

獨逸刑法上の 水質汚染罪와 行政法上の 違法한 認·許可

沈在武*

目次

- I. 獨逸刑法 제324조의 수질오염죄에 있어서 “權限없이”(unbefugt)의 意味와 本質
- II. 獨逸刑法 제324조의 수질오염죄에 있어서 違法性阻却事由로서의 行政法上 認·許可
- III. 獨逸刑法 제324조에 있어서 違法한, 그러나 效力 있는 行政法上の 認·許可(behördliche Genehmigung)
- IV. 諸見解에 대한 批判的 檢討
- V. 綜合的 檢討
- VI. 結 論

1980년 7월 1일부터 시행된 獨逸刑法改正法(Strafrechtsänderungsgesetz, BGBl. I, 373)은 이전에 특별 행정법에 규정되어 있던 중요한 환경형벌규정을 刑法典 제28장 ‘環境에 대한 罪’에 편입시킴으로써 환경침해행위에 대한 형법적 규제를 제도화하기에 이르렀다. 그러나 입법자들은 환경형벌구성요건을 정함에 있어 기존의 행정법규정을 참조, 지시함으로써 행정법에 종속되도록 하였다. 이러한 환경형법의 行政從屬性(Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts)의 적용범위와 관련하여 행정행위, 특히 위법한 행정행위의 형법상 위치와 그 효력문제가 가장 중요한 문제의 하나로 다루어지고 있다.

이하에서는 독일 형법 제324조의 수질오염죄에 있어서 행정종속성 요소인 “權限없이”(unbefugt)라는 요소의 기능과 행정기관의 인·허가행위가 수질오염죄에 있어 어떠한 기능을 수행하는지에 대해 살펴보고자 한다.

* 法學博士(독일 뤼빙겐대학교)

I. 獨逸刑法 제324조의 수질오염죄에 있어서 “權限없이”(unbefugt)의 意味와 本質

이미 설명한 바와 같이 독일의 環境刑法은 행정중속적으로 규정되어 있는 바, 제324조의 수질오염죄는 “權限없이”(unbefugt) 수질을 오염시키거나 그 수자원의 고유성질을 改惡시킨 者는 ----- 처벌한다고 규정하고 있다. 이 때의 독일형법 제324조의 “權限없이”란 용어의 의미와 형법체계상의 위치와 관련하여 견해가 나뉘어 지고 있다.

1. “權限없이”(unbefugt)의 意味

우선 立法草案(Gesetzesentwurf)의 공식적 취지 설명(amtliche Begründung)을 살펴보면, “權限없이”(unbefugt)란 해당 법률규정이나 일반 법원칙에 따라(nach einschlägigen gesetzlichen Regelungen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen) 일정 구성요건에 해당하는 행위가 처벌을 면케 하는 사유가 있는지 여부를 심사하는 것으로 이해되고 있다.¹⁾

즉 구성요건에 해당하는 행위라 할지라도 聯邦水資源管理法(Wasserhaushaltsgesetz)과 각 洲의 水資源法(Wassergesetze der Länder), 기타 수자원의 적법한 이용을 규정하고 있는 법률, 해양보전법상의 예외 규정들에 따라 위법성조각사유나 사회적으로 상당한 행위에 해당되는 경우에 권한이 있는 것으로 보아 처벌할 수 없다는 것이다.²⁾ 따라서 구성요건에 해당하는 행위의 위법성여부는 해당 연방 또는 각 주의 법률과 이에 근거한 법규명령에 의해 확정된다고 한다.³⁾

立法者의 意圖에 의하면 법규명령에 의해 예외적으로 허용된 수질오염행위는 객관적 반가치판단을 받지 않을 것이므로 권한없이 행위한 것으로 되지 아니한다.⁴⁾

1) BT-Drucks. 8/2382, S. 14

2) BT-Drucks. 8/2382, S. 14

3) BT-Drucks. 7/888, S. 10; ders., 8/2382, S. 10

4) LK-Steindorf, §324 Rn. 74

이 예외적 허용의 유형은 전적으로 연방 또는 주의 수자원법에 규정되어 있으며, 허용행위를 필요로 하는 수자원이용에 관한 모든 행위는 행정기관의 허용행위(Gestattungsakt)를 통하여 권한있는 것으로 된다.⁵⁾

독일형법 제324조의 문언(Wortlaut)에 따르면, 수자원이용에 대한 권한(Befugnis)의 내용적 요건은 형식적인 행정법상의 허용행위, 즉 인·허가행위의 존재에 달려 있다. 즉 독일형법 제324조의 “권한없이”라는 요소는 환경형법상의 다른 구성요건들, 예컨대 제325, 327, 328조의 구성요건들과는 달리 요구되는 허가없이 한 행위를 전제로 하지 않으며, 그 구성요건으로부터 위법성조각사유의 존부에 대한 어떠한 기준도 제시하고 있지 않다. 따라서 행정기관의 여타의 결정도 독일형법 제324조의 의미에 있어서 권한(Befugnis)으로 이해될 수 있을 것이나 가장 일반적으로는 행정법상의 인·허가(Genehmigung)의 존재로 이해하여야 할 것이다.

2. “權限없이”(unbefugt)란 要素의 刑法體系上 位置

형법에서 사용되는 “권한없이”(unbefugt)라는 용어의 체계상 지위와 그 기능에 대하여 견해가 나뉘고 있는 바, 독일의 다수설은 독일형법 제324조에서의 “권한없이”라는 요소는 행정법적 許容行爲(verwaltungsrechtliche Gestattungsakte)의 부존재(Nichtvorliegen)로 이해하고 있으며, 가벌성을 조각하는 규정들에 대한 일반적 용어로서 위법성에 관한 일반적 범죄요소로 파악하고 있다.⁶⁾

5) Wernicke, NJW 1977, 1665; Sieder/Zettler, WGH, § 324 StGB Rn. 12

6) OLG Hamburg, ZfW 1983, 116 f.; OLG Bay, ZfW 1983, 41; OLG Köln, NStZ 1986,

즉 독일형법 제324조의 “권한없이”(unbefugt)라는 용어는 구성요건 요소가 아니라 위법성 요소로서 위법성조각사유의 총괄적 개념이라는 것이다.⁷⁾ 이에 따르면 모든 수질오염행위나 수자원의 본래 성질을 개악시키는 행위는 원칙적으로 금지되며 형벌의 위협하에 놓이게 되며, 예외적으로 행정법상의 이익형량이나 일반원칙에 따라 허용된 경우에 그 위법성이 조각된다.⁸⁾

한편 이와 같은 다수설의 입장과는 반대로, 입법초안의 공식적 입장 설명서상의 “권한없이”(unbefugt)라는 요소가 가벌성에 관련된 모든 또는 거의 모든 이론적 가능성을 갖는다는 점을 근거로, 행정법상 권한(Befugnis)의 존재는 어떠한 경우에도 제324조에 따라 처벌되지 않으며 이는 이들 권한 - 행정법상의 인·허가(Genehmigung) 등 - 이 위법성조각사유 내지는 책임조각사유가 아니라 구성요건을 조각하는 사유라고 하는 견해가 있다.⁹⁾

그러나 “권한없이”라는 용어는 형법에 있어 통일적인 의미를 갖는 것은 아니다. 때로는 위법성의 일반적 범죄요소로, 때로는 이와 함께

225; OLG Cell, ZfW 1987, 127; GenStA Celle, MDR 1988, 802; BT-Drucks. 7/888, S. 21 f.; Breuer, NJW 1988, 2079; S/S-Cramer, Vor §§324 ff. Rn. 14; Dreher/Tröndle, §324 Rn. 7; Gentzcke, Informales Verwaltungshandeln 1990, S. 137; Gieseke/Wiedemann/Czychowski, WHG, §324 Rn 31 ff.; SK-Horn, §324 Rn. 6; Kloepfer/Brandner, ZfW 1989, 12; Lackner, §324 Anm. 5; Rudolphi, DVBl. 1986, 302; Schünemann, wistra 1986, 238; LK-Steindorf, §324 Rn. 74 ff.; Tiedemann, Die Neuordnung 1980, S. 15

7) S/S-Cramer, Vor §324 ff. Rn. 14; Lackner, §324 Anm. 5; Sack, §324 Rn. 61a; LK-Steindorf, §324 Rn. 77

8) Kloepfer/Brandner, ZfW 1989, 12; Lackner, §324 Anm. 5; LK-Steindorf, §324 Rn. 77

9) Triffterer, Umweltstrafrecht 1980, S. 84 f.

구성요건해당을 제한하는 요소로서 기능을 하기도 한다.¹⁰⁾

일반적으로 구성요건상 일정한 법규나 행정행위에 위반하거나 허가 없는 행위를 명문으로 규정하고 있는 경우에는 구성요건요소로 작용하지만, 독일형법 제324조에서는 수자원(Gewässer)이라는 법익을 절대적으로 보호하며¹¹⁾ 모든 수질오염행위를 구성요건에 해당하는 것으로 규정하고 있으므로, “권한없이”(unbefugt)라는 용어는 위법성의 일반적 범죄요소로 이해하는 것이 옳을 것이다. 또한 제324조의 구성요건에 따르면 허가의 의미로서의 인·허가 등의 요소와 독립적으로 충분한 불법내용을 포함하여 기술하고 있다. 이는 모든 수질오염행위가 이미 구성요건에 해당하는 것으로 이해되며, 수자원이란 법익을 침해했을 때에는 단지 예외적인 경우에, 즉 허용구성요건의 존재의 경우에 그 위법성을 조각한다고 할 것이다. 따라서 “권한없이”(unbefugt)라는 용어는 면제유보적 제한적 금지로 이해되어 위법성의 영역에서 다루어질 문제이므로¹²⁾ 행정법상의 인·허가와 같은 행정행위들은 제324조에 있어 위법성조각사유로써 기능을 한다.¹³⁾

10) S/S-Lenckner, Vor §13 ff. Rn. 65

11) BT-Drucks. 8/2382, S. 13 f.; Hom, NuR 1988, 64 ff.; Rengier, ZStW 101(1989), S. 878; Rudolphi, NSZ 1984, 196; Tiedemann/Kindhäuser, NSZ 1988, 340 f.

12) LK-Steindorf, §324 Rn. 77

13) 앞서의 견해들과는 달리, 행정기관의 인·허가는 위법성조각사유가 아니라 객관적 형벌면제사유(objektive Strafflosigkeitsbedingung)라고 하는 견해가 있다(Hom, UPR 1983, 365 f.). 우선 이에 따르면 필요성(Erforderlichkeit)은 위법성조각사유에 있어 구조상의 일반 원리로 이해되며, 행정기관의 인·허가는 이 원리에 합치하지 않는다는 것이다. 형법은 그 자체로서 형법상 불법을 정하고 있으므로 형법과 행정법 사이의 가치평가에 대한 충돌은 위법성의 영역에서가 아니라 대립되는 작용의 회피를 통하여, 즉 형벌면제를 통하여 해결될 수 있다는 것이다(Hom, UPR 1983, 366). 이 견해와 관련하여 우선 모든 위법성조각사유를 포섭하는 통일적 원리가 존재하는지 여부에 대하여 심하게 다루어지고 있다.(Jescheck, Strafrecht, AT, S. 260; S/S-Lenckner, Vor §§32ff. Rn. 5 und m · w · N.). 그리고 모든 위법성조각사유가 필요성의 원리(Prinrip der Erforderlichkeit)에 근거한다는 주장은 정당하다고 할 것이다. 그러나 면제유보적 제한적 금지에 있어서는 그 처분이 행정기관의 재량하에 놓여져 있기 때문에, 면제에

이를 종합하여 볼 때, 독일형법 제324조의 “권한없이”(unbefugt)라는 요소는 위법성에 대한 일반적 범죄요소로서 행정법상의 허용행위(Genehmigung)의 부존재로 이해될 수 있을 것이다. 일반적 위법성조각사유나 행정법상의 수자원법률들에 의해 발급된 인·허가에 따른 이들 권한(Befugnis)은 위법성조각사유로 작용을 한다.

II. 獨逸刑法 제324조의 수질오염죄에 있어서 違法性阻却事由로서의 行政法上 認·許可

1. 違法性阻却의 根據

우선 독일형법 제324조의 “권한없이”(unbefugt)라는 요소가 행정법상의 인·허가의 부존재로 이해되어 위법성조각사유로 기능한다고 할 때, 이들 행정법상의 인·허가가 형법상 위법성조각사유의 구조 속에 어떻게 편입될 것인가가 문제된다. 이에 대하여 행정법상 인·허가의 위법성조각사유로서의 체계상 위치와 관련하여 새로운 종류의 위법성조각사유로 이해하는 사람은 없으며, 독일의 위법성조각사유의 이원적 원리에 따라 우월적이익의 원칙(Prinzip des überwiegenden Interesses)에 의해 위법성이 조각된다는 견해와 이익흡결의 원칙(Prinzip des überwindenden Interesses)에 의해 위법성이 조각된다는 견해로 나뉘어지고 있다.

2. 利益欠缺의 原則에 따라 違法性이 阻却된다는 見解

이 견해에 따르면 해당 법익의 소유자가 자신의 법익을 포기한 경우, 즉 피해자의 승낙(Einwilligung)의 경우에 이익흡결의 원칙에 따라

대한 행정기관의 판단은 위법성조각사유에 전형적인 법익의 충돌과 같은 상황을 기초로 한다. 또한 법질서 통일원칙(Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung)에 따라 위법성은 전체 법질서와의 충돌로 이해되므로 행정법상의 인·허가로 형법상 위법성조각사유로 이해되는 것이 타당하다고 할 것이다.

위법성이 조각되는 바, 행정기관의 인·허가를 피해자의 승낙의 특별 경우로 이해하여 수질오염행위의 위법성을 조각한다고 한다.¹⁴ 행정기관에 의한 인·허가는 공적 영역에서 뿐만 아니라 사적 영역에서도 피해자의 승낙의 한 경우로 파악될 수 있으며¹⁵ 당해 법익의 처분권 (Verfügungsbefugnis)이 공권력, 즉 행정기관에 맡겨져 있다는 데서 위법성조각의 효력근거가 있다고 한다.¹⁶ 또한 수자원보전법이 정하고 있는 수자원의 공법적 관리, 이용에 비추어 볼 때, 수자원법상의 인·허가에 있어 그 처분권이 행정기관에 있으며 행정기관은 극단적인 경우 수자원의 보호를 완전히 포기할 수 있다고 한다.¹⁷

3. 優越的 利益의 原則에 따라 違法性이 阻却된다는 見解

앞의 견해와는 반대로 행정기관의 인·허가에 따른 행위는 우월적 이익의 원칙에 따라 위법성이 조각된다는 것이 독일의 다수설이다.¹⁸

14) Bickel, ZfW 1979, 146; Dreher/Tröndle, Vor §32 Rn. 5; LK-Hirsch, Vor §32 Rn. 160; Kloepfer/Brandner, ZfW 1989, 11; S/S-Lenckner, Vor §32 ff. Rn.28; ders., GA 1985, 302 f.

15) Dreher/Tröndle, Vor §32 Rn. 5; Jescheck, Strafrecht, AT, S. 284

16) Bickel, ZfW 1979, 146; Dreher/Tröndle, Vor §32 Rn. 5; Jakobs, Strafrecht, AT, 16. Abschn. Rn. 28; Kloepfer/Brandner, ZfW 1989, 11; Lackner, Vor §32 Anm. 10; SK-Samson, Vor §32 Rn.59

17) Bickel, ZfW 1979, 146; Kloepfer/Brandner, ZfW 1989, 11

18) Ensenbach, Verwaltungsakzessorietät 1990, S. 30; Frank, Rechtswidrige Verwaltungshandeln 1985, S. 60 ff.; SK-Horn, §324 Rn. 9; Jescheck, Strafrecht, AT, S. 331; Nisipeanu, NuR 1988, 227; Rudolphi, ZfW 1982, 201; ders., NSiZ 1984, 196; LK-Steindorf, §324 Rn. 144; Winkelbauer, Zur Verwaltungsakzessorietät 1985, S. 64(Fn. 133)

즉 구체적인 경우에 있어, 구성요건에 해당하는 행위에 의해 침해된 이익이 보다 높은 이익에 의해 배제되는 경우에는 우월적 이익의 원칙에 의해 위법성이 조각되는 바,¹⁹⁾ 행정기관의 인·허가행위도 서로 충돌하는 이익 사이의 형량을 통해 행해지는 것이므로, 다시 말해서 행정기관이 인·허가를 수여하든지 거부하든지 이는 항상 수자원법상의 기준에 따른 포괄적 이익형량(eine umfassende Interessenabwägung)이 그 기초를 이루고 있는 것이므로²⁰⁾ 행정기관의 인·허가에 따른 수질 오염행위도 독일형법 제34조의 위법성을 조각하는 긴급피난(rechtfertigender Notstand)에서와 마찬가지로 우월적 이익의 원칙에 따라 위법성이 조각된다는 것이다.

이 견해에 따르면 행정기관의 인·허가는 우월적 이익의 원칙에 따른 일반적 위법성조각사유(allgemeine Rechtfertigung)의 한 적용예로 이해되며, 수자원법상(wasserrechtlich)의 행정기관은 수자원이라는 환경재(Umweltgüter)에 대한 처분권한(Verfügungsbefugnis)을 갖는 것이 아니라 단지 인·허가절차(Genehmigungsverfahren)에 있어 발생하는 이익의 충돌을 적절하게 해결하는 데 그친다고 한다.²¹⁾

19) Haft, Strafrecht, At. 4. Teil, §3, 3; Lenckner, Notstand 1965, S. 123; ders., GA 1985, 295 ff.; S/S-ders., Vor §32 Rn. 7

20) Rudolphi, NSZ 1984, 196

21) Jescheck, Strf recht, AT, S. 331

4. 綜合 및 私見

1) 環境法益에 대한 處分權限의 所在

행정기관의 인·허가행위를 피해자의 승낙의 한 예로 이해하기 위하여는 수자원 (Gewässer)이란 환경재에 대한 처분권 (Verfügungsbefugnis)이 해당 행정기관에 있다고 보아야 한다. 그러나 인·허가를 수여하는 공무원은 해당 법익(환경법익)의 소유자 (Inhaber)도 대리자 (Vertreter)도 아니다. 독일형법 제324조에서 보호하는 수자원이란 법익은 국가의 소유가 아니라 일반인 (Allgemeinheit)의 법익, 즉 모든 국민의 법익이다.²²⁾ 비록 독일수자원법 (WHG)이 해당 공무원에게 수자원에 대한 처분의 권한을 위임하고 있으며, 해당 공무원은 수자원 이용에 대한 인·허가를 수여함에 있어 재량권을 행사할 수 있지만 위법성을 조각하는 피해자의 승낙과는 근본적으로 다른 점을 갖고 있다. 일반적으로 일정 법익의 소유자는 자치권을 근거로 하여 해당 법익에 대한 자유로운 처분과 포기가 가능하지만²³⁾, 이와는 달리 수자원법상의 공무원은 해당 수자원이란 법익의 담당자로서 자유로운 처분권을 갖지는 못한다. 따라서 인·허가의 수여는 수자원법 규정에 의해 제한되어지며, 이 규정에 위반한 경우에는 해당 공무원에 대하여 형사책임이 문제된다.²⁴⁾ 다시 말해서 수자원법상의 공무원은 사실상 수자원에 대한 처분권한이 없으며, 따라서 수자원을 전적으로 포기할 수도 없는 것이다.

22) Braun, Die kriminelle Gewässerverunreinigung 1990, S. 71; Hübenett, Rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 48; Rudolphi, ZfW 1982, 201; Zeitler, Strafrechtliche Haftung 1982, S. 46

23) S/S-Lenckner, Vor §32 ff. Rn. 33 ff.

24) Gentzcke, Informale Verwaltungshandeln 1990, S. 150 f.; Hübenett, Rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 49; Winkelbauer, NSiZ 1988, 203; Zeitler, Strafrechtliche Haftung 1982, S. 46 f.

인간의 자연적 생활 근거로서의 환경법익(Umweltrechtsgut) 중 수자원(Gewässer)은 절대적인 보호를 받아야 하는 것으로 모든 수질오염 행위는 원칙적으로 금지된다고 이해하여야 할 것이다. 이와 같은 수자원(Gewässer)이란 환경법익은 기본적으로 행정법상의 이용, 관리규정에 의해 포기될 수 없는 것이며, 단지 보다 높은 가치의 법익(überwiegende höherbewertende Interesse)을 보호하기 위한 경우에만 제한될 수 있는 것이다. 독일 수자원법(WHG) 제1조와 6조에서도 수자원에 대한 처분을 해당 공무원의 자의에 일임한 것이 아니라 일반적 이익형량의 원리에 따른 수자원의 침해만을 허용한 것으로 이해되어야 할 것이다. 따라서 행정법상이 수자원 이용에 대한 인·허가는 수질의 청정성에 대한 이익흡결의 원칙에 따라서가 아니라 충돌되는 이익의 형량절차의 결과로서 이해되어야 할 것이다.

2) 優越的 利益의 原則에 따른 違法性阻却事由로서의 行政法上 認·許可의 特殊性

독일형법 제324조와 관련하여 행정기관에 의한 인·허가는 서로 충돌되는 이익 사이의 형량권이 행정법상의 기관에 있다는 점에서 그 특수성이 있다.²⁵⁾

다시 말해서 우월적 이익의 원칙에 따른 위법성조각사유로서의 행정법상 인·허가에 있어서는 형사법원까지도 구속하는 위법성조각사유의 실질적 요건, 즉 보호되는 이익의 우월성을 확정하는 권한이 형사 법관에 의해서가 아니라 행정법상 관할 행정기관에 있다는 것이다.

이와 같은 위법성조각사유로서의 인·허가의 특수성은 다음과 같은 세 가지 고려하에서 나오는 것이다.²⁶⁾

25) Rudolphi, ZfW 1982, 201; ders., NSIZ 1984, 196; ders., FS-Lackner 1987, S. 880

26) Rudolphi, ZfW 1982, 201; ders., NSIZ 1984, 196; ders., FS-Lackner 1987, S. 880 f.

첫째로 행정법상의 관할 행정기관은 그들의 특별한 전문성으로 부터 이익충돌에 대하여 형사법관들보다 적합한 결정을 이끌어낼 수 있다는 것이며, 둘째로 입법자에 의해 부여된 관리의무를 시의적절하게 수행하기 위하여 행정기관 스스로가 수자원이용에 대하여 구속력있는 결정을 해야 하기 때문이며, 셋째로 법적 안정성을 위하여 폐수방출에 대한 적법성은 실제의 행위 이전에 확정되어야 하기 때문이다.

3) 中間結論

위법성조각사유로서의 행정법상 행정기관의 인·허가는 우월적 이익의 원칙에 따라 위법성이 조각되는 것으로, 충돌되는 이익은 인·허가절차를 통해 적절하게 형량되어야 한다. 우월적 이익의 원칙에 따른 위법성조각사유로서의 행정법상 인·허가는 충돌되는 이익의 형량에 대한 관할권이 전문성과 행정법과 형법상의 환경보호에 대한 상충의 회피, 그리고 법적 안정성을 근거로 형사법원이 아닌 해당 행정기관에 있다는 특수성이 존재한다. 따라서 행정기관도 인·허가절차에 있어 환경법익, 즉 수자원의 보호에 봉사하여야만 한다.

5. 獨逸刑法 제34조의 適用範圍 - 水質汚染罪와 관련하여 -

독일수자원관리법(WHG) 제7, 8조 그리고 9조에 따른 행정법상의 인·허가가 형법상 수질오염행위에 대한 위법성조각사유로서 기능할 때²⁷⁾, 전통적 위법성조각사유로서 독일형법 제34조의 위법성을 조각하는 긴급피난이 수질오염죄의 위법성조각사유, 즉 행정청이 처분한

27) BT-Drucks. 88/2382, S. 14; Breuer, NJW 1988, 2079; S/S-Cramer, §324 Rn. 12; Dreher/Tröndle, §324 Rn. 7; Lackner, §324 Anm. 5a; Sack, §324 Rn. 62; Schönemann, wistra 1986, 235, 238; Tiedemann, Die Neuordnung 1980, S. 25 f.; Tiedemann/Kindhäuser, NSiZ 1988, 340

인·허가행위와 관련하여 어떠한 관계에 서게 되는가가 문제가 될 수 있다.

독일형법 제34조에 따르면 자신 또는 제3자에 대한 달리 피할 수 없는 생명·신체·자유·명예·재산 기타 그 밖의 법익에 대한 현재의 위험을 피하기 위하여 행위한 때에, 그 행위가 보다 큰 법익을 보호하기 위한 상당한 수단이었을 경우는 위법성을 조각한다고 규정하고 있다. 따라서 독일형법 제34조가 독일형법 제324조의 수질오염죄에도 제한없이 적용될 것인가가 문제되는 것이다. 이에 대하여는 다음과 같이 견해가 대립되고 있다.

1) 獨逸刑法 제324조에 대하여 제34조의 適用制限을 주장하는 見解 루돌피(Rudolphi)에 따르면 독일형법 제34조의 위법성을 조각하는 긴급피난은 제324조의 수질오염죄에서는 처음부터 그 적용이 제한되어 예견할 수 없거나 행정청의 인·허가를 통해 규제할 수 없는 긴급 또는 비상외의 경우(auf nicht vorhersehbare und daher durch eine behördliche Genehmigung prinzipiell nicht regelbare Not- und Katastrophenfälle)에만 적용될 수 있다고 한다.²⁸⁾

우선 그 근거로 독일형법 제324조의 수질오염행위에 대한 행정법상의 규정들, 특히 인·허가와 같은 행정행위는 이익의 충돌을 해결하는 특별규정으로서 일반적 위법성조각사유인 독일형법 제34조의 적용을 배제한다고 한다. 왜냐하면 인·허가행위의 기초는 광범위한 서로 충

28) Rudolphi, ZfW 1982, 210, 211; ders., NSiZ 1984, 196; und auch Braun, Gewässerunreinigung 1990, S. 72; Dölling, JZ 1985, 469; Dreher/Tröndle, 324 Rn. 7; Ensenbach, Verwaltungsakzessorietät 1989, S. 177; Franzheim, ZfW 1985, 145, 148; Lackner, 324 Anm. 5b; Laufhütte/Möhrenschlager, ZStW 92(1980), S. 912; Möhrenschlager, NSiZ 1982, 166; ders., NuR 1983, 215; Roxin, Strafrecht AT, § 17 Rn. 48; LK-Steindorf, § 324 Rn. 100

돌되는 이익의 형량이며, 그 이익형량은 형사법원이 아니라 행정기관에 의해 판단되어진다. 따라서 제34조와 제324조 사이의 충돌을 피하고 행정법상 수자원관리기관의 관리임무를 보장하기 위하여는 수질오염죄에 대한 제34조의 적용을 제한하여야 한다는 것이다.²⁹⁾ 이에 따르면 모든 오염물질의 배출행위는 행정법상의 인·허가를 필요로 하며, 이 행정법상의 사전통제는 서로 충돌되는 이익 사이의 형량에 기초한 것이므로 일반적 위법성조각사유로서의 우월적 이익의 원칙의 한 적용예로 보아야 한다는 것이다.³⁰⁾ 또한 법질서 통일의 원칙에 비추어 행정법상의 평가가 형사법원에 대해서도 구속력을 갖기 때문이라고 한다.³¹⁾

제34조가 제324조의 수질오염죄에서 그 적용이 제한되어야 하는 근거로, 만일 제34조가 제한없이 위법성조각사유로서 수질오염죄에 적용이 된다면, 모든 행정기관의 판단이 형사법원에 의해 수정되어질 위험하에 놓이게 되기 때문이라고 한다. 즉 수자원보호에 대한 이익과 수자원이용에 대한 이익 사이의 형량에 있어 형사법원이 모든 판단의 권한을 갖게 되며, 이는 모든 수질오염행위가 - 행정법상의 인·허가행위에도 불구하고 - 제34조에 따라 위법성이 조각될 것인가 여부까지도 판단하게 된다. 이는 결과적으로 행정법상 필요한 수자원 이용에 대한 인·허가 없이, 또는 인·허가의 거부에도 불구하고 제34조의 위법성조각사유를 기대한 수질오염행위를 유발할 수 있기 때문이다. 더 나아가서는 수자원의 이용을 위하여 필요한 행정법상 인·허가의 신청 조

29) Rudolphi, ZfW 1982, 210 f.; ders., NStZ 1984, 196; Möhrenschrager, NStZ 1982, 166

30) Bruan, Gewässerverunreinigung 1990, S. 71; Rudolphi, NStZ 1984, 196; LK-Steindorf, § 324 Rn. 100

31) Hom, UPR 1983, 365; Lackner, § 324 Rn. 5b; Rudolphi, ZfW 1982, 210; ders., NStZ 1984, 196; ders., ZfW 1984, 263

차도 하지 아니하고 수자원을 이용하도록 허용하게 될 것이다.³²⁾

2) 獨逸刑法 제34조의 無制限的 適用을 주장하는 見解(다수설)

앞의 견해와는 반대로 독일의 다수설은 제34조의 위법성을 조각하는 긴급피난은 제324조의 수질오염죄에 대하여도 원칙적으로 제한없이 적용되어야 한다고 한다.³³⁾ 따라서 형사법관은 인·허가를 위한 행정 절차가 행해진 경우에도 이와는 별도로 당해 행위자에 대하여 위법성 여부를 심사하여야 한다는 것이다³⁴⁾ 다수설은 제34조의 제한없는 적용의 근거는 이미 형법 총칙편에 규정되어 있는 제34조의 체계상 위치에서 도출된다고 한다.³⁵⁾ 즉 제34조는 허용구성요건을 형성하는 일반법 원칙으로서 모든 이익충돌의 경우, 따라서 국가기관의 고권적 행위에 대하여도 적용되어야 한다는 것이다.³⁶⁾

그러나 다수설 역시도 제324조의 수질오염죄(Gewässerunreinigung)에 있어서 제34조에 따른 위법성조각사유의 적용가능성을 제한하려고 한다. 즉 한편에서는 제34조에 따른 위법성조각사유의 적용은 충돌되

32) Rudolphi, ZfW 1982, 210; ders., NSiZ 1984, 196; auch Lackner, § 324 Anm. 5b ; LK-Steindorf, § 324 Rn. 100

33) BGH bei Dallingen, MDR 1975, 722f.; LG Bremen, NSiZ 1982, 165; OLG Hamburg, ZfW 1983, 117; LG München, NuR 1986, 260; AG Bremen, NSiZ 1981, 268; GenStA Celle, MDR 1988, 802; OLG Stuttgart, ZfW 1976, 381; OLG, Stuttgart, NJW 1977, 124; StA Mannheim, 1976, 565, 586 ; Albrecht/Heine/Meinberg, ZStW 96(1984), S. 956 f.; S/S-Cramer, § 324 Rn. 13; Horn, UPR 1983, 366; Mayer/Brodersen, BayVBl. 1989, 257, 260; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, BT, Bd. 2, § 23 Rn. 29; Tiedemann, HdUR, Bd. 2, sp. 854

34) Horn, UPR 1983, 366

35) Mayer/Brodersen, BayVBl. 1989, 260

36) Dreher/Tröndle, § 34 Rn. 24 Albrecht/Heine/Meinberg, ZStW 96(1984), S. 956 f.

는 법익의 형량(Abwägung zwischen miteinander widerstreitenden Rechtsgütern)이 법적 절차(rechtliches Verfahren)로 규율되어 있을 경우에는 제한되어 행정법상 요구되는 인·허가를 발급받기 위하여 신청을 하였는가 여부에 따라 결정된다고 하며³⁷⁾, 다른 한편에서는 행정법상의 인·허가가 발급된 경우에는 제34조에 따른 위법성조각사유적용의 가능성은 제34조 2문의 우월적 이익(wesentliche überwiegende Interesse) 내지는 상당성(Angemessenheit)의 결여로 배제된다고 한다.³⁸⁾ 즉 결과적으로 다수설도 행정법상 인·허가를 요구되는 행위에 대하여는 행정법상으로 해결할 수 없는 긴급사태(Eilfälle)³⁹⁾나 천재지변과 같은 비상(Katastrophenfälle)⁴⁰⁾을 제외하고는 제34조의 적용을 배제한다.

3) 中間結論

이미 살펴본 바와 같이 두 견해는 서로 비슷한 결론에 이르고 있다. 원래 제34조의 위법성을 조각하는 긴급피난은 일반적 위법성조각사유로서 원칙적으로 제한없이 적용되어진다. 그러나 입법자에 의해 위법성조각사유에 대한 특별규정이 설치되어 있고, 이 특별규정이 이익형량에 근거한 것일 때에는 제34조나 기타 이와 상충하는 사법평가에 의

37) Albrecht/Heine/Meinberg, ZStW 96(1984), S. 956; Horn, UPR 1983, 366 Sieder/Zeitler/Dahme, WHG, § 324 Rn. 15

38) BGH bei Dallingen, MDR 1975, 723; StA Mannheim, NJW 1976, 586; OLG Stuttgart, ZfW 1975, 381 f.; Lackner, § 324 Anm. 5b

39) Horn, UPR 1983, 366

40) S/S-Cramer, § 324 Rn. 13

해 배제되어서는 안될 것이다.⁴¹⁾ 제324조의 수질오염죄에 있어서 입법자가 특별히 전문적 관할사항에 대하여 행정기관에 서로 충돌되는 이익의 형량에 관한 판단권한을 부여한 것이므로, 행정기관에 의한 인·허가행위는 제34조의 일반적 위법성조각사유에 대한 특별규정으로 이해되어야 하기 때문이다.⁴²⁾

따라서 제324조의 수질오염죄에 있어서 제34조의 적용가능성은 단지 예견할 수 없는 긴급 또는 천재지변과 같은 비상사태(nur auf nicht vorhersehbare Not- und Katastrophenfälle)에만 한정되어지며, 이때에 제34조에서 요구하는 모든 요건을 갖추어야 함은 물론이다. 그러므로 경영상의 재산에 대한 이익이나 생산성 또는 일자리 제공을 이유로 한 수질오염행위는 형법 제34조에 의한 위법성조각사유에 해당되지 않는다.

Ⅲ. 獨逸刑法 제324조에 있어서 違法한, 그러나 效力있는 行政法上的 認·許可 (behördliche Genehmigung)

이미 앞서 설명한 바와 같이 수자원법상의 행정기관에 의해 부여된 인·허가는 수질오염행위에 대하여 위법성을 조각하는 작용을 한다. 이러한 인·허가가 중대한 흠결로 인해 독일행정절차법(Verwaltungsverfahrensgesetz) 제43조 이하의 규정에 따라 무효

41) Möhrenschiager, NSIZ 1982, 166; ders., NuR 1983, 215; S/S-Lenckner, § 34 Rn. 7;

Rudolphi, ZfW 1982, 210; ders., NSIZ 1984, 196

42) Rudolphi, ZfW 1982, 210 f.; ders., NSIZ 1984, 196; auch Möhrenschiager, NSIZ 1982, 166

(nichtig)인 경우에는 위법성조각사유에 해당하지 못함은 당연하다.⁴³⁾ 그러나 행정기관에 의한 인·허가가 위법성조각사유로서 효력을 갖기 위하여 어떠한 요건을 갖추어야 할 것인가에 대하여는 심한 견해의 대립이 있다. 즉 행정기관에 의한 인·허가가 위법성조각사유로서 효력을 갖기 위하여 당해 인·허가의 실질적 적법성 (materielle Rechtmäßigkeit)을 요건으로 할 것인가 아니면 단지 행정법상의 형식적 유효성 (formelle Wirksamkeit)으로 족하다고 할 것인가가 문제가 되고 있다. 왜냐하면 독일 행정절차법 제43조 이하에 따르면, 하자 있는 즉 실질적으로 위법한 행정행위라 할지라도 무효인 경우가 아닌 한 해당 행정기관에 의해 취소(Rücknahme)되기까지는 모든 사람들에 대하여 구속력(Bindungskraft)을 갖기 때문이다.⁴⁴⁾

1. 學說의 對立

1) 獨逸의 多數 見解

독일형법 제324조의 수질오염죄에 있어 행정법상의 인·허가에 따른 수질오염행위가 그 위법성조각의 효력을 갖는 요건과 관련하여 독일의

43) 독일의 통설이다. 대표적으로 S/S-Cramer, Vor §§ 324 ff. Rn. 16; Dreher/Tröndle, Vor § 324 Rn. 6; Gieseke/Wiedemann/Czychowski, WHG, § 324 Rn. 38; Heine/Meinberg, Gutachten D zum 57. DJT 1988, S. 48 f.; LK-Hirsch, § 32 Rn. 160; Lackner, Vor § 324 Anm. 5a); S/S-Lenckner, Vor § 32 ff. Rn. 62; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb 1, § 29, Rn. 19; Rudolphi, NSiZ 1984, 197; LK-Steindorf, § 324 Rn. 32; Wessels, Strafrecht, BT, Tb. 1, § 24 I 5 und m.w.N.

44) Rudolphi, ZfW 1982, 202

다수설은 해당 행정행위, 즉 인·허가행위의 실질적 적법성이 아니라 단지 형식적 효력성이 그 기준이 된다고 한다.⁴⁵⁾ 따라서 행정법상의 인·허가행위가 위법하더라도 무효(nichtig)로 되지 않는 한 위법성조각사유로서 효력을 갖는다고 한다. 다수설은 이와 같은 결론을 위하여 다음의 다양한 근거들을 제시하고 있다.

형법과 행정법 사이의 극복하기 어려운 평가의 불일치를 피하기 위하여는 행정법상의 허용행위들 (die verwaltungsrechtliche Gestattungsakte)은 그 내용적 적법성에 관하여 형사법원에 의해 판단

45) BGHSt 23, 91 ff.; OLG Frankfurt, OLGSt § 324 Nr. 1, S. 6; OLG Celle, ZfW 1987, 127 f.; LG Bonn, NSiZ 1987, 461; LG Hanau, NSiZ 1988, 180; GenStA Zweibrücken, NSiZ 1984, 555; Bloy, ZStW 100(1988), S. 502 f.; Braun, Die kriminelle Gewässerunreinigung 1990, S. 65; Breuer, DÖV 1987, 180; ders., NJW 1988, 2080; S/S-Cramer, Vor §§ 324 ff. Rn. 16a; Czychowski, ZfW 1984, 267; Dahs/Pape, NSiZ 1988, 393 ff.; Dölling, ZRP 1988, 337; Dreher/Tröndle, Vor §§ 324 Rn. 6c; Ensenbach, Verwaltungsakzessorietät 1989, S. 157 f.; Franzheim, JR 1988, 321; Gieseke/Wiedemann/Czychowski, WHG, § 324 Rn. 38; Heine/Meinberg, Gutachten D zum 57. DJT 1988, S. 48 f.; LK-Hirsch, Vor § 32 Rn. 160; Holthausen, NSiZ 1988, 265; SK-Horn, Vor § 324 Rn. 6, 13; ders., NJW 1981, 3; ders., NuR 1988, 66; Immel, ZRP 1989, 107; Kollmann, DÖV 1990, 196; Lackner, Vor § 324 Anm. 5a), § 324 Anm. 5a) aa); Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 30; S/S-ders., Vor §§ 32 ff. Rn. 62; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb. 1, § 29 Rn. 19; Meurer, NJW 1988, 2068; Nisipeanu, NuR 1988, 228; Odersky, FS-Tröndle 1989, S. 292; Ossenbühl, DVBl 1990, 973; Papier, Umweltschutz 1982, S. 7; ders., NuR 1986, 3; ders., ZfW 1989, 132; Rengier, ZStW 101(1989), S. 886; Rogall, JZ-GD 1980, 104; ders., FS-Universität Köln 1988, S. 526; Rudolphi, ZfW 1982, 202; ders., FS-Dünnebier 1982, S. 562 f.; ders., NSiZ 1984, 197; ders., FS-Lackner 1987, S. 881; LK-Steindorf, § 324 Rn. 32

되어서는 안된다고 한다.⁴⁶⁾ 형사법원은 행정행위의 평가에 있어 단지 행정법상의 인·허가행위가 존재 여부와 그 내용에 국한되어야 한다. 따라서 형사법원은 행정법과 조화되기 위하여 위법한 행정행위일지라도 행정법에 따라 취소(Rücknahme) 되기까지는 해당 행정행위의 효력을 고려하여야 한다는 것이다(구성요건적 효력, Tatbestandswirkung).⁴⁷⁾ 왜냐하면 수자원이용에 대한 권한은 형성적 효력 있는 행정행위(bestandskräftigende Verwaltungsakte)로부터가 아니라 당해 행정행위의 유효성(Wirksamkeit der Verwaltungsakte)에서 나오기 때문이라고 한다. 다시 말해서 행정법상 행정기관의 위법하지만 효력있는 인·허가는 형사법원을 구속한다는 것이다.⁴⁸⁾

또한 다른 법영역, 예컨대 행정법에서 허용된 행위를 형법에서 금지하거나 처벌하여서는 안된다는 법질서 통일(Prinzip der Einheit der Rechtsordnung)에 따라서 형법은 모든 효력 있는 행정행위를 고려

46) Rudolphi, NSiZ 1984, 197

47) Czychowski, ZfW 1984, 267; Hill, GewArch. 1981, 186; Mumberg, Der Gedanke des Rechtsmißbrauches 1989, S. 15; LK-Steindorf, Vor § 324 Rn. 106; Tiedemann, Die Neuordnung 1980, S. 39; Zeitler, Die strafrechtliche Haftung 1982, S. 119

48) 구성요건적 효력과 관련하여 다수설에 따르면 부담적 행정행위에 있어서도 오로지 행정법상의 유효성만이 문제가 된다고 한다(BGHSt, 23, 84, 91 ff.; Breuer, DÖV 1987, 179; S/S-Cramer, Vor § 324 ff. Rn. 6a; Dölling, JZ 1985, 465 f.; Dreher/Tröndle, § 325 Rn. 3a; Heine/Meinberg, Gutachten D zum 57. DJT 1988, S. 48 f.; Rudolphi, NSiZ 1984, 197, 252; LK-Steindorf, § 325 Rn. 35). 따라서 형법상의 구성요건이 행정법상의 조치 또는 처분에 위반한 행위를 처벌하고 있는 경우에 해당 행정행위의 적법성 여부는 문제되지 않으며, 사후에 위법한 행정행위가 행정법원에 의해 취소나 철회되는 경우에도 그 가벌성에는 영향을 미치지 아니한다고 한다(BGHSt 23, 93 ff.; Dreher/Tröndle, § 325 Rn. 3a und m.w.N.).

하여야 한다는 것이다.⁴⁹⁾ 독일 행정절차법 제43조 이하에서 위법한 행정행위도 철회(Widerruf) 또는 취소(Rücknahme)되기까지는 효력이 인정되므로 위법하지만 효력 있는 인·허가는 형법의 영역에서 위법성조각사유(Rechtfertigungsgrund)로 인정되어야 한다는 것이다. 다만 사후에 소급적으로 취소된 경우에 한하여 위법한 인·허가의 위법성조각기능도 소급적으로 배제된다고 한다.⁵⁰⁾

한편 독일기본법 제103조 2항에 따른 죄형법정주의원칙(Gesetzlichkeitsprinzip)에 합치하기 위하여는 행정법에 의해 행위자에게 유리하도록 해당 행위의 가벌성이 제한된 경우에는 형법도 이를 받아들여야 한다고 한다. 따라서 환경형법이 적법한 인·허가에만 위법성조각의 효력을 제한하는 경우에는 죄형법정주의원칙을 침해한 것으로 된다고 한다.⁵¹⁾

더 나아가 법적 안정성의 원칙(Prinzip der Rechtssicherheit)과 신뢰보호의 원칙(Vertrauensschutzprinzip)상 행정법상 유효한, 따라서 정당하게 효력을 갖는 인·허가는 형법상 위법성조각사유로 인정되어야 한다는 것이다.⁵²⁾ 행정법에 있어 행정행위의 확정력(Konkretisierungswirkung)과 구속력(Bindungswirkung)은 법적 안정성과 신뢰보호에 기여하

49) Breuer, NJW 1988, 2080; S/S-Cramer, Vor §§ 324 ff. Rn. 16c; Döling, JZ 1985, 337; Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 27; Rudolphi, ZfW 1982, 202; ders., NSZ 1984, 197; LK-Steindorf, § 324 Rn. 92, 106

50) Blei, Strafrecht, AT, S. 157; Gieseke/Wiedemann/Czychowski, WHG, § 324 Rn. 38; Horn, NJW 1981, 2 f.; SK-ders., Vor § 324 Rn. 7; Rogall, JZ-GD 1980, 105; Tiedemann, Die Neuordnung 1980, S. 39

51) Rengier, ZStW 101(1989), S. 888 f.

52) Breuer, NJW 1988, 2080; S/S-Cramer, Vor §§ 324 ff. Rn. 16b; Seier, JA 1985, 25

는 바, 위법하지만 유효한 행정행위를 형법이 전혀 고려하지 않는다면 일반 국민은 동일한 대상에 관하여 서로 다른 판단기준하에 놓이게 되어 법적 안정성이 침해된다는 것이다. 또한 공법상에서는 신뢰보호의 원칙으로부터 일반 국민은 원칙적으로 해당 행정행위, 즉 인·허가의 적법성(Richtigkeit)을 신뢰할 수 있다는 것이다.⁵³⁾

이러한 다수설의 견해는 동시에 해결하기 힘든 다음과 같은 어려움에 직면하게 된다. 즉 행정기관의 인·허가에 대하여 위법성 조각사유로서의 효력을 행정법상의 구속력에 의존시킨다면 기망(Täuschung), 협박(Drohung) 또는 매수(Bestechung)에 의해 취득한 인·허가에 대하여도 위법성 조각사유로 인정해야 한다⁵⁴⁾는 결코 용납할 수 없는 결론에 이르게 된다.⁵⁵⁾ 왜냐하면 독일 행정절차법 제44조에 따르면 이러한 행정행위도 그 효력에 있어서는 변화가 없고 단지 소급적으로 취소(Rücknahme mit rückwirkender Wirkung)할 수 있을 뿐이기 때문이다.

이와 같은 문제를 해결하기 위하여 다수설은 민법의 영역에서 발전된 일반적 권리남용의 원리(allgemeiner Rechtsmißbrauchsgedanke)를 차용하고자 한다. 그러나 권리남용의 원리를 적용함에 있어 서로 다른 다양한 입장이 주장되고 있다. 대다수의 견해는 행위자가 인·허가의 위법성을 인지하고 있는 모든 경우를 포함시키지만, 일부는 그 인·허

53) Breuer, DÖV 1987, 180; ders., NJW 1988, 2080; Frank, Strafrechtliche Relevanz 1985, S. 337; Immel, Strafrechtliche Verantwortlichkeit 1987, S. 131; Seier, JA 1985, 25

54) Breuer, NJW 1988, 2080; S/S-Cramer, Vor §§ 324 ff. Rn. 17; Dölling, JZ 1985, 469; Horn, NJW 1981, 3; Papier, NuR 1986, 4; Rudolphi, ZfW 1982, 203; ders., NSiZ 1984, 197; ders., FS-Lackner 1987, S. 881; Sack, Umweltschutz-strafrecht, §§ 324 Rn. 62a; Seier, JA 1985, 25; LK-Steindorf, § 324 Rn. 92

55) 대표적으로 Lencknere, FS-Pfeiffer 1988, S. 29; Rudolphi, ZfW 1982, 203

가의 위법성이 직접적으로 행위자의 기망, 협박 또는 매수로부터 연유하는 경우에 한정시키며,⁵⁶⁾ 일부는 기망 또는 협박에 의한 경우에만 한정시키고자 한다.⁵⁷⁾

또 다른 한 편에서는 이들 요건들과 함께 보충적으로 위법한 행정행위의 소급적 취소(Rücknahme mit ex-tunc-Wirkung)가 있는 경우에 한하여 권리남용의 원리를 적용하고자 한다.⁵⁸⁾

2. 그 밖의 少數 見解들

1) 違法한 認·許可에 대하여 違法性阻却의 效力을 制限하는 見解

먼저 쉬네만(Schünemann)은 논의의 출발점을 가능한 한 환경형법의 약한 행정종속성에 두어⁵⁹⁾ 형법상의 위법성이 무조건적으로 행정법상의 위법한 행정행위의 유효성에 따라 결정되는 것이 아니라고 한다.⁶⁰⁾ 오히려 위법성의 평가에 있어 하자 있는 행정행위에도 효력을 인정하는 행정법상의 원칙을 수용할 것인가 또는 어느 정도까지 수용할 것인가는 형법 독자적 기준에 따라 결정되어야 한다는 것이다. 따라서 그는 위법한 인·허가의 행정법상 효력을 형법에서 전적으로 인정하는 것을 거부한다.⁶¹⁾

56) Rudolphi, ZfW 1982, 203

57) Dreher/Tröndle, §324 Rn. 7; Sack, Umweltschutz-strafrecht, §324 Rn. 62a

58) Lackner, §324 Anm. 5a) aa)

59) 이는 환경형법을 지나치게 행정법에 종속(starre Verwaltungsakzessorietät) 시킴으로 인해 이르게 되는 불합리한 결론(unbefriedigende Ergebnisse)을 수정하기 위해 다수설이 권리남용의 원리(Rechtsmißbrauchsgedanke)를 차용하는 데서 이미 이러한 기초가 제공되어 진다는 것이다.

60) Schünemann, wistra 1986, 235 ff.

61) Schünemann, wistra 1986, 239 f.

다른 한편 쉬네만은 형법상 위법성조각사유의 요건을 오직 해당 행정법상 인·허가의 적법성에 두고 있지는 않고, 행정기관이 그 인·허가를 소급적으로 취소해야 하는 경우에만 위법성조각의 효력을 부인한다.⁶²⁾

이와 유사한 견해로 뢰베네트(Hübenett)에 따르면 행정기관이 취소해야 하는 위법한 인·허가는 실질적으로 환경보호규범(die dem Umweltschutz dienenden Normen)을 침해하는 것이므로 위법성조각의 효력을 인정할 수 없다고 한다.⁶³⁾

이와는 달리 위법한 인·허가에 따른 수질오염행위가 보호법익을 침해하지 않는 한 위법성을 조각한다고 한다. 왜냐하면 독일형법 제324조는 수자원청정(Gewässerreinheit)에 대한 절대적 보호를 보호법익으로 하는 것이 아니라 행정법상의 수자원관리법에 따라 관리된 상대화된 수자원(relativierte Gewässerreinheit)을 보호법익으로 하기 때문이다. 따라서 행정법상의 환경보호규정은 형법규정에 의해 배제되거나 형법상의 절대적 수자원보호에 의해 대체될 수 있는 것이 아니므로 독일형법 제324조의 적용범위는 제한을 받을 수 밖에 없다는 것이다. 또한 독일 수자원관리법(WHG) 제8조 2항, 3항에 따른 인·허가가 위법하더라도 단지 개인적 이익(Individualinteresse)을 침해하는데 그치는 경우에는 형법상 위법성조각사유로 인정이 되며, 반면에 그 인·허가가 일반적 이익(Allgemeininteresse)을 침해하는 경우에는 수자원이용에 대한 인·허가능력(Genehmigungsfähigkeit)의 흠결로 인해 수자원청정이라는 법익이 침해되므로 행정기관에 의해 취소되어야 하는 것으로 위법성조각의 효력이 부인된다고 한다.⁶⁴⁾

62) Schönemann, wistra 1986, 240

63) Hübenett, Rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 43 ff.

64) Hübenett, Rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 62 ff., 65 ff.

2) 適法한 認·許可에만 違法性阻却의 效力을 認定하는 見解

골드만(Goldmann)은 먼저 구성요건을 조각하는 인·허가와 위법성을 조각하는 인·허가를 구분하며, 위법성을 조각하는 인·허가에 있어서 형식적, 실질적으로 적법한 인·허가에 대해서만 위법성조각의 효력을 인정한다.⁶⁵⁾ 즉 행정기관 역시도 법률에 따라서만 행동할 수 있는 것이며 위법한 결정은 법률유보(Gesetzesvorbehalt)에 대한 위반을 의미하는 것이므로 위법한 인·허가를 근거로 한 행위는 위법성을 조각할 수 없다는 것이다.⁶⁶⁾ 물론 해당 인·허가의 적법성을 신뢰한 행위자는 일반적으로 피할 수 없는 금지착오(unvermeidbarer Verbotsirrtum)에 해당한다고 한다. 또한 골드만은 다수설과 달리 해당 인·허가의 위법성에 대해 인식있는 또는 중대한 과실로 인식하지 못한 경우에도 위법한 인·허가를 근거로 행위한 자의 위법성이 조각되지 않는다고 한다.⁶⁷⁾

오스텐도르프(Ostendorf)도 행정법상 인·허가에 의한 수질오염행위는 해당 인·허가가 적법한 것일 때 위법성조각여부는 한정된다고 한다. 그는 행정법상 신뢰보호의 원칙을 형법에 수용함에 있어 행정행위를 신뢰한 자의 행위를 사회적으로 상당(sozialadäquat)하다고 보아 객관적 구성요건을 조각한다고 이해한다.⁶⁸⁾ 그러나 기망, 협박 또는 매수에 의해 취득한 인·허가의 경우에는 사회적 상당성(Sozialadäquanz)이 결여되어 해당 인·허가에 따른 행위는 구성요건에 해당하며 위법하다고 한다.⁶⁹⁾

65) Goldmann, Die behördliche Genehmigung 1967, S. 153 ff., 246

66) Goldmann, Die behördliche Genehmigung 1967, S. 153; und schon Metzger, Lehrbuch, 2. Aufl., S. 226

67) Goldmann, Die behördliche Genehmigung 1967, S. 246

68) Ostendorf, JZ 1981, 174

69) Ostendorf, JZ 1981, 174 f.

라데마허(Rademacher)에 따르면 행정법상 위법한 행정행위의 유효성(Wirksamkeit)은 단지 행정의 특수성에 기인하는 것으로 행정의 법률적합성의 원칙(Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)과 모순된다고 한다. 행정법상 위법한 행정행위의 유효성은 결코 적법성과 동일하게 취급될 수 없으며, 형법의 영역에도 적법한 것으로 작용할 수 없다는 것이다. 따라서 적법한 행정법상의 인·허가에 따른 행위만이 형법상 위법성을 조각할 수 있다고 한다.⁷⁰⁾ 더 나아가 그에 따르면 행정법상 인·허가의 형법상 위법성조각 효력을 더 광범위하게 제한하려고 한다. 즉 원래 적법하게 수여된 인·허가라 할지라도 사후에 행정기관이 철회나 취소를 의무적으로 해야 하는 경우에도 형법상 위법성을 조각하지 못한다고 한다.⁷¹⁾

한편 새로운 시도로서 슈미츠(Schmitz)의 견해에 의하면 적법한 행정법상의 인·허가만이 형법상 위법성조각사유로 인정되며 위법한 인·허가는 원칙적으로 위법성을 조각할 수 없다고 한다. 그러나 행정법상 인·허가의 위법성의 근거에 따라 다음의 두 가지, 즉 행정법상의 인·허가가 실질적으로 환경은 침해하기 때문에 위법한 경우와 단지 행정절차나 인·허가의 소유자에 관계되는 형식적 요건(formelle Voraussetzung)에 위반한 경우로 나뉘어진다고 한다. 따라서 후자의 경우에는 실질적으로 행정법상 적법한 것이므로 형법상으로도 위법성조각사유로서 기능할 수 있다는 것이다.⁷²⁾ 왜냐하면 이익충돌을 해결하는 원리는 법익보호에 봉사하는 모든 요건들의 구비를 요구하는 바, 행정법상 위법한 인·허가가 실질적 보호법익을 침해하지 않고 단지 형식적 요건에 하자가 있는 경우가 존재할 수 있기 때문에, 이 때에는

70) Rademacher, Die Strafbarkeit wegen Gewässerverunreinigung 1989, S. 62 ff.

71) Rademacher, Die Strafbarkeit wegen Gewässerverunreinigung 1989, S. 88 f., 110

72) Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht 1992, S. 49 ff.

위법한 인·허가라 할 지라도 형법상 위법성조각사유로서 기능할 수 있다는 것이다.⁷³⁾

슈알(Schall)은 실질적 적법성의 관점과 형법적 법익보호의 관점에서 행정법상 실질적으로 적법한 인·허가에만 위법성조각의 효력을 인정하려고 한다. 소위 행정행위의 구성요건적 효력은 오히려 독일기본법 제97조에 보장된 법관의 독립성의 원칙과 독일기본법 제92조에 근거한 사법판단독점의 원칙을 위반하는 것으로 본다.⁷⁴⁾

또한 그에 따르면 형법상 법익보호의 관점에서 행정법상 실질적으로 위법한 인·허가에 따른 행위의 가벌성은 해당 형벌구성요건의 내용과 목적(Ausgestaltung und Schutzzweck der jeweiligen Straftatbestände)에 따라 정해진다고 한다. 그러나 독일형법 제324조는 명백하게 행정종속적으로 규정되어 있는 것은 아니므로 행위자는, 자신의 행위가 필연적으로 행정법상의 수자원보호법규에 위반되며 제324조의 보호법익을 침해한다는 사실을 인식하고 있었거나 최소한 자신의 행위의 위험성을 인식하고 있었을 것이라고 추정되는 한, 실질적으로 위법한 인·허가를 원용할 수 없다는 것이다. 따라서 행정법상 위법하지만 효력있는 인·허가는 형법 제324조에 있어 위법성조각사유로서 기능할 수 없다고 한다.⁷⁵⁾

마지막으로 고일렌(Geulen)도 결과적으로 같은 입장을 취하고 있으며, 특히 형법은 행정행위의 구성요건적 효력(Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes)에 구속되지 아니하고 단지 적법한 행정행위(rechtmäßiger Verwaltungsakt)에만 구속된다고 한다.⁷⁶⁾

73) Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht 1992, S. 51

74) Schall, NJW 1990, 1263 f., 1268

75) Schall, NJW 1990, 1268

76) Geulen, ZRP 1988, 325

따라서 해당 행정법상의 인·허가가 위법한 경우에는 구성요건에 해당할 뿐만 아니라 위법한 것으로 평가되며, 단지 금지착오를 적용함으로써 제기되는 문제를 해결할 수 있다고 한다.⁷⁷⁾

3) 處罰阻却事由로서의 行政法上 違法한 認·許可

우선 빙켈바우어(Winkelbauer)는 법익보호의 원칙(Prinzip des Rechtsgüterschutzes)에서 출발하여, 실질적 법상황(materiellen Rechtslage)을 고려하지 않고 단지 사실상의 행정법상 인·허가의 존재에만 형법상 판단의 기초로 삼는 것은 바로 포괄적 법익보호의 포기로 될 수 있다고 한다. 왜냐하면 위법한 인·허가에 따른 행위는 독일 형법 제324조가 보호하는 법익을 이미 침해하는 것이기 때문이다.⁷⁸⁾

행정법에 있어서 위법한 행정행위가 취소되기까지 인정되는 효력이 이 위법한 행정행위로 인해 야기된 상태(durch ihn geschaffenen Zustand)의 적법화로 이끌지는 못하므로 인·허가된 행위(das genehmigte Verhalten)와 함께 야기된 결과(daraus realisierende Erfolg)도 역시 위법한 것으로 남는다는 것이다. 위법한 인·허가에 위법성조각의 효력을 인정하는 것은 오히려 범질서 통일의 원칙과 조화되기 어려울 것이라고 한다.⁷⁹⁾ 따라서 빙켈바우어는 형법에 있어서의 위법한 인·허가에 대한 고려는 위법성조각사유로서가 아니라 처벌조각사유(Strfausschließungsgrund)로서 고려되어야 한다고 한다. 이렇게 할 때 형법과 행정법 사이의 충돌을 피할 수 있다고 한다.⁸⁰⁾

77) Geulen, ZRP 1988, 325

78) Winkelbauer, Zur Verwaltungsakzessorietät 1985, S. 68 ff.; ders., NSiZ 1988, 205

79) Winkelbauer, NSiZ 1988, 205

80) Winkelbauer, NSiZ 1988, 205

베버(Weber)는 이와는 다른 이론적 구성을 통하여 빙켈바우어와 동일한 결론에 이르고 있다. 그는 먼저 위법한 인·허가는 적법한 인·허가의 상대개념으로 위법성조각사유로 작용할 수 없다고 한다.⁸¹⁾

그 근거로 행정법상 위법한 인·허가는 다수설에 의해도⁸²⁾ 위법성조각사유로 인정되지 아니하는 위법한 명령(rechtswidriger Befehl)과 다를 바 없다는 것이다. 다만 위법한 행정행위에 효력을 인정하는 근거인 법적 안정성의 원칙과 신뢰보호의 원칙은 형법상 인적 처벌조각사유의 단계에서 고려될 수 있다고 한다.⁸³⁾

IV. 諸見解에 대한 批判的 檢討

1. 多數說에 대한 檢討

1) 行政行爲의 構成要件의 效力

먼저 다수설은 위법한 인·허가를 위법성조각사유로 인정하는 근거로 행정행위의 구성요건적 효력(Tatbestandswirkung von Verwaltungsakten)을 들고 있는 바, 행정행위의 구성요건적 효력이란 모든 사람이, 따라서 형사법원도 행정행위를 고려하여야 하며 그 판단에 있어 기준이 되는 구성요건으로 삼아야 한다는 것이다.⁸⁴⁾

하지만 형사법원이 위법한 행정법상의 결정들에 대하여 구체적으로

81) Weber, Strafrechtliche Verantwortlichkeit 1988, S. 44 f.

82) Baumann/Weber, Strafrecht, AT, S. 340 ff. und m.w.N.

83) Weber, Strafrechtliche Verantwortlichkeit 1988, 45

84) Maurer, Allg. Verwaltungsrecht., 5. Aufl., §11 Rn. 8; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., §50 I c

어떻게 구속되는지는 여전히 해결되어야 할 문제로 남는다⁸⁵⁾고 보아야 할 것이며, 특히 위법성조각사유의 영역에 있어서는 모든 위법하지만 효력있는 행정행위를 반드시 형법적 판단에 고려하여야 한다는 것은 의문시된다고 할 것이다. 왜냐하면 행정행위의 위법성은 당해 행정행위의 구속력(Verbindlichkeit)에 달려 있는 것이 아니며, 형법상 위법성조각의 효력도 해당 행정행위의 유효성(Wirksamkeit)이 아니라 그 적법성(Rechtmäßigkeit)에서 도출된다고 하여야 할 것이기 때문이다.⁸⁶⁾ 따라서 형사법원은 행정법상의 행정행위와 관련한 위법성의 판단에 있어 실질적으로 해당 행정법규의 내용을 고려해야 하는 것이며, 해당 행정행위가 위법한 경우에는 형법에서도 같은 평가가 이루어져야 할 것이다.⁸⁷⁾

한편으로 행정법원 스스로도 위법한 행정행위를 취소할 수 없는 경우가 있다. 따라서 형사법원은 위법한 행정행위에 반드시 구속되어야 하는 것이 아니라 오히려 해당 행정행위의 적법성 여부를 심사할 수 있어야 한다.⁸⁸⁾ 이러한 행정행위의 적법성에 대한 심사는 해당행정행위를 취소 또는 철회하여야 할 것인가의 문제가 아니라 그 행정행위가

85) Frisch, Verwaltungsakzessorietät 1993, S. 94

86) 독일형법 제331d조와 333조와 관련하여 다수설도 적법한 행정법상의 허용행위만이 위법성을 조각한다고 해석한다. 따라서 형사법원은 적법한 행정행위에만 구속된다는 것이다. (Dreher/Trödle, §331 Rn. 18; Frisch, Verwaltungsakzessorietät 1993, S. 94 ff.; Geulen, ZRP 1988, 325; Hübenett, Rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 58; LK-Jescheck, §331 Rn. 18; Lackner, §331 Anm. 6d; Kühl, FS-Lackner 1987, S. 853; SK-Rudolphi, §331 Rn. 46)

87) Frisch, Verwaltungsakzessorietät 1993, S. 95

88) Hübenett, Rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 59; Kühl, FS-Lackner 1987, S. 645; Schall, NJW 1990, 1268; Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht 1992, S. 33

형법상 중요성(strafrechtliche Relevanz) 여부를 판단하는 것이어야 한다. 결국 위법한 행정행위에 따른 행위를 유죄로 판단하더라도 이는 해당 행정행위의 유효성을 부인하는 것이 아니라 단지 위법성조각의 효력을 부인하는 것에 그친다.⁸⁹⁾

또한 권력분립의 원칙에 따라서도 형사법원이 위법한 행정행위에 반드시 구속되어야 하는 것은 아니라고 할 것이다. 즉 독일기본법 제20조 3항과 97조 1항에 따르면 법원은 개별적인 행정행위가 아니라 법률에 구속된다. 따라서 개별 행정행위의 적법성 여부가 문제될 때 형사법원은 효력있는 행정행위의 법률효과(Rechtsfolge)에 대하여 구정하고 있는 법규범을 고려하여야 한다. 반대로 형사법원의 위법한 행정행위에의 구속은 독일기본법 제92조에 기초한 법률판단독점주의(Rechtsprechungsmonopol)와 독일기본법 제97조에 보장된 법관의 독립성(richterliche Unabhängigkeit)의 원칙을 침해할 수 있을 것이다.⁹⁰⁾ 그러므로 형사법원은 행정법상 인·허가의 적법성 여부를 심사하여야 할 뿐만 아니라 관련 행정법규를 행정법원의 판단과 달리 독자적인 평가를 내릴 수도 있다고 할 것이다.⁹¹⁾

이상에서 살펴본 바와 같이 행정행위의 구성요건적 효력이 위법한 행정행위, 즉 행정법상 인·허가(verwaltungsrechtliche Genehmigung)를 형법상 위법성조각사유로 인정하여야 할 근거로 되는 것은 아니다. 즉 행정법상의 인·허가가 형법상 위법성조각사유로 인정되기 위하여는 적법하게 발급 및 취득된 것이어야 한다. 행정행위의 구성요건적

89) Tiedemann, Tatbestandsfunktion im Nebenstrafrecht 1969, S. 279 f.

90) Schall, NJW 1990, 1268; K hl, FS-Lackner 1987, S. 844

91) BVerfGE 75, 346; BVerfG, UPR 1988, 18; BVerfG, NJW 1990, 39; Geulen, ZRP 1988, 325(Fn. 22); Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht 1992, S. 33

효력(Tatbestandswirkung der Verwaltungsakte)은 형법상으로 단지 형법 또는 형사법원은 그 판단에 있어 행정법상의 인·허가의 존부와 그 내용을 고려할 것을 요구하는 데 그친다.

2) 法秩序 統一의 原則

다수설이 행정법상 위법한 인·허가에 대하여 형법상 위법성조각의 효력을 인정하는 가장 중요한 근거의 하나⁹²⁾로 들고 있는 법질서 통일의 원칙(Prinzip der Einheit der Rechtsordnung)은 지금까지 그 내용이나 결과에 대한 설명도 없이 이미 여러 군데에서 사용되었다.

그러나 법질서 통일의 원칙에 관하여는 매우 다양하게 이해되고 있으며 이에 따라 법질서 통일의 내용과 의미에 대하여도 다양한 견해들이 주장되고 있다. 법질서 통일의 원칙의 의미와 내용에 관하여 크게 다음의 두 가지 견해로 나뉘어진다. 그 하나는 법질서 통일이란 개념을 전체법영역(gesamte Rechtsordnung)에 적용될 수 있는 적법성(Rechtmäßigkeit)과 위법성(Rechtswidrigkeit)에 대한 한계개념으로 이해하여 위법성의 일반개념을 도출해 내고자 한다. 다른 하나는 상이한 법영역 사이에 서로 다른 법적 효과로 인해 충돌되어서는 안된다는 의미로 이해를 한다.⁹³⁾ 법질서 통일의 원칙으로부터 전자는 전체 법질서 사이의 모순없는 조화를 이끌어내고자 하며⁹⁴⁾, 이에 대하여 후자는

92) Breuer, DöV 1987, 169, 180 ; ders., NJW 1988, 2080; S/S-Cramer, Vor §§ 324 ff.

Rn. 1 6; Dölling, ZRP 1988, 337 ; Heine/Meinberg, Gutachten D zum 57. DJT 1988, S. 48 ; SH-Horn, § 324 Rn. 16; Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 30 ; Rudolphi, NStZ 1984, 197; LK-Steindorf, § 324 Rn. 92, 106

93) Gentsche, Informales Verwaltungshandeln 1990, S. 180 f. Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht 1992, S. 6, 43 ff.

94) Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung 1935, S. 2 ff.; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb. 1, § 24 Rn. 11; Rudolphi, GS-Armin Kaufmann 1989, S. 372

원칙적으로 형사정책적 형벌을 문제로 삼아 일반법이론(algemeine Rechtslehre)의 영역으로 문제를 확장시키고자 한다.⁹⁵⁾

a) 學說의 對立

aa) 統一的 違法性概念으로서의 法秩序 統一의 原則(다수설)

독일의 다수설에 따르면 일정 행위의 위법성의 개념은 법질서 통일 의 원칙에 의해 모든 법질서에 대하여 통일적(einheitlich)으로 평가된 다고 한다. 즉 모든 법질서에 있어서 단지 하나의 위법성 개념만이 존 재한다는 것이다.⁹⁶⁾ 따라서 위법성이란 전체 법질서에의 충돌 (Widerstreit mit der gesamten Rechtsordnung)을 의미하므로 위법성의 확정도 일반적이며 제한 없이 효력을 갖는 것이며, 단지 개별 법질서 에 따라 위법한 행위의 법률효과(Rechtsfolge)가 서로 다를 뿐이라는 것이다. 그러므로 위법성조각사유도 전체 법질서에서 도출되어지며 법 질서 통일의 원칙이 적용되어야 한다.⁹⁷⁾ 즉 형법 이외의 법영역에서 위법하게 평가된 구성요건을 충족하는 행위는 형법적으로도 적법하게 평가될 수 없게 된다. 민법상 또는 공법상 위법성조각사유에 해당하는 행위는 형법상으로도 위법성이 조각되며, 반대로 형법상 위법성을 조 각되는 행위는 다른 법영역에서도 위법성이 조각된다는 것이다.⁹⁸⁾

95) Günther, Strafrechtswidrigkeit 1983, S. 55 ff.

96) Haft, Strafrecht, AT, 4. Teils § 1; LK-Hirsch, Vor § 32 Rn. 8; Jescheck, Strafrecht, AT, S. 293; Lackner, § 32 Anm. 3

97) Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung 1935, S. 55 ff.; Haft, Strafrecht, AT, 4. Teil § 1; Kern, ZStW 64(1952), S. 262; Lange, FS-Weber 1963, S. 166; S/S-Lenkner, Vor §§ 32 ff. Rn. 27

98) OLG Celle, ZfW 1987, 128; Entwurf 1925, § 20; Baumann/Weber, Strafrecht, AT, § 19 I 2 b); Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung 1935, S. 58; Haft, Strafrecht, AT, 4. Teil § 1; LK-Hirsch, Vor § 32 Rn. 10, 34; Holthausen, NStZ 1988, 256 f.; Jakobs, Strafrecht, AT, S. 288; Jescheck, Strafrecht, AT, S. 293; Lackner, Vor 13 Anm. IV 3a; S/S-Lenkner, Vor 32 ff. Rn. 27; SK-Samson, Vor § 32 Rn. 19; Tiedemann, Die Neuordnung 1980, S. 58, 60 f.

다수설에 따르면 형법 이외의 범영역에서 허용된 행위를 형법에서 위법한 것으로, 더 나아가서 처벌되는 것으로 평가한다면 법질서간의 충돌이 야기될 것이므로 위법성의 개념은 전체 법질서에서 통일적으로 정해져야 하며, 법질서 통일의 원칙이 이러한 통일적 위법성 개념을 요구하는 것이라고 한다. 따라서 형법과 다른 범영역 사이의 차이는 구성요건의 영역(Tatbestandsebene)에서의 규범침해의 형태와 법률효과에서 구별될 뿐이라고 한다.⁹⁹⁾ 즉 형법은 모든 금지에 위반한 범의 침해에 대해 형벌을 과하는 것이 아니라 전체 법질서에 비추어 위법한 행위라 할지라도 형법적으로 중요한 규범의 침해에 대해서만 형벌을 과하고 있다. 이에 반하여 구성요건에 해당하는 행위의 위법성조각에 관하여는 다른 범영역에서 허용하고 있을 경우에는 다른 범영역과 조화되기 위하여 형법상으로도 위법성을 조각하는 것으로 이해하여야 한다는 것이다.^{100)·101)}

bb) 法領域間 調和의 要求(Gebot der Widerspruchsfreiheit)로서의 法秩序 統一의 原則

앞의 다수설과 대립하여 민법¹⁰²⁾, 공법¹⁰³⁾ 그리고 형법의 분야¹⁰⁴⁾에서

99) Baumann/Weber, Strafrecht, AT, § 19 II 2 b); LK-Hirsch, Vor § 32 Rn. 10; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb. 2, § 25 Rn. 11; Rudolphi, NSiZ 1984, 197

100) LK-Hirsch, Vor § 32 Rn. 10

101) 독일의 판례도 '법질서통일' 또는 '통일적 위법성개념'이란 용어를 사용하고 있진 않지만 제국법원이래로 법질서통일의 원칙을 다수설과 같이 일반적 위법성에 관한 원칙으로 이해하고 있다(RGHSt 34, 250 f.; RGHSt 59, 406; RGHSt 61, 247, RGHSt 63, 218; BGHSt 11, 244; Entscheidung BGH vom 13. 3. 1975 bei Tiedemann, Die Neuordnung 1980, S. 58 ff.; OLG K In, JZ 1987, 297 f.; OLG Celle, ZfW 1987, 128).

102) Hellmann, Die Anwendbarkeit 1987, S. 8 ff.; Schmidt/Salzer, VersR 1990, 124, 133 ff.

103) Kirchhof, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten 1978, S. 10; Kloepper, Umweltrecht, § 4 Rn. 337; Ostendorf, JZ 1981, 165 f.; Seebode, FS-Klug 1983, S. 371

104) Günther, Strafrechtswidrigkeit 1983, S. 71 ff.; Jakobs, Strafrecht, AT, 11. Absch. Rn. 5 f.; Rudolphi, GS-Armin Kaufmann 1989, S. 372 f.

결론을 달리하는 견해가 점점 증가하고 있다. 이러한 견해에 따르면 모든 범영역은 각 범영역에 특수한 법률효과를 부과할 수 있는 요건들을 확정해야 한다. 법률효과는 각 범영역마다 서로 다르기 때문에 위법성의 요건도 서로 다르며, 일정 행위가 적법한지 위법한지의 판단은 전체 법질서의 명령 또는 금지와의 관계가 아니라 개별 범영역의 고유한 목적에 따른 해당 범영역의 규범과의 관계에서 평가되어야 한다는 것이다. 따라서 한 범영역에서의 위법성판단은 전체 법질서를 구속하는 일반적 적법, 불법에 대한 판단이 아니라 개별 범영역의 특수한 위법성에 대한 판단에 불과하다는 것이다.¹⁰⁵⁾

이러한 견해로부터 도출되는 결과에 대하여는 서로 다른 주장들이 제시되고 있는데, 그 하나는 형법 이외의 범영역에서 적법한 행위는 결과적으로 형법에서도 적법하다고 인정될 수 있다는 견해이며¹⁰⁶⁾, 다른 하나는 형법위법성의 독자성에 무게를 두어 다른 범영역에서 허용된 행위라 할지라도 형법적으로 위법할 수 있다는 견해이다.¹⁰⁷⁾ 그러나 이들 견해들은 공통적으로 다수설이 주장하는 바의 전체 법질서에 있어서 통일적 위법성개념을 반대하고 있으며, 결과적으로 형법상의 적법이 다른 범영역에서 필연적으로 적법한 것으로 인정되는 것은 아니라고 한다.¹⁰⁸⁾

-
- 105) Günther, *Strafrechtswidrigkeit* 1983, S. 83; Hübenett, *Rechtswidrige Genehmigung* 1986, S. 74 f.; Rademacher, *Die Strafbarkeit wegen Gewässerunreinigung* 1989, S. 46 f.
- 106) Günther, *Strafrechtswidrigkeit* 1983, S. 83; Hübenett, *Rechtswidrige Genehmigung* 1986, S. 74 f.; Seebode, *FS-Klug* 1983, S. 367
- 107) Hellmann, *Die Anwendbarkeit* 1987, S. 91 ff.
- 108) Gentszke, *Informales Verwaltungshandeln* 1990, S. 101; Gössel, *GA* 1984, 520 f.; Günther, *Strafrechtswidrigkeit* 1983, S.101, 256, 394; Hallwaß, *Die behödlliche Duldung* 1987, S. 98; Hellmann, *Die Anwendbarkeit* 1987, S. 90 ff.; Hübenett, *Rechtswidrige Genehmigung* 1986, S. 82; Jakobs, *Strafrecht*, AT, 11. Abschn. Rn. 5 f.; Ostendorf, *JZ* 1981, 165 f.; Rademacher, *Die Strafbarkeit wegen Gewässerunreinigung* 1989, S., 46; Rudolphi, *GS-Armin Kaufmann* 1989, S. 372 f.; Schmitz, *Verwaltungshandeln und Strafrecht* 1992, S. 35 ff.; Seebode, *FS-Klug* 1989, S. 368 ff.

따라서 이들 견해에 따르면 법질서 통일 원칙은 전체 법질서에 있어 동일한 위법성개념을 확정하는 것이 아니라 단지 법질서간의 충돌을 피할 것을 입법자나 법적용자에게 요구하는 것일 뿐이라고 한다.¹⁰⁹⁾ 이는 일정 행위의 위법성이 여러 법영역에서 서로 다르게 평가될지라도 서로 모순되는 것이 아니며, 개별 법질서의 임무와 기능이 서로 다른데서 오는 특수성에 불과하다고 한다. 결과적으로 이 견해들은 법질서 통일의 원칙은 서로 모순되지 않는 결론을 도출하도록 하는 원리에 지나지 않는다는 것이다.¹¹⁰⁾

b) 學說의 檢討

위법성 (Rechtswidrigkeit) 이란 개념은 일반적으로 법 (Recht) 과의 충돌을 의미한다. 이와 같은 충돌 (Widerspruch) 은 인간의 공동체생활을 보호하기 위하여 입법자가 구속적 행태규범 (bindende Verhaltensnorm) 으로 정한 법규범 (Rechtsnorm) 에 위반하는 것을 말한다. 이들 법규범은 단순한 강제명령 (bloße Zwangsgebot) 이 아니라 공동체적 행위질서 (gemeinschaftliche Verhaltensordnung) 에 대한 요구 (Forderung) 이며, 이러한 요구는 법적 공동체의 평가규범과 의사결정규범으로서의 법규범을 통해 확보되는 것으로 그에 대한 국민의 복종을 요구한다.¹¹²⁾

또한 위법성은 단지 개관적 평가규범 (Bewertungsnorm) 에 반하는 것

109) Günther, Strafrechtswidrigkeit 1983, S. 95; Hallwaß, Die behördliche Duldung 1987, S. 82; Hellmann, Die Anwendbarkeit 1987, S. 93; Hübenett, Rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 82 f.; Kirchhof, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten 1978, S. 93; Seebode, FS-Klug 1983, S. 367

110) Gentzcke, Informales Verwaltungshandeln 1990, S. 183; Günther, Strafrechtswidrigkeit 1983, S. 97; Hallwaß, Die behördliche Duldung 1987, S. 82; Hellmann, Die Anwendbarkeit 1987, S. 2; Jakobs, Strafrecht, AT, S. 286

111) Dreher/Tröndle, Vor § 13 Rn. 24; Haft, Strafrecht, AT, 4. Teil § 1; Jescheck, Strafrecht, AT, S. 209; S/S-Lenckner, Vor §§ 13 ff. Rn. 48, 50

112) Jescheck, Strafrecht, AT, S. 209

만이 아니라 명령의 형태로 개인의 의사에 영향을 미치게 하는 결정규범(Bestimmungsnorm)으로서의 개별적 법규정에 반하는 것을 의미한다.¹¹³⁾ 따라서 위법성의 본질은 형식적으로는 법규범에 기초 지워진 작위 또는 부작위의무에의 위반(形式的 違法性)과 실질적으로 법규범에 의해 보호되는 법익의 침해(實質的 違法性)¹¹⁴⁾로 구성되어진다.¹¹⁵⁾ 이와 같은 한 국가의 법질서는 통일적으로 이루어져 있으며, 개별 법질서들은 법적 안정성의 보호와 실현에 봉사하여야 한다. 이들 개별 법질서들은 동일한 행위에 대하여 어느 한 법질서에서는 허용되는 것으로 다른 법질서에서는 금지되는 것으로 정하여서는 안될 것이다.¹¹⁶⁾ 따라서 위법성의 개념도 법질서 전체에 있어 동일한 것으로 이해되어야 할 것이다. 왜냐하면 위법성의 개념은 “Ja-Nein”개념으로서 일정 행위는 위법하든지 아니면 적법하든지 둘 중의 하나이기 때문이다.¹¹⁷⁾ 그러므로 형법상 구성요건에 해당하며 위법한 행위는 다른 범영역에서도 위법하다고 평가되어야 하며, 반대의 경우도 마찬가지이다.¹¹⁸⁾

113) Baumann/Weber, Strafrecht, AT, S. 259; S/S-Lenckner, Vor §§ 13 ff. Rn. 49

114) 이 때 침해(Verletzung)란 법규범을 통해 보호하고자 하는 이상적인 가치(ideellen Wert)에 반하는 것을 의미한다(Jescheck, Strafrecht, AT, S. 209).

115) Heinitz, Problem der materiellen Rechtswidrigkeit 1926, S. 4 ff.; Jescheck, Strafrecht, AT, S. 209 f.; S/S-Lenckner, Vor §§ 13 ff. Rn. 50; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb. 1, § 25 Rn. 11

116) Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb. 1, § 25 Rn. 11

117) Haft, Strafrecht, AT, 4. Teil § 1; Jescheck, Strafrecht, AT, S. 267; S/S-Lenckner, Vor §§ 13 ff. Rn. 50; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb. 1, § 24 Rn. 19; Rudolphi, GS-Armin Kaufmann 1989, S. 376

118) Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung 1935, S. 55 ff.; LK-Hirsch, Vor § 32 Rn. 10; Jescheck, Strafrecht, AT, S. 267 ff.; S/S-Lenckner, Vor §§ 32 Rn. 27

반면에 법질서 통일의 원칙을 단지 법질서 사이의 조화 (Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung)를 요구하는 것으로 이해하는 견해에 따르면, 각 법질서들은 자신의 특수한 임무와 기능으로 인하여 위법성에 대한 판단도 범영역간에 서로 다를 수 있다고 한다.¹¹⁹⁾ 특히 형법은 보충성 (Subsidiarität)의 원칙에 의해 위법성의 판단에 있어서도 다른 범영역에서 보다 높은 불법정도 (gesteigerter Unrechtsgrad), 즉 형벌부과를 요하는 불법정도를 요구한다는 것이다. 즉 형법위법성 (Strafrechtswidrigkeit)은 일정한 행위에 대하여 '형법적인' 부정적 가치판단 (strafrechtliche mißbilligende Bewertung)을 의미하는 것이므로 다른 범영역에서 위법한 것으로 평가된 행위라 할지라도 형법상 요구되는 보다 높은 불법 정도가 결여된 경우에는 형법 위법성은 부정된다는 것이다. 따라서 형법 위법성은 일반법이론상의 위법성 개념에 대해 종속적이고 특별한 관계에 서며, 일반적 위법성이 결여된 경우에는 형법 위법성도 조각되지만 반대의 경우는 그렇지 않다는 것이다.¹²⁰⁾ 그러나 형법 위법성을 형법 이외의 범영역상의 위법성보다 더 위법하다고 이해하면서 형법 이외의 영역에서 인정된 허용규범이 일반적으로 형법 위법성을 조각한다는 것에 대해서는 의문이 제기된다.¹²¹⁾ 왜냐하면 다른 범영역의 허용규범 (außerstrafrechtliche Erlaubnissätze)의 형법상 일반적 적용은 모든 형법상 위법한 행위가 다른 범영역에서도 위법하게 평가될 때 설득력이 있을 것이다. 위법성 개념은 전체 법질서에 있어 단일한 것으로 이해할 때 특수한 형법위법성개념의 필요성은 상실될 것이며,

119) Günther, Strafrechtswidrigkeit 1983, S. 83 ff.

120) Günther, Strafrechtswidrigkeit 1983, S. 101, 363 ff.

121) Hellmann, Die Anwendbarkeit 1987, S. 7; LK-Hirsch, Vor § 32 Rn. 10; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb. 1, § 25 Rn. 13; Roxin, FS-Oehler 1985, S. 181 ff.; Rudolphi, GS-Armin Kaufmann 1989, S. 375

법질서간에 발생할 수 있는 모순, 충돌은 위법성과 책임의 영역에서 해결될 수 있을 것이다.¹²²⁾

c) 中間結論

형법은 법익을 보호하기 위한 법으로서 다른 법영역과 사이에 종속적 성질을 가지므로 형법 이외의 법영역에서 위법성에 대한 규정을 형법에서도 고려하여야 한다. 따라서 형법 이외의 법영역에서 인정된 위법성조각사유는 형법상으로도 위법성조각사유로 기능한다.

또한 형법은 보충성의 원칙에 따라 인간의 공동체 생활에 있어 필수적으로 보호를 요하는 법익의 침해가 존재하고 이에 대하여 다른 법규범으로는 효과적인 보호를 할 수 없는 경우에 비로소 적용될 수 있다.¹²³⁾ 이는 형법은 그 법률효과로서 가장 강력한 제재수단인 형벌(Strafe), 특히 자유형을 사용하고 있기 때문이다. 그러므로 다른 법영역에서 금지된 행위가 동일 법영역에서만 위법한 것으로 평가되고 형법상으로는 보다 높은 불법 정도의 결여로 적법화되는 것이 아니라 단지 형법상 구성요건상 정형화의 결여(mangels Vertypisierung in den Straftatbeständen)로 인하여 형법상의 법률효과인 형벌을 과할 수 없는 것이다. 따라서 위법성 개념은 전체 법질서에 대한 위반, 즉 전체 법질서에 비추어 허용되지 아니한다는 부정적 가치판단으로 이해하게 된다.¹²⁴⁾

122) LK-Hirsch, Vor § 32 Rn. 10; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb. 1, § 25 Rn. 13; Roxin, FS-Oehler 1985, S. 181 ff.

123) Jescheck, Strafrecht, AT, S. 72; Arthur Kaufmann, FS-Henkel 1974, S. 102; Kirchhof, NJW 1985, 2983; K hl, FS-Lackner 1987, S. 827; Winkelbauer, Zur Verwaltungsakzessorietät 1985, S. 10, 16 ff.

124) Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb. 1, § 25 Rn. 11

결론적으로 법질서 통일의 원칙은 일정한 행위의 위법성에 대한 평가가 전체 법질서에 따라 통일적으로 이루어져야 한다는 것을 의미한다고 할 것이며, 위법성조각사유 역시도 그것을 규정하고 있는 개별 법영역에서 뿐만 아니라 전체 법질서에서 동일하게 효력을 갖는다고 해야 한다. 이와 같은 위법성조각사유에 대한 형법체계상의 기능은 형법과 다른 법영역 사이의 모순을 회피하게 하며 형법상 요구되는 행위에 대한 규범이 전체 법질서와 조화를 이루게 하는 데 있다.¹²⁵⁾

d) 違法한 認·許可의 경우와 法秩序 統一의 原則

앞에서 설명한 것처럼 다수설은 법질서 통일의 원칙을 행정법상 위법한 인·허가에 위법성조각의 효력을 인정하는 근거로 들고 있다. 법질서 통일의 원칙은 다수설이 이해하는 바와 같이 적법성과 위법성의 구별에 대한 일반적 원리이다. 따라서 위법성개념은 전체 법질서를 통해 단일적으로 정해지는 것이다.

그러나 다수설은 행정법상의 유효성(Wirksamkeit) 개념과 형법의 적법성(Rechtmäßigkeit) 개념과 동일하게 위치하도록 함으로써¹²⁶⁾ 법질서 통일의 원칙을 다시금 혼란에 빠뜨리고 있다. 즉 행정법상의 유효성과 형법의 적법성을 동일시함으로써 행정법상 인정되는 적법성 개념을 무시하게 되며, 이는 법질서 통일의 원칙과도 모순되는 것이다.¹²⁷⁾ 오히려 위법한 행정행위, 즉 위법한 인·허가에 위해 야기된 상태는 위법하다고 하여야 하며, 당해 인·허가의 취소와 함께 그 효력도 상실된

125) Amelung, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (Hrsg. von Schönemann) 1984, S. 94; Rudolphi, GS-Armin Kaufmann 1989, S. 372

126) 앞의 주 24)참조

127) Mitsch, JZ 1989, 1050; Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht 1992, S. 35; Weber, Strafrechtliche Verantwortlichkeit 1988, S. 43 f.; Winkelbauer, NSTz 1988, 205

다고 하여야 한다. 어떠한 범영역에서 위법한 것으로 평가된 행위는 법질서 통일의 원칙에 따라 형법에서도 위법한 것으로 평가되어야 한다.¹²⁸⁾ 법질서 통일의 원칙이 형법상 평가에 있어 행정법상의 유효성을 반드시 고려할 것을 요구하는 것은 결코 아니라고 할 것이다. 따라서 다수설이 주장하는 바와는 달리 형법상의 적법성 개념을 행정법상의 유효성이 아니라 적법성과 대응하는 것으로 이해하여야 할 것이다.¹²⁹⁾

3) 獨逸基本法 제103조 2항

형법이 위법하지만 행정법상 효력있는 인·허가를 고려하지 않는 경우는 독일기본법 제103조 2항에 반한다는 견해가 있다.¹³⁰⁾ 이러한 견해는 다수설의 권리남용금지의 원칙을 부정하기 위해 주장된 것으로서, 이 견해에 따르면 구성요건을 조각하는 인·허가의 경우에 있어 권리남용금지의 수용은 독일기본법 제103조 2항에 반한다는 것이다. 그 이유는 행정법상의 인·허가가 형벌구성요건요소로 되어 있다는 것은 행정법적 범주에의 참조를 규정한 것으로, 해당 구성요건의 확정에 인·허가의 행정법적 효력이 기준으로 된다고 한다.¹³¹⁾

이 견해는 위법성조각사유에 대하여도 형법상 목적론적 제한(strafrechtliche teleologische Reduktion)이 허용되지 않는다는 이유로 위와 같은 결론을 위법성을 조각하는 인·허가의 경우에 까지 확대한다.¹³²⁾ 그러나 독일형법 제324조에서는 행정법상의 인·허가가 구성요건요소로 규정되어 있지 않으며, 단지 '권한없이(unbefugt)'라는 요소

128) Maurer, FS-Boorberg 1977, S. 228; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 51 IV g

129) Galonska, Amtsdelikte im Umweltstrafrecht 1986, S. 44; Winkelbauer, Zur Verwaltungs akzessorietät 1985, S. 69

130) Rengier, ZStW 101(1989), S. 885 ff., 888 ff.

131) Rengier, ZStW 101(1989), S. 885 ff.

132) Rengier, ZStW 101(1989), S. 889

를 통하여 위법성조각사유에 대한 일반적 조항으로 규정되어 있다. 따라서 이와 같은 구성요건에 있어서는 위법성조각사유의 요건이 전적으로 형법에 의해 결정되기 때문에 위와 같은 견해는 그 설득력이 적다고 하겠다. 오히려 행정법상 적법한 인·허가만이 형법상 위법성을 조각한다고 해석해야 하며, 이는 독일기본법 제324조 2항을 위반하는 것으로 되지 아니한다.¹³³⁾

4) 法的 安定性과 信賴保護의 原則

다수설이 위법한 인·허가에 위법성조각의 효력을 인정하는 또 한 근거로 신뢰보호의 원칙(Vertrauensschutzprinzip)과 법적 안정성의 원칙(Rechtssicherheitsprinzip)을 들고 있다.¹³⁴⁾ 즉 공법상으로 고권적 행정행위(hoheitliche Verwaltungsakte)의 효력에 대한 행정객체의 신뢰는 정당화되어야 하므로 행정행위의 존속(Bestand der Verwaltungsakte)에 대한 신뢰는 보호되며 이로서 법적 안정성을 확보할 수 있다고 한다. 이러한 신뢰보호와 법적 안정성을 확보하기 위하여 행정법상 허용행위가 위법할지라도 해당 행정행위가 취소되기까지는 효력이 인정되며 이때 신뢰보호의 범위는 행정절차법(Verwaltungsverfahrensgesetz) 제 48, 49조에 따라 정해진다.¹³⁵⁾

그러나 이러한 행정법상의 원리들이 형법의 영역에서 의미를 갖는지 또 갖는다면 어떠한 의미를 갖는지를 살펴보아야 할 것인 바, 형법은 일정 행위의 가벌성의 근거에 대하여 명확하고 일의적(klar und eindeutig)

133) Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht 1992, S. 32

134) 앞의 주 27), 28)참조

135) Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 20 VII Rn. 64; Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 17, 22, 28 ff.; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 30 II b), § 43 III b) 1), § 50 I b)

으로 규정하여야 하며, 무엇보다도 가장 강력한 제재수단인 형벌을 사
용하기 때문에 정의(Gerechtigkeit)와 함께 당사자들에게 형벌로부터의
안전(Sicherheit des Betroffenen vor Strafe)을 확보하여야 한다.¹³⁶⁾ 따라
서 법적 안정성과 신뢰보호는 형법에서도 특별한 의미를 갖는다고 할
수 있다.

그러나 이러한 행정법상의 원칙이 반드시 형법상 위법성의 단계에서
고려되어야 한다는 것은 의문이다. 왜냐하면 행정법은 법적 안정성과
신뢰보호를 행정행위의 효력인정을 통하여 보장하려고 할 뿐 형법에서
사용하고 있는 고의(Vorsatz), 과실(Fahrlässigkeit)과 같은 책임개념은
알지못하고 있기 때문이며, 다른 한편 형법상 위법성(Rechtswidrigkeit)
의 개념은 단일하고 동일한 것으로 그 존재에 대한 유무의 판단만이
가능하고, 객관적인 질과 양에 대한 상대적 판단이 불가능하기 때문이
다. 행정법상 위법한 인·허가에 대한 효력인정의 근거가 되는 법적
안정성이나 신뢰보호는 형법의 영역에서는 고의, 과실 또는 행위에 대
한 인적 담책(Verantwortung)의 문제, 즉 책임(Schuld)의 문제이기 때
문이다.¹³⁷⁾ 더구나 형법은 행정법에서와 같이 위법한 행정행위에 대해
일반적 효력을 인정하는 것과 같은 형식적 해결을 시도하지 않으며,
오히려 개별적인 경우에 다른 해결을 시도하고자 한다. 따라서 행정법
상 법적 안정성이나 신뢰보호는 위법한 행정행위를 그 효력성을 근거
로 위법성조각사유로 기능하도록 하는 것이 아니라 형법상 주관적인
영역, 즉 책임의 단계에서 일정한 경우 고의나 과실의 조각 또는 피할
수 없는 금지착오의 문제로 다루어져야 할 것이다.

136) S/S-Eser, § 1 Rn. 17 ff.; Jescheck, Strafrecht, AT, S. 17 ff.; Ransiek, Gesetz und
Lebenswirklichkeit 1990, S. 1 ff.; Roxin, Strafrecht, AT, § 5 Rn. 11 und m.w.N.

137) Horn, NJW 1981, 1 ff.

행정법상 법적 안정성과 신뢰보호를 근거로 인정되는 행정법상 위법한 인·허가의 유효성은 그에 따른 행위의 실질적인 적법성(materielle Rechtmäßigkeit)을 보장하는 것이 아니라 단지 행정기관의 결정이 적법하다고 신뢰한 자를 보호하는 데 그친다. 그리고 위법한 행정행위가 취소된 경우에 해당 행정행위의 유효성은 그로 인해 야기된 법익침해(Rechtsgutsverletzung)에 대한 행정법상의 제재를 면제시킬 뿐이며 그 행위를 적법하게 승인하는 것은 아니다.¹³⁸⁾ 해당 인·허가는 여전히 위법하며 그에 따른 법익침해에 대한 실질적인 금지(materielles Verbot)가 해지되는 것도 아니다. 이는 행정법상 위법하지만 효력있는 인·허가는 형법상 위법성조각사유가 될 수 없다는 것을 의미한다.

결론적으로 행정법상 인정되는 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙은 해당 위법한 행정행위 자체도 또한 그로 야기된 위법한 상태로 적법화하는 기능을 수행하지 못하며, 형법상으로는 단지 주관적 영역인 책임의 단계에서 고려될 수 있을 뿐이다. 따라서 행정법상의 법적 안정성과 신뢰보호를 근거로 행정법상 위법하지만 효력있는 인·허가에 형법상 위법성조각의 효력을 인정해야 한다는 견해는 그 설득력이 없다고 하겠다.

5) 權利濫用禁止의 原則

이미 설명한 바와 같이 다수설은 행정법상 위법한 인·허가도 효력이 있는 한 형법에서도 위법성을 조각한다고 해석하므로, 인·허가가 그 소유자의 적극적인 행위, 예컨대 기망(Täuschung), 위협(Drohung) 또는 매수(Bestechung) 등에 의해 취득된 경우에도 행정법상으로 여전히 효력을 가지기 때문에(독일행정절차법 제44조 참조) 형법상 위법성조각의 효력을 인정해야 한다는 불합리한 결론에 이르게 된다. 이러한 불합리한 결과를 피하기 위하여 다수설은 민법의 영역에

138) Hübenett, Rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 96; Winkelbauer, NSZ 1988, 205

서 발전된 권리남용금지(Rechtsmißbrauchsverbot)의 원칙을 원용하여, 인·허가의 소유자가 적극적으로 기망, 위협 또는 매수를 통해 그 인·허가를 취득한 경우에는 위법성을 조각하지 못한다고 해석한다.¹³⁹⁾ 그러나 다수설이 권리남용금지의 원칙을 원용함으로써 문제를 해결하는 것에 대하여도 비판이 가해지고 있다.¹⁴⁰⁾

행정법 종속적인 환경형법이 행정법상 인정되지 않는 권리남용금지를 근거로 하여 행정법규범을 제한하는 것은 부당하다는 것이다. 즉 행정법은 기망, 위협 또는 매수로 취득된 인·허가에 대하여도 그것이 무효(nichtig)로 되지 않는 한 취소될 수 있을 뿐이며, 일정한 경우 신뢰보호를 제한하는데 그치가 때문이다(독일행정절차법 제44조 이하). 따라서 형법은 부당한 방법으로 취득된 인·허가라 할지라도 - 행정법이 여전히 효력을 인정하는 것과는 달리 - 마치 인·허가가 존재치 않는 것과 같이 다루어서는 안된다는 것이다.¹⁴¹⁾ 다수설이 효력 있는 인·허가에 형법상 위법성조각의 효력을 인정해야 한다고 주장하는 한, 기망 등의 부당한 방법으로 취득한 인·허가에 대하여 권리남용금지의 원칙을 근거로 처벌하게 된다면 독일기본법 제103조 2항에 위반하게 되며¹⁴²⁾ 법질서 통일의 원칙과도 배치된다고 한다.

2. 그 밖의 少數說에 대한 檢討

1) 違法한 認·許可의 違法性阻却을 制限하는 見解

행정법상 위법한 인·허가에 대하여 형법상 위법성조각의 효력을 보

139) 이에 대하여 앞의 주 31 이하 참조

140) 대표적으로 Frisch, Verwaltungsakzessorietät 1993, S. 70 ff.; Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 27 ff.; Rengier, ZStW 101(1989), S. 888 ff. und m.w.N.

141) Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 30

142) Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 32 ff.; Rengier, ZStW 101(1989), S. 888 ff.

다 넓게 인정하려는 견해¹⁴³⁾에 따르면 원래 행정기관에 의해 적법하게 수여된 인·허가라 할지라도 사후에 소급적으로 취소(Rücknahme mit ex-tunc-Wirkung)되는 경우에는 형법상 위법성조각의 효력을 부인한다. 그러나 형법상의 위법성여부, 더 나아가서 처벌가능성 여부가 행정법상의 사후 행정행위에 의존된다면 법적 안정성이 심각하게 침해될 것이며, 행정법상 인·허가의 소유자나 그 이용자는 적법한 행정행위에 대한 신뢰도 보호받지 못하게 될 것이다.¹⁴⁴⁾

또한 환경형법의 보호법익을 환경(Umwelt)에 대한 절대적 보호가 아니라 행정법상 관리목적에 따라 상대화된 환경이라는 입장¹⁴⁵⁾에서는 위법한 인·허가도 실질적으로 환경형법에서 보호되는 법익을 침해하지 않기 때문에 위법성이 조각되어야 한다고 한다.¹⁴⁶⁾ 행정법상 관찰 행정기관은 해당 인·허가의 수여에 있어 수자원(Gewässer)이라는 보호법익과 수자원의 이용에 대한 사인의 이익을 형량하여야 하는 바, 해당 행정기관이 하자없이(fehlerfrei) 충돌되는 이익 사이의 형량을 통해 인·허가를 수여했을 때에 비로소 법익의 침해가 없다고 보아야 할 것이다.¹⁴⁷⁾ 더 나아가 환경법상의 보호법익이 더 이상 행정법상 관리

143) Schünemann, wistra 1986, 239; Hübenett, Rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 62 ff., 150 ff.

144) Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht 1992, S. 48 이와 같은 비판은 형법상의 위법성조각효력을 행정법상 적법한 인·허가에만 인정하려는 입장에서, 비록 적법하게 수여된 인·허가라 할지라도 사후에 법률관계의 변화로 철회된 경우에 위법성조각의 효력을 부인하려는 Rademacher의 견해도 그대로 타당할 것이다(참조 Rademacher, Die Strafbarkeit wegen Gewässerunreinigung 1989, S. 88 ff.)

145) Hübenett, Rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 62 ff.; 150 ff.

146) Hübenett, rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 63, 67

147) Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht 1986, S. 49 f.

된 환경이 아니라, 오히려 현재 및 장래의 인류를 위한 기본적 생활근거(*elementare natürliche Lebensgrundlage*)로서의 환경(*Umwelt*)과 그 구성인자(*Bestandteile*)는 독자적 보호법익(*eigenständige Rechtsgüter*)으로 이해하는 입장에서는 모든 구성요건적 환경침해행위는 원칙적으로 위법하다고 해야 할 것이다.¹⁴⁸⁾ 특히 독일형법 제324조는 그 법문과 입법취지상 수자원의 절대적 보호를 규정하고 있으며, 예외적인 경우, 즉 행정법상 인·허가가 있는 경우에만 그 위법성을 조각하는 것으로 하고 있다. 따라서 위와 같은 주장은 그 설득력을 상실한다고 할 것이다.

2) 適法한 認·許可에만 違法性阻却의 效力을 認定하는 見解

이들 견해에 따르면 행정법상 인·허가가 형법상 위법성조각 효력을 갖는지 여부는 해당 인·허가의 적법성(*Rechtmäßigkeit*) 여부에 달려 있다고 한다. 따라서 행정법상 위법한 인·허가는 형법상 위법성조각 사유로 인정되지 않는다. 이렇게 할 때 비로소 적절한 법익보호가 가능할 것이기 때문에 위와 같은 결론은 정당하다고 할 수 있다. 그러나 이들 견해는 행정법상 적법한 인·허가에만 형법상 위법성조각의 효력을 인정하는 까닭에, 형법상 행정법이 위법한 행정행위에 대하여도 취소되기까지는 인정되는 유효성, 즉 그 근거를 이루고 있는 법적 안정성과 신뢰보호에 대한 적극적 고려가 결여되어 있다.

148) 독일의 다수설이다. 대표적으로 BT-Drucks. 8/2382, S. 9 f.; BGH, NStZ 1987, 324; S/S-Cramer, Vor §§ 324 ff. Rn. 8, § 324 Rn.8 f.; Heine/Meinberg, Gutachten D zum 57. DJT 1988, S. 33 f.; Kuhlen, GA 1986, S. 394 f.; Laufhütte/Möhrenschlager, ZStW 92(1980), S. 916 f.; Möhrenschlager, NuR 1983, 211; Rogall, JZ-GD 1980, 104; Rudolphi, NStZ 1984, 194; Schünemann wistra 1986, 237; Tiedemann, Die Neuordnung 1980, S. 28; Triffterer, Umweltstrafrecht 1980, S. 34 und m.w.N.

한편 오스텐도르프(Ostendorf)는 행정법상의 위법한 행정행위의 유효성을 형법에서 고려하기 위하여 행정법상 위법한 인·허가에 따른 행위를 사회적으로 상당한(sozialadäquat) 것으로 이해하여, 이러한 행위는 구성요건을 조각한다고 한다. 그러나 행정법상 적법한 인·허가에 따른 행위는 형법상 위법성을 조각하는데 그치며, 행정법상 위법한 행위에 따른 행위는 구성요건을 조각한다는 결론은 받아들일 수 없을 것이다.¹⁴⁹⁾

3) 處罰阻却事由로서의 違法한 認·許可

빙켈bauer(Winkelbauer)는 법질서 통일의 원칙에 따라서 행정법상 위법한 인·허가는 형법에서는 위법성조각사유로서가 아니라 처벌조각사유(Strafausschließungsgrund)로서 고려된다고 한다. 그리고 적극적인 기망, 위협 또는 매수 등으로 취득한 행정법상의 인·허가는 독일 행정절차법 제44조 2항 5호에 따라 무효(nichtig)인 행정행위로 된다고 한다.¹⁵⁰⁾ 즉 독일 행정절차법 제44조 2항 5호에 따르면 행정법상의 행정행위가 범죄(Straftat)를 구성하는 것일 때에는 무효로 된다고 규정하고 있기 때문이다.

그러나 일정 행위가 구성요건에 해당하고 위법한 경우에는 이미 범죄행위가 된다. 따라서 행정법상 위법한 인·허가가 위법성조각의 효력을 갖지 못하는 모든 경우에는 그에 따른 행위가 범죄를 구성하게 되므로 이 때의 행정행위, 즉 해당 인·허가는 모두 무효로 된다고 해야 할 것이다. 이러한 결론은 행정법상 무효인 행정행위에 대한 일반적 해석과는 조화되기 어려울 것이다.¹⁵¹⁾ 행정법상 일정한 인·허가가

149) Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht 1992, S. 48

150) Winkelbauer, NSiZ 1988, S. 205 f.; auch Hübenett, Rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 56

151) Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht 1992, S. 48

범죄를 구성하는가 여부는 오히려 독일행정절차법 제44조 1항의 명백성의 원리(Evidenzklausel)에 따라 정해져야 할 것이므로, 행정행위 자체가 명백한 범죄를 구성하는 경우에만 무효라고 하여야 할 것이다.¹⁵²⁾ 따라서 빙켈바우어의 위와 같은 견해도 설득력이 부족하다고 할 것이다.

V. 綜合的 檢討

이미 앞에서 살펴본 것처럼 행정법상으로 위법한 인·허가에 대한 형법상의 효력에 대한 견해들은 모두 설득력을 충분히 갖추고 있지 못한 것으로 드러났다. 특히 법률에 구속되어야 하는 행정기관이 마치 법률이 원하지 않는(unerwünschte) 행위에 대하여 바람직하다는 평가를 내릴 수 없으며, 법률이 일정한 인·허가를 금지하는 경우에는 행정기관도 그러한 인·허가를 발급하여서는 안되는 것이므로 다수설은 행정법 자체를 잘못 이해하고 있다고 보아야 할 것이다. 즉 행정법상 위법한 행정행위에 기초한 행위의 적법화는 법이론상 받아들일 수 없는 것이다. 따라서 다수설이 주장하는 바와는 달리 행정법상 위법한 인·허가는 형법상으로도 위법성조각의 효력을 인정할 수 없다고 하여야 한다.

1. 行政法上 違法한 認·許可의 有效性과 그에 대한 刑法的 考慮

이미 설명한 바와 같이 행정법상 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙에 따라 행정법에서는 위법한 행정행위에 대해서도 관할 행정기관에 의해 취소되기까지 효력을 인정한다.¹⁵³⁾ 이는 형법에서의 고의(Vorsatz)나

152) Erichsen/Martens, *Allg. Verwaltungsrecht*, § 15 II 2

153) Maurer, *Allg. Verwaltungsrecht*, § 10 Rn. 20 ff.; Wolff/Bachof, *Verwaltungsrecht I*, § 51 IV g

과실(Fahrlässigkeit)과 같은 책임요소를 행정법이 알지 못한 까닭에 위법한 행정행위에 대하여 일반적 효력을 인정함으로써 형식적인 해결방법을 취하고 있기 때문이다.

이에 반하여 형법은 구체적인 상황에 따른 개별적 해결을 시도하고 있다. 즉 일반적으로 위법한 행위에 대하여도 구체적으로 행위자 개인의 능력과 사정에 따라 범죄성립의 여부를 결정한다. 또한 형법은 법익보호(Rechtsgutsschutz)를 그 임무로 하는 바, 독일형법 제324조는 수자원의 절대적 보호를 규정하고 있으므로 모든 수질오염행위는 원칙적으로 구성요건에 해당하며 위법한 것으로 된다. 그리고 해당 보호법익을 침해하는 모든 수질오염행위가 독일형법 제324조의 금지 하에 놓이기 때문에 객관적 구성요건에 해당하는 행위가 행정법상 위법한 인·허가에 의해 위법성이 조각되지 않음은 법질서 통일 원칙에 따라 정당하다고 할 것이다.

다만 행정법상 유효성의 근거가 되는 신뢰보호의 원칙은 형법에서도 고려되어야 하지만, 행정법상 위법한 인·허가의 적법성을 신뢰한 경우에 형법상으로는 착오에 관한 규정을 통하여 고려될 수 있으므로¹⁵⁴⁾ 행정법상 유효성이 형법상 독자적인 기능을 갖지는 못한다고 하겠다. 이는 위법한 행정행위의 효력을 근거지우는 신뢰보호의 원칙이 형법상으로는 위법성의 단계에서가 아니라 책임의 단계에서 고려된다는 것을 의미한다.¹⁵⁵⁾

결론적으로 위법성조각사유의 영역에서 행정법상 위법한 인·허가의 형식적인 유효성은 의미를 갖지 못한다. 따라서 위법한 인·허가에 따른 행위는 기타의 위법성조각사유가 존재하지 않는 한 형법상 위법한

154) Rademacher, Die Strafbarkeit wegen Gewässerunreinigung 1989, S. 70; auch Hyung-Sig Won, Behördliche Genehmigung 1994, S. 91 f.

155) Horn, NJW 1981, 1 ff.; Hübenett, Rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 87 ff.

행위로 평가되어야 한다.¹⁵⁶⁾ 즉 행정법상 위법한 인·허가는 형법상 위법성조각의 효력을 갖지 못한다.

2. 刑法上 責任의 段階에 있어서의 信賴保護

행정법상 위법한 인·허가가 그 유효성에도 불구하고 형법상 위법성 조각사유로 인정되지 않더라도, 위법한 행정행위의 효력을 근거지우는 신뢰보호는 형법에서도 고려되어야 한다는 것을 보았다. 왜냐하면 형법상으로 위법성의 주관적 측면 (die subjektive Seite der Rechtswidrigkeit)도 고려되어야 하므로 행정법상 위법한 인·허가의 소유자가 해당 인·허가의 위법성에 대한 인식이 없는 때에는 책임단계에서의 고려가 요구되어진다.¹⁵⁷⁾

일반적으로 이 경우에 허용구성요건착오(Erlaubnistatbestandsirrtum)의 문제로 귀결된다는 것이 다수의 견해이다.¹⁵⁸⁾ 즉 행정법상 위법한 인·허가의 소유자가 해당 행정기관의 판단을 신뢰한 경우, 즉 자신이 소유한 행정법상의 인·허가가 적법한 것으로 믿었을 경우에는, 독일형법 제324조가 행정법상의 인·허가를 위법성조각사유로 이해하고 있으므로 행위자는 자신의 행위가 구성요건에 해당하지만 예외적으로 위법성이 조각된다고 믿은 것으로 되고, 이는 위법성조각사유의 요건에 대한 착오(Irrtum über die Voraussetzung eines Rechtfertigungsgrundes)가 되기 때문이다. 물론 이 때 해당 인·허가의 소유자는 위법성조각

156) Hom, UPR 1983, 365

157) Marx, Die behördliche Genehmigung 1993, S. 183 ff.; Rademacher, Die Strafbarkeit wegen Gewässerunreinigung 1989, S. 71 f.

158) 그러나 고일렌(Geulen)에 의하면 피할 수 없는 금지착오의 문제로 보아야 한다고 한다(Geulen, ZRP 1988, 325).

사유의 모든 요건이 갖추어졌다고 믿었어야 한다. 독일의 다수설인 제한 책임설 (eingeschränkte Schuldtheorie)에 따르면 허용구성요건착오의 경우에는 책임요소로서의 고의 (Vorsatz als Schuldmerkmal)가 조각된다고 한다.¹⁵⁹⁾ 이와 같은 결론은 행정법상 위법한 인·허가의 소유자가 해당 인·허가의 형법상의 위법성조각의 효력에 대한 신뢰를 형법상으로 보호한다는 것이지, 형법상 위법성조각사유가 단순히 행정법상 위법한 인·허가의 유효성을 근거로 인정되는 것을 의미하는 것은 아니다.¹⁶⁰⁾

159) 모든 제한 책임설을 주장하는 사람들은 허용구성요건적 착오의 경우에 고의범 성립을 부정한다(BGH 2, 236; BGH 3, 12, 106, 124 und 196; BGH 17, 91; Eser, Strafrecht I, S. 153 ff.; Galls, ZStW 67(1955), S. 46; Noll, ZStW 77(1965), S. 1; Rademacher, Die Strafbarkeit wegen Gewässer-verunreinigung 1989, S. 72 ff.; Schaffstein, MDR 1951, 199; Schmitz, Verwaltungshandeln und Strafrecht 1992, S. 36; Stratenwerth, Strafrecht, AT, S. 152 ff.; Winkelbauer, Zur Verwaltungs-akzessorietät 1985, S. 73). 그러나 허용구성요건착오로 인한 고의조각의 근거에 관하여는 견해가 나뉘고 있다. 즉 법효과제한적 (rechtsfolgeneinschränkend) 책임설에 따르면 허용구성요건적 착오는 구성요건적 사실의 착오와 금지착오 사이의 또 다른 독자적 착오로서, 이 경우 불법내용에는 구성요건 고의가 있어 고의범이 성립되지만, 처벌에 있어서는 행위자의 감경된 책임으로 인하여 과실범과 같이 취급하여야 한다고 한다(Dreher, FS-Heiniez 1972, S. 207 ff.; Dreher/Tröndle, § 16 Rn. 27; Jescheck, Strafrecht, AT, S. 375 f.; Lackner, § 17 Anm. 5a; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb. 1, S. 493 ff., 499; Wessels, Strafrecht, AT, Tb. 1, S. 130). 독일형법 제16조를 유추적용하는 견해에 따르면 허용구성요건적 착오에 있어서는 고의를 근거지우는 행위의 행위반가치가 부정되기 때문에 독일형법 제16조가 유추적용된다고 한다(S/S-Cramer, § 16 Rn. 16 ff.; Haft, Strafrecht, AT, 10. Teil § 5 V 5; S/S-Lenckner, Vor §§ 13 ff. Rn. 17 ff.; SK-Rudolphi, § 16 Rn. 19).

160) Rademacher, Die Strafbarkeit wegen Gewässerverunreinigung 1989, S. 76 f.

그러나 허용구성요건착오에 의하더라도 독일형법 제16조 2항에 따라 과실(Fahrlässigkeit)로 인한 범죄실행의 죄책은 그대로 남는다. 독일형법 제324조 3항에 따르면 과실에 의한 수질오염행위(Gewässerverunreinigung)도 처벌되므로, 허용구성요건착오로 인하여 고의가 조각되어도 과실이 있는 경우에는 처벌을 면할 수 없을 것이다.¹⁶¹⁾ 그러나 형법이 해당 인·허가의 적법성에 대한 신뢰를 보호함에 있어 행정법상 위법한 인·허가의 소유자에 대하여 특별한 주의의무(Sorgfaltspflicht)를 부과하고 있지 않는 한, 위법한 행정행위의 효력을 근거지우는 신뢰보호는 형법상 과실의 영역에서도 고려되어야 할 것이다. 따라서 행정법상 위법한 인·허가의 소유자는 당해 인·허가의 적법성을 신뢰함과 관련하여 위법성조각사유에 관한 모든 실질적 요건이 갖추어졌는지에 대하여 심사할 의무를 일반적으로 인정되지 아니한다고 할 것이다. 독일 수자원법 제1a조에 따르면 모든 사람은 수질에 영향을 미치는 처분에 있어 수질의 오염이나 기타 수자원의 본래적 성질을 개악을 방지하기 위하여 필요한 주의의무(erforderliche Sorgfaltspflicht)를 갖는다고 규정하고 있다. 이는 일반적인 주의의무부과를 의미하는 것으로 이러한 일반적 주의의무에 따라 행정법상 인·허가를 취득한 경우에는 소유자에게 더 이상의 특별한 주의의무(besondere Sorgfaltspflicht)가 부과되는 것은 아니라고 할 것이다. 이러한 필요한 주의의무는 독일 수자원법 제2조의 모든 수자원이용의 법률적 허가유보에 의해 구체화되어지며, 행정기관에 의한 행정절차를 통해 해당 인·허가가 수여된 경우에는 이미 충족되었다고 할 것이다.¹⁶²⁾ 즉 행정법상 위법한 인·허가의 소유자에 대하여도 특별한 경우가 아닌 한 일반적 주의의무 이상의 주의의무는 요구되지 않는다고 할 것이다.

결론적으로 행정법상 인·허가의 소유자는 원칙적으로 자신의 인·

161) S/S-Cramer, § 16 Rn. 12; Jescheck, Strafrecht, AT, 375 ff. und m.w.N.

162) Rademacher, Die Strafbarkeit wegen Gewässerverunreinigung 1989, S. 170 f.

허가의 적법성 여부에 대하여 심사할 의무를 갖지 않는다. 따라서 행정법상 위법한 인·허가의 소유자가 자신의 인·허가의 적법성을 신뢰한 경우에는 주의의무 위반이 존재치 않음으로 인하여 과실범으로 처벌되지 아니한다.

3. 客觀的 可罰要件으로서의 行政法上 取消

만일 인·허가소유자가 자신의 인·허가의 위법성에 대한 인식이 있었거나, 더 나아가 기망, 위협 또는 매수 등의 적극적 행위를 통하여 인·허가를 취득한 경우에는 그 위법한 인·허가에 대한 신뢰를 보호 받을 수 없게 된다. 왜냐하면 행정기관이 법률에 대한 이해와 의무 안에서 (aufgrund der Kenntnisse und der Verpflichtung auf Gesetz und Recht) 해당 인·허가를 적법하게 수여했다는 기대에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 것이기 때문이다.¹⁶³⁾ 따라서 행정법상 인·허가의 소유자가 자신의 인·허가가 위법하다는 것을 이미 인식하고 있었거나 또는 기망 등 자신의 적극적인 행위를 통하여 위법한 인·허가를 취득한 경우에는 위법성이 조각되거나 책임이 조각되지 아니한다. 따라서 이 경우에 행정법상으로는 위법한 인·허가가 취소될 때까지는 여전히 효력이 인정됨에도 불구하고(독일행정절차법 제48조 2항) 행위자는 형벌의 위협 앞에 놓이게 된다. 또한 행정법상 일단 위법하게 수여된 인·허가가 사후에 일정한 요건에 따라 더 이상 취소할 수 없게 된 경우에는 위의 결론은 더욱 의문스럽게 된다. 즉 이와 같은 결론은 형법

163) 따라서 인·허가의 소유자는 자신의 인·허가가 위법한 것과 그로 인해 취소될 수 있음에도 불구하고 자신의 행위가 위법성을 조각한다고 신뢰한 경우에도 독일형법 제17조의 피할 수 없는 금지착오를 주장할 수 없다. 이는 일반적으로 회피가능하다고 해야 하기 때문이다(Hübenett, Rechtswidrige Genehmigung 1986, S. 118).

과 행정법 사이의 모순을 야기시키기 때문이다.¹⁶⁴⁾

그러나 행정법상 위법한 인·허가소유자가 자신의 인·허가의 위법성에 대한 인식이 있었거나, 더 나아가 기망, 위협 또는 매수 등의 적극적 행위를 통하여 인·허가를 취득한 경우에는 그 위법한 인·허가에 대한 신뢰를 보호받을 수 없다는 것이 바로 반드시 처벌되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 일반적으로 승인된 행정법 우위의 원칙¹⁶⁵⁾과 형법 보충성의 원칙에 비추어 형법과 행정법 사이의 모순을 해결하기 위하여 형법에 있어서 앞서와 같은 결론을 완화할 필요가 있다.¹⁶⁶⁾

다음의 경우에 형법과 행정법 사이의 모순에 대한 하나의 해결가능성이 제시될 수 있을 것이다. 즉 행정법상 위법한 인·허가가 취소되지 않았어도 형법상으로는 범죄가 성립하는 것으로 평가되지만, 행정법상의 행정기관이 해당 위법한 인·허가에 대하여 소급적(ex-tunc)으로 취소한 경우에 비로소 형법상의 처벌이 가능하다고 하는 것이다.¹⁶⁷⁾ 이와 같은 행정기관에 의한 소급적 취소(Rücknahme mit ex-tunc-Wirkung)는 형법의 범죄체계상 객관적 가벌성요건(objektive Strafbarkeitsbedingung)으로 이해할 수 있을 것이다.¹⁶⁸⁾

객관적 가벌성의 요건의 근거는 당벌성(Strafwürdigkeit)이 있는 범죄

164) Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 39

165) Horn, UPR 1983, 362 f.; Rudolphi, NSIZ 1984, 193 ff.

166) Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 39

167) Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 39 f.

168) S/S-Cramer, Vor §§ 324 ff. R. 17, 21; Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 40; S/S-ders, Vor §§ 32 ff. Rn. 61

행위에 대해서도 형벌권은 다시금 형벌의 필요성 (Strafbedürftigkeit) 이 있는가를 검토하여야 한다는 데 있다. 왜냐하면 당벌성이 있는 범죄행위는 대개의 경우 형벌의 필요성과 당위성을 갖지만 항상 그런 것은 아니기 때문이다.¹⁶⁹⁾ 형벌이라는 가장 강력한 제재수단을 사용하는 형법은 사회방위를 위한 최후의 수단 (ultima-ratio)으로서 작용하여야 하며, 행해진 범죄와 형벌 사이에는 형평을 이루어야 한다 (책임주의 원칙). 또한 제재수단 중 최후의 수단으로서의 형벌은 단지 가치중립적 처분 (wertindifferente Maßregel) 이 아니라 사회윤리적 비난 (sozialethischer Tadel) 을 의미하는 것이므로, 형사정책적 (kriminalpolitisch) 근거에서 법익보호를 위한 필요성이 요청될 때 정당화될 수 있다.¹⁷⁰⁾ 구체적인 경우에 당벌적인 행위의 형벌필요성은 보충적 요건 (zusätzliche Voraussetzung) 을 필요로 하는 바, 이 때 형법 이외의 이익들이 고려될 수도 있다. 이러한 경우에 당벌성으로부터 도출된 형벌 필요성은 국가의 다른 이익에 의해 양보를 하여야 한다.¹⁷¹⁾

인·허가의 소유자가 자신의 인·허가의 위법성에 대하여 인식이 있었거나 또는 기망 등의 적극적 행위를 통하여 위법한 인·허가를 취득한 경우에 있어서, 인·허가소유자의 행위는 위법, 유책하고 따라서 당벌적이지만 관할 행정기관에 의해 해당 인·허가가 소급적으로 취소될 때 비로소 형벌 필요성이 있다.¹⁷²⁾ 고 이해할 때 불문의 객관적 가벌성

169) Jescheck, Strafrecht, AT, S. 500 ff.; Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 40; S/S-ders., Vor §§ 32 ff. Rn. 124; Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Tb. 1, § 21 III Rn. 16; SK-Rudolphi, Vor § 19 Rn. 12

170) Jescheck, Strafrecht, AT, S. 501; Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 40; SK-Rudolphi, Vor § 19 Rn. 12 und m.w.N.

171) Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 41

172) Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 41

요건이 인정될 수 있을 것이다. 즉 행정기관은 행정법상의 특정한 고려 하에서 위법한 행정행위에 대하여 형법과 달리 평가할 수 있기 때문에 형법이 당벌적인 행위에 대해 예외없이 형벌 필요성을 인정할 수는 없을 것이다. 왜냐하면 형법이 모든 당벌적 행위를 처벌한다면 형벌의 일반 예방적 목적을 달성할 수 없게 되며, 행정법과는 다른 판단을 내림으로써 일반인에게 형법적 판단권한에 대한 신뢰를 잃게 할 것이기 때문이다. 이는 결국 형법이 법의 확정성에 대한 일반의 의식을 확립, 강화하고자 하는 의도를 무력화하게 될 것이다.¹⁷³⁾

따라서 형법은 행정법상 인·허가의 소유자가 자신의 인·허가의 위법성을 인식했거나 또는 기망 등의 적극적 행위를 통해 위법한 인·허가를 취득한 경우에도 행정법이 해당 인·허가의 위법성에 대하여 취하는 처분을 추가적인 범죄요소로서 고려해야 할 것이다. 즉 위와 같은 경우에 해당 인·허가의 소유자의 행위는 위법, 유책하며 당벌적으로 평가되지만, 이러한 행위에 대한 형벌필요성은 기타 국가적 이익을 침해하지 않는 범위에서만 인정될 수 있을 것이다.¹⁷⁴⁾ 결론적으로 위법한 인·허가에 대한 소급적 취소처분이 형법상 재판적 가벌성요건으로 인정되어야 할 것이다.

VI. 結 論

이상에서 살펴본 바와 같이 환경형법에 있어 행정법상의 인·허가는 구성요건조각사유 또는 위법성조각사유로서 작용을 하며, 특히 독일형법 제324조의 수질오염죄에 있어서의 행정법상 인·허가는 우월적 이익의 원칙에 따른 위법성조각사유로 기능한다. 그러나 이러한 행정법상의 인·허가가 위법하지만 효력이 있는 경우에 형법상 어떠한 작용

173) Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 41

174) Lenckner, FS-Pfeiffer 1988, S. 41

을 하는지에 대하여는 지금까지 많은 견해의 대립이 있어 왔으나 만족할 만한 것은 못되었었다.

우선 법질서 통일의 원칙에 따라 행정법상 위법한 인·허가는 형법상으로도 위법성조각의 효력을 지니지 못한다. 즉 행정법에서 인정되는 위법한 행정행위의 효력근거는 행정법의 범영역을 초월하는 중대성을 갖지 못하므로, 위법한 인·허가의 유효성은 허가된 행위에 대한 행정법상의 제재를 제한하는데 그친다.

한편 위법한 행정행위의 유효성의 기초가 되는 신뢰보호의 원칙은 형법상으로도 고려되어야 하지만, 위법성의 단계에서가 아니라 책임의 단계에서 고려될 수 있다. 인·허가소유자의 당해 인·허가의 적법성에 대한 신뢰의 보호는 형법체계상 착오(Irrtum)에 관한 규정(독일형법 제16, 17조)을 통하여 해결될 수 있다. 즉 인·허가의 소유자는 자신의 행위가 행정법상 적법한 - 실제로는 위법하지만 - 인·허가를 통해 위법성이 조각되는 것으로 믿었기 때문에 착오의 이론 중 허용구성요건착오의 문제로 귀결되며, 독일의 통설인 제한적 책임설에 따라 책임요소로서의 고의를 조각하는 것으로 된다. 또한 형법이 해당 인·허가의 적법성에 대한 신뢰를 보호함에 있어 행정법상 위법한 인·허가의 소유자에 대하여 특별한 주의의무(Sorgfaltspflicht)를 부과하고 있지 않은 한, 위법한 행정행위의 효력을 근거지우는 신뢰보호는 형법상 과실의 영역에서도 고려되어야 할 것이다. 따라서 행정법상 위법한 인·허가의 소유자는 당해 인·허가의 적법성을 신뢰함과 관련하여 위법성조각사유에 관한 모든 실질적 요건이 갖추어졌는지에 대하여 심사할 특별한 주의의무는 일반적으로 인정되지 아니한다고 할 것이다. 결과적으로 자신의 인·허가의 적법성을 신뢰한 행위자는 형법상 위법하지만 책임을 조각한다고 할 것이다.

그러나 행정법상 인·허가의 소유자가 자신의 인·허가가 위법하다

는 것을 이미 인식하였거나 기망, 위협 또는 매수 등의 적극적인 행위를 통하여 위법한 인·허가를 취득한 경우에는 앞에서 설명한 신뢰의 보호를 받을 수 없을 것이며, 일반적으로 위법, 유책한 당벌적 행위로 평가될 것이다. 그러나 행정법은 해당 위법한 인·허가의 효력에 대하여 형법에서와는 달리 평가할 수 있는 것이므로, 행정법 우위성과 형법의 보충성에 따라 이러한 행정법의 평가를 고려하여야 할 것이다. 따라서 위법한 인·허가에 대한 행정기관의 소급적 취소가 있는 경우에만 처벌할 수 있는 것으로 이해하여야 할 것이며, 이 때 행정기관의 소급적 취소는 형법체계상 객관적 가벌성의 요건으로 이해될 수 있을 것이다.