

환경형법에 있어서의 보호법익과 행정종속성에 대한 고찰*

장한철**

< 차례 >

- I. 문제의 제기
- II. 환경형법에 있어서의 보호법익
- III. 환경형법의 행정종속성에 관한 문제
- IV. 결 론

I. 문제의 제기

오늘날의 환경문제는 나라마다 산업발달의 정도에 따라 차이는 있지만 과거에는 감히 상상도 못했던 심각한 문제로 대두되고 있다. 즉 환경문제를 단순한 국지적인 오염현상으로만 이해되었던 것이 이제는 생태계의 유기적인 순환과정에서 인간의 삶 전반에 걸친 영향을 미치게 되었고, 더 나아가 환경오염으로 인해 인간은 자신의 온전한 자연적 삶의 토대인 자연환경으로부터 생명이 아닌 죽음의 위협에 직면하고 있다는 우려가 팽배하고 있는 것이다. 그래서 환경보호 내지 환경오염행위의 규제라는 과제는 국경을 초월하는 문제이자, 더 이상 미룰 수 없는 문제라는 인식이 확산되고 있다. 이러한 인식 속에서 우리 헌법은 환경권을 국민의 기본적 권리로 천명하고 있고, 이를 실현하기 위해 환경보호와 환경오염에 대한 규제 등에 관한 법률들이 제정되었다. 여기에는 사법적 내지 행정법적 규제뿐만 아니라 형사법적 규제들이 포함되어 있다.

환경오염행위를 처벌 또는 방지하기 위한 환경관계법률 중 형법적 제재를 가하는 법률

* 이 논문은 호원대학교 교내학술연구조성비에 의하여 연구되었음.

** 호원대학교 법경찰학부 교수, 법학박사(Dr. juris)

규정 즉 환경형법은 환경범죄의 범죄적 특성¹⁾으로 인해 기존의 전통적인 범죄와는 다른 이론적 문제점을 내포하고 있다. 우선 환경범죄의 보호법익을 어떻게 이해할 것인가의 문제가 제기된다. 이 문제와 관련하여서는 환경범죄가 환경재의 침해를 통하여 인간의 생명과 신체에 위해를 가하는 성격을 가지지 때문에, 인간의 자연적 삶의 토대로서의 공기, 토양과 물 등 환경재를 고유한 형법적 보호의 대상으로 포함할 수 있는지가 주된 논의대상이다.

산업사회의 환경문제는 경제성장을 이루는 과정에서 환경자원을 무분별하게 개발 및 파괴하거나 산업활동의 결과로 특정물질을 환경에 무분별하게 배출하면서 비롯되었다. 더구나 우리는 경제성장의 필요성 때문에 산업체에 대한 국가차원의 보호정책을 오랫동안 유지해왔기 때문에 그 정도가 심했다. 오늘날 환경오염에 대한 규제는 산업사회와 관련되어 있기 때문에 어느 정도의 환경오염행위를 범죄로 인정할 것인가 또는 어느 정도의 환경부담행위를 허용할 것인가에 관하여 시의적절한 객관적 구별기준이 요구된다. 그러나 이러한 구별은 매우 복잡적이고 변화적 이해관계에 기초하게 되기 때문에, 형법적으로 구별기준을 제시하는 것은 적절하다고 볼 수 없고, 환경법과 행정행위에 의존하여 정해될 수밖에 없을 것이다. 그렇지만 환경형법의 행정종속성은 전통적인 일반형법에서 제기하지 않던 문제점들을 제기하고 있다.

여기서는 환경형법에 있어서의 보호법익, 행정종속성이라는 두 가지 개별적 문제들을 고찰하고자 한다. 이 두 가지 이론적 문제점들은 학계에서나 실무에서도 다양하게 논의되어 지는 중요한 문제들이지만, 이러한 개개의 문제들이 실제로 밀접한 관계에 있기 때문에, 환경형법의 이론적 구성과 현행 환경형법의 해석과 관련하여 심도 있게 접근할 필요가 있다.

II. 환경형법에 있어서의 보호법익

환경은 그 침해정도가 일정한 수준을 넘어서면 자정능력(自淨能力)을 잃어 복구되는데 오랜 기간이 걸릴 뿐 아니라, 침해행위의 복잡성·경합성으로 말미암아 각 행위의 초기단

1) 침해의 간접성, 전과성, 완만성, 복잡성, 침해행위의 상규성, 가해자나 피해자의 특정의 곤란성, 고의·과실의 불명확성, 가해자와 피해자와의 힘의 불균형성 등이 제시되고 있다. 환경범죄의 특수성에 대한 자세한 내용은 장영민/박기석, 환경범죄의 이론적 문제점에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1996, 26면 이하 참조.

계에서부터 이를 차단하지 않으면 환경오염이라는 결과를 방지할 수 없다. 이러한 환경침해행위의 특성 때문에 그 행위가 사람의 생명·건강에 대한 침해 내지 위험성이 현실적으로 나타나기 이전 환경재의 침해단계에서 이를 규제할 필요성까지 제기되고 있다.

우리 헌법 제35조는 제1항에서 "모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다"라고 하여 환경권의 보장과 더불어 국가와 국민의 환경보전의무를 규정하고 있다. 여기서 환경권은 건강하고 쾌적한 환경에서의 생활을 보호법익으로 하고 청정한 환경의 보전과 공해의 배제를 그 보장수단으로 한다. 이러한 헌법적 가치를 실현하기 위해 형법을 통한 환경의 보호는 입법방식에 따라 차이는 있지만 유용한 수단으로 인정되고 있다.

형법의 중요한 목적 내지 기능 중 하나가 법익의 보호이다. 따라서 환경범죄의 보호법익을 무엇으로 이해할 것인가의 문제는 환경형법이 어떠한 방향으로 나갈 것인가의 입법론적 문제와 연관이 되고, 환경범죄의 범위설정 및 범죄의 유형 확정 내지 현행 환경형법의 해석에 있어서 결정적인 기준이 된다²⁾.

환경범죄의 보호법익과 관련하여 크게는 다음의 두 가지 관점이 존재한다. 하나는 전통적인 인간중심적 관점에서 사람의 생명이나 건강을 보호법익으로 보는 견해이고, 다른 하나는 생태학적 관점에서 환경 그 자체 및 환경인자, 예컨대 물, 토양 내지 대기를 독자적인 보호법익으로 인정하는 견해이다. 후자의 관점은 다시 생태계 자체를 강조하는 입장과 행정법적 관점에서 파악하려는 입장으로 나눌 수 있다.

인간중심적 또는 환경중심적이라는 두 가지의 관점은 이론적인 장·단점을 가지고 있기 때문에 양 관점을 절충하는 입장에서 환경재를 환경범죄의 보호법익으로 파악할 필요성은 인정하면서 인간의 생명·건강과 관련이 있는 범위내에서만 인정하고자 하는 소위 생태학적-인간중심적 입장³⁾이 유력하게 주장되고 있다.

이와 달리 환경범죄의 보호법익을 행정법적 관점에서 이해하려는 견해는 자연상태의 환경 및 구성인자가 아니라 행정법적으로 규정된 절차 및 형식 그리고 행정법적으로 처분된 실질적 범위 내에서 관할 행정기관에 의하여 보호의 가치가 있는 것으로 정해지는 상태의

2) 장영민/박기석, 환경형법의 이론적 문제점에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1996, 51면.

3) 이러한 입장은 독일형법전의 환경범죄에 관한 규정에서 반영되어 있다. 이 법의 입법근거로 "공중 및 각 인간의 삶의 주변과 자연적 삶의 토대는 형법적 보호와 고려를 받을 가치가 있다. 지금까지 그러한 것들은 형법의 핵심영역에서 전통적이고 특별한 개인적 법익으로 보호되어 왔다. 그러나 이제 형법을 통한 환경보호는 환경위해로 인한 인간의 생존 및 인간의 건강에만 한정되는 것이 아니다. 인간적 삶의 기초를 이루는 각 구성요소로서의 물, 공기, 토지도 보호법익으로 인정한다"라는 설명이 제시된다.

환경 내지 구성인자를 보호법익으로 한다고 주장한다⁴⁾. 이 견해는 환경형법의 행정종속성이라는 문제와 연결된다. 그러나 이러한 주장은 환경보호에 관한 한 형법은 행정법에 의하여 배후로 밀려나게 되어 환경형법의 이론적 구성 및 실제적 적용에 있어서 많은 문제점을 야기한다는 비판⁵⁾이 제기된다. 특히 환경형법에 있어서는 중국적으로 우리의 자연적 삶의 토대를 유지하는 것이 문제되는 것이고, 환경에 대한 국가적 관리는 단지 이러한 목적에 도달하기 위한 수단에 불과하고⁶⁾, 이를 위해 형벌권을 발동하는 것은 과도한 것으로 정당화될 수 없기 때문에 이러한 행정법적 법익개념은 타당하지 않다.

전통적인 견해에 따르면 형법의 중심과제는 법익의 보호이다. 여기서 법익은 공동체 속에서의 인간의 공동생활을 위해서는 불가결한 생활이익에 관한 형법의 적극적 가치판단으로서 개념 지을 수 있다⁷⁾. 형사처벌의 전제는 법익의 침해 내지 위협이고, 범죄구성요건의 해석에 있어서 법익은 결정적인 역할을 담당한다. 그 때문에 현행 환경관련처벌법규상 환경범죄의 보호법익은 무엇으로 파악할 수 있는가에 대하여 먼저 살펴볼 필요가 있다.

특별형법으로서의 환경형법⁸⁾은 환경오염행위와 관련한 형사처벌법령들을 말하고, 우리의 경우 수질환경보전법 등 환경관련 행정법내의 처벌규정들과 「환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법」 및 형법상의 일부규정들이 포함된다.

우선 「환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법」은 “사람의 생명·신체, 상수원 또는 자연생태계 등에 유해한 환경오염 또는 파괴를 초래하는 행위 등을 처벌함으로써 환경보전에 이바지함을 목적”으로 하고 있다. 이 법은 보다 적극적이고 효과적인 환경보호의 목적에서 개인 또는 일반의 특히 보호의 가치가 있는 이익의 중대한 침해 또는 위협에 대하여 형벌로써 위협하여 범죄를 예방하려는 것이다⁹⁾.

4) Papier, Zur Disharmonie zwischen verwaltungs- und strafrechtlichen Bewertungsmaßstäben im Gewässerstrafrecht, NuR 1986, 1f.

5) 이에 대한 자세한 비판은 심재무, 환경형법에 있어서 보호법익 - 독일형법 제324조를 중심으로 -, 1995년도 추계학술회의 발표논문, 1995, 16면 참조.

6) Rengier, Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht, NJW 1990, S. 2507; Kuhlen, Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105(1993), S. 705.

7) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5.Aufl., 1996, S. 7.

8) 특별형법이란 학자에 따라 견해가 다르지만, 일반적으로 일반형법 이외의 범죄와 형벌을 규정한 형법법령 모두를 지칭한다. 특별형법의 분류방법은 일반형법과의 관계, 형법상의 법익인가 아니면 행정익인가, 또 어떠한 유형의 법익 내지 행정익인가에 따라 다양하게 전개될 수 있다. 일반적으로 언급되고 언급될 수 있는 특별형법의 유형을 나열한다면, 우선 형사특별법과 행정법 내에 처벌법규를 포함하고 있는 형태로 분류할 수 있다. 또 후자는 행정형법, 정치형법, 노동형법, 경제형법, 교통형법, 문화형법, 환경형법, 의료형법, 조세형법 등으로 분류할 수 있지만, 여기서도 각 영역마다 서로 중복되는 경우가 있음을 유의할 필요가 있다.

9) 심재무, 전제논문, 23면.

동법의 개별적인 규정들을 살펴보면, 먼저 동법 제2조에는 각종 환경오염물질을 배출하는 행위에 대하여 가중처벌하고 있다. 즉 환경오염물질을 관계법령에 위반하여 배출·누출·유출 또는 매립하거나 버리는 등의 행위(이하 “불법배출”이라 한다)를 함으로써 공중의 생명 또는 신체에 위험을 발생시키거나 상수원오염을 초래하여 공중의 식수사용에 위험을 발생시킨 자는 3년 이상의 유기징역으로 처벌된다(제1항). 더 나아가 제1항의 죄를 범하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다(제2항). 따라서 이러한 규정은 환경오염 자체의 보호를 목적으로 한다고 보기는 어렵고, 환경오염행위에 의한 인간의 생명 또는 건강의 침해 내지 위험을 방지하기 위한 것으로 볼 수 있다.

이와 달리 동법 제2조 제3항은 환경오염물질 의한 오염물분 또는 토사를 불법배출하여 예컨대 바다·하천·호소 또는 지하수를 대통령령이 정하는 규모 및 기준이상으로 오염에 이르게 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다. 이 규정은 환경오염행위 그 자체를 처벌하는 것이므로, 환경재를 보호법익으로 파악하는 규정이다.

따라서 「환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법」은 인간의 생명 또는 건강을 보호법익으로 하는 규정뿐만 아니라, 환경재 자체를 보호법익으로 이해하는 규정을 동시에 담고 있다. 물론 후자의 경우 환경행정법령이 허용하는 기준이상의 환경오염행위에 국한된다.

또 다른 환경형법으로서의 개별환경법률 속의 형벌부과규정이 있다. 대표적인 개별환경법률로서는 「수질환경보전법」, 「대기환경보전법」, 「소음·진동규제법」 등이 있다. 이러한 환경관련법의 처벌규정들은 주로 행정목적의 달성을 위하여 과해지는 명령이나 금지에 위반하는 행위를 처벌하는 내용을 담고 있다. 개별환경법률들의 기본적 구성요건으로서 무허가 배출시설의 설치 및 변경, 적합판정전 조업, 배출시설 및 방지시설의 비정상운영, 조업정지 및 명령위반 등이 규정되어 있다¹⁰⁾. 이들 구성요건의 내용을 살펴보면 대부분 행정법적인 성격을 띠고 있다. 그러나 개별환경법률 속에도 환경오염물질 배출행위 자체를 처벌하는 규정이 있다. 예컨대 수질환경보전법은 관련법률규정에 위반하여 특정수질유해물질 등을 누출·유출시키거나 버린 경우(제56조의3)는 물론, 분뇨·축산폐수 등을 버린 경우(제57조 제1항 제5호, 제6호, 제7호) 형벌을 부과하고 있다. 또한 과실범 처벌규정(제57조 제1항 제5호)도 두고 있다. 이 규정을 전형적인 추상적 위험범으로 이해하는 주장¹¹⁾이

10) 개별환경법률의 구성요건 및 문제점에 대해서는 오영근/이경재, 현행 환경범죄 처벌법규의 문제점과 대책, 한국형사정책연구원, 1993, 109면 이하 및 128면 이하 참조.

11) 오영근/이경재, 현행 환경범죄 처벌법규의 문제점과 대책, 한국형사정책연구원, 1993, 122면.

있다. 즉 앞에서 언급한 환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법은 구체적 위험범만을 처벌하고 있고, 수질환경보전법은 이 규정을 통해 추상적 위험범도 처벌할 수 있도록 한 것이라고 한다. 그러나 공공수역에 특정수질오염물질을 배출하는 행위는 그것이 비록 인간의 생명 또는 건강에 일반적으로 위험을 야기시킬 수 있기 때문에 형벌을 부과하는 것이라고 이해하거나 또는 환경의 보호라는 행정목적의 실효성을 담보하기 위한 규정으로 보기보다는 인간의 삶의 토대인 물을 오염시킨 행위 그 자체를 처벌하는 것으로 보는 것이 타당하다. 따라서 이들 규정은 생태학적 환경 자체를 보호하려는 규정을 보아야 할 것이다¹²⁾. 환경범죄의 보호법익을 인간의 생명·신체뿐만 아니라, 환경재 자체로 파악하면 현재 우리나라의 환경형법상 규정되어 있는 구성요건은 환경재에 대한 침해범이 주류를 이루고 있다고 보아야 할 것이다

앞에서 언급하였듯이, 환경범죄의 보호법익을 무엇으로 이해할 것인가의 문제는 환경형법이 어떠한 방향으로 나갈 것인가, 즉 입법론적 문제와 연관이 있다. 형법의 기능이라는 관점에서 환경형법에서도 인간의 생명 또는 건강과 같은 개인적 법익의 보호에 우선적 가치를 부여해야 할 것이다. 그래서 오늘날 지배적인 견해는 환경재를 환경범죄의 보호법익으로 파악할 필요성을 인정하면서 다만 인간의 생명 또는 건강과 관련이 있는 범위 내로 제한하고자 한다¹³⁾. 즉 인간의 삶과 분리된 환경재는 형법의 보호법익이 될 수 없고 인간의 생명·신체와 관련된 범위 내에서 보호법익이 될 수 있다는 것이다. 이는 환경범죄의 특성상 환경오염행위를 방치하고 사람의 생명 또는 건강에 위해가 발생한 경우에 형벌권을 발동한다면, 즉 환경법익을 사람의 생명 또는 건강으로만 이해한다면 환경오염행위로 인한 피해는 복구하기 불가능하고 피해도 광범위하게 확산된다는 점을 형사정책적인 관점에서 고려한 것이다¹⁴⁾.

그러나 오늘날의 환경오염 내지 환경침해라는 새로운 위험사회의 현상은 형법적 도구로

12) 물론 개별환경법률의 일차적 목적은 환경오염을 유발하는 행위에 대한 규제의 실효성 확보에 있다. 그래서 이러한 법률에 규정된 대부분의 구성요건을 들은 행정법적 성격을 가지고 있다. 그런데 문제는 이러한 행정법적 성격을 가진 행위에 대해서도 형벌을 부과하고 있다는 점이다. 이는 환경형법의 보호법익으로서의 환경행정의 원활화를 인정하자는 견해와 연결된다. 따라서 형벌부과의 대상이 되는 행위와 과태료 부과 대상이 되는 질서위반행위를 명확히 구분하여 규정할 필요가 있다. 이는 환경형법에 있어서의 보호법익의 내용을 정함에 있어 중요한 의미가 있을 것이다.

13) 이형국/박상기, 환경범죄와 형법의 역할, 형사법연구 제3집, 1990, 30면; 이경호, 환경범죄의 보호법익과 책임주체, 차용석화갑기념논문집, 1994, 725면; 장영민/박기석, 전게서, 60면; 박기석, 전계논문, 35면; 심재무, 전계논문, 23면 이하.

14) 박광섭, 환경침해행위의 형법적 성격과 그 규제에 관한 소고, 형사법학의 제문제, 1983, 89면; 장영민/박기석, 전게서, 59면.

서 개인적 법익의 보호를 위한 침해범 내지 위협범이라는 범죄구성요건만으로는 충분히 대처할 수 없을 것이다. 즉 개인의 생명과 건강에 대한 침해 내지 위협이 발생하기 이전에 인간의 삶의 토대로서의 환경을 보호할 필요성이 있고, 환경을 새로이 보호되어야 할 법익으로서 전면에서 위치시키는 것이 요구된다. 따라서 환경형법은 생태학적 법익의 보호도 그 목적에 포함되어야 하고, 개인적 법익이 아니라 환경의 보호라는 초개인적 법익 즉 일반적 법익에 중심을 두어야 한다¹⁵⁾. 이를 통해 물, 토양 및 공기는 그 기능상 일정한 수준의 자연적 삶의 토대로서 보호되고 유지되어야 할 것이다. 이러한 보호법익의 인정은 결국 현재대는 물론 후세대의 지속적인 이익에 근거하는 것이다. 또한 공공의 이익은 모든 사람이 그 이용에서 배제됨 없이 유용할 수 있다는 특징을 가진다. 이러한 유용가능성 속에서 개인적 법익은 공공의 이익에서 생겨난다. 그렇다고 개인적 법익이 공공의 이익에서 나온다는 것이 공공의 이익이 개인적 법익에서 도출되고 개인적 법익으로 환원할 수 있다는 것을 의미한 것은 아니다¹⁶⁾.

그리고 환경범죄의 보호법익으로서의 환경재의 독자성을 인정하는 것이 환경재의 인간관련성을 부정하는 것은 아니다. 여기서의 환경은 인간의 자연적 삶의 토대이고 국가와 국민에 의해 보호되어야 할 대상을 의미하고, 환경법익은 생태학적 관점에서 그 자체의 보호를 목적으로 하는 것이 아니라, 인간관련성을 가지는 것이다.

이러한 입장은 현행법적으로 배치되는 주장이 아니다. 왜냐하면 「환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법」은 환경오염물질 불법배출행위로 인해 공중의 생명 또는 신체에 위협을 발생시키거나 상수원오염을 초래하여 공중의 식수사용에 위협을 발생시킨 경우뿐만 아니라, 불법배출행위로 인하여 환경인자를 허용기준 이상으로 오염시킨 경우에도 가중처벌하고 있고, 이는 개인적 법익은 물론, 환경이라는 공공의 이익도 보호하려는 것으로 이해될 수 있기 때문이다. 더 나아가 앞에서 언급한 바와 같이 개별환경법률에 있어서도 특정환경오염물질의 불법배출행위 그 자체를 처벌하는 규정이 존재한다. 이는 개인적 법익과 관계없이 환경보호라는 공공의 이익을 보호하는 것이라 볼 수 있다. 따라서 우리의 환경형법 체계에 있어서도 환경범죄의 보호법익은 인간중심적-생태학적 법익으로서의 환경재로 파악할 수 있다.

환경범죄는 다른 전통적 범죄와 달리 가해행위가 누적적·복합적으로 작용하여 환경오

15) 심재무, 환경형법에 있어서 보호법익 - 독일형법 제324조를 중심으로 -, 1995년도 추계학술회의 발표 논문, 1995, 15면.

16) Kuhlen, Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105(1993), S. 704.

염의 결과가 발생하는 경우가 대부분이다. 여기서 제기되는 문제는 특정한 개개의 행위에 허용범위 내의 행위 내지 경미한 환경오염행위이지만, 다수의 개별행위들이 누적 또는 복합적으로 작용하여 허용되지 않는 환경오염의 결과를 야기한 경우 각 행위자에게 어떠한 책임을 물을 수 있는가의 여부이다. 그러한 방식으로 발생한 환경침해들을 방지하기 위해 형법적 제재수단을 강구하려면, 개별행위에 대한 형사책임의 원칙 하에서는 형법적으로 전제되는 행위와 법익간의 관계를 완화해야만 할 것이다¹⁷⁾. 즉 만약 개인적 법익의 침해 내지 구체적 위험이 존재할 것을 요구한다면, 누적적·복합적으로 발생하는 환경오염의 경우 허용범위내의 또는 경미한 불법오염물질을 배출한 자에 대해서는 형사소추 자체가 어려울 것이다. 다만 환경오염행위의 구성요건에 있어서는 개별행위와 보호이익간의 추상적 위험 관련성을 배제함으로써 가벌성을 인정할 수 있다. 이는 생태학적인 관점에서 환경형법의 보호법익을 이해할 때 가능할 것이다.

Ⅲ. 환경형법의 행정종속성에 관한 문제

환경형법의 대부분의 규정들은 구성요건에서 참조할 행정법 내지 행정행위를 지시함으로써 이에 의해 구체적인 내용을 보충하고 있다. 지금까지 행정법 분야에서 일반적으로 인정되고 있는 백지규정이라는 입법기술이 환경형법에도 적용되고 있다¹⁸⁾. 다만 이러한 행정종속성의 인정은 엄격한 의미에서 죄형법정주의의 명확성의 원칙은 물론 더 나아가 헌법적인 관점에서 법치국가원리 및 권력분립의 원칙에 위배될 수 있다는 비판¹⁹⁾이 제기되고 있다.

다만 행정종속성의 인정은 범죄구성요건의 내용이 하위의 행정법이나 행정행위에 위임되는 것과 유사한 결과를 가져오고 행정법상의 유·무효에 따라 가벌성이 변경될 수 있으므로, 설사 입법기술상 불가피하더라도 이로 인해 야기되는 문제점을 신중히 고려해야 할 것이다. 또한 그동안 행정종속성의 이론에 있어서 다양한 기본원칙들이 체계적으로 도출되

17) 이에 대한 자세한 내용은 Kuhlen, Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105(1993), S. 711ff 이하 참조.

18) 이러한 입법기술의 필요성에 대해서는 박기석, 전제논문, 41면 이하 참조.

19) 이에 대한 자세한 내용은 Kühl, Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht, Lackner-Festschrift, S. 827ff; Steindorf, LK, 11.Aufl.(1997), Vor §324 Rd. 24ff 참조.

었지만, 아직도 일련의 개별문제에 대해서는 견해가 대립되고 있다.

환경형법의 행정종속성의 원칙을 도입함에 있어 제시되고 있는 근거는, 형법은 환경보호의 “최후수단(ultima ratio)”으로 행정법적 조치에 대해 후순위로 편입되어 있고 환경행정법과 환경형법의 동등한 적용은 “법질서의 통일성”원리에 부합하는 것, 즉 다른 말로 행정법이 허용하는 것을 형법은 금지할 수 없다는 것에 있다고 한다²⁰⁾. 여기서 문제시되는 것은 정의의 명령은 물론 법적용의 실용성이라는 기준이라고 한다.

환경형법에 있어서 행정종속성의 인정은 행정법적 규정에 합치되어 행위한 자는 물론 허가조건부로 법적으로 행위를 금지한 경우에도 행위 당시에 존재하는 행정기관의 허가를 근거로 행한 자는 처벌할 수 없다는 것을 의미한다. 이러한 결론은 특히 허용된 행위가 집합효과 또는 누적효과로 인해 심각한 환경침해에 공동으로 작용한 경우에도 적용할 수 있을 것이다²¹⁾. 그래서 한편으로는 합법적인 환경침해행위 또는 행정기관이 허가한 환경침해행위의 정당성 문제가, 다른 한편으로는 환경인자에 대한 동일한 정도의 침해와 관련해서 형벌로써 일정한 행위를 금지하는 문제가 환경형법에 있어서 실질적인 문제라는 결론이 도출된다.

독일 환경형법의 경우 ‘권한 없이’(독일형법 제324조 제1항, 제326조 제1항 등), ‘행정법상의 의무를 침해하여’(동법 제25조 제1항 등), ‘필요한 허가 없이’(제327조 제1항 등)라는 행정종속적 표지들이 존재한다. 이러한 행정종속적 표지들은 범죄체계론상 어떠한 지위를 가지는가, 어떠한 관점에서 이해되어야 하는가의 기본적 문제가 제기된다. 행정종속성과 관련한 중심적 문제는 행정법의 실체적 규범이 중요한 것인가 아니면 실제적 해당 관청의 행정행위가 중요한 것인가 내지 행정법적 규정은 형법에 어느 정도 영향을 미치는가의 문제이다. 이러한 문제의 전면에서 제기되는 것이, 행정결정의 하자는 이러한 결정에 따라 실행한 자의 처벌에 어떠한 영향을 미치는가의 문제이다.

독일의 통설과 판례는 환경형법의 종속성은 허가조건부로 일정한 행위를 금지한 경우 엄격하게 허가결정이라는 형식적 요건에 연결된다고 하고, 이 경우 결정적인 것은 원칙적으로 행정행위의 존재와 형식적 유효성이지만, 실체적 합법성의 문제가 아니라고 한다²²⁾. 이러한 형식설이 제시하는 근거는 우선 행정기관의 결정은 수범자의 행위척도이고, 형법에 있어서도 행정종속성으로 인해 존중되어야 한다는 것이다. 또 다른 근거는 보통 판사는 행

20) 대표적으로 Steindorf, LK, Vor §324 Rd. 23. 참조

21) 이에 대한 독일의 판례로는 OLG Frankfurt JR 1988, 169.

22) 독일의 통설과 판례의 입장. 대표적으로 Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 25.Aufl., Vorbem. §324ff., Rd. 16a; Steindorf, LK, Vor §324 Rd. 31. 참조.

정기관의 결정에 대하여 적절한 내용통제를 행하는 것이 불가능할 것이라는 실용성을 언급한다²³⁾.

우리의 대부분의 환경형법은 행정법종속적 규정과 행정행위종속적 규정이 혼재되어 있다. 예컨대 수질환경보전법 제56조는 ‘제10조제1항 및 제2항의 규정에 의한 허가 또는 변경허가를 받지 아니하거나’라는 행정종속적 표지를 규정하고 있는데, 유형적으로 보면 양자의 내용을 포함하는 형식으로 보이지만, 실질적으로는 행정행위종속적 성격이 강하다고 할 수 있다. 대표적인 행정행위종속적 표지로는 ‘허가를 받지 아니하고²⁴⁾’, ‘인가를 받지 아니하고²⁵⁾’, ‘정당한 이유 없이²⁶⁾’, ‘명령을 이행하지 아니하고²⁷⁾’, ‘신고하지 아니하고²⁸⁾’ 등이 있다. 이와 달리 동법 제56조의3은 ‘제29조제1항제1호의 규정에 위반하여 특정수질유해물질 등을 누출·유출시키’는 행위를 처벌하고 있는데, 이 규정은 행정법종속적 성격을 가진다.

행정종속성의 표지와 관련한 범죄론체계상의 지위문제는 주로 행정종속적 표지에 대한 착오를 구성요건적 착오로 볼 것인가 아니면 금지의 착오로 이해할 것인가의 문제에서 실익이 있다. 특히 ‘허가’라는 행정행위종속적 표지를 중심으로 논의되고 있는데, 이 표지는 위법성에 관련한 요건이 아니고 구성요건요소로 보는 것이 타당하다는 견해에 일치되어 있다²⁹⁾. 다만 허가의 대상이라는 사실을 알지 못한 경우 구성요건적 착오로 보자는 견해³⁰⁾와 법률의 착오로 보아야 한다는 견해³¹⁾가 대립된다. 행정종속적 성격을 가진 우리의 환경형법규정들은 행정법이나 행정기관의 행정행위에 의해 형식적으로 가벌성이 결정되도록 규정되어 있기 때문에 형법 독자적인 입장에서 실질적으로 가벌성을 판단할 수 있는 여지는 거의 인정되고 있지 않다. 따라서 허가라는 개념은 구성요건적 요소로서 파악하는 것이 타당하다.

그리고 대기환경보전법 제58조 제6호의 ‘정당한 사유없이’라는 표지를 어떻게 이해할 것

23) Frisch, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht. Zum Verhältnis von Umweltstrafrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen, 1993, S. 60; Steindorf, LK, Vor §324 Rd. 33.

24) 수질환경보전법 제56조, 대기환경보전법 제55조 제1호 등

25) 자연환경보전법 제39조 제1호 등

26) 자연환경보전법 제39조 제1호, 대기환경보전법 제58조 제6호 등

27) 수질환경보전법 제56조의2 제5호 및 제7호, 폐기물관리법 제59조 제3호 등

28) 수질환경보전법 제57조 제2호, 폐기물관리법 제61조 제8호 등

29) 신동운의 5인, 환경범죄의 현황과 대책, 1990, 23면; 장영민/박기석, 전게서, 41면 이하; 박기석, 전계논문, 46면 등

30) 강동범, 허가 등의 대상인 줄 모르고 한 행위의 형법상의 취급, 형사판례연구[3], 1995, 78면.

31) 유순석, 환경보전법, 1978, 236면 이하.

인가의 문제가 제기된다. 물론 정당한 사유의 내용에 따라서 결정되겠지만, 정당한 사유가 법령에 정해져 있다면 구성요건요소로서 이해하는 것이 타당하고 그 이외의 경우 특히 행정청의 형식적 절차를 규정한 것이 아닌 경우에는 위법성요소로 파악하는 것이 타당할 것이다³²⁾.

행정종속적 표지가 범죄체계론상 어떠한 지위를 가지는가의 문제가 해결되더라도 환경형법의 행정종속성으로 인해 제기되는 중요한 문제는 앞서도 언급하였듯이, 범죄구성요건이 행정행위의 유효성에 따라 가벌성이 결정되는 경우 형법적 판단에 있어서 행정법의 실체적 규범이 중요한 것인가 아니면 행정기관의 행정행위가 중요한 것인가의 문제이다. 즉 이 경우 형법규정은 행정법 및 행정행위의 유효성에 어느 정도 종속될 것인가의 문제이다. 이러한 문제는 행정법의 원리와 형법의 원리가 다르고 행정행위의 위반이 형법상의 법익침해여부와 반드시 일치하지 않기 때문에 가벌성의 판단문제는 형법독자적으로 행해지는 것이 원칙이지만, 다른 한편으로는 행정종속성의 원리를 인정하는 한 행정법상의 적법성과 유효성을 인정하는 것이 해석의 원리상 타당하다는 상반된 결론에서 나오는 것이다³³⁾.

우리의 경우에는 절충적 입장에서 가벌성의 판단에 있어서 기본적으로는 행정법상의 유효·무효에 따르되, 소급효 또는 기망, 매수, 협박 등의 위법행위 및 권리남용에 의해 이루어진 행정행위의 효과를 형법상 정당화사유로 인정할 수 없다는 견해³⁴⁾가 지배적이다. 이 견해는 원칙적으로 형벌권발동의 요건이 되는 구성요건의 해석은 형법의 보장적 기능을 고려하여 형법독자적으로 이루어져야 하지만, 행정종속성이 인정되기 때문에 행정법적 판단도 가벌성의 중요한 기준이 된다는 점에서 출발한 것이다.

행정종속성의 문제와 관련해서는 행정행위가 행정법상 유효성과 적법성을 모두 갖춘 경우에는 의심의 여지없이 가벌성이 부정되고, 반대로 양자의 요건 모두 갖추지 못한 경우에는 가벌성이 인정된다. 그러나 문제는 행정행위가 형식적으로 유효하지만 불법한 경우와 실질적으로는 적법하지만 형식적으로 무효이거나 불성립한 경우이다. 또한 무효인 행정행위는 형법에 있어서도 고려할 필요가 없다. 이는 행정종속성의 논리적 결론이다. 물론 개별적 사례에서 어떠한 기준으로 무효를 판단해야 하는 것에 대해서는 논란이 되고 있다. 독일에서는 독자적인 형법적 판단기준을 마련하려는 시도³⁵⁾가 있었다. 그러나 이는 독일

32) 장영민/박기석, 전게서, 42면; 박기석, 전게논문, 46면.

33) 장영민/박기석, 전게서, 43면; 박기석, 전게논문, 47면.

34) 조병선, 환경형법을 계기로 새로이 전개된 형법해석학적 이론들, 청주대학교 법학논집, 1992, 314면; 장영민/박기석, 전게서, 48면; 박기석, 전게논문, 50면.

35) Rengier, Die öffentlichrechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 101(1989), S.897f.

법규정³⁶⁾이 명백히 행정법적 사고에 연결할 것을 규정하고 있기 때문에 더 이상 논의되지 않는다. 따라서 행정법적 무효개념은 환경형법에 있어서도 결정적인 기준이 된다. 그렇지만 독일법은 권리남용의 경우에만 행정행위를 무시할 것인가에 대한 독자적인 형법적 판단을 허용하고 있다.

먼저 행정행위가 유효하지만 위법한 경우 이를 근거로 행한 환경오염행위는 처벌되는가의 문제가 제기된다. 여기서도 허가되지 않았지만 허가되어질 수 있거나 허가되어야 하는, 허가가 필요한 행위의 판단이 논란되는 것이다. 독일의 통설과 판례³⁷⁾는 여기서 필요한 허가가 통보되지 않았기 때문에 처벌되어야 한다고 한다. 이는 행정법과 일치되는 것이다. 이러한 행정법적 사고는 행정행위의 적법성보다 유효성을 가별성의 기준으로 삼음으로써 위법한 행정행위도 권한 있는 기관에 의해 취소될 때까지 통용력을 인정해서 법체계의 통일성을 기할 수 있는 장점은 있다.

그러면 당사자의 이익으로, 형법은 달리 판단할 수 있고 그 행위가 행정법에 형식적으로 위반하였음에도 불구하고 실질적으로 형법상의 위법성을 부정할 수 있는 가능성은 없을까? 독일의 통설과 달리 기본적으로는 행정법상의 유·무효와 형법상의 가별성 여부를 일치시키고, 유효하지만 권리남용에 해당하는 행위는 처벌하되, 적법성 심사를 형법의 독자적 입장에서 결정하는 것이 타당하다고 보는 견해³⁸⁾가 있다. 그 이유는 당사자가 허가를 편취하거나 범죄행위 당시 허가의 위법성을 알았을 경우에는 환경침해행위의 고의가 존재한 것으로 볼 수 있기 때문이라고 한다.

우리의 행정법 문헌에 있어서도 위법한 행정행위가 취소되지 않아 효력이 있음으로 인하여 범죄가 성립하는 경우에는 형사법원이 행정행위의 하자를 심사하여 행정행위의 효력을 부인하는 것은 인정될 수 없다는 것이 행정법학자의 다수의 견해이다. 이에 대하여 형사법원은 범죄구성요건의 심사의 일환으로 행정행위의 적법여부를 심판할 수 있다고 보아야 한다는 견해³⁹⁾가 있다. 이 견해는 위법한 행정기관의 명령에 따르지 않았다고 하여 처벌하는 것은 행정편의주의에 치우친 것이며 인권보장의 관점에서 타당하지 않다고 한다.

이러한 문제와 관련하여 대법원은 연령미달의 결격자인 피고인이 소외인(자신의 형)의 이름으로 운전면허시험을 응시하여 합격함으로써 교부받은 운전면허를 가지고 운전한 것에 대하여 무면허운전으로 기소한 사건에서 당해 운전면허는 무효가 아니고 취소할 수 있

36) §330 d Nr.4 StGB

37) BGHSt. 23, 86; BGH NJW 1982, 189; BGH NStZ 1990, 123; BVerfG NJW 1990, 37.

38) 장영민/박기석, 전게서, 49면.

39) 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2002, 107면.

는 행위에 불과하므로 무면허운전행위에 해당하지 않는다고 판시하였다⁴⁰⁾. 그렇지만 유죄(무면허영업으로 인한 죄)의 판결이 선고되기 전에 그 행정행위(면허취소처분)가 하자 있는 행정행위로서 취소되었다면 그 행정행위는 처분시에 소급하여 효력을 잃게 되므로 범죄가 성립하지 않는다고 보았다⁴¹⁾.

이 문제는 환경형법의 행정종속성의 인정으로 법체계의 통일성과 형법의 독자적 판단의 필요성이 대립되는 문제이다. 그러나 환경형법은 단지 환경부담의 적절한 양을 초과하는 것을 방지하려는 겸양적 목적을 추구한다. 이러한 제한적 목표는 상징적으로만 추구되는 것이 아니라 진지하게 추구될 수 있을 것이다. 따라서 환경형법에 의한 형벌권의 발동에 있어서는 환경보호를 위한 단순한 환경행정의 원활성 보다는 인권보장적 관점이 고려되어야 할 것이다.

IV. 결 론

환경침해행위는 온전한 인간의 삶의 토대인 대기, 물 및 토양에 중요한 의미를 부여한다. 그래서 환경형법과 그 이론은 인간의 삶의 토대로서의 환경을 하나의 보호법익으로 고려하고 있다. 물론 아직 이 법익에 대한 절대적 보호는 고려하고 있지 않다. 환경범죄의 보호법익의 문제에 있어서는 크게 인간중심적 관점과 생태학적 관점에서 접근하는 견해의 대립으로 이해할 수 있다.

다수의 견해는 환경재를 환경범죄의 보호법익으로 파악할 필요성을 인정하면서 다만 인간의 생명 또는 건강과 관련이 있는 범위 내로 제한하는 절충적 입장이다. 즉 인간의 삶과 분리된 환경재는 형법의 보호법익이 될 수 없고 인간의 생명·신체와 관련된 범위 내에서 보호법익이 될 수 있다는 것이다.

오늘날의 환경오염 내지 환경침해라는 새로운 위험사회의 현상은 개인적 법익의 보호를 위한 침해범 내지 위험범이라는 범죄구성요건만으로는 충분히 대처할 수 없을 것이다. 개인의 생명과 건강에 대한 침해 내지 위험이 발생하기 이전에 인간의 삶의 토대로서의 환경을 보호할 필요성이 있고, 환경을 새로이 보호되어야 할 법익으로서 전면에 위치시키는 것이 요구된다. 따라서 환경형법은 생태학적 법익의 보호도 그 목적에 포함되어야 한다.

40) 대판 1982. 6. 8, 80도2646

41) 대판 1991. 5. 14, 91도627

환경범죄의 보호법익으로서의 환경재의 독자성을 인정하는 것이 환경재의 인간관련성을 부정하는 것은 아니다. 여기서의 환경은 인간의 자연적 삶의 토대이고 국가와 국민에 의해 보호되어야 할 대상을 의미하고, 환경법익은 생태학적 관점에서 그 자체의 보호를 목적으로 하는 것이 아니라, 인간관련성을 가지는 것이다. 이러한 입장은 현행법적으로 배치되는 주장이 아니다.

오늘날의 환경오염은 산업사회와 필연적으로 관련이 있고, 이는 허용되는 환경부담행위와 허용되지 않는 환경오염행위 사이의 구별을 요구하게 된다. 그러나 이러한 구별문제는 매우 복잡하고 다양한 이해관계로 인해 쉬운 것이 아니다. 그래서 우리 환경형법에서도 행정중속성을 인정하고 있다. 환경형법의 행정중속성은 에 있어서 허가조건부로 일정한 행위를 금지한 경우 엄격하게 허가라는 형식적 요건에 연결되어야 한다는 것이다. 그러나 이러한 행정중속성은 다양한 문제를 제기하는데, 환경형법은 단지 환경부담의 적절한 양을 초과하는 것을 방지하려는 겸양적이고 제한적인 목적을 추구한다는 점에서 환경형법에 의한 형벌권의 발동에 있어서는 환경보호를 위한 단순한 환경행정의 원활성 보다는 인권보장적 관점이 좀더 고려되어야 할 것이다.

주제어 : 환경형법, 환경범죄, 환경법익, 환경재, 행정중속성

【참 고 문 헌】

〈국내문헌〉

- 강동범, 허가 등의 대상인 줄 모르고 한 행위의 형법상의 취급, 형사판례연구[3], 박영사, 1995
- 김익기/김성언, 한국환경오염 및 환경범죄의 실태와 대책, 한국형사정책연구원, 1993
- 박광섭, 환경침해행위의 형법적 성격과 그 규제에 관한 소고, 형사법학의 제문제, 권문택교수화갑기념논문집, 1983
- 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2002
- 박기석, 환경범죄의 효율적 대처방안에 관한 연구, 한양대 박사학위논문, 1996
- 신동운, 환경범죄의 효율적 대처방안, 형사정책연구, 제2호, 1990
- 신동운외 5인, 환경범죄의 현황과 대책, 한국형사정책연구원, 1990
- 심재무, 환경형법에 있어서 보호법익 - 독일형법 제324조를 중심으로 -, 1995년도 추계학술회의 발표논문, 1995,
- 오영근/이경제, 현행 환경범죄 처벌법규의 문제점과 대책, 한국형사정책연구원, 1993
- 유순석, 환경보전법, 법문사, 1978
- 이경호, 환경범죄에 있어서의 보호법익과 책임주체, 차용석화갑기념논문집, 1994
- 이형국/박상기, 환경범죄와 형법의 역할, 형사법연구 제3집, 1990
- 장영민/박기석, 환경범죄의 이론적 문제점에 대한 연구, 한국형사정책연구원, 1996
- 정동기, 환경오염의 형사법적 규제와 입법론, 검사세미나 연수자료집(XI), 1992
- 조병선, 환경형법을 계기로 새로이 전개된 형법해석학적 이론들, 청주대학교 법학논집, 1992; 형법개정과 환경범죄, 형사정책연구, 1992 여름호

〈외국문헌〉

- Frisch, Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht. Zum Verhältnis von Umweltstrafrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen, Karlsruhe, Heidelberg 1993

- Heine, Zur Rolle des strafrechtlichen Umweltschutzes, ZStW 101, 1989
- Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5.Aufl., Dunker & Humblot, Berlin 1996
- Kloepfer-Vierhaus, Umweltstrafrecht, Verlag C. H. Beck, München 1995
- Kühl, Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht, Lackner-Festschrift, Berlin-New York 1987
- Kuhlen, Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105, 1993
- Papier, Zur Disharmonie zwischen verwaltungs- und strafrechtlichen Bewertungsmaßstäben im Gewässerstrafrecht, NuR 1986
- Rengier, Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht, NJW 1990 ; Die öffentlichrechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 101(1989)
- Schönke/Schröder/Cramer, StGB Kommentar, 25.Aufl., Verlag C. H. Beck, München 1997
- Steindorf, StGB Leipziger Kommentar, 11.Aufl., Walter de Gruyter, 1997

【Zusammenfassung】

Rechtsgüter und Verwaltungsakzessorietät im Umweltstrafrecht

Chang, Han Chul

Umweltbeeinträchtigungen verleihen der langfristigen Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen – Luft, Boden und Gewässer – eine gesteigerte Bedeutung. Umweltstrafrecht und seine Dogmatik tragen dem dadurch Rechnung, daß die natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen auch als eigenständige Schutzobjekte im Umweltstrafrecht anerkannt werden. Diese ökologischen Rechtsgüter lassen sich aus individuellen Interessen herleiten und insofern unproblematisch.

Das Umweltstrafrecht bezweckt keinen absoluten Schutz ökologischer Rechtsgüter. Es versucht nur, einer Überschreitung des zugelassenen Grades von Umweltbeeinträchtigung entgegenzuwirken, der im wesentlichen von der Umweltgesetzgebung und -verwaltung festgelegt wird. Bei dieser Festlegung fällt die maßgebliche Entscheidung darüber, wie ernst der Schutz der ökologischen Rechtsgüter wirklich genommen wird. An dieser Entscheidung ist das Umweltstrafrecht durch seine Verwaltungsakzessorietät gebunden. Das führt einerseits zu erheblichen Legitimationsprobleme.