

위험사회에서 형법을 통한 위험조종의 가능성과 한계*

- 위험형법과 적대형법을 중심으로 -

김 재 윤**

목 차

- | | |
|------------------------------------|--|
| I. 들어가는 말 | III. 적대형법을 통한 전통적 범죄의 위험
조종 가능성과 한계 |
| II. 위험형법을 통한 새로운 위험의 조종
가능성과 한계 | 1. 적대형법의 의의와 특징 |
| 1. 위험형법의 의의와 특징 | 2. 적대형법을 통한 테러범죄 위험조종 |
| 2. 위험형법을 통한 원자력 위험조종 | 3. 적대형법을 통한 성폭력범죄 위험조종 |
| 3. 소결: 법치국가형법의 먼 ‘친구’로서
위험형법 | 4. 소결: 법치국가형법의 최대의
‘적’으로서 적대형법 |
| | IV. 맺는 말 |

I. 들어가는 말

형법이란 일반적으로 범죄와 형벌의 관계를 규정한 국가법규범의 총체를 의미하고, 형법의 과제는 단순히 범죄자를 처벌하는 그 자체에 있는 것이 아니라 시민의 법익과 사회윤리적 행위가치를 보호함으로써 시민이 평화로운 공동체질서 속에서 생활할 수 있도록 하는 데 있다.¹⁾ 그런데 형법을 통해 보호하고자 하는 시민의 법익과 사회윤리적 행위가는 그 사회의 정치·경제·문화·과학기술 등의 발전에 따라 변화하

* 이 논문은 2013년도 건국대학교 법학연구소 국내학술대회(2013. 1. 25)에서 발표한 글을 수정·보완한 것임.

** 전남대학교 법학전문대학원 부교수

1) 손동권/김재윤, 새로운 형법총론(울곡출판사, 2011), 10쪽.

고 형법은 이러한 사회변화를 적절한 시점에서 수용하여 반영함으로써 시민의 평화로운 공동체질서를 유지하고자 한다. 독일의 철학자 헤겔도 이미 형법이 사회변화에 영향을 받는다는 것을 간파하여 그의 법철학강요에서 “형법전은 주로 그 시대와 그 시대에 속해 있는 사회의 상태에 좌우된다.”²⁾고 하였다.

형법이 1953년 제정될 당시의 한국 사회와 2013년 현재 한국 사회의 모습은 확연히 변화되어 있다. 그 사회변화의 중심에 국가 주도의 압축적 근대화 과정을 빼놓을 수 없다. 이러한 압축적 근대화 내지 압축성장모델은 눈부실 정도의 경제·문화적 성장과 과학기술의 발전이라는 성과 못지않게 1953년 한국 사회에서는 찾아 볼 수 없었던 커다란 부작용을 초래하였다. 이러한 부작용은 크게 과학기술의 발전에 따른 새로운 위험의 출현과 전통적 범죄의 심화로 대별할 수 있다. 전자의 대표적인 예로는 원자적, 화학적, 생태학적, 유전공학적 위험 등을 언급할 수 있으며, 후자의 대표적인 예로는 빈부격차의 심화, 사회적 해체의 가속화 등에 따라 더욱 흉폭해진 강력범죄(예컨대 연쇄살인, 강도, 성폭력범죄 등), 조직범죄, 테러범죄 등을 언급할 수 있다. 이러한 새로운 위험의 출현과 전통적 범죄의 심화는 한국 사회의 평화로운 공동체질서를 위협하는 요인으로 자리매김 하고 있다. 이에 따라 국가의 패러다임도 국가권력 개입의 최소화를 목표로 했던 19세기 자유주의적 법치국가에서 시민의 기본권과 자유권을 다소 희생하더라도 새로운 위험과 심화된 전통적 범죄를 사전에 적극적으로 예방·축소·제거하여 시민의 안전을 최대한 확보하는 ‘예방국가’(Präventionsstaat)³⁾ 내지 ‘안전국가’(Sicherheitsstaat)⁴⁾로 변화하고 있다. 이러한 예방국가 내지 안전국가로

2) G.W.F. 헤겔, 임석진 옮김, 법철학(한길사, 2008), 404쪽.

3) 이러한 예방국가로의 국가 패러다임의 변화에 대한 상세한 분석으로는 양천수, “예방과 억압의 혼용—‘집회 및 시위에 관한 법률’을 예로 본 법이론적 분석—”, 공법학연구 제10권 제2호(한국공법학회, 2009), 308쪽 이하 참조.

4) 이에 대해 상세히는 Wolfgang Köck, “Risikovorsorge als Staatsaufgabe”, AöR

의 국가 패러다임의 전환은 당연히 형법의 기능에 있어서도 단지 과거에 행해진 범죄의 진압과 억제에 머물지 않고 적극적으로 새로운 위험과 전통적 범죄를 예방하고 안전을 확보하는 방향으로 변화할 것을 요구하고, 또한 실제로 변화하고 있다.⁵⁾

이러한 한국 사회의 변화에 따른 형법의 기능변화와 관련하여 그간 형법학계는 독일의 사회학자 울리히 벡(Ulrich Beck)이 제시한 ‘위험사회’(Risikogesellschaft)⁶⁾의 개념을 수용하여 ‘위험형법’(Risikostrafrecht)의 틀로 설명을 시도해 왔다.⁷⁾ 그리고 최근에는 위험형법 이외에도 ‘예방형법’(Präventionsstrafrecht), ‘안전형법’(Sicherheitsstrafrecht), ‘적대형법’(Feindstrafrecht) 등의 용어를 사용⁸⁾하여 새로운 위험과 심화된 전통적

121(1996), 1, 13쪽 이하 참조.

5) 김재운, “위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응”, 비교형사법연구 제12권 제2호(한국비교형사법학회, 2010), 253-256쪽.

6) Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (Suhrkamp Verlag, 1986).

7) 대표적 논의로는 김성규, “위험사회에서의 형법의 과제와 기능-독일에서의 논의와 그 시사점-”, 2012년 하계 연합학술회의 자료집(한국비교형사법학회, 2012), 57쪽 이하; 김영환, “위험사회에서의 형법의 귀속원리”, 법철학연구 제3권 제2호(한국법철학회, 2000), 151쪽 이하; 김재운, 현대형법의 위기와 과제(전남대학교출판부, 2010), 16쪽 이하; 김학태, “현대위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화”, 비교형사법연구 제3권 제1호(한국비교형사법학회, 2001), 1쪽 이하; 박강우, “위험사회와 형법의 변화”, 형사정책연구 제8권 제4호(한국형사정책연구원, 1997), 273쪽 이하; 박광민/이성대, “위험사회의 등장에 따른 형법의 대응”, 성균관법학 제18권 제3호(성균관대학교 법학연구소, 2006), 513쪽 이하; 백상진, “위험형법의 전개에 대한 비판과 바람직한 형법적 대응방안”, 비교형사법연구 제13권 제1호(한국비교형사법학회, 2011), 1쪽 이하; 심재무, “위험사회와 환경형법”, 형사법연구 제11호(한국형사법학회, 1999), 290쪽 이하; 이승준, “새로운 위험의 등장과 형법의 임무 변화?-9·11 테러 이후 영국을 중심으로-”, 형사정책 제24권 제2호(한국형사정책학회, 2012), 107쪽 이하; 이용식, “위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방”, 형사정책 제13권 제1호(한국형사정책학회, 2001), 33쪽 이하; 허일태, “위험사회에 있어서 형법의 임무”, 비교형사법연구 제3권 제2호(한국비교형사법학회, 2003), 1쪽 이하 참조.

8) 최근의 논의로는 김일수, “위험형법·적대형법과 사랑의 형법”, 고려법학 제65호(고려대학교 법학연구원, 2012), 1쪽 이하; 이덕인, “형법의 기능변화와 한계에 대

범죄를 예방·축소·제거하기 위한 수단으로서 과연 형법이 적합한 수단인가에 대한 해답을 찾고자 하고 있다. 그리고 그에 대한 답은 죄형법정주의, 책임원칙, 비례성원칙, 보충성원칙이라는 법치국가형법의 여러 원칙을 위협하여 현대형법의 위기를 초래하기 때문에 전체적으로 부정적인 입장이다. 그렇다면 현재 한국 사회가 직면하고 있는 새로운 위협의 출현과 전통적 범죄의 심화라는 사회변화에 형법은 법치국가형법의 도그마틱에 사로잡혀 그저 손을 놓고 있어야 하는가, 아니면 이를 포기하고 전면에 나서야 하는가? 이에 대해 필자는 새로운 위협을 사전에 예방하기 위한 도구로서 위험형법은 법치국가형법의 먼 ‘친구’로서 그 틀 안에서 최소한의 기능을 발휘할 수 있으나, 전통적 범죄의 심화를 해결하기 위해 중형주의 또는 엄벌주의를 강조하는 적대형법은 그 자체로서 법치국가형법의 최대의 ‘적’이 될 수밖에 없다고 본다.

따라서 이하에서는 이를 논증하기 위하여 우선 대표적인 새로운 위협으로 언급되고 있는 원자력 위험에 대처하기 위해 등장한 원자력안전법을 중심으로 위험형법을 통한 새로운 위협의 조종 가능성과 한계를 살펴보고(Ⅱ), 적대형법을 통해 테러범죄와 성폭력범죄의 위험조종이 가능한지를 검토하고자 한다(Ⅲ). 이러한 논의를 바탕으로 형법은 사회변화를 선도하고자 하는 유혹에서 벗어나 어디까지나 법치국가형법의 원칙을 준수하면서 새로운 위협과 전통적 범죄의 위험조종을 위한 제한적 역할에 만족해야 함을 결론으로 도출하고자 한다(Ⅳ).

한 성찰”, 형사법연구 제24권 제3호(한국형사법학회, 2012), 35쪽 이하; 이재일, “범죄인의 Magna Charta로서의 형법이념의 포기: (반시민적) 적형법”, 한독법학 제17집(한독법학회, 2012), 169쪽 이하; 이재일, “형법을 통한 ‘더 많은 안전’의 기능과 한계”, 외법논집 제35권 제1호(한국외국어대학교 법학연구소, 2011), 181쪽 이하 참조.

Ⅱ. 위험형법을 통한 새로운 위험의 조종 가능성과 한계

1. 위험형법의 의의와 특징

위험사회에서 형법의 기능이 변화되어야 한다는 요청은 형법이 사회변화를 수용·반영함으로써 사회발전의 조종에 기여해야 한다는 데에서 찾을 수 있다. 즉 형법은 위험사회에서 현재의 평화로운 공동체질서의 유지를 넘어 미래의 안전한 인류공동생활을 위해 공간적으로도 시간적으로도 한계지을 수 없는 손해결과와 관련하여 양적·질적으로 새롭게 평가되어야 하는 새로운 위험의 조종,⁹⁾ 즉 새로운 위험의 예방·축소·제거에 기여할 필요가 있다는 데 있다. 이러한 측면에서 형법은 위험사회에서 더욱더 ‘위험에 중점을 둔 예방형법’(risikoorientiertes Präventionsstrafrecht), 즉 위험형법으로 그 기능이 변화되고 있다. 이러한 위험형법은 과거에 행해진 범죄가 아니라 미래의 안전과 관련된 새로운 위험을 국가적 차원에서 규제하는 데 기여하고자 하고, 이를 위한 수단으로 광범위한 보편적 법익(예컨대, 환경 및 그 구성인자의 보호, 자본시장의 기능의 보호, 국민건강의 보호, 방사선에 의한 재해의 방지와 공공안전의 보호, 생명윤리 및 안전의 보호 등)과 추상적 위험범을 빈번히 사용한다.¹⁰⁾

이러한 위험형법은 다음과 같은 세 가지 측면에서 전통적인 법치국가형법과 구별되는 특징을 나타낸다. 첫째, 형법적용의 대상과 관련하

9) ‘위험조종’(Risikosteuerung)이란 위험의 실현을 야기하는 인과과정에 일정한 영향을 미침으로써 위험을 회피하고 예방·축소·제거하는 것을 의미한다. 일반적으로 위험조종은 위험에 대한 법적 규제라는 형식을 통해 달성될 수 있다. 이에 대해서는 김재운, 앞의 책, 132쪽 이하 참조.

10) 김재운, 위의 책, 34-35쪽.

여 전통적인 법치국가형법과 그것의 행위규범은 전적으로 현재 진행되고 있는 사회분쟁을 대상으로 하는 반면, 위험형법은 현재 세대보다 오히려 세대 간에 걸쳐 진행되는 사회분쟁을 그 대상으로 하며, 그 해결책도 다음 세대에 태어날 우리의 자손들과 연관을 맺고 있다. 따라서 위험형법은 현재가 아니라 ‘미래 그 자체’(die Zukunft als solche), 즉 현재로부터 시작해서 다음 세대에 본격적인 위협의 잠재력이 드러나게 되는 사회분쟁에 주된 관심을 가지고 있다.

둘째, 형법의 불법구조와 관련하여 전통적인 법치국가형법이 전제하고 있는 불법은 인간의 지각으로 직접 확인할 수 있는 타인의 법익에 대한 구체적 위태화 내지 침해인 반면, 위험형법의 불법이란 예컨대 환경오염, 유전인자의 조작 및 정보기술체계의 조작 등과 같이 이미 그 침해가 발생하기 이전의 지각적으로 감지할 수 없는 종류의 것들과 관련을 맺고 있다. 이에 따라 위험형법에서 불법은 생활 오·폐수를 버리는 것, 배아나 유전자를 조작하는 것 또는 원자력발전소가 노후화 되었음에도 안전검사를 형식적으로 한 채 원전을 가동시키는 것 등과 같이 일상적으로 규범위반성이 잘 드러나지 않는다.

셋째, 위험형법은 범죄행위가 가시화되기 힘들고 ‘행위주체’(das kriminelle Subjekt)가 불분명하다. 즉 전통적인 법치국가형법의 불법 뒤에는 항상 이를 유발시킨 행위자 또는 집단이 특정될 수 있으나, 위험형법에서 행위주체는 개별적인 행위자들이라기보다 오히려 이와 같은 현상을 초래한 사회체계, 경제체계 그 자체라고 할 수 있다. 따라서 위험형법에서 이러한 거대한 체계 안에서의 개별적인 행위자의 역할이란 결코 중요하지 않거나, 아니면 기껏해야 수없이 많은 하위체계의 공동 작업에 의해 분산될 뿐이다.

이처럼 위험형법이 전통적인 법치국가형법과 구별되는 특징에도 불구하고 Prittwitz는 위험형법도 전통적인 법치국가형법의 선상에 서있다고 한다.¹¹⁾ 즉 위험형법도 목적을 위한 수단으로서 이해되고 정당화된

다는 점에서 전통적인 법치국가형법과 같다고 한다. 또한 위험형법은 전통적인 법치국가형법의 대상이었던 ‘악’(Bösen)한 행위를 ‘위험한 행위’(Gefährlichen)로 전환한 것일 뿐이라고 한다.¹²⁾

따라서 이하에서는 이러한 위험형법과 그 특징이 개별 법률, 특히 원자력 위험을 조종하기 위하여 원자력안전법에서 어떻게 구체화되고 있으며, 해당 법률이 목적하는 원자력 위험조종이 실효성을 거둘 수 있을지를 검토하고자 한다.

2. 위험형법을 통한 원자력 위험조종

2.1 원자력 위험의 의의

신이 인류에게 선사한 제2의 태양이라고까지 평가¹³⁾되는 원자력은 온실가스를 거의 배출하지 않는 경제적이고 친환경적인 에너지원으로 서 전기를 저렴하고 안정적으로 제공한다는 점에서 기후변화대응을 위한 효율적인 미래에너지원으로 평가받고 있다.¹⁴⁾ 그러나 1986년 구 소련의 체르노빌 원자력발전소 사고에 이어, 2011년 3월 11일 발생한 일본 후쿠시마 원자력발전소 사고는 대표적인 새로운 위험으로서 원자력 위험이 인류의 전체 삶의 기반을 얼마만큼 위협할 수 있는 지를

11) Cornelius Prittwitz, *Strafrecht und Risiko, Untersuchung zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft* (Vittorio Klostermann GmbH, 1993), 366-370쪽.

12) 김재윤, 앞의 책, 33-34쪽.

13) 문종욱, “원자력의 헌법상의 가치와 원자력법령체계의 개선”, 법학연구 제9권 제1호 (충남대학교 법학연구소, 1998), 2쪽.

14) 이러한 이유에서 국제원자력기구(IAEA)의 보고서에 의하면 2011년 6월 현재 전 세계에서 4백40기의 원자력발전소가 운영 중에 있으며, 그 중에서 미국이 1백4기, 프랑스 58기, 일본 55기, 러시아 32기, 한국 21기를 보유하고 있다고 한다(김종천, “그린에너지 원자력발전소의 안전성 확보를 위한 공법적 연구”, 홍익법학 제12권 제3호(홍익대학교 법학연구소, 2011), 110쪽).

생생하게 보여준다.

이러한 새로운 위협으로서 원자력 위협은 U. Beck이 적절히 지적한 바와 같이 다음과 같은 특징을 나타낸다.¹⁵⁾ 우선 체르노빌 원전사고나 후쿠시마 원전사고의 피해는 사고발생 지역에 한정되지 않고 국경 주변의 국가에게까지 영향을 미침으로써 전지구적 경향을 보인다(위험의 전지구성). 다음으로 홍수와 같은 자연적 위협은 농업노동자 계급이라는 특정 계급이나 국가의 발전수준에 따라 차별적으로 분배될 가능성이 있으나 원자력 위협은 특정 계급에 국한되지 않음으로써 위험의 분배는 전 계급에 보편적으로 영향을 미친다(위험의 초계급적 보편성). 이러한 위험의 전지구성과 초계급적 보편성은 원자력 위협에 대해 비용편익의 원칙에 따른 적절한 계상을 불가능하게 한다. 뿐만 아니라 사회구성원 모두에게 전가되어 결과적으로 개인적 차원의 위험이 아닌 사회적 위험으로 파악된다. 마지막으로 원자력 위협은 되돌릴 수 없는 막대한 피해를 끼치지만 일반적으로 눈에 보이지 않으며, 인과적 해석에 기초를 두기 때문에 처음에는 원자력과 관련된 과학적 또는 반과학적 지식의 견지에서만 존재한다. 따라서 원자력 위협은 원자력 관련 지식 전문가 집단 내부에서 변화될 수 있고, 과장될 수 있고, 각색되거나 축소될 수 있으므로 사회적으로 정의되고 구성될 소지를 많이 지니고 있다(위험의 비가시성, 지식의존성 및 사회적 구성성).¹⁶⁾

2.2 원자적 위험조종을 위한 원자력안전법의 대응

후쿠시마 원전사고를 계기로 세계는 장기적으로 ‘탈원자력 발전의 시대’ 또는 적어도 ‘원자력 이용의 재검토’의 단계를 맞이하고 있

15) Ulrich Beck, 앞의 책, 113쪽 이하 참조.

16) 김재운, “행정형법에 있어 기술발전과 허용된 위험”, 형사정책 제24권 제2호(한국 형사정책학회, 2012. 8), 86-87쪽.

나,¹⁷⁾ 우리나라는 이러한 세계적 추세와 달리 원자력을 중심으로 하는 에너지 정책을 일관되게 추진하고 있다. 하지만 원자력발전에 수반하여 발생한 고농도의 방사성폐기물의 안전·확실한 처리의 문제, 사용연한이 경과한 원자력 관련 시설의 폐쇄 문제 등은 여전히 존재함을 부인할 수 없다. 이러한 상황에서 원전사고에 따른 환경파괴의 특수성을 고려하고 사고발생을 미연에 방지하기 위해 원자력 위험의 사전적 예방의 관점이 무엇보다 강조되고 있다.¹⁸⁾ 이 때문에 원자력 안전규제에 관한 기본법인 원자력안전법은 다음의 행위에 대해 형벌을 부과함으로써 원자력 위험조종을 시도하고 있다.

우선 원자력안전법 제113조는 원자로를 파괴하여 사람의 생명·신체 또는 재산을 해치거나 그밖에 공공의 안전을 문란하게 한 사람(제1항, 사형·무기 또는 3년 이상의 유기징역), 전쟁·천재지변 또는 이에 준하는 비상사태에서 제1항의 죄를 범한 사람(사형 또는 무기징역), 전 2항의 미수범(제3항)과 전 2항의 죄를 범할 목적으로 예비·음모 또는 선동한 자(제4항, 3년 이상의 유기징역)를 처벌한다.

그리고 같은 법 제114조는 방사성물질등과 원자로 및 관계시설, 핵연료주기시설, 방사선발생장치를 부당하게 조작하여 사람의 생명 또는 신체에 위험을 가한 사람(제1항, 1년 이상 10년 이하의 징역 또는 금고), 진정결과적 가중범으로서 제1항의 죄를 범하여 사람을 사망하게 한

17) 독일 정부는 2011년 6월 6일 2022년 말까지 독일 내 모든 원자력발전소(총 17기)를 단계적으로 폐쇄하는 법안을 승인하였고, 중국은 새로운 원전 27기 건설을 잠정 중단하고 현재 운영 중인 13기에 대해 안전점검을 실시하였으며, 벨기에는 당분간 원전 추가 건설이나 노후 원전의 운영시한 연장 논의를 중단기로 하였다. 그리고 미국은 자국 내 원전에 대한 대대적인 안전점검에 나섰으며, 프랑스도 원전 58기에 대해 총체적인 안전점검에 들어갔으나 프랑수아 피용 프랑스 총리는 일본의 사고만으로 원자력 전체를 비판하는 것은 어리석은 일이라며 원자력 발전에 대한 기존의 입장을 고수하고 있다.

18) 김재운, “원자력과 방사성물질등의 위험에 대한 형법적 보호”, 법학연구 제45집(한국법학회, 2012. 2), 290-291쪽.

사람(제2항, 3년 이상의 유기징역)을 처벌한다.

나아가 같은 법 제115조는 제108조의 비밀누설금지를 위반한 사람(10년 이하의 징역 또는 금고)을 처벌하며, 원자력안전법상의 허가·등록 또는 지정, 조치명령, 중지명령 등의 각종 법규위반행위에 대해서는 그 심각성에 따라 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금(제116조), 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금(제117조), 300만원 이하의 벌금(제118조)의 세 가지 형태로 법정형을 구분하여 처벌하고 있으며, 제120조는 양벌규정에 대하여 규정하고 있다.¹⁹⁾

2.3 위험형법을 통한 원자력 위험조종의 문제점

원자력안전법은 원자력 위험조종, 즉 원자력 위험의 사전 예방·축소·제거를 위해 위험형법의 대표적인 수단인 추상적 위험범과 예비죄를 통해 가벌성의 전단계화를 시도하고 있다(예컨대 추상적 위험범 규정으로 같은 법 제116조, 제117조, 제118조, 예비죄 규정으로 같은 법 제113조 제4항).

그러나 무엇보다 가벌성이 법익침해 내지 구체적 위태화 이전까지 앞당겨지는 추상적 위험범은 범죄화되는 행위와 법익침해 사이의 인과관계를 요구하지 않음으로써 전통적인 결과범을 거의 완벽하게 배제하는 동시에 예방적 조치에 방해가 되는 형법상의 귀속을 아주 의심스러운 방법으로 단순화함으로써 행위자의 지위를 약화시키고 전통적 형법의 요소를 붕괴시키는 문제점을 지니고 있다.²⁰⁾ 그리고 예비죄의 경우에도 법익의 위태화는 행위자에 의해 외부세계에 창출된 객관적 위험에 더 적게 토대를 두고 있고, 오히려 행위자의 주관적 의도, 계획 또는

19) 그 밖에 '원자력시설 등의 방호 및 방사능 방재 대책법'과 '방사성폐기물관리법'상의 벌칙조항에 대해 자세한 분석으로는 김재윤, 위의 논문, 296-297쪽 참조.

20) 이에 대해 상세히는 김재윤, 앞의 책, 40-43쪽 참조.

그 밖의 생각을 통해 지배된다. 하지만 이러한 주관적 의도, 계획 등에서 법의 위태화의 근거를 찾는 것은 행위자의 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유를 포함하는 ‘내심의 자유’(forum internum)에 있어 ‘단순한 악한 생각’(bloß böser Gedanken)이 가벌성이 있는 것으로 전락하는 ‘심정형법’(Gesinnungsstrafrecht)으로 변질될 우려가 있을 뿐만 아니라, 예비행위의 수단·방법에는 제한이 없으므로 그 무정형·무한정성으로 인해 형법의 ‘보장적 기능’을 침해할 우려가 있다는 비판이 제기되고 있다.²¹⁾

3. 소결: 법치국가형법의 먼 ‘친구’로서의 위험형법

원자력안전법이 원자로를 파괴하여 사람의 생명·신체 또는 재산을 해치거나 그밖에 공공의 안전을 문란하게 한 행위, 즉 ‘원자력 위험’(Gefahr der Kernenergie)을 전면적으로 금지시킨 것은 원자력 위해가 형법상의 법익을 중대하게 침해하기 때문에 전적으로 타당하다. 그러나 원자력안전법이 위험형법의 대표적 도구인 추상적 위험범과 예비죄의 도입을 통한 가벌성의 전단계화의 방식으로 인류의 생존을 위협하는 새로운 위험으로서 원자력 위험을 사전에 예방하고 더 많은 시민의 안전을 확보하고자 하는 시도에 대해서는 의문이 제기되고 있다. 왜냐 하면 위험형법을 통한 가벌성의 전단계화는 죄형법정주의, 책임원칙 등의 법치국가형법의 원칙을 붕괴시켜 법치국가형법의 틀을 허물어뜨리는 위험요인으로 여겨지기 때문이다.

그러나 원자력 위험이라는 새로운 위험조종을 위한 위험형법의 가벌성의 전단계화에 대한 기존의 비판은 일면 타당하지 않다고 본다. 우선 새로운 위험조종 수단으로서 추상적 위험범은 법치국가형법의 여러 원칙을 붕괴시키므로 이를 전적으로 포기하는 방안을 고려할 수 있다.

21) 김재윤, 앞의 논문(2012. 2), 299쪽.

그러나 원자력 위험을 포함한 환경위험, 유전공학적 위험 등 인류의 생존을 위협하는 새로운 위험이 문제되는 곳에서 법익침해 내지 구체적 위험의 결과가 발생한 이후에 형법적 대응이 과연 무슨 의미가 있는지가 의문이다. 따라서 문제가 되는 곳에서 문제 자체를 포기하는 방식이 아니라 문제를 해결하는 방식의 대안 찾기, 즉 추상적 위험범의 포기가 아니라 추상적 위험범이 갖는 문제점을 극복하기 위해 추상적 위험범의 정당성의 근거가 되는 추상적 위험성을 단순한 입법자의 동기에 의한 것이 아니라 관련 위험영역의 전문가의 적정한 위험평가를 바탕으로 추상적 위험성을 띤 행위를 가능한 명확하고 구체적으로 기술하게 함으로써 법치국가형법의 틀을 유지하는 방안이 타당하다고 본다.

그리고 예비죄를 통한 가벌성의 전단계화에 대해서도 여러 비판이 제기되나, 이러한 비판은 원자력안전법이나 원자력시설 등의 방호 및 방시능 방재 대책법 등에서 규정된 예비죄와 같이 원로자의 파괴, 핵물질의 수수·소지·소유 등과 같이 보호법익에 대한 당벌적인 특별한 위험 창출이 무엇인지가 객관적이고 구체적인 예비 행위를 통해 알 수 있고, 이를 통해 기본범죄에 대한 고의와 기본범죄를 준비한다는 고의라는 주관적 요건도 제한할 수 있는 경우에 적절하지 않다고 본다. 왜냐하면 이러한 예비죄에 있어서 행위자의 가벌적인 예비 행위가 자신의 내심의 자유 또는 사적 영역에서 벗어나 외부세계에 등장하고 그곳에서 금지된 위험이 창출되며, 바로 이때 미수범의 가벌성의 근거인 “직접적 실행착수”와 동등하게 평가될 수 있는 기능적 등가성도 인정되기 때문이다.²²⁾

따라서 위험사회에서 원자력 위험과 같은 새로운 위험조종을 위한 위험형법의 가벌성의 전단계화는 사회변화를 수용·반영하기 위한 불가피한 선택으로 여겨지고, 위험형법의 도구로서 비판의 중심에 서 있는 추상적 위험범과 예비죄의 문제는 관련 전문가에 의한 추상적 위험성의

22) 김재윤, 앞의 논문(2010. 12), 270-272쪽.

적정한 평가와 아울러 예비죄에 있어 당벌적인 특별한 위험이 존재하는 예비 행위로 국한된다면 해소될 수 있다고 본다. 결국 위험사회에서 위험형법은 법치국가형법의 틀 내에서 새로운 위험조종에 제한적으로나마 기능할 수 있으며, 이러한 측면에서 위험형법은 적어도 법치국가형법과는 다소 거리가 있지만 여전히 ‘친구’로 남을 수 있다고 본다.

Ⅲ. 적대형법을 통한 전통적 범죄의 위험조종 가능성과 한계

1. 적대형법의 의의와 특징

국가 패러다임이 예방국가 내지 안전국가로 변화되어 감에 따라 형법의 기능도 과거에 행해진 범죄의 진압과 억제에 머물지 않고 적극적으로 새로운 위험과 전통적 범죄를 예방하고 시민의 안전을 확보하는 방향으로 변모할 것을 요청하고 있다. 이러한 형법의 기능변화와 관련하여 앞서 살펴본 바와 같이 원자력 위험과 같은 새로운 위험에 대해서는 위험형법을 통해 위험조종을 시도하고 있다. 반면에 날로 흉폭하고 잔인해져가고 있는 연쇄살인, 강도, 성폭력범죄와 같은 강력범죄뿐만 아니라 세계도처에서 발생하는 테러범죄, 조직범죄, 마약범죄 등의 전통적 범죄에 대해서는 적대형법이라는 새로운 형법이론을 통해 심화되고 있는 전통적 범죄의 위험을 예방·축소·제거하려는 위험조종의 시도가 나타나고 있다.²³⁾

23) 새로운 위험뿐만 아니라 전통적인 테러범죄와 강력범죄를 사회적 위험으로 파악하여 이러한 사회적 위험까지도 위험형법의 적용영역이 될 수 있다는 견해가 제시되고 있다(이승준, 앞의 논문, 109-110쪽). 그러나 위험형법은 후기산업사회에서 나타나는 과학기술적 새로운 위험의 조종수단으로 국한하여 이해하고, 강력범죄자 내지

이러한 적대형법과 관련한 논의는 독일의 형법학자이자 법철학자인 Günther Jakobs 교수가 1985년 프랑크푸르트에서 개최된 형법교수회의에서 “법익침해 전단계에서의 범죄화”라는 제목의 강연에서 적대형법이라는 용어를 처음으로 사용함으로써 시작되었다.²⁴⁾ 그 후 Jakobs 교수는 자신의 논문들을 통하여 ‘시민형법’(Bürgerstrafrecht)과 구별되는 적대형법이라는 개념을 구체화시켜 나갔다.

Jakobs 교수에 따르면 사회계약론자들과 Carl Schmidt에 의해 제안된 ‘시민과 적의 구별’을 통해 전통적인 법치국가형법은 사회공동체의 구성원으로서 법질서를 지킬 준비가 되어있는 ‘시민’에게만 적용되고(시민형법), 테러리스트들과 같은 범죄자는 원칙적으로 법질서의 정당성을 부정하고 이러한 질서를 파괴하고자 하기 때문에 사회의 ‘적’으로 간주하여 그러한 자에 대해서는 전통적인 법치국가형법이 아니라 위험을 효과적으로 제거할 수 있는 특수한 형법으로서 ‘적대형법’이 필요하다고 보았다.²⁵⁾ 그에 따르면 시민형법과 적대형법은 서로 다른 목적을 추구하는 것이고, 양자가 양립하는 데에도 별 문제가 없다고 한다. 즉 시민형법이 사회공동체의 구성원인 시민들에 대해 규범의 타당성을 분명히 각인시키고 형벌예고를 통해 규범준수에의 동기설정을 하도록 기여하는 반면, 적대형법은 시민의 안전 확보를 위해 방위되어야 할 위험한 행위자를 향한다고 한다. 이로써 적대형법은 결국 ‘테러와의 전쟁’ 또는 ‘범죄와의 전쟁’과 같은 차원에서 위험과 투쟁을 해야 하지만 시민형법은 규범타당성의 유지에 기여한다고 한다.²⁶⁾

테러리스트와 같은 전통적 범죄의 특정 범죄인에 대해서는 시민이 아니라 단지 적(敵)으로 여기고 그에게는 법치국가에서 인정하는 기본 권리조차 인정할 필요가 없다는 이른바 적대형법의 개념으로 설명하는 것이 보다 설득력이 있다고 본다. 같은 취지로 최성진, “현대사회에 있어서 형법의 이원화 경향”, 형사정책연구 제21권 제3호(한국형사정책연구원, 2010), 291쪽.

24) Günther Jakobs, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW* 97(1985), 751쪽 이하.

25) Günther Jakobs, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, *HRFS* (2004), 88, 95쪽.

Jakobs 교수는 실제법상 적대형법의 적용영역으로 사적 영역에까지 개입할 수 있는 법익침해의 전단계를 범죄화한 규범 전체가 포함된다고 한다. 즉 성폭력범죄와 같은 품행에 따른 범죄, 테러리즘·조직화된 범죄처럼 조직적인 범죄실행의 영역과 마약범죄 및 기타 조직화된 범죄(organisierte Kriminalität)로서 영업적인 범죄실행의 영역 등을 대표적인 적대형법의 적용영역으로 언급하고 있다.²⁷⁾ 이러한 적대형법의 영역에서 그 위험은 법익침해의 전단계에서도 방어해야 하지만, 시민형법에서는 행위가 외부적 진행과정으로서 장애요소로 작용할 때까지 기다려야 한다고 한다.²⁸⁾

그리고 Jakobs 교수는 이러한 적대형법의 적용영역을 통하여 적대형법의 전형적인 특징으로 ① 가벌성이 광범위하게 전치화되어 가벌성의 관점이 이미 발생되어진 범죄행위가 아니라 미래에 발생되어질 수 있는 범죄로 이전되어지며, ② 따라서 형법은 범죄행위에 대한 대응으로서가 아니라 범죄행위를 퇴치·투쟁하기 위한 법으로서 입법화되어지고, ③ 보통 형법에서는 가벌성이 전치화되어지면 그에 비례해서 형벌 또한 감소되어지지만, 적대형법에서는 이러한 형벌의 감소가 아닌 형벌의 강화가 나타나고 있으며, ④ 이러한 적대형법의 효율성을 위하여 법치국가적으로 근거지어진 형사소송법상의 원칙들(예컨대 적법절차의 원칙, 영장주의, 수사에 있어서 비례성의 원칙, 공개재판의 원칙, 무죄추정의 원칙 등)에 따른 보장이 해체되어짐을 언급하고 있다고 한다.²⁹⁾

이와 같은 적대형법이라는 형법이론을 배경으로 하여 가벌성을 확대하거나 중형주의를 관철하고자 하는 일련의 움직임은 독일형법 제89조a, 제89조b, 제91조의 ‘테러예비행위에 대한 처벌규정’과 우리나라의 성폭

26) Günther Jakobs, 위의 논문, 90쪽.

27) Günther Jakobs, 위의 논문, 92쪽.

28) Günther Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck* (Ferdinand Schöningh Verlag, 2004), 46쪽.

29) 이재일, 앞의 논문(한독법학회, 2012), 174쪽.

력범죄 관련 법률에서 대표적으로 나타나고 있다.

2. 적대형법을 통한 테러범죄 위협조종

2.1 테러범죄 위협의 의의

테러리즘은 위협사회에서 또 하나의 새로운 복잡한 위협을 야기하고 있다. 테러리스트는 공격을 실행하기 위해 자신의 적의 합법적 기반시설을 이용한다. 예컨대 벤젠, 화학물질, 비행기, 컴퓨터망 및 기타 일상적인 대상물은 효과적인 무기가 되곤 한다. 이러한 수단을 이용한 테러리스트의 공격방식은 종종 단순하고 거의 눈에 띄지 않는다. 인식 가능한 예비행위와 공격의 실행 사이의 시간적 간격은 많은 경우에 지극히 짧기 때문에 국가정보원, 경찰청과 같은 국민의 생명·신체·재산 등의 안전을 담당하는 수사기관은 테러를 방지하기 위한 시간적 여유가 충분하지 않다. 장래 테러공격의 가능한 위협 시나리오로는 생화학무기, 핵무기 등의 대량살상무기에까지 전개된다. 이 경우에 잠재적 테러리스트는 알카에다(Al-Qaeda)와 같은 국제 테러단체의 일원뿐만 아니라 느슨하게 조직된 조직의 말단 행동대원으로서 활동한다. 그리고 종교적으로 심취된 자살특공대는 현세의 형벌에 의해서는 더 이상 효과적인 위하력을 발휘할 수 없다. 이러한 테러활동의 새로운 발전양상과 위협은 형사입법자로 하여금 수사기관이 위협적인 테러공격에 대해 이미 행위종료의 전단계에서는 물론이고 경우에 따라서는 자유를 여러 차원에 제한하는 입법적 조치를 사용할 이익의 근거를 제공한다.³⁰⁾

형사입법자는 이와 같은 테러범죄의 위협에 대한 적극적 대처, 증가

30) Ulrich Sieber, "Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt—Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten—", *NStZ* (2009), 353쪽.

된 안전욕구, 안전에 대한 기대의 효과적인 충족의 추구라는 배경 아래 시민의 자유권과 법치국가적 보장의 축소라는 희생을 감수하고서라도 테러범죄와 관련한 새로운 불법구성요건으로 대응하고자 한다. 이러한 대응의 단적인 예가 독일에서 2009년 8월 3일 공포된 ‘중한 국가위협폭력의 예비에 대한 소추법’(Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten: GVVG)³¹⁾이라고 할 수 있다.³²⁾

2.2 테러범죄 위협조종을 위한 독일형법의 대응

독일은 2009년 중한 국가위협폭력의 예비에 대한 소추법을 제정하여 독일형법에 세 가지 구성요건(제89a조, 제89b조, 제91조)을 신설하였다. 독일은 이미 침략전쟁예비(제80조), 내란예비(제83조), 군사적 사보타지 목적의 스파이활동(제87조), 통화 및 우표·인지 등 위조의 예비(제149조), 정보탐지 및 피상의 예비(제202c조) 등에서 예비행위에 대한 구성요건을 두고 있었는데, 2009년에 신설된 이들 세 가지 구성요건은 기존의 예비행위보다 앞선 단계, 즉 전전단계(Vorfeld des Verfelds)까지 국가적 법익보호를 앞당겼다고 한다.³³⁾

중한 국가위협폭력의 예비에 대한 소추법과 관련하여 독일형법에

31) 이에 대한 상세한 소개와 분석으로는 김정환, “테러예비행위와 보호감호의 규정을 통해 살펴본 독일형법의 유럽화와 기능화”, 비교형사법연구 제14권 제1호(한국비교형사법학회, 2012), 34-42쪽 참고.

32) 우리나라에서 테러방지법 제정 노력은 9·11테러 직후 국가정보원이 주축이 되어 마련한 ‘테러방지법안’(2001년 11월 28일 국회 제출)을 시작으로 제16대 국회, 제17대 국회, 제18대 국회에서 여러 관련 법안이 제안되었으나 입법화되지 못하였다(테러방지법안의 제정과정과 쟁점에 대한 상세한 분석으로는 강대출, “테러방지법안의 입법적 검토”, 한국테러학회보 제2권 제1호(한국테러학회, 2009), 57쪽 이하 참조). 이에 이하에서는 적대형법의 대표적인 적용영역으로 언급되고 있는 테러범죄에 대한 독일의 관련 법률을 중심으로 논의를 전개하고자 한다.

33) Hans-Ullrich Paeffgen, *NomosKommentar*, 3. Aufl.(Nomos Verlagsgesellschaft, 2010), § 89a StGB Fn. 3.

신설된 규정 중 핵심은 제89a조라고 한다. 즉 독일형법 제89a조 제1항은 중한 국가위협폭력의 예비행위에 대해 6월 이상 10년 이하의 자유형을 규정하고 있는데, 이는 테러단체의 존재나 증명가능성의 흠결로 인하여 독일형법 제129a조의 테러단체에 대한 참여나 후원으로 소추될 수 없는 사례들을 포섭하기 위해 입법되었다고 한다.³⁴⁾ 이때 ‘중하게 국가를 위협하는 폭력’이란 살인(독일형법 제211조 내지 제212조)이나 인질강도(제239a조) 인질강요(제239b조)의 행위가 국가나 국제기구의 안전이나 존립을 침해하기 위한 것이고 그에 적합한 경우 또는 독일연방공화국의 헌법 원리를 제거하거나 파괴하기 위한 것이고 그에 적합한 경우를 말한다. 독일형법 제89a조 제2항은 ‘중한 국가위협폭력의 예비행위’의 유형을 개별 조항형식으로 규정하여 이에 해당할 경우에만 같은 조 제1항이 적용된다. 이때 ‘중한 국가위협폭력의 예비행위’란 첫째, 범죄자가 총기, 폭탄, 폭발장치, 방화장치, 핵폭발장치, 독극물을 제조하거나 다루는 경우 또는 타인에게 이러한 것을 지시하는 경우(같은 조 제2항 제1호), 둘째 그러한 물질을 생산하거나 자신이나 타인에게 조달, 보관 또는 타인에게 전달하는 경우(같은 조 제2항 제2호), 그러한 물질의 생산에 주요한 물질을 조달하거나 보관하는 경우(같은 조 제2항 제3호), 그러한(앞의 제1호 내지 제3호의) 행위에 중요한 재산을 모집 또는 받거나 제공하는 경우(같은 조 제2항 제4호)를 말한다. 그리고 이러한 처벌규정은 그 예비행위가 외국에서 행해지더라도 적용된다(같은 법 제3항).

다음으로, 독일형법 제89b조는 ‘중한 국가위협폭력행위와 관계수용’(Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat)이라는 표제 하에 제89a조 제2항 제1호에 의거한 ‘중하게 국가를 위협하는 폭력’이 실행되도록 하는 고의를 가지고 제129a조(테러단

34) Siegfried Kauder, “Strafbarkeit terroristischer Vorbereitungshandlungen”, ZRP (2009), 20쪽.

체조직죄)의 단체와의 관계를 수용하거나 유지하는 자에 대해 3년 이하의 자유형이나 벌금형을 규정하고 있다(독일형법 제89b조 제1항).

마지막으로, 독일형법 제91조는 ‘중한 국가위협폭력의 실행조장’(Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat)에 대하여 3년 이하의 자유형이나 벌금형을 규정하고 있다. 준비상황으로 볼 때 타인의 중한 국가위협폭력의 실행을 유발하는데 적합한(geeignet) 경우에 있어 그 내용이 제89a조 제1항의 중한 국가위협폭력을 지휘하는데 적합한 문서를 선전하거나 타인으로 하여금 그 문서의 접근을 용이하게 하는 자(제91조 제1항 제1호), 그 외에 중한 국가위협폭력이 행해지도록 그러한 문서를 만드는 행위(제91조 제1항 제2호)가 이에 해당한다.³⁵⁾

2.3 적대형법을 통한 테러범죄 위협조종의 문제점

독일에서 테러범죄의 위협조종을 위해 2009년 신설된 독일형법 제89a조, 제89b조 및 제91조의 구성요건은 가벌성의 광범위한 전치화라고 하는 적대형법의 특징을 잘 보여주고 있으나, 그에 따른 문제점이 지적되고 있다.³⁶⁾ 우선 독일형법 제89a조 제2항은 중한 국가위협폭력의 예비행위의 유형을 네 가지로 나누어 명확하게 규정함으로써 이에 포섭될 수 있는 모든 개별사례를 가능한 한 정확하게 파악하게 하여 법관을 엄격하게 구속시키고자 하나, 예비행위가 하나의 독자적 불법구성요건으로 규정되었기 때문에 이에 대한 교사나 방조의 혐의의 공범이 가능하다. 따라서 거의 무제한적으로 가벌성이 확대될 수 있다는 비판이 제기된다.³⁷⁾ 다음으로 독일형법 제89b조에 의하면 테러단체와의 교제를 수용하거나 유지를 통해 국가를 위협하는 폭력을 준비하는 것까지

35) 김정환, 앞의 논문, 34-37쪽.

36) 이하 김정환, 위의 논문, 35-37쪽.

37) Hans-Ullrich Paeffgen, 앞의 책, § 89a StGB Rn. 54.

가벌성이 확장된다. 그러나 이는 중한 국가위협폭력의 ‘예비행위의 예비행위의 예비행위’(Vorbereitung der Vorbereitung der Vorbereitung)를 규정한 것으로,³⁸⁾ 고유한 법익위험의 영역을 극도로 앞당긴 것으로 위헌의 소지까지 있다고 한다.³⁹⁾ 마지막으로 독일형법 제91조는 인터넷에서 공격계획을 조종하거나 폭탄이나 폭발물의 제조를 조종하는 예비행위에 대응하기 위한 규정으로 이해되고 있다.⁴⁰⁾ 하지만 같은 조에서 규정된 조장(Anleitung)행위에 대한 구성요건은 전통적 교사범의 형태가 각칙으로 입법된 것과 달리 하나의 독립적 구성요건이므로 이에 대한 공범(교사, 방조)이 가능하게 되어 그 가벌성의 범위가 무한하게 넓어지는 결과를 초래할 수 있다고 한다.⁴¹⁾

3. 적대형법을 통한 성폭력범죄 위험조종

3.1 성폭력 범죄에 대한 두려움의 조장(?)

독일 사회학자 Franz-Xaver Kaufmann가 적절히 지적한 바와 같이, 오늘날처럼 인류가 자신의 삶을 이렇게 안전하게 영위한 적이 없었음에도 두려움과 불안이 지난 20세기의 주요한 주제로 다루어졌으며 오늘날 인류는 객관적인 안전은 증가하였으나 주관적인 감정으로서는 불안감이 늘어나는 이율배반적인 상황에 처해 있다.⁴²⁾ 이러한 이율배반적인 상황

38) Hans-Ullrich Paeffgen, 위의 책, § 89b StGB Rn. 2.

39) Nikolaos Gazeas/Thomas Grosse-Wilde/Alexandra Kießling, “Die neuen Tatbestände im Staatsschutzstrafrecht-Versuch einer ersten Auslegung der §§ 89a, 89b und 91 StGB”, *NStZ* (2009), 593, 601쪽; Hans-Ullrich Paeffgen, 위의 책, § 89b StGB Rn. 5.

40) Siegfried Kauder, 위의 논문, 21쪽.

41) Hans-Ullrich Paeffgen, 위의 책, § 89a StGB Rn. 24.

42) Franz-Xaver Kaufmann, “Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie”, in: Bayerische Rückversicherung

은 한국 사회도 예외가 아니다. 대표적인 예로 김길태 사건,⁴³⁾ 조두순 사건,⁴⁴⁾ 김수철 사건⁴⁵⁾ 등에서 보여주는 전통적 강력범죄인 성폭력범죄 내지 아동성폭력범죄의 잔혹성에 대한 주관적 불안감은 분명 객관적인 안전을 능가한다. 이 때문에 한국 사회에서 일반 시민은 형사입법자에게 성폭력범죄에 대한 엄벌주의 내지 중형주의 형사정책을 바탕으로 한 보다 강력한 대처를 요구하였고, 형사입법자는 이에 화답하여 성폭력범죄에 관한 일련의 법률(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률, 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률, 성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률 등)에 있어 형벌가중, 전자발찌, 화학적 거세, 소급적용규정 등을 도입하는 제·개정을 통해 성폭력범죄에 대한 국민의 두려움과 불안감을 잠재우려 하고 있다.

이러한 성폭력범죄에 대한 일련의 제·개정의 입법과정에 있어 언론

Aktiengesellschaft (Hrsg.), *Gesellschaft und Unsicherheit* (Karlsruhe, 1987), 37, 46쪽 이하.

- 43) 부산 사상구에서 집에 있던 여중생을 납치해 성폭한 뒤 살해한 혐의로 2010년 3월 10일 체포·구속 기소된 김길태(33세)는 2010년 6월 25일 1심인 부산지방법원에 의해 사형 판결을 받았으나, 2010년 12월 15일 재판부(부산고법 형사 2부)는 “피고인의 범행에 사회의 책임도 일부 있으며 여론에 휩싸여 함부로 사형을 선고해서는 안 된다”라는 이유로 사형을 선고한 원심을 깨고 무기징역으로 감형하였다(<<http://ko.wikipedia.org/wiki/>>, 검색일 : 2013.1.7).
- 44) 2008년 12월 안산시 단원구에 있는 한 교회 안의 화장실에서 조두순이 8세 여아를 강간 상해한 사건으로 일명 ‘나영이 사건’이라고도 한다. 범인 조두순(당시 56세)은 2009년 3월 징역 12년형을 선고 받았는데 형량이 가혹하다는 이유로 항소, 상고하였으나 모두 기각되어 12년형을 확정받아 현재 청송 제2교도소 독방에 수감 중이다(<<http://ko.wikipedia.org/wiki/>>, 검색일 : 2013.1.7).
- 45) 김수철은 2010년 6월 9일 오전 9시 50분쯤 서울특별시 영등포구의 모 초등학교 운동장에서 8세 여아에게 커터 칼을 들이대고 협박하여 자신의 집으로 끌고 가 성폭행하였다. 이 사건으로 피해 아동은 국부와 항문 등에 심하게 상처를 입었으며, 5-6시간에 걸친 대수술을 받았다. 김수철은 범행 당일 밤에 경찰에 체포되었으며, 범행 이틀 뒤인 9일에 구속되었다. 이 사건을 계기로 하여 화학적 거세에 대한 검토가 이루어지기도 하였다(<<http://ko.wikipedia.org/wiki/>>, 검색일 : 2013.1.7).

매체가 성폭력범죄의 발생에 관한 두려움이라는 대중의 주관적 평가를 극히 과장하고 왜곡하는데 일정부분 기여하고 있음을 부정할 수 없다. 왜냐하면 최근 성폭력범죄에 관한 우리나라 언론매체의 보도행태를 보면 범죄현상에 대한 실질적 분석, 중형주의 형사정책의 실효성, 장기적으로 초래될 수 있는 부정적인 영향 등을 객관적으로 ‘보도’하기보다는 사건을 선정적으로 ‘재구성’하여 보도함으로써 실제 범죄현실과는 무관하게 폭력적인 범죄들을 집중 조명하여 사회적 불안과 공포를 가중시키는 측면이 있기 때문이다.⁴⁶⁾ 이러한 언론매체의 보도행태는 형사입법자의 입법과정에 있어 법률가와 관련 전문가에 의해 법원칙에 따른 이성적이고 합리적인 논의를 무력화시킨다. 언론매체의 보도는 형사입법자에게 주된 정보원이 되고, 형사입법자에 의해 행해지는 의사결정이나 형사정책의 제안은 다시 언론매체를 통해 시민에게 전달되는 순환과정을 거치는 데, 언론매체의 성폭력범죄에 대한 과장·왜곡된 보도는 일반 시민들로 하여금 일시적 응보감정, 사법기관에 대한 불신감, 치안에 대한 불안감과 중벌에 대한 막연한 기대감 등이 반영된 여론을 형성시키고 형사입법자는 이러한 국민여론을 여과 없이 입법에 반영시키기 때문이다. 결국 성폭력범죄에 대한 언론매체의 과장·왜곡된 보도, 이로 인한 시민의 성폭력범죄에 대한 두려움의 증대, 그리고 성폭력범죄자의 강력한 형사처벌 요구를 수용한 형사입법자가 중형주의 유혹에

46) 김선남 교수는 성폭력범죄에 대한 선정적 보도관행을 보여주는 대표적인 기사표제로는 국민일보, “악마들의 소굴마다 아동포르노 있었다”(2012.9.3), 동아일보, “잔혹 여고생 남학생 앞에서 친구 성 학대 ... 사진 찍어 돌려봐”(2005.4.22) 등을 언급하며, 이러한 선정성 보도관행은 성폭력범죄를 흥밋거리로 변질시키고 대중의 주목과 관심을 끄는 데만 치중하느라 사안의 본질이나 핵심내용과는 무관한 지형적인 부분을 확대하거나 과장한다는 데 문제가 있다고 한다. 특히 김선남 교수는 성폭력 범죄 보도의 특성으로 피상적 보도, 전문성 결여, 원인규명과 대안마련에 소홀, 심층성 결여, 획일성, 시각부재, 미시적 접근을 지적하고 있다. 이에 대해 상세히는 김선남, “성폭력 관련 보도특성에 대한 비판적 고찰”, 언론중재 통권 제125호(언론중재위원회, 2012), 75-78쪽 참조.

빠져 각종 엄벌정책들을 펼치고 있는 것이 최근 우리나라 성폭력범죄 관련 입법의 현실이다.⁴⁷⁾ 이러한 입법경향에 대해 그 대부분이 범죄억지효과를 증명할 수 없는 상징입법으로 국민들의 불안감이나 보복감정에 부응하는 인기영합적인 소위 포퓰리즘 입법의 전형이라는 비판에 제기되고 있다.⁴⁸⁾

3.2 성폭력범죄 위험조종을 위한 성폭력범죄 관련 법률의 대응

최근 한국 사회는 성폭력범죄, 특히 아동성폭력범죄에 대해 집단적 두려움과 분노에 휩싸여 성폭력범죄 관련 법률의 제·개정에서 성폭력범죄자를 사회구성원으로서의 시민자격을 박탈하고 그를 잠재적 위험원, 즉 타도 대상인 사회의 ‘적’으로 간주하여 중형주의에 입각한 강력한 대처를 허용하는 적대형법의 특징을 강력하게 나타내고 있다.

우선, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010년 4월 15일 제정)은 날로 공포화 되고 있는 성폭력범죄를 근본적으로 예방하기 위해 성범죄자에 대한 처벌 강화와 재범방지 등을 위한 여러 입법적 조치를 강구하였다. 구체적으로 같은 법률은 13세 미만의 미성년자에 대한 성폭력범죄의 처벌을 강화하고(징역 7년 이상에서 10년 이상-가중하는 경우 50년 또는 무기징역, 제7조 제1항), 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서의 성폭력범죄에 대해서는 형법상 형의 감경 규정을 적용하지 않을 수 있도록 하며(제20조), 미성년자에 대한 성폭력범죄의 공소시효는 해당 성폭력범죄로 피해를 당한 미성년자가 성년에 달한 날부터 진행하도록 하고, DNA증거가 있는 경우 공소시효를 10년 연장하며,

47) 김태명, “최근 우리나라의 중형주의 입법경향에 대한 비판”, 형사법연구 제24권 제3호(한국형사법학회, 2012), 136, 144쪽.

48) 이재석, “형법의 중벌화와 입법경향에 대한 비판적 고찰”, 법학연구 제44집(한국법학회, 2011), 219쪽.

13세 미만의 아동과 신체적인 또는 정신적인 장애인에 대한 성폭력범죄의 경우 공소시효를 배제하도록 하였다(제21조). 그리고 2012년 12월 18일 공포된 개정형법은 성폭력범죄에 대한 친고죄 규정을 폐지(중전 형법 제296조 및 제306조)함으로써 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(중전 같은 법 제15조)과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(중전 같은 법 제16조)에 있는 친고죄와 반의사불벌죄 규정도 전면 폐지되었다.

둘째, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2000년 2월 3일 제정)도 아동·청소년을 강간한 사람에 대해 종래 5년 이상의 유기징역에서 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역으로 형벌을 가중하였다(같은 법 제7조).

셋째, 특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률(2007년 4월 27일 제정)은 징역형을 선고받는 성폭력범죄자 중 특히 재범의 위험성이 객관적으로 높다고 인정되는 자에게 출소 후 위치추적 전자장치(소위 전자발찌)를 부가적으로 부착하게 하여 재범을 예방하자는 입법취지로 제정되었다. 그런데 이 법률은 시행된 지 채 1년도 지나지 않아 법률 명칭을 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’로 변경하고(2009년 5월 8일), 그 적용대상을 성폭력범죄뿐만 아니라 미성년대상 유괴범죄자(2009년 5월 8일)와 살인범죄(2010년 4월 15일)로, 그리고 최근에는 법률 명칭을 다시 ‘특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률’로 변경하여 강도범죄까지 확대하였다(2012년 12월 18일). 나아가 전자발찌의 부착기간도 당초 ‘최대 5년’에서 ‘최대 10년’으로(2008년 9월 1일), 또 다시 법정형에 따라 최장 30년까지로 상향 조정하고 부착기간의 하한을 법정형에 따라 1년 이상 등으로 하며 특히 13세 미만의 아동에 대한 범죄인 경우에는 부착기간의 하한을 2배로 가중하는 개정이 이루어졌다(2010년 4월 15일). 특히 2010년 4월 15일 개정에서는 성폭력범죄를 저질렀으나 2008년 9월 1일 이전에 제1심판결을 선고받는 등 현행법으로는 위치추적

전자장치를 부착할 수 없는 경우에도 이 법 시행 당시 형 집행 중이거나 형 집행의 종료 등이 된 후 3년이 지나지 아니한 성폭력범죄자에게는 위치추적 전자장치를 부착할 수 있도록 하고 그 요건과 절차를 규정하였다(같은 법 부칙 제2조 신설). 특히 이 부칙 규정은 이후 형벌불소급의 원칙에 반하는 것으로 위헌 여부가 계속해서 문제되었다.

마지막으로, 성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률은 (16세 미만의) 사람에 대하여 성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 사람에 대하여 성충동 약물치료(일명 ‘화학적 거세’)를 실시하여 성폭력범죄의 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 것을 목적으로 2010년 7월 23일 제정되었다(시행 2011년 7월 24일). 이 법률은 약물치료의 실효성도 논란의 대상이지만 초범도 재범의 위험성이 있다면 약물치료의 대상이고 범죄자의 동의를 요하지 않는다는 점에서 기본권의 과도한 침해로 내용으로 하는 입법이라는 비판이 끊임없이 제기⁴⁹⁾되어 법률이 시행된 지 약 2년 6개월 동안 한 건의 약물치료명령도 이루어지지 않았다. 그러나 2013년 1월 3일 서울남부지법 형사1부는 10대 소녀 5명을 성폭행한 혐의(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반 등)로 표모 씨(31)에게 징역 15년을 선고하고 정보공개 10년, 전자발찌 부착 20년과 아울러 처음으로 약물치료 3년을 명령하였다.⁵⁰⁾

3.3 적대형법을 통한 성폭력범죄 위험조종의 문제점

무기징역 또는 가중될 경우 50년까지의 자유형이라는 형벌의 상향조

49) 대표적으로 하태훈, “범치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제”, 고려법학 제62호 (고려대학교 법학연구원, 2011), 34쪽.

50) 이에 대해 상세히는 동아일보(<http://news.donga.com>) 2013년 1월 4일자 기사 참조.

정, 최장 30년까지의 전자발찌 부착, 심지어 법치국가에서는 오래전에 사라진 신체형의 성격을 갖는 화학적 거세 등으로 대표되는 최근의 성폭력범죄에 대한 입법적 조치는 과연 우리가 현재 자유주의 법치국가에 살고 있는지를 의심하지 않을 수 없다. 우선 형벌의 상향조정이라는 중형주의는 응보주의와 위하력이라는 소극적 일반예방주의에 기초한 것으로 실제 성폭력범죄의 예방과 재범방지에 얼마만큼 실효성이 있는 것인지, 교육과 개선을 통한 범죄인의 재사회화라는 특별예방주의는 어디로 사라져버린 것인지 의문이다. 중형주의가 범죄예방에 실효성이 없다는 것은 “범죄를 예방하는 가장 좋은 방법의 하나는 잔혹한 형벌이 아니라 확실한 형벌에 있다”⁵¹⁾는 벡카리아의 말을 인용하지 않더라도, 그동안 한국 사회가 폭력범죄, 강력범죄, 경제범죄 등에 대해 대폭적으로 형을 가중한 특별형법을 양상하면서도 이러한 범죄가 지속적으로 증가하는 현상에서 증명되고 남는다.⁵²⁾

다음으로, 금지된 소급입법에 해당하는 것으로 의심받고 있는 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 부칙 제2조와 관련하여 2012년 12월 27일 헌법재판소는 “전자장치 부착명령은 전통적 의미의 형벌이 아닐 뿐 아니라, 성폭력범죄자의 성행교정과 재범방지를 도모하고 국민을 성폭력범죄로부터 보호한다고 하는 공익을 목적으로 하며, 전자장치의 부착을 통해서 피부착자의 행동 자체를 통제하는 것도 아니라는 점에서 자유를 박탈하는 구금 형식과는 구별된다. 그러므로 이 사건 부착명령은 범죄행위를 한 사람에 대한 응보를 주된 목적으로 그 책임을 추궁하는 사후적 처분인 형벌과 구별되는 비형벌적 보안처분으로서 소급효금지원칙이 적용되지 아니한다.”⁵³⁾고 하여 합헌결정을 내린 바 있다. 그러나 전자발찌 부착명령은 실질적으로는 자

51) 체차레 벡카리아, 이수성/한인섭 옮김, 범죄와 형벌(길안사, 1995), 105쪽.

52) 김태명, 앞의 논문, 138쪽.

53) 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고, 2010헌가82 결정.

유제한처분으로서 국가의 형사제재수단에 속하기 때문에 그의 소급적 용을 허용하는 입법은 형벌불소급의 원칙에 반하는 것으로 봄이 타당하다고 본다. 형벌불소급의 원칙이 형법규범에 대한 시민의 예측가능성과 신뢰를 보호하고 법관의 자의적인 법적용으로부터 개인의 자유와 안전을 보장하기 위한 목적을 갖고 있다는 점을 상기할 때 더욱 그러하다.⁵⁴⁾

셋째, 성충동 약물치료라는 그럴듯한 명칭으로 포장하고 있지만 그 실질에 있어서는 고대 중국에서 실행하던 ‘궁형’(宮刑)⁵⁵⁾과 다를 바 없는 화학적 거세는 이를 처음으로 도입한 미국에서조차 인권침해와 부작용을 이유로 극히 제한적인 경우에만 실시하고 있으며, 뉴욕 주나 뉴저지 주는 지금까지 단 한 차례도 실행한 바가 없다고 한다. 그리고 화학적 거세가 성폭력범죄의 재범방지에 실질적인 효과가 있는지에 대한 확실한 증거가 없으며, 설혹 효과가 입증된 사례도 본인이 자발적으로 약물 치료를 받고 심리치료와 함께 진행되는 등 일정한 전제가 갖추어진 경우로 제한된다고 한다.⁵⁶⁾

결국, 이러한 성폭력범죄에 대한 중형주의에 입각한 형사정책은 성폭력범죄자를 시민으로서가 아니라 사회의 ‘적’으로, 사람이 아니라 난폭한 짐승과 같은 비인격체로 간주함으로써 성폭력범죄자의 사회복귀의 촉진이란 목적규정은 허울에 지나지 않고 실질에 있어서는 이들을 우리 사회에서 영원히 제거시켜야 하는 ‘악마’로 전락시킬 뿐이다.

54) 같은 취지로 하태훈, 앞의 논문, 34-35쪽.

55) ‘궁형’이란 남녀의 생식기에 가하는 형벌을 말하는데, 고대 중국에서 실행하던 사형(死刑)·궁형(宮刑)·월형(刖刑)·의형(劓刑)·경형(黥刑)이라는 5가지 형벌 중의 하나로서 남자는 생식기를 거세하고, 여자는 질을 폐쇄하여 자손의 생산을 전연 불가능하게 하였으므로 사형에 버금가는 극형이었다고 한다(<http://terms.naver.com/>), 검색일 : 2013.1.8).

56) 김태명, 앞의 논문, 142쪽.

4. 소결: 법치국가형법의 최대의 ‘적’으로서 적대형법

테러범죄에 대한 독일형법과 성폭력범죄에 대한 우리나라의 관련 법률의 대응은 테러범죄와 성폭력범죄의 효과적인 진압과 억제를 위해 이들을 사회의 ‘적’으로 간주하고 이들에게 법치국가형법과 형사절차법이 보장하는 자유보장을 최소한도로 허용하고 광범위한 예외가 적용되는 적대형법의 형법이론을 바탕으로 하고 있다.

그러나 독일 형법학계는 이러한 적대형법에 대해 인간의 존엄성, 책임원칙, 법치국가이념 등 헌법적 가치와 원칙을 훼손하며 범죄자를 사회방위를 위한 수단으로 전락시키고 오남용가능성이 크다는 점에서 “재앙의 징조”, “나치명령의 부활”, “형법이론의 스캔들”, “특정한 범죄인 내지 범죄집단을 마녀화하는 행위자형법”이라는 비판을 가하고 있다고 한다.⁵⁷⁾ 적대형법에 대한 비판적 입장은 국내 형법학계도 마찬가지이다. 보다 구체적으로 적대형법은 사회공동체의 구성원들이 그 공동체 내에서 일어나는 범죄에 대해 함께 나누어야 할 공동책임의 여지가 조금도 남아있지 않고, 단지 증오의 대상인 적에게만 그 책임을 전적으로 전가시키고 이 위험한 적의 타도만이 최선책으로 여기고 있다. 그런데 여기서 적이라는 개념이 지나치게 모호하고, 그에 따라 누가 적으로 간주되어야 하는지에 대한 기준이 불분명하여 특정 권력자의 기호에 따라 반체제·반정부 인사가 손쉽게 적으로 변질되어 이들을 제거·섬멸하는데 악용될 우려가 있다. 더욱이 테러리스트, 성폭력범죄자를 적으로 간주하고 그에게 부여된 헌법상의 시민적 자유권의 박탈은 헌법상의 기본권의 침해, 특히 인간존엄에 대한 명백한 위반이 아닐 수 없다. 왜냐하면 헌법상 인간의 존엄성 존중 요청은 시민과 적을 구별하지 않고 ‘모든’ 인간을 자율적이고 윤리적인 존재로서 ‘동일한’ 인간상을 전제로 하고 있기 때문이다.⁵⁸⁾ 따라서 이러한 적대형법의 형법이론을

57) 이에 대해 상세히는 김일수, 앞의 논문, 10쪽 참조.

바탕으로 가벌성의 전단계화와 중형주의를 수단으로 한 테러범죄와 성폭력범죄에 대한 위험조종의 시도는 그에 대한 실효성을 거두기에 앞서 죄형법정주의, 책임원칙, 비례성원칙, 무죄추정의 원칙 등이라는 법치국가형법의 여러 원칙을 서서히 붕괴시키고 범죄자의 인간으로서의 존엄과 가치에 대한 불신을 조장시킬 뿐이다. 결국 테러범죄와 성폭력범죄에 대한 위험조종의 도구로 사용된 적대형법은 그 자체로서 법치국가형법의 최대의 ‘적’이 아닐 수 없다.

IV. 맺는 말

이상으로 새로운 위험의 출현과 전통적 범죄의 심화에 대해 커다란 두려움과 불안감을 그 어느 사회보다 크게 지각하는 위험사회에서 형법을 통한 위험조종, 특히 새로운 위험으로서 원자력 위험조종을 위한 위험형법과 전통적 범죄인 테러범죄와 성폭력범죄의 위험조종을 위한 적대형법이 얼마만큼 그 기능을 발휘할 수 있는지를 살펴보았다. 이러한 문제는 근본적으로 위험사회에서 새로운 위험과 심화된 전통적 범죄를 포함하여 다양한 위험으로부터 일반 시민의 최대한의 안전을 확보하기 위한 수단으로 법, 특히 형법이 적절한가, 더 나아가 형법이 최우선수단인가에 대한 물음에서부터 출발한다. 이러한 근본적 물음에 대해 한 편에서는 후쿠시마 원전사고에서 드러난 원전사고의 위험성을 고려할 때 원자력 위험과 같은 새로운 위험조종을 위해 위험형법은 불가피하고 아울러 최근 (아동)성폭력범죄가 흉폭해 지고 날로 증가하고 있으므로 보다 강력한 형벌부과를 정당화시킬 수 있는 적대형법이란 형법이론의 수용도 가능하다는 입장이 있을 수 있다. 반면에 다른 한편에서는 위험

58) 김성돈, 앞의 논문, 25-26쪽; 이재일, 앞의 논문(한독법학회, 2012), 183-185쪽; 최성진, 앞의 논문, 301-302쪽.

사회에서 위험조종을 위해 도입된 위험형법과 적대형법은 과장된 안전 사상을 토대로 추상적 위험법과 예비죄를 수단으로 가벌성을 지나치게 전치화함으로써 행위자의 지위를 약화시키고 인간을 시민과 적으로 획일적으로 구분함으로써 모든 인간은 존엄하다는 헌법적 가치에 정면으로 배치되므로 위험형법과 적대형법이란 이름으로 형법을 도구화하거나 기능화하려는 모든 시도는 거부되어야만 한다는 입장이 있을 수 있다.

그러나 이러한 근본 질문과 관련한 두 입장은 타당하지 않다고 본다. 법이 사회변동의 산물이라는 점에서 형법 역시 사회 변화를 적절한 시점에서 수용·반영해야 하나, 이러한 사회 변화에 따라 형법이 변화해야 한다는 당연성이 변화된 모든 방향의 정당성까지 담보하는 것은 아니다. 이러한 관점에서 보면 위험형법과 적대형법 모두를 거부하는 후자의 입장은 위험사회라는 사회 변화를 전적으로 배제함으로써 형법이 사회 변화를 적절히 수용·반영하지 못한다는 점에서 일차적으로 지지할 수 없다. 그렇다고 전자의 입장과 같이 위험형법과 적대형법이란 변화의 방향 모두가 정당화 될 수 있는 것도 아니다. 필자는 위험사회란 사회 변화에 따른 형법변화의 방향과 관련하여 형법 앞에 ‘예방’, ‘안전’, ‘위험’, ‘적대’ 등 어떠한 수식어가 붙든 간에 형법이란 이름 하에서는 법치국가의 헌법적 가치체계 내에 있을 때에만 그 정당성을 확보할 수 있다고 본다. 이러한 측면에서 보면 위험형법은 가벌성의 확대, 법치국가원칙의 훼손이라는 비판에도 불구하고 정당성을 확보할 수 있지만 적대형법은 어떠한 면에서도 정당화될 수 없다. 왜냐하면 위험형법은 위험사회에서 원자력 위험과 같은 새로운 위험조종을 위한 최우선수단이 아닌 최후수단으로서 사회 변화를 수용·반영하기 위한 불가피한 선택으로 여겨지고, 위험형법의 도구로서 추상적 위험법과 예비죄의 문제는 관련 전문가에 의한 추상적 위험성의 적절한 평가 및 추상적 위험성을 띤 행위의 구체적 기술을 통해, 그리고 예비죄에

있어 당별적인 특별한 위험이 존재하는 예비 행위로 국한함으로써 법치국가형법의 틀 내에 머무를 수 있기 때문이다. 그러나 적대형법은 시민의 자유와 인간의 존엄성을 존중하고 보호해야만 하는 자유주의 법치국가의 의무를 망각한 채 국가가 아무리 극악무도한 범죄자이지만 시민, 즉 한 인간을 사회의 ‘적’으로 간주하여 사회방위를 위한 제거 대상으로 전략시킴으로써 인간의 존엄성을 전면적으로 훼손하기 때문에 법치국가의 헌법적 가치체계 내에서 결코 정당화될 수 없다. 결국 위험사회에서 위험형법은 법치국가형법과는 다소 거리가 있지만 여전히 ‘친구’로서 제한된 역할을 담당할 수 있다고 본다. 그러나 적대형법은 사회 변화를 선도하고자 하는 유혹에 빠진 나머지 형법이란 가면을 쓴 채 인간의 존엄성 존중으로 대표되는 법치국가의 헌법적 가치에 날카로운 검을 휘두르는 법치국가형법의 최대의 ‘적’일 뿐이다.

(투고일 2013년 4월 18일, 심사(의뢰)일 2013년 5월 14일, 게재확정일 2013년 6월 18일)

주제어 : 위험사회, 위험형법, 적대형법, 위험조종, 테러범죄, 성폭력범죄

참고문헌

1. 단행본

- 김재운, 현대형법의 위기와 과제, 전남대학교출판부, 2010.
- 손동권/김재운, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011.
- 체자레 벅카리아, 이수성/한인섭 옮김, 범죄와 형벌, 길안사, 1995.
- G.W.F. 헤겔, 임석진 옮김, 법철학, 한길사, 2008.
- Cornelius Prittwitz, *Strafrecht und Risiko. Untersuchung zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann GmbH, 1993.
- Günther Jakobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Ferdinand Schöningh Verlag, 2004.
- Hans-Ullrich Paeffgen, *NomosKommentar*, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, 2010.
- Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, 1986.

2. 논문

- 강대출, “테러방지법안의 입법적 검토”, 한국테러학회보 제2권 제1호, 한국테러학회, 2009, 57-80쪽.
- 김선남, “성폭력 관련 보도특성에 대한 비판적 고찰”, 언론중재 통권 제125호, 언론중재위원회, 2012, 69-83쪽.
- 김성규, “위험사회에서의 형법의 과제와 기능—독일에서의 논의와 그 시사점—”, 2012년 하계 연합학술회의 자료집, 한국비교형사법학회, 2012, 57-77쪽.

- 김영환, “위험사회에서의 형법의 귀속원리”, 법철학연구 제3권 제2호, 한국법철학회, 2000, 151-170쪽.
- 김일수, “위험형법 · 적대형법과 사랑의 형법”, 고려법학 제65호, 고려대학교 법학연구원, 2012, 1-30쪽.
- 김재운, “위험사회라는 사회변화에 대한 형사법의 대응”, 비교형사법연구 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010, 231-256쪽.
- _____, “행정형법에 있어 기술발전과 허용된 위험”, 형사정책 제24권 제2호, 한국형사정책학회, 2012, 83-105쪽.
- _____, “원자력과 방사성물질등의 위험에 대한 형법적 보호”, 법학연구 제45집, 한국법학회, 2012, 289-314쪽.
- 김정환, “테러예비행위와 보호감호의 규정을 통해 살펴본 독일형법의 유럽화와 기능화”, 비교형사법연구 제14권 제1호, 한국비교형사법학회, 2012, 31-60쪽.
- 김종천, “그린에너지 원자력발전소의 안전성 확보를 위한 공법적 연구”, 홍익법학 제12권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2011, 107-166쪽.
- 김태명, “최근 우리나라의 중형주의 입법경향에 대한 비판”, 형사법연구 제24권 제3호, 한국형사법학회, 2012, 121-155쪽.
- 김학태, “현대위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화”, 비교형사법연구 제3권 제1호, 한국비교형사법학회, 2001, 1-28쪽.
- 문종욱, “원자력의 헌법상의 가치와 원자력법령체계의 개선”, 법학연구 제9권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1998, 1-25쪽.
- 박강우, “위험사회와 형법의 변화”, 형사정책연구 제8권 제4호, 한국형사정책연구원, 1997, 273-306쪽.
- 박광민/이성대, “위험사회의 등장에 따른 형법의 대응”, 성균관법학 제18권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2006, 513-533쪽.
- 백상진, “위험형법의 전개에 대한 비판과 바람직한 형법적 대응방

- 안”, 비교형사법연구 제13권 제1호, 한국비교형사법학회, 2011, 1-20쪽.
- 심재무, “위험사회와 환경형법”, 형사법연구 제11호, 한국형사법학회, 1999, 290-307쪽.
- 양천수, “예방과 억압의 혼용-‘집회 및 시위에 관한 법률’을 예로 본 법이론적 분석-”, 공법학연구 제10권 제2호, 한국공법학회, 2009, 301-326쪽.
- 이덕인, “형법의 기능변화와 한계에 대한 성찰”, 형사법연구 제24권 제3호, 한국형사법학회, 2012, 35-62쪽.
- 이승준, “새로운 위험의 등장과 형법의 임무 변화?-9·11 테러 이후 영국을 중심으로-”, 형사정책 제24권 제2호, 한국형사정책학회, 2012, 107-136쪽.
- 이용식, “위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방”, 형사정책 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001, 33-57쪽.
- 이재석, “형법의 중벌화와 입법경향에 대한 비판적 고찰”, 법학연구 제44집, 한국법학회, 2011, 199-224쪽.
- 이재일, “형법을 통한 ‘더 많은 안전’의 기능과 한계”, 외법논집 제35권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011, 181-205쪽.
- _____, “범죄인의 Magna Charta로서의 형법이념의 포기: (반시민적) 적형법”, 한독법학 제17집, 한독법학회, 2012, 169-222쪽.
- 하태훈, “법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제”, 고려법학 제62호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 19-51쪽.
- 허일태, “위험사회에 있어서 형법의 임무”, 비교형사법연구 제3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003, 1-32쪽.
- Franz-Xaver Kaufmann, “Normen und Institutionen als Mittel zur Bewältigung von Unsicherheit: Die Sicht der Soziologie”, in: Bayerische Rückversicherung Aktiengesellschaft (Hrsg.),

Gesellschaft und Unsicherheit, Karlsruhe, 1987, 37-48쪽.

Günther Jakobs, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”,
ZStW, 97, 1985, 751-785쪽.

_____, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, *HRRS*, 2004,
88-95쪽.

Nikolaos Gazeas/Thomas Grosse-Wilde/Alexandra Kießling, “Die neuen
Tatbestände im Staatsschutzstrafrecht-Versuch einer ersten
Auslegung der §§ 89a, 89b und 91 StGB”, *NStZ*, 2009, 593-656쪽.

Siegfried Kauder, “Strafbarkeit terroristischer Vorbereitungshandlungen”,
ZRP, 2009, 20-22쪽.

Ulrich Sieber, “Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im
Vorfeld von terroristischer Gewalt-Eine Analyse der Vorfeldtatbestände
im Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von
schweren staatsgefährdenden Gewalttaten-”, *NStZ*, 2009,
353-408쪽.

Wolfgang Köck, “Risikovorsonge als Staatsaufgabe”, *AöR*, 121, 1996, 1-23쪽.

[Zusammenfassung]

Möglichkeiten und Grenzen der Risikosteuerung durch das Strafrecht in der Risikogesellschaft

Jae-Yoon Kim*

Ausgehend von den Thesen des Soziologen Ulrich Beck, der unsere Zivilisation als Risikogesellschaft beschreibt, wird die Grundfrage gestellt, ob bzw. inwieweit das Strafrecht, das als Instrument staatlicher Sozialkontrolle verstanden wird, Sinnvolles zur effektiven Steuerung von neuen Risiken bzw. traditionellen Gefahren, wie etwa Umweltrisiko, Risiko der Kernenergie, Terrorismus, Sexualdelikte, in der Risikogesellschaft beitragen kann. In Hinsicht auf diese Grundfrage gibt es einerseits immer mehr grundsätzlich steuerbare Risiken, die eine Vielzahl von Menschen bedrohen, aber aufgrund ihrer Komplexität vom Einzelnen nicht erkannt und beherrscht werden können. Diese neuen Risiken steigern das Schutzbedürfnis der Bürger und erzeugen einen Veränderungsdruck im staatlichen Sicherungssystem. Angesichts dieser strafrechtlichen Risikosteuerung ist ein Strafrecht, nämlich "Risikostrafrecht" zu nennen, das bei der Sicherung der Zukunft unserer Gesellschaft, die durch den technischen Fortschritt (daher "Risiko" und nicht "Gefahr") an den Rand der Selbstzerstörung getrieben ist. Zur Steuerung von neuen Risiken verlagert das Risikostrafrecht wegen der Vorverlagerung der Gefahrenabwehr und Minimierung von Unsicherheit die Strafbarkeit ins

* Professor, Law School, Chonnam National University

Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, nämlich die “Vorfeldkriminalisierung”. Allerdings spricht man wegen der Ineffizienz des Risikostrafrechts von der Krise des modernen Strafrechts. Andererseits wird die Diskussion um das “Feindstrafrecht” im Jahre 1985 vom Rechtswissenschaftler Günther Jakobs durch dessen Aufsatz Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung angestoßen, in dem Jakobs erstmals zwischen einem Bürgerstrafrecht und einem Feindstrafrecht unterscheidet, um die schwere und gefährliche Kriminalität, die als traditionelle Gefahr der Gesellschaft angesehen wird, z.B. Wirtschaftskriminalität, Terrorismus, illegalen Rauschgifthandel, organisierte Kriminalität, Sexualdelikte, zu bekämpfen. Mit Feindstrafrecht wird ein Strafrecht bezeichnet, dass den Täter nicht als Person mit Menschenwürde, sondern als “Feind” der Gesellschaft begreift und behandelt. Der Täter werde hier nicht mehr als Person begriffen, mit der der Staat wegen des Gesetzesbruchs kommuniziere, sondern als gefährliches Individuum, gegen das vorgegangen wird. Unter der Herrschaft der koreanischen Grundgesetzes ist aber der Begriff Feindstrafrecht zur Gefahrsteuerung von Terrorismus und Sexualdelikte aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht legitim, da Maßnahmen des Staates, die einer Person, aus welchen Gründen auch immer, den Rechtsstatus als Person verweigern, verfassungswidrig sind. Zusammenfassend ist festzuhalten: In der Risikogesellschaft gehört die Steuerung von neuen Risiken bzw. traditionellen Gefahren ohne Zweifel zu einer der wichtigsten Aufgabe des modernen Strafrechts. Trotz der Ineffizienz der Risikosteuerung kann das Risikostrafrecht aufgrund seiner rechtstaatlichen Grenzen, wie etwa ultima-ratio Grundsatz, immer nur einen ergänzenden Beitrag zur effektiven Steuerung von neuen Risiken leisten. Deshalb wird das Risikostrafrecht noch als ein “ferner Freund” des rechtstaatlichen Strafrechts bezeichnet. Dagegen

sollte das Feindstrafrecht selbst als ein “Feind” des rechtstaatlichen Strafrechts beschreibt werden, da die Folgerungen aus einem Feindstrafrecht wie unbestimmte Haftdauer, Entzug des Rechtsbeistands und Folter verfassungswidrig sind.

Stichwörter : risikogesellschaft, risikostrafrecht, feindstrafrecht,
risikosteuerung, terrorismus, sexualdelikte