

## 環境行政法과 環境刑法

柳 至 泰\*

### 目 次

- |                                       |                            |
|---------------------------------------|----------------------------|
| I. 머리말                                | 1. 環境刑法의 行政從屬性의 理論<br>的 根據 |
| II. 環境法에 있어서의 行政的 手段<br>과 刑事訴追의 手段    | 2. 內容                      |
| 1. 環境行政法의 機能                          | 3. 關聯問題                    |
| 2. 環境刑法의 機能                           | IV. 現行 環境法體系와의 關聯性         |
| III. 環境行政法과 環境刑法의 關聯<br>性—環境刑法의 行政從屬性 |                            |

### I. 머리말

環境保護를 위한 규범적 장치에는 여러가지가 존재하나 일반적으로 작용하는 수단으로서는 行政法의 手段과 刑法의 手段을 들 수 있다. 전자는 주로 環境保護와 環境利用의 관점에서 사전적으로 각종 허가나 규제조치를 행하는 것을 의미하며, 후자는 환경보호에 위반되는 행위에 사후적으로 제재를 가함으로써 환경보호를 위한 태도로 유도하는 기능을 하는 것이다. 이들 수단들은 서로 有機的인 關聯性을 가지고 環境보호의 목적을 달성하게 되나 근본적인 성격에서 차이를 가져옴으로, 環境보호와 관련된 구체적인 평가적 결정을 내리는 경우에 行政법적 차원과 형법적 차원이 서로 충돌하는 문제가 생길 수 있다. 이는 특히 環境刑法의 構

\* 忠北大 法大 助敎수·법박

成要件을 규정함에 있어서 行政法的 價値決定을 우선할 것인가 아니면 刑法的인 고유한 價値決定을 우선할 것인가의 문제나 瑕疵있는 行政行爲의 效力을 형법에서는 여하히 평가할 것인가의 문제등으로 나타나게 된다. 環境法體系가 우선 行政法的으로 정비된 후에는 형법적인 체제정비와 環境責任法의 제정등으로 이어지는 것이 순서이고 보면 관련법체계의 관계를 정리하는 것은 환경법과 관련된 문제의 체계적인 이해를 위해서 그 필요성이 인정되게 된다. 본고는 環境法의 체계중에서 環境行政法과 環境刑法의 관계에 관련되는 문제를 살펴보는 데에 그 목적을 갖는다.

## II. 環境法에 있어서의 行政的手段과 刑事訴追의 手段

### 1. 環境行政法의 機能

환경의 이용이나 이로 인한 환경에의 부담(Umweltbelastung)의 문제는 행정적인 계획, 분배, 질서, 감독기능등과 연계되어 행정법에 의해서 규율되게 된다. 이러한 규율에 의하여 행정법은 사회적인 영향에 있어서 바람직하거나 규제하여야 할 환경이용방식에 대해서 가치적 결정을 행하게 되며 책임있는 태도로 유도하게 된다. 이를 위한 수단으로서 행정법은 질서법적인 수단뿐아니라 비공식적 수단인 협의나 상담등의 방법을 이용하게 된다.<sup>1)</sup> 그러나 環境行政法이 추구하는 목적은 절대적인 환경보호가 아니라 생태계보호의 일반적 이해관계와 경제적 발전에 관한 이해관계등의 다양한 측면을 고려하게 되며 이러한 점에서 상대적인 성격을 갖는 특색을 나타낸다.<sup>2)</sup> 따라서 환경행정법은 경우에 따라서는 환경보호에 해로운 활동을 허용하거나 또는 금지하지 않는 결정도 행하게 된다. 이는 규율대상인 환경이 일면 보호대상이면서 동시에 이용대상인 특성에서 비

1) Hansmann, Verwaltungshandeln und Strafverfolgung-konkurrierende Instrumente des Umweltrechts?, NVwZ 1989, 913(916).

2) Breuer, Konflikte zwischen Verwaltung und Strafverfolgung, DÖV 1987, 169(171).

못되는 것이며 이러한 상황을 반영하여 이용과 보호의 기준을 비교적 명확하게 확정하는 일이 중요한 현실적인 의미를 갖게 된다. 따라서 환경행정법의 입법자는 일반적인 환경매개인자 이용의 전제조건이나 전체적인 목적방향을 규정하는 외에 이를 위해서 필요로 되는 일정태도의 禁止나 許容에 관련되는 기준을 마련해야 할 필요성에 직면하게 된다. 그러나 입법자는 현실적으로 이러한 전제조건이나 기준들을 상세하게 규율하는 것이 용이하지 않기 때문에 전체적인 방향만을 규율하고 상세한 부분에 관해서는 行政機關에게 위임하는 것이 일반적이며, 이러한 위임을 구체화하는 과정에서 행정기관은 여러 이해관계를 적절하게 형량하고 조화해야 할 필요성으로 인해 넓은 범위에서의 재량의 여지가 인정되게 된다.<sup>3)</sup> 이와 같이 환경행정법은 환경보호나 이용에 관련한 일차적인 결정을 행하는 기능을 하며 이러한 점에서 개별적인 행정수단은 특정목적을 결정하며 장래지향적인 성격을 갖게 된다.

## 2. 環境刑法의 機能

環境刑法은 형법적인 특성상 環境保護의 영역에서는 규범의 保護法益으로서 환경매개인자의 자연상태적인 보호를 목적으로 한다. 따라서 현존상태를 악화시키는 모든 행위는 환경형법의 구성요건을 충족하게 되며 이러한 점에서 환경형법은 환경매개인자의 절대적인 보호를 추구하게 된다.<sup>4)</sup> 또한 刑法上的 責任을 귀속시켜 사후적인 제재를 가하는 것이 목적이므로 이를 위해서 개인에게 歸屬可能한 不法行爲(Unrechtshandlung), 즉 환경에 유해한 개별적 행위가 존재할 것을 필요로 한다. 이러한 제재나 제재의 위협을 통하여 環境刑法은 일반인의 環境意識에 영향을 미치게 되므로 豫防的 効果도 갖게 된다. 그러나 環境刑法에는 環境政策的인 목적을 수행하기 위한 수단으로서 남용되어서는 안되는 한계가 주어지는 데, 이는 환경정책적 목적의 실현수단으로서 사용되는 경우에는 法治

3) Dahs/Redeker, *Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?*, DVB1 1988, 803(804).

4) Vgl. AG Frankfurt, Urt. vom 26. 8. 1986, 72(73).

國家原理상 문제점을<sup>5)</sup> 내포하기 때문이다. 따라서 環境刑法規範은 그 구성요건을 너무 확장적으로 규정해서는 안되고 가능한 한 구체적으로 표현해야 하며, 또한 刑事訴追의 개시를 너무 용이하게 해서는 안되고 刑事責任의 전제조건으로서의 可罰的 行爲의 입증을 어렵게 하여야 한다.<sup>6)</sup> 刑事責任의 歸屬問題가 주된 관심사이기 때문에 環境刑法은 다양한 이해관계를 고려하여 복합적인 문제를 해결하는 수단으로서의 한계를 나타나게 되는 바 특히 장래의 발전방향을 사전적으로 조종하는 기능은 기대하기 어렵게 된다. 따라서 사회적으로 유해한 중대한 행위를 형벌적인 제재로서 위협하고 근본적인 법익을 보호하는 수단으로서만 가능하게 된다.

### Ⅲ. 環境行政法과 環境刑法의 關聯性 — 環境刑法의 行政從屬性

위에서 본 바와 같이 양자는 環境保護와 관련성을 갖는 것 이외에는 서로 상이한 목적을 추구하며 그에 상응하여 상이한 수단을 이용하게 된다. 따라서 양자는 구체적인 경우에 있어서 서로 충돌할 수 있는 가능성을 내재하게 된다(예컨대 환경에 영향을 미치는 행위의 刑事的 可罰性을 그 행위의 行政法的 許容性에 무관하게 결정할 수 있는가의 문제). 環境法の 영역에서 관련법 상호간의 갈등의 문제로서 논의되고 있는 이 문제의 해결책으로서는 刑法의 優先的 地位를 내세우는 입장이 되는 반면에, 環境刑法은 그 구성요건이나 違法性의 차원에서 行政法(또는 行政行爲)에 종속하게 하는 주장등이 제기되고 있다. 양자는 모두 環境保護를 위한 수단이라는 점에서 가급적 조화있는 해결책을 모색하는 것이 합리적이며 이를 위해서는 후자의 입장이 불가피한 선택으로 보인다. 구체적인 논거와 관련문제들을 검토하기로 한다.

5) 이에 대해서는 Breuer, Empfehlen sich Änderungen des strafrechtlichen Umweltschutzes insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?, NJW 1988, 2072(2073) 참조.

6) Hansmann, a. a. O., NVwZ 1989, 913(915).

### 1. 環境刑法의 行政從屬性의 理論的 根據

環境行政法에 의해서 내려진 가치결정이 환경형법에서도 가급적 존중되어야 한다는 環境刑法의 行政從屬性은 다양한 논거에 의해서 뒷받침된다. 우선 들수 있는 논거는 오늘날의 社會的 行政國家(sozialer Verwaltungsstaat)에 있어서의 행정법의 기능인 데, 과거와는 달리 행정의 적극적인 활동이 요청되고 있는 현대에서는 계획기능, 지도기능, 분배기능, 질서기능, 감독기능, 급부제공기능 등에 의해서 시민들의 생활에 밀접한 관련을 갖는 영역은 우선적으로 행정법에 의해서 규율되고 있다. 따라서 행정법에 의해서 규율되는 생활영역에서는 刑法 스스로 독자적인 규율을 할 수 있는 여지가 적게 되며 행정법상의 禁止나 許容의 결정에 연계하여 규율할 수밖에 없게 된다. 환경보호의 영역은 복잡한 자연과학적 상황과 기술적 문제들로 인해 형법의 독자적인 결정에 의한 해결에 적합하지 않으며 우선적으로 행정적으로 규율되는 영역에 해당되므로 環境刑法의 구성요건을 독자적으로 규정하기 보다는 環境行政法에 의한 결정에 의존하게 하는 것이 타당하게 된다.<sup>7)</sup> 그러나 이러한 결론이 環境刑法規定의 독자적 결정가능성을 전적으로 부정하는 것은 아니며 문제되는 행위가 일반적인 범죄유형에 해당하여 독자적인 刑法上的 構成要件으로 규율해야 할 경우에는 環境行政法으로부터 독립된 규정도 가능하게 된다(예: 유독물질의 방출로 인한 신체에 대한 위험 발생의 경우를 규정하고 있는 獨逸刑法 제330a조). 또 다른 논거로서는 法秩序의 통일성으로서, 이에 의하면 法治國家原理의 요청상 規範상호간에는 모순이 없어야 하며 예측가능해야 한다는 결론이 도출 되어진다. 따라서 立法者는 서로 모순되는 규정들을 제정하여 시민들로 하여금 혼란을 야기하게 해서는 안되며, 이에 따라 행정법적으로 規律되어지는 생활영역에서 刑法的 規律을 하고자 할 때에는 行政法的 價値決定으로 부터 독립하여 결정할 수는 없다는 결론, 즉 행정법적으로 허용되어진 사항은 형법적으로 금지될 수 없다는 주장이 도출되어진다.<sup>8)</sup> 동일한 대상에 대해서 刑事訴訟에서 行政機關에 의한 결정과 배치되는

7) Breuer, a. a. DÖV 1987, 169(176f).

8) Winkelbauer, Zur Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, 1985, S. 10.

결정이 내려지는 경우에는 행정법적으로 허용된 사항이 형벌의 대상이 될 수 있는 것이기에 법치국가의 원리와 모순되는 결과라고 평가되어야 한다. 이러한 모순이 존재하는 경우에는 예컨대 行政機關으로부터 특정한 행위를 하도록 허용된 시설물의 운영자는 당해 행위가 고유한 형벌의 대상이 될 수 있다는 法的不安定性을 경험하게 되며, 행정기관은 또한 자신에게 주어진 裁量決定을 행함에 있어서도 자신의 행위가 극단적인 경우에는 刑事責任을 야기하는 행위의 教唆行爲로서 평가될 수 있다는 위험속에 있기에 항상 형벌의 구성요건을 의식해야 하고 이로 인해 재량 결정이 상당히 위축되는 결과도 발생시킬 수 있게 된다.<sup>9)</sup>

결국 이러한 논거들에 비추어 보아 행정법에서 내린 가치평가와의 모순을 피하기 위해 環境利用이나 環境負擔에 관한 行政法的인 秩序를 형법에 있어서 고려하는 것은 불가피한 전제라고 보아야 할 것이다.<sup>10)</sup> 따라서 현실적인 문제는 이러한 行政從屬性을 어떻게 형성할 것인가 하는 것과 개별적으로 문제될 수 있는 사항들에 대한 검토가 될 것이다.

## 2. 內 容

내용면에 있어서 環境刑法의 行政從屬性은 行政法從屬性과 行政行爲從屬性으로 구별된다. 전자는 刑法規範내용이 직접적으로 또는 간접적으로 行政法規範자체에 기초하고 있는 것으로서, 예컨대 우리의 刑法改正案 제27장(환경에 관한 죄)에 규정되어 있는 條文內容중 公共水域(제284조, 제287조 1항)의 개념은 水質環境保全法 제2조 4호에 기초하는 것이고, 環境犯罪의 처벌에 관한 특별조치법 제2조 1항이 규정하고 있는 유해물질이나 유독물개념의 해석에 있어서는 관련행정법규상의 당해 개념정의가 기초되어 있는 것이 그 한 예이다. 따라서 이러한 行政法規範의 내용은 刑事訴訟에서도 拘束力을 갖게 된다. 이에 반해

9) Hansmann, a. a. O., NVwZ 1989, 913(917).

10) Heine/Meinberg, Empfehlen sich Änderungen im strafrechtlichen Umweltschutz, insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?, Gutachten für den 57. Deutschen Juristentag, 1988, S. 122; 물론 이에 관해서는 이의를 제기하는 견해도 존재한다. 이에 대해서는 Heine/Meinberg, a. a. O., S. 53ff.

후자는 형법규범내용이 개별행정행위에 연계되어 있는 것으로서 예컨대 行政機關의 許可行爲나 特定義務賦課, 禁止處分등의 존재여부 또는 위반여부등에 형법적 가벌성을 연계하는 것이다(이러한 내용은 우리의 경우에는 존재하지 않으며 예컨대 독일형법 제324조에서 규정하고 있는 권한없이(unbefugt) 행한 河川汚染行爲 처벌규정이나 제325조 1항에서 규정하는 행정법상의 義務違反하에 행해진 오염행위의 처벌규정등을 들 수 있다). 이 경우에 형사소송에서는 구성요건 성립여부의 검토에서 문제된 行政行爲의 合法性(Rechtmässigkeit)이 아니라 유효성(Wirksamkeit) 여부를 검토하게 된다.<sup>11)</sup> 일반적으로 行政行爲從屬性的의 경우가 行政法從屬性的의 경우보다 法的 安定性的의 측면에서 장점을 갖는다고 평가되는 데, 이는 行政行爲가 行政法規範을 구체화하고 구속력있는 것으로 만드는 힘이 있다는 것과 무효가 아닌 한 합법성을 갖지 않더라도 효력을 갖기 때문이다.<sup>12)</sup>

### 3. 關聯問題

環境刑法의 行政從屬性은 구체적인 경우에 있어서 행정법(또는 행정행위)의 刑法的 拘束力의 범위와 효력과 관련하여 몇가지 문제들을 제기한다.

① 우선 당사자에게 수의적인 행정행위(예컨대 行政機關이 당사자에게 환경을 侵害하는 행위를 허용한 경우)가 발령된 때에는 무효가 아닌 한 형사소송에서도 이러한 行政行爲의 違法性을 독자적으로 판단하여 무시할 수는 없고 적법한 절차에 따라 取消되거나 撤回될 때까지 구속력을 갖게 된다. 따라서 이러한 행정행위에 근거하여 행위를 하였으나, 후에 행정행위가 취소되어 溯及效를 갖게 되는 경우에는 당해 行政行爲의 受益的 效力이 상실되므로 刑法規範의 구성요건이 소급적으로 충족된다고 보는 것이 일반적이다. 그러나 당사자가 이러한 행정행위를 사기, 협박 또는 행정기관과의 공모등과 같은 부정한 수단을 사용하여 받은 경우에도 취소될 때까지 그 효력을 인정하여 환경에 부담을 가하는 행위가 형사적으로 처벌받지 않는가 하는 것이 문제될 수 있다. 독일 형법학계의 주된

11) Winkelbauer, a. a. O., S. 40ff.

12) Breuer, a. a. O., DÖV 1987, 169(179).

입장은 이러한 행위는 권리의 남용에 해당하므로 이러한 부정한 방법에 의한 행정행위의 효력을 부정하고 마치 권한없이 행위를 하는 것과 같은 차원에서 처벌할 수 있다고 한다.<sup>13)</sup> 이와 같이 행정기관의 허가등의 행위를 악용하는 경우는 우선 당사자가 당해 行政行爲의 違法性을 알고 있는 것이고 또한 환경보호와 이용에 관련한 행정기관의 적절한 이해관계의 형량이 행해지지 못하여, 환경을 지나치게 침해하게 되거나 통제가 제대로 행해지지 못할 수가 있으므로 형식적인 행정행위의 취소이전이라도 일반적인 법의 이념인 權利濫用(Rechtsmissbrauch)의 법리를 이용하여 당사자가 의견상 논리를 갖는다고 볼 수도 있을 것이다.<sup>14)</sup> 그러나 이러한 다소 법감정에 치우친 주장은 法秩序의 統一性의 견지에서 볼 때 적지 않은 문제를 내재하게 된다. 특히 행정법이론에 의하면 당사자가 기망, 협박 또는 뇌물공여등의 수단으로 얻은 행정행위의 효력은 無效가 아닌 取消할 수 있는 사유에 불과하므로<sup>15)</sup> 이러한 입장에 따르면 刑法的으로는 그 효력이 무효로 인정된 行政行爲가 행정법적으로는 적법한 절차에 따라 취소되기 전까지는 유효한 행위로서 계속 인정되는 모순이 존재하게 된다.<sup>16)</sup> 따라서 이러한 주장은 결과적으로 行政行爲從屬性을 포기하게 되는 결과를 초래하게 된다. 물론 당사자가 자신이 얻은 허가등의 행위가 위법함을 알고 있고, 부정한 수단을 사용하여 허가를 받은 경우 그리고 이러한 행위로 인해 생명과 신체에 중대한 위협을 야기할 수 있음을 알고 있는 때에는 형법적으로도 보호될 수 없어야 함은 당연하다. 그러나 刑法은 다른 한편에 있어서 行政行爲의 從屬性和 法秩序의 통일성의 관점도 무시할 수 없으므로 이러한 행위자의 구체적인 처벌은 行政機關이 허가를 소급적으로 취소하여 행정법적으로 그 효력이 소멸하였을 때에 비로소 가능한 것으로 하는 것이 타당할 것이다.<sup>17)</sup>

13) Breuer, a. a. O., NJW 1988, 2072(2080, Anm. 115).

14) Heine, Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, NJW 1990, 2425 (2430).

15) 박윤촌, 행정법강의 (상), 1991, 452면.

16) Lenckner, in : Festschrift für G. Pfeiffer, 1988, S. 30(Breuer, a. a. O., NJW 1988, 2072/2080에서 재인용).

17) Breuer, a. a. O., NJW 1988, 2072(2080).



② 當事者에게 부담적인 행정행위(예컨대 受益的 行政行爲가 取消 또는 撤回되거나 신청에 대해서 不許處分을 받은 경우등)가 발령되었으나 이를 무시하고 당사자가 환경에 부담을 주는 행위를 한 경우에는, 권한없이 또는 행정법상의 의무를 위반하고 행위를 한 것이 되어 형사적 처벌에는 문제가 없게 된다. 그러나 이러한 負擔的 行政行爲가 후에 취소되어 소급적으로 처음부터 위법했던 행정행위로서 평가된 경우에는 당해 行政行爲를 무시하고 행한 행위의 가벌성여부가 논란이 될 수 있다. 이에 대한 독일 判例의 경향은<sup>18)</sup> 대체적으로 가벌성있는 행위로 결론을 내리고 있는 바, 그 논거로는 문제된 행위가 행해진 시점에는 당사자에게 적법한 행위를 할 권한이 없었던 것이므로 처벌에는 문제가 없다고 본다. 그러나 이에 대한 반론에 따르면 비록 후에 밝혀진 것이기는 하지만, 실제법적으로 적법한 행위에 대해서 刑法的 構成要件이 충족될 수는 없다고 보며 따라서 可罰性을 부정하게 된다.<sup>19)</sup> 이 문제는 行政行爲에 대한 環境刑法의 從屬性을 어느 정도 인정하느냐에 따라 그 결론이 상이하게 되리라고 생각한다. 環境刑法의 從屬性을 형식적인 측면에서 이해하는 경우에는 판례의 입장으로 행위당시에 유효한 행위가 있었는가의 여부를 기준으로 하게 되며 따라서 처벌성이 인정될 수 있을 것이다. 그러나 行政行爲에의 종속성의 문제를 실질적으로 이해하는 경우에는 行政行爲에 관한 행정법의 이론도 고려해야 하므로, 負擔的 行政行爲가 취소된 경우에 그 사이에 행해진 행위의 처벌성의 문제도 行政法理論에 의할 수 밖에 없게 된다. 문제로 제기된 경우와 같은 때에는 취소원인이 당사자에게 있기보다는 행정관청에게 있는 것이 보통이므로 당사자의 權利救濟를 위해서 그 효과가 遡及하게 되며, 이러한 遡及效로 인하여 처음부터 문제된 행정행위는 아무런 효력을 갖지 않는 것이므로 취소되기 전까지 행한 행위는 違法性을 갖지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다. 따라서 이러한 행위는 刑法的으로도 처벌되지 않는다고 보는 것이 옳을 것이다.

③ 行政機關이 아무런 瑕疵없이 적법하게 당사자에게 環境行政法的인 許可를 발령하였으나 허가가 시기적으로 오래된 것이어서 행정기관에서 요구되는 기준을

18) Dahs/Redeker, a. a. O., DVB1 1988, 803(810, Anm. 47).

19) Dahs/Redeker, a. a. O., DVB1 1988, 803(810).

준수하더라도 유해물질이 방출되어 그 결과 신체에 대해 유해한 효과가 생기는 경우에 대해 행위를 처벌할 수 있는가 하는 것도 문제가 될 수 있다. 이 문제도 형법적인 관점만을 강조하게 되면 행정행위의 무효개념이나 權利濫用의 法理를 넓게 해석하여 處罰이 可能하게 될 것이다.<sup>20)</sup> 그러나 法秩序의 統一性에 비추어 볼 때 이러한 경우는 行政法的으로 撤回의 事由에 해당한다고 볼 수 있으므로 행정기관에 의해서 적법한 절차에 따라 철회된 경우에 비로소 처벌이 가능하게 된다고 보아야 할 것이다. 撤回는 소급효가 없으므로 撤回處分에 뒤이어 새롭게 강화된 허가기준에 따른 허가를 받지 않고 유해물질을 배출한 때에 처벌이 가능하게 되며, 철회처분 이전에 행해진 행위는 종전의 허가절차를 따라 적법하게 취득한 허가에 따른 행위이므로 처벌할 수 없다고 봄이 타당할 것이다.

④ 行政機關이 자신에게 주어져 있는 권한에도 불구하고 허가를 받지 않거나 위법인 상태에서 행하는 당사자의 행위에 대해서 일정기간동안 아무런 조치를 취하고 있지 않은 경우에, 이러한 시설물의 가동자에 대해 형법적으로 예컨대 河川汚染行爲등을 이유로 하여 처벌할 수 있는가 하는 것이 문제된다. 이때에는 環境行政機關이 문제된 오염행위를 알고 있고 이를 용인하고 있는 경우에 해당하므로 이러한 行政機關의 容認行爲(behördliche Duldung)의 刑法的 效力이 논의의 중심이 된다.<sup>21)</sup> 이에 대해서는 이러한 행위에 허가를 요하는 이상 法治國家原理상 行政機關이 許可가 아니고 단순히 容認하고 있다는 사실자체에 어떠한 형법적 의미를 부여할 필요가 없다고 견해가 있는 반면에, 이러한 행정기관의 실무에 문제된 행위를 사실상 合法化하는 작용을 인정하려는 견해도 존재한다. 그러나 원칙적으로 行政機關의 단순한 容認行爲가 許可라는 행정행위가 갖는 질서기능을 수행하기에는 부적합하다는 사실은 인정해야 할 것이다.<sup>22)</sup> 따라서 행정기관의 容認行爲는 그 자체로서는 적법절차에 따른 허가를 대체할 수 없는 것이고,<sup>23)</sup> 예외적으로 이 행위가 合法化하는 효력을 갖거나 형벌에서

20) Heine, a. a. O., NJW 1990, 2425(2430).

21) 이에 대한 상세는 Wasmuth/Koch, Rechtfertigende Wirkung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht, NJW 1990, 2434ff. 참조.

22) Heine/Meinberg a. a. O., S. 52.

23) Breuer, a. a. O., DÖV 1988, 169(181); Hansmann, a. a. O., NVwZ 1989, 913(917).

면제되기 위해서는 단순히 행정기관이 문제된 環境汚染行爲를 소극적으로 방지하고 있다는 사실만으로는 불충분하며, 적극적으로 명확하게 행정기관이 모든 상황을 인식한 바탕에서 容認한다는 결정(Duldungsentscheidung)을 내릴 것을 필요로 한다고 볼 것이다. 그밖에도 실질적인 관점에서 이러한 용인행위가 허가에서 요청되는 요건을 충족하고 있을 것도 要件으로 하게 된다. 따라서 違法的인 용인행위는 형법적으로 인정되지 않게 된다.<sup>24)</sup>

#### IV. 現行 環境法體系와의 關聯性

주지하는 바와 같이 현행 環境法制는 주로 環境行政法 體制爲主로 유지되고 있으며 이러한 체제를 실효성있게 뒷받침하는 環境刑法이나 環境責任法은 거의 소홀한 상태에 있다. 따라서 環境法制가 체계적으로 정비된 나라에서 별도로 세분화되어 규정되는 내용들이 우리나라에서는 環境行政法속에서 규정되는 현상을 쉽게 발견할 수 있게 된다. 예컨대 環境責任의 내용이 별도의 환경책임법에서가 아니라 행정법적 성격을 갖는 環境政策基本法(제31조)에 규정되어 있는가 하면,<sup>25)</sup> 環境犯罪行爲를 처벌하는 방식에 있어서 종전까지는 관련 環境行政法規내에 行政法的인 義務不履行이나 요건을 충족하지 않는 행위에 대해서 일정한 형벌을 규정하여 처벌하는 방식을 택하고 있었다. 물론 후자의 상황은 현재 추진중인 刑法 改正案이 刑法典에 새로이 環境에 관한 罪(제27장)를 신설하여 環境刑法이라는 용어가 우리나라에도 가능하게 되는 새로운 사태발전으로 변모하고 있기는 하나 여전히 적지 않은 문제들을 내재하고 있다고 보아야 할 것이다. 특히 이러한 刑法規定들은 行政法上的인 義務違反行爲로 야기되는 環境汚染行爲에 대한 制裁로서의 성격보다는 刑法的으로 고유한 범죄유형에 해당하는 경우인 公衆의 생명 또는 신체에 구체적 위협을 발생시킨 행위만을 처벌하도록 하고 있으므로( 刑法改正案 제284조, 제287조) 환경형법으로서의 독특한 지위인정에는 여전히

24) Heine, a. a. O., NJW 1990, 2425(2434) ; Breuer, a. a. O., NJW 1988, 2072 (2082).

25) 환경책임법에 관한 전반적인 설명에 대해서는 拙稿, 환경책임법 입법론, 공법연구 제20집(1992), 295면이하 참조.

어려움을 나타나게 한다. 따라서 앞으로도 종전과 같이 環境行政法規가 處罰의 근거로서 작용하게 될 것이므로 環境행정법상의 의무위반이나 허가를 받지 않고 시설물을 가동하는 행위등은 그로 인해 환경이 오염되는 것이 통상적임에도 불구하고 環境汚染行爲로서 처벌되는 것이 아니라 단순히 行政法規違反의 차원에서 처벌되는 문제를 안게 된다. 이러한 결과 처벌을 받는 當事者나 法人은 환경오염행위에 대한 아무런 범죄의식없이 벌금을 납부하고 있으며 이로 인해 環境刑法이 의도하는 기능의 하나인 環境保護意識의 강화는 아무런 효과를 거두지 못하고 있는 실정이다. 환경보호의식을 강화하기 위해서는 規範의 次元에서 環境汚染行爲가 단순한 行政法規違反 정도가 아니라 환경을 침해하는 행위로서 종국적으로는 인간의 신체에 직접적인 위험을 초래한다는 범죄적 차원에서 취급할 필요가 있으며, 이를 위해 環境행정법상의 義務違反등은 일반 刑法典에서 규율하도록 하는 것이 실효적일 것이다. 이러한 형법전예의 규율에 있어서는 실효성을 도모하기 위해서 몇가지 사항에 유의할 필요가 있을 것이다. 우선적으로는 刑法의 구성요건을 규정함에 있어서 형법개정안의 경우와 같이 구체적 위험범을 일반적인 구성요건으로 하는 것은 지양해야 한다는 점이다. 이러한 규정방식에 입각할 경우에는 환경오염행위가 공중의 생명이나 신체에 대한 구체적인 위험발생으로 연결되었는가의 여부를 입증해야 하는데, 이러한 因果關係의 문제는 그 성질상 立證하기가 용이하지 않으며 이로 인해 입증의 포기나, 法適用에 신중하게 되어 실효성의 포기라는 문제를 안게 될 것이다.<sup>26)</sup> 구체적인 위험과 관계없이 環境行政法規의 의무를 위반하거나 허가를 받지 않고 시설을 가동한 행위자체를 처벌의 대상으로 하여 일반적인 구성요건으로 규정하고 공중의 생명이나 신체에 구체적 위험을 야기하는 경우는 가중적 구성요건으로 규정하는 것이 오히려 실효적인 것이다. 이러한 경우에 일반적 구성요건의 내용에 있어서는 環境행정법의 내용이나 개별적인 행정행위에 연계하여 규정하는 것이 법질서의 통일성을 도모하는 차원에서 뿐만 아니라, 현실적으로도 복잡다양한 기술적인 문제와 여러 이해관계를 적절하게 조화하여 해결하는데에 어려운 상

26) 이에 대해서는 박상기, 環境범죄와 한국형법개정시안의 방향, 한독환경법 국제학술회의(1992. 4. 3~4. 5), 발표논문집 참조.

황에 있는 형법의 특성상 필요할 것이다. 형법적인 규율에 있어서 유의할 사항으로는 또한 실효성있는 제재가 마련되어야 한다는 것이다. 환경보호의식이 강화되어 있는 독일의 경우에도 형벌로 부과되는 벌금액수가 현실적으로 법적으로 요구되는 공해방지시설을 갖출 때 소요되는 비용보다 적기 때문에 기업들이 의도적으로 환경보호에 소홀히 하는 문제가 지적되고 있거니와 이러한 사정은 우리의 경우도 다르지 않게 존재하고 있다. 따라서 이러한 문제에 대처하기 위해서는 형벌의 내용이 현실화될 필요가 있을 것이다.

環境刑法의 정비는 어쩌면 우리 시대의 가장 중요한 입법과제의 하나일 수 있을 만큼 중요한 의미를 갖는 것이다. 따라서 우리의 경우도 이에 적절하게 대비할 필요가 있으며 형법전예의 새로운 규정의 신설은 이러한 방향으로의 중요한 진전이라고 평가할 수 있을 것이다. 그러나 환경형법의 내용은 구성요건의 특성상 불가피하게 環境行政法과의 긴밀한 연관속에서만 실효성을 갖게 되므로 환경행정법과의 유기적인 협조체계를 유지하는 노력도 소홀히 하지 않아야 할 것이다. 이러한 관점에서 위에서 논의된 사항들은 環境刑法의 정비에 따라 우리에게도 현실적으로 다가올 문제로서 평가되어야 할 것이다. 다른 한편 행정법의 시각에서는 환경형법의 실제운영이 행정법의 이론에 적지 않게 의존하게 될 현실을 반영하여 좀 더 이론을 체계화하고 정비할 필요성도 제기되리라 본다.