

사전예방 중심의 형사정책 : 예방의 의미, 방법, 한계에 관하여*

최 준 혁**

국 | 문 | 요 | 약

범죄에 대한 처벌보다 범죄예방이 더욱 바람직하다. 전통적으로 범죄에 대한 예방은 국가가 범죄자를 처벌하는 방법을 통해 이루어진다고 생각했으나 특별예방의 실효성에 대한 의문이 제기되면서 범죄예방은 사회 전체가 모든 수단을 투입해 달성해야 할 임무라고 설명하게 되었다.

범죄예방을 논의하기는 쉬우나 그를 실제 정책의 형태로 구체화하기는 매우 어렵다. 그렇다면 정책을 구성하고 결정하고 집행하는 과정에서 기존의 요소와의 연결점을 찾을 수밖에 없는데, 사전예방이 사회 전체의 역할을 강조한다고 하더라도 그 사고의 중심에 형법과 형벌이 위치하고 있다는 점은 달라지지 않았다.

‘어느’ 범죄를 ‘어떻게’ 사전에 예방할 것인가라는 질문에 대해 논의할 때에는 항상 비용과 기본권침해라는 두 가지 요소를 고려해야 한다. 합리적인 형사정책이라고 하기 위해서는 투명하고, 근거지울 수 있으며, 평가와 교정이 가능해야 한다. 그리고, 어떠한 공동체에서 범죄가 완전히 사라질 수는 없고 절대적 의미의 안전도 있을 수 없다는 통찰에서 출발해야 이성적인 형사정책이라고 말할 수 있다.

❖ 주제어 : 형벌, 범죄예방, 1차예방/2차예방/3차예방, 유효성, 형사정책

* 2014년 6월 13일에 있었던 한국형사정책연구원 개원25주년기념 춘계공동학술세미나 “형사정책 패러다임의 변화와 전망”에서의 발표문을 수정하였다. 당시 유익한 지적을 해 주신 한영수 교수님과 김봉수 교수님께 감사드린다.

** 인하대학교 법학전문대학원 부교수(E-Mail: soonhoo@inha.ac.kr). 이 논문은 2014년 인하대학교 교내연구비 지원을 받아 작성하였음.

I. 들어가며

1. 범죄와 범죄예방

한국형사정책연구원이 개원되기 100년 전인 1889년, 특별예방에 관한 논의의 선구자라고 할 수 있는 리스트(Liszt)는 베를린대학 취임강연에서 다음과 같이 설명하였다.

“모든 시대의 작가들은 행위자의 영혼에서 범죄의 기원을 찾아내려고 시도해 왔습니다. 지난 세기 중반의 피타발(Pitaval)에서부터 입센의 희곡과 졸라의 소설, 실리의 ‘상실된 명예 때문에 범죄를 저지른 자’에서부터 도스토옙스키의 ‘죄와 벌’까지, ‘생래적 범죄인’ 리처드 3세가 나오는 궁중드라마에서부터 우리시대의 대중문학과 탐정소설까지가 그러합니다. 범죄에 대한 심리학적 해명은 좋은 문학작품이 항상 선호하는 과제였습니다. 의사와 자연과학자들은 건강한 범죄자와 병든 범죄자들의 생각, 느낌과 의욕을 생리학적으로 분석해 왔습니다. 도덕통계학자와 때때로 역사가들도 범죄의 상관관계와 운동, 통계와 동력에 대해 큰 관심을 보여왔으며 범죄를 사회적인 관계에서, 그러니까 사회학적으로 설명하려고 시도해 왔습니다.”

“그런데 범죄를 인과적으로 파악하려는 과제 자체는 새로운 것이 아닙니다. 이 과제의 해결을 시인이나 소설가, 의사들이나 통계학자들에게 떠넘기는 것이 아니라 형법학에서 요구한다는 점이 새로운 것입니다. 이 과제의 해결을 위해 자연과학적 방법론, 즉 개별사례에 대한 학문적이고 정확한 관찰에 의해 준비되고 평가되고 보충된 체계적인 대량관찰을 이용한다는 점이 특히 새롭습니다.”¹⁾

리스트의 설명은 범죄학의 도움을 받은 형법학이 범죄라는 인간 본연의 문제를 해결할 수 있다는 낙관적인 전망이라고 이해할 수 있다.²⁾ 그러나 형법은 법익침해 또는 규범위반이라는 상태의 변화가 일어난 다음에야 행위자에게 개입해 장래의 범

1) Franz v. Liszt, Die Aufgabe und die Methode der Strafrechtswissenschaft, in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2. Band, Berlin 1905 (Nachdruck Berlin 1970), S. 289면 이하.

2) 리스트와 보안처분에 관하여 송문호, “보안처분의 필요성과 정당성”, 2014년도 전국 형사법학자 대회 ‘21세기 한국형사법의 새로운 모색’ 발표문, 자료집 95면을 참조.

익침해를 방지할 수밖에 없으므로,³⁾ “범죄를 처벌하는 것보다 범죄를 예방하는 것이 더욱 바람직하다.”⁴⁾

이와 관련하여 형사정책이나 범죄학, 사회학 등에서 논의되는 범죄예방, 사회통제, 형법에 의한 사회통제, 범죄통제 등의 다양한 개념들은 부분적으로는 겹치기도 하지만 서로 구별할 수 있다. 형법을 통한 사회통제는 대상에 대한 영향력의 행사 및 행위의 조종에 중점을 두고 있다면 범죄예방은 행위의 조종의 목표, 즉 범죄행위의 방지라는 측면에 중점을 둔다. 다른 한편으로 형법을 통한 사회통제에서 주로 논의하는 내용은 범행 이후에 그에 대한 반응으로서 범죄자에게 영향을 미치는 형태라면, 범죄예방의 주된 관심은 범행 이전의 적극적인 조치로서 범행의 방지를 목표로 하는 수단이다.⁵⁾ 예방과 원인의 제거도 구별할 수 있다. 원인의 제거는 구체적인 행위자를 대상으로 해서, 형벌로 행위자를 재사회화하거나 사회에 통합시키는 형태로 또는 학교에서 학생에게 사전적으로 개입하는 형태 등으로 나타날 수 있다. 반면에 예방은 좀더 일반적이고 포괄적인 접근으로서 범죄친화적인 요소들을 제거하거나 범죄의 원인이 되는 구조적 조건들을 변경하는 방향이다.⁶⁾

2. 예방 개념의 변화

범죄예방은 범죄의 예방 그 자체를 의미하기 때문에 예방적으로 작용할 수 있는 어떤 특정한 조치로 한정되지는 않는다. 그러나 전통적으로 예방은 형사사법과 관련되어 논의되었으며, 적극적 또는 소극적 일반예방과 특별예방이라는 용어에서 드러나듯이, 개별적인 사안에서의 불법에 대한 대응으로서의 형사제재를 통하여 범죄가 예방된다는 의미로서 1970년대까지의 형사정책은 범죄를 저지른 행위자에 대한 특별예방 중심이었다.

3) Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Springer 2009, S. 3.

4) 베카리아(이수성/한인섭 역), 범죄와 형벌, 길안사, 1995, 169면.

5) Meier, Kriminologie, 4. Aufl., C.H.Beck 2010, 10/1(최준혁, “형사정책적 수단의 범죄예방의 유효성에 대한 연구”, 보호관찰 제12권 제2호(2012), 262면 참조).

6) Feltes, Kriminalprävention, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, VS Verlag für Sozialwissenschaften 2008, S. 252.

반면에, 현재는 위험판단, 위험매니지먼트, 비용효과분석, 불관용정책, 위험한 범죄자에 대한 보안감호가 유행이며⁷⁾ 지난 30여년 동안 예방개념이 부흥하여 세계적으로 범죄예방개념이 확산된 원인은 ‘원인보다는 결과, 범죄자보다는 범죄’로 관심이 전환되었기 때문이라고 이해할 수 있다.⁸⁾

넓은 의미의, 그러니까 형법의 개념 및 수단에 종속되지 않는 범죄예방의 개념에 따르면 범죄예방이란 1차적으로 국가가 형법이라는 수단을 통하여 달성해야 하는 것이 아니라 전체 사회의 임무이다. 하지만, 심지어 도시의 청소도 위생이나 미적인 문제에서 범죄예방의 문제로 전환되었듯이⁹⁾ 범죄예방이 전체 사회의 임무라는 관점에서는 예방과 관련성이 있다고 보이는 모든 사회적인 시도가 범죄예방에 포괄될 수 있기 때문에 선별해서 접근해야 할 필요성이 있다.¹⁰⁾ 즉, 범죄예방 그 자체가 아니라 특정한 범죄가 문제가 된다면 ‘어떤’ 범죄를 예방할 것인가라는 질문을 던질 필요가 있다. 그리고 억제보다 예방이 낫다는 일반적인 목표에 쉽게 동의할 수 있다고 해서 그 목표를 달성하기 위한 수단에 대해서도 일반적으로 동의할 수 있다는 뜻은 아니다.¹¹⁾ 즉, 범죄 또는 사회적 비행의 어느 단계에 어떤 형태의 수단을 연결시켜야 하는가라는 질문(‘어떻게’)에 대해 답할 수 있어야 하며 범죄가 감소하거나 증가하지 않았다는 점과 수단과의 상관관계가 존재한다는 점을 귀납적으로 설명할 수 있어야 한다.¹²⁾

다른 한편으로 범죄예방이 전체 사회의 임무이며 최근에 지역사회의 역할이 특히 강조된다고 하더라도 국가가 시민의 안전을 확보해야 한다는 의무에서 벗어날 수는 없다. 안전의 확보는 항상 국가의 중요한 과제였으며 국가는 물리력을 독점하는 대

7) Neubacher, *Kriminologie*, Nomos 2011, S. 27. 그 배경으로 사회의 안전이라는 이익에 대한 공리주의, 자기책임의 강조 및 경제적인 효율성을 지적하는 Döllinger/Ziegler, *Investitive Kriminalpolitik und die Rückkehr der défense sociale*, *Sozial Extra* 7/8 '09 7. Bundeskongress, 44.

8) Göppinger, *Kriminologie*, 5. Aufl., C.H.Beck 1997, S. 148; Maguire·Morgan·Reiner (Edit.), *The Oxford Handbook of Criminology*, p. 867.

9) Frehsee, *Politische Funktionen Kommunalen Kriminalprävention*, FS Kaiser I, Duncker & Humblot 1998, S. 750.

10) Walter, *Kriminalpolitik im Zeichen der Verbrechensfurcht: von der Spezial- über die General- zur “Ubiquitäts”prävention?* FS Hirsch, 1999, S. 913.

11) Meier, *Kriminologie*, 10/40.

12) Feltes, *Kriminalprävention*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 252; Frehsee, FS Kaiser I, S. 743.

신 시민의 안전을 보장할 의무를 지며, 안전보장의무는 법을 통해 구체화된다.¹³⁾ 그런데 사회의 보호를 강조하면 지속적인 안전이라는 명목 아래 자유를 희생하면서 안전을 성취하게 될 가능성이 높아지면서,¹⁴⁾ 범죄예방이 전체 사회의 임무라고 해서 형벌을 수단으로 하는 국가의 범죄예방 영역이 사라졌거나 감소하지는 않았으므로, 결국 국가가 예방을 명목으로 시민의 생활에 더 많이 개입하게 될 위험성이 있다는 사실은 부정할 수 없다.

한국형사정책연구원은 1989년에 이정수, 조병인, 최영신, 백일순의 “메스암페타민 사범의 실태와 대책”(마약류사범연구 1)과 이정수, 정동진, 장석현, 이윤호의 “개방교도소의 발전방향에 관한 연구”(교정분야연구 1)를 첫 연구총서로 낸 이래 현재까지 889개의 연구총서를 발간하여 형사정책연구에 주도적인 역할을 담당하였다.¹⁵⁾ 연구총서 중에는 사전예방을 논의의 중심으로 하고 있는 최근의 성과¹⁶⁾들도 쉽게 찾을 수 있고 형사정책의 목표가 ‘범죄의 실태를 정확히 파악하여 그 원인을 밝히고 종국적으로 바람직한 예방대책을 강구’¹⁷⁾하는 것이므로, 형사정책연구원 개원 25주년을 기념하여 예방의 의미, 방법, 한계에 대해 다시 한 번 생각해 볼 필요성이 있다고 생각한다.

13) 박병욱·황문규, “위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇 가지 차이점: 경찰의 활동을 중심으로”, 형사정책연구 제23권 제3호(2012 가을), 203면. Jung, Kriminalsoziologie, 2. Aufl., Nomos 2007, S. 100도 참조.

14) Bitzilekis, Sicherheit und Freiheit durch das Strafrecht, Ein “nicht juristischer” Ansatz zu einem “juristischen” Problem, FS Puppe, 2011, S. 5; Döllinger/Ziegler, Sozial Extra 7/8 '09 7. Bundeskongress, 44.

15) 한국형사정책연구원 홈페이지(<http://www.kic.re.kr/pubdata/publication/index.jsp>: 2014. 6. 6. 최종 방문) 참조.

16) 조병인·황만성, 후기 현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(II), - 한국사회의 위험 인식과 형사정책적 의미 -, 한국형사정책연구원, 2013; 윤지영·이천현·최민영·윤재왕·전지연, 법과학을 적용한 형사사범의 선진화 방안(IV), 한국형사정책연구원, 2014 등.

17) 박상기·손동권·이순래, 형사정책(제11판), 한국형사정책연구원, 2011, 19/1.

II. 예방의 필요성과 의미

1. 형벌/사건예방에서 사전예방에 우위를 둘 이유

형벌로 대표되는 사후진압적 형태의 범죄예방보다는 사전예방이 낫다고 볼 수 있는 이유는 여러 가지이다.¹⁸⁾

첫째, 범죄예방이 형벌보다 인간적이다. 형벌은 비록 사회내처우라고 하더라도 대상자에 대한 해악이며, 형벌 그 자체는 물론 형벌을 선고하고 집행하기 위한 형사 절차도 대상자에 대하여 부담으로 작용한다. 만약 범죄예방을 통하여 범죄가 발생하지 않거나 감소할 수 있다면, 형벌도 감소될 수 있을 것이다. 피해자의 관점에서 보더라도 형벌보다는 범죄예방이 인간적이다. 범죄행위를 통해 피해자의 고통 및 재산상의 손해가 발생하며, 원상회복될 수 있는 경우도 있으나 중범죄라면 피해자의 고통은 회복하기가 어렵다. 주거침입이나 소매치기 같은 경우에도 손해는 원상회복될 수 있으나 범죄에 대한 공포는 남는다. 범죄예방을 통해 피해자의 공포와 재산상의 손해는 발생하지 않거나 감소할 수 있다.

둘째, 범죄예방이 형벌보다 효과적이다. 질병예방과 마찬가지로 범죄예방은 범죄를 감소시키며 발생하지 않도록 할 수 있다. 형벌은 늦을 뿐만 아니라 효과적이지 않은 경우도 많다. 범죄자가 처벌을 받았음에도 불구하고 재범을 저지르는 경우도 많다. 원상회복 등의 조치도 형벌보다 낫기는 하나 이미 행해진 범죄행위 자체를 메울 수는 없다.

셋째, 형벌보다 범죄예방이 사회적이다. 형벌은 행위자 개인에 대한 책임추궁과 비난이다. 범죄가 개인적 요소와 환경의 결합을 통해 발생하지만, 행위자 이외의 요소들이 범죄에 미친 영향에 대하여 양형단계에서 고려된다고 하더라도 그러한 요소 자체에 대해서 처벌이 이루어지는 것은 아니다. 반면에 범죄예방은 사회의 책임을 명확히 하며 사회적 제도의 확립과 개선을 요구한다.

넷째, 형벌보다 범죄예방이 경제적인데, 경제를 중요하게 생각하는 시기에는 이것이 사실상 가장 설득력있는 주장이다. 새로운 법안을 만들거나 기존의 법안에 새

18) Ostendorf, Chancen und Risiken von Kriminalprävention, ZRP 2011, 151f.

로운 가중처벌조문을 두기 위한 비용은 하나도 들지 않는다고 볼 수도 있겠으나, 규범위반에 대한 위하로서의 형벌이 실현되면 상황이 다르다. 예를 들어 형사사법기관의 유지에는 각각 비용이 들며 교도소의 유지를 위해서도 마찬가지이다.¹⁹⁾

그 외에 범죄자의 가족이 입는 타격과 범죄증가로 인한 일반국민의 불안감을 감소시킬 수 있다는 장점도 있다.²⁰⁾

2. 예방 개념의 분류

그러나 범죄예방이라는 제목으로 논의되는 요소들은 범죄학이론이나 그 이론의 경험적 연구성과와 마찬가지로 매우 넓은 영역에 펼쳐져 있으므로, 예방이라는 개념을 다양한 각도에서 다시 논의하여야 할 필요성이 생기는데 예방의 지향점 및 내용에 따라서 우선 아래의 형태로 구분할 수 있다.

[표 1] 범죄예방에 대한 다양한 접근방법의 분류 ¹²¹⁾

명 칭	내 용	방 법
공포예방	범죄에 대한 공포를 이해하고 다룸	- 시민의 공포에 대해 귀를 기울임 - 실제 범죄의 원인을 해명함(특히 범죄와 장소의 관계) - 공포의 대상인 장소에 대한 경찰투입을 강화함 - 언론, 특히 지역신문과의 협력작업
일체감예방	지역적인 일체감을 형성함	- 도시 및 지역의 긍정적인 이미지를 조성함 - 커뮤니케이션의 강화(예를 들어 거리축제의 조직) - 이웃원조의 자극 - 시민, 특히 청소년의 이익과 희망을 묻고 토론하는 미래작업실을 결성
여가시간예방	청소년의 활동 공간을 개방	- 오후와 저녁시간의 체육활동을 위해 학교의 체육시설을 개방 - 복지공무원이 지원하는 청소년공간을 개설 또는 확대 - 스포츠단체를 자극하여 지금까지 참여하지 않았던 청소년에게 문호개방 - 학교와 스포츠단체의 공동작업("학교와 스포츠단체 - 강력한 팀")

19) 전자감시에 관한 미국에서의 비용지출을 우리나라와 비교하는 논의로 최정학, “엄벌주의와 범죄예방 - 아동 성범죄의 사례 -”, 민주법학 제54호(2014. 3), 232면.

20) 박상기·손동권·이순래, 형사정책, 19/1.

21) Ostendorf, ZRP 2011, 153f.

명 칭	내 용	방 법
사회심리학적 예방	문제아동 및 문제청소년에 대한 원조기관의 조직화/협력기관의 설치	- 소아과 의사, 병원, 학교, 학교심리상담사, 가족원조, 청소년청과 경찰의 협력작업 - 협력기관에서 문제해결을 위한 협력작업 - 정보보호법과 관련된 문제를 공통으로 논의하고 해결함
사회통합적 예방	가정원조방문/가정에 대한 조언	- 가정원조방문의 원칙을 가정에 대한 조언에 적용함
사회경제적 예방	직업훈련 및 일자리를 제공	- 지역사회에서 직업훈련 및 취업정책을 적극적으로 수립함 - 직업훈련 및 일자리가 없는 학업포기자, 특히 일반학교 학생에 대하여 연수프로그램을 제공함
폭력예방	학교를 폭력없는 환경으로 만들음/미디어교육	- 폭력분쟁을 학교 내에서 학교와 협력하여 해결함 - 학교활동을 통해 폭력피해자에 대한 감수성을 일깨움 - 학교수업에 미디어교육을 포함함
상황예방	기회구조의 개선	- 범죄의 위험이 높은 장소(hot spot)를 발견하고 경찰의 상주나 거리사회사업을 통해 무력화시킴 - 공공장소에 대한 감시를 도입하지 않으면서 기술적 예방(예: 개인소유의 경보장치, 자동점등장치 등)을 강화함²²⁾ - 편의점 등에서 전자적 상품보안을 강화하고 이러한 사실을 알림
피해자예방	가해자/피해자 화해 및 장소적 원조를 조직화함	- 피해자(소매치기, 주거침입 등)에 대한 심리적, 재정적 지원을 지역에서 조직하고 제공함 - 학교에서의 분쟁회피교육 - 공공장소에서의 손괴(그래피티)에 대한 원상회복기회를 제공하며 형사사법에게 대안을 제시함
교육예방	시민의 윤리를 테마화함	- 유아교육을 넘어 교육 자체를 대상으로 하는 부모교육을 제공 - “부모되기” 학교프로젝트 - 가치에 관한 공개토론을 발의하고 여기에서 부모 및 장년층의 잘못된 행동을 논의함

일반적으로는 1차적 예방, 2차적 예방, 3차적 예방으로 구별하여 설명한다.²³⁾

- 22) 감시기술에 관한 설명으로 윤지영 · 이천현 · 최민영 · 윤재왕 · 전지연, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화 방안(IV), 71면 이하.
- 23) 박상기·손동권·이순래, 형사정책, 19/1; 배종대, 형사정책(제9판), 홍문사, 2011, 62/1; Bock, Kriminologie, 3. Aufl., Vahlen 2007, Rn. 832; Feltes, Kriminalprävention, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 252; Meier, Kriminologie, 10/13.

먼저 1차적 예방은 일반대중을 대상으로 하며 범죄의 물리적·사회적 환경을 개선함으로써 범죄발생의 일반적인 원인에 영향을 미치려는 형태의 예방으로서, 범죄를 저지를 특별한 위험성이 존재하는지 여부와 무관하게 모든 사람에게 동일한 형태로 적용된다. 질병에 대한 예방접종²⁴⁾ 또는 겨울에 감기를 예방하기 위해서 주기적으로 사우나에 방문하는 것과 비슷한 방식으로, 범죄발생의 원인에 개입하려는 다양한 범죄예방조치가 여기에 해당하며, 가족정책, 사회정책, 학교정책을 통하여 청소년의 범죄가 예방된다는 설명이 그 예이다. 소년에 대해서는 그의 심리적, 사회적 발달에 의미가 있는 가족, 학교, 여가시간에서의 교육과 사회화, 거주환경 및 근로환경 등 거의 모든 영역과 관련되며, 성인에 대해서는 그가 생활을 형성하고 영위하는 조건들이 문제가 된다.

2차적 예방은 의학에서 흡연자, 고도비만자, 또는 지속적으로 스트레스를 받는 자를 대상으로 하는 것처럼, 특정한 위험군(잠재적 범죄자 개인 및 집단, 피해자 및 특정한 장소)을 대상으로 하여 범죄의 실행을 곤란하게 하거나 범행기회를 감소시키려는 목적에서 행해지는 조치들을 말한다. 2차적 예방은 형법, 경찰작용, 검찰과 법원의 활동, 범행기회의 감소, 잠재적 피해자에 대한 경고와 조언 및 잠재적 범죄자를 목표로 하는 활동을 말하며 전자적 상품보안이나 주거침입경보장치 등도 여기에 해당한다.

3차적 예방은 이미 범죄발생의 위험이 실현된 경우, 즉 범죄자들에 대한 재범방지를 위한 조치이다. 가해자·피해자·조정이나 형집행 이후의 제사회화에 대한 지원 등이 여기에 해당한다.

다른 한편으로 접근방법은 범죄자의 측면/피해자의 측면으로 구분할 수 있으며, 구체적인 장소 또는 기회와 연결해서 고찰할 수도 있다. 그러한 분류를 1차적 예방, 2차적 예방, 3차적 예방과 연결하면 다음과 같다.

24) 범죄예방을 질병예방과 연결하여 파악하는 시도가 미국에서 발전되었다는 설명으로 Feltes, Null-Toleranz, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 242.

[표 2] 범죄예방에 대한 다양한 접근방법의 분류 ²⁵⁾

	1차적 예방	2차적 예방	3차적 예방
범죄자 관련 예방	- 약물류유통의 통제, 캠페인 - 폭력물 및 공포물에 대한 접근의 통제 - 규범위반에 대한 형벌을 통한 위하	- 약물남용에 대한 조언 - 경찰의 위험방지조치	- 심리치료 - 이혼, 양육권의 박탈 - 형벌의 부과와 집행 - 보호관찰
기회 관련 예방	- 흉기 및 위험한 물건에 대한 접근기회 차단 - 도시계획 및 주거환경의 변화	- 지하철, 역, 은행, 상점 등 특히 위험한 장소에 대한 CCTV 감시 - 기술적 수단을 활용한 예방 - 사설경비, 이웃감시	- 범행도구의 몰수 - 술집, 디스코텍 등의 영업허가의 취소 - 손상 또는 파괴된 부분에 대한 복구 - 거리, 장소 등의 용도변경, 리모델링
피해자 관련 예방	- 성교육 - 자야확보훈련(거부의사의 표현) - 여성에 대한 호신술교육	- 심야택시, 클럽에서의 안전귀가서비스 - 위급상황에서의 자기방어 - 고위정치가와 사업가에 대한 신변보호	- 긴급통화서비스 - 여성의 집 - 생활공동체 등에 위탁 - 치료지원

3. 형벌이론과 예방의 관계

1차적 예방, 2차적 예방, 3차적 예방에 대한 논의는 일반예방 및 특별예방에 대한 형법에서의 설명과 중첩되는 부분이 있으며, 적극적/소극적 일반예방과 특별예방은 1차적 예방, 2차적 예방, 3차적 예방의 특별한 유형으로 볼 수 있다.

[표 3] 형법을 통한 범죄예방과 형법 이외의 수단을 통한 범죄예방²⁶⁾

	예방의 방법을 형법으로 한정할 경우	예방의 방법으로 다른 수단도 활용하는 경우	
1차적 예방	모든 시민 = 적극적 일반예방	사회의 기능에 대한 개선	구조적 예방 인적 예방
2차적 예방	잠재적 범죄자 = 소극적 일반예방	위험집단에 대한 영향력의 행사	
3차적 예방	재범 =특별예방	재범에 대한 조치	

25) Meier, Kriminologie, 10/17의 표를 정리하였음.

26) Bock, Kriminologie, Rn. 834; Göppinger, Kriminologie, S. 149.

그런데, 범죄학자들이 강조하는 일반예방은 위하이다. 가령 범죄자에 대한 형벌이 동시에 규범의식의 강화에 기여한다고 설명한다면 적극적 일반예방을 1차적 예방의 영역에 위치시킬 수 있겠으나²⁷⁾ 적극적 일반예방 개념을 끌어들이지 않고도 1차적 예방/2차적 예방/3차적 예방에 대해 논의할 수 있다. 그런데, 예방의 개념을 이렇게 구별하는 영미학계는 적극적 일반예방 개념과 친숙하지 않으며 독일에서는 영미나 북유럽에서와는 달리 형법체계에서 벗어난 독자적인 예방개념은 없다.

적극적 일반예방은 그 효과를 경험적으로 확인하기 어렵다는 문제점도 있다. 위하 및 규범안정화의 과정을 통해서만 어떤 행위규범을 보호할 수 있다고 기대할 수 있기 때문에 그 규범의 목적을 달성하기 위해 형벌로 위하해야 하는지는, 형벌의 일반예방적 효과를 일반적으로 어떻게 판단하여야 하는지와 관련된다. 그러나 이 문제에 대한 설득력있는 경험적 연구는 거의 존재하지 않으므로 추측에 만족할 수밖에 없다. 이때 형벌의 위협이 어쨌든 사회구성원에 대한 행위조종적 기능을 갖는다는 가정 자체는 설득력이 있으나, 이러한 효과가 이론적인 가정의 영역을 넘어서 확인될 수 있는지는 의심스럽다.²⁸⁾

다음으로, 영미의 논의와 연결되어 있는 ‘억제 대신 예방’이라는 구호에서 예방의 수단은 형법에 한정되지 않는다. 형법에서도 위험방지를 위해서는 국가형벌의 개입단계를 앞당겨 현실적인 법익침해의 전단계의 행위에 대해서도 이를 범죄화해야 하고 구체화되기 어려운 추상적인 사회의 안전이나 체제의 안전까지도 보호법익으로 인정해야 한다는 주장이 있다.²⁹⁾ 그러나, ‘억제 대신 예방’은 위험범이나 미수범, 기도범에 대한 처벌 등을 통한 형법에서의 전단계개입을 뛰어넘은 포괄적인 접근방법으로서, 형법을 통한 억제를 제한하거나 포기하겠다는 뜻이 아니라 이미 예방지향적이 된 형법의 전단계에 다시 새로운 예방영역을 창설한다는 것이다.³⁰⁾ 즉, 이 논의는 행위에 대한 책임이 있는 행위자에 대한 응보라는 형법에서의 기본모델의 보완이며, 다이버전이나 가해자-피해자-조정이 기본모델의 내부에서의 제한이나 변형이라는 점과 다르다.³¹⁾

27) Göppinger, Kriminologie, S. 149. 그리고 이렇게 설명해야만 규범위반에 대하여 책임에 합치하는 형벌로 대응하는 것 그 자체가 법익보호에 기여한다고 볼 수 있다. Weigend, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt, FS Hirsch, 1999, S. 927.

28) Weigend, FS Hirsch, S. 932.

29) 그에 대한 비판으로 김성돈, 형법총론(제3판), SKKUP, 2014, 47면.

30) Walter, FS Kaiser II, S. 991.

III. 예방에 관한 논의에서 고려할 점

1. 정책에 대한 평가기준

발터(Walter)는 형사정책의 어떠한 이론이 발전적인지를 판단하는 네 가지 기준을 제시한다.³²⁾

첫째, 이론 또는 그 결과에서 기존의 설명의 결점이나 오류가 도출되는가?

둘째, 새로운 경향이 혁신인가, 아니면 이미 알려져 있던 사실의 은폐된 재발견인가?

셋째, 새로운 지도형상을 통해 체계의 임무를 더 잘 수행하게 되거나 체계의 유효성이 증가하는가?

넷째, 새로운 경향이 통제체계를 제한하는가, 아니면 확장하는가?

그런데 정책의 신규성보다 정책의 합리성이 더욱 중요하다고 생각한다. 어떠한 형사정책이 계획적이며 적절한 동시에 지속가능하다면 합리적이라고 판단할 수 있다.³³⁾ 그러므로 해당정책은 일회성이거나 특정한 사례에 대한 해결책이어서는 안되며 형법적인 사고체계에서 계획적으로 도출될 수 있어야 하며, 보편적이어야 한다. 나아가 어떠한 정책은 그때그때의 유행을 따르는 것이 아니라 지속적으로 실행할 수 있는 문제해결방법이어야 한다.

2. 예방에 대한 평가와 합리성

가. 외국의 논의

합리적인지 여부를 판단하기 위해서는 정책에 대한 평가가 필요하다.³⁴⁾ 그럼에도

31) Walter, FS Hirsch, S. 905f.

32) Walter, FS Hirsch, S. 907f.

33) Müller-Piepenkötter/Kubink, “Gelbe Karte” für junge Straftäter – Ein Projekt der rationalen Kriminalpolitik, ZRP 2007, 61. ‘실효성’에 대한 강조로 한영수, “위험한 범죄자에 대한 실효성 확보방안”, 형사정책연구 제24권 제1호(2013·봄호), 176면.

34) 평가의 종류 및 결과에 대한 설명은 최준혁, “형사정책적 수단의 범죄예방의 유효성에 대한 연구”,

불구하고 예방 그 자체에 대한 체계적인 평가는 많지 않았는데,³⁵⁾ 외국에서의 기존의 연구성과를 정리하면 아래와 같다.

1차적 예방과 2차적 예방과 비교했을 때, 3차적 예방에 해당하는 수단들은 그 형태가 이미 형법에 의해 구성되었기 때문에 재범방지라는 목표에 직접 연결된다는 장점이 있음에도 불구하고³⁶⁾ 1960년대 이후 범죄자의 재사회화에 대한 회의적인 시각이 확산되면서 1차적 예방과 2차적 예방으로 논의의 중심이 옮겨갔다.

그런데, 1차적 예방에 대해서는 예방이 필요하지 않은 사람도 대상으로 한다는 점과 비용이 많이 든다는 점, 실제효과에 대해 평가하기가 어렵다는 비판이 있다. 2차적 예방도 1차적 예방과 비교해 볼 때 구체적인 범죄의 위험을 대상으로 하므로 목표가 분명하다는 장점은 있으나 기본권침해의 정도가 중하기 때문에 이익형량을 해야 할 필요성이 있다는 점과 부수적인 효과로서 대상자에게 낙인효과가 발생한다는 비판이 있다.³⁷⁾

메타평가의 하나인 서먼 보고서는 2차적 예방이 1차적 예방보다 더 나은 효과를 보이며, 1차적 예방에서는 범죄자관련 연구보다는 범행기회와 관련된 구조의 변화를 목표로 하는 연구가 나으며 범죄자/피해자관련 예방은 가능한 한 초기에 투입해야 효과를 얻을 수 있다고 보았다. 반면에 뒤셀도르프 감정서는 범죄예방의 형태에 관한 경향을 발견하기는 어렵다고 한다. 예를 들어 감정서가 형사정책적 수단의 효과가 매우 뛰어나다고 평가한 19개의 연구 중 범죄자관련 연구는 12개이고 범행기회관련 연구는 10개라는 점에서 특별한 차이를 발견할 수 없다는 것이다. 오히려 불충분한 성과를 거두었다고 판단된 연구에서는 범죄예방의 형태에 관한 경향을 발견할 수 있는데, 10개 중에 범죄자관련 연구는 2개였으나 범행기회관련 연구는 8개였으며 이는 서먼 보고서의 판단과 반대되는 결과이다. 특히 대중매체를 통한 범죄

267면 이하를 참조.

35) 예방에 대한 체계적인 평가가 없었다는 지적으로 Rössner/Bannenberg, *Empirisch gesicherte Leitlinien der Kriminalprävention*, FS Rolinski, 2002, S. 459. 영미에서도 1970년대 중반에는 2차적 예방에 초점을 맞춘 연구는 매우 적었고 1차적 예방에 관한 연구는 더욱 적었다. Maguire-Morgan-Reiner (Edit.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 4. Edit. 2007. p. 871.

36) Müller-Piepenkötter/Kubink, ZRP 2007, 62.

37) Göppinger, *Kriminologie*, S. 149; Neubacher, *Kriminologie*, S. 195; Rössner/Bannenberg, FS Rolinski, S. 461f.

방지에 관한 연구는 주로 1970년대에 행해지기는 했으나 비용이 많이 들뿐만 아니라 성과도 좋지 않았다.

뒤셀도르프 감정서는 형사정책적 수단의 대상자를 특정하지 아니하고 모든 사람에게 동일하게 작용하는 일반적인 범죄예방조치는 효과가 없다고 판단하였으며, 범죄예방에 큰 의미가 있다고 판단한 수단은 두 가지 유형이다. 먼저 2차적 예방으로서 범죄를 저지르게 되는 다양한 과정과 관련하여 가능한 한 조기에 개입하여 사회화를 촉진하는 것을 목표로 하는 수단이며, 이때 그러한 개입은 가능한 한 여러 영역에서 동시에 이루어져야 한다. 다른 하나는 규범의 의미의 명확화와 규범에 대한 신뢰의 형성을 목표로 하는 3차적 예방이다.

나. 제안

외국의 이론적 논의나 그에 기반한 정책, 그 결과에 대한 평가가 우리에게 시사점을 줄 수 있음은 분명하나, 논의의 배경이 되는 사회적 환경이 서로 다르므로 신중하게 접근해야 한다. 사전예방적인 정책이 안전의 확보에 기여한다고 하나 실제로 기여할 수 있는지는 분명하지 않기 때문에,³⁸⁾ 정책을 도입한 후에는 그에 대한 유효성평가를 반드시 할 필요성이 있다. 그리고 우리의 환경에 대한 연구성과는 정책을 어떻게 수립하고 계속 집행할 것인지에 대한 충분한 지침이 될 수 있을 터인데, 그 예의 하나로 주거환경의 요새화가 이웃과의 유대강화나 사회통합과 연결되지 않는 한 범죄의 두려움을 낮추는데 제한적이라는 연구³⁹⁾를 들 수 있다.

그리고, 사전예방적인 정책 중 기본권침해적인 성격이 강한 수단에 대해서는, 비록 사회과학은 실험이 어렵다는 한계가 있다고 하더라도 충분한 사전조사를 할 필요가 있다. 가령 위험한 범죄자의 재범방지를 위해 새로운 보안처분을 도입하려면 먼저 그 보안처분을 시범적으로 활용해 보면서 실효성 여부를 장기간 조사할 필요가 있다.⁴⁰⁾

38) Bitzilekis, FS Puppe, S. 5.

39) 김성언, “범죄의 두려움과 주거 단지의 요새화”, 형사정책연구 제22권 제4호(2011 겨울호), 336면.

40) 한영수, “위험한 범죄자에 대한 실효성 확보방안”, 201면.

3. 예방에 대한 평가에서 검토할 다른 쟁점들

가. 범죄와의 관련성

사회 전체가 범죄방지를 위해 협력해야 한다는 주장은 그 자체로 잘못된 것은 아니나, 사회의 구성원들 사이에 서로 이익과 권력관계가 구별되며 이러한 구별이 정책에 반영될 수 있다는 점에 대한 설명이 부족하다.⁴¹⁾

경미범죄와 거슬리는 행위를 대상으로 하는 불관용정책이 보여주듯이 예방의 주요 대상은 재산범죄나 공공장소에서의 범죄 등 시민의 공포가 큰 범죄들이다. 예를 들어, 1994년의 뉴욕경찰은 경찰이 도시에 대한 통제를 다시 회복하였음을 시민에게 보여주기 위해서, 공공장소의 그래피티, 무임승차, 거리에서의 성매매, 큰 소리로 음악을 틀고 운전하는 행위, 공공장소에서의 소변 등에 대해 엄하게 대응하겠다고 선언하였다.⁴²⁾ 그렇다면, 이러한 상대적으로 경미한 범죄들을 줄이면 범죄가 줄어드는가?⁴³⁾ 소위 깨진 창문 이론이 적용될 수 없는 수많은 범죄들이 존재하는데,⁴⁴⁾ 사전예방정책의 하나로 많이 논의되었던 지역사회 경찰활동도 경미한 범죄의 감소를 목표로 할 뿐 이러한 범죄들에 대해서는 관심을 가지지 않는다.

다른 한 편으로 사전예방이 중요하다고 하더라도 아직 범죄에 이르지 않은 일탈 행위를 대상으로 하게 된다면, 결국 청소년이나 외국인 등 분명히 구별되는 특정한 집단이 일탈행위를 할 잠재적 위험원이라고 보게 될 위험성이 있다.

나. 사전예방으로서의 경찰활동

범죄예방이 사회 전체의 임무라고 하더라도 사회에 대해서는 구체적인 권원, 임무, 의무를 부여할 수 없으므로,⁴⁵⁾ 형사사법기관, 그 중에서 경찰의 역할이 매우 중

41) Walter, FS Kaiser II, S. 993.

42) Hassemer, "Zero tolerance" – Ein neues Strafkonzep? FS Kaiser I, Duncker & Humblot 1998, S. 796; Walter, FS Kaiser II, S. 994.

43) Kark, Die Zero-Tolerance-Regel aus der Bronx in die Welt der Unternehmen, CCZ 2012, 182.

44) Streng, Wie weit trägt das broken windows-Paradigma? Annäherungen an einen aktuellen kriminalpolitischen Ansatz, FS Kaiser II, Duncker & Humblot 1998, S. 931.

요하다.⁴⁶⁾ 이는 다른 형사사법기관과는 달리 경찰은 범죄수사와 위험방지의 기능을 동시에 가지고 있고, 후자가 사전예방과 연결되기 때문이다.

개입의 단계를 구별하기 위한 전제로서 위험의 개념을 구별할 필요성이 있으며, 경찰법에서의 위험개념은 어떤 사실의 정상적인 진행을 방지하게 되면 가까운 장래에 어떤 상태 또는 행위가 공공의 안녕질서에 손해를 가져올 충분한 개연성이 있는 경우를 의미하기 때문에, 형사법에서 말하는 위험개념과는 구별된다는 설명이 일반적이다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾

하지만, 실제의 경찰활동에서 위험방지와 수사를 구별하기는 매우 어렵다. 경찰법상의 구체적, 추상적 위험은 형법에서 말하는 위험성이나 공공의 위험이라는 개념과 크게 다르지 않고, 추상적 위험에 대하여 경찰법이 경찰명령을 통해 손상에 대한 위험을 방지하려는 반면에 형법은 형벌을 통한 위하로 범익침해를 방지하고자 한다고 수단의 측면에서 구별할 수 있다고 하더라도 경찰법이 위하의 방법을 사용한다면 구별하기가 어려워진다. 그런데 작용으로서의 범죄예방과 반작용으로서의 수사로 개념을 대립시켜 이해할 수 있다고 하더라도, 실제로는 대부분의 예방활동은 범죄에 대한 반작용으로 행해진다는 점은 부인할 수 없다. 그리고 위험방지를 위해 경찰이 개입할 수 있다고 하더라도 경찰이 개입할 수 있는 근거가 되는 법조문이 존재해야 하며, 전통적으로 범죄수사를 그 주된 업무로 하였던 경찰로서는 개입의 근거를 처벌조문으로 볼 경향이 높다.⁴⁹⁾ 어떠한 경찰활동이 위험방지와 수사라

45) Fabricius, *Kriminologische Aufklärung und sozialdemokratische Rechtspolitik*, Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck, 1999, S. 408.

46) Volkmann, *Polizeirecht als Sozialtechnologie*, NVwZ 2009, 216.

47) 박병욱·황문규, “위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇 가지 차이점: 경찰의 활동을 중심으로”, 207면; 윤지영·이천현·최민영·윤재왕·전지연, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화 방안(IV), 46면.

48) 경찰도 스스로의 기능 중 형사처벌 부분은 과대평가, 범죄예방에 관한 부분은 과소평가했다는 반성을 할 수 있다는 지적으로 Walter, FS Kaiser II, S. 992.

그런데 흥미로운 점은, 19세기 말에도 범죄의 위험이 증대되고 안전을 확보하기 위해 경찰력의 행사를 개선해야 한다는 배경에서, 경찰정책도 형사정책으로 파악하여 경찰의 주된 임무가 질서유지라기보다는 범죄에 대한 투쟁이라고 인식이 전환되었다는 사실이다. Reineke, *Kriminalpolitik im Kaiserreich*, in: Lange (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, S. 21.

49) 가령 불관용정책을 택한 뉴욕경찰은 위경죄를 비범죄화하는데 반대하였는데, 위경죄에 대한 처벌조문이 경찰개입의 중요한 근거가 되었기 때문이었다. Streng, FS Kaiser II, S. 937.

는 두 가지 성격을 모두 가지고 있을 때 수사의 방향으로 갈 가능성이 높아진다는 것은 음주운전을 행하였다고 의심되는 자에 대한 음주측정이 잘 보여준다.⁵⁰⁾

그런데, 경찰작용의 대상인 위험을 범죄화하여 형사제재를 가한다면 사전예방 목적의 경찰법과 사후진압 목적의 형사법의 경계가 허물어지고, 결국 위험방지를 위한 경찰작용도 형사법상의 수사가 되어 강제처분이 가능하게 되므로 법치국가도 실종되고 경찰국가로 변하게 될 위험성이 있다. 이를 잘 보여주는 최근의 예는 경범죄 처벌법이다.⁵¹⁾

현재 시행되고 있는 경범죄처벌법(법률 제11401호, 2012.3.21., 전부개정)은 ‘다른 사람에게 구걸하도록 시켜 올바르게 아니한 이익을 얻은 사람 또는 공공장소에서 구걸을 하여 다른 사람의 통행을 방해하거나 귀찮게 한 사람’을 처벌한다(구걸행위 등: 제3조 제18호). 그런데 개정 전의 경범죄처벌법은 ‘다른 사람을 구걸하게 하여 올바르게 아니한 이익을 얻은 사람(구걸·부당이득: 제3조 제23호)’만을 처벌하였다. 구걸행위가 ‘지속적 괴롭힘, 광고물 무단부착 등, 허위 인적사항 사용 등 시대변화에 따라 규제 필요성이 제기되거나 처벌 범위의 확대가 요구되는’⁵²⁾ 행위유형에 해당한다고 보기 어렵기 때문에 이러한 법개정은 공공질서확립 또는 삶의 질을 증진한다는 명분 아래 공공장소에 대한 경찰의 감시와 통제를 강화하는 방향이라고 볼 것이다.

깨진 창문 이론에 기반한 불관용정책을 실현했던 미국 뉴욕의 경찰활동은 법치국가적 관점에서 볼 때 문제가 있을 뿐만 아니라 효과라는 측면에서도 의문이 있다. 불관용정책을 시행하기 전부터 이미 미국 전체의 범죄율이 감소하기 시작하였으며 뉴욕에서도 1993년의 살인죄의 범죄율은 이미 1990년보다 20% 정도 감소하였다. 불관용정책을 실행한 후 뉴욕의 범죄율이 감소한 것은 분명하나, 범죄를 저지른 청소년과 경찰과의 화해를 시도한 “경찰과 함께 평화를(Make Peace with Police)”라는 프로그램을 운영한 보스턴의 범죄율의 감소가 더욱 컸다는 것이다.⁵³⁾

50) 헌법재판소도 음주측정불응죄가 진술거부권을 침해하는 위헌법률인지에 대하여 판단하면서 예방적 행정행위로서의 측정요구라는 요건은 실제로는 사문화되었다고 보았다(헌법재판소 1997.3.27. 선고 96헌가11 전원재판부 결정).

51) 이호중, “사회안전과 형사실체법의 변화, 과제와 전망 - 신자유주의 안전담론을 중심으로 -”, 형사법연구 제25권 제3호(2013 가을), 293면.

52) 경범죄처벌법 제 개정이유(국가법령정보센터 홈페이지 www.law.go.kr: 최종방문일 2014. 6. 5.).

다. 범죄에 대한 공포

부정적인 뉴스가 나오지 않는다면 사람들은 평화롭다고 느낀다는 설명⁵⁴⁾에서 보듯이, 안전은 위협으로부터의 보호이며 미래의 삶에 관한 불확실성으로부터 발생하는 시민의 불안감을 제거함으로써 달성될 수 있는 상태이다.⁵⁵⁾ 법익보호가 더 이상 유효하지 않다고 시민이 느낄 때 법익보호와 공포감정은 연결된다. 그리고 사회제도나 제도적 사실이 제대로 작동한다는 시민의 신뢰도 심리적 안전의 한 형태이며, 삶의 지향점 또는 목표가 되는 윤리적인 맥락 및 가치판단에 대한 혼란은 윤리적·정신적 불안이라고 지칭할 수 있다.⁵⁶⁾

범죄에 대한 공포는 실체와 반드시 합치하지는 않는데,⁵⁷⁾ 만약 다수가 동시에 공포를 느끼고 그 공포가 증가하였다면, 1차적으로는 위험이 존재하는지를 판단해야 하며 2차적으로는 스스로 증가하며 전염되는 순환 및 시너지효과를 검토하여야 한다. 그리고 이때 공포와 위험이 불일치한다는 점이 확인되면, 범죄에 대한 공포는 그 대상인 위험과는 구별하여 독립적으로 탐구하여야 한다.⁵⁸⁾

공포에 관한 다양한 감정은 두려움(Furcht)과 공포(Angst), 공포증(Phobie)으로 구별할 수 있다.⁵⁹⁾ 두려움은 현존하는 위험에 대한 반응으로서의 신호인 반면에 공

53) Kark, CCZ 2012, 183.

54) Walter, FS Hirsch, S. 898.

55) 이호중, “사회안전과 형사실체법의 변화, 과제와 전망 - 신자유주의 안전담론을 중심으로 -”, 274면.

56) Fabricius, Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck, S. 408.

57) 그 하나의 예로, 2008년 통계청에서 범죄피해의 두려움을 얼마나 느끼는지를 조사하였는데, ‘매우 두렵다’는 응답은 단독주택 거주자의 7.3%, 아파트 거주자의 8.0%였으며 ‘약간 두렵다’는 응답은 단독주택 거주자의 30.0%, 아파트 거주자의 33.8%였다. 김성언, “범죄의 두려움과 주거 단지의 요새화”, 318면. 영국에서의 비슷한 상황에 대하여 Maguire·Morgan·Reiner (Edit.), The Oxford Handbook of Criminology, p. 899. 독일 역시 범죄율이 가장 낮은 안전한 국가 중 하나에 속하는 반면 독일인들이 범죄에 대해 느끼는 공포는 매우 높다고 한다. Feltes, Kriminalprävention, in: Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, S. 252.

58) Fabricius, Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck, S. 418f.

가령 위험에 대한 전문가와 일반인의 이해가 서로 다르다는 점에서 실체와 감정이 불일치하는 원인을 찾을 수도 있다. 전문가들이 위험을 판단할 때 그 근거가 연간 사망자수와 같은 위험의 결과에만 국한되는 반면 일반시민들이 위험을 판단할 때는 위험의 결과에 대한 기술적 예측 이외에도 위험에 대한 자발적 노출여부, 재난가능성, 예방적 통제가능성, 위험과 편익분배의 평등성, 손실의 관찰가능성, 장래 세대에 대한 위험 등의 다양한 합리적 기준에 따라 위험을 평가한다는 것이다. 조병인·황만성, 후기 현대사회의 위험관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(II), - 한국사회의 위험인식과 형사정책적 의미 -, 39면.

포는 감정으로서는 대상이 존재하지 않거나 상상속의 위협을 대상으로 할 수도 있다. 공포증이란 고양된 감정으로서는, 자기강화적인 순환과정의 결과이다. 위협적이라고 판단되는 상황의 회피는 공포를 진정시키는 것이 아니라 오히려 강화시키는데, 폐소공포증 또는 광장공포증이 그 예이다. 교통사고나 비행기추락 등에 의한 트라우마적인 공포에서도 상황의 회피는 공포를 증대시킬 수 있으나, 안전한 비행 등의 경험을 통해 공포는 감소할 수 있다. 반면에 범죄에 대한 공포는, 범죄피해자였던 경우를 제외하면 경험과의 상관관계가 없기 때문에 공포증적인 공포로 볼 수 있다. 그러므로 가령 형사사법체계의 강화나 더 많은 경찰배치 등의 정책은 공포를 감소시키는데 효과적이기라기보다는 대리만족을 추구하는 대상이 된다는 것이다.⁶⁰⁾ 그리고 공공질서가 붕괴되었다는 시민의 주관적인 감정이 실제의 범죄율보다도 중요하다고 설명했던 깨진 창문 이론⁶¹⁾을 적용한 뉴욕의 사례에서 보았듯이, 감정에 대한 보호를 통해 안전을 확보하려고 하는 시도는 국가의 지나친 개입이라는 결과를 가져올 위험성이 매우 높다.⁶²⁾

비록 범죄에 대한 공포가 불명확성, 미래에 대한 불안 및 위협받는다라는 감정 등으로 특징지을 수 있고 비판적인 관점을 거의 담고 있지 않다고 하더라도 이를 ‘유행’이라고 무시하기는 어렵다.⁶³⁾ 그렇다고 하더라도 안전하다는 주관적 감정 또는 상태가 충족되었는지 여부를 형사정책적 수단이 범죄예방에 유효하게 작용되었는지에 대한 척도로 삼는다면, 객관적 데이터의 의미를 상대화하며 그에 대한 학문적인 평가도 어렵게 된다는 문제점이 있다.⁶⁴⁾

59) 이하의 설명은 Fabricius, Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck, S. 420.

60) 범죄에 대한 불안감이 전반적인 사회에 대한 불안감의 하나로서 표현되고 있다면, 중벌주의적 형사입법은 일시적으로는 범죄로부터의 안도감을 줄 수 있을지는 몰라도 그 바탕에 있는 사회적 불안감이 여전히 잠재하고 있는 한 범죄에 대한 불안감은 재차 표출되며 중벌주의에 대한 요구도 계속해서 재생산될 것이라는 지적으로 김성규, “위험사회에서의 형법의 과제와 기능 - 독일에서의 논의와 그 시사점 -”, 인하대학교 법학연구 제15권 제2집(2012.7), 199면.

61) Kark, CCZ 2012, 181.

62) 한영수, “위험한 범죄자에 대한 실효성 확보방안”, 201면.

63) Walter, FS Kaiser II, S. 982. 공포감의 ‘이면’에 관한 설명으로 이호중, “사회안전과 형사실체법의 변화, 과제와 전망 - 신자유주의 안전담론을 중심으로 -”, 272면 이하.

64) Neubacher, Kriminologie, 13/7.

라. 편재적 예방?

타인이 나를 해할지도 모른다는 공포는 범죄성에 대한 공포보다도 오래되었으나 1970년대까지는 공포는 사회적으로 인정되고 정책으로 다루어지며 학문적으로 탐구되는 현상이 아니었으며, 범죄에 대한 공포의 ‘발견’이라는 새로운 현상의 바탕에서만 편재적 예방을 이해할 수 있다.⁶⁵⁾

편재적 예방은 일반예방을 목표로 하는 가설이 아니라 구체적인 개입을 내용으로 하는 다수의 규범의 결합을 통해 이루어진다. 그런데 이때의 규범은 특별예방적인 조치와는 다르게 특정한 행위자가 아니라 1차적으로 범행기회 및 그와 관련된 잠재적 또는 상정가능한 행위자 또는 행위자집단과 관련된다. 심지어 미래에 범죄가 발생할 위험성이 존재한다면 그 자체가 바로 예방의 근거가 된다.⁶⁶⁾

범죄에 대한 투쟁이 가능한 모든 곳에서 모두에 의해 행해져야 한다는 생각에서 출발하면, 예방은 일반인을 대상으로 할뿐만 아니라 이미 모두에게서 나오며 거의 모든 사람의 생활상태와 관련된다. 그리고 사전예방이라는 목표를 관철하면 예방의 대상은 법률이 규정하고 있는 불법에서 떨어져 나와 모든 종류의 원하지 않는 상황의 회피가 되며 “예방이 유효하기 위해서는 심정, 생활의 영위, 사회적 접촉의 영역으로 들어가야 한다”고 논의하게 된다.⁶⁷⁾ 즉, 일탈행위의 감소 및 제한이 아니라 정상성의 관철을 목표로 하는 통제형태가 나타나게 된다. 국가기관의 이러한 통제가 광범위해질수록 사법통제에 벗어나게 되며 시민은 그에 대해 저항하기 어려워진다. 반면에 예방의 형태가 교묘해질수록 시민이 스스로 예방을 재촉하게 되는데, 이는 국가권력의 통제의 문제는 아니지만 비정형적 통제라는 관점에서 볼 때 시민의 자유권이 제한된다는 문제는 달라지지 않는다.

마. 몇 가지의 예

(1) CCTV에 의한 기술적 예방

공공장소에서의 안전을 확보하기 위해서는 사전예방의 방법으로서 경찰이 문제

65) Walter, FS Hirsch, S. 901.

66) Walter, FS Hirsch, S. 901.

67) Frehsee, FS Kaiser I, S. 753.

가 되는 장소에 ‘상주’해야 한다는 전략을 관철하기 위한 수단으로 도입된 기술적 예방조치⁶⁸⁾의 대표적인 예가 공공장소에 설치된 CCTV이다.

개인정보보호법 제25조는 여러 제한을 두고 있으나 ‘누구나’ CCTV를 설치할 수 있다고 규정한다. 경찰이 ‘범죄의 예방 및 수사를 위하여 필요한 경우’(제25조 제2호) 또는 ‘교통단속을 위하여 필요한 경우’(제25조 제4호) CCTV를 설치하고 운영하면 행정경찰작용의 일종으로서 임의수사의 성격을 띠 것이며, ‘시설안전 및 화재 예방을 위하여 필요한 경우’(제25조 제3호)에도 촬영의 결과가 임의제출에 의해 수사에 활용될 수 있다. 그런데 현재의 CCTV에 대한 규제방식은 CCTV 설치의 법적 근거가 명확하게 제시되지 않으면 개인의 사생활 침해의 정도가 무한정 확대될 수 있다는 문제점이 있다.⁶⁹⁾

(2) 보안처분이라는 제도들

3차적 예방의 한 형태인 보안처분에 소급금지원칙이 적용되는지에 대해서는 다양한 논의가 있어왔다. 그런데, 가령 위치추적전자장치부착명령이나 신상공개가 형벌이 아니라 보안처분이기 때문에 소급금지원칙이 적용되지 않는다는 대법원과 헌법재판소의 판단은 개인의 자유에 비해 사회의 안전을 우위에 두려는 태도이나, 보안처분이라는 형사제재를 수단으로 사회의 안전을 확보하겠다는 국가의 형사정책은 시민의 자유영역에 대한 국가의 개입에 대한 예측가능성을 보호하기 위한 신뢰 보호를 내용으로 하는 법치국가원칙을 뛰어넘을 수는 없다.⁷⁰⁾

68) Dolderer, Verfassungsfragen der “Sicherheit durch Null-Toleranz”, NVwZ 2001, 130.

69) 개인정보가 ‘등록될 수도 있다’는 가능성에 대한 인식 자체가 정보에 대한 자기결정권의 침해를 인정하기에 충분하다는 설명으로 Rogan, Die Videüberwachung von öffentlichen Plätzen. Oder: Immer mehr gefährliche Orte für Freiheitsrechte, NVwZ 2001, 136. 그렇기 때문에 윤지영·이천현·최민영·윤재왕·전지연, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화 방안(IV), 605면은 범죄예방을 위해 활용하는 경우에도 적용가능한 일반적인 기본원칙을 형사소송법에 제시하자고 지적한다.

70) 김성돈, “보안처분과 소급금지원칙”, 형사법연구 제25권 제4호(2013 겨울), 27면. 김혜정, “보안처분의 체계적 입법화를 위한 소고”, 형사법연구 제25권 제4호(2013 겨울), 150면도 참고.

IV. 맺으며

범죄예방을 논의하기는 쉬우나 그를 실제 정책의 형태로 구체화하기는 매우 어렵다.⁷¹⁾ 그렇다면 정책을 구성하고 결정하고 집행하는 과정에서 기존의 요소와의 연결점을 찾을 수밖에 없는데, 사전예방이 사회 전체의 역할을 강조한다고 하더라도 그 사고의 중심에 형법과 형벌이 위치하고 있다는 점은 달라지지 않았다.

사전예방을 논의할 때에는 항상 비용과 기본권침해라는 두 가지 요소를 고려해야 한다.⁷²⁾ 먼저 기본권침해와 관련하여, 형법은 자유와 안전의 긴장관계를 사회가 어떻게 형성하는지를 명백히 보여주는 예이다. 비록 형법이 위기상황에 개입하는 도구가 되었으나⁷³⁾ 형사정책에서 절제가 필요하다는 점은 이미 형법의 보충성에서 도출된다. 그러므로 “형법을 통한 물샐틈 없는 보호”라는 은유적 표현은 그 자체에 불합리성을 포함하고 있으며, 이성적 형사정책은 범죄란 공동체 내에서 완전히 일소할 수 없고 절대적 의미의 안전은 있을 수 없다는 통찰에 기반해야 한다.⁷⁴⁾ 안전이란 단순한 안전이 아니라 인간이 자유롭게 살 수 있는 전제조건을 달성시키는 요소로서의 안전이며, 이러한 의미에서 안전과 자유는 보충관계로서, 완전한 자유 또는 완전한 안전이란 달성할 수 없다. 역사적 경험 또한 총체적 또는 편재적인 예방 개념을 추구하기 어렵다는 점을 잘 보여준다.⁷⁵⁾

다음으로, 투명하고 근거지을 수 있으며, 평가와 교정이 가능하다면 합리적인 형사정책이라고 할 수 있다. 이러한 합리성을 위해서는 형사정책이 범죄학과 연결되어야 한다. 그러나 형사정책은 범죄학의 단순한 변형이면 안 되는데, 범죄학의 연구 결과는 많은 경우 양면적이고 다양한 형태로 정책에 이용될 수 있으며 특정한 형사정책적 요청이 그에 속하는 범죄학의 연구결과를 사후적으로 만들어낼 수도 있기 때문이다.⁷⁶⁾ 형법을 형사정책에 대한 일종의 제동장치로 이해한다면, 죄형법정주의

71) Ostendorf, ZRP 2011, 151.

72) Kühne, Gegenstand und Reichweite von Präventionskonzepten, FS Rolinski, 2002, S. 2.

73) Hassemer, FS Kaiser I, S. 796.

74) 김성돈, “책임형법의 위기와 예방형법의 한계”, 형사법연구 제22권 제3호(2010 가을), 28면.

75) Kühne, FS Rolinski, S. 9.

76) Walter, FS Kaiser II, S. 981.

를 근간으로 하는 체계적 사고를 통해 정책적인 처벌욕구에 대항하는 것이 형법이 담당해야 하는 역할이다.⁷⁷⁾

이러한 주장이 완전한 자유를 보장하자는 의미가 아님은 재차 설명할 필요가 없으며, 현재 우리가 처벌의 강화와 보안처분의 도입을 통해 대응하려고 하는 범죄들이 우리가 당면한 새로운 위협이 아니라는 점도 분명하다.

“합리적인 형사정책은 범죄에 대한 공포를 고려해야 하지만, 그러한 공포를 공급해서는 안 된다.”⁷⁸⁾

77) 김성규, “위험사회에서의 형법의 과제와 기능 - 독일에서의 논의와 그 시사점 -”, 187면.

78) Jung, Kriminalsoziologie, S. 101.

참고문헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 박상기·손동권·이순래, 형사정책(제11판), 한국형사정책연구원, 2010.
- 배종대, 형사정책(제8판), 홍문사, 2011.
- 조병인·황만성, 후기 현대사회의 위협관리를 위한 형법 및 형사정책 연구(Ⅱ), - 한국사회의 위협인식과 형사정책적 의미 -, 한국형사정책연구원, 2013.
- 윤지영·이천현·최민영·윤재왕·전지연, 법과학을 적용한 형사사법의 선진화 방안(Ⅳ), 한국형사정책연구원, 2014.

(2) 논문

- 김성규, “위험사회에서의 형법의 과제와 기능 - 독일에서의 논의와 그 시사점 -”, 인하대학교 법학연구 제15권 제2집(2012.7), 179-204면.
- 김성돈, “책임형법의 위기와 예방형법의 한계”, 형사법연구 제22권 제3호(2010 가을), 3-31면.
- 김성돈, “보안처분과 소급금지원칙”, 형사법연구 제25권 제4호(2013 겨울), 3-32면.
- 김성언, “범죄의 두려움과 주거 단지의 요새화”, 형사정책연구 제22권 제4호(2011 겨울호), 315-346면.
- 김혜정, “보안처분의 체계적 입법화를 위한 소고”, 형사법연구 제25권 제4호(2013 겨울), 131-152면.
- 박병욱 황문규, “위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇 가지 차이점: 경찰의 활동을 중심으로”, 형사정책연구 제23권 제3호(2012 가을), 199-231면.
- 송문호, “보안처분의 필요성과 정당성”, 2014년도 전국 형사법학자 대회 ‘21세기 한국형 사법의 새로운 모색’ 발표문, 자료집 94-118면.
- 이호중, “사회안전과 형사실체법의 변화, 과제와 전망 - 신자유주의 안전담론을 중심으로

- , 형사법연구 제25권 제3호(2013 가을), 269-309면.
- 최정학, “엄벌주의와 범죄예방 - 아동 성범죄의 사례 -”, 민주법학 제54호(2014. 3), 211-242면.
- 최준혁, “형사정책적 수단의 범죄예방의 유효성에 대한 연구”, 보호관찰 제12권 제2호(2012), 261-284면.
- 한영수, “위험한 범죄자에 대한 실효성 확보방안”, 형사정책연구 제24권 제1호(2013·봄호), 173-209면.

2. 외국문헌

(1) 단행본

- Bock, Kriminologie, 3. Aufl., München 2007.
- Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Springer 2009.
- Göppinger, Kriminologie, 5. Aufl., C.H.Beck 1997.
- Jung, Kriminalsoziologie, 2. Aufl., Nomos 2007.
- Lange (Hrsg.), Kriminalpolitik, VS Verlag für Sozialwissenschaften 2008.
- Franz v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2. Band, Berlin 1905 (Nachdruck Berlin 1970).
- Maguire·Morgan·Reiner (Edit.), The Oxford Handbook of Criminology, 4. Edit. 2007.
- Meier, Kriminologie, 4. Aufl., C.H.Beck 2010.
- Neubacher, Kriminologie, Nomos 2011.
- Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., C.H.Beck 2006.
- Schwind, Kriminologie, 21. Aufl., 2011.

(2) 논문

- Bitzilekis, Sicherheit und Freiheit durch das Strafrecht, Ein “nicht juristischer” Ansatz zu einem “juristischen” Problem, FS Puppe, 2011, S. 3-16.

- Dolderer, Verfassungsfragen der “Sicherheit durch Null-Toleranz”, NVwZ 2001, 130.
- Döllinger/Ziegler, Invesitive Kriminalpolitik und die Rückkehr der *défense sociale*, Sozial Extra 7/8 '09 7. Bundeskongress, 42.
- Fabricius, Kriminologische Aufklärung und sozialdemokratische Rechtspolitik, Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck, 1999, S. 405-444.
- Frehsee, Politische Funktionen Kommunalen Kriminalprävention, FS Kaiser I, Duncker & Humblot 1998, S. 739-763.
- Hassemer, “Zero tolerance” – Ein neues Strafkonzep? FS Kaiser I, Duncker & Humblot 1998, S. 793-814.
- Kark, Die Zero-Tolerance-Regel aus der Bronx in die Welt der Unternehmen, CCZ 2012, 180.
- Kühne, Gegenstand und Reichweite von Präventionskonzepten, FS Rolinski, 2002, S. 1-18.
- Kutschat/Kubink, Wirksame Kriminalprävention im Jugendbereich, ZRP 2011, 52.
- Müller-Piepenkötter/Kubink, “Gelbe Karte” für junge Straftäter – Ein Projekt der rationalen Kriminalpolitik, ZRP 2007, 61.
- Ostendorf, Chancen und Risiken von Kriminalprävention, ZRP 2011, 151.
- Rogan, Die Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen. Oder: Immer mehr gefährliche Orte für Freiheitsrechte, NVwZ 2001, 134.
- Rössner/Bannenber, Empirisch gesicherte Leitlinien der Kriminalprävention, FS Rolinski, 2002, S. 459-469.
- Streng, Wie weit trägt das broken windows-Paradigma? Annäherungen an einen aktuellen kriminalpolitischen Ansatz, FS Kaiser II, Duncker & Humblot 1998, S. 921-941.
- Volkman, Polizeirecht als Sozialtechnologie, NVwZ 2009, 216.
- Walter, Über die Abhängigkeit der Kriminalpolitik von Moden. Mit einigen Bemerkungen zur Neuentdeckung von Prävention, FS Kaiser II, Duncker

& Humblot 1998, S. 979-999.

Walter, Kriminalpolitik im Zeichen der Verbrechensfurcht: von der Spezial- über die General- zur “Ubiquitäts”prävention? FS Hirsch, 1999, S. 897-915.

Weigend, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt, FS Hirsch, 1999, S. 917-938.

Criminal Policy ‘for’ crime prevention*

CHOI, Jun-Hyouk**

‘Crime prevention is better than punishment’ is generally accepted thesis. Traditionally prevention was reached by punishment against criminals (deterrence) and it is goal of a state.

Currently prevention becomes a matter of a whole society. But it is not easy, to think about prevention without the help of penalty and there is a need to be careful not to over-exaggerate the influence und efficiency of preventive ideas.

Criminal policy and its means must be justifiable and effective. For example, to achieve ‘a society without crime’ with help of hard punishment is neither justifiable nor effective. Many security measures for crime prevention - which are called as no penalty - must be checked of their normative justifiability and effectiveness.

❖ Key words: punishment, crime prevention, primary/secondary/tertiary prevention, efficiency, criminal policy

투고일: 6월 29일 / 심사(수정)일: 7월 4일 / 게재확정일: 7월 4일

* This Work was supported by INHA UNIVERSITY Reserch Grant.

** Associate Professor in INHA UNIVERSITY (E-Mail: soonhoo@inha.ac.kr)

