

21세기 대한민국 안보형사법의 의의, 특성 그리고 위험형법과의 조우*

주 승 희**

국 | 문 | 요 | 약

본 논문은 안보형사법의 의의와 특성, 그리고 위험형법과의 관계를 검토하였다. 안보형사법은 주로 대한민국의 존립과 안전, 사적소유제를 기초로 하는 시장경제를 포함하는 자유민주적 기본질서를 보호하지만, -테러방지법상 세계주의의 적용의 예에서 볼 수 있듯이- 국제안보 역시 보호대상으로 삼는다. 안보형사법은 국내안보와 관련해서 사실적으로 정치적 성격을 띠고 있지만 당위적 차원에서는 정치적 성격을 배제하는 것이 안보형사법의 본연의 임무에 더욱 충실할 것으로 보이며, 외부로부터의 국내안보의 위협이나 국제안보와 관련해서는 (국제)정치적 성격을 강하게 띠고 있다. 안보형사법은 위험법적 성격과 상징형법의 성격을 모두 지니고 있어 외견상 위험형법으로 분류될 여지가 있지만, 위험형법의 위험의 성격은 (전통적인) 안보형법의 그것과 서로 다르므로 위험형법으로 분류할 수 없으며, 다만 테러범죄(형법)의 위험은 발생시기나 특성면에서 볼 때 위험형법으로 분류할 수 있다. 그러나 테러형법에 대하여 위험형법의 이론, 특히 비판론을 그대로 적용할 수 없다고 보는데 위험형법에 분류되는 개별 형법(예컨대 환경형법)의 위험이 테러형법의 위험과 다르므로 비판 역시 각 범죄(형법)의 특성에 맞게 개별적으로 이루어져야 할 것이기 때문이다. 결과적으로 안보형사법의 정당성에 대한 논의에 있어서도 위험형법이론을 그대로 적용할 것이 아니라, 개별 안보형사법 구성요건의 특성에 따라 개별적으로 논의할 필요가 있고, 안보형사법 관련 형사절차상 특례 규정의 입법화 역시 개별적으로 이루어지는 것이 더욱 타당하다는 점을 주장하였다.

❖ 주제어 : 안보형사법, 국가보안법, 위험사회, 위험형법, 상징형법, 테러방지법

* 본 연구는 덕성여자대학교 2015년도 교내연구비 지원에 의해 수행되었음.

** 덕성여자대학교 법학과 부교수, 법학박사(Dr. jur.), 미국변호사(District of Columbia).

I. 들어가며

2016년 3월 2일 국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법(이하 ‘테러방지법’이라 칭함)이 국회 본회의를 통과함으로써 그 법적 효력을 발휘하게 되었다. 테러방지법은 대테러활동 관련 중요정책을 심의·의결하는 기관으로서 국가테러대책위원회 신설, 국무총리산하에 대테러센터 설립, 테러위협인물 관련 정보수집권한을 국가정보원장에 부여, 테러피해의 지원 등을 주요 골자로 하고 있다. 동법 제1조에서 “테러의 예방 및 대응 활동 등에 관하여 필요한 사항과 테러로 인한 피해보전 등을 규정함으로써 테러로부터 국민의 생명과 재산을 보호하고 국가 및 공공의 안전을 확보하는 것을 목적”으로 제정되었음을 명시하고 있는 바와 같이, 지구촌 곳곳에서 발생하고 있는 ‘무서운 테러’의 위협으로부터 우리 국민과 국가의 안보를 목적으로 하는 ‘좋은 법’의 모양을 하고 있음에도 불구하고, 본 법(안)의 국회본회의의 통과를 막기 위해서 야당의원들이 2016년 2월 23일부터 3월 2일까지 장장 192여 시간 동안 필리버스터를 행하였다. 한편에선 테러방지법이 ‘뭔가 심각한 문제를 안고 있는 법’처럼 보일 수도 있고, 다른 한편에선 법안통과를 막은 야당의원들이나 그 지지자들이 국가와 국민안보의 위협의 심각성을 자각하지 못한 무책임한 존재로 인지될 수도 있으리라 보인다.

우리나라에서 테러방지법만큼이나 그 정당성 여부를 둘러싸고 첨예한 대립이 있는 법이 있다면 바로 국가보안법이다. 국가보안법상 개별 조문, 예컨대 찬양고무죄, 잠입·탈출죄, 편의제공죄 등의 위헌성 여부에 대한 헌법재판소의 결정만 해도 10차례가 넘는다.¹⁾ 1991년 동법 개정을 통해 국가보안법의 해석적용에 있어서 국민의 기본적 인권을 최대한 보장하여야 한다는 규정을 신설하고, 구체적 범죄구성요건의 적용에 있어서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위만

1) 헌재 1990. 4. 2. 선고 89헌가113; 헌재 1992. 4. 14. 선고 90헌바23; 헌재 1997. 1. 16. 선고 89헌마240; 헌재 1997. 6. 26. 선고 96헌가8·9·10(병합); 헌재 1998. 7. 16. 선고 96헌바35; 헌재 1997. 8. 21. 선고 96헌마48; 헌재 1998. 8. 27. 선고 97헌바85; 헌재 2002. 4. 25. 선고 98헌마425, 99헌마170·498(병합); 헌재 2002. 4. 25. 선고 99헌바27·51(병합); 헌재 2002. 11. 28. 선고 2002헌가5; 헌재 2003. 5. 15. 선고 2000헌바66; 헌재 2004.8.26. 선고 2003헌바85,102(병합); 헌재 2014.9.25. 선고 2011헌바358.

을 처벌대상이 되도록 축소하였음에도 불구하고,²⁾ 계속해서 동법의 폐지를 주장하는 의견이 학계와 정계에서 끊이지 않는다.³⁾ 그럼에도 곳곳이 그 자리를 지킬 만큼 국가보안법의 존치를 주장하는 목소리 역시 만만치 않다.⁴⁾

더불어 2014년 12월 헌법재판소의 위헌정당해산심판⁵⁾에 의해 해산된 통합진보당의 해산사유, 즉 ‘민주적 기본질서에 위배되는 활동’의 핵심은 2013년 5월 소속 국회의원 이OO의 주도하에 개최된 내란관련 회합들이었고, 당해 회합의 불법성과 관련하여 대법원은 원심과 마찬가지로 형법상 내란선동죄에 해당한다고 보았지만 내란음모죄의 성립은 부정한 바 있다.⁶⁾ 우리나라 헌정사상 최초의 정당해산심판이었던 만큼 헌법재판소와 대법원의 재판결과가 나오기 전부터 청구(기소) 자체 및 결론의 정당성에 대한 적잖은 평가가 뒤따랐는데, 주로 정당해산심판 또는 그로 인한 소속국회의원의 의원직상실의 정당성을 둘러싼 헌법학계나 정치학계 교수들의 연

2) 예컨대, i)국가보안법을 해석적용함에 있어 국민의 기본적 인권을 최대한 보장하여야 한다는 규정 신설(제1조 제2항), ii)반국가단체의 범위 축소, iii)금품수수, 잠입·탈출, 찬양·고무, 회합·통신행위 관련 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 행한 경우만을 처벌대상으로 삼음, iv)국외공산계열과 관련된 잠입·탈출, 찬양·고무, 회합·통신 등의 행위는 처벌대상에서 제외, v)불고지죄에 있어서는 반국가단체구성죄, 목적수행죄, 자진지원죄 등에 대한 불고지만을 처벌하도록 하고, 그의 금품수수, 잠입·탈출, 찬양·고무·동조, 회합·통신, 편의제공에 대한 불고지는 처벌대상에서 제외, vi) 반국가단체가입권유, 찬양·고무·동조, 허위사실날조·유포, 이적표현물소지, 회합·통신, 편의제공의 죄에 대한 예비·음모를 처벌대상에서 제외하는 등 관련 헌법재판소의 결정을 적극 반영하였다.

3) 2004년 국가보안법 존폐 여부를 둘러싸고 국회안팎에서 정쟁이 한창일 때 전국의 형사법 전공교수들이 상당수 활동 중인 한국형사법학회, 한국형사정책학회, 한국비교형사법학회는 ‘국가보안법 논쟁에 대한 전국 형사법 전공교수의 입장’이라는 제목으로 국가보안법의 폐지를 권고한 바 있다. 기타 국가보안법 폐지 주장은 김일수, 법·인간·인권 -법의 인간화를 위한 변론-, 박영사, 1996, 103쪽 이하; 배종대, ‘정치형법의 이론’, 고려법학(1991.09), 197쪽 이하.

4) 국가보안법이 국가안보의 기둥이고 대한민국의 지속적인 번영을 보장하는 토대이며, 동법 폐지는 북한에게 대한민국 전복의 기회를 허용하는 것이라는 이유로 국가보안법의 존치를 주장하는 견해로는 월간조선 편집부 엮음, 국가보안법이 한강의 기적을 만들었다, 월간조선사, 2004.

5) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1

6) 검찰이 통합진보당 소속 국회의원 이OO와 지역위원장 피고인이 공모하여, 조직원들과 두 차례 회합을 통하여 회합 참석자 130여 명에게 한반도에서 전쟁이 발발하는 등 유사시에 상부 명령이 내려지면 바로 전국 각 권역에서 국가기간시설 파괴 등 폭동을 할 것을 주장함으로써 내란죄를 범할 것을 선동하였다는 내용으로 기소되었는데, 검사는 강령과 목적, 지휘통솔체계 등을 갖춘 지하혁명조직 RO가 존재하고 회합에 참석한 130여 명이 RO의 구성원이라고 주장하였으나 대법원은 증거불충분으로 이를 배척하였다.(대법원 2015.01.22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결)

구였으며,⁷⁾ 내란죄 또는 증거수집의 정당성 관련 형사법학계 교수들의 평석은 비교적 드물다.⁸⁾

다음 장에서 안보형사법의 의의에 대한 물음을 던지겠지만, 대강 국가안보를 보호법익으로 하는 형사법규범을 ‘안보형사법’으로 명명한다면, 위에 서술한 테러방지법과 국가보안법, 형법상 내란 관련죄는 모두 안보형사법에 속하고, 이들 안보형사법은 그 규범 및 적용의 정당성에 대한 찬반양론이 극심하게 대립한다는 점에서 여타 다른 범죄들, 즉 생명, 신체, 명예, 재산 등을 보호법익으로 하는 소위 개인적 법익에 관한 죄와 문서에 관한 죄나 방화죄 등 사회적 법익에 관한 죄와 뚜렷이 구분된다. 왜 유독 안보형사법은 국론분열이 우려될 정도로 의견대립이 심한 것인가? 혹자는 이들 국가보호를 위한 형법이 민주적 정치질서에 반하는 행위를 처벌하므로 ‘정치형법’으로 명명하기도 하는데,⁹⁾ 이 명칭은 어쩌면 안보형사법을 둘러싼 의견대립의 원인을 설명해줄 수 있으리라 본다. 정치신념에 따라 민주적 정치질서에 대한 이해가 다를 수 있으므로 이를 보호하기 위한 형사법에 대한 시각도 차이가 나타날 수 있기 때문이다.

7) 김종서, ‘정당해산에 관한 베니스위원회 기준과 그 적용 -통합진보당 해산심판청구를 계기로-’, 민주법학 제56호(2014.11), 57쪽 이하; 송기춘, ‘통합진보당 정당해산심판 사건에 대한 비판적 분석’, 민주법학 제56호(2014.11), 97쪽 이하; 오정진, ‘법은 등글다:통합진보당 해산심판의 코드’, 법과사회 제47호(2014년 12월), 189쪽 이하; 이종수, ‘우리 헌법상 ‘방어적 민주주의’의 수용 부인론: 통합진보당에 대한 정당해산심판과 관련하여’, 법과사회 48호(2015.4), 217쪽 이하; 장영수, ‘통합진보당 해산결정의 주요 쟁점 -헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정에 대한 평석-’, 법조 Vol.702(2015.3), 109쪽 이하; 장영수, ‘통합진보당 해산결정과 소속 국회의원의 의원직상실 문제’, 고려법학 제76호(2015.3), 고려대학교 법학연구원, 111쪽 이하; 채진원, ‘정당민주주의 수호를 위한 공화주의적 방어: 독일과 한국의 위헌정당해산 비교 논의’, 한국정치학회보 제49집 4호(2015), 241쪽 이하; 한상익/김진영, ‘통합진보당 해산에 대한 이론적 접근: 전투적 민주주의론을 중심으로’, 동북아연구 제30권 2호(2015), 63쪽 이하. 한상희, ‘위헌정당해산심판제도, 그 의미와 문제점: 통합진보당 사건과 관련하여’, 민주법학 제54호(2014.3), 369쪽 이하.

8) 오경식교수는 형사법학적 관점에서 대법원 2015.01.22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결의 사안에 대해서 내란선동죄뿐만 아니라 내란음모죄의 성립도 가능한데, 당해 법원이 내란음모의 요건을 기존의 판례보다 훨씬 엄격하게 제한하여 해당 사건의 내란음모죄 성립을 부정하였다는 비판적 견해를 피력한 바 있다(오경식, ‘판례분석을 통한 형법상 내란죄의 재해석’, 국회의원김진태/바른사회시민회의/안보형사법연구회 주최 대한민국 안보형사법제의 진단과 대책 토론회(2015.7.15.) 자료집, 5쪽 이하).

9) 김일수/서보학, 새로운 형법각론, 박영사, 2004, 936쪽; 배종대, 정치형법의 이론, 법학논집, 200쪽 이하; 임웅, 형법각론, 법문사, 2013, 815쪽.

그러나 과연 안보형사법을 정치형법으로 일컫는 것이 적절한가? 안보형사법이 국가안보를 보호한다고 할 때 ‘국가안보’의 구체적 의미는 무엇인가? 형법의 최후수단성을 잣대로 할 때 형사법을 통한 국가안보의 보호 범위 및 보호 정도는 어디까지인가? 그에 앞서 안보형사법 영역에서도 형법의 최후수단성은 유효한가? 안보형사법 관련 관점의 대립이 끊이지 않는 현 시점에서 오늘날 대한민국의 정치와 경제, 문화, 국제적 지위 등을 고려할 때 안보형사법의 의의와 그 특성에 대한 관심과 고찰이 필요할 것으로 판단된다. 따라서 본 논문은 2016년 현재 우리나라 안보형사법의 의미와 그 특성을 살펴보고자 한다. 한 걸음 더 나아가 위험형법과의 관계를 들여다 볼 것인데, 안보형사법에 속한 대부분의 범죄들이 추상적 위험범 및 상징형법의 형태를 띠고 있어서 외견상 위험형법과 동질의 것으로 비춰질 수 있기 때문이다. 관점에 따라 안보형사법을 위험형법으로 분류할 경우 위험형법이론의 정당성 논의가 안보형사법에 그대로 적용될 수 있는데 그와 같은 시도가 과연 타당한지도 검토해보고자 한다.

II. 안보형사법의 의의 및 특성

1. 안보형사법의 의의

가. 안보의 대상

1) 국가안보

안보형사법이 무엇을 보호법익으로 삼는가의 의문은 우선 안보의 대상이 무엇인지에 대한 물음에서부터 출발해야 할 것으로 보인다. 형법상 내란죄나 외환죄, 국가보안법의 보호법익을 국가의 안전이라고 보는 견해가 다수이다. 이들 견해에 따르면 안보형사법에서 안보의 대상은 국가이며, 구체적으로는 국가의 존립이나 안전, 헌법질서가 안보대상이라는 것이다.¹⁰⁾ 국가의 안전을 내적 안전과 외적 안전으로

10) 배종대, 형법각론, 799쪽; 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론, 박영사, 2016, 743쪽.

세분하여 전자는 내란관련죄, 후자는 외환(外患)의 죄의 보호법익으로 보기도 한다.¹¹⁾ 국가가 국민을 위해 존재한다는 기능적 국가개념 국가관에 근거할 때 형식으로는 국가의 존립과 안전, 실질적으로는 국가의 존립 및 안전에 의해 보장될 수 있는 국민의 생명과 자유가 보호대상이 된다. 국가보안법 역시 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하고 있음을 명시적으로 밝히고 있으며(동법 제1조 제1항), 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위들을 처벌하고 있다. 사실상 ‘안전’ 개념은 매우 다의적으로 사용될 수 있는 개념이므로 법적 정의를 내리는 것이 쉽지 않다.¹²⁾ 안보형사법이 보호하는 국가의 안전은 ‘국가’의 존립과 헌정질서에 대한 내·외부적 위협으로부터 자유로운 상태’를 의미하며, 안보란 국가안전의 보호의 줄임말로 이해할 수 있으리라고 판단된다.

한편 ‘자유민주적 기본질서’는 어의상 자유주의와 민주주의를 토대로 하는 기본질서를 뜻하는데, 공산주의이념 역시 자유주의와 민주주의를 추구한다는 점에서 일견 마르크스주의(공산주의)를 배격하지 않는 것으로 비춰질 수도 있다.¹³⁾ 그러나 헌법재판소는 현행 국가보안법상 처벌되는 ‘자유민주적 기본질서에 위해를 끼치는 행위’에 관하여 “모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것으로서 구체적으로는 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부체제를 파괴·변형시키려는 것”

11) 김일수/서보학, 앞의 책, 743쪽, 752쪽; 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 박영사, 2016, 669쪽. 양자의 개념이 불분명하고 구별의미가 크지도 않다는 비판적 견해는 배종대, 앞의 책, 814쪽

12) 참고로 국가의 과제로서 국민의 ‘안전’을 보호한다고 할 때, 안전의 개념은 ‘기본권 보호법익을 국가 공권력의 침해로부터, 다른 사인의 가해로부터, 재난에 의한 피해로부터 침해받지 않는 상태’로 정의하기도 한다(이부하, ‘위협사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할 -현행 안전법제에 관한 고찰을 겸하며-’, 서울대학교 법학, 제56권 제1호(2015/3), 145쪽)

13) 익히 알려진 바와 같이 마르크스/엔겔스의 공산당선언에서도 공산주의가 궁극적으로 추구하는 것이 인민이 지배계급이 되는 민주주의와 인민의 자유임이 명시되어 있다.(마르크스/엔겔스(이진우역), 공산당선언, 책세상, 2003, 42쪽, 44쪽) 다만 그 수단이 사적소유의 부정과 계급혁명이라는 점에서 자본주의경제질서를 근간으로 하는 서구 자유민주주의체제와 구분된다고 할 것이다. 북한 헌법 역시 형식적으로는 인민(공민)의 자유와 민주주의를 보장하고 있다(최달곤/신영호, 북한법입문, 세창출판사, 1998, 150쪽 이하)

으로 폭넓게 정의내리고 있다.¹⁴⁾ 이로써 국가보안법을 통해서 정치체제로서의 자유민주주의와 그를 실현하기 위한 의회제도, 선거제도를 보호할 뿐만 아니라 사유재산제도를 기초로 하는 시장경제제도 역시 보호대상으로 삼고 있는 것을 추론할 수 있다. 이에 따를 경우 사유재산제도와 시장경제제도를 부인하고, 더 나아가 법을 계급억압의 도구로 바라보아 법치주의를 배격하는 것으로 평가받는¹⁵⁾ 마르크스 이념은 그 평가가 옳다면 국가안보를 위협하는 존재가 될 수 있는 것이다. 상술한 학설과 판례의 태도를 종합해보면 현행 형법과 국가보안법상의 안보형사법은 구체적인 것으로는 대한민국의 존립·안전, 사적소유제를 기초로 하는 시장경제를 포함하는 자유민주적 기본질서를 안보의 대상으로 삼는 것으로 우선 정리할 수 있다.

2) 국제안보

안보형사법의 안보대상 관련하여 앞서 서술한 바와 같이 국가에 한정될 것인 아니면 국제평화와 안전을 보호, 이른바 ‘국제안보’를 포함하는 것으로 그 외연을 넓게 이해할 것인가의 물음이 남아있다. 참고로 국가안보 개념은 전통적으로 군사안보로 인식되었으나, 1980년대부터 안보연구논의가 활성화되면서 안보 개념을 둘러싼 논쟁이 활발해지고 있다. 분야별로 정치안보, 경제안보, 산업안보, 환경안보라는 용어가, 수준별로는 개인안보, 지역안보, 국제안보라는 용어들이 등장했고, 안보연구의 수준도 국제안보 수준으로 확대되었다는 지적이 있다.¹⁶⁾ 더불어 전통적 안보는 국가를 보호대상으로 하였으나 새로운 안보패러다임은 국가뿐만 아니라 개인, 지역체제, 그리고 국제체제 등을 보호대상으로 삼는다는 것이다.¹⁷⁾

이와 같은 안보개념의 확대는 안보형사법에도 일부 적용되어야 할 것으로 보인다. 왜냐하면 첫째, 우리나라 헌법이 ‘항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐’하고 있고(헌법 전문), 본문 제5조에서 국제평화의 유지에 노력해야 함을 천명하고 있으며, 둘째 그 일환으로 우리나라 국군이 1993년 7월 소말리아 파견 등 다수의 유

14) 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 전원재판부

15) 휴 콜린즈(홍준형 역), 마르크스주의와 법 -비판적 법이론의 정립을 위하여-, 한울, 1992, 112쪽.

16) 김열수, 국가안보 -위협과 취약성의 딜레마-, 법문사, 2012, 55쪽

17) 김열수, 앞의 책, 59쪽

엔 평화유지활동(일명 PKO)에 참여하여 국제평화와 안전을 위한 활동을 꾸준히 해 오고 있고,¹⁸⁾ 셋째 보다 직접적으로는 올해 제정된 테러방지법이 테러단체 구성죄 등(테러방지법 제17조)과 관련하여 ‘세계주의’를 선언하고 있기 때문이다(테러방지법 제19조). 비록 테러관련 범죄가 양적으로 볼 때는 국가안보를 위협하는 다수의 범죄들, 예컨대 내란죄, 외환죄, 여적죄, 이적죄, 간첩죄, 반국가단체 관련죄 등등의 범죄들 가운데 일종에 불과할 수 있지만, 테러범죄가 실제 발생한 경우 국가안보를 위협하는 전통적인 범죄들보다 그 피해가 더욱 직접적이고 심각하다는 점에서 질적으로 중요도가 큰 범죄이다. 특히 2001년 9·11테러 이후의 뉴테러리즘은 ‘얼굴 없는 테러’로 테러리스트의 색출 및 근절이 어렵고, 그물망 형태의 조직이라 무력화가 어려울 뿐만 아니라 여객기 납치나 공중시설의 자살 공격, 대량살상무기와 디지털 매체를 적극 활용하고 있으며, 무고한 시민에 대한 대량 학살 등 종래의 테러와 달리 무차별화, 대형화되었다는 점에서 일단 발생하면 그 피해가 심각함을 알 수 있다.¹⁹⁾ 1980년대 후반 냉전체제 종식 후 국제화가 급속히 진행되고 정보통신기술까지 급속히 발전하면서 테러리즘 역시 세계화·디지털화되어 테러리즘에 대응을 위한 국제적 협력이 절실할 수밖에 없고,²⁰⁾ 앞으로 지구촌 테러위협이 더욱 심각해진다 면 세계주의의 적용이 되는 테러범죄 역시 증대될 가능성도 없지 않아, 안보형사법의 대상으로서 국제안보의 비중은 점차 커질 것으로 보인다.

나. 안보형사법의 개념 정의 및 범위

상술한 바와 같이 안보형사법의 대상은 국민의 생명과 자유를 보호하는 토대가

18) 정은숙, 글로벌 거버넌스와 국제안보 -이슈와 행위자-, 한울, 2012, 48쪽 이하. 2009년 [국제연합 평화유지활동 참여에 관한 법률]을 제정함으로써 이전의 헌법 제60조 제2항을 근거로 정당화했던 PKO활동에 관한 직접적 근거 법률을 만들었으며, 국민적 합의 도출을 위해 국회의 동의절차를 거치도록 하였다.

19) 주승희, ‘신종테러범죄, 이른바 뉴테러리즘(New Terrorism)에 대한 국내의 연구현황’, 비교형사법 연구 제17권 제4호, 2015, 574쪽 이하.

20) 2001년 9·11테러 발생후 유엔안보리는 결의 제1373호를 채택하여 테러리스트 자금조달에 관한 범죄처리, 테러실행 관련 정보교류 등 테러리스트 세력의 약화를 꾀하였고, 그 이행을 위해 유엔 글로벌 반테러리즘 위원회(Global Counter-Terrorism Committee)를 출범시켰으며, 2005년에 추가로 발의한 결의 제1624호는 유엔회원국 내의 계획단계에서의 테러차단을 모색하는 등 다각도로 꾸준한 활동을 이어가고 있다. 자세한 내용은 정은숙, 앞의 책, 189쪽 이하를 참고할 것.

되는 자유민주주의의질서 체제하의 국가의 존립과 안전이며, 테러방지법상 적용되는 세계주의 규정을 고려할 때 (테러위협으로부터의) 국제평화와 안전 역시 보호대상이 된다고 볼 것이다. 그런 점에서 본 논문은 안보형사법이 ‘자유민주주의의질서 체제하의 국가의 존립과 안전 및 (테러위협으로부터의) 국제평화와 안전을 보호하기 위한 형사법’을 일컫는 것으로 정의내리고자 한다. 현행법상 안보형사법의 구체적인 보기로는 앞서 예시를 든 형법상 내란·외환의 죄와 군형법상 반란·이적의 죄, 국가보안법, 이들 법령의 위반행위자(보안관찰해당범죄자)의 재범위험성 예방과 사회복귀를 위한 보안관찰법, 통일부장관의 승인 없는 북한방문이나 물품교류 등의 행위를 처벌하는 남북교류협력에 관한 법률, 테러방지법, 헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법을 들 수 있다. 이들 안보형사법이 다른 범죄들과 구별되는 특성을 계속해서 살펴보고자 한다.

2. 안보형사법의 특성

가. 안보형사법의 정치적 성격

안보형사법이 민주적 정치질서에 위반하는 행위를 처벌한다는 점에서 ‘정치형법’으로 명명되고 있음은 앞서 서론에서 언급한 바와 같다. 내란이 성공했을 때 형법에 의하여 처벌할 수 없음을 근거로 국가의 존립은 형법규범의 기능이 아니라 정치권력의 기능에 불과하며, 국가의 존립은 정치의 문제이고 형법상의 문제는 이차적이고 제한적이어야 한다는 견해²¹⁾ 역시 안보형사법이 갖는 정치적 한계를 강조하고 그 한계 내에서의 안보형사법의 기능을 인식하는 견해로 보인다. 그러나 안보형사법을 정치형법으로 명명하거나 국가존립의 문제를 일차적으로 형법의 문제가 아닌 정치적인 문제로 파악하는 것이 과연 타당한지 의문이다.

우선, 앞장에서 소개한 바와 같이 헌법재판소는 국가보안법을 통해 보호하고자 하는 ‘자유민주적 기본질서’를 자유민주주의와 법치주의, 권력분립, 의회제도, 복수 정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 하는 경제질서, 사법권의 독

21) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 669쪽 이하.

립 등을 포함하는 것으로 매우 폭넓게 이해하고 있다. 즉 국가의 존립과 안전, 그를 토대로 한 국민의 자유의 생명의 보호에는 정치질서뿐만 아니라 경제질서의 보호까지 필요로 하는데, 국가안보를 보호하는 형사법규범을 ‘정치형법’으로 명명하는 경우에는 마치 정치질서만을 보호하는 것으로 오해를 줄 수 있다. 오히려 보다 중립적인 의미의 ‘안보형(사)법’으로 통칭하는 것이 더욱 적절해 보인다. 과거 국가보안법 등의 안보형사법이 국가의 존립이나 안전 자체보다는 특정 정권의 반대세력을 제거하는 수단으로 악용되었다는 비판이 있었음을 상기할 때, 안보형사법이 특정 정치세력의 비호수단이 되지 않고, 현실 정치에 휘둘림이 없이 오로지 대한민국의 평화와 국민의 안전을 위해서만 사용되어야 할 것인데, 정치형법이라는 용어는 정치이념 또는 정치현실에 의해 그 의의가 쉽게 달라질 수 있다는 그릇된 인상을 줄 수도 있다. 특히 성공한 내란이 사실상 처벌불가능함을 이유로 국가 존립이 정치의 문제이고 형법상 문제는 이차적이고 제한적이어야 한다는 견해는 성공한 내란행위를 정치현실적인 이유로 처벌할 수 없는 사실적 측면을 규범적 차원으로 연결하여 정당화하는 것으로서, 내란죄를 포함한 안보형사법의 정당성을 정권안보의 수단으로 격하시킬 우려가 있다. 더불어 성공한 내란행위는 정치적 문제로서 형법이 뒤로 물러나야 한다는 내용으로 읽힐 수 있어, 실패한 내란행위의 처벌에 대한 정당성마저도 퇴색시킬 수 있어 보인다.²²⁾

따라서 형법상 내란죄나 국가보안법 등 국가안보를 보호하는 안보형사법이 정치현실에 많이 좌우되는 경향이 있음을 부인할 수 없지만, 당위적 차원에서 안보형사법 규범의 성립과 적용에서 최대한 정치성을 배제하도록 노력할 때 특정 정권이 아닌 국가를 보호하는 그 본연의 목적을 달성할 것으로 보인다. 헌법재판소는 대한민국이나 국가기관에 대한 모욕, 비방, 허위사실유포 등의 행위를 처벌했던 구 형법 제104조의2²³⁾, 일명 국가모독죄가 헌법상 보장된 표현의 자유의 침해하고, ‘국가의

22) 마치 실패한 내란행위는 행위의 불법성 때문이 아니라 실패했다는 결과 때문에 처벌되는 것으로 오인될 수 있고, 이는 내란죄 처벌의 정당성에 회의를 갖게 할 우려가 있다. 참고로 성공만 하면 면책될 수 있다는 논리는 매우 위험할 뿐만 아니라 결과가 과정을 정당화시켜주는 것이 아니라는 점에서 성공한 쿠데타를 처벌해야 한다는 주장으로는 배종대, 앞의 책, 806쪽 이하.

23) 구 형법(1975. 3. 25. 법률 제2745호로 개정되고, 1988. 12. 31. 법률 제4040호로 개정되기 전의 것) 제104조의2(국가모독등) ① 내국인이 국외에서 대한민국 또는 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 모욕 또는 비방하거나 그에 관한 사실을 왜곡 또는 허위사실을 유포하거나 기타 방법으로 대한

안전과 이익, 위신 보전'이 그와 같은 행위의 형사처벌을 통해 달성될 수 없다는 점에서 수단의 적합성이 부정되며, 국가기관이 홍보활동을 통해 허위사실 유포나 악의적인 왜곡 등에 적극적으로 대응할 수도 있는 점을 고려할 때 침해의 최소성 원칙에도 어긋난다는 등의 이유로 위헌결정을 내린 바 있는데,²⁴⁾ 동 조항은 국가의 안보를 위협하기 보다는 정권에 대한 비판을 처벌하는 대표적인 범죄였다는 점에서 안보형사법의 정치성, 또는 정권안보의 수단성을 배제시킨 대표적 예라고 생각된다.

다만 국가안보의 위협이 내부가 아닌 외부로부터 비롯되는 경우에는 우리가 원하던 원치 않든 국제정치의 상황을 충분히 고려할 수밖에 없다는 점에서 (국제)정치적 성격을 강하게 띤 영역으로 보인다. 예컨대 미국은 9·11테러 이후 이라크전쟁을 통해 자국의 안보를 위해서라면 다른 나라의 이해와 협조 없이도 위협세력을 선제적으로 공격할 수 있다는 전략, 이른바 '일방주의'와 '선제공격의 원칙'을 보여주었다.²⁵⁾ 사담후세인이 대량살상무기를 보유하고 테러단체를 지원한다는 사실에 대한 입증이 없이 그 혐의만을 가지고 유엔안전보장이사회의 결의안이 채택되지 않았음에도 미국은 2003년 영국과 우리나라를 포함한 몇몇 우방국가들의 도움으로 이라크를 침공한 것이다. 이는 이라크 내 민주주의와 인권의 정립이 중동 지역의 안정과 번영을 가져오고 종국적으로는 테러로부터의 위협을 줄이기 위한 전략으로도 해석될 수 있다.²⁶⁾ 그러나 침략전으로까지 비취질 수 있는 일방주의적 선제공격은 -국제사회와 미국사회내에서의 정당성 여부에 대한 논란을 떠나서- 미국이 세계 최강의

민국의 안전·이익 또는 위신을 해하거나, 해할 우려가 있게한 때에는 7년 이하의 징역이나 금고에 처한다.②내국인이 외국인이나 외국단체등을 이용하여 국내에서 전향의 행위를 한 때에도 전향의 형과 같다.

24) 현재 2015. 10. 21. 선고 2013헌가20.

25) 이와 같은 일방주의, 선제공격 원칙은 미국 역사상 새로운 것이 아니라, 1814년 워싱턴의 국회의사당과 백악관이 영국군에 의해 불탄 사건 이후부터 제2차 세계대전 전까지 미국 정부가 취한 '팽창을 통한 안보' 전략이었다. 예컨대 영국과 프랑스가 텍사스 지역을 점수할 우려가 있다는 이유로 1845년 미국이 당시 멕시코로부터 막 독립한 텍사스를 강제로 병합한 사례나 스페인의 식민지였던 필리핀이 식민당국의 붕괴 후 독일이나 일본에 점수될 수 있다는 우려로 1898년 필리핀을 침공한 사례를 들 수 있다(Gaddis, John L., *Surprise, Security, and the American Experience*, Harvard University Press, 2004(강규형 역, 9·11의 충격과 미국의 거대전략 -미국의 안보경험과 대응-, 자유기업원/나남출판, 2004, 42쪽 이하). 일방주의, 선제공격 원칙이 9·11테러의 충격으로 인해 다시금 부활하였다는 평가로는 Gaddis, John L., 앞의 책, 129쪽 이하.

26) 정은숙, 앞의 책, 176쪽 이하; Gaddis, John L., 앞의 책,

강대국이기에 가능했을 것이며, 국제정세에서 상대적으로 약소국에 속하는 우리나라가 쉽게 따라할 수 없는 전략임을 부인할 수 없다.²⁷⁾ 이처럼 국제안보를 대상으로 하는 안보형사법의 경우에는 정치적 성격을 전혀 배제시키기는 어려운 것으로 보인다. 현행 테러방지법상 외국인이 외국에서 테러단체를 구성하거나 구성원으로 가입한 경우, 테러단체를 경제적으로 지원한 경우, 테러단체의 가입을 지원하거나 권유, 선동한 행위를 우리나라 법에 의거하여 처벌할 수 있지만(제19조, 제17조), 동 조항의 집행은 우리나라 사법역량의 고려뿐만 아니라 테러조직에 대한 국제사회의 대응 흐름도 면밀히 고려해야 할 것이기 때문이다.

나. 안보형사법의 위험범적 성격

대부분의 안보형사법관련 규정들은 법익의 보호 정도에 있어서 위험범의 성격을 갖는다. 국가의 존립과 안전이라는 보호법익의 중요도를 고려할 때 법익침해의 위험성이 있는 행위에 대해 사전적으로 처벌할 필요성이 있고, 내란이나 반란 등의 행위로 인해 국가가 존립되지 않거나 당해 세력을 주축으로 새로운 정부가 수립된 경우, 즉 법익이 침해된 경우 현실적으로 형사처벌이 매우 어렵다는 점도 고려해야 하기 때문이다. 다만 법익침해의 구체적 위험이 있는 행위만을 규율할 것인지 아니면 일반적 위험, 즉 추상적 위험이 있는 경우에 범죄의 성립을 인정할 것인지에 대해서는 견해가 나뉜다. 예컨대 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동하는 경우에 성립하는 내란죄에 대하여 추상적 위험범으로 보는 견해²⁸⁾와 구체적 위험범으로 보는 견해²⁹⁾가 대립한다. 내란목적살인죄의 경우 사람을 살해한 경우에

27) 참고로 국가안보개념을 ‘현상타파적 시각’과 ‘현상유지적 시각’으로 구분하여, ‘현상타파적 시각’은 위협에 당면한 국가적 현실을 유리한 방향으로 타개해야 한다는 관점에서 안전이 확보된 국가전체의 결과적 상태가 위협발생 이전보다도 훨씬 유리한 수준으로 바뀌어야 한다는 논리로 발전하여 강대국의 욕구를 충족시키는 논리로서 적절하며, ‘현상유지적 시각’은 발생한 위협에 대처하여 국가의 생존에는 이상이 없게 하는 것으로서 위협발생의 시기를 전후한 국가적 상태의 불변이라는 개념이 핵심적 의미라고 파악하기도 한다(정준호, ‘국가안보개념의 변천에 관한 연구’, 국방연구 제35권 제2호, 1992, 6쪽 이하). 동 견해에 따르면 미국의 일방주의적 선제공격은 국가안보개념을 현상타파적 관점에서 파악한 예로 볼 수 있을 것이다.

28) 오경식, 앞의 논문, 11쪽; 오영근, 형법각론, 박영사, 2010, 843쪽; 임웅, 816쪽; 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 722쪽.

29) 배종대, 앞의 책, 808쪽, 김일수/서보화, 앞의 책, 743쪽; 이상돈, 형법강론, 박영사, 2015, 1431쪽;

기수가 성립한다는 점에서 침해범으로 해석하는 견해³⁰⁾와 국가의 안전은 추상적 위험범으로 사람의 생명은 침해범으로 구분하여 양자의 성격을 모두 갖는 것으로 파악하는 견해가 대립한다.³¹⁾ 더불어 내란목적폭동죄에 대하여 상태범으로 보는 견해³²⁾와 계속범으로 보는 견해³³⁾가 대립하고 있다.

필자의 사건으로는 이론적 관점에서 볼 때 내란죄를 위험범이 아닌 침해범으로 파악해야 할 것으로 판단된다. 내란죄는 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동을 한 자를 처벌하는 범죄이고, 여기서 ‘폭동’은 다수인이 결합하여 폭행·협박·과포·방화·약탈 등의 행위를 하는 것을 뜻하며, 그로 인해 한 지방의 안녕과 질서를 침해한 경우 기수의 성립을 인정하는 것이 학계와 판례의 입장인데,³⁴⁾ 폭동으로 인해 대한민국 전 영토가 아니라 일부 지방에의 안전과 헌정질서가 침해된 경우에 기수의 성립을 인정한다는 점에서 법익의 침해가 부분적으로라도 발생한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 또한 ‘국토 침탈’이 대한민국 영토의 일부 또는 전부를 점거하여 대한민국의 주권행사를 사실상 배제하는 행위를, ‘국헌문란’이 국가의 기본적인 법적 조직을 불법으로 파괴하는 행위를 뜻한다고 보는 학계의 일반적 견해에 따르더라도 내란목적의 폭동으로 인해 한 지방의 안녕과 질서가 침해되었다는 것은 일시적으로나마 대한민국 영토의 일부가 점거되어 그 지역에 대한 대한민국의 주권행사가 사실상 배제된 것으로 볼 수 있고, 또한 일시적 또는 부분적으로나마 해당지역에 대한 법적 질서가 침해되었다고 볼 수 있다. 특히 내란목적살인죄를 침해범으로 보는 견해는 내란목적의 달성과 상관없이 살인이라는 법익침해가 발생하였으

정성근/박광민, 형법각론, 박영사, 2013, 930쪽

30) 배종대, 앞의 책, 812쪽; 이재상, 앞의 책, 671쪽; 임웅, 앞의 책, 821쪽; 정성근/박광민, 앞의 책, 938쪽

31) 임웅, 앞의 책, 821쪽

32) 정영일, 앞의 책, 711쪽

33) 오영근, 앞의 책, 847쪽; 이형국, 앞의 책, 722쪽. 판례 역시 “내란죄는 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 행위로서, 다수인이 결합하여 위와 같은 목적으로 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭행·협박행위를 하면 기수가 되고, 그 목적의 달성 여부는 이와 무관한 것으로 해석되므로, 다수인이 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동을 하였을 때 이미 내란의 구성요건은 완전히 충족된다고 할 것이어서 상태범으로 봄이 상당하다.”고 판시한 바 있다(대법원 1997.04.17. 선고 96도3376 전원합의체 판결),

34) 대법원 2015.1.22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결.

로 침해범이라고 주장하는데, 같은 논리라면 내란죄의 경우에도 내란목적이 온전하게 달성되지 않은 경우에도 폭동에 의해 한 지방의 평온이 침해되었다면 침해범의 성격을 인정하는 것이 논리일관적이라고 생각된다.

덧붙여 내란죄는 상태범이 아닌 계속범의 성격을 갖는 것으로 보인다. 단 한 차례의 혹은 단시간의 폭동행위에 의해 내란이 완전히 성공하거나 실패한 경우보다는 일정 기간 정부군과 대립하여 수차례의 폭동이 일어나는 경우가 더욱 일반적일 것으로 보이며, 따라서 폭동에 의해 한 지역의 평온이 교란된 경우, 즉 기수시점 이후에도 종료시점, 즉 내란이 온전히 성공하거나 실패하는 최종 시점 이전까지의 기간에 폭동세력에 합류하여 함께 폭동에 참여한 자를 단순한 방조범으로 처벌하기 보다는 공동정범으로 처벌해야 할 필요성이 크다고 보기 때문이다. 이에 대해 기수에 달한 이후에도 폭동은 계속될 수 있지만, 폭동의 계속이 내란죄의 성립요건이 아니라는 점에서 상태범으로 보아야 한다는 견해가 있는데,³⁵⁾ 내란죄를 계속범으로 보는 경우에도 그 시간적 지속성의 요건은 1시간 또는 하루 등 특정된 것이 아니고 사회통념에 의거하여 평온이 교란되었느냐 여부를 기준으로 판단하게 될 것이기 때문에, 현실적으로 기수시점이 (상태범으로 보는 경우보다) 더 늦춰지는 문제점이 발생할 우려가 적다고 보인다.

그렇다면 내란죄를 포함한 대부분의 안보형사법 규범들이 위험범의 성격을 갖지 않는 것인가? 필자는 앞서 침해범으로 소개한 내란죄와 내란목적살인죄뿐만 아니라 간첩죄, 외환유치죄, 국가보안법상 반국가단체구성죄, 찬양고무죄 등 대다수의 안보형사법위반 범죄들이 위험범의 성격을 갖는 것으로 판단한다. 개별 범죄가 내란죄나 내란목적살인죄와 같이 침해범의 성격을 갖는지 아니면 찬양고무죄나 불고지죄와 같이 위험범의 성격을 갖는지 이들 범죄들은 모두 안보형사법의 종국적 보호법익인 국가의 존립과 안전을 침해할 위험이 있는 행위들을 사전적으로 처벌하기 때문이다.³⁶⁾ 내란목적의 폭동이나 살인, 반국가단체의 구성이나 가입, 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동하는 행위 등으로 인해 곧바로 대한민국의 전 영토의 존립이

35) 정영일, 앞의 책, 711쪽.

36) 앞서 소개한 내란목적살인죄에 대해서 침해범과 위험범의 성격을 모두 갖는다고 파악하는 견해와 입장을 같이 한다고 볼 수 있다.

나 안전, 자유민주질서가 곧바로 침해되지는 않지만, 이를 침해할 만한 추상적 또는 구체적 위험이 있는 행위들을 처벌하는 것이므로 안보형사법 규정들은 위험범의 성격을 갖는다고 말할 수 있는 것이다.

보다 구체적으로 개별 구성요건이 추상적 위험범이나 구체적 위험범이냐의 구분은 해당 행위가 국가안보에 미칠 위험의 종류와 심각성(또는 법익침해위험의 구체화 정도)에 따라 달라질 수 있다고 본다. 예컨대 내란죄는 앞서 말한 바와 같이 침해범의 성격을 갖지만 동시에 국가안보에 구체적 위험을 끼치는 행위로서 구체적 위험범의 성격을 갖는 것으로 볼 수 있으며, 국가보안법상의 반국가단체구성죄나 가입죄, 잠입탈출죄, 찬양고무죄 등은 이들 행위로 인해 국가안보에 미칠 위험이 구체적이지 않은, 즉 일반적 위험이 있다고 생각되는 유형의 행위들을 범죄화한 것으로 추상적 위험범으로 분류할 수 있다.

다. 안보형사법의 상징적 성격

앞서 서술한 안보형사법이 갖는 위험범적 성격, 특히 추상적 위험범적 성격은 안보형사법을 상징형법으로 지목하는 계기가 된다. 상징형법은 특정 법률이 문제해결에 별 도움이 됨이 없음에도 단순히 어떤 행위를 금지시킴으로써 단순한 정치적 목적의 수단으로서 작동되는 경우를 말한다.³⁷⁾ 예컨대 언론보도를 통해 반복되어 노출되는 흉악범죄로 인해 국민이 공포에 떨게 되고 이를 적절히 해결하지 못하는 정부를 비난할 때, 형벌을 강화하거나 관련 범죄를 신설함으로써 마치 정부가 그 문제를 해결한 것과 이미지(상징적 의미)를 주는데, 실상은 그와 같은 정책이 범죄감소에는 별다른 효과를 주지 못하는 경우이다. 물론 살인죄와 같은 효과적인 법률 역시 그 이면에는 사람의 생명에 대한 주의를 상징적으로 강화하고자 하는 예방적 기능이 있다는 점에서 어느 정도의 상징적 의미를 갖고 있다.³⁸⁾ 비난의 대상이 되는 상징형법은 그 외관과 실재가 일치하지 않는 허위요소가 있을 때, 즉 규범의 잠재기능(latente Funktion)이 선언기능(manifeste Funktion)을 넘어설 때를 뜻한다.³⁹⁾ 규범

37) 배종대, 앞의 논문, 243쪽 이하; 최석윤, ‘위험사회와 상징형법’, 해양환경·안전학회지 제8권 제2호, 2002/12, 20쪽 이하

38) Hassmer, Symbolische Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NSiZ 1989, Heft 12, 556쪽

의 선언기능은 규범의 문언적 목적이 객관적으로 실현될 때, 다시 말해서 현실적으로 법익이 보호될 때 이루어지는데, 규범의 잠재기능(예컨대 국민을 무마시키기 위한 입법조치)이 선언기능을 웃돌 때 상징형법의 허위요소가 드러나는 것이다.⁴⁰⁾

구체적인 사례를 들자면, 유기징역(금고)의 상한을 15년 이하에서 30년 이하로 높이고, 가중할 때의 상한도 25년에서 50년까지 두 배로 올린 2010년 형법 개정(법률 제10259호)은 유기징역과 무기징역간의 형벌효과의 차이를 줄이고 중범죄자를 좀 더 강하게 처벌하기 위한 합리적 개정으로 일견 보일 수 있다. 그러나 과연 그와 같은 엄벌위주의 정책이 실질적으로 형법적 측면(책임주의원칙 등)과 형사정책적 측면(범죄예방이나 수형인의 교정·교화, 사법비용의 경제적 효율성 고려 등)에서 어느 정도의 긍정적 효과를 줄 것인지를 다각도로 장기간 심도 깊게 연구한 후 신중하게 내린 결단인지 아니면 날로 흉폭해지는 범죄에 대한 국민의 들끓는 여론을 잠재우고 국회와 정부가 국민을 위해 뭔가 큰 일을 해낸 것과 같은 이미지(상징효과)를 주기 위해 심사숙고함 없이 손쉽게 내린 결정인지 의문이다. 만약 후자라면 본 개정은 상징형법의 성격을 갖는다고 말할 수 있는 것이다.

안보형사법, 그 중에서도 국가보안법은 일제시대 우리나라 식민지 지배 수단이었던 치안유지법을 계수하여 해방 후 남한의 단독정부수립을 정당화시켜주기 위한 법률로서 ‘반공이데올로기’하에 정권의 반대세력을 제거하는 수단으로 사용되었다는 비판의 목소리가 높다.⁴¹⁾ 이후 군사독재시절 이후에도 북한이 없어져야만 국가보안법이 폐지될 수 있다고 믿는 위정자들에 의해 국가보안법이 국가안보의 유일한 최고의 수단, 신성불가침한 것으로 현실의 과제(국가보호라는 선언기능)와 무관하게 정치적 기능으로 상징화된 법률(잠재기능)이라는 점에서 상징형법이라는 비판을 받

39) 잠재기능과 선언기능의 구분은 Robert K. Merton이 사회적 기능분석의 기초이론으로 수립한 것으로서, 그는 ‘잠재기능’은 사전에 예상치 않았지만 특정한 체계에 대해 기능적인 결과들을, ‘선언기능’은 체계의 참여자들에 의해 고려되고 인지된 기능들로 이해하였는데(Voß, Monika, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, 60쪽 이하), 이 구분이 독일 형법의 상징적 기능에 관한 연구에 차용되어 국내 관련 연구들에 소개되고 있다.

40) 배종대, 앞의 논문, 247쪽.

41) 1948년 국가보안법 제정 직후인 1949년 한 해에만 검거·투옥된 사람이 118,621명에 달했는데, 북한에 대한 지지·동조외에도 반미·반정부적 정치·언론활동이나 개인적인 부주의한 언행까지 처벌하였다고 한다.(한기해, 국가보안법 -그 흐름과 폐지의 방향-, 공동체, 1989, 29쪽)

아 왔다.⁴²⁾ 국가보호와는 아무런 상관없이 자기목적적으로 정치의 도구로 사용된다는 것이다.⁴³⁾

그러나 1987년 6월 민주항쟁으로 대통령 직선제가 실시되고 1993년 민간인 대통령이 이끄는 문민정부가 시작되어 평화적 정권교체가 지속되는 오늘에 이르기까지 국가보안법이 이전의 군사정부하에서처럼 국가안보의 최고수단이라는 상징적 의미를 안은 채 정권안보의 수단으로 적극적으로 활용되고 있다고 보기는 어려울 것으로 보인다. 관련 법령의 적용과 처벌사례에 대한 면밀한 분석이 있어야 할 것이지만, 1991년 개정(법률 제4373호, 시행 1001.5.31.)을 통해 동법을 해석·적용함에 있어 국민의 기본적 인권을 최대한 보장하여야 한다는 규정을 신설하였고, 금품수수 행위나 잠입·탈출, 찬양·고무, 회·통신행위에 대하여 관련 헌법재판소의 결정취지를 반영하여 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서’ 행한 경우만을 처벌대상이 되도록 명시하는 등 국가보안법 처벌대상을 축소함으로써 표현의 자유 등 국민의 기본권이 보장되도록 추구하였고, 아래의 <표>에서 보는 바와 같이 1990년 이후 법원에서 처리한 국가보안법 관련 사건의 인원수는 전반적으로 줄어드는 경향이 있다는 점에서 정권안보수단으로서의 활용 역시 줄어들고 있는 것으로 해석될 여지가 있다.

<표> 국가보안법위반 사건 접수인원수⁴⁴⁾

연도	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14
처리 인원수	414	357	342	136	403	226	413	633	378	309	189	126	130	80	92	41	26	36	31	54	51	82	95	90	88

그럼에도 불구하고 현행 국가보안법상 처벌되는 행위유형들이 실질적으로 국가안보에 위협이 되는 행위들을 규율하는지에 대해서는 의문이 남는다. 동법 제7조의 찬양·고무등죄가 대표적인데, 반국가단체의 대표격인 북한의 체제를 찬양·고무·선

42) 배종대, 앞의 논문, 247쪽 이하. 군사독재시절 국가보안법과 반공법(1961년 제정, 1980년 폐지)의 정권보호수단으로의 남용의 예는 한기해, 앞의 책, 33쪽 이하를 참고할 것.

43) 배종대, 앞의 논문, 250쪽.

44) 위 표는 법원행정처가 매년 발행하는 사법연감(1994-2015) 내의 제1집 공판사건 중요죄명별 누년 비교표를 참고하여 작성하였음.

전하는 것이 대한민국의 존립과 안전에 얼마만큼의 위협이 되는지는 1946년 동법 제정 당시가 아니라 2016년 현재 우리나라의 정치·사회·문화·경제 여건이나 우리나라와 북한의 국제적 위상 등을 모두 고려하여 종합적으로 판단하여 할 필요가 있다. 6·25전쟁 직후 우리나라의 정치·사회질서가 매우 혼란스러울 뿐만 아니라 북한과의 경제적 격차가 적었을 때와 오늘날 러시아나 동유럽 등 사회주의 국가의 공산주의 실험이 실패로 끝나고 북한의 실상이 적나라하게 보도되는 현실에서 공산주의 이념이나 북한체제의 찬양·선전이 남한사회에 초래할 위협의 크기가 다를 것으로 본다.

유엔 인권위원회(Human Rights Committee)가 1999년 10월 29일 열린 1802차 회의(CCPR/C/SR.1802)에서 국가보안법의 단계적 폐지를 권고하면서 특히 동법 제7조의 내용이 불합리하게 광범위하여 표현의 자유를 보장한 [시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)] 제19조를 위반하였음을 지적한 바 있고,⁴⁵⁾ 2004년 전국의 형사법 전공교수들이 상당수 활동 중인 한국형사법학회, 한국형사정책학회, 한국비교형사법학회가 ‘국가보안법 논쟁에 대한 전국 형사법 전공교수의 입장’이라는 제목으로 국가보안법의 폐지를 권고한 바 있다. 그럼에도 동법 제7조를 포함하여 국가보안법이 굳건히 그 자리를 지키고 있는 데에는 해방 후 극심했던 정치적 혼란과 6·25전쟁의 참상을 몸소 체험하므로 전쟁의 공포를 안고 있는 국민들, 정권안보를 위해 한층 더 강화된 반공이데올로기의 교육을 받은 국민들, 각계각층에 북한을 추종하는 세력이 만연하여 대한민국의 안보가 위험하다고 믿는 국민들을 그나마 국가보안법의 존재를 통해 어느 정도 안심시켜 주는 상징적 효과를 발휘하는 것으로 보이며, 그런 점에서 여전히 상징적 성격을 갖는 것으로 보인다.⁴⁶⁾

45) 관련 자세한 경과 및 논의는 민주사회를 위한 변호사 모임, 1999년 국가보안법 보고서, 2000, 187쪽 이하를 참고할 것.

46) 참고로 국가보안법 제7조가 규율하는 구성요건 가운데 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하는 행위와 이적표현물 소지행위에 대한 처벌은 헌법상 보장된 양심의 자유나 사상의 자유에 대한 침해소지도 있지만, 그 보다는 동법에 의해 처벌된 사람들(소위 운동세력)을 국가보안법상 처벌 전력으로 인해 취업 등 사회복귀를 어렵게 함으로써, “그 일”밖에 할 일이 없는 “직업운동가”로 만들고 때로는 교도소에 가본 것이 자랑이 되는 정치가를 양산하는 역효과가 있다는 지적이 있는데(배종대, 앞의 논문, 251쪽), 이들 행위자들을 국가보안법으로 처벌하는 것이 국가안보에 실질적으로 득이 되는지 아니면 위와 같은 역효과로

라. 형사절차상 특례 인정 문제

안보형사법의 보호법익이 국민의 자유와 권리의 보장의 근본적 토대인 국가의 존립과 안전이라는 점에서 이를 침해하거나 위태롭게 하는 범죄는 개별적인 법익을 침해하는 범죄들보다 그 불법성이 중대하므로 이들에 대한 수사와 재판은 일반 형사법과는 달라야 한다는 관점이 있을 수 있다. 현행 헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법이 그 예로 볼 수 있다. 동법은 헌정질서 파괴범죄, 즉 형법상 내란의 죄와 외환의 죄, 군형법상 반란의 죄와 이적(利敵)의 죄에 대해서 공소시효의 적용을 배제하고(동법 제3조), 재정신청에 관한 특례규정(동법 제4조)을 두고 있다.⁴⁷⁾

최근 안보형사법 위반법에 대한 형사절차상 특례가 새롭게 주장되고 있는데, 바로 간첩사건 등 국가안보를 위협하는 범죄에 대해서 변호사의 접견교통권과 신문참여권을 일정 부분 제한하자는 것이다.⁴⁸⁾ 2013년 국토를 침탈하거나 국헌을 문란하게 할 목적으로 폭동하는 등 반국가활동을 한 자의 경우에는 국가안전보장을 위하여 필요한 범위 내에서 변호인 접견·교통권을 제한하는 내용의 법률안이 국회에서 발의된 후 임기만료로 폐기된 바 있다.⁴⁹⁾ 동 법률안은 내란음모 혐의로 구속된 자들이 변호인 접견·교통권 등을 지나치게 남용하고 있으므로 형사소송법 제34조 제2항을 다음과 같이 신설하자는 주장이다.

인해 오히려 국가안보에 위협이 되는지에 대해 경험적 연구 등을 통해 면밀히 검토할 필요성이 있는 것으로 보인다.

- 47) 참고로 형법상 내란·외환의 죄 등과 군형법상 반란·이적의 죄, 국가보안법 등 국가안보를 위협하는 행위를 한 자에 대한 형사절차상 특례를 규정했던 구 반국가행위자의처벌에관한특별조치법(법률 제3993호)은 헌법재판소가 1996년 상소에 대한 특칙을 규정한 동법 제11조 제1항과 궤적재판절차시 형사소송법 제345 내지 제348조의 적용을 배제한 동법 제13조 제1항의 일부분에 대해서 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 적법절차 및 과잉금지원칙 등에 위배된다는 이유로 위헌결정을 내린 이후, 몇 차례의 개정에 이어 1999년 12월 28일자로 폐지되었고, 최근 안보형사법 위반법에 대한 형사절차상 특례가 새롭게 주장되고 있는데, 간첩사건 등 국가안보를 위협하는 범죄에 대해서 변호사의 접견교통권과 신문참여권을 일정 부분 제한하자는 내용이다().
- 48) 주성빈, ‘안보사범 변호인 접견의 형사정책적 방향’, 국회의원김진태/바른사회시민회의/안보형사법 연구회 주최 대한민국 안보형사법제의 진단과 대책 토론회(2015.7.15.) 자료집, 53쪽 이하.
- 49) 김진태의원 등 19인 발의, 의안번호 1908921, 2016년 현재 임기만료 폐기됨.

형사소송법 제34조

② 제1항에도 불구하고 법원은 국가 안전에 중대한 위해를 초래할 염려가 있다고 인정할 만한 사유가 있는 경우에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」 제2조의 헌정질서 파괴범죄로 인해 신체 구속을 당한 피고인 또는 피의자와 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견을 금하거나 수수할 서류 그 밖의 물건의 검열, 수수의 금지 또는 압수를 할 수 있다. 다만, 의류·양식 및 의료품의 수수를 금지 또는 압수할 수 없다.

위와 같은 내용의 안보형사사범에 대한 형사절차상 특례에 대해서는 안보형사법이 정권안보수단으로 남용된 역사로 인해 그 정당성에 대한 찬반논란이 적지 않을 것으로 예상된다. 그러나 안보형사법 가운데서도 테러방지법에 대해서는 미국이나 영국 등 다수의 국가가 변호인의 참여를 제한하는 등의 형사절차상 특례를 인정하고 있고, 테러방지법이 기타 안보형사법과 구분되는 특수성으로 인해 형사절차상 특례에 대한 필요성 주장이 좀 더 호소력 있게 제시될 수 있으리라 본다. 예컨대 일반 형사사범은 전반적으로는 국가의 통치권안에 복속되어 있으므로 그에 대한 형사법 규는 적법절차를 그 생명으로 하는 것임에 반하여, 국제테러조직처럼 네트워크조직은 자신들의 정치적·종교적 이념을 이유로 필요하다면 기상천외의 테러방법을 동원하여 국가를 전복하려 하므로, 이들에 대한 대처를 위해서는 미국의 일명 애국법(The USA PATRIOT ACT)의 예와 같이 우리나라도 적법절차를 위배하고 인권침해적 요소가 있는 규정의 도입도 적극적으로 검토해야 한다는 견해가 제시된 바 있다.⁵⁰⁾ 현행 테러방지법은 동법 제9조에서 테러위험인물에 대한 수사 관련 특별 규정을 일부 두고 있지만,⁵¹⁾ 그 외에도 테러범에 대한 변호인참여권의 제한이나 인신구속요건의 완화 등 테러위험인물 또는 테러범에 대한 다양한 형태의 형사절차상 특례를 도입할 필요성이 있는지에 관해서 앞으로 면밀한 검토가 필요할 것으로 보인다.

50) 한희원, ‘초국가적안보위협세력예의 법규범적 대응법제연구 -미국 애국법에 대한 고찰-’, 중앙법학 제14집 2호(2012.6.), 116쪽 이하.

51) 테러방지법상 국가정보원장은 테러위험인물에 대하여 출입국·금융거래 및 통신이용 등 관련 정보 수집, 테러에 이용되었거나 이용될 가능성이 있는 금융거래에 대하여 지급정지 등의 조치를 취하도록 금융위원회 위원장에게 요청, 테러위험인물에 대한 개인정보를 위치정보사업자에게 요구, 대테러활동에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 대테러조사 및 테러위험인물에 대한 추적할 수 있는 등의 권한이 있다(제9조).

이와 같이 안보를 위협하는 범죄 가운데 특히 테러의 위협은 위험사회의 대표적인 예로 거론되고 있고, 앞서 소개한 바와 같이 안보형사법이 갖는 위험범의 성격과 상징형법의 특징은 아래에서 소개하게 될 위험형법의 형태와 매우 유사하므로 안보형사법을 위험형법의 유형으로 바라보는 경우 위험형법을 둘러싼 찬반논의가 테러 방지법에 동일하게 적용될 가능성이 있다. 이하에서는 안보형사법과 위험형법의 관계에 대해서 살펴보고자 한다.

III. 안보형사법과 위험형법의 조우

1. 위험사회

위험형법(Risikostrafrecht)은 ‘위험사회’에 대응하는 형법의 경향을 뜻한다. 위험사회는 1980년대 독일 사회학자 울리히 벡(Ulich Beck)에 의해 사용된 용어로서, 그는 19세기 산업사회와 근대화가 지속되면서 굶주림과 같은 고통은 줄었지만 지구 온난화와 환경오염, 핵위험 등 위험이 생산되었으며 이들 후기산업사회의 위험은 초기 산업사회에서 발생한 위험(ex. 공장 옆 하수의 오염)과 달리 그 발생지에 머물지 않고 지구상의 모든 생명체를 위협한다고 보았다.⁵²⁾ 또한 이들 위험은 체계적이고 종종 되돌릴 수 없는 해를 끼치지만 눈에 보이지 않으며, 지식 내부에서 변화될 수 있고, 과장될 수 있고, 각색되거나 축소될 수 있고, 그 만큼 사회적으로 정의되고 구성될 소지를 많이 갖고 있고 이 위험을 정의할 책임을 지닌 과학전문가와 법전문가가 사회적·정치적 지위집단이 될 것이라는 것이다.⁵³⁾ 그리고 이들 위험은 서구 산업국에서 (위험의 두려움보다는 배고픔의 해소가 우선인) 제3세계로 이동하는 국제적 불평등을 낳고,⁵⁴⁾ 같은 국가 내에서도 부자들은 (부와 지식, 권력면에서) 위험으로부터 안전과 자유를 사들이지만(예컨대, 공장이 없는 주거지역에 거주하면서

52) Ulich Beck, Risikogesellschaft, Auf dem Weg in einem andere Moderne, Frankfurt am Main, 1986(홍성태 역, 위험사회 -새로운 근대성을 향하여, 새물결, 2006, 56쪽)

53) Ulich Beck(홍성태 역), 앞의 책, 57쪽.

54) Ulich Beck(홍성태 역), 앞의 책, 58쪽, 85쪽.

유전자조작이 없고 친환경의 유기농 음식을 소비), 경제적 약자들은 오염된 물과 대기, 토양이 있는 산업중심지 근처에서 방사선과 유독물질에 노출되는 직업을 생계 때문에 마지못해 선택한다는 이유로 ‘계층적’이라는 점을 지적하는 등 위험사회의 다양한 특징을 소개하였다.⁵⁵⁾

그의 주장 가운데 특히 형법학적 관점에서 관심을 끄는 부분은 이들 위험이 무언가 비실제적이면서도 실제적이라는 것이다. 오염된 물, 삼립파괴, 새로운 질병이 실제적으로 나타나기도 했지만, 다른 한편으로는 미래에 닥치게 될 위난들, 만일 발생한다면 사후행동이 불가능할 정도의 대규모의 파괴를 초래하게 될 위험이 사회적 불안을 조장하여 이에 대한 예방의 필요성이 중요시된다는 점이다. 즉 위험사회에서는 과거가 아닌 미래가 현재를 규정하고, 안전이 공동체의 기초이자 원동력으로서 정치적 힘을 발휘하게 된다는 것이다.⁵⁶⁾ 문제는 위험의 전문가가 없다는 것이다. 과학자들은 위험의 유해성을 객관적으로 조사할 수 있다는 과학적 합리성을 주장하지만, 어디까지나 기술적 관리가능성으로 한정될 뿐이며, 과학자들은 기술적으로 관리할 수 없는 위험은 과학적 산정이나 법률적 판정의 면에서 존재하지 않는다고 말하지만 아직 계산불가능한 위협들이 모여 잔여적 위험이 되고, 이들의 잠재적 위험성은 사고 발생가능성이 아무리 작을지라도 한 번의 사고로 절멸상태에 도달할 수 있다는 점에서 가능성이 매우 큰 것이므로 볼 수밖에 없어 과학적 합리성만을 맹신할 수도 없다.⁵⁷⁾ 결국 과학은 문명의 위험에 적절하게 대응할 수 없고, 위험의 예방을 위한 위험산업의 성장과 더불어 위험의 근원적 제거가 아니라 ‘마치 하는 듯한’ 방식의 상징산업과 정책을 갖게 되는데,⁵⁸⁾ 올리히 벡의 이와 같은 진단은 이하에 소개하게 될 위험형법의 특징과 상당부분 맞닿아 있음을 알 수 있다.

2. 위험형법

위험사회에 대응하기 위해 변화된 형법에 관한 논의가 바로 위험형법이론이며,

55) 즉 ‘부는 상층에 축적되지만, 위험은 하층에 축적된다’는 것이다(Ulich Beck(홍성태 역), 앞의 책, 75쪽).

56) Ulich Beck(홍성태 역), 앞의 책, 74쪽, 98쪽.

57) Ulich Beck(홍성태 역), 앞의 책, 66쪽 이하.

58) Ulich Beck(홍성태 역), 앞의 책, 108쪽 이하.

독일에서는 위험사회 논의가 촉발된 1980년대 후반부터, 우리나라에서는 대략 1990년대 후반부터 본격적인 논의가 시작된 것으로 본다.⁵⁹⁾ 위험사회에서의 형법의 특징에 대한 그간의 국내 연구들을 참고하여 그 특징과 그로 인한 문제점을 간략히 소개하면 아래와 같다.⁶⁰⁾

가. 위험형법의 특징

앞서 소개한 바와 같이 위험사회에서는 미래에 나타날 위험에 대한 현재의 예방이 중요하다. 따라서 형법의 경우에도 법익침해 이전의 단계, 즉 법익보호의 기초가 되는 경제나 환경, 의료, 정보통신과 같은 보편적 법익의 보호가 중요시되며(전단계 범죄화 또는 법익의 보편화), 이들 보편적 법익을 보호하기 위해서는 보편적 법익에 대한 침해의 일반적 위험이 있는 행위 유형을 범죄화시키는 경향이 있다(추상적 위험범죄화). 시민들이 기후나 경제질서, 환경 각종 위험으로 불안해할 때, 정부가 관련 행위들을 범죄화시키고 형량을 높이는 것은 저비용으로 손쉽게 할 수 있는 정책일 뿐만 아니라 위험예방을 위해 ‘마치 뭔가 하는 듯한’ 인상을 주는 정치적 효과를 거둘 수 있기에(형법의 상징화), 정부는 위험예방의 도구로 형법을 적극적으로 활용하는 경향이 있는 것이다(형법의 기능화). 이처럼 위험형법은 이처럼 법익침해의 예방을 최우선시하는 예방형법(Präventionsstrafrecht)의 모습을 띠게 되는 것이다. 안전에 대한 시민의 요구와 위험원의 제거를 위한 형법의 수요 증가는 한결음 더 나아가 사회의 위험이 되는 세력을 적(敵)으로 구별하여 자유주의적 법치국가적인 전통

59) 김영환, ‘위험사회에서의 형법의 귀속원리’, 법철학연구 제3권 제2호, 2000, 한국법철학회, 151쪽; 변종필, ‘위험사회, 위험 그리고 형법의 대응 -국내의 논의 현황과 동향을 중심으로-’, 비교형사법연구 제14권 제2호, 529쪽.

60) 김동률, ‘위험형법론으로서 일반예방론에 대한 고찰 -지난 20년간 독일에서의 논의를 중심으로-’, 형사법연구, 한국형사법학회, 2013, 339쪽 이하; 김영환, 앞의 논문, 151쪽 이하; 백상진, ‘위험형법의 전개에 대한 비판과 바람직한 형법적 대응방안’, 비교형사법연구 제13권 제1호, 2011, 1쪽 이하; 김재운, ‘위험사회에서 형법을 통한 위험조정의 가능성과 한계 -위험형법과 적대형법을 중심으로-’, 일감법학 제25호, 건국대학교 법학연구소, 2013, 123쪽 이하; 변종필, 앞의 논문, 540쪽 이하; 이용식, ‘위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방’, 형사정책 제13권 제1호(2001), 33쪽 이하; 최성진, ‘현대사회에 있어서 형법의 이원화 경향:Jakobs의 적대형법 구상을 예로 하여’, 형사정책연구 제21권 제3호(2010/가을), 281쪽 이하. 위험형법에 관한 참고문헌은 관련 연구들의 위험형법의 특징 및 문제점에 대한 지적이 상당부분 일치하므로 개별적인 출처를 밝히지 않기로 한다.

적인 형법, 이른바 시민형법(Bürgerstrafrecht)은 법질서를 지킬 준비가 되어 있는 시민에게만 적용하고, 시민형법을 통해서는 도저히 사회를 보호할 수 없는 범죄, 예컨대 조직범죄나 테러범죄의 경우에는 위협을 효과적으로 제거할 수 있는 특수한 형법, 이른바 적대형법(Feindstrafrecht)이 필요하다는 주장도 나오게 된다. 형법의 임무가 법익보호가 아니라 사회체계의 기능보호에 있고 기능보호에 적합한 행위규범을 내면화하고 준수하도록 독려하는 것이 중요해지므로, 형벌 역시 일반인에 대한 위하(소극적 일반예방)를 넘어서는 적극적 일반예방(규범에 대한 신뢰유지와 강화)의 효과를 중요시하게 된다.

나. 위협형법의 문제점

상술한 위협형법의 특징은 다음과 같은 문제점을 갖는 것으로 지적되고 있다.

우선, 보편적 법익을 보호하기 위해서는 추상적 위협범 형태로 구성요건화할 경우, 처벌받는 행위가 무엇인지 불명확한 경우가 많으며(명확성 원칙의 침해), 법익 침해행위를 주로 처벌했던 전통적인 형법영역에 비해 집행의 결손이 많을 수밖에 없고(집행의 결손), 그로 인해 형법에 대한 신뢰가 저하되는 문제점이 있다(규범력 저하). 또한 오히려 백의 지적처럼 어떤 행위가 실질적으로 법익에 위해를 가하는 행위인지가 과학적으로 입증되기 어려운 상황임에도 특정행위를 선별하여 범죄화시킨다는 것은 책임귀속이 불명확한 상황에서 행위자를 처벌한다는 문제점이 있다(책임주의 원칙 위반). 더불어 정부가 손쉽게 저렴하면서도 정치적 효과가 있는 위협형법의 상징성에 기대면 기댈수록, 그 상징적 효과로 인해 정부는 위협형법의 뒤에 숨어서 위협예방의 실질적인 예방수단을 강구할 책임을 회피할 우려가 크다. 즉 위협의 원인이 될 만한 행위들을 강력히 처벌한다는 메시지를 주어 국민들을 안심시키는 대신 위협원인을 면밀히 밝히고 그 위협원인을 제거하기 위해서 부담해야 하는 정치적, 사회적, 경제적, 때로는 국제적인 측면의 고비용의 수고를 절약할 수 있는 것이다. 그 만큼 위협의 예방은 더 멀어지는 것이다(비효율성).

3. 안보형사법은 위험형법인가

위험형법이 갖고 있는 위와 같은 특성들은 안보형사법의 특성과 매우 닮아 있다. 앞서 논의한 바와 같이 안보형사법 역시 보편적 법익을 보호하고 있으며, 추상적 위험범 형태의 범죄유형이 많고, 다수의 구성요건들이 국가안보에의 실질적 기여효과보다 기여하는 것처럼 보이게 하는 효과가 더욱 크다는 점에서 상징형법의 성격을 갖고 있기 때문이다. 그렇다면 안보형사법은 위험형법인가? 그 물음에 답하기 위해서는 우선 안보형사법의 ‘위험’이 위험형법의 그것과 본질적으로 같은 성질의 것이지를 살펴보는 것이 중요할 것으로 보인다.

가. 위험형법의 ‘위험’

앞서 위험형법의 배경이 되는 위험사회 개념에 대해서 소개한 바 있는데, 위험사회에서 뜻하는 위험이 구체적으로 무엇인지 조명하고자 한다.

우선, 발생시기면에서 볼 때 올리히 벡의 위험사회에서 내포하는 위험은 후기산업주의시대로 명명할 수 있는 20세기 중반 이후에 나타난 위험으로 볼 수 있다.⁶¹⁾ 위험사회의 위험은 주로 산업의 발달과 과학의 발달에 기초했으며, 무엇보다도 초국가적이고 비계급특징적인 지구적 위해를 초래한다. 앞서 위험사회의 위험은 유해산업이 저임금의 제3세계국가로 이동하는 등의 국제적 불평등을 낳고, 동일 국가 내에서도 경제적 약자에게 더욱 많이 노출된다는 점에서 계층적 특징을 갖는다고 말한 바 있는데, 중국에는 제3계 국가에서 생산된 유해 상품이 서구 산업국에 헐값에 수출되어 소비된다는 점에서 초국가적이고 비계급특징적이라고 말할 수 있다.

그리고 이들 위험은 다원적이며, 위험의 존재와 정도가 과학적으로 입증하기가

61) 올리히 벡은 2007년 출간한 저서, <글로벌 위험사회>에서 “‘위험사회’는 인간의 결정이 야기한 산업적 불확실성과 위험을 위험논리의 도움으로 통제할 수 있게 만든-적어도 원칙상으로-현대사회를 뜻하지 않는다. 그런 의미에서 이 카테고리는 19세기와 20세기 초의 산업사회적·국민국가적 현대와 관련 없다. 그것은 20세기 후반에 시작한 새로운 리스크의 전개, 즉 생태학적 위기의 역사적 경험과 복지국가의 안전 후퇴같은 현상과 연관된다”고 명시하였다(Ulrich Beck, Weltrisikogesellschaft, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2007)(박미애/이진우 역, 글로벌 위험사회, 도서출판 길, 2010. 27쪽, 각주 2).

어려워 사회적으로 정의되거나 구성되고, 다른 위험을 극적으로 부각시킴으로써 하나의 위대한 생산물을 방어하는 등 이해관계가 대립하는 경우가 많다.⁶²⁾

나. 안보형사법의 ‘위험’

1) 오래된 위험

위험형법의 위험과 비교해볼 때 안보형사법의 위험은 여러 가지 측면에서 상이한 것으로 보인다. 우선 발생시기적 측면에서 볼 때, 안보형사법의 위험은 국가의 시작과 함께 존재했으며, 국가의 시작은 국가의 개념을 어떻게 정의하느냐에 따라 달라질 것이다. 멀게는 인류가 집단생활을 시작하여 집단과 이웃 집단이 식량이나 노동력 확보 등을 위해 서로 다툼을 시작한 때, 가깝게는 시민혁명 이후 자유민주주의질서를 기초로 근대국가가 형성된 18세기이다. 즉 안보형사법의 위험은 위험의 발생시기면에서 볼 때 위험형법의 위험보다 오래된 위험이다. 국가의 존립과 안전의 침해에 대한 위험은 위험사회의 위험의 원인인 근대성이나 산업주의와 전혀 무관하게 발생하며, 위험에 의한 피해 역시 대부분 국가 자체에 미치거나 기껏해야 이웃국가의 정세에 영향을 끼칠 뿐이라는 점에서 초국가적인 위험사회의 위험과도 차이가 있다. 예컨대 북한이 남침할 경우 남한의 존립과 안전을 침해할 뿐 미국이나 유럽국가, 멀리 지구 반대편 국가에게 그 피해가 미치지 않는다는. 국간의 존립과 안전에 대한 침해를 가져올 위험의 종류와 정도 역시 비교적 내란이나 외환유치, 반란 등 유형화되어 있으며 사회적으로 조정되거나 구성될 성질의 것이 아니다. 전반적으로 볼 때 위험형법의 위험과는 발생시기면이나 발생원인, 그 특징면에서 차이가 있다.

2) 새로운 위험

다만 안보형사법 가운데서도 테러범죄의 위험은 전통적인 안보범죄의 위험과는 다르고 오히려 위험형법의 위험과 상당히 유사한 측면이 있다. 테러범죄, 특히 9·11 테러 이후의 뉴테러리즘은 그 발생시기면에서 볼 때 오래지 않았다. 현대사회의 산

62) 최근 우리나라를 자주 뒤엎고 있는 미세먼지의 원인과 유해성, 그 대책에 관한 논란을 상기하면 쉽게 이해될 수 있으리라 본다.

업화와 도시화, 인간 소외, 2차세계 대전 이후 신생독립국들의 근대화과정에서 발생한 정치·경제·사회적 문제들에 의해 비롯되었기 때문에 20세기의 위험, 새로운 위험인 것이다. 테러원인 역시 종교적, 정치적, 사회적, 경제적으로 다양하며, 테러리스트에 의한 공격 역시 특정 국가나 특정 지역에 제한되지 않고, 미국, 영국, 프랑스, 터키, 인도네시아, 우리나라(2007년 아프간 샘물교회 봉사단 사건) 등 다수의 국가와 국민들이 피해를 입는 등 무차별적, 초국가적인 성격을 갖는다.⁶³⁾ 테러범죄의 개념 역시 확정되기 어렵고, 피해국가에겐 명백한 테러행위라도 행위자 입장에선 종교적 신념에 따른 성전(聖戰)이 될 수도 있고, 민족독립을 위한 애국행위 역시 상대 국가에겐 테러일 수 있다는 점에서 테러개념은 사회적으로 정의되고 구성되는 개념으로 볼 수 있다는 점 역시 위험형법의 위험과 유사하다.

울리히 벡 역시 2007년 출간한 <글로벌 위험사회>⁶⁴⁾에서 테러범죄를 글로벌위험사회의 대표적 특징으로 소개하고 있다. 우선 그는 글로벌위험사회의 위험은 ‘전쟁의 파괴력’을 가지고 있어서 부유한 자나 가난한 자를 가리지 않는다는 점에서 민주적이고, 시장은 무너지고 법체계는 사태를 제대로 파악하지 못하므로 정부가 비난을 받는 동시에 새로운 행위의 기회를 얻는다고 진단하였다. 계속해서 위험은 한 국가의 내정문제로 인한 것이 아니고 국가 단독으로 싸울 수 없다는 점에서 우리를 ‘글로벌 위험 공동체’의 구성원이 되게 하며, 불안이 삶의 느낌을 결정하므로 가치의 위계에서 안전이 자유와 평등보다 우선시되고, 법은 엄격해지고 이성적인 ‘위험방어 전체주의’가 등장한다고 한다. ‘불안경제’는 사람들에게 만연한 신경쇠약으로 인해 돈을 벌고, 과학의 진보로 인해 전문가의 입지는 오히려 좁아지는데, 위험을 연구한다고 해서 위험이 줄어들지 않기 때문이다.⁶⁵⁾ ‘글로벌위험’은 위험자체가 아니라 위험의 ‘연출’이라는 점에서 위험사회의 위험 명제를 뛰어 넘는다고 한다. 글로벌위험은 위험을 눈앞에 생생하게 그려내는 연출을 통해서만 재앙의 미래가 현재가 된다는 것이다. 예컨대 서구의 민주주의 제도와 자유를 파괴하는 것은 테러행위가 아니라 그 행위의 글로벌 연출과 그 연출에 뒤이은 정치적 예측이라고 한다.⁶⁶⁾

63) 주송희, 앞의 논문, 573쪽 이하.

64) Ulrich Beck(박미애/이진우 역), 앞의 책, 1999년 출간한 영어판 <World Risk Society>를 수정·보완하여 독일어판으로 새롭게 출간한 것임.

65) Ulrich Beck(박미애/이진우 역), 앞의 책, 28쪽 이하.

9·11테러 이후 부시 미국 대통령이 테러와의 전쟁을 선포하고 언론사들이 선혈이 낭자한 테러현장의 사진들을 지구 곳곳에 보도함으로써 빈라덴과 그 일당이 세계적 치적인 의미를 획득하도록 만들어 오히려 테러리스트들을 지원하는, 의도하지 않은 부작용을 초래하였다는 것이다.⁶⁷⁾ 테러리스트의 목표는 승리가 아니라 공황상태를 초래하는 것이므로 그들의 가장 소중한 무기가 두려움이며, 테러가 만연한 것으로 보이는 글로벌위험사회는 국가가 무력해지면서 동시에 안전을 위해 전권을 위임받아 국민의 자유와 평등, 민주주의가 그 대가로 지불되는 반국가적 위협정국이 되는 것이다.⁶⁸⁾

글로벌 위험사회의 위험은 올리히 벡이 그의 저서에서 테러행위를 그 대표적 예로 소개한 바와 같이 오늘날 테러범죄의 위험과 동일하다. 더불어 올리히 벡은 글로벌위험이 온갖 종류의 새로운 관념과 두려움, 불안, 희망, 행동규범, 신앙갈등과 결합되어 있기 때문에, 위험인물이나 위험집단에 대하여 인간이 아니라고 간주하여 그들의 기본권을 위협하고 추방하고 낙인찍는 부작용을 갖는다고 지적하였는데,⁶⁹⁾ 이는 테러리스트들에 대한 각국의 강력한 대응, 예컨대 인권침해 우려가 있는 형사 절차상 특례를 타범죄자에 비해 비교적 쉽게 인정하는 정책경향, 앞서 소개한 적대형법의 성격을 설명해준다고 볼 수 있다.⁷⁰⁾

다. 소결: 위험형법의 ‘위험’과 테러범죄의 ‘위험’

안보형사법의 위험과 위험형법의 위험에 관한 지금까지의 논의를 정리해보자면 위험형법의 위험은 (내란죄나 외환유치죄, 반란죄 등) 전통적인 의미의 안보형사법의 위험과 그 발생시기나 발생원인, 내용면에서 차이가 있다. 반면 안보형사법 가운

66) Ulrich Beck(박미애/이진우 역), 앞의 책, 31쪽.

67) Ulrich Beck(박미애/이진우 역), 앞의 책, 31쪽 이하.

68) Ulrich Beck(박미애/이진우 역), 앞의 책, 80쪽 이하.

69) Ulrich Beck(박미애/이진우 역), 앞의 책, 41쪽.

70) 예컨대 미국의 테러방지법, 일명 애국법은 테러방지와 관련하여 전화나 컴퓨터등에 대한 감청, 검열을 은화된 요건으로 폭넓게 인정하고 있고, 테러의심이 있는 외국인에 대한 출입국 통제와 구금의 강화, 공소시효 연장, 출소자에 대한 종신감시제도 등의 규정을 두고 있다. 보다 자세한 내용은 김승대, ‘테러와의 전쟁과 일헌주의의 위기에 관한 헌법적 연구’, 법학연구 제55권 제4호, 부산대학교, 2014. 11., 94쪽 이하를 참고할 것.

데서도 테러범죄는 위험형법의 위험과 마찬가지로 새로운 위험으로서 그 발생시기나 발생원인, 특징면에서 상당히 유사하다고 할 것이다. 결론적으로 안보형사법 전부를 그 외양이 위험형법과 유사하다고 해서 위험형법의 한 유형으로 분류하는 것은 적절치 않아 보이며, 그 가운데서도 우선 테러범죄에 대해서만 위험형법으로 분류하여 앞서 소개한 위험형법의 이론을 갖대로 하여 그 대응방안의 합리성과 적절성 여부를 판단해볼 여지가 있다고 생각된다.

다만 위험사회에서 도출되는 여러 위험들은 서로 성격이 다르므로 이들 위험을 예방하는 형법규범에 대하여 동일한 비판을 가하기는 어려울 것으로 보인다. 예컨대 환경범죄의 위험은 환경오염의 위험이 있는 단독적인 인자가 오염자체를 직접적으로 유발하지 않으며, 다수의 환경오염인자와 결합하여 서서히 오염결과가 나타나므로 원인규명이 쉽지 않고 행위자 역시 다수이며 침해의 복잡성 때문에 행위자의 확정이 어렵다는 특징을 갖는다.⁷¹⁾ 따라서 환경침해에 대한 판단은 환경기술수준에 따라 가변적이어서 전문적, 기술적 지식을 가진 사람에 의해 판단될 필요가 있는데, 전문가에 의한 기술적 판단을 기초로 한 환경범죄구성요건은 일반인의 시각에서는 불명확하고(명확성 원칙의 침해), 환경오염에 복합적인 요인들을 구성요건화하고 다수의 수범자들이 개입하게 됨으로써 집행의 결손이 많을 수밖에 없으며, 그로 인해 규범에 대한 신뢰가 저하되고, 책임귀속도 불명확한데 행위자를 처벌하는 문제점이 도출되기 쉽다. 그러나 테러범죄는 나라마다 테러에 대한 이해가 달라 국제적으로 통일된 테러개념의 확립이 어렵다는 문제점이 있지만, 테러행위가 갖는 사회안전에 대한 위해의 특성(살인, 납치, 유괴, 저격, 약탈, 폭파 등)이 명확하여 이들에 대한 규제가 명확성원칙의 침해라고 비판하기 어렵고, 환경오염은 인간의 생활이나 생산·소비과정에서 배출되므로 행위자가 불특정다수이지만 테러행위자는 특정 종교나 이념을 신봉하는 집단의 구성원 또는 이들의 추종자이므로 행위자의 확정 역시 비교적 명확하다. 따라서 집행의 결손이나 규범의 신뢰저하, 책임원칙의 위배 등 위험형법이 갖는 공통적인 문제점들로부터 비교적 자유롭다고 볼 수 있는 것이다. 다만 테러행위자들은 법질서의 정당성을 부정하고 이를 파괴하고자 하는 세력이므로

71) 이태언, ‘환경형법의 일반적 고찰’, 비교법학 제18집(2007), 부산외국어대학교 비교법연구소, 115쪽 이하.

로 ‘적’으로 간주되어 이들의 위협을 효과적으로 제거하기 위해 적대형법이 필요하다고 주장되고,⁷²⁾ 실제로 미국과 독일을 비롯한 다수의 국가들이 이들에 대한 형사법상 특례를 인정하고 있다는 점에서 위험형법의 또 다른 이름인 적대형법의 형태를 갖고 있다고 할 수 있다.⁷³⁾

IV. 나가며

지금까지 안보형사법의 의의와 특성, 그리고 위험형법과의 관계를 간략하게 검토해보았다. 안보형사법은 주로 대한민국의 존립과 안전, 사적소유제를 기초로 하는 시장경제를 포함하는 자유민주적 기본질서를 보호하지만, -테러방지법상 세계주의의 적용의 예에서 볼 수 있듯이- 국제안보 역시 보호대상으로 삼는다. 안보형사법은 국내안보와 관련해서 사실적으로 정치적 성격을 띠고 있지만 당위적 차원에서는 정치적 성격을 배제하는 것이 안보형사법의 본연의 임무에 더욱 충실할 것으로 보이며, 국제안보와 관련해서는 (국제)정치적 성격을 강하게 띠 수밖에 없다. 안보형사법은 위험법적 성격과 상징형법의 성격을 모두 지니고 있어 외견상 위험형법으로 분류될 여지가 있지만, 위험형법의 위협의 성격은 (전통적인) 안보형법의 그것과 서로 다르므로 위험형법으로 분류할 수 없으리라 보인다. 다만 테러범죄(형법)의 위협은 발생시기나 특성면에서 볼 때 위험형법으로 분류할 수 있다. 그렇다고 해서 테러형법에 대하여 위험형법의 이론, 특히 비판론을 그대로 적용할 수 없다고 보는데 위험형법에 분류되는 개별 형법(예컨대 환경형법)의 위협이 테러형법의 위협과 다르므로 비판 역시 각 범죄(형법)의 특성에 맞게 개별적으로 이루어져야 할 것으로 보인다. 결과적으로 안보형사법의 정당성에 대한 논의에 있어서도 위험형법이론을

72) Günter Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, R. L. R. No. 21, 2004, pp. 102. 야콥스의 적대형법에 대해 상세히 소개는 김재윤, ‘위험사회에서 형법을 통한 위험조정의 가능성과 한계 -위험형법과 적대형법을 중심으로-, 일감법학 제25호, 건국대학교 법학연구소, 2013, 135쪽 이하를 참고할 것.

73) 테러위협에 대응하기 위해 신설한 독일형법규정에 대한 상세한 소개는 김재윤, 앞의 논문, 139쪽 이하를 참고할 것.

그대로 적용할 것이 아니라, 개별 안보형사법 구성요건의 특성에 따라 개별적으로 논의할 필요가 있고, 안보형사법 관련 형사절차상 특례 규정의 입법화 역시 개별적으로 이루어지는 것이 더욱 타당할 것으로 보인다. 예컨대 변호인의 변호권 제한과 같은 형사절차상 특례규정을 도입함에 있어서 전통적인 안보범죄(국가보안법이나 형법상 내란죄 등)와 테러범죄를 그 보호법익이 같다고 해서 동일선상에 놓아두고 논의하는 것은 양 범죄의 역사와 위협의 성격이 다른 것을 고려할 때 합리적 결과를 도출하기가 매우 곤란해질 수 있으므로 지양하는 것이 바람직하다고 본다. 필자 역시 테러범죄의 경우 변호권제한 등 형사절차상 특례의 도입을 적극 고려할 필요가 있다고 보는데, 다만 글로벌 위험이 불확실한 만큼 그 위험의 통제장치가 오히려 새로운 위험의 원인이 되고 또 다른 부작용을 낳을 수 있다고 오히려 백의 전망을 상기하며,⁷⁴⁾ 부적절한 테러범죄의 통제방향은 현재 우리가 예측하기 어려운 또 다른 위험을 초래할 수 있으므로 테러범죄에 대한 구성요건의 신설이나 형사절차상 특례 규정을 마련함에 있어서 매우 신중할 필요가 있을 것으로 보인다.⁷⁵⁾

74) Ulrich Beck(박미애/이진우 역), 앞의 책, 45쪽 이하.

75) 미국이 냉전시대 구소련에 대항하기 위한 세력으로 키웠던 오사마 빈라덴이 냉전이후 반미주의자가 되어 미국에 대한 테러를 감행하였다는 역사적 아이러니를 상기해볼 때, 국내적으로나 국외적으로 행해진 테러방지책이 훗날 새로운 위험으로 우리나라 안보를 위협하지 않도록 상당한 주의를 기울일 필요가 있다고 본다.

참고문헌

- 김동률, ‘위험형법론으로서 일반예방론에 대한 고찰 -지난 20년간 독일에서의 논의를 중심으로-’, 형사법연구, 한국형사법학회, 2013, 339쪽 이하
- 김승대, ‘테러와의 전쟁과 입헌주의의 위기에 관한 헌법적 연구’, 법학연구 제55권 제4호, 부산대학교, 2014. 11.. 91쪽 이하
- 김열수, 국가안보 -위협과 취약성의 딜레마-, 법문사, 2012
- 김영환, ‘위험사회에서의 형법의 귀속원리’, 법철학연구 제3권 제2호, 2000, 한국법철학회, 151쪽 이하.
- 김일수, 법·인간·인권 -법의 인간화를 위한 변론-, 박영사, 1996
- 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론, 박영사, 2004
- 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론, 박영사, 2016
- 김재윤, ‘위험사회에서 형법을 통한 위험조정의 기능성과 한계 -위험형법과 적대형법을 중심으로-, 일감법학 제25호, 건국대학교 법학연구소, 2013, 123쪽 이하
- 김종서, ‘정당해산에 관한 베니스위원회 기준과 그 적용 -통합진보당 해산심판청구를 계기로-’, 민주법학 제56호(2014.11), 57쪽 이하
- 마르크스·엔겔스(이진우 역), 공산당선언, 책세상, 2003
- 민주사회를 위한 변호사 모임, 1999년 국가보안법 보고서, 2000
- 배종대, ‘정치형법의 이론’, 고려법학(1991.09), 197쪽 이하.
- 배종대, 형법각론, 홍문사, 2015
- 백상진, ‘위험형법의 전개에 대한 비판과 바람직한 형법적 대응방안’, 비교형사법연구 제13권 제1호, 2011, 1쪽 이하.
- 변종필, ‘위험사회, 위험 그리고 형법의 대응 -국내외 논의 현황과 동향을 중심으로-’, 비교형사법연구 제14권 제2호, 531쪽 이하.
- 송기춘, ‘통합진보당 정당해산심판 사건에 대한 비판적 분석’, 민주법학 제56호 (2014.11), 97쪽 이하
- 오경식, ‘판례분석을 통한 형법상 내란죄의 재해석’, 국회의원김진태/바른사회시민회의/안보형사법연구회 주최 대한민국 안보형사법제의 진단과 대책 토론회

(2015.7.15.) 자료집, 5쪽 이하

오영근, 형법각론, 박영사, 2010

오정진, ‘법은 등글다:통합진보당 해산심판의 코드’, 법과사회 제47호(2014년 12월), 189쪽 이하

월간조선 편집부 엮음, 국가보안법이 한강의 기적을 만들었다, 월간조선사, 2004.
이부하, ‘위험사회에서 국민의 안전보호의무를 지는 보장국가의 역할 -헌행 안전법 제에 관한 고찰을 곁하며-’, 서울대학교 법학, 제56권 제1호(2015/3), 139쪽 이하.

이재상·장영민·강동범, 형법각론, 박영사, 2016

이상돈, 형법강론, 박영사, 2015

이용식, ‘위험사회에서의 법익보호와 적극적 일반예방’, 형사정책 제13권 제1호 (2001), 33쪽 이하

이종수, ‘우리 헌법상 ‘방어적 민주주의’의 수용 부인론: 통합진보당에 대한 정당해 산심판과 관련하여’, 법과사회 48호(2015.4), 217쪽 이하

이태언, ‘환경형법의 일반적 고찰’, 비교법학 제18집(2007), 부산외국어대학교 비교 법연구소, 113쪽 이하

이형국, 형법각론, 법문사, 2007

임웅, 형법각론, 법문사, 2013

장영수, ‘통합진보당 해산결정의 주요 쟁점 -헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정에 대한 평석-’, 법조 Vol.702(2015.3), 109쪽 이하

장영수, ‘통합진보당 해산결정과 소속 국회의원의 의원직상실 문제’, 고려법학 제76 호 (2015.3), 고려대학교 법학연구원, 111쪽 이하

정성근·박광민, 형법각론, 박영사, 2013

정은숙, 글로벌 거버넌스와 국제안보 -이슈와 행위자-, 한울, 2012

정준호, ‘국가안보개념의 변천에 관한 연구’, 국방연구 제35권 제2호, 1992, 5쪽 이하.

주성빈, ‘안보사범 변호인 접견의 형사정책적 방향’, 국회의원김진태/바른사회시민 회의/안보형사법연구회 주최 대한민국 안보형사법제의 진단과 대책 토론회 (2015.7.15.) 자료집, 53쪽 이하.

- 주승희, ‘신종테러범죄, 이른바 뉴테러니즘(New Terrorism)에 대한 국내외 연구현황’, 비교형사법연구 제17권 제4호, 2015, 567쪽 이하.
- 채진원, ‘정당민주주의의 수호를 위한 공화주의적 방어: 독일과 한국의 위헌정당해산 비교 논의’, 한국정치학회보 제49집 4호(2015), 241쪽 이하
- 최달곤·신영호, 북한법입문, 세창출판사, 1998
- 최석윤, ‘위험사회와 상징형법’, 해양환경·안전학회지 제8권 제2호, 2002/12, 17쪽 이하.
- 최성진, ‘현대사회에 있어서 형법의 이원화 경향.Jakobs의 적대형법 구상을 예로 하여’, 형사정책연구 제21권 제3호(2010/가을), 281쪽 이하
- 한기해, 국가보안법 -그 흐름과 폐지의 방향-, 공동체, 1989
- 한상익·김진영, ‘통합진보당 해산에 대한 이론적 접근: 전투적 민주주의론을 중심으로’, 동북아연구 제30권 2호(2015), 63쪽 이하
- 한상희, ‘위헌정당해산심판제도, 그 의미와 문제점: 통합진보당 사건과 관련하여’, 민주법학 제54호(2014.3), 369쪽 이하.
- 한희원, ‘초국가적안보위협세력예의 범규범적 대응법제연구 -미국 애국법에 대한 고찰-’, 중앙법학 제14집 2호(2012.6.), 91쪽 이하.
- 휴 콜린즈(홍준형 역), 마르크스주의와 법 -비판적 법이론의 정립을 위하여-, 한울, 1992
- Beck, Ulich, Risikogesellschaft, Auf dem Weg in einem andere Moderne, Frankfurt am Main, 1986(홍성태 역, 위험사회 -새로운 근대성을 향하여, 새물결, 2006
- Beck, Ulrich, Weltrisikogesellschaft, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2007 (박미애/이진우 역, 글로벌 위험사회, 도서출판 길, 2010
- Gaddis, John L., Surprise, Security, and the American Experience, Harvard University Press, 2004(강규형 역, 9·11의 충격과 미국의 거대전략 -미국의 안보경험과 대응-, 자유기업원/나남출판, 2004)
- Jakobs, Günter, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, R. L. R. No. 21, 2004, pp. 102.

Hassermer, Symbolische Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, Heft 12, S. 556

Voß, Monika, Symbolische Gesetzgebung, 1989, S. 60

A Study on the Concept and Distinctive Characteristics of the National Security Laws of Korea : A Comparison with Risk Criminal Law (RisikStrafrecht)

Ju Seung-Hee*

A Study on the Concept and Distinctive Characteristics of the National Security
Laws of Korea: A Comparison with Risk Criminal Law (RisikStrafrecht)

This article examines the concept and distinctive characteristics of the national security laws in South Korea and compares its characteristics with those of a new form of law, called “Risk Criminal Law (RisikStrafrecht)” and “Symbolic Criminal Law (Symbolische Strafrecht).” In contrast to traditional criminal law, Risk Criminal Law refers to the type of criminal law related to “risk” and was created to minimize risk to the future safety of society. Symbolic criminal law is regarded as not effective for preventing harm but rather related to the pursuit of political goals.

National security laws of Korea primarily protect the safety and security of South Korea under the constitutional protection of the free democratic order and capitalistic economic order based on private ownership. They also protect international peace, especially from terrorism under the Prevention of Terrorism Act 2016. Although South Korea’s national security laws seem on the surface to have similar characteristics with risk criminal law and symbolic criminal law, there are important and broad distinctions between these. The risk reduced by South Korea’s national security laws differs from the risk of risk society (Risikogesellschaft) in the following ways: (a) the risk related to risk society are new, while the risks related to South Korea’s national security have been present since the beginning of the

* Associate Professor, Department of Law, Duksung Women’s University

nations(b) the risk related to risk society are related to modernity and the industrial revolution, while the risks related to South Korea's national security are not related to modernity and the industrial revolution (c) South Korea's national security risks primarily affect neighboring countries and lastly, (d) the risks related to risk society are not socially constructed and are more clearly definable, unlike the risks related to South Korea's national security. Even terror risk, which is a type of risk against national security, is regarded as a typical type of risk related to risk society. This differs from the other risks of risk society, including environment pollution, climate change, and threats to food safety.

This article concludes that the generally-accepted critical perspectives on risk criminal law—which challenge the basic principles underlying traditional criminal law, including the rule of law, the harm principle, and the culpability principle—don't seem appropriate for the purposes of review and discussions on South Korea's national security law. Rather, it is recommended that the legitimacy and fairness of South Korea's national security laws be reviewed on a rule by rule basis.

❖ Keyword: National Security Laws, National Security Act, risk society, Risk Criminal Law, Symbolic Criminal Law, Antiterrorism Act

