

# 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(Ⅰ)

-현대과학기술사회 위험관리 형법 및 형사정책의 체계와 원리-

김한균

Studies on the Risk-Governing Criminal Law  
and Criminology in the Late-Modern Society (I)

- Risk-Governing Criminal Law & Criminology in  
the Contemporary Science-Technology Society -



**경제·인문사회연구회 협동연구 총서**  
**“후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(Ⅰ)”**

**1. 협동연구 총서 시리즈**

협동연구 총서 일련번호	연구보고서명	연구기관
12-26-01	현대과학기술사회 위험관리 형법 및 형사정책의 체계와 원리 (총괄보고서)	한국형사정책연구원
12-26-02	현대위험사회와 법치국가형법	한국형사정책연구원
12-26-03	나노공학과 위험관리 형사정책	과학기술정책연구원 원광대학교
12-26-04	바이오공학과 위험관리 형사정책	한경대학교 독일 아우스부르크대학 바이오·건강·의료법 연구소
12-26-05	선진 과학기술사회의 위험관리 형사정책	한국형사정책연구원

**2. 참여연구진**

	연구기관	연구책임자	참여연구진
주관 연구 기관	한국형사정책연구원	김한균 부연구위원 (총괄책임자)	박미숙 선임연구위원 김대근 부연구위원 전현욱 부연구위원
협력 연구 기관	과학기술정책연구원		성지은 부연구위원
	원광대학교		황만성 교수
	한경대학교		신동일 교수
	독일 아우스부르크대학 바이오·건강·의료법 연구소		Prof. Dr. Henning Rosenau



# 발간사

본 연구보고서는 경제인문사회연구회 협동연구사업의 하나인 ‘후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(2012-2014년)’의 일차년도 연구 성과입니다. 전통적인 법치국가에서 형법은 사회적 갈등을 해소하는 최후수단으로 이해되어 왔습니다. 후기현대사회에서 형법과 형사정책은 국가권력으로부터의 개인의 자유와 안전에 대한 소극적 보장을 넘어 인간의 존엄과 개인행복권의 실현을 위해 적극적으로 개입하도록 요청을 받게 되었습니다. 따라서 후기현대위험사회에서는 새로운 위험에 대처하기 위해 형법적 보호의 범위를 확장하는 경향이 있습니다. 위험과 불안을 묻어두고 자유를 누릴 수는 없기 때문입니다.

이제 자유주의적 법치국가 형법관에서 자유와 안전이 균형을 이루는 법치국가 형법관으로 시각을 전환해야 할 때라 생각합니다. 후기현대 위험사회의 새로운 위험원으로부터 안전사회를 구축하기 위한 새로운 형법적 과제를 파악하고 이에 대응한 연구에 역점을 두어야 할 것입니다. 즉 형사정책의 발전과정에서 전통적인 자유법치국가의 형법이념과 후기현대사회의 안전국가적 형법이념의 갈등을 풀고, 그 지평을 발전적으로 융합할 수 있는 형사정책과 형법정책을 탐구해 나가야 합니다. 이에 ‘후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I)’는 ‘현대과학기술사회 위험관리 형법 및 형사정책의 체계와 원리’(김한균)에서 전체 연구의 틀을 총괄적으로 제시하고, ‘현대위험사회와 법치국가형법’(박미숙)과 ‘선진과학기술사회의 위험관리 형사정책’(김대근·전현욱)에서 후기현대사회 위험형법이론과 정책을 각각 법해석론과 비교형사정책의 관점에서 분석하였습니다. 이와 함께 ‘나노공학기술과 위험관리 형사정책’(성지은·황만성)과 ‘바이오공학기술과 위험관리 형사정책’(신동일·로제나우)은 개별 과학기술영역에서의 위험관리 형법 및 형사정책을 탐구하였습니다.

끝으로 본 과제에 참여하여 성실히 연구를 수행해 주신 독일 아우스부르크 대학의 로제나우 교수, 한경대 신동일 교수, 원광대 황만성 교수, 과학기술정책연구원 성지은 부연구위원, 그리고 한국형사정책연구원 연구진 여러분의 노고를 치하하는 바입니다.

2012년 12월

한국형사정책연구원  
원장 김 일 수

# CONTENTS

국문요약 .....	13
총괄서론 .....	29
제1장 서론 .....	35
제1절 연구의 의의 .....	38
1. 연구의 대상 .....	41
가. 현대사회 위험과 범죄로부터의 안전확보를 위한 국가정책과제 .....	41
나. 현대과학기술과 위험관리체계로서의 형법 .....	43
다. 현대과학기술과 위험관리정책에 관한 선행연구 .....	44
2. 연구의 필요성 .....	50
제2절 위험사회의 이론 .....	51
1. 울리히 벡의 위험사회론 .....	51
가. 근대 산업사회와 현대 위험사회 .....	54
나. 위험개념의 사회적 구성 .....	55
다. 위험산정과 위험관리방식의 변화 .....	57
라. 위험의 지구화 .....	60
마. 위험사회와 안전 .....	61
바. 위험의 인과적 연관과 법정책의 합리성 .....	62
사. 위험사회의 정치 .....	64
아. 위험사회와 민주주의 정치 .....	67
2. 위험사회이론의 특징과 형사정책적 해석 .....	69
제3절 위험사회의 실제 .....	73

1. 위험사회의 세계적 현실 .....	73
2. 위험사회의 한국적 현실 .....	82
가. 한국사회의 위험특성 .....	83
나. 위험관리법제에 대한 불신 .....	85
3. 위험사회현실의 특징과 형사정책적 해석 .....	88
가. 부패방지와 위험관리 형사정책 .....	88
나. 신뢰의 부족과 형사법적 개입 .....	89
다. 위험사회와 배제의 형사정책 .....	90
<b>제2장 본론</b> .....	93
제1절 현대과학기술사회에서 위험의 형법적 통제와 형사정책적 과제 .....	95
1. 형법과 위험 .....	96
가. 위험의 법적 개념 .....	96
나. 추상적 위험과 위험사회의 위험 .....	99
다. 위험사회형법과 비례성의 원칙 .....	102
라. 위험형법론의 논의 .....	103
마. 형사특별법상의 위험관리 .....	109
바. 과학기술법과 위험관리형법 .....	121
2. 형사정책과 위험 .....	123
가. 위험의 산정 .....	124
나. 위험관리의 정책목표 .....	126
다. 위험관리체계의 위험성 .....	127
3. 형법과 형사정책에서 위험관리의 과제 .....	128
제2절 현대과학기술사회와 위험관리형법 .....	132
1. 울리히 지버의 안전법이론 .....	132
가. 예방과 보안의 형법 .....	134
나. 새로운 안전법의 등장 .....	141

2. 김일수 교수의 델타형법이론 .....	146
가. 자유주의적 법치국가의 신뢰위기 .....	146
나. 위험사회 문제해결의 모색 .....	148
다. 현대위험사회 형법과 삼각주(델타)모델 .....	149
3. 현대과학기술사회의 위험과 형법이론 .....	150
가. 현대과학기술위험과 자유주의적 형법이론 .....	150
나. 현대과학기술위험과 자유-안전 조화를 추구하는 형법이론 .....	151
<b>제3절 위험관리의 범죄학 .....</b>	<b>153</b>
1. 거버넌스와 범죄학이론 .....	154
가. 범죄방지와 범죄위험관리 .....	154
나. 범죄통제의 변화양상 .....	158
다. 형사사법과 거버넌스 .....	161
라. 위험과 행정관리 .....	163
2. 위험감수와 위험회피 .....	164
가. 위험회피사회 .....	164
나. 후기현대사회문화에서 위험감수와 범죄 .....	166
다. 위험감수와 범죄행위 .....	169
라. 위험과 범죄에 대한 관점 .....	172
3. 위험산정과 관리의 범죄학 .....	173
가. 위험산정의 기법과 정책 .....	173
나. 위험관리 범죄학(risk-taking criminology)의 모색 .....	174
<b>제3장 결론 .....</b>	<b>177</b>
<b>제1절 위험관리형법과 형사정책의 이론과 실천 .....</b>	<b>180</b>
1. 위험사회론과 위험관리 형사정책 .....	180
2. 위험사회 한국사회에서의 위험관리 형사정책 .....	181
3. 위험형법과 법치국가원칙 .....	182

4. 자유와 안전의 형법적 조화 .....	183
5. 선진국가 위험관리형사정책의 시사점 .....	184
<b>제2절 나노/바이오공학의 위험관리와 형사정책 .....</b>	<b>186</b>
1. 나노공학기술 위험거버넌스와 형사법적 대응 .....	186
2. 바이오공학기술 위험과 형사법적 대응 .....	188
<b>제3절 위험관리 형사정책의 과제 .....</b>	<b>190</b>
1. 위험으로부터의 안전과 인간의 존엄 .....	190
2. 위험관리의 민주화 .....	192
3. 형법의 확장과 유연화 .....	193
4. 위험사회형법 안전형법 예방형법, 그리고 자유의 형법 .....	194
5. 전세계적 위험에 대한 협력적 대응의 필요성 .....	196
6. 직접적 위험·간접적 위험과 절대적 위험·상대적 위험 .....	197
<b>참고문헌 .....</b>	<b>201</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>205</b>

## 표 차례

〈표 1〉 실현가능성이 가장 높은 위험 .....	80
〈표 2〉 영향효과가 가장 큰 위험 .....	80
〈표 3〉 공공질서 및 안전관련 정부기관의 예산 및 예산구조 .....	86
〈표 4〉 주요 국정과제와 공공질서 및 안전관리체계 .....	86
〈표 5〉 유관 정부부처의 공공질서 및 안전관련 2012년도 주요정책 .....	86
〈표 6〉 위험관리 형사정책의 프레임 .....	190
〈표 7〉 위험관리 형법의 프레임 .....	199

## 그림 차례

〈그림 1〉 세계적 위험지도 (Global Risks Map 2012) .....	74
〈그림 2〉 과학기술적 위험의 영향과 실현가능성 .....	79
〈그림 3〉 세계적 위험지형 (Global Risks Landscapes 2012) .....	81

1. 현대과학기술사회에서 형법과 형사사법은 새로운 위협원이나 위협성에 대한 불안과 관련된 범죄형태를 통제하고, 그 자체 위협으로 인식되는 범죄자를 관리하며, 범죄가능성으로서의 위협성에 대한 불안을 관리하는 과제를 부여받게 된다. 동시에 위협관리를 위한 과학기술적 기법을 형사정책적인 위협관리기법으로 도입·활용함으로써, 위협관리 형사사법체계와 형사정책 역시 현대과학기술사회의 일부로서 변화를 겪는다.

2. 현대과학기술사회의 위협은 일상성과 편만성의 특징을 가지고 예측가능할 수 없는 내용과 범위로 현실화된다. 따라서 형사사법제도의 과업은 안전 확보라기보다 위협관리가 된다. 이제 현대과학기술사회의 위협들을 통제 내지 관리하는 형법과 형사정책은 현대 형사법과 형사정책에 새로운 위협원으로부터 파생되는 범죄적 위협을 통제할 뿐만 아니라, 중한 범죄결과에 이르기 전단계 위협까지 예방적으로 예측, 관리하는 두 가지 차원의 과제를 짊어지게 되었다.

3. 예측되거나 진압되거나 저지될 수 없는 위협을 관리해야 하는 사회에서 형법과 형사정책은 위협에 대한 변화한 사회적 인식들과 행동양식을 고려해야 한다. 형법의 투입대상인 범죄영역은 위험한 행위의 부분만큼 확장된다. 그렇다면 형법의 대상으로서의 범죄에는 양적으로 확장될 뿐만 아니라 질적으로 이질적인 부분까지 포섭될 수도 있기 때문에 형법이론들의 재검토까지 필요할 수 있다. 형사정책에서는 범죄자를 재사회화의 개선대상이 아니라, 사회속에서의 위협원으로서, 관리대상으로서 재고하게 되었다. 형사정책의 대상인 범죄자 범위는 위험한 행위자의 부분만큼 확장된다. 형사정책의 대상으로서의 범죄자 개념이 양

적으로 확대될 뿐만 아니라 질적으로 이질적인 개념까지 들어올 수 있기 때문에 형사사법자원의 투입이 가능하고 효과적인지 재고할 필요성도 있게 된다.

#### 현대과학기술사회 위험관리 형사사법 및 형사정책의 체계와 원리

4. 울리히 벡의 위험사회론에 따르면 위험개념과 인식은 사회적으로 재구성된다. 위험관리의 전제가 되는 위험개념의 정의와 구성은 과학전문가와 법전문가의 책임이다. 과학적으로 예측되고 규정된 위험은 규범적 관점에서 최종구성되어야 한다. 규범적 관점에서 위험을 재구성하는 정책적 판단과정은 시민이 참여하는 논의마당을 통해 이루어져야 한다. 위험관리 형사정책의 근본은 시민참여에 있다.

그리고 위험사회에서 위험정의의 생산은 정치적이다. 위험과 피해의 책임을 체계가 아니라 개인에게 지우려는 정치에서 형법은 정치적 수단으로서 기능할 수 있다. 위험을 일방적 개인차원에 전가하는 형사정책은 위험의 책임을 은폐하고 해결의 전망을 막는다. 특히 파국사회로서의 위험사회에서는 예외상황이 규범적인 것이 될 수 있다. '위해방지의 정당한 전체주의'가 등장하면서 민주주의의 근본원리가 유보되어야 하는 난관을 막기 위해 위험사회에서의 민주주의적 사고와 실천의 고수는 새로운 정치적 과제가 된다. 특히 형사법과 형사정책에서는 예외가 정상이 되는 상황은 법치국가형법의 위기로서, 위험관리 전체주의를 등장케 할 수 있다는 점을 경계해야 한다.

5. 세계경제포럼(World Economic Forum)의 2012년도 전지구적 위험에 대한 조사보고서에 따르면, 지정학적 위험과 경제적 위험, 사회적 위험과 환경적 위험, 그리고 과학기술적 위험이 서로 연관되어 있다. 특히 과학기술관련 위험은 실체를 파악하기 어렵고, 알려지지 않은 위험에 대한 지식조차 과학기술에 의존할 수 밖에 없는 한계가 있기 때문에 전문가들조차도 구체적 위험현상들의 현실화가가능성이나 미칠 수 있는 영향효과에 대한 평가가 다양하다. 경제적, 환경적, 사회적, 지정학적 위험과 과학기술적 위험이 구별되는 점은 위험의 내용과 특성

에 대한 이해가 부족하고, 위험결과에 대한 예측도 어렵다는 점이다. 따라서 현대사회에서 위험의 상호연관적 복잡성과 결과예측불가능성이라는 특징은 과학기술적 위험에서 가장 뚜렷하다.

6. 위험사회로서의 한국사회에서 형사정책논의를 위해서는 현대과학기술발전에 따른 사회경제적 변동의 세계적 맥락속에서 보편적인 위험요인과 양상에 대하여 살펴보고, 한국사회의 역사문화적 특수성 속에서 그 위험요인과 양상들이 어떻게 가중되거나 변형되는지 성찰할 필요가 있다. 그럼으로써 위험관리 형사정책의 일반적 논의로부터 우리 현실에 구체성을 갖는 정책방향과 대응방법을 모색할 수 있을 것이다. 전근대와 근대, 그리고 후기현대가 중첩될 수 밖에 없을 정도로 빠르게 발전변화하는 한국사회는 이름만 달리할 뿐 성장과 개발에의 강박에서 여전히 벗어나지 못한채 위험을 외면하거나 왜곡하거나 위험에 대처하고 위험을 방지하는 체계를 효과적으로 실현하지 못하고 있다.

7. 한국사회의 위험과 위험관리는 부패문제와 연관된 특성이 있다. 즉 과학기술 자체의 위험보다도 그 관리체계의 부패와 부실, 그리고 시민참여를 통한 검증체계의 미비가 직접적 위험요인이다. 따라서 한국사회에서의 위험관리형법은 위험방지와 관리에 앞서, 공공기관과 민간기업의 부패문제 해결에 먼저 나서야 할 과제를 안게 된다.

또한 한국사회에서 위험에 대한 인식, 위험에 대한 두려움은 위험 자체보다는 위험관리 체계와 방식에 대한 불신 내지 신뢰저하로부터 온다. 현실화 가능성이 위험보다 위험에 대한 두려움과 위험방지와 안전확보체계에 대한 불신은 그 무엇보다도 사회체계의 유지를 위협하는 위험이 아닐 수 없다. 그러나 신뢰를 형법적 수단을 통해 회복하려 한다면 가장 비효과적인 수단을 선택하는 셈이다. 투명하고 공개적인 과학기술관리체계가 과학기술전문가들의 자율적 주도로 시민이 참여하는 가운데 유지될 때 비로소 신뢰가 유지될 수 있다. 그런 의미에서 형법의 투입은 자율적 의사결정과 정보공개와 시민참여의 절차제도 틀을 유지하는 수준에 머문다.

8. 특히 현대과학기술의 위험은 모든 사회구성원들에게 동등한 영향을 미치는 편재적인 대규모위험을 특징으로 하지만, 사회현실 자체가 빈부격차와 소외와 배제로 인해 평탄하지 않고 균열이 있거나 높낮이가 심한 상황에서는 편만한 위험도 사회적 약자에게는 더욱 가혹한 결과를 낳는 법이다. 나아가 위험으로 인한 사회적 불안이 고조되면 사회적 소수자, 이방인들은 불안의 희생양이 되기 쉽다. 위험관리체계가 과학기술전문가와 관료에게 폐쇄적으로 독점되지 않고, 시민에게 투명하게 공개되고 시민의 참여가 보장된 가운데 정부기관, 민간기업, 시민사회의 협력틀 안에서 작동되어야 한다. 그래야만 위험사회가 사회구성원의 일부에서 희생양을 찾고 배제, 배척하는 가운데 형사정책마저 엄벌주의와 형벌확대로 동원되면서 어두운 위험의 사회로 함께 빠져 들어가는 일을 막을 수 있다.

9. 위험사회에 만연한 위험들을 정책적 관점에서 볼 때는 통제불가능한 위험과 통제가능한 위험으로 나뉜다. 통제불가능한 위험은 제거되어야 할 위험이며, 통제가능한 위험은 회피해야 할 위험, 최소화되어야 할 위험, 감수할 수 있는 위험, 감수해야 하는 위험들로 다시 나뉜다. 현대과학기술사회의 위험으로서 제거, 최소화, 회피, 감수 대상인지의 여부는 과학기술이 아닌 정치적 판단의 문제이기도 하고 사회문화적 문제이기도 하다.

10. 위험형법이라는 새로운 형법모델은 형법의 임무를 위험사회에 맞추어 재규정해야 하며, 더 효율적인 순수하게 기능적인 형법을 통해 미래의 위험원들을 사전예방하는 것이다. 이러한 의미에서의 위험형법은 사회갈등의 해결수단을 여전히 형법에 의해 실현해야 한다는 의도에 바탕을 두고 있으며, 형법이 여전히 과학기술위험을 포함한 모든 사회적 문제에 대해 충분한 통제수단이라는 관점에 입각해 있다. 반대로 형법을 다시 전통적 핵심영역으로 환원시키고 위험사회와 관련된 대응은 형법이 아닌 새로운 개입법에 위치지우려는 입장도 있다. 이러한 개입법은 형법보다는 보장의 요구수준이 낮지만 제재의 강도도 약하며, 이러한 형식이 현대사회의 특별한 위험현상을 다루는데 더 적합하고 규범적으로도 비판이 적다는데 의의가 있다.

11. 이른바 위험형법은 근대형법과 구별되는 새로운 내용이 없다고 비판할 수 있다. 새로운 위험에 대응하여 보편적 법익을 전단계에서 보호하는 추상적 위험범으로서 제시되는 마약형법, 경제형법, 교통형법 등의 구성요건은 오히려 백이 제시한 위험사회 개념표지와는 별다른 연관성이 없다. 상징형법과 위험형법과의 논의점 역시 뚜렷하지 않다. 특정한 법익침해의 위험을 줄이려 한다는 의미에서의 위험형법이라면 전통적인 형법도그마틱과 역시 뚜렷한 차별성을 갖기 어렵다. 위험사회의 위험형법과 종전의 산업사회에서의 예방형법 논의 사이에도 역사적 구분이 불분명하다.

위험형법논의에서 보다 근원적인 문제는 위험, 위험사회, 새로운 위험에 대한 개념의 혼란 또는 오해에 있다. 위험사회 개념은 모호하고 부분적으로는 모순된다. 어떤 관점에서는 위험사회의 도전에 대한 법의 과소대응이 문제인 반면, 어떤 관점에서는 예방국가, 안전국가 모델이 전통적 법치국가의 기본틀을 위협하는 위험법의 과잉을 지적한다.

12. 형벌을 제재수단으로 하는 형사특별법으로서 현대과학기술위험을 관리하기 위한 현행 형사법상의 규정들은 각각 금지규정, 관리절차규정, 허가신고규정, 양벌규정으로 구분할 수 있다. 각 형사특별법은 관리통제 대상으로 설정한 위험원의 특성과 내용에 따라 금지규정위주의 입법형식을 취하는 한편, 절차관리와 허가신고 제도를 유지하면서 그 위반에 대해서만 형벌을 투입하는 입법형식을 취하기도 한다.

현대과학기술위험의 전문적 기술적 특징에 비추어 보건데, 구체적인 금지와 규제는 전문과학기술영역의 판단절차에 위임하고, 다만 그 절차의 준수를 보장하기 위해서 형법이 보완적으로 투입되는 형식이 가장 합리적 형사특별법의 태도다. 따라서 구체적 행위유형의 금지를 형법에 직접적으로 열거하는 형식의 형사특별법은 위험관리형법의 형식으로서 예외적인 경우다. 따라서 생명윤리 및 안전에 관한 법률, 원자력안전법과 같은 경우는 위험통제에 대한 형법의 적극적 개입을 천명함으로써 우리 사회의 과학기술위험관리에 대한 강력한 의지를 표현하는 계기로서 볼 수 있다.

13. 현대 형사정책의 특징중의 하나는 위험관리의 공식적 이론과 기법을 통해 범죄를 관리하는, 특히 위험산정사법 (actuarial justice)을 의미하게 되었다는 점이다. 위험산정사법은 기존의 개인위주의 형사사법을, 재범에 대한 통계적 개연성에 근거를 둔 의사결정의 형사사법으로 대체한다. 위험논의의 확산은 위험산정의 예측을 넘어 일종의 정부정책의 유행이나 시민의식의 문제가 되고 있다. 다만 감수할 수 없는 위험이 사법의 대상이 되면서 국가권력망의 확대되고, 개별화된 사법이 주변화되면서, 비례성원칙의 포기과 법관의 재량축소가 우려되기도 한다.

14. 위험관리정책이 궁극적으로 목표하는 안전사회구축의 과제는 세 가지 차원에서 수행된다. 첫째 과학기술의 위험에 대처하기 위해 과학기술의 부작용이나 의도하지 않은 결과에 대해 자료와 정보를 공개하고 공론화하는 것이다. 둘째 위험을 개인주의화해서는 안된다. 배재적 형사정책은 위험을 개인화하여 잠재적 범죄자를 공동체 밖으로 배제하고 격리함으로써 사회적 위험에 대처하려는 경향이다. 위험을 개인화하여 사회구조적 위험을 은폐할 위험이 있다. 셋째 생태적 위험에 대처해야 한다. 생태적 위험을 줄이기 위한 노력은 전지구적 차원에서 수행되면서 생산방식과 생활방식의 생태적 전환도 요청한다.

15. 원자력 위험·화학위험·생태학적 위험·유전공학적 위험과 같은 '새로운 위험'이 인류의 생존 자체를 위협하는 단계에 이르렀고, 작은 실수가 큰 위험을 초래하는 경우가 많고, 이를 막으려면 작은 실수의 단계부터 금지시켜야 할 필요가 있다. 하지만, '작은 실수를 금지하고 방지할 필요는 절실하되, 형법을 동원할 경우 작은 실수에 대해서는 상응하는 작은 제재가 가능할 뿐, 작은 실수가 가져올 큰 위해에 대해 작은 실수를 저지른 행위자에게 큰 책임을 지우기는 어렵다. 형법을 한계지우는 법치국가적 원칙은 형법의 피할 수 없는 한계다.

그러나 위험에 대한 두려움이 당대에 인류문명의 최후를 맞을지도 모른다는 종말론에까지 치달는 시대에는 최후의 수단을 최우선적으로 또는 상시적으로 투입해야 한다는 압박에 처하게 될 수도 있다. 그러나 형법의 적극적 개입에도 불구하고 위험이나 위험에 대한 두려움은 효과적으로 해결되지 않아서, 비대해진

형법과 형사사법 자체가 또 하나의 시민의 자유에 대한 위협원이 되는 최악의 경우에 이를 수도 있다.

16. 형법적으로 보호되는 법익을 침해하거나 침해할 위험이 있는 행위로부터 개인의 신체와 재산을 보호영역으로 삼는 전통적인 형법과 달리, 이른바 위험형법은 법익침해여부를 구명하지 못하더라도 위험초래가 예상되는 행위에 대해서는 개인뿐만 아니라 사회의 안전과 사회적 재산을 보호하기 위해 형법을 전진배치한다. 위험형법이 겨냥하는 형법의 보호영역의 부분적 변화는 이차원 공간적인 영역경계의 확장이 아니라, 시간적으로 형법이 선제적으로 전진투입되는 변화를 의미하는 것이다. 이런 관점에서 보면 이른바 위험형법은 근대형법의 양적 확대가 아닌 부분적인 질적 변화를 의미하게 된다.

근대형법 일부영역에서 질적 변화는 우선 범죄론 관련 법도그마틱의 변화로 나타날 수 있겠다. 불법론과 책임론의 수정을 통해 구성요건과 위법성, 책임이론과 개념이 부분적으로 재구성·발전할 수 있다. 첫째, 기존의 형벌과 보안처분을 대체하는 새로운 제재수단이 요청되거나, 보안처분의 적극적 확장을 통해 형벌을 대체할 수 있다. 지난 세기초 사회변동과 범죄양상변화에 이에 따른 보안처분제도의 도입논의와 정책변동상황은 21세기 초 이른바 위험사회의 심화현상에 따른 형법과 형사정책의 변화를 전망하는데 있어 역사적 실마리를 제공해 줄 가능성이 있다. 둘째, 경하지만 반복적으로 누적된 범죄행위가 중한 위협으로 평가되거나, 중한 침해결과를 가져올 수 있는 경한 과실을 중한 위협으로 평가하려면, 중한 범죄에서의 중함(seriousness)의 개념과 기준은 재구성될 수 있다.

17. 위험형법이 근대 법치국가형법의 구분되어 인정·정립되려면 현대과학기술사회의 위험이 근대산업사회의 위험과 어떻게 역사적으로 차별되며, 새로운 위험, 구별되는 위험의 구체적 지점은 어디인지 밝혀져야 한다. 만일 새로운 위험이 전면적이어서 질적으로 새로운 차원의 위험형법으로 근대형법을 대체할 수 있을 것인지, 궁극적으로 법치국가형법과 위험형법은 양립, 병존할 수 없는 것인지, 그보다는 특정한 위험만큼은 전통적인 근대형법의 틀로는 대처할 수 없기 때문에 근대형법의 부분영역으로서 위험형법의 영역을 구별하여 인정하게 될 것

인지, 경찰의 출발은 현대과학기술사회가 초래한 위협의 구체적 모습을 파악하는데 있다.

주의할 것은 새로운 위험원이 언제나 새로운 위협을 창출하는 것은 아니라는 점이다. 새로운 위협이 언제나 새로운 위험통제수단을 필요로 하는 것은 아니다. 새로운 위험통제수단이 언제나 새로운 형법을 필요로 하는 것도 아니다. 분명 현대과학기술사회의 새로운 위험원으로부터 창출된 새로운 위협을 통제하기 위한 새로운 형법적 수단이 필요한 영역이 이른바 위험관리형법 내지 형사정책의 대상이 될 것이다.

18. 오히려 지버에 따르면, 전통적인 범죄유형들이 위험사회의 경제적, 기술적, 정치적 변화와 맞물려 이른바 복합적 범죄로 나타난다. 복합적 범죄개념은 새로운 위협이 사회경제적 변화와 형법의 한계과 복합되어 복잡한 형태가 된 범죄현실을 반영하고 있다. 즉 범죄의 본질에서 복합적이므로 복합적 대응을 요하되, 그 복합적 대응을 위해서는 전통적 형법의 한계를 인정하지 않을 수 없다.

특히 현재의 안전법 체계의 비판적 분석을 통해 과거회고적인 진압적 형법, 미래전망적인 예방적 경찰법, 미래전망적인 정보법 구별의 정당성을 검토해야 한다. 이를 토대로 각 법분과에 자리잡고 있는 보호장치들을 비교분석함으로써 인권보장이라는 일반원칙 뿐만 아니라, 다양한 법분과의 특수한 보호장치 및 원칙들, 특히 형법에서의 법익침해원칙과 책임원칙이 어떠한 중요한 역할을 담당하는지 규명해야 한다. 전통적인 법적 범주들 사이의 전환이나 이전을 완전히 막을 수는 없다. 오히려 새로운 안전법으로의 전환문제에 대한 경찰은 독창적인 해결책을 위한 기초가 될 수 있다.

19. 김일수 교수의 삼각주(델타)모델은 후기현대사회 형법정책의 방향을 자유와 안전의 균형과 조화에서 찾기 위한 이론이다. 즉 전통적인 근대형법의 장외, 즉 삼각주에 부수형법·특별형법·특별법의 형식으로 위험형법적·안전형법적 수단을 극히 위험성이 높은 위험원을 중심으로 한, 제한된 대상에 국한하여 잠정적·과도기적으로 투입하고, 안전이 어느 정도 회복되었을 때 다시 전통형법·근대형법의 장내 흐름에 합류시키는 형태의 해법이다. ‘위험관리형법’은 전통적인 법

치국가형법의 근본적 한계내에서 델타영역에 유보된 고위험대상에 대한 특별조치를 잠정적으로 인정하는 이론적 관점이다.

20. 형사정책에서의 위험관리기법에 관하여 긍정적인 입장(행정관리범죄학)에서는 범죄피해자화의 감소, 범죄피해로 인한 사회적 비용저감, 수형자의 재범방지를 위한 위험관리기법적용에 관심을 가진다. 반면 사회과학분야의 범죄학연구자들과 법조인들은 위험에 근거한 범죄방지정책에 대해 반대하는 입장을 취한다. 특히 비판범죄학에서는 위험관리 관점이 범죄에 대해 교정적이고 사회적으로 포용적인 재사회화정책보다 배제적이고 징벌적인 접근을 우선시하는 정책방향을 부추긴다고 비판한다. 따라서 그 실효성에 대한 비판과 위기에 직면한 전통적인 재사회화모델과, 배제적이고 엄벌적인 위험성에 대한 우려를 씻기 어려운 새로운 위험관리모델을 통합적으로 고려한 실천적인 위험개념에 기반한 대안을 찾아야 한다.

21. 회복적 사법, 지역사회경찰, 범죄예방에서의 지역사회협력, 가석방 보호관찰대상자에 대한 지역사회내처우, 소년범에 대한 지역사회처우, 전과자의 지역사회내관리, 환경예방정책 등 국가와 지역사회 및 시민사회의 협력프로그램은 형사사법을 하나의 거버넌스 형식 (a form of governance)으로 이해할 수 있게 해준다. 거버넌스를 국가가, 다른 많은 형태의 사회제도와 협력하여 시민사회를 유지가능케 하는 틀로 이해한다면, 형사사법은 사회질서를 부과하는 수단으로서, 분쟁을 해결하는 기제이며, 형사정책은 위험을 관리하는 기법이다.

22. 위험사회의 위험에 대응하는 형사정책이 통제의 강화나 신자유주의적 유연화라는 방향으로 나간다면 우려될 일이다. 반면 범죄통제 내지 범죄거버넌스에 대한 긍정적 접근의 가능성도 있다. 무엇보다 벌금형은 위험과 관련하여 범죄거버넌스의 주된 수단으로 이미 자리잡고 있다. 벌금은 범죄를 제거하거나 비난하기 위해 동원되는 국가제재라기 보다는 위법행위를 일정수준에서 유지관리하는 수단이 된다. 위험관리형사정책의 주된 수단은 구금형이 아닌 벌금형이 되는 셈이다. 또한 위험관리의 기제는 경찰법으로 일정활동범위의 테두리만 규정

할 뿐, 그 테두리안의 영역에서는 상대적으로 개방적이고 도덕적으로 융통성이 있다. 특히 마약범죄대책에서 비범죄화와 함께 공급규제, 세금, 위해의 최소화프로그램이 병행될 때 위험관리기제는 범죄통제기제보다 효과적일 수 있다.

23. 범죄와 위험의 관리는 정치적으로, 민주적으로 이루어져야 한다. 전문가에 의해 독점된 위험평가와 관리체계에 시민의 참여는 위험관리의 민주정치화에 대한 가장 의미깊은 요청사항이다. 뿐만 아니라 위험관리와 평가에 있어서 전문화된 개별영역에 고립·폐쇄된 전문가들간의 불통은 위험관리체계의 부실로 이어진다. 시민의 상식적 관점과 관련전문가들의 다양한 전문적 관점에 공개된 민주화된 위험관리체제는 실효적으로 안전을 보장할 수 있게 된다.

24. 위험사회로서의 한국사회에서 현대과학기술의 위험관리 형사정책의 핵심은 부패방지, 신뢰유지의 문제, 약자보호의 문제에 있다. 첫째, 한국사회의 위험과 위험관리는 부패문제와 연관된 특성에 대한 이해를 전제하고, 위험방지과 관리에 앞서, 공공기관과 민간기업의 부패문제 해결에 먼저 나서야 한다. 둘째, 위험에 대한 두려움은 위험 자체보다는 위험관리 체계와 방식에 대한 불신 내지 신뢰저하로부터 온다. 투명하고 공개적인 과학기술관리체계가 과학기술 전문가들의 자율적 주도로 시민이 참여하는 가운데 유지될 때 비로소 신뢰가 유지될 수 있다. 그런 의미에서 형법의 투입은 자율적 의사결정과 정보공개와 시민참여의 절차제도 틀을 유지하는 수준에 머문다. 셋째, 전근대적, 근대적 위험과 새로운 현대적 위험 어느 것이나 사회적 약자에게 더욱 가혹한 영향을 미친다. 더구나 위험으로 인한 사회적 불안이 높아질 수록 불안의 희생양이 되기 쉽다. 가혹한 형벌의 요구와 배척에 형사정책이 동원되는 일을 막기 위해서는 위험의 인식과 관리, 평가체계의 민주화가 더욱 중요하다.

## 현대위험사회와 법치국가형법

25. 후기 현대사회의 변화는 범죄와 형사정책의 정치적인 도구화, 형법의 기능화, 엄벌주의 형사정책 등을 요구하고 있다. 따라서 위험사회이론을 반영한 형법의 영역에서도 안전정책을 우선시하는 사고의 전환을 가져왔다. 후기현대사회 형법은 전통적인 법익보호 역할의 수정여부를 검토하고, 위험통제의 개념으로부터 형법적 보호가 필요한 법익을 도출하고 분석하여 법익개념을 정립할 수 있는지 검토해야 한다.

26. 후기현대사회에서 과장된 불안에 의해 증폭된 위협감정에 경도된 여론의 힘을 등에 업은 채 ‘법익’개념이 내용의 실질없는 추상적인 가치기준을 근거로 삼는다면 결국 법익개념의 체계초월적 비판기능을 상실하게하고 전단계범죄화, 추상적 위험범 등장과 같은 위험형법적 문제를 야기하게 된다. 그러나 형법은 공존조건을 보장하는 최후의 수단이며 법익보호를 위한 최소한의 한계로서 유지되어야 한다.

27. 명확성과 규범명료성이라는 법치국가적 명령은 지켜져야 한다. 후기 현대사회의 위험사회에 대응한 형법의 변화, 그 한계는 자유법치국가적 형법의 보장에서 찾아야 한다. 위험사회의 형법이라고 하여 전통적인 법치국가형법의 제한을 완전히 벗어날 수 없다. 형법을 위험사회의 요청에 초점을 맞추게 되면 형법의 기능화·유연화가 초래된다. 결국 법치국가적 형법은 그 기저에서 흔들리게 될 것이다. 다만 후기현대사회에서 법치국가는 자유와 안전의 보증인이 되어야 할 이중임무를 맡게 된다. 자유와 안전간의 균형을 유지하는 것은 계속적으로 변화·조정·발전되어가는 과정이므로 안전관련 법률은 지속적 평가와 심사의 대상이 되어야 한다.

## 나노공학기술과 위험관리 형사정책

28. 기술위험관리를 발전의 프레임이 아니라 안전의 틀에서 인식하고 대응하기 위해서는 기술위험관리의 기능을 기술 개발의 육성과 지원을 담당하는 정부부처의 기능과 분리해야 하며, 기술위험 정책의 집행이 실질적으로 이루어질 수 있는 제도적 장치를 마련해야 한다. 그리고 보다 참여적인 기술영향 평가가 이루어져야 한다. 현대 사회에서의 위험은 위험 정보에 관한 의사소통 전략의 설계에 의해서도 영향을 받기 때문에 기술위험 커뮤니케이션의 활성화가 필요하다.

29. 허용된 나노기술 위험의 범위는 '행위가 수반하는 위험'과 '행위가 가지고 있는 사회적 유용성'의 이익형량을 통해 설정된다. 사고에 따른 손해보다는 생산의 편익이라는 사회적 유용성이 과대평가됨으로써 나노기술 위험의 적정평가 가능성에 의문이 따른다. 나노기술의 활용에 따른 이익과 위험이 고정되어 있는 값이 아니라 기술발전에 따른 유동적인 값으로 이에 대한 정확한 계상이 어렵고, 어느 시점에서든 평가하는 입장과 가치관에 따라 평가 값이 달라지기 때문이다.

30. 현행 위험규제 행정법률은 일률적으로 기술상 지침, 유해 등의 기준 등의 기술기준을 준수할 것을 요구하고, 기술기준의 세부적인 내용은 개별 시행령과 시행규칙에 전적으로 위임함으로써 해당 분야의 위험에 대해 어느 정도의 예방 조치를 취해야 하는지 알 수 없다. 독일은 위험의 본질과 크기를 고려하여 '일반적으로 승인된 기술 규정', '기술의 수준' 및 '학문과 기술의 수준'이라는 3단계 체계로 구분하여 개별법률을 규정하고 있다.

31. '나노기술 등의 기술기준에 관한 규칙'을 제정·개정함에 있어 '학문과 기술의 수준'에 따라 가장 엄격한 허용된 위험의 범위를 설정해야 함에도 불구하고 나노기술의 편익을 지나치게 강조하여 허용된 위험의 범위를 완화하여 설정하게 될 수 있다. 그럼에도 상위법인 나노개발촉진법에 관련기준이 없다. 따라서 개별 법률에서 독일과 같은 3단계 개념유형을 구별하여 사용하고, 하위법령

은 제시된 개념유형의 범위 내에서 기술적 규범의 세부내용을 제정·개정해야 한다.

### 바이오공학기술과 위험관리 형사정책

32. 생명공학 기술과 관련되는 위험감수를 위한 논의를 위해서는 위험성 평가에 대한 과학 내부의 최소한의 합의와 분석의 정확성, 그리고 공평성 등이 먼저 확립되어야 한다. 자율성이나 과학적 성과에 대한 과도한 지지로 인하여 기존의 규범적인 안전장치마저 해체하는 현상을 해결하기 위한 노력은 단계적이고 구분된 차원에서 논의해야 한다.

33. 생명공학을 응용한 기술의 안전성 확보는 정치이론에서 논쟁되는 온정적 간섭이나 부권주의라는 일부 비판에도 불구하고 실질적인 안전형법의 근거로 가능하다. 위험형법의 생명공학 기술에 대한 개입은 책임형법이 미처 인지하지 못했던 새로운 위험원인을 통제하여 사회적 승인과정 자체의 안전확보를 위한 영역에 집중되어야 할 것이다. 그리고 과학의 위험성 자체가 통제를 위한 안전확보가 지나치게 이념화되지 않도록 주의해야 한다. 생명공학 기술에 대한 이해를 바탕으로 안전형법의 개입을 위한 대상 확보가 필요하며, 이를 위해서는 기존의 책임형법과 구분되는 안전형법의 교육 프로그램이 전제되어야 한다.

34. 궁극적으로 안전형법으로 통해 생명공학기술의 사회적 위험성을 해결하기는 구금형과 벌금, 자격정지 등의 간소한 체계로는 부족하다. 또한 형법상의 양벌규정처럼 관리감독 책임이 있는 법인 대표자의 고의·과실의 증명이 생명공학 기술의 영역에서도 타당한지에 대해서는 재검토가 필요하다.

## 선진과학기술사회의 위험관리형사정책

35. 미국의 (형)법적 규제는 입증책임을 전제로 하는데, 현실적으로는 불확실성을 내포하는 위험 규제에 대한 정책적 선택을 반영한 것이어서 대부분은 최대한의 입증책임보다 낮은 정도의 입증책임을 부여하고 있다. 특히 2001년 9·11 테러를 계기로 입법을 통해 처벌의 강도와 집행의 엄격성을 강화하는 것은 물론, 위험 실현을 예방하기 위해 집중된 권한을 국가가 행사할 수 있도록 다양한 조치가 이루어져 왔다.

36. 유럽연합의 경우 과학적 불확실성이 존재한다고 하더라도 그 보호대상의 중요성이 인정되는 문제와 관련해서는, 사전예방원칙이 규범화되어 나타나는 경우가 많다. 특히 2008년 유럽연합의 유럽의회와 위원회의 형법을 통한 환경보호에 관한 지침은 구속력이 있는 지역공동의 기준을 통해 각 회원국의 국내 환경 입법을 규제하는 단계에까지 이르고 있다.

37. 영국의 경우 규제의 유연함과 위험관리의 최적화라는 갈등 상황에서 최근 위험원에 대한 보다 적극적이고 강력하게 형사법을 투입해왔다. 시민의 주관적 안전 감각의 더욱 직접인 보호를 추구하는 경향은 특히 2001년 9·11 테러 이후 두드러지게 되었다.

38. 독일의 경우 1990년대의 초기 논의와는 달리, 위험원의 확대와 다원화, 그리고 이에 대응하는 사회적, 과학적 방법의 다양화로 인하여 논의의 지평이 위험에서 안전으로 넘어가고 있으며 이러한 관점에서 법적 대응의 차원도 상응하여 변하고 있다. 최근 논의들은 후기 현대사회에서 안전과 자유는 상호 모순적으로 대립하는 개념이 아니라 다만 긴장관계에 있을 뿐이라고 본다. 다만 최대한 객관적으로 확인된 정보를 전달받고 이에 관하여 충분히 민주적 의사소통을 거쳤다는 것을 전제로 한다면, 최소한 시민의 인식이라는 필터를 통하여 안전과 위험의 사회적 중요성은 확인하고, 국가정책결정에 필요한 범위 내에서 최선의 정책을 확인할 수 있을 것이라 본다.

39. 일본은 국가주도의 권위주의적 정책결정 과정에서, 매뉴얼을 이용한 안전 관리를 통해 위험의 현실화를 사전에 막고 절대적으로 안전을 보장할 수 있다는 안전신화를 만들어 왔다. 그러나 형사처벌로 강화된 상세한 행정규칙을 통한 위험의 사전예방은 상징적 효과에 불과했다. 일본의 안전신화는 결국 후쿠시마 원자력 발전소 사고를 막지 못하였을 뿐만 아니라 이미 발생한 피해의 규모를 최소화하는 데에도 실패하였다. 일본과 유사한 시민사회의 위험인식과 민주적 의사소통이 부족한 국가정책결정구조, 그리고 이러한 토대 위에서 위험관리법제를 만들어가고 있는 우리나라에 큰 교훈이 되고 있다.

#### 후기현대사회 위험관리 형사정책의 과제

40. 새로운 차원의 위험, 현대과학기술로부터의 위험원, 대량재난, 새로운 유형의 범죄와 범죄위협, 범죄에 대한 사회적 두려움에 대처하는 현대과학기술사회 형법과 형사정책은 다시 인간존엄을 체계의 원리와 원칙으로 재정립하고 강화하는 방향으로 나갈 수 밖에 없다. 인간의 존엄성을 힘써 지키고 존중하는데 더욱 노력하는데서 사람과 사람사는 사회의 안전이 궁극적으로 보장될 수 있다. 그러나 당연한 원칙을 의문시하는 현실앞에 원칙을 고수하려면 현실에 대한 철저하고 성실한 성찰과 고민을 요한다. 끊임없이 큰폭으로 변화하는 현대과학기술과 사회의 변화, 법제도와 형사정책의 변화에 대한 치열한 연구가 필요하다.

41. 선진적 과학기술의 발전에도 불구하고 사회체계의 후진성에서 아직 벗어나지 못한 한국사회에서 선진적 과학기술과 후진적 사회체계의 괴리문제를 인식하고 대응하지 않는한 선진적인 안전사회를 전망하기 어렵다. 그렇기 때문에 위험사회의 문제에 대처하는 과제는 민주주의의 과제이기도 하다. 위험에 대한 적절한 인식에 기해 적극적인 정책적 대응을 해나가는 적극적 낙관적 관점을 가지고, 보수적 통제정치에 맞서는 위험의 민주화(democratization of risk)가 필요하다.

42. 후기현대사회 첨단과학기술에 의해 현실화가능성 있는 상당한 위험에 대

하여 확장된 형법과 유연한 형법의 투입은 정당하다. 형법적 수단의 투입에 있어서 성찰없는 단순한 형법의 확장 내지 유연화가 문제일 따름이다. 위험에 대처하기 위한 형법의 확장과 유연화는 합리적 성찰과 민주적 공론과정을 통해 결정하되, 위험해소 내지 최소화의 실효성에 대한 예측과 평가를 통해 자유침해적이고 안전효과 없는 형법의 확장과 유연화는 저지해야 한다.

43. 위험형법이 정당화되려면, 과연 안전확보의 목적으로 형법을 통해 자유를 제한하는 조치들이 어떤 구체적인 안전의 이익을 가져다 주었는지, 우리 사회가 자유의 전통을 지키기 위해 어떠한 위험을 어느 정도까지 감수할 수 있을 것인지 성찰이 전제되어야 한다. 테러범죄, 외국인범죄, 성범죄, 정보범죄와 관련된 영역에서 위험형법의 요청을 살펴보면, 위험의 실체는 불분명하고, 형법의 조기 확대개입을 통한 자유의 제한결과는 분명하나 그 결과 안전확보의 소득은 불분명하다. 현대과학기술을 통해 창출되는 위험의 영역에서 위험관리형법의 요청을 살펴보면, 위험의 실체는 가시적이고 대규모적이며, 형법의 조기확대개입을 통한 자유의 제한결과는 분명하며, 그 결과 안전확보의 소득은 분명하다.

44. 정책결정자들로 하여금 전세계적 위험에 대응하는데 있어서 협력을 강화함으로써 오는 이익에 대한 이해를 높일 필요가 있다. 사회적 안전을 담보하는 시스템과 사람들이 정보를 수용, 공유하는 혁신적인 소통수단에 대한 신뢰의 문제에 주목해야 한다. 위험에 대한 정보공유와 소통은 투명성을 강화함으로써, 시민들에게 의미있는 방식으로 전달됨으로써 개선되어야 한다.

45. 위험관리·형법의 대상은 절대적 위험에 연결된 직접적 위험과 간접적 위험이다. 이 경우 투입되는 형법은 최후의 수단이 아니라 최적의 수단으로서다. 반면 상대적 위험에 연결된 직접적 위험에는 최후의 수단으로서 투입될 수 있지만, 간접적 위험은 형법의 대상이 아니라 안전법, 즉 행정규제 및 경찰법의 대상이다. 따라서 현대과학기술로 인한 위험에 대한 형법의 투입여부와 정도는 과학기술의 위험성 현실화 가능성과 현실화된 위험의 영향효과에 대한, 즉 직접적·간접적 위험과 절대적·상대적 위험에 대한 예측과 평가에 달려있다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

# 총괄서론



# 총괄서론

“후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(2012-2014년)”는 현대 과학기술과 위험사회의 문제성을 구체적으로 인식하여 법치국가적 형사사법의 한계와 형사정책자원의 제약을 극복하고, 다양한 사회자원을 효율적으로 활용한 체계적인 형법 및 형사정책모델을 모색하며, 효과적인 정책도구를 개발·제시한다. 이를 위해서 현대과학기술사회의 위험에 따라 변화하는 범죄 및 형사사범 양상에 대응하는 새로운 범죄학이론과 형법해석론, 형사입법론을 연구한다.

21세기 후기현대 위험사회의 새로운 형사정책적 문제상황에 대응하여 전통적인 자유법치국가의 형법이념과 후기현대사회의 안전국가적 형법이념의 갈등을 풀고, 그 지평을 발전적으로 융합할 수 있는 새로운 형법이론과 형사정책모델을 전망해 보고자 한다.

전체적인 연구계획과 개별년도 세부연구주제를 개관하면 다음과 같다.

사업년도	연구사업의 체계	연구목표	총괄 및 세부과제
1년차 2012년	①기초이론연구 ②구체적위험원별 형사정책연구(1)	위험관리 형법 및 형사정책의 이론적 검토와 나노/바이오공학관련 위험관리형사정책연구	총괄 : 현대과학기술사회 위험관리 형법 및 형사정책의 체계와 원리
			세부1: 현대위험사회와 법치국가형법
			세부2: 나노공학과 위험관리형사정책
			세부3: 바이오공학과 위험관리형사정책
			세부4: 선진 과학기술사회의 위험관리 형사정책

후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(Ⅰ)

사업년도	연구사업의 체계	연구목표	총괄 및 세부과제
2년차 2013년	③실증조사 ④구체적위험원별 형사정책연구(II)	한국사회의 위험인식조사와 환경/에너지공학관련 위험관리형사정책연구	한국사회의 위험인식과 형사정책적 의미
			환경공학기술과 위험관리 형사정책 에너지공학기술과 위험관리 형사정책
3년차 2014년	⑤이론/실증조사/구체 적위험원별 정책연구에 기초한 종합적 형사사법개혁모델제시	위험관리를 위한 형법과 형사사법개혁 모델제시	대형재해와 위험관리 형사정책
			위험관리와 형법개정 방안 위험관리와 형사사법 개혁방안

2012년 제1차년도 연구는 이러한 후속, 세부연구과제들의 방향을 잡고, 상호 연관적인 연구분석을 통해, 목표한 협동연구성과를 확보하기 위한 기초적 논의에 우선적으로 초점을 맞추고자 한다.

즉 전통적인 법치국가 형법의 관점에서 위험사회현상을 다루는 이른바 위험형법의 논의를 재검토하고 논의의 생산적 진전을 도모하고자 한다. 다만 형법영역의 논의에 한정되지 아니하고, 형사사법정책의 영역에서 위험관리 형사정책에 대한 확장된 논의를 발전시키고자 한다. 다시 말해서, 전체 연구내용을 법치국가형법이나 이른바 위험형법의 범죄론과 형벌론의 논의에 한정지어려는 것은 아니다. 이와 함께 거버넌스, 위험산정, 행정범죄학 등의 이론틀을 검토하여, 형사정책영역에서 형사사법체계의 위험관리 기능의 다양한 측면을 검토해 보고자 한다. 뿐만 아니라, 첨단과학기술영역인 나노공학, 바이오공학, 원자력공학, 환경공학 등의 구체적 영역에서 위험을 방지하고 관리하는 정책의 일부로서 형법과 형사사법정책의 역할을 검토한다.

따라서 2012년 제1차년도의 연구는 다음과 같이 개별 연구과제들로 구성하였다.

연구과제	연구목표
현대과학기술사회 위험관리 형법 및 형사정책의 체계와 원리	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 현대과학기술사회의 새로운 문제상황에 대응할 수 있는 형사정책적 이론모델들을 연구함.</li> <li>• 현대과학기술사회 형사정책적 이론모델을 한국사회에 적용한 위험관리 형사정책의 체계를 제시함.</li> </ul>
현대위험사회와 법치국가형법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 현대과학기술사회의 위험에 대응하기 위해 전통적인 법치국가형법의 이론체계를 재검토함.</li> <li>• 전통적인 법치국가형법의 이론체계 재검토에 근거하여 발전적 이론체계를 제시함.</li> </ul>
나노공학기술과 위험관리형사정책	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 미국, 일본, 유럽연합의 나노공학기술 관련 위험원관리의 현행 제도상 문제점과 제약요인을 분석함.</li> <li>• 나노공학기술 관련 형사정책적 대응방안을 제시함.</li> </ul>

연구과제	연구목표
바이오공학기술과 위험관리형사정책	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 우리나라와 독일의 바이오 공학기술 관련 위험원관리의 현행 제도상 문제점과 제약을 분석함.</li> <li>• 바이오 공학기술 관련 위 형사정책적 대응방안을 제시함.</li> </ul>
선진 과학기술사회의 위험관리 형사정책	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 후기현대사회로 우리보다 앞서 진입한 독일, 미국, 영국, 호주에서 첨단과학기술의 위험과 관련된 사회적 인식과 이를 배경으로 발전하고 있는 형사입법정책을 비교법제도로 연구함.</li> <li>• 후기현대한국사회의 과학기술위험에 대응하는 형사법의 발전방안을 모색함.</li> </ul>

본 제1차년도 연구 총괄보고서는 각 세부과제들을 아우르는 총론적인 논의를 주된 내용으로 하며, 이에 더하여 세부과제들마다의 결론을 총괄하여 종합정리하는 것을 내용으로 한다. 현대과학기술사회에서 형법과 형사정책이 당면한 현실과 과제를 이론적으로 체계화하고 문제분석과 대책구상이 근거할 수 있는 원칙을 모색한다는 의미에서는 여타 4개의 세부과제들처럼 그 자체 세부과제로서의 성격을 가지기도 한다.

형사정책 연구보고서로서 단지 거시적 이론의 추상성에 파묻혀 현실문제에 대한 논의에 기여하지 못한다면 많은 비판의 대상이 될 것이다. 향후 구체적 개별 정책과의 연관성속에서 논의를 진전시키기 위한 자료와 토대, 그리고 구체적인 문제목록을 제시하는데 본 총괄연구보고서의 일차 목표가 있다.



# 제1장 서론

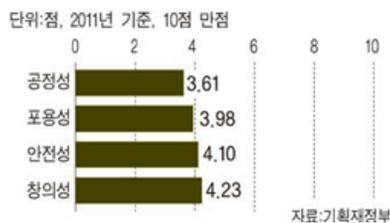


전문가평가에 따르면, 한국사회의 안전도는 질적으로 높은 수준이 못된다.<sup>1)</sup>  
 일반 시민들의 입장에서 안전에 대한 불신, 즉 불안은 다양한 대상에 대해 나타나고 있다.

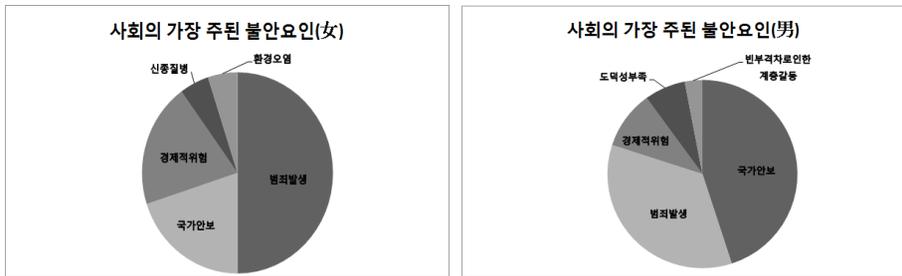
특성 별	2010 통계청 사회조사 (15세이상인구, 복수응답)											
	계	국가 안보	자연 재해	환경 오염	인재	경제적 위험	자원 (에너지) 고갈	도덕성 부족	신종 질병	범죄 발생	빈부격차로 인한 계층갈등	기타
계	100	44.1	16.3	19.7	16.9	34.0	4.1	21.7	21.4	47.6	17.7	0.3
남자	100	45.5	15.7	19.5	16.5	36.6	4.7	23.9	19.3	41.5	19.5	0.4
여자	100	42.6	16.8	20.0	17.3	31.5	3.4	19.6	23.5	53.5	15.8	0.2

특히 여성들의 경우 (53%) 범죄발생을 우리 사회의 가장 주된 위협요인으로

1) 최항섭 외, 2020년 한국사회의 질적수준 제고를 위한 미래연구, 기획재정부 미래전략과, 2011, 121면.



인식하고 있다.<sup>2)</sup> 범죄나 국가안보가 가장 높은 위험성으로 인식되고 있다고 나타나지만, 현대과학기술사회에서의 위험, 즉 자연재해, 환경오염, 인재, 경제적 위험, 자원고갈, 신종질병을 하나로 묶어보면 가장 높은 위험요인의 하나로 볼 수도 있다.



한국사회가 처한 위험현실은 압축적 근대화와 경제성장과정에서 전통적 위험과 현대적 위험을 중첩적으로 겪고 있다고 규정할 수 있다. 2008년 독일의 사회학자 울리히 벡은 한국사회가 근대화가 극단적으로 실험된 데다 최첨단 정보사회의 영향이 중첩된 특별히 위험한 사회라고 지적한 바 있다.<sup>3)</sup>

그 가혹한 결과가 현재 경제협력개발기구(OECD) 국가 중 자살율 1위와 저출산율 세계1위라는 사실로 나타나고 있는 것으로 보인다.

### 제1절 연구의 의의

울리히 벡의 위험사회론에 따르면, 위험(risk)은 직접적으로는 재해나 범죄로부터 오지만, 반복적으로 일어날 수 있는, 자기에게도 닥쳐올 수 있는 위해를 자기 힘으로 통제할 수 없다는 데서 비롯되는 감정이기도 하다.<sup>4)</sup> 특히 현대과학기술

2) 통계청, 2010 사회조사 - 사회의 가장 주된 불안요인, 2012.

3) “근대화가 극단적으로 실험된 나라들, 예를 들면 한국은 ‘아주 특별한’ 위험 사회다. 내가 지금까지 말해온 위험 사회보다 더 심화된 위험 사회다. 전통과 제1차 근대화 결과들, 최첨단 정보사회의 영향들, 제2차 근대화가 중첩된 사회이기 때문에, 특별한 위험사회인 것이다.”(조선일보 2008년 4월 1일자).

4) 울리히 벡의 위험사회론에 관한 분석은 본 보고서 제1장 제2절 참조

술과 공학이 베풀어주는 혜택이 크고 광범위한 만큼, 그 안전관리체계가 부실하거나 오작동할 경우 초래될 위험은 파멸적일 수 있다. 물론 재난은 극히 예외적으로 발생한다. 핵발전소 사고로 피해를 당할 가능성은 교통사고로 사망할 가능성보다 크게 낮다. 그러나 “사람들은 현대과학기술의 파괴력 앞에서 상대적으로 안전하게 살고 있다는 느낌을 미련없이 버리고, 분명하지 않은 불안에 굴복했다.”<sup>5)</sup> 실제 현실에서 발생하는 범죄도 예외적인 사건이다. 하지만 보편적으로 만연한 위험이라 볼 만도 하다. 부분적인 사태를 통해서도 일반 사람들의 위험 일반에 대한 불안감이 더욱 커졌기 때문이다. 그래서 형사사법체계가 개별범죄를 넘어 위험 일반에 대처하는 역할에까지 나서게 되기도 한다. 반면, 과학기술에 대해 체감하는 위험인식과 사회질서 전반에 대한 위험인식이 현대사회의 공간에서 서로 뒤섞이면서 불안의 사회정서는 더욱 강화되는데, 결과적으로 국가나 사회가, 그리고 특별한 경우 형사사법체계가 위험을 통제하고 자신을 보호해 줄 것이라는 믿음은 종종 흔들리게 되었다.

물론 위험과 위험에 대한 불안은 어느 시대 어느 사회에나 상존한다. 항구적 위험과 짝을 이룬 ‘항구적 불안’은 근대자본주의 사회의 특성이기도 하다.<sup>6)</sup> 그리고 어느 시대 어느 공동체나 위험을 파악하고 감수가능한 범위내로 통제하는 체계는 존재해 왔다. 고대와 중세시대에는 초자연적 또는 신적 존재에 의해 위해가 초래된다고 믿고, 종교적 의례를 통해 이를 모면하고자 했다는 점에서 일정하게 위험을 인식하고 통제하는 체계가 존재했다. 근대과학의 시대에는 인간이 성과 과학기술로 위험을 파악하고 통제할 수 있다는 낙관적인 인식이 강했다.

그러나 이제 종교적 신앙도 과학기술에 대한 신뢰도 잃어버린 현대사회에서는 오직 위험에 대한 두려움만이 남게 되었다. 뿐만 아니라 현대 국가의 정부는 대내외적으로 테러와 자연재해, 산업재해, 그리고 범죄에 대처하기 위한 전통적인 관리체계의 무력함을 드러내면서, 국민의 정부에 대한 불신은 더욱 깊어지고 정부가 보장해야 할 안전에 대한 기대 역시 줄어들고 있다.

5) 볼프강 조프스키, *안전의 원칙*, 2007, 16면.

6) “생산의 끊임없는 변혁, 모든 사회상태들의 부단한 동요, 항구적 불안과 격동이 부르조아 시대를 이전의 다른 모든 시대와 구별시켜준다.”(공산주의당 선언, 칼 맑스 프리드리히 엥겔스 저작선집 1, 1991, 403면).

현대과학기술사회에서의 위험은 불안의 다른 이름이기도 하다. 과학기술이 초래한 위험(성)은 극히 예외적으로 발생하지만, 한가지 분명한 사실은 재난이 초래될 경우 그 영향은 파괴적이라는 점이다. 하지만 언제 어디서 어떤 형태로 발생할지, 예측가능하다 해도 그 피해를 효과적으로 예방할 방법이 무엇인지는 불분명하다. 그리고 발생할 경우 그 결과가 어떤 정도일지 예측하기도 어렵다. 이를 더욱 악화시키는 요인은 위험(성)을 평가하는데 있어서의 인식왜곡이다. 사람들은 일상화된 위험에 둔감하고 낯선 위험에 오히려 예민하다. 만연한 위험보다, 예외적이고 극히 드문 사건에서 실제 이상의 위험을 인식하고 두려움에 빠진다. 전문가들의 과학적 자료에 근거한 해명도 이러한 두려움을 없애기 어렵다.<sup>7)</sup> 물론 두려움에는 비합리적인 부분이 있음을 부인하기 어렵다. 하지만 현대과학기술의 위험성에 대한 두려움은 현대과학기술로부터 초래되는 위험을 막을 수단 역시 그 과학기술에 의존해야 한다는 현실적 딜레마때문이기도 하다. 초래가능한 위험과 그 위험의 통제가 전문적인 과학기술영역안에 폐쇄되어 있기 때문에, 알 수 없는 위험에 대한 두려움은 줄어들기 어렵다. 현대사회에 실재하는 위험과 위험성에 대한 시민의 불안은 한편 실체적이라는 점을 정책결정자들은 인정하지 않을 수 없다.

그러므로 위험과 불안은 현대사회 사람들의 의식과 행동에 크게 영향을 미치는 요인이다. 위험과 불안은 어느 시대 어느 공동체에나 존재하고 존재해 왔지만, 현대과학기술로 인한 위험들은 직접적 위험원인 과학기술과의 직접적 연관성을 벗어나 불가예측적으로 확장되기도 한다. 위험과 불안 개념마저 현대적으로 동요, 변화되는 것이다. 그리고 전통적인 위험원과 새로운 위험원이 뒤섞인 위험-불안-사회에서 전통적인 범죄유형과 새로운 범죄유형이 뒤섞이며, 전체상으로서의 범죄 또한 하나의 거대한 위험원으로서 더 큰 불안을 가져온다. 이는 위험통제 내지 관리가 (형)법적 차원을 넘어, 정치경제적 차원을 갖는다는 것을 의미하기도 한다.

현대과학기술사회의 형법과 형사사법은 새로운 위험원이나 위험성에 대한 불안과 관련된 범죄형태를 통제하고, 그 자체 위험으로 인식되는 범죄자를 관리하

---

7) 덴 가드너, 김고명 역, 이유없는 두려움, 2012, 170면.

며, 범죄의 가능성으로서의 위협성에 대한 불안을 관리하는 과제를 짊어지게 되었다. 한편으로는 위협관리를 위한 과학기술적 기법을 형사정책적인 위협관리기법으로 도입·활용함으로써, 위협관리 형사사법체계와 형사정책 역시 현대과학기술사회의 일부로서 변화를 겪게 된다.

## 1. 연구의 대상

본 연구는 한국형사정책연구원의 장기협동연구과제인 ‘후기현대사회의 위협관리를 위한 형법 및 형사정책연구(2012-2014년)’의 하나로서, ‘현대과학기술사회 위협관리 형법 및 형사정책의 체계와 원리’를 연구대상으로 한다.

여기서 ‘후기현대사회’라는 시대적 규정은 근대 자유주의적 법치국가형법은 사회복지국가적 현대형법으로, 다시 후기현대/탈근대 안전국가형법으로 변환하고 있다는 관점상의 구분에 따른 것이다.<sup>8)</sup>

### 가. 현대사회 위협과 범죄로부터의 안전확보를 위한 국가정책과제

세계은행(World Bank)의 원인별 위협분류(2000)에 따르면, 현대사회가 처한 위험은 규모의 측면에서 미시적 위험과 거시적 위험으로 구분된다. 위험원에 따라서는 자연재해, 보건, 생애(life-cycle), 사회적 위험, 경제적 위험, 정치적 위험과 환경위험으로 나뉜다. 이러한 위험유형중 범죄는 개인수준의 미시적 위험으로서 사회적 위험에 속하며, 특히 아동학대, 마약과 같은 범죄는 거시적 차원의 사회적 위험이라 할 수 있다. 한편 현대과학기술로부터 창출되는 위험은 주로 거시적 차원의 위험으로서 보건위험, 정치적 위험, 환경위험에 해당된다.<sup>9)</sup>

8) 김일수, ‘사회변동과 형법정책의 방향’, 제5회 입법정책포럼, 한국법제연구원, 2012년 7월 19일

9) 안혁근외, 사회위험요인분석 및 체계적 관리방안, 한국행정연구원, 2008, 186면.

	미시적	중간영역	거시적
자연재해 위험		폭우, 산사태	지진, 홍수, 태풍
보건 위험	질병, 부상, 장애	전염병, 식중독	전염병
생애 위험	출생, 고령, 사망		
사회적 위험	범죄, 가정폭력, 마약중독	테러, 조직폭력	내란, 전쟁, 마약중독, 이동학대
경제적 위험	실업, 기근	실업, 기근	외환위기, 급격한 인플레이
정책적/정치적 위험	인종차별	인종갈등, 폭동	쿠데타
환경적 위험		오염, 남벌, 산성비	지구온난화

서울대 사회발전연구소의 위험분류에 따르면 위험구조에 따라 생태위험, 자연재해위험, 국가안보위험, 보건위험, 경제적 위험, 기술적 재난위험, 사회적 해체위험으로 구분된다. 범죄는 사회적 해체위험으로 인식되며, 현대과학기술위험은 지구적 생태위험과 보건위험, 그리고 기술적 재난위험으로 분류된다.<sup>10)</sup>

위험의 구조	주요 위험
지구적 생태위험	수질오염, 대기오염, 토양오염, 해양오염
자연적 재해위험	태풍, 폭설, 가뭄, 기근, 지진, 해일
국가안보 위험	전쟁, 군비경쟁, 핵무장, 테러, 국가기반체계 마비
건강 위험	전염병, 신종 질병, 식품안전사고, 생명윤리침해사고
경제적 생계 위험	빈부격차, 불안전고용, 급격한 경기변동, 농산물수입개방
기술적 재난 위험	산업재해, 직업병, 교통사고, 화재, 시설물고장사고, 건축물붕괴사고, 대형폭발사고, 화학병사고, 컴퓨터바이러스, 도청 등 사생활침해, 사이버범죄
사회적 해체 위험	학교폭력, 부패, 노사갈등, 살인, 강간, 성폭력, 유괴, 강도, 절도, 마약 및 알콜중독

국가위기관리체계상의 재난(위험)분류에 따르면 각각 정치체계, 경제·기술체계, 사회·문화체계, 자연체계에 따라 위험의 종류가 구분된다. 현대과학기술의 위험은 경제·기술체계의 위기관리대상이 된다.<sup>11)</sup>

10) 서울대사회발전연구소, 한국사회의 위험과 안전, 2008.

11) 이재은, 국가위기관리에 의한 범죄예방, 국가안전보장회의 사무처, 2006.

체계	재난(위험)의 종류
정치체계	전쟁, 무력시위, 쿠데타, 테러, 비행기납치
경제·기술체계	위험물질유출, 해양오염, 수질오염, 대기오염, 오존층파괴, 방사능오염, 산성비, 일반폐기물, 핵폐기물, 구조물붕괴, 폭발
사회·문화체계	인종·민족·지역간 폭력적 갈등, 전염병 출현, 폭력적 파업, 폭동
자연체계	홍수, 태풍, 지진, 가뭄, 폭염, 냉해, 한해, 우박, 해일

한국행정연구원의 사회위험요인 분류에 따르면 전염병, 해양오염, 식량위기, 전염병, 산업재해, 사이버범죄, 식품안전, 대기와 수질오염, 에너지 위기 등 현대 과학기술 관련 위험을 제시하고 있다.<sup>12)</sup>

만성질환, 지진, 전염병, 빈곤, 화재, 자살, 해양오염, 청소년성폭력, 마약범죄, 수재, 식량위기, 인수공통전염병, 산업 재해, 청소년폭력, 고령화, 사이버범죄, 조직폭력, 다문화갈등, 식품안전, 수질오염, 대기오염, 에너지위기

현대사회의 위험관리와 안전확보를 위한 국가정책으로서 형사정책의 최우선 과제는 사회해체적 위험으로서의 범죄에 대응하여 시민을 안전하게 보호할 수 있는 사회적 안전망의 구축이다. 범죄와 범죄피해의 위험은 사회적 차원의 위험이므로, 범죄방지는 형사정책 차원을 넘어선 사회정책의 문제가 된다. 그렇다면 현대과학기술이 창출하는 위험이 정치, 경제, 사회, 문화 체계에 미치는 영향을 방지하거나 최소화하기 위해 형사정책이 형법적 수단을 통해 개입하는 과제는 국가위험관리체계속에서 구성되고 평가되어야 한다.

#### 나. 현대과학기술과 위험관리체계로서의 형법

본 연구는 현대과학기술이 초래한 위험(성)이 양적으로 확대되고 질적으로 심화되어 가면서, 사람들의 인식과 행동양태가 위험에 대한 불안과 위험에 대한 감수여부를 기준으로 변화해 가는 사회단계를 ‘위험사회’로 본다. 현대과학기술 사회의 위험은 일상성과 편만성의 특징을 가지고 예측가능할 수 없는 내용과 범

12) 안혁근외, 사회위험요인분석 및 체계적 관리방안, 한국행정연구원, 2008.

위로 현실화된다. 전통적인 형사법에서의 위험개념과 차원을 달리하는 개념으로 등장한다. 그렇기 때문에 이른바 위험한 사회의 반대말은 안전사회라기 보다는 위험을 관리할 수 있는 사회다. 위험으로부터 완벽히 차단된 안전사회는 있을 수 없다. 현실적으로는 위험을 감수하고 관리하는 사회가 가능할 뿐이다. 현대 과학기술사회 형사사법제도의 과업은 안전 확보라기보다 위험관리가 된다는 의미다. 이제 현대과학기술사회의 위험들을 통제 내지 관리하는 형법과 형사정책은 현대 형사법과 형사정책에 새로운 위험원으로부터 파생되는 범죄적 위험을 통제할 뿐만 아니라, 중한 범죄결과에 이르기 전단계 위험까지 예방적으로 예측, 관리하는 두 가지 차원의 과제를 짊어지게 되었다. 따라서 본 연구의 대상과 목표는 '위험관리' 형사사법과 형사정책의 이론원리와 체계분석이다.

현대과학기술사회에서 위험은 근대산업사회의 위험을 양적으로 증폭시킬 뿐만 아니라, 근대사회가 알지 못했던 새로운 유형으로서도 등장한다. 새로운 위험은 양적으로 확대된 위험이기도 하지만, 질적으로 새로운 위험이어서, 기존의 근대 형법의 원칙과 테두리안에서 해결될 수 있을지 의문을 불러온다. 무엇보다도 현대과학기술사회의 위험은 위험원과 예상되는 위험에 대해 이해와 예측을 가능케 할만한 시간적 장소적 범위를 넘어서기도 한다. 더구나 다양하게 전개되는 위험 양상을 사회과학과 자연과학의 개별 영역에서 각각 보아서는 파악하기도 어렵다.

다만 어떤 적절한 해석범주를 통하여, 각 과학영역의 전문용어들을 가로질러 하나의 의미지평에서 위험들을 성찰한다면, 위험을 관리하는 현대형법이라는 관점을 기대해 볼 수 있다.<sup>13)</sup> 또한 “위험사회론”을 의미지평으로 삼아, 현대형법의 과제인 위험관리를 전망해볼 수 있다.

따라서 본 연구는 위험사회의 상황에 처한 형법과 형사정책의 이론과 정책을 연구대상으로 한다.

#### 다. 현대과학기술과 위험관리정책에 관한 선행연구

‘과학기술위험과 통제시스템’(과학기술정책연구원, 2001)은 급속하게 혁신되고

---

13) 과학기술위험의 사회과학적 의의에 대한 논의는 성지은·황만성, 나노공학기술과 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(1), 2012, 제5장 제1절 참조

있는 현대과학기술과 경제체계에서 파생되는 다양한 위험에 대한 지식과 평가, 관리와 정책적 대응연구가 부족하다는 인식하에, 선진국의 위험에 대한 과학적 평가방법론에 주목한다. 선진 각국과 국제기구의 첨단기술위험을 파악하고 거시적 차원에서 대응하는 방안들을 살펴봄으로써, 우리나라의 위험통제 체계를 구축하기 위한 단기 및 중장기대책을 제시하는데 목표를 두었다.<sup>14)</sup>

‘위험·재난사회 어떻게 대응할 것인가’(아산재단, 2004)는 생명안전과 시민생존을 최우선의 국가목표로 정상화하여 위험과 재난을 예방하는데 목표를 두었다.<sup>15)</sup> 이어서 ‘지구적 시각에서 본 위험·재난’(아산재단, 2005)은 지구적 시야에서 전염병, 지진, 해양오염, 원자력안전과 같은 당대의 현안을 목격하면서 인간 생존 기반의 보전이라는 의미에서 안전을 추구하는데 목표를 두었다.<sup>16)</sup>

#### (1) 현대과학기술과 위험통제정책 선행연구들의 방법론

‘과학기술위험과 통제시스템’(과학기술정책연구원, 2001)은 사회적 관점에서 위험을 이해하고, 위험통제는 국내적 차원뿐만 아니라 국제적 연관성을 가진다는 점에서 영국 등 선진국가의 사례와 국제협력동향을 분석하였다. 또한 위험을 미시적 수준에서 구체적으로 인식하기 위해서 유전공학, 원자력, 정보공학 분야에서 각각의 위험특성과 대책을 분석하였다. 특히 국제위험통제위원회(International Risk Governance Council)와 공동연구를 통해 위험관련 국제협력동향을 고찰하였다.<sup>17)</sup>

#### (2) 위험과 위험사회에 대한 선행연구들의 이해

‘과학기술위험과 통제시스템’(과학기술정책연구원, 2001)은 위험을 ‘현대화로

14) 정근모 외, 과학기술위험과 통제시스템, 2001, 33-34면

15) 김진현, ‘위험사회, 재난지구, 어떻게 예방할 것인가’, 아산사회복지재단 창립 27주년 기념심포지엄, 위험·재난사회 어떻게 대응할 것인가?, 2004, 7-41면

16) 이관, ‘지구적 시각에서 본 위험·재난’, 아산사회복지재단 창립 28주년 기념심포지엄, 지구적 시각에서 본 위험·재난, 2005, 7-41면

17) 정근모 외, 과학기술위험과 통제시스템, 2001, 35-36면

파생되거나 발생한 위험이나 불안전에 체계적으로 연관되는 것'으로 정의한다. 즉 위험은 자연적, 기술적, 사회적 위험으로 구분되는 바, 위험이 기술적 장치나 시스템의 실패만이 아니라 이를 규제하는 정치, 사회, 경제체계의 실패로부터도 발생하기 때문에, 각각의 위험유형은 상호연관되어 있다는 것이다.<sup>18)</sup>

Beck의 위험사회론에 따라, 위험 앞에서 사회는 산업사회로 회귀하거나, 기술 경제적 발전의 민주화를 성취하거나, 또는 다양화 민주화된 사회에서 하위정치와 대안정치가 폭넓게 존재하는 정치의 분화로 나아갈 수 있다고 본다. 기존 정치체계에서 효과가 입증된 민주주의의 규칙을 과학기술관련 의사결정에 확대적용하는 기술경제발전에서의 민주화가 긍정적인 대안이라고 본다.<sup>19)</sup>

또한 현대사회의 위험을 통제하기 위해서는 신용과 사회적 신뢰구축의 사회적 역량이 필요하다. 위험통제체계 역시 사회적 신뢰를 높이는데 도움이 될 수 있어야 한다. 일상의 삶에서 사회적 신뢰와 신용이 상호전환될 수 있어야 위험에 효과적으로 대처할 수 있으며, 사회적 신뢰의 회복을 위해서는 정치적 차원의 노력이 필요하다. 그리고 위험에 대처하는 과정에서 전문가와 일반시민간의 인식차이로 발생하는 문제를 해결하기 위해서는 위험에 관한 의사소통이 증진되어야 한다. 물론 사회적 신뢰가 부족한 상황에서는 의사소통 자체가 효과적이지 못하다.<sup>20)</sup>

‘위험·재난사회 어떻게 대응할 것인가’(아산재단, 2004)는 위험과 재난을 묶어 위험·재난사회라는 확장적 개념을 전제한다. 위험·재난사회의 현안에는 한반도 안보의 위험, 사회해체와 새로운 사회적·문화적 위험, 도시의 재해위험과 대책, 지구공동체의 생태환경적 재난과 예방이 포함된다. ‘지구적 시각에서 본 위험·재난’(아산재단, 2005)에서는 지진, 해일, 원자력발전, 방사성폐기물, 해양환경오염, 전염병, 생물테러로 더욱 그 범위가 확장된다. 확장된 위험과 재난인식과 안전 확보 그 상의 인류생존 확보 측면에서 문제의 절박성은 오히려 거대담론의 추상성을 가져오는데, 2001년 9·11테러, 2002년 SARS 창궐, 2004년 인도네시아지진

18) 정근모 외, 과학기술위험과 통제시스템, 2001, 42면

19) 정근모 외, 과학기술위험과 통제시스템, 2001, 43-45면

20) 정근모 외, 과학기술위험과 통제시스템, 2001, 49-52면

해일, 2005년 후쿠오카 대지진으로 이어지는 대재앙이 매우 거대하고 절실하게 경험되었기 때문이라 보인다.

‘위험·재난사회 어떻게 대응할 것인가’(아산재단, 2004)에서는 한국사회의 위험을 지구생태적 위험, 자연적 재해위험, 국가적 안보위험, 정치적 억압위험, 경제적 생계위험, 기술적 재난위험, 사회적 해체위험으로 구분한다.<sup>21)</sup>

한국사회가 당면한 주요위험은 시대적 변화에 따라 역시 변화한다. 즉 1950-60년대에는 국가안보적 위험과 경제적 생계위험, 1970-80년대는 정치적 억압의 위험, 1990년대에는 기술적 재난, 생태적 위험이 주요위험으로 인식된다. 21세기 이후 한국사회의 주요위험은 1998년 경제위기 이후의 사회해체형 위험이다. 즉 경제위기 이후 한국사회의 구조적 변화는 압축적 근대화과 민주화과정에서 심화된 많은 위험들에 사회해체형 위험이 더해지는 결과에 이르렀다.<sup>22)</sup> 따라서 한국사회의 역사적으로 중첩되고, 당대 현안이 가중되는 새로운 위험에 당면하여 새로운 위험인식과 새로운 해결책이 요청되는 것이다.

### (3) 선행연구들의 위험통제 이론모델

‘과학기술위험과 통제시스템’(과학기술정책연구원, 2001)은 위험통제와 패러다임을 top-down 패러다임과 상호신뢰 패러다임으로 구별한다. 톱다운 방식에 의한 위험통제는 위험평가, 위험관리, 위험활동의 정당화 또는 위험활동의 통제 등 위험관리를 정부가 주도한다. 상호신뢰방식에 의한 위험통제는 위험관리과정과 위험활동의 정당화 과정에서 광범위한 이해당사자들의 참여를 유도하고, 과학적 지식을 배타적인 의사결정 요인으로 간주하지 아니하며, 위험통제에 활용되는 전문지식의 다원성을 중요시 한다. 상호신뢰방식에서는 사회가 허용할 수 없는 위험과 수용 가능한 위험, 널리 수용 가능한 위험의 영역을 구분하여, 위험이 가능한 낮은 수준에 통제될 수 있고, 사람들이 위험의 수준과 특성을 인지하며, 위험통제의 적절성을 정기적으로 점검한다면 수용할 수 있는 위험으로 본다.<sup>23)</sup>

21) 임현진 ‘사회해체와 새로운 사회적·문화적 위험,’ 위험·재난사회 어떻게 대응할 것인가? 2004, 73면

22) 임현진 ‘사회해체와 새로운 사회적·문화적 위험,’ 위험·재난사회 어떻게 대응할 것인가? 2004, 74-77면

2001년 과학기술정책연구원의 연구는 우리나라가 위험에 대한 시민의 인식과 의식이 매우 낮고, 사회적 신뢰수준도 낮기 때문에 위험에 대한 인식수준을 높이고 위험을 효과적으로 통제하기 위해 단계적인 발전전략을 제시하였다.<sup>24)</sup> 즉 제1단계는 톱다운 패러다임하의 위험통제단계다. 정부가 공익을 대변하여 각종 위험에 대비한 정책을 선도적으로 추진한다. 제2단계에서는 톱다운 패러다임의 주도하에 상호신뢰 패러다임을 부분적으로 도입한다. 위험에 대한 시민의식이 강화되고 관련전문가가 양성된 후에는 이해당사자의 참여를 유도하여 사회적 신뢰를 높인다. 제3단계는 상호신뢰 패러다임의 위험통제다. 사회적 신뢰가 높아지고 이해당사자들이 성숙되면 선진국과 같이 상호신뢰 패러다임에 입각한 위험 통제를 실시한다.

이처럼 위험통제체계를 구축하기 위하여 단기적으로는 연구 활동에 대한 지원 강화, 위험평가와 정책결정의 연계, 분야별 관련 행정부서의 설치와 국제협력강화가 필요하다. 중장기적으로는 다양한 위험분야를 통합하여 위험통제를 추구할 수 있는 통합위험통제기구를 설립하고, 주요위험관련 현안에 대하여 언론매체를 통해 대중이해를 높이며, 위험통제정책의 국제적 동향을 파악하여 정책에 반영해야 한다.<sup>25)</sup>

과학기술의 위험과 체계적 대응에 대한 최초의 종합연구로서 과학기술정책연구원의 2001년 연구의 의의는 크다. 다만 2001년과 2012년의 시간적 간격이 큰 만큼 한국사회의 위험수준이나 시민들의 위험인식의 정도에 상당한 차이가 있는 것이 사실이다. 사회적 신뢰수준은 더욱 저하되었으나, 위험에 대한 시민의 인식과 의식은 높아졌다고 보아야 한다. 그런 반면 시민사회의 위험에 대한 인식과 대응노력의 수준도 함께 높아졌다. 또한 정부주도의 톱다운 패러다임과 상호신뢰 패러다임을 구분하여 낮은 단계에서 높은 단계로의 발전 기획은 더 이상 유효하지 않다.

21세기 이후 과학기술의 발전에 따른 위험의 수준과 위험사회에로의 변화는

---

23) 정근모 외, 과학기술위험과 통제시스템, 2001, 169-181면

24) 정근모 외, 과학기술위험과 통제시스템, 2001, 183-188면

25) 정근모 외, 과학기술위험과 통제시스템, 2001, 188-194면

더욱 진전되고 복합화 되었다. 따라서 정부주도의 대응과 사회적 상호신뢰에 기반한 대응 모두 어떤 사회형태에서나 위협의 구체적 양태에 따라 동시에 필요하게 되었다. 현대과학기술사회에서 복잡다기한 위협의 양태는 정부가 선도적으로 위협인식 평가와 위협관리통제의 절차를 통합주도할 수 있는 범위를 넘어섰으며, 단지 이해당사자의 성숙한 논의참여를 통해 효과적으로 통제할 수 있는 수준도 넘어섰기 때문이다.

#### (4) 선행연구들의 구체적 위협통제 방안

‘과학기술위험과 통제시스템’(과학기술정책연구원, 2001)은 현대과학기술의 구체적 위험원으로서 유전공학, 원자력발전, 정보시스템을 지적하고, 각각 대책을 고찰하였다. 유전공학기술의 경우 그 위협의 파급성을 고려할 때 법적규제를 통해 기술의 공익성과 윤리성을 확보할 필요가 있다고 인정한다. 안전확보를 위한 법규는 기술내용과 목적에 대하여 바르게 이해하고 윤리의 가변성을 인정해야 하며, 종교적·이념적 다원성을 확보하고, 국제적 연구동향과 성과를 반영해야 한다. 나아가 법적으로 허용가능한 연구는 동·식물 유전자조작과 개체복제, 세포, 조직 및 장기의 단순복제인 반면, 법적으로 금지해야 할 연구는 착상전 배아를 이용하여 질병과 무관한 유전자 조작, 정자와 난자 등 생식세포의 유전자 조작, 모계 및 부계 체세포, 사망자 체세포를 이용한 개체복제, 유전자 변형 또는 비변형 간세포에 의한 개체복제, 인류 진화 방향을 인위적으로 제어하려는 목적과 연관된 일체의 연구다.<sup>26)</sup>

원자력 기술의 경우 사고발생의 가능성은 대단히 작지만 대규모피해가능성 뿐만 아니라 미래세대에게까지 영향을 미치기 때문에 원자력 시설의 위험에 대해서 일반인들의 두려움이 매우 크다. 제도적 측면에서 정부가 직접 개입하여 원자력 발전소 운영에 따른 제반 안정성을 평가해야 하고, 안전에 대한 훈련이나 교육, 상위관리층에 의한 안전우선의식 등 안전문화의 요소가 특히 강조되어야 한다. 따라서 원자력 안전문화지표를 개발하여 평가하고 안전규제조치와 함께 안전문

26) 정근모 외, 과학기술위험과 통제시스템, 2001, 118-121면

화를 개선하여 원자력 안전성을 높여야 한다.<sup>27)</sup>

정보시스템과 관련해서는 정보시스템에 내장된 정보자산에 대한 위협에 대처하기 위해 조직, 절차, 인력관리, 행정, 하드웨어와 소프트웨어의 약점을 확인하고 각각 분류된 위협감소 대책이 필요하다. 또한 정보시스템의 재난을 '컴퓨터운영붕괴로 조직의 정상적 기능이 파괴되는 비상사태'로 규정하고, 위협관리자는 최악의 시나리오에 대한 계획을 세우고, 이에 대한 훈련을 해야 하며, 재난발생한 정보자산 보호에 필요한 자원을 신속하게 조달할 수 있어야 한다.<sup>28)</sup>

## 2. 연구의 필요성

위험이라는 개념의 기원은 해양무역에 있다. 해상보험제도가 성립되면서 위험이라는 경제적 개념이 생겨난 것이다. 그래서 위험이라는 개념에는 위험의 정도를 평가하는 산정(算定)과 위험 최소화로서 통제의 의미가 들어있다. 형사법은 발생한 범죄를 진압하고 발생할 위험이 있는 범죄를 방지한다. 그러나 법익침해에 이르지 않은 단순한 위험은 형사법의 영역 바깥이다. 그러나 정책적 결단에 따라 위험은 구체적 위험범이나 추상적 위험범의 형태로 침해를 기본적 대상으로 하는 형사법의 영역안에 들어오기도 한다. 이러한 위험은 법익침해적 위험으로서 형사사법적 통제의 대상이다.

즉 위험은 침해와 함께 형법이 고유하게 인식해온 개념이다. 특히 근대산업사회는 새로운 내용의 다양한 위험을 대량으로 창출했고, 근대형법과 형사정책은 이에 대응하면서 발전해왔다. 새로운 법익침해의 위험에 대응하여 위험범의 개념을 발전시켰으며, 형사제재에서도 보안처분이라는 새로운 수단을 도입하기에 이르렀다.

예측되거나 진압되거나 저지될 수 없는 위험을 관리해야 하는 사회에서는 위험과 안전에 대한 사회적 인식과 정책적 틀도 변화하게 된다. 형법과 형사정책

27) 정근모 외, 과학기술위험과 통제시스템, 2001, 129-132면

28) 정근모 외, 과학기술위험과 통제시스템, 2001, 158-162면

에서도 마찬가지다. 형법과 형사정책은 범죄통제의 기능을 수행하는데 있어 실질적 침해뿐만 아니라 구체적인 위험도 범죄로서 통제의 대상에 포함시켜왔다. 현대과학기술사회에서의 형법과 형사정책은 위험에 대한 변화한 사회적 인식들과 행동양식을 고려해야 한다. 형법이론은 침해와 위험, 즉 위해의 어떤 단계에서부터 형법이 개입할 것인지에 대해 재고를 요청받는다. 형법의 투입대상인 범죄영역은 위험한 행위의 부분만큼 확장된다. 그렇다면 형법의 대상으로서의 범죄개념은 양적으로 확장될 뿐만 아니라 질적으로 이질적인 부분까지 포섭될 수도 있기 때문에 형법이론들의 재검토까지 필요할 수 있다.

형사정책에서는 범죄자를 재사회화의 개선대상이 아니라, 사회속에서의 위험원으로서, 관리대상으로서 재고하게 되었다. 형사정책의 대상인 범죄자 범위는 위험한 행위자의 부분만큼 확장된다. 형사정책의 대상으로서의 범죄자 개념이 양적으로 확대될 뿐만 아니라 질적으로 이질적인 개념까지 들어올 수 있기 때문에 형사사법자원의 투입이 가능하고 효과적인지 재고할 필요성도 있게 된다.

## 제2절 위험사회의 이론

“위험은 어떠한 규범이나 전망을 가지고 있지 않습니다.....위험은 부정적인 개념입니다. 그 개념은 하지 말아야 할 행동에 대해서는 말해주지만, 해야 하는 행동에 대해서는 말해주지 않습니다.”<sup>29)</sup>

### 1. 울리히 벡의 위험사회론

울리히 벡의 1986년 저작 “위험사회: 새로운 근대성을 향해”(Risikogesellschaft : Auf dem Weg in eine andere Moderne)는 현대사회의 위험을 인식하고 대응하는 인식들을 제시한다. 이 책이 출판되던 해 발생한 체르노빌 원전사고야말로 울리히 벡이 펼치는 위험사회론의 가장 분명한 현실적 배경이 되었다.

29) 아르민 폰스 편, 당신은 어떤 세계에 살고 있는가?, 2003, 54면.

구 소련의 국경을 넘어 서유럽까지 퍼져 나간 방사능구름은 전세계를 ‘위험공동체’로 묶어버렸다. 예측할 수 없는 원자력사용의 결과, 유전공학의 결과들을 비롯한 현대과학기술에 의해 생산되고 있는 문명의 자기파괴적 가능성을 생각해 보면, 전지구적 위험상황을 의식하고, 위험을 줄일 수 있는 방법 내지 대안을 모색하지 않을 수 없게 되었다.<sup>30)</sup> 위험사회, 지구화된 위험사회의 도래에 따라 이제 위험은 사회적·정치적 논쟁의 중심에 놓여있다.<sup>31)</sup>

울리히 벡의 위험사회론에 따르면, 위험(risk)은 범죄나 재난으로부터 직접적으로 경험되는 것에 한정되지 않는다. 반복적으로 일어날 수 있는, 자기에게도 닥쳐올 수 있는 위해를 자기 스스로 통제할 수 없다는 데서 비롯되는 감정이다. 많은 사람들이 그 반복성을 느낄 때 그것이 바로 위험이다. 물론 위험이 되풀이 경험되다보면 너무 익숙해져, 위험으로 잘 느껴지지 않게 될 수도 있다. 이 역시 그 자체 위험스런 결과다. “그것은 무서운 결과다. 사람들이 위험에 너무 오래 노출돼 있으면 위험의 정도를 잘 느끼지 못한다. 그러나 그 위험을 어느 날 극대화시켜 위험의 수단으로 사용할 수 있는 가능성은 여전히 있다고 본다.”<sup>32)</sup>

또한 현대사회의 위험은 누구도 피할 수 없는 평등한 측면이 있는 반면, 불평등한 한 사회에서는 계급적으로 분배되고, 국제적으로는 선진국과 후진국간의 전이도 가능하다. 즉 위험도 ‘수출’이 된다. 저발전국가, 빈국들로 옮겨가게 마련이다. 그런 위험국가일수록 위험이 더 발생하기 쉽다. 이런 경우 위험은 ‘계급적’이라고 할 수 있다. 반면 지구온난화에 따른 기후재앙이나 대규모 자연재해처럼 위험이 극대화될 때에는 모든 사람에게 ‘공평하게’ 위험이 닥친다.

과학기술의 발달과 지구화로 인해 과거에는 일어날 가능성이 없었던, 그리고 파급될 가능성이 없었던 위험이 빈번하게 발생하고 견잡을 수 없이 퍼져나간다. 무엇보다 현대과학기술사회 위험의 특징은 복잡성과 편만성이다.<sup>33)</sup> 그렇기 때문에 형사사법체계를 포함해 기존의 국가체계가 막아내는데 한계가 있다. 물론 국민의 안전을 보장하는 것이 국가의 존재이유다. 그렇다면 국가가 취할 수 있는

30) 아르민 폰스 편, 당신은 어떤 세계에 살고 있는가?, 2003, 44면

31) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 43면

32) 울리히 벡과의 인터뷰 (조선일보 2008년 4월 1일자).

33) 한상진, 위험사회분석과 비판이론, 사회와 이론 제12호, 2008, 48면

전략은 두 가지가 있다.

“첫째는 국가가 모든 위험을 통제할 수 있다고 말로만 주장하는 것이다. 이는 곧 국민의 불신이 생겨나기 때문에 위험한 전략이다. 둘째는 국가가 국민과 조심스럽게 대화하는 것이다. 즉 당신들이 어떤 위험을 참아낼 수 있는가, 어떤 위험을 우선 관리할 것인가, 이런 합의를 도출해내는 것이다.”<sup>34)</sup>

사실 유효한 전략은 사회적 합의에 기초한 위험의 ‘관리’ 밖에 없다는 의미다. 그래서 위험관리에 대한 논의와 합의에 참여하려면 국가뿐만 아니라, 위험사회의 시민 스스로도 성찰적이어야 한다. 우선 전통적인 사회구조에서의 위험에 대한 대처방식을 다시 생각해봐야 한다. 후기현대사회를 살아가는 사람들은 근대와 현대를 지배했던 사고구조와 행위방식을 재성찰해야 한다.

실로 위험사회에서는 새로운 위험을 성공적으로 인식한 사람들이 사회의 주도권을 가지게 될 것이다. 위험을 정확하고 예리하게 인식할 수 있을 때에만 대안을 찾아 조치에 나설 수 있기 때문이다. 위험사회에서는 에너지 소비를 줄여 자원을 절약하고, 사회경제적인 불평등을 없애고, 낡은 거대기술과 결별하고 윤리적 기초에 대한 연구를 수행해야 하며, 환경위험을 줄이고 삶의 기반에 대한 돌이킬 수 없는 파괴를 중지해야 하고, 시장논리에 매몰된 기술진보를 지양하고, 전지구적인 결과를 고려할 수 있어야 한다.<sup>35)</sup>

울리히 벡의 위험사회론은 전통적인 근대국가의 규제메커니즘으로는 위험에 대처하기 어렵다고 본다. 하지만 현대과학기술사회의 위험에 대해 어떤 의미에서 낙관적인 전망을 보여준다. 비판적 성찰을 통해 사회가 직면한 위험의 문제를 올바로 인식한다면, 사회를 변화시켜 나갈 수 있을 것이라 믿기 때문이다. 울리히 벡은 근대화의 왜곡된 효과는 부정함으로써가 아니라, 그러한 합리화를 급진화함으로써 해소할 수 있을 것이라 주장한다.<sup>36)</sup>

34) 울리히 벡과의 인터뷰 (조선일보 2008년 4월 1일자).

35) 아르민 폰스 편, 당신은 어떤 세계에 살고 있는가?, 2003, 45면.

36) 아르민 폰스 편, 당신은 어떤 세계에 살고 있는가?, 2003, 52면; Ulich Beck, 홍성태 역, 위험사회: 새로운 근대성을 향하여, 영역자서문, 1997, 19면.

### 가. 근대 산업사회와 현대 위험사회

근대산업사회의 기축원리는 재화(goods)의 분배이지만, 현대위험사회의 원리는 해악(bads)의 분배다. 산업사회는 사회계급들로 구성되는 반면에 위험사회는 개인화한다. 그리고 재화처럼 위험이라는 해악도 분배되면서 각각 계급지위와 위험지위를 구성한다.<sup>37)</sup>

재화는 명백한 성격을 가지지만, 위험은 실재적이기도 하고 비실재적이기도 하다. 많은 위해와 피해가 실제 나타나기도 하며, 미래에 닥치게 될 예상된 위난이기도 하다.<sup>38)</sup> 사회적 부의 경우는 욕구의 대상이다. 그러나 근대화의 산물인 위험은 많을수록 더 바라지 않게 된다. 회피되거나 부정하거나 재해석하거나 또는 처분해야 할 대상이 된다.<sup>39)</sup>

산업사회에서는 부를 생산하기 위한 논리가 위험창출을 예측하는 논리를 앞섰다. 산업사회 초기단계에서 위험은 잠재적 부수효과로 허용되고 합법화될 수 있었다. 그런데 위험사회에서는 이러한 관계가 역전된다. 즉 위험예측에 따른 안전이 확보되어야 부가 창출될 수 있다. 과학기술의 발전이 생산성의 향상과 이윤창출로 이어지려면 위험의 최소화와 안전보장이 전제되지 않으면 안된다.<sup>40)</sup>

근대사회에서의 위험은 근대자본주의의 발전논리와 단절되거나 맞서지 않는다. 오히려 자본주의의 발전을 새로운 단계로 끌어올릴 수 있었다. 근대화의 위험은 오히려 '거대한 사업거리'인 셈이다. 문명의 위험은 무한히 자가생산되기 때문이다. 근대산업사회가 만들어낸 위험의 경제적 이용과 함께 산업사회는 위험사회의 위험과 정치적 잠재력도 생산한다.<sup>41)</sup>

근대사회에서의 위험이라면 위험을 창출하거나 위험으로부터 이득을 얻는 사

37) Ulrich Beck, 홍성태 역, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 영역사서문, 1997, 21면; 이러한 Beck의 분석에 관한 비판은 노진철, 현대위험사회에서의 위험연구, 한국위기관리논집 제1호, 2005, 41면.

38) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 73-74면.

39) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 63, 74면.

40) 김원제, 한국사회 위험의 특성과 치유, 사회연구 제5호, 2003, 173-174면; 성지은·황만성, 나노공학기술과 위험관리형사정책, 2012 제1장 참조.

41) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 58면.

람에게 피해가 간다. 하지만 환경재해나 방사능은 부자와 빈자를 가리지 않으며, 국경도 무시한다. 위험사회의 위험은 편만성과 평등성의 특징을 가진다. 계급의 장벽도 사람 모두가 마시는 공기 앞에서는 무너지고 만다. 위험분배의 역사에서 위험은 계급에 밀착되어 있었다. 근대적 부는 상층계급에 축적되지만, 위험은 하층계급으로 몰린다. 그런 만큼 위험은 계급사회를 강화하였다. 특히 빈곤은 위험을 더욱 만연시킨다. 반면 상층계급은 위험으로부터의 안전을 구매할 수 있었다. 그러나 위험사회에서의 위험은 위험이 미치는 영역안에서는 평등화 효과를 보여준다. 위험이 새로운 정치력을 갖게 되는 것은 이러한 효과에 근거한다.<sup>42)</sup>

또한 위험은 건강에만 해로운 것이 아니라, 재산과 이윤창출에도 피해를 입힌다. 이렇게 되면 사적 생산에서 발생하는 부수적 효과로서의 위험은 공적 영역에서 감수해야 한다. 그래서 산업화에 따른 이윤과 소유의 확대와 위험의 공적 수용은 체계적인 모순관계에 빠지게 된다. 나아가 위험은 국제적 불균형관계도 초래한다. 산업국가들간, 선진산업국가와 후진산업국가간 국제협정을 통해 위험을 통제할 수 밖에 없다. 그런 점에서 위험사회는 세계적 위험사회이기도 하다.<sup>43)</sup>

#### 나. 위험개념의 사회적 구성

근대사회에서의 위험은 가시적으로 경험되고 인과적으로 입증될 수 있을 때 인정되었다. 그런데 현대과학기술사회에서의 위험은 원자력이나 환경공해에 따른 위험과 같이 일반적으로 가시적이지 아니하고, 인과관계가 뚜렷하지 않기 때문에 그에 대한 과학적 지식과 관련해서만 존재가 확인된다. 새로운 위험의 대다수가 인간의 직접적인 지각능력을 벗어난다. 겉보기에 쉽게 구분되는 경우조차 문제를 객관적으로 결정하기 위해서는 자격있는 전문가 판정이 필요하게 된다. 해당 사실이 위험으로 파악되거나 해석되기 위해서는 과학적 도구가 필요하게 된다.<sup>44)</sup>

42) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 75-77면; 정태석, 위험사회의 사회이론, 문회과학 제35호, 2003, 40면.

43) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 58면.

44) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 63면.

따라서 이러한 위험은 과학지식의 영역에서 재구성될 수 있다. 과장될 수도 있고 축소될 수도 있으며 각색될 수도 있다는 의미다. 또는 사람들의 의식으로부터 제거될 수도 있다. 즉 위험사회의 위험은 전문과학에 의해서만 포착되지만, 그것이 사회적으로 전달되고 인식되는 부분에서는 정책적 재구성의 과정이 개입된다. 그런만큼 위험사회의 위험은 사회적으로 정의되고 구성될 소지가 특히 많다. 위험사회에서는 대중매체를 통해 위험을 정의하고 설명할 책임을 지고 있는 과학전문가와 법전문가가 사회정치적인 핵심지위를 가지게 되는 것이다.<sup>45)</sup>

그런데 과학전문가의 위험을 포착하고 정의내리는 지위는 과학적 합리성으로부터 독점적으로 확보되는 지위가 아니다. 위험의 개념정의에서 과학적 합리성의 독점은 더 이상 유효하지 않다. 과학전문가들 역시 사회적으로 지시된 기대와 가치에 의존한다. 위험의 위해성을 객관적으로 조사할 수 있다는 과학적 합리성은 그 자체 논쟁의 대상일 뿐이다. 위험에 대한 예측이나 안전에 대한 보장은 엄격히 말해서 가능성 진술에 불과하다. 그러니 사실 위험의 전문가란 존재하지 않는다.<sup>46)</sup>

예를 들어 원자력발전소의 안전에 관한 과학적 연구는 발생가능한 사고에 대한 특정한 수량화가능한 위험평가에 제한된다. 위해란 기술적 관리가능성의 차원에서만 다루어질 분이다. 기술적으로 관리될 수 없는 위험은 과학적 위험산정이나 법적 판단의 측면에서는 존재하지 않는다.<sup>47)</sup> 근대적 위험은 과학적으로 합리적으로 산정가능한, 즉 양적인 위험으로서 관리대상이지만, 산정불가능한 위험은 잠재적 위험이거나 알려지지 않는 추상적 위험이다. 문제는 현대과학기술에 의한 위험은 사고발생 가능성이 아무리 작을지라도 단 한번의 사고로 한 사회나 인류가 생존의 위기에 처해지는 재난을 불러올 수 있다는 점이다.

울리히 벡은 현대과학기술 문명의 잠재적 위험에 대한 논의에서 과학적 합리성과 사회적 합리성의 균열과 상호의존에 대해 지적한다.<sup>48)</sup> 즉 위험에 관한 사

---

45) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 57, 136면; 김성은, 위험사회의 정치논리, 한국여성신학 제70호, 2009, 21면

46) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 66-67면; 유문무, 위험사회와 성찰성 그리고 사회적 안전, 한국경호경비학회지 제8호, 2004, 229면

47) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 67면.

회적 논의와 인식이 과학적 논리에 의존하는 것처럼, 현대과학기술의 위험에 대한 과학적 관심은 사실상 사회적 기대와 가치평가에 의존한다. 그러면서도 사회적 논의는 위험을 다루는 과학자들이 전혀 답하지 않는 문제들을 제기하는 반면, 과학기술자들은 사회가 우려하고 있는 문제점을 놓친채 답을 내놓는다.

왜냐하면 과학자들이 위험을 다루는 법에 따르면 연관관계가 불분명하거나 정보가 불충분할 경우 위험은 인정되지 않는다. 과학적으로 위험이 허가된다. 그것이 과학자들이 말하는 ‘허용수준’이다. 허용기준은 그 한계범위에 따라 유독물질의 배출을 허용하고 정당화한다. 여전히 허용될 만한, 감수할 만한 위험은 사회적으로 무해한 것으로 정의된다. 그것이 실제로 얼마나 해로운가와와는 무관하다. 허용수준이란 실제 최악의 상황은 예방할 수도 있지만, 허용될 만한 미량의 해악이 얼마나 위해가 될 수 있는지에 대해서는 알 수 없다. 그래서 과학자들이 제시하는 허용수준이란 일반 피해자들에게는 암묵적인 위험증가의 허용이나 다름없다. 즉 연관관계가 분명치 않다는 것은 위험을 오히려 증가시키는 것으로 인식한다. 가능성이 낮다고 해도 위협적 효과를 지닌 위험을 어떻게 회피할 것인가의 문제가 관건이다. 과학자들처럼 정보가 불충분하거나 불분명하다고 해서 위험을 인정하지 않는다면 필요한 대응책을 취할 수 없으며 그러는 동안 위험은 더욱 커지게 된다.<sup>49)</sup>

#### 다. 위험산정과 위험관리방식의 변화

오늘날의 위험과 위해는 산업화가 낳은 대량산물이며 산업화가 지구적으로 전개되면서 체계적으로 강화된다. 그래서 위험관리는 근대화 자체가 유발하고 이끌고 들어온 위험과 불안을 다루는 체계적 방식으로 정의된다. 근대화의 일부로서 체계적으로 생산된 위험과 위해를 예방하고, 최소화하며, 일정한 방향으로 통제할 수 있을까를 묻는데서 논쟁은 시작된다. 근대화과정을 방해하지 않으며 생태적으로 의학적으로 심리학적으로 사회적으로 참을 수 있는 한계를 초과하지 않도록 위험과 위해를 제한할 수 있을까?<sup>50)</sup>

48) Ulrich Beck, 위험사회:새로운 근대성을 향하여, 1997, 68-69면.

49) Ulrich Beck, 위험사회:새로운 근대성을 향하여, 1997, 117, 120면.

그런데 후기현대사회의 생태적 위험과 첨단과학기술의 위험은 질적으로 새로운 것이다. 위험을 산정하기 위한 근대산업사회의 표준적인 기초들, 즉 사고와 보험, 의료적 예방조치 등은 후기현대 위험사회의 위험에 그대로 적용하기 어렵다. 이제까지 과학과 법률에 의해 확립되어 온 위험의 산정과 관리방식은 효력을 상실해간다. 그런데도 여전히 기존의 표준적인 위험산정기준으로 첨단과학기술의 파괴력을 관리하고 합법화한다. 19세기의 일부지역에 한정된 위험과 20세기말 이후 지구화된 위험의 파멸적 잠재력 사이에 격차가 없는 듯 전제하고 동일한 규범적 방식으로 위험을 관리하고 있는 것이다.<sup>51)</sup>

근대 산업사회와 후기현대 위험사회의 규범적 위험관리방식에 질적 변화가 없는 것은 위험이라는 개념이 발전이라는 개념만큼이나 오래되고 익숙해져 있기 때문일 것이다. 위험산정을 위해 발전해온 사고와 보험, 의료적 예방조치를 통해 위험을 관리할 수 있다는 인식이 여전히 여전하다.

하지만, 예컨대 ‘사고’라는 표현은 후기현대사회 과학기술에서는 분명 의미를 달리한다.<sup>52)</sup> 2011년 일본 후쿠시마 원자력발전소 방사능누출은 ‘원전사고’라고 지칭된다. 하지만 우리가 이제까지 알던 사고도 아닌데다가, 우리가 알지 못했던 사고다. 사고는 발생시점과 장소에 피해자가 특정된다. 하지만 이 ‘사고’는 지리적으로 대규모 확장되고, 시간적으로는 미래세대까지 지속되며, 결국 이제껏 경험하지 못했던 재앙에 이르게 된다. 일본 ‘원전사고’ 결과 일본 동북부지방의 오염뿐만 아니라 유출된 방사능물질은 편서풍을 타고 우리나라와 미국, 중국, 유럽에까지 퍼져나갔고, 바다에 유입된 오염물질의 해양생태계와 이에 관련된 사람들에게 앞으로 수십년간 영향을 미칠 것이다. 이같은 ‘사고’의 위험은 거대한 규모의 재앙적 위난이다.

반면 개별적이고 사소하지만 역시 재앙적인 위난도 있다. 즉 환경오염에 대한 자연과학적 측정은 동일한 오염인자가 사람들의 연령과 성별과 노동유형, 정보와 교육수준에 따라 다른 의미를 가질 수 있다는 점은 알지 못한다. 하나의 생

50) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 53면.

51) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 56면.

52) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 56면.

산물로는 사소해 보이는 것일 지라도 전체 시장의 수준에서 사람들이 형성하는 소비자 라는 수준으로 모이게 되면 크게 중요한 의미가 될 수 있다. 개별 생산물이나 자연현상만을 대상으로 하는 오염분석은 안전이나 위난에 대한 시민들의 질문에 답하지 못한다.<sup>53)</sup>

이러한 사태는 울리히 벡이 예견한 바, 근대 이후 이제까지 과학과 법에 의해 확립되어 온 위험의 산정과 대응방식의 위기를 보여준다. 현대과학기술의 능력이 과대해지면서 그 결과의 계산불가능정도도 높아지게 마련이다. 산업화의 고도위험은 지구화 현상과 결합하여 더욱 만연된다. 한때는 부의 원천으로 평가되던 원자력, 화학공학, 유전자공학 기술은 이제 예측할 수 없는 위험의 원천으로 변형되었다. 전통적으로 과소평가되거나 은폐되던 위험은 그 모습을 갈수록 더 분명히 드러내고 있다.<sup>54)</sup>

한편 위험사회의 위험관리방식은 위험사회의 정치적 잠재력과 깊이 연관된다. 위험사회에서 사회적으로 인식된 위험은 정치적 폭발력을 지니기 때문이다. 2011년 후쿠시마 원전사고 이후 장기적으로 예상되는 위험결과는 일본사회의 정치구조의 변혁을 요구한다.<sup>55)</sup> 2008년 광우병 촛불시위도 위험사회의 정치적 폭발력을 보여주는 사례라 할 수 있다. ‘이제껏 비정치적인 것으로 여겨지던 것이 정치적으로 된다.’<sup>56)</sup> 광우병으로 인한 건강에 대한 위험우려는 정치적 문제제기로 이어졌기 때문이다.

이처럼 위험의 정치적 차원은 인류와 자연을 위협하는 건강문제뿐만 아니라, 시장붕괴, 자본의 평가절하, 새로운 시장의 형성, 막대한 비용, 법적 절차 등에서 정치적 잠재력을 드러낸다. 정치적 파국을 피하고 관리하기 위해서는 권력과 권위의 재조직까지도 필요하다. 그런 의미에서 위험사회는 파국사회다. 파국사회로서의 위험사회에서는 예외상황이 규범적인 것이 될 우려마저 있다.<sup>57)</sup>

따라서 근대화에 뒤이어 현대사회의 진전에 따른 위험과 불안을 다루는 체계

53) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 62면.

54) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 56-57, 101면.

55) 箱田哲也, 동일본 대지진 후의 일본정치사회의 현상과 전망, 한일문화강좌 no.92 (2011.11.18).

56) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 59면.

57) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 59면.

적 방식으로서의 위험관리는 그 자체 위험산정과 관리방식, 합법화방식에 이르기까지 근본적인 성찰이 요구된다.

### 라. 위험의 지구화

근대화 위험의 확장에 따라 사회적 차이와 한계는 상대화된다. 나아가 위험은 지구화 경향을 내포하고 있다. 위험의 효과는 국경선을 넘는다. 모든 것이 위험하게 된다면 이제 위험하지 않은 것은 아무 것도 없게 된다. 위험은 사회적 부메랑 효과로 나타나며 확산된다. 근대화 과정에서는 잠재된 부수효과였던 위험이 그 생산본거지까지도 영향을 미치게 된다. 근대산업화 위험의 연원에서 가해자와 피해자는 점점 차이가 없어진다.<sup>58)</sup>

그리고 산업화결과의 위험은 그 창출에 얼마나 책임을 지고 있는가와 무관하게 장소와 사람을 가리지 아니한다. 이런 식으로 위험의 지구화와 함께 위험의 영향을 받은 자로 이루어진 계급과 아직 영향을 받지 않은 자로 이루어진 계급이 서로 나뉘어질 뿐이다.<sup>59)</sup>

근대화 위험이 무제한적으로 생산됨으로써 지구 전체를 살 수 없는 곳으로 만드는 정책이 파국적인 강도로 진행되고 있다. 과학기술의 위험과 파괴의 초국가성은 더 이상 개별국가의 노력으로 해결될 수 없다. 위험지위는 세계적으로 평등화되지만 새로운 사회적 불평등은 여전하다. 위험지위와 계급지위가 중첩되는 곳에서 국제적 규모로 위험사회로 진행된다. 지구적 위험사회에서의 프롤레타리아트는 제3세계 공업지대에 자리잡게 된다. 유해산업들은 후진국들로 이전된다. 빈곤이라는 가시적 위협과 오염물질 중독이라는 비가시적 위협 사이에서 물질적 궁핍이라는 가시적으로 확인가능한 필요가 앞선다. 빈곤에 맞서기 위해 즉시 인지할 수 없는 위험들로부터의 안전과 보호를 위한 규제책은 무시된다. 그래서 지구적인 위험공동체는 부정과 몰이해로부터 태동하고 있다.<sup>60)</sup> 위험사회가 국민국가의 경계를 넘어 만들어낸 위험공동체는 국민국가의 이기주의와 산업사회의

58) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 78-80면

59) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 82-83면

60) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 85-87, 92면

지배적 정당과 산업과 충돌한다. 공동의 위협은 커지지만 어떤 종류의 정치나 정치제도가 예방적 위협관리를 해낼 수 있을지조차 분명하지 않다. 위협이 정치적으로 어떻게 조정될 수 있는가에 관한 제도화된 정치력의 공백은 행동과 정책 제시의 필요성과 뚜렷한 대조를 이룬다.<sup>61)</sup>

#### 마. 위험사회와 안전

위험사회의 기초이자 원동력인 규범은 안전이다. 근대 계급사회의 불평등한 사회가치체계는 불안한 사회가치체계로 변화한다. 평등의 이상이 사회변화의 실 질적이고 적극적인 목표였다면, 위험사회에서는 소극적이고 방어적인 예방이 목표다. 근대계급사회의 동력이 재화에 대한 필요였다면, 위험사회에서는 불안의 공동성이다. 위험사회는 이런 점에서 불안에서 비롯된 유대가 생겨나고 정치적 힘으로 조직 될 수 있다. 그러나 불안이 창출하는 위험공동체 안에서 어떠한 행동과 판단이 합의될 수 있을지는 불분명하다. 불안이 어떤 형태의 정치적 행동으로 조직될 수 있을지도 마찬가지로 불분명하다. 전통적으로 불안은 합리적 행동의 토대가 아니었다. 오히려 불안은 사람들을 극단과 광신으로 내몰았다.<sup>62)</sup> 위험사회에서의 위협과 불안은 새로운 사회적 연대의 바탕이 되고, 안전의 정치를 파국을 막는 생명의 정치로 전화할 수 있을 때 비로소 위험사회론의 전망을 바람직하게 반영하는 길이 될 것이다.

또한 위험사회에서 위협에 대한 불안은 위협의 가능성에 대한 불안이다. 위협의 가능성은 가능성일뿐만 아니라 유보된 사실이기도 하다. 풍요사회에서 사는 현대인들은 여전히 두려워하고 위협받고 있다고 느끼며, 미래의 되돌릴 수 없는 파멸을 피하려 한다. 그러나 볼 수 없는 위협이 볼 수 있는 위해로 변해간다. 예상된 위협은 구체적 위협으로 변형된다. 근대사회에서처럼 생산증가와 재분배, 사회보장의 확장으로 안전의 문제가 해결될 수 없다. 안전은 근본적인 재사고와 재계획을 요구한다.<sup>63)</sup>

61) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 95-96면.

62) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 97-98면; 정태석, 위험사회의 사회이론, 문 회과학 제35호, 2003, 42면.

## 바. 위험의 인과적 연관과 법정책의 합리성

위험의 인과증명에서 근대 과학과 법정책이 견지하는 합리성은 위험사회의 위험을 설명하고 대응하는데 적합하지 않다. 근대산업사회에서 위험을 인정하거나 기각하는 통로는 오염자부담원칙이다. 한 명의 오염자가 아닌 다수의 오염자가 있고 이것들이 질병과 상호연결될 때 엄격한 인과증명은 오염과 질병의 연관을 최소한으로만 인정한다. 수준높은 인과증명의 기법을 통해 인과관계입증능력이 부족한 초기단계에서부터 위험에 대한 저항을 막아버린다. 이런 방식으로 산업의 비용을 줄여주고 정치인들의 부담도 덜어주는 것처럼 보이지만, 위험사회에서 모든 사람의 생명을 위험에 처하게 할 수도 있다. 동일한 사고가 부를 생산하는 준거틀을 통해서 나타나는가, 위험생산의 준거틀을 통해 나타나는가에 따라 근대의 합리성이 현대의 비합리성으로 변화한다.<sup>64)</sup>

따라서 현대 위험사회에서 인과증명의 타당성에 적용할 다른 기준이 필요하다. 엄격한 인과증명의 불가능성을 피해자들의 희생에 떠넘기지 않는 법정책적 결단이 필요하다. 일본의 공해사건 판결에서 법관들은 오염수준과 특정질병 사이에 통계적 상호관계가 성립할 수 있다면 인과연관을 인정하였다. 그에 따라 오염물질을 배출하는 공장들이 법적 책임을 지도록 하고 상응하는 피해보상을 명할 수 있게 되었다.<sup>65)</sup>

과학자들이 정한 '허용수준'이 법제도화하면, 법령의 목적은 위험의 예방이 아니라 허용의 정도를 정하는 것이 된다. 허용되는 위험이 있다면 허용가능한 수준을 법으로 정할 필요가 있기 때문이다. 그런데 법에 규정된 허용된 위험정도보다 이에 규정되지 아니한 것이 더 중요하게 된다. 법이 포괄하고 있지 않은 것은 위험하지 않은 것으로 간주되어 제약없이 허용될 수 있기 때문이다. 법령이 침묵하고 있는 부분이 시민에게는 가장 위험한 것이 된다. 현상이 충분히 명확하게 포착되지 않거나 너무나 복잡하기 때문에 개념질서에 들어맞지 않는 것, 개념적 구분선을 가로지르는 것들은 법령에 의해 포괄되고 언급되지 않으므로써

63) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 102, 106면

64) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 118면

65) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 119면

위험의 의심에서 벗어난다. 이러한 기술관료적 오류에 기초한 위험관리법제는 의심스러울때는 위험을 보호하는 역설에 빠지게 된다.<sup>66)</sup>

개별적인 위험의 허용치가 어떻게 결정될 수 있는지에 대해서도 역시 침묵의 공백으로 남겨진다. 인간과 자연은 여러 가지 위험원에 대한 내성을 가지고 있지만, 인간과 자연은 모든 종류의 위험물질을 총체적으로 경험한다. 그렇기 때문에 위험의 허용치를 결정할 때는 이러한 총합을 고려해야 한다. 그런데 허용치를 결정하는 과학자와 관료는 특정 위험물질 하나만을 전제하고 허용치를 가늠한다. 여러 위험물질들의 총합이 서로 상승적으로 작용하여 어떤 효과를 미칠지에 대해서는 알지 못한다. 그렇다면 개별적인 위험인자에 대한 허용치를 설정한다는 것은 속임수나 다름없다고 말해야 할 지경이다. 결국 고도로 전문화된 공식적 위험관리체계는 생산성의 발전에는 적합할지 몰라도 정작 산업발전에 따른 위험에 직면하면 쓸모가 없어진다는 의미다. 사람들이 현대과학기술문명에서 누리는 위험지위는 개별적인 위험인자가 아니라 전체 위험인자의 총합에 의해 주어진 것이다. 과학적인 허용치의 합리성의 보호막은 더 이상 신뢰받지 못한다.<sup>67)</sup>

또한 과학적 판정의 불확실성이 커짐에 따라서 의심스러운 위험의 회색지대도 커지게 마련이다. 인과관계를 최종적이며 명확하게 결정할 수 없다면 과학에 의해 특정된 위험만을 믿어야 할 이유가 없게 된다. 위험이 과학적으로 인정되지 않는 한 적어도 법적으로 사회적으로 존재하지 않는 위험으로 간주되어 예방되거나 처리되거나 보상되지 않는다면 모든 위험의 연관이 혼란에 빠진다.<sup>68)</sup>

따라서 전문화된 과학기술관료적 체계는 실질적으로 위험에 대처하지 못한다. 위험에 대처하기 위해서는 주의깊게 확립되고 발전한 영역들간의 협력이 무엇보다 필요하다. 이론과 실천의 구분을 가로질러, 가치와 사실, 윤리와 과학의 구분도 가로질러, 나아가 정치영역과 과학과 경제를 가로지르는 협동이 필요하다는 것이다. 따라서 체계이론과 조직의 기본문제는 부분체계와 기능 영역의 탈구분

66) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 121-122면

67) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 123-125면

68) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 131면

화, 전문가들의 재-결합, 위험축소를 위한 작업의 통일이 된다.<sup>69)</sup> 위험관리의 법정책 또한 이처럼 경계를 ‘가로지르는’ 협력의 관점이 필요하다.

#### 사. 위험사회의 정치

울리히 벡은 위험사회의 정치가 근대권력의 구조변화 내지 재분배를 가져올 잠재력이 있다고 보면서, 한편으로 위험사회는 희생양사회, 파국적 사회에로의 내재적 경향도 있다는 점을 지적한다.

계급사회와 위험사회의 불평등은 서로 겹치며 서로를 조건지운다. 위험사회의 불평등은 계급사회의 불평등을 강화할 수 있다. 계급사회는 계급간의 모든 격차를 가로질러 물질적 필요를 가시적으로 만족시키는 일이 주요관심사인 사회다. 가시적이고 확실한 부와 인식불가능한 위험사이에서 당장의 필요에 따라 위험에 대한 관심은 뒤로 물러난다. 이런 문화적 정치적 토양에서 위험은 번성한다. 필요의 구체성은 위험의 인식을 억제한다. 인식이 억제된다고 그 효과가 억제되는 것은 아니다. 오히려 부인된 위험은 더 빨리 번성한다. 첨단과학기술과 산업의 발전으로 특징지워지는 생산의 논리는 위험사회를 태동시키는 동력이다.<sup>70)</sup>

부유한 선진산업국가나 제3세계 후진국가의 경제성장과 경제회복은 도전받지 않는 제일 우선순위다. 오염물질 배출규제를 완화하거나 집행을 느슨하게 하기 위해, 식료품에 함유된 유독물질에 대한 조사를 막기위해 실업의 위험이 강조된다. 위험을 지적하는 사람들은 부질없는 걱정이 많은 사람으로, 위험을 조장해 내는 사람이라는 비난을 받게 된다. 지적하려는 위험은 증명되지 않은 것으로 간주되거나, 과장된 것이 된다. 현실상황이 어떠하며 취해야 할 적합한 조치는 어떠한가를 분명히 알 수 있으려면 더많은 연구가 필요하다고 유보한다.<sup>71)</sup>

위험의 범위와 정도, 그 긴급성에 대한 규정과 정의를 둘러싸고 전개되는 긴장과 갈등은 후기현대사회 모든 영역에 걸쳐있다. 이는 후기현대 산업사회의 이중성에서 비롯된다. 즉 위험사회가 발전함에 따라 새로운 위험으로 인한 피해자

69) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 129면.

70) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 90-91면.

71) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 91-92면.

와 위험이라는 시장기회로부터 이윤을 얻는자들간에 갈등이 발전한다. 위험에 관련된 과학적 지식을 구성하고 확산시키는 과학연구자와 대중매체의 권력은 그만큼 확장된다. 위험의 정의를 생산하는 자와 그것을 소비하는 자 사이에 새로운 갈등대립구조가 생겨난다. 한 사회에서 수용가능한 위험의 수준을 어떻게 정하는가에 따라 피해자로 고통받는 사람의 수와 범위가 달라진다. 위험의 원인을 무엇으로 규정하는가에 따라 특정 기업이 비난받게 된다. 위험과 피해의 책임을 체계가 아니라 개인에게 지움으로써 압력을 줄이려는 정치적 시도도 있게 된다.<sup>72)</sup>

반면 계급사회에서의 정치적 주체에 상응하는 위험사회의 정치적 주체는 ‘모든 사람들뿐’<sup>73)</sup>이다. 대규모의 위난에 의해 희생자가 되는 모든 사람들이다. 모든 사람의 책임이 되면 누구의 책임도 아니게 된다. 모든 사람을 정치적으로 조직할 수는 없다.

그런 한편으로 과학자들에게는 잠재적인 부수효과나 입증되지 않은 연관관계에 지나지 않는 고려되지 않는 위험은 오염된 공기로 기침하는 자녀들의 얼굴과 목소리와 눈물로 부모들에게 나타난다. 부모에게 위험은 추상적 개념이 아니라 아파하고 신음하는 자녀들이다. 모든 사람이 각자 작은 책임만을 저마다 지고있을 뿐인 고도로 전문화된 시스템하에서 아무도 책임을 지지 않는 근대화의 위험은 부모들의 인지속에서는 형태를 드러낸다. 부모들은 과학자들이 허용치로 간주한 측정값이 문제를 계산상으로 소거해 버리기 때문에 허용범위를 벗어나지 않을 뿐이라는 것을 사실적으로 입증한다. 실제 피해를 입은 그들의 자녀들은 평균값 때문에 병드는 것이 아님을 알기 때문이다.<sup>74)</sup> 모든 사람이 위험 앞에 노출된 위험사회에서 추상화된 위험개념과 위험지위는 현실적인 삶을 대면하는 시민 개인에게서 구체적으로 성찰되며 대안이 창출될 수 있다. 위험사회의 정치적 힘은 여기에 있다.

반면 위험사회의 정치적 위험은 위험사회가 ‘희생양사회’가 될 내재적 경향을

72) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 93면.

73) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 96면.

74) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 115-116면.

지닌다는 점이다.<sup>75)</sup> 위협으로부터 야기된 불안과 두려움은 극복을 위한 상징적 장소와 인물과 대상을 찾으려 한다. 그렇게 되면 위협 자체가 아니라 위협을 지적하는 사람들 자체가 불안을 유발한다는 식으로 해석될 수 있다. 위협을 ‘다른 식으로 해석하는 것’은 위협이 결국 지식과 규범속에서 변형될 수 있다는 점에서 언제나 가능하다. 더 나아가서는 위협의 비가시성에 따른 사람들의 막연한 불안감과 무력감이 사회적으로 배제된 집단들을 가시적인 위협집단으로 지목하기도 한다. 일종의 알 수 없는 위협의 희생양으로서 불안과 두려움을 씻어내는 대상으로 삼는 난폭한 정치적 경향을 불러올 수도 있다.

울리히 벡의 ‘희생양 사회’에 대한 우려는 익숙한 역사적 경험으로부터 충분히 공감된다. 관동대지진 시기의 재일조선인들처럼 재난난때마다 사회적인 약자, 소수집단들에서 희생양을 찾았다. 불확실하고 비가시적인 위협에 대한 두려움은 현대사회에서도 이주노동자, 성적 소수자와 같은 희생양을 찾아내기 마련이다.

또한 위협의식과 갈등이 낳는 정치적 동력은 위협의 승인, 그리고 그에 따른 사회적 경제적 정치적 부수효과와 관련된다. 즉 시장붕괴, 자본의 가치저하, 은밀히 진행되는 공적수용, 새로운 책임성, 시장변화, 정치압력, 보상요구의 승인, 법적 절차 등의 위협효과가 실제 사람의 생명과 건강에 미치는 영향보다 결정적으로 작용한다.<sup>76)</sup> 그래서 근대화과정에서 위험원인을 제거하는 것은 정치의 몫이 된다. 생산물계획, 생산과정, 폐기물 처리와 같은 산업관리영역에 속하는 문제들이 이제는 정치적, 정책적 문제가 된다. 그러면서 위협이 증대될 수록 긴급사태에 대한 정부의 개입주의적 정책이 확대되고, 위험상황에서 정부의 개입가능성과 권력 역시 확대된다. 위협이 정상상태가 되는 곳에서 위험관리를 위한 예외적 정책개입은 영구적 제도로 정착된다. 위협의 영향속에서 중앙집권적 권위, 관료적 통제와 같은 근대화과정의 세부적 제도들이 재정의되고, 권력이 재분배되는 계기가 마련된다.<sup>77)</sup>

따라서 위험사회는 정치권력의 재분배와 긴급사태의 일상사태화를 가능케 하

75) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 136-137면

76) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 139-140면

77) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 141-142면

면서, 민주주의에 대해 완전히 새로운 유형의 도전을 제기한다. 이러한 도전은 위험사회에 내재된 ‘위해방지의 정당한 전체주의’<sup>78)</sup> 경향을 의미한다. 민주주의적 정치체계가 체계적으로 생산된 위험에 직면하여 무력하게 되거나, 권위주의적이고 억압적인 버팀목을 세운다는 구실로 민주주의의 근본원리가 유보되어야 하는 불쾌한 난관에 처하게 된다. 이러한 난관을 돌파하여 위험사회의 분명한 미래를 살아가면서 민주주의적 사고와 행동이 달성해야 하는 것이 필수적 임무가 된다.<sup>79)</sup>

#### 아. 위험사회와 민주주의 정치

울리히 벡은 근대산업화 과정에서 민주적 자기결정의 기회가 제도적으로 제거되었다고 본다. 처음부터 기술혁신은 민주적 감시와 통제가 배제되어 있었으며, 과학기술은 결과에 대한 책임에서 면제되었다. 따라서 현대사회의 의사결정의 기초를 공개적으로 접근할 수 있도록 만드는 것, 즉 ‘기술발전의 민주화’가 필요하다.<sup>80)</sup>

기술발전의 적합성을 의회가 심사하고, 학제적인 전문가 집단들이 계획을 조사평가하고 승인하며, 그 전체과정에서 기술계획과 연구정책의 의사결정과정에서 시민사회가 참여하는 민주적 정치체계의 확장이 필요하다. 민주화를 통해 달성해야 하는 목표는 연구과 투자결정이 행해지고 난 이후에야 이루어지는 공적 정치토론의 관행을 개선하는 것이다. 이를 위해서는 과학기술의 실행과 실행결과에 관한 근본결정이 내려지기 전에 사회전반의 논의가 선행되어야 한다.<sup>81)</sup>

또한 과학기술위험을 다루기 위해서는 빈곤위험을 사회적, 정치적으로 다루었던 경험으로부터도 배울 수 있다. 빈곤위험과 기술위험은 역사적 발전단계는 다르지만, 근대산업화과정의 부수적 효과라는 점에서는 동일하다. 근대산업화가

78) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 143면

79) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 142면

80) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 350면; 김원제, 한국사회 위험의 특성과 치유, 사회연구 제5호, 2003, 181-182면

81) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 351면

결과한 빈곤위험과 기술위험은 유사한 정치적 궤적을 따라간다. 빈곤위험의 정치적 궤적을 보면 가혹한 부인, 인식과 승인을 위한 투쟁, 복지국가확장이 정치적 법적 결과로 이어진다. 따라서 지구적 위험상황에 처하여 부인이 아니라, 정치적 행동과 민주적 권리의 확장기회로 전환될 수 있다. 이러한 발전은 ‘복지국가의 생태적 변형’<sup>82)</sup>을 상정한다. 적절한 법적 규제와 정치제도가 복지정책과 안전정책의 법과 제도유형을 따라 만들어질 것이다. 자연파괴에 효과적으로 대처하기 위하여 담당기관들이 설립되어야 할 것이며, 적합한 관할권을 보유해야 한다. 환경오염에서 오는 건강손상에 대한 보험체계도 구축될 수 있을 것이다. 이를 위해 피해자에게 인과증명의 어려운 부담을 지우지 않도록 법적 기초의 변환도 필요할 것이다. 한편으로 전통적 사회생활과 협동적 노동이 자동화를 통해 위협받는 곳에서 민주정치적 확장으로 전환될 수 있는 정치에 대한 기대가 체계적으로 생산되었던 것처럼, 생태적으로 정향된 민주정치적 행동영역을 확장할 수도 있다. 위험의 불균등한 분배로 인해 생태지향적인 정책을 추구할 기회가 되는 것이다. 그런데 생태지향적 국가개입주의는 과학적 권위주의와 과도한 관료주의 때문에 역시 위태로워질 수 있다. 이는 정치체계와 그 핵심기관이 모든 통제수단을 조정해야만 한다는 가정, 그리고 이에 역행하는 모든 것을 정치와 민주주의의 실패로 인식하고 평가하는 오류 때문이다.<sup>83)</sup>

그래서 울리히 벡은 독일의 정치문화발전을 예로 들면서 집중화된 지도와 진보의 허구를 탈피하여 직접적 자문과 공동통제의 새로운 형태를 탐색할 수 있다고 본다. 완전히 분화된 사회의 발전된 민주주의의 조건아래서 생겨난 주류정치, 이차정치, 하위정치와 대안정치가 폭넓게 존재하게 된다. 이와같은 새로운 정치과정으로의 변화는 성찰적 근대화로 특징지워진다. 성찰적 근대화는 위험과 불확실성의 심화상황에서 점점 더 높은 우선성을 갖게 되며, 하위체계의 자기조정 의 새로운 형태들과 탈집중화된 행동단위들을 전제한다.<sup>84)</sup> 따라서 울리히 벡은 하위정치가 영향력을 행사할 수 있는 가능성을 확장하고 법적으로 보호함으로써

82) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 352면

83) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 351-353면; 이러한 Beck의 분석에 관한 비판은 노진철, 현대위험사회에서의 위험연구, 한국위기관리논집 제1호, 2005, 41면.

84) Ulrich Beck, 위험사회새로운 근대성을 향하여, 1997, 354-355면.

과학기술의 자유를 보장하면서도 위험을 관리할 수 있다고 본다. 즉 모든 독점 소유자가 틀어쥐고 있는 자기통제의 가능성을 자기비판의 기회로 보완해야 한다. 반대평가, 대안적 직무실천, 조직과 직업내부의 토론이 제도적으로 보호되어야 한다는 것이다. 핵물리학자들이 핵물리학에 반대하고, 유전공학자들이 유전 공학에 반대하고, 정보기술자들이 정보기술에 반대할 때에만, 즉 자기비판이 가능할 때에만, 장래 우리 세계를 파괴할지도 모르는 위험에 대처할 수 있는 길이 열릴 것이다. 자기비판의 제도화는 공공의 이익을 위해 보호되어야 한다. 많은 영역에서 기술없이 위험도, 위험을 방지하고 대처할 수 있는 방법도 인식할 수 없기 때문이다.<sup>85)</sup>

“위험사회가 고통받는 인류에게 가져다 준 불확실성의 다른 측면은 산업사회의 한계, 운명론에 맞서서 근대성이 약속한 평등, 자유, 자기표현을 찾아내고 증대시킬 수 있는 기회다.”<sup>86)</sup>

## 2. 위험사회이론의 특징과 형사정책적 해석

올리히 벡의 위험사회를 둘러싼 논의는 현대사회의 존재론적 의문에 근거하고 있다. 우리가 계속해서 과학기술과 산업발전을 추구해야 할 것인가? 진보와 성장, 과학적 합리성이라는 개념이 여전히 올바르고 유효한가? 장래 인류와 사회의 발전 방향을 둘러싸고 문명차원에서 던지는 물음이다<sup>87)</sup>.

현대의 위험은 더이상 무릅쓸 수 있는 위험이 아니기 때문에, 경제적 부를 희생할지라도 위험을 사전에 철저히 봉쇄하는 것, 이것이 위험사회에서 인류가 취할 수 있는 유일한 발전경로다. 현대 과학기술은 문제의 근원이자 해결책이라는 이중성을 갖고 있다. 그러므로 중요한 과제는 전문가집단과 기업이 지식을 독점

85) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 357-358면.

86) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 355면.

87) 올리히 벡의 위험사회론과 한국사회의 위험사회론에 대한 논의는 박미숙, 현대위험사회와 법치국가 형법, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 한국형사정책연구원, 2012, 제2장 제2절 참조.

적으로 은밀하게 생산활용하는 것이 아니라 그 전과정에 시민대중이 비판적으로 개입할 수 있도록 하는 것이다. 결국 성찰적 근대화란 현대과학기술의 가능성과 함께 그 한계도 인식함으로써 과학에 대한 사회적 제어력을 높이는 과정이다. 성찰적 근대화의 과정은 다양한 부문에서 다양한 대항담론과 대항지식의 형성을 추구한다. 정치와 전문지식은 단단히 결합되어 있으므로 전문지식의 연옥을 통과하지 않고서는 기존의 전문지식에 맞설만한 정치적 영향력을 행사할 수 없다.<sup>88)</sup>

위험사회의 개념은 후기현대사회 또는 현대과학기술사회의 특징적 측면을 표현한 것이다. 위험사회 개념에 근거한 해석모델은 일차적으로 위험과 주관적 불확실성에 대응하는 형법논의를 이해하는 열쇠로서 유용성이 있다.<sup>89)</sup> 현대과학기술사회의 위험에 대한 통제나 관리는 형사사법만으로는 가능하지 않을 것이다. 하지만 형사정책의 영역이 국가와 사회의 위험관리체계에서 전적으로 배제될 것도 아니다. 위험을 감수하고 관리하는 방향으로 사회가 재편성되면서, 형사사법제도와 형사정책도 변화를 인식하고 위험관리의 형사정책을 구성해야 한다.

이러한 위험관리 형사정책의 재구성에서 고려해야 점은 울리히 벡이 분석한 위험사회의 특성들이다.

첫째, 위험사회의 위험개념과 인식은 사회적으로 재구성된다.<sup>90)</sup> 위험관리의 전제가 되는 위험개념의 정의와 구성은 과학전문가와 법전문가의 책임이 된다. 과학적으로 예측되고 규정된 위험은 규범적 관점에서 최종구성되어야 한다.

여기서 유의해야 할 점은 위험이 피해에 이르는 경로는 복잡하기도 하거니와 변화가 심하여 예측도 어렵다는 점이다. 그러므로 근대적 관점에서는 실질적 객관적으로 시간적 공간적으로 분리되어 있는 위험요소들이 인과관계가 아닌 인간의 지각능력을 벗어난 우연적인 결합에 의해 사회적 법적 책임의 맥락을 형성하게 된다.<sup>91)</sup>

비가시적이고 전제된 인과성에 기한 책임의 인정문제는 전통적인 형사책임론

88) Ulrich Beck, 홍성태 역, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 역자서문, 1997, 8-9면

89) K. Seelmann, 위험형법, 형사정책연구 제33호, 1998, 238면

90) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 57면

91) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 65면

으로는 근거짓기 어렵다. 그러므로 규범적 관점에서 위험을 재구성하는 정책적 판단과정은 시민이 참여하는 논의마당을 통해 이루어져야 한다. 위험관리 형사정책의 근본은 시민참여에 있다.

둘째, (형)법을 통한 합법적으로 허용된 위험과 불법적으로 금지된 위험의 기준을 정하는 일은 법정보다 법정되지 아니한 것이 더 중요한 사회적 의미를 갖게 되는 딜레마에서 빠져나오기 어렵다. 형법이 불법적 위험으로 선언하지 않은 것은 합법적 위험이 되어 사회적으로 수용될 것이기 때문이다. 그러나 형법이 침묵할 수 밖에 없는 영역은 불가피하다. 현대과학기술의 위험개념과 현상이 너무나 복잡하기 때문에 형법적 개념질서에 모두 포섭할 수가 없다. 그래서 기술관료적 위험관리법제는 의심스러울때는 위험을 보호하는 역설, 그럼으로써 시민에게 가장 위험한 영역에 길을 터주는 역설을 피하기 어렵다.

셋째, 위험사회에서 위험정의의 생산은 정치적이다. 위험과 피해의 책임을 체계가 아니라 개인에게 지우려는 정치<sup>92)</sup>에서 형법은 정치적 도구로서 기능할 수 있다. 위험과 피해책임의 합리적 배분인지, 일방적 전가인지의 여부는 형사정책의 문제가 된다. 위험의 일방적 개인적 전가는 위험의 책임을 은폐하고 해결의 전망을 막는다.

넷째, 위험은 미래의 예상되는 위난이다. 위험사회에서 과거는 현재에 대한 규정력을 상실한다. 존재하지 않고 사회적으로 구성된 미래의 무엇이 현재의 행동의 원인으로 등장한다. 미래의 문제와 위기를 예방하기 위해 오늘 행동하게 된다. 예상되는 변수들의 중요성은 위험의 예측불가능성과 위험정도에 정비례한다.<sup>93)</sup> 전통적으로 형사법과 형사정책은 과거에 의해 규정되면서, 미래의 범죄와 위험예방을 지향하는 위치에 놓여있다. 위험사회에서 위험관리를 위한 형사정책의 기준점은 점차 과거에서 미래로 옮겨가게 된다.

다섯째, 위험사회에서도 중심적 위험은 여전히 계급적이다. 즉 위험분배는 여전히 계급적이다. 위험지위와 계급지위는 중첩된다. 그래서 여전히 위험은 빈자와 약자에로 몰린다. 방산능과 유독물질에 노출된 위험은 여전히 특정직업에 불

92) Ulrich Beck, 위험사회:새로운 근대성을 향하여, 1997, 93면.

93) Ulrich Beck, 위험사회:새로운 근대성을 향하여, 1997, 74면.

평등하게 분배된다.<sup>94)</sup> 위험사회에서 위험의 정치적 힘은 바로 근대산업화 이래 전통적인 위험을 비롯한 새롭게 창출되는 위험으로부터 안전을 확보하기 위한 사회적 논의와 노력에서 약자와 빈자에 대한 관심을 새롭게 촉구하는 것이어야 한다.

여섯째, 위험사회는 세계적 위험사회다.<sup>95)</sup> 위험은 개별국가단위의 사법질서를 넘어선다. 위험사회 형사정책은 국제법적 차원으로 시야를 넓힐 것이 요청된다.

일곱째, 위험사회는 파국사회다.<sup>96)</sup> 파국사회로서의 위험사회에서는 예외상황이 규범적인 것이 될 수 있다. 위험방지의 명문앞에 민주주의의 근본원리가 유보되어야 하는 난관을 막기 위해 위험사회에서의 민주주의적 사고와 실천의 고수는 새로운 정치적 과제가 된다. 특히 형사법과 형사정책에서 예외가 정상이 되는 상황이라면 법치국가형법의 위기가 아닐 수 없다. 위험관리 전체주의를 등장케 하는 수단으로 기능할 수 있다는 점 또한 민주주의, 법치국가 형법이 각별히 경계해야 할 바다.

여덟째, 울리히 벡은 위험사회의 정치는 하위정치의 다양한 영역들에서 전체적인, 사법적인 조건을 설정하고 규제의 일반적인 적용가능성을 점검하고 동의를 구하는 역할을 맡을 수 있다고 본다.<sup>97)</sup> 따라서 형법의 역할도 과학기술의 자율영역을 보장하는 가운데 동의될 수 있고 적용가능한 규제일반의 수준에서 설정되어야 할 것이다.

---

94) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 75면.

95) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 58면.

96) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 59면.

97) Ulrich Beck, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 1997, 359면.

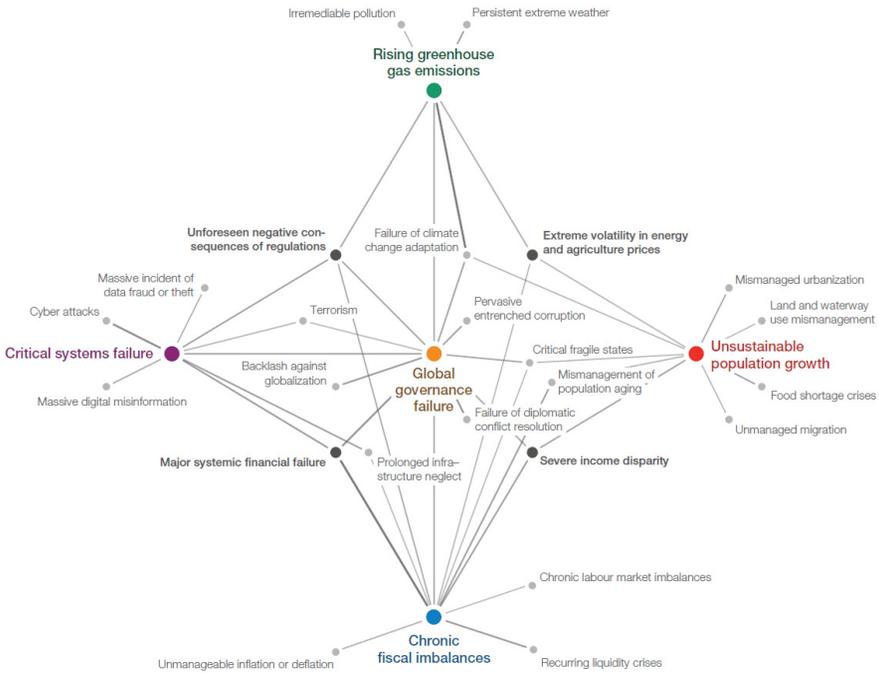
### 제3절 위험사회의 실제

#### 1. 위험사회의 세계적 현실

세계경제포럼(World Economic Forum), 일명 다보스포럼의 위험대응네트워크(Risk Response Network)가 발표한 2012년도 전지구적 위험에 대한 조사보고서<sup>98)</sup>에 따르면, 세계적 위험지형(global risk landscape)에 나타난 위험목록은 광범하다. 물공급위기, 만성재정적자, 식량부족위기, 금융체계의 실패, 에너지지원과 농산물가격의 급변동, 심각한 소득격차, 온실가스배출증가, 테러, 국제정치 거버넌스의 실패, 대량살상무기의 확산, 유동성위기의 지속, 기후변화적응실패, 항생제내성 박테리아의 출현, 토지와 수로관리부실, 부패의 만연, 사이버공격, 극심한 기상이변, 유행병에 대한 취약성, 회복불가능한 공해피해, 인플레이션, 통제를 벗어난 이민, 도시화대처의 실패, 디지털오류정보의 범람, 정보사기의 대량발생, 광물자원부족, 만성적인 노동시장위기, 노령화대처실패, 종교적 광신집단의 증가, 세계화에 대한 반동, 전염질병의 증가, 조직범죄의 증가, 생명과학발전의 부작용, 자기장폭풍에 대한 취약성, 암거래시장의 확산, 마약대책의 실패, 나노공학의 부작용, 우주공간의 군사이용, 지적재산권관리체계의 실패 등이 우리가 사는 세계에 만연한 위험의 다양한 모습이다.

현대사회에서 다양한 위험의 모습은 서로 연결된 상호연관성을 특징으로 한다. 2012년 세계경제포럼의 조사결과에 따라 위험현상들이 서로 연관된 지도를 그려보면 다음과 같다.

98) 세계경제포럼이 경제, 환경, 국제정치, 사회, 과학기술 다섯 개 분야에 걸친 전지구적 위험들에 대해 전세계 기업과 정부, 학계와 시민사회의 전문가 469명을 대상으로 세계가 처한 위험들의 향후 10년간 잠재적 영향효과와 실현가능성에 대해 조사한 결과에 따르면, 실현가능성이 높은 위험은 극심한 소득격차, 만성적 재정적자, 온실가스배출증가, 사이버공격, 물자원공급부족이다. 잠재적 영향효과가 클 위험은 금융체계의 실패, 물자원공급부족, 식량공급위기, 만성적 재정적자, 에너지지원 및 농산물가격 급변동이다(World Economic Forum, Global Risks 2012, 7th.ed. 2012).



**그림 1** 세계적 위험지도 (Global Risks Map 2012)<sup>99)</sup>

이처럼 지정학적 위험과 경제적 위험, 사회적 위험과 환경적 위험, 그리고 과학기술적 위험이 서로 연관되어 있다. 즉 지속불가능한 인구증가와 온실가스배출증가는 핵심사회기반시스템의 실패와 만성적 정부재정불균형과 이어지고, 국제정치의 거버넌스 부재의 위험으로 복합된다.

(1) 경제적 위험

경제적 위험으로서의 만성적 재정적지는 정부가 과도한 채무문제 해결에 실패하는 경우다. 만성적인 노동시장불균형은 구조적인 원인으로 높은 실업율이 지속되는 경우다. 특히 청년세대들중에서 교육훈련격차로 인한 실업율이 높은 경우 위험의 정도는 더 높다. 에너지자원과 농산물가격의 급변동은 핵심자원가격

99) World Economic Forum, Global Risks 2012, 2012, 6면.

의 심각한 변동으로 인해 경제성장이 둔화되고 사회적 불만이 증폭되면서 국제 정치의 긴장도 높아지는 경우다. 신흥경제국가의 경착륙은 주요신흥성장국가들의 급격한 성장둔화를 의미한다. 주요금융체계의 실패는 주요 금융기관이나 화폐관리체계의 실패로 인해 국제금융체계 전반에 걸쳐 위기가 초래되는 경우다. 고질적인 사회간접시설 부족은 사회간접시설기반을 확보하고 개선하는데 충분한 투자를 못하는 상태가 지속되는 경우다. 유동성위기의 반복은 은행과 자본시장의 금융자원이 부족한 상태를 의미한다. 심각한 소득격차는 부유층과 빈곤층간의 격차가 점점 커지는 현상을 의미한다. 규제의 부작용이란 의도된 규제효과를 실현하지 못하고 예상치 못한 부작용으로 인해 산업구조와 자본의 흐름과 시장 경쟁력을 오히려 악화시키는 경우다. 통제불가한 인플레이션 또는 디플레이션은 상품가격 및 임금에 비해 화폐가치의 급격한 변화를 통제하는데 실패한 경우다.

2012년 세계경제포럼의 조사에 따르면 만성적 재정불균형과 심각한 소득격차가 향후 가장 현실화될 가능성이 높은 위험이며, 그 파급효과 역시 에너지자원과 농산물가격의 급변동, 주요금융체계의 실패와 함께 가장 크다.<sup>100)</sup>

## (2) 환경적 위험

환경적 위험으로서의 기후변화적응실패는 정부와 기업이 기후변화로 영향받는 국민들과 기업을 보호할 효과적인 수단을 마련하고 집행하지 못하는 경우다. 회복불가능한 공해피해는 공기와 물과 토지가 영구히 오염되어 생태계, 사회적 안정과 보건, 경제발전까지 위협하는 경우다. 토지와 수로이용관리의 실패는 삼림의 황폐화, 물길의 변경, 광물 채굴 등 환경변경 사업으로 인해 생태계와 관련산업에 파괴적 결과를 가져오는 것을 의미한다. 도시화관리의 실패는 도시계획의 부재, 도시의 무분별한 확대로 인한 환경파괴, 이농현상에 대한 미흡한 대처를 의미한다. 극단적 기후의 지속은 도시집중화와 극단적 기후상태의 빈도증가와 연관된 피해확대를 의미한다. 온실가스배출증가는 정부와 기업과 소비자 모두 온실가스배출 감축에 실패한 경우다. 전례없는 지리적 파괴는 지진이나 화산활동

100) World Economic Forum, Global Risks 2012, 2012, 36면.

등과 같은 재난이 전례없는 강도와 예측불가능한 빈도로 발생하는 경우다. 자기장 폭풍에 대한 취약은 태양흑점변동으로 인한 중요통신 및 항행시스템의 고장을 의미한다.

환경적 위험은 현실화될 경우 경제와 사회적 불안을 동시에 가져오며, 지정학적 갈등을 촉발한다. 2012년 세계경제포럼의 조사에 따르면 기후변화의 주요측면인 온실가스배출증가와 기후변화적응실패는 모두 현실화가능성과 잠재적 영향효과에서 가장 위험도가 높다. 주목할 만한 것은 조사결과 전문가들은 자연적 재난에 따른 위험보다 도시화대책의 실패, 토지수료이용관리의 실패와 같은 인위적 재난이 가까운 장래 현실화될 가능성이 더 높다고 인식한다는 점이다.<sup>101)</sup>

### (3) 지정학적 위험

지정학적 위험은 정치외교와 분쟁, 그리고 범죄와 관련된 인위적 위험이다. 주요국가의 취약성은 지정학적으로 경제적으로 중요한 국가체제가 취약하여 붕괴위험에 놓인 경우다. 대량파괴무기의 확산은 핵무기, 화생방기술과 물질의 확산이 위기를 초래하는 경우다. 조직범죄의 고착화는 고도로 조직되고 규율과 뿌리깊은 기반을 가진 초국가적 범죄단체가 범죄를 자행하는 경우다. 외교적 분쟁 해결의 실패는 국제분쟁이 무력충돌로 악화되는 경우다. 국제사회 거버넌스의 부재는 취약하거나 무력한 국제기구, 국제조약이나 네트워크와 국가이익과 정치적 이익의 충돌이 결합하여 전지구적 위험에 협력대처하는데 실패하는 경우다. 우주공간의 군사화는 우주공간과 관련된 지상시스템의 상업적 민간 그리고 군사적 이용을 방위전략의 핵심으로 삼는 경우다. 고질적인 부패의 만연은 사적 이익을 위해 권력을 남용하는 부패가 뿌리깊게 창궐해있는 경우다. 테러리즘은 개인이나 비국가 단체가 대규모의 인명살상이나 재화의 침해를 가져오는 경우다. 일방적인 자원국유화는 국가에 의한 핵심물자수출금지, 자원비축, 자연자원의 수용조치를 의미한다. 불법무역의 확산은 상품과 인력의 불법 밀거래 확산을 통제하지 못하는 경우다.

101) World Economic Forum, Global Risks 2012, 2012, 38면.

2012년 세계경제포럼의 조사에 따르면 지정학적 위험으로서는 대량파괴무기의 확산과 국제사회 거버넌스의 부재가 가장 영향효과가 클 것으로 예상되지만, 실제 현실화될 가능성들은 높지 않다. 특히 국제사회 거버넌스의 부재나 실패는 여타 경제적, 사회적, 환경적, 과학기술적인 구체적 위험현상들과 상호관련성이 가장 높은 위험으로 나타난다.<sup>102)</sup> 이는 그만큼 위험이 국제화되면서 위험의 관리를 위해서는 국제사회적 차원의 대응이 절실함을 의미한다.

#### (4) 사회적 위험

사회적 위험은 인구문제와 사회적 안정성, 그리고 인류의 생존문제와 연관된 위험들이다. 사회적 위험들은 현대문명의 안정성과 인류의 지속적 안녕에 대한 근본적 물음을 제기한다. 세계화에 대한 반동은 노동, 상품과 자본의 초국경적 이동성의 증가에 대한 저항을 의미한다. 식량부족위기는 적절한 질과 양의 식량 공급이 불충분하거나 제공되지 못하는 경우다. 마약정책의 실패는 지속적인 정책에도 불구하고 불법마약을 근절하지 못하는 가운데 형사법적 대응이 강화되면서 마약사용자를 낙인화하고 공공자원을 소진하는 경우다. 인구노령화에 대한 대응실패는 노인인구증가에 따른 비용부담과 사회적 문제에 대한 해결에 실패한 경우다. 만성질환의 증가는 질병과 치료의 장기적 비용부담증가로 인하여 수명과 삶의 질을 위협받는 경우를 의미한다. 종교적 광신주의의 등장은 극단적인 관념으로 인해 사회를 극단화시키고 종교적 긴장을 악화시키는 경우다. 인구증가의 통제실패는 인구규모와 그 증가율이 자원과 공공기관, 그리고 사회적 안정성에 강한 압박이 되는 경우다. 유행병에 대한 취약성은 질병통제체계의 불충분, 국제적 협조의 실패, 백신생산능력의 부족을 의미한다. 물공급위기는 생수의 양과 질이 저하되고, 이로 인하여 식량과 에너지생산과 같은 자원소비산업들간의 갈등을 악화시키는 경우다.

2012년 세계경제포럼의 조사에 따르면, 물공급과 식량부족의 위험이 향후 10년간 가장 영향이 크고 현실화될 가능성도 크다. 특히 통제되지 않은 인구성장은 사회적 위험현상들과 연관성이 가장 크다.<sup>103)</sup>

102) World Economic Forum, Global Risks 2012, 2012, 40면.

(5) 과학기술적 위험

과학기술관련 위험은 현대과학기술에 의해 창출되는 위험이다. 과학기술관련 위험은 실체를 파악하기 어렵고, 알려지지 않은 위험에 대한 지식조차 과학기술에 의존할 수 밖에 없는 한계가 있기 때문에 전문가들 사이에서도 구체적 위험 현상들의 현실화가능성이나 미칠 수 있는 영향효과에 대한 평가가 다양하다.<sup>104)</sup>

주요기반시스템의 붕괴는 체계일부의 취약성으로 인해 촉발된 문제가 중요 정보기반시설과 네트워크의 붕괴에 이르게 되는 경우다. 사이버공격(cyber attacks)은 국가에 의해 조정되거나 국가와 연관된 범죄적 테러관련적 사이버공격을 의미한다. 지적재산권관리체계의 실패는 지적재산권보호제도의 부실로 인해 연구와 개발, 혁신과 투자를 저해하는 경우다. 대량디지털 정보유류는 의도적인 오류있는 불완전 정보가 급속하게 확산포되어 위험한 결과를 가져오는 경우다. 정보사기와 절도의 대량발생은 개인정보의 범죄적 오용과 착취가 대규모로 발생하는 경우다. 기후변화영향감소를 위한 노력의 부작용은 재생에너지 등 기후변화의 악화를 줄이려는 기술조치가 새로운 복잡한 문제를 야기하는 경우다. 나노공학의 부작용은 원자 및 분자수준의 물질변형기술이 나노물질의 독성문제를 야기할 수 있는 경우다. 생명공학기술의 부작용은 유전공학과 생화학의 발전과정에서 의도하지 않은 부작용이나 무기화될 위험성을 의미한다.

사이버공격이나 주요기반시스템의 붕괴는 그 파괴적 영향력이 크다. 사이버공격, 주요금융시스템의 붕괴, 사회기반시설관리실패 등의 위험과도 연관성이 크다. 그런데 환경공학, 나노공학, 생명공학, 정보공학 등과 관련된 위험은 현실화가능성이나 효과의 정도가 작다. 또한 주요기반시스템의 붕괴 등 중요한 과학기술관련 위험의 실현가능성은 적다고 평가된다.<sup>105)</sup>

이는 첨단과학기술의 내용과 그 효과에 대한 전문적 지식의 장벽뿐만 아니라 그 효과와 부작용에 대한 예측이 어렵기 때문인 것으로 보인다. 이러한 전문가들의 조심스런 견해는, 그러나 일반시민의 위험성에 대한 인식과 차이가 난다.

103) World Economic Forum, Global Risks 2012, 2012, 42면.

104) World Economic Forum, Global Risks 2012, 2012, 44면.

105) World Economic Forum, Global Risks 2012, 2012, 44면.

과학기술전문가들의 현대과학기술의 안전성과 위협성에 대한 전문가적인 믿음과 현대과학기술이 오용되거나 알 수 없었던 또는 의도하지 않았던 부작용이 현실화되는데 대한 일반시민들의 불안감정 사이에는 좁혀지기 어려운 거리가 있는 것이 사실이다. 경제적, 환경적, 사회적, 지정학적 위험과 과학기술적 위험이 구별되는 점은 위험의 내용과 특성에 대한 이해가 부족하고, 위험결과에 대한 예측도 어렵다는 점이다. 따라서 현대사회에서 위험의 상호연관적 복합성과 결과 예측불가능이라는 특징<sup>106)</sup>은 과학기술적 위험에서 가장 뚜렷하다.

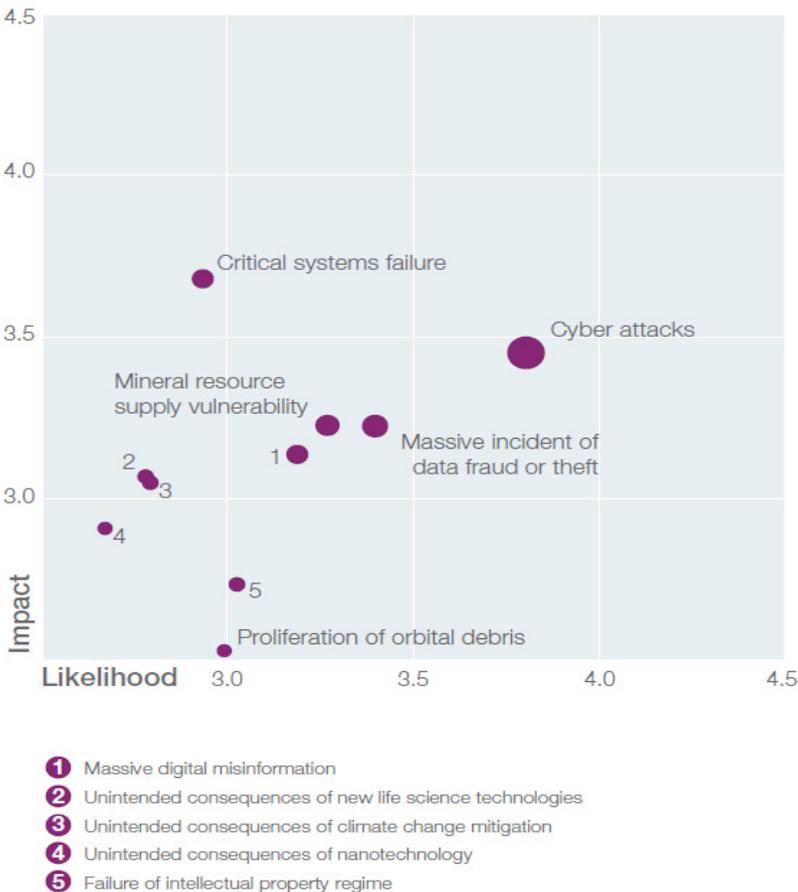


그림 2 과학기술적 위험의 영향과 실현가능성<sup>107)</sup>

106) World Economic Forum, Global Risks 2012, 2012, 49면.

(6) 위협지형의 변화

세계가 처한 위험현실의 지형은 지난 6년간 빠르게 그 양상이 변화하고 있다. 세계경제포럼의 조사에 따르면 2007년-2012년 기간중 조사결과 실현가능성이 가장 높은 위험과 영향효과가 가장 큰 위험목록이 변화하고 있다.

**표 1** 실현가능성이 가장 높은 위험<sup>08)</sup>

순위/조사 년도	2007	2008	2009	2010	2011	2012
1	정보인프라의 붕괴	자산가격폭락			기상이변으로 인한 재난	심각한 소득격차
2	선진국가에서의 만성질병	중동지역불안	중국경제성장둔화		수자원으로 인한 재난	만성적 재정불균형
3	오일쇼크	붕괴국가	만성질병		부패	온실가스배출증가
4	중국경제의 경착륙	석유 가스가격폭등	국제정치거버넌스의 공백	재정위기	생물다양성의 상실	사이버공격
5	자산가격폭락	선진국가에서의 만성질병	세계화의 후퇴	국제정치거버넌스의 공백	기후변화로 인한 재난	물공급부족위기

가까운 장래에 현실화될 가능성이 큰 위험은 대체로 환경과 자원, 경제위기가며, 가장 최근에는 소득격차나 부패와 같은 사회경제적 위험에 대한 인식이 높아지고 있는 것으로 보인다.

**표 2** 영향효과가 가장 큰 위험<sup>09)</sup>

순위/조사 년도	2007	2008	2009	2010	2011	2012
1	자산가격폭락				재정위기	금융체계의 실패
2	세계화의 후퇴				기후변화에 따른 재난	물공급부족위기
3	내전	중국경제성장 둔화	석유가스가격 폭등	석유가격폭등	국제정치분쟁	식량부족위기

107) 과학기술적 위험중에서 사이버공격의 위험영향과 실현가능성이 가장 크다(World Economic Forum, Global Risks 2012, 2012, 44면)

108) World Economic Forum, Global Risks 2012, 2012, 12면.

109) World Economic Forum, Global Risks 2012, 2012, 12면.

순위/조사 년도	2007	2008	2009	2010	2011	2012
4	유행병	석유가스 가격폭등	만성질병		자산가격폭락	만성적 재정불균형
5	오일쇼크	유행병	재정위기		에너지자원가 격의 급변동	에너지자원 및 농산물가격의 급변동

한편 현실화될 가능성이 높은 위험에 대한 예측은 빠르게 변화하는 현실속에서 어렵기도 하거니와 그 예측내용도 빠르게 바뀌는데 비해, 그 파급효과에 대한 인식에서는 경제적 위험의 결과가 가장 심각하다는데 공감하고 있는 것으로 보인다.

또한 2012년 세계경제포럼의 조사에 따라 위험의 잠재적 영향력을 세로축으로, 현실화 가능성을 가로축으로 개별 위험현상들을 배치하면 우리 세계가 처한 위험의 지형도가 그려진다.

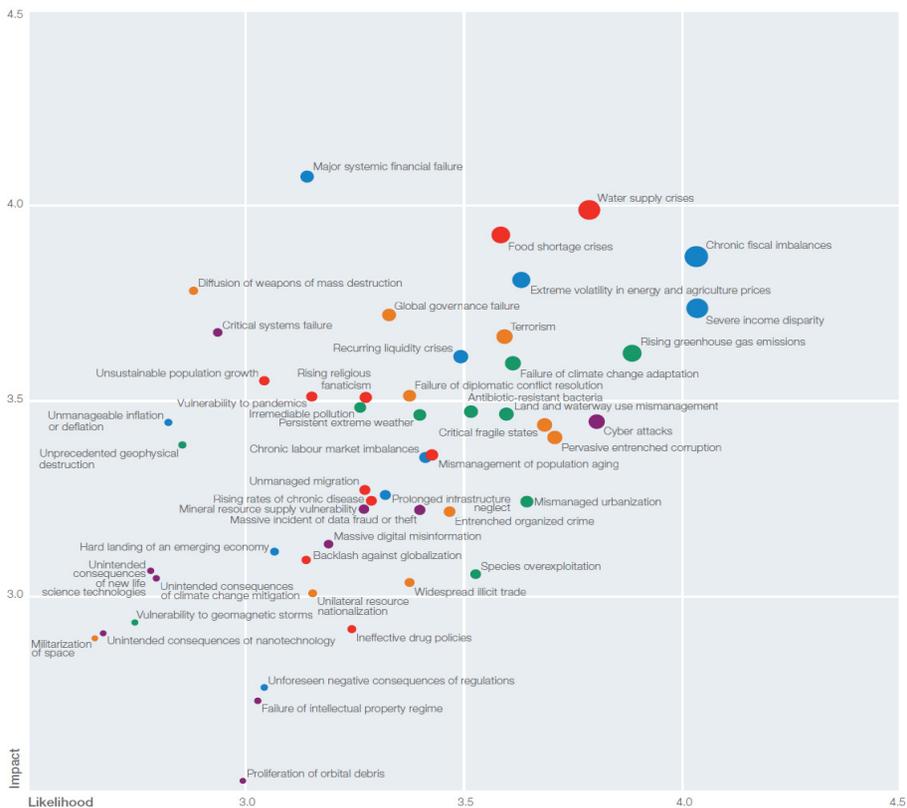


그림 3 세계적 위험지형 (Global Risks Landscapes 2012)<sup>110)</sup>

이러한 위험지형을 살펴보면 현실화가능성과 잠재적 영향력이 가장 큰 위험, 즉 우측 상단에 위치한 가장 위협스러운 위험은 주로 경제적 위험과 사회적 위험으로 나타난다. 주목할 만한 부분은 반대로 위험지형도에서 좌측 하단에 놓은 가장 위험도가 낮은 위험은 과학기술적 위험현상들이다. 다만 현실화 가능성은 낮게 평가되지만 상대적으로 영향효과면에서는 높다고 평가된다. 즉 현대과학기술에서 비롯되는 위험은 그것이 발생할 때 미칠 영향은 대단히 크지만 실제 현실화될 가능성이 적다고 인식된다. 전문가들을 대상으로 한 조사인만큼 과학기술이 초래할 위험을 방지하고 최소화하는 과학기술의 안전장치에 대한 신뢰가 강하기 때문인 것으로 보인다.

## 2. 위험사회의 한국적 현실

한국사회도 적어도 현대과학기술의 관점에서는 고리원자력발전소가 건설된 1977년을 기점으로 위험사회로 접어들기 시작했다고 볼 수 있다.<sup>111)</sup> 하지만 우리나라의 현실에서 '위험'사회를 논의하는 맥락은 서구의 후기현대사회의 그것과 차이가 없을 수 없다. 위험은 과학기술이나 사회경제적 결과이기도 하지만, 동시에 문화적 산물(cultural product)의 측면<sup>112)</sup>도 있기 때문이다. 따라서 위험사회로서의 한국사회에 관련한 형사정책논의를 위해서는 현대과학기술발전에 따른 사회경제적 변동의 세계적 맥락속에서 보편적인 위험요인과 양상에 대하여 살펴보고, 한국사회의 역사문화적 특수성 속에서 그 위험요인과 양상들이 어떻게 가중되거나 변형되는지 성찰할 필요가 있다. 그럼으로써 위험관리 형사정책의 일반적 논의로부터 우리 현실에 구체성을 갖는 정책방향과 대응방법을 모색할 수 있을 것이다.

서구 '풍요사회'의 어두운 이면으로서의 위험사회 논의차원은 50년 넘도록 '전쟁'체제인 우리나라에서, 그리고 위험의 모습이 후기현대사회나 현대과학기술사

110) World Economic Forum, Global Risks 2012, 2012, 5면

111) 홍성태, 대한민국 위험사회, 2007, 56면

112) Pat O'Malley, Crime and Risk, 2010, 15면

회적 위험이라는 논의를 무색케 할 만큼 아직도 전근대적인 우리나라에서는 새삼스러울 것도 없다. 한국전쟁 휴전 이후 가장 많은 사람이 사망한 단일사건은 삼풍백화점 사고라는 지적<sup>113)</sup>을 떠올려 보면 수긍할 만하다.

위험사회로서 한국사회의 전근대적 위험성은 ‘맹목적 성장주의와 파괴적 개발주의’<sup>114)</sup>로부터 비롯된다. 위험사회의 문제에 본격적으로 대처하기 시작한 것도 민주화가 진전되면서부터다.<sup>115)</sup> 민주화를 통해서 우리 사회의 위험원인과 위험구조와 위험피해에 대한 본격적 인식과 적절한 방지책이 모색되기 시작했다는 사회학적 분석은 중요한 의미가 있다. 본문에서 후술하는 위험관리의 민주화(democratization of risk-management)와 관련해서 한국사회에서의 위험사회연원과 위험사회의 전개과정을 이해하고, 위험사회 대처방향을 잡아볼 수 있기 때문이다.

물론 맹목적 성장과 파괴적 개발이라는 전근대적 위험성은 산업화와 민주화의 진전에 따라 상당부분 해소되었다. 하지만 전근대와 근대, 그리고 후기현대가 중첩될 수 밖에 없을 정도로 빠르게 발전변화하는 한국사회는 이름만 달리할 뿐 성장과 개발에의 강박에서 여전히 벗어나지 못한채 위험을 외면하거나 왜곡하거나 위험에 대처하고 위험을 방지하는 체계를 효과적으로 실현하지 못하고 있다.

### 가. 한국사회의 위험특성

위험사회는 과학기술의 위험도와 사회체계의 위험도에 따라 유형화할 수 있다. 한국사회는 고위험과학기술과 고위험 사회체계에 해당된다. 고위험체계는 복잡성으로 인해 사고가 일어나지 않도록 완벽하게 관리통제하는 것은 불가능하다. 위험이 현실화되면 ‘사고’라 하는데, 사고는 필연적으로 발생한다. 사고가 우연적으로 발생하는 사회야말로 후진사회다. 다양하고 중대하며 거대한 위험의 실재보다 더 중요한 것은 위험이 사고로 이어지는 필연적 과정을 인식하고 이를

113) 홍성태, 대한민국 위험사회, 2007, 6면

114) 홍성태, 대한민국 위험사회, 2007, 9면

115) 노진철, 현대위험사회에서의 위험연구, 한국위기관리논집 제1호, 2005, 33면 유문무, 위험사회와 성찰성 그리고 사회적 안전, 한국경호경비학회지 제8호, 2004, 232-233면 홍성태, 대한민국 위험사회, 2007, 9면.

최대한 예측 저지할 수 있는 사회체계의 구성과 운영이다.<sup>116)</sup>

위험사회의 후진성을 보여주는 가장 분명한 문제는 바로 전근대적 부패다. 한국사회는 위험한 현대과학기술을 이용하는 사회체계 자체가 부패와 부실앞에 취약한 상태다. 위험관리의 제도와 기제가 부족하다기 보다는 부패의 만연으로 제도와 기제가 제대로 작동하지 않는 것이 위험사회 한국의 특징이다. 그러므로 한국사회에서의 위험대응은 단지 과학기술적 대응차원이 아닌 사회적, 총체적 대응을 요청하게 된다.<sup>117)</sup>

또한 위험과 안전의 문제는 곧 삶의 질의 문제이며, 한국사회를 살아가는 시민의 사회적 개인적 삶을 결정짓는 중요요소다. 자연적 위험과 인위적 위험이 갈수록 커지는 가운데, 그리고 그 위험인식과 두려움도 갈수록 높아지는데 비해, 사회체계의 개혁이 제대로 이루어지지 않는다면 불안은 더욱 깊어질 수 밖에 없다. 이러한 위험에 대한 불안은 다시 그 자체 사회적 위험의 일부를 이룬다. 따라서 위험문제를 중심으로 한국사회를 파악하고 사회개혁을 위한 정책을 떠나갈 필요가 있다. 안전사회의 구축은 삶의 질을 높이기 위한 사회적 기반을 확대하고 강화함으로써 가능할 것이다. 이를 위해서는 무엇보다 먼저 현대한국사회에 대한 근본적 성찰이 이루어져야 한다. 위험의 체계적 생산을 전제로 현대사회의 운영방식을 새롭게 확립하는 것이 그 핵심과제다. 이런 의미에서 한국사회에서의 위험사회론은 위험의 문제를 강조하면서 현대사회를 새롭게 인식하고 안전한 사회를 구축하기 위한 실천논리가 된다.<sup>118)</sup>

현대 한국사회에 대한 성찰과 실천논의를 진행하는데 있어서 또 하나의 후진적 특성이라면 다양한 견해를 조정하고 소수자를 존중하는데 부족한 민주주의적 미숙성을 들 수 있겠다. 성찰을 통한 현대화를 위해서는 민주적 정치의 활성화와 심화가 전제되어야 한다. 특히 우리의 폭압적인 근대화경험은 대규모의 자연 파괴와 사회파괴를 결과하면서, 고전적 근대화에 내재된 위험을 극단적으로 강화하였다. 여기에 더해 과학기술의 위험을 통제할 사회적 장치와 절차도 부실하

116) 홍성태, 대한민국 위험사회, 2007, 24-25, 29-31면.

117) 홍성태, 대한민국 위험사회, 2007, 40-41면; 유문무, 위험사회와 성찰성 그리고 사회적 안전, 한국경호경비학회지 제8호, 2004, 235면 이하.

118) 홍성태, 대한민국 위험사회, 2007, 47-50면.

다. 이는 결국 사회안전망의 부실로 이어지게 된다.<sup>119)</sup>

한국사회의 특성상 위험은 우리 사회의 전근대성과 미숙성을 보여준다. 위험 사회 문제에 대한 올바른 대응은 결국 민주주의 정치의 문제로 귀결된다. 그리고 위험으로부터의 안전이 곧 부패척결이라는 개혁의 문제이면서, 동시에 삶의 질을 높이는 복지의 문제로 자리매김된다. 그렇기 때문에 위험관리정책은 사회 개혁의 중요한 실천과제이기도 하다. 과학기술의 증대한 위험에 대한 규제와 감독을 위한 법제 개혁, 그리고 관리에 적합하지 않은 기관과 체계의 개혁이 그 내용이 될 것이다.

#### 나. 위험관리법제에 대한 불신

1999년 6월 씨랜드 화재사고이후 불이 붙지 않는 난연재를 사용하도록 건축법 시행령이 개정된 바 있다.<sup>120)</sup> 그러나 4년뒤 2003년 3월 동일한 원인으로 천안초등학교 화재사고가 발생했다. 아무런 처벌조항이 없어서 난연재를 사용하지 않았기 때문이다.<sup>121)</sup> 안전확보는 정부의 가장 중요한 과제로 거듭해서 제시되고 있으며, 국무조정실, 소방방재청, 환경부, 식품의약품안전청 등 안전관련 국가기관과 예산과 안전관련 법제도는 다양하고 점점 확대되고 있지만, 그 효과성에 대해서는 여전히 신뢰가 높지 않다.<sup>122)</sup>

119) 김성은, 위험사회의 정치논리, 한국여성신학 제70호, 2009, 14면 홍성태, 대한민국 위험사회, 2007, 57-58, 67-68면

120) 건축법 시행령 (2000년 7월 1일, 대통령령 제16874호) 제47조

121) 홍성태, 대한민국 위험사회, 2007, 9면

122) 김원제, 한국사회 위험의 특성과 치유, 사회연구 제5호, 2003, 181면; 통계청, 2010 사회조사 - 사회의 가장 주된 불안요인, 2012 참조

**표 3** 공공질서 및 안전관련 정부기관의 예산 및 예산구조<sup>123)</sup>

(단위: 억 원)

분야	세부 부문	기관	2011	2012(안)
공공질서 및 안전	법원 및 헌재	대법원, 헌법재판소	14,273	14,983
	법무 및 검찰	법무부, 검찰청,	25,434	26,945
	경찰	경찰청	78,164	82,684
	해경	해양경찰청	10,399	10,733
	재난관리	소방방재청	8,296	10,128

**표 4** 주요 국정과제와 공공질서 및 안전관리체계

	국정과제	세부과제	안전관리기관
국정과제11	법질서가 예외없이 지켜지도록 하겠습니다	법질서바로세우기 법질서준수문화 확산 법령현실화	법무부 법제처 경찰청
국정과제12	공직자의 부정부패를 척결하겠습니다.	공직자부패척결	법무부
국정과제16	재난관리체계를 통합하겠습니다.	통합적 안전관리체계 재난재해안전 선진화	소방방재청
국정과제19	여성과 어린이가 걱정없이 다닐 수 있는 나라로 만들겠습니다	아동청소년보호 여성폭력방지 성폭력방지	법무부 경찰청 여성가족부 보건복지부
국정과제20	교통사고를 선진국 수준으로 낮추겠습니다.	교통사고감축	경찰청

**표 5** 유관 정부부처의 공공질서 및 안전관련 2012년도 주요정책<sup>24)</sup>

기관명	주요정책	세부정책
여성가족부	여성과 아동이 안전한 생활환경	- 폭력피해 예방을 위한 여성·아동 안전망 강화 - 여성·아동 권익증진을 위한 맞춤형 지원 확대
	푸른 꿈을 키우며 건강하게 자라는 청소년	- 청소년을 위한 건전한 사회환경 조성
보건복지부	지속가능한 보건의료체계 구축	- 만성질환 관리를 위한 의료체계 구축 - 필수국가 보건의료와 안전관리 강화
	저출산 고령사회 대비 사회적 기반 확충	- 아동보호 패러다임의 전환

123) 기획재정부, 2012년도 예산안, 2011.

124) 한국형사정책연구원, 2012 정책수요분석, 2012.

기관명	주요정책	세부정책
식품의약품안전청	위해도에 따른 사전예방 강화	- 과학적 위해평가를 통한 체계적 안전제도 구축 - 새로운 위해요소와 안전 사각지대 적극 대응
	취약요인 선제 대응으로 국민안심 확보	- 생활 속 식의약 안전관리 강화로 소비자 안심확보 - 선진국 수준의 의료제품 안전정보 관리체계 확보
	첨단 바이오 등 보건산업 경쟁력 제고	- 지속적인 규제개혁으로 보건산업 경쟁력 제고
	소통과 협력으로 국민신뢰 구축	- 민관협력으로 신뢰성 제고 및 안전환경 조성 - 국제협력을 통해 글로벌 안전관리 선도
	미래 식의약 환경변화에 적극대응	- 기후변화 등 미래 식의약 안전환경 적극 대비
공정거래위원회	대·중소기업간 공정거래 및 동반성장 문화의 정착	- 중소기업이 체감하는 공정한 하도급거래질서 구현 : 하도급 분야 불공정행위의 개선, 업종별·거래단계별 불공정실태 파악 - 독립기업과의 공정경쟁 저해하는 부당내부거래 근절
	담합 등 불공정거래 근절 및 경쟁적 시장구조 조성	- 민생안정을 위한 불공정행위 감시강화
	시장의 주역인 소비자의 참여확대 및 역량강화	- 소비자 피해구제시스템 확충
	유통부문의 공정거래질서 확립을 통한 건전한 발전도모	- 대형유통업체들에 의한 불공정거래 관행의 획기적 개선 - 다단계/방문판매업 분야의 건전성 제고
	법집행 실효성 제고를 위한 인프라 구축	- 법집행의 질차적 정당성 및 합리성 제고를 위한 제도정비 - 법위반 예방활동 강화를 통한 경쟁문화 확산
금융위원회	위기에 강한 금융	- 시장안정을 위한 선제적 대응 - 금융시스템 선진화
	기업과 동반금융	- 창업, 중소기업 금융환경 혁신 - 미래대비 금융지원 확충
	서민과 나눔금융	- 서민금융 지원확대 - 사회공헌활동 및 소비자 보호 강화
국가인권위원회	기본적 인권의 제도적 보장·강화	- 자유권의 보장강화 : 자살원인의 조사연구 및 자살예방활동 강화, 사이버 수사 및 디지털 증거수집 실태조사
	조사·구제의 실효성 제고	- 기획조사 확대 : 경찰의 수사과정에서 폭행 및 가혹행위 등 기획조사, 군대 내 인권침해 예방을 위한 기획조사 강화, 학교폭력 예방 및 피해자 보호를 위한 기획조사, 소년 보호처분 시설 기획조사, 구금시설 내 보호장비 및 징벌남용 여부에 대한 방문 조사 - 조사구제의 실효성 강화 : ADR 제도의 정착 및 운영
	차별시정 강화	- 성희롱 예방활동 개선
국민권익위원회	국민과 함께 하는 청렴문화 확산	- 공직사회의 부패유발 관행 근절 : 공직자의 부정한 사익추구 및 청탁수수 금지법(가칭) 제정 추진 - 국민생활과 밀접한 지방부패 집중개선 : 재정낭비, 부패 빈발분야에 집중제도 개선, 자치법규 부패영향평가
방송통신위원회	안전한 사이버환경 구축	- 개인정보보호 강화 - 해킹사고 선제적 대응

위험을 인식하지 못하거나 위험을 방지하는 능력이 없고 체계를 갖추지 못한 데서 초래되는 위험보다, 기왕의 위험을 외면하거나 실상을 왜곡하거나, 위험대비체계를 정비하고도 실제 운영에서 소홀하다면, 그 위험사회상황이 오히려 더 심각하다. 전근대적 위험과 재난으로부터 과학기술과 산업문명의 발전을 통해 누릴 수 있었던 안전은, 현대과학기술이 가져온 새로운 위험과 후기현대 위험사회의 위험관리 실패앞에서 다시 취약해 지며, 증폭된 불안의 시대로 되돌아가게 된다. 현대과학기술의 혜택은 충분히 누리되, 불가피한 위험은 최소화수준으로 관리하려면 과학기술의 운용과 통제관리 과정에 전문가의 전문지식과 시민에게 개방된 투명성이 모두 확보되어야 하며, 이러한 관리체계는 공정한 정치에 의해 관장되어야 비로소 불안한 위험사회를 지양하고 안전한 풍요사회를 지향할 수 있게 되는 것이다.

### 3. 위험사회현실의 특징과 형사정책적 해석

#### 가. 부패방지와 위험관리 형사정책

한국사회의 위험과 위험관리는 부패문제와 연관된 특성이 있다는 점을 앞서 지적한 바 있다. 실제로 최근 고리원자력발전소 1호기 정전사고 은폐와 부품 납품 비리, 잦은 고장 등 원자력발전소의 안전성에 대한 우려가 커지고 있는 터에, 전남 영광원전에서는 품질검증서가 위조된 미검증 부품이 10년 동안 대량으로 원전에 공급된 사실까지 드러났다. 지난 10년 동안 한국수력원자력과 규제기관인 원자력안전위원회·한국원자력안전기술원 등이 자체적으로 품질검증서 위조를 파악하지 못하고, 외부 제보로 적발된 사실이라는 점에서 문제의 심각성이 더하다. 더구나 부품공급업체와 결탁해 뇌물을 수수하는 일도 빈번하다.<sup>125)</sup>

이러한 원자력발전의 위험은 원자력 과학기술 자체의 위험보다도 그 관리체계의 부패와 부실, 그리고 시민참여를 통한 검증체계의 미비가 직접적 위험요인이다. 따라서 한국사회에서의 위험관리형법은 과학기술 자체 위험방지와 관리에

125) 한겨레신문 2012년 11월 5일자, 세계일보 2012년 11월 28일자.

앞서, 공공기관과 민간기업의 부패문제 해결에 먼저 나서야할 과제를 안게 된다.

## 나. 신뢰의 부족과 형사법적 개입

위험에 대한 인식, 위험에 대한 두려움은 위험 자체뿐만 아니라 위험관리 체계와 방식에 대한 불신 내지 신뢰저하로부터도 온다. 현실화 가능성이 위험보다 위험에 대한 두려움과 위험방지와 안전확보체계에 대한 불신은 그 무엇보다도 사회체계의 유지를 위협하는 위험이 아닐 수 없다.

고리1호기는 12분 단전 은폐 사건 후 가동이 중단돼 있다. 석 달간 안전 점검을 받았고 이제 재가동 여부에 관한 원자력안전위원회 결정만 남았다. 한국수력원자력 간부들은 고리1호기가 안전하다는 말을 하고 또 했다. 부품을 다 갈아 새 거나 마찬가지로, 미국의 같은 모델은 40년 넘게 가동하고 있다든지 하는 얘기들이다. 그러면서 전문가 판단을 믿어달라고 했다. 사실 원전 같은 거대 복잡 설비에 대한 판단은 전문가 집단에 의존할 수밖에 없다.

그러나 원자력계는 사고 은폐, 부품 납품 비리 같은 것을 거치면서 집단적으로 불신의 굴레를 쓰고 말았다. 고리1호기는 된통 한번 혼났으니 꼼꼼하게 점검해봤을 것이고 나름대로는 보완할 만큼 했을 것이다. 그러나 고리1호기가 안전하다며 재가동시켰다가 다시 무슨 이상 사태라도 빚으면 그뎨 정말 어떻게 되나 하는 걱정이 든다.

원자력계가 한번 땅에 떨어진 신뢰를 회복하는 건 쉽지 않다. 대오각성해서 구성원들 자세가 바뀌고 조직 문화가 탈바꿈했다 하더라도 그 각성을 증명할 기회를 잡기가 여의치 않을 것이다. 원자력 당국과 원자력 전문가 집단이 불신당하면 원자력계는 ‘저신뢰 비용’을 지불해야 한다. 고리1호기가 가동하지 못하면서 대신 연료비가 비싼 LNG 발전소를 돌리느라 하루 30 억원씩 손해 본다고 한다.

원자력은 신뢰라는 자산없이 존립하기 어렵다. 신뢰는 이해관계를 떠나 행동한다는 믿음이 있을 때 생겨난다. 전문가들은 ‘원자력은 안전하고 꼭 필요한 에너지’라고 끝도 없이 얘기해왔다. 그런 발언이 국민에게 공감을 줬다고 보기 어렵다. 국민은 전문가들 역시 같은 이해관계를 갖는 원자력계의 하위 집단이라고 보기 때문이다.....

원자력안전위의 핵심 간부는 후쿠시마 사태 이후 “한국이 원전 안전에서 세계를 리드하고 있다” “고리1호기는 수명 연장 이후 다른 원전보다 성능이 더 좋아졌다”는 말을 했다. 굳이 할 필요가 없는 얘기였다. 지금의 신뢰 지수를 갖고는 원자력 당국자들이 원전은 안전하다고 부르짖으면 부르짖을수록 국민은 점점 더 그런 얘기를 신용해주기 어렵다는 걸 알았으면 한다.<sup>126)</sup>

그러나 신뢰를 형법적 수단을 통해 회복하려 한다면 가장 비효과적인 수단을

126) 중앙일보, 2012년 7월 22일자.

선택하는 셈이다. 과학기술로부터 창출된 위험의 방지와 통제는 다시 과학기술에 의존할 수 밖에 없는 역설적 상황에서 신뢰는 여전히 과학기술 전문가들에게 걸 수 밖에 없다. 과학기술의 위험을 최소화하거나 제거하는 수준에서 지속적으로 과학기술발전의 혜택을 누리는 데 있어서 과학기술로부터의 안전에 대한 '신뢰지수'를 형법만으로 떠받칠 수는 없는 것이다. 투명하고 공개적인 과학기술관리체계가 과학기술전문가들의 자율적 주도로 시민이 참여하는 가운데 유지될 때 비로소 신뢰가 유지될 수 있다. 그런 의미에서 형법의 투입은 자율적 의사결정과 정보공개와 시민참여의 절차제도 틀을 유지하는 수준에 머문다.

#### 다. 위험사회와 배제의 형사정책

위험사회의 현실은 전근대적, 근대적 위험과 새로운 현대적 위험 어느 것이나 사회적으로 약자의 지위에 놓은 사람들에게 더욱 가혹한 영향을 미친다. 특히 현대과학기술의 위험은 모든 사회구성원들에게 동등한 영향을 미치는 편재적인 대규모위험을 특징으로 하지만, 사회현실 자체가 빈부격차와 소외와 배제로 인해 평탄하지 않고 균열이 있거나 높낮이가 심한 상황에서는 편만한 위험도 사회적 약자에게는 더욱 가혹한 결과를 낳는 법이다. 오히려 백이 예시하는 바, 원자력발전소의 방사능 유출이나 대기오염의 피해는 부자나 빈자를 가리지 않는 것이 사실이다. 하지만 원자력발전소는 도시의 발전된 지역이 아니라, 지방의 낙후된 지역에 건설된다. 지구화된 위험사회에서 유해화학공장은 주로 저개발국가에 세워진다. 원자력발전소나 유해화학공장 사고에 가장 먼저 희생되는 건 발전소와 공장 인근의 지역주민이다. 전근대적인 위험이든, 현대과학기술의 위험이든 언제나처럼 사회적으로 열악한 지위에 놓인 사람들에게 가장 먼저, 그리고 가장 오래도록 피해가 미친다. 위험의 물결은 마치 평탄한 지면위를 고르게 흘러내리는 것이 아니라, 사회적으로 제각기 낮은 위치에 놓인 사람들에 이르러서는 더 깊이 흘러들어 잠겨들게 한다.

나아가 위험으로 인한 사회적 불안이 고조되면 비행청소년, 전과자, 사회적 소수자, 이방인들은 불안사회의 희생양이 되기 쉽다. 가혹한 형벌의 요구와 배척에 형사정책이 동원될 때 배제의 형사정책(exclusive criminal justice policy)은

위험사회의 어두운 측면을 극명하게 드러내 보일 수 있다.<sup>127)</sup>

배제적인 형사정책을 경계하기 위해서는 위험의 인식과 관리, 평가체계의 민주화 필요성이 더욱 중하게 요청된다. 위험관리체계가 과학기술전문가와 관료에게 폐쇄적으로 독점되지 않고, 시민에게 투명하게 공개되고 시민의 참여가 보장된 가운데 정부기관, 민간기업, 시민사회의 협력과 연대의 틀 안에서 작동된다면, 위험사회가 사회구성원의 일부에서 희생양을 찾고 배제, 배척하는 가운데 형사정책마저 엄벌주의와 형벌확대에로 동원되면서 어두운 위험의 사회로 함께 빠져 들어가는 일을 막을 수 있을 것이다.

---

127) 본 보고서의 제12장 제1절 2.(나)



## 제2장

# 본론



## 제1절 현대과학기술사회에서 위험의 형법적 통제와 형사정책적 과제

위험사회에 만연한 위험들의 다양한 형태는 그 위험원이 다양하기 때문이기도 하지만, 정책적 관점에서 볼 때는 통제불가능한 위험과 통제가능한 위험으로 나뉜다. 통제불가능한 위험은 제거되어야 할 위험이며, 통제가능한 위험은 회피해야 할 위험, 최소화되어야 할 위험, 감수할 수 있는 위험, 감수해야 하는 위험들로 다시 나뉘게 될 것이다.

제거되어야 할 위험은 최소화되거나 회피할 수 있거나 감수할 수 있을 위험이 아니어서, 그 위험원부터 제거되지 않고서는 통제가 현실적으로 불가능하거나, 그 실현될 피해가 사회존립에 파멸적인 결과일 경우다. 최소화되어야 하거나, 회피노력의 대상이 되거나, 감수할 수 밖에 없는 위험의 경우는 통제가능한 위험이라고 판단되기 때문이다. 따라서 최소한의 정도와 감수할 수 있는 정도를 넘어서는 위험유발행위나 위험결과의 발생은 형벌을 포함한 제재의 대상이 된다.

문제는 현대과학기술사회의 위험으로서 제거, 최소화, 회피, 감수 대상인지의 여부는 과학기술이 아닌 정치적 판단의 대상이라는 점이다. 원자력 발전소의 위험은 독일사회에서는 제거되어야 할 위험이다. 2012년 독일은 원자력발전소의 전면폐기를 결정하였다.<sup>128)</sup> 그러나 우리나라에서 원자력 발전소의 위험은 관리와 감수대상이다. 위험에 대한 인식은 정치적 문제이기도 하고 사회문화적 문제가

기도 하다.

‘미국은 위험감수사회다. 위험성을 줄여 불편하게 살기보다는 위험을 감수하고 편하게 살기를 원하는 쪽이다.’<sup>129)</sup> 한국사회의 문화는 위험을 감수하기를 넘어 위험에 둔감한 쪽에 가까울 것이다.

## 1. 형법과 위험

근대산업사회의 발전은 전근대사회가 알지 못했던 새로운 위험과 대량의 위험을 가져왔다. 이러한 위험에 처해 형법과 형사정책도 변화하였으며, 근대 형법, 즉 법치국가 형법은 위험과 범죄통제의 과제에 대응하여 그 자유보장과 안전보장을 모두 성취하고자 하였다. 이제 현대과학기술사회는 이른바 위험사회로 이름붙일 만큼 사회기반 자체를 무너뜨릴 수도 있을 위험앞에 놓이게 되었다. 그렇다면, 전근대사회에서 근대산업사회로 이행하는 과정에서 경험하고 대처해야 했던 새로운, 대량의 위험은 근대산업사회에서 현대과학기술사회로 이행하는 과정에서 다시 경험하게 되고 대처하지 않을 수 없는 또다른 새로운, 대량의 위험과 어떻게 다르며 무엇이 다른가? 우리가 알고 있는 근대 법치국가형법과 구별되는 새로운 위험-형법이 요청되는가? 그렇다면 이른바 위험-형법은 근대 법치국가형법과 어떻게 구별될 수 있으며 무엇이 구별되는 부분인가?

### 가. 위험의 법적 개념

#### (1) Danger/Gefahr와 Risk/Risiko

사전적 의미에서 위해(Danger)는 특정한 행동이나 활동이 즉각적으로 해로운 결과를 낳을 수 있는 가능성으로서 당장 해를 입힐 수 있는 미시적 사회상황에 초점을 맞춘 개념이다. 위험(Risk)은 현재의 자연적 또는 인위적 상태가 부정적

---

128) 김대근·전현욱, 선진과학기술사회의 위험관리 형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(1), 2012, 제5장 제2절 2. 참조

129) 한겨레신문 2012년 7월 19일자.

결과를 낳을 수 있는 가능성으로서 거시적 사회체계에 초점을 맞춰 문제를 이해하고 대안을 찾는 개념이다. 형법적으로 위해(Danger)는 예상하거나 기대하지 않은 법익의 위태화를 의미하며, 위험(Risk)은 이미 예견된 법익의 위태화를 의미한다. 자동차, 원자력발전 등 그 위험은 이미 알고 있으나 그 편익으로 인해 불가피하게 허용되는 위험이다.<sup>130)</sup>

또한 인간행위에 의해 귀속가능하게 야기된 위해를 위험이라 할 수 있다. 따라서 위험은 인간의사결정의 산물로서 객관적으로 귀속가능한 위해다. 위험은 예측가능하고 계산할 수 있다는 점에서 감수가 가능하다. 형법의 대상으로서 위해와 위험은 안전과 반비례관계에 놓인다. 위해와 위험이 클수록 안전은 적게 보장된다.<sup>131)</sup>

## (2) 민법상의 위험책임

민법상의 무과실책임으로서 위험책임(Gefahrenquelle)은 위험한 시설·기계·물질 등의 위험원 또는 위험한 행위로부터 위험의 실현으로 손해가 발생한 경우에 행위자의 고의, 과실을 요하지 않는 책임을 인정한다. 이러한 위험책임은 행위자의 비난가능성이나 유책성이 아니라 물건이나 시설의 위험성에서 책임을 인정한다. 위험원을 보유 지배하고 있다는 사실로부터 발생하는 책임이므로 그 위험이 경영주체의 잘못에 의해서건 집행보조자에 의해 실현된 것이건 위험원을 지배하는 사용자가 손해를 배상해야 한다. 민사상 위험책임개념은 현대산업사회에서 위험의 회피로부터 위험의 조절로 주의개념이 변천하고 있음을 보여준다.<sup>132)</sup>

위험책임입법의 특징은 위험책임형성이 판례가 아닌 입법을 통해 이루어져왔다는 점, 일반조항이 아닌 특별법 제정을 통해 위험책임의 요건을 규정해왔다는 점이다. 위험책임의 입법에서는 민법전에 일반규정을 두는 형식을 취하지 아니하고, 위험책임이 요구되는 분야의 각 개별법에 규정을 두는 열거주의 입법<sup>133)</sup>

130) 김영환, 위험사회의 형법의 귀속원리, 법철학연구 제3권 제2호, 2000, 152면; 홍성태, 대한민국 위험사회, 2007, 21면

131) 김재운, 형법을 통한 안전보장의 가능성과 한계에 관한 고찰, 비교형사법연구 제6권 제1호, 2003, 4-5면

132) 강봉석, 위험책임과 일반조항, 이화여자대학교 법학논집, 2000, 71-73면

을 하고 있다. 이는 위험책임의 입법은 항상 사후적이라는 점, 이미 존재하는 위험책임규정을 기존 문언과 다른 새로운 위험에 확대해서 유추적용할 수 없다는 점을 의미한다.<sup>134)</sup>

### (3) 허용된 위험

기본위험(Basis-Risiko) 또는 허용된 위험(erlaubtes Risiko)는 과학기술 수준과 불가피하게 연결되어 있고 법익에 대해 극히 작은 위태화를 초래하는 형태로서 일정규모의 유해한 결과는 감수할 것이 요청되는 위험을 의미한다. 일정기간의 경과이후에 특정상황아래서 현실화되는 위험의 발생할 가능성이 있다고 해서 일반적으로 금지시킬 수는 없는 경우다.<sup>135)</sup>

형법상 금지된 위험과 허용된 위험의 구분은 적정한 위험에 대한 평가에 달려 있다. 현대과학기술의 발달에 따라 각기 다양한 위험원에 따라 주의규정은 더욱 세밀해지고, 이에 따라 허용된 위험의 범위는 더욱 확장된다. 구체적 예를 들어 설명하자면, 위험사회에서 산업재해를 방지하기 위해서는 형법이 전면에 나서서 허용된 위험과 금지된 위험을 일반적으로 규정하는 것이 아니라, 위험예방에 관한 기술적 지침을 위험평가기구를 통해 제시한다. 산업안전보건법의 경우 고용노동부장관은 사업주가 해야 할 안전조치에 관한 기술상의 지침 또는 작업환경 표준을 정하여 사업주에게 지도·권고할 수 있으며, 이러한 지침과 표준을 정하기 위해 해당분야별로 기준제정위원회를 구성·운영할 수 있도록 하고 있다. (동법 제23조, 제27조) 이러한 입법태도는 산업안전에 관한 형벌규범의 내용을 하위법규에 위임하는 형식이다.<sup>136)</sup>

이는 법률이 광범위한 기술적 세부내용을 개별적으로 규정하지 않음으로써 법률의 명확성에 기여하고, 기술관련 법률제정에 필요한 전문지식이 결여되어 있

133) 광업법 제91조, 근로기준법 제80조 이하, 국가배상법 제5조, 원자력손해배상법 제3조, 제조물책임법 제82조, 환경정책기본법 제31조.

134) 강봉석, 위험책임과 일반조항, 이화여자대학교 법학논집, 2000, 75-76면.

135) 김재윤, 위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응, 2010, 27면.

136) 김재윤, 위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응, 2010, 28면.

는 입법자로 하여금 부담을 경감시켜주는 장점이 있다. 뿐만 아니라 과학기술의 발전을 형식적 법률개정없이도 쉽게 반영할 수 있게 함으로써 과학기술진보에 유연하게 대응할 수 있다. 하지만 허용된 위험의 위임입법을 통한 규정은 형법의 역동적 대응방식인 한편으로 죄형법정원칙과의 충돌을 피할 수 없게 된다. 과학기술의 발달로 인해 새로운 위험원이 계속해서 등장할 수 밖에 없는 상황에서 허용된 위험범위의 설정, 다시말해서 금지된 위험으로서 형벌의 대상이 되는 범위의 설정을 위임입법의 형식으로 해당 위험영역에 종사하는 전문가에게 위임하는 것은 죄형법정원칙에 반한다.<sup>137)</sup>

더구나 형법적 ‘허용’과 불허를 통해 안전을 확보하려는 방식 또한 자제가 필요하다. 법적 규제대상이라 하더라도 과학기술적 위험에 대해 언제나 특별한 법적 장치를 통해 규제하여 인간사회의 안전을 담보하는 방식에 매달리게 되면 과학기술위험을 극복하기 위해 다시 과도한 법적 구속의 악순환에 빠지게 될 것이기 때문이다. 과학기술적 위험이 허용되기 어려운 경우에도 그것이 위험방지에 관련된 기존의 법률에 의해서도 충분히 가능할 때에는 기존법률에 따라야 할 것이다.<sup>138)</sup>

#### 나. 추상적 위험과 위험사회의 위험

우리 형법과 마찬가지로 독일 형법도 1970년대부터 2000년대의 형법발전을 특징지우는 요소는 새로운 범죄화와 형벌의 확대다.<sup>139)</sup> 특히 환경과 경제분야에서 새로운 범죄현상에 대처하기 위한 범죄화는 피할 수 없는 흐름이다. 현대과학기술의 발전 이전에는 인간의 능력으로 환경오염이나 파괴가 가능하지 않았다. 과거에는 인간이 개입할 수 없었던 대상에도 피해가 미칠 수 있게 된 것이다. 따라서 현대과학기술 발전의 새로운 침해가능성 때문에 새로우면서도 정당한 형법적 보호를 요청하게 되었다. 대량의 전자우편, 전자거래의 확장, 인터넷

137) 김재윤, 위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응, 2010, 29면

138) 허일태, 위험사회에 있어서 형법의 임무, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2002, 14면

139) E.Hilgendorf, 1975년부터 2005년까지 독일형법, 이상돈·홍승희 역, 형법의 세계화와 전문화, 2010, 47면

공간의 감시와 같은 새로운 기술적 발전은 새로운 형벌요구를 불러일으킨다. 생명공학과 나노공학 역시 미래의 발전에 따라 마찬가지로 새로운 형벌을 요구하게 될 것이다.<sup>140)</sup>

그런데 이에 따라 진행되는 형벌의 확대는 형벌의 강화뿐만 아니라 확장을 의미하게 된다. 즉 범의침해나 실행행위 이전단계로 확대되어 간다. 전단계 범죄화(Vorfelddriminalisierung) 내지 형법적 전단계보호(strafrechtlicher Vorfeldschutz)는 위험사회의 새로운 위험의 대규모성과 관련하여 사람의 생명과 신체에 대한 침해결과가 발생한 이후의 사후적 개입은 너무 늦고 우연성에 좌우된다는 인식에 근거한다. 우연성을 축소하고 형법적 보호를 앞당겨 가벌적 불법을 침해범이 아니라 위험범의 형태로 인정하게 된다.<sup>141)</sup>

전단계 범죄화는 구체적 위험범, 추상적 위험범, 예비죄를 통해 이루어진다. 구체적 위험범은 특정한 행위객체에 대한 구체적 위험에 대해 형법이 투입된다. 환경범죄단속에 관한 특별조치법은 오염물질을 불법배출함으로써 공중의 생명 또는 신체에 위험을 발생시키거나 상수원오염을 초래하여 공중의 식수사용에 위험을 발생시킨 자는 구체적 위험을 초래한 경우로서 처벌한다. (동법 제3조 제1항) 추상적 위험범은 구체적 행위결과와는 무관하게 일정한 위험창출의 개연성이 있는 행위까지도 형법의 대상으로 하여 행위와 침해결과사이의 인과관계에 대한 증명을 요구하지 않는 경우다.<sup>142)</sup> 수질 및 수생태계보전에 관한 법률은 폐수배출시설 설치허가 또는 변경허가를 받지 아니하고 배출시설을 이용하여 조업한 경우를 처벌한다. (동법 제75조) 폐수배출시설을 설치하고 조업하는 행위는 원칙적으로 허용되는 반면 허가없는 폐수배출시설 설치 또는 그 시설을 이용한 조

140) E.Hilgendorf, 1975년부터 2005년까지 독일형법, 2010, 55-56면.

141) 김재운, 위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응, 2010, 30면.

142) 행위와 침해결과사이의 인과관계에 대한 증명을 요구하지 않는 추상적 위험범의 확대에 대해 일정한 제한을 두려는 시도로서 추상적·구체적 위험범이라는 구체적 위험범과 추상적 위험범의 중간단계를 인정하는 입법례도 있다. 독일형법 제325조 제1항 및 제326조 제1항 제4호의 이른바 적성범(Eignungsdelikt)은 구성요건해당행위가 되기 위해 결과에 따른 구체적 위험이 발생되어야 하는 것은 아니지만 적어도 일정한 환경인자의 본래적 성질에 대한 구체적 악화라고 하는 결과 발생에 적합한 행위가 있을 것을 요한다(김재운, 위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응, 2010, 30면).

업행위만으로 수질오염에의 추상적 위험성이 있는 행위로 간주하여 가벌성을 인정한 것이다. 추상적 위험범에 대한 형벌투입의 정당성은 행위자가 추상적 위험행위로 인해 위험상황을 창출했고, 이를 더 이상 행위자가 통제할 수 없으며, 위험에 처한 행위객체 또는 법익침해나 구체적 위험에의 도달여부가 전적으로 우연성에 맡겨져 있다는데 근거한다. 추상적 위험범은 전통적 형법의 책임원칙과 관련하여 비판의 대상이었지만, 위험사회에서는 입법자에 의해 선호되는 입법형식이 되었다. 추상적 위험범 형식의 형법은 장차 발생하게 될 위험을 대비하고 억제하기 위해 투입된다. 범죄행위와 법익침해 간의 인과관계를 요하지 않고 형법상의 귀속문제를 극히 단순화시키기 때문에 법익에 대한 침해위험성은 구성요건 차원에서 논의되는 것이 아니라 입법적 판단의 내용이 될 뿐이다.<sup>143)</sup>

예비죄의 경우는 범죄의 실행착수 이전단계에서 아직 법익침해의 직접적 위험성도 없고 범죄의사도 확정적이지 않지만, 새로운 대규모 위험의 영역에서 인정되고 있다. 원자력법에 따르면 원자로를 파괴하여 사람의 생명·신체 또는 재산을 해하거나 기타 공공의 안전을 문란케 할 목적으로 예비·음모 또는 선동한 자를 처벌한다.(동법 제114조 제4항) 구성요건적 행위의 특별한 위험성, 즉 원자력 발전사고의 위험성의 대규모성에 상응하여 법익침해를 방지하기 위한 사전개입의 필요성이 그 정당화근거로 제시된다.<sup>144)</sup>

구체적 위험범과 추상적 위험범, 그리고 예비죄의 형태로 형법이 구체적 실행행위 이전의 준비행위나 위험행위로 확대되어가는 것은 인간에게 가능한, 인간능력으로 가능한 행위가 현대과학기술의 발전과 함께 더 확대되어가는데 따른 결과일 수 있다. 우리에게 가능한 행위가 확대될수록 우리가 알 수 있거나 알 수 없는 내재된 위험성의 실현가능성과 그 위험성의 실현으로 피해를 입는 사람의 범위도 확대되기 때문이다.

한편 추상적 위험도 아닌 가공의 위험에 대한 형법적 대응도 등장한다. 즉 입법

143) 김재윤, 위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응, 2010, 31면 ; 김재윤, 위험사회에 있어 형법의 팽창현상에 대한 비판적 고찰, 비교형사법연구 제7권 제1호, 2004, 39면; 이용식, 위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방, 형사정책 제13권 제1호, 2001, 44-45면; 박강우, 위험사회와 형법의 변화, 형사정책연구 제8권 제4호, 1997, 280-281면.

144) 김재윤, 위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응, 2010, 32면.

당시 시점에서는 기술적으로 현실화될 수 없었던 행위들을 기술적 발전이 실현 되기도 전에 처벌하는 경우가 있다. 독일의 1991년 배아보호법(Embryonenschutzgesetz)에서는 인간세포복제행위뿐만 아니라, 인간세포로 하이브리드 잡종생물을 만들어내는 행위도 처벌한다. 잡종생물창조행위는 1990년대 당시 과학소설에서나 묘사되는 행위였다. 이러한 입법은 생명공학의 새로운 가능성에 대하여 형법을 통해 도덕적 및 정치적 의지를 각인시키려는 시도다.<sup>145)</sup>

이를 볼 때 특히 생명과 환경에 중한 영향을 미칠 수 있는 현대과학기술에 대해서는 확인될 수 있는 법익과 측정가능한 법익에 대한 침해뿐만 아니라, 입법자에게 위험한 행위로 규범적으로 평가될 경우에도 형법의 적용대상이 된다. 그런 점에서 현대과학기술의 실제적 위험보다는 예상되는 위험에 대한 형법의 선제적 투입은 사회의 도덕적 정치적 결단의 결과라 볼 수 있다. 현대과학기술사회에서 위험을 성찰해보려면, 전통적인 형법이론체계에서 허용된 위험과 범죄로서의 위험 사이, 구체적 위험범과 추상적 위험범에서 구체성과 추상성 사이의 구분을 재고할 과제가 주어진다.<sup>146)</sup>

#### 다. 위험사회형법과 비례성의 원칙

예방조치는 갈수록 강화되는 경향이 있다. 그렇기 때문에 예방지향의 시대에는 비례성원칙이 얼마만큼 설득력과 지배력을 발휘하느냐가 관건이다. 그렇지만 비례성원칙은 결코 탄탄한 토대가 아니다.<sup>147)</sup>

위험사회형법이 형사제재를 전면에 확대적으로 배치개입할 경우 비례성의 원칙에 의해 제한받고 이를 통해 정당화하려 들 것이다. 그러나 고정된 비례성의 척도가 있어서 이를 통해 과도한 형벌이나 효과없는 형벌이 걸러지는 것이 아니라, 비례성의 척도 자체를 유연화하여 형법의 개입을 사후적으로 정당화하는 변명거리로 삼을 가능성이 더 크다.

145) E.Hilgendorf, 1975년부터 2005년까지 독일형법, 2010, 48면.

146) 이에 관한 상세한 논의는 박미숙, 현대위험사회와 법치국가형법, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(1), 2012, 제4장 제2절 참조.

147) 빈프리트 하세머, 배종대·윤재왕 역, 범죄와 형법, 2012, 85면.

왜냐하면 위험사회에서 형법의 개입이 요청될 때 이미 비례성의 척도는 움직이고 있기 때문이다. 고정된 비례성의 양과 질이 있어서 위험과 그것에 개입하는 형법의 정당성을 측정하기에는 이미 형법개입의 문제가 제기되는 순간 그 사회의 비례성척도는 형법개입을 수용하는 방향으로 유연성을 발휘하기 시작한다. 움직이지 않는 척도로 변화하는 것들을 측정하지 못하고, 변화하는 것들과 함께 흔들려서는 척도로서의 기능을 기대할 수 없다.

비유컨대 비례성의 원칙은 위험관리형법의 정당한 범위의 원을 긋는데 중심고정점이 아니라, 외곽의 팽창방향으로 끌려가는 이동점이며, 고정되지 못한채 끌려다니며 남긴 궤적만큼 비례성의 '원칙내용'에 대한 의문에 부딪히게 될 것이다.

## 라. 위험형법론의 논의

### (1) 위험형법론의 배경

위험사회에 대한 형법의 대응책이 이른바 위험형법(Risikostrafrecht)이라는 차원에서의 논의를 필요로 하는가?

위험사회에서의 형법이 기존의 형법과 다른 특징의 새로운 문제를 담고 있는가의 여부가 이에 대한 대답이 될 수 있다.<sup>148)</sup> 첫째 전통적인 형법은 현재 진행 중인 사회문제의 해결에 관한 것이다. 위험사회에서의 문제는 세대간에 걸쳐 진행되는 사회문제가 대상이며 해결책도 다음세대에까지 연관된다. 현재부터 시작해서 다음 세대에 본격화되는 위험의 잠재력으로서의 사회문제다. 미래에 필연적으로 발생하게 될 위험을 미리 예견하고 이를 현재 시점에서 억제하는 것이 전통적인 형법의 수단에 의해 가능한지 의문이다. 둘째, 전통적인 형법이 전제하는 불법은 지각적으로 직접 확인할 수 있는 타인의 법익에 대한 침해인 반면, 이른바 위험형법의 불법은 침해를 인지하기 어렵다. 생태학적인 연관성을 종합적으로 고려해서만 비로소 추론될 뿐이다. 셋째 위험형법의 특징은 행위주체조차 불분명하다. 전통적인 불법개념에는 항상 행위자가 특정될 수 있지만, 위험형법에서의 행위주체는 개별적 행위자들보다는 체계 그 자체다. 더구나 위험원

148) 김영환, 위험사회의 형법의 귀속원리, 2000, 153-154면.

이 되는 체계안에서 개인들은 체계가 제공하는 편익을 일상적으로 누리고 있다.

위험사회형법에 대해서는 두 가지 관점이 있다. 첫째는 형법의 임무를 위험사회에 맞추어 재규정해야 하며, 전통적인 형법적 개념의 틀 역시 이를 위해 재구성 내지 배제하자는 입장이다. 인류의 생존보장이 형법의 당면과제인만큼 기존의 형법도그마틱에서 전제하는 개념도식도 제거가능하다. 이를 대신하여 새로운 임무수행에 더 효율적인 순수하게 기능적인 형법을 통해 미래의 위험원들을 사전예방하자는 것이다. 이러한 의미에서의 위험형법은 사회갈등의 해결수단을 여전히 형법에 의해 실현해야 한다는 의도에 바탕을 두고 있으며, 형법이 여전히 과학기술위험을 포함한 모든 사회적 문제에 대해 충분한 통제수단이라는 관점에 입각해 있다.<sup>149)</sup>

이러한 관점은 구체적인 법익침해결과에 대한 제재가 아니라 추상적인 행위요청의 정립이기 때문에 결과적으로 과거 질서위반범의 행위유형들이 형법적 차원으로 들어오게 된다. 개별행위와 행위자에 지향된 전통적인 책임귀속원리로부터 벗어난다면 근대형법의 근간인 책임귀속과 형벌간의 내용적 연관성은 사라져버린다. 개인적 비난가능성이라는 의미에서의 책임이 전제되지 않는 제재라면, 형벌이라는 명칭을 유지하는지의 여부와 무관하게 전통적 의미에서의 형벌이 더 이상 아니게 된다. 나아가 순수한 기능적 형법이 과연 형법의 임무를 수행할 수 있을지도 의문이다. 형벌을 통한 규범안정화 기능은 형벌의 정당화여부에 달려 있기 때문이다. 순수한 기능적 형법으로써는 다른 법적 제재와 구별되는 형사제재 고유의 본질을 벗어난다.<sup>150)</sup>

둘째는 정반대로 형법을 다시 전통적 핵심영역으로 환원시키고 위험사회와 관련된 대응은 형법이 아닌 새로운 개입법(Interventionsrecht)에 위치지우려는 입장이 있다. 이러한 개입법은 형법보다는 보장의 요구수준이 낮지만 제재의 강도도 약하며, 이러한 형식이 현대사회의 특별한 위험현상을 다루는데 더 적합하고 규범적으로도 비판이 적다는데 의의가 있다. 하지만 위험사회의 조정임무를 형

---

149) 허일태, 위험사회에 있어서 형법의 임무, 2002, 11면; E.Hilgendorf, Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft?, NStZ, Heft.1. 1993, 14면.

150) 김영환, 위험사회의 형법의 귀속원리, 2000, 158-159면; 김재운, 위험사회에 있어 형법의 팽창현상에 대한 비판적 고찰, 2004, 41-42면.

법영역에서 분리시켜내려는 입장은 대안의 현실성이 부족하다는 문제점이 있다. 민사적 대안도 구체적 손해결과에 초점을 맞추고 있기 때문에 미래의 생존조건 확보라는 추상적 목표의 실현은 어렵다. 위험원의 예방을 위한 경제체계의 근본적 변혁 역시 사법적 차원의 해결은 어렵다. 개입법과 같은 공법적 차원의 해결은 일반적 행위규범을 정립하고 이에 대한 위반을 질서별로 제재하게 된다. 동일한 종류의 행위유형들을 형법영역에서 분리시켜 다시 질서위반범으로 규정하여 법적으로 규율하는 우회방식이 과연 어떤 실익이 있을지 여전히 의문의 대상이 된다.<sup>151)</sup>

## (2) 위험형법론의 전개

새로운 위험에 대응하는 형법은 확장과 유연화(*Strafrechtsflexibilisierung*)를 특징으로 한다. 새로운 범죄화와 형벌의 확대, 그리고 이를 위하여 명확하고 구속력이 있는 규정들은 폐지되거나 우회하게 된다. 형법이 사회법, 경찰법, 손해배상법을 아우르는 새로운 안전법(*Sicherheitsrecht*)의 일부로 편입되는 근본적 변화가 일어난다.<sup>152)</sup>

우선 위험형법론은 ‘새로운’ 위험을 전제한다. 전통적 위험, 또는 산업국가적 위험과 구별되는 ‘새로운’ 위험이란 무엇인가? 새로운 위험이란 개인적 위험과 일반적으로 인식되지 않는 생명에 대한 위험의 결합이다. 이러한 위험은 자발적으로 감수하는 것이 아니라, 자연재해처럼 인간에게 부과되는 것이다. 즉 다수의 개인행위의 집합적 효과이되, 의도치 않은 결과이며, 위험에 대한 공포로 인한 체계의 붕괴까지 포함된다. 토양침식, 오존층파괴, 삼림훼손, 대기오염, 식수오염과 전염병이 그것이다. 위험에 대한 결정과 부담으로 인한 체계의 붕괴는 원자력, 유전공학 등의 위험이다. 이러한 새로운 위험들은 계급과 계층, 사회집단에 대한 소속감을 무의미하게 만들며 모두에게 동일하게 노출된다.<sup>153)</sup> 그런

151) 김영환, 위험사회의 형법의 귀속원리, 2000, 159-161면; 김재운, 위험사회에 있어 형법의 팽창현상에 대한 비판적 고찰, 2004, 42-43면.

152) E.Hilgendorf, 1975년부터 2005년까지 독일형법, 2010, 60-61면; U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 154, 157면.

153) E.Hilgendorf, *Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft?*, *NSStZ*, Heft.1. 1993, 11면.

한편으로 '새로운' 위험은 '모두에게 닥쳐오는' 위험이지만, 궁극적으로는 인간의 의사결정의 결과임은 분명하다. 이는 새로운 위험 역시 원칙적으로 통제대상이라는 의미가 된다. 새로운 위험을 통제하는데 형법이 적절한, 그리고 필요한 수단이라고 전제하는 한 위험사회의 형법이 마땅히 고려된다.<sup>154)</sup>

Albrecht에 따르면 19세기적 자유주의적 법치국가에서 20세기 사회적 복지국가로 이행하는 과도기에 형법은 예방적 형태의 조종모델(präventiv-gestaltenden Steuerungsmodell)로 변화해 간다. 특히 정치·행정체계에서는 억제적 수단을 통한 과도한 조종의 방향으로 변화가 일어나는데, 정치형법, 소년형법, 성범죄형법을 그 예로 든다. 반면 기술·경제체계에서는 조종의 과소수준으로 변화하는데, 환경형법과 경제형법에서 볼 수 있다. 그렇다면 기술경제적 체계에서의 과소조종에 대응하기 위해서는 형법이 필요할 뿐만 아니라 최선의 수단으로까지도 인식될 수 있다. 환경 파괴와 만연한 경제범죄의 해결을 위해서 시민들이 실제 요구하는 바이기도 하다. 하지만 환경과 경제영역은 구조적 정책을 통해서만 '조종'될 수 있을 뿐이어서, 형법이 아닌 다른 규제수단이 더 효율적이다. 상식적으로 공기와 토양과 식수의 오염을 형사소추를 통해서 저지할 수는 없다. 그렇기 때문에 알브레히트는 정치·행정체계의 무력한 기술·경제체계에 대한 민주적 개입이 필요하다고 본다. 이러한 개입을 위해서는 체계에 대한 공개적 민주적 성찰이 특히 필요하다. 새로운 위험과의 투쟁에 형법을 투입할 것이 아니라, 더 좋은 정치를 투입해야 한다는 의미다. 즉 효과적인, 더 민주적인 정치를 통해 기술·경제체계 영역의 새로운 위험에 대응해야 한다는 것이다.<sup>155)</sup>

Hassemer 또한 위험사회의 형법이 거대한 위험에 대한 조종수단으로 성장했다는 점을 인정하고, 범죄와의 투쟁을 넘어 복지정책, 환경정책, 보건정책, 외교정책에 이르는 지원수단으로 변화하면서, 구체적인 법익침해에 대한 개별적인 저지로부터 문제상황에 대한 광범위한 예방의 역할을 하게 되었다고 본다. 그러나 위험에 대한 유연한 대응수단으로서 형법의 기능주의화와 탈정형화에 대해서는 비판적 입장을 취한다. 정치적 목적을 추구하기 위한 형법의 남용을 억제할

154) E.Hilgendorf, Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft?, NSTZ, Heft.1. 1993, 12면

155) E.Hilgendorf, Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft?, NSTZ, Heft.1. 1993, 13면

수 있는 형법의 법치국가적 전통을 제거하거나 축소하는 결과에 이를 것이기 때문이다. 이러한 위험형법의 특징은 첫째 형법이 모든 사회적 문제를 해결하는데 적합한 수단이라고 전제하고 범죄자-피해자 범위를 넘어 포괄적 범죄화로 나아간다는 점, 둘째 보편적 법익개념이 도입된다는 점, 셋째, 추상적 위험범으로 대표되는 전단계 범죄화가 확대된다는 점, 넷째, 인과관계, 미수와 기수, 고의와 과실 개념이 유연화되면서 정밀하지 않은 법률용어가 등장한다는 점, 다섯째 법익지향적 핵심형법이 경제, 환경, 보건정책의 부수적 수단으로서의 형벌위협으로 부가되면서 상대화된다는 점이다.<sup>156)</sup>

Prittitz는 위험사회에서 예방적 형법이 새로운 법익, 특히 불명확한 보편적 법익의 보호와 형법적 보호의 전단계화를 통해 거대한 조종형법이 된다고 지적한다. 이러한 의미에서의 위험형법은 비효율적이고 반생산적이다. 장기적으로 시민의 신뢰를 잃고, 법치국가적으로도 용인될 수 없을 뿐만 아니라, 예컨대 환경형법의 개입은 오히려 합리적인 환경정책을 저해하기 때문이다.<sup>157)</sup>

한때 사회과학적으로 유행한 문제형상인 위험사회는 전통적인 법학의 영역에 수용되면서 공법과 민법영역에서 도그마틱적으로 풍부하게 사용될 수 있는 개념이 되었으나, 새로운 위험이 곧 새로운 형법을 필요로 한다고 보이지는 아니한다. 오히려 독일형법학자들은 위험사회에 특유한 새로운 위험형법이라는 개념의 위험성, 즉 탈정형화와 유연화를 통한 전통적 법치국가형법의 기본틀에 대한 위협 가능성을 지적한다.<sup>158)</sup>

그리고 위험사회의 새로운 위험에 대응한 이른바 위험형법은 오히려 새로운 내용이 없다는 비판도 가능하다. 왜냐하면 새로운 위험에 대응하여 보편적 법익을 전단계에서 보호하는 추상적 위험범으로서 제시되는 마약형법, 경제형법, 교통형법 등의 구성요건은 오히려 백으로부터 제시된 위험사회 개념표지와는 별다른 연관성이 없다. 상징형법과 위험형법과의 논의점 역시 뚜렷하지 않다. 특정한 법익침해의 위험을 줄이려 한다는 의미에서의 위험형법이라면 전통적인 형법

156) E.Hilgendorf, Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft?, NStZ, Heft.1. 1993, 14면.

157) L.Kuhlen, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, 1994, 353면.

158) E.Hilgendorf, Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft?, NStZ, Heft.1. 1993, 16면; L.Kuhlen, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, 1994, 347면.

도그마틱과 역시 뚜렷한 차별성을 갖기 어렵다. 위험사회의 위험형법과 종전의 산업사회에서의 예방형법 논의 사이에도 역사적 구분이 분명치 않다.<sup>159)</sup>

### (3) 위험형법론의 문제점

위험사회에서 형법의 역할이 사후적 대응에만 한정된다면 형법정책의 정당성에 대한 도전이 직면하게 될 것이다. 예를 들어 환경문제에서 사전에 적은 비용으로도 유지할 수 있는 자연환경을 파괴된 이후에야 사후적으로 대응한다면 환경회복비용도 막대할 것이거니와 인간의 삶의 질과 내용은 본질적 저하를 겪게 될 수 밖에 없다. 따라서 사후대응적 기능의 차원을 넘어 사전예방적 기능을 인정해야 할 필요성이 있다. 하지만 형법을 예방적 관점의 차원으로 전환하는 것에 대해서는 여전히 신중할 필요도 있다. 즉 어떠한 위험이 출현할 것인가를 사전에 예측 평가하여 그 위험원을 법적으로 규제할 수 있게 될 것인바, 이러한 의미에서의 예방적 관점은 오히려 개인의 고유한 자유영역의 축소를 가져오고, 규제기관의 법적 권한남용을 결과할 수 있다.<sup>160)</sup> 예방적 관점에 기한 규제장치는 그 특성상 국가권력에 의한 사전규제와 위험원에 대한 행정관리가 불가피하기 때문이다. 구체적 법익침해가 확인될 경우에만 개입하던 형법이 위험징후만으로도 작동할 수 있게 된다.

또한 책임원칙에 따른 전통적인 책임귀속이 효율성에 우선순위를 두는 귀책개념으로 변하게 되면 법적 안정성을 해칠 수 있다. 전통적 형법에서는 행위책임에 따른 사후적 평가와 법적 안정성을 핵심으로 하는 바, 위험형법에서는 위험을 야기할 수 있는 사전적 책임과 법적 대응의 효율성을 우선적으로 고려하기 때문이다. 과학기술위험의 사전예방을 위해 사전적 법적 규제로 사후의 재앙적 결과를 방지하는 예방적 관점과 책임원칙을 핵심으로 하는 전통적 형법의 충돌은 불가피하게 된다.<sup>161)</sup>

위험형법논의에서 보다 근원적인 문제는 위험, 위험사회, 새로운 위험에 대한

---

159) L.Kuhlen, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, 1994, 357-358면.

160) 허일태, 위험사회에 있어서 형법의 임무, 2002, 4-5면.

161) 허일태, 위험사회에 있어서 형법의 임무, 2002, 5-6면.

개념의 혼란 또는 오해에 있다고 볼 수도 있겠다. 예컨대 사회학자들은 위험을 다루는 결정의 가능성을 어떻게 제공하는지를 기준으로 현대사회를 위험사회라고 평가하는 반면, 전통적인 위험연구자들은 중대한 위험을 통해 사회구성원들에게 편재적이고 필연적인 위험으로 인식되고 있는 사회를 위험사회라고 본다. 위험사회 개념은 모호하고 부분적으로는 모순된다. 어떤 관점에서는 위험사회의 도전에 대한 법의 과소대응이 문제인 반면, 어떤 관점에서는 예방국가, 안전국가 모델이 전통적 법치국가의 기본틀을 위협하는 위험법의 과잉문제를 지적한다.<sup>162)</sup>

생각건대, 전통적인 법치국가형법의 근본을 부인하거나 대체하는 ‘위험형법’의 정당성과 실효성은 인정하기 어렵다. 현대과학기술위험에 대응하는 후기현대사회 형법은 고위험에 대해서는 잠정적으로 실효성있는 수단을 투입하되, 법치국가형법의 본질적 한계를 존중하는 ‘위험관리형법’으로 자리매김되어야 할 것이다.<sup>163)</sup>

#### 마. 형사특별법상의 위험관리

형법을 제제수단으로 하는 형사특별법으로서 현대과학기술위험을 관리하기 위한 현행 규정들은 각각 금지규정, 관리절차규정, 허가신고규정, 양벌규정으로 구분할 수 있다. 각 형사특별법은 관리통제 대상으로 설정한 위험원의 특성과 내용에 따라 금지규정위주의 입법형식을 취하는 한편, 절차관리와 허가신고 제도를 유지하면서 그 위반에 대해서만 형법을 투입하는 입법형식을 취하기도 한다.

현대과학기술위험의 전문적 기술적 특징에 비추어 보건데, 구체적인 금지와 규제는 전문과학기술영역의 판단절차에 위임하고, 다만 그 절차의 준수를 보장하기 위해서 형법이 보완적으로 투입되는 형식이 가장 합리적 형사특별법의 태도라 판단된다. 따라서 구체적 행위유형의 금지를 형법에 직접적으로 열거하는 형식의 형사특별법은 위험관리형법의 형식으로서 예외적인 경우라 하겠다. 그 법기술상의 문제뿐만 아니라 실효성에도 한계가 있기 때문이다. 그런만큼 예외적으로 금지규정을 상세히 열거한 형사특별법의 경우 (생명윤리 및 안전에 관한 법률, 원자력안전법)는 위험통제에 대한 형법의 적극적 개입을 천명함으로써 우

162) L.Kuhlen, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, 1994, 351-352면.

163) 이에 관한 상세한 논의는 본 보고서 제2장 제2절 3. 참조.

리 사회의 과학기술위험관리에 대한 강력한 의지를 표현하는 계기로서 볼 수 있다. 현대과학기술위험을 대상으로 하는 주요 형사특별법의 특징을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 생명윤리 및 안전에 관한 법률

생명윤리 및 안전에 관한 법률(법률 제11250호, 2012.2.1 개정)은 배아 및 유전자 등에 관한 생명과학기술 분야에 한정되어 있는 생명윤리정책의 영역을 확대하여 인간 및 인체유래물에 관한 연구에 대해서도 생명윤리 및 안전기준을 적용함으로써 연구대상자 등의 권리와 건강을 보호하고, 국가 및 기관 생명윤리위원회 등 생명윤리 인프라 확대를 위한 법적 근거를 강화하며, 인체유래물은행 및 유전자검사기관에 관한 규정을 정비하는데 목적이 있다. 동법은 2004년 급격히 발전하고 있는 생명과학기술에 있어서의 생명윤리 및 안전을 확보하여 인간의 존엄과 가치를 보장하고, 국민의 건강과 삶의 질 향상을 위하여 질병치료 및 예방 등에 필요한 생명과학기술을 위하여 개발·이용할 수 있는 제도적 장치를 마련하기 위해 제정된 바 있다.

	형사제재
금지규정	제49조(벌칙) ① 제11조(인간복제의 금지) 제1항의 규정을 위반하여 체세포복제배아를 자궁에 착상시키거나 착상된 상태를 유지 또는 출산한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. 제50조(벌칙) 제12조(이종간의 착상 등 금지) 제1항의 규정을 위반하여 인간의 배아를 동물의 자궁에 착상시키거나 동물의 배아를 인간의 자궁에 착상시킨 자 또는 동조 제3항의 규정을 위반하여 동조 제2항 각호의 1에 해당하는 행위로부터 생성된 배아를 인간 또는 동물의 자궁에 착상시킨 자는 5년 이하의 징역에 처한다. 제51조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역에 처한다. 1. 제11조(인간복제의 금지) 제2항의 규정을 위반하여 체세포복제배아를 자궁에 착상시키거나 착상된 상태를 유지 또는 출산하는 행위를 유인 또는 알선한 자 2. 제12조(이종간의 착상 등 금지) 제2항 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자 3. 제13조(배아의 생성 등) 제1항의 규정을 위반하여 임신외의 목적으로 배아를 생성한 자 4. 제13조(배아의 생성 등) 제2항 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자 5. 제13조(배아의 생성 등) 제3항의 규정을 위반하여 금전 또는 재산상 이익 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공하거나 이를 이용한 자 6. 제13조(배아의 생성 등) 제3항을 위반하여 금전 또는 재산상의 이익, 그 밖에 반대급부를 조건으로 정자 또는 난자를 제공하도록 유인하거나 알선한 자 7. 제22조(체세포핵이식행위) 제1항의 규정을 위반하여 희귀·난치병의 치료를 위한 연구목적외에 체세포핵이식행위를 한 자 8. 제48조(비밀누설 등의 금지)의 규정을 위반하여 비밀을 누설하거나 도용한 자 ②제17조(잔여배아의 연구)의 규정을 위반하여 잔여배아를 이용한 자는 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금형에 처한다.

	형사제재
관리절차규정	<p>제52조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>2. 제15조(배아의 생성 등에 관한 동의) 제1항의 규정을 위반하여 배아생성에 관한 서면동의를 얻지 아니하고 정자 또는 난자를 채취한 자</li> <li>2의2. 제15조의2(난자제공자에 대한 건강검진 등) 제1항을 위반하여 난자제공자에 대하여 건강검진을 실시하지 아니한 자</li> <li>2의3. 제15조의2(난자제공자에 대한 건강검진 등) 제2항을 위반하여 난자를 채취한 자</li> <li>2의4. 제15조의3(난자채취 빈도의 제한)을 위반하여 난자를 채취한 자</li> <li>3. 제25조(유전자검사의 제한)의 규정을 위반하여 유전자검사를 한 자</li> <li>4. 제26조(유전자검사의 동의) 제1항 내지 제3항의 규정을 위반하여 유전자검사에 관한 서면동의를 얻지 아니하고 검사대상물을 채취하거나 동의서를 첨부하지 아니하고 유전자검사를 의뢰한 자</li> <li>5. 제31조(유전정보에 의한 차별금지) 제1항 또는 제2항의 규정을 위반하여 유전정보를 이용하여 다른 사람을 차별한 자 또는 다른 사람에게 유전자검사를 받기를 강요하거나 유전자검사의 결과를 제출하도록 강요한 자</li> <li>6. 제34조(유전자은행의 장의 준수사항)의 규정을 위반하여 유전정보등을 타인에게 제공함에 있어 개인정보를 포함시킨 자</li> <li>7. 제35조(유전정보등의 보호) 제1항의 규정을 위반하여 유전정보등을 정당한 사유없이 타인에게 제공하거나 부당한 목적으로 사용한 자</li> <li>8. 제36조(유전자치료) 제1항 또는 제2항의 규정을 위반하여 유전자치료를 한 자</li> <li>9. 제39조(폐기명령)의 규정에 의한 폐기명령을 위반한 자</li> </ol>
허가신고규정	<p>제53조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제14조(배아생성의료기관)의 규정을 위반하여 배아생성의료기관으로 지정받지 아니하고 인간의 정자 또는 난자를 채취·보관하거나 배아를 생성한 자</li> <li>2. 제16조(배아의 보존기간 및 폐기) 제2항 또는 제3항의 규정을 위반하여 배아를 보건복지부령이 정하는 바에 따라 폐기하지 아니하거나 배아의 폐기에 관한 사항을 기록·보관하지 아니한 자</li> <li>3. 제18조(배아연구기관)의 규정을 위반하여 배아연구기관으로 등록하지 아니하고 잔여배아를 연구한 자</li> <li>4. 제19조(배아연구계획서의 승인) 제1항의 규정을 위반하여[제23조(체세포복제배아의 생성 및 연구) 제2항에서 준용하는 경우를 포함한다] 보건복지부장관의 승인을 얻지 아니하고 배아연구를 한 자</li> <li>5. 제20조(잔여배아의 제공 및 관리) 제1항 또는 제3항의 규정을 위반하여 유상으로 잔여배아를 제공하거나 잔여배아의 보관 및 제공 등에 관한 사항을 보건복지부령이 정하는 바에 따라 보건복지부장관에게 보고하지 아니한 자</li> <li>6. 제23조(체세포복제배아의 생성 및 연구) 제1항의 규정을 위반하여 등록하지 아니하고 체세포복제배아를 생성하거나 연구한 자</li> <li>7. 제30조(유전자검사기관등의 준수사항) 제1항의 유전자검사기관등의 준수사항을 위반하거나 동 조 제2항의 규정을 위반하여 유전자검사에 대하여 허위표시 또는 과대광고를 한 자</li> <li>8. 제32조(유전자은행의 허가 및 신고) 제1항의 규정을 위반하여 허가를 받지 아니하고 유전자은행을 개설한 자</li> </ol>
양벌규정	<p>제54조(양벌규정) ① 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제49조부터 제51조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인을 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제52조 또는 제53조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.</p>

(2) 인체조직 안전관리 등에 관한 법률

인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률(법률 제10564호, 2011.4.7 개정)은 의료기기 산업을 활성화하고 국민보건상 위해를 예방하기 위하여 의료기기의 제조업 등에 관한 허가 또는 신고제도를 개선하고, 의료기기에 대한 임상시험·시험검사 또는 품질관리의 전문성과 신뢰성을 높이기 위하여 임상시험기관, 시험검사기관 또는 품질관리심사기관의 지정제도를 마련하는데 목적이 있다. 동법은 2004년 사람의 뼈, 인대 등 인체조직을 이용한 이식재의 수요는 매년 증가추세에 있으나 정부차원에서 인체조직 이식재의 유통 및 관리를 할 수 있는 법적인 근거가 없어 안전성이 담보된 인체조직의 유통 및 관리가 제대로 이뤄지지 않고 있는 실정인바, 사람의 신체적 완전성을 기하고 생리적 기능회복과 연구의 목적을 위하여 다른 사람의 인체조직을 기증·채취·저장·처리·보관·분배·이식하는데 필요한 사항을 정함으로써 인체조직 이식재의 수급 및 안전성을 도모하고 국민보건향상에 이바지하도록 하기 위해 제정된 바 있다.

	형사제재
금지규정	<p>제44조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 무기징역 또는 2년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제11조(장기등의 적출·이식의 금지 등) 제1항을 위반하여 감염병원체에 감염된 장기등, 암세포가 침범한 장기등 또는 이식대상자의 생명·신체에 위해를 줄 우려가 있는 장기등을 적출하거나 이식한 자</li> <li>2. 제11조(장기등의 적출·이식의 금지 등) 제2항을 위반하여 이식대상자가 정하여지지 아니한 장기등을 적출한 자</li> <li>3. 제11조(장기등의 적출·이식의 금지 등) 제3항을 위반하여 같은 항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로부터 장기등을 적출한 자</li> <li>4. 제11조(장기등의 적출·이식의 금지 등) 제4항을 위반하여 16세 이상인 미성년자의 장기등을 적출한 자</li> <li>5. 제11조(장기등의 적출·이식의 금지 등) 제5항을 위반하여 살아있는 사람으로부터 적출할 수 없는 장기등을 적출한 자</li> <li>6. 제18조(뇌사판정 등)에 따른 뇌사판정을 받지 아니한 뇌사추정자의 장기등을 적출한 자</li> <li>7. 제18조(뇌사판정 등) 제2항을 위반하여 뇌사판정을 한 자</li> <li>8. 제22조(장기등의 적출 요건) 제1항 또는 제2항을 위반하여 본인 등의 동의를 받지 아니하고 장기등을 적출한 자</li> <li>9. 제22조(장기등의 적출 요건) 제3항을 위반하여 뇌사자로부터 장기등을 적출한 자</li> </ol> <p>② 제1항 각 호의 어느 하나를 위반하여 사람을 사망에 이르게 한 자는 사형·무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>제45조(벌칙) ① 제7조(장기등의 매매행위 등 금지) 제1항 제1호 또는 제3호를 위반하여 장기등을 주고 받거나 주고 받을 것을 약속하거나, 이를 교사·알선·방조하는 자 또는 같은 조 제3항을 위반하여 장기등을 적출하거나 이식한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>② 제7조(장기등의 매매행위 등 금지) 제1항 제2호를 위반하여 장기등을 주고 받거나 주고 받을 것을 약속하거나, 같은 조 제2항을 위반하여 같은 조 제1항 제1호 및 제2호의 행위를 교사·알선·방조하는 자는 10년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 징역과 벌금은 병</p>

	형사제재
	<p>과(併科)할 수 있다.</p> <p>③ 제26조(이식대상자 선정 등) 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 이식대상자의 선정 또는 선정 승인과 관련하여 금전, 재산상의 이익, 그 밖의 대가적 급부를 받은 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 징역과 벌금은 병과할 수 있다</p>
관리절차규정	<p>제46조(벌칙) ① 제18조(뇌사판정 등) 제1항에 따른 전문의사 또는 진료담당의사가 뇌사조사서를 거짓으로 작성하여 뇌사자가 아닌 사람에게 뇌사판정을 하게 한 경우에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>② 제1항의 죄를 범하여 사람을 상해(傷害)에 이르게 한 경우에는 2년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>③ 제1항의 죄를 범하여 사람을 사망에 이르게 한 경우에는 사형·무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>제47조(벌칙) ① 제18조(뇌사판정 등) 제1항에 따른 전문의사 또는 진료담당의사가 업무상 과실로 뇌사조사서를 사실과 다르게 작성하여 뇌사자가 아닌 사람에게 뇌사판정을 하게 한 경우에는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>② 제1항의 죄를 범하여 사람을 상해에 이르게 한 경우에는 7년 이하의 금고 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>③ 제1항의 죄를 범하여 사람을 사망에 이르게 한 경우에는 10년 이하의 금고 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>제50조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 업무상 과실로 제11조(장기등의 적출·이식의 금지 등)제1항을 위반하여 감염성병원체에 감염된 장기등, 암세포가 침범한 장기등 또는 이식에 적합하지 아니한 장기등을 적출하거나 이식한 자</li> <li>2. 제13조(장기이식등록기관)제1항을 위반하여 등록기관으로 지정받지 아니하고 장기등기증자 등의 등록업무를 수행한 자</li> <li>3. 제18조(뇌사판정 등) 제5항을 위반하여 뇌사판정서 및 회의록의 사본과 해당 자료를 국립장기 이식관리기관의 장에게 보내지 아니한 자</li> <li>4. 제24조(해부 또는 검사의 우선)를 위반하여 장기등을 적출한 자</li> <li>5. 제26조(이식대상자 선정 등) 제3항을 위반하여 국립장기이식관리기관의 장의 승인을 받지 아니하고 이식대상자를 선정하여 장기등을 기증한 자</li> <li>6. 제28조(기록의 작성 및 장기등의 적출·이식 통보 등) 제1항을 위반하여 장기등의 적출·이식에 관한 기록을 작성하지 아니하거나 거짓으로 작성한 자</li> <li>7. 제29조(기록의 보존) 제1항을 위반하여 뇌사판정서 등 뇌사판정에 관련된 자료를 15년 동안 보존하지 아니한 자</li> <li>8. 제29조(기록의 보존) 제2항을 위반하여 장기등의 적출·이식에 관한 기록을 보존하지 아니한 자</li> </ol>
허가신고규정	<p>제48조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 제16조(뇌사판정의료기관 및 뇌사판정위원회) 제1항을 위반하여 국립장기이식관리기관의 장에게 알리지 아니하고 뇌사판정업무를 하거나 제36조(지정취소 등) 제2항에 따른 뇌사판정업무를 정지기간 중에 뇌사판정업무를 한 의료기관의 장</li> <li>2. 제16조(뇌사판정의료기관 및 뇌사판정위원회) 제2항 및 제3항에 따른 시설·장비·인력 등을 갖추지 아니하거나 뇌사판정위원회를 설치하지 아니하고 뇌사판정업무를 한 의료기관의 장</li> <li>3. 제22조(장기등의 적출 요건) 제3항을 위반하여 사망한 자로부터 장기등을 적출한 자</li> <li>4. 제25조(장기이식의료기관) 제3항을 위반하여 장기등을 적출하거나 이식한 자</li> <li>5. 제26조(이식대상자 선정 등) 제1항 전단을 위반하여 이식대상자의 선정기준에 따르지 아니하고 이식대상자를 선정한 자</li> <li>6. 제26조(이식대상자 선정 등) 제4항을 위반하여 이식대상자를 선정하거나 그 장기등을 이식한 자</li> <li>7. 제27조(뇌사판정 의사의 장기등의 적출 등 금지)를 위반하여 뇌사자의 장기등의 적출 또는 이식수술에 참여한 자</li> </ol> <p>제49조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</p>

후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(1)

	형사제재
	1. 제26조(이식대상자 선정 등) 제2항 후단을 위반하여 이식대상자를 선정한 사유 및 선정결과를 국립장기이식관리기관의 장에게 알리지 아니한 자 2. 제28조(기록의 작성 및 장기등의 적출사실 통보 등) 제3항을 위반하여 뇌사자의 장기등을 적출한 사실을 관할 지방검찰청 또는 지방검찰청지청의 장에게 서면으로 알리지 아니한 자
양벌규정	제52조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제45조 제2항·제3항, 제47조부터 제50조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

(3) 장기등 이식에 관한 법률

장기등 이식에 관한 법률 (법률 제11005호, 2011.8.4, 개정)은 1999년 의학의 발달로 점차 증가하고 있는 장기등의 이식을 공정하고 효율적으로 관리하고, 불법적으로 이루어지는 장기등의 매매행위를 근절함으로써 인도적인 차원에서 합법적인 장기등의 이식을 보호함과 아울러 국민보건 향상에 이바지하려는 목적에서 제정되었다.

	형사제재
금지규정	제32조(벌칙) 제9조(조직의 분배·이식의 금지 등)의 규정을 위반하여 동조 각호에 해당하는 조직을 다른 사람에게 이식할 목적으로 분배 또는 이식한 자는 무기징역 또는 2년 이상의 유기징역에 처한다. 제33조(벌칙) ① 금전 등을 주고받거나 주고받을 것을 약속하고 제5조(조직의 매매행위 등의 금지) 제1항 제1호 또는 제3호의 규정을 위반한 자는 7년 이하의 징역에 처한다. ②금전 등을 주고받거나 주고받을 것을 약속하고 제5조(조직의 매매행위 등의 금지) 제1항 제2호의 규정을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다. 제34조(벌칙) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제5조(조직의 매매행위 등의 금지) 제2항의 규정을 위반하여 조직을 관리하거나 이식한 자 3. 제22조(비밀의 유지)의 규정을 위반하여 조직기증자와 채취한 조직에 관한 사항 등을 알려준 자
허가신고규정	제34조(벌칙) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 2. 제13조(조직은행의 허가 등)의 규정을 위반하여 허가받지 아니하고 조직은행을 설립한 자
양벌규정	제36조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제33조 제2항 및 제34조의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

## (4) 유전자변형생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률

유전자변형생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률 (법률 제9932호, 2010.1.18, 개정)은 2001년 유전자조작기술의 발달로 다양한 유전자변형생물체가 개발되어 사용됨에 따라 유전자변형생물체로 인한 국민의 건강 등에 미칠 위험을 사전에 방지하기 위하여 국제협약으로 바이오안전성에 관한 카르타헤나 의정서가 채택되었는 바, 우리나라도 이에 가입하기 위하여 유전자변형생물체의 국가간 이동에 관한 사항을 정하는 등 동 협약의 시행을 위하여 필요한 사항을 정하기 위해 제정되었다.

	형사제재
금지규정	제39조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제14조(수입 또는 생산의 금지 등)를 위반하여 수입이나 생산이 금지되거나 제한된 유전자변형생물체(같은 조 제1항 제2호의 생물체를 포함한다)를 수입하거나 생산한 자 2. 제17조(승인취소) 제1항 제1호에 따라 승인이 취소된 유전자변형생물체를 수입하거나 생산한 자 3. 제19조(폐기·반송 등의 명령) 제1항에 따른 폐기·반송 등의 명령을 위반하여 유전자변형생물체를 국내에 유통하게 한 자
관리절차규정	제42조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제24조(표시) 제1항 또는 제2항을 위반하여 유전자변형생물체의 종류 등을 표시하지 아니하거나 거짓으로 표시한 자 또는 표시를 임의로 변경하거나 삭제한 자 2. 제25조(취급관리)에 따른 취급관리기준을 지키지 아니한 자
허가신고규정	제40조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제8조(수입승인 등) 제1항·제2항, 제9조(시험·연구용 등의 유전자변형생물체의 수입) 제1항 또는 제12조(생산승인 등) 제1항에 따른 승인 또는 변경승인을 받지 아니하고 유전자변형생물체를 수입하거나 생산한 자 2. 제17조(승인취소) 제1항 제2호부터 제10호까지의 규정에 따라 승인이 취소된 유전자변형생물체를 수입하거나 생산한 자 3. 제22조(연구시설의 설치·운영허가 등) 제1항 전단에 따른 허가를 받지 아니하거나 같은 항 후단 본문에 따른 변경허가를 받지 아니하고 연구시설을 설치·운영한 자 4. 제22조(연구시설의 설치·운영허가 등) 제3항 단서에 따른 승인을 받지 아니하고 개발하거나 실험한 자 제41조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제9조(시험·연구용 등의 유전자변형생물체의 수입) 제1항에 따른 신고를 하지 아니하고 유전자변형생물체를 수입한 자 2. 제19조(폐기·반송 등의 명령) 제1항에 따른 폐기·반송 등의 명령을 이행하지 아니한 자 3. 제20조(수출 통보)에 따른 통보를 하지 아니하고 유전자변형생물체를 수출한 자 4. 제21조(경유 신고)에 따른 신고를 하지 아니하고 유전자변형생물체를 국내 경유한 자 5. 제22조(연구시설의 설치·운영허가 등) 제1항 전단에 따른 신고를 하지 아니하고 연구시설을 설치·운영한 자 6. 제23조(허가취소 등)에 따른 연구시설의 운영정지명령을 위반한 자

후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(1)

	형사제재
양벌규정	제43조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제39조부터 제42조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

(5) 유해화학물질관리법

유해화학물질 관리법(법률 제11260호, 2012.2.1, 개정)은 1990년 화학물질의 유해성을 심사하고, 유해화학물질을 적정하게 관리함으로써 국민보건 및 환경보전에 기여하기 위해 제정되었다.

	형사제재
금지규정	제58조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제16조(신규화학물질의 판매 등의 중지) 제1항에 따른 판매 또는 사용의 중지명령을 위반한 자 2. 제22조(유독물 취급시설의 관리 등) 제2항(제34조(취급제한·금지물질영업의 허가 등) 제6항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 안전진단명령을 받고 이를 이행하지 아니한 자 3. 제43조(환각물질의 흡입 등의 금지) 제1항 및 제2항에 따른 환각물질을 섭취·흡입하거나 이러한 목적으로 소지한 자, 또는 환각물질을 섭취하거나 흡입하려는 자에게 그 사실을 알면서 이를 판매 또는 제공한 자
관리절차규정	제61조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 300만원 이하의 벌금에 처한다. 2. 제25조(유독물관리자) 제1항(제34조 제6항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 유독물관리자 또는 취급제한·금지물질 관리자를 임명하지 아니한 자 3. 제26조(폐업 등의 신고) 제2항(제34조 제6항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 명령을 이행하지 아니한 자 4. 제29조(유독물의 표시 등) 제1항 또는 제2항(제34조 제6항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)을 위반하여 유독물 또는 취급제한·금지물질에 관한 표시를 하지 아니한 자 5. 제37조(취급제한·금지물질의 수출승인 등) 제3항에 따른 환경부장관의 고시내용을 지키지 아니한 자 6. 제39조(자체방제계획의 수립 등) 제1항 본문에 따른 자체방제계획을 제출하지 아니하거나 거짓으로 제출한 자
허가신고규정	제57조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제10조(신규화학물질의 유해성심사 신청 등) 제1항 본문을 위반하여 유해성심사를 받지 아니하고 신규화학물질을 제조하거나 수입한 자 2. 제20조(유독물영업의 등록) 제1항 본문에 따른 유독물영업의 등록을 하지 아니하거나 거짓으로 등록하고 영업을 한 자 3. 제34조(취급제한·금지물질영업의 허가 등) 제1항을 위반하여 취급제한물질영업의 허가를 받지 아니하거나 거짓으로 허가받고 영업을 한 자 4. 제34조 제2항 본문을 위반하여 취급금지물질을 제조, 수입, 판매, 보관·저장, 운반, 사용 등의 영업을 한 자 제59조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제10조(신규화학물질의 유해성심사 신청 등) 제2항을 위반하여 유해성심사 면제확인을 받지 아

	형사제재
	<p>니하거나 거짓으로 면제확인을 받고 신규화학물질을 제조하거나 수입한 자</p> <p>2. 제19조(유독물의 수입신고) 제1항 본문에 따른 유독물 수입신고를 하지 아니하거나 거짓으로 신고하고 수입한 자</p> <p>3. 제20조(유독물영업의 등록) 제2항에 따른 유독물영업의 변경등록을 하지 아니하거나 거짓으로 변경등록하고 영업을 한 자</p> <p>4. 제33조(취급제한·금지물질의 수입허가 등) 제1항 본문을 위반하여 수입허가를 받지 아니하거나 거짓으로 허가를 받고 취급제한물질을 수입한 자</p> <p>5. 제33조 제2항 본문을 위반하여 취급금지물질을 수입한 자</p> <p>6. 제34조(취급제한·금지물질영업의 허가 등) 제2항 단서를 위반하여 취급금지물질에 해당하는 시험·연구·검사용 시약의 제조, 수입, 판매업에 대한 허가를 받지 아니하거나 거짓으로 허가를 받고 영업을 한 자</p> <p>7. 제34조 제3항에 따른 취급제한·금지물질영업의 변경허가를 받지 아니하거나 거짓으로 변경허가를 받고 영업을 한 자</p> <p>제60조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 6개월 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1. 제19조(유독물의 수입신고) 제2항에 따른 변경신고를 하지 아니하거나 거짓으로 변경신고를 하고 유독물을 수입한 자</p> <p>2. 제22조(유독물 취급시설의 관리 등) 제1항(제34조(취급제한·금지물질영업의 허가 등) 제6항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 취급시설의 정기 또는 수시검사를 받지 아니한 자</p> <p>5. 제33조(취급제한·금지물질의 수입허가 등) 제2항 단서를 위반하여 수입허가를 받지 아니하거나 거짓으로 허가를 받고 취급금지물질에 해당하는 시험·연구·검사용 시약을 수입한 자</p> <p>6. 제33조 제4항에 따른 변경허가를 받지 아니하거나 거짓으로 변경허가를 받고 취급제한·금지물질을 수입한 자</p> <p>7. 제33조 제5항을 위반하여 제32조 제2항의 고시 내용을 지키지 아니한 자</p> <p>8. 제34조(취급제한·금지물질영업의 허가 등) 제5항을 위반하여 제32조 제2항의 고시 내용을 지키지 아니한 자</p> <p>9. 제37조(취급제한·금지물질의 수출승인 등) 제1항에 따른 취급제한·금지물질의 수출에 대한 승인 또는 변경승인을 받지 아니하거나 거짓으로 승인 또는 변경승인을 받아 수출한 자</p>
양벌규정	<p>제62조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제57조부터 제61조까지(벌칙)의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.</p>

### (6) 위험물안전관리법

위험물안전관리법 (법률 제10219호, 2010.3.31, 개정)은 2003년 산업발전과 위험물 관리환경의 변화에 적극적으로 대처하고 위험물의 특성에 맞는 안전관리 정책을 효율적으로 추진할 수 있도록 하기 위해 제정되었다.

	형사제재
금지규정	<p>제33조(벌칙) ① 제조소등에서 위험물을 유출·방출 또는 확산시켜 사람의 생명·신체 또는 재산에 대하여 위험을 발생시킨 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.</p> <p>②제1항의 규정에 따른 죄를 범하여 사람을 상해(傷害)에 이르게 한 때에는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처하며, 사망에 이르게 한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>제34조(벌칙) ① 업무상 과실로 제조소등에서 위험물을 유출·방출 또는 확산시켜 사람의 생명·신체</p>

후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(1)

	형사제재
	<p>또는 재산에 대하여 위험을 발생시킨 자는 7년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.                  ②제1항의 죄를 범하여 사람을 사상(死傷)에 이르게 한 자는 10년 이하의 징역 또는 금고나 5천만원 이하의 벌금에 처한다</p>
관리절차규정	<p>제35조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>제5조(위험물의 저장 및 취급의 제한) 제1항의 규정을 위반하여 저장소 또는 제조소등이 아닌 장소에서 지정수량 이상의 위험물을 저장 또는 취급한 자</li> <li>제6조(위험물시설의 설치 및 변경 등) 제1항 전단의 규정을 위반하여 제조소등의 설치허가를 받지 아니하고 제조소등을 설치한 자</li> <li>제16조(탱크시험자의 등록 등) 제2항의 규정에 따른 탱크시험자로 등록하지 아니하고 탱크시험자의 업무를 한 자</li> <li>제18조(정기점검 및 정기검사) 제1항의 규정을 위반하여 정기점검을 하지 아니하거나 점검기록을 허위로 작성한 관계인으로서 제6조(위험물시설의 설치 및 변경 등) 제1항의 규정에 따른 허가를 받은 자</li> <li>제18조(정기점검 및 정기검사) 제2항의 규정을 위반하여 정기검사를 받지 아니한 관계인으로서 제6조(위험물시설의 설치 및 변경 등) 제1항의 규정에 따른 허가를 받은 자</li> <li>제19조(자체소방대)의 규정을 위반하여 자체소방대를 두지 아니한 관계인으로서 제6조(위험물시설의 설치 및 변경 등) 제1항의 규정에 따른 허가를 받은 자</li> <li>제20조(위험물의 운반) 제2항 단서의 규정을 위반하여 운반용기에 대한 검사를 받지 아니하고 운반용기를 사용하거나 유통시킨 자</li> <li>제22조(출입·검사 등) 제1항의 규정에 따른 명령을 위반하여 보고 또는 자료제출을 하지 아니하거나 허위의 보고 또는 자료제출을 한 자 또는 관계공무원의 출입·검사 또는 수거를 거부·방해 또는 기피한 자</li> <li>제25조(제조소등에 대한 긴급 사용금지명령 등)의 규정에 따른 제조소등에 대한 긴급 사용금지·제한명령을 위반한 자</li> </ol> <p>제37조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 300만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>제15조(위험물안전관리자) 제5항의 규정을 위반하여 위험물의 취급에 관한 안전관리와 감독을 하지 아니한 자</li> <li>제15조(위험물안전관리자) 제6항의 규정을 위반하여 안전관리자 또는 그 대리자가 참여하지 아니한 상태에서 위험물을 취급한 자</li> <li>제17조(예방규정) 제1항 후단의 규정을 위반하여 변경한 예방규정을 제출하지 아니한 관계인으로서 제6조 제1항의 규정에 따른 허가를 받은 자</li> <li>제20조(위험물의 운반) 제1항 제1호의 규정을 위반하여 위험물의 운반에 관한 중요기준에 따르지 아니한 자</li> <li>제21조(위험물의 운송) 제1항 또는 제2항의 규정을 위반한 위험물운송자</li> <li>제22조(출입·검사 등) 제4항의 규정을 위반하여 관계인의 정당한 업무를 방해하거나 출입·검사 등을 수행하면서 알게 된 비밀을 누설한 자</li> </ol>
허가신고규정	<p>제36조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 500만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>제5조(위험물의 저장 및 취급의 제한) 제3항 제1호의 규정에 따른 위험물의 저장 또는 취급에 관한 중요기준에 따르지 아니한 자</li> <li>제6조(위험물시설의 설치 및 변경 등) 제1항 후단의 규정을 위반하여 변경허가를 받지 아니하고 제조소등을 변경한 자</li> <li>제9조(완공검사) 제1항의 규정을 위반하여 제조소등의 완공검사를 받지 아니하고 위험물을 저장·취급한 자</li> <li>제12조(제조소등 설치허가의 취소와 사용금지 등)의 규정에 따른 제조소등의 사용금지명령을 위반한 자</li> <li>제14조(위험물시설의 유지·관리) 제2항의 규정에 따른 수리·개조 또는 이전의 명령에 따르지 아니한 자</li> <li>제15조(위험물안전관리자) 제1항 또는 제2항의 규정을 위반하여 안전관리자를 선임하지 아니한 관계인으로서 제6조(위험물시설의 설치 및 변경 등) 제1항의 규정에 따른 허가를 받은 자</li> </ol>

	형사제재
	7. 제15조(위험물안전관리자) 제4항의 규정을 위반하여 대리자를 지정하지 아니한 관계인으로서 제6조(위험물시설의 설치 및 변경 등) 제1항의 규정에 따른 허가를 받은 자 9. 제16조(탱크시험자의 등록 등) 제6항의 규정을 위반하여 탱크안전성능시험 또는 점검에 관한 업무를 허위로 하거나 그 결과를 증명하는 서류를 허위로 교부한 자 10. 제17조(예방규정) 제1항 전단의 규정을 위반하여 예방규정을 제출하지 아니하거나 동조 제2항의 규정에 따른 변경명령을 위반한 관계인으로서 제6조(위험물시설의 설치 및 변경 등) 제1항의 규정에 따른 허가를 받은 자 11. 제22조(출입·검사 등) 제2항의 규정에 따른 정지지시를 거부하거나 국가기술자격증 또는 교육수료증의 제시를 거부 또는 기피한 자 12. 제22조(출입·검사 등) 제5항의 규정에 따른 명령을 위반하여 보고 또는 자료제출을 하지 아니하거나 허위의 보고 또는 자료제출을 한 자 및 관계공무원의 출입 또는 조사·검사를 거부·방해 또는 기피한 자
양벌규정	제38조(양벌규정) ① 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제33조 제1항의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인을 5천만원 이하의 벌금에 처하고, 같은 조 제2항의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인을 1억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다. ② 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제34조부터 제37조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

### (7) 원자력안전법

원자력안전법 (법률 제10911호)은 2011년 원자력 안전관리에 관한 사항은 원자력안전위원회가 주관하도록 하여 원자력의 안전규제체제와 원자력이용 및 진흥체제를 효과적으로 분리함으로써, 국제규범을 이행함은 물론 원자력 안전규제의 독립성을 확보하여 방사선에 의한 재해의 방지와 공공의 안전을 도모하기 위해 제정되었다. 원자력을 안전하게 이용하기 위해서는 무엇보다 안전규제의 독립이 요구되고, 국제원자력기구(IAEA)의 기본안전원칙 및 원자력안전에 관한 협약 등에서도 원자력안전기관은 그 책임을 다하기 위해서 원자력진흥조직이나 기구와 효과적으로 독립되어야 한다고 규정하고 있다.

	형사제재
금지규정	제113조(벌칙) ① 원자료를 파괴하여 사람의 생명·신체 또는 재산을 해치거나 그 밖에 공공의 안전을 문란하게 한 사람은 사형·무기 또는 3년 이상의 유기징역에 처한다. ② 전쟁·천재지변 또는 이에 준하는 비상사태에서 제1항의 죄를 범한 사람은 사형 또는 무기징역에 처한다.

후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(1)

	형사제재
	<p>③ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.                      ④ 제1항 또는 제2항의 죄를 범할 목적으로 예비·음모 또는 선동한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>제114조(벌칙) ① 방사성물질등과 원자로 및 관계시설, 핵연료주기시설, 방사선발생장치를 부당하게 조작하여 사람의 생명 또는 신체에 위험을 가한 사람은 1년 이상 10년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.                      ② 제1항의 죄를 범하여 사람을 사망하게 한 사람은 3년 이상의 유기징역에 처한다.                      제115조(벌칙) 제108조(비밀누설금지)를 위반한 사람은 10년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.</p>
관리절차규정	<p>제118조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 300만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>제16조(검사) 제2항(제34조에서 준용하는 경우를 포함한다)·제22조(검사) 제2항(제34조에서 준용하는 경우를 포함한다)·제23조(주기적 안전성평가) 제2항·제28조(발전용원자로 및 관계시설의 해체) 제4항(제34조에서 준용하는 경우를 포함한다)·제37조(검사) 제2항·제42조(핵연료주기시설의 해체) 제4항·제47조(검사) 제2항·제56조(검사) 제2항·제65조(검사) 제2항·제75조(포장 및 운반 검사) 제2항 또는 제104조(환경보전) 제3항에 따른 명령을 위반한 자</li> <li>제23조(주기적 안전성평가) 제1항·제26조(운영에 관한 안전조치 등)(제34조에서 준용하는 경우를 포함한다)·제40조(운영에 관한 안전조치 등) 제1항·제88조(변하중) 제2항 또는 제102조(종업원에 대한 보호)를 위반한 자</li> <li>제15조(계량관리규정) 제1항 후단(제29조·제34조·제44조·제51조 및 제69조에서 준용하는 경우를 포함한다) 또는 제28조(발전용원자로 및 관계시설의 해체) 제1항 후단(제34조에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반하여 변경승인을 받지 아니하고 승인받은 사항을 변경한 자</li> <li>제99조(허가 또는 지정 조건) 제1항의 허가 또는 지정 조건을 위반한 자</li> </ol>
허가신고규정	<p>제116조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과(並科)할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>제10조(건설허가) 제1항 전단·제20조(운영허가) 제1항 전단·제30조(연구용원자로 등의 허가) 제1항 전단·제35조(핵연료주기사업의 허가 등) 제1항 전단 및 제2항 전단·제45조(핵연료물질의 사용 등 허가) 제1항 전단·제53조(방사성동위원소·방사선발생장치 사용 등의 허가 등) 제1항 전단·제54조(업무대행자의 등록) 제1항·제63조(폐기시설등의 건설·운영 허가) 제1항 전단 또는 제78조(판독업무자의 등록) 제1항을 위반하여 허가·등록 또는 지정을 받지 아니하고 사용·소지·사업 등 각 해당 조에 규정된 행위를 한 자</li> <li>제17조(건설허가의 취소 등) 제1항·제24조(운영허가의 취소 등) 제1항·제32조(건설·운영 등 허가의 취소 등)·제38조(허가 등의 취소 등) 제1항·제48조(사용 또는 소지 허가의 취소 등)·제57조(생산·판매·사용 또는 이동사용 허가 등의 취소 등) 제1항·제66조(폐기시설등의 건설·운영 허가의 취소 등) 제1항 또는 제81조(판독업무자 등록의 취소 등) 제1항에 따른 사업 또는 업무의 정지명령을 위반하여 사업 또는 업무를 계속한 자</li> </ol> <p>제117조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>제10조(건설허가) 제1항 후단·제20조(운영허가) 제1항 후단·제30조(연구용원자로 등의 허가) 제1항 후단·제35조(핵연료주기사업의 허가 등) 제1항 후단 및 제2항 후단·제45조(핵연료물질의 사용 등 허가) 제1항 후단·제53조(방사성동위원소·방사선발생장치 사용 등의 허가 등) 제1항 후단 또는 제63조(폐기시설등의 건설·운영 허가) 제1항 후단을 위반하여 변경허가를 받지 아니하고 허가받은 사항을 변경하거나 승인을 받지 아니하고 지정받은 사항을 변경한 자</li> <li>제10조(건설허가) 제4항(제69조에서 준용하는 경우를 포함한다)·제15조(계량관리규정) 제1항 전단(제29조·제34조·제44조·제51조 및 제69조에서 준용하는 경우를 포함한다)·제28조(발전용원자로 및 관계시설의 해체) 제1항 전단(제34조에서 준용하는 경우를 포함한다)·제42조(핵연료주기시설의 해체) 제1항 전단·제60조(방사선발생장치 등의 설계승인 등) 제1항 전단·제76조(운반용기의 설계승인) 제1항 전단 또는 제111조(권한의 위탁) 제5항 전단을 위반하여 승인을 받지 아니한 자</li> <li>제16조(검사) 제1항(제34조에서 준용하는 경우를 포함한다)·제22조(검사) 제1항(제34조에서 준용하는 경우를 포함한다)·제37조(검사) 제1항·제47조(검사) 제1항·제56조(검사) 제1항·제</li> </ol>

	형사제재
	<p>65조(검사) 제1항·제75조(포장 및 운반 검사) 제1항·제77조(포장 및 운반 검사) 제1항 또는 제80조(포장 및 운반 검사) 제1항을 위반하여 검사받아야 할 사항을 검사받지 아니하거나 제98조(보고·검사 등) 제2항 및 제4항에 따른 검사를 거부·방해 또는 기피하거나 거짓의 진술을 한 자</p> <p>5. 제31조(외국원자력선의 입항·출항 신고 등) 제3항·제52조(핵원료물질의 사용신고 등) 제3항·제59조(기존준수의무 등) 제2항 또는 제98조(보고·검사 등) 제1항 및 제3항에 따른 명령을 위반한 자</p> <p>6. 제70조(방사성폐기물의 처분제한) 제1항 및 제2항·제77조(검사) 제2항·제84조(면허 등) 제1항 본문·제94조(방사성물질등 또는 방사선발생장치의 소지 및 양도·양수 제한)·제96조(원자력 이용시설의 취급제한) 또는 제97조(도난 등의 신고)를 위반한 자</p> <p>7. 제74조(사고의 조치 등) 제2항·제92조(장해방어조치 및 보고) 제1항·제98조(보고·검사 등) 제1항 또는 제104조(환경보전) 제1항을 위반하여 보고를 하지 아니하거나 거짓의 보고를 한 자</p>
양벌규정	<p>제120조(양벌규정) ① 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제113조부터 제115조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인을 1억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제116조부터 제118조까지의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과(科)한다. 다만, 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.</p>

## 바. 과학기술법과 위험관리형법

위에서 살펴본 위험관련 형사특별법, 즉 생명윤리 및 안전에 관한 법률, 인체조직안전및관리등에관한법률, 장기등이식에관한법률, 유전자변형생물체의국가간이동에관한법률, 연구실안전환경조성법, 대기환경보전법, 소음·진동규제법, 전기용품안전관리법, 유해화학물질관리법, 폐기물관리법, 토양환경보전법, 잔류성유기오염물질관리법, 고압가스 안전관리법, 석화석유가스의안전및사업관리법, 위험물안전관리법, 원자력법, 전력기술관리법 등은 과학기술의 위험방지 및 역기능규제와 관련하여서는 과학기술법의 영역이기도 하다. 위험관리에 있어서 형법적수단의 투입은 과학기술법 내지 행정법상의 관리와 규제여부를 먼저 검토한 이후에 고려되어야 한다.

과학계에서는 과학기술법제 개편과 과학기술기본법의 개정논의에서 과학기술의 윤리와 안전에 관한 연결점을 인식하고 국가적 노력을 위한 법적 근거의 필요성을 인식하고 있다. 즉 과학기술발전에 따른 문제와 갈등심화에 대한 규제를 위한 과학기술법제가 필요하다는 것이다. 자연훼손과 자원고갈, 기후변화가 진

행되는 가운데 과학기술에 의한 사생활침해, 원자력발전소 방사능 유출, 인간복제 가능성등의 문제가 제기되고 있다. 그런데 현행 과학기술기본법과 윤리 및 연구안전에 대한 법제상의 연결점이 결여되어 있다. 미래관련분야의 입법수요를 반영하기 위하여 예컨대, '제○조 (윤리와 안전) 정부는 과학기술과 생명·연구윤리에 대한 종합적인 시책을 세우고 추진하여야 한다,'는 형식의 근거조항신설이 필요하다는 것이다.<sup>164)</sup>

과학기술위험에 대한 평가와 산정을 통해 위험관리는 직접규제, 간접규제, 규제 이외의 대안 세 가지 방식이 가능하다. 직접규제는 위험제거를 통해 위험을 극복하거나, 일정수준의 요건을 충족할 경우 위험원의 사용을 허용하는 두 가지 방식이 있다. 위험제거를 통한 위험해소는 원자력발전소의 폐기와 같은 경우인데, 결과적으로 과학기술에 의한 편익을 무시할 수 없으므로 극히 드문 방식이다. 반면 간접규제는 위험원 관련기관과 절차를 규율하는 방식으로 위험을 관리하는 방식이다. 위험관리를 위해서는 법적 규제근거가 마련되어야 하며 법률에 근거한 평가와 산정, 관리기구의 구성이 적절하게 실현되어야 한다. 집행력의 충분한 보장 또한 필요하다. 과학기술위험에 대한 효율적 규제는 사후규제보다 사전규제형식이 바람직함은 물론이다.

사전규제와 관련해서는 사전배려의 원칙이 먼저 충족되어야 한다. 즉 미래에 축적이고 형성적인 계획조치들을 통해 사회적 국가적 행위주체들이 과학기술 위험의 방지차원에서 행동하며, 정책결정에 있어서도 과학기술위험의 예방을 고려하도록 함으로써 인간적 삶의 기초를 보호해야 한다. 즉 위험관리 권한을 부여 받은 기관은 그 예방적 권한의 자의적 남용을 막기 위해 사전배려를 위한 보호법익이 무엇이며, 어떠한 위험으로부터 보호되어야 하는지를 먼저 분명히 해야 한다.<sup>165)</sup> 환경위험이나 생명공학기술과 같이 인간적 삶의 기초에 대한 현실적 침해를 야기할 과학기술위험에 대해서는 행정법상 사전배려의 원칙에 따라 사전규제가 가능하게 된다. 과학기술위험에 대한 행정법적 규제도 위험의 정도와 큰

164) 양승우, '과학기술법제개편과 과학기술기본법의 개정방향', 한국과학기술법학회·과학기술정책연구원 공동심포지엄, 과학기술법제지배구조개편 및 과학기술기본법의 재설계, 2012년 11월 26일.

165) 허일태, 위험사회에 있어서 형법의 임무, 2002, 7면.

접성에 따라 위험규제를 강화하는 방향으로 나아간다.<sup>166)</sup>

한편 경제주체가 과학기술로 인한 위험을 야기하면서 이익을 얻는 경우 그로 인한 발생비용을 부담하지 않게 되면 사회일반의 부담으로 전가된다. 따라서 과학기술적 위험에 대한 현실적 규제는 위험에 대한 원인자부담원칙을 강화하는 방향으로 나아간다. 과학기술적 위험에 대한 행정법(과학기술법)적 규제강화는 위험원인자 부담원칙의 강화를 내용으로 하며, 이로써 형벌에 의한 제재강화는 가능한 회피될 수 있는 것이다. 과학기술위험에 관련한 보호법익은 전통적 형법에서의 명확하고 구체적 수준에서의 법익을 대상으로 하기 어렵기 때문에, 형법 개입을 무한히 확대할 가능성이 열린다. 위험에 대한 형법의 적극적 대응은 형벌권의 남용이라는 또하나의 '위험'을 피하기 어렵다. 따라서 과학기술위험에 대하여도 전통적인 형법의 근본틀을 유지하는 가운데 위험에 대하여는 우선적으로 행정규제 시스템을 통해 대응하고, 행정규제에 의해 방지될 수 없는 경우에 한하여 형벌이 개입해야 할 것이다. 즉 행정법상의 규제를 합리적으로 활용할 수 있는 한에서 형법의 최후수단성, 최소수단성의 원칙을 견지할 수 있게 된다.<sup>167)</sup>

## 2. 형사정책과 위험

형사정책에서 위험(risk)은 위해의 개연성을 의미한다. 형사사법적 조치가 필요한 대상인지 결정하기 위해서 위험의 여부와 정도를 계산하거나 평가하게 된다. 전통적인 형사정책에서는 잠재적 범죄로부터 개연성있는 이득이나 손실을 비교교량하는데 초점을 맞추었다. 범죄자들이 위험을 감수하면서도 범죄로 나아가는 경우를 관심대상으로 삼았다.

166) 허일태, 위험사회에 있어서 형법의 임무, 2002, 8-9면.

167) 허일태, 위험사회에 있어서 형법의 임무, 2002, 9-10면.

### 가. 위험의 산정

현대 형사정책의 특징중의 하나는 위험관리 (risk management)의 공식적 이론과 기법을 통해 범죄를 관리(governing crime)하는, 특히 위험산정사법 (actuarial justice)<sup>168)</sup>을 의미하게 되었다는 점이다. 위험산정사법은 기존의 개인위주의 형사사법을, 재범에 대한 통계적 개연성에 근거를 둔 의사결정의 형사사법으로 대체한다.<sup>169)</sup>

하지만, 위험은 위해에 대한 통계적 개연성의 의미를 넘어, 경찰의 재량적 평가와 같은 개연성측정의 기타 방식들과 위해에 대한 도덕적 의미부여등으로도 논의되고 있다. 고위험 (high risk)의 경우, 용납될 수 없는 위험 또는 측정불가하거나 측정되지 못한 위험을 의미하기도 한다. 따라서 다수의 위험입법 (risk legislation)들은 위험산정적 증거에 합리적으로 기반을 두기 보다는 공동체의 압력으로부터 나온 경우다. 위험담론 (risk talk) 역시 형사사법 전반에 들어와 있지만, 반드시 통계적인 위험성평가 (risk assessment)를 의미하는 것은 아닌 실정이다.<sup>170)</sup>

수형자보안, 판결전조사, 가석방결정과 같은 영역에서 위험에 대한 판단결정은, 위험산정적 분류보다는, 보통 개별사안에 대한 전문가평가를 반영하게 된다. 위험논의의 확산은 위험산정의 예측을 넘어 일종의 정부정책의 유행이나 시민의식의 문제로 보인다. 다만 위험에 대한 이론과 실무는 복합적이어서, 단지 통계적 문제가 아니라 형사사법의 상이한 영역들에서 상이한 방식으로 동원되고 있다.<sup>171)</sup>

사실 현대과학기술사회에서 범죄위험이라는 사고는 형사사법의 영역을 넘어선다. 범죄위험관리 (governing crime risk) 라는 용어하에, 길거리환경, 주택디자인, 출입통제사회 (gated community), 쇼핑센터운영 등이 범죄예방의 측면에서 조직되고 있다. 예컨대 불법마약 사안에서 형사사법은 예방적, 위험감소적 프로

---

168) M.Feeley & J.Simon, 'Actuarial justice: The Emerging New Criminal Law', D. Nelken, ed. *The Frontiers of Criminology*, 1994. 449면 이하.

169) P.O'Malley, 'Risk', *Sage Dictionary of Criminology*, 2001, 251면.

170) P.O'Malley, 'Risk', *Sage Dictionary of Criminology*, 2001, 251면.

171) P.O'Malley, 'Experiments in Risk and Criminal Justice', *Theoretical Criminology*, 2008, 451면 이하.

그램을 앞세우기 위해 의도적으로 뒤로 물로나기도 한다. 주사비늘교체와 안전한 주사시설의 제공을 통해 경찰로 하여금 마약사용자들에 대한 법집행을 자제 시킨다. 일부 연구자들에게 위험사회는 단지 형사사법기관뿐만 아니라 형사사법의 위치가 극적으로 변화하는 새로운 국정원칙 (governmental principle)을 의미 하기도 한다.<sup>172)</sup>

그러나 많은 이들이 위험이라는 프레임이 형사정책에서 확산되는 것에 대해 우려를 나타내고 있다. 첫째 ‘감수할 수 없는 위험(unacceptable risk)’이 사법의 대상이 되면서 국가권력망의 확대 (net-widening)의 가능성이 확장된다. 둘째 개별적 사법 (individualized justice)이 주변화되면서, 비례성원칙의 포기과 법관의 재량축소가 우려된다. 이러한 우려로 인해 위험기반 사법 (risk-based justice)에 대하여, 특히 법원쪽에서 상당한 저항이 있다.

나아가 위험관련 기술과 실무의 발달로 인해 오히려 점점더 안전하지 못한 사회가 창출될 수도 있다. 범죄에 대한 두려움은 극히 부각된 범죄예방수단들로 인해 오히려 과장되고, 사회적 고립과 대립은 출입통제사회의 등장과 함께 더욱 확산되며, 빅브라더(Big Brother) 식의 사찰에 대한 두려움으로 인해 공동체내부 범죄의 예방적 관리를 위한 침해정도도 증가될 것이다.<sup>173)</sup>

이러한 성찰들은 위험의 정치 (politics of risk) 문제를 등장케 한다. 위험정치의 등장은 신자유주의의 영향력을 반영한다고 보는 시각도 있다. 신자유주의는 위험의 특성을 규정하고, 시민과 공동체로 하여금 스스로 범죄관리에 더욱 책임 질 것을 요구한다. 마찬가지로, 범죄자에 대해 위험감수(risk-taking)의 합리적 선택이라는 이미지를 부여한다. 즉 범죄자는 범죄로부터의 위험과 이익을 교량하여 범죄를 선택하였으므로, 재사회화라는 치료적 체계보다는 범죄자에게 더 많은 책임을 지운다. 이러한 관점에서 위험은 산정된 것이라기 보다는, 현실속 범죄 위험의 정치 (politics of crime risks) 상황에서 정치적으로 재구성된 것이다.<sup>174)</sup>

예측가능하고 산정가능한 위험이 파악된 후에는 정책적(정치적) 관점에서 위

172) P.O'Mally & M.Valrerde, 'Pleasure, freedom and drugs. The use of pleasure in liberal governance of drug and alconol consumption', *Sociology* 38, 2004, 25면 이하.

173) R.Ericson & K.Haggerty, *Policing the Risk Society*, 1998, 177면 이하.

174) P.O'Malley, 'Risk', *Sage Dictionary of Criminology*, 2001, 251면.

험의 본질은 제거되어야 할 위험과 최소화되어야 할 위험, 그리고 감수할 위험으로 구분할 수 있다. 감수할 위험은 후술하는<sup>175)</sup> 회피할 위험과는 구분된다.

#### 나. 위험관리의 정책목표

위험사회의 위험에 대처하는 정책적 목표는 안전이다. 위험사회에 대응하는 개념은 따라서 안전사회다. 위험관리정책이 궁극적으로 목표하는 안전사회구축의 과제는 세 가지 차원에서 수행된다. 첫째 과학기술의 위험에 대처하기 위해 과학기술의 부작용이나 의도하지 않은 결과에 대해 자료와 정보를 공개하고 공론화하는 것이다. 과학기술자들의 의사결정이 투명하게 이루어지도록 하는 것이다.<sup>176)</sup>

둘째 개인을 위험속에 방치하는 사회적 위험으로부터의 안전을 확보해야 한다. 특히 사회정의의 구현을 명분으로 개인을 위험에 방치해서는 안된다. 개인을 사회밖으로 몰아내는 사회는 사회유지가 어렵다. 배제된 자는 저항할 것이며, 배제되지 않은 자 역시 불안에 떨게 된다. 그래서 구성원을 배제하는 방식으로 위험을 개인주의화하는 사회는 안전할 수 없다.<sup>177)</sup>

위험을 개인주의화해서는 안된다는 점은 형사정책과 관련하여 중요한 의미를 가진다. 배제적(exclusive) 형사정책은 위험을 개인화하여 잠재적 범죄자를 공동체 밖으로 배제하고 격리함으로써 사회적 위험에 대처하려는 경향이다. 위험을 개인화하여 사회구조적 위험을 은폐하는 정치적 의도와 관련된다. 위험사회는 곧 희생양사회이기도 하다는 울리히 벡의 지적<sup>178)</sup>은 위험사회 형사정책의 부정적 측면에 대한 경계를 요청한다.

셋째 생태적 위험에 대처해야 한다. 인류의 생존기반은 지구적 차원에서 훼손될 위기에 처해있다. 생태적 위험을 줄이기 위한 노력은 따라서 지구적 차원에서 수행되어야 하며, 동시에 생산방식과 생활방식의 생태적 전환도 요청된다.<sup>179)</sup>

175) 본 보고서의 제2장 제3절 2.

176) 홍성태, 대한민국 위험사회, 2007, 38면.

177) 홍성태, 대한민국 위험사회, 2007, 39면.

178) 본 보고서 제1장 제2절 참조.

179) 홍성태, 대한민국 위험사회, 2007, 39면.

### 다. 위험관리체계의 위험성

현대과학기술의 발전이 지향하는 바는 행복과 안전이다. 과학기술의 발전은 우리 사회를 더욱 풍요롭고 안전하게 하는데 의미가 있다. 그런데 현대과학기술의 발전은 감수되어야 하거나 통제될 수 있는 부작용으로서의 위험뿐만 아니라, 우리 사회의 기반 자체를 위협하는 위험마저도 가져올 수 있다는데 문제가 있다. 또한 현대과학기술은 위험을 창출하는 근원인 동시에 그로부터 창출되는 위험을 통제하고 관리하는 역할도 담당한다. 위험의 예방과 관리 역시 현대과학기술의 전문적 지식에 의존할 수 밖에 없다. 그런데 과학기술 위험의 관리체계는 과학기술전문영역의 불가피한 일부분이지, 독립된 감시영역이기는 어렵다.

일본의 경우 후쿠시마 원전 사고사태 이후 그것이 ‘인재(人災)’임이 밝혀지면서 일본 원자력행정의 이른바 무라(村)시스템에 대한 비판이 제기되고 있다. 이는 일본의 원자력행정이 하나의 마을(무라)처럼 형성되어 있다는 의미다. 원자력발전소를 맡고 있는 각 지역 전력회사는 연구자, 원자력발전에 협력적인 전문가를 육성하기 위해 각 대학에 막대한 연구비를 제공하고 시설 등도 정비해 나갔다. 자연스럽게 연구자들은 원자력관련 업계에 취직을 하게 되는데, 만일 원자력발전의 위험성에 문제의식을 갖게 되면 주류에서 완전히 따돌림을 받게 된다. 반원전이나 탈원전을 주장하는 전문가는 특정운동단체에 소속되거나 정치적 이념에 편향된 사람, 비주류 등으로 낙인찍히게 된다. 동경전력회사가 관리하는 원전이 폭발하고 방사능이 유출되는 동안 일본 언론은 사건의 심각성을 제대로 보도하지 못했다. 이는 정보의 제한 때문이었고, 정보의 제한은 다시 원자력산업을 둘러싼 학계자체가 원자력발전에 대해 긍정적인 사람들로만 구성되어 있었다는데서 비롯된 것이다. 이러한 원자력 무라(마을)은 연구자들뿐만 아니라 원자력 관할행정기관도 포함한다. 중앙관청에서 퇴직하고 관련민간기업이나 공기업으로 이동하는 관행은 일본에서도 문제가 되고 있다. 원자력발전소를 관리하는 경제산업성 관리들이 바로 전력회사 소속의 계열회사 간부나 고문으로 취직하고, 원자력발전을 규제하고 감독해야 할 기관과 밀접한 관련을 갖게 된다. 원자력산업의 추진과 규제가 동거하는 형태가 되어버린다. 나아가 대형 전력회사들은 정당에 정치자금을 제공하고 심지어 동경전력 부사장 출신을 참의원선거에 출마시켜 전

력회사 계열사를 동원, 지원하여 당선된 사례도 있다. 물론 언론의 입장에서도 전력회사는 주요광고주다. 일본 신문사들은 편집과 광고부문이 완전히 분리되어 있고, 전체 수입중 광고료가 일정액 이상을 넘을 수 없게 하는 체계를 갖추고 있기 때문에 전력회사가 광고를 이유로 기사에 영향을 미칠 수는 없다. 하지만 전력회사들의 입장에서는 방송매체에 대해서는 사태를 확대하지 않도록 일종의 보증을 드는 셈이다.<sup>180)</sup>

결국 일본 원전참사의 사례에서 볼 수 있듯이 위험관리체계 자체의 위험은 바로 불투명한 관리체계, 그리고 공공의 참여로부터 폐쇄된 기업과 정치와 관료의 결탁인 것이다.

### 3. 형법과 형사정책에서 위험관리의 과제

이른바 위험사회론에 따르면, 원자력 위험·화학위험·생태학적 위험·유전공학적 위험과 같은 ‘새로운 위험’이 인류의 생존 자체를 위협하는 단계에 이르렀고, 작은 실수가 큰 위험을 초래하는 경우가 많고, 이를 막으려면 작은 실수의 단계부터 금지시켜야 할 필요가 있게 된다. 따라서 위험사회에서 위험예방은 높은 수준의 사고예방이 가능해야 한다. ‘위험사회에서의 위험예방은 작은 악의 싹부터 잘라내는 철저한 사고예방이 아니면 안된다.’<sup>181)</sup> 하지만, ‘작은 실수’를 금지하고 방지할 필요는 절실하되, 형법을 동원할 경우 작은 실수에 대해서는 상응하는 작은 제재가 가능할 뿐, 작은 실수가 가져올 큰 위해에 대해 작은 실수를 저지른 행위자에게 큰 책임을 지우기는 어렵다. 형법을 한계지우는 법치국가적 원칙은 형법의 피할 수 없는 한계다.

하지만, 새로운 위험으로부터 생활관계의 변화가 인정되고, 이것이 이른바 위험사회라는 새로운 사회적 의미차원을 획득하게 되면, 형법과 형사정책의 변화로 이어지는 일을 피하기 어렵다. 이러한 변화의 정도와 폭을 예측하는 작업은

180) 箱田哲也, 동일본 대지진 후의 일본정치사회의 현상과 전망, 한일문화경좌 no.92 (2011.11.18).

181) 김일수, 한국형법 I, 1996, 9면.

쉽지 않다. 형법과 형벌은 사회통제의 최후수단 (ultima ratio)이다. 하지만 위험에 대한 두려움이 당대에 인류문명의 최후를 맞을지도 모른다는 종말론에까지 치달는 시대에는 최후의 수단을 최우선적으로 또는 상시적으로 투입해야 한다는 압박에 처하게 될 수도 있다. 그러나 형법의 적극적 개입에도 불구하고 위험이나 위험에 대한 두려움은 효과적으로 해결되지 않아서, 비대해진 형법과 형사사법 자체가 또 하나의 시민의 자유에 대한 위험원이 될 수도 있다. 형법학자들이 예측할 수 있는 최악의 시나리오다.

김일수 교수의 분석에 따르면, 후기현대 위험사회는 새로운 위험에 대처하기 위해 형법적 보호영역을 확장하며, 이러한 예방적 사고는 전통적인 법치국가형법을 사회국가의 신축성있는 조정기구로 재해석하는데 이른다. 형법의 목표는 범죄투쟁에만 머물지 않고 투자·환경·보건·외교정책을 원활케 하기 위해 지원하며, 구체적인 법익침해의 개별적 억지로부터 문제상황에 대처하기 위해 새로운 위험행위 자체를 규율대상으로 삼으려 하게 된다는 것이다.<sup>182)</sup>

생각건대, 단순히 예방적 사고의 심화나 형법적 보호영역의 확장이 근대 법치국가형법을 재해석하여 그와 구별되는 ‘새로운 위험형법’을 불가피하게 하는 것은 아니다. 형법적으로 보호되는 법익을 침해하거나 침해할 위험이 있는 행위로부터 개인의 신체와 재산을 보호영역으로 삼는 전통적인 형법과 달리, 이른바 위험형법은 법익침해 여부를 규명하지 못하더라도 위험초래가 예상되는 행위에 대해서는 개인뿐만 아니라 사회의 안전과 사회적 자산을 보호하기 위해 형법이 전진배치되는 것이다. 단지 사회 생활관계의 변화를 수용하기 위해 형법의 보호영역을 확대하는 것이 아니다. 형법의 보호영역의 테두리는 곧 형법의 한계이기도 하다. 이른바 위험형법이 겨냥하는 형법의 보호영역의 부분적 변화는 이차원 공간적인 영역경계의 확장이 아니라, 시간적으로 형법이 선제적으로 전진투입되는 변화를 의미하는 것이다. 이런 관점에서 보면 위험사회형법은 근대형법의 양적 확대가 아닌 부분적인 질적 변화를 의미하게 된다.

근대형법 일부영역에서 질적 변화는 우선 범죄론 관련 법도그마틱의 변화로 나타날 수 있겠다. 불법론과 책임론의 수정을 통해 구성요건과 위법성, 책임이

182) 김일수, 한국형법 I, 1996, 9면

론과 개념이 부분적으로 재구성·발전할 수 있다

형벌론에서의 질적 변화는 두 가지 측면을 예견해 볼 수 있겠다.

첫째, 기존의 형벌과 보안처분을 대체하는 새로운 제재수단이 요청되거나, 보안처분의 적극적 확장을 통해 형벌을 대체할 수 있다. 사실 보안처분이야말로 지난 세기초 위험제거수단으로서 등장하였다.<sup>183)</sup> 현대사회의 위험에 적극적으로 대처하기 위한 근대형법의 질적변화라 할 수 있다. 보안처분이 도입된 시기는 급격한 공업화와 도시화에 따라 상습범, 마약중독, 책임무능력자 등에 의한 범죄양상의 질적 변화와 범죄의 양적 증가에 대처해야 했다. 전통적인 응보적 또는 교화적 형벌로 대응할 수 없는 범죄에 대해서는 새로운 위험제거수단이 필요하게 되었다. 즉 ‘위험성으로부터 사회를 방위하기 위한 합목적적 강제조치’<sup>184)</sup>로서 고안된 것이 보안처분 제도다.

따라서 지난 세기초 사회변동과 범죄양상변화에 이에 따른 보안처분제도의 도입논의와 정책변동상황은 21세기 초 이른바 위험사회의 심화현상에 따른 형법과 형사정책의 변화를 전망하는데 있어 역사적 실마리를 제공해 줄 가능성이 있다.

둘째, 형사제재수단의 투입에 있어서 정책적 문제다. 구금형과 관련하여 상대적으로 경한 범죄에 대해서는 구금형에 대한 대안을 적극적으로 찾되, 소수의 중한 범죄(serious crime)에 한해 구금형을 실질적으로 부과하는 최근의 이원적인 구금형정책은 상당한 합리성이 있다. 그런데 경하지만 반복적으로 누적된 범죄행위가 중한 위협으로 평가되거나, 중한 침해결과를 가져올 수 있는 경한 과실을 중한 위협으로 평가하려면, 중한 범죄에서의 중함(seriousness)의 개념과 기준은 재구성될 수 있다.

결론적으로, 위험사회형법이 근대 법치국가형법의 구분되는 일부로서 인정·정립되려면 현대과학기술사회의 위험이 근대산업사회의 위험과 어떻게 역사적으로 차별되며, 새로운 위험, 구별되는 위험의 구체적 지점은 어디인지 밝혀져야 한다. 질적으로 새로운 위험의 모습이 구체적으로 드러나는 문제영역에 한하여 근대형법의 새로운 부분영역으로서 위험사회형법의 타당한 토대가 인정될 수 있다.

183) 김일수, 한국형법 I, 1996, 678면

184) 김일수, 한국형법 I, 1996, 678면

만일 새로운 위협이 전면적이어서 질적으로 새로운 차원의 위협형법이 이백년 간 유지되어 온 근대형법을 대체할 수 있을 것인지, 궁극적으로 법치국가형법과 위협형법은 양립, 병존할 수 없는 것인지, 그보다는 특정한 위험만큼은 전통적인 근대형법의 틀로는 대처할 수 없기 때문에 근대형법의 부분영역으로서 위협형법의 특별한 영역을 구별하여 인정하게 될 것인지, 성찰의 출발은 현대과학기술사회가 초래한 위협의 구체적 모습을 파악하는데 있다할 것이다.

이러한 논의를 위해 먼저 짚어볼 것은 새로운 위협원이 언제나 새로운 위협을 창출하는 것은 아니라는 점이다. 새로운 위협이 언제나 새로운 위협통제수단을 필요로 하는 것은 아니다. 새로운 위협통제수단이 언제나 새로운 형법을 필요로 하는 것도 아니다. 분명 현대과학기술사회의 새로운 위협원으로부터 창출된 새로운 위협을 통제하기 위한 새로운 형법적 수단이 필요한 영역이 본 연구에서 논하고자 하는 위험관리(risk-governance)<sup>185)</sup>형법 내지 형사정책의 대상이 될 것이다.

한편 앞서 설명한 바와 같이 위험 개념에는 위험의 정도를 평가하는 산정과 위험 최소화로서 통제의 의미가 들어있다. 따라서 형법 내지 형사정책의 과제는 두 가지 측면이 있다.

첫째 위험원의 위험정도에 대한 과학적 산정이 전제되어야 한다. 그리고 과학적으로 산정된 위험은 규범적 평가와 판단을 거쳐 형법과 형사정책의 대상영역으로 들어온다. 과학적으로 예측되고 평가된 위험을 규범적으로 어떻게 얼마만큼 인정할 것인가는 숙고를 요한다.

둘째 위협에 대한 형법적 통제 내지 범죄통제는 예방과 피해최소화를 지향한다. 현대과학기술은 위협을 창출했을 뿐만 아니라 그 위협을 통제하는데도 필수적이다. 위험관리형법이 대면하는 현대과학기술은 위협원이기도 하면서 위협통제의 수단이기도 하다.

185) governance 개념논의와 형사정책에서 governance의 의미모색에 대해서는 본 보고서의 제2장 제3절 1. 참조

## 제2절 현대과학기술사회와 위험관리형법

### 1. 올리히 지버의 안전법이란

올리히 벡의 위험사회론이 후기현대사회의 위험사회적 특성에 대한 일반적 관점을 제시하였다면, 니클라스 루만의 위험형법론은 후기현대 사회체계로서의 형법체계를 특징지우는 위험사회적 요소를 성찰하였다. 이어 올리히 지버는 새로운 안전법의 일부로서 위험사회 형법에 대해 분석하고 있다.

후기현대 위험사회의 변화는 경제적 차원뿐만 아니라 과학기술적 차원, 나아가 정치적 차원과 결합되어 있다. 따라서 경제범죄와 사이버범죄 등 첨단기술범죄뿐만 아니라 테러범죄, 초국가적 조직범죄와 같은 형태의 범죄들이 등장한다. 전통적인 범죄유형들이 위험사회의 경제적, 기술적, 정치적 변화와 맞물려 이른바 복합적 범죄(complex crime)로 나타난다. 즉 복합적 범죄는 현대위험사회의 기술적 경제적 정치적 변화의 결과 테러, 조직범죄, 경제범죄, 사이버범죄 분야에서 중대하고 새로운 위험을 야기하는 범죄를 의미한다. 복합적 범죄는 안전과 자유의 보장에서 전통적인 형법의 기능이 맞닥드린 한계선에 위치해 있다.<sup>186)</sup>

즉 지버의 복합적 범죄개념은 새로운 위험이 사회경제적 변화와 형법의 한계와 복합되어 복잡한 형태가 된 범죄현실을 반영하고 있다. 범죄의 본질에서 복합적이므로 복합적 대응을 요하되, 그 복합적 대응을 위해서는 전통적 형법의 한계를 인정하지 않을 수 없다는 점을 전제하는 개념으로 보인다.

전통적 형법의 기능은 안전의 보장과 자유의 확보에 있다. 그런데 후기현대 위험사회에서 나타나는 복합적 범죄의 현상은 전통적 형법의 한계를 드러낸다. 그 한계 역시 복잡하게 나타나는 것이어서, 위험사회에서 전통적 범죄유형의 위해가 가중적으로 나타나거나 새로운 유형의 범죄가 위협적으로 등장했을 때 전통적인 근대형법은 안전을 보장하는데 실패한다. 그러면 안전이 곧 자유의 조건인 위험사회에서 결국 자유의 확보마저도 역할을 다하지 못하게 된다. 다른 한편으로 오히려 형법이 안전보장의 대가로 시민의 자유를 축소하는 역작용을 결

186) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 김한균 외 역, *전세계적 위험사회에서 복합적 범죄성과 형법*, 153면.

과할 수도 있다. 안전과 자유보장에서 근대형법의 한계는 그야말로 복합적으로 나타나는 것이다.

위험사회의 새로운 위협에 대응하기 위한 형사사법개혁은 다음과 같은 경향이 있다. 첫째, 형법의 범위를 확장하면서 전통적인 적법절차적 보호장치들을 축소한다. 둘째, 특정영역에서 안전보장의 목표를 달성하기에 더 적절해 보이는 경찰법, 정보법, 출입국관리법, 전쟁법과 같은 법적 수단들로서 형법을 보충하거나 아니면 대체한다. 이러한 개혁의 결과는 형법과 경찰법, 출입국관리법 영역의 경계들이 모호해진다는 점이다. 그렇게 되면 형법영역에서 예방 패러다임이 지배하게 되고, 사회법, 경찰법, 손해배상법을 아우르는 새로운 안전법(Sicherheitsrecht)의 일부로 편입되는 근본적 변화가 일어난다. 그리고 경제와 첨단과학기술 영역의 복합적 범죄에서는 다른 법영역이 형법을 대신하거나 대체한다.<sup>187)</sup>

올리히 지버는 전통적인 형법의 영역과 안전과 질서를 유지하기 위한 법제들 간의 구분이 모호해지는 현상, 즉 치안(국내적 안전)과 국방(대외적 안전), 범죄 진압과 전쟁 사이의 구분이 불분명해지는 현상의 현실적 근원을 다음과 같이 분석한다.

즉 현대 위험사회의 범죄는 단순히 시민 개인에 대한 위협이 아니라, 정치적 위협이 되거나, 국가의 안전을 위협하는 수준이 될 수도 있다. 정치적, 인종적 그리고 종교적인 동기로 유발되는 테러리즘은 그 특별한 예다. 테러리스트의 폭력은 현대사회를 정치적으로 협박하기 위해 사회의 민감한 경제적, 정치적 구조 깊숙이 상처를 입힌다. 전통적인 폭력범죄이면서 국가의 안전에 대한 직접적인 위협을 야기한다. 나아가 대규모의 폭력적 분쟁, 그리고 영토적 국가와 국제적으로 조직화된 네트워크 사이의 비대칭적 전쟁의 형태까지 이를 수 있다. 그래서 전쟁과 유사한 새로운 분쟁현상은 범죄와 전쟁, 국내적 안전과 대외적 안전 사이의 전통적 구분으로부터 관점전환이 요구된다.<sup>188)</sup>

187) E.Hilgendorf, 1975년부터 2005년까지 독일형법, 이상돈·홍승희 역, 형법의 세계화와 전문화, 2010, 61면; U.Sieber, New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law, 2009, 154, 157면.

188) U.Sieber, New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law, 2009, 155면.

조직범죄와 테러리즘이 결합할 때 그 위험성은 더욱 증폭된다. 심지어 라틴 아메리카의 경우처럼 대규모 범죄조직이 준군사집단들과 세력을 합하여 국가권력에 도전하는 경우도 발생한다. 이 경우 조직범죄와의 ‘전쟁’은 형사사법기관이 형법과 경찰법을 통해 수행할 뿐만 아니라, 전쟁법을 토대로 군대도 동원되어야 한다.<sup>189)</sup>

### 가. 예방과 보안의 형법

전통적인 자유주의적 형법은 위험사회에서 자유와 안전의 보장이라는 고전적 경계를 넘어 예방과 보안으로 나아간다.

#### (1) 실체법에서의 변화

예방과 보안에 대한 강한 지향성은 범죄를 범하기 이전에, 특정인에 대한 특정 범죄협의를 구체화되기 이전부터 국가가 형법을 통해 개입하게 되는 특징을 결과한다. 실체법의 영역에서는 범죄의 초기단계에서 형사책임 부과, 형사절차와 관련해서는 예방적 감시수단의 확대, 법적 보장의 축소, 사인 개인의 절차적 협력의무 증대, 새로운 안전전담 국가기구의 창설, ‘위험인물’의 자유를 제한하는 새로운 형법적 경찰법적 수단 도입이 그 구체적 특징이다.<sup>190)</sup>

형사실체법에서 범죄의 초기단계부터 형사책임을 묻는 현상은 이른바 복합적 범죄에서 나타난다. 범죄조직이나 테러조직을 지원하는 행위, 공모범죄, 형사책임귀속을 용이하게 하기 위한 공동범행계획, 대리책임, 무과실책임과 같은 법개념 등을 입법화한다. 경제범죄나 환경범죄 등의 영역에서는 추상적 위험범 및 소지범죄와 관련해서 개인의 차원을 넘는 새로운 법익에 근거한 실체법적 규정들이 등장한다. 이러한 형법적 보호의 조기개입에는 법정형의 상향조정도 뒤따를 수 있다.<sup>191)</sup>

189) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 156-157면

190) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 158면: 이와 관련하여 생명공학기술관련 불법행위에 대한 형사정책적 논의는 신동일·로제나우, *바이오공학기술과 위험관리 형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(Ⅰ)*, 2012, 제3장 제2절 2. 참조

191) 위험사회 형법의 예방지향성과 형사책임의 조기귀속현상간의 관계는 2008년 개정 독일형법 제

## (2) 절차법에서의 변화

절차법적으로는 ‘형사소추를 위한 사전준비(preparing for criminal prosecution)’라는 개념에서 예방과 진압의 혼재가 나타난다. 위험사회 형법의 예방적인 기능은 공판전단계 예방구급이나 보호감치처럼 강화되며, 비형벌적 제재법도 뒤따라 확장되고 있다. 또한 예방적인 저인망식 수사(dragnet investigations) 또는 정보통신기술활용 위장개입, 감시활동을 통해 형사사법기관이 예방차원에서 거대한 규모의 개인데이터를 수집하고 저장할 수 있게 되면, 장래에는 이러한 정보수집과 위험프로파일링기법의 조합을 통해 위험인물이나 요인에 대한 전세계적인 감시체계를 구축할 수 있을 것이다.<sup>192)</sup>

문제는 형사절차법에서의 이러한 안전강조는 법적 보장을 약화시킨다는데 있다. 관련당사자의 절차적인 권리에 대한 적절한 고려 없이 초국가적 행정절차나 국가간 조약을 통해 테러리스트 혐의조직의 자산을 동결하거나, 경찰구급기간이 조직범죄나 테러리즘의 경우 연장되면서, 구급적부심사의 권리, 변호인과의 접견교통권 등과 같은 법치국가적 보장이 약화되고 있다. 유죄담변협상(plea agreement)이나 대안적인 해결방법(ADR)과 같이 비공식적인 해결전략들은 일관된 규범적용의 포기이기도 하다.<sup>193)</sup>

## (3) 형사사법기관에서의 변화

또한 영국의 조직범죄수사청(SOCA)과 중사기범죄수사청(Serious Fraud Office)과 같이 경제범죄, 조직범죄, 테러리즘과 같은 복합적 범죄 유형에 특화된 특별소추기관이나 특별법원 또는 특별수사수단들도 발전하게 된다. 그런데 이러한 특별제도의 대상범죄유형과 적용규칙은 광범위하게 규정되어, 일부 일반범죄수

129 a 조에서 규정하는 범죄예상활동의 범죄화에서도 분명히 나타난다.(U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 159-160면).

192) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 160-161면

193) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 162면.

사에서도 활용되고 있다. 특별조치가 형법일반으로 확대적용되어가는 것이다. 이른바 특별조치들은 특정 범죄집단에 배타적으로 적용되는데, 이를 독일에서는 사회의 구성원이 아닌 사회외부의 테러리스트나 파괴자에게 적용되는 ‘적대형법(Feindstrafrecht)’이라 규정한다.<sup>194)</sup>

형사사법기관의 구성과 작동방식에서도 새로운 구조가 등장하게 된다. 독일의 경우 법무부, 경찰, 국세청, 출입국관리국, 정보국, 그리고 군대의 대표들이 통합 작전계획(comprehensive battle plan)하에 새로운 안보구조(architecture of security)의 일부로써 기관연합성격의 안보업무전담기관에서 업무를 수행한다. 이 전담업무기관에는 불법자금세탁 방지분야 민간전문가도 참여한다.<sup>195)</sup> 즉 이제까지 권한과 기능이 엄격히 구분되어 있던 형사사법기관과 보안기관들의 영역이 복합적 범죄현상에 대처하기 위해 기관간 연계협력의 필요성이 제기되면서, 전담기구 구성되고 권한이 확대강화된다. 전담기구의 구성은 다양한 정부기관뿐만 아니라 민간부문의 전문가도 결합된다. 각 기관이 폐쇄적으로 유지하던 관련정보도 공유되고 공유된 데이터베이스는 더욱 확대강화된다. 국가차원을 넘어 국가간 초국가적 범죄방지 및 형사사법정보 네트워크도 등장한다.

통합연계와 유연한 구조를 통해 복합적 범죄현상 대책의 효과성은 분명 높아질 것을 기대할 수 있다. 하지만 통합과 유연성은 통제메카니즘과 투명성의 문제가 뒤따른다. 여러 정부기관과 민간부문까지 결합된 기구에 대해서는 통제의 주체가 불분명해진다. 초국가적 네트워크 역시 마찬가지다. 특히 유연하고 완화된 결합형태의 정부기관간 네트워크에서 정당성과 통제의 문제들은 테러리즘에 대한 국제적 대응에서 명백하다. 피의자 구금, 자산동결, 통신감청, 금융통신거래 데이터접근 등과 관련된 광범위한 집행권한의 행사와 관련해서 한 나라의 국경과 전통적인 형법의 근본적 한계와 관련된 문제들이 제기된다.<sup>196)</sup>

---

194) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 163면.

195) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 166면.

196) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 167면.

## (4) 법원에서의 변화

올리히 지버는 위험한 범죄자를 ‘적대’하는 형법이 예방과 보안지향성의 강조를 넘어 오히려 남용될 위험은 헌법재판소와 법원에 의해 일응 통제가능한 것으로 본다.

독일 연방헌법재판소는 헌법상 인간존엄 보장규정을 개인의 프라이버시보호에 적극적으로 적용한다. 이에 따라 ‘정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성에 대한 권리’와 ‘개인 정보에서의 자기결정권’을 인정하고, 인구조사 목적을 위한 데이터 확대수집을 제한하였다.<sup>197)</sup> 정보기관이 전화도청을 통해 수집한 데이터의 전송을 광범위하고 침범적인 기술로서 제한하였다.<sup>198)</sup> 개인 주거에 대한 비밀 도청 감시의 광범위한 적용도 제한하였다.<sup>199)</sup> 저인망식 수사(dragnet investigations)<sup>200)</sup> 도로교통 통제로부터 확보된 데이터의 연계와 자동수집을 엄격히 제한하였다.<sup>201)</sup> 컴퓨터 시스템에서 비밀리에 온라인 검색(online searches)이 가능하도록 한 규정이 헌법불합치임을 선언하였다.<sup>202)</sup>

프랑스 헌법재판소 역시 조직범죄에 대한 특별 절차적용을 위한 필수요건들의 사법적 통제를 제한하는 조문이 무효임을 선언하였다.<sup>203)</sup>

이러한 유럽국가 헌법재판소와 법원의 판결은 안전과 자유의 보호 사이에 균형을 추구하고자 했다는 점에서 중요한 의미를 가진다. 하지만 대중의 인식은 안전과 자유의 균형보다 안전을 선호하는 쪽으로 기울어 간다. 법원이 이러한 경향을 바꿀 수는 없다. 단지 과도한 치우침을 막을 수 있을 뿐이다.

197) BVerfGE Vol. 65, 1 - 71 (41ff.) 참조

198) BVerfGE Vol. 100, 313 - 403 (358ff.) 참조

199) BVerfGE Vol. 109, 279 - 301 (308ff.) 참조

200) Bundesverfassungsgericht Neue Juristische Wochenschrift 2006, 1939 - 1951 참조

201) BVerfGE Neue Juristische Wochenschrift NJW 2008, 1505 - 1516.

202) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2008, 822 - 837 참조

203) No. 2004 492 of 2 March 2004 참조

(5) 형사법에서 사인의 의무에 대한 변화

위험사회 형법의 또하나의 변화양상은 형사절차에 대한 사인 개인의 지원의무의 확대다. 예컨대 영국의 2000년 테러대책법(Terrorism Act 2000) 제38b조와 독일 형법 개정 제138조는 테러범죄에 대한 정보를 고발하지 않는 행위를 범죄화하였다.

독일 자금세탁방지법 제2조 이하는 불법자금세탁에 대한 고발의무를 부과하며, 유럽 사이버범죄협약 제19조 4항은 통신관련 데이터를 보관의무를 부과한다. 이처럼 다수 국가에서 대량의 개인 데이터, 데이터 수집을 위한 기술적 가능성, 민간 및 공공 보안기관 부문에서 요구하는 의무규정 등으로 데이터 보호를 위한 필요성과 보안관련 조항에서 사적주체들의 참여를 이끌어 내고 있다.<sup>204)</sup>

(6) 형사입법에서의 변화

형사입법정책적으로는 추정된 위험(Presumed Dangerous)에 대한 형법의 개입이 문제된다. 예컨대 잠재적 테러리스트로 의심되는 자의 경우나, 비록 범죄 행위를 했다는 확신은 없지만 위험인물로 추정되는 경우에는 어떻게 처리할지에 대한 문제다. 독일의 경우 조직원 범죄(membership crimes) 또는 공모 범죄(conspiracy crimes)의 개념을 넘어 형사책임의 조기부과 개념을 확장하는 방식을 검토하였다.<sup>205)</sup>

2009년 형법 개정안은 단독범의 사전준비행위와 관련하여 ‘국가를 위협에 처하게 중한 폭력행위의 예비’(preparation of a serious violent act endangering the state)(형법 초안 제89a조)와 ‘국가를 위협에 처하게 하는 중한 폭력행위 범행을 위한 교섭시도(initiation of contacts in order to commit a serious violent act endangering the state)’(형법 초안 제89b조) 그리고 ‘중한 폭력행위의 지시(guidance to commit a serious violent act)’(형법 초안 제91조)를 규정하였다.

---

204) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 165-166면

205) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 168면.

등 개정초안은 국가에 대한 중한 폭력범죄의 지시를 내리고 받거나, 무기나 위험한 물건, 물품 등을 전달하거나 소유, 또는 자금을 모금하는 등의 예비행위들을 독자적으로 범죄화하고 있다. 또한 중한 폭력행위를 위하여 훈련을 받을 목적으로 범죄 조직과 교섭하는 행위 자체, 중한 폭력행위를 지시하는 문건을 배포하거나 중한 폭력행위를 저지를 의도로 그런 문건을 활용하는 행위도 독립적으로 처벌한다. 이러한 법규정들은 특정범죄의 잠재적 범죄자들에 대하여 초기 단계에서 예방조치를 가능케 하려는 것이다. 독일형법 제129조와 제129a조의 경우 범죄조직과 테러리스트 조직에 대해서 예방지향적인 절차적 개입을 상당부분 허용하고 있다.<sup>206)</sup>

하지만 후기현대 위험사회에서 형법의 직접적인 예방지향적 개입추세에 대해 여전히 정당성의 물음을 물어야 한다. 필요성이나 효과성에 대한 논의차원과는 별개다. 단지 예방적 목적으로 범죄가 예견되는 행위 자체에 대한 과잉입법의 문제, 그리고 현실 남용의 가능성은 신중히 검토되어야 한다. 전통적인 형법의 핵심은 개인적 책임원칙과 법익보호에 있다. 형법을 투입하여 직접적으로 예방 목적을 성취하려 한다면, 법익침해의 개념과 충돌하게 된다. 법익은 범죄행위의 결과가 있어야 침해되기 때문이다. 범행결과를 범죄행위자에게 책임귀속시키는 문제와도 충돌한다. 범행책임을 범행결과 이전에 예견적으로 귀속하자면 정당한 근거가 필요할 것이다.

그러나 현실적으로 구금형종료후 예방적 보호감호에 대한 엄격한 요건 (독일 형법 제66조)을 보면, 형법에 대한 법치국가적 보장이 적용되는 한, 위험인물에 대한 순수하게 예방적인 조치들은 그 자체 독자적인 절차방식으로 규제될 수 있다.<sup>207)</sup> 예방적 보호감호와 같은 예방적 보안조치들은 장래위험성과 관련해서 책임원칙이나 중범죄 누범조건, 형사절차적 보장에 부합되지 않는다 해도 예방적인 경찰조치들보다는 최소한의 보장적 기능을 하기 때문이다. 과연 그 침해적 본질이 상당한 예방적 보안조치가 형법사이의 관계를 볼 때, 전통적인 경찰법

206) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 168면.

207) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 169면.

조치보다 자유의 보장에 더 적절한가? 예방적 보안조치는 독립된 검사에 의해 감독을 받고, 사법적 통제에 여전히 속해있다. 그러나 경찰법은 위험의 불명확한 개념에 근거하고 있으며, 단지 비례성 원칙에 의해서 제한된다.<sup>208)</sup>

반면 영국법은 진압과 예방 사이에 엄격한 차이점이 없는 일원화된 경찰법과 형법 체계를 유지하고 있다. 대표적인 예는 2005년 테러방지법(Prevention of Terrorism Act 2005)에 의해 도입된 통제명령(control orders) 제도다. 통제명령은 내무장관(Home Secretary)이 “테러의 위험으로부터 시민을 보호하기 위해”(protecting members of the public from a risk of terrorism) 행사할 수 있다. 특정범죄자가 아닌 테러혐의자 대상의 통제명령의 범위는 다음과 같이 광범하고 다양하다.<sup>209)</sup>

- (a) 특정물품 및 물질의 소지 및 사용 금지 또는 제한
- (b) 특정서비스 및 시설사용 또는 특정활동의 금지 또는 제한
- (c) 특정작업 내지 직업의 제한
- (d) 특정인 또는 일반인들과의 회합과 통신 제한
- (e) 주거제한 또는 본인주거에 대한 타인의 방문 제한
- (f) 특정장소 방문금지 또는 특정 지역에 대한 특정시간대 또는 날짜의 방문 금지
- (g) 국내, 국내특정장소 또는 지역의 여행의 금지 또는 제한
- (h) 24시간 이내 통행금지 내지 제한
- (i) 여권 또는 통제명령에 의해 소지가 제한 또는 금지된 물품의 통제명령기간 동안의 압수
- (j) 처분대상자의 주거 또는 처분대상자의 관리권한 있는 장소에 대한 지정된 자의 진입에 응할 의무
- (k) 처분내용 위반여부의 확인을 위한 지정된 자의 주거 또는 특정장소 수색에 응할 의무

---

208) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 170면.

209) Prevention of Terrorism Act 2005, 제1조 제4항.

- (l) 처분기간동안의 압수 또는 검사를 위한 특정장소 내지 지역에 소재된 물건  
의 보관 또는 이전에 응할 의무
- (m) 처분대상자 사진촬영에 응할 의무
- (n) 전자장치 등 감독수단에 의해 이동, 통신, 기타 활동의 감시에 협조할 의무
- (o) 정보의 제공을 위한 요청에 응할 의무
- (p) 특정시간과 장소에서 특정인에 대한 신고의무

이처럼 영국의 경찰법적 권한의 과도함은 형법에 예방적 임무를 과도히 부과하고 있는 독일 모델과 대비된다. 물론 영국의 테러방지법제상의 경찰법적 조치들은 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)에 반한다.<sup>210)</sup> 2011년 테러방지 및 수사수단법(Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011)에 의해 결국 폐지되었다.

#### 나. 새로운 안전법의 등장

현대사회 형법의 예방과 보안기능의 발전과정은 고전적인 형법과 경찰법의 범주가 점차 불분명해 짐을 보여준다. 범죄예방과 위협예방을 동시에 수행해야 할 필요성이 바로 형법적인 범죄통제와 예방적 경찰활동 사이의 전통적 구분에 변화를 가져온 요인이다. 조직범죄나 테러범죄의 문제에서는 추상적인 보안위험의 요인은 있지만, 특정범죄행위의 구체적 혐의와는 연결되지 않는 경우가 많다. 그러면서도 위협예방은 점점 더 강조되는 가운데, 테러위험의 예방을 위한 개입 조치는 형사법 영역을 넘어 점점 더 경찰법영역에서도 발견된다. 다만 지버는 경찰의 예방적 권한확대는 독일법의 경우에도 마찬가지로의 현상이지만, 전통적인 형사절차법상의 보장과는 여전히 연결되어 있다는 점을 지적한다.<sup>211)</sup>

현대사회에서 위협예방의 강조는 범죄조직이나 테러리스트를 대상으로 삼는데 그치지 아니한다. 이주외국인들 역시 특별한 위험요인으로 간주되는 경우가 증가한다. 자국민과 외국인을 이원화하는 법제 역시 늘어나고 있다. 이러한 이원

210) MB, Re [2006] EWHC 1000 (Admin) (12 April 2006).

211) U.Sieber, New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law, 2009, 171면.

적 법체계(dual legal system)하에서는 외국인에 대하여 무죄추정원칙을 인정하지 않거나, 행정구금, 적법절차보장 없는 보호조치 등이 행해진다.<sup>212)</sup>

새로운 안전패러다임의 등장은 안전법 발전을 위한 새로운 연구노력을 필요로 한다. 새로운 안전법은 전통적 형법체계에 대한 도전이며, 인권보장에 대한 문제를 숙고해야 한다. 지버에 따르면, 국제테러범죄와 특정 조직범죄는 형법을 통한 ‘소추’ 대상을 넘어선다. 형법 이외의 다수 경찰, 행정법분과들도 동원되는 데다가, ‘전쟁’의 대상이 되어버렸다.

(1) 개별 법분과영역의 전통적 구분을 넘어선 결합

새로운 안전법은 국내적으로는 ‘국내안전법(internal security law)’으로서 형법, 경찰법 그리고 그 밖의 행정법유형으로 이루어지며, 국외적으로 ‘대외안전법(external security law)’은 테러리스트와 조직적 범죄활동을 통해 야기되는 외적 위협에 대한 투쟁하는 전쟁법이다.<sup>213)</sup> 그리고 전통적으로 영역구분되던 법분과들이 ‘안전’이라는 새로운 패러다임 아래 결합하여 강화된다. 이러한 법분과들은 안전요구에 기해 유사한 해결책이나 동등한 기능들을 제공한다. 형법, 경찰법, 출입국관리법 등 상이한 법분과들은 안전을 높이기 위한 동일한 기능을 수행한다. 안전향상의 목표아래 상이한 접근방식이 결합하고, 다양한 기관들간의 협력이 구조화된다. 다만 새로운 안전법에 있어서 전통적으로 서로 다른 기능을 가진 기관들의 협력은 정당성의 문제를 야기할 수 있다. 대테러 데이터베이스를 통한 경찰과 정보기관간의 정보공유가 그 예다. 독일의 경우 경찰과 정보수사기관간의 분립원칙은 과거 국가비밀경찰(Gestapo)이 정보를 중앙관리하면서 권력을 남용했던 역사적 경험에서 확립된 것인데, 역사적 원칙도 안전의 요구앞에 흔들리게 된 것이다.<sup>214)</sup>

---

212) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 172면

213) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 182면

214) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 172, 183면.

## (2) 개별 법분과영역의 전통적 한계를 넘어선 확장

국내안전법에서 각 법분과영역을 한계지우던 전통적인 경계는 일정한 자유보장의 기능을 한 셈이다. 그런데 개별 법분과영역이 안전요구에 대응하여 그 전통적 한계를 넘어 확장되면서 자유보장은 축소된다. 이는 특히 형법의 영역에서 분명하게 나타나고 있다. 범죄이전 단계에서 형사책임의 인정, 비밀 수사기법을 비롯한 형사절차상 변화들, 다양한 수사기관들 사이의 긴밀한 협조, 그리고 공공-민간 파트너십 등이 변화의 예다. 이런 변화들의 결과 형법은 전통적인 진압에 의한 예방(prevention by repression)을 넘어 위협예방기능을 맡게 되는바 과부하의 상태에 처하게 된다.<sup>215)</sup>

대외적 안전법에서는 새로운 전쟁법이 유사한 방법으로 그 전통적인 한계를 넘어서서 확장되어가고 있다. 예를 들어, 9·11 테러이후 미국에서는 전쟁에 준하는 것으로 전제되는 위기상황에서도 대통령의 전쟁수행권한을 광범위하게 사용한다. 이에 따라 강압적인 조치들이 도입되고 심지어 외국 영토에서도 자행된다. 더구나 기존 국제인도주의법의 보장대상이 아닌 이른바 비합법 전투원(illegal combatants)에 대한 특수시설내 감금이나, 불법적인 범죄인 인도나 압송과 같은 현상도 일어난다.<sup>216)</sup>

물론 많은 국가들에서는 안전이나 안보의 이익을 내걸고 안전법의 영역이 과도하게 확장되는 현상, 그리고 형법이 압박한 위협예방을 위해서 투입되는 현상은 여전히 법원에 의한 통제범위안에 있다. 새로운 안전법에서 전통적 법분과영역들의 결합이나 확장을 통해 안전을 향상될 수는 있다. 하지만 인권 보장에 있어서 중대한 문제를 결과할 수 있다는 점은 부인할 수 없다. 구체적인 범죄행위와의 연관성이 분명하고, 독립적인 검사에 의해서 통제되며, 법원의 감독에 구속되고, 법치국가적 제한원칙과 보장적 기능을 수행하기 위한 절차적 수단들이 확보된 형법이 자유의 보호에 더 적합하다는 점 역시 분명하다.<sup>217)</sup>

215) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 184면.

216) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 184면.

217) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009,

(3) 새로운 안전법의 전통적 안전법구조에 대한 도전

개별 법분과영역의 전통적 구분을 넘어선 결합이나, 전통적 한계를 넘어선 확장은 공적 안전분야법의 전통적 구조에 도전적 물음을 던진다. 독일법에서 전통적으로 예방적 기능은 경찰법의 영역이다. 국내적 안전법의 영역에서 범죄진압적 목적과 위험 예방적 목적의 결합하면서 해악의 야기라는 개념과 개인범죄자에 대한 특정과 죄책귀속을 요구하는 형법이 특정한 테러범죄 및 조직범죄 위험에 대해서도 용이하게 적용될 수 있다고 본다. 따라서 '조직구성원 범죄(membership crimes)'유형을 장래범죄방지를 위해 기획된 형사실체법에 추가시켜왔다. 이러한 조직구성원범죄는 국가로 하여금 모든 범죄 및 테러집단의 구성원과 지원자들에 대해 예방적 조치를 취할 수 있게 한다. 이러한 위험집단을 염두에 둔 실정법은 재범의 위험성을 이유로 미결구금과 함께 장기구금형을 부과할 수 있도록 한다. 독일 경찰법에 유사한 근본적 변화는 영국의 통제명령에서도 나타난다. 이는 실질적으로 형사사법체계의 기능을 경찰에로 돌리고, 동시에 이러한 기능의 집행에서 절차적 보호조치와 법원절차의 배제를 허용한다.<sup>218)</sup>

법적 범주의 근본적 구분이 불분명하게 되는 현상은 그 자체로 위험성이 있다. 왜냐하면 다양한 법분과와 범주가 상응하는 목적과 수단을 확보하고, 각각의 인권보장수단과 함께 일관된 법체계의 부분을 구성하고 있기 때문이다. 결과적으로 이러한 체계적 요소는 자의적으로 뒤섞이거나 다른 체계로 옮겨져서는 아니된다. 법적 범주의 분별 자체가 자유와 인권을 보장하기 위한 수단이기 때문이다. 예컨대 한 법분과의 특정한 목적,기능,수단이 상응하는 보호조치와 함께 다른 법분과로 옮겨지지 않는다면 인권보장은 위협받을 수 있다. 영국의 통제명령이 그 예다. 법적 범주의 불명확화는 기본적 인권보장의 틀을 약화하는 결과를 가져올 수 있으며, 전통적인 형법의 보장적 기능에 비추어 간과할 수 없는 부분이다.<sup>219)</sup>

---

185면

218) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 186면.

219) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 186면.

따라서 지버가 제시하는 당면과제는 현재의 안전법전반의 구조(architecture of the overall security law)에 대한 비판적 분석이다. 안전법의 목표, 정당화 그리고 필수조건들도 규명되어야 한다. 특히 국내안전법의 전통적 영역과 관련해서는 현행의 안전법 체계의 구조적 분석을 통해 첫째, (과거회고적인) 진압적 형법, 둘째, (질서유지와 장래의 해악 예방이 목표인) 예방적 경찰법, 셋째 (미래전망적인) 정보법 분별의 정당성을 비판적으로 검토해야 한다. 새로운 안전법 체계에 대한 이러한 구조적 분석을 토대로, 다양한 법분과에서 인권보장을 위한 제한원리와 메커니즘을 검토해야 한다. 전통적인 법분과들 속에 자리잡고 있는 보호장치들을 비교분석함으로써 인권보장이라는 일반적 구상으로 법의 다양한 범주의 적용에서 나타나는 불명료성이 상쇄될 수 있는지, 어느 정도로 이것이 가능한지 하는 물음과 또 다양한 법분과의 특수한 보호장치 및 원칙들도 중요한 역할을 담당해야 하는지에 대해서도 대답해야 한다. 다수의 보호장치들은 법의 모든 분과에서 적용될 수 있는데 반해, 특정 보호장치들과 그 적용상의 필수조건들은 종종 특정법분과에 특정하여 적용된다. 형법에서의 법익침해원칙과 책임원칙이 그 예다. 이를 전제할 때 법분과들의 전통적 구분은 그 자체 중요한 보장적 기능을 가진다. 그 분별을 불명확하게 하는 정책은 신중을 기해야 한다.<sup>220)</sup>

그렇다고 해서 전통적인 법적 범주들 사이의 그 어떤 전환이나 이전을 완전히 거부할 수는 없다. 오히려 새로운 안전법으로의 전환문제를 주의 깊게 살피고 다룬다면, 독창적인 새로운 해결책을 위한 기초가 될 수도 있다. 예를 들면 구 금형종료이후 보안감호제도는 구성요소와 절차가 특정되고, 형법의 보장적 장치를 통해 엄격히 제한된다면, 헌법적으로 합치되는 형법에 의한 예방적 기능의 수행이 가능하게 된다. 나아가 안전의 이익과 기본적 인권 모두의 효과적 보장이 가능한 형법과 경찰법 이외의 새로운 법적 범주의 구성도 논의가능하다. 형법의 전통적인 임무를 이른바 “외부위탁(outsourcing)”하는 것이 다른 법분과의 기본개념에 비추어 정당화될 수 있다면, 이러한 임무의 이전과 함께 전통적 형법의 보호장치도 일정한 변용을 거쳐 “위탁”될 수도 있는 것이다.<sup>221)</sup>

220) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 187면.

이는 현대 위험사회 현실과 기존 형사정책적 패러다임 전환을 고려할 때, 형법을 비롯한 법체계가 위험으로부터의 안전과 침해로부터의 자유를 보장하는 문제를 더 효과적이고 정당하게 다룰 수 있는 새로운 접근방식에 열려있어야 한다는 의미다. 물론 이러한 개방적 정책방향은 기존의 안전관련 법제와 새롭게 등장하는 안전법제들의 목표와 적용범위 및 절차, 부여한 권한과 법적 보호장치에 대한 엄밀한 분석이 전제되어야 한다.

## 2. 김일수 교수의 델타형법이론

### 가. 자유주의적 법치국가의 신뢰위기

자유민주주의 법치국가 이념은 최소한의 법적규율을 통해 최대한의 자유와 평화가 확보될 수 있다고 믿는다. 그 바탕에는 인간이성의 자율능력에 대한 신뢰가 있다. 그러나 산업화의 진전결과 도시인구의 집중, 현대형 범죄의 급증, 사회안전망의 해체로 인해 전통적인 자유민주주의 법치국가에 대한 신뢰는 허물어져 가고 있다. 그런 한편으로 오히려 법은 더욱 양산되어 시민생활 전반에 그야말로 범람하고 있다. 법치에 대한 신뢰는 떨어지는데 법은 늘어나는 만큼, 법의 권위와 효력은 약화되고 있다.<sup>221)</sup>

또한 위험사회론의 등장 이후 현대형법의 전개에 있어서, 사후진압적 형벌 내지 최후 수단으로서의 형법을 의미하는 자유주의적·법치국가적 형법관을 비판하면서, 형법을 사회문제의 해결 내지 조정의 최우선 수단으로 삼고자 하는 경향이 나타난다. 즉 위험사회에서의 일반적 추상적인 위험에 대비한 이른바 ‘위험형법(Risikostrafrecht)’ 이론이 등장했다. 위험사회의 다른 이름인 불안사회에 대응하는 형법이론으로는 ‘안전형법(Sicherheitsstrafrecht)’ 내지 ‘예방형법(Präventionsstrafrecht)’ 도 논의대상이다. 불안을 넘어 분노사회에 이르게 되면, 이에 상응하

221) U.Sieber, *New Challenges of the Risk Society Blurring the Limits of Criminal Law*, 2009, 188면.

222) 김일수, *세계화 시대의 법과 한국법의 발전방향*, 2005.

는 ‘적대형법(Feindstrafrecht)’과 같은 극단적인 형법이론이 나타나기도 한다.<sup>223)</sup>

위험형법은 형법의 투입영역을 확장시킴으로써 가벌성을 확대하는 한편, 안전형법은 위험형법의 효율성을 제고하기 위하여 소송법상의 수사수단을 확장시킨다. 그리고 적대형법은 특정 범죄인에 대해서는 자유주의법치국가에서 인정하는 기본권리조차 인정할 필요가 없는 적으로 간주하고 기본권 침해를 허용하는 역할을 한다.<sup>224)</sup>

현실적으로 볼 때 20세기 사회복지국가 패러다임의 등장과 함께, 형법의 기본관점은 과거 진압적 통제사상으로부터 예방적 조정모델로 진화되었으며, 응보보다는 예방이, 특별예방보다는 적극적 일반예방 사상이 형사입법의 정당성을 위한 논거를 제공해 왔다. 21세기이후 현대 위험사회에 이르러서는 각각의 새로운 위험에 형법적인 보호를 확장하고, 보호영역을 넓히는 새로운 경향이 등장했다. 형법의 목표는 더 이상 범죄와의 투쟁에 머물지 아니한다. 형법은 투자·환경·건강·의료정책이 원활히 수행될 수 있도록 지원하고, 사회문제에 대한 광범위한 예방책으로 투입되고 있다. 윤리적인 가이드라인이나 행정적인 규제로서 질서회복이나 위험방지가 어려운 상황에서는 형법적 조치를 최우선적으로 투입하는 정책도 설득력을 얻기 시작했다.<sup>225)</sup>

이런 측면에서 김일수 교수는 위험형법적 수단의 도입은 불가피한 흐름이라고 인정하는 입장이다. 대규모의 부정형적 위험을 초래하거나 매개할 것으로 보이는 행위주체가 기업이나 특정불가한 집단이라면, 위험예방적 견지에서 형법적 수단을 투입하는 것은 필요한 일이라고 본다. 다만 법치국가적 형벌제한원칙들을 무시하고 위험예측에 근거하여 형벌을 남용함으로써 개인의 자유를 제한하는 정도에 이르러서는 안된다는 점을 강조한다. 완벽히 통제되지 않은 기술사용에 뒤따르는 위험을 예방하려는 조치는 자유와 안전의 균형점에서 이루어져야 한다는 것이다.<sup>226)</sup>

223) 김일수, 전환기형법학의 도전과 과제, 일본 메이지대학교 강연, 2012년 5월 23일.

224) 박미숙, 현대위험사회와 법치국가형법, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제3장 제3절 2. 참조 이재일, ‘증오범죄의 형법적 위치설정’, 증오범죄의 실태 및 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2011, 187면.

225) 김일수, 전환기형법학의 도전과 과제, 일본 메이지대학교 강연, 2012년 5월 23일.

## 나. 위험사회 문제해결의 모색

위험과 불안을 묻어두고 자유를 누릴 수는 없다. 자유주의적 법치국가 형법관을 자유와 안전이 균형을 이루는 법치국가 형법관으로 시각을 전환해야 할 때다.<sup>227)</sup> 이에 김일수 교수는 위험에 효과적으로 대응하면서도 자유와 안전을 실질적으로 보장하는 형사정책 모델을 제시하고 있다. 즉 범죄예방이라는 개념을 합리적으로 해석하여 다양한 잠재적 위험에 대한 관리라는 시각으로 전환해야 한다는 것이다. 진압모델에서 예방모델로, 예방모델에서 ‘Resilience Model’로, 폐쇄사회의 사회통제모델에서 개방사회의 사회통합모델로의 인식전환이 필요하다.

특히 지속가능한 성장의 핵심요소로서의 resilience 개념은 2012년 11월 독일 프라이부르크대학 안전사회센터의 심포지움에서도 중요한 주제로 논의된 바 있다.<sup>228)</sup> 즉 Resilience는 예비(prepare), 예방(prevent), 보호(protect), 대응(respond), 회복(recover) 등의 의미를 내포하며 복합적인 사회체계를 정의롭고, 의미 있게 재구성하는 저항력·복원력을 의미한다. 형사정책과 관련하여 패러다임이 사후억제(repression)에서 사전예방(Prevention)으로 전환하면서 사회 위험원으로부터 벗어나 지속가능한 발전을 기하려면 예방보다 사회적 장애물을 스스로의 조직력에 의해 흡수하여 정제하고, 실패와 재난에서 일어나 다시 변화된 환경에 적응해 가는 능력으로서 포괄적인 Resilience가 중요하다.<sup>229)</sup> 왜냐하면 진압만으로 평화로운 사회질서를 회복되거나 유지될 수 없으며, 예방만으로 모든 사회적 불안이나 위험요인들을 사전에 제거할 수 없다는 점은 우리가 현실생활 경험을 통해 이미 익히 알고 있기 때문이다. 그렇다면 한 사회가 위험이나 재난으로부터 더 심각한 사회적 트라우마(trauma)의 고통을 겪지 않도록 현실화된 위험이나

226) 김일수, 전환기형법학의 도전과 과제, 일본 메이지대학교 강연, 2012년 5월 23일.

227) 김일수, 대형사고빈발, 무엇이 문제인가, 대한변협신문, 2003년 3월 17일.

228) Centre for Security & Society, 심포지엄 “네트워크화된 사회에서 안전과 자유-시민 보호와 인 프라구조 보호 및 사적 영역의 보호에 대한 도전들”(2012년 11월 5일).

229) 범죄피해자의 보호와 적응과정에 resilience 모델을 적용한 연구로서는 M.Dutton & R.Greene, ‘Resilience and Crime Victimization’, *Journal of Stress*, Vol.23. No.2 2010.; J.Hill, ‘Victimization, Resilience and Meaning-Making’, *Victims of Crime Research Digest*, No.2. 2009 참조

재난의 아픈 경험을 극복하고 일상의 평온한 삶으로 복귀하는 자발적 능력을 촉진시키는 통합적인 정책이 필요하다.<sup>230)</sup>

무엇보다도 현대 위험사회의 과제를 풀려면 형법과 형사정책이 직면한 생활사실에 대한 분석에서 출발해야 한다. 그리고 경제형법, 환경형법, 의료생명형법, 사이버형법 등 특수한 생활사실에서 나타나고 있는 위험요인을 분석하여 개별적 문제해결방식을 모색해야 한다. 형법적 규제도 범죄의 질에 따라 경중을 달리하여, 보통의 생활사태에 대해서는 최후수단으로 투입되고, 특별한 위험상황에 직면해서는 강한 우선수단의 법으로 나서야 한다.<sup>231)</sup>

#### 다. 현대위험사회 형법과 삼각주(델타)모델

김일수 교수는 현대사회의 새로운 위험에 직시하고, 전통적인 법치국가 형법관과 후기현대적 위험형법 내지 안전형법의 양자 택일을 지양하면서 현대성 프로젝트와 후기현대성의 패러다임전환을 변증론적으로 통합하는 통찰로 나아간다. 그리고 통제가능한 과거의 불법행위에 대해서는 원칙적으로 부드러운 법으로서, 그리고 특수한 위험상황에 직면해서는 예방적이고 선제적으로 응답하는 강한 법으로 등장하는, 일견 모순되는 현재의 형법상황을 통합적으로 기술하기 위해, 삼각주모델(Delta model)을 제시한 바 있다.

즉 현대 위험사회에서 법치국가형법은 전통적인 자유보장의 수단으로서 흐름을 계속하겠지만, 마치 흘러가는 강물이 하류에 부딪혀 그 흐름의 영향에서 벗어나 새로운 삼각주영역에 마주치는 것처럼, 환경, 경제, 의료생명기술형법의 분야에서 새로운 현대형법문제에 대면하게 된다. 삼각주에서는 형법이 위험을 예방할 수 있는 실효성 있는 수단으로 극대화되는 경향이 있다. 위험사회의 위기에 대처하는 형법에 대한 시민의 기대는 높아졌고, 이러한 안전요구에 민주국가의 주인인 시민을 신뢰하고 답해야 하기 때문이다.<sup>232)</sup>

여기서 제시된 삼각주(델타)개념은 후기현대사회의 난제가 물려와 부서지는

230) 김일수, 전환기형법학의 도전과 과제, 일본 메이지대학교 강연, 2012년 5월 23일.

231) 김일수, 한국형법 I, 1996, 9면.

232) 김일수, 과학기술의 발달과 형법, 韓日法學研究, 1994, 147면.

타자화된 세계에서 새로운 이웃의 관계를 형성해가는 삶의 특수지대를 가리킨다. 오늘날 법치국가 형법은 원칙적으로 전통적인 자유보장책 안에서 흘러가는 강줄기 같지만, 그 흐름의 하류에서는 이미 그 흐름의 영향으로부터 벗어난 새로운 삼각주가 형성되어 있다. 이 삼각주에는 환경·원자력·유전공학·생명의료기술 분야, 또는 조직범죄·집단중요범죄·테러리즘과 같은 범죄양태가 자리하고 있다.<sup>233)</sup> 따라서 삼각주 영역에서는 당면한 위험을 사전예방·통제할 수 있는 실효성 있는 대책을 위해 형법의 규율범위를 확대하거나 조기단계에서 투입할 수 있을 것이다. 위험사회의 위기대처와 안전을 바라는 시민들이 형사정책에 거는 기대가 높아졌고, 입법자들과 정치인들도 이러한 요구를 외면할 수 없다. 다만 어떤 경우에도 형법은 특별한 위험대처 과정에서 그 자체로 비합리적인 수단으로 남용되지 않도록 주의해야 한다.<sup>234)</sup>

### 3. 현대과학기술사회의 위험과 형법이론

#### 가. 현대과학기술위험과 자유주의적 형법이론

과학과 산업의 발전으로 인해 인간과 자연을 위협·파괴할 수 있는 잠재적 위험원이 사회전반에 존재하게 되었다. 사람들은 언제 어떠한 형태로 현실화될지 알 수 없는 다양한 위험에 대한 두려움속에 일상생활을 살아가게 되었다. 새로운 과학기술이 지속적으로 등장하는 한 새로운 위험원 역시 계속된다. 과학기술로 인한 위험은 근본적으로 방지되거나 해소되기를 기대하기 어렵다. 과학기술의 지식과 통제되어야 할 위험사이에는 악순환적 연관이 존재한다. 일상적 위험의 초래는 비정상적 일탈행동만이 아니라 사회경제활동 자체로부터 나온다. 따라서, 위험사회를 살아가는 사람들의 일상적인 불안감은 갈수록 증폭된다. 특히

---

233) 생명공학기술 위험관리형법에서 삼각주모델 적용을 위한 논의는 신동일·로제나우, 바이오공학기술과 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(1), 2012, 제3장 제2절 참조

234) 김일수, 전환기형법학의 도전과 과제, 일본 메이지대학교 강연 2012년 5월 23일.

위험원이 현실화되는 사건, 재난이나 범죄사건을 극적으로 보도하는 매스컴과 접촉하게 될때마다, 막연한 불안감은 구체적 위협감으로 전환된다. 생존에 대한 위협감은 다시 가시적 조치를 요구하는 여론적 압력이 된다. 이를 정치적으로 해소하기 위해 상징적 입법이 나타난다. 정치적인, 상징효과를 노리는 형법은 위협을 불러오는 구조의 조정과 개선보다는 현상을 규제하고 통제하는데 치중한다. 규제와 통제목적의 법은 위협예방의무를 개인에게 부과하고, 그 위반에 대한 제재로 형벌을 부과한다. 미래사회의 위협을 예방하기 위해 형법이 동원되는 셈이다. 나아가 위험사회의 형법은 전통적인 책임귀속요건의 변화도 가져온다. 고의·과실과 인과관계보다는, 위협발생의 개연성에서 책임의 근거를 찾게 된다. 책임의 거점이 일상적인 활동이고, 위협발생을 예측할 수 없는 상황에서 사후적으로 개인을 책임의 주체로 지정하는 것은 책임귀속이 아닌 책임전가가 된다.<sup>235)</sup>

이와같은 자유주의적·개인주의적 형법관은 장래의 위협에 대한 형법적 개입이 개인의 자유를 오히려 침해하며, 정치적 왜곡이나 통제장치의 확대를 결과하는데 불과할 것이라고 본다. 근대형법의 자유보호적 원칙과 인권보장적 기능에 충실한 관점에서 마땅히 견지되어야 할 것이다. 그러나 이러한 형법관은 현대과학기술의 위험성은 과소평가하는 반면, 이에 대응하기 위한 형법적 개입의 위험성은 과대평가하는 경향이 있다. 위험현실을 왜곡과장하여 형법적 개입을 경솔하게 확대하려는 경향만큼이나, 위험현실을 간과하고 긴급한 대응요구에 지나치게 신중한 경향은 위험사회의 현실을 올바르게 이해하지 못하는 태도라는 점에서는 다를 바 없다.

#### 나. 현대과학기술위험과 자유-안전 조화를 추구하는 형법이론

김일수 교수의 삼각주모델은 자유와 안전의 균형과 조화속에서 후기현대사회 형사정책의 방향을 제시하기 위한 이론이다. 시대정신에 대한 성찰을 통해 전통적인 근대형법은 자유 안에서 안전을 추구했다면, 후기현대형법은 안전 안에서

235) 이상돈, 법학입문, 2001., 259면 이하.

자유를 추구하게 된다는 점을 인식하고 있는 것이다. 이에 김일수 교수는 후기현대사회 형법정책이 가장 적정한 자유 안에서 가장 적절한 안전을 추구할 수 있는 제3의 길을 모색한다. 그 결과 사회안전망 확충을 위해 필요한 범위 안에서 위험형법적·안전형법적 수단의 투입 가능성을 근대형법의 영역안에 열어두어야 한다는 의미에서의 제3의 길을 제시한다. 즉 전통적인 근대형법이라는 큰 흐름의 장외인 삼각주영역의 문제에 대해서는 부수형법·특별형법·특별법의 형식으로 위험형법적·안전형법적 수단을 극히 위험성이 높은 위험원대상에 제한하여 잠정적·과도기적으로 투입하는 조치를 인정한다. 이를 통해 안전이 실효성있게 확보되면 다시 전통형법·근대형법의 본래 흐름으로 다시 합류하게 된다. 물론 김일수 교수는 특정경제범죄, 테러범죄, 조직범죄, 환경·생태계 위협, 원자력 위협 등의 현대사회문제들에 대하여 형법적으로 대처하는 과도기적인 조치의 경우에도 자유적 기본권과 인권의 포기할 수 없는 본질적 내용의 한계선을 넘어가서는 안된다는 점을 강조한다. 따라서 제3의 길을 모색하는 과정에서 적대형법은 수용할 수 없는 한계가 된다.

이처럼 김일수 교수가 상정하는 삼각주영역에서의 안전형법과 분류로서의 근대형법의 틀은, 불교계율을 정하는 지범개차(持犯開遮)의 형식에 비유할 수 있겠다. 불교에서는 계율을 지키는 것을 持라 하고, 이를 못지키는 것이 犯이다. 반드시 지킬 수 없는 예외적인 상황에서 허용하는 것을 開라 하고, 그러다가 상황이 개선되면 그것을 다시 지키도록 금하는 것을 遮라 한다. 계율을 지키지 못한 사람들이 개차법을 악용하여 변명의 구실로 삼아서는 안되겠지만, 계율을 정하는 목적은 계율을 지키는 자체에 있는 것이 아니다. 마찬가지로 형법은 인간의 자유와 안전을 지키기 위한 수단이지, 형법 그 자체가 목적이 아니다. 형법이라는 수단을 통해 지켜야 할 자유와 안전의 사회현안이 있는 한 근대형법인가 탈-근대형법인가 양자선택의 비생산적 논의에 매달릴 이유가 없다. 근대형법의 원칙과 틀을 견지하되, 예외적인 상황에 대처하는 특별한 형법적 예방조치를 인정하는 모델을 찾는 것이 지혜로운 길이다.

생각건대 근대 형법의 최후수단성, 최소개입성의 특성은 델타형법의 영역에서 최적수단, 최적개입의 특성으로 전화한다. 최적수단으로서의 형법은 두 가지 의미를 갖는다.

첫째 형법은 위험발생의 고위험원에 대해서 선제적으로 개입한다. 따라서 위험방지 내지 규제의 사회적 수단들 중에 형사제재 선택의 최후수단성에 대한 제한도 완화된다. 형법이 문제해결의 최우선수단일 수는 없지만, 고위험범죄군에 대해서는 최적수단으로 선제적으로 투입될 수 있다. 둘째 행정적 민사적 수단이 아닌 형사제재와 형사사법기관의 투입을 통해, 형법의 또 하나의 중요한 의미, 즉 형사절차상의 적법절차보장성을 최소수준에서 확보한다. 형법의 예방적 투입에 있어서는 실체법상의 형사제재효과 뿐만 아니라, 절차법상의 보장기능도 염두에 둘 필요가 있다.

김일수 교수가 지적하는 바, 삼각주형법모델은 우선적으로는 사회 스스로의 복원력에 초점을 둔 resilience 모델의 관점에 따라 안전과 질서의 자율적 회복을 통해 사회의 안정을 자율적으로 확보해야 한다는 점을 전제해야 한다. 결국 삼각주영역에 별도로 유보해둔 고위험범죄군을 제외하면 지난 200여년간 점진적 발전을 거듭해온 현대형법의 발전방향이 곧 후기현대사회 위험의 난제들에 실효성 있는 대응체계가 될 것이다.<sup>236)</sup>

따라서, 본 보고서에서는 전통적인 법치국가형법을 부인하는 ‘위험형법’의 정당성과 실효성을 인정하지 않고, 법치국가형법의 틀내에서 일부 유보된 고위험영역에서의 특별조치를 잠정적으로 인정하는 의미에서 ‘위험관리형법’이라는 개념을 사용한다.

### 제3절 위험관리의 범죄학

21세기 전반기 현대사회에서 범죄, 질서, 통제의 전환과 변화는 이에 대처하는 형법과 형사정책 이론 및 정책연구를 요청하고 있다. 범죄, 질서, 통제 양상의 전화(shift)와 변화에 따라 학문영역으로서 형법 및 형사정책의 형태 역시 변화가 불가피하다. 범죄거버넌스(governance of crime) 특성의 전화, 국가의 지위와 역량의 변화, 안전확보의 영역에서 공공부문과 민간부문 경계의 전화, 위험

236) 김일수, ‘사회변동과 형법정책의 방향’, 제5회 입법정책포럼, 한국법제연구원 2012년 7월 19일.

의 사회적 결과와 시민문화에서 범죄와 사회질서의 위치변화와 같은 후기현대사회의 특성이 형법과 형사정책이 대면한 문제현실이다.<sup>237)</sup>

이러한 일련의 현실상황은 근대국가의 재구성의 문제와 연관된 물음을 제기한다. 지난 이백년간 사회질서를 유지하는 권한과 책임을 중심으로 담당해 온 근대주권국가는 시민의 안전과 사회의 평화를 유지를 보장할 수 있는 가장 중요한 위치를 유지할 수 있을 것인가? 한때 범죄통제영역에서 핵심적 지위를 차지했던 국가의 대내외적 안전정책과 법제도는 21세기 국가의 전화(transformation)에 따라 어떤 영향을 받을 것인가? 보다 넓은 차원에서 사회적 정치적 문제와 형사과학적 연구의 연관성을 묻는 지점은 거버넌스, 위험, 세계화로 요약될 수 있다.<sup>238)</sup>

## 1. 거버넌스와 범죄학이론

### 가. 범죄방지와 범죄위험관리

1980년대 중반부터 범죄학자들은 치안 및 범죄예방으로부터 양형 및 행형단계에 이르기까지 형사정책의 초점이 개별범죄자 교정으로부터 예측기법을 활용한 범죄방지와 범죄자 행태관리으로 옮겨가는 현상에 대해 논의하기 시작했다. 변화하는 형사정책에서는 범죄자 개인의 동기나 환경이 아니라, 범죄결과를 근거로 범죄로 인한 피해를 최소화하기 위해 범죄위험을 통제하는데 관심을 둔다. 범죄와 범죄자는 사회적, 심리적 문제의 병리적 산물이기 때문에 치료교정의 대상으로 이해하기 보다는, 위협적인 행태와 그 위험성의 조합에 지나지 않게 된다.<sup>239)</sup>

한편 범죄자의 행태방지에 관심을 두게 되면 범죄행태를 유발하는 환경적 요인에 주목하기 마련이다. 범죄가 가능한 환경을 범죄행동이 불가능하거나 매우

---

237) Ian Loader & Richard Sparks, *Contemporary Landscapes of Crime, Order, and Control: Governance, Risk and Globalization*, in *Oxford Handbook of Criminology*, 제4판, 2007, 78면.

238) I. Loader & R. Sparks, *Contemporary Landscapes of Crime, Order, and Control: Governance, Risk and Globalization*, 2007, 79면.

239) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 1면.

어렵도록 환경을 구축하면 범죄를 방지할 수 있을 것이기 때문이다. 이러한 관점에서 볼 때 범죄는 비정상적인 행태나 열악한 사회환경의 산물이라기 보다는 범죄의 기회를 허용하는 상황 때문이다. 그래서 사회경제적으로 취약한 계층을 지원하고 개선하는 노력보다는 건물의 방법설비나 도로나 공공장소의 범죄방지 환경설계에 관심을 둔다.<sup>240)</sup>

정리해보면, 20세기 현대적 형벌이론의 핵심은 교정(correction)이다. 사후적으로 범죄자를 과학적으로 교정하고 범죄자의 재범을 방지하는데 중점을 둔다. 후기현대사회에서는 관리(managing)에 초점이 옮겨간다. 사전적으로 범죄자 관련행태일반을 관리하거나, 범죄기회(criminal opportunities)를 제공하는 환경을 관리하는데 중점을 둔다.

	형사정책 목표	형사정책 전략
현대	재범의 방지	범죄자 교정을 통한 사후적 범죄통제
후기현대	범죄위험의 예방	범죄기회환경 규제를 통한 사전적 범죄관리

한편, 새로운 범죄방지전략으로서 위험관리기법은 현대형벌이론과 범죄자에 대한 관점의 차이를 보인다. 즉 현대형벌이론에서는 범죄자의 개인적 사회적 과거이력을 이해하고 재범을 방지할 수 있는 프로그램을 제시한다. 위험관리기법은 통계기법을 활용하여 범죄자의 과거와 현재 범죄결과 사이의 상호연관성을 파악하여 위험요소(risk factor)를 추출한다. 이 위험요소를 근거로 개별범죄자의 재범방지보다는 잠재적 범죄자들을 겨냥하여 범죄로 나아가지 못하도록 사전적으로 행태를 바꾸게 하는 것이다. 위험요소에 따라 특정된 잠재적 범죄자들은 개인이 아니라 위험범주화(risk-categorization)된다. 개별 범죄자의 교정이 아니라 특정 위험집단의 관리가 형사정책의 목표가 되는 것이다.<sup>241)</sup>

20세기 후반기부터 위험을 기준으로 또는 근거삼아 사전예방이 사후치료보다 낫다는 관리전략(governed through risk)은 다양한 분야에서 우리 사회를 지배해

240) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 1-2면.

241) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 2면.

왔다. 범죄통제문제에서도 예외가 아니다. 1970년대부터 의학분야에서는 식사, 후천적 생활습관, 가족병력과 같은 특정 위험요소의 여부를 사전에 탐지할 수 있다면 모든 형태의 발병을 예측할 수 있다는 모델이 등장했다. 식사와 생활습관을 교정하거나 투약 내지 예방적 시술을 통해서 중한 질병의 위험을 막을 수 있다는 것이다. 교통수단이나 건물디자인, 의류와 식품소비, 투자와 저축, 교육 훈련 모든 분야에서 이러한 위험관리기법은 적극적으로 활용되어 왔다. 어쩌면 범죄통제와 형사정책분야는 이러한 위험관리기법의 흐름에 뒤늦게 수용한 셈이다.<sup>242)</sup>

하지만 형사정책에서의 위험관리기법에 관하여는 형사입법, 범죄예방, 치안활동, 양형, 교정과 사회내처우 등 모든 분야에 걸쳐 입장이 같린다. 위험관리기법에 긍정적인 입장에서는 범죄피해자화의 감소, 범죄피해로 인한 사회적 비용저감, 수형자의 재범방지를 위한 위험관리기법적용에 관심을 가진다. 심리학과 관련된 전문분야, 치안, 교정분야에서는 긍정적인 입장에서 이른바 ‘행정관리범죄학(administrative criminology)’의 흐름을 이루고 있다.<sup>243)</sup>

반면 사회과학분야의 범죄학연구자들과 법조인들은 위험에 근거한 범죄방지정책에 대해 반대하는 입장을 취한다. 특히 비판범죄학(critical criminology) 진영에서는 위험관리 관점이 범죄에 대해 교정적이고 사회적으로 포용적인 재사회화 정책보다 배제적이고 징벌적인 접근을 우선시하는 정책방향을 부추긴다고 비판한다. 현대적인 재사회화정책의 진보적 성과를 평가절하하고 대중형합적인 언론매체와 정치적으로 손을 잡을 수 있기 때문이다. 예를 들어 삼진법(three strikes law)이나 필요적 최저형벌(mandatory minimum sentences)을 부과하는 정책은 특정범죄현안보다는 범죄자의 위험성에 초점을 맞추고 있다. 때문에 죄질이 경한 범죄일지라도 장래 중한 위험성을 가진 범죄자로 판단될 경우 과중한 처벌을 받게 된다. 위험에 근거한 양형(risk-based sentence)은 전통적인 책임원칙과 비례성의 원칙과 충돌을 피하지 못한다. 또한 전문가가 판단한 범죄자의 교정적 필요에 근거한 양형이라는 교정이념과도 어긋난다.<sup>244)</sup>

242) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 2-3면.

243) 김한균, 형사학자의 정책참여와 비판의 과제, *민주법학* 37호, 2008, 170면.

뿐만 아니라 위험성에 근거한 처분인 비행소년에 대한 통행금지처분이나 성범죄자 전자감독처분, 성범죄자신상공개제도는 대상자의 자유를 제한함으로써 자유로운 시민으로 사회복귀할 수 있는 기회를 오히려 차단하게 되어 교정효과를 기대하기 어렵다는 비판을 받는다.<sup>245)</sup> 위험관리기법을 이와 같은 방식으로 형사정책에 수용한다면 형기를 마친뒤에도 장기간 또는 무한대로 사실상의 형벌이 확장되고, 실제 범죄피해는 줄이지 못하면서 전과자와 그 가족들의 일상적 삶을 어렵게 만드는 결과에 이르게 된다. 또한 이러한 사회내처분의 확대는 지역사회 전체를 확대된 교정시설로 만드는 조치일 수 있다. 교정시설에서 수형기간을 마친 범죄자는 신상공개나 전자발찌부착 대상자가 되어 사회로 복귀하는 것이 아니라, 또다른 형태의 구금환경으로 되돌아가는 셈이다. 그야말로 창살없는 감옥생활의 연장이 된다.

위험관리기법이 사회정책에 그대로 적용되면 사회로부터 위험을 제거 내지 해소하는데 목표를 두게 된다. 하지만 형사정책에서 위험은 산술적인 지표가 아니라 사람으로서의 범죄자다. 범죄한 사람이거나 범죄할 위험이 있는 사람이거나, 사회로부터 제거되거나 배제될 수 없다. 다시 사회로 복귀하여 시민으로서의 삶을 영위해야 할 사람들중의 하나다.

범죄학연구자들로부터 비판받는 또하나의 문제는 위험관리기법이 도입되면서 치안활동에서 범죄방지가 부수적인 업무에서 중심적인 업무영역이 되었다는 점이다. 범죄방지를 구실로 공공장소를 감시하기 위한 CCTV가 광범위하게 보급되고, 질서범죄나 소년비행도 장래 범죄의 위험성이 있는 문제로 간주하고 선제적으로 경찰이 개입하게 된다. 지역사회의 범죄에 대한 경각심을 불러일으키고 예방안전대책을 스스로 강구하도록 캠페인을 벌여 질서와 안전도를 높이고자 한다면, 오히려 범죄에 대한 불안감을 높이고 일상적인 삶의 질을 떨어뜨리는 결과에 이르기도 한다. 때문에 비판범죄학에서는 위험관리모델의 도입으로 인해 형사정책과 형사사법에서 교정과 재사회화에 주목하는 포용적 모델을 축소시키고

244) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 4면.

245) 김한균, 성폭력범죄와 관리체계의 현황과 개선방안, 제4회 아동성폭력추방의 날 기념심포지움, 여성가족부, 2010년 2월 22일.

사회계층적 대립과 갈등을 불러올 수 있다는 점을 우려한다.<sup>246)</sup>

이러한 비판과 우려는 상당한 설득력이 있으며 주의깊게 경청할 만하다. 하지만 위험관리기법의 '위험성'을 극대화하거나 부분적인 문제점을 과장한 측면이 없지 않고, 한편 사회적으로 널리 수용된 위험관리기법의 문제점에 대한 대안이나 개선책도 뚜렷히 제시해주지 못한다. 개인적 교정과 사회적 위험관리차원이 통합된 관점과 전략에 대한 모색이 필요할 것이다. 다시 말해서 그 실효성에 대한 비판과 위기에 직면한 전통적인 재사회화모델과, 배제적이고 엄벌적인 위험성에 대한 우려를 씻기 어려운 새로운 위험관리모델을 통합적으로 고려하여 위험개념에 기반한 실천적 대안을 찾아야 할 것이다.

#### 나. 범죄통제의 변화양상

1970년대까지 범죄통제의 영역은 경찰과 법원, 교정시설과 같은 국가기관들 일체에 의해 독점되어 왔다. 다시 이 제도들은 20세기 초중반에 걸쳐 범죄와 범죄통제와 관련한 일정한 특정 사고와 실천방식과 점차 혼용되어 왔다. 그 결과로서 제도적 처분과 관행들의 복합체를 가리켜 형벌-복지국가(penal-welfare state)라 한다. 이 복합체를 조직하는 공리들은 다음과 같다. 이 공리들은 상호강화적 관계에 있다.<sup>247)</sup>

첫째, 범죄라는 개념은 새삼 개념적으로 문제삼을 대상은 아니다. 즉 사람들은 범죄가 무엇인지 이미 알고 있다. 그리고 개념적으로 지리적, 사회적으로 한계지워진다. 즉 사람들은 범죄가 어디서 발생하며 어떤 종류의 사람들이 범죄를 저지르는지 알고 있다. 제도적으로 개별 범죄자의 특성과 교화에 중점을 두며, 이러한 과제는 상대적으로 명백하고 다툼의 여지가 없어 보인다.

둘째, 인과론적으로 범죄를 사회문제의 징후 내지 발현으로 이해한다. 이에 따른 정책적 초점은 공공주택, 사회보장, 가족지원과 같은 복지수단에 맞춰진다. 복지수단들은 범죄의 근원에 대처하는데 목적이 있으며, 개별 범죄자를 시민으로 복귀시키기 위한 교정적 처우프로그램이 수반된다. 이는 다시 교육, 노동, 주

246) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 5면.

247) D.Garland, *The Culture of Control*, 2002, 27면 이하.

거, 보건과 같은 기초적인 시민적 필요영역을 보장하기 위한 정부정책의 일부를 구성한다.<sup>248)</sup>

셋째, 범죄통제라는 이념에 전문가와 전문지식이라는 영역을 결합한다. 이 영역은 정부가 관할하며 직접적인 정치적 영향력과 시민들의 이해관계로부터 비교적 자유롭게 공무원과 실무책임자들이 정책방향을 결정한다. 영국 내무성 연구기획과(Research and Planning Unit)가 그 대표적 사례다. 즉 정부기관의 형사정책과 범죄학연구가 형사정책의 결정과 집행에 주도적 역할을 하게 된다.<sup>249)</sup>

하지만, 서구 선진국가 범죄통제기관들의 제도와 문화는 근본적인 문제제기에 직면하여 크게 변화하였다. 첫째, 1950년대부터 1990년대 중반에 이르기까지 범죄통계상의 범죄율이 급증했다. 범죄피해는 사회생활의 예외적인 일부에서 사회에서 일상적으로 경험해야 하는 현상이 되었다.<sup>250)</sup> 따라서 형사사법과 범죄통제 변화의 주동력은 바로 범죄의 증가와 범죄피해의 일상화다.<sup>251)</sup> 현대사회의 범죄 증가와 범죄피해일상화가 근대의 현상과 구별된다면, 사회경제적 발전에 따라 범죄의 원인이 감소하면서 범죄도 줄어들 것이라는 낙관이 어렵게 되었다는 점이다. 환경공해와 같은 새로운 범죄현상들뿐만 아니라, 은폐되었던 가정폭력, 아동학대, 성학대의 범죄와 범죄피해현상은 더욱 부각되고, 범죄는 일상생활과 정치영역의 뜨거운 논란거리가 되었다.

둘째, 후기현대 또는 탈근대로 이름붙혀진 경제적, 사회적, 문화적 관계의 전환이 의미깊게 진행되고 있다. 후기현대사회는 노동시장의 분화와 소비주의등장을 비롯한 자본주의 생산교환관계의 전환이 특징이다. 이혼율의 증가와 가족분화와 같은 가족구조의 변동과 함께 도시환경도 변화한다. 정보통신기술에 기반한 대중매체의 융성과 ‘일상생활의 민주화(democratization of everyday life)’도 특징이다.<sup>252)</sup> 이러한 개별현상들은 범죄에 새로운 기회를 열어주고 새로운 동기

248) I. Loader & R. Sparks, *Contemporary Landscapes of Crime, Order, and Control: Governance, Risk and Globalization*, 2007, 79면.

249) 김한균, 형사학자의 정책참여와 비판의 과제, *민주법학* 37호, 2008, 170면.

250) D.Garland, *The Culture of Control*, 2002, 106면.

251) J.Young, *The Exclusive Society*, 1999, 35면.

252) 후기현대사회의 특징에 관하여는 A.Giddens, *The Consequences of Modernity*, 1990; I. Talyor, *Crime in Context*, 1999; D.Garland, *The Culture of Control*, 2001; J.Young, *The*

를 부여했으며, 그럼으로써 범죄문제에 대해서 가시적인 조치를 취해야 한다는 사회적 요구가 강화되었고, 그런만큼 형사사법제도에 대한 국민의 관심수준이 높아지면서 기대와 불신이 엇갈려 높아지게 된 셈이다.

셋째, 1980-90년대 영미권국가 중심의 신우파 정권의 등장은 전후 서구사회의 사회경제적 콘센서스의 파기를 의미하게 되었다. 즉 복지국가적인 사회제도를 비판하고 기업과 시장우선의 논리와 개인책임을 강조하게 되었다. ‘다양한 시장 사회(market societies)’의 도래는 사회적 연대의 약화와 불평등의 심화를 가져왔다. 이는 범죄현상뿐만 아니라 범죄에 대응하는 사회체계에 중대한 영향을 미치게 되면서 형사정책에서 정치화의 수준이 높아지게 되었다. 이러한 세 가지 변화양상이 범죄에 대한 두려움의 만연과 질서에 대한 대중적 욕구강화로 결과되었고, 범죄와 형벌현상의 후기현대사회적 특징으로 볼 수 있다.<sup>253)</sup>

후기현대사회의 특징이 범죄현상뿐만 아니라, 기존의 범죄에 대한 대응체계로서 형사사법과 형사정책에도 의미있는 변화를 가져왔다면, 후기현대사회 형사정책은 단순히 현대사회의 범죄특성변화에 대응하는 차원에 그치지 아니한다. 형사사법 그 자체로서도 후기현대사회적 특성을 반영하며 변화하게 될 것이다. 즉 후기현대사회 형사사법의 변화는 범죄현상의 실체적 변화에 따른 부분과, 범죄 변동과 무관하게 그 자체적인 변화의 부분도 있게 된다. 따라서 위험사회적 범죄라는 실체적 변동에 따른 형사법과 형사정책의 변화 필요성과 정당성의 문제는, 형사사법체계와 도구 변화의 필요성과 정당성의 문제와 구분지어 평가할 필요가 있다.

더 근본적인 차원에서 후기현대사회의 형사정책이 맞닥뜨린 현실은 근대 주권 국가에 대한 도전이다. 국가가 국민들에게 안전을 제공하고 보장할 수 있다는 믿음은 의심에 자리를 내주고 있다. 현실은 다면적이고 일견 모순적이어서, 한편으로 국가가 범죄, 치안과 형벌영역에서 주권적 권위를 재확인하기 위해 ‘범죄를 통한 지배(govern through crime)’를 추구한다.<sup>254)</sup> 영미국가에서 1990년대에

---

Exclusive Society, 1999의 논의를 참조

253) I. Loader & R. Sparks, Contemporary Landscapes of Crime, Order, and Control, 2007, 81면.

254) J.Simon, Governing Through Crime, 2006, 4면.

서 2000년대에 이르는 시기동안 범죄현상에 대한 극적이고 정서적인 사회적 반응과 일반여론과 대중매체의 엄벌주의적 편향성이 그 배경인데, 정부는 이러한 범죄에 대한 분노와 범죄피해에 대한 두려움의 정서를 진정시키고 안심시키기 보다는, 그것이 사회적 의견으로서 자리잡고 영향력을 행사하도록 법적 제도적 통로를 마련했다. 이에 따라 구금형비율이 급증하며, 병영훈련(boot camp)과 같은 단기충격적 요법이 도입되고, 삼진법과 같은 엄벌주의 양형, 성폭력범죄자에 대한 감독강화, 소년비행에 대한 범죄화, 테러대응을 위한 경찰권한 강화 등이 진행되었다. 이를 국가권력의 정당하지 못한 확대로 보거나, 낡은 보수주의가 신자유주의의 옷을 입고 재등장하는 사태<sup>255)</sup>로 보기도 한다.

영미권국가와 유럽대륙국가, 그리고 우리나라는 후기현대사회로 진입한 정도가 다르고, 형사사법체계와 문화도 차이가 있기 때문에, 후기현대사회 형법과 형사정책의 일반적 특징을 가리기는 쉽지 않다. 분명한 것은 현대 범죄통제의 양상을 구성하는 특징은 배제적 제재, 선제적 개입, 피해자 지향적 형사사법문화라고 볼 수 있다. 다른 한편으로는 후기현대사회 범죄통제가 국가권력의 우려스런 확장으로만 결과되지는 않는다는 점 또한 주목할 만한 변화라 할 수 있다. 형사정책에서 거버먼트로부터 거버넌스로의 전환(a shift from government to governance)<sup>256)</sup>이 그것이다.

#### 다. 형사사법과 거버넌스

거버넌스(governance)와 거버먼트(government)는 다스림(政)을 뜻한다. 정부가 일방적으로 통치하지 않고 시민사회의 여러 세력과 협동하고 합의해서 국가를 운영하는 정치행태를 거버넌스라 칭하면서 협치(協治)로 번역하기도 한다. 하지만 정부권력의 행사 자체가 여러 사회권력의 협력을 통해 이뤄지게 마련이다. 예컨대 삼권분립은 국가의 입법·행정·사법부가 일정하게 분리되어 협력하며 통

255) P.O'Malley, 'Volatile and contradictory Punishment', *Theoretical Criminology*, Vol.3, Issue.2.1999, 175면.

256) T.Jones, *The Governance of Security: Pluralization, Privatization and Polarization in Crime Control*, 2007, 841면.

치하는 체제다.<sup>257)</sup> 정치권과 재계가 서로 상대방의 다스림에 간여하는 정경유착과 같은 나쁜 거버넌스가 있는가 하면, 여성가족부에서 관장하는 ‘아동·여성안전을 위한 지역연대’는 좋은 거버넌스라 하겠다.<sup>258)</sup>

형사정책에서도 개별적 프로그램들로서의 회복적 사법, 지역사회경찰, 범죄예방에서의 지역사회협력, 가석방 보호관찰대상자에 대한 지역사회내처우, 소년범에 대한 지역사회처우, 전과자의 지역사회내관리 등 국가와 지역사회 및 시민사회의 협력관계속에서 실현되는 프로그램들이 늘어나고 있다. 이러한 현상은 형사사법을 하나의 거버넌스 형식 (a form of governance)으로 이해할 수 있게 해준다.

거버넌스를 국가가, 다른 많은 형태의 사회제도와 협력하여 시민사회를 유지 가능케 하는 틀로 이해한다면, 형사사법은 사회질서를 부과하는 수단으로서, 분쟁을 해결하는 기제(a mechanism for resolving disputes)이며, 형사정책은 위험을 관리하는 기법(a technique for managing risk)이다.<sup>259)</sup> 사실 형사사법을 거버넌스의 한 형태로 이해할 수 있는 역사적 근거도 있다. 국가가 한번도 범죄통제에 대해 배타적인 관할권을 가진 시기가 없었다는 점이다.<sup>260)</sup>

거버넌스로서의 형사사법체계를 구성하는 정부기구들은 점차 형사사법적 집행보다는 전반적인 정책들을 정하고, 단일 정부기관이 주도해왔던 정책영역을 정부기관간, 중앙정부와 지방자치정부간, 공공기관과 민간기구와 자원봉사시민의 네트워크로 운영하게 된다. 형사사법체계에서 권력분화와 혼용, 새로운 사회적 권력의 등장, 새로운 기법과 합리화근거의 도입, 전문가와 전문지식의 주도가 특징이 된다.<sup>261)</sup>

---

257) 백낙청, 거버넌스에 관하여, 창비주간논평 2008.12.30.

258) 과학기술위험관리 거버넌스 논의에 관하여는 성지은·황만성, 나노공학과 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제5장 제2절 참조

259) L.Zedner, *Criminal Justice*, 2004, 2면.

260) L.Zedner, *Criminal Justice*, 2004, 4면.

261) I. Loader & R. Sparks, *Contemporary Landscapes of Crime, Order, and Control*, 2007, 82면.

## 라. 위협과 행정관리

위협과 형사사법에 관한 분석의 이론틀로서 가장 영향력 있는 관점은 행정관리(governmentality)에 의한 위협최소화다. 즉 행정관리작용의 측면에서 위협감소의 기법과 근거를 분석한다. 그리고 범죄방지는 비용대비효과의 거버넌스를 강조하는 신자유주의적인 정책전환으로 이해한다. 이러한 범죄방지 기본틀에서는 위협방지가 사건발생 사후적인 처벌보다 더 효과적인 것으로 인식된다.<sup>262)</sup>

행정관리적 관점은 이러한 방식으로 현실을 유동적으로 인식하고 역사적 논리의 전망을 삼가기 때문에 미래를 변화시키는데 대해 낙관적 태도를 취하며,<sup>263)</sup> 위협현상들을 단일한 위협 내지 위협사회개념으로 묶어내기 보다는 다양한 연원을 가진 다양한 위협관련 접근방식들을 행정관리방식으로 인정한다. 예컨대 위협사회론자들은 마약위해의 최소화를 지향하는 공중보건관련 위험모델과 마약과의 전쟁에서 사용되었던 직장내 또는 교내마약검사와 같은 침해적이고 범죄화적인 위험모델 사이의 차이를 중시하지 아니한다. 두 모델 모두 위협에 초점을 맞춘 이론모델이라는 점에서 같기 때문이다. 하지만 분명 양자는 정치적 의미와 범죄통제와 관련된 의미와 마약사용자들의 삶과의 관련성에서 의미있는 차이를 보인다. 행정관리 위험모델은 다양한 위험현상들을 관리하는 방식에 따라 서로 구별되는 의미를 가진다는 점에 주목한다. 예를 들어 행정프로그램의 대상을 비이성적인 마약중독자로 보는지 아니면 이성적이지만 마약의존성 있는 마약사용자로 보는지에 초점을 맞추는 것이다. 따라서 정책대상을 통제하는 특정기법이 중심이 된다. 마약중독자로 대상화하면 치료시설에 강제수용하는 처분을 택할 것이고, 마약사용자로 보면 마약주사기 공급프로그램을 택할 것이다.<sup>264)</sup>

262) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 13면.

263) 위협의 만연은 올리히 백의 분석처럼 근대성의 거대한 변환의 결과나 생산관계의 전환에 따른 역사적 결과라기 보다는 당대의 상황에 의하여 조건지워지는 현상일 뿐이다. 당대의 상황이 장래에도 지속될 것은 아니기 때문에 미래는 정책적 가능성에 열려있다. 따라서, 행정관리적 관점은 다른 이론적 관점들보다 위험상태 발생의 불확실성과 모호성에 대해 수용적 입장이 된다.

264) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 14-15면.

## 2. 위험감수와 위험회피

### 가. 위험회피사회

독일사회는 경제성장과 안정의 시대를 거쳐 1980년대에 이르러 안전에 대한 기대가 무너지면서 새로운 위험을 사회적으로 각성하게 되었다. 독일사회가 인식한 위험은 개인적 삶에서만 아니라 과학과 기술이 가져오는 위험, 경제와 복지국가에 내재된 위험을 의미한다. 그 결과 확신과 자신감으로 미래를 전망하며 적극적으로 위험에 대처하기 보다는, 위험을 회피하거나 모면하려는 ‘위험회피사회(Risikovermeidungsgesellschaft)’로 방향을 잡았다.<sup>265)</sup>

독일에서 위험회피사회로의 경향은 우리 사회도 뒤따라가며 참고할 유사성을 가진다고 볼 수 있다. 특히 갈수록 위험(risk)이 높아지는 가운데 안전을 어떻게 확보할 것인가는 한국사회의 고민이기도 하다.

독일의 경우 위험을 거부하고 위험도가 높은 결정은 지연시키려는 태도가 개인적 삶뿐만 아니라 규모가 큰 체제차원의 결정에도 반영되어 나타난다는 점에 주목해야 한다. 즉 ‘결정을 내리지 않는 태도’는 개인영역이나 국가영역을 막론하고 위험이 있는 결정은 차라리 피하겠다는 성향이 됨에 따라, 시급한 문제들이 해결되지 않고 결국 더 크고 새로운 위험에 노출되고 안전은 더욱 감소하게 된다.<sup>266)</sup>

독일사회에서 위험에 대한 담론의 변화 역시 주목할 만하다. 1980년대 중반에는 주로 외부적 위험, 즉 기술적인 위험과 사회적 물리적 환경을 포함한 환경적 위험이 중점적으로 논의되었다. 21세기에 들어선 지금은 내부적 위험이 가장 민감한 문제로 떠오르게 되었다. 대부분의 시민들에게 위험은 개인적 실존, 사회적 관계의 위험이다. 여기에 더해 냉전종식이후의 세계질서도 새로운 불안이다. 테러와 자연재해 역시 위험한 세계의 모습을 악화시키고 있다. 자연재해는 인류의 역사속에 변함없이 계속되어 왔으나, 이제는 자연재해조차도 숙명적인 재앙인지, 우리가 스스로 자초한 위험행위의 결과인지 더 구분할 수 없기 때문

265) 파울놀테, 윤종석 역, 위험사회와 새로운 자본주의, 2008, 11, 22면.

266) 파울놀테, 위험사회와 새로운 자본주의, 12면.

에 더 불안하게 되었다.<sup>267)</sup>

내부적 위험 또한 명확히 경계선을 그을 수도 없다. 예를 들어 2005년 미국 뉴올리언스 허리케인 재해의 경우 피해결과에서는 어느 사회계층에 속하는가에 따라 차이가 있었다. 가난한 사람들, 이동수단이 없거나 피신할 다른 지역과의 사회적 네트워크를 갖지 못한 사람들이 주로 피해를 입었다. 외적인 위험과 내적인 위험, 기술적 차원과 사회적 차원의 위험이 뒤엉켜 나타나고 있는 것이다.<sup>268)</sup>

문제는 사적 영역에서나 공적 영역에서나 정치적 방향설정의 영역에서나 위험 사회현상에 대처해나가는 능력은 별로 성장하지 못했다는 점이다. 모든 서구사회가 이러한 도전에 대처하는데 어려움을 겪고 있다.<sup>269)</sup> 또한 위험의 내용이 변화하듯, 위험의 반대말인 안전의 척도도 변했음을 인식해야 한다. 즉 전통적인 외부적 안전, 내부적 안전, 사회적 안전은 더 이상 개별적으로 존재할 수 없다.<sup>270)</sup>

파울 놀테의 지적에 따르면 독일사회는 위험사회에서 위험회피사회로 변화했다. 즉 위험회피전략에 사회적으로 몰두한다. 결정 자체를 내리는 것을 피한다. 위험이 있는 대안은 고려대상에서 제외된다. 어떤 결정을 내리든지 나중에 수정할 수 없는 확정이라면 이 자체가 이미 위험이다. 따라서 특정사안에 대한 결정 능력은 미루기의 사고, 위험회피적 사고에 의해 지배된다. 불안해서 결정을 내리지 못하는 태도가 거의 모든 제도적 행정적 사법적 절차에 자리잡았다. 결정의 과정들은 처음부터 결정못하거나 나중에 연기하는 형식을 취한다. 명분은 공공복지나 환경의 중요성이지만, 역시 미루기의 전략인 셈이다.<sup>271)</sup>

문제는 이러한 회피와 미루기의 전략이 위험을 막거나 해결하기는 고사하고 문제에 대한 적극적 태도를 피하는 일이 될 뿐이란 점이다. 오히려 시간이 흐르면서 위험의 문제는 더욱 누적된다. 위험회피가 새로운 위험, 어쩌면 처음 회피하려고 했던 위험을 만들어내기까지 하게 된다.<sup>272)</sup>

267) 파울놀테, 위험사회와 새로운 자본주의, 23면.

268) 파울놀테, 위험사회와 새로운 자본주의, 24면.

269) 파울놀테, 위험사회와 새로운 자본주의, 24면.

270) 파울놀테, 위험사회와 새로운 자본주의, 34면.

271) 파울놀테, 위험사회와 새로운 자본주의, 25-26면.

본래 위험(risk)이 의미하는 것은 어떤 결정을 내릴 때 따르는 위험이다. 복잡한 사회에서 어떤 결정뒤에 반드시 따르게 되는 리스크를 감수하지 않고서는 생존이나 더 이상의 발전이 어렵다. 위험사회가 가져온 새로운 현대는 위험(risk)을 감행해야 하는 현대다. 문제를 연기하는 대신 문제에 대처해야 새로운 안정도 확보할 수 있다.<sup>273)</sup>

#### 나. 후기현대사회문화에서 위험감수와 범죄

위험은 특정한 기술의 결과이거나, 현대사회의 과학과 생존사이의 모순의 산물만은 아니다. 위험은 생활경험과 감정적 가치평가의 산물이기도 하다. 위험의 감수(risk-taking)가 권장되는 한편으로는 위험의 최소화(risk-minimizing)가 요구되는 위험사회 문화적 현상에 관하여 합리적 선택행위자모델에서는 개인이 위험스러운 행위를 통해 얻는 이익을 합리적으로 계산하는데 초점을 맞추어 설명한다. 하지만 소년범죄자들의 문화에서는 위험의 합리적 계산행위 자체를 나약함이나 용기부족으로 보거나, 자신들이 경멸하며 탈출하고자 하는 기성세대의 사고방식이라고 여긴다. 이들의 문화적 시각에서는 감정과 즉흥성이 더 선호되는 가치이며, 합리적 계산으로 대표되는 지성적 문화를 거부한다. 이에 따라 소년범죄자들은 특정한 불법적 행동이나, 위험감수의 즉흥적 자극적 행동자체를 더 높이 평가한다. 따라서 체포나 처벌의 위험성에 대한 계산의 여지가 없다.<sup>274)</sup>

위험을 문화적 산물로 이해하면 위험의 감수가능한 수준이나 감수할 수 있는 가치의 종류, 또는 최소화해야 할 위험의 종류에 대해 파악할 수 있다. 그럼에도 위험에 대한 문화적 관점은 형사사법과 관련해서는 상대적으로 다루어지지 않았다. 즉 범죄에 대한 '감정적 대응(emotional response)'과 범죄에 대한 관리 방식에 바로 이러한 감정적 대응이 미치는 영향이다. 예컨대 미국의 메간법(megan law)은 성범죄위험에 근거한 정책대응으로서 법적 정당화와 기술적 방법으로 뒷받침된다. 그런 한편으로는 성폭력에 대한 시민들의 공포와 분노의 감

272) 파울놀테, 위험사회와 새로운 자본주의, 27면

273) 파울놀테, 위험사회와 새로운 자본주의, 34-35면.

274) Pat O'Malley, Crime and Risk, 2010, 15면.

정에 근원을 두고 있으며, 형식적 법적 논증에서는 등장하지 않는 ‘대중적’ 경험과 믿음과 감정표현이라는 측면에서 더 잘 이해될 수 있다. 이러한 입법경향은 위협뿐만 아니라 분노와 복수감정으로부터도 연원한다.<sup>275)</sup>

따라서 위협에 대한 행정관리적 관점과 문화적 관점은 서로 연관성을 가진다. 문화적 관점은 위협에 대한 행정관리의 근거와 기법이 창출되고, 정치적 지지를 받을 수 있는 환경을 조성해주는 가치기반을 인식할 수 있게 해주기 때문이다. 즉 행정관리에서 외부적이거나 이질적인 것으로 받아들여지기도 했던 차원을 범죄와 범죄통제에 대한 분석에서 고려할 수 있도록 해주기 때문이다. 특히 범죄에 대한 두려움과 같은 위협에 대한 문화적 경험의 형성에 초점을 맞출 수 있게 된다. 행정관리의 측면은 계획과 프로그램에 더 관심을 두며, 그 실제 실현이나 관리대상의 반응방식에 대한 관심은 상대적으로 적다. 행정관리적 관점의 강점인 동시에 약점인 부분이다. 행정관리의 측면은 고정적이거나 경직된 인상을 줄 수 있다. 정책프로그램을 수립하는 입장에서는 행정관리의 측면을 선호하기 마련인데, 문화적 관점이야말로 경험적 차원을 조명해 준다. 특히 위협감수는 행정관리 프로그램의 한 측면으로 이해될 수 있지만, 동시에 감정적 경험의 하나로서 범죄에로의 유인요인도 된다. 그러므로 문화범죄학(cultural criminology)은 위협에 문화적 관점을 결합시키려는 시도로 이해할 수 있다.<sup>276)</sup>

위험에 대한 행정관리적 관점과 문화적 관점 모두 그 대상이 본질적으로 사회적으로 구성되는 열린 개념이라고 보는 사회이론에 입각해 있다. 문화범죄학의 이론적 연원은 1960년대 상징적 상호작용이론과 낙인이론에 까지 거슬러 올라간다. 행정관리적 관점과 마찬가지로 이들은 거대담론적 설명을 거부하며, 정치적으로도 개방된 관점을 취한다. 따라서 그 대상인 위협과 위협감수에 대해서도 고정된 개념을 설정하지 아니하며, 지속적으로 변화하며 파악되지 않은 잠재성이 있다고 본다. 위협에 대한 문화적 관점과 행정관리적 관점은 좀더 개방적이고 낙관적인 형사정책적 입장을 뒷받침한다.<sup>277)</sup>

275) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 16면.

276) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 16-17면.

277) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 18면.

문화범죄학의 낙관론에 가장 반대되는 입장은 생물학적 범죄학(bio-criminology)이다. 1978년 H.Eysenck의 연구 ‘범죄와 인격(Crime and Personality)’은 당시 범죄학자들에게 조롱에 가까운 비판을 받았다. 19세기 롬브로조 시대의 범죄인류학과 20세기 나찌 시대의 인종우생학을 연상시키기 때문이었다. 하지만 1990년대 초반 유전과학과 신경과학이 발전하면서, 일종의 새로운 범죄예방우생학(preventive eugenics of crime)으로의 발전가능성이 진지하게 받아들여지게 되었다. 우생학적 접근방식에 따르면 범죄자는 범죄로 예정된 자(pre-offender)로서 벗어날 수 없는 인생경로에 유전학적으로 속박된다. 범죄예방의 우생학에서는 위험에 기반한 조기개입이나 무해화조치가 교정이나 재사회화 내지 복지지향적인 근대 행형을 교체해야 한다고 본다. 여기서도 위험은 범죄에 대한 관리 기본체계 전반에 의해 구체화되기 보다는, 그 체계를 움직이는 동력의 일부다. 하지만 실제로 유전학 연구자들중에 범죄자가 되도록 하는 유전자가 있다는 식으로 유전학적 결정론을 주장하는 경우는 없다. 범죄자는 형법에 의해 사회적으로 규정되는 것이기 때문이다. 유전적 소질과 폭력적 또는 공격적 행태간의 연관성이 있다 하더라도, 대부분 유전적요소는 행동을 결정짓는 요소라기 보다는 특정한 행동을 쉽게 할 수 있도록 하는 요소로 본다. 중점은 범죄의 위험을 줄이거나 해소하기 위해 어떠한 개입조치와 기법을 활용해야 할 것인가의 문제다. 가장 손쉬운 결론은 격리모델이다. 하지만 격리 내지 무해화조치는 유일한 가능성이 아니라 범죄방지를 위해 가능한 조치들중의 하나일 뿐이다. 그리고 생물학적 범죄학의 정책적 방안으로서 치료적 조치들 역시 사회복지관련 제재와 함께 논의될 수 있다. 위험의 현대 생물학적 이해는 공중보건의 명분아래 범죄생물학자들에게 치료전문가의 지위를 부여해 주게 된 셈이다. 이러한 정책은 그 자체로서 위험한 정책이며, 기술관료들에게 지배당할 여지를 준다. 물론 무해화나 격리조치보다는 좀더 긍정적인 개입조치를 활용할 새로운 가능성도 열어준다.<sup>278)</sup>

문제는 위험자체가 아니다. 생물학적 범죄학의 문제 역시 범죄의 생물학적 원인을 탐구하는 과학자들이 아니다. 연구결과를 단순화하거나 정치적으로 조작하여 이해하는 사람들이다. 정치적 목적을 위해 생물학적 범죄학을 왜곡하지 못하

---

278) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 18-19면.

게 하려면 과학에 대한 우리의 무지를 문제시하고 이성적으로 문제제기하는 방식을 익혀야 한다.<sup>279)</sup> 보다 근본적으로는 위험에 대한 적절한 인식에 기해 적극적인 정책적 대응을 해나가는 적극적 낙관적 관점을 가지고, 보수적 통제정치에 맞서는 위험의 민주화(democratization of risk)가 필요하다.<sup>280)</sup>

문화적 관점은 위험관리를 위한 형사정책의 성찰에서 상당한 의미를 갖는다. 동일한 내용으로 창출된 위험이라도 그것이 사회적으로 인식되고 수용되는 방식은 문화적으로 구성될 것이며, 문화적으로 구성된 위험인식은 위험에 대한 대응의 내용과 형식을 규정하게 될 것이기 때문이다. 따라서 현대과학기술의 발전과 산업화의 진전수준에서는 서구사회와 유사한 단계에 진입했다 하더라도, 한국사회 문화에서 위험인식의 예민성, 위험인식의 강도, 위험인식이 미치는 범위는 각각 차이가 있을 것이다. 그러나 위험관리형사정책의 인식대상인 범죄에의 위험 현실은 문화적 역사적 배경의 차이에도 불구하고 그 내용범위가 사회마다 의미있는 차이는 없을 것이라 생각된다. 오히려 범죄위험, 특히 아동대상 범죄나 성폭력범죄의 위험에 대한 불안감정과 안전욕구는 영미사회의 대중융합적 엄벌주의로부터 침착하게 거리를 두고 있는 것으로 보인다. 그것이 범죄위험, 특히 사회적 약자에 대한 범죄피해에 대한 둔감하거나 무심한 후진적 문화때문인지, 오히려 국가와 지역사회의 질서유지기능에 대한 기본적 신뢰가 크게 흔들리지 않는 사회분위기때문인지에 대해서는 범죄와 위험에 대한 사회적 인식에 대한 실증적 연구가 뒷받침 될 필요가 있다.<sup>281)</sup>

#### 다. 위험감수와 범죄행위

범죄사회학에서는 관점에 따라 범죄행동의 동기나 생활배경을 이해하는데 있어서 위험개념을 구성한다. 종래 실증주의 범죄학은 범죄행위를 일종의 병리적인 위험감수행위(risk-taking)로 이해해 왔다. 사회화가 제대로 이루어지지 않은

279) N.Rafter, *The Criminal Brain: Understanding Biological Theories of Crime*, 2008, 246면.

280) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 19면.

281) 본 후기현대사회 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구 사업의 제2년차(2013년)에서 한국사회의 위험인식에 대한 실증조사가 수행될 계획이다.

데서 비롯되는 단기적 향락추구나 하층노동계층의 지루한 일상 때문에 자극을 추구하는데서 범죄행동이 일어난다고 보았다. 이러한 관점에 따르면 위험감수행위는 범죄를 유발하는 문제로서 개인능력의 부족이나 사회도덕적 해악을 범죄원인으로 본다. 범죄원인을 병리학적으로 파악하는 실증주의적 관점 중의 하나는 범죄행동을 자극적 행동을 추구할 정당한 통로가 부족하기 때문이라고 보기도 한다.<sup>282)</sup>

실증주의 범죄학은 19세기 빈곤층에 대하여 부주의하고 신중함이 없어서 규율과 규제가 필요한 사람들로 보았던 시각을 이어받고 있다. 그래서 계급적인 편향성에 대한 비판, 계층적 배경이 범죄행동을 결정짓는다는 결정론에 대한 비판을 받을 수 있다. 하층노동계층의 지루한 일상이 자극적 행동으로서의 범죄를 유발케 한다는 설명은 중상층 화이트칼라 계층의 일상 역시 다르지 않다는 점을 고려해본다면 설득력이 떨어진다. 실증주의 범죄학에 따르면 처우의 내용도 충동억제와 욕망통제가 된다. 교정이나 재사회화는 빈곤층과 청소년들을 중산층의 도덕적 기준과 질서유지를 담당하는 관료들의 요구에 합치되도록 행태를 고치는 것을 의미한다.<sup>283)</sup>

반면 위험감수행위를 저항이나 창조적 행동으로 보는 견해도 있다. Jack Katz의 1988년 ‘범죄의 유혹(Seduction of Crime)’ 연구에 따르면, 상점절도행위는 어느 계층에서나 광범하게 발생하기 때문에 단순히 노동계층의 지루한 일상에서 탈피하여 자극을 추구하는 행동이라 설명할 수 없다. 그래서 특정계층 배경이 위험감수행위를 결정짓는 인자가 된다고 보지 않고, 위험감수행동을 현상학적으로 분석해 보면 적발될 때 겪게 될 수치와 곤란함을 아슬아슬하게 피해가는 행위자체에서 쾌감을 느낀다고 이해한다. 그런 점에서 적발될 경우 잃을 것이 더 많은 중산층 청소년들이 상점절도와 같은 위험감수행위, 즉 범죄로부터 더 자극을 얻게 될 수 있다. 이런 경우는 위험감수(risk-taking)라기 보다는 위험선택(risk-embracing)이다. 위험선택행위로서의 범죄는 병리학적, 결정론적 설명을 필요로 하지 아니한다. 현대사회의 소비지향적 문화에서는 자극추구는 정상적이고

282) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 7-8면.

283) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 8면.

바람직한 행위로 평가된다. 위험감수자가 자극추구 끝에 범죄로까지 나아가게 된다면 사회적 중심가치를 실현하는 행위로 이해될 수 있다. 범죄자가 된 이들과 다른 사람들과의 차이점이라면, 자극추구행위가 부적절한 방식으로 이루어졌다는 점이다.<sup>284)</sup>

다시 이러한 관점을 이어받은 문화범죄학(culture criminology)에서는 위험감수 행위를 소비지향적 현대사회의 가치중의 하나로 이해하면서, 범죄적인 금융투기도 기업중시사회에서 도덕적으로 불투명한 위험감수문화위에서 만연하게 되었다고 본다. 19세기 근대도덕에서는 위험의 감수가 아니라 신중함이 우월한 가치였다. 위험의 감수는 소수만이 감당할 수 있는 사치였다. 그러나 신자유주의적 문화에서는 위험은 감수할 만하며 오히려 혁신과 그에 따른 성취의 기회일 수 있다. 또한 각자가 일인기업의 경영자처럼 자기경영을 책임질 것을 요구받는 사회에서는 위험도 스스로 감수해야 할 몫이 되는 셈이다.<sup>285)</sup>

위험선택이 현대사회의 중심가치이기도 한 반면, 일부의 범죄적인 위험감수행위는 지배적인 문화와 권력기관에 대한 저항의 표현이기도 하다. 결과적으로 소비지향적 문화와 기업중시사회의 분위기속에서 위험선택적 범죄행위는 특히 청소년들에게 매력적인 행동이 되어버렸다는 것이다. 이처럼 소비지향적 사회의 문화환경속에서는 정당성 있는 행위와 정당성이 없는 행위 사이의 경계가 점점 모호해지면서 저항과 범죄로 끝리는 행동들은 사회적으로 정당하게 유통되는 상품의 하나가 된다. 정치적으로 안전과 안보가 과잉강조되는 부자유한 현실로부터 '위험'은 일종의 도피가 된다. 통제문화(culture of control)가 지배하는 사회에서 저항의 여지는 갈수록 없어지지만, 여전히 위험감수행위는 변화의 잠재성을 가진 행동으로 이해되는 측면도 있다.<sup>286)</sup>

현대사회에서 위험감수에 대한 강조는 역시 위험억압이라는 또다른 강조분위기와 충돌한다. 종래에도 정부의 위험관리형태가 존재했지만 오늘날처럼 만연된 형태거나 촘촘하고 세세하게 펼쳐져 있거나 정치적으로 문화적으로 두드러지지

284) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 8-9면.

285) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 14면.

286) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 9-10면.

는 않았다. 마찬가지로 과거에도 위험감수적인 범죄행태는 존재했지만, 현대사회에서 위험감수행태는 일상의 일부가 될 정도로 만연해 있다. 그 결과 특히 더 많은 청소년들이 위험감수를 자신들의 생활태도의 특징으로 삼고 있다. 이는 위험감수적 행동을 문제화하고 위험관리기법을 통해 이를 규제하려는 더 많은 방식들이 도입되고 있는 것과 대조를 이룬다. 위험관리적 개입은 이전까지의 관리방식보다 위험관련적 행태에 더욱 민감하게 대응한다. 점점 더 많은 삶의 경험들, 즉 관리하고 관리당하는 경험들은 위험의 관점에서 이해할 수 있게 된다. 위험감수와 위험관리의 소용돌이 속에서 사람들이 새롭게 경험하는 내용은 지금까지와는 다를 것이라는 점외에는 그 잠재적 효과와 장래의 결과에 대해서는 예측이 어렵다.<sup>287)</sup>

#### 라. 위험과 범죄에 대한 관점

위험을 감수하거나 선택하든, 위험을 최소한으로 관리 통제하든 현대사회는 위험에 민감한 사회임은 분명하다. 더욱 위험해진 세계에서 우리는 위험의 관점에서 사고하도록 교육받는다. 하지만 단순히 위험이 증가했다는 의미가 아니라, 자본주의와 과학기술의 결합으로 인하여 세계적인 ‘위험의 현대화(modernization of risk)’가 초래되었다는 의미다. 이는 앞에서 살펴본 올리히 벡의 관점<sup>288)</sup>이기도 하다. 현대의 위험은 인류전체의 생존에 관련된다. 과학기술의 발전은 자본주의의 이윤창출에 의해 가속화되며, 그 발전속도는 과학기술의 잠재적 위험영향에 대하여 확인가능한 수단의 확보보다 더 빠르다. 정부 역시 과학기술발전과 경제성장이 관건이기 때문에 위험에 대한 민주적 통제는 더 이상 어렵게 되었다. 이미 다수의 위험결과에 따른 위해가 발생한지 한참을 지나서야 위험의 일부만을 파악할 수 있을 따름이거나, 종래 위험을 막기 위해 사용한 수단은 오히려 재난을 결과하게 되었다. 위험의 효과는 전세계적이며 예측불가능하기 때문에 정부, 노조, 가족 등과 같은 전통적인 위험관리제도는 더 이상 기능하지 못하게 되었다. 새로운 위험의 위협에 대해 대처할 수 없게 되면서 전통적인 위험관

287) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 10면.

288) 본 보고서의 제1장 제2절 1. 참조

리제도는 와해되거나 빈껍질만 남게 되었고, 사람들은 개인으로서 위협앞에 노출된 상태에 이르게 된 것이다.<sup>289)</sup>

새로운 위협의 불가예측성과 그에 따른 전문가에 대한 불신의 한편에서는 위협으로부터의 안전에 대한 요구가 증가하게 된다. 또한 위협이 문제대처의 틀을 좌우하게 되면 될수록 새로운 위협이 더 많이 드러나게 되기 때문에 위협에 대한 경각심은 더 높아지고 위협에 대한 두려움과 안전욕구의 악순환은 계속된다. 이는 범죄가 새로운 위협관리기법을 동원하여 대처해야 할 주요한 문제로 부각 되는데 영향을 미치게 된다. 사실 위협으로부터의 안전에 대한 요구의 대부분은 사실 통제불가능한 과학기술로부터 비롯된 재난적 위협보다는 보건, 공학과 같은 영역에서 연원한다. 위협인식(risk consciousness)이 일반적인 것이라는 증거는 없으며, 주장되는 바처럼 그리 새로운 개념도 아니다. 가족의 해체, 암 조기 진단, 오존층 파괴, 국제테러리즘, 범죄로부터의 안전에 대한 요구와 같은 다양한 위협형상의 전개를 단일하게 설명하기는 어렵다. 하지만 위협에 대한 두려움과 안전욕구의 강화는 21세기 범죄와 형사사법을 설명하는데 설득력 있는 이론 모델인 것은 분명하다.<sup>290)</sup>

### 3. 위험산정과 관리의 범죄학

#### 가. 위험산정의 기법과 정책

위험산정이론 (actuarialism) 은 행형정책을 뒷받침하는 위험산정기법을 의미한다. 위험산정이론은 Malcolm Feeley와 Jonathan Simon의 신행형학(The new penology : notes on the emerging strategy of corrections and its implications, 1992)과 밀접한 관련을 맺는다.

신행형학은 당시 미국형사사법계에서 수년간 논의되어 온 형사사법에서의 책임성 (accountability)과 합리성(rationality)의 강화요청을 집약한 이론이다. 신행

289) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 11면.

290) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 12면.

형학은 1980년대 미국 행형정책에서 혁신적인 행형정책의 전환이 이루어졌다고 본다. 전통적인 행형체계의 이념은 개연성예측(probabilistic calculations)이라는 산정용어와 수형자에 적용되는 통계적 분류(statistical distribution)로 대체되었다. 수형자개인에 집중하기 보다는 성폭력범죄자와 같은 특정 수형자집단 내지 범주에 초점을 맞춘 체계로 전환하게 된다.<sup>291)</sup>

이들에 대한 관리는 더욱 정교해지고 있는 위험평가기법과 실무를 통해 실현된다. 이러한 전환은 행형체계로 하여금 자체의 필요를 예측할 수 있는 성패에 대한 자체적인 평가수단을 구축하게 한다. 여러 측면에서 Feeley와 Simon은 위험산정이론을 기존 공리주의적 행형개혁 프로젝트의 논리적 결과로서, 동시에 수형자의 재사회화로부터의 급진적 이탈로 본다. 위험산정이론의 측면에서 행형체계는 합리적 절차의 체계로서 부과된 임무의 완수에 충실하다. 논리적으로 신자유주의적 사회경제체제와 관련되는데, 이 체제가 생산하는 잉여인구를 격리, 통제하는 것이다. 한편 영국에서 위험산정이론은 재범과 사회에 대한 위험성을 평가하는 전문기관인 보호관찰(probation) 기관의 업무와 밀접하게 연관되어 있다.<sup>292)</sup>

## 나. 위험관리 범죄학(risk-taking criminology)의 모색

### (1) 위험관리범죄학의 긍정적 관점

위험사회의 위험에 대응하는 형사정책이 통제의 강화나 신자유주의적 유연화라는 방향으로 나간다면 우려될 일이다. 반면 범죄통제 내지 범죄거버넌스에 대한 긍정적 접근의 가능성도 있다. 구금형의 벌금형 내지 재산적 제재로의 대체, 지역사회기반 범죄예방프로그램과 지역사회참여사범모델이 그것이다.<sup>293)</sup>

사실 벌금형은 위험과 관련하여 범죄거버넌스의 주된 수단으로 이미 자리잡고 있다. 위험은 척결될 수 없다. 적정수준으로 관리될 수 있을 뿐이다. 그런 의미

291) E.McLaughlin, 'Actuarialism', Sage Dictionary of Criminology, 2001, 5면.

292) E.McLaughlin, 'Actuarialism', Sage Dictionary of Criminology, 2001, 5-6면.

293) 김한균, 범죄통제에 있어서 검찰과 지역사회의 협력, 형사정책연구소식 93호, 2006; 가정폭력위험에 대한 지역사회와 관련기관의 협력대응, 형사정책연구소식 117호, 2011 참조.

에서 벌금은 범죄를 제거하거나 비난하기 위해 동원되는 국가제재라기 보다는 위법행위를 일정수준에서 유지관리하는 수단이 된다. 위협관리형사정책의 주된 형벌수단은 구금형이 아닌 벌금형이 되는 셈이다. 그리고 사회가 용인하지 않거나 바람직하지 않다고 규정한 행위에 대해 벌금의 제재를 부과하는 것은, 해당 행위의 댓가(가격)을 높임으로써 그 발생빈도를 감소시킨다는 의미를 담고 있다.<sup>294)</sup>

또한 범죄학모델로서의 위협관리모델은 규제가 특정기관에 의해 독점되고 규범적 순응을 강제하는 형법체계보다 오히려 관용(tolerance)의 잠재성이 더 크다고 볼 수 있다. 위협관리의 기제는 경찰법으로 일정활동범위의 테두리만 규정할 뿐, 그 테두리안의 영역에서는 상대적으로 개방적이고 도덕적으로 융통성이 있기 때문이다. 특히 마약범죄정책에서 비범죄화와 함께 공급규제, 세금, 위해의 최소화프로그램이 병행될 때 위협관리기제는 범죄통제기제보다 효과적일 수 있다.<sup>295)</sup>

## (2) 위협관리의 민주정치화

범죄와 위협의 관리는 정치적으로, 민주적으로 이루어져야 한다. 현대과학기술의 전문영역에 대한 민주적 통제의 필요성은 위협사회론에서 강조되는 바다. 물론 과학기술의 발전이 대중융합적인 정치에 의해 좌우되어서는 안된다. 위협관리형사정책에서 민주적 참여 내지 지역사회 주민의 참여가 강조되는 것은 신자유주의적 문화에서 고객(customer)의 관점과도 연관성을 가진다.<sup>296)</sup>

남아프리카공화국의 실증사례연구는 시민의 참여와 형사사법기관의 개혁을 통해 범죄방지가 위협감소와 방지의 민주적 절차로 발전하는 모범을 보여준다.<sup>297)</sup> 즉 지역주민에게 지역사회안전을 가장 위협하는 요인에 대한 인식을 조사한 결

294) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 84-86면.

295) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 84면.

296) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 93면.

297) L.Johnston & C.Shearing, *Governing Security. Explorations in Policing and Justice*, 2003; C.Shearing, *Transforming security. A South African experience*, in H. Strang & J.Braithwaite, eds. *Restorative Justice and Civil Society*, 2001.

과 범죄보다도 오히려 경찰공권력을 더 위협적 요인으로 인식하고 있었다. 경찰의 존재가 안전의 보장이라기 보다는 안전에 대한 위협이었던 것이다. 이에 정부와 경찰은 회복적 사법의 관점을 도입하여 지역사회내에서 안전을 위협하는 요인들의 해결책을 함께 모색하기 시작했다. 범죄자의 과거범행에 대한 비난보다는 앞으로의 위협방지에 중점을 두고 안전을 위협하는 행위가 다시 일어나지 않도록 노력을 기울였다.<sup>298)</sup>

또한 전문가에 의해 독점된 위험평가와 관리체계에 시민의 참여는 위험관리의 민주정치화에 대한 가장 의미깊은 요청사항이다. 원자력발전관련 방사능오염과 같은 전문적 영역에서도 전문지식과 일반시민의 상식이 모두 필요하다. 전문가의 지식은 일반적이고 추상적이지만, 지역주민의 상식은 구체적이고 경험적이다. 원자력발전소가 위치한 지역사회에 거주생활하는 시민들은 위험과 관련된 복잡한 현실영향에 대한 이해가 전문가의 그것과 다르다. 따라서 위험관리의 전문지식은 일반시민의 비판과 교정에 공개될 수 있어야 한다.<sup>299)</sup> 현실사례로서 경주시에는 월성원전 및 방폐장 민간환경감시위원회가 운영되고 있다. 동 위원회는 공무원, 시의원, 원전사업자, 방폐물관리공단대표자, 전문가그룹, 주민대표, 시민단체 대표로 구성되어 있다. 또한 월성원전의 경우 원전수명연장이나 폐로시 공청회를 개최하여 지역주민의 의견을 수렴하는 방안이 논의되고 있다.<sup>300)</sup>

뿐만 아니라 위험의 평가와 관리과정의 민주화는 다양하지만 서로 경계나뉘어진 전문영역의 전문가들의 민주적 소통도 보장하게 된다.<sup>301)</sup> 위험관리와 평가에 있어서 전문화된 개별영역에 고립·폐쇄된 전문가들간의 불통은 위험관리체계의 부실로 이어진다. 시민의 상식적 관점과 관련전문가들의 다양한 전문적 관점에 공개된 민주화된 위험관리체계는 실효적으로 안전을 보장할 수 있게 된다.

298) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 93면.

299) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 94면 ; 허일태, 위험사회의 출현과 법의 기능변화, 비교형사법연구, 제3권 제2호, 2001, 22면.

300) 경북매일신문, 2012년 11월 20일자; 2012년 11월 21일자.

301) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 95면.

## 제3장

# 결론



‘공황과 위험사회엔 늘 조괘(弔詭)가 숨어있다.’  
(고형렬, 유리체를 통과하다, 2012)

위험사회는 이제 시어(詩語)로도 등장하였다. 자살율 1위의 살아가기 힘든 사회, 저출산율 1위의 태어나기도 힘든 사회, 당장의 생존을 위협하는 고전적 의미에서의 위험과 장래의 생존가능성을 위협하는 새로운 위험들이 겹겹이 쌓인 사회를 살아가는 21세기 한국사회 시민들은 장래의 큰 위험에는 둔감하고 눈앞의 작은 위험에는 예민한 위험인식혼란과 전망부재의 혼란속에 살아가고 있다. 파악할 수 없는 위험에서 오는 혼란은 견잡을 수 없는 두려움을 낳기도 하고, 대응을 위해서는 무엇을 할 것인가, 절박한 물음을 묻게도 한다. 위험사회에 숨어 있는 조괘, 즉 난해하기 짝이 없는 화두(話頭), 형법의 화두, 현대과학기술사회 형법의 과제는 무엇인가?

우리가 살아가는 사회에서 위험으로부터 안전한 삶은 부패방지를 위한 사회개혁의 문제이면서, 삶의 질을 높이는 복지의 문제이기도 하다. 위험관리 형법과 형사정책은 사회안전망 구축의 일부를 담당한다. 따라서 후기현대 위험사회의 새로운 위험원으로부터 안전사회를 구축하기 위한 새로운 형법적 과제를 파악하고 이에 대응한 연구에 역점을 두어야 한다. 형사정책의 발전과정에서 전통적인 자유법치국가의 형법이념과 후기현대사회의 안전국가적 형법이념의 갈등을 풀

고, 그 지평을 발전적으로 융합할 수 있는 형사정책과 형법정책을 탐구해 나가야 한다. 현대과학기술의 위험은 근대법치국가 형법과 형사정책의 난제다. 그렇다 해도 법치국가형법 틀의 문제가 아니라, 그 틀 안에서 해결되어야 할 과제로 이해해야 한다. 이러한 관점을 위험관리 형법 및 형사정책이라 한다.

## 제1절 위험관리형법과 형사정책의 이론과 실천

### 1. 위험사회론과 위험관리 형사정책

첫째, 위험관리의 전제가 되는 위험개념의 정의와 구성은 과학전문가와 법전문가의 책임이 된다. 과학적으로 예측되고 규정된 위험은 규범적 관점에서 최종 구성되어야 한다. 규범적 관점에서 위험을 재구성하는 정책적 판단과정은 시민이 참여하는 논의마당을 통해 이루어져야 한다. 위험관리 형사정책의 근본은 시민참여에 있다.

둘째, 위험사회에서 위험개념의 생산은 정치적이다. 위험과 피해의 책임을 체계가 아니라 개인에게 지우려는 정치에서 형법이 정치적 수단으로서 동원되는 현상은 경계해야 마땅하다.

셋째, 위험사회에서도 위험분배는 여전히 계급적이다. 그래서 여전히 위험은 빈자와 약자어로 몰린다. 전통적인 위험을 비롯한 새롭게 창출되는 위험으로부터 안전을 확보하기 위한 사회적 논의와 노력에서 약자와 빈자에 대한 관심은 새롭게 촉구되어야 한다.

넷째, 위험사회는 세계적 위험사회다. 위험은 개별국가단위의 사법질서를 넘어선다. 위험사회 형사정책은 국제법적 차원으로 시야를 넓힐 것이 요청된다.

다섯째, 위험사회는 파국사회다. '위해방지의 정당한 전체주의'가 등장하면서 형사법과 형사정책에서는 예외가 정상이 되는 상황은 법치국가형법의 위기가 아닐 수 없다. 위험관리 전체주의를 등장케 하는 수단으로 기능할 수 있다는 점 또한 민주주의, 법치국가 형법이 각별히 경계해야 할 바다.

여섯째, 위험사회의 정치는 특정한 이해관계와 관점을 둘러싼 논쟁들이 하위

정치의 다양한 영역들, 특히 과학 내부에서 벌어지는 한편에서 전체적인, 사법적인 조건을 설정하고 규제의 일반적인 적용가능성을 점검하고 동의를 구하는 역할을 한다. 형법정책의 역할도 과학기술의 자율영역을 보장하는 가운데 동의될 수 있고 적용가능한 규제일반의 수준에서 조정되어야 한다.

## 2. 위험사회 한국사회에서의 위험관리 형사정책

첫째, 한국사회의 위험과 위험관리는 부패문제와 연관된 특성에 대한 이해를 전제해야 한다. 현대과학기술과 산업으로부터의 위험은 과학기술 자체의 위험보다도 그 관리체계의 부패와 부실, 그리고 시민참여를 통한 검증체계의 미비가 직접적 위험요인이다. 따라서 한국사회에서의 위험관리형법은 위험방지와 관리에 앞서, 공공기관과 민간기업의 부패문제 해결에 먼저 나서야할 과제를 안게 된다.

둘째, 위험에 대한 두려움은 위험 자체보다는 위험관리 체계와 방식에 대한 불신 내지 신뢰저하로부터 온다. 현실화 가능성있는 위험보다 위험에 대한 두려움과 위험방지와 안전확보체계에 대한 불신은 그 무엇보다도 사회체계의 유지를 위협하는 위험이 아닐 수 없다. 그러나 신뢰를 회복하는데 있어서 형법과 형사정책은 효과적인 수단이기 어렵다. 투명하고 공개적인 과학기술관리체계가 과학기술전문가들의 자율적 주도로 시민이 참여하는 가운데 유지될 때 비로소 신뢰가 유지될 수 있다. 그런 의미에서 형법의 투입은 자율적 의사결정과 정보공개와 시민참여의 절차제도 틀을 유지하는 수준에 머문다.

셋째, 전근대적, 근대적 위험과 새로운 현대적 위험 어느 것이나 사회적으로 약자의 지위에 놓은 사람들에게 더욱 가혹한 영향을 미친다. 사회현실 자체가 빈부격차와 소외와 배제로 인해 평탄하지 않고 균열이 있거나 높낮이가 심한 상황에서는 위험사회에 편만한 위험도 사회적 약자에게는 더욱 가혹한 피해를 준다.<sup>302)</sup> 나아가 위험으로 인한 사회적 불안이 높아질수록 비행청소년이나 전과자, 사회적 소수자, 이주외국인들은 불안의 희생양이 되기 쉽다. 이를 빌미로 가혹

302) 본 보고서의 제1장 제3절 3.(3).

한 형벌의 요구와 배척에 형벌수단이 동원된다면 배제의 형사정책으로 전락한다. 이를 피하기 위해서는 위험의 인식과 관리, 평가체계의 민주화 필요성이 더욱 중요하게 요청된다.

### 3. 위험형법과 법치국가원칙

첫째, 후기 현대사회의 사회구조적 문화적 변화는 범죄와 형사정책의 정치적 인 도구화, 형법의 기능화, 엄벌주의 형사정책 등을 요구하고 있음은 부인하기 어렵다. 그리고 이는 소위 위험사회이론을 반영한 형법의 영역에서도 안전정책을 우선시하는 사고의 전환을 가져올 수도 있다. 과연 엄벌주의 정책이 후기현대사회의 형사정책에서 사실상의 힘으로만 존재하는 것인가, 아니면 나름 그 정당성을 갖는가에 대하여 심도깊은 분석이 필요하다.<sup>303)</sup>

둘째, 위험사회에서 형법은 다양한 위험의 예방과 관리라는 새로운 임무를 부여받기도 하면서 이러한 형법의 위험예방임무가 다양한 체계기능을 보호하는 임무로 규정된다. 이제 형법은 현대사회의 위기 내지 위험에 직면하여 전통적인 역할 즉 법익보호를 수정여부를 검토하고, 위험통제의 개념으로부터 형법적 보호가 필요한 법익을 도출하고 분석하여 법익개념을 정립할 수 있는지 검토해야 한다. 새로운 위험 영역에서는 법익개념에 있어서도 보편적 동의를 얻어내기에는 논증의 한계를 가지는 가치평가는 합의되기 어렵고, 이 문제는 여전히 주요한 형법적 문제상황이 될 수 있다.<sup>304)</sup>

셋째, 후기 산업사회에서 과장된 불안에 의해 증폭된 위협감정에 의해 경도된 여론의 힘을 등에 업은 채 ‘법익’이라는 주장은 오히려 범죄화의 선봉에 나서기도 한다. 내용의 실질을 찾을 수 없는 추상적인 가치기준을 근거로 삼는다면 결국 법익개념의 체계초월적 비판기능을 상실하게하고 전단계범죄화, 추상적 위험

303) 박미숙, 현대위험사회와 법치국가형법, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(Ⅰ), 2012, 제5장 제1절.

304) 박미숙, 현대위험사회와 법치국가형법, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(Ⅰ), 2012, 제5장 제2절.

범 등장과 같은 위험형법적 문제를 야기한다. 분명한 사실은 이러한 영역에서도 원칙적으로 형법의 주류는 법치국가형법을 벗어나지 않아야 한다는 것이다. 여전히 형법은 공존조건을 보장하는 최후의 수단이며 법익보호를 위한 최소한의 울타리이다. 이미 지나칠 정도로 탈실질화가 되어버린 법익개념을 통해서 법익성 판단은 쉬워지는 반면 구체적인 침해여부를 확인하기는 어려워지기 때문이다. 한편 보편적·추상적 법익의 확대는 절대불가라는 원론적 수준의 논쟁을 지양하고 현실의 문제에 올바른 형법도그마틱을 정립하여 대입할 수 있는 현실적 논의를 지속할 필요가 있다.<sup>305)</sup>

#### 4. 자유와 안전의 형법적 조화

첫째, 법치국가의 범위내에서 명확성과 규범명료성이라는 법치국가적 명령은 지켜져야 한다. 따라서 국가의 개입을 개시하기 위한 침해 내지 개입문턱이 법에 명확히 정해질 필요가 있다. 후기 현대사회의 위험사회에 대응한 형법의 변화, 그 한계는 자유법치국가적 형법의 보장에서 찾아야 한다. 위험사회의 형법이라고 하여 전통적인 법치국가형법의 제한을 완전히 벗어나서 위험형법이 될 수 없다는 것이 오늘날 지배적인 견해로 보인다. 형법을 위험사회의 요청에 초점을 맞추게 되면 결과와 효과에 지향하게 되고 결과의 예방만을 강조하게 되어 형법의 기능화·유연화가 초래되어 결국 법치국가적 형법은 그 기저에서 흔들리게 될 것이다. 다만 위험사회의 새로운 위협에 대처하기 위해서는 실효성 있는 대책 또한 형법이 외면해서는 안 된다.<sup>306)</sup>

둘째, 안전보장은 자유보호와 마찬가지로 현대 산업사회에서도 유용한 가치임은 분명하다. 다만 이러한 양 가치가 동시에 이상적으로 실현될 수 없다는 것이 현실이며, 실제로 자유와 안전은 종종 한정적으로만 상호간 양립할 수 있다. 따

305) 박미숙, 현대위험사회와 법치국가형법, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제5장 제2절.

306) 박미숙, 현대위험사회와 법치국가형법, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제5장 제8절.

라서 법치국가는 국가수호에만 국한되는 것이 아니라 자유와 안전의 보증인이 되어야 할 이중임무를 맡게 된다. 자유와 안전간의 균형을 유지하는 것은 계속적으로 변화·조정·발전되어가는 과정이므로 안전관련 법률은 지속적 평가와 심사의 대상이 되어야 한다.<sup>307)</sup>

## 5. 선진국가 위험관리형사정책의 시사점

첫째, 미국의 환경 위험에 대한 규제의 기본입장은 사후적 대응이라고 할 수 있다. 이는 독일을 위시한 유럽에서 사전배려의 원칙과 같은 위험원에 대한 법적 원칙이 확립되어 있는 점과 비교해보면 가장 큰 입장의 차이라고 할 수 있다. 이는 현재의 과학기술로 환경 위험을 인식·평가할 수 있을 뿐만 아니라, 환경적 가치 이외에 경제적 가치 또한 간과해서는 안 된다는 실용주의적 사고에서 비롯된 것이다. 따라서 미국의 (형)법적 규제는 입증책임을 전제로 하는데, 현실적으로는 불확실성을 내포하는 위험 규제에 대한 정책적 선택을 반영한 것이어서 대부분은 최대한의 입증책임보다 낮은 정도의 입증책임을 부여하고 있다고 평가된다. 특히 2001년 9·11 테러를 계기로 입법을 통해 처벌의 강도와 집행의 엄격성을 강화하는 것은 물론, 위험 실현을 예방하기 위해 집중된 권한을 국가가 행사할 수 있도록 다양한 조치가 이루어져 왔다. 특히 사이버 안전이나 테러와 같은 위험원을 통제하기 위해 세밀한 영역까지 형법이 개입하는 추세다.<sup>308)</sup>

둘째, 유럽연합의 경우 과학적 불확실성이 존재한다고 하더라도 그 보호대상의 중요성이 인정되는 문제와 관련해서는, 사전예방원칙이 규범화되어 나타나는 경우가 많다. 사전예방원칙이 문제영역이나 지역별로 보다 구체적인 형태로 규범화되고 있는바, 특정 지역이나 문제영역별로 나타나고 있는 위험이나 불확실성에 관한 공통성은 사전예방원칙의 규범화를 촉진하는 경향을 보이고 있다. 특

307) 박미숙, 현대위험사회와 법치국가형법, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제5장 제8절.

308) 김대근·전현욱, 선진과학기술사회의 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제9장.

히 최근에는 한 차원 높은 수준의 환경보호를 위한 형법을 통한 환경보호를 목적으로 공동체적인 노력을 지속하여 드디어 2008년 유럽연합의 「유럽의회와 위원회의 형법을 통한 환경보호에 관한 지침」이란 구속력이 있는 지역공동의 기준을 설립하여 각 회원국의 국내 환경입법을 규제하는 단계에까지 이르고 있다.<sup>309)</sup>

셋째, 영국의 경우 규제의 유연함과 위험관리의 최적화라는 갈등 상황에서도 최근 수 십 년 간 위험원에 대한 보다 적극적이고 강력하게 형사법을 투입해왔다. 사회가 점차 위험국가화 되어가면서 영국의 법체계는 과거보다 더욱 시민의 주관적 안전 감각의 더욱 직접인 보호를 추구하여 왔던 것이다. 이러한 경향은 특히 2001년 9·11 테러 이후 두드러지게 되었다.<sup>310)</sup>

넷째, 독일의 경우 발전된 민주적 의사소통 구조와 법치국가의 뿌리 깊은 전통은 위험에 관한 학문적 분석과 이에 근거를 둔 시민적 대화의 지평들을 다른 국가에 비하여 상대적으로 빠르고 적절하게 국가정책에 반영하고 이를 법제화에 까지 이르게 하는 토대가 되었다. 최근에는 미국의 911사태 이후 연이은 유럽 각지의 테러사건과 후쿠시마 원자력 발전소 사고가 다시 한 번 독일 시민사회 내에서 위험에 대한 인식을 환기시킨 바 있다. 그런데 1990년대의 초기 논의와는 달리, 위험원의 확대와 다원화, 그리고 이에 대응하는 사회적, 과학적 방법의 다양화로 인하여 논의의 지평이 이제 “위험”에서 “안전”으로 넘어가고 있으며 이러한 관점에서 법적 대응의 차원도 상응하여 변하고 있다. 최근 독일의 논의들은 종래의 법익보호와 인권보장의 전통적인 대립구도에서 벗어나 법익과 인권 모두 자유로부터 근거하는 것이며, 안전이 바로 자유의 전제조건이라는 점을 강조하고 있다. 즉 후기 현대사회에서 안전과 자유는 상호 모순적으로 대립하는 개념이 아니라 다만 긴장관계에 있을 뿐이라는 것이다. 다만 후기 현대사회적 위험에 대한 완전한 이해와 소통은 불가능하다 하더라도 최대한 객관적으로 확인된 정보를 전달받고 이에 관하여 충분히 민주적 의사소통을 거쳤다는 것을 전제로 한다면, 최소한 시민의 인식이라는 필터를 통하여 안전과 위험의 사회적

309) 김대근·전현욱, 선진과학기술사회의 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(1), 2012, 제9장.

310) 김대근·전현욱, 선진과학기술사회의 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(1), 2012, 제9장.

중요성은 확인하고, 국가정책결정에 필요한 범위 내에서 최선의 정책을 확인할 수 있을 것이라 기대한다.<sup>311)</sup>

다섯째, 일본은 아시아 국가들 중 가장 발전 속도가 빠른 나라로, 일본의 안전신화는 아시아적 위험관리의 상징과도 같은 것이었다. 그러므로 일본의 안전관리 실패 사례는 아시아적 위험인식의 현실과 한계를 가장 분명하게 드러내는 현상이다. 즉 일본과 같이 민주적 의사소통의 구조가 약한 국가는 국가주도의 권위주의적 정책결정 과정에서, “매뉴얼”을 이용한 안전관리를 통해 위험의 현실화를 사전에 막고 절대적으로 안전을 보장할 수 있다는 “안전신화”를 만들어 왔다. 법적인 관점에서든 법률에 의한 규제를 여러 단계에 걸쳐서 위험실현의 피해가 발생하기 이전으로 전단계화하였다. 그러나 형사처벌로 강화된 상세한 행정규칙을 통한 위험의 사전예방이라는 안전신화는 오직 상징적 효과에 불과했다. 일본의 안전신화는 결국 후쿠시마 원자력 발전소 사고를 막지 못하였을 뿐만 아니라 이미 발생한 피해의 규모를 최소화하는 데에도 실패하였다. 일본의 경험은 일본과 유사한 시민사회의 위험인식과 민주적 의사소통이 부족한 국가정책결정구조, 그리고 이러한 토대 위에서 위험관리법제를 만들어가고 있는 우리나라에도 시사하는 바가 크다.<sup>312)</sup>

## 제2절 나노/바이오공학의 위험관리와 형사정책

### 1. 나노공학기술 위험거버넌스와 형사법적 대응

첫째, 기술위험관리를 발전의 프레임이 아니라 안전의 틀에서 인식하고 대응하기 위해서는 기술위험관리의 기능을 기술 개발의 육성과 지원을 담당하는 정부부처의 기능과 분리하는 것이 필요하다. 또한 기술영향평가가 기술의 긍정적

---

311) 김대근·전현욱, 선진과학기술사회의 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(1), 2012, 제9장.

312) 김대근·전현욱, 선진과학기술사회의 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(1), 2012, 제9장.

측면만을 부각하는 것에서 벗어나 부정적 영향으로서의 기술위험에 대한 적절한 대응이 이루어지도록 하기 위해서는 보다 참여적인 기술영향 평가가 이루어져야 한다. 이를 위해서는 기술위험 커뮤니케이션의 활성화가 필요하다. 현대 사회에서의 위험은 위험 정보에 관한 의사소통 전략의 설계에 의해서도 영향을 받기 때문이다. 나아가 기술위험관리를 위한 정책과 제도의 형식화를 해결하기 위해서는 기술위험 정책의 집행이 실질적으로 이루어질 수 있는 제도적 장치를 마련해야 한다.<sup>313)</sup>

둘째, 나노기술 위험과 관련된 허용된 위험의 범위를 설정함에 있어 ‘행위가 수반하는 위험’과 ‘행위가 가지고 있는 사회적 유용성’의 이익형량이 필연적으로 요구되는데, 이때 사고에 따른 손해보다는 생산의 편익이라는 사회적 유용성이 과대평가됨으로써 나노기술 위험이 과연 적정하게 평가될 수 있는 것인지 의문이 제기된다. 나노기술의 활용에 따른 이익과 위험이 고정되어 있는 값이 아니라 기술발전에 따른 유동적인 값으로 이에 대한 정확한 계상이 어렵다는 점, 어느 시점에서든 평가하는 입장과 가치관에 따라 평가 값이 달라진다는 점이 그 이유다.<sup>314)</sup>

둘째, 우리나라의 개별 행정법률은 허용된 위험의 범위를 설정함에 있어 개별 위험의 본질과 크기를 고려하지 않은 채 일률적으로 기술상 지침, 유해 등의 기준 등의 기술기준을 준수할 것을 요구하고, 기술기준의 세부적인 내용은 개별 시행령과 시행규칙에 전적으로 위임함으로써 법률규정만으로는 해당 분야의 위험에 대해 어느 정도의 예방조치를 취해야 하는지 알 수 없다. 그러나 독일은 기술발전과 허용된 위험 간의 관계를 나타내는 기술적 규범을 설정함에 있어 위험의 본질과 크기를 고려하여 개별 법률에서 ‘일반적으로 승인된 기술 규정’, ‘기술의 수준’ 및 ‘학문과 기술의 수준’이라는 3단계 체계로 구분하여 규정하고 있다.<sup>315)</sup>

313) 성지은·황만성, 나노공학기술과 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제6장.

314) 성지은·황만성, 나노공학기술과 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제5장 제3절.

315) 성지은·황만성, 나노공학기술과 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제5장 제3절.

셋째, 나노기술위험의 허용범위를 설정하는 위원회가 기술적 규범으로서 '나노 기술 등의 기술기준에 관한 규칙'을 제정·개정함에 있어 국민의 생명·신체·재산 등의 법익에 대해 중대한 침해를 야기할 수 있어 '학문과 기술의 수준'에 따라 가장 엄격한 허용된 위험의 범위를 설정해야 함에도 불구하고 나노기술의 편익을 지나치게 강조하여 허용된 위험의 범위를 완화하여 설정하더라도 상위 법률인 나노개발촉진법에 이에 대한 아무런 기준이 없기 때문에 전혀 문제가 되지 않는다. 따라서 해당 분야의 위험의 본질과 크기를 고려하여 개별 법률에서 독일과 같은 3단계 개념유형을 구별하여 사용하고, 하위법령은 제시된 개념유형의 범위 내에서 기술적 규범의 세부내용을 제정·개정할 필요가 있다.<sup>316)</sup>

## 2. 바이오공학기술 위험과 형사법적 대응

첫째, 안전형법이란 사회를 안전하게 만들으로써 시민들의 불안을 해소하고, 높은 생산성을 유지하는 것을 직·간접적으로 보장한다. 그로 인하여 형법은 최후수단성으로부터 최우선 수단으로 전면에 배치되고, 형법은 거의 모든 일상 생활에 확장되었다. 형법과 형사정책의 경계가 구분되지 못하게 되면서 범죄학과 형법이 통합되는 현상도 발견된다. 형법과 형사정책, 그리고 범죄학의 위상이 이제는 범죄학 위주로 재편성되고 있다.<sup>317)</sup>

둘째, 생명공학 기술과 관련되는 위험성은 과학적인 전문 분석을 통해서만 사전에 인지될 수 있다. 비록 과학적인 판단과 분석에 의존하여 형식적인 안전성을 갖추어도 과학기술의 위험성에 대한 사회적 승인은 과학적 진실과 별개의 문제다. 그러므로 위험감수를 위한 논의는 위험성 평가에 대한 과학 내부의 최소한의 합의와 분석의 정확성, 그리고 공평성 등이 먼저 확립되어야 한다. 자율성이나 과학적 성과에 대한 과도한 지지로 인하여 기존의 규범적인 안전장치 마저

316) 성지은·황만성, 나노공학기술과 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제5장 제3절.

317) 신동일·Rosennau, 바이오공학기술과 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제5장 제4절.

해체하는 현상을 해결하기 위한 노력은 단계적이고 구분된 차원에서 논의해야 한다.<sup>318)</sup>

셋째, 델타 영역에 대한 위험형법의 적용 모델은 책임형법을 벗어나서 ‘안전형법’으로 갈 수 있는 근거다. 생명공학을 응용한 기술의 안전성 확보는 정치이론에서 논쟁되는 온정적 간섭이나 부권주의라는 일부 비판에도 불구하고 실질적인 안전형법의 근거로 가능하다. 그러나 안전형법 모델의 법적인 정당성을 얻기 위하여 생명공학 기술이 어떤 과정과 절차를 통해 위험할 수 있고 그 안전 확보의 방법은 어떠해야 하는지에 대한 이해가 선행되어야 한다. 위험형법의 생명공학 기술에 대한 개입은 책임형법이 미처 인지하지 못했던 새로운 위험원인을 통제하여 사회적 승인과정 자체의 안전확보를 위한 영역에 집중되어야 할 것이다. 그리고 과학의 위험성 자체가 통제를 위한 안전확보가 지나치게 이념화되지 않도록 주의해야 한다.<sup>319)</sup>

넷째, 생명공학 기술에 대한 이해를 바탕으로 안전형법의 개입을 위한 대상 확보가 필요하다. 그를 위하여 전제되어야 하는 사항은 기존의 책임형법과 구분되는 안전형법의 교육 프로그램이다. 생명공학 관련 범죄행위의 적극적인 이해가 가능하려면 이를 가능하게 해주는 교육 프로그램이 필요하다.<sup>320)</sup>

다섯째, 자유형과 벌금, 자격정지 등의 간소한 체제로는 궁극적으로 안전형법으로 통해 생명공학기술의 사회적 위험성을 해결하기는 부족하다. 또한 형법상의 양벌규정처럼 관리감독 책임이 있는 법인 대표자의 고의·과실의 증명이 생명공학 기술의 영역에서도 타당한 주장인지에 대해 확신하기 어렵다. 그리고 임상 시험 대상자나 환자에 대한 위험성 고지위반을 하는 연구자 또는 의사의 경우 스스로 그 위험성을 몰랐다는 주장이 생명공학 기술의 규제를 위한 안전형법 영역에서 여전히 유지되어야 할 내용인지도 연구대상이다.<sup>321)</sup>

318) 신동일·Rosennau, 바이오공학기술과 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제6장 제1절.

319) 신동일·Rosennau, 바이오공학기술과 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제5장 제1절, 제2절.

320) 신동일·Rosennau, 바이오공학기술과 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제6장 제3절.

321) 신동일·Rosennau, 바이오공학기술과 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및

### 제3절 위험관리 형사정책의 과제

**표 6** 위험관리 형사정책의 프레임

한국사회의 위험구조    한국사회의 전근대적 위험 + 근대적 위험 + 현대과학기술위험	위험중대	위험관리
	위험관리체계의 부패와 부실	법치와 준법
	위험관리체계에 대한 시민의 불신과 신뢰저하	민주적 절차와 투명성
	사회적 약자에 대한 중벌과 배척	약자보호와 통합

한국사회가 위험사회인 것은 구조적으로 전근대적 위험, 근대적 위험과 현대과학기술위험이 혼재·결합되어 있기 때문이다. 따라서 현대과학기술의 위험관리 형사정책의 핵심은 부패방지의 문제, 신뢰유지의 문제, 약자보호의 문제에 있다.<sup>322)</sup> 이로부터 도출되는 과제목록은 다음과 같다.

#### 1. 위험으로부터의 안전과 인간의 존엄

후기현대사회의 인간상에서는 합리적 계산수행적 인간일 뿐만 아니라 감정적 충동적 인간이라는 점도 인식되어야 한다는 지적이 있다. 근대의 합리적 인간상에 대해서는 심리학과 인류학으로부터 이미 문제가 제기된 바 있다. 현대 첨단 뇌과학, 신경과학은 이러한 문제제기의 되풀이다. 하지만 합리적 인간이라는 근대법적 인간상은 여전히 유효하다. 후기현대사회에서, 현대과학기술사회에서 여전히 정당성과 타당성이 변치 않는 인간상이자 이념이다. 개별 인간은 합리적으로 인식하고 행동하는 행위자다. 이는 과학적으로 뒷받침이 필요하거나, 과학의 발전에 따라 가변하는 전제가 아니다. 범죄자와 피해자, 잠재적 범죄자로서의 시민, 그리고 처벌하는 시민도 합리적 행위자다. 합리성을 부인하고 파괴하는 범죄와 범죄피해앞에서 합리적 인간에 대한 믿음을 개인도, 사회도, 국가제도도 여전히 견지한다. 합리적 인간상의 내용은 범죄의 이익과 처벌의 불이익을 비교

형사정책연구(1), 2012, 제6장 제3절

322) 본 보고서의 제3장 제1절 2.

교량하여 범죄로 나아가거나 범죄를 단념하는 인간에 대한 이해에 한정되지 아니한다. 범죄로 나아가게 하는 개인적 요인과 사회적 요인을 합리적으로 성찰하여 개인적인 치료교정과 사회적 개혁방법을 합리적으로 고안하고 실행함으로써 범죄라는 사회적 부정의와 불행에 합리적으로 대처한다는데 합리적 인간상의 또 다른 측면이 있다. 비이성적 감정적으로 터져나오는 위협과 범죄에 대면하여 가장 합리적인 대응방식을 모색하고, 결코 위협과 비이성에 또다른 위협과 비이성으로 대응하지 아니하고, 합리적 대응의 원칙과 방법을 견지해야 한다.

따라서 새로운 차원의 위협, 현대과학기술로부터의 위협원, 대량재난, 새로운 유형의 범죄와 범죄위협, 범죄에 대한 사회적 두려움, 이 모든 현상에 대처하는 후기현대사회 현대과학기술사회 형법과 형사정책은 다시 합리적 인간상과 인간 존엄을 체계의 원리와 원칙으로 재정립하고 강화하는 방향으로 나갈 수 밖에 없다. 과학기술의 발전에 따른 인간의 도구화, 이윤과 효율성의 강조, 경쟁의 강요 앞에서 형법과 형사정책은 무엇보다도 인간의 존엄을 존중해야 한다. 인간의 존엄성을 힘써 지키고 존중하는데 더욱 노력하는데서 사람과 사람사는 사회의 안전이 궁극적으로 보장될 수 있다. 최첨단 과학기술로부터 대량으로 쏟아져 나오는 새로움앞에서 전통적 원칙으로 언제나 되돌아가야 한다.

그러나, 전통적 원칙을 의문시하는 현실앞에 오래된 원칙을 견고히 지키려면 현실에 대한 철저하고 성실한 성찰과 고민이 필요하다. 끊임없이 큰폭으로 변화하는 현대과학기술과 사회의 변화, 법제도와 형사정책의 변화에 대한 치열한 연구없이, 관성적으로 법치국가형법의 원칙들을 되풀이 되뇌이는 일은 현실에 눈 감는 나태하고 경직적인 태도다. 구체적 현실을 일반적 원칙에 끼워맞추는 일은 구체적 현실문제에 대한 무지하거나 경시함으로써, 또는 둘 다일 경우에만 가능하다. 현실에 대한 무지와 성찰의 게으름은 폐쇄적이고 완고한 자기만족적 고집과 원칙에 대한 치열한 재성찰과 현실과의 싸움과 구별되어야 마땅하다. 추상성 높은 원칙의 수준에 머물러 현실을 외면하고 현실을 원칙에 끼워 맞추면서 가공의 확신에 찬 학자 역할에 머무르는 쉽고 넓은 길도 있다. 하지만 현대과학기술사회는 당대에 현실적으로 제기되는 작고 고단한 문제들과의 씨름하면서 현실적이고 구체적인 답을 찾기 위해 애쓰는 동안 의문과 망설임과 자기회의에 주저하는 사회과학자, 형사정책연구자를 필요로 한다.

## 2. 위험관리의 민주화

문제는 위험자체가 아니다.<sup>323)</sup> 한국 사회는 이미 위험과 함께 살아갈 수 밖에 없는 사회다. 그러나 효과적인 위험관리체계가 구축되어 작동하지 않는 사회는 살 수 없는 사회다. ‘지속가능한 발전’ 역시 위험의 지속적 관리 기반위에서만 가능하다.

과학기술은 보편적이지만 사회체제는 저마다의 특수성이 있다. 동일한 과학기술이라도 사회에 따라 그 위험의 정도는 달라질 수 있다. 따라서 과학기술에서 비롯되는 위험의 문제는 사회체계의 구체적 맥락속에서 분석해야 한다. 우리 사회는 후진적 위험사회인데, 선진적 과학기술의 발전에도 불구하고 사회체계의 후진성에서 아직 벗어나지 못하고 있기 때문이다. 선진적 과학기술과 후진적 사회체계의 결합, 곧 괴리의 문제를 인식하고 대응하지 않는 선진적인 안전사회를 전망하기 어렵다. 그렇기 때문에 위험사회의 문제에 대처하는 과제는 민주주의의 과제이기도 하다.<sup>324)</sup> 한국사회에서 위험관리 형사정책은 안전관리체계의 부패를 척결하고, 과도한 형법투입의 위험을 법치국가적 틀안에 통제하는데 우선순위를 두어야 마땅하다. 그러나 위험관리와 안전확보의 형사정책은 단지 법치국가와 법질서의 강조에만 그칠 것이 아니라, 궁극적으로는 민주주의의 강화를 지향해야 한다.

또한 과학기술을 대상으로 할 때뿐만 아니라, 범죄학이 과학기술과 결합할 때 야기될 수 있는 자체위험 역시 경계대상이다. 생물학적 범죄학의 문제 역시 범죄의 생물학적 원인을 탐구하는 과학자들이 아니다. 연구결과를 단순화하거나 정치적으로 조작하여 이해하는 사람들이다. 정치적 목적을 위해 생물학적 범죄학을 왜곡하지 못하게 하려면 과학에 대한 우리의 무지를 문제시하고 이성적으로 문제제기하는 방식을 익혀야 한다.<sup>325)</sup> 여기서도 위험에 대한 적절한 인식에 기해 적극적인 정책적 대응을 해나가는 적극적 낙관적 관점을 가지고, 보수적 통제정치에 맞서는 위험의 민주화(democratization of risk)<sup>326)</sup>가 필요하다.

323) N.Rafter, *The Criminal Brain: Understanding Biological Theories of Crime*, 2008, 246면.

324) 홍성태, *대한민국 위험사회*, 2007, 11면.

325) N.Rafter, *The Criminal Brain: Understanding Biological Theories of Crime*, 2008, 246면.

### 3. 형법의 확장과 유연화

한때 우려와 비판의 대상이 되었던 ‘위험형법’ 논의는 형법의 확장과 유연화를 위험형법의 본질로 본데서 비롯된 것으로 보인다. 독일형법의 1975년 이후 30년간의 발전과정은 새로운 범죄화와 형벌강화를 통한 형법의 확장과 명확하고 구속력있는 규정의 폐지를 통한 형법의 유연화로 정리된다. 형법의 확장은 사회의 안정성요구(Sicherungsbedürfnis)와 관련되며, 형법의 유연화는 엄격한 개념화와 개념의 명확한 규범화를 내용으로 하는 고전적 형법도그마틱의 해체로 결과된다.<sup>327)</sup>

위험형법의 등장은 형법의 확장과 형법의 유연화를 보여주는 핵심현상중의 하나라 볼 수 있겠다. 특히 현대과학기술사회에서 형법의 확장은 사회의 안정성요구 증대와 맞물려 있는 셈이다. 사회에서 안정성의 요구가 높아지는 것은 현대과학기술에서 창출되는 새로운 위험의 등장과 기존 위험의 확대에서 비롯된다. 현대과학기술이 사회의 풍요를 가져오는 동시에 불안도 가져온 역설로부터 형법의 역할은 오히려 증가한다.

또하나의 역설은 형법의 확대현상 배후에서 포착되는 국가지향(Staatorientierung) 현상이다. 국가가 - 형법을 수단으로 해서라도 - 사회문제와 삶의 총체적 문제를 해결해줄기를 기대하는 태도로서 일종의 국가에 대한 신앙과 같은 기대와 믿음이다.<sup>328)</sup> 전세계적인 위험화 앞에 국민국가의 전통적인 권한과 책무영역이 희미해져가고, 사회문제 해결에서 개별국가의 권능에 대한 근본적 의문이 제기되는 가운데 오히려 형법으로 대표되는 국가의 역할에 대한 기대가 높아지는 것은 아이러니다. 위험의 형상과 결과가 불분명하고, 위험에 대한 대응과 해결 역시 불확실한 가운데, 형벌이라는 수단의 선명성과 가시성이 국가형벌권력에 대하여 우선적으로 기대를 걸게 하는 것으로 보인다. 증대하는 현대과학기술의 위험앞에 축소되는 국가와 형법의 해결능력에도 불구하고 형법에 대한 기대는 오히려 높아지는 역설이다. 후기현대 위험사회의 형법은 이러한 역설들 사이에서 자기

326) Pat O'Malley, *Crime and Risk*, 2010, 19면.

327) E.Hilgendorf, 1975년부터 2005년까지 독일형법, 2010, 60면.

328) E.Hilgendorf, 1975년부터 2005년까지 독일형법, 2010, 60면.

위치를 찾아야 하는 과제를 짊어지게 되었다. 안전을 위해 형법을 확장하되, 그것이 성찰없는 확장일 경우 자유의 침해를 가져온다. 그러나 자유와 안전은 반비례관계나 양자택일적 관계가 아니다. 안전이 확보되지 않은 자유가 공허하듯, 자유가 없는 안전 또한 무의미하다. 현대과학기술로 인한 새로운 위험에 형법의 확장과 유연화를 통해 대응할 필요성을 분별없이 전적으로 부인할 필요는 없다. 위험원과 위험의 본질에 따른 분별없이 모든 위험관리적 형법의 투입을 반-법치 국가적 형법으로 비난하는 것이나, 분별없이 위험관리적 형법의 투입으로 법치 국가형법을 대체하려는 시도나 마찬가지로 위험하다.

후기현대사회 첨단과학기술에 의해 현실화가능성 있는 고위험에 대하여 확장된 형법과 유연한 형법의 투입은 정당하다. 형법적 수단의 투입에 있어서 성찰 없는 단순한 형법의 확장 내지 유연화가 문제일 따름이다. 위험에 대처하기 위한 형법의 확장과 유연화는 합리적 성찰과 민주적 공론과정을 통해 결정하되, 위험해소 내지 최소화의 실효성에 대한 예측과 평가를 통해 자유침해적이고 안전효과 없는 형법의 확장과 유연화는 지지해야 한다. 그 일응의 기준은 위험의 현실화가능성과 현실화된 위험의 결과다. 즉 위험방지체계에도 불구하고 위험이 현실화될 가능성이 없다고 보장할 수 없으며, 현실화된 위험이 사회공동체, 나아가 인류사회의 멸절위기를 초래할 것이 분명한 절대적 위험의 경우에는 확장되고 유연화된 형법의 투입이 정당화된다. 원자력기술이 그 대표적 예다.

#### 4. 위험사회형법 안전형법 예방형법, 그리고 자유의 형법

위험사회형법의 또다른 이름은 안전형법이다. 안전을 강화하는 조치에는 어디에나 예방이라는 딱지가 붙어있다. 안전은 예방의 가까운 친척이다.<sup>329)</sup> 그래서 위험사회형법은 안전형법이고 예방형법이다. 후기현대사회 형법은 위험사회형법이자 안전형법을 지향하면서 예방형법의 형태를 취하게 되는 것이 현실이다. 하지만 근대형법의 이상은 다른아닌 자유의 형법이다. 시민은 자유속에서 비로소

329) 빈프리트 하세머, 배종대·윤재왕 역, 범죄와 형법, 2012, 85, 86면.

안전할 수 있다는 것이다.

오늘날 위험사회에서 시민의 자유는 안전이 확보될 때 가능하다. 시민은 자유도 요구하지만 안전도 요구한다. 형법은 자유의 요구에도 답해야 하지만, 안전에 대한 요구에도 답해야 한다. 안전을 확보하지 못하는 형법은 시민의 신뢰를 잃는다. 신뢰를 받지 못하는 형법이 시민의 자유를 보장하는 힘을 유지하기는 어려울 것이다.

한편 하세머는 안전의 중요성 역시 자유의 중요성 못지 않은 것은 사실이지만, 안전을 역설하는 사람들이 우리가 직면한 위험의 상황이 그렇게 심각하지 않다는 사실을 무시하고 있다고 본다.<sup>330)</sup> 하세머의 지적대로 우리에게 제기되는 안전문제는 이미 오래전부터 자유에 대한 침해, 금지규범, 통제, 제재를 통해 해결해 왔다. 그래서 우리는 늘 자유와 안전을 긴장관계로 여기며 안전을 위해 자유를 희생하기도 한다. 굳이 새로운 위험형법을 거론하지 않아도 이는 당연하다.

위험형법 논의의 '위험성'에 대한 하세머의 지적은 귀담아 들어야 한다. 즉 위험의 위험성과 안전의 필요성이 부각되는 분위기속에서 위험과 위험을 부르짖는 사람들의 목소리는 애당초 신중하고 사려깊은 논거를 압도해버리기 마련이기 때문이다. 더구나 안전에 대한 욕망은 이미 구조적으로 결코 만족이라는 걸 모른다. 한 줌의 안전이라도 보장된다면 온갖 통제와 제재로 가득한 모래자루를 쌓아놓는다. 혹시 모래자루를 하나 더 쌓지 않으면 바로 그 때문에 내일 우리가 커다란 위험에 처하는 것은 아닐까 하며 불안해 한다.<sup>331)</sup>

위험형법이 전통적인 형법과 차별성을 정당화하려면, 과연 안전확보의 목적으로 형법을 통해 자유를 제한하는 조치들이 어떤 구체적인 안전의 이익을 가져다 주었는지 답해야 한다. 그리고, 위험형법을 전통적인 형법과 구별하여 어디서부터 어디까지 위험형법의 영역인지 정하려면, 우리 사회가 자유의 전통을 지키기 위해 어떠한 위험을 어느 정도까지 감수할 수 있을 것인가 대해서도 답해야 한다.<sup>332)</sup>

330) 빈프리트 하세머, 범죄와 형벌 2012, 87면

331) 빈프리트 하세머, 범죄와 형벌 2012, 87면

332) 빈프리트 하세머, 범죄와 형벌 2012, 88면

하세머는 자유를 제한하여 얻는 안전이라는 소득은 우리가 막연하게 생각하는 것보다 그렇게 많지 않다고 본다. 효과는 판명불가하거나 작은 수준이고, 더구나 구체적 위험에 미리부터 형법을 통해 대처할 것이라 본다면 형법에 대한 과잉기대라는 입장이다.<sup>333)</sup>

물론 발생한 범죄의 위험과 침해와 달리, 예방된 범죄와 그로 인한 안전확보의 여부는 실증하기 어렵다. 자유를 제한하여 얻는 안전이라는 소득의 다소여부 역시 알기 어렵다. 구체적 위험을 구체적으로 예방하는데 형법의 역할을 크게 기대하기 어렵다는 것만큼은 우리가 모르지 않는다.

따라서 위험을 통제하고 안전을 확보하는데 있어서 우리 사회의 형법에 대한 구체적 요구를 개별적으로 살펴 판단할 필요가 있다. 테러범죄, 외국인범죄, 성범죄, 정보범죄와 관련된 영역에서 위험형법의 요청을 살펴보면, 위험의 실체는 불분명하고, 형법의 조기확대개입을 통한 자유의 제한결과는 분명하나 그 결과 안전확보의 소득은 불분명하다. 현대과학기술을 통해 창출되는 절대적 위험의 영역에서 요청되는 위험관리형법의 경우를 살펴보면, 위험의 실체는 가시적이고 대규모적이며, 형법의 조기확대개입을 통한 자유의 제한이 최소화되는 한해서, 안전확보의 소득은 분명하다.

## 5. 전세계적 위험에 대한 협력적 대응의 필요성

세계경제포럼(다보스포럼)은 2006년부터 전세계적 위험조사를 수행하였으며, 2011년 연례회의에서 위험대응네트워크(Risk Response Network)를 창설하고, 정부와 국제기구, NGO, 다국적 기업, 연구기관과 학자 등 위기관리정책담당자와 위기관리전문가들과 함께 전세계적으로 서로 연관된 위험현상들을 관찰측정하고 관리감소시키는 협력방안에 대해 논의를 진행하고 있다.

그 결론은 첫째 정책결정자들로 하여금 전세계적 위험에 대응하는데 있어서 협력을 강화함으로써 오는 이익에 대한 이해를 높일 필요가 있다는 것이다. 둘

---

333) 빈프리트 하세머, 범죄와 형법, 2012, 88면

째, 위협이 어떻게 인식되는지는 신뢰여부의 문제다. 즉 사회적 안전을 담보하는 시스템과 사람들이 정보를 수용, 공유하는 혁신적인 소통수단에 대한 신뢰가 중요시되어야 한다. 셋째, 위협에 대한 정보공유와 소통은 투명성을 강화함으로써, 시민들에게 의미있는 방식으로 전달됨으로써 개선되어야 한다.<sup>334)</sup>

## 6. 직접적 위험·간접적 위험과 절대적 위험·상대적 위험

원자력발전의 사례에서 설비부품납품 사기나 비리행위, 행정절차위반행위는 사고발생의 위험성과 간접적으로 연결된다. 원자력발전 안전관리 규정의 고의 또는 중한 과실에 의한 위반은 직접적으로 연결된다. 전자는 간접적 위험으로서 형법투입의 여부와 형법투입의 정도를 결정할 불법과 책임을 확정하기 어렵다. 후자는 직접적 위험으로서 추상적 위험범 또는 구체적 위험범의 형태로서 형법 적용의 당연한 대상이 된다.

원자력발전은 미국 스리마일 원전 사고, 구 소련 체르노빌 원전사고, 그리고 일본 후쿠시마 원전사고의 예에서 이미 역사적으로 경험된 바, 위험현실화의 가능성이 없다고 보장할 수 없는 경우다. 또한 단 한번의 사고일지라도 그 위험발생후의 피해규모는 장기적이고 막대하다는 것 역시 사실이다. 따라서 사고발생 위험의 현실화가능성을 부인하는 것이 절대불가능하고, 위험의 현실화결과는 절멸적이어서 회복도 절대불가능할 경우 이를 절대적 위험으로 규정한다.<sup>335)</sup>

반면 생명과학의 사례에서는 장기이식이나 조직배양 등의 기술발전으로 인해 장기나 인체조직 암거래시장이 생겨나고 이를 목적으로 하는 인신매매와 납치살해 사건이 일어난다면 이는 생명과학기술의 직·간접적 위험성과는 무관하다. 과학기술이 범죄기회와 수법을 확대시킨 것에 불과하여 기존의 형법적 수단을 결연하게 투입하여 진압해야 할 범죄일 따름이다. 다만 생명과학의 생산물에 대한 행정관리규정의 위반등은 사고발생의 위험과 간접적으로 연결되며 형법의 투입

334) World Economic Forum, Global Risks 2012, 2012, 49면

335) 이러한 절대적 위험은 이른바 텔타영역에 유보된 고위험대상이라 할 수 있다. (본 보고서의 제2장 제2절 3. 참조)

은 확정적으로 정당화되기 어렵다. 생명과학 안전관리 규정의 고의 또는 중한 과실에 의한 위반은 직접적인 위험으로서 형법상 위험범의 형태로 규율가능하다. 그런데 생명과학이 초래할 사고발생의 가능성, 예컨대 유전변이나 치명적 바이러스로 인한 대규모 살상은 과학소설(scientific fiction)적 상상력의 차원일 따름일 뿐만 아니라, 그 예상되는 피해 역시 과학기술에 대한 기초적 이해만 있어도 실현불가능하다는 점을 알 수 있는 경우가 대부분이다. 따라서 사고발생위험의 현실화가능성이 사실상 없고, 위험의 현실화결과는 대규모 피해가 아닌 경우 이를 상대적 위험으로 규정한다.

따라서 ‘위험관리형법’의 대상은 절대적 위험에 연결된 직접적 위험과 간접적 위험이다. 이 경우 투입되는 형법은 최후의 수단이 아니라 최적의 수단으로서다. 반면 상대적 위험에 연결된 직접적 위험에는 최후의 수단으로서 투입될 수 있지만, 간접적 위험은 형법의 대상이 아니라 안전법, 즉 행정규제 및 경찰법의 대상이다.

즉 현대과학기술로 인한 위험에 대한 형법의 투입여부와 정도는 과학기술의 위험성 현실화 가능성과 현실화된 위험의 영향효과에 대한, 즉 직접적·간접적 위험과 절대적·상대적 위험에 대한 예측과 평가에 달려있다.<sup>336)</sup> 이는 자연과학 및 공학과 사회과학, 그리고 규범적 관점의 협업을 필요로 한다. 그 예측과 평가는 합리적이고 공개적인, 민주적이고 전문적으로 진행되어야 한다. 위험성에 대한 과학적 예측과 규범적 평가에 따라서 계측된 개별 위험에 대해서만 확장되고 유연화된 형법의 제한적 투입이 정당화될 수 있을 뿐이다.

이처럼 제시한 구분은 법익침해결과에로의 구체적 가능성과 추상적 위험성을 기준으로 구체적 위험범과 추상적 위험범으로 형법적 개입의 형식을 구분하는 전통적 형법의 관점과는 달리, 규율대상인 위험 자체의 절대적 상대적 속성과 직접적 간접적 연관형태를 기준으로 한다는 점에서 구별된다.

---

336) 위험관리형법과 형사정책에서 위험의 본질과 크기에 대한 고려관련 논의는 성지은·황만성, 나노공학과 위험관리형사정책, 후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책연구(I), 2012, 제5장 제3절 5. 참조

표 7 위험관리 형법의 프레임

	절대적 위험	상대적 위험
직접적 위험	최저수단으로서의 형법	최후수단으로서의 형법
간접적 위험		안전법 (행정규제/경찰법)

근대형법은 행위와 결과발생의 인과관계, 행위자에 의한 침해결과에 대한 평가를 중심으로 구성되어 있다. 여기에 행위의 위험성에 대한 평가에 따라 미수범과 위험범을 제한적으로 인정하고 있을 뿐이다. 그렇기 때문에 구체적 법익의 침해결과, 행위자의 행위와 결과발생사이의 인과관계에 대한 전통적 평가들은 현대과학기술의 새로운 위험을 수용하기 어렵다. 그런 가운데 보편적 법익이나 추상적 위험범 형태의 무리한 도입은 근대형법체계에 원활하게 수용되지 못하였다. 결국 근대법치국가형법 원칙에 입각한 비판과 긴급한 형법개입에 대한 현실적 요구 사이에서 형법은 점차 신뢰의 대상이 되기 어렵게 된다. 즉 근대형법의 법치국가적 보장을 위태롭게 할 수 있다는 비판앞에서 불신의 대상이 되고, 급박한 위협현실에 효과적으로 대응하지 못하고 머뭇거리는 형법은 현실적 안전요구앞에서 다시한번 불신의 대상이 되니, 결국 이중의 신뢰위기에 처하게 되는 셈이다.

생각건대 형법의 임무는 법익의 보호다. 법익은 사회적으로 형법이라는 수단을 통해 보호할 만한 가치로 합의된 내용이다. 형법적 개입에 대한 사회적 합의가 인과관계와 침해의 현재성 및 가시성이 확인가능한 법익의 보호에 언제나 한정되어야 할 이유는 없다. 현대과학기술 위험에 대해서는 법익침해에로의 구체적 또는 추상적 위험을 근거로 구분하기보다, 위험원 자체의 절대적 상대적 위험성과 위험의 현실화가능성의 직접성과 간접성을 기준으로 형법적 개입을 판단하는 것이 합리적이다. 물론 이는 현대과학기술 위험의 평가와 관리체계가 민주적 합의가 가능할 수 있도록 공개적이고 참여적이며, 형법학과 형사정책연구자와 사회과학, 자연과학 연구자들이 함께 위험사회현실의 문제와 대책을 성찰할 수 있는 장이 마련되어 있을 전제로 한다.

‘재난은 그것을 함께 넘어서려는 사람들에게 좋은 정치에 대한 탁월한 가르침

을 준다.’<sup>337)</sup> 결론으로서 이 말을 다시 풀이해본다. ‘위험은 그것을 함께 넘어서려는 사람들에게 좋은 (형)법에 대한 탁월한 가르침을 준다.’

---

337) 이진경, 월간 불광 2012년 1월

## 〈국내문헌〉

- 강봉석, 위험책임과 일반조항, 이화여자대학교 법학논집, 제5권 제1호, 2000.
- 김영환, 위험사회의 형법의 귀속원리, 법철학연구 제3권 제2호, 2000.
- 김일수, 과학기술의 발달과 형법, 韓日法學研究, 제13권, 1994.
- \_\_\_\_\_, '사회변동과 형법정책의 방향', 제5회 입법정책포럼, 한국법제연구원, 2012년 7월 19일.
- \_\_\_\_\_, 대형사고빈발, 무엇이 문제인가, 대한변협신문, 2003. 3. 17.
- \_\_\_\_\_, 위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응, 비교형사법연구, 제12권 제2호 통권 제23호, 2010.
- \_\_\_\_\_, 위험사회에 있어 형법의 팽창현상에 대한 비판적 고찰, 비교형사법연구 제7권 제1호, 2004.
- \_\_\_\_\_, 전환기 형법학의 도전과 과제, 일본 메이지대학교 강연, 2012년 5월 23일
- \_\_\_\_\_, 한국형법 I, 박영사, 1996.
- 김원제, 한국사회 위험의 특성과 치유, 사회연구 제5호, 한국사회조사연구소, 2003.
- 김재운, 형법을 통한 안전보장의 가능성과 한계에 관한 고찰, 비교형사법연구 제6권 제1호, 2003.
- 김진현, '위험사회, 재난지구, 어떻게 예방할 것인가', 아산사회복지재단 창립 27주년 기념심포지엄, 위험·재난사회 어떻게 대응할 것인가?, 2004.
- 김한균, 범죄통제에 있어서 검찰과 지역사회의 협력, 형사정책연구소식 93호, 2006.
- \_\_\_\_\_, 형사학자의 정책참여와 비판의 과제, 민주법학 38호, 2008.
- \_\_\_\_\_, 성폭력범죄자 관리체계의 현황과 개선방안, 제4회 아동성폭력추방의 날 기념심포지움, 여성가족부, 2010.2.22.
- 노진철, 현대위험사회에서의 위험연구, 한국위기관리논집, 2005.

- 박강우, 위험사회와 형법의 변화, 형사정책연구 제8권 제4호, 1997.
- 백낙청, 거버넌스에 관하여, 창비주간논평 2008.12.30.
- 성지은·정병걸, 탈추격형 혁신체제에서의 기술위험관리, 과학기술학연구, 2007.
- 안혁근 외, 사회위험요인 분석 및 체계적 관리방안, 한국행정연구원, 2008.
- 양승우, '과학기술법제개편과 과학기술기본법의 개정방향', 한국과학기술법학회·과학기술정책연구원 공동심포지엄, 과학기술법제지배구조개편 및 과학기술기본법의 재설계, 2012년 11월 26일.
- 이관, '지구적 시각에서 본 위험·재난', 아산사회복지재단 창립 28주년 기념심포지엄, 지구적 시각에서 본 위험·재난, 2005.
- 이상돈, 법학입문, 박영사, 2001.
- 이용식, 위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방, 형사정책 제13권 제1호, 2001.
- 이재일, '중오범죄의 형법적 위치설정', 중오범죄의 실태 및 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2011.
- 임현진, '사회해체와 새로운 사회적·문화적 위험,' 위험·재난사회 어떻게 대응할 것인가?, 아산사회복지재단, 2004.
- 유문무, 위험사회와 성찰성 그리고 사회적 안전, 한국경호경비학회지 제8호, 2004.
- 정근모 외, 과학기술위험과 통제시스템, 과학기술정책연구원, 2001.
- 정태석, 위험사회의 사회이론-위험을 어떻게 이론화할 것인가? 문화과학 제35호, 2003.
- 최향섭 외, 2020년 한국사회의 질적수준 제고를 위한 미래연구, 기획재정부 미래전략과, 2011.
- 한상진, 위험사회분석과 비판이론, 사회와 이론, 제12호, 한국이론사회학회, 2008.
- 허일태, 위험사회에 있어서 형법의 임무, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2002.
- \_\_\_\_\_, 위험사회의 출현과 법의 기능변화, 비교형사법연구 제3권 제2호, 2001.
- 홍성태, 대한민국 위험사회, 당대, 2007.

## 〈외국문헌〉

- Beck, U., 홍성태 역, 위험사회-새로운 근대성을 향하여, 새물결, 2006.
- Ericson, R., & K.Haggerty, Policing the Risk Society, 1998.
- Feeley, M., & J.Simon, Actuarial justice: The emerging new criminal law, 1994.
- Grdner, D., 김고명 역, 이유없는 두려움, 지식갤러리, 2012.
- Garland, D., The Culture of Control, 2002.
- Giddens, A., The Consequences of Modernity, 1990.
- Hassemer, W.,,, 배종대·윤재왕 역, 범죄와 형벌, 2012.
- Hilgendorf, E., 이상돈·홍승희 역, 형법의 세계화와 전문화, 2010.
- \_\_\_\_\_, Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft?, NStZ, Heft.1. 1993.
- Jones, T., The Governance of Security: Pluralization, Privatization and Polarization in Crime Control, 2007.
- Kuhlen, L., Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, 1994.
- Loader, I. & Richard Sparks, Contemporary Landscapes of Crime, Order, and Control: Governance, Risk and Globalization, in Oxford Handbook of Criminology, 제4판, 2007.
- Nolte, P., 윤종석 역, 위험사회와 새로운 자본주의, 2008.
- O'Malley, P., Experiments in Risk and Criminal Justice, Theoretical Criminology, Vol. 12. 2008.
- \_\_\_\_\_, 'Volatile and contradictory Punishment', Theoretical Criminology, Vol.3, Issue.2.1999.
- O'Malley, P. & M.Valverde, Pleasure, freedom and drngs. The uses of pleasure in liberal governance of dung and alcohol consumption, Sociology 38, 2004.
- Pons, A., 김희봉·이홍균 역, 당신은 어떤 세계에 살고 있는가?, 한울, 2003.
- Rafter, N., The Criminal Brain: Understanding Biological Theories of Crime, 2008.
- Seelmann, K., 위험형법 : 환경형법과 마약형법에서 위험사회의 상징적 입법, 형사정책연구 제33권, 한국형사정책연구원, 1998.

- Simon, J. *Governing Through Crime*, Oxford University Press, 2006.
- Sieber, U., 김한균 외 역, *전세계적 위험사회에서 복합적 범죄성과 형법*, 한국 형사정책연구원, 2011.
- Sofsky, W., *안전의 원칙*, 2007.
- Talyor, I., *Crime in Context*, 1999.
- Young, J., *The Exclusive Society*, 1999.
- 箱田哲也, *동일본 대지진 후의 일본정치사회의 현상과 전망*, *한일문화강좌* no.92 (2011.11.18).

# Abstract

## **Studies on the Risk-Governing Criminal Law and Criminology in the Late-Modern Society(I) : Risk-Governing Criminal Law & Criminology in the Contemporary Science-Technology Society**

Kim, Han-Kyun

This research is designed as the general introduction to the interdisciplinary research project, “Risk-Governing Criminal Law and Criminology in the Late-Modern Society”, which is organised by the National Research Council for Economics Humanities and Social Science, and Korean Institute of Criminology for the years of 2012 to 2014.

The first-year research is consist of “Risk-Governing Criminal Justice & Criminology in the Contemporary Science-Technology Society” by H.Kim, “Contemporary Risk Society and the Criminal Law of Rechtsstaat” by M.Park, “Nano-technology and Risk-Governance Criminology” by J.Seong & M.Hwang, “Bio-technology and Risk-Governance Criminology” by D.Syn & H.Rosennau, and “Risk-Governance Criminology in the Developed Countries” by D.Kim & H.Jeon.

The tasks of criminal law and criminal justice in the contemporary high-technology society are to control criminal behaviour on the risk or fear of risk, to manage criminals as risk to social order, and to prevent crimes as risk. By introducing risk-management techniques into criminal justice system,

criminal policy comes to be the integral part of social security net.

There are three key factors of the risk-governance criminal justice policy for Korean society as risk-society :

First of all, risk-governance for Korean society must deal with corruption in risk-producing industry and risk-control public bodies. Secondly, social fear of risk comes from the lack of public confidence on the existing risk-control system. Transparent procedures in technology-regulation systems, which is open to public participation may secure social trust. Criminal law may support the function of such public procedures. Lastly, criminal justice policy should not be exclusive against the minority, who are in the risk of being victimized by punitivism worsened by the fear of crime and risk.

Facing new risk and danger emerging in the contemporary high-technology society, criminal law and criminal justice policy should keep respecting the principle of human dignity. By preventing crime and risk, and protecting security, criminal law secures both freedom and security, and thus respects human dignity. To fill the gap in reality between highly advanced technology and under-developed social system in Korean society, and thus to be one of the most developed secure society, policies for the democratization of risk should be considered.

Risk of high-technology, which is highly possible to be realised should be controlled by extended and functionalized criminal laws. Such interventions can be legitimized, only when they are the results of rational reflection and democratic discourse. However, so-called risk-criminal law, which fails to provide security by extended criminal sanction, should be criticized.

The legitimacy of criminal law on risk depends on the balance between limiting freedom and promoting security in the control of risk, considering a social consensus on the acceptability of risk in individual matters. When the risk of terrorism, sex crimes or cybercrimes are not identified, early-intervention or extended intervention of criminal sanction would not be justified. The risk

of high-technology, such as nuclear-technology or bio-chemical technology, would legitimately be controlled by risk-governing criminal law, as the effect of preventing risk and promoting security can be identifiable.

The practical objects of risk-governing criminal law and criminal justice would be direct and indirect risk to absolute risk. In the control of such types of risk, criminal law is rightly *prima ratio*, rather than *ultima ratio*. Direct risk to relative risk would be controlled by criminal law, as *ultima ratio*. Indirect risk to relative risk should be managed by police laws, not by criminal law.



경제·인문사회연구회 협동연구 총서 12-26-01  
연구총서 12-CB-01

**후기현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(1)**  
**- 현대과학기술사회 위험관리 형법 및 형사정책의 체계와 원리 -**

발행 / 2012년 12월  
발행인 / 김일수  
발행처 / 한국형사정책연구원  
          서울특별시 서초구 태봉로 114  
          (02)575-5282/5283  
등록 / 1990. 3. 20. 제21-143호  
인쇄 / (주)현대아트컴  
          (02)2278-4482  
보고서 내용의 무단복제를 금함  
  
정가 10,000원  
ISBN 978-89-7366-971-4 93360