獨逸의 環境政策과 環境法體系*
- 環境行政法과 環境刑法의 競爭? -

趙 炳 宣**

序論 : 問題의 提起와 基本視覺

Ⅰ. 環境政策과 環境立法

1. 1971年의 環境綱領과 環境立法의 發展
2. 環境政策의 立法化의 限界 - 특히 環境行政法의 限界
   (1) 聯邦임미시온保護法의 基本原則
   (2) 危險防止 및 保護原則의 限界
      (a) 保護原則(聯邦임미시온保護法 제5조 제1항 제1호)
      (b) 保護原則의 한계: 遠距離作用(Fernwirkung)
      (c) 事前負荷(Vorbelastung)의 參酌과 測定節次
      (d) 集團리지코와 個人리지코의 區別
      (e) 排出限界値와 有害性起點(Schädlichkeitsschwelle)
      (f) "殘餘危險(Restrisiko)"
   (3) 事前配慮原則(聯邦임미시온保護法 제5조 제1항 제2호)
   (4) 現狀保全原則(Bestandsschutz)
   (5) 聯邦임미시온保護法의 合憲性?
   (6) 環境刑法의 行政從屬性의 不可避性

Ⅱ. 環境法體系의 獨自性 및 統括性

1. 環境保護立法의 傳統的 體系로의 融化
2. 共通的 指導原理의 缺如 - 非統括的 體系?
   (1) 事例1: 環境行政法과 環境刑法의 共通된 保護目的의 缺如?

* 이 論文은 1994/95年度 敎育部 學位硏究助成費(地域硏究)에 의하여 硏究되었음.
** 淸州大 法大 敎授

(2) 事例2: 原子力安全規制의 法執行의 事例: 聯邦과 州의 葛藤?
(a) 聯邦政府의 統制權
① 聯邦監督
② 關與
(b) 聯邦政府의 統制權의 限界
(3) 中間結論: 環境法體系의 統括的 調和?

Ⅲ. 環境行政法과 環境刑法의 競合 - 競爭的 疾走?

1. 環境刑法의 追越?
(1) 公法上의 許可와 環境刑法의 行政法從屬性
(2) 公法上의 許可와 環境刑法의 行政行爲從屬性
(3) 1994년의 環境刑法에 규정된 行政從屬性
(4) 環境行政公務員의 命令과 行政行爲從屬性
(5) 許可능력 및 許可義務
2. 環境行政法의 追越?
(1) 環境行政의 協力原則과 便宜主義
(2) 積極的 容認
3. 環境行政法과 環境刑法의 緊張關係의 整理
(1) 違法한 行政行爲의 刑法的 拘束力
(2) 違法한 行政行爲의 遡及的 取消의 刑法上 拘束力

Ⅳ. 環境法體系에서의 環境刑法의 機能의 再檢討

1. 環境刑法의 機能에 대한 對立的 視覺
2. 古典刑法과 現代刑法의 對立的 視覺
3. 刑法의 能動的 法益保護機能과 環境刑法

結 論 : 要約과 展望

序 論 : 問題의 提起와 基本視覺

本稿는 獨逸의 環境政策과 環境法體系를 客觀的인 局外者의 立場에서 "環境法의 體系性"을 中心으로 檢討하고자 한다. 비교적 새로운 法領域인 環境法이 그 規範의 量이나 質에 있어서 급격히 發展해서 이제는 어느 정도 獨自性을 갖추게 되었지만, 아직도 環境法이 그 內部의 全領域에 걸쳐 統括的인 體系를 갖추고 있는지는 疑問이 아닐 수 없다. 왜냐하면 예컨대 環境法의 한 分野인 環境行政法, 環境刑法, 環境私法은 각각 行政法, 刑法, 私法의 體系에 강하게 融化되어 있기 때문이다. 이런 의미에서 筆者는 基本的으로 이른바 橫斷面法(Querschnittsrecht)로서의 環境法의 體系的特性은 環境法體系의 內的 調和(innere Harmonisierung des Umweltrechtssystems)에 있다고 보고, 특히 環境行政法과 環境刑法의 關係를 摸索하고자 한다. 獨逸도 環境分野別로 環境行政法이 多數의 精緻한 法令을 통해 前面에서 環境保護의 核心的 役割을 수행하고 있지만, 環境刑法도 그 領域 全部를 要約된 條文들을 통해 積極的 保護에 나서고 있다. 世界的·歷史的으로 볼 때, 環境行政法의 先驅者의 役割을 美國環境法이 주도하여 왔다면, 環境刑法은 獨逸이 주도해 왔다고 해도 過言이 아니다. 環境行政法과 環境刑法의 兩面的 環境保護야말로 獨逸의 環境法體系의 가장 큰 特性이라고 생각된다. 大陸法系를 따르고 있는 우리나라의 法體系的 觀點에서 볼 때, 獨逸環境法의 具體的 內容 뿐만 아니라 環境法體系를 파악하는 것은 앞으로의 比較法的 硏究에 상당히 有用할 것이라고 생각된다. 그리고 環境法과 같은 廣範圍한 分野를 全體的·平面的으로 要約하는 것은 限界가 있고, 또 장래의 比較法的 硏究를 생각한다면, 항상 "環境政策→立法化→執行"이라는 세단계를 염두에 두고 具體的인 事例와 全體的인 體系性에 重點을 두어 敍述하는 것이 바람직하다고 생각하였다.

本稿는 이러한 問題意識과 基本視覺 아래서 크게 4부분으로 構成된다. 먼저 이른바 1971年 環境綱領 以來 獨逸의 環境政策을 살피면서

그에 따른 立法化와 그 限界를 聯邦임미시온保護法을 중심으로 고찰한다(이하 項目 Ⅰ). 다음에 環境行政法, 環境刑法, 環境私法을 중심으로 環境法의 全體的 輪廓과 그 體系性의 檢討를 ① 環境法의 解釋(例示的으로 保護目的/法益의 差異)와 ② 環境法의 執行(例示的으로 聯邦과 州의 葛藤)의 두 가지 側面에서 分析하여, ③ 環境法體系의 統括的 調和는 可能한 것인지를 서술할 것이다(이하 項目 Ⅱ). 그 후 環境法의 體系的 調和의 問題를 具體的으로 環境行政法과 環境刑法의 緊張關係를 解消하는데 두고, 體系的으로 볼 때 ① 環境刑法이 環境行政法의 事前決定을 破棄하는 事例(이른바 環境刑法의 追越?) ② 環境行政法이 지나치게 環境刑法의 適用을 無力化시키는 事例(이른바 環境行政法의 追越?)을 다루고, ③ 兩者의 競爭的 疾走를 어떻게 交通整理할 수 있는지 그 可能性을 서술할 것이다(이하 項目 Ⅲ). 마지막으로 다른 나라의 環境法規에 비하여 강력한 機能을 발휘하는 獨逸環境刑法에 대한 肯定的 視覺과 否定的 視覺을 검토하여 環境法體系 內에서 環境刑法의 올바른 位置를 제시하려 한다(이하 項目 Ⅳ). 지금까지의 고찰에 대하여 結論을 통해 要約하고 그 展望을 제시할 것이다.

Ⅰ. 環境政策과 環境立法

1. 1971年의 環境綱領과 環境立法의 發展

獨逸의 環境政策의 出發點으로 보는 "1971년 環境綱領(Umweltprogramm von 1971)"[1]의 社會的 背景은 다음과 같다. 1969년 가을 積極的 環境政策을 표방하고 執權한 社會主義와 保守主義의

1) BT-Drucks.VI/2710; Materialien zum Umweltprogramm der Bundesregierung 1971, Schriftenreihe des Bundesministeriums des Inneren, Bd.1. 1971年 環境綱領의 背景과 意義에 관하여 상세히는 Küppers/Lundgreen/Weingart, Umweltforschung - die gesteuerte Wissenschaft? Eine empirische Studie zum Verhältnis von Wissenschaftsentwicklung und Wissenschaftspolitik, 1978, S.127 ff.

聯合인 이른바 "社會-自由聯政(die sozial-liberale Koalition)"[2]은 70年代에 들어 環境문제의 심각성에 주의를 촉구하는 國際的 動向을 맞이하게 되었다. 당시 칼슨(Carson)의 "沈默의 봄"[3]과 메도우스(Meadows) 등이 집필한 로마클럽(Club of Rome)의 報告書[4]가 커다란 反響을 불러일으켰고, 1970년이 유럽 自然保護 元年으로 설정되었으며, 1972년 스톡홀롬의 제1차 UN環境會議의 準備會議가 1970년 開催되었다. 미국은 이미 1963년 大氣淸淨法(Clean Air Act)과 自動車大氣汚染規制法(Motor Vehicle Air Pollution Control Act)에 이어서 1969년 國家環境政策法(National Environmental Policy Act)을 立法하고, 環境諮問會議를 가동시켰다.[5] 이러한 國際的 動向에 영향을 받은 獨逸은 1969년 環境問題作業班(Arbeitsgruppe für Umweltfragen)의 設置을, 1970년초 環境政策을 다룬 이른바 "緊急政策(Sofortprogramm)"[6]을, 1970년 6월에는 內閣에 環境問題內閣委員會(Kabinettausschuß für Umweltfragen)의 設置를 공표하였다. 드디어 聯邦政府는 1971년 9월 21일 獨逸環境政策의 획을 긋는 "1971年의 環境綱領"을 聯邦下院에 제출하였다. 1972년 環境問題諮問委員會(Sachverständigenrat für

2) 獨逸의 現代環境政策의 出發點은 社會民主黨(SPD)과 聯立政權을 구성한 自由民主黨(FDP)에 의해 (특히 당시 內務長官 H. D. Genscher의 主導로) 시작되었다. 상세히는 Kloepfer/Franzius/Reinert, Zur Geschichte des deutschen Umweltrechts, 1994, S.99 ff.; Küppers/Lundgreen/Weingart, Umweltforschung - die gesteuerte Wissenschaft? Eine empirische Studie zum Verhältnis von Wissenschaftsentwicklung und Wissenschaftspolitik, 1978, S.128 ff. 참조. 社會民主黨도 일찌기 1961년 總選에서 당시 首相候補였던 W. Brandt가 "루르(Ruhr) 地方의 하늘을 다시 푸르게!"라는 選擧口號를 채택한 바 있다. Brandt, Regierungsprogramm, in: SPD, Regierungsprogramm der SPD (Broschüre zur Bundestagswahl 1961), S.19, 25.

3) Carson, The silent Spring, 1962. in deutscher Übersetzung, Der stumme Frühling, 2.Aufl. 1987. 이 著書가 獨逸에 미친 影響에 대하여 Malunat, Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage 29 vom 18.7.1987, S.29 참조.

4) Meadows u.a., Die Grenzen des Wachstums. Berichte des Club of Rome zur Lage der Menschheit, 1973.

5) 이 環境諮問會議(Counsel on Environmental Council)는 1980년 外務部와 함께 大統領에게 環境問題를 포괄적으로 報告하여(이른바 "Global 2000") 世界的인 反響을 불러 일으켰다.

6) BT-Drucks.VI/1519, S.9 ff.

Umweltfragen = SRU)[7]가 設置되고, 環境報告書(Umweltbericht)를 발간하게 되었으며[8], 環境政策의 後續的 措置인 "實行政策(Aktionsprogramm)"이 발표되고, 1976년에는 "1971年의 環境綱領"의 補完[9]이 이루어졌다. 10개의 주제로 압축된 環境政策은 이른바 "事前配慮原則(Vorsorgeprinzip)", "原因者負擔原則(Verursacheprinzip)", "協同原則(Kooperationsprinzip)"의 3대원칙에 기초하였다.[10]

1971年의 環境綱領의 확립에 따라 "規範混亂(Normenlabyrinth)"라고 할 정도로 거의 600여개에 달하는 많은 環境法律과 法令이 입법되었다. 특히 1971년의 環境綱領에 따라서 1970年代에 立法된 主要聯邦法律을 例示하면, 航空騷音法(Fluglärmgesetz, 1971)[12], 揮發油-납法(Benzin-Bleigesetz, 1971)[13], 廢棄物法(Abfallgesetz, 1972/76/82/86)[14], DDT-法(1972)[15], 聯邦임미시온法(Bundesimmissionsschutzgesetz, 1974/85/90)[16], 危險物運送法(Gefahrgutbeförderungsgesetz, 1975)[17], 食品法

---

7) Erlaß über die Einrichtung eines Rates von Sachverständigen für Umweltfragen bei dem Bundesminister des Inneren vom 28.12.1971, BAnz.1972 Nr.8. 이 자문회의의 역할에 대하여 상세히는 Salzwedel, Rat von Sachverständigen, in: HdUR, Sp.220 ff.

8) 예컨대 "環境報告書 1990"은 80年代의 環境政策을 요약하여 보고하고 있다. Umweltberich 1990, BT-Drucks.11/7618.

9) BT-Drucks.7/5684.

10) 그 중에서 事前配慮原則은 1971년의 環境政策에 명백히 表現된 바는 없지만, 대개 環境計劃(Umwelplanung)을 강조한 점(BT-Drucks.VI/2710, S.9 f.)에서 이를 導出할 수 있다고 본다. Hoppe, VVDStRL 38(1980), 21 ff., 228 Fn.36; Kloepfer, Umweltrecht, 1989, 3 Rdn.5, S.74 Fn.14.

11) 이러한 指摘은 Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aßmann/Kunig, Umweltgesetzbuch, Allgemeiner Teil, UBA-Berichte 7/90, 2.Aufl. 1991, S.1.

12) Vom 30.3.1971, BGBl. I S.282.

13) Vom 5.8.1971, BGBl. I S.1234.

14) Vom 7.6.1972, BGBl. I S.873. 廢棄物法은 대대적인 혁신(Novellierung)을 거듭하여, 1976.6.27.의 제1차 革新(BGBl I S.1601), 1982.3.4 제2차 革新(BGBl. I S.281), 1985.1.31. 제3차 革新(BGBl. I S.204)를 거쳐, 現行法은 현재 1986.8.27. 제4차 革新(BGBl. I S.1410, ber. 1501)에 따른 法律이다. 새 廢棄物法에 대하여 Kreft, UPR 1986, 402 ff. 참조.

15) Vom 7.8.1972, BGBl. I S.1385.

16) Vom 21.3.1972, BGBl. I S.721. 聯邦임미시온保護法은 대폭적인 改正을 거듭하여, 1985.10.4.의 제2차改正(BGBl I S.1950), 現行法은 현재 1990.3.14. 제3차 改正(BGBl. I S.880)에 따른 法律이다.

17) Vom 6.8.1975, BGBl. I S.2121.

(Lebensmittelgesetz, 1975/86)[18], 聯邦山林法(Bundeswaldgesetz, 1975)[19], 飼料法(Futtermittelgesetz, 1975)[20], 植物保護法(Pflanzenschutzgesetz, 1975/86)[21], 洗劑法(Wachmittelgesetz, 1975)[22], 原子力法(Atomgesetz, 1975/89)[23], 水資源管理法(Wasserhaushaltsgesetz, 1976/86)[24], 醫藥品法(Arzneimittelgesetz, 1976/88)[25], 下水負擔金法(Abwasserabgabengesetz, 1976/90)[26], 聯邦自然保護法(Bundesnaturschutzgesetz, 1976/93)[27], 肥料法(Düngemittelgesetz, 1977)[28]. 聯邦環境廳法(Umwelbundesamt-Gesetz, 1974)[29], 環境統計法(Umweltstatistikgesetz, 1974/80)[30]이 있다. 그러나 세계경제를 강타한 1974-79년의 이른바 오일쇼크로, 실질적으로는 環境政策이 에너지節約과 經濟界의 負擔을 輕減시키는 方向으로 執行되었다(이른바 귐니히城會議).[31] 經濟와 環境의 同等을 原則으로 하는 環境政策은 社會的으로 執行缺損(Vollzugsdefizite)[32], 原子力論爭[33], 市

18) Vom 15.8.1974, BGBl I S.1945, ber. 2652. 1986년 12월 19일 改正法(BGBl. I S.2610)으로 대폭 개정됨.
19) Vom 2.5.1975, BGBl I S.1037.
20) Vom 2.7.1975, BGBl. I S.1745.
21) 이후 1986년 9월 15일의 대폭적인 개정을 거쳐 현행법은 BGBl. I S. 1505.
22) 이후 1987년 3월 5일의 대폭적인 개정을 거쳐 현행법은 BGBl. I S. 875.
23) 이후 1989년 10월 9일의 대폭적인 개정을 거쳐 현행법은 BGBl. I S. 1830.
24) 이후 1986년 9월 23일의 대폭적인 개정을 거쳐 현행법은 BGBl. I S. 1529.
25) Vom 24.8.1976, BGBl. I S.2445. 1988년 7월 20일 改正法(BGBl. I S.1050)으로 대폭 개정됨.
26) 이후 1990년 11월 6일의 대폭적인 개정을 거쳐 현행법은 BGBl. I S. 2432.
27) 이후 1993년 8월 6일의 대폭적인 개정을 거쳐 현행법은 BGBl. I S. 1458.
28) Vom 15.11.1977, BGBl I S.2134.
29) Vom 22.7.1974, BGBl I S.1505.
30) 이후 1980년 3월 14일의 대폭적인 개정을 거쳐 현행법은 BGBl. I S. 311.
31) 이러한 政策轉換은 1975. 6. 3 Gymnich城에서 열린 회의에서 시작되었다. Müller, Innenwelt der Umweltpolitik: Sozialliberale Umweltpolitik - (Ohn)macht durch Organisation?, 1986, S.99 ff.
32) 상세히는 SRU, Umweltgutachten 1978, Rdn.1642 f.; ders., Umweltgutachten 1987, S.126 ff.; Wittkämper/Nießlein/Stuckhard, Vollzugsdefizite im Naturschutz. Analyse von Vollzugsdefiziten bei der Verwaltungspraxis der Aufgabe Landschaftspflege und Naturschutz, Schriftenreihe des BML Reihe A H.300, 1984; Brahms u.a., Naturschutzansprüche und ihre Durchsetzung, Schriftenreihe des BML Reihe A H.331, 1986; Myntz(Hrsg.), Implementation politischer Programme, Bd.1: Empirische Forschungsberichte, 1980, Bd.2: Ansätze zur Theorienbildung, 1983; Mayntz u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978; Winter, Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht, 1975; Bohne, Der informale Rechtsstaat, 1981, S.20 ff. 특히 環境刑法의 執行缺損에 대하여 Wittkämper/Wulff-Nienhüser, Umweltkriminalität - heute und morgen. Eine empirische Untersuchung mit Prognose und Empfehlungen für die Praxis, 1987; Heine/Meinberg, Gutachten D zum 57.DJT, 1988, S. D77 ff.
33) 政治的 論爭化되어 지금까지도 계속되고 있다. 대략 SRU, Sondergutachten "Energie

民抵抗(環境運動[34], 環境團體[35], 綠色黨의 登場[36]을 가져왔다. 그럼에도 불구하고 "1971年의 環境綱領"과 이에 따른 多數의 環境法律의 立法은 獨逸國民의 環境意識을 高揚시켜서[37], 1982년 基民黨/基社黨(CDU/CSU)의 執權 後에도 일관되게 環境政策의 母胎로 남게 되었다. 이러한 强化된 環境意識을 바탕으로, 1980년 3월 28일 第18次刑法改正法(第1次環境犯罪規制法)을 통하여 기존의 環境法規에 散在되어 있었던 罰則規定을 없애고, 統一的으로 集中化하여 刑法典에 도입하였다.[38] 그리고 環境法의 手段을 보완하는 새로운 手段, 예컨대 排出交換政策(Emission Trading Policy)[39] 등 市場經濟原理에 입각한 手段이 주장되

---

und Umwelt", BT-Drucks.9/872, Tz.153 ff.; ders., Umweltgutachten 1987, Tz.1975 ff.; Radkau, Aufstieg und Krise der deutschen Atomweitschaft 1945~1975, 1983 참조.

34) 상세히는 Guggenberger/Kempf(Hrsg.), Bürgerinitiativen und repräsentaives System, 2.Aufl. 1984; Brand/Rucht, Aufbruch in eine andere Gesellschaft. Neue soziale Bewegungen in der Bundesrepublik Deutschland, 1986.

35) 상세히는 Ellwein/Leonhard/Schmidt, Umweltschutzverbände in der Bundesrepublik Deutshcland, 1983; Cornelsen, Anwälte der Natur. Umweltschutzverbände in Deutschland, 1991; Rolke, Protestbewegungen in der Bundesrepublik, 1987; Streich, betrifft: Greenpeace. Gewaltfrei gegen die Zerstöörung, 3.Aufl. 1991; SPIEGEL-Berichte in Nr.36/1982, 112 ff; Nr.9/1983, 96 ff.; Nr.36/1983, 55 ff.; Nr.22/1984, 66 ff.; Nr.41/1984, 74 ff.; Nr.51/1984, 84 ff.; Nr.40/1985, 170 ff.; Nr.6/1986, 89 ff.; Nr.43/1986, 75 ff.; Nr.46/1987, 270 ff.; Nr.3/1988, 29 ff.; Nr.32/1989, 114 f.

36) 상세히는 Mettke(Hrsg.), Die Grünen. Regierungspartner von morgen?, 1982 참조. 獨逸 以外의 西유럽國家들에서의 環境政黨에 대하여 Rothagang, Die Friedens- und Umweltbewegung in Großbritannien, 1990; Brinkmann, Umweltschutzgruppen in den USA, ZfU 1982, 325 ff.; Müller-Rommel, "Parteien neuen Typs" in Westeuropa: Eine vergleichende Analyse, ZParl 3/1982, 369 ff.; ders., Das grün-alternative Parteienbündnis im Europäischen Parlament: Perspektiven eines neuen Phänomens, ZParl 3/1985, 391 ff.; Plguntke, Grün-alternative Parteien: Eine neue Farbe in westlichen Parteiensystemen, ZParl 3/1987, 368 ff.; Watts, Gesellschaftspolitische Bedingungen der Umweltbewegung im internationalen Vergleich, ZParl 2/1979, 170 ff.; Müller-Rommel, Grüne Parteien im Westeuropa. Entwicklungsprozesse und Erfolgsbedingungen, 1992..

37) Die Referate von Hoppe und Rauschning zur Staatsaufgabe Umweltschutz auf der Staatsrechtslehrertagung in Berlin, VVDStRL 1980, 331 ff.; Hartkopf/Krause u.a.(Hrsg.), Umweltschutz und Verwaltung - der öffentliche Dienst zwischen politischem Anspruch und Realisierungsnot, 1986, S.96, 102 f.

38) 立法者는 環境汚染의 社會的 害惡性을 公衆에 널리 알리고 强化하는 것이 環境刑法改正의 目標라고 宣言하였다. BT-Drucks.8/2382, S.9 ff.

39) 市場經濟原理에 입각해서 環境善用權利를 주자는 것으로, 環境許可證

기 시작하여, 그 중 環境負擔金(Umweltabgaben)이나 補償規定(Kompensationsregelung)을 部分的으로 導入되었고[40], 특히 下水負擔金法은 改正(1994. 7. 4.)을 거듭하고 있다.

1974년 설립된 聯邦環境廳 외에, 1986년 4월의 체르노빌 原電事故를 계기로 聯邦環境/自然保護/原子爐安全部(Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit = BMU)를 設置하였고, 放射線防護事前配慮法(Strahlenschutzvorsorgegesetz)[41]이 제정하였다. 1989년에는 聯邦放射線防護廳(Bundesamt für Strahlenschutz)이 설립하고, 1990년에는 一種의 環境計劃手段으로서 環境技術의 발전에 따라 技術的 評價를 도입한 環境影響評價法(Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz)[42]과 環境保護에서의 私法의 르네상스를 반영하는 環境責任法(Umwelthaftungsgesetz)[43]이 제정되었다. 그동안 保護規範의 空白이라고 지적되던 領域인 交通등의 騷音과 土壤保護에 대하여도 적극적인 對處를 하기 시작하였다. 즉 1990년 6월 12일 제16차 聯邦임미시온保護法施行令(16. BImSchV) 交通騷音防護令[44], 1991년 7월 18일 제18차 聯邦임미시온保護法施行令(18. BImSchV) 體育施設騷音防護令[45]을 제정하였고,

---

(Umweltlizenzen) 또는 排出證書(Emissionszertifikaten)의 모델이라고 불린다. 이 모델을 導入하자는 주장은 Hassemer, Neue Kriminalpolitik 1989, 46 ff.; Frank, KJ 1989, 36 ff., 43; Murswiek, JZ 1988, 985, 990. 그러나 이 모델은 여러 가지 短點이 많다는 批判이 主流를 이루고 있다. 예컨대 Blankennagel, in: Wenz/Issig/Hoffmann, Ökologie, Ökonomie und Jurisprudenz, 1987, S.83; Breuer, in: Wenz/Issig/Hoffmann, Ökologie, Ökonomie und Jurisprudenz, S.53; Heine/Meinberg, GA 1990, 1, 6; Wolf, KJ 1989, 55, 58; Schall, wistra 1992, 9.

40) 이러한 새로운 手段에 대하여 상세히는 Breuer, Verwaltungsrechtliche Prinzipien und Instrumente des Umweltschutzes, Bestandsaufnahme und Entwicklungstendenzen, 1989, S.18 ff.; Ketteler, Instrumente des Umweltrechts, JuS 1994, 826 ff., 909 ff.; Bender/Sparwasser, Umweltrecht. Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts, 2.Aufl. 1990, Rdn.83～97, S.29～36; Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, 1989, §9 Rdn.1-40, S.149～160; Kloepfer, Umweltrecht, §4 Rdn.177 ff., S.176 ff. 참조.

41) BGBl. I S.2610.

42) vom 12.2.1990, BGBl. I S.205, zuletzt ge ndert durch G v. 27.12.1993, BGBl. I S.2378.

43) Vom 10.12.1990, BGBl. I S.263.

44) BGBl. I S. 1036.

45) BGBl. I S. 2545, ber. 2832.

시급한 문제로 부각되는 施設汚染地(Altlasten)의 淨化 등을 위시한 土壤汚染을 해결하기 위하여 현재 土壤保護法의 立法을 위한 草案[46]을 마련 중에 있으며, 1994년 6월 24일의 제31차 刑法改正法(제2차 環境犯罪規制法)[47]을 통하여 環境刑法의 全般的 改正과 더불어 刑法 제324a조에 土壤保護를 추가하였다. 오랜 작업을 거쳐 이루어진 1994년 環境刑法의 改正은 그에 따라 刑事訴訟法과 기타 環境法令의 개정을 수반하였다. 즉 刑事訴訟法 제443조 제1항 제1문 제2호, 聯邦임미시온保護法 제62조 제1항 제6호, 廢棄物法 제18조 제2항, 放射線防護令 제87조 제1항 제1호, 水管理法 제41조, 洗淨劑法 제11조 제2항, 植物保護法 제39조 제1항, 제40조 제2항, 化學物質法 제26조 조2항, 제27조가 연속적으로 개정되었다. 최근에도 立法/改正作業은 계속되어, 政府의 環境報告書作成義務와 市民의 情報請求權을 規定한 1994년 7월 8일의 環境情報法(Umweltinformationgesetz)[48]이 제정되었으며, 基本法 제20조의 國家目的規定(Staatszielbestimmung)을 補完하는 環境保護規定의 導入 與否를 논의하여[49], 1994년 8월 30일 基本法 제20a조[50]를 신설하였다. 氣候保護를 국제적 동향, 특히 오존층 보호에 관한 몬트리올議定書에 따라 FCKW-Halon-禁止令[51]이 제정되었다. 또한 遺傳工學의 發展이 가져올 수 있는 危險性을 방지하기 위하여

46) Referentenentwurf eines Bodenschutzgesetzes vom 22.9.1993, BMU, WA Ⅱ 1-73102/0. 이에 대하여 SRU, Umweltgutachten 1994, S.334; Ott, ZUR 1994, 53 참조.

47) BGBl. I S.1440. 改正된 環境刑法에 대하여 Otto, Das neue Umweltstrafrecht, Jura 1995, 134; Möhrenschlager, Revision des Umweltstrafrechts, NStZ 1994, 513 ff.(1.Teil), 566 ff.(2.Teil); Schmidt/Schöne, Das neue Umweltstrafrecht, NJW 1994, 2514 ff.; Breuer, Verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Umweltschutz - vom Ersten zum Zweiten Umweltkriminalitätsgesetz, JZ 1994, 1077 ff.; Lackner/Kühl, Vor §324 Anm.6a. 참조.

48) BGBl. I S.1490.

49) 이러한 論議는 이미 聯邦政府의 公刊物을 통해서 提示되었다. Umweltbericht 1976, BT-Drucks.7/5864, Tz.110; BMI/BMJ(Hrsg.), Staatszeilbestimmungen /Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission, 1983, Tz.130. 이 문제에 대한 學界의 立場은 Kloepfer, Umweltschutz und Verfassungsrecht, DVBl. 1988, 305 ff. 참조.

50) 基本法 제20a조 [環境保護] 國家는 또한 次世代를 위하여 責任을 지고, 立法을 통해서 또한 法律과 法의 尺度에 따라 權力執行과 判決을 통해서 合憲的 秩序 內에서 自然的 生活土臺를 保護한다.

51) Vom 6.4.1991, BGBl. I S.1090.

1990년 7월 20일에 遺傳工學法(Gentechnikgesetz)[52]이 제정되었다. 1987년에 있었던 "헬보른(Herborn) 가스탱크汽車爆發事故"를 계기로 危險物質運送法의 새로운 立法이 추진되었으나, 기존의 법령의 집행을 强化하는 쪽으로 결정이 되었고, 원자력법은 1992년이래 계속 대폭적인 개정이 추진되고 있다.[53] 최근 1994년 4월에는 環境의 循環過程을 總括하는 이른바 "環境循環管理法(Kreislaufwirtschaftsgesetz)"의 草案이 마련되어서 그 歸趨가 주목되고 있다.[55]

2. 環境政策의 立法化의 限界 - 특히 環境行政法의 限界

環境政策은 "環境政策→立法化→執行"이라는 세 단계를 거쳐 점점 具體化되지만, 具體化되는 段階로 내려갈수록 限界를 드러내서, 결국은 執行缺損(Vollzugsdefizit)[56]에 이르게 된다. 環境政策의 效果的인 立法化와 그 執行은 이른바 "生態-經濟(Ökologie-Ökonomie)"의 調停問題[57]에 달려 있다. 窮極的으로는 "生態的 市場經濟(ökologische Marktwirtschaft)"[48]의 확립을 통해서 執行缺損을 방지할 수 있다. 立法에는 현재의 社會秩序와 市場經濟秩序가 반영되는 것은 당연하므로, 環境政策 그 自體와 環境法律의 解釋은 구별되어야 한다.[59] 保護原則,

---

52) BGBl. I S.1080.

53) 原子力法의 改正動向에 대하여 Lukes(Hrsg.), Reformüberlegungen zum Atomrecht, 1991 참조. 改正草案에 대하여는 Wolf, ZUR 1993, 11 ff.

54) Entwurf der Bundesregierung zu einem "Gesetz zur Vermeidung von Rückständen, Verwertung von Sekundärrohstoffen und Entsorgung von Abfälen", BT-Drucks.12-5672.

55) FAZ vom 15.4.1994, S.14.

56) 環境法의 執行缺損에 대하여 앞의 註 14의 문헌들 참조.

57) 1970년대 후반 "經濟에 대한 環境保護는 없다(Kein Umweltschutz gegen die Wirtschaft)"는 논의는 1990년대에도 再論되고 있다. 이 점은 예컨대 1990년 10월말 연방경제성장관 Möllemann이 연방환경성장관 Töpfer의 환경제안들을 일축한 데서 극명하게 들어난다. Der Tagesspiegel vom 25.10.1991, S.25 und vom 26.10.1991, S.1, 2.

58) 그 可能性에 대하여 상세히는 Huber, Der Beitrag des Rechts zum Einstieg in eine "ökologische Marktwirtschaft", ZRP 1994, 396 ff.; Späth, Natur und Wirtschaft, 1992.

59) Kloepfer, Umweltrecht, §1 Rdn.24, S.14 f.

事前配慮原則 등 環境政策上의 基本原則들과 그 解釋上의 限界를 聯邦임미시온保護法의 예를 들어서 고찰해 보면 다음과 같다.

(1) 聯邦임미시온保護法의 基本原則

1889년의 營業令(Gewerbeordung)을 뿌리로 하는[60] 1974년의 聯邦임미시온保護法은 1988년의 제1차 聯邦임미시온保護法-施行令(Verordnung zur Durchführung des Bndes-Immissionsschutzgesetz)으로부터 1993년의 제22차 聯邦임미시온保護法-施行令에 이르기까지 무려 22개의 行政法施行令이 同法의 施行과 관련하여 제정된 "力動的 法律(Bewegungsgesetz)"이다. 聯邦임미시온保護法 제4조는 해로운 環境侵害를 야기하거나, 기타의 방법으로 公衆 또는 이웃 사람을 危險하게 하거나, 큰 不利益을 주거나 성가시게 하기에 매우 適切한 施設物을 設置하고 운영하려면 許可를 받도록 규정하고 있다. 이렇게 許可를 받아야 할 義務가 있는 施設物의 경우, "危險防止(Gefahrenabwehr)"[="保護原則(Schutzprinzip)"]과 "事前配慮原則(Vorsorgeprinzip)"이 중요한 역할을 한다.[61] 동법 제5조 제1항 제1호는 保護原則(危險防止)를, 동법 제5조 제1항 제2호는 事前配慮原則을 도입하고 있다. 保護原則은 施設物의 운영에서 생기는 특별히 불이익한 결과를 방지하도록 하는 원칙이다. 事前配慮原則에 따르면, 環境政策은 발생한 손상의 제거와 직접적으로 위협적인 위험의 방지에만 한정되는 것이 아니라, 環境危險段階의 아래에 있도록 環境負荷(Umweltbelastung)를 방지하고 인용해야 할 이른바 "殘餘危險(Restrisiko)"을 가능한 한 極小化시켜야 한다고 하게 된다. 事前配慮原則은 保護原則의 適用範圍보다도 더 넓

60) 聯邦임미시온保護法이 營業法에 유래하기 때문에 아직도 營業法的인 規定이 남아있고, 營業法的 解釋을 하고 있다는 비판도 있다. Sendler, UPR 1983, 33 ff.; Führ, ZUR 1990, 54.

61) 環境法의 基本原則으로는 이른바 3대원칙인 事前配慮原則, 原因者負擔原則, 協力原則 이외에도 保護原則, 共同負擔原則(Gemeinlastprinzip), 現狀保全原則(Bestandsschutzprinzip)이 있다. 이러한 原則에 대하여 상세히는 Breuer, Umweltschutzrecht, v. Münch/Schmidt-Aßmann(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8.Aufl. 1988, S.610 ff.; Rehbinder, Allgemeines Umweltrecht, in: Salzwedel(Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 1982, S.87 ff.

62) 이에 대하여 後述하는 (2)의 (f)項目 참조.

게 적용되므로, 예컨대 工業團地에 새로이 들어올 수 있는 新入者 및 追後에 建設될 공업단지를 위한 餘分까지도 고려하여, 計劃機能과 配分機能을 충족시켜야 한다.[63]

이러한 原則들의 指導原理는 利益衝突을 比較衡量하여 調停하는 것이다. 利益의 衝突을 例를 든다면, 許可의 경우 人格의 自由로운 發現, 經濟的 自由와 施設物運營者의 所有權에 根據하여 環境威脅行爲 내지 環境汚染行爲의 許可를 요구할 수 있는 權利가 있는 반면에, 個人의 身體의 完全性의 保護, 個人의 幸福追求權, 個人의 所有權, 環境保護의 一般的 利益이 그에 對立된다. 聯邦行政法院의 見解에 따르면 許可與否는 이러한 利益들의 比較衡量을 통해서 決定된다.[64] 따라서 聯邦임미시온保護法 제6조에 따라 특정의 전제조건을 충족시키다면, 環境에 負擔을 주는 運營의 許可를 要求할 權利가 생긴다.[65]

(2) 危險防止 및 保護原則의 限界

(a) 保護原則(聯邦임미시온保護法 제5조 제1항 제1호)

위와 같은 許可를 받기 위해서는 聯邦임미시온保護法 제5조의 전제조건을 충족시키면 된다. 특히 同法 제5조 제1항 제1호에는 許可를 받을 義務가 있는 施設物은 環境에 대한 惡影響[66] 및 公衆이나 이웃에

63) Grabitz, Zweck und Maß der Vorsorge nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz, WiVerw 1984, 232 ff.; Breuer, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S. 669 f.; Pape, Die Rechtsstellung des Nachbarn nach dem Bundesimmissionsschutz: Eine materiell-rechtliche Gesamtbetrachtung im Rahmen der Klagebefugnis nach §42 Abs.2 VwGO, Diss. Bonn 1984, S.139 ff.

64) BVerwGE 69, 37, 43 f. 그라비츠는 경합하는 基本權들의 比較衡量을 통해 決定되는 것이 바로 事前配慮原則이라고 한다. Grabitz, WiVerw 1984, 240 ff.

65) Breuer, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S.663 참조.

66) 環境에 대한 惡影響은 同法 제3조 제1항에 따르면 그 種類나, 量, 또는 持續期間으로 보아 危險, 顯著한 不利益, 또는 顯著한 負擔을 招來하는 安穩妨害(Immission)라고 한다. 쿠쉐트에 따르면 動植物과 기타 物件은 聯邦임미시온保護法의 獨自的인 保護法益이 아니라고 한다. Kutschedt, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung und erg nzende Vorschriften. Kommentar in drei Bänden, Band III: Umweltrecht, §1 BImSchG Rdn.4 그러나 同法 제3조 제1항의 文言에 충실한다면 環境 그 自體, 즉 動植物도 保護法益으로 보아야 할 것이다(刑法 제325조 참고). 獨逸環境刑法의 提案理由書(BT-Drucks.8/2751, S.6)를 參考하면 分明해진다. 獨逸內務省의 見解는 BBVerwGE 55, 250, 259 f. 참조.

대한 기타 危險, 顯著한 不利益 또는 顯著한 負擔을 야기시키지 않도록 운영해야 한다고 규정되어 있다. 따라서 그렇지 않은 施設物은 許可를 받을 수 없다. 이것은 바로 특별히 해로운 結果를 防止할 義務를 의미하는 保護原則이 입법화된 것이다. 이 원칙은 形式的으로는 嚴格한 것같이 보이지만, 立法化되면서 여러 방도로 "相對化"되기 때문에, 경우에 따라서 環境에 중대한 損傷이 초래되는 것이 허용되기도 한다. 그러한 경우는 다음과 같다.

(b) 保護原則의 한계 : 遠距離作用(Fernwirkung)

保護原則의 限界는, 우선 排出者와 그로 인한 被害를 입을 潛在的인 모든 關連者 사이에 個別化된 關係(individualisierte Beziehung)가 요구되는 데 있다. 다시 말해서 個別施設物의 排出量이 危險狀態를 야기시키는데 직접 寄與해야 한다. 이 경우 危險은 어떤 環境損傷의 發生에 대하여 經驗則上 충분한 蓋然性이 있는 경우에만 인정된다.[67] 어떤 施設物이 環境損傷을 일으키기에 충분한 개연성을 갖고 있다는 예측을 하기 위해서는 施設物이 미칠 수 있는 作用範圍를 정확히 알아야 한다. 그러나 이러한 정확한 作用範圍와 그 過程은 自然科學的으로 충분히 解明되기 어려운 것이 通例임을 고려하여, 위험에 대한 極小排出量의 寄與는 聯邦임미시온保護法이 말하는 현저한 불이익에 해당하지 않는다고 해석된다.[68] 따라서 어느 지역, 예컨대 공단지역에서 커다란 環境汚染이 발생하더라도, 個別的인 寄與度가 밝혀지지 않는 한, 個別排出者에게 責任을 물을 수 없게 된다. 이러한 연유로 實務에서는 聯邦임미시온保護法 제5조 제1항 제1호와 관련하여, 大氣汚染의 이른바 遠距離作用에 의한 被害는 전혀 고려되지 않는다.[69]

聯邦行政法院은 "顯著한 不利益"의 顯著性(Erheblichkeit)을 期待不

67) Breuer, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S.664.

68) Unterausschuß "Recht" des Ländersusschusses für Immissionschutz, NVwZ 1983, 601; Feldhaus/Schmitt, Kausalitätsprobleme im öffentlich-rechtlichen Umweltschutz - Luftreinhaltung, WiVerw 1984, 1 ff.; OVG M nster, UPR 1988, 75, 77.

69) Unterausschuß "Recht" des Ländersusschusses für Immissionschutz, NVwZ 1983, 601.

可能性(Unzumutbarkeit)으로 代替하여, 결과적으로는 遠距離作用을 고려하지 않고 있다 : "期待不可能한 모든 것이 顯著한 것이다. 期待可能性이라는 法的 槪念은……比較衡量과 충돌하는 利益들의 評價를 전제로 한다."[70] 그런데 利益衡量은 그와 관련된 要因들이 분명히 들어날 때만 가능한 것이다. 즉 排出者가 야기한 環境汚染의 程度와 排出者의 利益이 분명해야 하므로, 環境汚染이 個人에게 歸屬될 수 없는 경우에는 이 槪念의 적용이 불가능하다. 그러므로 聯邦行政法院의 見解에 따르면 利益衡量이 불가능한 경우에는 顯著性이 없는 것으로 처리된다. 특히 대기오염의 경우, 環境이나 人間의 健康에 해로운 영향을 미친다는 사실이 분명하면서도[71] 個別化되기가 어렵기 때문에, 결과적으로 顯著한 不利益이 없는 것으로 처리되는 것이 통례이다. 예컨대 獨逸에서 커다란 社會問題가 되고 있는 이른바 "山林枯死(Waldsterben)"가 그 代表的인 事例일 것이다.

(c) 事前負荷(Vorbelastung)의 參酌과 測定節次

保護原則이 어느 施設物에 의한 것이 분명한 作用範圍 내에서만 적용되는 한계 이외에도 또 다른 한계가 있다. 聯邦임미시온保護法 제5조 제1항 제1호의 不利益이나 負荷를 "事前負荷(Vorbelastung)"를 參酌하여 決定하는 경우[73]가 그것이다. 그에 따르면, 이미 事前에 環境에 상당히 負荷가 가해진 地域의 경우에, 顯著한 負荷에 해당하는 起

70) BVerwGE 69, 37, 43 f. 顯著性과 期待不可能性을 同一視하는 것이 來論이다. 이에 대하여 상세히는 Muswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik : Verfassungsrechtliche Grundlagen und ihre immissionsschutzrechtliche Ausformung, 1985, S.301 ff. 참조. 이미 TA Luft 1986, Ziff. 2.2.1.3c 는 顯著性 대신에 期待不可能性을 분명히 規定하고 있다.

71) 排出者를 特定할 수 없는 大氣汚染에 의한 健康의 被害를 政府도 인정하고 있다. SRU, Umweltgutachten 1978, BT-Drucks.8/1938, S.130 ff.; Umweltgutachten 1987, BT-Drucks.11/1568, S.471 ff.; BMI(Hrsg.), Krebsrisiko durch Luftverunreinigungen, BT-Drucks.8/2576, S.6 f.

72) Moosmayer, Waldschäden aus naturwissenschaftlicher Sicht. Erkenntnisstand über die Ursachen der derzeitigen Walderkrankung, in: Waldschäden als Rechtsproblem, S.5 ff.

73) BVerwGE 50, 49, 54 f.; Breuer, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S.665.

點을 健康危害가 발생한 起點에 이르러 비로소 인정하는 것이다. 예컨대 健康保護를 위해 확정된 排出基準이 이미 초과된 지역의 경우에는, 추가의 경미한 1%의 排出은 허용된다는 것이다.[74] 다만 새로운 負荷는 기존의 負荷와 관계없이 독립하여 새로운 補償(Kompensation)의 基準이 될 뿐이다. 또한 環境負荷의 測定節次가 不正確하게 진행되는 경우에, 그 지역의 實際的인 環境負荷가 과소평가되는 문제도 생긴다.[75]

(d) 集團리지코와 個人리지코의 區別

保護原則은 排出行爲의 立證段階에서 損傷發生의 충분한 蓋然性이 입증되지 않으면 적용될 수 없다.[76] 즉 排出行爲가 이른바 "有害性起點(Schädlichkeitsschwelle)"를 초과하였다는 입증이 필요하다. 그런데 有害性起點의 判定에 참작되는 危險은, 環境損傷을 초래할 수 있는 모든 리지코의 總體가 아니라, 오직 比例性原則에 따라 충분히 蓋然性이 있는 리지코이다.[77] 리지코는 個人리지코(Individualrisiko)와 集團리지코(Kollektivrisiko)[78]로 구별된다. 個人리지코는 특정의 개인의 피해에 관한 것이고, 集團리지코는 다수의 잠재적인 關係人에 관한 것이다. 그런데 保護原則에는 원칙적으로 집단리지코는 고려되지 않는다.[79] 예

74) TA Luft 1986, Ziff. 2.2.1.1b.aa.

75) Winter, Gesetzliche Anforderungen an Grenzwerte für Luftimmissionen, in: Winter(Hrsg.), Grenzwerte. Interdisziplinäre Untersuchungen zu einer Rechtsfigur des Umwelt-, Arbeits-und Lebensmittelschutzes, 1986, S.130 f.; Steinbach, Lärm- und Luftgrenzwerte. Entstehung, Aussagewert, Bedeutung für Bebauungspläne, 1987, S.210 f.

76) BVerwGE 45, 51, 57.

77) BVerwGE 55, 250, 254.

78) Murswiek, WiVerw 1986, 188; ders., Die staatliche Verantwortung f r die Risiken der Technik, S.151 ff.는 集團리지코를 "客觀的 個人리리코"라고도 한다. 왜냐하면 集團리지코는 결국 어느 누군가(irgendein)의 사람에 대한 被害의 蓋然性을 의미한다고 보기 때문이다.

79) BVerwGE 61, 256, 265 ff. (Stade) ; BVerwGE 72, 300, 318 (Wyhl); Ronellenfitsch/Wolf, Ausbau des Individalschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und öffentlichen Rechts?, NJW 1986, 1959 Fn.88; Lukes/Richter, Bevölkerungsrisiko und Strahlenminimierungsgebot, NJW 1981, 1401 ff.

컨대 原子力發電所의 許可에 대한 異議訴訟을 하려면, 個別原告의 侵害蓋然性이 상당히 높게 입증되어야 한다. 그 경우 隣近地域의 一般公衆에 대한 抽象的 危險이 있다는 것만으로는 부족하다.

(e) 排出限界値와 有害性起點(Schädlichkeitsschwelle)

個人리지코와 集團리지코의 區別에 중요한 역할을 하는 것이 이른바 有害性起點이다. 有害性起點의 判斷基準은 증명되거나 추정되는 自然科學的 因果關係이다.[80] 排出限界値를 정하는 경우에는, 그 수치만 지킨다면 인간의 건강을 보전할 수 있다고 여겨지는 起點에서 확정되므로, 排出限界値를 초과하는 것은 環境에 有害作用이 있다고 推定된다. 그러나 有害-無害의 判斷基準에는 일종의 費用-便益-分析(Kosten-Nutzen-Analyse)이 영향을 미치고 있음을 알 수 있다(政策的 判斷).[81] 예컨대 放射線防護法에서의 限界値의 確定에 적용되는 이른바 ALARA-原則("as low as reasonably achievable")에는 費用計算이 중요한 역할을 하고 있다. 즉 限界値의 確定을 위해서는 "可能한 損傷"만이 고려되는 것이 아니라, 技術狀態(Stand der Technik)와 費用을 위시하여, 健康과 安全, 기타 社會經濟的 利益, 특히 原子力使用의 利益이 함께 고려된다.[82] 따라서 限界値가 곧 無害段階를 의미하는 것은 아니고, 단지 個人이나 公衆이 認容해야 하는 "法的인 無害性"이라는 規範的 判斷[83]일 뿐이다. 이러한 점을 고려한다면, 環境行政法의 경우

80) BVerwGE 77, 102, 110 ff.; BVerwGE 69, 37, 43.

81) SRU, Umweltgutachten 1987, BT-Drucks.11-1158, S.441 ff.; Winter, Einführung, in: Winter(Hrsg.), Grenzwerte, S.13 ff.; Wimmer, Die gefährliche Gefahrstoffverordnung - Rechtliche Anmerkungen zum Ausschuß für Gefahrstoff und zur MSK-Werte-Kommission, NVwZ 1988, 131; Zeschar-Lahl/Lahl, Wie wissenschaftlich ist die Toxikologie - Zur Problematik der Grenzwertfindung, ZfU 1987, 56 ff. VGH Mannheim, GewArch 1980, 197, 201 f.; BGHZ 70, 102, 107; OVG Lüneburg, NVwZ 1985, 357, 358 (Buschhaus); BVerwGE 72, 300, 316 ff.(Wyhl). 특히 OVG Lüneburg 는 排出限界値의 確定은 政治的인 意思決定이라고 한다.

82) Smith/Baram, The Nuclear Regulatory Commission's Regulations of Radiation Hazards in the Workplace: Present Problems and New Approaches to Reprodctive Health, 13 Ecol L. Q. 907 (1987). 美國의 聯邦規則集 10 C.F.R. §20.1(c) (1986) 참조.

83) 따라서 무조건 自然科學의 專門家만이 限界値를 確定할 것이 아니라, 立法者가 리지코의 種類에 따라 社會的으로 認容될만한 程度를 判定할 擔當專門家를 指定하는 것이 必要하다는 主張도 있다. 예컨대 Schünemann, Die Regeln der Technik im Strafrecht, in: FS-Lackner, 1987, S.367 ff.; Sendler, Richter und Sachverständige, NJW 1986, 2913 f.

결국 다른 利益과 비교하여 人間의 生命이나 健康의 絶對的인 優位는 없다고 할 수 있다.

(f) "殘餘危險(Restrisiko)"

중대한 결과를 초래할 수 있는 커다란 事故의 蓋然性이 어느 정도일 때 위험이라고 판정할 것인지도 위의 상황과 동일하다. 이 경우 위험하다고 판단되는 단계는 보통 "實踐的 理性의 基準(Maßstab der praktischen Vernunft)"에 따라 決定된다.[84] 이 基準에 따르면 危險(Gefahr)이 전적으로 배제되는 상황을 상정하는 것이 아니다. 危險의 判定에는 競合되는 利益들의 比較衡量을 통해서 어느 정도 認容해야 할 리지코(Risiko)를 정할 뿐이다.[85] 칸트(Kant)的 意味의 實踐理性에 따른 蓋然性이 충분히 보이지 않으면, 危險은 "실제적으로 배제된 것(praktisch ausgeschlossen)"으로 판정되고, 우리가 認容해야 할 殘餘危險(Restrisiko)만이 남게 된다.[86]

따라서 保護原則은 여기서도 제한됨을 알 수 있다. 즉 有害性段階와 殘餘危險의 區別의 경우에, 嚴格하게 無害한 것을 基準으로 하는 것이 아니고, 環境에 다소간 有害하더라도 社會的으로 허용할 수 있는 "環境善用(Umweltnutzung)"이 어디까지인가를 정하는 것이기 때문이다. 그렇지 않다면 現代産業社會에서 실제로 許可되는 施設物은 거의 없게 될 것이라고 한다.[87]

---

84) Breuer, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S.668; Rengeling, Stand der Technik bei der Genehmigung umweltgefährdender Anlagen: Zur Bekämpfung der Luftverunreinigung im Recht der EG-Mitgliedsstaaten und im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1985, S.23 ff.

85) Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art.2 Abs.2 Satz 1 GG, 1987, S.236 ff.; Kramer, Die nach dem Atomgesetz erforderliche Schadensvorsorge als Grundrechtsproblem, NJW 1981, 262; Schünemmann, FS-Lackner, S.385 f., 395; Hoppe, Wirtschaftliche Vertretbarkeit im Umweltschutzrecht, 1984, S.114 ff.; Murswiek, Verantwortung, S.306 ff.

86) Schachtschneider, Der Rechtsbegriff "Stand von Wissenschaft und Technik" im Atom- und Immissionsschutzrecht, in Thieme(Hrsg.), Umweltschutz im Recht, 1988, S.81 ff.

87) Feldhaus, in: Waldschäden als Rechtsproblem, S.28.

(3) 事前配慮原則(聯邦임미시온保護法 제5조 제1항 제2호)

이렇게 保護原則에 의해서 보호받지 못하는 영역에 대하여, 聯邦임미시온保護法 제5조 제1항 제2호는 國家的인 事前配慮를 규정하고 있다. 결국 事前配慮原則은 保護原則보다 더 前段階에서 또한 더 廣範圍하게 보호하는 것이므로, 특별히 保護原則의 카테고리가 필요없다고 하기도 한다.[88] 그러나 事前配慮原則도 保護原則과 마찬가지로 제3자를 보호하는 機能은 없다.[89] 따라서 行政의 決定에 誤謬가 있더라도 관련된 제3자에 의해 司法判斷을 받는 일은 없다. 事前配慮原則도 保護原則과 마찬가지로, 個人의 責任을 추급할 수 없는 개별화되지 않은 環境汚染 및 危險性이 極小化된 경우에는, 적용되지 못한다. 결국 聯邦行政法院[90]이 적절히 지적하였듯이, 聯邦임미시온保護法 제5조 제1항 제2호에 규정된 事前配慮原則은 聯邦임미시온保護法 제5조 제1항 제1호에서 정한 安全基準 및 그에 따른 리지코基準의 "妥協的 性格"을 補充하는 의미를 갖는다. 예컨대 保護原則에서 배제되었던 排出의 遠距離機能는 事前配慮原則에 따라서 규제할 수가 있다.[91]

事前配慮原則과 保護原則과의 決定的인 差異点은, 前者가 排出禁止를 決定하는 段階의 설정을 이른바 "技術狀態(Stand der Technik)"에 따라 決定하는 점이다.[92] 여기서 技術狀態는 投資나 運營費用이 지나치게 높지 않고, 理性的인 判斷으로 技術的 解決이 가능하다고 여겨지는 線을 의미한다.[93] 지나친 投資나 運營費는 比例性原則으로 볼 때 지나치다고 간주되기 때문이다. 따라서 許可의 判斷에는 항상 經濟的 費用과 環境保護의 便益이 比較衡量된다.[94] 결국은 事前配慮原則도 서

88) Kloepfer, Umweltrecht, §3 Rdn.22 = S.81.
89) BVerwGE 65, 313, 318 ff.; BVerwGE, NJW 1988, 434, 435.
90) BVerwGE 69, 37, 43.
91) Rengeling, Stand der Technik, S.36 f.; Kloepfer, Umwelttrecht, §3 Rdn.13 = S.77.
92) Rengeling, Die immissionsschutzrechtliche Vorsorge als Genehmigungsvoraussetzung, DVBl. 1982, 627.
93) Rengeling, Stand der Technik, S.22; Feldhaus, Zum Inhlt und zur Anwendung des Standes der Technik im Immissionsschutzrecht, DVBl. 1981, 169; Schwerdtfeger, Das System der Vorsorge im BImSchG, WiVerw 1984, 226 f.
94) Rengeling, Stand der Technik, S.87 ff.

로 衝突利益들의 比較衡量을 통해서 적용되는 것은 피할 수 없는 사실이다.

(4) 現狀保全原則(Bestandsschutz)

施設物의 許可는 環境汚染의 許容範圍를 구체적으로 정해줄 뿐만 아니라, 한편 그 運營者에게 어느 정도 보장된 法的 地位를 부여하게 된다. 즉 許可를 통해 施設物의 現狀保全이 保障된다(現狀保全原則).[95] 許可가 異議를 提起할 수 없게 확정되면, 基本法 제14조 제1항의 所有權이 보장되고, 그에 따라 계속 運營을 할 權利가 생긴다. 基本法 제14조 제1항 제2문에 규정된 所有權의 社會的 義務性에 따라 제한되는 경우 이외에는, 그 權利는 헌법적으로 保障된다. 따라서 이미 許容된 排出의 縮小要求는, 施設物運營者에게 그 履行이 지나친 負擔이 되지 않는 경우에 한해서, 허용될 수 있을 뿐이다(聯邦임미시온保護法 제17조 제2항).

(5) 聯邦임미시온保護法의 合憲性?

이상에서 고찰한 바와 같이, 環境行政法은 環境保護와 人間保護에만 기여하는 것이 아니라, 실질적으로 보다 중요한 機能은 環境汚染을 範圍를 정하여 法的으로 許容하는 점에 있다. 그러나 法的으로 許容된 危險이 認容하기 어려운 重大結果를 招來할 경우가 있으므로, 애초부터 이러한 可能性을 전혀 배제시키지 못하는 環境行政法規에 대하여, 違憲性이 제기될 수 있다. 예컨대 刑法은 어떠한 生命의 短縮도 허용하지 않으며, 人間의 健康에 대하여도 그 정도와 상관없이 타협하지 않는다. 그러나 行政法의 領域에서의 危險判斷은 有害性段階나 殘餘危險이라는 利益衡量에 의거하므로, 立法者는 環境行政法의 領域에서 廣

95) 이 原則에 대하여 상세히는 Dolde, Bestandsschutz von Altanlagen im Immissionsschutzrecht, NVwZ 1986, 873 ff.; Feldhaus, Bestandsschutz immissionsschutzrechtlich genehmigter Anlagen im Wandel, WiVerw 1986, 67 ff.; Friauf, Zum gegenwärtigen Stand der Bestandsschutz-Problematik, WiVerw 1986, 87 ff.; M. Schröder, Zru Gegenwartslage des Bestandsschutzes im Immissionsschutzrecht, UPR 1986, 130 ff.; Sendler, HdUR I, Sp.237; OVG Münster, UPR 1988, 75 ff.; BVerwGE 55, 250, 262.

範圍한 政治的 裁量權을 갖는다고 보는 것이 보통이다. 따라서 立法者의 決定이 분명히 誤謬이거나 분명히 不充分한 경우가 아니고는, 입법자의 판단을 존중하고 인용해야 한다는 것이 聯邦憲法裁判所의 일관된 見解이다.[96]

(6) 環境刑法의 行政從屬性의 不可避性

이상에서 본 바와 같이, 環境行政法은 깨끗한 環境에 대한 個人의 利益 및 公衆의 利益, 環境을 利用하는 者의 自由領域 및 産業化에 대한 公共의 利益을 조정하고 있다. 반면에 環境刑法은 사람의 健康과 生命에 대한 侵害에 이르기에 앞서, 環境 그 자체를 法益으로 하여 環境汚染 그 자체를 處罰하고 있다.[97] 따라서 環境行政法이 行政公務員의 法規具體化作業 내지 調停的 行政行爲를 거쳐 (行政)法的으로 허용된 環境汚染이, 刑法에서 處罰되는 矛盾이 생길 수도 있다. 이러한 矛盾을 회피하기 위해서 行政法的 事前判斷(verwaltungsrechtliche Vorgaben)을 형법에서도 가급적 존중하지 않으면 안된다(이른바 法秩序 單一性의 原則). 그러므로 獨逸의 立法者가 1980년 3월 28일 제18차 刑法改正法(제1차 環境犯罪規制法)[98]을 통해 環境刑法을 行政從屬的[99]으

96) BVerfGE 56, 54, 80 ff. (Düsseldorfer Flughafen); BVerfG NJW 1983, 2931, 2932 (Waldsterben); BVerfG NJW 1987, 2287 (AIDS); BVerfG EuGRZ 1988, 71, 78 (Nukleares Zwischenlager Gorleben); BVerfGE 77, 170, 215 (Chemiewaffen).

97) 後述하는 Ⅱ 2 (1) 참조.

98) BGBl. I S.373.

99) 상세히는 後述하는 項目 Ⅲ 및 以下의 拙稿들 참조. Cho Byung-Sun, Umweltstrafrecht in Korea und Japan, 1993; ders., Die Entwicklung des Umweltstrafrechts in Korea, ZStW 106(1994), 235 ff.; ders., Umweltdeliktgesetze in Korea und Japan - Die normativen und dogmatischen Grundlagen und die Praxis, Tilburg Foreign Law Review Vol.5 Nr.3(1995), in print; 趙炳宣, 刑法改正과 環境犯罪, 韓國刑事法學會 1991년 定期總會發表油印物(1991. 11. 29); 趙炳宣, 環境刑法을 契機로 새로이 展開된 刑法解釋學的 理論들 - 監督責任論, 行政從屬性論, 公務員可罰性論, 因果關係論 - (上), 淸州大學校 法學論集 제7집 (1992), 229~314; (下), 제8집 (1993), 21~55; 同, 正當化事由로서의 白地刑法 立法技術的 標識 - 아울러 刑法과 行政法의 關係에 관하여-, 朴貞根博士華甲記念論文集, 1990, 221~252; 同, 環境刑法に關する刑法解釋學の國際比較, 淺田和茂譯, 大阪市立大學 法學雜誌 제39권 제1호 (1992), 209~233; 同, 獨逸環境刑法의 理論體系(上)(下), 大韓辯護士協會誌 人權과 正義 제214호(1994/6), 77~85, 제215호(1994/7), 99 이하; 同, 行政의 實效性確保手段-行政罰에 의한 確保方案, 自治行政 1994/8, 5~19; "刑法改正과 環境犯罪", 刑事政策硏究 제3권 제2호(1992), 105~147.; "우리나라의 環境犯罪와 環境刑法", 刑事法硏究 제5호(1992/93), 125~156; "環境刑法과 그 執行上의 問題點 (1)~(5)", 搜査硏究 1994/5, 19~24; 1994/6, 17~21; 1994/7, 17~21; 1994/8, 18~23; 1994/9, 17~24.

로 導入하고 있는 것은 불가피한 일이라고 판단된다.[100] 1988년 독일 마인츠에서 개최되었던 제57차 獨逸法曹大會의 "특히 行政法과 連繫된 刑法的 環境保護를 變更하는 것이 바람직한가?"라는 題目을 가진 刑法部會의 決議에서 環境刑法의 行政從屬性을 유지하는 것이 압도적 다수로 可決되었다.[101] 1994년의 제31차 刑法改正法(제2차 環境犯罪規制法)[102]도 기본적으로는 行政從屬性을 그대로 維持시키고 있다. 그러나 環境刑法의 行政從屬性은 그에 따라 요구되는 行政行爲가 刑事訴追沮害의 결과를 가져오기 때문에[103], 環境刑法의 가장 큰 "딜레마"[104]로 되고 있는 것도 사실이다.

Ⅱ. 環境法體系의 獨自性 및 統括性 (übergreifende Ganzheit)

1. 環境保護立法의 傳統的 體系로의 融化

英美法系에 비하여 獨逸法을 위시한 大陸法系는 전통적으로 私法, 公法, 刑法을 嚴格히 區分하여 발전해 왔다. 이러한 연유로 獨逸環境法은 기존의 法領域에 추가로 독자적인 法領域을 구축하는 것이 아니라, 環境이라는 면으로 橫斷面으로 자른 "橫斷面法(Querschnittsrecht)"으로서의 독자성을 갖고 있다고 평가된다.[105] 따라

100) Heine/Meinberg, Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht? Gutachten D für den 57.Deutschen Juristentag, 1988, S. D120 ff.

101) Odersky/Brodersen, Empfehlen sich Änderungen des strafrechtlichen Umweltschutzes insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht? Bericht über die Verhandlung der Strafrechtlichen Abteilung des 57. Deutschen Juristentages in Mainz, ZRP 1988, 475 ff.; Bericht des 57. Deutschen Juristentages, NJW 1988, 2995 ff.

102) BGBl. I S.1440.

103) Kühl, FS-Lackner, S.857; Diez/Gnetting, MschrKrim 1989, 190; Kessal, in: DRiB(Hrsg.), Natur- und Umweltschutzrecht, 1989, S.109.

104) Lackner/Kühl, StGB, Vor 324 Rdn.3.

105) Bender/Sparwasser, Umweltrecht. Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts, 2.Aufl. 1990, Rdn.12, S.5 참조.

서 環境法도 傳統的인 法領域에 따라서 環境私法, 環境公法, 環境刑法으로 구분된다. 이러한 環境-橫斷面上의 小法領域은 본래 자신이 속한 大法領域의 원칙을 그대로 답습하고 있으므로, 環境私法, 環境行政法, 環境刑法은 원칙적으로 각각 상이한 機能을 갖고 있을 뿐더러, 각각 다른 目的을 추구하며, 또한 組織上으로도 엄격히 분리되어 각각 民事法院, 行政法院, 刑事法院을 갖고 있으며, 각자의 獨自的인 法執行機關도 갖고 있다. 그 외에도 종래 輕罪에 해당하던 行爲를 秩序違反法典(OWiG)을 창설하여 도입함으로써, 秩序違反法이 刑法과 行政法 사이의 새로운 法領域으로 정착되었으므로[106], 현재 거의 모든 環境法律에 도입되어 있다(環境秩序違反法).[107]

이 중에서 環境行政法은 1970年代 以後 環境媒體인 물, 大氣, 土壤이나 環境現狀인 動植物界와 自然, 그에 대한 위협적 요소인 原子力, 廢棄物, 危害化學物質을 규제하는 法令을 제정하여 聯邦과 州의 法令을 합한다면 거의 600여개에 달하고 있다.[108] 環境行政法이 이렇게 비대해진 이유는, 現代 行政국가의 環境보호의 틀 속에서, 環境行政官廳이 제1차적 수범자로서 環境政策을 집행하기 때문이다. 따라서 環境立法을 통하여, 行政公務員은 警察法的 의미의 危險防止에서 그치는 것이 아니고, 限定的인 環境資源을 管理함에 있어서 環境計劃, 調停, 關與, 管理, 配分機能을 수행할 뿐만 아니라 廣範圍한 監督手段, 秩序手段, 形成手段을 가지게 되었다.[109] 行政公務員의 執行을 통한 法의 具

106) 獨逸의 秩序違反法 및 行政刑法의 歷史, 秩序違反法典(OWiG, 1952/1968)의 立法經緯, 秩序違反法典의 內容, 實體的 및 節次的 秩序違反法에 대하여 趙炳宣, 秩序違反法 - 刑法과 行政法 사이의 새로운 法領域에 관한 比較法的 硏究, 1991, 25~169 참조.

107) 상세히는 Meinberg, Praxis und Perspektiven des Umwelt-Ordnungswidrigkeiten-Rechts, NJW 1990, 1273 ff.

108) 獨逸法令集 참조. 특히 獨逸環境法의 法令集으로는 Burhenne, Umweltrecht, Losebl., 6 Ordner (Bundes- und Landesrecht); Kloepfer, Umweltschutz, Losebl. (Bundesrecht); Storm, Umwelt-Recht. Wichtige Gesetze und Verordnungen zum Schutz der Umwelt, dtv, 8.Aufl. 1994. 참조. 그 외 Bender/Sparwasser, Umweltrecht. Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts, 2.Aufl. 1990, S.415~425 참조.

109) 現代行政國家의 役割에 대하여 Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, 1966, S.6 ff.; ders., DÖV 1966, 629 ff.; Brohm, VVDStRL 30(1972), 253 ff.; Breuer, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976, S.172 ff. 참조.

體化는 社會國家的인 解決機能을 수행한다. 다시 말해서 단순한 법의 집행에 그치는 것이 아니라, 예컨대 環境基準의 設定과 같은 行政의 構成的인 法律行爲를 수행한다.[110] 결국 立法者는 環境負荷(Umweltbelastung)와 環境善用(Umweltnutzung)의 境界를 行政法規의 法網을 통하여 설정하고, 이러한 境界設定의 基本原則이 行政法의 執行過程에서 行政公務員의 行政行爲를 통해 具體化되도록 의도하였다. 環境行政法을 통해 판정되는 環境善用은 원칙적으로 全體環境法體系에 그대로 意味를 갖게 된다. 따라서 입법자는 環境刑法의 규범을 環境行政法에 여러 정도의 강도로 연계시키고 있다(環境刑法의 行政從屬性). 環境行政法은 特定의 環境法益, 예컨대 물, 大氣, 植物, 動物 및 危險物의 生産이나 廢棄物處理같은 特定危險源을 직접 겨냥하고 있지만, 막연한 上位槪念인 "環境"을 직접 보호목적으로 삼고 있는 일부 법률도 있다.[111] 環境法의 保護方向에 따른 전문분야별 분류는 공식적으로 특정된 바는 없지만 대개 ① 安穩妨害(Immission)防護法 및 氣候保護法 ② 原子法 및 放射線防護法 ③ 計劃法上의 環境保護 ④ 水保護法 ⑤ 自然保護法 및 景觀保護法 ⑥ 廢棄物法 ⑦ 危險物質法 ⑧ 土壤保護法으로 분류된다.[112]

環境刑法은 刑法典 제324조~제330d조에 環境 그 자체를 겨냥하지 않고, 다양한 관점에서 環境行政法과 밀접한 연계를 두면서 특정 環境法益(물, 土壤, 大氣, 安穩)을 전면에 내세우고(제324조, 제324a조, 제325조, 제325a조), 特定運營行爲, 廢水處理, 危險物質의 放出 등과 같은 特定危險源을 규제하는 규정(제326조, 제327조, 제328조)을 두고서, 特定保護區域에서의 汚染行爲(제329조)와 重大한 結果를 초래

110) Salzwedel, NVwZ 1987, 276 ff.; Breuer, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, UTR Bd.9, 1989, S.43 ff.

111) 예컨대 化學物質法 제1조는 "危險物質로부터 人間과 環境을 保護한다"라고 서술하고 있고, 建築法典 제1조 제5항이 "人間답게 살 수 있는 環境을 보장하는 建築計劃"이라고 서술하고 있다.

112) 예컨대 Kloepfer, Umweltrecht, §§7~14. 環境法典草案의 各論은 환경계획법을 제외하고 나머지 7개 영역을 제1장~제7장으로 구성하고 있다. Umweltgesetzbuch - Besonderer Teil (UGB-BT), Umweltforschungsplan des BMU, Forschungsbericht 101 06 044/01, 1994 (이른바 Professorenentwurf) 참조.

한 경우의 加重處罰(제330조), 毒物放出로 인한 多數人의 生命과 健康에 대한 具體的 危險의 發生(제330a조)을 규정하고 있다.[113]

이하 環境關連法律은 제외하고, 環境保護를 直接的 目的으로 하는 主要한 環境行政法과 環境刑法의 條文들을 圖表化하면 다음과 같다(施行令은 除外).

【圖表: 主要環境行政法과 環境刑法】

區 分	環境行政法	環境刑法(刑法典)
1. 安穩妨害防護法/氣候保護法	聯邦임미시온保護法(BImSchG) 揮發油납法(BzBlG) 航空機騷音防護法(FLG) FCKW-Halon-禁止令	§325, §327 Ⅱ Nr. 1, §327 Ⅱ Nr. 3, §330, §330a
2. 原子力法/放射線防護法	原子力法(AtomG) 放射線事前防護法(StrVG) 放射線防護令(StrlSchV) 뢴트겐防護令(RöV)	§311c, §311d, §325a. §326 Ⅰ Nr. 3, §327 I, §327 Ⅲ Nr. 1, §328 Ⅰ Nr. 1, §328 Ⅱ, §328 Ⅲ, §330
3. 環境計劃法	環境影響評價法(UVPG) §906 BGB, §§5ff. BNatSchG, §§12ff. BNatSchG, §36b WHG, §47 BImSchG, §6 AbfG, §1 V S.3, 4 BauGB	
4. 水保護法/水管理法	水管理法(WHG) 排出水負擔金法(AbwAG) 洗濯洗淨劑法(WRMG)	§324, §330, §330a
5. 自然/景觀保護法	聯邦自然保護法(BNatSchG) 聯邦山林保護法(BWaldG) 動物保護法(TSchG)	§329 Ⅲ, §329 Ⅳ, §330a
6. 廢棄物法	廢棄物法(AbfG) 廢動物除去法(TierKBG)	§326 Ⅰ Nr. 4a, §326 Ⅴ, §330, §330a

113) 상세히는 Lackner/Kühl, StGB, Vor §324 Rdn.1 - §330d Rdn.4 참조.

7. 危險物法	化學物質法 (ChemG) 植物保護法 (PflSchG) 肥料法 (DMG) 飼料法 (FMG) DDT法 危險物運送法 (GefahrgutBG) 爆發物法 (SprengG) 醫藥品法 (AMG) 食品. 生必品法 (LMBG) 遺傳工學規制法 (GenTG)	§319, §320, §330a
8. 土壤保護法		§324a, §330, §330a

環境法의 保護强度의 측면에서 보면, 우선 環境行政法이 事前配慮原則을 통해서 상당히 앞의 단계에서 개입한다.[114] 刑法의 最終手段性 (ultima ratio) 내지 環境刑法의 行政從屬性에 따라서, 環境刑法은 環境行政法의 개입단계보다는 뒤에 있지만, 이른바 抽象的 危險犯의 형식으로 法益保護의 前置化를 이루고 있다.[115] 環境私法의 경우는 環境行政法이나 環境刑法과는 달리, 民法典에 특별히 환경에 직접적으로 관련된 條文을 두고 있지 않다. 종래부터 존재하는 民法 제1004조와 제906조가 환경과 관련하여 根據條文으로 해석되었다. 그러나 이 조문들은 相隣關係的이고 비교적 小規模의 領域 內에서 일어난 環境汚染에 대하여 適用可能性이 크기 때문에, 人間의 生存根據로서의 環境을 保全하는 데는 比較的 副次的 役割을 수행할 뿐이다.[116] 그러나 1991년부터 시행된 環境責任法은 環境損傷을 防止하고 積極的으로 環境을 保護하는 目的을 설정하여, 처음으로 私法에 의한 超個人的인 未來指向的 保護를 시도하였다.[117] 특히 環境責任法은 責任과 獨立된 이른바 危

114) Hoppe/Beckmann, JuS 1989, 430; Kloepfer, Umweltrecht, §3 Rdn.5 ff., S.74 ff.; Breuer, in: Besonderes Verwaltungsrecht, S.601 ff.

115) 상세히는 趙炳宣, 環境刑法에 있어서의 危險犯 - "危險社會의 刑法"의 限界와 可能性 -, 제15회 韓日法學會 "環境과 法" 學術大會 發表文, 1995. 9. 16, 1 이하; 同, 國際環境刑法, 1995, 72 이하.

116) Ketteler, VerwRdsch 1993, 5 ff.; ders., JuS 1994, 914; Wagner, NuR 1992, 201.

117) RegE zum UmwHG v. 10.5.1990, BT-Drucks.11/7104, S.1, 14; Feldmann, UPR 1991, 45, 46; Taupitz, Jura 1992, 113, 114, 119.

險責任(Gefährdungshaftung)을 도입하고, 企業의 正常的인 運營에도 責任을 지우고, 因果關係의 推定을 통한 立證의 容易化를 시도하여, 종래 私法的 環境保護가 갖고있던 限界를 克服하려는 시도를 하고 있다.[118] 이러한 획기적인 環境責任法이 環境의 豫防的 保護에 적극적으로 기여할 것인지 기대되고 있다.[119] 그런데 環境保護規定은 執行缺損을 면치 못하는 특성을 지니고 있다. 環境保護規定의 執行缺損은 環境行政法에서나[120] 環境刑法에서나[121] 여실히 드러나는 문제이다. 이러한 연유로 市場經濟元利에 입각한 "經濟的 動機의 間接的 行爲誘導(Indirekte Verhaltenssteuerung durch ökonomische Motivierung)"[122]가 새로운 수단으로 주장되기도 하지만, 이것은 補助的 手段에 지나지 않는 한계를 갖는 것이므로 環境法의 執行赤字에 대한 근본적인 해결책은 되지 못한다. 현행 環境行政法의 執行은 그 素材가 生態學的으로나 技術的으로나 매우 어려울 뿐만 아니라, 法理論的인 견지에서도 法律의 解釋과 適用의 複雜性 때문에, 環境行政訴訟의 사건들을 보면 行政行爲의 法的 誤謬가 다수 발견되고 있는 실정이다.[123] 行政行爲의 誤謬

118) 環境責任法의 이러한 特徵的 要素들에 대하여 Ketteler, VerwRdsch 1993, 5 ff.; Hager, NJW 1991, 134 ff.

119) 그러나 懷疑的인 觀覺은 Taupitz, Jura 1992, 113, 119; Landsberg/Lülling, DB 1990, 2205; Wagner, NuR 1992, 201, 202 ff.

120) Mayntz u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978; Winter, Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht, 1975; Bohne, Der informale Rechtsstaat, 1981, S.20 ff.

121) Heine/Meinberg, Gutachten D zum 57.DJT, 1988, S. D77 ff.

122) 環境負擔金(Umweltabgaben), 排出傳票(Zertifikate), 環境褒賞金(Umweltsubvention), 報償(Kompensation) 등 市場經濟原理에 입각한 모델과 非公式的 妥協(informelle Absprachen), 環境法典總論(草案) 제87~90조의 伸縮的 手段(flexible Instrumente)이 있다. 상세히는 Breuer, Verwaltungsrechtliche Prinzipien und Instrumente des Umweltschutzes, Bestandsaufnahme und Entwicklungstendenzen, 1989, S.18 ff.; Ketteler, Instrumente des Umweltrechts, JuS 1994, 826 ff., 909 ff.; Bender/Sparwasser, Umweltrecht. Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts, 2.Aufl. 1990, Rdn.83-97, S.29~36; Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, 1989, §9 Rdn.1~40, S.149~160; Kloepfer, Umweltrecht, §4 Rdn.177 ff., S.176 ff. 참조.

123) 대표적인 判例로 BVerwGE 72, 300 (Wyhl); BVerwGE 55, 220 (Voerde). 이에 관하여 Kloepfer, Rechtsschutz im Umweltrecht, in: Gesellschaft für Umweltrecht e.V.(Hrsg.), Dokumentation zur 8. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V. Berlin 1985, = VerwArch 76(1985), 371 ff., 77(1986), 30 ff.; Breuer, Gerichtliche Kontrolle der Technik, in: Breuer/Marburger/Schröder(Hrsg.), Technische Überwachung im Umwelt- und Technikrecht, UTR Bd.4 1988, S.91 ff. = NVwZ 1988, 104 ff.

는 경우에 따라서 刑法理論的으로 擔當行政公務員의 可罰性을 긍정하는데 이를 수 있으나[124], 行政法學界는 行政에 대한 超專門的 監督(Superfachaufsicht)은 바람직하지 않다고 하여 대체로 이를 反對하고 있다.[125]

2. 共通的 指導原理의 缺如 - 非統括的 體系?

(1) 事例 1 : 環境行政法과 環境刑法의 共通된 保護目的의 缺如?

이상과 같은 環境立法의 最高目標는 聯邦政府의 見解에 따르면 環境汚染으로 인한 피해로부터 現世代 및 次世代의 人間의 生命과 健康을 보호하는 것이다(環境의 豫防的 保護).[126] 聯邦政府의 견해에서 주의할 점은 環境의 豫防的 保護(Umweltvorsorge)를 선언하면서도, 그 근저에는 保護利益 내지 保護法益으로서 人本主義的 環境槪念을 설정하고 있다는 점이다. 環境 그 自體가 아니라, "人間의 自然的 生存根據인 環境"를 보호함으로써 人間의 生命이나 健康 및 公衆의 福祉를 보호하는 것이 環境行政法의 目標가 되고 있다.[127] 그러나 부분적으로는 聯邦自然保護法처럼 動植物界 그 자체를 보호하는 法律도 있다. 따라서 實定法上 人本中心的 思考와 生態中心的 思考는 對立되는 것이 아니라

---

124) 상세히는 이하의 졸고들 참조. 趙炳宣, 環境刑法을 契機로 새로이 展開된 刑法解釋學的 理論들 - 監督責任論, 行政從屬性論, 公務員可罰性論, 因果關係論 - (下), 淸州大學校 法學論集 제8집(1993), 21~55; 同, 正當化事由로서의 白地刑法 立法技術的 標識 - 아울러 刑法과 行政法의 關係에 관하여-, 朴貞根博士華甲記念論文集, 1990, 221~252; 同, 環境刑法に關する刑法解釋學の國際比較, 淺田和茂譯, 大阪市立大學 法學雜誌 제39권 제1호 (1992), 209~233.

125) Referat von Ossenb hl, in: Verhandlungen des 57.DJT, Bd.II, 1988, Sitzungsbericht L, S.41 ff.; Salzwedel, Zum Begriff der schädlichen Verunreinigung in §38 WGH. Einleitendes Referat zum 148.Kolloquium am 22.6.1971, ZfW 1972, 211 ff.; ders., ZfW 1980, 211 ff.; Papier, Gewässerverunreinigung, Grenzwertfestsetzung und Strafbarkeit, 1984, S.3 ff., 11 ff.; ders., Zur Disharmonie zwischen verwaltungs- und strafrechtlichen Bewertungsmaßstäben im Gewässerstrafrecht, NuR 1986, 2; Breuer, Konflikte zwischen Verwaltung und Strafverfolgung, DÖV 1987, 170.

126) Leitlinien der Umweltvorsorge der Bundesregierung, BT-Drucks.10/6028, S.6. 次世代를 위한 環境保護는 신설된 基本法 제20a조도 분명히 言及하고 있다.

127) Bender/Sparwasser, Umweltrecht, Rdn.5, S.2; Kloepfer, Umweltrecht, §1 Rdn.24 f. = S.13 f.

서로 병존하는 것이라고 본다.[128] 生態中心的 思考는 哲學-倫理的 次元[129]에서는 충분한 根據가 있지만 적어도 각 環境行政法의 保護目的은 人本中心的 目的으로 해석해야 한다는 지적도 있다.[130] 이런 점을 고려한다면, 적어도 環境行政法의 實定法上 人本主義-生態主義의 논쟁은 별다른 의미가 없다고 해야 한다. 實定法에서는 原子力法처럼 한 법률내에도 經濟的 내지 社會的 利益과 環境利益이 병존하여[131], 環境行政公務員의 利益衡量이나 裁量的 解釋에 따라 法規의 目的이 決定되는 경우도 있기 때문이다.

環境刑法의 경우, 行政從屬性이라는 構成要件的 特徵 때문에 可罰性의 範圍가 행정행위에 의해서 결정되기도 한다. 行政官廳이 정의하는 環境保護에 따라서 可罰性의 조건이 결정되는 경우도 생긴다. 環境刑法은 이러한 의미에서의 超個人的인 行政法益을 보호한다고 할 수도 있다. 그러나 이러한 관점은 과거의 行政刑法的 理論의 遺物일 뿐이다. 단순한 行政不服從에 지나지 않는 것은 過怠料 등의 賦課對象일 뿐이지 刑法의 對象이 되지 않는다.[132] 1986년 獨逸聯邦最高法院이 선

128) Bender/Sparwasser, Umweltrecht, Rdn.5, S.2.

129) 哲學的 倫理的 次元에서의 論議에 대하여 상세히는 Teutsch, Lexikon der Umweltethik, 1985, S.108 ff.

130) Kloepfer, Umweltrecht, §1 Rdn.24 = S.14 f.

131) 原子力法 제1조 제1호, 제2호 참조. 同法은 한편 原子力의 善用을 증진시키면서, 다른 한편 人間의 生命, 健康 및 財物을 保護하는 複合的인 目標를 갖고 있다.

132) 韓國이나 日本에서는 各種 行政法規의 罰則에 의한 犯罪를 '行政犯'으로 파악하고 이에 대한 理論體系를 行政刑法으로 하여 刑法典의 刑法理論의 例外를 광범위하게 인정하는 경향이 있는데, 이로 인하여 環境刑法에서 行政罰則을 충분히 고려하지 않게 되었다고 생각된다. 그러나 環境刑法이 個別環境法의 罰則으로 존재하든 刑法典 또는 刑事特別法에 존재하든 단지 立法所在地의 問題에 지나지 않는다. 이론바 "犯罪不法"과 "行政不法"의 區別 및 "行政刑法理論"의 誤謬에 관하여 상세히는 趙炳宣, 秩序違反法, 1990; 同, 韓國의 行政刑法과 行政刑法理論에 關한 比較法的 考察, 金鍾源敎授華甲記念論文集, 1991, 585, 597 註 60; Cho Byung-Sun, Administrative Penal Law and Its Theory in Korea and Japan from a Comparative Point of View, Tilburg Foreign Law Review Vol. 2 No. 3 (1992), pp. 261; 同, 秩序違反行爲의 法的 規制 및 그 展望 (3), 搜査硏究 1994/3, 17~23; 秩序違反行爲의 法的 規制 및 그 展望 (4), 搜査硏究 1994/4, 16~21; 同, 秩序違反法과 行政刑法, 刑事政策硏究 제2권 제4호 (1991), 135~192면; 趙炳宣, "行政刑法と行政刑法理論に關する韓國と日本の比較法的考察" 姬路法學 제11호 (1992), 101~123 참조.

언했듯이[133], 학계의 통설은 環境刑法이 獨自的인 環境法益을 보호한다고 하고 있다. 獨逸環境刑法에서 環境法益의 獨自性을 인정하더라도, 環境法益의 초점을 "生態學的 環境"으로 볼 것인지 "管理되는 環境"으로 볼 것인지에 따라서 전혀 다른 解釋이 도출된다.[134] 生態學的 環境은 다시 "生態-人本的 觀點(二重法益觀點)"[135]과 "純生態的 觀點"[136]으로 나눌 수 있다. 현재 獨逸의 通說인 生態-人本的 觀点에 따르면, 1980년 獨逸環境刑法의 창설 당시 立法者가 선언했듯이[137] 첫 단계로 물, 大氣, 土壤, 動物界, 植物界를 獨自的인 環境法益으로 一般的으로

133) BGH NStZ 1987, 323, 324 mit zust. Anm. Rudolphi; BGH UPR 1988, 144, 146. 이 判例는 형법 제324조가 "絶對的 水保護"를 지향하는 것이므로, 物理的, 化學的 또는 生物學的 意味에서의 모든 自然水質變化는 제324조의 構成要件에 해당한다고 하였다. 이는 명백히 生態的 觀點의 입장으로 이해된다(Kühl, Anthropozentrische oder Nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?, Vortragsmanuskript in Seoul 1995, S.21).

134) Heine/Meinberg, Gutachten zum 57. DJT, S. D29.

135) Bloy, ZStW 1988, 485; Meurer, Umweltschutz durch Strafrecht?, NJW 1988, 2065, 2067; Rogall, Gegenwärtsprobleme des Umweltstrafrechts, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln (=FS-Köln), 1988, S.505, 509; ders., Grundprobleme des Abfallstrafrechts, NStZ 1992, 360; Rengier, Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht, NJW 1990, 2506; ders., Das moderne Umweltstrafrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 1992, S.13; Kuhlen, ZStW 1993, 697, 701; ders., Umweltstrafrecht in Deutschland und Österreich, 1994, S.23; LK-Steindorf, Vorbem. §§324 ff. Rdn.12-21; SK-Horn, Vor §324 Rdn.2; Krey, BT 1, 9.Aufl. 1994, Rdn.813; Triffterer, Thesen zur Bewältigung der Umweltkrise, ÖJZ 1988, 545; Kindhäuser, FS-Helmrich, 1994, S.967, 968, 976; Müssig, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, S.222; Kareklas, Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht, 1990; Frisch, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandverständnis im Umweltstrafrecht, 1993, S.139 ff; Kühl, Anthropozentrische oder Nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?, Vortragsmanuskript in Seoul 1995, S.21; Ronzani, Erfolg und individualle Zurechnung im Umweltstrafrecht, 1992, S.25 ff.

136) 대표적으로 Eser, Ökologisches Recht in: Markl(Hrsg.), Natur und Geschichte, 1983, S.354; ders., Umweltschutz: Eine Herausforderung für das Strafrecht, in: AIDP-Taiwan(Hrsg.), International Conference on Envirnomental Criminal Law, 1992, S.967 ff.; Arzt, Probleme der Kriminalisierung und Entkriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens, Kriminalistik 1981, 117, 120.; BGH NStZ 1987, 323, 325. 결론의 수용으로 보아 유사하게 파악할 수 있는 견지는 SK-Horn, Vor §324 Rdn.2; Krey, BT 1, 7.Aufl. 1989, Rdn.813. 그러나 純生態的 觀點도 결국은 生態-人本的 觀點과 실제적인 차이는 나지 않는다고 하는 지적은, Rengier, NJW 1990, 2514.

137) BT-Drucks. 8/2382, S.9 f.; 8/3633, S.19.

인정하고, 다만 다음 단계로 이 環境은 人間의 生存利益과 관련하에 刑法上 意味가 있는 것으로 보아, 양자를 동시에 보호하는 것으로 理解하는 것이다. 純生態的 觀点은 環境과 環境法益 그 自體를 "觀念財(ideelles Gut)"[138]으로 보고, 通說의 見解처럼 둘째 단계에서 人本的 補充을 시도하는 것을 拒否한다.[139] "管理되는 環境"을 環境法益의 對象槪念으로 파악하는 見地는 "行政的 觀点(Administrative Sichtweisen)"[140]에 根據한 것인데, 環境刑法의 行政從屬性에 초점을 두고 行政活動의 保護와 行政이 관리하는 環境을 전면에 두기 때문에, 결국은 環境法益을 行政法益으로 定義하게 되고, 이에 따라서 可罰性의 範圍가 확정한다.[141] 좀 더 엄밀히 말하면 行政法益으로서의 環境法益은 行政官廳의 統制機能과 形式(節次)的 環境行政法의 保護를 뜻하게 된다.[142] 行政的 觀点은 주로 제324조의 水域汚染과 관련하여 解釋論으로 제기되고 있는데, 判例는 명백히 이를 거부하고 있다.[143] 제324조와 관련하여 生態的 觀点과 行政的 觀点의 解釋上의 명백한 차이점은 우선 "行政公務員의 可罰性"[144]에서 드러난다. 後者의 觀点(實體的/形式的 行政觀点)

---

138) 장래 立法을 전제로 觀念財의 槪念에 贊成하는 文獻은, Arzt/Weber, BT 2, Rdn.357; Arzt, Kriminalistik 1981, 120.

139) Krey, BT 1, Rdn. 813.

140) 行政的 觀點은 다시 ① 水經濟的 (實體行政的) 觀點과 ② 形式行政的 觀點으로 나눌수 있다. ①은 代表的으로 Papier, Gewässerverunreinigung, Grenzwertfestsetzung und Strafbarkeit, 1984; ders., Zur Disharmonie zwischen Verwaltungs-und strafrechtlichen Bewertungsmaßstäben im Gewässerstrafrecht, NuR 1986, 1 ff.; ders., Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht, NJW 1988, 113 ff.; ders., Strafrechtliche Probleme des Gewässerschutzes, in: Krebs/Oldges/Papier(Hrsg.), Aktuelle Probleme des Gewässerschutzes, 1990, S.61～82 ②는 代表的으로 Bickel, Die Strafbarkeit der unbefugten Gewässerverunreinigungen nach § 38 WHG, ZfW 1979, 139; ders., Anwendungsprobleme des Umweltstrafrechts aus öffentlich-rechtlicher Sicht in: Meinberg/M hrenschlager/Link (Hrsg.), Umweltstrafrecht, 1989, S. 273 ff. 루돌피의 경우는 분명하지는 않지만, 그 論旨로 보아 파피어의 見解와 類似하므로 水經濟的 觀點으로 보아도 무방할 것이다. Rudolphi, NStZ 1984, 193, 195.

141) Papier, Aktuelle Probleme, S.61 ff. 이러한 특징은 Tiedemann, S.28 참조.

142) Papier, Aktuelle Probleme, S.61 ff. 行政的 觀點의 具體的 內容에 대한 要約된 整理는, Rengier, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 101 (1989), 880 f.; Dölling, Umweltstraftat und Verwaltungsrecht, JZ 1985, 466 참조.

143) 이러한 拒否意思를 分明히 밝히고 있는 代表的 判例는 BGHSt 34, 211 = NStZ 1987, 323.

144) Papier, NJW 1988, 113 ff. 行政公務員의 可罰性에 관하여 상세히는 趙炳宣, 法學論集 1993, 21면 이하; Rogall, Die Strafbarkeit von Amtstr gemäim Umweltbereich, 1991.

은 行政公務員은 受範者가 아니라 規範提供者이므로 可罰性을 否定하게 된다.[145] 제324조를 生態的 法益觀点 또는 적어도 生態-人本的 觀点에서의 解釋이 立法者의 의도와 일치하고[146], 一般國民, 行政公務員, 企業體 모두에게 豫防的 機能을 수행하는 장점을 갖는다고 생각된다. 다만 生態的 觀点이 可罰性의 範圍를 擴張[147]할 우려가 있다는 指摘은, 이러한 觀点의 차이에서 나오는 것이라기보다는, 環境刑法의 機能에 대한 懷疑的 視覺[148]에서 나오는 것이므로, 法益論과는 별개의 것이라고 해야 할 것이다.[149] 왜냐하면 生態的 法益觀点에서도 刑法의 最後手段(ultima-ratio)思想[150]과 當罰性(Strafwürdigkeit)·刑罰必要性

145) 특히 빅켈(Bickel)은 이를 숨기지 않고 있지만, 파피어(Papier)는 行政公務員의 可罰性을 行政觀點에서도 認定할 수 있다고 주장하고 있다(Papier, NJW 1988, 113 ff.). 그러나 이미 호른(Horn, NuR 1988, 66 Fn.12)이 지적했듯이, 파피어(Papier)의 觀點에서는 이를 主張할 수 없는 論理的 矛盾이 있다.

146) 특히 이러한 指摘은 Kühl, Anthropozentrische oder Nichtanthropozentrische Rechtsgüter im Umweltstrafrecht?, Vortragsmanuskript in Seoul 1995, S.21.

147) 이러한 傾向의 判例는 代表的으로 AG Düsseldorf, NStZ 1989, 532. 學說에서 이러한 傾向은 Kuhlen, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), GA 1986, 389 ff. 이 논문에서 쿨렌교수는 제324조를 이른바 累積構成要件(Kumulationstatbestand)로 해석할 것을 제안하였다. 이러한 傾向에 대한 批判은 Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge, 1991, S.147.

148) 代表的으로 하세머(Hassemer), 알브레히트(P.-A. Albrecht)의 論旨나 제12회 獨逸刑事辯護士會의의 決議文은 刑法典에서 環境刑法을 完全히 削除할 것을 주장한다. Hassemer, Umweltschutz durch Strafrecht?, Neue Kriminalpolitik 1988, 46ff.; ders., Grundlinien einer personalen Handlungslehre in: FS-Arth.Kaufmann, 1989, S.85 ff.; ders., NStZ 1989, 557ff.; Peter -Alexis Albrecht, Das Strafrecht auf dem Weg vm liberalen Rechtstatt zum sozialen Interventionsstaat, KritV 1988, 182; Strafverteidigervereinigungen(Hrsg.), Dokumentation des 12. Strafverteidigertages: Mehr gesellschaftliche Konflikte - mehr oder weniger Strafrecht?, 1989; Hamm, Sitzungsbericht L zum 57. DJT, S. L 61 ff.; Hansmann, Verwaltungshandeln und Strafverfolgung - konkurrierende Instrument des Umweltrechts?, NVwZ 1989, 915; 1989; Dokumentation des 12. Strafverteidigertages, StV 1988, 275. 韓國에서는 다소 분명하지는 않지만 대략 이러한 시각은 李相暾, 刑法의 近代性과 對話理論, 40 이하; 裵鍾大敎授의 인터뷰, 東亞日報 1992. 4. 22, 5. 日本에서는 平野龍一, 刑法の機能的考察, 1984, 82~136. 이러한 削除論에 대한 批判은 Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105(1993), 679 ff.; Kuhlen, Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105(1993), 721 ff.

149) Rengier, NJW 1990, 2510 f.

150) 상세히는 Roxin, AT, 2.Aufl. 1994, Kap.2 Rdn.28 = S.24 f.

(Strafbedürftigkeit)의 基準[151]이 모두 적용될 수 있기 때문이다.[152] 또한 環境刑法의 法益論은 解釋論으로서도 매우 중요한 의미가 있으므로, 環境刑法의 法益을 일률적으로 파악해서는 안된다.[153] 그리고 주의할 점은 環境法益은 "現狀態(status quo)의 環境財"의 保護를 의미한다. 따라서 설사 이미 汚染된 더러운 水質이라도 더 이상 惡化되지 않도록 保護하는 것을 의미한다.[154]

(2) 事例 2 : 原子力安全規制의 法執行의 事例 : 聯邦과 州의 葛藤?

(a) 聯邦政府의 統制權

聯邦政府는 聯邦法律의 執行을 州政府에 위임하는 대신, 合法的이고 合目的的인 法執行이 이루어지고 있는지를 통제할 권리를 갖고, 州政府는 聯邦政府, 구체적으로는 해당 업무를 관할하는 長官의 지시에 복종할 의무를 지게 된다. 聯邦政府의 統制手段은 "聯邦監督(Bundesaufsicht)"와 "關與(Mitsprache)"의 두 가지 종류가 인정되고 있다(基本法 제85조가 이 두 가지를 구분하고 있다). 聯邦監督은 "사후에" 잘못된 행정을 수정하는 억압적-시정적 기능을 가지고 있는 반면에, 關與는 "사전에" 命令이나 一般行政規則의 제정을 통하여 예방적-조정적 기능을 가지고 있다고 할 수 있다.[155] 그러나 兩者는 주된 기능이 그렇다는 것이지 확연히 사전-사후적으로 구분되는 것은 아니

151) 상세히는 Kühl, Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, in: Dann/Klippe(Hrsg.), Naturrecht - Späaufklärung - Revolution, 1995, S.182; Wolter, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem, in: ders.(Hrsg.), 140 Jahre Godtdammer's Archiv für Strafrecht, 1993, 269 ff.

152) Dölling, Empfehlen sich Änderungen des Umweltstrafrechts?, ZRP 1988, 334.

153) 純生態的 法益觀點으로 解釋되는 제324조 외에도, 예컨대 生態-人本的 觀點의 類型에는 제324a조 제1항, 제325조 제1항, 제2항, 제326조 제1항, 제325a조 제1항 제2항이 속하고, 行政的 法益의 類型에는 제327조가 속한다. 제330a조는 人本的 法益保護의 유형에 속한다. Rengier, NJW 1990, 2506 ff.; Lackner/Kühl, §324a Anm.1 ff.; §325a Anm.1 ff. 참조.

154) GenStA OLG Celle, ZfW 1989, 54; Schünemann, Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Gewässerstrafrecht, wistra 1986, 234; SK-Horn, §324 Rdn.2; Rengier, Ökologie und Recht, S.37.

155) Ossenbühl, Novellierung, S. 31.

다. 오히려 兩者는 효과적인 目標達成을 위하여 때로는 體系的으로 結合되어 시행되는 경우도 많다.

① 聯邦監督

基本法 제85조 제4항은 委任된 法執行의 合法性과 合目的性의 確保하기 위하여 聯邦監督을 규정하고 있는데, 그 手段으로는

- 內容傳達, 報告書의 作成 및 公式文書의 提出의 요구
- 監督官의 파견
- 指示(Anordnung)
- 缺陷補完節次(基本法 제85조 제4항의 類推適用)
- 聯邦의 行政强制(基本法 제37조)
- 非公式行爲 및 共同協力行爲

를 열거할 수 있다. 결국 聯邦監督은 州政府의 法執行을 統制하여 잘못 집행하는 일이 없도록 하는 목적을 갖는다.[156]

聯邦監督의 가장 기초적인 수단은 內容傳達, 報告書의 作成 및 公式文書의 提出의 要求이다. 이것은 聯邦이 갖는 일종의 "情報權"으로, 모든 정보는 聯邦에게 전달되고 공개될 가능성을 함축하는 것이다. 基本法 제8조 제4항의 해석과 관련하여, 學界의 通說[157]에 따르면 여기서 情報權을 갖는 주체는 集合單位로서의 聯邦政府 그 自體라고 해석되므로, 개별 부서 예컨대 BMU가 요구할 수는 없고 내각의 의결이 있을 때 가능하다고 봐야한다. 內閣의 議決을 거치는 요건 때문에 사

156) Lerche, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG Kommentar, Art. 84 Rdn. 27; Zech, Zuständigkeiten bei der Verwaltung der Bundesfernstraßen durch die Länder und Gemeinden, DVBl. 1987, 1089, 1094; Tschentscher, Inhalt und Schranken des Weisungsrechts des Bundes aus Art. 85 Abs. 3 GG, Diss. Bonn 1988, S. 62 ff.

157) Lerche, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scwolz, Art. 85 Rdn. 80; von Mangoldt/Klein, Grundgesetz, Bd. Ⅲ, Art. 85 Anm. Ⅵ 2; Wolst, Die Bundesauftragsverwaltung als Verwaltungsform, 1974, S. 106; Martin Oldiges, Die Bundesregierung als Kollegium, 1983, S. 210 f. 이상이 통설의 대표적인 문헌인데, 反對意見도 존재한다. 反對意見은 Broß, in: von Münch (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Bd. 3, 2. Auflage 1983, Art. 85 Rdn. 16. 참조.

실상 이러한 節次를 통해서는 情報權을 확보하기가 매우 어렵다.[158] 그러나 실제로는 基本法 제85조 제3항의 命令權의 事前準備로서 聯邦의 情報權을 認定하는데 學說의 見解가 一致되어 있기 때문에[159], 聯邦의 情報權確保에는 아무런 흠결이 없다. 이에 따라 아무런 문제없이 聯邦은 州政府에 파악하고 싶은 內容을 傳達해 줄 것, 특정사항에 대한 報告書를 작성하여 제출할 것, 行政上 公式文書나 書類綴을 提出할 것을 요구할 수 있다. 또한 聯邦의 情報權은 原子力安全規制에 관한 法律을 입법할 때 법규로 明文化할 수도 있다. 예컨대 原子力法 제7조 제4항 제2문은 聯邦의 情報權을 명확히 규정하고 있다. 그리고 聯邦이 갖는 情報權은 구체적인 사항에 대한 것이므로, 막연히 특정기간 동안의 活動報告書를 제출하라는 등의 요구는 할 수 없다고 해석된다.[160] 그러나 관련사실만을 질문하는 것 뿐만 아니라, 技術基準, 指針, 安全準則 등에 대하여 一般的 質問도 가능하다. 聯邦은 州政府가 갖고 있는 技術的인 know how에 대하여도 情報權을 갖는다고 본다.

監督官의 派遣은 具體的 任務를 갖고 파견되는 것이므로, 聯邦이 州에 고정직으로서 監督官을 파견할 수 없고, 派遣되는 監督官은 항상 구체적 임무를 갖고 그 임무가 종료될 때까지 파견근무하게 되는 公務員이다. 派遣된 監督官에게 命令權은 없다.[161] 監督官은 해당사항을 해결하는 것이 임무가 아니라, 해당 사항의 정확한 情報를 收集하고 問題點을 정확히 把握하는 임무를 가질 뿐이다.

聯邦監督이 하는 기능으로 가장 중요한 것은 環境影響評價法(UVPG)에 따른 環境影響評價의 監督이다. 이른바 "生態的 綜合分析(ökologisce Gesamtanalyse)"에 따라[162] 각각의 環境因子가 相互影響을

158) Wolst, S.120.
159) Köttgen, Der Einwand der Mischverwaltung und das Grundgesetz, DÖV 955, 485, 489; Steinberg, AöR 110 (1985), 419, 428 f.; Wolst, a.a.O., S. 97; Lerche, a.a.O., Art. 85 Rdn. 55 f; Bull, AK-GG, Art. 85 Rdn. 14.
160) Ossenbühl, in: Reformüberlegungen zum Atomrecht, S. 85.
161) 通說: Bull, a.a.O., Art. 84 Rdn. 60; Lerche, a.a.O., Art. 84 Rdn. 165; Art. 85 Rdn. 86.
162) 이에 대하여 상세히는 A. Weber, Umweltverträglichkeitsrichtlinie im deutschen Recht, 1989, S. 86 ff.

받는지 종합적으로 분석하는 작업을 聯邦政府가 철저히 監督하는 것이다. 다음으로 位置選定計劃(Standortplanung)에도 聯邦政府는 깊숙히 개입하고 監督한다. 聯邦政府는 州政府 외에도 聯邦放射線防護廳(BfS)이 수행하는 核燃料의 保管業務 및 放射性廢棄物의 最終貯藏業務도 감독하고, 州政府 중에서도 특히 니더작센州가 관장하는 最終貯藏業務를 감독한다.[163]

② 關 與

基本法 제85조 제2항 및 제3항은 위임된 聯邦法律의 집행에 聯邦政府가 關與하여 共同作用(Mitwirkung)하는 사항을 규정하고 있다. 이로서 聯邦政府는 州政府와 함께 聯邦法律의 執行에 대한 共同行政權(Mitverwaltungsrecht)을 갖게 된다. 關與의 手段은 基本法 제85조 제2항에 따라 行政令을 制定하거나 同法 제85조 제3항에 따라 命令(Weisungen)을 시달하는 것이다. 命令權의 사용 여부도 聯邦政府의 裁量이고, 法執行의 모든 문제에 대하여 제한없이 命令權을 사용할 수 있기 때문에 命令을 통해 聯邦政府는 廣範圍한 指揮權能을 갖게 된다. 聯邦憲法裁判所도 聯邦政府의 이러한 광범위한 指揮權을 肯定하고 있다.[164] 關與의 手段으로는

- 一般行政規則의 制定(제85조 제2항)
- 個別命令(제85조 제3항)
- 一般命令[165]
- 非公式行爲 및 共同協力行爲

를 列擧할 수 있다.

一般行政規則의 制定은 法律의 目的에 背馳되지 않는 한도에서 法律을 具體化하는 것으로 모든 州政府가 이에 구속되는 效果를 가져오므

163) 상세히는 Ossenbühl, in: Reformüberlegungen zum Atomrecht, S. 104 ff. 참조.
164) 聯邦憲法裁判所의 代表的인 判例로는 BVerfGE 81, 310, 335 f. 참조.
165) 基本法 제85조 제3항 제1문의 命令들(Weisungen)에 一般命令도 포함된다고 해석해야 할지 학설상 다툼이 있다. 學說論爭에 대하여 상세히는 Ossenbühl, in: Reformüberlegungen zum Atomrecht, S.49 ff. 참조.

로, 聯邦上院의 同意를 얻어 제정하게 되어 있다. 命令에 대하여 基本法 제85조 제3항은 언급만 하고 있을 뿐이지, 어떠한 구체적 內容이나 定義를 내리지 않고 있기 때문에, 命令에 대하여 學說上 다양한 定義가 있는 실정이다. 個別命令 외에 一般命令도 포함되는 것으로 보는 見解가 有力하다. 命令에 대해서는 事實上 制限이 거의 없고, 聯邦의 自由裁量에 속하는 것으로 보므로, 命令은 聯邦의 가장 강력한 手段이라고 할 수 있다. 예컨대 原子力安全規制와 관련된 거의 모든 許可節次를 州政府에 委任했지만, 聯邦은 命令을 통해서 이러한 許可節次에 介入할 수 있게 되어 있다. 예컨대 原子力法 제7조의 許可를 州政府에 위임했지만, 聯邦은 命令權을 통해서 共同으로 결정하고 있다. 基本法에 근거한 聯邦의 命令權을 法律에 具體的으로 明記할 경우에는, 대개 州政府의 決定事項을 追後에 命令을 통해 關與하므로, 事前的 關與라기 보다는 監督의 형태를 띠면서도 事前的으로 豫防役割을 遂行한다고 할 수 있기 때문에, 이를 이른바 "豫防的 監督(sog. präventive Aufsicht)"라고 하고, "命令留保(Weisungsvorbehalte)"부른다. 命令留保는 聯邦法律을 통해 州政府의 節次에 대하여 聯邦政府의 同意(Zustimmung), 審理(Einvernehmen), 聽聞會(Anhörung)를 條件附로 留保하는 것이다. 결국 命令留保는 州政府의 決定權을 具體的 事案에 상관없이 法律을 통하여 抽象的이고 一般的으로 繼續的으로 제한하게 된다. 이러한 점에서 學說에 따라서는 命令留保를 命令이 가져야 할 "個別事案 聯關性의 原則(Erfordernis der Einzelfallbezogenheit)"에 위반된다고 하여 부정하기도 하지만[166], 현재 예를 들면 이미 原子力法 제7조 제4항 제2문을 통해 이러한 命令留保가 立法化되어 있다.

현재 聯邦은 原子力安全規制와 관련하여 여러가지 技術的 基準, 規制基準, 檢查指針을 정하고 있는데, 이는 聯邦上院의 同意를 얻어야 하는 一般行政規則이 아니라 一般命令으로 理解되고 있다.[167] 이러한

166) Lange, Inhalt und Grenzen des Weisungsrechts des Bundes nach dem Atomgesetz, Rechtsgutachten, 1989, S. 123.

167) 특히 이러한 주장은 Ossenbühl, in: Reformüberlegungen zum Atomrecht, S.50 ff.

基準들은

- 核發電所의 安全基準
- 原子力法의 許可에 필요한, 許可申請者가 제출해야 할, 核技術을 사용한 施設의 建設要員 및 核燃料의 取扱要員에 필요한 專門知識의 證憑에 관한 聯邦內務部의 指針
- 原子爐安全委員會(RSK)와 放射線防護委員會(SSK)의 專門家그룹의 勸告事項 및 指針, RSK-押水爐지침
- DIN-規定, VDI-準則, VDI-指針, DVGW-硏究刊行誌
- KTA-規定
- 核發電所의 危險憂慮를 除去하기 위한 "事前豫防措置(Entsorgungsvorsorge)"[168]

의 基本原則을 列擧할 수 있다.

(b) 聯邦政府의 統制權의 限界

聯邦政府의 統制, 즉 監督과 關與는 無制限的인 것은 아니다. 다시 말해서 聯邦과 州의 關係가 아니라 州의 外部에 대한 行爲와 責任, 즉 제3자관계에 대해서는 오직 州政府만이 이른바 "處理權能(Wahrnehmungskompetenz)"를 갖는다. 基本法 제85조에 따른 聯邦의 介入權이 이 경우는 적용되지 않는 영역이다.[169] 또 州政府는 個別事案에서 專門的인 判斷과 決定을 獨自的으로 내릴 수 있는 이른바 "專門權能(Sachkompetenz)"을 갖고 있다. 다만 聯邦政府는 이 專門權能에 대하여 聯邦의 關與權의 手段인 命令을 하달하여 聯邦의 견해를 貫徹시킬 수도 있다.[170] 결국 聯邦과 州의 關係에서 그 限界를 규정한다면 다음과 같이 요약된다:

---

168) 聯邦政府는 일찌기 이른바 "綜合的 事前豫防措置(integrierte Entsorgung)"의 原則을 확립하고 있다. 1979년 9월 28일 聯邦政府와 州政府의 合同決議를 통하여 발표되었는데, 독일의 原子力法 및 原子力安全規制行政에서 가장 중요한 槪念 중의 하나이다. 상세히는 Bender/Sparwasser, Umweltrecht, Rdn.433 = S.141 ff, Rdn.506 = S.161 f. 참조.

169) Ossenbühl, in: Reformüberlegungen zum Atomrecht, S. 31.

170) 聯邦憲法裁判所가 이를 肯定하고 있다. BVerfGE 81, 310, 332.

- 州政府가 내린 內部的 決定도 外部와의 관계에서 市民과 關連될 경우는, 州政府가 내리고 責任을 진다.
- 法執行을 委任받은 州政府는 內部的 決定을 내리지만, 聯邦政府의 命令에 從屬되는 限界가 있으며, 聯邦政府는 제한없이 命令을 내릴 수 있다.
- 專門的 判斷을 州政府가 내리지만, 聯邦은 命令을 통해 關與할 수 있고, 判斷이 相異할 경우는 聯邦의 判斷이 優先한다.

이상의 관계는 결국 聯邦과 州는 役割分擔을 하고 있지만 最終的으로는 共同作用하는 "結合行政(Verbundverwaltung)"임과 동시에, 聯邦이 委任한 行政이라고 할지라도 聯邦委任行政의 主人은 聯邦이라는 점에 歸着된다.[171]

(3) 中間結論 : 環境法體系의 統括的 調和?

이상에서 두 가지의 사례를 통해, 環境法體系의 立法的 保護目的 및 法執行의 葛藤事例를 例示的으로 고찰하였다. 이러한 고찰을 통해 파악되는 점은 環境法體系를 총괄하는 基本原理가 확고히 定立된 것은 아니지만, 그렇다고 環境法體系가 모자이크式의 集合體로 體系性이 결여된 것은 아니라는 점이다. 環境法은 이미 어느 정도의 體系性을 갖추고 있으면서도, 다만 環境法의 內部에 존재하는 傳統的인 法領域에 따른 個別領域들, 環境行政法, 環境民法, 環境刑法이 行政法, 民法, 刑法의 原則들을 融化하고 있기 때문에, 橫斷面法으로서의 "새로운 형태의 法體系"를 갖고 있다. 즉 內部의 小領域別로 전혀 다른 保護概念과 保護强度를 갖고 있으면서도 어느 정도의 調和를 이루고 있다. 따라서 環境法은 아직까지 總括的인 體系의 面에서는 "不完全한 또는 未完成의 體系"이다. 그러나 保護對象인 環境의 다양한 專門領域, 즉 大氣, 土壤, 水, 危險物, 動植物界, 放射線 및 原子力, 廢棄物의 特性的 對處의 必要性[172] 및 大陸法系의 전통적 법영역인 民法, 刑法, 行政法의 特性的 理論展開의 必要性에 비추어, 環境法體系는 環境憲法이나

171) 聯邦憲法裁判所도 이 점을 분명히 하고 있다. BVerfGE 81, 310, 335f.
172) Breuer, Gutachten zum 59. DJT, 1992, S. B31 ff. S. B42 ff.

環境綱領을 기반으로 하여 어느 정도 差別的인 法理를 인정하는 것은 不可避하지만, 그렇다고 體系的 性格이 부정되는 것은 아니다. 環境法體系에서 가장 중요한 것은 이러한 異質的 要素들의 "內的 調和(innere Harmonisierung)"이다. 다시 말해서 環境法의 體系性이 不完全할 수 밖에 없는 것은 橫斷面法으로서의 環境法에 不可避한 特性이므로, 각각 環境行政法, 環境刑法, 環境私法은 內的 調和를 통해서 各領域을 統括하여 하나로 묶는 環境法體系의 統括性(übergreifende Ganzheit)을 구축하는 것이 필요하다는 中間結論이 導出된다.

內的 調和를 갖춘 環境法의 확립을 위한 노력의 하나로 현재 "環境法典(Umweltgesetzbuch)"의 編纂作業이 6년째 진행되고 있다. 이미 環境法典은 環境行政法의 總論(1991)[173]과 各論(1994)[174]의 형태로 완성되었는데, 環境責任도 함께 포함되었다. 環境刑法도 環境法典에 포함시키자는 主張도 있다.[175] 內的 調和를 이루려는 또 다른 노력의 하나는, 環境行政法과 環境刑法의 關係에 대한 判例와 學界의 理論的 努力을 들 수 있다. 그에 대해서는 오랜 동안 施行錯誤를 거쳐, 아직도 논의가 활발한데, 槪略하면 다음과 같다.

Ⅲ. 環境行政法과 環境刑法의 競合 - 競爭的 疾走?

1. 環境刑法의 追越?

(1) 公法上의 許可와 環境刑法의 行政法從屬性

保護原則 및 事前配慮原則에 따라서 環境行政法에서 許可가 갖는 의

173) Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aßmann/Kunig, Umweltgesetzbuch Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1991.

174) Kloepfer/Jarass/Kunig/Papier/Peine/Rehbinder/Salzwedel/Schmidt-Aßmann, Umweltgesetzbuch Besonderer Teil, 1994.

175) Tiedemann, Die Neuordnung des Umweltstrafrechts, 1980, S.9; LK-Steindorf, Vor §324 Rdn.2; Viehaus, Die Reform des Umweltstrafrechts zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, ZRP 1992, 162.

미는 이미 앞에서 聯邦임미시온保護法의 예를 들어 고찰하였다. 그런데 環境刑法의 行政從屬性으로 인하여 許可 등을 포함한 行政行爲의 존재여부가 可罰性의 前提條件의 일부를 구성하기 때문에, 公法上의 許可는 環境刑法에서도 중요한 의미를 갖는다. 이 경우 通說[176]에 의하면 許可나 行政命令 등은 無效하지 않고 有效한 상태에 있으면, 그대로 그 존재가 刑法에 의해 인정된다. 刑事法院에 의한 追後의 行政行爲의 適法性/違法性의 판단은 法秩序 單一性의 原則에 따라 權利濫用의 경우와 같은 불가피한 경우에 한해서 인정된다.

刑法典 제327조 제1항과 제2항은 核技術的 施設物 및 聯邦임미시온保護法이 말하는 許可를 받을 義務가 있는 施設物이나 廢棄物處理施設物의 운영에 있어서 "요구되는 許可를 받지 않은 경우"를 處罰하고 있다. 이 경우 刑法이 명백히 行政法的 規範을 參照하고 있기 때문에 "行政法從屬性"이라고 한다. 그러나 참조된 行政法上의 許可에 대한 해석이 行政法界와 刑法界가 다를 수 있기 때문에 문제가 생긴다. 대표적인 사례가 이른바 "알켐事件(Alkem-Fall)"에 대한 하나우地方法院(LG Hanau)의 1987년 11월 12일의 判例[177]이다. 여기서는 行政官廳이 교부한 "假同意(Vorabzustimmung)"가 原子力法의 許可節次에 따라 適法한 것인지가 문제가 되었다. 알켐社는 1964년 이래 核燃料를 정련하는 유한회사로서 당시의 舊原子力法에 따른 許可를 받아 운영하고 있었다. 1975년의 原子力法의 改正[178]에 따라 新原子力法 제7조에 따른 새 許可를 받아야 하게 되었다. 그러나 법규에는 새 許可를 받기까지의 과도기의 運營許可에 관한 규정이 없었기 때문에, 行政官廳은 정식으로 設立許可節次에 따른 設立許可를 주는 대신, 법규에 규정된 바 없는 運營變更을 위한 假同意를 주었다.[179] 이 判

176) Rudolphi, NStZ 1984, 193, 196; Seier, JA 1985, 23, 24; Dölling, JZ 1985, 461, 469; Lenckner, FS-Pfeiffer, S.27; Breuer, NJW 1988, 2072, 2080; ders., JZ 1994, 1077, 1084; Rogall, FS-Köln, S.505, 526; Kuhlen, WiVerw 1992, 215, 245; Kindhäuser, FS-Helmrich, S.967, 982; LK-Hirsch, vor §32 Rdn.165.

177) NJW 1988, 571, 572 ff. 이 판례에 대한 批判은 Stubbe, NJW 1989, 446 ff.

178) Drittes ÄnderungsG zum AtomG vom 15.7.1975, BGBl. I S.1885.

179) 行政法的 理論構成으로는 適法, 違法 양면이 모두 可能하였다. 假同意가 適法이라는 見解는 Ronellenfitsch, NJW 1986, 797 ff. 假同意가 違法이라는 見解는 Ro nagel, DVBl. 1987, 65 ff.; Burianek, NJW 1987, 2727 ff. 참조.

例는 假同意를 違法한 것으로 판단하고, 알켐사가 엄밀한 의미의 許可가 아님을 알면서도 이를 원용하는 것을 認定하지 않았다. 이에 따라서 判例는 假同意가 刑法 제327조 제1항에서 말하는 "必要한 許可"에 해당되지 않는다고 하였다(權利濫用에 의한 行政從屬性의 제한).[180] 다만 起訴된 公務員과 企業體의 代表에 대해서는 責任(Schuld)의 缺如를 이유로 無罪를 선고하여, 다소 애매한 판단을 내리고 있다. 이 사건의 여파로 헤센주의 環境省長官은 假同意를 撤回하고 原子力法上의 許可로 대체하였다.[181] 알켐사는 헤센의 行政法院에 假同意의 撤回의 適法性의 판단을 구하는 行政訴訟을 제기하였다.[182] 이렇게 견해에 따라서는 行政法上으로 適法하다고 인정될 수도 있는 許可가, 追後 刑事法院의 審査對象으로 된 것은 憲法上 要請되는 "組織의 適正性(Organadäquanz)"[183]을 沮害시키고, 行政法院과 刑事法院의 管轄이 오버랩되는 등 法治國家의 混沌을 초래한다는 批判이 제기된다.[184]

(2) 公法上의 許可와 環境刑法의 行政行爲從屬性

유사한 問題事例로는 1988년의 프랑크푸르트最高地方法院(OLG Frankfurt)의 判例[185]가 있다. 한 化學企業이 生産過程에서 생기는 排出水를 이미 1960년대 이전부터 排出해 왔는데, 水管理廳의 公務員이 1986년 새로운 水管理法(WHG)[186]의 입법에 따라 그 기업에게 새로운

180) LG Hanau, NJW 1988, 571, 576. 이에 관하여 Lackner/Kühl, StGB 21.Aufl. 1995. §324 Rdn.10 참조.

181) FAZ und frankfurter Rundschau vom 28.4.1988. 이 사건의 여파로 초대 환경성장관이던 발만(Wallmann)이 사임하고, 퇴퍼(Töpfer)가 신임장관으로 취임하는 단서의 하나가 되었다. Wihelm, Umweltpolitik, 1994, S.91 참조.

182) Frankfurter Rundschau vom 28.4.1988.

183) 이에 관하여 Isensee, Aussetzung des Steuerstrafverfahrens - rechtsstaatliche Ermessensdirektiven, NJW 1985, 1007, 1009; Rengier, ZStW 1989, 893.

184) Breuer, Empfehlen sich Ändeungen des strafrechtlichen Umweltschutzes insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?, NJW 1988, 2083; Referat von Ossenbühl, in: Verhandlungen des 57.DJT, Bd.II, Sitzungsberichte, 1988, S. L46 f., 238 f.; Ossenbühl/Huschens, UPR 1991, 167.

185) NJW 1988, 2753. 원래 제1심인 AG Frankfurt, NStZ 1986, 72 에서는 有罪判決이 나왔지만, 제2심인 LG Frankfurt, NuR 1987, 42 는 無罪를 선고하였는데, 다시 제3심인 OLG Frankfurt에서 유죄판결을 받는 反轉을 거듭하였다.

186) Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushaltts (Wasserhaushaltsgesetz = WHG) vom 23.9.1986, BGBl. I S.1529, geändert durch G. v. 27.6.1994, BGBl. I S.1440.

排出基準에 따른 裁決을 내렸다. 그런데 行政官廳이 측정할 능력이 없기 때문에 이른바 自家測定을 의뢰하였다. 그리고는 排出水質과 微生物的 淨化過程의 어느 정도 一般的으로 認定된 不可避한 偏差[187]와 測定 및 計算上의 偏差를 고려하여, 行政裁決書에 확정된 數値의 100%에 이르는 超過까지는 허용하고, 그 이상의 超過는 불가한 것으로 定하였다. 檢察은 이러한 行政裁決을 違法한 것으로 판단하고, 따라서 그 企業은 許可를 받지 않고 廢水를 排出한 것으로 刑法 제324조에 해당한다고 起訴하였다. 判例는 化學企業의 代表者와 水質管理者에게 제324조의 有罪를 인정하여 罰金刑을 宣告하고, 水管理廳의 公務員에게는 刑法 제258조(刑事訴追沮害)의 有罪를 선고하였다.

刑法 제324조는 "正當한 權限없이(unbefugt)"라는 표현을 構成要件에 추가하여, 排出 등을 許可하는 行政行爲가 있을 경우 正當化되도록 하고 있다(이른바 刑法의 行政行爲從屬性). 그러나 水質汚染의 경우, 刑法 제324조의 保護法益에 대한 行政的 解釋과 生態的 解釋[188], 水法上의 許可裁決에 있어서의 排出許可의 條件附命令 또는 기타의 附加命令에 포함된 다양한 限界値[189], 廢水淨化施設의 運營에 있어서의 사실상 피할 수 없는 限界値超過排出[190], 測定 및 計算의 問題[191], 水法上으로 排出되는 廢水로 간주할 수 있는 排出水(Abwasser)와 廢棄物

187) Pöpel, Schwankung von Kläranlagenabläufen und ihre folgen für Grenzwerte und Gewässerschutz, 1971; Sander, ZfW 1980, 345 ff.; Papier, Gewsserverunreinigungen, Grenzwertfestsetzung und Strafbarkeit, 1984, S.30 ff.; Samson, ZfW 1988, 201 ff.; Bickel, Elend der Grenzwerte im Wasserrecht, NuR 1982, 214 ff.

188) 개관은 Heine/Meinberg, Gutachten zum 57.DJT, S. D31 ff.; Breuer, NJW 1988, 2078 ff.

189) 概觀으로 Franzheim, NStZ 1987, 439 f.; ders., NStZ 1988, 208 f.; Dahs, NStZ 1987, 440 f.; Breuer, NJW 1988, 2081.

190) 概觀으로 Pöpel, GWF-Schriftenreihe Wasser - Abwasser Nr.16, 1971; Dinkloh/Koppe, Korrespondenz Abwasser 1978, 344 f.; Sander, ZfW 1980, 345 ff.; Bickel, NuR 1983, 215; Papier, Gewässerverunreinigungen, S.30; Samson, ZfW 1988, 202.

191) 概觀으로 Samson, ZfW 1988, 201 ff.; Henseler, Das Recht der Abwasserbeseitigung, 1983, S.194 ff.; Papier, Gewässerverunreinigungen, S.31 f.; Peters, Meßungsgenauigkeiten und Gewässerstrafrecht, 1986, S.24 ff.

(Abfall)의 區別問題[192], 許可裁決의 權利濫用적 惡用[193]에 대한 解釋上의 差異가 混亂을 초래할 수 있다. 1987년의 프랑크푸르트最高地方法院의 判例는 이러한 問題點들을 극명하게 드러내 주고 있다. 數値上으로 피할 수 없는 排出基準違反[194]을 고려한 行政公務員의 裁決이 行政從屬性에 따라 有效한 許可로 認定되지 않고, 刑事法院이 自身의 基準에 따라 刑法的으로 다시 판단한 것은, 環境法體系上 保障되고 있는 行政公務員의 法規具體化行爲(法規解釋을 포함)을 破棄한 것으로서, 法治國家의 混沌을 招來한다고 批判되고 있다.[195]

(3) 1994년의 環境刑法에 규정된 行政從屬性

종래 學說과 實務[196]에 의해 인정되어 온 許可의 權利濫用 등에 의한 行政從屬性의 제한은, 1994년 6월 27일의 제31차 刑法改正法(제2차環境犯罪規制法)에 의해 刑法典 제330d조 제5호에 구체적으로 도입되었다.[197]

---

192) 槪觀으로 Breuer, Die Abgrenzung zwischen Abwasserbeseitigung, Abfallbeseitigung und Reststoffverwertung, 1985; Hensler, NuR 1984, 249 ff.; Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht, 2.Aufl. 1987, Rdn.113. 특히 BGH NJW 1990, 2477 은 廢棄物槪念을 刑法固有의 解釋으로 정의하고 있다(批判은 Ossenbühl, UPR 1991, 167 Fn.74).

193) 槪觀으로 Hübnett, Rechtswidrige behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund - ein gelöstes strafrechtliches Problem?, Diss. Bonn 1986, S.118 ff.; Hill, GewArch 1981, 185, Rudolphi, Primat des Umweltstrafrechts?, NStZ 1984, 197; Dölling, JZ 1985, 469; Winkelbauer, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, 1985, S.71; Lackner/Kühl, StGB 21.Aufl. 1995, §324 Rdn.10; Dölling, JZ 1985, 469; Otto, Jura 1991, 308, 313; ders., Jura 1994, 96, 98; Paeffgen, FS-Stree/Wessels, S.587, 594, 609.

194) 과거 水管理法(WHG) 제7a조에 따른 監督限界値(Überwachungswerte)와 다른 한편 排出水負擔金法(AbwAG 1976) 제4조 제1항에 따른 正規限界値(Regelwerte), 最高限界値(Höchstwerte), 關連限界値(Bezugswerte)가 있어 혼란스러웠으나, 그동안 統一化作業이 推進되어 현재는 監督限界値로 統一되었다. 상세히는 Breue, öffentliches und privates Wasserrecht, Rdn.574c; Franzheim, Umweltstrafrecht, 1991, S.17 ff.

195) Breuer, JZ 1994, 1078; ders., DÖV 1987, 170 ff.

196) 지나치게 오래된 許可의 경우 StA LG Mannheim, NJW 1976, 585, 586; 違法한 許可인 줄을 알면서 援用하는 (信賴의 原則에 反하는) 權利濫用의 경우 LG Hanau, NJW 1988, 571, 576; 관계자들의 結託을 통한 協助行爲의 경우 BGHSt 39, 381, 387 (이에 대한 批判은 Rudolphi, NStZ 1994, 436, 반대로 이에 대한 贊成은 Otto, Jura JK 94, StGB Vor §§324 ff/1).

197) 상세히는 Otto, Das neue Umweltstrafrecht, Jura 1995, 139; BT-Drucks.12/7300, S.25. 이 도입에 대한 강한 비판은 Breuer, JZ 1994, 1077, 1090.

이 조문에 따르면 行政節次法 제48조 제2항 제3문 제1호, 제2호와 관련하여, 威脅, 賂物供與, 結託(Kollision)[198]을 통하여, 또는 書類作成에 있어서 記載誤謬, 未記載를 통하여 取得한 許可(Genehmigung), 計劃確定裁決(Planfeststellung) 또는 기타 許容裁決(Zulassung)은 취득하지 못한 許可, 計劃確定裁決, 許容裁決로 된다. 이러한 규정은 이미 對外經濟法(Außenwirtschaftsgesetz)[199] 제34조 제8항에 도입된 바 있다.

이러한 개정은 權利濫用의 法理가 원래 信賴保護(Vertrauensschutz)의 原則과 깊은 관련이 있는 점을 輕視하고 지나치게 行政從屬性의 制限範圍를 넓히고 있다는 점[200]과 결국 環境行政法의 行政從屬性을 차단하여 法治國家的 問題를 가져온다는 점[201]이 지적된다. 다시 말해서 行政節次法 제43조, 제44조에 따르면 威脅, 賂物供與, 結託을 통하여, 또는 書類作成에 있어서 記載誤謬, 未記載를 통하여 취득한 許可, 計劃確定裁決 또는 기타 許容裁決은 원래 無效(Nichtigkeit)가 아니라, 行政行爲의 取消/撤回의 事由에 지나지 않는다는 점이다. 다시 말해서 行政節次法上으로는 違法하기는 하지만 여전히 有效한 行政行爲가 되는 것이다.[202] 그런데 刑事訴訟法 제152조 제2항에 따라 起訴强制主義(Legalitätsprinzip)가 刑事訴追에 예외없이 적용되므로[203], 제330d조 제5호의 경우에는 許可의 有效性이나 公定力에 상관없이 刑事訴追를 해야 한다. 따라서 이 경우에 行政公務員의 決定權限은 극히 축소

198) 법적으로 정의를 내리지 않고 있어, 해석의 여지를 남기고 있다. 상세히는 Rechtausschu des Bundestages, BT-Drucks.12/7300, S.25 (BGHSt 39, 381의 경우를 언급함); Lackner/Kühl, §325 Rdn.10; Möhrenschlager, NStZ 1994, 513, 515 Fn.19. 이 용어의 불확실성에 대한 비판은 Breuer, JZ 1994, 1091.

199) AWG i.d.F. des ÄnderungsG vom 28.2.1992, BGBl. I S.372.

200) Otto, Jura 1995, 139.

201) Breuer, JZ 1994, 1090.

202) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9.Aufl. 1994, §10 Rdn.20 ff.; Erichsen, in: Erichsen/Martens(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 9.aufl. 1992, §14 Rdn.21 ff.

203) 독일에서의 起訴法定主義의 발전에 관하여 Hanack, in: FS-Gallas, 1973, S.339 ff. 참조. 憲法的 見地는 BVerfG NStZ 1982, 430.

된다.[204]

(4) 環境行政公務員의 命令과 行政行爲從屬性

刑法 제325조 제1항 제1호는 "行政法的 義務를 違反하여"라는 표현을 하고 있는데, 여기서의 行政法的 義務는 許可裁決에 附加된 附加命令(Auflagen)이나 獨自的인 命令이 지시하는 義務를 뜻한다. 刑法 제327조 제2항도 "執行力있는 操業禁止命令(Untersagung)"을 構成要件標識로 하고 있다. 이들은 모두 行政公務員의 개별적인 行政行爲를 통해 具體化되므로, 역시 行政行爲從屬性을 의미한다. 단지 公務員의 法規具體化를 위한 行政命令의 違反에 지나지 않는 것을 刑事處罰한다는 批判[205]은, 刑法 제327조의 실질이 단순한 行政不服從이 아니라, 리지코가 복잡하게 연루된 施設物의 豫防的 行政行爲에 대한 違反은 當罰的 不法(strafwürdiges Unrecht)이 있다고 해야 하므로, 現代危險社會를 고려할 때, 意味가 크지 않다. 이 점에 관하여[206] 1987년 5월 6일의 聯邦憲法裁判所의 決定[207]은 刑法 제327조 제2항 제1호가 基本法 제103조 제2항 및 제104조 제1항에 違反되는 것이 아니라는 점을 분명히 하였다.[208]

(5) 許可능력 및 許可義務

許可와 관련하여 刑法에서는 行政法上의 形式的인 許可를 받지 않은

---

204) 이러한 批判은 특히 Breuer, JZ 1994, 1090.

205) Kühl, FS-Lackner, 1987, S.842 f.

206) 기본법 제103조 제2항은 규제규범의 명확성을 규정하고 있는데, 행정행위를 통해서야 비로소 구체화되는 규제규범의 합헌성이 문제가 된다. 또 기본법 제92조가 행정관청의 행위는 법적용에 국한된다는 규정한 것과 관련하여, 행정행위를 통해 가벌성의 전제조건이 확정되는 것은 일종의 입법적 행위가 아니가라는 의문이 생긴다. 이러한 문제 제기는 1985년 10월 22일 뇌르들링지구법원에 의해 제기되었다. AG Nördlingen, Vorlagebeschluß vom 22.10.1985, NStZ 1986, 315 mit Anm. von Meinberg.

207) BVerfGE 75, 329, 340 ff.

208) 상세히는 Breuer, JZ 1994, 1083 ff.; Kühl, FS-Lackner, S.834 ff., 839 ff.; Otto, Jura 1991, 311 ff.; Schall, NJW 1990, 1266 ff.; Tiedemann, Handwörterbuch des Umweltrechts, Bd. Ⅱ 1994, S.2450 f.; Winkelbauer, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, S.34 ff.

경우에도 실질적으로 고찰하려는 시도가 있으나, 通說은 이러한 刑法의 과잉검토를 부인하고 있다. 다시 말해서 行政官廳의 許可를 받을 요건을 다 갖추고 있으면서도 아직 許可를 받지 못한 이른바 "許可能力(Erlaubnisfähigkeit)"의 경우와, 行政官廳이 반드시 許可를 교부해야 할 義務를 지게 된 "許可義務(Erlaubnispflichtigkeit)"의 경우에 대한 刑法的 검토가 필요한지의 여부이다. 許可能力의 경우도 正當化가 된다는 見解[209]와 許可義務의 경우도 正當化가 된다는 見解[210]가 있으나, 각각 다수설은 이를 부인하고 있다.[211]

2. 環境行政法의 追越?

(1) 環境行政의 協力原則과 便宜主義

環境行政法은 便宜主義(Opportunitätsprinzip)에 따라서 각종 이익의 比較衡量을 통해 行政行爲를 행하기 때문에, 行政公務員은 가능한 개입을 하지 않을 수도 있고, 違法한 施設物이나 運營狀態를 容認(dulden)하거나, 妥協(Absprachen) 또는 契約締結을 할 수 있다(협조적 行政行爲).[212] 특히 環境法의 3大基本原則의 하나인 協力原則(Kooperationsprizip)에 따라서[213], 行政官廳은 해당기업과 정해진 기간내에 특정의 設置, 技術的 投入, 投資를 통해 違法狀態를 適法한 상

209) Brauer, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988, S.64, 118.

210) Rudolphi, NStZ 1984, 198; Papier, NuR 1986, 1, 6; Schünemann, wistra 1986, 235, 241; Bloy, ZStW 100, 485, 505; SK-Horn, vor 324 Rdn.20.

211) Breuer, NJW 1988, 2072, 2079; Dölling, JZ 1985, 468; Rengier, ZStW 101, 882; Alleweldt, NuR 1992, 312, 313; Kuhlen, WiVerw 1992, 215, 254; Rogall, NStZ 1992, 561, 565; Bergmann, Zur Strafbewehrung verwaltungsrechtlicher Pflichten im Umweltstrafrecht, S.52; LK-Hirsch, vor §32 Rdn.169.

212) Hoffmann-Riem, Konfliktmittler im Verwaltungsverfahren, 1989, Arnold, VerwArch 80(1989), 125 ff.; Bulling, DÖV 1989, 277 ff.; Kloepfer, Umweltrecht, §4 Rdn.232 ff., S.198 ff.

213) 협력원칙에 관하여 상세히는 Umweltbericht 1976, BT-Drucks.7/5684, S.8 f.; Rengeling, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988; Gröter, Umweltrecht und Kooperationsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland, UTR Bd.10, 1990 참조.

태로 개선하도록 協定을 맺을 수도 있다.[214] 또한 一方的인 行政行爲를 하더라도, 追後에 違法狀態가 도래했을 경우, 許可行爲의 取消나 撤回를 할 수 있다. 예컨대 聯邦임미시온保護法 제21조, 原子力法 제17조, 水管理法 제12조는 環境法的 許可의 撤回를 규정하고 있다.[215] 追後의 違法狀態가 그 한계를 넘었거나 개선될 가능성이 희박할 경우에는 中止命令 및 停止命令을 내릴 수 있다(聯邦임미시온保護法 제20조).[216] 결국 行政公務員이 상황과 시간을 고려하여 신축성있는 다양한 조치를 내릴 수 있도록 고려하는 것이 필요하고[217], 조치의 투입도 단계적으로 하는 것이 바람직하다.[218] 특히 協力的 行政行爲는 排出施設物의 기술적 투자가 절실히 필요한 경우에 기업을 유도할 수 있고, 그에 대한 계약을 체결하는 경우 即刻的인 拘束力이 생기는 장점이 있어, 새로운 기술이 필요한 危險領域에서 필수적이다.[219] 또한 協力的 行政行爲는 그 신축적인 방법으로 인하여 比例性原則을 고려할 수 있는 장점이 있다.[220]

만일 行政官廳이 協力企業과 違法한 施設物이나 運營狀態를 改善하는 契約을 締結한다면, 그 法的 根據는 行政節次法 제54조이하의 규정이다. 그러나 이 경우 좀 더 具體化될 필요가 있는 막연한 규정일 수 밖에 없기 때문에[221], 대개 "非公式的 改善妥協(informale Sanierungsabsprache)"을 통해서도 충분히 施設物의 개선을 유도하는

214) 상세히는 Arnold, VerwArch 80(1989), 125 ff.; Bulling, DÖV 1989, 277 ff.
215) 상세히는 Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rdn.413 ff.
216) Vallendar, in: Feldhaus, Bundesimmissionsschutzrecht, Bd.1 A, §20 BImSchG Anm.9 ff., 16 ff.; Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rdn.537 ff.
217) Arnold, VerwArch 80(1989), 125, 126 ff.; Bulling, DÖV 1989, 277, 283 ff.; Bauer, VerwArch 78(1987), 250 ff.; Eberle, Die Verwaltung 17(1984), 441.
218) Arnold, VerwArch 80(1989), 125, 140.
219) Beyer, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, informales Handeln der Behörden und Selbstverpflichtungen Privater als Instrumente des Umweltschutzes, Diss. Köln 1986, S.145 ff.; Arnold, VerwArch 80(1989), 140; Bulling, DÖV 1989, 177 ff.; Bohne, VerwArch 78(1987), 373.
220) Bulling, DÖV 1989, 282 f., 289.
221) 행정절차법 제55조와 관련하여 Jarass, DVBl. 1985, 198; 동법 제56조와 관련하여 Bohne, VerwArch 75(1984), 358 f. 참조.

할 수 있다고 본다.[222] 그러나 法的 拘束力이 없는 非公式的 改善妥協은 협력기업과 상황으로 볼 때 改善措置의 投入可能性이 높을 경우에 한해서 인정하고, 이 경우 行政節次法 제54조 이하를 類推適用해야 한다는 制限的 見解[223]도 있다.

(2) 積極的 容認

行政公務員의 이러한 신축적인 行政行爲는 "容認(Duldung)"이라는 형태로 어느 정도의 環境汚染을 허용 내지 인용할 수 있다. 容認은 積極的 容認(aktive Duldung)과 單純한 容認(schlichte Duldung)으로 區分된다. 單純한 容認 그 자체는 行政法에서나[224] 刑法에서나[225] 의미가 없다. "積極的 容認(aktive Duldung)"은, 예컨대 水管理法 제2조 제1항에 따라 許可를 받아야 하는 水善用(Gewässernutzung)에 있어서, 形式的으로 교부된 正式許可는 아니지만 行政公務員이 裁量으로 그에 상당하는 行政行爲를 한 것을 말한다. 예컨대 水管理廳의 公務員이 聽聞을 한 후, 감자껍질벗기는 機械를 設置해도 된다는 許可를 내주었다. 그런데 그 機械를 運營한지 오랜 期間이 흐르자, 서서히 水質汚染이 招來되었다. 이에 水管理廳은 다시 排出水를 淨化하여 排出口를 통해 排出하라는 假許可를 交付하였다. 이 事件에 대하여 함最高地方法院(OLG Hamm)[226]은 設置許可節次를 통하여 無形式으로나마 許可를 내준 것(이른바 積極的 容認)이라는 판단을 내렸다. 實務에서는 이미

222) Mayntz u.a., Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, S.449 ff.; Bohne, der informale Rechtsstaat, S.71 ff., 91 ff., 164 ff., ders., VerwArch 75(1984), 354 ff.; Jarass, DVBl. 1985, 197 ff., ders., DVBl. 1986, 319 ff.; Beyer, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, S.229 ff.; Bulling, DÖV 1989, 280 f., 287 ff.; Kloepfer, Umweltrecht, §4 Rdn.255 ff.

223) Breuer, Probleme der Zusammenarbeit zwischen Verwaltung und Strafverfolgung auf dem Gebiet des Umweltschutzes, AöR 1990, 448, 464.

224) Salzwedel, ZfW 1972, 154; Czyckowski, ZfW 1980, 208; Hill, GewArch 1981, 157.

225) 즉 行政從屬性에 따른 正當化의 機能이 전혀 없다. OLG Braunschweig, ZfW 1991, 52, 62; OLG Stuttgart, ZfW 1976, 380; ZfW 1977, 177, 180; Laufhütte/Möhrenschlager, ZStW 1992, 912, 932; Gentzcke, Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht, 1990, S.154.

226) OLG Hamm, ZfW 1974, 315, 316 f.

1970년대부터 이러한 積極的 容認을 認定해오고 있다.[227] 判例를 통해 나타난 것은 빙산의 일각일 뿐이고, 刑事訴訟法 제153조, 제153a조에 의한 不起訴處分에 다수의 積極的 容認이 차지할 것으로 추정되고 있다.[228] 이렇게 實務를 통해 형성된 이른바 積極的 容認에 대하여 學界에서는 전혀 인정하지 않는 否定說에서부터, 일정조건하에서 制限的으로 肯定하는 見解를 거쳐, 조건없이 正當化機能을 인정하는 肯定說에 이르기까지 상당히 見解들이 널리 나뉘어져 있다.[229] 積極的 容認이라는 法的 形態의 창출은, 다름아닌 行政官廳의 便宜主義的 裁量判斷에 따라서 水管理法上 水質汚染을 改善시키기 위한 行政官廳의 協調的 行政行爲를 描寫한 것에 지나지 않는 것이므로[230], 특별히 獨自的인 意味를 갖는 것은 아니다. 따라서 積極的 容認이 인정되기 위해서는, 관련된 行政法規의 原則을 沮害하지 않아야 하고, 形式的으로나 實體的으로 適法해야 한다.[231] 다시 말해서 形式的으로는 裁決을 위해 行政官廳이 관련된 모든 상황을 조사하여 검토해서 形式的인 容認裁決을 意識的으로 내려야 하며[232], 實體的으로는 어느 정도 持續性을 갖고 法的 狀態를 창출하는 것이다. 그러므로 違法한 狀態를 어느 정도의 持續性을 갖고 忍耐해야 하는 것은 認定되지 않는다.[233]

---

227) 예컨대 OLG Stuttgart, ZfW 1976, 378, 380: 관청이 "충분히 받아들인 경우 (billigend in Kauf nimmt)", OLG Karlsruhe, DVBl. 1980, 607: 관청이 합의무적인 재량을 통해 어느 기업의 採水量을 늘려주었을 경우에 적극적 용인을 인정하고 정당화기능을 인정하고 있다. 그 후에도 GenStA beim OLG Hamm, NuR 1986, 223; LG München Ⅱ, BayVBl. 1986, 316; OLG Celle ZfW 1987, 126; LG Bonn NStZ 1988, 224, 225.

228) Dahs/Pape, NStZ 1988, 393.

229) 상세히는 Randelzhofer/Wilke, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, 1981, S.23 ff.; Hallwaß, Die behördliche Duldung als Unrechtsausschließungsgrund im Umweltstrafrecht, 1987; ders., NuR 1987, 296; Hermes/Wieland, Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens, 1988; Wütterich, UPR 1988, 248; Odersky, FS-Tröndle, S.291, 298; Rengier, ZStW 101, 974, 905; Fluck, NuR 1990, 197; Wasmuth/Koch, NJW 1990, 2434; Heine, NJW 1990, 2425, 2433; Alleweldt, NuR 1992, 312, Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht, 1991, S.112; Bergmann, Zur Strafbewehrung verwaltungsrechtlicher Pflichten im Umweltstrafrecht, 1993 참조.

230) Breuer, NJW 1988, 2082; ders., AöR 1990, 465.

231) Ossenbühl/Huschens, UPR 1991, 167.

232) Winkelbauer, DÖV 1988, 723; Rengier, ZStW 1989, 906; Odersky, FS-Tröndle, S.300 ff.; Heine, NJW 1990, 2434.

233) 이런 制限을 명시적으로 제시하는 문헌은 Heine, NJW 1990, 2524.

3. 環境行政法과 環境刑法의 緊張關係의 整理

環境法에서의 이상과 같은 環境行政法과 環境刑法의 경쟁적 관계는 원래 環境法領域의 성립 이전부터 行政法과 刑法 사이의 ① 違法한 行政行爲의 刑法的 拘束力 ② 違法한 行政行爲의 遡及的 取消의 刑法上 拘束力이라는 긴장관계가 行政法에 傳授되어 발전된 것이다. 이하 行政法과 刑法의 일반적 관계를 통하여 環境行政法과 環境刑法의 관계를 環境法體系와 관련하여 살펴보면 다음과 같다.

(1) 違法한 行政行爲의 刑法的 拘束力

許可나 각종 行政命令의 違反을 處罰할 경우, 許可나 각종 行政命令이 違法한 決定에 기인하였다면 어떻게 처리할 것인가? 이 분야가 비교적 일찍 학계에서 논의되어 발전된 獨逸의 경우[234] 行政行爲의 實體法的인 適法.違法의 여부를 구별하지 않고 行政節次法的인 의미에서의 有效性(Wirksamkeit)과 無效性(Nichtigkeit)만을 구별하여 刑法에 얼마만큼 관철시킬 것인지를 논하고 있는 것이 일반적이다. 내용적으로 말하면, 비록 違法한 行政行爲일지라도 無效하지 않은 이상, "公定力·存續力(Bestandskraft)"의 요청 또는 "즉각적인 執行力(sofortige Vollziehbarkeit)"에 따라, 원칙적으로 모든 관계자들로부터 존중되어야 한다는 것이다. 결국 行政行爲가 行政罰則의 전제가 될 경우에, 行政行爲의 實體法的인 "適法性-違法性"의 구별이 아니라, 行政節次法的인 "有效性-無效性"의 구별에 따라 刑法的 拘束力의 여부를 決定해야 한다는 것이다.

먼저 行政節次法 제43조 제3항, 제44조에 따라서 無效인 行政行爲는 刑法的으로도 無視된다는 것이 거의 일치된 見解이다.[235] 그러나 단

234) 이하 行政從屬性과 관련한 獨逸의 理論에 관한 學說의 對立과 그 論点의 소개는 拙稿들(註 74) 참조.

235) S/S-Lenckner, Vorbem §§32 ff. Rd.62; LK-Hirsch, Vor §32 Rd.160; Kuhlen, WiVerw 1992, 225. 다만 경우에 따라 예외를 인정하는 견해로는 유일하게 Rademacher, Die Strafbarkeit wegen Verunreinigung eines Gew ssers (§324 StGB), 1989, S. 160 f.

지 違法한 行政行爲는 異議節次를 거쳐 取消되기 直前까지는 效力이 유지되므로 刑法的으로도 그대로 효력을 유지시킬 것인지[236], 市民의 信賴保護[237]와 이른바 "法秩序單一性의 原則(Einheit der Rechtsordnung)"[238]에 根據한 다양한 見解가 제시되고 있다.

먼저 ① 許可등의 行政行爲가 構成要件을 阻却시키는 효과를 갖는 경우, 基本法 제103조 제2항을 고려하여 行政節次的으로 有效한 行政行爲는 刑法上 그대로 인정된다는 것이 다수의 見解[239]이다. 이에 반하여 許可가 構成要件을 阻却하는 효과를 갖든 正當化의 효과를 갖든 상관없이 어느 정도 修正될 수 있다는 少數見解도 있다.[240] 그러나 ② 許可등의 行政行爲가 正當化의 效果를 갖는 경우, 違法하지만 有效한 許可를 그대로 正當化事由로 인정할 것인지(이 見解는 다시 ① 그대로 제한없이 正當化事由로 인정하는 見解[241]와 ② 원칙적으로 그대로 正當

236) 최근 대판 1994. 10. 11, 94도1188도 논지가 간략하기는 하지만 이러한 취지를 선언하고 있는 것으로 판단된다.

237) Ossenbühl, Umweltstrafrecht - Strukturen und Reform, UPR 1991, 166; Otto, Jura 1995, 139.

238) 法秩序單一性의 原則은 原則的으로 모든 法領域을 拘束하는 原則으로 定立되어 있다. 특히 行政法과 刑法의 關係에서 判例로는 RGSt 61, 247과 BGHSt 11, 244가 代表的이다. 文獻으로는 Ossenbühl/Huschens, UPR 1991, 166; Breuer, NJW 1988, 2080; ders., DÖV 1987, 179; Dölling, JZ 1985, 469; ders., ZRP 1988, 377; Möhrenschlager, in: Meinberg/Möhrenschlager/Link, Umweltstrafrecht, 1989, S. 292; Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht, 1992, S. 34 ff.; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT 4. Aufl., S. 293; S/S-Lenckner, Vorbem §§32 ff. Rd.27; Mumberg, Der Gedanke des Rechtsmißbrauchs im Umweltstrafrechts, 1989, S. 30 ff. 참조.

239) 代表的으로 Lenckner, FS-Pfeiffer, 1988, S. 32 ff.; Winkelbauer, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrecht, 1985, S. 67; Rengier, ZStW 101(1989), 885 f.; Kuhlen, WiVerw 1992, 248. 특히 獨逸刑法 제325조, 제327조의 許可를 構成要件阻却的 許可로 보면서 이러한 見解를 제시한 文獻은 Lackner, §325 Rn.10, 5 §327 Rn.2; Dreher/Tröndle, §325 Rn. 3, 3b bb), §327 Rn.3; S/S-Stree, §325 Rn. 7, 8; S/S-Cramer, §327 Rn. 11, 17 참조. 특히 許可만이 構成要件要素일 경우, 違法하지만 有效하게 交付된 許可를 처음부터 許可를 받지 않은 것으로 處理할 수는 없다고 明示的으로 宣言한 文獻은 Rengier, ZStW 101(1989), 886; Schall, NJW 1990, 1268; S/S-Lenckner, Vorbem §§32 ff. Rn. 63.

240) 분명히 이러한 反對立場을 보이는 文獻은 현재 둘 뿐이다. Holthausen, NStZ 1988, 257 f.(軍用武器統制法 제16조 제1항 제4호와 관련하여 言及함); Otto, Jura 1991, 313.

241) 權利濫用思考에 의한 行政從屬性의 修正을 認定하지 않는 이른바 嚴格行政從屬性 모델이다. Rengier, ZStW 1989, 874, 893 ff.; Winkelbauer, Zur Verwaltungsakzessorietät, S.67 ff; Weber, strafrechtliche Verantwortlichkeit von Bürgermeistern und leitende Verwaltungsbeamten im Umweltrecht, 1988, S.37 ff.; Breuer, NJW 1988, 2080; ders., JZ 1994, 1078 ff.; Dolde, NJW 1988, 2331; Sch nemann, in: HWiStR Art. Kriegswaffenkontrollgesetz Ⅱ 4; Ossenbühl/Huschens, UPR 1991, 167. 이러한 見解에 대한 反對論據는 OLG Frankfurt, NJW 1987, 2755 f., mit Anm. Keller, JR 1988, 172 ff.; GenStA Zwibrücken, NStZ 1984, 555; Breuer, NJW 1988, 2080 f.; Dolde, NJW 1988, 330 f.

化事由로 인정하지만 許可의 취득과 관련하여 "權利濫用"의 경우에 正當化의 효과를 배제하는 제한을 둔다는 見解[242]로 分類됨), 아니면 다시 適法性을 심사하여 適法한 許可만이 正當化事由로 인정할 것인지[243] 見解가 대립되고 있다. 최근에는 許可의 正當化의 효과를 부인하는 입장에서 違法한 許可라도 그것을 취득한 경우 構成要件을 배제한다는 주장도 제기되고 있다.[244] 대체로 權利濫用의 경우를 한정하여 예외를 인정하면서 원칙적으로 違法한 許可의 正當化效果를 肯定하는 것이 多數說이라고 할 수 있다. 그 논거로는 獨逸憲法 제103조 제2항의 明確性의 原則은 構成要件단계에 적용되는 것이지 正當化事由에 미치는 것은 아니므로, 行政從屬性이 다소 제한되더라도 法治國家的 明確性의 原則이 동요되지는 않는다는 根據가 제시된다.[245] 그러나 正當化事由까지도 미친다고 보는 有力한 見解[246]도 있고, 이른바 權利濫用의 구성이나 논거를 批判[247]하는 등 反對見解가 등장하고 있다.

---

242) 이른바 制限的 行政從屬性 모델로서 刑法固有의 無效性判斷의 基準을 세우는 것이라고 할 수 있다. LG Hanau, NStZ 1988, 179=NJW 1988, 571; Dreher/Tröndle, §324 Rn.7; LK-Steindorf, §324 Rn.92, 106; SK-Horn, §324 Rn.7; ders., NJW 1981, 3; S/S-Cramer, Vorbem §§324 ff. Rn. 17; Ostendorf, JZ 1981, 175; Rudolphi, ZfW 1982, 203; ders., NStZ 1984, 197; Dölling, JZ 1985, 469; Seie, JA 1985, 27; Papier, NuR 1986, 4; Breuer, DÖV 1987, 180 f.; Bloy, ZStW 100(1988), 502 ff.; Otto, Jura 1991, 312 f. 筆者도 이 立場을 견지하고 있다. 趙炳宣, 淸州大 法學論集 제6집(1992), 312 이하.

243) Geulen, ZRP 1988, 325; Schall, NJW 1990, 1267; Winkelbauer, Zur Verwaltungsaktzessorietät des Umweltstrafrechts, S. 72 f.; ders., NStZ 1988, 205(여기서 그는 適法性審査의 결과, 違法한 것으로 判明된 許可를 刑罰排除事由로 考慮할 것을 提案하면서, 다른 글 DÖV 1988, 727에서는 違法한 許可의 경우 權利濫用의 여부를 심사하여 正當化效果를 排除시킬 것을 주장하는 矛盾이 보인다); 단 Schünemann, wistra 1986, 239는 許可의 缺陷의 정도에 따라 "獨自的인 刑法的 基準"에 따라 處理하자는 主張을 하여, 適法性을 審査하자는 見解와 비슷하지만, 內容的으로 전혀 다른 立場을 견지한다.

244) Frisch의 독특한 機能的 잣대를 가지고 行政從屬性을 再構成하여 구성된 理論인데 Schwarz도 이를 支持하고 있다. Frisch, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsmäßigkeit im Umweltstrafrecht, 1993, S. 68, 70; Schwarz, GA 1993, 326.

245) 특히 S/S-Cramer, Vorbem §§324 ff. Rn. 17; Lenckner, FS-Pfeiffer, S. 32 f. 참조..

246) Kuhlen, WiVerw 1992, 248; Rengier, ZStW 101(1989), 888 ff.

247) Frisch, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsmäßigkeit im Umweltstrafrecht, S. 70 ff.; Lackner, §324 Rn.10; SK-Samson, Rn.90 Vor §32; Paeffgen, FS-Stree/Wessels, 1993, S. 595.

(2) 違法한 行政行爲의 遡及的 取消의 刑法上 拘束力

집행력있는 行政命令을 違反한 行爲 또는 法的 義務인 許可를 받지 않은 行爲를 하였는데, 후에 그 行政命令이 取消되거나 許可나 발부되었을 경우, 이러한 가벌적 行爲가 역시 取消되는가? 이러한 문제에 대하여, 1969년 7월 23일 獨逸聯邦最高法院(BGH)의 교통표지와 관련된 決定[248]의 見解가 후의 判例나 學說의 通說이 되었다. 獨逸聯邦最高法院은 行政法院의 판결에 의하여 교통표지신호판이 철거된 경우, 철거 이전에 행한 違反行爲가 후일 行政法院이나 行政官廳에 의하여 取消되더라도, 取消되기 이전에 행한 違反行爲의 違法性에는 아무런 영향을 미치지 않는다고 판시하였다. 다시 말해서 즉시집행력이 있는 行政命令을 어느 行爲者가 違反하였는데, 그 후에 이 行政命令이 違法한 것으로 판명되어 "그 시점으로 遡及하여 取消·撤回(ex-tunc-Rücknahme bzw. Aufhebung)"되었을 경우에도, 그 行爲者의 可罰性에는 영향을 미치지 않고 그대로 그 行爲者는 處罰된다(通說[249]). 獨逸聯邦最高法院의 見解는 通說이 되었지만, 일부 學說은 객관적 處罰阻却事由에 해당한다든지 또는 憲法上 보장되어야 할 결과제거권의 관점에서 反對하고 있다. 즉 反對설은 違法한 行政行爲의 違反까지 處罰하는 것은 타당하지 않으므로 不可罰을 요구하는데, 그 根據는 論者에 따라 상이하다. 대략 세 가지의 反論이 있는데,[250] 第一說[251]은 刑法獨自的인 판단을 인정하여 완전히 行政法에서 분리·독립하여, 獨逸刑法 제113조에서 行政行爲를 독자적으로 판단하듯이, 刑法의 法益保護를 고려하여 決定할 문제라는 것이다. 行政行爲는 獨逸刑法 제311d조, 제324조 이하의 法益을 보호하는 데 적합한 行政行爲만이 有效性을 갖으므로, 이에 대한 違反만이 處罰된다는 것이다. 그러므로 刑法的으로

248) BGHSt 23, 86ff. 이에 대한 해설은 Krause, Strafbarkeit des Verstoßes gegen rechtswidrige Verwaltungsakte?, JuS 1970, 223f.; Samson, Konflikte zwischen öffentlichem und strafrechtlichem Umweltschutz, JZ 1988, 803f.; 趙炳宣, 現代의 刑事法學(朴貞根敎授華甲記念論文集), 239 이하 참조.

249) Dreher/Tröndle, §325 Rdn. 3a; SK-Horn, vor §324 Rdn. 7; Laufhütte/Möhrenschlager, Umweltstrafrecht in neuer Gestalt, ZStW 92(1980), 921; Dölling, JZ 1985, 466.

250) Winkelbauer, Zur Verwaltungsakzessorietät, S. 42.

251) Gornik, Die Strafbarkeit von Zuwiderhandlungen gegen rechtswidrige Verwaltungsakte, Diss. Frankfurt, 1971, S. 125; Lorenz, DVBl. 1971, 170.

違法하지 않은 行政法上의 違法한 行政行爲에 대한 違反은 處罰되지 않는다는 결론에 이르게 된다. 이러한 해결책은 刑法은 行政行爲의 존재로부터 출발한다고 하는 이른바 "行政行爲의 構成要件作用"과는 正反對의 결과를 가져온다.

第二說은 適法한 行政行爲에 대한 違反만이 處罰된다는 見解인데, 適法한 行政行爲의 개념을 行政法上의 適法에 의하여 판단해야 한다는 見解[252]와, 行政法과는 독립하여 刑法에 있어서의 適法에 따라 판단해야 한다는 見解[253]로 나누어진다. 前者에 의하면, 行政法上 違法한 行政行爲도 追後에 治癒된다면, 그 때부터 違法이 阻却되는 과거의 시점으로 遡及하여, 刑法上의 構成要件도 阻却된다고 한다. 예를 들면 어느 者가 집행가능한 行政命令이나 禁止에 違反하거나, 또는 許可를 받지 않고 行爲를 하였는데, 追後에 行政命令이나 禁止가 違法한 것으로 인정되어 撤回되거나, 許可申請이 적절하다고 하여 許可가 교부된 경우이다. 이미 構成要件에 해당하고 違法한 行爲를 하였음에도 불구하고, 追後의 適法한 行政的 治癒가, 사전의 行爲의 違法性을 阻却시킨다.[254] 이에 대하여 後者의 見解는 行政行爲의 適法性을 記述되지 않은 構成要件要素로 보던가, 또는 基本法 103조에 根據하여 適法한 行政行爲에 대한 違反 만이 可罰性을 갖는다는 法治國家原理를 원용[255]하고 있다.

第三說[256]은 負擔을 주는 行政行爲가 事後的으로 違法하다고 인정되

252) OLG Braunschweig, NJW 1951, 613, 614; OLG Frankfurt, NJW 1967, 262; Stern, Die Bindungswirkung von Verkehrszeichen im Ordnungswidrigkeitsverfahren, in: FS-Lange, 1976, S. 864, 869f., 875.

253) Janicki, Keine Strafbarkeit von Verstößen gegen durch amtliche Verkehrszeichen getroffene "rechtswidrige" Anordnungen, JZ 1968, 96.

254) 렌기어는 이를 극단적 행정종속성 모델이라고 칭한다. Rengier, ZStW 1989, 892 ff.

255) Schenke, Strafbarkeit der Zuwiderhandlungen gegen einen sofort vollziehbaren, nachträglich aufgehobenen strafbewehrten Verwaltungsakte?, JR 1970, 450ff.

256) S/S-Cramer, §324 Rdn. 21(Strafaufhebungsgrund); S/S-Lenckner, vor §§32ff. Rdn. 130a, §123 Rdn. 20(Strafausschließungsgrund); OLG Celle, NJW 1977, 444; Wütterich, Die Bedeutung von Verwaltungsakten für die Strafbarkeit wegen Umweltvergehen(§§ 324 ff. StGB), NStZ 1987, 108.

어 取消된 경우에는 客觀的 處罰阻却事由으로 보아, 그에 대한 違反을 處罰하지 않는 것이다.[257]

이상의 세 가지 反對學說을 보면, 第二說의 첫째 見解는 가장 行政從屬性을 강도있게 인정하려는 見解임을 알 수 있고, 그 이외의 見解는 모두 行政從屬性에 어느 정도의 수정을 가하여 인정하려는 見解임을 알 수 있다. 通說은 第二說의 첫째 見解에 대하여, 刑法에 있어서 이미 실현된 不法이 事後的으로 消滅된다는 것은 있을 수 없는 것이라고 批判하고 있다. 可罰性의 전제조건인 行政行爲의 事後的·遡及的 取消가 앞선 行爲의 可罰性을 阻却시킨다는 것은 지나치게 유동적인 형사사법운영을 초래할 것이므로 刑法的인 構成要件 해당行爲가 있었던 시점의 行政行爲를 基準으로 삼아야 할 것이다.

Ⅳ. 環境法體系에서의 環境刑法의 機能의 再檢討

종래 行政法的 保護段階로 인정되어 온 領域에까지 環境刑法이 力動的(dynamisch)으로 關與하는 것에 대해, 行政法的 觀点[258]은 특히 ① 環境行政法과 環境刑法의 保護槪念이 異質的인 데서 생기는 法治國家的 問題點과 ② 環境刑法의 執行에 대한 犯罪學的 硏究結果를 援用하여 批判한다. 그리고 刑法的 觀點에서도 환경형법에 대한 회의적인 見解가 있다. 이러한 批判的 見解를 고려하면서, 環境法體系 내에서의 環境刑法의 機能을 재검토하면 다음과 같다.

257) 이에 대한 批判은 Winkelbauer, Zur Verwaltungsakzessorietät, S. 46.
258) Ketteler, Instrumente des Umweltrechts, JuS 1994, 914; Ossenbühl/Huschens, UPR 1991, 168 f.

1. 環境刑法의 機能에 대한 對立的 視覺

環境刑法에 대하여 그 役割에 대한 肯定的 視覺[259]과 懷疑的 視覺[260]이 對立되어 있다. 批判的 視覺의 要點은 다음과 같다. 行爲者나 被害者의 範圍를 넘는 犯罪化를 수반하여 社會問題로 처리해야 할 것을 刑法에 의해 해결하려고 하는 점, 抽象的이고 普遍的인 法益의 도입, 특히 抽象的 危險犯의 形式에 의한 處罰의 早期化, 歸屬基準의 曖昧化, 處罰範圍의 擴大에 따라 法益志向的 刑法의 中核部分을 相對化시키는 등 기타 經濟刑法이나 麻藥刑法등에도 나타나는 問題點을 수반한다. 뿐만 아니라 環境刑法의 固有한 問題로서 行政從屬性에 따른 處罰範圍의 不安定, 輕微한 違反에 대해서 選別的이고 恣意的인 處理, 公判節次로부터 搜査段階로의 重點의 移動, 刑罰選擇의 不適正, 環境刑法의 執行의 흠결(이른바 執行赤字)가 指摘된다. 實證的 硏究의 결과에서 볼 수 있는 經濟犯罪的인 環境犯罪의 暗數의 增加, 또한 選別的 刑事訴追實務로 인한 小規模의 違反만의 摘發을 고려하면, 環境刑法보다는

259) 代表的으로 제57회 獨逸法曹大會에 提出된 하이네/마인베르크(Heine/Meinberg)의 鑑定書를 들 수 있다. 環境刑法의 여러가지 問題點을 認定하지만, 基本的으로는 그 刑事政策的 必要性을 首肯하고 그 改善策을 圖謀하는 立場이 현재의 多數說이다. Heine/Meinberg, Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht? Gutachten D zum 57. Deutscher Juristentag, 1988 및 여기에 나오는 文獻들 참조.

260) 代表的으로 하세머(Hassemer), 알브레히트(P.-A. Albrecht)의 論旨나 제12회 獨逸刑事辯護士會의의 決議文은 刑法典에서 環境刑法을 完全히 削除할 것을 주장한다. Hassemer, Umweltschutz durch Strafrecht?, Neue Kriminalpolitik 1988, 46ff.; ders., Grundlinien einer personalen Handlungslehre in: FS-Arth.Kaufmann, 1989, S.85 ff.; ders., NStZ 1989, 557ff.; Peter -Alexis Albrecht, Das Strafrecht auf dem Weg vm liberalen Rechtstatt zum sozialen Interventionsstaat, KritV 1988, 182; Strafverteidigervereinigungen(Hrsg.), Dokumentation des 12. Strafverteidigertages: Mehr gesellschaftliche Konflikte - mehr oder weniger Strafrecht?, 1989; Hamm, Sitzungsbericht L zum 57. DJT, S. L 61 ff.; Hansmann, Verwaltungshandeln und Strafverfolgung -konkurrierende Instrument des Umweltrechts?, NVwZ 1989, 915; 1989; Dokumentation des 12. Strafverteidigertages, StV 1988, 275. 韓國에서는 다소 분명하지는 않지만 대략 이러한 시각은 李相暾, 형법의 근대성과 대화이론, 1994, 40 이하; 裵鍾大敎授의 인터뷰, 東亞日報 1992. 4. 22, 5. 日本에서는 平野龍一, 刑法の機能的考察, 1984, 82~136. 이러한 削除論에 대한 批判은 Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105(1993), 679 ff.; Kuhlen, Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105(1993), 721 ff.

綜合的.長期的인 環境政策으로 해결하는 것이 바람직하다.

2. 古典刑法과 現代刑法의 對立的 視覺

古典刑法的 見解는 결국 環境刑法을 정치가가 비용이 적게 드는 것으로 판단하여 선택한 이른바 "象徵立法(symbolische Gesetzgebung)"[261]에 지나지 않는다고 批判하고, 장기적으로는 오히려 有效한 環境政策의 開發을 저해하는 악영향을 미친다고 하여, 그 廢止를 주장하기에 이른다. 그러나 이러한 批判은 現代産業社會의 리지코를 경시한 판단이라고 생각된다. 우선 法益保護의 原則을 消極的 判斷基準에서 積極的 判斷基準으로 전환해야 할 것이다. 즉 古典刑法처럼 소극적으로 立法者에게 "法益保護가 없이는 刑罰을 과할 수 없다"는 批判을 가하는 것에서 탈피하여, 적극적으로 立法者에게 法益保護를 요청하여 法益保護의 機能을 極大化해야 한다. 이 점에서 現代刑法은 "政治化된 刑法(politisiertes Strafrecht)"[262]이라는 批判을 받기도 한다.

위와 같은 현상의 근저에는 이른바 "現代刑法(das moderne Strafrecht)"[263]이라는 새로운 刑法觀[264] 이 자리잡고 있다. 現代刑法은

---

261) 따라서 이러한 用語에는 現代刑法에 대한 否定的 評價가 含蓄되어 있다. 現代刑法에 批判的인 이른바 "象徵的 刑法說(Lehre vom symbolischen Strafrecht)"은 Hassemer, NStZ 1989, 553; Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge, 1991, 50 ff.; Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1993, 237. 刑法의 象徵的 機能에 관하여 상세히는 Voß, Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, 1989. 참조.

262) 그 內容에 관하여 Herzog, Criminal Law Theory, S.369. 참조.

263) 최근 李相敬교수는 그의 저서 "刑法의 近代性과 對話理論, 1994"에서 "近代刑法(Strafrecht der Moderne)"을 前近代刑法(Vormoderne)과 脫近代刑法(Postmoderne)과 對比시키고 있는데, 筆者의 "現代刑法(modernes Strafrecht)"의 類型과는 전혀 다른 用語이다. 筆者가 말하는 現代刑法은 하세머敎授가 말하는 現代刑法과 같은 의미로서(Hassemer, ZRP 1992, 378 참조), 오히려 李相敬교수가 말하는 脫近代刑法의 類型에 類似할 것이다. 筆者는 李相敬교수가 말하는 近代刑法을 傳統的(古典的) 刑法(klassisches Strafrecht)이라고 類型化하고 있다.

264) 現代刑法의 代表的인 理論家中의 하나가 야콥스(Jakobs)일 것이다. 야콥스는 近代以後 社會의 시스템分化의 增大에 따른 社會의 複雜性과 不確實性을 背景으로 하여 刑法理論을 構築하고 있다. 야콥스는 個人을 孤立된 것으로 보지 않고, 他者(他人, 社會, 國家)와의 커뮤니케이션의 見地에서 把握한다.

주로 環境, 經濟, 情報, 麻藥, 租稅, 對外去來의 領域에서 등장하고 있다. 現代刑法은 기존의 傳統的인 刑法, 이른바 "古典刑法(das klassische Strafrecht)"에 대비하여 볼 때, ① 哲學的 觀念에서 탈피하여 經驗的 方法論에 입각하고, ② 이러한 경험적 방법론은 특히 效果指向的(Folgenorientierung) 思考를 기초로 하며, ③ 따라서 應報理論보다는 豫防理論을 選好하게 되고, ④ 刑法立法者를 羈束하여 刑法立法者의 諸原則의 수용을, 특히 法益保護에 대한 決定을 통제하려고 하는 것이 뚜렷한 특징으로 부각되고 있다. 따라서 ① 刑法은 총체적인 社會問題의 해결에 適切한 手段으로 간주되어서, 本來的인 行爲者-被害者-領域의 外部에서도 犯罪化가 증대된다. ② 막연히 記述된 普遍法益(Universalrechtsgüter)이 多數 도입된다. ③ 특히 抽象的 危險犯을 필두로 前哨犯罪化(Vorfeldkriminalisierung)의 경향을 띤다. ④ 因果關係理論, 未遂/旣遂理論, 正犯/共犯理論, 故意/過失理論이 伸縮的으로 된다. ⑤ 健康, 經濟, 環境을 保護하는 刑法의 등장으로 被害者 내지 法益에 의거한 古典的 意味에서의 진정한 刑法이 相對化된다.[265] 이러한 現代刑法에 비해서, 傳統的 刑法은 刑法의 明確性. 補充性(ultima ratio)을 강조하고 犯罪行爲의 보편적 형태로서 侵害犯을 基本類型으로 하는 "法治國家的-自由主義的 刑法傳統(rechtsstaatlich-liberale

---

複雜하고 不確實한 社會에서, 社會를 安定化시키기 위해서는, 自己와 他者와의 相互間 豫期가 可能해야 한다. 결국 他者가 豫期하는 것을 自己가 豫期하는 "二重의 豫期"가 可能해야만, 社會의 複雜性을 減縮시키고, 豫期의 安定化를 위한 手段으로서의 法의 必要性이 提起된다. 또한 그는 刑法의 任務는 法益保護가 아니라, 刑法財의 保護라고 한다. 그리고 法益保護의 前置化가 正當化될 수 있다는 論據를 提示하고 있다. Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, ZStW 97(1985), 780 ff.; ders., AT, 2.Aufl., 1991 참조.

265) 이러한 指摘은 Hassemer, Kennzeichnung und Krisen des modernen Strafrechts, in: Lahti/Nuotio (eds), Criminal Law Theory in Transition - Finnish and Comparative Perspectives, Helsinki 1992, S.113; Hassemer/Meinberg, Kontroverse: Umweltschutz durch Strafrecht?, Neue Kriminalpolitik 1989, 46~49, 특히 48; Hassemer, Das Schicksal der Bürgerrechte im "effizienten" Strafrecht, StV 1990, 328-331; Jakobs, ZStW 97(1985), 751~785. 참조. 특히 최근의 에이즈病 判例의 완화된 故意槪念과 관련하여 Frisch, Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung am Beispiel der Aids-Diskussion, GS-Kahlheinz Meyer, 1990, S.533~566 참조.

Strafrechtstradition)"의 觀念的 中心部[266]를 갖고 있다.[267] 現代刑法은 古典刑法의 觀念的 中心部에서 급속도로 탈피하여, 危險(리지코)刑法의 形態[268]로서 現代危險社會의 問題를 해결하는 手段으로 등장한다. 왜냐하면 旣存의 古典刑法은 危險領域에서는 無能力하기 때문이다. 그러나 現代刑法에 대한 反作用으로 다시 傳統的 刑法觀으로 回歸하려는 움직임[269]이 나타나서, 현재 서로 상반된 입장이 대립되고 있다. 그러나 최근 獨逸判例는 刑法上 製造物責任을 도입한 "皮革保護噴霧器事例"[270]를 통해 現代刑法의 한 斷面을 보여주고 있다. 이러한 傾向이 갑

266) 하세머는 주로 프란츠 폰 리스트의 理論을 代表的 理論으로 例示한다. 하세머가 指摘하는 리스트의 著作은 Franz von Listzt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd.1, 1905, S.126~179(das "Marburger Programm" von 1882). 하세머와 같은 견해는 Naucke, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, JuS 1988, 862~867; ders., Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94(1982), 525~564. 그 외에도 가장 基本的으로 Noll, Die ethische Begründung der Strafe, 1962. 이에 대한 最近의 주목할 만한 文獻은 Kindhäuser, Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe, GA 1989, 493 ff. 法治國家的 傳統에 대한 要約은 Herzog, Grenzen der strafrechtlichen Kontrolle gesellschaftlicher Risiken - eine kritische Perspektive auf das Gefährdungsstrafrecht, in: Lahti/Nuotio (eds), Criminal Law Theory in Transition - Finnish and Comparative Perspectives, Helsinki 1992, S.369 ff. 참조.

267) Hassemer, Criminal Law Theory, S.114 ff.

268) 이에 對하여 詳細히는 Herzog, Criminal Law Theroy, S.369 ff.; Kuhlen, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, 347 ff. 주의할 점은 헤어초크(Herzog)는 "危險刑法(Gefährdungsstrafrecht)"라고 하고, 쿨렌(Kuhlen)은 "리지코刑法(Risikostrafrecht)"이라고 한다.

269) 이러한 움직임에는 하세머(Hassemer)가 代表的인 學者로, 주로 그의 弟子들, 헤르초크(Herzog), 프리비츠(Prittwitz)등이 追從하고 있다(이른바 프랑크푸르트(Frankfurt)學派). Hassemer, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, 553; ders., Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994; Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich 1991, 50 ff.; Prittwitz, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, S.237. 韓國에서는 李相暾, 17, 60, 116 참조. 이러한 프랑크푸르트學派의 主張은 實際的 問題解決에 전혀 寄與하지 못하는 空虛한 主張이라는 說得力있는 批判이 提起되고 있다. 批判의 論據는 Kuhlen, Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung, JZ 1994, 1143; ders., GA 1994, 347 ff. 참조.

270) BGHSt 37, 106, 111 ff. = NJW 1990, 2560 = MDR 1990, 1025 = NStZ 1990, 588 = StV 1990, 466 = wistra 1990, 342. 이미 1981년 처음으로 형법교과서에도 "刑法的 製造物責任"이라는 용어가 등장하였다. Maurach/Schroeder, BT 2, 1981, S.57. 그 외 Schmidt-Salzer, Produkthaftung, Bd.1: Strafrecht, 2.Aufl. 1988; Goll,

자기 생긴 것이 아니라, 이미 몇몇 判例를 통해 보여준 傳統[271]에 기인한 것을 고려하면, 힐겐도르프(Hilgendorf)가 적절히 指摘하는 바와 같이 "危險社會의 刑法"이 별난 것이 아니라[272] 法治國家的 傳統 위에서도 얼마든지 발전할 수 있는 可能性을 보여준 것이라고 생각된다.

Strafrechtliche Produktverantwortung, in: Graf zu Westphalen(Hrsg.), Bd. 1: Vertragliche und deliktische Haftung, Strafrecht und Produkt-Haftpflichtversicherung, 1989, S.597~645. 皮革保護噴霧器-判例에 대하여 기본적으로 贊成하는 見地는 Perron, Die Lederspray-Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs vom 6. Juli 1990 zur strafrechtlichen Produzentenhaftung, 趙炳宣譯, 1990년7월6일 獨逸聯邦最高法源의 刑法的 製造物責任에 대한 皮革保護噴霧器-判決, 淸州大學校 法學論集 제8집(1994), 217~236; Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, 69 ff.; ders., GA 1994, 347, 349 ff.; ders., Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NStZ 1990, 566 ff.; Erb, Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht, JuS 1994, 453; Hilgendorf, Strafrechtliche Produkthaftung in der "Risikogesellschaft", 1993, S.128; ders., Gibt es ein "Strafrecht der Risikogesellschaft"?, NStZ 1993, 10~16.; ders., Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urtiels, NStZ 1994, 561~566; Vogel, Verbracherschutz durch strafrechtliche Produkthaftung - Kriminologischer und funktionale Aspekte, GA 1990, 241~264; Schmidt-Salzer, Verbraucherschutz, Produkthaftung, Umwelthaftung, Unternehmensverantwortung, NJW 1994, 1309 ff.; Beulke/Bachmann, Die "Lederspray-Entscheidung" - BGHSt 37, 106, JuS 1992, 737~744. 이 判例의 趣旨를 따른 後續判例로는 木材保護劑-事件(Holzschutzmittel-Fall), OLG Frankfurt/Main vom 19.12.1991, 1 Ws 206/90. 스페인에서도 食用油事件의 因果關係를 인정하였다(Span. Oberster Gerichtshof, NStZ 1994, 37 ff.). 皮革保護噴霧器判例에 대한 批判的 立場은 Samson, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV 1991, 182, 183; Puppe, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.7.1990, JR 1992, 30 ff.; Nomos-Kommentar(NK)-Puppe, 1994, Vorb. §13 Rdn.86; Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S.32 ff. 이렇게 볼 때, 현재 대체로 贊成하는 見解가 多數를 점하고 있다고 보여진다. 이 判例의 內容中 특히 監督責任에 관하여 Cramer, Rechtpflicht des Aufsichtsrats zur Verhinderung unternehmsbezogener strafbarer Handlungen und Ordnungswidrigkeiten, FS-Stree/Wessels, 1993, 563~585 참조.

271) 예컨대 BGH ES Ⅳ.4(Zwischenstecker); BGH ES Ⅳ.1.5(Vorzugsmilch); LG Aachen JZ 1971, 507 = ES Ⅳ.26(Contergan); LG München Ⅱ ES Ⅳ.28(Monza-Steel); BGH NStE Nr.5 zu §223 StGB = ES Nr. Ⅳ.1.13(Bienenstich Ⅱ). 그 외 건축사고관련 판례에 대하여는 趙炳宣, 刑法上 監督責任에 관한 比較判例的 考察 - 獨逸과 스위스의 判例를 中心으로 -, 孫海睦敎授華甲記念論文集, 1993, 345~381 참조.

272) 그는 현대형법이 "위험사회의 형법"으로서, 기존의 귀속기준을 완화시키는 혼란을 초래한다는 시각을 단호히 거부한다. Hilgendorf, NStZ 1993, 16.

3. 刑法의 能動的 法益保護機能과 環境刑法

現代 危險社會에서 法益保護에 대한 能動的 見地는 이미 현실적으로 여러 분야에서 점차 확대되고 있다. 예컨대 최근 獨逸 聯邦憲法裁判所는 상대적으로 넓게 許容되던 落胎犯罪의 許容範圍에 대하여 制動을 거는 決定을 내렸는데, 이는 생성중인 생명인 胎兒를 法益으로 적극적으로 인정해야 한다는 理解[273]를 바탕으로 한 것이다. 夫婦사이의 强姦罪를 인정하는 視覺[274]도 이러한 積極的 法益保護의 한 경향이라고 보여진다. 이러한 視覺에서 보면, 環境保護의 領域에서 형사제재를 포기하거나 後退시키는 것은 국가에 의한 法益保護시스템의 중대한 흠결을 가져올 뿐만 아니라, 行政法이 갖는 機能的 限界에 대하여 刑法이 수행하는 補充的 機能을 도외시하는 것이 되고 만다. 또한 古典刑法에서는 단지 立法의 副次的 基準에 지나지 않았던 效果志向的 思考(Folgenorientierung)를 考慮해야 할 것이다. 大規模의 災難事故 등 시급한 現實問題에 대하여 效驗을 발휘하는 手段으로 刑法이 積極的으로 介入하고[275], 이는 대중에 대한 교육적 효과[276]를 수반하게 된다. 豫防

273) BVerfG, 28.5.1993 - 2 BvF 2/92 u.a. = BVerfGE 88, 203 = JZ 1993, Sonderheft. 이 決定의 意義와 展望에 대하여 詳細히는 Eser, Aufbruch zu neuem Weg, Halt auf halber Strecke. Erste Einschätzungen zum Schwangerschafts-Urteil des BVerfG vom 28.5.1993, KritV Sonderheft 1/1993, 132~ 139; ders., Schwangerschaftsabbruch: Reformversuche in Umsetzung des BVerfG-Urteils, JZ 1994, 503 ff.; ders., Schwangerschaftabbruch: Auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, 1994 참조.

274) 현재 獨逸은 夫婦사이의 强姦罪를 認定하는 立法을 서두르고 있으나, 政黨들의 草案들간의 異見 때문에 아직 完結되지 못하고 있다. BT-Drucks. Ⅵ/3521, S.39; Hanisch, Vergewaltigung in der Ehe, 1988; Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S.325 참조.

275) 詳細히는 Kratzsch, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, 1985, S. 220 ff., 253 ff.; ders., Prävention und Unrecht - eine Replik, GA 1989, 49 ff. 刑法의 社會問題 解決의 手段으로서의 機能化에 대한 강한 批判은 Callies, Strafzwecke und Strafrecht. 40 Jahre Grundgesetz - Entwicklingstendenzen vom freiheitlichen zum sozio-autoritäten Rechtsstaat?, NJW 1989, 1338~1343; P.-A. Albrecht, KritV 1988, 182~209; AK-Hassemer, 1990, Vor §1 Rdn.480 ff; Hassemer, FS-Arth.Kaufmann, S.85~94.

276) 獨逸環境刑法의 立法者는 이 점을 强調한다. BT-Drucks. 8/2382, S.1; 8/3633, S.19, 21; BR-Drucks. 399/78, S.10 ff. 이에 대한 批判은 Hassemer, Neue Kriminalpolitik 1989, 48; Seelmann, NJW 1990, 1262.

(Prävention) 역시 古典刑法에서는 刑罰正當化의 副次的 目的에 지나지 않았지만, 現代刑法에서는 刑罰正當化의 核心이다. 따라서 法益保護는 個人法益에만 한정되지 않고, 普遍法益(Universalrechtsgüter)에도 미치고, 犯罪記述樣式이 抽象的 危險犯의 形態가 되것도 어느 정도 불가피하다. 현실적으로 볼 때 現代刑法이 侵害犯에 비해 대체로 刑法의 適用을 용이한 抽象的 危險犯을 選好하는 것 자체[277]를 問題視할 것만이 아니라, 그것을 法治國家的 傳統에 접목시키는 노력을 해야 할 것이다.[278] 自由主義的 人間象을 信賴하는 傳統刑法은 實害가 發生하기 시작할 때 개입하지만, 킨트호이저(Kindhäuser)가 指摘한 바와 같이 安全保障을 강조하는 現代刑法은 社會的 不安의 潛在力을 向해 實行行爲以前의 段階부터 豫防의 의도를 갖고 대처하게 된다.[279] 立法者가 刑法의 自由保障機能을 경시하고 市民을 "敵"으로 규정하여, 危險한 人間의 自由를 박탈하여 無害化시키는 데 중점을 두고 있다는 批判이 제기되지만[280], "危險社會"의 問題를 해결할 이른바 "危險社會의 刑法"은 시대적 과제라고 생각된다. 왜냐하면 刑法의 意義가 과거에는 "(獨裁)權力"에 대항하여 人間의 自由를 보장하는 데 있었지만, 現代에는 보

277) 抽象的 危險犯의 增大는 1985년 제9회 比較法學術大會의 刑法部會의 論議에서 상세하게 報告되고 있다. 이러한 傾向과 問題點의 槪觀은 Urllich Weber, Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelite, Jescheck(Hrsg.), Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelite. Refarate und Diskussionsberichte der Arbeitsstizung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anläßlich der 9. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20.9.1987 in Göttingen (Beiheft ZStW 1987), S.1-36; ders., Die Überspannung der staatlichen Bußgewalt, ZStW 92(1980), 313. 그 외 이러한 傾向에 대한 分析은 Hassemer, Criminal Law Theory, S.119; Kindhäuser, Sicherheitsstrafrecht, Universitas 1992, 229; Hilgendorf, NStZ 1993, 14; Kratzsch, S.274 ff., 283 ff.; ders., GA 1989, 49 ff., 67 ff.

278) 이러한 시도는 예컨대 趙炳宣, 環境刑法에 있어서의 危險犯, 韓日法學會 제15회 國際學術大會 "環境과 法"(1995. 9. 16) 主題發表論文集, 1995 참조.

279) 킨트호이저에 의하면, 이에 따라서 危險의 證明이 필요없는 抽象的 危險犯의 增加傾向, 行政官廳의 許可有無에 따라 違法性을 確定하여 證明困難의 解消, 個人的 法益에만 限定된 法益保護思想의 抛棄, 傳統的 刑罰目的의 抛棄, 막연한 個人責任(環境犯罪처럼 1回의 行爲가 아니라 여러 번의 行爲가 累積된 犯罪의 責任)도 가능한 理論構造, 自由主義的 人間像의 抛棄, 象徵的 立法 등의 現象이 나타난다고 한다. Kindhäuser, Universtas 1992, 230 ff. 참조.

280) 이러한 批判은 代表的으로 Dencker, Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?, StV 1988, 263.

이지 않는 적인 "危險"과의 鬪爭이기 때문이다. 이런 의미에서 그 동안 대체로 環境刑法의 效率性에 懷疑的이었던 實務에서도 環境刑法의 實際的인 豫防效果를 强調하는 見解[281]가 등장하고 있음은 주목할만하다고 할 것이다.

結 論 : 要約과 展望

이상에서 本稿는 "環境政策 立法化 執行"이라는 세 段階를 위주로, 먼저 獨逸의 環境政策과 그 環境立法化의 限界(이상 항목 Ⅰ), 그 다음 環境法의 執行과 관련하여 解釋 및 行政組織의 限界(이상 항목 Ⅱ)를 고찰하였다. 여기서 얻어진 結論은 環境法領域은 특히 理想과 現實의 隔差(環境政策 立法化, 環境法 解釋, 執行)이 매우 크다는 것이었다. 隔差가 큰 만큼 環境法의 體系性도 不完全할 수 밖에 없다. 그러나 그것은 橫斷面法으로서의 環境法에 不可避한 特性이므로, 각각 環境行政法, 環境刑法, 環境私法은 內的 調和(innere Harmonisierung)를 통해서 環境法體系의 統括性(übergreifende Ganzheit)을 구축하는 것이 필요하다는 中間結論이 導出되었다. 이를 轉換點으로 이제 이러한 構築作業을 시도해보면, 環境法體系의 統括性은 특히 獨逸環境法의 特徵이자 兩大領域인 環境行政法과 環境刑法의 環境法體系內的 調和(이상 Ⅲ)를 통해 可能하다는 것을 이른바 "環境刑法의 行政從屬性"에 대한 그동안의 判例와 學說의 檢討를 통하여 確認하였다. 끝으로 獨逸環境法의 가장 큰 特徵 중의 하나인 강력한 環境刑法은 現代危險社會의 刑法의 視覺에서 충분히 正當化된다는 것이 立證되었다(이상 Ⅳ).

筆者는 本稿를 통해 이러한 結論을 論證함으로써, 앞으로 獨逸의 環境法體系가 旣存의 其他 法體系와 더불어 獨自的인 法體系로서 體系性과 統括性을 유지한 채 確固한 位置를 점해 갈 것임을 展望할 수 있다.

281) Schmidt-Salzer, VersR 1990, 126 ff.; Franzheim, Umweltstrafrecht. Eine Darstellung für die betriebliche und die forensische Praxis, 1991, S.5 ff.