

Strafrecht nicht das Allheilmittel zur Bewältigung sozialer Störungen bzw. sämtlicher gesellschaftlicher Herausforderungen sein kann.

주 제 어 : 환경위험, 환경형법, 위험사회, 체계이론, 법제화, 조종이행력
Keywords : Umweltrisiko, Umweltstrafrecht, Risikogesellschaft, Systemtheorie, Verrechtlichung, Steuerungsleistung

Risikosteuerung im Strafrecht, und wohl auch in den anderen Teilrechtsgebieten wird, zusammenfassend betrachtet, durch eine Relativität der Steuerungsleistung geprägt. Damit ist eine gewisse Distanzierung, aber nicht Verabschiedung von theoretischen Steuerungskonzepten mit überzogenem generalistischen Anspruch verbunden. Die modelltheoretische Analyse der Steuerungsproblematik hat einen hohen Stellenwert für die Selbsteinschätzung von Recht und Rechtswissenschaft. Deswegen ist auch die Leistung der hier mit kritischen Fragen konfrontierten Theorieansätze hoch zu schätzen. Damit werden theorieinterne Defizite, aber auch externe Umsetzungsprobleme bei Inkongruenz zwischen theoretischen Axiomen und Objektbereich berücksichtigt.

Insbesondere im Bereich des Umweltstrafrechts bleibt die Effizienz der neuen strafrechtlichen Normen regelmäßig hinter den Erwartungen zurück. Erfahrungen mit dem Vollzug neuer Normen des Umweltstrafrechts zeigen, dass diese längst nicht die erhofften Wirkungen erzielen. Die Vollzugsdefizite als Indiz der Ineffizienz des Umweltstrafrechts sind durch vage konturierte überindividuelle Schutzzwecke und abstrakte Gefährdungsdelikte vorprogrammiert. Auf dieser Grundlage schwimmen originär strafrechtliche Systemgrundstze, etwa das Gesetzlichkeitsprinzip, der Grundsatz des Tatstrafrechts und das Schuldprinzip, kontinuierlich. Darüber hinaus vermindert sich, so glaubt *Hassemer*, langfristig die Sichtbarkeit und Fühlbarkeit des Unrechts.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: In der ökologischen Risikogesellschaft der Schutz der Umwelt ohne Zweifel zu einer der wichtigsten Aufgabe des “modernen” Strafrechts gehört. Trotz dieser Schutzbedürftigkeit der Umwelt kann das Umweltstrafrecht neben andern staatlichen Maßnahmen aufgrund seiner rechtstaatlichen Grenzen (wie etwa *ultima-ratio*-Grundsatz) immer nur einen ergänzenden, flankierenden Beitrag zum effektiven Umweltschutz leisten. Zur Erhaltung und Förderung der natürlichen Lebensgrundlagen in der ökologischen Risikogesellschaft sollte versucht werden, das Strafrecht immer umweltfreundlicher und ökologischer zu modernisieren. Es ist notwendig, ein sich selbst beschränkendes Strafrecht zu schaffen, weil das “modernen”

<Zusammenfassung>

Die Untersuchung der Möglichkeiten und Grenzen der rechtlichen Steuerung von Umweltrisiko

Kim, Jae Yoon

In der ökologischen Risikogesellschaft muss die Entwicklung der Technik zugleich gefördert und begrenzt werden. Da keine Technik perfekt sicher sein kann, muss die schwierige Frage für jedes Techniksystem beantwortet werden: *“How safe is safe enough?”* Deshalb muss in der ökologischen Risikogesellschaft versucht werden, die “neuen Risiken” zu steuern. Diese Steuerung der neuen Risiken ist vor allem eine Aufgabe des Rechts, weil Recht eine der wichtigsten Formen demokratischer Gesellschaftsteuerung ist. Allerdings kann die Grundfrage gestellt werden, ob die neuen Risiken durch Recht überhaupt steuernd beeinflusst werden können. Dabei geht es um die Frage der autonomen oder heteronomen Steuerung des Rechts.

In der Grundlagendiskussion können die einschlägigen Großtheorien in Bezug auf die Regulierungskompetenz des Rechts auf einem Spektrum zwischen Steuerungspessimismus und Steuerungsoptimismus platziert werden. Dies bezieht sich einerseits auf Spielarten des systemtheoretischen Rechtskonzepts als grundsätzlich steuerungspessimistische, und andererseits auf die ökonomische Analyse des Rechts als steuerungsoptimistische Theorienvariante. Ausgangspunkt ist die Unterscheidung zwischen Theorie, Empirie und Normativität des Steuerungsaspekts und damit die Frage, ob die Fähigkeit oder Unfähigkeit des Rechts zur steuernden Beeinflussung sozialer Prozesse oder individuellen Verhaltens eigentlich theoretisch unterstellt, normativ gesetzt oder empirisch belegt wird.

Economic and Philosophical Oersoectives, The University of Chicago Press 2001, 95면 이하.

Teubner, Gunther, “Verrechtlichung-Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege”, in: Friedrich *Kübler*(Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1984, 289면 이하.

_____, Evolution of Autopoietic Law, Autopoietic Law: a new approach to law and society(ed. by Teubner), 1987, 217면 이하.

Werner, Stefan, “Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht: Eine modernistische Variante generalpräventiver Tendenzen?”, *KritV* 1992, 433면 이하.

- Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?, 3. Aufl., Opladen 1990.
- McGarity*, Thomas O., "A Cost-Benefit State", 50 Admin. L. Rev. 7, 9(1998), 32면 이하.
- Müller-Dietz*, Heinz, "Anspruch und Wirklichkeit sozialer Arbeit in der Strafrechtspflege heute", Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1987, 63면 이하.
- Neu*, Axel D., Ökonomische Probleme des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1971.
- Ott*, Claus-*Schäfer*, Hans-Bernd, "Die ökonomische Analyse des Rechts - Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?", JZ 1988, 213면 이하.
- Prittitz*, Cornelius, Strafrecht und Risiko, Frankfurt a.M. 1993.
- Puppe*, Ingeborg, "Kausalität - Ein Versuch, kriminalistisch zu denken", ZStrR 103 (1990), 141면 이하.
- Revesz*, Richard L., Foundation of Environmental Law and Policy: Statutory and Regulatory Supplement, 1997.
- Ronellenfitsch*, Michael, "Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verwaltungsrecht", DVBl. 1989, 851면 이하.
- Scherzberg*, Arno, "Risiko als Rechtsproblem", VerwArch. 84 (1993), 484면 이하.
- Schmidt*, Jürgen, "Steuerung neuer Risiken mit Hilfe des zivilrechtlichen Vertragsrechts", KritV 1991, 346면 이하.
- Sen*, Amartya, "The Discipline of Cost-Benefit Analysis", in: The Journal of Legal Studies, vol. XXIX, 2000, also in: Matthew AdlerEric A. *Posner*(Edit.), Cost-Benefit Analysis: Legal,

- Fischhoff*, Baruch u.a., *Acceptable risk*, Cambridge University Press, London 1981.
- Habermas*, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1985.
- Hassener*, Winfried, “Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts”, ZRP 1992, 378면 이하.
- _____, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 1996.
- Herzog*, Felix, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverletzung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg 1991.
- Hohloch*, Gerhard, *Umweltschäden im Spannungsfeld zwischen Individualhaftung und Kollektivhaftung*, Berlin 1993.
- Kim*, Jae-Yoon, *Umweltstrafrecht in der Risikogesellschaft*, Göttingen 2004.
- Kindhäuser*, Urs, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt a.M. 1989.
- Kneer*, Georg·Nassehi, Armin, *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, 2. Aufl., München 1993.
- Köck*, Wolfgang, “Risikovorsorge als Staatsaufgabe”, AöR 121 (1996), 1면 이하.
- Kuhlen*, Lothar, “Umweltstrafrecht auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, ZStW 105 (1993), 697면 이하.
- Lau*, Christoph, “Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken”, Soziale Welt 1989, 418면 이하.
- Luhmann*, Niklas, *Ökologische Kommunikation - Kann die morderne*

- 한귀현, “환경리스크의 통제에 관한 법리”, 『환경법연구』 제27권 4호, 한국환경법학회, 2005, 5면 이하.
- Adams, Michael·Shavell, Steven*, “Zur Strafbarkeit des Versuchs”, GA 1990, 337면 이하.
- Albrecht, Peter-Alexis*, “Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem”, KritV 1986, 55면 이하.
- _____, “Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat”, KritV 1988, 182면 이하.
- Beck, Ulrich*, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a.M. 1986.
- _____, Politik in der Risikogesellschaft. Essays und Analysen, Frankfurt a.M. 1991.
- Beck, Ulrich*, Die Erfindung des Politischen, Frankfurt a.M. 1993.
- Becker, Gary S.*, Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens, 2. Aufl., Tübingen 1993.
- Bonß, Wolfgang*, Vom Risiko. Unsicherheit und Ungewißheit in der Moderne, Hamburg 1995.
- Damm, Reinhard*, Systemtheorie und Recht, Berlin 1976.
- _____, “Risikosteuerung im Privatrecht – Rechtsgüterschutz und Regelungsinstrumente”, in: Dieter *Hart* (Hrsg.), Privatrecht im Risikostaat, Baden-Baden 1997, 13면 이하.
- Di Fabio, Udo*, Risikoentscheidung im Rechtsstaat, Tübingen 1994.
- _____, “Grundfragen der rechtlichen Regulierung wissenschaftlich und technisch erzeugter Risiken”, in: Gerhard *Banse*(Hrsg.), Risikoforschung zwischen Disziplinarität und Interdisziplinarität, Berlin 1996, 133면 이하.

참고문헌

- 강희원, “환경위기시대에 있어서 ‘위험’에 대한 법학적 계몽을 위하여”, 『경희법학』 제30권, 1995, 113면 이하.
- 강희원, “루만의 체계이론과 현대법의 이해”, 『현대 법철학의 흐름』, 한국법철학회편, 법문사, 1996, 349면 이하.
- 김재윤, “위험사회에 있어 형법의 팽창현상에 대한 비판적 고찰”, 『비교형사법연구』 제7권 제1호, 한국비교형사법학회, 2005, 29면 이하.
- 남기윤, “오토포이에시(autopoiesis) 시스템과 法人理論”, 『저스티스』 통권 제72호, 2003, 78면 이하.
- 니클라스 루만, 이남복 역, 『현대 사회는 생태학적 위협에 대처할 수 있는가』, 백의, 2002.
- 루만, 노진철·최재현 역, “체계이론의 최근 동향”, 『현대 독일 사회학의 흐름』, 형성사, 1991, 195면 이하.
- 박세일, 『법경제학(개정판)』, 박영사, 2003.
- 발터 리제 쉐퍼, 이남복 역, 『니클라스 루만의 사회사상』, 백의, 2002.
- 사법연수원, 『신종범죄론』, 2004.
- 안원하, “위험사회의 함정”, 문창법학회 『형사법논집』 제3권 제1호, 2003, 29면 이하.
- 이상돈, 『의료형법』, 법문사, 1998.
- _____, 『윤리경영과 형법』, 박영사, 2005.
- 이상돈·홍성수, 『법사회학』, 박영사, 2000.
- 전재경, 『환경책임 법제 연구』, 한국법제연구원, 2003.
- 조성혜, “법경제학의 기초”, 『법철학연구』 제7권 제2호, 한국법철학회, 2004, 101면 이하.
- 조홍식, “리스크 법 - 리스크관리체계로서의 환경법”, 서울대학교 『법학』 제43권 제4호, 2002, 27면 이하.

하겠다. 이러한 상황에서 일반 시민은 새로운 위협으로서의 환경위험을 사회체계의 각 영역에서 효과적으로 조종할 필요가 있다고 생각하게 되었고, 입법자에게 환경위험을 법적으로 조종할 수 있는 다양한 입법적 조치수단을 마련할 것을 요구한다. 이에 입법자는 환경위험의 법적 조종의 당위성 내지 필요성에 매몰되어 실효성이 의심스러운 다수의 환경 관련 특별법을 양산하고 있으나, 대다수의 환경 관련 특별법은 환경보호라는 정책목표를 달성하지 못한 채 조종의 트릴레마 현상을 야기하고 있다. 이는 환경위험의 법적 조종이 다른 사회체계와 마찬가지로 법체계 자체가 가지고 있는 체계 폐쇄성과 보수성으로 인해 보충적이고 제한된 가능성을 가질 뿐임을 간과한 데에서 기인한다. 특히 자유주의 법치국가에서 환경형법은 어디까지나 환경위험의 법적 조종을 위한 '최우선 수단'(prima ratio)이 아닌 '최후수단'(ultima ratio)으로 머물러야 한다. 전단계범죄화의 수단으로 이용되고 있는 보편적 법익과 추상적 위험범의 무분별한 확대를 통해서 환경위험을 조종하고자 하는 환경형법은 행위원칙, 책임원칙 등으로 대표되는 법치주의원칙의 붕괴를 초래하여 형법의 위기를 야기할 수 있기 때문이다. 즉 환경위험의 법적 조종에 중점을 둔 환경형법은 형법에 대한 새로운 위협을 창출할 수 있다. 따라서 입법자는 환경위험의 법적 조종과 관련하여 형사법적 수단을 우선적으로 고려하기 보다는 실효성을 담보할 수 있는 환경법에, 환경법보다는 공해업소에 대한 감시·감독 및 행정규제, 환경영향평가, 환경분쟁조정, 환경종합책임보험제 등 환경위험을 보다 효과적이고 실효성 있게 관리할 수 있는 다양한 환경보호정책의 마련과 시행에 관심을 두는 것이 바람직하다고 여겨진다. 일반 시민도 환경형법이 더 이상 환경보호와 미래의 생존보장을 위한 만병통치약이 아님을 재인식해야 할 필요성이 있다.

다만 보충적이고 제한적인 기능을 수행할 수 있을 뿐임을 간과해서는 안 된다.⁶⁸⁾ 형법은 단지 행정법적으로 허용되지 않은 불법행위에 대해서만 투입되기 때문이다. 예컨대 독일 형법 제324조에 따라 금지되는 것은 단지 행정법상 권한 없이 수질을 오염시키거나 그 수질을 유해하게 변경시킨 행위이다. 따라서 동조를 통해 명목상 성취되어야 하는 절대적인 수질보호는 현실적으로 환경형법이 아닌 경찰형법에 의해 가능할 뿐이다. 나아가 환경의 가장 중대한 침해와 위태화는 단지 불법행위에 의해서만이 아니라, 오히려 간과할 수 없는 다수인의 합법적인 행위(예컨대 수백만 명이 내뿜는 자동차 매연에 의한 대기오염, 현대 소비사회의 결과물로서 매일같이 버려지는 쓰레기더미에 의한 수질 및 토양오염)의 ‘누적’(Kumulation)에 의해서 더욱 빈번히 발생한다.⁶⁹⁾ 결국 환경보호가 법적인 조종수단을 통해 다루어지는 한 환경형법이 아닌 행정법으로서의 환경법이 전면에 등장해야 한다.

VI. 맺음말

이상으로 생태적 위험사회에서 대표적인 새로운 위험으로 인식되고 있는 환경위험의 법적 조종의 문제와 관련하여 조종낙관론과 조종회의론을 중심으로 그 가능성과 한계를 간략히 고찰하였다. 이때 법, 특히 환경형법이 입법자와 일반 시민의 시각에서 보면 환경위험의 법적 조종을 위한 강력한 수단으로 여겨질 수 있지만, 그러한 기대와는 달리 효율적인 환경보호를 위해 다만 보충적이고 제한적인 기능을 수행할 수 있을 뿐임을 결론으로 도출하였다.

현대 후기산업사회에서 삶을 위협하는 생태학적 위기의 목록은 새로운 위험이란 이름으로 기하급수적으로 늘어나고 있다. 지구온난화, 오존층파괴, 방사능오염, 수질오염, 대기오염 등으로 표현되는 환경위험은 새로운 위험의 대표적 예라

68) 이에 관하여 Peter-Alexis Albrecht, “Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat”, KritV 1988, 182, 188면 이하 참조.

69) 이른바 누적범(Kumulationsdelikte)에 관한 자세한 설명으로는 Lothar Kühlen, “Umweltstrafrecht auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, ZStW 105 (1993), 697면 이하 참조.

단계에서 가벌성을 전치화하는 것, 즉 ‘전단계범죄화’(Vorfeldkriminalität)를 요구한다. 이때 이를 위한 수단으로서 입법자는 전통적으로 인정되어 오던 개인적 법익보다 훨씬 앞당겨진 법익, 즉 ‘보편적 보익’(예컨대 환경 및 그 구성인자의 보호)⁶⁴⁾과 구체적인 행위결과와는 무관하게 일정한 위험창출의 개연성이 있는 행위들까지도 형벌의 대상으로 삼음으로써 행위와 침해결과 사이의 인과관계에 대한 요건을 완화하고 있는 ‘추상적 위험범’⁶⁵⁾을 광범위하게 도입하고자 한다.

하지만 새로운 위험으로서의 환경위험은 특정 개인에게 그 행위결과를 귀속시키는 것이 불가능하거나 현저히 곤란하기 때문에 국가적 사회통제의 최후수단으로 이해되는 환경형법을 통해 이러한 환경위험을 조종하고자 하는 시도에 있어 그 효용성이 의문시되고 있다. 그리고 전단계범죄화의 수단으로 이용되고 있는 보편적 법익은 불법구성요건요소를 지극히 모호하고 피상적으로 구성하게 하며, 추상적 위험범은 가벌성의 전제조건을 급격히 축소시킴으로써 형법의 적용을 매우 용이하게 한다.⁶⁶⁾ 그 결과 죄형법정주의, 행위형법의 원칙, 책임원칙, ‘의심스러울 경우에는 피고인에게 유리하게’(in dubio pro reo)의 원칙 및 비례성의 원칙 등과 같은 전통적인 법치국가적 형법의 체계원칙은 서서히 붕괴되며, 장기적으로는 가벌성과 불법의 체감력을 감소시킬 뿐이다.⁶⁷⁾

따라서 환경형법을 통한 환경위험의 법적 조종은 형법이라는 체계원칙 내에서

64) Hassemer에 의하면, 이러한 보편적 법익의 수용은 형사입법의 비판원칙으로서 형법의 법익보호원칙을 무력화시키며, 또한 형법의 보충성 및 명확성의 원칙을 침해할 수 있다고 한다(AK-Hassemer, vor § 1 Rn. 265 ff.).

65) 위험범에 대한 비판적 견해에 관해서는 특히 Urs Kindhäuser, Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt a.M. 1989 참조.

66) 추상적 위험범의 정당성에 관한 논의에서 주의해야 할 점은 형법의 영역에 있어서 추상적 위험범 자체가 금지되는 것은 아니며, 예컨대 방화죄와 같은 전통적 영역에 있어서는 추상적 위험범이 정당화될 수 있지만 새로운 위험 영역에 있어서 ‘추상적 위험성범’(abstrakte Gefährlichkeitsdelikte)의 도입을 반대한다는 것이다. 이에 관한 보다 자세한 설명은 김재윤, 앞의 논문, 38-39면 참조.

67) Winfried Hassemer, “Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts”, ZRP 1992, 378, 381면; Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1996, 10면 이하.

나마 간접적이고 사후적으로 조종 가능성을 인정하고 있다. 마찬가지로 법의 경제학적 분석도 위험의 법적 조종이 언제나 가능하다는 것을 의미하지는 않는다. 일차적으로 위험을 법으로 규제하고자 할 때 비용과 편익을 분석하여 순편익이 있는 경우에 한하여 조종이행력을 담보할 수 있다는 입장이기 때문이다. 다만 법의 경제학적 분석도 실제적 한계와 방법론상의 한계를 가지고 있으므로 위험에 대한 규제를 함에 있어 비용과 편익이라는 경제적 요소가 다른 요소보다 우선적이 아닌 동등한 가치로 함께 고려되어야 한다. 그렇지 않으면 사전배려의 원칙을 기본적 원칙으로 삼고 있는 환경법은 비용편익분석이라는 틀에 밀려 유명무실해질 위험성이 있기 때문이다.

지금까지 위험의 법적 조종 가능성은 다만 상대적 조종이행력을 가지고 있을 뿐임을 언급했는데, 이러한 입장을 환경위험의 법적 조종도구서 환경형법의 영역에 국한하여 보다 구체적으로 논증하면 다음과 같다.

V. 환경위험의 법적 조종의 도구로서 환경형법

생태학적 위험사회에서 환경보호는 의심할 여지없이 현대 형법의 가장 중요한 임무에 속하는데, 이는 현세대뿐만 아니라 미래세대의 안전한 삶의 기반유지에 관한 문제이자 인류의 생존에 관한 문제이기 때문이다. 이러한 관점에서 오늘날 ‘환경형법’(Umweltstrafrecht)이라는 분야가 새롭게 주목을 끌고 있다. 특히 환경형법은 더 이상 개개인의 법익에 대한 침해를 통제함으로써 일반적인 사회질서를 유지하는데 머무르지 않고, 새로운 위험으로서의 환경위험을 국가적 차원에서 규제함으로써 환경위험을 축소하고 예방하는 데에 기여하고자 한다.⁶³⁾ 이를 위해 환경형법은 환경위험에 대해 형법적 보호를 지속적으로 확대시키고, 법익위태화의 전

63) 이러한 측면에서 형법이 위험사회에서 ‘위험에 중점을 둔 예방형법’으로 그 기능이 변화되고 있다는 지적으로는 김재운, “위험사회에 있어 형법의 팽창현상에 대한 비판적 고찰”, 『비교형사법연구』 제7권 제1호, 한국비교형사법학회, 2005, 29, 34면 이하 참조.

법적 규제를 신설·강화하고자 할 경우에 시장론자들은 비용을 과다계상하고 편익을 과소계상 하여 규제를 반대하려 할 것이고, 환경론자들은 그 반대로 나아가 규제를 옹호하려 할 것이다. 더욱이 멸종위기에 처한 종의 보호와 같이 비용과 편익을 수치화할 수 없는 가치가 비용편익분석에서 제외되거나 경시되는 문제점을 가지고 있다.⁵⁸⁾ 셋째로 법의 경제적 분석에 편향된 형법은 개인에게 지향된 형법이 아니라 공동체에 지향된 형법을 추구할 위험성을 내포한다.⁵⁹⁾ 즉 법의 경제적 분석에 편향된 형법의 해석원칙은 개별적 사례에 대한 구체적 판결에 있어 특히 경제적 발전과 증장기적인 국민경제의 이익을 고려해야 한다는 특징을 보인다. 그 결과 형법에 있어 법률의 해석과 적용은 개인적 법익의 최대한의 보호가 아니라, 개인적 법익을 어떻게 하면 전체경제적 관점의 고려 하에서 가장 효과적으로 보호할 수 있는지에 초점이 맞추어진다.⁶⁰⁾ 이로써 법의 경제적 분석에 편향된 형법은 개인의 이익 보다 공동체의 이익 우선시 되는 위험성을 표출한다.⁶¹⁾

이상의 논의를 종합하여 보면, 위험의 법적 조종 가능성에 관하여 조종낙관론이나 조종회론 양자 모두 일정 부분 이론상 난점을 가지고 있으며, 그로 인해 형법뿐만 아니라 다른 법 영역에서도 위험의 법적 조종은 상대적 조종이행력만을 가지고 있음을 알 수 있다.⁶²⁾ 즉 체계이론은 위험의 법적 조종 가능성을 완전히 부정하는 것이 아니라 자기조절의 메커니즘이 작동하는 범위 내에서 제한적으로

58) 비용편익분석의 한계에 관한 보다 자세한 분석으로는 조홍식, 앞의 논문, 104면 이하 참조.

59) 이에 대해 보다 자세한 설명은 Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer, "Die ökonomische Analyse des Rechts - Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?", JZ 1988, 213, 217면 참조.

60) Gary S. Becker, Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens, 2. Aufl., Tübingen 1993, 43면 이하 참조.

61) Werner, KritV 1992, 433, 449면.

62) 이러한 입장과 반대로 알브레히트(Peter-Alexis Albrecht)는 형법이 사회적 체계갈등의 규율을 위해 이용된다면 이는 부적절한 조종도구일 수밖에 없음을 주장하고 있다. 그는 이러한 자신의 주장이 결코 위험의 법적 조종의 포기를 의미하는 것이 아니라 적절한 조종형태와 민법, 공법, 사회법과 같은 적합한 법적 조종수단의 모색이라는 방향전환이 필요함을 강조하고 있다(Peter-Alexis Albrecht, "Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem", KritV 1986, 55면 이하). Cornelius Prittwitz, Strafrecht und Risiko, Frankfurt a.M. 1993, 244면 이하 참조.

도 마찬가지로 나타난다. 토이브너는 앞서 언급한 같이 ‘반성적 법’을 통해 조종의 트릴레마를 극복할 수 있다는 대안을 제시하고 있지만, 그 역시 생태학적 위험사회를 극복할 수 있는 하나의 규범적·실천적 척도를 제시하고 있지는 않다.⁵⁶⁾ 그리고 토이브너는 환경위험의 법적 조종과 관련하여 조종의 트릴레마라는 개념을 통해 회의적 측면만을 강조하고 있다. 하지만 그는 환경위험과 관련한 법제화가 과도하지 않고 적절하게 이루어질 경우에 긍정적 효과도 거둘 수 있다는 사실을 간과하고 있다. 예컨대 환경위험원을 수반하는 기업체 경영자의 입장에서 보면 환경위험관리의 범위를 일탈하는 경영으로 인해 입는 손해가 그로 인해 얻는 이익보다 커지기 때문에 환경위험 규제법을 준수하려 할 것이다. 이는 곧 경영자로 하여금 ‘법규범의 내면화’를 가져오는 적극적 일방예방의 효과를 거둘 수 있음을 의미한다.

마지막으로 법의 경제학적 분석은 새로운 법적 문제의 출현과 관련하여 이론의 현대성과 합리성 및 유연성과 논증적 세련됨 등으로 인해 많은 이론적 매력 있음음을 부인하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 법의 경제학적 분석은 첫째로 법의 정당성의 추구를 포기하고, 그 자리에 경제라는 요소를 능가하는 어떠한 가치도 근거지울 수 없는 실용주의를 대체함으로써 기존 권력을 보장하고 강화하는 법이론이라는 문제점을 내포하고 있다.⁵⁷⁾ 둘째로 법의 경제학적 분석의 핵심요소로 자리잡고 있는 비용편익분석은 앞서 언급한 이론적 장점도 있지만, 그것이 갖고 있는 실제적 한계와 방법론상의 한계를 간과해서는 안 된다. 즉 한편으로 비용편익 분석은 실제로 많은 비용과 노력이 소요되기 때문에 이를 일반화 하면 많은 행정 자원의 낭비와 규제가 지체될 가능성이 다분하다는 실제적 한계가 있다. 다른 한편으로 비용편익분석은 방법론상의 한계도 가지고 있다. 즉 비용편익분석은 비용과 편익을 금전적으로 환산하는 과정에서 수많은 지표를 고려해야하고, 이 과정에서 정책적 선호 내지 정책적 선택이 개입되게 된다. 그 결과 환경위험에 대한

56) 이상돈·홍상수, 앞의 책, 260면.

57) Stefan Werner, “Die ökonomische Analyse des Rechts im Strafrecht: Eine modernistische Variante generalpräventiver Tendenzen?”, KritV 1992, 433, 450면.

조종과 관련하여 한편으로 위험을 법적으로 규제하고자 할 때 순편익이 없는 규제를 시행해서는 안 되고, 또한 여러 대안이 있으면 비용이 가장 적게 드는 대안을 선택해야 한다는 기준을 제시하고 있다는 점, 다른 한편으로 순편익이 클수록 조종이행력을 제고할 수 있다는 점에서 커다란 의미를 지닌다.

3. 비판적 검토: 조종이행력의 상대성

앞서 (환경)위험의 법적 조종 가능성과 관련하여 루만과 토이브너로 대표되는 자동생산적 체계이론과 법의 경제학적 분석이 존재하며, 이들 거대 이론은 각기 나름의 이론적 분석틀을 가지고 조종낙관론과 조종회의론이라는 상반된 견해를 표명하고 있음을 살펴보았다. 하지만 전체적인 시각에서 고찰하면, 이들 거대 이론은 다음과 같은 이론적 비판점으로 인해 위험의 법적 조종 가능성의 문제에 대해 만족할 만한 결론을 도출하고 있지 않다고 여겨진다.

우선 루만의 체계이론은 현대 후기산업사회를 복잡성의 증대에 따라 기능적으로 분화된 폐쇄적 체계들의 우연적 상호작용으로 이해함으로써 생태학적 위협과 위험의 극복가능성에 대해 근원적인 한계를 적절히 지적하고 있다. 루만의 체계이론은 이처럼 현대사회의 현상을 설명하는 데에는 성공하고 있다고 평가할 수 있지만, 생태학적 위험사회에서 우리가 추구해야 할 근본적인 과제제시를 포기한 채 각 체계의 효율적인 기능수행에만 초점을 맞추고 있다. 즉 체계이론은 우리가 생태학적 위험사회에 있어 궁극적으로 어떤 목표점을 향해 가야 하는지, 일정한 목표점으로 가기 위해서는 어떠한 방법을 선택해야 하는지 등에 관해 아무런 규범적이고 실천적 척도를 제시하지 않고 있다. 그 결과 루만의 체계이론은 체계비판적인 성격보다는 체계의 존립을 정당화시켜 주는 체계순응성과 아울러 하버마스의 지적처럼 “지배유지를 안정시켜 주는 새로운 형태의 이데올로기”로서 작용할 뿐이라는 비판을 면할 수 없다.⁵⁵⁾

한편, 이러한 체계이론의 문제점은 체계이론을 법학에 수용한 토이브너에게서

55) 루만의 체계이론에 대한 보다 자세한 비판으로는 이상돈·홍상수, 앞의 책, 254면 이하 참조.

한편, 비용편익분석에 기초한 법의 경제학적 분석은 행정법의 영역뿐만 아니라 형법의 영역에서 받아들여지고 있다. 즉 형법에 있어 법의 경제학적 분석의 기초는 이미 포이에르바하의 심리강제설로 대표되는 고전적인 일반예방이론에서 찾을 수 있다. 심리강제설은 합리적·이성적·타산적인 동물인 인간은 범죄를 함으로써 얻는 쾌락(편익)과 형벌을 받음으로써 돌아오는 불쾌감(비용)을 비용편익분석이라는 경제적 관점에서 비교하여 불쾌가 쾌락보다 더 클 때 범죄를 범하지 아니할 심리적 강제를 받게 된다는 것이다. 다만 일반예방이론은 범죄행위와 연결된 비용이 행위자가 얻을 수 있는 보다 더 클 때만이 기능할 수 있다. 그리고 법의 경제학적 분석은 일반예방이론뿐만 아니라 특별예방이론에서도 유용한 것으로 평가되고 있다. 즉 특별예방이론의 관점에서 비용편익분석은 범죄의 재발을 방지하기 위해 형벌의 종류와 범위를 설정함에 있어서 뿐만 아니라 수형인의 교육과 개선이라는 형집행의 단계에서도 적용가능하다.⁵¹⁾ 특히 법의 경제학적 분석은 어떠한 사회적 비용으로 형집행을 위한 비용을 산출해야 하는지,⁵²⁾ 그리고 재사회화라는 특별예방의 목적을 달성하면서도 어떻게 사회적 비용을 가능한 한 최소한도로 지출할 수 있는지에 대한 물음의 해답을 찾는 데 기여할 수 있다.⁵³⁾ 이와 관련하여 경제학적 분석에 대한 고려는 한 사회의 전체 경제적 관점 아래서 뿐만 아니라 피고인과 그의 가족의 사회적 지위와 관련하여 여러 가지 측면에서 비경제적인 해결책으로 평가받고 있는 단기 자유형의 선고와 집행을 재고하는 데 커다란 역할을 한다.⁵⁴⁾

생각건대 비용편익분석을 핵심요소로 하는 법의 경제학적 분석은 위험의 법적

51) 이에 대한 보다 자세한 설명은 Axel D. Neu, *Ökonomische Probleme des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 1971, 89면 이하 참조.

52) Neu, *Ökonomische Probleme des Strafvollzugs*, 10면 이하 참조.

53) 이에 대해 보다 자세한 설명은 Michael Adams Steven Shavell, "Zur Strafbarkeit des Versuchs", GA 1990, 337, 347면 이하; Neu, *Ökonomische Probleme des Strafvollzugs*, 58면 이하 참조.

54) 이에 대해 보다 자세한 설명은 Heinz Müller-Dietz, "Anspruch und Wirklichkeit sozialer Arbeit in der Strafrechtspflege heute", *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit* 1987, 63, 67면; Neu, *Ökonomische Probleme des Strafvollzugs*, 58면 이하 참조.

하지만 비용편익분석은 새로운 환경위험을 규제하는 정책도구로 사용되기 보다는 탈규제의 정책도구로 이용되고 있다. 실제로 미국의 Reagan 행정부는 비용편익분석을 각종 환경규제를 완화하는 탈규제 정책수립의 이론적 근거로 사용했고,⁴⁸⁾ Clinton 행정부도 1993년 9월 3일 규제철폐학으로 비용편익분석을 채택한 대통령훈령 12,866(Executive Order 12,866)을 공포하였고, 1995년에는 이보다 더 강력한 탈규제정책의 일환으로 공화당주도의 하원이 ‘위험평가및비용편익분석법’(Risk Assessment and Cost-Benefit Act)을 마련하였으나 상원을 통과하지 못하고 폐기된 바 있다. 특히 이 법안에서는 경제에 2억 5천만 불 이상의 영향을 미치는 규제가 허용되기 위해서는 점증적인 위험감소 또는 여타의 규제 편익이 정부, 공공단체, 사기업 등이 부담하여야 할 비용을 정당화할 수 있어야 하고, 이를 위해서 비용과 편익은 실행가능하다면 정량적으로 평가되어야 한다고 규정함으로써 행정규제를 내용으로 하는 모든 시행령·시행규칙을 제정할 때 비용편익분석들을 가장 우선적인 규제기준으로 삼고자 했다.⁴⁹⁾ 그리고 우리나라 역시 불필요한 행정규제를 폐지하고 비효율적인 행정규제의 신설을 억제하고자 1997년에 ‘행정규제기본법’을 제정하였다. 이 법은 규제개혁을 달성하기 위한 수단으로 ‘규제영향분석’(Regulatory Impact Analysis)을 제도화하고 있다. 규제영향분석은 규제의 신설·강화시 그 규제의 영향을 분석하여 그 결과를 토대로 이를 철회하거나 개선하도록 함으로써 규제를 합리화하려는 것인데, 규제의 시행에 따라 피규제자 및 국민이 부담하여야 하는 비용과 편익을 비교분석하는 것을 그 핵심적 요소로 하고 있다(동법 제7조 제1항 4호).⁵⁰⁾

48) 대표적으로 Reagan은 규제를 신설하기 위해 충족해야하는 실체적 요건과 절차적 요건을 규정한 대통령훈령 12,291호(Executive Order 12,291)를 공포(1981.2.17)하였다. 이에 관한 자세한 설명은 Richard L. Revesz, *Foundation of Environmental Law and Policy: Statutory and Regulatory Supplement*, 1997, 76-79면; 조홍식, 앞의 논문, 90면에서 재인용.

49) 이 법안에 관한 자세한 소개와 평가는 Jeff Gimpel, “The Risk Assessment and Cost Benefit Act of 1995: Regulatory Reform and the Legislation of Science” 23 J. Legis. 61(1997); 조홍식, 앞의 논문 91-92면에서 재인용.

50) 규제영향분석이 환경법의 기본원칙인 사전배려의 원칙과 충돌된다는 지적으로는 조홍식, 앞의 논문, 31면 이하 참조.

조종이 가능하다는 조종낙관론의 시각을 나타내고 있다. 법경제학에 기초한 위험의 조종낙관론적 시각을 환경위험과 관련지어 간략히 살펴보면 다음과 같다.

우선 법경제학은 위해물질 또는 독성물질의 방출에 따른 대기오염의 발생과 같은 환경위험에 대해 규제를 신설하거나 기존의 규제를 강화하고자 할 때, 이러한 규제의 시행에 따라 피규제자 및 국민이 부담해야 하는 비용과 편익을 비교분석하여 규제의 결과인 편익이 들어간 비용보다 높을 때에 시도할 가치가 있다는 입장을 취하고 있다.⁴⁵⁾ 이러한 비용편익분석은 위해물질 또는 독성물질마다 수용할 수 있는 위험의 정도를 결정하는 위험결정단계, 그 물질에 어느 정도 노출될 경우에 위험을 허용하는 최소기준을 넘는지를 결정하는 ‘위험평가’(risk assessment)단계, 그리고 그 물질에 대해 규제할 가치가 있는가, 규제를 한다면 어떻게 규제할 것인가를 결정하는 ‘위험관리’(risk management)단계로 구분할 때, 마지막 단계인 위험관리단계에서 중요한 역할을 한다.⁴⁶⁾ 요컨대, 비용편익분석은 위험평가를 기초로 위험을 관리하는 대표적인 수단으로 사용되는데, 이는 비용편익분석이 갖는 다양한 이론적 장점 때문이라 여겨진다. 비용편익분석의 이론적 장점과 관련하여 맥개리티(Thomas O. McGarity)는 비용편익분석은 제안된 규제에 대해서뿐만 아니라 대안에 대해서도 분석함으로써 의사결정권자에게 규제결정의 실제적 효과를 각인시켜 비합리적인 결정에 이르는 것을 막는 효과가 있고, 비용편익분석이 일반화되면 비용과 편익에 관한 일정한 기준이 생기고, 이를 토대로 하면 행정부 전체를 관통하는 일관성 있는 정책형성이 가능해지고, 정책추진의 우선순위를 객관적 기준 하에서 세울 수 있다는 점을 지적하고 있다.⁴⁷⁾

45) Amartya Sen, “The Discipline of Cost-Benefit Analysis”, in: *The Journal of Legal Studies*, vol. XXIX, 2000, also in: Matthew Adler/Eric A. Posner(Ed.), *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, The University of Chicago Press 2001, 95면; 조성혜, 앞의 논문, 110면에서 재인용.

46) 위험평가와 위험관리에 관해 보다 자세한 분석으로는 조홍식, 앞의 논문, 95-102면 참조.

47) 맥개리티는 이밖에도 비용편익분석의 장점으로 국가체제 전체의 효율성 증대, 행정의 ‘자기설명성’(accountability)의 제고, ‘규제의 역설’(paradoxes of regulation)의 회피, 중소기업에 유리한 결과 초래 등을 지적하고 있다. 이에 관한 자세한 설명은 Thomas O. McGarity, “A Cost-Benefit State”, 50 *Admin. L. Rev.* 7, 9(1998), 32-49면; 조홍식, 앞의 논문, 103-104면에서 재인용.

법정책의 관철은 그 자체로서 환경 관련 규제법과 환경형법의 고유한 규범적 구조를 파괴할 뿐이다(사회에 의한 법적 통합의 와해).

이처럼 토이브너는 ‘조종의 트릴레마’라는 개념을 통해 위험의 법적 조종 가능성에 관해 회의적 시각을 나타내고 있다. 하지만 그는 ‘조종의 트릴레마’를 극복하기 위한 방안으로 법의 새로운 진화적 단계인 ‘반성적 법’(reflexives Recht)을 제시하고 있다는 점에 주목할 만하다. 토이브너에 따르면, 반성적 법은 규제된 자율성, 보충적 제도로서의 법, 제한된 상호이해를 바탕으로 한 체계 간의 조화 및 간접적 조종 등을 주요 특징으로 하는데, 이는 미래행위의 조직적, 절차적 전제조건을 규정함으로써 간접적이고 추상적으로 사회적 행위를 조종해야 한다고 한다. 그는 반성적 법의 이러한 성격을 ‘자기규제의 메커니즘’(Mechanism der Selbstregulation), 또는 ‘자기규제의 조종’(Steuerung von Selbstregulierung)이라고 표현한다.⁴³⁾

2. 조종낙관론: 법의 경제학적 분석

‘법의 경제학적 분석’(the economic analysis of law), 즉 ‘법경제학’(law and economics)⁴⁴⁾은 위험에 대한 법의 조종이행력과 관련하여 앞서 언급한 자동생산적 체계이론과 상반된 견해를 제시한다. 법경제학은 예컨대, 후기산업사회에서 등장하는 새로운 위험을 법적으로 규제하는 정부정책을 수립하고자 할 때 ‘비용편익분석’(Cost-Benefit Analysis)이라는 틀을 사용함으로써 새로운 위험의 법적

42) 예컨대 대기환경보전법은 대기오염물질 배출허용기준을 구체적으로 규정하고 있고(동법 제8조), 그 이하로 오염물이 배출되도록 배출 및 방지시설의 설치와 정상적 가동을 의무화하고 있다(동법 제11조 내지 제15조). 그리고 규정 위반자에 대해서는 최고 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하여(동법 제55조) 규정의 준수를 강제하고 있다.

43) 이에 관한 자세한 설명은 Teubner, Verrechtlichung, 334면 이하; 이상돈·홍성태, 앞의 책, 233면 이하 참조.

44) 법경제학은 가치판단을 해야 하는 법과 사실에 대하여 기술하는 경제학을 대상으로 한다는 점에서 본질적으로 양면적인 성격을 띠고 있다. 법경제학에 대한 자세한 분석으로는 박세일, 『법경제학(개정판)』, 박영사, 2003; 조성혜, “법경제학의 기초”, 『법철학연구』 제7권 제2호, 한국법철학회, 2004, 101면 이하 참조.

족하고 만다(법의 정책에 대한 무관심). 그러므로 환경보호정책과 환경오염행위에 대한 형사책임을 묻기 위한 법제도는 상호 간에 무관심하다고 말할 수 있다.

다음으로 환경위험의 법적 조종을 위한 규제적 법이 '생활영역'(Lebensbereich)에 지나치게 개입하면 사회의 자율적 조절규범과 절차를 파괴하는 현상, 즉 '사회에 대한 과도한 법제화'(Überlegalisierung der Gesellschaft)와 그로 인한 '사회적 통합의 와해'라는 현상이 나타나게 된다. 실제로 환경위험의 강력한 법적 규제라는 편향된 방향으로의 법의 해석과 운영은 환경보호라는 정책목표를 일정부분 달성할 수 있지만, 환경위험을 불가피하게 수반하는 다수의 산업체 운영에 있어 합리적인 경영판단의 자율성을 침해 -자율적으로 관리되어야 할 환경위험의 범위를 넘어 타율적이고 과도한 환경위험관리 강제- 하여 생산성과 수익성의 저하를 초래할 수 있다. 그 결과 기업에 대한 투자위축과 경기침체 및 경기 저성장 등으로 이어짐으로써 환경보호라는 법의 정의논리가 경영영역의 효율성, 합리성 및 경쟁력을 잃어버리게 할 것이다.

마지막으로 '법에 의한 사회적 통합의 와해'는 사회의 자율적 조절규범을 해체함으로써 장기적으로 보면 '사회에 의한 법적 통합의 와해'를 부메랑효과처럼 초래하게 된다. 사회조절력의 해체로 인해 점증하는 위험은 그에 비례하여 더 많은 정치적·사회적 규제수요를 창출하게 되고, 이에 따라 법의 수행능력은 더욱더 큰 기능한계에 이르기 때문이다. 보다 구체적으로 환경위험의 법적 조종에 충실한 환경 관련 규제법은 시민들로 하여금 손쉽게 '환경소송'을 제기할 수 있게 만들며, 이 환경소송의 물결은 환경보호정책을 추진한 법원에게 과부하의 상태에 빠질 정도로 감당하기 어려운 업무부담의 증가를 야기케 할 것이다. 그로 인해 법원은 소송업무를 줄이기 위해 환경소송 전반을 경제성원칙에 초점을 맞춰 재구성하게 되는데, 이때 '과책원칙'이나 '책임원칙'과 같은 법치국가적 기본원칙을 희생시킬 수밖에 없다. 그 결과 환경 관련 규제법은 그 규제내용에 있어 정치화, 경제화, 윤리화되고, 특히 규제력의 강제를 위해 국가형벌권의 최후 수단성을 망각한 채 모든 환경 관련 규제법의 벌칙조항에 형벌을 도입하고자 한다.⁴²⁾ 하지만 이러한

고 있다는 점 등이 언급되고 있다(사법연수원, 『신중범죄론』, 2004, 148면).

이론을 법학에 수용하여 다양한 사회문제(예컨대 환경문제, 의료보건문제, 교통문제, 토지·주택문제, 부의 재분배문제 등)의 해결을 위해 시도되고 있는 과도한 ‘법제화’(Verrechtlichung)³⁸⁾의 문제점을 ‘조종의 트릴레마’(regulatorisches Trilemma)³⁹⁾라는 개념으로 설명하고 있다. 이러한 조종의 트릴레마는 ① ‘법과 정책의 상호무관심’(wechselseitige Indifferenz), ② ‘법에 의한 사회적 통합의 와해’(gesellschaftliche Desintegration durch Recht), ③ ‘사회에 의한 법적 통합의 와해’(rechtliche Desintegration durch Recht)로 특징지어지는데, 이를 환경위험의 법적 조종과 관련하여 살펴보면 다음과 같다.⁴⁰⁾

우선 법과 정책의 상호무관심은 정치권에서 사회의 질서유지를 위한 정책프로그램을 법규범으로 전환시키려 할 때 1차적으로 나타난다. 환경위험에 대한 강력한 규제수단으로 형법적 조종을 우선시함으로써 환경보호를 추구하고자 하는 환경정책은 형법의 규범적 구조 내지 원칙이라고 할 수 있는 비례성원칙, 명확성원칙, 책임원칙 등을 존중하지 않기 때문에 환경형법은 단지 환경보호정책의 도구로 자리매김하게 된다(정책의 법에 대한 무관심). 반면 환경범죄를 처벌하고자 하는 현행법 역시 환경보호정책에 무관심하다고 볼 수 있다. 예컨대 ‘환경범죄의 단속에관한특별조치법’은 실제로 집행되기 어려운 ‘집행결손’(Vollzugsdefizite)을 나타내고 있으며,⁴¹⁾ 그 결과 동법은 환경보호정책과 무관한 상징적 법으로 만

38) 이에 관한 자세한 설명은 Jürgen *Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1985, 522면 이하; Gunther *Teubner*, “Verrechtlichung-Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege”, in: Friedrich *Kübler*(Hrsg.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden 1984, 290면 이하; 이상돈·홍성태, 앞의 책, 223면 이하 참조.

39) *Teubner*, *Verrechtlichung*, 313면 이하; 이상돈·홍성태, 앞의 책, 227면 이하 참조.

40) 이러한 분석을 의료형법영역, 경제형법영역, 노동형법영역에서 응용한 것으로는 이상돈, 『의료형법』, 법문사, 1998, 19면 이하; 이상돈, 『윤리경영과 형법』, 박영사, 2005, 65면 이하, 276면 이하 참조.

41) 2003년도 단속된 환경사범은 총 20,257명이다. 이중 구속인원은 467명으로 2.3%의 구속점유율을 보이고 있는데, 일반사범 구속점유율이 3.7%인 것과 비교하면 상대적으로 낮은 구속점유율을 보이고 있다. 그 이유로는 환경사범은 그 성질상 단순한 행정법규위반 행위가 많고, 경제의 성장발전과 환경의 보전이라는 상충된 이익의 조화를 위해 국민의 생명·신체에 직접 영향을 미치지거나 악의적, 고질적, 상습적인 환경사범에 대해서만 구속하

체계는 법이 지닌 고유한 난점, 즉 사회적 규제의 원리와 자유의 원리 간의 근본적인 모순을 지니고 있을 뿐만 아니라 환경법을 포함한 다수의 환경 관련 특별법의 의사결정에서도 불가피하게 자의적 요소가 분명히 증가한다는 난점을 지니고 있다. 법 집행의 자의성, 법규 자체의 모순적이고 공허한 불명료성, 그리고 다른 부분체계에서 야기된 ‘반향’(反響, Resonanz)을 사후적으로 조종한다는 법 자체의 보수성 등은 사회에 대한 생태적 위협에 대해 법체계가 단지 제한적으로만 대처하지 않을 수 없다는 것을 드러낸다. 법체계 내에서는 생태적 위협의 관점에서 무엇이 적절한 반응인지, 그리고 어떠한 인과적 결과를 예측할 수 있는지를 보장해주는 것은 아무것도 없기 때문이다. 이러한 측면에서 루만은 법체계가 어떻게 생태학적 위협에 대처할 수 있는가를 논하는 대신에, 오히려 생태학적 커뮤니케이션이 어떻게 법체계의 고전적인 구조를 변형시키려는가를 관찰하는 것이 훨씬 더 의미 있는 작업이 될 것이라고 말하고 있다.

이와 같은 논증을 바탕으로 루만은 결론 부분에서 스스로 다음과 같이 고백하고 있다: “생태학적 커뮤니케이션이라는 주제에 대한 이 책의 고찰에서 이러한 커뮤니케이션이 우리 사회의 긴급한 환경문제를 해결하는 데 기여할 수 있는 방법을 해명할 수 있으리라고 희망하는 사람은 실망하게 될 것이다.”³⁶⁾ 결국 루만은 환경위험을 포함한 생태학적 위협의 법적 조종 가능성이라는 자신의 문제제기에 대해 근본적인 역설을 보여주고자 하는 데 목적이 있다고 여겨진다.

(2) 토이브너의 자동생산적 법 개념

루만과 마찬가지로 토이브너는 사회를 ‘의미’(Sinn)를 기초로 하여 사회의 구성요소인 ‘의사소통’(Kommunikation)을 회귀적으로 재생해 나가는 절차로서 자기준거적이며 폐쇄적이고 자동재생산적인 체계로 파악한다.³⁷⁾ 특히 그는 체계

36) 니클라스 루만, 이남복 역, 앞의 책, 185면.

37) Gunther Teubner, *Evolution of Autopoietic Law*, *Autopoietic Law: a new approach to law and society*(ed. by Teubner), 1987, 217, 221면; 남기운, “오토포이에시(autopoiesis) 시스템과 法人理論”, 『저스티스』 통권 제72호, 2003, 95면에서 재인용.

다. 이 저술서의 첫 장에서 루만은 우선 재생할 수 없는 자원에 대한 소비의 급격한 증가, 자동생산적 대체물의 의존성의 증대, 지속적인 생물학적 진화의 전제조건인 다양한 종(種)의 감소, 어떤 의약품으로도 면역되지 않는 병원체의 진화, 잘 알려져 있는 환경오염의 만연 등을 지적하면서 인간과 사회를 성찰하는 역사적 차원에서 볼 때 생태학적 커뮤니케이션이라는 주제는 아주 새로운 것임을 밝히고 있다. 이처럼 현대사회에 있어 생태학적 커뮤니케이션이 새로운 주제로 대두된 이유를 그는 사회 발전의 초기 단계부터 사회는 환경을 변화시키고 또한 환경 고유의 지속적 생존조건을 파괴시켜 왔는데, 오늘날은 그 정도가 심각하여 더 이상 무시할 수 없을 만큼 인간의 의사소통을 왜곡하는 지경에 이르렀기 때문이라고 한다. 그런데 문제는 자연과학과 사회학이 자신의 연구대상을 각각 자연과 사회로 한정하고 사회학이 순수한 사회 내적 전망에 몰두함으로써, 모든 체계의 문제가 체계와 주변세계의 차이로 소급될 수 있다는 사실을 간과하고 있다고 한다.³³⁾

하지만 루만은 “현대사회는 생태학적 위협에 대처할 수 있는가?”라는 화두에 대해 전체 체계로서의 사회가 어떤 경우에도 생태학적 위협을 예방하거나 제한적으로나마 이 문제에 대처할 수 있을 것이라는 것을 보장해주는 것은 전혀 존재하지 않는다고 하여 회의적 시각을 표명하고 있다.³⁴⁾ 그는 이와 같은 자신의 견해를 경제, 법, 과학, 정치, 종교, 교육 등의 부분체계에서 상세히 논증하고 있는데, 특히 법체계를 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

루만의 견해에 따르면,³⁵⁾ 법체계도 다른 부분체계와 마찬가지로 합법과 불법이라는 차이를 통해 코드화 되고, 이 코드 아래서는 다른 어떤 체계도 작업하지 않게 함으로써 스스로 조작적 폐쇄성을 획득하며, 각종 법령, 규정, 회칙이나 정관, 그리고 판결 등을 포함하는 고유한 법 규범적 프로그램을 운영한다고 한다. 사람들은 생태학적 위협의 문제에 직면하여 법체계가 환경 관련 법규를 제정하고 운영하는 등 나름대로의 대처방안을 강구할 수 있을 것으로 기대한다. 하지만 법

백의, 2002 참조.

33) 니클라스 루만, 이남복 역, 앞의 책, 11-13면.

34) 니클라스 루만, 이남복 역, 앞의 책, 185면.

35) 이하의 논의는 니클라스 루만, 이남복 역, 앞의 책, 105-125면 참조.

1960년대까지 사회과학계를 풍미했던 구조-기능적 체계이론을 비판적으로 계승 하면서부터 출발한다. 즉 기존의 ‘구조-기능적 체계이론’(struktur-funktionale Systemtheorie)은 질서로서의 의지에 기반을 두고, 체계는 ‘주변세계’(Umwelt)³⁰⁾와의 관계를 안정시킴으로써 기능적으로 형성될 수 있다는 것을 기본적인 가정으로 설정하였다. 그런데 루만의 ‘기능-구조적 체계이론’(funktional-strukturelle Systemtheorie)은 파슨스가 체계와 그 구조에 대한 물음에서 출발하여 체계의 안정과 통합을 위한 가능성을 모색한 것과는 반대로 기능에 대한 물음에서 출발하여 체계 형성을 논의하고 있다. 이러한 패러다임의 전환을 기초로 루만은 사회가 기능적으로 분화된 다양한 ‘부분체계들’(Subsysteme), 예컨대 정치, 경제, 법, 학문, 예술, 종교와 도덕 등으로 구성되어 있으며, 이 부분체계들은 체계/주변세계의 차이에 근거하여 시스템의 조작을 통해서 ‘자기준거적’(自己準據的, selbstreferentiell)으로 재생산되는 고유의 ‘이원적 코드’(binäre Code), 즉 정치(여당/야당), 경제(소유/비소유), 법(합법/불법), 학문(진리/허위), 예술(美/醜), 종교(내재성/초월성), 도덕(선/악) 등에서의 체계고유의 논리구조를 참조하면서 체계의 폐쇄성·자립성·복합성의 감축을 이루어 간다고 한다.³¹⁾

특히 루만은 체계와 주변세계의 차이라는 틀 속에서 생태학적 위협의 문제를 체계이론으로 설명하고자 했는데, 그 결과물이 바로 1986년에 출간된 “생태학적 커뮤니케이션 - 현대사회는 생태학적 위협에 대처할 수 있는가?”³²⁾라는 저술이

1976 참조.

30) ‘Umwelt’라는 용어는 국내에서 일반적으로 ‘환경’(環境) 내지 ‘환계’(環界)로 번역되곤 한다. 그러나 ‘환경’이라는 용어는 자연환경과 혼동의 여지가 있고, ‘환계’라는 용어는 루만이 뜻하고자 하는 본래의 의미에 가깝기는 하지만 일상 언어가 아니라는 약점이 있다. 따라서 필자는 ‘Umwelt’를 ‘주변세계’라고 번역하는 것이 본래의 의미에 부합하고, 일상 언어감각으로도 자연스러운 번역용어라고 여겨진다(같은 취지로 이상돈·홍성수, 앞의 책, 193면 각주 7).

31) 루만의 체계이론에 대한 자세한 분석으로 Georg Kneer/Armin Nassehi, Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, 2. Aufl., München 1993 참조.

32) Niklas Luhmann, Ökologische Kommunikation - Kann die morderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?, 3. Aufl., Opladen 1990; 이하의 인용은 니클라스 루만, 이남복 역, 『현대 사회는 생태학적 위협에 대처할 수 있는가』,

적, 경험적 그리고 규범적 측면에서 서로 상반된 견해를 보이고 있다.²⁶⁾

1. 조종회의론: 체계이론적 법 개념

자동생산적 체계이론(*autopoietische Systemtheorie*)²⁷⁾은 주지하다시피 독일의 사회학자 루만(Niklas Luhmann)에 의해 전개된 사회체계이론(*Systemtheorie der Gesellschaft*)²⁸⁾이고, 이 이론을 실정법학 내에 적극 수용하여 실정법의 여러 분야에서 독특한 이론체계를 수립한 학자가 토이브너(Gunther Teubner)이다. 자동생산적 체계이론을 포함하여 체계이론적 법 개념은 기본적으로 위협의 법적 조종과 관련하여 회의적 시각을 나타내고 있는 이론으로 분류할 수 있다.

(1) 루만의 체계이론

루만의 체계이론은 하버드 대학의 파슨스(Talcott Parsons)²⁹⁾가 주장한 이래

26) Reinhard Damm, "Risikosteuerung im Privatrecht - Rechtsgüterschutz und Regelungsinstrumente", in: Dieter Hart (Hrsg.), *Privatrecht im Risikostaat*, Baden-Baden 1997, 13, 17면 이하 참조.

27) *autopoiesis*는 체코의 인지생물학자인 마투라나(H. R. Maturana)가 그리어인 *auto* (자기)와 *poiein*(창조, 시작)을 합성하여 표현한 조어(造語)이다. 아우토포이에시스는 논자(論者)에 따라 자동생산, 자기생산, 자기복제, 자동창조 등으로 다양하게 번역되고 있으나, 루만은 이를 생산개념과 연결시켜 사용하였고, 스스로 조직하고 재생산하는 체계를 의미하기 때문에 필자 역시 본 논문에서 '자동생산'으로 번역하고자 한다.

28) 루만의 체계이론은 사회의 미시적 국면만을 분석하는 미시이론이 아니라 전체로서의 사회를 어떻게 적절하게 파악할 수 있는가라는 문제에서 출발하여 '체계'(System)/'주변세계'(Umwelt)라는 구분기준을 토대로 현대사회를 전체차원에서 거시적으로 분석하는 거시이론모델이라고 할 수 있다. 이와 같은 루만의 체계이론은 방대하고 난해하며 또한 복잡하고 추상적인 것으로 유명한데, 필자의 능력으로 요약설명하기는 거의 불가능에 가깝다. 다만 루만의 체계이론 중에서 본 논문의 주제와 관련된 부분만을 중심으로 체계이론을 소개하는 데 그치고자 한다. 루만의 체계이론을 소개하고 있는 주요 국내문헌으로는 강희원, "루만의 체계이론과 현대법의 이해", 『현대 법철학의 흐름』, 한국법철학회편, 법문사, 1996, 349면 이하; 발터 리제 쉐퍼, 이남복 역, 『니클라스 루만의 사회사상』, 백의, 2002; 루만, 노진철·최재현 역, "체계이론의 최근 동향", 『현대 독일 사회학의 흐름』, 형성사, 1991, 195면 이하; 이상돈·홍성수, 『법사회학』, 박영사, 2000, 189면 이하 참조.

29) Parsons의 규범이론에 대해서는 Reinhard Damm, *Systemtheorie und Recht*, Berlin

의 원칙 및 비용편익분석을 도입함으로써,²⁴⁾ 그리고 형법분야에서는 일반예방적 기능의 강조, 환경침해에 대한 새로운 불법구성요건의 도입 내지 강화라는 방식을 채택함으로써 환경위험의 법적 조종에 기여할 수 있다.²⁵⁾

하지만 이와 같은 환경위험의 법적 조종의 필요성의 긍정과 그에 따른 입법적 조치수단의 논의의 전제는 바로 새로운 위험으로서의 환경위험이라는 것이 법이란 수단을 통해 과연 조종될 수 있는가라는 법적 조종의 가능성이라는 근본문제의 분석토대 위에서 이루어져야만 실효성을 담보할 수 있다. 이러한 (환경)위험의 법적 조종 가능성의 문제와 관련해서는 다음과 같이 회의적인 견해와 긍정적인 견해로 크게 나뉘고 있다.

IV. 환경위험의 법적 조종 가능성에 관한 논쟁 : 조종회의론 vs. 조종낙관론

법을 통한 위험조종의 가능성 여부에 관한 논쟁은 법의 조종이행력과 조종결함의 문제와 관련지어 이미 지난 수십 년에 걸쳐 강도 높게 그리고 찬반양론을 띠며 격렬하게 진행되어 왔으며, 여전히 현재진형으로 남아 있다. 이 논쟁의 저변에는 법의 규제력과 관련하여 조종회의론과 조종낙관론이라고 하는 두개의 거대 이론이 자리 잡고 있다. 즉 한편으로는 위험조종에 관해 회의적 시각을 가지고 있는 체계이론적인 법 개념이 있고, 다른 한편으로는 위험조종에 관해 낙관적 시각을 나타내고 있는 법의 경제학적 분석, 즉 법경제학이 있다. 이처럼 위험조종에 관하여 두 이론은 법이 과연 위험조종을 포함하여 사회적 발전과정 또는 인간 개개인의 행위에 조종력을 행사할 수 있을 정도의 영향력을 가지고 있는지에 관해 이론

24) 이에 대해 보다 자세한 설명은 조홍식, 앞의 논문, 69면 이하 참조.

25) 이러한 방식에 대한 비판적 견해로는 Felix Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverletzung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich, Heidelberg 1991 참조.

2. 환경위험의 법적 조종을 위한 입법적 조치수단

대의민주제를 채택하고 있는 현실에 있어 입법자, 특히 국회의원은 정치적 주권의 직접적 행위기관으로서 정치적 주요결정에 대한 처음이자 마지막 귀속주체이다. 그로 인해 입법자에게는 적어도 위험의 법적 조종에 대한 폭넓은 의사형성 여지가 허용되고, 광범위한 입법재량이 유보되어 있다. 그 결과 입법자는 위험을 수반하거나 위험을 증대시키는 활동에 대해 산업발전을 위해 일정 부분 불가피한 것으로서 긍정적 동의를 표하거나 단순히 무시함으로써 위험스런 행위의 사회적 수용 여부에 대한 의사결정을 한다.¹⁹⁾

환경위험의 법적 조종을 위한 입법적 조치수단은 매우 폭넓은 것으로 평가된다. 즉 환경위험은 한편으로 사법적인 측면에서 사법상의 일반규정, 위험예방을 위한 계약상 내지 계약 이외의 의무의 확대,²⁰⁾ ‘위험책임’(Gefährdungshaftung)을 도입하는 방향으로의 ‘책임법’(Haftungsrecht)의 개정²¹⁾ 및 손해발생을 야기시킨 인과관계의 증명에 있어 입증책임의 전환 등을 통해 회피되거나 축소될 수 있다.²²⁾ 다른 한편으로 공법적인 측면에서는 행위의무를 새롭게 규율하거나 금지규범을 명확히 할 수 있다.²³⁾ 예컨대 환경법에 있어서는 원인행위자부담의 원칙, 사전배려

19) Udo Di Fabio, “Grundfragen der rechtlichen Regulierung wissenschaftlich und technisch erzeugter Risiken”, in: Gerhard Banse(Hrsg.), Risikoforschung zwischen Disziplinarität und Interdisziplinarität, Berlin 1996, 133, 141면 이하 참조.

20) BGHZ 66, 54 이하 참조.

21) Gerhard Hohloch, Umweltschäden im Spannungsfeld zwischen Individualhaftung und Kollektivhaftung, Berlin 1993, 1303면 이하 참조.

22) 하지만 조홍식 교수는 환경위험에 대처하기 위해 사법체계가 기존의 권리·의무 이진법으로, 위험책임체계로의 전환으로, 기존 개념의 확대적용을 통해, 새로운 제도의 도입 등을 시도해 보았지만 결국 실패로 돌아갔고, 다만 사법체계 자체 내의 한계를 확인하는 선에서 그치고 말았음을 지적하고 있다. 이에 관해 보다 자세한 설명은 조홍식, “리스크 법 - 리스크관리체계로서의 환경법”, 서울대학교 『법학』, 제43권 제4호, 2002, 27, 44면 이하, 124면 참조.

23) 다양한 행정모델의 개관에 대하여는 Udo Di Fabio, Risikoentscheidung im Rechtsstaat, Tübingen 1994, 115면 이하 참조.

구성 및 초계급적 보편성 등과 같은 특징을 가지고 있다. 이러한 환경위험의 특징은 환경위험을 발생토록 한 개인 또는 기관의 의사결정에 대해 형사책임을 묻기 위한 전제조건인 개인적 귀속을 거의 불가능하게 한다. 다만 이러한 환경위험의 발생이 신(神)에 의한 것이 아닌 인간의 의사결정에 기인한 것이라는 점은 너무나도 자명하지만 이러한 지식만으로는 아무런 해결책도 제시하지 못한다.¹³⁾ 결과 귀속의 문제를 신(神)에게로, 운명에게로 또는 전지전능한 어떠한 힘에게로 돌리는 것은 문명화된 사회에서는 더 이상 불가능하다. 바로 이러한 메커니즘으로 인해 환경위험을 법적으로 조종할 필요성이 등장한다.¹⁴⁾

특히 백은 환경위험의 법적 조종의 필요성과 관련하여 위험조종을 위한 새로운 규율체계를 구축하는 것이 필요하다는 점을 지적하고 있다.¹⁵⁾ 그의 견해에 따르면, 위험사회에서는 현재와는 다른 규율방식과 귀속모델, 그리고 다른 비용분배가 가능토록 해야 하고, 이를 계속해서 발전시켜야 한다고 한다. 구체적인 예로 입증책임의 변화, 책임문제의 개혁, ‘원인행위자부담의 원칙’(Verursacherprinzip)의 재구성 등을 거론하고 있다.¹⁶⁾ 나아가 인과관계도 이미 여러 이론적 논거를 통해 다양한 의미를 가진 것으로 평가되고 있기 때문에,¹⁷⁾ 귀속문제 역시 사회계약과 법규범을 통해 새롭게 규율될 필요성이 있다고 한다.¹⁸⁾

13) Ulrich Beck, *Die Erfindung des Politischen*, Frankfurt a.M. 1993, 40면 이하 참조.

14) Wolfgang Köck, “Risikovorsorge als Staatsaufgabe”, AöR 121 (1996), 1, 7면.

15) 우리나라에서 환경위험의 조종 필요성과 그 법적 수단을 고찰한 논문으로는 한귀현 “환경 리스크의 통제에 관한 법리”, 『환경법연구』 제27권 4호, 한국환경법학회, 2005, 5면 이하 참조.

16) Ulrich Beck, *Politik in der Risikogesellschaft. Essays und Analysen*, Frankfurt a.M. 1991, 15면.

17) 이에 관한 독일의 논의로는 Ingeborg Puppe, “Kausalität - Ein Versuch, kriminalistisch zu denken”, ZStrR 103 (1990), 141면 이하 참조. 우리나라에서 위험책임의 법리를 기초로 환경책임 법제의 도입에 관한 분석으로는 전제경, 『환경책임 법제 연구』, 한국법제연구원, 2003 참조.

18) Beck, *Politik in der Risikogesellschaft*, 17면.

우선 백은 오늘날의 삼림파괴는 산업화의 필연적 결과로서 초기의 경지개관이라는 측면과는 전혀 상이한 사회·정치적 결과를 낳으면서 지구적으로 전개되고 있으며, 마찬가지로 핵분열이나 방사성 폐기물의 축적과 같은 위험은 전 인류를 대상으로 지구화 경향을 나타내고 있다고 한다(위험의 전지구성). 다음으로 그는 위험의 초계급적 보편성을 “빈곤은 위계적이지만 스모그는 민주적이다”(Not ist hierarchisch, smog ist demokratisch)라는 표현으로 설명하고 있다. 즉 근대화 이전의 위험은 비록 계급이나 국가의 발전수준에 따라 차별적으로 분배될 가능성이 존재하지만 오늘날 생태학적 재난이나 핵 위험 등은 국경을 무시하며 특정 계급에 국한되지 않는다고 한다. 이로써 위험의 분배는 산업사회의 부의 분배와는 달리 초계급적임을 알 수 있다. 마지막으로 식료품에 포함된 유독물질이나 핵 위험과 같은 근대성 내에서 생산되는 위험은 체계적이고 종종 되돌릴 수 없는 해를 끼치지만 일반적으로 눈에 보이지 않으며, 인과적 해석에 기초를 두기 때문에 처음에는 그에 대한 (과학적 또는 반과학적) 지식의 견지에서만 존재한다고 한다. 따라서 이 위험은 지식 내부에서 변화될 수 있고, 과장될 수 있고, 각색되거나 축소될 수 있으므로 사회적으로 정의되고 구성될 소지를 특히 많이 지니고 있다고 한다(위험의 비가시성, 지식의존성 및 사회적 구성성).¹²⁾

III. 환경위험의 법적 조종의 필요성과 입법적 조치수단

1. 환경위험의 법적 조종의 필요성

앞서 언급한 바와 같이 환경위험은 새로운 위험의 하나로서 불가항력성, 전지

11) 이하 Beck, Risikogesellschaft, 29-30면 참조.

12) 강희원 교수는 새로운 위험을 기술과학적-생태학적 위험으로 표현하며, 그 특징으로 비용/수익의 계산원칙 파괴, 위험결정자와 피위험자와의 구분 및 사회적 위험 등을 제시하고 있다(강희원, “환경위기시대에 있어서 ‘위험’에 대한 법학적 계몽을 위하여”, 『경희법학』 제30권, 1995, 113, 135면 이하 참조).

술의 발달이 심화되고 산업화가 고도화되면서 원자적 위험, 화학적 위험, 유전공학적 위험 그리고 환경위험과 같은 새로운 위험이 출현하고 있으며, 이 새로운 위험은 인류전체의 생존을 위협할 정도로 엄청난 파괴의 잠재력을 가지고 있다. 특히 지구 온난화와 기상이변, 오존층파괴, 식수원오염, 대기오염, 종다양성 감소(biodiversity) 등으로 표현되는 환경위험은 새로운 위험의 대표적 예라 하겠다.⁹⁾

2. 새로운 위험의 특징

후기산업사회에서 이룩한 기술적 진보의 부수효과로서 등장한 새로운 위험은 기존의 자연적·외부적 위험과는 구별되는 특징을 지니고 있다. 환경위험을 포함한 새로운 위험의 특징과 관련하여 우선 라우(Christoph Lau)는 기본적으로 서로 구별되는 위험의 세 가지 그룹, 즉 ‘전통적 위험’(traditionelle Risiken), ‘산업-복지국가적 위험’(industriell-wohlfahrtsstaatliche Risiken) 및 ‘새로운 위험’(neue Risiken)을 제시하면서, 새로운 위험은 앞의 두 위험과는 달리 개인 또는 기관의 결정과 작위 내지 부작위에 기인하지만, 더 이상 자연발생적으로 받아들여지는 것이 아니라 오히려 불가항력적으로 다가오는 것으로 표현된다고 한다. 나아가 새로운 위험은 일반적으로 발생 가능성, 경제적 이용가치 및 그에 대한 비용 등에 따라 계상되어지며, 다만 그 위험의 원인, 종류 및 범위 그리고 위험에 따르는 피해의 비교가 불가능하다는 점을 지적하고 있다.¹⁰⁾

나아가 벡(Ulrich Beck)도 새로운 위험의 특징을 적절히 지적하고 있는데, 그는 새로운 위험의 특징으로 전지구성, 초계급적 보편성, 비가시성과 지식의존성 및 사회적 구성성을 제시하고 있다.¹¹⁾ 이러한 특징을 보다 구체적으로 살펴보면,

9) 특히 벡은 근대화의 과정에서 생성된 이와 같은 새로운 위험을 기술적 진보의 ‘부수효과’(Nebenfolgen)로 이해하고 있다. 그에 따르면, 이러한 부수효과는 종종 예측할 수 없고, 때때로 예상조차할 수 없는, 원래 긍정적으로 평가된 목적에 지향되었던 인간행위의 의도하지 않은 결과들이라고 한다(Beck, Risikogesellschaft, 113면 이하 참조).

10) Christoph Lau, “Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken”, Soziale Welt 1989, 418면 이하 참조. 특히 라우는 이러한 새로운 위험의 예로서 지면침식, 오존층 파괴, 산림고사 및 공기오염 등을 언급하고 있다.

에 노출되어 있으며, 거의 일생동안 위협과 함께 살아가고 있다고 해도 과언이 아니다. 과학문명의 시대인 21세기에서조차 천재지변, 전염병, 기근 등과 같은 자연적·외부적 위협을 아직까지 완벽히 극복하지 못하고 있다. 나아가 인간 상호 간의 싸움과 전쟁으로 인한 사회적·내부적 위협 역시 인류의 역사만큼이나 오랫동안 지속되어 오고 있다. 이처럼 인간의 역사는 자연적·외적 위협과 사회적·내부적 위협이라는 이중적 위협으로부터 스스로의 안전을 지키기 위해 투쟁해온 역사라 하겠다.⁶⁾

그러나 후기산업사회에 살고 있는 현재의 인류는 지금까지의 자연적 위협과 사회적 위협 외에도 대형의 불명확한 새로운 위협에 직면하고 있다. 즉 현대 후기산업사회에서 과학기술은 지금까지 인류역사상 찾아볼 수 없을 정도로 급속하게 발전함으로써 인류 개개인의 복지향상이라는 긍정적 영향을 가져왔지만,⁷⁾ 인류의 전체 삶의 기반을 위협하는 새로운 위협을 가져온 것도 사실이다.⁸⁾ 1986년 4월 26일 구소련에서 일어난 체르노빌원자력발전소 폭발사건을 포함하여 2003년 2월 18일 대구에서 발생한 지하철 참사 등은 과학기술의 발전과 산업화가 가져다주는 편리함의 이면에 엄청난 위험이 도사리고 있음을 보여주는 대표적 사례이다. 이처럼 과학기

der Risikogesellschaft, Göttingen 2004, 13면 이하 참조.

- 6) 이에 인간은 지속적으로 자연적·사회적 위협을 가능한 통제하고자 노력해 왔으며, 이것이 곤란할 경우에는 회피하고자 했다. 이러한 이유로 위험이 수십 년 전부터 여러 학문 분야에서 주요 관심대상으로 떠올랐다. 위험연구에 관한 자세한 설명은 Wolfgang Bonß, Vom Risiko. Unsicherheit und Ungewißheit in der Moderne, Hamburg 1995, 9면 이하 참조.
- 7) 예컨대 이러한 과학기술의 발전은 천재지변과 자연적 위협을 일정 부분 극복할 수 있게 함으로써 인류의 안전을 향상시키고 있다. 특히 안원하 교수는 “생활의 모든 면에서 영양상태가 개선되었고 건강과 안전에 대해 과거보다 훨씬 더 많은 정보를 얻고 있으며, 과거 어느 때보다 평균수명이 길다”는 사실을 근거로 인류역사상 가장 안전한 시대에 살고 있다는 견해를 피력하고 있다(안원하, “위험사회의 함정”, 문창법학회 『형사법논집』, 제3권 제1호, 2003, 29면 이하).
- 8) 벡(Ulrich Beck)은 후기산업사회의 이러한 모습을 ‘위험사회’(Risikogesellschaft)라는 개념으로 설명하고 있다. 즉 그는 위험사회를 인간이 이룩한 산업기술이 부정적인 결과로서 가져올 수 있는 인류말살 가능성으로부터 도전을 받는 시대, 발전의 어두운 면이 점차로 공동체의 분쟁을 결정하는 시대라고 정의하고 있다. 그는 시대변화에 따른 공동체(사회)의 변화에 주목하여 위험사회를 정의하고자 하였다. 따라서 현대의 기술과 경제의 발전이 이룩한 운택한 생활과 함께 위험을 수반하는 수많은 생산물들이 어두운 그림자를 드리우고 있다고 보았으며, 이러한 사회를 바로 위험사회로 정의하였다(Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a.M. 1986, 113면 이하).

주의, 행위형법의 원칙 및 책임원칙 등과 같은 전통적인 법치국가적 형법의 체계 원칙을 위태롭게 하는 결과를 초래하고 있다.

따라서 본 논문에서는 환경위험의 법적 조종에 대한 필요성이 아닌 그 가능성과 한계를 고찰함으로써 형법, 특히 환경형법이 환경위험의 법적 조종수단의 하나임에는 틀림없지만, 효율적인 환경보호를 위해서는 다만 보충적이고 제한적인 기능을 수행할 수 있을 뿐임을 논증하고자 한다. 이를 위해 먼저 생태학적 위험사회에 있어 환경위험은 새로운 위험의 대표적 예라 할 수 있는데, 그 출현배경과 특징을 살펴보고(II), 다음으로 환경위험의 법적 조종의 필요성과 공법과 사법 분야에서 환경위험의 조종을 위해 도입가능한 입법적 조치수단에 관해 간략히 언급하고자 한다(III). 나아가 환경위험의 법적 조종의 필요성이 인정되더라도 과연 환경위험이 법적으로 조종 가능한 것인가라는 근본문제가 제기되는데, 이와 관련하여 위험조종의 찬반논쟁을 소개하고자 한다(IV). 마지막으로 환경위험의 법적 조종의 수단인 환경형법이 어떠한 문제점을 가지고 있는지를 분석함으로써 효율적 환경보호를 위해 법, 특히 환경형법은 제한적 가능성만을 가지고 있을 뿐임을 결론으로 도출하고자 한다(V).

II. 새로운 위험으로서의 환경위험

1. 새로운 위험의 출현배경

고대로부터 현재에 이르기까지 인간은 삶의 다양한 분야에서 ‘위험’(Risiko)⁵⁾

5) 오늘날까지 위험개념과 관련하여 일반적으로 승인된 학문적 정의는 존재하지 않는다. 다만 일반적으로 위험이라고 할 때에는 위해물질(예컨대 석면과 같은 발암물질)에 노출되었을 때 발생하는 위해(예컨대 사망, 부상 또는 손상된 삶의 질)의 크기, 즉 “위험 = 위해발생의 개연성 × 위해의 크기”를 의미한다. 그리고 위험과 구별해야 할 개념으로 영어의 danger를 뜻하는 ‘위해’(危害, Gefahr)라는 개념이 있다. 위해라는 단어는 일반인은 물론이고 법률가에게 있어서도 일상적인 용어라 할 수 있다. 즉, 위험과 달리 위해는 “부정적 결과를 수반하는 일련의 사건의 발생 가능성” 내지 “부정적으로 평가된 사건의 발생 가능성”으로 표현된다. 이에 관해 보다 자세한 설명은 Jae-Yoon Kim, Umweltstrafrecht in

떠한 형식으로는 ‘조종’(Steuerung)이 불가피하다.²⁾ 이러한 환경위험의 조종은 오늘날 법(특히 헌법, 환경법, 환경형법)의 중심과제로 인식되고 있다.³⁾ 법은 민주적 절차에 의해 사회를 조종하는 가장 중요한 형식의 하나이기 때문이다. 일반 시민은 과학기술의 발전방향을 국가적·공적 차원에서 조종할 것을 요구하는데, 입법자는 이러한 요청을 특히 헌법을 통해 이행하고자 한다. 법을 통한 환경위험의 조종이라는 헌법적 의무는 법적 위험조종이 과연 무엇이며, 나아가 이를 달성하기 위한 수단으로 무엇이 있을 수 있는지를 계속해서 검토하고, 만약 개념이 정립되고 그 수단이 있다면 이를 더욱 향상시킬 과제를 포함한다.⁴⁾

하지만 법을 통한 환경보호의 가능성, 즉 환경위험의 법적 조종 가능성이라는 근본적인 문제에 대한 논의는 접어둔 채, 너무나 쉽게 법을 통한 환경보호의 당위성에 대해 동의를 표하고 있는 것은 아닌지 의문이다. 예를 들어 형법 분야에서도 예외 없이 형법에 의한 환경위험의 조종 필요성은 긍정하고 있으나, 형법에 의한 환경위험의 조종 가능성에 대한 깊이 있는 논의는 미약하다. 심지어 입법자는 형법이 환경보호를 위한 가장 강력한 수단이 될 수 있음을 확신하며, 어떠한 형사법적 수단과 방법을 사용하여 효율적인 환경보호에 기여할 수 있는지에만 관심을 갖는 경향을 보이고 있다. 그 결과 입법자는 환경위험의 형법적 조종을 위해 보편적 법익과 추상적 위험범을 광범위하게 도입함으로써 법익위태화의 전 단계에서 가벌성을 전치화하는 것, 즉 ‘전단계범죄화’(Vorfeldkriminalität)를 시도하고자 한다. 하지만 입법자의 처음 의도와는 달리 환경위험을 조종하기 위해 도입된 보편적 법익과 추상적 위험범이라는 수단은 그 목적을 달성하지 못한 채 죄형법정

2) ‘위험조종’(Risikosteuerung)이라는 개념은 위험의 실현을 야기하는 인과과정에 일정한 영향을 미침으로써 위험을 회피하고 축소에방하는 것을 의미한다. 일반적으로 위험조종은 위험에 대한 법적 규제라는 형식을 통해 달성될 수 있다. 위험조종의 개념에 관한 자세한 분석으로는 Jürgen Schmidt, “Steuerung neuer Risiken mit Hilfe des zivilrechtlichen Vertragsrechts”, KritV 1991, 346면 이하 참조.

3) Arno Scherzberg, “Risiko als Rechtsproblem”, VerwArch. 84 (1993), 490면 이하 참조.

4) Michael Ronellenfisch, “Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verwaltungsrecht”, DVBl. 1989, 851, 855면 참조.

환경위험의 법적 조종 가능성과 한계에 관한 고찰*

김 재 윤**

차 례

- I. 머리말
- II. 새로운 위험으로서의 환경위험
- III. 환경위험의 법적 조종의 필요성과 입법적 조치수단
- IV. 환경위험의 법적 조종 가능성에 관한 논쟁: 조종회의론 vs. 조종낙관론
- V. 환경위험의 법적 조종의 도구로서 환경형법
- VI. 맺음말

I. 머리말

‘생태학적 위험사회’(ökologische Risikogesellschaft)로까지 지칭되는 현대 후기산업사회에서 과학기술은 끈임 없이 발전을 거듭하고 있으나, 일정부분 제한을 가할 필요성도 제기되고 있다. 어떤 과학기술도 완벽할 수 없기 때문에 모든 과학기술은 다음과 같은 어려운 물음에 직면하고 있다: “얼마나 안전해야 충분히 안전한 것인가?”(How safe is safe enough?)¹⁾ 그로 인해 생태학적 위험사회에 있어 ‘새로운 위험’(neue Risiken)의 하나인 ‘환경위험’(Umweltrisiko)은 어

* 본 논문은 2005년도 인제대학교 학술연구조성비 보조에 의한 것임.

** 인제대학교 법학과 교수, 법학박사

1) 이에 관한 자세한 논의로는 Baruch Fischhoff u.a., *Acceptable risk*, Cambridge University Press, London 1981 참조.