

환경형법과 환경보호의 효율성*

안 원 하**

I. 서론

환경 내지 환경보호에 관한 문제는 우리 시대의 고민을 농축된 형태로 보여주고 있다. 환경보호는 이제 우리 사회에서 모든 집단이 승인하는 유일한 가치가 되었다. 전통적인 가치 중에서 우리 사회의 모든 구성원이 이의없이 받아들이는 것은 이제 하나도 남지 않았다는 점을 상기하면 환경보호에 대한 우리 사회의 합의는 경이로울 정도이다. 더구나 국가간에는 역사와 문화에 차이가 있음에도 불구하고, 환경보호는 적어도 표면적으로는 지구상의 모든 국가가 추구하는 가치체계로 되었다.

그러나 조금만 더 들여다보면, 이는 대단히 피상적인 관찰이라는 것을 알 수 있다. 환경오염행위는 줄어드는 것이 아니라 지속적으로 늘어나는 추세에 있는 것이다. 이런 모순적인 상황을 가져온 원인을 살펴보면, 첫째로, 일반적인 여론은 환경보호의 중요성을 깊이 깨닫고 있는 것처럼 보이지만, 개개인은 스스로의 환경훼손행위에 대하여는 대단히 관대하다. 둘째로, 우리는 한편으로는 환경보호의 필요성을 절감하면서도, 다른 한편으로는 환경보호 때문에 경제적 발전이나, 방만한 소비생활을 포기하지는 않으려 한다. 셋째로, 환경보호론자들도 그 수단에 관한 논의에서는 쉽게 의견

* 이 논문은 1997년도 한국학술진흥재단의 외국석학과의 공동연구과제 연구비에 의하여 연구되었음.

** 부산대학교 법과대학 조교수

의 일치를 보지 못하고 있다. 많은 사람이 형법적 수단을 통한 환경보호를 주장하지만, 다른 편에서는 형법은 이 영역에서 자제해야 한다는 견해를 피력한다. 그리고 마지막으로, 지역이기주의(수질환경보전법 시행령 제33조 참조) 혹은 집단이기주의(심지어 학문간의 영역 다툼까지 포함하여)도 환경보호를 위해 체면을 차릴 생각이 전혀 없다.

이러한 모순은 사실 피할 수 없는 구조적이고 근원적인 원인에 기인하는 것이라고 볼 수 있다. 즉, 인간이 생존해 나가고 생활을 영위해 나간다는 것 자체가 환경자원을 “이용”하지 않으면 불가능하기 때문이다. 우리가 생존이나 생활을 영위하기 위해 필요한 재화나 용역을 생산하기 위해서는 많은 적당 환경자원을 이용하여야 한다. 더 나아가서 이렇게 생산된 재화나 용역을 소비하기 위해서도 우리는 환경자원의 이용을 포기할 수 없다. 요약하면, 우리는 환경자원의 이용을 포기할 수도, 그렇다고 환경의 무제한한 황폐화를 허용할 수도 없는 시대에 우리가 살고 있다).

우리 시대의 이러한 고민 내지 모순을 전제로 할 때, 환경침해행위에 대한 처벌을 확대해야 하는가, 아니면 제한해야 하는가 하는 문제도 쉽게 대답하기 어려운 질문이다. 환경자원의 이용에 관여하는 당사자들을 사악한 인간(“무책임한 정치인”, “부패한 공무원”, “악덕 기업주”)으로 매도하는 것만으로는 환경문제의 해결에 도움이 되지 않는다. 오히려 관련된 이익을 냉정하게 분석하여 총체적인 타협을 이끌어 내는 것이 현명하다. 이 과정에서는 환경자원의 이용을 어느 선에서 규제할 것인가 하는 문제는, 우리 세대의 생활상의 필요 혹은 우리 세대의 사치를 위한 필요와 다음 세대의 생존의 토대 사이의 타협점이 문제라는 것이 인식되어야 한다.

이렇게 보면 일견 처벌의 확대가 요청된다고 보이지만, 이것은 제한없이 관철되기는 어려운 요구이다. 무엇보다도 사회의 일정한 영역에는 국가적으로 강제된 법규범이 관철되지 않는다는 것이 경험과학적으로 입증되었

1) 사실 환경보호를 위해 가장 확실한 방법은 혹독할 정도로 소비를 줄이는 것이며, 환경오염을 완전히 없애는 방법은 인류가 생존을 포기하는 것이 될 것이다.

는데(Teubner), 관련 당사자들이 모두 환경자원의 이용을 포기할 수 없다면, 환경문제는 이러한 영역에 속한다고 보아야 할 것이고, 그리고 환경침해행위에 대한 엄벌의 요구는, 다른 한편으로는, 국가권력간의 - 경제활동의 역동성을 유지하려는 행정권과 이를 제지하려는 사법권 사이의 - 내전에 가까운 충돌을 부추키는 것을 의미하는 것이기 때문이다.

II. 환경형법의 성립과 발전

1. 한국 환경형법의 성립과 발전

1960년대 이후 수차에 걸친 고도성장 위주의 경제개발 5개년 계획의 결과 물질적인 빈곤으로부터는 어느 정도 벗어날 수 있었지만, 그 사이 과소평가해 왔던 환경문제가 1980년대 이후 심각한 사회문제로 부각되었으며 우리의 생존기반마저 위협하기에 이르렀다. 환경오염 및 환경파괴에 관한 기사는 자주 언론매체에 등장하기에 이르렀던 것이다. 1985년에 발생한 온산공단 피질 사건²⁾은 일본에서 발생한 이따이이따이병에 비견되는 대표적인 환경오염 사건이었다. 그리고 1980년대 말과 1990년 초반에 걸쳐 발생한 물과 관련된 일련의 사건들, 즉 1989년의 수돗물 중금속 오염 사건, 1990년의 발암물질 트리할로메탄(THM) 검출 사건³⁾ 그리고 1991년의 낙동강 폐놀 오염 사건⁴⁾과 대구 염색공단 폐수 무단방류 사건 등은 수질오염의 심각성을 일깨워 주기에 충분한 것이었다. 그 결과 1991년 10월에는 ESCAP(아시아·태평양 경제사회이사회)로부터 필리핀, 스리랑카, 베트남

2) 이 사건 당시 정부는 1,200억원의 이주대책비를 책정하여 주민을 집단 이주시키기에 이르렀다.

3) 서울 영등포 정수장 등 전국 8개 정수장의 수돗물에 발암물질인 THM이 음용수 수질기준치를 최고 5배까지 초과하는 양이 검출되었다는 감사원의 감사 결과가 신문지상에 보도되자, 보사부와 서울시가 강하게 반발, 각각 자체 검사결과를 발표하게 됨으로써 수돗물 발암물질 파문은 확산되게 되었다.

4) 낙동강 폐놀 오염 사건의 상세한 내용은 서석구, 폐놀사태 현장르보 : 폐놀사건의 진상과 환경운동의 현주소, 형평과 정의, 제6집(대구지방변호사회, 1991년 12월) 참조.

과 함께 아시아·태평양 지역에서 가정 및 공장폐수에 의한 오염이 가장 심한 나라로 분류되기도 했다.

그리고 대기오염 또한 심각한 상태에 이르러, 1990년대 초에 이미 WHO(세계보건기구)와 UNEP(UN환경계획)이 주관하는 GEMS(지구환경감시체계)의 보고서는 서울이 중국의 선양, 이란의 테헤란에 이어 세계에서 세 번째로 아황산가스 오염이 심한 도시라고 밝혔다.

또한 영광 원자력 발전소 고용원의 부인이 1988년과 1989년 두 차례에 걸쳐 무뇌태아를 유산한 사건, 1989년에 일어난 고리 원자력 발전소 고용원의 백혈구 감소사건 및 영광 원자력 발전소 인근 해역의 기형어 사건 등 원자력 발전소와 관련된 일련의 사건들은 결과적으로 원자력과 무관한 것으로 밝혀졌다고는 하지만, 이제까지 없었던 현상들이 현실적으로 발생하고 있다는 사실만으로도 환경문제의 심각성을 더해주는 것이었다.

이러한 심각한 환경오염 사건에 직면하여, 그리고 환경보호를 추구하는 국제적인 추세에 발맞추어 우리 나라는 1980년에 환경청을 신설하고 1990년부터는 환경청을 환경처로 승격⁵⁾시켜 정부의 환경보호에 대한 의지를 분명히 했다.

법적인 면에서는 제5공화국 헌법에 환경권에 관한 제35조를 신설하는 한편, 1990년에는 다양화·복잡화해 가는 환경문제에 효과적으로 대처하기 위하여 기존의 환경보전법⁶⁾을 수질환경보전법(1990.8.1 법률 제4260호), 대기환경보전법(1990.8.1 법률 제4262호), 소음·진동규제법(1990.8.1 법률 제4259호), 유해화학물질관리법(1990.8.1 법률 제4261호), 환경오염피해분쟁조정법(1990.8.1 법률 제4258호) 등의 개별 단행법으로 분리하고, 헌법에 명시된 국민의 환경권을 실질적으로 보장하기 위하여 국가환경보전시책의 기본이념과 방향을 제시하고 환경관계 법률 상호간의 합리적 체계를 정립

5) 환경처는 1997년부터 환경부로 이름을 바꾸었다.

6) 1990년 이전에 시행되었던 환경보전법상의 환경형법에 대하여는 서거석, 환경범죄에 관한 연구, 충남대학교 박사학위논문(1990) 참조.

하여 환경보전시책이 국가전체로서 유기적 연관하에 일관성 있게 추진되도록 하기 위하여) 환경정책기본법(1990. 8. 1 법률 제4257호)을 제정하였다. 그리고 1991년에는 분뇨오수 및 축산폐수의 처리에 관한 법률을 제정하고 기존의 해양오염방지법과 폐기물관리법을 개정하는 한편, 자연환경보호법 등을 제정하였다.

이러한 환경관련 단행법들은 모두 그 말미에 환경오염행위에 대한 처벌 규정(벌칙의 장)을 두고 있다. 따라서 우리 나라에서는 환경형법이 형법전에 편입되지 않고 개별 단행법에 분산되어 규정되어 있다. 그러나 1985년에 발족한 “형사법 개정 특별위원회”가 250여 차례의 회의 끝에 1991년에 마무리한 형법개정시안을 기초로 법무부가 1992년에 최종 확정된 형법개정안(정부안)은 그 제27장에 “환경에 관한 죄”라는 새로운 장을 신설하고 그 아래에 환경오염죄(제284조), 환경오염치사상죄(제285조), 과실환경오염죄(제287조) 그리고 환경오염미수죄(제286조)의 네 개 조항을 두고 있었다.

한편 낙동강 폐늘 오염 사건 직후인 1991년에는 수질환경보전법과 대기환경보전법을 개정하여, 대기오염물질 배출시설 및 폐수 배출시설을 정상 운영하지 아니하여 공공수역이나 대기 중에 오염물질을 불법배출한 자 등의 형량을 상향조정하고, 나아가 현행법의 미비점을 보완하고 국민의 건강보호와 쾌적한 환경조성을 위해 환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법(1991. 5. 31 법률 제4390호)을 제정하였다⁹⁾.

그러나 환경오염의 극복을 위한 국가적 노력에도 불구하고, 특히 환경오

7) 환경정책기본법 제정 이유 참조.

8) 이 형법개정 정부안은 국회에 제출되었지만, 국회가 이를 본격적으로 심의하지 않고 있던 중 14대 국회의 임기가 만료함에 따라 폐기되었다. 대신 이 개정안 중 일부 조항을 반영하여 1995년에 형법의 일부 개정이 이루어졌다(1995. 12. 29 법률 제5057호). 이때의 형법 개정에서는 환경형법을 형법전에 편입하지 않았다.

9) 이 “환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법”은 1999년에 전면개정(1999. 12. 31 법률 제6094호)을 거치면서 “환경범죄의 단속에 관한 특별조치법”으로 이름이 바뀌었다.

염행위를 처벌하는 환경형법규정이 정비되고, 대규모의 환경오염행위가 사회적으로 물의를 일으킬 때마다 그 형량이 지속적으로 상향조정되었지만, 환경오염행위가 줄어들기는커녕 오히려 늘어나고 있는 현실을 주목할 필요가 있다. 환경오염행위에 대한 처벌규정이 신설되고, 낙동강 폐놀 오염 사건 이후에는 그 형량이 상향조정되었을 뿐만 아니라 집중적인 단속이 이루어졌다고는 하지만, 환경오염행위를 방지하는 데에 있어서 기대한 만큼의 효과는 거두지 못했다는 것을 입증했다고 보아야 할 것이다.

2. 독일 환경형법의 성립과 발전

독일의 경우에도 1970년경까지는 환경보호라는 문제를 일반시민들은 물론, 입법자도 전혀 의식하지 못하고 있었다¹⁰⁾. 그러나 그 후 대중의 경각심을 불러일으킨 일련의 대형 환경참사가 발생¹¹⁾하고, 이 사건들이 언론을 통해 널리 알려지게 되면서 급격한 의식의 변화가 일어났다. 그리고 이러한 의식의 변화는 시민운동차원의 환경운동단체와 환경보호를 지향하는 정치적 집단을 낳는 계기가 되었다. 오늘날 환경의 훼손은 곧 지구 전체에 영향을 미치게 된다는 것(열대삼림의 훼손, 온실효과, 오존층 파괴, 해양오염)을 생각하면, 환경보호를 위해 우선은 민사법상의 혹은 행정법상의 제도를 동원해야 하겠지만, “최후의 수단(ultima ratio)”인 형벌을 통한 위하 없이는 효율적인 환경보호가 이루어질 수 없다는 데 인식을 함께 하고 있다.

이처럼 형법을 통한 환경보호가 필요한 것으로 받아들여지기는 했지만, 제18차 형법개정법률(18. StRÄndG) 이전에는, 새로운 환경오염행위에 대한 처벌규정은 우선 새로운 기술이 등장함에 따라 필요하게된 개별 단행법

10) 이에 관해서는 Rütger, Empirische Normgeneseforschung, Theorie, Methode und erste Ergebnisse eines Projekts zur Umweltstrafrechtsetzung, KrimJournal1982, 177 ff. 참조.

11) 독일에서 일반시민의 경각심을 불러일으킨 대형 환경참사로는 유조선 사고로 인한 일련의 기름 유출 사건, 스위스의 화학공장 및 프랑스의 광산에서의 사고에 기인한 라인강 오염, 그리고 1986년의 체르노빌 원전 사고 등이 대표적이다.

에 편입되었다. 예를 들면 물관리법¹²⁾, 원자력법¹³⁾, 폐기물관리법¹⁴⁾, 연방 임릿씨온법¹⁵⁾ 등에 따로 벌칙을 규정하는 장을 마련하였던 것이다. 따라서 환경형법은 우선 특별형법의 형태로 입법되었다. 이처럼 환경형법을 형법전에 편입시키지 않고 각각의 환경관련 단행법에 규정하는 입법형식은 큰 장점을 갖고 있었다. 구성요건요소를 기술하는데 필요한 개념을 다시 규정할 필요 없이 당해 특별법의 해당 규정을 언급하는 것으로 족한 것이다. 같은 법률 내에서 다른 조항을 지적하는 것은 다른 법률의 관련 조항을 지적하는 것에 비해 쉽게 인식할 수 있고, 이해하기도 쉽다. 따라서 처벌규정을 특히 환경에 관련된 문제를 규율하는 특별법에 편입시키면, 헌법이 요구하고 있는 형벌법규의 명확성의 원칙에 -상대적이긴 하지만- 보다 더 충실할 수 있는 것이다¹⁶⁾.

그러나 이러한 특별법의 제정 및 개정이 시기적으로 분산되어 이루어지다 보니, 환경형법상의 처벌규정 상호간에 부조화가 생기고, 따라서 하나의 환경형법으로 파악하기에는 어려워지게 된다는 것은 이러한 입법 방식이 갖고 있는 결함이었다. 독일의 입법자는 이러한 문제에 직면하여 처음에는 각각의 환경관련 법률을 개정작업을 통하여 환경형법 내부의 조화를 도모하고, 환경형법상 처벌의 흠결을 보완하는 등 정비해나가는 노력을 기울였지만, 이내 구조적으로 한계를 갖고 있는 것이었다. 다른 한편에서는 모든 환경관련 법률을 -민법전이나 형법전처럼- 하나의 "환경법전"에 통합하여 입법하고 이 환경법전이 처벌규정도 포함하도록 하여야 한다는 주장이 제기되어 지지를 얻게 되었다¹⁷⁾. 그러나 이러한 환경법전의 제정은

12) Wasserhaushaltsgesetz(WHG)

13) Atomgesetz

14) Abfallbesetzungsgesetz

15) Bundes-Immissionsschutzgesetz

16) Steindorf, in: LK, 11. Aufl., Vor § 324 Rdnr. 1 참조.

17) Kloepfer/Vierhaus, Umweltstrafrecht, 1995, § 324 StGB Rdn. 8 및 BTDrucks. 13/4767에 실린 연방정부의 답변(1996. 5. 29) 참조.

우선 그 입법의 규모로 보아서도 단기간에 마칠 수 있는 것이 아니다. 이러한 노력은 그 동안 큰 진척을 보기는 했지만, 아직 완결되지 못하고 있다.

이러한 두 가지 방법의 절충으로, 그리고 정치적으로 실현 가능한 방법으로 모색된 것이, 환경형법을 환경관련 특별법에서 떼어내어 형법전에 편입시키는 것이었다. 환경형법의 구성요건을 한 곳에 집중시키고 그 상호간의 조화를 꾀한 이 작업을 통해, 환경관련 특별법상의 범죄구성요건들 중 일부는 변경을 거쳐 그리고 일부는 그대로 형법전에 편입되었다. 이러한 입법의 목적은 환경형법이 보호하는 법익을 분명히 하고, 이러한 보호법익이 형법전상의 다른 보호법익과 같은 서열을 가지고 있으며 이러한 보호법익의 침해행위는 사회침해적인 성격을 갖고 있다는 것을 시민들의 의식에 각인시키자는 것이었다¹⁸⁾.

독일 환경형법의 발전과 관련하여 반드시 언급해 두어야 할 것은, 기본법 제20조a¹⁹⁾의 신설이다. 이 헌법 조항이 1994년 10월 27일의 개정에 의해 신설됨에 따라 이제 환경보호는 “국가의 목표”라고 선언되게 되었다. 기본법 제20조a가 환경보호를 기본권이라고 하지 않고, 국가의 목표라고 규정하고 있기 때문에, 이 조항의 수범자는 개인이 아니라 국가기관이다. 따라서 기본법 제20조a는 개인에게 권리를 수여한 것도 아니고, 의무를 부과한 것도 아니다²⁰⁾. 그러므로 이 기본법 제20조a가 신설됨으로써 환경형

18) BTDrucks. 8/2382 S. 1. 그러나 이러한 목적의 달성을 위해 환경형법을 형법전에 편입시키는 것이 과연 필요한 것이었는지는 의문을 제기하는 견해도 많았다(Dreher/Tröndle, StGB § 324 Rdnr. 4; Schönke/Schröder/Cramer, StGB § 324 Rdnr. 3 ff.). 특별형법상의 구성요건이 보호하고 있는 법익도 시민들의 의식에 깊이 각인될 수 있고, 시민들이 높이 존중할 수도 있다는 것을 마약법이나 환경신성의약품관리법이 잘 보여주고 있기 때문이다(Steindorf, in: LK, 11. Aufl., Vor § 324 Rdnr. 4 참조).

19) 기본법 제20조a는 “국가는 …자연적인 생활의 토대를, 헌법질서의 범위 안에서 입법을 통하여, 그리고 법이 정한 바에 따라서 행정 및 사법을 통하여 보호한다”고 규정하고 있다. 이 조항의 해석론에 따르면, 환경권이 기본권으로 규정되어 있지 않기 때문에, 기본법 제20조a를 근거로 헌법소원을 제기할 수는 없지만, 규범통제는 가능하고, 더구나 독일의 헌법재판제도에 따라, 우리나라에서와는 달리, 추상적 규범통제도 가능할 뿐만 아니라, 이법부작위의 경우에는 기속적인 입법 촉구결정도 가능하다고 한다.

20) 따라서 기본법 제20조a를 근거로—예를 들어 특정한 환경오염행위를 처벌하는 규정을 마련하지

법에 미치는 영향은 간접적일 수밖에 없다²¹⁾. 입법자나 환경보호를 관할하는 행정관청은 물론 행정행위에 대해 종속성을 가진 구성요건을 적용하는 국가의 소추기관과 법원도 환경보호라는 국가목표에 구속된다는 형태의 간접적인 영향이 환경형법에 미치게 된다는 것이다. 소추기관이나 법원의 입장에서는 이제 환경형법을 해석하고 적용함에 있어서 환경보호가 국가목표라는 점을 존중하여야 할 것이다. 따라서 명백히 환경침해적인 따라서 행정법규를 위반하는 행위를 행정관청이 수인하는 행정관청의 “비공식적인” 행위는 있을 수 없을 것이다. 또한 수질이나 대기 혹은 토양을 오염시키는 행위라면 그것이 비록 아주 적은 양이라 하더라도 환경형법을 위반한 것으로 해석해야 할 것이다.

III. 형법의 기능과 환경보호

1. 법의 보호

형법은 우선 공동체를 이루고 살아가는 인간에게 그 안에서의 공동생활을 보호해 주는 기능을 수행하고 있다²²⁾. 물론 인간의 공동생활을 보호해 주는 기능을 1차적으로 형법이 갖고 있는 것은 아니다. 공동체를 유지시켜 주는 것은 먼저 재화와 용역의 교환, 공동의 노동, 상호간의 신뢰를 규율하는 전래의 법규범들이다. 그러나 이러한 법규범에 외부로부터의 강제가 수반되지 않으면 공동체는 궁극적으로 유지될 수 없기 때문에, 형벌이라는 국가적 강제를 통하여 법질서를 깨트릴 수 없다는 것이 확인되어야 하는 것이다.

더 나아가서 형법은 공동체의 유지를 위협하는 행위를 억압하고 이러한

않고 있는 상태에 대하여 -헌법소원을 제기할 수는 없겠지만, -이미 이루어진 입법에 대하여 -규범통제는 가능할 것이다.

21) Steindorf, in: LK, Vor § 324 Rdnr. 8.

22) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 5. Aufl., S. 2 ff.

행위를 예방하는 기능도 갖고 있다²³). 형법은 범죄로부터 사회를 보호하기 위하여 필요한 수단인 형벌을 통하여 범죄를 억압하고, 이를 통해 일반 시민을 위하함으로써 이른바 일반예방적 기능을 수행한다. 범죄자가 처벌되는 것을 보고 잠재적 범죄자가 그 범죄를 포기하게 만든다는 것이다. 형법은 이러한 일반예방적 기능 이외에도 범죄인에게 법을 존중하고 사회질서를 존중하는 길로 복귀하도록 하여 범죄인의 사회복귀를 촉진하는 이념바 특별예방의 기능도 갖고 있다²⁴).

이처럼 형법이 공동체와 보호하고 그 공동체의 사회질서를 보호하는 기능을 갖고 있지만, 그렇다고 해서 공동체 생활에 장애를 초래하면 언제나 개입할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 형법은 형벌이라는 가장 가혹한 수단을 동원하는 법체계이므로, 사회질서의 근본적인 가치를 보호하는데 그쳐야 한다²⁵). 따라서 형법이 수행해야 하는 1차적인 과제는 보호법익을 보호하는 것이다²⁶). 모든 형법규범의 이면에는 법익의 보호라는 목표가 존재하고 있고, 이 보호법익은 공동체 내에서의 생활을 위해 필요 불가결한, 따라서 형벌이라는 국가적 강제수단을 통해 보호되어야 하는 생활상의 이익을 의미한다는 것이다. 이러한 중요한 보호법익의 전형적인 예로는 인간의 생명, 신체의 불가침성, 자유, 재산, 교통의 안전, 공무수행의 청렴성, 공공의 평화, 국가의 안전 등을 들 수 있을 것이다. 이러한 이익이 법질서가 보호하는 영역으로 편입되게 되면 바로 보호법익이 되는 것이다. 현행법상의 모든 형벌규범은 하나의 혹은 복수의 법익을 보호하기 위하여 마련된 것이다²⁷).

23) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 5. Aufl., S. 4 ff.

24) 이재상, 형법총론, 제4판, 8면 참조.

25) BVerfGE 45, 187, 253 참조.

26) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 5. Aufl., S. 7 f.

27) 순수한 도덕규범의 위반을 처벌할 수 있는가 하는 문제는, 사회의 통념에 따라 결정되는 형사정책의 문제이다. 그러나 우리가 적어도 자유민주적 기본질서를 받아들인다면, 따라서 우리 사회가 다원적 사회라는 것을 전제로 한다면, 순수한 도덕규범의 위반은 도덕의 영역에 맡겨야 할 것이다. 그렇지 않으면 다수가 소수에게 자신의 도덕적 신념을 형벌로 강제하는 것이 될 것이고, 이는

그리고 형법적으로 보호받고 있는 법익은 시대에 따라 변화하고 있다. 지금도 한편에서는 새로운 유형의 범죄를 형법에 편입하려는 시도도 있고(예컨대 돈세탁), 다른 한편에서는 종래 범죄로 취급되던 행위가 비범죄화하려는 노력(예컨대 다수의 외국환범죄)도 있는 것이다.

2. 환경형법의 보호법의

그러면 환경형법이 보호하려는 생활상의 이익, 즉 보호법익은 무엇인가? 환경형법에 속하는 처벌규정들은, 각 구성요건마다 조금씩 강조하는 방향이 다르기는 하지만, 크게 보아 환경재 자체의 보호라는 측면과 이를 통한 인간의 보호라는 측면을 함께 고려하고 있다고 보아야 할 것이다²⁸⁾. 다만 환경재 자체의 보호가 더 비중이 큰 것으로 이해된다. 그러나 두 가지 보호법익을 인정하는 이러한 견해를 지지하는 입장 가운데서도 다시 견해가 갈리고 있다. 한편에서는 새로운 형태의 그리고 독자적인 법익으로서의 환경(대부분 환경의 구체적인 모습인 물, 공기 등)이 강조되기도 하지만, 다른 편에서는 이러한 법익이 불가결하게 가지는 인간과의 관계를 근거로 개인적 법익의 성격을 강조하기도 한다.

우선 환경재만이 보호법익이라는 견해나 환경형법의 보호법익은 오로지 사람의 생명·신체라는 극단적인 견해는 받아들일 수 없다. 환경형법을 입법한 것이 인간으로부터 환경을 보호하려는 것이 1차적인 목표는 아니기 때문이며, 그것이 가능한 것도 아니다. 생태계의 보호를 위해 인간이 생태계에 개입하는 것 자체를 범죄적 불법으로 간주하는 것이 정당화될 수는 없다. 생태계의 이용은 인류가 존속하기 위해 필요 불가결한 것이기 때문이다. 환경형법의 목표가 환경자원의 유지와 이용이라면, 이는 곧 환경형

자유민주적 기본질서와는 양립하기 어렵다고 보아야 할 것이다.

28) Steindorf, in: LK, Vor § 324 Rdnr. 12 ff. 이처럼 두 가지 보호법익을 인정하는 견해는 독일의 경우 아직 많은 문제에 대한 토론이 끝나지 않은 이 분야에서 이미 통설적 지위를 차지하고 있다.

법의 보호법익이 최소한 인간과의 관계 속에서만 의미가 있다는 것을 인정하는 것이다. 다른 말로 하면, 특정한 식물이나 동물이 인간의 활동으로 인해 멸종 위기에 빠졌다고 해서 그 사실만으로 가벌적인 불법을 인정할 수는 없다. 어떤 종의 멸종은 자연계의 발전과정이나 도태과정에서도 일어날 수 있는 현상인 것이기 때문이다. 따라서 “환경”형법 혹은 “환경”범죄라는 표현에도 불구하고 환경 그 자체가 관념적인 보호법익으로서 보호되는 것이 아니라, 환경을 책임의식을 가지고 지배하고 있는 “인간”의 환경이 문제인 것이다.

마찬가지로 환경형법에서 오로지 개인적 법익만을 보고, 환경형법은 전통적인 보호법익(사람의 생명, 건강 등)이 새로운 규정에 의해 보호될 뿐이라는 견해²⁹⁾에도 찬동할 수 없다. 환경형법의 규정들은 모두 사람의 생명이나 건강과 같은 전통적인 법익과의 관련을 배제한 채 규정되어 있기 때문이다.

환경범죄의 보호법익은 말하자면 인간과 관련되어 있는 환경인데, 이는 관념적인 환경이 아니라, 구체적인 환경매개체(물, 대기, 토양)일 수도 있고, 환경의 구체적인 출현형태(한 지역의 동물계 혹은 식물계)일 수도 있다. 그러나 이러한 구체화된 환경이 절대적으로 보호되는 것이 아니라, 인류에게 불가결한 생활의 터전으로서 보호되는 것이다. 그리고 현재의 인류가 처한 상황이나 현재 누리고 있는 삶의 질뿐만 아니라, 미래 세대의 생존의 토대가 유지되고 보호되어야 한다는 것이다. 미래 세대의 인류가 오염된 물과 대기 속에서, 그리고 오염된 식물계와 동물계에 둘러싸여 생존하게 되는 것은 피해야 할 것이기 때문에, 따라서 인류의 존재에 대한 명백히 압박한 위협은 막도록 해야 할 것이다.

입법자가 이러한 “환경”이라는 보호법익을 독자적인 보호법익으로 규정하고 있는 것은 이처럼 분명하지만, 모든 보호법익이 결국은 인간과의 관

29) 이 견해에 따르면, 이러한 전통적인 보호법익은 살인, 상해와 같은 기존의 구성요건에서 보다 시간적으로 더 앞선 시점에서 보호받게 되는 것에 불과하다.

권을 가져야 한다는 것도 분명하다³⁰⁾. 결국 환경형법에는 양립하기 어려운 두 가지 과제를 떠맡고 있는 셈이다. 자연적인 생활의 터전을 인간으로부터 보호해야 할 뿐만 아니라, 인간을 위해 보호해야 하는 것이다. 이 두 가지 중에서 어느 쪽에 더 중점을 두어야 할지에 대해서는 견해가 갈린다. 일부에서는 인간의 보호를 전면으로 내세우고 있다³¹⁾. 이 견해에 따르면, 환경형법이 보호하는 영역은 보호법익의 침해보다 훨씬 앞선 영역이고, 환경이라는 보호법익은 “중속적인” 보호법익이라는 것이다.

다른 한편에서는 앞에서 말한 독자적이고 초개인적인 법익으로서의 환경에 중점을 두고 있다.

입법자가 생태학적으로 보호할 가치가 있는 법익을 의도적으로 독자적인 보호하고자 한 것이 분명하므로, 인간의 보호는 입법의 동기에 불과한 것으로 보아서는 안되지만, 환경이라는 보호법익보다는 뒤에 있는 것으로 보아야 할 것이다. 다만 양자는 명확히 구분될 수 있는 것이 아니라, 양자 사이에는 대단히 유동적인 중간영역이 존재하는 것으로 보인다³²⁾.

문제는 이러한 해석, 즉 환경과 인간이 모두 환경형법에 의해 보호되지만, 이 양 보호법의 중에서 전자에 더 중점이 주어진다든 견해가, 환경보호를 헌법상 기본권이 아니라 국가목표로 규정하고 있는 독일의 경우에는 무리없이 받아들일 수 있지만, 헌법상 환경권을 기본권으로 규정하고 있는 우리 나라에서 받아들이기 어려운 것이 아닌가 하는 것이다. 왜냐하면 환경권이 헌법상의 기본권³³⁾이라면, 헌법의 수범자인 개인은 당연히 국가에

30) 독일의 통설은 이러한 독자성을 의심하지는 않지만, 관념적인 환경 그 자체가 아니라, 그 구체적인 출현형태를 의미하는 것으로 보고 있다(Schönke/Schröder/Cramer, § 324 Rdnr. 8).

31) 특히 Hohmann, Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmungen im Umweltstrafrecht, GA 1992, 76 참조.

32) Steindorf, in LK, Vor § 324 Rdnr. 18

33) 현행 헌법 제35조 제1항은, 제5공화국 헌법 제33조에서 신설된 국민의 환경권과 국가의 환경보전의무를 이어받아, “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”고 규정하는 한편, 그 제2항은 “환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다”라는 조항을 신설하여 환경권의 구체화를 위한 법률유보를 규정하고 있다. 이러한 헌법 제35조 제1항의 해석과 관련하여, 이 조항이 어떤 성격의 기본권을 규정하고 있

대하여 자신의 기본권을 침해하는 행위로부터 자신을 보호해 주도록 요청할 수 있다고 보아야 할 것이며, 더구나 이미 입법되어 있는 환경형법 규정의 해석은 헌법의 기본권 규정을 전제로 하고 해석해야 할 것이기 때문이다. 따라서 환경과 인간이라는 양 법의 중에서 우리 나라에서는 오히려 전자의 비중이 더 큰 것으로 해석해야 할 것이다.

그러나 우리 나라에서도 헌법 제35조의 명문 규정과는 달리, 대법원의 판례가 취하고 있는 입장³⁴⁾처럼, “환경권에 관한 헌법 제35조의 규정이 개개의 국민에게 직접으로 구체적인 사법상의 권리를 부여한 것이라고 보기는 어렵고, 사법상의 권리로서의 환경권이 인정되려면 그에 관한 명문의 법률규정이 있거나 관계 법령의 규정 취지 및 조리에 비추어 권리의 주체, 대상, 내용, 행사 방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야” 하는 것이라면, 헌법상 기본권인 환경권이 규정되어 있다고 하더라도, 환경보호를 국가목표로 정하고 있는 독일의 경우와 크게 다르지 않을 것이다³⁵⁾. 더 나아가서 헌법재판제도상 헌법재판소는 구체적 규범통제만 할 수 있고, 헌법소원제도를 통한 권리실현도, 헌법재판소가 스스로 헌법소원의 대상이 될 수 있는 입법부작위의 요건을 엄격히 한정하고 있어서 헌법의 환경권 규정은 구두선에 그칠 우려가 있다.

는지에 대해서는 의견이 갈리지만, 환경권을 기본권의 하나로 보장하고 있다고 보는 것이 헌법학계의 일반적인 견해이다. 따라서 환경 침해 배제청구권과 환경개선·환경보호청구권이 헌법 제35조에 의하여 인정된다고 한다(김철수, 헌법학신론, 제6정정신판, 1996, 402면 참조). 참고로 이처럼 직접 명문의 헌법 규정을 가지고 환경권을 보장하고 있는 입법례는 흔하지 않다.

- 34) 대법원 1995. 9. 15(95다23378, 법원공보 1995년 3399면) 참조. 대학교 인근에 고층건물이 신축되면 당해 대학교의 교육환경권이 침해될 것인가가 문제된 사건이다. 이 사건에서 대법원은 민법상의 소유권에 기한 방해배제 청구권을 근거로 원고인 대학교의 청구를 인용하고 있다.
- 35) 이 사건의 원심법원인 부산고등법원은 대법원과과는 달리, “현재 환경이익을 누리고 있는 구성원은 그 환경이 명백히 부당하게 파괴될 우려가 있는 경우에는 그와 같은 부당한 침해를 사전에 거절하거나 미리 방지할 수 있는 권리, 이른바 ‘환경이익의 부당 침해 방지권’을 가진다고 봄이 상당하고, 현실적으로 부당한 침해의 위험이 있거나 이미 부당한 침해가 발생하고 있는 경우에는 특단의 사정, 즉 금전적 보상에 의한 해결을 수인할 수 있는 사유 등이 없는 한 환경이익의 부당 침해 방지권에 기하여 위험방지를 위한 충분하고 필요한 한도 내에서 구체적인 금지청구권을 취득하고 이를 행사함으로써 환경이익을 보전할 수 있는 것으로 해석함이 상당하다”고 보았다(부산고법 1995.5.18, 95카합5, 하급심판결집 1995/1, 50면 이하).

3. 비례성의 원칙

형법이 사용하고 있는 제재수단은 형벌 혹은 보안처분이다. 그런데 특히 여전히 주된 제재수단인 형벌은 시민의 생명·자유 혹은 재산을 박탈하는, 대단히 강경한 수단이다. 다른 말로 하면, 형벌이란 곧 생명·자유 혹은 재산을 박탈하겠다는 위협을 수단으로 시민의 행동의 자유를 제한하는 법체계이다. 기본권을 제한하기 위해서는 헌법이 요구하는 이른바 “비례성의 원칙”이 지켜져야 한다. 환경형법이 법치국가가 형법에 부여한 정당한 임무, 즉 중대한 법익의 보호를 수행하고 있다고 하더라도, 이러한 처벌규정이 기본권 제한의 실질적 전제조건, 특히 비례성의 원칙을 지키지 않으면 안된다. 비례성의 원칙을 구체적으로 살펴보면, 첫째로, 기본권의 제한이 공공의 이익을 추구하기에 적합해야 하고(적합성의 원칙), 둘째로, 이러한 제한이 공공의 이익을 추구하기 위해 필요한 수단이어야 하며(필요성의 원칙), 셋째로 추구하는 공공의 이익과 이를 위한 기본권의 제한이 비례관계에 있어야 한다(협의의 비례성의 원칙)는 것이다³⁶⁾.

적합성의 원칙은 기본권의 제한을 통해 추구하는 공공의 이익이 촉진될 수 있는 것이면 지켜진 것으로 보아야 한다. 환경형법을 통해 추구하는 공공의 이익은 미래 세대를 포함하는 인간의 생활의 토대인 환경을 오염으로부터 보호하겠다는 것이다. 형벌의 위하를 통해 환경오염행위를 금지하게 되면 환경오염행위를 일부라도 저지할 수 있을 것이며, 이를 통해 환경 내지는 환경자원의 보호라는 목적도 달성할 수 있을 것이다.

환경형법이라는 수단이 아닌 다른 수단을 가지고 동일한 정도의 환경보호를 이룰 수 있다면, 그리고 이 수단이 환경형법이라는 수단보다 기본권을 덜 제한하는 수단이라면, 환경형법은 필요성의 원칙을 충족하지 못한 것이 된다. 그러나 환경형법만큼 효율적인 환경보호수단은 없다고 할 것이고, 설사 다른 수단(예컨대 조세제도)을 사용한다고 하더라도, 결국은 이

36) Ahn, Zur Dogmatik abstrakter Gefährungsdelikte, Diss. Universität München 1995, S. 106 ff.

수단의 효율성을 위해 형법적 수단은 준비되어 있어야 할 것이다.

마지막으로, (협회의) 비례성의 원칙은 기본권의 제한을 당하는 시민이 불필요할 정도로 과도하게 기본권을 제한 당해서는 안된다는 것을 요구하고 있다. 환경자원이 우리 세대와 미래 세대의 생존에 가지고 있는 중요성에 비추어 볼 때, 이 정도의 제한은 과도하지 않은 것으로 보아야 할 것이다.

지금까지 환경형법이 범익의 보호라는 형법의 기능에서 보거나, 헌법상의 비례성의 원칙이라는 측면에서 보거나 정당화될 수 있다는 것을 살펴보았다. 문제는 이러한 결론이 환경권을 기본권으로 규정하고 있는 우리 헌법의 입장에서나, 환경보호를 국가목표로 설정하고 있는 독일 기본법의 입장에서나 달라질 것이 없다는 것이다.

IV. 결 론

기본권으로서의 환경권이 아니라, 국가목표로서의 환경보호만을 규정하고 있는 독일 기본법의 입법태도는, 환경권이 개인적 범익이나 주관적 공권이 아니라, 환경의 보호는 헌법상 보호되는 다른 범익(예컨대 신체의 안전을 침해받지 않을 이익)과는 달리, 당해 범익의 침해의 완전한 배제가 사실상 불가능하다는 인식을 토대로 하는 실질적 입장에서 출발한 것으로 보여진다. 우리가 경제생활을 포기하지 않는 한, 끊임없이 환경자원을 이용해야 하고, 이는 곧-비록 그 정도가 약하다고 하더라도-환경을 침해하는 것이기 때문이다.

반면에 우리 헌법은 명분상으로는 기본권으로서의 환경권을 규정하고 있어서 진일보한 것처럼 보이지만, 결과적으로는 기본권은 구두선에 그치고 마는 것이 아닌가 염려스럽다. 이것은 헌법재판제도 등 헌법상의 다른 제도와의 관련이 있는 것이기 때문에 선불리 일반화하기에는 어려울 수도 있겠지만, 환경의 중요성과 환경보호의 의미를 엄밀하게 살펴보지 않고, 게다가 법적·정치적으로 실현 가능한 한계도 무시한 채, 허울만 쫓다 결과적으로는 효율성을 떨어트린 예가 될 것이다.