

한국형사정책연구원 개원 20주년 국제학술회의

International Seminar & Ceremony Commemorating the 20<sup>th</sup> Anniversary of  
Korean Institute of Criminology

# 형사정책의 최근 이슈와 전망

**International Trends in Crime Prevention and Criminal Justice:  
Issues and Prospects**

일 자 : 2009. 3. 12.(목) 13:00 ~ 17:30

장 소 : 엘타워 EL Tower 5층 메리골드홀

**KiC**

한국형사정책연구원



# 개 회 사

안녕하십니까.

오늘 한국형사정책연구원 개원20주년기념 국제학술회의에 참석해 주신 국내외 귀빈 여러분, 그리고 관계자 여러분께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

본 연구원은 1989년 3월 16일 설립된 이래, 범죄의 원인과 실태 그리고 형사사법분야와 관련한 많은 연구를 수행하여 왔습니다. 또한 금번 학술회의와 같은 다양한 형식의 세미나, 워크숍, 공청회 등을 개최하였습니다.

오늘 국제학술회의도 그간 저희 연구원이 쌓아온 연구성과와 형사정책연구 허브기관으로서의 역할을 다시 한번 확인하는 자리가 될 것으로 봅니다. 특히 오늘 진행되는 국제학술회의는 지난 20년간 우리 연구원이 걸어온 발자취를 되새기고 앞으로의 나아갈 방향에 대해서도 숙고해보는 중요한 기회가 된다는 점에서 그 의의가 매우 크다고 생각합니다.

오늘 국제학술회의를 위해 저명한 학자분들을 모셨습니다. 특히 이들 발표자들은 개별국가의 형사사법동향은 물론 최근 형사정책분야에서 이슈화되고 있는 다양한 문제에 대해 거시적이면서도 구체적인 사례를 통해 수준 높은 발표를 해주실 계획입니다.

우선 오늘 첫 발표를 하시는 영국 캠브리지대학의 로렌스 셔먼(Lawrence Sherman) 교수님을 비롯하여, 독일 막스플랑크 외국 및 국제형법연구소 소장이신 올리히 지버 교수님, 중국사회과학원 국제법연구센터 소장이신 천저시엔(陳澤憲) 교수님, 일본 유엔 아시아극동범죄방지연수소의 아이자와 게이치 소장님 그리고 한국형사법학회 회장인 손동권 교수께서 발표를 해주시는 것을 기쁘게 생각합니다.

아울러 오늘 국제학술회의를 위해 사회와 통역을 기꺼이 맡아주신 분들께도 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 이화여대 조균석 교수님, 연세대 전지연 교수님, 아주대 한상돈 교수님 그리고 우리 연구원의 연성진 선임연구위원과 탁희성 연구위원께 다시 한번 감사드립니다.


아무쪼록 오늘 한국형사정책연구원 개원20주년을 기념하여 진행되는 본 국제학술회의가 참석자 모두에게 형사정책을 국제적 시각에서 바라볼 수 있는 뜻 깊은 시간이 되기를 기원합니다.

우리 한국형사정책연구원은 오늘 개원20주년을 계기로 국가와 국민 그리고 국제사회에 기여하고, 한 단계 더 성장하는 국책연구기관으로 거듭나도록 노력할 것을 약속드리면서 인사말씀에 갈음하겠습니다.

감사합니다.

2009. 3.

한국형사정책연구원

원장 

## 개원 20주년 국제학술회의 일정

13:00~13:30 등 록

13:30~13:40 개 회 사 : 박 상 기(한국형사정책연구원 원장)

13:40~14:20 제1주제 : 구금형의 감소와 범죄의 감소 ..... 11

발표 : Lawrence W. Sherman (미국 펜실바니아대,  
영국 캠브리지대 교수)

14:20~14:35 휴 식

14:35~15:15 제2주제 : 흐려지는 형법의 경계 - 새로운 보안법의 발견 ... 51

발표 : Ulrich Sieber (독일 막스플랑크연구소장)

15:15~15:55 제3주제 : 형사사법정책과 국제협력: UNAFEI의 관점에서 .... 131

발표 : 相澤惠一 (일본 UNAFEI 소장)

15:55~16:10 휴 식

16:10~16:50 제4주제 : 중국 형사법률제도의 개혁과 발전추세 ..... 155

발표 : 陳澤憲 (중국사회과학원 국제법센터 소장)

16:50~17:30 제5주제 : 한국 형사정책의 이슈와 전망 ..... 185

발표 : 손동권 (한국형사법학회 회장, 건국대학교 교수)

## International Seminar

**Theme:** *International Trends in Crime Prevention and Criminal Justice: Issues and Prospects*

13:00 - 13:30 Registration

13:30 - 13:40 Welcoming Address

Prof. Dr. Sang-ki Park (President, KIC)

### ■ Session 1

Session Chair : Dr. Seong-Jin Yeon (KIC)

**13:40 - 14:20** *Less Prison, Less Crime* ..... 31

Prof. Dr. Lawrence W. Sherman (University of Pennsylvania,  
USA & University of Cambridge, UK)

Q&A

**14:20 - 14:35** Coffee Break

### ■ Session 2

Session Chair: Prof. Dr. Ji-Yun Jun (Yonsei University, Korea)

**14:35 - 15:15** *Blurring the Limits of Criminal Law: The Current*

*Development of a New Security Law* ..... 91

Prof. Dr. Ulrich Sieber (Max-Planck Institute for Foreign and  
International Criminal Law, Germany)

Q&A

### ■ Session 3

Session Chair: Prof. Kyoon Seok Cho (Ewha Woman's University, Korea)

**15:15 - 15:55** *Criminal Justice Policy and International Co-operation :*

*UNAFEI's Perspectives* ..... 143

Prof. Keiichi Aizawa (UNAFEI, Japan)

Q&A

15:55 - 16:10 Coffee Break

■ **Session 4**

Session Chair: Prof. Dr. Sang-Don Han (Ajou University, Korea)

16:10 - 16:50 *The Reform and Development of Criminal Law*

*System in China* ..... 171

Prof. Zexian Chen (Center for International Law Studies,  
Chinese Academy of Social Science, China)

Q&A

■ **Session 5**

Session Chair: Dr. Hee-Sung Tak (KIC)

16:50 - 17:30 *Issues and Prospects of Criminal Justice in Korea* ..... 185

Prof. Dr. Dong-Kwun Son (Konkuk University, Korea)

Q&A

17:30 Closing of the Seminar



[제1주제]

**13:40-14:20**

구금형의 감소와 범죄의 감소

*Less Prison, Less Crime*

Prof. Dr. Lawrence W. Sherman  
(University of Pennsylvania, USA &  
University of Cambridge, UK)



## 구금형의 감소와 범죄의 감소

Lawrence W. Sherman

(펜실베니아대 형사정책연구센터 소장, 케임브리지대 형사정책대학원 석좌교수)

### I. 시작하는 말

오늘 이 자리에 설 수 있게 해 주신 두 분께 특별히 감사의 말씀을 드리고 싶습니다. 한 분은 개원 20주년 기념행사에 본인을 초청해주신 형사정책연구원 제11대 원장 박상기 교수님입니다. 박 원장님이 이끄는 형사정책연구원이 앞으로 또 다른 20년을 거듭해 발전해나가기라 믿습니다.

또 한 분은 2006년 작고하신 본인의 스승이자 멘토, Albert J. Reiss 예일대 사회학석좌교수이십니다. 라이스 교수님은 1989년 형사정책연구원 개원식에 참석하셨으며, 미국범죄학회와 국제범죄학회장을 모두 지낸 최초의 학자이십니다. 그 분의 변함없는 훈육과 후원이 있었기에 본인은 1997년부터 1998년까지 여러 차례 서울을 방문하여 형사정책연구원과 함께 제12차 세계범죄학대회를 성공적으로 준비할 수 있었습니다. 또한 라이스 교수님께서 국제협력을 중시하셨기에 2007년 6월14일 펜실베니아대학교 형사정책연구센터는 망설임 없이 형사정책연구원과 교류협정을 체결하는 영예를 누리게 되었습니다.

이 밖에도 감사히 여길 많은 이유들이 있습니다만, 본인의 감사의 마음을 표현할 가장 좋은 길은 범죄학 역사상 가장 큰 도전들 중의 하나에 맞서는데 기여하는 것이라 생각합니다. 그 도전이란 '범죄의 감소에도 불구하고 구금

형의 증가(less crime, more prison)’라는 모순입니다. 다수의 영어권국가에서는 최근 십여년간 역사적으로 유례없는 구금형의 증가현상이 나타났습니다. 하지만 동시에 범죄로 인한 전체적인 피해수준은 감소하거나 일정수준을 유지하고 있습니다. 범죄학에 대한 세계적인 도전과제는 이러한 모순을 해결하고 ‘구금형이 감소하면서 동시에 범죄도 감소하는(less prison, and less crime)’ 길을 찾는 것입니다.

오늘 국제학술세미나에서 본인은 이러한 커다란 과제의 두 가지 특정한 측면에 대해 말씀드리고자 합니다. 첫째 미국, 영국, 호주의 최근 구금시설 수형자수 추세와 한국의 추세를 비교해 보겠습니다. 여기서 한국이 영미국가에 실패한 구금형의 감소와 범죄의 감소(혹은 적어도 구금형의 증가보다는 낮은 수준의 범죄증가)에 성공하고 있다는 증거를 제시할 것입니다. 둘째 어떤 역사적 배경을 가진 국가든 범죄방지전략에 투자를 늘릴수록 범죄감소와 구금형 감소를 성취할 수 있다는 점에 대해 두 가지 주요 범죄학 실증연구 사례로부터 증거를 제시하고자 합니다. 현재 두 가지 범죄방지전략이 임의적 현장조사결과 뚜렷한 증거를 보여주고 있습니다. 위험지대경찰전략(hot spot policing)과, 범죄피해자, 범죄자와 친지들의 회복적사법 회합(restorative justice conference)이 그것입니다. 아직은 이러한 전략이 널리 채택되지는 못했지만, 앞으로 다년간 증거를 보게 될 것입니다. 마치 발견되기만 기다리고 있는 보물지도처럼, 연구결과는 당장은 아닐지라도, 항상 언젠가는 결실을 맺게 될 것입니다.

## 제1부 : 구금형과 범죄

### 2. 미국, 영국, 호주에서 구금형의 증가추세

미국 국민의 한 사람으로서 본인의 모국이 세계적으로도 구금형 비율이

높다는 사실을 인정하지 않을 수 없습니다. 미국의 구금시설 수형자 수는 약 240만명으로, 전세계 240개 독립국가 40%의 인구수보다도 많습니다.

영국거주 납세자의 한 사람으로서는, 본인이 거주하는 영국이 서유럽에서 가장 높은 구금형 비율을 보이고 있다는 사실도 인정하지 않을 수 없습니다. 호주국립대 초빙교수로서는, 호주가 과거 모국이었던 영국의 구금형 비율만큼이나 높다고 알고 있습니다.

이들 세 영어권 국가의 인구는 거의 4억명에 달하며, 한국 인구의 열배 가량 됩니다. 이들 세 국가는 대부분 영어권 국가의 모국인 셈입니다. 비영어권국가들에 비해 매우 형사처벌이 중한데다가, 각 나라의 역사를 봐도 현재가 가장 처벌이 중합니다. 파워포인트 발표 자료에서 볼 수 있듯이, 영국, 호주, 미국 모두 최근 전례가 없는 수준까지 구금시설 수형자수가 급증하고 있습니다.

- 미국의 구금시설 수형자 수는 1980년 이래 300% 증가했습니다. 1980년 인구 10만명당 200명에서 현재 인구 10만명당 750명입니다.
- 영국의 경우 1980년 이래 4만명에서 8만명 이상으로 두 배 증가했습니다.
- 호주는 1984년 인구 십만명당 80명에서 현재 160명으로 두 배 증가했습니다.

이러한 구금시설 수형자수 증가를 객관적으로 계량된 범죄, 또는 구금형이 필요할 정도로 중한 범죄의 양에 비추어 설명하기란 불가능합니다. 이들 세 국가의 살인범죄율은 구금형이 증가하던 시기동안 일정수준을 유지했거나 감소했습니다. 더구나 구금시설 수형자수의 증가가 폭력범죄를 감소시켰다는 증거는 찾을 수 없습니다. 재산범죄에 대한 증거는 더 복잡적이지만 (Zimring), 절도대상 동산의 공통특징이 계속 늘어나기 때문에(Cohen & Felson) 구금형과 재산범죄사이의 인과관계를 밝혀내기란 불가능합니다.

구금형 증가에 대한 더 설득력있는 설명은 범죄위험에 대한 사회적 인식 차에서 찾을 수 있습니다. 그렇지 않고서야 미국사람들은 매우 높은 살인범

죄율에도 불구하고 별 관심이 없는데, 영국 사람들은 산업 국가들 중 가장 낮은 살인범죄율에도 불구하고 살인범죄율에 대해 강박적인 관심을 갖는지 어떻게 설명할 수 있겠습니까? 미국의 50개 주마다 양형정책이 그렇게 큰 차이가 나는 것은 어떻게 설명할 수 있겠습니까? 클린턴이나 블레어 행정부와 같이 중도좌파정권이 대중적 지지를 높이기 위해 더욱더 '강경한' (tough) 범죄정책을 약속하는 것은 또 어떻게 설명할 수 있겠습니까? W.I. Thomas가 지적한 것처럼 '실제라고 규정된 상황은 실제적인 결과를 낳는다'면, 범죄증가의 문제가 있다고 사회적으로 규정될 때 객관적인 지표에도 불구하고 구금형 수형자비율을 높이도록 몰고 갈 수 있게 됩니다.

이러한 구금형 증가현상을 설명할 수 있는 또 하나의 요소는 인종차별적 지배와 저항이라는 역사적 유산입니다. 본인의 저항이론(defiance theory)에 따르면, 범죄자가 사회체제에 대한 깊은 불만을 품고 있을 때 처벌은 실제로는 범죄를 억지하기 보다는 범죄를 유발할 수 있습니다(Sherman, Defiance, Deterrence, and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction, 1993). 그러한 불만은 노예나 식민경험으로부터 연유되며, 수 세기동안의 억압을 바로 잡으려는 수십년간의 노력에도 불구하고 치유되기 어렵습니다. 사실 영어권 내 인종관계에서는 '선한의도의 모순(paradox of good intentions)'도 존재합니다. 흑백인종 간의 법적 사회적 평등을 위해 조치를 취하면 취할수록, 세 국가에서 인종 간 구금형 수형비율은 더욱 불평등하게 나타납니다. 1960-1970년대 민권운동시기 이후 수십년 동안 흑백인종 간 구금형 수형자 비율은 극적으로 늘어나, 전체 구금형 수형자비율 증가의 상당부분을 차지하고 있습니다.

- 미국에서는 흑인의 구금형 수형비율이 백인에 비해 1980년에는 5배이던 것이, 2000년에는 거의 7배가 되었습니다.
- 호주에서는 원주민의 구금형 수형비율이 비원주민에 비해 1992년에는 10배이던 것이, 2006년에는 15배가 되었습니다.

○ 영국에서는 2006년 아프리카계 시민과 백인의 일일 구금형 수형비율편차가 8대 1로, 이는 미국의 3대 1 비율보다 두배 이상 높습니다.

대체적으로 인종내(intra-racial) 범죄에 대해 억압적인 구금형을 부과하고 더 많은 인종내 범죄로 나아가는 악순환 속에서, 백인이 다수인종인 이들 국가들은 더욱더 흑인인구에 대한 구금형을 부과하게 되고 맙니다. 흑인들이 종종 흑인들에 대해 저지른 범죄로 구금된다는 사실만으로는 흑인범죄로 내모는 감정적 도식속에서 주류사회에 대한 무력감, 절망감과 분노의 감정을 바꿀 수는 없습니다. 많은 범죄들이 '무시당함(disrespect)'에 대한 인식에 대한 반응으로 저질러집니다. 이는 자신의 나라안에서 존중받지 못한다는 느낌에 대한 현안 관심사입니다. 여전히 미국 이웃국가들에서는 많은 흑인 남성들이 교도소에 간다는 사실 자체가 일종의 존경을 얻는 길이라 여기면서 투옥되고 있습니다.

수세기에 걸친 아프리카 노예무역과 호주 원주민에 대한 글자그대로의 학살이라는 과거를 치유하는 일은 결코 쉬운 일이 아니며, 여전히 구금형 비율을 높이는데 있어서 인종적 요소로 작용하고 있습니다. 하지만 인종평등이 완전히 실현된다 하더라도 구금형 비율이 실질적으로 감소하게 될지는 분명치 않습니다. 영미문화와 법철학에는 응보라는 도덕철학이 매우 깊이 뿌리내리고 있어 높은 구금형 수형비율을 낮추기 쉽지 않습니다. 사실 형벌에 대한 문화적 요구는 서유럽에서 널리 받아들여진 1763년 베카리아의 고문과 사형금지 제안을 채택하기까지의 대장정동안 증가해왔습니다. 고통을 부과하는 시각적 쾌감이 사라지자, 여전히 남아있는 복수감정은 대신 약한 형태의 고통이라도 더 많이 부과하도록 요구했을 것입니다. 그럼에도 유럽 대륙 국가들의 낮은 구금형 비율에 비해 영어권국가의 구금형 비율은 야만적인 형벌의 폐지라는 결과에서도 서로 구별되는 문화적 요소가 있음을 보여줍니다.

미국이 구금형 수형비율이 증가하는 유일한 예는 아닙니다. G7선진국가들

중에서 가장 낮은 구금형 수형비율을 보이는 일본도 2002년에 비해 2007년 구금형 수형자 수는 30% 증가했습니다. 그래도 미국의 구금형 비율은 여타 국가들에 비해 월등히 높아서, 아마도 러시아나 남아공 외 다른 나라들이 그 정도 비율이 되려면 수십년이 걸려야 할 겁니다.

이러한 배경에서 미국은 최근 신속히 그리고 실질적으로 구금형을 감소시킨 나라들의 경험을 살펴 계몽될 수 있을 것입니다. 그러한 계몽의 필요성은 그 어느 때보다 시급합니다. 캘리포니아 주로부터 펜실베이니아 주에 이르기까지, 구금시설에 가장 많은 예산을 사용하는 주정부들은 점증하는 파산의 위협에 직면해 있습니다. 캘리포니아 주는 연방법원으로부터 최단 시일 내에 구금형 수형자수 155,000명의 3분의 1을 줄이라는 명령을 받았습니다. 이 판결에 대해 좌파성향의 주법무장관 Jerry Brown은 구금형비율의 급감은 범죄의 급증으로 이어질 것이 분명하다는 이유로 항소했습니다. 하지만 주장을 뒷받침할 만한 직접적인 증거는 없습니다. 대부분의 형사사법적 판단과 마찬가지로, 캘리포니아주 법무장관의 판단도 경험적 조사연구로부터 비롯된 정책분석이 아니라, 이론적인 정치적 입장에 근거하고 있습니다. 또한 것처럼 많은 한국계 미국인이 거주하는 주에서, 한국의 최근 경험을 고려하지 못한 점은 주목을 요합니다. 그랬다면 매우 계몽적이었을 텐데 말입니다.

### 3. 구금형의 감소와 범죄의 감소 : 한국의 경우는?

런던 킹스 대학교 국제행형연구센터가 조사한 자료에 따르면, 한국의 구금형 수형자 수는 지난 십년간 3분의 1 이상 감소했습니다. 1998년 67,883명에서 2007년 46,213명으로 줄어들었습니다. 이 숫자는 기결수와 미결구금자수를 포함한 것이며, 따라서 미국을 비롯한 다른 국가들과 직접 비교할 수 있습니다. 이렇게 비교해 볼때, 한국은 산업국가들 사이에서도 가장 낮은 구금형 수형자비율을 보여줍니다. 또한 아시아에서도 가장 낮은 비율입니다.

인구 십만명당 96명으로, 400명 수준인 싱가포르, 259명 수준인 대만, 168명 수준인 홍콩보다도 낮습니다. 순위보다 더 중요한 것은 지난 십년간 한국의 구금형 비율이 매우 빠르게 낮아졌다는 사실인데, 분명히 다른 주요 경제 강국에서는 볼 수 없는 일입니다.

어떤 기준에 비추어 봐도, 것처럼 단기간 내에 한국의 수형자수가 35% 감소했다는 것은 실로 경이적인 일입니다. 만약 미국의 1998년 수형자수 180만 명(Bureau of Justice Statistics, 1999)의 35%가 감소했다면 오늘날 63만명이 자유를 얻었을 것입니다. 이 수는 전세계 독립국가 30%의 인구수보다 큼니다.

본인은 어떻게 또 왜 이렇게 큰 감소가 발생했는지, 혹은 심지어 이러한 현상이 선출된 공무원이나 정부기관, 또는 사회운동에 의해 의도적인 것이었는지 알지 못합니다. 하지만 박상기 원장께서 본인을 오늘 세미나에 초대해 주셔서, 발표준비 중에 이러한 사실을 발견하게 되었습니다. 적어도 본인은 이러한 감소가 경찰체포의 감소와는 연관되어 있지 않다고 판단하고 있습니다. 한국 경찰청 통계에 따르면, 2000년과 2007년 공히 385,000명을 체포했는데, 이는 100명당 1명이하의 비율입니다([www.police.go.kr/eng/index.jsp](http://www.police.go.kr/eng/index.jsp)). 체포 이후 기소와 양형단계에서 영향력있는 변화가 있었는지 경찰통계만으로는 알 수 없습니다. 2000년 이후 구금형의 급격한 감소를 설명할 수 있는 알려진 이유가 있다면, 누구든지 제계([ls434@cam.ac.uk](mailto:ls434@cam.ac.uk)) 관련정보를 알려주시기 바랍니다.

대다수 미국인, 영국인, 호주인에게 더 중한 문제는 이러한 감소현상의 ‘원인’이라기보다는 그 ‘결과’이겠습니다. 이들의 전제에 따르면 그렇게 급격한 구금형의 감소는 범죄의 급증을 가져왔을 것입니다. 이들은 범죄의 급증이 아닌 사실을 보여주는 어떠한 공식통계에 대해서도 그 진정성이나 혹은 적어도 그 방법론을 비판하고 싶을 것입니다. 그러므로 본인은 한국의 동료 연구자들이 지난 십여년간 한국에서 어떻게 범죄통계가 집계되었는지 알려주시면 감사하겠습니다. 본인은 특히 불행하게도 ‘구금형의 감소와 범죄의

감소'라는 분명한 그림을 오히려 복잡하게 하는 통계자료의 주목할만한 특징에 더 관심이 있습니다.

범죄통계의 사회적 조직적 생산은 미국에서는 잘 연구되어 있는 현상으로서, 시민의 경찰에 대한 범죄신고의 직접적 관찰(Black, *The Production of Crime Rates*, 1970)로부터 범죄사건조사보고서와 같은 일차자료와 도표화된 범죄통계의 비교검사(Sherman, *Evidence-Based Policing*. Police Foundation, 1998)에 이르기까지의 연구방법들이 활용됩니다. 미국경찰관들은 범죄발생의 축소보고로 해임이나 심지어 구금형에 처해지는데 반해, 영국경찰은 범죄발생을 과장해 보고하는 경우까지 있습니다.(Farrington) 이러한 측면에서 우리는 특히 한 국가단위에서 시기별 범죄율 측정에 대해 검토해 보아야만 합니다. 역시 이러한 측면에서 모든 통계상의 뚜렷한 예외에 대해서도, 그러한 통계적 예외는 범죄의 실제량의 변화라기보다는 범죄 집계절차의 변화에서 비롯될 수 있다는 점에서 반드시 재검토해 보아야 합니다.

한국의 경찰청 통계에 따른 최근 한국의 범죄추세는 1994-2005년 자료 그래프와 함께 [www.ataglance.wordpress.com](http://www.ataglance.wordpress.com)에 영문 번역되어 있으며, 주요 그래프들은 본인의 파워포인트 슬라이드에 제시되어 있습니다. 이 그래프자료에서는 2000년 전후 재산범죄수의 통계적 예외가 보입니다. 이러한 통계적 예외를 피하기 위해 본인은 한국경찰청의 2000-2007년 통계자료를 직접 제시합니다.

통계자료로부터 볼 수 있는 기본적인 내용은 지난 십여년간 한국은 '구금형의 감소에도 불구하고 범죄가 증가하지 않은' 기록을 보여주고 있습니다. 특정범죄유형을 선별적으로 보면 '구금형의 감소와 범죄의 감소' 든 '구금형의 감소와 범죄의 증가'든 어느 결론도 지지해 줄 수 있지만, 어떤 결론도 불완전합니다. 더 완결된 결론 역시 비교를 위해 선택된 년도의 선별에 따라 역시 양방향으로 달라질 수 있습니다. 해결되어야 할 가장 중요한 부분은 2000년 이전의 통계적 예외인데, 2000년 이후 구금형수형자수가 가장 크

게 감소한 시기의 범죄율을 검토하는데 기본이 됩니다.

과워포인트 슬라이드의 자료상 통계적 예외는 1999-2000년 기간 중 세 유형의 재산범죄가 모두 거의 100% 증가한 것으로 나타납니다. 이러한 유형의 증가현상은 실제 범죄빈도상의 진정한 변화를 반영할 것으로 보이지 않습니다. 이러한 범죄유형중의 한 범죄가 한해동안 100%증가할 가능성은 극히 낮고, 근대시기동안 한 국가의 차원에서 기록된 바도 없습니다. 세 범죄유형 모두가 똑같은 비율만큼 증가할, 그것도 100% 증가할 가능성은 지극히 낮습니다. 이러한 패턴이 재산범죄에서만 발행하고, 폭력범죄에서는 그렇지 않다는 사실 때문에 더더욱 이러한 통계자료가 범죄의 실제변화를 보여주고 있다고 생각되지 않습니다. 한국인이 아닌 경우 잘 구분되지 않지만, 범죄발생 집계규칙상의 일정한 변화가 있었을 가능성이 훨씬 클 것입니다.

한국에서 구금형 감소에 대한 평가에서 재산범죄추세에 대한 논란을 제쳐두기 위해서라도, 우리는 2000-2007년 기간 중 한국경찰청의 통계자료에 당연히 초점을 맞춰야 할 것입니다. 1998-2000년 중 구금형 수형자수의 감소는 5%에 불과하며, 따라서 2007년 중 감소의 대부분은 2000년 기준입니다. 이 기간 중, 구금형 수형자 수는 62,235명에서 46,213명으로 감소해, 25%감소했는데 이는 현대 세계적 기준에 비추어볼 때 큰 감소입니다. 우리가 인구당 수형자수 비율이 한 국가의 범죄율에 영향을 미치는 주요요인이라고 전제한다면, 구금형 수형자수가 크게 감소하는 변화와 함께 범죄율이 크게 늘어나리라 예상할 수 있습니다. 반대로 범죄의 실질적인 증가현상을 발견하지 못한다면, 다른 요인이 항상 일정하다고 가정한다해도(실제로는 불가능하지만), '구금형의 증가에 따른 범죄의 감소'라는 전제에 대한 중요한 반대 증거가 될 수 있을 것입니다.

아래의 <표 1>은 '구금형의 증가에 따른 범죄의 감소'라는 전제에 대한 강력한 반대증거를 보여줍니다. 한국경찰청의 자료에 따르면, 구금형 수형자수의 25% 감소시기동안 범죄발생의 순변화는 없습니다. 이러한 순변화는 폭행

죄의 감소와 절도죄의 감소간의 균형을 가리고 있습니다. 하지만 폭력범죄와 재산범죄 양 유형은 복합적인 양상을 보여주는데, 양 범죄 범주 안에서 개별 범죄유형마다 실질적 증감이 엇갈리고 있습니다. 폭력범죄의 경우, 상대적으로 드문 강간범죄의 경우 27% 증가한데 반해, 좀 더 발생량이 많은 폭행범죄의 경우 12% 감소하였습니다. 재산범죄의 경우 발생량이 많은 절도범죄의 경우 22% 증가한데 반해, 그보다 적게 발생하는 주거침입절도의 경우 19% 감소하였습니다. 분명 각 범죄유형들은 각각 범죄자유형도 상이하고 행태적 문제점도 구별되는 경우이겠지만, 공히 구금형으로 처벌되며, 따라서 구금형 수형자수의 급감과 함께 급증할 수도 있었을 것입니다. 범죄의 양상이 뒤섞여 있고 순수한 영향은 전반적으로 변화가 없다는 사실이 곧 구금형이 범죄에 영향을 미치지 못한다는 점을 증명하지는 않습니다. 다만 구금형 수형자수가 줄어든다고 해서 그 자체만으로는 길거리위에 무차별적인 폭력이나 혼돈을 불러일으키는 것은 아니라는 것은 분명 알 수 있습니다.

〈표 1〉

범죄집계	2000년	2007년	비율변화
경찰청집계 범죄합계	520,763	521,142	0
폭력범죄	341,426	304,239	-11%
살인	941	1,104	+2%
강간	6,855	8,732	+27%
폭행	333,630	294,403	-12%
절도	173,876	212,473	+22%
강도	5,461	4,430	-19%

아마도 한국경찰청 자료에서 가장 우려되는 부분은 강간범죄의 급증입니다. 적어도 이론적으로는 이러한 현상은 과거 실무에서는 구금 중이었을 소수의 성범죄자가 2007년에는 구금되어 있지 않았기 때문일 수 있습니다. 하

지만 이러한 추측은 2004년 이후 성범죄자에 대한 구금형에 중대한 변화가 있었을 경우에만 사실이 될 수 있을 뿐입니다. 왜냐하면 2000년 강간범죄건수는 6,855건, 2004년에는 6,959건으로 거의 변화가 없고, 강간범죄의 27%증가는 거의 대부분 2004-2007년 기간 중에 발생했기 때문입니다. 이러한 변화는 범죄피해자의 신고관행이나, 경찰의 범죄기록 실무의 변화, 또는 미혼남성의 급증이나 젊은 세대 일반의 성관습의 변화와 같은 경제적 사회적 요소의 급격한 변화에 의해 비롯될 수도 있습니다. 또한 신고된 강간범죄의 증가가 낯선 사람에 의한 범죄 때문인지 아니면 데이트강간을 포함한 아는 사람에 의한 범죄 때문인지 파악하는 것도 중요합니다. 강간범죄에 대한 증거를 구금형 변화의 직접적 결과로 해석하는 것은 관련문제, 또 그 이상을 주의 깊게 살피지 않으면 신뢰할 수 없게 됩니다.

아마도 한국경찰청 자료의 가장 놀라운 측면은 구금형이 감소하는 시기의 절반동안 폭행범죄뿐만 아니라 절도범죄도 감소했고, 이후 두 범죄유형은 다시 증가했다는 사실입니다. 2000년부터 2004년 동안 절도죄는 173,876건에서 155,393건으로 거의 2만건 가까이 감소했습니다. 마찬가지로, 폭행범죄는 333,630건에서 286,570건으로 거의 5만건 감소했습니다. 구금시설 수형자수가 6년동안 67,000명에서 57,000명으로 일만명 감소한 직후에야 절도범죄와 폭행범죄가 갑자기 다시 증가하기 시작했습니다. 이후 절도범죄는 2007년 37% 증가하여 2000년 수준을 넘어섰으며, 폭행범죄는 3%증가했으나 2000년에 비해 12% 낮은 수준입니다. 이러한 차이가 음주규제나(폭행범죄의 원인이 될 수 있습니다) 현금필요성의 증가(절도범죄의 원인이 될 수 있습니다)와 같은 경제적 압력을 반영하는 것인지에 대해서는, 연구해 볼 만한 설득력 있는 가정까지는 합시다만, 우리는 알 수 없습니다.

범죄와 구금형 추세에 대한 이러한 모든 해석의 밑바탕에는 범죄의 복잡한 원인이 있습니다. 극도로 조야하고 단순한 분석이 아니고서는 범죄가 구금형 위협의 직접적 작용이라고 주장할 수 없을 것입니다. 선출직 공무원들

이야 선거운동 연설에서는 그렇게 표현할 수 있겠지만, 범죄학에서 합의된 바에 따르면 한 나라의 범죄율변화 추세는 다중적인 요소에 기인합니다. 이러한 요소들에는 실업, 교육, 평균연령, 전체인구당 청년남성비율, 총기규제, 음주 기타 범죄유발요소, 가족의 명예 내지 수치감정의 정도, 사회적 자본과 범죄와 무질서방지역량에서 ‘집합적 효능(collective efficacy)’에 대한 사회적 인식의 정도와 같은 한 나라의 특성이 포함됩니다. 이들 요소들 중 일부는 다른 요소들에 비해 더 빨리 변화할 수 있으며, 범죄율이 매년 변동하는 원인으로서 더 자주 제시될 수 있습니다.

한국의 경험에 대해 세계적으로 중요한 것은 사회에 대한 중대한 해악없 이도 구금시설 수형자수가 감소했다는 결론입니다. 구금시설 그 자체로서, 수형자는 물론이거니와 사회에 끼치는 해악을 고려할 때, 한국의 사례는 구 금시설 수형자수의 계획적 감축을 모색하는 다른 나라들을 강력히 지지해 줍니다. 예컨대 Daniel Nagin은 최근 네덜란드에서 처음으로 구금형에 처해 진 자들이 단기형에 불과할 지라도, 형기만료 후 유사한 범죄자로서 구금형에 처해지지 않았던 사람들에 비해 재범율이 세 배 높았다고 보고하고 있습니다. 이는 정책연구에 의해 올바르게 지침을 받을 수 있다면, 어떠한 국가도 한국과 같은 성과를 거둘 수 있음을 의미합니다. 그리고 다른 연구들을 고려할 때 아마도 한국과 다른 나라들은 한국의 성공을 더욱 진전시켜서 구금형의 감소와 범죄의 감소를 동시에 성취할 수 있을 것입니다.

## 제2부 구금형을 배제한 범죄방지

### 3. 위험지대 경찰활동

구금형 수형자비율의 결정에서 거의 고려되지 않은 요소가 경찰의 역할입니다. 1993년 이래 뉴욕시는 살인범죄의 대규모감소로 세상에 인상을 주었

습니다만, 구금시설 수형자 수에 미친 영향에 대해서는 관심을 끌지 못했습니다. 약 10년간 1,500건의 살인범죄 감소와 함께 무기구금형 수형자 수는 15,000명 감소했습니다. 그리고 여타 중범죄가 상당비율 감소하고, 숫자적으로는 더 크게 감소함으로써, 경찰전략변화의 부분적 성공만으로도 구금시설 수형자수 비율의 대폭감소를 야기할 수 있었습니다. 그러한 전략은 범죄의 감소에 따른 구금형의 감소에 상응한다고 할 수 있습니다. 그리고 사실 구금형에 처해진 뉴욕주민 수는 경찰전략의 중대변화가 정착된 1999년까지 상당히 감소했습니다.

경찰전략의 변화는 경범죄에 대한 엄중단속을 통해 중범죄감소로 이어진다는 ‘깨진 유리창(broken window)’전략으로 널리 알려져 있습니다. 이 표현은 범죄학자 James Q.Wilson와 George L.Kelling (Broken Windows, 1982)에 의해 제시된 이론에서 나왔습니다. 이 이론을 일부 뉴욕경찰들이 경찰실무와 순찰패턴의 주요변화의 근거로서 인용하였습니다. 하지만 중범죄율과 구금형비율이 함께 감소하는 최근 몇년동안 뉴욕경찰은 점차 자신들의 전략을 ‘위험지대 경찰활동’이라 표현하고 있습니다. 가장 최근인 2008년 스톡홀름 범죄학 심포지움에서 경찰 부커미셔너 Michael Farrell은 뉴욕시 경찰국이 이러한 전략에 따라 지속적으로 범죄를 감소시켜왔다고 발표한 바 있습니다. Farrell에 따르면 매년 뉴욕시 경찰국은 범죄발생가능성이 가장 큰 장소와 시간대에 순찰근무시간비율투입을 늘려서 배정하고 있습니다. 그리고 매번 순찰시간비율을 늘릴 때마다, 살인범죄율은 더욱더 감소하고 있습니다.

슬라이드에서 보시는 바는, 일본경시청 국립경찰과학연구소 유타카 하라다 박사와 그의 연구진이 작성한 동경의 폭력범죄 지도입니다.(2008) 극단적으로 편중된 폭력범죄는 붉은색으로 화산같은 범죄‘산맥(mountains)’으로 나타나 있는데, 이를 볼 때 도시의 광범위한 지역은 폭력범죄가 거의 발생할 가능성이 없음을 알 수 있습니다. 1950년대에서 1980년대에 이르는 동안 표준적인 경찰원칙에 따르면(Wilson, Police Administration, 1960), 경찰순찰은

도시 전역에 고르게, 혹은 적어도 인구당 균등비율로 배분되어 모든 시민들에게 긴급 상황에서 신속한 경찰대처능력이 제공되어야 한다는 것이었습니다. 하지만 1987년 도시 전역의 소규모 부분 혹은 ‘위험지대’에 범죄가 극단적으로 편중되어 있다는 발견은 (Sherman et al, Hot Spots of Predatory Crime: Routine Activities and the Criminology of Place, 1989) 기존의 경찰원칙에 의문을 제기하게 되었습니다.

1987년 미국법무연구소(National Institute of Justice)와 미네아폴리스 경찰국은 경찰순찰의 추가투입의 범죄에 대한 효과를 평가하기 위한 임의통제실험(randomized controlled trials)을 실시하였습니다. 8개월동안 이 실험은 경찰과 범죄에 대한 독립적인 관찰자들에게 정복경찰 순찰을 두 배까지 늘리는 것을 볼 수 있게 했습니다. 실험결과 경찰순찰을 늘린 55개 위험지대에서는 임의로 선정하여 통제집단으로 하여금 경찰활동과 범죄에 대해 관찰케 한 다른 55개 위험지대에 비해 범죄발생이 3분의 2정도 낮았습니다. 순찰활동을 늘린 지역에서는 강도 범죄가 절반으로 줄었습니다. 자료 분석결과 범죄가 다른 지역으로 옮겨갔다는 증거도 없다는 사실은 다른 연구들에서도 적극적으로 밝혀져 왔습니다. (Weisburd et al, Displacement or Diffusion of Benefit? Effects of Crime Prevention Interventions. Criminology, 2006) 사실 이들 연구에 따르면 경찰순찰과 같은 범죄방지적 개입은 현실적으로 당장의 대상지역을 넘는 효과를 발휘해 다른 지역에도 ‘이익의 확산(diffusion of benefit)’을 가져옵니다.

미네아폴리스 실험 이후 다른 실험들에서도 범죄발생위험이 높은 지역에 대한 가시적인 경찰순찰 투입으로부터 유사한 범죄방지효과가 발견되었습니다. 상이한 지리적 패턴을 가진 상이한 도시에서도 이러한 결과가 확고히 반복해 나타나는 것을 볼 때 ‘증거에 기초한 경찰활동(evidence-based policing)’ (Sherman, Evidence-Based Policing, 1998)의 주장을 뒷받침해 줍니다. 이 주장에 따르면 막대한 경찰활동 자원은 범죄감소에 가장 큰 효과를

가져 올 수 있는 실무에 신중하게 투자되어야 합니다.

의료실무를 결정할 때 활용되는 연구증거에 비교될 수 있듯이, 위험지대 경찰활동은 바로 증거에 기초한 경찰활동의 가장 중요한 예입니다. 뉴욕경찰국이 ‘범죄일반 crime-general’으로부터 ‘범죄특정적 crime-specific’ 순찰 전략으로 혁신적으로 초점을 옮기던 시점에서, 순찰활동의 지리적 집중의 증거는 상당했습니다. 이후 증거는 더욱 풍부해졌습니다. 구금형 수형자수와 범죄율을 줄이고자 희망하는 모든 국가나 도시들은 이러한 방식으로 경찰순찰활동을 재배분할 것이 권고됩니다. 최대의 효과를 위해서라면, 순찰활동에 ‘코퍼 곡선(Koper curve)’을 적용할 수 있을 것입니다. 이에 따르면 각 위험지대에 경찰순찰을 통한 최대의 범죄억지효과는 한 위험지대에서 10-15분정도 순찰을 하고, 다시 다른 위험지대로 이동했다가 예측불능 간격으로 되돌아오는 방식임을 보여줍니다. 순찰활동 일반의 투입-대응곡선을 정교화 하는 추가실험과 같이 범죄학연구에 대한 더 많이 투자할 때 얻을 수 있는 이익은 더 클 것입니다. 순찰활동 1회 투입의 최적시간은 1995년 Koper의 미네아폴리스 실험분석(Sherman & Weisburd, General Deterrent Effects of Police Patrols in Crime ‘Hot spots’: A Randomized, Controlled Experiment, 1995)과 유사한 방법론(Just Enough Police Presence, 1995)을 사용해 각 국가나 도시에 특화할 수 있을 것입니다.

#### 4. 회복적 사법 회합

경찰활동을 통해 범죄와 구금형을 동시에 방지할 수 있는 또 하나의 방법은 범죄자가 자신의 범죄에 대한 책임을 인정할 준비가 되어 있고, 범죄피해자는 범죄자를 만나보고자 할 경우 회복적 사법 회합을 조직하는 것입니다(Strang & Sherman, Effects of Restorative Justice Conferencing on Victim Outcomes and Repeat Offending: A Campbell Collaboration Review, 2009).

이러한 실무에 대한 이론은 Braithwaite (Restorative Justice and Responsive Regulation, 2002)에 의해 규정되었는데, ‘대응적 규제(responsive regulation)’이라는 개념에 일치합니다. 슬라이드에서 보시는 바와 같이, ‘규제피라미드(regulatory pyramids)’는 이러한 개념에 대한 일반적 관점을 설명해 줍니다. 규제피라미드에서 경찰은 체포와 구금을 최후의 수단으로 사용합니다. 경찰의 관점에서 이러한 개념은 ‘야경(watchman)’ 방식의 경찰활동이라고 합니다. J.Q.Wilson이 처음 사용한 이 개념은 범죄에 대해 비공식적인 해결방법을 최대한 활용하되 공식적인 법절차의 활용은 최소화한다는 것입니다. 이러한 방식은 비판을 받아왔지만, 구금형의 해악을 줄인다는 분명한 장점은 있습니다. 대응적 규제 또한 경찰공권력의 최소비례적 활용이라는 현대원칙에 확고히 부합됩니다. 구금형을 피하고 최소화할 수 있다면 경찰은 범죄로부터의 해악을 치유하고, 같은 범죄자가 재범을 하거나 범죄피해자가 보복범죄로 나아가는 것을 막을 수 있고, 이러한 원칙의 정신을 더 잘 지킬 수 있게 될 것입니다. 경찰이 식료품가게에서 사과 한 알을 훔친 사람에게 총을 쏘지 않듯이, 행사를 마치고 취해서 주먹다짐을 하다가 친구를 다치게 한 사람을 구금형에 처할 필요는 없을 것입니다. 많은 범죄의 경우 뇌우침과 사과, 피해배상과 화해가 구금형보다 훨씬 더 효과적이라면, 경찰은 구금형을 최소화함으로써 납세자의 세금을 아낄 수 있습니다.

역시 이러한 경찰의 범죄방지전략의 활용을 지지하는 강력한 연구증거가 있습니다. 1995년 이래 동료인 호주국립대 Heather Strang과 함께 본인은 1-3시간정도의 일대일대면식 회복적 사법 회합 임의통제실험을 구성, 12차례 실시했습니다. 각 회합은 대부분 경험이 있고 특별 훈련받은 경찰관이 주재하게 하고, 다루어질 범죄에 대해 세 가지 질문을 하게 했습니다. 무슨 일이 일어났는가? 누가 그 범죄의 영향을 받게 되었는가? 어떻게 범죄자는 범죄로 야기된 해악을 치유하는데 도움을 줄 수 있을까? 이처럼 화해를 촉진하는 방식은 호주, 영국, 미국에서 경찰과의 협력하에 실험되었습니다. 실

협결과의 상세한 내용은 Sherman & Strang, Effects of Restorative Justice on Victim Desire for Violent Revenge: A Systematic Review, 2007에 제시되어 있으며, 재범에 대한 보다 최근의 증거는 Campbell 공동연구에서 곧 발표될 예정입니다.

슬라이드에서 볼 수 있듯이, Campbell 공동연구를 위한 새로운 연구결과에 따르면 회복적 사법 회합이 재범의 일정한 감소를 가져왔다는 일관된 증거를 보여줍니다. 영국에서 강도, 중상해, 주거침입절도를 포함한 범죄에 대한 7차례의 회복적 사법 회합실험에 따르면, 2년간 재범은 평균 27% 감소했습니다(Shapland et al, Evaluation of Three Restorative Justice Schemes: Fourth Report, 2008). 이러한 감소율을 조사되지 않은 여타 22개 범죄의 재범율에 곱한다면(적어도 런던지역에서는, Farrington et al, Findings from the Cambridge Study of Delinquent Development. 2006), 전체 범죄에 대한 영향은 더 클 것입니다. 그리고 27% 감소율이 구금형 수형자수로 이어진다면, 수만명의 수형자수가 줄어들 것입니다.

슬라이드는 막대그래프와 분포도(forest plot)를 활용해 회복적사법 회합과 비 회복적사법 회합절차를 비교하는 12개 실험 각각의 효과크기와 관련하여 추정치와 신뢰도구간을 보여주고 있습니다. 분포도(forest plot)방법은 상대적으로 표본크기가 작고 상대적으로 효과가 작을 경우 해석에 필수적입니다. 의학적 증거집단의 상징에서와 같이, Cochrane 공동연구는 통계적으로 의미 있는 결과의 ‘결정적 수(vote count)’는 치료가 실제효과가 있는데도 효과가 없는 것처럼 분석자를 오도할 수 있음을 보여줍니다. 슬라이드의 파란색 원안의 분포도는 의사들이 조산을 늦추기 위해 corticosteroid라는 약물투약시작을 어떻게 결정하는지 보여줍니다. 의사들은 7개 조사 중 5개의 결정적 수가 통계적으로 무의미하다는 것이 오도된 분석임을 알았을 때 판단을 변경하게 되었습니다. 대신 의사들은 모두 올바른 도덕적 방향에 따른 조사결과의 전반적 패턴의 통계적 의미에 주목하였습니다. 결정적 수보다는 메타

분석에 기할 때, 수십만명의 생명을 구한 것으로 평가됩니다.

다양한 범죄유형집단과 형사사법절차시기에 걸친 평균효과측정을 위해 분포도(forest plot) 방법을 사용하는 것은 단일의 의료적 조건에 대해 사용하는 것보다 더 어려운 실험이 될 것입니다. 실험표본인 회복적 사법 회합들의 이질성은 통계적 설득력을 떨어뜨리고, 우연이 아닌 일정한 패턴을 찾아낼 가능성을 낮게 할 것입니다. 예컨대 주거침입범죄자에 대해서만 12개의 회복적 사법회합 실험을 했다면 통계적 설득력은 훨씬 컸을 것입니다. 그래도 분포도(forest plot)에 따르면 12개의 다양한 범죄 및 범죄자유형에 대해 회복적 사법 회합이 긍정적 영향을 미쳤음을 보여주며, 이는 그 다양성 때문에 더더욱 인상적이라 할 수 있습니다.

이 실험의 부분집단분석도 또 다른 증거를 제시해 줍니다. 예컨대 어떤 분석에 따르면 회복적 사법회합에 임의로 배정된 범죄피해자들은 일관되게 가해범죄자들에 대한 폭력적인 복수욕구가 적게 나타났습니다(Sherman et al, Effects of Restorative Justice on Victim Desire for Violent Revenge: A Systematic Review, 2005). 일부 실험은 구금형과 관련해서도 행해졌는데, 폭력범죄자 부분집단에 대한 분석에 따르면 회복적 사법 회합으로부터 가장 큰 범죄방지효과가 나타났습니다. 이러한 부분집단에 대한 임의실험에서 한 집단은 구금형에 처해진 범죄자를 대상으로 했습니다. 더구나, 폭력범죄자 대상 회복적 사법 회합으로부터 가장 효과크기가 큰 집단은 구금형 또는 기소 이외의 대안이 부과된 범죄자들이었습니다. 이러한 사실은 회복적 사법 회합이 초범에 대해 구금형감소에 기여할 수 있을 뿐만 아니라, 회복적 사법 회합에 의해 재범으로 인한 구금형도 방지할 수 있음을 보여줍니다.

경찰업무 중 전투에 가까운 상황속에 공권력을 사용해야 하는 측면이 강한 일부 경찰기관에서는 회복적 사법 회합이 ‘문화적으로’ 호소력이 없을 수도 있습니다. 하지만 심지어 군대에서도 21세기에는 평화유지활동에 점차 초점을 맞추고 있는 실정입니다. 회복적 경찰활동은 이러한 평화유지의 한

형태로서, 적어도 오천년 이상 된 방식입니다. 이러한 방식은 여전히 남아시아와 중동지역에서 활용되고 있습니다. 얼굴을 맞대고 갈등을 해결하는 방식은 피를 뿌리는 결투나 복수의 악순환에 의한 살인을 막는 방법으로서 역사적으로 발전해 왔습니다. 이러한 고유의 전통이 21세기 연구에서도 뒷받침된다고 할 때, 경찰은 범죄와 구금형을 모두 방지할 수 있는 새로운 전략에 투자할 분명한 근거가 있다고 여겨집니다.

### 5. 범죄학, 범죄방지, 비용효과

본 연구발표는 두 가지 실질적 요점 이상의 더 중요한 사실을 제시하고자 합니다. 본 발표의 첫 번째 요점은 한국이 영어권국가들에게 적어도 범죄방지의 목적으로는 그렇게 높은 구금형비율을 유지하느라 파산할 필요가 없음을 보여준다는 점입니다. 한국이 보여주는 바와 같이 단기간내에 상당한 수의 구금형수형자수를 줄여도 그 결과로 범죄율이 급증하지는 않습니다.

두 번째 요점은 양형정책이나 기소정책을 바꾸지 않고서도, 경찰전략의 변화만으로도 구금형의 감소와 범죄의 감소가 가능하다는 점입니다. 이른바 의학연구의 '최고표준'인 임의임상실험과 같이 고도로 발달된 조사연구디자인을 활용해, 호주, 영국, 미국 경찰은 경찰업무의 단순한 변화만으로도 범죄가 방지될 수 있음을 보여줍니다. 범죄의 '위험지대'에 더욱 집중되도록 경찰순찰활동을 재배치하면, 수형경력이 있는 상습범죄자라 할지라도 범죄로 나아가지 못하도록 방지할 수 있게 됩니다. 또한 소수의 경력이 많은 경찰관을 회복적 사법 회합을 조직하고 주재하는 매우 특화된 업무에 재배치함으로써, 범죄의 빈도와 중한 정도를 낮추는 것만으로 써도 극히 상습적인 범죄자의 범죄까지도 방지할 수 있게 됩니다.

이러한 실질적 요점들도 한 국가가 전세계 연구지식의 발전에 함께하는 형사정책연구기관을 보유한다는 사실만큼 중요하지는 않습니다. 전 영국내

무성장관 고 R.A.B.Butler가 50년전 케임브리지 대학 형사정책연구소를 설립하면서 내다보았듯이, 민주사회는 효과적인 통치를 위해선 범죄에 대한 지식을 더욱 쌓아야만 합니다. 버틀러장관은 어떠한 지식이 필요한지 조차 제시하지 않았습시다만, 장차 영국에서 어떠한 범죄문제가 발생하더라도, 연구개발 역량이 있는 한 개선될 것이라 확신했습니다.

마찬가지로 한국도 지난 이십년간 국민들을 위해 그러한 역량개발에 투자해왔음을 보여줍니다. 그간 한국형사정책연구원은 매우 유능한 연구전문가들을 이끌어, 세계적 수준의 연구기관들과 함께 해 왔습니다. 범죄에 대한 전세계적 지식의 총체를 발전시킴으로써 국민들에게 봉사해 왔습니다. 한국형사정책연구원은 범죄로부터의 새로운 도전에 직면해 있습니다. 한편으로 한국형사정책연구원은 한국이 범죄율에 악영향을 미치지 않으면서도 구금형의 대폭감축을 어떻게 성취했는지 세계에 보여줄 굉장한 기회도 가지고 있습니다.

이를 비롯한 많은 성과를 보건대, 우리는 구금형의 감소와 범죄의 감소를 달성할 수 있는 최선의 수단은 범죄에 대한 연구에 더욱 투자하는 것이라는 결론을 내릴 수 있습니다. 한 국가가 형사정책연구기관에 얼마나 투자하든지, 투자보다 훨씬 큰 성과를 거둘 수 있을 것입니다. 형사정책연구기관에 의해 권고된 증거기반 전략을 채택할 만큼 현명하다면 투자의 성과는 막대할 것입니다. 한국으로서는 그러한 기회를 만든 것 자체가 지혜로운 조치로서 참으로 축하할 만한 일입니다. 그리고 한국형사정책연구원이 20년동안 그러한 비전을 실천해왔으니, 우리는 또 다른 축하의 인사를 전해야 할 것입니다. 개원기념일을 축하드립니다.

# Less Prison, Less Crime

By

Lawrence W. Sherman

Wolfson Professor of Criminology  
Institute of Criminology  
University of Cambridge

Director

Jerry Lee Center of Criminology  
University of Pennsylvania

## 1. Introduction

Distinguished officials, learned scholars, ladies and gentlemen:

Please let me express my thanks to two people in particular for the opportunity to be here today. One is our host, Professor Dr. Park, Sang-Ki, the eleventh President of Korean Institute of Criminology, who so graciously invited me to be with you today. I am sure that under his leadership there shall be many more 20<sup>th</sup> Anniversaries to come at the KIC.

The other person I wish to thank is my teacher and mentor, who died in 2006 but who was present at the founding of the Korean Institute of Criminology in 1989. Albert J. Reiss, Jr., the William Graham Sumner Professor of Sociology at Yale University, was the first scholar to be elected President of both the American Society of Criminology and the International Society of Criminology. It is through his patient education and support of my own career that I was able to come to Seoul myself repeatedly in 1996 through 1998 to help organize the International Society of Criminology's very successful 12<sup>th</sup> World Congress of Criminology in partnership with the KIC. It is also through his respect for international alliances that the Jerry Lee Center of Criminology at the University of Pennsylvania accepted without hesitation the great honor of establishing an alliance with the KIC on June 14, 2007.

For these and many other reasons, there is much for which I am thankful. But perhaps the best way to express my gratitude is to help us all confront one of the greatest challenges in the history of criminology. That challenge is the paradox of *less crime, more prison*. In much of the English-speaking world, recent decades have witnessed historically unprecedented levels of imprisonment. At the same time, however, the total harm caused by their crime problems has fallen or remained largely stable. The global challenge for criminology is to untangle this paradox, finding ways to achieve *both* less prison *and* less crime.

For this seminar, I address two specific aspects of this very large problem. First, I consider recent trends in prison populations in the US, UK and Australia, with a comparison to Korea. In this part I offer evidence that Korea has succeeded at doing what these Anglo-Saxon nations have failed to do: to foster less prison and less crime (or at least no more crime than with more prison). In the second part of my presentation, I summarize evidence from two major lines of experimental criminology to show how any nation, regardless of its history, might achieve less crime and less prison by investing more in crime prevention strategies. Two prevention strategies now have particularly compelling evidence from randomized field trials: hot spots policing and restorative justice conferences among crime victims, their offenders, and their respective friends and families. While these strategies have not yet been widely adopted, the evidence will last for many years to come. Like a treasure map waiting to be discovered, research findings may always bear fruit eventually, even if not right away.

## PART ONE: PRISON AND CRIME

### 2. Rising Prison Rates: US, UK and Australia

As a US citizen, I cannot escape the fact that the country where I was born leads the world in its rate of incarceration. The US prison population stands at about 2.4 million people behind bars, a number that is larger than 40% of the world's 240 independent nations.<sup>1)</sup>

As a tax-paying resident of the United Kingdom, I cannot escape the fact that England and Wales combined has one of the highest rates of imprisonment

1) (see CIA website [https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2119\\_rank.html](https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2119_rank.html)).

in Western Europe. As an Adjunct Professor at the Australian National University, I know that Australia is close behind its mother country in its own rate of incarceration.

These three English-speaking nations comprise almost 400 million people, ten times the size of Korea. Together they are home to most of the English-speaking world. Each of them is not only highly punitive relative to the non-English world, but also in relation to their own histories. As the graphs portrayed in the accompanying Powerpoint slides demonstrate, the England, Australia and the US have all witnessed steep increases in prison populations in recent years, rising to unprecedented levels:

- The US prisoner population has risen over 300% since 1980, from the rate 200 per 100,000 in 1980 to over 750 per 100,00 today
- The UK rate has doubled its prisoner population since 1980, from 40,000 to over 80,000 inmates in a country not much larger than Korea
- The Australian rate has also doubled, from 80 in 1984 to 160 today

It is impossible to explain these increases in imprisonment by any reference to the objectively measured volume of crime - or of crime so serious that it requires punishments of imprisonment. The homicide rates of all three countries have been either stable or falling throughout the time when prison use was rising. There is, moreover, no evidence that the increase in prison populations has caused violent crime to go down. The evidence about property crime is more mixed (see Zimring), but the ever-increasing denominator of moveable property available to steal (see Cohen and Felson) makes any causal relation between prison and property crime impossible to disentangle.

More compelling explanations for the rise in imprisonment may be found in differing social perceptions of the threat of crime. How else can we account for the fact that Americans have had very little concern for their very high homicide rate, while Britons are obsessed with their own homicide rate, without caring that it is one of the lowest murder rates in the industrialized world? How else can we account for the enormous differences in sentencing policy from one state to another across the 50 United States? How else can we account for the propensity of center-left governments, such as the Clinton and Blair administrations, to seek increased popular support by promising to be more and more “tough” on crime? If, as W.I. Thomas said, “a situation

defined as real is real in its consequences,” then a social definition of a growing crime problem can drive up incarceration rates even while objective indicators fail to support that social definition.

Another factor that may account for these increases is the historical legacy of racially driven dominance and defiance. As I have suggested in what is now called “defiance theory” (Sherman, 1993), punishment may actually cause crime - rather than deterring it - when offenders bear deep grievances against the prevailing social system. Such grievances may begin with slavery or colonization, and are not likely to be cured by a few decades of attempts to rectify centuries of oppression. In fact, there is a separate “paradox of good intentions” on English-speaking race relations: the more steps these 3 countries have taken to achieve legal and social equality between black and white people, the more unequal their rates of incarceration by race have become. In the decades since the civil rights movements of the 1960s and 1970s, the ratio of incarceration rates between blacks and whites has risen dramatically, comprising a large part of total growth in the incarceration rate:

- In the US, the ratio of prison admissions has risen from blacks being imprisoned at a rate 5 times higher than whites in 1980 to almost 7 times higher by 2000, mainly due to increasing prison sentences for drug-related crime
- In Australia, the incarceration rate for indigenous (Aboriginal) people has risen just since 1992 from ten times the rate for non-indigenous people to 15 times higher in 2006.
- In the UK, the disparity of daily incarceration rates for Afro-Caribbean citizens to whites was 8 to 1 in 2006, over twice as high as the 3 to 1 rate in the US

In a vicious cycle of largely intra-racial crime, repressive imprisonment and even more intra-racial crime, these white-majority nations may have accelerated into ever greater use of prison against their black populations. The fact that blacks are often imprisoned for crimes against other blacks does not alter the sense of hopelessness, despair and anger at mainstream society in the emotional equation that precipitates black crimes. Many crimes are committed in response to perceptions of “disrespect,” an ongoing concern over a correctly perceived lack of honor in their own land. Yet so many black men have been

imprisoned in some US neighborhoods that going to prison itself has in some ways become a way in which to earn respect.

It is no easy matter to redress the centuries of slave trade across the Atlantic, and of the literal genocide of Aboriginals in Australia, that continues to drive the racial factor in rising imprisonment rates. Yet even if full racial equality were to be achieved, it is unclear that imprisonment rates would decline substantially. The moral philosophy of retribution is too deeply seated in Anglo-Saxon culture and jurisprudence for high incarceration rates to be mitigated so easily. The cultural thirst for punishment may in fact have been increased by the long march to adopt Beccaria's 1763 proposals to ban torture and the death penalty, which has been completely accomplished across Western Europe. Without the visual catharsis of infliction of pain, a residual taste for revenge may drive an almost compensatory demand for greater use of a milder level of pain. Yet the far lower rates of imprisonment in Continental Europe than in the English-speaking world suggest a distinctive cultural component in the aftermath of abolishing more barbaric punishments.

America is not alone in seeing increases in its incarceration rate. Even Japan, which still has the lowest incarceration rate in the G-7, had a 30% increase in its prisoner population from 2002 to 2007.<sup>2)</sup> Yet the US imprisonment is so far ahead of all other countries that it would take decades for any other nation (except perhaps Russia or South Africa) to catch up.

In it is this context that Americans, in particular, may be enlightened by examining the experience of nations that have quickly and substantially reduced imprisonment in recent decades. The need for such enlightenment is now more urgent than ever. From California to Pennsylvania, the state governments that pay most of the cost of prisons face a rising threat of bankruptcy. California was also recently ordered by a federal court to reduce its population of 155,000 prisoners by one-third within a very short period of time. This ruling was immediately appealed by a left-wing state Attorney General, Jerry Brown, on the apparent premise that a sharp drop in imprisonment would lead to a rapid increase in crime. Yet no direct evidence has been offered to support this premise. Like most criminal justice decisions, the California Attorney General's decision was based on politics driven by theory, not by policy analysis derived from empirical research. And for a state that has so many Korean-Americans, it is remarkable that California has failed to consider the recent experience of the

---

2) KCL website

Korean Republic. Doing so is very enlightening indeed.

### 3. Less Prison, Less Crime: Korea?

According to data compiled by the International Centre for Prison studies at King's College of the University of London, the prisoner population of South Korea has declined by over one-third in the past decade. In absolute terms, the population has fallen from 67,883 inmates in 1998 to 46,213 inmates in 2007. These numbers include both sentenced offenders and criminal defendants awaiting trial, and are therefore directly comparable to the numbers we can use to compare Korea to the United States and other countries. By that comparison, Korea has not only one of the lower incarceration rates in the industrial world. It also has one of the lowest incarceration rates in Asia. At 96 prisoners for every 100,000 people, Korea is lower than Singapore (at 400), Taiwan (at 259), and Hong Kong (at 168). Yet more important than the rank order is the fact that the Korean imprisonment rate has fallen so rapidly in the last decade, something that is apparently true of no other major economic power.

By any standard, the 35% reduction of the Korean prisoner population in such a short time is truly staggering. If the US prisoner population had declined by 35% since the 1998 level of some 1.8 million prisoners (BJS, 1999), the absolute number of people who would be free in the US today is 630,000 people. That number is greater than the size of the total population of 30% of the world's independent nations.

I do not know how or why a drop of this magnitude has occurred, or whether it was even intentional on the part of any elected official, government agency, or social movement. But I am very glad that President Park invited me to this seminar so that I was prompted to discover this fact in my preparatory research. I was able, at least, to determine that the drop appears not to be correlated with any reduction in arrests made by police. According to the Korean National Police Agency statistics, police made almost exactly 385,000 arrests in both the years 2000 and 2007, at a rate of just under 1 arrest per 100 people.<sup>3)</sup> What happened after each arrest, or whether there were influential changes in prosecution or sentencing practices, cannot be discerned from that source. If there are well known reasons for the sharp drop in

---

3) Downloaded on March 1, 2009, from [www.police.go.kr/eng/index.jsp](http://www.police.go.kr/eng/index.jsp) then clicked on statistics, clicked on "criminal affairs."

imprisonment after 2000, I would certainly invite anyone at this seminar or reading this paper to send relevant information to me at ls434@cam.ac.uk .

The more pressing question for most Americans, Britons or Australians is not the *causes* of this decline, but rather its *consequences*. Their presumption would be that such a steep drop in imprisonment would cause a rapid increase in crime. They will be inclined to attack the honesty, or at least the methodology, of any official statistics that show any trend other than rising crime. I would therefore be grateful for any observations my Korean colleagues may have to offer about how crime statistics have been generated in this country over the past decade. I would be especially interested in knowing more about the singular peculiarity in the data, which unfortunately complicates an otherwise clear picture of “Less prison, less crime.”

The social and organizational production of crime statistics is a well-studied phenomenon in the US, with research methods ranging from direct observations of citizens reporting crimes to police (Black, 1970) to audits of tabulated crime statistics against primary data of crime incident reports (Sherman, 1998). US police officials have been dismissed and even imprisoned for under-reporting crime, while in the UK police have been found on occasion to be over-reporting crime (Farrington). It is in this context that we must examine any measurement of crime rates over time, especially at a national level. It is also in this context that any striking statistical anomalies must be examined, with the leading hypothesis for the anomaly is not that the *true volume* of crime has changed, but rather that the *processes for counting crimes* have changed.

Recent Korean crime trends as reported by the Korean National Police Agency (KNPA) have been translated into English and graphed, from 1994 through 2005, on a website entitled “ataglace,” found at wordpress.com. The key graphs are presented in my Powerpoint slides for this seminar. It is these data that show an anomaly in the counting of property crimes from before to after 2000. In order to get around that anomaly, I report my own download of KNPA data from 2000 through 2007.<sup>4)</sup>

The basic picture from both data sources is that in the past decade, Korea has compiled a record of “Less prison without more crime.” Selective citation of specific offense types could support either a “Less prison, less crime” or “Less prison, more crime” conclusion, but such conclusions would be

---

4) Downloaded on March 1, 2009, from [www.police.go.kr/eng/index.jsp](http://www.police.go.kr/eng/index.jsp) then clicked on statistics, clicked on “criminal affairs.”

incomplete. The more complete conclusion could also be altered by selective use of the years chosen for comparison, yet again in both directions. What is most important to address is the anomaly in the data before 2000, as a basis for examining crime rates in the period during which the prison population declined the most.

The anomaly in the “atag glance” data in the Powerpoint slides is that from 1999 to 2000, all three types of property crime reported increased by almost exactly 100%. This pattern of increase is highly unlikely to reflect a true change in actual crime frequency. The probability that any one of these high-volume crime types would rise by 100% in a single year is extraordinarily low, and has not been reported in modern times at a national level (to the best of my knowledge, after 40 years of reading annual crime reports). The probability that *all three* crime types would rise by exactly the same percentage, let alone by 100%, is extremely low. The fact that this pattern only occurs for property crime, but not for violent crime, makes the data even more unlikely to indicate true changes in crime. What is far more likely, yet not readily discernible by a non-Korean, is that some change in counting rules for crime occurred - perhaps comparable to recent changes in such rules in the UK.

In order to set aside any controversy over property crime trends in the assessment of less prison in Korea, we may justifiably focus on the KNPA data posted for the period from 200 through 2007. The drop in prison population from 1998 through 2000 was only 5%, so that most of the reduction through 2007 occurs from a baseline of year 2000. During this period, the prison population dropped from 62,235 to 46,213, which is a 25% reduction - still massive by any contemporary global standard. With that massive change, we might expect a massive increase in crime, if we were to assume that prisoners-per-capita is a major factor affecting a nation’s crime rate. Failure to find a substantial increase in crime, in contrast, should constitute major evidence against the “More prison → less crime” hypothesis, even if other things could be held constant over time (which is not possible).

Table 1 below provides that strong evidence against the “More prison → less crime” hypothesis. Given the crimes reported by the KNPA, the net change in crime events during a 25% reduction in imprisonment was zero. That net change masks a balance of a major reduction in assault and a major reduction in theft. But both violent crime and property crime show a mixed picture, with substantial increases and decreases across offense types within

both those broad categories. For violent crime, a 27% increase in the relatively rare crime of rape is balanced by a 12% decrease in the more voluminous crime of assault. For property crime, a 22% increase in the voluminous crime of theft is balanced by a 19% decrease in the less common crime of burglary. While each of these crimes is, to be sure, a distinctive kind of behavioral problem, with possibly different kinds of offenders, they are all punishable by prison, and they could all have risen sharply with a sharp drop in the population behind bars. The fact that the crime picture is mixed, and the net effect is no change overall, does not prove that prison has no effect on crime. Yet it surely suggests that housing fewer prisoners will not, by itself, provoke mayhem and chaos on the streets.

[Table 1] Changes in Prison Population and Crime in South Korea, 2000-2007

Crime Measure	Year 2000	Year 2007	Percentage Change
Total KNPA Reported Crime	520,763	521,142	0
Total Reported Violent Crime	341,426	304,239	-11%
Murder	941	1,104	+2%
Rape	6,855	8,732	+27%
Assault	333,630	294,403	-12%
Theft	173,876	212,473	+22%
Burglary	5,461	4,430	-19%

Perhaps the most worrisome aspect of the KNPA data is the sharp rise in rape. This could, at least in theory, be due to a small number of sex offenders who might have been in prison under previous practices but who were not in prison by 2007. That could only be true, however, if there were a major change in the imprisonment of such sex offenders after 2004, since rape remained almost unchanged from 2000 (6,855) to 2004 (6,959); the 27% increase in rape occurred almost entirely in just three years from 2004 to 2007. Such a change could also have been caused by changes in reporting practices by victims, changes in recording practices by police, or sudden changes in economic or social factors, such as a sudden bulge in the number of unmarried men or changes in sexual customs among young people generally. It would also be important to know whether the increase in reported rapes was concentrated among accusations of strangers or acquaintances, with the latter including date rape. Interpreting the rape evidence as a direct result of changes

in imprisonment would be unwarranted without a careful examination of those issues and more.

Perhaps the most surprising aspect of the KNPA data is that for half of the period while imprisonment was declining, theft was dropping as well as assault - and then both offenses rose again. From year 2000 to 2004, thefts fell by almost 20,000 (from 173,876 to 155,393). Similarly, assaults fell by almost 50,000 (from 333,630 to 286,570). It was only after the prisoner count had dropped over 6 years by 10,000 people (from 67,000 to 57,000) that both theft and assault suddenly rebounded. Theft then rose 37% to surpass its 2000 level by 2007; assault increased 3% but remained 12% below its 2007 level. We cannot say whether these differences reflect economic pressures that restrict drinking (that can cause assaults) and increase the need for cash (that can cause thefts), although that is a plausible hypothesis to be investigated.

Underlying all these interpretations of the crime and incarceration trends is the complex causation of crime. Only the most naïve and simplistic analysis would assert that crime is a direct function of the risk of imprisonment, and little else. While elected officials may imply as much in campaign speeches, the consensus in criminology is that national crime rates change over time due to a multitude of factors. These factors include, but are hardly limited to, the national characteristics of unemployment, education, average age, proportions of young males in the population, availability of guns, alcohol, and other facilitators of crime, the strength of family honor and shame, social capital and the degree to which the society has a sense of “collective efficacy” in its capacity to prevent crime and disorder. Some of these factors can change more quickly than others, and may be more often suggested as reasons for year-to-year changes in crime rates.

What matters to the world about the Korean experience is the conclusion that the prison population was reduced without major harm to society. Given the harm that prison itself can cause to society - not to mention the inmates themselves - the Korean case provides strong support for other nations wishing to explore a planned reduction in their prison populations. Daniel Nagin, for example, has recently reported that Dutch criminals imprisoned for the first time, even just for short sentences, offend at three times the rate after they get out as compared to the rate of arrest for similar offenders who are not sentenced to prison. This could mean that with the right guidance from policy research, any nation might be able to do what Korea did. And by taking other

research into account, perhaps Korea itself, as well as other nations, could push the Korean success even further: to achieve both less prison and less crime.

## **PART TWO: CRIME PREVENTION WITHOUT PRISON**

### **3. Hot Spots Policing**

One factor that is rarely considered in the determination of the prisoner rate is what the police do. Since 1993, New York City has impressed the world with its massive reduction in homicide, with little attention to the implications of that fact for the prison population. With some 1500 fewer murders a year for about 10 years, there would be some 15,000 fewer people in prison for life sentences. And with other serious crimes dropping by comparable percentages, but in far higher volume, even partial success of a change in police strategy can cause a massive reduction in the incarceration rate. Such a strategy could amount to “Less crime → Less prison.” And in fact, the numbers of residents of New York City who are imprisoned have dropped substantially since the major change in police strategy was well-entrenched by 1999.

The change in police strategy has been widely described as a “broken windows” crackdown on minor offending that has led to reductions in major offending. The phrase is derived from a theory suggested by criminologists James Q. Wilson and George L. Kelling (1982), which some New York police officials cited as the basis for major changes in police practices and patrol patterns. In recent years, however - the years most closely associated with a drop in imprisonment rates as well as serious crimes - New York police officials have increasingly described their strategy in terms of “hot spots policing.” Most recently, Assistant Police Commissioner Michael Farrell, who has served in his position since 1993, reported to the Stockholm Symposium in Criminology (2008) that the NYPD has continued to reduce crime by this strategy. As he said in Stockholm, each year the NYPD allocates increasing proportions of their patrol time at the places and times when crime is most likely to occur. And each time they increase that proportion, the homicide rate goes down even further.

The Powerpoint slides portray a three-dimensional map of violent crime in

Tokyo prepared by Dr. Yutaka Harada and his colleagues (2008) at the National Research Institute for Police Sciences, Japanese National Police Agency. The extremely skewed concentration of such crimes in red-colored, volcano-like “mountains” of crime reveal a vast area of the city at which violent crimes are extremely unlikely to occur. Standard police doctrine in the 1950s through 1980s (e.g., Wilson, 1960) was that police patrols should be allocated evenly across all territory of a city, or at least at equal rates per capita, in order to provide to all citizens a capacity for rapid police response in an emergency. Yet the 1987 discovery of extremely skewed distributions of crime into a small proportion of all addresses city-wide, or “hot spots” (Sherman, et al, 1989), led that doctrine to be questioned.

In 1987, the US National Institute of Justice and the Minneapolis Police Department initiated a randomized, controlled experiment testing the effects of additional police patrol on crime. For 8 months, this experiment tried to triple, and successfully doubled, the amount of uniformed police patrol that was visible to independent observers of police and crime. The result of the experiment was that crime was 2/3 lower in the 55 hot spots assigned to receive additional police patrol than in the 55 hot spots randomly assigned to a control group that was also observed for police presence and crime. Robbery was reduced by half in the extra-patrol locations. No evidence of displacement to other locations emerged in the data analysis, a fact which has since been documented more rigorously in other studies (Weisburd, et al, 2006). These other studies, in fact, suggest that crime prevention interventions such as police patrol actually generate effects beyond the immediate target locations, creating a residual “diffusion of benefit.”

Other experiments since the Minneapolis test have found similar crime prevention benefits from concentrating visible patrol where crime is most likely to occur. The robust replication of these results in different cities with different geographic patterns provides encouragement for the advocates of “evidence-based policing” (Sherman, 1998), who contend that the enormous cost of policing should be carefully invested in those practices that yield the greatest benefit in crime reduction.

With research evidence comparable to that used to determine medical practices, hot spots policing is a prime example of evidence-based policing. At the time the NPYD radically shifted its focus from “crime-general” to “crime-specific” patrol strategies, the evidence for geographic concentrations of patrol

was substantial. Since then, it has become more substantial. Any nation, state or city that wishes to reduce its prisoner count and crime rate would be well-advised to reallocate its police patrols in this manner. For maximum benefit, the patrols could employ the “Koper curve” that shows maximum residual deterrence from a police presence of 10 to 15 minutes at each hot spot, after which police would move to another hot spot and then return at unpredictable intervals of time. Even more benefit could be derived from more investments in criminology, with further experiments in refining the dosage-response curve of patrol in general. The optimal minutes of presence in each dose of patrol could also be specified in each nation or city, using methods similar to Koper’s (1995) analysis of the Minneapolis experiment (Sherman and Weisburd 1995) data.

#### **4. Restorative Justice Conferences**

Another way in which police can both prevent crime and incarceration is by organizing restorative justice conferences for crime victims who wish to meet with their offenders, when the offenders are ready to accept responsibility for their crimes (Strang and Sherman, 2009). The theory of this practice, as described by Braithwaite (2002), is consistent with the idea of “responsive regulation.” The “regulatory pyramids” in the Powerpoint slides illustrate a general perspective on this idea, in which police use arrest and incarceration as a last resort. In police terms, this idea was first described by J.Q. Wilson (1968) as a “watchman” style of policing, which makes minimal use of formal legal proceedings and maximum use of informal resolutions to criminal acts. While this style has been criticized, the style has clear advantages for reducing the harms of imprisonment. Responsive regulation also fits firmly within the modern doctrine of minimal and proportionate use of force by police. If by avoiding, or not increasing imprisonment police can repair the harm from a crime, and prevent further crimes by either the same offenders or their victims in retaliation, then they will better serve the spirit of this doctrine. Just as they would not shoot a man who has stolen an apple from a grocery store, they need not imprison a man who has hurt a friend in a drunken fist fight after a social event. If remorse, apology, restitution and reconciliation may be far more effective than imprisonment for many crimes, then police can save taxpayers money by minimizing the use of prison.

Here again, there is strong research evidence to support the use of this crime prevention strategy by police. Since 1995, with my colleague Heather Strang at the Australian National University, I have designed or directed 12 randomized controlled experiments in face-to-face restorative justice conferences (RJC) lasting from 1 to 3 hours. Each of these conferences, which were most often led by experienced and specially trained police officers at the rank of constable, addressed three questions about the crime under discussion: 1) what happened, 2) who was affected by the crime, and 3) how can the offender help to repair the harm caused by the crime. This method of promoting reconciliation was tested in partnership with police on three continents (in Australia, the UK and the US). Details of the research are presented in Sherman and Strang (2007), with more recent evidence on repeat offending soon to be presented to the Campbell Collaboration.

As the Powerpoint slides show, the new findings for the Campbell Collaboration offer consistent evidence of RJC causing a moderate reduction in repeat convictions. Across the seven tests in the UK for offenses including robbery, serious assault and burglary, the average reduction in repeat convictions was 27% over two years (Shapland, et al, 2008). If that reduction is multiplied by the 22 undetected crimes estimated for each conviction (at least in London - see Farrington, et al, 2006), then the effect on crime will be even greater. And if the 27% reduction is translated directly into prison populations, it represents tens of thousands fewer people sent to prison.

The slides use both bar graphs and forest plots to display the point estimate and confidence intervals around the effect size of each of the 12 separate experiments comparing RJC to non-RJC processing. The forest plot method is essential for interpreting relatively moderate effects with relatively small sample sizes. As the symbol of the medical evidence group the Cochrane Collaboration illustrates, a “vote count” of statistically significant results can mislead analysts into concluding that a treatment does not work when it really does. The Cochrane logo (a forest plot in the blue circle in the slides) shows how doctors decided to start using corticosteroids to postpone premature birth. They changed their minds when they realized that a “vote count” of 5 out of 7 studies being statistically insignificant was a misleading analysis. Instead, they looked at the statistical significance of the overall pattern of the findings, which were all in the right direction of reduced mortality. Based on the meta-analysis (rather than the vote count), it is estimated that hundreds of thousands

of lives have been saved.

Using the forest plot method to estimate mean effects across a diverse group of offense types and points in the criminal justice process may actually constitute a stiffer test than using it for a singular medical condition. The heterogeneity of the RJC test samples reduces statistical power, and lowers the odds of detecting a pattern not due to chance. If there had been, for example, 12 tests of RJC on convicted burglars, the power would have been much greater. The fact that the forest plot shows a significant pattern of RJC causing beneficial effects on 12 diverse offense and offender types is all the more compelling because of that diversity.

Other evidence can be seen in sub-group analyses of these tests. In one analysis, for example, victims randomly assigned to RJC were shown to be consistently less likely to want violent revenge against their offenders (Sherman et al, 2005). While some of the experiments were done in conjunction with imprisonment, a subgroup analysis of violent offenders shows the largest crime prevention benefits from RJC. In that subgroup of randomized trials, only one of them dealt with imprisoned offenders. Moreover, the largest effect sizes from RJC with violent offenders were found with offenders diverted from imprisonment or even prosecution. This fact would suggest that RJC could help to reduce imprisonment on the initial offense, as well as imprisonment for future crimes that have been prevented by an RJC conference.

While RJC may not be “culturally” appealing to some factions of police agencies more oriented to the use of force in the near-combat aspects of police work, even the military is increasingly focused on peacekeeping in the 21st Century. Restorative policing can be seen as a form of peacekeeping, using methods that are at least 5,000 years old. These methods are still in use in much of South Asia and the Middle East. Face-to-face methods of resolving conflicts evolved historically as a way to prevent murder by blood feuds and cycles of vengeance. Given an ancient tradition, backed by 21st Century research, police would seem to be on firm ground to invest in yet another strategy that could prevent both crime and imprisonment.

## **5. Criminology, Crime Prevention, and Cost-Effectiveness**

This paper attempts to demonstrate something even more important than its two substantive points. The first substantive point is that Korea has shown the

English-speaking nations that they need not bankrupt themselves with ever-higher rates of imprisonment - at least not for the purpose of crime prevention. It is at least possible, as Korea has demonstrated, to reduce prison populations by large proportions in a short time period without a soaring crime rate as a result.

The second substantive point is that even without changing sentencing or prosecution policies, police strategies alone can yield both less prison and less crime. Using the most advanced research designs available - the so-called “Gold Standard” of medical research, randomized controlled trials - police in Australia, the UK and US have shown that crime can be prevented by simply changing police tasks. Re-allocating police patrols to far greater concentrations at crime “hot spots” can prevent crimes that might otherwise have been committed, even by repeat offenders who have already been to prison. Re-allocating a small number of senior constables to the highly specialized work of organizing and leading restorative justice conferences can also prevent crimes, even by extremely prolific offenders, if only by slowing down the frequency and seriousness of the crimes they commit.

Neither of these substantive points, however, is as important as the fact that a nation has an Institute of Criminology that is linked to advances in knowledge all around the world. As the British Home Secretary, the late R.A.B. Butler, foresaw in establishing the Institute of Criminology at the University of Cambridge just 50 years ago, a democratic society must have increasing knowledge about crime in order to govern effectively. He did not even begin to suggest exactly what knowledge would be needed. But he was sure that no matter what crime problems would develop in Britain, his country would be better off with a major research and development capacity than without one.

Similarly, the Republic of Korea has for two decades seen fit to invest in such a capacity for its own people. In that time the KIC has attracted highly skilled research professionals and engaged with world-class research enterprises. It has served its citizens while advancing the total body of global knowledge about crime. The KIC faces new challenges from crime. But the KIC also the magnificent opportunity of explaining to the world how Korea achieved such a major reduction of its imprisonment rate without seeming to affect crime rates adversely.

For these and many other achievements, we can conclude that the best

means for achieving less prison and less crime is to invest in more knowledge about crime. Whatever a nation may spend on an Institute of Criminology, a nation may save many times more than that investment. Its return on investment will be great indeed, if it is wise enough to adopt evidence-based practices recommended by Institutes of Criminology. For Korea to create such an opportunity was itself an act of wisdom for which it should be congratulated. And for the KIC to carry out that vision for twenty years, we should offer a different kind of congratulations: a happy birthday to you!

## References

- Black, D. 1970. "The Production of Crime Rates." *American Sociological Review*.
- Braga, Anthony. 2005. "Hot Spots Policing: a Systematic Review." *Journal of Experimental Criminology*.
- Braithwaite, J. 2002. *Restorative Justice and Responsive Regulation*.
- Farrington, D.P., et al. 2006. *Findings from the Cambridge Study of Delinquent Development*. London: Home Office.
- Harada, Y. 2008. *Address to the 15th World Congress of Criminology, Barcelona, Spain*. Tokyo: National Research Institute for Police Sciences, Japanese National Police Agency.
- Koper, C. 1995. "Just Enough Police Presence." *Justice Quarterly*.
- Shapland, J. et al 2008. *Evaluation of Three Restorative Justice Schemes: Fourth Report*. London: Ministry of Justice.
- Sherman, L.W. 1998. *Evidence-Based Policing*. Police Foundation. ([www.policefoundation.org/pdf/Sherman/pdf](http://www.policefoundation.org/pdf/Sherman/pdf))
- Sherman, L.W., P.R. Gartin and M.E. Buerger (1989). "Hot Spots of Predatory Crime: Routine Activities and the Criminology of Place." *Criminology*.
- Sherman, L. W. and D. Weisburd. 1995. "General Deterrent Effects of Police Patrols in Crime 'Hot spots': A Randomized, Controlled Experiment." *Justice Quarterly*.
- Sherman, L. W., H. Strang, et al. 2005. "Effects of Restorative Justice on Victim Desire for Violent Revenge: A Systematic Review." *Journal of Experimental Criminology*.
- Sherman, L.W. and H. Strang. 2007. *Restorative Justice: The Evidence*. [www.Smith-Institute.org.uk](http://www.Smith-Institute.org.uk).

- Strang, H. and L. W. Sherman, with D. Woods (2009). "Effects of Restorative Justice Conferencing on Victim Outcomes and Repeat Offending: A Campbell Collaboration Review." Cambridge University: Jerry Lee Centre for Experimental Criminology.
- Weisburd, D., et al. (2006). Displacement or Diffusion of Benefit? Effects of Crime Prevention Interventions. Criminology.
- Wilson, J.Q. 1968. Varieties of Police Behavior. Harvard.
- Wilson, J.Q. and G.L. Kelling. 1982. "Broken Windows." Atlantic Monthly.
- Wilson, O.W. 1960. Police Administration. McGraw-Hill.

[제2주제]

14:35-15:15

흐려지는 형법의 경계 - 새로운 보안법의 발견

*Blurring the Limits of Criminal Law: The Current Development of  
a New Security Law*

Prof. Dr. Ulrich Sieber

(Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Germany)



## 흐러지는 형법의 경계 - 새로운 보안법의 발견

울리히 지버(Ulrich Sieber)

(막스플랑크 외국 및 국제형법연구소 소장)

현대 위험사회와 결합된 기술적, 경제적, 정치적 변화는 특히 테러, 조직 범죄, 경제범죄와 사이버범죄 분야에서 중대한 위험을 야기하는 새로운 형태의 복잡한 범죄를 낳는다. 이같은 복잡한 범죄의 새로운 위험과 그 형태는 보안과 자유의 보호라는 측면에서 볼 때 전통적인 형법을 기능적 한계에 이르게 하고 있다.<sup>1)</sup>

상황을 좀 더 엄밀하게 분석해보면, 국가는 법개혁에서 다음과 같은 두 가지 전략을 사용함으로써 “위험사회”의 새로운 위협에 대응하려는 경향을 보이고 있다. 첫째, 형법의 범위가 확장되고, 전통적인 정당한 절차 및 그 밖의 보호장치들은 축소된다. 둘째, 특수한 영역에서는 보안보장이라는 목표를 달성하기에 더 적절해 보이는 다른 법적 수단들을 통해 형법을 보충하거나 아니면 완전히 대체한다. 이러한 법적 수단에는 경찰법, 정보법, 출입국 관리법뿐만 아니라 전쟁법<sup>2)</sup>도 포함된다.

특히 2001년 9월 11일의 테러공격 이후에는 전쟁 패러다임이 적용됨으로써 형법에 핵심적인 법적, 정책적 기본 범주들, 말하자면 범죄와 전쟁, 국내

1) 오늘날의 글로벌 위험사회의 이러한 변화는 독일 프라이부르크 막스플랑크 외국형법 및 국제형법 연구소에서 진행되는 현행 형법연구의 핵심주제이다. 본 연구소의 형법영역의 연구프로그램에 대한 개관은 다음을 참조하라. Sieber, Grenzen des Strafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Vol. 119 (2007), pp. 1-68.

2) 이하에서 '전쟁법(law of war)'이라는 용어는 국제인도법이라는 기술적 의미가 아니라, 전쟁이라는 패러다임과 군사력의 사용에 근거한 모든형태의 법이라는 넓은 의미에서 사용된다. 따라서 이 용어에는 국제인도법상 논쟁대상인 정당화사유, 군사작전상 교전수칙, 범집행목적의 군사적 수단사용규칙과 국내법상 특정 전쟁권한 관련 규정들이 포함된다. 이러한 광범위한 접근은 전통적인 형법규정을 대체하거나 보완 또는 집행하는 모든 형태의 법을 분석하고자 하는 본 발표문의 목적에 바탕을 두고 있다.

적 보안과 대외적 보안, 형법과 전쟁법 사이의 구분은 도전을 받게 되었다.<sup>3)</sup> 이와 유사한 과정은 국내보안법 영역에서도 찾아볼 수 있는데, 여기서는 형법, 경찰법, 출입국관리법의 범주가 불분명해지고 있음을 알 수 있다. 이러한 발전경향은 형법영역에서 근본적인 변화를 가져온다. 형법은 예방 패러다임에 의해 지배되고, 전통형법에서 자주 적용되는 약자보호라는 명분을 가진 새로운 보안법의 일부가 되어가고 있다.

본 발표문에서는 “범죄와의 전쟁”이라는 이러한 새로운 발전경향을 그 범위, 기술, 결과 등의 측면에서 분석해보고자 한다. 이것을 다음 네 부분으로 나누어 살펴보겠다.

- 제1부에서는 형법과 전쟁법의 범주가 불분명해지고 있는 주요영역들을 간략한 설명을 통해 소개하겠다.
- 제2부는 형법 내에서 전쟁법의 가능성에 대한 문제와 그 외의 영역들에서 나타나는 국내보안법의 문제를 분석한다. 여기서는 형법문제에 초점을 맞추고자 하는데, 특히 형법, 경찰법, 정보법 등을 수단으로 테러리즘과 조직범죄의 새로운 위협에 대응해온 유럽의 법체계를 기초로 검토하겠다.
- 제3부에서는 기존의 ‘국내적 보안법’ 범주를 넘어서는 전쟁법의 문제를 다룬다. 이 부분에서는 테러리즘과의 투쟁에서 형법에 국한되지 않고 전쟁법에 크게 의지해온 미국의 법체계를 중심으로 살펴보고자 한다.
- 이러한 발전경향, 즉 형법 내에서의 전쟁법의 가능성 및 형법으로부터 독립된 전쟁법에 대한 설명을 통해 최근의 법적 발전경향과 관련된 위협들을 더 잘 이해하게 될 것이고, 이를 토대로 제4부에서는 오늘날의 글로벌 위험사회에서 테러리즘과 조직범죄의 위협과 법적 대응에 관한 앞으로의 연구와 관련해서 결론을 내리고자 한다.

3) 다음을 보라. Beck, *Das Schweigen der Wörter, Über Terror und Krieg*, Frankfurt 2002, pp. 이러한 발전경향에 대한 더 많은 정보에 대해서는 아래 part II. 참조.

## I. 불분명해지는 법적 범주

범주들의 심각한 불분명화 현상이라는 위에서 설명한 핵심쟁점은 다음과 같은 사실, 즉 국내적 보안과 국제적 보안 사이의 불명료성 및 범죄와 전쟁의 불명료성은 현대 위험사회의 범죄가 더 이상 단순히 시민 개인에 대한 위협이 아니라, 정치적 위협에도 이를 수 있으며, 심지어는 국가의 보안을 위협할 수도 있다는 사실을 기초로 한다. 이것은 특히 정치적, 인종적 그리고 종교적인 동기로 유발되는 테러리즘 형태에서 확인할 수 있다. 종교적 동기를 가진 범죄자는 사실 자신의 목숨을 기꺼이 희생하기 때문에 일반적으로는 형법에 의해 동요되는 일은 거의 없다. 이들은 기술적 커뮤니케이션이라는 목적을 위해 자신의 적들의 기술적 인프라구조와 자원을 이용하는 데 성공하고, 신병보충, 훈련, 자금조달 및 심지어는 무기공급에도 성공한다. 이들의 범죄는 단순히 막대한 물리적 피해만을 야기하는 것이 아니라 계획된 메시지와 이미지를 통해 훨씬 더 영향력 있는 심리적, 정치적 목표들을 달성하기에 이른다. 테러리스트의 폭력은 두려움과 공포를 불러오는데, 이것은 언론보도를 통해 확산되면서 현대사회를 정치적 협박에 걸려들게 만들려는 목표로 이 사회의 민감한 경제적, 정치적 구조 깊숙이 상처를 입힌다. 이런 식으로 테러리즘은 비대칭적이면서도, 전쟁과 유사한 방식으로 주로 정치적 목표를 추구하는데, 예를 들면 서양국가를 특정 지역에서 철수하도록 만들거나 온건한 정부를 불안정하게 하는 것이 그 목표이다.<sup>4)</sup> 이러한 행동은 “통상의” 범죄에 속할 뿐만 아니라 국가보안에 대한 직접적인 위협을 야기한다.

이러한 정치적 위협은 전통범죄의 차원을 넘어서 대규모의 폭력적 충돌과 “새로운 전쟁”에 이를 수 있다. 전통적 전쟁들과는 달리 이러한 “새로운” 전

4) 다음을 보라. *Münkler, Die neuen Kriege*, 2nd ed. Reinbeck 2005, pp.-205; *Münkler, Der Wandel des Krieges, Von der Symmetrie zur Asymmetrie*, 2nd ed. Weilerswist 2006, pp.-247. 독일의 상황에 대한 논의는 다음 참조. Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz (eds.), *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht*, 2006, pp.-190.

쟁 또는 “작은” 전쟁은 더 이상 영토적 국가들 사이에서 발생하는 것이 아니라 영토적 국가와 국제적으로 조직화된 네트워크 사이의 비대칭적 충돌이라는 형태로 나타난다.<sup>5)</sup> 그러므로 이러한 종류의 국제 조직적 네트워크와 관련된 새로운 전쟁과 유사한 충돌현상은 범죄와 전쟁, 내적보안과 외적보안 사이의 전통적 구분으로부터 관점을 전환할 것을 요구한다. “새로운 전쟁”은 - 예를 들면 최근 몇 년간 구 유고슬라비아, 아프가니스탄, 파키스탄에서 볼 수 있었던 것처럼 - 경찰, 군대, 첩보기관, 특수부대, 국제평화유지군 등에 의해 수행되는 경우가 빈번하다. 2001년 9월 11일 직후에 나토<sup>6)</sup>와 유엔 보안보장이사회<sup>7)</sup>는 미국에 대한 테러리스트들의 공격으로 인해 개인적, 집단적 자기방위라는 고유의 권리가 불려나오기 시작했음을 인식하였다. 이러한 발전경향은 국가보안에 대한 위협이 단지 국외에서만 예방될 수 있을 경우 위에서 언급한 것처럼 내적 (국가적) 보안과 외적 (국제적) 보안의 전통적 범주가 불명료해지는 결과를 가져왔다. 게다가 광범위한 스펙트럼의 테러리스트 공격 유형을 고려할 때 발생하는 어려운 문제는 형법과 전쟁법을 어떻게 구별할 것인가, “국가적” 비상사태와 “국제적” 자기방위의 상태는 또 어떻게 구분할 것인가 그리고 유엔헌장 제51조에 따라 인정되는 자기방위권과 국제관습법에 따른 자기방위권의 범위를 어떻게 구별할 것인가 하는 것이다.<sup>8)</sup>

이와 유사한 발전경향은 조직범죄의 영역에서도 확인할 수 있다. 이것은

- 
- 5) 국가들 사이의 전쟁으로부터 비대칭적 형태의 새로운 전쟁으로의 이러한 변화는 국가공동체의 중요성의 상실에 대한 징조이자 새로운 정치적 활동가의 중요성의 증대에 대한 징조로서 보여질 수 있다. 이 점에 대해서는 *Münkler*, in: *Bundeskriminalamt* (ed.), *Neue Allianzen gegen Kriminalität und Gewalt*, 2006, pp. 17-31, pp. 28ff. 참조.
- 6) Press Release, NATO, Invocation of Article 5 Confirmed (Oct. 2, 2001), available at <http://www.nato.int/docu/update/2001/1001/e1002a.htm> [last visited Sept. 2008]; *Würtenberger*, *Das Polizei- und Sicherheitsrecht vor den Herausforderungen des Terrorismus*, in: *Masing/Jouanjan*, *Terrorismusbekämpfung, Menschenrechtsschutz und Föderation*, Tübingen 2008, pp. 27-48 (28ff.).
- 7) Security Council Resolution 1368, UN SCOR, 56th Sess., 4370th mtg. at 1, UN Doc. S/Res/1368 (2001); Security Council Resolution 1373, UN SCOR, 56th Sess., 4385th mtg. at 1, UN Doc. S/Res/1373 (2001).
- 8) 예를 들면 다음 참조, *Fletcher/Ohlin*, *Defending Humanity*, Oxford 2008, pp. 30-106. 또한 아래 III.A. 참조.

조직범죄자나 조직범죄기업이 국가공무원 등을 매수하고 있는 그런 국가들에 국한되지 않는다. 정치적 위험은 - 라틴 아메리카의 경우처럼 - 경쟁관계에 있는 마약상들, 그 밖의 범죄조직 등이 지역 군지도자들, 준군사집단들과 세력을 합하여 국가의 권력독점에 도전하는 경우에도 발생한다. 이러한 발전경향은 종종 테러리즘과 조직범죄가 결합하면서 절정에 이르게 된다.<sup>9)</sup> 유사한 현상들은 범죄적 기업과 지역 군지도자들이 강제적으로 자연자원을 개발하는 주요 아프리카 국가들에서도 발견할 수 있다.<sup>10)</sup> 이 지역에서는 “조직범죄와의 전쟁”은 형법과 경찰법을 수단으로 사법부와 경찰에 의해서만 수행되는 것이 아니라 전쟁법을 토대로 군대도 이를 수행한다. 따라서 테러리즘 영역만이 아니라 조직범죄 영역에서도 범죄와 전쟁은 기본현상 및 법적 대응, 이 양자 모두와 관련해서 그 경계가 불명료해지고 있다.

범주가 불명료해지는 이러한 과정은 형법 및 전쟁법의 맥락에서만 아니라 국내보안법의 다양한 범영역 내에서도 확인할 수 있다. 여러 영역의 복합적 범죄, 예컨대 테러리즘, 조직범죄, 경제범죄, 사이버범죄 등의 영역에서는 다른 범영역이 형법을 대신하거나 대체한다. 증거수집은 형법의 토대 위에서도 예방경찰법, 정보법의 토대 위에서도 실행된다. 몇몇 국가에서는 위험인물의 체포는 형법뿐만 아니라, 경찰법상의 구금명령 또는 행정법령에 의해 실행될 수도 있을 것이다. 게다가 외국인 범죄용의자에 대해서는 출입국관리법상의 규정이 적용된다.

9) 다음을 보라. *Diwell*, Der ganzheitliche Bekämpfungsansatz – eine neue Strategie in der Auseinandersetzung mit dem islamistisch motivierten Terrorismus, in: *Griesbaum et al.* (eds.), *Strafrecht und Justizgewährung*, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, Berlin 2006, pp. 101–109 (107).

10) 그러한 상황에서 발생한 정치적 위험은 사실상 국가가 그 지역적 보호기능을 이행하는 데 실패함으로써 (실패한 국가로서) 또는 규범적으로 실패함으로써 (무법국가로서), 그리고 그 결과 글로벌한 차원에서 조직범죄그룹이나 또는 테러리스트들을 위한 범죄항구(또는 안전한 항구)를 만들어냄으로써 (전자의 보기는 구 유고슬라비아, 후자의 보기는 예멘이나 소말리아) 스스로 글로벌 보안의 위협이 될 때 그 의미가 증가한다. 실패한 국가의 발전에 대해서는 *Münkler* 위의 각주 4, p. 24 참조. 실패한 국가에 대한 규범적 설명은 *Geiß*, "Failed States," *Die normative Erfassung gescheiterter Staaten*, Berlin 2005 참조. 붕괴한 국가에서 경제범죄의 사실적 기초와 그 국제적 영향에 대한 개관은 *Gros*, *Trouble in Paradise – Crime and Collapsed States in the Age of Globalization*, 43 *British Journal of Criminology*, pp. 63–80 (2003)을 보라.

다음 논의에서는 이러한 경향을 고려하면서 위에서 언급한 최근 등장하고 있는 영역들과 새로운 구조의 보안법 사이의 발전경향과 법적 관계들을 설명하고자 한다. 먼저 국내보안법과 형법의 확대경향을 다루고자 하는데, 이러한 경향은 테러리즘, 조직범죄 그리고 그 밖의 다른 복합적 범죄에 대해 투쟁하고 있는 유럽국가들에서 나타나고 있다(소위 “적대형법”이라고 불리는 논쟁적 문제가 그것이다). 이어서 기존의 ‘국내적 보안법’ 범주를 벗어난 전쟁법의 적용에 대해 분석하고자 하는데, 특히 미국에서 전개되고 테러리즘의 새로운 위협에 대해 사용되는 그러한 전쟁법과 관련해서 살펴보겠다.

## II. 형법 내의 변화

지금까지 존재하는 경계 너머로 고전적 자유주의 형법을 확장하는 것은 “테러와의 전쟁”이라는 맥락뿐만 아니라 경제범죄 및 조직범죄와의 “전쟁”에서도 찾아볼 수 있다. 이 영역에서 나타나는 발전경향은 일반적으로는 형법이 예방과 보안에 강하게 지향되어 있다는 점과 구체적으로는 범죄를 범하기 이전에, 특정인에 대한 특정 범죄혐의가 구체화되기 이전에 이미 국가의 권한이 개입한다는 점에 특징이 있다.<sup>11)</sup>

이러한 접근은 - 독일식 분류체계에 따라 표현하자면 - 다음과 같은 발전 경향을 포함한다. A) 실체법의 영역에서는 형사범죄의 초기단계에서 형사책임 부과, B) 형사절차와 관련해서는 예방적 감시수단의 확대, 법적 보장의 축소, 특별권한의 창출, C) 형사절차와 관련해서도, 또 이와 독립해서도 개인의 협력의무 증대, D) 새로운 “보안장치”의 하나로서 기관간, 국가간 전담기구의

11) 다음을 보라. Beck, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, Berlin 1992; Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)97 (1985), pp. 751-785, 또한 연방재판소 형사사건 판결에 대한 논의는 다음 참조. Vol. 47, p. 214 in Rath, Bandenmitgliedschaft durch Zusage späterer Gehilfentätigkeit?, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2003, pp. 823-840. 1990년대 프랑크푸르트 학파에 의해 표현된 연속적 비판에 대한 논평은 다음을 보라. Schönemann, Kritische Anmerkungen zur Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1995, pp. 201-229 (210f.).

창설, E) 형법 및 행정법에 위험인물의 자유를 제한하는 새로운 방법 도입.

### A. 실체형법상 형사책임의 조기귀속

실체법에서 형사책임의 조기귀속은 예를 들면 복합적 범죄자군에 의한 위협, 특히 조직화된 범죄자집단, 네트워크, 조직체에 의한 범죄의 위협에 대응하는 과정 속에서 분명하게 확인된다. 이러한 위협 - 특히 조직범죄와 테러리즘으로 발생하는 위협 -과 관련하여 각국의 입법기관들이 대응해왔고, 판례법도 생겨났다. 이것은 형사책임의 조기귀속을 위한 다른 수단들의 확립을 통해서 뿐만 아니라 소위 “조직적 범죄” 또는 “조직원 범죄” (범죄조직이나 테러리스트조직을 지원하는 행위), 공모범죄, 형사책임귀속의 용이화를 위한 특별한 법적 도구 (공동범행계획, 대리책임, 무과실책임) 등을 입법화함으로써 등장하였다.<sup>12)</sup> 추상적 위험범<sup>13)</sup> 및 소지범죄와 관련하여 나타나는 새로운 초개인적 법익에 대한 비교할 만한 실체법적 강조 또한 경제범죄(특히 환경범죄)와 조직범죄의 영역에서 뚜렷하게 나타난다.<sup>14)</sup>

12) “조직범죄” 또는 “조직원범죄”의 맥락에서 “범죄단체”의 정의에 대한 논의는 다음을 보라. BGH, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2005, pp. 80–83; 초기단계까지 포함하는 확장적 범죄에 대한 비판은 다음을 보라 *Jakobs* 위의 논문 (각주 4) HRRS 2006, p. 295; *Roxin*, in: *Dolcini/Paliero* (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, pp. 717–737 (734); *Schroeder, F.-C.*, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlin 1985, pp.28–29; “단체”의 정의의 유럽화에 대한 논의는 다음을 보라. *Kreß*, *Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch organisierte Kriminalität und Terrorismus*, *Juristische Arbeitsblätter (JA)* 2005, pp. 220–228; *von Heintschel-Heinegg*, *Gemeinschaftskonforme Auslegung des Vereinigungsbegriffs in den §§129StGB*, in: *Hoyer et al.* (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg 2006, pp.799–808. 미국에서의 공모범죄에 대한 논의는 다음을 보라. *Katyal*, *Conspiracy Theory*, 112 *Yale Law Journal (Yale L.J.)*, pp. 1307–1398 (2003); *Siesseger*, *Conspiracy Theory: The Use of the Conspiracy Doctrine in Times of National Crisis*, 46 *William & Mary Law Review (Wm & Mary L. Rev.)* 1177–1218 (2004). 형사책임의 귀속을 용이하게 하기 위해 국제형법 차원에서 사용되고 있는 특별한 법적 도구들에 대한 논의는 다음을 보라. *Danner/Martinez*, *Guilty associations: joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of an international criminal law*, 93 *California Law Review (Cal. L. Rev.)*, pp.–169 (102ff.) (2005). 또한 아래 II.E.의 논의 참조.

13) “추상적 위험범”은 - 음주운전 등 - 그 어떤 보호법익에 대한 행위측면의 일반적 또는 추상적 위협성으로 인해 처벌되는 거동범이다(현실적 위험은 추상적 위험범의 구성요건요소가 아니다).

14) *Jakobs* 위의 각주 4의 논문, *ZStW Vol. 97* (1985), pp. 751–785 참조. 초개인적 법익과 위험범이라는 주제에 대해서는 다음을 보라. *Greve*, *Sheep or Wolves*, *European Journal of Crime, Criminal Law*

이러한 조기귀속 범죄와 앞에서 분석한 예방 패러다임 사이의 관계는 특히 독일형법 제129 a 조에서 규정하는 범죄예상활동의 범죄화에 관한 독일 연방법무부의 최근 입장에서 분명하게 확인된다.<sup>15)</sup>

‘해외에서의 테러리스트 훈련 참가행위’의 범죄화라는 현재의 논의주제는 범집행자로 하여금 - 잠재적 범죄자를 포함하여 - 개인에 대한 조기 예방적 조치(예를 들면 독일귀환에 대한 조치)를 취하도록 허용함으로써 잠재적 테러리스트 공격을 예방하는 데 도움이 될 것이다.<sup>16)</sup> 이 경우에는 형법적 보호의 조기개입에 종종 법정형의 증가도 뒤따르게 된다.<sup>17)</sup>

## B. 절차적 변화

새롭고 복잡한 범죄의 맥락에서 마주하게 되는 연구와 증명의 문제들 만큼이나 증가하고 있는 위험들은 형사절차법에 있어서 특별한 결과들을 가져온다. 예를 들어, 보다 예방지향적인 조치들이 혐의가 구체화되기 이전에 취해지기도 하는데, 이에선 예방적인 “저인망식 수사(dragnet investigations)”<sup>18)</sup> 또는 위장정보통신기술활용 개입, 그리고 수사당국이 시민들의 대화, 전화, 컴

and Criminal Justice 2005, pp. 515–532; *Hassemer*, Sicherheit durch Strafrecht, Strafverteidiger (StV) 2006, pp. 321–332 (326f.); *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Cologne 2002; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Tübingen 1969, pp. *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – Zur Dogmatik "moderner" Gefährungsdelikte, Berlin 2000; *Zieschang*, Die Gefährungsdelikte, Berlin 1998, pp.–220, 245–251, 388–393. 소지범에 대해서는 *Struensee*, Besitzdelikte, in: *Samson* (ed.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, pp.–729 참조.

15) 다음 법률안을 보라. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Aufenthalts in terroristischen Ausbildungslagern, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/7958 of 30. 1. 2008. 법무부에 의해 2008년 4월 21일 개정안이 제출되었다. 2008년 9월 29일자 법무부 보도자료에 따르면 개정초안은 관할 연방장관들, 연방주, 관련단체들 사이에서 합의가 이루어졌다. 그 후 연방내각은 2008년 10월에 이 초안을 처리하고자 하였다.

16) 아래 II.E 참조. 미국의 시각에서 “sleepers”라는 이슈와 관련된 입법적 선택안에 대한 논의는 다음을 보라. *Chesney*, 42 Harvard Journal on Legislation (Harv. J. on Legis.), pp. 1–89 (2005). 또한 18 USC §§2339–2339D 참조.

17) *Hassemer*, *supra* (n.13), StV 2006, p. 323 참조.

18) 예방적인 “수사망”의 사용에 대해서는 Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2006, pp. 1939–1951; Liskan, Zur polizeilichen Rasterfahndung, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2002, pp. 513–519 참조.

퓨터 데이터, 소재 그리고 은행계좌를 수사할 수 있도록 해주고 많은 양의 개인데이터와 저장된 데이터를 수집하는 감시 활동 등이 있다.<sup>19)</sup> 장래에는 위협을 프로파일링하는 이런 수사활동들의 조합이 “혐의자”나 “위험한 자”들에 대한 새로운 세계적인 시스템의 개발을 주도해 나아갈 수 있을 것이다.<sup>20)</sup> 2001년 9월 11일 공격 후에 취해진 독일법 개정의 조치는 다양한 개인 또는 군정보수사관들의 활동뿐만 아니라 (진압적인) 형사사법 시스템, 예방적인 경찰 활동에 의한 정보에 따른 링크와 비밀리에 정보를 수집하는 것이 반테러 활동에 있어 중요한 주춧돌이 되고 있다는 것을 보여주고 있다.<sup>21)</sup> 이런 활동들과 연계된 “형사소추를 위한 사전준비(preparing for criminal prosecution)”<sup>22)</sup>의 개념에는 예방과 진압이 혼재되어 있다는 것을 보여주고 있다. 그래서 형법의 결정적이고 예방적인 역할에 대한 경향이 - 이미 예방적인 (공판전단계)예방구금, 비형벌적인 제재법의 확장 그리고 특히 보호감치의 가능성에 대해서 서술한 것처럼 - 강화되고 있다.<sup>23)</sup>

더욱이 형사절차법은 법률적인 보장과 보호를 제거하기 쉽다. 이는 관련당사자의 절차적인 권리에 대한 적절한 고려 없이 행정적인 국가간의 조치에 있어서 국제적인 차원에서 테러리스트 혐의조직의 자산을 동결하는 것 등으로 잘 설명될 수 있다.<sup>24)</sup> 보다 다양한 예들이 존재하기도 한다. 프랑스에서는

19) 독일에서의 실제적이고 효과적인 전화 감시에 대해서는 Albrecht/Grafe/Kilchling *Rechtswirklichkeit der Auskunftserteilung über Telekommunikationsverbindungsdaten nach §§ 100g, 100h StPO*, Freiburg 2008 and Albrecht/Dorsch/Krüpe, *Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen*, Freiburg 2003. 정보수사관들의 역할에 관해서는 Paeffgen, „Vernachrichtendienstlichung“ von Strafprozeß-(und Polizei)recht im Jahr 2001, *Strafverteidiger (StV)* 2002, pp. 336-341; Paeffgen, *Vernachrichtendienstlichung des Strafprozesses*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 2003, pp. 647-671 참조.

20) Albrecht, *Der Wandel im Konzept der Sicherheit*, *Juristische Ausbildung (JURA)* (Ungarn) 2005/2, 7-19, 11f.; Klett-Straub, *Data Screening of Muslim Sleepers Unconstitutional*, *7 German Law Journal*, pp. 967-975 (2006) 참조.

21) H.F., *infra*. 참조.

22) Weßlau, *Vorfelddermittlungen: Probleme der Legalisierung „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ aus strafprozeßrechtlicher Sicht*, 1989; Wolter, *35 Jahre Verfahrensrechtkultur und Strafprozessverfassungsrecht in Ansehung von Freiheitsentziehung*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 1999, pp. 158181; Kühne, *Strafprozessrecht*, 6th ed. 2003, margin no. 393 참조.

23) H.E., *infra*. 참조.

형법에 근거한 경찰구금의 가능한 기간이 - 특히 조직범죄나 테러리즘의 경우 - 4일에서 6일로 연장된다. 그 결과 엄격한 혐의의 요청, 판결 전에 나타나는 피구금자의 권리, 변호인에 대한 정보권 등과 같이 보호 구금에 추가되는 법에 의한 보장이 약화되고 있다.<sup>25)</sup> 게다가 프랑스법체계는 생활양식에 상응하는 원천에 대한 책임이 없는 일반적인 범죄를 창설하여 입증부담을 전가시키고 있다.<sup>26)</sup> (비록 어떤 형태의 고문이나 공격적인 심문기술이 독일에서 극도로 거부되고 있다는 사실에도 불구하고) 독일에서는 고문의 사용이나 납치된 비행기의 격추와 관련해서 예방적인 반테러 조치의 법률적 한계에 대한 논의들은 새로운 위협들이 전통적인 형법의 한계에 도전장을 낼 정도로 확대되어간다는 것을 나타내는 것이다. 이에 더하여 수사상의 문제와 범죄 활동의 높은 발생률은 유죄답변협상(plea agreement)이나 대안적인 화해의 방법과 같이 합의적인 화해의 전략들을 선호하여 지속적으로 규범의 적용을 포기하도록 하고 있다.<sup>27)</sup> 이런 종류의 비형식적인 사건 해결의 방법들과 관련된 문제들은 개인적인 사건들에 있어서 사법당국이 교섭에 이르는 것에 실패했을 때, “적 전투원으로서(enemy combatant)”혐의자를 재범주화 하고 사안을 군사법정으로 송치시키도록 할 수 있다는 것을 제안함으로써 유죄답변협상에

24) 행정적 규정들이나 정당한 유럽 또는 국제적인 수준의 규정들에 근거해서 자금이나 다른 재정적 자원을 동결시키는 것에 대해서는 Judgment of the Court of Justice of the European Communities of 03.09.2008, joint Cases C-402/05 P and C-415/05 P (Kadi, Al Barakaat) 참조. 또한 Meyer/Macke, Rechtliche Auswirkungen der Terroristenlisten im deutschen Recht, Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (HRRS) 2007, pp 445-465 참조.

25) See Act No. 2003-239 of 18.3.2003 and Art. 706-88 French Code de procédure pénale and Pfützner, Organisierte Kriminalität im französischen Strafverfahren, Berlin, 2008, pp. 123-180.

26) See, e.g., Art. 321-6 Code Pénal, the general criminal offense of the inability to account for resources corresponding to lifestyle, enacted in France in 2006 (see also the corresponding special offense for terrorism in Art. 421-2-3 Code Pénal).

27) 유죄답변교섭에 대해서는 Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2005, pp. 1440-1447; Bundesrechtsanwaltskammer (German Federal Bar Association), Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2005, pp. 235-241; Schünemann, Zur Entstehung des deutschen „plea bargaining“, in: Lorenz et al. (eds.), Festschrift für Andreas Heldrich, Munich 2005, pp. 1177-1195 참조. 이태리에서의 새로운 해결방법에 대해서는 Jarvers, Massen- und Kleinkriminalität vor dem italienischen Friedensrichter, Berlin 2007. For developments across Europe, see Wade et al, When the line is crossed... paths to control and sanction behaviour necessitating a state reaction. European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 14, Nos. 2-3 (September 2003), pp. 101-122 참조.

영향을 줄 수 있는 미국에서는 확실히 나타난다.<sup>28)</sup>

몇몇 나라들은 (예를 들어 경제범죄, 조직범죄, 테러리즘 또는 복합 범죄 같은 특정범죄의 유형에 대처해 (대체로 지역적인) 특별소추기관이나 법원들을 설립하였다.<sup>29)</sup> 다른 나라들은 특별수사수단들을 발전시켜왔는데, 이들은 몇몇 경우에 있어 심지어 평범한 범죄의 수사에 있어서 광범위하게 규정되어 적용되는 규칙이나 확장된 술어를 사용하는 범죄 분류의 결과들을 채용하고 있다.<sup>30)</sup> 생각해 보면 특별한 조치들이 사회와 영구적으로 단절되어지는 행위인 특별한 범죄집단에 배타적으로 적용되는데, 독일의 경우에는 “적대적 형법(Feindstrafrecht)”, (“사회외의 외부(outside of society)”)에 있는 테러리스트나 규범이나 가치를 파괴하려는 자들에게 적용되는 법률)으로 묘사되고 있다.<sup>31)</sup> 만일 이런 캐치프레이즈가 단순히 현재의 발전상황을 심각하게 묘사하기 위한 것일 뿐 아니라 오히려 취해져야 하는 단계들에 대해서 권고로써 형식화되고 있는 것이라면 형법에서 전통적인 강제를 포기하는 위험이 빠르게 나타남에 틀림없다.

하지만 많은 나라들에서 헌법재판소는 형법이나 경찰법, 정보기관법 영역에서 그런 침해적인 조치의 확대에 제한을 가하고 있다. 이는 특히 독일에

28) Meyer, Plea bargaining im Krieg gegen den Terror, Online-Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (HRRS) 2006, pp. 178-185; Takei, Terrorising Justice: An Argument that Plea Bargains Struck under the Threat of “Enemy Combatant” Detention Violate the Right to Due Process, 47 Boston College Law Review (B.C. L. Rev.), pp. 581-626 (2006) 참조.

29) 예를 들어 잉글랜드와 웨일즈에서는 주요조직범죄국(SOCA)과 주요 사기범죄사무소(the Serious Fraud Office)가 있다. 유럽과 미국에서의 사법시스템의 특별한 확장에 대한 개관으로 the MPI’s “Rethinking European Criminal Justice” project의 비교분석 보고서 참조. “great complexity” or “extreme complexity” (grande complexité or très grande complexité)의 사안에 대한 특별 재판 관할권에 대해서는 Arts. 704 and 706-75 French Code de procédure pénale 참조.

30) 전통적으로 선별된 범죄에 대한 강압적인 조치들이 프랑스에서는 적용될 수 있는데, 예를 들어 테러리스트나 경계 및 재정 범죄, 유럽차원에서의 부정부패, 해상 범죄, 군대나 주보안 문제, 뿐만 아니라 건강 침해 등이다. 이런 범죄들에는 긴 조직범죄의 목록들이 포함된다. Art. 706-73 ff. Code de procédure pénale가 Act no. 2004-204 of 9.3.2004에 소개되어 있으며, 더욱이 경찰 구급의 확장된 용어, 확대된 전화 감시, 야간 수색, 비밀 수사, 뿐만 아니라 방에 시청각 모니터의 설치 등이 규정되어 있다. 프랑스에서의 최근 안티테러리즘의 발전에 대해서는 Act no. 2006-64 of 23.1.2006와 자세한 분석은 Pfützner, Organisierte Kriminalität im französischen Strafverfahren, Berlin, 2008 참조.

31) the references supra n. 4 참조.

서 연방헌법재판소가 “정보기술 시스템의 기밀성 및 무결성에 대한 권리”와 “개인정보의 자기결정권 보호”의 맥락에서 헌법에 의한 “인간의 존엄성” 보장을 개인의 프라이버시에 적용하는 것에서 확인될 수 있다. 1983년 초, 헌법재판소는 인구조사 목적을 위해서 데이터를 확대해서 수집하는 것에 제한을 가했다.<sup>32)</sup> 1999년에는 현재는 형사사법시스템에서의 사용을 위해서 전략적으로 전화를 도청할 때 정보기관에 의해서 수집되는 데이터의 전송을 제한하였는데, 이에는 광범위하고 침해적인 기술이 정당화될 수 없기 때문이다.<sup>33)</sup> 2004년, 헌법재판소는 오늘날 여러 장비들을 매우 빈번하게 사용하여 개인의 집에서 비밀 도청 감시가 광범위하게 적용하는 것을 제한하였다.<sup>34)</sup> 2006년에는 중요 법익에 대한 구체적인 위협의 사례에서 “저인망식 수사(dragnet investigations)”를 제한시켰다.<sup>35)</sup> 2008년 판결에서는 자동차 번호판의 선별에 기초해서 도로교통 통제에서 얻어지는 데이터의 연계와 자동수집에 대한 엄격한 제한을 발전시켰다.<sup>36)</sup> 또한 2008년에, 헌법재판소는 독일연방 정보법이 컴퓨터 시스템에서 비밀리에 “온라인 수색(online-searches)”하도록 허용하는 것이 헌법불합치 조항임을 선언하였다.<sup>37)</sup>

유럽차원에서뿐만 아니라 다른 나라들에서도 국가 권력의 침해 확장이 법원에 의해서 제한되고 있다. 예를 들어 프랑스에서는 헌법재판소가 조직범죄에 대한 특별 절차를 결정하였다. 하지만, 이 특별 절차를 적용하기 위해서 필수요건들의 사법적 통제를 제한하는 조문이 무효임을 판시하였다.<sup>38)</sup> 유럽차원에서는 유럽사법재판소가 제제국가에 대한 제재효과를 극대화하면서 제

32) 헌법재판소 판결 (BVerfGE) Vol. 65, 1-71 (41ff.) 참조.

33) 헌법재판소 판결 (BVerfGE) Vol. 100, 313-403 (358ff.) 참조.

34) 헌법재판소 판결 (BVerfGE) Vol. 109, 279-301 (308ff.) 참조. 현행실무에 있어서의 경험적 평가에 대해서는 Meyer-Wieck, *Der Große Lauschangriff*, Berlin 2005 참조.

35) Bundesverfassungsgericht *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 1939-1951 참조; Schewe, 테러와의 전쟁을 위한 예방적인 검색수사의 목적에 대해서는 *Neue Zeitung für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2007, 174-177 참조.

36) 헌법재판소 판결 (BVerfGE) *Neue Juristische Wochenschrift NJW* 2008, 1505-1516.

37) *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2008, 822-837 참조.

38) 헌법재판소 판결 No. 2004-492 of 2 March 2004. 상세히는 Pfützner, *supra* n.24, pp. 20-32 참조.

제국 국민의 피해는 최소화한다는 UN보안보장이사회의 ‘스마트제재’ 체계를 불법이라고 선언하였다.<sup>39)</sup> 이 법원의 판결은 보안과 자유의 보호 사이에 균형이 유지되는 것이 중요하다는 것이다. 하지만, 대중에 의한 인식뿐만 아니라 테러나 조직범죄의 새로운 위협이 보안보장의 이익을 위해서 보안과 자유 사이의 균형을 변화시키는 경향은 변화되지 않고 오히려 확정되고 있다.

### C. 개인의 의무

국가가 형법과 형법외의 영역에서 수사를 수행하는데 있어서 마주하게 되는 어려움에 직면하여, 근본적인 변화들이 범죄 수사를 지원하기 위해서 개인의 의무를 증가시키는 것으로 나타날 수 있다. 이는 장래의 테러행위에 대한 정보를 국가에 알려주어야 하는 의무뿐 아니라,<sup>40)</sup> 형사소추나 그와 관련이 없는 절차에 있어서도 감시 행위에 복종하고, 참여해야 하는 의무를 포함하고 있다. 이는 특화된 노하우(예를 들어 컴퓨터 기술을 이용한 복잡한 환경에서의 수사<sup>41)</sup>) 뿐만 아니라 예방 차원과 장래의 소추 준비를 위해서 개인 정보의 수집, 노출, 분석하는 것을 망라하고 있다. 후자는 자금세탁과의 전쟁을 위해서 명백히 효과적이고,<sup>42)</sup> 증권거래의 통제 뿐 아니라<sup>43)</sup> 통신 감시 영역에서도 - 기술적 감시 기술을 사용할 수 있도록 하고 데이터를 보

39) n.23, supra. 참조.

40) 잉글랜드와 웨일즈에 대해서는 section 38b of the Terrorism Act 2000, which makes “failure to disclose information about acts of terrorism” a criminal offence. 독일에서는 주요폭력행위의사전소추에 대한 2008 초안(presented n.54, infra) 또한 독일 형법 § 138의 확대를 통한 테러행위 정보에 대한 비고발의 범죄화.

41) Bär, Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren, Cologne et al. 1992, pp. 367ff., 387ff.; Kugelmann, Völkerrechtliche Mindeststandards für die Strafverfolgung im Cyberspace – Die Cybercrime-Konvention des Europarates, Telekommunikations- und Medienrecht (TMR) 2002, pp. 14–23 (18f.) 참조.

42) 독일 자금세탁방지법(GWG) §§ 2, 3, 6, 9, 11 그리고 2005년 10월 26일 유럽의회와 위원회 지침 2005/60/EC의 Arts. 6ff., 자금세탁과 테러리스트 자금목적의 재무시스템 사용의 방지에 관해서는 OJ L 309/15 참조. 국제적 차원에서의 논의에 대해서는 e.g., Pieth, A Comparative Guide to Anti-Money Laundering, Cheltenham 2004 참조.

43) 독일 유가증권법 §§ 9, 10, 33 para. 1 No. 3; 2003년 1월 28일 유럽의회와 위원회의 지침 2003/6/EC 중 Art. 6 para. 6와 Art. 19, 내부자 거래 및 시장 조작 (시장 남용)에 대해서 OJ L 96 (인용조항이 지침 2008/26/EC에서는 추가되지 않음).

관할 수 있도록 하는 의무를 부과해서<sup>44)</sup> - 그러하다. 형사소추와 보안유지의 개인화 결과는<sup>45)</sup> 몇몇 경우에 있어서 (예를 들어 변호사가 의무적으로 자금세탁 방지행위에 참여하는 것) 면책적인 관계를 저해하도록 한다.<sup>46)</sup> 보안을 유지하기 위해서 개인 데이터를 사용하고자 하는 것은 특히 테러리스트 혐의자를 표적화하는 것과 관련해서 장래에 계속해서 증가할 것이다. 오늘날 존재하고 있는 소프트웨어 도구들은 이미 공적 자료원이나 데이터베이스로부터 상세한 개인 프로필을 언제든지 생성할 수 있다. 민간영역에서의 많은 양의 개인 데이터, 데이터 수집을 위한 기술적 가능성, 뿐만 아니라 민간 및 공공 보안기관 부문에서 이에 상응하는 요구 등으로 많은 국가들에서는 완전히 새로운 차원에서 데이터 보호를 위한 필요성과 보안관련 조항에서 개인들의 참여를 이끌어 내고 있다.

#### D. 국제기구 및 테스크 포스

과거 엄격히 구분되어 있던 수사기관과 보안기관의 권한을 최적화시키기 위해서 점차적으로 통합이 진행되고 있으며, 다양한 (형사 및 비형사적인) 수사기관 대표자들로 구성된 실무그룹을 공유하고 있다. 한때 적극 기밀유

44) 데이터 압류에 대해서는 2006년 3월 15일 유럽의회 및 위원회 지침 2006/24/EC, 공공으로 이용되는 정기통신 서비스 및 공공 통신 네트워크 조항과 관련하여 생성되거나 처리되는 데이터의 압류에 관해서는 OJ L 105/54; Breyer, Die systematische Aufzeichnung und Vorhaltung von Telekommunikations-Verkehrsdaten für staatliche Zwecke in Deutschland, Berlin 2005. 형사소추와 관련하여 개인의 의무에 관해서는 Hamm, "Überwachungssicherheit" - wer soll sicher vor wem oder was sein?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, pp. 3100-3101 또한 사이버 협정의 Art. 19 para. 4, ETS No. 185 of 8.11.2001 (또한 이에 대한 해석서, paras. 200-202) 참조.

45) Ziercke, Internationale Erscheinungsformen von Kriminalität und Gewalt - internationale Kooperationsformen und die Rolle des BKA, in: Bundeskriminalamt (ed.) supra (n.4), pp. 33-48 (42ff.) 참조.

46) See Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of 4.12.2001, OJ L 344/76, amending Council Directive 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering. For Germany, see the Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus of 8.8.2002, BGBl. I, 2002, 3105; Herzog/Müllhausen, Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, München 2006; Wegner, Die Reform der Geldwäsche-Richtlinie und die Auswirkungen auf die rechtsberatenden Berufe, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, pp. 794-96.

지되던 정보가 현재는 공유되고 있으며 선택된 데이터베이스로부터 정보를 검색할 수 있는 가능성이 더 이상 특별한 기관에만 유보되지 않는다. 독일에서는 법무부로부터 경찰, 국세청, 이민국, 정보국, 그리고 군대의 대표들이 함께 “통합작전계획(comprehensive battle plan)”을 가진 새로운 ‘보안설계(architecture of security)’의 일부로써 기관연합 테스크 포스에서 함께 일하고 있다. 또한 이 테스크 포스에서는 자금세탁 방지의 원인을 개별적인 전문적 정보에 의존하고 있다. 협력과 “대테러 파일(anti-terror file)”의 지원의 맥락에서 예방과 진압의 구분이 - 독일 보안법에서는 핵심인 - 점점더 흐려지고 있다.<sup>47)</sup> 또한 국제적 차원에서는 초국가적 네트워크가 초국가범죄 네트워크에 대항해서 형성되고 있다.<sup>48)</sup>

이렇게 새로운 유연성 요소를 가진 “보안설계”는 종종 통제 메카니즘의 부족과 투명성 부족으로 특징지어진다. 통제의 결핍은 특히 특별한 협동 사례나 특별한 중재력이 국제적 차원에서 결정되고, 행정부 차원에서 정부간 협력의 방법으로 구현될 때 나타나게 된다. 이는 국내차원과 비교해 볼 때, 이런 차원이 민주주의와 투명성의 영역에서 보다 결핍되기 쉽다. 경찰 매뉴얼과 “최선업무” 지침의 실제적 중요성이 서술되고 있는데, 예를 들어 유럽 연합 가입후보국들과 관련되는 한에 있어서는 “연합(acquis)”을 위한 한 부분

47) 소위 Common Files Act [Gemeinsame Dateien-Gesetz]인 Bundesgesetzblatt (BGBl.) I 2006, 3409 참조. 새로운 “보안기구(architecture of security)”와 안티테러 파일에 관해서는 Nehm, Das nachrichtendienstliche Trennungsgebot und die neue Sicherheitsarchitektur, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2004, pp. 3285-3295; Roggan/Bergemann, Die neue Sicherheitsarchitektur der Bundesrepublik Deutschland, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2007, pp. 876-881; Ruhmannseder, Vernetzte Terrorismusbekämpfung mit Hilfe der sog. Antiterrordatei, Juristische Ausbildung (JA) 2008, pp. 373-375; Schily, in: Bundeskriminalamt (ed.) supra (n.4), pp. 7-16, pp. 12f.; Würtenberger, supra (n.5), in: Masing/Jouanjan, Terrorismusbekämpfung, Menschenrechtsschutz und Föderation, pp. 30-36; Zöller, Der Rechtsrahmen der Nachrichtendienste bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus, Juristenzeitung (JZ) 2007, pp. 763-771 참조.

48) Albrecht supra (n.19), JURA (Ungarn) 2005/2, 7-19, 17; Diwell supra (n.8), Berlin 2006, pp. 101-109 (103ff., 109); Nadelmann, Cops Across Borders: The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement, Cambridge, MA 1993, pp. 103-88. For the example of the EU Police Chiefs Operational Task Force, see Peers, EU Justice and Home Affairs Law, Oxford 2006, pp. 541-2 and JHA Council press release 14615/04, 19th November 2004 참조.

이 된다. 보안 이슈와 최근의 조정 개선 노력과 관련해서 - OECD, 유럽 이사회, 유럽 공동체 그리고 유엔 간 상호감독절차와 같은 것<sup>49)</sup> - 국제기구의 분열은 복잡성과 정부간 협력의 투명성 부족을 야기하고 있다. 이는 특히 느슨하게 연합하고, 유연한 네트워크의 맥락에서 나타나고 있는 집행기구 사이의 협력의 현실이다. 이런 다차원 시스템에서 경험되는 정당성과 통제 의 문제들은 테러리즘의 국제적 소추의 맥락에서 명확하게 나타나는데, 광범위한 집행권한은 - 종종 초국가적 맥락에서 행해지는 - 피의자 구금,<sup>50)</sup> 피의자 자산 “동결(freezing)”<sup>51)</sup> 전화 감청,<sup>52)</sup> 또는 국제 은행간 금융통신거래 조합(SWIFT)으로부터 이용할 수 있는 데이터에 접근 등의 목적으로 요구되고 행해진다.<sup>53)</sup> 국경과 형법의 근본적 한계와 관련된 사실상 거의 모든 문제들이 여기에서 뚜렷히 나타난다.

#### E. “추정된 위험(Presumed Dangerous)”에 의한 자유 제한 조치

형법 내부와 독자성에서의 중요한 변화는 위험한 개인으로 추측되는 자의 자유를 침해하는 새로운 조치의 결과로부터 유래한다. 이런 이슈는 예를 들어 테러리스트 훈련캠프로 여행하는 자, 그런 캠프에서 돌아오는 자, 또는 다른 이유로 잠재적 테러리스트로 의심되는 자(“sleeper”)의 경우 어떻게 처리할지와, 비록 그 사람이 범죄 행위를 했다는 확신이 없음에도 위험이 가정되는 자의 경우에는 어떻게 처리할지에 대한 문제에서 명확하게 기술된다.

49) Sieber, Strafrechtsvergleichung im Wandel, in: Sieber/Albrecht (eds.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, Freiburg 2006, pp. 78-151, pp. 88, 90. See also the articles in Biolley/Weyembergh (eds.), Comment évaluer le droit pénal européen, Brüssel 2006 참조.

50) III.D. and E., infra. 참조.

51) II.B. n.23, supra. 참조.

52) 에셸론 감청 시스템(the Echelon interception system)의 수단으로 개인이나 상업용 통신을 감청하는 것에 대해서 2001년 7월 11일자 유럽의회의 보고서 A5-0264/2001 PAR1 참조.

53) “Bank Data Is Sifted by U.S. in Secret to Block Terror,” The New York Times, 23.06.2006, 미국 첩보기관에 의한 SWIFT 시스템으로 부터의 은행전송 데이터 감청에 대해서 2006년 7월 6일자 유럽의회 보고서 참조.

이런 문제들을 다루는 시도에서 독일 정부는 현재 만일 테러리즘이 구성된 집단이나 확정된 동의에 의해서 조직되지 못할 뿐 아니라 느슨한 네트워크와 연결되지 않은 관계를 갖고 있다면 적용되지 못하는 전술한 “조직원 범죄(membership crimes)” 및 “공모 범죄(conspiracy crimes)”를 넘어서서 형사 책임을 보다 이르게 부과하는 개념을 기술함으로써 실제 형법에까지 확장하려는 해결책을 계획하고 있다. 테러 활동에서의 이런 변화에 대응해서 법안들은 단독 가해자의 가해행위를 형법전의 두 개의 새로운 조문에 추가하고자 하는데 이에 “국가를 위협에 빠뜨리는 매우 중대한 폭력행위의 예비(preparation of a serious violent act endangering the state)” (형법 초안 § 89a), “국가를 위협에 빠뜨리는 중대한 폭력행위를 저지르기 위해서 접촉 시도(initiation of contacts in order to commit a serious violent act endangering the state)”(형법 초안 § 89b) 그리고 “중대한 폭력행위에 대한 지침제공(guidance to commit a serious violent act)” (형법 초안 § 91 ) 등이 있다.<sup>54)</sup> 첫 번째 조문은 어떤 교시를 주고받거나, 무기나 위험한 물건, 물품 등을 전달하거나 소유, 또는 자금을 모금하는 등의 심각한 폭력행위의 예비를 범죄화하고 있다. 두 번째 조문은 중대한 폭력행위를 저지르려는 예비에 있어서 훈련을 받을 목적으로 범죄 조직과 접촉하는 행위를 대상으로 하고 있다. 세 번째 조문은 심각한 폭력행위를 저지를 것을 교시하는 텍스트를 배포 또는 감정하거나 심각한 폭력행위를 저지를 의도로 그런 텍스트를 사용하는 것을 처벌하고 있다. 이 조문들은 특별히 그리고 명확히 기술되는 사안들에 있어 어떤 “잠재자들(sleepers)”에 대해서 이전 단계에서 예방적인 행위를 취하는 것을 가능하게 할 수 있다.

하지만 예방적으로 “예견되는” 범죄에 대한 입법에서의 잠재적 과도함이나, 재범가능성으로 인한 미결구금 남용의 잠재성은 (선별된 범죄의 맥락에서 구금에 대한 기초로는 형사소송법 제112a조) 분명히 형법이 직접적으로

54) 2009년 1월 27일자 Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/11735 참조.

예방목적에 공여하는 것으로 보이는 “체계변화”와 같은 문제점들과 위험들을 나타내고 있다.<sup>55)</sup> 이는 특별히 조치들의 구현이 독일형법전의 제129조와 제129a조에서 범죄와 테러리스트 조직에 대해서 광범위하게 입안된 법령들과 같이 예측적인 범죄들에 의해서 촉발되었을 때 사실이 되는데. 이는 이미 예방적 관점에서 중요한 절차적 간섭을 허용해 준다.<sup>56)</sup> 그래서 형법을 수단으로 직접적인 예방목적 성취하는 것이 범죄화 법률에 의해 침해되는 법익의 정의(definition)와 범죄 책임을 미리 “예측하여” 구속하는 것을 정당화함으로써 부가적이고 어려운 문제들을 불러일으킨다.<sup>57)</sup> 테러리스트 훈련 캠프에서 머무르는 예는 법익에 진압적이고 보호적인 전통적인 임무가 주어질 뿐 아니라 시스템적인 관점에서 개인 유죄의 원칙인 형법을 근본적으로 단순히 예방적인 목적을 추구하는 것에는 맞지 않는다는 사실을 가리키고 있다.

그러나 구금형종료후 예방적 보호감호에 대한 엄격한 조건은 (독일 형법 제66조) 형법에 의해 요청되는 보호 규정에 연결될 때, “위험한 사람”에 대한 단순히 예방적인 조치들이 또한 독자적인 ‘절차(track)’에서 규제될 수 있다.<sup>58)</sup> 비록 그러한 보호감호와 여타 보안조치들이 장래위험성과 관련해서

55) 독일 형사소송법 § 112a조의 법의 지배 및 형사정책적 비판에 대해서는 Hassemer supra (n.13), StV 2006, pp. 321-332, (323ff.); Roxin, Strafverfahrensrecht, 25th ed. Munich 1998, § 30 margin no. 13f. 참조. 구금에 대한 “의심스러운(apocryphal)” 근거에 대해서는 Spinellis, Erklärte und “apokryphe” Ziele, Funktionen und Gründe der “vorläufigen Haft” im griechischen Strafprozess, in: Hoyer et al., Festschrift für F.C. Schroeder, Heidelberg 2006, pp. 861-875 (867ff.) 참조. 독일 형사소송법 §§ 112 para. 3 and 112a조의 테러 혐의자에 대한 잠재적 적용 가능성에 대해서는 Walther, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2007, pp. 464-475, pp. 467f. 참조.

56) 이런 조직범죄에 대한 비판적 평가에 대해서는 n.11, supra. 참조.

57) “법익(Rechtsgut)” 이론의 - 논쟁의 여지가 있는 - 가치에 대해서는 Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil - Grundlagen, 4th ed. Munich 2006, § 2 margin nos. 1-141 (margin nos. 2ff.); Dubber, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Vol. 117 (2005), pp. 485-518 (501ff.); Hassemer/Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 3rd ed. Baden-Baden 2006, preliminary remarks to § 1 margin no. 108-95; Wohlers, Rechtsgutstheorie und Deliktstruktur, Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA) 2002, pp. 16-20 (16f.) 참조.

58) 헌법재판소 판결 (BVerfGE) Vol. 109, pp. 133-190 (133ff.) 참조. 기본법의 권한 배분에 따른 형법으로써 보안감치 (Sicherungsverwahrung)의 범주화에 관해서는 헌법재판소 판결 (BVerfG), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2004, pp. 750-761 참조. 독일 형법 새로운 제66b조에 관한 (금고 판결의 결과로써 예방적인 구금) 연방대법원 판례 (BGH) the judgments in Strafverteidiger (StV)

책임원칙이나 중범죄 누범조건, 형사절차적 보장, 사법적 판단에 종속되는 장래위험예측을 실현하지 못한다 해도, 예방적인 경찰조치들보다는 나은 보장조치를 제공해준다.

따라서 매우 침해적인 예방 조치와 형법 - 이것이 구체적이고 핵심적인 범죄와 연결되어 있고, 그 감독이 독립적인 검사에 의해서 이루어지며, 그 소관이 사법 당국에 있고, 그것이 다른 것을 보호하고 있음 - 사이에서의 연결이 - 여전히 보다 명확하게 정의되어야 하지만 - 전통적인 경찰법에서 보다 더욱 자유를 보호해 주는 것에는 적합하지는 않다는 문제는 남아있다. 이는 경찰법은 위협의 불명확한 개념에 의존하고 단지 비례성 원칙에 의해서 제한되기 때문이다 (그러나 그런 행위는 오늘날 사법 당국의 확인을 요구하고 있다). 현재의 독일 경찰법이 엄격히 제한된 틀 안에서 운영되고 경찰 당국이 “위험한 사람들”(예를 들면 축구 훌리건)을 단기간만 구금하는 것에는 상당한 이유가 있다.<sup>59)</sup>

하지만 영국법은 진압과 예방 사이에 엄격한 차이점이 없는 일원화된 경찰과 형법 시스템의 장점과 단점을 예증하고 있다. 최근에 창설된 통제 명령으로 영국 시스템은 경찰과 법원에 광범위한 보안권한을 부여하고 있으며 유럽인권협약 15조에 의해서 허용됨으로써 인권 의무를 손상시키는 것에 대한 이미 표준화된 절차를 확립하고 있다.<sup>60)</sup> 이런 과도한 경찰법 모델은 형

2006, pp. 63-71 참조; 또한 Ullenbruch, Nachträgliche Sicherungsverwahrung - heikle Materie in den Händen des BGH!, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2006, pp. 1377-1385 참조.

59) 예를 들어 § 28 PolG-BW (Police Law, Baden-Württemberg); Arts. 17, 20 BayPAG (Bavarian police law) (최고 2주간의 구금) 참조. 스위스 연방법원의 영내 보호처분에 대한 초안 Art. 24e(Swiss domestic security law) (24시간 제한) 참조.

60) 통제 명령에 대한 정보에 대해서는 2005년 3월 11일자 the Prevention of Terrorism Act 2005 참조. 영국에서의 반테러 조치에 대해서는 2000년 7월 20일자 the Terrorism Act 2000, 2001년 12월 14일자 the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 그리고 2006년 3월 30일자 the Terrorism Act 2006, 뿐만 아니라 2006년 6월 20일자 the House of Commons/Home Affairs Committee, Terrorism Detention Powers, Fourth Report of Session 2005-06, Vol. 1, London 참조. 정부의 반테러 제안에 대한 개관으로는 2007년 12월 13일자 House of Commons, Home Affairs Committee, The Government's Counter-Terrorism Proposals, First Report of Session 2007-08, Vol. I, HC 43-I, pp. 6ff. 참조. 2008년 1월에, 새로운 반테러 법률안이 의회에 소개되었다. 이 법률에 따르면, 정부는 테러리스트 혐의자에 대한 예비구금의 기간을 최고 28일에서 42일까지 늘릴 수 있다. Joint Committee on Human Rights,

법에 예방적 임무를 과도히 부과하고 있는 독일 모델보다 보다 더욱 심하게 인권의 제약을 결과할 수 있다.

## F. 새로운 보안법의 출현

앞의 분석이 보여주는 것은 기술된 발전의 진행방향에서 예방적인 보장으로 인해서 전통 법률의 범주들이 희미하게 되었다는 것인데, 이들에는 예방 활동에 참여하고 “의심되고”, “위험한” 사람을 식별하는 동시적 필요성이 진압적인 형법의 대응과 예방적인 경찰활동 사이의 구별을 - 이 구별은 유럽 대륙의 형법에 근본이 되고 있다 - 광범위하게 허물고 있는 주요 책임이라는 것이다. 이는 특별히 조직범죄나 테러리즘의 영역 내에 있는 정보의 수집이 구체적인 혐의의 특별한 범죄 행위에 연계되지 않거나 오히려 다소간에 추상적인 보안 위협에 연계되어 있을 때 현실이 된다. 예방에 대한 강조의 일 결과는 테러리즘에 대항하도록 고안된 새로운 개입방법이 더 이상 단지 형사절차법에만 있는 것이 아니라 경찰법에서도 역시 발견될 수 있다는 것이다. 예방적인 경찰권의 확장은 연방 경찰수사국에 형법체계상 수많은 강제적 권한을 제공해 주는 새로운 독일 법에서 분명하게 되는데, 하지만 이들은 전통적인 형법체계에 유사한 절차적 보장에 연결되어 있다.<sup>61)</sup>

유사한 발전이 정보수사기관관련법의 영역에서 발견되는데, 여기서는 보다 침해적인 강제적 권한을 확보할 뿐 아니라 전통적인 형사법 당국에 그들을 수사결과들을 전송할 수 있는 권한까지 있다.<sup>62)</sup> 911 공격 이후에 독일법

Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Tenth Report): Counter-Terrorism Bill, Twentieth Report of Session 2007-08, 12.05.2008, HL 108/HC 554, pp. 6ff. 참조.

61) 1997년 7월 7일자 연방범죄국법률 (BGBI. I S. 1650), 최근에 수정된 2008년 10월 25일자 법률 Article 1 (BGBI. I S. 3083).

62) Sieber, Ermittlungen in Liechtenstein, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2008, pp. 881-886 참조. 이 글은 독일의 외국인 정보수사기관(Bundesnachrichtendienst)이 거대한 수의 납세자 정보를 리히텐슈타인의 신탁회사의 이전의 피고용인으로부터 구입한 최근의 사례를 검토하고 있다. 이 데이터는 (외국 정보수사기관에 관할권이 있는) 자금세탁의 중요한 경우들과 (수사국에 관할권이 없는) 세금 포탈의 사안들을 포함하고 있다. 이 정보수사기관은 세금포탈에 관한 정보를 형사 절차를 시작하

개정 조치의 주요 관점은 다양한 정보 및 경찰수사국에 모든 종류의 정보를 요구하거나 접근하고 관련 데이터를 관련된 “대테러 데이터베이스(counter-terrorism-database)”에 링크시키는 새로운 권한을 확립해 주는 것에 있다. 위에서 언급한 것처럼, 이 데이터 베이스는 연방 및 주경찰수사국, 다양한 연방 및 주 정보수사국, 그리고 관세청 등이 접근할 수 있다.<sup>63)</sup> 그리하여 독일에서는 위에서 언급한 중앙정부 경찰 권한의 강화뿐만 아니라 다른 수사국들 (특히 경찰과 정보수사국) 사이에 입증 협력과 입증 데이터 공유하는 것이 보안법의 구조에 있어서 근본적인 변화를 유도하고 있는데 즉, 분권화된 주경찰 권한의 수평적 분할 원칙 뿐만 아니라 경찰과 정보수사국의 “분리 원칙(principle of separation)”에 심각한(하지만 여전히 제한된) 침식을 유도하고 있다. 두 원칙들은 2차대전 이후에 확립되었는데 이전에는 중앙집권화되었던 “국가 비밀 경찰(secret state police; Gestapo)”의 권력 남용에 대한 반작용에서였다.<sup>64)</sup>

또한 보안은 이민법, 외국거래법 그리고 정보통신법과 같은 다른 영역의 행정법의 수단으로도 추구되고 있다. 외국인들이 종종 특별한 위험이 있다고 하거나 그들이 비시민에게 적용되는 이민법이나 다른 법률에 복종해야 하기 때문에, 현재 많은 나라들이 자국민과 외국인 사이에 구분을 짓는 “이원적 법체계(dual legal system)”를 갖고 있다.<sup>65)</sup> 또한 전통적인 국외 추방과 함께, 이러한 체계는 외국인에게 기소절차를 거치지 않은 구금, 무죄 추정 원칙의 불인정, 그리고 “인종 프로파일링(ethnic profiling)”의 대상이 되게 한

려는 세무 당국에 전달하였다.

63) Würtenberger, supra (n.5), in: Masing/Jouanjan, Terrorismusbekämpfung, Menschenrechtsschutz und Föderation, p. 36 참조.

64) Würtenberger, supra (n.5), in: Masing/Jouanjan, Terrorismusbekämpfung, Menschenrechtsschutz und Föderation, pp. 30-36 참조.

65) 독일 이민법 개정과 테러리즘과의 전쟁에서의 그 역할에 관해서는 Marx, Terrorismusvorbehalte des Zuwanderungsgesetzes, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 2004, pp. 275-282; Tams, Die Abschiebungsanordnung nach § 58 a Aufenthaltsgesetz, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2005, pp. 1482-1487; Welte, Die Meldepflicht gefährlicher Ausländer, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 2006, pp. 381-383 참조.

다.<sup>66)</sup>

하지만 타영역 법의 추가적 적용과, 형법 외의 다른 범영역으로 범죄방지를 “아웃소싱(outsourcing)”하게 됨으로써 가장 의미심장한 결과는 다음에 기술되는 전쟁법의 확대와 적용의 관점에서 목격될 수 있다.<sup>67)</sup>

### III. 전쟁법의 적용과 확장

위에서 서술한 바와 같이 대내, 대외 안보의 카테고리는 물론 국내와 국제적 네트워크에 의해 ‘부조리한 전쟁’이라 판단된 범죄와의 전쟁의 카테고리의 해체가 일부 국가들이 테러리즘을 대내외 안보의 관점에서 바라보는 것을 촉진하였다. 자신들의 개입권력을 현저히 확장하고자 하는 국가들은 전쟁 패러다임으로부터 도출된 대테러리즘 대책방안이 자신들에게 이익이 됨을 간파하였다.<sup>68)</sup>

전에 미국과 이스라엘에 주로 제한되었던 테러혐의자들에게 국제인도주의 법의 적용하는 것을 둘러싼 논의는 2007년초에 독일에서 (제한적으로) 지지를 얻었다: 독일 내무장관에 의해 제출된 법안은 독일군대가 공중납치된 항공기를 격추시키는 것을 허락할 수 있도록 독일 기본법 제87a조 제2항의 개

66) Eckert, *The Politics of Security*, Max Planck Institute for Social Anthropology Halle, Working Papers No. 76, 2005 참조. 미국에서의 국적이 없는 시민들의 가능성에 관해서는 Hooker, *The Past as Prologue: Schnerman v. United States and Contemporary Questions – Citizenship and Denationalization*, 19 *Emory International Law Review* (Emory Int'l L. Rev.), pp. 305–81 (2005) 참조. 캐나다에서의 특별 국외추방 과정에 있어서 외국인의 억류 가능성에 대해서는 캐나다 이민법과 난민 보호법 the “security certificate” procedure set out in Part I Division 9 (구금과 이차적인 강제추방의 사법적 리뷰에서는 피구금자나 그 변호사의 부재가운데 그리고 비밀 정보의 기초로부터 발생할 수 있다고 한다).

67) 또한 이런 변화에 대해서는 – 참고사항인 supra n.47에 부가해서 – Herzog, “Terroristische Netzwerke” und para-totalitäres Strafrechtsdenken, in: Nuoto, Kimmo (ed.), *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*, Helsinki 2007, 111–117; Jung, *Uses and Abuses of Criminal Law Responses to Terrorism*, in: Nuoto, Kimmo (ed.), *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*, Helsinki 2007, 97–109 (106ff.) 참조.

68) Ackerman, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven 2006, p. 13.

정을 의도하였다. 이전의 항공보안법에 대한 독일 연방헌법재판소의 결정은 이러한 군사적 행동을 기본법의 침해로 판단하였었다.<sup>69)</sup> 정부가 조직범죄를 소탕하기 위해 낙하산 부대의 투입을 계획하고 있는 이탈리아에서도 이와 유사한 동향이 목격된다.<sup>70)</sup> 이 사안은 국제인도주의법을 테러사안에 적용하는 것이 아니라, 단지 군사력에 의한 국내공범의 집행을 다루고 있다.

이러한 전쟁법 패러다임으로의 이동은 아마도 미국에서 채택된 대테러대책에서 가장 뚜렷하게 나타난다. 특히 미국정부에 의한 테러와의 전쟁 구상의 발전은 ('빈곤과의 전쟁'의 경우에서와 같이) 모든 자원을 동원하는 수사적 기법에 기여할 뿐 아니라, 전통적인 (평시) 법집행 접근방식과 양립할 수 없는 법적 개입을 정당화하는 수단으로 사용된다.<sup>71)</sup> 나아가 전쟁법에서 비롯된 것으로 알려진 권력과 주장되는 기타의 권력들은 행정부에 의해 굉장히 확대적으로 해석될 수 있다. 특히 이러한 해석들은 실제적 법적 논쟁을 초래하였다. 미국의 '테러와의 전쟁'은 전통적 기본 가치를 안정적으로 보호해온 국가들에서조차도 다양한 개별적 개혁의 조합이 이러한 가치들의 심각한 침해를 초래할 수 있다는 사실을 보여주는 극단적인 사례이다. 미국의 사례는 또한 여러 가지 경우에서 '테러와의 전쟁'의 맥락에서 수용된 이러한 조치들에 의한 인권의 침해가 그 자체로서 의도된 것이 아니라 안보목표가 최우선으로 여겨지고, 인권규범의 엄격한 준수가 이러한 목표의 최적수행의 장애물로 여겨지는 테러와의 전쟁에서 발생한 부산물일 수 있다는 것이다.<sup>72)</sup> 특히, 9·11 테러공격의 여파로 이 사실은 부시행정부 하에서 인권과

69) See supra n.27. On the new alliances between the police and the military, see for Germany Ziercke, in: Bundeskriminalamt (ed.) supra (n.5), pp. 33-48 (44 f.); Kästner, id., pp. 71-72. Otherwise, up until now, military action against terrorism has been broadly rejected in Germany, see Schily, in: Bundeskriminalamt (ed.) supra (n. 48.), pp. 7-16 (13 f.) Thus, the Federal Constitutional Court decision on the Aviation Safety Act mentioned in the text did not deal with the involvement of military forces in defensive or combat missions but rather in their providing administrative assistance to the police. See Bundesverfassungsgericht (BVerfG) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2006, pp. 751-761 (754ff.).

70) See, e.g., Süddeutsche Zeitung No. 225 of 26 Sept. 2008, p. 9.

71) See Ackerman, The Emergency Constitution, 113 Yale Law Journal (Yale L.J.), pp. 1029-1091 at 1032ff. (2004); Meierhenrich, Analogies at War, 11 Journal of Conflict and Security Law, pp. 1-40 at 7ff. (2006).

소송법적 권리들이 국가안보에 대하여 보완관계가 아닌 대립관계라는 인식을 강화하였다.<sup>73)</sup> 하지만, 아프가니스탄에서 적대감 표출과 ‘테러와의 전쟁’의 확산 이후 미국 사법부는 행정부와 입법부가 국가안보의 이름으로 시민의 자유를 과도하게 희생하려는 시도를 제한하는 데에 중요한 견제 역할을 했다.<sup>74)</sup> 그러므로 전체적인 맥락에서 자세히 들여다봤을 때, 개별적인 요소들의 결합적 효과들이 미국에서의 국가안보와 시민자유 사이의 표면적 충돌을 야기했음이 명백하다.

다음의 논의는 미국을 예로 하여 전쟁 패러다임을 수단으로 사용한 대테러전쟁과정을 분석한다. 왜냐하면 미국에서의 법적 전개양상은 전통적으로 유구한 자유의 상징이요, 자유세계의 리더였던 한 국가조차도 새로운 충돌과 불균형적인 전쟁에 심각하게 직면하는 경우 이러한 전개로부터 자유롭지 못하다는 것을 보여주기 때문이다. ‘전쟁의 패러다임’에 기초한 911테러에 대한 미국의 대응에 대한 분석은 이러한 상황에 대처하는데 있어서 전쟁법의 적용, 확장, 심지어 남용을 보여준다. 아래의 장들은 A. 특정 범죄영역에 있어서 전쟁법의 정당화, B. 특별 ‘전쟁권한’의 사용, C. 절차적 권리의 축소, D. 특별시설에 있어서의 자유의 박탈, E. 비정상적, 비정규적 범인인도 및 압송을 다룰 것이다.

#### A. ‘전쟁법’ 패러다임 실현의 정당화

미국의 ‘테러와의 전쟁’ 구상은 형사법과 경찰법에 따른 정부의 권한을 넘어서는 전쟁법에서 기초한 권력을 정당화시키기 위해 우선적으로 사용되었다. 이러한 강제개입권력의 확장구상은 두가지 사례로 설명될 수 있다. 형

72) Donnelly, *International Human Rights: Unintended Consequences of the War on Terrorism*, in: Weiss/Crahan et al. (eds.), *Wars on Terrorism and Iraq: Human Rights, Unilateralism and U.S. Foreign Policy*, Routledge, New York 2004, p. 104.

73) Donnelly *supra* (n.5), at 106.

74) E.g., *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008) at 2276–77.

사소송법 및 경찰법과는 아주 대조적으로 미국의 해석에 따르자면 국제인도 주의법은 특정 상황에서 적대행위에 직접 관여한 개인(따라서 테러혐의자도)을 사살할 수 있는 권한을 부여한다.<sup>75)</sup> 적대행위에 직접 관여한 개인 혐의자는 따라서 구체적 범죄행위의 입증 없이도 분쟁기간 동안 감금될 수 있다.

그러나 9·11 테러이전에는 적의 사살이나 이러한 종류의 구금이 명확하게 특정된 지리적, 시간적 경계를 가진 무장분쟁을 전제로 하고 있었다. 이러한 배경으로부터 테러리즘 맥락에서의 “전쟁”패러다임의 사용은 그러한 제한의 결핍으로 인해 부분적으로 심각한 인권침해의 결과를 초래할 수 있다. 결과적으로 일부는 테러와의 전쟁을 “끝없는 전쟁”으로 특징지우도록 만드는 결과를 초래하였다.<sup>76)</sup>

부시행정부의 관점에서는 “전쟁”선포의 정당화를 위한 이론적 근거는 알 카이다와 탈레반에 의해 침범된 미국의 이해에 대한 공격에 있었다. 이는 미국에 의해서 “전쟁수행”으로 특징 지워졌을 뿐 아니라 파트와(이슬람법정)도 오사마빈라덴에 의해 “미국에 대한 전쟁선포”를 서명하였다.<sup>77)</sup> 부시행정부는 이러한 일련의 사태가 국가를 장기지속 무장분쟁상황에 빠뜨렸다고 주장한다. 나아가 위에서 언급한 바와 같이 이러한 정당화 일환은 아프간 탈레반과의 분쟁의 지역적 경계를 넘어 확대되었으며 점진적으로 모든 형태의

75) The legal perspective on targeted killing of terrorist enemies has been extensively discussed in Israel. See Gross, *The Struggle of Democracy Against Terrorism*, Charlottesville, 2006, pp. 220ff.; see also the comprehensive decision by the Israeli High Court of Justice HCJ 769/02 of 13.12.2006. In this decision, Israel's highest court considers as self-evident the fact that criminal measures to fight terrorists are insufficient. However, in his opinion, Chief Justice Barak – unlike the Bush administration – does not recognize the existence in international armed conflicts of the category “unlawful combatants” in addition to the categories “combatants” and “civilians.” He justifies the legality of targeted killing by seeing it as an action, permitted by the law of war, against civilians who support active combatants (see paras. 30ff.); for a slightly different interpretation, see the concurring opinion of Vice President Rivlin, who considers it unimportant whether the newly recognized category is derived from the existing combatant category (“unlawful combatants”) or from the existing civilian category (“uncivilized civilians”) (see para. 2 of his opinion).

76) Ehrenreich Brooks, *War Everywhere: Rights, National Security, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror*, 153 *University of Pennsylvania Law Review* (U. Pa. L. Rev.), pp. 675–761 at 725ff. (2004).

77) Ehrenreich Brooks *supra* (n.9), 153 *U. Pa. L. Rev.*, pp. 675–761 at 717 (2004).

국제테러리즘을 대상으로 확대되었다.<sup>78)</sup> 특히 부시행정부는 지역에 국한됨이 없이 언제나 테러혐의자를 공격할 수 있어야 하며 이들을 “테러와의 전쟁” 기간 동안 구금할 수 있어야 한다고 주장한다.<sup>79)</sup>

그러나 햄디(Hamdi) 사안에서 미국연방대법원은<sup>80)</sup> 이러한 논거에 중요한 한계를 설정하였다. 연방대법원은 “심문목적의 부정기구금은 불법”이라는 입장을 밝혔다.<sup>81)</sup> 그렇지만 억류자가 적군과의 재결합을 막기 위한 구금은 미군이 아프간 전투에 여전히 관여하고 있는 동안에 한하여 정당화되며 “테러와의 전쟁” 자체가 지속되는 기간 동안 유효한 것은 아니라고 밝혔다.<sup>82)</sup> 2008년6월 *Boumediene v. Bush* 사안<sup>83)</sup>에서 테러혐의억류자의 권리에 대한 결정을 하면서 연방대법원은 미군의 아프간파병의 가능기간에 의해 정해지는 억류자의 구금이 한 세대 또는 그 이상 지속될 경우 이는 잠재적으로 너무 길 수 있다고 재차 확인하였다.<sup>84)</sup>

## B. 특별 “전쟁권한”의 사용

새로운 매커니즘은 위에서 언급한 바와 같이 역시 전쟁 패러다임의 기초 위에 있는 특별권력의 제2유형을 통해 보완된다. 부시행정부에 따르면 대통령은 미국헌법에 의해 그에게 부여된 “군사통수권자”의 권한에 따라 “전쟁권한”을 행사할 수 있다. 이러한 해석에 따르면 대통령은 “테러와의 전쟁”이 지속되는 동안 안보조치를 정할 권한을 가진다. 여기에는 평시의 광범위한

78) See Bellinger, Fifth Anniversary of September 11th Attacks, Remarks, Rome, September 11, 2006, [http://useu.usmission.gov/Dossiers/US\\_EU\\_Combat\\_Terrorism/Sep1106\\_Bellinger\\_Rome.asp](http://useu.usmission.gov/Dossiers/US_EU_Combat_Terrorism/Sep1106_Bellinger_Rome.asp) [last visited Sept. 2008].

79) On the merits of this justification, see Ackerman *supra* (n.4), 113 Yale L.J., pp. 1029–1091, 1032ff. (2004). See also Fletcher/Ohlin, *Defending Humanity*, Oxford et al. 2008. For further references see also *infra* note 120

80) *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S. Ct. 2633, 2634 (2004).

81) *Hamdi*, 124 S. Ct. at 2641.

82) *Hamdi*, 124 S. Ct. at 2642.

83) *Boumediene*, 128 S. Ct. 2229 (2008).

84) *Boumediene*, 128 S. Ct. at 2270.

집행명령을 포함되며 대통령은 그 밖에도 입법발의를 할 수 있다.<sup>85)</sup> 전쟁포로에 대한 제네바협약에 따른 절차를 완전히 무시한 채 그러한 “대통령령”에 의해 테러혐의자가 “적군”으로 선언될 수 있으며, 미국시민의 전화는 사법판단 없이 국가정보기관에 의해 도청될 수 있고,<sup>86)</sup> 특별군사법정이 테러혐의자에 대한 재판을 할 수 있게 된다.<sup>87)</sup>

### C. 절차적 권리의 축소

전통적인 ‘법집행’영역을 벗어나는 비정상적 법규정으로 이루어진 규범형식의 채택은 비상적 절차들의 채택뿐만 아니라 적법절차적 권리의 와해를 정당화하는데 의도가 있다. 이는 부분적으로 관타나모 군사재판위원회에 증거채택의 적용에 있어서 사실로 드러났는데 여러 가지 중에서 전문증거를 억류자에 대해 사용되도록 허락한 점이 그러하다.<sup>88)</sup> 카메라법정의 부활과 전문증거의 사용과 더불어 고문을 통해 획득된 자백의 승인도 원칙적으로 배제되지 않는다.<sup>89)</sup> 자신을 방어할 테러혐의자의 권리를 건드리는 절차적

85) See Burnham, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 3rd ed. 2002, pp. 665ff.; Ramsey, Textualism and War Powers, 69 University of Chicago Law Review, pp. 1543-1638 (2002).

86) See Pious, The War on Terrorism and the Rule of Law, Roxbury, Los Angeles 2006, pp. 62ff; Wang, Recent Development: The USA Terrorist Surveillance Program, 43 Harvard Journal on Legislation, pp. 517-534 (2006). For a discussion of the President's statutory and constitutional authority to conduct foreign intelligence surveillance, see Kris/Wilson, National Security Investigations & Prosecutions, Eagan, Mn. 2007, Chapter 15. Responding to severe criticism of the executive's surveillance program, Congress finally passed the FISA Amendments Act of 2008, Pub. L. No. 110-261, 122 Stat. 2436 (2008). Amending the 1978 Foreign Intelligence Surveillance Act, the law brings government's surveillance activities within the reach of the legislative branch, yet under many circumstances its provisions lack the traditional requirement of individual prior judicial authorization.

87) See Koh, The Case Against Military Commissions, 96 American Journal of International Law (Am. J. Int'l L.), pp. 337-344 (2002). The latter measure was declared unconstitutional by the US Supreme Court in the Hamdan decision (Hamdan v. Rumsfeld, 126 S. Ct. 2749 (2006)). Pursuant to the Military Commission Act of 2006, these tribunals will henceforth operate, in reaction to Hamdan, on the basis of a new legal justification. See Military Commissions Act of 2006, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006) as well as The Manual for Military Commissions, 2007 (<http://www.defenselink.mil/news/commissionsmanual.html> [last visited Sept. 2008]; Katyal, Hamdan v. Rumsfeld: The Legal Academy Goes to Practice, 120 Harvard Law Review (Harv. L. Rev.), pp. 65-123 (2006).

88) See 10 USC § 949a(b)(2)(E); Addicott, Terrorism Law, Tucson 2007, pp. 87, 108.

권리의 축소는 Boumediene 사안에서 연방대법원에 의해 비판 받았다. 이는 특히 해당피의자들에게 예정된 잠재적으로 너무 긴 구금기간과 관련해서였다.<sup>90)</sup>

애당초, 테러혐의자들을 ‘적군’으로 정의하는 것이 그러한 개인들을 정식 법원에 대한 접근을 막을 뿐 아니라 제네바 협약에 의해 전쟁포로들에게 주어지는 법적 보호를 우회하기 위한 의도에서였다.<sup>91)</sup> 결국, 개별의 수감자들에 대한 책임은 내무군사재판소, 국방부에 의해 세워진 군사재심재판소(CSRTs)에 의해 배타적으로 이루어졌다. 2004년 6월, 미국 연방대법원은 관타나모 수용자들이 미국 시민법원에 자신들의 수감에 대해 항소할 권리를 인정하였다.<sup>92)</sup> 그 이후에 공화당 의회에 의해 통과된 입법 2005년 수감자 처우에 관한 법률<sup>93)</sup>과 2006년의 군사재판위원회법<sup>94)</sup>은 이러한 결정들을 부분적으로 뒤집을 뿐 아니라, 군사법정의 법적 우위를 제고하려는 새로운 시도였다. 그러나 2008년 6월, 미국 연방대법원은 Boumediene v. Bush사안에서<sup>95)</sup> 관타나모 수용자들이 지속된 구금에 대하여 연방지역법원에 항소할 헌법적 권리를 가진다는 입장을 취하였다. 연방재판소는 구속적부심 판단에 대한 연방법원의 관할을 부인한 2006년 군사재판위원회법의 규정을 위헌으로 선언하였다.<sup>96)</sup>

89) See Military Commissions Act of 2006 Sec. 3(a)(1), Pub. L. No. 109-336, 120 Stat. 2600, 2607, codified at 10 USC § 948r.

90) Boumediene, 128 S. Ct. at 2266–2271.

91) See Geneva Convention (III), Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949 which provides in Article 5: “Should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories enumerated in Article 4 [i.e. POWs], such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal.” [emphasis added]. See David, *Principes de droit des conflits armés*, 3rd ed., Précis de la faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, Brussels, 2002, pp. 452ff.

92) See *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686 (2004).

93) *Detainee Treatment Act of 2005*, Pub. L. No. 109-148, §§ 1001–1006, 119 Stat. 2739–2744 (2005).

94) *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006).

95) 128 S. Ct. 2229 (2008).

96) See *Greenhouse, Justices*, 5-4, *Back Detainee Appeals for Guantánamo*, N.Y. Times, June 13, 2008, at A1.

#### D. 특수시설에 있어서의 자유의 박탈

군사적 테러리즘 사안에 대한 원칙적 관할의 인정은 궁극적으로 혐의자들을 미국의 공식 수감시설이 아닌 다른 수감시설에 구금할 수 있게 했다. 부시행정부는 수감자들에게 미국헌법에 의해 보장된 기본적인 권리들이 보장되는 것을 막기 위한 시도로써 외국테러혐의자들을 미국 주권이 미치지 않는 외부에 위치한 군부대와 비밀 CIA감옥에 수감하는 대안을 선택하였다.<sup>97)</sup> 미국이 역사적으로 제네바 협약의 중요성을 인정해오고 그 안에 담긴 규정(수감된 적대 군인에 대한 처우에 대한 규정을 포함해서)들을 고수했음에도 불구하고, 부시정부는 최근에 제정된 국제인도주의법의 기준들이 너무 번거롭거나 국가안보를 위협에 빠트린다는 이유로 적용을 완강히 거부한 반면 동시에 자신의 정치적 공약들을 충족시키는데 필요한 다른 규범을 수용하거나 조작하였다.<sup>98)</sup> 부시행정부는 자신들의 국제적 의무에 관한 논란이 되는 해석을 통해 사안들에 대해 테러혐의자들의 수감의 합법성을 위해서는 국제인도주의법에 기초하면서도 동시에 동일법에 의해 이 수용자들에 보장되는 권리들은 부정하고자 시도하였다.<sup>99)</sup>

Rasul<sup>100)</sup> 사안에서 미국 연방대법원은 쿠바가 자신들의 영토에 완전한 주

97) Crook, President Confirms Secret Detentions, Transfers CIA Detainees to Guantanamo Bay, 100 American Journal of International Law, pp. 936-939 (2006).

98) Roth, The Fight against Terrorism: The Bush Administration's Dangerous Neglect of Human Rights, in: Weiss/Crahan, et al., (eds.), Wars on Terrorism and Iraq: Human Rights, Unilateralism and U.S. Foreign Policy, Routledge, New York 2004, pp. 116-117. Roth points out that, while the Bush administration persistently sought to downplay the importance of the Geneva Conventions, inter alia by claiming they were outdated and anachronistic, American officials nonetheless regularly enjoined states holding American soldiers captive to treat them as prisoners of war and to afford them the corresponding legal rights associated with this status (e.g., coalition prisoners held by Iraq following the commencement of the US-backed invasion of that country).

99) Sloss, Rasul v. Bush, 98 American Journal of International Law (Am. J. Int'l L.), pp. 788-98, 797-98 (2004). See also Stein, How Much Humanity Do Terrorists Deserve, in: Delissen/Tanja (eds.), Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1991, pp. 567-81 (573-74). See Arnold, Roberta, Human Rights in Times of Terrorism, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 66 (2006), pp. 297-320 (310ff.); Oeter, Terrorismus und Menschenrechte, Archiv des Völkerrechts 40 (2002), pp. 422ff. (437ff.).

권이 있음을 인정하면서도 관타나모차용협약은 관타나모군사기지 내에서의 이에 대한 미국의 완전한 재판관할과 통제를 인정하는 입장을 취하였다.<sup>101)</sup> 따라서 연방법원에 따르면 관타나모 해군 기지는 미국의 지역관할에 포함된다.<sup>102)</sup> 대법원은 이 평결을 Boumediene사안에서 재확인하면서 미국이 관타나모 기지에 대한 완전한 군사적 및 민간적 통제를 가진다는 점을 강조하였다.<sup>103)</sup> 나아가 Hamdan 판결에 따르면 미국은 최소한 4개의 제네바 협약들의 일반규정 제 3조의 조치들을 존중할 의무가 있다.<sup>104)</sup> 이들은 국제인도주의법 하에서 적용되는 최소한의 권리들의 규정을 도모하고 있다.<sup>105)</sup> 하지만 이 점에서 주목해야 하는 것은 대부분의 조치들이 미국 헌법의 특징으로부터 이미 도출되는 것을 서술하고 있거나 미국 헌법에 의해서도 가능하게 될 수 있다는 점이다.<sup>106)</sup>

### E. 비정상적, 비정규적 범인인도 및 압송

유럽이사회의 특별조사관 Dick Marty 의 2006년 6월 보고서뿐 아니라<sup>107)</sup> 수많은 다른 언론매체<sup>108)</sup>와 NGO 보고서<sup>109)</sup>들에 따르면 또 하나의 단계가

100) Rasul v. Bush, 124 S. Ct. 2686 (2004). For a summary of the opinion, see Sloss, Rasul v. Bush, 98 American Journal of International Law (Am. J. Int'l L.), pp. 788-98 (2004).

101) Rasul, 124 S. Ct. at 2690-91. See Lease of Lands for Coaling and Naval Stations, Feb. 23, 1903, U.S.-Cuba, Art. III, T. S. No. 418.

102) Rasul, 124 S. Ct. at 2696-98.

103) Boumediene, 128 S. Ct. at 2248.

104) Hamdan v. Rumsfeld, 126 S. Ct. 2749, 2798 (2006).

105) See Prosecutor v. Tadic, 17 July 1995, (Case No. IT-94-1-T), Trial Chamber (10 Aug. 1995) and Nicaragua v. United States, 1986 I.C.J. 4.

106) For this reason, a possible topic for future research is whether or not such changing relationships, including in the catalogue of measures adopted, is also reflected within other states affected by terrorism: in other words, whether developments similar to those in the United States could be reproduced outside the American constitutional context.

107) Marty, Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers involving Council of Europe member states, Draft report - Part II (Explanatory memorandum), AS/Jur (2006) 16 Part II (7.6.2006); Marty, Alleged secret detentions in Council of Europe member states, Information Memorandum II, AS/Jur (2006) 03 rev. (22.1.2006), Marty, Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report (Explanatory memorandum), 7 June 2007.

존재하는 것으로 보이는데 이는 테러와의 전쟁에서 국가의무나 국제협약을 무시하며 추진되는 조치들이다. 이러한 조치들에 포함되는 것이 CIA의 “비정상적 범죄자인도”<sup>110)</sup>인데 이는 다른 주권국가의 영토에서의 테러혐의자의 납치,<sup>111)</sup> 해당정부와의 공모<sup>112)</sup>, 결국에는 기존의 “법치” 기준을 완전히 무시한 가운데 미국 외부에 이들을 수감(종종 독방수감) 하고 신문하는 것을 포함한다.<sup>113)</sup> 따라서 이들은 CIA, 미군,<sup>114)</sup> 친미 정부<sup>115)</sup>와 연결된 개인들에 의해 수행되는 공격적이고 비인간적인 신문을 포함하며 수많은 사안에서는 고문에 이른 것으로 추정된다.<sup>116)</sup> 따라서 일부 국가들이 인권의 외국에서의 적용에 의문을 제기하고, 더욱 특정하자면 인권원칙의 존중의 실패사실은

- 
- 108) Priest, CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons: Debate Is Growing Within Agency About Legality and Morality of Overseas System Set Up After 9/11, *Washington Post*, November 2, 2005; Page A01; Bush admits to CIA secret prisons, *BBC News*, September 7, 2006; Bush: CIA holds terror suspects in secret prisons, *CNN*, September 7, 2006; L’archipel des prisons secrètes de la CIA, *Le Monde diplomatique*, August 2006.
- 109) United States of America: A case to answer. From Abu Ghraib to secret CIA custody: The case of Khaled al-Maqtari, *Amnesty International*, 14 March 2008; U.S. Responsibility for Enforced Disappearances in the “War on Terror,” *Human Rights Watch*, June 27, 2007, No. 3.
- 110) Satterthwaite, *Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to “Extraordinary Renditions,”* in: Silkenat/Shulman (eds.), *The Imperial Presidency and the Consequences of 9/11*, Vol. 2, Preanger Security International, Westport 2007, pp. 257ff.
- 111) The most notorious of these cases in Germany is the Khaled El-Masri case, in which a German national of Lebanese origin was abducted in Milan by CIA agents; see Steiger, *Die CIA, die Menschenrechte und der Fall Khaled el-Masri*, Potsdam 2007.
- 112) For the extraordinary results of pressure applied to allied governments by the USA in such processes, see Maljević *Extraordinary Renditions – Shadow Proceedings*, *Human Rights and “the Algerian six” in Bosnia and Herzegovina*, in Wade/Maljević, *A War on Terror? The European Stance on a new threat, new laws and human rights implications*, New York 2009 (forthcoming).
- 113) See supra n.40.
- 114) See Rodley, *The Prohibition of Torture: Absolute Means Absolute*, in: Kaleck et al. (eds.), pp. 185–200 (187ff.). On interrogation of persons under the detention of the Department of Defense, see *Detainee Treatment Act of 2005*, Pub. L. No. 109-148, secs. 1001–1004, 119 Stat. 2739 (codified as amended at 42 U.S.C. § 2000dd). See also documents related to an internal FBI investigation of the interrogation techniques in use at the Guantánamo Bay detention facility at <http://foia.fbi.gov/foiaindex/guantanamo.htm> [last visited Sept. 2008].
- 115) Margulies, *Guantanamo and the Abuse of Presidential Power*, Simon & Schuster, New York 2006, pp. 182ff.
- 116) Flaherty, *Human Rights Standards Applicable to the United States’ Interrogation of Detainees in: Silkenat/Shulman (eds.), The Imperial Presidency and the Consequences of 9/11*, Vol. 1, Preanger Security International, Westport 2007, pp. 182ff.

국제법상 개인의 보호수준을 상당히 낮추고 있다.

#### IV. 향후 연구를 위한 결론

전술한 분석을 통해 테러리즘과 조직범죄의 맥락에서 내적보안과 외적보안, 평화와 전쟁, 범죄와 전쟁 사이의 고전적 구분이 불명료해지고 있는 영역을 확인하였다. 이 영역에서는 예를 들면 형사사법체계는 범죄혐의가 추정되는 자를 소추하고 있고, 또한 - 경찰법과 정보법은 별도로 하고 - 형법을 수단으로 미래의 위협을 예방하고자 시도하면서, 이와 동시에 군대는 적과 전쟁을 하면서 전쟁법을 기초로 바로 이러한 행위들과 투쟁을 시도하고 있다.

이러한 법적 변화를 엄밀하게 분석해보면 세 개의 특수한 발전경향으로 구분된다. 첫째는 다양한 전통적 법분과들의 동시적용(아래 A.), 둘째는 전통적 경계 너머로 이러한 영역들의 확장(아래 B), 그리고 셋째는 보안이라는 거대한 틀 속에서 이 영역의 여러 법적 범주들의 불분명화 경향이 그것이다(아래 C.). 종합적으로 보자면, 이러한 변화와 새로운 보안패러다임의 등장은 기본적 인권의 보호에 대해 심각한 문제를 야기하고, 전통적 법체계에 도전하며, 보안법의 일관된 구조를 발전시키기 위한 새로운 연구노력을 필요로 한다(아래 D.).

##### A. 전통적 법분과들의 동시적용

지금까지의 분석을 통해 국제적 테러리즘 및 특수한 형태의 조직범죄가 더 이상 형법만으로 소추되는 것이 아니라, 다양한 법영역을 통해서도 “투쟁되고” 있다는 사실을 알 수 있었다. 이러한 법영역들은 전통적으로 두 개의 중요한 개념적 범주 속에 배치할 수 있다. 첫 번째 범주는 “국내보안법”으로서 형법, 경찰법 그리고 그 밖의 행정법유형으로 이루어져 있다. 두 번째 범

주인 “대외보안법”은 전쟁법에 기초하여 테러리스트와 조직적 범죄활동을 통해 야기되는 외적 위협에 대한 투쟁을 보여준다. 정보법과 출입국관리법은 이 두 범주 모두에 대한 법적 개입을 뒷받침한다.<sup>117)</sup>

이것은 전통적으로는 분리되어 있는 법분과들의 서로 다른 법적 범주들이 보안이라는 새로운 패러다임 아래서 동시적용을 강화한다.<sup>118)</sup> 이러한 새로운 패러다임은 여러 상이한 기관들에 대해 새로운 권력을 창출해 주는데, 이들 각 기관은 서로 다른 법분과에서 특수한 권한을 가지고 있다. 많은 경우, 이러한 법분과들은 동일한 보안요구에 대해 유사한 해결책이나 동등한 기능들을 제공한다. 이러한 예는 비밀수사기법 영역에서 찾아볼 수 있는데, 여기서는 경찰법과 형법의 수단들이 점점 더 정보기관에 유사하게 나타나고 있다. 상이한 법분과들에서의 동일한 발전경향, 즉 동등한 기능의 창출은 위험인물로부터 행동의 자유를 박탈하는 목표와 관련해서도 확인할 수 있다. 이러한 목표는 형법, 경찰법, 출입국관리법, 국제인도주의법을 통해 달성할 수 있다.

이러한 상이한 접근방식의 결합, 다양한 기관들의 협력, 이 기관들 사이의 데이터교환 등은 보안을 개선하기 위한 노력의 일부이다. 그러나 전통적으로 서로 다른 기능을 가진 기관들의 협력은 왜곡된 결과에 이를 수 있는데, 예를 들면 다양한 법체계들 사이의 정보 이전과 관련해서 정당화문제를 야기할 수 있다.

## B. 전통적 한계를 넘어선 기존 법분과들의 확장

국내적인 보안법과 대외적인 보안법의 두 가지 범주에 있어서의 비교 분석에서는 더욱 안전하게 만들려는 시도에 있어서 한계의 확장과 각각의 전

117) 외적보안법은 전쟁법영역 너머에서 찾아볼 수 있는데, 예를 들면 더 광범위한 외교 및 지원정책에서도 테러와의 전쟁으로부터 유래하는 사상(이념)에 주입되어 나타난다(그러나 이에 대한 세부적인 것은 여기서 다룰 수 없다.)

118) 보안화경향의 효과에 대한 광범위한 논의에 대해서는 다음을 보라. Braithwaite, *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*, 40 *British Journal of Criminology* (Brit. J. Criminology), pp. 222-238 (2000).

통적인 법분과에서의 보호조치의 축소를 보여주고 있다.

“국내적 보안법(internal security law)”을 구성하고 있는 다양한 법분과들 중에서도 이는 특히 형법의 영역에서 분명하게 나타나고 있다. 형법에 대한 국제조사에서는 위에서 나타난 것처럼 형법 기술에 있어서 다수의 변화가 논의되고 있는데, 이에선 형사책임의 조기부과, 비밀 수사기법을 비롯한 여타 절차상 변화들, 강력한 데이터 베이스의 구축, 기관들간에 또는 국제적인 테스크 포스 내에서 다양한 수사기관들 사이의 긴밀한 협조, 그리고 공공-민간 파트너쉽 등이 있다. 이런 변화들의 의미심장한 결과는 형법이 전통적인 접근방법인 “진압에 의한 예방(prevention by repression)”을 초과하고 있는 예방 기능으로 인해 과부하가 걸리고 있다는 사실이다. 또한 동시에 경찰법은 그 병기고를 업그레이드 하고 있다.

“대외적인 보안법(external security law)”에서는 새로운 전쟁법이 유사한 방법으로 그 전통적인 한계를 넘어서서 확장해가고 있다. 예를 들어, 미국에서는 전쟁 패러다임이 그 적용 범위에 해당하지 않는 새로운 상황에 적용될 뿐 아니라, 대통령의 전쟁권한을 광범위하게 사용하는 것이나, 심문 기술이 보다 공격적으로 되고, 비밀 감시가 국제적인 기반으로 확대되며, 증거법이 변화되고 있다. 새로운 강압적인 조치들이 고안되었으며 몇몇 경우에는 심지어 외국 영토에서도 행해지고 있다. 전쟁법이 새롭게 해석되는 다른 예로써 “불법 전투원(illegal combatants)”으로서 (국제적인 인권 법의 전통적인 보호 밖에 해당하는 집단) 알려진 이제까지 알려지지 않았던 사람들 집단, 특수시설에서의 자유 박탈, 뿐만 아니라 비정상적이고 불법적인 범죄인 인도나 압송을 하는 것을 들 수 있다.

국내적 그리고 대외적 보안법에 있어서의 이런 평행적 변화의 상세한 분석은 오래전 확립된 법분과의 한계를 확장시켜주기 위한 두 가지의 구별된 기법들을 발굴해 내었다: 첫 번째, 매우 명백한 기법은 전통적인 보장의 축소인데, 예를 들어 데이터의 (은밀한) 수집과 대조, 증거법, 피고인방어권, 그

리고 형법상 원칙인 합법성, 유책성, 그리고 무죄추정원칙에 관련해, 혹은 국제인도주의법상 ‘불법적 전투원’이라는 새로운 범주를 만들어냄으로써 나타나고 있다. 하지만 많은 국가들에서는 이런 영역에서의 보안 이익의 확장이 법원의 결정에 의해서 제한되고 있다. 두 번째 - 약간 불명확하지만 그 결과는 더욱 광범위한 - 기법이 전통적인 주제를 넘어서서 다양한 범분과를 확장시키고 있다. 예를 들어 후자는 형법이 압박한 위협을 예방하기 위해서 (예를 들어 조직원 범죄의 영역에서) 사용되거나, 전쟁법이 무력분쟁에 해당하지 않는 사안에서 범죄와의 투쟁에 적용되는 경우다.

이런 발전이 보안을 향상시킬 수도 있지만 동시에 기본적 인권 보장에 있어서 심각한 문제를 초래할 수 있는 것도 명백하다. 이는 국내적 보안법 뿐만 아니라 국외적 보안법에 있어서도 사실이다. 하지만 두 가지 범주를 비교해 볼 때, 전쟁 패러다임의 확장은 전통적인 형법의 한계를 확장시키는 것 보다는 기본적 인권 보장에 있어서 보다 심각한 위협을 나타내고 있다. 이는 위에서 장기간의 구금이나 합법적인 살인에 대해서 기술한 것처럼 전쟁 패러다임이 형법에서 보다 근본적인 인권의 관점으로부터 보다 많은 침해를 일으킬 수 있기 때문이다. 게다가 상응하는 절차적인 보호가 시민의 자유가 완전히 존중될 수 있는 평시보다 전시에는 보다 쉽게 축소될 수 있다. 구체적이고 확실한 범죄와 연결되어 있고, 독립적인 검사에 의해서 감독되며, 법원에 구속되고, 여타 보호조치와 원칙들이 있는 - 형법은 전통적인 위협의 보다 불명확한 개념에 의존하고, 비례성 원칙에 의해서만 제한되는 (그러나 또한 그 행위가 많은 국가에서 사법당국의 허가를 요구하고 있는) 경찰법에서 보다 자유의 보호에 훨씬 적합할 수 있다. 또한 형법의 높은 보호 기준들은 도청(wire-tapping)과 관련해서 형법과 정보법의 비교에서 명백해진다: 많은 국가들의 형법에서 도청은 행정 당국에 의한 명령 보다는 사법 명령을 요구하고 있다.

### C. 흐러지는 법적 범주

전통적인 법분과들의 동시적 적용, 전통적인 주제대상을 넘어선 다양한 법분과의 확장, 전통적인 보호장치의 감소는 위에서 설명한 바와 같이 근본적인 법적 범주의 불명확으로 이어져서, 공적 보안과 관련된 법의 전통적 구조에 도전하는 상황이 된다. 대외적 및 국내적 보안법의 영역에서, 근본적인 법적 범주의 불명확화는 뚜렷한 범죄사안이 형법의 영역아래서가 아니라 전쟁법의 영역에서 다루어질 때 일어나게 된다. 비슷하게 국내적 보안법의 영역내 범주의 불명확화는 진압적 목적과 예방적 목적의 결합에서 나타난다. 이는 형법이 진압적 기능에서 벗어나 좀더 직접적으로 예방적 기능을 전제하게 되는 경우다. 예방적 기능이라면 적어도 독일법에서는 전통적으로 경찰법과 관련되어 왔다. 이러한 예는 위에서 논의했듯이 형법의 조기투입이며, 이는 장래 테러공격의 위험을 줄이기 위한 시도로서 취해지는 조치이다.

전통적인 법적범주의 불명확화 뿐만 아니라, 전통적인 법적 한계와 영역상의 변화는 위에서 언급된 바 장래 테러행위를 자행할 것으로 의심되는 ‘위험인물’문제로부터 야기되는 보안문제와 관련해 분명히 드러난다. 형법에서 뿐만 아니라 전쟁법에서도, 이른바 ‘위험’한 인물의 이전의 자유는 관련법 범위의 변화를 통해 우선적으로 제한된다. 왜냐하면 국제무력분쟁에서 국제인도주의법은 당국으로 하여금 전쟁포로를 잡고, 범죄행위에 상응하지 않더라도 보안상 위협이 있는 사람을 구금할 권한을 부여하고 있는데, 이러한 권한은 순전히 개인적인 범죄에 대해서는 적용될 수 없다. 미국은 적이라는 혐의가 가는 자들의 느슨한 네트워크에 적용하기 위해서 적용가능시기와 장소와 관련해 적용범위를 확대했던 것이다. 유럽의 형법은 유사한 목적과 기법을 보여준다. 왜냐하면 해악의 야기라는 개념과 개인범죄자에 대한 특정과 죄책귀속을 요구하는 형법은 특정한 테러범죄 및 조직범죄에 대해서는 용이하게 적용될 수 있다. 대륙법계 국가들은 ‘조직원범죄’유형을 장래범죄방

지를 위해 기획된 형사실체법의 병기고에 추가시켜왔다. 이러한 조직원범죄는 국가로 하여금 모든 범죄 및 테러집단의 구성원과 후원자들에 대해 예방적 조치를 취할 수 있게 한다. 이러한 위험집단을 염두에 둔 실정법령은 재범의 위험성을 이유로 미결구금과 함께 장기구금형을 부과할 수 있도록 한다. 경찰법에서의 유사한 근본적 변화는 영국의 통제명령에서 나타난다. 이는 실질적으로 형사사법체계의 기능을 경찰어로 돌리고, 동시에 이러한 기능의 집행에서 절차적 보호조치와 법원절차를 배제를 허용한다.

이러한 근본적 범주들의 불명확화는 위험할 수 있다. 왜냐하면 다양한 법분과와 범주가 상응하는 목적, 수단 특히 인권보장수단과 함께 일관된 부분법체계를 형성하고 있기 때문이다. 결과적으로 이러한 체계들의 요소들은 자의적으로 뒤섞이거나 다른 체계로 자의적으로 옮겨져서는 아니된다. 예컨대 한 법분과의 특정한 목적, 기능, 수단이 상응하는 보호조치와 함께 다른 법분과로 옮겨지지 않는다면 기본적인 인권보장은 위협받을 수 있다. 영국의 통제명령이 그 예다. 따라서 법적 범주의 불명확화는 기본적인 인권보장의 틀을 더욱 해체시키는 결과를 가져올 수 있다. 이러한 전개는 잘 발전된 체계와 전통적인 법적 보호수단을 지닌 형법에 있어서 대단히 중요한 일이다.

#### D. 결 과

이러한 발전의 결과, 형법의 전통적 보호장치가 포기되고, 형법적 해결방식과 기능적으로 등가적인 방식으로 범죄에 대응하는 다른 법영역이 형법의 전통적 영역을 점령하게 된다면, 이는 중요한 문제가 아닐 수 없다. 지금까지의 분석결과를 고려할 때 이러한 발전경향은 앞으로의 연구에 대해 두 가지 주요 임무를 제시한다.

첫 번째 단계에서는 도처에서 나타나는 보안법의 지금과 같은 구조가 비판적으로, 그리고 구분되어 분석되어야 한다. 말하자면 보안법의 범주들이

그 목표, 정당화 그리고 필수조건들과 더불어 함께 분석되어야 한다. 대외적 보안법의 전통적 영역과 관련해서는, 첫 번째 단계로 국가간 국내 무력분쟁 뿐만 아니라 국제적 무력분쟁에 대한 국제인도주의법의 적용을 다루어야 한다. 불법적 전투원의 경우와 같이 새로운 구성개념과 전쟁법의 불균형적인 적용 또한 고려해야 한다.<sup>119)</sup> 국내보안법의 전통적 영역과 관련해서는 현재의 보안체계의 구조적 분석을 통해 독일과 같은 국가에서 중요한 역할을 담당하는 다음 세 범주의 실제적 분리에 대한 정당화를 비판적으로 검토해야 한다. 1. (회고적인) 진압적 형법 (과거의 범죄 해결이라는 목표) 2. (미래를 향한) 예방적 경찰법 (질서유지와 미래적 해악 예방이라는 목표) 3. (미래를 향한) 정보법 (특수영역에서 미진행된 보안위협에 따른 미래 해악의 조기에 방이라는 목표).<sup>120)</sup> 또한 이 분석에서는 이러한 분류들의 보호기능들도 고려해야 하는데, 이러한 기능은 특히 제도적 권력의 분리, 데이터사용의 제한, 구체적 정당화, 그리고 강제적 권한의 구체적인 적용필요성 등을 기초로 하고 있다.

새로운 보안체계에 대한 이러한 구조적 분석을 토대로, 다음 단계에서는 앞으로의 연구를 통해 다양한 범분과에서 인권보호를 위한 제한원리와 메카니즘을 검토해야 한다. 전통적인 범영역들 속에 자리잡고 있는 보호장치들을 비교분석함으로써 인권보호라는 일반적 구상으로 범의 다양한 범주의 적용에서 나타나는 불명료성이 상쇄될 수 있는지, 어느 정도로 이것이 가능한지 하는 물음과 또 다양한 범분과의 특수한 보호장치 및 원칙들도 중요한 역할을 담당해야 하는지 하는 물음에도 대답해야 한다. 본 발표에서는 많은 보호장치들은 (이것은 종종 기본적인 권리로부터 직접적으로 도출된 그러한 보호장치들인데) 범의 모든 영역에서 적용될 수 있는데 반해, 다른 보호장치

119) 다음을 보라. *Brooks*, 153 *University of Pennsylvania Law Review*, pp. 675 – 761 (2004); *Crawford*, 20 *Leiden Journal of International Law* 441-465, pp. (2007); *Pawlik*, *Der Terrorist und sein Recht*, Muenchen 2008, pp. 25 – 51; *Stuby, Kress and Hankel*, in: Hankel (ed.), *Die Macht und das Recht*, Hamburg 2008, pp. 266 – 300, 323 – 385, 414 – 460. 또한 위의 II.A 참조.

120) 예컨대 *Ross*, in: *Dubber* (ed.), *Police and the Liberal State*, Stanford, 136 – 156 (2008) 참조.

들과 그 적용상의 필수조건들은 (형법에서의 사회유해성원칙 및 책임원칙과 같은 것) 종종 법의 특정영역에 특수하게 존재한다는 가정을 따르고 있다. 이러한 가정에 근거해서 최소한 위에서 언급한 몇몇 법분과들을 분리하는 것은 중요한 보호기능을 갖게 된다.

그러나 위에서 제안한 분석을 통해 전통적인 법적 범주들 사이의 그 어떤 이동이나 이전을 완전히 거부하는 데로 이르러서는 안된다. 이동의 문제를 주의 깊게 다룬다면, 독창적인 새로운 해결책을 위한 기초로 작용할 수도 있다. 예를 들면 독일의 구금형종료 이후 보안감호라는 시스템은 - 예방적 조치들이 어떤 요소, 절차, 그리고 형법의 강력한 보호적 보안장치를 통해 제한된다면 - 형법에 의한 예방적 기능의 수행이 독일 헌법 하에서 가능하다는 점과, 심지어는 보안이라는 이익과 기본적 인권, 이 양자 모두의 더욱 효과적인 보호에도 이를 수 있다는 점을 보여준다. 더 나아가, 어떤 범죄단체들이 선택한 적대적 활동을 형법과 전쟁법 양자 모두를 통해 제재하는 것이 정당화될 수도 있을 것이다. 형법, 경찰법, 국제인도주의법 사이의 그 어딘가에 새로운 범주의 법이 출현하는 문제도 논의될 수 있을 것이다. 형법의 전통적인 임무를 “외부에 위탁”하는 것이 다른 법분과의 기본구도에 비추어 정당화될 수 없다면, 이러한 임무를 이전하면서 동시에 형법의 전통적인 보호장치들도 함께 “외부에 위탁”하는 것을 병행할 수 있는데, 이것은 유사한 방식으로든 상이한 방식으로든 적용될 수 있을 것이다. 현재의 상황과 현존하는 패러다임 이동을 고려할 때, 법은 보안과 자유의 보호라는 문제를 더 잘 다룰 수 있는 새로운 접근방식에 개방되어 있어야 한다. 그러나 이러한 고려와 장래의 해결책 제안은 모두 위에서 언급한 것처럼 현존하는 보안법영역과 장래의 보안법영역의 서로 다른 목표, 구상, 정당화, 적용범위, 강제력, 법적 결과 및 법적 보호장치를 철저하게 분석할 것을 가장 먼저 요구한다.

결론적으로 말해, 앞으로의 연구에서는 최근에 등장하는 새로운 보안법의 체계 및 형법, 경찰법, 국제인도주의법의 범위와 그 한계 등과 관련해서 이러

한 기본적인, 절대적인 문제들을 더욱 상세하게 검토해야 한다. 이러한 연구는 막스 플랑크 외국형법 및 국제형법 연구소의 필수적 연구프로그램에 속할 뿐만 아니라, 또한 한국형사정책연구원에게도 흥미로운 핵심주제가 될 것이다. 따라서 우리는 두 연구소가 일반분야에서도, 또 이러한 특수한 새로운 연구영역과 관련해서도 생산적인 연구협력이 이루어지기를 기대하고 있다.

## **Blurring the Limits of Criminal Law**

– The Current Development of a New Security Law –

Professor Dr. Dr. h.c. Ulrich Sieber

Director at the Max-Planck Institute for  
Foreign and International Criminal Law

The technical, economic, and political changes associated with the modern risk society foster new forms of complex crime that pose significant risks, especially in the areas of terrorism, organized crime, economic crime, and cybercrime. These new risks and forms of complex crime push traditional criminal law to its functional limits – with regard to the safeguarding of both security and liberty.<sup>1)</sup>

A closer analysis shows that states tend to respond to the new threats of today's "risk society" by employing two strategies in the reform of their law: first, the reach of the criminal law is extended and traditional due process and other protections reduced; second, the criminal law is supplemented or indeed replaced by other legal instruments deemed better suited to achieving the goal of guaranteeing security in specific areas. This not only includes police, intelligence, and immigration law, but also the law of war.<sup>2)</sup>

---

\* Report presented at the 20<sup>th</sup> Anniversary Celebration of the Korean Institute of Criminology. The report is based on the author's research program at the MaxPlanck Institute for Foreign and International Criminal Law (see thereferenceinn.1). The author would like to thank *Emily Silverman* for her excellent translation and support.

- 1) These changes in today's global risk society are at the heart of the current criminal law research program of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg, Germany. For an overview on the research program of the Institute in the area of criminal law, see Sieber, *Grenzen des Strafrechts*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* Vol. 119 (2007), pp. 1–68.
- 2) In the following, the term „law of war“ is used not in the technical sense of international humanitarian law (IHL), but in the broader sense of all types of law based on the paradigm of war and the use of military force. Thus, the term covers also provisions, for which the justification by international humanitarian law is controversially disputed, rules of engagement in military operations, rules of other use of military means for law enforcement purposes, or specific war powers of national law. This broad approach is based on the objective of this report analyzing all types of law which replace, supplement or enforce the traditional provisions of criminal law

The application of the law paradigm of war after the attacks of September 11, 2001, in particular, has challenged fundamental categories of law and politics that are also central to criminal law, namely, the distinction between crime and war, the distinction between internal and external security, and – in consequence – the distinction between criminal law and the law of war.<sup>3)</sup> A similar process can be seen in the area of internal security law where the categories of criminal law, police law, and immigration law are blurring. This development leads to fundamental changes in the area of criminal law: criminal law is becoming part of a new security law that is governed by the paradigm of prevention and often accompanied by weaker safeguards that those that apply in traditional criminal law.

This report, whose goal is the analysis of the extent, the techniques, and the consequences of these new developments of a “war against crime,” is structured in four parts:

- The first part consists of a short introduction that illustrates the main areas in which especially the categories of criminal law and the law of war are blurring.
- The second part analyzes the question of a possible law of war *within* criminal law and the other branches of internal security law. This part (which concentrates on criminal law) is based primarily on those European legal systems that have responded to the new threats of terrorism and organized crime especially by means of criminal law, police law, and intelligence law.
- The third part deals with the law of war beyond the established categories of “internal security law”. It concentrates on the American system, which, in its fight against terrorism, has not limited itself to criminal law but has to a great extent resorted to the law of war.
- The description of these developments – a possible law of war within criminal law and the law of war independent of criminal law – will facilitate a better understanding of the risks involved in the recent legal developments and allow conclusions to be drawn in the last part with regard to the future study of legal responses to the threats of terrorism and organized crime in today’s global risk society.

---

3) See *Beck, Das Schweigen der Wörter, Über Terror und Krieg*, Frankfurt 2002, pp. 10f. For more information on these developments, see part II., *infra*.

## I. The Blurring of Legal Categories

The most significant blurring of categories, the blurring of crime and war as well as of domestic and international security at the core of the issues described above, is based on the fact that crime in the modern risk society is no longer a threat just to the individual citizen but may also lead to political risks and may even threaten national security. This can be seen, in particular, in the form of politically, ethnically, and religiously motivated terrorism. Religiously motivated offenders are, in fact, willing to sacrifice their lives and are therefore usually no longer able to be swayed by means of criminal law. They succeed in using the technical infrastructure and resources of their opponents for the purposes of technical communication, recruiting efforts, training measures, fund raising, and even as weapons. Their crimes lead not only to extensive physical damage but also, by means of the projected messages and images, to the achievement of much more far-reaching psychological and political objectives: terrorist violence spreads fear and terror, which - amplified by media coverage - cut to the quick of modern societies' sensitive economic and political structures with the goal of making them subject to political blackmail. In this way, terrorism, with its asymmetrical, quasi-warlike methods, pursues primarily political goals (such as causing the withdrawal of Western states from specific areas or the destabilization of moderate governments).<sup>4)</sup> Such actions are not only "ordinary" crime but pose a direct threat to the security of the state.

These political risks exceed the dimensions of traditional crime and can lead to large-scale violent conflicts and "new wars." Unlike traditional wars, these "new" or "small" wars no longer take place between territorial states but rather are asymmetrical conflicts between territorial states and networks that are often internationally organized.<sup>5)</sup> The new, warlike conflicts involving these kinds of internationally structured networks therefore put into perspective the

---

4) See *Münkler*, *Die neuen Kriege*, 2nd ed. Reinbeck 2005, pp. 175–205; *Münkler*, *Der Wandel des Krieges, Von der Symmetrie zur Asymmetrie*, 2nd ed. Weilerswist 2006, pp. 221–247. For a discussion of the situation in Germany, see Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz (eds.), *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht*, 2006, pp. 174–190.

5) This metamorphosis from wars between nation states to new asymmetric forms of war can be seen as an indication of the loss of significance of the community of states and the growth in importance of new political actors. On this point, see *Münkler*, in: *Bundeskriminalamt* (ed.), *Neue Allianzen gegen Kriminalität und Gewalt*, 2006, pp. 17–31, pp. 28ff.

conventional distinction between internal and external security as well as between crime and war. The “new wars” – as, in recent years for example, in the former Yugoslavia, Afghanistan, and Pakistan – are frequently waged by the police, the military, secret services, special troops, and international peacekeeping forces. In the aftermath of September 11, 2001, NATO<sup>6)</sup> and the United Nations Security Council<sup>7)</sup> recognized that the inherent right of individual or collective self-defense had been triggered by the terrorist attacks on the United States. This development has led to the above-mentioned blurring of the traditional categories of internal (domestic) and external (foreign) security when risks to domestic security can only be prevented abroad. In addition, in light of the broad spectrum of types of terrorist attacks, difficult questions arise as to how to distinguish between criminal law and the law of war, how to differentiate between a “domestic” state of emergency and an “international” state of self-defense, and how to draw a distinction between the scope of the right of self-defense recognized by Art. 51 of the UN Charter and that accorded by customary international law.<sup>8)</sup>

A similar development can be seen in some areas of organized crime. This is not limited to countries in which organized offenders or enterprises corrupt state actors. Political risks also result when – as in Latin America – competing drug dealers and other criminal organizations join forces with local warlords and paramilitary groups and challenge the state’s monopoly on the use of force, developments that often culminate in the combination of terrorism and organized crime.<sup>9)</sup> Similar phenomena can be found in - predominantly African - countries in which criminal enterprises and local warlords forcibly exploit natural resources.<sup>10)</sup> In these areas, the “war on organized crime” is also not

6) Press Release, NATO, Invocation of Article 5 Confirmed (Oct. 2, 2001), available at <http://www.nato.int/docu/update/2001/1001/e1002a.htm> [last visited Sept. 2008]; *Würtenberger*, Das Polizei- und Sicherheitsrecht vor den Herausforderungen des Terrorismus, in: *Masing/Jouanjan*, Terrorismusbekämpfung, Menschenrechtsschutz und Föderation, Tübingen 2008, pp. 27–48 (28ff.).

7) Security Council Resolution 1368, UN SCOR, 56th Sess., 4370th mtg. at 1, UN Doc. S/Res/1368 (2001); Security Council Resolution 1373, UN SCOR, 56th Sess., 4385th mtg. at 1, UN Doc. S/Res/1373 (2001).

8) See, e.g., *Fletcher/Ohlin*, *Defending Humanity*, Oxford 2008, pp. 30–106. See also III.A., *infra*.

9) See *Diwell*, Der ganzheitliche Bekämpfungsansatz – eine neue Strategie in der Auseinandersetzung mit dem islamistisch motivierten Terrorismus, in: *Griesbaum et al.* (eds.), *Strafrecht und Justizgewährung*, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, Berlin 2006, pp. 101–109 (107).

only led by the judiciary and the police by means of criminal law and police law but also by the military based on the law of war. Thus, not only in the field of terrorism but also in areas of organized crime, the boundaries between crime and war are becoming blurred both with regard to the underlying phenomena and to their legal provisions.

These processes of the blurring of categories can be observed not only in the context of criminal law and the law of war but also within the various legal branches of internal security law. In many areas of complex crime – such as terrorism, organized crime, economic crime, and cybercrime – criminal law is substituted or replaced by other branches of law: The gathering of evidence is carried out both on the basis of criminal law as well as on the basis of preventive police law and intelligence law. In some countries, the arrest of dangerous persons can not only be based on criminal law, but also on also be based on detention orders of police law or by administrative law. In addition, foreigners who allegedly commit crimes are subject to measures of immigration law.

In view of this trend, the following discussion will shed light on the developments and legal relationships between the above-mentioned subareas in the emerging discipline and the new architecture of security law. It will first deal with internal security law and especially the current extension of criminal law that can be seen in European countries in the fight against terrorism, organized crime, and other complex crimes (the controversial question of *Feindstrafrecht*, so-called “enemy criminal law,” is also discussed). After that it will analyze the application of the law of war outside the established categories of “internal security law”, especially as developed in the United States, as used against the new threats of terrorism.

---

10) The political risks engendered in such circumstances gain in significance when the state itself becomes a global security risk by failing, in fact, to fulfill its local protective function (as a failed state) or normatively (as a lawless state) and, as a result, by creating crime havens (or safe harbors) for organized criminal groups (e.g., the former Yugoslavia) or for terrorists (e.g., Yemen or Somalia) on a global level. On the development of failed states, see *Münkler supra* (n.54), p. 24. On the normative description of failed states, see *Geiß*, “Failed States,” *Die normative Erfassung gescheiterter Staaten*, Berlin 2005. For an overview of the factual bases of economic crime in collapsed states and their international effects, see *Gros*, *Trouble in Paradise – Crime and Collapsed States in the Age of Globalization*, 43 *British Journal of Criminology*, pp. 63–80 (2003).

## II. The Changes Within Criminal Law

The expansion of classical, liberal criminal law beyond its hitherto existing borders can be observed not only in the context of the “war on terror” but also – in many legal systems – in the “wars” on economic crime and organized crime. The developments in these areas are characterized, in general, by a stronger orientation of the criminal law towards prevention and security as well as by the corresponding ability of the state to intervene prior to the commission of a crime and prior to the concretization of suspicion against a particular individual for a particular offense.<sup>11)</sup>

This approach – expressed in terms of categories recognized by the German classification system – encompasses the following developments: A) the attachment of criminal liability at an earlier point in the unfolding of a criminal offense in the field of substantive law; B) the expansion of preventive surveillance measures, the reduction of legal guarantees, and the creation of special competencies in the context of criminal procedure; C) the increase in the obligations of private persons to cooperate both in anticipation of criminal proceedings as well as and independent of such proceedings; D) the creation of inter-institutional and international task forces as part of a new “architecture of security”; and E) the introduction of new measures in criminal and administrative law that limit the liberty of persons presumed dangerous.

### A. Earlier Attachment of Criminal Liability in Substantive Criminal Law

In substantive law, the earlier attachment of criminal liability is evident, for example, in the reaction to the risks posed by complex offender constellations, especially the risks posed by criminal offenses committed on the basis of a division of labor by organized offender groups, networks, or cells: legislatures all over the world have responded and case law ensued in connection with

11) See *Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, Berlin 1992; *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Vol. 97 (1985), pp. 751–785, as well as the discussion of Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) Vol. 47, p. 214 in *Rath*, Bandenmitgliedschaft durch Zusage späterer Gehilfentätigkeit?, Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA) 2003, pp. 823–840. For commentary on the subsequent critique expressed by the Frankfurt school in the 1990s, see *Schünemann*, Kritische Anmerkungen zur Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA) 1995, pp. 201–229 (210f.).

these risks - especially those posed by organized crime and terrorism - by enacting so-called “organizational offenses” or “membership crimes” (such as providing support to criminal or terrorist organizations), conspiracy-related offenses, special legal instruments that facilitate the attribution of criminal liability (such as joint criminal enterprise, vicarious liability, and strict liability), as well as by establishing other means of providing for the earlier attachment of criminal liability.<sup>12)</sup> A comparable, substantive-legal emphasis on new, supra-individual legal interests, represented by abstract endangerment offenses (*abstrakte Gefährdungsdelikte*),<sup>13)</sup> and possession offenses, is also apparent in the areas of economic crime (particularly environmental crime) and organized crime.<sup>14)</sup>

---

12) In the “*organizational offenses*” or “*membership crime*” context, for a discussion of the definition of “criminal associations,” see BGH, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2005, pp. 80–83; for criticism of expanding offenses to include even earlier stages, see *Jakobs supra* (n.4) HRRS 2006, p. 295; *Roxin*, in: *Dolcini/Paliero* (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, pp. 717–737 (734); *Schroeder, F.-C.*, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlin 1985, pp. 17, 28–29; for a discussion of the Europeanization of the definition of “association,” see *Kreß*, *Das Strafrecht in der Europäischen Union vor der Herausforderung durch organisierte Kriminalität und Terrorismus*, *Juristische Arbeitsblätter* (JA) 2005, pp. 220–228; von *Heintschel-Heinegg*, *Gemeinschaftskonforme Auslegung des Vereinigungsbegriffs in den §§ 129 ff. StGB*, in: *Hoyer et al.* (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg 2006, pp. 799–808. For a discussion of *conspiracy offenses* in the United States, see *Katyal*, *Conspiracy Theory*, 112 *Yale Law Journal* (Yale L.J.), pp. 1307–1398 (2003); *Siesseger*, *Conspiracy Theory: The Use of the Conspiracy Doctrine in Times of National Crisis*, 46 *William & Mary Law Review* (Wm & Mary L. Rev.) pp. 1177–1218 (2004). For a discussion of the *special legal instruments in use at the international criminal law level* to facilitate the attribution of criminal liability, see *Danner/Martinez*, *Guilty associations: joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of an international criminal law*, 93 *California Law Review* (Cal. L. Rev.), pp. 75–169 (102ff.) (2005). See also the discussion at II.E., *infra*.

13) “Abstract endangerment offenses” – such as drunk driving – are conduct offenses that are penalized because of the general or abstract dangerousness of the *actus reus* to certain protected legal interests (actual danger is not a definitional element of such offenses).

14) See *Jakobs supra* (n.4), *ZStW* Vol. 97 (1985), pp. 751–785. On the subject of supra-individual legal interests and endangerment offenses, see *Greve*, *Sheep or Wolves*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2005, pp. 515–532; *Hassemer*, *Sicherheit durch Strafrecht*, *Strafverteidiger* (StV) 2006, pp. 321–332 (326f.); *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Cologne 2002; *Tiedemann*, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen 1969, pp. 111ff.; *Wohlens*, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – Zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, Berlin 2000; *Zieschang*, *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin 1998, pp. 214–220, 245–251, 388–393. For a discussion of possession offenses, see *Struensee*, *Besitzdelikte*, in: *Samson* (ed.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden 1999, pp. 713–729.

The relationship between these early-attachment crimes and the prevention paradigm analyzed above is particularly obvious in recent deliberations of the German Federal Ministry of Justice on the criminalization of activities in anticipation of offenses prohibited by § 129a German Criminal Code:<sup>15)</sup> the criminalization of participation in terrorist training abroad, currently the subject of debate, would help prevent potential terrorist attacks by allowing law enforcement to take early, preventive action against persons – including potential “sleepers” – (e.g., upon their return to Germany).<sup>16)</sup> In such cases, the earlier attachment of the protections afforded by the criminal law is often accompanied by an increase in the prescribed sentencing range.<sup>17)</sup>

## B. Procedural Changes

The increased risks as well as the investigative and evidentiary problems encountered in the context of new complex criminality have consequences particularly for the law of criminal procedure. For example, more prevention-oriented steps are being taken prior to the concretization of suspicion, such as preventive “dragnet investigations”<sup>18)</sup> or covert IT-supported intervention and surveillance operations that enable authorities to investigate citizens’ conversations, telephone calls, computer data, whereabouts, and bank accounts and to collect large amounts of personal, stored data.<sup>19)</sup> In the future, a

15) See Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Aufenthalts in terroristischen Ausbildungslagern, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/7958 of 30. 1. 2008. A changed version of the law was presented by the Ministry of Justice on 21.04.2008. According to a press release from the Ministry of Justice dated 29.09.2008, the revised draft law has been agreed upon among the responsible federal ministries, the federal states, and the involved associations. Subsequently, the federal cabinet will deal with the draft law in October 2008.

16) See I.E., *infra*. For a discussion, from an American perspective, of the legislative options with regard to the issue of “sleepers,” see *Chesney*, 42 Harvard Journal on Legislation (Harv. J. on Legis.), pp. 1–89 (2005). See also 18 USC §§ 2339–2339D.

17) See also *Hassemer*, *supra* (n.1413), StV 2006, p. 323.

18) On the use of preventive “dragnet” searches, see Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2006, pp. 1939–1951; *Lisken*, Zur polizeilichen Rasterfahndung, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2002, pp. 513–519.

19) On the practice and efficiency of telephone surveillance in Germany, see *Albrecht/Grafe/Kilchling* Rechtswirklichkeit der Auskunftserteilung über Telekommunikationsverbindungsdaten nach §§ 100g, 100h StPO, Freiburg 2008 and *Albrecht/Dorsch/Krüpe*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, Freiburg 2003. On the role of intelligence agencies, see *Paeffgen*, „Vernachrichtendienstlichung“ von Strafprozeß-(und Polizei)recht im Jahr 2001, Strafverteidiger

combination of these investigative methods with the techniques of risk profiling could lead to the development of new, global systems of surveillance of “suspicious” or “dangerous” persons.<sup>20)</sup> German legal reform measures undertaken after the attacks of September 11, 2001 demonstrate that the secret gathering and linking of information from the (repressive) criminal justice system, preventive police work, as well as the activities of various civil and military intelligence agencies are essential cornerstones in counterterrorism activities.<sup>21)</sup> The notion of “preparing for criminal prosecution” (*Vorsorge für die Strafverfolgung*),<sup>22)</sup> which is linked to these actions demonstrates the blending of prevention and repression. Thus, the trend towards a decisive, preventive role for the criminal law – already illustrated by the availability of preventive (pre-trial) custody, the expansion of the law of non-punitive sanctions, and, in particular, preventive post-imprisonment detention – is reinforced.<sup>23)</sup>

Furthermore, the law of criminal procedure has been subject to a stripping away of legal guarantees and safeguards. This is best illustrated on the international level by the freezing of assets of suspected terrorist organizations in administrative supranational proceedings without adequate consideration of the procedural rights of the concerned persons.<sup>24)</sup> Further examples are manifold. In France, the possible duration of police custody based on the criminal law – especially for organized crime and terrorism – has been extended to four and six days. As a result, rule-of-law guarantees attached to custodial detention,

---

(StV) 2002, pp. 336–341; *Paeffgen*, Vernachrichtendienstlichung des Strafprozesses, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* (GA) 2003, pp. 647–671

20) See also *Albrecht*, Der Wandel im Konzept der Sicherheit, *Juristische Ausbildung* (JURA) (Ungarn) 2005/2, 7–19, 11f.; *Klett-Straub*, Data Screening of Muslim Sleepers Unconstitutional, 7 *German Law Journal*, pp. 967–975 (2006).

21) See also II.F., *infra*.

22) See *Weßlau*, Vorfeldermitteilungen: Probleme der Legalisierung „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ aus strafprozeßrechtlicher Sicht, 1989; *Wolter*, 35 Jahre Verfahrensrechtskultur und Strafprozessverfassungsrecht in Ansehung von Freiheitsentziehung, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* (GA) 1999, pp. 158181; *Kühne*, *Strafprozessrecht*, 6th ed. 2003, margin no. 393.

23) See II.E, *infra*.

24) On the *freezing of funds and other financial resources* on the basis of administrative regulations and on the lawfulness of such regulations on the European – and international – level, see Judgment of the Court of Justice of the European Communities of 03.09.2008, joint Cases C-402/05 P and C-415/05 P (Kadi, Al Barakaat). See also *Meyer/Macke*, Rechtliche Auswirkungen der Terroristenlisten im deutschen Recht, *Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht* (HRRS) 2007, pp 445–465.

such as the requirement of strong suspicion, the right of a detainee to appear before a judge, and the right to inform an attorney, have been weakened.<sup>25)</sup> In addition, the French legal system is shifting the burden of proof by creating a general criminal offense of the inability to account for resources corresponding to lifestyle.<sup>26)</sup> In Germany, the discussion on the legal limits of preventive counterterrorism measures with regard to the use of torture and the downing of hijacked aircraft<sup>27)</sup> is indicative of the extent to which the new risks challenge the traditional limits of criminal law (despite the fact that there is an overwhelming rejection of any form of torture or aggressive interrogation techniques in Germany). In addition, investigation problems and the high incidence of criminal activity lead to the abandonment of a consistent application of norms in favor of consensual settlement strategies such as plea agreements or alternative methods of settlement.<sup>28)</sup> Problems associated with these kinds of informal methods of case settlement are apparent in the United States where, in individual cases, the prosecuting authorities may leverage a

25) See Act No. 2003-239 of 18.3.2003 and Art. 706-88 French *Code de procédure pénale* and *Pfützner*, *Organisierte Kriminalität im französischen Strafverfahren*, Berlin, 2008, pp. 123-180.

26) See, e.g., Art. 321-6 *Code Pénal*, the general criminal offense of the inability to account for resources corresponding to lifestyle, enacted in France in 2006 (see also the corresponding special offense for terrorism in Art. 421-2-3 *Code Pénal*).

27) On the torture debate see *Brugger*, *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter*, *Juristenzeitung (JZ)* 2000, pp. 165-173; *Reemtsma*, *Folter im Rechtsstaat?*, Hamburg 2005; *Saliger*, *Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* Vol. 116 (2004), pp. 35-65; *Roxin*, *Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?*, in: *Arnold et al.* (eds.), *Menschengerechtes Strafrecht*, München 2005, pp. 461-471 (468 f.); *Wittreck*, *Menschenwürde und Folterverbot*, *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2003, pp. 873-882. On the invalidity of the Aviation Security Act provision purportedly conferring authority to down aircraft, see *BVerfG*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2006, pp. 751-761 and *Hetzer*, *Terrorist Attacks - Criminal Prosecution or National Defence?* *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 13, Nos. 1-2 (April 2007), pp. 33-55.

28) On plea agreements, see generally *Bundesgerichtshof (BGH)*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2005, pp. 1440-1447; *Bundesrechtsanwaltskammer* (German Federal Bar Association), *Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren*, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2005, pp. 235-241; *Schünemann*, *Zur Entstehung des deutschen „plea bargaining“*, in: *Lorenz et al.* (eds.), *Festschrift für Andreas Heldrich*, Munich 2005, pp. 1177-1195. For the new solutions in Italy, see *Jarvers*, *Massen- und Kleinkriminalität vor dem italienischen Friedensrichter*, Berlin 2007. For developments across Europe, see *Wade et al.*, *When the line is crossed... paths to control and sanction behaviour necessitating a state reaction*. *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 14, Nos. 2-3 (September 2003), pp. 101-122.

plea agreement by suggesting that the failure to come to an agreement could lead to the recategorization of the suspect as an “enemy combatant” and the transfer of the case to military jurisdiction.<sup>29)</sup>

Some countries have established special prosecution authorities and courts (usually regional) for selected offense types (e.g., for economic crime, organized crime, terrorism, or complex crime).<sup>30)</sup> Other countries have developed special investigative measures, which, in some cases, are even being employed in investigations of ordinary criminal offenses as a result of broadly formulated usage rules and/or extensive predicate offense catalogues.<sup>31)</sup> Also under consideration are special measures to be applied exclusively to specific groups of offenders whose behavior is deemed to represent a permanent breach with society, as described by the German catchphrase *Feindstrafrecht*, which can be roughly translated as “enemy criminal law” (law that applies to those, such as terrorists, who choose to stand “outside of society” and work to destroy its norms and values).<sup>32)</sup> If this catchphrase is not simply used in order to critically describe current developments but rather is formulated as a recommendation concerning steps that should be taken, then the perils of abandoning traditional constraints on criminal law should be readily apparent.

In various countries, however, constitutional courts have limited the

29) See *Meyer*, Plea bargaining im Krieg gegen den Terror, Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (HRRS) 2006, pp. 178–185; *Takei*, Terrorising Justice: An Argument that Plea Bargains Struck under the Threat of “Enemy Combatant” Detention Violate the Right to Due Process, 47 Boston College Law Review (B.C. L. Rev.), pp. 581–626 (2006).

30) In England and Wales, for example, the Serious Organised Crime Agency (SOCA) and the Serious Fraud Office. For an overview of the extent of specialization in criminal justice systems across Europe and in the USA, see the comparative analysis within the MPI’s “Rethinking European Criminal Justice” project, forthcoming, which shows this development to be very common. On the jurisdiction of specialized tribunals for cases of “great complexity” or “extreme complexity” (*grande complexité or très grande complexité*), see Arts. 704 and 706–75 French *Code de procédure pénale*.

31) Traditionally, special coercive measures for selected offenses are available in France, e.g., for terrorist, economic, and financial offenses, corruption at the European level, maritime offenses, military and state security matters, as well as damage to health. For those offenses included in a long catalogue of organized crime offenses, Art. 706–73 ff. *Code de procédure pénale* introduced by Act no. 2004-204 of 9.3.2004 now permits, in addition, an extended term of police detention, expanded telephone surveillance, night searches, covert investigations, as well as acoustic and visual monitoring of rooms. For recent anti-terrorism developments in France, see Act no. 2006-64 of 23.1.2006 and the detailed analysis of *Pfützner*, Organisierte Kriminalität im französischen Strafverfahren, Berlin, 2008.

32) See the references *supra* n.4.

extension of such intrusive measures in the area of criminal law, police law, and law on intelligence agencies. This can be seen especially in Germany, where the Federal Constitutional Court, using the constitutional guarantee of “human dignity” in the context of protecting individual privacy, developed a right of the individual to self-determination relating to personal data and a right to the confidentiality and integrity of information-technological systems. As early as 1983, the Constitutional Court stopped an extensive collection of data for census purposes.<sup>33)</sup> In 1999, the Constitutional Court limited the transfer of data collected by intelligence agencies in strategic telephone tapping for use in the criminal justice system where such far-reaching, intrusive techniques could not have been justified.<sup>34)</sup> In 2004, it limited the application of clandestine acoustic surveillance in private homes to such a broad extent that today the respective provisions are applied extremely rarely.<sup>35)</sup> In 2006, the court restricted “dragnet investigations” to cases of concrete dangers to important legal interests.<sup>36)</sup> A 2008 decision developed strict limitations on the automatic collection and linkage of data obtained by road traffic controls based on the screening of license plates.<sup>37)</sup> In 2008, the Constitutional Court also declared unconstitutional vague provisions of a German state intelligence law permitting clandestine “online-searches” in computer systems.<sup>38)</sup>

In other countries as well as on the European level, the extension of intrusive state powers has also been limited by the courts. In France, for example, the Cour Constitutionnel upheld the special proceedings on organized crime; however, it declared void a provision that had limited the judicial control of the prerequisites for applying these special proceedings.<sup>39)</sup> On the European level, the European Court of Justice declared the system of “smart sanctions” of the UN Security Council illegal.<sup>40)</sup> These court decisions are

33) See Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) Vol. 65, 1–71 (41ff.).

34) See Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) Vol. 100, 313–403 (358ff.).

35) See Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) Vol. 109, 279–301 (308ff.). For an empirical evaluation of the actual practice, see *Meyer-Wieck*, *Der Große Lauschangriff*, Berlin 2005.

36) See Bundesverfassungsgericht *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 1939–1951; *Schewe*, *Das Ende der präventiven Rasterfahndung zur Terrorismusbekämpfung*, *Neue Zeitung für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2007, 174–177.

37) See Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) *Neue Juristische Wochenschrift NJW* 2008, 1505–1516.

38) See *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2008, 822–837.

39) Cour Constitutionnel No. 2004-492 of 2 March 2004. For details, see *Pfützner*, *supra* n.2524, pp. 20–32.

important for upholding the balance between the protection of security and liberty. However, they do not change – but rather confirm – the trend that the new threats of terrorism and organized crime as well as their perception by the public are shifting the balance between security and liberty in favor of security interests.

### C. Obligations of Private Persons

In response to difficulties encountered by the state in carrying out investigations in both the criminal and non-criminal arenas, fundamental changes can also be seen in the increasing obligations of private persons to support criminal investigations. This not only concerns duties to impart knowledge of future terrorist acts to the state,<sup>41)</sup> it also includes duties to submit to and engage in surveillance activities in anticipation of criminal prosecution as well as independent of such proceedings. These obligations encompass both specialized know-how (e.g., for investigations in the complex environment of computer technology<sup>42)</sup>) as well as the creation, disclosure, and analysis of private data sets for preventive purposes and for the purpose of preparing for future prosecution. The latter is clearly evident in efforts to combat money laundering<sup>43)</sup> and to control securities trading<sup>44)</sup> as well as in the area of telecommunications surveillance – with its obligations to make technical

---

40) See n.2423, *supra*.

41) For England and Wales, see section 38b of the Terrorism Act 2000, which makes “failure to disclose information about acts of terrorism” a criminal offence. In Germany, the new draft law of 2008 for the prosecution of the preparation of serious violent acts (presented n.5554, *infra*) also provides for the criminalization of the nondisclosure of knowledge about terrorist acts by extending § 138 Criminal Code.

42) See Bär, *Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren*, Cologne et al. 1992, pp. 367ff., 387ff.; *Kugelmann, Völkerrechtliche Mindeststandards für die Strafverfolgung im Cyberspace – Die Cybercrime-Konvention des Europarates, Telekommunikations- und Medienrecht (TMR) 2002*, pp. 14–23 (18f.).

43) See §§ 2, 3, 6, 9, 11 German Money-Laundering Act (GWG) and Arts. 6ff. of the Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26.10.2005, OJ L 309/15 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing. For a discussion of the situation at the international level, see, e.g., *Pieth, A Comparative Guide to Anti-Money Laundering*, Cheltenham 2004.

44) See §§ 9, 10, 33 para. 1 No. 3 Wertpapierhandelsgesetz (German Securities and Trade Act); Art. 6 para. 6 and Art. 19 of the Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28.1.2003, OJ L 96 on insider dealing and market manipulation (market abuse) (the quoted provisions were not amended by Directive 2008/26/EC).

surveillance techniques available and to preserve data.<sup>45)</sup> The resulting privatization of both (preparation for) criminal prosecution and the maintaining of security<sup>46)</sup> leads in some cases also to interference with privileged relationships (e.g., lawyers are obliged to participate in anti-money-laundering activities).<sup>47)</sup> The desire to make use of private data in order to maintain security will continue to increase in the future, especially with regard to the targeting of suspected terrorists. Software tools already in existence today can generate detailed personality profiles from public sources and databases in no time at all. The large amounts of personal data in the hands of the private sector, the technical possibilities for data mining as well as the corresponding desires on the part of private and public security agencies will lead in many countries to a need for an entirely new dimension of data protection and to the participation of private entities in the provision of security.

#### D. Inter-Institutional and International Task Forces

In order to optimize investigations, the competences of security agencies, previously rigidly separated, are increasingly undergoing consolidation and are being shared by working groups composed of representatives of various – criminal and non-criminal – investigative agencies. Information that used to be

45) On data retention, see Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15.3.2006, OJ L 105/54 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks; *Breyer*, Die systematische Aufzeichnung und Vorhaltung von Telekommunikations-Verkehrsdaten für staatliche Zwecke in Deutschland, Berlin 2005. On the obligations of private persons with regard to criminal prosecution, see *Hamm*, “Überwachungssicherheit” – wer soll sicher vor wem oder was sein?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, pp. 3100–3101 as well as the requirements in Art. 19 para. 4 of the Convention on Cybercrime, ETS No. 185 of 8.11.2001 (on this point, see also Explanatory Report, paras. 200–202).

46) See *Ziercke*, Internationale Erscheinungsformen von Kriminalität und Gewalt – internationale Kooperationsformen und die Rolle des BKA, in: *Bundeskriminalamt* (ed.) *supra* (n.54), pp. 33–48 (42ff.).

47) See Directive 2001/97/EC of the European Parliament and of the Council of 4.12.2001, OJ L 344/76, amending Council Directive 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering. For Germany, see the Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus of 8.8.2002, BGBl. I, 2002, 3105; *Herzog/Müllhausen*, Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, München 2006; *Wegner*, Die Reform der Geldwäsche-Richtlinie und die Auswirkungen auf die rechtsberatenden Berufe, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, pp. 794–96.

jealously guarded is now shared, and the possibility of retrieving information from selected databases is no longer reserved for a particular agency. In Germany, representatives from the office of the Attorney General, the police, customs, immigration, intelligence, and the military are working together in inter-institutional task forces as part of a new “architecture of security” with a “comprehensive battle plan.” The task forces also rely on the expertise of private entities responsible for the fight against money laundering. In the context of this cooperation and its supporting “anti-terror file,” the distinction between prevention and repression - central to German security law - is blurred even further.<sup>48)</sup> On the international level as well, supranational governmental networks have been formed to counter transnational offender networks.<sup>49)</sup>

This new “architecture of security” with its flexible elements and institutions is often characterized by a lack of transparency and a lack of control mechanisms. Deficits in control arise particularly when specific instances of cooperation and specific powers of intervention are decided upon at the international level and implemented by means of intergovernmental cooperation at the executive level. This is due to the fact that, in comparison to the national level, this level is subject to greater deficits in the areas of democracy and transparency. The practical importance of police manuals and “best practice” guides is illustrated, for example, by the fact that they are part of the “acquis” as far as candidate countries to the European Union are concerned. The fragmentation of international bodies that deal with security issues and recent efforts to improve coordination - such as the peer review procedures of

---

48) See the so-called Common Files Act [*Gemeinsame Dateien-Gesetz*] Bundesgesetzblatt (BGBl.) I 2006, 3409. On the new “architecture of security” and the new anti-terror file, see *Nehm*, Das nachrichtendienstliche Trennungsgesetz und die neue Sicherheitsarchitektur, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2004, pp. 3285–3295; *Roggan/Bergemann*, Die neue Sicherheitsarchitektur der Bundesrepublik Deutschland, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2007, pp. 876–881; *Ruhmannseder*, Vernetzte Terrorismusbekämpfung mit Hilfe der sog. Antiterrordatei, *Juristische Ausbildung* (JA) 2008, pp. 373–375; Schily, in: *Bundeskriminalamt* (ed.) *supra* (n.54), pp. 7–16, pp. 12f.; *Würtenberger*, *supra* (n.65), in: *Masing/Jouanjan*, Terrorismusbekämpfung, Menschenrechtsschutz und Föderation, pp. 30–36; *Zöller*, Der Rechtsrahmen der Nachrichtendienste bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus, *Juristenzeitung* (JZ) 2007, pp. 763–771.

49) See *Albrecht supra* (n.2019), *JURA* (Ungarn) 2005/2, 7–19, 17; *Diwell supra* (n.98), Berlin 2006, pp. 101–109 (103ff., 109); *Nadelmann*, *Cops Across Borders: The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement*, Cambridge, MA 1993, pp. 103–88. For the example of the EU Police Chiefs Operational Task Force, see *Peers*, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford 2006, pp. 541–2 and JHA Council press release 14615/04, 19th November 2004.

the OECD, the Council of Europe, the European Community, and the UN<sup>50)</sup> - add to the complexity and lack of transparency of intergovernmental cooperation. This is especially true of cooperation among executive agencies that takes place in the context of loosely associated, flexible networks. The problems of control and legitimacy experienced by these multi-level systems are particularly apparent in the context of the international prosecution of terrorism, when far-reaching executive powers - often undertaken in an extraterritorial context - are claimed and exercised for the purpose of the taking into custody of suspects,<sup>51)</sup> the “freezing” of their assets,<sup>52)</sup> telephone surveillance,<sup>53)</sup> or obtaining access to data available from the Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT).<sup>54)</sup> Virtually all the problems associated with the territorial and functional limits of criminal law are in evidence here.

#### E. Measures Limiting the Liberty of the “Presumed Dangerous”

Important changes both within and independent of the criminal law come about as the result of new measures that impinge upon the liberty of supposedly dangerous individuals. This issue is clearly illustrated, for example, by the question of whether and how to proceed in the case of a person who travels to a terrorist training camp, who returns from such a camp, or who for other reasons is suspected of being a terrorist “sleeper” or is presumed dangerous, even though the person has never been convicted of criminal activity.

In an attempt to deal with these problems, the German Government is currently planning a solution that would extend the concept of earlier attachment of criminal liability in substantive criminal law as described above beyond the aforementioned “membership crimes” and “conspiracy crimes,” which do not apply if terrorism is no longer organized by structured groups or

50) See *Sieber*, Strafrechtsvergleichung im Wandel, in: *Sieber/Albrecht* (eds.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, Freiburg 2006, pp. 78-151, pp. 88, 90. See also the articles in *Biolley/Weyembergh* (eds.), Comment évaluer le droit pénal européen, Brüssel 2006.

51) See III.D. and E., *infra*.

52) See II.B. n.2423, *supra*.

53) For the interception of private and commercial communications by means of the Echelon interception system, see the report of the European Parliament of 11.7.2001, A5-0264/2001 PAR1.

54) “Bank Data Is Sifted by U.S. in Secret to Block Terror,” *The New York Times*, 23.06.2006, see also European Parliament resolution on the interception of bank transfer data from the SWIFT system by the US secret services, 06.07.2006.

by fixed agreements but only in loose networks and non-binding relationships. In response to this change in terrorist activities, a draft law now proposes the addition of two new provisions to the German Criminal Code on the preparatory acts of single perpetrators: “preparation of a serious violent act endangering the state” (draft § 89a Criminal Code), “initiation of contacts in order to commit a serious violent act endangering the state” (draft § 89b Criminal Code) and “guidance to commit a serious violent act” (draft § 91 Criminal Code).<sup>55)</sup> The first provision would criminalize the preparation of serious violent acts by giving or receiving certain instructions, by possessing or transferring weapons or dangerous substances and items, or by collecting funds. The second provision would cover the contact with criminal organizations with the aim to receive training in preparation for committing serious violent acts. The third provision would punish the appraisal or distribution of texts containing instructions for committing serious violent acts or the appropriation of such texts with the intention to commit a serious violent act. These provisions could enable the taking of preventive action against certain “sleepers” in specific and clearly described cases at an early stage.

However, the potential for legislative over-reaching in the enactment of preventive, “anticipatory” criminal offenses and the potential for an abuse of detention while awaiting trial based on the likelihood of recidivism (an existing basis for detention in the context of selected offenses, § 112a German Code of Criminal Procedure) clearly illustrate the problems and dangers of such a “system change” that sees criminal law serving direct preventive purposes.<sup>56)</sup> This is particularly true when the implementation of measures is triggered by these anticipatory offenses, such as the broadly drafted statutes on criminal and terrorist organizations in §§ 129 and 129a German Criminal Code, which already allow significant procedural intervention with an eye towards prevention.<sup>57)</sup> Thus, the achievement of direct preventive purposes by means of

55) See Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/11735 of 27.01.2009.

56) On rule-of-law and criminal policy criticisms of § 112a German Code of Criminal Procedure, see *Hassemer supra* (n.1413), StV 2006, pp. 321–332, (323ff.); *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25th ed. Munich 1998, § 30 margin no. 13f. On “apocryphal” grounds for detention, see *Spinellis*, Erklärte und “apokryphe” Ziele, Funktionen und Gründe der “vorläufigen Haft” im griechischen Strafprozess, in: *Hoyer et al.*, Festschrift für F.C. Schroeder, Heidelberg 2006, pp. 861–875 (867ff.). On the potential application of §§ 112 para. 3 and 112a German Code of Criminal Procedure on suspected terrorists, see *Walther*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2007, pp. 464–475, pp. 467f.

the criminal law raises additional and difficult questions as to the definition of the legal interest injured by the incriminating act and as to the justification of such an early “anticipatory” attachment of criminal liability.<sup>58)</sup> The example of a sojourn in a terrorist training camp points to the fact that, given its classic, traditional tasks of repression and protection of legal interests as well as its principle of personal culpability, criminal law, from a systematic perspective, is fundamentally unsuited for the pursuit of purely preventive goals.

Yet, the rigorous requirements of post-imprisonment preventive detention (§ 66 German Criminal Code) show that, when tied to the safeguards afforded by the criminal law, purely preventive measures against “dangerous persons” can also be regulated in an independent “track.”<sup>59)</sup> Although post-imprisonment preventive detention and other security measures do not incorporate the principle of culpability, the cumulative influence of the requirement of repeated convictions of serious crimes, the criminal procedural guarantees, and the prognosis – subject to judicial evaluation – regarding future dangerousness provide better safeguards than those offered by preventive police measures.

Thus, the question remains open as to whether a linkage – still to be defined more clearly – between highly invasive preventive measures and the criminal law – with its tie to a concrete, door-opening offense, its oversight by an independent prosecutor, its subordination to judicial authority, and its other safeguards – is not better suited for the protection of liberty than is a classic, traditional police law, which relies on an imprecise concept of danger and is limited only by the principle of proportionality (but whose actions today also

57) For a critical assessment of these organizational crimes, see n.1211, *supra*.

58) On the – controversial – value of the “Rechtsgut” (legal interest) theory, see *Roxin*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil – Grundlagen*, 4th ed. Munich 2006, § 2 margin nos.1–141 (margin nos. 2ff.); *Dubber*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* Vol. 117 (2005), pp. 485–518 (501ff.); *Hassemer/Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (eds.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 3rd ed. Baden-Baden 2006, preliminary remarks to § 1 margin no. 108–95; *Wohlens*, *Rechtsgutstheorie und Deliktstruktur*, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)* 2002, pp. 16–20 (16f.).

59) See *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* Vol. 109, pp. 133–190 (133ff.). On the categorization of post-imprisonment detention (*Sicherungsverwahrung*) as criminal law in terms of the Basic Law’s allocation of power, see *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2004, pp. 750–761. On the jurisprudence of the Federal Supreme Court (BGH) regarding the newly enacted § 66b German Criminal Code (preventive detention imposed subsequent to prison sentence), see the judgments in *Strafverteidiger (StV)* 2006, pp. 63–71; see also *Ullenbruch*, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung – heikle Materie in den Händen des BGH!*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2006, pp. 1377–1385.

require the imprint of judicial authority. There are good reasons why the present German police law operates within a severely limited framework and foresees police authority to take “dangerous persons” (soccer hooligans, for example) into custody for only a short period of time.<sup>60)</sup>

English law, however, exemplifies the advantages and disadvantages of a unified police and criminal law system that does not strictly differentiate between repression and prevention. With its newly created control orders, the English system provides police and courts with far-reaching security powers and has already established standardized procedures for a derogation from human rights obligations as permitted by Art. 15 ECHR.<sup>61)</sup> This model of excessive police law can lead to more severe restrictions of human rights than the German model of overloading criminal law with preventive tasks.

#### F. The Emergence of a New Security Law

The previous analysis shows that, in the course of the described developments, classical legal categories have become blurred as have the protective guarantees associated with them: the twin needs of engaging in preventive activities and identifying “suspicious” or “dangerous” persons are primarily responsible for the extensive breakdown of the distinction between *repressive criminal law responses and preventive police activities* – a distinction that is (or was) fundamental to Continental European criminal law. This is especially true when the gathering of information in the areas of organized

60) See, e.g., § 28 PolG-BW (Police Law, Baden-Württemberg); Arts. 17, 20 BayPAG (Bavarian police law) (detention for a maximum of two weeks). See also the draft of Art. 24e Schweizer Bundesgesetz zur Wahrung der inneren Sicherheit (Swiss domestic security law) (24-hour limit).

61) For information on control orders, see the Prevention of Terrorism Act 2005 of 11.3.2005. On anti-terror measures in the United Kingdom, see also the Terrorism Act 2000 of 20.7.2000, the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 of 14.12.2001, and the Terrorism Act 2006 of 30.3.2006 as well as the House of Commons/Home Affairs Committee, Terrorism Detention Powers, Fourth Report of Session 2005-06, Vol. 1, London, 20 June 2006. For an overview of the Government's Counter-Terrorism Proposals, see House of Commons, Home Affairs Committee, The Government's Counter-Terrorism Proposals, First Report of Session 2007-08, Vol. I, 13.12.2007, HC 43-I, pp. 6ff. In January 2008, a new Counter-Terrorism Bill was introduced into Parliament. By means of this bill, the government seeks to extend the maximum duration of pre-charge detention for terrorist suspects from 28 days to 42 days, see Joint Committee on Human Rights, Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Tenth Report): Counter-Terrorism Bill, Twentieth Report of Session 2007-08, 12.05.2008, HL 108/HC 554, pp. 6ff.

crime and terrorism is not linked to the concrete suspicion of a specific criminal act but rather to a more or less abstract security risk. One result of this emphasis on prevention is that the regulation of new methods of intervention designed to combat terrorism is no longer located solely in the law of criminal procedure but can be found in police law as well. The extension of preventive police powers becomes obvious in the new German law on the Federal Police Agency providing many coercive powers of the criminal law system, which are, however, linked to similar procedural safeguards as in the traditional criminal law system.<sup>62)</sup>

Similar developments can be found in the area of the law on *intelligence agencies*, which have gained more intrusive coercive powers as well as the right to transmit certain results of their investigations to traditional criminal law authorities.<sup>63)</sup> A main focus of the German legal reform measures after the attacks of September 11, 2001 has been on establishing new powers of the various intelligence and police agencies to demand and access all types of information and to link the relevant data in a combined “counter-terrorism-database.” As mentioned above, this database can be accessed by federal and state police agencies, the various federal and state intelligence agencies, and the customs and excise agency (*Zollkriminalamt*).<sup>64)</sup> Thus, in Germany, the above-mentioned strengthening of central federal police powers as well as the improved cooperation and the improved data sharing among different (especially police and intelligence) agencies has led to a fundamental shift in the architecture of security law, namely, to a serious (but still limited) erosion of the principles of a horizontal separation of decentralized state police powers as well as the “principle of separation” of police and intelligence agencies (the so-called *Trennungsprinzip*). Both principles were installed after World War II as a reaction to the abuses of power by the formerly centralized “secret state

62) See Bundeskriminalamtgesetz of 7. Juli 1997 (BGBl. I S. 1650), most recently amended by Article 1 of the Law of 25 December 2008 (BGBl. I S. 3083).

63) See *Sieber*, Ermittlungen in Liechtenstein, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2008, pp. 881–886. The article examines the recent case in which the German foreign intelligence agency (*Bundesnachrichtendienst*) purchased a huge amount of customer data from a former employee of a Liechtenstein trust. The data contained information on both serious cases of money laundering (for which the foreign intelligence agency is competent) and on instances of tax fraud (for which the agency is not competent). The *Bundesnachrichtendienst* passed on the information concerning tax fraud to the tax authorities, who used it to initiate criminal proceedings.

64) See *Würtenberger*, *supra* (n.65), in: *Masing/Jouanjan*, Terrorismusbekämpfung, Menschenrechtsschutz und Föderation, p. 36.

police,” the Gestapo.<sup>65)</sup>

Security is also pursued by means of other areas of administrative law, such as *immigration law*, foreign trade law, and telecommunications law. Since foreigners are often considered particularly dangerous and since they are subject to regulation by immigration law and other laws applicable only to non-citizens, numerous countries now have a “dual legal system” that distinguishes between nationals and non-nationals.<sup>66)</sup> In addition to traditional deportation, such systems also expose the latter to detention without charges, non-recognition of the presumption of innocence, and “ethnic profiling.”<sup>67)</sup>

However, the most significant consequences of the additional application of another category of law and an “outsourcing” of crime prevention to other legal branches outside criminal law can be witnessed with respect to the application and expansion of the law of war, which will be described in the following.<sup>68)</sup>

### III. The Application and Expansion of the Law of War

The dissolution, described above, of the categories of domestic and international security as well as of those of crime and war in the context of

65) See *Würtenberger*, *supra* (n.65), in: *Masing/Jouanjan*, Terrorismusbekämpfung, Menschenrechtsschutz und Föderation, pp. 30–36.

66) On the amended German immigration law and its role in the fight against terrorism, see *Marx*, Terrorismusvorbehalte des Zuwanderungsgesetzes, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* (ZAR) 2004, pp. 275–282; *Tams*, Die Abschiebungsanordnung nach § 58 a Aufenthaltsgesetz, *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl.) 2005, pp. 1482–1487; *Welte*, Die Meldepflicht gefährlicher Ausländer, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* (ZAR) 2006, pp. 381–383.

67) See *Eckert*, The Politics of Security, Max Planck Institute for Social Anthropology Halle, Working Papers No. 76, 2005. On the possibility in the United States of denationalizing naturalized citizens, see *Hooker*, The Past as Prologue: *Schmerman v. United States* and Contemporary Questions – Citizenship and Denationalization, 19 *Emory International Law Review* (Emory Int'l L. Rev.), pp. 305–81 (2005). On the possibility in Canada of detaining foreign nationals in a special deportation proceeding, see the “security certificate” procedure set out in Part I Division 9 of the Canadian Immigration and Refugee Protection Act (judicial review of detention and subsequent deportation may take place in the absence of the detainee and the detainee’s attorney and on the basis of secret information).

68) For these changes, see – in addition to the references *supra* n.4847 – also *Herzog*, “Terroristische Netzwerke” und para-totalitäres Strafrechtsdenken, in: *Nuoto, Kimmo* (ed.), *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*, Helsinki 2007, 111–117; *Jung*, Uses and Abuses of Criminal Law Responses to Terrorism, in: *Nuoto, Kimmo* (ed.), *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*, Helsinki 2007, 97–109 (106ff.).

the new “asymmetrical wars” being waged between nation states and international networks has prompted some states to consider terrorism from the perspective of external security. The following resort to measures drawn from the law based on the paradigm of war in the efforts to combat terrorism has the perceived benefit for states of significantly expanding the scope of their intrusive powers.<sup>69)</sup>

The discussion on the application of military force international humanitarian law to suspected terrorists — which had previously been limited used chiefly to by the United States and Israel — gained a certain (limited) currency in Germany in early 2007: A draft law was put forward by the German Minister of the Interior that would amend Art. 87 a para. 2 of the German Basic Law to allow the German military to shoot down a hijacked aircraft. In a previous decision on the Aviation Security Act (*Luftsicherheitsgesetz*), the German Constitutional Court had ruled out such military action as a violation of the Basic Law.<sup>70)</sup> A similar development can be witnessed in Italy, where the government is planning to use military paratroopers to fight organized crime.<sup>71)</sup> These cases do not deal with the application of international humanitarian law to cases of terrorism but only with the enforcement of national public law by military force.

This shift to the paradigm of the law of war is perhaps most more clearly illustrated by the counter-terrorism measures adopted by the United States. Indeed, the development of the concept of “war on terror” by the US government not only serves the rhetorical purpose of mobilizing all resources (as would be the case in a “war on poverty”) but also serves as a means of legitimizing forms of legal intervention that are incompatible with the classic (peacetime) “law enforcement” approach.<sup>72)</sup> In addition, the powers purportedly

69) *Ackerman*, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven 2006, p. 13.

70) See *supra* n.2726. On the new alliances between the police and the military, see for Germany *Ziercke*, in: *Bundeskriminalamt* (ed.) *supra* (n.54), pp. 33–48 (44 f.); *Kästner*, *id.*, pp. 71–72. Otherwise, up until now, military action against terrorism has been broadly rejected in Germany, see *Schily*, in: *Bundeskriminalamt* (ed.) *supra* (n. 4847), pp. 7–16 (13 f.) Thus, the Federal Constitutional Court decision on the Aviation Safety Act mentioned in the text did not deal with the involvement of military forces in defensive or combat missions but rather in their providing administrative assistance to the police. See *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2006, pp. 751–761 (754ff.).

71) See, e.g., *Süddeutsche Zeitung* No. 225 of 26 Sept. 2008, p. 9.

72) See *Ackerman*, *The Emergency Constitution*, 113 *Yale Law Journal* (Yale L.J.), pp. 1029–1091 at 1032ff. (2004); *Meierhenrich*, *Analogies at War*, 11 *Journal of Conflict and Security Law*, pp. 1–40 at 7ff. (2006).

stemming from the law of war as well as other claimed powers can be interpreted by the executive extremely broadly. Indeed, such interpretations have led to substantial legal controversy. The American “war on terror” is a striking example of the fact that the combination of various individual reforms may lead to serious violations of traditional fundamental values, even in a state with a well-established tradition of protecting these rights. The American example also shows that in many cases the violation of human rights through measures adopted in the context of the “war on terror” must not be intentional as such, but are instead the unfortunate by-product of an approach aimed at combating terrorism in which security objectives are considered paramount and the strict adherence to human rights norms is seen as hindering the optimal pursuit of these objectives.<sup>73)</sup> Indeed, in the aftermath of the terrorist attacks of September 11, 2001, this reality has led to the strengthening of the perception in the Bush administration that human rights and due process rights bear a more antagonistic relationship to national security interests than a complimentary one.<sup>74)</sup> However, since the outbreak of hostilities in Afghanistan and the broadening of the “war on terror,” the US judiciary has played a significant counter-role in attempting to limit actions taken by the executive and legislative branches that may unduly sacrifice civil liberties in the name of national security.<sup>75)</sup> It is therefore imperative in seeking to understand this phenomenon that the individual elements whose combined effects have led to the apparent conflict between national security and civil liberty in the United States be more closely examined within their overall context.

The following remarks analyze this process of fighting terrorism by means of the law paradigm of war using the United States as an example, since the legal development in this country shows that not even a country that has traditionally been seen as a long-standing representative of liberty and as the leader of the free world is immune to such developments if it is heavily targeted by the new conflicts and asymmetric wars. The analysis of the responses of the United States to the attacks of September 11, 2001 based on the “paradigm of war” illustrates the application, extension, and even the abuses of the law of war in reacting to such situations. The following sections

---

73) Donnelly, International Human Rights: Unintended Consequences of the War on Terrorism, in: *Weiss/Crahan et al. (eds.), Wars on Terrorism and Iraq: Human Rights, Unilateralism and U.S. Foreign Policy*, Routledge, New York 2004, p. 104.

74) *Donnelly supra* (n.7372), at 106.

75) E.g., *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008) at 2276-77.

will address A.) the justification of the law of war in specific areas of crime, B.) the use of special “war powers,” C.) the reduction of procedural rights, D.) the deprivation of liberty in special facilities, and E.) extraordinary and irregular renditions and abductions.

#### A. Justification for Implementing the “Law of War” Paradigm

The American concept of “war on terror” has been used primarily to justify powers stemming from the law of war that far exceed the scope of measures at the state’s disposal pursuant to criminal law and police law. This concept of broadening intrusive coercive powers can be illustrated with two examples: In strict contrast to the law of criminal procedure and police law, international humanitarian law as interpreted by the US allows for the killing of individuals actively engaged directly participating in hostilities (and therefore of presumed terrorists) under certain conditions.<sup>76)</sup> Combatants Persons directly participating in hostilities, who are suspected of being terrorists may also be imprisoned for the duration of the conflict – without any evidence of a concrete criminal offense.

Prior to September 11, 2001, however, the provisions of international humanitarian law that allowed for the killing of enemies and for this kind of detention were clearly premised upon an armed conflict with identified geographical and temporal boundaries. Against this backdrop, the use of the “war” paradigm in the terrorism context may have particularly egregious human rights consequences given the lack of such limitations. As a result, some have been led to qualify the war on terror as a “war without end.”<sup>77)</sup>

76) The legal perspective on targeted killing of terrorist enemies has been extensively discussed in Israel. See *Gross, The Struggle of Democracy Against Terrorism*, Charlottesville, 2006, pp. 220ff.; see also the comprehensive decision by the Israeli High Court of Justice HCJ 769/02 of 13.12.2006. In this decision, Israel’s highest court considers as self-evident the fact that criminal measures to fight terrorists are insufficient. However, in his opinion, Chief Justice *Barak* – unlike the Bush administration – does not recognize the existence in international armed conflicts of the category “unlawful combatants” in addition to the categories “combatants” and “civilians.” He justifies the legality of targeted killing by seeing it as an action, permitted by the law of war, against civilians who support active combatants (see paras. 30ff.); for a slightly different interpretation, see the concurring opinion of Vice President *Rivlin*, who considers it unimportant whether the newly recognized category is derived from the existing combatant category (“unlawful combatants”) or from the existing civilian category (“uncivilized civilians”) (see para. 2 of his opinion).

77) *Ehrenreich Brooks, War Everywhere: Rights, National Security, and the Law of Armed Conflict in the Age of Terror*, 153 *University of Pennsylvania Law Review* (U. Pa. L.

From the Bush administration's perspective, the theoretical justifications advanced to justify the declaration of "war" were the attacks on American interests perpetrated by Al Qaida and the Taliban, characterized as "acts of war" by the United States, as well as the fatwa signed by Osama Bin Laden himself "declaring war on the United States."<sup>78)</sup> The administration has argued that these events have drawn the country into a continuing, long-term armed conflict. Furthermore, as noted above, this rationale has been extended beyond the geographical limits of the conflict with the Taliban in Afghanistan and has been progressively expanded to address all forms of international terrorism.<sup>79)</sup> Indeed, the Bush administration claimed that it may attack suspected terrorists at any time, regardless of their geographical location, and may imprison them for the duration of the "war on terror."<sup>80)</sup>

The US Supreme Court's opinion in *Hamdi*,<sup>81)</sup> however, imposed important limits on this argument. In that judgment, the Court held that "indefinite detention for the purpose of interrogation is not authorized."<sup>82)</sup> It nonetheless found that detention for the purpose of preventing the detainee from rejoining the hostilities was justified as long as "United States troops are still involved in active combat in Afghanistan" and not for the duration of the "war on terror" as such.<sup>83)</sup> In *Boumediene v. Bush*,<sup>84)</sup> the June 2008 decision on the rights of suspected terrorist detainees, the Supreme Court reaffirmed that given the possible length of American military involvement in Afghanistan, the imprisonment of detainees could potentially be lengthy, lasting a generation or more.<sup>85)</sup>

## B. Use of Special "War Powers"

The new mechanisms described above are supplemented by a second type

---

Rev.), pp. 675–761 at 725ff. (2004).

78) *Ehrenreich Brooks supra* (n.7776), 153 U. Pa. L. Rev., pp. 675–761 at 717 (2004).

79) See *Bellinger*, Fifth Anniversary of September 11th Attacks, Remarks, Rome, September 11, 2006, [http://useu.usmission.gov/Dossiers/US\\_EU\\_Combat\\_Terrorism/Sep1106\\_Bellinger\\_Rome.asp](http://useu.usmission.gov/Dossiers/US_EU_Combat_Terrorism/Sep1106_Bellinger_Rome.asp) [last visited Sept. 2008].

80) On the merits of this justification, see *Ackerman supra* (n.7271), 113 Yale L.J., pp. 1029–1091, 1032ff. (2004). See also *Fletcher/Ohlin*, *Defending Humanity*, Oxford et al. 2008. For further references see also *infra* note 120119.

81) *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S. Ct. 2633, 2634 (2004).

82) *Hamdi*, 124 S. Ct. at 2641.

83) *Hamdi*, 124 S. Ct. at 2642.

84) *Boumediene*, 128 S. Ct. 2229 (2008).

85) *Boumediene*, 128 S. Ct. at 2270.

of extraordinary powers that are also grounded in the law paradigm of war. According to the Bush administration, the President could rely on the “war powers” vested in him by the US Constitution in his capacity as “commander in chief.” Following this interpretation, the President claimed the authority to enact security measures for the duration of the “war on terror,” including far-reaching executive orders that, in times of peace, would otherwise require legislative enactment.<sup>86)</sup> Pursuant to such “presidential orders,” presumed terrorists could be declared “enemy combatants” in complete defiance of the procedure set forth under Geneva law governing prisoners of war, the telephones of United States citizens could be tapped by the National Security Agency without judicial authorization,<sup>87)</sup> and special military tribunals could be set up to try suspected terrorists.<sup>88)</sup>

### C. Reduction of Procedural Rights

The adoption of a normative corpus made up of extraordinary legal provisions that fall outside the scope of traditional “law enforcement” was also intended to justify the dismantling of due process rights as well as the

86) See *Burnham*, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 3rd ed. 2002, pp. 665ff.; *Ramsey*, Textualism and War Powers, 69 University of Chicago Law Review, pp. 1543-1638 (2002).

87) See *Pious*, The War on Terrorism and the Rule of Law, Roxbury, Los Angeles 2006, pp. 62ff; *Wang*, Recent Development: The USA Terrorist Surveillance Program, 43 Harvard Journal on Legislation, pp. 517-534 (2006). For a discussion of the President’s statutory and constitutional authority to conduct foreign intelligence surveillance, see *Kris/Wilson*, National Security Investigations & Prosecutions, Eagan, Mn. 2007, Chapter 15. Responding to severe criticism of the executive’s surveillance program, Congress finally passed the FISA Amendments Act of 2008, Pub. L. No. 110-261, 122 Stat. 2436 (2008). Amending the 1978 Foreign Intelligence Surveillance Act, the law brings government’s surveillance activities within the reach of the legislative branch, yet under many circumstances its provisions lack the traditional requirement of individual prior judicial authorization.

88) See *Koh*, The Case Against Military Commissions, 96 American Journal of International Law (Am. J. Int’l L.), pp. 337-344 (2002). The latter measure was declared unconstitutional by the US Supreme Court in the *Hamdan* decision (*Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006)). Pursuant to the Military Commission Act of 2006, these tribunals will henceforth operate, in reaction to *Hamdan*, on the basis of a new legal justification. See Military Commissions Act of 2006, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006) as well as The Manual for Military Commissions, 2007 (<http://www.defenselink.mil/news/commissionsmanual.html> [last visited Sept. 2008]; *Katyal*, *Hamdan v. Rumsfeld: The Legal Academy Goes to Practice*, 120 Harvard Law Review (Harv. L. Rev.), pp. 65-123 (2006).

adoption of ad hoc procedural frameworks. This is particularly true of the rules governing the admissibility of evidence in the Military Commission Trials at Guantánamo, which – among other things – permit hearsay evidence to be used against detainees.<sup>89)</sup> In addition to the instauration of in camera trials and the use of hearsay evidence, the admissibility of testimony obtained through torture is not categorically excluded.<sup>90)</sup> The curtailment of procedural rights affecting the suspected terrorist’s ability to defend himself was sharply criticized by the Supreme Court in *Boumediene*, especially in light of the potentially lengthy detention period to which these individuals might be subjected.<sup>91)</sup>

Initially, the very labeling of terrorist suspects as “enemy combatants” was intended to block the access of such individuals to regular courts as well as to circumvent the legal guarantees afforded to prisoners of war by the Geneva Conventions.<sup>92)</sup> Consequently, the review of individual charges against the internees was performed exclusively by internal military tribunals, the combatant status review tribunals (CSRTs), established by the Defense Department. In June 2004, the US Supreme Court asserted the rights of Guantánamo Bay detainees to challenge their detention in US civil courts.<sup>93)</sup> Subsequent legislation passed by a Republican Congress, the Detainee Treatment Act of 2005<sup>94)</sup> and the Military Commissions Act of 2006,<sup>95)</sup> was evidence of renewed attempts to partially reverse this decision as well as to secure the judicial supremacy of military courts. In June 2008, however, the US Supreme Court held in *Boumediene v. Bush*<sup>96)</sup> that persons detained at Guantánamo have a constitutional right to challenge their continued detention in the federal district

89) See 10 USC § 949a(b)(2)(E); *Addicott*, Terrorism Law, Tucson 2007, pp. 87, 108.

90) See Military Commissions Act of 2006 Sec. 3(a)(1), Pub. L. No. 109-336, 120 Stat. 2600, 2607, codified at 10 USC § 948r.

91) *Boumediene*, 128 S. Ct. at 2266-2271.

92) See Geneva Convention (III), Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949 which provides in Article 5: “Should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories enumerated in Article 4 [i.e. POWs], *such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal.*” [emphasis added]. See *David*, Principes de droit des conflits armés, 3rd ed., Précis de la faculté de droit, Université Libre de Bruxelles, Brussels, 2002, pp. 452ff.

93) See *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686 (2004).

94) Detainee Treatment Act of 2005, Pub. L. No. 109-148, §§ 1001-1006, 119 Stat. 2739-2744 (2005).

95) Military Commissions Act of 2006, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006).

96) 128 S. Ct. 2229 (2008).

courts. The Court declared unconstitutional a provision of the Military Commissions Act of 2006 that denied the federal courts jurisdiction to hear habeas corpus applications from the detainees.<sup>97)</sup>

#### D. Deprivation of Liberty in Special Facilities

The categorical referral of terrorism matters to the military has ultimately enabled the imprisonment of suspects in facilities other than the ordinary detention facilities found in the United States. The Bush administration opted to intern foreign terrorism suspects at military bases and secret CIA prisons outside US sovereign territory in an attempt to hinder these detainees from benefiting from the fundamental rights enshrined in the US Constitution.<sup>98)</sup> Although the United States has historically acknowledged the importance of the Geneva Conventions and has adhered to the provisions contained therein (including those regarding the treatment of captured enemy soldiers), the administration of George W. Bush consistently rebuffed the application of certain firmly established norms of international humanitarian law it considered as too onerous or as jeopardizing national security interests, while at the same time adapting or manipulating other norms to suit its policy agenda.<sup>99)</sup> Through a controversial interpretation of its international obligations, the Bush administration based its case for the legality of the detention of suspected terrorist on international humanitarian law while at the same time seeking to deny the rights conferred upon these detainees by the very same body of law.<sup>100)</sup>

97) See *Greenhouse*, Justices, 5-4, Back Detainee Appeals for Guantánamo, N.Y. Times, June 13, 2008, at A1.

98) *Crook*, President Confirms Secret Detentions, Transfers CIA Detainees to Guantanamo Bay, 100 American Journal of International Law, pp. 936-939 (2006).

99) *Roth*, The Fight against Terrorism: The Bush Administration's Dangerous Neglect of Human Rights, in: *Weiss/Crahan*, et al., (eds.), Wars on Terrorism and Iraq: Human Rights, Unilateralism and U.S. Foreign Policy, Routledge, New York 2004, pp. 116-117. *Roth* points out that, while the Bush administration persistently sought to downplay the importance of the Geneva Conventions, *inter alia* by claiming they were outdated and anachronistic, American officials nonetheless regularly enjoined states holding American soldiers captive to treat them as prisoners of war and to afford them the corresponding legal rights associated with this status (e.g., coalition prisoners held by Iraq following the commencement of the US-backed invasion of that country).

100) *Sloss*, *Rasul v. Bush*, 98 American Journal of International Law (Am. J. Int'l L.), pp. 788-98, 797-98 (2004). See also *Stein*, How Much Humanity Do Terrorists Deserve, in: *Delissen/Tanja* (eds.), Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1991, pp. 567-81 (573-74). See *Arnold*, Roberta, Human Rights in Times of Terrorism, *Zeitschrift für*

In *Rasul*,<sup>101)</sup> the US Supreme Court held that while Cuba had full sovereignty over its territory, the lease agreement for the base at Guantánamo Bay conferred upon the United States “complete jurisdiction and control over and within” the territory of the Guantánamo Bay military base.<sup>102)</sup> Therefore, according to the Supreme Court, the Guantánamo naval base was within US territorial jurisdiction.<sup>103)</sup> The Court reaffirmed these findings in *Boumediene*, noting that the United States has “total military and civil control over the base.”<sup>104)</sup> In addition, pursuant to the *Hamdan* decision, the United States is obliged, at a minimum, to respect the provisions of Common Article 3 of the four Geneva Conventions,<sup>105)</sup> which are considered to constitute the minimum set of rights applicable under international humanitarian law.<sup>106)</sup> At this point, however, it must be pointed out that the majority of the courses of action already described result from specifics of US constitutional doctrine or are made possible by the US Constitution.<sup>107)</sup>

#### E. Extraordinary and Irregular Renditions and Abductions

According to the June 2006 report by Dick Marty, special investigator for the Council of Europe,<sup>108)</sup> as well as an abundance of other media<sup>109)</sup> and

---

ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 66 (2006), pp. 297–320 (310ff.); Oeter, Terrorismus und Menschenrechte, Archiv des Völkerrechts 40 (2002), pp. 422ff. (437ff.).

101) *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686 (2004). For a summary of the opinion, see Sloss, *Rasul v. Bush*, 98 American Journal of International Law (Am. J. Int'l L.), pp. 788–98 (2004).

102) *Rasul*, 124 S. Ct. at 2690–91. See Lease of Lands for Coaling and Naval Stations, Feb. 23, 1903, U.S.-Cuba, Art. III, T. S. No. 418.

103) *Rasul*, 124 S. Ct. at 2696–98.

104) *Boumediene*, 128 S. Ct. at 2248.

105) *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749, 2798 (2006).

106) See *Prosecutor v. Tadic*, 17 July 1995, (Case No. IT-94-I-T), Trial Chamber (10 Aug. 1995) and *Nicaragua v. United States*, 1986 I.C.J. 4.

107) For this reason, a possible topic for future research is whether or not such changing relationships, including in the catalogue of measures adopted, is also reflected within other states affected by terrorism: in other words, whether developments similar to those in the United States could be reproduced outside the American constitutional context.

108) *Marty*, Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers involving Council of Europe member states, Draft report – Part II (Explanatory memorandum), AS/Jur (2006) 16 Part II (7.6.2006); *Marty*, Alleged secret detentions in Council of Europe member states, Information Memorandum II, AS/Jur (2006) 03 rev. (22.1.2006), *Marty*, Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report (Explanatory memorandum), 7 June 2007.

109) *Priest*, CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons: Debate Is Growing Within Agency About Legality and Morality of Overseas System Set Up After 9/11, Washington Post, November 2, 2005;

NGO reports,<sup>110)</sup> another level seemed to exist at which measures in the war against terror are carried out in disregard of both national obligations and international agreements. These measures include the CIA's "extraordinary renditions,"<sup>111)</sup> which involve kidnapping terror suspects on the territory of other sovereign states<sup>112)</sup> or their complicit hand-over by the respective governments<sup>113)</sup> and subsequently detaining (often incommunicado) and interrogating them outside the United States in complete disregard of established rule-of-law standards.<sup>114)</sup> They also include aggressive and inhumane interrogations conducted by individuals linked to the CIA, US military forces,<sup>115)</sup> or sympathetic regimes,<sup>116)</sup> in many cases alleged to amount to torture.<sup>117)</sup>

Thus, the fact that some countries put into question the extraterritorial application of human rights and – more specifically – their failure to respect the principle of non-refoulement application and extension of the law of war considerably lowers the protection of the individual under international law.

---

Page A01; Bush admits to CIA secret prisons, BBC News, September 7, 2006; Bush: CIA holds terror suspects in secret prisons, CNN, September 7, 2006; L'archipel des prisons secrètes de la CIA, Le Monde diplomatique, August 2006.

- 110) United States of America: A case to answer. From Abu Ghraib to secret CIA custody: The case of Khaled al-Maqtari, Amnesty International, 14 March 2008; U.S. Responsibility for Enforced Disappearances in the "War on Terror," Human Rights Watch, June 27, 2007, No. 3.
- 111) *Satterthwaite*, Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to "Extraordinary Renditions," in: *Silkenat/Shulman* (eds.), *The Imperial Presidency and the Consequences of 9/11*, Vol. 2, Preanger Security International, Westport 2007, pp. 257ff.
- 112) The most notorious of these cases in Germany is the Khaled El-Masri case, in which a German national of Lebanese origin was abducted in Milan by CIA agents; see *Steiger*, *Die CIA, die Menschenrechte und der Fall Khaled el-Masri*, Potsdam 2007.
- 113) For the extraordinary results of pressure applied to allied governments by the USA in such processes, see *Maljević* Extraordinary Renditions – Shadow Proceedings, Human Rights and "the Algerian six" in Bosnia and Herzegovina, in *Wade/Maljević*, *A War on Terror? The European Stance on a new threat, new laws and human rights implications*, New York 2009 (forthcoming).
- 114) See *supra* n.108107.
- 115) See *Rodley*, *The Prohibition of Torture: Absolute Means Absolute*, in: *Kaleck et al.* (eds.), pp. 185–200 (187ff.). On interrogation of persons under the detention of the Department of Defense, see *Detainee Treatment Act of 2005*, Pub. L. No. 109-148, secs. 1001–1004, 119 Stat. 2739 (codified as amended at 42 U.S.C. § 2000dd). See also documents related to an internal FBI investigation of the interrogation techniques in use at the Guantánamo Bay detention facility at <http://foia.fbi.gov/foiaindex/guantanamo.htm> [last visited Sept. 2008].
- 116) *Margulies*, *Guantanamo and the Abuse of Presidential Power*, Simon & Schuster, New York 2006, pp. 182ff.
- 117) *Flaherty*, *Human Rights Standards Applicable to the United States' Interrogation of Detainees* in: *Silkenat/Shulman* (eds.), *The Imperial Presidency and the Consequences of 9/11*, Vol. 1, Preanger Security International, Westport 2007, pp. 182ff.

lead to highly intrusive interventions in fundamental human rights that exceed the interventions seen in European countries applying criminal law, police law, and other administrative law. This illustrates the need to regard both developments – inside and outside criminal law – together, to compare the different approaches, and to sketch the relevant consequences for future research.

#### **IV. Results and Consequences for Future Research**

The foregoing – descriptive – analysis has identified in the context of terrorism and organized crime an area in which the classic differentiations of internal and external security, of peace and war, and of crime and war are blurring. In this area, for example, while the criminal justice system is prosecuting suspects for the crimes they allegedly committed and is – aside from police law and intelligence law – also seeking to prevent future dangers by means of penal law, at the same time the military, in a war against enemies, is attempts to fighting these very activities on the basis of the law of war.

A closer analysis of these legal changes distinguishes among three specific developments: the simultaneous application of various traditional branches of law (*infra A.*), the extension of these branches beyond their traditional limits (*infra B.*), and the resulting blurring of the different legal categories (and *propria*) of these branches under a vast umbrella of security (*infra C.*). Taken together, these changes and the emerging new paradigm of security lead to serious problems for the protection of fundamental human rights, challenge traditional legal systems, and require new research efforts in order to develop a consistent architecture of security law (*infra D.*).

##### **A. The Simultaneous Application of Traditional Branches of Law**

The above analysis has shown that international terrorism and specific forms of organized crime are no longer being prosecuted solely by the criminal law but are also being “fought” by means of multiple branches of law. These branches of law can traditionally be placed in two main conceptual categories: the first category, “internal security law,” is composed of criminal law, police law, and other types of administrative law; the second category, “external security law,” describes the fight, based on the law of war, against the external

risks posed by terrorist and organized criminal activities. Intelligence law and immigration law support legal interventions in both categories.<sup>118)</sup>

This leads to intensifies a simultaneous application of different legal categories of traditionally separate branches of law under a new paradigm of security.<sup>119)</sup> This new paradigm creates new powers for a multitude of different agencies, each of which has specific competences in different branches of law. In many cases, these branches of law provide similar solutions and functional equivalents for the same security requirements. This can be seen, for example, in the area of clandestine investigation techniques, in which the arsenals of police law and criminal law are coming to look more and more like those of intelligence agencies. The same development, namely, the creation of functional equivalents in different branches of law, can also be seen with respect to the aim of depriving dangerous persons of their freedom of movement. This aim can be achieved by means of criminal law, police law, immigration law, and international humanitarian law the law of war.

The combination of these different approaches, the cooperation of various agencies, and the exchange of data among these agencies is part of the efforts being made to improve security. However, the cooperation of agencies with traditionally different functions can lead to distortions and can raise questions of justification, for example, with respect to the transfer of data between the various legal systems.

## B. The Extension of Existing Branches of Law

### Beyond Their Traditional Limits

In both categories – that of external and that of internal security law –, the comparative analysis shows an extension of limits and a reduction of safeguards of the respective traditional branches of law in the attempt to create more security.

With respect to the various branches of law that compose “*internal security law*,” this is especially clear in the area of criminal law. The international

118) External security law can be found beyond the realms of the law of war, e.g., also in broader foreign and aid policy, infused with ideas stemming from the war on terror (details of which cannot, however, be explored here).

119) For the comprehensive debate on the effect of the securitization trend, see, e.g., *Braithwaite*, The New Regulatory State and the Transformation of Criminology, 40 *British Journal of Criminology* (Brit. J. Criminology), pp. 222–238 (2000).

survey of criminal law discussed above revealed a multitude of changes in the techniques of criminal law, such as early attachment of criminal liability, secret investigation measures and other procedural changes, construction of powerful databases, close cooperation between various agencies in inter-institutional and international task forces, and public-private partnerships. A significant result of these changes is the fact that criminal law has become overloaded with preventive functions that exceed the traditional approach of “prevention by repression.” At the same time, police law is also upgrading its arsenal.

In “*external security law*,” the a new law of war has, in a similar manner, been extended beyond its traditional limits. In the United States, for example, the law paradigm of war is not only applied to new situations which do not fall within its scope of application conflicts and asymmetric wars, there also is broad use of presidential war powers, interrogation techniques are becoming more aggressive, secret surveillance is being extended on an international basis, the rules of evidence have been changed. New coercive measures have been invented and in some cases even exercised on the territories of foreign states. Other examples of the extension a new reading of the law of war are the creation of the hitherto unknown group of persons known as “illegal combatants” (a group that falls outside the traditional safeguards of international humanitarian law), the deprivation of liberty in special facilities, as well as extraordinary and irregular renditions and abductions.

A closer analysis of these parallel changes in internal and external security law brings to light two separate techniques for extending the limits of long-established branches of law: The first and quite obvious technique is the reduction of traditional safeguards, for example, with respect to the regulation of (clandestine) collection and collation of data, the laws of evidence, the rules on interrogation, defense rights, and the criminal law principles of legality, culpability, and the presumption of innocence in the field of criminal law, or the creation of a new category of “illegal combatants” in international humanitarian law. In many countries, however, an extension of security interests in these areas has been limited by court decisions. The second – less obvious, but in its consequences even more far-reaching – technique is the extension of the various branches of law beyond their traditional subject matter. The latter can be the case, for example, when criminal law is used to prevent imminent dangers (e.g., in the area of membership crime) or when the law of war is applied to fight crime in cases not constituting an armed conflict. in the field

of internal security.

It is obvious that this development can improve security but that, at the same time, it creates serious problems for the protection of fundamental human rights. This is true both for internal as well as external security law. However, a comparison of the two categories shows that the extension of the law paradigm of war poses more serious threats to the protection of fundamental human rights than does the extension of the limits of traditional criminal law. This is because the law paradigm of war can be much more intrusive from the perspective of fundamental human rights than the criminal law, as was illustrated above with respect to the legitimation of killing or long-term detention. In addition, the corresponding procedural safeguards can be reduced more easily in times of war than during peacetime, when civil liberties must be fully respected. Criminal law – with its tie to a concrete, door-opening offense, its oversight by an independent prosecutor, its subordination to judicial authority, and its other safeguards and principles – is likely to be better suited for the protection of liberty than classic, traditional police law, which relies on a more imprecise concept of danger and is limited by the principle of proportionality (but whose actions in many countries also require the imprint of judicial authority) only. The high protective standards of criminal law are also apparent in a comparison of criminal law and intelligence law with respect to the prerequisites of wire-tapping: in the criminal law of many countries, wire-tapping cannot be ordered by an administrative authority but rather requires a judicial order.

### C. The Blurring of Legal Categories

The simultaneous application of traditional branches of law, the extension of the various branches of law beyond their traditional subject matter, and the reduction of traditional safeguards lead, as indicated above, to the blurring of fundamental legal categories, a situation that challenges the traditional architecture of the laws associated with public security. In the areas of external and internal security law, the blurring of fundamental legal categories takes place when clear-cut cases of crime are fought not under the aegis of the criminal law but under the law of war. A similar blurring of categories within the area of internal security law can be seen in the conflation of repressive and preventive aims. This is the case when criminal law takes leave of its

repressive functions and assumes more directly preventive functions – functions that at least in continental German law countries are traditionally associated with police law. An example of this – discussed above – is the earlier attachment of criminal law, a step taken in the attempt to decrease the risk of future terrorist attacks.

The changes in the range of traditional legal limits and concepts as well as the resulting blurring of classic legal categories can be clearly illustrated with respect to the above-mentioned security problem posed by “dangerous persons” who, it is suspected, will commit terrorist acts in the future: Not only in criminal law but also in the law of war, the freedom of movement of so-called “dangerous” persons is limited primarily by changing the range of the respective laws. Because *international humanitarian law* – which in international armed conflicts grants the authority to take prisoners of war and to intern persons constituting a security threat without attributing take prisoners of war without attributing individual aggressive acts to specific members of enemy troops – cannot be applied to purely individual crimes, the United States had to extend its application with respect to space and time in order to apply it to loose networks of suspected enemies. *Criminal law* in Europe shows similar aims and techniques in the area of criminal law: since criminal law – which is based on the concept of committing harm and requires the identification and the attribution of guilt to individual criminals – can easily be applied to specific terrorist and organized crimes, continental law countries have added “membership crimes” to the arsenal of substantive criminal law designed to prevent future crimes. These membership crimes enable the state to take preventive action against all members and supporters of criminal and terrorist groups, even persons who attend a terrorist training course. These statutes, designed with dangerous groups in mind, provide for lengthy sentences that might be combined with detention while awaiting trial based on the likelihood of recidivism. Similar fundamental changes in *police law* are illustrated by the control orders in England and Wales, which in substance attribute functions of the criminal justice system to the police and simultaneously permit the execution of these functions without the procedural safeguards of court proceedings.

The blurring of these fundamental categories can be risky, since the various branches and categories of law form coherent legal subsystems with corresponding aims, means, and – especially – safeguards for human rights.

Consequently, the elements of these systems should not be mixed arbitrarily or transferred arbitrarily to other systems. For example, the protection of fundamental rights may be threatened if certain aims, functions, or measures of one branch of law are shifted to another branch without a corresponding transfer of the respective safeguards, as illustrated by the control orders in England and Wales. Thus, the blurring of legal categories can contribute to the further dismantling of the safeguards of fundamental human rights. This development is highly critical for criminal law with its well-developed system and its traditional legal safeguards.

#### D. Consequences

As a result of these developments, it should be a matter of concern when the traditional safeguards of criminal law are abandoned and traditional areas of criminal law are taken over by other branches of law that respond to criminal activity with solutions that might be functionally equivalent to those of the criminal law. In light of the results of the present analysis, this development presents two main tasks for future research.

In a first step, the present *architecture of the overall security law* must be critically analyzed and differentiated, that is, its categories as well as their aims, justifications, and prerequisites. The traditional separation between internal and external security law should be questioned. In the traditional area of external security law, this step has to include deal with the application of international humanitarian law to international armed conflicts (between state actors) as well as transnational and domestic armed conflicts (between state and non state actors). It should also consider an analysis of the new assymmetric application of the various subcategories of the laws of war and especially of the new categories that address asymmetric wars and their new constructs, such as illegal combatants.<sup>120)</sup> As far as the traditional area of *internal* security law is concerned, the structural analysis of current security architecture must critically examine the justification for the practical separation of three categories that play

120) See *Brooks*, 153 *University of Pennsylvania Law Review*, pp. 675 - 761 (2004); *Crawford*, 20 *Leiden Journal of International Law* 441-465, pp. (2007); *Pawlik*, *Der Terrorist und sein Recht*, Muenchen 2008, pp. 25 - 51; *Sassòli*, *Transnational Armed Groups and International humanitarian Law*, Harvard 2006; as well as the contributions of *Stuby*, *Kress* and *Hankel*, in: *Hankel* (ed.), *Die Macht und das Recht*, Hamburg 2008, pp. 266 - 300, 323 - 385, 414 - 460. See also *supra* II.A with further references.

an important role in countries such as Germany: 1. (backward-looking) repressive criminal law (with the goal of solving past crimes); 2. (forward-looking) preventive police law (with the goal of maintaining order and preventing future harm); as well as 3. (forward-looking) intelligence law (with the goal of preventing future harm caused by inchoate security threats in specific areas at an early time).<sup>121)</sup> This analysis should also consider the safeguarding functions of these classifications that are based, among other things, on the separation of institutional powers, the limitation of the use of data, specific justifications, and specific application requirements of coercive powers.

Based on this structural analysis of the new security architecture, future research should, in a second step, examine the limiting principals and the mechanisms for the protection of human rights in the various branches of law. This comparative analysis of the safeguards built into the traditional branches of law must also answer the questions of whether and to what extent a *general* concept of human rights protection can compensate for the blurring in the application of the various categories of law or whether – additional – *specific* safeguards and principles of the various branches of law must also play a major role. This report supports the hypothesis that many safeguards (often those derived directly from fundamental rights) are applicable in all branches of law whereas other safeguards and the prerequisites for their application are often specific to a particular branch of law (such as the principles of harm and of culpability in criminal law). Based on this hypothesis, the separation of at least some of the above-mentioned branches of law has a significant protective function that should not be blurred absent careful consideration.

The proposed analysis must not lead to a complete refusal to accept any shifts or transfers whatsoever among the traditional legal categories. If these shifts are handled carefully, they can serve as the basis for creative new solutions. The German system of post-imprisonment detention, for example, shows that the implementation of preventive functions by the criminal law is possible under the German constitution and can even lead to a more effective

---

121) See e.g. *Baumann*, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2005, pp. 798-805; *Hassemer*, supra (n. 14), StV 2006, p. 323-324; *Mösl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Tübingen 2002, pp. 408ff.; *Ross*, in: *Dubber* (ed.), Police and the Liberal State, Stanford, 136 – 156 (2008).

protection of both security interests and fundamental human rights – if the preventive measures are limited by certain elements, procedures, and the strong protective safeguards of criminal law. Furthermore, selected hostile activities of certain criminal associations may justifiably fall under both the criminal law and the law of war. The emergence of new categories of law somewhere between criminal law, police law, and the law of warinternational humanitarian law might should also be discussed. If the “outsourcing” of traditional tasks of criminal law can be justified in terms of the basic concepts of other branches of law, the transfer of these tasks can be accompanied by a simultaneous “outsourcing” of traditional criminal law safeguards, which could be applied in a similar or different manner. In light of the current situation and the existing paradigm shifts, the law should be open to new approaches that can better deal with the protection of security and liberty. However, any such considerations and any proposals for future solutions first require a thorough analysis, as mentioned above, of the differing aims, concepts, justifications, scopes of application, coercive powers, legal consequences and legal safeguards of the existing and future branches of security law.

As a consequence, future research must examine in more detail these fundamental and categorical questions with respect to the emerging new architecture of security law and the scope and limits of criminal law, police law, and the law of warinternational humanitarian law. This type of research will not only be an integral part of the research program of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal law, it might also be an interesting focus for the *Korean Institute of Criminology*. Thus, we are looking forward to productive cooperation between the two institutions, in general, and in this new field of research, in particular.

[제3주제]

15:15-15:55

형사사법정책과 국제협력: UNAFEI의 관점에서

*Criminal Justice Policy and International Co-operation*  
: *UNAFEI's Perspectives*

Prof. Keiichi Aizawa  
(UNAFEI, Japan)



## 형사사법정책과 국제협력 - UNAFEI의 관점에서

게이치 아이자와(相澤惠一)

(유엔 아시아극동지역 범죄방지및범죄자처우연구소 소장)

한국형사정책연구원 박상기 원장님, 그리고 존경하는 귀빈과 청중 여러분. 무엇보다도, 한국형사정책연구원 개원 20주년 기념식을 맞이하게 된 데 대하여 박상기 원장님과 연구원 구성원들에게 마음깊이 축하의 인사를 드립니다. 사실 개인적으로는 일반적으로 UNAFEI로 알려진 유엔 아시아극동지역 범죄방지및범죄자처우 연구소를 대표하여 이러한 의미깊은 행사에 초대받아 진심어린 축하를 전하게 된 것을 대단한 영광이자 기쁨으로 생각합니다. 또한 저는 이 아름다운 수도 서울에 방문하여 세미나에 참석하게 되어 기쁘기 그지없습니다.

유엔범죄방지 및 형사사법 프로그램 네트워크 연구기관에 속하는 한국형사정책연구원의 자매기관으로서 UNAFEI는 유엔 프로그램 네트워크의 공동 연례회의, 비엔나에서 매년 개최되는 유엔 범죄방지및형사사법 위원회와 같은 다양한 기회에 밀접한 관계 속에서 함께 일 해왔습니다. 저는 국제적이고 국내적인 영역의 사이버 범죄, 인신매매, 부패, 자금세탁, 회복적 사법, 소년사법개혁 등 여러 가지 쟁점과 관련된 한국형사정책연구원의 지속적인 우수 성과물들에 대하여 늘 진정으로 경외심을 느껴왔습니다. 한국형사정책연구원은 수많은 학술적이며 실천적인 연구 성과물을 산출했으며 동시에 광범위한 형사사법관련 문제들을 다루는 세미나와 심포지엄을 조직해 온 것을 존경하는 마음으로 잘 알고 있습니다. 형사정책연구원이 한국과 국제사회에 대한 공헌을 지속하고, 또 더욱 발전시켜 나가기를 기원합니다.

UNAFEI의 소장으로서 한국형사정책연구원과 UNAFEI가 양 기관의 전문성과 강점을 기초로 함께 일할 수 있는 많은 영역을 알고 있습니다. 저는 진심으로 한국형사정책과 UNAFEI가 상호협력 관계를 보다 강화하기를 소망합니다.

## 1. 서론

UNAFEI는 동경에 위치한, 범죄방지과 형사사법 분야에 있어 국제적 교육 훈련과 연구를 수행하는 기관으로서, UN과 일본정부의 협약에 따라 1962년에 설립되었습니다. UNAFEI 활동의 주된 초점은 범죄방지 및 형사사법 분야에 있어 국제교육훈련 과정을 마련하고 세미나를 조직하는 것입니다.

오늘, 저는 형사사법정책과 국제협력이라는 주제와 관련하여 UNAFEI의 경험과 관점에 비추어 제가 가지고 있는 몇 가지 생각을 여러분들과 나누고자 합니다. 유엔협력기관으로서 UNAFEI는 유엔의 정책과 접근법에 부합하는 형사사법제도의 개발을 지원하고 있습니다. UNAFEI가 중점을 두고 있는 점은 유엔 회원국가들 간의, 특히 아시아와 태평양 지역의 개발도상국 간의 상호 협력을 강화하는 것입니다.

현재 유엔은 초국가적 조직범죄, 부패 그리고 테러리즘의 도전을 범죄방지과 형사사법 영역에 있어 가장 우선적인 문제로 인식하고 있습니다. 이러한 도전에 효과적으로 대처하기 위하여, 초국가적\조직범죄방지협약 및 부속의정서, 유엔부패방지협약 그리고 13개의 테러방지 협약과 같은 국제법제도를 비준하고 실행하는 것이 중요합니다.

그러한 국제법제도의 국내적 실현을 위해서는 첫째 관련법을 제정하고 적절한 사법적 구조와 기반을 구축할 수 있도록 하는 제도수립이 필요합니다. 그러나 형사사법제도의 실무자들이 매일매일의 업무수행 속에서 필요한 지식과 능력을 보유하고 있을 때에만 법과 제도가 기능할 수 있습니다. 이러

한 견지에서, 국제범죄 문제에 대처하는 형사사법적 대응을 강화하기 위한 공동의 노력 속에서 역량강화가 대단히 중요합니다.

## 2. UNAFEI의 설립 전의 간략한 역사

무엇보다도, UNAFEI의 설립 목적을 이해하는 데 도움이 되는 UNAFEI의 설립 전의 일들에 대해서 간략하게 언급하고자 합니다. UNAFEI는 사실 아시아 지역의 교육훈련 및 연구관련 시설을 설치할 필요가 있다는 아시아 국가들의 강한 의지가 반영되어 설립되었습니다. 버마 랭군에서 1954년에 열린 범죄방지및범죄자처우에 관한 아시아 및 극동지역 세미나에서 최초로 기관설립이 제안되었습니다. 당시 세미나는 제네바에서 1995년에 열린 제1회 유엔 범죄방지및범죄자처우 총회를 준비하기 위하여 유엔이 조직한 것입니다. 일본을 포함하여 14개국이 이 세미나에 참석했습니다.

랭군 세미나에서는, 버마, 스리랑카, 인도, 파키스탄과 필리핀이 유엔과 아시아 및 극동지역 국가정부들에 대하여 범죄방지와 범죄자처우에 관한 연구와 교육훈련을 위한 지역 기관을 설립하는 방안을 제시하는 결의안 초안이 기초되었습니다. 그 결의안 초안은 세미나에서 만장일치로 채택되었습니다. 이 결의안에서는 사회방위 영역에서 유엔의 국제적 지도력을 유지하고, 범죄방지와 범죄인처우에 대한 국내적 정책을 형성하고 적용하는 데 있어 아시아 및 극동지역 국가들을 지원하기 위해 권고안을 제시한다는 것이 간략히 언급되어 있습니다.

제1회 제네바 유엔총회에서, 지역연구소를 설치하는 문제는 부분적으로만 다루어졌습니다. 유엔총회가 채택한 “행형 및 교정기관의 직원 선발 및 훈련” 결의안에는, 관련 교육훈련을 위한 지역적 연구소 설립 권장이 권고되었습니다.

이러한 일련의 역사적 과정에 대한 저 나름의 분석에 따르면, 유엔의 지

도력 하에서 아시아 및 극동지역에 형사사법절차 실무종사자들을 위한 교육 훈련과 연구를 위한 상설기관이 설립되어야 한다는 것에 대하여 일반적인 공감대가 형성되었습니다.

1957년에는 제2회 범죄방지및범죄자처우에 관한 아시아 극동세미나가 도쿄에서 열렸습니다. 이 세미나에서 유엔은 파키스탄이 지역연구소 설립을 유치한다고 알렸습니다. 하지만, 파키스탄은 이 제안을 이후 철회했습니다.

### 3. UNAFEI의 설립

제2회 세미나 이후, 유엔 사무국은 일본내 지역연구소 설립을 일본정부에 제안했습니다. 일본정부는 국제사회에 대한 공헌이라는 측면에서 이 제안을 아주 기쁘게 받아들였습니다. 1961년 유엔과 일본정부는 양자 조약의 형태로 외교협약을 맺었습니다. 이 협약에서, 양당사자는 협약조건에 따라 UNAFEI를 설립하기로 결정했습니다. 이후, 1962년 초 동경에 필요한 시설들이 설립되었고, UNAFEI는 같은 해 9월 제1회 국제 교육훈련 과정을 개설했습니다.

UNAFEI가 처음 설립되었을 때, 직원과 재정문제에 대한 행정적 책임은 대체로 50대 50 정도로 유엔과 일본정부가 분담했습니다. 사실 UNAFEI의 소장은 일본정부와의 협의 하에 유엔이 임명하고 보수를 지급합니다. UNAFEI의 초대소장은 호주 사람이었고 제2대는 스리랑카 사람이었습니다. 그리고 해외 참가자들에 대한 여행비용과 숙박비용은 유엔 펠로우십으로 충당되었습니다.

하지만, 이 협약은 양 당사자가 주고받은 일련의 서신들을 통하여 1970년 상당한 부분 개정되었으며 그 이후 일본 정부는 재정과 직원 문제에 대한 단독 책임을 지고 있습니다. 협약의 개정 이래, 제3대 이후 UNAFEI의 소장은 유엔과의 협의 하에 일본정부가 일본정부의 관리 중에서 선별하여 임명하게 되었습니다. 또한, 일본 형사사법제도 전반의 영역에서 선발한 경험 있고 교육받은 실무자들이 교원으로 임명되었습니다. 우리 기관에는 현재 저를 포

함한 11명의 교수가 교원으로 재직하고 있습니다. 우리 기관의 인력들은 일본의 검찰, 사법부, 교정국, 가석방국과 경찰에서 선발되었습니다. 저의 이력에 대하여 소개하자면, 저는 27년 동안 검사로 재직했습니다. 또한, 1970년 이래 해외 참가자들의 여행비용과 숙박비용은 일본의 관료개발지원제도, 보다 정확히 말하자면 일본국제협력국의 기술협력계획에서 지원하고 있습니다.

그럼에도, UNAFEI는 계속해서 유엔과 일본정부의 공동감독하에 운영되고 있습니다. 교육훈련과 연구 프로그램이 유엔과의 긴밀한 관계 속에서 개발되고 있으며, 협약에 따라 UNAFEI 활동에 관한 정기적인 보고서가 유엔과 일본정부에 양측에 제출된다는 점에서 그러합니다.

한국형사정책연구원과 같이 UNAFEI 또한 유엔 범죄방지 및 형사사법 프로그램 네트워크 소속 연구기관으로 알려져 있습니다. 때문에 UNAFEI는 유엔 범죄방지및형사사법 총회에서 개최되는 워크숍을 기획하고 조직하는 것을 포함하여 다양한 유엔의 활동에 기여해야 합니다.

#### 4. UNAFEI의 국제적 교육훈련과 세미나에 대한 3가지 원칙

지금부터는 우리 연구소의 활동에 초점을 맞추어, 형사사법제도 실무가들을 위한 교육훈련 프로그램에 대해 간략한 설명을 하고자 합니다. 교육훈련 프로그램들은 세 가지 원칙들에 근거하고 있습니다.

첫째, 교육과정은 실질적이어야 하며 이론적이기만 해서는 안 됩니다. 우리의 교육훈련 프로그램의 참가자들은 실무가들이지 학자들이 아닙니다. 이들은 수사관, 검사, 판사, 교정공무원, 보호관찰, 가석방, 재사회화 전문가들입니다. 따라서 각 참가자들은 자신의 국가의 형사사법제도에 실질적인 영향력을 발휘할 수 있습니다. UNAFEI에서 우리가 목표로 하는 바는 이들에게 즉각적이고 효과적으로 활용될 수 있는 지식과 도구를 제공하는 것과 동시에 참가국들 각각의 사법제도의 전반적이고 건전한 발전을 위하여 장기적

인 이익을 제공할 수 있도록 하는 것입니다.

두 번째, 우리는 통합적 접근법이 필요하다는 것을 강조하고 있습니다. 범죄방지 및 형사사법과 관련된 문제는 허공 속에서 발생하지 않습니다. 숨겨진 원인이 존재하고 문제들은 상호 관련된 복잡한 그물 속에서 나타납니다. 그러므로 만일 해결책이 효과적이고 지속가능하다면, 참가자들은 수사에서 시작하여, 기소, 판결과 이에 뒤따른 교정시설과 사회공동체내에서의 범죄자 처우 및 사회복귀에 이르기까지 형사사법제도 전체적인 맥락에서 당해 문제를 다룰 수 있어야 합니다.

세 번째, 우리는 참가자들이 비교적인 접근법을 택할 것을 요구합니다. UNAFEI 활동의 국제적 성격은 다른 국적, 법제도, 경험을 가지고 있는 전문가들이 그들 국가의 활동을 비교하고 대조하며 쟁점에 대하여 논의하고 토론하고 모든 당사자들에게 현실적이고 바람직한 공감대를 형성할 수 있도록 하는 방법을 통하여 실현될 수 있습니다.

## 5. UNAFEI 가족

UNAFEI 시설은 특히 교육과정과 세미나를 수행하는 데 있어 참가자들이 서로 가까워지도록 유도하는 구조로 되어 있습니다. 모든 참가자들과 방문 전문가들은 교육 및 훈련을 받는 동안 UNAFEI 건물에 거주합니다. 참가자들은 함께 저녁식사를 하고 탁구와 가라오케 같은 레크리에이션 활동을 즐기며 UNAFEI가 조직한 다양한 사회 프로그램에 참가합니다. 이러한 활동들은 서로간의 어색한 분위기를 녹이며 참가자들이 자유롭고 솔직하게 비공식적인 분위기에서 진정한 쟁점에 대하여 대화할 수 있도록 합니다. 우리는 그러한 교류가 공식적 교육 프로그램을 보완하는 대단히 가치 있는 활동이며 가족적인 분위기를 형성하는 데 도움을 준다고 믿고 있습니다.

## 6. 참가국들

초창기부터 47년의 세월이 흐르는 동안 UNAFEI는 120개가 넘는 나라들로부터 4,000명이 넘는 참가자들을 받아들였습니다. 이 참가자들 중 약 2800명이 외국인이며 약 1200명이 일본인입니다. 다음 슬라이드는 UNAFEI 활동을 보여줍니다. 적어도 한 명의 참가자를 보낸 국가는 초록색으로 표시했습니다. 반면 방문 전문가를 보낸 국가는 노란색으로 표시했습니다. 여러분들이 보듯이, 기관의 명칭이 유엔 아시아 극동 지역연구소이지만, 지난 몇 년 동안 우리는 아프리카, 동유럽, 중동, 그리고 중남미와 카리브해 국가들로부터도 참가자들을 받았습니다.

이 두 번째 슬라이드에서는 가장 많은 수의 참가자들을 보낸 국가들을 보여줍니다. 태국은 240명의 참가자들을 보냈습니다. 필리핀은 197명을 보냈습니다. 중국은 196명을 보냈습니다. 이 표에서 보듯이, 한국의 참가자들의 총수는 102명입니다. UNAFEI는 한국으로부터 1962년부터 2000년까지 참가자들을 받았습니다. 2000년 이후에는 유감스럽게도, JICA 기술 협력계획은 한국에 개방된 제도가 아닙니다. 그 이후로 한국으로부터는 교육훈련 참가자들을 받지 못하고 있습니다. 물론 우리는 한국의 방문 전문가들을 초대하고, 우리의 국제적 교육훈련과 세미나 참관 형태로 한국 법무부 교정국의 직원들이 참가함으로써 지속적 협력관계를 맺고 있습니다. 이런 형식으로, UNAFEI는 지금까지 한국과 긴밀한 관계를 유지하고 있습니다. UNAFEI는 이러한 측면에서 한국과 상호 협조를 계속하기를 강력히 희망하고 있습니다.

UNAFEI 동문 중에, 많은 사람들이 고국에서 그들의 지식과 역량에 대하여 인정을 받아왔고 법무부장관, 검찰총장, 대법원장 그리고 경찰청장과 같은 높은 영향력 있는 지위로 승진되었다는 점에 대하여 우리는 기쁘게 생각합니다.

## 7. UNAFEI에서의 교육훈련활동

우리 교육훈련 프로그램에 대한 설명으로 돌아가서, 이러한 과정이 실제적으로 필요 하는 바에 대하여 상세하게 언급하고자 합니다. 무엇보다 비교 초점을 잡아주기 위해서 강의에 참석한 참가자는 선택된 쟁점에 대한 UNAFEI 교원이 강의하는 일본식 접근법에 관한 강좌를 듣고 그리고 국제적 접근법에 관한 강좌를 듣습니다. 국제적 접근법은 특히 관련 문제에 대한 유엔권고안에 초점을 맞춥니다. 그리고 개별 참가자들은 교육과정의 주제와 관련하여 자신의 나라의 현재 상황, 관련 입법, 참가자들이 담당하는 법제도와 현안대책에 대한 현실적 분석에 관하여 개략적으로 발표합니다. 각 참가자들이 개별 발표를 한 후에, 교육과정이나 세미나의 관련 문제에 대하여 전문성을 가지고 있는 저명한 외국 방문전문가들이 강의를 합니다. 실무 경험과 전문성을 가지고 있는 일본 형사사법제도의 전문가인 특강강사들이 보충강의를 합니다.

강의와 더불어, 참가자들은 형사사법기관 방문을 통하여 역시 현장 경험을 쌓게 됩니다. 우선 일본 사법제도의 실무를 참관할 수 있으며 경험이 있는 실무자들을 만나고 이야기를 나눌 수 있습니다. 이러한 충분한 준비를 거쳐 참가자들은 그룹 워크숍에 참가할 수 있도록 잘 준비된 상태가 됩니다. 그리고 워크숍에서는 작은 단위그룹을 형성하고 각 그룹은 보다 구체적인 안전에 집중하게 됩니다. 이러한 절차들로 인하여 참가자들은 교육과정과 세미나 주제에 대한 이해를 깊게 할 수 있게 됩니다. 그리고 참가자들은 UNAFEI의 연구성과로서 축적될 보고서 산출에 협력하도록 요청받게 됩니다.

## 8. 국제적 교육훈련 과정과 세미나

현재 UNAFEI는 매년 4가지 다면적인 교육훈련 프로그램을 수행하며, 이

는 본 연구소의 핵심활동이 됩니다. 나아가, 특정한 지역에 집중하거나 특정한 국가에 집중하는 다른 5가지 프로그램이 있습니다. 지역적 프로그램 중 하나는 최근 기획된 것입니다. 바람직한 거버넌스에 초점을 맞춘 동남아 국가들을 위한 지역 세미나입니다. 이러한 세미나들은 동남아시아 국가들의 정부와 UNODC 동아시아 및 태평양 지역센터와의 협력 하에 일본 국외에서 개최되며 판사와 검사들 사이에서 발생하는 부패 통제와 공공조달 부분의 부패 통제와 같은 문제를 다룹니다.

우리가 제공하는 교육훈련 프로그램의 초점을 이해하도록 4가지의 다면적인 과정 각각 다른 주제를 다룹니다: 첫 번째 과정은 범죄자처우를 다룹니다. 두 번째 과정은 수사, 기소 그리고 공판과 관련된 쟁점들을 다룹니다. 세 번째 과정은 부패에 대한 형사사법적 대처방안에 초점을 맞춥니다, 그리고 마지막으로 네 번째 과정은 범죄방지 및 형사사법의 여러 가지 쟁점들을 다루는 고위관료들을 대상으로 하고 있습니다.

지역 교육훈련 프로그램은 앞에서 언급한대로 동남아 국가들과 카자흐스탄, 키르기스스탄, 타지키스탄, 투르크메니스탄, 우즈베키스탄과 같은 중앙아시아 국가들을 위한 것입니다. 중앙아시아 프로그램은 마약밀거래라는 특정한 쟁점에 초점을 맞추고 있습니다. 국가 특정 훈련 프로그램들은 중국, 케냐 그리고 필리핀을 대상으로 하고 있습니다. 이 프로그램들은 각각 중국과 일본의 사법제도와 운영에 관한 비교법적 연구, 소년범에 대한 처우 그리고 범죄자의 사회복귀와 관련된 사회공동체 역할에 초점을 맞추고 있습니다.

## 9. 국제적 교육훈련 활동의 주요 초점

우리 기관의 교육훈련 프로그램의 주제를 선정하는 데 있어서는, 초국가적인 조직범죄, 부패 그리고 테러리즘과 같이, 유엔이 제시한 우선적 쟁점들을 포함하기 위하여 노력을 다합니다. 이러한 세 가지 특정 우선주제는 우

리 활동 속에서 정규적으로 다루어집니다. 제가 소장으로 임명된 후 2년 반 동안 취한 몇 가지 노력들에 대하여 간략하게 언급하고자 합니다.

초국가적 조직범죄는 아프리카, 아시아 그리고 중남미 국가 20명이 참가한 2006년 제134차 국제교육훈련과정, “조직범죄의 수사, 기소 그리고 공판과 관련된 도전”의 초점이었습니다.

두 번째 주제인, 부패는 대단히 중요한 문제로 세 차례의 기획에서 다루어졌습니다. 첫 번째는 세계 각국의 약 20명의 참가자들이 참가한 부패에 대한 형사사법적 대응방안과 관련된 연례 다면적 국제 교육훈련 과정입니다. 두 번째는 2008년에 개최된 제138차 국제 고위급 세미나, “효과적인 법적 실무적 부패대처방안 : 형사사법적 대응” 이었습니다. 유엔부패방지협약과 같은 국제법적 수단의 조기비준 및 실행의 경우에 누릴 수 있는 크나큰 이익이 강조되었습니다. 세 번째 기획은 2007년과 2008년 방콕에서 개최된 동남아시아 국가들을 위한 바람직한 거버넌스에 관한 지역 세미나 형태로 이루어졌습니다. 이 세미나의 참가자들은 “사법부와 검찰기관 내의 부패통제”와 “공공조달 내에서의 부패통제”에 대하여 논의했습니다. 이 세미나에는 동남아 국가들로부터 온 검사, 판사 그리고 경찰공무원들이 참석했습니다. 나아가, 2008년 12월 UNAFEI에서는 바람직한 거버넌스에 관한 동아시아국가 지역포럼을 개최했습니다. 10개의 아세안 국가들 그리고 중국, 한국 그리고 일본에서 온 고위 검사와 경찰관들이 동 포럼에 참석했으며, 부패에 대한 효과적인 수사과 기소를 위한 국내적 그리고 국제적 협력강화에 대한 의견과 경험을 교환했습니다.

세 번째 주제인, 테러리즘은 중앙아시아 국가들을 위한 교육훈련과정에서 최근에 다루어졌습니다. 이 교육과정에서는 마약밀거래가 테러리즘 활동에 자금공급역할을 한다는 인식하에 마약관련 범죄사건에 있어 국제적 범집행기관의 협력강화에 초점을 맞추었습니다. 또한, 지난주 UNAFEI 교원이 일본

정부가 주최한 국제적 반테러리즘 협약과 의정서 가입 촉진에 관한 세미나에서 발표를 했으며, 13가지 국제적 반테러리즘 법제도의 실현을 지원하는 몇 가지 실천적 방안을 제시했습니다.

## 10. 결 론

저는 우리가 유엔기준과 규범을 가이드라인으로 삼고, 유엔초국가적조직 범죄방지협약과 유엔부패방지협약의 비준과 완전한 이행의 필요에 대하여 깊은 주의를 기울이고 있다는 것을 재차 강조하고자 합니다.

40년 이상의 경험과 120개가 넘는 국가로부터 4,000명에 달하는 수료자 동문을 통하여, 어떻게 국제적으로 얻어지고 공유된 지식들이 진정한 결과물을 산출하는지를 확인할 수 있다고 저는 감히 말씀드리고 싶습니다. 우리는 법제도를 발전시키고 개혁시키는 데 있어 비슷한 여정을 겪고 있는 다른 이들과의 정보교환과 조언이 얼마나 가치 있는지를 목격했습니다. 그리고 우리는 필요한 경우 서로의 도움을 얻을 수 있는 소통의 통로를 넓히는 유익함을 경험했습니다. 이것이 바로 역량강화가 의미하는 바입니다. 즉 상호 이익을 위하여 서로에게서 배우고 돕는 것입니다.

우리의 경험에 따르면 역량강화 프로그램의 성공을 검토하고 평가하는데 있어 성급한 결론을 피하도록 주의해야 합니다. 우리는 단기적인 해결책을 목표로 하고 있지 않으며 장기적인 목적을 가지고 있습니다. 특정한 체제나 국가 속에 지식을 축적한다는 것은 단기적으로 실현될 수 있는 것이 아닙니다. 끈기있는 노력과 성취된 발전에 대한 지속적인 평가를 통하여, 추세와 현안들이 분명해짐에 따라 해결해 나갈 수 있을 것입니다. 동시에 포괄적이고 장기적인 발전과 개혁 프로그램이 실행될 수 있을 것입니다.

이를 달성하기 위하여, 우리는 공통의 경험과 신뢰에 기초를 둔 광범위한 교류관계의 네트워크에 크게 의지하고 있습니다. 협력이 필요할 때 이를 들

어줄 수 있는 역량과 영향력을 갖춘 사람들에게 찾아갈 수 있다는 것의 가치와 이익은 아무리 강조해도 지나치지 않습니다.

이제, 결론적으로, 저는 개별 국가가 법집행제도를 강화하고 확대하는 노력을 지속할 수 있도록 하기 위한 역량강화지원을 증진하는데 우리가 확고히 헌신할 것임을 다시 언급하고자 합니다.

연단을 떠나기에 앞서, 저는 박상기 원장님과 한국형사정책연구원의 직원들이 보여준 큰 환대에 진심으로 감사를 표시하는 바입니다. 그리고 이 세미나와 기념행사가 결실을 맺을 수 있도록 열심히 준비하고 주의 깊게 기획한 한국형사정책연구원의 모든 구성원들에게도 찬사를 포함합니다. 이 노력들은 결코 간과되지 않을 것입니다.

감사합니다.

## **Criminal Justice Policy and International Co-operation - UNAFEI's perspective**

Presentation by Mr. Keiichi Aizawa  
Director of UNAFEI

Honourable President of the Korean Institute of Criminology, Professor Dr. Park, Sang-Ki, distinguished participants, honourable guests, ladies and gentlemen,

First and foremost, I would like to extend my heartfelt congratulations to President Park and his staff members on the 20th anniversary of the founding of the Korean Institute of Criminology (KIC). It is indeed a great privilege and pleasure for me to be invited to this significant occasion to express my sincere congratulations on behalf of the United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, more commonly known as UNAFEI. It is a great personal pleasure to be able to visit this beautiful capital city of Seoul and to participate in this Seminar.

As a sister institute of KIC in the United Nations crime prevention and criminal justice programme network, UNAFEI has worked very closely with KIC on various occasions, such as the annual co-ordination meeting of the UN Programme Network Institutes, known as the PNI, or the United Nations Commission on Crime Prevention and Criminal Justice which is held once a year in Vienna. I have continuing and genuine admiration for KIC's ongoing and outstanding achievements in the research of a variety of issues, including cybercrime, human trafficking, corruption, money-laundering, restorative justice and juvenile justice reform, both in the international and domestic sphere. With great respect, I recognize that KIC has been producing significant numbers of academic and practical research publications, as well as organizing seminars and symposia on wide-ranging criminal justice matters. I sincerely wish that KIC will continue and further develop its magnificent contribution to your country and the international community.

As the Director of UNAFEI, I am aware of many areas where KIC and

UNAFEI can work together on the basis of the expertise and strength of each institute. I genuinely hope that KIC and UNAFEI will further strengthen our mutual co-operation.

## 1. Introduction

UNAFEI is an international training and research institute in the field of crime prevention and criminal justice, located in Fuchu, Tokyo. It was established in 1962 by agreement between the United Nations and the Government of Japan. The major focus of the activities of UNAFEI is to provide international training courses and seminars for practitioners in the field of crime prevention and criminal justice.

Today, I would like to share with you some of my thoughts on the topic of criminal justice policy and international co-operation, from the experience and perspective of UNAFEI. As a United Nations affiliated institute, UNAFEI endeavours to assist in the development of criminal justice systems in line with United Nations policies and approaches, and one of UNAFEI's emphases is the strengthening of mutual co-operation between the UN Member States, in particular, developing countries in the Asia and Pacific region.

Currently, the United Nations recognizes the challenges of transnational organized crime, corruption and terrorism as its priorities in the field of crime prevention and criminal justice. In order to effectively address these challenges, it is vital to ratify and implement universal legal instruments, such as the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and its protocols, the United Nations Convention against Corruption, and the thirteen counter-terrorism conventions.

The national implementation of such international legal instruments requires firstly institution-building, including the enactment of relevant laws and establishment of pertinent judicial mechanisms and infrastructure. However, such laws and mechanisms can only be functional when criminal justice practitioners possess the necessary knowledge and skills to apply them in the course of the day-to-day exercise of their duties. In this regard, capacity-building is of vital importance in our common endeavour to strengthen the criminal justice response to global crime problems.

From this point on, I would like to discuss the issue of criminal justice policy and international co-operation drawing on the experience of UNAFEI.

## **2. Concise history prior to the establishment of UNAFEI**

First of all, I would like to briefly touch upon events prior to the establishment of UNAFEI, which I think help us to understand the purpose for which UNAFEI was established. UNAFEI was actually created in response to the strong will expressed by Asian countries for a training and research facility in their region. The original proposal to establish this institute was made at the Asia and Far East Seminar on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders which was held in 1954 in Rangoon, Burma. The Seminar was organized by the United Nations in preparation for the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders which was held in 1955 in Geneva. Fourteen countries, including Japan, participated in the Seminar.

In the Rangoon Seminar, a draft resolution was tabled by Burma, Ceylon, India, Pakistan and the Philippines recommending to the United Nations and the governments of the countries of Asia and the Far East the establishment of a regional institute for training of personnel and research in the prevention of crime and the treatment of offenders. The draft resolution was unanimously adopted at the Seminar. In the same resolution, it was briefly mentioned that the participating countries made this recommendation with a view to maintaining the international leadership of the United Nations in the field of social defence, and to assisting the governments of the countries of Asia and the Far East in the formulation and application of national policies for the prevention of crime and the treatment of offenders.

At the First United Nations Congress in Geneva, the issue of the establishment of a regional institute was addressed with only in part. In the resolution adopted by the Congress entitled the "Selection and training of personnel for penal and correctional institutions", it was recommended that the establishment of regional institutes for the training of such persons should be encouraged.

In my analysis of the above-mentioned process, the general consensus achieved was that the countries in the Asia and Far East region should be afforded a permanent institute of training and research for criminal justice practitioners in their own region under the leadership of the United Nations.

In 1957, the Second Asia and Far East Seminar on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders was held in Tokyo. On that occasion,

an announcement was made by the United Nations to the effect that Pakistan would host the regional institute. However, this offer was subsequently withdrawn by the same country.

### 3. Establishment of UNAFEI

After the Second Seminar, the Government of Japan was approached by the United Nations Secretariat and inquiries were made as to whether Japan could host the proposed institute. The Government of Japan was most pleased to accept the request as its contribution to the international community. A diplomatic agreement, with the nature of a bi-lateral treaty, was concluded by the United Nations and the Government of Japan in 1961. In this agreement, the two parties determined to establish UNAFEI under the terms of the agreement. Accordingly, the necessary facilities were constructed in Fuchu, Tokyo at the beginning of 1962, and UNAFEI held its first international training course, beginning in September of the same year.

When UNAFEI was first established, administrative responsibility for personnel and financial matters was shared by the UN and the Government of Japan on roughly a 50-50 basis. As a matter of fact, the Director of UNAFEI was appointed by the United Nations in consultation with the Government of Japan, and was remunerated by the UN. The first Director of UNAFEI was Australian, and the second came from Sri Lanka. At the same time, the travel expenses and accommodation costs of the overseas participants were covered by United Nations fellowships.

However, this agreement was substantially revised in 1970 through the exchange of a series of letters between the two parties, and since then, the Government of Japan has borne the sole responsibility for matters of finance and personnel. Since the revision of the agreement, the Director of UNAFEI, i.e. the third and subsequent Directors, have been appointed by the Government of Japan from among its government officials in consultation with the United Nations. Meanwhile, experienced and learned practitioners from the full spectrum of the Japanese criminal justice system are selected to serve as faculty members. We have currently 11 professionals, including myself, serving as faculty members. We are drawn from the prosecution service, judiciary, correctional institutions, probation office and the police force of Japan. As to my own professional background, I am a public prosecutor with 27 years of

experience. Moreover, since 1970, the travel expenses and accommodation of the overseas participants have been covered by Japan's Official Development Assistance system, more precisely, the technical co-operation scheme of the Japan International Cooperation Agency, known as JICA.

The above notwithstanding, UNAFEI continues to be administered under the joint auspices of the United Nations and the Government of Japan. This means that training and research programmes are developed in close contact with the United Nations, and regular reports on UNAFEI's activities are submitted to both the UN and the Government of Japan in accordance with the agreement.

Like KIC, UNAFEI is also recognized as an Institute of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme Network. This requires that UNAFEI contributes to various UN activities, including the planning and organization of the workshops held within the framework of the United Nations congresses on crime prevention and criminal justice.

#### **4. Three principles of UNAFEI's international training courses and seminars.**

Turning now to the primary focus of our activities, I would like to give a brief explanation of our training programmes for criminal justice practitioners. They are based on three principles.

Firstly, the course of study must be practical, not just theoretical. Participants in our training programmes are practitioners, not academics. They are investigators, public prosecutors, judges, correctional officers, and probation, parole, and rehabilitation specialists. Each participant can therefore exert a very real influence on the criminal justice system of his or her country. Our aim at UNAFEI is to equip them with knowledge and tools that can be applied immediately and effectively, while at the same time offering long-term benefits for the overall sound development of the respective justice systems of the participating countries.

Secondly, we emphasize the need for an integrated approach. Problems in crime prevention and criminal justice don't arise in a vacuum. There are underlying causes, and the problems are often present within a complicated web of inter-related issues. Therefore, if solutions are to be both workable and sustainable, participants must address the problem in the context of the criminal justice system as a whole, starting from the investigation, prosecution and adjudication, followed by the treatment of offenders and their social

reintegration both in the correctional institutions and the community-settings.

Thirdly, we require participants to take a comparative approach. The international character of UNAFEI's activities advances this aim considerably by allowing participants of different nationalities, legal systems, experiences and expertise to compare and contrast the practices of their countries, discuss and debate issues, and come to a consensus that is realistic and favourable to all parties.

### **5. UNAFEI family**

UNAFEI facilities have been specifically designed to allow us to conduct courses and seminars in a manner that draws participants closer together. All of the participants and Visiting Experts reside in the UNAFEI building for the duration of their course. Participants dine together, enjoy recreational activities such as table tennis and karaoke, and take part in the varied social programme organized by UNAFEI. These activities help to break the ice and allow the participants to talk freely and candidly about real issues in an informal setting. We believe that such exchanges are an extremely valuable complement to the official study programme and help to cultivate a family-like atmosphere. We consider our alumni to be members of the UNAFEI family, and hopefully they regard each other in the same way. This is a great advantage for them should they ever require the support or co-operation of a fellow UNAFEI alumnus.

### **6. Participating countries**

In the 47 years since its inception UNAFEI has welcomed more than 4,000 participants from more than 120 countries. Approximately 2,800 of these participants are from overseas and approximately 1,200 are Japanese. The following slides show the extent of UNAFEI's activities. Countries that have thus far sent at least one participant are coloured green, while countries which have sent a Visiting Expert are coloured yellow. As you can see, although the Institute's name is the United Nations Asia and Far East Institute, over the years we have welcomed participants from parts of Africa, Eastern Europe, the Middle East, and Latin America and the Caribbean.

This second slide shows those countries that have sent the largest numbers of participants. Thailand has sent 242 participants; the Philippines has sent 200;

and China has sent 196. As you can see in this chart, the total number of participants from the Republic of Korea is 102. UNAFEI received participants from your country on a regular basis from 1962 to 2000. After 2000, unfortunately, the JICA technical co-operation scheme became unavailable to Korea, and since then, we have no participant from your country. Of course, we have had continued collaboration through the invitations of Korean Visiting Experts, and the participation of officials of the Correction Bureau, Ministry of Justice of Korea as observers of our international training courses and seminars. In these ways, UNAFEI has maintained a close relationship with your country until now. UNAFEI wishes strongly to continue mutual co-operation with your country in this regard.

Among the alumni of UNAFEI, we are delighted to say that many have been recognized in their own countries for their knowledge and ability and have been promoted to high-ranking and influential positions such as Minister of Justice, Prosecutor-General, Chief Justice and Chief of Police.

## **7. Training activities at UNAFEI**

Returning to my explanation of our training programmes, allow me to elaborate a little further about what this process actually entails. Initially, to establish a focal point for comparison, the participants attend lectures given by the UNAFEI faculty on the Japanese approach, and the international approach, to the chosen issue. The latter particularly focuses on the United Nations' recommendations on the matter. This is followed by a presentation from each participant outlining the present situation in his or her own country in relation to the course topic, the relevant legislation, the legal system in which the participant operates and a realistic analysis of the current responses to the issue at hand. After each participant has made his or her Individual Presentation, lectures are delivered by Visiting Experts, who are prominent overseas specialists with expertise in the course or seminar matter. Further addresses are given by ad-hoc lecturers, experts from the Japanese criminal justice system who draw upon their own practical experiences and expertise.

In addition to lectures, participants also gain field experience through visits to criminal justice institutions, where they can observe firsthand the Japanese justice system in practice and can meet and talk to experienced personnel. Having been thus sufficiently prepared, the participants are then well-equipped

to take part in Group Workshops where they form smaller units, each focusing on a specific agenda. This process deepens their understanding of the course or seminar topic, and requires them to collaborate on producing a report which is eventually added to UNAFEI's body of research.

### **8. International training courses and seminars**

At present, UNAFEI conducts four multilateral training programmes annually, forming the core activities of the Institute. In addition, there are another five programmes which either focus on a particular region or on a particular country. One such regional programme is a recent initiative. It is a Regional Seminar for Southeast Asian countries which focuses on good governance. These Seminars are held outside of Japan in partnership with the governments of the countries of Southeast Asia and the UNODC Regional Centre for East Asia and the Pacific, and address matters such as corruption control amongst judges and prosecutors, and corruption control in public procurement.

To give you an idea of the focus of the training programmes we offer, the four multilateral courses each address a different subject: the first covering the treatment of offenders; the second targeting issues in investigation, prosecution and trial; the third focusing on criminal justice responses to corruption, and finally the fourth, aimed at senior officials, which tackles various issues in crime prevention and criminal justice.

The regional training programmes are for the countries of Southeast Asia, as mentioned before, and the Central Asian countries of Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, Turkmenistan and Uzbekistan. The Central Asian programme focuses on the specific issue of drug trafficking. The country-specific training programmes target China, Kenya and the Philippines. These programmes focus on a comparative study of the criminal justice system and its administration in China and Japan, the treatment of juvenile delinquents, and community involvement in the reintegration of offenders, respectively.

### **9. Main focus of the international training activities**

In deciding upon the topics of our training programmes, every effort is made to incorporate the priority issues identified by the United Nations, such as the challenges of transnational organized crime, corruption and terrorism.

These three particular priority topics are regularly addressed in our work. Allow me to briefly outline some of these efforts undertaken in the past two and a half years since I was appointed Director.

Transnational organized crime was the focus of the 134th International Training Course held in 2006 entitled, “Challenges in the Investigation, Prosecution, and Trial of Organized Crime”, which was attended by 20 participants from Africa, Asia and Latin America.

The second topic, corruption, being of such importance, has been addressed by three separate initiatives; the first is our annual multilateral international training course on the criminal justice response to corruption where approximately 20 participants from many parts of the world get together. The second was the 138th International Senior Seminar held in 2008, entitled “Effective Legal and Practical Measures for Combating Corruption: a Criminal Justice Response”. Emphasis was placed on the immense benefits of early ratification and implementation of relevant international legal instruments such as the United Nations Convention against Corruption (UNCAC). The third initiative was in the form of the Regional Seminars on Good Governance for Southeast Asian countries held in Bangkok in 2007 and 2008. The participants of the Seminars discussed “Corruption Control in the Judiciary and Prosecutorial Authorities” and “Corruption Control in Public Procurement”. This Seminar was attended by public prosecutors, judges and law enforcement officials from Southeast Asian countries. Furthermore, in December 2008, UNAFEI organized the Regional Forum on Good Governance for East Asian Countries at UNAFEI. Senior public prosecutors and law enforcement officials from 10 ASEAN member countries and China, Korea and Japan participated in the Forum, and exchanged views and experiences on the strengthening of domestic and international co-operation for effective investigation and prosecution of corruption.

The third topic, terrorism, was recently addressed by a training course for Central Asian countries. The course focused on strengthening co-operation in international law enforcement in cases of drug-related crime, in recognition that drug trafficking frequently helps finance terrorist activity. In addition, last week a UNAFEI faculty member made a presentation at the Seminar on the Promotion of Accession to the International Counter-Terrorism Conventions and Protocols, hosted by the Government of Japan, outlining some practical measures to assist in the implementation of the thirteen international counter-terrorism instruments.

## 10. Conclusions

I would like to reiterate at this point that we use as guidelines United Nations standards and norms and that we pay very careful attention to the need to facilitate ratification and full implementation of the UN TOC Convention and the UNCAC.

With more than four decades of experience and through our alumni of 4,000 participants from more than 120 countries, I hope I am not immodest in saying that we have seen how knowledge gained and shared in an international setting can produce real results; we have seen how valuable it is for developing and reforming legal systems to be informed and guided by others who have made a similar journey; and we have seen the benefits of widening the channels of communication to seek assistance from each other when necessary. This is what capacity building is all about: learning from and helping each other to our mutual benefit.

Our experience has further shown us that in examining and evaluating the success of capacity building programmes, we should be careful to avoid hasty conclusions. We are aiming not simply for a short-term remedy but a long-term goal. The accumulation of knowledge in a particular system or country is not something that can be realized in a short time. Through perseverance and continuous evaluation of the progress that has been made, trends and concerns can be addressed as they become apparent, while simultaneous comprehensive and long-term development and reform programmes can be implemented.

In order to achieve this, we rely heavily on the far-reaching network of contacts and relationships grounded in common experiences and trust. I cannot emphasize enough the value and benefits of access to people with the ability and influence to execute requests for help.

And now, in conclusion, I would like to reiterate our firm commitment to enhancing capacity building assistance so that individual countries will be able to continue with their efforts to strengthen and expand their own law enforcement systems.

Just before I leave the podium, I wish to express my sincere gratitude for the wonderful hospitality extended by our hosts, President Park and all the staff of the Korean Institute of Criminology, and further wish to acknowledge the hard work and careful planning of all the KIC personnel in bringing this Seminar and Ceremony to fruition. It has not gone unnoticed.

Thank you very much for your attention.

[제4주제]

**16:10-16:50**

**중국 형사법률제도의 개혁과 발전 추세**

*The Reform and Development of Criminal Law System in China*

Prof. Zexian Chen

(Center for International Law Studies,  
Chinese Academy of Social Science, China)



## 중국 형사법률제도의 개혁과 발전추세

천저씨엔(陳澤憲) 教授\*

(중국사회과학원 국제법센터 소장)

한상돈(韓相敦) 教授(譯)\*\*

(아주대학교 법학전문대학원 교수)

1979년 전국인민대표대회에서 <중화인민공화국 형법>과 <중화인민공화국 형사소송법>이 통과됨으로써 신중국의 법전(Code)없는 역사에 종언을 고하게 되었으며, 중국은 형사법치에 있어서 중요한 법적 기초를 다지게 되었다.

1996년 전국인민대표대회에서 <형사소송법 개정안>이 통과되어 새로운 내용이 많이 보완되었다. 또한 1997년 전국인민대표대회는 새로운 <형법 개정안>을 통과시켰으며 이후 10여 년 동안 국가입법기관은 단행형법을 연이어 제정하였는데, 형법의 <입법해석> 9건과 <형법개정안> 6건을 통과시켰다.

최근 10년 동안 중국은 형사사법개혁을 추진하고 있으며, 커다란 성과가 나타나고 있다.

### I. 중국 형법의 개혁과 발전

#### 1. 죄형법정원칙의 명문화 확립, 유죄 유추제도의 폐지

사법에 있어서의 전횡과 죄형 천단에 대응하여 죄형법정원칙이 등장한 것은 세계적으로 이미 몇 백년의 역사가 있다. 중국은 1997년에 형법을 개정할 때 이러한 원칙을 명문으로 규정하였고, 죄형법정원칙과 저촉이 되는 ‘형사유추’ 제도를 동시에 폐지하였다. 이것은 당시 제반 상황을 고려해 볼 때,

중국형법의 큰 진보라고 볼 수 있다.<sup>1)</sup>

## 2. 형법적용의 평등원칙과 죄형상응원칙의 명문화 확립

법률 앞에 누구나 평등하다는 것은 중국헌법이 규정한 기본원칙이다. 개정 형법 제4조에 “누구든지 범죄를 저지르면 법률적용에 있어서 일률적으로 평등하다. 누구라도 법률을 초월하는 특권을 허용하지 않는다”라고 규정하고 있다. 이는 헌법에서 확립된 “법률 앞에서 누구나 평등하다”는 원칙이 형법에서도 구체적으로 구현된 것이다. 즉 어떠한 사람의 범죄에 대해서도 범죄자의 출신·지위·직업·성별·재산 등 상황이 어떠한지 정죄·양형과 행형 면에서 모두 똑같이 평등하게 형법을 적용하며, 어떠한 사람에게도 법률을 초월하는 특권을 허용할 수 없다는 것을 뜻한다.

죄형상응원칙의 확립은 죄에 대한 형벌의 천단을 방지하는 한편, 형벌의 경중과 범죄자가 저지른 범행 그리고 부담하는 형사책임이 서로 상응하는 것을 확보하기 위한 것이다.

## 3. 보편관할권원칙 신설

개정 형법 제9조에 중국이 체결하거나 참가한 국제조약에 규정된 범죄행위에 대하여 중국이 부담하는 조약의무 범위 내에서 행사하는 형사관할권은 중국형법을 적용한다고 규정하고 있다. 이 규정은 국제법에 규정된 것으로서 국가가 엄중한 국제범죄를 징벌[懲治]해야 하는 조약의무의 확실한 이행을 위한 것이다.

## 4. 반혁명죄를 폐지하고 국가안전위해죄로 대체

1) 陳澤憲, 「형법개정 중의 죄형법정문제」, 『법학연구』, 1996, 제6호.

## 5. 투기매매죄, 불량배죄 등 ‘뽕땅죄[口袋罪]’를 폐지

## 6. 법인(단위)범죄 조항의 신설

중국형법 중의 단위범죄(單位犯罪)란 회사, 기업, 사업단위, 기관, 단체 등이 단위의 명의로 직접 책임자를 통해 실시한, 법에 따라 형사책임을 추궁해야 할 사회를 위해하는 행위를 말한다. 단위범죄는 전통적 형법이론에서는 일반적으로 법인범죄라고 칭한다. 단위범죄라는 중국적 형법특색을 지닌 개념은 중국 법인제도의 현황과 법인범죄 주체로서의 특징이 있는 특수한 국가상황이 형사 입법에 반영된 것이라 할 수 있다.

법인범죄는 인류의 사회경제가 일정한 단계까지 발전된 결과로서 이미 세계 각국이 현재 골치를 앓고 있는 범죄현상 중의 하나가 되었다. 법인범죄를 어떻게 효과적으로 예방하고 억제할 것인가는 이미 중국 형사법치의 이론과 실무에서 중대한 당면 과제가 되고 있다.<sup>2)</sup>

## 7. 피해자(정당방위), 미성년자(아동근로자), 장애인(장애자·아동에게 구걸을 강요), 여성(여성인신매매)에 대한 합법적 권익의 보호 강화

## 8. 테러범죄, 금융범죄, 증권선물범죄, 부패범죄, 생태환경범죄, 민족차별[歧視]과 민족원한범죄, 혹형(酷刑)범죄 등 50여 개의 새로운 조문의 증설과 조정

## 9. 사형사건의 심사비준권을 최고인민법원에서 회수하여 일괄적 행사

1997년에 통과된 중국형법과 형사소송법에 의하면, 사형사건의 경우 법에

2) 陳澤憲, 「중국형법 중의 단위범죄문제 연구」, 『아주법논단』, 제1권, 중국사회과학문헌출판사, 2006년.

의해 최고인민법원에서 판결하고 또 법에 의해 고급인민법원에서 심사비준(核准)하여 판결한 사형2년 집행유예 이외에는 모두 최고인민법원에 보고하여 심사비준을 받도록 규정하고 있다.

1981년 6월10일 전국인민대표대회 상무위원회는 <사형사건 심사비준 문제에 관한 결정>을 통과시켜 두 가지 법의 상술한 규정을 폐지하였다. 1983년 9월2일 전국인민대표대회 상무위원회는 <중화인민공화국 인민법원조직법 개정에 관한 결정>을 통과시키고, 그 중 사형사건 심사비준권의 행사규정을 개정하였다. 1983년 9월7일 최고인민법원은 이 <결정>에 근거하여 각 고급인민법원에 살인·강간·강도·폭발 및 기타 공공안전과 사회치안을 심각하게 위해하는 경우에 대하여 사형판결한 사건의 심사비준권을 부여하였다. 그 후 최고인민법원은 운남성, 광둥성 등 성(省) 고급인민법원에 일부 마약범죄의 사형사건에 대한 심사비준권을 부여하였다. 1996년 개정된 <형사소송법>과 1997년 개정된 <형법>은 상술한 사형사건 심사비준권을 사법실무에 있어서 인가하지 않았고 또한 ‘사형은 최고인민법원에서 심사비준한다’는 원칙을 명확하게 재표명하였다.

2006년 전국인민대표대회 상무위원회 제24차 회의에서 <중화인민공화국 인민법원조직법>을 다음과 같이 개정하였다.

“사형은 법에 의해 최고인민법원이 판결한 경우 외에는 최고인민법원의 심사비준을 받도록 보고해야 한다”(제13조)로 수정하였다.

## 10. 벌금형 적용범위의 확대

주로 각종 경제범죄에 적용하도록 하였다. 79형법 제20조, 97형법 반포 전 제54조, 97개정형법 제148조.

## II. 중국 형사소송법제도의 개혁과 발전

## 1. 무죄추정원칙의 확립

중국에서는 무죄추정에 대해 여러 차례 논의를 가진 바 있고, 마침내 소송의 기본원칙으로 확립하여 소송의 민주와 인권보장의 중요한 지표가 되었다. 개정안 제12조에 “인민법원의 법에 의한 판결을 거치지 않고는 어떠한 사람에게도 유죄를 확정할 수 없다”고 규정하고 있다. 즉 피고가 법원의 재판절차를 거쳐 유죄로 확인되기 전까지는 무죄로 추정한다. 이러한 원칙이 확립됨으로써 소송 중의 피의자와 피고의 합법적인 권익 보장에 있어서 그 변호권의 충분한 행사가 보장되고, 사법기관의 책임에 대한 증명을 적극적으로 이행할 수 있도록 촉진하며, 무죄한 자가 형사추궁을 받지 않도록 그리고 인민법원이 독립적인 재판권 행사를 보장하는 현실적인 의의가 있게 되었다.

## 2. 형사변호제도 개선

구형사소송법에 의하면 피고는 법원 재판단계에서만 법에 따라 변호사 혹은 기타 변호인에게 협조를 의뢰하여 그 변호권을 행사할 수 있으며, 수사·기소단계에서는 변호인에 의한 소송개입을 허용하지 않았다. 따라서 변호인은 직무수행에 큰 제한을 받게 되어 변호기능을 충분히 발휘할 수 없었다. 개정 후의 <형사소송법>은 변호사가 수사단계서부터 개입할 수 있도록 하여 피의자가 수사단계에서 신문을 받은 후 또는 강제조치를 당한 후에는 변호사를 청하여 법률자문을 받거나 고소·고발을 할 수 있도록 하였다. 또한 수사기관으로부터 무슨 죄에 대한 혐의가 있는지 이해할 수 있고, 피의자 접견 등의 소송권리를 통하여 변호사로서의 변호 준비를 할 수 있도록 하여 피의자에 대한 합법적인 권익의 보호를 대폭적으로 강화하였다. 그리고 사법기관이 엄격하게 법집행을 하도록 감독함으로써 사건처리의 질을 제고하

였다. 신형사소송법은 또한 인민법원이 변호를 지정하는 사건유형을 증가하였다. 신형사소송법 제34조는 “피고가 사형에 판결될 가능성이 있고 변호인을 선임하지 않은 경우, 인민법원은 법률구조 의무를 담당하는 변호사를 지정하여 변호를 하게해야 한다”고 규정하고 있다. 사형이 중대차한 문제임을 감안한다면 신형사소송법의 이러한 법률구조는 매우 필요한 것이다. 이러한 것은, 한편으로는 사형에 판결될 수 있는 피고에게 충분하게 변호권을 행사할 수 있도록 한 것이며, 다른 한편으로는 인민법원이 정확하게 형벌을 적용하는데 유리하도록 한 것이다.

### 3. 피해자의 합법적 권익에 대한 보호 강화

구형사소송법의 경우 공소사건에서 피해자는 단지 소송참여인일 뿐이었다. 소송참여자의 지위적 제한으로 말미암아 실무에서는 대부분 증인으로 간주할 뿐이었고, 재판실무에서도 재판에 참가하도록 통지되는 피해자는 극히 드물었다. 대다수의 피해자는 법원에 출석하지 않으며, 단지 법정에서는 피해자가 진술하는 증거내용을 낭독할 뿐이기 때문에 분명하게 피해자의 합법적인 권익을 보장하기는 어려웠다. 개정안은 피해자가 당사자로서의 독립된 법적 지위를 확정하여 비교적 광범위하게 소송권리를 누리도록 하였다. 예컨대 회피신청, 상고권, 소송대리인의 권리 위탁 등이 모두 법률로써 보장을 받을 수 있도록 하였다. 신법은 또한 피해자가 스스로 기소하는 범위를 확대하여 피해자가 피고의 행위가 범죄를 구성한다는 증거를 증명할 수 있는 경미한 형사사건은 직접 법원에 기소할 수 있도록 하였다. 특히 피해자가 피고의 범죄행위를 증명할 만한 증거가 있거나,公安기관과 검찰원에서 피고자의 형사책임을 추궁하지 않을 경우 직접 법원에 기소하여 자신의 합법적인 권익을 보호할 수 있도록 하였다. 동시에 신형사소송법은 피해자가 소송 중이거나 재판 중에 있어서의 각종 구체적인 소송권리를 명확히 규정

함으로써, 개정안이 피해자의 합법적 권익을 보장하는 것에 대하여 매우 중시하고 있음을 충분히 나타내었다.

#### 4. 강제조치 개혁

개정안은 강제조치의 기한을 규정하였다. 강제조치를 당한 피의자와 피고의 합법적인 이익을 보장하기 위하여, 그리고 소송활동의 신속한 진행을 보장하기 위하여 개정안은 보석(取保候審)과 거주감시의 기한 및 구금의 기한에 대하여 상응된 규정을 하였다. 동시에 피의자·피고 및 그 법정대리인·친척 혹은 선임 변호사 및 기타 변호인은 사법기관이 강제조치의 법정기한을 초과할 경우, 강제조치의 해제를 요구할 권한이 있다고 규정하였다. 사법기관은 석방·보석해제·거주감시 혹은 법에 의해 강제조치를 변경할 수 있다. <형사소송법>의 강제조치에 대한 수정 및 보충규정의 내용은 공민권리의 보장에 대해, 그리고 사법기관으로 하여금 이러한 조치를 정확하게 적용하는데 있어서 모두 중요한 의미를 지닌다고 하겠다.

#### 5. 보완수사 횟수의 제한과 기한

형사소송법 개정안은 심사기소 단계의 “보완수사는 두 차례에 한한다”고 규정하고 있다. 재판단계에서 “인민검찰원은 1개월 이내에 수사를 마쳐야 한다”고 보충 규정하여 기존의 보완수사 횟수의 무제한을 극복하였고, 피의자·피고의 재판 전 장기구금의 결함을 보완하였다.

#### 6. 수용심사제도의 폐지

형사소송법 개정안은 수용심사제도를 폐지하였다. 수용심사제도를 대신하여 구류(拘留)시간을 연장하여 “도주범행, 수 차례의 범행, 작당범행의 중대

한 피의자에 대해서는 심사비준의 시간을 30일까지 연장할 수 있다”고 규정하고 있다.

기존의 사법실무에서 수용심사(최장 기한은 60일)와 구류(최장기한은 7일)를 절충하여 마련한 것이기 때문에 형사소송법개정안의 규정은 실질적으로 공안기관이 검찰원 비준을 거치지 않은 상황 하에서 피의자에 대해 구금을 실시하는 기한을 대폭 단축한 셈이 된다.

### 7. (재판 전 정죄의) 기소면제제도 폐지

피의자가 재판에 회부되기 전에 즉 인민검찰원에서 유죄라고 확정된 상황에서, 특히 무죄한 자를 인민검찰원이 잘못 (정죄)하여 기소면제 후 단지 상소[申訴]의 경로로 해결해야만 하는 불리한 국면을 면할 수 있게 하였다.

### 8. 법정(法庭) 심문방식의 개혁

개정안은 법정심문 중의 고소·변호·재판 등 3자의 기능적 작용을 강조하여, 과거의 모든 법정조사가 주로 법관의 독점으로 고소와 심리의 직능을 나누지 않아 공정한 재판에 영향을 끼친 것을 개선하였다. 개정안은 또한 공소자, 자소자(自訴者), 변호인의 법정에서의 거증책임을 명확히 하였다. 법정에서 법관의 주요임무는 재판을 주관하며 원고·피고 쌍방의 증거제시와 의견을 진지하게 청취하고, 증거를 심사 확인하여 공정한 재판을 하는 것이다. 형사소송법 개정안은 또한 합의부 재판사건의 재판권을 확대하였다.

### 9. 간이형사재판 절차의 증가

개정안은 형사 제1심 절차중 간이 재판절차에 적용되는 사건범위, 재판조직, 재판절차와 심리결안 기한 등을 명확히 규정하였다. 간이절차의 적용은

소송참여인이 소송을 참여하는데 편리할 뿐만 아니라 또한 인민법원이 일부 경미한 형사사건을 신속하게 해결하는데 유리하기 때문에, 중대하거나 복잡한 사건에 보다 집중적으로 심리에 주력할 수 있게 되었다.

### III. 중국 형사사법의 개혁과 발전

#### 1. 관대함과 엄격함이 상호 보완되는 형사정책의 확립

(1) 1980년대부터 실시한 운동식의 ‘엄격한 단속’ 정책 및 그 효과에 대한 반성

한편으로는 새로운 시대의 범죄행위 발생의 변화에 대응하고자 엄중한 범죄에 대해 엄격하게 단속을 해왔다. 또 다른 한편으로는 경범죄·미성년자범죄에 대해서는 교육을 주로하고 처벌을 보조로 하는 원칙에 따라 관대하게 처리하였고 가능한 한 교육으로 구제하여 사회적 화해를 꾀하여 왔다. 범죄를 단속하거나 범죄자를 개조하는 목적은 범죄를 억제하는데 있으며, 사회의 저항을 감소시키고 사회의 화해와 안정을 촉진하는데 있다. 이는 또한 사법체제와 업무 메커니즘 개혁을 심화하고, 관대함과 엄격함이 상호 보완되는[寬嚴相濟] 형사정책의 중요한 목표이기도 하다. 수감하지 않는 범죄자에 대하여서는 효과적인 사회감독, 관리, 교육, 교정시스템을 수립하여 사회 교육을 통해 범죄자를 개조하는 기능을 강화해야 할 것이다.<sup>3)</sup>

(2) 정의회복과 형사화해

형사화해는 피해자와 가해자의 화해와 조정, 당사자 조정 혹은 정의(正義) 회복의 공동논의라고도 칭한다. 그 기본적 함의는 범죄가 발생한 후에 조정자의 도움을 받아 피해자와 가해자가 직접 의논하여 형사분규를 해결하도록

3) 王其江, 「새로운 사법체제의 개혁 방향」, 『요망(瞭望)』, 2009년, 제1호 참조.

해서 피해자와 가해자 사이에 화해협약이 이루어지게 하고 이를 사법기관이 인정해서 가해자의 형사처벌에 대한 근거로 삼을 수 있도록 하는 것이다. 형사화해의 목적은 가해자가 파괴한 국가와 사회질서를 회복하고 피해자가 받은 손실을 보충하는 한편, 파괴된 지역사회 관계를 회복하고 또한 가해자로 하여금 양심을 회복토록 하여 사회로 복귀시키는데 있다.<sup>4)</sup> 형사화해는 피해자의 이익보호를 핵심이념으로 하며, 피해자·가해자 및 공공이익의 전면적인 보호를 기본내용으로 하여 비교적 적은 사법자원으로 보다 이상적인 실체적 목표를 얻고자 하는 것이다.

### (3) 광범위하게 ‘지역사회교정’을 추진

중국의 ‘지역사회[社區]교정’은 감금교정의 상대적인 행형방식으로 지역사회교정에 부합한 범죄자를 지역사회 내에 두고 전문적인 국가기관이 관련 사회단체와 민간조직 및 사회자원자의 협조 아래 판결·재정 혹은 확정결정된 기한 내에 범죄심리와 행위악습을 교정하여 순조로운 사회귀속을 촉진하는 비감금 형벌집행활동이다. 처음에는 북경, 천진, 상해, 절강, 강소, 산둥 등 6개 성시(省市)를 시범지역으로 삼아 시행해 보았는데, 지금은 18개 성시·자치구로 확대하였다.

### (4) 미성년자범죄에 대한 관대한 처리

1) 최근 몇 년 동안 중국 검찰기관은 미성년자 범죄사건에 대하여 잠정기소유예[暫緩起訴]를 적용할 것을 모색하고 있다.

소위 잠정기소유예란 기소유예, 기소유보 혹은 조건부 불기소라고도 한다. 이는 검찰기관이 형벌의 특별예방 입장에서 일부 공소제기 기준에 달한 범죄행위에 대하여 사건의 상황 특히 피의자의 상황, 범죄 후의 태도를 종합하여 잠정적으로 공소를 제기하지 않는 것이 적당하다고 여겨, 일정한 잠정

4) 陳慶安, 王劍波, 「형사화해제도의 장단점 재해석」, 『하남사회과학』, 2008년 제1호 참조.

유예기소기간을 정하여 상응된 의무를 부여하는 것을 말한다. 만약 잠정기소유예자가 법정 관찰기간 내에 법정의무를 위배하지 않았을 경우, 관찰기간 만료시 검찰기관은 불기소 결정을 내릴 수 있다. 만약 의무를 위배할 경우 검찰기관은 즉시 공소를 제기할 수 있다. 일부 검찰기관에서 잠정기소유예제도를 실시해 보았는데 사회적 효과가 좋은 것으로 나타났다. 그러나 중국 입법에서는 아직 잠정기소유예제도에 관한 규정을 하지 않았는데, 이에 대해서는 사법이론계와 실무계에서 많은 논란이 있다. 미성년자 신분이라는 특수성과 잠정기소유예제도 자체의 가치 및 실행가능성을 감안하고 미성년자를 보호하는 관점에서 볼 때 미성년자 범죄에 대한 잠정기소유예제도는 실질적인 의미가 있다고 하겠다.<sup>5)</sup>

## 2) 전문적인 소년법정 설치

중국의 소년사법제도는 지난 세기 80년대에 시작하였다. 1984년 상해시 창닝(長寧)구 인민법원이 첫 번째 소년 형사사건 합의부(소년법정) 심리를 시작으로 최고인민법원의 전폭적인 긍정과 지지 아래 1994년 중국 전국의 기층법원에 소년법정이 설치되었다. 일부 중급법원과 기층법원은 ‘소년형사재판정’, ‘소년사건 종합재판정’도 설치하였다. 1994년도 통계에 의하면, 중국 전국의 소년법정은 3,369개에 달한다. 이 시기에 중국 소년사법제도가 탄생하고 신속하게 발전함으로써 기구 조직의 윤곽과 기본제도가 형성하게 되었다. 전국 법원에 보편적으로 소년법정이 설립되었고 또 전국 검찰기관에서도 전문적인 소년검찰팀(組)·과(科)·처(處)등이 설치되었으며,公安·사법 등 부문에서도 상응하는 기구가 마련되었다. 성인과 다른 소년사법에 대한 지도사상과 특수절차가 점진적으로 형성되기도 하였다. 예컨대, 교육감화의 구제 방침이라든지 교육을 주로하고 징벌을 보조로 하는 원칙, 재판과정에서의 사회조사절차·교육절차·가장(家長) 혹은 감호인의 범원출석 등등이다.<sup>6)</sup>

5) 喬玉安, 李鵬, 「미성년자범죄 잠정기소유예 문제 연구」, 『중국법원사이트』, 2006, 10,,20 참조.

6) 徐建, 「영국 보석제도와 중국 사법제도 개혁」(내용간략소개), 중국방정출판사, 2005, 1. 참조.

## 2. 법률구조제도의 수립과 발전

20세기 90년대 중반기부터 법률구조(法律援助)업무는 국가경제와 사회발전 계획에 들어가게 되었다. 2003년 국무원은 <법률구조조례>를 반포·시행하였는데 이로써 중국의 법률구조제도의 체계적인 기틀이 기본적으로 마련되었다. 법률구조의 정부책임이 점차 실현되었고 각급 정부의 법률구조 경비에 대한 투입도 해마다 증가되고 있는데, 중앙 재정과 일부 성급(省級)재정은 빈곤지역 법률구조에 대한 지불전이(轉移)를 할 수 있는 제도가 또한 수립되었다. 각급 정부는 3,155개의 법률구조기구를 세웠고 법률구조 업무종사자는 12,000여 명이나 된다. 변호사 등 법률 서비스 종사자들이 적극적으로 법률구조업무를 전개하여 법률구조업무는 부단히 발전하고 있다. 중국은 해마다 약 30만 건의 법률구조사건을 처리하고 있다.<sup>7)</sup>

국무원의 <법률구조조례> 규정에 의하면, 형사소송 중에 다음과 같은 상황 중 하나에 해당될 경우 공민은 법률구조기구에 법률구조를 신청할 수 있다.

① 피의자가 수사기관으로부터 첫 신문을 당한 후 혹은 강제조치를 당한 날부터 경제적 어려움으로 인하여 변호사를 선임하지 못한 경우

② 공소사건 중의 피해자 및 그 법정대리인 혹은 친척이 사건이 기소심사에 보내진 날부터 경제적인 어려움으로 인하여 소송대리인을 정하지 못한 경우

③ 자소(自訴)사건의 자소인 및 그 법정대리인이 사건이 인민법원에 수리된 날부터 경제적인 어려움으로 인하여 소송대리인을 정하지 못한 경우

공소인이 공소한 사건에 있어서 피고가 경제적인 어려움 혹은 기타 원인으로 인하여 변호인을 선임하지 못해 인민법원이 피고를 위하여 변호를 지정한 경우, 법률구조기구는 법률구조를 제공하여야 한다. 피고가 맹인이거나 농아(聾啞) 혹은 미성년자로 변호인을 선임하지 않았을 경우 혹은 피고가 사

7) 중국사법부, 「법률구조사업 ‘十一五’시기 발전계획」, 2006년 12월13일 반포.

형판결을 받을 수 있어 변호인을 선임하지 않는 경우, 인민법원이 피고를 위하여 변호를 지정할 때 역시 법률구조기구는 법률구조를 제공해야 하는데 이때는 피고의 경제 상황에 대한 심사를 진행할 필요는 없다.

또한 <형사소송 법률구조 업무에 관한 규정>에 의하면 공안기관·인민검찰원은 피의자를 법에 따라 첫 신문을 한 후 혹은 강제조치를 취한 날부터, 피의자에게 변호사를 선임하여 법률자문, 대리상소, 고소 혹은 보석신청을 할 수 있는 권리가 있음을 알림과 동시에 만약 경제적으로 어려울 경우에는 법률구조기구에 법률구조를 신청할 수 있다고 알려야 한다.

인민검찰원은 심사기소된 사건자료를 이송 받은 날부터 3일 이내에 피의자에게 변호인을 선임할 권리가 있다는 것을 알리는 동시에 만약 그가 경제적으로 어려울 경우 법률구조기구에 법률구조를 신청할 수 있다는 것을 알려야 한다. 피해자 및 그 법정대리인 혹은 그 친척에게 소송대리인을 선임할 권한이 있다는 것을 알리는 동시에 그가 만약 경제적으로 어려울 경우 법률구조기구에 법률구조를 신청할 수 있다는 것을 알려야 한다.

인민법원은 공소를 제기한 사건에 대하여 심사가 완료된 날부터 3일 이내에 피고에게 변호인을 선임할 권리가 있다는 것을 알리는 동시에 그가 만약 경제적으로 어려울 경우 법률구조기구에 법률구조를 신청할 수 있다는 것을 알려야 한다.

### 3. 피해자 구조(보상)제도의 모색

산둥성 칭다오(靑島)시 중급인민법원의 한 조사연구결과에 의하면, 5년 동안 2,300 여건의 판결로 결안된 형사부대민사사건 중 90% 이상의 민사부분은 집행할 수 없는 ‘텅 빈 판결[空判]’인 것으로 나타났다. 특히 범죄결과가 심각한 일부 사건은 피해자 및 그 가정의 손실에 대해 범죄자로부터 어떠한 보상도 받을 수 없음으로써 피해자 및 그 가족의 처지를 더욱 어렵게 만드

는 것으로 밝혀졌다.<sup>8)</sup>

2004년부터, 중국의 재판기관·검찰기관은 형사피해자의 구조업무에 대하여 적극적인 모색을 진행하고 있다. 하남성을 예로 들면, 검찰기관은 2005년부터 11개 시급 검찰원에서 형사 피해자의 검찰구조업무를 전개하고 있는데 법률구조·권리보호·경제구제의 실시·생활고 해결을 통한 사회화 구제실시, 장기적 보조 제공 등 방식으로 생활이 어려운 피해자에 대한 적극적인 구조를 진행하고 있다. 2008년 10월까지 모두 48명의 피해자를 구조하였고 약 120만웬(元)의 구조금을 보조하여 비교적 좋은 사회적 효과를 거두었다.

산둥성 즈버(淄博)시는 2004년부터 성(省)에서 처음으로 형사피해자 경제구조제도를 실시하여 형사범죄인 경우 피해자가 다음 조건의 하나에 해당될 경우에는 구조를 받을 수 있도록 하였다. 형사가해자가 배상할 능력이 없거나 배상액수가 피해자의 실질적으로 잃은 경제수치와 현저한 차이가 있을 경우, 피해자가 피해로 인해 장애를 갖게 되어 거액의 의료비가 필요하나 본인이 지불할 능력이 없는 경우, 피해자가 침해를 받아 노동능력을 상실한 경우, 피해자가 사망하고 그에게 의지한 부양자가 생활보장을 할 수 없는 경우 등이다.<sup>9)</sup>

2004년 11월, 산둥성 칭다오(靑島)시는 형사피해자 구제금제도를 마련하였다. 짧은 1년 여 시간동안, 36건 사건에 44명의 피해자 가정이 75만 웬[元]의 구제금을 수령하였다.

최고 인민법원은 2007년 인민법원 업무보고에서 사법구조제도를 보완하려면 ‘형사피해자 국가 구조제도 수립 연구’가 중요한 항목의 하나가 되어야 한다는 것을 제기한 바 있다.

#### 4. 고문 및 불법증거채취의 방지

8) 李有軍, 「형사피해자 국가구조제 : ‘법률백조(白條)’ 실현될 전망」, 『중국법원 사이트』, 2007년 1월 19일.

9) 통신 ‘형사피해자 구조제도 수립이 눈앞에 다가옴」 『청도제경일보』, 2007년 1월 9일 참조.

## [실험 1] : 피의자 신문 전과정의 녹음·녹화

2005년 최고인민검찰원은 <인민검찰원의 피의자 신문직무 전체과정 동시 녹음·녹화 규정(시행)>을 제정하여 인민검찰원에서 피의자를 신문할 때 중단 없이 전체과정을 동시 녹음·녹화하여 고문 혹은 위협·유혹·사기 등의 불법적인 방법으로 신문하는 것을 엄금하였다. 또한 신문자와 녹음하는 자는 서로 분리한다는 원칙을 세웠다.

## [실험 2] : 피의자·피고 신문시 변호사의 동석

북경(海澱區), 남경(下關區), 감숙(白銀市), 하남(焦作市)해방구 등에서 먼저 시범 실시를 하였다.<sup>10)</sup>

시범에 참가한 수사요원, 변호사, 피의자는 이에 대하여 서로 다른 감회를 피력하였다. 수사요원 중에는 세 가지 심리상태가 있었는데, 첫째는 어색함을 느꼈다는 것이다. 이전에 완전 폐쇄된 공간에서 피의자를 신문할 경우 ‘묻고 싶은 대로 물었고’, 비교적 자유로운 상태였지만 이제 곁에 변호사가 있으니 변호사의 직업상 피의자에게 기우는 경향과 심리적으로 저촉되는 정서가 있었다고 한다. 둘째는 긴장되었다고 한다. 이전에 일반적인 사건에 대하여 전문적으로 애써서 신문 시나리오를 기획하지 않았는데, 이제 변호사가 합석하거나 전과정이 녹음·녹화가 되니 더 차원 높은 신문 기교가 필요하고 신문과정에서 혹시나 규칙을 위반할까 두려워진다고 한다. 셋째는 안전감을 갖는다고 한다. 과거 수사요원이 고문을 당했다고 고소당할 때 그 무고함을 증명하기 어려웠지만 이제 변호사가 동석하여 증명을 할 수 있으므로 피의자가 무고 혹은 진술을 번복하는 것을 두려워하지 않게 되었다고 한다. 그러므로 어느 정도에 있어서는 수사요원 역시 수의자가 된다고 볼 수 있는데, 잘못을 범하는 것을 면할 수도 있으며 무고함을 피할 수도 있게 되었다.

10) 呂萍, “변호사가 심문에 개입’실험: 시도에 유익하며 세부상황에 주목해야”, 『검찰일보』, 2005년 10월18일.

변호사는 변호권의 행사자로서 감회가 가장 큰 것으로 나타났다. 피의자가 수사단계에서 신문을 받는 전과정에 변호사가 참여함으로써 사건상황에 대한 이해에 유리하고, 신문에 같이 참여함으로써 사실상 증거취득의 절호의 기회가 되기도 한다고 한다.

물론 가장 이득을 본 사람은 피의자일 것이다. 피의자는 적어도 고문·자백유도·속임수 자백·유도신문을 피할 수 있게 되었기 때문이다.

### 5. 사형사건 제2심(상소/항소심) 전부 개정심리

최고인민법원·최고인민검찰원은 2006년 <사형 제2심사건 개정심리절차의 몇 가지 문제에 관한 규정(시행)>을 제정하였다.

제2심 인민법원이 제1심의 사형즉시 집행판결의 피고 상소, 인민검찰원이 항소한 사건을 심리할 때 법률과 관련 규정에 의하여 개정심리 하여야 한다.

제2심 인민법원이 제1심의 사형2년 집행유예 판결의 피고 상소사건을 심리할 때 다음 상황중 하나에 해당될 경우에는 개정심리를 해야 한다.

① 피고 혹은 변호인이 정죄양형에 영향을 주는 새로운 증거를 제시하여 개정 심리할 필요가 있는 경우

② 형사소송법 제187조에 규정된 개정심리 상황이 있는 경우

인민검찰원은 제1심 인민법원이 판결한 사형2년 집행유예에 항소를 제기한 사건에 대하여 제2심 인민법원은 개정심리 하여야 한다.

2심 개정심리의 개혁조치의 효과는 현저하고, 사형사건의 수는 대폭 감소하였다.

## 中国刑事法律制度的改革与发展趋势

陈泽宪教授\*

1979年全国人民代表大会通过的《中华人民共和国刑法》和《中华人民共和国刑事诉讼法》，结束了新中国没有法典（Code）的历史，并奠定了中国走向刑事法治的重要法律基础。

1996年全国人民代表大会通过了《刑事诉讼法》修正案，补充增加了许多新内容。1997年，全国人大通过了新的修订《刑法》，此后十年来国家立法机关又陆续通过了一项单行刑法，九个刑法立法解释和六项《刑法修正案》。

最近十年来，中国正致力于刑事司法改革并取得重大进展。

### （一）中国刑法制度的改革与发展

#### （1）明文确立了罪刑法定原则，废除有罪类推制度

针对司法专横与罪刑擅断而提出的罪刑法定原则，在世界上已有几百年的历史。中国于1997年修订刑法时明文确立这个原则，被认为与罪刑法定原则相抵触的“刑事类推”制度同时被废除。一般认为这体现了当时中国刑法的一大进步<sup>1)</sup>。

#### （二）明文确立适用刑法人人平等原则和罪刑相适应原则

法律面前人人平等是中国宪法规定的一项基本原则。修订刑法第四条规定：“任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”这是宪法确立的法律面前人人平等原则在刑法中的具体体现。即对任何人犯罪，不论犯罪人的出身、地位、职业、性别、财产等情况如何，在定罪、量刑和行刑方面，都要一律平等地适用刑法，不允许任何人有超越法律的特权。

确立罪刑相适应原则，是为了防止罪刑擅断，确保刑罚的轻重与犯罪人所犯

---

1) 参见陈泽宪：“刑法修改中的罪刑法定问题”，《法学研究》1996年第六期。

罪行和承担的刑事责任相适应。

### (三) 增设普遍管辖权原则

修订刑法第九条规定，对于中国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中国在所承担条约义务的范围内行使行使管辖权的，适用中国刑法。该规定主要是为了切实履行国际法规定的国家惩治严重国际犯罪的条约义务。

### (四) 废除反革命罪，代之以危害国家安全罪

### (五) 废除投机倒把罪、流氓罪等“口袋罪”

### (六) 增设法人（单位）犯罪条款

中国刑法中的单位犯罪，是指由公司、企业、事业单位、机关、团体以单位的名义，通过直接责任人员实施的依法应当追究刑事责任的危害社会的行为。单位犯罪，在传统刑法理论上通常称为法人犯罪。单位犯罪这一具有中国刑法特色的概念，是中国法人制度现状和法人犯罪主体特点的特殊国情在刑事立法上的反映。

法人犯罪，作为人类社会经济发展到一定阶段的产物，已成为普遍困扰现代世界各国的一种犯罪现象。如何有效的预防和抑制法人犯罪，已成为中国刑事法治理论与实践所面临的一个重大课题<sup>2)</sup>。

### (七) 加强对被害人（正当防卫）、未成年人（童工）、残疾人（组织、强迫残疾人、儿童乞讨）、妇女（拐卖妇女）合法权益的保护

### (八) 增设和调整恐怖活动犯罪、金融犯罪、证券期货犯罪、腐败犯罪、生态环境犯罪、民族歧视和民族仇恨犯罪、酷刑犯罪等50多个新的罪刑条款。

2) 参见陈泽宪：“中国刑法中的单位犯罪问题研究”，《亚洲法论坛》第一卷，中国社科文献出版社，2006年版。

### (九) 死刑案件的核准权收归最高人民法院统一行使

1997年通过的中国刑法和刑事诉讼法规定，死刑案件除依法由最高人民法院判处的和依法由高级人民法院核准的判处死刑缓期2年执行的以外，都应当报请最高人民法院核准。1981年6月10日全国人大常委会通过《关于死刑案件核准问题的决定》。突破了两法的上述规定。1983年9月2日全国人大常委会通过《关于修改〈中华人民共和国人民法院组织法〉的决定》，其中对死刑案件的核准权的行使规定作了修订。1983年9月7日，最高人民法院根据该《决定》授权各高级人民法院行使对杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑的案件的核准权。此后，最高人民法院又先后授权云南、广东等省高级人民法院核准部分毒品犯罪死刑案件。1996年修订的刑事诉讼法和1997年修订的刑法，没有认可上述下放死刑案件核准权的司法实践，并且明确重申了“死刑由最高人民法院核准”的原则。

2006年，全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议决定对《中华人民共和国人民法院组织法》作如下修改：

第十三条修改为：“死刑除依法由最高人民法院判决的以外，应当报请最高人民法院核准。”

### (十) 扩大罚金刑的适用范围

主要适用于各种经济犯罪：79刑法20条，97刑法颁布前54条，97修订刑法148条。

## 二、中国刑事诉讼法制度的改革与发展

### (1) 确立无罪推定原则

在中国，无罪推定几经讨论，终于被确立为一项诉讼基本原则，成为诉讼民主和人权保障的重要标志<sup>o</sup>。修正案第十二条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不能确定有罪<sup>o</sup>。”即被告人非经法院审判程序确认有罪之前，推定其是

无罪的人。这一原则的确立对于保障诉讼中犯罪嫌疑人和被告人的合法权益，保障其辩护权的充分行使，促进司法机关证明责任的积极履行，对于保障无罪的人不受刑事追究，保障人民法院独立行使审判权都具有现实意义。

## (二) 改善刑事辩护制度

旧刑事诉讼法规定被告人只有在法院审判阶段才能依法委托律师和其他辩护人协助其行使辩护权，而在侦查起诉阶段不允许辩护人介入诉讼。辩护人因此履行职责受到极大限制，辩护作用难以充分发挥。修正后的刑事诉讼法规定律师可以提前介入到侦查阶段，犯罪嫌疑人在侦查阶段被讯问后和采取强制措施后可以聘请律师为其提供法律咨询、控告、申诉；向侦查机关了解涉嫌的罪名，会见犯罪嫌疑人等项工作和诉讼权利，既为律师辩护作了必要准备，大大地加强了对犯罪嫌疑人合法权益的保护。又可以监督司法机关严格执行法律，提高办案质量。新法还增加了人民法院指定辩护的案件类型。新刑事诉讼法第34条规定：“被告人可能判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。”鉴于死刑最严厉性，新刑事诉讼法增加这类法律援助是非常必要的。这一方面使可能被判处死刑的被告人充分行使辩护权，另一方面有利于人民法院正确地适用刑罚。

## (三) 加强了对被害人合法权益的保护

旧刑事诉讼法规定在公诉案件中被害人只是诉讼参与人，由于诉讼参与人的地位限制，在实践中也多被看作为证人，审判实践中被通知参加审判的被害人极为少见，多数被害人不出庭，只是当庭宣读被害人陈述的证据内容，难以切实保障被害人的合法权益。修正案确定了被害人作为当事人的独立法律地位，享有较广泛的诉讼权利，如申请回避、申诉权、委托诉讼代理人权利都将得到法律保障。新法律还扩大了被害人自行起诉的范围，对于被害人有证据证明被告人行为构成犯罪的轻微刑事案件可以直接向法院起诉，尤其是被害人有证据证明被告人的犯罪行为而公

安机关和检察院不予追究被告人刑事刑责时能够直接向法院起诉，维护自己的合法权益。同时新刑事诉讼法明确规定了被害人在诉讼中和审判中的各项具体的诉讼权利，充分反映出修正案对保障被害人合法权益的高度重视。

#### (四) 改革强制措施

修正案规定了强制措施的期限。为了保证被采取强制措施的嫌疑人和被告人的合法权益，并保证诉讼活动的及时进行，修正案对取保候审和监视居住的期限以及羁押的期限作了相应的规定，同时规定犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者委托的律师及其他辩护人，对于司法机关采取强制措施超过法定期限的，都有权要求解除强制措施。司法机关应予以释放、解除取保候审、监视居住或者依法变更强制措施。刑事诉讼法对强制措施的修改及补充规定的内容对保障公民权利并促使司法机关正确适用该项措施都具有重要意义。

#### (五) 限制补充侦查的次数和期限

刑诉法修正案规定在审查起诉阶的“补充侦查以二次为限。”在审判阶段补充规定了“人民检察院应当在一个月以内侦查完毕。”克服了以往补充侦查次数无限制，犯罪嫌疑人、被告人在审判前即被长期羁押的缺陷。

#### (六) 废除收容审查制度

刑诉法修正案取消了收容审查制度，作为收容审查制度的替代，延长了拘留时间，规定“对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至三十日。”

鉴于以往司法实践中往往将收容审查（最长期限为六十日）和拘留（最长期限为七日）结合适用，因此刑诉法修正案的规定实际上大大缩短了公安机关在未经检察院批准的情况下，对犯罪嫌疑人实施羁押的期限。

### (七) 废除(审前定罪的) 免于起诉制度

避免了犯罪嫌疑人未被交付审判即被人民检察院确定有罪的情况,特别是能够避免无罪的人错被人民检察院(定罪)免于起诉后只能通过申诉途径解决的不利局面。

### (八) 改革庭审方式

修正案强调庭审中控诉、辩护与审判三方的职能作用的发挥,改变过去一切庭审调查主要由法官包揽,造成控审职能不分,影响公正审判。修正案明确了公诉人、自诉人、辩护人在法庭上的举证责任,法庭中法官的主要任务是主持审判,认真听取控辩双方的提证和意见,审查核实证据并作出公正裁判。修正案的刑事诉讼法还扩大了合议庭裁判案件的审判权。

### (九) 增加简易刑事审判程序

修正案明确规定了刑事第一审程序中适用简易审判程序的案件范围、审判组织、审判程序和审结期限。简易程序的适用既方便诉讼参与人参与诉讼,又有利于人民法院迅速解决一些轻微的刑事案件,从而集中精力审理好重大疑难案件。

## 三、中国刑事司法改革与发展

### (1) 确立宽严相济的刑事政策

#### 1、对20世纪80年代以来的运动式“严打”政策及其效果的反思

一方面,适应新时期犯罪行为发生的变化,对严重犯罪从严打击。另一方面,也要对轻微犯罪、未成年人犯罪,按照教育为主、惩罚为辅的原则,实行宽缓处理,尽量教育挽救,增加社会和谐。打击犯罪、改造罪犯的目的是为了遏制犯罪,减少社会对抗,促进社会和谐稳定。这也是深化司法体制和工作机制改

革、落实宽严相济的刑事政策的重要目标。对于不收监关押的罪犯，建立有效的社会监督、管理、教育、矫治机制，强化社会教育改造罪犯的功能<sup>3)</sup>。

## 2、恢复正义与刑事和解

刑事和解，也被称为被害人与加害人的和解/调解、当事人调停或是恢复正义会商，其基本涵义是指在犯罪发生后，经由调停人的帮助，使被害人与加害人直接商谈、解决刑事纠纷，对于被害人与加害人之间达成的和解协议，由司法机关予以认可并作为对加害人刑事处分的依据。刑事和解的目的是恢复被加害人破坏的国家与社会秩序、弥补被害人所受到的损害以及修复破损的社区关系，并使加害人恢复良知、回归社会<sup>4)</sup>。刑事和解是以被害人的利益保护为核心理念，以其对被害人、加害人及公共利益的全方位保护为基本内涵，实现以较小的司法资源耗费，获得较理想的实体性目标。

## 3、广泛推进“社区矫正”

中国的“社区矫正”，是与监禁矫正相对的行刑方式，是指将符合社区矫正条件的罪犯置于社区内，由专门的国家机关在相关社会团体和民间组织以及社会志愿者的协助下，在判决、裁定或决定确定的期限内，矫正其犯罪心理和行为恶习，并促进其顺利回归社会的非监禁刑罚执行活动。北京、天津、上海、浙江、江苏、山东六省市先行试点，后扩展至18个省市、自治区。

## 4、对未成年人犯罪的宽大处理

(1) 近年来中国检察机关正在探索对未成年人犯罪案件适用暂缓起诉。

所谓暂缓起诉又称起诉犹豫、缓予起诉或附条件的不起诉。是指检察机关从刑罚特别预防的角度，对于某些已经达到提起公诉标准的犯罪行为，综合案件情况尤其是犯罪嫌疑人的情况、犯罪后的表现，认为暂不提起公诉为宜的，通过设立一定的暂缓起诉期间、相应的义务，如果被暂缓起诉人在法定的考验期间内，没有违背法定义务，考验期间届满，检察机关就作出不起起诉决定；如果违背义

3) 参见王其江：“新一轮司法体制改革指向”，《瞭望》，2009年第一期。

4) 参见陈庆安、王剑波：“刑事和解制度的优劣势再解读”，《河南社会科学》2008年第1期。

务, 检察机关则立即提起公诉。一些检察机关进行了暂缓起诉制度的尝试, 受到了较好的社会效果, 但中国立法上尚未规定暂缓起诉制度, 因此, 在司法理论界和事务界引发了诸多争议。鉴于未成年人身份的特殊性和暂缓起诉制度本身的价值及可行性, 从保护未成年人的角度讲, 对未成年人犯罪适用暂缓起诉制度是有其现实意义<sup>5)</sup>。

## (2) 建立专门的少年法庭

中国少年司法制度创建于上世纪八十年代, 从1984年上海市长宁区人民法院建立了第一个审理少年刑事案件合议庭(少年法庭)开始, 在最高人民法院充分肯定和支持推广下, 至1994年全国基层法院已普遍建立了少年法庭, 有的中级法院和基层法院还建立起了少年刑事审判庭、少年案件综合审判庭。据1994年年底统计, 全国少年法庭已达到3369个。这一时期中国少年司法制度诞生并快速发展, 已经形成了组织机构框架和基本制度, 表现在: 一、不仅是全国法院普遍建立了少年法庭, 全国检察机关也成立了专门的少年检察组、科、处, 公安、司法等部门也有相应的组织机构; 逐步形成不同于成人的少年司法的指导思想与特殊程序, 如教育感化挽救的方针, 教育为主、惩罚为辅的原则, 审判进程中的社会调查程序、教育程序、家长或监护人出庭等等<sup>6)</sup>。

## (二) 法律援助制度的建立与发展

20世纪90年代中期开始, 法律援助工作被纳入国家经济和社会发展规划之中。2003年国务院颁布实施《法律援助条例》, 标志着中国法律援助制度体系构架基本形成。法律援助的政府责任逐步得以落实, 各级政府对法律援助经费的投入逐年加大, 中央财政和部分省级财政对贫困地区法律援助的转移支付制度已经建立。各级政府已建立3155个法律援助机构, 法律援助专职工作人员12000多名。律师等法律服务人员积极开展法律援助工作, 法律援助业务不断发展。每年

5) 参见乔玉安 李鹏: “未成年人犯罪暂缓起诉问题研究”, 《中国法院网》, 2006年10月20日。

6) 参见徐建: 《英国保释制度与中国少年司法制度改革》(内容简介), 中国方正出版社, 2005年1月版。

全国共办理法律援助案件约三十万件<sup>7)</sup>。

根据国务院《法律援助条例》规定，刑事诉讼中有下列情形之一的，公民可以向法律援助机构申请法律援助：

1. 犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，因经济困难没有聘请律师的；
2. 公诉案件中的被害人及其法定代理人或者近亲属，自案件移送审查起诉之日起，因经济困难没有委托诉讼代理人的；
3. 自诉案件的自诉人及其法定代理人，自案件被人民法院受理之日起，因经济困难没有委托诉讼代理人的。

公诉人出庭公诉的案件，被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人，人民法院为被告人指定辩护人时，法律援助机构应当提供法律援助。被告人是盲、聋、哑人或者未成年人而没有委托辩护人的，或者被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院为被告人指定辩护人时，法律援助机构应当提供法律援助，无须对被告人进行经济状况的审查。

另据《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》，公安机关、人民检察院在对犯罪嫌疑人依法进行第一次讯问后或者采取强制措施之日起，在告知犯罪嫌疑人有权聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告或者为其申请取保候审的同时，应当告知其如果经济困难，可以向法律援助机构申请法律援助。

人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起3日内，在告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人的同时，应当告知其如果经济困难，可以向法律援助机构申请法律援助；在告知被害人及其法定代理人或者其近亲属有权委托诉讼代理人的同时，应当告知其如果经济困难，可以向法律援助机构申请法律援助。

人民法院对提起公诉的案件自审查完毕之日起3日内，在告知被告人有权委托辩护人的同时，应当告知其如果经济困难，可以向法律援助机构申请法律援助。

人民法院自受理自诉案件之日起3日内，在告知自诉人及其法定代理人有权委托诉讼代理人的同时，应当告知其如果经济困难，可以向法律援助机构申请法律援助。

---

7) 参见中国司法部：《关于法律援助事业“十一五”时期发展规划》，2006年12月13日发布。

### (三) 被害人救助(补偿)制度的探索

山东省青岛市中级人民法院一项调研结果显示, 5年中, 在2300余件以判决方式结案的刑事附带民事案件中, 90%以上的案件民事部分执行不了, 成为“空判”。尤其是部分犯罪后果严重, 被害人及其家庭损失大且得不到犯罪人的任何赔偿, 致使被害人及其家属的处境更为困顿<sup>8)</sup>。

2004年以来, 中国审判机关、检察机关就刑事被害人救助工作进行了积极探索。以河南省为例, 检察机关从2005年开始先后在11个市级检察院开展了刑事被害人检察救助工作, 通过采取实施法律救济、释理维权, 实施经济救济、解决生活困难, 实施社会化救济、提供长期帮助等方式, 对生活困难的被害人进行积极救助。截止2008年10月共救助被害人48人, 发放救助金近120万元, 取得了较好的社会效果。

山东省淄博市从2004年开始, 首创全省刑事被害人经济困难救助制度, 对在刑事犯罪中, 被害人符合下列条件之一可获救助: 刑事加害人无力赔偿或者赔偿数额与被害人已实际支付经济数额差距明显的; 被害人因受害致残, 需要花费巨额医疗费用, 而本人无力支付的; 被害人因受侵害丧失劳动能力的; 被害人死亡, 依靠其生活的受养人没有生活保障的等<sup>9)</sup>。

2004年11月, 山东省青岛市建立了刑事受害人救济金制度。仅仅一年多的时间, 就有36起案件44名受害人家属领到了75万元救济金。

最高人民法院在2007年人民法院工作报告中提出, 要完善司法救助制度, “研究建立刑事被害人国家救助制度”成为其中一项重要任务。

### (四) 防止刑讯逼供和非法取证

#### 试验一: 讯问犯罪嫌疑人全程录音、录像

2005年最高人民检察院通过《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定(试行)》。要求人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同

8) 参见李有军:“刑事被害人国家救助制:‘法律白条’有望兑现”,《中国法院网》2007年1月19日。

9) 参见通讯:“建立刑事被害人救助制度迫在眉睫”,《青岛财经日报》,2007年1月9日。

步不间断的录音、录像，严禁刑讯逼供或者使用威胁、引诱、欺骗等非法方法进行讯问。并实行讯问人员与录制人员相分离的原则。

#### 试验二：询问嫌疑人、被告人时律师在场

在北京（海淀区）、南京（下关区）、甘肃（白银市）、河南焦作市解放区等地先行试点<sup>10</sup>。

参加试验的侦查人员、律师、犯罪嫌疑人，对此有不同的感慨。侦查人员中有三种心态：一是觉得别扭，以前在完全封闭的空间讯问犯罪嫌疑人，“想怎么问就怎么问”，比较自由随意；现在身边有了律师，总认为律师的职业还是倾向于犯罪嫌疑人，所以心里有抵触情绪。二是紧张，以前对于一般的案件，不会下大力气去专门讨论讯问计划和提纲；现在无论是律师在场还是全程录音录像，都对讯问技巧提出了更高要求，唯恐在讯问过程中违规提问。三是有了安全感，过去侦查人员在被控告有刑讯逼供时难以证明其清白，现在有律师在场作证，就不怕犯罪嫌疑人将来诬告或翻供。因此，在一定程度上，侦查人员也是受益者，他既避免了犯错误，也避免了被诬告。

律师作为辩护权的行使者，感受最为深刻。在这项试验中，律师参与了犯罪嫌疑人在侦查阶段接受讯问的全过程，有利于他对案情的了解，见证讯问，实际上也是获取证据的一个绝佳时机。

当然，获益最大的是犯罪嫌疑人，他最大限度上避免了被刑讯逼供、诱供、骗供和套供。

#### （五）死刑案件第二审（上诉\抗诉审）全部开庭审理

最高人民法院 最高人民检察院2006年 通过《关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定（试行）》。

第二审人民法院审理第一审判处死刑立即执行的被告人上诉、人民检察院抗诉的案件，应当依照法律和有关规定开庭审理。

10) 参见吕萍：“‘律师介入讯问’试验：有益尝试还须关注细节”，《检察日报》，2005年10月18日。

第二审人民法院审理第一审判处死刑缓期二年执行的被告人上诉的案件，有下列情形之一的，应当开庭审理：

- (一) 被告人或者辩护人提出影响定罪量刑的新证据需要开庭审理的；
- (二) 具有刑事诉讼法第一百八十七条规定的开庭审理情形的。

人民检察院对第一审人民法院判处死刑缓期二年执行提出抗诉的案件，第二审人民法院应当开庭审理。

二审开庭审理的改革措施效果明显：死刑案件数量大为减少。

[제5주제]

16:50-17:30

한국 형사정책의 이슈와 전망

*Issues and Prospect of Criminal Justice in Korea*

Prof. Dr. Dong-Kwun Son  
(Konkuk University, Korea)



## 韓國 刑事政策의 이슈와 전망

손 동 권

(한국형사법학회장, 건국대학교 법학전문대학원 교수)

### I. 머리말

형사정책의 궁극적 목적은 최선의 범죄예방에 있다. 그리고 범죄예방의 방법은 잠재적 범죄자인 일반국민이 범죄를 저지르지 않게 하는 것(소위 일반예방)과 범죄자 자신이 재범을 범하지 않게 하는 것(소위 특별예방)이 있고, 범죄발생 자체를 미리 차단하는 사전예방과 발생된 범죄(자)를 진압하여 또 다른 동종범죄의 실행을 방지하려는 사후예방이 있을 것이다. 그런데 어떠한 목적을 달성하기 위한 국가의 정책에는 극도의 효율성을 추구하는 경향이 있다. 형사정책도 아무런 규범적 한계를 설정하지 않는다면 여기서 예외가 될 수 없을 것이다. 그러나 형사정책은 민주법치국가에서 요구되는 규범적 한계 내에서 이루어져야 한다.<sup>1)</sup> ‘형법은 형사정책이 넘을 수 없는 한계’라는 Franz von Liszt의 지적도 이를 의미한다. 따라서 민주법치국가에서 국가 공권력을 발동하는 형사정책은 비례성의 원칙에 의해 엄격히 제한받아야 한다. 이러한 관념은 형사법(형사처벌의 형사정책)의 영역에서는 구체적으로 죄형법정주의, 보충성의 원칙(형법의 편면적 성격), 범죄와 형벌의 균형사상(특히 책임원칙) 등으로 나타난다.

그런데 과거 절대왕권국가에서는 물론이고 군사독재 시절을 거친 우리나라

1) 이러한 점을 이미 개진한 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 제10판(2008년), 38면 이하; 박상기, 사회변동과 형사정책의 과제, 형사정책연구 제8권 제3호(1997), 57면. 여기서는 범죄통제모델(crime control model)과 적법절차모델(due process model)의 조화가 강조되었음

에서도 한 때 그 반대의 관념이 지배하였다. 즉 과거에는 범죄예방의 효과를 달성하기 위한 형사정책은 국민을 위협하는 방법을 취하였다. 이를 위해 국가는 사소한 범죄에 대해서도 과도한 형벌을 부과하였고, 그 집행도 가혹하게 이루어졌다. 그런데 이러한 위협적 방법만으로 범죄예방의 목적이 달성될 수는 없다. 오히려 국가기관의 범인 검거력과 공정한 형사사법의 운용에 의하여 범죄예방의 효력은 결정적으로 좌우된다. 왜냐하면 아무리 무서운 형벌이 부과된다고 하더라도 검거되지 않을 자신이 있는 자는 여전히 범죄를 범할 것이고, 설령 검거된다 하더라도 권력과 금력을 통해 처벌로부터 빠져나올 수 있는 자도 역시 범죄를 범할 것이기 때문이다. 그리고 범죄예방의 효과를 위한 가혹한 형벌 그 자체는 인간의 존엄과 가치가 보장되는 민주국가에서는 형벌권의 남용에 해당한다. 따라서 오늘날의 범죄예방에서는 일반국민의 규범준수의식을 강화하여 사회의 규범안정화(Normstabilisierung)를 도모하는 소위 적극적 일반예방과<sup>2)</sup> 범죄자의 개선 재사회화를 도모하는 특별예방의 방법이 중요한 것으로 강조되고 있다.

치열한 민주화과정을 거쳐 민주 법치국가로서의 실체를 거의 갖춘 것으로 평가될 수 있는 오늘날의 우리나라는 이러한 규범원리 내에서 가장 실효성 있는 형사정책을 추구하여야 할 것이고, 또한 실제로 그렇게 추구 실천하고 있는 것으로 판단된다. 그러면 과연 범죄예방을 위한 우리나라의 형사정책이 이러한 방향에서 성공적으로 실현되고 있는 것인지, 장차 어떠한 형사정책적 과제가 우리 앞에 놓여있는 것인지에 대하여, 우리나라 형사정책의 방향에 크게 기여해 온 한국형사정책연구원 개원 20주년을 맞이하는 현 상태에서, 한 번 점검해 볼 필요가 있을 것이다. 이러한 취지에서 본고는 아래에서 우리나라의 범죄 상황, 이미 실현된 형사정책적 입법의 내용, 장차 추진되어야 할 형사정책적 입법사항 등의 분석을 통해<sup>3)</sup> 한국 형사정책의 현황

2) 그런데 일반국민의 규범의식을 강화하기 위해서는 입법자는 국민을 위한 좋은 내용의 법률을 만들어야 하고, 법집행자는 공정하게 그 법을 집행하여야 한다.

3) 본고는 국제학술회의 발표의 성격상 다른 나라와의 비교 분석이 상대적으로 용이한 이미 발생한

및 이슈와 장래의 과제 및 전망의 문제를 연구하고자 한다.

## II. 최근 평가지표와 형사입법의 내용을 통해 본 우리나라 형사정책의 현황 및 이슈

### 1. 최근 평가지표를 통해 본 우리나라 형사정책의 현황

#### 가. 평가지표

##### 1) 우리나라 자체의 추이

우리나라 형사정책의 현황에 대한 평가는 범죄예방의 성과지표에 의해서 이루어질 수 있다. 그런데 범죄예방 중에서 일반예방의 성과지표는 범죄발생 현황에 의하여 어느 정도 대변될 수 있을 것이다. 그런데 지난 10여 년간 전체범죄의 발생 건수는 1996년 1,494,846건, 1997년 1,588,613건, 1998년 1,765,887건, 1999년 1,732,522건, 2000년 1,867,882건, 2001년 1,985,980건, 2002년 1,977,665건, 2003년 2,004,329건, 2004년 2,080,901건, 2005년 1,893,896건, 2006년 1,828,211건으로 나타나고 있고, 이를 인구 10 만 명당 발생 건수로 계산하면 1996년 3219.3건, 1997년 3388.3건, 1997년 3757.9건, 1999년 3660.1건, 2000년 3893.3건, 2001년 4135.6건, 2002년 4100.5건, 2003년 4123.3건, 2004년 4283.1건, 2005년 3882.3건, 2006년 3.733.7건으로 나타났다. 이 통계결과에 따르면, 우리나라 형사정책에 의한 일반예방효과는 그 동안 거의 변함없는 수준을 유지하였거나 약간 악화되는 과정을 거쳐 온 것으로 평가될 수 있다.

---

범죄(자)를 대상으로 하는 한국 형사정책적 입법내용을 개괄적으로 서술하고, 사전 예방적 형사정책 내지 범죄예방(즉 형사정책)에 작용할 수 있는 입법이전의 사회정책에 대해서는 마지막 부분에서 그 중요성을 별도로 강조하기로 한다.

그리고 재범예방이라는 특별예방의 효과는 수형자 중에서 입소경력자(즉, 재범자)의 비율에 대한 통계에 의해 그 추세를 알 수 있을 것이다. 그런데 1996년에서 2005년 사이의 통계에 따르면 수형자 중에서 입소경력자의 비율은 50.8%(1999년)에서 57.2%(1996년) 사이에 있고, 그 반면에 무경력자의 비율은 49.2%에서 42.8% 사이에 있는 것으로 나타났다.<sup>4)</sup> 즉 재범자의 비율이 항상 50%를 상회함으로써 초범 무경력자의 비율을 초과하고 있다. 이러한 결과는 우리나라 자유형(실형) 집행의 특별 예방적 효과가 그 동안 개선되는 방향으로 작용되지 않은 것을 실증하는 것이다.

<표> 연도별 전체범죄의 발생건수 및 발생비

연 도	발생건수	발생비*	발생비 증가율**
1996	1,494,846	3,219.3	100.0
1997	1,588,613	3,388.3	106.3
1998	1,765,887	3,757.9	118.1
1999	1,732,522	3,660.1	115.9
2000	1,867,882	3,893.3	125.0
2001	1,985,980	4,135.6	132.9
2002	1,977,665	4,100.5	132.3
2003	2,004,329	4,142.3	134.1
2004	2,080,901	4,283.1	139.2
2005	1,893,896	3,882.3	126.7
2006	1,829,211	3,733.7	122.4

\* 인구 10만명당 발생건수

\*\* 발생비 증가율은 1996년을 기준으로 함

※ 자료출처 : 「범죄분석」 각 연도 (재구성); 한국형사정책연구원, 한국의 범죄현상과 형사정책(2007년, 30면)

4) 한국형사정책연구원, 한국의 범죄현상과 형사정책(2007년), 88면

&lt;표&gt; 수형자의 입소경력

연 도	계	무경력자	유경력자				
			소계	1회	2회	3회	4회 이상
1996	32,939 (100.0)	14,113 (42.8)	18,826 (57.2)	7949 (24.1)	3,215 (9.8)	2,407 (7.3)	5,255 (16.0)
1997	34,373 (100.0)	15,205 (44.2)	19,168 (55.8)	8,209 (23.9)	3,338 (9.7)	2,433 (7.1)	5,188 (15.1)
1998	36,811 (100.0)	16,041 (43.6)	20,770 (56.4)	8,746 (23.8)	3,833 (10.4)	2,592 (7.0)	5,599 (15.2)
1999	38,737 (100.0)	19,044 (49.2)	19,693 (50.8)	9,361 (24.1)	3,495 (9.0)	2,179 (5.6)	4,658 (12.1)
2000	38,224 (100.0)	17,488 (45.8)	20,736 (54.2)	9,919 (25.8)	3,886 (10.2)	2,243 (5.9)	4,658 (12.3)
2001	38,521 (100.0)	17,520 (45.5)	21,001 (54.5)	9,681 (25.1)	3,993 (10.4)	2,395 (6.2)	4,936 (8.9)
2002	37,646 (100.0)	16,790 (44.6)	20,856 (55.4)	9,670 (25.7)	3,933 (10.5)	2,426 (6.4)	5,263 (14.0)
2003	37,692 (100.0)	16,631 (43.4)	21,331 (56.6)	9,670 (25.7)	3,987 (10.6)	2,419 (6.4)	5,255 (13.9)
2004	119,991 (100.0)	31,335 (26.1)	31,335 (26.1)	31,335 (26.1)	31,335 (26.1)	1,511 (1.3)	11,249 (9.4)
2005	35,627 (100.0)	16,603 (46.6)	19,024 (53.4)	8,177 (23.0)	3,783 (10.6)	2,437 (6.8)	4,627 (13.0)
2006	32,969 (100.0)	15,630 (47.4)	17,993 (52.6)	7,103 (21.5)	3,380 (10.3)	2,181 (6.6)	4,675 (14.2)

\* 출처 : 법무부 보호국 통계

## 2) 외국과의 비교

다른 나라와 비교한 우리나라의 평가지표는 비교적 양호한 것으로 조사되고 있다. 우선 2005년의 범죄 발생건수는 미국이 11,556,854건, 독일이 6,391,715건, 일본이 2,219,572건, 한국이 1,213,473건으로 미국, 독일, 일본, 한국의 순을 보이고 있다. 그러나 전년대비 주요범죄 증가율은 한국은 27.3%, 독일은 3.6%, 일본은 13.4% 미국은 1.2% 각 감소하였다. 그리고 2005년의 인구 10 만 명당 범죄 발생건수는 미국이 3,899건, 독일이 7,747건, 일

본이 1,776건, 한국이 2,577건으로 전년대비 미국이 2.1%, 독일이 3.6%, 일본이 11.5%, 한국이 0.7% 각 감소하였다. 이를 비교하면 우리나라의 인구 10만 명당 범죄발생건수는 미국, 독일보다 낮고 일본보다는 다소 높은 상태로 분석되고 있다.<sup>5)</sup>

<범죄발생에서의 외국과의 비교(2004, 2005년)><sup>6)</sup>

구 분		국 별			
		미 국	독 일	일 본	한 국
범 죄 발생건수	2004년	11,695,264	6,633,156	2,563,037	1,248,517
	2005년	11,556,854	6,391,715	2,219,572	1,213,473
	증감율(%)	-1.2	-3.6	-13.4	-27.3
인 구	2004년	293,655,404	82,531,700	127,687,000	48,082,000
	2005년	296,410,404	82,501,000	127,768,000	47,278,951
	증감율(%)	0.9	-0.1	-0.1	-1.7
인 구 10만명당 범죄발생건수	2004년	3,983	8,037	2,007	2,597
	2005년	3,899	7,747	1,776	2,577
	증감율(%)	-2.1	-3.6	-11.5	-0.7

주 : 1. 각국의 범죄 발생건수는 다음의 자료에 의함.

- 미국 : Crime in the United States(U.S.Department of Justice, Federal Bureau of Investigation)
  - 독일 : Polizeiliche Kriminalstatistik (Bundeskriminalamt)
  - 일본 : 범죄백서(법무총합연구소)
  - 한국 : 범죄분석(교통사고처리특례법 및 도로교통법 위반사법제외)
2. 각국의 인구통계는 다음의 자료에 의함.
- Korea National Statistical Office Homepage(<http://www.nso.go.kr>)
3. 각국의 범죄 발생건수는 통계상 다음의 기준에 의함.
- 미국 : Crime Index Offense(지표범죄 : 살인, 강간, 강도, 상해, 불법침입, 자동차 절도, 절도)
  - 독일 : Straftat(독일형법의 중죄 및 경죄)에서 교통범죄와 국가보호범죄를 제외
  - 일본의 경우는 교통관계업과치사상죄 제외
  - 한국의 경우는 도로교통법과 교통사고처리특례법 제외

5) 법무연수원, 범죄백서, 2007년, 38면; 그리고 우리나라는 폭력성 범죄에서는 -일본은 제외- 서구국가에 비해 양호하고, 사기범죄에서는 일본의 10배에 달하고 있다고 소개한 것으로는 한국형사정책연구원, 한국의 형사정책, 2003년, 24면

6) 법무연수원, 범죄백서, 2007년, 39면

다음으로 범죄의 예방 및 진압에 결정적으로 기여하는 검거율에 있어서 우리나라는 1991년 이후 2004년까지는 평균 90% 이상을 유지하여 왔으나, 2005년에는 85.7%, 2006년에는 85.8%로 최근 20년 중 가장 낮은 수치를 기록하고 있다.<sup>7)</sup> 다른 나라와 비교해서 우리나라의 검거수준은 통계상으로는 아주 높은 편이다.<sup>8)</sup> 특히 범죄통제의 점에서 세계 최고의 수준을 자랑하는 일본의 검거율이 우리나라의 40-50%에 불과한 것으로 소개되고 있다.<sup>9)</sup>

그리고 OECD 10개 국가의 국적을 가진 주한외국인(402명)에 대한 설문조사에 따르면, 우리나라가 다른 OECD 국가와 비교하여 더 안전한 것으로 평가되었다.<sup>10)</sup> 즉, 이 실증조사에 따르면 일본과 스페인을 제외하고는 모든 나라에서 한국이 밤에 혼자 돌아다녀도 두렵지 않은 곳으로 평가되었다. 그리고 범죄피해의 가능성에 대해서도 우리나라가 다른 나라에 비하여 상대적으로 양호한 것으로 나타났다. 더 나아가 생활공간의 안전도에서는 이태원과 같은 특정지역을 제외한 모든 지역에서 한국이 그들의 모국보다 범죄로부터 안전하다고 평가하는 것으로 나타났다.

## (2) 종합평가

위에서 본 바와 같이 한국 자체 내의 범죄추이에서는 형사정책적 성과가 거의 눈에 보이지 않는다. 현상유지이거나 약간 악화되는 수준이다. 그러나 한국 사회가 복잡 다양하게 발전 분화되어 가고, 민주 법치 국가화에 따라 인권 보장적 형사정책을 지향해 온 과정에서의 현상 유지와 같은 수준은 결코 부정적으로만 평가되어서는 아니 될 것으로 판단된다. 반면에 외국과 비교한 수치에서는 다소 긍정적 성과인 것으로 평가될 수 있다. 특히 우리나라

7) 법무연수원, 범죄백서, 2007년, 27면 이하

8) 예컨대 독일의 경우 1996년의 범죄해결율(Aufklärungsquote)은 49%에 불과하지만, 이것은 1969년 이래로 최대치를 기록한 것이라고 한다(독일신문 "Die Welt" 1997.6.12. 기사).

9) 법무연수원, 범죄백서, 2007년, 38면

10) 한국형사정책연구원, 21세기경찰발전방안, 2004년, 47면 이하

라의 검거율이 90%에 육박하는 점은 큰 성과라 할 수 있다. 다만 이 수치가 전체범죄에 대한 정확한 비교결과를 나타내고 있다고 단정할 수 없다는 점에 유의할 필요가 있다.<sup>11)</sup> 여하튼, 우리나라는 범죄상황에 관한 통계와 범죄 두려움에 대한 앞의 실증조사를 통해 보건대 일본을 제외한 다른 선진 외국과 비교하여 다소 긍정적인 수준을 유지하고 있다.<sup>12)</sup> 그 원인은 훌륭한 형사정책과 이를 실현하는 국가기관의 능력에 기인하는 면도 없지는 않겠지만, 더 근본적인 이유는 범죄예방에 효율적으로 작동하는 비공식적 통제에 있는 것으로 사료된다. 즉 세계에서 비공식적 사회통제가 잘 작동되고 있는 것으로 평가받는 일본과 같은 조건이 우리나라에도 어느 정도 갖추어져 있는 것으로 사료된다. 우선 우리나라는 3면의 바다와 자유로운 통행이 엄격히 통제된 북한에 의해 실질적으로 4면 전체가 가로막힌 점에서 일본사회와 같은 섬나라라고 할 수 있다. 그리고 일본의 경우 범죄가 다발하고 있는 선진외국과 비교하여 인종의 모자이크라는 복합적 사회가 아니라 단일민족에 의한 중앙집권사회이고 국민들 사이에는 개인주의가 아니라 집단주의가 지배하여 집단에 의해 상호 행동이 무의식적으로 감시 통제되고 있다. 또한 일본의 교육제도, 일본인의 고학력사고, 교육열 등이 비행이나 범죄방지에 도움이 되고 있다.<sup>13)</sup> 이러한 점들도 우리나라가 비슷하게 지니고 있는 것으로 판단된다. 더 나아가 범죄에너지가 왕성한 청년을 강제로 징집하는 우리나라의 병역제도도 범죄억지력으로 작용할 것으로 판단된다.<sup>14)</sup>

11) 그리고 '2008 범죄분석에 따르면 2007년 한해 발생한 사건은 총 196만5977건으로, 이 중 172만건이 검거로 기록돼 검거율은 무려 87.5%로 나타났다. 그러나 이것은 뺑뺑이한 결과라는 비판이 언론에 의해 제기되고 있다. 공범 중 단 한 명만 잡혀도 검거로 처리돼 검거율이 부풀려지기 일쑤인데다가, 통계 원표 기재 항목 또한 수십 년간 거의 바뀌지 않아(현행 통계원표는 46년 전인 1963년 만들어졌음) 사이버 범죄 등 신종 범죄 관련 내용은 빠져 있다는 것이다 ([http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2009/01/02/200901020\\_0079.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2009/01/02/200901020_0079.html)).

12) 범죄발생률에서 우리나라는 일본과는 비슷하지만 미국, 영국, 프랑스 등에 비하면 1/5 내지 1/10에 불과한 수준이라고 소개한 이기현, 이수성 선생 화갑기념 논문집(2000년), 403면

13) 이렇게 지적한 일본의 학자로는 加藤久雄, 최근의 형사정책동향과 과제, 형사정책연구 제3권 제2호(1992. 여름), 203면

14) 조직범죄상황과 관련하여 이미 유사한 견해를 개진한 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 239면; 이미 수천 년 전에 통합을 이룬 단일민족국가로서 문화적 이질성에 따른 갈등이 적다는 점, 다른 개발

## 2. 주요 형사입법의 내용을 통해 본 우리나라 형사정책의 현황<sup>15)</sup> 및 이슈

### 가. 형사실체법(즉 범죄와 형사제재)의 입법내용과 평가

#### 1) 입법내용

범죄예방을 위한 가장 기초적인 형사정책은 범죄와 형사제재에 관한 실체법의 제정 시행이다. 범죄와 형사제재에 관한 형사실체법을 통해 일반예방과 특별예방이 기본적으로 이루어 질 수 있기 때문이다. 그런데 우리나라(일반)형법은 1953년 제정된 이후 이미 반세기를 넘긴 세월이 흘렀지만 그 기본적인 내용에는 큰 변함이 없이 시행되고 있다. 물론 그 사이 일반형법의 개정이 시도된 적도 있었지만, 그 개정의 폭은 미세한 부분에 그쳤다. 즉 그 사이 개정내용으로는 형법각칙에 컴퓨터범죄와 같은 새로운 범죄에 대응하기 위한 여러 구성요건들이 신설되고,<sup>16)</sup> 형법총칙에서는 죄수 및 형벌과 관련된 조문이 제 개정되는 정도에 그치고 있다.<sup>17)</sup>

이와 같이 일반형법의 제 개정 작업이 소폭에 그침으로써 발생하는 문제점에 대해서 입법자는 그 동안 수많은 형사특별법을 제 개정함으로써 대처해

---

도상국과 비교할 때 빈부격차가 적은 편이라는 점, 치안상태가 비교적 양호하고 무기소지가 엄격히 금지되어 있는 점, 최근의 경제발전을 통해 절대빈곤이 거의 해소되었다는 점 등을 개진한 것으로는 이기헌, 앞의 글, 403면

15) 형사정책과 형사법개정은 종종 동일한 의미로 사용된다는 Guenther Kaiser, Crime Policy from a West European Perspective, in: European Journal on Criminal Policy and Research vol.5-1, 번역: 박미숙, 형사정책연구 제9권 제2호(1998년), 246면

16) 형법개정의 입법 작업이 우리나라에서도 1980년대 중반과 1990년 초반에 걸쳐서 본격적으로 추진된 적이 있었다. 즉, 1985년 6월에 발족한 형사법개정특별심의위원회는 7년여에 이르는 개정작업 끝에 형법개정법안을 1992년 7월 6일 국회에 제출하였다.

17) 형법중개정법률안(대안)은 1995년 12월 2일 본회의에서 의결되었는데 성인범에 대하여도 보호관찰제도, 사회봉사명령제도, 수강명령제도가 도입되었다. 그리고 2004.1.20 법률 제7077호에 의해서 형법 제37조 후단의 사후적 경합범의 요건이 “판결이 확정된 죄”에서 “금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄”로 바꾸었고, 2005.7.29 법률 제7623호에 의해 사후적 경합범의 형선고방법이 개정되었다(제39조). 또한 2005.7.29 법률 제7623호에 의해 집행유예의 결격사유가 금고 이상의 형이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우로 어느 정도 축소되었고, 집행유예 실패(실효)사유가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때로 변경되었다(제62조, 제63조).

왔다. 이를 통해 특별형법의 숫자는 크게 증가하고 있다. 법제처에서 제공하고 있는 2007.3.31. 자 법령통계에 따르면, 현재 법률의 총수는 1,169개이고, 그 중 형사특별법으로 추정할 수 있는 별칙조항이 포함된 것이 724개로서 61.9% 정도를 차지하고 있다는 조사결과가 제시되고 있다. 그리고 형사특별법에는 행정형법 이외에 일반형법에 있는 범죄행위에 대해 특별히 특별법을 통해 형벌을 가중하는 소위 일반형법의 가중형사특별법, 특별형법에 있는 범죄행위에 대해 특별히 형벌을 가중하는 소위 특별형법의 가중형사특별법, 일반형법 또는 특별형법에 유사조항처벌조항이 있음에도 불구하고 제정된 형사특별법도 있는데, 여기에 해당하는 대표적인 법률로는 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’, ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’, ‘특정강력범죄의처벌에관한특례법’, ‘특정경제범죄가중처벌등에관한특례법’, ‘성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률’<sup>18)</sup> 등이다. 우리나라의 형사정책은 이러한 가중형사특별법을 통하여 대중요법적인 엄벌주의(중형주의)를 지금까지 지향해 오고 있다.

그리고 우리나라도 범죄자의 장래적 재범위험성에 근거하여 부과되는 보안처분제도를 도입하여 시행하고 있다. 다만 재범 위험성 있는 상습범에 대해 형벌집행과 유사하게 중복집행 하였던 보호감호제도는 그에 대한 형벌가중제도와 결합된 이중처벌의 문제 때문에 2002년 사회보호법과 함께 폐지되었다(다만 상습범에 대한 형벌가중제도는 사회보호법의 폐지와 더불어 더욱 강화되었음). 현재는 심신장애자, 약물중독자 및 상습 성범죄자에게 치료감호처분을 명하는 것을 내용으로 하는 치료감호법이 대표적 보안처분법으로 자리 잡고 있고, 최근 성폭력 상습범에게 전자발찌의 착용을 내용으로 하는 ‘특정성폭력범죄자에대한위치추적전자장치부착에관한법률’도 보안처분법의 성격을 지닌 것으로 평가할 수 있겠다.

18) 사회적 약자인 여성을 성범죄로부터 특별히 보호하고 그 역으로 성범죄자에 대한 엄격처벌을 하기 위해 제정 시행되는 법률이다. 이와 같이 우리나라는 사회적 약자를 특별히 보호하려는 특별형사법을 제정 시행하고 있다. 동일한 맥락에서 가정 내에서의 범죄에 국가가 적극적으로 개입할 수 있도록 ‘가정폭력범죄의처벌등에관한법률’을 만들어 사회적 약자를 보호하려고 하고 있다. 그리고 아주 최근에는 소년비행 범죄자의 특별처리를 위해 제정된 소년법의 개정이 있었는데, 국가기관이 개입할 수 있는 최하한의 연령을 10 세로 낮추는 등이 개정내용에 담겨있다.

## 2) 평 가

지금까지 우리나라가 형사실체법을 개정한 내용에는 형사 정책적으로 의미 있는 것도 상당히 포함되어 있다. 우선 우리나라 형법이 1995년 법 개정을 통해 성인형사범에 대해서도 사회내 처우제재(보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령)를 도입한 것은 형사정책적으로 매우 큰 의미가 있는 것으로 판단된다. 왜냐하면 범죄학자들의 연구결과에 의하면, 재범의 위험성이 그다지 크지 않은 범죄자에게 실형을 선고하여 집행하는 것은 장점보다 상대적으로 단점이 많기 때문이다. 그리고 최근에 국가 형사사법기관이 소년비행 범죄에 개입할 수 있는 최하한의 연령을 10 세로 낮추는 소년법의 개정도 소년비행 범죄의 저연령화 현상에 따른 적절한 형사정책적 조치인 것으로 평가된다. 그리고 심신장애자, 약물중독자 및 상습 성범죄자에게 치료감호처분을 명하여 그러한 자의 재범 위험성으로부터 사회를 방위하는 보안처분법으로서의 치료감호법도 형사정책적으로 의미가 큰 것으로 판단된다. 이러한 자의 재범위험성은 행위자의 개인책임이라기 보다는 유전적 내지 환경적 요인, 즉 타율적 요인에 의한 것이므로 개인책임에 근거한 형벌집행보다는 타율적 범죄원인만을 제거해 주는 치료처분으로 대체 집행하는 것이 형사정책의 인도화 내지 과학화 관점에서 올바른 방향일 것이기 때문이다. 다만 재범의 위험성이 있는 상습범에 대한 보호감호제도를 폐지하고 형벌가중제도를 강화한 것에 대해서는 입법론적 의문이 제기되기도 한다.<sup>19)</sup> 그리고 사회적 약자를 보호하기 위한 법률 중에서 ‘가정폭력범죄의처벌등에관한법률’은 형사정책적으로 긍정적인 면이 크다. 이 법률은 피해자 보호의 측면이 강하고 가해자에 대한 가중처벌의 측면은 거의 없기 때문이다. 그러나 여성 보호와 그 역으로서의 여성 성범죄에 대한 엄격처벌을 내용으로 하는 ‘성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률’, ‘특정성폭력범죄자에대한위치추적전

19) 손동권, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률의 개정 및 형법전 편입방안, 한국형사정책연구원 2008. 11.7. 국제학술대회 자료집(형사특별법 개정의 국제적 동향), 103면 이하

자장치부착에 관한 법률’ 등은 피해자의 입장에서는 환영받는 입법조치이겠지만, 범죄자에 대한 엄격제재의 점에 대해서는 법치국가적 한계를 벗어난 과도한 형사정책이라는 비판도 제기되고 있다.

그러나 우리나라의 기존 형사정책에서 가장 비판적으로 제기되는 것은 자신을 낳게 해준 어머니를 잡아먹는 ‘살모사와 같은 특별법의 난무’ 등의 용어로 대변되는 ‘특별형법의 홍수’이다. 특히 일반형법에 있는 범죄행위에 대해 특별히 특별법을 통해 형벌을 가중하는 소위 일반형법의 가중형사특별법에 대해서는 특별법우선의 원칙에 의한 ‘일반형법의 사문화(死文化) 경향의 초래’, ‘형법구성요건의 형해화 현상’, (종래에는 사형도 포함하여) 무기징역형 등 장기자유형이 남용되는 것에 대해서는 ‘관존민비와 독재적 사고에 입각한 과잉입법화와 전근대적 위하형 사고에 입각한 과잉형벌화로서의 졸속입법’, 형벌로서 처벌하여야 할 범죄 실질이 약함에도 불구하고 (가중) 형사 처벌하는 것에 대해서는 ‘형법기능의 왜곡(즉 보충성원칙 대신에 형법의 최초 수단화 및 위협예방화)’, 가중내용이 이론적으로 타당하지 않거나 상호간에 통일성이 결여된 것에 대해서는 ‘형법체계의 혼란’, 특별형법 위반사범에 대한 가중처벌규정도 있는 점에 대해서는 ‘특별형법의 특별법’, ‘옥상옥’ 등의 문언으로서 비판되고 있다.<sup>20)</sup>

## 나. 형사절차법(즉 수사절차와 재판절차)의 입법내용과 평가

### 1) 입법내용

우리나라 형사소송법의 입법역사는 수사절차에서는 최대한 피의자의 인권

20) 윤동호, 특별형법전의 정비를 위한 기초연구, 한국형사정책연구원 2005, 15면; 오영근, 특정범죄가중처벌등에관한법률폐지의 당위성, 형사정책 제17권 제2호(2005), 29면; 배종대, 특별형법을 보통형법으로 만들기, 한국형사정책학회 하계학술대회 자료집, 2005.6, 9면 이하; 김희수, 앞의 글, 285면; 심희기, 형사악법의 개정과 적용실태, 법과 사회 제7호 1993; 오영근/안경옥, 형사특별법 개정실태와 개선방안, 한국형사정책연구원 1993

내지 방어권(그리고 변호인의 변호권)을 보장하고, 그 반면에 수사기관의 수사권을 통제하는 방향으로 전개되어 왔다. 최근 국회를 통과하여 2008년 1월 1일부터 시행되는 형사소송법 개정안은 그러한 내용을 특히 많이 담고 있다. 그리고 공판절차에서도 피고인의 인권 내지 방어권과 변호인의 변호권이 강화되는 방향으로 발전되어 왔다. 구체적으로 2008년 개정 형사소송법의 개정내용 중에서 (i) 변호인의 피의자신문참여권보장, (ii) 필요적 영장 실질심사제도의 도입(제201조의2 제1항), (iii) 국선변호제도의 확대, (iv) 보석 조건의 다양화, (v) 피고인 측이 활용할 수 있는 증거개시제도의 도입, (vi) 위법수집증거배제법칙의 법률화 등이 피의자 피고인의 인권 내지 방어권과 변호인의 변호권을 확대하는 조치인 것으로 판단된다.

그리고 공판절차에서는 공판중심주의가 2008년 형사소송법의 개정을 통해 더욱 강화되었다. 구체적으로 (i) 증거개시제도의 도입(제266조의3 이하), (ii) 공판준비절차제도의 도입(제266조의5 이하), (iii) 구술변론주의(제275조의3), 집중심리주의(제267조의2)에 대한 법률 명시화, (iv) 피고인의 법정좌석에 대한 변화(제275조 제3항), (v) 수사서류 등에 대한 전문법칙 예외요건의 개정(제312조 이하) 등이 이러한 방향에서 규정된 것으로 판단된다. 그러나 무엇보다도 공판절차에서의 가장 획기적 변화는 시민참여재판을 위한 배심제의 도입이다. 한국형 배심제의 실행을 위해 현재 “국민의 형사재판 참여에 관한 법률”이 제정 시행되고 있다(시행은 2008년 1월 1일).

또한 법관의 재판과 관련하여서는 최근 양형의 합리화를 위한 제도개혁이 실현되고 있다. 그 동안 한국에서 법관의 양형은 개인적 지역적으로 큰 차이가 있는 것으로 실증조사 되어서 국민의 사법에 대한 불신은 극에 달하였다. 국민의 사법 불신을 야기 시키는 이러한 양형불균형의 문제를 해소하기 위하여 2006년 4월(시행은 공포 후 3개월 이내) 국회를 통과한 개정 법원조직법이 제8편(양형위원회) 제81조의2 이하에 양형위원회제도를 도입하였고, 그 양형위원회에 의하여 구체적인 양형기준표가 현재 만들어 지고 있다.<sup>21)</sup>

그리고 보호관찰 등 사회 내 처우제재의 선고를 위한 판결전조사제도가 그동안 법적으로 소년형사범에 제한되어 실시되다가, 최근 ‘보호관찰등에 관한 법률’의 개정에 의해 성인범에까지 확대되었다.

그리고 형사절차에서 피해자의 지위도 꾸준히 강화되었다. 특히 2008년 개정 형사소송법은 검사의 불기소처분에 대한 피해자(고소인)의 불복수단인 재정신청제도에 대해서도 획기적으로 개정하였다. 즉 고등법원에의 재정신청의 대상범죄가 종래 공무원의 직권남용죄에 제한되었던 것에서 개정 형사소송법에서는 모든 형사 범죄로 확대되었다(다만 재정신청을 위해서는 항고를 먼저 거치도록 하는 소위 항고전치주의를 취하였음). 이를 통해 법원의 재판부담은 현저하게 가중되겠지만, 재정신청이 기각되더라도 헌법소원을 제기할 수 없는 이유로 헌법재판소의 재판부담은 크게 감소되었다. 그 이외에 고소 고발한 피해자의 신변보호를 위한 입법, 피해자 진술 등의 형사절차참여에 관한 입법, 피해배상 내지 피해구조를 위한 입법(배상명령제도를 규정한 소송촉진등에 관한 법률, 범죄피해자구조법) 등도 있었고, 가장 최근에는 소년법의 개정으로 회복적 사범에 해당하는 재판단계에서의 화해권고제도도 도입되었다.

## 2) 평 가

지금까지 우리나라가 형사절차에 있어서 피고인 및 피의자의 인권 내지 방어권(변호인의 변호권)을 최대한 보장하고 그 역으로 수사기관의 공권력 행사를 합리적으로 통제해 온 점, 공판중심주의적 법정심리절차를 강화한

21) 우리나라 양형기준표는 범죄종류별로 개별적으로 만들어 지고 있다(현재까지 살인죄, 뇌물죄, 성범죄, 강도죄, 배임 횡령죄, 위증 무고죄까지 만들어 졌음). 그리고 양형기준표의 구성은 세로축에는 범죄유형에 따른 수개의 칸(범죄종류에 따라 나누는 칸의 수가 다름), 가로축에는 기본·가중·감경의 3칸(모든 범죄에 공통)으로 나누어 만들어 지고 있다. 미국의 양형기준표가 가로축에서 전과 점수에 따라 많은 칸으로 나누어지는 것과는 차이가 있다. 즉 미국의 경우는 행위자의 위험성 요소에 따라 형량이 결정되는 점에서 행위자 형법의 요소가 강한테 비하여, 우리나라의 경우는 행위형법의 요소가 강하다. 우리나라 양형기준표에 대한 필자의 비판으로는 양형위원회, 양형기준안에 관한 제2차 공청회 자료집, 2009.2.6., 193면 이하

점, 국민의 사법참여를 위해 배심제도를 도입한 점, 법관의 양형을 통제하기 위한 양형위원회제도와 양형기준제를 도입한 점, 판결전조사제도가 성인범에까지 확대된 점, 피해자(고소인)의 불복권을 최대한으로 보장하기 위해 재정신청의 대상범위를 모든 형사범죄로 확대하는 등의 피해자 지위를 강화한 점 등은 다소 각론적인 문제점은 있겠지만 총론적인 관점에서는 긍정적인 형사정책적 방향이었다고 평가되고 있다. 특히 피의자 피고인의 인권 내지 방어권이 보장되는 면에서는 우리나라도 거의 선진국에 상응하는 수준이 이루어진 것으로 판단된다. 다른 선진국에 비하여 다소 부족한 점이 있다면 형사정책적으로 긍정적 가치가 인정되고 있는 가해자-피해자의 화해 조정(Taeter-Opfer-Ausgleich)에 의한 회복적 형사사법제도(victim restitution, Schadenswiedergutmachung)일 것이다. 즉 행위자의 자발적인 원상회복금부를 고려하여 형감면의 효과를 부여할 수 있도록 하는 원상회복제도(독일 형법 제56b조 제2항)와 형유예 재판 시 부담처분의 일종으로서 부과하는 원상회복제도(독일 형법 제56b조 제2항)가 우리나라에도 도입될 형사정책적 필요가 있는 것으로 판단된다.<sup>22)</sup>

#### 다. 형사집행법의 입법내용과 평가

##### 1) 입법내용

전술한 바와 같이, 최근 우리나라의 형사정책은 형사제재가 요구되는 유죄의 범죄자라 하더라도 교도소 내에서의 실형집행이 아니라 사회내 처우제재(보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령 등)로 대체하는 제도를 마련하였고, 현재 이러한 Probation형태의 사회내 처우제재가 많이 활용되고 있다. 그리고 부득이 실형집행이 요구되는 범죄자에 대해서도 최근 우리나라의 형사정책은 과거 단순한 구금모델(Verwehrmodell)에서 범죄자의 치료 개선 및 재사회화에

22) 이미 이를 개진한 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 428면

역점을 두는 교정처우중심주의로 이행하였다. 즉 집행시설을 최대한 사회와 닮게 하는 ‘행형의 사회화’와 사회를 향해 교도소의 문을 여건이 허용하는 범위에서 개방하는 ‘행형의 개방화’의 정책이 꾸준히 추진되었다. 이러한 면은 우리나라 실형집행법의 개정연혁을 통해서도 증명된다. 우선 우리나라 실형집행법으로 탄생한 행형법이 처음에 우리나라 자유형의 집행시설을 감옥이라고 하던 것을 형무소로 바꾸었다가(1950년 3월 1일 구행형법), 다시 교도소라는 명칭으로 고친 것으로도(1961년 12월 23일 구행형법) 이미 이 점이 잘 나타나고 있다. 그리고 현대 행형의 이념에 상응하는 방향으로 행형법의 내용이 총 9차례에 걸쳐 개정되다가, 최근에는 아예 법령이 ‘형의집행및수용자의 처우에관한법률’로 바뀌었다. 이를 통해 범죄자의 재사회화라는 오늘날 행형의 이념은 우리나라에서도 입법적으로는 물론이고 실무적으로도 제도화되어 실천되고 있다(예컨대, 누진처우제도, 분류처우제도, 귀휴제도, 외부통근제도, 수용자에 대한 각종 기본권보장, 작업상여금제도, 가족만남의 집 운영, 1988.11. 천안개방교도소의 개청 등). 특히 1999.12.28. 제정(2000.3.29. 시행)된 개정 행형법은 矯導所등의 設置 및 운영에 관한 業務의 일부를 民間에 위탁할 수 있는 근거를 마련하였고, 이에 따라 현재 ‘민영교도소등의설치운영에관한법률’이 제정 시행 중이고 현재 민간교도소의 개청이 임박한 시점에 있다.

더 나아가 집행단계에서 가석방 가출소등과 결합된 Parole형태의 사회 내 처우 제재 내지 보안처분제도도 ‘형법’, ‘소년법’, ‘치료감호법’, ‘보호관찰등에관한법률’, ‘특정성폭력범죄자에대한위치추적전자장치부착에관한법률’ 등에 의해 활성화 되고 있다.

## 2) 평 가

위에서 본 바와 같이 우리나라도 제도적으로는 현대적 행형이념에 따라 운영되고 있다. 특히 개방처우의 시행결과는 천안개방교도소 출소자의 재범

율이 낮았고,<sup>23)</sup> 개방처우자가 도주한 건은<sup>24)</sup> 극소수에 불과한 것으로서 모두 긍정적으로 나타났다. 그러나 재사회화 행형의 성공 여부는 교정시설의 수용인원 중에서 입소경력자(누범경력자의)의 비율로 평가될 수 있다. 그런데 그리고 재범예방이라는 특별예방의 효과는 수형자 중에서 입소경력자(즉, 재범자)의 비율에 대한 통계에 의해 그 추세를 알 수 있을 것이다. 그런데 상기한 바와 같이 1996년에서 2005년 사이의 통계에 따르면 수형자 중에서 입소경력자의 비율은 50.8%(1999년)에서 57.2%(1996년) 사이에 있고, 그 반면에 무경력자의 비율은 49.2%에서 42.8% 사이에 있는 것으로 나타났다.<sup>25)</sup> 즉 재범자의 비율이 항상 50%를 상회함으로써 초범 무경력자의 비율을 초과하고 있다. 이 사실 하나만으로도 우리나라 교정행정의 실질적 성적표는 낮다고 보아야 할 것이다.<sup>26)</sup>

### III. 장래 형사입법과제를 통해 본 우리나라 형사정책의 과제<sup>27)</sup> 및 전망

#### 1. 형사실체법에서의 입법과제

위에서 본바와 같이 1953년에 제정 시행된 일반형법에 대해서는 그 동안 일부개정만 있었다. 이러한 일부개정의 방식은 전면개정이 있기 이전까지는

23) 이에 대한 소개로는 한국형사정책연구원, 개방처우제도에 관한 연구, 1995년, 76면 이하

24) 형사정책연구원, 전게서, 168면이 소개하는 바에 의하면, 1994년 10월 개방처우자의 도주실태를 보면 개방교도소 개청 이래 외부통근작업자가 1명 도주한 바 있고, 가석방예정자 생활지도관에서는 한 건의 도주사고도 없었으며 외부통근작업이 확대 실시된 1991년 이래 5건의 도주사고가 발생하였고, 귀휴에서는 1962년부터 1994년 6월까지 총 11,265명을 실시한 바 그 중 5건의 미귀소자가 발생하였을 뿐이다.

25) 한국형사정책연구원, 한국의 범죄현상과 형사정책(2007년), 88면

26) 이러한 비판으로는 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 494면

27) 한국 형사정책의 과제를 영역별로 세분하여 제시한 것으로는 한국형사정책연구원, 한국의 형사정책, 2003년 참조

계속되어야 할 당위적 요청이다. 즉 일반형법에 대해서도 필요에 따라 수시로 일부 개정하는 입법관행이 정립되어야 한다. 그러나 일반형법이 제정 시행된 지 반세기를 훨씬 넘긴 현시점에서는 전면개정이 요구된다. 그 이유는 일반형법 자체의 제도규정을 현대 실정에 맞게 개정할 필요성도 있겠지만, 현재 너무 비대화되어 있는 형사특별법의 정비작업으로서 일반형법으로의 편입작업이 요구되기 때문이다. 물론 많은 문제점을 지닌 현행 (가중)형사특별법에 대해서는 ‘어느 한 규정이라도 다른 법률로 위치를 옮기는 일 없이 전면 폐지하여야 한다’는 극단적 입법론이 제기되기도 한다.<sup>28)</sup> 그러나 이러한 극단적 입법론은 (가중)형사특별법 전체에 대한 감성적 인상으로부터는 나올 수 있겠지만 일반형법이 제정된 1953년과 비교하여 현저한 시대적 변화가 있는 현금의 범죄 환경적 상황을 고려하면 개별규정에 따라서는 이론적으로도 합리성을 지닌 조항도 없지 않을 것이다. 만약 현금의 시대 상황을 반영하면서 이론적으로도 합리성을 지닌 (가중)형사특별법의 규정이 있다면 이를 무조건 폐기할 것이 아니라 합리적 연구를 통해 일반 형법에 편입시키는 방법이 오히려 입법론적으로 타당할 것이다.<sup>29)</sup>

그리고 일반형법의 전면개정이 있을 경우 ‘보안처분’에 관한 현행 특별형법도 가능한 일반형법 총칙으로 편입되어야 할 것이다. 이 경우 상습범에 대한 형벌가중을 유지 확대하면서 보호감호제도를 폐지한 기존의 형사정책에 대한 재고가 요구된다. 왜냐하면 상습범에서 동종범죄의 반복은 - 일반적 형벌가중규정이 아니라 - 각개 구체적 사례에서 경합범의 죄수론에 의하여 해결되어야 하고, 상습적 습벽에 의한 재범의 위험성에 대해서는 보안처분으로 규율되는 것이 이론적으로 타당하기 때문이다. 따라서 형법각칙 내지 형사특별법의 상습범 가중규정을 폐지하고 상습범에 대한 보안처분제도(구사회보호법의 보호감호제도)를 다시 도입하면서(그리고 현행 치료감호법

28) 특가법에 대해 이렇게 주장한 오영근, 앞의 글, 51면

29) 이러한 취지의 대표적 글로는 한영수, 특가법상 비재산범죄 가중처벌 규정의 문제점과 개선방안, 형사법연구 제26호(2006 겨울), 184면 이하

의 내용을 그대로 유지하면서),<sup>30)</sup> 이를 형법에 편입시키는 형사정책이 바람직할 것으로 판단된다. 그리고 법정형의 종류를 더욱 다양화하는 형법총칙의 개정작업도 있어야 할 것이다. 이미 도입된 성인에 대한 보호관찰, 사회봉사명령 및 수강명령에 만족할 것이 아니라, 예컨대 조직범죄와 공무원수뢰범죄와 같이 재물의 법행관련성 입증에 어려운 범죄유형에 적용되는 (독일에서 새로이 신설된) 재산형(Vermögensstrafe)의 제도, 벌금형에서 납입연기 및 분할납입의 제도, 벌금미납자에 대한 노역장유치 시 사회봉사명령으로 대체하는 제도, 야간구금·주말구금·단속구금과 같이 엄격한 시설행형의 폐해를 완화하는 제도, 일부집행유예의 제도 등도 앞으로 형사제재의 종류 내지 실행집행폐해의 완화수단으로서 그 도입이 고려되어야 할 것이다. 특히 독일과 같은 日數罰金制度가 앞으로 우리나라에도 도입될 형사정책적 필요가 있는 것으로 판단된다. 왜냐하면 일수벌금제도에는 범행에 비례하는 형벌감수성의 충족이라는 이론적 타당성만 있는 것이 아니고, 형법각칙의 개별구성요건에 일일이 벌금액수를 법정하여야 하는 총액벌금제의 입법기술상 문제점도 동시에 해결될 수 있기 때문이다.<sup>31)</sup>

그리고 형법각칙에서는 범행의 크기에 비례하고 법관의 양형에 일정한 제한을 가할 수 있도록 법정형이 규정되어야 한다. 따라서 현행법에서 널리 규정되어 있는 ‘--이상의 징역에 처한다’ 또는 ‘--이하의 징역에 처한다’와 같은 법정형의 규정방식에 대해서는 형사정책적 재고가 요구된다. 이러한 규정방식에서는 법관이 선고형을 결정할 수 있는 범주가 너무 넓어질 수 있기 때문이다. 법정형의 폭이 지나치게 넓으면 법관에 대한 양형통제가 거의 불가능할 뿐 아니라 양형에 대한 예측가능성도 크게 저하된다. 중국적인 양형합리화를 위해서는 가능한 법정형 자체가 범행정도와 상응되게 “--년 이상 --이

30) 동일한 취지로는 배종대, 한국 형사제재의 주요 쟁점, 비교형사법연구 제6권 제2호 특집호(2004), 15면 이하; 원형식, 상습범과 누범의 가중처벌의 문제, 형사법연구 제22호 특집호(2004), 584면 이하

31) 이에 대해 이미 지적한 본인의 글로는 ‘법정형의 종류와 가감에 관한 한·독의 비교’, 형사정책 제7호(1995년), 173면

하의 자유형에 처한다”는 형식이 원칙적인 것으로 정착되어야 할 것이다.<sup>32)</sup>

## 2. 형사절차법에서의 입법과제

전술한 바와 같이 우리나라의 형사정책은 형사절차에서 피의자 피고인의 인권 및 방어권을 최대한 보장하는 방향으로 추진되었다. 그리고 선의(특히 사회적 약자) 피해자의 지위도 강화되는 방향으로 형사정책이 이루어졌다. 이러한 정책방향은 앞으로도 계속 유지되어야 할 것이다. 다만 앞으로의 형사정책은 다른 관점에서 접근할 것이 요청된다. 즉, 피의자 피고인의 인권 내지 방어권을 보장하고 동시에 그와 대응되는 선의(특히 사회적 약자) 피해자의 지위도 충실히 보호되어야 하겠지만, 선의의 형식적 피의자가 악의의 고소인 내지 참고인으로부터도 보호될 수 있는 형사정책이어야 한다.<sup>33)</sup> 악의의 사람에게 휘둘러 억울하게 형사 처벌 받는 국민을 발생시키는 형사절차는 해악 그 자체에 불과한 것으로 평가될 뿐이기 때문이다. 특히 참고인의 악의적 허위진술은 수사의 방향을 왜곡시키고 가해자와 피해자를 뒤 바뀔 수도 있다. 이러한 악의 참고인 허위진술은 효율적으로 방지되어야

32) 캘리포니아 형법 전에는 아래와 같이 법관이 같은 종류의 형벌에서도 등급을 달리하는 선택형(예컨대 강도죄의 경우 3개의 유기자유형)을 규정하고 있는데, 이러한 방법(소위 multiple Choice)도 참조할만하다.

213. (a) Robbery is punishable as follows: (1) Robbery of the first degree is punishable as follows: (A) If the defendant, voluntarily acting in concert with two or more other persons, commits the robbery within an inhabited dwelling house, a vessel as defined in Section 21 of the Harbors and Navigation Code, which is inhabited and designed for habitation, an inhabited floating home as defined in subdivision (d) of Section 18075.55 of the Health and Safety Code, a trailer coach as defined in the Vehicle Code, which is inhabited, or the inhabited portion of any other building, by imprisonment in the state prison for three, six, or nine years. (B) In all cases other than that specified in subparagraph (A), by imprisonment in the state prison for three, four, or six years.

(2) Robbery of the second degree is punishable by imprisonment in the state prison for two, three, or five years.

33) 2003년의 경우 우리나라의 인구 10만명당 피고소인원은 1,288명으로서 8명에 불과한 일본의 160배에 이르고 있는 실정이다. 그리고 2003년의 경우 고소사건에 대한 수사종결현황 중에서 불기소처분은 74.6%를 차지하였다. ‘낮은 기소율과 높은 불기소처분율’을 특징으로 하는 우리나라의 현상은 그 고소내용이 진실이 아니고 誣告에 가깝다는 것을 실증하는 것이다.

한다. 그런데 우리나라의 경우 참고인의 허위진술이 거의 방치되는 수준에 있다. 수사기관에서 행한 참고인의 허위진술에 대해서 현행법상 범죄 성립을 인정하기 어렵고,<sup>34)</sup> 실제 처벌되는 사안은 극히 일부에 불과하기 때문이다.<sup>35)</sup> 반면에 참고인의 허위진술은 다른 선진국에서는 우리나라와는 달리 어렵지 않게 형사 처벌될 수 있다.<sup>36)</sup> 독일에서는 참고인이 수사기관에 출석하여 허위로 진술한 경우에도 무고죄가 성립할 수 있다. 그리고 프랑스에서는 참고인이 - 사안이 복잡하거나 중요한 사건의 경우 - 수사판사의 명령에 따라 직무를 수행하는 사법경찰관의 면전에서 허위진술을 하는 경우에 위증죄로 처벌된다. 그리고 미국에서는 참고인이 형사사법절차에서 수사기관이나 법원에 대해 허위 진술하는 경우에 사법방해죄로 처벌되고,<sup>37)</sup> 이와는 별도로 자기 자신이 형사책임을 지는 상황이 아님에도 불구하고 국가기관에 허위진술을 하는 경우에 허위진술죄로 처벌한다.

생각건대, 앞의 나라에서 입법 조치된 허위진술의 여러 내용 중에서 적어도 피의자에게 불리한 무고성의 참고인 허위진술(범행 현장을 목격하지 아니하였음에도 목격한 것처럼 허위 사실을 주장하는 행위, 범인이 아닌 제3자를 범인으로 지목하는 행위 등)을 방지하는 조치는 우리나라에서도 시급히 요구되는 것으로 판단된다(그러나 미국과 같이 피의자 피고인이 행하는 허위진술까지 처벌할 수 있게 하자는 입법론은 시기상조인 것으로 판단됨). 타인을 범죄자로 지목하는 허위진술은 국가적 법익을 침해하는 사법방해 이전에 개인의 생활과 인권을 파괴 내지 침해하는 것이기 때문이다.<sup>38)</sup>

34) 우선 참고인은 증인이 아니기 때문에 위증죄의 성립은 불가능; 참고인의 허위진술만으로는 '신고한 자'로 제한되는 무고죄가 될 수 없다는 대판 2004.12.9, 2004도2212; 대판 1990.11.9, 90도1706; 수사기관은 객관적 자료를 수집 조사하여야 한다는 이유로 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립할 수 없다는 대판 1977.2.8, 76도3685; 대판 2002.12. 27, 2002도4020; 증거위조죄가 성립할 수 없다는 대판 1995.4.7, 94도3412

35) 1991년부터 2000년까지 사이에 매년 3,000명 내지 4,000명이 위증죄로 고소되거나 인지되어 그중 1,000명 정도가 처벌되었음(김종구, 형사사법개혁론, 법문사 2002, 584면).

36) 아래의 내용을 소개한 사법개혁위원회 제5차 회의 보고서(2004년), 97면 이하

37) 피고인도 증인적격이 있으므로 선서 후 위증한 경우는 물론이고, 선서가 없더라도 묵비권을 행사하지 않고 허위진술을 하면 사법방해죄로 처벌된다.

38) 법관이 재판에 참고할 수 있는 구체적이고 객관적인 양형기준을 설정하도록 하는 양형기준제도가

### 3. 형사제재 집행법에서의 입법과제

현대 행형의 이념인 범죄자의 재사회화를 추구하는 현행 우리나라 형사정책의 방향은 그것이 강제적인 것이 아니고 수형자의 자발적 재사회화 노력에 대한 원호인한, 행형시설의 내부를 사회와 닮게 하는 행형의 사회화이든 행형시설의 문을 여는 개방처우이든 앞으로도 계속 발전되어야 할 것이다. 그리고 처음부터 사회내 처우를 통해 재사회화시키려는 보호관찰, 사회봉사 명령 또는 수감명령과 같은 제도도 더욱 활성화되어야 할 것이다. 그리고 사회복귀준비금으로 기능하는 작업상여금제도를 '전면적으로' 임금제로 하는 발상의 전환도 가능하겠지만, 이는 자칫 형벌기능을 무력화 시킬 우려가 있기 때문에 선불리 채용되어서는 안 되고, 다만 앞으로 외부통근수형자에게 점차 임금제를 적용하여 사회복귀를 위한 경제적 터전을 마련해 주어야 할 것이다.<sup>39)</sup> 그리고 그 수의 증가로 인해 불가피하게 되어버린 외국인수형자 문제와 교도소 내에서의 마약남용 또는 에이즈감염 등의 문제에 대해서도 앞으로 크게 관심을 가져야 할 것이다. 더 나아가 앞으로는 어떻게 하면 벌금·몰수·추징과 같은 재산형의 집행을 효율적으로 할 수 있는가에 대한 연구가 계속 이루어져야 할 것이다. 그리고 사회내처우자에 대한 전자감시장치, 족쇄형, 가택구금, 화상통신을 통한 감시장치 등과 같은 제도도 새로이 도입하거나 더욱 활성화되어야 할 것이다.<sup>40)</sup> 왜냐하면 이러한 사회내에서의 처우제도는 그것이 정상적으로 운용된다는 것을 가정한다면 국가의 행형비용을 대폭 아껴주면서 사회화 행형에도 적합할 것이기 때문이다.<sup>41)</sup>

도입됨에 따라 양형자료 조사에 관한 근거 규정을 신설하는 형사소송법 일부개정법률안이 현재 국회에 제출되어 있다. 그리고 검찰은 선진형사법제도 개선안으로서 (i) 사법 협조자 형벌 감면제(크게 미국의 '면책조건부 증언'제도와 독일의 '왕관증인'제도가 있음. 미국식은 증언거부권자에게 사전에 자신의 범행에 대해서는 형사처벌을 하지 않도록 보장해 진술을 강제하는 형태이며, 독일식은 범죄자가 공범의 범행에 대해 진술했을 경우 사후에 형사처벌을 면해주거나 감경해주는 형태임), (ii) 참고인의 허위진술에 대해 인정될 수 있는 사법정의 방해죄 (iii) 중요참고인 출석의무제 (iv) (제한적)플리바게닝 등을 선정하여 입법 추진을 계획하고 있다.

39) 이러한 견해로는 加藤久雄, '최근의 형사정책동향과 과제', 형사정책연구 제10호(1992년 여름), 201면

40) 현재 특정 성폭력범죄자로 한정돼 있는 전자발찌 착용대상자를 살인이나 미성년자 유괴 등 흉악범죄로 확대하는 방안이 입법론으로서 추진되고 있다.

## IV. 더 나은 한국 형사정책의 방향에 대한 제언

### 1. 대증요법적 엄벌주의(중형주의)의 탈피와 장기적 근본적 형사정책 수립의 중요성

위에서 본고는 이미 범죄를 범한 자에 대한 우리나라의 형사정책을 중심으로 다소 미시적 관점에서 분석해 보았다. 분석을 통해 나타난 바에 따르면, 우리나라의 형사정책이 국가공권력 행사를 통제하면서 국민의 자유와 권리를 꾸준히 강화해 온 측면은 매우 긍정적인 성과로 평가될 수 있을 것이다. 이를 통해 피의자, 피고인, 더 나아가 수용자(수형자 포함)의 인권 내지 방어권(또한 변호인의 변호권)은 물론이고 피해자의 지위도 Global Standard에 상응할 정도로 많이 강화되었다. 그러나 수많은 가중형사특별법의 제정 시행으로 대변되는 대증요법적 엄벌주의(중형주의)의 기존 형사정책은 이제는 탈피하여야 할 것으로 판단된다. 대증요법적 엄벌주의는 일반적 기대와는 달리 범죄를 감소시키는 특효약이 되지 못하고,<sup>42)</sup> 대개 일반국민의 여론을 잠재우기 위한 정치적 목적으로 행해짐으로써 근본적 장기적인 형사정책이 될 수 없기 때문이다. 21세기로 들어선 지금 이제까지와 같은 대중적 범죄대책보다는 새로운 사회변화에 효과적으로 대응할 수 있는 일관성 있고 지속적인 형사정책의 수립이 절실하다.<sup>43)</sup> 그런데 수립되어야 할 근본적 형사정책은 범죄(자)처벌의 미시적 정책만으로는 부족하고 아래에서 제

41) 이러한 의견을 이미 개진한 손동권, 한국형사사법의 현황과 발전방향, 형사정책연구 제8권 제3호(1997년), 52면 이하

42) 대부분의 국민은 형벌이 아니라 가정, 학교, 종교, 동료집단 등에 의해 내면화된 기제(예컨대 죄의식, 체면, 수치심, 양심, 초자아 등)에 의해 범죄충동을 억제하고, 범죄가 이미 체질화된 범죄자 또는 상계유지의 수단이 되어버린 범죄자들에게 형량의 증가는 범죄억제동기에 큰 의미가 없으며, 이미 형사처벌의 경험이 있는 자에게는 형벌에 대한 인식강도가 완화되어 형벌의 억제효과는 별로 발휘될 수 없기 때문이라는 이기현, 범죄학적 선입견에 관한 고찰, 410면

43) 박상기/손동권/이순래, 형사정책(제10판), 44면; 박상기, 사회변동과 형사정책의 과제, 형사정책연구 제8권 제3호(1997년), 58면; 그리고 대증요법적 가중처벌과 동시에 그 역으로 가석방과 사면이 수시로 이루어져 우리나라 국민들은 법집행의 원칙보다는 무원칙과 자의성을 경험하게 되었다는 비판도 제기됨.

시될 범죄예방을 위한 총체적 거시적 정책이어야 한다.<sup>44)</sup>

## 2. 사전적 범죄예방을 위한 형사정책의 중요성

범죄(자)에 대한 사후 처벌적 형사정책은 사전적 범죄예방의 기능도 어느 정도 수행할 수 있다. 즉 범죄(자)에 대한 사후적 형사처벌은 일반국민이 사전적으로 범죄를 범하지 않도록 하는 일반예방과 범죄자 자신의 재범을 예방하는 특별예방에도 작용할 수 있다. 그러나 이러한 사후 진압적 방법의 범죄예방책 보다는 사전적 범죄예방의 방법이 더욱 바람직할 것이다. 범죄가 발생하면 범죄에 의한 피해자도 발생하면서 그 피해의 회복이 거의 불가능하게 될 것이고, 범죄자의 검거와 교정에 많은 비용이 들면서 실질적 교정효과를 얻기는 힘들 것이며, 처벌받는 범죄자의 가족은 사회적으로 큰 타격을 입게 되고, 범죄증가로 인한 일반국민의 불안감은 사회해체를 야기하게 될 것이기 때문이다.<sup>45)</sup> 이러한 사후 진압 위주 예방책의 부정적 작용을 가능한 줄이기 위해서는 사전적 범죄예방 대책이 우선적으로 강구되어야 한다. 이를 위해서는 사전 통제적 범죄예방의 방법으로서 매우 유용한 것으로 검증된 ‘환경설계를 통한 범죄예방(Crime Prevention through Environmental Design; CPTED)’의 정책이 우리나라에도 더욱 활성화되어야 할 것이다.<sup>46)</sup> 그리고 범죄의 사전적 통제를 주된 임무로 하는 국가기관(특히 경찰)은 범죄취

44) 최근 중국에서는 ‘화해사회의 구축’, ‘관대함과 엄격함의 상호보완’이라는 근본적 형사정책을 추진하고 있다(이에 대한 소개로는 梁根林, 당대 중국 소년범죄의 형사정책 총평, 비교형사법연구 제 10권 제2호, 475면 이하). 최근 우리나라에는 보수와 진보의 갈등, 부자와 빈자의 갈등, 기성세대와 신진세대의 갈등 등에 의한 범죄발생(예컨대 불법폭력시위, 사이버모욕, 광고 중단압력의 업무 방해 등)이 가시화되고 있는데, 중국의 ‘화해사회의 구축’이라는 근본적 형사정책의 방향은 우리나라에도 시사하는 바가 큰 것으로 판단된다.

45) 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 393면; 구체적으로 (i) 범죄예방 전담기구 신설 (ii) 환경설계를 통한 범죄예방의 연구 개발 (iii) 청소년비행예방프로그램의 개발 (iv) 민간자율방범활동의 적극육성, (v) 민간경비업의 육성 (vi) 범죄율이 높은 지역을 대상으로 한 범죄예방활동 강화 (vii) 경찰의 범죄예방기능의 강화를 정책으로 제안한 것으로는 한국형사정책연구원, 각국의 범죄예방정책에 관한 연구, 1993년, 164면 이하

46) 이에 관한 최근의 연구로는 신의기 외, 범죄예방을 위한 환경설계의 제도화 방안, 한국형사정책연구원 2008년

약장소에서 크게 요구되는 방범초소의 증설, 범인 검거는 물론이고 사전적 범죄예방에서도 효과가 큰 것으로 검증된 CCTV 등 과학적 방범시설의 증설, 현금자동인출기 이용 시 얼굴을 가리는 행위를 차단할 수 있는 '얼굴인식 ATM 프로그램'의 개발 도입, 중대범죄자에 대한 유전자(DNA) 정보수집의 강화 등 범죄의 사전예방을 위한 다양한 방법 인프라의 구축과 실제적인 방범활동에 힘써야 할 것이다.<sup>47)</sup> 다만 민주법치국가에서는 이러한 방법조치들도 국민의 기본권을 부당하게 침해하지 않는 범위에서 이루어져야 한다. 이를 위해서는 사전적 범죄예방의 영역에서도 국회에서 엄격한 입법절차를 거치는 법률주의가 원칙적으로 적용되어야 한다(다만 사후적 범죄통제 보다는 사전적 범죄통제에서 구체적 규율사항을 하위법규에 위임하는 위임입법의 범위가 훨씬 넓은 것으로 사료됨).<sup>48)</sup> 따라서 요구되는 사전적 범죄예방의 영역에서 입법의 결여가 있는 경우에는 새로운 입법이 추진되어야 할 것이고, 기존 입법의 개정이 필요한 경우에는 상응한 법 개정작업이 이루어져야 할 것이다.<sup>49)</sup>

### 3. 총체적 사회정책에 융화된 형사정책의 중요성

범죄(자)에 대한 형사처벌의 방법을 통한 범죄예방의 형사정책은 최후의 수단이어야 한다. 국가기관이 행사할 수 있는 가장 강력한 수단인 형사제재의 부과에는 보충성의 원칙이 적용되어야 하기 때문이다. 따라서 범죄문제에 대해 형사 처벌적 방법에만 의존하는 사고와 일반의 기대는 잘못된 것이며 언제나 실망으로 끝날 수밖에 없는 한계를 지니고 있다. 오히려 이러한 사고는 형사정책에 과부하를 초래하고 그 임무의 본질을 흐리게 하여 정책

47) 기타 경찰방범대책에 관한 제안으로는 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 399면 이하

48) 우리나라의 경우 사후적 범죄(자)처벌의 면에서는 철저한 법률주의가 시행되는 것에 비하여, 사전적 범죄통제의 점에서는 법률주의가 잘 시행되지 않는 것으로 판단된다.

49) 예컨대 경찰 범죄예방활동의 규범적 근거가 되는 경찰관직무집행법, 집회 및 시위에 관한 법률 등의 법 개정작업이 현재 추진되고 있음.

적 성과를 감소시키는 원인으로 작용할 위험성이 있다.<sup>50)</sup> 범죄예방에는 범죄원인을 정확히 인식하고 그 원인을 제거 내지 감소시키는 것이 가장 효율적이고 근본적인 대책이 될 것이다. 그런데 범죄원인으로는 정신병, 유전적 소질 내지 성격과 같은 개인적인 것도 있겠지만, 현대 사회에서 가장 근본적인 범죄원인은 갈등과 부패로 가득한 사회 환경에 있다. 따라서 이제부터는 범죄발생의 원인을 제공하는 이러한 사회 환경을 바꾸는 것에 목표를 두어야 한다.<sup>51)</sup> 이렇게 사회적 여건개선을 통하여 사전적으로 범죄원인을 제거하는 것이 범죄자의 양산을 막고 범죄피해자를 줄이는 첩경이다. ‘가장 좋은 사회정책이 곧 가장 좋은 형사정책이다’는 Franz von Liszt의 지적도 바로 이를 의미한다. 그런데 사회 환경을 개선하기 위해서는 정치, 경제, 사회, 문화(교육) 등의 모든 영역에서의 총체적 대응이 요구된다. 특히 모든 관련 분야 내지 관계인의 총체적 협력체제가 갖추어져야 한다. 특히 법 제도와 국민 인식의 통합, 관련기관 사이의 유기적 협조체제 구축, 국가기관과 민간기관과의 협조 체제 구축, 국가 방범활동에의 민간인 참여, 민간경비업의 활성화 등을 통한 총체적 방범체계가 갖추어져야 할 것이다.

#### 4. 비공식적 사회통제 강화의 중요성

널리 알려진 바와 같이, 개인의 행위를 일정한 규범에 따르게 강제하는 사회통제(social control)에는 공식적(formal) 통제와 비공식적(informal) 통제의 두 가지가 있다. 공식적 사회통제에는 명문화된 법률과 경찰·검찰·법원과 같은 공식적 통제기관에 의해 이루어진다. 반면에 비공식적 사회통제는 공동체에 자리 잡고 있는 관습과 시민집단의 힘에 의해 이루어진다. 그

50) 이렇게 지적한 박상기, 앞의 글, 65면

51) 제퍼리(C.R. Jeffery)도 범죄통제의 모형으로서 형벌을 통한 범죄억제모델, 범죄자의 치료와 갱생정책을 통한 사회복귀모델, 사회 환경개선을 통한 범죄예방모델의 3가지로 구분하면서, 마지막의 것을 특별히 강조하였다. 즉 범죄예방의 방법으로는 빈곤, 차별, 경제적 불평등, 사회구조의 해체 등 사회적 범죄환경요인을 개선 내지 제거하는 점이 가장 중요하다는 것이다. 이를 소개한 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 394면

런데 공식적인 사회통제수단은 인력이나 재원의 부족으로 인하여 범죄를 통제할 수 있는 능력에 한계가 있다. 그러나 시민에 의한 비공식적 사회통제는 이러한 한계를 보완하고 지역사회의 범죄와 범죄에 대한 두려움을 감소시키는 역할을 한다. 특히 지역사회의 통합성이 높을수록 비공식적 사회통제는 더욱 효율적으로 작용한다. 왜냐하면 연대감과 통합성이 높은 지역사회는 구성원이 비공식적 사회통제에 더 많이 참여하게 되고 더 많은 사람들이 집단규범을 준수할 것이며 집단의 제재효과도 더 커지기 때문이다. 따라서 비공식적 사회통제를 강화하는 방향으로 우리나라 형사정책이 계속 추진되어야 할 것이다.<sup>52)</sup>

## V. 맺는말

본문에서 밝힌 바와 같이, 우리나라는 전통적으로 범죄(자)에 대한 대중요법적 형사처벌 위주의 형사정책을 펼쳐왔다. 이러한 형사정책의 결과는 다른 나라와 비교하여서는 결코 부정적이지는 않지만(오히려 상대적으로 양호한 면도 있지만), 우리나라 자체적으로는 범죄예방에 관한 성공적이었다는 흔적은 별로 보이지 않는다(그러나 우리나라의 민주화가 이루어지는 과정에서 형사정책의 인도화를 이룬 측면에서는 큰 성과가 있는 것으로 사료됨). 즉 범죄에 대한 치료위주의 洋藥的 處方에 의해서는 현상유지를 넘어가는 범죄예방의 성과는 기대하기 어렵다. 최선의 사회정책이 최상의 형사정책이라는 Franz von Liszt의 지적과 같이, 근본적으로는 사회의 기초체력을 튼튼히 하는 韓方的 處方의 형사정책이 개발되어야 한다. 이러한 한방적 방법의 형사정책을 개발하는 것에, 개원 20주년을 맞이하는 한국형사정책연구원이 앞으로 크게 기여하기를 바라며, 이 글을 맺는다.

52) 이미 이렇게 개진한 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 398면



개원 20주년 국제학술회의 자료집

---

## 형사정책의 최근 이슈와 전망

---

발행인 / 박 상 기

발행처 / 한국형사정책연구원

서울시 서초구 태봉로 114

전화 (02) 575-5282~9

팩스 (02) 571-7488

발행일 / 2005년 12월 19일

등 록 / 1990.3.20. 제21-143호

인 쇄 / 피알앤북스(주) (02) 467-4545

---

※ 본서 내용의 무단복제를 금함

[비매품]