

현대사회에 있어서 형법의 이원화 경향 : Jakobs의 적대형법 구상을 예로 하여

최 성 진*

국 | 문 | 요 | 약

현대사회가 거대화·복잡화 되어가면서 시민사회는 사회의 방위와 안전에 점점 더 많은 가치를 두고 있다. 형법도 이러한 사회의 요구를 반영하여 새로운 법익의 보호를 위해 처벌의 전치화 및 강화를 통하여 점진적으로 이원화되어가는 경향을 보이고 있다. 특히 일정한 유형의 범죄는 전통적인 형법 수단을 통해서도 효과적으로 대응하기가 힘들며 동시에 그러한 종류를 저지를 범죄자들에게는 처음부터 법질서를 준수할 것을 기대하는 것이 힘들다는 전제아래 형법의 안전 지향성 내지 예방지향적 특성을 정당화 할 수 있는 이론이 제시되고 있다.

이것의 대표적인 것이 야콥스에 의해 주장된 ‘적대형법’ 이론이다. 그는 ‘시민/적(敵)의 구별’을 통해 전통적인 형법은 법질서를 지킬 준비가 되어있는 ‘시민’에게만 적용되고, 테러와 같은 범죄를 저지를 우려가 있는 자를 사회의 ‘적’으로 간주하여 그러한 자에 대해서는 전통적인 형법이 아니라 위험을 효과적으로 제거할 수 있는 특수한 형법이 필요하다고 보았다. 이러한 적대형법개념을 통해 이원화된 형법은 전세계적으로 뿐만 아니라 우리나라에서도 형벌의 전치화 내지는 강화라는 모습으로 나타나고 있다.

하지만 규범의 수범자를 이원화하여 기본적으로 다른 원리에 의해 지배될 수 있다는 야콥스의 적대형법이론은 -현실적으로 변화해가는 형법의 모습을 근거로- 이원화되어가는 형법에 하나의 정당화 논리를 제공하기는 했지만, 규범의 정당성과 기능성을 분리하지 못한 점에서, 또 헌법상 인간의 존엄성 존중 요청에 위배된다는 점에서 적대형법의 요소를 띤 형벌법규들의 정당화근거로 작용할 수 없다고 본다. 다만 결과적으로 근대형법의 포기할 수 없는 이념들을 다시 한 번 되돌아보는 계기를 마련해 주었다는 점에서 그 의의가 있다고 하겠다.

❖ 주제어 : 적대형법, 인간의 존엄, 책임주의, 예방형법, 상징적 입법

* 부산대학교 법학연구소 전임연구원, 법학박사.

I. 들어가는 말

범죄현상은 사회의 변화에 끊임없이 영향을 받아 그 형태와 방법을 스스로 달리 한다. 이처럼 외부적 요인의 변화에 따라 새로운 범죄형태가 등장하게 되면 동시에 형사법도 그에 발맞추어 이전에 규율하지 않았던 행위를 소위 ‘신범죄화’(new criminalization) 이론을 통해 가벌성의 범위를 넓혀왔다. 이에 반해 특정 범죄행위에 대한 사회의 범죄관이 ‘당벌성’(Strafwürdigkeit)의 소멸쪽으로 기울거나 ‘당벌성’은 그대로 존재하지만 국가의 역할 내지 형법의 기능에 관한 관점에서 ‘필벌성’(Strafbedürftigkeit)이 사라지는 경우에는 이른바 ‘비범죄화’(decriminalization) 이론 등을 통해 범죄현상의 변동에 대응해 왔다.¹⁾ 아울러 형사법의 발전과정을 일반인의 보호와 범죄인보장의 균형점을 추구하는 형법의 목적이라는 기준에 따라 나누게 되면 전통적인 책임형법(Schuldstrafrecht)에서 예방형법(Präventionsstrafrecht)으로, 다시 산업사회의 예방형법은 새로운 법익의 보호와 형법보호의 사전요구를 통해 위험사회의 “거대조종형법”(Großsteuerungsstrafrecht)으로 변화하고 있다.²⁾ 이러한 변화는 형법이 어떤 고정불변한 것이 아니라 질서유지를 위한 사회적 요구(일반인 보호목적)와 사생활과 자유에 대한 개인들의 바람(범죄인 및 그 관계인을 위한 정형화 목적)이 완전한 반비례관계임에도 불구하고 그 사이에서 실효성과 자

1) 당벌성은 본질적으로 어떤 행위의 사회유형성을 통해 규정되고, 전체적인 반가치판단이라고 할 수 있다. 이에 반해 필벌성은 종래 범죄시되던 행위의 당벌성은 그대로 존재하지만 형법의 기능에 관한 사상으로부터 또는 형사사법제도의 효율성이라는 관점에서 볼 때 반드시 처벌해야 될 필요성이 소멸하는 경우를 말한다. 특히 비례성의 원칙, 보충성의 원칙은 필벌성 판단의 핵심적인 기준이 된다. 예를 들어 당벌성이 있는 행위라고 하더라도 국가의 개입이전에 자율적인 해결을 기대할 수 있고 국가가 개입한다고 하더라도 형법 이외의 비형법적 규제수단으로 해결이 가능하다면 당벌성은 있지만 필벌성은 없는 행위라고 볼 수 있다. 이에 대한 자세한 내용은 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사 1999. 특히 관련문헌에 관해서는 15면 각주 45번 참조.

2) Prittwitz, Strafrecht und Risiko - Untersuchung zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main 1993, 245면. Prittwitz는 예방형법을 크게 일반예방과 특별예방으로 특징 지어지는 ‘구(舊)예방형법’과 이러한 전통적인 예방형법의 효용성과 정당성에 의문을 제기하는 ‘신(新)예방형법’으로 대별하고 후자를 특히 “거대조종형법”으로 정의하고 있다. 그의 견해에 따르면 “거대조종형법”은 전통적인 예방형법과는 달리 법익침해의 이전에서(früher), 더 많은(mehr) 법익 그리고 다양한(andere) 법익을 보호한다고 한다. 이 경우 일반자는 보편적 법익(Universalrechtsgüter)에 점점 더 많은 관심을 기울이는 경향을 보인다(Hassemmer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990, S. 275, 278).

기 정당성을 획득하기 위한 끊임없는 적응의 결과라 할 수 있다.

특히 20세기 후반부터 등장한 이른바 ‘형법의 전치화(前置化)’³⁾ 경향은 18세기 계몽주의사상과 산업화라는 사회의 변화 속에서 자신을 변모시켜왔던 근대형법이 또 한번 절차법적인 측면에서 뿐만 아니라 실체적인 측면에서도 전통적인 틀에서 벗어나 새롭게 변화하고 있음을 보여주고 있다. 예를 들면 점진적으로 양성화·국제화되어가는 조직범죄, 테러범죄 및 마약범죄와, 가해자에 대한 적대적인 사회분위기 및 피해자에 대한 우호적 태도에 의해 형벌의 양이 강하게 지배받는 성범죄 등이 대표적인데, 이에 대해 형사법이 대처하는 방법은 크게 두 가지로 나누어질 수 있다. 첫째, 위와 같은 범죄들은 그 특성상 범죄에 대한 증거수집이 힘들다는 점을 이유로 내부 협조자에 대해 형벌감면 등의 형량에 있어서의 특혜를 주어 조직범죄에 대처하는, 이른바 ① 수사절차에 있어서의 새로운 시도를 하는 방법과 또 다른 하나는 그와 같은 종류의 범죄는 전통적인 형법 수단을 통해서도 효과적으로 대응하기가 힘들며 동시에 그러한 종류를 저지를 범죄자들에게는 처음부터 법질서를 준수할 것을 기대하는 것이 힘들다는 전제아래 형법의 안전지향성 내지 예방지향적 특성을 정당화 할 수 있는, 이른바 ② 형법이론에 있어서 새로운 시도를 하는 방법이다.⁴⁾ 두 번째의 대표적인 유형이 야콥스에 의해 주장된 ‘적대(적) 형법’(Feindstrafrecht)⁵⁾ 이론이다. 그는 사회계약론자들과 Carl Schmidt에 의해 제안된 ‘시민/적(敵)의 구별’

3) 형법의 전치화라함은 형법의 기능이 범익의 포괄적인 전단계화 보호(Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes)에 중점을 두고 있는 현상을 의미한다. 이러한 형법의 전치화는 특히 가벌성의 전단계화(Vorverlagerung der Strafbarkeit)를 그 핵심적인 내용으로 하는데 이러한 현상은 비단 각국의 (국내)형법에서만 나타나는 현상이 아니라 실체형법 영역에서 국제적인 표준을 형성하려는 움직임 속에서도 나타난다. 예를 들어 국경을 넘어 활동하는 조직범죄 내지는 기업체가 저지르는 경제범죄를 방지하기 위해 형사실체법이 범죄실행 이전 단계에서 처벌을 요청하는 경향이 목격되고 있다.

4) 우리나라의 경우에는 조직범죄 등에 대한 대책으로 수사절차에 있어서의 새로운 시도와 관련해서는 비교적 활발한 논의가 이루어지고 있으나 적대형법이론에 대한 논의는 아직 본격적으로 이루어지고 있지 않은 실정이다. 지금까지 적대형법을 소개한 대표적인 논문으로는 김호기, “Jakobs의 적형법론과 그에 대한 비판” - 우리나라의 특정 성범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착제도의 도입이 가지는 의미, 서울법학 제16권 제2호, 2009; 김호기, “전통적 책임주의에 대한 현대적 도전” - 특정 성범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착제도 도입이 가지는 의미 -, 형사법연구 제21권, 2009, 119면 이하. 수사절차에 있어서 새로운 시도와 관련해서는 최성진, “사범협조자 형벌감면제도에 관한 소고”, 법학연구 제51권 제2호, 2010, 283면 이하 참조.

5) 학자에 따라서는 ‘적형법’ 내지는 ‘적대자형법’으로 번역되기도 한다.

을 통해 전통적인 형법은 법질서를 지킬 준비가 되어있는 ‘시민’에게만 적용되고(일반형법 내지는 시민형법), 테러와 같은 범죄를 저지를 우려가 있는 자를 사회의 ‘적’으로 간주하여 그러한 자에 대해서는 전통적인 형법이 아니라 위험을 효과적으로 제거할 수 있는 특수한 형법이 필요하다고 보았다(적대형법).

물론 야콥스 이전에도 시민/적의 구별을 통해 사회를 설명하려는 시도가 없었던 것은 아니지만, 야콥스는 이러한 구별을 형법에 도입하여 전통적인 형법을 ‘시민형법’으로 그리고 전통적인 형법이론으로는 사회를 보호할 수 없는 범죄의 경우에는 그러한 범죄요인을 지닌 자를 ‘적(Feind)’으로 규정하여 ‘적’에게만 적용될 수 있는 형법의 새로운 기준으로 적대형법을 제시하였다. 이와 같이 형벌의 적용범위를 확대 재생산함과 동시에 이원화했다는 점에서 그는 ‘적대형법’개념의 창시자라 볼릴 수 있다. 다시 말하면 야콥스의 적대형법 개념은 일반인의 보호와 범죄인 보장 중 극단적으로 일반인 보호를 우선순위에 둔 목적의식에서 출발하고, 적법한 행위에 대한 기대가능성이 인정되는 ‘시민’과 법준수의사가 처음부터 결여되어 있는 ‘적’은 구분되어야 한다는 이론 구성을 통해, 결과적으로 후자에게만 적용되는 특별한 형법이 필요하다는 결론을 도출하고 있다.

이러한 야콥스의 적대형법 개념은 특히 우리나라에 있어서도 국가보안법 내지는 최근 형법개정⁶⁾을 통한 유기징역형의 현저한 상향조정, 가석방 기준의 강화, 성범죄자에 대한 신상공개, 전자팔찌 착용강제⁷⁾, 그리고 위험 결정으로 인해 2005년 폐지된 보호감호제도⁸⁾ — 상습범 및 누범가중 규정을 폐지하는 것을 전제로 — 재도

6) 국회는 2010년 4월 15일 유기징역의 상한을 현행 15년에서 30년으로, 형을 가중하는 경우 현행 25년에서 50년으로 올리는 형법 개정안을 통과시켰다. 이에 따르면 자유형의 상한이 정해져 있는 경우를 별론으로 하면, 법정형 하한이 1년 이상인 경우는 기본 법정형의 폭이 1년에서 30년 사이가 되고, 상습범이나 경합범 등으로 가중될 경우 1년 6월에서 45년 사이가 되며, 누범가중 될 경우에는 그 폭이 무려 2년 이상 50년 사이가 된다. 아울러 무기징역의 가석방 요건은 현행 10년 복역에서 20년 복역으로, 사형에 대한 감경은 현행 10년 이상 복역에서 20-50년 복역으로 각각 상향 조정됐다.

7) 적대형법개념과 전자장치 부착제도의 관계에 대해서는 김호기, 앞의 글, 39면 이하 참조.

8) 보호감호제도는 지난 1980년 12월 당시 상습범 등이 사회적으로 문제되자 일정한 전과가 있고 재범 위험성이 있는 범죄자를 격리수용해 감호·교화하기 위해 사회보호법 제정을 통해 처음 도입됐다. 그러나 대표적 인권침해사례로 거론됐던 삼청교육대를 대체하는 제도에 불과하다는 비판과 함께 이중처벌, 과잉처벌 논란 등으로 2005년 6월 폐지됐다. 그러나 최근 법무부의 형법개정시안에 따르면 살인·상해·유괴·강간 등 특정강력범죄를 저지르고 누범성이나 상습성이 인정되는 사람에

입하는 방안을 추진하고 있는 일련의 과정들을 통해서도 찾아낼 수 있다. 즉 그러한 움직임이 단순히 법익보호 내지는 사회방위의 보장이라는 당위적 목표만을 염두에 두고 진행되고 있는 것인지 아니면 테러범이나 성범죄자와 같은 일정한 유형의 범죄자는 ‘법질서를 준수할 것을 기대할 수 있는 사회구성원이 아니라 처음부터 명시적으로 법질서를 준수하지 않으려는 의사를 표현한 자’이므로 그들에 대해서는 보다 강화된 형사법적 통제가 당연히 정당화되고 결과적으로 그들에게만 적용되는 특수한 형법이 필요하다는 이론적 고려에서 도출되는 것인지와 관련이 있다. 만약 전자의 경우라면 방법론적으로 형벌의 확대·강화가 그러한 범죄를 방지하고 사회를 보호하기 위해 과연 필수불가결한 수단인가라는 형사정책적 논의가 문제의 중심에 서게 되는 반면, 후자의 경우라면 일정한 인적범위만을 대상으로 하는 야콥스의 적대형법개념이 우리 형사법체계에서 정당성을 가질 수 있는지 여부가 문제가 되기 때문이다. 이러한 점에서 야콥스의 적대형법 개념을 우리나라에서도 논할 실익이 있다고 하겠다.

아래에서는 ① 우선 야콥스의 적대형법 개념을 살펴보고 ② 야콥스의 적대형법이 각국에서 어떠한 형태로 나타나 있는지 ③ 그리고 우리나라에서 나타나고 있는 형벌의 강화현상 등이 야콥스의 적대형법개념에 포섭될 수 있는지를 살펴보고 ④ 포섭된다면 적대형법개념을 비판함으로써 간접적으로 적대형법적 요소를 띠고 있는 규정들을 비판하고자 한다.

II. 야콥스의 적대형법

1. 개념

야콥스는 ‘적대형법’ 개념의 당위성을 다음과 같은 2가지 요인에서 도출하고 있다. 첫째는 전통적인 형법에서도 사회방위의 필요성에 입각한 ‘적대형법’적인 요소가 이미 고려되어 있는데⁹⁾, 시민들의 이익을 위해서 ‘적대형법’의 개념을 구체화하

게 최장 7년 이내의 보호감호를 부과할 수 있도록 했다.

고 적대형법의 적용범위가 ‘적’에게만 적용된다는 점을 분명히 할 필요가 있으므로 일반 ‘시민’에게 적용되는 시민형법과 적대형법을 별도로 두어야만 한다는 것이다 (적대형법의 구체화를 통한 형법의 이원화를 지지). 즉 그러한 이원화(二元化)는 적대형법개념으로만 정당화될 수 있는 규정들과 나머지 시민형법 규정들이 혼재되어 있는 체계보다 법치국가적 관점에서 덜 위험하며, 이러한 이원화를 통해서만 시민에게 적용되는 ‘시민형법’을 구출하고 시민형법의 법치국가적 한계를 존중하는데 이바지 할 수 있을 것이라고 한다.¹⁰⁾ 둘째, 테러와 같은 특정한 현대적인 범죄영역에서는 전통적인 형법은 그 기능을 다 할 수 없기 때문에 전통 형법에 이미 내재된 ‘적대형법’ 요소를 바탕으로 사회방위에 초점을 맞춘 새로운 이원적인 형법모델이 필요하다는 것이다(적대형법의 필요성). 이러한 야콥스의 이론은 현실에 있어서 콜롬비아의 마약조직범죄, 구안타나모 사건¹¹⁾ 그리고 특히 2001년 9월 11일 미국에서 일어난 테러사건 이후 급진적 형법이론으로서 독일 뿐 아니라 전 세계적으로 큰 관심을 끌고 있다.¹²⁾ 물론 이러한 사회방위에 초점을 맞춘 야콥스의 적대형법이론은 한편으로는 그가 의도한 것처럼 조직·테러범죄 내지는 성범죄 등에 대한 가장 효과적인 대처 방법일 수 있으나, 동시에 ‘적’을 사회로부터 배제시킴으로써 헌법상

9) 야콥스가 현행 독일형법에 규정되어 있는 적대형법적 요소로 들고 있는 것은 독일 형법 제30조(음모 등)의 전단계구성요건들, 순수한 예비행위에 대해 가벌성을 인정하는 형법 제129조, 제129a의 범죄단체조직 및 테러단체조직죄 등이다.

10) Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 1985, S. 751 ff.; ders., Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: Eser (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 47 ff.; ders., Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 45; ders., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, S. 88(95).

11) Guantanamo 수용소는 지난 2002년 1월 당시 조지 W. 부시 행정부가 ‘적(敵) 전투원’이라고 부른 테러 용의자를 수감하기 위해 쿠바섬에 세운 군사감옥소였다. 테러방지를 빌미로 아무런 법적 절차 없이 의심만으로 납치하여 수감하는 장소로 악명이 높았을 뿐만 아니라 미군은 이곳이 미국헌법에서 치외법권이라는 점을 이용 비인간적인 고문을 했다고 한다. 최근 미국 최고법원은 구안타나모의 수감인들 역시 법에 의거해 군사법정이 아닌 일반 시민법정에 상고할 수 있다는 판결을 내린 바 있다.

12) 물론 나라에 따라 ‘적’의 개념은 그 내용을 조금씩 달리 하고 있다. 미국과 유럽에서는 ‘적’의 개념을 테러리스트와 같이 사회의 외부에서 내부를 향하여 행해지는 현상에 초점을 맞춘 반면 남미에서 사용되고 있는 ‘적’의 개념은 광의의 의미로 사회내부에서 체제에 대항하는 자들로 사용되고 있다.

보장된 인간의 존엄성을 훼손할 수 있다는 점에서 많은 논란을 불러일으키고 있는 점도 간과할 수는 없다.

야콥스의 적대형법 이론은 크게 3단계를 거쳐 완성되었는데 1985년에 발표한 논문¹³⁾에서 야콥스는 처음으로 적대형법의 개념을 도입하고 1999년에 발표한 저서¹⁴⁾에서 그 이론을 구체화하고 2002년, 2005년에 각각 발표한 논문¹⁵⁾에서 그의 이론을 완성하고 있다. 야콥스에 따르면 적대형법은 전통적인 형법(시민형법)과는 달리 특수한 집단에게만 적용되는 형법개념이다.¹⁶⁾ 즉 야콥스는 막스 베버에 의해 제안된 이념형(Idealtypus)¹⁷⁾이라는 사회 분석 수단을 통해 형법을 크게 2분화하여 시민에게 적용되는 (전통적인)형법과 ‘적’에게 적용되는 특수한 적대형법으로 나눈다. 이러한 형법이 이분화 되어야 한다는 결론을 도출해 내기 위해 그 전제로서 야콥스는 형법의 수범자를 크게 ‘적’과 ‘시민’으로 이분화 한다.

2. ‘시민’과 ‘적’의 구별

야콥스는 개인(Individuum)을 상위개념으로 하여 시민형법이 적용되는 사람(Person 야콥스는 이러한 사람을 특히 시민(Bürger)이라고 부른다¹⁸⁾)과 적대형법이 적용되는 비인격체(Unperson - 야콥스에 따르면 이러한 부류는 ‘적’(Feind)이라 칭해진다)으로 나눈 뒤 ‘적’을 ① 행위태도에서 단지 조심성 없는 정도에 그치지 않는 자(예. 일회성으로 끝나지 않는 성범죄), ② 지속적인 직업적 범죄행위(예. 경제범죄,

13) Jakobs, ZStW 1985, S. 751 ff.

14) Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 2. Aufl., 1999.

15) Jakobs, Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 2005, S. 839 ff.

16) Jakobs, ZStW 1985, S. 751(756).

17) 베버는 사회 과학에서 ‘이념형’(Idealtypus)의 역할에 대해 말하고 있는데, 이것은 어떤 대상물에 대한 여러 관점들 가운데 어느 일면을 특히 강조함으로써 수 많은 구체적인 개개현상을 통합하여 일면적으로 강조된 관점에 따라 형성된, 하나의 통합된 분석적 구성물로서 구체적 현실을 설명하고 이해하기 위한 것이다. 야콥스는 특히 ‘적대형법’ 그리고 ‘적’을 이념형으로 파악하고 있는데 ‘적대형법’에 대해서는 이념형으로서 그 기능을 다할 수 있으나 ‘적’ 개념은 이념형으로서 기능하지 못한다는 비판이 가능하다. 자세히는 아래 IV. 1. 참조.

18) 즉 야콥스는 시민(Bürger) 과 사람(Person)을 동의어로 사용한다: Jakobs, in: Eser (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende 2000, S. 47(50 ff.); ders., Staatliche Strafe, 2004, S. 41.

조직범죄, 특히 마약범죄 등), 그리고 ③ 범죄조직과 연계된 행위(예. 테러범죄, 마약범죄, 조직범죄 등)를 통해서 지속적으로 법으로부터 일탈하려는 성향을 가진 자로 정의한다.¹⁹⁾ 즉 야콥스에 따르면 ‘시민’은 규범의 수혜자로서 법규범에 대한 내면적(도덕적, 심리적)승인이 전제되어 있는 자임에 반해, ‘적’은 처음부터 규범의 내면화가 이루어질 수 없는 자를 의미한다. 따라서 야콥스에 따르면 범죄자라는 이유만으로는 ‘시민’의 지위에서 ‘적’으로의 지위이동이 당연히 발생하는 것은 아니며²⁰⁾, 비록 범죄자라 할지라도 지속적으로 그리고 영구적으로 법체계로부터 일탈하려는 성향을 지니지 않는 한 ‘적’으로 취급 받지는 않는다.²¹⁾ 야콥스는 ‘적’을 위와 같이 세 가지 부류로 나뉜 뒤 그러한 자들은 ‘인격적’으로 대우할만한 필요최소한도의 태도를 보여주지 않는 자이기 때문에 짐승과 같이 우리의 안전을 위해 감시되어야 할 “위험원”이라고 평가하며. 그 결과 인격존엄을 바탕으로 하고 있는 전통적인 형법으로는 “위험원”에 대해 제대로 감시를 할 수 없으므로 오늘날 ‘적대형법’에 대한 대안조차 존재하지 않는다고 한다.²²⁾ 결국 야콥스는 탈인격화(Entpersonalisierung)라는 이론구성을 통해 형법이 시민에게 적용되는 ‘시민형법’과 적에게 적용되는 ‘적대형법’이라는 두 부류로 나누어 질 수 있음을 주장하였다.

3. 특징

가. 적극적 일반예방과의 관계

이러한 탈인격화를 통해 야콥스는 최소한 법질서를 수용하고 지킬 준비가 되어 있는 ‘시민’²³⁾에 대해서는 국가적 통제로부터 자유로운 영역(예를 들어 주거의 불

19) Jakobs, HRRS 2004, 88(92).

20) Jakobs, Staatliche Strafe, 2004, S. 21.

21) 야콥스는 다음과 같은 예를 통해 범죄행위를 했다는 사실만으로 당연히 시민 지위를 박탈당하지는 않는다고 설명하고 있다: “조카가 유산상속을 빨리 받기 위해 삼촌을 살해했다. 그러나 삼촌의 살해행위는 국가의 존재 내지는 법질서 자체를 부정하는 것은 아니다. 즉 조카는 (자신의 관점에서 보면) 적어도 국가가 소유권을 보호해준다는 의도하에서 행동한 것이다. 따라서 그는 전체 법체계로부터 완전히 이탈하려고 하는 자는 아니다.” 자세한 것은 Jakobs, HRRS 2004, S. 88(91) 참조.

22) Jakobs, in: Eser (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 53.

가침²⁴⁾ 내지는 서신 우편 및 전신의 비밀²⁵⁾)을 허용해 주고 국가는 시민이 그 영역을 넘거나 혹은 다른 사람의 영역을 침범하지 않는 한 개입해서는 안 되며, 이에 반해 법으로부터 지속적으로 일탈하려는 경향을 지닌 ‘적’에 대해서는 국가적 통제로부터 자유로운 영역을 허용하지 않음으로써 언제라도 국가가 개입할 수 있음을 주장하였다.²⁶⁾ 이러한 야콥스의 적대형법개념에 따르면 시민형법에 있어서 형벌의 목적은—적극적 일반예방의 한 형태로서—오직 시민들의 규범 강화에 향해 있으며 법익보호는 시민형법의 대상이 아니라고 한다. 오히려 법익에 대한 보호는 법익을 위태롭게 할 수 있는 위험원(적)을 처벌함으로써 달성될 수 있다고 함으로써 법익에 대한 침해행위를 미연에 방지하고자 하는 것이 적대형법에 있어서 형벌의 목적이라고 보았다. 결국 야콥스는 지속적으로 제기했던 적극적 일반예방이론의 연장선상에서 적대형법 이론을 주장한 것이며 그에 따르면 시민형법과 적대형법으로 나뉘는 형법의 이원화는 형벌목적의 상이성으로 인해 필수적인 것이 된다.²⁷⁾

나. 적대형법과 시민형법과의 비교

이처럼 적극적 일반예방의 연장선상에서 적대형법이 서 있고 거기에 ‘탈인격화’라는 이론구성이 가미되면 적대형법영역에서는 전통적인 형법영역과는 달리 사회를 방위하기 위한 일련의 조치들이 정당화 될 수 있다. 예를 들어 전통적인 형법과는 달리 실행의 착수 이전의 범죄 전(前)단계까지 위험성을 이유로 처벌하는 구성요건을 마련할 수 있게 되고 이러한 처벌의 전치화(Vorverlagerung der Strafbarkeit)는 사회예방의 차원에서 정당화될 수 있게 된다.²⁸⁾ 또한 사회를 방위하기 위해 위험

23) 야콥스가 주장한 적극적 일반예방론에 따르면 ‘시민’은 규범에 대한 신뢰를 바탕으로 법을 지킬만한 가치가 있다고 생각하고 이를 내면적으로 받아들이는 즉, 규범의 내면화 기능이 이루어져 있는 자를 말한다. 적극적 일반예방은 범죄자에게도 규범적응력이 있었고, 구체적인 의도를 가진 처벌은 규범의 안정화를 위해 적절하고 필요한 것이라라는 전제하에서 법적 개입을 요구한다.

24) 독일 기본법 제13조 【주거의 불가침】 ① 주거는 불가침이다.

25) 독일 기본법 제10조 【서신, 우편 및 전신의 비밀】 ① 서신의 비밀과 우편 및 전신의 비밀은 불가침이다.

26) Jakobs, ZstW 1985, S. 751(756 ff.); Jakobs, HRRS 2004, S. 88(93 f.).

27) Crespo, Das "Feindstrafrecht" darf nicht sein, ZIS 2006, S. 413(420).

28) 이러한 예로 야콥스는 독일형법 제129조, 129a조(범죄단체 내지는 테러단체 조직) 및 마약법 30조

성을 이유로 처벌하는 경우에 이른바 ‘적’에게 감정의 요소가 있다고 하더라도 형량의 감경을 인정할 필요가 없다는 이론구성이 가능하다.²⁹⁾ 왜냐하면 적대형법에 있어서 형량의 높낮이는 단지 사회보호의 필요성에 따라 정해지는 것이며 행위자에게 의존되는 것이 아니기 때문이다. 이것은 야콥스의 적대형법 개념이 기능주의에 입각했음을 보여준다. 또한 야콥스에 의하면 그러한 적대형법은 규범의 수범 영역을 모든 범죄를 대상으로 하는 것이 아니라 법질서 준수를 기대할 수 없는 자가 있는 영역만을 대상으로 하게 되므로 적어도 야콥스의 개념에서는 특정 범죄(조직범죄, 테러범죄, 성범죄, 마약범죄³⁰⁾)에 대응하기 위한 ‘투쟁 내지는 전쟁’ 형법의 성격을 띠게 된다. 따라서 적대형법개념을 인정하게 되면 입법기술상 위 특정범죄와 관련된 행위에 강력하게 대처하고 안전을 효과적으로 보장하기 위해 전통적인 형법에서 투쟁형법으로 이전하는 경향을 띠게 된다. 아울러 수사절차에 있어서도 사회방위라는 목적을 효과적으로 달성하기 위하여 혐의여부와 관계없이 허용되는 수단(감청, 체포, 수색 및 검색 등에 대한 특칙) 등을 통하여 위 특정범죄와 관련된 자에 대해 수사권을 강화하는 방향으로 입법을 하게 되며, 특히 위 특정범죄와 관련된 혐의로 피의자가 구금된 경우에 변호인과의 접견을 허용하면 범죄증거가 인멸되거나 타인에게 위해를 미칠 수 있다는 이유로 변호인과의 접견교통권도 제한하는 등 전통적인 형사법절차에서 있어서 인정되는 수사절차에 있어서 피의자의 보호도 제한할 수 있게 된다.

제1항 1문(마약의 재배)를 들고 있다. 즉 위 규정에서 이미 처벌의 전치화가 규정되어 있으므로 다른 범죄행위에 있어서도 전면적으로 금지된다고는 말할 수 없고 사회예방의 차원에서 정당화될 수 있다고 주장한다. 이러한 주장에 따르면 적대형법개념은 전형적인 예방형법의 모습을 띠게 된다(Jakobs, ZStW 2005, S. 839(840); ders., ZStW 1985, S. 751(752)). 물론 야콥스도 적대형법의 영역에서 무제한적인 처벌의 전치화를 주장하는 것은 아니다. 그에 따르면 처벌의 전치화는 ‘법적 평화’라는 법익에 따라 한계지워 질 수 있다고 말한다. 자세히는 Jakobs, ZStW 1985, S. 751(777).

29) Düx, Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten, ZRP 2003, S. 189(194).

30) Jakobs, in: Eser, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 47(51 f.).

다. 위험형법과의 비교

근대형법의 변화는 형사법에 있어서 단순한 대상목록의 추가나 확대에만 국한되는 것은 아니며 형법이론 전반에 걸쳐 있다. 특히 현대사회의 변화를 위험사회개념에 기대어 현대사회의 위험에 대응하는 형법을 총칭하는 용어로 위험형법(Risikostrafrecht)이라는 개념이 생기게 되었으며 현대사회의 위험을 다루는 형법의 한 분야에 대한 총칭으로서 위험형법은 이제 형법학에서도 익숙한 개념이 되었다. 위험형법개념에 따르면 위험사회에 대한 대응책으로 ① 보호처분의 확대, ② 소년형법의 강화³¹⁾, ③ 혐의의 이전시점, ④ 행위참가자에 대한 형사소송 통제가능성의 강화, 그리고 ⑤ 법익개념의 추상화와 추상적 위험범의 확대 경향을 들고 있다. 그런데 만약 위험형법을 기존의 형법투입으로는 도저히 해결하지 못하는 생활상의 위험이 있는 곳이면 어느 곳에서나 투입되는 현대형법의 경향을 이야기하는 용어로 이해하면 위에서 소개한 적대형법의 개념도 위험형법의 일종으로 파악될 수도 있다. 하지만 ① 위험형법에서 문제되는 위험은 과학기술 발달에 기반한 산업화의 반면으로서의 위험을 의미하며 ② 위험사회의 위험은 사회발전의 반면을 나타내는 구조적인 것이며 개인적인 위험과도 구별되므로 위험사회의 위험에 대한 일련의 특성에 근거한 위험형법의 범위는 환경, 원자력, 생명공학, 생태, 정보 등의 분야에 한정된다고 할 수 있다. 다시 말하면 위험형법이 위험원에 대한 시민의 보호라는, 위험사회에서의 형법 역할의 패러다임의 변화에서 오는 요청에 대한 대응이라는 점에서 현대형법의 한 부분일 뿐 근대형법과는 구분되는 시대적 법개념으로서 현대형법에 대한 대체개념이 아니다. 이에 반해 적대형법은 일련의 범죄행위자에게 초점을 맞추어 사회방위를 위해 근대형법이 마련한 이론적 장치들을 벗어나려는 이론적 토대를 마련하고 그러한 이론적 구성을 통해 형법을 ‘시민’에게 적용되는 시민형법과 ‘적’에게 적용되는 ‘적대형법’으로 이원화했다는 점에서 일종의 새로운 시대적 법개념이라고 할 수 있다.³²⁾

31) 독일의 소년형법 논의에 대해서는 Hassemer, Jugend im Strafrecht, ZJJ 2004, S. 344 ff. 참조.

32) 보다 쉬운 예로 위험형법의 일종인 환경형법의 대상자인 ‘농민’ 등을 처음부터 규범의 내면화가 이루어질 수 없는 사회의 ‘적’으로 보지는 않는다. 같은 지적으로는 Saliger, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, JZ 2006, S. 756(760).

Ⅲ. 적대형법이론에 기초한 입법례

1. 외국의 경우

우선 독일의 경우를 보면 ① 구체적인 (범죄)행위에 나아가지 않더라도, 또한 그 행위가 구체적으로 계획되지 않았더라도 처벌의 대상이 되는, 소위 범죄의 전(前)단계까지 처벌하는 구성요건(Vorfelddatbestände)을 두고 있으며³³⁾, ② 조직적으로 행해지는 범죄에 대한 형량의 강화³⁴⁾, ③ 형사소송법상의 보호범위의 감소³⁵⁾ 등 야콥스가 주장한 적대형법의 특징을 그대로 보여주고 있다. 콜롬비아에 있어서도 1990년 마약범죄와의 전쟁을 통해 100명 이상의 공무원과 판사들이 테러로 인해 사망한 후 테러·마약조직범죄 등으로 인해 기소된 피고인의 형사절차상의 보호를 대폭적으로 축소하는 것을 내용으로 하는 “공화국을 방어하기 위한 규정”을 제정한 바 있다.³⁶⁾ 미국의 경우에도 시급한 국내외 테러차단 요구에 부응하고, 테러 수사의 효율성을 높이기 위해 수사기관의 권한을 강화하고 테러범으로 의심되는 외국인 내지 비시민권자에 대해서는 일반 시민권자에게 적용되는 법원칙 일부의 적용을 배제하는 것을 내용으로 하는 USA PATRIOT Act³⁷⁾를 제정하여 2005년 12월 31일까지

33) 독일형법 제 129조a, b의 조직범죄. 동조에 따르면 범죄 수행을 목적이나 활동의 대상으로 하는 단체를 조직하거나 범죄 단체의 구성원으로 가담한 자를 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처하고 있다.

34) 독일형법 제243조 제1항 3호.

35) 독일형사소송법 제98조a 제1항 5호, 6호; 제100조a 2호; 제100조c 제2항 1호; 제110조a 제1항 3호, 4호.

36) 콜롬비아의 상황에 대해서는 Aponte, Krieg und Feindstrafrecht, 2004; ders., Krieg und Politik, HRRS 2006, S. 297(298 ff.); ders., Feind oder Bürger, in: Uwer, Bitte bewahren Sie Ruhe, 2006, S. 131 ff.; Sinn, Moderne Verbrechensverfolgung, ZIS 2006, S. 107(111) 참조.

37) 9.11사태가 일어난 지 45일 만인 2001년 10월 26일. 부시 미국대통령은 The USA PATRIOT Act의 제정을 승인하였다. 이 법은 “연방법에 대한 수 백 개의 부차적 개정안을 10개의 하위부분 또는 ‘장(Title)’로 나눈 것으로 이민에서 자금세탁에 이르는 다양한 주제들을 다루고 있다” 제2장은 사법상의 권한을 확장하기 위한 목적으로 형사절차법규를 개정한 부분이다. 정식명칭은 “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001”인데 한국에서는 각 단어의 앞 글자를 따서 “USA PATRIOT Act”로 약칭되고 있으며 이러한 약칭에만 주목하여 “미국 애국법” 또는 “애국법”으로 호칭하고 있으나 이는 잘못된 번역이라고 본다(같은 의견으로 허상구, “미국의 테러대응 체계 및 그와 관련

한시적(16개 조항에 한함)으로 운영하였고, 최근 미국 하원은 테러방지법인 애국법의 주요 조항을 연장하는 내용의 법안을 통과시켰다.³⁸⁾ 적대형법의 4가지 특징은 영국에 있어서는 특히 테러와 관련한 입법에서 잘 드러나고 있다. 영국은 자국의 북아일랜드 문제와 국제테러 활동에 대비하기 위해 테러혐의자의 수사 및 처벌, 테러자금차단 등을 내용으로 하는 테러에 관한 기본법으로 2000년 7월에 대테러법(Terrorism Act 2000)을 제정하였고 이후 9.11테러가 발생하자 기존의 대테러법 보다 테러법에 대한 강력한 제재수단과 테러법에 대한 출입국 통제, 자산동결 등 수사권의 강화를 내용을 담은 반테러법(Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001)을 2001년 12월에 제정하였다. 그러나 반테러법의 일부 조항이 외국인들을 차별하고 법원의 통제장치가 결여되어 있다는 이유로 유럽인권규약에 위반된다는 판결을 받게 되자 이를 대체하기 위해 2005년 5월 테러방지법(Prevention Terrorism Act 2005)을 다시 제정하였고 2005년 7월 런던 지하철 테러 사건을 계기로 더 이상 일반적인 형사범으로는 테러를 사전에 방지할 수 없다는 공감대가 형성되어 다시 보다 강화된 대테러법(Terrorism Act 2006)을 제정하기에 이르렀다. 이들 법안은 크게 테러사건 수사권의 강화, 영장주의 예외인정, 출입국 등 보안업무 강화, 테러자금 감시 강화라는 점에서 공통점을 지니고 있다.³⁹⁾

각국의 테러 관련 법률들을 살펴보면 공통적으로 법질서를 준수하지 아니할 것으로 보이는 사회구성원을 일반 시민과 분리하여 그들에게만 적용되는 특별한 형법이 정당화 된다는 전제에서 출발하고 있다(‘적(외국인 또는 비시민권자)’과 ‘시민’의 분리). 그러한 전제에서 출발하여 내용적으로 모두 테러 행위와 행위자에 강력하게 대처하고 안전을 효과적으로 보장하기 위한 입법형태를 띠고 있다는 점에서 적대형

한 인권침해 문제”, 해외연수검사논문집, 2006, 57면 각주 79). “USA PATRIOT Act”의 주요 내용에 대하여는 제성호, “미국의 반테러법과 우리에게 대한 시사점”, 중앙법학 제5집 제3호, 2003, 137면 이하 참조.

38) 2010년 2월27일 오바마 미국 대통령은 개인의 사생활을 과도하게 침해할 수 있다는 비판을 받아온 “USA PATRIOT Act”를 1년 더 연장하는 내용의 법안에 서명했다. 9.11 테러 직후 제정된 한시법인 동법은 2010년 2월28일로 시한이 만료될 예정이었으나 연방 상원에서 24일, 하원에서 25일 표결을 통해 애국법 연장법안을 가결한 데 이어 오바마 대통령이 이를 재가함으로써 1년 더 연장됐다.

39) 영국의 테러방지법 제정경과에 대해서는 제성호, “영국의 테러방지법과 테러대응기구”, 저스티스 통권 제114호, 한국법학원 2009, 272면 이하 참조.

법의 한 특징인 ‘투쟁형법’적인 성격을 잘 나타내고 있으며, 실질법적인 측면에서도 테러에 적극적으로 대처하기 위해 테러를 준비하는 행위 자체를 범죄화하고⁴⁰⁾ 이들 준비행위를 상대적으로 높은 형벌과 결부⁴¹⁾시킴으로써 적대형법의 특징인 처벌의 전치화 그리고 처벌강화를 잘 보여주고 있다. 또한 수사절차에 있어서도 법익침해 이전단계에서도 그리고 부분적으로는 혐의여부와 관계없이 허용되는 수단(감청, 첩포, 수색 및 검색 등에 대한 특칙)등을 통하여 테러혐의자에 대한 수사권을 강화하였으며 그밖에도 테러관련 혐의로 피의자가 구금된 경우에 변호인과의 접견을 허용하면 발생할 수 있는, 범죄증거인멸 내지는 타인에 대한 위해의 가능성 등의 테러범죄의 특성을 고려하여 변호인과의 접견교통권을 제한하고 있음을 알 수 있다.

2. 우리나라의 경우

야콥스에 따르면 적대형법 이론을 전개하면서 테러범과 같이 국가의 기본질서를 내재적으로 거부하고 있는 자와 성범죄와 같이 재범의 위험성이 있는 사회구성원을 시민이 아니라 단지 잠재적인 사회구성원의 지위를 지니는 자, 즉 ‘적’의 개념에 포섭하고 있다. 물론 직접적으로 야콥스에 의해 제기된 적대형법범주에 포섭하기 위해서는 처벌의 전치화와 강화 등의 모습이 직접적으로 규정되어 있어야 한다. 그러나 원래 처벌의 전치화는 필연적으로 반드시 고도의 당벌성을 지니지 않는 행위도 대상으로 할 뿐만 아니라 그에 대해서도 상대적으로 높은 형벌과 연결되므로 만약 그와 같은 특징을 지니고 있는 형벌법규가 존재한다면 적대형법개념이 그 정당화의 근거로 제시될 수 있을 것이다. 이러한 관점에서 보면 우리나라에서도 작·간접으로 야콥스가 지적한 적대형법의 특징을 띠고 있는 법률이 있다.

40) Section 5, 8 Terrorism Act 2006.

41) ‘Terrorism Act 2000’ 따르면 테러단체 가입이나 본인 스스로 조직원임을 공개하는 경우 그리고 테러단체 지원을 권유하는 경우에는 10년 이하의 징역으로 처벌되며(Section 11, 12), ‘Terrorism Act 2006’은 테러 관련 표현물을 전파하거나 배포 등을 하는 경우에는 7년 이하의 징역으로 처벌하고(Section 2), 테러 관련 훈련을 시키거나 받는 경우(Section 6) 및 테러훈련 장소를 방문하는 경우(Section 8)에는 10년 이하의 징역으로 처벌하고 있다. 방사능장치 또는 물품 제조와 소지 및 방사능 장비, 물질 또는 시설과 관련한 테러 위협의 경우에는 기존에 14년 이하의 징역을 종신 형으로 처벌할 수 있게 한 것이 그것이다(Section 14(1)). 그 외에도 테러 목적으로 물품을 소지한 경우에는 기존 10년 이하에서 15년 이하의 징역으로 형량을 강화하였다(Section 13(1)).

우선 직접적인 연관성을 가지는 형벌법규로는 형법상 제114조의 범죄단체조직죄를 들 수 있다. 다음으로 국가보안법이 그 범주에 포함될 수 있다. 우선 국가보안법과 관련된 형법 규정을 자세히 살펴보면 형법상 내란죄의 실행행위는 폭동으로 되어 있으며(형법 제87조) 내란의 예비·음모단계에 불과한 내란목적의 반국가단체를 구성하는 행위에 대해서는 3년 이상의 유기징역이나 유기금고형이 규정되어 있다(형법 제90조 제1항). 그런데 형법이론상 내란죄의 예비·음모 단계에 불과한 반국가단체의 구성행위만으로도 국가보안법은 그 수괴에 대하여 사형 또는 무기징역을 부과하고 있다(국가보안법 제3조 제1항 1호). 즉 내란죄의 실행행위인 폭동이 없는 단순 내란죄의 예비·음모 단계의 단계구성행위에 대하여 국가보안법은 내란의 실행행위가 있는 경우와 동일한 법정형을 부과하고 있음을 알 수 있다(형법 제87조 1호). 더 나아가 국가보안법 제3조 제4항, 제5항에서는 반국가단체 구성과 관련해 예비·음모를 별도로 처벌하고 있는 바, 이는 결과적으로 형법상 내란죄의 예비·음모에 대한 예비·음모가 다시 처벌되는 것과 같은 내용을 지니고 있다. 아울러 국가보안법은 국가기밀 누설행위, 허위사실유포행위, 금품수수행위, 잠입·탈출, 찬양·고무행위, 회합·통신행위⁴²⁾, 편의제공행위 등 광범위하게 예비·음모단계를 가별성의 대상으로 삼고 있으며 동시에 범죄의 실행행위의 전 단계에 불과한 예비·음모행위에 대하여 범죄의 실행행위와 같은 평가를 하고 있다. 또 그에 대하여 과도한 형벌이 부과되고 있는 점들은 일단 국가보안법위반자들을 일반 ‘시민’과는 달리 국가안전을 위태롭게 하는 ‘적’으로 파악하고 그들을 헌법상의 보호로부터 배제시킨다는 것이며, 이는 예방적 내지 억제적 원리를 합법성의 이론적 근거로 내세움으로써만 가능하다. 이러한 점은 야콥스에 의해 제안된 적대형법의 특징 중 ① 가별성이 전치화되고 있고, ② 전치화되는 정도에 비례하여 형벌이 축소되지도 않는, 즉 예비행위에 불과한 범죄를 범죄의 실행행위와 같은 평가를 통한 ‘가혹한’ 형벌의 부과를 그대로 따르고 있다고 볼 수 있다.

42) 최근 네팔과 말레이시아 주재 한국 대사관이 교민 및 해외여행 업체에 북한 식당을 이용하면 국가보안법 및 남북 교류협력법 위반 여부를 조사하겠다고 통보한 있다. 주 네팔 대사관의 경우 이메일에서 구체적으로 식당 출입시 적용될 법으로 교류협력법 제9조2항(남북한 주민 접촉), 국가보안법 제8조(회합·통신)를 적용가능법규로 소개했다. [해외 북한식당 이용 말라... 보안법 처벌대상] 경향신문 2010년 7월 23일자.

청소년에 대한 성범자에 대해서도 간접적으로 적대형법과의 관련성을 생각해 볼 수 있는데 이를 살펴보기 위해서는 우선 우리나라 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 규정되어 있는 신상공개제도의 법적 성격을 먼저 살펴보아야 한다.⁴³⁾ 왜냐하면 적대‘형법’은 사회의 안전망을 해칠 수 있는 자에 대해 사회가 ‘형벌’로서 대응한다는 점에 그 특색이 있는데 신상공개는 성범죄행위를 범했다는 사실을 공개한 것이므로 행정행위일 뿐 법적인 효과를 갖는 제재가 아니며, 또한 형벌이 가지는 속성인 법의박탈을 가져오지 않고 나아가 형법 제 41조에서 형벌의 종류와 내용을 한정하고 있으므로 청소년보호법에서의 범죄자의 신상공개는 형벌로 볼 수 없다는 주장이 가능하기 때문이다. 그러나 신상공개가 성범죄자에게 미치는 실질적인 측면을 살펴보면 명예형에 가까운 형벌적 속성이 있음은 부인할 수 없다. 특히 명예형 중에서도 범죄자에게 사회적 낙인을 찍어 정상적인 사회복귀를 저해하는 20세기 이전의 치욕(수치)형의 부활로 볼 수 있다. 이러한 치욕형의 부활이라는 관점, 그리고 신상공개는 범죄자나 일반인들로 하여금 자신의 상세한 신상정보의 공개로 인해 행위 이전에 두려움을 갖게 하므로 범제억제나 예방의 효과가 발생하고, 신상공개법을 위반한 범죄행위를 이유로 국가기관에 의해 부가된다는 점을 본다면 신상공개제도의 형사제재적인 성격도 인정할 수 있고 더 나아가 사회적 연대성이 강하고 체면과 명예를 특히 중요시 여기는 사회 분위기를 고려할 때 그 효과가 실제로 있어서는 성범죄자들을 사회에서 추방하는데 미친다는 점에서 역시 형벌적 속성을 가지고 있다고 평가할 수 있을 것이다.⁴⁴⁾ 이처럼 형벌적 속성을 가지고 있다면 전통적 형법의 틀 내에서 정당성을 획득할 수 있어야 하는데 신상공개는 이미 형벌을 부과 받은 자에 대해 다시 일종의 형사제재를 가하는 것이므로 이중처벌금지의 원칙에 반할 소지가 있다. 아울러 신상정보 ‘열람명령’을 받은 아동·청소년 대상 성범죄자에 대

43) 신상공개의 법적성격에 관련한 논의에 대해서는 강태수, “성범죄자의 신상공개제도에 관한 헌법적 고찰”, 공법학연구 제7권 제2호, 137면 이하; 이병희, “성범죄자 신상공개에 대한 형사법적 고찰”, 형사법연구 제17호, 2002, 269면 이하.

44) 이정재, “성범죄자 신상공개의 법적 문제점 고찰”, 저스티스 통권 제65호, 16면 이하; 반대하는 견해는 “한국형 신상공개구상에서는 의식개혁 캠페인이 제1차적 목표이기 때문에 성범죄자에 대한 정보의 제공이나 보안처분의 강화는 성보호법에 크게 반영되어 있지 아니하며 신상이 공개되었을 때도 신상공개자에 대한 지역사회의 배척행위나 따돌림현상도 미국처럼 심각하지 아니하다”는 것을 근거로 들고 있다. 이러한 견해로는 심희기, “신상공개의 정당화 근거와 적절한 공개대상과 공개기준의 탐색”, 저스티스 통권 제65호, 2002, 24면 이하 참조.

해서도 인터넷을 통한⁴⁵⁾ 신상정보 ‘공개명령’ 규정을 소급적용할 수 있도록 하는 개정 아동·청소년의 성보호에 관한 법률이 2010년 8월24일부터 시행되고 있는데 소급적용의 문제뿐만 아니라 인터넷을 통해 ‘전 국민’을 대상으로 신상공개를 하는 것은 지역사회 주민의 보호라는 하나의 취지 및 비례성의 원칙에도 어긋난다고 보아야 한다.⁴⁶⁾ 또한 미성년자를 대상으로 하는 불법성이 더 클 수도 있는 다른 범죄(미성년자 살해행위, 인질강도 등)들과의 형평의 관점에서도 정당화되기 힘들며 절차적인 측면에서도 공개여부의 심사기준이 세분화되어 있지 않고 소명의 기회를 부여하는 절차와 이의제기절차가 동법에 규정되어 있지 않다는 점을 보아도 책임형법의 틀 내에서는 정당화되기 어렵다. 결국 정당성 획득을 위한 이론적 근거로는 아동에 대한 성범죄자들을 전통적인 형법의 외연에 위치시키고자 하는 야콥스의 적대형법 이론에 기댈 수밖에 없다고 본다.

최근 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 개정을 통해 성폭력범죄의 처벌에 엄벌주의 내지 중형주의를 관철하기 위해 알코올 및 마약류로 인한 책임무능력사유 혹은 한정책임사유가 있더라도 책임조각의 가능성 혹은 형벌감경의 기회를 배제하고 있는 것도 책임원칙의 헌법적 지위를 무시한 적대형법의 한 모습이라고 볼 수 있다.⁴⁷⁾ 또한 근래 도입된 “특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률”에 의하면 치료감호와 같은 보안처분의 부과대상이 되지 아니하는 성범죄전과자에 대하여서까지 형벌집행이 끝난 후 또다시 위치추적 전자장치를 부착할 수 있도록 소급효를 규정하고 있는데 이는 사회방위 내지는 예방이라는 목적에 지나치게 무게를 둔 결과 성폭력 전과자들의 시민자격을 박탈하고 그를 잠재적 위험원, 즉 사회의 ‘적’으로 간주하여 결과적으로 전통적인 형사법의 구상을 보다 심각

45) 성범죄자 알림e(<http://www.sexoffender.go.kr>)

46) 개정법은 현행법 시행 이전에 유죄판결과 열람명령을 선고받아 경찰서에서 제한적인 신상정보열람이 이뤄지고 있는 성범죄자에 대해서도 법원의 공개명령을 통해 인터넷열람이 이뤄질 수 있도록 했으며 또 국가청소년위원회가 신상정보의 등록·열람을 결정한 자와 향후 종전 법률에 따라 열람명령을 선고받게 될 자에 대해서도 개정 규정을 적용할 수 있도록 명시했다. 개정이유서를 보면 구법은 해당 시·군·구에 거주하는 청소년의 법정대리인이나 아동·청소년 관련 교육기관의 장이 관할 경찰서에서만 신상정보를 열람할 수 있도록 제한함으로써 일반인은 아동·청소년대상 성범죄자에 대한 정보를 알 수가 없는 문제를 지적하고 있으나 수사기관에게 열람을 확대하는 방법 대신에 ‘일반인’에게까지 확대한 것은 문제가 있다고 본다.

47) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제19조.

하게 훼손할 위험성을 내포하고 있는 입법태도라고 할 수 있다. 이외에도 성폭력범죄에 대해 엄벌을 바라는 국민의 법감정을 반영하여 ① 징역형을 최고 50년까지 선고할 수 있도록 유기징역형 상한을 확대하고 ② 공소시효를 피해자가 20세가 될 때까지 정지하며, DNA 증거가 있는 경우 공소시효를 10년 연장하고 있는 규정들⁴⁸⁾과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 의해 성폭력범죄혐의자에게는 공정한 재판이 보장될 수 없을 것으로 예상되는 규정들, 즉 동법 제21조가 피해자의 사생활보호를 위한 재판공개원칙의 예외를 규정하고 있다는 점과 특히 제12조에서 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법에 규정된 간이공판절차적용이라는 빈약한 진리발견수단을 통해 피고인에게 부과하기엔 너무나도 무거운 제재(예: 사형, 무기 또는 장기의 자유형)가 예정되어 있는 범죄들을 대상으로 하고 있는 점은 “선한 시민과 악한 시민(적)의 적대적 대결구조”에서만 그 이론적 정당성을 이끌어 낼 수 있다는 점에서 역시 성폭력 잠재적 범죄자를 사회의 ‘적’으로 간주하는 정책을 엿볼 수 있다.⁴⁹⁾

또한 직접적으로 규정하고 있지는 않으나 우리 사회에 만연한 성범죄와의 ‘전쟁’, 조직폭력배와의 ‘전쟁’ 내지는 범죄와의 ‘전쟁’이라는 용어사용에서 볼 수 있듯이 위험방지 내지는 위험예방적 사고에 중점을 두고 있는 적대형법의 ‘투쟁’적 성격이 우리 사회에서 환영을 받고 있는 것도 적대형법의 한 예라고 할 수 있다.⁵⁰⁾

3. 소결

야콥스의 적대형법개념을 단순화 해보면 크게 ① 사회방위를 목적으로 삼고 ② 그러한 목적을 달성하기 위해 일반시민으로부터 ‘적’을 구분해내는 ‘탈인격화’라는 수단을 바탕으로 하고 있음을 알 수 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 우리나라뿐만 아니라 세계적으로 보이고 있는 형법의 모습의 변화를—현상적인 측면은 별론으로 하더라도—이론적인 측면에서 정당화할 수 있는 유일하고 가능한 방법은 야콥스의

48) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제20조.

49) 간이공판절차와 적대형법의 관계에 대해서는 이상돈, “간이공판의 법정책”, 안암법학회 1994, 401면 이하 참조.

50) 1990년 10월 13일, 당시 대통령 노태우는 민생치안 확립을 위한 특별선언으로 ‘범죄와의 전쟁’을 발표했다. 최근에도 김길태 사건 등을 계기로 성범죄와의 ‘전쟁’이라는 용어가 다시 등장하고 있다.

‘적대형법’ 개념을 원용하는 것일 수 밖에 없다. 따라서 아래에서는 적대형법개념을 비판함으로써 간접적으로 한 방향으로 나아가고 있는 형법의 모습에 대해 비판하고자 한다.

IV. 적대형법 개념에 대한 평가

야콥스의 적대형법 개념에 대해서는 크게 현재 형법이 변화하고 있는 모습에 대한 비판 분석적 측면과 규범적인 측면으로 나누어, 전자에 대해서는 긍정적으로 평가될 수 있으나 후자에 대해서는 헌법적 관점에서 받아들일 수 없다는 견해가 지배적이다.⁵¹⁾ 위에서 본 것처럼 비판 분석적인 관점에 일단 ‘시민’과 ‘적’을 구별하여 ‘적’에 대해서는 그들에 대하여서만 적용되는 특별한 규제방법을 실체법적인 측면뿐만 아니라 절차법적으로도 마련하고 있는 입법경향이 전세계적으로 관찰되고 있으므로 형법이 ‘그러한’ 방향으로 흘러가고 있다는, 즉 현대의 형사입법 현상을 기술하고, 이를 이해 설명하기 위해 분석적인 도구로 사용하고 있다는 면에서는 일단 긍정적인 평가를 내릴 수 있다. 그러나 ‘그러한’ 방향으로 흘러가고 있다는 것이 형법이 ‘그러해야 한다’는—야콥스에 따르면 형법이 ‘이분화’ 되어야 한다는—당위성(當爲性)을 도출하는 것은 아니므로 이하에서는 규범적인 측면에서 야콥스의 적대형법 개념을 수용할 수 있는지를 살펴보고자 한다.

1. ‘적’개념의 불명확성

야콥스는 막스 베버의 이념형(Idealtypus)이라는 사회분석수단을 빌려 왔으나 ‘적대형법’ 개념이 이념형으로 그 기능을 수행할 수 있음에 반해 ‘적’ 개념은 이념형으로서 제대로 기능을 하지 못한다는 비판이 가능하다.⁵²⁾ 왜냐하면 막스 베버에게 있

51) 이러한 입장으로 대표적인 것은 Neumann, Feindstrafrecht, in: Uwer (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe, 1. Aufl., 2006, S. 299(301); 비판 분석적인 측면에서도 ‘적대형법’의 개념을 받아들일 수 없다는 입장으로는 Greco, Über das sogenannte Feindstrafrecht, GA 2006, S. 96(107, 113).

52) 적대형법은 ‘적’에 대한 절대적인 권리박탈(Entrechtlichung)을 의미하고 따라서 실재에 있어서는

어서 이념형이란 구체적 개개의 현상들을 종합하여 일반적으로 강조된 관점에 따라 하나의 통합된 분석적 구성물로서 탐구자가 구체적인 경우에 있어서의 유사성과 차이점을 확인할 수 있는 척도의 역할을 해야 하기 때문이다. ‘적’ 개념이 이념형으로 작용하기 위해서는 ① 모든 생활영역에서 범질서에 적대적인 의사를 표출하는 자를 그 대상으로 하여야 함에도 불구하고 야콥스가 ‘테러’ 내지는 ‘성범죄’와 같은 일정한 영역에서만 법으로부터 완전히 벗어나고자 하는 자만을 ‘적’ 개념에 포섭시키는 것을 설명하지 못하며 ② 적대형법은 일단 ‘적’ 개념이 먼저 확정되어야 하는데 방법론적으로 책임무능력자가 아니면서 지속적으로 법적대적인 의사를 가지고 있는 일종의 범죄군을 어떤 기준에 의해 확정할 수 있는지도 의문이다.⁵³⁾ 이점은 역으로 ‘시민’과 ‘적’ 사이의 경계선 자체가 유동적이라는 것을 의미하고, 따라서 위험한 행위자는 이상적인 ‘적’이 아니라 일시적인 ‘적’이고 일시적인 ‘적’은 적어도 시민으로서의 성질을 띠고 있으므로 일원화된 특별형법이 꼭 필요한 것은 아니라는 결론에 이를 수 있다. 오히려 일원화된 형법아래서—‘시민’과 ‘적’의 구별 없이 동등한 지위를 전제로—개개의 경우에 필요한 적용규범을 다양화 하는 것이 더 좋은 방법이다. 더불어 일원화된 형법을 통해 “불필요한” 적대형법의 문제를 피해갈 수도 있다. 즉 야콥스는 독일 형법 제30조의 음모규정을 시민형법에서는 불필요한 적대형법적 요소라고 파악하나 ‘적’ 개념이 유동적이라는 것을 생각한다면 동 규정을 일원화된 형법 내에서 법익의 보호를 위해 적절하고 필수적인 혼합형태라고 파악할 수 있다.

나아가 그러한 기준의 불명확성은 특정 권력자의 기호에 따라 ‘적’의 개념이 얼마든지 확대될 수 있고, 또 대상을 규정하는 경계선이 일방적으로 정해질 수 있어 장치 반체제·반권력·반정부 운동이나 행위 자체를 억압하고 처벌하는 것을 내용으로 하는 이른바 정치형법을 제도화하는데 이론적 근거로 작용할 수 있다는 점에서도 문제가 있다고 본다.⁵⁴⁾ 또한 법익보호 내지는 사회보호를 우선시한다고 하더라도

모든 수단이 허용되는 전쟁법을 의미하므로 하나의 통합된 분석적 구성물, 즉 이념형으로서 작용할 수 있다.

53) Hörnle, Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs "Feindstrafrecht", GA 2006, S. 80(89 ff.); Hefendehl, Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht?, StV 2005, S. 156(158 f.).

그러한 목적의 달성이 반드시 ‘적’과 ‘시민’의 구별을 통해서만 달성될 수 있다고 하는 것은 논리 필연 관계에 있다고 보여 지지는 않는다. 오히려 그러한 이론구성이 결과적으로 계층 내지는 인종적 ‘차별’을 정당화 할 수 있는 기제로 작용할 수 있다는 점에서 더 문제가 있다.

또한 적대형법을 통해서만 국가적 통제로부터 자유로운 영역에 대한 국가의 개입이 정당화 될 수 있다는 이론의 출발점에도 사적 영역에 대한 일반적인 이해와 일치하지 않는 측면이 있다. 야콥스는 최소한 법질서를 수용하고 지킬 준비가 되어 있는 ‘시민’에 대해서는 국가적 통제로부터 자유로운 영역을 허용해 주어 국가는 시민이 그 영역을 넘거나 혹은 다른 사람의 영역을 침범하지 않는 한 개입해서는 안 되는 것에 반해 법으로부터 지속적으로 일탈하려는 경향을 지닌 ‘적’에 대해서는 국가적 통제로부터 자유로운 영역을 허용하지 않음으로써 언제라도 국가가 개입할 수 있음을 주장하였다. 그러나 야콥스 본인이 적대형법의 대표적 예로 들고 있는 범죄에 대한 음모(독일형법 제30조) 혹은 범죄조직 또는 테러조직에의 가입(독일형법 제129조) 등의 경우는 행위자의 행위가 일정한 사회적 관련(Sozialbezug)을 보여주고 있고 이미 국가적 통제로부터 자유로운 영역을 벗어나고 있다.⁵⁵⁾ 따라서 그러한 행위에 대해서는 구태여 이원화된 형법체계를(시민형법 vs. 적대형법) 따로 마련할 필요없이 일반형법으로도 충분히 대처할 수 있다는 점에서도 야콥스의 적대형법개념은 받아들일 수 없다.

2. 인간의 존엄과 관련된 문제

우리 헌법상 인간의 존엄성 존중은 ‘모든’ 인간을 자율적이고 윤리적인 존재로 파악하고 있으며 동시에 우리 형사법의 책임주의도 모든 형사법적 규정을 정함에 있어 모든 인간이 자율적으로 판단할 능력을 보유하고 있음은 물론 적법과 불법의

54) 정치형법이란 국가보호를 위한 형법을 말한다. 정치형법 이론에 대해 자세히는 배종대, “정치형법의 이론”, 법학논집, 고려대학교, 1991, 197면 이하. 또한 전체주의에 대해 법적으로 정당화 될 수 있는 이론을 제공하였던 칼 슈미트 등을 떠올려 보아도 야콥스의 적대형법 이론이 가지는 위험성은 간과될 수 없을 것이다.

55) Gössel, Widerrede zum Feindstrafrecht, in: Vormbaum (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, Berlin 2009, S. 43(45 f.).

선택상황에서 윤리적으로 올바른 선택을 할 것임을 전제로 하고 있다. 다시 말하면 헌법이 예정하고 있는 인간상은 이원적, 대립적으로 이해되는 것이 아니라 통일적 사람개념으로만 존재할 수 있으며 자율적이고 윤리적인 인간상을 바탕으로 하고 있는 한 개개인이 자율적으로 판단하여 행동할 수 있는 범위 내에서 국가가 개입하여 특정한 행동방식을 따를 것을 강요하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 형사법적으로도 개개인이 내심으로 범죄의사를 보유하고 있다고 할지라도 그것이 외부의 행위를 통하여 구체화되기 이전까지는 국가권력이 개입하지 못한다고 보게 될 것이다. 이와 같이 본다면 행위책임의 원칙이야 말로 자율적이고 윤리적인 인간상을 바탕으로 하는 전통적인 책임주의의 귀결이라고 할 수 있다.⁵⁶⁾ 따라서 범죄의 위험성만을 이유로 책임을 지우는 것은 행위자의 심정(Gesinnung) 등을 가벌성의 근거로 삼는 “행위자형법(Täterstrafrecht)”에는 타당할지언정 “행위책임형법”(Tatschuldstrafrecht)에는 타당하지 않다.⁵⁷⁾ 이러한 행위책임의 원칙에 비추어 볼 때 사회구성원을 이원화 하여 법익에 대한 적에 대해서 보다 강화된 형사법적 통제가 허용된다는 것은 받아들이기 힘들며 또한 법치국가원칙에 대한 중대한 도전이 된다는 점에서도 동의하기 어렵다.

또한 야콥스가 적대형법의 정당화 근거로 들고 있는 ‘탈인격화’ 이론은 일정 인간을 사회의 적으로 간주하고 이들에 대하여 일반 사회구성원에게는 적용되지 않는 특별한 형태의 규율을 형법이라는 이름으로 적용하고자 하는 것은 ‘적’들만은 헌법에서 보장하는 영역으로부터 배제할 수 있다는 전제에서 출발하고 있다는 점에서 헌법상의 인간의 존엄 규정에도 위반한다고 본다. 왜냐하면 전통적인 책임주의와 우리 헌법상의 인간의 존엄성 존중 요청은 ‘동일한’ 인간상을 전제로 하고 있기 때문이다.

56) 김호기, “전통적 책임주의에 대한 현대적 도전”, 형사법연구 제21권 제1호, 2009, 215면 이하.

57) Crespo, Das "Feindstrafrecht" darf nicht sein, ZIS 2006, S. 413(420).

3. 기타의 문제점

가. 입법기술상의 문제점

일반적으로 규범의 잠재기능이 선언기능보다 압도적인 우위를 차지하는 형법을 상징적 형법이라고 한다.⁵⁸⁾ 어떤 형벌법규가 소위 ‘상징적 형법’에 속하는 지를 판단하는 것은 ‘상징적’이라는 표지를 어떻게 이해할 것인가가 선행되어야 하기 때문에 매우 어렵다. 다만 일반적인 견해는 ① 낙태입법과 같이 입법자의 가치신봉(Wertbekenntnisse) 내지는 선이해(Vorverständnis)로부터 제정된 입법, ② 환경침해행위를 형법으로 규율하고자 하는 등의 윤리·도덕적 내용이 포함된 입법, ③ 테러투쟁이나 성범죄자 등 특정문제에 대해 급격한 여론이 형성되는 경우 입법자가 이를 무마하거나 무위한다는 비난을 피하기 위해 서둘러 제정한 입법, 그리고 ④ 상호간에 이해관계가 첨예하고 대립된 상황에서 일반조항이나 불특정개념을 사용하여 규범의 효과적인 관철을 불가능하게 하는 절충적 형사법률 등이 ‘상징적 입법’으로 평가되고 있다. 적대형법이 특정 범죄에 대한 투쟁적 성격을 띠고 있고 특히 우리나라에서 보듯이 그러한 투쟁적 입법이 ‘아동성범죄’를 계기로 하여 아동성폭력범죄에 대해 적극 대처해야 한다는 여론대응용 형사입법의 경향을 띠고 있다는 점에서 적대형법도 상징적 형법의 하나로 평가될 수 있을 것이다. 이러한 상징입법의 가장 큰 문제점은 애초에 제기되었던 문제해결에는 큰 도움이 되지 못하고 다만 입법자의 이미지 제고에만 도움이 되는 등 단순한 외견상의 형법 모습을 띠고 있다는 점을 들 수 있으며 나아가 상징적 형사입법은 실효성적인 측면에서도 전통적인 형법보다 그 기능을 다하지 못한다는 것을 들 수 있다.

나. 법정형 공간의 지나친 확장

위에서 본 바와 같이 특정 범죄에 대한 형량의 강화를 적대형법의 한 특징으로 들 수 있다. 물론 형량의 강화가 모두 적대형법의 개념 속에 포섭될 수 있는 것은

58) 상징적 입법에 대해 자세한 내용은 Voß, Symbolische Gesetzgebung: Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, Ebelsbach 1989, S. 25-34, 82, 102; Amelung, Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, ZStW 1980, S. 19(54 ff.)

아니나 법정형의 상한이 지나치게 높아 어느 정도의 한계를 일탈하였다고 보일 때에는 적대형법개념 외에는 그 정당화 기제로 작용할 수 있는 요소를 찾기는 힘들다고 본다. 개정형법에 따르면 법정형 하한이 1년 이상인 경우는 기본 법정형의 폭이 1년에서 30년 사이가 되고, 상습범이나 경합범 등으로 가중될 경우 1년 6월에서 45년 사이가 되며, 누범가중 될 경우에는 그 폭이 무려 2년 이상 50년 사이가 된다. 이처럼 입법자에 의해 법정형의 상한이 지나치게 높게 설정된 경우에는 지나친 상향 자체가 문제⁵⁹⁾될 뿐만 아니라 그로 인해 법정형 공간이 지나치게 확장되고 그 결과 법관의 합리적인 양형판단을 불가능하게 함으로써 피고인에게 예측불가능하게 양형상의 불이익이 가해지는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 문제라고 하겠다.⁶⁰⁾ 또한 위에서 논증한 것처럼 적대형법개념은 받아들일 수 없으므로 결과적으로 개정형법의 지나친 법정형의 상한은 정당성을 획득하기 어렵다고 본다.

V. 나오는 말

현행법과 각국의 형법이 공존 가능한 시민을 대상으로 하는 경우와 공존을 거부하는 조직·테러범죄자를 대상으로 하는 경우에는 기본적으로 다른 원리에 의해 지배되어 간다는 식으로 이원화 되어가고 있고 또 그런 경향이 목격되는 점은 위에서 살펴본 바와 같다. 문제가 되는 것은 그러한 범죄를 대상으로 마련된, 처벌의 강화·전치화와 형사절차에 있어서 완화된 규정들이 애초에 예정된 영역을 벗어나 일반범죄의 영역으로 점점 더 그 영역을 확장해 가고 있다는 점이다. 그러나 아무리 현대

59) 최근에 유기징역 상한을 개정한 일본의 경우 개정 전 15년/20년 이었다가 2004년 12월 8일 흉악범죄에 대응하기 위한 형법 일부개정을 통해 20년/30년으로 상향조정된 바 있다. 기타 다른 나라의 경우를 보더라도 우리 형법 개정은 지나치게 상향 조정된 것으로 보인다. 외국입법례에 대해 자세히는 장규원·강동욱, 형법총칙 비교법 자료집, 한국형사정책연구원, 2006, 347면 이하 참조.

60) 물론 어느 정도가 법정형의 공간이 지나치게 넓은가라는 점이 문제가 되어 질 수도 있으나 정 지금까지 헌법재판소에서 주로 ‘징역 5년 이하’라는 법정형이 문제가 되어 왔던 점을 고려해본다면 개정형법처럼 징역형을 급격하게 2배 이상 확장한 경우에는 포섭에 있어서 별다른 문제가 발생하지 않으리라 본다. 현재 판례에 관해서는 현재 1997. 9.25. 96헌가16; 현재 1999. 5.27. 98헌바26 등 참조.

사회에서 위협예방에 대한 요구가 계속된다고 하더라도 궁극적으로 개인의 자유와 권리라는 이념을 완전히 무시할 수는 없다. 따라서 문제는 도대체 사회방위 내지는 위협원에 노출되어 있는 ‘나’를 보호하기 위하여 타인의 자유가 포기되어야 하는 범위는 어디까지이며 또한 어떠한 지점에서 그러한 한계가 설정되어야 하는 것이 문제의 중심에 서게 된다. 야콥스의 적대형법 개념은 그러한 질문에 대해 ‘형법이 어떠한 모습을 띠어야 하는가’라는 질문에 대해 하나의 ‘답’을 던진 점에서 단순한 외국의 논리가 아니라 우리에게도 시사점을 줄 수 있는 시도라고 할 수 있다. 그러나 적대형법의 변화된 도그마틱은—현실의 변화해가는 형법의 모습을 바탕으로—이원화되어가는 형법에 하나의 정당화 논리를 제공하기는 했지만, 정당성과 기능성을 분리하지 못한 점에서, 또 헌법이 추구하는 이념에 위배된다는 점에서 적대형법의 요소를 띤 형벌법규들의 정당화근거로 작용할 수 없다고 본다. 다만 결과적으로 근대형법의 포기할 수 없는 이념들을 다시 한 번 되돌아보는 계기를 마련해 주었다는 점에서—야콥스가 비록 의도하지는 않았다고 하더라도—그 의의가 있다고 하겠다.

참고문헌

- 강태수, “성범죄자의 신상공개제도에 관한 헌법적 고찰”, 공법학연구 제7권 제2호, 한국비교공법학회, 2006.
- 김호기, “Jakobs의 적형법론과 그에 대한 비판 - 우리나라의 특정 성범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착제도의 도입이 가지는 의미”, 서울법학 제16권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2009.
- 김호기, “전통적 책임주의에 대한 현대적 도전” - 특정 성범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착제도 도입이 가지는 의미 -, 형사법연구 제21권, 형사법학회, 2009.
- 배종대, “정치형법의 이론”, 법학논집, 고려대학교, 1991.
- 심희기, “신상공개의 정당화 근거와 적절한 공개대상과 공개기준의 탐색”, 저스티스 통권 제65호, 2002.
- 이경재, “성범죄자 신상공개의 법적 문제점 고찰”, 저스티스 통권 제65호, 한국법학원, 2002.
- 이상돈, “간이공판의 법정책”, 안암법학회 1994.
- 이병희, “성범죄자 신상공개에 대한 형사법적 고찰”, 형사법연구 제17호, 한국형사법학회, 2002, 259면 이하.
- 임 응, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999.
- 장규원·강동욱, 형법총칙 비교법 자료집, 한국형사정책연구원, 2006.
- 제성호, “미국의 반테러법과 우리에게 대한 시사점”, 중앙법학 제5집 제3호, 중앙대학교 법학연구소, 2003.
- 제성호, “영국의 테러방지법과 테러대응기구”, 저스티스 통권 제114호, 한국법학원, 2009.
- 최성진, “사법협조자 형벌감면제도에 관한 소고”, 법학연구 제51권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2010.
- 허상구, “미국의 테러대응 체계 및 그와 관련한 인권침해 문제”, 해외연수검사논문집 2006.

ff.

Aponte, Alejandro, Krieg und Feindstrafrecht. Berlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 2004.

Aponte, Alejandro, Feind oder Bürger, in: Uwer (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe: Leben im Feindrechtsstaat, 1. Aufl., 2006, S. 131 ff.

Aponte, Alejandro, Krieg und Politik – Das politische Feindstrafrecht im Alltag, HRRS 2006, S. 297 ff.

Crespo, Eduardo Demetrio, Das "Feindstrafrecht" darf nicht sein, ZIS 2006, S. 413 ff.

Düx, Heinz, Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten, ZRP 2003, S. 189 ff.

Gössel, Karl Heinz, Widerrede zum Feindstrafrecht: Über Menschen, Individuen und Rechtspersonen, in: Vormbaum, Thomas (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, Berlin 2009, S. 43 ff.

Greco, Luis, Über das sogenannte Feindstrafrecht, GA 2006, S. 96 ff.

Hassemer, Winfried, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990.

Hassemer, Winfried, Jugend im Strafrecht, ZJJ 2004, S. 344 ff.

Hassemer, Winfried, Sicherheit durch Strafrecht, StV, 2006, S. 321 ff.

Hefendehl, Roland, Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht?, StV 2005, S. 156 ff.

Hörnle, Tatjana, Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs "Feindstrafrecht", GA 2006, S. 80 ff.

Jakobs, Günther, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zur einer Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1999.

Jakobs, Günther, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004.

Jakobs, Günther, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 1985, S. 751 ff.

- Jakobs, Günther, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: Eser (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 47 ff.
- Jakobs, Günther, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, S. 88 ff.
- Jakobs, Günther, Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 2005, S. 839 ff.
- Saliger, Frank, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, JZ 2006, S. 756 ff.
- Sinn, Arndt, Moderne Verbrechensverfolgung - auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, ZIS 2006, S. 107 ff.
- Neumann, Ulfried, Feindstrafrecht, in: Uwer (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe: Leben im Feindrechtsstaat, 1. Aufl., 2006, S. 299 ff.
- Prittwitz, Cornelius, Strafrecht und Risiko. Untersuchung zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main 1993.
- Voß, Monika, Symbolische Gesetzgebung: Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, Ebelsbach am Main 1989.

Die Tendenzen zum dualistischen Strafrechtssystem in der modernen Gesellschaft

Choi, Seong-Jin*

Schon längst ist nicht mehr vom Strafrecht als einheitliche und homogenes Rechtsgebiet zu sprechen. Vielmehr hat eine Aufspaltung in die unterschiedlichsten Divisionen stattgefunden, die durch eine besondere Dialektik gekennzeichnet ist. Hierfür ist das von Jakobs in die Diskussion eingeführte gegensätzliche Begriffspaar vom Bürger- und Feindstrfrecht das derzeit promienteste Beispiel. Der Begriff Feindstrfrecht ist eine vom deutschen Strafrechtler Günther Jakobs vorgeschlagene Bezeichnung für ein Strafrecht, das bestimmten Gruppen von Menschen (sog. Feinden) die Bürgerrechte versagt, da sie aus der Sicht der Herrschenden Feinde der Gesellschaft oder des Staates sind und deshalb außerhalb des für die Gesellschaft geltenden Rechts stehen. Den Gegensatz zum Feindstrfrecht bildet Jakobs zufolge das Bürgerstrfrecht. Das Feindstrfrecht bekämpft die als Feinde bezeichneten Menschen mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln. Es ist deshalb kein Strafrecht im herkömmlichen Sinn, sondern ein von rechtsstaatlichen Bindungen befreites Instrument zur Gefahrenabwehr. In diesen Bereichen wurden Tatbestände und Ermittlungsmaßnahmen eingeführt, die von der Begründung her für besonders schwere und gefährliche Kriminalität gelten sollten, tatsächlich aber einen Anwendungsbereich aufweisen, der auch leichte bis mittlere Kriminalität umfasst.

Nicht nur in anderen Ländern, sondern auch in Korea ist die Tendenz zum Feindstrfrecht in der Gesetzgebung zu beobachten. Im sog. Staatssicherheitsgesetz wird diejenige bestraft, die staatliche Sicherheit oder freiheitliche Demokratie gefährden und mit Unrechtsregime oder Mitglied eines solchen Unrechtsregimes

* Ph. D. of Law, Researcher, Institute of Law Studies Pusan National University

durch Veranstaltungen oder unter Verwendung von Mitteln der Kommunikation oder auf andere Weise Kontakt haben. Dieses Feindstrafrecht gilt auch für kriminelle und terroristische Vereinigungen, organisierte Kriminalität, Sexualdelikte. In diesem Sinne könnte das Konzept des Feindstrafrechts im Bereich der koreanischen Strafrechtstheorien, Kriminalpolitiken und Kriminologie ein Lösungsvorschlag sein, um feindstrafrechtliche Teile zu erklären.

❖ Key words : Feindstrafrecht, Rechtsgüterschutz, Schuldprinzip, Präventionsstrafrecht, Symbolische Gesetzgebung