

# 폐기시설물에 의하여 오염된 토지와 지하수(Altlasten)에 대한 법적 책임

朴 尙 熙\*

## 차 례

- I. 문제의 제기
- II. 폐기시설물에 의하여 오염된 토지와 지하수  
(소위 Altlasten)의 의의
- III. Altlasten에 대한 입법례
  1. 우리나라
  2. 독 일
- IV. Altlasten에 대한 경찰책임
  1. 문제의 소재
  2. 위험이 있는지 여부에 대한 판단
  3. 경찰책임
- V. Altlasten에 의하여 야기된 손해에 대한 국가배상
  1. 문제의 제기
  2. 직무위반(Amtsverletzung)
  3. 직무의무의 제3자관련성
- VI. 맺음말

\* 韓國海洋大學校 教授, 法學博士

## I. 문제의 제기

우리나라는 1960년대 이후 산업화과정에서 많은 경제적 성장을 이루어 빈곤의 문제는 어느 정도 해결하였으나 그 부산물로 환경오염이라는 또 다른 사회적 문제를 야기하였다. 그 가운데 노후하여 폐기된 산업시설에 의한 주변토지나 지하수에 대한 오염, 난지도처럼 이미 매립이 끝난 쓰레기매립지에서 발생하는 침출수 문제,<sup>1)</sup> 폐광 및 폐갱구 등에 의하여 야기되는 토지나 지하수의 오염<sup>2)</sup>은 장기간에 걸쳐 이루어진 것이므로 오염의 정도가 심각할 뿐 아니라 법적으로도 분쟁의 소지가 있는 많은 문제가 제기되고 있다. 왜냐하면 이러한 문제는 환경에 대한 오염의 원인이 된 행위<sup>3)</sup>가 과거에 존재하였고 이러한 환경오염의 원인이 되었던 행위가 현재에는 행해지지 않고 있으므로 이에 대한 입법을 하더라도 장래의 유사한 사안에 대하여는 적용할 수 있으나 이미 발생한 오염에 대하여는 애초의 행위자에 대하여 소급하여 적용할 수 없다는 특수한 상황하에 놓여있기 때문이다. 즉, 이미 발생된 토지나 지하수의 오염은 애초의 산업시설의 설치나 쓰레기매립, 채굴시에는 적법한 테두리내에서 이루어진 것이므로 그 이후에 법에 의하여 규제대상이 되더라도 이에 대하여 애초의 소유자에게 그 법에 따른 오염에 대한 책임을 묻는 것은 법률불소급의 원칙상 문제가 되는 것이다. 따라서 이러한 문제에 있어서 오랫동안 논란되어 온 가장 중요한 첫 번째 문제는 이러한 오염원에 대하여 누가 그 제거책임을 지는가, 즉 어떠한 기준에 의하여 경찰책임자를 정하는가 하는 문제이다. 특히 오염된 시설의 소유자나 폐기물사업자이외에 폐기물발생자나 폐기물조성자

1) 쓰레기가 19m 정도 쌓인 수도권매립지는 침출수가 14m 이상 차올라 안전수위 10m를 크게 넘어서고 있으며, 이는 침출수위에 둥둥 떠있는 실타래라고 한다. 따라서 이에 대한 대책으로 침출수처리시설의 확충, 침출수제거공의 설치, 수분이 함유된 쓰레기반입의 억제 등이 필요하다고 한다(중앙일보 1996.11.16, 18면).

2) 강원도 도계지역의 경우 최근 수년사이에 문을 닫은 폐광이 10여개소에 이르며, 이들 폐광갱구로부터는 계속하여 철분으로 오염된 폐수가 흘러나와 오십천을 붉게 물들이고 있다고 한다. 일반적으로 폐광후 오랜시간 갱도에 차있는 지하수는 탄층이나 지층에 포함된 유황성분이 녹아나와 황산이 된다. 이 황산이 철분 등 토양 속 금속성분을 녹이게 되고 철성분이 햇빛을 만나 산화되면서 하천을 물들이고 있는 것이다. 1996년의 석탄합리화사업단의 집계에 의하면 전국 206개의 폐갱구에서 4만 8천톤의 폐수가 흘러나오고 있다고 한다(조선일보 1996.12.5, 19면). 그밖에 방치된 폐광의 경우 지반침하에 의한 피해도 나타나고 있다.

3) 예컨대, 산업시설의 가동, 쓰레기의 매립, 광물채굴 등의 행위가 이에 속한다.

도 오염제거조치를 위한 경찰책임을 지는가, 경찰책임자를 정함에 있어서 행정청이 행한 허가나 수인 등은 어떠한 의의가 있는가 등의 경찰법적인 문제가 제기될 수 있다. 이러한 문제는 경찰법상의 새로운 르네상스를 맞이하였다고 할 정도로 최근 독일의 경우 많은 논의가 있다.

그리고 두 번째로 이에 의하여 피해가 발생한 경우 국가배상을 인정할 것인지의 문제이다. 예컨대, 행정청이 택지조성계획을 쓰레기매립지 지역에 대하여 발하여 그 지역의 토지소유자나 토지취득자가 매립지역 토지의 안전함과 택지조성계획을 신뢰하여 그 지역에 건축을 하였으나 실제로 악취나 침출수 등에 대한 조치미비로 더 이상 그 지역에 주거할 수 없는 경우 국가배상책임을 인정할 수 있는지 여부의 문제가 제기될 수 있다. 즉, 어느 정도까지 그 지역에 대한 계획설정이 직무위반이 되는가, 그리고 어느 범위까지 그러한 직무위반에 대하여 제3자관련성이 미치는가, 손해를 입은 이용자나 재산권자에 대하여 공동책임을 물을 수 있는가, 그리고 있다면 어느 정도의 범위에서 물을 수 있는가 등의 문제가 제기될 수 있다.<sup>4)</sup>

지금까지 언급한 내용에 대하여 독일의 경우 Altlasten이라는 관점하에서 많은 논의가 있고 환경관련법령에서 이러한 문제에 대하여 많은 규정을 새로이 규정하고 있다. 그러나 우리나라의 경우 이러한 문제가 현실적으로 발생하고 있으나 아직 이에 대한 법학적 논의가 없을 뿐 아니라 실정법에서도 직접적으로 반영되지는 않고 있다. 따라서 본 논문은 이러한 문제에 대하여 우리나라와 독일의 입법사정을 살펴보고, 쟁점이 되는 사항에 대하여 주로 독일에서의 논의를 중심으로 법적 문제점을 고찰함으로써 앞으로 이에 대한 깊이 있는 연구의 하나의 계기가 되고자 한다.

## II. 폐기시설물에 의하여 오염된 토지와 지하수 (소위 Altlasten)의 의의

Altlasten이란 일반적으로 장기간의 산업생산과 제1·2차 세계대전을 치르

4) 그 밖에 노후화되어 더 이상 사용되지 않는 산업시설물에 대한 권리승계인의 주변지역 오염에 대한 법적 책임문제도 커다란 쟁점이 되고 있다. 예컨대, 권리승계효과에 소위 경찰의무가 발생하는지 여부 및 그 범위가 문제로서 등장한다. 이러한 문제에 대한 상세한 논의는 Papier, "Zur rückwirkende Haftung des Rechtsnachfolgers für Altlasten", *DVBl.*, 1996, S. 125 ff.; Ossenbühl, *Zur Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers für Altlasten*, 1995. 참조.

면서 오염된 土壤과 지하수내의 有害物質을 말한다.<sup>5)</sup> 독일의 경우 이러한 용어가 사용된 것은 그 같은 危險源은 폐기물처리법, 수질관리법 등 환경관계법률들이 발효되기 이전에 발생해서, 이에 대하여는 同 법률들이 규정하고 있는 특별한 경찰책임이 적용되지 않는다는 점에서 그 연유를 찾을 수 있는 듯하다. 따라서 이처럼 현행의 환경관계법률이 적용될 수 없는 경우에는 Altlasten에 관한 문제의 해결은 일반 警察法에 의할 수 밖에 없게 되는데, 이를 Altlasten이란 문제를 통한 ‘경찰법의 예기치 않은 르네상스’라고 한다.<sup>6)</sup>

Altlasten의 개념이 법률용어에서 최초로 발견된 것은 1989년 7월 10일의 헤센 폐기물관리및Altlasten법 제16조인 바, 이에 의하면 Altlasten은 공공복리에 대한 본질적인 침해를 야기하는 지표(Flächen)로서, 가동되지 않고 있는 쓰레기처리시설 및 쓰레기를 처리하거나 저장 또는 매립하고 있던 쓰레기처리시설주변의 토지(Alttablagerungen) 또는 환경에 유해한 영향을 미치는 물질을 취급하였지만 지금은 가동되지 않고 있는 산업 또는 영업시설용 토지(Altstandorte)가 이에 포함된다.<sup>7)</sup> 이러한 개념규정은 Altlasten과 관련하여 중점적으로 논의되는 문제영역과 본질적으로 관련이 되며 논의의 기초가 되고 있다. 시간적 관점에서 볼 때 Altlasten은 첫째, 환경에 대한 침해의 원인이 과거에 존재하였고 둘째, 이러한 환경침해의 원인이 되었던 이용이 그 이후에는 행해지지 않았다는 두 가지 요소를 그 특징으로 하고 있다.<sup>8)</sup> 그러나 이 경우에 어느 정도까지 시간적 요소를 개별법의 적용에 있어서 고려하여야 하는가는 각 구체적인 사례유형에 따라 고찰하여야 할 것이다.

### III. Altlasten에 대한 입법례

#### 1. 우리나라

우리나라의 경우 이러한 문제에 대하여 직접 규정한 법률의 예는 찾아보기

5) 이는 1980.3.26의 독일의 Nordrhein-Westfalen 식량·경제장관回覽에서 내린 定義인 바, 이에 관하여는 vgl. *NRW MinBl.* 1980, 769.

6) R. Breuer, “Altlasten als Bewährungsprobe der polizeilichen Gefahren und des Umweltschutzes”, *JuS* 1986, 359 ff.(360); Klaus D. Wecker, “Altlasten - eine Renaissance der polizeilichen Gefahrenabwehr”, *NVwZ* 1987, 781 f.

7) *GVBl.* S.197.

8) Seibert, “Altlasten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung”, *DVBl.* 1992, S. 664; Paetow, *NVwZ* 1990, S. 510 f.

힘들지만, 간접적인 규정 예는 환경관련법에서 상당수 찾아 볼 수 있다.

### (1) 환경정책기본법

우선 환경정책기본법은 제7조에서 “자기의 행위 또는 사업활동으로 인하여 환경오염의 원인을 야기한 자는 그 오염의 방지와 오염된 환경의 회복 및 피해구제에 소요되는 비용을 부담함을 원칙으로 한다”고 하여 오염원인자의 비용부담책임을 규정하고 있으며, 동법 제31조에서는 환경오염의 피해에 대한 무과실책임을 규정하고 있다.

그러나 동법이 제정되기 이전에 오염원인을 야기한 자에 대하여는 동법에 따른 책임을 물을 수 없으며, 더욱이 그 당시에는 오염원자체가 아니었기 때문에 위의 규정에 의하여 Altlasten의 문제를 직접 해결할 수는 없다.

### (2) 토양환경보전법

토양환경보전법 제11조제2항은 “토양오염유발시설의 설치자는 대통령령이 정하는 바에 따라 토양오염을 방지하기 위한 시설의 설치등 필요한 조치를 하여야 한다”고 규정하고, 제3항에서 “토양오염유발시설의 설치자는 대통령령이 정하는 바에 따라 정기적으로 토양 관련전문기관으로부터 당해 시설의 부지 및 그 주변지역에 대한 토양오염검사를 받아야 한다”고 규정하고 있다.

그리고 동법 제19조는 오염토양에 대한 개선사업에 관한 사항을 규정하고 있는 바, 제1항은 “시·도지사는 제18조제2항제1호의 규정에 의한 오염토양 개선사업의 전부 또는 일부의 실시를 그 오염원인자에게 명할 수 있다”고 규정하고, 제3항에서 “제1항의 경우에 그 오염원인자가 존재하지 아니하거나 오염원인자에 의한 실시가 곤란하다고 인정하는 경우에는 시·도지사는 당해 오염토양개선사업을 실시할 수 있다”고 규정하고 있다.

또한 동법 제23조는 토양오염의 피해에 대한 무과실책임을 규정하여 토양오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 오염원인자는 그 피해를 배상하도록 하고, 오염원인자가 2인이상 있는 경우에 어느 오염원인자에 의하여 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 오염원인자가 연대하여 배상하도록 하고 있다.

이와 같은 토양환경보전법도 법 제정이후의 행위에 대한 규정일 뿐, 이 법 제정 이전의 토양오염유발시설의 설치자에 대하여는 직접 동 법률을 적용할 수 없는 한계에 있다.

### (3) 폐기물관리법

폐기물관리법 제47조는 폐기물처리시설의 사후관리 등과 관련하여 제1항에서 설치승인을 얻은 폐기물처리시설을 설치한 자는 그가 설치한 폐기물처리시설의 사용을 종료하거나 폐쇄하고자 할 때에는 환경부령이 정하는 바에 따라 환경부장관에게 신고하도록 하고, 동 규정에 의하여 신고를 한 자 중 대통령령이 정하는 폐기물을 매립하는 시설을 사용종료 또는 폐쇄한 자는 당해 시설로 인한 주민의 건강·재산 또는 주변환경의 피해를 방지하기 위하여 환경부령이 정하는 바에 따라 침출수처리시설을 설치·가동하는 등의 사후관리를 하도록 규정하고 있다.

또한 동법 제48조에서 폐기물처리시설의 사후관리이행보증금제도를 두고 있는 바, 이에 의하면 환경처장관은 제47조제2항의 규정에 의한 사후관리대상인 폐기물을 매립하는 시설이 그 사용종료 또는 폐쇄 후 침출수의 누출 등으로 인하여 주민의 건강 또는 재산이나 주변환경에 중대한 위해를 가져올 우려가 있다고 인정하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 시설을 설치한 자로 하여금 그 사후관리의 이행을 보증하게 하기 위하여 사후관리에 소요되는 비용의 전부 또는 일부를 환경개선특별회계법에 의한 환경개선특별회계에 예치하게 할 수 있도록 하고 있다.

그리고 동법 제50조에서는 사용종료 또는 폐쇄후의 토지이용제한에 대하여 규정하고 있는 바, 이에 의하면 환경처장관은 제47조제2항의 규정에 의한 사후관리대상인 폐기물을 매립하는 시설이 사용종료되거나 폐쇄된 후 침출수의 누출, 제방의 유실 등으로 인하여 주민의 건강 또는 재산이나 주변환경에 중대한 위해를 가져올 우려가 있다고 인정되는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 시설이 소재한 토지의 소유권 또는 소유권외의 권리를 가지고 있는 자에 대하여 대통령령이 정하는 기간동안 그 토지이용을 공원, 수목의 식재, 초지의 조성 및 체육시설의 설치에 한정하도록 그 용도를 제한할 수 있도록 하고 있다.

폐기물관리법에 의하여도 이미 이 법이 제정되기 이전에 폐기물처리시설의 사용을 종료하거나 폐쇄한 자에 대하여는 이 법을 적용할 수 없는 문제가 발생한다.

#### (4) 광업법, 광산보안법

광업법 제91조는 鑛害의 종류와 배상의무에 관하여 규정하고 있는 바, 이에 의하면 광물을 채굴하기 위한 토지의 굴착, 갱수나 폐수의 방류, 폐석이나 광재의 퇴적 또는 광연의 배출로 인하여 타인에게 현저한 손해를 가한 때에는 손해발생 당시의 당해 광구의 광업권자(당해 광구에 조광권이 설정되어 있는 때에는 그 조광구에 있어서는 당해 조광권자)가, 손해발생 당시에 이미 광업권이 소멸된 때에는 소멸당시의 당해 광구의 광업권자(광업권의 소멸시에 당해 광업권에 조광권이 설정되어 있는 때에는 그 조광구에 있어서는 당해 조광권자)가 그 손해를 배상할 의무를 진다(동조제1항). 그리고 손해가 2이상의 광구 또는 조광구의 광업권자 또는 조광권자의 귀책사유로 발생한 때에는 각 광업권자 또는 조광권자는 연대하여 손해를 배상할 의무를 진다. 손해가 2이상의 광구 또는 조광구의 광업권자 또는 조광권자의 귀책사유중 어느 광업권자 또는 조광권자의 귀책사유에 의한 것인지 분명하지 아니한 때에도 또한 같다(동조제2항). 또한 손해발생후에 광업권의 양도가 있는 때에는 손해발생당시의 광업권자 및 그 후의 광업권자가, 손해발생후에 조광권의 설정이 있는 때에는 손해발생 당시의 광업권자 및 그 후의 조광권자가 연대하여 손해를 배상할 의무를 진다(동조제3항). 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 조광권자가 손해를 배상할 경우에는 손해발생당시의 당해 조광권이 설정되어 있는 광구의 광업권자 및 그 후의 광업권자가, 손해발생 당시에 이미 광업권이 소멸된 때에는 소멸 당시의 당해 광구의 광업권자가 조광권자와 연대하여 손해를 배상할 의무를 진다.

광산보안법 제18조는 광업권자 또는 조광권자이었던 자의 책임에 대하여 규정하고 있는 바, 이에 의하면 상공자원부장관은 광업권이 소멸한 후라도 3년간은 광업권자 또는 조광권자이었던 자에 대하여 그가 광업을 경영하였음으로 인하여 발생할 위해 또는 광해를 방지하기 위하여 필요한 조치를 명할 수 있도록 하고, 이러한 명령을 받은 자는 그 명령에 대한 조치를 실시하기 위하여 필요한 범위안에서 이를 광업권자 또는 조광권자로 보도록 하고 있다.

위에서 살펴본 것처럼 우리나라의 경우 아직까지 직접 Altlasten의 문제를 인식하고 이에 대처하기 위한 입법을 한 예는 찾아볼 수 없으나, 간접적으로 오염원인을 야기한 자에 대한 책임을 인정하고 이를 강화하는 입법의 예는 상

당수 발견된다. 그러나 이러한 간접적인 규정도 없는 경우에는 결국 경찰법적인 문제로서 해결할 수 밖에 없는데, 우리의 실정은 경찰법이 실정법상 제대로 체계화되어 있지 못할 뿐 아니라 법이론에 있어서도 체계적이고 깊이 있는 연구가 이루어지지 못하여 Altlasten의 문제를 경찰법적인 관점에서 해결하는 것도 상당히 어려운 현실이다.

## 2. 독일

독일의 경우 최근까지의 활발한 학설상의 이에 대한 논의와 판례 등을 토대로 Altlasten에 대하여 직접 규정하고 있는 법률들을 상당히 찾아 볼 수 있다.

### (1) 폐기물법

폐기물법의 적용대상은 폐기물법 제1조제1항제1문에 규정되어 있는 바, 동법 규정에 의하면 Altlasten은 주관적 폐기물개념의 요소인 “의사에 의한 처리”라는 내용이 결여되어 있으므로 대체로 객관적인 폐기물개념에 해당된다. 왜냐하면, Altlasten에 대한 처리는 공공복리, 특히 환경보호를 위하여 요청되는 사항이기 때문이다.

그러나 어려운 문제는 동법이 폐기물을 개념적으로 동산으로 국한하고 있다는 점이다. 매립된 환경유해물질은 독일민법전 제94조에 의하면 토지의 본질적 구성요소가 되므로 부동산으로 취급된다. 독일의 판례에 의하면 유동성의 액체가 지표면과 불가분의 관계를 가지는 경우 또는 유해물질이 토지와 지속적인 관련을 가지는 경우 및 폐기물이 거의 토양화된 경우 등이 이에 해당한다.<sup>9)</sup> 따라서 이러한 경우 Altlasten은 폐기물법상의 규율대상에서 제외된다. 그러나 오염된 지표면이 채굴되거나 드러나게 되면 이에 대하여는 다시 동산으로 취급되고 따라서 폐기물에 해당하게 되므로 이러한 시점에서 경찰 및 수자원담당행정청의 관할이 다시 환경청으로 바뀌게 되는 바, 이는 별로 바람직스럽지 못한 일이다. 이러한 문제에 대하여는 바이에른 고등행정법원 판결의 입장이 더 바람직하다고 여겨지는데, 이에 의하면 만일 매립이 허용되지 않는 폐기물을 제거하라는 의무가 부과된 경우에는 매립된 폐기물이 비록 토양화되어서 동산으로서의 속성을 가지지 않고 있더라도 폐기물법상의 처리의무가 소멸하는 것은 아니라고 한다.<sup>10)</sup> 폐기물법 제10조제2항에 근거한 이러한 입장

9) BVerwG, Beschluß vom 30.10.1987, NVwZ 1988, 1126.



이 오히려 입법목적에 상응하는 것이라고 볼 수 있다.

위에서 본 것처럼 연방폐기물법상 Altlasten의 제거에 대한 법적 근거는 폐기물법 제10조제2항에서만 찾아볼 수 있다. 동 규정에 의하면, 관할 행정청은 사용이 종료된 고정폐기물처리시설의 소유자에 대하여 그의 비용으로 폐기물처리에 사용된 오염토양을 개선시키고 공공복리에 대한 침해를 방지하는 그 밖의 조치를 취하도록 하는 의무를 규정하고 있다. 이 규정은 특히 광범위한 오염토양에 대한 개선조치의무로 인하여 폐기물법이 발효된 1972년 6월 12일 이후 사용이 종료된 시설에 대하여만 적용된다. 이 때문에 대부분의 폐기물처리시설은 동 규정의 적용대상에서 제외되고 있는 실정이다. 이러한 폐기물법 제10조제2항의 적용범위의 설정은 연방행정법원의 입장에 의하면 “시설이 이미 오래 전부터 사용이 종료되었다”는 점에 반하는 것은 아니라고 한다. “오염토양개선조치명령은 단지 ‘사용의 종료’라는 시간적 관점하에서만 행해져야 한다”는 헤센 고등행정법원의 판례<sup>11)</sup>는 동 규정상의 사용이 종료된 시설에 의하여 발생하는 위험을 제거한다는 입법목적에도 반한다고 할 수 있다. 오염토양개선조치의무가 폐기물점유자가 아니라 사용이 종료된 시설의 소유자를 그 적용상대방으로 함으로 폐기물법 제10조제2항에 근거한 조치는 Altlasten이 동산이고 따라서 폐기물이어야 한다는 것을 전제하지는 않는다. 폐기물법 제10조제2항은 관할 행정청에 대하여 필요한 위험방지조치를 위한 명령뿐 아니라, 배려의 원칙에 따른 안전조치명령도 할 권한도 부여하고 있다. 이러한 해석은 동 규정의 입법취지뿐 아니라 구체적인 위험을 넘어서서 예방적 위험방지차원에서 필요한 폐기물처리시설의 폐쇄에 대한 조치를 허용하고 있는 입법자의 의도에도 부합한다. 관할 행정청은 이미 구체화된 위험에 대하여 소유자가 필요한 안전조치를 행하도록 할 의무를 지고 있다. 판례는 배려라는 관점을 명시적으로 밝히지는 않고, 구성요건의 존재에 대한 요청만을 고집하고 있다.<sup>12)</sup>

마지막으로 폐기물법 제10조제2항이 다른 위험야기자가 그 밖의 규정(주폐기물법, 수질관리법 또는 일반 경찰법 등)에 의한 시설소유자로서 조치의 대상이 되어서는 아니된다는 의미에서 중국적인지의 문제는 다루어지고 있다.<sup>13)</sup>

10) Bay VGH, Bechluß vom 21.11.1988, NVwZ 1989, 681.

11) Beschluß vom 31. 8. 1989, NVwZ 1990, 383 f = UPR 1990, 69 f.

12) Seibert, aa.O., S. 665.

13) Papier, *Altlasten und polizeiliche Störerhaftung*, 1985, S.4.

그러나 이는 부인되어야 한다. 물론 조치가 폐기물의 소유자에 대하여는 가능하지 않거나 결과적으로 기대될 수 없는 경우에만 그 밖의 위험야기자에 대하여 적용된다.

주폐기물법상의 규정은 부분적으로 침해의 근거만을 규정하고 있는 바, 헤센 주폐기물법에 의한 제거조치에 관한 규정이 그 예이다. 주폐기물법이 특별한 행위의 근거규정을 두고 있지 않은 경우에는 일반 경찰법상의 개괄조항을 근거로 삼아야 할 것이다.<sup>14)</sup>

## (2) 수질관리법

Altlasten에 대하여 수질관리법상의 예도 중요한 의의를 가진다. 특히 수질관리법 제34조제2항이 주목할 만한 바, 이에 의하면 하수(Stoffe)는 지하수를 오염시키거나 그 밖에 지하수성분에 유해한 영향을 미칠 우려가 없도록 처리되어야 한다고 규정하고 있다. 이 규정은 물론 1960년 3월 1일에 발효된 수질관리법이전의 처리시설에는 적용되지 않으며, 수질관리법의 효력이 발생한 이후 비로소 손해를 발생시킨 처리시설에 대하여도 적용되지 않는다.<sup>15)</sup>

그리고 수질관리법상의 규정은 통설에 의하면 그 규율범위에 해당하는 경우에는 폐기물법상의 특별규정에 의하여 그 적용이 배제된다.<sup>16)</sup> 왜냐하면 수질관리법은 금지 및 명령규범이나 침해수권에 관한 근거를 가지지 않기 때문에 하명처분은 몇몇 주 수법에서 규율하고 있는 일반적 수권조항에 의하여 또는 이 조항이 없는 경우에는 경찰법상의 개괄조항에 의하여 그 근거를 찾아야 한다.<sup>17)</sup>

## (3) 연방임밋씨온방지법

1990년 9월 1일에 발효된 연방임밋씨온방지법 제3개정법률<sup>18)</sup>에 의하여 연방임밋씨온방지법 제5조제1항제1호 및 3호상의 기본의무는 사용이 종료된 시설에 대하여도 미치게 되었고, 따라서 연방임밋씨온방지법 제17조에 의한 사후명령은 사업중지이후 10년 이내에 행해질 수 있게 되었다. 그러나 Altlasten의 경우에 대하여는 동 규정이 제한된 영역에 있어서만 적용된다. 연방

14) Seibert, *aa.O.*, S.666.

15) Papier, *aa.O.*, S. 11f. Schink, *DVBl.* 1986, S.161(162).

16) 이에 대한 반대입장으로는 Schink, *aa.O.*, S. 161 f.

17) Seibert, *aa.O.*, S.666.

18) *BGBI.* I, S. 870.

임밋씨온방지법 제5조제3항제1호는 책임이 있는 자에 대하여 연방임밋씨온방지법 제5조제1항제1호와 마찬가지로 이미 발생한 손해를 제거하도록 의무지우고 있다. 그리고 연방임밋씨온방지법 제5조제3항제2호에 의하여도 사업자에게는 임밋씨온에 의하여 야기된 인근토양에 대한 오염을 개선조치할 의무가 규정되어 있지 않다. 즉, 연방임밋씨온방지법 제17조제1항제2호는 전적으로 시설과 관련한 사후명령에 대하여만 범위를 정하고 있다.<sup>19)</sup>

연방임밋씨온방지법 제5조제3항에 따라 지속되는 근본의무는 1990년 9월 1일의 법안효력발생시점에 이미 중지된 사업체에 대하여는 미치지 않는다. 연방임밋씨온방지법 제5조제3항, 제17조제4항a호에 의한 책임이 고려되지 않는 한, 그 밖의 법규명령에 근거한 Altlasten의 재정비를 위한 조치는 배제되지 않는다.<sup>20)</sup>

그 밖에 최근에 환경법전 초안, 연방토양보전법 초안<sup>21)</sup> 등에서 Altlasten에 대한 상세한 규정을 마련중에 있다.

#### (4) 일반 경찰법

환경법상의 특별규정이 없는 한, 일반 경찰법에 의하여야 한다. 경찰상의 개괄조항 뿐 아니라 일반 경찰법영역에서도 보충적인 적용의 여지가 있으며, 이에 의하여 Altlasten영역에 있어서 예기치 않은 르네상스를 맞게 되었다.

### IV. Altlasten에 대한 경찰책임

#### 1. 문제의 소재

위에서 본 것처럼 환경관련법에 Altlasten에 대한 특별한 규정이 없는 경우에는 결국 이는 경찰법의 문제로서 해결할 수 밖에 없다. 즉, Altlasten에 의하여 위험이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 위험을 야기한 자에 대하여 경찰책임을 물어야 하는데, 대체로 Altlasten의 경우에는 직접 위의 원인을 제공한 자는 이미 경찰책임을 물을 수 없는 상태에 있는 경우가 대부분이다. 따라서 Altlasten에 의하여 위험이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우

19) 이에 관하여 언급한 것으로 Vallendar, *UPR* 1991, S.91(95).

20) Vallendar, *aa.O.*, S. 95; Schink, *aa.O.*, S. 666.

21) 이에 대하여 자세한 내용은 Schink, "Die Altlastenregelungen des Entwurfs des Bundesbodenschutzgesetzes", *DÖV* 1995, S. 213 ff.

에 누구에게 경찰책임을 물을 것인가를 판단하는 것은 매우 중요한 문제이다. 결국 Altlasten에 대한 경찰법적인 문제는 우선 Altlasten에 의하여 위험이 발생하거나 발생할 우려가 있는가 여부를 어떠한 기준에 의하여 판단할 것인가의 문제이며, 둘째로 이러한 위험이 존재한다고 판단되는 경우에 어떠한 기준으로 경찰책임자를 정하고 그 책임을 물어야 하는가의 문제이다.

## 2. 위험이 있는지 여부에 대한 판단

### (1) 위험개념

일반적으로 경찰법상 공공의 안녕과 질서에 대한 위험이란 “객관적으로 예견되는 사실의 정상적인 진행을 방치하게 되면, 어떠한 상태 혹은 행위가 공공의 안녕과 질서에 손해를 가져올 개연성이 있는 상태”를 말한다.<sup>22)</sup> 이러한 경찰상의 위험은 전통적인 표현에 따른다면 방해받지 않는 행위진행의 상태에서 서도 손해발생이 충분히 예견되는 경우에 존재한다고 한다. 위험받는 경찰상의 보호이익이 더 중요하면 할수록 그리고 손해발생의 정도가 더 크면 클수록 손해입증에 대한 요청은 더 줄어들게 된다.<sup>23)</sup>

Altlasten에 의하여 위험이 야기되는 범익은 특히 생명, 보건 또는 수질 등이다. 이의 보호를 위한 경찰상의 조치는 이들에 대한 범익침해의 개연성이 조금이라도 있다면 허용될 수 있다. 보건에 대한 위험야기나 지하수에 대한 오염 등은 비록 현재는 커다란 침해가 아니라 할 지라도 장래에는 커다란 문제가 될 것으로 예견되는 경우에는 경찰상의 조치가 고려될 수 있다. 따라서 바덴-뷔르템베르크 고등행정법원은 토지오염이 디옥신에 대하여 정하여진 기준을 넘어서서 학문상의 관점에서 건강상의 위험, 특히 유아에 대하여 지속적으로 위험하다고 판단되는 경우에 대하여 경찰상의 위험을 인정하였는 바,<sup>24)</sup> 이는 매우 적절한 판단이라고 본다. 물론 개별사례에서 위험방지영역에 포함

22) Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 11. Aufl., 1993, S. 66 ; Knemeyer, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 5. Aufl., 1993, S. 46 f. ; 김남진, 『행정법Ⅱ』, 법문사, 1996, 257면; 서정범, “경찰권발동에 관한 연구”, 고려대 박사학위논문, 1992. 54면.

23) Seibert, *aa.O.*, S.666; OVG NW, Beschluß vom 10.1.1985, *NVwZ* 1985, 355.

24) VGH BaWü, Beschluß vom 14. 12. 1989, *NVwZ* 1990, 781 = *DÖV* 1990, 344.

되지 않는 “위험의 대비”의 경우는 구별에 어려움이 존재할 수 있다.

위험이나 행정청에 침해권한이 있는지 여부에 대한 판단기준은 물론 “사전적(ex ante)” 관점이다. 왜냐하면 위험에 대한 판단은 행정청이 처분을 위한 결정의 시점에 존재하는 “인식가능성의 범위안에서” 행할 수 있는 예측에 기인하기 때문이다.<sup>25)</sup> 일반경찰법상의 엄격한 사전적 예측은 최종적인 비용징수에 있어서 문제가 되는 경우 동요될 수 있다.

## (2) 위험의 혐의에 근거한 침해권능

Altlasten과 관련하여 위험이 있는지 여부를 판단함에 있어서 실무상 가장 문제되는 것은 행정청이 불확실한 상황에 대처해야 하는 “위험의 혐의(Gefahrensverdacht)”의 경우이다. 위험의 혐의란 어떤 상황을 합리적으로 판단할 때, 경찰이 위험의 존재를 인정하기 위한 기준점이 존재하지만 그와 동시에 위험의 존재에 대한 의문도 존재한다는 결론에 도달하는 경우, 즉 현재 상황이 앞으로 어떻게 전개될 것인지에 대한 不確實性이 존재하는 경우를 말한다.<sup>26)</sup>

Altlasten과 관련하여서는 환경이나 보건에 유해한 물질에 의한 토지나 지하수에 대한 오염가능성에 대한 징후나 현상이 있기는 하지만, 위험의 확인을 위하여 그 원인, 책임자, 위협받는 손해의 종류와 정도 및 가능한 필요한 개선조치에 대한 그 밖의 제반조사가 필요한 경우에 이러한 문제가 등장한다. 이러한 위험의 혐의라는 상황과 구별되는 것으로는 “誤想危險”과 “外觀上 危險”이 있다.<sup>27)</sup>

오상위험의 경우에는 행정청은 주관적으로 경찰상의 침해요건의 존재를 인정하고, 이를 인정함에 있어서 객관적으로 충분한 근거에 의하지 않는 경우이다. 이 경우 행정청은 착오로 의무를 위반한 것이 된다. 따라서 이 경우 위험방지를 위하여 행해진 조치는 위법이 된다.

외관상 위험의 경우도 객관적으로 손해라는 징표가 존재하지 않으나, 당해 공무원에 의하여 위험이 있다고 간주되고, 상당한 권한을 가진 전문적인 재판

25) Seibert, *aa.O.*, S. 667.

26) Götz, *aa.O.*, S. 70.

27) 그 밖에 위험의 종류로는 潛在的 危險(latente Gefahr, potentielle Gefahr)이 있는 바, 처음에는 전혀 위험하지 않던 상황이 事後에 外部的인 사정이 부가됨으로써 비로소 경찰상의 보호이익에 대한 구체적 危險으로 되는 경우를 潛在的 危險이라고 한다. 이에 관하여 자세한 내용은 서정범, 앞의 논문, 64면 이하 참조.

관의 입장에서도 위협의 요건이 존재한다고 판단되는 경우이다. 경찰상의 위협방지는 사실판단에 따라 사전적으로 이루어지기 때문에, 외관상 위협에 근거한 조치는 적법하다.

외관상 위협의 경우와는 달리 위협의 혐의의 경우에는 행정청은 사안자체나 앞으로의 사건의 진행 및 그에 따른 손해의 발생 등에 대한 그의 판단이 불완전할 수 있다는 것을 스스로 인식하고 있다.

판례는 일치하여 결과적으로 판단이 잘못된 위협의 혐의의 경우에도 이를 경찰법상의 위협으로서 인정하고 있다.

경찰상의 행위권한의 제한은 침해권한에 대한 구성요건의 면에서가 아니라 법효과면에 대하여 이루어진다. 위협의 혐의의 경우에 비례의 원칙에 의할 때 언제나 문제되는 행위의 중지 및 사안의 조사를 위한 임시적 조치, 즉 위협의 탐지를 위한 침해만이 이루어져야 한다.

개별적으로는 특히 위협탐지조치가 행정청에 의하여 행하여지고 경찰책임자에 의하여 순순히 수인되어야 하는지 여부 또는 행정청이 경찰책임자에게 그 밖의 사안에 대한 규명, 즉 전문가에의 의뢰나 조사의 실시 등과 같은 것을 행하여야 하는지 여부는 특히 분명하지 않다. 그 밖에 나중에 행정청에 의한 규명조치를 통하여 행정청이 판단했던 위협의 혐의가 있다고 입증된 경우에 그 최종적인 비용부담은 누가 하게 되는지의 문제도 분명하게 해결되고 있지 못하다. 이러한 문제에 대하여 사례유형별로 검토할 필요가 있으나, 이에 대하여는 생략하기로 한다.<sup>28)</sup>

### 3. 경찰책임

#### (1) 문제의 제기

Altlasten의 문제에 있어서 오랫동안 논란되어 온 것은 어떠한 기준에 의하여 경찰책임자를 정하는가 하는 문제이다. 예컨대, 쓰레기장소유자나 폐기물사업자 이외에 쓰레기유발자나 쓰레기조성자도 개선조치를 위한 책임을 지는가, 그리고 행정청이 행한 허가에 의거하여 영업활동을 해왔고 이러한 영업활동과 관련하여 Altlasten을 야기한 경우 허가의 합법성효과에 의하여 영업자는 경찰책임을 면할 수 있는가 등의 문제가 제기될 수 있다.

28) 이에 관하여 자세한 논의는 Seibert, *aa.O.*, S. 667 ff.

일반적으로 경찰책임자를 정함에 있어서 가장 중요한 기준은 “직접적인 원인야기”라는 관점이다.<sup>29)</sup> 직접성이라는 개념의 불확정성은 이미 Nipperdey가 재치있게 지적하였듯이<sup>30)</sup> 손해배상법, 공용침해법, 경찰법 등에서 도그마상, 그리고 사실상 당혹스러운 개념의 일 형태로서 등장하고 있고, 따라서 동 개념이 무엇을 의미하는지에 대하여는 학설이나 판례에서 상당한 논란이 되고 있다.<sup>31)</sup> 다만 일반적으로 “최종적인, 위험의 한계를 넘어서는 원인”을 구별기준으로 삼고 있는 직접성이론은 행위의 기여도에 대한 평가적인 판단과 의무위반과 위험책임을 포함시켜야 한다는 점을 인정하고 있다.

## (2) 행위책임자로서의 쓰레기발생자

독일 판례를 보면, Hamburg의 Georgswerde 쓰레기처리장의 재건조치(Sanierung)와 관련하여 대규모 화학공장에서 쓰레기를 발생케 하는 자도 경찰책임자로서 Altlasten을 제거하는 조치에 대한 규정이 준용될 수 있는지 여부가 논의된 바 있다.<sup>32)</sup> 위험을 제거할 수 있는 처리시설이 확보되지 않은 경우에는 이미 위험을 야기하는 쓰레기의 발생이 위험의 한계를 넘어서고 있다고 인정할 수 있다. 쓰레기발생에 의하여 야기되는 위험이 나중에 쓰레기의 축적에 의하여 구체적인 위험으로서 현실화되는 경우에는 이는 쓰레기발생자의 책임의 영역에서 고려될 수 있다. 물론 안전한 처리가 가능한 시점까지 위험을 피할 수 있는 중간처리가 가능한 경우에는 책임이 고려되지 않을 수 있다.

## (3) 청구의 전제요건으로서의 위험의 예견이 필요한지의 여부

Papier는 최근에 원인야기의 시점까지 행위의 위험성이 인식될 수 없는 경우에는 장해의 원인야기자는 경찰법상으로 책임을 지지 않는다는 입장을 표명하였다.<sup>33)</sup> 그러나 판례<sup>34)</sup>와 다수설<sup>35)</sup>은 이러한 입장에 따르지 않고 있다. 경찰의무는 경찰책임과 관련하여 고의, 형사상의 책임능력, 불법행위능력, 행

29) Götz, *aa.O.*, S. 105 ff.; OVG Hamburg, Urteil vom 27. 4. 1983, *DÖV* 1983, 1016.

30) Nipperdey, *NJW* 1967, S. 1990 .

31) 법개념으로서의 “직접성”의 의미에 대하여 자세한 내용은 Weyers, *JZ* 1991. S. 999. Götz, *aa.O.*, S. 105 ff.

32) VG Hamburg, Urteil vom 24. 1. 1991.

33) Papier, *Altlasten und polizeiliche Störerhaftung*, 1985, S. 35 ff.

34) Beschluß vom 14. 12. 1989, *NVwZ* 1990, 781.

35) Seibert, *aa.O.*, S. 670.

위능력, 책임, 착오 등과 관련이 없으며, 더욱이 행위에 의하여 예상되는 위험(Risiko)에 대한 인식이나 인식가능성을 요건으로 하지도 않는다. 경찰법상의 일반상태에 의하면, 경찰책임자는 발생한 손해의 제거와 관련해서도 인식상태의 변화에 따른 위험을 전적으로 부담한다는 점이 하나의 특징이다.<sup>36)</sup> 이는 행위의 잠재적 위험이 인식될 수 있는 경우에 적용되며, 이는 Altlasten 사례에 있어서 대체로 그러하다.

#### (4) 허가의 합법성효과

Altlasten에 의한 경찰위반상태가 유효한 허가에 의거한 사업활동에 기인하는 경우에는 경찰법 또는 질서법상의 책임이 없어지는지 여부가 매우 어려운 문제로 등장한다. 일부학설에서는 허가를 받고 행하는 사업자의 각종조치는 경찰책임을 배제시키는 포괄적인 합법성효과를 가진다고 주장하고 있다.<sup>37)</sup> 이에 대하여 반대의 입장에 의하면, 어떤 시설을 통한 활동이 경찰책임을 지는 경우나 환경에 유해한 영향을 미치는 경우까지 허가에 의하여 그 합법성이 담보되는 것은 아니라고 하고 있다.<sup>38)</sup> 오히려 유해성이 발생하지 않도록 적정한 시설을 갖추어 사업활동을 하는 일정한 부담하의 권리가 허가에 의하여 부여된다는 점을 강조하고 있다. 즉, 허가가 위험야기에 대한 책임의 일괄적인 면제를 의미하지도 않으며, 허가에 의하여 모든 것에 합법성효과가 부여되는 것도 아니라는 것이다. 원인야기자에게 위험에 따른 책임을 부여할 것인지 여부는 허가를 행하는 시점에서의 위험상태에 대한 인식가능성에 따라서 그리고 개별 법규정의 내용에 따라서 구체적으로 판단하여야 할 것이다.<sup>39)</sup>

허가를 받아 시설을 이용한 결과로 인한 경찰책임과 관련한 독일 판례의 입장은 명확하지 않으며 그 수 또한 매우 제한적이다. 그러나 장애의 이용과 관련한 조치, 즉 시설이나 영업활동에 대한 사후적인 요청과 관련한 판례는 그렇지 않다. 이러한 판례에 대하여 면밀하게 살펴보면 법원은 철저히 허가에

36) Kloepfer, NuR 1987, S. 7 ; Seibert, *aa.O.*, S. 670.

37) Papier, *Altlasten und polizeiliche Störerhaftung*, 1985, S. 24 ff.; ders., *DVBl.* 1985, S. 873(875); Martens, *DVBl.* 1981, S. 597.

38) Ladeur, "Öffentliche- rechtliche Haftung für Altlasten - retrospektive Zurechnung unerkannter Risiken?", *UPR* 1995, S. 1 (3); Seibert, *aa.O.*, S. 670 ; Brandt/Lange, *UPR* 1987, S. 11.

39) Schrader, *Altlastensanierung und Verursacherprinzip*, 1988, S. 139 ff. Peine, *JZ* 1990, S. 201.



근거한 책임의 면제를 부인하고 있다는 점을 발견할 수 있다. 따라서 독일의 판례입장은 해석론상 허가의 규율내용은 오히려 제한적으로 해석되어야 한다는 점에서 경찰책임과 관련한 허가의 의미는 축소되어야 한다는 것으로 볼 수 있다.

도그마적으로 소위 합법화효과는 허가의 구속력에 대한 구체적인 묘사일 뿐이다. 이는 행정행위의 효력발생과 함께 발생하는 구속력이며<sup>40)</sup> 행정행위에 의한 규율은 일련의 행정절차에서 하나의 기준으로 작용하여야 한다는 것을 의미한다. 모든 행정행위에 내재하는 구속력은 당해 행정청뿐 아니라, 모든 타행정청에 대하여도 발생한다.

여기에서는 이러한 허가가 지니는 구속력으로 인하여 행정청이 시설소유자 등을 경찰책임자로서 조치하는 것이 불가능한지 여부를 살펴보기로 한다. 이 경우 경찰책임자로서 조치할 수 있는지 여부는 규율내용에 의하여 정해지는 허가의 구속력의 객관적인 범위가 어떠한가에 의하여 결정적으로 좌우된다. 규율내용은 구속력의 범위와 한계에 있어서 가장 중심적인 변수이다.<sup>41)</sup> 특히 허가의 경우에는 무엇이 구속적인 결정요소이고 무엇이 단지 비구속적인 요소 인지를 확정하는 것이 매우 어렵다. 이에 필요한 해석을 위하여는 전체 결정 내용의 취지, 즉 결정의 상대방의 견지에서 본 객관적인 의사표시가 기준이 된다.<sup>42)</sup> 그 밖에 해석상 도움을 위하여는 공식적인 구별기준이외에도 신청의 원인, 규범적인 요청 및 각 허가절차의 의의와 목적 등도 그 기준이 되며, 그 밖에 사인과 국가사이의 위험분담에 근거한 가치평가 또한 기준이 된다.

예컨대, 영업허가를 받은 자는 그 영업활동에 의하여 야기되는 결과가 허가를 받을 당시에 이미 인식할 수 있었거나 인식한 범위 내에서는 경찰법상의 책임을 지지 않는다. 왜냐하면, 이는 허가를 받을 당시에 그 허가의 내용범주 내에서 이미 승인되었고 감수된 사항이기 때문이다.

그 밖에 위험이 허가를 받아 행한 어떤 활동의 필연적 결과로서 발생한 것인지 여부가 심사되어야 한다. 예컨대, 목재처리업에 대한 허가에 의하여 목재찌꺼기가 쌓이도록 하는 것까지 허용되지는 않으며, 도축업에 대한 영업허가에 의하여 영업활동에 의하여 발생하는 폐기물의 임의적인 방치가 허용되는

40) 김남진, 『행정행위의 효력과 구속력, 행정법의 기본문제』, 1996, 256면 참조.

41) Seibert, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten*, 1989, S. 322 ff.

42) Seibert, "Altlasten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung", *DVBl.* 1992, S. 671.

것도 아니다.

### (5) 상태책임의 제한

Altlasten에 대하여 책임이 없는 토지소유자에 대하여 제한없이 경찰상의 상태책임을 묻는 것에 대하여는 확실히 상당한 비판을 받고 있다. 이미 몇가지 판례에서 밝혀졌듯이 장해나 위험상태가 “일반의 위험(Risiko)영역에 속하고”, 재산권자나 사실상의 점유자는 순수한 “희생적인 입장에 놓여져 있으며”, 오로지 그에게는 “사적인 이용이 방해받는 상태가 존재하는 경우”에는 상태책임을 제한하는 것이 긍정된다.<sup>43)</sup> 따라서 Altlasten의 경우에 있어서 재산권자나 사실상의 점유자가 토지오염을 야기하지도 않았고 묵인하거나 인식하지도 못한 경우에는 경찰상의 상태책임이 제한된다. 상태책임의 범위는 수인의무가 있는 경우에 국한되어야 하며, 이 경우 이외에는 재산권자의 위험방지비용부담의무가 면제된다.<sup>44)</sup> 이러한 견해는 이제는 헝켈 폐기물법 제21조제1항제1문제5호에 의하여 법률상의 규율로 이루어져 있는 바, 그에 따르면 발생한 오염에 대하여 취득시 인식하지 못했거나 인식할 수 없었던 토지소유자는 이에 대한 오염제거책임이 면제된다고 규정하고 있다.

이에 반하여 독일의 판례는 지금까지 모든 문헌상의 비판에 대하여 이의를 제기하고 무제한적인 경찰상의 상태책임을 광범위하게 고집하고 있다.<sup>45)</sup> 다만 예외적으로 위험이 전쟁이나 천재지변에 기인하는 경우에 있어서 경제적인 급부능력이 없는 경우에는 상태책임의 제한이 고려되고 있다.<sup>46)</sup> 드물게 선택재량의 제한이 고려되기도 하지만, 원인불명의 또는 매우 오래된 원인의 경우에는 그러하지 아니하다. 토지소유자가 재산권의 취득시 물건의 질서위반상태를 알았거나 또는 최소한 그러한 상태의 존재를 추측할 수 있는 사실을 알았던 경우에는 상태책임의 제한이 고려되지 않는다는 연방행정법원의 견해가 전폭적으로 지지되고 있다.<sup>47)</sup>

43) Sparwasser/Geißler, “Grenzen der Zustandsstörerhaftung am Beispiel des Altlastenrechts”, *DVBl.* 1995, S. 1317; BVerwG, Urteil vom 14. 12. 1990, *DVBl.* 1991, 406.

44) Oerder, “Altlasten in der anwaltlichen Praxis”, *DVBl.* 1992, S. 691(694).

45) Bay VGH, Beschluß vom 13. 5. 1986, *NVwZ* 1986, 942.

46) BVerwGE 10, 282.

47) BVerwG, Beschluß vom 14. 12. 1990, *NVwZ* 1991, 475.

#### (6) 다수의 경찰책임자가 있는 경우

Altlasten의 경우, 특히 폐기물매립의 경우에 다수의 경찰책임자의 각각 독립된 행위에 의하여 전체적으로 위험이 야기되는 것이며, 따라서 각각의 독립적인 원인행위 그 자체가 이미 부분적으로 위험을 야기하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 사례의 경우에 개별 경찰책임자는 전체의 위험상태나 손해상태에 대한 제거책임이 있는지 아니면 단지 그가 발생시킨 원인부분에 대하여만 제거책임이 있는지 여부, 원인부분에 대하여 정확히 파악할 수 없는 경우에 경찰책임자로서의 책임이 소멸하는지 여부의 문제가 제기된다. 각 경찰책임자의 원인부분이 확정되고 그에 따라 그 부분에 대하여 원인이 제거될 수 있는 경우에는 전적으로 비례에 따른 책임이 고려될 수 있다. 이러한 경우에는 각 경찰책임자가 다른 경찰책임자의 원인부분에 대하여 공동책임을 질 이유가 없다.<sup>48)</sup>

이에 반하여 원인부분이 불가분적으로 서로 결합되어 있고 공동의 Altlasten으로 된 경우에는 공동책임을 고려될 수 있다. 이 경우에 각 경찰책임자는 일종의 위험공동체에 속하게 되며 전체적인 장애의 제거에 대한 공동책임을 지게 된다. 이를 따르지 않는 경우 정확한 원인부분에 대한 불확실성으로 인하여 완전한 책임면제가 되는 것이 아니라 책임부분에 대한 평가를 하게 된다.<sup>49)</sup>

다수의 경찰책임자 중 누구에게 경찰조치를 할 것인지의 선택에 있어서 신속하고 효과적인 “위험방지의 효율성”이라는 관점에 따른 행정청의 광범위한 선택재량이 인정된다.<sup>50)</sup> 효과적인 위험방지는 특히 최종적으로 급부를 이행할 능력이 있는 자에 대하여 조치함으로써 이루어질 수 있다. 원인야기나 책임의 중대성에 기인한 “행위책임자는 상태책임자를 우선한다”는 원칙은 결코 제한없이 적용되어서는 안된다. 그러나 행위책임자가 명백하게 확정되지 않거나 급부능력이 없는 경우 또는 행위책임자에게 조치를 취할 수 없는 경우 또는 민법상의 최종책임이 행위책임자에서 상태책임자로 이전된 경우에는 상태책임자에 대하여 우선적으로 조치하여야 한다.<sup>51)</sup>

48) Seibert, *aa.O.*, S. 672.

49) OVG Hamburg, Urteil vom 27. 4. 1983, *DÖV* 1983, 1016.

50) Götz, *aa.O.*, S. 122.

51) Seibert, *aa.O.*, S. 673.

## V. Altlasten에 의하여 야기된 손해에 대한 국가배상

### 1. 문제의 제기

Altlasten에 의하여 야기된 손해에 대한 국가배상의 문제는 아직까지 우리나라에서는 크게 법학적 관심의 대상이 되고 있지 못하며, 독일에서도 Bielefeld-Brake 사건을 통하여 비로소 이 문제가 부각되기 시작하였다. 1985년에 Bielefeld 주법원은 지방자치단체의 계획주체에게 주택거주자에 대하여 국가배상을 인정하였는 바, 그 이유는 시가 특정토지에 대하여 산업폐기물처리장을 설치할 계획을 세우면서 가스로부터 안전한지에 대한 충분한 고려를 하지 않았고 폐기물에 대한 불완전한 매립에 의하여 그 주변지역 주택거주자의 건강에 대한 위험을 야기하였기 때문이었다.<sup>52)</sup> 동 판결은 상급판결과 1989년 1월 26일의 독일연방최고법원(BGH)판결<sup>53)</sup>에 의하여 확정되었다. 동 판결은 지방자치단체에 엄청난 불안을 야기하고 “파괴적인 영향력”을 미쳐서 지방자치단체의 계획활동을 크게 위축하게 되었다. 그러나 그 이후 동 판례의 방향은 줄어들었고, 독일연방최고법원의 판례도 애초의 Bielefeld-Brake판결과와는 다른 입장으로 계속 발전되었다. 이와 같이 비록 이후의 판례의 수가 그리 많지는 않지만, Altlasten에 대한 국가배상책임문제에 대한 학설이나 판례의 입장을 정리하기에 불충분한 것도 아니다.<sup>54)</sup>

Altlasten에 대한 국가배상책임의 문제는 지방자치단체가 도시계획을 Altlasten 대상토지가 있는 지역에 대하여 수립하여 시행하였고 토지소유자나 취득자가 당해 지역내의 토지의 안전함과 계획을 신뢰하여 상당한 투자를 그 지역에 한 경우에 있어서 주로 나타난다.

이 경우 Altlasten에 대한 국가배상책임의 문제와 관련한 법적인 쟁점은 크게 다음과 같은 네가지로 요약할 수 있다.

첫째, 어떠한 경우에 Altlasten지역에 대한 계획설정이 국가배상법상의 직

52) LG Bielefeld, versR 1987, S. 625 = DWW 1985, S. 318.

53) BGHZ 106,323 = JZ 1989, S. 1122.

54) Reh binder, “Altlasten: Amtshaftung für fehlerhafte Bauleitplanung”, *JuS* 1989, S. 885; Schink, “Amtshaftung bei der Bebauung von Altlasten?”, *DÖV* 1988, S. 529; Raeschke-Kessler, “Amtshaftungen und vertragliche Haftung bei Altlasten”, *DVBt.* 1992, S. 683; Ossenbühl, “Staatshaftung für Altlasten”, *DÖV* 1992, S. 761 ff.

무위반이 되는가?

둘째, 어느 범위까지 그러한 직무위반에 대하여 제3자관련성이 미치는가?

셋째, 손해를 입은 이용자나 재산권자에 대하여 공동책임을 물을 수 있는가, 그리고 있다면 어느정도의 범위에서 물을 수 있는가?

넷째, Altlasten에 대한 국가배상책임에 있어서 어떠한 손해가 고려될 수 있는가?

이 가운데 본 논문에서는 주로 직무위반 및 제3자관련성에 대한 독일에서의 논의를 중심으로 하여 살펴보기로 한다.

## 2. 직무위반(Amtsverletzung)

우리나라 국가배상법 제2조상의 공무원개인의 불법행위책임의 요건의 하나인 “직무행위의 위법성”에 상응하는 것은 독일 국가책임법체계상으로는 제3자에 대한 “직무의무의 위반”이다. Altlasten과 관련하여 어떠한 기준에 따라 직무의무위반이 인정되는지 알아보기 위하여 우선 독일연방최고법원의 Bielefeld-Brake 사건 이전의 판결에 대하여 언급하기로 한다.

이러한 최초의 기본판결로서 평가할 만한 1989년 판결에 의하면,<sup>55)</sup> 원고는 주택건설회사로부터 토지를 구입하여 1981년에 그 위에 집을 지었다. 지은 지 3년 후 이 집은 1977년에 매립이 끝난 쓰레기장위에 지어져서 건강상의 위험 때문에 여기에 더 이상 살 수 없다는 것이 판명되었다. 토지를 판 주택건설회사가 영업정지처분을 받고 있었기 때문에 원고는 시에 대하여 집값 하락으로 인한 손해배상을 청구하였다. 도시계획을 확정함에 있어서 시는 쓰레기장을 시가 스스로 관리하였음에도 불구하고 보건상의 위험이 있는지 여부를 판단하기 위한 토지에 대한 구체적인 조사를 하지 않았다. 또한 이미 1969년에 장관고시에 의하여 이러한 종류의 계획시에 보다 고양된 주의의무를 정하였으며, 이에 의하여 건설계획업무에 있어서 시의 직무의무위반뿐 아니라 수임인인 주택건설회사의 과실행위도 긍정되게 되었다.

직무의무위반의 근거는 건설법전 제1조제5항제1호에 대하여 해석한 연방최고법원의 판결에서 찾아볼 수 있다. 이에 따르면 건설기본계획책정에 있어서 “쾌적한 주거 및 근로관계와 주민 및 근로자의 안전에 대한 일반적 요청”을 고려하여야 한다. 이러한 건설법전상의 계획지침에 의할 경우 공업지구는 곧바

55) BGHZ 106, 323 = JZ 1989, S. 1122.

로 전용주거지구로 용도변경이 되어서는 안된다. 오히려 개별사례에서 계획지구의 토지자체에서 발생하는 유해환경요인과 위협으로부터 주민을 어떻게 보호할 것인가가 심사되어야 한다. 지방자치단체는 원칙적으로 지방자치단체가 도시계획에 대한 확정안을 고시한 시점에서의 위험요소만을 고려하여야 한다. 이 경우에 “Altlasten에 대한 혐의”가 가장 중요한 판단기준이 된다. “Altlasten에 대한 혐의”가 이유있다고 판단되는 경우에 이에 따른 지방자치단체의 심사의무가 발생한다. 이 경우에 Altlasten의 혐의가 있는 토지에 의하여 위험이 야기되었는지 여부 및 그 범위도 심사되어야 한다.<sup>56)</sup>

결론적으로 도시계획이 일반경찰법상의 위험을 야기하여서는 안되며, 더군다나 유해한 환경영향을 야기하여서도, 계획지구내의 주민에 대한 현저한 불이익을 야기하여서도 안된다. 이러한 형량명령의 요청을 충족시키지 못하는 도시계획은 전체적으로 결국 하자있는 계획이 된다. 건강 및 안전에 대한 주민의 이익을 형량에 포함시키지 않은 계획주체는 직무의무를 위반한 것으로 되며, 국가배상법상의 개념으로는 직무위반을 구성한다.<sup>57)</sup>

### 3. 직무의무의 제3자관련성

국가배상법상의 배상요건의 하나로서 “타인에 대한 손해의 발생”이 요구되는 바, 이에 상응하는 독일 국가책임법상의 요건이 직무의무의 “제3자관련성”이다. 이러한 직무의무의 제3자관련성은 Altlasten에 대한 국가배상청구권에 있어서 가장 어려운 영역을 형성하는 문제이며, 여기서 언급할 독일의 판례에서도 새로이 제기되고 있는 문제이다.<sup>58)</sup> 국가배상은 제3자관련조항에 근거하여 위반된 직무의무가 “피손해인에 대하여도” 성립되는 경우에만 인정된다.

독일 국가책임법상의 제3자관련조항은 인적인 면과 물적인 요소로 구성된다. 인적인 면에서는 제3자보호를 위하여 어떠한 인적인 범위가 직무의무의 대상에 포함되어야 하는가의 문제가 제기되며, 물적인 관점에서는 제3자보호의 내용적 범위, 즉 제3자의 어떠한 법익이 원칙적으로 보호영역에 포함되고 어떠한 법익이 보호영역밖에 머물고 따라서 국가배상청구권의 범위에서 제외되는가의 문제가 제기된다.

56) Ossenbühl, “Staatshaftung für Altlasten”, DÖV 1992, S. 764.

57) Rehlinger, JuS 1989, S. 886.

58) 이에 대한 자세한 내용은 Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., 1991, S. 46ff.

우선 보호되는 제3자의 인적 범위의 구별을 위하여 연방최고법원은 직무책임의 범위내에 광범위하게 행정법원의 판례를 지침으로 삼았다. 행정법원은 제3자보호의 문제를 우선 고권적 결정에 대한 원고적격과 관련하여 논의하였다.<sup>59)</sup> 관계인이 직접적으로 고권적 조치의 상대방이 아닌 경우에는 그에 대하여 원고적격은 위반된 범규범이 일반의 이익뿐 아니라 관계인의 개별이익도 추구하고 보호하는 경우에만 인정된다.

이에 따라서 독일연방최고법원은 건설법전 제1조 5항상의 각목에 구체화된 계획지침에서 단지 쾌적한 주거 및 근로관계에 대한 일반적 요청과 주민과 근로자의 안전과 관련한 지침만이 제3자보호를 승인하고 있다고 보고 있다.<sup>60)</sup> 이는 이러한 건강과 안전을 지향하는 계획지침만이 도시계획과 이해관계있는 자의 이익도 보호하고 있다는 것을 의미한다. 따라서 그 밖의 계획지침의 경우에는 그것이 단지 공익만을 보호하고 있다고 보아야 한다. 주민의 건강과 안전과 관련한 계획지침에 의한 특별한 제3자보호는 이러한 보다 높은 차원의 법익을 위하여 인정되는 것이다. 즉, 애초부터 국가책임을 제한하는 언급된 계획기준상의 보호목적은 거주할 수 없는 주택의 건설에 의하여 발생하는 건강상의 위험을 제거하는 것을 지향하고 있다.<sup>61)</sup>

이러한 방식으로 보호되는 제3자의 범위를 제한하기 위하여 우선 계획기준에 의하여 보호되는 인적 범위는 특정되어야 하며, 일반인과 구별될 수 있어야 한다는 점이 강조된다.<sup>62)</sup> 도시계획의 발령에 의하여 보호되는 인적 범위는 일정한 개별화할 수 있는 인적 집단, 즉 모든 토지소유자이다. 이러한 잠재적인 피손해인인, 보호되는 자의 범위는 특정되고 개별화할 수 있어야 한다. 왜냐하면, 계획상의 지침은 특정대상을 상대로 하는 것이기 때문이다. 일정한 토지에의 관련성으로 인하여 토지소유자와 이용권자의 수는 언제나 동일하다. 보호받는 자의 범위에 대한 예상치 않은 확대는 허용되어서는 안된다.<sup>63)</sup>

보호받는 제3자의 범위의 확정은 “위협받는 건강상의 위험과 손해사이의 관련성”이라는 관점에서든 문제가 된다. 어떤 자가 유해물질에 영향을 받는 토

59) BVerwGE 52, 122; 이러한 원칙의 수정판결로는 BVerwGE JZ 1988, S. 404. 참조.

60) BGHZ 109, 380.

61) Ossenbühl, “Staatshaftung für Altlasten”, DÖV 1992, S. 765.

62) BGHZ 108, 224.

63) Schink, *aa.O.*, S. 536.

지위에 살고 있는 경우, 건강상의 위험이 발생한 자만이 보호받고 따라서 “제3자”이다. 이 경우에 건강상의 위험과 거주와의 사이에 “직접적인 관련성”이 문제가 된다. 주거가능성은 건강상의 위험으로 인하여 상실되어야 한다. 이러한 관점에서 어쨌든 유해물질에 의한 영향에 의하여 토지를 못쓰게 된 자만이 보호받는 제3자에 속한다.<sup>64)</sup>

결국 주거의 질의 손실에 따라서 그리고 그에 의한 가치하락으로 실질적인 안전의 근거를 박탈당한 투자자는 보호받는 제3자에 속하지 않는다. 이러한 한도내에서 피손해인을 보호받는 제3자의 범위에 귀속시킬 수 있는, 직무의무를 가진 계획자와 피손해인사이에 존재하여야 하는 “특별한 관계”가 존재하지 않는다. 발생한 손해에 대하여는 “건강상의 위험에 대한 직접적인 관련성”을 입증하여야 한다.<sup>65)</sup>

건강상의 위험에 의하여 야기된 손해로서의 “주거관련성”은 엄격하게 보면 건물의 설치이후에만 나타날 수 있다. 그 이전에 존재하는 것은 실현되지 않은 건강상 위험에 따른 토지의 가격하락이다. 이러한 경우에 대하여도 국가배상청구권을 인정하자는 자는 보호영역을 재산보호에까지 확대하는 것이며, 이는 토지투기자를 확실하게 구분하는 데 어려움이 있게 된다.<sup>66)</sup>

결국 지금까지의 논의에 따르면 직무의무의 “제3자관련성”이라는 구성요건적 징표에 따라서 보호되는 제3자의 범위는 토지소유자, 최초취득자 및 건축업자 등이다.

또다른 문제점은 토지소유자에게 건축허가가 행해졌고 이에 따라 건축이 이루어졌으나, 이후에 행정청이나 법원에 의한 제3자취소소송에 의하여 건축허가가 취소된 경우이다. 이러한 경우에 위법하다고 판명된 건축허가가 단어의 순수한 어의에서 토지소유자에게 “집을 지어도 된다”는 고권적 신뢰요건을 제공한 것인지 여부의 문제, 즉 국가배상청구권의 구성요건구조에 있어서 잘못된 신뢰를 어떻게 처리할 것인가라는 체계적인 문제가 등장한다. 독일연방최고법원의 판례에 의하면 이는 두 가지 영역에서 나타나는 바, 첫째는 행정청에 의한 신뢰요건은 직무의무위반의 영역에서 판단하는 것이며, 둘째는 이에 반하여 행위자가 인식하고 있었던 경우에 독일민법전 제254조에 의한 공동불

---

64) Ossenbühl, *aa.O.*, S. 765.

65) BGHZ 113, 367.

66) Ossenbühl, *aa.O.*, S. 765.



법행위책임을 묻는 것이다.<sup>67)</sup>

즉, 허가청이 위법한 건축허가를 발한 경우 이는 원칙적으로 행정행위의 발급에 의하여 관계인의 신뢰와 연결시킬 수 있는 구성요건을 제공한 것이다. 달리 말하면, 위법한 건축허가의 발급과 함께 건축행정청의 당해 공무원은 직무의무를 위반한 것이 확정된다. 그러나 이러한 직무의무위반에 있어서 행위자의 공동불법행위책임을 극단적인 경우에 있어서도 제3자와 관련된 직무의무의 면제를 가져오는 것이 아니라, 오히려 공동불법행위책임을 대한 고려만 이루어지며, 이 경우에 공동불법행위의 정도에 따라 국가배상청구권이 배제될 수도 있다. 이러한 두 가지 구성요건영역의 구분은 개별사례의 상황에 대한 적당한 고려에 있어서 원인자와 책임자의 지분을 행정청과 행위자의 양측에서 적정하게 부담시킬 수 있다는 장점이 있다.<sup>68)</sup>

이러한 그 자체 명확하고 구체적인 체계는 그러나 Altlasten사례에 대한 판례에서는 포기되었다.

1991년 12월 5일의 판결에 의하면, 원고는 지방자치단체가 가족용 주택을 건설할 토지를 조례로서 발하여 이를 매입하였다. 건설법전 제34조4항3호에 의하면, 지방자치단체는 조례로서 개발유보지역토지를 완화하여 건축지구로 포함시킬 수 있다. 이에 포함된 토지는 산의 경사면에 위치하고 있었고, 일부는 40%이상의 경사면에 있었다. 이러한 위치에 있는 토지에는 사람이 있어서 토사가 떨어지고 쌓였다. 취득한 토지는 이러한 토사로 인한 산사태위험이 있었고 따라서 가족용 주택을 건축하기에는 부적당하였다. 그리고 원고에게 나중에도 건축허가자체가 발급되지 않았다. 판결확인에 따르면, 구체적인 사례에서 지형적인 관계에서 나타나는 위험은 원고뿐 아니라 조례를 발한 지방자치단체도 “당장 인식할 수 있는” 것이었다.

이 사건에서 독일연방최고법원은 직무의무의 “제3자관련성”이 존재하지 않는다는 이유로 국가배상청구권을 인정하지 않았다. 그 이유는 원고가 스스로 판단하여도 취득한 토지위에 집을 지을 수 없다는 점을 알 수 있기 때문이라는 것이다. 즉, 독일연방최고법원은 행위자와 지방자치단체사이의 책임영역을 구분하는 결정적인 기준으로서 발생된 위험에 대한 “예견가능성과 지배가능성”을 제시하였다. 관계 재산권자가 예견할 수 없고 지배할 수 없는 그러한 위험

67) BGH, *NJW* 1975, S. 1968 ; *NJW* 1985, S. 265.

68) BGH, *NJW* 1985, S. 265.

에 대하여만 책임을 지지 않으며, 위험이 예견되고 인식할 수 있다면 이는 그의 책임에 속하며, 이 경우에는 지방자치단체의 직무의무위반은 인정되지 않는다고 한다.<sup>69)</sup>

그러나 독일연방최고법원이 행위자의 행위에 대한 인식을 이와 같이 객관적인 직무의무위반의 면에서 고려한 것은 비판의 대상이 되고 있다. 제3자관련성과 마찬가지로 직무의무위반은 객관적인 구성요건징표이다. 직무의무의 서술을 위하여 어떠한 의미에서 행위자의 주관적인 면에 기대는 것이 필요할지는 모른다. 예컨대, 지방자치단체가 인식했거나 인식했어야 하는 그러한 위험요소만을 고려하도록 의무지워진 것이 그러하다. 이러한 범위내에서 계획하지는 비난가능성이라는 관점에서 그리고 주관적 요소의 관점에서 이미 직무의무위반의 주관적인 면에 고려되어 있다.<sup>70)</sup>

그러나 이는 결코 법체계적으로 책임요소에 귀속시킬 수 있는 행위자의 행위와 인식에 대하여 적용될 수는 없다. 토지규제완화조례나 그 밖의 고권행위가 일정한 인적 집단에 대하여 전형적으로 제3자보호를 의미하고 따라서 이와 관련한 직무의무위반의 제3자관련성을 근거지워주는지 여부는 일반적으로 판단하여야 하며, 구체적 개별적으로 특별한 사례에 해당하는 문제는 아니다. 행위자의 고의나 과실은 이미 직무의무위반의 경우에서 구성요건적으로 처리된 경우 전혀 고려될 필요가 없으며, 제3자와 관련한 직무의무는 소멸한다. 이는 언급된 신뢰요건이 문제된 경우에 “책임귀속의 분배”가 결코 정당하게 이루어질 수 없다는 것을 의미한다. 따라서 정당한 방법은 그 때문에 책임의 분배는 책임 및 공동책임과 관련하여 고려되어야 한다. 이러한 책임요건의 단계에서 정당한 결정이 이루어질 수 있다.

위법하게 발해진 건축결정에 대한 신뢰보호와 관련한 독일연방최고법원의 지금까지의 판결은 전적으로 이러한 기준에 따른 것이다. 그리고 관련된 Osnabrück판결에서도 행위자의 “고의”는 명시적으로 독일 민법전 제254조에 따라 공동책임의 “단계”에서 판단되었으며,<sup>71)</sup> 이러한 기준은 독일연방최고법원에 의하여 계속 고집되었다.

---

69) BGH, Urteil vom 5. 12. 1991.

70) Ossenbühl, *aa.O.*, S. 767.

71) BGHZ 108, 224.

## VI. 맺음말

지금까지 살펴본 것처럼 노후하여 폐기된 산업시설에 의한 주변토지나 지하수에 대한 오염은 장기간에 걸쳐 이루어진 것이므로 오염의 정도가 심각할 뿐 아니라 법적으로도 이에 대한 경찰상의 책임을 어떻게 정할 것인가, 이러한 지역에 대한 투자 등으로 인한 피해에 대하여 국가배상책임을 인정할 수 있는가 등 분쟁의 소지가 있는 많은 문제가 제기되고 있다. 그러나 아직까지 이에 대한 입법은 물론 학문적 논의도 미진하여 구체적인 분쟁이 있는 경우에 이를 해결하는 데 상당한 어려움이 예상된다. 따라서 본 논문은 이러한 문제에 대하여 독일에서의 논의를 중심으로 간략하게 그 법적인 문제점을 살펴보았다.

이는 결국 환경관련법의 입법적인 정비를 통하여 해결할 수 있는 문제이지만, 그와 아울러 경찰법적 이론의 발전을 통하여도 어느 정도 해결할 수 있는 문제이기도 하다. 따라서 앞으로 이러한 문제에 대한 보다 깊이 있는 논의의 전개를 기대해 본다.