

현대 환경형법에 있어 보편적 법익보호의 정당성에 관한 고찰

김재윤*

< 차례 >

- I. 머리말
- II. 법익개념의 재조명
- III. 보편적 법익보호로서 생태적 법익보호의 정당성
- IV. 맺음말

I. 머리말

근대형법은 법익개념을 통해 형법의 임무를 법익보호에 국한하고자 했다. 그러나 현대 형법은 급속한 과학기술문명의 발전의 역기능으로 발생한 새로운 대량위험(대표적인 예로 핵, 화학, 생태적 및 유전공학적 위험)을 효과적으로 예방하거나 차단하기 위한 수단으로 법익기능을 보다 적극적으로 이해하고 새로운 종류의 보편적 법익을 창설하고자 하는 경향을 보이고 있다. 즉 근대형법에서 법익개념은 소극적 측면에서 형법을 제한하는 기준 내지 비범죄화의 기준으로서 출발하였으나, 현대형법에서는 적극적 측면에서 형법의 정당성을 근거짓는 기준으로서, 나아가 가벌성의 확대를 위해서도 법익보호의 원칙이 이용되고 있다¹⁾.

특히 현대형법의 대표적인 영역이라고 할 수 있는 환경형법에서 이러한 경향이 두드러지게 나타나고 있다. 즉 환경형법의 체계 하에서 지금까지 시민의 자유에 지향된 개인적 법익(예컨대 생명, 신체의 완전성 및 재산) 이외에 개인적 법익의 유지를 위한 전제조건으로서 인정된 보편적 법익(예컨대 환경과 그 구성인자)이 새롭게 등장하고 있다. 그러나 이러한 보편적 법익의 확대수용은 특히 모호하고 광범위한 개념구성으로 인해 형사입법의

* 건국대학교 법과대학 강사, 법학박사.

1) Pritwitz, Funktionalisierung des Strafrechts, StV 1991, 435, 438면.

비판원칙으로서의 형법의 법익보호원칙을 무력화시키며, 또한 형법의 보충성 및 명확성의 원칙을 침해하는 결과를 초래한다는 비판이 제기되고 있는 것도 사실이다²⁾. 특히 환경형법의 영역에서 형사입법자에 의해 모호하고 광범위하게 규정된 보호법익과 관련해서 법익개념을 새롭게 정의할 필요성이 제기되고 있으며, 또한 보편적 법익보호로서 생태적 법익보호의 정당성이 문제시되고 있다.

따라서 이하에서는 우선 법익개념을 간략히 재조명하고(II), 환경형법상의 보호법익을 인간의 생명, 건강 또는 재산과 같은 전통적인 개인적 법익들에서 구하고자 하는 인격적 법익론을 비판함으로써 보편적 법익으로서 환경 그 자체 및 그 구성인자와 같은 생태적 법익보호의 정당성에 대한 이론적 근거를 제시해 보고자 한다(III).

II. 법익개념의 재조명

오늘날 형법의 핵심과제와 정당성의 기초는 위태화 내지 침해에 대한 법익의 보호라고 여겨진다³⁾. 이 때문에 법익은 모든 행위규범과 범죄구성요건의 실질적인 핵심요소로서 설명된다. 범죄구성요건에는 언제나 자신의 존재를 실질적으로 정당화하게 하는 법익과 보호객체가 존재한다. 법익과 보호객체가 없는 형벌규정은 존재하지 않으며, 또한 실질적으로 정당화될 수도 없다⁴⁾. 그러나 이와 관련해서 법익개념, 즉 형법의 실질적 정당성의 기초가 무엇인지에 대해서는 견해의 다름이 있다.

특히 “법익”이란 개념하에서 무엇을 이해해야만 하는가에 대해서는 크게 이상적 법익개념(ideelles Rechtsgutskonzept)과 현실적(실질적) 법익개념(reales Rechtsgutskonzept)으로 견해가 나뉘어 진다. 이상적 법익개념에서 법익은 의미상 지각될 수 없으며 인과적으로 변

2) 이러한 비판에 대해서는 *Hassemer*, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, 378, 381면; ders. Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1996, 11면; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln u.a. 2002, 1면 이하; *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, Frankfurt a.M. u.a. 1994, 1면; *Seelmann*, Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, NJW 1990, 1257, 1258면 이하 참조.

3) *NK-Hassemer*, Vor § 1 Rn. 247 이하; *LK-Jescheck*, Vor § 13 Rn. 5 이하; *Schönke/Schröder/Lenckner*, Vorbem. §§ 13 Rn. 8 이하; *Roxin*, Strafrecht AT I, § 2 Rn. 2 이하; *SK-Rudolphi*, Vor § 1 Rn. 2; BVerfGE 27, 18, 29; 45, 187, 253 이하; 김일수, 형법총론(제8판), 박영사, 2000, 39면 이하; 배종대, 형법총론(제5판), 홍문사, 1999, 42면; 손동권, 형법총칙론, 율곡출판사, 2001, 10면; 이재상, 형법총론(제4판), 박영사, 2001, 6면 참조.

4) *LK-Jescheck*, Vor § 13 Rn. 8; *Schönke/Schröder/Lenckner*, Vorbem. §§ 13 Rn. 10 참조.

화 불가능한 추상화된 사고의 형성물이라는 데 기초하고 있다. 이에 따르면 법익은 예컨대 “관념적 형상(gedankliche Gebilde)”⁵⁾, “정신적 실재(geistige Realitäten)”⁶⁾, “이상적 이익(ideelle Güter)”⁷⁾ 또는 단순히 “가치(Werte)”⁸⁾로서 정의된다. 이와 반대로 현실적(실질적) 법익개념은 법익을 의미상 지각될 수 있으며 인과적으로 변화 가능한 실질적인 대상물·상태 또는 가치를 띤 기능통일체로서 파악한다⁹⁾.

현실적(실질적) 법익개념은 무엇이 법익이어야만 하는가에 대해 구체적인 표상을 허용하는 반면에, 이상적 법익개념은 이에 대해 아직까지도 명확한 입장을 취하고 있지 않다. 이 때문에 먼저 이상적 법익개념 하에서 법익이 정확히 어떻게 이해되고 있는지, 또한 이러한 법익이 어떻게 침해될 수 있는지를 상세히 검토할 필요성이 있다. 그러나 법익개념은 독일에서는 물론 한국 형법학계에서도 이미 다양하고 깊이 있는 연구들¹⁰⁾이 진행되어왔기 때문에 이하에서는 환경형법에서 보편적 법익보호의 정당성에 대한 이론적 근거를 제시하

-
- 5) *Blei*, Strafrecht AT, 18. Aufl., München 1983, 89면.
- 6) *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6 Aufl., Berlin/New York 2000, 9면. 특히 오토는 법익을 정의함에 있어 그 기준을 경험적인 측면에서 파악하고자 했다. 그에 따르면 법익은 “법 공동체에 의해 구체적으로 승인된 가치-사회적 기능통일체-에 대한 현실적인 사람과의 관계이며, 그 속에서 권리주체는 법질서를 통해 인격적으로 발전한다”고 한다.
- 7) *Schmidhäuser/Alwart*, Strafrecht AT, 2. Aufl., Tübingen 1984, 84면 이하.
- 8) 예컨대 법익을 “법적으로 보호되는 사회질서의 추상적 가치”로 정의했고(*Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., Berlin 1988, 232면), 벨셀스와 보일케는 “이상적인 사회가치”로 정의하고 있다(*Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 31. Aufl., Heidelberg 2001, § 1 Rn. 7).
- 9) 이와 같은 현실적(실질적) 법익개념에 대해서는 *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1972, 350면 이하; *Marx*, Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln u.a. 1972, 60면 이하; *Rudolphi*, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift für Richard M. Honig, Göttingen 1970, 151, 158면 이하; *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491, 509면 이하 참조.
- 10) 법익개념에 관한 대표적인 독일 연구논문으로는 *Amelung*, Rechtsgüterschutz; *Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin 1991; *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt a.M. 1973; *Hohmann*, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, Frankfurt a.M. u.a. 1991; *Kareklas*, Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht, Tübingen 1990; *Koriath*, Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts, GA 1999, 561면 이하; *Marx*, Rechtsgut; *Müssig*, Rechtsgüterschutz; *Rudolphi*, in: Festschrift für Richard M. Honig, 151면 이하; *Schmidt*, Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährdungsdelikte, Marburg 1999; *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”, Basel 1962; *Stratenwerth*, Zum Begriff des “Rechtsgutes”, in: Festschrift für Theodor Lenckner, München 1998, 377면 이하 등이 있으며, 이에 대한 우리나라의 대표적인 연구논문으로는 김창균, 비판적 법익론, 형사법연구, 제 7호, 1994, 1면 이하; 김창균, 인격적 법익론, 법치국가와 형법, 1998, 83면 이하; 박강우, 추상적 위험범에 관한 연구, 고려대 박사학위논문, 1997, 27면 이하; 박강우, 형법의 기능주의적 변화와 인격적 법익론, 충북대학교 법학연구소, 법학연구 제10권, 1999, 15면 이하; 심재무, 환경형법에 있어서 보호법익, 형사법연구, 1995, 165면 이하; 이동훈, 추상적 위험범의 확대경향과 문제점, 외법논집 제10집, 2001, 131면 이하; 임 응, 형법에 있어서의 “법익”개념, 경희법학, 제15권 제1호, 1979, 87면 이하; 임 응, 형법상 법익개념에 관한 연구, 서울대 박사학위논문, 1982 등이 있다.

기 위한 기초로서 이러한 문제를 간략히 고찰하고자 한다.

1. 이상적 법익개념 (슈미트호이저)

이상적 법익개념은 특히 독일의 형법학자 슈미트호이저(Schmidhäuser)에 의해 주장되었다. 우선 슈미트호이저는 모든 범죄에 동등하게 적용되는 법익개념을 찾아내어 이를 정의하고자 했다. 이 때문에 그는 “재(財, Gut)”는 언제나 다소간 복잡한 사태에 기초하고 있는 것으로서 현실적으로 또는 이상적으로 파악될 수 있으며, 개인 또는 인류공동체의 순조로운 존속과 관련해서 가치 있는 것으로 이해된다고 한다. 이러한 토대 위에서 슈미트호이저는 “법익객체(Rechtsgutsobjekt)”의 개념을 발전시켰다. 그는 법익객체라는 개념을 범죄구성요건과 관련을 맺는 현실적인 대상물로서 파악하고, 이러한 현실적인 법익객체로부터 모든 사람에 대해 유효하고 이상적으로 이해될 수 있는 “존중요구(Achtungsanspruch)”라는 개념을 도출해냈다. 슈미트호이저는 이렇게 추상화된 “존중요구”를 진정한 “법익”으로 간주했다¹¹⁾. 그래서 그는 생명이라는 법익을 “인간 개개인의 구체적인 생명이 아니라 법에 의해 인간의 생명을 향유하게 하는 존중”으로 이해하고, 소유권이란 법익을 “타인에게 속해 있는 개별적인 사물이 아니라 타인의 소유권범위를 존중하는, 이로써 소유물을 가진 소유권자가 자신의 존재를 형성할 수 있는 것”으로서 이해했다¹²⁾. 즉 그에 따르면 법익은 법질서에 의하여 개인 및 공동체를 위하여 가치있다고 평가된 사태(생명, 건강, 소유권)에서 나오는 존중요구라고 이해될 수 있으며¹³⁾, 법익침해에 대해 국가기관은 법률효과, 즉 형사제재로서 대응해야 한다고 한다¹⁴⁾.

이러한 법익개념에 기초해서 슈미트호이저는 법익침해를 현실적인 법익객체에 근거한 존중요구의 “침해(Verletzung)”, 더 정확히는 “위반(Mißachtung)”이라고 이해했다. 이로써 법익침해는 순수한 정신적인 현상으로 파악된다. 왜냐하면 존중요구란 인간의 의사에 기초한 것으로서 이 의사가 존중요구에 합치하지 않는 한 언제나 침해될 수 있기 때문이다¹⁵⁾. 이러한 법익침해는 불법을 근거짓는데 필수적이며, 이를 위해 실질적인 법익객체에 대한

11) Schmidhäuser/Alwart, Strafrecht AT, 84면 이하; Schmidhäuser, Der Unrechtstatbestand, in: Festschrift für Karl Engisch, Frankfurt a.M. 1969, 433, 443면 이하.

12) Schmidhäuser, Strafrecht AT, 142면.

13) Schmidhäuser, in: Festschrift für Karl Engisch, S. 433, 445; ders., Strafrecht AT, 205면 참조.

14) Schmidhäuser, Strafrecht AT, 142면.

15) Schmidhäuser, in: Festschrift für Karl Engisch, 433, 445면.

결과발생과 관계없이 단지 형벌규범의 위반, 즉 규범위반적인 행위만으로도 충분하다고 한다. 이러한 측면에서 법익침해는 작위범에 있어 부작위의무의 침해로서 또는 부작위범에 있어 행위의무의 침해로서 형성되는 의무침해(Pflichtverletzung)와 동일한 것으로 간주될 수 있다¹⁶⁾. 이 때문에 범죄의 결과불법이 아닌 행위불법에서 법익침해가 파악된다¹⁷⁾.

슈미트호이저에 의해 주장된 이상적 법익개념의 결정적 취약점은 무엇보다도 개념의 언어적·내용적 불명료성에 있다고 여겨진다¹⁸⁾. 예컨대 슈미트호이저는 존중요구로서의 법익이 전혀 현실적으로 침해될 수 없는 법익객체이지만 법익객체가 있다는 이유만으로, 또한 현존하는 법익객체가 침해되지 않거나 예컨대 행위도구의 무용성으로 인해 결코 침해될 수 없는 경우에도 침해되는 것으로 설명하고 있다¹⁹⁾. 그러나 그라우(Graul)은 존중요구로서 이해되는 이상적 법익의 침해 내지 위태화는 사물 논리적으로 전혀 불가능하다는 점을 지적하고 있다. 단지 이러한 존중요구의 위반만이 가능할 뿐이라고 한다. 왜냐하면 법익의 침해 내지 위태화는 현실적이고 인과적인 변화 가능성이 있는 대상물 또는 사태에서만 고려될 수 있기 때문이다²⁰⁾. 그러나 슈미트호이저에 대한 그라우의 이러한 비판은 슈미트호이저가 불명확한 용어를 사용했다고 하는 점에 한하여 적절하다고 판단된다. 왜냐하면 슈미트호이저는 존중요구의 “침해”라는 개념을 자신의 여러 저술에서 인과적인 의미에서의 침해가 아닌 위반으로서 이해하고 있기 때문이다²¹⁾.

뮌서히(Müssig)도 이상적 법익개념에 대해 날카로운 비판을 가하고 있다. 그에 따르면 이상적 법익개념은 법익을 “정신화(Vergeistigung)”함으로써 법익개념의 내용적 윤곽을 형해화시키고 형법으로부터 법익보호이념을 사라지게 할 위험이 있다고 한다. 만약 실질적인 보호객체로서의 법익을 사회적인 현실에서 파악할 수 없다고 한다면 형법의 사회적 기능에 대한 합리적인 진술은 더 이상 불가능할 것이라고 한다²²⁾.

16) *Schmidhäuser/Alwart*, Strafrecht AT, 85면 이하; *Schmidhäuser*, in: Festschrift für Karl Engisch, 433, 444면 이하.

17) *Schmidhäuser*, in: Festschrift für Karl Engisch, 433, 445면.

18) 이와 같은 비판에 대해 자세히는 *Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte, 60면 이하 참조.

19) *Schmidhäuser/Alwart*, Strafrecht AT, 84면 이하.

20) *Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte, 68, 79면 이하 참조.

21) 이와 같은 견해로는 *Schmidt*, Abstrakte Gefährdungsdelikte, 138면 참조.

22) *Müssig*, Rechtsgüterschutz, 53면.

2. 현실적(실질적) 법의개념 (벨첼)

벨첼(Welzel)은 1935년에 발간된 자신의 교수자격논문²³⁾에서 인적 불법론(人的 不法論, personale Unrechtslehre)과 이에 기초한 법의론을 발전시켰다. 특히 그는 사회적 현실성의 기본적 통일체로서 행위의 사회적 의미를 집중적으로 분석했으며, 이로부터 규범침해와 재(이익)의 침해를 구별하고 이러한 구별에 적합한 법의개념의 정립을 시도함으로써 행위불법과 결과불법을 엄격히 분리하고자 했다²⁴⁾.

벨첼의 견해에 따르면 형벌제재에 의해 보호되는 대상(규범효력)과 규범에 의해 보호되는 대상(법의)을 구별하는 것은 매우 의미 있는 것이며, 단지 후자만이 법의으로 정의될 수 있다고 한다: “형벌에 의해 보호되어야 하는 것이 아니라 규범, 즉 요구 또는 금지에 의해 보호되어야 하는 것이 법의으로서 정의 내려질 경우만이 적절한 법의개념이다. 독일 형법 제242조의 형벌제재는 ‘도둑질해서는 안 된다(Du sollst nicht stehlen)’라는 규범을 보호하고 있다. 그러나 이 규범은 소유권만을 보호하는 것이지 이와 관련된 행위를 보호하는 것은 아니다. 이 때문에 법의은 실질적인 또는 이상적인 행위객체로서 요구된 또는 금지된 행위와 관련된 것이지 행위 그 자체가 아니다”²⁵⁾. 벨첼은 규범효력과 법의를 이러한 방식으로 구별함으로써 형법의 구조를 각각 독자적인 의미가 있는 두 부분으로, 즉 첫 번째 부분에서는 금지규범과 요구규범에 대해서 규정하고, 두 번째 부분에서는 형벌을 규정하는 것이 형법의 과제라고 하는 결론에 도달했다: “형법의 과제는 기본적인 사회윤리적 심정가치 또는 행위가치의 보호에 있고, 개별적인 법의은 이에 포함되어 보호된다”²⁶⁾.

그에 따르면 법의개념은 “현실적인 사회적 삶”의 차원에서 구성되며, 법의은 그것이 기능을 가질 때 그리고 그 한도에서, 즉 사회적 삶 속에서 영향을 미치고 영향을 받는 한도에서만 현실적으로 존재한다고 한다. 그는 슈미트호이저와는 달리 법의를 인과적으로 변화

23) *Welzel*, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht - Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim/Berlin/Leipzig 1935.

24) *Welzel*, *ZStW* 58 (1939), 491면 이하; ders., *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin 1969, 1면 이하; 벨첼의 법의론에 관해 자세히 분석한 문헌으로는 *Graul*, *Abstrakte Gefährungsdelikte*, 44면 이하; *Müssig*, *Rechtsgüterschutz*, 27면 이하; *Schmidt*, *Abstrakte Gefährungsdelikte*, 131면 이하; 박강우, 추상적 위험범에 관한 연구, 27면 이하; 임 응, 형법상의 법의개념에 관한 연구, 143면 이하 등이 있다.

25) *Welzel*, *ZStW* 58 (1939), 491, 509면 이하.

26) *Welzel*, *Strafrecht*, 4면 이하; 이에 대해서는 또한 *Gallas*, *Beiträge zur Verbrechenlehre*, Berlin 1968, 9, 12면 이하; *Graul*, *Abstrakte Gefährungsdelikte*, 49면 이하; *Schmidt*, *Abstrakte Gefährungsdelikte*, 133면 참조.

가능하고 현실적인(실질적인) 객체 또는 대상물로서 이해했다²⁷⁾. 이로써 법익은 규범위반적인 범죄자의 태도와는 분리된 사태가치, 즉 각각의 구성요건에 따라 하나의 객체로서 또는 규범에 의해 직접적으로 언급되지 않은 제3자의 태도로서 설명될 수 있다. 보다 구체적으로 정신물리학적인 객체(예컨대 생명), 이상적-정신적인 객체(예컨대 명예), 현실적인 상태(예컨대 주거의 평온), 법률관계(예컨대 소유권) 또는 규범에 의해 직접적으로 언급되지 않은 제3자의 태도 등이 법익으로 될 수 있다. 결국 모든 경우에 있어 현실적인(실질적인) 객체 또는 대상물이 법익으로 됨을 알 수 있다²⁸⁾.

이러한 벨첼의 현실적(실질적) 법익개념 하에서 행위의 결과반가치는 법익침해에서 실현되지만 독자적인 도그마틱적 지위를 차지하고 있는 행위반가치(*Handlungsunrecht*) 또는 행동반가치(*Aktunwert*)와 엄격히 구별되어야 함에 유의해야 한다²⁹⁾. 그는 동시에 결과반가치에 대한 고찰의 중점을 행위의 행동반가치로 옮길 것을 요구했다. 그에 따르면 행위의 중심적인 지향점이 사태반가치가 아닌 행동반가치에 놓여져야 하며, 법익침해, 즉 사태반가치는 단지 행위의 포괄적인 행동반가치의 내부에서 비독자적인 한 부분요소로서만 의미가 있을 뿐이라고 한다. 벨첼은 불법을 법익침해로서 뿐만 아니라 행위자와 관련된 인격적인 행위반가치 또는 행동반가치로서 파악했기 때문에, 형법규범의 실질적인 내용은 단순한 법익보호가 아니라 법적 심정인 행동가치의 유지라는 점을 강조했다³⁰⁾. 그는 결과반가치에서 행위반가치로 관점을 변화시켰으며 법익에게 중심적인 그러나 상대화된 지위를 부여했다³¹⁾.

이상과 같은 벨첼의 현실적(실질적) 법익개념에 대해서도 법익개념의 내용적 구성이 매우 빈약하다는 비판이 가해진다. 그에 따르면 법익은 “일반인이나 개인의 생활이익” 내지 “모두가 원하는 사회적 상태, 즉 법이 침해로부터 안전하게 보호하려는 상태”로서 정의된다³²⁾. 그러나 법익에 대한 이러한 일반적 개념정의는 보편적 법익에 대한 실질적 기준을 제시하는데 부적합하다³³⁾. 또한 벨첼은 법익개념을 초실정적인 기준으로부터 도출할 수

27) *Welzel*, ZStW 58 (1939), 491, 515면; 이에 대해서는 또한 *Graul*, Abstrakte Gefährungsdelikte, 44면; *Müssig*, Rechtsgüterschutz, 29면; *Schmidt*, Abstrakte Gefährungsdelikte, 132면 참조.

28) *Welzel*, Strafrecht, 4면 이하 참조.

29) *Welzel*, ZStW 58 (1939), 491, 522면 이하; ders., Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, in: Festschrift für Eduard Kohlrausch, Berlin 1944, 101, 106면.

30) *Welzel*, in: Festschrift für Eduard Kohlrausch, 101, 106면.

31) *Müssig*, Rechtsgüterschutz, 28면 참조.

32) *Welzel*, Strafrecht, 4면.

33) 이러한 비판에 대해서는 *Müssig*, Rechtsgüterschutz, 30면 참조.

있는지의 여부에 대해서도 충분히 설명하고 있지 않았다. 오히려 그는 자신의 법익개념을 실정법의 테두리 내에서 발전시키고 정의하고자 했다. 마지막으로 벨첼은 법익을 “모두가 원하는 사회적 상태”로서 정의했지만 어떠한 상태가 원하는 상태인지, 반대로 어떠한 상태가 원하지 않는 상태인지 그리고 누가 이를 결정하는 가 등에 대해 명확히 언급하지 않고 불분명하게 남겨 두었다³⁴⁾.

3. 새로운 법익개념 : 행위불법과 결과불법의 연결점으로서의 법익

이상의 논의를 종합해보면, 행위불법에 고정된 관점인 이상적 법익개념으로는 왜 대부분의 범죄구성요건이 결과범으로 되어 있는지, 또한 위태화의 결과 내지 침해결과를 전제조건으로 하고 있는지를 설명할 수 없다. 이와 반대로 단지 위태화의 결과 내지 침해결과에만 정향된 현실적(실질적) 법익개념은 가벌성이 위태화의 결과 내지 침해결과와 완전히 독립되어 있거나, 보호법익과의 구성요건적 관련성이 없이 근거지워진 범죄가 어떻게 실질적으로 정당화될 수 있는지를 설명할 수 없다. 그렇기 때문에 이러한 두 법익개념의 취약점을 극복할 수 있는 법익개념을 새롭게 구성할 필요성이 있다고 본다. 이때 법익개념은 결과불법뿐만 아니라 행위불법에 대해서도 연결점을 가질 수 있는 개념으로 구성되어야 할 것이다. 왜냐하면 이러한 방식으로 재구성된 법익개념만이 모순 없고 포괄적인 형법 정당성의 기초로서 작용할 수 있기 때문이다³⁵⁾.

결과불법과 행위불법의 결합이라는 측면에서 법익개념의 재구성을 처음으로 시도한 독일 형법학자는 킨트호이저(Kindhäuser)로 여겨진다. 그에 따르면 법익은 구체적이고 체화된 대상물 내지 상태일 뿐만 아니라 법익소유자가 자신의 인격을 자유롭게 실현하기 위한 수단으로서 포괄적으로 투입 내지 이용될 수 있는 것이라고 한다. 그렇기 때문에 법익은 단지 단순한 객체로서만 고찰될 수 없으며, 이질적인 영향에 의존적이고 법질서를 통해 규정된 전체영역에서 존재하고 있음을 고려해야 한다고 한다³⁶⁾.

이와 같은 킨트호이저의 견해로부터 다음과 같은 점이 도출될 수 있다. 즉 구체적 대상

34) Schmidt, Abstrakte Gefährungsdelikte, 134면 참조.

35) 이에 관하여 자세히는 Schmidt, Abstrakte Gefährungsdelikte, 188면 이하 참조; 그러나 그라울은 이러한 결합적 고찰방법에 반대하고 이상적 법익과 현실적(실질적) 법익의 엄격한 분리에 찬성하고 있다 (Graul, Abstrakte Gefährungsdelikte, 100면 이하).

36) Kindhäuser, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährungsdelikte, Frankfurt a.M. 1989, 277면.

물 내지 상태로서 법익객체는 법익소유자에게 있어 자신의 순수한 실체상의 존재에 국한되지 않고, 자유로운 인격실현을 위한 수단으로서 포괄적으로 투입될 수 있다는 데서 그 가치를 획득할 수 있다. 이러한 투입가능성은 충분히 안전한 전체영역을 통해 설정되며, 전체영역은 다시 법질서, 특히 형법적 규범질서를 통해 보장된다. 형법적 규범질서를 통해 보장된 이러한 안전한 전체영역만이 법익객체가 위험 없이 투입되고 이를 처분할 가능성을 창출한다. 이러한 법익객체의 충분히 안전한 투입 내지 이용가능성은 본질적으로 가치로 투영되는데, 이 가치는 법익소유자에 의해 부여된다. 따라서 이는 현저히 가치를 형성하는 요소로서 설명될 수 있다³⁷⁾.

법익객체의 투입 내지 이용가능성을 위한 충분히 안전한 전제조건인 창설과 유지의 문제는 법익의 실체상의 존재 및 결과불법의 문제라기보다는 규범효력, 규범승인으로서 행위불법의 문제라고 여겨진다. 법익객체의 충분히 안전한 투입 내지 이용가능성은 가치를 형성하는 요소로서 사회적 승인 및 개개의 법익에 놓여 있는 존중을 통해 규정되고 보장된다. 이러한 승인과 존중은 법익에 대해 직·간접적으로 정해진 행위를 금지하는 형법적 규범체계의 일반예방적 효과를 통해 생성된다. 지속적인 규범위반적인 행위를 통해 규범승인이 약화된다면 법익의 방해받지 않은 투입은 법익을 작동케 하는 충분히 안전한 영역을 동시에 불안전하게 한다. 이러한 법익영역의 불안전화는 동시에 투입 내지 이용가능성을 침해하고, 이로써 개개의 법익가치를 침해한다. 그렇기 때문에 규범위반적인 행위는 비록 그 실체적인 본질에서 구체적 법익을 침해하지는 않지만 충분히 안전한 영역에 의해 함께 규정된 가치와 법익의 투입 내지 이용가능성을 침해한다³⁸⁾.

이러한 사고의 토대 위에서 법익개념은 다음과 같이 새롭게 재구성될 수 있을 것이다: “법익 그 자체는 가치를 포함하고 있는 것은 물론, 개개인 또는 일반인의 가치 있고 현실적인 생활사태(대상물 내지 상태)로서도 파악될 수 있다. 이때 가치는 법질서를 통해 보장된 안전한 영역 때문에 이러한 생활사태를 법익소유자에게서 생겨난 투입 내지 이용가능성으로 투영한다”. 이러한 법익개념의 새로운 정의는 한편으로는 재(이익)를 사회적으로 가치 있는 법익으로 만들게 하는 일반적인 가치개념을 포함한다. 이와 같은 가치개념은 헌법의 가치결정에 기초한다. 다른 한편으로는 법질서, 특히 형법적 규범체계는 법익객체의 투입을 위한 안전한 영역을 창설하고, 이로써 충분히 안전한 법익객체의 투입을 가능케 하기 때문에 법익객체의 가치까지도 포함한다³⁹⁾. 또한 이러한 새로운 법익개념은 법익을 법

37) *Schmidt*, Abstrakte Gefährungsdelikte, 189면 참조.

38) *Schmidt*, Abstrakte Gefährungsdelikte, 190면 참조.

익객체의 충분히 안전한 투입 내지 이용가능성에 기초하여 정의함으로써 이상적 법익개념이 아닌 현실적(실질적) 법익개념이라 할 수 있다. 그러나 이 법익개념은 우선 현실적 생활사태(객체)로서 이해되는 법익과 요구규범 내지 금지규범으로서 법익보호에 기여하는, 나아가 법익승인과 법익에 대하여 충분히 안전한 영역을 보장하는 형법의 규범체계 사이의 연결 관계를 만들어 낸다⁴⁰⁾.

이러한 법익개념 하에서 법익침해는 우선 법익객체의 현실적인 구체적 위험 내지 침해에 있으며, 나아가 구체적 침해가 결여된 경우는 순수한 규범위반(추상적 위험)으로도 나타난다. 규범위반은 규범승인과 규범효력을 약화시킨다. 이를 통해 법질서에 의해 보장되어야만 하는 법익객체의 안전한 영역은 침해된다. 이는 그 기능에 있어 법익소유자의 자유로운 인격실현을 위한 수단으로서 법익가치의 침해를 야기케 한다. 구체적 범죄행위의 객체에 뿐만 아니라 규범의 보호영역에 놓여있는 객체에도 규범승인과 규범효력의 약화가 발생한다⁴¹⁾.

Ⅲ. 보편적 법익보호로서 생태적 법익보호의 정당성

1. 개인적 법익과 보편적 법익의 구별

법익개념과 관련하여 법익은 일반적으로 개인적 법익과 보편적 법익이라는 하위범주로 구분된다⁴²⁾. 법익이 한 사람(개인) 내지 특정한 개인집단의 이익에 기여할 경우 이는 개인적 법익(예컨대 생명, 신체의 완전성, 자유, 명예, 소유권, 재산 등)으로 정의된다. 이와 반대로 임의의 다수, 즉 일반인의 이익에 기여할 경우 이는 보편적 내지 추상적 법익(예컨대 국가의 안전, 국가기밀의 유지, 사법기능, 화폐거래의 안전, 도로교통의 안전, 법률교류에 있어 문서의 신뢰성, 환경 및 그 개별 구성인자 등)으로 정의된다⁴³⁾.

39) *Schmidt*, Abstrakte Gefährungsdelikte, 191, 198면 참조.

40) *Schmidt*, Abstrakte Gefährungsdelikte, 198면 참조.

41) *Schmidt*, Abstrakte Gefährungsdelikte, 198면 이하 참조.

42) 우리 형법은 개인적 법익, 사회적 법익 및 국가적 법익으로 보다 세분하여 구분하고 있다.

43) *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 144면; *NK-Hassemer*, Vor § 1 Rn. 269 이하; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, § 1 Rn. 7 참조.

일반적으로 이러한 구별은 법익의 향유주체와 법익에 대한 처분권한에 따라 체계내재적 법익개념과의 관련에서 포기될 수 없는 차별화로서 인정되고 있다⁴⁴⁾. 이러한 구별은 한 사람(개인)이 법익의 침해에 대해 법효과적으로 승낙을 할 수 있는가의 여부와 누가 자신의 법익에 대한 침해를 방어할 수 있는가라는 질문에 대한 답변을 위해 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 피해자의 승낙과 개인의 방어는 원칙적으로 개인이 처분할 수 있는 개인적 법익에 한하여만 인정될 수 있기 때문이다⁴⁵⁾.

그러나 개인적 법익과 보편적 법익의 구별이 체계비관적인 법익개념에 있어서도 의미를 갖지는 지의 여부에 관해서는 견해가 일치하고 있지 않다. 이와 관련해서 법익모델로서 개인적 법익과 보편적 법익은 각자 독자성을 가지며 서로 아무런 관련성도 없다고 보는 “일원적” 법익론⁴⁶⁾과 개인적 법익과 보편적 법익의 어느 하나에 법익의 본질이 있다고 파악한 “일원적” 법익론이 있다⁴⁷⁾. 일원적 법익론은 다시 국가적 법익에서 출발하여 법익을 전체 또는 국가의 이익이라고 정의하는 “일원적·국가적 또는 일원적·사회적” 법익론⁴⁸⁾과 법익의 본질이 사람(개인)에게 있다고 파악하는 “일원적·인격적” 법익론⁴⁹⁾으로 구분할 수 있다. 특히 인격적 법익론은 보편적 법익개념의 독자적 범주를 부인하거나 “보편적 법익이 개인의 인격실현에 기여하는 경우에 한하여 인정되고 정당성을 가질 수 있다”⁵⁰⁾고 한다.

그러나 이와 같은 개인적 법익과 보편적 법익의 엄격한 구별이 현대와 같은 복잡한 사회 체계 내에서도 유지될 수 있을지는 의문스럽다. 왜냐하면 이러한 두 하위체계의 엄격한 구분이 전혀 설득력 있게 설명될 수 없기 때문이다⁵¹⁾. 이와 관련하여 특히 볼러스(Wohlers)는 개인의 인격적 자유영역은 특정한 이익상태의 보장 이외에도 자유스런 인격실현을 위한 주요한 기본적 전제조건을 포함하고 있음을 적절히 지적하고 있다. 이로부터 한 개인으로서, 동시에 한 사회의 개별 구성원으로서의 개인이 개인적 자유의 실현을 위해 필

44) NK-*Hassemer*, Vor § 1 Rn. 269 이하; LK-*Jescheck*, Vor § 13 Rn. 6 참조. 이에 대해 비판적인 견해로 *Müssig*, Rechtsgüterschutz, 178면 이하 참조.

45) NK-*Hassemer*, Vor § 1 Rn. 269 m.w.N.; 김일수, 형법총론, 152면; 배중대, 형법총론, 43면 참조.

46) *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, Tübingen 1969, 113면 이하, 120면. 이러한 견해에 대한 비판으로는 *Hohmann*, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, 60면; NK-*Hassemer*, Vor § 1 Rn. 273 참조.

47) NK-*Hassemer*, Vor § 1 Rn. 271 참조.

48) *Schmidhäuser*, Strafrecht AT, 38면.

49) NK-*Hassemer*, Vor § 1 Rn. 271 참조.

50) NK-*Hassemer*, Vor § 1 Rn. 271. 우리나라에서 인격적 법익론에 관한 자세한 연구는 김창균, 인격적 법익론, 83면 이하; 박강우, 형법의 기능주의적 변화와 인격적 법익론, 15면 이하 참조.

51) 이러한 입장에 대해서는 *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte, Berlin 2000, 94면 이하, 222면 참조.

수적인 기본적 전제조건의 보장에 집단적 관심을 가지는 것이 불가피함을 알 수 있다. 오늘날과 같은 복잡한 사회체계 내에서 개인의 인격적 자유영역은 개인적 차원에서 뿐만 아니라 국가적·사회적 차원에서 혼재되어 보장되고 있기 때문에, 개인적 법익과 보편적 법익의 엄격한 분리는 더 이상 지지될 수 없다고 여겨진다⁵²⁾.

2. 환경형법의 영역에서 보편적 법익보호의 정당성

(1) 인격적 법익론과 생태적 법익보호

1972년 막스(Marx)⁵³⁾가 “법익의 개념정의에 관하여”라는 논문에서 처음으로 주장한 인격적 법익론(人格的 法益論, personale Rechtsgutslehre)은 하쎄머에 의해 더욱 발전되었고⁵⁴⁾, 특히 그의 제자인 호만(Hohmann)⁵⁵⁾은 이 법익론을 환경범죄에 적용하여 설명하고 있다.

인격적 법익론은 국가는 자기목적적인 존재가 아니며, 오히려 인간의 자기실현의 전개와 보호를 촉진하는데 그 목적을 가지고 있다라는 자유주의적 국가이해에 기초해서 법익을 “침해가능하고, 역사적인 상황에서 인격실현의 전제조건 내지 필수조건으로 나타나는 현실적인 실체”⁵⁶⁾로 파악한다. 이 때문에 법익을 “형법적으로 보호할 필요가 있는 인간의 이익”으로 정의한다⁵⁷⁾. 그 결과 “개인적 법익이 당연히 우선하고, 일반인과 국가의 이익, 즉 보편적 법익은 개인의 보호에 의해 기능화 되고 제한되어야 한다”라는 인격적 법익론의 핵심적인 입장이 도출된다⁵⁸⁾. 하쎄머는 “인간은 사회화된 존재이며, 인간의 이익과 재화는 공동체 내에서, 즉 사회적이고 국가적인 제도(경제, 공무원, 사법, 보험, 학교, 군대, 가정 등) 내에서만 보장되고 실현될 수 있다”⁵⁹⁾라는 점도 긍정하고 있다. 그러나 이러한 제도의

52) 같은 입장으로 Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 222면.

53) Marx, Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln u.a. 1972.

54) Hassemer, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg 1989, 85면 이하; NK-Hassemer, Vor § 1 Rn. 274 이하.

55) Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, 61면 이하; ders., Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, GA 1992, 76면 이하.

56) Hassemer, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 85, 91면; Hohmann, GA 1992, 76, 77면.

57) Hassemer, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 85, 91면; NK-Hassemer, Vor § 1 Rn. 287. 또한 Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, 72면 이하; ders., GA 1992, 76, 77면 이하 참조.

58) Hassemer, Theorie, 231면 이하; ders., in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 85, 92면.

59) NK-Hassemer, Vor § 1 Rn. 281.

보호는 단지 “개인의 이익보호에 직접적으로 매개될 경우에 한해서 정당성이 인정될 수 있다”⁶⁰⁾고 한다. 개인의 자유에 대해 간접적인 중요성만을 인정하고 개별적 개인의 귀속으로부터 이탈된 보편적 법익보호는 특별한 방식으로 정당화될 필요가 있으며, 그렇기 때문에 이러한 보편적 법익을 형법적으로 보호함에 있어 특별한 제한이 요구된다고 한다⁶¹⁾. 이러한 인격적 법익론의 견해를 간략히 정리하면, 인격적 법익론은 개인적 법익을 그 중심 위치에 놓고 있으며, 보편적 법익도 개인적 법익으로부터 도출되는 것으로서 개인의 인격 실현을 위해 기여하는 경우에 한하여 정당화될 수 있는 것으로 이해한다⁶²⁾.

이러한 인격적 법익론은 환경형법에 있어 보편적 법익을 제한적으로 해석하거나, 심지어 부정하는 결론에 이르고 있다. 이를 보다 구체적으로 살펴보면, 먼저 하세머에 따르면 환경형법의 범죄구성요건은 환경 그 자체를 보호하는 것이 아니라 인간의 건강과 생활을 위해 필요한 매체로서 보호하는 것이라고 한다⁶³⁾. 호만 또한 “환경형법의 규정은 인간의 생명과 건강에 대한 직접적 공격을 보호하는 것이 아니라 인간의 자연적 생존토대의 객체에 지향된, 그러나 이는 최종적으로 인간의 생명과 건강에 대한 간접적인 공격을 내재하고 있는 그러한 공격을 보호하기 위한 것”이라고 한다⁶⁴⁾. 이러한 인식의 토대 위에서 호만은 새로운 법익의 범주, 예컨대 환경과 같이 모호하고 광범위하게 구성된 보편적 법익은 불필요하다라는 점을 강조하고 있다. 그에 따르면 핵심형법은 매우 가치있는 개인적 법익에 제한되어야 한다고 한다. 이러한 측면에서 독일형법 제324조 이하에 규정된 환경범죄구성요건은 가벌성을 침해의 앞 단계까지 지나치게 폭넓게 규정하고 있으나, 인격적 법익론에 입각하여 인간의 생명과 건강에 대한 실질적인 위험을 초래할 개연성이 매우 적은 행위는 핵심형법이 아닌 부수형법 내지 질서위반법에서 규율해야 한다는 견해를 피력하고 있다⁶⁵⁾.

(2) 인격적 법익론에 대한 비판

그러나 이러한 인격적 법익론에 대해서는 이미 몇 가지 비판점이 제기되고 있다. 이때 왜 보편적 법익이 핵심형법의 범죄구성요건으로서 정당화될 수 없는지가 핵심문제로 다루

60) *Hassemer*, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 85, 91면 이하; *NK-Hassemer*, Vor § 1 Rn. 275 이하; 또한 *Hohmann*, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, 142면; ders., GA 1992, 76, 79면 참조.

61) *Hassemer*, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 85, 92면; *NK-Hassemer*, Vor § 1 Rn. 281.

62) *Hohmann*, GA 1992, 76, 79면; 또한 *NK-Hassemer*, Vor § 1 Rn. 271 참조.

63) *Hassemer*, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 85, 92면; *NK-Hassemer*, Vor § 1 Rn. 279.

64) *Hohmann*, GA 1992, 76, 84면.

65) *Hohmann*, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, 199면 이하; ders., GA 1992, 76, 85면 이하; 또한 *Hassemer*, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 85, 93면 참조.

어진다. 이와 관련하여 뮌씨히(Müssig), 쿨렌(Kuhlen) 그리고 켈(Kühl)은 다음과 같이 비판적 견해를 견지하고 있다.

우선 뮌씨히는 현대사회에서 자유스런 인격실현을 위한 개인영역은 직접적인 상호작용 속에서 뿐만 아니라 복잡한 사회체계를 통해서도 규정되어 지는데, 이러한 점에서 인격적 법익론은 형법의 인간상을 단순히 개인적 존재에 치중함으로써 인간의 사회적 존재의 문제를 지나치게 협소하게 파악하고 있음을 비판하고 있다. 또한 인격적 법익론은 사회와 개인 사이의 진부한 관계를 고집하고 있기 때문에 복잡한 사회체계에 있어 생명, 건강 및 신체의 완전성과 같은 고전적이고 개인적인 법익에 대한 개인영역의 윤곽을 명확히 설정하는 데 어려움이 있다고 한다⁶⁶⁾. 그렇기 때문에 뮌씨히는 사회적 실체의 도움을 통해 보편적 법익의 구성기준을 재구성하는 데 관심을 가졌다. 이를 위해 그는 형법체계의 기능조건으로서 그리고 보편적 법익의 구성기준을 위한 사회적 실체의 토대로서 규범(Norm)⁶⁷⁾의 중요성을 설명할 필요성이 있다고 보았다⁶⁸⁾.

쿨렌 또한 환경형법은 인간의 생명과 건강의 보호에만 기여해야 한다라는 호만의 테제⁶⁹⁾는 현재의 실정법과 일치하지 않을 뿐만 아니라 환경형법을 입안한 입법자의 의도⁷⁰⁾에도 모순된다는 점을 지적하고 있다⁷¹⁾. 이러한 테제는 사물 논리적으로도 적절하지 않고, 장차 미래의 입법에도 선호되지 않을 것이라고 한다⁷²⁾. 호만의 견해에 따르면 보편적 법익은 “단지 개인적 법익에 의해 도출될 뿐”⁷³⁾이라고 주장하고 있지만 이 역시 적절치 못하다고 한다. 보편적 법익은 법익의 이용이 폐쇄되어 있지 않는 한 모든 사람이 이를 이용할 수 있음을 특징으로 하고 있는데, 이러한 이용가능성에서 공동재(Gemeingüter)에 대한 개인적 관심이 존재한다고 한다. 비록 보편적 법익의 승인이 최종적으로는 개인의 보호할 만한 이익에서 발생되지만, 이러한 법익이 개인적 법익으로부터 도출되는 것은 아니며, 더욱이 개인적 법익으로 환원될 수 있는 것도 아니라고 주장한다⁷⁴⁾.

66) Müssig, Rechtsgüterschutz, 191면 이하. 이와 같은 견해로 김일수, 형법총론, 151면 참조.

67) 이러한 규범과 관련하여 뮌씨히는 규범에는 법익을 보호하는 규범, 법익을 생성케 하는 규범, 그리고 평온을 보호하기 위한 규범이 있으며 반드시 모든 규범이 법익을 보호하는 것이 아니라 오히려 의사소통체계(Kommunikationssystem)의 형성·유지를 위한 제조건을 규범적으로 보장한다는 야콥스(Jakobs)의 견해를 따르고 있다(Müssig, Rechtsgüterschutz, 142, 149면; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin/New York 1993 2/25 참조).

68) Müssig, Rechtsgüterschutz, 67면 이하, 69면.

69) Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, 195면.

70) BT-Drucks. 8/2382, 9면 이하 참조.

71) Kuhlen, Umweltstrafrecht auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105 (1993), 697, 703면.

72) Kuhlen, ZStW 105 (1993), 697, 703면 이하.

73) Hohmann, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, 189면.

마지막으로 쾰은 법익의 “구체성(*Handgreiflichkeit*)”과 관련하여 보편적 법익이 파악될 수 없는 것도 아니고 모호하고 광범위하게 구성되어 있지도 않음을 강조하고 있다. 이와 정반대로 수질, 대기, 토양 및 동식물계와 같은 환경의 개별 구성인자는 명시적이고 구체적이며 정의가 가능한 것으로서 구체성을 내포하고 있다고 한다. 또한 그는 이러한 구성인자를 일정한 강도에 있어 지속적으로 해롭게 변화시키는 행위는 명확한 불법으로서 간주될 수 있으며, 이러한 불법에는 가시성(오염된 수질), 지각성(악취가 풍기는 대기) 및 지속성이 결여되어 있지 않다고 한다⁷⁴⁾.

인격적 법익론에 대한 뮌쾰, 쾰렌 그리고 쾰의 이러한 비판적 견해를 제외하고도 다음과 같은 두 가지 비판점이 제기될 수 있다고 본다. 먼저 한편으로는 보편적 법익의 형법적 보호는 특별한 방식으로 정당화될 필요가 있다고 하는 인격적 법익론의 가정은 개인적 법익으로부터가 아닌 보편적 법익의 특수한 기능으로부터도 설명될 수 있다고 여겨진다. 즉 이러한 보편적 법익의 특수한 기능은 특정한 국가적·사회적 제도 내지 기능관련성을 보장하는 것에 존재한다. 개인적 법익의 침해와는 달리 보편적 법익의 침해는 구체적이고 대상이 분명하여 파악 가능한 공격객체에 고정될 수 있는 성질의 것이 아닌, 오히려 처음부터 파악하기 어려운 구조적이고 사회적인 하부체계의 장애(*Störung*) 내지 해체(*Desorganisation*)로 나타나는 것이 대부분이다⁷⁵⁾. 그러나 복잡한 사회체계 내부에서 등장하는 장애 내지 해체와 관련하여 침해에 대한 책임은 여전히 개별적인 형사책임에 고착되어야 하기 때문에, 보편적 법익에 있어서도 최종 인간관련성의 인정과 보호객체의 충분한 윤곽의 확정은 정당한 형사입법의 포기될 수 없는 전제조건이라고 할 수 있다⁷⁶⁾.

이러한 입장을 환경형법에 적용하면, 우선 환경형법에 있어 현세대뿐만 아니라 미래세대를 위해서도 보호되어야 할 이익 내지 가치라고 할 수 있는 환경이라는 보편적 법익은 그

74) *Kuhlen*, ZStW 105 (1993), 697, 704면.

75) *Kühl*, *Anthropozentrische oder nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?*, in: Julian Nida-Rümelin u.a. (Hrsg.), *Ökologische Ethik und Recht*, Baden-Baden 1995, 245, 257면; 또한 *Krüger*, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin 2000, 65면 이하 참조. 특히 크뤼거는 보험, 신용, 증권 내지 자유로운 경쟁과 같은 법익은 하쾰머에 의해 주장된 보조금의 존재 및 자본시장의 기능성과 같은 법익보다는 덜 모호하고 광범위하지 않게 구성되어 있다는 견해를 피력하고 있다 (*Krüger*, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, 68면).

76) 이와 같은 견해로는 *Amelung*, *Rechtsgüterschutz*, 356면; *Geerds*, *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, Lübeck 1990, 40면; *Stratenwerth*, in: *Festschrift für Theodor Lenckner*, 377, 385면 이하; *Tiedemann*, *Tatbestandfunktionen*, 123면 이하 참조.

77) *Hirsch*, *Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?*, in: Hans-Heiner Kühne/Koichi Miyazawa (Hrsg.), *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, Köln u.a. 1995, 11, 17면 이하; *Stratenwerth*, in: *Festschrift für Theodor Lenckner*, 377, 388면 참조.

자체로서 독자적 법익으로 인정되어야 하나, 인간의 자연적이고 기본적인 가치로서 인간의 이익을 위하여, 즉 최종적으로 인간관련성을 갖는 한도 내에서 인정되어야 할 것이다⁷⁸⁾. 환경과 그 구성인자를 형법적으로 보호함에 있어 이러한 최종적 인간관련성의 요구는 생태계나 동식물계의 보호와 같은 환경재 보호 그 자체만을 목적으로 할 경우 인간에게 아무런 유해성이 없는, 즉 사회적 유해성⁷⁹⁾이 없는 환경침해 역시도 당벌적인 불법으로 분류하도록 할 수 있기 때문에 불가피한 형법의 자기제한 사유에 해당한다고 여겨진다⁸⁰⁾. 더 나아가 모호하고 추상적인 환경이라는 단일적 포괄개념보다는 수질, 대기, 토양 등과 같은 구체적이고 명확한 환경의 구성인자를 보호객체로서 설정하는 것이 필요하다고 본다. 이러한 요청은 환경형법의 영역에서는 이미 어느 정도 달성되고 있다고 판단되지만, 경제형법과 마약형법에서 보호법익으로 하고 있는 화폐거래의 안전, 국민의 건강보호 내지 마약에의 두려움 등과 같은 개념은 보다 명료하고 구체적인 개념으로 대체되어야 할 것이다. 이렇게 할 때 환경을 포함한 그 밖의 보편적 법익은 보다 구체화될 수 있다고 여겨진다.

다른 한편으로는 환경유해적 행위가 현저한 사회유해적 결과를 초래한다는 측면과 관련하여 하세머나 호만에 의해 주장된 인격적 법익론은 인간의 중요한 생활태도로서 현재대 뿐만 아니라 미래세대를 위해서도 중요한 환경과 그 구성인자를 형법적 구성요건으로서 정당화될 수 있는 보호객체로부터 처음부터 배제시키는 치명적 결함을 가지고 있다고 판단된다. 오늘날과 같은 생태적 위험사회에서 환경유해적 행위에 근거한 인간생존의 위협강도는 그 어느 사회보다 높으며, 또한 지속적으로 증가하고 있기 때문에, 이러한 환경유해적 행위는 현저한 사회유해적 행위로 간주되어야 할 것이다⁸¹⁾. 따라서 환경유해적 행위의 귀속이 핵심형법의 규범으로 적용될 수 없고, 다만 부수형법 내지 질서위반법에서 규율되어야 할 뿐이라는 인격적 법익론의 주장은 더 이상 설득력이 없다고 여겨진다⁸²⁾.

78) 우리 헌법 제35조에서도 환경권을 기본권의 하나로 보장하고 있다. 동조에 따르면, “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”고 규정하고 있다. 이와 같은 헌법규정은 환경을 인간생활의 기본조건으로 인정하는 것이며, 따라서 헌법상 적극적으로 보호되어야 하는 환경은 당연히 하위의 개별 법률인 환경형법의 영역에서도 보호되어야 할 독자적 법익으로 인정될 수 있으며, 인간을 위하여 인간으로부터 보호되어야 할 것이다(심재무, 환경형법에 있어서 보호법익, 185면 각주 87 참조).

79) 특히 아멜룽(Amelung)은 사회적 유해성을 “역기능현상, 즉 사회체계의 존속을 방해하거나 어렵게 만드는 사회현상”이라고 하면서, 개인이 아니라 사회체계를 사회적 유해성의 판단기준으로 제시하고 있다(Amelung, Rechtsgüterschutz, 361면)

80) 심재무, 환경형법에 있어서 보호법익, 176, 186면 이하 참조.

81) Zaczek, Der Begriff “Gesellschaftsgefährlichkeit” im deutschen Strafrecht, in: Klaus Lüderssen u.a. (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, Frankfurt a.M. 1990, 113면 이하 참조.

82) Kühl, in: Ökologische Ethik und Recht, 245, 258면 참조.

IV. 맺음말

지금까지 현대형법에서의 보편적 법익의 확대경향 및 그 문제점과 관련하여 법익개념을 재조명하고, 오늘날과 같은 복잡한 사회체계 내에서 보편적 법익보호의 필요성은 인정되나 그 정당성을 확보하기 위한 방법이 무엇인가에 대해 논의하였다. 이상의 논의를 간략히 정리하면 다음과 같다.

현대형법의 대표적인 영역이라고 할 수 있는 환경형법에서 활발히 논의되고 있는 여러 문제들 중의 하나가 바로 환경법익을 어떻게 이해할 것인가이다. 왜냐하면 특히 환경형법의 영역에서 법익이 형사입법자에 의해 단지 모호하고 광범위하게 규정된 보편적 법익으로 이루어지고 있다는 측면과 관련하여 환경형법적인 법익보호의 개념과 정당성이 문제시되고 있기 때문이다.

우선 법익개념은 헌법의 가치결정에 기초하고 있다. 이로써 형사입법자는 형법적 규범의 대상으로 재(이익)를 설정하고자 할 때 헌법체계 내에서, 즉 개인의 자유와 인격의 자유로운 발전에 기초한 법치국가 헌법 내에서 이를 도출하고 이에 구속되어야 한다. 이때 법익개념은 결과불법뿐만 아니라 행위불법에 대해서도 연결점을 가질 수 있는 개념으로 구성되어야 할 것이다. 이러한 방식으로 새롭게 재구성된 법익개념은 다음과 같이 정의된다: “법익 그 자체는 가치를 포함하고 있는 것은 물론, 개개인 또는 일반인의 가치 있고 현실적인 생활사태(대상물 내지 상태)로서도 파악될 수 있다. 이때 가치는 법질서를 통해 보장된 안전한 영역 때문에 이러한 생활사태를 법익소유자에게서 생겨난 투입 내지 이용 가능성으로 투영한다”. 이러한 새로운 법익개념 하에서 법익침해는 우선 법익객체의 현실적인 구체적 위험 내지 침해에 있으며, 나아가 구체적 침해가 결여된 경우는 순수한 규범 위반(추상적 위험)으로도 나타난다.

법익은 일반적으로 개인적 법익과 보편적 법익으로 구분되고 있다. 그러나 오늘날과 같은 복잡한 사회체계 내에서 개인의 인격적 자유영역은 개인적 차원에서 뿐만 아니라 국가적·사회적 차원에서 혼재되어 보장되고 있기 때문에, 개인적 법익과 보편적 법익의 엄격한 분리는 더 이상 지지될 수 없다고 판단된다. 특히 보편적 법익과 관련하여 개인적 법익을 그 중심위치에 놓고, 보편적 법익은 개인적 법익으로부터 도출되는 것으로서 개인의 인격실현을 위해 기여하는 경우에 한하여 정당화될 수 있다고 주장하는 인격적 법익론은 지지될 수 없다고 판단된다. 왜냐하면 인격적 법익론은 생태적 위험사회에서 사회적 관계의

지속적 발전을 간과하고 있기 때문이다. 환경 및 그 구성인자와 같은 보편적 법익은 현세대뿐만 아니라 미래세대의 안전한 자연적 생활토대의 유지라는 특별한 중요성을 내포하고 있기 때문에, 이러한 보편적 법익은 독자적 법익으로서 인정되어야 하며, 핵심형법에서도 수용할 가치가 있다고 여겨진다. 다만 보편적 법익으로서 생태적 법익의 정당성을 확보하기 위해서는 환경 그 자체의 보호가 아닌 최종적 인간관련성을 인정할 필요가 있으며, 모호하고 추상적인 환경이라는 단일적 포괄개념보다는 수질, 대기, 토양 등과 같은 구체적이고 명확한 환경의 구성인자를 보호객체로서 설정함이 요구된다.

주제어 : 환경형법, 법익론, 인격적 법익론, 보편적 법익보호, 생태적 법익보호, 행위불법

【참 고 문 헌】

- 김일수, 형법총론(제8판), 박영사, 2000.
- 김창균, 비판적 법익론, 형사법연구, 제7호, 1994, 1면 이하.
- 김창균, 인격적 법익론, 법치국가와 형법, 1998, 83면 이하.
- 박장우, 추상적 위험범에 관한 연구, 고려대 박사학위논문, 1997.
- 박장우, 형법의 기능주의적 변화와 인격적 법익론, 충북대학교 법학연구소, 법학연구 제10권, 1999, 15면 이하.
- 배종대, 형법총론(제5판), 홍문사, 1999.
- 심재무, 환경형법에 있어서 보호법익, 형사법연구, 제8호, 1995, 165면 이하.
- 손동권, 형법총칙론, 율곡출판사, 2001.
- 이동훈, 추상적 위험범의 확대경향과 문제점, 외법논집 제10집, 2001, 131면 이하.
- 이재상, 형법총론(제4판), 박영사, 2001.
- 임 응, 형법에 있어서의 “법익”개념, 경희법학, 제15권 제1호, 1979, 87면 이하.
- 임 응, 형법상 법익개념에 관한 연구, 서울대 박사학위논문, 1982.
- Amelung*, Knut, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1972.
- Blei*, Hermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., München 1983.
- Gallas*, Wilhelm, Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin 1968.
- Geerds*, Detlev, Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz, Lübeck 1990.
- Graul*, Eva, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin 1991.
- Hassemer*, Winfried, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt a.M. 1973.
- ders.*, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg 1989, S. 85 ff.
- ders.*, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, in: ZRP 1992, S. 378 ff.
- ders.*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1996.
- Hefendehl*, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln u.a. 2002.
- Hirsch*, Hans Joachim, Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?, in: Hans-Heiner Kühne/Koichi Miyazawa (Hrsg.), Neue Strafrechtsentwicklungen

- im deutsch-japanischen Vergleich, Köln u.a. 1995, S. 11 ff.
- Hohmann*, Olaf, Das Rechtsgut der Umweltsdelikte, Frankfurt a.M. u.a. 1991.
- ders.*, Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, in: GA 1992, S. 76 ff.
- Jakobs*, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin/New York 1993.
- Jescheck*, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1988.
- Kareklas*, Stefanos Emm, Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht, Tübingen 1990.
- Kindhäuser*, Urs, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt a.M. 1989.
- Koriath*, Heinz, Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts, in: GA 1999, S. 561 ff.
- Krüger*, Freyja, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, Berlin 2000.
- Kühl*, Kristian, Anthropozentrische oder nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?, in: Julian Nida-Rümelin u.a. (Hrsg.), Ökologische Ethik und Recht, Baden-Baden 1995, S. 245 ff.
- Kuhlen*, Lothar, Umweltstrafrecht auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, in: ZStW 105 (1993), S. 697 ff.
- Leipziger Kommentar*, Strafgesetzbuch. Großkommentar, Hans-Heinrich Jescheck/Wolfgang Ruß/Günther Willms (Hrsg.), 10. Aufl., Bände, Berlin 1978~1989.
- Marx*, Michael, Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut". Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln u.a. 1972.
- Müssig*, Bernd J.A., Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, Frankfurt a.M. u.a. 1994.
- Nomos Kommentar* zum Strafgesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., Baden-Baden 1995.
- Otto*, Harro, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl., Berlin/New York 2000.
- Prittwitz*, Cornelius, Funktionalisierung des Strafrechts, in: StV 1991, S. 435 ff.

- Roxin*, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl., München 1997.
- Rudolphi*, Hans-Joachim, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift für Richard M. Honig, Göttingen 1970, S. 151 ff.
- Schmidhäuser*, Eberhard, Der Unrechtstatbestand, in: Festschrift für Karl Engisch, Frankfurt a.M. 1969, S. 433 ff.
- Schmidhäuser*, Eberhard/Alwart, Heiner, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tübingen 1984.
- Schmidt*, Jürgen, Untersuchung zur Dogmatik und zum Abstraktionsgrad abstrakter Gefährdungsdelikte, Marburg 1999.
- Schönke*, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, bearbeitet von Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser, Walter Stree, 26. Aufl., München 2001.
- Seelmann*, Kurt, Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, in: NJW 1990, S. 1257 ff.
- Sina*, Peter, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", Basel 1962.
- Stratenwerth*, Günter, Zum Begriff des "Rechtsgutes", in: Festschrift für Theodor Lenckner, München 1998, S. 377 ff.
- Systematischer Kommentar* zum Strafgesetzbuch, Bearbeit von Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard Horn, Erich Samson, Hans-Ludwig Günter und Andreas Hoyer, Band I, Allgemeiner Teil (§§1-79b), 6. Aufl., Neuwid 1995.
- Tiedemann*, Klaus, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, Tübingen 1969.
- Welzel*, Hans, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht - Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, Mannheim/Berlin/Leipzig 1935.
- ders.*, Studien zum System des Strafrechts, in: ZStW 58 (1939), S. 491 ff.
- ders.*, Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, in: Festschrift für Eduard Kohlrausch, Berlin 1944, S. 101 ff.
- ders.*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969.
- Wessels*, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 31. Aufl., Heidelberg 2001.

Wohlers, Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte, Berlin 2000.

Zaczyk, Rainer, Der Begriff “Gesellschaftsgefährlichkeit” im deutschen Strafrecht, in: Klaus Lüderssen u.a. (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, Frankfurt a.M. 1990, S. 113 ff.

【Zusammenfassung】

Die Untersuchung der Legitimation vom Schutz der Universalrechtsgüter in dem modernen Umweltstrafrecht

Kim, Jae Yoon

Die Problematik des “modernen” Umweltstrafrechts liegt im Bereich der Rechtsgutstheorie: Bezüglich der vom Gesetzgeber im Bereich des Umweltstrafrechts nur “vage” und “großflächig” formulierten Universalrechtsgüter werden das Konzept und die Legitimation des umweltstrafrechtlichen Rechtsgüterschutzes problematisch.

Der Rechtsgutsbegriff ist zunächst in seiner Grundlegung ein auf den Wertentscheidungen des Grundgesetzes basierenden Begriff, der den Gesetzgeber in seinen Möglichkeiten, Güter zum Gegenstand strafrechtlicher Normen zu machen, leitet und bindet. Dabei kann der Rechtsgutsbegriff, der in der Lage ist, Aspekte des Handlungs- und des Erfolgsunrechts zu vereinen, wie folgt definiert werden: “Die Rechtsgüter selbst sind aufzufassen als wertvolle, reale Lebenssachverhalte (Gegenstände oder Zustände) des einzelnen oder der Allgemeinheit, einschließlich des Wertes, der diesen Lebenssachverhalten aufgrund des durch die Rechtsordnung gewährleisteten sicheren Umfelds und den daraus dem Rechtsgutsinhaber erwachsenden Einsatz- bzw. Nutzungsmöglichkeiten zukommt”. Somit liegt eine Rechtsgutsverletzung in der realen Beeinträchtigung (Verletzung oder konkrete Gefährdung) der Rechtsgutsobjekte und ergibt sich ferner und bei Fehlen einer konkreten Beeinträchtigung auch allein aus dem reinen Normverstoß (abstrakte Gefährdung).

Das Rechtsgut bildet den Oberbegriff für zwei Rechtsgutsarten. Es werden dabei Rechtsgüter des einzelnen (Individualrechtsgüter) und die der Allgemeinheit (überindividuelle Rechtsgüter) unterschieden. Vor allem im Zusammenhang mit den überindividuellen Rechtsgütern ist die personale Rechtsgutslehre abzulehnen, die als Rechtsgüter die “verletzbaren, realen Gegebenheiten, die sich in der historischen Situation als personale

Entfaltungsvoraussetzungen und -bedingungen darstellen”, ansieht, da sie die Weiterentwicklung der sozialen Verhältnisse in unserer ökologischen Risikogesellschaft unberücksichtigt lässt. Aufgrund ihres besonderen Gewichts als elementare Lebensgrundlagen der Menschheit sind Universalrechtsgüter, wie die Umwelt und die einzelnen Umweltmedien, der Anerkennung als eigenständige Rechtsgüter und der Aufnahme in das Kernstrafrecht würdig.