

# 환경형법에 있어서 ‘효율성’ 개념의 재구성

이 소 영\*

## <국문초록>

예방지향적인 형법은 다양한 영역에서, 특히 마약거래나 유전자조작, 사이버범죄 등 현대사회의 새로운 범죄유형에 있어서 점점 강화되고 팽창되는 모습을 보인다. 환경형법은 그와 같은 예방지향적인 형법의 전형을 보여준다고 할 수 있다. 효과지향적인 환경형법의 실효성은, 그러나 재고해볼 문제이다. 환경문제에서 숨은 범죄의 지속적인 증가와 ‘잘 피해가면 된다’ 혹은 ‘재수 없으면 처벌된다’는 의식의 만연은 과연 경찰행정법의 영역까지 파고든 형법이 얼마나 효율성을 담보할 수 있을지 의심케 한다. 본고는 환경형법의 효율성을 논함에 있어 법률, 특히 형법에서 ‘효율성’이 어떤 의미를 가져야 할지를 고찰하는 데 목적을 두었다. 최소한의 투입으로 최대한의 산출을 얻어내는 경제적인 의미에서의 효율성이 그대로 형법에 적용될 때 근대형법의 기본원칙들이 와해되기 때문이다. 형법적으로 재구성되지 않은, 경제적 가치로만 주조된 효율성개념은 ‘효율적 대처를 위해 지금까지보다 더 확장된 형사법적 제재방안을 마련하자’는 식의, 처벌만을 가중시키는 악순환에 대해 항변할 충분한 근거를 갖기 어렵다.

이에 본고에서는 탈근대적 위험사회에서 형법의 변화와 확장경향을 분석하고, 그러한 위험형법의 한 형태로서 환경형법이 지향하는 기능과 효과를 검토해 보았다. 이어서 환경형법이 근대적인 형법과 차별화되는 지점들을 중심으로 환경형법의 집행상의 결함을 비판하고, ‘상징형법’으로서 환경형법이 가지는 고유한 기능을 평가하였다. 그리고 환경형법에 있어서 효율성개념이 정당성을 포괄하는 방식으로 재구성되어야 할 필요성을 역설하면서, 효율성의 내적 조율기제와 외적 조율기제를 각각 모색하였다.

주제어: 환경형법, 위험사회, 상징입법, 집행상의 결함, 법적 효율성

- I. 도입
- II. 위험사회와 환경형법
- III. 환경형법의 효율성 검토
- IV. 효율성개념의 재구성 요청
- V. 맺음 - 남겨진 과제들

## I. 도입

### 1. 문제제기

예방지향적인 형법은 다양한 영역에서, 특히 마약거래나 유전자조작, 사이버범죄 등 현대사회의 새로운 범죄유형에 있어서 점점 강화되고 팽창되는 모습을 보인다. 탈근대형법의 이와 같은 추세는 우리 사회에서도 예외는 아니고, 특히 ‘국가의 후견주의적 관리와 보살핌’에 심정적인 친화성을 가지는 우리 법문화에서 더욱 쉽게 받아들여질 수 있다.<sup>1)</sup> 환경형법은 그와 같은 예방지향적인 형법의 전형을 보여준다고 할 수 있다. 효과지향적인 환경형법의 실효성은, 그러나 재고해 보아야 할 문제이다. 환경문제에 있어서 숨은 범죄의 지속적인 증가와 ‘잘 피해가면 된다’ 혹은 ‘재수 없으면 처벌된다’는 의식의 만연은 경찰행정법의 영역까지 파고든 형법이 얼마나 효율성을 담보할 수 있을지를 의심케 한다.

하지만 환경형법의 효율성을 논함에 있어 법률, 특히 형법에서 ‘효율성’이 어떤 의미를 가져야 할지는 재고되어야 할 필요가 있다. ‘최소한의 투입으로 최대한의 산출을 얻’는 경제적인 의미에서의 효율성이 그대로 형법에 적용되면 근대형법의 기본원칙들이 와해될 수 있기 때문이다. 형법적으로 재구성되지 않은, 경제적 관점에서만의 효율성개념은 ‘효율적 대처를 위해 지금까지보다 더 확장된 형사법적 제재방안을 마련하자’<sup>2)</sup> 식의, 처벌만을 가중시키는 악순환에 대해 항변할 충분한 근거를 갖기 어렵다.

1) 이상돈, 『법학입문』, 법문사, 2002, 37-40면.

2) 이와 같이 형벌확장지향적 논의들에 관하여서는 신동운, “환경범죄의 효율적 대처방안”, 『형사정책연구』, 제2권, 1990을 참조.

## 2. 논의의 전개방향

본고에서는 현행 환경형법규제들의 효율성에 대해 세밀하게 분석하기보다는, 환경형법과 같은 위험사회에서의 형법에 있어서 효율성개념이 어떻게 받아들여지고 재구성되어야 할지를 고찰해보는 데에 더욱 비중을 두었다. 우선 탈근대적인 위험사회라는 배경 속에서 형법의 기능변화와 형사벌의 확장 경향을 분석하고, 그러한 위험형법의 한 형태로서 환경형법이 지향하는 기능과 효과를 검토해보았다.(II) 이어서 환경형법이 근대적인 형법과 차별화되는 지점들을 중심으로 환경형법의 집행상의 결함을 비판하고, '상징형법'으로서 환경형법이 가지는 고유한 기능을 평가하였다.(III) 그리고 환경형법에 있어서의 효율성개념이 정당성을 포괄하는 형태로 재구성되어야 할 필요성을 역설하면서, 효율성의 내적 조율기제와 외적 조율기제를 각각 모색하였다.(IV)

## II. 위험사회와 환경형법

### 1. 위험사회와 형법의 변화

1980년대에 도입되어 급속히 확산된 '위험사회'<sup>3)</sup>라는 개념은 과학기술의 발전과 함께 출현한 거대위험을 조종하고 제거하기 위하여 형법의 가벌성 확장을 요청하였다. 개인적 범의에 대한 침해가능성을 의미하는 고전적인 위험 즉 위해(Gefahr)<sup>4)</sup>나 산업·복지국가적 위험<sup>5)</sup>과는 달리, '후기산업사회의 위험'(Risiko)은 인간의 집단적 결정에서 비롯되는 사회적 형성물이면서도 개인의 입장에서는 무방비상태로 당할 수밖에 없는 대량위험으로 나타난다는 특성을 갖는다.<sup>6)</sup> 이에 그러한 위험 앞

3) 이는 1980년대에 독일의 사회학자 벡(Beck)이 처음으로 학술용어로 도입한 이후 탈근대 사회를 규정짓는 대표적인 개념들 가운데 하나가 되었다. 벡의 저서 *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*(1986)에서 사용되기 시작한 이래 루만(Luhmann)의 *Soziologie des Risiko*(1991)나 베크만(Beckmann)의 *Risiko als Schlüsselkategorie der Gesellschaftstheorie*(1991)에서와 같이 많은 학자들이 이 개념을 인용하였다.

4) 위험개념의 세분화와 위해개념과의 구별에 대해서는 이상돈, 『형법학. 형법이론과 형법정책』, 법문사, 1999, 28면 아래 참조.

5) 산업·복지국가에서는 위험에 노출되는 개인 또는 특정한 인적공동체의 위험비용이 사회화되어, 보험제도를 통해 개인, 기업 또는 국가의 회계로 위험결과를 처리하는 특성이 발견된다. (Christoph Lau, "Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken", *Soziale Welt*, 1989, p.421)

에서 무력한 개개인의 불안은 극대화되고, 심지어는 객관적 위험이 증가하지 않는 영역에서마저 주관적인 불안감이 증폭되는 현상을 야기한다.<sup>7)</sup>

이와 같은 사회적 불안감을 최소화하고 조종하고자 하는 사회적 요청은 위험의 발생을 그 초기단계에서 형법을 통해 차단시키려는 경향을 불러일으킨다. 즉 형법적 대응방식이 전통적인 보충적·규제적 역할에 그치지 않고 사전예방적인 기능으로 확대되는, 전단계범죄화 양상을 띠게 되는 것이다. 전단계범죄화는 전통적인 개인적 법익보다 앞당겨진 보편적 법익을 인정하는 방법과 전통적인 범죄유형(침해범과 구체적 위험범)의 전단계에 미치는 범죄유형으로서 ‘추상적 위험범’을 도입하는 방법을 통해 이루어진다. 이러한 형법의 변화경향은 형법의 도구화(기능화)와 탈정형화로 특징지어질 수 있다.<sup>8)</sup>

## 2. 위험형법으로서의 환경형법

이와 같은 위험형법의 특성이 가장 잘 드러나는 영역들 가운데 하나가 환경범죄 영역이다. 환경문제는 일차적으로 행정법에서 다루어지며, 형법을 통한 환경보호는 일정한 그리고 중대한 환경침해행위를 구성요건화하여 이를 형벌의 대상으로 삼는 것을 의미한다. 하지만 환경오염을 예방하기 위한 ‘일차적인’ 수단으로서 형법을 사용하고자 하는 것이 현재 세계적인 추세가 되어가고 있다. 국내에서도 각종 환경행정법의 벌칙규정을 통하여 환경침해행위를 처벌하고 있으며, 특별형법으로 ‘환경범죄 등의 단속 및 가중처벌에 관한 법률’(2015)을 시행하고 있다.

위험형법이 통상적으로 갖는 전단계범죄화의 특징은 따라서 환경형법에서도 동일하게 드러난다. 일단 보호법익에 있어서 인간중심적인 법익성을 넘어 환경 자체 또는 그 매개물로서의 수질, 토양, 또는 대기 등의 보호법익성을 인정하자는 견해가 대두되었고 이미 독일 등에서는 이를 입법화하였다.<sup>9)</sup> 또한 이때의 위험성은 이미 앞당겨진 법익에 대한 추상적 위험으로 족하고, 그러한 법익은 통계상으로만 생명이나 신체와 같은 전통적인 최종법익과 관계를 맺는 것이다. 우리의 경우, 개

6) 이제일, “현대 위험사회와 위험형법에 대한 비판적 고찰: 위험사회에서의 형법적 가벌성 확장의 경향과 관련하여”, 『법과 사회』, 제47권, 2014, 80-82면.

7) 젤만(Georg Seelmann), “위험형법(Risikostrafrecht)”(김영환 역), 『법학논총』, 제14권, 한양대학교 법학연구소, 1997, 340면.

8) AK-Hassemer, vor §1 Rn. 480.

9) 이러한 생태중심적 규정으로는 ‘수질’을 보호법익으로 하는 독일형법 제324조를 들 수 있다.

별 환경행정법 상 벌칙규정들은 행정이익을 확보하기 위하여 단순한 행정불복종을 범죄로 하는 것으로 추상적 위험법의 유형에 속한다고 볼 수 있다.<sup>10)</sup> 독일형법에서도 수질오염(제324조), 토양오염(제324조a), 대기오염(제325조) 등에서 건강침해의 단순한 ‘적성’으로 구성요건이 충족될 수 있다고 봄으로써 결과발생을 요구하는 침해범뿐만 아니라 추상적 위험법까지도 처벌대상에 포함시키는 입장을 취하고 있다.

이러한 전단계범죄화와 함께 우리 환경법이 두고 있는 인과관계 추정규정은 불법배출과 발생한 위험 사이의 상당한 개연성만으로 위험발생의 인과관계를 추정한다. 환경범죄에서는 유해물질의 배출에서 침해결과의 발생에 이르는 과정이 복잡하고 과학적으로 입증하기 어려운 경우가 많다고 하여 이런 규정을 두게 된 것인데, 이는 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’라는 근대 형사소송원칙을 흐리는 결과를 발생시킨다.<sup>11)</sup>

### 3. 환경형법의 ‘보호’기능

“형법의 목표는 더 이상 범죄의 퇴치가 아니라 국가보조정책과 환경정책, 위생정책과 외교정책을 양면적으로 보조하는 것이다. 즉 구체적인 법익침해에 대한 개개의 억제로부터 문제상황에 대한 광범위한 예방이다”는 힐겐도르프(Hilgendorf)의 설명<sup>12)</sup>에서도 볼 수 있듯, 환경오염은 광범위한 지역에 걸쳐 불특정다수에게의 간접적인 매개를 통해 피해를 가져온다.<sup>13)</sup> 따라서 환경형법은 개개인의 구체적 법익을 보호하기보다는 환경정책을 보조하고 대중다수를 객관적 위험과 주관적 두려움으로부터 보호하는 것을 그 주된 기능으로 하고 있다. 또한 환경‘형법’이 가진 상징효과를 통해 사회적 규범을 보호하고, 이를 통하여 적극적 일반예방을 달성하고자 한다.<sup>14)</sup>

아울러 환경형법의 경우 노동법이나 경제법에서처럼 약자와 강자 사이의 균형성

10) 조병선, “환경형법에 있어서의 위험법”, 『한일법학연구』, 제14집, 1995, 60면.

11) 이런 추정규정은 합리적인 의심이 있는 경우에는 추정이 깨지는 사실상의 추정과는 다른 법률상의 추정이다. 즉 전제사실이 입증되었을 때 피고인이 번복하기에 족할 정도의 반증을 제시하지 못한다면 피고인은 사실인정을 감수해야 하는 결과를 초래한다.

12) Eric Hilgendorf, “Gibt es ein "Strafrecht der Risikogesellschaft"?”, *NSiZ*, 1993, p.11.

13) 환경범죄의 특수성으로서 간접성, 전파성, 완만성 등을 들고 있는 배종대, 『형사정책』 제10판, 2016, 618면 아래 참조.

14) 김육곤, “환경범죄에서 형사책임의 주체”, 법학연구, 제41권, 한국법학회, 2011, 221면.

을 보장하기 위한 특별법적 기능이 주장되기도 한다. 환경범죄의 경우 가해자가 피해자보다 사회적으로나 경제적으로나 우월한 지위에 서 있고, 따라서 정보나 조직 면에서 월등한 우위를 점하는 경우가 다른 범죄유형들에서보다 빈번히 발견되기 때문이다.<sup>15)</sup> 위험사회에서의 대형 환경오염은 대부분 거대자본에 의해 범해진다는 점을 감안할 때 이러한 ‘보호’기능의 필요성은 인정된다고 본다. 단 이를 형법이라는 수단을 통하여 추구해야 할 것인지는 별개의 문제로 생각해 보아야 할 것이다. 그렇다면 아래에서는 탈근대적이고 위험사회적인 형법변화를 잘 드러내 보이는 환경형법이 그 보호기능을 ‘효율적’으로 수행하고 있는지 들여다보도록 한다.

### III. 환경형법의 효율성 검토

#### 1. 집행상의 결함과 귀속의 어려움

환경형법이 위와 같은 기능수행에 대한 기대를 현실적으로 충족시켜주고 있는지를 판단해볼 때 실제로는 많은 “집행 상의 결함”을 보이고 있다는 점, 다시 말해 낮은 결과적 효율성을 보인다는 점은 쉽게 도출된다. 환경영역에서 전통적인 핵심형법의 경우보다 숨은 범죄의 발생률이 빈번하며, 기소중지의 빈도는 여타 범죄의 평균에 비하여 200%에 달한다는 점에서 그러하다.<sup>16)</sup> 진행되는 대부분의 소송절차가 비교적 미미한 환경범죄에 관한 것이어서 그 경미성 때문에 절차가 중지된다는 것이다.<sup>17)</sup> 현대사회의 환경오염은 대부분 대규모로 발생한다는 점을 감안할 때 이는 환경범죄영역에서 실질적으로 처벌대상이 되는 환경문제는 표층으로 극히 드러난 일부임을 시사한다.

이와 같은 집행상의 비효율성을 초래하는 이유들 가운데 하나는 환경형법에서의 귀속의 어려움이다. 환경형법의 주요특징인 전단계범죄화는 귀속기준을 단순화한다는 면에서 얼핏 귀속을 용이하게 하는 것처럼 보일 수 있다. 하지만 귀속기준을 행위가 아닌 사회적 위험성에서 찾는 것은<sup>18)</sup> 행위자와 행위결과 사이의 직접적 연

15) 배종대, 앞의 책, 619면.

16) Winfried Hassemer, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsguterschutz”, *NSiZ*, 1989, 553~558면.

17) 히르시(Hans Hirsch), “새로운 범죄유형에 대한 투쟁수단으로서의 형법”(하태훈 역), 『형사법연구』, 제7호, 1994, 199면.

18) 김학태, “현대위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화”, 『비교형사법연구』, 제3권 제1호,

관성을 희석시킨다는 측면에서 오히려 개별적 귀속을 한층 어렵게 만든다.<sup>19)</sup> 특히 환경범죄의 경우, 기업이나 조직의 분업적 책임분산의 경향이 강한데, 그로 인해 일차적인 책임자를 확인하기 어려울 뿐 아니라 법윤리적으로도 개별적 책임의 비중이 감소될 수밖에 없다. 이러한 귀속의 어려움은 특히 자본과 권력의 비호를 받는 환경범죄에 있어 범죄발견 자체의 어려움과 결합하여, 어떤 사람이 실질적으로 범죄인이 되는가를 우연에 내어맡기는 결과를 초래한다.<sup>20)</sup>

## 2. 보편적 법익의 허구성과 형법의 도구화

특히 보편적이고 추상적인 법익으로서 생태학적 법익보호 구성요건을 주장하는 것은 많은 문제를 야기할 수 있다. 환경법익의 독자성을 강조하는 이러한 입장은 구성요건해석에서의 현실성의 결여로 이어지고 법치국가 이전의 형벌관으로 후퇴시키는 등 그 자체로도 문제를 안고 있지만<sup>21)</sup>, 무엇보다 환경형법의 행정종속성을 심화시킬 수 있다는 점에서 위험하다. 다시 말해 표면적으로는 환경재의 보호법익을 내세우지만, 이를 통한 법익개념의 확장이 종국적으로는 환경관리를 위한 국가의 행정업무 그 자체를 형법의 보호법익에 포함시키는 결과를 초래할 수 있는 것이다.

형법의 행정종속성은 이러한 혐의를 더 짙게 한다. 환경형법의 처벌규정들은 불안정하고 가변적인 보충규범들에 종속되어 있는데, 예컨대 어느 정도의 폐수방출이 형사처벌의 대상이 되는지와 같은 문제는 가치판단의 문제가 아니라 고도의 기술적인 문제로서 언제든지 변경될 수 있는 행정판단과 정책에 얽혀 있다. 일차적으로 경찰법의 대상영역에 속했었던 이러한 기술적인 문제를 모두 범죄화하여 형사 처벌한다면 형법상의 법익개념이 경찰법 상의 위험개념으로 대체되어 채워질 것이다.<sup>22)</sup> 이는 결국 변질되고 왜곡된 법익보호원칙을 통해 형법을 행정체계적인 편익과 정책을 위한 도구로 전락시키는 결과를 초래한다. 형법을 경찰법적 위험예방에 부적절하게 투입한다면 그 효율성을 담보할 수 없음이 자명하다.

2001, 12면.

19) 최석운, “위험사회와 상징형법”, 『해양환경안전학회지』, 제8권 제2호, 2002, 20면.

20) 최석운, 앞의 논문, 21면.

21) 생태학적 입장에 대한 다양한 비판지점들에 대해서는 배종대, 앞의 책, 626~627면 참조

22) 이상돈, 앞의 책(주4), 28~29면.

### 3. 환경형법의 반생산성

이러한 환경형법의 도구화는 반생산성 또는 역기능성을 초래한다. 환경체계라는 사회적 하부체계의 기능을 절대적으로 보호하고 그로써 위협의 현실화에 대한 국민들의 두려움을 잠재우고자 하는 정치적 목적은 환경형법에 자명하게 드러나 있다. 정당성 문제를 일단 차치하고 결과적인 효율성만 가늠하였을 때에도 이는 자본주의 체계 내에서 구조적인 한계에 부딪힌다. 예를 들어 환경범죄의 명확한 입증을 위해서는 형사소추기관이 기업과 같은 폐쇄된 조직체에 대한 내밀한 접근권을 가져야 한다.<sup>23)</sup> 그렇지만 정치·경제적 논리에 따르는 행정체계에 있어 이는 큰 비용을 지불해야 하는 달갑지 않은 요구일 수 있다. 위험사회에서의 환경오염의 특성에 비추어볼 때, 기업에게 환경오염방지장치의 설치를 강제시하거나, 환경오염 정도에 따라 각 기업의 생산 활동에 실질적 제한을 가하거나, 또는 환경책임보험 제도 등을 통해 모든 기업에게 큰 액수의 책임보험료를 지불하게 하는 등의 구조적인 방안이 필요하다.<sup>24)</sup> 하지만 이는 환경문제를 야기하는 측에 큰 재정적 부담으로 작용하고, 자본의 이해관계에 종속된 행정체계로서는 이를 적극적으로 시행하기 어려운 것이다.

결국 강화된 형법은 몇몇 처벌사례들을 스펙타클화하여 보여주고, 이로써 국민들의 범감정을 일시적으로 만족시키면서 정작 본질적인 문제를 회피해가게 한다. 기업은 강화된 형법을 피해가기 위해 자본과 권력의 힘을 빌어 한층 치밀하게 ‘숨은 범죄’의 방책들을 고안해내고, 이로써 중국적으로는 환경문제의 악화가 초래되는 것이다. 환경형법의 이러한 반생산성은 장기적인 효율성 측면에서의 실패를 입증한다고 할 수 있다.

### 4. 상징형법으로서의 효율성 여부

이처럼 법률이 효율적으로 기능하지 못하고 집행상의 결함이 나타남에도 불구하고, 범규범이 그 내용과는 별도로 범규의 존재만으로도 시민들로 하여금 범질서와 국가기관에 대한 신뢰를 불러일으킬 수 있는지의 여부를 생각해볼 필요가 있다. 만일 그렇다면, 법은 도구적인 효율성 외에도 별도의 사회적·정치적 기능을 갖는다고 볼 수 있으며 형법의 그러한 상징적 효과<sup>25)</sup>가 특별히 강조될 것이다.

23) 켈만, 앞의 논문, 344면.

24) 이상돈, 앞의 책(주1), 174~175면.



최적의 효과를 의도하지 않는 법은 표층적으로는 입법의 목적과 모순되는 양상을 띠겠지만, 입법자가 그 법의 효율성과 관계없이 법제정 자체의 선언적 혹은 선언적 기능에 의미를 부여하는 경우도 있다. 예를 들어 환경범죄를 형법에 규정하면 시민들은 그런 행위에 대한 입법자의 가치를 명백하게 알고 이를 내면화하여 장기적으로 예방적 효과를 거둘 수 있다는 것이다.<sup>26)</sup> 또한 형벌에는 일반인에 대한 위하효과 이외에도 일반인의 법의식에 영향을 미쳐 법질서의 효력에 대한 신뢰를 강화시키는 통합기능이 내재해 있고, 이러한 점에서는 적극적 일반예방의 호소력을 가진다는 논지이다.

그러나 상징입법은 많은 경우 외부적으로 표출된 의미와 실질적인 의미가 일치하지 않는 허위성을 가지고 있고, 규범의 잠재적 기능이 그 선언적 기능을 웃도는 양상을 보인다. 입법자는 특정한 갈등상황에 대한 여론을 무마하기 위해 해당문제가 입법에 의하여 진실로 해소될 수 있는 성격의 것인지 가능해보지 않은 채 시민들의 분노를 진정시키려는 임시방편적이고 기만적인 의도를 가질 수 있다는 것이다.<sup>27)</sup> 그러한 기만은 단기적으로는 시민사회의 안정과 통합을 가져오는 듯이 보이지만 장기적으로는 의도했던 기능을 달성할 수 없으며, 중국적으로는 시민들이 형사사법에 대하여 거는 기대 또한 저버리게 된다. 이러한 정책도구로서의 무용성 내지 역기능성은 법과 정책의 상호적 무관심과 와해를 초래한다. 토이브너(Teubner)는 이를 법과 정책의 상호적 무관심, 법에 의한 사회적 통합의 와해, 그리고 사회에 의한 법적 통합의 와해라는 조종의 트릴레마 현상으로 설명한 바 있는데, 실제 환경형법 외에도 수많은 탈근대적인 법정정책에서 이러한 조종의 무용성이 발견된다.<sup>28)</sup> 요컨대 귀속의 어려움과 반생산성, 그리고 '더 이상 무고한 피해자와 정당한 공동체가 범죄자 내지 범죄집단과 뚜렷하게 대비될 수 없'<sup>29)</sup>는 조건들 아래에서 범죄행위와 형벌의 상징적 기능은 그 쓸모를 다하지 못하게 되는 것이다.

25) '상징형법'에서 상징성은 유 또는 무가 아니라 많고 적음의 정도 차이로 보아야 할 것이다. 특정한 규범을 상징적으로 강화하고 이를 통해 예방효과를 얻으려는 의도는 어떤 법제에든 전무할 수는 없기 때문이다. 따라서 상징성이 있는가 없는가가 아니라 그것이 비난받을 만한 정도인가 아닌가에 논의의 초점이 맞추어져야 한다. 이에 대해서는 배종대, "정치형법의 이론", 『법학논집』, 제26권, 고려대학교 법학연구원, 1991, 246면 참조.

26) 조성용, "형사입법의 상징적 기능에 대한 비판적 고찰", 『형사정책연구』, 제14권 제1호, 2003, 193면

27) Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*, Hamburg: Reinbek, 1973, p.63.

28) Gunther Teuber, "Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions," Gunther Teubner(ed.), *Juridification of Social Spheres*. Berlin: Walter de Gruyter, 1987.

29) 최석윤, 앞의 논문, 20면.

이처럼 위험형법으로서의 환경형법은 귀속의 어려움과 왜곡된 도구화로 인해 그 형사정책적인 효율성이 떨어지고, 기대했던 상징형법으로서의 작용에 있어서도 행위와 처벌의 상징적 의미가 기능하지 못한다는 점에서 효율적이라고 말하기 어렵다.

더욱이 환경범죄와 같이 책임이 아닌 의무위반을 강조하는 범죄형태에 있어서는 내면화할 규범 자체를 발견할 수 있을지 의문시된다. 예를 들어 폐수방출로 처벌되는 범죄자 앞에는 규범이 아닌 행정기관이 정한 폐수방출 기준수치만이 존재할 따름이다.<sup>30)</sup> 이 기준은 과학적 분석방법이나 강수량, 주민 수, 설비시설 등의 변동 요소에 의해 달라질 수 있다는 점에서 정책적 기준이지 규범이 아니다. 즉 형벌을 통해 내면화할 것을 요구할 만한 규범 자체가 부재한 것이다.

#### IV. 효율성개념의 재구성 요청

##### 1. 형법에서의 효율성과 정당성

환경형법의 실효성이 확보되지 못하는 현실에 대한 분석과 전망에 있어 위와는 정반대의 논지를 펼치는 경우도 있다. 이를테면 환경형법의 비효율성은 환경범죄를 형법전에 규정함으로써 집행의 통일성과 원활함을 꾀하는 방식으로 극복될 수 있고, 따라서 추상적 위험범의 인정과 환경오염자에 대한 가중처벌 등이 형법전에 기재되어야 한다는 주장<sup>31)</sup>이 그것이다. 또한 환경범죄는 살인, 상해 또는 절도 등과 같은 전통적인 형사범죄와 동일한 차원에서 논해져야 하고, 따라서 환경범죄가 내포하고 있는 사회적 유해성에 걸맞는 강력한 형사처벌이 필요하다는 주장으로까지 이어지는 경우도 있다. 환경형법의 비효율성에 있어서 그 원인을 근대형법의 기본이념들이 훼손된 측면에서 접근하지 않고, 이처럼 더 강한 형사처벌을 통해 해결할 수 있다는 식의 사고는 그러나 대단히 위험해질 수 있다. 형벌이 더 이상 약효를 발휘하지 못하면 보다 더 강력한 형벌을 투입하여 순간적인 안정상태를 이루고, 내성이 생기면 더욱 자극적인 형벌을 모색하는 악순환을 초래할 수 있기 때문이다.

30) 이상돈, 앞의 책(주1), 67면.

31) 신동운, 앞의 논문, 26~30면.

이러한 논지에 대항하기 위해서는 형법에 있어서의 효율성개념을 재고해 볼 필요가 있다. '최소한의 투입으로 최대한의 산출을 얻는' 경제학적 관점에서의 효율성을 법에, 특히 보충성과 행위책임, 과잉금지 등의 원칙들이 엄격하게 지켜져야 하는 형법에 그대로 적용하는 것은 적절하지 못하다. 법치국가적 형법의 기준에서 벗어나 오로지 효과지향적으로만 기능하여 불법평가의 기준들을 완화하는 것은 법 해석 및 적용에 있어 근본적인 문제점들을 야기한다.<sup>32)</sup> 법해석에서 형법이론에 따른 정당성의 기준이 부정되면, 법관들의 의식이 범죄구성을 완화하고 가벌성을 확대시키는 구조에 쉽게 친숙해짐으로써 형법의 전반적인 기본원칙들이 무너질 수 있다. 이렇게 형법의 기본원칙이 느슨해지면 판결내용에는 물론이고 이를 실현하는 과정인 형사소송절차에서도 '소송에 있어서의 비례성원칙'의 와해와 같은 문제들이 야기된다.

형법에서의 효율성개념에 정당성개념이 개입되어야 할 필요성은 바로 여기서 도출된다. 형법이 단지 목적을 위한 수단이 되고 산출에 맹목적인 형상을 띄게 될 때, 형법은 목적 달성에 필요하다고 여겨지면 비용을 감당할 수 있는 한 계속 자본과 권력의 체계에 유리한 방향으로 조종될 것이기 때문이다. 따라서 효율성을 정당성에 따라 조절할 수 있는 이념이 효율성개념 내부로 삼입되어야 한다. 또한 그러한 새로운 효율성이 적절하게 작용하는지를 판단하는 외적 조절기제 또한 모색되어야 할 것이다.

## 2. 내적 조율기제로서 비례성원칙의 투입

환경형법의 효율성에 대한 내적 조율기제로서 비례성원칙을 생각해볼 수 있다. 즉, 형법에 규정된 형벌은 그 법이 추구하는 법익보호 목표를 달성하는 데에 최대한 적합해야 하고(적합성), 형벌의 투입으로 인해 기본권을 덜 침해할 수 있는 다른 수단이 없을 때 최소한으로 투입되어야 한다(필요성)는 원칙들이 효율성개념 내부로 들어와야 한다. 그렇게 되면 목적과 수단 사이의 균형을 추구하는 효율성은 단지 경험적 또는 수치적으로 그 균형을 확인하는데서 그치지 않고 형벌에 의해 실현을 최대화하려는 목적과 이로 인한 침해를 최소화하려는 목적 사이의 가치균형, 즉 좁은 의미에서의 비례성원칙인 균형성원칙<sup>33)</sup>과 일치할 수 있다.

32) Voß, 『Symbolische Strafgesetzgebung』, 1989, S.25ff (김학태, “상징형벌의 의미와 기능”, 『외법논집』, 제6권, 1999, 61면에서 재인용)

33) 균형성원칙을 위와 같이 최대적합의 목적과 최소침해의 목적 사이의 균형으로 파악하는

이와 같은 개념을 도입하면 환경형벌의 효율성에 대한 논의도 비례성의 하부원칙들에 따라 재구성될 수 있다. 환경을 오염시키는 생산행위를 범죄화하는 것으로써 들자면, 그 생산행위의 성격에 따라 오염이 발생하였을 경우 손해를 배상해주는 보험회사에 내는 환경오염피해배상 책임보험료를 할증시키거나 불명예스러운 기업이미지를 부각시키는 등, 형법 외의 기제들을 통해 생산방식의 변경을 유도하는 것이 가능하다. 그렇다면 형법을 통하지 않고서도 다른 수단으로써 목적을 달성할 수 있는 것이 되고, 그런 면에서 형벌투입은 최소한의 침해라고 할 수 없으며, 필요성원칙에도 어긋나는 것이다. 적합성이나 필요성 가운데 어느 한 쪽이 무너지면 최대실현과 최소침해 사이의 균형이 깨어지는 것이고 이는 비례성원칙의 세가지 하부원칙들 사이의 구도를 일그러뜨린다. 그렇기에 효율성을 결여한다고 이야기할 수 있다.

근대형벌의 법치국가적 기본원칙들에 어긋나는 환경형벌의 특징들 -예컨대 보편적 범의인정, 추상적 위험범, 느슨해진 인과관계, 행정종속성, 형벌의 선언적 기능 강조 등- 의 효율성도 각각 위와 같은 방식으로 비례성원칙, 특히 최대적합목적과 최소침해목적에 대입하여 판단해볼 수 있다. 그렇다면 환경형벌의 비효율성에 대해 ‘근대적 형법이념들을 더욱 마모시킴으로써 효율성을 높이자’는 주장은 당위성을 갖기 어렵게 된다.

### 3. 외적 조율기제로서 효율성 판단주체의 재구성

한편 효율성개념의 외적 조율기제로서 효율성의 판단주체의 재구성을 생각해볼 수 있다. 사실 시민들의 감시활동 강화는 환경형벌의 확장을 주장하는 측에서도 강조하는 부분이다. 환경오염행위 및 환경범죄에 대한 범국민적 감시망을 확충하고, 이러한 환경감시활동을 형사법적으로 뒷받침함으로써 국가기관을 기속하는 효력을 가지도록 해야 한다는 것이다. 가령 환경단체의 고발에 대하여 검찰이 불기소처분을 내릴 경우 검찰내부에 항고하는 외에는 제3의 기관에 이를 호소할 방법이 없다는 점에서, 이에 대한 대안으로서 불기소처분에 대한 재정신청제도를 대폭 확장해야 한다는 주장 등이 그러하다.<sup>34)</sup>

것은 이상돈, 「헌법재판과 형법정책」, 2004년도 한국형사법학회 춘계학술발표회 자료집, 2004, 28면 참조

34) 현행 법규에서 공무원의 직권남용죄에 대한 3개의 범죄유형(형법 제123조, 제124조, 제125조)에 국한되어 있는 재정신청대상을 확장해야 한다는 주장에 관해서는 이상상, “재정신청의 제문제”, 『대한변호사협회지』, 4월호, 1988, 8-12면 참조

그런데 한편으로 이러한 민간의 참여확대는 단순히 오염현상을 감시·고발하는 것 외에도 환경형법의 반생산성을 감시하는 데에도 중요한 역할을 수행할 수 있다. 환경형법의 역할이어야 하는 '약자와 강자 사이의 불균형성 조절'은 법형성과 처벌권이 경제체계에 의해 조종되는 행정체계만으로는 효율적으로 달성될 수 없음을 앞에서도 살펴본 바 있다. 자본과 권력의 논리에 따라 환경형법이 도구화되는 현상을 제지하기 위해서는 효율성의 판단주체가 재구성되어야 한다. 즉, 시민들의 관심과 간섭이 요청되고, 이를 환경형법정책에 반영할 수 있는 틀이 필요한 것이다. 물론 이러한 시민의 참여가 오염현상에 대한 위기감으로 인해 응보감정에 치우칠 위험은 분명히 존재한다. '쉽게 편견에 사로잡히며 매체에 의해 조종되기 용이하고, 권리는 많이 누리면서도 책임은 적게 지고자 하는'<sup>35)</sup> 면면 또한 공론장에 참여하는 개별 시민에게서 발견되기 때문이다. 즉 시민사회의 합의 역시 권력과 자본의 의도에 의해 조종당할 수 있는 것이다.

또한 환경범죄의 특성 상 어류집단폐사나 악취, 심각한 수질오염 등 외부적으로 분명하게 인식 가능한 환경오염이 문제시되는 경우가 아니라면 일반인으로서 환경오염 여부를 확인하기 어려운 경우가 많다. 또한 대규모 산업단지 등에서 발생하는 환경오염의 경우에는 일반인들이 접근하기 어려운 경우도 많다. 따라서 이러한 감시체제가 좀 더 기능적으로 작동하려면 전문성이 필요한 것이 사실이다.

하지만 그와 같은 우려가 공론장의 시민들을 환경형법의 효율성 판단주체로서 적극적으로 합류케 하는 것의 정당성을 반감시키지는 못한다. 이는 법학자들의 전문가역할과 시민들의 법인식의 성숙을 통해 '극복'되어야 할 문제이지, 환경형법의 효율성을 판단하고 법정책을 형성하는 장이 그대로 행정영역에 머물러야 함을 의미하지 않기 때문이다. 재정신청제도의 확장과 같이 단지 환경오염의 감시자 역할을 확대하는 걸 넘어서, 환경형법정책의 형성을 조율하는 역할을 부여하고 이를 제도적으로 보장하는 것은 환경형법의 효율성개념에 정당성을 부여하는 외적인 기제가 될 수 있을 것이다.

35) 이와 같은 시민 상에 대해서는 이상돈, 『생명공학과 법. 생명의 공학화와 생명문화의 철학적 재생산』, 아카넷, 2003, 76면 참조.

## V. 맺음 -남겨진 과제들

이처럼 본고에서는 탈근대적 위험사회에서 형법의 변화와 확장경향을 분석하고, 그러한 위험형법의 한 형태로서 환경형법이 지향하는 기능과 효과를 검토하였다. 아울러 환경형법이 근대형법과 차별화되는 특징들을 살펴보고, ‘상징형법’으로서 환경형법이 가지는 고유한 기능의 효율성을 평가하였다. 그리고 환경형법에 있어서 효율성개념이 정당성을 포괄하는 방식으로 재구성되어야 할 필요성을 역설하면서, 효율성의 내적 조율기제와 외적 조율기제를 각각 모색해보았다.

본고는 환경형법의 효율성을 극대화시킬 수 있는 구체적이고 실질적인 대안을 모색하는 단계까지 나아가지는 않았다. 또한 도입에서 언급했듯이 우리의 현행 환경형법 규제들을 세밀하게 분석하고, 개개 법규의 문제점을 제시하는 작업은 포함하지 않았다. 환경형법이 ‘어디서 얼마나’ 집행상의 결함을 노정하는지 보다는 ‘왜’ 그러한 결함을 보이는지, 그리고 ‘어떻게’ 효율성을 담보해낼 수 있는지 보다는 ‘어떠한’ 효율성을 추구해야 하는지 들여다보고자 하는 것이 본고의 일차적인 목적이다. 본고는 탈근대사회에서의 환경형법이 지닌 위험형법으로서의 성격을 개괄하고, 집행상의 결함과 비효율성의 원인을 탐색하며, 무엇보다 환경형법에서 효율성개념이 어떻게 정당성개념을 내부에 삽입하는 방식으로 재구성되어야 하는지를 밝히는 데까지에 논의를 집중시켰다. 따라서 현행 환경형법 규제들의 개선방향에 대한 구체적인 분석과 실무상의 대안모색이 수반되어야 할 것이다. 특히 우리의 현행법규 안에서 효율성 판단주체로서 시민의 참여를 어떻게 제도화하고 구체화할 것인지는 앞으로 고민하여 모색해나갈 부분으로 남겨져 있다.

투고일자 2017.01.30, 심사일자 2017.02.19, 게재확정일자 2017.02.20

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 김옥곤, “환경범죄에서 형사책임의 주체”, 『법학연구』, 제41권, 한국법학회, 2011
- 김재운, “환경위험의 법적 조종 가능성과 한계에 관한 고찰”, 『환경법연구』, 제28권 제1호, 2006
- 김학태, “상징형벌의 의미와 기능”, 『외법논집』, 제6권, 1999
- \_\_\_\_\_, “현대위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화”, 『비교형사법연구』, 제4호, 2001
- 배종대, “정치형벌의 이론”, 『법학논집』, 제26권, 고려대학교 법학연구원, 1991
- \_\_\_\_\_, 『형사정책』 제10판, 홍문사, 2016
- 신동운, “환경범죄의 효율적 대처방안”, 『형사정책연구』, 제2권, 1990
- 이상돈, 『형법학』, 법문사, 1999
- \_\_\_\_\_, 『법학입문』, 법문사, 2002
- \_\_\_\_\_, 『생명공학과 법. 생명의 공학화와 생명문화의 철학적 재생산』, 아카넷, 2003
- 이상문, “환경형벌의 개념과 보호법익”, 『경찰법연구』, 제4권 제1호, 2006
- 이재일, “현대 위험사회와 위험형벌에 대한 비판적 고찰: 위험사회에서의 형법적 가벌성 확장의 경향과 관련하여”, 『법과 사회』, 제47권, 2014
- 이재상, “재정신청의 제문제”, 『대한변호사협회지』, 4월호, 1988
- 조병선, “환경형법에 있어서의 위험범”, 『한일법학연구』, 제14집, 1995
- 조성용, “형사입법의 상징적 기능에 대한 비판적 고찰”, 『형사정책연구』, 제14권 제1호, 2003
- 최석운, “위험사회와 상징형벌”, 『해양환경안전학회지』, 제8권 제2호, 2002

### [외국문헌]

- Christoph Lau, C., “Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken”, *Soziale Welt*, 1989
- Eric Hilgendorf, “Gibt es ein "Strafrecht der Risikogesellschaft"?", *NStZ*, 1993
- Gunther Teuber, “Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions.” Gunther Teubner(ed.), *Juridification of Social Spheres*. Berlin: Walter de Gruyter,

1987

Monika Voß, *Symbolische Strafgesetzgebung*, Ebelsbach, Gremer, 1989

Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*, Hamburg: Reinbek, 1973

Winfred Hassemer, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsguterschutz” in: NStZ, 1989

젤만(Georg Seelmann), “위험형법(Risikostrafrecht)”(김영환 역), 『법학논총』, 제14권, 한양대학교 법학연구소, 1997

히르쉬(Hans Hirsch), “새로운 범죄유형에 대한 투쟁수단으로서의 형법”(하태훈 역), 『형사법연구』, 제7호, 1994



<Abstract>

**Reconceptualizing the Concept of *Efficiency*  
in Environmental Criminal Law**

Lee, Soyoung<sup>\*</sup>

The reinforcement of penal clauses in environmental law has become universal trend within environmental legal policy under the condition of risk society. The tendency to protect social system rather than individual rights is neither unique nor unfamiliar within the current legal policy of acknowledging the so-called *soziale Rechtsgut*. Under criminal justice, which divides the object of protection into individual versus public legal interests, it is generally understood that the latter should play a limited, conditional, and supplementary role. Paradoxically, however, there has been an expansion of special criminal codes, oriented towards protecting environment itself in order to secure conditions of 'living without anxiety about uncontrollable dangers.' Another notable feature of environmental criminal law is its *Vorfeldkriminalisierung*, a concept that explains how criminal law intervenes in the earlier stages of an action, before its illegality becomes apparent, to *prevent* illegal results. In ordinary criminal procedure, the criminality of an act is decided upon either at the moment of infringement or when there is a clear and present danger of infringement. In contrast, the criminal procedures in these cases initiate upon mere speculations of infringement. Such features reveal the failure of securing legal efficiency in environmental criminal law, both in practical and symbolic terms.

This paper starts with analyzing such tendency of reinforcing penal clauses in environmental criminal law in postmodern risk society. It then examines the features of current environmental criminal law that betrays the main principles of modern criminal justice, and criticizes the defects in efficiency of its enforcement. Finally it stresses the necessity of reconceptualizing the concept of *efficiency* in the

---

\* Professor, Jeju National University

sphere of environmental criminal law, suggesting both internal and external measures to insert the notion of legitimacy in the conceptualization of efficiency.

Key words : Environmental criminal law, Risk society, Symbolic law, Defects in enforcement, Legal efficiency