 자와 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자는 중복될 가능성이 많으나 이를 굳이 구별해 본다면, 예컨대 송유관에서 기름을 도굴하는 과정에서 기름이 누출된 경우 도굴자는 전자, 송유관 소유자는 후자에 해당될 것이다.

여기서의 토양오염관리대상시설의 소유자 등에 당해 시설에 대한 담보권을 보유하고 있으면서 운영에 참여한 자가 포함되는지는 분명하지 아니하다. 미국에서도 이를 둘러싼 논란이 지속되고 있다는 점을 감안할 때 입법적 해결이 요망된다.⁷⁾

5) 현재 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정(마산주유소 사건). 제1호에서 ‘행위책임자’인 ‘토양오염을 발생시킨 자’에 대하여 별도로 규정하고 있다는 점에서 제2호에서 상태책임자를 정화책임자의 범위에 포함시키려고 한 것이 입법자의 의도라고 해석할 수 있으며, 상태책임을 인정하지 않을 경우에는 토양오염의 장기성·누적성 등으로 인해 그 원인자를 발견하기가 쉽지 않은 상황에서 입법 취지가 크게 손상될 수 있다. 김중대 재판관(소수의견)은 “토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자는 토양오염 발생 당시에 그 원인이 된 토양오염관리대상시설을 사실적으로 지배하고 있으나(이는 기본적으로 소유자 등의 책임이 상태책임임을 인정하는 것으로 이해됨), 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자는 토양오염관리대상시설을 양수·인수하기 이전에는 토양오염의 발생과 전혀 무관하므로, 토양오염 발생에 대한 귀책의 정도가 본질적으로 다르다”고 지적한 바 있다. 마찬가지로, 소유자(제2호)의 책임이 상태책임인지 여부를 분명히 하지 아니한 채, 경찰책임의 범리에 따라 경우 소유자의 책임과 양수인(구법 제10조의4 제3호, 2014. 3. 24. 개정 법에서는 삭제됨)의 책임은 다른 유형의 책임으로 보아야 한다는 견해가 있다. 박종원·김현준, 토양정화책임 관련 분쟁사례 분석, 한국법제연구원, 2012. 10, 204면. 기본적으로 상태책임이라고 인정하면서 토양오염 ‘발생 당시’ 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자를 정화책임자로 하고 있는 점, ‘운영자’가 포함되어 있는 점 등에 비추어 이들 정화책임자 중에는 행위책임자에 해당하는 자 또는 양자의 성격이 혼재되어 있는 자가 있을 수 있다는 견해도 있다. 김연태, 토양환경보전법상 정화책임자의 범위와 책임의 한계, 고려법학 제77호, 2015. 6, 99면.

6) 대법원 2012. 1. 26. 선고 2009다76546 판결.

7) 미국 종합환경대응보상책임법은 잠재적 책임당사자(PRP) 중의 하나인 ‘소유자 또는 운영자’를 정의하면서 시설의 운영에 참여하지 않은 담보권을 가진 대주(lender)를 제외하고 있다. CERCLA § 101(20)(A). 이후 이를 개정하여 담보권을 행사한 후 매각 등

다. 권리·의무의 포괄적 승계자

동항 제3호는 “합병·상속이나 그 밖의 사유로 제1호 및 제2호에 해당하는 자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자”를 규정함으로써, 양수인의 의무승계에 관한 규정을 두고 있다. 그 결과 토양오염의 원인에 기여하지 않더라도 토양오염을 발생시킨 자(제1호)나 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자 또는 운전자(제2호)의 지위를 승계한 자가 정화책임을 질 가능성이 높아졌다.

전통적으로 포괄적 승계라는 법률적 효과를 발생하는 것으로 이해되어 온 합병, 상속의 경우에는 동 규정이 특별한 의미를 갖지 않는다. 문제는 ‘영업양도’와 같은 특수한 경우인데, 해석상 “그 밖의 사유”에 포함되어 일정한 경우에는 그 승계자의 책임이 인정될 수 있을 것이다. 문제의 핵심은 영업양도의 의미가 무엇인지, 어느 경우에 ‘포괄적’ 승계가 있는지 동일 것이다.

원칙적으로 영업의 동일성이 인정되는 경우 양수인은 양도인의 책임을 부담한다 할 것이다. 동일성의 판단은 종래의 영업조직의 전부 또는 중요한 일부가 유지되며 같은 기능을 할 수 있느냐에 의하여 판단되어야 한다.⁸⁾ 동일성을 결정하는 데 있어 중요한 요소는 주주의 계속성, 이사의 계속성, 임원의 계속성이지만⁹⁾ 그 밖에도 동일한 고용인, 동일한 감독자, 동일한 장소, 동일한 생산시설, 동일한 제품, 동일한 영업, 동일한 상호, 자산의 계속성, 양도기업과의 일체성 등이 제시될 수 있을 것이다.

‘자산인수’의 경우에는 자산의 상당부분을 인수한 경우라도 원칙적으로 포괄적 승계가 이루어진 것이 아니므로 그 인수자가 양도인의 기존 책임을 승계한다고 할 수는 없을 것이다. 이에 이러한 원칙을 악용하는 거래행위를 제한할 필요성이 제기되는데, 이 때 비록 예외적이지만 자산인수의 경우에도 양수인이 양도인의 책임을 승계할 수 있다는 경우를 인정하여 온 미국 법원의 태도는 참고할 만하다.¹⁰⁾

일정한 조치를 취한 경우도 제외함으로써 책임을 제한하고 있다. *Id.* § 101(20)(E).

8) 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카10128 판결; 이철송, 상법총칙·상행위, 박영사, 1996, 241면.

9) 김홍균, 환경법상 책임의 승계, 사법 제29호, 2014. 9, 165면.

10) 참고적으로 미국 법원은 자산인수의 경우에도 양수인이 양도인의 책임을 인수할 수 있다는 예외적인 경우를 인정하여 왔다. 예를 들어, 당사자간에 책임을 인수한다고 약정을 하는 경우(assumption of liability), 회사가 법이 요구하는 합병절차를 밟지 아니하였으나

라. 토지의 소유자·점유자

2014. 3. 24. 개정 법은 “토양오염이 발생한 토지를 소유하고 있었거나 현재 소유 또는 점유하고 있는 자”를 정화책임자로 하고 있다(동항 제4호). 이에 따라 ‘토지’의 과거 소유자나 현재 소유자·점유자가 오염토양의 정화 등 책임을 지게 된다. 이는 토양오염의 원인을 제공하였는지와 관계없이 오염 결과만으로 오염된 토지의 소유자·점유자가 정화책임을 질수 있다는 것을 의미한다. 토지의 소유자·점유자라는 이름으로 책임을 지기 때문에 ‘상태책임’으로 이해된다.

2. 책임의 내용

정화책임자가 지는 책임의 내용은 제11조 제3항, 제14조 제1항, 제15조 제1항·제3항 또는 제19조 제1항에 따른 토양정밀조사, 오염토양의 정화 또는 오염토양 개선사업의 실시(토양정화등)이다.

3. 책임의 면책

종전에는 토양오염관리대상시설(2014. 3. 24. 개정 전에는 부지와 토양오염이 발생한 장소를 포함하였음)의 양수자가 선의·무과실인 경우에만 그 책임을 면할 수 있도록 하였다(구법 제10조의4 단서). 그러나 2014. 3. 24. 개정 법은 신뢰보호의 원칙 또는 과잉금지원칙 위반 상태를 해소한다는 차원에서 넓게 면책을 인정하고 있다. 즉 제10조의4 제1항에도 불구하고 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 같은 항 제4호(‘토지’의 소유자·점유자)에 따른 정화책임자로 보지 아니한다. 다만, 1996년 1월 6일 이후에 제1항 제1호(토양오염을 발생시킨 자) 또는 제2호(토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자)에 해당하는 자에게 자신이 소유 또는 점유 중인

사실상 합병에 상당하는 기업통합이 있는 경우(*de facto merger*), 거래대금을 지불하지 않고 사기행위(*fraud*)로 회사를 인수한 경우, 단순히 기업형태만 바꾸고, 동일한 주주, 이사, 임원을 가지고 동일한 영업을 하는 경우(*mere continuation*) 등이 그것이다. William B. Johnson, *Liability of Parent or Successor Corporation, or Corporate Shareholders, in Action Pursuant to Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, *American Law Reports*, Vol. 121, 1997, 173면.

토지의 사용을 허용한 경우에는 그러하지 아니하다: ① 1996년 1월 5일 이전에 양도 또는 그 밖의 사유로 해당 토지를 소유하지 아니하게 된 경우; ② 해당 토지를 1996년 1월 5일 이전에 양수한 경우; ③ 토양오염이 발생한 토지를 양수할 당시 토양오염 사실에 대하여 선의이며 과실이 없는 경우; ④ 해당 토지를 소유 또는 점유하고 있는 중에 토양오염이 발생한 경우로서 자신이 해당 토양오염 발생에 대하여 귀책사유가 없는 경우(동조 제2항).

이에 따르면 선의·무과실 면책은 ‘토지’의 소유자·점유자에게만 인정되고 토양오염을 발생시킨 자, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자 등에는 인정되지 않는다. 즉 1996년 1월 6일 이후 해당 토지를 양도하거나 소유하지 아니하게 된 경우에는 면책되지 않는데, 이는 오염이 발생한 토지의 소유자가 해당 토지를 양도하거나 소유권을 포기함으로써 책임으로부터 벗어날 수 있는 불합리한 결과를 막기 위한 것이라고 이해할 수 있다.

기준 시점을 「토양환경보전법」(1995. 1. 5. 제정)의 시행일인 1996년 1월 6일로 하고, 그 이전에 토지를 양도·양수한 경우 면책을 하고 있는바, 그 규정 형식은 면책이지만 2014. 3. 24. 개정 법을 기준으로 할 경우에는 토지의 소유자에게 사실상 소급 책임(다만, 기준 시점 이전에는 소급효가 제한됨)을 인정하는 것이다.

한편, 단지 토지의 소유자·점유자라는 이유만으로 책임을 지게 된다면 이는 책임 원칙에 반하고, 형평에 맞지 않는 결과를 초래할 수 있으며, 자칫 투자가 위축되는 예기치 아니한 부작용까지 초래할 우려가 있게 된다. 이러한 점을 고려하여 동법은 토지의 소유자·점유자 등을 보호하기 위하여 토지의 양수인이 선의·무과실인 경우 그 책임을 면할 수 있도록 하고 있다.¹¹⁾

또한 2014. 3. 24. 개정 법은 “해당 토지를 소유 또는 점유하고 있는 중에 토양오염이 발생한 경우로서 해당 토양오염 발생에 대하여 귀책사유가 없는 경우”에 토지

¹¹⁾ 토양환경평가는 토지 양수인의 면책사유가 되는 선의·무과실 여부의 판단과 관련해서 중요한 의미를 갖는다. “우려기준 이하”라는 조건이 붙어 있지만 면책의 가능성을 열어 두고 있기 때문이다. 종전에 “토양환경평가를 받아 그 토양오염관리대상시설의 오염 정도가 우려기준 이하인 것을 확인한 경우”를 선의·무과실의 한 예로 보던 것을 2014. 3. 24. 개정 법에서 ‘추정’해주는 방식으로 바꾼 것(제10조의2 제2항)은 허위·부실의 토양환경영향평가와 그에 따른 책임 면제를 막을 수 있다는 점에서 적절한 입법 방식이라고 할 것이다.

소유자 또는 점유자는 정화책임자로 보지 아니한다는 규정을 두고 있다(제10조의4 제2항 제4호). 이는 토지의 오염 발생이 인접 부지로부터 이동한(migrated) 오염물질에 의해 초래된 경우와 같은 소극적 형태의 오염 발생에 의해 오히려 피해자라고 할 수 있는 토지의 소유자 및 점유자에게 정화책임을 부과하는 것이 부당하다는 그 동안의 비판을 받아들인 것이라고 할 수 있다.¹²⁾ 귀책사유가 없다는 것은 그의 책임으로 돌릴 수 없는 경우를 의미하는데, 헌법재판소는 제3자의 행위, 법적으로 허용된 행위, 일반 공중에 귀속될 수 있는 원인 등으로 인하여 토양오염이 발생한 경우 등을 그 예로 들고 있다.¹³⁾

4. 복수의 정화책임자의 선택

2014. 3. 24. 개정 법은 복수의 정화책임자가 존재하는 경우 정화책임자간 우선 순위를 정하고 있다. 즉 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 토양정화등을 명할 수 있는 제10조의4 제1항에 따른 정화책임자가 둘 이상인 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 토양오염에 대한 각 정화책임자의 귀책정도, 신속하고 원활한 토양정화의 가능성 등을 고려하여 토양정화등을 명하여야 한다(동조 제3항 전문). 그 판단이 곤란한 경우에는 토양정화자문위원회에 자문할 수 있다(동항 후문).¹⁴⁾

시행령에서는 다음의 순서에 따라 명하도록 하고 있다: ① 토양오염을 발생시킨 자와 그의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자; ② 토양오염관리대상시설의 점유자

¹²⁾ 소극적 형태의 오염 발생에 의해 피해자인 토지의 소유자 및 점유자는 토지를 소유 또는 점유하고 있는 중에 토양오염이 발생한 경우로서 자신이 해당 토양오염 발생에 대하여 귀책사유가 없는 경우임을 입증함으로써 책임을 면할 수 있을 것이다. 미국 종합 환경대응보상책임법은 현재의 소유자·운영자뿐만 아니라 과거의 소유자 또는 과거의 운영자도 책임당사자로 하고 있는데, 즉, 유해물질의 ‘처분(disposal) 당시’에 시설(부지를 포함)을 소유 또는 운영하였던 자는 동법상의 책임을 지게 된다. CERCLA § 107(a)(1), (2). ‘처분’은 배출, 저장, 주입, 덩핑, 유출(spilling), 누출(leaking) 등을 포함하는 개념이다. RCRA § 1004(3). 판례는 이 ‘처분’에 ‘소극적인 이동(passive migration)’이 포함되지 않는다고 이해하고 있다. *United States v. CDMG Realty Co.*, 96 F.3d 706 (1996).

¹³⁾ 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정(마산주유소 사건).

¹⁴⁾ 이로써 토양정화자문위원회가 사실상 정화책임자를 정하게 됨에 따라 업무 폭증이 우려된다.

또는 운영자와 그의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자; ③ 토양오염관리대상시설의 소유자와 그의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자; ④ 토양오염이 발생한 토지를 현재 소유 또는 점유하고 있는 자; ⑤ 토양오염이 발생한 토지를 소유하였던 자(시행령 제5조의3 제1항). 이는 행위책임자에게 상태책임자보다 우선하여 정화책임을 부여하는 형태라고 이해할 수 있다.¹⁵⁾ 정화책임자로 지목되어 토양정화등 명령을 받은 자는 자신이 정화책임자가 아니라는 점 또는 다른 선순위자가 있음을 주장·입증함으로써 책임을 면할 수 있을 것이다.

그러나 다음의 어느 하나에 해당하는 경우 위 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(동조 제2항). 주소불명 등 후순위의 정화책임자에게 토양정화등 명령을 내리기 위한 요건에 대한 입증책임은 규정방식을 고려할 때 행정청에게 있는 것으로 이해된다.¹⁶⁾

5. 구상권

그 동안 정화책임자가 공법상의 책임이라고 할 수 있는 토양정화등의 조치를 이행한 경우 명문 규정이 없는 상황에서 다른 정화책임자에 대하여 비용상환을 요구할

15) 모법에서는 재량권 행사의 기준 또는 고려요소를 제시하는 데 그치고 있는데, 시행령에서는 정화책임자간 우선순위를 정하고 있다. 시행령에서 ‘명하여야 한다’고 규정하고 있는 것은 정화책임자들간의 연대책임을 사실상 포기한 것으로 헌법재판소에서 위헌성을 해소한다는 차원에서 제안한 바 있는 ‘보충책임’을 받아들인 것으로 이해된다.

16) 박종원, 복수의 토양정화책임자와 정화조치명령 대상자의 선택 - 2015년 개정 「토양환경보전법 시행령」 제5조의3의 해석과 평가-, 환경법연구 제37호 제2호, 2015. 8. 11면.

수 있는지 논란이 있었다. 그 논란을 잠재우는 한편, 정화책임자 조항의 과잉금지원칙 위반을 완화하기 위하여 개정 법은 구상권 행사에 관한 법적 근거를 두고 있다. 이에 따르면 토양정화등의 명령을 받은 정화책임자가 자신의 비용으로 토양정화등을 한 경우에는 다른 정화책임자의 부담부분에 관하여 구상권을 행사할 수 있다(제10조의4 제4항).

6. 정화비용의 지원

개정 법은 과잉금지원칙 위반 상태를 해소, 완화하기 위하여 정화비용의 지원에 관한 근거를 두고 있다. 즉 국가는 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 토양정화등을 하는 데 드는 비용(제10조의4 제4항에 따른 구상권 행사를 통하여 상환받을 수 있는 비용 및 토양정화등으로 인한 해당 토지 가액의 상승분에 상당하는 금액은 제외)의 전부 또는 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 지원할 수 있다:

① 제1항 제1호·제2호 또는 제3호의 정화책임자가 토양정화등을 하는 데 드는 비용이 자신의 부담부분을 현저히 초과하거나 해당 토양오염관리대상시설의 소유·점유 또는 운영을 통하여 얻었거나 향후 얻을 수 있을 것으로 기대되는 이익을 현저히 초과하는 경우;

② 2001년 12월 31일 이전에 해당 토지를 양수하였거나 양도 또는 그 밖의 사유로 소유하지 아니하게 된 자가 제1항 제4호의 정화책임자로서 토양정화등을 하는 데 드는 비용이 해당 토지의 가액을 초과하는 경우;

③ 2002년 1월 1일 이후에 해당 토지를 양수한 자가 제1항 제4호의 정화책임자로서 토양정화등을 하는 데 드는 비용이 해당 토지의 가액 및 토지의 소유 또는 점유를 통하여 얻었거나 향후 얻을 수 있을 것으로 기대되는 이익을 현저히 초과하는 경우

④ 그 밖에 토양정화등의 비용 지원이 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우¹⁷⁾(동조 제5항).

17) “대통령령으로 정하는 경우”란 다음의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다: ① 2001년 12월 31일 이전에 해당 토지를 양수하고 2002년 1월 1일 이후에 해당 토지를 양도 또는 그 밖의 사유로 소유하지 아니하게 된 자가 정화책임자로서 토양정화등을 하는 데 드는 비용이 해당 토지의 가액을 초과하는 경우; ② 2002년 1월 1일 이후에 해당 토지를 양수하고 그 이후 해당 토지를 양도 또는 그 밖의 사유로 소유하지 아니하게 된 자가 정화책임

국가의 정화비용 지원은 정화책임자 개인의 부담과 국가의 부담을 절충한 것으로 이를 자세히 들여다보면 사실상 정화비용 지원을 통한 정화책임자의 책임제한이라고 할 수 있다. 이로써 정화책임자 조항의 과잉금지원칙 위반 상태는 일정 부분 해소될 것으로 보인다. 그러나 실무적으로는 지원의 기준으로 작용하게 될 해당 토지의 가액, 기대이익 등의 산정을 둘러싸고 분쟁이 발생할 것으로 예상된다.

IV. 평가

2014. 3. 24. 개정 법은 토양오염에 따른 사법상의 손해배상책임과 공법상의 토양정화책임의 영역을 명확히 구분하고 있다. 개정 전 토양오염 피해에 대한 무과실책임 규정(구법 제10조의3)에 대해서는 공법상의 책임이라고 할 수 있는 정화와 함께 배상 책임을 언급하고 있었기 때문에 성격이 다른 책임이 한 규정에 있다는 비판과 함께 사법관계도 규율하는 것으로 볼 수 있는지 논란이 있었다.¹⁸⁾ 그러나 개정 법은 정화책임 규정을 배상책임과 구별하여 규정함으로써, 그 논란을 해소하고 있다. 그 결과 동법 제10조의4(오염토양의 정화책임)가 공법상의 책임을 규정하고 있다면 제10조의3은 사법상의 책임을 규정하고 있다고 할 수 있다.

특히 동규정은 피해자로 하여금 손해배상뿐만 아니라 ‘정화’책임도 물을 수 있도록 하기 때문에 정화를 위한 구제수단으로 의미가 갖는다. 이는 「환경정책기본법」 제44조가 손해배상책임에만 그친다는 점을 상기할 경우 더욱 그러하다. 그러나 피해자가 흔히 손해배상의 전 단계로 정화를 포함한 정상 복구를 요구하고, 그것이 여의치

자로서 토양정화등을 하는 데 드는 비용이 해당 토지의 가액 및 소유 또는 점유를 통하여 얻은 이익을 현저히 초과하는 경우(시행령 제5조의4 제3항).

18) 구 「토양환경보전법」 제10조의3에 따른 정화책임이 공법상의 위험방지책임(경찰책임)으로 보아야 한다는 견해는 김현준, 토양정화책임 -토양환경보전법 제10조의3에 대한 비판적 검토-, 공법연구 제34집 제1호, 2005. 12, 193면; 조은래, 토양환경보전법상 정화책임의 민사법적 검토, 환경법과 정책 제8권, 2012. 5, 30면. 오염원인자의 정화책임은 공법상의 책임임에 반해 손해배상책임은 사인에 대한 사법상의 책임이라면서 성격이 다른 두 종류의 책임을 한 규정에 두고 있는 것이 입법 기술상 타당하지 않다는 견해는 채영근, 우리나라 토양환경보전법과 그 개정안의 내용과 문제점 -미국의 CERCLA와 비교하며-, 공법연구 제29집 제2호, 2001, 387면.

않을 경우에 손해배상을 청구할 가능성이 많기 때문에 「토양환경보전법」상의 무과실 책임 규정은 상당 부분 의미가 퇴색되어 있다고 할 수 있다. 더욱이 2014. 12. 31. 제정(2016. 1. 1. 시행)된 「환경오염피해 배상책임 및 구제에 관한 법률」은 「토양환경보전법」상의 무과실책임 조항 자체의 폐지까지 심각하게 고려하도록 하고 있다.¹⁹⁾

개정 법은 기존 토양오염관리대상시설의 개념 정의에서 부지나 토양오염의 발생 장소를 제외하고 오염원인자를 정화책임자로 용어를 변경하면서, 무엇보다도 토지의 소유자·점유자에 대한 면책범위를 확대하고, 정화조치명령의 우선순위, 구상권, 정화 비용의 국가 지원 등을 도입하여 정화책임자의 과중한 정화책임을 완화하고 있다. 이러한 개정 내용은 두말할 것도 없이 헌법재판소의 헌법불합치 결정에서도 지적된 바와 같은 기존 오염원인자 조항의 위헌적 요소를 제거하기 위한 것이다. 이로써 정화책임자 조항의 위헌적 요소는 상당 부분 해소·완화되었다고 할 수 있다. 그러나 그 위헌적 요소가 완전히 해소되었는가? 여기에 대해서는 결론적으로 의문이라고 답하면서 아래에서 보는 바와 같이 비판적인 시각에서 개정 내용을 평가해 보기로 한다.

1. 엄한 책임

엄한 책임은 오염물질의 배출자, 처리자에게 그 관리를 보다 엄격하고 안전하게 할 유인을 제공하고, 책임비용을 분할하기가 어렵거나 책임당사자의 규명이 어렵거나, 책임당사자가 있더라도 파산 등의 이유로 재정능력이 없는 경우 다른 책임당사자에게 책임을 물음으로써, 정부의 예산지출을 덜고, 궁극적으로는 신속한 정화에 충실할 수 있다. 그러나 문제는 그 책임이 지나치게 무겁다는 데에 있다. 지나치게 무거운

¹⁹⁾ 동법은 일정한 대상 시설에 대한 무과실책임, 보험 가입의 의무화, 인과관계 추정, 환경오염피해 보상계정 설치·운용 등 규정을 들으로써 피해자 구제의 신속성과 충실성을 도모하고 있다. 동법은 토양오염관리대상시설을 적용대상으로 하고 있는바, 토양오염관리대상시설로 인한 토양오염피해에 대한 배상책임의 근거로 굳이 「토양환경보전법」상의 무과실책임 규정을 들 필요성은 많지 않다고 보인다. 그러나 토양오염관리대상시설 이외의 원인자로 인한 토양오염피해에 대하여, 그리고 배상책임 이외에 ‘정화’책임도 물을 수 있도록 하고 있다는 점은 여전히 의미를 갖는다고 할 것이다.

책임은 도리어 책임당사자로 하여금 자포자기 내지 도덕적 해이를 유발함으로써 오염발생의 억제효과를 충분히 갖지 못하게 만든다.²⁰⁾

이는 다른 한편, 법적인 차원에서 재산권의 본질적인 내용의 침해, 과잉입법, 비례 원칙 위반 등 위헌성 문제를 유발할 수 있는바, 이는 이 글의 핵심이 되는 중요한 사항이므로 별도의 장에서 더 자세히 살펴보기로 한다. 다만 여기에서는 법 개정 이후에도 여전히 엄한 책임이 존재하며, 위헌성 문제가 완전히 해결되지 않았다는 점을 지적하고 싶다. 미국에서, 우리나라가 정화책임자 조항의 입법 시 모델로 한 것으로 알려진, 미국 종합환경대응보상책임법상의 책임이 지나치게 무겁다는 점을 지적하면서²¹⁾ 다수의 면책 규정에도 불구하고 소급책임을 인정하지 않고,²²⁾ 입법이 이루어진 1980년 이전의 행위에 대하여 책임을 묻지 않기로 하자는 움직임이 있으며,²³⁾ 책임한도제를 수용하는 과실책임으로의 복귀,²⁴⁾ 종합환경대응보상책임법의 완전한 폐지²⁵⁾ 등 주장이 사그라지지 않고 있는 점은 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

20) 이상돈, 미국의 종합대응책임법(수퍼펀드법)에 대한 최근의 논쟁과 개정 논의, 법학논문집 제24집 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2000, 81면.

21) 오염부지의 신속한 정화를 목적으로 만들어진 미국 종합환경대응보상책임법에 대하여는 정화작업의 지연, 고액의 정화비용 소요, 직접적인 정화와 무관한 거래비용의 과다, 브라운필드 문제, 오염원인자 책임원칙에의 불합치 등 문제점이 제기되고 있다. 김홍균, 미국 종합환경대응책임법(CERCLA)상의 책임당사자와 토양환경보전법상의 정화책임자, 환경법연구 제24권 제1호, 2002. 9, 87 내지 92면 참조. 그 비판의 초점은 소급책임, 엄격책임, 연대책임으로 정리되는 동법상의 책임이 지나치게 무겁다는 데 모아지고 있다. 과중한 책임과 정화비용의 예측 불가능성이 투자 및 보험시장을 위축하고 있다는 사실도 같은 맥락으로 이해될 수 있다. Michael J. Gergen, The Failed Promise of the “Polluter Pays” Principle: An Economic Analysis of Landowner Liability for Hazardous Waste, *N.Y.U.L. Rev.*, Vol. 69, 1994, 676 내지 680면; Kenneth S. Abraham, Environmental Liability and the Limits of Insurance, *Colum. L. Rev.*, Vol. 88, 1988, 945 내지 949면.

22) James E. Satterfield, A Funny Thing Happened on the Way to the Revolution: The Environmental Record of the 104th Congress, *Envtl L. Rep.*, Vol. 27, 1997, 10028 내지 10030면.

23) Senator Submits Drastically Revised Plan; Parties Would Be Repaid for Pre-1980 Response, 6 *Envtl. Rep.* 2263 (Mar. 29, 1996).

24) Michael J. Gergen, 앞의 논문(주 21), 683 내지 687면; Kenneth S. Abraham, 앞의 논문(주 21).

25) Jerry Taylor, Salting the Earth—The Case for Repealing Superfund, Regulation, Cato Institute, Nov. 1996, 10면; 이상돈, 앞의 논문(주 20), 79면.

2. 정화책임자의 범위의 불분명

「토양환경보전법」상의 정화책임 규정과 관련하여서는 다음과 같은 비판이 제기될 수 있다. 먼저 정화책임자를 구체적으로 특정하고 있기는 하지만 정화책임자가 광범위하고 불분명한 점이 있어서 구체적인 경우 정화책임자의 범위에 관한 해석을 둘러싸고 논란이 제기될 수 있다는 것이다. 또한, 그 적용대상이 토양오염에만 한정되므로, 토양오염에 기인하는 지하수 또는 지표수 등 수질오염에 대한 대처가 미흡하다 할 수 있다. 한편, 기존 토양오염에 대한 책임은 입법적인 해결을 요구하고 있다.²⁶⁾

일견 동법상의 정화책임자는 미국의 종합환경대응보상책임법상의 책임당사자²⁷⁾의 범위보다 크게 좁아 보인다. 토양오염물질이 한정됨으로써 적용대상 범위가 제한적이고, 종합환경대응보상책임법상의 책임당사자인 토양오염물질의 처리위탁자와 운반자가 누락되어 있는 것이 그 예이다. 그러나 실제 해석 및 적용을 어떻게 하느냐에 따라서는 그 결과는 충분히 달라질 수 있을 것이다.

입법적으로 토양환경 관리의 강화 차원에서 토양오염물질의 확대가 요망된다. 토양오염물질의 처리위탁자와 운반자도 종합환경대응보상책임법에서와 같이 일정한 경우에는 책임을 부담하도록 하는 입법적 고려가 필요하다. 미국에서 명문의 규정이 없어 논란이 되고 있는 주주, 임원, 이사,²⁸⁾ 모회사,²⁹⁾ 대주(貸主)³⁰⁾ 등의

26) 「토양환경보전법」상 정화책임 규정의 평가에 대하여 자세한 내용은 김홍균, 앞의 논문(주 21), 92 내지 99면 참조.

27) 미국 종합환경대응보상책임법은 유해폐기물 오염지역에 관해 정화책임을 지는 잠재적 책임당사자(PRP)로, ① 현재 시설 또는 선박을 소유하고 있는 자와 운영하는 자, ② 유해물질의 처분 당시에 그러한 유해물질이 처분된 시설을 소유하였거나 또는 운영하였던 자, ③ 자기 소유의 유해물질을 다른 당사자가 소유·운영·보관하고 있는 시설에서 처분 또는 처리하기 위하여 계약, 합의를 한 자 또는 유해물질을 그 곳으로 운반하기 위하여 운반자와 계약을 맺은 자, 그리고 ④ 유해물질을 자기가 선택한 처분 또는 처리시설, 소각용 선박 또는 부지로 운반하기 위해 수령 또는 수령하였던 자로 규정하여 광범위하게 인정하고 있다. CERCLA § 107. 법원도 이러한 책임당사자의 범위를 넓게 해석하고 있다. 책임당사자가 부담하는 책임의 성질은 엄격책임, 연대책임, 소급책임이라고 이해되고 있다. 미국 종합환경대응보상책임법상 책임당사자에 대하여 자세한 내용은 김홍균, 앞의 논문(주 21), 66 내지 75면.

28) 미국 관례는 주주(stockholder), 관리자(manager), 임원(officer), 이사(director), 회사의 종업원 등도 그들이 직접적으로 시설 통제행위에 개입되어 있거나 오염을 야기한 행위를 방지할

수 있는 지위에 있었던 경우에는 ‘운영자’로서 책임을 지는 경우가 있다고 판단하고 있다. Susan R. Poulter, Cleanup and Restoration: Who Should Pay?, *J. Land Resources & Envtl. L.*, Vol. 18, 1998, 86면; Linda J. Oswald & Cindy A. Schipani, CERCLA and the “Erosion” of Traditional Corporate Law Doctrine, *Nw. U. L. Rev.*, Vol. 86, 1992, 259면.

- 29) 미국 법원은 모회사가 자회사의 운영에 실제로 참여하고(actually participate) 통제할 경우 (*Unites States v. Bestfoods*, 524 U.S. 51 (1998)), 또는 광범위한 통제(pervasive control)를 할 경우 ‘운영자’로서 책임을 진다고 판시하였다(*United States v. Kayser-Roth Corp.*, 910 F.2d 24, 27~28 (1st Cir. 1990)). 법원은 모회사가 폐기물 처리에 관하여 직접적인 통제를 할 필요까지는 없고 환경문제를 포함하여 자회사의 일반적인 기업 경영을 통제하였다고 할 경우에는 책임이 있는 것으로 보고 있다. *Vermont v. Staco Inc.*, 684 F.Supp. 822, 831~832 (D. Vt. 1988); *United States v. Kayser-Roth Corp.*, 910 F. 2d 24 (1st Cir. 1990), cert. denied, 498 U.S. 1084 (1991). 폐기물 처리를 통제할 권한을 실제로 행사하지 아니하였다고 하더라도 책임 발생에는 통제할 권한이 있는 것으로 족하다는 입장이 있다. *United States v. Fleet Factors Corp.*, 901 F.2d 1550, 1556 (11th Cir. 1990), cert. denied, 498 U.S 1046 (1991). *United States v. Nicolet*, 712 F.Supp. 1193 (E.D.Pa. 1989). 이에 반해 통제할 권한의 유무를 책임 판단의 기준으로 하는 것은 너무 광범위하다고 하면서 책임을 지우기 위해서는 처리 행위와의 실제적인 연결 고리(nexus)를 요구하는 입장도 있다. *United States v. TIC Inv. Corp.*, 68 F.3d 1082 (8th Cir. 1995). 한편, 법인격부인론(piercing the corporate veil)에 의하여 모회사는 예외적인 상황에서 자회사의 소유자로서 책임을 질 수 있는데, 이때 자회사에 대한 통제 정도가 중요한 판단기준이 되고 있다. *In re Acushnet River & New Bedford Harbor*, 675 F.Supp. 22, 30 (D. Mass. 1987); *United States v. Nicolet, Inc.*, 712 F. Supp. 1193, 1202 (E.D. Pa. 1989); *Joslyn Mfg. Co. v. T.L. James & Co.*, 893 F.2d 80, 82 (5th Cir. 1990).
- 30) 경매절차 등을 통해 담보권을 행사한 금융기관이 종합환경대응보상책임법상의 책임을 지게 되는가? 대부자책임을 넓게 인정한 것으로 유명한 *Fleet Factors* 사건에서 미국 법원은 담보권자가 회사의 유해물질 처리에 실질적으로 영향력을 행사하지 아니하였다고 하더라도 유해물질의 처리결정에 영향력을 행사할 수 있을 만큼 재정상 운영에 관여(participating in the financial management)하였다면 동법에 의한 책임을 부담한다고 판시하였다. 이러한 법원의 결정은 기존의 대출관행을 상당히 제한하고 복잡하게 만들면서 금융을 비롯한 경제 전반에 큰 영향을 미쳤다. 위 *Fleet Factors* 판결이 대부자의 책임부담을 가중시킨다는 인식이 확산되면서, 1992년 미 환경보호청은 대부자책임을 제한하기 위한 규칙을 제정하기에 이르렀다. 그러나 그 규칙에 대하여는 1994년 *Kelly* 사건에서 환경보호청이 이러한 규칙을 만들 권한이 없다는 이유로 위헌결정이 내려졌다. 환경보호청과 법무성은 그 위헌 판결에도 불구하고 1992년의 동 규칙을 계속하여 사용할 것이라는 성명서(memorandum)를 발표하였으며, *Bancamerica Commercial Corp. and ASARCO Inc. v. Trinity Industries Inc.* 사건에서 법원은 점유를 취득한 채권자는 유해물질의 처리에 대한 결정에 영향력을 행사할 수 있다는 이유만으로 대부자가 책임을 지는 것이 아니라 사업장의 운영에 관여한 정도에 따라 책임을 진다고 판시, 사실상 *Kelly* 판결의 내용을 뒤집음으로써 대부자책임의 기준에 대한 혼란이 가중되었다. 이에 의회는 대부자책임의 범위를 둘러싼 혼란에 종지부를 찍을 필요성을 강하게 인식하게 되었고, 드디어 1996년 자산보전대부자책임및예금보험보호법(Asset Conservation, Lender Liability, and Deposit Insurance Protection Act: ALDA)을 제정하기에 이르렀다. 김홍균, 앞의 논문(주 21), 70 내지 72면. 동법에 따르면, 대부자

책임에 대해서도 「토양환경보전법」이 침묵하고 있어 이를 둘러싼 분쟁이 제기 될 것이 예상된다. 이러한 문제는 정책의 우선순위 판단과 사회적 합의를 전제로 하는 것이다. 논란을 잠재우기 위하여서는 이들을 책임당사자에 포함시킬지 입법적으로 해결하여야 할 것인바, 포함시킬 경우에는 “경영이나 운영에 실질적으로 참가하여야 하여야 한다”는 등 그 요건 및 기준을 명확히 확립할 필요가 있다. 동법은 정화책임자의 권리·의무를 포괄적으로 승계한 자를 정화책임자로 하고 있는데, 어느 경우에 ‘포괄적 승계’가 있었는지 논란이 있을 수 있는 등 그 해석·적용에 어려움이 예상되면서 그 실효성이 약화되고 있는바, 추후에 이에 대한 입법적 고려가 필요하다.

3. 복잡성

정화책임자와 관련해서 토양오염관리대상시설과 토지를 구분하는 것이 오히려 해당 조항의 이해를 어렵게 하고, 복잡성을 부추기고 있다. 특히 ‘토지’의 소유자·점유자의 정화책임 여하는 마치 퍼즐 맞추기 식으로 양도·양수 시점, 선의·무과실 등을 따져야 하기 때문에 수범자의 입장에서 최종적으로 정화책임자인지 여부를 판단하기가 쉽지 않아 보인다.

2014. 3. 24. 개정 법은 종전의 토양오염관리대상시설의 개념 정의에서 토양오염관리대상시설의 부지와 토양오염이 발생한 장소를 제외하고 있다. 이는 토양오염의 원인이 되는 시설과 토양오염의 결과인 부지 또는 토지를 분리하는 것으로써, 종전에 ‘토양오염이 발생한 장소’도 토양오염관리대상시설에 포함되었기 때문에 토양오염이 발생된 부지 또는 토지가 토양오염의 원인이 될 수 있는지와 관계없이 오염 결과판으로 토양오염관리대상시설에 해당하는지 논란이 제기되었는바, 이를 입법적으로 해결한 것이다.

그러나 문제는 정화책임자의 범위에는 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·

가 책임을 지기 위해서는 경영이나 운영에 실질적으로 참가하여야 하며, “단순히 영향력을 행사할 수 있다는 지위(merely having the capacity to influence)”나 “행사되지 아니한 지배권(unexercised right of control)”을 가졌다고 하여 책임을 지지 아니한다. CERCLA § 101(20)(F).

운영자와 별도로 ‘토지’의 소유자·점유자 등이 포함되면서 문제를 복잡하게 하고 있다는 것이다. 개정 법은 토지를 토양오염관리대상시설과 엄격히 구별하고 면책, 소급책임, 국가의 지원 등에서 토양오염관리대상시설과 달리 취급하고 있는바, 토양오염관리대상시설의 개념 정의에서 토지를 분리하였다고 하더라도 정화책임과 관련해서 이를 구별할 이유는 많지 않다고 생각된다. 토양오염관리대상시설은 그 부지를 전제할 수밖에 없고, 토양오염관리대상시설의 소유자와 토양오염이 발생한 토지의 소유자는 상당 부분 중첩될 수밖에 없다. 신속하고 정확한 정화를 위해서 정화책임은 상태책임을 포기할 수 없는 것이고, 토양오염관리대상시설이나 토지의 소유자 등은 모두 상태책임자로서 책임법리나 원칙을 달리할 이유가 많지 않으며, 이러한 상황에서 토양오염관리대상시설에 대해서 토지와 달리 면책, 소급책임 등을 부인해야 할 절대적이고 법논리적인 이유는 없다고 생각된다. 이는 뒤에서 언급하는 위헌성 문제와도 관련이 있는바, 토양오염관리대상시설의 경우에도 면책, 소급책임 여하가 문제될 수 있기 때문이다.

정화책임과 관련해서 토양오염관리대상시설과 토지를 엄격히 구분하지 아니하고 면책, 소급책임 여하를 동일하게 규율하였다면 법 규정이 보다 단순해지면서 난해성이 완화되었을 것으로 생각한다. 참고적으로 미국 종합환경대응보상책임법은 시설(facility)에 부지(sites)를 포함시켜서 단순하게 규율하고 있다.³¹⁾

4. 신속한 정화의 장애

토양오염의 장기성·누적성 등을 고려할 때 신속하고 효율적인 정화를 위해서는 연대책임을 쉽게 포기하여서는 안 될 것이다. 정화책임자간 우선순위를 정함으로써, 정화책임자들간의 연대책임을 사실상 포기하는 시행령의 입법방식은 「토양환경보전법」의 입법취지를 몰각하고 당장의 위헌성 문제를 해소하기 위한 소극적이고 단기적인 처방일 뿐이다.³²⁾ 이러한 입법방식에 대해서 정화책임의 본질이 ‘연대책임’이고, 정화책임자들간에 구상권을 인정하고 있으며, 후순위에 있는 자가 정화책임으로부터 완전히 자유로워지지 않는다는 등의 이유로 정화책임의

31) CERCLA § 101(9).

32) 마찬가지로 이러한 입법방식에 문제를 제기하는 견해는 김연태, 앞의 논문(주 5), 107면.

성격이 ‘연대책임’이라는 견해가 있다.³³⁾ 그러나 연대책임의 본질이 구상권의 인정 여하가 아니라 책임자 가운데 임의의 1인에 대하여 전부의 책임을 묻거나 모든 책임자에게 책임 전부를 물을 수 있다는 점에 있다고 볼 때 정화책임자간 우선순위를 정하고 있는 것은 연대책임의 본질을 크게 벗어나는 것이라고 할 수 있다.

시행령에서 정화책임자간 우선순위를 정하고 있는 것은 연대책임에 따른 정화책임자의 과중한 부담, 오염원인자 책임원칙 및 형평의 원칙의 위반 소지 등을 해소하기 위한 교육책이라고 할 수 있다. 그러나 정화책임자의 선택이 행정청의 재량에 의해 이루어지기 때문에 또 다른 분쟁을 야기할 수 있다. 비록 재량권 행사 기준을 정하고 대통령령으로 우선순위를 정하고 있지만 이를 둘러싸고 분쟁이 발생할 가능성도 많다. 선순위자 및 그의 귀책 정도, 이행 가능성 등은 쉽게 밝혀지지 않을 수 있으며, 이러한 점들이 모두 밝혀진 다음에 비로소 후순위자에게 정화책임을 부과하게 된다면, 오염된 토양의 정화는 지연될 수밖에 없을 것이다. 결국 이러한 논란은 신속한 정화를 막을 수 있다.³⁴⁾

정화책임자간 우선순위를 정하는 방식은 향후 정화책임과 관련한 분쟁에서 가장 뜨거운 감자가 될 수 있다. 정화책임자로 지목된 자는 의례히 자신이 선순위의 정화책임자가 아니라는 주장을 할 것이 명약관화하기 때문이다. 그 논란은, 입법방식에 기인하는 바가 크다. 이러한 입법방식은 행정명령에 의해 정화책임자가 정해지는 풀이기 때문에 책임법적 성격의 체계에 부합하지 않는 측면이 있다. 이는 모법에서 인정하려고 하는 행정청의 재량을 지나치게 제한한다는 측면도 있다.³⁵⁾

복수의 정화책임자가 존재하는 경우 관계 행정청으로 하여금 정화책임자를 선택하도록 하고 있는 것은 입법정책적으로 재고할 필요가 있다. 신속하고 확실한 정화를 위해서는 연대책임을 포기하지 않고 행정청이 이행 가능성 등을 고려하여 합리적인 결정(재량)으로 가장 적합한 지위에 있는 자를 선택하도록 하는 것이 바람직하다. 이 경우 복수의 정화책임자들 사이에 발생하는 공평 부담문제는 구상권을 인정함으로써 해결할 수 있을 것이다. 위헌성을 제거하기 위해서는 연대책임의 포기가 아닌

33) 박종원, 앞의 논문(주 16), 6면.

34) 김연태, 앞의 논문(주 5), 107면.

35) 박종원, 앞의 논문(주 16), 21면.

기금의 설치, 면책의 확대, 국가의 비용 지원 등으로 풀어야 할 것이다.

V. 정화책임자 조항의 위헌성

2014. 3. 24. 개정 법에서는 동법이 갖고 있는 엄한 책임을 완화하기 위한 규정을 둠으로써 위헌성을 제거하려고 하고 있다. 면책(제10조의4 제2항), 복수의 정화책임자의 선택(동조 제3항), 구상권(동조 제4항), 비용지원(동조 제5항) 규정 등이 그것이다. 그러나 아래에서 보는 것과 같이 이러한 조치들이 소급효 문제와 과잉금지원칙 위반 상태를 해소, 완화하기에는 미흡한 부분이 여전히 발견되고 있다.

1. 소급책임의 인정

2012년 헌법재판소의 두 사건에 대한 헌법불합치 결정은 2014. 3. 24. 법 개정의 직접적인 계기가 되었다. 돌이켜 보면, 이른바 부영 사건(헌재 2012. 8. 23. 선고 2010헌바28 결정)에서는 소급효 문제가, 마산주유소 사건(헌재 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정)에서는 과잉금지원칙 위반 여하가 큰 쟁점이었다. 그런데 소급효 문제는 신뢰보호원칙 위반 여하를 다룰 수밖에 없고 그 과정에서 침해의 중한 정도를 따지게 되는데, 이는 과잉금지원칙 위반 여하를 가르기 위한 침해의 최소성과 맥이 닿아 있다. 결국 두 사건은 쟁점의 차이에도 불구하고 오염원인자(현행 정화책임자) 조항이 양수자(2014. 3. 24. 개정 법에서는 삭제됨)와 소유자 등에 너무 과중한 책임을 지운다는 동일한 결론에 도달하고 있다고 볼 수 있다. 나아가 위 헌법재판소 결정들은 모두 위헌적 요소를 제거하려는 가능성을 제기하고 있는데, 그 종착점은 책임완화로 요약할 수 있다. 이러한 문제 인식은 오래 전부터 제기되어 온 것으로³⁶⁾ 헌법재판소의 친절한 제안을 담고 있는 다음과 같은 결정에 잘 담겨져 있다:

“토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 ‘토양오염을 유발시킨 자’(구법 제10조의3 제3항 제1호)의 책임에 대한 보충책임을 부담시키는 방법, 토양오

³⁶⁾ 김홍균, 앞의 논문(주 21), 92면 이하 참조.

염 발생에 관하여 선의·무과실이고 그 책임으로 돌릴 수 없는 경우에 한하여 면책하는 방법, 토양오염 발생에 대하여 선의·무과실인 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자의 책임을 당해 토양오염관리대상시설의 시가 범위 내로 제한하거나, 일반적인 책임한도제를 도입하는 방법 등으로 침해를 최소화할 수 있고, 위와 같은 수단들을 도입함으로써 인하여 발생할 수 있는 손해배상 및 토양정화 등 책임의 공백 또는 그 책임 이행의 지연 문제는 환경손해보험 및 토양정화기금 등과 같은 제도로 보완될 수 있으며, 구상권의 존재는 이 사건 오염원인자 조항으로 인하여 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자가 받게 되는 침해를 완화하기에 부족하다.”³⁷⁾

소급책임은 자칫 지나친 재산권의 침해를 유발함으로써, 위헌의 소지를 안고 있으며, 법적 안정성과 책임원칙과 형평의 원칙에도 반하므로 쉽게 인정되어서는 곤란하다 (이 규정이 시행된 2002. 1. 1. 이전에 이루어진 토양오염 발생에 대하여 무제한적으로 적용되는 경우를 생각해 보라). 「토양환경보전법」이 구제에만 초점이 있는 책임법이 아니라는 점도 고려하여야 할 것이다. 관련 규정의 제·개정이 정책의 변경이 아니라 지식이나 평가의 변경에 따라 이루어진, 이른바 ‘부진정 소급’의 문제로 보는 입장에서는 소급책임을 인정할 가능성이 많다.³⁸⁾ 또한 개정 법령이 사실 또는 법률관계가 아직 종료되지 않은 토양오염문제를 다루는 것으로 이해할 경우 (부진정 소급입법) 소급효가 인정될 가능성이 있다.³⁹⁾ 부연사건에서 헌법재판소는 해석을 통해 부진정소급입법이라는 결론을 도출하고 있다. 그러나 소급효를 인정하는 명시적인 규정이 없고, 입법자의 의도가 없는 상황에서 해석을 통해 문제의 정화책임자 조항을 부진정소급입법으로 보는 것은 설부른 결론이

37) 헌재 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정(마산주유소 사건).

38) 조홍식, 폐기물관리법상 사업장폐기물 배출사업자의 법적 책임, 환경법연구 제26권 제2호, 2004. 6, 276면, 282면 참조.

39) 판례는 소급입법은 신법이 이미 종료된 사실관계에 작용하는지(과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는지), 아니면 과거에 시작되었으나 아직 완성되지 아니하고 현재 진행 중에 있는 사실관계에 작용하는지에 따라 ‘진정 소급입법’과 ‘부진정 소급입법’으로 구분되는데, 전자는 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다는 입장이다. 헌재 1997. 6. 26. 선고 96헌바94 결정; 대법원 2003. 3. 10. 선고 97누13818 판결 참조.

라고 생각한다. 그러한 해석이 과연 합리적인 해석인가도 의심이 든다. 결론적으로 정화책임자 규정의 시행(이 규정은 2002. 1. 1.부터 시행됨) 이전의 토양오염관리대상시설의 소유자 등에게 동규정 시행 이전에 이루어진 토양오염에 대하여 책임을 묻는 것은 신중한 검토가 필요하다. 이와 같은 결론은 추론과정은 다르지만 헌법재판소의 최종 결론과 일치한다. 헌법재판소는 과거 오염원인자(현행 정화책임자) 조항이 부진정소급입법이라고 보았지만 이러한 잠정 결론을 신뢰보호원칙으로 수정하면서, 문제의 “오염원인자 조항이 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자를 그 양수 시기의 제한 없이 모두 오염원인자로 간주하여 보호가치 있는 신뢰를 침해하고 있다”고 결정하였기 때문이다.⁴⁰⁾

2014. 3. 24. 개정 법에서는 ‘토지’의 양수자·소유자에 대하여 「토양환경보전법」이 처음 시행된 1996년을 제한기준 시점으로 해서 소급책임을 인정하고 있다. 그러나 소급책임 논란은 ‘토지’의 양수자·소유자에게만 발생하는 것이 아니다. 당초 소급효 논란은 “토양오염관리대상시설을 양수한 자(구법 제10조의3 제3항 제3호)” 규정을 둘러싸고 제기된 것이지만 헌법재판소의 해석에 따르면 다른 정화책임자 조항 전반으로 번질 가능성도 많다.

예컨대, 토양오염관리대상시설의 소유자·점유자·운영자 책임 규정(제10조의4 제2호)과 관련해서 토양오염관리대상시설과 토양오염 간의 관련성이 인정된다면, 어떠한 형태로든 토양오염에 기여한 토양오염관리대상시설에 대한 책임 규정이기 때문에 소급책임을 인정된다는 견해가 있을 수 있다. 또한 포괄승계의 책임승계(동조 제3호)와 관련하여 동법이 그 적용 시점에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하므로 동 규정의 시행 이전에 토양을 발생시킨 자나 토양오염관리대상시설의 소유·점유 또는 운영자의 권리·의무를 포괄승계한 자에게도 그 시행 이전에 이루어진 토양오염에 대하여 책임을 물을 수 있다는 견해가 있을 수 있다.⁴¹⁾

⁴⁰⁾ 헌재 2012. 8. 23. 선고 2010헌바28 결정(부영 사건).

⁴¹⁾ 종전에는 토양오염관리대상시설을 양수한 자를 오염원인자의 범위에 포함하고 있었다(2014. 3. 24 개정 전 제10조의4 제3호). 이 규정과 관련하여 「토양환경보전법」이 그 적용시점에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하므로 동법의 시행 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자에게도 동법 시행 이전에 이루어진 토양오염에 대하여 책임을 물을 수 있다는 견해가 있었다. 황창식, 기업의 인수·합병과 토양오염, 환경문제연구총

그러나 소급효가 당연히 인정된다고 단정하기는 어려워 보인다. 소급효를 인정하는 명시적인 규정이 없고, 법의 문구나 구조가 과거형(예컨대, 과거의 소유자·점유자·운영자)으로 이루어졌거나⁴²⁾ 과거의 토양오염을 규율하고 있지 않으며,⁴³⁾ 법의 목적이 규제 못지않게 규제를 강조하고 있으며, 소급효를 인정하려고 했던 입법자의 의도를 확인할 수 없다는 점 등에 비추어 소급효 인정은 의문이다.⁴⁴⁾ 특히 법문이 “발생 당시”로 규정되어 과거 토양오염이 발생되었던 시점을 포함한다고 해석할 수 있으나 명시적인 규정이 없는 한 원칙적으로 여기에서의 “발생 당시”는 동 조항의 시행(2002. 1. 1.) 이후에 토양오염이 발생된 시점으로 이해하는 것이 합리적인 해석이라고 생각된다. 소급효 인정은 입법상 원칙이 아닌 예외적인 것으로써, 명문으로 소급효를 인정하는 ‘토지’ 소유자·점유자와 달리 소급효와 관련한 어떠한 언급도 없는 경우에도 마찬가지로 소급효가 인정된다고 해석할 수는 없기 때문이다.

설령 문제의 조항이 과거형을 취하고 있다거나 입법 취지가 소급효를 염두에 둔 것이라는 등 이유로 ‘부진정 소급입법’이라고 하더라도 종래의 법적 상태를 신뢰한 자에 대한 신뢰보호 문제는 여전히 남는다. 문제는 뒤에서 보는 바와 같이 면책(제10

서 IX, 대한변호사협회, 2001, 149면. 채영근, 기업의 환경책임에 관한 법적 고찰: 한국철강부지의 오염에 대한 정화책임을 중심으로, 환경법연구 제32권 제1호, 2010. 4, 131면.

42) 개정 전 “소유·점유 또는 운영하고 있는 자”라는 현재형 대신에 “소유자·점유자 또는 운영자”라는 표현을 쓰고 있는 점에 주목하면서 제2호가 토양오염의 “발생 당시”를 기준으로 ‘그 원인을 제공한’ 시설의 소유자·점유자 또는 운영자를 정화책임자로 하고 있다는 견해가 있다. 박종원, 2014년 개정 「토양환경보전법」에 따른 토양정화책임에 대한 평가와 전망, 환경법연구 제36권 제1호, 2014. 4, 313면. 이러한 견해는, 이 글에서 분명히 밝히고 있지는 않지만, 제2호의 정화책임자에게 소급책임이 인정될 수 있다고 이해하는 것으로 보인다. 사실상 소급책임이 인정되는 제10조의4 제1항 제4호에서는 “토지를 소유하고 있었거나 현재 소유 또는 점유하고 있는 자”로 규정함으로써 명시적으로 과거형 표현을 쓰고 있다. 한편, 「토양환경보전법」 제10조의4 제1항 4호에서는 “있었거나”와 “현재” 등의 표현을 사용하면서 과거의 소유자와 현재의 소유자를 명확히 구분하고 있음에 반해 동조 2호에서는 단순히 “발생 당시”라고 함으로써 논란을 키우고 있는데, 이는 일종의 입법의 부주의라고 할 만하다.

43) 미국 법원이 종합환경대응보상책임법상 책임이 소급책임이라고 판단하는 근거 중에는 관련 규정(예컨대, 제107조(a)(2), 제103조(c) 등)이 과거형으로 되어있다는 점도 한몫하고 있다.

44) 김홍균, 토양환경보전법상 정화책임자 조항의 위헌성과 위헌성 제거방안, 환경법연구 제35권 제1호, 2013. 4, 209 내지 210면.

조의4 제2항), 구상권(동조 제4항), 비용지원(동조 제5항) 등이 신뢰이익의 보호에 충분한지 의문이 제기될 수 있다는 것이다. 토양정화라는 공익상의 요구 못지않게 소유자 등의 신뢰이익도 중요한데 소급효 인정은 이들의 신뢰이익을 침해할 수 있다. 또한 소급효가 인정되는 것으로 이해할 경우에는 언제 토양오염물질의 누출 등이 있었는지, 언제 토양오염관리대상시설의 소유·점유·운영이 이루어졌는지 관계없이 소급효를 제한하는 규정이 없기 때문에 소급효가 무한정 확대될 수 있는 불합리가 발생할 수 있다. 「토양환경보전법」의 제정(1996. 1. 6. 시행) 당시에는 ‘오염의 원인을 발생하게 한 자(오염원인자)’에 대하여 토양오염물질의 제거 등 토양오염방지를 위한 조치를 명할 수 있도록 하는 규정만이 있었을 뿐이고(제15조 제1항), 토양오염관리대상시설의 소유자 등에 대하여 정화책임이 부과될 수 있는 근거 규정은 2001. 3. 28. 개정 법(제23조)에서 비로소 도입되었다. 이러한 상황에서 토양오염관리대상시설의 소유자등이라는 이유만으로, 동 규정의 시행 이전(또는 양보하여 「토양환경보전법」의 제정 이전)으로 소급해서, 정화책임이 부과된다는 것이 예측가능하였다고 할 수 있는 지 논란이 있을 수 있다. 행위 시 문제의 행위를 규제하는 법이 없었다면 그로 인해 발생한 비용은 국민 일반이 부담하여야 할 것이다.⁴⁵⁾ 이를 사후의 범으로 개인으로 하여금 부담토록 하는 것은 형평에 반하는 것이다. 백보 양보하여 소급책임을 인정한다고 하더라도 소급책임을 합리적인 범위로 제한하는 것이 필요하다. 참고적으로 선진 외국은 소급적용의 시적 범위를 정함으로써 소급책임을 완화, 조정하는 경향이 있다.⁴⁶⁾

45) 조흥식, 앞의 논문(주 1), 232면.

46) 관련 법에 소급 규정을 두고 있는 국가로는 네덜란드가 대표적이다. 네덜란드는 1987년 이전과 이후 발생 오염으로 구분하여 다른 기준을 적용하고 있는데, 이에 따르면 오염유발자 등은 다음과 같이 세 가지로 방식으로 정화비용을 부담한다: ① 1987년 이후에 발생된 토양오염은 오염책임자가 모두 부담한다; ② 1975년~1987년에 발생된 오염은 과실의 정도, 사건의 시기, 재정적 능력 등을 고려하여 정부가 보조금을 지급한다; ③ 1975년 이전에 발생된 오염은 부지의 용도와 비용효율성을 고려하여 소유자 또는 지방정부가 부담하게 되는데 중앙정부는 정화비용의 1/3(최대 50%)을 보조한다. 박용하·박상열·양재외, 토양오염지역이 책임에 관한 우리나라, 미국, 영국, 독일, 네덜란드, 덴마크 법과 제도의 비교 분석 및 우리나라 정책개선방향, 환경정책연구 제3권 제2호, 2004, 46면. 일본 土壤汚染對策法과 독일 연방토양보호법 등이 명시적으로 소급책임 여부와 관련해서 명시적인 규정을 두지 않은 것이 우리나라에서도 소급효 여부와 관련한 규정을 둘 필요없다는 논거로 작용해서는 안된다. 이들 국가에서도 논란이 지속되고 있기 때문이다. 독일, 일본에서의 논란에 대해서는 박종원·김현준, 앞의 책(주 5), 124 내지 131면,

2. 협소한 면책

2014. 3. 24. 개정 법은 「토양환경보전법」이 제정·시행되기 이전(1996년 1월 5일 이전)에 해당 토지를 소유하지 아니하게 된 자와 양수한 자 등에 대해서는 정화책임을 면제하고 있다. 다만, 1996년 1월 6일 이후에 토양오염을 발생시킨 자 또는 토양오염 관리대상시설의 소유자·점유자·운영자에게 자신이 소유 또는 점유 중인 “토지의 사용을 허용한 경우”에는 책임을 면제하고 있지 않다(제10조의4 제2항). 이는 「토양환경보전법」 시행 이후이므로 동법에 따른 규제를 인식할 수 있었고 해당 토지의 사용을 ‘허용한’ 자로서 정화책임이 부과될 수 있다는 예측이 충분히 가능하였다는 점을 고려한 것으로 보인다. 그러나 1996년 1월 6일 법 시행 당시에는 ‘오염의 원인을 발생하게 한 자(오염원인자)’에 대하여 토양오염물질의 제거 등 토양오염방지를 위한 조치를 명할 수 있도록 하는 규정만이 있었는데(제15조 제1항), 스스로 토양오염을 발생시킨 것이 아니고, 다른 사람에게 자신이 소유 또는 점유 중인 토지의 사용을 허용한 것에 불과한 자에게도 정화책임이 부과된다는 것이 예측가능하였다고 할 수 있는지 논란이 있을 수 있다.

한편, 개정 법은 토양오염이 발생한 ‘토지’를 소유하고 있었거나 현재 소유 또는 점유하고 있는 자에 대해서 선의·무과실 등 일정한 경우 정화책임을 면제하고 있으나 다른 유형의 정화책임자에 대하여는 면책을 인정하고 있지 않다. 종전 선의·무과실의 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자에 대한 면책규정(구법 제10조의4 단서)이 삭제됨으로써, 토양오염관리대상시설의 소유자 등의 면책 가능성은 사라진 측면이 있다. 토양오염관리대상시설의 소유자 등이 지는 책임의 성질이 상태책임이라는 점을 고려할 경우 토양오염관리대상시설의 소유자 등으로 낙인이 찍히는 순간 면책 가능성은 없으며 무제한의 소급책임을 지게 되는 것이다. 마산주유소 사건에서 다수의견은, 비록 토양오염관리대상시설의 양수자·인수자가 부담하는 책임과 비교를 통해서지만, 토양오염관리대상시설의 소유자 등에게 “다른 면책사유 또는 책임제한 수단을 전혀 인정하지 않은 것은 합리적인 이유가 있다고 할 수 없다”고 적절히 지적한 바 있다.⁴⁷⁾

156면, 216면 참조.

47) 헌재 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정(마산주유소 사건).

3. 구상권의 한계

2014. 3. 24. 개정 법은 정화책임자 조항의 과잉금지원칙 위반 상태를 해소, 완화하기 위하여 구상권 행사에 관한 법적 근거를 두고 있다. 미국 종합환경대응보상 책임법이 구상권 규정을 두고 있는 것도 법 개정 시 참고가 되었을 것이다.⁴⁸⁾

그러나 동 구상권 규정이 과잉규제를 완화하고 정화책임자의 신뢰이익의 보호에 충분한지 의문이 제기될 수 있다. 토양오염의 장기성 때문에 다른 정화책임자를 찾을 수 없거나 다른 정화책임자가 무자력인 경우가 많아 사실상 구상권은 의미가 없는 경우가 많고, 구상권 행사의 절차와 책임 분담의 기준이 규정되어 있지 않아 구상권의 실현에 많은 시간과 비용이 소요되므로 구상권의 존재가 승계인이 받게 되는 침해를 완화하기에 부족하다. 이러한 한계는 헌법재판소 결정에서도 지적한 바 있다.⁴⁹⁾

4. 비용지원의 한계

개정 법은 과잉금지원칙 위반 상태를 해소한다는 차원에서 국가의 정화비용 지원 근거규정을 두고 있다. 문제의 본질은 비용의 지원이 일부에 그치기 때문에 정화책임자는 여전히 책임을 진다는 것이다. 말하자면 책임을 면제하는 것이 아니라 책임을 제한할 뿐이라는 것이다. 특히 동법은 토지의 소유자·점유자에 대한 지원의 기준 시점을 2002년 1월 1일로 하고 있는데, 이는 토양오염관리대상시설의 소유자 등에 대하여 정화책임이 부과될 수 있는 근거 규정이 2001. 3. 28. 개정 법에서 비로소 도입된 것과 무관하지 않을 것이다. 토양오염관리대상시설의 소유자 등에 대하여 정화책임이 부과될 수 있는 근거 규정이 도입되기 전에 토양오염관리대상시설의 소유자 등(특히 동법 시행 전에 양수한 자)에게 정화책임이 부과된다는 것이 예측가능하였다고 할 수 있는지 의문이 있을 수 있다. 한편, 토지 소유자와 달리 토양오염관리대상시설의 소유자 등에게, 선의·과실 등 면책 가능성이 없는 상태에서, 기대이익의 한도까지 정화비용을 부담하여야 하고, 기대이익을 현저히 초과하는 경우에만 국가의 지원

⁴⁸⁾ CERCLA § 113(f)(1).

⁴⁹⁾ 헌재 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정(마산주유소 사건).

을 받을 수 있다는 가능성만으로는 침해를 최소화한다거나 신뢰이익에 대한 침해를 정당화하기에는 충분치 않다고 할 수 있다.

VI. 위헌성 해소 방안

2014. 3. 24. 법 개정으로 위헌성 문제가 종결된 것 같지 않다. 개정된 정화책임자 조항은 과거 오염원인자의 범위 및 적용에 관한 논란의 일부를 해결하였을 뿐이다. 그 시행이 본격적으로 이루어지면 또 다른 차원에서 본격적인 논란이 제기될 가능성이 크다. 끝없는 논란은 신속한 정화를 방해할 뿐이다. 이러한 관점에서 당장은 아니라도 위헌성을 완화, 해소하기 위한 입법적 노력이 필요해 보인다.

위헌성 논란의 핵심은 소급효 인정 여하라고 할 것이다. 과잉금지원칙 위반 여하는 개정 법에서 신경을 쓴 면책(제10조의4 제2항), 복수의 정화책임자의 선택(동조 제3항), 구상권(동조 제4항), 비용지원(동조 제5항) 규정 등으로 상당 부분 해소되었기 때문이다.

토양오염의 장기성, 누적성 등으로 원인자를 발견하기가 쉽지 않은 상황에서 소급 책임을 인정할 정책적 필요성은 충분히 인정될 수 있다. 그러나 정책적 필요성과 법제도의 설계와 실현은 다른 것이다. 소급효 인정에 대한 공감대가 법적으로 인정되기 위해서는 입법이나 입법자의 의도로 확인될 필요가 있다.

물론 소급효를 인정하여야 한다는 견해가 엄존하고 있다.⁵⁰⁾ 그러나 이는 법논리적, 법해석적 결론이 아니라 정책적 필요성에 착안한 측면이 크다. 비록 헌법재판소의 불합치 결정이 계기가 되었지만 2014. 3. 24. 개정 법이 ‘토지의 양수자·소유자’에 대해서 소급책임을 명문으로 인정하고 있는 것은 절반의 성공이라고 할 수 있다. 토양오염관리대상시설의 소유자 등에 대해서는 여전히 침묵하고 있기 때문이다. 개정 법이 토양오염관리대상시설의 소유자 등에

⁵⁰⁾ 황창식, 앞의 논문(주 41), 149면; 김현준, 토양정화책임: 토양환경보전법 제10조의3에 대한 비판적 검토, 공법연구 제34집 제2호, 2005. 12, 205면; 채영근, 앞의 논문(주 41), 131면; 김성배, 소급적 토양정화책임의 위헌문제 -미국 판례와 CERCLA상의 논의를 중심으로-, 환경법과 정책 제8권, 2012. 5, 92면.

대한 소급효 문제를 다루지 않은 것은 표면적으로는 위헌성 문제가 불거진 해당 조항에 초점이 맞추어진, 그리고 시간에 긴 개정 작업이 이유가 되겠지만 자칫 소급효를 인정하지 않을 경우 예상되는 국가의 부담과 무관하지 않을 것이다. 기금의 설치, 국가의 비용지원 등을 통한 정화조치는 국가로서는 여간 부담이 되는 것이 아니기 때문이다.

더 이상의 불필요한 논란을 차단하기 위해서는 정화책임자 조항 전부에 대하여 소급효 여부와 관련한 명시적인 규정을 둘 필요가 있다. 적어도 소급책임을 합리적인 범위로 제한, 완화하는 조정이 필요하다. 이는 선진 제국의 입법례에서도 흔히 발견되는 입법 조치이다. 그 이유는 간단하다. 예측가능성이 없는 자에게 무한적 소급책임을 지우는 것은 공평하지 않기 때문이다.

소급책임을 적용하지 않거나 시적 범위를 제한할 경우에는 기존 오염에 대한 책임과 책임자의 자력부족의 경우에 발생하는 정화문제 등이 여전히 숙제로 남게 된다. 이에 미국 종합환경대응보상책임법에서와 같은 기금의 설치를 고려해 볼 수 있을 것이다. 이때 중요한 것은 기금의 투명한 운영이다. 이러한 관점에서 기금의 도입 시 대상자, 조성절차, 용도⁵¹⁾ 등을 명확히 하는 작업이 필요하다. 현실적으로 기금의 설치가 어려울 경우에는 보험제도의 도입도 적극 검토할 필요가 있다.

면책의 확대도 적극 고려할 필요가 있다. 신뢰보호원칙과 과잉금지원칙 위배를 완화하는 효과적인 조치가 면책의 확대이기 때문이다. 미국 종합환경대응보상책임법이 엄격책임(strict liability)을 지우는 대신에 선의의 토지소유자(innocent landowner),⁵²⁾ 재활용가능자원의 재활용을 목적으로 처리위탁한 유해물질 발

51) 참고적으로 미국의 종합환경대응보상책임법은 정화조치에 사용되는 재원인 ‘슈퍼펀드’의 사용용도를 구체적으로 규정하고 있다. 즉 슈퍼펀드는 유해물질 오염지역에 대한 정부의 대응조치비용의 지급, 기술지원보조금, 유해물질의 배출로 인한 자연자원에 대한 피해의 장·단기 평가비용, 유해물질의 배출로 손상·파괴·손실된 자연자원의 회복이나 복구 내지는 이에 상당하는 등가물의 획득을 위한 연방정부·주정부·인디언부족의 지출비용, 유해물질 배출에 대한 확인·조사 등을 위한 프로그램 비용, § 104(i)에 의한 조치로 발생한 비용, 유해물질 배출에 대한 대응조치와 관련된 피용자의 건강과 안전을 보호하는 프로그램 비용, § 105(d)의 배출평가에 관한 청원에 따라 시설평가를 하는데 드는 비용, § 104(j)에 의해 부동산이나 부동산이익을 취하는 데 드는 비용, § 160에 의한 조사·개발·증명 비용, 피용자에 대한 교육·훈련 보조금, § 109(d)에 의해 승인된 상금, 납득성 연구 등에 사용된다. CERCLA § 111(a),(c).

생자(arranger)와 운반자(transporter),⁵³⁾ 선의의 토지구입예정자(bona fide prospective purchaser),⁵⁴⁾ 오염부지에 대한 오염 기여도가 적은(110 갤런 이하의 액체성 물질 또는 200파운드 이하의 고형 물질) 배출자(처리위탁자),⁵⁵⁾ 도시형 폐기물을 배출하는 주거용 재산 소유자 및 운영자와 소규모 기업,⁵⁶⁾ 오염부지에 인접한 부동산 소유자(contiguous owner)⁵⁷⁾ 등에게 일정한 경우 책임을 면제하는 규정을 두고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 무한정 면책을 확대하는 것은 신속하고 정확한 오염토양의 정화를 저해할 수 있는바, 위험성 완화는 물론이고 이른바 브라운필드 문제⁵⁸⁾를 해결한다는 차원에서 토양오염관리대

52) *Id.* § 101(35).

53) *Id.* § 127.

54) *Id.* § 107(r). 선의의 토지구입예정자는 브라운필드 부지의 구매 당시에 오염 사실을 몰랐고 몰랐다는 점에 대해 상당한 이유가 있음을 입증할 필요가 없다. 면책 규정에 따르면 브라운필드법 시행 이후에 시설을 매수한 자(또는 임차한 자)는 ‘현재의 소유자’로서 책임을 면제받기 위해서 다음과 같은 요건을 입증하여야 한다: ① 해당 시설을 취득하기 이전에 유해물질의 ‘처분(disposal)’이 이루어졌을 것; ② 해당 시설의 소유권 및 이용 상황에 대하여 모든 적절한 조사를 하였을 것; ③ 해당 시설에서의 유해물질의 발견 또는 유출에 관하여 법적으로 요구되는 모든 통지를 할 것; ④ 계속적인 유출의 금지, 장래 유출 위협의 방지 등 합리적인 조치를 취함으로써 시설에서 발견되는 유해물질과 관련하여 적절한 주의(appropriate care)를 기울일 것; ⑤ 오염물질에 대한 대응조치 또는 자연자원의 복원을 실시하는 자에 대하여 충분한 협력, 지원, 접근을 제공할 것; ⑥ 대응조치와 관련하여 수립된 또는 의존하는 모든 토지이용규제(land use restrictions)에 따르고, 해당 시설에 적용되는 어떤 조직 통제의 효율성과 통합성을 방해하지 않을 것; ⑦ 이 법에 따른 정부의 정보요구 또는 소환 등에 따를 것; ⑧ 잠재적으로 책임이 없거나 잠재적으로 책임이 있는 자에게 가담하지 않을 것. *Id.* § 101(40). 선의의 소유자 항변이 해당 토지를 구입할 당시 유해물질의 존재를 알지 못한 소유자의 경우에만 제한적으로 적용됨에 반해 선의의 토지구입예정자에 대한 면책 규정은 매수자에게 매수 당시 해당 부지가 오염된 사실을 알았음에도 불구하고 책임을 면할 수 있는 기회를 제공한다.

55) *Id.* § 107(o).

56) *Id.* § 107(p).

57) *Id.* § 107(q).

58) 브라운필드란 “방치되거나(abandoned) 놀리고 있거나(idled) 덜 사용되고 있는(underused) 산업 및 상업시설로써, 확장이나 재개발이 실제의 환경오염 또는 환경오염의 가능성 때문에 어려운 부지”를 의미한다. Todd S. Davis & Kevin D. Margolis, *Brownfield: A Comprehensive Guide to Redeveloping Contaminated Property*, A.B.A., 1997, 3 내지 14면; Clifford J. Villa, *Cleaning Up at the Tracks: Superfund Meets Rails-to-Trails*, *Harv. Envtl. L. Rev.*, Vol. 25, 2001, 511면. 브라운필드법에서는 “브라운필드 부지(brownfield site)”를 “유해물질(hazardous substance), 오염물질(pollutant), 오탁물질(contaminant)의 존재 또는 잠재적인 존재 가능성으로 인하여 확대, 재개발, 재이용이 복잡해 질 수 있는

상시설의 선의의 소유자 항변, 선의의 토지구입예정자(bona fide prospective purchasers)에 대한 면책, 소량 배출자에 대한 면제 등은 매력적인 대안이라고 생각된다.

선의·무과실 면책 규정은 미국 종합환경대응보상책임법상의 선의의 소유자(innocent landowner)항변을 도입한 것이다.⁵⁹⁾ 그러나 어떠한 경우에 토지양수인의 선의·무과실이 인정되는지에 대하여는 명문규정을 두고 있지 아니하므로 구체적 적용에 있어서는 논란이 예상된다. 기본적으로 선의·무과실은 사안별로 판단할 수밖에 없다. 예컨대, 토양환경평가를 받아 그 토지의 오염 정도가 우려기준 이하인 것을 확인하는 경우는 그렇지 않은 경우에 비해 선의·무과실을 인정받기 쉬울 것이다. 향후 논란을 차단하기 위해서 선의·무과실이라는 개념보다는 적절한 조치를 취한 경우 면책된다는 표현으로 바꾸고, 적절한 조치를 명확히 하는 것도 고려할 필요가 있다.⁶⁰⁾

부동산”으로 폭넓게 정의하고 있다. CERCLA § 101(39)(A). 엄격책임을 완화하기 위한 이른바, ‘브라운필드법’에 대하여 자세한 내용은 김홍균, 토양환경보전법 책임체계의 새로운 방향: 브라운필드(Brownfields) 문제, 저스티스, 2009. 4, 258 내지 270면 참조.

- 59) 미국 종합환경대응보상책임법에서는 선의·무과실이 아닌 “모든 적절한 조사(all appropriate inquiries)”라는 표현을 사용하고 있다. 이에 따르면 선의의 토지소유자(innocent landowner)는 그 책임을 면하기 위해서 문제의 부지를 매수하기 전에 이전 소유자와 용도 등에 대해 “모든 적절한 조사”를 한 후에, 해당 부지를 매수할 당시 문제의 부지에서 유해물질이 처분되었다는 것을 몰랐거나 모름에 상당한 이유가 있음을 입증해야 한다. CERCLA § 101(35)(A)(i), (B)(i).
- 60) 2001년 미국 브라운필드법은 사전 및 사후 의무를 부가하면서 “모든 적절한 조사”의 판단기준을 명확히 함으로써 불명확성을 해소하고자 하고 있다. 즉 동법은 해당 시설을 취득할 당시 혹은 그 이전에 당해 시설의 소유 및 이용 상황에 관한 모든 적절한 조사를 행하였고, 계속적인 유출의 금지, 장래 유출 위험의 방지 등 합리적인 조치(reasonable steps)를 취한 선의의 토지소유자를 면책하도록 하고 있다. 또한 동법은 매수자로 하여금 오염물질에 대한 대응조치를 실시하는 자에 대하여 충분한 협력·지원·접근을 제공하고, 대응조치와 관련하여 수립된 또는 의존하는 모든 토지이용규제(land use restrictions)에 따르고, 해당 시설에 적용되는 어떤 조직 통제의 효율성과 통합성을 방해하지 않도록 하고 있다. *Id.* § 101(35)(A)(iii).

VII. 맺는 말

2014. 3. 24. 개정 「토양환경보전법」은 오염토양의 정화책임자를 행위책임은 물론이고 상태책임을 인정하면서 크게 확장하고 있다. 개정 법은 특히 정화책임의 주체로 오염원인자 개념을 포기하고 ‘정화책임자’라는 용어를 새로이 도입하면서 정화책임자의 범위를 재설정하고, 면책을 확대하는 등 손질을 하였다. 정화책임자 조항은 과거 오염원인자의 범위 및 적용에 관한 위헌성 논란을 어느 정도 해결했다는 점에서 의미가 크다. 그러나 구체적인 경우 그 해석을 둘러싼 치열한 논란이 예상되고 있다. 가뜰이나 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라 떠밀리듯이 이루어진 소폭적이고 임기응변적인 개정은 위헌성을 완전히 제거하는 데 미흡하다고 할 수 있으며, 본격적인 시행에 따라 분쟁이 재연될 가능성이 있다.

특히 개정 법은 소급효 문제를 충분히 고려하지 않고 있다. 동법에서 정화책임자 조항 전반에 걸쳐 소급책임 여하만 분명히 하였어도 위헌성 문제는 크게 제기되지 않을 것이라고 생각한다. 토양오염을 발생시킨 자와 토양오염관리대상시설의 소유자 등을 빠트리고 토지의 소유자 등에 대해서만 소급효 문제를 다루고 있는 것은 입법의 부주의라고 할 수 있다. 이러한 점에서 개정 법은 절반의 성공이라고 평가할 수 있다. 이러한 점을 고려할 때 추후 개정 시에는 토양오염관리대상시설의 소유자 등에 대한 소급효 여하(특히 소급 적용의 시적 범위)를 분명히 하고, 기금의 설치, 국가의 비용지원 등을 포함하여 소급효 제한에 따라 발생할 수 있는 문제를 해결하기 위한 방안을 다각적이고 면밀히 검토하고 보완하여야 할 것이다. 나아가 면책의 범위를 확장한다는 차원에서 토양오염관리대상시설의 선의의 소유자 항변, 선의의 토지구입예정자에 대한 면책, 소량의 오염물질과 비유해물질을 배출자에 대한 면제 등 입법적 배려가 요구된다. 급한 불을 껐다고 안도해서는 안 되며, 시간을 벌었다고 게을러져서도 안 된다. 이제는 장기적인 시각에서 위헌성 문제를 바라보고 근본적으로 해결할 수 있는 대안을 모색할 필요가 있다.

참고문헌

- 김성배, “소급적 토양정화책임의 위헌문제 -미국 판례와 CERCLA상의 논의를 중심으로-”, 「환경법과 정책」 제8권, 2012. 5.
- 김연태, “토양환경보전법상 정화책임자의 범위와 책임의 한계”, 「고려법학」 제77호, 2015. 6.
- 김홍균, “미국 종합환경대응책임법(CERCLA)상의 책임당사자와 토양환경보전법상의 정화책임자”, 「환경법연구」 제24권 제1호, 2002. 9.
- 김홍균, “토양환경보전법 책임체계의 새로운 방향: 브라운필드(Brownfields) 문제”, 「저스티스」, 2009. 4.
- 김홍균, “토양환경보전법상 정화책임자 조항의 위헌성과 위헌성 제거방안”, 「환경법연구」 제35권 제1호, 2013. 4.
- 김홍균, “환경법상 책임의 승계”, 「사법」 제29호, 2014. 9.
- 김현준, “토양정화책임: 토양환경보전법 제10조의3에 대한 비판적 검토”, 「공법연구」 제34집 제2호, 2005. 12.
- 김현준, “토양정화책임 -토양환경보전법 제10조의3에 대한 비판적 검토-”, 「공법연구」 제34집 제1호, 2005. 12.
- 박용하 · 박상열 · 양재의, “토양오염지역이 책임에 관한 우리나라, 미국, 영국, 독일, 네덜란드, 덴마크 법과 제도의 비교 분석 및 우리나라 정책개선방향”, 「환경정책연구」 제3권 제2호, 2004.
- 박종원, “2014년 개정 「토양환경보전법」에 따른 토양정화책임에 대한 평가와 전망”, 「환경법연구」 제36권 제1호, 2014. 4.
- 박종원, “복수의 토양정화책임자와 정화조치명령 대상자의 선택 - 2015년 개정 「토양환경보전법 시행령」 제5조의3의 해석과 평가-”, 「환경법연구」 제37조 제2호, 2015. 8.
- 박종원 · 김현준, 『토양정화책임 관련 분쟁사례 분석』, 한국법제연구원, 2012. 10.
- 이상돈, “미국의 종합대응책임법(수퍼펀드법)에 대한 최근의 논쟁과 개정 논의”, 「법학논문집」 제24집 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2000.
- 조은래, “토양환경보전법상 정화책임의 민사법적 검토”, 「환경법과 정책」 제8권,

2012. 5. 조홍식, “폐기물관리법상 사업장폐기물 배출사업자의 법적 책임”, 「환경법연구」 제26권 제2호, 2004. 6.
- 조홍식, “소급적 환경책임의 위헌성 - 2010헌가77 토양환경보전법 제10조의3 제1항 등 위헌제청사건을 글감으로 하여,” 「사법」, 2013. 12.
- 채영근, “우리나라 토양환경보전법과 그 개정안의 내용과 문제점 -미국의 CERCLA 와 비교하며-”, 「공법연구」 제29집 제2호, 2001.
- 채영근, “기업의 환경책임에 관한 법적 고찰: 한국철강부지의 오염에 대한 정화책임을 중심으로”, 「환경법연구」 제32권 제1호, 2010. 4.
- 황창식, “기업의 인수·합병과 토양오염”, 「환경문제연구총서」 IX, 대한변호사협회, 2001.
- Clifford J. Villa, “Cleaning Up at the Tracks: Superfund Meets Rails-to-Trails”, *Harv. Envtl. L. Rev.*, Vol. 25, 2001.
- James E. Satterfield, “A Funny Thing Happened on the Way to the Revolution: The Environmental Record of the 104th Congress”, *Envtl L. Rep.*, Vol. 27, 1997.
- Jerry Taylor, “Salting the Earth—The Case for Repealing Superfund, Regulation”, Cato Institute, Nov. 1996.
- Kenneth S. Abraham, “Environmental Liability and the Limits of Insurance”, *Colum. L. Rev.*, Vol. 88, 1988.
- Linda J. Oswald & Cindy A. Schipani, “CERCLA and the “Erosion” of Traditional Corporate Law Doctrine”, *Nw. U. L. Rev.*, Vol. 86, 1992.
- Michael J. Gergen, “The Failed Promise of the “Polluter Pays” Principle: An Economic Analysis of Landowner Liability for Hazardous Waste”, *N.Y.U.L. Rev.*, Vol. 69, 1994.
- Susan R. Poulter, “Cleanup and Restoration: Who Should Pay?”, *J. Land Resources & Envtl. L.*, Vol. 18, 1998.
- “Senator Submits Drastically Revised Plan; Parties Would Be Repaid for Pre-1980 Response”, *Envtl. Rep.* Vol. 6, Mar. 29, 1996.
- Todd S. Davis & Kevin D. Margolis, “Brownfield: A Comprehensive Guide to

Redeveloping Contaminated Property”, A.B.A, 1997.

William B. Johnson, “Liability of Parent or Successor Corporation, or Corporate Shareholders, in Action Pursuant to Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act”, *American Law Reports*, Vol. 121, 1997.

[Abstract]

After the Constitutional Nonconformity Decision
by the Constitutional Court?:
Is the Issue of Unconstitutionality Resolved?

Hongkyun Kim

(Professor, School of Law, Hanyang University)

The two constitutional nonconformity decisions by the Constitutional Court brought to surface what has long been controversial, and triggered the Mar 24, 2014 amendment of the Soil Environment Conservation Act. The revised law introduced the concept of 'responsible parties', and also adopted some major changes such as expanded exemptions, priorities within responsible parties, right to seek contribution, and government monetary support. The question is, does this resolve the constitutionality issue?

The responsible parties clause is meaningful in that it somewhat dealt with the unconstitutionality problem, but serious controversies are still expected when it comes to specific interpretations of the clause. The narrow, tentative nature of the revision, reluctantly forced by the Constitutional Court decision, is not enough to remove unconstitutionality, and we may see disputes continuing to rise even after the revised law takes effect.

The amended Act does not adequately deal with the issue of retrospectivity. To only address the retrospectivity issue with landowners and not with facility owners nor the persons who have caused the soil contamination is legislative negligence. In this aspect, the revised law is only a half-success. Therefore, future amendments of the Soil Environment Conservation Act should clarify the issue of retrospectivity on those such as owners of facilities (especially, the timeframe of retrospective application) and adopt/improve measures such as establishment of funds and government monetary support. Also, further expansion of exemption is required, such as innocent facility owner defense, exemption for bona-fide prospective purchaser, and De Micromis/non-hazardous pollutant producer's exemption.

주 제 어: 토양환경보전법, 무과실책임, 정화책임자, 종합환경대응보상책임법, 토양오염관리대상시설, 소급책임, 위헌성

Key Words: Soil Environment Conservation Act, Strict Liability, Responsible Parties, CERCLA, Retrospectivity, Unconstitutionality