

위험 형사법 확장의 문제점과 조화로운 모색

조 광 훈*

< 목 차 >

- I. 시작하며
- II. 위험사회에서 위험형사법의 필요성
- III. 위험형사법의 각 문제점에 관한 검토
- IV. 위험사회에서 형사법 운용의 조화로운 모색
- V. 마치며

I. 시작하며

얼마 전에 3년 전 진도 앞바다에 침몰되었던 세월호가 우여곡절 끝에 인양되었다. 세월호 사고는 우리사회의 전반에 퍼져 있는 심각한 안전불감증을 다시금 깨닫게 해준 비극적인 사고였다. 비단 세월호 사고뿐만 아니라 문제는 현대사회는 환경범죄, 경제범죄, 마약범죄, 조직범죄, 테러범죄 등의 인간에 의한 인위적인 위험에서부터 원자력, 화학물질, 유전공학 등 과학기술의 발전과 더불어 야기되는 새로운 위험원(危險源)들에 의한 사고까지, 많은 위험원들이 인간의 평화로운 삶을 끊임없이 위협하고 있다는 점이다. 이에 인간들은 수많은 위험원들로부터 안전과 생명을 지키기 위하여 끊임없이 법과 제도를 만들고 다듬어 대응해 나가고 있지만 이러한 위험을 모두 통제하기란 사실상 불가능하다.

이러한 인위적 위험과 자연발생적 위험이 혼합된 위험은 인간의 생명과 안전을 위협하는 요인으로 작용하는데, 이러한 현대사회를 ‘위험사회’(Risikogesellschaft)¹⁾라고 하기도 한다. 이같이 우리 주위에 인간의 삶을 위협하는 위험요소들이

* 고려대학교 대학원 법학과 박사수료(형법).

무수히 산재되어 있고 위험을 없애 안전사회를 이루고자 하는 인간의 의도와는 달리 오히려 위험원들은 점점 늘어나는 추세에 있다.²⁾ 과학기술과 물질문명이 발전함에 따라 늘어나는 환경오염과 환경재앙을 비롯한 수많은 위험은 인간의 문화적·경제적인 삶의 질을 저해시키는 것은 물론이고 인간의 생존 자체를 위협하고 있다. 이러한 위험사회로부터 보다 안전을 구축하기 위한 형사법의 변화도 예외가 아니어서 위험사회에서 형법정책은 전통적 법익중심의 패러다임에서 위험예방 중심으로 변해야 한다는 ‘위험형법³⁾’의 확대에 초점이 맞춰지고 있다. 최근에서는 이러한 경향에서 한발 더 나아가 위험형사소송법⁴⁾을 강조하면서 절차법에까지 그 영역 확장을 꾀하는 시도까지 보이고 있다.

위험사회에서 위험형법과 위험형사소송법을 강조하면서 그 영역 확장을 시도하는 것은 긍정적인 면과 부정적인 면이 동시에 존재한다. 현대사회가 이미 위험사회가 되어버린 상황에서 무조건 형사법 영역만을 확장하거나 무조건 전통적인 형사법 해석론만을 고수하는 것은 모두 바람직하지 않다. 위험사회에서 발생할 수 있는 위험을 효과적으로 제어하는데 형사법이 기여할 수 있다면 어느 정도 이를 수인하는 자세가 필요할 것이다. 하지만 어느 정도 수인하고 용인할 것인지를 합리적으로 결정하여야 하겠지만 전통적 법치국가에서 오랫동안 다져 온 이론적 토대를 무시하는 것 또한 바람직하지 않다. 그런데 지금까지의 위험형법을 둘러싼 선행연구들은 주로 위험형법을 강조하거나 위험형법의 확장에 따른 전통적 형법과 저축 또는 배치되는 점을 찾아내는 것에 주로 관심을

-
- 1) 독일의 사회학자 울리히벡(Ulrich Beck)은 그의 저서 ‘위험사회’(Risikogesellschaft)에서 현재를 ‘위험사회’라고 규정하였다.
 - 2) 인류의 생존을 위협하고 있는 위험요소들은 자연적 위험요소(자연적 재해 등)와 인위적 위험요소(무분별한 개발과 파괴, 유독성 폐기물과 핵폐기물에 의한 토양오염과 수자원 오염, 유해물질에 의해 증대되고 있는 대기오염과 그에 따르는 오존층 파괴), 복합적 위험요소(인간의 과학기술의 발전에 따른 기상재해, 동식물들의 멸종과 생명의 유전적 기초에 대한 침범 등) 등이 많이 존재한다고 볼 수 있다(최석윤, “위험사회와 상징형법”, 『해양환경 안전학회지』 제8권 제2호, 해양환경 안전학회, 2002.12, 18면). 그리고 성폭력, 마약, 환경오염, 방사능 누출 등을 비롯한 수많은 위험원(危險源)들이 존재하고 있고 과학문명이 발달하면 발달할수록 이에 비례하여 새로운 위험원들이 출현된다.
 - 3) 김일수, “사회안전과 형사법”, 『2013년 형사법 5개 학회 공동학술회의 자료집』, 성균관대학교, 2013.6.22, 7면에서는 위험형법을 ‘장외형법’, ‘예방형법’, ‘안전형법’, ‘적대형법’이라고 부르기도 하고 이승현, “사회안전과 절차형법의 변화 - 과제와 전망”, 『2013년 형사법 5개 학회 공동학술 자료집』, 성균관대학교, 2013.6.22, 45면에서는 ‘적대적 형법’이라고 하기도 한다.
 - 4) 위험사회 또는 안전사회를 구현하기 위한 실체법의 적용과 확대는 위험형법으로 보고 절차법의 투입을 절차형법이라고 하면서 ‘절차형법 = 위험형사소송법’이라고 칭하는 것 같다.

두고 있었다. 위험형법을 강조하는 입장과 이를 우려하는 입장이 대립되는 모습만 보이기만 할 뿐 이를 조화로운 모색방향에 관해서는 별다른 관심을 기울이지 않았다.

따라서 이 글에서 위험사회에서 형사법 영역의 확장에 따른 긍정적인 면과 부정적인 면을 검토한 후, 이를 토대로 조화로운 모색방향을 고민해 보고자 한다. 먼저 위험사회를 맞이하여 위험형사법⁵⁾의 필요성과 역할과 문제점(Ⅱ)을 살펴본다. 그리고 전통적 형사소송법의 근본이념의 측면에서 긍정적 측면과 부정적 측면을 검토한다(Ⅲ). 그 다음으로 위험사회에서 형사법 영역의 확장을 둘러싼 조화로운 모색방향(Ⅳ)을 살펴본 후, 마치하고자 한다.(Ⅴ)

Ⅱ. 위험사회에서 위험형사법의 필요성

1. 위험형법의 필요성: 형법 고유의 기능론적 관점에서

위험사회에서 발생하는 다양한 위험원은 예기치 않게 발생하는 경우가 많다. 물론 인간의 물질문명의 발전과 발달은 이미 많은 위험원을 내포하고 있기에 인간생활을 둘러싼 모든 생활제도 자체가 많은 위험원을 이미 잉태하고 있는 셈이다. 인간들 스스로 이러한 위험원의 잉태 원인을 제공한 측면이 많은 것이다. 그럼에도 불구하고 사후적으로 스스로의 생명과 안전을 지키려고 위험형법의 확장을 통하여 선제적으로 대응하려는 모습은 아이러니한 모습을 보이고 있다. 각종 새로운 위험원의 발생을 억제하기 위하여 범규범을 만들고 형법의 보충적 기능보다는 예방적 기능을 강조하여 새로운 위험에 선제적으로 대응하려는 모습이 바로 그러하다. 이는 인간 스스로 만들어 놓은 형법에 선량한 국민들의 법익보호와 개인의 이익이나 공동체의 이익을 보호하는 것에 방점을 찍게 되어 자연스럽게 위험형법의 기능을 강조하게 된다.

형사법의 구조도 이러한 틀로 변화를 시도하게 된다. 구체적 위험범에서 추상적 위험범으로, 고의범에서 과실범으로, 기수범에서 예비·음모로 그 영역이 확장되거나 앞당겨지는 변화를 적극 모색한다. 과거의 위험보다도 현재의 위험

5) 이 글에서 위험형사법은 위험형법과 위험형사소송법을 지칭한다.

을 우선적으로 고려하고, 궁극적으로는 미래와 잠재적 위험에 선제적으로 대응하는 것에 중점을 둔다. 그리하여 자연스럽게 위험도 예방 내지는 선제적으로 다스려야 한다는 형법정책으로 옮겨가는 경향을 보인다. 이러한 상황에서 인간 스스로 편리함과 위험원을 동시에 가져다주는 상황을 효율적으로 대응할 수 있는 법적체계를 갖출 필요가 요구되는 것이다. 이렇게 위험사회에서 발생하는 위험원을 형사법으로 모두 예방할 수는 없고 비록 사후라고 할지라도 위험원을 효과적으로 제어하고 통제할 수만 있다면 위험형법의 의미와 필요성을 인정할 수 있다.

형법의 성격은 국가가 어떤 행위가 범죄에 해당할 경우에는 그에 대한 형벌이나 보안처분을 부과하여 그 법률효과를 창출하는 규범적 성격을 갖는다. 그러기에 형법은 일반 국민들에 대한 가설적 규범과 행위규범을 제시하는 성격을 가지면서 형법에 규정되어 있는 행위가 가치에 반하고 위법하다는 것을 평가규범으로 작용하여 일반 국민들에게는 형법에서 무가치한 행위를 결의하여서는 안되는 의무를 지우고 있다. 이는 인간을 범죄위험으로부터 안전을 지키려는 의도가 형법 규범 속에 녹아 있음을 알 수 있다. 국민들로 하여금 불법을 결의하지 말 것을 미리 의사결정규범으로 만들어 놓아 국민들의 안전을 담보하려는 것이다. 이러한 점은 전통형법이나 위험형법이나 규제적 기능과 보호적 기능을 담보하여 인간의 안전을 확보하려는 것은 공통적임을 확인할 수 있다. 형법 고유의 기능론적 관점에서 본다면 전통형법이나 위험형법이나 위험으로부터 인간의 안전을 확보하려는 공통점을 갖고 있다고 할 것이다.

2. 위험 형사소송법의 필요성: 일반적 관점

앞에서 형법 고유의 기능론적 관점에서 위험형법의 필요성을 살펴보았다. 그런데 위험사회에서 위험형법을 강조하는 입장에서는 위험형법에 대한 외연 확장에만 그치는 것이 아니라 위험 형사소송법에 대한 영역 확장도 적극적으로 꾀하여야 한다는 주장을 펼치기도 한다. 위험사회에서는 위험형법만으로는 효율적인 대응이 어렵고 위험 형사소송법이라는 이름으로 그 영역의 확장의 필요성도 있다고 한다.⁶⁾ 이를 간략히 살펴본다.

6) 권오걸, “위험사회와 위험형사소송법”, 『법학연구』 제51집, 한국법학회, 2013, 113면; 이승현, 앞의 논문, 45면.

위험 형사소송법을 강조하는 입장에서는 위험사회에서 형사법적 대응방안들이 전혀 설득력을 갖지 못하는 것은 아니다. 형법이 범죄와 형벌에 관한 법이라면 형사소송법은 발생한 범죄에 대하여 국가형벌권을 적용해가는 절차에 관한 법이라는 점에서 실체법인 형법과 절차법인 형사소송법 모두 사회 정의를 구체화하기 위한 법적규범이다. 형법에서 범죄와 형벌을 상세히 규정하더라도 형사소송절차를 통하여 이러한 규범을 실현하고 구체화하지 않는다면 형법의 규범력은 존재하나 실효성이 없는 상징적인 형법으로 머무르고 만다. 형법이 약간의 경고와 호소기능만 가질 뿐 실질적인 규범력이 없는 형식적인 규범력을 가진 형법으로 전락할 우려가 있는 것이다. 그런데 위험형사소송법을 강조하면 약간의 경고와 약한 호소의 기능이 강력한 경고와 강력한 호소의 기능으로 변한다. 즉 범죄가 발생한 이후에 급격히 떨어진 위하적 경고와 호소기능을 형사소송법 영역의 확장으로 강력한 힘으로 보충을 피할 수가 있는 것이다.⁷⁾

예를 들어 연쇄살인이나 연쇄 성폭력 사건이 발생하였다고 가정한다. 이런 범죄가 발생한 즉시 범인을 체포하여 신속한 재판을 거쳐 유죄판결을 이끌어낸다면 사회와 격리함으로써 더 이상 살인이나 성폭행을 저지르지 못하게 되어 국민들은 안심을 할 수 있고 언론보도로 인하여 사람들은 살인하거나 성폭행을 저지르면 강력한 처벌을 받을 수 있다는 생각을 갖게 만든다. 그러나 연쇄살인범이나 성폭력 범인이 체포되지 않아 활개치고 다닌다면 이들이 제2, 제3의 범죄를 저지를 것이라는 생각에 공동체의 불안감은 극대화가 될 것이고 형사법의 범죄예방기능은 약화될 수 밖에 없다.⁸⁾ 결국 범죄예방을 위해서는 위험형법과 더불어 위험형사소송법을 통한 적극적인 대응이 요구되고 신속하고도 적절한 형사절차의 진행은 실체형법이 가지는 범죄예방의 효과를 구체적으로 담보할 수 있는 것이다.⁹⁾

위험사회에서는 형법의 규범력을 강화하거나 확대하는 것도 중요하지만 형사소송법의 적극적인 대응도 범죄의 위험을 줄이고 통제하는 방안의 하나로 볼 수 있는 것이다. 위험형법의 규범적 기능을 확보하기 위하여 위험형사소송법으로 보충하여 상호 보완재의 역할을 해 나가야 하는 것이다. 인간의 삶을 위협하는 다양한 위험원으로부터 범죄를 예방하고 다스리려는 위험형법의 간극을

7) 권오걸, 앞의 논문, 113-114면.

8) 위의 논문, 114면 참조.

9) 위의 논문, 114면.

위험 형사소송법의 역할을 변화로 배워 그 효과를 극대화시킬 수 있다는 점에서 위험 형사소송법의 필요성이 존재하는 것이다. 그러나 위험형법 뿐만 아니라 위험 형사소송법이 마냥 강조된다면 위험형법만 강조하여 발생하는 각종 문제점에 더하여 위험형사소송법을 강조함으로써 발생하는 많은 문제점까지 더 많은 문제점에 봉착하게 된다. 그러므로 위험형사법의 필요성을 인정하면서도 무분별한 형사법의 팽창으로 국민들에게 필요 이상의 기본권과 인권 제약을 강요할 수 있는 부작용도 비례하여 증대될 수 있다는 점에서 전통형법과 위험형법의 조화로운 모색점을 찾아 나가야 하는 것이 중요하게 대두되는 것이다.

Ⅲ. 위험형사법의 각 문제점에 관한 검토

1. 위험형법 확장의 문제점

1) 전통적 형법이념과 기능과 배치

위험형법은 전통형법에서 보충적 기능과 규범적 기능이 희석되고 형법의 적극적 기능이 강조된다. 즉 형법에서 보호하여야 할 법익보호의 진치화¹⁰⁾와 예방기능의 확대로 기능의 변화를 추구한다.¹¹⁾ 이는 전 단계 범죄화로 예비단계부터 형법적 평가의 대상을 의미하며¹²⁾, 이를 위한 2가지 중요한 방법은 전통적인 개인적 법익보다 훨씬 앞당겨진 보편적 법익을 인정하는 것과 전통적인 범죄유형(침해범과 구체적 위험범)의 전 단계에 미치는 범죄유형으로서 추상적 위험범을 강조한다.¹³⁾ 침해범에서 위험범으로, 구체적 위험범에서 추상적 위험

10) 이를 추상적 위험범으로 볼 수 있는데, ‘형법의 보호의 조기화(早期化)’라고 칭하기도 한다(김성규, “위험사회에서의 형법의 기능 -독일에서의 논의와 그 시사점-”, 『법학연구』 제15집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2012.7, 185면).

11) 김학대, “현대 위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화”, 『비교형사법 연구』 제3권 제1호, 한국비교형사법학회, 2001, 6면; 최석윤, 앞의 논문, 18면; 박강우, “위험사회와 형법의 변화”, 『형사정책연구』 제8권 제4호, 한국형사정책연구원, 1997, 282면.

12) 이는 위험형법은 개인적 법익이 아니라 국가나 공동체의 제도보호와 같은 보편적 법익이 중심이 된다. 그러므로 형벌의 중심도 과거의 불법에 대한 책임상쇄가 아니라 미래의 위험으로부터 예방이나 방어를 중심으로 둔다. 즉 형벌의 임무가 진압적 통제에서 예방적 조절이라는 미래지향적 형벌효과가 전면에 등장하게 되는 것이다(류전철, “위험사회와 위험형법”, 『법률행정논총』 제16집, 전북대학교 법률행정연구소, 1998, 244면).

범으로, 행위자의 주관적 귀속기준도 고의범의 중심에서 과실범을 보편으로 인정하려는 경향을 강하게 보인다.¹⁴⁾ 형법의 본래적 기능은 과거의 범익침해에 대한 보호에서 미래에 발생할 위험을 선제적 대응으로 형법의 확장도 꾀한다.¹⁵⁾

정범과 공범의 구별도 희석된다.¹⁶⁾ 두드러진 특징은 아직 발생하지 않은 위험에 대처하기 위하여 전 단계 범죄화를 취하면서 전 단계 범죄화는 위험사회를 극복하기 위한 법과 위험의 결합¹⁷⁾으로 구체화도 시도한다. 위험과 불안감으로부터 벗어나기 위하여 형법의 확장을 꾀하고 행위와 침해결과 사이에 인과관계에 대한 요건을 완화 또는 배제를 꾀하기도 한다.¹⁸⁾ 이러한 형법의 전치화 내지 전 단계 범죄화는 형사처벌이 객관적 위험상황에 의해 결코 정당화될 수 없는 곳에서도 종종 구성요건을 신설하기도 한다.¹⁹⁾ 여기에 범규범을 탄력적으로 적용할 수 있도록 추상적이고 일반적인 개념과 언어로 대체되어 법치국가의 근간인 법률 구성요건의 명확성의 원칙이 훼손되고²⁰⁾, 위험사회의 상징형범처럼 형법의 기능화 내지 탈정형화하지 않는 범위 내에서 법치국가적 도그마틱적 의구심만 증폭시키고 위험을 제거한다는 미명으로 형법의 비대화를 불러온다. 그리하여 장래의 위험원을 다스리는데 국가형벌권을 예방적으로 투입되는 결과로 경찰법과의 한계가 무너지거나 가벌적인 행위와 불가벌적인 행위의 한계가 불분명해 진다.²¹⁾ 이 뿐만이 아니다. 형법의 목적을 미래지향에 중심으로 두어 불법의 구조도 불가시적이며, 행위의 주체도 구체적으로 특징을 요구하지도 않는다.²²⁾ 가장 큰 문제점은 형법의 보충성의 원칙과 선제적 대응에서 벗어나 법

13) 최석윤, 앞의 논문, 18면.

14) 김학태, 앞의 논문, 12면.

15) 이승현, 앞의 논문, 45면.

16) 김영환, “위험사회에서의 형법의 귀속원리”, 『법철학연구』 제3권 제2호, 한국법철학회, 2000, 157면.

17) 권오걸, 앞의 논문, 110면.

18) 과거에 질서위반범으로 분류되었던 형법적 차원으로 승격되었다고 한다(김영환, 앞의 논문, 158면).

19) 백상진, “위험형법의 전개에 대한 비판과 바람직한 형법적 대응방안”, 『비교형사법연구』 제13권 제1호, 한국비교형사법학회, 2011, 7면; 최석윤, 앞의 논문, 19면; 권오걸, 위의 논문, 110면; 침해범은 범행의 계획, 예비단계에서 실행의 착수, 범익침해의 결과까지 범죄자가 관여하여야 한다. 이에 반하여 위험사회에서의 형법은 예비단계에서부터 형법적 평가의 대상이 되므로 형법적 보호를 실행의 착수 이전 단계로 앞당기게 되므로 효율적인 위험예방이 가능해진다. 이는 사전예방이라는 이유로 기존의 형법보다 위험범의 형식을 취하려는 경향이 강하게 나타난다(류전철, 앞의 논문, 245면).

20) 류전철, 앞의 논문, 245면; 김학태, 앞의 논문, 23면.

21) 백상진, 앞의 논문, 7면; 류전철, 앞의 논문, 248면.

규범의 본질을 해치고 개인 및 시민사회의 자율성을 침해하는 부작용을 발생시킨다는 점이다.²³⁾ 형법의 선제적 대응으로 모든 위험을 예방하지는 못하면서 위험하다는 이유로 현실적 피해를 수반하지 않는 행위까지도 간섭하게 되어 형벌제도의 왜곡을 불러온다.²⁴⁾ 이에 법 규범의 효력과 형사사법에 대한 신뢰가 깨어져 형벌의 규범 형성력도 감소시키는²⁵⁾ 등의 기존의 형법적인 개념의 틀을 깨는 위험도 초래한다.²⁶⁾

이렇게 오늘날은 안전을 위한 형법의 팽창과 형법의 르네상스 시대를 맞이하였지만²⁷⁾, 전통형법과의 여러 부분에 마찰을 빚고 있다는 점이 문제점으로 지적된다. 특히 전통형법에서 형법의 기본이념은 최후의 수단성인데, 형법의 보충성의 원칙에서 벗어나 예방형법, 위험형법이라는 이름으로 선제적으로 투입하여 불필요한 국민들의 자유와 인권을 제약할 위험성을 증대시킨다는 지적을 받고 있다.

2) 형법만능주의의 오해

위험사회에서 대두되는 위험원을 효율적으로 예방하는 것이 위험형법이 추구하는 지향점이다. 이러한 위험형법은 자연스럽게 국가형벌권의 확장을 통한 엄벌주의를 지향하여²⁸⁾, 새로운 대량의 위험뿐만 아니라 극악무도한 연쇄살인이나 성범죄가 발생하면 양형을 높이고, 구성요건을 강화하여 양형을 높이면 형벌의 일반예방효과가 제고될 수 있다는 사상을 바탕으로 한다. 위험이 보편화될수록 이에 대한 막연한 두려움과 불안감은 안전욕구를 증대시키지만 계산 불가능한 ‘잠재적 위험’을 위험형법으로 완벽하게 다스릴 수 있는 것처럼 포섭을

22) 김영환, 앞의 논문, 154면; 이는 자연스럽게 새로운 구성요건을 창설하여 새로운 범죄화를 확장하는 현상을 가져와 처벌금지라는 소극적 측면에서 처벌요구로, 사회적 유해성보다는 사회적 위험성이 법익의 주요한 판단요인이 된다(백상진, 앞의 논문, 9면).

23) 백상진, 앞의 논문, 11면.

24) 김성규, “위험사회에서의 형법의 기능-독일에서의 논의와 그 시사점-”, 『법학연구』 제15집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2012, 186면.

25) 류전철, 앞의 논문, 248면.

26) 김영환, 앞의 논문, 158면에서는 형법의 임무를 위험사회에 맞춰 재규정이 필요하고 이러한 기반 위에서 장애가 되는 기존의 형법적인 개념의 틀을 아예 제거하고 기존의 형법도그마틱이 제공하는 개념적인 도식들을 저버려야 한다고 한다.

27) 김일수, 앞의 논문, 7면.

28) 김성규, 앞의 논문, 192면.

시도한다. 이는 자연스럽게 형법의 상징화와 과범죄화를 추구하는 경향을 심화시킨다. 가벌성의 확대가 마치 만병통치약인 것처럼 보이지만 막상 범죄억지효과라는 미미하면서²⁹⁾, 잠재적 피해자인 국민들의 위협에 대한 불안감을 최소화시켜주는 정도에 그치고 만다. 집단적 위협과 대량 위협에 대응하기 위하여 형법의 투입으로 형벌의 상향 조정을 시도한다.³⁰⁾ 위험형법의 상징적 의미로 국민들 사이에 장기적인 의식변화가 이루어지도록 특정행위에 대해서 형사제재가 부과되어야 한다는 입장을 취하기도 한다.³¹⁾

전통형법이 새로운 범죄유형, 특히 미래의 안전과 관련된 범죄유형에 대처하는데 적합하지 않으므로 새로운 위협에 대처하기 위하여 위험형법을 투입하고자 하는 것이다.³²⁾ 범죄자와 비범죄자, 가해자와 피해자를 구별하기가 어렵고 ‘행위의 주체’도 불분명한 경우도 야기시킨다.³³⁾ 여기에 위협에 중점을 둔 예방형법의 관점³⁴⁾에서 행위의 주체를 구체적으로 특정할 수 없어 개인보다는 조직체나 법인에 그 책임을 귀속시키는 것에 관심을 둔다.³⁵⁾ 그리하여 법익침해에 대한 인식과 의욕이 고의라고 한다면 미래에 발생할 위협에 대한 주관적인 문제들을 허용된 위협이건 금지된 위협을 불문하고 모두 위협으로 포섭하는 것은 불합리한 점도 나타난다.

환경형법에서 무방비상태로 위험한 물질을 다루는 행위, 마약형법에서 특정한 거래구조를 구축하는 행위 내지 심지어 구입처를 탐색하는 행위와 같이 행위결과와 무관하게 처벌 대상에 포함시켜 행위와 결과 사이의 결합을 해체시킨다. 이에 귀속기준을 단순화하여 행위와 결과의 연관성을 희석시키기도 한다. 환경형법이나 마약형법에서는 암수범죄가 큰 비중을 차지하고 큰 집행결여를 나타내기도 하다.³⁶⁾ 위험형법이 보여주는 큰 집행결여의 문제점은 사실상 미래의 위협은 효과적으로 달성하지 못하면서 형법만능주의를 불러오도록 만든다는 점이다. 하지만 이러한 상징적인 효력조차도 상실되어 결국에는 정치적 목적

29) 위의 논문, 194면.

30) 류전철, 앞의 논문, 229면.

31) 최석윤, 앞의 논문, 20면.

32) 류전철, 앞의 논문, 241면.

33) 위의 논문, 242면.

34) 김재윤, “위험사회에 있어 형법의 팽창현상에 대한 비판적 고찰”, 『비교형사법연구』 제7권 제1호, 한국비교형사법연구회, 2004, 35면.

35) 백상진, 앞의 논문, 16면.

36) 최석윤, 앞의 논문 19면.

달성을 위한 수단으로 변질되기도 한다.³⁷⁾ 강벌주의의 경향으로 고대의 눈에는 눈, 이에는 이, 목숨에는 목숨이라는 탈리오 법칙의 부활로 응보주의로 회귀를 재촉하기도 한다. 이러한 경향은 형벌의 비례성을 상실하게 되어 행위와 결과의 책임에서 벗어나 책임과 형벌의 불확정성을 야기시켜 책임에 대한 공정한 평가의 시비를 낳는다. 이렇게 위험형법은 형법만능주의에 치중하는 모습을 보인다.

형법만능주의가 형벌의 보장적 기능과 죄형법정주의의 근본이념을 퇴색시킬 위험을 내포하고 있는 것이다. 이처럼 위험형법은 범죄로서 처벌되는 귀속의 기준을 규범적 정당성을 통해 평가받아야 하는데 위험원의 제거 및 예방이라는 효율성의 판단에 의하여 결정하게 되어 국민들에게 필요 이상의 기본권 침해를 강요할 수 있는 위험성을 안고 있다.³⁸⁾ 이러한 형법 만능주의의 추구는 형벌의 팽창과 형사법을 통한 위험관리를 효율적으로 추구하려는 본래의 목적과 기능의 한계를 노정시키고 있는 것이다.

3) 위험형사법의 확장에 의한 위험제거와 예방의 미지수

앞에서 위험형법과 위험형사소송법의 필요성을 살펴보았다. 그러나 위험사회에서 위험형사법의 역할과 기능을 살펴보기 위해서는 위험형법과 위험형사소송법의 기능과 역할을 유기적으로 살펴볼 필요가 있다. 안전사회의 요체는 허용된 위험의 범위를 일탈한 현재적 잠재적 위험요인들을 예방 관리하면서 정상적인 사회질서 그 자체를 확립하는 것을 목표로 한다.³⁹⁾ 예를 들어 성폭력범죄에서 실체법적으로 구성요건을 신설하거나 강화하는 것과 맞물려 공소시효 배제 내지 연장, 전자발찌, 신상공개, 화학적 거세는 위험형법과 위험형사소송법의 밀접한 관계와 상호·보완작용이 있음을 말해준다. 성폭력으로부터 안전사회를 구현하기 위한 보호영역을 넓히고 그 보호영역의 실효성을 확보하기 위하여 형사절차적 영역도 예방적 관점을 강조하고 있는 것이다. 이런 점에서 보면, 위험형법이나 위험형사소송법에서 말하는 위험은 근본적으로는 동일하므로 그 위험을 예방하고 제거하고자 하는 기능에도 같은 입장을 취할 수 밖에 없다. 즉 양

37) 위의 논문, 20-22면.

38) 김학태, 앞의 논문, 22면.

39) 김일수, 앞의 논문, 3면.

자 모두 사회 안전을 해치는 범죄의 위험이라는 포괄적 관점에서 위험을 의미한다. 위험사회에서는 기존에 오랫동안 형사절차법이 형사실체법의 실현도구라고 인식해 온 전통형사법 관념이 거꾸로 뒤바뀌어 형사실체법이 형사절차법 실현을 위한 도구로 인식되기에 이른 것이다.⁴⁰⁾ 그러나 실체형법에서 위험은 특정한 범죄 그 자체의 위험이라면 형사소송법상에서 위험은 범죄에 대한 적정한 형벌권 행사를 방해하고 실제적 진실발견을 왜곡할 위험도 포함된다. 진범이 아닌 자에 대한 형벌부과의 위험, 범죄발생에 대하여 형벌부과를 위한 각종의 단계에서의 인권침해의 위험, 형사사법절차의 왜곡의 위험도 포함된다.⁴¹⁾ ‘더 많은 예방과 더 적은 피해자’라는 예방형법의 모토아래에서 더 많은 예방과 더 많은 안전⁴²⁾을 위한 위험형사법의 영역의 확장과 적극적 투입을 하고 있지만 이러한 노력이 위험을 얼마나 제거하고 예방하였는지에 대한 통계로 산출되거나 검증된 적이 없다. 물론 통계가 산출되지 않았다고 전혀 효과가 없었다는 단정하기는 어렵지만 위험형사법의 경고와 호소기능의 적극적 확장으로 위험제거와 예방에 탁월한 효과가 있었다면 그에 대한 객관적으로 수궁할만한 데이터가 산출되어야 한다. 오히려 과도한 위험형사법의 영역확장으로 국민들에 대한 기본권과 인권을 불필요하게 제한하거나 침해하지는 않았지에 대한 성찰을 해볼 필요도 있을 것이다. 주지하여야 할 것은 현대 인권국가에서는 위험을 제거하고 통제하기 위한 효율적인 형사법의 운용도 필요하지만 무분별한 위험형사법의 확장으로 인한 국민들에 대한 필요이상의 과도한 기본권과 인권침해에 대한 위험과 오판 등도 비례하여 늘어날 수 있음을 반드시 인식하여야 한다는 점이다.⁴³⁾

2. 위험형사소송법 확장의 문제점

1) 실제적 진실발견의 관점

(1) 긍정적 측면

40) 김일수, 앞의 논문, 10면.

41) 권오걸, 앞의 논문, 115면.

42) 김일수, 앞의 논문, 10면.

43) 권오걸, 앞의 논문, 115면.

먼저, 실체적 진실발견이라는 관점에서 긍정적인 면을 검토한다. 위험사회에서 형사소송법의 위험예방기능은 실체적 진실발견을 저해할 위험 예방을 주된 것으로 한다.⁴⁴⁾ 이러한 입장에서 본다면 실체적 진실발견은 위험예방과 위험제거라는 목적에 주안점을 두고 있다. 실체형법의 위험예방기능은 실체적 정의를 지향하지만 형사소송법에서의 위험예방기능은 절차적 정의를 지향한다. 따라서 위험형사소송법에서 위험은 법익침해를 야기할 가능성뿐만 아니라 어떤 사실의 정상적인 진행을 방지하면 가까운 장래에 어떤 상태 또는 행위가 공공의 안녕질서에 손해를 가져올 충분한 개연성을 포함하며, 보다 광의의 관점에서 형사소송의 이념이 실체적 진실발견을 방해하거나 왜곡할 위험을 포함하고 있다.⁴⁵⁾

그런데 형사소송절차의 실체적 진실의 발견은 또 다른 측면에서는 다른 위험을 예방하고 재범을 방지하는 것에도 관심을 기울이고 있다. 신속한 형사소송절차의 투입을 통하여 사전적인 위험을 예방하고 신속한 과학수사를 통하여 범인과 증거를 확보하는 것은 형사소송법에서 대표적인 위험예방활동의 하나이다. 하지만 실체적 진실은 범죄가 발생한 후에 과거의 범죄사실을 정확히 밝혀낸다는 것이므로 장래의 범죄예방과 항상 직결되는 것은 아니다. 진범이 아닌 사람이 범인으로 지목되어 공소가 제기되고 억울하게 형을 집행 받은 후에 비로소 진범이 체포되어 재심절차를 통해서 무죄가 밝혀졌다고 가정하면 일반시민은 국가의 형사소송시스템을 불신하게 되며 범죄를 계획하고 있는 사람에게 심리적인 범죄의 기회를 확대해 주는 효과를 야기할 수가 있다. 따라서 형사소송절차를 통하여 실체적 진실을 신속하고 정확하게 발견하는 작업이 필요하고 그럴 때 국민들에 대한 형사사법절차 시스템에 대한 신뢰를 부여하여 선불리 범죄에 나서지 않도록 간접적인 범죄예방효과를 부여하는 것이다.⁴⁶⁾ 이러

44) 위의 논문, 120-121면에서는 실체적 진실발견을 저해할 위험예방의 구체적인 방법론으로서 법관에 대한 제척기피, 변호인의 참여권, 접견교통권, 피해자의 법정진술권, 공소장 변경, 공소시효의 배제, 증거재판주의와 전문법칙, 자백배제법칙, 디지털증거, 증인 감정인 등의 선서 등을 들고 있다. 또한 정웅석, “사회안전과 절차 형법의 변화 -과제와 전망-”, 『2013년 형사법 5개 학회 공동학술회의 자료집』, 성균관대학교, 2013.6.22, 65-117면에서는 위험형사소송법의 내용으로 수사단계와 공판단계로 구별하여 전자에는 경찰관 직무집행법상의 불심검문, 대물적 강제처분, 진술을 용이하게 확보하기 위한 제도 도입, 범죄예방을 위한 전자감시제도 등을 들고, 후자에는 증거능력의 인정 및 현출방법, 위법수집증거 배제, 디지털 증거, 피해자의 공판정 출석 등을 다루고 있고, 이승현, 앞의 논문, 45-65면에서는 강력범죄에 대한 공소시효의 배제, 경찰의 개입권의 확대, 과학적 수사기법, 강제처분의 강화 등을 언급하고 있다.

45) 권오걸, 앞의 논문, 116면.

46) 위의 논문, 120면.

한 점에서 피의자의 진술거부권, 위법수집증거배제, 자백배제법칙, 변호인의 접견·교통권 등은 실체적 진실발견과 적정절차의 이념을 준수하는 가운데 피의자의 인권을 보호하여 결국에는 실체적 진실을 추구하면서 실체적 진실발견의 왜곡의 위험성을 줄이는 기능을 하는 것이라 볼 수 있다.

(2) 부정적 측면

실체적 진실발견은 위험형사법의 확장과는 무관하게 기존의 전통적인 형사사법절차에서도 중요시되었다. 하지만 실체적 진실발견을 추구해 나감에 있어서 적정절차, 인권보장이라는 경로를 거쳐야 그 정당성이 확보될 수가 있었고 적정절차, 인권보장을 충족시키지 못하는 실체적 진실발견은 아무런 소용이 없고 그 정당성을 인정받지 못한다. 실체적 진실발견이라는 것도 적정절차에 반하고 인권침해의 성질을 갖는다면 합리화되지 못하고 오히려 실체적 진실을 밝히지 않는 것이 오히려 낫다는 인식이 강하게 자리잡고 있다. 그런데 위험사회에서 위험형사법이 강조된다면 앞서 위험형사법의 확장을 둘러싼 각종 문제점을 검토한 바와 같이 우후죽순처럼 새로운 위험원을 감안하여 새로운 구성요건의 신설하거나 추상적 위험범의 영역을 확대하여 형법의 선제적 투입을 강화하는 모습을 취하게 된다.

그런 가운데, 새로운 위험원을 형법으로 제재하게 되어 인간의 삶을 저해하고 생명과 안전을 저해하는 범죄를 저지른 사람들에 대한 무차별적으로 비난이 가해지게 된다. 도덕적이거나 윤리적인 문제에 한정되는 것도 형사법을 끌어들이 범법자로 구성하려는 경향이 강하게 드러나게 된다. 대형사건사고가 발생할 경우에는 그 책임자를 밝혀냄에 있어 적정절차에 따른 실체적 진실을 규명하기 보다는 여론에 의한 수사와 재판의 구도가 형성될 위험성이 매우 커지는 것이다. 앞서 예로 든 연쇄살인범이나 연쇄성폭행사건이 발생한 경우에서 수사기관은 실체적 진실을 밝혀야 한다고 여론에 떠밀리거나 강박관념에 사로잡혀 자칫하면 엉뚱한 사람으로 용의자나 범인으로 지목하는 우를 범할 수가 있다. 이러한 경우에서 강벌주의의 영향까지 더해져 소극적 실체적 진실발견에서 적극적 실체적 진실발견으로 변하기 쉬워 오히려 실체적 진실이 왜곡될 수도 있다.

수사기관의 기획수사를 빙자한 실체적 진실이 왜곡된 위험, 청탁수사에 의한 실적 부풀리기에 의한 의도적인 실체적 진실의 왜곡에 따른 위험, 함정수사나 범죄인지권의 남용에 의한 실체적 진실의 왜곡의 위험성도 더욱 커진다는 점을

문제점으로 드러날 위험성이 비례하여 커지게 된다.⁴⁷⁾ 실제적 진실을 밝힘으로써 책임과 형벌이 비례하여 구현되어야 할 형사사법절차가 무비판적인 여론에 휩쓸릴 우려가 있고 실제적 진실발견이라는 형사소송법상의 중요한 이념이 퇴색될 우려가 존재하는 것이다.

2) 적정절차 이념의 관점

(1) 긍정적 측면

적정절차는 인간의 존엄성을 존중하여 정의와 공평의 이념을 실현하여야 한다는 것이다. 이러한 적정절차는 개인의 기본권을 제한하는 형사절차에서 표제적인 원리로 작용하기도 한다. 적정절차는 피의자, 피고인을 비롯한 형사소송절차의 객체가 되는 사람들의 인권보장을 실현하기 위한 가장 중요한 헌법적 도구로 형사사법절차의 톱니바퀴로 모든 형사절차에서 공권력이 필요 이상으로 행사되지 않도록 기본권을 보장하는 절차로 이해된다. 이러한 적정절차의 이념은 형사소송절차의 전반에 걸쳐 작용하는 이념으로 형사소송절차의 객체가 된 피고인, 피의자뿐만 아니라 이러한 절차 속에서 관여되는 모든 사람들이 국가형벌권으로부터 인간의 존엄과 가치를 부당하게 침해당하지 않을 권리를 보장받아야 하기에 형사소송의 최고의 지도이념으로 자리매김 하고 있는 것이다.

위험형사소송법이 강조되면 적정절차의 이념이 퇴색되거나 후퇴되는 것만은 아니다. 우리 형사소송법이 제정된 이래 수없이 많은 변화와 개정을 거듭해 왔다. 변화와 개정은 피의자, 피고인의 인권보호라는 관점에서 항상 논의되어 왔기에 위험형사소송법이 강조된다고 하더라도 이러한 형사소송법의 운용에서 적정절차의 이념이 결코 약화되지 않는다. 실체형법에서 규범력을 강화하면 강화할수록 이에 대응하여 형사소송법은 적정절차의 이념에 바탕을 둔 절차적 규범성의 강화도 비례하여 강조되기 때문에 위험형사소송법이 적정절차의 이념과 상충된다고 볼 수는 없는 것이다.

(2) 부정적 측면

반대로, 위험형사소송법이 강조되면 형사소송절차에서 기본적으로 요구되는

47) 조광훈, “위험사회에서의 형사소송법의 변화에 대한 검토”, 『법학논집』 제18권 제4호, 이화여자대학교법학연구소, 2014.6, 208-209면.

적정절차에서 이탈할 위험성도 높아진다. 예를 들면 살인범에 대한 체포절차에서 수사기관이 무리하게 인권침해를 가하였다고 하더라도 그 살인범은 이미 사회적으로 낙인이 찍히고 심지어는 인간이기를 포기한 사람이기 때문에 극형에 처해야 한다는 식의 여론이 들끓는다. 이러한 경우에는 형사사법기관은 이러한 여론에 휩쓸려 수사절차나 재판절차에 적정절차의 궤도에서 벗어날 위험성도 덩달아 높아질 수 있다. 위험형법이나 위험형사소송법의 확장으로 인간의 위험을 예방한다는 명목으로 자칫 실제적 진실의 발견에 초점을 두게 되어 적정절차의 궤도에서 이탈하게 되어 결국에는 실제적 진실발견이라는 미명아래 적정절차의 이념을 망각하여 위험형법의 문제점만 노출할 수가 있는 것이다. 그리하여 위험예방과 제거를 위하여 형사사법절차의 효율성이 강조되어 적정절차의 이념보다 우위에 놓으려는 시도가 나타날 우려가 있다.⁴⁸⁾ 그리하여 위험사회에서 위험형법을 강조하면 죄형법정주의, 행위형법의 원칙, 책임원칙, 의심스러운 경우에는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)의 대원칙 및 비례성의 원칙등과 같은 전통적 자유주의적 법치국가 형법의 체계원칙들은 점차 그 모습을 감추게 될 위험성을 증대시키는 것이다.⁴⁹⁾

3) 인권보호의 관점

(1) 긍정적 측면

위험형법이든 위험형사소송법이든 형법의 대상으로서 위험은 국민의 자유와 안전 그리고 기본권과 인권과 서로 반비례 관계를 형성하고 있어서 위험이 크면 클수록 안전은 더욱 더 보장되고 반대로 위험이 적으면 적을수록 국민의 자유와 안전 그리고 기본권과 인권은 더욱 크게 보장되는 것이다.⁵⁰⁾ 위험형사소송법도 마찬가지이다. 위험형사소송법을 강조하면 형법의 규범력을 강화시키켜 결국에는 많은 위험을 야기하는 범죄로부터 선량한 국민들의 인권과 재산권을 보호할 수 있는 것이다. 그리하여 범죄위험으로부터 안전과 평온을 유지함으로써 형법의 본래적 기능을 온전하게 발휘하도록 만든다. 이는 대다수의 선량한 국민들을 범죄로부터 보호하는 국가의 본래의 기능과도 밀접하게 연관되어 있

48) 위의 논문, 210면.

49) 김재윤, 앞의 논문, 36면.

50) 이승현, 앞의 논문, 47면.

는 것이기도 하다. 이러한 점에서 보면, 적정절차와 인권보호는 비례하는 것이므로 위험형사소송법에서도 적정절차가 강조되고 있다는 점에서 가해자의 인권보호라는 측면도 결코 퇴색되지 않는다.

형사소송절차에서는 실체적 진실발견, 적정절차, 신속한 재판의 진행이라는 형사소송법상의 제 이념은 결국에는 피의자나 피고인의 인권보호가 종착점이다. 형사사법절차는 사법적 정의를 세워 실체적 진실을 발견하여야 하고, 실체적 진실발견의 과정은 적정절차를 준수하는 가운데 이루어져야 하며, 특히 형사소송의 객체가 되는 피의자나 피고인의 인권을 보호하는 가운데 달성되어야 하는 것이다. 역으로 보면, 위험형법과 위험형사소송법의 확장은 국민의 기본권 영역에 대한 개입을 정당화시키고 위험예방과 방지를 지나치게 강조하다면 개인의 기본권과 자유를 현저하게 침해하는 경우가 발생하여 위험의 예방과 개인의 기본권과 자유의 조화로운 모색이 요구되는 것이다.

(2) 부정적 측면

위험형사소송법을 강조하면 기존에 자유주의에 기반을 둔 법치국가가 부지불식간에 감시국가, 통제국가, 형벌국가로 변형되기 쉽다. 위험형법과 마찬가지로 장래에 발생할 보편적 위험예방을 강조하므로 형사사법기관에 의한 기본권 침해의 위험과 오판의 가능성을 동시에 높이는 부작용을 초래할 수 있다. 대형 사건사고나 사회적으로 이목이 집중되는 사건사고의 경우에는 형사사법기관은 그 사건을 조기에 해결하고 수습하여야 한다는 점에 방점을 찍게 되어 사건관계인들에 대한 다소의 인권침해의 짙은 고려하지 않아도 될 것이라고 치부하기 쉽다. 그러는 가운데, 형사사법절차에서 규정하고 있는 피의자, 피고인, 참고인은 물론에 대한 알게 모르게 가해지는 인격살인을 가하는 경우도 있고, 이에 언론매체도 가세하여 사회적으로 범법자를 사회에서 매장하려는 가속도를 붙이게 된다. 범죄피해자의 경우에도 예외가 아니어서 피해자의 경우에도 인권침해를 당하는 경우도 발생할 수가 있는 것이다. 예를 들면 사건사고의 해결에서 범죄피해자는 이중 삼중으로 형사사법기관에 소환당하고 불려 당하면서 실체적 진실발견에 협조를 강요당하면서도 범죄피해로 인한 마음의 상처를 보듬을 시간을 갖거나 지원을 충분히 갖지 못하는 경우가 많아지게 된다.

이 뿐만 아니라 과거의 범익침해에 대한 절차법은 형사소송법의 영역이지만 범죄예방을 위한 치안활동은 경찰법의 영역임에도 불구하고 무리하게 위험관리

나 위험예방을 통하여 사회안전망을 구축하려다 보니 경찰법이나 형사정책의 영역을 끌어들인다.⁵¹⁾ 그리하여 모든 국민들을 잠재적인 범죄자로 취급하기 쉬워 위험을 예방한다는 미명아래 경찰권의 선제적 투입과 경찰권의 확대로 인하여 국민들의 생활의 평온과 기본권을 과도하게 제한하거나 부당하게 침해 소지가 높아진다는 점이다.⁵²⁾

IV. 위험사회에서 형사법 운용의 조화로운 모색

1. 전통적 형사법의 근본이념의 되새김

위험형사법이 강조되더라도 전통적인 형사법의 근본이념을 되새기자는 것이다. 위험사회에서 형사법 영역의 확대는 국가형벌권의 확대로 이어지고 국가형벌권의 확대는 선량한 국민들에 대한 불필요한 기본권 침해와 제한이라는 인권의 근본가치를 훼손시켜 법적정의에 반하는 현상을 불러올 위험성이 높아진다. 위험을 통제하기 위하여 위험을 스스로 불러들이는 양날의 칼을 쥐고 살아가야 하는 더 큰 위험을 제도화할 수 있는 것이다.

현존하는 위험의 제거와 장래의 위험 예방을 위하여 위험형사소송법의 강화라는 당위성과 필요성이 존재하고 그러한 국가기관의 활동은 항상 국민의 기본권과 충돌될 위험성을 내포하고 있다. 그런데 국가에 의하여 제도화된 형벌권은 국민들로 하여금 형법을 준수하게 만들어 궁극적으로는 범죄자들이 평화를 파괴하여 위험을 불러왔다는 것에 반사적 작용으로 범죄에 의하여 불공정한 이득을 제거하고 도덕적 평형을 회복시키려는 것이다.

그러기 위하여 공동체의 안전을 확보한다는 이유로 더 강압적이고 강력한 형벌권을 투입하고자 한다. 하지만 그렇게 하면 할수록 개인의 자유를 옹호하는 형사법에 의한 족쇄는 더욱 견고해진다. 그러면서도 정의롭고 유토피아적인 사회를 구현하려는 형사사법제도의 청사진의 최종 종착점의 방향이 응보주의로 회귀하게 된다. 형벌이 그 자체가 선(善)이라고 하지만 형벌은 국가에 의하여 아무리 세련되고 절제되어 행사된다고 하여도 항상 절대적으로 견고한 영역이 아

51) 조광훈, 앞의 논문, 202-203면.

52) 위의 논문, 202면.

니다. 입법자들은 물론 형사법을 운용하는 주체들은 위험형사법을 상징화하여 그 집행영역을 확대하려는 유혹이 이끌리기 전에 범치국가원칙에 입각하여 죄형법정주의, 책임원칙, 비례성 원칙, 보충성 원칙 등과 같은 형법의 규범적 원칙을 고수하는 신고전주의적 경향의 지혜를 깊이 음미하여야 한다.

위험사회에서 보편적으로 수호하여야 할 범익도 보충성, 명확성, 비례성 원칙의 범주 안에서 조화로운 모색점을 찾아나가야 한다. 위험사회에서는 누구나 위협의 가해자, 피해자, 증인이 될 수 있는 예측이 불가능한 사회라는 점을 감안하여야 한다. 위협을 대비하거나 제거하려고 위험형사법의 영역만을 과도하게 확장하면 또 다른 선량한 국민들의 기본권과 인권을 필요이상으로 침해하거나 제약하는 일이 발생한다는 점을 알아야 한다. 형사법의 선제투입을 하기 전에 사회의 다른 안전시스템에 대한 철저한 검증과 그에 따른 구체적 적용가능성도 충분히 검토하는 것이 필요하다. 형법의 새로운 귀속구조의 변화를 요구하는 이러한 현대사회의 문제들을 형법이 아닌 특별한 중재법으로 해결하려는 현명하고 슬기로운 대체방안을 강구할 필요도 있을 것이다.⁵³⁾ 그럴 때 위험사회에서 자기 제한적 형법의 효과를 극대화하면서도 보편적 범익과 인권을 보호하는 지혜로운 하나의 방법이 될 것이다.

2. 형사법 운용은 인권보호가 토대

위험사회에서 모든 위험원으로부터 예방과 제거를 위험형사법을 동원하여 가벌성을 확장하는 것만이 만능이 아니다. 아무리 위험사회가 된다고 하더라도 형법의 최후수단성이라는 고유의 속성은 유지되어야 하고 본질이 훼손되어서는 곤란하다. 형법은 최후의 수단이어야지 최고의 수단이 아니며 형법의 조기 투입은 형법의 비대화로 과잉규제를 초래하고 불필요한 국가형벌권의 확대로 국민들에 대한 불필요한 기본권의 희생을 불러오기 쉽다는 점을 항상 인식하여야 한다. 대량의 위협원이 출현한다고 하여 전통형법의 기본구조인 개인책임의 원칙, 책임원칙을 무시하고 길이 아닌 길로 교통신호를 무시하고 무단횡단을 하거나 역주행을 할 수는 없다. 그렇게 된다면 자칫 더 큰 대형사고가 발생할 것이기 때문이다.

53) 김학태, 앞의 논문, 26면; 김혜경, “사회안전과 절차형법의 변화 - 과제와 전망 -”, 『2013년 형사법 5개 학회 공동학술 자료집』, 성균관대학교, 2013, 34면.

형법이 지향하는 근본이념은 인권보호에 있는데 이러한 인권보호라는 궤도에 서도 벗어나기 쉽다는 점과 법치국가에서 요구되는 인권존중과 국가형벌권의 확대는 반비례의 관계에 빠진다. 강벌주의만이 범죄로부터 다수의 선량한 사람들의 생명과 인권, 그리고 재산을 보호한다고 단정하고 추앙해서는 곤란하다. 현대사회와 현대국가는 인권사회이고 인권국가이다. 아무리 극악무도하고 잔인한 범행을 저지른 피의자나 피고인일지라도 인권사회와 인권국가가 지향하는 인권이라는 근본의 틀을 무시할 수는 없다. 위협으로부터 안전을 확보한다는 이유로 과거로 후퇴하여 응보주의로 회귀할 수는 없다. 위험사회에서 위험형사법의 운영에서 먼저 생각할 점은 위협의 통제와 인간의 자유와 인권을 조화롭게 하는 정책과 가치관을 가져야 한다. 그리고 사회구성원들의 의식변화를 통하여 오늘날 우리가 위험사회에서 공동체의 이익과 개인의 이익에서 균형을 유지하는 것도 필요하다. 더 나아가 형사법의 영역을 넓히고 강화시키는 것만이 위협으로부터 벗어날 수 있을 것이라는 착각에서 벗어나야 한다. 그렇다고 응보주의와 공리주의에서 어정쩡하고 애매한 태도를 취하자는 것이 아니다. 형사법의 본성과 기능에 대한 이해를 전제로 더 넓은 가치체계를 볼 수 있는 안목을 길러 나가자는 것이다. 위협예방과 위협제거를 위하여 인간의 인권과 기본권의 과도한 희생을 강요해서도 안될 것이고, 위협의 발생을 방치하여 인간의 기본권의 희생을 초래해서도 안될 것이다. 위험사회를 살아가는 바람직한 자세는 위험사회의 위험원을 제거하거나 잠재적 위험을 예방하는 과정에서 개인의 자유와 권리에 대한 국가권력의 침해를 불리하기 쉽다는 점을 간과하지 말아야 하고, 국가권력의 제한과 시민의 자유와 기본권의 보장이라는 임무가 잘못 집행될 위험성이 증대될 수 있다는 점을 인식하면서 기본권의 불필요한 희생과 불필요한 희생이 초래되는 사이에 균형과 조화를 추구하여야 한다는 점에 있다.

3. 형사정책과 형법정책 운용의 절충

위험사회만을 강조하여 불필요하게 불안정한 사회의 의혹을 증폭시키는 것은 불안감만 키워줄 것이다. 위험사회에서의 위험을 줄이는 올바른 형사정책은 애초부터 불가능한 모든 위험을 미연에 방지하는 것에 초점을 두기보다는 형사법을 투입하기 전에 공동의 안전시스템을 구축하는 것이 선행되어야 할 것이다. 그렇게 하려면 과학기술에 따라 필연적으로 발생하는 위험을 효율적으로 관리

하고 국민들에게 불필요한 불안감을 불러오는 경직된 형사정책을 지양하여야 한다. 그리하여 전통적인 자유법치국가의 형법이념과 현대복지국가의 근본을 이루는 복지과 안전, 그리고 인권의 이념을 지향하는 융합된 형사정책과 형법정책을 펼쳐야 나가야 한다.⁵⁴⁾ 공리주의에 치중하거나 응보주의에만 치중한 형사정책이나 형법정책은 곤란하다. 형사사법제도는 불의의 동전의 양면과도 같아서 항상 형벌의 정당함에 대한 필요충분조건을 슬기롭게 찾아나가려는 끊임 없는 노력이 요구된다. 그러기 위해서는 이분법적 형사절차의 관념이 아니라 전통적인 형법관과 미래지향적인 형법관을 아우르는 통합적인 형법관을 지향하여야 한다. 그리하여 국가가 형사정책과 형법정책을 수립하고 시행하고 이를 추진함에 있어서는 적어도 위협을 효율적으로 통제하면서도 형벌의 본질과 기능을 침해하지 않고 보다 안전을 추구할 수 있는 보완적인 규범요소를 개발해 나가야 한다. 근시안적으로 형벌관념이나 위협발생을 억제하는 형사정책과 형법정책도 보다는 현재의 위협이나 미래에 발생할 수 있는 많은 위협발생 요인을 체계적으로 관리하는 형사정책과 형법정책을 수립하고 시행하는 시점이라는 깨달아야 한다.

V. 마치며

아무리 법적 통제망을 촘촘히 구비해 놓는다고 해도 모든 위협이나 범죄발생을 예측하는 것도 사실상 불가능하다. 그것은 인간이 만물의 영장이라고 해도 모든 위협을 미연에 방지한다는 것은 사실상 불가능하기에 어느 정도의 위협을 안고 감수하면서 위협을 효율적으로 통제하면서 살아갈 수 밖에 없다. 인간의 물질문명을 발달시켜 인간의 문화생활을 통하여 행복지수를 높이고 건강하고 안정한 삶을 누릴 공간을 확보하는 것은 인간다운 삶을 추구하기 위한 가장 기본요건이다.

그리고 그것이 인간의 생존 목적이기에 인간은 스스로의 삶의 질을 높이고 생활향상을 위하여 끊임없이 진화하고 발전해 왔고, 인간 스스로 이러한 위협을 어느 정도 예방하고 통제하는 시스템도 구비하여 왔다. 그러기에 각종 자연

54) 조광훈, “위험형법에서 허용된 위험이론의 전개”, 『영산법률논총』 제11권 제2호, 영산대학교 법학연구소, 2014, 78면.

재해에서 발생하는 위험, 인간의 사회생활에서 발생하는 인위적으로 상황에서 발생하는 범법행위는 물론이고 탈법행위, 일탈행위까지 위험형사법을 확대하여 이를 통제하려는 정책을 무조건 비판할 수는 없다.

하지만 문제는 전통적 형사법 체계와 이념을 무시하면서까지 이러한 위험원을 통제하고 제거하고자 한다면 오히려 형사법의 과도한 투입과 국가형벌권의 강화는 불필요한 인권침해와 기본권의 침해를 불러와 인간 스스로의 형사법의 남용으로 인한 위험원에 노출시키는 결과를 초래될 수도 있다는 점을 간과해서는 안 된다는 점이다. 수많은 위험원을 관리·통제한다는 미명으로 형사법을 무한적 확장하려고 한다면 자칫 위험원을 제거하려다 자칫 더 많은 위험원이 부메랑이 될 수 있다. 잠재적 위험원이 현실적 위험원이 되지 않도록 이를 관리하기 위하여 형사법의 영역을 확장하는 것이 어느 정도 필요하지만 무분별한 형사법의 투입은 오히려 부작용을 초래하여 형사법의 오용에 의한 위험원들만 더욱 많이 만들어 내게 될 뿐이다.

위험형사법의 무한한 확장이나 선제투입이 안전사회요체를 구축할 것이라고 착각해서도 안 될 것이다. 인간의 생명을 위협하고 삶의 질을 저해하는 위험을 위험형사법으로 완전히 해결할 수는 없다. 인간의 생명과 안전을 위협하는 위험원들로부터 최대한 안전을 확보하려면 인간생활을 규율하고 지배하는 모든 도덕과 수많은 법률들이 유기적으로 작동된다면 효율적으로 통제될 것이다. 그리고 형사법의 지속적인 확장과 역할강화, 선제적 투입하여 위험을 다스리려고 생각하기 전에 사회구조의 전반을 총체적으로 점검하는 꾸준한 노력이 선행되어야 한다. 또한 임기 웅변식으로 강벌주의를 지향할 것이 아니라 오랫동안 다져온 전통적인 형사법의 토대 위에서 인간생활과 관련된 법적규율의 영역과 관련된 시스템을 전반적으로 점검하고 유기적인 시스템을 갖추려는 꾸준한 논의가 필요한 것이다. 비록 현재와 미래에 발생하는 모든 위험을 제거하여 완전한 유토피아를 건설할 수는 없을지라도 말이다.

[참고문헌]

- 니콜라 레이시·장영민 역, 「국가형벌론 -정치적 원리와 공동체 가치-, 번역총서 13, 한국형사정책연구원, 2012.
- 김성규, “위험사회에서의 형법의 기능 -독일에서의 논의와 그 시사점-”, 「법학연구」, 제15집 제2호, 인하대학교법학연구소, 2012.
- 김영환, “위험사회에서의 형법의 귀속원리”, 「법철학 연구」 제3권 제2호, 한국법철학회, 2000.
- 김학태, “현대 위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화”, 「비교형사법연구」 제3권 제1호, 한국비교형사법학회, 2001.
- 김일수, “사회안전과 형사법”, 사회안전과 형사법; 「2013년 형사법 5개 학회 연합 학술회의 발표집」, 성균관대학교, 2013.
- 김재윤, “위험사회에 있어 형법의 팽창 현상에 대한 비판적 고찰”, 「비교형사법연구」 제7권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004.
- 권오걸, “위험사회와 위험형사소송법”, 「법학연구」 제51집, 한국법학회, 2013.
- 류전철, “위험사회와 위험형법”, 「법률행정논총」 제16집, 전북대학교 법률행정연구소, 1998.
- 박강우, “위험사회와 형법의 변화”, 「형사정책연구」 제8권 4호, 한국형사정책연구원, 1997.
- 백상진, “위험형법의 전개에 대한 비판과 바람직한 형법적 대응방안”, 「비교형사법연구」 제13권 제1호, 한국비교형사법학회, 2011.
- 이승현, “사회안전과 절차형법의 변화 - 과제와 전망 -”, 사회안전과 형사법; 「2013년 형사법 5개 학회 연합 학술회의 발표집」, 성균관대학교, 2013.
- 정웅석, “사회안전과 절차형법의 변화 - 과제와 전망 -”, 사회안전과 형사법; 「2013년 형사법 5개 학회 연합학술회의 발표집」, 성균관대학교, 2013.
- 조광훈, “위험형법에서 허용된 위험이론의 전개”, 「영산법률논총」 제11권 제2호, 영산대학교법학연구소, 2014.
- _____, “위험사회에서의 형사소송법의 변화에 대한 검토”, 「법학논집」 제18권 제4호, 이화여자대학교법학연구원, 2014.
- 최석윤, “위험사회와 상징형법”, 「해양환경 안전학회지」 제8권 제2호, 한국해양안전학회, 2002.

[국문초록]

위험형사법의 확장의 문제점과 조화로운 모색

조 광 훈*

현대사회에서 수많은 위험원들이 인간의 안전과 생명을 위협하고 있다. 이러한 위험원들로부터 안전을 도모하기 위하여 위험형사법이 강조되고 있다. 그런데 위험형사법의 기능과 역할이 강조되면 강조될수록 아이러니 하게도 위험형사법에 의한 또 다른 위험원이 인간의 안전과 생명을 위협할 수 있다.

위험사회에서 형사법 영역의 확장은 긍정적인 면과 부정적인 면이 상존한다. 위험사회에서는 어느 정도의 위험형사법 영역의 확장은 불가피한 면이 존재한다. 그리고 전통적 형법관이나 위험형법관이나 형법의 기능론적 관점은 모두 수많은 위험으로부터 인간의 생명과 안전을 확보하려는 공통점을 갖는다.

하지만 위험형법은 전통적 형법이념과 기능을 심하게 훼손하고 형법만능주의의 오해를 불러오고, 위험형사소송법도 실체적 진실발견, 적정절차, 인권보호의 각 관점에서 보면 긍정적인 면과 부정적인 면이 상존한다. 따라서 위험사회에서 형사법을 운용함에는 조화로운 모색이 요구된다.

형사법의 만능주의가 위험을 효율적으로 통제하고 제거할 수 있다는 착각에서 벗어나 위험사회에 맞는 전통적인 형법관과 미래지향적인 형법관이 융합된 형법관과 형사정책을 지향하여야 한다. 이를 토대로 전통적 형사법의 근본이념을 되새기면서 인권보호와 틀 속에서 형사법을 운용해 나가야 한다. 아울러 인간생활을 둘러싼 법적시스템이 유기적으로 작동될 수 있도록 모든 법률과 각종 제도를 꾸준히 정비해나갈 때 많은 위험원들로부터 인간의 생명과 안전을 최대한 지켜나갈 수 있을 것이다.

주제어 : 위험사회, 위험형법, 위험형사소송법, 형법확장, 안전사회, 위험원

* 고려대학교 대학원 법학과 박사수료(형법).

[Abstract]

Problem of Expanded Risk Criminal Law & Harmonious Approach

Cho, Kwang-Hun*

In contemporary society, countless sources of risk threaten our safety and lives. Risk criminal law (Riskstrafrecht) is emphasized to assure our safety from these sources of risk. Ironically, we find that the more the function and role of risk criminal law are emphasized, the more often we may encounter other sources of risk arising from risk criminal law that may threaten our safety and lives.

Expansion of domains of criminal law in risk society has both positive and negative aspects. Expansion of domains of risk criminal law in risk society to some degree may be inevitable. And criminal law from the perspective of its function - whether it is from traditional view of criminal law or risk criminal law - has common objective of protecting our lives and safety from countless risks.

That said, risk criminal law seriously undermines traditional ideal of criminal law and causes us to misunderstand criminal law as an absolute solution. While, risk criminal procedure law has also both positive and negative aspects, seen from each point of realistic fact-finding, proper procedure and human rights protection. Therefore, harmonious approach is needed in operating criminal law in risk society.

Shaking away from the delusion that criminal law itself is able to control and remove risks effectively, we must pursue view and policy of criminal law building on combination of traditional view of criminal law and future-oriented one that may fit to contemporary risk society. Based on this, we should systematically operate criminal law within the framework of

* Completed the doctorate course at Dept. of Law, Graduate School, Korea University.

human rights protection, bearing fundamental ideas of criminal law in mind. When and if we continually systemize all laws and institutions so that legal system surrounding us can be efficiently operated, we can protect our lives and safety to the maximum from countless sources of risk.

Key words : Risk society, Risk criminal law, Risk criminal procedure law, Expansion of criminal law, Safe society, Source of risk

