

폐기물의 성토재 재활용에 관한 환경법적 문제*

박 종 원**

차 례

- I. 들어가며
- II. 현행법상 폐기물의 성토재 재활용에 관한 관리
- III. 토양정화조치명령의 대상 여부에 관한 해석
- IV. 폐기물처리조치명령의 대상 여부에 관한 해석
- V. 나오며

【국문초록】

폐기물 재활용 정책의 일환으로 폐기물을 토양에 매립하는 일이 심심치 않게 이루어져 왔으나, 그에 대한 관리법제는 체계적이었다고 보기 어렵다. 그간 성토재, 복토재 등으로 폐기물의 재활용이 폭넓게 허용되어 왔으나, 얼마 전까지만 해도 「폐기물관리법」에 따른 재활용 기준이나 준수사항에서 토양에 대한 접촉으로 인한 토양오염의 가능성을 따로 고려하고 있지 않았었기 때문에, 폐기물의 성토재로의 재활용이 토양오염으로 이어지는 사례가 적지 않았다.

한편, 「폐기물관리법」과 「토양환경보전법」은 그 제정시기, 규율목적, 내용 등이 상이하고 양 법률 간의 적용관계가 명시되어 있지 아니하여 법 적용 현장에서 많은 혼란을 초래하고 있다. 특히, 과거 「폐기물관리법」에 따라 적법하게 성토재 등으로 재활용되었다가 그 후에 「토양환경보전법」에 따른 조사 결과 우려기준 초과 사실이 드러난 경우 이를 정화조치명령의 대상으로 할 수 있는가의 문제가 제기될 수 있다. 혹은 그 반대로 과거 「폐기물관리법」을 위반하여 불법적으로 성토재 등으로 재활용된 경우, 일정한 시간의 경과에 따라 해당 폐기물이 토양과 일체를 이루게 되었을 때 이를 폐기물처리조치명령의 대상으로 할 수 있는가의 문제도 제기될 수 있다. 이 글은 이와 같은 현실적인 문제에 있어서 어떻게 양 법률을 적용할 것인가에 관한 해석론을 제시하는 것을 목적으로 한다.

먼저 토양정화조치명령의 대상이 되는지 여부의 판단에 있어서는, 토양오염의

* 이 논문은 부경대학교 자율창의학술연구비(2017년)에 의하여 연구되었음.

** 부경대학교 법학과 부교수.

원인 행위가 무엇인지를 묻지 않고 「토양환경보전법」에 따른 토양오염물질이 그 우려기준을 초과한다면 ‘오염토양’에 해당하는 것이고 따라서 정화조치명령의 대상이 되는 것으로 보아야 할 것이다. 설령 해당 오염토양이 「폐기물관리법」 등의 관계법령에 따라 적법하게 성토재 등으로 재활용된 결과로서 발생한 것이라고 하더라도 달리 볼 것은 아니다. 다만, 경우에 따라서는 신뢰보호원칙 위반의 문제는 남게 될 것이다.

한편, 폐기물처리조치명령의 대상이 되는지 여부에 관해서는 폐기물의 불법 투기·매립 등과 같은 발동 요건에 해당하여야 함을 물론이고, 그 내용상으로 해당 폐기물을 적정하게 처리할 것을 명하기 위해서는 그 명령을 발령하는 시점을 기준으로 해당 물질이 ‘폐기물’로서의 성질을 갖추고 있어야 할 것이다.

한 번 폐기물이 영원한 폐기물인 것은 아니다. 폐기물 개념의 주요 징표를 이루는 ‘필요성’은 필연적으로 가변적이다. 이는 객관적으로 사람의 생활이나 사업활동에 필요하다고 사회통념상 승인될 정도에 이르렀다면 그 물질은 그 때부터 폐기물로서의 속성을 잃는다는 대법원의 확립된 태도를 통해서도 확인할 수 있다. 이에 더하여, 폐기물의 법적 개념 정의, 폐기물처리조치명령의 취지와 성질 및 요건·내용에 대한 해석, 폐기물과 토양의 구별 기준, 폐기물의 성토재 재활용 기준 등을 종합적으로 고려할 때, 설령 어떠한 물질이 매립될 당시에는 폐기물로서의 성질을 갖추고 있었고 또 당시의 재활용 기준에 맞지 않게 다른 토양과의 혼합 등의 과정을 거쳐 성토재로 사용되었다고 하더라도, 상당한 기간이 경과함에 따라 (i) 더 이상 오염된 상태가 아니고, (ii) 기존 토지의 흙과 물리적으로 분리할 수 없을 정도로 혼합되어 토지의 일부를 구성하게 되었고, (iii) 「폐기물관리법」상의 성토재 재활용 기준을 충족할 정도에 해당하여 토양으로서 정상적인 기능을 수행할 수 있을 정도에 이르렀다면, 이를 두고 더 이상 폐기물에 해당한다고 볼 수 없을 것이며, 따라서 폐기물처리조치명령의 대상이 되지 아니한다고 보아야 할 것이다.

I. 들어가며

폐기물 재활용 정책의 일환으로 폐기물을 토양에 매립하는 일이 심심치 않게 이루어져 왔으나, 그에 대한 관리법제는 체계적이었다고 보기 어렵다. 그동안 성토재(盛土材), 복토재(覆土材) 등으로 폐기물의 재활용이 폭넓게 허용되어 왔으나, 얼마 전까지만 해도 「폐기물관리법」 제13조의2 및 같은 법 시행규칙에

다른 재활용 기준이나 준수사항에서는 토양에 대한 폐기물의 접촉으로 인한 토양 오염의 가능성에 대한 별다른 고려 없이 「토양환경보전법」에 따른 토양오염우려 기준 준수 등에 관한 명시적인 규정을 두고 있지 않았었다. 이에 따라 폐기물의 성토재 등으로의 재활용이 토양오염으로 이어지는 사례가 적지 않았고, 토양환경 관리의 사각지대로 방치되어 왔었던 것이다.

한편, 폐기물과 토양은 그 매체의 특성상 상호 밀접한 영향을 주고받을 수밖에 없음에도 불구하고,¹⁾ 이들을 규율하는 「폐기물관리법」과 「토양환경보전법」은 그 제정시기,²⁾ 규율목적,³⁾ 내용 등이 상이한데다가 양 법률 간의 관계가 명시되어 있지 아니하여 실제의 법 적용 현장에서 많은 혼란을 초래하고 있다. 특히, 과거에 「폐기물관리법」에 따라 적법하게 성토재 등으로 재활용되었다가 그 후에 「토양환경보전법」에 따른 토양오염도조사 등의 결과 우려기준을 초과하였음이 드러난 경우 이를 토양정화조치명령의 대상으로 할 수 있는가의 문제가 제기될 수 있다. 혹은 그 반대로 과거에 「폐기물관리법」을 위반하여 불법적으로 매립하였거나 혹은 재활용기준에 맞지 않게 성토재 등으로 재활용한 경우, 일정한 시간의 경과에 따라 해당 폐기물이 토양과 일체를 이루게 되었을 때 이를 폐기물처리조치명령의 대상으로 할 수 있는가의 문제도 제기될 수 있다.

이러한 사례는 다음에서 보는 바와 같이 우리 주변에서 심심치 않게 발견할 수 있다.⁴⁾

[사례 I] 인천 영종도 준설토 투기장 조성사업과 관련하여, 「폐기물관리법」 제25조 제5항 제7호에 따른 폐기물 종합재활용업자가 사업장폐기물인 알루미늄 광재(알루미늄 제조 과정에서 배출되는 분말, 찌꺼기 형태의 폐기물)를 재활용하

1) 정훈, “폐기물관리와 토양환경보전에 관한 현행법의 규율현황 및 문제점”, 「환경법연구」 제34권 제3호, 한국환경법학회 (2012. 11), 174면.

2) 「폐기물관리법」은 종래 “환경보전법”과 “오물청소법”으로 이원화되어 있던 폐기물의 관리에 관한 사항을 단일법으로 규정함으로써 폐기물의 성상 및 특성에 따른 관리를 강화하기 위한 목적으로 1986년 12월 31일 제정되어 1987년 4월 1일부터 시행되고 있으며, 「토양환경보전법」은 1995년 1월 5일 제정되어 1996년 1월 6일부터 시행되고 있다.

3) 「토양환경보전법」의 제정은 토양오염물질의 사용량 증가, 토양오염의 요인 증가, 토양오염심화 등에도 불구하고 「폐기물관리법」 등을 비롯한 개별 법률을 통한 단편적인 규제만으로는 효과적인 대처가 어렵다는 인식에 기초한 것이다.

4) 아래의 각 사례들은 실제 사건을 토대로 단순화하여 재구성한 것임을 밝힌다.

여 재활용토사를 생산하고 이를 호안축조공사 중 배면토사로 사용하였다. 이에 대하여 민원이 제기되어 토양오염도를 조사한 결과, 성토한 배면토사의 토양오염도가 토양오염우려기준(3지역 기준)을 초과하였다. 그런데, 재활용토사를 성토한 부지는 현재 호안축조공사 중으로 「공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률」 제2조 제24호에 따른 지목이 설정되어 있지 않은 상태이다.⁵⁾ 본 사례에서 재활용토사에 대하여 폐기물처리조치명령을 내려야 할 것인가, 토양정화조치명령을 내려야 할 것인가?

[사례 II] 주식회사 A는 일반폐기물 중간처리업 등을 목적으로 하는 회사로 주식회사 B로부터 X 토지를 매수하였는데, X 토지는 주식회사 B가 ○○구청장으로부터 토석채취허가 및 적지복구계획 승인을 받고 1995년경부터 2007년경까지 토석을 채취한 후 재활용 골재 및 토사, 재활용대상폐기물(무기성오니 등)로 적지복구를 마친 토지였다. 주식회사 A는 2011년 7월경 X 토지에 공장을 신축하기 위하여 터파기 작업을 하던 중 그 지하에 페콘크리트 덩어리, 오니 등 폐기물이 매립되어 있는 것을 발견하였고, 이 사실을 관할 구청장에게 신고하였다. 이에 따라 X 토지의 토양오염도를 조사한 결과 그 대부분이 토양오염 우려기준을 초과하는 것으로 나타났다.⁶⁾ 본 사례에서 관할 구청장은 X 토지에 대하여 폐기물처리조치명령을 내려야 할 것인가, 토양정화조치명령을 내려야 할 것인가?

[사례 III] 주식회사 C는 1986년 9월 ○○환경청장의 승인을 받고 ○○시 남구 일대에 12,000㎡ 규모의 폐기물 매립장을 설치하였다. 주식회사 C는 ○○시 소재 설탕 제조 공장에서 1987년경부터 1990년경까지 설탕을 제조하면서 발생한 공정오니와 폐수처리오니를 탈수과정 등을 거친 후 위 폐기물 매립장에 매립하고 복토하였다. 주식회사 C는 2011년경과 2015년경 위 폐기물 매립장의 혼합토사(위 공정오니와 폐수처리오니와 함께 복토에 사용된 일반 토양이 섞여 있음) 중 일부를 굴착하여 설탕 제조 공장 내의 사토장(捨土場)에 보관하다가 혼합토사

5) “영종도 준설토투기장, 오염된 흙 반입”, 인천일보 (2017. 5. 15), <<http://www.incheonilbo.com/news/articleView.html?idxno=762884>> 참조.

6) 대법원 2018. 2. 8. 선고 2017다50006 판결; 서울고등법원 2017. 9. 28. 선고 2014나59783 판결; 인천지방법원 2014. 11. 11. 선고 2012가합21092 판결 참조.

중 일부를 ○○군 소재 농지 3곳에 성토재로 사용하였다. 국립환경과학원이 위 폐기물 매립장에 매립된 오니 성분을 분석한 결과 유기성 오니류는 20년이 경과되어 분해가 거의 이루어졌으나 무기성 오니류의 경우는 그 판별이 어려운 상태라고 판단하였고, 한국건설생활환경시험연구원 등의 시험 결과 침출수가 발생하지 않을 정도로 오니가 안정화되어 있는 것으로 확인되었다.⁷⁾ 본 사례에서 이들 혼합토사가 성토재로 사용된 농지 3곳 모두 토양오염 우려기준을 초과하지 않는 것으로 확인되었다면, 폐기물처리조치명령을 내릴 수 있을 것인가? 만약 토양오염 우려기준을 초과하는 경우라면 토양정화조치명령을 내려야 할 것인가, 폐기물처리조치명령을 내려야 할 것인가?

이 글은 이와 같은 현실적인 문제에 있어서 어떻게 양 법률을 적용할 것인가에 관한 해석론을 제시하는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 먼저 폐기물의 성토재로의 재활용을 규율하는 법제 현황을 분석한 후(Ⅱ), 폐기물이 성토재로 재활용된 토지에 대하여 정화조치명령을 내림으로써 정화책임은 지울 수 있을 것인지(Ⅲ), 그리고 그에 대하여 폐기물처리조치명령을 내림으로써 폐기물처리책임을 지울 수 있을 것인지에 관한 해석론을 제시한다(Ⅳ).

Ⅱ. 현행법상 폐기물의 성토재 재활용에 관한 관리

1. 현행 「폐기물관리법」상 폐기물의 성토재 재활용 기준

폐기물을 성토재로 재활용한다는 것은 폐기물이 토양에 접촉하는 것을 전제로 하기 때문에, 그로 인한 토양오염의 가능성이 상존하게 된다. 이에 따라, 현행 「폐기물관리법」은 폐기물의 성토재로의 재활용에 따른 토양오염을 최소화하기 위한 몇 가지 법적 장치를 마련하고 있다.

(1) 폐기물의 성토재로의 재활용 기준

7) 울산지방법원 2017. 8. 31. 선고 2016구합401 판결 참조.

먼저, 현행 「폐기물관리법」은 폐기물의 재활용 원칙으로 침출수(浸出水)나 중금속 등 유해물질이 유출되어 토양, 수생태계 또는 지하수를 오염시키지 아니할 것을 명시하고 있다(제13조의2 제1항 제2호).

그리고 「폐기물관리법 시행규칙」에서는 동법의 위임에 따라 그 유형별로 폐기물 재활용의 세부기준을 정하고 있는데, 이에는 “토양이나 공유수면 등에 성토재·복토재·도로기층재·채움재 등으로 재활용하는 유형(R-7)”에 관한 재활용 기준이 포함되어 있다. R-7은 다시 (i) 인·허가 받은 토목·건축공사의 성토재·보조기층재·복토재·도로기층재로 사용하는 유형(R-7-1), (ii) 공유수면의 매립면허를 받은 지역의 성토재 또는 뒷채움재로 사용하는 유형(R-7-2), (iii) 폐기물매립시설의 복토재 또는 바다와 인접한 폐기물매립시설의 복토재, 차수재로 사용하는 유형(R-7-3), (iv) 석산의 채석지역 내 하부복구지·저지대의 채움재로 사용하는 유형(R-7-4), (v) 석유저장 옥외탱크, 지하매설관로 주변의 방식사로 사용하는 유형(R-7-5), (vi) 농경지의 성토재로 사용하는 유형(R-7-6) 등으로 세분되어 있으며(시행규칙 제4조의2 제2항, 별표 4의2), 이들 세부유형별로 구체적인 재활용 기준이 따로 정해져 있다(시행규칙 제14조의3 제1항, 별표 5의3).

예컨대, R-7-1 유형에서는 지정폐기물이 아닌 폐기물만을 인·허가된 건축·토목공사에 재활용하여야 하며, 석탄재·연탄재·점토점결 폐주물사·무기성오니를 재활용하는 경우 일반토사류나 건설폐재류를 재활용한 토사류를 부피기준으로 50% 이상 혼합하여 사용하여야 하고, 건설폐재류는 「건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률」 제35조에 따른 순환골재의 품질기준을 충족하여야 하며, 철강슬래그·석탄재는 「자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률」 제25조 제1항에 따른 지침을 준수하여 사용하여야 한다.

(2) 폐기물의 성토재로의 재활용에 관한 준수사항

뿐만 아니라, 동법 시행규칙은 폐기물을 재활용하는 자의 준수사항과 관련하여 폐기물의 성토재로의 재활용에 따라 토양오염이 발생하지 않도록 하기 위한 조치를 포함시키고 있다(시행규칙 제14조의3 제5항, 별표 5의4). 즉, 폐기물을 토양 등에 접촉시켜 성토재 등으로 재활용하는 경우에는 물리적·화학적 또는 생물학적 처리 방법을 이용하여 토양오염물질을 처리하거나 방지시설을 설치·운영하여

사람이나 환경에 위해가 발생하지 않도록 하여야 한다. 또한, 시·도지사, 시장·군수·구청장 또는 지방환경관서의 장은 「토양환경보전법」 제4조의2에 따른 토양오염의 우려기준을 준수하기 어렵게 되는 등 폐기물의 재활용으로 인하여 사람의 건강 또는 주변 환경에 미치는 영향이 크다고 인정하는 경우에는 폐기물을 재활용하는 자로 하여금 필요한 오염예방 및 저감조치를 하게 할 수 있다. 이러한 오염예방 및 저감방법에 따른 예방 및 저감의 정도는 「토양환경보전법 시행규칙」 별표 3에 따른 지역별 토양오염우려기준 이내가 되어야 한다.

(3) 폐기물의 성토재 재활용에 관한 재활용환경성평가

한편, (i) 12만톤 이상의 폐기물 또는 폐기물을 토양 등과 혼합하여 만든 물질을 토양·지하수·지표수 등에 접촉시켜 복토재·성토재·도로기층재 등의 용도 또는 방법으로 재활용하거나 (ii) 3만 제곱미터 이상의 재활용 대상 부지 면적에 대하여 폐기물 또는 폐기물을 토양 등과 혼합하여 만든 물질을 토양·지하수·지표수 등에 접촉시켜 복토재·성토재·도로기층재 등의 용도 또는 방법으로 재활용하려는 자는 재활용환경성평가기관으로부터 해당 폐기물의 재활용이 사람의 건강이나 환경에 미치는 영향을 조사·예측하여 해로운 영향을 피하거나 제거하는 방안 및 재활용기술의 적합성에 대한 평가, 즉 재활용환경성평가를 받아야 하며(법 제13조의3 제1항), 그 결과를 환경부장관에게 제출하고 그 폐기물을 재활용할 수 있는지에 대한 승인을 받아야 한다(동조 제3항).

환경부장관은 재활용환경성평가 결과를 고려하여 (i) 폐기물의 재활용 및 재활용 제품의 사용이 사람의 건강이나 환경에 유해하지 아니하고 안전하며, 해당 재활용 제품이 유용할 것, (ii) 재활용하려는 용도·방법 및 재활용기술이 적합할 것, (iii) 해당 폐기물을 재활용하여 토양·지하수·지표수 등에 접촉시키려는 경우 접촉 대상과 재활용에 따른 사후관리 계획이 적절할 것, (iv) 재활용환경성평가의 절차 및 방법을 준수하였을 것 등의 승인 요건을 갖추었는지를 검토한 후 승인을 할 수 있으며(동조 제4항, 시행령 제7조의4), 승인을 하는 경우에는 국민 건강 또는 환경에 미치는 위해 등을 줄이기 위하여 승인의 유효기간(최대 5년), 재활용 대상 폐기물의 종류 및 양, 재활용 대상 부지 및 면적, 재활용 대상 폐기물의 전(前)처리 기준 및 방법, 재활용 유형, 주변 지역의 환경오염을 방지하기 위한

시설 또는 장치 등의 설치·운영, 환경변화 모니터링의 주기·항목·방법 및 기간 등 사후관리에 관한 사항 등의 조건을 붙일 수 있다(동조 제5항, 시행령 제14조의 8 제1호).

2. 평가

현행법은 이상과 같은 규정을 둬으로써 「폐기물관리법」에 따라 폐기물이 적법하게 성토재로 재활용된다면 특별한 사정이 없는 한 「토양환경보전법」에 따른 우려기준을 초과하는 일이 없도록 하기 위한 입법적 조치를 하고 있다. 이는 「폐기물관리법」에 따라 적법하게 재활용한 결과가 「토양환경보전법」에 따른 토양정화조치명령으로 이어지는 일이 없도록 하기 위한 취지라고 볼 수 있다.

그러나 이와 같은 규정이 도입된 것은 불과 몇 년 전의 일이다. 즉, 2015년 7월 20일 「폐기물관리법」⁸⁾이 개정되어 2016년 7월 21일부터 시행되고 있는 것이다. 그에 따른 시행규칙이 정비되어 시행된 것도 2016년 7월 21일부터이다.⁹⁾

이와 같은 입법적 개선이 이루어지기 전에는 토양오염 우려기준 이내일 것과 같은 재활용 기준이 따로 마련되어 있지 않았기 때문에 「폐기물관리법」을 위반하여 폐기물을 성토재로 재활용한 경우는 물론이거나, 당시 법령에 따라 적법하게 성토재로 재활용한 경우이더라도 「토양환경보전법」에 따른 토양오염 우려기준을 초과하게 될 가능성이 존재하였던 것이며, 이에 따른 법적 분쟁은 현 시점에서야 불거져 나타날 수 있는 가능성이 상존하게 된 것이다.

이와 같이 「폐기물관리법」상 성토재 재활용에 관한 기준이 정립되기 이전에 적법하게 폐기물을 성토재로 재활용하였고 그 결과 재활용 대상 부지의 오염도가 토양오염 우려기준을 초과하는 것으로 나타난 경우 이에 대한 토양정화조치명령

8) 법률 제13411호 (2015. 7. 20. 일부개정).

9) 폐기물관리법 시행규칙 [시행 2016. 7. 21] [환경부령 제664호, 2016. 7. 21., 일부개정]. 동 시행규칙 개정이유에서는 일정 규모 이상의 폐기물을 토양·지하수 등에 직접 접촉시키는 방법 등으로 폐기물을 재활용하는 경우에는 재활용환경성평가를 거쳐 승인을 받도록 하는 등의 내용으로 「폐기물관리법」이 개정됨에 따라, 폐기물의 종류 및 재활용 유형을 세분화하고, 폐기물의 종류별 재활용 가능 유형에 따라 재활용하도록 폐기물의 재활용 기준을 마련하며, 재활용 환경성평가의 절차·방법 및 재활용환경성평가기관의 지정 절차 등을 정하는 등 법률에서 위임된 사항과 그 시행을 위하여 필요한 사항을 정하려는 것임을 밝히고 있다.

을 내릴 수 있을 것인가? 혹은 과거 위법하게 폐기물을 성토재로 재활용하였으나 그 재활용 대상 부지의 오염도가 현재 토양오염 우려기준을 초과하지 아니하는 경우 이에 대하여 폐기물처리조치명령을 내릴 수는 있을 것인가? 앞서 제시한 3가지 사례에 대하여 어떻게 「폐기물관리법」과 「토양환경보전법」을 각각 적용하여야 할 것인가? 결코 쉽지 않은 문제이다.

Ⅲ. 토양정화조치명령의 대상 여부에 관한 해석

1. 「토양환경보전법」과 「폐기물관리법」의 관계

먼저 정화조치명령의 대상이 되는가에 앞서, 「토양환경보전법」 그 자체가 적용될 수 있는가의 문제와 관련해서는, 「토양환경보전법」과 「폐기물관리법」은 각기 그 목적을 달리 하는 것으로 둘 중 어느 하나가 다른 하나에 대하여 특별법의 지위에 있다고 볼 수 있는 것이 아니라는 점을 유의할 필요가 있다. 문리적 해석에 의존할 경우, 「토양환경보전법」상 우려기준을 초과하는 토양의 경우, 「토양환경보전법」에 따른 토양정화조치명령의 대상이 됨은 물론이고, 「폐기물관리법」에 따른 「폐기물」의 개념 정의에 부합하는 경우라면 「폐기물관리법」의 적용도 받을 수 있게 되는 것이다. 다만, 「토양환경보전법」상의 우려기준을 초과하는 ‘오염토양’에 대해서만큼은 설령 「폐기물관리법」상의 “폐기물” 개념에 부합한다고 하더라도 「폐기물관리법」에 따른 폐기물처리조치명령의 대상으로 삼을 것이 아니라, 「토양환경보전법」에 따른 정화조치명령의 대상으로 삼는 것이 보다 합목적적이라 할 것이다.¹⁰⁾

2. 토양정화조치명령의 요건 및 대상으로서의 ‘오염토양’

이러한 해석에 따르더라도, 「토양환경보전법」에 따른 정화조치명령의 대상이

10) 박종원, “오염토양과 폐기물의 법적 구별과 그 처리책임”, 「환경법과 정책」 제8권, 강원대학교 비교법학연구소 환경법센터 (2012. 5), 117-118면 참조.

되기 위해서는 “오염토양”, 즉 오염도가 우려기준을 넘는 토양(제11조 제3항)일 것이 요구된다. 그런데, 현행법은 ‘토양’의 개념을 별도로 규정하고 있지 아니하다.¹¹⁾ 결국, 법적 개념 정의가 없는 상태에서는 ‘토양’ 등의 사전적 의미를 중요하게 고려하지 않을 수 없다.

‘토양’의 사전적 의미는 ‘흙’과 동의어로서, “지구의 표면을 덮고 있는, 바위가 부스러져 생긴 가루인 무기물과 동식물에서 생긴 유기물이 섞여 이루어진 물질”로 정의된다.¹²⁾ 그리고 ‘성토(盛土)’의 사전적 의미는 “흙을 쌓음”으로 정의된다.¹³⁾ 결국 이 같은 사전적 의미에 따를 때, 폐기물이 성토재로 재활용되었다는 것은 폐기물이 흙을 쌓는 용도로 재활용되었다는 것이고, 결국 그 폐기물은 흙, 즉 토양이 되었다는 의미로 해석될 수 있는 것이다.

현행 「토양환경보전법」을 보더라도, 법 제11조에서 “오염도가 우려기준을 넘는 토양”을 “오염토양”으로 약칭하고 있고, 우려기준을 넘는지 여부에 관해서는 제11조제2항에 따른 오염도 조사, 제13조제3항에 따른 (특정토양오염관리대상시설에 대한) 토양오염도조사, 상시측정, 토양오염실태조사, 토양정밀조사 등의 결과로서 확인이 가능한 것임을 알 수 있다. 이들 각종 조사는 ‘해당 토지’(제11조제2항), ‘그 시설의 부지와 그 주변지역’(제13조제1항) 등을 대상으로 실시되는 것이다. 제5조에 따른 상시측정 역시 전국토를 일정단위로 구획하여 설치되는 것이고(시행규칙 제2조), 토양오염실태조사는 ‘토양오염이 우려되는 해당 지역’을 대상으로 실시되며(제5조제2항), 정밀조사 역시 지역 단위로 실시되는 것이다(제5조 제4항).

이들 각 규정의 내용과 취지를 종합적으로 고려하면, 결국 「토양환경보전법」상 정화조치의 대상이 되는 ‘오염토양’이라는 것은 일정한 토지나 부지 자체에 정착되어 있는 토양으로서 우려기준을 초과하는 것을 의미하는 것으로 이해할 수 있다.

11) ‘토양’ 개념의 법적 정의 필요성에 관해서는 박용하 외, 『토양오염지역의 관리 및 복원방안(Ⅱ)』, 한국환경정책·평가연구원 (2003), 141-142면; 박용하·박상열·양재의, “토양오염지역의 책임에 관한 우리 나라, 미국, 영국, 독일, 네덜란드, 덴마크 법과 제도의 비교 분석 및 우리 나라 정책개선방향”, 『환경정책연구』 제3권 제2호, 한국환경정책·평가연구원 (2004. 12), 34면 참조.

12) 네이버국어사전 (<http://krdic.naver.com/detail.nhn?docid=39538300>) 참조.

13) 네이버국어사전 (<http://krdic.naver.com/detail.nhn?docid=21462900>) 참조.

따라서 토사 등의 「폐기물관리법」에 따른 폐기물 그 자체로서는 오염토양에 해당할 수 없으나, 그 토사가 일정 부지나 토지와 일체가 되었고(분리가능성 기준)¹⁴⁾ 그에 대한 조사 결과 우려기준을 초과한다면(오염의 정도 기준), 현행법의 해석상 정화의 대상이 되는 오염토양으로 해석할 수밖에 없을 것이다.¹⁵⁾

3. 성토재로 재활용된 폐기물에 대한 토양정화조치명령의 가능성

(1) 재활용 당시 「폐기물관리법」에 따라 적법하게 성토재로 재활용된 경우

폐기물이 「폐기물관리법」에 따른 방법이나 절차에 따라 적법하게 성토재로 재활용된 경우라면, 뒤에서 살펴보는 바와 같이 이제는 이는 토양으로서의 성질을 갖게 되며 폐기물로서의 성질을 잃게 된다고 보아야 할 것이므로, 「폐기물관리법」에 따른 폐기물처리조치명령의 대상이 될 수는 없으며, 경우에 따라 「토양환경보전법」에 따른 토양정화조치명령의 대상이 될 수 있을 뿐이다.

즉, 「폐기물관리법」과 그 하위법령이 정비되기 이전에는 폐기물을 토양에 접촉하여 성토재 등으로 재활용함으로써 인한 토양오염의 가능성에 대한 고려가 결여되

14) 토지와외의 분리 가능성을 폐기물 여부를 판단하기 위한 기준으로 하는 대표적인 이론으로 독일의 ‘삽 이론’(Spalten Theorie)을 들 수 있다. 이에 따르면, 위험오염지(Altlasten)로부터 삽으로 퍼낸 오염된 토양은 동산으로서 폐기물에 해당한다고 보고, 위험오염지 자체는 폐기물에 해당하지 않는다고 본다. 방극채, 『폐기물의 처리책임에 관한 비교법적 고찰』, 전남대학교 박사학위논문(2008), 17면. 독일에서는 ‘부착의 견고성’ 정도 또는 부착된 물건의 ‘분리 가능성’이 중요한 기준이 되며, 그에 따라 어떠한 물건이 토지에 견고하게 부착되어 있는지 여부가 결정적인 기준이 된다고 한다. 정훈, 앞의 논문(註 1), 185면 참조. 이와 같은 이론은 독일법상 폐기물 개념이 ‘동산’일 것을 전제로 하고 있다는 점에서 기인하는 것으로 볼 수 있다. 종래 유럽법원(European Court of Justice: ECJ)에서는 주유소에서 누출된 석유뿐만 아니라 그로 인해 오염된 토양도 폐기물에 해당된다고 판시한 바 있었다. Andrew Waite, *A New Garden of Eden? Stimuli to Enforcement and Compliance in Environmental Law*, 24 Pace Envtl. L. Rev. 343 (2007) 참조. 그러나 이에 대해서는 많은 비판이 제기되었고, 현재는 유럽연합의 폐기물관격지침(Waste Framework Directive: WFD)에서 “파내어지지 아니한 오염된 토양을 포함하는 본래의 토지(land (*in situ*) including unexcavated contaminated soil and buildings permanently connected with land)”를 그 적용범위에서 명시적으로 배제하고 있다. Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on waste and repealing certain Directives, 2008 O.J. (L 312) 3, Art. 2(1)(b).

15) 오염토양과 폐기물의 구별을 위한 고려요소로서 분리가능성과 오염의 정도 등에 관해서는 박종원, 앞의 논문(註 10), 116-122면 참조.

어 있었기 때문에, 그 재활용(매립) 당시에는 「폐기물관리법」 위반에 해당하지 않는 방식으로 이루어졌다고 하더라도, 현 시점에서 토양오염도 조사 결과 우려기준을 초과할 수도 있는 것이고 만약 그러하다면 「토양환경보전법」에 따른 토양정화조치명령의 대상이 될 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.

다시 말해서, 최근 들어 「폐기물관리법」 등에서 성토재 등으로의 재활용 기준으로 우려기준을 초과하지 아니할 것 등의 요건을 정하고 있다고 하더라도, 이는 「폐기물관리법」 등의 관계법령에 근거하여 이루어지는 것이고 이들 「폐기물관리법」 등의 개정 조항은 소급적으로 적용되는 것이 아니라 그 개정법령의 시행일부 터 적용될 수밖에 없는 것이다. 「폐기물관리법」 등에 따른 재활용 기준과 방법은 그 재활용을 하는 시점을 기준으로 준수할 것이 요구되는 특성을 갖고 있기 때문에 그러하다. 반면, 「토양환경보전법」의 경우에는 그 원인행위가 언제 발생하였는지와 관계없이 현 시점에서의 토양오염도 조사 등의 결과 우려기준을 초과하는 경우에는 토양정화조치명령을 내릴 수 있도록 하고 있는 것이다.

다만, 과거 적법하게 폐토석, 건설오니 등을 성토재 등으로 재활용하였는데 일정한 기간이 경과한 후에 해당 토지의 토양오염도 조사 결과 우려기준을 초과함에 따라 정화조치명령을 내리게 되는 경우에는 신뢰보호원칙 위반의 소지가 남게 된다.

마산한국철강부지사건에서 헌법재판소 다수의견은 다음과 같이 실시한 바 있다.¹⁶⁾ “환경오염책임법제가 정비되기 이전의 토양오염에 대해서는 자기책임, 과실책임을 원칙으로 하는 민법상의 불법행위규정에 의해서만 책임을 부담한다는 데 대한 일반적인 신뢰가 존재한다. 특히, 폐기물에 대한 공법적 규제가 시작된 1970년대 이전까지는 토양오염관리대상시설을 양수한 자가 비록 토양오염 사실을 알거나 알지 못한 데 과실이 있다고 하더라도 자신이 직접 관여하지 않은 토양오염에 대해서까지 공법상의 책임을 부담할 수 있음을 예측하기 어려웠던 것으로 보인다. … 이처럼 이 사건 오염원인자 조항은 예측하기 곤란한 중대한 제약을 사후적으로 가하고 있으면서도, 그로 인한 침해를 최소화 할 다른 제도적 수단을 마련하고 있지 않으므로 신뢰이익의 손상 정도가 중대하다. 구 토양환경보전법(2001. 3. 28. 법률 제6452호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7291호로

16) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바28 결정.

개정되기 전의 것) 제23조 제3항 제3호가 시행된 2002. 1. 1. 이후 토양오염관리 대상시설을 양수한 자는 자신이 관여하지 않은 양수 이전의 토양오염에 대해서도 책임을 부담할 수 있다는 사실을 충분히 인식할 수 있었다고 할 것이어서 보호가치 있는 신뢰를 인정하기 어렵다. 이 사건 오염원인자 조항이 2002. 1. 1. 이전에 이루어진 토양오염관리대상시설의 양수에 대해서 무제한적으로 적용되는 경우에는, 기존 법상태에 대한 신뢰의 정당성, 책임회피 가능성의 부재, 신뢰침해 결과의 중대성을 고려해 볼 때, 토양오염을 신속하고 확실하게 제거·예방하고, 그로 인한 손해를 배상한다는 이 사건 오염원인자 조항이 추구하는 공익만으로는 신뢰이익에 대한 침해가 정당화하기 어렵다. 따라서 이 사건 오염원인자 조항은 2002. 1. 1. 이전에 토양오염관리대상시설을 양수한 자를 그 양수 시기의 제한 없이 모두 오염원인자로 간주하여 보호가치 있는 신뢰를 침해하였으므로, 신뢰보호원칙에 위배된다.”

이와 같은 판례의 태도에 비추어 볼 때, 과거 「폐기물관리법」 등에 따라 적법하게 성토재로 재활용하였음에도 불구하고 장기간의 경과 후 우려기준 초과를 이유로 토양정화조치명령에 따른 엄격한 정화책임을 지우게 될 경우에는, 구체적인 사안의 특성에 따라서는 침해되는 신뢰이익이 토양정화를 통한 공익을 현저히 초과하는 것으로 평가되는 경우도 없지 않을 것이다. 다만, 오염된 폐토석이나 건설오니 등을 성토재 등으로 재활용하여 토양을 오염시켰다면 이는 직접적인 행위책임자에 해당함이 분명하고 오염원인자가 그에 대한 일정한 책임을 부담한다는 원칙은 「토양환경보전법」 제정 및 시행(1995년 1월 5일 제정, 1996년 1월 6일 시행) 전부터 널리 인식되어 왔다고 할 수 있고 1990년 제정 「환경정책기본법」(1991년 2월 2일 시행)에서도 원인자책임원칙을 명시하고 있었음에 비추어 볼 때, 적어도 그 신뢰이익이 인정되는 시점은 아무리 늦어도 「환경정책기본법」이 제정·시행된 1991년 2월 2일 이전으로 보아야 할 것이다. 또한, 그러한 신뢰이익이 설령 인정된다고 하더라도 그 신뢰이익의 보호로 인하여 토양정화를 통하여 달성하는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우에는 신뢰보호원칙 위반에 해당하지 아니한다고 보아야 할 것이고 토양정화조치명령을 내릴 수 있다고 해석하여야 할 것이다.

(2) 「폐기물관리법」에 따른 재활용기준을 위반하여 성토재로 재활용된 경우

이에 비해 재활용 당시 「폐기물관리법」을 위반하여 폐기물을 불법적으로 성토재로 재활용한 경우에는, 뒤에서 보는 바와 같이 토지 내에서 “폐기물”로서의 속성을 여전히 지니고 있는지 여부에 따라 「폐기물관리법」에 따른 폐기물처리조치명령의 대상이 될 수도 있을 것이나, 그 폐기물로 인해 오염된 토양은 여전히 「토양환경보전법」에 따른 정화조치명령의 대상이 된다고 보아야 할 것이다.

결국 토양으로부터 불법적으로 재활용 또는 매립된 해당 폐기물을 분리해낼 수 있다면 폐기물 부분은 「폐기물관리법」에 따른 폐기물처리조치명령의 대상이 되고, 토양 부분은 「토양환경보전법」에 따른 정화조치명령의 대상이 될 것이다. 그러나 폐기물인지 오염토양인지를 확인할 수 없을 정도로 혼재되어 있는 경우라면, 당초 폐기물의 형상을 갖추고 있었다고 하더라도 이제는 토양의 일부를 구성하는 것으로 보아야 할 것이며, 「토양환경보전법」에 따른 정화의 대상이 되어야 할 것이다. 만약 이에 대하여 「폐기물관리법」을 적용하여 폐기물로 처리할 수 있는 것으로 해석하는 경우에는 토양정화에 대한 유인을 저해하고, 유한한 자원으로로서의 토양이 정화되어 재활용될 수 있는 가능성을 축소하게 되는바, 이는 결코 「토양환경보전법」의 입법취지에 부합하는 것으로 볼 수 없을 것이다.¹⁷⁾

대법원 판례의 태도에 따르더라도 그러하다. 한국철강부지사건에서 대법원은 (i) 토지에 적법하게 매립된 철강슬래그가 성토재 등으로 재활용됨으로써 폐기물로서의 성질을 상실하였다는 점, (ii) 철강슬래그 등은 이미 기존 토양과 불가분적인 일체로서 토양환경보전법상의 규제가 필요한 토양으로 되었고 이러한 일체상태의 토지에서 토양오염물질이 우려기준을 초과하고 있다는 점 등에 비추어, 철강슬래그 부분까지 포함하여 그 일체가 토양정화의 대상이 된다고 보았다.¹⁸⁾ 그리고 신도림테크노마트 사건에서도 “토지에 폐기물이 매립되면, 그것이 토지의 토사와 물리적으로 분리할 수 없을 정도로 혼합되어 토지의 일부를 구성하게 되지 않는 이상” 사법상의 폐기물 처리의무를 부담할 수 있다는 취지로 판시하고 있는바,¹⁹⁾ 비록 사법관계에 관한 판단이기는 하나, 적어도 물리적으로 분리할

17) 박종원, 앞의 논문(註 10), 124면 참조.

18) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두13887 판결.

19) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2009다66549 전원합의체 판결.

수 없을 정도로 혼합되어 토지의 일부를 구성한다면 이는 토양정화의 대상이 되는 것으로 해석할 수 있을 것이다.

대한전선부지사건의 “오염토양 자체의 규율에 관하여는 ‘사람의 생활이나 사업 활동에 필요하지 아니하게 된 물질’의 처리를 목적으로 하는 구 폐기물관리법에서 처리를 위한 별도의 근거 규정을 두고 있지 아니한 이상 구 폐기물관리법의 규정은 성질상 적용될 수 없고, 이는 오염토양이 구 폐기물관리법상의 폐기물이나 구성요소인 오염물질과 섞인 상태로 되어 있다거나 그 부분 오염토양이 정화작업 등의 목적으로 해당 부지에서 반출되어 동산인 ‘물질’의 상태를 일시 갖추게 되었다더라도 마찬가지이다.”라는 판시에 비추어보더라도 그러하다.²⁰⁾

IV. 폐기물처리조치명령의 대상 여부에 관한 해석

1. 폐기물처리조치명령의 요건: 불법처리 등

「폐기물관리법」 제48조에 따르면, 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 폐기물이 폐기물처리기준과 방법 또는 폐기물의 재활용 원칙 및 준수사항에 맞지 아니하게 처리되거나 제8조 제1항 또는 제2항을 위반하여 버려지거나 매립되면 (i) 폐기물을 처리한 자,²¹⁾ (ii) 수탁자가 폐기물을 폐기물의 처리기준과 방법 또는 폐기물의 재활용 원칙 및 준수사항에 맞게 처리할 능력이 있는지에 대한 확인을 하지 아니하고 폐기물의 처리를 위탁한 자,²²⁾ (iii) 폐기물을 직접 처리하거나 다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허용한 경우 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자²³⁾에게 기간을 정하여 폐기물의 처리방법 변경, 폐기

20) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008도2907 판결.

21) 폐기물의 불법처리자는 조치명령의 대상자가 된다. 이는 원인자책임원칙에 비추어 당연한 것이다. 김홍균, “방치폐기물에 대한 규제”, 『법학논총』 제23집 제1호, 한양대학교 법학연구소 (2006), 102면.

22) 이는 폐기물배출자가 폐기물의 처리를 위탁하는 경우에 수탁자에 의한 폐기물의 불법처리 및 부적정처리를 막기 위하여 폐기물배출자의 처리책임을 강화하기 위한 것으로 이해된다. 김홍균, 『로스쿨환경법』(제2판), 홍문사 (2019), 370면.

23) 이에 따라 불법 처리된 폐기물에 대하여 직접적으로 원인을 제공한 자 외에도 토지를 임대한

물의 처리 또는 반입 정지 등 필요한 조치를 명할 수 있다.

조치명령은 “폐기물이 폐기물의 처리 기준과 방법 또는 폐기물의 재활용 원칙 및 준수사항에 맞지 아니하게 처리한 경우”에 발동될 수 있다. 폐기물처리자에게 고의나 과실이 있을 것을 요하지 않는다. 종전에는 조치명령이 인정되기 위해서 불법처리를 하여 “생활환경보전상 중대한 위해가 발생하거나 발생할 우려”가 있어야 하였으나 1999년 2월 8일 개정법은 이 요건을 삭제하였다.²⁴⁾

이와 관련하여, (i) 생활환경의 보전상 지장이 생길 우려가 없는 경우에도 조치명령을 발할 수 있다고 해석하는 것은 환경보호에 지나치게 치우친 해석으로서 행정청에게 지나치게 광범위한 재량을 주는 것이라고 보면서, 실무상으로는 생활환경의 보전상 지장이 생기거나 생길 우려가 있을 때에 조치명령을 발하는 것으로 보는 견해²⁵⁾도 있으나, ‘생활환경’뿐만 아니라 생태계 등 ‘자연환경’에 대한 위해에 대하여도 그 위해의 ‘중대성’ 여부를 떠나 조치명령을 발할 수 있다고 보는 견해²⁶⁾가 보다 유력한 것으로 보인다.

그러나 중대한 정도에는 이르지 아니하더라도 일정한 수준의 위해가 발생하거나 발생할 우려가 없음에도 불구하고 조치명령을 내릴 수 있다고 주장하는 견해는 보이지 않는다. 폐기물처리조치명령 발동에 관한 이론적 근거가 주로 경찰행정법상의 경찰책임을 기반으로 하고 있다는 점에 비추어 보더라도,²⁷⁾ 폐기물처리조치명령은 폐기물의 불법 처리로 인해 공공의 안전 또는 질서에 대한 침해 위험이

자도 폐기물에 대한 처리책임을 질 수 있게 된다. 여기에서 말하는 ‘다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허용한 경우 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자’의 범위에 관하여, 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 아니라는 하급심 판례가 있다. 부산고등법원 2003. 10. 24. 선고 2003누2731 판결.

24) 김홍균, 앞의 논문(註 21), 107면.

25) 조홍식, “폐기물관리법상 사업장폐기물 배출사업자의 법적 책임” 『환경법연구』 제26권 제2호, 한국환경법학회 (2004. 8), 266면.

26) 박군성, “산업폐기물처리책임체계의 재검토”, 『경희법학』 제36권 제1호, 경희대학교 법학연구소 (2001), 94면; 김홍균, 앞의 책(註 22), 376면.

27) 박군성, “폐기물관리의 원칙과 체계”, 『환경법연구』 제20권, 한국환경법학회 (1998), 41면; 박군성·함대성, 『환경법』(제7판), 박영사 (2015), 539면; 송동수, “폐기물관리의 실효성 확보수단”, 『토지공법연구』 제43집 제3호, 한국토지공법학회 (2009. 2), 241-242면; 이기춘, “판례를 통해서 본 토지입대인에 대한 폐기물처리책임 귀속의 문제”, 『환경법연구』 제34권 제3호, 한국환경법학회 (2012. 11), 107면 이하; 이기춘, “건설폐기물과 토지소유자의 처리책임에 관한 소고”, 『환경법연구』 제31권 제3호, 한국환경법학회 (2009. 11), 172-181면.

발생하거나 발생할 우려가 있을 경우 그에 대한 경찰명령으로서의 조치명령의 성질을 갖는 것으로 설명될 수 있고, 또 토지소유자에 대해서까지 그 책임을 지운다는 것 역시 자신이 소유 또는 사실상 지배하는 물건으로 인해 경찰위반의 상태를 발생시킨 책임, 즉 상태책임을 통해 설명될 수 있다는 점²⁸⁾ 등을 고려할 때, 그것이 생활환경이든 자연환경이든 전혀 위해의 우려를 확인할 수 없음에도 불구하고 폐기물처리조치명령을 내릴 수 있는 것으로 보아서는 아니 될 것이다.²⁹⁾

폐기물처리조치명령의 요건으로서의 ‘폐기물’ 개념에 천착하여 다루고 있는 논의는 찾아보기 어렵다. 그러나 동법이 “폐기물이 폐기물의 처리 기준과 방법

- 28) 토지소유자의 책임을 상태책임으로 설명하고 있는 견해로는 이기춘, “건설폐기물과 토지소유자의 처리책임에 관한 소고”, 『환경법연구』 제31권 제3호, 한국환경법학회 (2009. 11), 149면 이하; 김홍균, 앞의 책(註 22), 372면 등 참조. 헌법재판소는 폐기물처리책임의 성질로 “경찰책임” 내지 “상태책임”을 적시하고 있지는 않으나, “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(헌법재판소 2010. 5. 27. 선고 2007헌바53 결정).”고 판시하고 있는바, 이를 경찰책임 내지 상태책임의 일종으로 전제하고 있는 것으로 해석된다. 또한, ‘다른 사람에게 자기 소유의 토지 사용을 허용한 경우 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자’란 그 법문의 해석상 용도를 불문하고 타인에게 자신의 토지의 사용을 허용한 경우를 모두 포함한다고 해석함이 상당하고, 달리 이를 폐기물의 투기나 매립을 위한 토지사용을 허용한 소유자에 한정되는 것으로 해석할 아무런 근거가 없다고 판시한 판결(부산고등법원 2003. 10. 24. 선고 2003누2731 판결(확정)) 역시 소유자의 책임을 상태책임으로 전제하지 않고서는 설명되기 어려운 판결이다. 한편, 폐기물처리책임과 유사한 성질을 띠고 있는 토양오염관리대상시설의 소유자 등에 대한 토양정화책임에 관한 결정에서 헌법재판소는 소유자 등이 지는 책임이 “상태책임”의 성질을 띠는 것임을 명확히 한 바 있다. 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바167 결정.
- 29) 폐기물이 불법 처리된 경우 폐기물을 처리한 자나 폐기물을 처리할 능력이 있는지를 확인하지 않고 폐기물의 처리를 위탁한 자는 물론이고, 폐기물이 버려지거나 매립된 토지의 소유자에 대해서까지 폐기물 처리조치명령을 부과할 수 있도록 하고 있는 「폐기물관리법」 제48조는 폐기물의 불법 처리로 인하여 토양오염이나 그 밖에 더 심각한 환경상의 위해가 초래되기 전에 적절하게 폐기물을 처리할 책임을 지우는 규정으로서 그 목적의 정당성이 인정될 수 있다. 이기춘, 앞의 논문(註 28), 177면 참조.

또는 폐기물의 재활용 원칙 및 준수사항에 맞지 아니하게 처리된 경우”라고 규정되어 있음에 비추어 볼 때, 불법 처리 당시에 폐기물의 개념 정의에 부합한다면 일응 폐기물처리조치명령의 요건은 갖추었다고 볼 수 있을 것이다. 다만, 전술한 바와 같이 그로 인한 환경상의 위해 또는 그 우려가 인정되지 아니하는 경우에는 「폐기물관리법」의 입법취지나 경찰책임으로서의 폐기물처리책임의 성질, 헌법상의 비례원칙(과잉금지원칙)에서 요구하는 목적의 정당성 내지 수단의 적정성의 인정 근거를 폐기물로 인한 위해 방지에서 찾는 헌법재판소의 태도 등에 비추어 볼 때, 폐기물처리조치명령의 요건을 갖추지 못한 것으로 보아야 할 것이다. 참고로, 미국의 CERCLA 역시 “공중의 건강 또는 환경에 대한 급박하고 중대한 위험”이 있는 경우 조치명령이 가능한 것으로 규정하고 있다.³⁰⁾

2. 폐기물처리조치명령의 대상: 폐기물

동법은 조치명령의 내용으로 처리방법 변경, 폐기물의 처리 또는 반입 정지 등을 예시하고 있다. 이에 따라 필요한 조치에는 폐기물처리시설의 개선 등 방지조치, 불법처리된 폐기물의 제거 등 시정과 오염된 지하수·지표수 또는 토양의 정화조치 등이 광범위하게 포함된다고 보는 견해³¹⁾가 있다.

그러나 「폐기물관리법」에 따른 조치명령의 내용으로 토양정화조치까지 명하는 것은 수범자에게 불측의 손해를 초래할 수 있을 뿐만 아니라, 법적 안정성을 훼손하는 결과를 초래할 수 있으며, 오염토양의 정화에 관해서는 「토양환경보전법」에서 정화책임주체와 정화의 방법이나 기준 등을 따로 정하고 있음을 고려할 때, 토양정화조치명령은 「토양환경보전법」에 근거해서만 발동될 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.³²⁾

여하간 폐기물처리조치명령의 내용으로 “폐기물의 처리”가 명시되어 있음은 분명하다. 따라서 전술한 폐기물처리조치명령의 요건을 갖추었고, 폐기물처리조치명령을 내릴 당시 불법 처리된 폐기물이 잔존하는 경우에는 해당 폐기물의

³⁰⁾ CERCLA §104(a), 42 U.S.C. §9604(a).

³¹⁾ 김홍균, 앞의 책(註 22), 376-377면.

³²⁾ 박종원, 앞의 논문(註 10), 109면.

처리를 내용으로 하는 조치명령을 내릴 수 있다고 할 것이다.

다만, 폐기물처리조치명령의 요건, 즉 “폐기물이 폐기물의 처리 기준과 방법 또는 폐기물의 재활용 원칙 및 준수사항에 맞지 아니하게 처리한 경우”에 해당하는지를 판단하는 시점은 바로 해당 폐기물을 처리하는 시점이 되어야 할 것이나, 폐기물처리조치명령의 내용, 즉 “폐기물의 처리방법 변경, 폐기물의 처리 또는 반입 정지 등”을 정함에 있어서 그 내용의 적법·위법 여부를 판단하는 시점을 해당 조치명령을 내리는 시점이 되어야 함을 유의할 필요가 있다.

다시 말해서, 해당 물질의 불법 처리 당시 그 성상이나 의사에 비추어 볼 때 ‘폐기물’로서의 성질을 갖추었다면 일단 폐기물처리조치명령의 요건을 갖추었다고는 할 수는 있을 것이나, 폐기물처리조치명령이라는 것은 폐기물의 불법 처리 내지 방치에 수반되어 발생할 수 있는 토양오염이나 그 밖에 더욱 심각한 환경상 위해를 방지하기 위한 목적으로 인정되는 것이고³³⁾ 폐기물처리조치명령 시점에서 해당 처리의 대상이 되는 물질이 이미 ‘폐기물’로서의 성질을 잃게 되었다면 적어도 ‘폐기물 처리’를 내용으로 하는 조치명령은 내릴 수 없다고 보아야 할 것이며, 이렇게 해석하는 것이 문리적 해석에 비추어 보더라도, 「폐기물관리법」의 입법취지나 경찰책임으로서의 폐기물처리책임의 성질에 비추어 보더라도, 그리고 처분의 위법 여부는 처분이 행하여졌을 때의 법령과 사실상태를 기준으로 판단하여야 한다는 점에 비추어 보더라도 합당하다 할 것이다.

이와 유사하게 경찰책임의 법리에 근거하여 ‘오염토양정화조치명령’의 부과근거를 규정하고 있는 「토양환경보전법」 역시 “우려기준을 넘는 토양”, 즉 조치명령을 내릴 당시를 기준으로 우려기준을 초과하는 것으로 확인되어야 토양정화책임을 지을 수 있도록 규정하고 있음³⁴⁾에 비추어 보더라도 그러하다.

3. 성토재로 재활용된 폐기물에 대한 폐기물처리조치명령의 가능성

33) 폐기물처리조치명령의 내용으로 (i) 폐기물처리시설의 개선 등 위해발생 방지조치와 (ii) 불법처리된 폐기물에 대한 제거 등 시정명령, 오염된 토양 또는 지하수의 정화명령이 포함된다고 주장하는 견해 역시 폐기물처리조치명령의 목적이 폐기물로 인한 위해 발생의 방지와 위해의 제거에 있음을 전제로 하고 있다. 박균성, 앞의 논문(註 26), 95면; 조홍식, 앞의 논문(註 25), 272면 참조.

34) 제11조 제3항, 제14조 제1항, 제15조 제1항·제3항, 제19조 제1항 등 참조.

(1) 재활용 당시 「폐기물관리법」에 따라 적법하게 성토재로 재활용된 경우

만약 어떠한 폐기물이 「폐기물관리법」에 따른 방법이나 절차에 따라 적법하게 성토재로 재활용된 경우라면, 이는 더 이상 폐기물이 아니므로 「폐기물관리법」은 이에 적용될 수 없다고 보아야 할 것이다.

비록 하급심 판결이기는 하지만, 성토재가 폐기물인지 여부를 직접 다른 판례가 하나 있다. 즉, 부산지방법원은 “폐기물 처리의 개념에는 폐기물의 재활용이 포함되고, 폐기물 재활용이라 함은 폐기물을 직접 재사용·재생이용하는 경우뿐만 아니라 폐기물을 재사용·재생이용할 수 있는 상태로 만드는 행위도 포함하는 것이 분명하므로, 폐기물을 재사용·재생이용 할 수 있는 상태로 만들기만 하면 이미 폐기물을 처리한 것으로 볼 수 있다. … 원고는 피고에게 폐기물(점토점결폐주물사, 광재, 무기성오니)에 일반토사류 또는 건설폐재류를 재활용한 토사류를 50% 이상 혼합하여 재활용 제품인 재생골재(성토재)를 만드는 것을 내용으로 하는 폐기물재활용신고를 하였는바, 원고가 그와 같은 방법으로 재생골재(성토재)를 만드는 행위는 구 폐기물관리법 제2조 제7호에서 규정한 폐기물을 재사용·재생이용 할 수 있는 상태로 만드는 활동에 해당하여 그러한 행위만으로도 이미 폐기물을 처리한 것에 해당하므로, 위 재생골재(성토재)는 폐기물에 해당하지 않는다.”고 판시한 바 있다.³⁵⁾

이러한 판시는 지금껏 폐기물의 개념 정의에 관한 대법원 판결의 태도에 비추어 볼 때도 지극히 당연한 것으로 볼 수 있다. 전술한 바와 같이, 대법원은 일관되게 폐기물을 재활용하는 경우 폐기물의 속성이 상실되는 시점으로 객관적으로 사람의 생활이나 사업활동에 필요하다고 사회통념상 승인될 정도에 이른 시점을 제시하고 있다.³⁶⁾ 특히, 폐기물을 성토재로 재활용하는 경우와 유사하게, 소각재, 연소재, 무기성 오니 등 폐기물을 반입하여 파쇄, 선별, 풍화, 혼합 및 숙성 등의

35) 부산지방법원 2008. 10. 8. 선고 2007구합5258 판결.

36) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도3108 판결; 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도3116 판결. 우리나라와는 달리 EU에서는 “폐기물” 개념 자체가 “버린다(discard)”는 것을 개념요소로 하고 있다. 즉, EU 폐기물골격지침에 따른 “폐기물”은 “소유자가 버리거나 버릴 의도이거나 버릴 것이 요구되는 모든 물질(any substance or object which the holder discards or intends or is required to discard)”로 정의되어 있다. 영국, 독일 등의 경우도 이와 마찬가지로이다. Andrew Waite, *Waste and the Waste Hierarchy in Europe*, 26-WTR Nat. Resources & Env't 53 (2012), p. 53.

가공과정을 거쳐 시멘트와 혼합하여 곧바로 벽돌 등의 건축자재 생산을 위한 원료로 사용한 사례에서, 이 같은 취지로 폐기물이 아니라고 판시하였음을 확인할 수 있다.³⁷⁾ 또한, 마산 한국철강부지사건에서 “토지에 적법하게 매립된 철강슬래그가 성토재 등으로 재활용됨으로써 폐기물로서의 성질을 상실하였다.”는 대법원의 판시³⁸⁾ 역시 이러한 취지로 이해할 수 있다.

이러한 법원의 태도를 고려할 때, 폐기물이 적법하게 성토재로 재활용되었고 그것이 건물의 부지로 사용되는 등 토양으로서의 기능을 수행하고 있다면, 이를 두고 더 이상 “사업활동에 필요하지 않게 된 폐기된 물질”, 즉 폐기물이라고 할 수 없는 것이고, 그 자체로서는 「폐기물관리법」의 적용 여지가 없게 되는 것이다.

(2) 「폐기물관리법」에 따른 재활용기준을 위반하여 성토재로 재활용된 경우

이와는 달리, 「폐기물관리법」에 따른 ‘폐기물’을 동법에 따른 기준에 맞지 않게 성토재로 재활용한 경우라면, “폐기물이 폐기물의 처리 기준과 방법 또는 폐기물의 재활용 원칙 및 준수사항에 맞지 아니하게 처리된 경우”라는 폐기물처리조치명령의 요건을 갖추었다고 보아야 할 것이다.

다만, 「폐기물관리법」의 입법취지나 경찰책임으로서의 폐기물처리책임의 성질, 헌법상 비례원칙(과잉금지원칙) 등에 비추어 볼 때, “그로 인한 환경상의 위해 또는 그 우려가 있을 것”이 하나의 불문 요건이 된다고 보아야 할 것인바, 만약 이러한 환경상의 위해 또는 그 우려가 없는 경우라면 폐기물처리조치명령을 내릴 수 없다고 보아야 할 것이다.

나아가 폐기물처리조치명령의 내용으로서 폐기물 처리를 명할 수 있기 위해서는 그 처분 시점, 즉 명령을 내리는 시점을 기준으로 ‘폐기물’에 해당하여야 할 것인바, 이에 대해서는 폐기물의 개념 요소로서 ‘필요성’에 관한 보다 신중하고 면밀한 검토가 필요할 것이다. 더구나 불법 처리 시점 당시에는 ‘폐기물’이었음이 분명한 경우에는 폐기물처리조치명령을 내리는 시점에서 이를 여전히 ‘폐기물’로 보아야 할 것인가, 아니면 ‘토양’으로 보아야 할 것인가도 중요한 고려소스가

37) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도3116 판결.

38) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두13887 판결.

될 수 있다. 즉, 당초 불법 처리될 시점에서는 폐기물이었더라도 그것이 현재 토양과 일체가 되어 토양으로서 정상적인 기능을 다하고 있다면 이를 두고 사람의 활동에 필요하지 아니하게 된 물질이라고 보기 곤란할 것이기 때문이다.

이와 관련하여, 폐기물이 불법적으로 성토재로 재활용된 후 일정한 기간이 흘러 흙의 형상을 띠고 있는 경우, 이것이 토양인지 폐기물인지를 구별함에 있어서, 그리고 이것이 폐기물처리조치명령의 대상이 되는지 여부를 판단함에 있어서는 그 처분 시점, 즉 명령을 내리는 시점에서 그 흙의 오염 여부와 토지와와의 분리 가능성 등을 종합적으로 고려할 수밖에 없을 것이다.

만약 그 흙이 오염되지 않았고 토지와와의 분리 가능성이 부정되어 토양으로서의 기능을 발휘하는 데 전혀 지장이 없다면, 이를 두고 사회통념상 사람의 생활 또는 사업활동에 필요하지 아니하게 된 물질이라고 보기 어렵다고 할 것이다. 그리고 그것이 당초에는 폐기물로서의 성질을 띠고 있었다고 하더라도 일정한 가공과정이나 시간의 경과 등에 따라 오염이 제거되었고 또 기존 토양과 불가분의 일체가 되어 토양으로서 정상적으로 기능하게 된 경우 역시 마찬가지로 보아야 할 것이며, 이러한 요건을 충족하는 경우에는 폐기물처리조치명령의 대상이 되지 아니한다고 보아야 할 것이다. 다만, 폐기물의 불법처리 행위가 있었음은 분명하므로 「폐기물관리법」 제63조에 따라 7년 이하의 징역이나 7천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있을 것이다. 이러한 벌칙 부과와 달리 폐기물처리조치명령은 폐기물 불법처리자를 벌하기 위한 취지의 것이 아니라, 그로 인한 환경상의 위해를 제거하기 위한 경찰책임을 지우기 위한 취지의 것으로 보아야 한다.

이와 관련하여, 현행 「폐기물관리법」이 정하고 있는 성토재 재활용 기준 역시 어떤 물질이 폐기물에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 중요하게 고려하여야 할 요소로 볼 수 있다. 즉, 처리 당시에는 「폐기물관리법」을 위반하였다고 하더라도 현 시점을 기준으로 「폐기물관리법」상의 성토재 재활용 기준을 충족하는 경우라면, 이는 정상적으로 토양으로서의 기능을 수행할 수 있는 정도라고 볼 여지가 크다고 할 것이고, 따라서 사업활동 또는 사람의 생활에 필요하게 되었다고 볼 여지가 크다고 볼 수 있을 것이다.

V. 나오며

지금까지 폐기물이 성토재 등으로 재활용되어 토지에 매립된 경우 토양정화조치명령 또는 폐기물처리조치명령의 대상이 되는지 여부에 관한 해석론을 제시해 보았다.

먼저 토양정화조치명령의 대상이 되는지 여부의 판단에 있어서는, 토양오염의 원인 행위가 무엇인지를 묻지 않고 「토양환경보전법」에 따른 토양오염물질이 그 우려기준을 초과한다면 ‘오염토양’에 해당하는 것이고 따라서 정화조치명령의 대상이 되는 것으로 보아야 할 것이다. 설령 해당 오염토양이 「폐기물관리법」 등의 관계법령에 따라 적법하게 성토재 등으로 재활용된 결과로서 발생한 것이라고 하더라도 달리 볼 것은 아니다. 다만, 경우에 따라서는 신뢰보호원칙 위반의 문제는 남게 될 것이다.

한편, 폐기물처리조치명령의 대상이 되는지 여부에 관해서는 폐기물의 불법 투기·매립 등과 같은 발동 요건에 해당하여야 함을 물론이고, 그 내용상으로 해당 폐기물을 적정하게 처리할 것을 명하기 위해서는 그 명령을 발령하는 시점을 기준으로 해당 물질이 ‘폐기물’로서의 성질을 갖추고 있어야 할 것이다.

“당해 사업장의 사업활동에 필요하지 아니하게 된 이상은 그 물질은 「폐기물관리법」에서 말하는 폐기물에 해당한다.”는 취지의 대법원 판결은 사업장폐기물배출자의 신고의무 위반³⁹⁾ 등과 같이 해당 물질의 배출 당시 이것이 “폐기물”에 해당하는가 여부를 판단하고 있는 것이다. 한 번 폐기물이 영원한 폐기물인 것은 아니다. 폐기물 개념의 주요 징표를 이루는 ‘필요성’은 필연적으로 가변적이다. 이는 객관적으로 사람의 생활이나 사업활동에 필요하다고 사회통념상 승인될 정도에 이르렀다면 그 물질은 그 때부터 폐기물로서의 속성을 잃는다는 대법원의 확립된 태도를 통해서도 확인할 수 있다.⁴⁰⁾

이에 더하여, 폐기물의 법적 개념 정의, 폐기물처리조치명령의 취지와 성질 및 요건·내용에 대한 해석, 폐기물과 토양의 구별 기준, 폐기물의 성토재 재활용 기준 등을 종합적으로 고려할 때, 설령 어떠한 물질이 매립될 당시에는 폐기물로

39) 대법원 2001. 6. 1. 선고 2001도70 판결.

40) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도3116 판결; 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도3108 판결 등.

서의 성질을 갖추고 있었고 또 당시의 재활용 기준에 맞지 않게 다른 토양과의 혼합 등의 과정을 거쳐 성토재로 사용되었다고 하더라도, 상당한 기간이 경과함에 따라 (i) 더 이상 오염된 상태가 아니고, (ii) 기존 토지의 흙과 물리적으로 분리할 수 없을 정도로 혼합되어 토지의 일부를 구성하게 되었고, (iii) 「폐기물관리법」상의 성토재 재활용 기준을 충족할 정도에 해당하여 토양으로서 정상적인 기능을 수행할 수 있을 정도에 이르렀다면, 이를 두고 더 이상 폐기물에 해당한다고는 볼 수 없을 것이며, 따라서 폐기물처리조치명령의 대상이 되지 아니한다고 보아야 할 것이다.

이러한 해석기준과 더불어 향후 추가적인 검토가 요구되는 몇 가지 입법적 개선방안을 제안하는 것으로 결론에 갈음하려 한다.

첫째, 「폐기물관리법」과 「토양환경보전법」 간의 관계를 법으로 명확히 규정하는 방안을 검토할 필요가 있다. 현행 「폐기물관리법」은 용기에 들어 있지 아니한 기체상태의 물질, 수질오염방지시설에 유입되거나 공공수역으로 배출되는 폐수, 가축분뇨, 하수·분뇨 등의 물질에 대해서는 그 적용을 배제함으로써 「대기환경보전법」, 「물환경보전법」, 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」, 「하수도법」 등의 환경관계법과의 관계는 명시하고 있으나, 유독 「토양환경보전법」과의 관계에 대해서는 침묵하고 있다. 「토양환경보전법」이 토양오염우려기준을 초과하여 야만 비로소 그에 대한 정화조치명령 등 공법상의 규제가 이루어질 수 있는 구조를 채용하고 있음을 고려할 때, 「폐기물관리법」 제3조 제1항을 개정하여 「토양환경보전법」 제11조 제3항에 따른 오염토양, 즉 우려기준을 초과하는 토양을 「폐기물관리법」의 적용대상에서 명시적으로 배제하는 방안을 고려할 필요가 있다.

둘째, 과거 적법하게 성토재 등으로 재활용되었음에도 불구하고 토양오염우려기준을 초과함으로써 토양정화조치명령의 대상이 되는 경우에는 그 신뢰이익의 침해 수준을 완화하기 위한 대안으로 위해성평가를 실시할 수 있도록 하는 방안을 검토할 수 있을 것이다.⁴¹⁾ 이렇게 되면, 「폐기물관리법」 등에 따라 폐기물이

41) 현행법은 위해성평가의 실시가 가능한 경우를 한정하고 있다. 즉, (i) 「국유재산법」 제2조제1호에 따른 국유재산으로 인하여 우려기준을 넘는 토양오염이 발생하여 토양정화가 필요한 경우로서 국가가 정화책임자로서 토양정화를 하려는 경우, (ii) 정화책임자를 알 수 없거나 정화책임자에 의한 토양정화가 곤란하다고 인정되어 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 오염토양을 정화하려는 경우, (iii) 정화책임자가 존재하지 아니하거나 정화책임자에 의한 오염토양 개선사

적법하게 성토재 등으로 재활용된 경우에도 「토양환경보전법」에 따른 경우에는 우려기준을 초과하는 경우에는, 위해성평가를 실시할 수 있는 대상으로 정하고 그 결과에 따라 정화의 범위나 수준 등에 반영하도록 함으로써, 예컨대 반드시 오염토양의 정화가 아니더라도 토양오염이 더 이상 확산되지 않도록 토양오염물질의 차단 조치를 하도록 하는 등의 수준으로 조정함으로써, 결과적으로 정화의 범위나 수준을 완화할 수 있을 것이고, 그 침해되는 신뢰이익의 크기를 줄일 수 있을 것이며, 일반 국민의 법감정에도 보다 부합할 수 있을 것이다. 물론 이와 같이 토양오염물질의 차단 조치 등과 같이 완화된 수준의 조치만을 실시하는 경우에는 그 상태를 지속적으로 모니터링함으로써 오염이 확산되지 않도록 하는 등의 사후관리 조치가 수반되도록 법제화하여야 할 것이다.

셋째, 현행 「폐기물관리법」은 폐기물 처리조치명령의 내용으로 “기간을 정하여 폐기물의 처리방법 변경, 폐기물의 처리 또는 반입 정지 등 필요한 조치”를 명할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐, 그 구체적인 조치의 내용이나 범위, 절차에 대해서는 침묵하고 있어서 그 내용 등을 둘러싸고 여러 견해가 나뉘고 있는바,⁴²⁾ 수범자의 예측 가능성을 제고함과 아울러 「토양환경보전법」에 따른 정화조치명령과의 명확한 관계 설정을 위하여 그 내용이나 범위 등을 보다 구체적으로 정할

업의 실시가 곤란하다고 인정되어 특별자치도지사·시장·군수·구청장이 그 오염토양 개선사업을 하려는 경우, (iv) 자연적인 원인으로 인한 토양오염이라고 입증된 부지의 오염토양을 정화 하려는 경우(반출정화의 경우는 제외), (v) 그 밖에 위해성평가를 할 필요가 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우 등이다. 이 가운데 국가나 지방자치단체 이외의 일반적인 정화책임자가 위해성평가를 실시할 수 있는 경우는 (iv)와 (v)의 경우뿐이다(제15조의5 제2항). (iv)에 따른 위해성평가의 실시가 가능하기 위해서는 해당 오염물질의 농도가 주변지역의 토양분석결과와 비슷함을 증명하거나, 해당 오염물질이 대상 부지의 기반암으로부터 기인하였음을 증명하거나, 그 밖에 과학적인 방법으로 자연적인 원인으로 발생하였음을 증명할 것이 요구된다(시행령 제11조의2). (v)와 관련해서는, 그간 대통령령에서는 따로 위해성평가가 가능한 경우를 규정하고 있지 않다가, 지난 2018년 11월 20일 개정 시행령에서 “도로, 철도, 건축물 등 시설물 아래의 오염토양(국가, 지방자치단체 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관이 정화책임자인 경우로 한정한다)을 정화하려는 경우로서 환경부장관이 환경부령으로 정하는 바에 따라 위해성평가가 필요하다고 인정하는 경우”를 위해성평가의 실시대상으로 신설하고 있다. 그러나 국가, 지방자치단체 또는 공공기관 이외의 일반적인 정화책임자가 자신의 행위로 토양오염을 발생시켰거나, 자신이 소유·점유 또는 운영하는 토양오염관리대상시설이 해당 토양오염의 원인이 되었거나, 토양오염이 발생한 토지를 소유하고 있었거나 현재 소유 또는 점유하고 있는 자라는 이유로 정화조치명령을 받게 되는 경우에는 사실상 위해성평가의 실시가 불가능한 구조라고 볼 수 있다.

42) 김홍균, 앞의 책(註 22), 376-377면; 조홍식, 앞의 논문(註 25), 217면.

필요가 있을 것이다.

논문투고일 : 2019. 4. 10. 심사일 : 2019. 4. 21. 게재확정일 : 2019. 4. 24.

참고문헌

- 김홍균, “방치폐기물에 대한 규제”, 「법학논총」 제23집 제1호, 한양대학교 법학연구소 (2006).
- 김홍균, 『로스쿨환경법』(제2판), 홍문사 (2019).
- 박균성, “산업폐기물처리책임체계의 재검토”, 「경희법학」 제36권 제1호, 경희대학교 법학연구소 (2001).
- 박균성, “폐기물관리의 원칙과 체계”, 「환경법연구」 제20권, 한국환경법학회 (1998).
- 박균성·함태성, 『환경법』(제7판), 박영사 (2015).
- 박용하 외, 『토양오염지역의 관리 및 복원방안(Ⅱ)』, 한국환경정책·평가연구원 (2003).
- 박용하·박상열·양재의, “토양오염지역의 책임에 관한 우리 나라, 미국, 영국, 독일, 네덜란드, 덴마크 법과 제도의 비교 분석 및 우리 나라 정책개선방향”, 『환경정책연구』 제3권 제2호, 한국환경정책·평가연구원 (2004. 12).
- 박종원, “오염토양과 폐기물의 법적 구별과 그 처리책임”, 「환경법과 정책」 제8권, 강원대학교 비교법학연구소 환경법센터 (2012. 5).
- 방극채, 『폐기물의 처리책임에 관한 비교법적 고찰』, 전남대학교 법학박사학위논문 (2008).
- 송동수, “폐기물관리의 실효성 확보수단”, 「토지공법연구」 제43집 제3호, 한국토지공법학회 (2009. 2).
- 이기춘, “건설폐기물과 토지소유자의 처리책임에 관한 소고”, 「환경법연구」 제31권 제3호, 한국환경법학회 (2009. 11).
- 이기춘, “판례를 통해서 본 토지임대인에 대한 폐기물처리책임 귀속의 문제”, 「환경법연구」 제34권 제3호, 한국환경법학회 (2012. 11).
- 정 훈, “폐기물관리와 토양환경보전에 관한 현행법의 규율현황 및 문제점”, 「환경법연구」 제34권 제3호, 한국환경법학회 (2012. 11).
- 조홍식, “폐기물관리법상 사업장폐기물 배출사업자의 법적 책임” 「환경법연구」 제26권 제2호, 한국환경법학회 (2004. 8).

Andrew Waite, *A New Garden of Eden? Stimuli to Enforcement and Compliance in Environmental Law*, 24 Pace Envtl. L. Rev. 343 (2007).

Andrew Waite, *Waste and the Waste Hierarchy in Europe*, 26-WTR Nat. Resources & Env't 53 (2012).

【Abstract】**Environmental Legal Issues Related to Recycling of Waste into Soil as Filling Materials**

Park, Jong Won

(Associate Professor, Pukyong National University)

As part of the waste recycling policy, there has been considerable recycling of waste into soil as filling materials. However, a legal management system related to recycling wastes as filling materials was not established until just recently. As a result, there have been many cases in which recycling wastes as filling materials has led to soil contamination.

On the one hand, can a competent authority issue an order to clean up the contaminated land under the Soil Environment Conservation Act (“SECA”), where the waste has been duly recycled as filling materials in accordance with the Wastes Control Act (“WCA”) ? On the other hand, can a competent authority issue an order to take action for disposing of the waste that was illegally recycled as filling materials under the WCA, if the waste forms an integral part of the soil?

As for the possibility of an order to clean up the contaminated land under the SECA, the “contaminated soil” whose level of contamination is found to exceed the worrisome level of soil contamination should be cleaned up under the SECA whether or not the legal recycling of the waste is the cause of soil contamination.

Moreover, regarding the possibility of an order to take action against the disposal of waste under the WCA, the material should have been disposed of illegally and should be considered to be a “waste” based on the time the order was issued. It cannot be said that a material that was a waste in the past will be a waste permanently. The necessity that constitutes the main indication of the “waste” conception is necessarily variable. The Korean Supreme Court has consistently held that, even if a material was a waste in the past, if society approves the need for the material in the general sense, the material loses its properties as a waste from that time.

Given these points, even if a material had the properties of a waste at the time of landfill, if it has been used as a filling material in processes such as mixing with other soil or physical mixing with the soil of the existing land to form part of the land and has started to perform normal functions as soil, it should be no longer be considered to be a waste. Therefore, it is not subject to the waste disposal order.

<p>주 제 어 성토재, 폐기물, 재활용, 오염토양, 토양정화조치명령, 폐기물처리조치명령 Key Words Filling Materials, Waste, Recycle, Contaminated Soil, Clean-up Order, Waste Disposal Order</p>
--