

論 文

위험사회와 상징형법

최석윤

Risikogesellschaft und symbolisches Strafrecht

Choi, Seog Youn

<目 次>

Zusammenfassung	III. 위험사회와 상징형법
I. 시작하는 말	IV. 맺는 말
II. 위험사회에 대한 형법적 대응방식과 문제점	

Zusammenfassung

Die vorliegende Arbeit handelt sich über die Risikogesellschaft und das symbolische Strafrecht. Die Risikogesellschaft bedeutet die Ggesellschaft mit künstlich erzeugten atomaren, chemischen, ökologischen und gentechnischen Selbstvernichtungsmöglichkeit. Die Risikogesellschaft hat offenbar dort, wo sie die Gefahren nicht leugnen kann, ein Bedürfnis nach Minimierung von Unsicherheit. Dieses Bedürfnis wirkt sich einmal aus in der Neigung, das Entstehen bestimmter nicht konsentierter Gefahren schon in einem sehr frühen Stadium der Entwicklung mit Hilfe des Strafrechts zu stoppen. Vorverlagerung der Gefahrabwehr bedeutet im Fall des Strafrechts die Vorfeldkriminalisierung. Hierfür scheint es zwei wichtige Methoden zu geben: die Formulierung weit vorgelagerter Rechtsgüter und die Konstruktion vorfelderfassender Deliktstypen. Aber in die moderne Risikogesellschaft handelt sich das Strafrecht mit dem Versuch der Vorfeldkriminalisierung unübersehbare Vollzugsdefizite ein. Neben Ermittlungsschwierigkeiten sind hierfür strukturelle Zurechnungsprobleme und evidente Kontraproduktivität verantwortlich.

Es scheint dennoch einen naheliegenden Ausweg zu geben. Wo das Strafrecht in seiner instrumentellen Wirkung versage, wo ein unvermeidbares Vollzugsdefizite vorliege, komme dem Strafrecht doch eine gewichtige symbolische Bedeutung zu. Aber ein Strafrecht, das sich als Mittel zur Lösung von Systemproblemen versteht, wirkt instrumentell zu wenig, um seine Kontraproduktivität auszugleichen. Eben darunter leidet dann aber auch seine symbolische Wirkung, die man sich zunächst noch eine Zeitlang von ihm erhoffen mag.

* 한국해양대학교 해양경찰학과 조교수

I. 시작하는 말

오늘날 우리가 처해있는 시대적 상황을 상징적으로 표현하자면 '위험사회'(Risikogesellschaft)¹⁾라고 말할 수 있을 것이다. 지난 몇 세기 동안 과학기술의 발전은 인류에게 편리하고 풍요로운 생활을 보장하여 주기만 하는 듯 보였다. 그러나 오늘날 그러한 발전의 어두운 면이 가져온 가공할 만한 파괴력에 대해 모르는 사람은 아무도 없을 것이다. 인류의 생존에 대한 위협은 바로 그러한 발전의 어두운 면에 해당하는 자연자원의 무분별한 개발과 파괴, 유독성폐기물과 핵폐기물에 의한 토양오염과 수자원오염, 유해물질에 의해 증대되고 있는 대기오염과 그에 따르는 오존층파괴, 대재앙의 전조로 점점 더 빈번하게 나타나고 있는 기상재해, 무수한 종류의 식물과 동물의 멸종, 생명의 유전적 기초에 대한 침범 등에서 비롯된 것이다.

위험사회는 바로 이와 같이 과학기술의 발전에 의하여 인위적으로 발생된 원자적·화학적·생태적·유전공학적 자멸가능성을 지닌 사회를 염두에 두고 하는 말이다.²⁾ 오늘날과 같은 '후기산업사회'의 위험(Risiko)은 전통적 위험(Gefahr)과 달리³⁾ 인간의 집단적 결정에서 비롯되고 예상된 것이지만, 인류의 생존을 위협할 수 있을 뿐만 아니라 개인의 입장에서는 무방비상태에서 피할 수 없는 대량위험으로 나타난다는 특징을 가지고 있다.⁴⁾ 따라서 오늘날의 위험사회에서 대다수 국민들은 대규모의 객관적 위험에 무방비상태로 노출되어 있다는 불안감을 가지게 되고, 그러한 불안감으로 인해 새로운 사회적 문제들이 야기

된다. 더 나아가 이와 같은 사정은 객관적으로 위험이 증가하지 않은 곳에서도 독자적으로 불안감이 발생할 수 있다는 사실에 의해 한층 더 심각해진다.⁵⁾ 요컨대 위험사회에서 사람들은 위험에 대한 불안감을 최소화하려는 욕구를 가지게 되며, 이러한 욕구는 결국 그러한 위험의 발생을 지극히 초기 단계에서 이미 형법을 통해 차단하려는 경향으로 흐른다.⁶⁾

이하에서는 먼저 위험사회에 대한 형법적 대응방식과 그러한 대응방식의 문제점(II)을 살펴보고, 그러한 대응방식은 실효성 있는 해결책이 될 수 없음에도 불구하고 상징적 형법을 고수하려는 경향(III)에 대해 비판적 관점에서 검토하고자 한다.

II. 위험사회에 대한 형법적 대응방식과 문제점

1. 위험사회에 대한 형법적 대응방식

위험사회에서 형법적 대응방식은 전통적인 보충적·규제적 역할에서 그치지 않고 형법적 보호의 전치화와 예방적 기능의 확대로 나타난다.⁷⁾ 이것은 전단계범죄화를 의미하며, 이를 위한 두 가지 중요한 방법은 전통적인 개인적 법익보다 훨씬 앞당겨진 보편적 법익을 인정하는 것과 전통적인 범죄유형(침해법과 구체적 위험범)의 전단계에 미치는 범죄유형으로서 추상적 위험범을 도입하는 것이다.⁸⁾ 이러한 방식의 전단계범죄화는 주로 환경형법, 마약형법, 경제형법, 조세형법 등의 영역에서 강하게 나타나고 있다.⁹⁾

1) 이것은 1980년대에 Ulich Beck이 처음으로 학술용어로 사용하기 시작한 이래로 최근까지 많은 학자들이 즐겨 사용하는 유행개념이 되었다. 자세한 내용은 예컨대 Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986; Luhmann, Soziologie des Risiko, 1991; Bechmann, Risiko als Schlüsselkategorie der Gesellschaftstheorie, KritV 1991, 212면 이하 참조.

2) Ulrich Beck, Politik in der Risikogesellschaft, 1991, 10면.

3) 전통적 위험과 현대적 위험개념에 대해서는 박강우, 위험사회와 형법의 변화, 형사정책연구 제8권 4호, 1997, 282면 이하; 심재무, 위험사회와 환경형법, 형사법연구 제11호, 1999, 291면 이하 참조.

4) Luhmann, 앞의 책, 54면 이하.

5) Prittwitz, Funktionalisierung des Strafrechts, Strafverteidiger 1991, 438면.

6) 위험사회에서 법의 기능변화와 바람직한 법학의 역할에 대해서는 허일대, 위험사회의 출현과 법의 기능변화, 비교형사법연구 제3권 제2호, 2002, 3면 이하 참조.

7) 이에 관해서는 김학태, 현대위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화, 비교형사법연구 제3권 제1호, 2001, 6면 이하; 박강우, 앞의 논문, 278면 이하 참조.

8) Hassemer는 이와 같은 '형법의 기능화'와 '탈정형화'라는 두 가지 변화경향에 대해 매우 비판적인 입장을 표명하고 있다. 즉 형법의 기능화에 의해 형법은 정치적 목적달성을 위한 수단으로 전락되고, 형법의 탈정형화에 의해 죄형법정주의가 위태롭게 된다는 것이다. 자세한 내용은 AK-Hassemer, vor § 1 Rn. 480 이하 참조.

이에 대해 좀더 자세히 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 위험사회에 대한 대응방식으로서 전단계범죄화는 보편적 법익을 인정하는 것에 의해 이루어진다. 법익은 법적 보호의 대상으로서 검증된 이익을 말하는데, 이와 같은 법익은 전통적으로 생명이나 재산에 대한 권리와 같은 개인적 권리에 지향되어 있었다. 따라서 전통적인 형법에서는 사정에 따라 그와 같은 이익과 직접적으로 관련된 행위만이 문제될 수 있었다. 그러나 위험사회의 형법에서 법익은 훨씬 더 보편적인 것이 되고, 사회에서 개인적 이익을 보존하기 위한 전제에 해당하는 기능연관과 체계연관을 포괄하는 것으로 되었다. 예컨대 경제형법에서는 경제생활의 기능과 제도를 보호법익으로¹⁰⁾ 인정하고, 환경형법에서는 환경 그 자체 또는 그 매개물로서 수질, 토양 그리고 대기도 보호법익으로¹¹⁾ 인정하고 있다. 그리고 마약형법은 개인의 건강침해,¹²⁾ 자유침해¹³⁾ 또는 사회적 가치기준의 와해¹⁴⁾ 등을 염려하여 특정한 마약의 거래 및 소비행위에 대해 형사제재를 가한다.

둘째, 전단계범죄화는 전통적 범죄유형의 전단계에 해당하는 추상적 위험범과 적성범(Eignugsdelikt)을 도입하는 것을 통해 이루어진다.¹⁵⁾ 이러한 범죄유형은 예컨대 환경형법에서 무방비상태로 위험한 물질을 다루는 행위, 마약형법에서 특정한 거래구조를 구축하는 행위 내지 심지어 구입처를 탐색하는 행위와 같이 일상적인 경험에 비추어 볼 때 위험할 수 있는 행위들을 행위결과와 무관하게 처벌대상으로 인정함으로써 행위와 침해결과 사이의 인과관계에 대한 요건을 완화하거나 배제한다.

이와 같은 전단계범죄화는 법익의 보편화와 위험의 추상화라는 두 가지 방법의 결합에 의해 이루어질 수도 있으며, 여기서는 개인적 법익의 보호가 중요한 것

이 아니라 '불안감 없는 확실한 생존'을 보장하는 것이 관건이 된다.¹⁶⁾ 따라서 위험사회에서 형법의 전치화 내지 전단계범죄화는 형사처벌이 객관적 위험상황에 의해 결코 정당화될 수 없는 곳에서도 종종 범죄구성요건의 신설을 요구하게 된다.

2. 위험사회에 대한 형법적 대응방식의 문제점

위험사회에서 형법은 환경오염, 마약거래와 소비, 부정부패, 조세포탈, 밀수, 조직범죄, 사이버범죄, 유전자조작 등 사회적으로나 정치적으로 중대한 모든 문제를 해결할 수 있는 '만병통치약'으로 통하는 경향이 있으며, 위험에 대한 국민들의 불안감을 최소화할 수 있는 해결책으로서 각광을 받고 있는 실정이다. 형법이 실제로도 그렇게 작용하고 국민들의 기대를 충족시키고 있다면 만사형통이겠지만, 사정이 그렇지 못하다는 것이 문제이다. 예컨대 환경형법과 마약형법의 영역에서는 소위 암수범죄가 전통적인 핵심형법의 경우보다 훨씬 더 많기 때문에 엄청난 '집행결여'가 나타나고 있다는 것은 오늘날 공지의 사실이 되었다.¹⁷⁾ 요컨대 보편적 법익을 인정하고 추상적 위험범을 광범위하게 도입하는 것을 통한 형법의 전치화 내지 전단계범죄화는 실제로는 원래 의도한 목적인 위험예방과 불안감해소에 기여하지 못하고 정치적 목적을 위한 수단으로 전락하게 된다. 이와 같이 위험사회에 대한 형법적 대응방식이 실효성을 거두지 못하고 엄청난 집행결여의 문제점을 안게 되는 현상은 귀속문제와 '반생산성(Kontraproduktivität)' 내지 역기능성에서 비롯된다고 볼 수 있다. 이에 대해 좀더 자세히 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 보편적 법익과 추상적 위험범을 통한 전단계

9) 김학태, 앞의 논문, 21면.

10) 이에 관해서는 P. A. Albrecht, Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat - Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts, KritV 1988, 193면 이하 참조.

11) 환경형법의 보호법익에 관해서는 예컨대 심재무, 앞의 논문, 297면 이하 참조.

12) 마약형법의 공식적인 목적에 관해서는 Ebert/Müller, Betäubungsmittelrecht. Kommentar und Anleitung für die Praxis, Einleitung Rn. 1 참조.

13) 이 점에 대해 설득력이 있는 논문으로는 Köhler, Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht, ZStW 104 (1992), 3면 이하 참조.

14) Böllinger, Strafrecht, Drogenpolitik und Verfassung, Kritische Justiz 1991, 406면 참조.

15) 자세한 내용은 Seelmann, Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, NJW 1990, 1259면 참조.

16) Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1988, 254면 이하 참조.

17) 예컨대 Böllinger, 앞의 논문, 394면; Hassemer, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, 558면 참조.

범죄화가 이미 귀속문제를 야기한다. 즉 전단계범죄화는 행위와 결과 사이의 결합을 해체하고 귀속기준을 단순화하기 때문에 우선은 귀속을 용이하게 만드는 것처럼 보이지만, 형법에서 매우 중요한 의미가 있는 '행위자와 행위결과 사이의 직관적 연관성'을 희석시키기 때문에 집행단계에서 오히려 개별적 귀속을 꺼리게 만든다. 특히 이러한 경향은 기업이나 조직의 분업적 책임분산에 의해 더욱더 심화된다.¹⁸⁾ 예컨대 환경범죄와 마약범죄에서는 분업적 책임분산으로 인해 기업 또는 하위문화조직에서 책임자를 확인하기가 매우 어려울 뿐만 아니라 유책성에 대한 법윤리적인 평가의 측면에서도 여러 사람이 동일한 사건에 대해 책임이 있을 경우 개별적 책임의 고유한 비중은 감소된다. 이와 같은 개별적 책임비중의 감소는 그러한 행위가 광범위한 사회적 합의에 의해 묵인되고 있는 위험의 한계를 넘나들 경우 한층 더 강하게 작용한다. 더 나아가 귀속의 어려움으로 인해 범죄화과정에서 고도의 선별작업이 이루어지며, 그것은 어떤 사람이 실제로 범죄인으로 되는 것을 거의 우연에 맡기게 된다.¹⁹⁾ 끝으로 환경형법과 마약형법의 경우 불안정한 보충규범에 종속되어 있다는 점도 귀속을 약화시키는 작용을 한다. 예컨대 어느 정도의 폐수방출이 형사처벌의 대상이 되는지는 언제든지 변경가능한 행정행위의 복잡한 네트워크에 달려 있다.²⁰⁾ 그리고 환각물질의 거래가 가벌적인지 여부는 처벌대상이 되는 중독물질의 목록에 달려 있으며, 그러한 목록은 언제든지 변경가능하다. 예컨대 알코올과 니코틴은 그러한 목록에 포함되지 않기 때문에 수치상 더 심각한 중독물질의 경우 자기손상이 관용되며, 니코틴의 경우 심지어 무관한 제3자에 대한 가해도 사회적 상당성이 있는 것으로 취급된다. 따라서 전통적인 형법에서는 사람들이 범죄인은 악인이라는 사실을 확실하게 체험하지만, 환경형법과 마약형법에서는 그와 같은 악인에 대한 확

실한 체험이 결여된다.

둘째, 위험사회에 대한 형법적 대응방식의 실효성이 결여되는 이유는 위험형법의 '반생산성' 내지 역기능성에서도 찾을 수 있다. 예컨대 마약형법은 오히려 마약밀매를 조장하고 전세계적으로 불법한 마약거래가 확산되도록 값을 올려놓고 중독된 소비자가 공적 부조를 요청하는 것을 방해하고 외부와 차단된 하위문화화를 고착시킬 뿐만 아니라 강도나 절도 등과 같은 2차 범죄를 유발하기도 한다.²¹⁾ 따라서 마약형법은 집행과정에서 원래의 입법목적과 모순되는 결과를 초래함으로써 반생산성의 문제를 노출하게 되는데 이러한 현상은 환경형법에서도 찾아 볼 수 있다. 그리고 환경범죄와 마약범죄의 영역에서 알리바이기능도 반생산성의 요소가 된다. 즉 환경형법과 마약형법이 있으면 환경오염과 중독위험이 효과적으로 방지되는 것처럼 많은 사람들이 현혹되고 있지만, 실제로는 그렇지 못하다는 것이다.

이와 같은 귀속문제와 반생산성의 문제는 사회학자들에 의해서도 위험사회의 전형적인 특징으로서 진단되고 있다.²²⁾ 요컨대 위험사회에서 형법은 전단계범죄화를 시도하지만 수사의 어려움뿐만 아니라 구조적인 귀속문제와 반생산성으로 인하여 엄청난 집행결여의 문제점을 노출함으로써 실효성을 거두지 못하고 있다.

III. 위험사회와 상징형법

위험사회에서 형법이 엄청난 집행결여의 문제점을 노출함으로써 실효성을 거두지 못하고 있음에도 불구하고 형법에 상징적 의미가 부여되어야 하며, 국민들 사이에 장기적인 의식변화가 이루어지도록 특정한 행위에 대해서는 형사제재가 부과되어야 한다는 것이 대다수 입법자들의 생각이다.²³⁾ 따라서 위험사회의

18) 자세한 내용은 Seelmann, 앞의 논문, 1260면 참조.

19) 자세한 내용은 Schünemann, Das strafrechtliche Dunkelfeld - Stabilisator der Rechtstreue? In: Die Durchsetzung des Rechts, 1984, 40면 이하 참조.

20) 이와 같은 '행정종속성'의 문제에 관해서는 예컨대 심재무, 앞의 논문, 304면 이하; Seelmann, 앞의 논문, 1259면 참조.

21) 자세한 내용은 Böllinger, 앞의 논문, 394면 이하; Köhler, 앞의 논문, 10면 이하 참조.

22) 예컨대 Luhmann, 앞의 책, 34면 이하; Teubner, Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1984, 317면 이하 참조.

23) 형법에서 상징적 입법의 개념에 관해 자세한 내용은 Hassemer, 앞의 논문, 553면 이하; Voß, Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, 1989 참조.

형법은 상징적 형법으로 나아가고 있다.²⁴⁾ 그러나 위험사회에서 상징적 형법은 실효성도 없으면서 정치적 목적달성을 위한 수단으로 전략한다는 데에 문제점이 있다. 즉 위험사회에서 상징적 형법은 형법적 법익을 보호하기 위한 것이 아니라 입법자나 정부의 성공적인 이미지를 만들어 내기 위한 수단이 된다.²⁵⁾ 요컨대 위험사회의 상징적 입법은 잠재적인 대량위험에 대한 국민들의 불안감을 해소하고 그러한 문제를 해결할 수 있는 것처럼 허풍을 떠는 것에 불과하다.

상징적 형법이라는 개념을 비판적 의미에서 이해한다면 '시간적으로나 내용적으로 원래 의도한 목적과 달리 작용하는 형법' 또는 '법적 의무나 그러한 의무의 이행을 부과한 수범자범위와 다른 수범자범위에 대해 적용되는 형법'이라고 할 수 있다. 이와 같이 형법이 상징적 효력을 발휘하기 위해서는 최소한의 실효성을 가지고 있어야 할뿐만 아니라 범죄와 형벌이 상징적인 의미를 가지고 있어야 한다. 우선 상징적 효력은 그 특성의 은폐에 의해 유지될 수 있으며, 일단 그 실상이 알려지면 사라지게 된다.²⁶⁾ 그런데 경제형법, 환경형법, 마약형법 등과 같은 영역에서는 전통적인 핵심형법의 영역에서보다 훨씬 더 많은 암수범죄가 존재한다는 사실이 명백히 드러나고 논의되고 있다. 따라서 위험사회에서 이러한 영역의 형법은 상징적 효력조차 유지하기 어렵다. 더 나아가 형법이 상징적 효력을 발휘하기 위해서는 최소한의 실효성뿐만 아니라 행위와 형벌의 상징적 의미가 전제되어야 하지만 위험사회의 형법에서는 그러한 상징적 의미가 대부분 사라지게 된다. 이에 대해 좀더 자세히 살펴보면 다음과 같다.

최소한 19세기 초 이래로 범죄행위와 형벌에 분명히 상징적 의미가 부여되어 왔다. 우선 범죄행위는 민법적 의미에서 금액으로 환산할 수 있는 피해를 야기한 것보다 더 큰 의미를 갖는다. 따라서 그 이후로 민

법과 형법 사이의 결정적 차이점들에 관한 논쟁이 점점 더 가열되었다. 형법적으로 의미있는 특수한 행위 요소는 대부분 행위의 사회적 의미에서 파악된다. 즉 범죄행위자는 일정한 법적 지위만 침해한 것이 아니라 권리로서의 법을 침해한 것이고 그것은 동시에 범죄피해자의 범주체성에 대한 침해이며,²⁷⁾ 결국 범죄행위자는 피해자를 범주체로 승인하지 않은 것이다. 이와 같은 방식으로 범죄행위자는 물질적인 피해를 넘어가는 '이념적 피해'를 야기한다.²⁸⁾ 상징적 상호작용이론의 용어를 빌리자면 범죄행위자는 '觀點引受'를 거부한 것이고,²⁹⁾ 체계이론의 용어를 빌리자면 범죄행위자는 '일반화된 규범적 행위기대'를 일반적인 안전욕구를 자극할 정도로 침해한 것이다.³⁰⁾ 따라서 범죄행위가 민법적 의미를 넘어가는 이념적 의미를 지님으로써 형법은 확실히 상징화단계의 측면에서 민법을 능가한다. 이러한 맥락에서 범죄행위가 무엇에 대한 상징에 해당하는 것처럼 범죄행위에 대한 제재인 형벌도 분명히 물질적 피해의 회복을 넘어선 의미를 가져야 한다. 즉 형벌은 법의 회복, 승인관계의 회복, 이념적 피해의 상쇄, 관점인수의 불가피성에 대한 증명, 실추된 기대의 확증 등과 같은 의미를 가져야 한다. 그러나 귀속의 어려움으로 인하여 행위가 더 이상 특정인의 책임으로 분명하게 귀속될 수 없는 경우, 범죄인이 더 이상 악인으로 표현될 수 없는 경우 및 더 이상 무고한 피해자와 정당한 사회가 범죄인에 대비될 수 없는 경우에는 형벌의 상징적 의미와 상징적 작용을 위한 전제에 해당하는 행위의 상징적 의미도 대부분 사라지게 된다.

요컨대 위험사회의 상징형법에서는 귀속의 어려움과 반생산성으로 인하여 전통적인 핵심형법보다 훨씬 더 실효성이 떨어질 뿐만 아니라 암수문제가 여실히 드러나게 된다. 따라서 위험사회의 상징형법은 실효성이 없다는 사실도 공공연하게 밝혀지고 행위의 상징

24) 상징적 입법에 대한 논의의 전개에 관해서는 Seelman, Risikostrafrecht, Kritv 1992, 461면 이하 참조.

25) Hassemer, 앞의 논문, 558면 이하.

26) Block, Ideen und Schimären im Strafrecht, ZStW 103 (1991), 650면 이하; Schmehl, Symbolische Gesetzgebung, ZRP 1991, 253면.

27) Seelmann, Hegels Straftheorie in seinen Grundlinien der Philosophie des Rechts, Jus 1970, 689면 이하 참조.

28) Müller-Dietz, Vom intellektuellen Verbrechensschaden - Eine nicht nur historische Reminiszenz, GA 1983, 481면 이하 참조.

29) Klaus Günter, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrecht, in: Jung/ Müller-Dietz/Neumann, Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung, 1991, 213면 참조.

30) Luhmann, Rechtssoziologie, Bd. 1, 1972, 40면 이하 참조.

적 의미도 감소함으로써 기대했던 상징적 효력도 상실하게 된다.

IV. 맺는 말

지금까지 검토한 내용에 따르면 당분간은 모르겠지만 장기적인 안목에서 볼 때 형법이 앞으로도 새로운 사회문제에 대처하기 위해 지속적으로 팽창하기만 하지는 않을 것으로 보인다. 왜냐하면 어떠한 의사도 질병의 치료에는 아무런 도움이 되지 않고 오히려 부작용만 초래하는 약을 지속적으로 처방하지는 않을 것이기 때문이다. 요컨대 위험사회에서 상징형법의 팽창은 문제해결에 실질적으로 기여하지 못할 뿐만 아니라 부작용만 일으키며, 결국 그러한 실상이 밝혀짐으로써 상징적 효력조차 상실하게 된다.³¹⁾

이러한 상황에서 개별적 법익보호의 핵심영역으로 이루어진 형법으로 회기하려는 신고전주의적 경향이 주목을 받고 있다. 즉 형법을 원칙적으로 개인적 법익의 보호에 국한시키고, 보편적 법익은 '개인적 법익으로부터 기능화'될 수 있을 때에만 인정하려고 한다.³²⁾ 이에 따르면 형사입법의 모델은 예전과 마찬가지로 앞으로도 고전적 침해범이어야 하고, 특히 추상적 위법범이라는 입법형식은 단호한 비판을 받는다.³³⁾ 이러한 해결방안에 따르면 위험사회에서 상징형법의 문제점이 일소되는 것처럼 보인다. 즉 개인의 현재의 이익에 대한 구체적 위태화를 넘어가는 어떠한 죄형법규도 더 이상 존재하지 않게 된다. 이러한 입장에서는 질서위반법, 민법, 행정법뿐만 아니라 시장과 피해자의 독자적 조치에 모든 것을 맡길 수 있으며, 극단적인 경우에는 일종의 특수한 행정형법으로 보이는 특별한 '간섭법'³⁴⁾에 위임할 수 있다고 한다. 그렇게 되면 형법과 형법학자들은 어쨌거나 위험사회의 문제로부터 해방된다.

그러나 그러한 대안에 대해서도 현실적 유용성뿐만 아니라 이론적 타당성과 관련된 의문이 남는다. 우선 환경오염의 경우 민법, 시장 또는 피해자의 독자적인

보호조치를 통해서도 특별한 성과를 거두기 어려운 것으로 보인다. 예컨대 쓰레기하치장에 불법으로 버린 오염물질이 30년 후에 지하수를 오염시키기 시작한다면 그러한 대안들은 특별한 도움이 될 수 없을 것이다. 더 나아가 그러한 대안은 일탈행위의 중대성과 그에 대한 제재사이의 터무니없는 불균형을 초래한다는 비판에도 귀기울일 필요가 있는 것으로 보인다.³⁵⁾ 예컨대 인간의 胚芽에 대한 지속적이고 무제한적인 침해는 현존하는 인간에 대한 가벼운 상해보다 훨씬 더 중대한 일탈이라고 볼 수 있을 것이다. 주지하다시피 형벌은 일탈행위에 대한 법적 제재수단 가운데 가장 강력하고 중대한 것이다. 그런데 이러한 형벌이 하필이면 단순히 개인의 생존이 아니라 전체인류의 생존을 위태롭게 만드는 일탈행위에 대해서는 포기되어야 한다는 것은 모든 도그마틱적·법치국가적 의구심을 감안하더라도 납득하기가 쉽지 않을 것으로 보인다.

오늘과 같은 위험사회에서 형법의 장래가 매우 불확실하게 되어 있다는 사실만은 확실한 것으로 보인다. 이러한 상황에 직면하여 위험사회에서 형법이 가야 할 바람직한 방향을 결정하는 것은 지극히 어렵고 조심스러운 문제일 것이다. 따라서 현재의 상황에서는 다음과 같은 잠정적인 결론에 만족할 수밖에 없는 것으로 보인다. 우선 법치국가원칙에 입각하여 죄형법정주의, 책임원칙, 비례성원칙, 보충성원칙 등과 같은 형법의 규범적 원칙을 고수하려는 신고전주의적 경향의 지혜를 깊이 음미할 필요가 있다는 것이다. 더 나아가 그러한 바탕에 기초하여 위험사회의 상징형법처럼 형법을 기능화 내지 탈정형화하지 않는 범위 내에서 미래와 관련된 일탈행위에 대해서도 법치국가적·도그마틱적 의구심을 해소할 수 있는 형법적 귀속기준들을 발전시키기 위한 노력이 지속되어야 한다는 것이다.

원고접수일 2002년 11월 15일

원고채택일 2003년 1월 24일

31) 위험형법의 반생산성과 귀속문제에 관한 경험으로부터 전통적 핵심형법에서도 반생산성과 귀속문제가 일화됨으로써 나타나는 전통적 핵심형법의 침식현상에 대해서는 Seelman, Kritv 1992, 467면 이하 참조.

32) Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, 383면.

33) Hassemer, ZRP 1992, 381면; Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 71면.

34) Hassemer, ZRP 1992, 383면.

35) Stratenwerth, Zukunftsicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105 (1993), 679면 이하.