

동북아 문화공동체 형성을 위한 법적 기반 구축방안  
: 형사법제를 중심으로

이진국 도중진

*Korea  
Institute for  
National  
Unification*

kinu

통일연구원

**동북아 문화공동체 형성을 위한 법적 기반 구축방안  
: 형사법제를 중심으로**

인 쇄 2004년 12월

발 행 2004년 12월

발 행 처 통일연구원

발 행 인 통일연구원장

편 집 인 협동연구팀

등 록 제2-2361호 (97.4.23)

주 소 (142-887) 서울특별시 강북구 수유6동 535-353

전 화 (대표) 900-4300 (직통) 901-2551, 2645 (팩시밀리) 901-2546

홈페이지 <http://www.kinu.or.kr>

가 격 6,000원

© 통일연구원, 2004

통일연구원에서 발간한 간행물은 전국 대형서점에서 구입하실 수 있습니다.  
(구입문의) 정부간행물판매센터 · 매장: 734-6818 · 사무실: 394-0337

국립중앙도서관 출판사도서목록(CIP)

동북아 문화공동체 형성을 위한 법적 기반 구축방안: 형사법제를 중심으로 /  
이진국...[등저]. — 서울 : 통일연구원, 2004  
p. ; cm. -- (인문사회연구회 협동연구총서 ; 04-20)

참고문헌수록  
ISBN 89-8479-277-2 93340

364.012-KDC4  
345.5-DDC21

CIP2004002324

동북아 문화공동체 형성을 위한  
법적 기반 구축방안

: 형사법제를 중심으로 ▶▶▶

본 서는 「인문사회연구회 2004년도 협동연구사업」의 일환으로 인문 사회연구회 소관 9개 국책연구기관과 5개 외부단체가 협동으로 수행한 연구과제 중 하나입니다.

본 서에 수록된 내용은 집필자의 개인적인 견해이며 당 연구원의 공식적인 의견을 반영하는 것이 아님을 밝힙니다.

## 요약





본 연구는 동북아 지역국가들 상호간의 형사법적 의사소통 및 교류를 증진시키고 공통의 이익을 추구한다는 목표하에 동북아 지역국가의 형사법제도와 형사법문화의 차이점과 공통점을 밝혀내고, 공통의 이익을 추구할 수 있는 구체적인 전략을 수립하는 것이다. 장기비전으로서 동북아 지역공동체로 발전해 나가기 위한 형사법적 관점의 전략으로는 ① 동북아 지역국가들간의 형사법조화의 가능성을 토대로 하여 비교법 연구 및 학회 등과 같은 비정부기구 간의 교류를 활성화하고, ② 국경초월범죄에 대한 동북아 지역국가의 형사공조체제를 지금보다 더 확대·심화시키기 위하여 단기적으로는 형사사법 실무기관의 교류확대와 이에 기초하여 신뢰를 구축하고, 중·장기적으로는 동북아 지역국가들 간의 공동수사그룹을 창설할 필요가 있다. 이러한 교류협력의 과정에서 우리나라는 동북아 지역국가들간의 중개자 역할뿐만 아니라 촉진자의 역할을 담당해야 한다. 특히 지리적으로나 경제발전단계 면에서 동북아 중간에 위치한 우리나라는 오랜 지배와 피지배, 그리고 냉전의 역사를 경험한 나라로서 지역협력체 형성에 대한 역내 합의를 도출하는 ‘도덕적 권위’를 지니고 있다는 점에서 형사법의 교류협력에 우리나라가 중개자 역할을 하기에는 충분한 정당성이 있다.

## I. 서론

참여정부가 12대 국정과제 중의 하나로 채택하고 있는 ‘동북아 경제중심국가 건설’ 추진전략은 경제일변도의 관점에서 벗어나 동북아 문화 동질성 회복, 이질성 극복, 문화 다양성의 확산, 문화 고품질화 운동 등과 연계될 때 그 효과를 극대화시킬 수 있다. 또한 ‘평화와 번영의 동북아시대’라는 국정목표를 체계적이고 일관성 있게 구체화시키기 위한 전략을 수립함에 있어 동북아 관련국가들간의 경제교류에만 국한시켜서 접근하는 것은 너무 근시안적이라고 평가하지 않을 수 없다. 평화와 번영의 동북아 미래 비전이 본질적인 의미를 가지기 위해서는 경제교류의 시각을 뛰어넘어 동북아 관련국가들간의 문화적 의사소통을 가능하게 한다는 차원에서 접근되어야 한다. 이 점에서 동북아지역의 경제교류의 활성화는 문화교류의 차원까지 확대시키고 심화시켜서 동북아 문화공동체의 맥락에서 논의되어야 한다. 이로써 동북아 지역의 평화와 안전을 확고하게 유지할 수 있기 때문이다.

동북아 문화공동체를 법문화의 관점에서 접근함에 있어 법의 개별영역별로 접근하는 것이 가능하다. 대륙법계에 뿌리를 두고 있는 우리나라 법체계를 고려할 때 동북아지역의 법문화는 일반적으로 국가법(헌법, 행정법)문화, 사법문화, 형사법문화 등으로 분류할 수 있다. 이들 법영역은 전체 법체계 속에서 고유한 기능과 역할이 있기 때문에 개별 법영역별로 동북아의 법문화연구를 수행하는 것은 결코 경시되어서는 안 된다. 특히 형사법적 관점에서 법문화를 논의하는 것은 한편으로는 동북아 관련국가들의 자유로운 경제질서를 형성하는 과정에서 나타나는 장애를 제거해 주고 다른 한편으로는 집단적 안전확보를 가능하게 해 준다. 예컨대 동북아 지역국가들의 조약이나 협약으로 무역보조금사기를 가벌화하는 경우에는 자유경제질서를 뒷받침하는 것이며, 마약범죄나 조직범죄와 같은 국경을 초월하는 각종 범죄에 대하여 동북아 관련국가들이 연대하여 투쟁 전략을 수립·집행하는 경우에는 안전확보와 관련을 가진다. 2001년의 미국 뉴욕에서 발생하였던 9·11 테러사태는 결코 미국에만 국한된 문제가 아니며 동북아 지역에서도 언제든지 발생가능하다는 점을 인식한다면 동

북아 지역국가들간의 형사법적 의사소통의 필요성은 아무리 강조해도 모자람이 없다.

그렇지만, 지금까지 우리나라에서 동북아 지역국가들의 형사법체계를 비교법적 관점에서 심도 있게 연구한 구체적인 연구결과는 거의 존재하지 않고 있다. 법학자들간의 학문적 교류도 초보적인 수준에 머물고 있다. 동북아 지역국가들간의 형법적 차원의 연대가 동북아 지역의 평화와 안전의 확보에 본질적인 도구라는 점을 인식한다면, 동북아 지역국가들의 형사법제를 비교법적인 관점에서 심도 있게 논의하는 것은 장래의 동북아 문화공동체 형성과정에서 우리나라가 동북아 지역국가들에게 던져줄 수 있는 핵심적인 열쇠가 될 것이다.

## Ⅱ. 동북아 문화공동체 형성에서 형사법의 의미

### 1. 동북아 문화공동체의 의미와 형사법의 가치

동북아 문화공동체란 ‘한국, 중국, 일본 등 동북아 국가들이 문화적 동질성을 공통분모로 하여 보다 밀접한 상호이해와 공동이익을 도모하는 공식·비공식적 연대체제’를 의미한다. 즉, 문화공동체란 동북아 지역국가들이 평화적 선린관계를 유지하면서도 상호 번영을 추구할 수 있도록 하는 공동체 내지 지역협력체로 진입하기 위한 첫 번째 단계라고 할 수 있다. 동북아 문화공동체의 개념요소들을 형사법의 맥락과 결부시켜보면, ① 한국, 중국, 일본 등 동북아 지역국가들의 이질적인 형사법체계와 형사법문화에 기초하여, ② 상호간의 형사법체계와 문화에 관한 기초적인 동질성을 파악함으로써, ③ 형법영역에서 상호이해를 이루고 공동의 형사정책을 통하여 이익을 추구하는, ④ 정부간 및 비정부간의 연대체계를 의미한다고 이해할 수 있다.

그러나 문화공동체의 궁극적인 형식은 유럽연합과 같은 지역공동체가 되지 않을 수 없다. 문화공동체의 목표를 평화와 번영에 두는 한, 이러한 목표를 달성하기 위한 가장 효과적인 형식은 지역공동체로 나아가는 것이기 때문이다. 여기서 지역공동체란 일정한 지역의 국가들이 경제, 문화, 역

사, 지역적 동질성을 기초로 국가의 지위를 보유한 채 경제적·사회적 통합과 정치적 연합을 통해 결합을 달성하여 독자적 세력권을 형성하는 특수한 법공동체를 의미한다. 문화공동체의 궁극적 지향점이 평화와 번영을 확보하기 위한 법공동체에 있다고 할 때, 형사법은 법공동체를 구축하기 위한 본질적인 요소가 된다. 동북아 지역국가들 간의 법적 합의(예컨대 조약이나 협약 등)의 형식으로 공동체가 일정한 제도로 뒷받침될 경우에는 공동체의 이익을 확보하기 위한 지역공동체 역내의 안전과 평화를 확보하기 위한 제도와 수단의 구축이 불가피하기 때문이다.

문화공동체의 맥락에서도 형사법의 기능영역을 찾아볼 수 있는지에 관한 의문이 제기된다. 그러나 문화공동체를 동북아 지역국가들 간의 상호 이해교류와 공동의 이익추구라는 점을 고려해 보면, 이 과정에서 예컨대 학문교류나 동북아 지역의 내적 안전에 관한 협력체제의 구축 등과 같이 형사법에 의하여 지탱되어야 할 다양한 규율영역이 존재한다. 이 점에서 동북아 문화공동체 형성과정에서 형사법적 기반을 구축해 나가는 작업은 결코 무시할 수 없는 테마에 속한다고 평가할 수 있다.

## 2. 세계화와 지역화의 구도 속에서 법패러다임의 변화

최근 놀라운 기술의 발전은 세계의 모든 지역을 일일생활권으로 만들었으며 거미줄처럼 얽힌 교통의 발전은 국내교류의 이상으로 인적, 물적 교류를 확대해 왔다. 이러한 국제간의 교류는 결과적으로 지구촌의 다양한 문화를 교환하는 계기를 만들어 지구촌의 세계화현상을 초래하고 있다. 동북아 문화공동체도 세계화 내지 지구촌 세계화의 특징을 가장 분명하게 제시해 주는 현상이라고 할 수 있다. 이미 동북아 지역국가들, 예컨대 한국, 일본 및 중국에서는 정보통신기술이 발달하였을 뿐만 아니라 비정부기구도 지속적인 증대과정에 있으며 그 현실적인 활동영역도 광범위하게 구축되어 있기 때문이다.

세계화는 하나의 변혁과정을 의미한다. 이러한 변혁의 과정에서는 한 국가 내에서 통용되는 법문화도 지구촌 세계화의 네트워크 속으로 편입되게 된다. 세계화의 맥락 속에서 법문화는 국내법의 한계를 탈피하게 하였고, 특히 인권법의 영역은 세계적인 수준으로 평준화될 것을 요구하

고 있다. 또한 세계화는 각 법규범 질서를 경쟁체제에 놓이게 만들고 개별 법규범들은 서로 비교되며, 상호간에 영향을 미치며, 기존의 법을 적절하게 변화시키고, 생소한 외래의 규범들을 전제 혹은 부분적으로 받아들인다.

그러나 오늘날의 국제사회에서 법은 한편으로는 세계화의 특징을 나타내면서도 다른 한편으로는 지역화와 지역간주의(Interregionalismus)의 특성을 나타내주고 있다. 여기서 지역화와 지역간주의는 동북아 문화공동체의 맥락과도 상통하는 부분이 있다. 동북아 문화공동체가 아직은 동북아 지역국가들의 연합체제에서 논의되는 것은 아니지만, 장래에 초국가적 결합체제로 나아가는 경우에는 거대한 연합체 속에서 공통의 평화와 번영을 추구하기 위한 법체계의 - 인위적인 - 동화현상이 나타날 것은 자명하다. 이로써 법공동체로 나아가게 되는 것이다. 이 경우에는 광범위한 법적 통일을 담보하기 위하여 입법과 법 적용단계에서 감독기구의 설립이 요청되고 국가간의 갈등을 조정하기 위한 독립적인 기구의 설치도 요청된다.

### 3. 세계화의 관점에서 본 형사법

지구촌의 세계화현상은 형법의 관점에서도 많고 중대한 영향을 미치고 있다. 이를 크게 3가지 영역으로 나누어서 설명할 수 있다. 첫째, 국제적 차원의 형사법적용의 관점인데, 이것은 반인도적 범죄에 대한 국제법적 차원의 대응이다. 제1차 및 제2차 세계대전을 겪는 동안 발생했던 대규모의 전쟁범죄나 미국의 9·11 사태와 같은 테러범죄는 심각하고 광범위한 인권유린사태를 발생시키게 되었고, 이에 대하여 국제사회는 공동의 대응을 모색해야 한다는 필요성을 절감하게 되었다. 둘째, 세계화로 인하여 국제형법규범이 국내형법에 매우 중대한 영향을 미치고 이로써 국내형법의 규범을 정비해야 할 필요성, 즉 동화의 필요성이 제기되고 있다. 국내형법이 국제형법규범에 인위적으로 동화되는 현상이 나타나는 것이다. 예컨대 마약투쟁과 관련한 유엔의 관련규범은 국내법체계를 인위적으로 국제형법규범에 동화시키고 있다. 셋째, 세계화는 부정적인 결과도 초래하게 되는데, 그것은 국경초월범죄가 양적으로 증가하고 질적으로 심화되고 있다는 점

이다. 여기서 국경초월범죄란, 범죄의 주체, 객체, 행위, 보호법익, 결과발생 등의 요소가 2개 이상의 주권국가와 관련이 있는 범죄유형을 말한다. 국경초월범죄에 대해서는 범죄의 예방, 범인의 검거, 소추 및 처벌을 위하여 국가간의 협력이 요구된다.

### Ⅲ. 변화하는 동북아 시대에서 형법정책의 현상과 문제점

#### 1. 동북아 지역사회의 발전과 범죄환경의 변화

동북아 지역사회가 21세기로 접어들면서 동북아 형사정책은 3가지의 기본적인 도전에 직면해 있다. 첫째, 동북아 지역국가들이 후기산업사회의 특징 중의 하나인 정보사회(Informationsgesellschaft)로 진입하고 있다. 둘째, 동북아 지역사회는 위험사회(Risikogesellschaft)의 특징을 나타내고 있다. 예컨대 북핵위협이나 기타 화학물질 등의 거래 및 취급과 관련한 일상적인 위험요소는 우리나라뿐만 아니라 중국이나 일본 및 러시아까지도 영향을 미치고 있다. 셋째, 동북아 지역사회에서는 ‘세계사회’(Weltgesellschaft)의 특징도 가지고 있다. 여기서 세계사회란 사람, 자본, 정보 등이 대규모로 이동하고 이로써 국내의 국경은 그 의미를 점점 더 상실해 가고 있다.

21세기 동북아 지역사회에서 나타나는 정보사회, 위험사회 및 세계사회의 특징은 범죄발현형식의 변경도 초래하게 된다. 이러한 현상은 예컨대 국제적인 정보네트워크 속에서 발생하고 있는 컴퓨터 관련범죄에서 분명하게 나타난다. 예컨대 산업스파이는 국제적인 컴퓨터 네트워크를 통하여 관련 기업의 수많은 일자리를 위태롭게 한다. 나아가 군사목적의 컴퓨터 시스템이나 증권시장의 컴퓨터 운영체계의 경우에는 이를 조금만 조작하는 경우에도 수많은 사람들이 위협에 처해질 수 있다.

발전하는 동북아 시대에는 범죄환경도 변화하고 있다. 동북아지역에 존재하고 있는 일본의 야쿠자, 홍콩의 삼합회, 러시아 마피아 등 주요 국제범죄조직은 최근에 자국내에서의 마약밀매뿐만 아니라 돈세탁, 무기밀매, 통화위조, 불법신용카드 유통, 불법음반·비디오 유통, 인신매매 등에

이르기까지 그 범죄양상이 날로 다양해지고 있다. 동북아 지역에서 활동하고 있는 범죄조직들이 마약류 거래 등을 통하여 자본을 축적할 경우 이를 바탕으로 더 많은 영역으로 활동범위를 넓히며, 합법적인 사업으로 진출하려 하기 때문에 국제사회에서 많은 사회문제를 야기할 가능성이 있다.

## 2. 동북아 지역의 범죄양상과 대처의 현실

동북아 지역에서 발생하고 있는 국경초월범죄의 대표적인 유형으로는 마약밀거래, 테러범죄, 사이버범죄, 돈세탁행위 등이 있다. 마약범죄와 관련하여 특히 동아시아지역은 마약류 생산 및 밀매분야에서 결코 무시할 수 없는 지위를 점하고 있다. 동북아지역이 테러범죄로부터 자유로운 것도 아니다. 교통통신이 발달해 있고 사람의 자유로운 이동 및 이로 인한 외국인의 국내입국이 지속적으로 증가하고 있는 현실 속에서 특히 일본과 우리나라는 국내 군사력의 이라크 파병을 계기로 이슬람권으로부터 지속적인 테러위협을 받고 있기 때문이다. 네트워크 문화와 환경이 급속히 진전됨에 따라 원거리로부터의 사이버 공격도 급증하고 있으며 국가와 사회의 중요한 정보시스템들이 사이버공격에 노출되어 있다. 동북아지역의 교역규모가 전 세계적으로 결코 무시할 수 없을 정도로 높은 비중을 차지하고 있으며, 동북아 지역이 마약밀매에 중요한 역할을 담당한다는 점을 고려해 보면, 돈세탁의 규모도 매우 크다는 추측을 할 수 있으며 이로 인한 동북아지역의 경제교류도 위태롭게 될 수 있다는 우려를 낳게 한다.

이러한 국경초월범죄에 대하여 동북아 지역국가들은 범죄인인도제도, 형사사법공조제도 및 인터폴의 이용한 수사공조와 같이 국제법상의 전통적인 방식에 따라 대응해 나가고 있다. 우리나라와 범죄인인도조약이 체결된 국가들 중 동북아 지역국가로는 현재 중국, 일본 및 몽골이다. 국제형사사법공조조약은 중국 및 몽골과 체결하였지만, 일본과는 아직 조약이 체결되지 않았다. 그렇지만, 일본과는 상호보충에 의하여 실질적으로 형사사법공조가 이루어지고 있다. 인터폴을 이용한 수사공조는 국경을 초월하는 범죄에 대응하기 위한 효과적 수단으로 간주되고 있다. 우리나라는

1964년에 인터폴에 가입하였으며 일본, 러시아, 중국 등 주변국과는 매년 ‘인터폴 실무자회의’를 개최하는 등 보다 긴밀한 협력체제를 유지하며 국제범죄에 공동 대응하는 등 실질적인 공조체제를 구축하고 있다.

그러나 국정초월범죄에 대한 전통적인 대응수단으로서 범죄인인도, 국제형사사법공조 및 인터폴을 이용한 수사공조는 그 절차가 복잡하고 신속한 대응이 어려워 효율성을 저해한다는 점이 지적되고 있다. 또한 동북아 지역국가들간의 형사사법공조의 역사가 일천하고, 동북아 지역국가들의 형법 및 형사법체계에 대한 이해가 부족하기 때문에 범죄인인도나 형사사법공조가 실제로 미흡하게 나타난다. 더욱 더 중요한 것은, 현재의 형사사법공조는 개별사건에 대한 사후적인 범죄수사에 집중되어 있기 때문에 사전적으로 범죄정보의 전달체계가 미흡하다는 점이다.

### 3. 동북아 지역국가의 형사법 비교의 현재와 문제점

동북아 지역국가는 율령법(律令法)과 주례종법으로 대표되는 중국기원의 전통법문화에 기초하면서 일본을 경유하여 구주대륙법(특히 독일법)의 강한 영향 아래 근대적 법제에의 길을 모색하였다. 즉 동북아 지역국가는 전근대에 있어 중국의 율령법으로부터 강한 영향을 받으며, 법의 기초에 있는 이데올로기로서의 유교(유학)를, 법을 표현하는 방법과 사상을 표현하는 용기로서 한자를 공유하여 왔다. 나아가 근대에 들어서도 자의든 타의든 상호 밀접한 영향관계 아래 서양법을 계수하였다.

한때 구소련법의 방향과 전통적인 법제방법에 경사되어 있던 중국이 최근 형법의 제정 등을 위시로 이러한 방향으로부터 전면적으로 전환함으로써 동일한 하나의 법계로서 이 지역을 파악할 수 있는 가능성과 유용성을 획득하였다고 생각된다. 앞으로 한반도가 통일되어 한국법의 영향이 북한에 미치게 된다면 동북아법계의 사정은 더욱 확대될 것이다. 동북아지역에서의 비교연구는 서양의 비교에서는 살필 수 없는 세부적인 특질을 부각시킬 수 있을 것이다. 이는 형사법분야를 포함하여 넓게는 법철학, 법사상, 법문화, 법의식 등의 분야에서의 비교연구에 대하여도 동일하게 적용될 수 있다.

동북아지역 국가 형사법계의 조화가능성을 모색하기 위해서는 동북아

시아 범문화권이 이 지역의 대중에 의한 협동적인 노력(내지는 희생) 위에 구축되었다는 사실을 인식하는 것이 중요하다. 근대에 들어 서양법화의 계기를 제공하면서 선도적인 역할을 담당하였던 것은 일본이었지만, 거기에는 한자라고 하는 동북아시아의 공유자산이 있었기 때문에 가능한 일이었다. 동북아시아가 한자를 공유하고 있지 않았다면 일본경유의 근대법이 한국이나 중국에 이렇듯 깊게 수용될 수는 없었을 것이다. 동북아 지역국가의 형사법이 상당한 정도로 서양법화되었다고 할 수 있을지라도 여전히 각국의 전통적 요소를 유지하고 있다. 요컨대 동북아 지역국가의 법은 이 지역 국가와 국민들이 함께 육성해 온 역사적 구축물, 즉 역사적 공유재산인 것이다.

그러나 오늘날에는 동북아시아범문화권(한자범문화권)에 위기가 초래되고 있다. 즉 중국에서는 극단적인 한자의 약자화가 진행되고, 한국에서는 두드러진 한글사용 정책에 의해 한자의 사용이 배제되고 있는 것이다. 이를 현명하게 극복하는 것이 동북아 지역국가 형사법문화의 조화가능성을 위한 과제라 할 것이다.

#### IV. 비교법·제도적 접근: 유럽연합의 형사법적 기초

##### 1. 유럽연합의 내부사법정책의 등장과 발전과정

유럽연합 내에서 형사법 및 형사사법에 관한 영역은 일반적으로 사법내무분야로 포괄된다.

유럽지역에서 사법내무분야에서 각국이 협력해온 역사는 이미 1957년의 로마조약으로까지 거슬러 올라간다. 로마조약은 상품, 서비스 및 자본의 자유로운 이동 이외에 ‘사람의 자유이동’도 규정하고 있었는데, 사람의 자유로운 이동을 계기로 조직범죄, 테러 등과 같은 국경을 초월하는 범죄 현상이 증가되었다. 이것은 유럽국가들로 하여금 사법내무분야에서의 공동협력의 필요성을 강조하게 만들었다. 그 결과 유럽지역에서는 국경초월 범죄에 대한 공동대응전략의 일환으로 1972년에 마약 문제에 효과적으로 대처하기 위하여 구주평의회(Council of Europe) 산하에 결성된 풍피두

그룹(Pompidou Group)이 창설되었으며 1975년 12월에는 유럽국가들간의 반테러 노력을 조정하기 위하여 창설된 트레비그룹(Trevi Group)이 창설되었다. 그 이후 1992년 2월 7일에 체결(1993. 11. 1 발효)된 유럽연합에 관한 마스트리히트조약에서는 사법내무분야에서의 공동협력이 세번째 업무영역(제3기동)으로 명시되었다. 1997년 6월 18일에 체결(1999. 5. 1 발효)된 암스테르담조약에서는 마스트리히트조약의 세번째 업무영역(제3기동: 사법내무분야에서의 공동협력)의 일부분이 암스테르담조약 제6부에 '인력의 자유로운 이동과 관련된 비자, 망명, 이민 및 기타 정책'이라는 형식으로 유럽공동체조약속(동 조약 제61조 내지 제69조)으로 편입되었다. 이로써 암스테르담조약이 체결된 이후로는 세번째 업무영역(제3기동)과 관련한 회원국의 활동은 경찰과 형사사법공조에 국한되게 되었다. 나아가 1999년 10월 핀란드 탐페레(Tampere)에서는 유럽정상들이 '유럽법률공간'의 창설에 관하여 합의를 이룸으로써 국가간의 전통적인 형사사법공조의 범위를 뛰어넘는 수준까지 도달하게 되었다. 이러한 발전은 전통적 공조절차의 간이화와 신속화뿐만 아니라 국내의 형법규정의 내용적인 조화와 동화 및 부분적으로는 유럽연합의 모든 회원국을 대상으로 국내법원의 형사사건에 관한 판결과 사법기관의 형사사건에 관한 결정의 상호간의 승인에 관한 것이었다.

## 2. 유럽연합의 형사법적 기초

### 가. 유럽형법의 개념과 유럽연합의 형사입법권

유럽형법이란 유럽연합의 회원국들간의 쌍방 또는 다자간의 협약에 의하여 탄생된 형사법규범을 총칭하는 개념이다. 형사사건에서 경찰 및 사법공조에 관한 세번째 업무영역(제3기동)에서 규정하고 있는 행위수단은 유럽연합조약 제34조 제2항에 규정되어 있다. 이에 의하면, 공동견해(gemeinsame Standpunkte), 대강결정(Rahmenbeschlüsse), 결정(Beschlüsse), 협약(Übereinkommen)의 형식이 있다. 이 행위수단들은 2차적 유럽연합법을 의미하지만, 그러나 세번째 업무영역의 정부간의 구조에 상응하게 원칙적으로는 국제법규범에 해당하는 것이다.

따라서 형사법규정의 입법과 관련하여 유럽연합이 독자적으로 입법권을 가지고 있는지 문제가 제기된다. 이와 관련하여 유럽공동체의 설치에 관한 조약 제280조 제4항은 유럽연합의 이사회는 유럽연합의 회원국들을 효과적이고 평등한 보호를 보장하기 위하여 유럽공동체의 재정적 이익에 반하는 사기행위에 대한 투쟁과 예방에 관한 필요한 조치를 결정하도록 새롭게 규정하였다. 그러나 다른 한편으로 유럽공동체조약 제280조 제4항 2문에 의하면, “유럽연합의 개별 회원국의 형법적용과 형사사법은 유럽연합의 이사회가 취하는 조치와 무관하다”고 규정하고 있다. 유럽공동체조약 제280조 제4항의 상반된 규정내용을 두고 논란이 되고 있다. 그러나 일반적인 견해에 의하면, 유럽연합은 독자적인 형사입법권을 가지고 있지만, 단지 이로써 개별 회원국의 형사입법 및 형사사법과 경합관계에 있게 되며, 여기서 개별 회원국의 국내형법은 특별관계로 인하여 우선적으로 적용된다.

#### 나. 유럽연합의 실체형법규정

유럽연합에서 실체형법에 관한 규범들은 다양한 대강결정과 지침에서 발견할 수 있다.

① 유럽연합의 회원국들은 1995년 7월 26일에 ‘유럽공동체의 재정이익의 보호에 관한 협약’에 서명하였으며 이것은 개별 회원국의 비준절차를 거친 후 2002년 10월부터 발효되었다. 이 협약은 유럽연합의 회원국에게 유럽공동체의 재정적 이익을 침해하는 사기행위를 국내법질서에 범죄행위로 전환할 의무를 지우고 있다. 또한 이 협약을 통하여 보조금이나 징수금을 둘러싼 사기범죄에 효율적으로 대처하기 위하여 유럽연합의 집행위원회는 1999년 4월 29일자 결정을 통하여 사기투쟁청(이를 유럽연합의 부패방지청이라고도 함)을 설치하였다. ② 1998년 12월 21일에는 조직범죄에 대한 효과적인 대응을 목적으로 유럽연합의 회원국에서 범죄단체에 가입하는 행위를 가벌화하는 공동조치를 통과시켰다. ③ 유럽연합의 실체형법 중에서는 통화위조죄, 즉 유로화 위조죄도 중요한 의미를 담당하고 있다. 유럽연합 이사회는 유로화의 도입과 관련하여 통화위조행위에 대하여 효과적으로 투쟁하기 위하여 2000년 5월 29일자로 대강결정을, 2001년 12월

6일에는 이를 보완하는 대강결정을 통과시켰다. ④ 1990년의 구주평의회  
의 돈세탁에 관한 협약에 기초하여 유럽 장관평의회(EU-Ministerrat)는  
2001년 6월 26일에 대강결정을 통과시켰는데, 이 대강결정은 돈세탁을 가  
벌화하여 재산가치를 몰수하고 박탈하는 것을 주요내용으로 삼고 있다.  
⑤ 그밖에도 유럽연합 각료이사회는 2002년 6월 13일자로 테러투쟁에 관  
한 대강결정을 통과시켰으며 2002년 7월 19일에는 인신매매와 성착취에  
대한 규정을 통과시켜 회원국들에게 이들 범죄의 국내법적 전환과 시행을  
의무지우고 있다. 또한 불법이주와 불법외국체류에 대한 방조행위도 유럽  
연합차원에서 공동으로 대응할 것을 목적으로 하는 지침을 2002년 12월  
28일자로 발하였으며 2003년 1월 27일에는 형법을 통한 환경보호를 목적  
으로 하는 대강결정을 통과시켰다.

유럽연합의 형법은 유럽공동체의 재정적 이익을 보호하고 유럽연합 차  
원에서 공동의 대처가 필요한 중범죄를 지침의 형식이나 대강결정의 형식  
으로 발함으로써 유럽연합의 역내에서 과거보다는 효과적이고 효율적인  
범죄투쟁을 가능하게 한다. 그럼에도 불구하고 현재의 유럽연합차원의 형  
법적 대응은 목적중심적이고 효율을 최적화하는 형사정책을 대변하고 있  
다는 점, 유럽연합의 형법이 행정입법의 형식을 취하고 있다는 점에서 민  
주적·법치국가적 원칙을 무시하고 있다는 점, 유럽연합의 제재법과 체포  
에 관한 규정들은 내용의 부정확성과 사법적 통제가능성이 흠결되어 있다  
는 점 등과 같은 반론이 지적되고 있다.

#### **다. 유럽연합에서 형사법의 조화와 통일화 경향**

1990년대의 유럽형법에 관한 논의는 유럽통합의 발전과 강도에 비추어  
볼 때 국내형법이 여전히 국내입법권에 일임되어 있어야 하는 것인지, 아  
니면 유럽연합의 각종 정책에 상응하게 최적의 형식으로 변경되어야 할  
것인지에 관한 문제가 중심에 위치하고 있었다. 그러나 이 논의는 1990년  
대 중반기 이후가 되면 이미 낡은 논의로 변하게 된다. 국내형법의 유럽화  
는 이미 시작되고 있었으며 이러한 형법의 유럽화는 더 이상 거역할 수 없  
는 발전으로 나타났기 때문이다. 유럽연합에서 개별 회원국들의 형사법을  
조화 내지 통일화시킬 필요성은 유럽연합의 재정적 이익을 확보하기 위한

기존의 형사법적 수단들이 지금까지 미흡하게 적용되어 왔거나 흠결을 초래하여 유럽공동체의 예산에 막대한 손실을 끼쳤다는 점에 기초하고 있다. 따라서 정치적으로 강력한 동맹을 통하여 유럽공동체의 예산을 실효성 있게 보호하지는 목소리가 점점 더 지지를 얻어가고 있다. 특히 지금까지의 형사사법공조나 범죄인인도의 절차는 국경을 초월하는 범죄를 수사하고 소추함에 있어 불충분하다는 결론에 이르게 되었다. 따라서 유럽공동체의 재정이익의 보호체계를 새롭게 개선하기 위해서는 형사실체법적 규정과 소송법규정 및 유럽 형사소추기관들간의 공조를 포괄하는 새로운 접근법이 필요하다.

현재 유럽연합은 ‘유럽연합의 재정이익을 보호하기 위한 통일형법전초안’을 성안해두고 있다. 이 통일형법전초안은 통일적인 유럽의 법공간 속에서 유럽의 형사소추에 관한 모델이라고 할 수 있다. 이 초안은 형법총칙과 각칙 및 형사소송법의 규정까지 포괄하여 규정해두고 있다. 현재 통일형사법초안은 발효되어 있는 상태가 아니며 이에 대한 반대의견도 만만치 않다. 그러나 통일형법전초안은 형법의 유럽화의 방향을 제시해주고 있다는 점에서 학계에서는 머지 않은 장래에 유럽연합에서 통일적으로 적용될 것은 확신하는 것이 일반적이며 이 초안만으로도 이미 법률적 관점의 통합프로젝트가 진행 중에 있다고 평가하고 있다.

### 3. 유럽연합의 형사사법공조

#### 가. 형사사법공조체계

형사사법공조체계에 속하는 중요한 것으로 국경철폐를 의미하는 셴겐조약과 공동수사그룹 및 범죄인인도와 유럽체포영장이 있다.

셴겐조약이란 1985년에 유럽연합의 12개 회원국 중 9개국이 룩셈부르크 셴겐(Schengen)에서 국경에서의 검문검색 폐지, 여권검사 면제 등 인적 교류를 증진시키기 위한 국경철폐 등을 내용으로 하는 조약을 말한다. 그러나 셴겐조약은 경찰과 사법의 국경을 초월하는 공조에도 본질적인 의미를 가지고 있다. 예컨대 셴겐실행협정에 규정되어 있는 경찰의 사법공조(동협정 제39조 제46조), 국경을 초월하는 감시와 추적(동협약 제40조,

제41조) 및 센겐정보체계(동협약 제92조 이하)는 경찰의 실무에서 매우 중요한 의미를 가지고 있다.

공동수사그룹은 형식면에서 유럽연합의 제3기동을 구체화하기 위한 행위수단인 대강결정이다. 공동수사그룹이 의도하는 것은 둘 이상의 회원국의 관할 관청의 합의로 특정한 목적에서 한시적으로 범죄를 수사하기 위하여 이에 가입된 회원국에 한 개 이상의 공동수사그룹을 설치할 수 있도록 하는 것이다. 공동수사그룹의 설치가 특히 요구되는 경우로는, 하나의 회원국의 수사절차에서 범죄규명이 어렵거나 타 회원국과의 관련된 수사로서 비용이 많이 수반되는 경우 및 다수의 회원국이 범죄규범을 위한 수사를 실시할 필요가 있는 경우이다.

유럽연합 지역에서 범죄인인도는 2004년 이전까지만 하더라도 국제법에 기초하여 유럽연합 회원국들 간의 전통적인 범죄인인도절차가 행해져 왔다. 그러나 2004년 1월 1일부터 이러한 전통적인 범죄인인도절차는 유럽체포영장 내지 간이인도절차로 바뀌게 되었다. 유럽연합 회원국들은 2003년 12월 31일까지 유럽체포영장에 관한 대강결정을 국내법으로 전환할 의무를 부담하게 되었다. 유럽체포영장에 관한 유럽연합의 대강결정은 유럽연합에서 형법상 상호승인원칙을 구체화하기 위한 중요한 발전으로 평가되고 있다. 나아가 유럽체포영장은 체포영장에 필요한 최저기준을 명기해두고 있기 때문에 회원국의 국내법상의 구속영장에 관한 제반 요건과 매우 동화되는 결과를 가져온다.

#### 나. 유럽연합의 형사사법조직

형사사법분야에서 효율적 공조체계를 유지하기 위하여 유럽연합에는 유럽경찰청, 사법조정처 및 유럽사법망이 설치되어 있다.

유럽경찰청(Europol)은 1991년에 마스트리히트 정상회담의 결과로 탄생된 것이지만, 유럽연합이나 그 하부기구에 소속된 조직은 아니라 유럽연합 회원국들간의 협약에 의하여 불법마약판매, 조직범죄, 핵물질의 불법거래, 불법이주, 인심매매 등과 같은 중범죄와의 투쟁을 위하여 설치된 경찰조직이다.

사법조정처(Eurojust)는 중대한 국제범죄에 투쟁을 강화하기 위하여

2002년 2월 28일자 유럽이사회의 결정에 의하여 설치된 조직이다. 사법조정치를 설치하게 된 본질적인 배경은 국경을 초월하는 경찰의 형사소추가 제대로 실현되지 않았다는 흠결을 제거하여 경찰의 효율성을 최적화시키기 위한 것이었다.

유럽사법망(Europäisches Justitielles Netz)은 1998년 6월 29일자 공동조치에 의하여 설치된 것으로서 조직범죄나 중범죄에 대하여 효율적으로 대처하기 위하여 유럽연합 회원국간의 사법교섭망을 의미하는 것이다. 유럽사법망은 유럽연합에 소속되어 있는 독자적인 물적 조직이 아니라 개별 회원국들이 국내법적 기준에 따라서 하나 또는 다수의 교섭처를 설치하는 것을 내용으로 한다.

#### 4. 유럽연합의 형사법적 기초의 정책적 함의

아직 공동체의 초기단계에도 접근하지 못하고 있는 동북아 지역에 유럽연합의 형사법을 그대로 대비해보는 것은 큰 의미가 없다. 그러나 동북아 문화공동체의 궁극적 목표가 지역공동체 형성에 있으며, 이 과정에서 형사사법분야의 공동협력을 추진해 나가야 한다는 관점에서 출발하게 되면, 유럽연합의 형사법적 기초가 동북아 문화공동체에 부여하는 정책적인 함의는 결코 무시할 수 없다.

첫째, 유럽연합의 형사법질서가 일차적으로 의도하는 것은 유럽연합 차원에서 공동체의 이익을 구하기 위하여 독자적으로 형법질서를 창설하고 있다는 점이다. 이것은 특히 국경초월범죄에 대한 공동대응의 필요성과 관련하여 동북아 지역국가에 부여하는 의미가 매우 크다. 유럽연합의 형사정책과 같이 동북아지역에서도 공동의 형사사법공조 정책을 수립하여 집행하는 경우에는 동북아 지역의 평화확보는 물론이고 공동의 이익을 위한 하나의 연대체계가 구성될 수 있다.

둘째, 유럽연합의 형사법질서에서 볼 수 있는 또 하나의 특징은 사법 및 내무영역에서 지역적 협력을 강화함으로써 효율적으로 대처할 가능성을 가지고 있다는 점이다. 유럽연합체제하에서는 이전의 개별국가들간의 양자간 또는 다자간의 조약에 기초한 대응체계를에서 탈피하여 특정한 범죄영역의 경우 유럽연합 차원에서 범죄예방 및 투쟁정책을 실시함으로써 지

금까지의 번거로운 조약 등의 방식을 취함이 없이 직접 회원국에게 범죄 투쟁을 위한 일정한 의무를 부담시킴으로써 보다 세련되고 체계적인 사법 공조를 가능하게 하고 있다.

셋째, 유럽연합의 발전과정에서 나타난 각국의 형법질서의 동화 내지 조화는 동북아 지역에서도 중대한 의미를 던져주게 될 것이다. 유럽지역의 경우 2차 대전 이후에 출범한 구주평의회는 과거 유럽지역의 인권침해에 대한 반성과 인권의식의 고양을 위하여 지속적인 계몽활동을 펼쳐왔으며, 유럽법원도 기본적 인권보장에 관한 헌법원칙과 책임주의를 본질적 내용으로 하는 형법원칙의 준수에 노력을 기울여 왔다. 이러한 인권연대적 접근은 동북아 문화공동체가 중국적으로 유럽연합과 같이 하나의 국가결합을 이루는 상태에 놓인 경우 공동체 차원의 형사법질서는 개별 국가들에게 많은 영향을 미칠 것임에 틀림이 없다. 공동체 내에서 정치적인 목소리를 높이기 위해서는 국내 형사법이 인권친화적으로 구성되어야 하고 이로써 정당성이 주어질 있어야 하기 때문이다.

## V. 동북아 문화공동체 형성을 위한 형사법적 기반구축의 방안

### 1. 장기비전으로서 동북아 지역공동체

동북아 지역국가들이 초국가적 국가결합의 단계에까지 이르는 매우 오랜 시일이 소요될 것으로 판단된다. 동북아지역의 개별국가들간의 이해관계조정이나 현실적으로 나타나는 문화의 상이성 등으로 인하여 동북아 시민의 개념이 하루아침에 형성되기란 힘들기 때문이다. 이 점은 예컨대 유럽연합의 역사를 반추해보면 쉽게 알 수 있다. 유럽 지역의 개별 국가들의 정치·경제적 수준이 상이했다는 점, 상호간의 다른 언어를 사용했다는 점 등으로 인하여 제2차 세계대전 이후에 유럽통합이 구체화되기까지 매우 오랜 시간이 소요되었다.

유럽지역에서의 유럽통합에 관한 논의의 역사가 매우 깊은 반면에, 동북아지역은 지금까지 정치·경제적 통합의 노력조차 거의 없었다. 따라서 동북아 지역공동체가 구체화되기까지는 매우 장기간을 소요될 것이라는

추측이 가능하다. 그러나 이러한 시간적 제한이 동북아 지역공동체 형성에 걸림돌로 작용되어서는 안된다. 오늘날 한편으로는 세계화의 추세에 있고, 다른 한편으로는 지역화의 연결망으로 구축되어 있는 현실에 비추어 볼 때 국가간의 결합 내지 그 이전단계로서 국가들간의 긴밀한 협력체계의 구축은 이미 시대적 흐름이다. 동북아 지역공동체가 궁극적으로 유럽연합과 같이 초국가적 국가결합 내지 정치·경제·문화적 공동체로서의 통합단계에 진입하기 위해서는 국가간의 상충되는 이해영역에 대한 양보와 협력을 통합 합의의 도출 및 성실한 이행의지가 필요하다.

## 2. 동북아 지역국가의 형사법조화의 가능성과 전략

### 가. 형사법조화의 가능성

동북아 지역공동체의 전 단계로서 동북아 문화공동체에서는 특정한 초국가적 공동체를 염두에 둔 것이 아니기 때문에 유럽연합과 같은 인위적인 형사법조화는 행해져서도 안 될 뿐만 아니라 그렇게 할 수도 없다. 그러나 동북아 지역국가들간의 범죄인인도조약이나 형사사법공조조약이 체결되어 있고 이러한 조약에 기초하여 개별 국가들이 국내 이행입법을 완료했다는 점은 동북아 지역국가들간의 형사법을 조화·발전시키는 주요한 첫걸음이라고 평가하지 않을 수 없다. 나아가 동북아 핵심적 지역국가로서 한국, 중국 및 일본은 공통의 법문화에 기초하고 있다는 점에서 큰 저항없이 형사법의 조화문제가 해결될 것으로 예상된다.

### 나. 동북아 지역국가의 형사법 비교연구의 심화

동북아 지역공동체가 출범하고 이로써 공동체 차원에서의 형사법의 조화 내지 통일화가 문제되기 위해서는 일차적으로 동북아 지역국가의 형사법질서에 대한 이해가 선행되어야 한다. 이로써 적어도 법적인 관점에서는 상호간의 이해를 증진시킬 수 있기 때문이다. 나아가 동북아 지역공동체가 완성된 단계에서도 지역공동체 차원의 단일한 지침을 제정하여 개별 회원국에 적용하기 위해서는 개별 국가의 형사법체계나 문화에 대한 인식과 이해가 갖추어져 있어야 한다. 하지만, 동북아 지역국가들의 형사법을

비교법적으로 연구하고 이에 관한 대화를 전개하는 것이 반드시 쉬운 것만은 아니다. 법비교(Rechtsvergleichung)는 개별 국가의 형법전이나 형사소송법전을 번역하고 그 특징을 도출하는 단순한 문제가 아니라 현행 형사법의 저변에 깔려 있는 사회문화적 제반요소와 직접적으로 관련을 가지고 있기 때문이다. 개별국가의 형사법을 비교하여 특정제도의 타당성과 합리성을 검토하는 작업은 비교적 장기간이 소요되는 것일 뿐만 아니라 비교법 연구를 위한 제반 인프라가 구비되어 있어야 한다.

그러나 현재 우리나라에서 동북아 지역국가의 형사법에 관한 법비교가 수행된 사례는 그다지 많지 않다. 중국과 일본의 형사법 전반에 관한 상세한 논의는 거의 수행되지 않고 있다. 다만, 필요한 경우에 특정 부분에 국한하여 연구가 수행될 뿐이다. 이 점에서 동북아 지역국가들의 형사법에 관한 전반적인 비교법 연구작업을 활성화시켜야 할 것이다.

#### 다. 비정부기구간의 교류활동의 활성화

동북아 문화공동체 형성을 위한 형사법적 기반구축은 국가나 형사실무기관의 과제라고 볼 수 없다. 오히려 동북아 지역공동체의 형성시기가 앞당겨지기 위해서는 국가영역 이외의 비정부기구(NGO: Non Governmental Organisation)들간의 교류활동이 활발하게 진행되어야 한다. 그러나 동북아 지역에서 형사사법과 관련한 비정부기구들간의 협력과 교류는 거의 전무한 실정이다. 현재 한·중·일 3국간의 형사사법과 관련한 비정부적 차원의 교류는 형사법 관련학회간의 비정기적 학술교류에 국한하고 있다. 한·중·일 3국의 형법전문가들간의 학술교류가 점차 등장하게 될 동북아 지역공동체의 설치에 보이지 않는 밑거름을 제공해줄 수 있다는 점을 고려해 보면, 현재의 학술교류는 양적으로나 질적으로 보다 심화되어야 하며 신진학자들이나 전문가들간의 연구교류도 보다 활성화시켜 나가야 할 것이다. 이를 위하여 여기서는 ‘동북아비교형사법학회’의 창설을 제안한다. ‘동북아 비교형사법학회’는 동북아 지역국가들의 형사법학자나 실무자들이 개별 국가의 형사법제도나 최근의 이슈 등에 관하여 공통의 관심사를 표명하고 이에 관한 공동의 해결책을 모색하는 자리가 될 것이다.

### 3. 국경초월범죄에 대한 동북아 지역국가의 형사사법공조체제 강화

#### 가. 주권국가의 제한된 형사소추체계의 극복

전통적인 의미의 형사소추는 개별국가의 주권의 행사로서 영토적 관할권과 자국민에 대한 속인적 관할권을 가지고 있었으며 자국영역내에서의 타국관할권의 행사도 용인하지 않는다. 그러나 이는 전통적인 국가주권개념에는 합치되지만 국제사회의 시대적 요청에 적절하게 대응하는 것은 아니다. 일반적으로 형법상의 범죄란 특정사회의 질서를 파괴하는 것이지만 범죄의 진압에 관하여는 전 인류가 공동의 이익을 갖는다. 이 점에서 주권국가의 정당성은 새로운 변화를 요구하고 있다. 이러한 발전의 결과로 나타나는 전통적인 주권국가의 권력상실은 국가고권을 초국가적 조직에 위임하여 이 조직으로 하여금 새로운 사회변화에 조응하게 대응하도록 함으로써 해결할 수 있다.

#### 나. 형사사법공조체제의 강화

동북아 지역 관련국가들은 수많은 인적·물적 교류와 이로 인한 다양한 일탈행위가 발생함에도 불구하고 여전히 이에 대한 대응체계는 주권국가의 형법에 의한 개별적인 조치만 취해지고 있을 뿐이다. 현재 국경초월범죄에 효율적으로 대응하기 위한 동북아지역의 연대체제는 범죄인인도, 국제형사사법공조 및 인터폴을 통한 수사공조 등과 같은 전통적인 수단에 의존하고 있다. 그러나 전통적인 형사사법공조체계는 비록 국제적인 차원에서 행해지는 것이지만, 국내법에 따라서 적용이 제한되거나 배제되는 경우도 있으며 구체적 사건의 수사와 관련하여 상호이해의 부족으로 인하여 실제로 공조가 이루어질 수 있는 여건이 미약하다. 나아가 국제형사사법공조와 범죄인인도는 사후적인 수사에만 집중되어 있으며, 그것도 긴밀하고 신속하게 진행되지 않고 매우 복잡하다고 이해되고 있다. 이로써 동북아 지역국가들 상호간의 원활한 공조체제의 구축이 힘들게 되고 국제간에 연계된 해외정보를 폭넓게 수집하기도 어렵다. 따라서 테러, 마약, 무기밀매, 돈세탁, 사이버범죄 등과 같은 국경초월범죄에 대하여 효율적으로 대

치한다는 관점에서 기존의 전통적인 형사사법공조를 보다 긴밀하고 신속한 공조체제로 바꾸어야 할 것이다.

### 다. 동북아지역의 형사사법공조를 위한 단·장기 전략의 구상

동북아지역의 평화와 역내 안전을 확보하기 위해서는 국경초월범죄에 대한 관련국가들의 공동대응체계가 불가피하다. 그 구체적인 전략은 단기적인 전략과 중·장기적인 전략으로 구분해볼 수 있다.

첫째, 단기적인 전략으로서는 현행 형사사법공조체계에 뿌리를 두고 국경초월범죄에 대응하되, 이를 보다 효과적이고 효율적으로 추진하기 위하여 형사사법 실무기관들 간의 정보교류나 수사공조를 이루어서 관련국가들 간의 신뢰를 구축하는 작업이 필요하다. 동북아 지역공동체는 단시간의 갑작스러운 동기로 형성되는 것이 아니라 기존의 협력관계가 지속적으로 활성화되어온 결과로 인하여 탄생된다는 가정에서 출발해보면, 형사사법 분야에서의 국가간의 간헐적이고 부분적인 공식적 협의체제는 확대 개편되어야 할 것이다.

둘째, 중·장기 전략으로서는 동북아 지역국가들간의 ‘공동수사그룹’의 창설이 필요하다. 여기서 공동수사그룹이란 동북아 지역에서 발생하는 국경초월범죄에 대한 정보제공뿐만 아니라 사후적인 수사도 공동으로 수행함으로써 한편으로는 범죄사건에 대한 즉시대응을 가능하게 함으로써 형사사법공조의 효율성을 높일 수 있을 뿐만 아니라 다른 한편으로는 이를 기초로 동북아지역의 역내평화와 안전을 도모함으로써 동북아 지역공동체의 기초를 구축할 수 있다.

## Ⅵ. 전망: 형사법적 기반구축에서 한국의 역할과 과제

동북아 문화공동체 형성과정에서 우리나라는 형사법조화와 형사사법의 공조를 위하여 동북아 지역국가들 중에 우월적인 지위에서 이끌어갈 것이 아니라 동북아 지역국가들간의 중개자 역할뿐만 아니라 촉진자의 역할을 담당해야 한다. 현재 우리나라의 학계와 실무계에서 나오고 있는 동북아

문화공동체론은 우리나라가 동북아지역에서 중심국가로 등장하거나 패권을 잡겠다는 것을 의미하는 것이 아니라 상호간의 이해를 바탕으로 공동 번영을 추구하는 것을 목표로 하기 때문이다. 특히 범죄는 인류보편적 가치에 대한 침해이기 때문에 동북아 지역사회는 범죄진압에 공통이익을 가진다는 점, 동북아지역 국가들간의 교류가 긴밀해짐에 따라 국경초월범죄의 발생빈도가 높아졌다는 점, 이러한 국경초월범죄에 대해서는 관련국가들의 도움없이 효과적인 진압이 어렵다는 점, 형사문제에 있어서 국가간의 긴밀한 협력은 피의자 또는 피고인의 인권을 보호하기 위해서도 필요하다라는 점에 대하여 동북아 지역국가들은 대체로 인식을 같이하고 있다. 특히 우리나라는 지리적으로나 경제발전단계 면에서 동북아 중간에 위치해 있으면서 오랜 지배와 피지배의 역사를 가지고 있기 때문에 지역협력체 형성에 대한 역내 합의를 도출하는 '도덕적 권위'를 지니고 있다는 점에서 중개자 역할을 하기에는 충분한 정당성이 있다.



# 목 차

I. 서론 .....	1
1. ‘동북아 문화공동체’ 구상의 대두와 발전 .....	3
2. 문화공동체 형성에서 형사법의 역할에 관한 논의의 현재 .....	5
3. 연구목적 및 서술과정 .....	7
II. 동북아 문화공동체 형성에서 형사법의 의미 .....	9
1. 동북아 문화공동체의 의미와 형사법의 가치 .....	11
2. 세계화와 지역화의 구도 속에서 법패러다임의 변화 .....	17
3. 세계화의 관점에서 본 형사법 .....	22
III. 변화하는 동북아시대에서 형법정책의 현상과 문제점 .....	27
1. 동북아 지역사회의 발전과 범죄환경의 변화 .....	29
2. 동북아 지역의 범죄 양상과 대처의 현실 .....	34
3. 동북아 지역국가의 형사법 비교의 현재와 문제점 .....	45
IV. 비교법·제도적 접근: 유럽연합의 형사법적 기초 .....	67
1. 유럽연합의 사법내무정책의 등장과 발전과정 .....	70
2. 유럽연합의 형사법적 기초 .....	75
3. 유럽연합의 형사사법공조 .....	92
4. 유럽연합의 형사법적 기초의 정책적 시사점 .....	97
V. 동북아 문화공동체 형성을 위한 형사법적 기반구축의 방안 .....	103
1. 장기비전으로서 동북아 지역공동체 .....	105

2. 동북아 지역국가의 형사법조화의 가능성과 전략 .....	107
3. 국경초월범죄에 대한 동북아 지역국가의 형사사법공조 체계 강화 .....	113
<b>VI. 전망: 형사법적 기반구축에서 한국의 역할과 과제 .....</b>	<b>119</b>
<b>참고문헌 .....</b>	<b>123</b>

# I

서론



## 1. ‘동북아 문화공동체’ 구상의 대두와 발전

세계화와 지역협력이라는 세계경제의 양면적 발전양상 속에서 첨단기술로 무장한 일본과 신흥 경제강국으로 부상하고 있는 중국의 틈바구니 속에서 지속적 성장과 안정을 구현하기 위하여 우리나라는 ‘동북아 경제중심국가’를 지향하고 있다.

우리나라에서 동북아 경제중심국가에 관한 정책구상은 비교적 최근에 등장하였다. 국민의 정부 말기(2002. 1. 14)에 김대중 대통령의 연두기자 회견에서 ‘동북아 비즈니스 중심국가 기본구상’이 발표된 후, 재경부는 한국을 동북아 물류 및 금융중심지로 개발하는 것을 주요 내용으로 하는 구체적인 실현방안을 제출한 바가 있다. 이러한 기초적 단계의 동북아 중심국가 구상이 2003년에 출범한 참여정부에서는 하나의 시대적 과제로 인식되고 있다.

참여정부는 ‘평화와 번영의 동북아시대’를 3대 국정목표 중의 하나로 설정하여 정부의 주요 시책의 시야를 동북아지역으로 확대시키고 있다. 나아가 평화와 번영의 동북아 시대를 구체화시키기 위하여 참여정부는 ‘동북아 경제중심국가 건설’을 12대 국정과제 중의 하나로 채택하고 있다. 동북아 경제중심국가 건설은 구체적으로 ① 국토의 균형발전과 산업발전 전략 병행, ② 경제자유구역의 조성 및 국제 금융화, ③ 동북아 물류중심기지 구축, ④ IT등 첨단산업·비즈니스 허브화, ⑤ 남북경제교류협력 촉진 및 대외환경조성을 세부목표로 설정하고 있다. 이러한 의미에서 참여정부의 동북아 경제중심국가에 관한 구상은, 우리나라가 동북아 지역에서 산업과 경제부분에서 중심적인 역할을 담당하여 이를 바탕으로 남북간의 긴장완화 및 동북아 전지역의 평화확보에 이바지하는 것을 본질적인 내용으로 한다.

그런데 참여정부가 ‘동북아 경제중심국가’에 관한 구상을 발표한 지 얼마 지나지 않아 인문사회분야에서 ‘동북아 문화공동체 형성’에 관한 논의가 활발하게 진행되고 있다. 여기서 ‘동북아 문화공동체 형성’이란 한반도

를 둘러싼 주변국가들과의 협력과 참여를 유도한다는 목표하에서 동북아 중심이 경제적 측면은 물론 인문사회분야를 포괄하여 사회문화의 교류증대를 통해 동북아 공동의 문화가치를 개발·공유함으로써 문화적 동질성과 정체성을 확산시켜 나가야 한다는 것을 말한다. 이 점에서 동북아 문화공동체 형성은 동북아 경제중심론의 지평을 확대하는 구상임과 동시에 경제중심 일변도의 동북아 정책을 수립하고 집행함에 있어 나타날 수 있는 결함들을 보완해주는 기능을 담당한다. 예컨대 동북아의 상호교류를 동북아 지역국가들간의 경제적 이익의 추구에만 국한시키는 경우에는 한국의 경제규모와 경제적 위상이 일본과 중국에 비하여 약소하며, 기술력과 지정학적 위치도 일본과 중국에 비하여 우월하다고 판단할 수 없다. 따라서 문화공동체론을 주장하는 견해<sup>1</sup>는 우리나라가 추진하고자 하는 동북아 경제중심국가 건설 전략이 경제일변도에서 벗어나 동북아 문화동질성 회복, 이질성 극복, 문화 다양성의 확산, 문화 고품질화 운동 등과 연계될 때 그 효과를 극대화시킬 수 있다고 주장한다.

‘평화와 번영의 동북아시대’라는 국정목표를 체계적이고 일관성있게 구체화시키기 위한 전략을 수립함에 있어 동북아 지역국가들간의 경제교류에만 국한시켜서 접근하는 것은 너무 근시안적이라고 평가하지 않을 수 없다. 이 경우에는 동북아 관련 국가들간의 단순한 경제협력의 차원을 벗어날 수 없기 때문이다. 평화와 번영의 동북아 미래비전이 본질적인 의미를 가지기 위해서는 경제교류의 시각을 뛰어넘어 동북아 지역국가들간의 문화적 의사소통을 가능하게 한다는 차원에서 접근되어야 한다. 동북아 문화공동체에 관한 구상을 구체화하는 작업은 그 동안 거의 활성화되지 못했던 동북아 지역국가들간에 문화적 가치의 공유의식을 가지게 할 뿐만 아니라 동북아 지역의 물류, 금융을 포함한 경제교류를 활성화시키는 정신과학적 기초를 제공해주는 것임에 틀림이 없다.

<sup>1</sup> 예컨대 전영평·박경하, “평화와 번영의 동북아 문화공동체 형성 -동북아 상호이익과 갈등극복을 위한 방안-,” 인문사회연구회(편), 『평화와 번영의 동북아 문화공동체 형성을 위한 정책연구』(2003. 12), pp. 51-52.

## 2. 문화공동체 형성에서 형사법의 역할에 관한 논의의 현재

동북아 미래비전을 경제중심적 관점에서 문화공동체의 관점으로 확대시키는 경우에는 그것이 포섭하는 대상은 매우 다양하고 그 범위도 폭넓게 다가온다.

이미 ‘문화’라는 단어의 포괄성과 불명확성에서 알 수 있듯이, 문화공동체의 포착범위는 우리 사회에서 나타나고 있는 모든 문화현상을 동북아 지역으로 이전시키는 것과 같은 정도로 폭넓다. 예컨대, 동북아지역의 청소년문화, 노동문화, 각국의 정부조직의 운영에 관한 문화, 여성문화, 교육문화 등과 같이 동북아 문화공동체와 관련한 기초적인 접근방식은 매우 다양하다. 이러한 다양한 문화현상들 중에서 결코 간과할 수 없는 것이 바로 법문화라고 할 수 있다. 법이란 궁극적으로 평화를 위한 도구이며, 법의 목표는 평화의 구축을 본질로 하기 때문에 동북아 지역국가들의 법제와 법문화에 관한 심층적인 접근은 동북아 지역국가들간의 상호이해와 평화확보 및 경제적 번영에 직접적으로 도움을 준다.

우선, 동북아 지역국가들의 법문화에 관한 상세한 접근은 관련국가들간의 상호이해와 상호교류를 실질적으로 가능하게 해준다. 이미 유럽의 통합과정에서 알 수 있듯이, 법은 경제교류의 활성화에 직접적으로 기여할 뿐만 아니라 지식정보화시대에 따른 법의 글로벌화 현상으로 인하여 개별 국가들의 법체계도 동화되어가고 있다. 특히 한국·일본·중국을 포함하는 동북아지역에서는 역사적, 문화적 공통점을 많이 가지고 있기 때문에 법문화에 관한 관련국가들간의 의사소통이 본격화되면, 동북아 문화공동체가 본격적인 궤도에 진입할 수 있다.

동북아 문화공동체를 법문화의 관점에서 접근함에 있어 법의 개별영역별로 접근하는 것이 가능하다. 대륙법계에 뿌리를 두고 있는 우리나라 법체계를 고려할 때 동북아지역의 법문화는 일반적으로 국가법(헌법, 행정법)문화, 사법문화, 형사법문화 등으로 분류할 수 있다. 이들 법영역은 전체 법체계 속에서 고유한 기능과 역할이 있기 때문에 개별 법영역별로 동

북아의 법문화연구를 수행하는 것은 결코 경시되어서는 안된다.

특히 형사법적 관점에서 법문화를 논의하는 것은 한편으로는 동북아 관련국가들의 자유로운 경제질서를 형성하는 과정에서 나타나는 장애를 제거해주고 다른 한편으로는 집단적 안전확보를 가능하게 해 준다. 예컨대 동북아 지역국가들의 조약이나 협약으로 무역보조금사기를 가벌화하는 경우에는 자유경제질서를 뒷받침하는 것이며, 마약범죄나 조직범죄와 같은 국경을 초월하는 각종 범죄에 대하여 동북아 관련국가들이 연대하여 투쟁전략을 수립·집행하는 경우에는 안전확보와 관련을 가진다. 2001년의 미국 뉴욕에서 발생하였던 9·11 테러사태는 결코 미국에만 국한된 문제가 아니며 동북아 지역에서도 언제든지 발생가능하다는 점을 인식한다면 동북아 지역국가들간의 형사법적 의사소통의 필요성은 아무리 강조해도 모자람이 없다.

동북아 문화공동체 구상을 형사법적 관점에서 구체화시켜서 이를 문화공동체 형성에 적용시키기 위해서는 일차적으로 우리나라 형사법체계에 대한 자기이해가 선행되어야 하지만, 보다 본질적으로는 동북아 지역국가들의 법체계에 관한 이해가 선행되어야 한다. 동북아 지역국가들의 형사법체계를 비교법적 관점에서 심층적으로 연구해야 하는 이유도 바로 여기에 있다. 그렇지만, 지금까지 우리나라에서 동북아 지역국가들의 형사법체계를 비교법적 관점에서 심도 있게 연구한 구체적인 연구결과는 거의 존재하지 않고 있다. 법학자들간의 학문적 교류도 초보적인 수준에 머물고 있다. 동북아 지역국가들간의 형법적 차원의 연대가 동북아 지역의 평화와 안전의 확보에 본질적인 도구라는 점을 인식한다면, 동북아 지역국가들의 형사법제를 비교법적인 관점에서 심도 있게 논의하는 것은 장래의 동북아 문화공동체 형성과정에서 우리나라가 동북아 지역국가들에게 던져줄 수 있는 핵심적인 열쇠가 될 것이다.

### 3. 연구목적 및 서술과정

이 연구는 동북아 문화공동체를 형성하기 위한 형사법적 기반구축에 관하여 논의하고 있다. 이 논의의 배경에는 동북아 지역국가들 상호간의 의사소통 및 교류를 증진시키고 공통의 이익을 추구한다는 목표가 있다. 이 점에서 동북아 문화공동체론에서 말하는 형사법적 기반구축의 출발점은 동북아 지역국가의 형사법제도와 형사법문화의 차이점과 공통점을 밝혀내고, 공통의 이익을 추구할 수 있는 구체적인 전략을 수립하는 것이다. 이러한 논의전개의 배경에는 ‘동북아 문화공동체’가 장래에 유럽연합과 같은 초국가적 국가결합의 단계로 나아간다는 전제가 깔려 있다. 물론, 동북아 문화공동체의 형성을 위한 형사법적 기반구축은 초국가적 국가결합의 단계에서 본격적으로 논의되겠지만, 현재와 같이 초국가적 국가결합이 이루어지지 않은 초기 단계에서는 기존의 개별 국가형식을 그대로 인정한 바탕 위에서 상호간의 이질성을 토대로 동질적인 면을 찾아가면서 상호간의 교류협력을 증진시키고 공통의 이익을 확보해 나가는 방향을 모색해 보아야 한다.

동북아 문화공동체 형성을 형사법제의 측면에서 지원하기 위하여 이 연구는 체계적으로 4가지의 주요 내용들을 다룰 것이다. 제Ⅲ장에서는 동북아 지역국가들의 형사법문화와 문화공동체 형성에서 형사법의 의미를 서술할 것이다. 이것은 동북아 문화공동체 형성을 위한 형사법적 기반구축은 동북아 지역국가들간의 이해관계의 공통성을 전제로 해야 한다는 고려가 깔려 있다. 제Ⅲ장에서는 변화하고 있는 동북아시대에서 범죄현상과 비교법을 포괄하는 형법정책의 현상과 문제점에 관하여 논의를 전개하고 동북아 문화공동체의 형성에서 형사법적 기반구축의 가능성을 검토할 것이다. 동북아 문화공동체의 논의를 전개함에 있어서 이미 초국가적 지역공동체 단계에 있는 유럽연합을 언급하지 않을 수 없다. 이 연구는 제Ⅳ장에서 수행될 것이다. 제Ⅴ장에서는 이전까지 서술된 내용을 토대로 하여 동북아 문화공동체 형성과정에서 형사법적 교

류와 협력의 방안에 관하여 구체적인 전략을 제시할 것이다. 마지막으로 제VI장에서는 형사법적 기반구축에서 우리나라의 역할에 관하여 전망할 것이다.

## II

### 동북아 문화공동체 형성에서 형사법의 의미



동북아 문화공동체의 본질적인 의미가 동북아 지역국가들간의 상호 이해교류의 증진과 공동의 이익추구라는 데 찬성한다면, 이와 관련하여 형사법적 관점에서는 두 가지 이론적·실제적 측면이 나타난다. 하나는 동북아 지역국가들간의 상호교류 및 이해의 증진에 형사법이 어떠한 역할을 수행할 것인지의 여부이다. 이와 결부된 문제영역은 각국의 형사법체계와 형사법문화에 관한 거시적이고 미시적인 탐구라고 할 수 있다. 상호간의 형사법문화와 형사법체계가 유사하면 할수록 상호교류와 이해의 폭이 넓어질 뿐만 아니라 결속의 정도도 강해질 것이기 때문이다. 다른 하나는 동북아 지역국가들간의 공통의 이익을 추구함에 있어 형사법의 역할을 확정하는 것이다. 이것은 특히 국경초월범죄 등의 영역에서 공통의 이익을 추구하기 위하여 동북아 지역국가들간의 형사정책적 네트워크에 관한 것이다. 이 점에서 여기서는 동북아 문화공동체의 형성과정에서 형사법의 의미를 밝힌다는 소주제하에, 일차적으로 동북아 문화공동체와 형사법의 관련성을 검토하고, 세계화와 지역화의 구도 속에서 일반적인 법패러다임의 변화에 관하여 서술한 다음, 마지막으로 세계화와 지역화의 과정에서 나타나는 형사법의 긍정적 현상화 부정적 현상에 관하여 논의할 것이다.

## 1. 동북아 문화공동체의 의미와 형사법의 가치

문화공동체의 의미를 어떻게 파악할 것인지에 관한 문제는 문화공동체의 형성에서 형법의 의미와 역할을 확정해 주는 역할을 담당한다. 그러나 동북아 문화공동체는 학계에서 뿐만 아니라 실무계에서도 매우 생소한 개념이다. 비교적 최근에 등장했을 뿐만 아니라 확고한 실체를 갖추고 있지 못한 개념이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 동북아 문화공동체는 이 서술의 중심을 형성하고 있으며 특히 형사법과 관련성을 밝혀야 한다는 점에서 이에 대한 분명한 논의를 전개하지 않을 수 없다.

## 가. 문화공동체의 개념확정

현재 학계와 실무계의 일반적인 견해에 의하면, 동북아 문화공동체란 ‘한국, 중국, 일본 등 동북아 국가들이 문화적 동질성을 공통분모로 하여 보다 밀접한 상호이해와 공동이익을 도모하는 공식·비공식적 연대체제’를 의미한다. 즉, 문화공동체란 동북아 지역국가들이 평화적 선린관계를 유지하면서도 상호 번영을 추구할 수 있도록 하는 공동체 내지 지역협력체로 진입하기 위한 첫 번째 단계라고 할 수 있다.<sup>2</sup> 문화공동체에 대한 개념정의의 전체적인 맥락은 동북아 지역국가들이 가치관, 가족관계 및 생활습관 등이 매우 유사하여 타 지역에 비하여 매우 견고한 문화적 동질성을 가지고 있다는 전제에서 출발하고 있다. 그래서 이러한 문화적 동질성을 바탕으로 상호 협력과 교류를 증진시켜나가는 경우에는 ‘동북아지역의 평화와 번영’이라는 궁극적인 목표가 달성될 수 있다는 것이다. 그러나 현재 논의되고 있는 동북아 문화공동체론은 예컨대 유럽공동체에 대한 관념과도 동떨어져 있는 독자적인 개념이다. 무엇이 동북아 문화공동체의 개념을 확정해주는 요소이며 어떠한 특징을 가지고 있는지 상세한 논의가 필요한 이유도 바로 여기에 있다.

앞에서 언급한 ‘동북아 문화공동체’의 개념정의에 포함되는 요소들을 개별적으로 살펴봄으로써 이 개념을 보다 명확하고 실감나게 해명할 수 있다. 이와 관련하여 동북아 문화공동체의 개념에 속하는 요소들로는, ① ‘동북아’의 지역적 의미, ② 공동체의 맥락에서 ‘문화적 동질성’의 의미, ③ ‘상호이해와 공동이익’의 개념, ④ ‘공식적·비공식적 연대체제’의 의미와 방식으로 나열할 수 있다.

첫째, ‘동북아’의 구체적인 의미는 지역적으로 어느 국가를 문화공동체에 포함시켜야 할 것인지의 문제, 즉 동북아 문화공동체의 구성과 범위의 확정과 관련을 가지고 있다. 지형적 측면을 고려할 경우에는 한국, 중국,

---

<sup>2</sup> 최송화·권영설 편, 『21세기 동북아 문화공동체의 구상』 (서울: 법문사, 2004), 서문(v) 참조.

일본 및 몽골, 대만, 러시아 등과 같이 지리적으로 동북아에 위치하고 있는 국가들을 모두 동북아에 포함시킬 수 있다. 이에 반해 동북아 지역의 패권이나 경제력 등을 고려하여 한국과 일본 및 중국만을 동북아에 포함시킬 수도 있다. 동북아 지역국가들의 형사법문화에 접근하기 위해서는 개별 국가들의 형사법체제와 형사법문화를 논의하는 것도 의미가 있지만, 법체제나 법문화의 비교에 관한 현재의 학문적·실제적 인프라를 고려해 볼 때, 동북아의 지역적 의미는 한국과 중국 및 일본에만 국한시켜도 충분한 의미가 있다.

둘째, 동북아 문화공동체에서 의미하는 ‘문화적 동질성’이 무엇을 의미하는지에 관해서도 논의되어야 한다. 여기서 문화적 동질성이란 동북아 지역국가들이 유교문화에 깊은 영향을 받았다는 점, 한자문화권을 형성하였으며 여전히 한자의 영향을 직접적으로 받고 있다는 점 등을 말하는 것이다. 그러나 사실 이러한 기초적인 동질성을 제외하면, 동북아 지역국가들 — 예컨대 한국과 일본 및 중국간 —의 현재의 문화가 상호 동질적인지 아니면 이질적인지에 관해서는 분명하게 말할 수는 없다. 한편으로는 국가이념 자체가 다를 수도 있고(예컨대 중국), 사회저변에 깔려 있는 생활습관이나 가치관도 반드시 동일하다고 볼 수 없기 때문이다. 따라서 동북아 지역국가들간의 문화적 동질성은 학문적으로 본질이 파악되지 못한 개념이라고 볼 수 있는 여지도 있다. 오히려 상호간의 교류와 협력에 역점을 두고 있는 ‘문화공동체’를 강조하는 경우에는 문화의 동질성을 ‘동북아 지역국가들간의 문화의 상호이질성에 바탕을 둔 동질성의 확보’로 이해되어야 할 것이다.<sup>3</sup> 이러한 이해방식은 비록 중국과 일본 및 우리나라의 실정법의 입법 및 구체적 적용이 다소 달리 나타난다고 하더라도 형사입법과 적용의 저변에 깔려있는 구체적 이념에 대한 깊이 있는 조망을 가

<sup>3</sup> 이 점에서 동북아 문화공동체란 문화의 단일성, 획일성에 의한 것이 아니라 오히려 다양성이 하나의 체계 속에 통합(integration: 각각의 특징과 정당성을 인정받으면서 하나의 체계를 이루는 상태)되는 것으로서 이는 각각의 특징이 없어지고 하나의 것으로 동화(assimilation)되는 것과 구별된다. 전영평·박경하, “평화와 변영의 동북아 문화공동체 형성, p. 39.

능하게 해준다.

셋째, 동북아 지역국가들의 ‘상호이해와 공동이익’의 도모는 동북아 문화공동체의 본질적인 목표에 해당한다. 개별 국가만의 독자적인 이익추구는 공동체 형성의 목표와 정면으로 배치되기 때문이다. 이것은 동북아 지역국가들의 법체계와 법문화에 대한 비교연구나 학술교류의 확대 또는 예컨대 마약·조직범죄와 같은 국경초월범죄에 대한 공동대응에서 그 구체적인 형상을 발견할 수 있다. 그러나 ‘상호이해와 공동이익’이라는 목표가 형사법의 영역에서 반드시 순기능만을 가져오는 것은 아니다. 예컨대 인권문제와 같은 국내의 법적용에 관한 문제에 부딪히게 되면, 동북아 지역국가들의 상호이해를 중시하게 되면, 개별 국가 내에서 발생하는 인권침해현상에 대해 묵비해야 한다는 것을 의미하는 반면, 공동의 이익이라는 관점에서 보면, 인권침해를 문제삼아야 할 필요가 있다. 상호이해와 공동이익이 달성되기 힘든 이유도 바로 여기에 있다. 유럽지역에서는 2차 대전 이후에 영국의 처칠수상의 제안으로 구주평의회(Europarat)가 탄생되어 각국의 인권문제를 취급하고 있지만, 이러한 제도적 여건과 실행수단이 미비된 동북아지역에서는 인권과 관련하여 상호이해보다는 상호마찰이 잦게 나타날 개연성이 높다. 이것은 동북아 문화공동체의 영역에서 형사법이 정치적 성격을 띠 수밖에 없다는 점을 제시해주는 것이기도 하다.

넷째, 동북아 문화공동체의 형식이 ‘공식적·비공식적 연대체제’라는 것은 문화공동체가 곧 유럽연합과 같은 초국가적 국가결합과 같은 의미가 아니라 지역공동체를 구축하기 위한 첫 단계로서의 의미를 지닌다. 여기서 공식적 연대체제란 국가기관간의 연대체제를 말하며, 비공식적 연대체제는 비정부기구(NGO)나 형사법 관련 학술단체간의 교류를 의미한다.

이상에서 논의된 동북아 문화공동체의 개념요소들을 형사법의 맥락과 결부시켜보면, ① 한국, 중국, 일본 등 동북아 지역국가들의 이질적인 형사법체계와 형사법문화에 기초하여, ② 상호간의 형사법체계와 문화에 관한 기초적인 동질성을 파악함으로써, ③ 형법영역에서 상호이해를 이루고

공동의 형사정책을 통하여 이익을 추구하는, ④ 정부간 및 비정부간의 연대체계를 의미한다고 이해할 수 있다.

## 나. 문화공동체의 궁극적 지향점으로서 ‘법공동체’

그러나 문화공동체의 궁극적인 형식은 유럽연합과 같은 지역공동체가 되지 않을 수 없다. 문화공동체의 목표를 평화와 번영에 두는 한, 이러한 목표를 달성하기 위한 가장 효과적인 형식은 지역공동체로 나아가는 것이기 때문이다. 여기서 지역공동체란 일정한 지역의 국가들이 경제, 문화, 역사, 지역적 동질성을 기초로 국가의 지위를 보유한 채 경제적·사회적 통합과 정치적 연합을 통해 결합을 달성하여 독자적 세력권을 형성하는 특수한 법공동체를 의미한다. 이 점에서 지역공동체는 현재 논의되고 있는 문화공동체가 앞으로 지향해야 할 이상이기도 하다. 즉, 현재 상태에 비하여 미래의 사회범주를 확장하거나 현실적으로 우리의 일상생활이 이루어지는 세계의 많은 작은 문화집단들이 공존하고 있을 때 그것들을 함께 아울러 하나의 큰 세계를 지향한다는 관점에서 보면, 문화공동체는 분명한 법적 형식을 갖출 것을 요구한다.

하나의 공동체가 경제공동체나 정치공동체로서의 성격을 뛰어넘어 법공동체로 나아가는 것은 유럽통합의 과정에서 잘 나타난다. 유럽통합(europäische Integration)이라는 말은 2차 대전 이후에 서유럽의 여러 국가들 사이에서 긴밀한 결합 내지 통합을 나타내기 위하여 포괄적인 의미로 사용하게 된 개념이다. 여기서 ‘통합’이란 궁극적으로 다양한 유럽국가들의 질서를 동화시키고 조화시켜서 하나의 통일되고 유럽전역에 효력을 발휘하는 법체계의 통합을 의미한다.<sup>4</sup> 이 점에서 유럽통합의 목표는 사회적 생활조건이나 회원국들의 문화적·민족적 정체성의 완전한 동화에 있는 것이 아니라 정치적·경제적·법적 통합에 있다. 유럽통합은 처

---

<sup>4</sup> Albert Bleckmann, *Europarecht*, 6. Auf., Carl Heymanns Verlag KG · Köln u.a., 1997, p. 23.

음에는 서유럽 국가들간의 통합에 국한되어 있었다. 서유럽 국가들간에는 공통의 문화, 전통 및 동질의 정치적, 경제적 제도를 가지고 있었기 때문이었다. 그러나 유럽통합의 과정은 점차적으로 동유럽도 포함하여 거대한 통합이 이루어지고 있다는 점에서 문화와 전통 그 자체가 통합의 본질적인 원인이나 동기로 작용하고 있다고 판단하기는 어렵다.

문화공동체의 궁극적 지향점이 평화와 번영을 확보하기 위한 범공동체에 있다고 할 때, 형사법은 범공동체를 구축하기 위한 본질적인 요소가 된다. 동북아 지역국가들간의 법적 합의(예컨대 조약이나 협약 등)의 형식으로 공동체가 일정한 제도로 뒷바침될 경우에는 공동체의 이익을 확보하기 위한 지역공동체 역내의 안전과 평화를 확보하기 위한 제도와 수단의 구축이 불가피하기 때문이다.

## 다. 문화공동체론에서 형사법의 가치

문화공동체가 유럽연합과 같은 지역공동체 또는 초국가적 국가결합이 아닌 것은 분명하다. 그렇다면, 동북아 지역국가들간의 법적·제도적 합의의 형식으로 일정한 지역공동체가 형성되기 이전 단계인 문화공동체 하에서 형법은 일정한 가치를 가질 수 있는지, 이를 긍정한다면 어떠한 가치를 가지는지 의문이 제기된다. 이러한 의문제기의 배경에는, 법, 특히 형법은 하나의 국가 또는 법적 형식을 갖춘 국가연합(예: 유럽연합)이 내적인 질서를 유지하고 평화로운 삶을 보장하기 위하여 관철하는 수단이지, 문화공동체를 형성하기 위하여 필수적인 수단으로 보기 힘들다는 사고가 깔려있다.

그러나 자세하게 고찰해보면, 문화공동체의 맥락에서도 형사법의 기능 영역을 충분히 찾아볼 수 있다. 문화공동체의 목표가 평화와 번영에 있고, 이러한 목표에 도달하기 위한 중간목표가 동북아 지역국가들간의 상호 이해교류와 공동의 이익추구라는 점을 고려해보면, 이 과정에서 형사법에 의하여 지탱되어야 할 다양한 규율영역이 존재하기 때문이다. 예컨

대 형사법을 학문과 실무로 나누어볼 때, 학문의 영역에서는 다양한 상호 교류의 가능성이 주어져 있으며, 실무의 영역에서는 공동의 이익을 확보하기 위한 다양한 규율영역과 행위수단이 존재하기 때문이다. 예컨대 내·외적 안전에 직접적으로 결부되어 있는 출입국 관리체계를 효율적으로 개선하는 것은 한편으로는 동북아 지역국가의 시민들이 자유롭게 국경을 넘나들 수 있는 가능성을 제공해주면서도, 다른 한편으로는 출입국을 통한 밀매나 조직범죄에 신속하고 효과적으로 대응할 수 있는 제도적 뒷받침을 마련해준다. 이 점에서 동북아 문화공동체 형성과정에서 형사법적 기반을 구축해 나가는 작업은 결코 무시할 수 없는 테마에 속한다고 평가할 수 있다.

## 2. 세계화와 지역화의 구도 속에서 법패러다임의 변화

동북아 문화공동체론과 법의 교차점은 크게 세계화와 지역화의 두 가지 맥락 속에서 이해할 수 있다. 법도 세계화와 지역화의 경향을 나타내고 있기 때문이다. 그러므로 오늘날 학문과 실무에서 종종 등장하는 세계화와 지역화가 어떠한 의미를 가지고 있으면서 이 과정에서 법은 어떠한 기능과 역할을 수행하는지 논의해볼 필요가 있다.

### 가. 지구촌 세계화의 경향

최근 놀라운 기술의 발전은 세계의 모든 지역을 일일생활권으로 만들었다. 또한 세계는 WTO의 출현으로 국제교류가 과거 어느 때보다 빈번해지게 되었다. 거미줄처럼 얽힌 국제간 항공노선들은 국내교류의 이상으로 인적, 물적 교류를 확대해왔다. 이러한 국제간의 교류는 결과적으로 지구촌의 다양한 문화를 교환하는 계기를 만들어 지구촌 문화공동체의 출현을 가능하게 하였다. 이와 같은 오늘날의 국제교류와 생활상태를 두고

사람들은 한마디로 세계화(Globalization)이라고 표현하고 있다. 그러나 세계화라는 용어는 산업사회의 수많은 생활영역에서 그 현상이 나타나고 있을 정도로 일상적으로 사용되고 있지만, 그 구체적인 개념내용은 개관할 수 없을 정도로 매우 복잡하다고 이해되고 있다. 이 점에서 사회학적 관점에서 세계화의 차원을 특징지어주고 있는 독일의 사회학자 Ulrich Beck의 이론은 우리에게 세계화 내지 지구촌화<sup>5</sup>의 개념을 어느 정도 개관할 수 있게 해준다.

울리히 벡(Ulrich Beck)은 세계화의 특징으로서, ① 지역공간의 확대, 국제교역의 범위확대와 강도의 밀집성 및 자본시장의 세계적 망의 구축, ② 정보 및 통신기술의 지속적 혁명, ③ 인권의 보편적 관철, ④ 전지구적 문화산업의 확산, ⑤ 다중심적 세계정책(예컨대 정부기구이외의 비정부기구나 국제기구와 같은 국제적 의사소통주체의 수와 그 권력의 증대현상), ⑥ 지구적 빈곤의 문제제기, ⑦ 지구적인 환경파괴문제의 대두, ⑧ 문화상호간의 갈등야기 등을 언급하고 있다.<sup>6</sup>

동북아 문화공동체도 세계화 내지 지구촌 세계화의 특징을 가장 분명하게 제시해주는 형상이라고 할 수 있다. 이미 동북아 지역국가들, 예컨대 한국, 일본 및 중국에서는 정보통신기술이 발달하였을 뿐만 아니라 비정부기구도 지속적인 증대과정에 있으며 그 현실적인 활동영역도 광범위하게 구축되어 있다. 이 점에서 동북아 문화공동체에서 세계화 내지 지구촌

<sup>5</sup> 'Globalization'의 우리말 번역과 관련하여 견해가 다양한데, 일반적으로 '세계화' 또는 '지구촌화'로 사용되고 있다. 이 개념을 자주 사용하고 있는 Robertson은 Globalization을 '전세계가 하나의 장소에 구체화된 것'으로 이해하고 있다 (Roland Robertson, "Globalization and societal modernisation: a note on japan and japanese religion," *Sociological Analysis*, 47, pp. 35-42 참조). 다시 말해서 Robertson이 말하는 Globalization이란 사회문화적 차원의 결합이 국경을 초월하여 전 지구촌에서 이루어지는 현상을 말한다. 이러한 의미에서 Globalization은 '지구촌화'라고 번역하는 것이 적절할 것이다. 이에 반해 세계화로 번역하는 경우에는 '경제적 관계의 세계체제' 개념에 상응한 것이다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서 Globalization은 일반적으로 세계화로 번역되고 있기 때문에 여기서는 '세계화' 내지 '지구촌 세계화'로 번역하여 사용하기로 한다.

<sup>6</sup> Ulrich Beck, Was ist Globalisierung?: Irrtümer des Globalismus - Antworten auf Globalisierung, 5. Aufl., Suhrkamp · Frankfurt am Main, 1998, p. 29.

세계화가 어떠한 의미를 가지는지에 관하여 지속적이고 체계적인 연구가 진행되어야 한다. 세계화된 세계에서 정치적, 경제적, 문화적이고 사회적인 현상들은 상호 밀접하게 연결될 수 밖에 없기 때문이다.

## 나. 법의 세계화와 법적 다원주의

세계화 내지 지구촌 세계화는 하나의 변혁과정을 의미한다. 이러한 변혁의 과정에서는 한 국가 내에서 통용되는 법문화도 지구촌 세계화의 네트워크 속으로 편입되게 된다. 세계화의 맥락 속에서 법문화는 국내법의 한계를 탈피하게 하였고, 특히 인권법의 영역은 세계적인 수준으로 평준화될 것을 요구하고 있다. 다시 말해서, 법은 한 국가의 영토 속에서만 적용된다는 속지주의원칙(Territorialprinzip)은 세계화로 인하여 그 한계를 허물어트리고 있다. 지속적으로 증가하고 있는 국제적 단위의 상거래나 정보통신과 같이, 세계화는 한 국가의 경계를 넘어서서 상호간의 영향을 미치게 된다. 이 점에서 세계화는 각 법규범 질서를 경쟁체제에 놓이게 만들고 개별 법규범들은 서로 비교되며, 상호간에 영향을 미치며, 기존의 법을 적절하게 변화시키고, 생소한 외래의 규범들을 전제 혹은 부분적으로 받아들인다. 이러한 법의 관찰과 비교의 과정, 법의 적응과 변천의 과정은 결코 새로운 현상이 아니고, 인간사회의 기본적 양태이다.

공동체의 삶을 위해 가장 적합한 규범에 대한 지속적인 추구를 위하여 과거로부터 끊임없이 법규범의 수용 및 적응, 변천과정이 있어왔다. 독일의 로마법계수와 일본, 한국, 터키와 같은 국가들의 독일법의 일부 계수, 영연방의 영국법의 계수 등이 그 대표적인 예이다. 그러나 그러한 계수과정이 새로운 법에 의하여 일방적으로만 이루어지는 것은 아니다. 대체로 기존의 법과 새로운 법의 기본 사상들이 융화되는 가운데 새로운 법문화가 형성된다. 각 국가들은 그렇게 형성된 새로운 법규체제를 통해 고유의 정체성을 확립한다. 과거의 법의 계수과정과 비교해 보면 세계화를 지향

하는 오늘날은 법규범간 경쟁이 다 심화되었고, 그 변화 과정이 매우 빨라졌으며, 직접 이루어지고, 따라서 비교적 체계적이지 못하다. 더욱이 각 국가의 법은 자국에만 적용된다는 지역적인 한계를 벗어나게 되는데, 그것은 다른 국가의 법이나 혹은 범국가적 또는 비국가적 조직들에 의해 형성된 법규들을 늘 주시하고, 그러한 법규들은 자국으로 받아들여야하기 때문이다.

그러나 다른 한편, 세계화로 인하여 종래에 주권국가의 테두리 속에서 부당하고 불평등한 취급을 받아오던 소수민족의 권리나 복수의 국가로 이루어진 지역적인 이익을 주권국가나 그 집합체로서 국제사회의 테두리를 넘어선 하나의 지구공동체의 문제로 파악하려고 하는 견해도 확실하게 퍼지고 있다.<sup>7</sup> 여기에서는 규범이나 가치관의 통일보다는 오히려 다문화주의가 기본적인 가치관으로 받아들여지고 있다. 이러한 태도는 정치시스템이나 그 일부라고 할 수 있는 법시스템의 내용이나 구조의 다양성을 승인하는 법적 다원주의(Rechtspluralismus)와도 상응하는 것이라 평가할 수 있다.

세계화와 다원주의는 법적 관점에서 보면 상호 모순되는 개념이라고 볼 수 있는 여지도 있다. 세계화는 법의 통일화 및 동화에 상응하는 개념인 반면, 법적 다원주의는 법의 통일화 보다는 기존의 법규범이나 법문화의 승인을 전제로 하는 개념이기 때문이다. 그러나 이들 두 개념은 상호 모순되는 관계에 있는 것이 아니라 국제사회에서 복잡한 인간생활을 규율함에 있어 나타나는, 상호 관점을 달리하는 관련개념이라고 이해해야 한다.

---

<sup>7</sup> 서원우, “글로벌리제이션과 법,” 『저스티스』, 통권 77호(2004. 2), 한국법학원, p. 147.

## 다. 법과 제도의 지역화

법의 세계화현상은 이미 국제적으로 진행되었고 아직도 여전히 진행중에 있는 법규범의 동화현상이나 제도화현상에서 쉽게 찾아볼 수 있다. 예컨대 국제지적재산권기구(WIPO), 국제노동기구(ITU), 유엔교육과학문화기구(UNESCO), 세계무역기구(WTO) 등과 같은 국제적 단위의 기구들이 더 넓은 영역에서 법의 단일화나 인위적 동화를 위하여 노력하고 있다. 이 점에서 특정한 영역을 규율하기 위하여 국제적 단위의 기구를 창설하고 운용하는 소위 기구화(Institutionalisierung)는 법동화의 일관성과 지속성을 위한 시금석이며 세계화의 가장 중요한 특징이라고 표현할 수 있다. 또한 최근에 헤이그에 설립된 국제형사재판소는 반인도적 범죄행위에 대한 국제적 단위의 대응전략이 제도화된 가장 전형적인 예라고 평가할 수 있다. 나아가 유럽인권법원이나 국제해상법원 등과 같은 국제적 단위의 조직과 역할은 법의 세계화의 고착과정에서 결코 과소평가되어서는 안될 것이다.

그러나 앞에서 언급한 국제적 단위의 제도화 내지 기구들 이외에도 최근에는 개별 참가국들을 회원국으로 하여 그들 사이의 밀접한 동화를 목표로 하는 지역간의 기구들도 많이 설립되었다. 그 대표적인 예가 유럽연합이다. 유럽연합은 참가회원국들에 의하여 그들의 주권을 일정한 정도로 위임받았으며 독자적인 입법기관과 집행기관도 가지고 있다. 나아가 유럽연합에 의한 법규의 제정은 유럽법원의 통일적인 해석을 통하여 고도의 통일성도 달성하고 있다.

이처럼 오늘날의 국제사회에서 법은 한편으로는 세계화의 특징을 나타내면서도 다른 한편으로는 지역화와 지역간주의(Interregionalismus)의 특성을 나타내주고 있다. 지역화와 지역간주의는 동북아 문화공동체의 맥락과도 상통하는 부분이 있다. 동북아 문화공동체가 아직은 동북아 지역 국가들의 연합체제에서 논의되는 것은 아니지만, 장래에 초국가적 결합체제로 나아가는 경우에는 거대한 연합체 속에서 공통의 평화와 번영을 추

구하기 위한 법체계의 -인위적인- 동화현상이 나타날 것은 자명하다. 이로써 법공동체로 나아가게 되는 것이다. 이 경우에는 광범위한 법적 통일을 담보하기 위하여 입법과 법 적용단계에서 감독기구의 설립이 요청되고 국가간의 갈등을 조정하기 위한 독립적인 기구의 설치도 요청된다.<sup>8</sup>

### 3. 세계화의 관점에서 본 형사법

지구촌의 세계화현상은 형법의 관점에서도 많고 중대한 영향을 미치고 있다. 이를 크게 세 가지 영역으로 나누어서 설명할 수 있다. 하나는 국제적 차원의 형사법적용의 관점인데, 이것은 반인도적 범죄에 대한 국제법적 차원의 대응이다. 다른 하나는 개별 국가의 국내형법에 대한 세계화의 영향이다. 이는 법의 세계화를 분명하게 제시해주고 있는데, 예컨대 국내 형법이 국제적 표준규범에 동화되어 가는 현상을 들 수 있다. 마지막으로 형사정책의 관점인데, 세계화의 부정적 영향으로서 국제범죄현상의 심각성이다.

#### 가. 반인도적 범죄에 대한 국제적 대응

형사법에 관련된 문제가 주권국가의 고유한 관할사항임에는 의문이 제기될 수 없다. 따라서 국내의 형법에 관한 외국이나 국제사회의 관여는 주권국가의 내정불간섭원칙에 원칙적으로 반하는 것이다. 그러나 지구촌의 세계화현상은 한 국가가 대응하기에 역부족한 범죄현상들이 초래되었다. 특히 제1차 및 제2차 세계대전을 겪는 동안 발생했던 대규모의 전쟁 범죄나 미국의 9.11 사태와 같은 테러범죄는 심각하고 광범위한 인권유린

<sup>8</sup> 이와 같이 동북아 지역국가들간의 이해조정을 위한 지역적 중재 내지 조정기구의 설립을 주장하는 견해로는, 최송화, “평화와 번영의 동북아 문화공동체 형성을 위한 법적 기반 구축방안,” 인문사회연구회(편), 『평화와 번영의 동북아 문화공동체 형성을 위한 정책연구』(2003. 12), pp. 251-256 참조.

사태를 발생시키게 된다. 이러한 범죄의 대규모화, 국제화에 대응하기 위하여 국제사회는 공동의 대응을 모색해야 한다는 필요성을 절감하게 되었고 그 결과로서 1998년 7월 17일 로마에서 국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court)에 기초하여 국제형사재판소가 설립되었다.<sup>9</sup>

국제형사재판소의 설립이 부여하는 의미는 주권국가의 가장 중요한 요소로 여겨져 왔던 형사재판권을 국가가 아닌 상설국제기구가 일정한 중요 범죄에 대하여 행사할 수 있게 되었고, 이로써 국제범죄에 대한 보다 효과적인 처벌이 가능하게 되었을 뿐만 아니라 인권보호를 위한 중요한 진전을 이뤄냈다는 점이다. 나아가 법의 세계화의 관점에서도 국제형사재판소에 관한 로마규정은 중요한 의미를 가지고 있다. 이미 우리나라 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 따라 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정하고 있기 때문에 우리 헌법에 따라 체결·공포된 조약인 국제형사재판소규정은 우리 헌법상 국내법과 같은 효력이 있다. 따라서 로마규정에 대한 이행법률을 별도로 마련할 필요가 없다고도 볼 수 있다. 그러나 기존의 우리나라 국내형법과 로마규정의 차이점을 조화롭게 해결한다는 관점에서 로마규정의 이행법률을 별도로 입법할 필요성이 있으며 현재 법무부는 별도의 이행법률의 제정을 의도하고 있다.<sup>10</sup> 로마조약을 국내에서 이행하기 위한 입법을 마련하는 것은 세계화시대의 법의 동화현상을 단적으로 보여주는 것이라고 평가할 수 있다.

## 나. 국내형법의 국제형법규범에의 인위적 동화

국내형법의 국제형법규범에의 동화현상은 다양한 영역에서도 나타나고 있다. 이것은 예컨대 마약투쟁과 관련한 유엔의 관련규범을 국내입법화하

<sup>9</sup> 우리나라는 이 규정에 2002년 11월 13일자로 비준하였고, 2003년 2월 1일자로 발효되었다.

<sup>10</sup> 이 이행입법안은 2004년 6월 현재 입법공청회가 완료된 상태에 있다.

는 것을 보면 알 수 있다. 양적으로 증가하고 질적으로 매우 심각한 상태에 있는 마약류 문제를 해결하기 위하여 국제사회는 다양한 협약이나 조약을 체결하여 이를 국내법으로 전환하도록 유도하고 있다.<sup>11</sup> 이와 관련하여 우리나라는 1988년의 마약 및 향정신성물질의 불법거래방지에 관한 유엔협약(비엔나조약)을 이행하기 위하여 마약류불법거래방지에관한특례법을 1995년 12월 16일에 공포·시행됨에 따라 국내법의 정비를 완료했고 1998년 12월 28일에 협약가입서를 유엔사무국에 제출하여 152번째 가입당사국이 되었다. 현재 발효되고 있는 마약류불법거래방지에관한특례법은 국내형법규범을 인위적으로 국제형법규범에 동화시킨 결과라고 평가할 수 있다.

국제형법규범이 국내형법에 매우 중대한 영향을 미치고 이로써 국내형법의 규범을 정비해야 할 필요성, 즉 동화의 필요성이 제기된 것은 우리나라만 예외가 아니다. 이미 일본도 자국의 형법규범을 국제형법규범에 동화시켜나가고 있다. 일본은 1991년 10월 2일에 소위 마약특례법<sup>12</sup>을 제정(법률 제94호)하여 1992년 7월 1일부로 시행하고 있다. 이 마약특례법도 1988년의 유엔협약(비엔나조약)을 비준하기 위하여 국내담보법이라는 성격으로 제정된 것이다<sup>13</sup>. 마약특례법이 제정되기 전에 일본에

<sup>11</sup> 예컨대 지금까지 마약퇴치와 관련하여 유엔차원에서 체결된 협약으로는 예컨대 마약에 관한 단일협약(1961), 향정신성물질에 관한 협약(1971), 마약 및 향정신성물질의 불법거래방지에 관한 협약(1988) 등이 있다. 이 중에서 1988년에 체결된 마약 및 향정신성물질의 불법거래방지에 관한 협약은 1961년과 1971년의 마약류 단일협약에 규정되어 있지 아니한 사항에 대하여 단속의 효과를 기대하기 위해서 1988년 12월 9일에 오스트리아 비엔나에서 채택되었다. 이 협약의 주요 내용으로는 마약류의 제조에 이용되는 각종 화학물질 22개를 지정해 이 물질들을 생산·판매하는 등의 행위를 범죄화할 것을 각국에 요청하는 조항을 마련했으며, 불법적인 마약류 거래의 처벌, 마약류 불법거래에 의한 재산의 은닉행위(자금세탁) 등의 처벌, 불법적인 거래를 통하여 취득한 수익이나 그에 상응하는 가치를 갖는 재산의 동결 및 몰수, 재판권, 범죄인 인도, 국제수사공조의 강화, 국제배달통제(Controlled Delivery) 등 마약류 부정거래의 단속을 위한 유효한 대책을 규정하고 있다.

<sup>12</sup> 마약특례법의 정확한 명칭은 ‘국제적인 협력하에 규제약물에 관계된 불법행위를 조장하는 행위 등의 방지를 꾀하기 위한 마약 및 향정신약단속 등의 특례법에 관한 법률’이다.

<sup>13</sup> 이경재, “일본의 마약특례법상 돈세탁규정,” 『형사정책연구소식』, 제40호(1997).

서는 기존에 마약 4법(마약및향정신약단속법, 대마단속법, 각성제단속법, 아편법)이 시행되고 있었는데, 마약 4법을 한 개의 법률로 정리하는 것은 상당한 노력이 필요할 뿐만 아니라 기존의 마약 4법은 각기 다른 분야를 다루고 있으므로 결국 종래의 각종 약물에 관하여 직접 규제조치가 필요한 부분은 약물에 따라 각각 종래의 약물 4법 속에서 대처하기로 하고 자금세정 규제, 약물범죄수익의 몰수 등 약물자체의 규제에 직접 관계되지 아니하고 공통된 부분에 관하여는 마약특례법을 단독법으로서 제정하게 된 것이다.<sup>14</sup>

## 다. 세계화의 부정적 영향으로서 국경초월범죄의 증가

세계화는 반드시 긍정적인 결과만 초래하는 것은 아니다. 국경초월범죄와 같은 부정적인 현상도 수반한다. 여기서 국경초월범죄란, 범죄의 주체, 객체, 행위, 보호법익, 결과발생 등의 요소가 2개 이상의 주권국가와 관련이 있는 범죄유형을 말한다. 국경초월범죄(transnationale Kriminalität)는 범죄의 예방, 범인의 검거, 소추 및 처벌을 위하여 국가간의 협력이 필요하다.<sup>15</sup> 일반적으로 국경초월범죄로 분류되는 범죄유형으로는 마약, 테러범죄, 사이버범죄, 돈세탁행위 등이다. 이들 범죄유형들은 한 국가의 주권이 미치는 영토를 벗어나 타 국가와 직·간접적으로 관련되어 있다.

지구촌의 세계화는 범죄활동의 범위를 국내적 영역에서 국제적 차원

3/4월호), 한국형사정책연구원, p. 16.

<sup>14</sup> 田所健一, “麻薬特例法等の適用状況と今後の課題,” 『警察學論集』 第46卷 第11號, 立花書房(1993), pp. 123-139 참조.

<sup>15</sup> 국경초월범죄와 구별되는 개념으로 국제범죄(international Crime)가 있다. 국제범죄란 일반적으로 국제사회의 일반적 법익을 침해한 국제 위법 행위를 말한다. 따라서 국제범죄는 종래 형법의 장소적 적용범위에 관한 하나의 원칙으로서 다루어온 세계주의의 대상으로서의 범죄를 의미한다. 이에 반해, 국경초월범죄란 국가형벌권의 실현을 위하여 절차법상으로 나아가 형사실체법의 차원에서 외국 및 국가간의 협력을 필요로 하는 사실적 측면의 개념정의라고 할 수 있다. 국제범죄의 개념에 관한 상세한 내용은, 임웅 외 5인 공저, 『조직범죄와 형사법』 (서울: 법문사, 2004), pp. 66-67 참조.

으로 확대시키는 계기를 가져왔다. 최근에 조직범죄나 마약·무기 밀매 행위 등과 같은 국경초월범죄가 증가된 원인을 보면 세계화의 부정적인 면이 그대로 나타난다.<sup>16</sup> 첫째, 교통·통신의 발달에 따라 범죄의 예비·음모·실행 및 결과발생의 단계에 있어서 광범위한 영역에 걸치게 되는 소위 범죄의 광역화 현상이 초래되었다. 예컨대 최근의 마약밀조 및 밀매 행위에서 볼 수 있는 것과 같이, 중국에서 마약을 밀조하여 한국에서 수입하는 경우에는 마약범죄가 광역화되었다고 평가할 수 있다. 둘째, 인적·물적 교류의 증가는 국제사회에서 많은 사람들의 교류를 증대시키게 되었고 이 과정에서 다양한 범죄(예컨대 불법이주, 여권위조 등)가 양산되었다. 셋째, 생활환경의 세계화로 인하여 범죄조직 자체도 광범위하고 보다 조직적으로 운영되고 있다. 외국간의 거래를 통한 자금 세탁 등은 최근에 등장하는 조직범죄의 전형적인 예라고 할 수 있다. 넷째, 통신기술과 전자기술의 발달은 범죄수단의 전파나 범죄정보의 용이한 입수 등 범죄를 보다 더 수월하고 효율적으로 수행할 수 있도록 하는 원인을 제공하였다.

국경초월범죄현상은 단순히 국내범죄가 광역화되고 국제적인 연계성이 심화되는 차원을 넘어서 범죄 그 자체의 양상도 변하고 있다. 그 전형적인 특징으로는 ① 국내에서의 외국인 범죄의 증가, ② 조직범죄와 마약범죄 등의 분야에서 국제적 연계 및 연속현상, ③ 국제적 테러위험성의 상존, ④ 관세, 무역, 외환 등의 영역에서 국제적 연관성의 심화, ⑤ 사이버범죄, 여권위조 등과 같은 신종범죄의 등장, ⑥ 외국인을 상대로 하는 중오범죄의 출현 등을 지적할 수 있다.

<sup>16</sup> 세계화시대에서 국제범죄의 발현형식에 관한 상세한 내용에 관해서는, 이영란, “한국의 국제범죄 실태와 대책,” 경찰청(편), 『제1회 한·중·일·러 동북아 국제 경찰학술세미나』(2000), pp. 9-22 참조.

# III

## 변화하는 동북아 시대에서 형법정책의 현상과 문제점



동북아 지역의 형법정책이란 동북아 지역에서 나타나는 범죄현상에 대하여 관련 국가들간의 협력이 어느 정도로 긴밀하게 이루어지고 있는지의 문제와 관련되어 있다. 또한 동북아 지역국가들의 형사법체계와 그 근저에 깔려있는 형사법문화에 대한 인식도 동북아 형법정책의 현상을 가름하게 해주는 판단기준이 된다. 경제적인 관점에서 보면, 동북아 지역은 지속적인 발전의 길을 걸어왔으며, 이러한 현상은 장래에도 큰 변함이 없을 것으로 예상된다. 그러나 이러한 경제적 발전에 상응하게 동북아 지역의 내적 안전을 도모하기 위한 형사법적 인프라가 효과적이고 효율적으로 구축되어 있는지에 관해서는 분명한 답을 찾을 수가 없다. 이 점에서 21세기에 접어들어 급속도로 변화하고 있는 동북아 시대에 형법정책의 현상과 이로부터 도출되는 문제점을 논의하지 않을 수 없다.

## 1. 동북아 지역사회의 발전과 범죄환경의 변화

### 가. 동북아 지역사회의 변화와 특징

동북아 지역사회가 21세기로 접어들면서 동북아 형사정책은 3가지의 기본적인 도전에 직면해 있다.

첫째, 동북아 지역국가들이 후기산업사회의 특징 중의 하나인 정보사회(Informationsgesellschaft)로 진입하고 있다는 점이다. 정보사회로 진입하고 있다는 것은 동북아 지역국가들이 정보와 정보기술에 의존하는 정도가 점점 더 심해진다는 것을 의미한다.

둘째, 동북아 지역사회는 위험사회(Risikogesellschaft)로 특징지을 수 있다. 여기서 위험사회란 시민들의 모든 일상생활에 높은 위험성이 상존하고 있다는 것을 의미한다. 예컨대 북핵위협이나 기타 화학물질 등의 거래 및 취급과 관련한 일상적인 위험요소는 우리나라뿐만 아니라 중국이나 일본 및 러시아까지도 영향을 미치고 있다. 위험이 상존하는 위험사회에서 생활할 수밖에 없는 것이 현실이라면, 위험을 보다 더 잘 관리할 수

있는 체계를 갖추어야 한다. 특히 개별 국가들에게 직접적인 위협을 가져올 수 있는 위험요소를 협력적 관례를 구축함으로써 미연에 방지해야 할 필요성도 바로 여기에 있다.

셋째, 동북아 지역사회에서는 ‘세계사회’(Weltgesellschaft)의 특징도 나타난다. 여기서 세계사회란 사람, 자본, 정보 등이 대규모로 이동하고 이로써 국내의 국경은 그 의미를 점점 더 상실해 가고 있다. 이러한 세계사회의 특징으로 말미암아 이미 우리나라에도 외국인 노동자의 수가 지속적으로 증가해 왔으며, 이로써 불법이주와 불법외국인노동자의 문제가 사회적 문제로 등장하였다.

앞에서 언급한 세 가지 사회학적인 변화들은 상호 독립되어 나타나는 현상이 아니라 매우 긴밀한 관련성을 가지고 있다. 변화하는 동북아시대의 세 가지 주요한 특징으로 언급한 정보사회, 위험사회 및 세계사회의 현상은 거의 모든 일상생활에서 상호 결부되어 나타나는 것이다. 이 점에서 정보사회, 위험사회 및 세계사회의 특징과 현상은 동북아 지역의 범죄 발현 양상의 변화와 이에 대응하기 위한 형사정책에도 그대로 적용되는 것이다.

## 나. 범죄 발현형식의 변화

21세기 동북아 지역사회에서 나타나는 정보사회, 위험사회 및 세계사회의 특징은 범죄발현형식의 변경도 초래하게 된다. 이러한 현상은 예컨대 국제적인 정보네트워크 속에서 발생하고 있는 컴퓨터 관련범죄에서 분명하게 나타난다. 후기산업사회적 정보사회는 무엇보다도 정보의 가치에 뿌리를 두고 있다. 국가기관, 개인기업 및 개개인의 시민은 오늘날 정보네트워크와 의사소통 네트워크를 갖춘 컴퓨터시스템에 결부되어 있다. 여기서 정보는 매우 빠른 속도로 세계의 어느 장소로도 전달이 가능하게 되었다. 국제적인 의사소통의 네트워크는 우리사회의 중추이자 현대 경제의 중추이기도 하다. 따라서 사회의 신경조직으로서 의사소통네트워크에 대한 공

격(예컨대 자료조작이나 파괴 등)은 원래의 피해자에 대한 거대한 손실을 초래하게 할 뿐만 아니라 범행과 직접적인 관련이 없는 사람들이나 전통적인 범죄유형의 사례에 비추어보면 아무런 관계가 없는 사람들에게까지 막대한 손실을 끼치게 된다. 예컨대 산업스파이는 국제적인 컴퓨터 네트워크를 통하여 관련 기업의 수많은 일자리를 위태롭게 한다. 나아가 군사 목적의 컴퓨터시스템이나 증권시장의 컴퓨터 운영체계의 경우에는 이를 조금만 조작하는 경우에도 수많은 사람들이 위협에 처해질 수 있다.

정보사회에서 이러한 변화현상들은 위험사회 내부에서 위험을 더욱 강화시킬 뿐만 아니라 현존하는 세계사회의 추진동력을 더욱 더 강화시킨다. 현대의 의사소통 시스템 속에서 정보의 편재성(Ubiquität)을 고려해 볼 때, 오늘날 행위자와 피해자가 지역적으로 어디에 존재하고 있는지는 본질적인 의미를 가지지 않게 되었다. 많은 범죄사건에서 행위자와 피해자는 직접적인 관련을 가지지 않게 되었다. 예컨대 어느 한 국가 내에서 발생하는 컴퓨터조작과 같은 위법행위는 타 국가의 컴퓨터시스템에 직접적인 영향을 미치게 되고, 이를 통하여 인간의 삶을 파괴하거나 국제적인 컴퓨터 네트워크 속에서 불법적인 정보를 확산하게 만든다.

오늘날 범죄의 발현형식이 세계적인 영향을 미친다는 것은 컴퓨터 범죄에만 국한된 현상은 아니다. 타 범죄영역에서도 국제적인 관련성을 많이 찾아볼 수 있다. 예컨대 환경범죄의 경우 어느 한 국가의 영토내에서 발생한 환경범죄의 결과는 이미 타 국가에 직접적인 영향을 미치게 된다. 이는 우리나라와 중국 및 일본과 같이 해양을 둘러싸고 있는 동북아 지역 관련국가들에게 매우 민감하게 다가온다. 이러한 범죄의 세계화현상은 특히 사람, 무역, 자본 및 재화의 이동이 어느 정도 자유로운 단계에 이르게 되는 시기가 오면 더 심각해질 것이다. 이 경우에는 국내의 형벌고권만으로는 더 이상 효과적이고 효율적으로 대응할 수 없게 되고 국제적 차원에서 대응전략이 요구될 수밖에 없다.

## 다. 동북아시아의 국제조직범죄의 위협증대

동북아시아에 존재하고 있는 주요 국제범죄조직은 일본의 야쿠자, 홍콩의 삼합회, 러시아 마피아 등을 꼽을 수 있다. 이들 범죄조직은 일반적으로 자국의 영토내에서 조직적으로 범죄를 범하지만, 최근에는 자국내에서의 마약밀매 뿐만 아니라 돈세탁, 무기밀매, 통화위조, 불법신용카드 유통, 불법음반·비디오 유통, 인신매매 등에 이르기까지 그 범죄양상이 날로 다양해지고 있다.<sup>17</sup>

일본 야쿠자의 경우, 풍부한 자금력을 이용하여 동남아시아, 미국, 호주 등지로 진출하여 부동산투기를 하거나 위장기업 형태의 해외거점 마련을 시도하는 등 국제조직화하고 있으며, 특히 일본 야쿠자 조직원의 상당수가 우리나라에 관광과 조직원 단합대회 등을 빌미로 수시로 입국하고 있을 뿐만 아니라 재일교포 두목급 야쿠자들이 우리나라의 연고를 이용하여 국내 활동기반 구축을 위한 국내 범죄조직과의 연계를 지속적으로 시도하고 있는 실정이다.

중국계 범죄조직으로서 홍콩과 대만에 기반을 둔 삼합회(Triad)는 주로 마약과 총기밀매, 청부폭력 등의 활동을 자행해 왔지만, 최근에는 중국인 불법이민, 차량밀수, 돈세탁, 신용카드 위조사업까지 참여하고 있을 뿐만 아니라 마약류를 미국이나 일본으로 밀반입하는 중간루트로 우리나라를 이용하거나, 우리나라 범죄조직과 연결하여 필로폰 등 마약류를 우리나라에 공급하고 있다.

러시아 마피아는 구소련 붕괴 후 급성장 해왔으며 그들의 풍부한 자금을 이용하여 아시아 지역의 마약조직과 연계하여 동남아 마약생산국과 미국·유럽 등 소비국을 연결시켜주고 있다. 특히 우리나라는 지리적으로 인접한 연해주나 사할린의 극동지역 마피아가 부산지역을 중심으로 국내

<sup>17</sup> 조직범죄의 판단기준에 관한 상세한 내용은 신의기, “특수범죄분야의 현황과 과제,” 한국형사정책연구원(편), 『한국의 형사정책 -현황과 쟁점 및 그 과제-』 (2003), p. 179 참조; 또한 우리나라에서의 외국 범죄조직의 활동에 관해서는 임용 외, 『조직범죄와 형사법』 (서울: 법문사, 2004), pp. 396-397 참조.

거점 확보에 주력하고 있으며, 일부 무역업자와 조직폭력이 결합하여 러시아 상인과 관련된 채권해결을 미끼로 무기밀매·밀주·돈세탁·러시아인 매춘을 알선하고 있다.

동북아 지역에서 활동하고 있는 범죄조직들이 마약류 거래 등을 통하여 자본을 축적할 경우 이를 바탕으로 더 많은 영역으로 활동범위를 넓히며, 합법적인 사업으로 진출하려 하기 때문에 국제사회에서 많은 사회문제를 야기할 가능성이 있다. 예컨대 부산경찰청 외사과는 2003년 5월 13일 파키스탄 위조달러 제조조직과 연계, 은화와 미세문자 등이 요판 인쇄되어 진폐와 구분이 어려운 초정밀 위조달러 300만불을 밀반입하여, 액면가 30% 가격에 유통시킬 목적으로 국내 구매자에게 견본으로 제시할 위조달러 100매를 인천공항을 통해 밀반입하던 파키스탄인 범죄조직 7명을 검거하고 1명을 수배조치한 적이 있다.<sup>18</sup> 또한 러시아 국적의 선박이 부산항에 입항하여 권총 등과 같은 무기를 밀매하고 있다는 것은 이미 공지의 사실이 되었으며 최근에는 중국에서 천연 우리늪 샘플 10g가량이 2004년 6월 부산항에 밀반입된 사실이 뒤늦게 밝혀진 바가 있다.<sup>19</sup> 나아가 서해안이나 남해안을 통한 조선족 불법수송은 이미 1990년대 중반부터 동북아 지역의 현안문제로 되어왔으며 불법이민의 증가로 인한 국내 치안의 불안과 파악되지 않는 인구유입으로 사회혼란을 야기할 뿐만 아니라, 불법이주민 스스로도 위협에 빠지게 한다. 우리나라도 불법체류자가 20만 명이 넘는 상황에 이르고 있으며 통계에 잡히지 않는 상당수의 불법이주민이 이러한 과정을 거쳐 불법 입국한 것으로 추정되고 있기 때문에 이들 범죄조직에 대한 정확한 파악 및 대응방안이 필요하다.

<sup>18</sup> 경찰청, 『경찰백서』 (2004), p. 322.

<sup>19</sup> 『동아일보』, 2004년 10월 19일.

## 2. 동북아 지역의 범죄양상과 대처의 현실

2001년 미국 뉴욕에서의 테러참사이후 국제질서의 재편과정에서 마약, 무기거래, 조직범죄, 사이버범죄, 불법이민, 불법돈세탁 등과 같은 국경을 초월하여 혼란을 야기하고 있는 국경초월범죄의 투쟁이 보다 중요한 이슈로 부각되고 있는 가운데, 이를 해결해 나가기 위한 지역간의 국제적 연대에 관한 논의가 활성화되고 있다. 이러한 논의를 전개함에 있어 동북아 지역도 예외가 될 수 없다. 동북아 지역에서 국경초월범죄의 발생 건수를 정확하게 파악할 수 없다고 하더라도, 국경초월범죄의 유형과 특성을 개관해보고, 이에 대한 동북아 지역국가들의 대처현실과 그 문제점에 관하여 논의할 필요성이 제기된다.

### 가. 국경초월범죄의 유형과 특성

국경초월범죄의 범주를 어떻게 설정할 것인지에 관해서는 많은 논란이 제기될 수 있지만, 일반적으로는 그 대표적인 유형으로서 마약밀거래, 테러범죄, 사이버범죄, 돈세탁행위가 이에 포함된다.

#### (1) 마약범죄

지속적인 경제성장의 부작용으로서 마약류 남용은 오늘날 국내적 문제에 국한하지 않고 이미 국제적인 공동대응이 문제되는 영역이 되었다. 마약류 불법거래는 무기거래에 이은 세계 두 번째 교역물자라고 할 정도이며 이와 같은 막대한 불법거래는 지하경제의 규모를 키워 경제의 왜곡현상을 가져올 뿐만 아니라 불법자금으로 쌓은 부를 바탕으로 다양한 부수범죄를 양산하게 한다. 이 때문에 세계 각국은 마약류 불법제조 및 밀매 등의 단속을 강화하고 있으나, 이러한 단속강화에 상응하게 마약류 밀거래수법도 갈수록 지능화되고 있다. 특히 인터넷을 통한 국경없는 마약류 밀거래는 각국의 단속을 어렵게 만들고 있다.

특히 동아시아지역은 마약류 생산 및 밀매분야에서 결코 무시할 수 없는 지위를 점하고 있다. 동아시아 지역에서 마약류는 범죄조직과 결합하여 일본, 우리나라 및 중국을 중심으로 불법제조 및 밀매가 이루어지고 있다. 예컨대 각성제(필로폰)의 경우 일본에서 1951년부터 밀조가 시작되어 국내에서는 ‘제1차 각성제 남용기’를 맞게 되었고, 이에 대한 엄격한 규제와 단속이 실시된 결과 일본 국내에서의 밀조는 1950년대 중반에는 사라지게 되었다. 그러나 1970년대에 접어들어 이전까지 일본에서 각성제를 밀조하고 있던 그룹이 항공기나 부관페리 및 한국 화물선 등을 이용하여 소위 ‘한국루트’에 의한 계획적·조직적인 밀수입을 함으로써 각성제가 대량으로 일본 및 한국으로 유입되었다. 또한 1980년대에는 한국과 일본으로부터 밀조기술을 습득한 대만이 최대의 밀조지로 떠오르면서 일본과 한국 및 미국으로 각성제를 밀수하기 시작하였다. 1980년대 후반에는 대만의 밀조그룹이 중국의 복건성에 밀조기구 및 원료를 밀반입하여 필로폰 밀조를 시작하였고, 그 후 1990년 이후에는 주로 대만과 인접한 연안인 복건성과 광둥성이 마약류의 밀조의 중심이 되어 일본, 필리핀, 한국, 대만에 각성제(필로폰)를 공급하는 주된 지역으로 변화되는 양상을 보이게 되었다. 한편, 요녕성, 길림성에서도 밀조가 행해지고 있는데, 이들 지역은 조선족이 다수 거주하고 있어서 한국어가 통용되고 있다는 점에서 한국의 밀조그룹이 밀조에 연루되어 있음을 알 수 있다. 또한 황금의 삼각지대에서 각성제를 밀조하고 있는 사람들은 중국인이나 소수민족 등인데, 기술, 자금, 설비는 대만과 태국 등이 제공하고 있는 것으로 보인다.<sup>20</sup>

## (2) 테러범죄

테러는 2001년 미국에서 9.11테러와 세계각국에서의 자살폭탄테러가 발

<sup>20</sup> 동아시아지역에서의 마약류 남용과 통제정책에 관해서는, 이진국·신동일, 『주요국의 마약류 통제체제에 대한 연구』(서울: 한국형사정책연구원, 2003), pp. 75-81 참조.

생하면서 최근의 세계사회에 위협적인 행위로 등장하고 있다. 물론, 테러 범죄는 과거에도 존재했지만, 과거의 테러범죄가 반대파의 주요 인물 암살, 자신의 주장을 홍보하기 위한 교통수단 점거, 납치, 인질납치 등의 양상으로 이루어지던 것과는 전혀 달리 종교, 이념, 인종의 우수성 등을 관철하기 위한 수단으로 활동함으로써 새로운 양상으로 발전하고 있다. 이러한 새로운 테러양상은 과거에 테러에 동정적인 국가들마저 테러의 비인륜적이고 파괴적인 면을 보고 테러의 정당성을 부정하는 계기가 되었으며 국제적으로 테러의 정당성을 주장하는 사람들에 타격을 주고 있다.

특히 국제테러와 국제범죄조직간의 연계 움직임이 나타나면서 국제적 차원에서는 다양한 회의를 통하여 테러에 대한 공동대응의 필요성을 역설하고 있으며, 이를 바탕으로 개별 국가의 차원에서는 테러범죄에 대한 형사사법의 효율성을 증대시키는 방향으로 국내의 입법을 개선하고 있다. 예컨대 1994년 국제조직범죄에 관한 세계각료회의에서도 국제적 조직범죄와 테러범죄의 연계를 지적하면서 국제조직범죄의 확대 및 다양화에 대처하기 위한 협력을 강화하고 범죄조직의 폭력 및 테러능력을 억제하기 위해 특별한 노력을 기울일 것을 결의하였다. 나아가 1995년 카이로에서 열린 제9차 범죄예방 및 범죄자처우에 관한 회의에서는 ‘테러리즘과 조직범죄의 연계’라는 결의안을 채택하면서 테러와 조직범죄간에는 초국가적 성격, 불법적 방법, 물리력의 사용, 재산의 약탈, 공갈, 납치, 위조, 무기 및 마약의 불법거래, 불법적 재산거래 및 자금원 위장행위와 같은 상호 연계성이 있다는 점을 부각시키면서 이에 효과적으로 대응하기 위하여 국내법의 효율적 정비와 범죄인인도를 포함한 형사사법 분야의 협력을 강화하도록 하고 있다.

현재까지 동북아지역에서 대규모 테러가 발생한 적은 없다. 그러나 교통통신이 발달해 있고 사람의 자유로운 이동 및 이로 인한 외국인의 국내 입국이 지속적으로 증가하고 있는 현실 속에서 동북아지역이 테러로부터 자유롭다고 보기는 힘들다. 특히 일본과 우리나라는 국내 군사력의 이라크 파병을 계기로 이슬람권으로부터 지속적인 테러위협을 받고 있다는

점에서 동북아 관련국가들간의 테러에 대한 공동대응의 일환으로서 상호 정보교환 등과 같은 협력체계를 갖추어 나갈 필요가 있다.

### (3) 사이버범죄

정보통신기술의 발달에 따른 인터넷(컴퓨터 통신) 사용의 증가는 그 부정적인 효과로서 컴퓨터를 이용한 범죄현상의 폭증으로 이어지게 되었다. 이와 같은 사이버 공간에서의 범죄행위, 컴퓨터를 이용한 범죄행위 등을 이른바 사이버범죄, 컴퓨터범죄, 정보범죄, 인터넷범죄, 네트워크범죄, 하이테크범죄 등으로 칭하고 있다. 사회적으로 네트워크를 바탕으로 하는 정보 인프라구조가 고도화되어 있고, 은행업무 등 금융분야와 전자상거래가 사이버 공간에서 일상화·보편화되고 있는 것처럼 이러한 네트워크 문화와 환경이 급속히 진전됨에 따라 원거리로부터의 사이버 공격도 급증하고 있으며 국가와 사회의 중요한 정보시스템들이 사이버공격에 노출되어 있다.

사이버공간에서의 컴퓨터 이용범죄는 짧은 시간에 여러 나라에 걸쳐 많은 사람들에게 막대한 피해를 주고 있으며, 이들 범죄의 증거는 범행 후 즉시 인멸되거나 변경되기도 하고 세계 어느 곳인가에 형태를 바꾸어 숨겨지기도 한다. 그러나 이에 대한 각국의 형사사법기관의 대응조치들은 인력과 법적, 제도적, 기술적 제약 때문에 사이버범죄에 대한 수사과 법집행을 함에 있어 여러 가지 한계에 부딪치게 되고, 사이버 범죄자들은 각국의 형사사법 기관의 사법권이 자신들만큼 쉽게 국경을 넘나들 수 없다는 점을 잘 이용하기도 한다. 따라서 글로벌 네트워크 통신을 사용하는 사이버 범죄자들을 색출하고 신원을 파악하기 위해서는 사이버범죄에 대한 국제적 협력이 필요하다. 2004년 7월에 발생했던 우리나라 주요 국가 기관에 대한 컴퓨터 해킹 사건은 그 수사과정에서 중국 인민해방군이 개입했을 가능성이 제기<sup>21</sup>된 바 있으며 이것이 진실로 밝혀질 경우에는

---

<sup>21</sup> 『동아일보』, 2004년 7월 16일.

한·중 양국간의 외교문제까지 비화될 수 있다는 점을 고려해보면, 국경을 초월하여 발생하는 각종 사이버범죄에 대한 동북아 지역국가들간의 협력체계의 구축은 아무리 강조해도 모자람이 없다.

#### (4) 돈세탁

돈세탁은 자금을 합법적 소득으로 가장하거나 합법적인 투자로 변형할 목적으로 행해진다. 최근의 마약 밀거래 조직들은 무려 연간 3,000억 달러에 이르는 마약밀거래나 무기밀거래 등과 같은 조직범죄를 통한 수익이나 뇌물 또는 기타 불법자금 등 불법적인 소득을 금융기관이나 제도적 장치를 통하여 자금의 출처, 성격, 소유관계 등을 위장하여 합법적인 자금으로 전환 또는 변형시키고 있다. 이로써 소위 ‘더러운 돈’을 ‘깨끗한 돈’으로 바꾸는 일련의 과정을 돈세탁(money laundering)이라고 한다. 그러나 깨끗하지 못한 돈이나 세탁된 돈을 찾아내기란 매우 힘들다. 검은 돈의 흐름이 때로는 법률적으로는 합법적으로 취득되었지만 규제당국으로부터 조사받기는 원치 않는 소위 ‘회색자금’의 흐름과 혼합되고 있어서 문제를 더욱 어렵게 만들고 있다. 더구나 경제의 세계화로 인하여 검은 돈이 쉽게 해외로 이전될 수 있고, 이전된 검은 돈은 정치적·경제적으로 불안정하여 그 가치다 안정된 달러화나 엔화의 수요가 많은 국가의 암시장에서 깨끗한 돈으로 쉽게 전환되고 있다.<sup>22</sup>

동북아지역의 교역규모가 전세계적으로 결코 무시할 수 없을 정도로 높은 비중을 차지하고 있으며<sup>23</sup>, 마약밀매와 관련하여 동북아지역이 매우 중요한 역할을 담당한다는 점을 고려해보면, 돈세탁의 규모가 매우 크다는 추측을 할 수 있으며 이로 인한 동북아지역의 경제교류도 위태롭게 될

<sup>22</sup> Aninda Nath, "Money laundering: Criminal Cash and the international banking system," *Harvard International Review* (1990, 12(4)), pp. 50-51.

<sup>23</sup> 한·중·일 3국 이외에 북한, 몽골, 러시아 극동지역, 홍콩 및 대만을 포함한 광의의 동북아지역의 물류규모가 2001년 현재 전세계 GDP의 20%를 차지하고 있으며, 한·중·일 3국의 역내교역도 2001년 현재 세계전체의 12%를 차지하고 있다. 안충영·이창재, 『동북아 경제협력: 통합의 첫걸음』(서울: 박영사, 2003), pp. 14-16 참조.

수 있다는 결론도출을 가능하게 한다.

## 나. 국경초월범죄에 대한 동북아 지역국가의 대응체계

앞에서 언급한 국경초월범죄에 대하여 동북아 관련국가들은 범죄인인도제도, 형사사법공조제도 및 인터폴의 이용한 수사공조와 같이 국제법상의 전통적인 방식에 따라 대응해 나가고 있다.

### (1) 범죄인인도제도의 활용

범죄인인도란 한 나라의 형법이나 기타 법을 위반한 범죄인이 다른 나라에 있는 경우 범죄인의 현재지 국가가 범죄지 국가의 요구에 의하여 그 범죄인을 인도하는 것을 말한다. 범죄인인도는 원칙적으로 국가간의 조약에 의하여 행하여진다. 그리고 이러한 조약에 따른 인도의무를 이행하기 위하여 각국은 국내법적인 이행법규를 제정해 두고 있다. 우리나라는 1988년 3월 21일에 호주와 범죄인인도조약에 가서명한 이래 1988년 8월 5일 범죄인인도법을 제정, 시행하였으며 2003년 12월 말 현재까지 총 21개국과 범죄인인도조약을 체결하였으며 이 중에서 15개국은 이미 범죄인인도조약이 발효 중이다.<sup>24</sup> 동북아 지역과 관련지어 보면, 우리나라는 현재 중국, 일본 및 몽골과 범죄인인도조약을 체결하고 있다.

### (2) 국제수사공조제도의 활용

국제수사공조라 함은 범죄수사에 관하여 어느 한 국가의 요청에 의하여 다른 국가가 행하는 협조를 의미하는데, 일반적으로 형사문제에 관한 국가간 협조라는 의미에서 국제형사사법공조라는 용어가 많이 사용되

---

<sup>24</sup> 구체적으로는 호주, 캐나다, 스페인, 필리핀, 파라과이, 칠레, 멕시코, 미국, 몽골, 아르헨티나, 태국, 브라질, 중국, 뉴질랜드, 일본(이상 발효 중인 국가), 인도네시아, 우즈베키스탄, 베트남, 카자흐스탄, 페루, 과테말라(이상 체결국가)이다. 또한 러시아와 홍콩은 2003. 12. 31. 현재 범죄인인도조약의 체결에 관하여 협상 중이다.

고 있다. 국제형사사법공조라는 말의 협의의 개념은 이른바 협의의 사법 공조라고도 하는 것으로서 그 내용은 증인 및 감정인의 신문, 물건의 인도, 수색 및 압수, 검증, 문서의 송달, 정보의 제공 등이 이에 포함되고, 광의의 사법공조에는 협의의 사법공조에 형사소추의 이관 및 외국형사재판의 집행이 포함된다.

우리나라는 1988년 9월 5일 범죄인인도법을 제정한 데 이어 1991년 3월 8일 국제형사사법공조법이 법률 제4343호로 제정, 공포되었고, 1991년 4월 4일부터 시행되고 있다. 우리나라는 1992년 8월 26일에 호주와 국제형사사법공조조약을 체결한 이후로 2003년 12월 31일 현재 총 16개국과 공조조약을 체결하고 있으며 이 중에서 9개국에서는 형사사법공조조약이 발효 중에 있다.<sup>25</sup> 국제형사사법공조법은 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 외국의 요청에 따라 실시하는 공조 및 외국에 대하여 요청하는 공조의 범위와 절차 등을 정함으로써 범죄진압 및 예방에 있어서 국제적인 협력을 증진함을 목적으로 하는데, 여기서 형사사건이라 함은 형법 기타 형사법에 규정된 구성요건 해당행위에 관한 사건을 의미하는 것으로서 범죄가 규정된 모든 법규위반에 대한 사건을 포함한다.<sup>26</sup>

우리나라가 동북아 지역국가와 국제형사사법공조조약을 체결한 것으로는 중국과 몽골과 동조약을 체결하였지만, 일본과는 아직 조약이 체결되지 않았다. 그렇지만, 일본과는 상호보충에 의하여 실질적으로 형사사법

---

<sup>25</sup> 구체적으로는, 호주, 캐나다, 프랑스, 미국, 몽골, 중국, 홍콩, 뉴질랜드, 러시아(이상 발효 중인 국가), 인도네시아, 브라질, 우즈베키스탄, 필리핀, 태국, 베트남, 카자흐스탄(이상 체결국가)이다. 또한 인도와는 형사사법공조조약 체결에 관하여 협상 중이다.

<sup>26</sup> 한편, 국제형사사법공조법 제4조에서는, 공조조약이 체결되어 있지 아니한 경우에도 동일 또는 유사한 사항에 관하여 대한민국의 공조요청에 응한다는 요청국의 보증이 있는 경우에는 동법을 적용한다고 규정함으로써 상호주의를 선언하고 있는데, 여기서 상호주의(Gegenseitigkeitsprinzip)란 공조에 있어서 상호성의 보증을 구하는 원칙으로서 외국도 유사한 경우에는 같은 종류의 공조를 행한다는 법적 의무를 부담하는 경우 외국의 청구에 대하여 공조를 행하는 것을 말한다. 따라서 현재 우리나라는 일본과 국제형사사법공조조약이 체결되어 있지 않음에도 불구하고 이러한 상호주의에 기초하여 상호간의 공조가 이루어지고 있는 실정이다.

공조가 이루어지고 있다.

### (3) 인터폴을 통한 수사공조

국가간의 조약을 통한 형사사법공조 이외에 국제형사경찰기구(ICPO: Interpol) 가입을 통한 국제경찰협력도 국경을 초월하는 범죄에 대응하기 위한 효과적 수단으로 간주되고 있다. 인터폴은 국제범죄의 예방과 진압을 위해 자체 헌장과 국내법이 허용하는 범위내에서 회원국 상호간 필요한 자료와 정보를 교환하고 범인체포 및 인도에 협력하는 ‘국제형사경찰기구’(I.C.P.O: International Criminal Police Organization)의 약칭으로, 총회·집행위원회·사무총국 및 181개 회원국의 국가중앙사무국으로 구성되어 있으며 1923년 오스트리아 비엔나에서 ‘국제형사경찰위원회’로 창설된 후, 1956년 현재의 국제기구로 발전되었고 1989년 본부를 프랑스 리옹으로 옮겨 오늘에 이르고 있다.

인터폴은 국경초월범죄에 공동으로 대처하기 위해 각국 경찰을 회원국으로 하여 설립된 경찰의 세계연합기구로 그 자체내 국제수사관을 두어 각국의 법과 국경에 구애됨이 없이 자유로이 왕래하면서 범인을 추적하는 국제수사기관이 아니라 국경초월범죄의 예방과 진압을 위해 회원국 상호간 필요한 각종 정보와 자료를 교환하고, 또한 범인체포 및 인도에 상호 신속, 원활한 협력관계를 유지하는 형사경찰의 정부간 국제공조수사기구라고 할 수 있다. 따라서 인터폴 자체는 범죄수사권을 보유하고 있지 않으며 이러한 권한은 회원국 자체 경찰에 의하여 행사된다.

우리나라는 1964년에 인터폴에 가입하여, 경찰청에 ‘인터폴 대한민국 국가중앙사무국’<sup>27</sup>(KNGB : Korean National Central Bureau)을 설치

<sup>27</sup> 한국 인터폴(KNGB)은 인터폴 사무총국 및 다른 회원국과 국내 법집행기관들과의 연락 및 협조를 증대하는 우리나라의 대외 창구로서, 24시간 초고속으로 교신할 수 있는 인터폴통신망(I-24/7)을 설치하여 인터폴 회원국들과 범죄정보 및 각종범죄기록, 국제 범죄자의 지문, 사진 등을 신속히 교환하고 있으며, 특히 2002년 10월 카메룬 야운데에서 개최된 제71차 인터폴 총회에서 결의된 바와 같이, 인터폴 사무총국이 기존의 통신망인 X-400보다 전송속도, 용량 등이 강화된 인터넷 베이스에 기반한 ‘I-24/7시스템’을 기본 통신망으로 채택하여 한국 인터

하여 운영해 오고 있으며, 1990년부터는 사무총국에 경찰관 1명을 파견하였고, 현재 인터폴 협력관 2명이 사무총국, 지역협력국 등에서 활동 중이다. 또한 일본, 러시아, 중국 등 주변국과는 매년 ‘인터폴 실무자회의’를 개최하는 등 보다 긴밀한 협력체제를 유지하며 국제범죄에 공동 대응하는 등 실질적인 공조체제를 구축하고 있다.<sup>28</sup>

## 다. 국경초월범죄에 대한 전통적 대응체계의 문제점

앞에서 언급한 국경초월범죄에 대한 동북아 지역국가들의 대응수단은 범죄인인도나 형사사법공조 및 인터폴을 통한 수사외의 등과 같은 전통적인 방식에 의존해왔다. 물론 전통적인 형사사법공조에 의한 공동대응은 동북아지역에만 특수하게 적용되는 형사사법공조체계가 아니다. 미국이나 호주 등과 같은 동북아 지역 이외의 국가들과도 형사사법공조가 이루어지고 있기 때문이다. 그러나 동북아 지역에 국한하여 현행 형사사법공조체계를 상세히 고찰해보면, 그것은 다음과 같은 관점에서 비효율적이거나 인권보호와 관련한 문제가 제기된다.

첫째, 전통적인 형사사법공조로서 범죄인인도나 형사사법공조는 외교경로에 한정<sup>29</sup>하여 이루어지는 것으로서 형사사법공조과정에서의 인권을 보호하는 데는 일정한 역할을 할 수 있지만, 그 절차가 복잡하고 신속한 대응에 어려워 효율성을 저해한다는 점이 지적되고 있다.<sup>30</sup> 실제로 형사

풀에서 보다 강화된 통신망인 ‘I-24/7시스템’을 2003년 6월부터 도입하였다.

<sup>28</sup> 경찰청, 『경찰백서』(2004), p. 334에 의하면, 우리나라 경찰에서는 인터폴의 역할과 기능을 최대한 활용하여 국제범죄에 적극적으로 대처해 나가고 있는데, 2003년도 한국인터폴(KNGB)을 통하여 국제공조가 이루어진 사안은 총 3,215건으로 지역별로는 아시아(1,113건), 북미(763건), 중남미(577건) 순으로 많은 비중을 차지하고 있다고 한다.

<sup>29</sup> 이에 관한 예외로서 국제형사사법공조의 경우에는 일정한 경우에 신속한 자료와 정보교환을 위하여 외교경로를 거치지 않고 인터폴을 통하여 협조할 수 있는 근거를 마련하고 있다(국제형사사법공조법 제11조 참조). 그러나 국제형사사법공조는 기본적으로 개별 국가의 국내입법에 의하여 뒷받침되고, 이 과정에서 인터폴을 통하는 방식을 규정하고 있지 않는 나라도 있을 수 있다.

<sup>30</sup> 박기남, “범죄인 인도에 있어서 인터폴 활용방안,” 『경대논문집』, 제19집(1999),

사법의 공조가 이루어지기 위해서는 국내에서 소요되는 기간이 최소한 2 개월 정도 소요된다고 한다. 예컨대 외국에 대한 수사공조요청의 경로를 보면, 경찰과 검찰→대검찰청→법무부장관→외교통상부장관→외국 등의 순으로 공조요청이 경유되기 때문에 절차가 복잡하고 비신속적이다.

둘째, 실제로 형사사법공조가 이루어진 예를 보아도 그것이 매우 미흡함을 알 수 있다. 1989년부터 2002년까지 13년 동안의 형사사법공조현황을 보면, 우리나라가 외국에 공조를 요청한 사례가 총 196건이며 이 중에서 일본에 요청한 사례가 58건, 중국에 요청한 사례가 42건이다. 또한 외국으로부터 형사사법공조를 요청받은 사례는 총 270건인데, 이 중에서 일본으로부터 요청을 받은 사례가 84건으로 제일 많은 건수를 나타내고 있으며 중국으로부터 요청을 받은 사례는 6건에 불과하다. 지난 13년 동안 동북아지역, 즉 일본 및 중국과 관련한 형사사법공조와 관련하여 우리나라가 요청하거나 일본이나 중국이 우리나라에 요청한 사례를 모두 합친 건수가 190건에 불과하다는 것은 실제로 공조가 필요한 건수가 이 정도로 적다고 볼 수 있는 여지도 있다. 그러나 오늘날 사람과 재화의 자유로운 이동이 행해지고 있는 동북아 지역의 변화를 고려해보면, 현재의 형사사법공조사례의 적은 건수는 실제로 발생한 사건이 적기 때문이 아니라 공조체계의 운용 그 자체의 미비함에 그 원인이 있다는 추측을 가능하게 한다. 이와 같이 범죄인인도나 형사사법공조가 미흡한 이유로는 동북아 지역국가들간의 형사사법공조의 역사가 일천하다는 점<sup>31</sup>, 동북아 지역 관련국가들의 형법 및 형사법체계에 대한 이해가 부족하기 때문이다.<sup>32</sup>

p. 16.

<sup>31</sup> 우리나라는 1990년대에 이르러 외국과 사법공조를 실시하거나 조약을 체결하기에 이르렀고, 중국도 1987년에 이르러서야 외국과 공조조약을 체결하기 시작하여 현재에 이르고 있으며 일본의 경우에는 공조조약의 체결 그 자체에 많은 관심을 두지 않고 있는 실정이다.

<sup>32</sup> 우리나라의 경우 수교 전까지만 하더라도 중국법에 대한 이해가 전무하다시피 하였으나 한·중 수교이래 중국 형사법에 대한 소개 및 한·중 형사법학자들간의 교류가 이루어지고 있으나 아직도 미약한 실정이며 반대로 중국의 한국법 전반에 대한 이해부족은 더 심하다. 또한 우리나라는 일제식민지 시대부터 일본의 형사법체계를 사용해왔기 때문에 일본 형사법에 관해서는 어느 정도 이해를 갖

셋째, 현재의 형사사법공조는 개별사건에 대한 사후적인 범죄수사에 집중되어 있기 때문에 사전적으로 범죄정보의 전달체계가 미흡하게 된다. 그러나 범죄투쟁에서 본질적인 것은 사전적인 테러정보입수라든가 불법 마약류 유통에 관한 정보 교환과 같은 사전적인 대응에 중점을 두어야 한다. 사후예방에만 치중하는 경우에는 소 잃고 외양간 고치는 것과 다를 바 없다.

위에서 언급한 내용들로부터 국제형사사법공조와 범죄인인도는 그 자체 국경초월범죄에 대한 효과적인 대응수단이 되기 힘들다. 현재로서는 인터폴을 통한 형사사법공조가 가장 효과적인 수단이라고 볼 수 있다. 인터폴을 통한 국제수사활동상 공조는 수배서를 매개로 하여 이루어지는데, 각종 수배서를 통하여 국외도피범, 실종자, 우범자, 장물, 수배대상인 인적·물적 사항에 관한 정확한 자료를 각 회원국에게 통보하여 이에 공동으로 감시할 수 있는 체제를 확립하게 해 주기 때문이다. 또한 인터폴을 통할 경우에는 회원국간의 범죄예방을 위한 정보제공도 가능하다는 점에서 국제형사사법공조와 범죄인인도제도가 가지는 단점을 보완해 준다. 그러나 인터폴을 통한 회원국간의 업무협조도 자국의 실정법 내에서 업무처리가 가능하므로 이를 벗어난 업무요청은 실효성이 없고, 비록 법적으로 허용된다고 하더라도 사건처리기간이 많이 소요되며, 회원국간의 이익이 충돌할 경우에는 업무협조에 소극적이다. 나아가 인터폴을 통한 범죄인인도나 형사사법공조의 경우에는 만약 피의자가 인권보장이 담보되어 있지 못한 국가로 도주하게 되면, 해당국가의 사법당국에 의한 인권침해의 소지가 있으며, 특히 절차의 신속성으로 인하여 대상자를 오인하여 체포하는 불상사도 발생할 여지가 있다. 인터폴을 통하여 피의자를 강제송환하는 경우에는 피의자가 자유인의 신분으로 송환되기 때문에 범죄인인도에 있어서와 같이 확실성이 담보될 수 없는 여지도 있다.

---

추고 있다고도 볼 수 있지만, 이는 형사법문화나 형법의 기본적인 틀의 관점에서는 우리나라와 유사할지는 몰라도 구체적인 개별 조문과 그 해석 및 해방 이후 증가해온 우리나라의 형사특별법체계를 고려해보면, 한·일간의 형사법체계에 대한 이해가 성숙되어 있다고 단언하기 힘들다.

### 3. 동북아 지역국가의 형사법 비교의 현재와 문제점

동북아 문화공동체가 하나의 실체를 갖추고 발전해 나가기 위해서는 - 적어도 형사법적 관점에서는 - 동북아 지역국가들의 형사법문화에 대한 이해가 선행되어야 한다. 상호간의 형사법에 관한 이해가 전제됨이 없이는 형법의 동화나 조화에 관하여 이야기할 수 없을 뿐만 아니라 이로써 형법적 의사소통 자체가 단절되어 버리기 때문이다. 동북아 문화공동체 질서 속에서 어느 한 국가의 이해관계만 우월하거나 우선시될 수 있는 것이 아니라면, 상호간의 이해관계가 조화를 이루거나 타협되어야 한다. 동북아 지역국가들 중 (형)법이 상당한 정도로 발전되어 있고, 국제사회에서도 결코 무시할 수 없는 법체계를 갖추고 있는 대표적인 국가로서 한국과 일본 및 중국의 법문화와 법체계를 논의해 보아야 할 이유도 바로 여기에 있다.

#### 가. 동북아 지역국가의 사회구조와 법문화

##### (1) 동북아 지역국가의 사회구조

동북아 지역국가 사회구조의 특징은 크게 ‘집단구조’와 ‘개인상호간의 관계구조’로 나누어 볼 수 있다.

##### 가) 집단구조

집단구조와 관련하여 동북아 지역국가의 사회구조를 논함에 있어 두드러진 집단을 들자면 국가, 가족, 동창관계 그리고 마을공동체(고향)를 생각할 수 있다.

첫째, 동북아 지역국가에서는 일찍부터 여타부분에 대한 관계에 있어서 국가가 대단히 큰 비중을 차지하여 왔던 것이 그 특징이다. 바꾸어 말하면 여타부분, 예컨대 사회, 경제, 문화, 법제도가 국가를 중심으로 한 정치현상으로부터의 분화를 충분히 이룩하지 못하고 있다. 따라서 여타의 부

분은 국가에 대하여 종속적인 관계를 유지하여 왔던 것이 과거로부터의 유산이라 할 수 있다. 중국의 공산주의는 이 관계를 심화시켰다고 할 수 있는 데 그러한 사회문화적 기초가 있었기 때문에 ‘문화혁명’에서 보는 바와 같은 여타부분에 대한 국가의 극단적인 지배가 가능하였는지도 모른다. 정도의 차이는 있지만, 여타부분에 대한 국가의 우월은 일본이나 우리나라에서도 관찰할 수 있는 현상이다. 현재 우리나라에서 볼 수 있는 경제에 있어서의 민간주도로 방향전환의 모색에서 보는 바와 같은 경제에 대한 국가의 주도적 지위는 사실 오늘날만의 현상은 아닌 것이다. 뉘앙스나 정도의 차이는 있지만 일본에서도 그 경제에 있어서 국가는 지도적이고 조정적인 기능을 수행하고 있다. 우리는 이를 소위 ‘일본주식회사’라고 할 때의 정부의 역할에서 보는 국가의 비중에서 엿볼 수 있다. 더욱이 제 2차 세계대전 이전 일본에서의 국가의 우월적 지위에 관하여는 언급의 필요성도 없을 것이다.

둘째, 대가족제도(the extended family)가 일찍부터 존재하지 아니하였던 서양과는 달리 동북아 지역국가에서는 전통적으로 대가족제도만이 존재하여 왔다. 여기서 대가족이라는 개념은 역할기대라는 개념을 매개로 하여 그 구성, 크기, 그리고 기능을 중심으로 파악한 가족형태에 지나지 않는다. 우선 주의할 것은 사회구조를 떠난 핵가족 또는 대가족제도란 없다는 점이다. 순전히 분석의 수단으로 부모와, 혼인하기 이전의 자식으로 구성된다고 파악하는 가족집단 내지 크기를 핵가족이라고 말하는 것은 별문제가지만, 여기서 말하고자 하는 핵가족·대가족제도는 사회구조의 반영으로서의 핵가족 내지 대가족제도를 의미한다. 즉 가족단위로서의 역할 기대가 부모와 그 직계비속을 훨씬 넘어 예컨대 4촌, 6촌, 8촌 또는 그 이상으로까지 확대되어지는 가족형태 내지 제도가 대가족제도인 것이다. 가족집단이 사회에서 차지하는 지위나 비중이 대단히 크다는 점, 특히 가족집단이 사회를 조직하는 원리로서 그리고 사회통제의 기관으로서 행하는 중요한 기능이나 그 양태는 동북아 지역국가가 공통적이다.

동북아 지역국가의 가족형태는 가부장적 상속에 있어서 남계중심의 그

리고 결혼에 있어서 여자가 남자의 집으로 들어가는 형태를 주로 취하고 있지만, 동북아 지역국가 사이에는 변화가 많아서, 예컨대 가족구성원으로서 그리고 가계상속에 있어서 남계중심 혈통주의를 고수하는 한국제도에 대하여 일본의 경우에는 반드시 이에 구속되지 아니하고 여식의 상속, 테릴사위, 이성양자에 의한 상속도비교적 자유스럽게 허용하는가 하면, 중국의 경우는 이 점에서 대략 한국과 일본의 중간 정도라 할 수 있다. 이렇듯 가(家)의 구성원리 및 가계승계의 원리로서 혈연주의에 집착하느냐 여부의 원리 내지 형태의 차이는 근대화과정에 있어서 근대적 국가조직이나 근대적 단체 또는 구성원리와의 관련에 있어서 동북아 지역국가 사이에 중요한 사회적 결과의 차이를 초래하였다. 즉 중국이나 우리나라와는 달리 일본의 가는 혈연주의에 집착할 필요가 없을 만큼 추상화·객관화된 존재 또는 지역적 집단(동족)으로 등장하여 왔던 것이다. 가가 이 같은 추상화·객관화된 존재인 만큼 국가조직이나 사회조직단체를 가족주의화 하더라도 이 같은 조직이나 단체가 혈연적인 존재로 군림할 이유는 없는 것이다. 일본의 기업이 대단히 가족주의적이지만 혈연적인 존재가 아닌 점은 이를 증명하는 것이라 하겠다.

셋째, 우리나라에서 관찰되는 ‘동창집단’은 거의 모든 측면에서 가족집단과 대단히 유사한 1차적 집단이다. 혈연에 의하여 형성된 집단이 아니라는 점에서 가족집단과 다를 뿐 그 구성원 상호간의 관계는 대단히 연유적이며 인간적이기도 하다. 우리나라와 같은 동창집단의 현상이 다른 동북아 지역국가에도 존재하느냐, 존재하더라도 어떻게 다르냐 하는 것은 고찰할 점이다. 스승을 부모와 같이 공경하고 제자를 정성껏 기르며 제자(동창) 사이에 서로 아끼고 돕는 전형적인 스승·제자간의 규범은 같은 문화권에 속하는 동북아 지역국가들에 공통적인 현상이다. 그러나 구체적인 요소나 문제점을 가지고 비교하면, 특히 스승·제자 현상의 사회적 결과나 그것이 미치는 영향이라는 관점에서 동북아 지역국가간에는 적지 않은 차이가 존재할 것이다. 즉 일본에서 스승·제자간의, 그리고 동창간의 꼭두한 점은 우리가 도저히 따라갈 수 없을 정도라는 것이 일본을 깊이 아는

사람이나 여행자들의 증언이다. 일본과 비교할 때 우리의 경우는 한일합방이나 6.25와 같은 격변을 많이 겪고 정치·경제·사회·문화적인 어려움을 많이 당한 결과라 할 것이지만 스승과 제자, 선배와 후배간의 관계가 많은 어려움을 겪어왔다고 할 수 있다. 선배 또는 후배라는 관계만으로는 일본의 경우보다 전형적 규범의 강도가 낮다는 인상을 지울 수 없다. 그러나 정치과정 또는 사회과정에 있어서 두드러진 집단현상으로 나타나고 있는가라는 관점(즉 사회적 결과)에서 비교할 때에는 우리나라의 동창관계가 일본의 그것보다 점수가 높다고 할 수 있으며, 따라서 하나의 뚜렷한 집단현상으로 파악하는 것이 타당하다 할 것이다. 이 점에 관하여 중국의 경우에는 문화혁명기간에 스승이나 선배에 관한 전통적 규범체계가 조직적인 공격을 받은 점을 고려하면 중국의 동창관계의 점수는 일본보다 더 낮다고 할 수 있다.

넷째, 다음으로 고찰하여야 할 집단구조는 마을공동체이다. 마을공동체는 다음과 같은 두 가지 측면, 즉 현재 한 마을에 살고 있는 사람(구성원)들간의 관계로서 마을공동체와 마을을 떠난 사람들 특히 도시에서 동향인들간의 정치·경제·사회과정에서의 집단현상이라는 측면에서 다루어져야 할 것이다. 먼저 전자의 집단현상과 관련하여 마을공동체가 문중조직과 같은 혈연조직체나 그 밖의 단체로부터 어느 정도 독자성을 가진 집단인가라는 관점에서 비교할 때에는, '가'조직에 있어서도 반드시 혈연에 의존하지 않는 일본의 전통적인 마을공동체가 가장 두드러진 것이라 할 것이다. 전통적인 한국과 중국사회에 있어서 마을공동체와 문중조직 사이에 어느 한 쪽이 더 두드러진 것이라 할 수는 없을 것이기 때문이다. 한편 마을을 떠나 도시에 진출한 마을사람들이 마을에 남아있는 부모나 친척에게 송금을 행하며 명절 때나 길·홍사 등 행사시에 마을을 방문하고 마을의 공동행사에 부조나 기부금을 각출하는 등의 방법으로 마을과의 연대를 공고히 하는 것이 동북아 지역국가의 도시화·산업화 당시의 사회구조적 특징이라 할 것이다.

## 나) 개인상호간의 관계구조

개인상호간의 관계에 있어서는 먼저, 두 사람사이의 관계, 두 사람의 상호적인 행동을 결정하는 중요한 변수의 하나가 두 사람이 속한 집단이 무엇이나 하는 점이다. 개인상호관계, 상호행동이 문제의 두 사람이 속한 집단이 무엇이나에 따라 달라진다는 점은 동북아 지역국가에 공통하는 현상으로서 집단구조의 함수라고 보아도 무방할 것이다. 즉 동북아 지역 국가에서는 개인상호간의 관계가 특정한 1차적 집단의 소속 여하에 따라 결정되는 계기가 상대적으로 크다고 할 수 있는데, 예컨대 일본사회에서의 ‘아니누족’, 부락민, 재일교포에 대한 차별대우를 이러한 관점에서 관찰할 수 있다. 이처럼 개인을 그가 속한 집단과 관련시켜 파악하는 태도는 사회적 문맥에 따라 그 외연이 확대되는 속성을 지니고 있는데, 이러한 현상은 동북아 지역국가가 사회구조적으로 동일할 것이라 생각된다. 즉 혈연집단, 동창관계, 지연집단과 같은 제1차적 집단의 계기가 2차집단의 계기보다 강한 우리나라와 중국의 경우에, 자기가 현재 근무하는 단체가 혈연집단, 동창관계, 지연집단보다 우세하다고 믿는 일본의 경우보다 특혜, 청탁과 같은 특수주의에 기초를 둔 사회병리현상이 더 심하다 할 것이다.

다음으로, 개인상호간 관계구조의 두 번째 요소는 수직관계이다. 동북아 지역국가의 사회는 상하관계가 발달된 사회이자 두 사람 사이의 관계가 동등한 관계에 있는 영역이 대단히 좁은 사회라고 일반화할 수 있다. 일반적으로 개인상호간의 관계는 동북아 지역국가 중 일본이 가장 앞섰거나 한국과 엇비슷하고 중국은 그 중 동등관계에 가까운 나라라 판단된다. 존경어의 발달정도가 그 단적인 표현이라 할 수 있는데, 일본이나 한국에서는 친한 친구나 동기동창 이외에는 극단으로 이야기하여 어느 두 사람도 동등한 지위에 있는 사람은 없다고 할 수 있을 정도이다. 여기서 개인상호간의 상하관계구조를 결정하는 기준 내지 요인으로 종래에는 사농공상의 계급구별이 중요하였지만 근대화과 함께 이러한 구별이 없어진 점은 동북아 지역국가에 있어 동일하다. 그러나 치자와 피치자 사이의 상

하관계 또는 관존민비의 현상은 미묘한 차이는 있을지언정 동북아 지역 국가에 상당히 남아있다고 할 수 있다.

마지막으로, 개인상호간 관계구조의 세 번째 요소는 개인상호간의 관계를 이에 상당하는 가족관계에 비유하고 가족관계를 표현하는 용어에 의하여 그 관계를 규정하며 이렇게 규정된 관계는 바로 이에 상당하는 가족 관계를 규율하는 규범체계에 의하여 규율하는 태도가 대단히 지배적이라는 점이다. 이는 동북아 지역국가에서 집단이나 단체에서의 개인상호간 이상적 관계가 가족관계의 전형에 의하여 정의될 뿐만 아니라 아무런 집단이나 단체와 관련이 없는 사람 사이의 관계가 또한 가족관계의 비유에 의하여 규정되고 있는 사실을 널리 관찰할 수 있다.

## (2) 동북아 지역국가의 법문화

### 가) 법문화의 의의 및 역할

법체계의 구조적 요소(법조직)와 실질적 요소(법규범)가 실제로 작동하는 데에 중요한 역할을 하는 것은 문화적 요소, 즉 ‘법문화(legal culture)’이다. 특히 동북아 문화공동체 형성을 위한 법적 기반을 구축하기 위해서는 동북아 지역국가의 법문화에 대한 이해 없이는 법체계의 생성과 작용의 실재를 파악하기 어렵다 할 것이다.

‘법문화’라는 용어는 광범한 의미로 사용되고 있는데, 대체로 한 사회에 있어서 법 또는 법체계에 대한 태도, 가치관, 의견을 가리킨다고 규정지을 수 있다. 법에 대한 태도, 가치관, 의견은 개인에 따라 다를 수는 있지만, 한 국가 또는 한 집단 내에서 공통적으로 나타나는 법문화를 발견할 수 있다. 법문화와 관련된 종래의 연구에서는, 사람들은 법에 관하여 어느 정도의 지식을 가지고 있는가? 어느 정도로 법을 존중하고 있는가? 법의 정당성에 대하여 어떻게 생각하고 있는가? 법적 제재의 강도, 형벌의 종류, 형량에 대하여 어떻게 생각하고 있는가? 법 이외의 어떠한 사회 통제 수단에 의거하고 있으며, 왜 거기에 의거하는가? 등의 문제가 중요한 관심사였다.

한편 법문화의 역할은 법체계에 대한 개인의 심리와 법체계를 연결시켜 주는데서 찾아볼 수 있다. 이러한 역할은 법의 생성·변동의 측면과 법의 사회적 기능·작용의 측면으로 나누어 생각할 수 있다.

첫째, 법문화는 법의 생성·변동에 있어서 중요한 역할을 담당하는데, 법체계의 운용자 즉 법운용자의 법행위에 대해 미치는 사회적 힘의 영향은 이 법문화를 통하여 비로소 현실적인 힘으로서 작용한다. 입법, 사법 또는 행정의 여러 영역에서 사람들의 이해관계를 구체적인 요구로 변경시키거나, 그러한 변경을 저지시키는 역할을 함으로써 법체계에 대하여 이를테면 화학적 작용을 하는 요소가 바로 법문화인 것이다. 법문화의 작용을 통하여 법체계의 구조와 실질은 비로소 살아있는 법의 실체로서 움직이게 된다.

둘째, 법문화는 법의 사회적 기능의 측면에서도 중요한 변수로서 작용한다. 어떤 하나의 추상적 법규범이 사회 내 개개인의 법행동에 미치는 효과는 사회경제적 체제, 법문화, 개개인의 퍼스널리티라는 세 가지 변수를 거쳐 나타나게 된다. 이처럼 법문화는 법규범의 사회적 기능·효과에 있어서 중요한 변수로 작용하며, 특히 개개의 집단내부에서의 특수한 하위문화에 따라 법의 기능·효과가 크게 좌우된다.

## 나) 동북아 지역국가 법문화의 특징

법문화를 이상과 같이 생각할 경우, 동북아 지역국가 법문화권에 있어서 법이라고 하는 관념은 기본적으로는 ‘일종의 틀’을 의미하며, 전제군주·황제에 의하여 민중에게 강제된다고 하는 요소를 가지고 있었다 할 수 있다. 즉 동북아 지역국가 법문화권이 기본적으로는 형법의 우월성에 의해 지탱되어 왔다는 것이다.<sup>33</sup>

이러한 전제 아래, 동북아 지역국가의 법문화적 특징으로 제일 먼저 들 수 있는 것은 ‘유교법문화’이다. 동북아 지역국가의 법문화에 이념적·내

<sup>33</sup> 木下毅, 『比較法文化論』(有斐閣, 1999), 第4章 第4節 ‘中國法文化と西洋法文化’ 參照.

용적으로 작용한 것은 유교 내지 신유교이다.<sup>34</sup> 물론 불교, 신도, 샤머니즘 같은 종교적 영향이 국가와 시대에 따라 차이는 있었지만 공적으로 법과 정치문화에 관련이 깊은 것은 역시 유교이었다.<sup>35</sup> 즉 동북아 지역국가에서는 유교적 세계관, 가치관, 인생관 등이 공통적 호흡기를 이루어 그것으로 숨쉬며 살 수 있었고, 그것이 법으로 강제되었다. 법철학적 표현을 빌리면 유교적 지배도덕의 법적 강제가 실천되었다 할 것이다. 여기에서 서양과는 다른 법과 도덕의 독특한 동양적 함수관계 내지 패러다임이 형성되었다는 것이다.<sup>36</sup> 특히 동북아 지역국가의 법문화 속에는 예의 광범한 역할을 볼 수 있고, 유교적 법문화 내지 법사상이 마치 ‘중세에는 교회법이 하늘을 덮고 있었다’는 서양법사기들의 표현을 연상시킨다. 법전 속에는 유교적 이념으로 기초된 십악, 팔의 등의 법원칙이 존재하였다. 효가 단순히 윤리도덕만이 아니라 법적으로 강제되는 의무가치이었다. 즉 일본의 대보울(702년)에는 효를 행하는 사람들에게 부역과 조세를 면제해 주는 규정이 보이며, 조선에서는 주자가례가 관혼상제를 규율하여 동방예의 지국이라 불리웠다.

법전의 해석과 법의 운영에 있어서도 유교적 법문화의 영향은 컸다. 특히 정, 리, 법에 의한 3박자식 법적 추론이 지배적이었다.<sup>37</sup> 기회 있을 때마다 사면을 통한 훈형이 이루어졌다. 예컨대 일본의 ‘유취국사’는 708년에서 886년 사이에 일본에서 123종류의 일반사면이 이루어졌음을 기록하고 있다.<sup>38</sup> 조선에서도 사형에 해당하는 중죄일지라도 국왕이 직접 심문

<sup>34</sup> 양건, “한국의 법문화와 법의 지배,” 『법철학연구』, 제5권 제1호(2002), p. 185. 이하; 최종고, “동아시아 보통법론,” 『서울대학교 법학』, 제40권 제2호(1999), p. 72.

<sup>35</sup> 이를 강조하는 일본의 학자로는, 五十嵐清, 『現代比較法學の諸相』(信山社, 2002), p. 258 이하; 木下毅, 『前掲比較法文化論』, 第4章 第4節 ‘中國法文化と西洋法文化’.

<sup>36</sup> 최대권, “한중일의 사회규범과 그 변화,” 『한국의 규범문화』(서울: 한국정신문화연구원, 1983), pp. 89-137; 최종고, “한국전통사회에서의 법·도덕·예,” 『한국의 규범문화』(서울: 한국정신문화연구원, 1983), pp. 143-192 참조.

<sup>37</sup> 木下毅, 『前掲比較法文化論』, 第4章 第4節 ‘中國法文化と西洋法文化’ 참조.

<sup>38</sup> 『類聚國史』(1986), pp. 501-510.

하는 재판에서 중국의 성인의 고사를 자주 인용하면서 광범한 사면이 이루어졌던 사실을 확인할 수 있다.<sup>39</sup> 이렇듯, 동북아 지역국가에서 유교적 법문화는 국경을 초월하여 적용되어 온 정신적, 가치적 기초를 이루고 있다. 이러한 기초가 동북아 지역국가 법의 실효성을 담보하는 근거가 되었음은 말할 필요도 없을 것이다.

동북아 지역국가 법문화의 두 번째 특징으로는, 법문화가 민중의 풀뿌리 속에서 어떻게 살아있는 법으로 역할을 하였느냐 하는 관점에서 중요하게 대두되는 ‘향약’과 ‘촌락법’을 들 수 있다. 향약은 중국의 송대(916-1234)에 여씨형제에 의하여 1077년에 창안되어 그 후 주희에 의하여 가감되어 ‘증손여씨향약’으로 보충 완성되었다. 이는 덕업상권, 과실상규, 예속상고, 환난상휼의 원리에 입각하여 자치적으로 주민을 규율해 나가는 일종의 자치법이었다.<sup>40</sup> 다행히 유학자들이 향촌질서를 선도하기 위하여 이에 적극 참여하였고, 왕양명 같은 심학자도 1518년에 향약을 제정하기도 하였다. 조선에서도 김세렴, 김안국이 주장하여 경상도 지방에서부터 실시하였고, 이퇴계, 이율곡 등 유학자들이 예안향약, 청주향약 등을 제정하였다.<sup>41</sup> 일본의 경우에는 향약이란 형태로 실시되지는 아니하였지만 ‘사창제도’가 도입되었다. 즉 산기암제(1618-82)가 17세기말에 ‘주자사창법’을 만들어 애지, 강산, 광도 등지에서 실시하였다. 이상과 같은 자치법은 그 이념적 공통성보다도 당해 지역에서의 특수한 사정이 반영된다. 즉 중국에서는 일종의 경찰조직 같은 보갑제도가 중요한 역할을 담당했지만, 조선과 일본에서는 채택되지 않았고 오히려 사회안전을 위하여 조선에서는 오가작통법이 제정되어 역할을 하였고, 일본에서는 오인조제도<sup>42</sup>가 실시되었다.

<sup>39</sup> 심희기, “이조후기의 형사판례연구,” 『법사학연구』 7 (1983) ; 이종길, “조선초 사면제도에 관한 일고찰,” 『법사학연구』 9 (1988) ; 임재표, 『조선시대 행형제도에 관한 연구-恤刑을 중심으로-』 (서울: 한국형사정책연구원, 2000), p. 91 이하 참조.

<sup>40</sup> 김지수, “전통 법문화의 현대적 발전-분쟁의 예방과 평화적 해결의 법사를 중심으로-,” 『법사학연구』 27 (2003), p. 287 이하.

<sup>41</sup> 위의 논문, p. 313 이하.

특히 지방사회를 규율하는 촌락법은 당해 지역사회의 특수성이 더욱 강하게 나타났다. 일본에서는 이를 촌정(Village rules)이라고 하였다. 덕 천시대의 촌락법에 관련된 문서들에는 서양사회와는 달리 동양식 화해와 조정 등의 독특한 분쟁해결방식이 두드러지게 나타나고 있다. 이는 동북아 지역국가에서는 분쟁이 발생한 경우, 자신보다 힘 있는 자에게 호소하여 그의 처분에 맡기는 형태로 분쟁이 처리되었음을 말하는 것이라 할 수 있다.<sup>43</sup>

따라서 제소하는 자가 일정한 처분을 받기를 원하는 것은 주제넘은 일 이었고, 이 때문에 소장에는 언급되어 있지 않은 것들이 많다. 이에 제소된 사안을 판단하는 자는 제소된 쟁점만이 아니라 분쟁을 전체적으로 포착하여 법이 아니라 당사자의 만족 여부를 기준으로 분쟁을 해결하였다. 이러한 점은 동북아 지역국가에 공통하는 현상이라 할 수 있는데, 우리나라나 일본의 소송제도는 중국의 영향을 받아 형성된 것이다.<sup>44</sup>

중국 청대의 소송제도를 연구한 자하수삼에 의하면, 중국의 사인간 분쟁해결의 특색은 다음과 같이 요약할 수 있다. 중국의 재판(약 1,600에 달하는 지주·지현이라는 지방장관이 행한 분쟁해결을 말함)에는, 일사부재리, 금반언, 재판의 구속력 등의 원칙은 존재하지 않았다고 한다. 피고는 재판에 있어 행한 진술을 언제라도 반복하여 무죄를 주장할 수 있었다. 이를 번의라고 한다. 또 이미 행해진 판결을 다른 이유를 들어 재론할 수도 있었다. 결국 재판은 재판소의 결정만으로는 끝나지 않고, 본인으로부터 그 결정을 수락한다는 취지의 각서가 제출되고 나서야 비로소 결말이 났다.

그러나 그런 경우조차도 그 결정을 재론하는 것이 불가능한 것은 아니었다. 지주·지현 또한 당사자가 불만이 있는 한 몇 번이라도 재판의 결

<sup>42</sup> 이에 대하여 상세하게는, 高柳眞三, 『日本法制史(一)』(有斐閣, 1964), p. 269 이하.; 瀧川政次郎, 『日本法制史(下)』(講談社, 1994), p. 112 이하 참조.

<sup>43</sup> 김지수, “전통 법문화의 현대적 발전,” p. 318.; 平松毅, 訴訟社會・凶人暴發と調停・修復的司法, 有斐閣, 2003, 123쪽.

<sup>44</sup> 김지수, “전통 법문화의 현대적 발전,” p. 304, 311, 317.; 六本佳平, 『日本法文化の形成』(放送大學教育振興會, 2003), p. 42 참조.

과를 바로잡을 수 있었고, 그렇게 하는 것이 양심적인 재판관의 자세로 생각되었다. 재판에 있어서는 당사자가 주장한 사실 뿐 아니라 대립당사자 주변의 사정을 고려한 후, 사건을 전체적으로 파악하여 사건의 전면적인 해결을 지향하였다. 판결의 내용도 당사자 일방을 일방적으로 승소하게 하는 것이 아니라 대립당사자 쌍방이 약간씩의 불이익을 서로 분담함으로써 이해를 조정하고자 하는 경향이 강했다. 이를 정리라고 한다.<sup>45</sup>

분쟁이 이와 같이 판단하는 사람의 심중에 의해 당사자가 불이익을 분담케 하는 형태로 해결되는 경우에는 분쟁당사자도 과도한 요구를 하거나, 수련수관을 다하는 것은 의미가 없으며, 자신이 요구할 수 있는 이익의 범위를 상정하여 조금 양보하는 주장을 하지 않으면 안 된다. 또, 가해자와 피해자가 있는 경우에는 가해자가 자기의 책임을 인정하고 피해자의 보복감정을 완화시키는 것이 상책이므로, 가해자가 화해의 노력을 하는 것이 일반적이다. 이러한 사상은 현재 우리나라나 일본에서 교통사고로 기소된 경우 합의를 중시하는 운용에서 나타나고 있다고 생각된다.

## 나. 동북아지역 형사법문화의 동질성과 이질성

### (1) 동북아 지역국가 형사법 문화의 동질성

이상의 고찰을 통하여 알 수 있는 것처럼, 동북아 지역국가에서 법은 사회통제의 제2차적 수단에 지나지 않으며, 제1차적으로는 ‘예(rities)’, 즉 사물의 자연적 질서와 조화되는 행동을 개인에게 명하는 규범이 사회질서의 기초를 이루어 온 것으로 일컬어진다.<sup>46</sup> 따라서 동북아 지역국가에 있어서 법이라고 하는 관념은 기본적으로는 ‘일종의 틀(형법, 행정적 규제)’을 의미하며, 전제군주에 의하여 민중에게 강제된다고 하는 요소를 가지고 있었다고 할 것이다. 여기서 법이라는 것은 전제군주의 의사를 유일

<sup>45</sup> 滋賀秀三, 『清代中國の法と裁判』(創文社, 1984), p. 145 이하; 滋賀秀三, “中國法文化の考察: 訴訟の在り方を通じて”, 『法哲學年報』(1986), p. 37 이하.

<sup>46</sup> 양건, 위의 책, 『한국의 법문화와 법의 지배』, p. 189 이하.

한 원천으로 하여 관료를 규제하는 수단으로서 만들어진 관료제적인 법인 것이며 오늘날의 ‘형법’, 관료제적 통치기구에 관한 조직법, 행정적 집무준칙, 그 위반에 대한 벌칙으로 이루어지는 행정적 규제에 해당한다고 이해되어 왔다.

특히 동북아 지역국가 형사법문화의 동질성은, 오늘날 독일의 형사법체계를 모델로 하고 있는 한국이나 일본의 외적 골격에도 불구하고, 2000년 이상 계속되어 온 ‘예(유교)와 法의 병행(주례종법)’이라는 2원적 체제 속에서 고찰할 수 있다.<sup>47</sup> 즉 중국의 고대(특히 한대)에는 상당히 정치한 형법체계가 이미 존재하고 있었으며, 당대에는 율(형법)·령(행정법)·격(율령의 보충명령의 집성)·식(시행세칙) 등의 법이 정비되고, 더 내려와 청대에는 ‘대청율례’라 불리는 형법전<sup>48</sup>이 제정되어 2000여 년의 제정중국을 통하여 이를 완성시켜 왔다고 할 수 있다. 그 경우 입법기술로는 효력을 상실한 사문을 삭제하지 않고 보충법을 새로이 제정한다고 하는 형식을 밟은 점이 주목된다.

당의 율령제에 있어서 형벌체계(태, 장, 도, 류, 사) 가운데서 도 이상의 형벌이 과해지는 중죄사건에 대해서는 법률의 명문규정에 의거해야 하는 것으로 되어 있었으며, 처단형 그 자체도 법률의 문언으로부터 도출해야 하는 것과 같은 틀을 갖추고 있었다. 이러한 당의 율령제도는 우리의 고려<sup>49</sup>, 일본의 대보율령에 영향을 미쳤음은 주지의 사실이다.

이처럼 오늘날 동북아 지역국가 형사법문화의 동일성은 이상과 같은 주례종법의 2원적 체제에 기초하여 기본적으로 형법의 우월성에 의해 지탱되어 왔다고 할 수 있다. 예컨대 한국인은 법을 분쟁해결 내지 권리구제의 도구로 보기보다는 질서유지 내지 범죄예방의 수단으로 인식하고

<sup>47</sup> 중국의 경우에는, 한의 고조가 중국법의 정신을 상징하는 典故 ‘法三章’을 발하여 유가적 입장을 취한 결과 ‘禮法並行’이라는 2원적 체제가 약 2000년에 걸쳐 유지되어 오고 있다 : 木下毅, 『前掲比較法文化論』, 第4章 第4節 參照.

<sup>48</sup> 이는 기본적인 조문인 ‘律’과 律을 보완한 실질적으로는 그것을 수정하는 성격을 가지는 ‘條例’로 이루어진다.

<sup>49</sup> 唐律과 高麗律의 관계에 대하여 상세하게는, 임상혁, 『고려의 재판에 관한 고찰』 (서울대학교 석사학위논문, 1998); 임재표, 위의 책, p. 77 이하 참조.

있고, 평등한 개인간의 사적 자치를 목적으로 하는 민법적 법관념보다는 국가를 통한 범죄자에 대한 형벌부과를 문제삼는 형법적 법관념에 더욱 익숙해져 있으며 분쟁이 발생하였을 때 소송보다는 당사자끼리의 타협에 의한 해결을 선호한다는 것이 1970-80년대의 몇 차례 법의식 조사에서 나타나고 있다.<sup>50</sup>

또한 오늘날 한국이나 일본의 형사법문화 속에 나타나는 주례종범(유교의 영향을 받은 형사법제도)의 동일성으로는, 실체형법상의 주관주의적 경향, 사자에 대한 명예훼손(한국형법 제308조, 일본형법 제230조 제2항), 친족에 의한 범인은닉 등에 대한 형사책임의 면제(한국형법 제151조 제2항, 일본형법 제105조), 친족간 절도에 대한 형사책임의 면제(한국형법 제344조, 일본형법 제244조 제1항) 등을 들 수 있으며<sup>51</sup>, 동북아 지역국가에서 이전부터 온존되어 온 ‘형사재판은 치밀한 조사에 의한 진실의 발견과 피고인에 의한 죄책의 승인(자백)을 중핵으로 한다’고 하는 조사중심주의는 오늘날에도 기소편의주의와 유죄확보주의를 통하여 형사절차에 까지 그 연속성과 동일성을 유지하고 있다.

## (2) 동북아 지역국가 형사법 문화의 이질성

동북아 지역국가의 형사법이 근본적으로 유교의 영향을 받아 형성되어 왔고 오늘날에도 주례종범의 2원적 체제가 살아있는 법으로서 그 근저에 놓여 있다 할지라도, 각국 형사법 문화의 이질성에 대한 고찰은 동북아 문화공동체 형성을 위한 법적 기반 구축방안에 있어 중요한 필요조건의 하나라 할 것이다.

먼저 한국형법은 1953년에 제정되어 몇 차례 소규모의 개정을 거친 채

<sup>50</sup> 한국법제연구원, 『국민법의식조사연구』 (1991); 양승두, “우리나라 전통적 법의식과 그 변화에 관한 연구,” 『연세대학교 법률연구』 제2집 (1982) 등. 한편 일본의 법의식 조사에 대하여는 六本佳平, 『前掲書』, p. 228 이하 및 六本佳平, “日本人の法意識研究概観-法觀念を中心として-,” 『法社會學』, 第35卷 (1983), p. 14 이하를 참조.

<sup>51</sup> 崔鍾庫, “韓國における儒教と法,” 『北大法學論集』, 第48卷 第4号 (1997), p. 904 이하.

오늘에 이르고 있다. 한국형법의 제정에 이르기 전에 한국에 영향을 미친 외국형법으로는 중국형법과 일본형법이 있다. 중국형법이 한국에 영향을 미친 것은 고려와 조선시대의 일이었다. 앞에서도 언급한 것처럼 고려는 당시 중국의 당과 송의 형법전인 당율과 송율, 조선은 명율을 수용하여 당시의 실정에 맞게 수정하여 적용하여 왔다. 이러한 의미에서 한국에 있어서 중국형법의 수용은 외세의 압력에 의한 것이 아니라 주체적이었던 점에 특색이 있다고 할 수 있다.<sup>52</sup> 그러나 1910년 조선이 일본에 의해 합병되자 1912년부터 한국에는 일본형법이 직접 적용되었다. 당시 한국에 의용·적용된 일본형법은 독일형법의 영향 아래 1907년 제정된 것이었다.

현행 한국형법은 그 제정과정에 있어서 특정한 국가의 형법을 모방한 것이 아니라 세계 각국의 형법전을 참고하여 독자적인 입장에서 제정된 것으로 기록되어 있다.<sup>53</sup> 그러나 당시 형법제정에 관여한 학자나 실무자들이 모두 일본형법이 의용·적용되는 시기에 일본형법을 공부한 사람들이었다는 점에서 일본형법학이 한국에 미친 영향을 부정할 수는 없다. 특히 1953년부터 1960년에 이르기까지의 한국형법 교과서는 일본형법을 기초로 하거나 일본형법학 교과서를 전제로 일본에서의 신파와 구파의 대립, 주관주의와 객관주의의 논쟁을 반복하였다고 할 수 있다. 그러나 일본형법학의 영향은 일본형법에 영향을 미친 독일형법의 영향을 받지 않을 수 없게 만들었고<sup>54</sup>, 특히 1980년대 이후 독일에서 수학한 제2세대 형법학자들이 한국 형법학계에서 본격적인 활동을 개시하여 독일형법이론을 직수입한 저서와 논문을 다수 발표함에 따라 한국형법학계는 독일형법학의 영향을 더욱 강하게 받게 되었다.

한편, 일본에서는 명치유신과 더불어 1868년에 ‘가형률’이 제정되고, 1870년에는 명률의 영향을 강하게 받은 ‘신율강령’이 제정되었다. 그 후 1873년에는 이를 수정한 ‘개정율례’를 제정하고 막부형법을 폐지함으로써

<sup>52</sup> 박강우, “조선조 대명률직해의 형법총칙적 조항의 분석,” 『형사정책연구』, 제14권 제3호 (2003), p. 212.

<sup>53</sup> 국형사정책연구원, 『형사법령제정자료집(1)』 (1990), p. 169.

<sup>54</sup> 최종고, 『한국법과 세계법』 (서울: 교육과학사, 1989), p. 24, 172.

율령형법에의 복귀가 시도되었는데, 이는 명치유신의 복고정신을 반영한 것이었다.<sup>55</sup> 그러나 이러한 개혁으로는 새로운 시대에 대처할 수 없었을 뿐만 아니라 1847년 이후 구미제국과의 불평등조약에 대한 개정요구가 일어나면서 서양법의 계수가 필요하게 되었다. 이윽고 1880(명치13)년에 서양의 근대형법을 계수한 구형법이 제정되었는데, 이는 명치정부의 초빙에 의해 프랑스의 보아소나드(Boissonade)가 기초한 초안을 토대로 작성된 것으로 특히 계몽주의적인 시민적 자유주의 사상을 배경으로 한 나폴레옹형법전의 영향을 강하게 받은 법전이었다.<sup>56</sup>

이처럼 일본의 구형법은 프랑스법제의 영향을 전면적으로 받아들인 일본 최초의 근대적 형법이었지만 그 특색으로는, 첫째 제2조에서 ‘법률에 정조없는 자는 누구든지 이를 벌할 수 없다’고 규정하고, 제3조 제1항에서는 ‘법률은 반포이전의 범죄에 미칠 수 없다’고 규정하여 죄형법정주의를 정면으로 인정한 점, 둘째 신분에 의한 차별대우를 형사제도에서 완전히 배척한 점, 셋째 책임주의 즉 행위자는 규범적으로 비난가능한 경우에만 그가 범한 위법행위에 대하여 책임을 진다는 원칙을 확립한 점, 넷째 사형의 집행방법을 교수형으로 한정하고 그밖에 범죄를 중죄, 경죄 및 위경죄로 3분함과 동시에 일반적으로 형을 가볍게 한 점 등을 들 수 있다.<sup>57</sup>

그 후 근대학과의 사고를 대폭 반영한 일본의 현행형법이 1907(명치 40)년 제정되어 오늘에 이르고 있다. 일본의 현행형법은 구형법이 프랑스 형법전을 모범으로 하여 작성된 것임에 대하여 1871년 독일형법전의 영향아래 제정된 것이었다. 그러나 일본의 현행형법은 1871년 독일형법전과는 달리 사회방위의 견지에서 특별예방적인 고려를 대담하게 도입하였다.

<sup>55</sup> 大塚仁, 『刑法概説(總論)』第三版(有斐閣, 1997), p. 34; 小野清一郎, “日本刑法の歴史的發展,” 『刑罰の本質について』(有斐閣, 1955); 大谷實, 『刑法講義總論』, 第三版(成文堂, 1992), p. 38; 団藤重光, 『刑法綱要總論』, 第三版(創文社, 1991), p. 62 등.

<sup>56</sup> 澤登俊雄, “フランス刑法繼受の時代,” 『法律時報』, 第50卷 第4号(1978. 4), p. 83 이하; 吉川經夫也編著, 『刑法理論史の總合的研究』(日本評論社, 1994), p. 1 이하 참조.

<sup>57</sup> 莊子邦雄, 『刑法總論』, 第三版(青林書院, 1996), p. 7; 西原春夫, 『刑法總論』, 改訂版 上卷(成文堂, 1993), p. 20; 大塚仁, 『前掲書』, p. 34.

즉 법관의 재량권을 확대하여 행위자의 성격에 따른 과형을 가능하게 하고, 형의 집행유예제도를 신설하는 등 근대학과의 사고를 대폭 반영하였다. 따라서 일본의 현행형법은 독일에서의 신·구학과의 대립을 입법적으로 극복하는 결과를 초래하였을 뿐만 아니라 당시로서는 세계에서 유례를 찾아볼 수 없는 독자적인 형법이었다고 평가되고 있다.<sup>58</sup>

일본 현행형법의 특색으로는, 첫째 중죄, 경죄, 위경죄라는 구형법상의 범죄3분법을 폐지하여 범죄유형을 대단히 포괄적으로 규정한 점<sup>59</sup>, 둘째 법조문의 수를 줄이고 법문도 간단하게 하여 형에 대한 자유재량의 여지를 현저하게 확장한 점, 셋째 정지공권, 박탈공권과 같은 명예형을 폐지하여 형벌의 종류를 간소화한 점, 넷째 감시, 징치장유치와 같은 형사정책적 조치를 폐지한 점 등을 들 수 있다.<sup>60</sup>

마지막으로 공산화 된 중국에서는 1951년의 ‘반혁명처벌조례’나 1952년의 ‘오직처벌조례’ 등 부분적인 형법은 존재하였지만, 체계적인 형법전은 1979년까지 존재하지 않았다. 물론 1950년의 ‘형법대강초안’을 시작으로 1963년의 ‘형법초안(수정고)’에 이르기까지 거듭된 기초작업이 계속되었지만 입법에는 이르지 못한 채, ‘문화대혁명’에 돌입하여 형법권의 자의적 행사라는 사태를 초래하였다. 이러한 문화대혁명기의 비참한 체험을 교훈삼아 1978년 말 중국공산당 제11기 중앙위원회 제3회 전체회의에서 형사법제의 강화가 제기되어 익년 공산중국 최초의 형법전이 제정되었다.<sup>61</sup>

1979년 형법전은 전부 192개 조문(총칙89개조, 각칙103개조)밖에 없는, 다른 나라의 형법전과 비교할 때 조문수가 매우 적은 것이었지만, 1997년

<sup>58</sup> 中山研一, 『口述刑法總論』, 第二版(成文堂, 1990), p. 8; 大谷實, 『前掲書』, p. 39.

<sup>59</sup> 예컨대 구형법에는 살인행위에 대한 규정으로 모살죄(구형법 제292조), 고살죄(제294조), 독살죄(제293조), 慘刻殺罪(제295조), 便利殺罪(제296조), 誘導殺罪(제297조), 誤殺罪(제298조)등이 구분되어 각각의 죄에 대하여 사형 또는 無期徒刑을 과하였지만, 현행형법은 이를 단지 제199조의 보통살인죄로만 규정하고 그 법정형으로서 ‘사형, 무기 또는 3년 이상의 징역’을 규정한 점을 들 수 있다.

<sup>60</sup> 大塚仁, 『前掲書』, p. 34; 西原春夫, 『前掲書』, p. 22.

<sup>61</sup> 小口彦太·田中信行, 『現代中國法』(成文堂, 2004), p. 107.

에 전면적이고 대폭적으로 개정된 신형법전에서는 각칙부분의 조문수가 452개조로 증가하였다.<sup>62</sup> 1997년의 개정형법 이전까지는, 예컨대 형법상 절도죄의 최고형인 무기징역의 규정을 그대로 둔 채 1982년 전인대상무위원회의 ‘중대한경제과피범죄자를엄하게처벌하는결정’에 의해 최고형을 사형으로 높이는 것처럼, 형법전의 규정에는 손을 가하지 않고 별도의 특별법에 의해 형법전의 규정을 수정하는 제정중국법에서의 율과 격, 율과 조례의 관계를 답습한 보완방법을 고집하였지만, 개정형법의 제정에 즈음하여서는 이러한 방법적 2중구조도 해소되었다고 할 수 있다.<sup>63</sup>

이상과 같은 특징을 갖는 동북아 지역국가 형법문화의 이질성으로는, 형법제도적인 측면에서 유교문화의 대표적인 이입규정이라 할 수 있는 ‘간통죄’와 ‘존속살인죄·존속상해죄·존속중상해죄·존속상해치사죄’, ‘중혼죄’의 규정들을 들 수 있다. 즉 ‘간통죄(한국형법 제241조)’는 현재 한국에 존재하는 범죄유형이지만, 일본과 중국에서는 처벌하지 않고 있다. 일본의 경우에는 구형법 제183조가 ‘유부녀가 간통한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다’고 규정하였으나, 제2차 세계대전 후 새로이 제정된 일본 헌법의 정신 특히 평등주의, 인권존중주의 등에 기초한 개정으로 1947년 10월26일 공포된 법률에 의해 바로 폐지되었다.

또한 ‘존속살인죄(한국형법 제250조 제2항)·존속상해죄(동법 제257조 제2항)·존속중상해죄(동법 제258조 제3항)·존속상해치사죄(동법 제259조 제2항)’ 등도 한국에서는 보통살인죄 등의 가중된 범죄유형으로 존속되고 있지만, 일본과 중국의 형법전에서는 보통살인죄 등으로 취급되고 있다. 일본의 경우에는 구형법 제200조가 ‘자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다’고 규정하여 보통살인죄의 가중형으로 규정하고 있었고, 일본의 최고재판소도 1950년의 판결에서는 합헌을 선고하였지만, 1973년의 판결에서는 일본헌법 제14조 제1항에 위

<sup>62</sup> 사법연수원, 『중국법』(2003), p. 14 이하.; 黃京平, “중국 형법개정의 이론과 실천,” 『비교형사법연구』, 제6권 제1호 (2004); 王作富, “중국형법 각칙의 일부문제에 관한 연구,” 『비교형사법연구』 제6권 제1호 (2004) 등 참조.

<sup>63</sup> 小口彦太·田中信行, 前掲現代中國法, p. 108.

반하여 무효라 선고하였다.<sup>64</sup> 그 후 이 규정은 사문화된 채로 존속하다가 1995년의 형법개정시에 삭제되었는데 존속상해치사죄(일본 구형법 제205조제2항)외의 존속가중규정(동법 제218조제2항, 제220조제2항)들도 존속살인죄와의 형평을 이유로 동시에 삭제되었다.<sup>65</sup> 이점에서 동북아 지역국가의 형사법문화에 정도의 차이는 있지만 일본이나 중국에 비해 한국의 형사법문화가 유교의 영향을 강하게 받고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

한편 동북아 지역국가 형사법문화의 이질성의 하나로 들 수 있는 것은 ‘중혼죄(일본형법 제184조, 중국형법 제258조, 제259조<sup>66</sup>)’의 규정이다. 즉 중국과 일본의 형법전에서는 ‘배우자 있는 자가 중혼한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다’고 규정하고 있지만, 우리나라 형법에서는 범죄유형으로 분류하고 있지 않고 단지 민법 제810조가 중혼을 금지하는 규정을 두어 동법 제816조의 혼인취소사유로 활용하고 있을 뿐이다. 이는 중국이나 일본의 경우 ‘간통죄’의 처벌을 대신하는 규정으로 생각할 수 있지만, 우리나라의 경우에는 ‘간통죄’의 처벌규정이 존재할 뿐만 아니라, 그 보호법의 또한 ‘중혼죄’의 보호법익인 ‘일부일처제라는 혼인제도<sup>67</sup>와 중첩되는 부분이 있기 때문인 것으로 생각된다.

## 다. 동북아 지역국가 형사법간의 조화가능성

이상에서 살펴 본 것처럼 동북아 지역국가의 형사법문화는 주례중범이라는 유교적 문화를 근저에 두고 있음에도 독자적인 법문화의 영향 아래 그 이질성이 존재하는 것임을 알 수 있었다. 그러나 형사법문화의 이질성에도 불구하고 동북아 지역국가 문화공동체의 형사법적 기반 구축이 전

<sup>64</sup> 日最判昭和25 (1950年 10月 25日), 刑集 第4卷 第10号 2126面; 日最大判昭和48 (1973年 4月 4日), 刑集 第27卷 第3号 265面.

<sup>65</sup> 山口厚, 『刑法各論』(有斐閣, 2003), p. 8.

<sup>66</sup> 법무부, 『중국형사법』(1997), p. 93 참조.

<sup>67</sup> 간통죄의 보호법익을 일부일처제로서의 혼인제도로 파악하는 견해로는, 이재상, 『형법각론』, 제5판 (서울: 박영사, 2004), p. 627; 김일수·서보학, 『형법각론』, 제6판 (서울: 박영사, 2004), p. 62. 등을 들 수 있다.

혀 불가능한 것이라고는 할 수 없다. 즉 그 조화가능성을 다음과 같은 법제도적 측면과 법문화적 측면에서 찾아볼 수 있기 때문이다.

### (1) 법제도적 측면 — 역사적 전통의 공유

동북아 지역국가는 형사법의 역사에 있어 서로 관련을 맺으며 발전하여 왔다(즉 ‘역사적 전통의 공유’). 그 중심에 있었던 것은 말할 것도 없이 중국이었다. 한국과 일본은 7세기 이래 중국(당)으로부터 율령제도를 도입한 이후 그것이 양국 법제도의 근간을 이루었다. 다만 이 제도는 형법과 행정법이 중심으로 사법적 요소가 적었던 점 및 일본의 경우가 보다 빨리 중국의 영향으로부터 탈피하였던 점이 주목된다.

일본은 19세기말에 대륙법(특히 프랑스법과 독일법)의 영향 아래 법전편찬을 행하여 그 후 이것이 일본 법제도의 근간을 형성하여 오늘에 이르고 있다. 뿐만 아니라 19세기말부터 20세기초에 걸쳐 중국의 일부인 대만과 한국을 식민지로 하였다. 일본의 위정자는 대만과 한국에 대하여 처음에는 양국의 관습을 존중한다는 자세를 보였지만, 동화정책의 진전에 따라 일본법을 적용하게 되었다.

한편 중국에서는 제1차 세계대전 후 국민당정권 아래 법의 근대화가 진행되었으며, 특히 1929년부터 1930년에 걸쳐 제정된 민법전은 독일법과 일본법의 영향을 강하게 받은 것이었다. 만일 중일간에 불행한 전쟁이 발발하지 않았더라면 중일간의 동일법계가 형성되었을 것이다. 이 중화민국민법전은 중국대륙에서는 사실상 적용의 기회가 없었지만, 전후 장개석정권과 함께 대만으로 건너가 뿌리를 내린 채 오늘에 이르고 있다.

한국에서는 해방 후 새로운 법전편찬을 행하였다. 특히 1953년에 제정된 형법전은 실질적으로 일본형법가안과 독일형법의 영향을 강하게 받은 것이었다. 그 후 양국의 법발전은 서로 호응하고 있기 때문에 여기에서도 형사법의 조화가능성을 이야기하기가 수월하다 할 것이다.

이에 대하여 중국은 제2차 세계대전 후 사회주의 국가를 건설하여 자본주의경제를 지향하는 한국이나 일본과는 다른 노선을 취하였다. 본래

중국은 구소련과 같은 사회주의법제도의 정비를 목표로 하면서 중국법의 전통에 따른 법제정방식을 취하여 왔다. 그러나 문화대혁명 종결 후에는 개혁개방노선에 입각하여 입법화가 진행되었다. 특히 1997년의 전면적인 형법개정은 중국고유의 법제정 방법을 포기함으로써 동북아 법계에 동참할 수 있는 길을 열어 놓았다고 할 수 있다.

## (2) 법문화적 측면

동북아 지역국가의 형사법에 대한 조화가능성을 논하는 경우, 공통의 문화적 요소로는 다음의 세 가지를 생각할 수 있다.

### 가) 지리적 근접성

‘동북아’는 원래 지리적인 개념이다. 세계에는 스칸디나비아법계처럼 주로 지리적 근접성에 의한 법계도 존재한다. 과거에는 교통기관의 미발달로 인해 지리적으로 가까운 나라들 사이에서만 교류가 행해졌기 때문에 문화적 일체성도 발생하기 쉬웠다. 또한 기후조건도 유사하기 때문에 공통의 문화적 요소(예컨대 도작농업)가 형성되었다.<sup>68</sup> 그러나 오늘날처럼 글로벌화한 세계에서는 지리적인 근접성만으로 동일법계가 수립될 수 없음은 자명하다 할 것이다.

### 나) 유교문화권

동북아 지역국가에 공통된 문화적 특색으로 유교를 들면서 동북아법계와 유교문화권을 일치시키는 것은 가장 이해하기 쉬운 견해이다. 서양의 많은 비교법학자들이 유교를 동북아법계를 근거지우는 요소로 파악하고 있다.<sup>69</sup> 유교문화권의 성립은 고대에까지 소급할 수 있지만, 1980년대에

<sup>68</sup> Bernhard Großfeld, Kernfragen der Rechtsvergleichung, Tübingen, Mohr., 1996, p. 24 이하.

<sup>69</sup> 같은 취지의 일본 학자로는, 五十嵐清, 『前掲現代比較法學の諸相』, p. 258 이하; 木下毅, 『前掲比較法文化論』, 第4章 第4節 ‘中國法文化と西洋法文化’; 安田信之, “東アジア法圏の生成と發展,” 『法の國際化へ道』(信山社, 1994), p. 407, 한

들어 동북아 지역국가 경제발전의 비밀을 푸는 열쇠로 유교가 주목되었기 때문에 이 견해는 동서양으로부터 많은 지지를 받았다.

그러나 유교의 영향력에 대하여는 각국의 상황에 의한 차이가 발견된다. 중국에서는 사회주의정권 아래 유교정신이 부정되어 왔다. 일본에서도 제2차 세계대전 전의 학교교육에서는 유교가 중심적인 지위를 점하였었지만, 전후에는 서양적인 도덕을 교육하고 있는 실정이다. 오히려 한국에 유교의 전통이 강하게 남아있다. 이러한 시대의 변천은 유교문화권설을 보강하거나 이를 대체하는 새로운 요소를 필요로 하고 있다.

#### 다) 한자문화권

이러한 상황 아래 등장한 것이 한자문화권설이다. 한국, 중국, 일본은 한자를 사용하는 점에서 공통성을 갖고 있다. 이를 이유로 동북아법계나 유교법문화권 대신에 한자문화권이라는 명칭의 사용을 주장하는 이도 있다.<sup>70</sup> 서양의 비교법학자 중에는 그로스펠트(B. Großfeld)가 비교법에서, 언어나 문자는 각국 국민의 문화를 배경으로 한다는 이유로 언어나 문자의 중요성을 강조하고 있다.<sup>71</sup> 중국어와 한국·일본어는 문법적으로 전혀 다른 별도의 언어이며, 한국어와 일본어 사이에는 문법적인 공통성은 많지만, 전문가에 의하면 각자 독자적인 언어로 이해되고 있다. 그러나 한자를 공유함으로써 동북아 지역국가의 문화적 교류는 용이하게 되어 많은 실적을 올릴 수 있었다.

형사법의 분야에서도 ‘법’이라는 용어를 위시로 중국을 기원으로 하는 것들이 한국이나 일본에서 사용되고 있다. 일본의 명치초기(1870년대) 서양각국의 법률용어 번역에 있어서도 중국에서의 번역과 중첩되는 번역이 상당수에 이른다. 한편 1920년대 이후 중국의 법전편찬과 관련하여서는 일본의 법률용어의 수입이 발견된다. 한국형법전이 일본형법전과 법률용

---

국의 학자로는, 崔鍾庫, 『前掲韓國における儒教と法』, p. 904 이하를 들 수 있다.

<sup>70</sup> 千葉正士, 『アジア法の多元的構造』(成文堂, 1998), p. 125 이하, p. 24 이하.

<sup>71</sup> Bernhard Großfeld, a.a.O., p. 53 이하.

어의 점에서 공통하고 있는 것은 말할 나위도 없다(소위 ‘한자문화권 형법전’). 더욱이 한자문화권은 유교문화권과 함께 오늘날 동북아지역의 경제적 발전의 근거로서 주목받고 있다. 그렇지만 오늘날에는 한자법문화권에 위기가 초래되고 있다. 즉 중국에서는 극단적인 한자의 약자화가 진행되고, 한국에서는 두드러진 한글사용 정책에 의해 한자의 사용이 배제되고 있는 것이다. 이를 현명하게 극복하는 것이 동북아 지역국가 형사법문화의 조화가능성을 위한 과제라 할 것이다.

# IV

## 비교법·제도적 접근 : 유럽연합의 형사법적 기초



일정한 지역의 독립국가들이 경제, 문화, 역사, 지역적 동질성을 기초로 국가의 지위를 보유한 채 경제적·사회적 통합과 정치적 연합을 통해 결합을 달성하여 독자적 세력권을 형성하는 특수한 범공동체를 지역공동체라 한다. 이러한 개념확정에 따를 때, 국제사회에서 지역공동체로 발전해가고 있는 것은 현재 유럽연합(EU)뿐이다. 1993년에 결성된 유럽연합은 2004년 5월 1일자로 기존의 15개 회원국에서 25개 회원국으로 확대시켰다. 동북아 경제중심국가론이나 동북아 문화공동체론이 궁극적으로 유럽연합과 유사한 동북아 지역국가통합 내지 동북아 지역공동체로 발전해 나가야 한다는 관점에 서게 되면, 일차적으로 유럽연합의 형성과정에서 형사법이 어떠한 기초를 형성해주었으며, 지금은 어떠한 역할을 담당하고 있는지에 관하여 유럽법<sup>72</sup>을 중심으로 상세하게 논의해볼 필요가 있다. 이로써 장래의 동북아 문화공동체 형성과정에서 형사법이 담당하게 될 근본적인 역할을 고려해볼 수 있기 때문이다. 이러한 의미에서 본 장에서는 일차적으로 유럽연합의 성립과정에서 형사법의 역할과 발전과정 및 현재의 형사법 통일화논의를 전개하고, 법적인 의미에서 국가결합(Staatenverbund)의 성격을 가지고 있는 유럽연합에서 형사사법공조가 어떠한 방식에서 어느 정도로 효율성있게 운용되고 있는지에 관하여 검토할 것이다. 마지막으로 과거와 현재의 유럽연합의 통합과정에서 형사법이 담당해온 기능과 역할이 동북아 문화공동체에 어떠한 함의를 제시해주고 있는지에 관하여 전개할 것이다.

<sup>72</sup> 유럽법을 서술함에 있어 형식적인 문제로 나타나는 것은 유럽법이 유럽공동체(EG)법을 말하는 것인지, 아니면 유럽연합(EU)법을 의미하는 것인지의 여부이다. 유럽연합의 창설에 관한 마스터리히트조약이 체결된 이후로 유럽연합은 존재하고 있다. 그러나 유럽연합 그 자체는 아직 독자적인 행위능력을 갖추고 있지 않으며 현재까지 존재하고 있는 유럽공동체의 기관을 활용하고 있다. 이 점은 암스테르담조약이나 니스조약에서도 변경됨이 없이 그대로 남아있다. 이러한 상황과 관련하여 유럽법 관련문헌에서는 유럽법의 정확한 표현방법에 관하여 아무런 합의가 이루어지지 못하고 있다. 이에 반하여 언론매체에서는 유럽연합법만이 유럽법이라는 보도가 종종 행해지고 있다. 그러나 일상적인 법률생활에서 정확한 법률용어의 사용이 존중되어야 한다는 관점에서 볼 때 유럽연합과 유럽공동체는 엄격하게 구분되어야 한다. 이에 관해서는 Hans-Wolfgang Arndt, *Europarecht*, 6. Aufl., C. F. Müller · Heidelberg, 2003, p. 2.

## 1. 유럽연합의 사법내무정책의 등장과 발전과정

유럽연합 내에서 형사법 및 형사사법에 관한 영역은 일반적으로 사법내무분야로 포괄된다. 여기서 사법내무분야는 크게 두 가지 발현형식을 가지고 있는데, 하나는 유럽연합차원에서 형사법을 입법하는 것이며, 다른 하나는 형사실무의 영역에서 회원국들간의 형사사법공조를 원활하게 하는 것이다. 전자가 실제형법 및 절차법의 입법에 관한 것이라면, 후자는 형사사법공조에 관한 것이다. 이들 두 가지 문제영역은 최초의 유럽연합 조약이라고 할 수 있는 1993년의 마스트리히트조약에서는 통일적으로 규율되었으나, 1997년 암스테르담 조약에서는 기존의 마스트리히트조약상의 사법내무정책 중 경찰과 형사사법공조만 암스테르담조약에 남기고 나머지 부분은 유럽공동체조약속으로 편입시켰다.

### 가. 유럽연합의 사법내무정책의 필요성과 초기의 발전단계

유럽연합의 법제에서 사법내무분야에 관한 각국의 협력체계는 유럽연합의 회원국들이 직면하고 있는 정치적 망명, 불법 이민, 조직 범죄, 마약 밀매와 테러리즘과 같은 어려우면서도 민감한 분야와 관련을 가지고 있다. 이러한 문제들은 유럽연합 영역내에서 개인의 자유로운 이동이 늘어나면서 국내 경찰력, 세관 및 법률체계간의 조화의 필요성을 더욱 더 증대시키고 있다. 그러나 유럽연합에서 사법내무영역에 관한 구체적 협력과 이에 관한 이론적 차원의 접근이 행해진 것은 역사적으로 보면 1990년대 이후의 일이다. 이 점에서 유럽연합이 탄생하고 이를 발전시켜 나가는데 형사법 및 형사사법이 어떠한 역할을 담당해왔는지 역사적으로 개관해볼 필요가 있다.

유럽지역에서 사법내무분야에서 각국이 협력해온 역사는 이미 1957년의 1957년 로마조약으로까지 거슬러 올라간다. 로마조약은 상품, 서비스 및 자본의 자유로운 이동 이외에 ‘사람의 자유이동’도 규정하고 있었는데,

사람의 자유로운 이동을 계기로 조직범죄, 테러 등과 같은 국경을 초월하는 범죄가 증가하기 시작하였다. 나아가 유럽통합이라는 구호, 단일시장의 필요조건, 국경 이동의 가중, 번영되고 안전하며 통합된 지역으로의 인구유입, 경제 통합에 따르는 당연한 범죄의 증가도 사법내무분야에서의 공동협력의 필요성을 강조하게 만들었다. 유럽사회에서 이와 같은 국경초월범죄의 증가는 회원국의 안전을 담당하는 기관 및 법집행 기관간 협력의 필요성을 불러일으켰고, 이 논의는 1972년에 마약 문제에 효과적으로 대처하기 위하여 구주평의회(Council of Europe) 산하에 결성된 폼피두 그룹(Pompidou Group)을 통하여 구체화되었다.

나아가 1975년 12월 로마에서 유럽국가들의 정상회담시 유럽국가들간의 반테러 노력을 조정하기 위하여 트레비그룹(Trevi Group)이 창설되었다. 1976년 6월 트레비그룹이 채택한 결의에는 대테러 대처 협력, 테러조직에 대한 정보교환 및 반테러 전술 마련을 위한 경찰 조직의 공동장비 마련 및 교육 등을 목적으로 하고 있다고 규정하고 있다. 트레비그룹은 1977년에 실무그룹의 창설을 시작으로 1990년대 초까지 업무영역을 지속적으로 확대시켜 왔으며, 1933년 마스트리히트 조약(유럽연합조약)을 통하여 사법내무분야가 동 조약의 세 번째 업무영역(제3기둥)으로 자리 잡기까지 유럽지역내 사법내무분야에서 각국의 협력의 틀을 제공해주었다.

## 나. 마스트리히트조약상의 세 번째 업무영역으로서 사법내무정책

유럽통합의 역사에서 가장 본질적인 의미를 불러 일으켰던 계기는 1992년 2월 7일에 체결되고 1993년 11월 1일자로 발효된 유럽연합에 관한 마스트리히트조약(EU-Vertrag: Vertrag von Maastricht über die Europäische Union)이었다. 이것을 유럽연합조약이라고도 한다. 이 조약이 1991년에 논의될 당시에는 유럽의 균열조짐도 나타났다. 예컨대 영국하원에서의 장기간의 논의와 거의 막바지에 와서 동의한 프랑스인의

태도 등 매우 어려웠던 국내법적 비준절차는 유럽연합의 낙관에 제동을 걸었다. 그 뿐만 아니라 지난 1980년대부터 90년대까지 발생하였던 실업과 경제성장의 감퇴 등과 같은 문제들은 유럽공동체의 영역에서도 제기되었다. 그럼에도 불구하고 마스트리히트 조약은 “그 어느 때 보다도 긴밀한 유럽민족의 연합체를 창설하는 과정에서 새로운 장이 열렸다”(동조약 제I편 제A조)고 자평할 정도로 통합의 과정을 하나의 새로운 차원으로 이끌었다.

마스트리히트조약은 우선 형식적이고 제도적인 변경을 가져왔다. 형식적인 측면에서는 유럽경제공동체가 유럽공동체로 변경되었으며 유럽경제공동체 설치조약은 유럽공동체조약으로 바뀌었다. 그리고 유럽공동체와 새로이 창설된 공동협력의 형식<sup>73</sup>을 묶어두는 공동체로서 ‘유럽연합’(EU: Europäische Union)을 창설하였다. 마스트리히트조약은 단일한 제도적 영역하에서 두 가지의 상이한 법체계를 가지고 있는데, 하나는 공동체법이며 다른 하나는 국제법이다.

이러한 의미에서 유럽연합이란 ① 기존의 3개의 공동체, ② 공동외교·안보정책, ③ 사법내무분야에서의 협력이라는 3가지 업무영역으로 구성되는 복합개념(소위 세 기둥 모델)으로 이해된다. 유럽연합의 첫 번째 업무영역(제1기둥)은 초국가적 유럽공동체(유럽경제공동체 및 유럽원자력공동체)에 의하여 형성되어 있다. 여기서는 유럽공동체조약에 따른 초국가적인 결정절차가 적용된다. 두 번째 업무영역(제2기둥)은 공동의 외교·안보정책으로서 유럽연합의 안보에 관련되는 모든 문제를 포함하며 또한 궁극적으로는 공동방위를 위한 정책의 형성까지도 포함한다. 그렇지만 공동의 외교·안보정책은 제도화된 각국 정부간의 공동협력의 형식으로 구체화된다. 마지막으로 세 번째 업무영역(제3기둥)은 사법·내무분야에서의 공동협력인데, 이것도 두 번째 업무영역과 마찬가지로 각국 정부간의 공동협력의 형식으로 구체화된다.

<sup>73</sup> 예컨대 마스트리히트조약 제3부는 유럽석탄철강공동체 설치조약의 개정, 제4부는 유럽원자력공동체 설치조약의 개정, 제5부는 공동외교·안전보장정책에 관한 규정, 제6부는 사법·내무분야의 협력으로 구성되어 있다.

## 다. 암스테르담조약에서 탐페레까지

유럽통합의 역사에서 또 다른 대규모의 개혁은 1997년 초여름에 각국의 정상들이 네덜란드 암스테르담에서 마스트리히트조약을 개정하기 위한 정상회담을 통하여 이루어졌다. 마스트리히트조약을 개정하기 위한 암스테르담회의의 본질적인 목표는 마스트리히트조약에 여전히 존재하고 있었던 정치적 차이점을 조정하는 것이었다. 결국 이러한 개정노력은 1997년 6월 18일에 체결되었고 1999년 5월 1일자로 발효된 암스테르담조약에서 본질적인 성공을 거두지는 못했지만, 이 조약을 통하여 회원국들 간의 사법·내부영역에서의 공동협력의 가능성이 보다 개선된 것은 하나의 본질적인 성과였다. 우선, 유럽연합시민의 안전을 보장하기 위하여 지금까지 개별 회원국의 관할에 놓여있던 몇몇의 범영역들이 공동체법속으로 편입되었다. 이에 해당하는 것으로는 망명정책, 비자정책, 이주, 국경통제, 민사분야에서 사법공조와 관세공조 등이다. 이와 관련하여 기존의 마스트리히트조약의 세 번째 업무영역(제3기동: 사법내무분야에서의 공동협력)의 일부분이 암스테르담조약 제6부에 ‘인력의 자유로운 이동과 관련된 비자, 망명, 이민 및 기타 정책’이라는 형식으로 유럽공동체조약속(동조약 제61조 내지 제69조)으로 편입되었다. 이로써 암스테르담조약이 체결된 이후로는 기존의 세 번째 업무영역(제3기동)과 관련한 회원국의 활동은 경찰과 형사사법공조에 국한되게 되었다. 특히 국경초월범죄에 효과적으로 대처하고 국경을 초월하는 범죄에 대한 긴밀한 공조를 달성하기 위하여 유럽경찰(Europol)의 활동범위를 대폭 확대시켰다. 나아가 1985년 6월 14일과 1990년 6월 19일에 체결된 쉐겐(Schengen)협정의 내용을 보다 실질화하여 유럽공동체 국가들간의 공동국경에서의 검문철차를 폐지하고 공동체의 외부국경에 대한 통제를 강화하게 되었다.

나아가 1999년 10월 핀란드 탐페레(Tampere)에서는 유럽정상들이 ‘유럽법률공간’의 창설에 관하여 합의를 이룸으로써 전통적인 국가간의 형사사법공조의 범위를 뛰어넘는 수준까지 도달하게 되었다. 이러한 발전은

전통적 공조절차의 간이화와 신속화뿐만 아니라 국내의 형법규정의 내용적인 조화와 동화 및 부분적으로는 유럽연합의 모든 회원국을 대상으로 국내법원의 형사사건에 관한 판결과 사법기관의 형사사건에 관한 결정의 상호간의 승인에 관한 것이었다. 상호승인의 원칙과 이와 결부된 사법결정의 집행은 1999년 10월의 탐페레 유럽정상회담 이후로 형법상 유럽통합의 지도원리로 간주되어 왔다. 이 원리는 그 이전에 이미 부분적으로 민사법의 영역에서 성공적으로 적용된 적이 있기 때문에 형사법의 영역에서 하나의 모범이 될 수 있을 것으로 기대하고 있다. 판결과 결정의 상호승인의 원리에 기초한 정책은 기회있을 때마다 요구되었던 형법의 동화에 대한 적절한 대안을 의미할 수 있다(유럽형법전). 상호승인을 통하여 국내법체계의 기초적인 변경없이도 공정하고 효율적인 공조가 가능하게 된다. 상호승인과 형법의 동화는 서로 반대되는 개념이 아니라 상호보완적인 관념이라고 볼 수 있다. 상호승인은 유사한 법적 보호장치와 소송법적 원칙을 갖추고 있고, 상호 모순되지 않는 법체계 사이에서만 제대로 기능할 수 있다. 따라서 종종 사법결정의 상호승인이라는 정책은 국내법이 내용적으로 동화되어 가는 경우에만 달성될 수 있다.

## 2. 유럽연합의 형사법적 기초

유럽연합에서 형사법은 암스테르담조약의 목적인 자유, 안전 그리고 정의의 목표를 달성하기 위한 가장 중추적이고 강력한 수단이다. 이 점에서 유럽연합을 지탱하기 위한 수단으로서 형사법질서가 구체적으로 어떠한 발현형식을 가지고 있는지 의문이 제기된다.

### 가. 유럽형법의 개념과 유럽연합의 형사입법권

#### (1) 유럽형법의 개념과 법원

유럽형법(Europäisches Strafrecht)은 정확하게 표현하면 유럽연합의 형법이다. 그렇지만, 유럽형법이라는 말은 법 실무가뿐만 아니라 법학자에게도 매우 생소한 개념이다. 유럽형법은 지역적으로 뿐만 아니라 제도적으로도 개방되어 있는 개념이기 때문이다.<sup>74</sup> 유럽형법은 유럽연합의 지역내에서 적용되는 형법적 규정의 총체로서 한 국가 내에서만 적용되는 특정한 법전의 형식을 취하고 있는 것이 아니기 때문에 이를 내용적이고 체계적으로 정서지우기가 매우 힘들다. 유럽연합의 역내에서는 유럽공동체법과 형사사법공조에 관한 세 번째 업무영역을 구체화하기 위한 법규범이 서로 상이하게 존재한다. 이 점에서 유럽형법이란 유럽연합의 회원국들간의 쌍방 또는 다자간의 협약에 의하여 탄생된 형사법규범을 총칭하는 개념이다.

유럽형법의 구체적인 의미를 파악하기 위해서는 유럽연합 입법기관인 유럽연합 이사회(Europäischer Rat)가 발하는 다양한 법원(Rechtsquelle)에 대한 인식이 필요하다. 유럽연합에서 적용되는 법규범에는 유럽공동체법과 유럽연합조약의 세 번째 업무영역(제3기둥)<sup>75</sup>에서

<sup>74</sup> Heike Jung, Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts, JuS 40(2000), p. 417 이하.

<sup>75</sup> 여기서 간단하게 유럽연합의 업무분야 또는 기둥구조(Säulenstruktur der Union)

규정된 법규범이 있다. 유럽공동체법의 법원은 1차 공동체법(primäres Gemeinschaftsrecht)과 2차 공동체법(sekundäres Gemeinschaftsrecht)로 나뉘어 지는데, 양자간에는 헌법과 하위법률의 서열관계로 특징 지워진다. 1차 공동체법이란 2차 공동체법의 상위에 위치하는 것으로서 대표적으로는 유럽석탄철강조약, 유럽공동체조약, 유럽연합조약, 유럽법원의 판례에 나타나는 보편적인 법원칙 및 공동체의 관습법이 있다. 이에 반해 2차 공동체법은 1차 공동체법과 조화되는 한에서만 효력을 가지는 하위법률로서 예컨대 유럽의회와 유럽이사회가 공동으로 또는 이사회와 유럽연합 집행위원회가 공동으로 발하는 시행규칙(Verordnung), 지침(Richtlinie), 결정(Entscheidungen), 제안(Empfehlungen), 입장표명(Stellungnahmen) 등이다.<sup>76</sup>

그러나 유럽공동체법은 유럽연합의 형사법과는 관계가 없다. 형사사건의 영역에서 경찰 및 형사사법공조는 유럽연합조약(암스테르담조약)의 세 번째 업무영역(제3기둥)과 관련을 가지고 있기 때문이다. 형사사건에서 경찰 및 사법공조에 관한 세 번째 업무영역(제3기둥)에서 규정하고 있는 행위수단은 유럽연합조약 제34조 제2항에 규정되어 있다. 이에 의하면, 공동견해(gemeinsame Standpunkte), 대강결정<sup>77</sup>(Rahmenbeschlüsse),

---

에 관하여 살펴볼 필요가 있다. 유럽연합은 세 가지의 법적으로 상이하게 형성된 영역들로 묶여있는데, 이러한 세 가지 영역들을 세 기둥이라고 표현하기도 한다. 첫 번째 업무영역(제1기둥)은 유럽공동체(EC)를 의미한다. 통합에서 가장 폭넓게 진보된 영역이다. 유럽경제공동체내에서는 다시금 유럽공동체에 관한 조약과 유럽원자력조약 및 원자력영역에서 공동정책에 관한 조약으로 구분된다. 두 번째 업무영역(제2기둥)은 공동의 외무안전정책이다. 마지막으로 세 번째 업무영역(제3기둥)은 경찰 및 형사사법공조에 관한 영역이다. 유럽연합조약에서 이들 세 가지 업무영역에 공통적으로 적용되는 상위규정은 그렇게 많지 않다. 이에 반해 입법절차, 법적 도구 및 유럽법원에 의한 법적 통제는 각 업무영역마다 상이하게 규정되어 있다.

<sup>76</sup> 1차 유럽공동체법과 2차 유럽공동체법에 관한 상세한 내용은 Hans-Wolfgang Arndt, *Europarecht*, 6. Aufl., C.F.Müller · Heidelberg, 2003, pp. 79-94; Johannes Deger/Christoph Eckstein/Andreas Nachbauer, *Verfassungsrecht mit Europarecht*, Neuer Medienverlag · Villingen-Schwenningen, 2000, pp. 51-57 참조.

<sup>77</sup> 대강결정과 결정은 일차적으로 그 내용에 따라서 구분된다. 회원국의 법의 동화는 대강결정에 의해서만 가능하다. Martin Wasmeier (Hrsg.), *Das Strafrecht*

결정(Beschlüsse), 협약(Übereinkommen)의 형식이 있다. 이 행위수단들은 2차적 유럽연합법을 의미하지만, 그러나 세 번째 업무영역의 정부간의 구조에 상응하게 원칙적으로는 국제법규범에 해당하는 것이다. 여기서 특히 의미를 가지는 것으로는 대강결정과 결정이다. 대강결정은 세 번째 기동의 가장 중요한 새로운 도구로 인식되고 있다(유럽연합조약 제34조 2항 b). 대강결정의 성격은 국제법적 협약과 유럽공동체법의 지침(Richtlinie) 사이에 위치하고 있다. 내용적인 면에서 보면, 대강결정은 국내법규정과 유사하고 따라서 유럽공동체조약 제249조에 의한 공동체법의 지침과 유사하다. 그러나 공동체법의 지침은 유럽법원의 지속적인 판례에 따라 회원국에 부여된 국내법전환의 기한이 경과하면 직접적인 효력을 발휘할 수 있다는 점에서 대강결정과 본질적인 차이가 있다. 또한 제3기동의 행위수단으로서 대강결정과 결정은 유럽연합의 기구의 역할과 입법 절차 및 제1기동으로서 유럽공동체조약의 법적 도구에 대한 법원의 통제 범위에서도 차이를 보이고 있다. 대강결정과 결정은 항상 유럽연합 이사회에서 만장일치의 결정문이 요구되며 최근에는 회원국의 증가로 인하여 만장일치의 결과가 나오기가 매우 어렵게 되었다. 유럽공동체법에서는 유럽연합의 이사회에서 가중된 다수결만으로도 충분하다. 제3기동의 영역에서 유럽의회는 단지 청문에 참가할 뿐이며 결정문의 발의권은 유럽연합의 집행위원회 이외에 개별 회원국에도 부여되어 있다. 이에 반해 유럽공동체법의 대부분의 정책영역에서는 유럽의회와 유럽연합의 집행위원회가 입법의 결과에 대한 결정적인 영향력을 행사한다.<sup>78</sup>

der Europäischen Union, Nomos Verlagsgesellschaft · Baden-Baden, 2003, 8쪽 및 그곳의 주 6) 참조; 한편, 대강결정의 법적 성질에 관해서는 국제법상의 협약과 공동체법의 지침(Richtlinie)간의 중간에 위치한 법이라고 간주되고 있다. 내용적으로 대강결정은 국내법규정의 동화에 중심이 두어져 있으며 이 점에서 유럽공동체법 제249조에 따른 공동체법의 지침과 유사하지만, 유럽법원의 지속적인 판결에 의하면, 지침의 경우에는 회원국에게 부과된 전환기간이 경과하면 비록 국내법으로 전환되지 못한 경우에도 회원국에 직접적인 효력을 발휘하게 할 수 있다는 점에서 대강결정과 본질적으로 다르다고 한다.

<sup>78</sup> 공동체법(첫 번째 기동)에서는 유럽연합의 집행위원회가 원칙적으로 입법발의권을 독점하고 있다. 그러나 예컨대 민사사법공조, 난민 및 이주권 등(유럽공동체법 제61조 이하)과 같은 특정한 정책영역의 경우에 국한하여 회원국들은 잠정적

## (2) 유럽연합의 형사입법권

유럽연합회원국은 1997년 10월 2일에 암스테르담 조약에 서명하였다. 암스테르담조약은 지금까지의 세 번째 업무영역인 사법내무공조의 본질적인 내용들을 첫 번째 업무영역, 즉 유럽공동체조약으로 변경하였다. 이와 동시에 유럽공동체조약으로 편입되지 아니한 세 번째 업무영역의 나머지 부분들은 ‘형사사건에 관한 경찰과 사법공조에 관한 규정’이라는 새로운 표제하에 규정해두고 있다. 유럽공동체의 설치에 관한 조약 제280조 제4항은 유럽연합의 이사회는 유럽연합의 회원국들을 효과적이고 평등한 보호를 보장하기 위하여 유럽공동체의 재정적 이익에 반하는 사기행위에 대한 투쟁과 예방에 관한 필요한 조치를 결정하도록 새롭게 규정하였다. 그러면서도 유럽공동체조약 제280조 제4항 2문에 의하면, “유럽연합의 개별 회원국의 형법적용과 형사사법은 유럽연합의 이사회가 취하는 조치와 무관하다”고 규정하고 있다.

이와 같이 유럽공동체조약 제280조 제4항이 한편으로는 유럽연합 각료이사회에 대하여 사기행위의 투쟁과 예방에 필요한 조치를 취할 수 있도록 권한을 부여하면서도, 다른 한편으로는 이러한 유럽연합차원의 범죄예방 및 투쟁을 위한 조치가 회원국들의 국내 형사사법과 무관하다고 규정한 이유는 무엇인가? 유럽공동체조약 제280조 제4항 2문의 규정내용에 관하여 일부 학자들은 유럽공동체가 자신의 재정적 이익을 보호하기 위하여 형법적으로 활동할 수 있는 관할권 내지 권한을 가지고 있지 않다고 이해하고 있다.<sup>79</sup> 나아가 형사입법의 영역에서 유럽공동체와 회원국들이 동시에 입법권을 가질 수 있다는 점에 대해서도 부정적이다. 만약 유럽공동체와 회원국들이 동등하게 형사입법권을 가지는 경우에는 유럽공동체법이 국내형법에 간섭하게 되는 결과가 되어 이는 유럽공동체

---

으로 2004년 3월까지 입법발의를 할 수 있다.

<sup>79</sup> Andreas Musil, Umfang und Grenzen europäischer Rechtssetzungsbefugnis im Bereich des Strafrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, NStZ 20(2000), p. 68; Stefan Braun, Das “Corpus Juris” - Legitimität, Erforderlichkeit und Machbarkeit, JZ 55(2000), p. 493, 498, 500.

조약 제280조 제4항 2문에 정면으로 반하게 때문이라는 것이다. 따라서 유럽공동체조약 제280조 제4항으로부터 도출되는 유럽공동체의 입법관할권은 비형법적 규범, 특히 질서위반에 관한 규범의 입법에 국한된다는 견해<sup>80</sup>도 있다.

그러나 유럽공동체조약 제280조 제4항이 유럽공동체의 형사입법권을 부정하는 것인지에 대하여 의문을 가지는 견해도 있다.<sup>81</sup> 유럽공동체법 제280조 제4항 1문에 명시된 유럽이사회의 ‘필요한 조치’ 속에는 유럽연합 차원의 예방적 조치 이외에 사후적으로 형법규정의 입법을 통한 진압 조치로 포함된다는 것이다.<sup>82</sup> 다만, 동조 제4항 2문에서는 “유럽연합의 개별 회원국의 형법적용과 형사사법은 유럽연합의 이사회가 취하는 조치와 무관하다”고 규정하고 있는 점에 비추어 유럽공동체의 형사입법과 형사사법은 개별 회원국의 그것과 경합관계에 있게 되고, 여기서 개별 회원국의 국내형법은 특별관계로 인하여 우선적으로 적용된다고 한다. 따라서 유럽공동체는 유럽공동체조약 제280조 제4항을 통하여 유럽공동체의 재정적 이익보호와 관련하여 독자적인 형사입법권을 가지고 있다고 평가할 수 있다.

### (3) 유럽공동체의 지시권한과 회원국의 의무

유럽공동체형법의 발전에 가장 중요한 것은 아마도 유럽공동체 규범을 국가적 규범으로 전환시키는 특별한 구조일 것이다. 형법의 영역에서는 유럽공동체법을 통하여 개별 회원국의 형법규정의 적용범위를 확장하고

---

<sup>80</sup> Andreas Musil, a.a.O., p. 68.

<sup>81</sup> Frank Zieschang, Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts, ZStW 113(2001), p. 260.

<sup>82</sup> Gerhard Dannecker, Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Staatsanwaltschaft, Thomas Weigend/Georg Küpper(Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Walter de Gruyter · Berlin · New York, 1999, p. 144; Klaus Tiedemann, Lehren von dem Strafrecht im Allgemeinen Teil der Europäischen Rechtssysteme -Überlegungen zur Strafrechtsangleichung in Europa, GA 145(1998), p. 108.

있다. 예컨대 유럽공동체법 규정들은 개별 회원국의 형법규범들에 지시를 하고 이러한 지시를 통하여 개별 회원국에는 새로운 형법규정들이 탄생하게 된다.<sup>83</sup> 유럽공동체는 지시권한을 행사함에 있어 기본적으로 구체적인 처벌의 종류나 그 정도를 상세하게 확정하지 않았다. 오히려 유럽공동체는 회원국들이 자국법률에 처벌에 관한 규정을 두면, 그 규정이 형사법적인 처벌인가 질서위반법적인 처벌인가, 어느 정도의 처벌을 가하는가를 묻지 않고 공동체의 요구가 수용되었다는 것에 만족하였다. 또한 지시권한의 행사는 보통 “회원국들은 특정한 이익을 보호하기 위하여 ‘적합한 조치’를 취해야 한다”는 식의 표현을 사용하고 있기 때문에 개별 회원국의 입장에서는 유럽연합 차원의 지시를 자율적으로 전환하는 것이 가능하다.

문제는 유럽공동체가 지시권한을 행사한 경우에 개별 회원국이 이 지시에 따라 국내법으로 수용할 의무를 부담하는지의 여부이다. 이와 관련하여 유럽법원은 공동체법의 효력을 담보하기 위하여 개별 회원국은 ‘필요한 모든 조치’를 취해야할 의무를 부담하며 이러한 의무는 공동체적 신의성실의 원칙과 효율성원칙에서 도출된다고 판결하였다.<sup>84</sup> 즉, 처벌의 종류와 범위에 대한 선택이 회원국에 있는 것은 별론으로 하더라도, 적어도 공동체법을 위반하는 행위가 존재하는 경우에 그 행위에 상응하는 국가적 규정을 적용하여 처리하는 것과 동일한 수준으로 회원국의 국가적 직무가 수행되어야만 한다는 것이다. 따라서 유럽공동체의 지시권한에 따라 회원국은 이를 국내법으로 전환해야 할 뿐만 아니라 해당규범의 집행도 상응하게 이루어야할 의무를 지게 된다.

<sup>83</sup> 유럽공동체의 지시권한은 비록 유럽공동체조약에는 명시적으로 규정되어 있지 않지만, 유럽공동체조약의 특별규정과 결합된 ‘부속권한’(암스테르담조약 제249조 이하)이나 유럽공동체조약 제100조 및 제100a조에서 그 근거를 찾고 있다.

<sup>84</sup> 이 판결은 1989년에 발생했던 소위 ‘그리스 옥수수사건’에서 출발하고 있다. 이 사건은 옥수수를 수입하면서 그리스 공무원의 협조아래 유럽공동체에 지불해야 할 관세를 포탈한 사건으로, 당시 그리스의 관련법률에 따르는 경우에도 범죄행위에 해당하는 것이었다. 그러나 그리스 관할관청은 이 사건에 대한 아무런 절차도 진행하지 않았다. 이에 대하여 유럽법원은 그리스가 유럽공동체조약 제5조에 위반한다는 결론을 내렸다. EuGH-Slg. 1989, p. 2965.

## 나. 유럽연합의 실체형법규정

유럽연합에서 실체형법에 관한 규범들은 다양한 대강결정과 지침에서 발견할 수 있다. 또한 실체형법의 내용도 유럽공동체의 재정적 이익을 보호하기 위한 구성요건에서부터 최근에 국제적으로 문제되고 있는 다양한 행위유형, 예컨대 테러, 인신매매, 환경범죄 등도 포괄한다. 이들 행위유형들과 유럽연합차원의 공동대처에 관한 각종 법률문건을 모두 언급하는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 여기서는 주요 실체형법규정들을 중심으로 유럽연합 이사회가 이들 규정들을 대강결정이나 지침으로써 통과시킨 시점과 그 목적을 개관해 보기로 한다.

### (1) 유럽공동체의 재정이익을 보호하기 위한 협약

유럽연합의 회원국들은 1995년 7월 26일에 ‘유럽공동체의 재정이익의 보호에 관한 협약’(Übereinkommen über den Schutz der finalziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften)<sup>85</sup>에 서명하였으며 이것은 개별 회원국의 비준절차를 거친 후 2002년 10월부터 발효되었다. 이 협약은 유럽연합의 회원국에게 유럽공동체의 재정적 이익을 침해하는 사기행위를 국내법질서에 범죄행위로 전환할 의무를 지우고 있다. 이 협약이 독일 국내형법에 부여하는 의미는, 예컨대 독일형법 제264조의 보조금 사기에 관한 규정이 개정되어야 한다는 것을 말한다.

이에 기초하여 독일 입법자는 1998년 9월 10일자 유럽공동체재정보호법을 제정하였으며, 이와 동시에 형법상 보조금사기죄의 관련규정을 개정하였다. 이러한 독일의 예에서 알 수 있는 것은 유럽연합의 회원국들이 서명한 협약이 직접적으로 독일 형법에 영향을 미치게 된다는 점이다. 나아가 이러한 직접적인 영향은 단순히 개별적인 범죄에만 국한된 것이 아

<sup>85</sup> 이 협약에 관한 상세한 내용은 Gerhard Dannecker, Strafrechtlicher Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft gegen Täuschung, ZStW 108(1996), p. 577 참조.

나라 유럽연합의 재정이익의 보호에 관련된 거의 모든 범죄영역을 포괄하는 것이다. 이로써 유럽연합의 영역에서는 국내형법의 범죄구성요건이 오늘날 유럽법의 지침에 종속되어 있으며 직접적인 영향을 미치고 있다.

보조금이나 징수금을 둘러싼 사기범죄에 효율적으로 대처하기 위하여 유럽연합의 집행위원회는 1999년 4월 29일자 결정을 통하여 사기투쟁청(OLAF: European Anti-Fraud Office)을 설치하였다. 사기투쟁청은 특히 행정목적의 조사를 담당하지만 형법적 수사도 개시할 수 있다. 유럽공동체의 재정적 이익을 보호하기 위한 사기범죄의 입법형식은 유럽연합의 이사회가 보조금과 징수금의 사기행위에 관한 구성요건을 창설하고, 각 회원국에 대하여 그 제재에 관한 구체적인 입법을 할 것을 요구하는 것이다. 즉, 각 회원국은 유럽연합의 이사회가 확정된 사기죄의 구성요건을 수미일관하게 집행하기 위하여 사기행위에 대한 적절한 형벌을 규정해야 한다.

## (2) 기타 유럽연합의 실체형법규정

1998년 12월 21일에는 조직범죄에 대한 효과적인 대응을 목적으로 유럽연합의 회원국에서 범죄단체에 가입하는 행위를 가벌화하는 공동조치(gemeinsame Maßnahme)를 통과시켰다. 여기서 범죄단체란, 지속적으로 중범죄의 범행을 약속한 2인 이상의 결합을 말하며 그 중범죄가 주범인지 아니면 금전적 이익을 취하기 위한 수단인지는 불문한다. 범죄단체에 대한 효과적인 투쟁을 위하여 개별 회원국은 공동조치에 규정되어 있는 행위양식을 국내법으로 전환하여야 한다.

유럽연합의 실체형법 중에서는 통화위조죄, 즉 유로화 위조죄도 중요한 의미를 담당하고 있다. 이미 1929년 4월 20일에 위조통화의 투쟁에 관한 국제협약과 부속의정서가 체결된 적이 있으며 이 국제협약에서는 통화위조의 가벌성을 규정해 두고 있다. 그러나 유럽연합 이사회는 유로화의 도입과 관련하여 통화위조행위에 대하여 효과적으로 투쟁하기 위하여 2000년 5월 29일자로 대강결정을, 2001년 12월 6일에는 이를 보완하는 대강

결정을 통과시켰다. 따라서 이 대강결정에 따라서 개별 회원국들은 유로화 지폐와 주화의 위조행위를 척결하기 위한 대강결정의 규정들을 국내법에 도입하거나 정비하여야 한다.

나아가 1990년의 구주평의회(Europarat)<sup>86</sup>의 돈세탁에 관한 협약에 기초하여 유럽 장관평의회(EU-Ministerrat)는 2001년 6월 26일에 대강결정을 통과시켰는데, 이 대강결정은 돈세탁을 가벌화하여 재산가치를 몰수하고 박탈하는 것을 주요내용으로 삼고 있다. 물론 돈세탁을 형사처벌의 대상으로 삼아야 한다는 유럽연합 회원국들의 의무는 2001년의 대강결정에서 직접적으로 도출되는 것이 아니라 1990년 11월 8일자 유럽회의의 협약에서 도출되는 것이다. 그밖에 유럽연합의 회원국들은 다양한 지침<sup>87</sup>을 통하여 회원국들에게 돈세탁행위의 처벌을 의무지우고 있으며 특히 1990년 11월 8일자 유럽회의의 협약은 몰수와 박탈 및 이를 위한 절차규정과 사법공조규정을 담고 있다.

그밖에도 유럽연합 각료이사회는 2002년 6월 13일자로 테러투쟁에 관한 대강결정을 통과시켰으며 2002년 7월 19일에는 인신매매와 성착취에 대한 규정을 통과시켜 회원국들에게 이들 범죄의 국내법적 전환과 시행을 의무지우고 있다. 또한 불법이주와 불법외국체류에 대한 방조행위도 유럽연합차원에서 공동으로 대응할 것을 목적으로 하는 지침(Richtlinie)을 2002년 12월 28일자로 발하였으며 2003년 1월 27일에는 형법을 통한 환경보호를 목적으로 하는 대강결정을 통과시켰다.

### (3) 유럽형법에 대한 비판

유럽공동체의 재정적 이익을 보호하고 유럽연합 차원에서 공동의 대처

<sup>86</sup> 구주평의회(Europarat)는 정치·사회·문화 및 법적 협력을 도모하기 위하여 1949년 5월 5일 창설한 범유럽 정부간의 협력기구이며 인권문제에도 깊이 관여하고 있다. 유럽연합과는 달리 회원국 가입에 제한을 두거나 각국의 주권 포기를 요구하지 않는 점이 특징이다. 2000년 현재 회원국은 41개국이며 본부는 프랑스 스트라스부르크(Strasbourg)에 있다.

<sup>87</sup> 예컨대 Richtlinie 91/308 EWG(ABl. L 166/77 vom 28. 6. 1991; Richtlinie 2001/97/EG(ABl. L 344 vom 28. 12. 2001).

가 필요한 중범죄를 지침의 형식이나 대강결정의 형식으로 발함으로써 유럽연합의 역내에서 과거보다는 효과적이고 효율적인 범죄투쟁이 가능하게 되었다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없다. 나아가 이러한 공동대처를 가능하게 하기 위하여 유럽연합차원에서 다양한 사법공조와 조직적 대응전략을 펼치고 있다는 점도 과거보다 한층 더 효과적인 범죄투쟁을 가능하게 한다. 그럼에도 불구하고 현재의 유럽연합차원의 형법적 대응이 법치국가적 관점에서 많은 문제점을 지니고 있다는 반론<sup>88</sup>도 적지 않게 나오고 있다.

현재 유럽형법에 대한 의미 있는 반론으로는 유럽연합차원의 형법적 대응이 목적중심적이고 효율을 최적화하는 형사정책을 대변하고 있다는 점이다. 유럽연합의 형사정책에서 특정한 사안에 대하여 형법을 통하여 선별적으로 대응하는 것이 너무 일면적이라는 것이다. 나아가 유럽연합의 역내에서 나타나는 형사법의 조화와 상응의 경향이 민주적-법치국가적 원칙을 무시하고 있다는 지적이 나오고 있다.

우선, 형법에 관한 유럽연합의 일차법적 관할규범이 정치적 타협의 산물이라는 점을 들 수 있다. 마스트리히트조약과 암스테르담조약은 각국 정부의 재량에 따라 유럽연합의 이사회와 집행위원회에서 구체화될 수 있는 정치적 성격의 규정들이다. 그러나 이러한 규정들은 거의 통제가 불가능하며 도구적 정치의 목적내용을 쫓는 것이다. 그래서 유럽연합의 이사회와 집행위원회의 입법내용은 행정입법<sup>89</sup>(gubernative Rechtssetzung)의 내용으로 되고 여기서 전통적인 의회민주주의의 의미를 상실하게 되고 만다.

둘째, 유럽연합의 제재법과 구속에 관한 규정들은 내용의 부정확성과

---

<sup>88</sup> 예컨대 Peter-Alexis Albrecht/Stefan Braun, *Kontingentes Europäisches Strafrecht in actio: Schwerpunkte, Konturen, Defizite*, KritV 84(2001), pp. 346-348.

<sup>89</sup> 이에 관해서는 특히 Armin von Bogdandy, *Gubernative Rechtssetzung: eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, Mohr Siebeck · Tübingen, 2000. 참조.

사법적 통제가능성이 흡결되어있다. 특히 유럽연합의 사기투쟁청(OLAF)의 체포에 관한 규정은 실제적 기준이 흡결되어 있을 뿐만 아니라 법치국가적으로 포기할 수 없는 침해의 강도를 무시하고 있다. 다시 말해서, 체포가 가능하기 위해서는 범죄에 대한 충분한 혐의가 존재해야 하는데, 유럽연합의 구속에 관한 규정들은 이러한 혐의의 중대성을 무시하고 있다.

마지막으로 실체형법의 규범에 관해서는 유럽연합의 지속적인 개입으로 인하여 실체형법의 양상이 증대되는 추세에 있으며 이로써 기본권침해의 가능성을 확대시키게 된다는 비난이 있다. 특히 유럽연합의 이사회가 실체형법에 관한 규정을 입법함에 있어 구성요건적 불법과 귀속의 기준들을 무시하고 있으며 범죄구성요건의 입법기술도 형법의 적용범위를 임의적으로 확대하는 방향으로 나아가고 있다. 이렇게 구성요건의 적용범위가 확대되는 이유는 유럽연합 이사회가 실체형법의 규정을 입법함에 있어 다양한 불법행위를 하나의 목록에 모두 기술하는 소위 목록범죄(Katalogtaten)의 형식을 취하고 있기 때문이다.<sup>90</sup> 이러한 방식으로 입법하는 경우에는 특정 범죄의 불법내용을 거의 확정할 수 없게 될 위험이 있다.

## 다. 유럽연합에서 형사법의 조화와 통일화 경향

유럽연합이 형사법의 영역에서 지속적으로 영향력을 행사해오고 있지만, 여전히 형사법은 회원국의 국내 입법부의 전권에 속한다. 나아가 경쟁법이나 민법과는 달리 형사법은 국가를 유지함에 있어 본질적이라고 평가되는 국가형벌권을 의미한다는 점에서 다양한 형사법을 조화시킨다거나 통합시킨다는 구상은 쉽게 다가오지 않는다. 그러나 1999년 10월 핀란드 탐페레에서 개최되었던 유럽연합 회원국 정상회담에서 ‘유럽법률공간’(Europäischer Rechtsraum)의 창설이 합의된 이후로 통일 형사법 프

---

<sup>90</sup> Peter-Alexis Albrecht/Stefan Braun, *Kontingentes Europäisches Strafrecht in actio: Schwerpunkte, Konturen, Defizite*, KritV 84(2001), p. 347.

로젝트가 이미 진행 중에 있다.<sup>91</sup> 이 점에서 유럽연합차원에서 개별회원국들의 형사법을 조화시킬 필요성, 형사법조화의 구체적 내용 및 이에 관한 평가를 논의해볼 필요가 있다.

### (1) 형사법조화의 필요성

유럽지역에서 형법이 어떠한 의미를 가지는지에 관한 문제는 1990년대 전까지만 해도 본질적인 의미를 가지지 못했다. 공법이나 사법영역과는 달리 유럽연합의 형법이 개별 국가의 국내형법에 미치는 영향이나 그 문제점은 거의 취급되지 않았다. 그러나 이러한 현상은 1990년대 초반부터 완전히 역전되어 유럽형법에 관한 논의가 활발하게 진행되기 시작하였다. 독일 형법학계의 예를 들어보면, 이미 1991년 5월에 보훔(Bochum)에서 개최된 독일형사법학회에서 지버(Sieber)교수가 독일형법이 유럽통합에 일정한 역할을 담당해야 한다고 경고한 이후부터 1993년과 1997년의 유럽형법에 관한 논의가 활성화됨으로써 ‘유럽형법’이라는 테마는 현재 독일형사법에서 중심적인 논의대상으로 지위를 점하고 있다.

한편, 1990년대의 유럽형법에 관한 논의는 통일적인 유럽형법이 필요한지에 관한 문제에 집중되어 있었다. 즉, 유럽통합의 발전과 강도에 비추어볼 때 국내형법이 여전히 국내입법권에 일임되어 있어야 하는 것인지, 아니면 유럽연합의 각종 정책에 상응하게 최적의 형식으로 변경되어야 할 것인지에 관한 문제가 중심에 위치하고 있었다.<sup>92</sup> 그러나 이러한 기본적인 원칙에 관한 논의는 1990년대 중반기 이후에는 이미 낡은 논의가 되어버렸다. 국내형법의 유럽화는 이미 시작되고 있었으며 이러한 형법의

<sup>91</sup> Frank Zieschang, Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts, ZStW 113(2001), p. 259.

<sup>92</sup> 이에 관하여 국내형법이 유럽통합의 이익에 조화되게 변경되어야 한다는 입장으로는 Ulrich Sieber, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, ZStW 103(1991), p. 957; André Klip, Harmonisierung des Strafrechts - eine fixe Idee?, NSTZ 20(2000), p. 626; 그러나 국내형법의 유럽화에 반대하는 견해로는 Thomas Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 105(1993), p. 774.

유럽화는 더 이상 거역할 수 없는 발전으로 나타났다.

유럽연합에서 개별 회원국들의 형사법을 조화 내지 통일화시킬 필요성은 유럽연합의 재정적 이익을 확보하기 위한 기존의 형사법적 수단들이 지금까지 미흡하게 적용되어 왔거나 흠결을 초래하여 유럽공동체의 예산에 막대한 손실을 끼쳤다는 점에 기초하고 있다. 현재 유럽공동체의 예산은 보조금사기 등과 같은 범죄행위에 의하여 지속적으로 위협을 받고 있다. 예컨대 유럽연합의 집행위원회의 평가에 의하면, 유럽공동체 예산에 불이익을 초래하는 사기행위는 1995년만 하더라도 유럽공동체 전체예산의 1.4%를 점하고 있는 것으로 나타났으며<sup>93</sup>, 숨은 범죄까지 포함하게 되면 10%~20%에 달한다는 추정도 나오고 있다.<sup>94</sup> 심지어 최근의 연구결과는 국제적인 조직범죄그룹에 의하여 보조금사기나 조세포탈이 행해지고 있다는 점을 제시해주고 있다.<sup>95</sup> 이러한 사기행위는 유럽시민들에 대해서 뿐만 아니라 유럽연합의 정치적 기구들에 대해서도 현재의 유럽연합의 형사사법이 제대로 기능하지 못하고 있다는 인식을 심어주고 있다. 따라서 정치적으로 강력한 동맹을 통하여 유럽공동체의 예산을 실효성있게 보호하자는 목소리가 점점 더 지지를 얻어가고 있다. 또한 유럽연합의 재정적 이익을 확보하기 위한 전통적인 수단은 행정제재를 부과하는 것이었는데, 이러한 제재수단만 가지고는 조직적으로 활동하는 범죄자그룹에 적절하게 대응할 수 없다. 나아가 1995년 7월 26일에 '유럽공동체의 재정이익의 보호에 관한 협약'과 이에 관한 부속의정서는 형사실체법상의 최소규범만 포함하고 있을 뿐이다.

특히 지금까지의 형사사법공조나 범죄인인도의 절차는 국경을 초월하

<sup>93</sup> Europäische Kommission, Schutz der finanziellen Interesse der Gemeinschaft, Betrugsbekämpfung, Jahresbericht 1995, p. 6.

<sup>94</sup> Klaus Tiedemann, Reform des Sanktionswesens auf dem Gebiet des Agrarmarktes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: Otto-Friedrich von Gamm(Hrsg.), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht: Festschrift für Gerd Pfeiffer, Karl Heymann · Köln u.a., 1988, p. 101 이하.

<sup>95</sup> Ulrich Sieber, Subventionsbetrug und Steuerhinterziehung zum Nachteil der Europäischen Gemeinschaft, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht Bd. 114(1996), p. 357 이하 참조.

는 범죄를 수사하고 소추함에 있어 불충분하다는 결론에 이르게 되었다. 따라서 유럽공동체의 재정이익의 보호체계를 새롭게 개선하기 위해서는 형사실체법적 규정과 소송법규정 및 유럽 형사소추기관들간의 공조를 포괄하는 새로운 접근법이 필요하다. 그러나 여기서 본질적으로 제기되는 의문은 통일적인 유럽의 범공간 속에서 유럽의 형사소추에 관한 모델을 어떻게 구성할 것인가의 문제이다.

## (2) 유럽모범형법전초안

여기서 유럽모범형법전초안이란 ‘유럽연합의 재정이익을 보호하기 위한 유럽모범형법전초안’(Entwurf eines Corpus Juris strafrechtlicher Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU)을 말한다.<sup>96</sup> 이 초안은 본질적으로 유럽연합의 재정이익을 보다 효과적으로 보호하기 위한 규정들을 담고 있다. 이 점에서 유럽모범형법전초안은 통일적인 유럽의 범공간 속에서 유럽의 형사소추에 관한 모델이라고 할 수 있다.

이 초안은 형법총칙과 각칙 및 형사소송법의 규정까지 포괄하여 규정해두고 있다는 점에서 하나의 모범형법전의 모습을 갖추고 있다. 우선, 형사실체법의 영역을 보면, 죄형법정주의원칙에 기초하여 유럽연합의 재정이익을 실효적으로 보호하기 위한 8개의 범죄구성요건을 규정하고 있다. 8개의 범죄구성요건에는 공동체의 예산을 침해하는 사기죄, 공모사기죄, 뇌물죄, 직권남용죄, 직무위반죄, 업무상 비밀누설죄, 돈세탁·장물죄, 범죄단체구성죄가 포함된다(동 초안 제1조 내지 제8조). 이들 범죄에 대한 주형으로는 자연인의 경우 5년 이하의 자유형 및(또는) 벌금형, 법인의 경우에는 법원의 감독 및(또는) 벌금형이다. 나아가 몰수와 범죄수익박탈 및 판결의 공시도 규정하고 있다. 이러한 형사실체법 규정들은 형법총칙

<sup>96</sup> Mireille Delmas-Marty (Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, Carl Heymanns Verlag · Köln u.a., 1998.; 이 초안에 관해서는 Harro Otto, Das Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, Jura 22(2000), p. 98 이하 참조.

의 제규정들에 의하여 보충된다. 유럽모범형법전초안상의 형법총칙규정으로는 고의, 착오, (자연인 및 법인)의 책임 등에 관해서도 규정하고 있다(동 초안 제10조 제14조). 나아가 양형에서의 비례원칙과 구성요건의 경합에 관해서도 명시적으로 규정해 두고 있다(동 초안 제15조 내지 제17조). 유럽모범형법전초안에는 형사절차에 관련된 많은 규정들도 편입되었는데(동 초안 제18조 이하), 그 중에서 본질적인 의미를 가지는 것은 유럽형사소추청(europäische Strafverfolgungsbehörde)의 창설에 관한 규정이다.<sup>97</sup> 유럽형사소추청은 유럽연합 회원국들의 전체적인 범공간내에서 발생하는 유럽모범형법전초안상의 범죄에 대한 수사, 공소제기, 공소대리 및 형집행을 관할하는 것을 임무로 한다. 법적으로 통일화된 유럽형사소추기관은 브뤼셀에 유럽검찰총장을 설치하고 개별회원국에 선출직의 유럽연합 검사를 두는 것을 내용으로 하고 있다. 회원국의 국내 검찰은 유럽형사소추기관의 업무를 지원하며 유럽형사소추기관은 회원국의 국내 법원에 의한 통제를 받는다.

현재 유럽모범형법전초안은 발효되어 있는 상태가 아니다. 여전히 유럽모범형법전초안의 내용에 반대하는 견해<sup>98</sup>도 존재하고 있다. 그러나 유럽모범형법전초안은 형법의 유럽화의 방향을 제시해주고 있다는 점에서 머지 않은 장래에 유럽연합에서 통일적으로 적용될 것은 확실한 것으로 평가되고 있다.<sup>99</sup> 유럽모범형법전초안에 포함된 많은 부분은 유럽공동체의 재정이익을 보호하기 위한 규정들을 포함하고 있지만, 정확하게 이해하면, 유럽연합 회원국들의 형법을 조화시키는 본질적인 과정을 내포하고 있다. 이점은 유럽모범형법전초안이 형법총론규정뿐만 아니라 형사소송

<sup>97</sup> 통일형법초안 제18조 이하.

<sup>98</sup> 이 초안에 비판적인 입장으로는 Stefan Braun, Das “Corpus Juris” – Legitimität, Erforderlichkeit und Machbarkeit, JZ 55(2000), p. 493; Winfried Hassemer, “Corpus Juris”: Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?, KritV 82(1999), 133쪽; Andreas Wattenberg, Der “Corpus Juris” – Taglicher Entwurf für ein einheitliches europäisches Straf- und Strafprozeßrecht?, StV 20(2000), p. 95.

<sup>99</sup> Frank Zieschang, Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts, ZStW 113(2001), p. 258.

법 관련규정까지 포함하고 있는 것에서부터 알 수 있다. 이러한 의미에서 유럽모범형법전초안의 개별 규정들은 유럽형법의 통일화를 위한 모델의 성격을 가지고 있다.<sup>100</sup> 물론 유럽모범형법전초안에 대하여 유럽통합의 이상주의자들이 주장한다는 전제에서 실제로 법전화가 되기는 힘들 것이라는 견해<sup>101</sup>도 있지만, 유럽연합 내에서 이러한 회의적인 견해는 소수에 불과할 뿐이다. 이 초안이 머지 않은 장래에 실현될 수 있다는 점을 추측하게 하는 것으로는, ① 이 초안의 성안작업을 초기에는 형법학자들이 담당하였지만, 그 동안에 실무가들이 참가하여 실제로 논의하였다는 점, ② 유럽연합내의 일부 정책도 통일형법전의 규정내용에 관하여 원칙적으로 긍정하고 있다는 점이다. 특히 유럽연합 회원국의 수반들이 1999년 10월 핀란드 정상회담에서 ‘유럽법률공간’(Europäischer Rechtsraum)의 창설에 합의한 사실을 고려해보면, 유럽모범형법전초안이 유럽연합의 역내에 적용될 시기는 머지 않았으며, 일부 학계는 법률적 관점의 통합프로젝트가 이미 진행 중에 있다고 평가하고 있다.<sup>102</sup>

### (3) 유럽연합의 형사법조화의 과제

유럽모범형법전초안에 포함되어 있는 대안들은 장래에 유럽공동체의 재정이익의 보호에 국한되어 효과를 발휘하는 것은 아니다. 오히려 유럽모범형법전초안상의 제규정은 유럽형법의 통일화에 대한 모델의 성격을 가지고 있다. 일차적으로 유럽연합의 재정이익의 영역에서 유럽모범형법전이 적용되어 어느 정도 효과를 발휘하게 되면, 유럽모범형법전

<sup>100</sup> Ulrich Sieber, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht, in: Mireille Delmas-Marty(Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, Carl Heymanns Verlag · Köln u.a., 1998, p. 9.

<sup>101</sup> 예컨대 Andreas Wattenberg, Der “Corpus Juris” - Tauglicher Entwurf für ein einheitliches europäisches Straf- und Strafprozeßrecht?, StV 20 (2000), p. 95, 103에서는 통일형법초안이 실현될 가능성은 거의 없다고 한다.

<sup>102</sup> Frank Zieschang, Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts, ZStW 113(2001), p. 259.

초안상의 형법각론에 해당하는 범죄구성요건들은 자연적으로 확대될 것으로 예상되고 있다.<sup>103</sup> 예컨대 국경개념을 전혀 상정할 수 없는 컴퓨터범죄나 환경범죄 등도 유럽전역에 통일적으로 적용될 수 있도록 시급한 입법이 요청된다. 그래서 유럽연합 회원국들의 상호 차이나는 형사법질서는 국경을 초월하는 범죄에 이에 대한 효과적이고 효율적인 형사소추의 필요성에 자리를 양보해야 한다는 점이 강조되고 있다. 유럽이 통합되어 지속적인 발전의 길을 걷고 있는 현실을 고려하여 상호 차이나는 개별 국가의 형사법질서는 의미를 상실하게 되고 특히 유럽 형법체계의 공동기초로서 유럽의 법공동체(ius commune)를 탄생시켜야 한다는 것이다. 이러한 형사법공동체를 통하여 유럽인권규약의 계몽과 보장의 이념을 증진시켜야 하며 이 이념은 장래의 유럽형법의 초석이 될 것으로 예상된다.

---

<sup>103</sup> Mireille Delmas-Marty (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, Carl Heymanns Verla g · Köln u.a., 1998, p. 9.

### 3. 유럽연합의 형사사법공조

유럽연합 영역내에서는 다양한 범죄에 대하여 효과적으로 대응하기 위한 공조체계와 이를 효율적으로 집행하기 위한 조직이 갖추어져 있다. 형사사법공조체계에 속하는 중요한 것으로 국경철폐를 의미하는 쉐겐(Schengen)조약과 공동수사그룹 및 범죄인인도와 유럽체포영장이 있다. 또한 형사사법분야에서 효율적 공조체계를 유지하기 위하여 유럽연합에는 유럽경찰청, 사법조정처 및 유럽사법망이 설치되어 있다.

#### 가. 형사사법공조의 체계

##### (1) 쉐겐조약과 국경통제철폐

유럽국가들의 통합의 움직임 가운데 특히 중요한 의미를 가지는 것은 역내시장의 형성이다. 여기서 역내시장(Binnenmarkt)이란 물건, 사람, 서비스 및 자본의 자유로운 왕래가 보장되어 그 역내에서는 국경이 없는 지역을 말한다. 이러한 의미에서 역내시장의 활성화는 곧 유럽연합 회원국들간의 국경의 철폐를 전제로 한다. 그러나 국경통제를 철폐하는 경우에도 국경을 초월하는 범죄의 위험성은 여전히 존재하고 있기 때문에 한편으로는 국경통제를 철폐하되 다른 한편으로는 효율적인 범죄투쟁을 위하여 1985년에 독일, 프랑스, 스페인, 포르투갈, 베네룩스 3국 등 유럽연합 12개 국 중 9개국이 룩셈부르크 쉐겐(Schengen)에서 국경에서의 검문검색 폐지, 여권검사 면제 등 인적교류를 증진시키기 위한 국경철폐 등을 내용으로 하는 소위 쉐겐조약을 체결하였다. 그러나 쉐겐조약은 경찰과 사법의 국경을 초월하는 공조에도 본질적인 의미를 가지고 있다. 예컨대 쉐겐실행협정에 규정되어 있는 경찰의 사법공조(동협정 제39조 제46조), 국경을 초월하는 감시와 추적(동협약 제40조, 제41조) 및 쉐겐정보체계<sup>104</sup>(동협약 제92조 이하)는 경찰의 실무에서 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 암스테르담조약을 통하여 쉐겐조약은 유럽연합의 법체계속으로

편입되었으며 이로써 센겐협정상의 제규정은 유럽연합의 법규범의 한 내용을 구성하게 되었다.

## (2) 공동수사그룹

공동수사그룹(gemeinsame Ermittlungsgruppen)은 형식면에서 유럽연합의 제3기동을 구체화하기 위한 행위수단인 대강결정(Rahmenbeschuß)이다. 공동수사그룹의 내용은 2000년 5월의 유럽연합 사법공조협정과 동일하다. 그러나 유럽연합 사법공조협정은 아직 개별 회원국에서 완전하게 비준을 받지 못한 상태에 있기 때문에 유럽연합 이사회는 구속력 있는 대강결정을 통하여 공동수사그룹이라는 법적 공간을 미리 창설하기로 합의하였다.<sup>105</sup> 여기서 공동수사그룹이 의미하는 것은, 둘 이상의 회원국의 관찰 관청의 합의로 특정한 목적에서 한시적으로 범죄를 수사하기 위하여 이에 가입된 회원국에 한 개 이상의 공동수사그룹을 설치할 수 있는 것을 말한다. 공동수사그룹의 설치가 특히 요구되는 경우로는, 하나의 회원국의 수사절차에서 범죄규명이 어렵거나 타 회원국과의 관련된 수사로서 비용이 많이 수반되는 경우 및 다수의 회원국이 범죄규범을 위한 수사를 실시할 필요가 있는 경우이다. 이러한 요건이 충족될 경우 모든 회원국들은 공동수사그룹의 설치를 요청할 수 있으며 여기서 공동수사그룹은 잠정적으로 수사가 개시될 어느 한 회원국에 설치된다.

## (3) 범죄인인도 및 유럽체포영장

2004년 이전까지만 하더라도 형사사법공조로서 범죄인인도는 국제법에

---

<sup>104</sup> 센겐정보체계(Schengener Informationssystem)란 컴퓨터를 이용한 경찰의 수색체계로서 영국과 아일랜드를 제외한 모든 유럽연합 회원국에게 9백만 건 이상의 자료를 온라인상에서 접근할 수 있게 한다. Johannes Deger/Christoph Eckstein/Andreas Nachbaur, Verfassungsrecht mit Europarecht, Neuer Medienverlag · Villingen-Schwellingen, 2000, p. 69.

<sup>105</sup> 여기서 대강결정은 개별 회원국의 비준이 필요 없다. 그러나 회원국의 국내에서 직접적인 효력을 가지는 법규범은 아니다.

기초하여 유럽연합 회원국들간의 전통적인 범죄인인도절차가 행해져왔다. 유럽지역에서의 전통적인 범죄인인도절차는 일반적인 사법공조와 마찬가지로 거의 모든 유럽연합 회원국들이 비준한 유럽회의의 1957년도 유럽 범죄인인도협약이었다. 그러나 2004년 1월 1일부터 이러한 전통적인 범죄인인도절차는 유럽체포영장(Europäischer Haftbefehl) 내지 간이인도절차로 바뀌게 되었다. 유럽연합 회원국들은 2003년 12월 31일까지 유럽체포영장에 관한 대강결정을 국내법으로 전환할 의무를 부담하게 되었다. 만약 국내법으로 전환되는 경우에는 지금까지 다양한 국제법적 협약에 기초하여 개별회원국간에 체결되었던 지금까지의 복잡한 범죄인인도법은 유럽연합 회원국들간의 내부관계에서 통일되고 본질적으로 간이화된 절차로 대체되게 된다.

유럽체포영장에 관한 유럽연합의 대강결정은 유럽연합에서 형법상 상호승인원칙을 구체화하기 위한 중요한 발전으로 평가되고 있다. 유럽체포영장은 원칙적으로 유럽연합의 개별회원국에서 적법·유효한 법관의 체포영장이 타 회원국에서도 상세한 내용적인 심사없이 효력을 가지게 된다. 나아가 유럽체포영장은 체포영장에 필요한 최저기준을 명기해두고 있기 때문에 회원국의 국내법상의 구속영장에 관한 제반 요건과 매우 동화되는 결과를 가져온다.

## 나. 유럽연합의 형사사법조직

### (1) 유럽경찰청

유럽경찰청(Europol: Europäischer Polizeiamt)은 1991년에 마스트리히트(Maastricht) 정상회담의 결과로 탄생된 것이지만, 유럽연합이나 그 하부기구에 소속된 조직은 아니라 유럽연합 회원국들간의 협약에 의하여 불법마약판매, 조직범죄, 핵물질의 불법거래, 불법이주, 인심매매 등과 같은 중범죄와의 투쟁을 위하여 설치된 경찰조직이다(유럽경찰청협약 제2조 제1항). 유럽경찰청의 설치목적에 부응하기 위하여 유럽경찰청협약 제

3조는 유럽경찰청의 임무를 명시해두고 있다. 이에 의하면, 유럽경찰청은 ① 회원국간의 정보교환의 부담을 경감시키고, ② 정보 및 인지의 수집·분석, ③ 관련되는 정보와 범죄와의 관련성을 해당 회원국에 통지, ④ 회원국의 수사지원, ⑤ 자료수집 및 유지할 임무를 부담한다. 유럽경찰청의 임무를 한마디로 표현한다면, 정보와 자료의 수집, 처리 및 정보전달이라고 할 수 있다. 또한 유럽경찰청에는 유럽연합의 회원국들로부터 파견된 연결공무원들이 있는데 이들을 유럽경찰연결사무소(Europol-Liaison-Office)라 한다. 이 사무소의 주된 임무는 유럽연합 회원국들의 형사소추기관들간에 정보교환을 신속하게 하는 것이다. 유럽경찰은 불법적 마약거래나 조직범죄, 핵물질의 불법적 거래, 인신매매, 통화위조 등과 같은 중범죄를 주된 관할영역으로 삼고 있다. 그러나 유럽경찰청이 실제로 활동하기 위해서는 ① 당해 행위가 조직적 범죄구조를 가지고 있어야 하고, ② 최소한 2개국 이상의 유럽연합 회원국들이 당해 범죄와 관련을 가지고 있어야 하며, ③ 관련 회원국들의 형사소추기관이 공동으로 대처할 필요가 있어야 한다.

## (2) 사법조정처

사법조정처(Eurojust)는 중대한 국제범죄에 투쟁을 강화하기 위하여 2002년 2월 28일자 유럽이사회의 결정에 의하여 설치된 조직이다. 그러나 사법조정처를 설치하게 된 본질적인 배경은 국경을 초월하는 경찰의 형사소추가 제대로 실현되지 않았다는 흠결을 제거하여 경찰의 효율성을 최적화시키기 위한 것이었다.<sup>106</sup> 사법조정처의 인적 조직은 법관, 검사 및 경찰이 함께 구성되어 있으며 이들은 개별 회원국에 의하여 선출된다. 사법조정처의 사물관할에 해당하는 범죄사건으로는 ① 1995년 7월 26일자 유럽경찰청협약 제2조에 따라서 유럽경찰청의 관할에 속하는 범죄사건, ② 컴퓨터범죄, 사기 및 부패와 같은 유럽공동체의 재정적 이익을 침해하

<sup>106</sup> Peter-Alexis Albrecht/Stefan Braun, Kontingentes Europäisches Strafrecht in actio: Schwerpunkte, Konturen, Defizite, KritV 84(2001), p. 345.

는 범죄, 불법자금 세탁행위, 환경범죄, 범죄단체가입죄, ③ 앞의 ① 및 ②에 기재된 범죄와 관련된 범죄사건이다. 이러한 관할영역 속에서 사법조정처는 7개의 개별과제를 수행한다. 첫째, 사법조정처는 회원국에게 특정한 범죄에 대한 수사의 개시와 소추를 요구할 수 있다. 그러나 이 요구는 강제적인 법적 효력을 가지지 않는다. 둘째, 사법조정처는 회원국의 관할 수사관청에 상호간의 통지를 보장한다. 셋째, 사법조정처는 수사상의 조정의 합목적성을 심사한다. 넷째, 경우에 따라서는 사법조정처가 회원국의 형사소추를 최적으로 조정할 수 있도록 공조한다. 다섯째, 사법조정처는 국제형사사법공조의 실무를 간이화하는데 도움을 준다. 여섯째, 사법조정처는 회원국의 관할 사법관청에게 법적·실무적 유형의 정보를 지원할 수 있도록 하기 위하여 자료-데이터뱅크를 구축한다. 마지막으로 사법조정처는 유럽경찰청의 요청이 있는 경우에는 유럽경찰청의 활동을 지원한다.

### (3) 유럽사법망

유럽사법망(Europäisches Justitielles Netz)은 1998년 6월 29일자 공동조치<sup>107</sup>(gemeinsame Maßnahmen)에 의하여 설치된 것으로서 조직범죄나 중범죄에 대하여 효율적으로 대처하기 위하여 유럽연합 회원국간의 사법교섭망을 의미하는 것이다. 유럽사법망은 유럽연합에 부속되어 있는 독자적인 물적조직이 아니라 개별 회원국들이 국내법적 기준에 따라서 하나 또는 다수의 교섭처를 설치하는 것을 내용으로 한다. 개별회원국에 설치되어 있는 교섭처를 통하여 타 회원국의 교섭처와 중범죄에 관한 정보교환이 가능하게 한다. 유럽사법망은 세 가지의 중요한 임무를 추구하는데, 그것은 ① 개별 회원국들의 교섭처간의 사안에 관한 교섭을 가능하게 하고, ② 개별 회원국 대표자들간의 정기적·부정기적 회의를 개최하며, ③ 적절한 통신네트워크의 보유하는 것이다.

<sup>107</sup> 여기서 공동조치란 마스트리히트조약(1992)에 따른 법적 수단을 의미한다. 이 공동조치는 암스테르담조약에서 대강결정(Rahmenbeschluss)로 대체되었다.

## 4. 유럽연합의 형사법적 기초의 정책적 시사점

유럽이 통합되는 과정에서 등장한 유럽연합의 형사법질서를 아직 국가결합의 초기단계에까지도 접근하지 못한 동북아 지역에 그대로 대비해 보는 것은 의미가 없다. 그러나 동북아 문화공동체의 궁극적인 목적이 평화와 번영의 동북아시대에 있으며 동북아 문화공동체의 궁극적인 방향이 유럽연합과 같은 초국가적 국가결합이 되어야 한다는 관점에서 출발하게 되면, 유럽형법에 관한 논의는 현재의 동북아 관련국가들의 공통된 방향 설정에 본질적인 도움을 준다. 이 점에서 유럽연합의 형사법적 기초가 동북아 문화공동체에 부여하는 정책적인 함의는 크게 세 가지 핵심내용으로 요약할 수 있다. 하나는 동북아 문화공동체의 이익을 위한 형사법적 개입의 필요성이며, 다른 하나는 기존의 전통적인 형사사법공조 이외에 동북아 관련국가들간의 보다 긴밀하고 세련된 형사사법공조의 가능성이 다. 마지막으로 동북아 문화공동체가 초국가적 국가결합의 형식으로 띄게 되고 이에 기초하여 유럽연합에서와 같은 모범형법전초안을 구성할 경우에 헌법원칙과 형법원칙을 고려할 수 있다는 점이다.

### 가. 공동체이익을 위한 형사법적 개입의 필요성

유럽연합의 형사법질서가 일차적으로 의도하는 것은 유럽연합 차원에서 공동체의 이익을 구하기 위하여 독자적으로 형법질서를 창설하고 있다는 점이다. 이것은 유럽연합의 재정적 이익을 확보하기 위한 필요성에서 등장한 것이지만, 지금까지의 유럽연합의 형사법질서를 자세히 보면, 마약이나 화폐위조 등과 같이 국경을 초월하여 이루어지는 범죄에 효과적이고 효율적으로 대처해야 한다는 필요성에서 나온 것이다. 동북아 문화공동체가 궁극적으로 평화와 번영을 목표로 삼는 한 추후의 동북아 문화공동체 발전과정에서는 반드시 이와 같은 문제가 등장할 것으로 예상된다. 나아가 예컨대 불법이주, 마약거래, 테러 등과 같

은 조직범죄의 영역은 동북아 관련국가들 모두 그 효율적인 대처의 필요성을 인식하고 있다는 점에서 현재와 같이 초국가적 국가결합의 단계에 이르지 못하고 있는 상태에서도 이에 대한 공조가 필요하다. 따라서 유럽연합의 형사정책과 같이 동북아지역에서도 공동의 형사사법 공조 정책을 수립하여 집행하는 경우에는 동북아 지역의 평화확보는 물론이고 공동의 이익을 위한 하나의 연대체계가 구성될 수 있다. 이렇게 나아가는 것은 바로 동북아 관련국가들이 하나의 국가결합으로 나아가게 되는 출발점이 될 것이다.

## 나. 세련되고 체계적인 형사사법공조

유럽연합의 형사법질서에서 볼 수 있는 또 하나의 특징은 사법 및 내무 영역에서 지역적 협력을 강화함으로써 효율적으로 대처할 가능성을 가지고 있다는 점이다. 물론 유럽연합 회원국들간의 긴밀한 사법공조는 현재와 같은 유럽연합 체제하에서 유럽경찰이 설치되어 있고, 나아가 유럽검찰청까지 신설해야 한다는 목소리가 나오기 전에도 존재해왔다. 다자간 또는 개별 국가간의 조약 등의 방식으로 범죄인인도나 형사사법공조를 꾸준히 실천해왔기 때문이다. 그러나 유럽연합체제하에서는 특정한 범죄영역의 경우 유럽연합 차원에서 범죄예방 및 투쟁정책을 실시함으로써 지금까지의 번거로운 조약 등의 방식을 취함이 없이 직접 회원국에게 범죄투쟁을 위한 일정한 의무를 부담시킴으로써 보다 세련되고 체계적인 사법공조를 가능하게 하고 있다.

이와 같은 유럽연합의 형사사법 공조체계는 동북아 관련 국가들간의 공조체계의 현상과 이에 관한 효과적 대응체제의 구축에 시사하는 점이 매우 많다. 국제교류가 긴밀해짐에 따라 범죄의 실행행위는 물론 범죄의 예방, 수사, 재판, 집행 등 형사사법 전단계에서 사건의 전부 또는 일부가 국제적 관련성을 가지게 되는 국경초월범죄의 발생빈도가 높아졌다. 이러한 국경초월범죄의 투쟁 및 예방필요성은 동북아 지역이라고 하여 예외

가 아니다. 국제범죄들은 관련국가들의 도움없이 효과적 진압이 어려운 것들로서 모든 관련국은 적극적으로 상호협력해야 할 공통적인 이해 관계를 가진다. 이 점에서 유럽연합에서의 형사사법공조를 위한 조직과 관련 규범들은 동북아 문화공동체의 발전과정에 본질적인 도움을 줄 수 있는 지침이 된다.

## 다. 헌법원칙과 형법원칙에 적합한 형법의 구성

동북아 문화공동체가 중국적으로 유럽연합과 같이 하나의 국가결합을 이루는 상태에 놓인 경우 공동체 차원의 형사법질서는 개별국가들에게 많은 영향을 미칠 것임에 틀림이 없다. 이 점은 유럽지역의 국가들이 유럽연합의 출범과 발전을 계기로 상호간의 형사법질서를 지속적으로 비교·연구해왔고 그 결과 유럽모범형법전초안의 성안작업까지 마쳤다는 점에서 알 수 있다. 또한 2차 대전이후에 출범한 구주평의회(Europarat)는 과거 유럽지역의 인권침해에 대한 반성과 인권의식의 고양을 위하여 지속적인 계몽활동을 펼쳐왔으며, 유럽법원도 기본적 인권보장에 관한 헌법원칙과 책임주의를 본질적 내용으로 하는 형법원칙의 준수에 노력을 기울여 왔다. 유럽연합시대의 형법의 동화작용과 유럽지역의 초국가적 기구들을 통한 인권보장의 노력은 결국 개별국가의 국내법질서를 인권보장에 보다 친밀하게 구성하게 하는 결정적인 계기를 낳게 되었다.

유럽연합의 발전과정에서 나타난 각국의 형법질서의 동화 내지 조화는 동북아 지역에서도 중대한 의미를 던져주게 될 것이다. 현재 동북아 지역 국가들에서는 개별국가의 사정에 맞게 국내 형법 및 형사소송법질서를 입법하여 적용하고 있는데, 동북아 문화공동체가 본질적인 의미를 가지게 되는 시기가 도래하면, 형사법의 통일화에 관한 논의가 본격적으로 전개 될 것이다. 이 경우에는 유럽모범형법전초안상의 규정내용들이 동북아 지역공동체에 직·간접적으로 영향을 미칠 수 있을 것이다.<sup>108</sup> 또한 동북아 지역국가들간의 형사법의 조화문제가 등장하면, 개별 국가들 상호간의 국내 형사법질서가 상향 평준화될 것임에 틀림없다. 공동체 내에서 정치적인 목소리를 높이기 위해서는 국내 형사법이 인권친화적으로 구성되어야 하고 이로써 정당성이 주어질 있어야 하기 때문이다. 국가적으로 매우 민감한 범죄문제와 이에 대한 대응시 헌법의 기본원칙과 형법의 책임주의

<sup>108</sup> 전지연, “유럽연합에서의 형사법체계에 관한 연구,” 『형사법연구』 제15호, 한국형사법학회(2001. 6), p. 326.

를 지켜야 한다는 목소리에 동북아 관련 국가들은 귀를 기울이지 않을 수 없다. 특히 초국가적 국가결합이 문제되는 시기에는 이러한 인권보장체계의 유무가 개별 국가의 국내법의 정당성을 가름하는 본질적인 척도가 되지 않을 수 없다는 점을 고려해보면, 동북아시아대의 형사법질서는 현재의 그것보다 한층 더 선진화될 것이다.



# V

## 동북아 문화공동체 형성을 위한 형사법적 기반구축의 방안



이 글은 동북아시아 지역 국가들간의 결합체로서 동북아 공동체가 실제로 형성될 것인지, 이를 긍정한다면 언제 어떠한 방식으로 형성될 것인지를 다루는 것이 아니다. 이러한 내용들은 동북아 지역국가들간의 고도의 정치적인 협의의 대상에 속하는 것임과 동시에 ‘형사법적 기반구축’이라는 좁은 범위에 국한하여 서술하고 있는 이 연구의 범위를 넘어서기 때문이다. 오히려 여기서 본질적으로 의도하는 것은 동북아 문화공동체가 아직은 유럽연합과 같은 지역공동체로 형성되지 않은 상태에서 동북아 지역공동체의 형성을 보다 앞당길 수 있는 형법정책 분야에서의 상호 협력 내지 공통의 이익을 추구할 수 있는 전략이 무엇인가를 제시하는 것이다. 여기서는 장기비전으로서 동북아 지역공동체가 구체화되기 이전의 단계에서 동북아 지역국가들간의 형사사법분야에서의 상호협력과 공동이익을 추구한다는 관점에서, 동북아 지역국가들의 형사법조화의 가능성과 전략을 제시하고 특히 국경초월범죄에 대한 형사사법공조체계의 확대 및 심화를 위한 전략을 제시할 것이다.

## 1. 장기비전으로서 동북아 지역공동체

그러나 동북아 지역국가들이 초국가적 국가결합의 단계에까지 이르는 매우 오랜 시일이 소요될 것으로 판단된다. 동북아시아의 개별국가들간의 이해관계조정이나 현실적으로 나타나는 문화의 상이성 등으로 인하여 동북아시아민의 개념이 하루아침에 형성되기란 힘들기 때문이다. 이 점은 예컨대 유럽연합의 역사를 반추해보면 쉽게 알 수 있다. 유럽지역에서는 이미 1306년 이탈리아 문학가 단테(Dante)가 신곡을 통하여 각 국가를 지배하는 군주위에 통합황제를 두어야 한다고 주장한 이래로, 1693년 영국의 평화주의자 펜(Penn)에 의한 유럽의회(European Diet)를 통합통합방안이 제시된 바 있으며, 19세기를 전후하여 칸트(Kant)가 유럽 각국의 연방에 기초를 둔 법률제정 방안을 제창한 적이 있다. 그러나 유럽

지역의 개별 국가들의 정치·경제적 수준이 상이했다는 점, 상호간의 다른 언어를 사용했다는 점 등으로 인하여 제2차 세계대전 이후에 유럽통합이 구체화되기까지 매우 오랜 시간이 소요되었다.

유럽지역에서의 유럽통합에 관한 논의의 역사가 매우 깊은 반면에, 동북아지역은 지금까지 정치·경제적 통합의 노력조차 거의 없었다. 물론, 동북아지역에서 특정 국가들간의 교류협력이 전혀 존재하지 않은 것은 아니지만, 동북아지역의 평화와 안전을 도모하고 공동의 번영을 추구한다는 차원에서의 국제기구 또는 공동체형성에 관한 논의는 현재로서는 걸음마단계에 머물고 있다. 이와 같이 동북아지역의 통합에 관한 논의가 부진하고 그 구체화가 이루어지지 않고 있는 이유는, 동북아 지역에는 지역을 분할하면서 국제기구의 역할과 권능을 잠식하는 치열하고 다각적인 대치선이 그어져 있다는 점, 제2차 대전과 과거사에 대한 진정한 참회와 적절한 배상을 거부한 일본에 대하여 우리나라와 중국에 불신의 골이 깊이 파여 있음으로 인하여 지역공동체의 전제조건인 상호이해와 협력이 부족하였다는 점 등을 들 수 있다. 이 점에서 동북아 지역공동체가 구체적인 형식을 갖추기까지는, 적어도 유럽통합의 역사에 비추어보면, 오랜 시일이 걸릴 수밖에 없을 것이라는 추측을 낳게 한다.

그러나 동북아 지역공동체의 형성이 매우 장기간을 요구한다는 점이 동북아 지역공동체 형성에 걸림돌이 될 수는 없다. 오늘날 한편으로는 세계화의 추세에 있고, 다른 한편으로는 지역화의 연결망으로 구축되어 있는 현실에 비추어볼 때 국가간의 결합 내지 그 이전단계로서 국가들간의 긴밀한 협력체계의 구축은 이미 시대적 흐름이다. 동북아 지역공동체가 궁극적으로 유럽연합과 같이 초국가적 국가결합 내지 정치·경제·문화적 공동체로서의 통합단계에 진입하기 위해서는 국가간의 상충되는 이해영역에 대한 양보와 협력을 통한 합의의 도출 및 성실한 이행의지가 필요하다.

## 2. 동북아 지역국가의 형사법조화의 가능성과 전략

장래에 동북아 지역국가들이 통합되는 경우에는, 초국가적 국가결합의 차원에서 일정한 부분 입법권을 가지게 되고, 이로써 상이한 형법체계의 조화 내지 통합에 관한 논의가 활발하게 진행될 것으로 예상된다. 동북아 지역공동체 자체의 재정적 이익을 확보할 목적 또는 국경초월범죄에 대한 효율적 대응의 목적에서 특정 범죄구성요건의 통일화 문제가 등장할 수 있기 때문이다. 개별 국가가 특정한 목적을 위하여 주권의 일부를 초국가적 국가결합체에게 이양하는 한에서는, 초국가적 국가결합체로서 동북아 지역공동체는 개별 국가의 형벌권에 보충적으로 형법규정을 제정할 수 있다고 보아야 한다. 따라서 동북아 지역국가들이 공동체를 형성하는 경우에는 개별 국가의 형법을 조화시켜야 한다는 목소리가 필연적으로 나오게 된다. 이것은 이미 유럽연합 형사법의 예에서 알 수 있었다.

### 가. 형사법조화의 가능성

동북아 지역공동체의 전 단계로서 동북아 문화공동체에서는 특정한 초국가적 공동체를 염두에 둔 것이 아니기 때문에 유럽연합과 같은 인위적인 형사법조화는 행해져서도 안될 뿐만 아니라 그렇게 할 수도 없다. 그렇게 될 경우에는 주권국가의 입법권을 침해하는 것일 뿐만 아니라 이로써 평화와 상호 이해를 본질로 하는 동북아 문화공동체의 본질적 의미가 사라질 것이기 때문이다.

그러나 현재의 동북아 시대에 비추어 볼 경우에도 동북아 지역국가들 간의 형사법의 조화<sup>109</sup>가 전혀 존재하지 않는 것은 아니다. 예컨대 동북

<sup>109</sup> 형법의 ‘조화’(Harmonisierung)의 구체적 개념정의에 대해서는 논자마다 상이한 결론이 도출된다. 그래서 형법의 조화를 개별 국가의 형법을 통일화하는 것으로 이해하는 견해가 있는 반면, 형법의 동화로 파악하는 견해도 있다. 조화의 개념정의에 대한 문제제기로는 André Klip, Harmonisierung des Strafrechts - eine fixe Idee?, NStZ 20(2000), pp. 626-627 참조.

아 지역국가들의 상호간의 조약에 기초하여 개별 국가들이 일정한 의무를 부담하도록 하는 초보적인 수준의 형사법 조화의 방식은 존재하고 있기 때문이다. 현재 동북아지역에서는 우리나라와 중국, 일본과의 형사사법공조조약 및 우리나라와 중국과의 범죄인인도조약에 기초한 공조업무가 있다. 범죄인인도나 형사사법공조는 개별 국가의 국내법을 통하여 이루어지고 있기 때문에 이 한도에서 개별 국가의 관련 형사법은 그 본질적인 내용면에서 유사하게 되고 이로써 형사법의 조화는 부분적으로 달성되어 있다고 평가할 수 있다.

물론, 이러한 의미의 형사법조화는 유럽연합의 형사법과 같이 초국가적 연합체가 결정이나 대강결정을 발하고 회원국이 이에 따라 국내 형사법으로 전환하는 방식과는 전혀 다른 것이다. 그러나 동북아 지역국가들간의 범죄인인도조약이나 형사사법공조조약이 체결되어 있고 이러한 조약에 기초하여 개별 국가들이 국내 이행입법을 완료했다는 점은 동북아 지역국가들간의 형사법을 조화·발전시키는 주요한 첫걸음이라고 평가하지 않을 수 없다. 나아가 동북아 핵심적 지역국가로서 한국, 중국 및 일본은 공통의 법문화에 기초하고 있다는 점에서 큰 저항없이 형사법의 조화문제가 해결될 것으로 예상된다. 물론, 이를 위하여 동북아 지역국가들은 지속적으로 비교법적 관점에서 각국의 형사법체제와 문화를 연구해 나가야 하는 것은 당연하다.

## 나. 동북아 지역국가의 형사법 비교연구의 심화

동북아 지역공동체가 출범하고 이로써 공동체 차원에서의 형사법의 조화 내지 통일화가 문제되기 위해서는 일차적으로 동북아 지역국가의 형사법질서에 대한 이해가 선행되어야 한다. 이로써 적어도 법적인 관점에서는 상호간의 이해를 증진시킬 수 있기 때문이다. 나아가 동북아 지역공동체가 완성된 단계에서도 지역공동체 차원의 단일한 지침을 제정하여 개별 회원국에 적용하기 위해서는 개별 국가의 형사법체제나 문화에 대

한 인식과 이해가 갖추어져 있어야 한다.

하지만, 동북아 지역국가들의 형사법을 비교법적으로 연구하고 이에 관한 대화를 전개하는 것이 반드시 쉬운 것만은 아니다. 법비교(Rechtsvergleichung)는 개별 국가의 형법전이나 형사소송법전을 번역하고 그 특징을 도출하는 단순한 문제가 아니라 현행 형사법의 저변에 깔려있는 사회문화적 제반요소와 직접적으로 관련을 가지고 있기 때문이다. 개별국가의 형사법을 비교하여 특정제도의 타당성과 합리성을 검토하는 작업은 비교적 장기간이 소요되는 것일 뿐만 아니라 비교법 연구를 위한 제반 인프라가 구비되어 있어야 한다.

비교법 연구를 둘러싼 제반환경과 관련지워보면, 우리나라는 비교법 연구에 많이 인색한 것 같다. 인접한 일본의 경우에는 이미 2차 대전 이전부터 외국법을 계수하는 과정에서 독일법이나 영미법에 관한 비교법 연구가 활성화되었으며 2차 대전 이후에는 아시아지역의 법체계나 법제도에 관하여 지속적으로 비교법연구를 수행해 왔다. 중국의 경우에는 시장경제가 활성화되기 전만 하더라도 법 자체에 대한 경시풍조로 인하여 비교법 연구가 활성화되지 못했지만, 1990년대 초반 이후로 외국의 법질서에 관한 연구에 많은 노력을 기울이고 있다. 이에 반해 우리나라에서는 학계나 실무계가 비교법연구를 바라보는 시각이 호의적이지 않은 것 같다. 비교법을 연구함에는 많은 노력이 소요되지만, 그에 대한 학계의 평가는 단순한 외국법제도의 소개라고 폄하시키는 경향이 짙기 때문이다.

현재 우리나라에서 동북아 지역국가의 형사법에 관한 법비교가 수행된 사례는 그다지 많지 않다. 중국과 일본의 형사법 전반에 관한 상세한 논의는 거의 수행되지 않고 있다. 다만, 필요한 경우에 특정 부분에 국한하여 연구가 수행될 뿐이다. 그러나 어느 특정부분에 국한시켜서 비교법적 연구를 수행하는 경우에는 관련국가의 제도 그 자체에 대한 이해를 불가능하게 할 뿐만 아니라 이로써 전체적인 조망마저 힘들게 한다. 이 점에서 동북아 지역국가들의 형사법에 관한 전반적인 비교법 연구작업을 활성화시켜야 할 것이다. 개별 국가의 국내법에 관한 이해가 선행된 경우에

야 비로소 형법조화 내지 형법동화에 관하여 말할 수 있기 때문이다.

동북아 문화공동체로 이행하기 위한 사전단계로서 각국의 형사법에 관한 비교법 연구를 문제삼을 때, 주로 다음과 같은 개별 주제들이 논의의 대상이 될 것이다.

□ 형사법 기초분야

- ▶ 동북아 지역국가의 형사법문화 - 형법의 저변과 구조 -
- ▶ 동북아 지역국가에서 형법규범의 준수와 적극적 일반예상사상
- ▶ 동북아 지역국가의 형사제재규정의 특징
- ▶ 유교문화가 동북아 지역국가에 미친 영향과 흔적
- ▶ 동북아 지역국가의 범죄체계론 비교분석

□ 형사절차법 분야

- ▶ 동북아 지역국가의 형사소추체계의 구조분석
- ▶ 동북아 지역국가의 형사사법기관에 관한 연구
- ▶ 동북아 지역사회의 인권보장체계
- ▶ 동북아 지역에서 형사사법분야의 NGO활동의 현상과 전망
- ▶ 형사절차상 시민(인민)참여

□ 형사정책영역

- ▶ 동북아지역에서의 마약류 유통경로와 공동대응 전략의 수립
- ▶ 외국인 혐오범죄의 발현형식과 대처방안
- ▶ 동북아지역의 출입국 절차의 간소화와 경찰통제
- ▶ 국제테러조직의 확산과 동북아 지역국가의 위협성
- ▶ IT산업의 발전에 따른 사이버 범죄의 폭증과 공동대응
- ▶ 동북아지역에서의 성매매 현상과 그 대응구조

## 다. 비정부기구간의 교류활동의 활성화

동북아 문화공동체 형성을 위한 형사법적 기반구축은 국가나 형사실무가만의 과제라고 볼 수 없다. 오히려 동북아 지역공동체의 형성시기가 앞당겨지기 위해서는 국가영역 이외의 비정부기구(NGO: Non Governmental Organisation)들간의 교류활동이 활발하게 진행되어야 한다.

전통적인 국제관계는 정부 당국자들이 담당하는 것이었기 때문에 국가간 교류는 개별 국가의 권력 엘리트의 과제일 수밖에 없었다. 그러나 이제는 비정부단체들을 중심으로 순수한 민간차원에서 교류가 활발하게 진행되고 있으며 국제적인 협상과 세계정치 자체에 중대한 영향을 미치고 있다. 자본적 교류확대라는 민간의 자유스러운 거래가 중세봉건사회를 무너뜨렸듯이 시민사회의 세계화는 이제 세계의 판도를 바꿀 정도의 힘을 갖게 될 것이다.

국제사회에서 비정부기구의 영향력이 커지게 된 사회적인 요인으로는, 첫째 교통수단이 발달하여 세계각국 운동간들간에 인적 교류가 활발해지고 있다는 점, 둘째 정보가 순간적으로 세계적으로 이동하여 이제는 일반인들이 정부의 고위 당국자나 전문인들과 마찬가지로 손쉽게 정보를 받아볼 수 있게 되었다는 점, 셋째, 언어의 장벽이 점차 사라져간다는 점 등이다.<sup>110</sup> 그래서 예컨대 동북아 지역의 환경문제와 관련하여 공식적인 법 집행자들의 활동 이외에 시민들의 자발적인 참여를 통한 감시가 환경보호의 실효적 수단으로 대두되고 있다. 환경법의 효과적인 운용을 위한 국내의 연결망 외에도, 환경오염이 국내에 국한되어 있는 것이 아니고 국외에서의 환경오염으로부터도 영향을 받기 때문에 국제적 사법교류와 민간단체의 상호협력관계도 필요하다.

그러나 동북아지역에서 형사사법과 관련한 비정부기구들간의 협력과 교류는 거의 전무한 실정이다. 현재 한·중·일 3국간의 형사사법과 관련

<sup>110</sup> 유재현, “동아시아 공동체를 위한 시민운동 연대의식의 고양,” 『미래인력연구센터(편), 21세기 동아시아 협력 - 그 필요성과 미래예측』 (넥서서, 1999), pp. 178-180.

한 비정부적 차원의 교류는 형사법 관련학회들간의 연례적인 학술교류에 국한하고 있다. 예컨대 1999년에 설립된 한국형사법학회는 중국형사법학회와 연례적인 교류를 가지면서 우리나라와 중국의 형사법체계 및 형사법문화에 관한 의사소통의 증진에 기여하고 있다. 그렇지만, 우리나라와 중국의 학술교류의 범위와 질은 여전히 일천한 상태에 있으며 일본과의 직접적인 학술교류는 오히려 중국과의 학술교류보다도 더 드물게 행해지고 있다. 한·중·일 3국의 형법전문가들간의 학술교류가 장차 등장하게 될 동북아 지역공동체의 설치에 보이지 않는 밑거름을 제공해줄 수 있다는 점을 고려해보면, 현재의 학술교류는 양적으로나 질적으로 보다 심화되어야 하며 신진학자들이나 전문가들간의 연구교류도 보다 활성화시켜 나가야 할 것이다.

동북아 지역국가들의 형사법학자나 실무자들간의 학문교류를 활성화하기 위하여 여기서는 ‘동북아비교형사법학회’의 창설을 제안한다. ‘동북아비교형사법학회’는 동북아 지역국가들의 형사법학자나 실무자들이 개별 국가의 형사법제도나 최근의 이슈 등에 관하여 공통의 관심사를 표명하고 이에 관한 공동의 해결책을 모색하는 자리가 될 것이다. ‘동북아 비교형사법학회’는 일차적으로 한국·중국·일본의 형사법학자와 실무자들이 공동으로 조직하고 회장직도 순환하여 수행함으로써 실질적인 학문교류를 이루어 나갈 수 있다. 이로써 현재까지 간헐적으로만 개최되어 왔던 동북아 지역국가의 형사법교류를 비정부적 차원에서 제도화시킬 수 있을 뿐만 아니라 공통의 관심사에 관한 이해교류를 증진시킬 수 있다.

### 3. 국경초월범죄에 대한 동북아 지역국가의 형사사법공조체제 강화

#### 가. 주권국가의 제한된 형사소추체제의 극복

국제적으로 이동하는 중에 있는 범죄자 또는 범죄자그룹과는 달리 이들 범죄에 대한 소추체제는 여전히 국내법의 한계를 벗어나지 못하고 있다. 국제적으로 움직이는 행위자와 국내에 국한된 형사소추체제간의 차이로부터 주권국가의 장래의 역할에 대한 근본적인 문제가 제기된다.

전통적인 의미에서 보면, 민주주의적 주권국가의 정당성은 개별 시민의 자유를 보장하는 데 있다. 국가는 권력을 독점하고 있기 때문에 시민들을 범죄나 개인의 자유에 대한 침해로부터 보호하는 것이었다. 국가는 주권의 행사로서 영토적 관할권과 자국민에 대한 속인적 관할권을 갖고 있지만 대부분 국가의 형법체제는 영토주의에 기초를 두고 있기 때문에 형사소추에 관계되는 모든 조치 즉 경찰의 수사로부터 형사재판판결의 집행에 이르는 권한이 자국영역의 한계를 넘어 행사될 수 없으며 또한 자국영역내에서의 타국관할권의 행사도 용인하지 않는다. 그러나 이는 전통적인 국가주권개념에는 합치되지만 국제사회의 시대적 요청에 적절하게 조응하는 것은 아니다. 일반적으로 형법상의 범죄란 특정사회의 질서를 파괴하는 것이지만 범죄의 진압에 관하여는 전인류가 공동의 이익을 갖는다. 이 점에서 주권국가의 정당성은 새로운 변화를 요구하고 있다. 이러한 발전의 결과로 나타나는 전통적인 주권국가의 권력상실은 국가고권을 초국가적 조직에 위임하여 이 조직으로 하여금 새로운 사회변화에 조응하게 대응하도록 함으로써 해결할 수 있다.

#### 나. 형사사법공조체제의 강화

주권국가의 국가고권을 부분적으로 초국가적인 조직에 위임하는 예는

유럽연합체제에서 찾아볼 수 있다. 예컨대 유럽공동체는 상법의 수많은 영역에서 관할권을 보유하고 있다. 그러나 특히 범죄투쟁과 같이 전통적인 주권국가의 고유과제로 간주되었던 영역은 여전히 개별국가의 관할권으로 남아있다. 그래서 범죄투쟁의 영역에서 초국가적 조직에 의한 통일적인 규율의 흠결로 인하여 오히려 유럽연합 역내에서의 범죄발생을 조장할 뿐만 아니라 형사소추를 위한 공조도 어렵게 되고 있다고 비판되어 왔다.<sup>111</sup> 그래서 현재 유럽연합에서는 국경초월범죄에 효율적으로 대처하기 위하여 유럽경찰청, 사법조정처, 유럽사법망이 설치되어 있으며 효율적인 범죄수사와 소추를 관할하기 위한 유럽검찰청의 설치까지 논의되고 있다.

범죄투쟁의 영역에서 유럽연합이 지속적으로 공동대응전략을 펼쳐오고 있는 현상과는 반대로 동북아 지역 관련국가들은 수많은 인적·물적 교류와 이로 인한 다양한 일탈행위가 발생함에도 불구하고 여전히 이에 대한 대응체계는 주권국가의 형법에 의한 개별적인 조치만 취해지고 있을 뿐이다. 물론 동북아 지역의 관련국가들은 유럽연합과는 달리 아직 국가결합의 형식을 띠고 있는 것도 아니고 동북아 지역에 범죄투쟁과 관련하여 가까운 장래에 초국가적 조직이 탄생될 것이라고 기대하기도 힘든 부분도 있다. 그렇지만, 동북아 사회 전반이 자본주의에 기초하여 발전과 성장의 길에 서 있고 이 과정에서 다양한 일탈행위가 양산되고 있다는 점을 고려한다면, 이에 대한 공동대응의 전략을 수립하고 지속적으로 집행할 필요성은 아무리 강조해도 모자람이 없다.

현재 국경초월범죄에 효율적으로 대응하기 위한 동북아지역의 연대체계는 범죄인인도, 국제형사사법공조 및 인터폴을 통한 수사공조 등과 같은 전통적인 수단에 의존하고 있다. 그러나 전통적인 형사사법공조체계는 비록 국제적인 차원에서 행해지는 것이지만, 국내법에 따라서 적용이 제한되거나 배제되는 경우도 있으며 구체적 사건의 수사와 관련하여 상호

---

<sup>111</sup> Ulrich Sieber, Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, JZ, 52(1997), p. 370.

이해의 부족으로 인하여 실제로 공조가 이루어질 수 있는 여건이 미약하다. 나아가 국제형사사법공조와 범죄인인도는 사후적인 수사에만 집중되어 있으며, 그것도 긴밀하고 신속하게 진행되지 않고 매우 복잡하다고 이해되고 있다. 이로써 동북아 지역국가들 상호간의 원활한 공조체계의 구축이 힘들게 되고 국제간에 연계된 해외정보를 폭넓게 수집하기도 어렵다.<sup>112</sup> 따라서 테러, 마약, 무기밀매, 돈세탁, 사이버범죄 등과 같은 국경초월범죄에 대하여 효율적으로 대처한다는 관점에서 기존의 전통적인 형사사법공조를 보다 긴밀하고 신속한 공조체계로 바꾸어야 할 것이다. 이로써 동북아지역에서 사후적 범죄투쟁 뿐만 아니라 범죄발생동향과 같은 사전적인 정보교환도 가능할 수 있도록 동북아 형사사법시스템을 구축해 나갈 수 있기 때문이다.<sup>113</sup>

## 다. 동북아지역의 형사사법 공조강화를 위한 단·장기 전략의 구상

동북아지역의 평화와 역내 안전을 확보하기 위해서는 국경초월범죄에 대한 관련국가들의 공동대응체계가 불가피하다. 이 점에서 전통적인 대응수단들은 보다 효율적으로 재편되어야 한다. 문제는 어떠한 방식과 내용으로 국경초월범죄에 대한 새로운 대응전략을 수립할 것인가에 있다. 이 전략은 단기와 중·장기의 관점에서 고려해볼 수 있다.

<sup>112</sup> 임용 외, 『조직범죄와 형사법』, p. 466.

<sup>113</sup> 물론 동북아 지역국가들의 합의로 동북아 지역공동체가 출범하는 경우에는 형사사법공조에 관한 포괄적인 공조방안이 쉽게 구축될 수 있다. 지역공동체에 기초하여 공동의 역내안전을 추구할 형사사법시스템이 구축되어야 할 것이기 때문이다. 여기서 포괄적 협력방안의 구체적 내용에 관해서는 하나의 유럽을 목표로 협력을 강화해 나가고 있는 유럽공동체의 협력안이 훌륭한 참고자료가 될 수 있을 것이다. 예컨대 유럽연합의 회원국들은 국경초월범죄의 분야에서 전통적인 조약에 기초한 형사사법공조를 대폭 수정하여 독자적으로 형사소추체계를 갖추고 있으며 이를 확장해가는 추세에 있다. 유럽경찰(Europol)이 유럽연합의 역내에 이미 설치되어 있는 범죄소추기구라면, 현재 그 설치가 논의되고 있는 유럽검찰청(Europäische Staatsanwaltschaft)은 유럽연합 내에서의 효과적인 범죄소추를 담당할 것이다.

첫째, 단기적인 전략으로서는 현행 형사사법공조체계에 뿌리를 두고 국경초월범죄에 대응하되, 이를 보다 효과적이고 효율적으로 추진하기 위하여 형사사법 실무기관들간의 정보교류나 수사공조를 이루어서 관련국가들간의 신뢰를 구축하는 작업이 필요하다. 현재 동북아 지역국가들간에는 구체적 범죄를 전제로 한 형사사법공조체계 이외에 다양한 형식의 협의 기구를 두고 있다. 예컨대 우리나라 대검찰청 마약부는 전통적인 국제 마약관계 협의회 이외에 아시아지역을 포괄하는 협의체를 구성하여 마약류 퇴치에 관한 국제협력회의를 매년 개최하고 있다. 이 회의는 아드로미코(ADLOMICO: Anti-Drug Liaison Officials' Meeting for International Cooperation)로 지칭되는데, 서울주재 각국대사관 마약관계관을 회원국으로 하여 1989년 4월 첫 회의를 개최한 이후 매분기별로 연중 4회 개최하고 있다. 2004년 6월 현재 한국, 중국, 일본, 태국, 필리핀, 말레이시아, 호주, 미국, 캐나다, 러시아, 영국, 독일, 프랑스, 루마니아, 우크라이나 등 15개국이 회원국으로 가입되어 있다. 그러나 마약류 관련 국제협력회의 이외에 우리나라, 중국, 일본, 러시아 등간의 동북아 지역국가들간의 형사사법 관련 공식회의는 거의 존재하지 않거나 일회성 내지 형식적 회의에 그치고 있을 뿐이다. 예컨대 러시아 선박이 부산항에 입항하는 회수가 빈번해진 현재에도 우리나라와 러시아간의 밀매 내지 조직범죄 투쟁과 관련한 협의체는 활성화되어 있지 못한 편이다. 동북아 지역공동체는 단시간의 갑작스러운 동기로 형성되는 것이 아니라 기존의 협력관계가 지속적으로 활성화되어 온 결과로 인하여 탄생된다는 가정에서 출발해보면, 형사사법 분야에서의 현재 국가간의 공식적 협의체제는 확대 개편되어야 할 것이다.

둘째, 중·장기 전략으로서는 동북아 지역국가들간의 '공동수사그룹'의 창설이 필요하다. 여기서 공동수사그룹이란 동북아 지역에서 발생하는 국경초월범죄에 대한 정보제공뿐만 아니라 사후적인 수사도 공동으로 수행함으로써 한편으로는 범죄사건에 대한 즉시대응을 가능하게 함으로써 형사사법공조의 효율성을 높일 수 있을 뿐만 아니라 다른 한편으로는 이를

기초로 동북아지역의 역내평화와 안전을 도모함으로써 동북아 지역공동체의 기초를 구축할 수 있다. 물론, 동북아 지역국가들간의 ‘공동수사그룹’의 창설은 기본적으로 관련국가들의 조약이나 협약에 기초하고 있어야 한다는 점에서 개별국가의 정치적인 결단을 전제로 한다. 그러나 범죄, 특히 동북아지역의 국경을 초월하여 발생하고 있는 범죄들에 대해서는 개별 국가의 이해관계가 달라질 수 없을 것이다.



# VI

## 전 망

: 형사법적 기반구축에서 한국의 역할과 과제



동북아 문화공동체 프로젝트는 한반도를 중심으로 한 동북아 지역의 평화와 안전의 보장과 경제적 번영 이외에 동북아 지역국가들의 문화적 교류활성화 및 상호 이해관계의 증진을 통하여 중국적으로 지역공동체로 나아갈 것을 의도하고 있다. 이 과정에서 동북아 지역국가들간의 형사법을 둘러싼 의사소통은 한편으로는 공존을 위한 협력체계를 더욱 더 굳건하게 하는 기초가 되며 동시에 국경초월범죄에 대한 공동의 대응체계를 보다 더 효율화하는 데 이바지한다. 그렇다면, 동북아 문화공동체 형성과정에서 우리나라는 어떠한 역할을 수행해야 하는 것일까?

동북아 문화공동체의 출발점이 상호교류와 이해증진에 있다는 점을 고려해보면, 공동의 미래를 위한 자발적이고 수평적인 상호협력에 초점을 맞추어야 할 것이다. 여기서 우리나라는 동북아 문화공동체 실현과정에서 나타나는 형사사법의 공조를 위해 동북아 지역국가들 중에 우월적인 지위에서 이끌어갈 것이 아니라 동북아 지역국가들간의 중개자 역할뿐만 아니라 촉진자의 역할을 담당해야 한다. 현재 우리나라의 학계와 실무계에서 나오고 있는 동북아 문화공동체론은 우리나라가 동북아지역에서 중심국가로 등장하거나 패권을 잡겠다는 것을 의미하는 것이 아니라 상호간의 이해를 바탕으로 공동번영을 추구하는 것을 목표로 하기 때문이다.

특히 범죄는 인류보편적 가치에 대한 침해이기 때문에 동북아 지역사회는 범죄진압에 공동이익을 가진다는 점, 동북아지역 국가들간의 교류가 긴밀해짐에 따라 국경초월범죄의 발생빈도가 높아졌다는 점, 이러한 국경초월범죄에 대해서는 관련국가들의 도움 없이는 효과적인 진압이 어렵다는 점, 형사문제에 있어서 국가간의 긴밀한 협력은 피의자 또는 피고인의 인권을 보호하기 위해서도 필요하다는 점에 대하여 동북아 지역 국가들은 대체로 인식을 같이하고 있다. 따라서 동북아 문화공동체의 맥락에서 형사사법분야에서의 공동협력을 주창하는 나라가 일본이든, 중국이든, 우리나라이든 주도권 내지는 패권을 추구하려 한다는 오해가 발생할 소지가 없을 것이다. 특히 지리적으로나 경제발전단계 면에서 동북아 중간에 위치한 한국은 오랜 지배와 피지배, 그리고 냉전의 역사에서의

지역협력체 형성에 대한 역내 합의를 도출하는 ‘도덕적 권위’를 지니고 있다는 점에서 우리나라가 이니셔티브를 잡고 중개자 역할을 하기에는 충분한 정당성이 있다.

# 참고문헌

## 1. 단행본

- 경찰청. 『경찰백서』. 서울: 경찰청, 2004.
- 김일수·서보학. 『형법각론』. 제6판. 서울: 박영사, 2004.
- 법무부. 『중국형사법』. 서울: 법무부, 1997.
- 사법연수원. 『중국법』. 서울: 사법연수원, 2003.
- 안충영·이창재. 『동북아 경제협력: 통합의 첫걸음』. 서울: 박영사, 2003.
- 양 건. 『법사회학』. 제2판. 서울: 아르케, 2004.
- 이재상. 『형법각론』 제5판. 서울: 박영사, 2004.
- 이진국·신동일. 『주요국의 마약류 통제체제에 대한 연구』. 서울: 한국형사정책연구원, 2003.
- 임 응 외. 『조직범죄와 형사법』. 서울: 법문사, 2004.
- 임재표. 『조선시대 행형제도에 관한 연구-恤刑을 중심으로-』. 서울: 한국형사정책연구원, 2000.
- 최길성. 『일본학입문-문화인류학적 시각-』. 대구: 계명대학교출판부, 1980.
- 최대권. 『법사회학』. 서울: 서울대학교출판부, 1998.
- \_\_\_\_\_. 『한중일의 사회규범과 그 변화. 한국의 규범문화』. 서울: 한국정신문화연구원, 1983.
- 최송화·권영성 편. 『21세기 동북아 문화공동체의 구상』. 서울: 법문사, 2004.
- 최종고. 『한국법과 세계법』. 서울: 교육과학사, 1989.
- 한국법제연구원. 『국민법의식조사연구』. 서울: 한국법제연구원, 1991.
- 한국형사정책연구원. 『형사법령제정자료집(1)』. 서울: 한국형사정책연구원, 1990.

- 団藤重光. 『刑法綱要總論』 第三版. 創文社, 1991.  
 高柳眞三. 『日本法制史(一)』. 有斐閣, 1964.  
 吉川經夫也編著. 『刑法理論史の総合的研究』. 日本評論社, 1994.  
 大谷實. 『刑法講義總論』 第三版. 成文堂, 1992.  
 大塚仁. 『刑法概説 總論』 第三版. 有斐閣, 1997.  
 瀧川政次郎. 『日本法制史(下)』. 講談社, 1994.  
 山口厚. 『刑法各論』. 有斐閣, 2003.  
 西原春夫. 『刑法總論』 改訂版 上卷. 成文堂, 1993.  
 小口彦太・田中信行. 『現代中國法』. 成文堂, 2004.  
 五十嵐清. 『現代比較法學の諸相』. 信山社, 2002.  
 六本佳平. 『日本法文化の形成』. 放送大學教育振興會, 2003.  
 滋賀秀三. 『中國法文化の考察: 訴訟の在り方を通じて』. 法哲學年報, 1986.  
 滋賀秀三. 『清代中國の法と裁判』. 創文社, 1984.  
 莊子邦雄. 『刑法總論』 第三版. 青林書院, 1996.  
 竹下賢・角田猛之編著. 『改訂版マルチ・リーガル・カルチャー —法文化へのアプローチ—』. 晃洋書房, 2002.  
 中山研一. 『口述刑法總論』 第二版. 成文堂, 1990.  
 千葉正土. 『アジア法の多元的構造』. 成文堂, 1998.  
 平松毅. 『訴訟社會・囚人暴發と調停・修復的司法』. 有斐閣, 2003.  
 Albrecht, Peter-Alexis & Braun, Stefan. *Kontingentes Europäisches Strafrecht in actio*. Schwerpunkte, Konturen, Defizite, KritV 84, 2001.  
 Arndt, Hans-Wolfgang. *Europarecht*. 6. Aufl.. C. F. Müller · Heidelberg, 2003.  
 Beck, Ulrich. *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus -*

- Antworten auf Globalisierung. 5. Aufl.. Suhrkamp · Frankfurt am Main, 1998.
- Bleckmann, Albert. *Europarecht*. 6. Aufl.. Carl Heymanns Verlag KG · Köln u.a., 1997.
- Bogdandy, Armin von. *Gubernative Rechtssetzung: eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*. Mohr Siebeck · Tübingen, 2000.
- Dannecker, Gerhard. *Strafrechtlicher Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft gegen Täuschung*. ZStW 108, 1996.
- Deger, Johannes & Eckstein, Christoph · Nachbauer, Andreas. *Verfassungsrecht mit Europarecht*. Neuer Medienverlag & Villingen-Schwenningen, 2000.
- Delmas-Marty, Mireille (Hrsg.). *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*. Carl Heymanns Verlag & Köln u.a., 1998.
- Friedman, Lawrence M. *Law and Society*. Englewood Cliffs, 1977.
- Großfeld, Bernhard. *Kernfragen der Rechtsvergleichung*. Tübingen, Mohr., 1996.
- Jung, Heike. *Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts*. JuS 40, 2000.
- Klip, André. *Harmonisierung des Strafrechts - eine fixe Idee?* NStZ 20, 2000.
- Kommission, Europäische. *Schutz der finanziellen Interesse der Gemeinschaft*. Betrugsbekämpfung, Jahresbericht, 1995.

- Musil, Andreas. *Umfang und Grenzen europäischer Rechtssetzungsbefugnis im Bereich des Strafrechts nach Vertrag von Amsterdam*. NSTZ 20, 2000.
- Otto, Harro. *Das Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*. Jura 22, 2000.
- Sieber, Ulrich. *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*. ZStW 103, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Memorandum für ein Europäisches Modell- strafgesetzbuch*. JZ 52, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Subventionsbetrug und Steuerhinterziehung zum Nachteil der Europäischen Gemeinschaft*. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht Bd. 114, 1996.
- Tiedemann, Klaus. *Lehren von dem Strafrecht im Allgemeinen Teil der Europäischen Rechtssysteme-Überlegungen zur strafrechts- angleichung in Europa*. GA 145, 1998.
- Vogel, Ezra F.. *Japan as Number One : Lessons for America* Cambridge. Harvard University Press, 1979.
- Wasmeier, Martin (Hrsg.). *Das Strafrecht der Europäischen Union*. Nomos Verlagsgesellschaft · Baden-Baden, 2003.
- Weigend, Thomas. *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?* ZStW 105, 1993.
- Yang, Martin C.. *A Chinese Village : Taitou, Shantung Province*. New York : Columbia University Press, 1945.
- Zieschang, Frank. *Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts*. ZStW 113, 2001.

## 2. 논문

- 김지수. “전통 법문화의 현대적 발전-분쟁의 예방과 평화적 해결의 법사를 중심으로-.” 『법사학연구』. 제27권. 2003.
- 박강우. “조선조 대명률직해의 형법총칙적 조항의 분석.” 『형사정책연구』. 제14권 제3호. 2003.
- 서원우. “글로벌리제이션과 법.” 『저스티스』. 통권 77호. 한국법학원, 2004.
- 신의기. “특수범죄분야의 현황과 과제.” 한국형사정책연구원 편. 『한국의 형사정책 -현황과 쟁점 및 그 과제-』. 서울: 한국형사정책연구원, 2003.
- 심희기. “이조후기의 형사판례연구.” 『법사학연구』. 제7권. 1983.
- 양 건. “한국의 법문화와 법의 지배.” 『법철학연구』. 제5권 제1호. 2002.
- 양승두. “우리나라 전통적 법의식과 그 변화에 관한 연구.” 『연세대학교 법률연구』. 제2집. 1982.
- 유재현. “동아시아 공동체를 위한 시민운동 연대의식의 고양.” 미래인력연구센터 편. 『21세기 동아시아 협력 - 그 필요성과 미래예측』. 서울: 넥서서, 1999.
- 王作富. “중국형법 각칙의 일부분제에 관한 연구.” 『비교형사법연구』. 제6권 제1호. 2004.
- 이경재. “일본의 마약특례법상 돈세탁규정.” 『형사정책연구소식』. 제40호. 한국형사정책연구원, 1997.
- 이영란. “한국의 국제범죄 실태와 대책.” 경찰청 편. 『제1회 한·중·일·러 동북아 국제 경찰학술세미나 자료집』. 2000.
- 이종길. “조선조 사면제도에 관한 일고찰.” 『법사학연구』. 제9권. 1988.
- 전지연. “유럽연합에서의 형사법체계에 관한 연구.” 『형사법연구』. 제15호. 한국형사법학회, 2001.
- 최종고. “동아시아 보통법론.” 『서울대학교 법학』. 제40권 제2호. 1999.
- \_\_\_\_\_. “한국전통사회에서의 법·도덕·예.” 『한국의 규범문화』. 서울:

- 한국정신문화연구원, 1983.
- 黃京平. “중국 형법개정의 이론과 실천.” 『비교형사법연구』. 제6권 제1호. 2004.
- 小野清一郎. “日本刑法の歴史的發展.” 『刑罰の本質について』. 有斐閣, 1955.
- 安田信之. “東アジア法圏の生成と發展.” 『法の國際化へ道』. 信山社, 1994.
- 六本佳平. “日本人の法意識研究概觀-法觀念を中心として-.” 『法社會學』. 第35卷. 1983.
- 田所健一. “麻藥特例法等の適用狀況と今後の課題.” 『警察學論集』 第46卷 第11號. 立花書房, 1993.
- 崔鍾庫. “韓國における儒教と法.” 『北大法學論集』. 第48卷 第4号. 1997.
- 澤登俊雄. “フランス刑法繼受の時代.” 『法律時報』. 第50卷 第4号. 1978.
- Beer, Lawrence W.. “Group Rights and Individual Rights in Japan.” *Asian Survey*. Vol. XXI, No. 4.
- Braun, Stefan Das. “Corpus Juris.” *Legitimität, Erforderlichkeit und Machbarkeit*. JZ 55, 2000.
- Dannecker, Gerhard. “Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Staatsanwaltschaft.” Weigend, Thomas & Küpper, Georg(Hrsg.). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*. Walter de Gruyter · Berlin · New York, 1999.
- Hassemer, Winfried. “Corpus Juris.” *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?* KritV 82, 1999.
- Nath, Aninda. “Money laundering: Criminal Cash and the international bankinsystem.” *Harvard International Review*.

Vol. 12, No. 4. 1990.

- Robertson, Roland. "Globalization and societal modernisation: a note on japan and japanese religion." *Sociological Analysis*. 47.
- Sieber, Ulrich. "Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht." Delmas-Marty, Mireille (Hrsg.). *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*. Carl Heymanns Verlag · Köln u.a., 1998.
- Tiedemann, Klaus. "Reform des Sanktionswesens auf dem Gebiet des Agrarmarktes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft." Gamm, Otto-Friedrich von (Hrsg.). *Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht: Festschrift für Gerd Pfeiffer*. Karl Heymann · Köln u.a., 1988.
- Wattenberg, Andreas Der. "Corpus Juris." *Tauglicher Entwurf für ein einheitliches europäisches Straf- und Strafprozeßrecht?* StV 20, 2000.

### 3. 기타

- 임상혁. 『고려의 재판에 관한 고찰』. 서울대학교 석사학위논문, 1998.
- 전영평 · 박경하. "평화와 번영의 동북아 문화공동체 형성 -동북아 상호이익과 갈등극복을 위한 방안-" 인문사회연구회 편. 『평화와 번영의 동북아 문화공동체 형성을 위한 정책연구』, 2003년 12월 워크샵 자료.
- 최송화. "평화와 번영의 동북아 문화공동체 형성을 위한 법적 기반구축방안." 인문사회연구회 편. 『평화와 번영의 동북아 문화공동체 형성을 위한 정책연구』, 2003년 12월 워크샵 자료.



# 최근 발간자료 안내

## 연구총서

2002-01 통일한국의 비핵정책: 통일과정에서 통일이후를 바라보며	전성훈	저	8,000원
2002-02 남북 환경·에너지협력 활성화 전략 연구	손기웅	저	8,500원
2002-03 미국의 MD체제 추진 실태와 국제사회의 반응	이현경 외	공저	9,000원
2002-04 북한의 맑스-레닌주의와 주체사상의 비교연구	서재진	저	8,500원
2002-05 북한사회의 상징체계 연구	이우영	저	5,500원
2002-06 북한인권과 유엔인권레짐	최의철	저	6,000원
2002-07 김정일 정권의 외교 전략	박영규	저	4,000원
2002-08 북한의 대남 정책 특징	전현준	저	4,000원
2002-09 김정일 현지지도의 특성	이교덕	저	4,000원
2002-10 김정일총서	박형중 외	공저	10,000원
2002-11 “불량국가” 대응 전략	박형중	저	4,500원
2002-12 파키스탄-인도-북의 核政策	정영태	저	4,500원
2002-13 북한 종교정책의 변화와 종교실태	김병로	저	6,000원
2002-14 9.11테러사태 이후 미국의 대북정책과 북미관계 전망	최진욱	저	4,000원
2002-15 북한의 국가위험도 측정모델 개발연구	김규륜	저	3,000원
2002-16 남북한 관계의 제도적 발전 : 이론과 실제	김학성	저	5,500원
2002-17 북한의 대량살상무기 개발과 한국의 대응	홍관희	저	5,000원
2002-18 북한 협동농장 개편방향에 관한 연구	김영윤	저	7,000원
2002-19 북한경제의 변화 “이론과 정책”	오승렬	저	4,500원
2002-20 북한 농업의 개발전략과 남북한 농업협력	최수영	저	4,500원
2002-21 남북협력 증진을 위한 군사적 조치의 이행방안	박종철	저	4,000원
2002-22 북한핵문제와 남북관계의 진로	김학성 외	공저	8,500원
2002-23 남북한 및 미국의 3자 관계와 평화공존	박영호	저	5,000원
2002-24 북한의 핵개발계획 인정과 우리의 정책방향	허문영	저	4,500원
2002-25 화해협력정책과 남북한 미래상 연구	조민	저	4,500원
2002-26 남북한 사회문화공동체 형성 방안 연구	조한범	저	3,500원
2002-27 새로운 남북협력모델의 모색	임강택	저	5,000원
2002-29 통일시나리오와 통일과정상의 정책추진방안 (이론적 모델)	박영호	저	4,500원
2002-30 통일시나리오와 통일과정상의 정책추진방안 (점진적 시나리오)	조한범 외	공저	6,000원
2002-32 미국의 대·반테러 세계전략과 대북전략	이현경	저	6,000원
2002-33 일본의 대한반도 정책: 변화와 추이	김영춘	저	4,500원
2002-34 21세기 한국의 발전구상과 대북전략	배정호	저	5,000원
2002-35 韓半島 平和體制 構築과 中國	최춘흠	저	3,500원

2002-36	통일독일의 적극적 외교정책과 한반도	여인곤	저	7,000원
2002-37	미국의 동아시아 전략과 한반도	김국신	저	4,000원
2003-01	북한의 인권부문 외교의 전개방향	최의철	저	6,500원
2003-02	북한이탈주민의 지역사회 정착	이우영	저	5,000원
2003-03	「조선여성」 분석	임순희	저	6,000원
2003-04	북한의 개인송배 및 정치사회화의 효과에 대한 평가연구	서재진	저	6,500원
2003-05	21세기 미,중,일,러의 한반도정책과 한국의 대응방안	여인곤 외	공저	8,500원
2003-06	부시 행정부의 군사안보전략	이헌경	저	5,000원
2003-07	일본의 군사안보전략과 한반도	김영춘	저	4,000원
2003-08	중국의 한반도 안보전략과 한국의 안보정책 방향	최춘흠	저	3,500원
2003-09	한반도 평화정착 추진전략	박영호 외	공저	8,500원
2003-10	핵문제 전개 및 내부 정치변동의 항배와 북한 변화	박형중	저	7,000원
2003-11	미국의 대이라크전쟁 이후 북·미관계 전망	최진욱	저	5,000원
2003-12	북한의 후계자론	이교덕	저	4,500원
2003-13	김정일 정권의 안보정책: 포괄적 안보개념의 적용	박영규	저	5,500원
2003-14	북한의 사회통제 기구 고찰: 인민보안성을 중심으로	전현준	저	4,000원
2003-15	핵 문제 해결 과정에서 남북관계 및 북한 경제지원 시나리오	박형중 외	공저	10,000원
2003-16	통일예측모형 연구	박영호 외	공저	8,000원
2003-17	동북아 안보·경제 협력체제 형성방안	박종철 외	공저	10,000원
2003-18	국제적 통일역량 강화방안	황병덕 외	공저	10,000원
2003-19	북한 재산권의 비공식 이행	임강택 외	공저	5,000원
2003-20	북한 노동력 활용방안	최수영	저	3,500원
2003-21	대북 인도적 지원의 영향력 분석	이금순	저	5,500원
2004-01	인도주의 개입에 대한 국제사회의 동향	최의철	저	6,000원
2004-02	A CRITICAL JUNCTURE	최진욱	저	4,000원
2004-03	식량난과 북한여성의 역할 및 의식변화	임순희	저	5,000원
2004-04	통일 이후 갈등해소를 위한 국민통합 방안	박종철 외	공저	10,000원
2004-05	미·중 패권경쟁과 동아시아 지역패권 변화 연구	황병덕 외	공저	9,500원
2004-06	중국의 부상에 대한 일본의 인식과 군사력 강화	김영춘	저	4,000원
2004-07	주한미군 감축 및 재배치와 한국의 국가안보	홍관희	저	4,500원
2004-08	남북경협 실패사례 연구: 대북 경험사업의 성공을 위한 정책과제	김영윤	저	7,500원
2004-09	북한의 핵 폐기 가능성과 북·미관계	정영태	저	5,000원
2004-10	미국의 대북인권정책 연구	김수암	저	6,000원
2004-11	김정일 시대 북한의 정치체제	박형중 외	공저	10,000원
2004-12	미국의 한반도 정책과 통일문제	박영호	저	5,500원
2004-13	북한의 경제특구 개발과 외자유치 전략: 개성공업지구와 금강산관광특구를 중심으로	임강택 외	공저	6,000원
2004-14	7·1조치 이후 북한의 체제 변화: 아래로부터의 시장사회주의화 개혁	서재진	저	7,500원

2004-15	CSCE/OSCE의 분석과 동북아안보협력에 주는 시사점	손기웅	저	5,000원
2004-16	남북 사회문화공동체 형성을 위한 대내적 기반구축방안: 통일문제의 갈등구조 해소를 중심으로	조한범	저	4,500원
2004-17	국제적 통일역량 실태분석	여인곤 외	공저	9,000원
2004-18	대북지원민간단체의 남북교류협력 연구	이금순	저	5,000원
2004-19	<7·1경제관리개선조치> 이후 북한경제 변화 전망: 실질소득의 변화를 중심으로	최수영	저	4,000원
2004-20	1994 ~ 2000년 북한기근: 발생, 충격 그리고 특징	이 석	저	9,000원

### 북한인권백서

북한인권백서 2002	서재진 · 최의철 · 김병로 외	공저	8,500원
<i>White Paper on Human Rights in North Korea 2002</i>	서재진 · 최의철 · 이우영 외	공저	9,500원
북한인권백서 2003	서재진 · 최의철 · 이우영 외	공저	9,500원
<i>White Paper on Human Rights in North Korea 2003</i>	서재진 · 최의철 · 이우영 외	공저	10,000원
북한인권백서 2004	이금순 · 최의철 · 이우영 외	공저	10,000원
<i>White Paper on Human Rights in North Korea 2004</i>	이금순 · 최의철 · 서재진 외	공저	10,000원

### 연례정보고서

2002	통일환경 및 남북한 관계: 2002~2003	6,000원
2003	통일환경 및 남북한 관계 전망: 2003~2004	6,000원

### 학술회의총서

2002-01	한반도 평화정착의 현황과 전망	4,500원
2002-02	북한 체제의 현주소	7,000원
2002-03	남북관계 발전과 한반도 평화정착	6,500원
2002-04	북한의 변화와 남북관계	5,500원
2002-05	한반도 평화정착과 국제협력	6,500원
2003-01	신정부 국정과제 추진방향	5,000원
2003-02	한반도 평화번영과 국제협력	5,500원
2004-01	김정일 장권 10년: 변화와 전망	10,000원
2004-02	한반도 안보정세변화와 협력적 자주국방	10,000원
2004-03	한반도 및 동북아의 평화와 번영	8,000원
2004-04	남북한 교류(화해) · 협력과 NGO의 역할	7,500원
2004-05	한반도 평화회담의 과거와 현재	5,500원
2004-06	북한경제와 남북경협: 현황과 전망	6,500원
2004-07	한국 및 미국의 국내환경변화와 한반도 평화	10,000원

## 논 총

통일정책연구, 제11권 1호 (2002)	10,000원
통일정책연구, 제11권 2호 (2002)	10,000원
통일정책연구, 제12권 1호 (2003)	10,000원
통일정책연구, 제12권 2호 (2003)	10,000원
통일정책연구, 제13권 1호 (2004)	10,000원
<i>International Journal of Korean Unification Studies</i> , Vol. 11, No. 1 (2002)	8,500원
<i>International Journal of Korean Unification Studies</i> , Vol. 11, No. 2 (2002)	10,000원
<i>International Journal of Korean Unification Studies</i> , Vol. 12, No. 1 (2003)	9,000원
<i>International Journal of Korean Unification Studies</i> , Vol. 12, No. 2 (2003)	10,000원
<i>International Journal of Korean Unification Studies</i> , Vol. 13, No. 1 (2004)	10,000원

## 영문초록

2003-1 KINU Research Abstracts '02	10,000원
------------------------------------	---------

## 협동연구총서

2002-01 남북한 '실질적통합'의 개념과 추진과제		7,500원
2002-02 남북한 실질적 통합을 위한 교류·협력 제도화 방안		10,000원
2002-03 남북경제공동체 형성을 위한 대북투자 방안	김영윤 외	공저 9,000원
2002-04 남북연합기 북한 지역에 시장제도 정착 방안	박형중 외	공저 6,000원
2002-05 남북한 실질적 통합과 주변국 협력 유도 방안	배정호 외	공저 6,000원
2002-06 남북연합 하에서의 남북정치공동체 형성 방안	박영호 외	공저 6,000원
2002-07 남북한 실질적 통합과정에서 주한미군의 위상과 역할	허문영 외	공저 5,500원
2002-08 남북한 통합을 위한 종교교류·협력의 제도화 방안	김병로 외	공저 7,500원
2002-09 남북한 직업교육훈련체제 통합 및 운영방안 연구	강일규 외	공저 8,500원
2002-10 남북한 실질적 통합단계에서의 행정통합의 과제	양현모 외	공저 7,000원
2002-11 남북한 실질적 통합단계의 교육통합 방안 연구	윤종혁 외	공저 6,000원
2002-12 남북한 법통합 및 재산권문제 해결방안 연구	조은석 외	공저 10,000원
2002-13 남북한의 실질적 통합을 위한 청소년 교류·협력 제도화방안 연구	길은배 외	공저 9,000원
2002-14 남북한의 실질적 통합을 위한 여성정책방안	김제인 외	공저 10,000원
2002-15 실질적 통합대비 남북한 농업기술 교류협력 공동 추진 계획	신동완 외	공저 10,000원
2002-16 실질적 통합 단계에서의 남북 문화예술 분야의 통합방안	김동규 외	공저 8,000원

2002-17	2002년 협동연구 요약집			10,000원
2003-01	국내적 통일인프라 실태			10,000원
2003-02	통일정책 추진체계 실태연구	허문영 외	공저	10,000원
2003-03	남북관계의 진전과 국내적 영향	최진욱 외	공저	10,000원
2003-04	법·제도분야 통일인프라 실태 연구	제성호 외	공저	10,000원
2003-05	통일교육의 실태조사 및 성과분석	한만길 외	공저	10,000원
2003-06	국내적 통일인프라 구축을 위한 실태조사: 경제분야	이상만 외	공저	10,000원
2003-07	북한이탈주민 적응실태 연구	이금순 외	공저	10,000원
2003-08	종합결과보고서: 국내적 통일인프라 실태조사	박영규 외	공저	9,000원
2004-01	통일인프라 구축 및 개선방안			10,000원
2004-03	남북관계 개선의 국내적 수용력 확대방안: 분야별 갈등의 원인 및 해소방안	박종철 외	공저	10,000원
2004-04	통일관련 법제 인프라 정비 및 개선방안	제성호 외	공저	10,000원
2004-05	통일지향 교육 패러다임 정립과 추진방안	고정식 외	공저	10,000원
2004-06	경제분야 통일인프라 구축 및 개선방안	양문수 외	공저	10,000원
2004-07	북한이탈주민 분야별 지원체계 개선방안	이금순 외	공저	8,500원
2004-08	종합결과보고서: 국내적 통일인프라 구축 및 개선 방안	김영춘 외	공저	5,500원
2004-09	평화와 번영의 동북아 문화공동체 형성을 위한 정책연구			10,000원
2004-10	동북아 문화공동체 형성을 위한 협력적 아시아 인식의 모색	오명석 외	공저	5,500원
2004-11	동북아문화공동체와 유럽문화공동체의 공통성과 차별성	김명섭 외	공저	5,000원
2004-12	동북아 문화공동체 형성을 위한 한국·중국·일본의 대중문화산업에 대한 비교연구	양영균 외	공저	10,000원
2004-13	동북아 공동의 문화유산에 대한 공동 연구와 관리	박경하 외	공저	10,000원
2004-14	동북아 문화공동체의 동아시아 지역 확대방안을 위한 기초연구: 한국-동남아 문화 공동체 형성 가능성 분석	서중석 외	공저	10,000원
2004-15	동북아 평화문화 비교 연구	조한범 외	공저	9,500원
2004-16	동북아 한민족 사회의 역사적 형성과정 및 실태	최진욱 외	공저	6,500원
2004-17	동북아공동체의 행정조직 구축에 관한 연구: 유럽연합의 행정부인 집행위원회 조직의 비교분석을 중심으로	윤종실 외	공저	5,000원
2004-18	동북아 국가의 인적자원실태 및 개발 동향과 인적자원개발 분야의 공동체 형성 가능성 연구	강일규 외	공저	10,000원
2004-19	동북아 문화공동체 형성을 위한 법적기반 구축방안	전재경 외	공저	8,000원
2004-20	동북아 문화공동체 형성을 위한 법적 기반 구축방안 : 형사법제를 중심으로	이진국 외	공저	6,000원

통일 정세분석		
2002-01	한·미 정상회담 결과분석	김국신, 이현경
2002-02	북한 최고인민회의 제10기 제5차회의 결과분석	최진욱, 임강택
2002-03	미국의 북한인권문제 관련 동향분석	서재진, 김수암
2002-04	한반도 현안에 대한 중국과 미국의 입장	최춘흙
2002-05	북한의 7·1 '경제관리개선' 조치가 주민생활 변화에 미칠 영향	서재진
2002-06	후진타오시대 중국의 대내외정책 전망	신상진
2003-01	중국의 통일외교안보정책 전망 -10기 전인대 1차회의 결과분석-	신상진
2003-02	북한 핵문제의 경제적 파급효과와 향후 전망	임강택
2003-03	북한 인권실태에 관한 미국과 국제사회의 동향	최의철, 임순희
2003-04	한/미 정상회담과 공조방향	이현경, 박영호
2003-05	일본의 안보개혁과 유사법제 정비	배정호
2003-06	북한 병력제도 변화와 병력감축 가능성	박형중, 정영태
2003-07	11기 1차 최고인민회의 개최 동향 분석	박형중
2004-01	2004년도 북한의 신년 공동사실 분석	박형중, 전현준, 이교덕, 최진욱
2004-02	최근 북한 변화 및 개혁 동향	북한연구실
2004-03	제13차 남북장관급회담 결과 분석 및 전망	조한범
2004-04	최근 북한의 주요 대남노조: 「민족공조」론 강조의 배경과 의도	박형중
2004-05	미 국무부의 '2004년 북한 인권보고서' 분석	최의철
2004-06	제2차 6자회담 분석과 전망	전성훈
2004-07	제4대 러시아 대선결과 분석	여인곤
2004-08	북한 최고인민회의 제11기 제2차 회의 결과분석	이석, 최진욱
2004-09	제60차 유엔인권위원회의 북한인권결의안 채택과 우리의 고려사항	최의철, 임순희
2004-10	김정일 국방위원장 중국방문 결과 분석	이교덕, 신상진
2004-11	2차 북·일 정상회담 결과분석	김영춘
2004-12	북한의 고농축우라늄(HEU)프로그램 추진 실태	전성훈
2004-13	2004년 상반기 북한 동향	정영태, 최진욱, 박형중, 서재진, 이교덕
2004-14	일본 참의원 선거결과 분석	김영춘
2004-15	남북한 전자상거래 추진방안	김영윤, 박정란
2004-16	미의회 '북한인권법': 의미와 전망	김수암, 이금순
2004-17	2004년 미국 대통령선거 동향 분석(I): 케리 민주당 후보의 외교안보정책 방향	박영호, 김국신
2004-18	2004년 미국 대통령선거 동향 분석(II)	김국신, 박영호
2004-19	중국공산당 16기4중대회 결과분석	전병곤
2004-20	2004년 미국 대통령 및 의회 선거 결과 분석	김국신, 박영호
2004-21	중국의 동북공정과 우리의 대응책	전병곤

## Studies Series

2004-01	The Successor Theory of North Korea	Kyo Duk Lee
2004-02	Nine Scenarios for North Korea's Internal Development	Hyeong Jung Park
2004-03	The Impact of Personality Cult in North Korea	Jae Jean Suh
2004-04	The Unofficial Exercise of Property Rights in North Korea	Kang-Taeg Lim and Sung Chull Kim
2004-05	A Study of the Social Control System in North Korea: focusing on the Ministry of People's Security	Hyun Joon Chon



# 통일연구원 定期會員 가입 안내

통일연구원은 통일문제가 보다 현실적인 과제로 대두되고 있는 시점에서 그동안 제한적으로 유관기관과 전문가들에게만 배포해오던 각종 연구결과물들을 보다 폭 넓게 개방하여 전국의 대형 서점에서 개별구입하거나 본원의 定期會員에 가입하여 구독할 수 있도록 하였습니다.

본원의 간행물 분량이 많아 일일이 서점에서 구입하기에는 번거로움이 있을 것이라는 점을 고려하여 定期會員制를 운영하게 되었습니다. 정기회원에게는 본원의 모든 간행물(연구총서, 국문 논총, 영문저널, 학술회의 총서, 판매되지 않는 수시 「정세분석보고서」 등)을 직접 우편으로 우송해드리는 것은 물론 학술회의 초청 등 회원의 권리를 부여하오니 많은 이용을 바랍니다.

## 1. 정기회원의 구분

- 1) 일반회원: 학계나 사회기관에서의 연구종사자
- 2) 학생회원: 대학 및 대학원생
- 3) 기관회원: 학술 및 연구단체 또는 도서관 등의 자료실

## 2. 회원가입 및 재가입

- 1) 가입방법: ① 회원가입신청서를 기재하여 회비를 납부하신 入金證과 함께 본 연구원으로 Fax 또는 우편으로 보내주심으로써 정기회원 자격이 취득됩니다.  
② 본원 홈페이지(<http://www.kinu.or.kr>)에서 회원가입신청서를 작성하신 후 회비를 납부하신 입금증을 Fax 또는 우편으로 보내주심으로써 정기회원 자격을 취득하실 수 있습니다.
- 2) 연 회 비: 회원자격은 가입한 날로부터 1년간입니다  
(기관회원 20만원, 일반회원 10만원, 학생회원 7만원)
- 3) 납부방법: 신한은행 온라인 310-05-006298(예금주: 통일연구원)
- 4) 재 가 입: 회원자격 유효기간 만료 1개월전 회비를 재납부하면 됩니다.(재가입 안내장을 발송)

## 3. 정기회원의 혜택

- 1) 본 연구원이 주최하는 국제 및 국내학술회의 등 각종 연구행사에 초청됩니다.
- 2) 본 연구원이 발행하는 학술지 「통일정책연구」와 International Journal of Korean Unification Studies를 포함하여 그 해에 발행되는 단행본 연구총서(연평균 30-35권), 학술회의 총서(연평균 5-6권), 정세분석보고서(연평균 5-10권) 등의 간행물이 무료 우송됩니다.
- 3) 본 연구원에 소장된 도서 및 자료의 열람, 복사이용이 가능합니다.
- 4) 시중서점에서 판매되고 있는 지난자료를 50% 할인된 가격에 구입할수 있습니다.
- 5) 저작권과 관련하여 DB서비스를 통해 압축한 자료는 제3자 양도 및 판매를 금합니다.

## 4. 회원가입 신청서 제출 및 문의처

서울시 강북구 수유6동 535-353 (우편번호: 142-076)

통일연구원 통일학술정보센터 (전화: 901-2559, 901-2529 FAX: 901-2547)





