

# 刑法을 통한 國際的 環境保護의 可能性： 國際環境刑法의 출현?

조 병 선\*

## 목차

- |                                    |   |
|------------------------------------|---|
| I. 서론                              | 4. 국내적 형사입법의 超國家化<br>(Transnationalization) |
| II. 국제환경조약의 벌칙                     | IV. 超國家的 環境刑法                               |
| 1. 國際的 環境危害行爲의 犯罪化의 근거             | 1. 超國家的 環境刑法은 존재하는가?                        |
| 2. 벌칙의 유형 및 특징                     | 2. 地域的 環境協力을 통한 刑事訴追：<br>국가별 상이한 기준?        |
| III. 국제환경조약의 벌칙과 國內的 履行            | 3. 국제환경범죄를 國際法的으로 承認<br>하고 法典化하려는 노력들       |
| 1. 批准節次                            | IV. 결론                                      |
| 2. 國內刑事立法에서의 조약의 지위                |   |
| 3. 國內刑事立法에서의 調和<br>(Harmonization) |   |

## I. 서론

현대국제사회에서 개별국가들의 국경을 넘는 광역환경오염이 증대하고 있을 뿐만 아니라 한 지역에 국한된 개별적인 환경오염도 지구환경에 커다란 영향을 미친다는 것이 밝혀 졌지만, 종래부터 領土高權에 기한 국제법

\* 청주대학교 법과대학 교수

이 논문은 1999년 10월 16일 한국환경법학회에서 발표된 원고를 수정하여 정리한 것으로, 1999년 10월 30일까지의 자료를 참조하였다. 논점 중 일부분은 1999년 10월 4일-7일 일박인 소재 캘리포니아 주립대학(University of California Irvine)에서 개최된 심포지움 "국제환경법의 제3세대(The Third Generation of International Environmental Law)"에서 행한 필자의 발표문 "국제환경조약의 벌칙 및 국제환경형법(Penal Provisions in International Environmental Conventions and International Environmental Criminal Law)"에서도 발췌하였다. 이 논문에 많은 조언을 준 UC Irvine의 디멘토교수(Joseph F. DiMento)에게 감사를 드린다.

상의 한계 때문에 이러한 환경오염행위를 형벌을 통하여 규제하고자 하는 국제법이나 국내법은 발전되기 어려웠다. 그러나 이러한 어려움을 극복하고자 하는 시도는 종래부터 최근에 이르기까지 이미 국제적 차원, 지역적 차원이나 국내적 차원에서 이미 시도된 바가 있다. 이 논문은 이러한 시도를 다각적으로 분석하고 검토하여 국제환경형벌의 가능성을 제시하고자 한다.

이 논문은 “국제환경형벌은 출현하였는가?” 라는 질문으로부터 시작하여 마지막에 그 답을 구하는 구조를 갖는다. 현재 국제환경법의 실체에 대하여는 의심의 여지가 없이 그 실체가 인정되고 있지만, 국제환경형벌은 비교적 그러하지 못하다. 따라서 가장 중요한 핵심은 국제환경형벌은 과연 존재하는지 그 실체를 밝히는 것이다. 다시 말해서 강제집행력이 약한 국제환경법의 영역에서 과연 형벌의 수단을 통한 국제적 환경보호라는 형태가 존재하고 있는지, 또는 앞으로 존재하게 될 것인지를 밝히는 것이다.

지금까지 국제환경법에서 논의되어온 형벌의 역할은 세 가지 측면으로 요약된다. 즉 첫째, 국제환경법, 특히 조약법에 도입된 벌칙조항으로서의 역할과 둘째, 조약을 국내법으로 입법할 경우 각국의 국내환경형벌을 표준화하여 환경범죄의 처벌범위를 고르게 유지하려는 시도, 셋째, 超國家的인 環境刑事司法制度의 확립의 세 가지를 꼽을 수 있다. 이 중에서 지금까지 가장 뚜렷하게 부각된 측면은 첫째의 측면이다. 즉 국제환경조약이 국내법으로서의 효력을 갖게 됨으로써 국제환경조약상의 환경범죄가 국내법으로 국내법원을 통해 처벌되는 측면이다. 이 때 국제환경조약에는 대개 추상적인 행위 유형만이 규정되는 것이 보통이므로, 조약의 국내적 입법과정에서는 각국의 형사사법제도에 따라 처벌의 범위와 처벌의 강도는 어느 정도 차이를 보이게 된다. 그러므로 가벌적 환경오염행위의 표준화(standardization)작업이 매우 중요하다. 또한 각국은 자국의 국경을 넘는 광역환경오염에 대하여 그에 대한 국제환경조약이 체결되지 않거나 국제적 규율이 자국에 타당하지

않다고 판단되는 경우 환경형법의 영토적 적용범위를 확장하기도 한다. 이러한 국내법의 국제화(internationalization)의 경향은 국제환경조약, 그 조약의 국내적 입법, 그 조약과는 별개의 국내환경법의 입법 등에도 커다란 영향을 미치고 있다. 그 영향은 개별국가를 넘는 초국가화(transnationalization)의 형태로 나타나기도 한다. 이 논문은 국제환경형법의 실체를 이와 같은 국제화, 표준화, 초국가화의 관점에서 검토하고 판단을 내리게 된다. 이 때 검토되는 국제환경형법은 국제환경법의 한 분야로서 국제법, 환경법, 형법이 교차하는 분야이므로, 법과 정책의 특성이 강한 환경법, 국내법과 비교할 때 상당히 軟性法의 성격이 강한 국제법, 범죄요소의 입증이 엄격한 형법의 특성이 혼재되어 나타난다. 그리고 국제환경형법은 국제적인 적용이 가능해야 하므로, 그 형법이론은 초국가적인 보편적 이론으로서 대륙법계나 영미법계의 한 쪽에 한정되지 않아야 하며, 양쪽의 공통적인 요소를 추출하거나 양 쪽에 모두 수용될 수 있는 보편적인 이론의 형태를 갖추어야 한다.

이상과 같이 전개될 논문의 구성은 다음과 같다 : 질문으로 시작한 서론의 문제의 제기에 이어서, 이하 2장에서는 국제환경조약의 벌칙을 검토하고, 이하 3장에서는 조약의 국내법적 입법에서의 표준화와 국제화의 문제를 다룬다. 4장부터는 초국가적 차원에서 핵심적인 국제환경범죄를 처벌하는 국제집행기구 내지 국제적 형사사법제도의 확립을 위한 기존의 시도들과 그 가능성을 검토한다. 마지막으로 5장에서는 서론의 질문에 대한 명확한 답변과 함께 장래의 발전방향을 제시하면서 결론을 내리게 된다.

## II. 국제환경조약의 벌칙

### 1. 國際的 環境危害行爲의 犯罪化의 근거

국제환경조약에 벌칙을 두어 특정의 환경위해행위를 범죄행위를 규정하는 이유는 국내적 차원 뿐만 아니라 국제적 차원에서 반드시 보호해야 할

필요가 있는 환경에 대한 危害行爲를 저지시키기 위한 것이다. 특히 국제적으로 공유하는 환경의 경우 領土高權의 한계를 갖는 국제법질서 때문에 누구의 것도 아닌 것으로 되어 오히려 국내법보다도 더 보호를 받지 못하기 쉽다. “지구 전체를 위한 生命支援體系”<sup>1)</sup>나 동식물계가 이러한 “共有效果”로 인하여 오히려 사라질 위기에 처하게 된다. 특히 (a) 국내법의 효력이 미치지 못하고, (b) 어떠한 국제기구의 보호도 받지 못하는 경우의 환경이 문제가 된다.<sup>2)</sup> 또한 국제환경법은 근본적으로 국제구조(interstate system) 속에서만 기능을 수행하는데 반하여, 아직 범죄적 환경오염행위는 이러한 국제구조 속에 편입되지 않은 채 “國家對 國家”라는 개별적 형태로 그 영향과 효과를 미치게 되므로, 범죄적 환경오염행위에 대한 규제를 국제관계(inter-state relations)에 근거한 국제환경법을 통해 기대한다는 것은 거의 어렵다고 봐야 한다. 여기서 국제환경형법의 필요성이 제기된다.

그런데 국제적 환경문제를 해결하는 수단으로 왜 다른 규제수단 대신에 형법의 투입이 필요한 것인지 검토해야 할 것이다. 형법의 투입은 국내법에서나 국제법에서나 형법 내지 형벌의 목적과 관련하여 다소 법철학적으로 논의되지만, 그 논의는 지나치게 형법이론적이고 광범위하므로 여기서는 국제환경문제에 대한 투입책의 하나로서의 효과에 대하여 대략의 윤곽만 제시하면 세 가지 정도의 기준이 제시된다. 첫째는 민법이나 행정법의 규율과 비교하여 형법의 투입의 필요성을 정하는 기준이다.<sup>3)</sup> 둘째는 사회

1) 이 용어는 1982년의 세계자연현장에서 사용된 후 일반화되었다. “World Charter for Nature” United Nations General Assembly Resolution 7 (XXXVII) 28 October 1982.

2) S.C. McCaffrey, *Crimes Against the Environment*, in 1 International Criminal Law(M.C. Bassiouni ed. 1986), 541. 참조

3) 예컨대 Council of Europe, *The Contribution of Criminal Law to the Protection of the Environment* 14 (1978); J. DiMento, *Environmental Law and American Business, Dilemmas of Compliance* (1986). DiMento 교수는 환경법상 법의 遵守(compliance)를 정의하고 왜 非遵守(non-compliance)가 일어나는지를 설명한다. 그리고 형법, 민법, 행정법상의 제재수단 및 경제적 유인책, 협상 등의 법의 준수를 위한 수단을 비교하고, 행위의 특성별로 적절한 준수수단을 혼합적으로 적용하는 정책적 대안을 제시하고 있다.

가 형법을 통해 특정행위를 조건없이 금지시키고 그 규범적 의미를 명확히 하기 위하여 형법을 투입하게 된다는 기준이다.<sup>4)</sup> 셋째는 범죄와 형벌의 경제학적 분석을 통하여 효율적일 경우 형법이 투입된다는 기준인데, 대표적인 예는 게리 베이커의 최적형벌모델(optional penalty model)이다.<sup>5)</sup> 어느 기준을 취하던 간에, 특정행위에 대한 벌칙이 효과적으로 집행되기만 한다면, 일반적으로 그 행위의 비용은 증대될 것이고, 다른 수단이 집행될 경우 무시될 수도 있는 법규가 형법을 통해 잘 준수될 수 있다. 입법정책적으로 사실상 이러한 관점에서 다수의 국가들이 환경보호에 형법이라는 수단을 투입하고 있으며, 나아가 환경형법의 적용범위를 자국의 領土外까지 확장시키는 경향도 확대되고 있다.<sup>6)</sup>

이와 같이 형법의 투입에 보다 적극적인 최근의 경향이 국제환경형법의 태동에 커다란 일조를 하게 된다. 왜냐하면 국제환경형법은 결국 그 존재 근거가 “共有의 價値(shared values)”에 있기 때문이다. 즉 다수의 국가들이 입법을 통해 보여준 환경위해행위를 범죄행위로 간주한다는 가치의 전환은 국제적으로는 국내법 적용 밖에 있는 “共有環境”을 방지해서는 안된

4) 예컨대 K.G. Dau-Schmidt, *An Economic Analysis of the Criminal Law As a Preference-Shaping Policy*, 1990 Duke L. J. 1, 26-27. 그는 정의와 배분의 관점을 무시한 순수 법경제이론을 비판하고 인간의 선호형성과정을 제시하면서, 이 때 오히려 법경제학에서 말하는 외부효과(externalities)가 없어진다고 한다(*id.*, at 14-15). 그는 형법을 부과함으로써 비용을 상승시켜 인간의 선호형성을 유도할 수 있다는 입장이다(*id.*, at 16). 요약컨대, 그는 형법이 사회의 외부효과를 회피하도록 하는데 가장 효과적인 설득수단이 될 수 있다고 강조한다(*id.*, at 38).

5) G.S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. Pol. Econ. 169(1968). 그는 범죄자는 경제적으로 타산적이라는 사실을 전제로 하여 범죄로 얻는 이익과 체포될 가능성과의 比較衡量을 시도한다고 하였다. 그 후 많은 학자들이 그의 이러한 기본적 가설을 형법의 경제적 분석에 사용하였다. 범죄경제학의 이론에 대하여 대표적으로 R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* 207-09(3<sup>rd</sup> ed. 1986) ; R.A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 Colum. L. Rev. 1193 (1965). 참조

6) G. Heine & V. Meinberg, *Environmental Criminal Law in Europe* in *Crime and Criminal Policy in Europe*, in *Crime and Criminal Policy in Europe*(G. Kaiser & H.-J. Albrecht eds., 1990), at 4 ; Preparatory Colloquium Section I : *Crimes Against the Environment General Part*, in 65 *International Review of Penal Law* 633-1208(1994) ; *Environmental Protection Potentials and Limits of Criminal Justice*(G. Heine, M. Prabhu & A.A. de Frate eds., 1997). 참조

7) 이에 관하여 상세히는 후술하는 제3장의 4. 참조

다는 공감대를 형성시켰기 때문이다. 이러한 가치의 전환은 국제환경법의 존재적 근거에 대한 이론에도 상당한 파급효과를 가져오게 되었다. 우리가 특정한 환경오염행위를 국제적 차원에서 범죄로 간주한다는 가치의 전환은, 국제법에서의 생태적 접근(Ecological Approach to International Law) 내지 인권으로서의 環境權(Ecological Human Rights)의 논의에 새로운 활력을 불어넣을 수 있기 때문이다.<sup>8)</sup>

## 2. 벌칙의 유형 및 특징

역사적으로 볼 때, 원래 국제환경조약에 체결국의 刑事立法義務가 도입된 것은 公海에 대한 오염의 규제로부터 시작되었지만, 국경을 넘는 越境環境汚染, 오존층의 파괴, 地球溫暖化, 산성비, 생물다양성의 상실 등의 地球次元의 환경문제의 대두로 형사입법의 영역이 확대되게 된다.<sup>9)</sup> 이제 체결국의 형사입법을 통한 지구차원의 환경문제에 대한 대처는 국제법에서 중요한 문제해결방법의 하나로 인정되게 되었다. 다수의 국제환경조약은 체결국의 형사입법의무를 다양하게 제시하고 있는데, 조약에 도입된 벌칙의 유형을 다음과 같이 분류해 볼 수 있다.

첫째 유형은 “이 조약의 집행을 확보하기 위한 적절한 수단을 취하고, 조약에 대한 위반행위에 대하여 처벌하여야 한다(appropriate measures to ensure the application of the [agreement in question] and the punishment of infractions against [those] provisions)”는 조문을 삽입하는 것이다. 대표적인 사례는 유해폐기물의 불법적인 거래를 범죄라고 선언한 바젤조약(Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes)이다. 바젤조약은 “모든 체결국은 불법적 거래를 예방

8) 이러한 지적은 P.E. Taylor, *From Environmental to Ecological Human Rights : A New Dynamic in International Law?*, 10 *Georgetown Int'l L. Rev.* 309(1998)

9) 이에 관하여 상세히는 조병선, *국제환경법*(1996), 31 이하 참조

하고 처벌할 적절한 국내입법을 해야 한다(Each party shall introduce appropriate national domestic legislation to prevent and punish illegal traffic)."라고 선언하고 있다. 이러한 형태와 매우 유사하게 규정된 형태의 조약이 바로 첫째 유형에 속한다.<sup>10)</sup> 이 유형은 형사입법에 관하여 채약국에게 넓은 포괄적 재량권을 부여하고 있다. 다시 말해서 채약국이 재량껏 조약의 위반행위를 특정하고, 그에 대한 예방이 가능한 정도의 적절한 형벌을 부과할 의무를 제시하여 형벌의 범위나 종류에 대하여도 광범위한 재량을 부여하고 있다.

둘째 유형은 "특정조문에 대한 적절한 형벌을 부과하여 그 법률을 확실하게 집행하는데 필수적인 입법을 해야 한다("enact and enforce such legislation as may be necessary to make effective the provisions [of the agreement] with appropriate penalties for violation thereof)"<sup>11)</sup>라는 유

10) The Convention for the Regulating of Whaling, done at Geneva, 24 Sept. 1931, 155 L.N.T.S. 349, 3 Bevans 26, T.S. No. 880(entered into force 16. Jan 1935), art. 1 ; International Agreement for the Regulation of Whaling, done at London, 8 June 1937, 190 L.N.T.S. 79, 32 U.N.T.S. 404, 52 Stat. 1460, T.S. No. 933(entered into force provisionally 1 July 1937, definitively 7 May 1938), art. 1 and 3(this agreement was effectively replaced by the following agreement) : The 1946 International Agreement for the Regulation of Whaling, done at Washington, 2 Dec. 1946, 161 U.N.T.S. 72, T.I.A.S. 1849, 62 Stat.(2) 1716, 4 Bevans 248(entered into 10 Nov. 1948), art. 9 ; The Convention for the Regulation of the Meshes of Fishing Nets and Size Limits of Fish, done 5 April 1946, 231 U.N.T.S. 199(entered into force 5 April 1953) art. 11 ; The Convention for the Prevention of Marine Pollution by Dumping from Ships and Aircraft, done at Oslo, 15 Feb. 1972, U.K.T.S. 119(1975), reprinted in 11 I.L.M. 262, 2 International Protection of Environment(B. Rster, B. Simma & M. Bock comp. & ed. 1979) [hereafter cited as Rster & Simma] at 530, art. 15(3) ; The Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping Wastes and Other Matter, done at Washington, London, Mexico City and Moscow, 29 Dec. 1972(entered into force for the United States 30 Aug. 1975), 26 U.S.T. 2403, T.I.A.S. No. 8165, art. 4 and 7 ; The Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna, with Appendices, done at Washington, 3 Mar. 1973, 993 U.N.T.S. 243, 27 U.S.T. 1067, T.I.A.S. No. 8243(entered into force 1 July 1975), art. 8 ; The Convention for the Prevention of Marine Pollution from Land-Based Source, done at Paris, 4 Jun. 1974, U.K.T.S. 64(1978), reprinted in 13 I.L.M. 352, art. 12.

11) The Convention for the Preservation of Fur Seals in the North Pacific, done at Washington, 7 July 1911, 5 Martens Nouveau Recueil 3d 720, 37 Stat. 1542, T.S. 564(entered into force 15 Dec. 1911), art. 1 and 6 ; The Convention Relative to the Preservation of Fauna and Flora in Their Natural State, done at London, 8 Nov. 1933, 172 L.N.T.S. 241(entered into force 14 Jan. 1936), art. 9(2) ; The

형이다. 이 유형은 첫째 유형과 비슷하지만, 처벌한다는 내용이 들어가지 않고, 단지 “적절한 형벌”을 언급할 뿐이다. 법의 집행에 필수적인 입법이 라고 하여, 법의 집행에 필요한 여러 가지의 제재수단을 확실히 투입할 것을 강조한다. 따라서 체약국은 법의 집행을 확실하게 담보할 수 있는 수단을 강구하고, 그 수단의 하나로 형벌을 사용해야 한다는 것으로 이해된다. “형벌”에 대한 이해에 따라 투입되는 형사적 제재수단이 순수형사벌이 아닌 질서벌이 투입될 수도 있는 것으로 해석될 수 있다. 또한 첫째 유형과 달리 범죄로 해야 할 조문을 “特定”하여 체약국의 재량권을 제한하는 특징이 있다.

셋째 유형은 “船籍國에서 적용되는 법률에 범죄로 규정되어야 한다(shall be an offence punishable under the law of the territory in which the ship is registered)”<sup>12)</sup> 또는 “체약국의 국내법에 범죄로 규정되어야 한다(shall be made a punishable offense by each State Party under its national law)”<sup>13)</sup> 라는 형태의 벌칙이다. 첫째 유형과 유사하게 어떤 위반행위의 내용과 투입할 형벌의 종류를 모두 체약국의 재량에 맡기는 유형이다. 그러나 이 유형은 그 문언상 형벌의 측면 내지 처벌되는 측면 보다 “범죄”의 측면을 강조하고 있으므로, 첫째 유형과 달리 법률상 명확하게 “범죄행위”가 제시될 것이 요구된다고 이해된다. 즉 법률이나 법령의 어느 조문에 대한 위반행위가 형사적 제재수단에 처해지는 것이 아니라, 법률에 명확히 기술된 형태의 범죄행위가 삽입되어야 하고, 이것이 범죄행위임이 분명하도록 처벌됨으로써, 형법의 예방적/교육적 효과를 강조하는 유형이다.

---

Convention on Natural Protection and Wildlife Preservation in the Western Hemisphere, done at the Pan American Union, Washington, 12 Oct. 1940, 161 U.N.T.S. 193, 56 Stat. 1354, T.S. No. 981(entered into force 30 April 1942), art. 5, 7 and 9.

12) The International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil, done at London, 12 May 1954, 327 U.N.T.S. 3, 12 U.S.T. 2989, T.I.A.S. No. 4900(entered into force 26 July 1958), art. 3 and 6.

13) The Convention on the Physical Protection of Nuclear Materials, done at New York, Vienna, March 3, 1980, art. 7, 8, 9, 10, 11, 12, and 13.



넷째 유형은 “조약을 확실하게 집행하기 위한 입법 및 기타 조치를 도입하여야 한다(shall enact and enforce such legislation and other measures as may be necessary for the purpose of giving effect to [the] agreement)”라는 형태의 의무조항이다. 이 유형에는 위에서 본 유형들과는 달리 범죄나 형벌이 명시적으로 적시되지 않았지만, 이러한 형태의 벌칙은 형벌을 포함한 모든 제재수단의 도입을 효율적으로 집행하도록 하는 의무를 두는 것으로 이해되므로, 형벌도 포함된다고 본다. 다만 체결국이 형벌을 투입할지의 여부에 대한 재량을 갖는다고 봐야 한다. 벌칙유형 중에는 가장 광범위한 재량을 체결국에 부여하는 유형이다. 이러한 재량권으로 인하여 국제환경조약에서 가장 선호되는 벌칙유형이 되고 있다. 이 유형은 현재 약 15개의 다국조약과 기타 다수의 양국조약에 채택되어 있다.<sup>14)</sup>

그 외에도 다섯째 유형은 벌칙의 억지효과(deterrentfunction)를 특별히 강조하여 “이 조약에서 규정한 형벌은 이 조약을 위반하지 못하도록 그 강도에 있어서 충분히 강력해야 한다(the penalties specified under the law of a party shall be adequate in severity to discourage violations of the present Convention)”고 명시하기도 한다. 대표적인 사례로 유엔해양법조약(United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS))<sup>15)</sup>

14) The Agreement for the Conservation of Polar Bears, done at Oslo, 15 Nov. 1973, 27 U.S.T. 3918, T.I.A.S. No. 8409(entered into force 26 May 1976), art. 6(1) ; The Interim Convention on Conservation of North Pacific Fur Seals, done at Washington, 9 Feb. 1957, 314 U.N.T.S. 105, 8 U.S.T. 2283, T.I.A.S. No. 3948(entered into force 14 Oct. 1958), art. 6(3) : “the authorities of the Party to which [a] person or vessel [suspected of offending against the prohibition of pelagic sealing as contained in Article III ] belongs alone shall have jurisdiction to try any case arising under Article III and this Article and to impose penalties in connection therewith.” ; The U.N. Convention on the Law of the Sea of 1982, done at Montego Bay 10 Dec. 1982, U.N. Doc. A/CONF.62/122 and Corrs. 3 and 8(7 Oct. 1982), reprinted in 21 I.L.M. 1261(1982), Art. 218(1) provides that a port state “may undertake investigations and, where the evidence so warrants, institute proceedings in respect of any discharge from that vessel outside [its jurisdiction].” The Convention goes on to provide in article 219 that states which have ascertained that a vessel “threatens damage to the marine environment shall, as far as practicable, take administrative measures to prevent the vessel from sailing”

을 들 수 있다. 동조약은 “선적국의 법령에 규정된 형벌은 그 위반행위가 어디에서건 일어나지 않도록 그 강도가 충분해야 한다(Penalties provided for by the laws and regulations of States for vessels flying their flag shall be adequate in severity to discourage violations wherever they occur)”라고 하고 있다. 바마코조약(Bamako Convention on the Ban of the Import into Africa and the Control of Transboundary Movements and Management of Hazardous Waste within Africa)<sup>16)</sup>역시 “체약국은 그러한 불법수입을 계획, 실행, 원조한 자를 모두 처벌하는 적절한 국내적 입법을 해야 한다. 형벌은 그 행위를 저지하고 처벌하는데 충분히 높아야 한다(Each state shall introduce appropriate national legislation for imposing criminal penalties on all persons who have planned, carried out, or assisted in such illegal imports. Such penalties shall be sufficiently high to punish and deter such conduct.)”고 선언하고 있다. 이 유형은 체약국의 재량으로 인하여 경미한 형벌이 도입되어 조약의 실효성이 저하되는 것을 우려하여 처벌강도에 대한 특별한 언급을 조문에 삽입한 것이다.

이상과 같은 다섯 유형의 벌칙 이외에도 국제환경조약에는 특별한 형태의 벌칙을 발견된다. 이 유형은 이른바 “團束條項(policing provisions)”이라고 지칭되는데, 조약의 집행을 위해서 즉각적인 조치를 취할 수 있는 권한을 부여하는 조항을 의미한다. 이 유형은 일찍이 1911년의 바다표범모피보호조약(Convention for the Preservation of Fur Seals in the North Pacific) 제1조에서 위반행위자는 그 위반행위가 일어난 나라의 담당기관에 의해 체포될 수 있다고 규정한 것이 그 효시이다. 동조약 제7조는 체약

15) United Nations Convention on the Law of the Sea, opened for signature Dec. 10, 1982, U.N. Doc. A/CONF.62/L2(1982), reprinted in 21 I.L.M. 1261(1982); The Law of the Sea, U.N. Sales No. E. 83. V.5(1983) (entered into force Nov. 16 1994), art. 217 (8).

16) The Bamako Convention on the Ban of the Import into Africa and the Control of Transboundary Movements and Management of Hazardous Waste within Africa, done at Bamako, Mali, January 29, 1991, art. 9 (2).

국에게 바다표범의 무리가 왕래하는 지역을 순찰할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 유사한 형태로 1937년의 국제포경조약(International Agreement for the Regulation Whaling)은 제1조에서 체약국은 그 영해나 영토에서는 모든 선박을 적어도 검사할 권한을 갖는다고 선언하고 있다. 1957의 바다표범조약(Interim Convention on Conservation of North Pacific Fur Seals of 1957)은 한 걸음 더 진전하여, 위반행위가 있다고 합리적인 의심을 할 수 있을 경우에는, 권한을 갖은 체약국의 공무원은 체약국의 영해에 있는 어떤 선박에 대해서도 승선하여 수색할 권한을 갖으며, 그 위반행위에 관여했다는 합리적인 의심을 받을 만한 승무원은 모두 체포할 수 있다고 하고 있다. 또 다른 형태의 단속조항도 발견되는데, 이른바 “자발적 團束條項(self-policing provision)”이다. 이 조항은 예컨대 1978년의 미국과 캐나다간의 大湖水質條約(Agreement between Canada and the United States on Great Lake Water Quality)에서 볼 수 있다. 즉 먼저 스스로 신고하는 의무를 두고, 이를 위반할 경우를 기다려 처벌하는 것이다.<sup>17)</sup>

이상과 같이 다섯 유형의 처벌의무조항과 두 유형의 단속조항이 다수의 국제환경형법에 도입되어 있다. 그러나, 이러한 처벌조항이 바로 형사소추의 法源(source of law)이 되는 것이 아니라, 형사소추를 해야 할 義務의 근거(source of obligation)에 지나지 않는다는 한계가 있다. 어떤 유형의 벌칙이든지 체약국에게 구체적 수단이나 형량, 더욱이 구체적인 행위의 태양을 정하지 않은 채 광범위한 재량을 부여하고 있을 뿐이다. 그 이유는 우선 체약국의 비준가능성을 염두에 두어야 하므로 보다 유연한 형사입법의무를 규정해야 할 필요에서 나온 것이겠지만, 한편 나라별로 형사입법의 형태나 정도에 있어서 큰 차이가 있을 것이므로 구체적인 내용을 적시하는

17) 이 조약의 부속서에는 다음과 같은 규정이 도입되었다: "As soon as any person in charge [of a vessel] has knowledge of any discharge of harmful quantities of oil or hazardous polluting substances, immediate notice of such discharge shall be given to the appropriate agency in the jurisdiction where the discharge occurs; failure to give this notice shall be made subject to appropriate penalties."

것을 피할 수 밖에 없기 때문이기도 하다. 따라서 이하의 3장에서는 위와 같은 국제환경조약상의 형사입법의무가 어떻게 국내적으로 이행되는지, 그리고 체약국의 재량에 따른 입법상의 차이를 어떻게 최소화시키고, 각국의 형사입법의 조화를 이룰 수 있는지 고찰하게 된다.

### III. 국제환경조약의 벌칙과 國內的 履行

국제환경조약의 벌칙이 국내법을 통하여 이행되기까지는 국가별로 절차가 상이하지만 보통 3단계를 거쳐야 한다 :

- (i) 조약의 관련국은 우선 署名과 批准을 해야 한다. 서명했다는 사실 그 자체만 가지고서는 아직 체약국에 어떤 의무를 강요하지는 못한다. 추가적인 비준절차를 거쳐야 비로소 그 조약은 효력을 발생한다. 보통 다국간의 조약에서는 일정 숫자의 비준을 기다려 조약의 효력개시일로 하고 있다. 조약이 효력을 발생하더라도 단지 비준을 거친 국가에 한정하여 효력을 발생한다.
- (ii) 비준절차를 거쳤더라도 반드시 입법을 통해 형식적인 집행이 완료되는지 또는 다른 방식을 통하는지는 국가별로 다르다. 이른바 국제법과 국내법이 별개의 제도로서 분리되어 있는 체제의 二元主義國家(dualist countries)에서는 조약이 비준되었더라도 아직 국내법으로 되지 않는다. 조약은 입법을 통해서 비로소 국내법질서로 편입될 수 있다. 국제법과 국내법이 하나의 단일법체계로 이해되는 一元主義國家(monist countries)에서는 이러한 절차는 요구되지 않는다. 입법을 기다리지 않고 비준 그 자체만으로 바로 국내법의 일부가 되는 것이다.
- (iii) 그러나 조약이 실무에서 어떻게 적용되는지는, 일원주의나 이원주의를 통하여 형식적으로 이행되는 문제와는 별개라고 할 수 있다. 입법상의 흠결로 인하여 조약의 중요한 부분이 실행되지 못하거나, 입법 그 자체가 특정행위에 대한 효력을 부여하지 못하는 경우도 종종

있을 수 있기 때문이다.  
 이상의 3단계를 차례로 설명하면 다음과 같다.

### 1. 批准節次

원래 批准하기 전에는 어느 국가도 실정법적 의무를 지는 것은 아니다. 그러나 빈조약법(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제18조는 조약에 서명한 것만으로도 우선 그 조약이 목적이나 객체에 위해한 행위는 하지 말아야 한다고 규정하고 있다.<sup>18)</sup> 비준은 국제환경조약에 대한 형식적인 인준 내지 동의를 의미한다. 비준은 국제적으로 국내적으로 다음과 같은 효과를 가져온다. 비준절차를 통하여 서명국가는 체약국가로 되며, 이에 따라 체약국으로서 조약상의 국제적 의무를 수행하게 된다. 비준은 보통 국내의 헌법에 의해 정해진다. 비준의 방법이나 절차는 전적으로 국내법에 따른다. 비준을 통해 체약국이 되면 조약을 준수하는데 있어서 善意의 信賴(good faith)를 갖도록 해야 한다.<sup>19)</sup> 이른바 信賴原則(principle of pacta sunt servanda), “조약은 지켜져야 한다”는 원칙은 국제법의 초석이 기 때문이다.

### 2. 國內刑事立法에서의 조약의 지위

국제환경형법에 따라 개인이 형사소추되는 방식으로서 국제환경규범이 직접 적용되거나 국내법의 입법을 통해 간접적으로 적용되는 두 가지가 있다. 후자의 경우 국제조약의 역할은 특정행위를 범죄화하는 의무를 국가에게 부여할 뿐이다. 국제환경조약과 국내법의 관계는 일원주의 또는 이원주

18) Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, art. 18, 8 I.L.M. 679, U.N.Doc. A/CHEF. 39/27. The Vienna Convention essentially codified the customary international law of treaties.

19) Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 26. “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”

의의 법체계에 따라 다르다. 일원주의의 법체계 아래에서는 국제환경형법을 국내법으로 하는 이행수단을 고려할 필요가 없다. 만일 국제환경법과 국내환경법상의 규범의 갈등이 야기된다면, 이것은 어디까지나 법의 수직적 체계구조를 통하여 해결될 문제인 것이다. 그러나 이원주의의 법체계 아래에서는 문제가 달라진다. 이원주의의 관점에서는 국제법이란 오직 국가간의 문제일 뿐이므로, 국제조약은 국제법의 문제로서 비준을 통해 국제적인 의무를 가져올 뿐인 것이다. 국내법적인 입법이 없는 한 국제법상의 규범은 내부적 실효성을 가져오지 못한다. 이 때 세 가지의 내부적 규범화의 방법이 제시된다: (1) 국내적 입법을 보완하거나 조약상의 의무를 포함시키는 방향으로 개정한다. (2) 조약을 다시 국내법으로 정리하여 독립된 법률을 제정한다. (3) 조약을 그대로 전혀 수정하지 않고 국내법으로 입법한다. 이 때 조약과 국내법은 동일한 수직적 구조 속에 나란히 존재하지 않고 별개로 독립적으로 존재하는 것이므로, 법관은 조약과 국내법의 충돌이 일어날 경우 적용순위를 국내법적 질서에 따라 판단한다. 따라서 이원주의의 국가에서는 법의 충돌을 해결하여 조화를 달성하기 위한 조치를 취할 필요가 있다.

이원주의와 일원주의의 결정적인 차이점은 국내법질서에서 조약이 차지하는 지위에서 나타난다. 조약의 지위는 결국 국내법의 수직적 구조와 관련된 문제일 것이다. 어느 국가도 조약이 헌법보다 상위에 있는 것으로 규정하지는 않는다. 조약은 헌법과 법률의 중간에 위치하는 것이 보통이다. 어느 국가에서는 조약이 법률보다도, 경우에 따라서는 판례보다도 하위를 점하고 있는 나라도 있다. 예컨대 한국헌법 제6조 제2항은 일반적으로 승인된 국제규범을 법률과 동일한 효력을 갖는 것으로 보고 있다. 이 조항에 따라 국제규범은 국내법과 동일한 효력을 갖는 규범이 된다.<sup>20)</sup> 따라서 만일 조약이 한국에서 비준된다면 법의 효력을 갖게 된다. 그러나 국내법으

20) 헌법 제6조2항과 관련하여 허영, 한국헌법론(신정10판 1996), 177 참조

로서의 법의 적용의 문제(the question of direct applicability)와 법의 효력의 문제(the question of validity)는 구별되어야 할 것이다. 법이 직접 적용되기 위해서는 법의 효력을 전제로 하지만, 반대로, 조약이 법의 효력을 갖고 있더라도, 모든 조약이 직접 적용되는 것은 아니다.<sup>21)</sup> 법의 직접적용의 여부는 그 조약의 종류 내지 내용에 달려 있다. 국제환경조약의 직접 적용은 그 조약의 내용이 우선 충분히 명확할 경우에만 고려할 수 있는 문제이다.<sup>22)</sup>

### 3. 國內刑事立法에서의 調和(Harmonization)

#### 1) 可罰的 行爲의 標準化(Standardization)

위에서 본 바와 같이 조약은 체결국에게 형사입법과 관련하여 비교적 광범위한 재량권을 부여하는 것이 보통이기 때문에, 체결국 사이에 형사입법의 정도가 다를 수 있다는 것은 알려진 사실이다. 그러나 이러한 상이한 형사입법을 극복하기 위하여 조약 그 자체에 구체적인 형사입법의 기준을 제시하기는 쉽지 않다. 조약의 특성상 각국의 상이한 법체계에 따른 입법의 특성을 고려할 뿐만 아니라, 각국에 재량의 여지를 부여함으로써 어느 정도 비준을 용이하게 할 필요가 있기 때문이다. 따라서 이러한 차이를 고려하면서도 국제환경규범의 통일성을 달성하기 위한 여러 가지의 방안을 고려해야 할 필요성이 제기된다. 다시 말해서 국내입법에 있어서 형사입법의 調和(harmonization)가 요청된다. 보통 조약에서 “위반행위(infractions ; violations)” “금지된 행위(activities prohibited)” 또는 “처벌될 범죄행위(punishable offense)”라고 포괄적으로 표현된 행위가 각국의 형사입법의 대상이 되는데, 대개 조약 그 자체에는 구체적인 지침도 없고, 더욱이

21) 인권법과 관련하여 직접적용가능성에 대한 언급을 한 문헌으로 조흥석, 국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성, 저스티스 32권3호(1999/9, 통권53호), 7, 16-21

22) The resolutions of the XVth International Congress of Penal Law, *reprinted in International Review of Penal Law* 48 (1994) 참조

“형벌(penal)”이라는 단어도 定義되지 않은 것이 보통이다.<sup>23)</sup> 요약컨대 현행 조약하에서 개별국가는 실제로 형사입법에 있어서 상당히 광범위한 재량권을 갖게 된다. 따라서 채약국은 첫째 범죄형벌 또는 행정형벌 내지 기타의 형벌(criminal, administrative, or other penalties) 중에서 어느 것을 적용할지, 둘째, 어떤 형태의 행위를 대상으로 할지를 정해야 한다. 따라서 이 두 가지의 측면을 모두 標準化하는 것이 필요하다.

형벌에 대한 정의는 형벌을 제재수단으로 사용하는 법의 정의가 되므로, 특히 “광의의 형법”을 출발점으로 하면, 秩序罰의 制裁까지도 포함되는 것으로 본다.<sup>24)</sup> 유럽연합은 이러한 입장을 취하고 있다.<sup>25)</sup> 그리고 둘째의 개별적 행위의 態樣은 환경법에서는 특히 증거법과 연계하여 유형화하는 것이 보통으로서, 환경에 대한 침해의 단계를 증거법의 관점에서 단계별로 고찰하는 것이다. 그 동안의 대부분의 비교법적 연구<sup>26)</sup>는 이러한 관점에서 국제적인 유형화를 시도하였다.<sup>27)</sup> 환경침해는 보통 危害한 행위의 累積(accumulation), 添加(addition) 또는 相互作用效果(synergetic effects)를 통해 일어나기 때문에, 환경침해는 바로 인과관계의 입증(proof of

23) 형벌의 정의에 관하여 B.S. Cho, *Administrative Penal Law and Its Theory in Korea and Japan from a Comparative Point of View*, 2 *Tilburg Foreign Law Review* 261(1993) 참조

24) 상세히는 조병선, *질서위반법*(1990), 1 이하 참조.

25) H.G. Sevenster, *Criminal Law and EC Law*, 29 *Common Mkt L. Rev.* 29(1992) 참조

26) Cornils & Heine, *Umweltstrafrecht in den nordischen Lndern*(1994); Niering, *Der strafrechtliche Schutz der Gewässer. Rechtsvergleichung zwischen der BRD, sterreich und der Schweiz*(1993); Ronzani, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*(1992); Faure, *Umweltstrafrecht in Belgien*(1992); Waling, *Das niederländische Umweltstrafrecht*(1991); Heine & Catenacci, *Umweltstrafrecht in Italien*, 101 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 163(1989); Karamanidis, *Der strafrechtliche Schutz in Griechenland*(1985); Heine, *Umweltstrafrecht in Osteuropa*(1998); *Umweltstrafrecht in England, Kanada und den USA*(A. Eser & G. Heine eds., 1994); Meinel, *Umweltstrafrecht und Umweltkriminalität in den USA*(1987); Spreng, *Umweltstrafrecht in Kanada*(1988); B.S. Cho, *Umweltstrafrecht in Korea und Japan*(1993); Prabhu et al., *Preparatory Colloquium Section I: Crime Against the Environment*, 65 *Internationale Review of Penal Law* 633-1242(1992); *Environmental Protection Potentials and Limits of Criminal Justice*(G. Heine, M. Prabhu, & A.A. del Frate eds. 1997) 참조

27) B.S. Cho, *Cuestiones de causalidad y autora en el Derecho penal del medio ambiente coreano y japonés desde la perspectiva del derecho comparado*, 4 *Revista Penal* 42(1999)



causality)<sup>28)</sup>과 연계된다. 국제적으로 비교하여 볼 때, 입법되는 모델은 대략 “抽象的 危險의 모델”(모델 A), “具體的 危險의 모델”(모델 B) “重大한 環境侵害의 모델”(모델 C)의 세 가지로 나누어 볼 수 있다<sup>29)</sup> : 보통 입증의 문제는 환경법규의 형태에 따라 상이하게 되는 것이므로, 위 세 가지의 모델도 엄밀하게 구별되는 것은 아니고, 대략 그 정도의 유형이라는 정도에 불과하다. 경우에 따라서는 한 종류의 모델로 유형화하는 것이 불가능한 경우도 있을 것이다.

環境侵害에 대한 立證의 단계에서 볼 때, 우선 환경에 대한 추상적 위험의 단계가 초기단계가 된다. 환경침해가 야기되기 전에 보호하는 것이 중요하므로 가급적 초기단계부터 형벌을 동원하여 범죄로 간주하는 것이다. 보통 行政基準이나 法規의 行政的 義務를 위반한 행위가 이에 해당한다. 이 때 형벌이라는 제재수단에 상응하는 可罰的 行爲라는 형법의 관점에서 보면, “抽象化된 危險이 가벌적 행위의 기준이 된다. 그러나 보다 정확히 어떤 단계를 추상적 위험이라고 할 수 있는가? 그 危險評價(risk-evaluation)는 정확하고 또 가능한가? 그러한 평가에 대한 합의가 있더라도 입법상 명확하게 표현될 수 있는지, 그리고 이러한 단계는 대개 可罰性의 정도에서 전통적인 범죄행위와 비교할 때 경미한 경우에 해당하므로 가벼운 형벌을 부과해야 하는 것인지의 문제가 생긴다. 더욱이 이 단계보다 더 무거운 형벌을 부과해야 할 행위가 행정당국의 許可로 인해 合法化되는 경우라도 생기면, 이러한 규범의 타당성은 의문에 봉착하게 될 것이다. 결국 이러한 모든 문제를 해결하기 위해서는 행정당국의 규제프로그램 속에서 정밀한 입법을 할 밖에 없기 때문에, 주로 행정기준(administrative standards)이나 또는 이와는 독립한 行政裁量에 따라서 可罰性의 범위가

28) 상세히는 B.S. Cho, *Umweltdeliktgesetze in Korea und Japan Die normativen und domatischen Grundlagen und die Praxis*, 3 The Global Journal on Crime and Criminal Law 35(1996) 참조

29) 이러한 방향 및 취지의 문헌으로 대표적인 것은 M. Faure & M. Visser, *How to Punish Environmental Pollution? Some Reflections on Various Models of Criminalization of Environmental Harm*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 316(1995) 참조

확정된다. 이러한 입법은 결국 형법의 “行政從屬的 地位(administrative accessory position)”을 가져오게 되어서 불가피하게 형법과 행정법상의 원칙들의 충돌을 가져오게 된다. 예컨대 행정당국이 내린 판단을 다시 형법의 기준을 갖고 가벌성의 관점에서 그 판단과는 별개의 판단을 갖고 抽象的 危險의 行爲라고 판단할 수 있을 것인가? 형법이 행정기준이나 행정적 판단과는 무관하게 독립적인 기준을 바탕으로 추상적 위험을 판단할 것인지, 형사법원의 법관에게 行政判斷의 適法性을 판단할 권한을 주는 것으로 해석을 하여 일종의 行政에 대한 監督官의 역할을 하는 位相을 부여할 것인지가 핵심적인 논의가 된다. 비교법적 연구를 통하여 각국의 그간의 입법의 발전을 보면 대개 A모델에서 B나 C모델로의 이동을 볼 수 있다.<sup>30)</sup>

입법의 초기에는 罰則이 환경법의 각종 의무에 대한 위반행위에 連繫되는 형태로 입법되었다. 대개 그 의무도 명시하지 않고, 그 의무가 설정된 환경법상의 條項에 대한 위반에 형벌을 부과하는 형태이다. 그 의무는 행정적인 의무로서, 처벌되는 행위는 비교적 명확하게 기술된 편이다. 예컨대 檢事は 폐수가 pH 3의 수치를 초과한다는 것만 입증하기만 하면 된다. 그러나 罪刑法定主義의 관점에서 추상적 위험의 모델을 볼 때, 입법자가 추상적 위험에 대한 상세한 조건을 부여하지 않은 채 행정당국에게 지나치게 넓은 재량권을 부여한 것은 아닌지 하는 문제가 제기될 수 있다. 이 때 재량의 범위가 넓다고 하여도 그것만으로 문제가 되는 것은 아니므로, 만일 재량이 정확히 定義되었다면 문제가 되지 않는다. 그러나 입법을 통하여 행정당국에게 전적인 재량권을 부여할 경우 입법기관의 권한을 실질적으로는 행정기관에 포괄적으로 위임하는 것이 되므로, 헌법적 문제가 생길 수 있다. 이러한 “백지수표”로서의 權限委任은 결국 가벌성과 관련된 慣習

30) 한국에서 이러한 입법모델들의 발전에 관하여 상세히는 B.S. Cho, *Research on Criminal Environmental Programs with regard to a Comparison of Foreign Environmental Criminal Law*, Chongju Journal of Legal Studies 259(1994); *Die Entwicklung des Umweltstrafrechts in Korea*, 106 Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 235(1994).

법의 形成을 금지하는 헌법의 취지에도 반한다.<sup>31)</sup> 한편 효율성의 측면에서 볼 때 행정기준에 위반하는지가 명확하므로 효율적이지만, 반면에 실제로 환경침해가 일어나도 환경행정당국의 허가를 받았다는 이유로 처벌되지 않으므로 “비효율적”이기도 하다. 전반적으로 추상적 위협의 모델에서는 형법을 통해 보호하고자 하는 환경의 정도는 曖昧하게 된다. 즉 이 모델이 행정집행의 원활성 그 자체를 추구하는 것인지 환경을 보호하고자 하는 것인지 불분명하게 되어서, 대륙법계에서는 이른바 法益論爭이 벌어지게 된다. “추상적 위협”이라는 기준 자체가 行政義務違反이므로 법의 집행 그 자체에도 “執行의 問題(implementation)”가 생긴다. 위반행위가 형사소추 기관에 의하여 적발되기보다는 행정당국의 選別的 告發에 의해 소추되는 한계가 있고, 또 행정의무의 위반에 지나지 않는 外樣에 따라 비교적 낮은 형벌이 부과되므로<sup>32)</sup>, 모델 A는 생태적 가치를 보호한다고 볼 수 없다는 비판을 받게 되었다. 따라서 1980년대 환경형법의 입법이 세계적으로 확대 될 때, 이러한 모델은 적당하지 못하다는 판단 아래 생태적 가치에 대한 “具體的 危險의 모델 (모델 B)”로 전환되었다. 구체적 위협은 수질, 토양 등 그 자체의 오염을 생태적 관점에서 정의를 하지만, 이러한 환경수준을 관리하는 환경행정법적 규제프로그램과 조화를 이루어야 하므로, 환경행정법상 허용되지 않는 不法的인 環境汚染에 한정될 수 밖에 없게 되었다. 따라서 불법적 환경오염에서 말하는 “不法(illegality)”의 개념은 보통 法規違反, 行政義務違反, 또는 許可條件의 違反을 의미한다.<sup>33)</sup> 이러한 한도에서 행정당국은 형사책임의 확정에 다시 지대한 영향력을 행사하게 된다. 독일의 개정된 환경형법 제330조의 d 제5항<sup>34)</sup>은 不法에 대한 법적 정의를 내려

31) 이러한 유형의 벌칙의 위헌성문제에 관하여 한국의 헌법재판소 헌결1997. 10. 30, 95헌바7 참조

32) G. Richardson, A. Ogus, & P. Burrows, Policing Pollution : A Study of Regulation and Enforcement (1982) 참조

33) “불법(unlawful)”에 대한 유럽환경형법조약(Council of Europe's convention on the protection of the environment through criminal law(ETS No. 172 of 4. Nov. 1998)) 제1조의 정의에 따르면, 환경보호와 관련된 법률, 행정규칙, 담당관청의 결정에 대한 위반행위를 의미한다.

서 뇌물공여등 부당하게 취득한 허가 등도 “不法(unbefugt)”의 개념에 포함시키고 있다.<sup>35)</sup> 이 모델의 효율성은 이 불법의 개념에 달려있으므로, 효율성을 증대시킬 수 있는 유일한 방법은 許可 등에 대한 법원의 司法審査를 강화시키는 수 밖에 없다.<sup>36)</sup> 불법을 과거의 행정허가조건에 한정시키지 말고, 환경법의 일반원칙으로서의 “BATNEEC(Best Available Technology Not Entailing Excessive Costs)”의 원칙 or “ALARA(As Low As Reasonably Achievable)”의 원칙에 대한 위반까지 확대시켜야 이 모델의 효율성을 담보할 수 있을 것이다. 보다 분명히 하기 위하여 이러한 원칙을 포함한 定義를 환경법규에 명확히 규정하는 것이 바람직하다.

그러나 모델 B 역시 환경행정규칙들과의 연계에서 파생되는 行政從屬性의 결점을 완전히 극복하기는 어렵다.<sup>37)</sup> 이러한 이유에서 환경행정당국의 허가 등과는 전혀 무관한 독립된 행위를 가벌적으로 하는 증대한 환경침해의 모델(모델C)이 등장하였다. 그러나 “重大한 環境侵害”라는 기준이 인간의 생명이나 건강과 연계되므로, 이러한 모델의 행위유형을 明確하게 定義하기 곤란할 뿐만 아니라<sup>38)</sup> 立證의 곤란도 동반하게 된다. 이 문제를 극복하기 위하여 일본과 한국의 환경형법에서 유해물질과 증대한 환경침해 사이의 因果關係의 推定(presumption of causation)<sup>39)</sup>을 도입하였지만,

34) In the version of the official promulgation of June 27, 1994(BGBI I, 1440)

35) 독일환경형법의 개정에 관하여 상세히는 M. Kloepler & H.-P. Vierhaus, *Umweltstrafrecht*(1995), 5-10. 참조

36) H.-U. Paeffgen, *Overlapping Tensions Between Criminal and Administrative Law: The Experience of West German Environmental Law*, 3 *Journal of Environmental Law* 247(1991) 참조.

37) H.-U. Paeffgen, *Overlapping Tensions Between Criminal and Administrative Law: The Experience of West German Environmental Law*, 3 *Journal of Environmental Law* 247 (1991) 참조

38) 일본에 관하여 R. Hirano, *Penal Protection of Natural Environment in Japan*, 47 *Revue Internationale de Droit Pnal* 185(1079); K. Itoh, *Japon: Criminal Protection of the Environment and the General Part of Criminal Law in Japan*, 65 *International Review of Penal Law* 1037(1994) 참조. 한국에 관하여는 B.S. Cho, *Research on Criminal Environmental Programs with regard to a Comparison of Foreign Environmental Criminal Law*, *Chongju Journal of Legal Studies* 259(1994); *Die Entwicklung des Umweltstrafrechts in Korea*, 106 *Zeitschrift fr die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 235(1994) 참조

39) 한국과 일본의 추정규정 및 형사사건에서의 인과관계의 입증문제에 관하여 상세히는 B.S. Cho, *Umweltstrafrecht in Korea und Japan*(1993); B.S. Cho, *Die Entwicklung des Umweltstrafrechts in*

이러한 문제의 완전한 극복은 어려운 문제로 남아있다.<sup>40)</sup>

이상의 모델에 대하여 국제환경조약과 관련하여 종합적으로 평가한다면, 아직까지도 국제환경형법에서 주로 선호되는 유형은 주로 A 모델 내지 B 모델이다. 왜냐하면 국제환경조약 그 자체가 비교적 상세한 내용의 규제 사항을 정하고, 그에 대한 형벌의 부과를 입법의무로 정하는 구조의 벌칙을 갖고 있는 경우가 대부분이기 때문이다. 그러나 형사적 제재를 부과하는 의무는 특정행위를 범죄행위로 하라는 의무일 뿐이고, 범죄행위를 어떻게 정의할 것인지는 체약국의 재량에 맡겨져있는 형편이므로, 이러한 입법 형식에 종속될 필요는 없다. 환경범죄를 포괄적으로 정의하는 조약이 증대하면 따라서 조약의 국내적 입법의 모델도 B 모델 내지 C 모델의 형태가 증대하게 될 것이다. 이미 이러한 조약이 나타나고 있는데, 대표적 사례는 최근 1998년 유럽평의회 회원국간에 체결된 환경형법조약<sup>41)</sup>이다.

## (2) 企業의 刑事責任의 標準化(Standardization)

조약이 체결되면 체약국은 기업을 위해 또는 자신을 위해 불법행위를 저지른 개인에게 형벌을 부과할 의무가 생긴다. 이 경우 기업체 그 자체도 형사적으로 처벌되는지는 체약국의 법체계에 따라 다르다. 대다수의 국가는 기업체 그 자체도 환경범죄를 범했다는 이유로 처벌한다. 기업의 형사책임은, 기업 자신의 행위라는 표면적 징표가 없더라도 企業組職員의 행위에 대하여 형사책임을 지는 것인지, 그 근거가 불분명하다. 거의 모든 나라가 적어도 企業組職員의 행위는 雇傭範圍 안에 있어야 한다는 전제를 기업의 형사책임의 조건으로 하고 있다. 더 나아가 不法行爲가 企業幹部의 指

Korea, 106 Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 235(1994) 참조

40) 한국의 새로이 개정된 인과관계의 추정규정에 관하여 상세히는 B.S. Cho, *Umweltdeliktgesetze in Korea und Japan Die normativen und domatischen Grundlagen und die Praxis*, 3 The Global Journal on Crime and Criminal Law 35(1996) at 55 참조

41) European Treaty Series(ETS) No. 172. 이 조약에 관하여 상세히는 후술하는 IV의 2. 참조.

示나 또는 同意를 통해 행해졌고, 그 간부의 행위는 그 간부의 職位의 範圍 안에 있어야 한다는 전제도 충족되어야 한다.<sup>42)</sup> 따라서 기업의 형사책임은 從業員의 개인적 형사책임과 기업체 그 자체의 형사책임의 두 가지로 고찰된다.

1. 기업체 안에서의 행위는 責任 내지 權限의 委任을 통하여 이루어지는 여러 決定事項의 集合體인 것이 보통이다. 그 결과 個人責任에 바탕을 둔 전통적인 형사체계는 이러한 “組織的 不法”을 확정하고 개인책임을 밝혀내기는 어렵다.<sup>43)</sup> 그래서 개인행위에 대하여 “組織化된 無責任 (organized irresponsibility)”<sup>44)</sup>으로 귀결된다. 그러므로 입법이나 판례나 기업체의 형사책임과 관련해서는 행위자의 범위를 확대해나가고 있다. 행위자를 특정하기 위하여 적용되는 이론의 시초는 기업의 社長, 代表者, 最高經營者의 代位刑事責任(vicarious criminal liability)이지만, 형법의 自己責任原則에 비추어 수용되기 어렵기 때문에 현재 수용될 수 있는 이론은 비교법적으로 볼 때 보통 세 가지를 열거할 수 있다: (a) 기업체의 간부가 스스로는 불법행위를 하지 않았더라도 그의 統制範圍 내지 認識範圍 안에서 적어도 명령을 내리거나 기업의 행위에 대한 公的인 承認을 함으로써 기업의 범죄행위가 행해졌다는 기준이다. (b) 더 넓게 간부의 형사책임을 인정하는 방식은 下位職員의 불법행위를 알면서 이를 中止시키지 않았다는 기준이다. 이 기준에 따르면 幹部에게 그러한 책임이 있는지 회의적인 경우라고 할지라도 “適切한 監督”을 하지 않았다는 이유로 형사책임을 묻게된다. (c) 가장 넓은 기준은 嚴格責任(strict liability)과 유사한 이론구성이다. 즉 간부가 하위직원의 불법행위에 대하여 直接的으로 關與하였다는 어찌

42) 상세히는 B.S. Cho, *Umweltstrafrecht in Korea und Japan*(1993) 참조.

43) 이에 관하여 상세히는 B. Schnemann, *Unternehmenskriminalitaet und Strafrecht*(1979) at 38 et seq. 참조.

44) 이 개념에 관하여 상세히는 U. Beck, *Risikogesellschaft Die Organ - isierte Unverantwortlichkeit*(1989) 참조.

한 증거가 없더라도, 간부가 기업조직이 정한 직책상 그 행위에 관하여 “責任있는 地位”에 있다는 것만으로 형사책임을 진다는 이론이다. 다만 면책사유는 인정된다. 만일 간부가 하위직원의 불법행위를 막기 위하여 상당한 정도의 노력을 기울였다는 증거가 제시되는 경우에는 면책된다.<sup>45)</sup> (a)의 이론구성은 대륙법계의 共犯理論 또는 영미법계의 共謀理論으로 해결될 것이지만, (b)나 (c)의 이론구성은 형법상의 공범이론 내지 공모이론의 범주를 넘는다. 최근의 국제적 추세는 기업간부의 형사책임이나 고의를 추청하는 방향으로 가고 있다((b) 또는 (c)).<sup>46)</sup> 개인책임에 가장 충실한 이론인 (a)는 환경보호와 관련해서는 더 이상 기업의 형사책임이론으로는 적합하지 못하다는 것은 주지의 사실이다.

2. 기업행위가 개인행위자의 책임 뿐만 아니라 기업체 그 자체의 책임의 근거가 된다는 이론은 오래 전부터 주장되어 왔다. 특히 미국에서는 기업체에 대하여 勾禁刑도 가능하고, 企業組織改編命令, 社會奉仕命令, 被害者에 대한 通知 등 다양한 형벌이 선택적으로 또는 누적적으로 가능하다.<sup>47)</sup> 벌금형의 경우에 不法收益에 기준을 두고 부과되는 것이 보통이며, 일부국가의 경우 불법수익의 算定이 필수적이다.<sup>48)</sup> 만일 국내법체계가 기업의 형사책임을 허용하지 않는 경우 한계가 있지만, 자세히 보면 어떠한 수단을 동원해서든지 非個人的 責任을 기업에게

45) 예컨대 B. Kellman & E.A. Tanzman, *Manual for National Implementation of the Chemical Weapons Convention*(2d ed. 1998), at 54 참조.

46) G. Heine, *Criminal Liability of Enterprises and New Risks. International Developments/National Consequences*, 2 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 107(1995) at 108-9 참조.

47) 미국의 경우 United States Sentencing Commission, *Guideline Manual* 357(1991); W.S. Lotquist, *Legislating Organizational Probation: State Capacity, Business Power, and Corporate Crime Control*, 27 *L. & Soc'y Rev.* 741(1993); J.F. DiMento & F. Bertolini, *Green Management and the Regulatory Process: For Mother Earth, Market Share and Modern Rules*, 9 *Trans'l Law.* 121(1996) at 143 등 참조.

48) N. Kyoto, *Criminal Liability of Corporations*, *Criminal Liability of Corporation* 275(H. de Doelder & K. Tiedemann eds., 1996).

지운다는 면에서는 공통적이다. 즉 “기업은 범죄를 저지를 수 없다 (societas delinquere non potest)”가 인정되는 국가에서도 형법의 개정을 통하여 또는 다른 형태의 團體罰을 부과하는 것이 세계적인 추세이다.<sup>49)</sup> 이 때 단체벌은 단지 형사적 성격을 약간 稀釋시켰을 뿐이다.<sup>50)</sup>

3. 이상과 같이 국제환경조약에 따른 형사책임은 개인에게 뿐만 아니라 企業體에게도 지우는 것이 보편적이다. 그러나 비교법적으로 볼 때 기업체의 형사책임을 인정하는 법체계를 갖추고 있더라도, 그 처벌구조에 따라 처벌의 범위가 달라진다. 즉 한국이나 일본과 같이 기업 그 자체에 형벌을 부과하는 체계를 갖추고 있지만, 그 전제로서 개인책임의 확정을 요구하는 입법체계도 있다(이른바 “兩罰規定”).<sup>51)</sup> 한국과 일본이 법인의 형사책임의 근거조항으로 삼고 있는 양벌규정의 경우, 기업체 내부의 개인의 형사책임이 확정될 것을 전제로 기업에 벌금을 부과하는 구조를 갖고 있다.<sup>52)</sup> 그러나 복잡한 기업구조 속에서 개인의 형사책임을 확정하는 것은 어려운 경우가 많고, 그 후에도 기업의 책임이 입증되어야 하기 때문에 이론적으로 간단하지 않다. 그래서 이른

49) 예컨대 Filand는 대륙법계에 속하지만, 1995년 근 20 년간에 걸친 논쟁에 종지부를 찍고 기업의 형사책임을 형법전에 도입하는 개정을 단행하였다. 핀란드신형법전(21 April 1995/743) 제9장은 전부 기업의 형사책임에 관한 규정이다. 상세히는 M. Riihijrvi, *Criminal Liability of Corporations Finland*, *Criminal Liability of Corporation 203*(H. de Doelder & K. Tiedemann eds., 1996) 참조. 유럽연합도 “유럽연합의 재정적 이익을 위한 형벌규정초안(draft on the law regarding the penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union)”에서 기업의 처벌규정을 도입하려고 하고 있다. 이에 관하여 그 초안 및 해설이 실린 *Corpus Juris*(M. Delmas-Marty ed. 1997) 참조.

50) 예컨대 독일의 경우 질서위반금(Geldbusse)이 질서위반법(Ordnungswidrigkeitengesetz) 제30조에 따라 법인에게 부과되는데, 이는 형벌적인 성격이 희석된 제재수단으로 이해된다. G. Heine, *Allemagne : Crime against the Environment*, 65 *International Review of Penal Law* 731(1994) 참조.

51) B.S. Cho, *Cuestiones de causalidad y autora en el Derecho penal del medio ambiente coreano y japones desde la perspectiva del derecho comparado*, 4 *Revista Penal* 42(1999) 참조.

52) See for the issue of the corporate liability in case of Korea und Japan, B.S. Cho, *Umweltstrafrecht in Korea und Japan*(1993) ; B.S. Cho, *Die Entwicklung des Umweltstrafrechts in Korea*, 106 *Zeitschrift fr die gesamte Strafrechtswissenschaft* 235(1994).



바 “過失推定”의 이론이 등장하였고, 판례도 입증의 곤란을 해소하기 위하여 이 이론을 채택하는 경향이 있지만, 엄밀히 말하자면 추정을 허용해서는 헌법상 인정된 責任原則에 저촉되는 문제가 생긴다.<sup>53)</sup> 따라서 하이네가 제안하였듯이 기업의 형사책임은 組織整備 내지 再組織의 決定의 誤謬 및 危險對處經營의 未熟이 범죄행위와 결부되었다는 “組織體의 未熟한 決定”이 個人責任을 대체한다고 이론 구성하는 것이 바람직하다.<sup>54)</sup>

#### 4. 국내적 형사입법의 超國家化(Transnationalization)

체약국이 국가의 領土高權을 넘어서 형법의 적용범위를 확장할 필요가 있는지의 문제가 이른바 超國家化의 문제인데, 여기서는 국내법과 국제법의 양면이 서로 밀접한 관련을 갖는다. 국제적으로는 국제정치적/사법적 분쟁해결의 문제 또는 법의 충돌의 이론(conflict-of-law principles)의 문제가 되지만, 국내법적으로는 형법의 적용범위의 확장에 해당된다. 환경 문제가 廣域化되면서 국내적 형법의 확장은 피할 수 없는 문제로 대두되고 있지만, 국제법의 제원칙에 저촉되지 않아야 정당성을 갖을 수 있다. 조약에 이에 대한 규정이 있다면 문제가 없지만, 그러한 규정이 없는데도 불구하고 환경법규의 초국가화를 추구할 경우에는 국내법적으로나 국제법적으로 면밀한 검토가 필요하다. 조약의 국내법적 이행과 관련하여 전통적으로 체약국은 별다른 규정이 없는 한 屬地主義(territoriality theory of jurisdiction)를 따르는 것이 보통이다. 다만 속지주의를 넓게 해석하는 시도가 최근 여러 국제적 선언에서 보여진다.<sup>55)</sup> 이 경우 행위가 행해진 장소

53) 이 문제에 관하여 상세히는 조병선, 양벌규정과 법인의 형사책임, 형사판례연구 제3권(1995), 1-21 참조.

54) G. Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen(1996) at 271 et seq.

55) 예컨대 유엔범죄방지위원회가 주최한 1994년의 환경범죄전문가학술회의의 결의문 및 국제환경형법의 포틀랜드모델초안(Portland Report of International Meeting of Experts on the Use of Criminal Sanctions in the Protection of Environment, Internationally, Regionally and Domestically, UN

나 결과가 발생된 장소 중 하나만 자국의 영토에 해당해도 형법이 적용된다는 이른바 “遍在主義(ubiquity theory)”는 환경형법에서 점차 승인되어 가고 있는 중요한 이론이다.<sup>56)</sup> 屬地主義와 결합된 遍在主義는 결국 국경을 초월한 광역환경오염에 대하여 자국의 형사관할권을 주장할 수 있는 근거가 되므로, 환경형법의 超國家化의 하나로 이해된다. 屬人主義 또는 積極的 屬人主義(nationality or active personality theory of jurisdiction)를 통해 형법의 적용범위를 영토 외로 확장하는 것은 기타 국제범죄의 경우와 같다. 다만 일부국가 消極的 屬人主義나 保護主義(protective theory of jurisdiction)를 통해 자국의 국민이 피해를 입거나 자국의 중요한 이익이 침해되었을 경우까지 확대하는 규정을 도입하고 있다. 世界主義(universal jurisdiction theory)는 인류에 대한 국제범죄에 대한 보편적 관할권을 의미하는데, 국제조약이 이러한 보편적 관할권을 인정하고 체약국의 형사소추 의무를 명확히 하였을 때 한해서 적용된다고 보아야 한다.

환경오염으로 인접국에게도 피해를 입힌 경우에 그것이 범죄를 구성하는 한 편재주의에 의해 형사관할권이 隣接國에도 인정되지만, 만일 환경피해가 비교적 경미하지만 계속적일 이면서 환경오염의 발생지에서는 허가 조건 등 행정규제의 위반에 해당하는 형태의 추상적 위험범인 경우, 피해국은 그 피해가 행정기준의 위반에 해당하는 추상적 위험일 뿐이므로 편재주의에 의해서도 형사관할권을 주장할 수 없다.<sup>57)</sup> 이러한 점을 고려한다면 환경에 대한 구체적 위험의 산정이 가능한 형태, 적어도 예컨대 위의 범죄 형태모델 B에 해당하는 조항을 입법하는 것이 필요하다.<sup>58)</sup>

Crime Prevention and Criminal Justice Program Publication Ser. 1-26, 1994) 참조. 필자도 이 회의의 공동기안자로 참여하였다. 이 초안에 관한 상세한 소개는 조병선, 국제환경형법(1996), 111 이하 참조.

56) 이에 관하여 상세히는, 환경형법의 국제화와 편재주의, 동암이형국교수화갑기념논문집(1998), 541-558; 조병선, 동아시아와 유럽의 초국환경형법인접국가간의 국제환경범죄와 형법의 국제화-1, 형사법연구 제9호(1996), 367-388; 趙炳直, 國境を超越した環境汚染に關する刑法の國際化, 甲南法學38卷3-4號(1998), 33-56; 조병선, 국제환경형법(1996), 141 이하 참조.

57) 같은 의견으로 J. Martin, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umwelt-Itbeeintrachtigungen(1989).

그리고 국제적으로 볼 때, 법의 충돌과 관련하여 현재까지 보편적으로 인정된 원칙은 屬地主義이다. 특히 영국과 미국 등 영미법계에서는 이러한 원칙이 전통적으로 엄격하게 지켜져 왔다.<sup>59)</sup> 그러나 최근에는 미국이 이러한 엄격한 속지주의의 전통에서 벗어나는 입법적 발전을 보여주고 있다.<sup>60)</sup> 즉 국제법에 대한 재해석을 통해서 國際法的 領土高權原則의 동요를 촉발시키고 있는 것이다. 이러한 경향의 배경으로는 便宜船籍(flag of convenience)의 증대로 인한 피해의 증가를 들 수 있지만, 최근에는 마약 단속과 관련하여 미국의 판례가 이른바 “케어-후리스비 원칙(Ker-Frisbie Doctrine)”을 확대적용함으로써 이러한 이른바 국제법의 미국화의 경향이 다시 한번 확인되고 있다.<sup>61)</sup> 미국이 선두에 나서 이렇게 “미국화(americanization)”이라고 비판받는 이 경향은 사실상 이미 다수의 국가들이 환경오염과 관련된 일부 영역에서는 “領土外適用”의 조항을 도입했던 것인데, 최근에 다시 주목을 받을 뿐이라고 해야 한다. 예컨대 특히 公海로부터의 油類放出로 인한 피해와 관련하여 1954년의 런던조약(London Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil)<sup>62)</sup>과 船舶起因汚染防止條約(Convention for the Prevention of Pollution from Ships)<sup>63)</sup>에 따른 국내법을 입법하면서 다수의 국가들은 이미 이러한 조항을 추가하였었다. 덴마크(Denmark's Act Amending the Action Measures

58) 趙炳宣, 國境を超越えた環境汚染に關する刑法の國際化, 甲南法學38卷3=4號(1998), 56.

59) J.L. Briery, *The Law of Nations* 69(6<sup>th</sup> ed. 1963) at 299 참조.

60) 예컨대 Blakesley, *United States Jurisdiction over Extraterritorial Crime*, 73 *J. Crim. L. & Criminology* 1109(1982).

61) 이 원칙의 내용 및 판례의 논지와 그 확대경향에 관하여 상세히는 환경형법의 국제화와 편재주의, 동암이형국교수화갑기념논문집(1998), 553-555 참조.

62) The International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil, *done at London*, 12 May 1954, 327 U.N.T.S. 3, 12 U.S.T. 2989, T.I.A.S. No. 4900(entered into force 26 July 1958).

63) The International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, with annexes, *done at London*, 2. Nov. 1973, I.M.C.O. Doc. MP/CONF/WP.35, 2. Nov. 1973, reprinted in 12 I.L.M. 1319, brought into force by the 1978 Protocol to this Convention, with annexes, *done at London* 17 Feb. 1978, reprinted in 17 I.L.M. 546(entered into force 2 Oct. 1983, except for Annex II, which will enter into force 2 Oct. 1986). This Convention, with its 1978 Protocol, is also known as "MARPOL".

against Pollution of the Sea by Oil<sup>64)</sup>; Act on Measures against Pollution of Sea by Substances other than Oil<sup>65)</sup>, 핀란드(Law Concerning the Prevention of Pollution of the Sea of 1965<sup>66)</sup>; Act of 1972 for the Prevention of Oil Damage Caused by Ships<sup>67)</sup>, 일본(Marine Pollution Prevention Law of 1970<sup>68)</sup>, 싱가포르(Prevention of Pollution of the Sea Act of 1971<sup>69)</sup>)의 경우가 대표적인 사례이다. 마약단속과 관련하여 판례를 축적한<sup>70)</sup> 미국은 최근 “엑손 발데스 유출사고(Exxon Valdes Spill)”<sup>71)</sup>의 여파로 1990년 유류오염방지법(Oil Pollution Act of 1990<sup>72)</sup>)을 제정하면서 형사관할권의 領土外適用條項을 삽입하였다. 원래 해양법조약(U.N. Conventions on the Law of the Sea=UNCLOS<sup>73)</sup>)은 단지 연안국가에 대하여 그러한 관할권을 주고 있는데, 이 조약이 국제관습법을 반영한 것으로 평가받기 때문에<sup>74)</sup> 미국의 유류오염방지법이 국제적으로 허용되지

64) Act No. 289 of June 7, 1972, Amending the Action Measures against Pollution of the Sea by Oil and Other Materials, sec. 11, *text in* 18 Rster & Simma at 1034.

65) Act No. 290 of June 7, 1972, on Measures against Pollution of the Sea by Substances other than Oil, sec. 12, *text in* 3 Rster & Simma, at 1035, 37(1975).

66) Law No. 146 Connecting the Prevention of Pollution of the Sea, March 5, 1965, *passim*, *text in* 3 Rster & Simma, at 1041(1975).

67) Act No. 668 of 22 Sept. 1972 for the Prevention of Oil Damage Caused by Ships, arts. 1, 2 and 25, *text in* 3 Rster & Simma, at 1043(1975).

68) Marine Pollution Prevention Law of 1970(Law No. 136), effective 24 June 1971, especially arts. 55-58, *text in* 3 Rster & Simma, at 1074(1975).

69) Prevention of Pollution of the Sea Act, 1971, effective Jan. 25, 1971, especially part 2, “Criminal liability for polluting the sea”, *text in* 3 Rster & Simma, at 1131(1975).

70) 이에 관하여 상세히는 Nadelmann, *Cops cross Borders: The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement*(1993).

71) See B.H. Grumbles, *The Oil Pollution Act of 1990: Mixing Oil, Water, and Hazardous Waste*, 4 Geo. Int'l Env'tl. I. Rev. 151(1991) (describing the Congressional response to the Exxon Valdez spill of 1989).

72) Pub. L. No. 101-380, 104 Stat 484(confined as amended at 33 U.S.C. mm<sup>3</sup> 2701-2761(1991) and in various sections throughout titles 16, 26, 43, and 46 of the U.S. Code).

73) United Nations Convention on the Law of the Sea, *opened for signature* Dec. 10, 1982, U.N. Doc. A/CONF.62/L2(1982), *reprinted in* 21 I.L.M. 1261(1982): The Law of the Sea, U.N. Sales No. E. 83. V.5(1983) (*entered into force* Nov. 16 1994).

74) L.B. Sohn & K. Gustafson, *The Law of the Sea in a Nutshell* xvii(1984).

않는 규범을 도입하였다는 비판을 받는다.<sup>75)</sup> 그러나 미국의회는 현재의 국제관습법이 국제해양에 관하여 발전경향을 제대로 반영하지 못하고 있다고 선언하였고, 미국의 사법부도 이러한 지적을 수용하여 유류오염방지법이 해양법조약에 우선한다고 판단하였다.<sup>76)</sup> 국제해양법질서의 문제를 환경보호의 관점에서 재구성할 필요성은 여러 가지 측면에서 제기된다.<sup>77)</sup> 국제관습법은 그 본질상 상당히 시대에 늦게 여러 국가의 동의를 전제로 발전할 수 밖에 없는 것이므로<sup>78)</sup>, 이에 대한 재검토가 국제환경보호의 영역에서는 불가피하다는 것이 지적이 점차 증가하고 있다. 해양법조약은 1982년에 타협된 산물<sup>79)</sup>이지만, 旗國主意나 便宜船籍의 한계를 벗지 못하고 있고, 현재의 “공유자원의 비극(tragedy of the commons)”이라는 상황이 지속되는 한, 환경보호에는 소극적인 규범이 되고 있다.<sup>80)</sup> 이와 관련하여 해양관련 국제조약의 배경이 된 그로티우스(Grotius)<sup>81)</sup>의 해양자유의 사상은 사실 절대적 자유를 의미하는 것은 아니라는 것이 최근 지적되고 있다.<sup>82)</sup> 그로티우스의 논증은 재해석되어야 한다는 것이다.<sup>83)</sup> 해양법조약이

75) D. Bodansky, *Protecting the Marine Environment from Vessel - Source Pollution : UNCLOS III and Beyond*, 18 Ecology L.Q. 719(1991).

76) See H.R. Rep. No. 1224, 96<sup>th</sup> Cong., 2nd Sess.(1980), reprinted in 1980 U.S.C.C.A.N. 4849.

77) A. Pardo, *An Opportunity Lost*, in Law of the Sea : U.S. Policy Dilemma 13, 25 (B.H. Oxmann et al. eds., 1983). "These words are as true now as they were [in 1970]. The present [1982] convention is not the end but rather the beginning of a long process that must eventually lead to a more rational and efficient use of our environment and a more equitable world order." (citing U.S. Policy for the Seabed, U.S. Dep't St. Bull. 737(1970)).

78) See e.g. L.B. Sohn, *The Law of the Sea : Customary International Law Developments*, 34 Am. U. L. Rev. 271, 279(1985).

79) S.J. Darmody, *The Oil Pollution Act's Criminal Penalties : On a Collision Course with the Law of the Sea*, 21 B.C. Env'tl Aff's L. Rev. 89, 143(1993).

80) M.L. Boos, *The Oil Pollution Act of 1990, Striking the Flags of Convenience?*, 2 col. j. int'l envtl. L. & pol'y 407(1991).

81) H. Grotius, *The Freedom of the Sea* vii(1608) (R.V.D. Magoffin trans. & J.B. Scott ed., 1916).

82) D.M. Dzidzornu & B.M. Tsamenyi, *Enhancing International Control of Vessel-Source Oil Pollution Under the Law of the Sea Convention, 1982 : A Reassessment*, 10 U. Tasmania L. Rev. 269, 270(1991).

83) 예컨대 S.J. Darmody, *The Oil Pollution Act's Criminal Penalties : On a Collision Course with the Law of the Sea*, 21 B.C. Env'tl Aff's L. Rev. 89, 139(1993).

효력을 갖기 위하여 필요한 60개국의 비준을 얻는데 무려 14년이 걸렸다는 사실은 사실상 국제관습법의 한계를 보여주고 있다. 그 사이에 국제해양질서는 유류사고에 대한 보다 적극적인 필요성을 갖게 되었지만 국제관습법이 이를 신속하게 대처하지 못하므로, 국제환경법은 과거의 관습법적 실무에 구애받지 않고 전향적인 방향을 제시할 필요가 있는 것이다. 형사관할권의 領土外適用은 이러한 의미에서 국제환경법 내지 국내적 환경형법의 새로운 방향으로 인정되어가고 있다.

#### IV. 超國家的 環境刑法

##### 1. 超國家的 環境刑法은 존재하는가?

앞서 고찰하였듯이 집행확보의 한 해결책으로 형사법의 범주에 포함시킬 수 있는 여러 수단을 사용하는 규정은 현재 다수의 국제환경조약에서도 발견된다. 그러나 초국가적으로 적용되는 환경형법에 대한 국제적 규율은 아직 적용단계에 있지 못하다. 환경형법 뿐만 아니라 넓게 국제환경규범의 국제적 이행문제는 아직 상당히 초보단계에 있다. 1992년의 리우 정상회의의 결의안에서 발견되는 집행과 관련된 다소 상반된 조항들의 混在는 국제환경규제의 집행의 문제가 어렵다는 점을 단적으로 보여준다고 할 것이다.<sup>84)</sup> 그러나 바로 이러한 困難이 국제환경형법의 형성을 저지하지는 못한다. 회의적 관점, 다시 말해서 “다른 강제적 수단의 적용도 어려운데 하물

84) 집행문제와 관련하여 리우선언의 분석은 예컨대 Framework Convention on Climate Change, done 9 May 1992, U.N. Doc. A/AC.237/18(pt. II)/Add.1 (1992), reprinted in 31 I.L.M. 849; R. Abramson, Bush Sees Role on Environment as Political Plus, L.A. Times, June 14, 1992, at A1; W.K. Stevens, U.N. Chief Charts Defense of Nature, N.Y. Times, June 4, 1992, at A10; T.L.H. McCormack & G.J. Simpson, The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: An Appeal of the Substantive Provisions, 5 Criminal Law Forum 1 (1994), at 39 참조.

며 가장 강력한 형사적 제재수단을 현재와 같이 느슨한 국제사회의 상호구조 속에서 어떻게 적용할 수 있단 말인가?"라는 懷疑에는 두 가지 함정이 있다. 첫째는 국제법질서의 時間的 形成力, 즉 국제사회의 인식의 변화에 따라 단계적인 변화를 거쳐 형성되는 국제법질서의 특성을 경시한 것이고, 둘째 범죄에 대한 인식은 비교적 국제적 합의에 이르기 쉽고, 범죄의 범위가 환경에까지 확대되면, 환경인식의 변화에 상응하는 環境人權論議<sup>85)</sup>의 展開가 예상되고 있다는 점이다.

우선 초국가적 환경형법을 논의하기 위해서는 우선 국가의 국내법질서를 담당하는 國內社會에 상응하는 "國際社會(international community)"가 존재할 것을 전제로 한다. 이러한 국제사회의 존재를 전제로 하지 않고는 "國際環境犯罪의 法"이란 사회적 실체가 없는 하나의 가상에 지나지 않는다. 특히 "實質的 意味(in the material sense of the word)"의 國際刑法<sup>86)</sup>이 實在하는지에 대한 회의는 국제사회의 실재를 인정하기 어렵기 때문이다.<sup>87)</sup> 다시 말해서 국제적인 초국가적 입법기관은 현재 설립되어 있지 않고, 집행력을 확보하고 있는 효과적인 국제집행구조도 설정되어 있지 못하

85) 인권과 환경권의 결합은 "건강한 환경에 대한 인권(human right to a healthy environment)"의 형태가 된다. 양자의 연계에 관한 논의에 대하여 상세히는 D. Shelton, *Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment*, 28 *Stan. J. Int'l L.* 103 (1991), at 107; J. Symonides, *The Human Right to a Clean, Balanced and Protected Environment*, 20 *Int'l J. Legal Info.* 24 (1992), at 26; W.A. Schultkin, Note, *International Human Rights Law and the Earth: The Protection of Indigenous Peoples and the Environment*, 31 *Va. J. Int'l L.* 479 (1991), at 485-86; P. Taylor, *An Ecological Approach to International Law* (1998), at 196-257; K. Bosselmann, *Kologische Grundrechte* (1998), at 11-22, 234-331; K. Bosselmann, *Im Namen der Natur* (1992) 참조.

86) Schwarzenberger uses the expression "international criminal law in the material sense of the word" to refer to the supposition that there exists an "international criminal law in a sense comparable to municipal criminal law". G. Schwarzenberger, *The Problem of an International Criminal Law*, 3 *Current Legal Problems* 263(1950), reprinted in *International Criminal Law and Procedure* 263(J. Dugard & C. van den Wyngaert eds., 1996).

87) 예컨대 Van Bemmelen, *Reflections and Observations on International Criminal Law*, in *A Treatise on international criminal law*(M.C. Bassioni & V. Nanda eds., 1973) at 77, 78; Schwarzenberger *supra* note, at 14-33; Green, *Is There An International Criminal Law?*, 21 *Alberta Law review* 251, 261(1983); E.M. Weis, *Terrorism and the Problems of an International Criminal Law*, 19 *Conn. L. Rev.* 799(1987) at 818 참조.

다. 단지 國際戰犯裁判所의 경우가 유일한 예외이고, 그 외에는 嚴格한 意味(stricto sensu)에서의 국제형법으로 인정할 만한 어떠한 국제관습법도 형성되어 있지 않다.<sup>88)</sup> 국제사회라는 개념을 “국가들의 사회(society of states)”로 이해하고, 국제사회 구성원의 상호관계에 중점을 둔다면 상호협력 및 상호조절의 형태로 국제환경형법이 존재한다고 할 수 있겠지만, 엄밀한 의미의 국제환경형법은 아직 존재하지 않는다.<sup>89)</sup> 따라서 현 상태에서 중요한 것은 “국제환경범죄”라는 인식을 바탕으로 한 지역적 국제협력 내지 國內刑法秩序의 國際的 調和의 문제가 된다. 국제환경범죄의 인식은 이미 고찰한 국제환경조약의 벌칙에서 충분히 도출해 낼 수 있다.<sup>90)</sup> 그리고 국내형법질서의 국제적 조화는 이미 국제회의나 학계에서 대안<sup>91)</sup>이 제시되고 있다. 따라서 이하에서는 지역적 국제협력을 통한 환경범죄의 소추의 문제를 고찰한다.

## 2. 地域的 環境協력을 통한 刑事訴追 : 국가별 상이한 기준?

조약을 적용하는데 가장 걸림들이 될 수 있는 것은 각국의 상이한 법체계 및 입법의 재량에 따른 내용의 차이에 있다. 국가간의 국제적 활동이 증대함에 따라 국제적 규율이 어느 국가에서건 통일적으로 같은 수준으로 적용되는 문제가 보다 중요하게 되었다. 이와 같은 규율의 국제화는 국제

88) 예컨대 G. Schwarzenberger, *The Problem of an International Criminal Law*, 3 Current Legal Problems 263(1950), reprinted in *International Criminal Law and Procedure* 263(J. Dugard & C. van den Wyngaert eds., 1996) at 279-280; *Resolutions of the XIVth International Congress on Criminal Law in Vienna 1989*, 61 *Revue Internationale de Droit Pnal* 131(1990), at 132 참조. 제14차 국제형법 학회의 결의안(resolutions of XIVth International Congress on Criminal Law in Vienna 1989)에 따르면 국제형법은 “stricto sensu”와 “lato sensu”의 두 가지로 나뉘어 진다. 전자는 국제사회의 고차원의 가치를 침해한 행위에 한정된다.

89) E.M. Weis, *Terrorism and the Problems of an International Criminal Law*, 19 *Conn. L. Rev.* 799(1987) at 821.

90) 전술한 제2장 참조.

91) 예컨대 유엔범죄방지위원회가 주최한 1994년의 환경범죄전문가학술회의의 결의문 및 국제환경형법의 포틀랜드모델초안(Portland Report of International Meeting of Experts on the Use of Criminal Sanctions in the Protection of Environment, Internationally, Regionally and Domestically, UN Crime Prevention and Criminal Justice Program Publication Ser. 1-26, 1994).



환경법에서도 아주 중요한 문제이다. 통일적인 규율을 확보하기 위해서는 (1) 국제적 압력에 의한 통일적 규율의 국내법적 수용 또는 (2) 국제사회의 일원이 되기 위한 조건으로서의 통일적 규율의 국내법적 수용의 두 가지 방법이 있다. 예컨대 멕시코는 북미자유무역협정(NAFTA)<sup>92)</sup>의 대상국가 가 되기 위하여 보다 엄격한 환경규율을 채택할 수밖에 없었다.<sup>93)</sup> 유럽연합(European Union) 역시 이러한 전략을 채택하여, 회원국은 통일적인 규율을 받아들일 의무를 지게 된다.<sup>94)</sup> 이러한 지역협력은 환경범죄의 소추에 있어서도 공동의 보조를 취하게 만들고, 지역 내에서 일어나는 초국가적 환경범죄를 지역협력을 통해 소추하게 만들게 된다. 지역협력을 위한 지역적 초국가적 기구를 만드는가는 지역협력조약의 내용에 따라 다르지만, 특히 형사소추는 대개 刑事司法共助의 형태를 띠는 것이 일반적이다.

북미자유무역협정의 환경부수협약(NAFTA Environmental Side Agreement)의 지역협력의 체계를 정리하면 다음과 같다: 동협약의 목적은 국내적 환경법의 설정, 운영, 집행의 확보에 있는데, 이를 위하여 동협약은 구체적으로 입법과 집행에 국민의 참여를 확대시키고, 집행의 미확보로 인한 분쟁에 대한 해결방법으로 정부대 정부의 분쟁해결기구를 만들며, NAFTA 당사국 간의 협조체제를 구축하는 것을 상세히 규정하고 있다. 이에 따르면 NAFTA 당사국의 영토 내에 있는 어떤 단체나 개인도 獨立機構인 3개국의 共同事務局에 집행문제를 제기할 수 있다. 만일 공동사무국이 이에 대하여 충분한 정보를 확보한다면 문제된 국가의 반응을 60일간 기다리고, 그 기간 내에 해결이 되지 않으면 분쟁해결절차에 따라서 行動計劃(action plan)이 수립된다. 이해관계가 있는 기업은 이 절차에 참여하여 그 계획에 그 기업의 이해가 반영될 수 있다. 만일 당사국

92) North American Free Trade Agreement, Dec. 17, 1992, 32 I.L.M. 605(1993).

93) See D. Fraser, *Mexico Ponders Price it Must Pay for NAFTA - Side Accords Demanded by the U.S. Raise Some Thorny Issues*, Financial Times, Mar. 23, 1993, at 9(reporting that despite sovereignty concerns, Mexico expected to agree to new environmental regulations to accede to NAFTA).

94) See R. Mauthner, *No Quick Entry, but the Log Jam is Broken*, Financial Times, May 19, 1986, at 3.

이 행동계획을 충분히 집행하지 않는다면 공동사무국은 金錢賦課金を 산정하여 그 당사국에게 부과하게 된다. 만일 당사국이 금전부과금을 납부하지 않으면, 미국과 멕시코의 경우에 무역거래의 제재조치가 뒤따르게 되며, 캐나다의 경우에는 이 협약에 따라 설립된 위원회(Commission)가 그 집행을 맡게 된다.

지역협력의 또 하나의 대표적인 사례는 유럽연합(European Union)이다. 유럽연합은 1986년 단일유럽협정(Single European Act)을 통해 환경 및 자연자원의 문제를 규정하고 있다.<sup>95)</sup> 유럽연합은 指令(directives)과 規則(regulations)을 통하여 환경보호체계를 확립해 가고 있다. 유럽사법재판소(European Court of Justice)는 유럽연합의 지령을 수행하는 개별국가의 대책에 관하여 중요한 역할을 담당하고, 유럽연합위원회(European Commission)도 환경정책에서 중요한 역할을 수행한다.<sup>96)</sup> 1992년의 마스트리히트조약(Maastricht Treaty)을 통해 최초로 회원국에 財政罰(financial penalties)를 도입하였다.<sup>97)</sup> 마스트리히트조약에 따른 副次性原則(doctrine of subsidiarity)<sup>98)</sup>에도 불구하고, 유럽연합은 여전히 환경에 관한 중심적인 역할을 수행하고 있다.<sup>99)</sup> 그 외 유럽評議會(Council of Europe=CE)도 환경조약과 관련하여 매우 중요한 일익을 담당한다. 유럽

95) M.S. Feeley & P.M. Gilhuly, *Green Law-Making: A Primer on the European Community's Environmental Legislative Process*, 24 Vand. J. of Transnat'l L. 653(1991); D.W. Simcox, *The Future of Europe Lies in Waste: The Importance of the Proposed Directive on Civil Liability for Damage Caused by Waste to the European Community and Its Environmental Policy*, 28 Vand. J. of Transnat'l L. 543(1995); Sevenster, *Criminal Law and EC Law*, 29 Common Mkt. L. Rev. 29(1992) 참조.

96) EEC 169조에 따른 절차에 관하여 상세히는 D. Freestone, *European Community Environmental Law and Policy*, 18 Journal of Law and Society 135(1991), at 140 참조.

97) Article 171(2) of the amended EC Treaty.

98) Article 3b of the EC Treaty now expressly states that "Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty". In the area of shared competence, the Community shall proceed "only if and in so far as objectives of the proposed action can not be sufficiently achieved by the member states".

99) 예컨대 D. Wilkinson, *Maastricht and the Environment: the Implications for the EC's Environment Policy of the Treaty of European Union*, 4 Journal of Environmental Law 221(1992) 참조.

평의회는 1949년 창설된 유럽의 조직체로서<sup>100</sup>, 동유럽의 공산정권의 붕괴 이후에 30개국이 넘는 거의 모든 유럽국가가 회원이 되어 있는데, 형법의 분야에서 이미 유럽평의회는 21개의 조약과 70개의 권고안을 통과시킨 실적이 있다. 유럽평의회는 환경형법에 특별한 관심을 보여왔는데, 1972년 바젤의 제7차 유럽법무장관회의에 기초하여 1977 채택한 “환경보호를 위한 형법의 역할에 대한 결의안 (77)28”은 환경범죄에 대한 인식을 재고시킨 것으로 세계적으로 유명하다. 1990년에는 이스탄불에서 제17차 유럽법무장관회의를 개최하고, “형법을 통한 환경보호에 대한 결의안 제1호”를 공표하였다. 이 결의안들은 회원국의 정부들이 환경범죄에 보다 적극적으로 대처할 것을 선언하고 있다. 이러한 활동은 최근 1998년 유럽환경형법 조약(Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law of Nov. 4, 1998)<sup>101</sup>이 유럽평의회 회원국들간에 채택되는 결과를 가져오게 되었다. 이 조약은 회원국들의 國內的 實體刑法의 調和와 國際刑事司法共助를 통하여 국제적 환경보호에 대처하는 내용을 담고 있다.

한편 지역적인 국제환경조약이 체결되더라도 국가별 留保條項이 설정되어 다수의 예외가 인정되는 문제가 생긴다. 유럽의 경우 구공산권국가에 대한 예외설정이 너무 많아서 유럽차원의 실효성있는 환경보호프로그램에 대한 회의가 제기된다.<sup>102</sup> 현재 國際環境協力體制에서 환경보호와 빈곤의 문제는 실제로 환경보호의 국제프로그램의 설정하는데 가장 걸림돌이 되는 문제로 대두되고 있다. 지구온난화의 대처방안이나 오존층보호를 위한 국제환경협력의 타협

100) 유럽평의회 의 기관은 의회(Parlimentary Assembly), 사무국이 설치된 장관위원회(Committee of Ministers with a Secretary General), 유럽위원회(European Commission), 유럽인권재판소(European Court on Human Rights)가 있다. 유럽평의회는 국방문제를 제외한 모든 문제에 대하여 논의를 하지만, 유럽연합과는 달리 입법권한이나 집행권한을 갖고 있지는 않다. 다만 장관위원회가 유럽공동의 문제에 대하여 유럽지역조약의 초안을 만들고, 권고안이나 결의안을 채택하며, 전문가의 의견서를 출판한다.

101) European Treaty Series(ETS) No. 172.

102) G. Heine, *Elaboration of Norms and the Protection of the Environment*, 1992 Duke Env't L. & Pol'y F. 106, at 107.

과정에서 나타난 바와 같이, 산업국가들이 과거에 산업화를 이룩하고는 이제 와서 환경보호를 빈국의 탓으로 돌린다는 비난을 하면서, 경제발전이 환경보호에 우선할 수 밖에 없고, 그 한도 내에서 환경보호를 할 수 밖에 없다는 빈국 내지 개발도상국의 논리를 설득할 제도적 대안이 필요하게 되었다. 흔히 “지속 가능한 개발(sustainable development)”이라는 개념 아래, 환경과 개발의 모순된 정책목표를 조화롭게 설정하려는 시도를 하지만, 이는 실제적으로는 환경조약의 타협과정을 보면 매우 복잡한 문제이다.<sup>103)</sup> 특히 領土高權에 의거하여 자신의 자원을 자신 스스로 개발하는 것을 국제적으로 어떻게 저지할지는 바로 국제환경형법 뿐만 아니라 국제환경법의 장래와도 연계된다. 국제적 환경협력을 위한 초국가적 집행기구가 없는 현실에서 현재 국제환경협약은 국가별 유보조항을 두지 않을 수 없기 때문에, 환경보호의 효율화를 위해서는 리우선언에서 밝힌 바와 같이 선진국과 후진국간의 환경협력의 문제가 새로운 대안으로 대두되고 있다. 환경형법은 이러한 지역적 환경협력의 구조 안에서 매우 적은 부분을 차지하지만, 공유적인 요소가 비교적 명확히 드러나는 환경범죄는 환경인식을 재고하는 계기를 형성하기 때문에, 매우 중요한 역할을 수행한다. 형사소추를 포함하여 집행일반의 문제를 다루는 NAFTA 부수환경협약이나 환경범죄 그 자체를 포괄적으로 다루는 유럽평의회 환경형법조약 모두 지역적 환경협력의 중요한 모델이 된다. 필자의 견해로는 양자의 모델을 혼합한 제3의 모델을 구축하는 필요하다고 생각된다.<sup>104)</sup>

### 3. 국제환경범죄를 國際法的으로 承認하고 法典化하려는 노력들

#### 1) 국제법위원회의 국가책임조항에 대한 초안

앞서 본 바와 같이 人類共有의 環境에 대한 조약법이나 관습법의 발전경향은 超國家的인 刑事訴追의 필요성이나 가능성에 대한 시사를 주었다. 이

103) 예컨대 L.K. Caldwell, *International Environmental Policy: Emergence and Dimensions*(2d ed. 1990), at 208.

104) 양자의 모델에 근거한 제3의 모델에 대한 제안과 분석은 지면상 다음 기회로 미루고자 한다.

러한 경향은 특히 국제법위원회(International Law Commission)가 작성한 국가책임조항에 대한 초안(Draft Articles on State Responsibility)에서 잘 드러난다.<sup>105)</sup> 제19조 제3항은 형사책임을 야기시키는 國際不法行爲 내지 國際犯罪行爲의 유형을 설정하면서 “인간환경의 보호에 중요한 핵심적인 국제의무를 중대하게 위반한 행위(a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment)”를 제시하고 있다. 이 조항은 환경파괴에 대한 법적 대책으로서 환경형법의 범위 및 적용에 대한 그간의 공감대를 제시한 것이라고 평가된다.

그러나 이 조항의 규범적 의미는 아직 명확하지 못하다. 우선 국제범죄 행위와 국제불법행위의 구별의 기준이 분명하지 못하고, 이에 따른 국가책임의 차별성도 모호한 편이다.<sup>106)</sup> 즉 초안이 제시하고 있는 기준은 국제적 불법행위 중에서 (a) 특별히 중대하고, (b) 인류의 이익에 중대한 핵심적 의무를 위반한 행위를 19조의 국제범죄로 하고 있을 뿐, 그에 대한 명확한 기준을 찾기는 어렵다. 또한 행위국가, 피해국가, 제3국가의 구별도 어려울 뿐만 아니라, 국가가 국가의 지도자의 의사에 반하여 범죄를 범할 수 있는지, 반대로 국가의 지도자가 범죄행위에 주도적인 경우, 모든 국민이 범죄자로 취급되어야 할지의 문제에 대하여도 분명한 기준이 제시되지 못했다는 평가를 받는다. 나아가 국가간의 실무에서 국제범죄라는 개념이 정립되었는지 회의적이고, 국제사회가 범죄로 승인한다고 할 때 어느 정도의 국가의 수가 필요한지도 불명확하다.<sup>107)</sup> 1998년 국제법위원회의 50차 회의에 제출된 보고서는 초안의 제1장 전체를 재검토하여 제1절(일반이론)과 제2

105) [1976] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 239-53, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1976 : *The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility*(S. Rosenne ed., 1991). See T.L.H. McCormack & G.J. Simpson, *The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind : An Appeal of the Substantive Provisions*, 5 Crim. L. F. 1(1994), at 39-40.

106) [1976] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n, at 118.

107) [1976] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n, at 119.

절(국제법하에서의 국가의 행위)을 새로이 구성하고, 제19조에서 문제의 “범죄”라는 개념을 삭제할 것을 제안하고 있다.<sup>108)</sup> 국제법위원회의 계획에 따르면, 1999년의 제51차 회의에서 초안 제19조를 유지할지 삭제할지, 개정할지를 결정할 것이라고 하고 있다.<sup>109)</sup>

그러나 이러한 결함에도 불구하고 국제법위원회의 국가책임조항에 관한 초안은 결코 과소평가될 수 없다. 논의의 핵심인 제19조의 국제범죄는 특히 국제환경형법과 관련하여 볼 때 그 의미는 인류의 생존과 관련하여 논의된 배경을 갖고 있다고 할 것이다. 인류의 과학적 진보가 거꾸로 인류의 생존문제를 위협하는 결과를 가져왔다는 문제의식이 이 초안의 환경범죄 조항을 탄생시킨 것으로 보인다.<sup>110)</sup> 여기서 말하는 과학적 진보란 핵문제와 연계된다. 핵무기의 사용이나 핵실험을 금지시키는 것은 이미 핵무기실험금지조약(Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water)<sup>111)</sup> 제1조가 선언한 바 있다. 이런 의미에서 국제법위원회의 초안 제19조는 분명히 존재가치가 있다. 이는 또한 국제환경형법이 다룰 중요한 분야의 하나인 것이다. 과학적 진보가 인류생존에 직접적인 영향을 미치는 영역은 과거에는 핵문제이었지만, 현재 지구온난화에 따른 기상이변을 심각하게 받아들인다면 이 조항의 범위는 기후변화의 영역으로 확대되어 나가야 할 것이다.

## 2) 국제법위원회의 人類平和와 安全에 대한 犯罪의 法典 草案

### 국제법위원회의 人類平和와 安全에 대한 犯罪의 法典 草案(Draft Code

108) First report of new special rapporteur, Professor James Crawford, on State Responsibility, UN Doc. A/CN.4/490 and Add.1-6(1998); Report of the ILC on the work of its fiftieth session, UN GAOR, 53d Sess., Supp. No. 10, para. 546, UN Doc. A/53/10 and Corr. 1(1998) 참조.

109) R. Rosenstock, *The Fiftieth Session of the International Law Commission*, 93 AJIL 236(1999) at 240. 110) [1976] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n, at 108.

111) *Done at Moscow*, 5. Aug. 1963, 480 U.N.T.S. 43, 14 U.S.T. 1313, T.I.A.S. No. 5433, reprinted in 2 I.L.M. 889(1963).

of Crimes against the Peace and Security of Mankind)<sup>112)</sup>은 10년 동안의 國際刑法典 작업의 산물이다. 국제법위원회는 국제범죄를 소추할 수 있는 제도를 확립하고자 한편 國際刑法典의 제정, 한편 常設國際刑事法院의 설립을 추진하여 왔다. 상설국제형사법원은 1998년7월17일 로마회의를 통해 조약이 체결됨으로써 드디어 결실을 보게 되었다. 즉 국제형사법원의 설립을 위한 유엔외교회의는 국제형사법원의 로마법안(Rome Statute of the International Criminal Court<sup>113)</sup>)을 채택하였다. 그러나 국제형법전의 문제는 아직도 합의를 보지 못하고 있다.

국제형법전 초안은 인류의 평화와 안전에 대한 중대한 위협행위를 法典화하려는 시도이다. 오랜 동안 환경론자들에게 가장 아쉬운 점 중의 하나는 환경범죄에 대한 국제적인 규범이 없다는 점이었는데, 국제형법전 초안 제26조는 “자연환경에 대한 광범위하고, 장기적이며, 중대한 손상을 가하는 고의적인 행위(willfully causing or ordering the causing of widespread, long-term and severe damage to the natural environment)”를 국제범죄로 상정함으로써, 국제범죄의 목록에 환경범죄를 열거하고 있다.<sup>114)</sup> 그러나 국제적 차원의 환경범죄를 규범적으로 정의하기는 쉽지 않기 때문에, 초안은 비교적 막연하게 추상적인 요소를 제시하고 있을 뿐이다. 그러므로 고의의 환경파괴(willful environmental destruction)의 구체

112) Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, in *Report of the International Law Commission on its Forty-third Session*, U.N. GAOR, 46<sup>th</sup> Sess., Supp. No. 10, at 198, U.N. Doc. A/46/10(1991). The prospects for the Draft Code are discussed at length in T.L.H. McCormack & G.J. Simpson, *The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: An Appeal of the Substantive Provisions*, 5 *Crim. L. F.* 1(1994).

113) Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9 is available at [www.un.org/icc](http://www.un.org/icc), reprinted in 37 I.L.M. 999(1998). 로마회의는 찬성 120, 반대7, 기권21로 국제형사법원안을 통과시켰다. 우리나라의 타협과정에서 중요한 역할을 수행한 것으로 평가되고 있고, 참고로 미국은 반대표를 던졌다.

114) T.L.H. McCormack & G.J. Simpson, *The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: An Appeal of the Substantive Provisions*, 5 *Crim. L. F.* 1(1994), at 39-40.

적 내용을 제시하여 국제환경범죄의 범위를 확정할 필요가 있다:

- (1) 간접적이지만 세계평화와 안전을 위협하는 중대한 행위 ;
- (2) 한 국가 이상의 국가들에게 영향을 미치는 중대한 행위 ;
- (3) 수단이나 방법이 국경을 초월하여 일어나는 행위 ;
- (4) 집행하기 위해서는 국가간의 협력이 필수적인 행위 ;
- (5) 한 국가 이상의 국민들에게 잠재적으로 영향을 미치는 행위.

위와 같은 구체적 기준을 마련하여 국제환경범죄의 유형을 현존하는 국제환경조약에서 추출하여 재구성한다면, 이 초안이 시도한 국제환경범죄의 법전화는 장래 국제환경형법의 규범의 근거로서 그 실정법적 생성과 전개에 크게 기여하게 될 것이다.

#### IV. 결론

국제환경형법은 국제환경법의 새로운 분야 중의 하나로서 현재 생성중인 영역이라고 할 수 있다. 다시 말해서 이 논문이 고찰한 바에 의하면 현 단계에서도 국제환경형법은 분명히 그 실체가 존재한다. 다만 국제환경형법이 단지 국제환경조약의 벌칙을 통해서 국내법적으로 이행되는 것만을 의미하는 것이 아니라, 인류공유의 환경에 대한 중대한 환경파괴는 범죄라는 공감대를 바탕으로 환경형법의 표준화, 초국가화 등의 경향에서도 파악될 뿐만 아니라, 지역적 환경협력의 테두리 속에서의 형사소추나 형사공조에서도 볼 수 있고, 나아가 유럽환경범죄조약과 같이 환경범죄 그 자체를 대상으로 하는 지역협력조약도 출현한 것을 볼 수 있다.<sup>115)</sup> 아직 구체적인 실현단계에 있는 것은 아니지만 이미 국제형사사법체제의 확립의 두 축 중의 하나인 국제형사법원의 설립에 관한 조약이 1998년 체결된 사실에 미루어 보아, 아직 진행 중인 국제환경범죄가 삽입되어 있는 국제형법전 초안 작업도 비관적이지만은 않다고 할 수 있다. 국제환경범죄에 대한 형사책임

115) 전술한 제4장의 2. 참조.



을 규정한 국가책임조항의 초안도 국제사회의 결속과 더불어 장래 진전이 있을 것이다. 이러한 초안들의 국제환경범죄에 대한 조항들은 현재에도 분명히 국제환경형법에 대한 중요한 시사를 제공한다. 환경범죄에 관하여 공유하고 있는 인식이 국내법질서뿐만 아니라 국제협력체제 속에서 확인되는 하나의 징표가 된다. 환경오염의 국제화에 따른 피해가 증대함에 따라, 국제조약이나 국제관습법이 미처 이를 따르지 못할 때도 각국은 국내법의 초국가화 등을 통한 領土外適用 등을 통해 국제환경범죄에 대처하는 새로운 관행도 점차 정립되는 실정이다. 따라서 국제환경형법은 장래 그 집행의 문제와 관련하여 국제협력체제 및 국제형사사법제도의 구축과 더불어 점차적으로 발전하게 될 것이다. 다른 국제법의 영역이 모두 그러하였듯이 끈기를 갖고 기다린다면 현재 전개되고 있는 국제환경형법은 점차 확실한 영역을 구축해 나갈 것이다. 私見으로는 그 발전방향은 인권법의 발전과 궤를 같이 할 것으로 판단되는데, 결론에 대신하여 간략한 개요를 첨가하면 다음과 같다 :

인권법의 영역에서는 국제조약이나 지역조약을 통하여 개인의 청원권이 인정되며, 인권조약은 그 집행과 관련하여 보고서 등의 제출을 요구할 권리를 갖고 경우에 따라서 인권침해의 상황을 조사할 권한을 갖게 됨으로써 개별국가의 領土高權에 앞선 권리를 갖을 수 있다. 이러한 국제인권법의 구조는 국제환경법의 구조 보다 훨씬 진일보한 것이다. 이것은 개별국가의 주권이 인권의 뒤에 위치한다는 발상의 전환에서 가능할 수 있었던 것이다. 여기서 국제환경법은 국제인권법의 모델을 발전방향으로 삼을 필요가 제기된다. 비록 국제환경법이 추구하는 가치와 국제인권법이 추구하는 가치가 상이하고 그 방법적, 수단적 차이가 크기 때문에 양자를 동일시할 수 없다는 견해를 무시할 수 없지만, 한편 양자는 人權이라는 측면에서 공통된 면을 갖고 있고<sup>116)</sup>, 환경권을 기본적 인권의 하나로 파악하는 견해가 점

116) 인권법은 개인의 보호를 지향하고, 환경법은 인간의 보호와 관련하여 자연의 보호를 지향한다. 이 점에 관하여 A. Kiss & D. Shelton, *International Environmental Law* 17-18(1991).

차 지지를 얻고 있음에 주목한다면, 양자의 구조적 차이에 상응하는 차이를 인정하면서도 공통적으로 인권적인 철학적 배경을 국제법의 생성의 배경으로 제시할 수도 있을 것이다.<sup>117)</sup> “건강한 환경에 대한 근본적 인권 (afundamental human right to healthy environment)”<sup>118)</sup>에 바탕을 둔 국제법적 접근은 국제환경법과 국제환경형법의 생성과 전개를 보다 용이하게 해 줄 것이다. 국제인권법과 마찬가지로 국제환경형법을 통하여, 통제되지 못한 국가의 주권의 굴레 속에서 침해받은 개인의 환경권을, 그 국가의 주권에 우선하여 구제하게 되고 처벌될 국제적 장치가 설치될 날이 올 것이다. 이런 방향으로 국제환경형법은 계속 전개되고 있는 것이다.

117) 인권운동가는 새로운 환경인권이 종래의 인권의 가치를 저해시킬 우려를 들어서 거부한다. 상세히는 I. Hodkova, *Is there a Right to a Healthy Environment in the International Legal Order?*, 7 Conn. J. Int'l L. 65(1991) at 71 참조.

118) 인권과 환경권의 결합은 “건강한 환경에 대한 인권(human right to a healthy environment)”의 형태가 된다. 양자의 연계에 관한 논의에 대하여 상세히는 D. Shelton, *Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment*, 28 Stan. J. Int'l L. 103(1991), at 107; J. Symonides, *The Human Right to a Clean, Balanced and Protected Environment*, 20 Int'l J. Legal Info. 24(1992), at 26; W.A. Schutkin, Note, *International Human Rights Law and the Earth: The Protection of Indigenous Peoples and the Environment*, 31 Va. J. Int'l L. 479(1991), at 485-86; P. Taylor, *An Ecological Approach to International Law*(1998), at 196-257; K. Bosselmann, *kologische Grundrechte*(1998), at 11-22, 234-331; K. Bosselmann, *Im Namen der Natur*(1992) 참조.