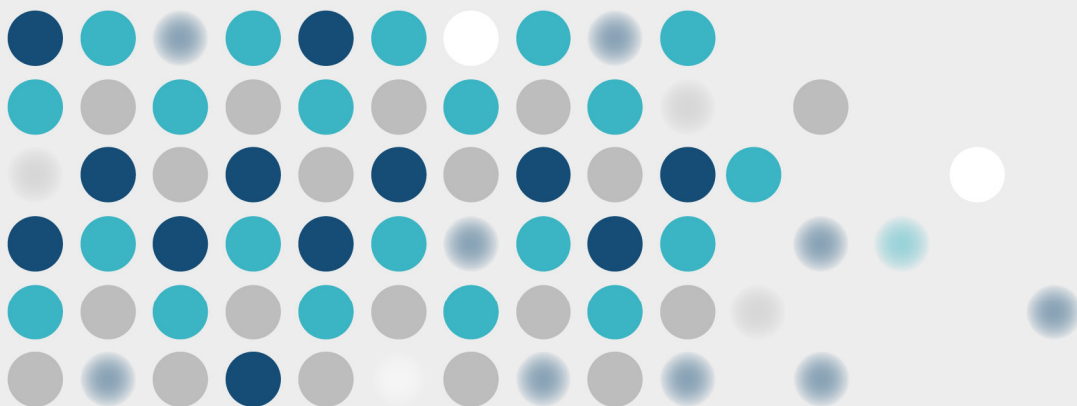


동북아평화협력구상 실현을 위한 동북아지역 형사사법 협력방안연구 2

형사사법 지역협력체계구축 비교연구: 유럽 형사사법 통합정책

김한균 | 신동일



발간사

본 보고서는 「동북아 평화협력 구상 실현을 위한 동북아지역 형사사법 협력방안 연구」 8가지 세부과제 중의 하나로 기획된 연구성과로서, 장차 문화 - 경제 - 사회적 중요성이 증가하는 동북아시아의 통합적인 멀티 거버넌스를 구축하여 미시적인 갈등 요인을 통제할 수 있는 수단을 확보하기 위하여 유럽형사사법 통합과정을 다각도로 검토해 보는데 목적이 있습니다.

우리 정부는 외교·안보정책의 한 축으로 「동북아 평화협력 구상(Northeast Asia Peace and Cooperation initiative)」을 제시하여, 동북아 지역의 대립과 갈등 구도를 다자간 대화와 협력의 질서로 전환함으로써 역내의 지속가능한 평화와 번영의 기반을 만들고자 노력하고 있습니다. 본 비교법적 연구를 통해 동북아지역 평화협력구상의 형사정책적 실현에 기여할 것으로 기대합니다.

연구를 성실히 수행해준 한경대 법학과 신동일 교수와 김한균 국제협력센터장의 노고에 감사드립니다.

2015년 12월

한국형사정책연구원

원장 **김진환**

목 차

국문요약	1
------------	---

제1장 서 론 (김한균·신동일)	5
---------------------------	---

제1절 연구의 목적	8
------------------	---

1. 유럽연합 통합과 형사사법 통합과정의 고찰	8
---------------------------------	---

2. 유럽연합 형사사법 통합의 한계에 대한 논의	9
----------------------------------	---

제2절 연구의 방법	10
------------------	----

1. 연구의 대상	10
-----------------	----

2. 연구의 범위	11
-----------------	----

가. 연구상의 난점	12
------------------	----

나. 중심적 연구과제	12
-------------------	----

다. 연구의 전제	13
-----------------	----

3. 연구의 열개	13
-----------------	----

제2장 유럽공동체의 형성 (신동일)	15
-----------------------------	----

제1절 유럽의 정체성	17
-------------------	----

제2절 루소의 생각	20
------------------	----

제3절 칸트의 “영구평화론”	23
-----------------------	----

제4절 유럽 공동체 구상의 “현실화”	25
----------------------------	----

1. 연방주의	26
---------------	----

2. 정치기구화	27
----------------	----

3. 공동방위권과 유럽헌법	28
----------------------	----

4. 유럽연합의 탄생	29
5. 구속력의 문제	31
6. 주요 조약 정리	32

| 제3장 | 기본이론 (신동일) 35

제1절 서론	37
제2절 거버넌스와 관할권	43
1. 규범적 관점	43
2. 사회이론적 관점	47
제3절 통합 형사사법을 위한 논의	50
1. 개요	50
2. 민주적 정당성 문제	52
3. 법치주의 이념과 관할권	57
제4절 규범의 창설과 주권적 관할	61

| 제4장 | 통합 형사사법을 위한 과정 (신동일) 65

제1절 설계	67
1. 개요	67
2. 공동체 모델	68
3. 관할권 지정	71
제2절 형사법 법원들과 원칙	74
제3절 운영방식	77
1. 예산과 재정	77
2. 범죄구성요건 합의절차	81
가. 일반적인 법원	81
나. 리스본 조약에 따른 범죄 구성요건 창설	82
다. 유럽 형법정책 실행원칙	86

| 제5장 | 운영 기구와 활동 (신동일) 89

제1절 개요	91
제2절 수사기구	92
1. 유로폴(Europol)	92
2. 유로저스트(EUROJUST)	94
3. 유럽 사기범죄국(OLAF)	97
4. 유럽검찰국(European Public Prosecutors Office, EPPO)	98
제3절 상호 승인 원칙(Principle of Mutual Recognition)	99
1. 내용	99
2. 유럽 체포영장	100
3. 위헌성 문제	102
4. 증거법과 집행 문제	103
5. 일사부재리(Ne bis in idem)의 적용	105
제4절 평가와 전망	108

| 제6장 | 동북아지역 형사사법 통합에의 시사점 (김한균·신동일) 111

제1절 논의의 전제	113
1. 기본 전제	113
2. 동북아평화협력의 구상	114
제2절 협력구상 기본 원칙에 대한 검토	115
1. 통합의 기본원칙	115
2. 유럽연합의 경험과 동아시아의 현실	116
제3절 형사사법의 통합	117
1. 유럽 형사사법 통합의 한계	117
2. 형사사법 통합의 단계	118
가. 제도적 조건의 마련	118

나. 집행체계의 마련	119
다. 운영의 경제적 기반 구축	119

| 제7장 | 결 론 (김한균·신동일) 121

제1절 논의의 정리	123
제2절 동북아 평화협력구상의 과제와 동북아 형사사법 협력체계 구축 ...	124
1. 형사정책적 추진 과제	124
2. 동북아 형사사법 협력 의제와 연구공동체의 건설	125

참고문헌 127

Abstract 139

그림 차례

[그림 2-4-1] 유럽연합 형성 조약	33
[그림 5-2-1] 도표: 유로폴 홈페이지	93
[그림 5-2-2] 도표: 유로저스트 홈페이지	96

국문요약

1. 본 연구는 2015년도 「국제 범죄방지를 위한 UN·국제협력 및 연구 사업」의 세부과제로서, 정부의 동북아평화협력구상 실현을 위한 동북아 지역 형사사법 협력사업의 하나로 기획되었으며, 한국형사정책연구원 국제협력사업의 일환으로 유럽 등 형사사법분야 지역협력 사례에 관한 연구사업을 본격화하면서, 향후 동북아지역 형사사법 협력방안을 발전적으로 제시하는데 목적이 있다.

2. 유럽대륙은 지난 천년간 전쟁과 갈등의 땅이었다. 많은 철학자들이 이를 평화적으로 해결하기 위하여 노력했지만 별로 효과는 없었다. 제2차 세계대전이 종료되면서 이러한 평화구상은 구체적으로 실천된다. 오랜 준비와 많은 실패 뒤에 2009년 리스본 조약이 체결되면서 유럽연합은 구체적으로 하나의 통일된 정체성을 구성하기 위하여 노력한다.

3. 유럽연합의 정체성은 개별 국가의 주권보다는 다원적이고 기능적 거버넌스로 이행되어야 설명이 가능해진다. 쉥겐 조약을 계기로 유럽대륙 내에서 국경을 제거하는 결과를 가져온다. 조약들과 협약들의 영향으로 개별 회원국가들은 형사사법의 통합을 위한 노력을 해야 한다. 유럽사법재판소가 보여준 규범적 태도는 이러한 방향성을 선명하게 제시했다.

4. 교역과 시장의 거버넌스와 형사사법의 거버넌스 간에는 분명한 차이가 있었다. 이론적으로는 타당했지만 현실에 적용되기는 어려웠다. 형사법 원칙들, 예를 들어 법치국가원칙, 책임원칙, 불법성 원칙, 기타 형사법 원칙들에 대해서는 회원국간에 일반적인 합의가 존재한다. 그러나 구체적인 문제들에서는 이러한 합의가 기능하지 못했다.

2 형사사법 지역협력체계구축 비교연구: 유럽 형사사법 통합정책

5. 특히 초국경범죄에 대한 형사법적 협력은 쉬운 일이 아니다. 일부 회원국들의 법원은 유럽연합 내의 통일적인 형사사법 수사와 집행에 대해 이견을 보여주기도 하였다. 보편적인 형사사법 체계를 구성하는 일은 법체계와 문화적 차이점 때문에 쉽지 않다. 민감한 사안들에서 통합적인 형사사법을 추진한다는 것도 역시 거의 불가능에 가깝다. 사법권의 문제는 이러한 현상에서 핵심적인 역할을 한다.

6. 통합된 유럽 형사사법을 창출하는 것에는 많은 어려움 존재한다. 유럽차원에서 형사사법을 통합하는 것은 각국의 형사사법 제도화에 대해서도 고려해야 한다. 그렇기 때문에 유럽 회원국들이 경제적 장벽을 허물고 교역을 자유롭게 하는 것에는 성공했지만, 이 체계를 수호하기 위하여 형사법을 통합하는 것은 여전히 갈 길이 멀다.

7. 암스테르담 조약 이후에 유러저스트와 유로폴에 대한 대략적인 합의는 완성했다. 그러나 정작 유럽형법의 미래는 불투명하다. 단지 개별적인 범죄 조약들에 의해 인신매매나 테러와 같은 세부적인 형사공조가 이루어지고 있을 뿐이다. 이러한 관점에서 일부 초국경 범죄에 대한 수사와 처벌은 가능할 수 있다. 그러나 정치적인 관련성이 있는 최근 파리 테러사건이나 시리아 난민 사태 등과 결부되는 형사사법 공조란 요원한 일이다.

8. 동북아시아의 형사사법 통합을 준비하기 위하여는 유럽의 경험을 통해 이 지역에서 감안해야 하는 역사와 정치, 법제도, 문화, 종교 등과 같은 요소들을 충분히 감안해야 한다.

9. 동북아 평화구상을 위한 제도적 기반을 마련하는 것과 실질적 형사사법 통합은 형사정책적인 목적을 위하여 반드시 필요하다. 다만 현실적인 수사공조는 조약에 의한다고 해도 국제 수사공조를 위한 기본 원칙 즉, 상호주의, 인도 범죄의 특정주의, 쌍방가벌주의(double criminality), 일사부재리 등을 준수해야 한다.

10. 수사공조를 넘어서 실질적인 형사사법을 통합하는 문제는 이보다는 훨씬 노력

과 변수가 많은 작업임에는 틀림없다. 유럽연합의 경험은 여전히 한계가 있다. 그 한계란 유럽연합의 통합이 표면적으로는 성공적인 것처럼 보이지만, 그 내면에는 많은 갈등과 불완전함이 해소되지 않은 채 공존한다는 것이다. 그리고 유럽통합 이후 평화가 지속되었다는 평가에도 불구하고 90년대까지 지속된 유럽내부의 자생적 국지 테러집단들의 끊임없는 암살과 투쟁적인 소요는 이슬람 세력에 의한 지역적 테러에 묻혀서 잠잠할 뿐이고 여전히 그 위험성은 존재한다.

11. 유럽연합은 단일시장에 좋은 경제적 이익을 안겨주었다. 그렇지만 유럽연합의 안정적인 활동에도 불구하고 유럽헌법과 유럽형법이 아직 출현하지 못하는 이유를 냉정하게 살펴봐야 할 필요가 있다. 지역간 통합은 제도적인 접근도 중요하지만 무엇보다도 개별 주권을 가진 정체가 다원적인 기능주의에 따른 민주적 권력구조의 필요성을 충분히 이해하고 실천할 때만 그 성공이 보장된다. 그리고 형사사법의 본래 의미를 이해한다면 지역의 안전성 보장과 함께 그 지역공동체의 형벌권을 제한할 수 있는 고려가 동시에 이루어져야 한다.

제1장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

서론

김한균·신동일

서론

본 연구는 2015년도 「국제 범죄방지를 위한 UN·국제협력 및 연구 사업」의 세부과제로서, 정부의 동북아평화협력구상 실현을 위한 동북아 지역 형사사법 협력사업의 하나로 기획되었다. 또한 유엔 범죄방지 및 형사사법 프로그램(UN Crime Prevention and Criminal Justice) 소속 연구기관으로서 14개국 34개 형사정책 연구기관 및 형사사법기관과 연구교류협력 사업을 진행하고 있는 한국형사정책연구원 국제협력사업의 일환으로 유럽 등 형사사법분야 지역협력 사례에 관한 연구사업을 본격화하면서, 향후 동북아지역 형사사법 협력방안을 발전적으로 제시하는데 목적이 있다.¹⁾

1) 본 연구보고서는 처음에는 독일 막스플랑크 비교형사법연구소와 공동으로 진행토록 기획되었다. 동 연구소 소장인 울리히 지버(Ulrich Sieber) 교수와 공동으로 기본 연구설계를 추진했으나 연구계약의 지연으로 보고서 마감과 기타 이유로 막스 플랑크연구소가 도중에 빠지면서 단독 연구과제로 변경되었다. 원래 막스 플랑크의 기여부분은 독일 내의 통합 형사사법에 대한 경험과 향후 동북아 지역의 형사법 통합으로 추진될 경우 예상되는 문제점에 관한 사항이다. 그런 이유로 유럽연합의 통합형사사법의 주요 내용은 유럽 국가 전체를 포괄하는 것이 아니라 독일의 경험을 중심으로 설계되었다. 일부 최종 보고서 평가서에서 지적된 연구의 내용이 독일 중심이라는 것은 이런 이유로 타당하다. 그러나 독일의 논의를 중심으로 다른 유럽국가들의 반응을 추정하는 것은 어려움이 없을 것으로 생각한다. 또한 독일과 달리 다른 유럽국가들은 통합 형사사법에 대한 부정적인 반응이 형사법 이론적으로 진행되지는 않았다. 그 이유는 연구진이 추측권대 정책과 형법이론을 구분하는 독일 형사법의 경향과 달리 다른 유럽국가들은 형사법통합을 단순 정책판단으로 보는데 익숙하기 때문으로 보인다. 가능한 유럽 국가들의 통합 형사사법에 대한 반응과 분석을 포함하려고 노력했지만 연구자 능력과 시간적 한계로 미진한 점을 인정하지 않을 수 없다. 이 과제는 향후 지속적 수행 과제로 기획되어 있으므로 이후 연구자들이 미비한 점을 충족시킬 것으로 기대한다.

제1절 연구의 목적

정부는 동북아시아 평화구상 전략의 일환으로 추진되는 여러 기획연구사업 중의 하나로 동북아시아 형사사법 통합 가능성을 검토하기 위한 연구를 시작했다.²⁾ 이러한 구상의 기본 이념은 장차 문화-경제-사회적 중요성이 증가하는 동(북)아시아의 통합적인 멀티 거버넌스를 구축하여 미시적인 갈등 요인을 통제할 수 있는 수단을 확보하는 것이다. 이를 위한 기반 연구로서 유럽형사사법 통합과정은 여러 가지 경험적인 인식을 제공해줄 수 있다.³⁾

1. 유럽연합 통합과 형사사법 통합과정의 고찰

일반적으로 유럽연합은 다양하고 복잡한 문화적 요소에도 불구하고 물리적 국경을 제거하고 이제 법률체계를 통합하는 과정을 수행하고 있다고 믿는다. 그럼에도 불구하고 이러한 통합과정을 복수의 조약들이나 명령 이행과정으로만 보기는 힘들다. 세부적으로 볼 때 통합과정의 설명은 예상처럼 간단하지 않다.

형사사법 통합과정은 국제형사재판소의 경우와 다르다. 그러나 근본적으로는 모두

-
- 2) 지역학과 정치학 분야는 동북아 평화구상에 대한 상당한 연구가 진행되었다. 예를 들어 신윤희, 동남아의 지역주의와 동아시아 공동체. 그 역사에 대한 재해석, 동아연구 제56집(2009), 107-137.
- 3) 선행 연구(이병기/신의기, *유럽의 형사사법 공조제도에 관한 연구*, 한국형사정책연구원 1995)는 243 이하 결론에서 “아시아지역에 있어서의 협력에 있어 장애가 되는 것은 각국이 문화적 전통이 다르고 법체계가 다르다는 점이 될 것이다. 그러나 유럽에서도 크게는 대륙법계와 영미법계가 전혀 다른 법체계를 가지고 있으면서도 협력에 성공하고 있는 점을 살펴 볼 때 이러한 법체계의 차이에도 불구하고 우선 각국이 모두 공감할 수 있는 최대공약수를 추출하여 이에 대한 협력에서 시작하여 공감대를 확대하여 나간 후 그 범위를 확대하여 나가야 할 것이다. 유럽국가들간의 형사사법 분야의 협력이 다른 지역에 비해 쉽게 이루어진 것은 문화적 전통과 법체계의 유사성, 협력의 현실적 필요성 등의 이유 외에도 각국의 경제력의 차이가 다른 지역에 비하여 크지 않은 점도 크게 작용하였다... 아시아 지역에서는 유럽에서와 같은 활발한 경제적, 사회적 협력은 없었으며 앞으로도 당분간 이루어지기 어려운 전망이다.”라고 유럽형사사법통합을 비교적 낙관적으로 보고 있다. 반면에 이 연구는 동북아시아 지역의 통합 형사사법체제 구축보다는 불법체류 등과 같은 국내의 외국인 범죄해결을 위한 국가간 형사사법 공조를 중심으로 확대할 것을 제안 한다. 필자의 생각에 선행 연구는 유럽통합의 원인에 대한 서술에서도 다소 피상적이었다. 그리고 실제 통합 과정에 대한 지나친 낙관적 분석으로 일관했다는 인상이다. 낙관적인 전망에도 불구하고 현재까지도 유럽연합통합 형사사법은 완성되지 못했다. 그리고 비관적인 전망이 더 많다. 그만큼 선행 연구시에 예상하지 못한 변수들이 많이 발생했으며, 국가간의 형사사법 통합은 쉬운 일이 아니라는 반증이다. 이 연구는 선행 연구를 기초로 20년이 지난 오늘날 유럽연합의 경험을 다시 검토하여 새롭게 동북아 평화를 위한 형사사법 통합의 전망을 살펴보기로 한다.

형사관할권의 일부 양도와 협력 모델을 기반으로 한다는 데에 공통점이 있다. 유엔의 통합모델은 전쟁범죄와 인권침해 범죄와 같은 선별적 범죄유형에 대한 형사법적 비난과 소추요건을 제도화하고 있다. 여기서 실질적으로 소추기관의 운영과 절차통합은 국제법의 일반 관행에 위임하고 있다. 어떤 측면에서는 유럽 형사사법 통합모델(이하 유럽 모델)은 국제형사재판소보다 진전된 형태로 볼 수 있다. 유럽 모델은 연합내의 소추기구 설치나 개별적인 조약을 넘어서는 다자간 통합 조약을 추구하고, 안정적인 예산지원 방안을 이미 완성했다는 측면에서 제도적으로 강한 결속관계를 발견할 수 있다. 준비 선언문에 따르면 유럽 형법은 다음과 같은 이념을 기초로 한다.

“첫째 유럽 문명과 현재의 통합에 중요한 계기와 동기를 부여한 계몽주의 정신을 계승하여 유럽 각국의 문화와 미래 협력을 준비하고, 둘째 형사입법은 반드시 민주적 합법성과 법치국가의 높은 기준에 따라야 하며 미래 유럽의 안전성은 반드시 민주주의와 자유, 그리고 기본적 법원칙에 입각하여 보장되어야 한다는 기본 이념을 가진다.”

여기서 주장되는 계몽주의와 기본 법원칙의 구체적인 내용이 무엇인가는 국제적으로 논의된 바 있다. 현실적인 준비를 위하여 구성된 유럽형법 준비위원회(European Criminal Policy Initiative, ECPI)와 개별 실무 그룹 등의 활동은 이와 같은 이념을 구체적으로 이행하였다. 유럽 형법은 회원국 형법학이 추구하는 법이념들과 원칙들을 조율하는 가운데 상호 존중을 전제로 한다. 이를 통해 일부 구체적인 성과를 내기도 했다. 다양한 조약들을 근거로 하여 유럽통합 형사사법의 기본안이나 유럽공동 영장 등과 같은 실행 규정과 명령들이 제안되었다.

2. 유럽연합 형사사법 통합의 한계에 대한 논의

그러나 아직 유럽 형법을 성공으로 보는 견해가 많지는 않다. 관련 연구에 따르면 유럽 모델은 부분적으로 “순항”할 것을 예견했다. 그럼에도 불구하고 현재 그 긍정적인 전망을 선언하기 어려운 이유는 다음과 같은 원인 때문이다.

우선 형사사법의 기본 모델이 무엇인가에 대한 통일된 관점이 처음부터 없었다는 점과 둘째 유럽 사회에 내재한 복잡한 역사-문화-경제적 원인들의 해소가 단순한 제도적 구성으로는 해결되기 어려웠다는 점이다. 이론적으로는 시민들의 직접적인

참여가 보장되는 형사법규의 입법이 가능하면 최초의 이념형은 달성될 것으로 판단했다. 그러나 소위 “민주성의 결핍”(democratic deficit)과 형사법의 기본원리인 “보충성의 원칙의 제한적 적용” 문제는 꾸준히 제기되고 있다. 다른 측면으로 최근 그리스 경제위기 사태와 난민 문제같은 돌발 변수들은 현재 추진되고 있는 구조적 제도통합으로는 해결되기 어렵다는 것을 보여준다. 역사적으로도 통합 형사사법 모델은 언제나 전쟁이나 병합과 같은 강제적 요인 이외에는 추진되지 않았다는 것도 그 어려움을 짐작하게 만든다.

그럼에도 불구하고 조약을 기반으로 하는 국제형법과 테러나 반인도적 범죄에 대한 개별적인 국제조약들의 비준 증가, 그리고 실질적인 형사사법공조를 위한 필요성이 증가함에 따라 형사사법 통합에 대한 기대감은 높은 것이 사실이다. 또한 이러한 평화적 통합시도가 그동안의 전쟁과 같은 갈등을 해소하는데 정치적 환경을 만들 수 있다는 믿음은 긍정적인 요소로 보인다. 본 연구는 유럽 모델의 제안부터 그 현재의 위기상황까지의 이론적 분석을 통해 동북아 평화구상을 위한 형사사법 통합모델의 발견을 위한 가능성을 검토한다. 통합은 이상일 수 있다. 그러나 그 통합 논의는 항상 존재한다.

제2절 연구의 방법

1. 연구의 대상

유럽 모델의 연구를 위하여 유럽연합의 결성과 유럽형법을 위한 과정을 중점적으로 보기로 한다. 그리고 이와 관련하여 전쟁과 테러, 인권침해 범죄에 대한 국제조약과 관할권 재구성 논의를 함께 볼 것이다.

우선 유럽연합의 구성을 위한 선행 조약들을 설명할 필요가 있다. 예를 들어 “셴겐 협약”(the Schengen Convention)의 운영방식과 그 절차는 유럽사회에 상당한 변화를 가져온 것으로 볼 수 있다. 셴겐 협약 제54조의 범죄인 인도와 공동수사 규정은 회원국의 공동 사법관할권을 제한적으로 가능하게 만들었다. 리스본 협약을 통해 다시 부활한 유럽헌법의 한계를 어떻게 정할 것인가도 쟁점이다. 이러한 문제점들을

구체적으로 이해하기 위해서는 유럽의 최근 역사를 간략히 살펴보는 것도 필요하다. 유럽은 수세기간 지속적으로 전쟁을 겪은 지역이다. 2012년 노벨평화상 수상은 유럽 연합이 반복되던 유럽 지역의 전쟁을 효과적으로 방지했다는 공로를 인정받은 결과다. 제2차 세계대전 이후로 유럽대륙에서 발생한 무력을 통한 전쟁상황은 없었다.

유럽의 평화는 유럽연합의 자조적인 노력의 결과라고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 제2차 세계대전은 유럽 전체의 패배를 의미하고, 유럽을 이분화하여 관리한 미국과 소비에트 공화국의 힘의 균형이 작용했다. 이러한 배경 속에서 유럽연합은 평화유지를 위해 어떤 실질적인 역할을 했는지 살펴봐야 한다. 유럽은 원래 하나의 공동체나 문화권이라고 보기 어렵다. 유럽은 다양한 문화와 종교, 종파, 인종, 경제, 사회집단으로 구성된다. 지속적인 혁명과 전쟁의 원인 역시 다양하고 복잡하다. 결국 유럽사회를 단일한 정체성으로 묶기는 어렵다. 유사한 공통점이란 언어와 종교 정도이다. 사실 언어와 종교도 수없이 분화되어 있다. 민족국가의 출현에 대한 홉스봄의 분석에 따르면 유럽사회는 언어권역이 민족보다 우선적인 기준이다. 민족이란 단위는 유럽의 정체성을 설명할 수 있는 실질적인 요소라기 보다는 정치적으로 이용된 가상의 이념일 수 있다. 종교 역시 유럽사회에서 어떤 통일적인 요소로 보기 어렵다. 종교적 차이 때문에 갈등이 발생한 경우가 더 많았다.

2. 연구의 범위

요컨대 유럽은 하나의 사회공동체가 아니다. 그렇기 때문에 다양하고 복잡한 유럽 사회의 통합과정을 연구한다는 것 자체가 난제이다. 유럽사회 통합 원인이 무엇인가는 이 연구의 범위를 초과한다. 그래서 본 연구는 유럽연합과 형법에 근거가 되는 중요 조약들의 성립과 배경을 살펴보고 현재까지 진행되고 있는 기본 형사사법 규약들의 성립과 논의를 중심으로 설명하도록 한다. 또한 1995년 한국형사정책연구원이 수행한 동일한 주제의 선행 연구를 발전시키는 방향에서 진행될 것이다. 20여년전 선행 연구는 당시 조약에 의한 제도적 통합과정을 중심으로 유럽 형사사법 통합의 전망을 낙관적으로 예측하였다. 당시 연구는 같은 시기에 정부에 의해 추진되던 “동아시아 평화구상”(ASEAN+3)에 대한 분석은 포함되지 않았다. 또한 이미 초안이 제안된

유럽연합 워킹 그룹의 유럽형사사법 통합제안은 반영되지 않았다. 본 연구는 1995년 선행 연구를 이어 이후에 진행된 유럽형법 구상을 중심으로 진행될 것이다.

가. 연구상의 난점

연구에서 어려운 점은 문헌자료에 의존한 역사적 과정에 대한 이해가 얼마나 개별적인 사건들을 객관적으로 볼 수 있으며, 그에 따라 정치변화의 유형을 제안하는 이론들과 만족할만한 관계를 설명할 수 있겠는가이다. 제도사를 연구하는 분야들이 흔하게 겪는 문제점이 여기서도 나타날 수 있다. 즉 개인적 자기정당화와 방법론상의 일방성이라는 결정론적 관점을 극복하는 일이다. 특히 규범이론적 성격이 강한 법학의 관념적 태도를 통해 비고정적인 제도화 과정을 “설명”하는 일은 불가능에 가깝다. 특정한 사건의 배경을 충분히 이해하지 못하고 피상적인 결과에 따라 문제를 설명하는 일은 법학에서는 흔하게 반복되기는 하지만 결코 과학적인 방법론은 아니다. 그럼에도 불구하고 여기서는 현대 정치이론을 토대로 유럽연합의 형사사법 통합노력을 설명하는 시도를 해볼 것이다. 그래서 어쩌면 제도의 변화에 더 중심적인 역할을 할지도 모르는 정치 - 경제적 관점은 우선적으로 배제된다. 이 연구에서 제시되는 조약체결이나 기타 관련되는 ‘사건’들은 과학적으로 분석되지 않은 ‘기사적으로 기술된 사건’으로 제한될 것이다.

나. 중심적 연구과제

본 연구는 유럽연합의 통합형사법 체계 구축을 위한 경험과 그 이념적 태도의 문제에 집중될 것이다. 그 이유는 유럽연합의 구축을 위한 이념을 실천적으로 확인하기 위한 세부 노력 중의 일환으로 형사사법 체계의 통합이 시도되었기 때문이다. 형사사법은 다른 경제나 정치체제와 다른 맥락에서 이해될 수 있다. 형사법이란 원래 범죄를 예방하고 처리하기 위한 제도로 볼 수도 있지만, 근본적으로는 범죄인의 인권과 형벌권의 정당성을 확보하기 위한 제도이기 때문에 순수 정책적인 접근을 통해 통합을 이루기는 어렵다. ‘국제형법’의 개념이 오랜 형사법의 역사에서 언제나 이질적으로 판단되는 이유를 생각해보면 이러한 설명의 배경을 이해할 수 있다. 현실적인 논의를

모두 담을 수 없는 한계가 있기 때문에 이하의 내용은 전통적인 주권국가를 기준으로 하는 형사법의 이념과 다른 다원적 구성주의를 통하여 새로운 전제에서 접근할 수 있는 가능성을 검토해보고자 한다.

다. 연구의 전제

본 연구를 위하여 전제해야 할 사안은 국제형법의 개념을 어떻게 설정하는가이다. “국제형법” 개념은 현실적으로 다양하게 사용되고 있다. 국제법에 따른 형사법적 처벌 규범을 의미하기도 하고(좁은 개념), 국제기구 등 국제공동체 등의 국제적 관련성에서 제안되는 형법규범을 의미하기도 한다(넓은 개념). 이하에서는 특별한 의미가 없다면 좁은 의미의 국제형법과 국가간 공동체가 창설한 형법규범을 의미하는 초국가적 형법(supranational criminal law), 국제법과 국내형법의 적용범위에 관한 일체의 절차법인 형법적용법, 조약이나 국제관습, 명령에 따른 형사사법 공조법을 모두 포함한다.⁴⁾

3. 연구의 열개

우선 제1장에서는 유럽 연합의 출발을 위한 역사적인 배경과 유럽의 정체성에 대해 설명한다. 유럽은 다른 지역보다 훨씬 많은 전쟁과 갈등을 겪은 지역이다. 그럼에도 불구하고 유럽이라는 정체성을 스스로 인식할 수 있는 계기가 무엇인가에 대해서 간략한 설명이 필요할 것으로 생각한다. 제2장에서는 유럽연합의 결성과정과 정부간 협력을 가져온 원인과 형사사법 통합을 위하여 구상된 준비절차에 대해 살펴보기로 한다. 이를 분석하는 방법론에는 단순히 역사적 사건들을 중심으로 체결된 조약들과 그 배경을 기술할 수도 있으나 국가와 정부조직간의 수직적 구성원리가 수평적 협력 관계로 변화되면서 유럽연합은 어떤 변화를 맞이하게 되었는가에 대해서도 생각해보기로 한다. 거버넌스 개념은 과거의 권능적 주권 또는 관할권 이해로부터 보편적 관할권 개념으로 인식이 변화되는 중요 원인으로 생각되기 때문이다. 제3장에서는 통합 형사사법의 기본 이념과 구조에 대해 설명토록 한다. 제4장은 독일을 중심으로 전통적 형사법이론가들의 통합 형사사법 제도에 대한 주요 비판과 논의를 다룬다.

4) N.Jääskinen, Europeanisation of National Law: A Legal-theoretical Analysis, European Law Review V. 40 No. 5(2015), 674.

제2장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

유럽공동체의 형성

신 동 일

제2장

유럽공동체의 형성

제1절 유럽의 정체성

유럽이라는 개념은 “고대에는 문명지역에 대한 명칭이 아니라 … 해가 지는 어두운 지역”(Ereb, Ere, 썸어)을 의미했다고 한다.⁵⁾ 특히 오리엔트 문명들은 유럽지역을 비문명지역으로 취급했다. 지역적으로는 서쪽을 말한다. 로마 제국의 붕괴와 함께 이슬람 문명과 지속적으로 갈등을 빚은 이 지역은 샤를마뉴 대제가 신성로마제국 황제로 추대되면서 기독교 문명지역으로 불리기 시작한다. 다른 설명으로는 “… 유리 오피스(Euryopis)와 유사한 의미로 … 넓은 시야를 가진 것”이란 뜻에서 유래되었다고 한다. 그리스 신화에 따르면 페니키아 공주의 이름이 유럽(Europe, Europa)이며, 그녀의 아들이 미노스이다. 그는 크레타를 건설하여 오늘날의 그리스의 시작이 된다.

지금과 같은 유럽의 실체가 형성된 시기는 견해에 따라 다르다. 어떤 견해에 따르면 가톨릭 교회의 영향으로 지금의 기독교를 믿는 지역을 통상적으로 유럽이라고 부를 수 있다고 한다.⁶⁾ 그러나 이러한 관점은 로마가 기독교를 공인한 이후와 비잔틴 문화의 중심지가 터키였다는 사실 때문에 설득력이 다소 낮다.⁷⁾ 다른 견해는 지금의 유럽을 통합적으로 인식하게 된 계기는 분명히 종교적인 요인이 있지만, 이를 실질적으로 단일 지역으로 이해하게 만든 것은 라틴어라는 설명이다. 라틴어와 지방어의 지속적인 갈등에도 불구하고 라틴어는 16세기까지 중세 유럽의 공통어였다. 로마의 정치적

5) 장봉의 등, *유럽연합: 연속성과 정체성*, 한국외국어대학교 EU연구소 유럽연합총서 2, 휴복스 2013, 3.

6) J. Fischer, *Orient - Occident - Europa*, Wiesbaden 1975, 14.

7) 르네상스의 직접적인 영향은 당시 발달한 이슬람 문화의 수입에 의해 이루어진 것은 주지의 사실이다. 그 이외에도 이슬람 문화의 라틴어 번역은 현재의 유럽 문명의 핵심을 이루는 문화운동이었다. 이에 대해서는 김정명, *아랍어-라틴어 번역 운동이 유럽의 르네상스에 미친 영향*, *인문과학연구논총* 제35권 제1호(2014) 175 이하; C. Frederick(박영도 역), *중세철학사*, 서광사 1988, 251 이하.

영향력과 교회의 종교적 영향력으로 인해 라틴어는 오랫동안 유럽 지역에 단일한 언어영향권을 형성했다. 여전히 이 견해에서도 유럽의 성직자와 지배계급의 언어인 라틴어가 일반 민중들에게도 충분히 이해될 수 있어서 하나의 공동체를 만들 영향력이 있는가는 분명하지 않다. 그 언어적 갈등은 라틴어를 구사하는 교양인과 그렇지 못한 야만인을 지칭한 문헌들⁸⁾에서 분명히 드러난다.

라틴어 전통은 소수에게만 지식이 독점되는 효과를 가져왔다. 이러한 현상의 이면에는 중세의 지식인들이 가진 소위 “비닉주의”(비밀주의)에 따른다. 길드로 형성된 성직자와 학문집단은 자신들의 지식을 독점적으로 소유하길 원했다. 1400년대 인문주의자인 피코 델라 미란돌라(Pico della Mirandola)의 “인간의 존엄성에 대한 연설”(De hominis dignitate)에서는 유명한 다음과 같은 구절이 있다: “지고한 신성의 감춰진 의의를 민중에게 알리는 것은 성스러운 것을 개에게 던져주는 것이나 다름없고, 돼지우리에 진주를 뿌리는 것이나 마찬가지일 것이다.” 이 말은 중세 교양인들의 폐쇄적 계급성향을 잘 말해준다.⁹⁾ 이 집단적 폐쇄성은 마틴 루터의 종교개혁과 바로 앞에서 유럽으로 전수된 활자혁명의 영향으로 종료된다. 1517년 라틴어로 출간된 “95개조 논제”는 실제로는 성직자들과 지배계급 사이에서 그다지 문제되지 않았다. 1518년 루터가 이를 독일어로 번역하면서 사정이 달라졌다. 결국 루터는 1520년 “독일 민족의 기독교 교도 귀족들에게”(An den christlichen Adel deutscher Nation)와 “기독교 교도의 자유에 대하여”(Von der Freiheit eines Christenmenschen)가 연달아 출판되면서 로마 가톨릭 교회로부터 파문되고, 종교개혁이 시작된다. 이후로부터 성경의 자국어 번역이 출간되면서 폐쇄적 지식계급의 해체 현상도 빨라졌다.

가톨릭 교회는 성경의 지역어 번역을 막기 위하여 모든 수단을 동원했다. 영어로 성경을 번역한 윌리엄 틴달은 1536년 안트베르펜에서 교수형에 처해졌으며, 1523년 프랑스어 성경을 출간한 르페브르 데타플(Jacques Lefevre d'Etapl)은 파리대학에서 이단으로 몰려 추방된다. 교회에 대한 비판을 라틴어로 자주 했던 에라스무스의 저작들은 그의 생전에는 문제가 되지 않았다가 사후 프랑스어로 번역된 후에는 모두 금서로 지정되고, 1529년 이를 번역한 루이드 베르켄은 화형당한다. 이러한 언어 갈등은

8) I. Hispalensis, *Etymologies*, Bk I, Ch. 32, 250

9) 야마모토 모사카(남춘호 역), *16세기 문화혁명*, 동아시아 2010, 634.

실질적으로는 유럽대륙에서 민족국가를 형성시키는데 하나의 요인이 된다. 당시 유럽은 인종적인 구분을 할 수 있는 능력을 가지고 있지 못했다. 인종이란 생물학적인 인식이 바탕이 되어 그 분류를 하게 된 19세기의 영향으로 볼 수 있다. 당시의 민족적 바탕의 기준은 같은 언어권이라고 볼 수 있다. 즉, 지방언어 또는 방언집단이 하나의 공동체로 인식되어 민족의 개념으로 성장하게 되었다는 것이다. 루터는 1540년 “독일 민족은 프랑스, 이탈리아, 스페인, 영국보다도 성품이 소박하고 진리를 사랑한다. 이는 무엇보다도 말하는 방식이 증명해준다.”는 글을 쓴 바 있다. 라틴어를 배제하고 지방언어를 사용하려는 노력에는 정치적인 배경도 있다. 1066년부터 프랑스의 지배를 받아 온 잉글랜드는 헨리 8세가 수장령을 내려 로마 가톨릭 교회와 단절을 선언하면서 라틴어와 함께 공무 언어였던 프랑스어를 의회와 법원에서 사용할 수 없도록 하였다.¹⁰⁾ 이는 실제로 백년전쟁의 여파이기도 하다.¹¹⁾ 17세기가 되면서 각 지방언어들의 국어화가 확정되고, 이를 토대로 민족국가도 형성된다.¹²⁾ 오늘날과 유사한 국경 확립이 완성된 1648년 베스트팔렌 조약은 국경과 지방어의 강조를 위한 실질적인 기능을 했다.

신성로마제국(sacrum romanum imperium)은 962년부터 1806년까지 지속된 유럽에서 가장 오래된 국가연합체이다. 역사적으로 800년에 프랑크 왕 샤를마뉴 1세가 로마 황제의 관을 처음 받았고, 잠시 중단되었다가 962년에 독일 출신 오토 1세가 로마 황제로 봉위된다.¹³⁾ 유럽에서는 이를 신성로마제국이라고 하거나, 게르만 제국(German Imperium) 또는 게르만 공동체(German Body) 라고 불렀다. 신성로마제국은 1356년 카알 4세의 금인칙서를 통해 황제를 제후들이 직접 선출하는 제도를 만들었다. 이를 제국의 초기 헌법으로 보는 견해도 있다. 이러한 신성로마제국은 많은

10) 영국 의회에서 프랑스어를 회의 언어로 사용하지 못하게 중단한 것은 1362년이다.

11) 1066년 영국을 침략한 윌리엄은 원래 바이킹의 후손이고 덴마크 지방(당시 프랑스 노르망 지역) 출신이다. 프랑스 왕 샤를르 3세가 그에게 작위를 주면서 그를 중심으로 한 집단들은 덴마크어를 버리고 프랑스어를 사용하기 시작했다. 백년전쟁은 프랑스로부터 문화적으로 독립한 영국이 자신들의 뿌리가 프랑스 노르망 지역이라는 주장을 하면서 지역 점유권을 돌려 받기 위한 갈등도 그 배경이 되었다. 백년을 지속한 이 전쟁은 헨리 7세 때 종료된다.

12) 노명환, 유럽 이념의 형성과 발전, 유럽연구 제1호(1990), 100 이하.

13) 신성로마제국이 언제부터 시작되었는가에 대해서는 역사학자들간 견해가 일치하지 않는다. 일부는 샤를마뉴 1세부터로 보기도 하고, 베렝가리오 1세의 암살 이후 군주역할을 한 이탈리아 군주들을 신성로마 황제로 인정하기도 한다. 통상적으로는 오토 1세가 로마 교황 아가페투스 2세로부터 대관을 받은 962년을 기점으로 본다.

정치적 불안 속에서도 1,000년간 유지된다. 로마제국의 붕괴 이후 유럽의 공동체적 성격을 유지시킨 원인 중의 하나로 볼 수 있다. 30년 전쟁 이후 베스트팔렌 조약으로 신성로마제국은 급격히 세력이 약화된다.

요컨대 유럽의 정체성은 종교지배권과 정치지배계급의 언어-정치적 공통성에서 유지되었고, 이후 지방언어로 인해 세분화되어 민족개념으로 성장된 지역으로 볼 수 있다. 그러나 유럽의 통일적 정체성이 지배계급이 아닌 시민계급에도 충분히 인식되었는가는 의문이다. 이론적으로는 이와 달리 집단 간의 지속적인 갈등을 해소하기 위한 전략적 통합정책으로 볼 수도 있다.

제2절 루소의 생각

장 자크 루소(Jean Jacques Rousseau)는 1782년 “유럽연합의 지속적인 평화에 관하여”라는 글을 발표한다. 이 글은 생 피에르 주교(Charles-Irénée Castel de Saint-Pierre)의 1713년 3월 스페인 왕위계승 전쟁¹⁴⁾을 종식하기 위한 평화구상인 “영구평화를 위한 제언”(Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe)에 대한 비판이기도 하다. 당시 네덜란드 유트레히트에서는 스페인과 프랑스, 영국과 포르투갈, 사보이, 네덜란드 공화국 등이 참여하여 전쟁 종식을 위한 “유트레히트 조약”을 준비하고 있었다. 피에르 주교는 유럽대륙의 영구적인 평화를 실현하기 위해 하나의 국가 연합(Federation)을 구성할 것을 제안한다. 평화가 인간성의 근원인 사랑과 화합 정신의 발현이며, 이성의 결론이기 때문이다. 이러한 견해는 잘 알려진 칸트의 “영구

14) 스페인 왕위계승전쟁(1701 - 1714)은 합스부르크 왕가 출신인 스페인의 카를로스 2세가 사망하자 영토 승계를 요구한 오스트리아의 마리 테레즈(당시 프랑스 국왕인 루이 14세의 부인) 주장에 의해 자신의 손자 앙주 공작 펠리프에게 왕위를 물려주게 된다. 펠리프는 1700년 스페인의 펠리페 5세가 되었다. 그러나 합스부르크의 권리가 프랑스로 넘어가는 것을 반대한 신성로마제국의 레오폴트 1세가 자신이 스페인의 왕위계승권이 있다고 주장했다. 루이 14세는 스페인의 펠리페의 왕좌를 지키기 위하여 전쟁에 참여하고, 네덜란드 공화국과 포르투갈은 영국의 후원을 받아 프랑스의 확장에 반대하면서 전쟁에 참여했다. 연합국 측은 루이 14세가 죽고 나면 펠리페 5세가 프랑스 왕위를 물려받게 될 것이고, 결국 프랑스가 스페인을 차지하게 될 것을 우려했기 때문이다. 이 전쟁은 유럽대륙만이 아니라 식민지의 이권이 걸려있는 관계로 남미와 아메리카 대륙에서도 발생해서 40만명이 희생되었다. 유트레히트 조약(1713)과 라슈타트 조약(1714)으로 전쟁을 종료되고, 펠리페 5세는 스페인 왕위를 유지하고 프랑스 왕위는 계승하지 못하는 것으로 결정되었다. 이로써 프랑스의 유럽패권이 종식되었다.

평화론”에서도 반복되고 있다. 단일한 유럽국가 모델을 제시하여 모든 국가들이 무장을 해제하고 이성적인 형태의 공존을 하는 길이 영구적 평화에 이르는 길이다.¹⁵⁾

루소는 피에르 주교의 관점은 인간의 본성을 잘못 이해한 이상주의라고 비판한다. 그는 우선 국가 연합을 위한 협약의 효력을 보장할 수 없으며, 개별 군주들은 현실적 이익 때문에 협약을 손쉽게 위반할 것으로 생각한다. 이 글에서 인간은 사회상태와 자연상태로 구분하여, 조직적으로 규범화된 “사회상태”에서는 이성적일 수 있으나, 국가간의 관계처럼 두 개 이상의 독립 체계가 존재하는 경우 “자연상태”로 순식간에 변화될 수 있다고 한다. 그의 유명한 ‘죄수의 딜레마’라는 게임이론¹⁶⁾은 이를 기초로 한다. 간수에 의해 죄수들이 잠정적으로 통제된 상태가 사회상태이며, 자연인인 시민과 인위적 존재인 국가는 다르기 때문에 시민들에게 기대하는 일반의지는 국가에게 기대할 수 없다.¹⁷⁾ 여기서 자연법론을 주장한 이성법주의자들(푸펜도르프)과 다르며, 또한 강력한 레비아탄을 전제로 한 홉스와 다르다.¹⁸⁾ 루소에게 간수는 홉스의 레비아탄이 아니다. 홉스와 같은 생각은 시민을 오직 노예로 만들어 버리기 때문이다.

그렇기 때문에 루소는 개별국가들의 연합을 자연인의 화합과 동일하게 분석하고 있는 피에르 주교의 오류를 지적한다.¹⁹⁾ 루소는 다음과 같이 말한다.²⁰⁾

15) Plan for Pertetual Peace, 3.

16) 김용민, 루소의 국제정치관과 평화사상, 국가전략 제12권 제1호(2006), 10.

17) A.O.Hirschman, *The Passions and the Interests*, Princeton, NJ: Princeton University Press 1977.

18) Th.Hobbes(진석용 옮김), *리바이어던 1*. 교회국가 및 시민국가의 재료와 형태 및 권력, 나남 2008은 흔히 오해되는 글이다. 홉스는 청교도 혁명에 활동하면 왕당파로 오인되어 프랑스로 망명생활을 하면서 올리버 크롬웰에 의해 주도되는 영국의 상황을 보고 이 글을 집필했다고 한다. 1651년 처음 발행된 책은 한동안 금서였다. 정치철학에서 많이 인용하는 소위 외롭고(solitary), 가난하고(poor), 험악하고(nasty), 잔인하고(brutish), 짧은(short) 자연상태란 계약 이전의 보편적인 상황이 아니라 전쟁시에 그렇다는 말이다.(172) “그는 … 전쟁상태에서 벌어지는 모든 일은 만인이 만인에 대해 적인 상태, 즉 자기 자신의 힘과 노력 이외에는 어떠한 안전대책도 존재하지 않는 상태에서도 똑같이 발생할 수 있다 … 끊임없는 공포와 생사의 갈림길에서 인간의 삶은 고독하고, 가난하고, 험악하고, 잔인하고, 그리고 짧다.”라고 적고 있다. 법은 이를 종식시키는 평화의 도구이다. 이러한 오해는 해외 학자라고 예외는 아니다. N. Bowie/R. Simon, *The Individual and the Political Order. An Introduction to Social and Political Philosophy*, Prentice Hall 1977, 14 이하도 동일한 오류를 반복하고 있다. 원전을 읽지 않은 것이 원인이다.

19) 루소의 이러한 견해는 그의 ‘완전한 이성’에 대한 반론에서도 잘 나타난다. 고백론 393.

20) Rousseau, *The State of War, Summary and Critique of the Abbé de Saint-Pierre’s Project for Perpetual Peace*. In *Reading Rousseau in the Nuclear Age*. Trans. by G. Roosevelt. Temple University Press 1990, 191.

“자연인은 근본적으로 동료들과 필연적인 관계가 있고, 도움 없이 건강하게 생존할 수 있다. … 이와는 달리 국가는 인위적인 단체다. 한계가 없으며 적절한 규모를 확정할 수 없다. 국가는 항상 확장할 수 있고, 자신보다 강한 국가가 존재하면 항상 약함을 느낀다. 자신의 안전을 위해서 국가는 주변 국가보다 강하게 보이도록 노력해야 한다. 다른 국가를 희생시켜야만 한 국가는 성장하고, 유지되며, 그리고 자신의 힘을 보여줄 수 있다.”

루소는 유럽의 평화는 잠정적인 것이며 조약들은 항구적으로 평화를 담보할 수 없다고 한다.²¹⁾ 특히 통합된 유럽의 헌법이나 단일 사법권을 형성하는 것은 불가능하다.²²⁾ 피에르 주교는 경제적 교역의 증가가 평화를 증진시킬 것으로 생각했지만, 루소는 달랐다. 루소는 경제적 교역의 증가는 오히려 갈등을 만들어 불화를 촉진시킬 것이라고 했다. 그 이유는 경제적 이익이 변화되면 가장 큰 이해관계를 가진 군주들의 태도가 돌변할 것이고, 이로 인해 공동체 관계가 급변할 것이라는 설명이다. 루소에게 당시의 유럽은 로마법의 영향으로 인해 고대보다는 훨씬 이성적인 체계이긴 했지만, 모순적으로 이러한 불완전성이 전쟁과 폭력의 위기를 증가시키고 있다고 한다.²³⁾ 이러한 루소의 생각은 당시 유트레히트 조약 내용에 영구평화를 위한 주체가 신성로마제국 황제, 러시아제국 황제, 프랑스 왕, 스페인 왕, 잉글랜드 왕, 네덜란드 공화국, 덴마크 왕, 스웨덴, 폴란드, 포르투갈 왕, 로마 교황청, 프로이센 왕, 바바리아 공국의 대표자, 팔라틴 연합의 대표자, 스위스연합, 베니스 공화국, 나폴리 왕, 사르디니아 왕으로 구성되어 자신이 소속했던 제네바 공국 등 작은 국가들이 제외되었던 것에도 기인하는 것 같다.²⁴⁾

루소는 현실적인 방안을 권고한다. 그리고 이 글에서 그는 각 조약참가국들의 실제 의도가 무엇인지도 구체적으로 기술하고 있다.²⁵⁾ 루소의 제안은 연합보다는 다소 느슨한 형태의 연방(confederation) 형태이다. 즉, 유럽 공화국을 제안하고 있다. 이 연방제는 개별적인 지역에서 스스로 자치권을 보장하고 연방 전체가 규정하는 규범을 스스로 준수할 수 있도록 한다. 개별적인 연방 구성국들은 자의적으로 탈퇴하지 않고,

21) Rousseau, 4.

22) Rousseau, 9.

23) Plan, 10

24) Rousseau, 10

25) Rousseau, 20 이하.

보편적인 이익에 스스로의 이익을 양보할 수 있는 체계를 구성해야 한다. 베스트팔렌과 유트레히트 조약의 정신을 이어받아 현실적인 5개조의 연방구성원칙을 제안한다.²⁶⁾ 루소는 자신의 철학에 따라 군주는 자신들의 경제적 이익을 위해 시민들의 자산을 편취하는데 몰두하는 존재들이므로²⁷⁾, 연합이나 연맹의 미래가 밝지는 않다고 한다. 이 점이 루소를 “현실적 이상주의자”로 부르는 이유기도 하다. 그렇다면 이제 루소의 선택은 유럽연합의 형성에 현실적인 이념을 제공하고 있는가에 대해 문의해야 한다.

제3절 칸트의 “영구평화론”

1970년대 공정사회 논의는 당시 시대적인 현상을 반영하여 공동체와 개인의 관계에 대한 변화를 중심으로 한다. 철학사적으로 칸트의 도덕적 구성주의에 대한 드워킨(Ronald Dworkin)의 1973년 저서 *Taking Rights Seriously*²⁸⁾는 당시 법률실증주의에 대한 비판적인 견해로 유명하다. 정치철학적으로는 ‘구성주의’(Constructionism)²⁹⁾로 이어지는 이 논의는 합리적 직관주의에서 벗어나서 정치적 구성주의를 통한 공정 사회 모델을 제시했다는 점에서 의미가 있다. 간략하게 설명하면 근대적 인간은 피에르 주교의 생각처럼 모두가 합리적 직관에 따라 도덕적 선택을 하지는 않지만, 루소나 쇼펜하우어처럼 “이기주의가 교활하게 타협안으로 받아들인 상호성의 원칙”만으로 행위를 결정하지는 않는다³⁰⁾는 것이다. 이러한 공정사회를 위한 논의는 잠정

26) 제1조 구성국간의 영구적인 동맹체결, 제2조 연방 통치와 재정에 대한 규정, 제3조 개별 구성국들의 재산권과 중요 가치의 보장, 제4조 연방의 조약이나 공통 가치에 대한 도전의 경우 제재, 제5조 연방을 위한 개별 구성국대표들의 권한 보장 등.

27) Rousseau, *Discourse on Political Economy, The Basic political Writings*, 120: 중세 군주들의 만행에 대한 기록은 C. Dickens(민청기/김희주 옮김), 영국사 산책, 옥당 2015. 이 책은 국내 일부 언론에서 추리소설로 소개되는데, 실제로 이 책은 대문호의 비판적인 시각에서 저술된 객관적 영국 역사 교과서로 유명하다. 이 책에서 영국 사자왕 리차드는 연쇄살인범의 기질을 가진 전쟁광이며, 민중을 악랄하게 수탈한 파렴치 범으로 묘사되어 있다.

28) R.Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press 1977, 1978, 47 이하; 최근 이 문제에 대한 새로운 분석은 *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press 2011.

29) J.Rawls[장동진 번역], *정치적 자유주의*, 제3판, 동명사 2003, 112 이하.

30) J.Rawls[장동진 번역], 위의 책, 131.

적이긴 하지만 사회적 합의를 위한 논의수준을 매번 처음부터 다시 시작해야 하는 번거로움을 어느 정도 해소해주었다.³¹⁾ 그렇기 때문에 원칙에 따른 합리적 절차는 어떤 제도를 가역적으로 와해시키지 않을 수도 있다. 이러한 결론은 칸트의 영구평화론(Zum ewigen Frieden)의 구상과 닮아 있다.

철학적으로 보면 칸트는 현실주의적인 루소와 달리 인간의 이성적 보편성에 기대를 했다. 그의 설명에 따르면 국가는 개별 인격체의 이성적 결정에 따른 법칙성에 스스로 구속되어 우리가 일반적으로 믿고 있는 이성적 법치국가가 실현될 수 있다. 이러한 견해는 이론적으로는 장 보댕(Jean Bodin 1530-1596)의 주권론³²⁾과 현실적으로는 혁명을 통해 미합중국이 탄생하는 것을 목격한 칸트에게는 아주 불가능한 것은 아니다. 보댕의 주권론은 법의 지배를 통해 ‘최고권력’(summa potestas)이 형성된다는 이상론이며, 오늘날 정치학에서는 제도주의적인 관점을 통해 설명된다. 이러한 이해는 이상적이다.³³⁾ 그러나 법치국가 이론이 현대사회에서 작용되는 현상은 주권론의 현실화로 볼 수도 있다. 더욱이 미합중국의 독립과 창설을 목격한 칸트에게 이성적 제도를 통한 평화는 실현가능한 주제일 수도 있었다. 칸트와 보댕의 인격적 국가의 설명은 그 순환론적인 비판점에도 불구하고 제도적 평화구상을 위한 실질 요건이다.³⁴⁾ 그렇기 때문에 국가는 칸트에게 “도덕적 인격체”이다.

칸트의 영구평화론의 단계는 이성적 주권자인 국가들의 평화구상에 대한 협력과 새로운 평화구상체 구성, 그리고 기존의 전쟁을 위한 상비군 포기 등의 제도적 방법을 따른다. 마지막 단계는 공동법을 통한 평화의 구속력 확보다. 그럼에도 불구하고 칸트는 개별 국가에 대한 … “불간섭주의”에 동의한다. 이는 보댕 이후 그로티우스 등 대부분의 국제법학자들이 주장한 내용과 일치한다. 그는 “그 어느 나라도 다른 나라의

31) 다음과 같은 존 롤즈의 말은 이를 분명하게 한다. “... 우리의 확신들에 대한 설명은 종종 일상적으로 평범하다: 우리는 하나의 판단을 주장하고, 우리가 실천적 추론의 적절한 원칙들과 기준들을 올바르게 적용했다고 가정하기 때문에, 우리는 그 판단을 올바르게 생각한다 ... 증명은 그들의 믿음이 기초해 있는 추론을 드러낸다. 인지심리학에서 설명의 결여의 문제는 핵심이 아니다: 증명을 제시하거나 판단에 충분한 논거들을 진술하는 것은 이미 합당하고 합리적인 사람들의 믿음들에 대한 가능한 가장 좋은 설명이다.”(149 이하.)

32) J.Bodin, *Les six livres de la republique*, 1583, 제9장.

33) 주권의 문제는 교황이나 황제 등의 간섭과 집단적 이해관계에 따른다. 이성적인 관념에서 주권이나 관할이 지정되었다고 보기는 어렵다. 그러나 1215년 마그나 카르타의 실질적 효력이 보장되는 계기가 존 왕의 실정과 무능력에 대한 귀족들의 문언화된 계약이었다는 것을 생각하면 문언화된 제도와 현실구성력은 완전히 별개의 것은 아닐 수 있다.

34) V. Gerhardt(김종기 역), *다시 읽는 칸트의 영구평화론*, 백산서당 2007, 92 이하.

헌법과 통치에 무력으로 간섭해서는 안 된다”(346/B 11)라고 선언한다. 이 불간섭주의는 지금도 국제법적으로 통용되는 관습적 법원칙이기도 하다. 칸트의 설명은 조금 더 이론적인데, 이를 달성하기 위한 조건은 개별 국가내의 폭력독점과 혁명포기가 전제되어야 한다. 칸트의 이론은 법의 지배를 주관적 이성의 핵심내용으로 한다는 점에서 다른 견해들과 차이를 보인다. 즉, 심지어 전쟁 중에도 전시국제법을 통해 이성적 계기는 유지되어야 한다. 이러한 견해는 칼 쉬미트(Carl Schmitt)가 그의 “전쟁의 양육”(Hegung des Krieges) 개념을 통해 전쟁상태를 철학화하려고 했던 것과 뚜렷한 차이를 보여준다.

제4절 유럽 공동체 구상의 “현실화”

1638년 프랑스의 설리 공작(Duke of Sully)와 신성로마제국의 황제이며 스페인 왕이었던 카를로스 5세는 단일 국가모형을 의미하는 통합된 유럽을 제안하기도 했으나 현실로 이어지지는 못했다. 1815년 나폴레옹의 몰락과 프랑스 혁명의 복원을 위한 비엔나 회의를 기점으로 유럽의 사상가들은 당시 불어온 민족주의를 극복하기 위한 대안으로 유럽주의라는 기본 이념을 전승할 것을 주장했다.³⁵⁾ 생시몽(Claude Henri de Rouvroy, comte de Saint-Simon 1760-1825)과 헤겔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel 1770-1831), 프루동(Pierre-Joseph Proudhon 1809-1865), 폴 발레리(Ambroise-Paul-Toussaint-Jules Valéry 1871-1945) 등은 민족주의를 극복하고 유럽의 정체성을 이성적으로 계승할 것을 주장했다. 이러한 사상가들의 주장은 유럽 내에서는 지식인들 간의 논의에 국한되었다. 일반 대중들은 민족주의를 정치적으로 이용한 정치가들의 주장에 동조했다. 그런 이유로 나치즘과 파시즘은 급격히 악화된 경제적 혼란을 이용하여 시민들의 의식 속에서 성장했다. 이로써 극단적 민족주의는 두 번의 세계전쟁 원인이 된다.

35) 장봉익 등, 위의 책, 8 이하.

1. 연방주의

1942년 스피넬리(Altiero Spinelli 1907-1986)의 연방주의 노선은 유럽통합에 중요한 역할을 한다.³⁶⁾ 공산주의자 스피넬리는 반파시스트 운동 혐의로 16년형을 구형받고 벤토테네에 유배되면서 민족주의의 폐단에 대해 비판적인 관점을 가지게 된다. 여기서 “벤토테네 선언”(Ventotene Manifesto)을 작성하는데 이 선언서에는 민족국가의 위기와 유럽 평화를 위한 유럽연방 건설을 주로 다루고 있다. 그는 민족국가는 전체주의를 형성하게 되고, 자본주의적 제국주의로 변질되었다고 한다. 국가와 민족의 우상화로 인해 국가주권이라는 권위를 중심으로 국제적 무질서를 만든다. 파시즘은 민족주의의 마지막 형태이다.³⁷⁾ 선언의 두번째 부분은 평화를 위한 연방주의운동에 관한 것이다. 그는 유럽의 평화를 확립하기 위해서는 미국이 19세기에 이룩한 연방형태의 통합을 이루어야 한다고 주장한다. 파시스트 붕괴 후 이 선언서는 실제로 유럽연합의 이론과 실천 모델로 기능했다고 평가받는다. 스피넬리의 활동은 유럽연합을 위한 헌법 제정 운동과 국가간 협력이 아닌 비국가 연방지원 단체들을 통해 연방구성을 노력할 것을 전략적으로 제시했다.

그는 역사적으로 국가 주도의 유럽통합은 갈등이나 전쟁과 같은 부작용으로 쉽게 이어진다는 것을 알고 있었다. 나폴레옹과 히틀러, 파시스트들은 자신들을 (신성)로마 제국의 후예로 선언하고 유럽통합을 위한 정복전쟁을 시도했기 때문이다.³⁸⁾ 제2차 세계대전이 끝나고 사라질 것 같았던 민족주의는 오히려 더욱 기세가 강해졌다. 1943년 스피넬리의 주도로 밀라노에서 결성된 유럽연방주의 운동(MFE, Movimento Federalista Europeo)을 결성하였다. 그 후 1946년 9월 16개 유럽 국가의 연방주의자들이 스위스 헤르텐슈타인(Hertenstein)에 모여 유럽연방주의자동맹(UEF, Union of European Federalists)이 결성된다. 이들의 활동은 개별 국가들의 지원을 받기는 했지만, 1948년 스위스 몽트뢰(Montreux)에서 결의하여 최초로 개최된 1948년 5월 네덜란드 아야(Aja) 회합에서 연합의 형태에 대한 견해 차이가 발생하기 시작했다. 여기서 미국식 연방 모델과 스위스식 연방 모델이 토론되고, 정치적으로는 스피넬리를 중심

36) 이선필, ‘유럽연방’을 위한 알티에로 스피넬리의 유럽통합 사상과 전략. 스피넬리의 입헌적 접근을 중심으로, 아태연구 제16권 제1호(2009), 141-158

37) 이선필, 위의 글, 145

38) 이에 대한 분석은 장문석, 위의 글.

으로 한 입헌주의와 점진적 통합을 요구하는 기능주의가 집중적으로 논의되었다.

2. 정치기구화

1949년 5월에는 10개국이 참여하여 유럽평의회(Council of Europe)가 결성된다.³⁹⁾ 이 평의회는 영국 수상 윈스턴 처칠(Winston Churchill), 독일 수상 콘라드 아데나워(Konrad Adenauer), 프랑스 외무장관 로베르 쉬망(Robert Schuman), 벨기에 수상 폴 앙리 스파(Paul-Henri Spaak), 이태리 수상 알시데 가스페리(Alcide de Gasperi), 영국 외무장관 어니스트 베빈(Ernest Bevin) 등이 참여했다. 유럽평의회는 협력회의기관으로의 성격이 있다. 그러나 유럽통합을 위한 노력은 생각보다는 느렸다. 전후 국가재건을 위한 관심으로 통합은 우선 순위에서 벗어났기 때문이다. 1947년 미국 국무장관 마샬(G. Marshall)의 유럽에 대한 집단 경제원조 플랜(소위 “마샬 플랜”)은 미국의 유럽 통합에 대한 시각의 변화를 의미한다.⁴⁰⁾ 서유럽 국가들과의 유대는 냉전을 미국에 유리하게 이끌기 위해 도움이 된다고 판단했다. 마샬 플랜이 발표되기 바로 직전에 미국 의회는 유럽합중국의 구성을 지지하는 폴브라이트 결의안을 신중한 논의 끝에 통과한다.⁴¹⁾ 1949년 4월 미국 워싱턴에서 체결된 북대서양조약기구(NATO)는 마샬 플랜과 폴브라이트 결의의 결론이기도 했다. 북대서양조약기구에 따라 유럽은 통합의 새로운 전기를 맞이하게 된다.

유럽 내의 정책변화는 프랑스 재정부장관 장 모네(Jean Monet)와 외무장관 로베르 쉬망(Robert Schuman)에 의해 비롯되었다. 1950년 쉬망 플랜을 발표한다. 이 계획은 전통적으로 독일의 세력을 제한하고자 했던 프랑스의 외교정책의 변화를 의미한다.

39) 1948년 체결한 영국과 프랑스, 베네룩스 3국이 참여한 “브뤼셀 조약”은 50년의 유효기간을 정해서 체결국 중 어느 한 국가가 유럽대륙에서 위협을 당하거나 독일의 침공을 받는 경우 공동으로 대응한다는 내용이다. 이 조약은 서방연맹(Western Union)을 결정하는 계기가 된다. 이 조약의 내용이 기반이 되어 북대서양조약기구로 확대되어 소련의 위협을 공동 대응하는 유럽평의회로 발전된다. Toulmon, *Le construction européenne*, Eds. De Fallois, 1994, 18 이하.

40) 자세한 내용은 이승근/황영주, 초기 유럽통합 과정에서 냉전의 영향. 마샬 플랜과 슈만 플랜을 중심으로, 국제지역연구 제7권 제1호(2003), 260-263.

41) 미국의 이해관계는 복잡했다. 유럽의 경제회복을 돕는 마샬 플랜은 소련을 고립시키는 트루먼 독트린과 같은 맥락이었지만, 미국 의회에서 유럽통합을 통한 방법이 적당한지는 설득하기 어려운 주제였다. 이에 대해서는 L. Kaplan, *NATO 1948: The Birth of Transatlantic Alliance*, Rowan & Littlefield Publishers, Inc. 2007, 64 이하.

철강과 석탄에 대한 이해관계 때문에 제안되기도⁴²⁾ 한 쉬망 플랜은 1950년 베네룩스 3국을 포함한 유럽석탄철강공동체(ECSC, European Coal and Steel Community)가 설립된다. 이 공동체는 유럽통합의 기본 모델을 제시하는 인큐베이터 역할을 했다. 이해관계를 중재하는 의회와 사법재판소가 설치되었고, 노동계의 비판에도 불구하고 2002년 7월 23일 유효기간을 마치고 해체될 때까지 유럽인들에게 유럽통합의 모델과 공동체의 가능성을 보여주었다. 그렇기 때문에 전통적인 유럽의 갈등요인인 독일과 서유럽의 긴장관계는 냉전이라는 시대적 상황과 미국의 지원으로 해소된 것으로 볼 수 있다. 객관적 시각으로 볼 때 이 전통적인 대립점을 형성했던 원인은 민족적인 요소나 문화적 요소에서 기인한다는 것도 추측가능하다. 왜냐하면 서유럽의 근간은 로망스어를 중심으로 하는 가톨릭 문화인 반면에 동유럽의 기본은 독일어를 포함하는 인도유럽어와 개신교를 포함하는 좀 더 복잡한 구성으로 되어있기 때문이다.

3. 공동방위권과 유럽헌법

유럽 국가들의 개별 주권을 일부 포기하는 국제협력이 가능하게 된 원인으로 한국 전쟁을 언급하는 것은 일반적이다. 여기에는 냉전시대의 미국과 서유럽의 이해관계의 공통점이 맞았기 때문이다. 미국은 서유럽의 통합을 통해 소련의 서방 진출을 견제하고 싶었다. 서유럽 국가들은 한국전쟁에서 나타난 공산주의의 확장을 제지해야할 정치적 필요성이 생겼다. 유럽방위공동체(EDC, European Defence Community) 구상은 서독의 재무장을 승인하는 파격적인 내용이 담겨 있었다. 일부의 반대에도 불구하고 스피네리와 같은 연방주의자들의 동의를 가져올 수 있던 이유는 EDC 조약이 비준 되면 6개월 안에 유럽헌법을 제정한다는 규범 때문이다.

EDC 조약 제38조는 제1항에 유럽방위공동체 의회의 형성과 국가들의 대표성을 보장하기 위한 원칙규범을 만들어야 한다는 것이 규정되었다. 이 원칙은 연합적(federal)이거나 연맹적(con-federal)인 형태의 대의제 구조여야 하고(제1항) 이와 같은 형태의 의회 운영에 대한 제안서(헌법)를 6개월 내에 이사회에 제출해야 한다.(제2항) 일부 국가들은 비준까지 마쳤으나 이 방위공동체 구상은 1953년 한국전쟁이 휴전

42) 장봉익 등, 위의 책, 18.

으로 종료되면서 프랑스를 중심으로 부정적인 견해들이 증가하였다. 1954년 프랑스 의회의 비준거부로 조약은 폐지된다. 그럼에도 불구하고 서독의 재무장은 추진되었고, 브뤼셀 조약으로 서유럽동맹(WEU, Western European Union)이 성립한다. 후에 서유럽동맹은 명목상의 기구로만 존재한다. 공동방위권과 유럽헌법을 위한 시도는 이렇게 끝나고 만다. 서방동맹이 서유럽동맹으로 변경되면서 기존의 브뤼셀 조약은 1954년 수정 브뤼셀 조약이라고도 부르는 “파리 협정(조약)”(Paris Agreement)으로 변경된다. 이 협정은 그동안 관망적 자세를 보여 온 영국의 참여가 보장되었다는 측면에서 진보된 상황으로 볼 수 있다. 특히 서독과 프랑스의 관계가 획기적으로 발전될 수 있었다. 협약에 이태리가 가입하면서 오늘날의 유럽연합의 기본 구조가 완성된다. 서유럽연합의 기본 정신은 소련의 침공을 위한 방위체계 구성임은 분명하다.⁴³⁾

4. 유럽연합의 탄생

1980년이 되면서 냉전체제는 와해되기 시작한다. 1985년부터 시작된 소련의 변화와 1989년 독일통일은 서유럽동맹과 북대서양조약기구를 중심으로 구성된 유럽사회에 변화를 가져오게 된다. 1989년 마드리드에서 유럽이사회는 새로운 유럽 통화를 중심으로 경제구조 개편을 결의한다. 1990년부터 독일의 콜 총리와 프랑스 미테랑 대통령의 협력은 통일된 독일이 유럽공동체에 정치적으로 통합될 수 있도록 노력했다. 그동안 유럽공동체는 그리스와 포르투갈 등이 참여하는 등 회원국이 점차 증가되었다. 이러한 노력으로 체결된 1991년 12월부터 준비된 마스트리히트 조약은 회원국가 정치연합을 구성하는 것에 동의하는 내용이었다.

들로르(J. Delors) 위원장의 적극적인 노력으로 정치연합을 위한 필요성과 합리적 방안이 제안되었다. 들로르 패키지라는 공동체의 개혁안은 유럽내의 단일시장 확보와 구조기금 강화를 내용으로 한다. 또한 이 계획에는 공동농업정책에 대한 개혁과 균형 있는 지역발전을 위한 경제지원 등을 담고 있다. 특히 회원국 GNI의 1%를 공동체 예산으로 납부하게 한 정책은 영국의 반대에도 불구하고 1988년 2월 브뤼셀 특별이사

43) 이종광, *유럽통합과 안보질서. 영구적 평화를 향한 도전*, 한국학술정보 2014, 78.

회를 통과한다. 이는 이후 유럽통합에 중요한 경제적 기반을 만들어 주었으며, 개별 후원금으로 운영되는 다른 국제기구들과 달리 확고한 예산을 확보했다는 측면에서 중요하게 평가될 수 있다. 이후 들로르는 단일 통화정책과 단일 유럽시장 계획을 발표하고, 유럽 시민권까지 목표에 포함하는 계획안을 제시한다. 미스터 유럽으로 불리는 들로르의 노력은 현재의 유럽연합의 정치경제적 기반 완성했다고 볼 수 있다. 또한 중요한 것은 지금까지의 유럽공동체가 전쟁이나 지역 갈등에 대한 공동방위에 중점을 두었다면 이제는 경제공동체의 의미를 더욱 강조하게 된다는 점이다.

1992년 2월 7일 체결되어 1993년 11월 1일부터 발효된 마스트리히트 조약은 12개국 회원국의 서명으로 유럽공동체 설립조약과 외교안보정책과 내무사법협력을 포함한 유럽연합 설립조약이 동시에 완성된다. 다음으로는 2001년 실질적으로 유럽연합의 통합을 위하여 15개 회원국 정상, 각 회원국의 의회대표 2인, 집행위원 2인, 16인의 유럽의회 의원이 참여하여 유럽미래회의를 구성한다. 이를 토대로 2003년 7월 유럽헌법 초안을 작성한다. 이 유럽헌법 구상은 초기 입헌제 유럽공동체의 구상의 마지막 단계로 평가된다. 유련협법 초안에 따르면 유럽연합에 법인격을 부여하고 외교정책을 공동으로 하여 유럽기와 국가, 모토 등을 단일화하는 내용을 담고 있다. 그러나 유럽헌법은 다소 시기상조인 듯 했다. 개별 국가들의 국민투표를 통해 비준되어야 했지만 2005년 최종적으로 네덜란드와 프랑스의 국민투표에서 부결되어 폐기되었다.⁴⁴⁾ 이 노력이 좌절되자 독일 메르켈 총리와 프랑스 사르코지 대통령은 아마토 그룹을 통해 좌절된 유럽헌법을 대체하기 위한 2007년 12월 리스본 회담에서 마스트리히트 조약에서 구성된 3개 정치 지주 체계를 통합하고, 유럽공동체(EC)를 유럽연합이 계승한다는 내용을 골자로 한 새로운 조약안을 작성한다. 리스본 조약은 제1차 투표에서 아일랜드의 반대로 무산될 위기에 처했다. 결국 2009년 12월 모든 회원국들의 비준을 마치고 성사된다.

44) 유럽헌법과 리스본 조약의 관계에 대해서 견해 차이가 있다. 유럽연합 헌법의 포기과 리스본 조약의 성립으로 구분하는 견해가 있으며, 반면에 리스본 조약은 실제로 유럽 헌법이라는 견해가 그것이다. 리스본 조약의 형태와 내용을 감안하면 폐기된 유럽 헌법의 내용이 거의 담겨 있어서 후자의 견해도 아주 틀렸다고 보기는 어렵다. 리스본 조약(TEU) 제4조 내지 제5조는 회원국들의 권한양도에 대한 사항이 있다. 이 조약문에 의하면 보충성 원칙과 비례성 원칙에 따라 각 회원국들은 자국 내 법률 적용에 대해 보충적으로 연합에 권한을 양도할 수 있다.

5. 구속력의 문제

리스본 조약은 마스트리히트 조약을 일부 변경한 것으로 공동체의 배타적 권한과 공유 권한, 그리고 지원권한으로 단순화하고, 유럽중앙은행(ECB)의 설치, 사법기구의 정리등을 핵심 내용으로 한다. 본조약(TEU)과 운영조약(TFEU)으로 특히 사법기구의 개편으로 기존의 유럽공동체사법재판소와 1심 재판소의 구조를 사법재판소(Court of Justice), 일반재판소(General Court), 공무재판소(Civil Service Tribunal)로 변경했다. 사법재판소는 조약과 2차 입법의 해석과 사법적 분쟁을 다룬다. 이 재판소는 유럽석탄철강공동체와 함께 시작한다. 유럽연합 내의 시장통합과 거래가 증가하면서 기업과 기구간의 분쟁을 중재하기 위하여 1심 재판부가 설립된다. 그리고 유럽연합 기구간 분쟁을 위하여 공무재판소가 설치되었다. 이에 따라 기업과 기구간의 분쟁이나 기존의 사법재판소를 통한 직접 소송도 증가하고 있다. 직접 소송은 유럽연합법 자체에 대한 위반을 직접 심사하기 때문에 의무불이행 소송의 성격이 강하다. 일반재판소는 지적재산권 등의 사안을 다루며 노동과 같은 사안은 공무재판소의 담당이다. 소송과 심사 건수는 매해 증가하여 급증하는 소송업무를 담당하기 위해 1심 재판소가 1989년 설치되기도 했다. 유럽연합 재판소의 최고심급성은 1964년 “Costa 대 ENEL 판결”⁴⁵⁾에 의해 일찍 부터 인정되었는데 이 문제는 지속적으로 개별 국가의 사법권과 유럽연합의 공동 사법권의 갈등이 발생하는 경우 복잡한 논의를 만들고 있기도 한다.

예를 들어서 유럽연합의 사법심사제도의 성격을 개별 국가 내의 규범통제제도와 동일한 것으로 볼 수 있는지의 여부는 이론적으로 결론이 없다.⁴⁶⁾ 또한 이 연구에서 중요한 사항인 각 사법권에서 존중하는 일반 원칙들의 의무적 준수 여부와 정도를 유럽연합법과 사법심사에서 강제할 수 있는가는 여전히 의문이다. 예를 들어 유럽연합 사법재판소의 결정이 당연한 구속력을 갖는다고 보는 관점⁴⁷⁾은 회원국의 사법권보다 유럽연합 재판소를 우위에 놓은 해석이다. 반면에 구속력을 부정하고 회원국들 최고 재판소들은 단지 유럽연합 재판소의 결정을 권고적으로 인정한다는 견해⁴⁸⁾가

45) Van Gend and Loos, Costa vs. Enel 1964 Case 6/64.

46) 이 문제를 중점적으로 다루고 있는 연구로는 김용훈, *유럽연합의 규범통제제도: 유럽연합 정체성 평가와 남북한 통합에의 함의*, 경인문화사 2012, 153 이하.

47) P.Craig/G.Burca, *EU Law*, 277; M. Jacob, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice. Unfinished Business*, Cambridge University Press 2014, 87 이하.

48) Grimaldi vs. Fondes de Maladies Professionnelles(1989), ECR 4407.

대립한다. 문제는 일반 노동사건이나 저작권 위반 등 사건들과 달리 본 연구가 대상으로 하는 형사법과 관련된 직접적인 사법심사제도의 의미를 어떤 논거로 설명할 수 있는가이다. 형사법은 법제도의 차이와 개별 구성요건의 통일적인 해석이 확보되지 않는다면 사법심사제도로 무의미할 수 있으며, 위협할 수 있다. 이를 위한 수사와 공판 등 형사소송절차 역시 유럽헌법 또는 이와 상응하는 인권보호 원칙들과 관련지어 논의해야 한다. 이미 여러 사법권에서 발생하는 다양한 사안에 대한 사법심사제도를 해결하는 경험을 가진 영연방의 추밀원(the Judicial Committee of Privy Council, JCPC)이나 미국의 연방대법원의 제도적인 권한을 유럽연합 사법재판소에도 인정할 수 있느냐가 중요한 관건이다.⁴⁹⁾ 유럽연합 사법재판소는 최근 일반 심의요구를 제도화하고 있다. 그러나 아직은 통합 사법기구로서의 성격이 완전하지 못하다. 그 이유 중의 하나는 유럽헌법이 무산된 후 유럽시민권의 인정 여부가 불확실해 졌기 때문이다. 그렇기 때문에 유럽연합의 정치경제적 성립과 회원국간 통합형사사법 제도의 운영은 별개 일 수 있다.

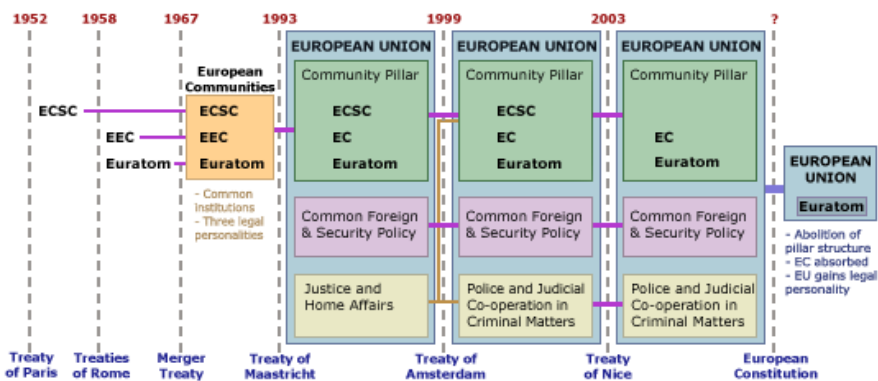
6. 주요 조약 정리

유럽연합의 시작을 위한 조약들은 상당히 많다. 조약의 효력과 내용은 관계되는 부분에서 언급되었지만 통합적으로 정리해 두는 것이 필요할 것으로 보인다. 조약은 국제법적으로 인정되는 강행규범이다. 통상적으로 국내 기준을 거쳐서 국내법과 동일한 효력을 얻을 수 있다고 설명한다. 그러나 국제법상의 강행규범은 강제적인 효력을 자연적으로 부여할 수 없기 때문에 쉽게 무시되고는 했다. 그럼에도 불구하고 문언화된 국제 조약들은 다양한 방식으로 효력을 가질 수 있다. 예컨대 조약을 무시한 문제

49) 실제로 유럽연합 재판소의 결정에 대해 지속적으로 자국 헌법 24조의 해석에 따라 제한적 구속력을 선고하고 있는 독일 연방헌법재판소의 입장(BVerfGE 45, 187)와 유사한 경우 영국 의회 주권의 제한을 선언한 R v. Secretary of State for Transport(Factortame 사건)의 입장 차이는 사실 단일 사법권 전통과 복수 사법권(추밀원의 기능적 역할) 경험의 차이로도 볼 수 있다. 이런 면에서 김용훈, 위의 책, 48 이하의 규범통제제도에 대한 분석은 단편적이라고 볼 수 있다. 각국 최고법원 결정의 차이는 경험에서 오는 것이지 유럽연합 재판소 결정과 회원국의 법리상의 해석 차이에서 온다고 보기 힘들 수도 있다. 아마도 김용훈 교수는 영미법상 추밀원의 운영 체계에 대해서는 분명한 인식이 없는 듯하다. 그는 책 83에서부터 R v. London Boroughs Transport Committee 사건을 “Rigina 사건”이라고 부르고 있는데 여기서 Regina는 여왕으로 국가가 원고인 사건을 의미하는 영미 사건번호상의 규칙이다. 이 사건은 그렇기 때문에 “런던 보로크 운송위원회 사건”을 의미한다.

시점에서는 무기력했지만 이후 갈등의 원인과 책임을 정할 때에는 실질적인 근거로서 역할과 기능을 하기도 한다. 주목할 만한 국제법상의 조약이면서 강행규범으로 언급할 수 있는 것은 1864년 “전쟁에 대한 제네바 협약”이다. 협약은 1859년 이탈리아 통일전쟁에서 프랑스와 오스트리아 군의 솔페리노 전투의 비참한 상황을 목격한 앙리 뒤낭(J.H.Dunant 1828-1910)의 제안으로 국가간 조약으로 발전되었다. 1864년 전쟁터에서 부상병 치료를 위한 임시 휴전 내용이 최초로 합의되었고, 1949년 제2차 제네바 협약으로 전시에서의 민간인 보호와 포로의 대우에 관한 조약이 추가되었다.⁵⁰⁾ 이 협약은 유럽연합의 기본 가치인 회원국간의 평화를 규범적으로 확보한다는 취지에서 보면⁵¹⁾ 평화를 위한 국제사회의 효력있는 규범이라고 볼 수 있다.

구체적으로 유럽연합을 형성한 중요 조약은 1948년 브뤼셀 조약, 1951년 파리 조약, 1993년 마스트리히트 조약(유럽연합설립 조약), 2009년 리스본 조약 등이다. 그 중 마스트리히트 조약은 사법과 국내 문제를 연합에 위임하고 공동 외교안보 체계를 확립한 조약이며, 이를 통해 형사사법 통합을 위한 중요 발전인 1999년 암스테르담 조약이 체결하게 된다. 비록 유럽헌법은 실패에 그쳤으나 실질적으로는 유럽헌법의 역할을 하는 2009년 리스본 조약은 현재의 유럽연합을 있게 한 실질적 규범이다.



※ 출처: [http://www.newwoldencyclopedia.org/entry/European_Community_\(Union\)](http://www.newwoldencyclopedia.org/entry/European_Community_(Union))

[그림 2-4-1] 유럽연합 형성 조약

50) R.Tuck, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford University Press 2001, 9.

51) E.Conze, *Frieden durch Recht*, in: C.Shaffering/S.Kirsch(Hrsg.), *Völkerstrafrechtspolitik*, Springer 2014, 9 이하.

구체적으로는 1965년 4월 8일 브뤼셀에서 ‘합병조약’이 체결되었으며, 1986년 2월 17일 룩셈부르크와 같은 해 2월 28일 헤이그에서 ‘단일 유럽 법령 조약’을 통해 유럽 경제 구역(EEA) 형성이 이루어졌고, 유럽 이사회의 사안이 정해진 조약은 2001년 2월 26일의 니스 조약이다. 이와 함께 유럽연합의 회원국을 정하는 ‘취득조약’이 있다. 취득조약은 새로운 회원가입과 함께 자동 개정된다. 1973년 덴마크, 아일랜드, 영국이 가입했으며, 1981년 그리스, 1986년 스페인과 포르투갈, 1995년 오스트리아, 스웨덴, 핀란드, 2004년 키프로스, 체코, 에스토니아, 헝가리, 리투아니아, 라트비아, 몰타, 폴란드, 슬로베니아, 슬로바키아, 2007년 불가리아와 루마니아, 2013년 크로아티아가 회원국이 되었다. 현재 28개국이 회원국이며, 1973년과 1995년 두번의 회원국 가입을 신청했지만 자국 의회의 비준을 받지 못해서 무산된 노르웨이와 영세중립국인 스위스는 회원국이 아니다. 노르웨이는 EEA의 실질적인 영향을 받는 회원국이나 현재까지 유럽연합 공식 회원국은 아니다.

유럽연합의 합병을 위한 조약과 달리 형사법적으로 중요한 조약은 1999년 암스테르담 조약과 2009년 리스본 조약이다. 통합 형사사법의 제안이 구체화된 근거는 암스테르담 조약이며, 유럽 헌법 구상이 무산된 후 유럽형사사법 통합에 법적인 근거는 리스본 조약이다.

제3장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

기본이론

신 동 일

제3장

기본이론

제1절 서론

유럽연합의 창설조약들에는 형사사법의 통일에 대한 구체적 내용은 규약되어 있지 않고 부분적으로만 규정된다.⁵²⁾ 또한 지금까지 제안된 학자들의 주장⁵³⁾ 역시 개별적인 문제영역에 제한되고 있다. 그러나 논의 역사가 길다. 유럽형법 구상의 역사는 1957년 유럽형사사법재판소 규칙 제30조의 위증죄 처벌에 관한 회원국 권고도 포함한다.⁵⁴⁾ 이와 별개로 형법에서는 소위 “보편적 관할권”이라는 개념의 성립여부에 대한 오래된 논의가 있다. 통상적으로 “범죄가 행해진 장소, 범죄자의 국적, 희생자의 국적 또는 관할권을 행사하는 국가와 그 어떤 관련성도 없이 오로지 범죄의 성질에 근거하여 발동하는 역외 형사관할권”을 말한다.⁵⁵⁾ 보편적 관할권은 지금까지 일반화되어 시행되지는 못했다.

그럼에도 불구하고 독점적 사법관할권을 최초로 존중한 베스트팔렌 조약 이후로 관할권의 개념은 개별적인 사법집행관할권으로 변화되고 있는 것처럼 보인다. 예를 들어서 입법권은 한 국가의 독점적인 권한으로 인정되지만 통상과 같은 일부 사안에

52) Sieber(김한균 등 역), 세계화의 새로운 도전: 유럽형법의 미래. 유럽형사사법체계의 목표와 모델에 대한 새로운 시각, *전세계적 위험사회에서 복합적 범죄성과 형법. 막스플랑크 외국 및 국제형법 연구소의 연구현황*, 한국형사정책연구원 2011, 38 이하. 이와 함께 소위 “국제형법”은 존재하는가에 대한 논의도 필요하다. 개략적인 연구로 R.Cryer/H.Friman/D.Robinson/E.Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3rd ed. Cambridge University Press 2014.

53) Schünemann(Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Carl Heymanns Verlag 2006.

54) H.Rosenau, Zur Europäisierung im Strafrecht. Vom Schutz finanzieller Interessen der EG zu einem gemeineuropäischen Strafgesetzbuch? ZIS 1/2008, 9: Sieber, 위의 글, 43.

55) 박찬운, *국제범죄와 보편적 관할권*, 한울 2009, 23

서는 역외 적용을 위한 예외를 '정당한 근거' 또는 '진정한 연결' 등의 원칙으로 역외관할권이 인정되고 있다.⁵⁶⁾ 암스텔담 조약은 유럽연합을 위한 단일 형사사법의 필요성을 논의의 중심으로 한다.⁵⁷⁾ 그러나 성공이 예상되던 유럽헌법이 무산되면서 위기를 맞게 되었다. 유럽 헌법의 기본 구상과 이를 대체한 리스본 조약의 헌법적 지위에 회의적인 회원국들의 주장⁵⁸⁾은 유럽 형법의 긍정적인 미래를 의심스럽게 한다. 국제 조약의 부분적인 효력이 인정되는 개별 국가들의 집단적 규범창설의 가능성은 별개의 요소다.⁵⁹⁾

반면에 형사법 영역을 제외한 다른 분야, 특히 상사법 분야는 다른 해석을 가능하게 만드는 영역이다. 예를 들어 1970년 Internationale Handelsgesellschaft(mBH) 사건에서 유업연합법원은 회원국 법원은 해당 사안을 심사할 권한이 없다는 선고를 내린다. 그 이유는 회원국 법원들이 개별적 심사를 하게 되면 유럽연합의 '공동체성'을 약화시킨다는 근거이다.⁶⁰⁾ 학자에 따라서는 이러한 유럽연합법원의 태도는 단지 근거 조약의 수권위임 해석에 대한 견해 차이일 뿐이고 실질적인 권한을 확정하는 것은 아니라고 한다.⁶¹⁾ 전통적으로 형사법은 국제법적인 규범을 인정하지 않는다. 우리 형법 제7조는 외국에서 받은 형에 대해 국내 법원은 임의적으로 평가할 것으로 규정하고 있다. 이는 속지주의의 상위 원칙인 일사부재리와 위반된다는 소수 주장이 있지만⁶²⁾, 다수 견해는 형사법관할의 "주권적 권능설"을 따르고 있다. 통합 형사사법을 위한 노력이 쉽지 않은 이유는 결국 보편적 관할권의 인정과 주권적 권능에 대한

56) 박찬운, 위의 책, 35. 이를 "합리성원칙"(reasonableness)이라고 부른다.

57) M.Kaiafa-Gbandi, Recent Developments in Criminal Law in the EU and Rule-of-Law deficits, in: Schünemann(Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Carl Heymanns Verlag 2006, 317

58) BVerfGE 58, 1; BVerfGE 75, 223.

59) 김용훈, 위의 책, 56.

60) J.Weiler, The Community System: the Dual Character of Supranationalism, Yearbook of European Law 267(1981), 275 이하.

61) 이러한 지적은 김용훈, 위의 책, 60. 김용훈 교수의 연구에 따르면 사법심사를 위한 권한 확보를 위하여 최고 법규범의 존재, 독립적인 사법심사 기관의 존재, 민주적 정당성, 법질서의 통일성 등이 확보되어야 한다고 한다. 이 요건들을 유럽연합이 갖추고 있는가에 대한 평가는 확실하지 않다. 특히 시민권의 존부가 평가에 중요한 요인이 될 수 있다. 이에 대해서는 김은경, 유럽연합 시민권의 법적 개념과 의미, 유럽연구 제17권(2003), 305-326.

62) 특히 이 문제에 대한 깊이 있는 연구로는 김기준, 일사부재리 원칙의 국제적 전개, 경인문화사 2013, 13 이하; B. Knoll, *The Legal Status of Territories Subject to Administration by International Organisations*, Cambridge University Press 2008, 111 이하.

역의 형사사건에서의 제한을 어떤 근거로 설명할 것인가에 달려있다고 볼 수 있다.

여기서 검토되어야 할 사항은 ‘주권’(Sovereignty) 개념이다. 주권 국가의 문제는 근대 민족국가와 함께 발전되었다.⁶³⁾ 그러나 최근의 정치학 이론의 발전에 따르면 과거와 같은 존재론적 개념의 주권보다는 소위 ‘거버넌스’(governance)의 실질적 의미가 이를 대체하고 있다. 유럽연합의 형성에서 볼 수 있듯이⁶⁴⁾ 국가의 주권과 개별 정치집단의 거버넌스는 완전하게 일치되지 않는다. 즉, 권력국가는 집단구성체가 작용하는 원리인 거버넌스로 설명되기 시작한다. 이러한 관점은 정부와 이익집단의 의사결정과 의사집행에 관한 보다 기능적인 분석을 가능하게 해준다. 그 중 초국가적 통합에 관한 이론적 모델인 전통적 합리적 제도주의와 신기능주의적 구성주의의 대립이 있다.⁶⁵⁾ 합리적 제도주의 모델의 경우는 전통적인 사법관할권을 근거로 일부 제한적으로 통합관할을 형성하는 모델로 볼 수 있다. 반면 다층적 기능주의에 따른 신기능주의적 구성주의적 모델은 개별 관할권간의 초정부적 집행위와 비정부적인 기구들의 적극적인 개입에 따라 전형적인 정부간 관계를 뛰어넘는 초국가적 요소를 근거로 설명한다. 이를 일반화된 ‘공동체적 절차규칙’이라고 부른다.⁶⁶⁾ 즉 거버넌스적 이해를 통해서 국가를 초월한 공동체 협력의 과정이 중요시된다.

일반적으로 국제기구의 활동과 형성에 대해서는 전통적으로 현실주의적 관점이 지배적이었다. 이들의 생각은 국제기구에 대한 회의적인 태도로 결론되기 쉽다. 현실주의적인 모델은 루소와 같이 “죄수의 딜레마”에서 국제간 협력모델을 설명한다. 즉, 이성적 주체들은 협력을 통해 얻을 수 있는 이익을 알고 있음에도 불구하고 자신들이 처한 상황이나 배경 때문에 차선의 비이성적 선택을 할 수 있는 가능성이 있다는

63) 법학적인 측면에서 20세기 초반 ‘주권 논쟁’은 근대 국가의 주권형성과 그 법적 개념에 대한 관점 차이에서 비롯된다. 당시 정치사회적 분위기나 과세와 지방자치와 같은 현실적인 문제들을 반영한 이 논쟁은 오늘날 별로 실익은 없다. 당시 사변적인 주장들은 현대 사회의 법제도에 별로 흔적이 남아 있지 않다. 역사적 관점에 대한 자료로는 Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 4. Aufl., Duncker & Humblot(1922) 1985, 42 이하. 이 글은 칼 슈미트의 결단주의적 관점을 기록한 작품이다. 권위적 프로이센 제국을 극복하고 바이마르 공화국을 만든 자유주의를 반박하기 위한 슈미트의 비판들(특히 제2장)로 유명한 책이다. 오늘날 이런 논의는 큰 의미 없다. 김효전 교수의 1988년 법문사 출간의 번역본이 나와 있다.

64) L.Hoohe/G.Marks, Multi-Level Governance in the European Union, in: Nelson/Stubb(ed.), *The European Union. Readings on the Theory and Practice of European Integration*, Lynne Rienner Publishers 2014, 267 이하.

65) 김학로, 신기능주의 통합이론의 구성주의적 재구성, 456.

66) 김학로, 위의 글, 457.

것이다. 이들에게 국제협력 또는 국제기구는 주변적 제도이거나 강대국간의 토론장을 마련하는 소극적 기능에 그친다.⁶⁷⁾ 그러나 자유주의 모델은 사회적 관계를 좀 더 적극적이고 긍정적으로 평가하여 국제관계를 협력과 건설적 통합을 추진할 수 있는 메타질서로 설명한다. 자유주의 모델은 제도주의와 기능주의로 다시 구분된다. 초기 기능주의(functionalism)는 국가들의 실질적인 협력을 위한 국제조직과 기구의 필요성을 주장한다. 여기서 각 참여자들의 성향은 중요한 요건이다. 합목적적인 행위결정은 참여자의 이성 판단에 의존한다. 예를 들어 한국과 미국의 FTA 협상 참가자는 구체적으로 어떤 합의문이 자국에 유리할지 모를 수 있다. 그렇기 때문에 순수한 기능주의는 국제협력의 필요성은 말해주지만 실질적인 활동에 대해서는 현실주의를 벗어나지 못한다. 반면에 제도주의(institutionalism)는 국가와 정부같은 강성 조직(hard body) 역할보다는 이를 연결하는 제도와 규범같은 연성 조직(soft body)의 역할을 더욱 중요하게 평가한다. 제도주의는 자유주의적 전통에 기반하기 때문에 무정부적 상황에서도 국제기구나 협력은 기존의 제도와 규범에 의해 유지될 수 있다.⁶⁸⁾ 상호의존적인 관계가 형성되면 정부나 국가들은 단기 이익보다는 장기적 이익에 따라 행위를 선택할 수 있다. 여기서 제도주의는 국제기구나 다국적 기업들의 활동을 잘 설명해주는 모델이다.⁶⁹⁾ 두 가지 견해는 모두 국가와 정부를 중심으로 파악하는 특징이 있다.

이와 달리 구성주의(constructionalism)는 신기능주의⁷⁰⁾와 결합하여 민족이나 경제적 이해관계, 환경적 측면 등의 개별적 참여자들의 이해관계에 “존재적”으로 의존하지 않는다.⁷¹⁾ 오히려 다층적 이해집단이 제시하는 이성적이고 합리적 요소들의 제도

67) 서창록, 위의 책, 22.

68) 특히 정치윤리적인 관계의 변화에 대한 연구로는 R.W.Miller, *Globalizing Justice. The Ethics of Poverty and Power*, Oxford University Press 2010, 84 이하.

69) 서창록, 위의 책, 29; 김학로, 위의 글, 453 이하; 하연섭, 신제도주의의 이론적 진화와 정책연구, 행정논총 제44권 제2호(2006), 217-246; 엄재호, 국가정책과 신제도주의, 사회비평 제11권(1994), 10-33.

70) Haas, *Beyond the Nation States. Functionalism and International Organization*, Stanford University Press 1964, 26 이하. 국제노동기구를 분석한 이 책은 신기능주의를 설명하고 초기 구성주의 모델을 제시한 책으로 유명하다.

71) J.Rawls(장동진 번역), 위의 책, 116 이하는 다음과 같이 정치적 구성주의 특징을 정리하고 있다. 첫째 정의원칙들이 구성절차의 산물로 표현되고, 둘째 구성절차는 본질적으로 칸트의 실천이성에 기초하며, 셋째 복잡한 인간관과 사회관을 반영하고, 넷째 합당성 개념을 구체화하여 그 개념의 다양성을 인간들과 제도에 적용시킨다. “나는 오로지 정치적 구성주의는 적합한 인간관, 사회관, 그리고 정의의 원칙들의 공적인 역할과 실천이성을 결합하는데서 생겨난다고 말했다.”(133)

화가 강조된다. 간략히 말해서 학습된 중심가치들은 상호주관적으로 형성되는 체계 내에서 절차를 생성, 즉 구성하는 역할을 한다.⁷²⁾ 구성주의 모델에서 국가나 정부의 구조와 가치와 별개로 각 국제기구와 NGO 등의 주장과 견해들은 동등하게 또는 이와 준하여 특정 기능을 수행한다. 예를 들어서 선진국들의 국제적 협상에서도 소수 NGO들의 참여보장이나 이익을 반영하는 실제 사례들이 증가하는 것을 설명하기 위하여는 신기능주의적 구성주의 모델이 가장 적합하다는 것이다.⁷³⁾ 요컨대 유럽연합의 통합에서 볼 수 있는 협력관계는 단지 역사적으로 형성된 현실적인 필요성으로 맺어진 조약들의 회원국 비준과 준수 현상 이외에서 현실주의에서 구성주의로 변화된 정치 관념의 모델 변화로 설명할 수 있다. 그에 따라 사례 의존적인 설명들이 가지고 있는 복잡한 논의 상황에서 좀 더 단순한 분석이 가능해질 수 있다.

요컨대 신기능주의에 의거한 구성주의 관점에서 전통적인 주권 개념을 대체할 수 있는 공동 거버넌스로 현대 국가 정체체계를 이해한다면,⁷⁴⁾ 절대적 주권개념을 벗어나서 개별 거버넌스들의 통합과 운영에 대한 새로운 설명이 가능할 수도 있다.⁷⁵⁾ 정치학에서 비롯된 거버넌스 개념은 “자율적이고 독립적인 행위자들간의 외부 권위나 내부적인 자기조절/자기통제 메커니즘에 의한 조정과 관리”를 말한다. 제도화된 국가 권력과 구분하여 공공영역과 민간영역 사이의 네트워크 방식의 수평적 협력체계이다. 여기에는 이념적인 변화도 포함된다. 즉, 존재론적인 권력관계가 아니라 구성적 권력 합의가 지속적으로 개입되는 형태이다. 거버넌스의 속성은 첫째 최종 판단을 내리는

72) J. Rawls(장동진 번역), 위의 책, 147 이하와 156 이하. “... 합당한 다원주의는 자유로운 제도들 하에서 공적 문화의 영원한 조건이라는 사실을 받아들이게 되면, 합당성의 개념은 도덕적 진리의 개념보다 입헌정체를 위한 공적 정당화의 토대의 일부분으로서 더욱 적합해진다. 하나의 정치관을 진리인 것으로 주장하고, 그리고 바로 진리라는 이유만으로 공적인 이성의 적합한 하나의 토대로서 주장하는 것은 배타적이고, 심지어 종파적이며, 그리고 정치적인 분열을 촉진시킬 가능성이 있는 것이다.”(161)

73) 서창록, 위의 책, 36 이하.

74) 거버넌스 개념은 역사적으로 권력에 대한 이해가 달라지면서 일종의 발전적 경향을 가진다. 예를 들어 시민의 역할이 단순한 비교양적 통치집단으로만 평가되던 과거에는 전문관료 조직에 의한 기술적 통치가 강조되었다. 그러나 보편 교육의 도입과 전문관료와 동등한 교양 시민 계급의 출현으로 엘리트 관료들의 판단에 의존하는 통치 모델은 별로 설득력이 없어졌다. 이로 부터 수직적 권력관계는 수평적 관계로 이동된다. 거버넌스 모델은 이렇게 교양 시민과 전문관료의 협력적 체계를 전제하는 형태로 볼 수 있다.

75) J. Vogel, Die Zukunft der Europäischen Integration auf dem Gebiet der Strafrechtspflege, in: Schünemann(Hrsg.), 위의 책, 127 이하는 911 사태 이후 정보통신분야의 특별 정보처리의무와 개별 형사관할권의 미묘한 변화 상황에 대해서 지적하고 있다.

결정권자가 없는 집합적 행동, 둘째 국가를 벗어나는 정책입안, 셋째 공적 행위자와 민간 행위자의 협력, 넷째 민간의 협조적 자기 조절이란 속성들이 포함된다.⁷⁶⁾

1927년 “로터스 판결”⁷⁷⁾에서 제한적 역외관할권이 인정되었다.⁷⁸⁾ 그러나 역외 관할권의 문제는 반대로 전통적인 주권 개념의 결론이기도 하다. 역외관할권은 각 거버넌스간의 통합(연합)모델에 따라 재구성될 수 있다. 주권적 권능을 엄격히 적용하는 관행은 위에서 언급한 거버넌스에 대한 이해와 잘 맞지 않는다. 국제 통상과 인권문제의 보편적 관심은 국제형법의 필요성을 강조하고 있다.⁷⁹⁾ 그런 이유로 국제범죄에 대한 집행관할권의 흠결 극복 노력은 보편적 관할권의 논의의 출발점이다.⁸⁰⁾ 거버넌스와 주권개념의 차이점은 관할권과 각 개념상의 논리적 관련성이 아니라 정치적 이론의 현실 제도에 적용되는 역학에서 달라진다. 엄밀히 말해서 국가의 정체성을 설명하기 위한 민주주의나 법치국가 이론들은 제1차 세계대전이 종료되기 전까지는 과학적 이론에 의해 설명되지 못했다. 주먹구구식의 자가당착적 이해가 유럽사회, 더 나아가서는 전세계에 유행했다. 그런 이유로 오늘날의 민주적 이해는 법치국가 이론과 민주주의에 의한 근대 국가의 정체성 확립과 관련이 없을 수 있다.⁸¹⁾ 적어도 독재적인 프로이센의 전통을 이어받은 독일 법이론들은 민주적 자유주의 기반과는

76) 김석준 외, *거버넌스의 이해*, 대영문화사 2002; 이명석, 거버넌스의 개념화. 사회적 조정으로서의 거버넌스, *한국행정학보* 36권 4호(2002), 321-338 등 참조.

77) 1927년 공해상에서 발생한 선박충돌 사건에 대해 피해국인 터키가 가해선인 프랑스 선적의 로터스 호를 터키 영토 항구에서 당직 항해사를 과실치사혐의로 형사기소한 사건이다. 이 사건에서 공해상의 사건에 대해 터키는 국제규범적인 형사관할권을 당연히 갖는지 아니면 이를 별도로 입증해야 하는가에 대해 법원은 터키의 주장인 속지주의를 인정하였다. 사법집행관할권의 속지주의를 확인한 사건이다. 이는 지금도 인정되는 국제사법재판소의 원칙이다. M. Scharf, Application of Treaty-Based Universal Jurisdiction to Nationals of Non-Party states, *New England Law Review* Vol 35:2, 2001, 363-382; D.Akande, The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal basis and Limits, *Journal of International Criminal Justice* 1(2003), 618-650.

78) 로터스 사건에 대한 분석은 조상제/천진호/류전철/이진국, *국제형법*, 준커뮤니케이션즈 2011, 14 이하; 더 자세한 내용은 J.Drohla, in: Heintschel von Heinegg(Hrsg.), *Casebook Völkerrecht*, C.H.Beck 2005, Rn.385.

79) R.Kamul, *Modern International Criminal Justice. The Jurisprudence of the International Criminal Court*, Intersentia 2014, 30이하는 국제 형사법 법원을 로마규칙과 다양한 조약들과 국제법, 그리고 자국형법에서 인정되는 구성요건으로 설명한다. 이러한 관점은 관할권의 제약을 국제형사사법을 위한 실질적인 제약으로 보지 않는다.

80) 박찬운, 위의 책, 45 이하.

81) K.D.Bracher(이병련/이대현/한운석 옮김), *바이마르 공화국의 해체 1. 민주주의에서 권력붕괴 문제에 관한 연구*, 나남 2011, 62 이하.

다른 유럽공동체의 법이론들과 비교하여 훨씬 멀리 떨어져 있다.⁸²⁾ 위에서 언급한 정치적 구성주의는 이러한 변화에 이론적-이념적 기반을 제공해준다.⁸³⁾

제2절 거버넌스와 관할권

1. 규범적 관점

형사관할권을 국가의 주권으로 보는 관점은 통합 형사사법 구상에 실질적인 부담이다. 반면에 제한적으로 테러범죄나 인신매매 범죄와 같은 개별 조약에 따라 일부 역외관할권을 인정하는 것은 “원칙에 대한 예외”로 볼 수 있다. 형사사법 통합 구상은 보편적 관할권(universal jurisdiction)을 인정할 수 있는 이론을 제시할 수 있어야 한다. 통합 구상에 반대하는 형사법학자들은 대체로 사법관할권과 주권을 양보할 수 없는 권리 또는 권한으로 이해하는 것 같다.⁸⁴⁾ 이러한 관점 차이는 로마조약에 의한 국제형법에 관해서도 동일하게 나타난다. 요컨대 1992년 마스트리히트 조약에 의한 유럽연합의 세가지 구성(유럽공동체(EG), 공동외교안보정책 구상(GASP), 그리고 마지막으로 형사 사법공조(PJZS)) 협약의 실효성에 대해서는 아직 결론이 없다. 유럽연합조약 제29조의 형사사법 통합노력 권고 효력은 실질적인 논의의 중심에 있다.⁸⁵⁾

관할권에 대한 일반적 이해는 “국가 주권의 핵심적이고 중심적인 요소로서 한 국가가 일정한 관계에 있는 사람, 물건, 사건 등에 대해 행사할 수 있는 권한”⁸⁶⁾이다. 이러한 관점은 다시 입법관할권, 사법관할권 내지 집행관할권으로 구분한다.(3분설)

82) 독일 형법학자들의 유럽통합 형사사법이나 보편 관할권론에 대한 소극적 태도는 독일법이론의 비민주적이고 권위주의적인 프로이센의 흔적이라는 점은 흥미롭다. 이에 대해서는 후에 설명한다.

83) 이에 대해 서창록, *국제기구, 글로벌 거버넌스의 정치학*, 다산출판사 2004, 10 이하는 현실주의, 자유주의, 구성주의의 단계로 국제적 거버넌스 변화를 설명하고 있다.

84) H.Rosenau, Zur Europäisierung im Strafrecht. Vom Schutz finanzieller Interessen der EG zu einem gemeineuropäischen Strafgesetzbuch? ZIS 2008, 9-19, 10이하는 유럽형법을 위해서는 단일 형사주권을 전제할 필요성이 있음을 주장한다. 여기서 유럽형사법을 위한 권능이 문제된다. 특히 2004년 한 번 시도되었다가 무산된 유럽헌법의 제정 실패는 이러한 가능성을 더욱 감소시킨다. 로제나우 교수를 비롯한 독일 형법학자들은 주권개념에 대한 편협한 시각을 공유한다. 필자의 생각에 주권개념은 여전히 정해진 것이 아니라 ‘열린 개념’이다.

85) H.Rosenau, 위의 글, 13. 1989년 “옥수수 사건”을 둘러싼 그리스에 대한 EGV 제280조 제재 수단을 선택하는 유럽재판소의 갈등은 유럽형법의 규범화과정의 험난함을 보여주는 사례이다.

86) 이병조/이중범, *국제법신강*, 제9개정판, 일조각 2003, 181.

이를 기능적인 장소적 효력으로 보는 관점이 바로 속지주의, 속인주의, 보호주의 등의 개념이다. 현재 다수설 ‘주권적 권능설’은 19세기 국제범죄에 대한 개별국가의 권능을 절대화하는 사고에서 나온다.⁸⁷⁾ 이는 소위 역외적 형사관할과 ‘치외법권’과 같은 영토 밖의 관할을 확대하는 제국주의적 속성과 관련된다. 두번의 세계대전으로 인하여 주권적 권능설의 위력은 존재론적인 아닌 것으로 드러난다. 현실적으로 힘의 관계에 따라 정해지는 관할의 실질적인 속성은 이를 절대화하여 인정할 필요성을 함께 무기력하게 만들었기 때문이다. 이러한 인식은 역외관할권을 인권보장을 위한 수단으로 파악할 수 있는 계기를 만든다. 역외관할과 보편관할권의 개별 국가들 간의 공통의 승인이 좀 더 선한 목적인 평화나 국제인권을 위해 강조되기 시작했기 때문이다. 형사법 적용을 위한 세계주의의 경향이란 결과적으로 지역관할권에서 보편관할권의 영역으로의 발전을 의미한다.⁸⁸⁾

다른 측면에서 주권을 기반으로 하는 관할권의 독점력은 다국적 기업의 확장으로 16세기 이후부터 경제적인 목적을 위해 탄력적으로 변경할 필요가 생긴다.⁸⁹⁾ 20세기 들어서는 평화정착과 인권개선을 위한 정치적인 협력과 국제적으로 부각된 환경문제에 대한 공동대처를 위한 개별 국가들의 노력이 형사사법 관할권에 대한 새로운 변화를 가져왔다. 여기에는 이미 국가의 권한을 초월한 다국적 기업들과 초국가적 경제적 공동체의 활동도 변화에 영향을 주었다. 보편적 관할권이라는 생각은 형사사법 공조의 확대필요성에 대한 인식 변화에서 비롯된다. “합리적 다층적 신기능주의 이론”은 이러한 변화를 설명해준다. 이 과정에서 조약들이 국제법상의 강행규범이 되는 과정에서 전통적인 힘의 작용이 배제된 채로 규범의 구속력이 발생된다는 현상은 흥미롭다. 현실주의적 접근에서 본다면 힘이 반영되지 않은 규범 준수현상은 예외적인 경우로 볼 수 있다. 안전과 평화에 대한 관념이 국제정치에서 실질적 또는 규칙적 규범력을 인정받는 ‘현상’은 칸트 식의 이상주의적 구성주의의 결론이다. 국제적 공동체주의

87) 박찬운, 위의 책, 37.

88) 관할권 개념의 변화에 대한 상세한 설명은 박찬운, 위의 책, 52 이하.

89) 제국주의 경쟁에서 스페인 등에 비해 자본력이 약했던 네덜란드 공화국은 항해자금의 공무와 같은 형식의 주식회사를 설립한다. 제국주의 경영을 위한 자본확충을 위한 주식회사는 오늘날 다국적 기업의 시작이 되었다. 19세기 자본주의 팽창을 위한 제국주의 역시 이와 같은 경제적 배경에서 비롯되었다고 볼 수 있다. 유명한 Diamond, *Guns, Germs, and Steel. The Fate of Human Society*, W.W.Norton 1997; Y. N. Harari, *Sapiens. A Brief History of Humankind*, Harper Collins 2014.

이념의 가능성⁹⁰⁾은 힘의 역학이 아니라 이성적 규칙 정립에 의해 달성될 수 있다.

전통적인 현실주의 관념들은 힘의 역학을 “실재하는 사실”(facts)로 판단하던 것으로 보인다. 이 생각은 틀렸다고 볼 수는 없지만 최소한 낙후된 것이다. 20세기 들어서면서 현대적 인식이론에 기반을 둔 규범관은 규범현상과 규범인식을 구분한다. 규범현상은 전통적인 현실주의자들이 믿듯이 사실적인 힘의 역학에 따라 형상화될 수 있다. 그런데 규범인식은 힘의 역학이 아닌 규칙 요소에 따라 결정되기도 한다. 규범인식은 비트겐슈타인(Ludwig Johann Wittgenstein 1889-1951)이 주장했듯이 언어적 “유사성”을 갖추고 주체적으로 ‘구성’된다. 이러한 “분석적 방식”⁹¹⁾은 규범인식에 새롭게 볼 수 있게 한다. 즉, 우리의 마음은 언어와 같은 특별한 표상된 규칙 또는 연상작용(유사성)에 따라 ‘구성된다.’ 이해 구성과정은 빈번하게 반사실적인 결정이다. 힘의 관계를 ‘사실’로 전제하는 관점과 달리 현대적 인식이론은 힘의 관계는 ‘문법적 규칙에 따른 인지적 표상’으로 변한다. 즉, 실재적 관계와 연관되지만 그 실체는 단순한 규칙으로 환원될 수 있다. 추상적인 정의나 도덕 등의 개념은 규칙맥락 속에서 인지되는 개별 요소이며, 관계성에서 그 효력이 결정된다. 그 동안 설명이 불가능하던 도덕 판단은 실재하는 “독립적 인지 모듈의 결단”⁹²⁾으로 설명될 수 있다. 요컨대 근대 교육의 확대와 문명화의 전개는 힘의 사실관계를 더 이상 세계가 그대로 반영한다는 설명을 약화시킨다. 그 ‘사실’은 개인적인 시민들의 주관적 관념에 — 실재하는지는 관계없이 — 따른 이해 속에 언어적으로 표상되어 다시 공동체의 간주관적 태도로 구성된다. 즉 세계는 주체적 언어 구성이고, 누군가에 의해 객관적으로 강제되는 현상이 아니다.

90) M.Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge University Press 2001. 이 책에서 코스케니에미의 분석은 설득력있다. 그는 19세기 제국주의 시대의 변호사들의 시각은 오직 민족주의적이고 자국의 이익을 위하여만 법률해석을 했지만, 20세기가 들어서면서 국제적 규범이 점차 확립되고 개별 변호사들은 전과 반대로 국제적 규범을 근거로 자국의 제국주의적이거나 민족주의에 기반한 차별적 법적용과 해석을 비판하기 시작하였다고 한다. 이러한 과정에서 자연스럽게 정치적인 현실주의는 다차원적 기능적 구성주의로 전환될 수 있었으며 오늘날의 규범준수의 현상이 생겼다고 한다. 이를 그는 “배제 - 포섭 논증”으로 부른다.(130)

91) 분석철학에서 “분석”이란 단어는 칸트의 분석판단 개념에서 비롯된다. 그렇기 때문에 종합판단과는 구분되어야 한다. 그럼에도 불구하고 분석판단적인 태도가 마음의 문제를 설명하는데 부족한 것은 아니다. 현대적 인식론은 개인적 주관을 공동체적으로 연결시키는 문제를 객관으로 보는데 익숙하기 때문이다. 과거처럼 객관적 사실의 주관적 이입과정을 이해라고 보는 시대는 사라지고 있다고 생각한다.

92) J. Fodor, *The Modularity of Mind*, MIT Press 1983; 좀 더 현대적 분석은 S. Pinker(김한영 역), *단어와 규칙*, 사이언스북스 2009.

이와 같은 인식과정에서 규범인식은 언어적 표상과 ‘유사’하다. 규범인식은 규범현상과 구분되어 전제되는 독립적인 현상이다. 도덕적 판단이란 주체의 (선험적) 언어적 규칙에 종속된다. 국가의 행위결정에도 개별 시민들의 규범인식이 반영되며, 그 규범인식을 직접 지시하는 것은 문언화된 또는 비문언화된 법률 또는 규범 이해다.

존 설(John Searle)은 1969년 그의 저서⁹³⁾에서 규제적 규칙과 구성적 규칙이 다르다는 점을 밝히고 있다. 그의 구분에 따르면 규제적 규칙이란 규칙과 무관한 행위를 규제하고, 구성적 규칙은 규칙이 존재하지 않는다면 형성될 수 없는 행위를 규제한다. 100킬로 미터 이상으로 차를 운전하는 것을 금지하는 규칙은 운전 행위 자체를 금지하는 것이 아니라 100킬로를 초과해서 운전하는 행위를 금지한다. 반면에 게임 규칙이 없다면 게임은 처음부터 성립되지 않는다. 설은 실제로는 “어떤 맥락에서 X는 Y라고 간주한다.”를 말하는 것이다. 이러한 구분은 규칙의 맥락을 따르지 않는 경우에는 무기력해진다. 예를 들어 전쟁선포를 하고 기존의 전쟁에 대한 규칙을 지키지 않는 경우는 규칙맥락과 관계없는 행위가 되는 것이다. 이 경우 규칙을 분석하는 것은 의미 없다. 마찬가지로 규칙이 지켜지는 경우는 그 맥락의 정당성은 언제나 논의의 중심에 서게 된다. 즉 이 경우는 맥락 이상이 회복될 수 있는 가능한 선험적 규칙의 틀 안에 머물 수 있다.⁹⁴⁾ 이러한 구분에서 볼 때 이미 앞에서 설명한 현실주의와 구성주의에 대한 견해 차이는 실제로 형사관할권을 보편화할 수 있는가에 대한 결론을 이념의 수준에서 내리는 것이 아니라, 현실적으로 그와 같은 행위를 기대할 수 있는 제도적 틀을 마련하고 있는가에 대한 공통된 인식에서 결정될 수 있다.

쉽게 설명하면, 국가의 주권이나 관할권이 어떤 존재론적인 가치를 가지고 있으므로 이에 대한 양도나 포기가 실질적인 “침해”로 여겨진다고 생각하는 형태는 제도주의를 기반으로 하는 현실주의에 경도되는 것이다. 반면에 주권이나 관할권이 구성적 규칙의 설정과 그에 대한 맥락적 준수에 대한 행위기대를 하는 새로운 이해틀을 형성한다고 보는 구성주의적 접근은 존재적 주권이나 형사관할권 개념에서 벗어나서 새로운 구성적 주권과 관할권 인식을 만들 수 있다. 중국적으로 법치주의 원칙이란 절차적으로 확인 가능한 규제 절차를 의미한다. 유럽연합법의 보충적인 성격이 규정되어

93) *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press 1969.

94) 이와 유사한 분석은 이그나시오 산체스/큐엔카, 권력, 규칙, 그리고 준법, 아담 쉐보르스키/호세 마리아 마라발 편, *민주주의와 법의 지배*, 후마니타스 2003, 160 이하.

있고, 회원국 법률의 기본 가치를 존중한다는 규정의 존속이 이 관계성의 확인 대상이다. 그렇기 때문에 위에 언급한 독일 연방헌법재판소의 결정은 존재적 현실주의에 기반한 제도만을 인정하려고 하는 것으로 보인다. 반대로 기존의 유럽연합법을 회원국들의 참여로 형성된 새로운 구성적 규칙이라고 인식하면 그 결론은 달라질 수 있다.

요컨대 국제질서는 단순한 힘의 역학에서 설명될 수 없고, 주관적 규범인식에서 재구성될 수 있다는 것이 현대적인 인식론의 이해다. 이에 대해서는 아래⁹⁵⁾에서 다시 설명한다. 전통적 국제조약은 양자 관계를 기반으로 한다. 그럼에도 불구하고 경제, 인권, 환경과 같은 공통의 목적이 명확한 사안에서는 다자간 협약이 점차 구속력있는 규범으로 발전되기도 한다.⁹⁶⁾ 이상적인 수준에서 볼 때 국제규범의 증가는 한 국가의 법치국가원리가 정착되듯이 국제적 법치주의 원리의 실질적 효력근거가 될 수 있다. 이는 전통적 ‘제도주의’와 다르다.

2. 사회이론적 관점

사회과학 이론들의 역사를 보면 근대사회의 통합 논의를 많이 발견할 수 있다.⁹⁷⁾ 고전적으로는 토마스 홉스와 존 로크의 사회계약 이론이 대립되어 있고, 이후로는 칼 맑스와 에밀 뒤르겐의 이론들이 근대 이론에서는 대립된다. 토마스 홉스의 자연상태에서 국가상태로의 이전은 폭력의 포기와 안전의 선택이라는 이론으로 정리되고, 존 로크의 그것은 그 반대로 무지에 의한 평화의 포기에 따른 재협상 과정을 이론화하고 있다. 고전적인 이론들과 달리 근대 사회학으로 오면 사회 자체를 투쟁집단으로 볼 것인가(칼 맑스) 아니면 생물적 유기체로 볼 것인가(에밀 뒤르겐)의 이론적 대립이 존재한다.

현대적 이론으로는 미국 사회학자 탈코트 파슨스(Talcott Parsons)의 기능주의적

95) 이 장의 3. 다 법치주의 이념과 관할권 설명 참조.

96) E.Conze, 위의 글, 13. 이런 측면에서 제2차 세계대전 종료 후 열린 뉘른베르크 전범재판은 법형식면에서는 비판의 여지가 없지 않지만, 인권에 반하는 전쟁범죄에 대한 형사처벌 가능성을 열어 줌으로써 정치적 평화유지와 규범적 통제가능성을 현실화시킨 경험으로 볼 수 있다. 여기서 전쟁에 대하여 국가의 책임이 아니라, 실질적으로는 개인에게 책임을 부과시키는 “개인 책임 원칙”이 제안되었다.

97) W.Heitmeyer/P.Imbusch(Hrsg.), *Integrationspotenziale einer modernen Gesellschaft. Analysen zu gesellschaftlicher Integration und Desintegration*, 1. Aufl., VS Verlag für Sozialwissenschaften 2005, 13이하.

사회 통합이론이 있다. 그의 유명한 “AGIL Scheme”은 지금도 사회학의 고전적인 설명틀이다. 이는 50년대에 제안된 사회통합을 위한 거시적 행동모형으로 볼 수 있다. 그에 따르면 A(Adaptation: Cognitive Symbolization), G(Goal Attainment: Expressive Symbolization), I(Integration: Moral-evaluative Symbolization), L(Latency: Constitutive Symbolization)의 함수적 결합으로 사회적 관계와 행동을 설명하는 패러다임이다. 독일 사회학자 니콜라스 루만의 체계이론이나 위르겐 하버마스의 의사소통적 구조에 따른 체계통합이론은 비교적 최근에 제안된 이론들로 볼 수 있다.⁹⁸⁾ 이러한 다양한 이론들 중에서 독일 사회학자 뮌히(Richard Münch)는 구체적으로 국제적인 통합의 과정을 설명하는 이론을 제시하고 있다.

뮌히는 루만이나 하버마스와 같은 비판적인 국가 통합과정(예컨대 “생활세계의 식민지화” 등)을 국가간 통합과정은 겪지 않는다고 한다. 그의 설명에 따르면 국가간 통합은 고전적인 문화이론에서 주장하는 문화충돌이나 문화갈등과 같은 시민 개개인의 인지적 통합과정과 달리 선별적인 통합목적과 대상으로 구체화된다. 예컨대 경제적 통합, 정치적 통합, 문화적 통합, 시민 연대적 통합 등과 같다.⁹⁹⁾ 그는 국가간 통합에 대해 낙관적인 견해를 가지고 있었다. 그에 따르면 시민 상호간의 인식적 승인의 문제도 중요하지만 여행자유화나 국가 이외의 시민단체간 국제적 통합과 연대와 같은 요소는 근대 사회의 기본적인 특징이라고 말한다.¹⁰⁰⁾ 그의 이론에 따르면 통합은 세 단계로 이루어질 수 있다.¹⁰¹⁾ 첫째 단계는 자유주의적 자본주의와 복지국가의 통합이다. 이러한 통합은 가장 갈등과 마찰이 적을 수 있는 모델이다. 둘째 단계는 복지국가 기능을 확대하기 위한 통합으로 여기서는 경제, 민주주의, 법치국가성 등의 개별 규정들이 통합되는 단계이다. 이 단계에서 개별 국가내의 경제적 불평등이나 인종적 갈등 등이 상호적인 양해와 배려로 점진적으로 사라질 수 있다고 한다. 마지막 단계인 통합은 자유주의와 복지국가, 그리고 궁극적으로는 민족국가를 넘어서서 다원

98) Imbusch/Rucht, Integration und Desintegration in modernen Gesellschaften, in: Heitmeyer/Imbusch(Hrsg.), 위의 책, 32 이하.

99) Münch, Elemente einer Theorie moderner Gesellschaften. Eine Bestandsaufnahme, in: Heitmeyer(Hrsg.), *Was hält die Gesellschaft zusammen?* 1997, 66 이하.

100) Münch, *Nation and Citizenship in the Global Age. From National to Transnational Civil Ties*, Palgrave 2001. 이러한 관점은 중요하다. 그 이유는 다수의 독일적인 태도는 뮌히의 생각과 언제나 반대로 나타나기 때문이다.

101) Münch, *Globale Dynamik, lokale Lebenswelten. Der schwierige Weg in die Weltgesellschaft*, 1998, 117

적 민주주의의 이념에 따른 국제사회를 건설하는 단계이다.¹⁰²⁾

뮌히의 견해는 지나친 낙관론이라는 비판도 만만치 않다.¹⁰³⁾ 그럼에도 불구하고 그의 이론이 다시 평가될 수 있는 이유는 유럽연합의 실질적 통합과정에 대한 보다 구체적인 방안이 함께 제시되고 있다는 이유에서이다. 그는 개방적 경제체제 확립이나 개별 시민단체의 참여확대, 지속적인 개별 체계간의 비교 등의 전략을 통해 실질적으로 어떤 통합모델이 시민주체간에 선택되고 있는가를 제시하고 있다. 로칼, 지역, 국가, 초국가, 세계 공동체 등으로 발전하는 “다원적 네트워크 공동체”(Mehrebenennetzwerkgesellschaft)가 현재 어떤 수준까지 와 있는가를 생각해보면 그의 이론이 오히려 더 현실적인 분석이라는 생각을 하게 만든다. 그의 이론은 어떤 면에서 사회이론들의 이론 모형 중에서 구조기능 체계이론의 관점을 충실히 따른다고 볼 수 있다.¹⁰⁴⁾

요컨대 유럽형사사법 통합과 더 나아가서는 국제형사사법의 구상은 전통적으로 형사법 규범의 제정 권한과 그 관할권 내의 적정 실현이라는 현실주의적 프레임으로는 충분히 설명되기 어렵다. 전통적인 형사관할권 설명은 사회이론 안에서는 고전적 가치관련 이론(예를 들어 존 듀이나 허버트 스펜서 등)이나 사회계약론(홉스나 록크 등)에서 비롯된다. 그렇기 때문에 관할권에 대한 생각은 비교적 전근대적인 이론 모델에 근거하고 있다. 근대 사회이론들의 발전을 감안하여 본다면 관할권과 주권의 문제는 승인이론이나 구조기능주의적인 관점 등에서 재평가해볼 수도 있다.¹⁰⁵⁾ 그렇기

102) Münch, Offene Räume. *Soziale Integration diesseits und jenseits des Nationalstaats*, 2001, 25, 154 이를 “Dritte Moderne”라고 부른다.

103) 바이마르 공화국의 실험적인 자유민주주의는 제2차 세계대전이 종료되기까지는 독일지역에서 결코 성행하지 않았다. ‘제국’(Reich)이라는 단어가 말해주듯이 실제로는 프리드리히 2세에서 비스마르크, 루덴도르프, 힌덴부르크로 이어져서 결국 히틀러에서 종말을 맞게 되는 ‘관현국가’(Obrigkeitsstaat)적인 관행은 당시 보편적인 정치이념이었기 때문이다. 비스마르크가 ‘제국의 적’이라고 부르던 사회주의, 자유주의, 가톨릭 교회 등의 목록만 봐도 분명하다.

104) Imbisch/Rucht, 위의 글, 59.

105) 법철학에서 “승인설”과 같은 고전적 이론들은 여기서 말하는 승인이론과 다르다. 고전적 형사법의 이론들은 주로 개인적 규범적응과 자기의무와 규범적 인지 등을 근거로 하는 규범적응 태도와 반가치 판단을 대상으로 한다. 그렇기 때문에 16세기 귀속론의 관점은 지금도 유지된다. 이는 사회이론으로 볼 때 고전적인 통제이론에 적합한 설명이다. 이 이론들의 근본 문제는 규범승인과 자기의무화라는 내적 태도가 어떻게 발생하는가에 대한 설명이 전혀 없다는 점이다. 예컨대 폭력이라는 외적 행위태도는 반드시 반규범 또는 반사실적 가치결정으로 평가될 이유는 없다. 내적 심리와 외부적 언어적 표상, 그리고 그에 대한 절차적 재구성에 대한 검토가 결여된 상태에서 내려지는 결정(판결)은 언제나 공허할 수 있다. 더욱이 이러한 설명방식은 개별적인 요소들을 존재적으로 접근하고 있다는 공통적인 결함을 가지고 있다. 최근의 승인 이론들은 승인태도에 대한 인지적 반응까지 다루는 보다 발전적인 형태를 보인다.(A. Honneth, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp 1992)

때문에 거버넌스 개념은 유익할 수 있다. 특히 평화 구상을 위한 거버넌스 모델의 유용성은 분명하다.¹⁰⁶⁾ 형사제재도 수직적 권력 작용에서 수평적 화해제도(회복적 사법)로 변화하고 있다는 현상도 감안해야 한다.¹⁰⁷⁾ 나는 이러한 관점들을 고려할 때 국제형사사법 구상은 이론적으로는 충분히 가능성 수준에 들어왔다고 믿는다.

제3절 통합 형사사법을 위한 논의

1. 개요

통합 형사사법의 기본적인 생각은 이미 1952년 독일 학자 예췌(Hans-Heinrich Jescheck 1915-2009)에 의해 강조되었다.¹⁰⁸⁾ 그러나 국제형법은 대륙 형사법 이념과 충돌한다. 특히 실제 형법의 정치적 거리감을 존중하는 대륙 형사법 이론들은 개별적으로 명확성 원칙이나 책임 원칙과 충돌될 수 있다는 점에서 거부감을 가지고 있다. 형사법학자들은 유럽형법을 일반적으로 승인된 집합개념으로 본다. 즉 유럽형법을 유럽연합의 활동을 위한 실제법규와 절차법규의 단순 집합으로 이해하는 것이다.¹⁰⁹⁾ 유럽형사법은 유럽평의회와 유럽의회에서 제정한 규범들과 유럽인권재판소의 판결 등에 의해 확정된 법원칙들이다. 마스트리히트 조약과 암스테르담 조약, 그리고 리스본 조약 등에서 확정된 일반원칙들은 유럽형사사법의 구체적 내용들이 된다. 특히 중요한 위치를 차지하는 암스테르담 조약은 쉥겐 조약의 역할을 유럽연합 회원국들

106) 중국과 대만의 평화구상에 대한 거버넌스 모델을 통한 분석은 최은석, 중국과 대만의 분단상황 관리법제 분석, 양안관계에 대한 글로벌 거버넌스의 관여, 통일문제연구 제59호(2013), 297-328, 특히 314 이하. 또한 기후변화와 관련된 거버넌스의 문제는 국제법적으로는 더욱 진지한 성과를 내고 있다. 정서용, *글로벌 기후변화: 거버넌스와 국제법*, 박영사 2011, 23 이하.

107) 회복적 사법에 대한 논의는 그동안 형사 제재의 강제에서 화해로의 변화를 중심으로 논의되었다. 그러나 회복적 사법은 원래 정치적 신뢰구축을 기반으로 형사제재 참여자들의 권한 확대와 수평적 관계회복을 전제로하는 프로그램이다. 일종의 형사법의 주권에서 거버넌스로의 이행과정으로 볼 수 있다.

108) H.-H.Jescheck, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Ludwig Rührscheid Verlag 1952, 11.

109) 김정환, EU 형사법, 박덕영 외, *EU법 강의*, 박영사 2010, 486 이하.; 같은 견해로는 전지연, 유럽연합에서의 형사법체계에 관한 연구, 형사법연구 제15호(2001), 310 이하. 이러한 견해를 공유하는 Hecker, *Europäisches Strafrecht*, Springer 2007, 24.; 반면에 그 필요성을 인정하는 견해로는 Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 6. Aufl., Nomos 2013, 90.

모두에게 통합시켜 형사법 사안에 대해 경찰과 사법 협력의 차원을 그 전보다 훨씬 높였다. 그러나 구속력의 문제에 대해서는 이행조치의 국내법으로의 변환(비준 등)을 전적으로 회원국들에게 위임한다. 쉽게 말하면 유럽형사사법을 위한 규범을 제안되었지만 그 효력은 회원국의 개별적인 승인에 달려있다는 것이다. 개별위임 원칙이 강조되는 한, 통합 형사사법을 위한 구체적인 과정은 여전히 잠정적이다.

실제로 유럽 연합의 통합형사법 구상은 1975년 유럽위원회의 비공식 조직인 TREVI (Terrorism, Radicalism, Extremism, Violence International)로부터 시작한다.¹¹⁰⁾ 이 그룹은 유럽 형사사법 통합을 위해 활동했다. 유럽연합 조약(TEU)이 체결되면서 활동은 종료된다. 1990년 쉥겐 조약이 체결되면서 유럽연합 회원국간의 형사사법 공조를 넘어선 광범위한 협력이 논의되기 시작한다.¹¹¹⁾ 또한 ECPI(European Criminal Policy Initiative)와 유럽 형사사법 대체안을 준비한 워킹그룹의 활동이 있다. 그리고 2002년 스페인의 세비아에서 열린 이사회에서 회원국간의 구속영장과 범죄인 인도 및 수사절차를 위한 합의가 도출되었다. 곧이어 유럽경찰(Europol)의 창설을 논의하기 시작했다. 이러한 하부 기구들의 활동과정은 유럽 형법의 미래를 긍정적으로 보게 했지만 여러가지 상황을 인하여 아직은 답보상태이다.

그러나 이전에 확립된 국제적인 조약들의 기본 사항들은 유럽형법과 관련없이도 국제적인 규범으로 인정된다. 예를 들어 반인권적 행위 금지¹¹²⁾나 테러범죄의 금지¹¹³⁾, 국제적인 금융거래에 대한 공동의 형사법적 노력 원칙¹¹⁴⁾과 같은 내용은 다자간 조약들과 2000년 로마 국제 형법(로마규정, Corpus Juris)¹¹⁵⁾의 일부 내용 등은 지금도 공동의 형사규범으로 인정될 수 있다.¹¹⁶⁾ 유럽 형법과 형사사법 체계를 준비하

110) M.Rozmus/I.Topa/M.Walczak, *Harmonization of Criminal Law in the EU Legislation, The Current Status and the Impact of the Treaty of Lisbon*, 1.

111) 신의기, 위의 책, 89.

112) Universal Declaration of Human Rights of UN, 1948; Declaration on the Rights of Disabled Persons of UN, 1975; Declaration of the Rights of the Child, 1923 등.

113) International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings of UN, 1997; Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Intentionally Protected Persons, including Diplomatic Agents of UN, 1973; International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism of UN, 1999 등.

114) Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EG, 1995 등.

115) Corpus juris 2000은 총 36개조로 구성되고 6개의 범죄구성요건과 형사절차를 주요 내용으로 한다. 주로 사기와 뇌물행위, 직권남용, 돈세탁과 장물행위 등을 포함한다.

116) H.Rosenau, 위의 글, 11.

는 다양한 노력들이 먼저 해결해야 하는 사안들은 첫째 규범화과정에 대한 민주적 승인을 어떻게 확보할 것인가와 둘째 형사 관할권의 보편화와 그 한계, 셋째 유럽 공동 형사법 규정과 회원국 형사법 규정의 관계성(소위 동시처벌규정), 넷째 법치국가 원칙에 따른 형사법의 개별원칙들의 보장성 문제 등이다. 형사법규범의 창설과 그 승인과정에 대한 논의는 별도로 진행되지는 않았다. 아마도 이에 대한 논의는 기존 이론에 따르고 있는 듯하다.

2. 민주적 정당성 문제

현대 민주주의 이론에 따르면 유럽형법은 직접 유럽시민들에 의하여 합의되어야 한다. 그러나 유럽형법은 회원국 시민들을 대표하는 의회 또는 정부 대표단의 간접 대표권한만 인정될 수 있다. 유럽의회가 형성되어 운영되고 있기는 하지만, 유럽의회는 회원국 의회와 동일하다고 평가하기는 어렵다. 그런 측면에서 유럽형법의 문제점을 지적할 때 빠짐없이 등장하는 논증이 바로 유럽형법의 민주주의 원칙성 결핍이다. 형법을 ‘의회의 법률’(lex parlamentaria)이라고 전제할 때 더욱 그렇다.¹¹⁷⁾ 전통적인 관념에서 형법은 민주적 절차에 따른 법치국가 원칙을 준수하는 경우에만 정당하다. 유럽형법은 이런 측면에서 민주적 정당성이 결핍되었다는 지적이 있다.¹¹⁸⁾ 이 민주적 정당성의 결핍은 구조적으로 해결되기 어렵다. 요점은 각 회원국을 대표하는 정부당국자들의 결의로 유럽형법의 기본안이 제정되면 소위 의회주의원칙이 훼손될 수 있으며, 이는 권력분립원칙을 존중하는 현대 민주주의의 기본 정신이 침해될 수 있다는 것이다.¹¹⁹⁾ 쉬네만(Bernd Schünemann)은 이를 “구데타 정부의 무력을 통한 장악”과 유사한 것으로 설명한다.¹²⁰⁾

117) B.Schünemann, Die Grundlagen eines transnationalen Strafrechts, in: ders(Hrsg.), 위의 책, 95.

118) U.Sieber, in: Schünemann/Suarez(Hrsg.), *Baustein des Europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, 127, 349 이하. 최근에는 유럽형법의 민주적 정당성 결핍 자체 보다는 회원국 주권의 제한 문제로 설명한다. 예컨대 K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2006, 379 이하; Hecker, *Europastrafrecht*, 2005, 84 이하; Satzger, 위의 책, 132, 135 이하.

119) 유럽연합 입법권한은 유럽의회의 권한이다. 그러나 리스본 조약 제16조 제1호에 따르면 “이사회는 유럽의회와 연대하여 법률을 제정하고 예산을 집행한다.”라고 규정하고 있다. 또한 제47조 이하 최종규정에서도 조약 개정안의 제출권한이 회원국 정부, 의회, 위원회가 유럽이사회에 송부하며 이사회가 실질적인 개정에 개입하도록 규정되어 있다. 이는 조약의 원리상 정부의 권한을 배제할 수 없기 때문인 것으로 해석된다.

유럽헌법의 실패로 인해 이와 같은 비판은 더욱 강해지기는 했다.¹²¹⁾ 유럽헌법을 대체하고 있다고 평가되는 리스본 조약 제4조는 제1호와 제5조 제2호는 연합에게 부여하지 않은 권한은 회원국에게 남아 있음을 규정하고 있다. 그러므로 연합의 회원국 권한 양도와 회원국의 권한 포기는 유럽헌법이 보장한 것보다는 훨씬 제한된다. 유럽헌법과 관련된 권한 역시 전통적인 국가간 조약에 의한 회원국 의회의 개별적 비준 여부에 따라 민주적 정당성을 확보하게 된다. 특히 제4조와 제5조에서 명시하고 있는 보충성 원칙과 비례성 원칙의 의미는 연합 차원의 입법에 대한 제한으로 해석할 수도 있다. 회원국의 형법으로 규제가 가능한 경우는 연합 형법은 보충적으로 제한된다. 이로써 전통적인 방식의 형법적용과 해석이 유럽연합 차원에서도 지속되었다. 이를 통해 확립된 원칙은 유럽헌법을 위한 “동시처벌성”(dual criminality; double criminality; mutual recognition) 이다. 이 원칙은 처벌상황이 발생한 국가의 형법과 행위자가 속한 회원국 형법 모두 동일한 범죄 구성요건을 가지고 있어야 한다는 원칙이다. 그러므로 유럽헌법은 언제나 회원국 의회의 입법권에 따라 운명이 갈리는 종속적 지위를 가지게 된다.

여기서 통합 유럽헌법을 위한 권한이 다시 문제된다. 독일 연방헌법재판소의 결정에서도 확인되듯이 단일 국가의 민주적 정당성의 과정은 이와 다르게 구성된 초국가적 공동체로 바로 이전될 수 있는 것은 아니다.¹²²⁾ 이 결정에서 확인된 것은 유럽헌법은 유럽시민의 형성의 여부와 유럽시민들에 의한 민주적 정당성을 확보하지 못하고 있으며, 일반 조약의 비준에 따른 국제법적인 의무만 현재로서는 인정할 수 있다.¹²³⁾ 리스본 조약에 따른 초국가적 형법의 정당화를 인정할 수 있는 조건들은 일부 회원국들의 입장에서는 처음부터 제한적이다. 지버 교수는 유럽헌법이 민주적 정당성을 확

120) B.Schünemann, 위의 책, 96.

121) U.Sieber, JZ 1997, 369 이하; Hassemer, KriV 1999, 134 이하; Hefendehl, in: FS Lüderssen, 2002, 411 이하; Prittwitz, ZStW 113(2001), 774 이하.

122) BVerfGE 89, 155.(다르크자니 사건) “민주주의 원칙은 독일 연방공화국이 - 초국가적 조직인 - 다국적 공동체의 회원국되지 말아야 한다는 것은 아니다. 그러나 회원의 조건은 한 민족에서 유래된 정당성과 영향력이 국가연합에서도 유지될 수 있어야 한다.”(Das Demokratieprinzip hindert die Bundesrepublik Deutschland nicht an einer Mitgliedschaft in einer - supranational organisierten - zwischenstaatlichen Gemeinschaft. Voraussetzung der Mitgliedschaft ist aber, daß eine vom Volk ausgehende Legitimation und Einflußnahme auch innerhalb des Staatsverbundes gesichert ist.)

123) BVerfGE 89, 157. 더 자세한 분석은 Sieber, 위의 책(주 47), 86 이하; 이를 근본적인 약점이라고 지적하는 견해로는 H.Rosenau, 위의 글, 13.

보하기 위한 요건을 “(1) 모든 유럽 시민에 의해서 선출된 초국가적 의회, (2) 개별 국가의회의 초국가적 입법절차에의 참여, (3) 민주적으로 정당화되는 행정부가 국제 기구의 의사결정위원회에 참여, (4) 개별 국가의 의회에 의한 초국가적 기구에 대한 사전의 수권부여, (5) 개별 국가의 의회에 의한 국제적 기구 결정의 추후 실행” 등으로 제안한다.¹²⁴⁾

지버는 특히 (1)의 경우 리스본 조약이 유럽의회의 입법권한을 충분히 규정하고 있기 못하기 때문에 불완전하다고 한다. 예를 들어 TEU 제17조 제2항은 유럽의회가 법령제안권을 결여하고 있음을 확인해주고 있다. TFEU 제294조에 의해 이사회와 법원에 대한 거부권만을 가지고 있는 의회의 성격은 완전한 의회의 기능으로 보기는 어렵다. 그러나 이러한 규정들이 유럽의회가 입법권한 또는 결정권한을 불완전하게 가지고 있다라고 바로 판단하기 힘들다. 왜냐하면 개별 회원국의 정치적 관계에 따라 규범화되는 헌법과 형사법 질서의 정당화 과정과 회원국들의 대의적 결정에 따라 체결된 초국가적 연방형태의 절차적 정당화 과정은 어떤 면에서 다를 수 있다. 예컨대 독일 헌법 제23조의 규정 해석과 유럽연합 구성조약의 규범적 관련성 해석을 독일 연방헌법재판소에서 내리는 것과 리스본 조약에 따라 구성된 유럽의회와 이사회가 어떤 공동적인 사안을 그 구성적 절차에 따라 결정하는 과정은 별개일 수 있기 때문이다. 요컨대 민주적 정당성을 문의하는 것은 각기 다른 “모듈”에 따라 결정될 수도 있다. 한 국가 내에서도 정치적 결함인 국회의 결정 모듈과 회사 내의 주주총회에서 결정하는 모듈은 각기 다르게 설계되어 있지만, 여기서 제도 자체의 민주적 정당성을 문제 삼지는 않는다.¹²⁵⁾

결국 리스본 조약 제50조의 회원국들의 개별 사안에 대한 선택적 이탈권(opt-out)을 보장하는 한에서, 그리고 리스본 조약의 원칙에 따른 보충성과 비례성 등이 충족되는 한에서는 민주적 정당성을 특별히 문제있는 것으로 보는 것은 지나친 해석이다.¹²⁶⁾

124) Sieber, 위의 책, 87.

125) 더 자세한 설명은 C. Calliess, *Die neue europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon. Ein Überblick über die Reformen unter Berücksichtigung ihrer Implikationen für das deutsche Recht*, Mohr Siebeck 2010, 164 이하.

126) Sieber, 위의 책, 92 이하는 다소 소극적이지만 전제 조건이 충족되는 경우 유럽형법의 민주적 정당성을 긍정한다. 앞으로 논의되겠지만 유럽형법은 개별 국가의 형법처럼 광범위한 모든 구성요건을 내용으로 하는 것이 아니라, 일부 회원국들에 의해 선정된 구성요건과 형사소송절차에 국한된다는 측면에서 볼 때 더욱 그렇다. TFEU 제83조.

그러나 세부적인 형사법 원칙과 이론 적용에서는 복잡한 문제가 발생할 수 있다. 특히 유럽형법의 기본 구성요건 중에서 TFEU 제325조의 사기죄에 대한 회원국 형사법 이론들의 상이함으로 인하여 새로운 논란이 지속되고 있다.

2005년 유럽사법재판소는 형사법 권한과 관할권의 문제에 중요한 결정을 내린다.¹²⁷⁾ 전통적으로 유럽사법재판소는 회원국의 형사법 적용상의 한계가 있지만, 환경은 TEU 제174조가 정하는 공동체의 중요한 이익이므로 형사법적인 조치가 회원국에게 요구된다는 입장을 가지고 있었다. 이태리에서 발생한 푸피노(Pupino) 사건은 어린이 집 교사인 푸피노가 상습적으로 아동들을 학대한 사건이다. 문제는 이태리 검찰은 수사를 하면서 아동들의 유약한 심리상태를 감안하여 법원 밖에서 사전 증언을 채증했다. 이후 법정에서 푸피노 측은 법정 외에서 한 증언방식이 성폭력 범죄에만 국한하고 있는 이태리 형사소송법을 위반(제398조 제5항 a) CCP)하고 있다고 주장한다. 이태리 검찰은 암스테르담 조약에 따른 유럽연합 기본 명령(Framework Decision)에 따라 아동증언 채증방법 위반에 대한 적법성을 주장하며 유럽사법재판소(Court of Justice)에 이를 문의했다. 유럽연합 기본결정 제2조는 다음과 같다. “모든 회원국들은 형사피해자들이 형사절차에서 실질적인 역할을 할 수 있도록 노력한다. 지속적으로 형사 피해자들이 형사소송에서 적정 절차를 통해 개인의 존엄성을 존중받을 수 있도록 노력하고 형사절차에서 특별한 주의를 다하여 피해자의 권리와 정당한 이익을 인정받을 수 있도록 노력한다.”

유럽사법재판소는 기본결정에 따라 이태리 형사소송법상 성폭력범죄자에 대해서만 법정 외 증언을 받을 수 있도록 하는 절차규칙은 유럽연합 기준에 맞게 재해석되어야 했다.¹²⁸⁾ 이는 개별 회원국의 형사법적인 관할과 권한을 유럽연합에서 직접 조절할 수 있다는 것을 의미한다. 이와 같은 유럽형법의 회원국 형법에 대한 우월성 인정 결정에 대해 많은 비판이 있었다. 특히 회원국 법률과 유럽공동체 법률의 균형관계에 대한 지적이었다.¹²⁹⁾ 그러나 이태리 법무장관 코코트(Kokott)의 법정 감정과 함께

127) EuGH, Große Kammer, Urteil vom 16.6.2005-C-105/03; JZ 2005, 838 = NJW 2005, 283.

128) 특히 논점은 TEU 제34조 제2항에 따르면 기본결정 사항 결정을 위한 회의에 참석하지 않은 회원국들도 그 결정을 준수한다는 규정의 효력이다. S.Lorenzmeier, Der Rahmenbeschluss als Handlungsform der Europäischen Union und seine Rechtswirkungen, ZIS 12/2006, 576-582

유럽사법재판소는 푸피노 사건에서 기본결정을 존중하는 것이 유럽연합의 회원국으로서의 기본 신뢰를 지키는 것이라고 결정한다. 국제 조약은 국제법에 따라 자국의 헌법과 합치되는 경우에 한해서 제한적으로 국내법적인 지위를 인정받는다라는 기존의 설명은 지속된다. 이러한 설명이 법이론적으로는 부적절하다는 반대 주장이 대립되고 있다.¹³⁰⁾ 이 사건에 대한 유럽 회원국들의 일반적인 법해석은 유럽공동체 조약은 회원국 법률의 해석을 위한 일정한 해석지침이라는 소극적인 태도가 다수로 보인다.¹³¹⁾ 회원국 형사주권을 포기하였다는 결론은 시기상조다.

이를 반영하듯이 같은 해에 발생한 “다르카자니(Darkazanii) 사건”에서 독일 연방 헌법재판소는 유럽연합의 독일 시민에 대한 체포영장의 효력을 부정하였다. 911 사건 관련 테러범죄자로 지명되어 유럽연합 검찰의 체포영장이 발부된 시리아계 독일인 다르카자니는 독일 함부르크에서 체포되었다. 이 사건을 주관한 스페인 법원으로 이 송될 것을 요구하였으나, 다르카자니 변호인들은 독일 시민으로서의 헌법상 지위는 유럽연합의 체포영장으로 훼손될 수 없다는 주장을 했고, 직접 근거로 독일 헌법 제16조를 주장했다. 헌법재판소는 이를 인정하여 유럽 검찰 영장은 독일 내에서 형사법적 권한이 없다고 결정한다.¹³²⁾ 두 사건에 대한 유럽연합 회원국들의 평가는 여전히 진행 중이다. 필자의 생각에는 연합조약의 효력에 대한 법명제적인 관계는 분명히 회원국의 준수 의무를 지시할 수 있어 보인다. 그럼에도 불구하고 회원국들의 소극적인 반응은 전통적인 관할권 전능설에 따른 주권개념에 집착¹³³⁾을 못 버리고 있기

129) S.Lorenzmeier, 위의 글, 579 이하 참조. 다른 자료로는 Herrmann, *Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung*, Duncker & Humblot 2003, 104 이하.

130) S. Lorenzmeier, 위의 글, 579; Fetzer/Groß, EuZW 2005, 551

131) EuGH, Urt. V. 4.7.2006, Rs.C-212/04(Andeler 사건)은 이를 다시 확인해 주었다.

132) BVerfGE 89, 155. 기본결정의 제한적 효력에 대한 주장은 G.Dannecker, Jura 2006, 99. 그러나 이 결정은 이후 BVerfGE 111, 307과 모순되기도 한다. 이후 결정에서 독일연방헌법재판소는 인권협약 등 국제조약에 따른 우호적 결정을 내린 바 있다. 이 사건에 대해서는 제4장에서 다시 논한다.

133) Moosmayer, Wistra 2007, 91은 2002년 개정된 유럽연합의 반독점 카르텔법(Verordnung EG Nr.1/2003) 위반사건에 대한 평가에서 카르텔 규제법의 벌금형에서는 “범죄적 성격”(keiner strafrechtlichen Charakter)이 발견되지 않는다고 지적한다. “범죄적 성격”이란 행위와 처벌의 형사규범(명제)적 적합성을 지시하는 것이지 특별한 존재론적 범죄성향을 의미하지 않는다는 것이 현대적 인식의 결론이다. 그는 전통 도덕주의적 이해를 하고 있을 뿐이다. 이러한 분석은 독일을 포함한 대륙법 형사법학자들에게 빈번하게 발견된다. 같은 현상은 Rosenau, 위의 글, 9 이하는 유럽 행정법상 제재규범들은 “유사 형사법적 성향”(quasi-strafrechtlicher Charakter)을 가지고 있다고 한다.

때문인 것 같다. 여기에는 회원국 내 정치적인 관계도 고려해야 한다. 유럽연합 통합 이념에 대한 유럽시민들의 동의는 회원국 내부의 정치적인 이해와 관련된다. 그렇기 때문에 유럽연합에 관계된 사안에는 다양하고 복잡한 변수가 작용한다. 즉, 통합 형사 사법의 성공여부는 여전히 유럽연합 시민들의 이해수준에 달려있다.

3. 법치주의 이념과 관할권¹³⁴⁾

관할권에서 다시 생각해 봐야 하는 것은 법치주의 원칙의 유럽연합 내의 실질화이다. 실질적 법치국가 이론은 법률을 통한 지배를 정당화한다. 여기서 법치의 개념은 규범과 구성원칙을 모두 포함한다. 관할권과 관련된 마지막 검토사항은 이 원리가 푸피노 사건과 다르카자니 사건의 차이점에 대해 어떤 지침을 줄 수 있는가이다. 범법제적인 관점에서는 유럽연합의 우월적 관할권은 회원국들이 준수해야 한다. 그럼에도 불구하고 그 규범의 정당성을 다시 회원국의 집행영역에서 재논의하는 것은 마치 연방법원의 결정에 대해서 주법원이 거부하는 것과 유사하다.¹³⁵⁾ 2006년 장 모네 강연에서 바로소(Jose Manuel Barroso)는 유럽통합의 기본 이념은 법치주의를 존중하는 것을 통하여 이루어져야 한다는 것을 강조한 바 있다.¹³⁶⁾ 로마 조약에 의해 설립된 유럽형사사법 재판소의 기본 정신과 “Costa v. Enel 사건”의 결정에서 확인할 수 있는 것은 유럽통합에 관한 조약들이 전통적인 일반 조약과 달리 회원국들의 법체계를 실질적으로 재조정하는 효력을 가진다는 점이다.¹³⁷⁾ 이러한 관점은 유럽재판소의 다음과 같은 견해에서도 확인할 수 있다.

134) 관할권은 통상적으로 입법관할권, 집행관할권, 재판관할권으로 구분한다. 이는 이분법과 삼분법 등으로 각각 다시 나뉘기도 한다. 이 글에서는 구체적인 구분없이 관할의 개념을 영미법의 jurisdiction 독일법의 Kompetenz를 의미하는 것으로 주로 집행관할권을 중심으로 설명한다. 필요한 경우만 입법관할권과 재판관할권, 집행관할권을 구분하기로 한다.

135) 사법제도의 역사에서 연방법원 또는 상급법원의 결정은 반드시 하급법원을 구속하는 것은 아니다. 이를 위한 규범적인 강제에 반대되는 사례는 생각보다는 많다. 그렇기 때문에 하급법원에 대한 상급법원의 통제는 조건적인 관계일 뿐이고, 필연적인 관계는 아니다.

136) J.M.Barroso, Uniting in Peace: the Rule of Law in the European Union, Jean Monnet Lecture, EUI Florence, 31. March 2006. 4.

137) 이러한 관점들은 주로 영국 학자들에서 볼 수 있다. 예를 들면 R. Dehousse, The European Court of Justice: the Politics of Judicial Integration, MacMillan 1998; K. Alter, Establishing the Supremacy of European Law: the Making of an International Rule of Law in Europe, Oxford University Press 2001.

“... 법이 조약으로부터 생성되어 독립적인 법의 원천이 된다는 것은 그 유일하고 근본적인 특징 때문에 개별 회원국의 법규정에 의해 침해받을 수 없으며, (유럽)공동체 법으로서의 성격을 박탈당하거나 공동체 자신이 스스로 문제삼기 전에는 별도로 다시 재해석되기도 어렵다.”¹³⁸⁾

이러한 원칙은 법치주의의 실질적 의미를 유럽연합 형성조약에도 재현하려는 듯한 인상을 준다. 유럽연합 공동체 조약들은 회원국 법과 동등한 지위를 보장받는다.¹³⁹⁾ 이에 따라 유럽재판소는 형사법의 몇가지 원칙들을 정립하였다.¹⁴⁰⁾ 첫째 유럽연합의 형사사법에 대한 지시권, 둘째 연합법 우위원칙, 셋째 유럽연합법과 합치한 해석 우선주의, 넷째 회원국들이 자발적으로 유럽연합의 가치를 보호하고 유지시키기 위해 자국 형사법과 행정처벌법을 원조한다는 “동화원칙”(Assimilierung) 등이다.

이 원칙들은 유럽형사사법재판소의 일부 결정과 판결에서 유지되고 있다.¹⁴¹⁾ 특별히 경제와 관련된 사법 영역에서는 “유럽연합법의 지배”(Community Rule of Law)가 더욱 인정되고 있다. 이와 함께 앞에서 언급한 푸피노 사건¹⁴²⁾에서 회원국 형사소송 법률보다 우월한 유럽연합법의 인정은 설명된다.(TEU 제4조 및 제6조)¹⁴³⁾ 게다가

138) “... follows from all these observations that the law stemming from the treaty, an independent source of law, could not, because of its special and original nature, be overridden by domestic legal provisions, however framed, without being deprived of its character as community law and without the legal basis of the community itself being called into question.” *Costa v. ENEL*

139) A. Williams, *The Ethos of Europe. Values, Law and Justice in the EU*, Cambridge University Press 2010, 79.

140) 김정환, 위의 글, 499 이하.

141) Case C-6/90 and C-9/90 *Francovich and Others* [1991] ECR I-5357 para.35; Case C-392/93 *British Telecommunications* [1996] ECR I-1631, para. 38; Case C-5/94 *Hedley Lomas* [1996] ECR I-2553. para. 24.; Case C-188/94, C-189/94 and C-190/94 *Dilenkofer and Others* [1996] ECR I-4845, para. 20; Case C-127/95 *Norbrook Laboratories* [1998] ECR I-1531, para. 106.

142) Case 105/03, *Criminal proceedings against Maria Pupino* [2005] ECR I-5285 para. 42.

143) T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2nd. Ed., Oxford University Press 2006, 24 이하. 이러한 문제가 법이론적이라기 보다는 역사적이라고 평가한다. 특히 독일법이론들은 제2차 세계대전 이후 자연법론에 의해 형성되었다. 그로 인하여 유럽연합법 구성에 독일법원칙과 이론들은 결정적인 영향력을 미치고 있다. 사실 오늘날 원칙으로 인정되는 평등성이나 법을 통한 행정지배 등의 원리들은 제2차 세계대전 이전에는 별로 중요하지 않았다. 반면에 프랑스 법원칙들은 조약과 행정법 원리들에 많은 영향을 미쳤다. 그 이유는 이미 19세기 유럽은 프랑스 행정법원리에 따라 형성된 법이념에 익숙했기 때문이다. 예컨대 조약 비준을 통한 자국 법 이입원리는 프랑스 행정법의 기술이다. 영미법은 상대적으로 유럽연합법 형성에 많은 영향을 미치지 못했다. 그 이유는 영국과 아일랜드가 유럽연합에 소극적이기도 했지만, 법체계상 보통법은 독일과 프랑스 법원리에 비해서 특정한 원칙을 제공하기 쉽지 않았기 때문이다.

1963년 반 겐트와 로스(Van Gend and Loos) 판결¹⁴⁴⁾과 1978년 지멘탈(Simmenthal) 판결¹⁴⁵⁾에서도 정립된 유럽법의 회원국법에 대한 직접 우위성¹⁴⁶⁾이 다시 강조된다. 그럼에도 불구하고 유럽연합법에 대한 형사법 영역에서의 직접 적용은 여전히 소극적이다. 법치주의나 민주주의 원칙의 기본적인 기능은 동일한 사안의 동일처별 원칙이나 법적 예측가능성 등을 확보하기 위하여 필수적이다.¹⁴⁷⁾ 그렇지만 형사관할권이나 직접적인 형사규범의 효력범위를 결정하는 원리로 법치주의 원리는 제대로 기능하지 않고 있다. 여기서 법치주의 원칙에 대한 설명이 조금 더 필요할 수 있다.

우리 주변에는 주권국가의 법률이 국제적인 조약과 규칙에 따라 변경되는 것을 쉽게 볼 수 있다.¹⁴⁸⁾ 만약에 주권이나 관할권 같은 개념을 존재적으로 보지 않고 행위자들의 실질적인 참여행위를 중심으로 설명하면 소위 “상호 구성 개념”(mutual constitution)을 통해 새로운 접근이 가능하다.¹⁴⁹⁾ 이러한 설명에 따르면 1) 구조적 상태조절, 2) 사회문화적 상호작용, 3) 구조적 동화의 순서로 개별 행위자의 행동이 분석될 수 있다. 우리는 앞에서 평화라는 이념을 극대화하기 위한 모델로 유럽연합의 형성을 확인했다. 마찬가지로 80년대 GATT 협정과 TRIPs 협정에 격렬한 반대를 하던 제3세계 국가들은 — 미국의 소위 수퍼 301조에 대한 위협 때문이기는 했지만 — 이러한 구조적 변화는 제도주의적인 한계를 넘어서는 ‘규칙’의 의미를 재해석할 수 있게 해준다.¹⁵⁰⁾

144) Case 26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR.

145) Case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal EpA* [1978] ECR 629.

146) P. Pescatore, The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law, *European Law Review* Vol.40. No.2(2015), 135 이하.

147) B. Wägenbauer, Court of Justice of the EU. Commentary on Statute and Rules of Procedure, C.H.Beck · Hart · Nomos 2012, Intro 2 이하.

148) 이미 저작권법 위반이나 불공정행위에 대한 국제적 규제, 정보통신 분야에서의 외부적 규칙들은 주권국가의 법률이 존중하려고 하는 기본 가치를 쉽게 무력화시킨다. 자세한 S.Sell (남희섭 옮김), *초국적 기업에 의한 법의 지배*, 후마니타스 2003. 이 책은 특히 저작권의 관점에서 어떻게 영토주의를 유지하려던 개별 국가들의 법률들이 국제적 조약 앞에서 무너졌는가를 분석하고 있다.

149) A.Wendt, The Agent-Structure Problem in International Relations Theory, *International Organization* Vol. 41, No.3(1987), 335-370

150) S. Sell(남희섭 옮김), 위의 책, 172 이하. 특히 셀 교수는 이 저서에서 사적 권력의 전면 등장이라는 현상을 유의미하게 설명하고 있다.(252 이하) 이는 주권이나 관할권 같은 중심 개념이 실제로 행위참여자들의 주관적 인식에 따라 미시적으로 재편되는 추세를 말해주고 있다.

이런 관점에서 박찬운 교수의 다음과 같은 지적은 구성적 규칙에 의한 관할권 접근을 명확하게 해준다. “... 보편적 관할권은 원래 특정 국제범죄에 대해서는 어느 국가라도 통상의 관할권 행사요건 없이도 관할권을 ‘행사할 수 있다’는 개념(허용적 관할권)에서 시작했으나 제2차 세계대전 이후 국제범죄 관련조약의 체결 증가로 형성된 aut dedere aut judicare와의 결합으로 의무적 성격으로 변모해가고 있다 ...”¹⁵¹⁾ 이미 해적행위,¹⁵²⁾ 노예매매,¹⁵³⁾ 전쟁범죄,¹⁵⁴⁾ 인도에 반한 죄,¹⁵⁵⁾ 집단살해,¹⁵⁶⁾ 통화위조,¹⁵⁷⁾ 위험약물,¹⁵⁸⁾ 테러방지 및 처벌,¹⁵⁹⁾ 무력충돌하에서의 문화재 보호,¹⁶⁰⁾ 항공기 불법납치,¹⁶¹⁾ 고문방지¹⁶²⁾ 등에서는 보편적 관할권이 인정되고 있으며, 오스트리아, 벨기에, 네덜란드, 프랑스, 독일 등 유럽 국가들은 자국의 형법전에 보편적 관할권에 대한 인정 조문을 이미 규정하고 있다.¹⁶³⁾

소위 보편적 관할권은 원래 해적행위를 처벌하기 위한 것으로 유엔해양법협약 제 105조를 근거로 모든 국가의 해적행위소추권을 정하고 있다. 이는 매우 오래된 역사를 가진다.¹⁶⁴⁾ 보편적 관할권이란 해상경제권을 방해할 수 있는 해적행위를 해적을 제외한 경제이익을 가진 모든 국가들이 공동으로 진압하고자 하는 제도를 말한다. 이러한 보편적 관할권의 인정여부는 여전히 낙관하기는 어렵지만 지역간의 통합 사법영역을 형성하기 위한 미래적 단계임은 분명하다. 이상적인 제도인지 아니면 현실적이지만 시기상조인지에 대한 평가는 구체적으로 어떤 접근을 할 것인가에 달려 있다.

151) 박찬운, 위의 책, 70.

152) 1958 Geneva Convention on the Law of the High Seas, Art.19

153) 1915 Vienna Declaration of the Congress of Vienna.

154) 1949 Geneva Conventions

155) IMT Charter, Art.6(c); ICC Art.7 of Rome Treaty of 1990

156) 1948 집단살해 방지 및 처벌에 관한 협약

157) International Convention for the Suppression of Counterfeit in Currency of 1929

158) Convention for the Suppression of the Illicit Traffic in Dangerous Drugs of 1936

159) Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism of 1937

160) Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict of 1954

161) Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft of 1970

162) Convention against Torture of 1984

163) 박찬운, 위의 책, 155 이하. 특히 독일의 경우 국내적 연관이 없는 경우도 일부 국제법위반 범죄에 보편적 관할권을 인정하고 있어서(국제법위반범죄에 관한 법률 제1조), 2005년 체포영장에 대한 위헌판결과 대비를 이루고 있다.

164) 자세히는 박영길, *국제법상 보편적 관할권 개념 및 실천적 함의의 재고찰*, 서울대학교 박사학위 2009, 3 이하.

요컨대 보편적 관할권은 법치주의 원칙의 제도적 특성을 어떻게 이해하느냐 따라 평가될 수 있다.¹⁶⁵⁾

제4절 규범의 창설과 주권적 관할

형사법규는 한 사법권 영역 내에서 입법이라는 기술적인 절차에서 결정되지는 않는다. 이미 19세기 독일을 중심으로 한 규범과 법률간의 실질적 관계에 대한 논의들은 문언화된 법률이 어떤 과정과 절차를 통해서 구체적인 규범을 발견하는가에 대해 연구하였다. 그 중 형법에서 법규정과 규범의 관계를 연구한 학자는 칼 빈딩(Karl Ludwig Lorenz Binding 1841-1920)이다.

빈딩의 규범이론은 19세기에 법률실증주의와 사회주의적 형법학이 대립하던 시기에 등장한 이론이다. 시기적으로 보면 18세기부터 나폴레옹 법전의 영향으로 문언화된 입법을 중심으로 법현상을 설명하려는 생각과 사회학과 문언화된 법문언의 개념을 필요성이나 심리적 태도 등과 같은 요소로 해체시켜서 직접 사회현상과 연관시키는 해석을 시도한 생각의 미묘한 전선이 형성되고 있었다.¹⁶⁶⁾ 빈딩의 유명한 5권의 저작¹⁶⁷⁾에서 목표한 것은 과실범에 대한 형법적인 설명이다. 당시 과실범은 1871년 프로이센 형법전에 처음으로 등장한 주의의무위반 범죄유형 중의 하나였다. 과실개념은 로마법 이래로 의무위반으로 보기는 했지만 형법으로 처벌하지는 않았다. 보수적이고 권위적인 프로이센 제국의 성립과 함께 일반 의무위반이 직접적인 형사처벌의 대상이 될 수 있다는 설명들이 등장한다. 예를 들어 포이어바하(Paul Johann Anselm von Feuerbach 1775-1833)의 ‘일반 심리강제설’이나 리스트(Franz von Liszt 1851-1919)의 ‘사회방위적 형사법의 기능성’에 대한 이해는 일반인들의 심적 태도강

165) 유사한 지적은 R.Frau, Völkerrechtlich determiniertes Strafrecht., Zur internationalen Dimension deutscher Staatszielbestimmungen, Der Staat 5.3 Bd. Heft 4.(2014), 543 이하. 제한적인 입장은 G. Britz, Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 2015, 275-281.

166) A. Aarnio, *Denkweise der Rechtswissenschaft. Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung*, Springer 1979, 33 이하.

167) *Die Normen und ihre Übertretung Bd.I: Normen und Strafgesetze*, Leipzig 1872; Bd II: *Schuld, Vorsatz, Irrtum* Teil 1. und Teil 2., Leipzig 1914-1916; Bd III: *Der Irrtum*, Leipzig 1918; Bd.IV: *Die Fahrlässigkeit*, Leipzig 1919.

하나 사회적 안전필요성 등이 형벌대상으로 받아들여지게 되는 계기가 되었다. 빈딩은 이러한 흐름에 일정한 제한이 필요하다고 믿었다. 법학의 순수 사회이론화 현상을 반대했던 빈딩에게 이와 같은 모습은 받아들이기 어려웠다. 규범이론에 대한 연구가 의미하는 바는 사회현상에서 규범이 어떻게 시작되고 그 규범에 따른 사람들의 반응은 어떻게 형성되는지에 대해 기술하는 것이다. 그의 방법론은 다양한 과학적 분석이 가능하지 않았던 시기였기 때문에 역사문헌에 의존한다. 그가 과실개념을 중심으로 규범을 설명한 이유는 실질적으로는 과실규범에 대한 사람들의 판단과 평가의 결과가 공동체에서 승인되는 현상을 통해 규범을 설명하였기 때문이다.¹⁶⁸⁾

같은 맥락에서 오늘날 형법상 법익개념은 역사적으로 그의 설명에 의해 완성된다. 법익은 규범목록이며 법익목록은 모든 규범침해를 전부 포함할 수 없다. 그렇기 때문에 형법의 “편면적 성격”(fragmentarische Charakter)이 비롯된다.¹⁶⁹⁾ 여기서 법익과 규범의 관계성이 ‘이해’되고, 인위적으로 어떤 처벌필요성을 형법에 기능화시키는 것을 반대하는 이유가 된다. 요컨대 규범은 자율적으로 생성되는 것이지, 인위적으로 국가권력이 강제할 수 있는 것은 아니다. 그래서 편면적 성격의 형사법은 이념적으로는 형벌권력과 시민들의 힘의 균형점을 설명해주는 기제이기도 하다. 그 이유는 프로이센 형법의 보수적인 이념은 모든 시민들의 일반 의무를 존재적으로 구성된 어떤 실체로 전제해야만 가능하다. 즉 실재하는 의무를 준수하지 못한 실패를 시민의 과실 책임으로 전환시킬 수 있다. 빈딩에게 이러한 실존하는 과실의무는 완전하게 부정되지는 않지만 규범의 증명이라는 국가형벌권의 부담을 통해 제한된다. 여기서 그는 규범준수의 의무는 시민의 몫이 아니라 국가에게만 있다는 생각을 그의 모든 이론에서 전제하고 있다.¹⁷⁰⁾ 이러한 관계성에 대한 입증이 없이 입법된 형사법률은 그에게 사이비 법익(Scheingüter)일 뿐이다.¹⁷¹⁾ 형사법 규범은 자유로운 시민공동체의 자율적인 선택에서만 형성된다.¹⁷²⁾ 규범은 실질적으로는 국가형벌권을 제한하는 기능을

168) Binding, *Normen* I, 2.Aufl., 339 이하.

169) Binding, *Normen* I, 2.Aufl., 351.

170) Binding, *Normen* I, 2. Aufl., 22, 51.

171) Binding, *Normen* I, 2. Aufl., 33.

172) Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff in Bindingschen Handbuche, in: ders., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, 212 이하는 빈딩의 이러한 법익개념이 지나치게 형식적이라고 비판하고 있다. 빈딩은 소유와 재산을 동시에 법익이라고 인정하고 있어서 논리적으로 비약이라는 것이다.(222) 그는 빈딩의 이론에는 추상단계가 생략되어 예

가진다. 그래서 규범이론은 한 공동체가 어떻게 스스로 강제규범을 승인하고 이를 제재의 조건으로 강제할 수 있는가의 넓은 스펙트럼을 보여주는 기술이다.¹⁷³⁾ 여기서 중요한 것은 외부적 체계, 즉 관할권이나 주권의 형식적 개념이 아니라, 그 관할권과 주권에 대한 인식적 접근과 절차다.¹⁷⁴⁾

결국 근대적인 민주적 법체계에서는 규범공동체에게 규범창설권을 부여한다. 그런데 규범공동체의 결정은 어떤 면에서 현재의 주권이나 관할권 개념과 별개이다. 주권적 관할과 규범창설권이란 일치하는 것은 아니다. 이미 국경의 의미는 예전과 다르게 인식되고 있다. 어떤 면에서 리스본 조약에서 제안된 통합 형사법 구상은 일부 학자들의 지적과는 달리 실질적인 규범공동체의 범위를 유럽연합으로 보는 경우는 그 민주적 성격이나 법치주의 원칙에서 갈등을 겪을 이유는 없다. 이는 주권이나 관할권의 포기가 아니라 새로운 공동체 질서를 형성하는 과정을 의미하기 때문이다. 여기서 논의되어야 할 실제 내용은 어떤 형태의 공동체 모델이 더 적합한지와 그 모델들에 따른 공동체 합의절차를 재설계하는 일이 될 것이다.

컨대 금시계 자체와 금시계에 대한 소유권이 동시에 법적으로 설명되어 결국 죄수론에서 혼란이 야기된다고 지적한다.(237 이하) 이스트의 제자인 라드브루흐가 헤겔이론의 관점에서 더 진전된 비판을 하기도 했다.(Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafsystem*, 1904, 82 이하) 자세한 내용을 신동일, 빈딩의 규범이론, 고려대학교 박사학위논문 1997, 52 이하.

173) 사람들이 자주 오해하는 것은 범죄에 대한 형벌부과가 체계적 안전성에 기여한다는 생각이다. 체계 안정화란 체계의 동일한 재생산이 아니라 그 안에서 정당성에 대한 기대를 유지시키는 것이다. 실질적 정의의 논의는 체계의 외연과는 그다지 관계가 없다. G.Teubner, *Die regulatorische Trilemma. Zur Diskussion im postinstrumentale Rechtsmodelle*, 13 Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 109

174) N.Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Suhrkamp 1973, 149; Parsons/Shills(ed.), *Toward a General Theory of Action*, Harvard University Press 1951, 14 이하.

제4장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

통합 형사사법을 위한 과정

신 동 일

제4장

통합 형사사법을 위한 과정

제1절 설계

1. 개요

유럽연합의 기본 이념은 연합의 안전실현, 유럽의 전통적인 제도와 가치보호, bonum commune(선량한 공동체 이념), 유럽 시민들의 자유보장, 개별 회원국과 그 구성원들의 보편성과 개별성의 조화 등이다. 이를 확인할 수 있는 기본 선언은 유럽 기본 인권 협약과 리스본 조약, 마스트리히트 조약, 그리고 유럽창설조약 등이다. 형사사법과 관련해서는 개별적으로는 주요 조약들, 명령(directives)과 기본 명령(framework decision) 등이 있으며, 조약과 달리 명령과 기본 결정은 그 구속력이나 효력에 대해서 견해가 갈리고 있다.¹⁷⁵⁾

기본 이념은 유럽연합 창설조약 등에서 확인되고 있다. 그 내용은 구체적으로 세부 조약과 명령 등에서 실현되고 있다. 일반적으로 보면 민주주의 이념에 입각한 법치국가 원칙의 실질적 실현을 중심으로 개별적인 형사법 원칙들이 형성된다. 보충성 원칙과 비례성 원칙과 같은 내용은 직접 조약에서 표현되고 있다. 다른 원칙들 예컨대 이중처벌 금지 원칙이나 형벌불소급 원칙, 책임 원칙 등과 같은 내용들은 국제적인

175) 푸피노 사건과 다르카자니 사건의 상반된 결정의 근거 역시 기본 결정에 대한 구속력에 대한 해석 차이에서 기인한다. Jääskinen, 위의 글, 681은 법질서(legal order), 법체계(legal system), 법이론(jurisprudence), 법문화(legal culture)의 네 가지 요소에서 통합된 인식이 필요하다는 점을 주장한다. 유사하게는 R. Coman/A. Crespy, Still in Search of Europeanisation: From Limited to Structural Change? in: Coman et al(ed.), Europeanisation and European Integration. From Incremental to Structural Change, Palgrave MacMillan 2014, 50 이하.

관습법이나 해석을 통해 인정된다. 유럽연합 회원국들의 형사법원칙들이 모두 동일하다고 볼 수는 없다. 그럼에도 불구하고 형사법의 기본 이념에 대한 균형은 이루어지고 있다. 다만 개별적인 실체 형사법 규범의 해석론과 일부 제재에 대한 형량의 편차로 인한 소위 “행형 쇼핑”의 문제는 남아 있다. 실체 형법보다 더 많은 제도적 편차를 보이는 것은 형사소송법이다.

형사소송법과 규칙은 완전한 통일성을 기대하기 어렵다. 이 어려움은 실체 형사법의 선택적 승인을 통해 극복된다. 즉, 실체 형사법규를 선택하여 해당 범죄구성요건에 대한 통합적 형사소추 방안을 합의하는 방식을 말한다. 2002년 2월 28일 유럽연합 이사회의 유로저스트(Eurojust) 합의는 1999년부터 준비작업 시작하여 2000년 3월 1일 스웨덴에서 프로 유로저스트를 출범한다. 2003년 네덜란드 헤이그에 정착한 후 급격하게 발전되어 미국과 스위스, 노르웨이, 아이스란드, 마케도니아 공화국, 유로폴(Europol) 등과 협력하는 기구로 성장한다. 주요 업무는 리스본 조약 제85조 내지 86조에 근거하여 유럽연합과 관련 당사국의 범죄소추와 유럽연합과 이사회의 입법을 근거로 하는 유럽검찰 활동이다.

2. 공동체 모델

지버 교수¹⁷⁶⁾는 리스본 조약에 따른 초국가적 형법의 정당성을 확보하기 위해서는 다차원적인 체계 내에서의 형사법 창설의 가능성을 확보해야 한다고 주장한다.¹⁷⁷⁾ 유럽형법의 이중적 정당성 실현을 위해서 집합적인 시민계층과 단일국가의 기구의 정치활동의 실현, 그리고 국가 수준에서 추가적인 정당성이 이루어진다. 이를 위해서 전제되는 것은 첫째 초국가적 의회, 둘째 초국가적 입법의회, 셋째 민주적 행정부의 의사결정, 넷째 정당한 수권부여, 다섯째 개별 국가의 의회에 의한 비준 등이 조건이다. 이는 리스본 조약의 실질적 내용이며, 이에 따라 구성되는 공동체의 국가연합

176) 앞에서 언급했듯이 초기 계획은 한국형사정책연구원과 독일 막스플랑크 형법연구소가 공동연구를 진행하는 것이었다. 그러나 여러 가지 사정으로 중간에 단독 연구 과제로 변경되었다. 지버 교수의 이론을 여기에 소개하는 것은 통합 유럽형사사법을 위한 공동체 모델이 그의 구상과 가장 가깝다고 생각하기 때문이다. 물론 그의 이론적 영역이 공동체 모델에 국한되지는 않지만 여기서는 연합 모델에 대해서만 설명한다.

177) Sieber(박학모/김한균 역), 위의 글, 87.

모델은 다음과 같다.

국가-대-국가 통합형태는 리스본 조약의 목표가 아니었다. 비록 이 조약이 사법 기관들의 직접 권한부여를 민주적인 절차에 따라 규율¹⁷⁸⁾하고 있기는 하지만, 해당 소추권을 곧바로 정당화하는 것은 아니다. 경찰 활동의 공조도 여전히 제약이 있다. 이론적으로는 민주적 정당성의 흠결문제도 반복 지적된다. 다시 설명하면 의회의 직접 논의없이 대표권을 가진 회원국 이사회들의 대리결정이라는 측면에서 민주적 수권의 흠결이 지적될 수 있다. 구체적으로는 유럽형법의 수권절차가 하부 조약 규정들에서 충분히 설명되지 못한다. 예컨대 TFEU 제325조(사기죄 대책에 대한 공동 노력규정)는 유럽연합의 재정이익을 보호한다. 그러나 이 이익보호를 위한 형사법적 권한도 함께 공동체에 부여하는지 해석에 따라서는 애매해진다. 현실적으로는 개별 회원국들 형법에 대한 실효적 적용이나 상호적인 비준과 같은 의회활동이 전제되지 않고서는 주권국가의 경찰력 집행과 동일한 권한을 공동체가 가지고 있다는 결론을 내리기 어렵다. 대체로 조약의 불명확성과 관련 규정의 불비에서 기인한다.

이런 측면에서 지버 교수는 단순한 국가간의 협력을 넘어서서 형벌권한의 초국가적 협력 모델(하이브리드 모델) 등의 새로운 모델을 제안한다.¹⁷⁹⁾ 초국가적 협력 모델의 장점은 “형법의 합일화로 인해서 효과적인(또한 유럽기구나 가치 보호를 위한) 법집행 작용 뿐만 아니라 합일적이고 효과적인 법치국가의 안정을 전형적인 협력절차의 “마찰”(corrosion) 손실 없이 보장해줄 수 있다.”라고 한다. 이를 위해 국가간 협력모델보다는 초국가적 모델을 선호하게 된다. 그러나 초국가적 모델은 위에서 설명하였듯이 민주적 정당성을 흠결할 수 있는 가능성이 있다. 지버는 하이브리드 모델을 위한 필요성 설명에서 다소 당연한 주장을 하고 있다. 그는 형법체계간 조화가 공고해지고 체계간 상호신뢰가 증대하면서 국가들의 주권유보가 서서히 줄어들고 종국적으로는 효과적인 형사사법 통합이 완성되어 공동체의 자유권보호가 더욱 효율적으로 실현된다고 본다.¹⁸⁰⁾

하이브리드 모델은 초국가적 모델과 달리 국가적 형사소송절차와 초국가적 형사소송절차를 보충성 원칙에 따라 차별적으로 결합한다. 그는 미국의 연방 형사소송규칙

178) TFEU 제2조, 제85조 내지 제86조, 제87조 등

179) Sieber(박학모/김한균 역), 위의 글, 99

180) Sieber(박학모/김한균 역), 위의 글, 101

에서 그 전형을 찾을 수 있다고 말한다.¹⁸¹⁾ 이에 따라 당연히 제재의 종류와 정도에 대한 차별화도 인정할 수 있다. 사실 제재의 통합적 운영은 오히려 예상 못한 많은 문제점을 만들 수 있다. 예를 들어 사형제도의 유무와 개별 구성요건에 대한 처벌 정도의 차이와 상이함은 생각보다 복잡하다. 그렇기 때문에 하이브리드 모델에 의해 예상되는 갈등은 낙관적인 전망만 제공하지는 않는다.

또한 생각해보면 하이브리드 모델이 과연 연합 모델의 한계를 극복하려는 초국가적 공동체 모델의 궁극적인 목표를 적절하게 살려내고 있는지는 의문이다. 그리고 이 모델이 리스본 조약의 실제 해석에서도 타당한지 궁금하다. 우리는 유럽연합의 시작이 유럽사회의 평화와 역내 경제의 활성화와 같은 필요성에서 비롯되었다는 것을 유럽연합조약 전문에서 확인했다. 지버의 하이브리드 모델은 그 필요성을 위한 타협이라기 보다는 효과를 기대하기 어려운 절충적 중간결론에 불과할 수 있다. 특히 리스본 조약 제1조의 “본 조약에 의해 체결국은 상호간 유럽연합을 창설하고, 회원국은 자신의 공동의 목표를 위해 권한을 연합에 양도한다.” 규정을 볼 때 하이브리드 모델의 위상은 작아질 수밖에 없다. 이 규정에 따르면 당연히 초국가적 모델이 더욱 설득력 있으며 기능적으로 이를 완성하기 위하여 보충성 원칙을 준수해야 하는 것으로 해석해야 할 것 같다.

요컨대 현재 리스본 조약까지 진행된 유럽연합의 정치적 위상과 그에 따른 통합 형사사법 구상의 실질적인 의미는 주로 독일 형법학자들과 연방헌법재판소가 소극적인 견해를 가지고 있기는 하지만 이미 변화는 시작되었으며, 그에 따른 형사사법 통합에 대한 제도를 인식하는 단계로 진입하고 있다고 봐야 할 것 같다. 특히 제도적인 측면에서는 이하에서 설명할 형사사법 체계는 실질화의 단계에 들어서 있다.¹⁸²⁾ 하이브리드 모델은 어쩌면 초국가적 모델로 진전된 유럽연합의 외형 설명 밖에는 못할 수 있다.

181) Sieber(박학모/김한균 역), 위의 글, 81(주 88)

182) B. Schünemann, Pragmatisches Vorwort, in: ders(Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Carl Meymanns Verlag 2005, VII.

3. 관할권 지정

형사법 관할권은 민감한 주제이다. 그럼에도 불구하고 관할권에 대한 이해가 모두 존재적이고 이념적인 것은 아닌 듯하다. 주목할 만한 예는 1993년 벨기에가 비인도적인 전쟁범죄에 대해서 벨기에 영토와 관련없이 적용가능한 특별법을 통과시켰다는 사실이다. 보편적 관할권의 부분 적용으로 볼 수 있는 이 사례는 그동안 영토주권적 관점에만 관할권을 보던 생각에 변화를 가져오기도 했다. 전통적인 관할권 논의에서는 형사소추 관할과 재판 관할권, 집행 관할권 등으로 구분해서 보는 것이 타당하다. 소추 관할권은 특히 외국에서 저지른 범죄자에 대한 한계를 정하는 중요한 기준이다. 국제(형)법적으로는 개별 조약들이 정하는 규범 기준에 따라 상호간의 승인원리를 존중한다. 개별적으로는 범죄 수사공조와 같은 조약은 소추 관할권의 확장근거로 설명할 수 있다. 소추권이 없는 경우 범죄 수사활동이나 강제처분은 형사소송법의 위반으로 처리될 수 있다.¹⁸³⁾

로터스 사건에서 확립된 역외 형사관할권 인정은 국제형법이라는 새로운 분야에서 “보편적 관할권” 문제로 확대되고 있다. 로터스 사건에서 확인된 사실에 대해 김기준 교수는 “한 국가는 다른 국가의 영토 내에서 주권을 행사할 수는 없는 것이라고 전제하면서도, 이러한 원칙이 어느 국가가 자국 영토 내에서 외국에서 발생한 행위에 대해 재판권을 행사하는 것을 금지하는 것은 아니라고 판시”한 것으로 설명한다.¹⁸⁴⁾ 민사법 영역에서 보편적으로 인정되는 재판권의 수평적 경합의 실질적 이익과 형사법 영역에서의 주권과 관련된 관할권 독립성의 차이점은 분명하다. 여기서 원칙은 형사법 영역에서는 국제재판관할에 대한 특별 규범에 의해 형성되는 개별 소추와 재판관할권이 전제되어야 하고, 전통적 범죄에 대한 형사재판권의 수평적 경합은 전통적 관할권 이론에 따라 처리되어야 한다.¹⁸⁵⁾ 소위 국제범죄라고 부르는 전쟁범죄와 같이 국제형사재판소에서 직접 강제를 할 수 있는 유형과 초국경적 범죄처럼 개별 조약에

183) 자세한 사항은 김기준, 위의 책, 19 이하; 백기봉, *국제형사증거법*, 박영사 2008.

184) 김기준, 위의 책, 21. 이와 함께 본 연구를 위해서 2015년 9월 9일 한국형사정책연구원 후원으로 “한경대학교/독일 괴팅겐대학교 공동 워크숍”을 개최하였다. 워크숍에서 정당방위권, 보편적 관할권과 사이버 관할권의 논제를 다루었으며, 이 워크숍의 결과는 추후 자료집으로 발표할 예정이다.

185) 자세한 내용은 김성규, 형사관할권의 국제적 경합에 있어서 일사부재리의 적용범위, 형사법연구 제20권 제1호(2008), 21.

의해 강제가 가능하지만 개별 국가의 관할권 지정을 통해 간접적으로만 행사되는 경우를 해결하기 위한 노력은 구분된다. 보편적 관할권의 문제는 직접 강제가 가능한 국제범죄보다는 초국경적 범죄의 경우에 더 현실적으로 중요하다.¹⁸⁶⁾ 그렇기 때문에 현실적 해결을 위한 방안이 보편적 관할권이다.¹⁸⁷⁾ 국제법상으로 승인된 형사규범이 직접 명령하는 관할지정에 따라 성립되는 소추와 재판관할권은 개별 회원국의 관할권과 수직적인 관계로 구성될 수 있어야 한다. 이러한 설명은 지버 교수의 하이브리드 형태의 국가협력 모델의 기능과 일치할 수 있다.

반면에 위에서 언급한 벨기에의 제한적 보편적 관할권의 경우는 개별 국가들이 범행장소나 범죄에 대한 전통적인 국가 또는 영토 관련성 없이도 일정 범죄유형에 대해서 수평적 관할권을 인정하는 경우가 있다.¹⁸⁸⁾ 이미 벨기에와 덴마크, 프랑스 등의 국가들은 반인권적 전쟁범죄나 사이버 범죄 등에 대하여 수평적 소추 및 재판 관할권 경합을 규정하고 있다. 이를 보편적 관할권이라고 볼 수 있다. 대표적으로 사이버범죄는 원래 국경이 없는 유형의 행위유형이므로 그 필요성이 요구되었다. 형사법상의 관할권이 영토주권적 근거를 강하게 요구하는 이유는 분명하지 않다. 전통적 관할권과 같이 관할권의 포기가 곧 주권의 포기로 생각되는 이념적인 것일 수도 있다. 이는 근대적인 권위국가에서 주로 파생된 원리다. 사이버범죄나 테러범죄와

186) 이에 대해 자세한 연구는 김영석, *국제형사재판소 강의*, 법문사 2003, 60 이하; 증거법 분야에 대한 연구로는 백기봉, 위의 책 참조. 예상할 수 있는 문제는 전쟁수행과 관련한 영역이다. 예를 들어 1968년 베트남 미 라이(My Lai)에서 109명의 양민 학살혐의로 기소된 윌리엄 캘리(William Laws Calley)는 전쟁범죄로 직접적인 국제형사재판소에서 재판을 받았어야 했지만 미국 법정에서 간접적인 재판을 받았다. 그의 선고는 초기에 22명의 살인죄를 인정받아 무기징역이 선고되었다. 이에 대한 미국 내의 반발도 심했다. 당시 조지아주 주지사였던 지미 카터 대통령은 공식적인 항의로 모든 조지아주 시민들에게 일주일간의 라이트를 켜고 운전할 것을 요청하기도 했다. 그러나 그의 종신형조차 가택연금형으로 바뀌었고, 나중에 닉슨 대통령에 의해 사면되었다. 자세한 내용은 David Anderson(ed.), *Facing My Lai: Moving Beyond the Massacre*, University Press of Kansas 1998.

187) 김기준, 위의 책, 61.

188) 벨기에의 경우 원래 형법상으로 비인도적 범죄적 행위에 대해 보편적 관할권을 승인하고 있는 법제도를 가지고 있었다. 그 때문에 이스라엘 수상인 아리엘 샤론 등과 같은 고위 공무원들이나 콩고 외무장관 등에 대해 벨기에에는 직접 체포영장을 발부하기도 하였다. 일부 기소는 국제형사재판소에서 관할권 없음(inter alia)으로 부정되었다. 이 법제도는 1991년 미국 대통령인 부시(H.W.Bush)와 부통령 딕 체니(Dick Cheney), 국무장관 콜린 파웰(Colin Powell)을 모두 전쟁범죄로 벨기에가 기소하려고 하자 미국이 엄청난 압력을 행사하게 된다. 벨기에에는 결국 2003년 미국의 압력으로 보편적 관할권 규정의 적용범위를 지금 수준으로 축소한 것으로 유명하다. Syn, *Universal Jurisdiction*, Hankyong-Göttingen International Workshop on 9th Sep 2015.

같은 이해관계가 민감한 사안에 대해서는 매우 빠르게 수평적 관할권 경합이 만들어진다. 사이버범죄에 대해 통일적인 범죄표준을 정하는 과정에서 나타나는 소위 “디지털 격차”(digital divide)는 무시되기 쉽다. 일종의 제국주의적 관련성도 분명하다.¹⁸⁹⁾ 개별 국가들의 이익이 큰 영역에서는 관할권의 수평적 확대가 쉽게 나타난다.

간단히 말해서 관할지정을 위한 전통적 원칙들인 영토주의(또는 기국주의)와 국적주의, 보호주의, 상호주의, 보편주의(또는 세계주의) 등은 시대적으로 변화하기 쉬운 원칙들이다. 현재의 형사 관할권을 어떤 한 원칙에 따라 설명하기 어렵다. 가장 중요한 변화는 이미 인권범죄나 전쟁범죄, 사이버범죄, 경제범죄, 마약범죄 등에서 보편적 관할권을 구성하는 데에 이르고 있다. 또한 이러한 국제적인 이해관계에서가 아니라 유럽연합 회원국들 중에는 스칸디나비아 국가들을 중심으로 스스로 국적주의 원칙을 확대하여 형법을 개정하는 경우¹⁹⁰⁾도 있다. 이에 따르면 모든 외국인들도 국적과 관계없이 노르딕 국가에서는 자국민과 동일하게 형사 소추되며 재판받게 된다. 영국의 경우도 국적과 상관없이 살인 및 성폭력 범죄의 경우 형사관할권을 확대하고 있다. 역사적으로 볼 때 관할권의 지정문제는 법원칙이나 이론에 따라 운영되지는 않았다. 이는 어떤 의미에서 제국주의의 잔재이며, 현실주의 정치관계에서 외교적으로 정해지는 것이 일반적이다.¹⁹¹⁾ 예컨대 네덜란드 형법 제4조a는 다른 나라의 형사관할권이나 조약을 대신하여 네덜란드 검찰이 해당 범죄인을 직접 소추하여 재판할 수 있는 권한을 규정하고 있다. 이러한 보편 관할 규정들은 통일적인 법이론으로는 설명이 안 된다. 정작 우리나라 형법은 제7조(외국에서 받은 형의 면제)에서 외국에서 받은 형의 일부 또는 전부를 면제할 수 있다고 하여 매우 유보적인 규정을 두고 있다. 이는 일사부재리 원칙에 반한다는 비판도 있다.

189) 테러 사건을 계기로 전방위적인 테러법 색출 작업을 벌인 미국의 “애국법”(USA Patriot Act, 원래 법안명은 Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001)이 그 대표적인 예이다. 이 법률은 2015년 10월로 만료되었다.

190) Satzger, *International European Criminal Law*, 2012 CH Beck, 23. 스웨덴 형법 제2장 2조, 덴마크 형법 제7조 제1항 내지 제2항, 노르웨이 형법 제12조 제3호, 핀란드 형법 제2장 제2조 등.

191) Cutting Case는 영미 형사법 교과서에서 표준적으로 설명하는 19세기 관할위반 사건(inter alia)이다. 미국 저널리스트 커팅은 멕시코에서 명예훼손으로 기소되었다. 미국 정부는 관할권 위반을 근거로 비난했으나 결국 외교적으로 해결되었다. 이 시기에 정작 미국은 역외 형사관할권을 멕시코에까지 확대하는 자국의 입법(§ 1203, 18 USS)과 특별법률들을 제정하고 있었다.

제2절 형사법 법원들과 원칙

국제형법에는 구속력있는 효력 범위나 내용이 정해져 있지는 않다. 그렇지만 통상적으로 문명화된 국가들은 준수하는 일정한 규범목록이 있다. 유럽형법도 국제형법에 포함되므로 로마규정(정확하게는, 국제형사재판소에 관한 로마규정)에서 규정하고 있는 집단살해죄, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄, 침략범죄 등과 같은 소위 핵심 범죄(core crime)들은 국제형사재판소의 관할 대상으로 인정된다.¹⁹²⁾ 그 외에도 테러리즘, 고문, 선박납치, 인종차별 등과 같은 넓은 의미에서 국제형법의 대상인 초국경범죄(Supranational crimes)들은 조약들에 의해서 근거가 인정된다. 다만, 조약법에 의한 범죄유형들은 국제형사재판소에서 직접 기소하여 처벌가능한 국제범죄와는 다르다. 이들 초국경범죄들은 간접적으로 개별 국가들에게 처벌 의무를 부과할 수 있다.¹⁹³⁾

로마규정과 일부 범죄에 대한 처벌과 강제와 관련된 국제조약들은 유럽형법의 법원으로 인정된다. 이와 함께 리스본 조약(TEU)과 시행조약(TFEU)은 실질적인 유럽형법의 법원이다. 더 넓은 의미에서는 회원국들의 개별적인 형법규정들은 유럽연합의 기본적인 형사법원칙과 가치를 존중하는 한에서 중요한 법원으로 기능할 수 있다. 개별적으로 유럽연합이 인정하는 형사법원칙들은 예를 들어 합법적인 보호목적, 최후수단성 원칙, 책임 원칙, 명확성원칙과 소급효금지 등을 포함하는 법률주의, 보충성 원칙, 형벌적합성 원칙들이다. 자츠거(Satzger) 교수는 유럽법의 법원에 대해서 설명하면서 근거법(Primary Laws)과 실행법(Secondary Laws)으로 분류한다.¹⁹⁴⁾ 예를 들어서 아직 유럽형법은 실제로 존재치 않지만 유럽연합과 직·간접적으로 관련된 국제조약들은 근거법원으로 인정될 수 있다. 실행법은 근거법에 의한 유럽연합내에서 입법된 법원을 말한다. 유럽연합 시행조약 제288조는 이를 규정한다. 제288조에 따르면 “유럽연합의 권한을 실현하기 위하여 개별 기구들은 규정과 명령, 결정, 권고, 의견 등을 준수해야 한다.”(To exercise the Union’s competence, the institutions shall adopt regulations, directives, decisions, recommendations and opinions)라고 규정하고

192) 개별적 연구들로 정형근, *국제테러의 법적규제에 관한 연구*, 고려원 1992; 이인재, *항공테러와 국제법*, 세종출판사 2006; 김한택, *테러리즘과 국제법*, 지인북스 2007 등

193) Satzger, 위의 책, 43 이하; 김기준, 위의 책, 38 이하.

194) Satzger, 위의 책, 43, 46 이하.

있다. 또한 제288조 제2문¹⁹⁵⁾에 따라 ‘규정’(Regulation)은 형사법과 관련을 갖는 한 회원국 형사권한에 “직접적인” 영향을 미친다. 반면에 규정과 달리 “명령”(directive, framework decision)은 시행조약 제288조 제3문을 근거로 한다. 규정과 달리 명령은 개별 회원국들이 준수를 위한 하부규범 조건을 충족하는 한에서 “간접적인” 영향을 미친다.¹⁹⁶⁾

간단히 설명하면 유럽연합이 초국경범죄에 대한 문제를 해결하기 위한 관할권을 구성하려면 모든 회원국을 대표하는 유럽의회에서 입법할 수 있다. 유럽의회의 규정 입법이 형사법규정을 포함하는 한, 그와 관련되는 일반인과 회원국의 형사권력은 이 규정에 직접적인 효력을 준수해야 한다. 관할은 수직적으로 경합될 수 있다. 즉, 관할과 관련된 회원국의 형사법이 유럽연합의 규정과 충돌하는 경우 유럽연합의 규정이 직접적인 효력을 미치므로 우선적으로 적용될 수 있다.(“푸피노” 사건의 경우) 반면에 명령의 경우는 마스트리히트 조약에 의해 설계된 제3 지주의 전통에 따라 개별 국가의 형사법의 조화를 위한 효력을 가진다. 그러므로 명령에 의한 형사법관할문제가 발생하면 개별 회원국들은 이를 준수하여 자국의 형사법을 유럽연합의 명령에 조화시킬 수는 있지만 강제는 없다. 개별적인 시민들은 자국의 형사법에 의해서만 처리¹⁹⁷⁾될 뿐이다.

유럽형법의 법원에 대하여 아직 진행되는 논의는 개별 조약에 근거한 형사처벌 규범의 회원국간의 조화나 통일 노력과 같은 구체적인 문제에만 국한되지 않는다. 일부는 유럽연합내의 법체계에서 이미 통일적으로 적용되기도 한다. 예를 들어 TFEU 제103조 제2항 (a)에 규정된 유럽연합 내의 벌금형 처리규정 등은 현실적으로 기능하고 있다.¹⁹⁸⁾ 그밖의 유럽연합 내 사기행위를 방지하기 위한 재정적인 규제방식에 대한 합의도 통일적으로 이루어지고 있다.¹⁹⁹⁾ 유럽 내의 농업지원에 대한 규정 등도

195) Art. 288 Subparagraph 2: “A regulation shall have general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.”

196) Satzger, 위의 책, 46.; Art. 288 Subparagraph 3: “A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.”

197) 유럽형사사법재판소는 제한적으로 명령도 직접적인 효력을 가질 수 있다는 결정을 하였다. 그러나 이러한 제한은 개별 시민들에게 이익이 되는 경우도 국한된다. Case C-9/70 ECR 1970, 826(Leberpfenning)

198) Satzger, 위의 책, 48 이하.

199) Art. 134b (2) Regulation N. 2342/2002: “Tenderers or candidates who have made

마찬가지다. 그러나 실질적인 효력이 발생하고 있기는 하지만 그 이론적인 설명방식이 통일되어 있는 것은 아니다. 예를 들어 행정벌과금의 성격에 대한 유럽연합 내의 통일적인 이론이나 견해는 없다. 유럽연합인권법원은 2010년 판결에서 행정처분에 의한 경제적 부담은 그 법적 성격을 형벌로 간주하여 엄격한 적용을 해야 한다고는 밝혔다.²⁰⁰⁾ 즉 “행정형벌”으로 간주될 수 있다.²⁰¹⁾ 그렇다면 행정형벌의 개념은 최소한의 형벌의 기본 제한 요건을 갖추어야 한다는 것이 유럽연합 인권법원의 견해이다.

현실적인 논의점은 초국경범죄에서 개별 회원국들의 유럽연합 형사절차의 완성을 위한 노력의 범위와 정도이다. 예를 들면 위증죄 규범에 대한 상이한 견해 대립은 유럽연합의 범위에서 다음과 같은 갈등을 만들기도 한다.²⁰²⁾ 로제나우 교수는 이에 대한 논의에서 독일 형법 제3조(속지주의)와 제154조(허위선서진술죄)의 관계상 유럽연합의 규정 제30조(허위진술금지)가 회원국인 독일 형사사법에서 직접 효력을 가진다고 보기 어렵다고 한다.²⁰³⁾ 유럽연합 기본법을 존중하여도 회원국의 법규범으로 적용되기 위하여는 구체적으로 적용에 대한 권한이 확립되어야 하고, 무조건적인 적용이 규정되고, 회원국의 법질서에서 그 적용이 보장되어야 하는 절차가 필요하다. 그러나 규정 제30조는 독일 형법 제3조와 해석상 갈등이 생긴다. 선서위증죄를 규정한 독일 형법 제154조의 명확한 한계가 독일 영토 내이기 때문이다. 그리고 독일형법상 위증죄의 기본 보호법익은 형법 제3조의 해석상 독일 내의 보호할 가치가 있는 법익이다. 다수설의 견해는 독일의 형사사법이므로, 규정 제30조의 보호법익으로 볼 수 있는 유럽연합 내의 형사사법이 보호대상이 되어야 한다는 주장은 근거가 불충분

false declarations, committed substantial errors, irregularities or fraud, may also be subject to financial penalties repressing 2% to 10% of the total estimated value of the contract being awarded.”

200) Vilsmeier, *Tatsachenkontrolle und Beweisungsführung im EU-Kartellrecht auf dem Prüfstand der EMRK*, Diss. München 2012, 36 이하; A.Heizer, *Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, C.F.Müller 1997, 127.

201) 행정형벌의 개념은 일치되어 있지 않다. 예를 들어 독일 형법상의 행정형벌이란 위험성을 근거로 하는 소위 경찰형벌을 의미한다. 프랑스나 유럽국가들은 대체로 유사한 관점을 가지고 있다. 다만 그 적용범위에 대해서만은 다양한 설명이 있다. 반면에 최근 행정형벌은 일반 형벌과 거의 유사하게 취급되기도 한다. 자세한 이현우, *프랑스법상 행정제재와 형벌의 관계에 관한 연구. 개념징표와 법적 통제의 비교를 중심으로*, 서울대학교 대학원 박사학위 2004.

202) Satzger, 위의 책, Rn.10 이하. 독일의 위증죄에 대한 상세한 연구는 박달현, *독일 형법상 위증죄에 관한 연구. 우리나라 위증죄와의 비교를 중심으로*, *법학논총*(숭실대학교) 제24집(2010), 75-113.

203) Rosenau, 위의 글, 9.

하다. 요컨대 적용근거와 권한이 세부적으로 정해지지 않으면 구체적인 규정의 효력 발생이 어려울 수 있다.

제3절 운영방식

1. 예산과 재정

유럽연합은 다른 국제기구와 달리 처음부터 회원국들의 예산기여를 법제화하고 있다. 이러한 제도는 유럽연합이 국제연합과 달리 예산활용에 비교적 자유로울 수 있는 기회가 되었다. 국제연합은 예산이 회원국들의 자발적인 기여에 따라 정해지는 반면, 유럽연합의 집행국은 회원국들의 세수에 일정한 비율을 연합 예산으로 활용할 수 있는 제도를 채택하였다.²⁰⁴⁾ 여기에는 약간의 역사적 배경이 있다. 1952년 설립된 연합의 전신인 유럽석탄철강공동체(ECSC)는 근거 조약인 파리조약 제49조 내지 제50조 규정에 따라 석탄과 철강 생산자에게 직접 세금을 징수할 수 있는 권한을 부여받았다. 이 세금으로 확보된 예산으로 기구를 운영했고 세부적인 사항은 각료이사회에 결정에 따른다. 이러한 제도는 석탄과 철강에 국한되기는 했지만 새로운 국제기구의 예산확보 모델을 만든다.²⁰⁵⁾ 이 제도 모델은 1958년 유럽경제공동체와 유럽원자력공동체 등에서도 마찬가지로 적용되었고추후에는 경제부분 전체로 확대된 통합 관세동맹과 공동시장 형성에서도 재현되었다. 로마조약 제200조의 예산규정은 회원국의 경제규모에 따라 분담금을 부과하는 획기적인 내용을 담는다.

중간에 농업지원정책을 중심으로 프랑스의 반대가 심화되기는 했지만 결국 단계별 심화회담으로 유럽정치경제 협력모델을 완성한다. 1970년의 헤이그 회담은 회원국들의 예산협정을 완성시킨다. 이 내용은 첫째 공동농업정책으로 비회원국에서 수입되는

204) 국제형법학에 대한 일반적인 연구들은 대체로 유엔의 범죄방지 프로그램이나 인터폴과 같은 기구에 호의적이다. 아마도 이러한 기구들의 현실에 대한 이해가 부족해서 그런 듯 하다.(예를 들면 김주덕, *국제형법*, 육서당 1997; 사법연수원 편, 2015 *국제형사법*, 사법연수원 2015) 유엔의 범죄방지 프로그램이나 인터폴은 실질적인 기관으로 보기 어렵고 단순히 이해조절을 위한 회의체의 성격이 강하다. 그렇기 때문에 실질적인 형사사법 공조는 SOFA와 같은 양자간 조약이나 제한적으로 ICC, 그리고 유럽연합 이외에는 현실적으로 운영되지 않는다.

205) 안병익, 유럽연합 예산의 발전과정과 전망, 3 이하.

농산품에 부과금을 부담시키고, 둘째 공산품에 대해서도 비회원국 수입에 대한 관세를 부담시킨다. 두 가지 부과금과 관세는 직접 유럽연합 집행국의 예산으로 포함된다. 셋째 회원국에 동일하게 부담되는 부가가치세의 일정비율 1%를 공동체 수입으로 한다. 실질적으로 연합체는 국가와 동일한 예산집행과 편성권을 가질 수 있었다.²⁰⁶⁾ 이에 대한 회원국들의 반발은 주로 급격한 유럽통합을 우려하는 이유에서 제기된다. 초기에는 프랑스가 자국의 농업산업에 약화우려 때문에 반대하였고, 1973년 뒤늦게 연합에 가입한 영국은 다른 산업적 이유 때문에 과도기간을 조건으로 동의한다. 이러한 예산 모델은 현재까지 유지되고 있다. 초기에는 영국처럼 총납부액을 계산하여 전체 납부금을 개별 산정하자는 주장이 있었지만, 결국 1%의 부가가치세만 납부총액으로 결정하는데 합의하였다. 비록 분담금의 납부가 순조롭지만은 않았지만 1980년 이후로는 이러한 틀을 유지하고 있다. 1986년부터는 예산적자를 해소하기 위하여 1.4%로 상향되었다.

주요 예산편성은 공동농업정책기금, 구조기금, 역내정책기금, 역외정책기금, 행정비용, 상환 및 기타기금으로 편성된다.²⁰⁷⁾ 비율은 통상적으로 농업정책기금이 가장 많으며, 구조기금, 상환과 기타기금의 순으로 비율을 차지하고 있다. 이에 비해 행정비용과 역내외 정책기금의 변화는 크지 않다. 2000년대 중반에 심각한 논쟁이 야기된 것은 동구권에 대한 유럽연합의 확대를 두고 재정전망에 대해 의견이 달라지면서이다. 당시 집행위원장이던 자크 들로르는 1987년 단일시장을 만들기 위하여는 예산증액이 필요하며, 일괄타결을 할 것을 제안하였다. 그는 “단일시장안”이 다른 회원국들의 반대를 가장 적게 받을 것을 예상하고 기존의 로마조약을 개정하여 단일화폐안을 제시했다.(들로르 I 재정전망) 이는 회원국들의 지지를 받아 1988년 3월 타결된다. 여기에는 1.4%의 부가가치세 부담 상향조정도 포함된다.²⁰⁸⁾ 이와 같은 예산편성 모델은 유럽연합의 초국가성을 유지강화하는 데에는 유익했다. 그러나 회원국들의 경제적 상황들이 각기 달랐기 때문에 재정정책상의 평등성이나 균형성의 요건을 충족하기

206) Die Vierte Ebene: Haushalts und finanzpolitische Probleme der Europäischen Gemeinschaften, 1978

207) European Commission

208) ‘예산규율과 예산절차의 개선에 관한 기구간 협정’(Inter-institutional Agreement on Budgetary Discipline and Improvement of the Budgetary Procedure, OJ L 185 of 15July 1988)

어렵다는 문제점이 발견된다.²⁰⁹⁾ 특히 순수 예산분담금보다 환급액이 현저히 낮아지는 효과가 개별 회원국간에 발생하면서 1992년 이를 개선한 “들로르 II 재정전망”이 제시되었다. 새로운 들로르 II 재정전망은 형평성을 회복시키는데는 도움이 되었지만 초국가성을 약화시키게 된다.²¹⁰⁾

2000년도부터 동유럽국가들의 유럽연합 가입에 대한 논의에서 예산과 재정분담의 의제는 새로운 계기를 맞이한다. 그 이유는 유럽연합 회원국들의 예산분담금은 언제나 회원국들의 GDP를 평균으로 하여 그 기준액을 삼아 분담금과 환급금을 결정하는 체계였기 때문에, 동유럽국가들이 유입되면 대체로 서유럽국가들은 이제 평균을 상회하는 기준에 해당하기 때문이다. 이러한 새로운 기준에 가장 민감하게 반응한 국가는 영국이다. 영국은 당시 노동당 정권이 들어섰음에도 불구하고 이를 협상대상에서 제외시키는 강경노선을 취했다. 이를 위한 일반적인 정책은 분담금에 대한 부가가치세 기준을 2002년에 0.75%, 2004년에는 0.5%로 낮추고 환급금에 대해 개별적인 조정을 가한 정도이다. 결국 부가가치세는 0.3%로 낮아진다. 이러한 회원국간의 대치상황은 지속되고 있다. 2005년 총예산규모는 전체 유럽연합 국민총소득의 1.045%로 정해진다. 2013년까지 진행된 협상에서 영국을 포함한 일부 회원국들이 환급금을 돌려받지 않는 조건으로 타협을 하였지만 예산을 둘러싼 갈등은 더욱 심화될 전망이다.²¹¹⁾

특히 최근 그리스 사태나 상황적으로 경제력이 약한 포르투갈과 스페인과 동유럽국가들에 대한 지원금, 핵심 사안을 떠오른 시리아 난민 사태 등으로 인한 문제점들은 여전히 불안한 상황이다. 현재 재정전망을 본다면 이전의 예산편성과 비교하여 회원국들의 국민총소득 분담금이 2005년을 기준으로 70%에 육박하는 구조로 변화되었다.²¹²⁾ 이러한 구조는 유럽연합의 초국가성을 실질적으로 약화시키는 요인이 될 수 있다. 예산에 대한 안정적인 전망이 확보되지 않는다면 유럽연합의 미래는 어둡다. 초기 들로르 의장의 강한 유럽공동체 이념과 비교해서 이후의 의장들은 개별 회원국의 정치경제적 이해관계에 더욱 치중했다는 평가가 나오기 때문에 유럽연합의 예산안 정성은 낙관하기 힘들다.²¹³⁾

209) 장봉익 외, *유럽연합. 연속성과 정체성*, HueBooks 2013, 134 이하.

210) 안병익, 위의 글, 20

211) Financial Supervision, European Commission, 24. Jan. 2014.

212) Begg, 2006:4

213) 안병익, 위기의 유럽연합, *신동아* 8월호(2005), 516-523. 또한 아이러니한 상황은 유럽연합

예를 들어 유럽연합의 안정적 예산확보가 불가능한 경우는 리스본 조약 제85조 내지 제86조에 따라 2001년 3월 1일부터 활동을 개시한 형사사법 기구인 유로저스트(EUROJUST) 등의 활동에 위기가 올 수 있다. 유로저스트는 유럽연합의 일반회계 예산에 따라 지원되는 기구이다.²¹⁴⁾ 2015년 유로저스트의 예산은 32,994,000 유로(한화 약 4,200억원)이다. 이 예산은 2014년 33,667,239 유로에서 줄어들었다. 활동 예산을 보면 대략 인건비지출이 50%를 넘고, 부동산임대료와 회의비로 30%를 소진한다. 실제로 수사비 등으로 지출하는 예산은 50만유로 정도로 매우 작은 비율이다.²¹⁵⁾ 형사사법을 위한 다른 기구들의 예산편성과 활용에 대한 기준도 같다. 그렇기 때문에 유럽연합의 예산문제는 형사사법 통합과 통합기구 운영에 실질적인 장애를 초래할 수 있다. 요컨대 유럽통합 형사사법을 위한 지속적인 노력과 발전은 초국가성을 확보할 수 있는 실질적 기반이 마련되어야 가능하다. 이를 위해 재정과 경제적 토대는 형사사법의 미래를 결정지을 수 있는 요소로 볼 수 있다.²¹⁶⁾ 현재처럼 전망이 불분명한 상황에서는 낙관적인 미래를 기대하기 어려울 수도 있다. 예산과 재정 관점에서 볼 때 안정적인 지속성은 일반 국가의 예산회계와 마찬가지로 회원국의 불만이 가장 낮은 형태의 재정 구조를 확보하는 것이 중요하다. 또한 그 예산집행의 효율성과 기대감을 높이는 활동이 반드시 확보되어야 한다. 그렇지 않다면 만성적으로 예산확보를 위해 후원금 기부국의 눈치를 볼 수밖에 없는 국제연합의 어려움을 반복할 가능성이 있다.²¹⁷⁾ 필자가 보기에는 유럽연합의 통합형사사법을 위한 예산구조는 미약한 기반을 가지고 있으며, 그 활동성 역시 효율적이라는 평가를 받기 어렵다고 보인다. 결과적으로 유럽 형사사법 통합을 위한 재정적인 기반은 취약하다고 볼 수 있다.

의 2014-2020 예산편성에 따르면 연합의 주요 예산목표가 1) 극심한 가난의 퇴치, 2) 낙후지역 개발지원금(ODA) 확대, 3) 인권신장, 4) 성차별개선, 5) ACP-Africa-EU 파트너십 개선 활동 등이다. 유럽의 예산관련 NGO 보고서 CONCORD, *EU Budget 2014-2020. Fit for the Fight against Global Poverty?* 2013, 18.

214) Art. 6. of College Decision 2014-1 on Financial Regulation application to Eurojust.

215) EUROJUST, Statement of revenue and expenditure of Eurojust for the financial year 2015(2015/C 110/7).

216) 유엔의 이와 같은 문제점에 대한 연구는 많지 않다. 대략적인 관계를 정리한 글로는 윤정석, *유엔 범죄방지 프로그램*, 한국형사정책연구원 1996, 74 이하.

217) UNESCO의 남경대학살 문화유산 등록을 빌미로 10%의 유네스코 분담금 더 이상 내지 않겠다고 압박하는 일본의 경우는 국제연합의 예산문제에 빙산의 일각일 뿐이다.

2. 범죄구성요건 합의절차

가. 일반적인 법원

통합 유럽 형사사법²¹⁸⁾을 실질화하기 위한 구성요건에 대해서 확립된 원칙은 없으며, 기존의 중요 범죄군인 기본적 인권침해, 유럽연합의 경제적 안전, 성적착취와 아동 포르노그래피의 금지 조직범죄 색출, 정보통신체계의 안전, 테러범죄, 개별 경제 주체의 부정부패 방지 인종차별금지, 환경보호를 위한 조치 등에 대한 대략적인 합의만 가지고 있다. 그렇기 때문에 범죄구성요건에 대한 합의는 단순히 경제적 관점에서 사기죄 정도만 초국가적 영역에서의 형사소추가 진행되고 있다고 볼 수 있다. 반면에 끊임없이 문제되는 것은 행정벌과 관련된 사안들이다. 대체로 비례성이나 유사성 등의 논의는 전통적인 형사법의 영역과는 크게 관련이 없다.

예를 들어 “도나텔라 칼파(Donnatella Calfa) 사건”과 같은 경우는 이탈리아 여성이 그리스에서 자기 사용목적으로 그리스 금지약물을 가지고 있던 중 체포된 사건이다. 이 사건에서 그리스 법원은 해당 행위에 대해 3개월의 구금과 그리스 영구추방을 명령했다. 상소된 사건을 심의하면서 유럽형사법원은 그리스 형사법이 TFEU 제56조와 제62조에 따르면 회원국 시민의 자유를 심각하게 제한할 수 없으며, 이를 제한할 수 있는 경우는 동조약 제62조에 따라 해당 행위가 문제발생 국가의 안전 등에 심각한 위협을 가할 때 뿐이라는 점을 근거로 그리스 법이 유럽연합법을 위반한다고 결정한다.²¹⁹⁾ 유럽형법의 기본 정신은 TEU 제4조 제3항에 따라 모든 회원국들은 공동체의 이익을 보호하기 위한 목적에 충실할 것을 의무로 정하고 있다. 자츠거 교수는 이에 따라 다음과 같은 구체적인 내용을 설명한다.²²⁰⁾ 모든 회원국들은 공동체의 이익을 보호하기 위하여 효과적(effective), 비례적(proportionate), 적절한(dissuasive) 제재 수단을 마련해야 한다. 효과성과 적절성이란 제재가 반드시 해당 공동체 위해행위에 특정되어야 하고 그 공동체 보호에 적절해야 한다는 것을 의미한다. 또한 비례성은 제재와 행위의 부당성이 균형을 이루어야 한다는 점을 강조하는 것이다. 이에 따라 형사법의 적용은 최후의 수단원칙이 존중된다. 이미 유사한 이익의 보호를 위한 형사

218) Satzger, *International European Criminal Law*, CH Beck 2012, 1.

219) Case C-348/96 ECR 1999, 1-11

220) Satzger, 위의 책, Rn 27 이하.

법규정이 있는 경우는 해당 규정을 TEU 제4조 제3항을 준수하기 위한 규정으로 준용할 수 있다. (“유사성원칙” the Principle of Assimilation or Approximation)

나. 리스본 조약에 따른 범죄 구성요건 창설

자츠거 교수는 이를 잘 설명해주는 사례로 “그리스 옥수수(Greek Maize) 사건”을 들고 있다. 이 사건은 1986년 그리스산 옥수수라는 세관서류로 유고슬라비아산 옥수수를 벨기에에 수출하려던 Hellenic Republic사의 사기행위를 적발한 사건이다. 이 사건에 대해 유럽연합은 그리스 정부에 해당 공무원들의 사기 및 문서위조 행위에 대해 처벌을 요구하였으나, 그리스 정부는 이를 거부하였다. 유럽형사사법재판소는 TEU 제4조 제3항을 근거로 회원국들은 공동체의 이익을 보호할 의무가 있다는 결정을 내렸다. 이 사건은 현재는 리스본 조약에 따라 TFEU 제325조 제1항 내지 제2항에서 명확히 규정하고 있지만, 당시에는 회원국들의 공동체 규범 준수의무가 명확하지 않은 상태에서 회원국들의 형사처벌 의무를 직접 강제시켰다는 점에서 의미가 있다.²²¹⁾

이러한 상황은 TFEU 제83조의 초국가적 구성요건으로 진화된다. TFEU 제83조 제1항은 쉥겐 조약에 따라 더 이상 국경이 존재하지 않는 유럽에서 국경을 초월하는 범죄에 대해 상호 협력 소추권을 인정하는 규정이다. 회원국들은 TFEU 제 289조²²²⁾와 294조에 따라 개별 회원국 형사법과 유사한 조건에서 유럽연합 의회와 이사회에서 결의한 법률안과 규정, 또는 명령등을 형사법상의 구성요건으로 존중해야 하는 의무가 있다. 리스본 조약 이전에 공동체가 존중하기로 한 규정들은 그대로 유효하다. 예를 들면 1995년 체결한 유럽공동체의 경제적 이익을 보호하는 협약(“PFI 협약”)에 따른 유럽공동체의 경제적 이익에 반하는 범죄,²²³⁾ 공공부문 부정부패범죄, 민간영역

221) Satzger, 위의 책, Rn. 29.

222) 제298조 제1항 “보통 입법절차는 위원회의 제안에 의하여 유럽의회 및 이사회에 의해 공동으로 채택되는 규칙, 지침, 또는 결정으로 구성한다. 이 절차는 제294조에서 정한다.”(The ordinary legislative procedure shall consist in the joint adoption by the European Parliament and the Council of a regulation, directive or decision on a proposal from the Commission. This procedure is defined in Article 294)

223) Crimes against the financial interests of the European Communities, OJ 1995 N. C 316/49 Protection of Financial Interests Convention

의 부정부패범죄,²²⁴⁾ 조직범죄,²²⁵⁾ 돈세탁에 관한 범죄,²²⁶⁾ 유로화 위조와 관련한 범죄,²²⁷⁾ 사기와 유로화폐 이외의 지불수단에 대한 위조행위범죄,²²⁸⁾ 테러리즘,²²⁹⁾ 인신매매범죄,²³⁰⁾ 아동성학대와 아동포르노범죄,²³¹⁾ 불법밀입국과 체류관련 범죄,²³²⁾ 마약관련 범죄,²³³⁾ 정보시스템 공격범죄(사이버범죄),²³⁴⁾ 인종차별범죄와 외국인혐오범죄,²³⁵⁾ 환경범죄,²³⁶⁾ 해양오염사고범죄²³⁷⁾ 등이다. 이들 중 일부 범죄 구성요건들은 리스본 조약에 의해 명령(Directive)²³⁸⁾으로 규정화되기도 했다.²³⁹⁾ 예를 들어 아동성학대와 아동포르노에 관한 범죄군은 가장 리스본 조약의 발효와 거의 동시에 명령으로 규정되어 대체되었다. 이러한 형사법 구성요건의 신설과 회원국 규정의무 관계는 TFEU 제83조 제1항에 따른다. 구 TEU 제31조의 개정 인 제83조 제1항에 따르면 “유럽의회 및 이사회는 보통입법절차에 따라 채택된 명령의 형태로 범죄의 실질 혹은 영향으로부터, 또는 공동의 기반에 서있는 필요성으로부터 국경을 초월한 중대한 범죄에 대해 범죄 구성요건 또는 형벌을 규정하기 위한 최소 규칙을 정할 수 있다. 이 범죄 유형들은 테러리즘, 인신매매, 여성 및 아동의 성적 착취, 불법 약물거래, 불법 무기거래, 돈세탁, 유로화를 포함한 지불수단의 위조, 컴퓨터 및 조직 범죄를 말한다.”라고 규정하여 범죄 구성요건을 규정할 수 있는 권한을 부여한다.

224) Framework Decision OJ 2003 N.L.192/54

225) OJ 1998 N.1998 L. 351/1; replaced and extended by Framework Decision OJ 2008 No.L.300/42

226) OJ 2001 No.L.182/1

227) Framework Decision OJ 2001 No.L.329/3

228) Framework Decision OJ 2001 No.L.149/1

229) Framework Decision OJ 2002 No.L.164/3; Framework Decision OJ 2008 No. L. 330/21

230) Framework Decision OJ 2002 No.L.203/1 relaced by Directive 2011/36/EU

231) Framework Decision OJ 2004 No.L.13/44

232) Framework Decision OJ 2002 No.L.328/1

233) Framework Decision OJ 2004 No.L.335/8

234) Framework Decision OJ 2005 No.L.69/67; Commission proposal COM, 2010, 517

235) Framework Decision OJ 2008 No.L.328/55

236) Framework Decision OJ 2003 No.L.29/55

237) Framework Decision OJ 2005 No.L.255/164

238) 보통 Directive는 국제법상 ‘지침’ 또는 ‘지시’로 번역한다. 그러나 지침이나 지시로 범죄 구성요건을 표시하는 것은 적절치 않아 “명령”으로 번역한다. 그럼에도 불구하고 이 명령이 권고적 성격에 불과한 것은 마찬가지다. Satzger, 위의 책, Rn. 115.

239) Satzger, 위의 책, Rn.33

이 규정은 또한 “이사회는 다른 유형의 범죄에 대해 본 규정의 기준에 부합하는 경우” 새로운 범죄유형에 대한 유럽연합 형사법을 제정할 수 있는 권한을 부여한다. 결정은 만장일치로 한다. 동조 제3항은 이사회 위원이 명령이 회원국의 형법과 충돌한다고 판단될 때 그 별도의 논의를 위하여 입법절차를 중단시키고 유럽이사회의 논의를 신청할 수 있다. 규정에 대한 해석은 범죄 구성요건을 창설하는 권한에 대한 것이므로 중요하다.²⁴⁰⁾ 특히 회원국 형사법에는 없는 구성요건이 문제될 때는 실질적으로 회원국의 형법이 개정될 수 있는 가능성이 생기기 때문에 더욱 문제될 수 있다.²⁴¹⁾ 유럽연합 내의 사기범죄를 해결하기 위한 기구였던 OLAF(Office of European Anti-Fraud)의 권한범위는 TFEU 제82조와 제325조에 따라 유럽연합 의회와 이사회 의 권한으로 확장될 수 있다. 이러한 과정을 통해 유럽연합 형법이 현실화될 수 있다. 예를 들어 독일 형법 제23조 제1항은 독일 법의 유럽연합의 권한 내의 조화를 의무로 규정한다. 그러나 독일 연방헌법재판소는 2009년 6월 30일 결정²⁴²⁾을 통해 유럽연합 구성조약 제82조의 공동체와 회원국 법률의 비교와 조화에 대한 규정은 독일 헌법의 이념과 가치와 충돌한다는 결정을 내린 바 있다. 그 근거는 독일 헌법 제20조(우리나라 헌법의 제1조와 같음)에서 규정하는 주권의 내용은 불가침적이며 비교되어 변경될 수 있다는 것이다.²⁴³⁾

어떤 측면에서 독일 형법학자들의 통합 유럽형사법에 대한 반대는 독일법상의 법논리에서도 기인한다. 또한 독일 형법의 형식적 보장성을 유럽형법의 “상징적 성격”²⁴⁴⁾ (symbolische Charakter)에 의해 훼손될 수 있다는 비판이다. 포겔(Joachim Vogel) 교수는 구조적인 문제점으로 유럽형법이 효력을 발생하고 난 후에는 TFEU 제267조²⁴⁵⁾에 따라 형사처벌 규정들의 해석 권한도 유럽연합 사법재판소에 양도될 수

240) S. Bock, Tagungsbericht: Europäisches Strafrecht post Lissabon. (Normalisierungs-) Chancen oder (Versteigerungs-) Risiken? ZIS 2011, 266은 리스본 조약이 통과된 직후 2010년 12월 1일 괴팅엔 대학에서 열린 세미나의 내용을 정리한 글이다. 여기서 중점적으로 논의된 사항은 주로 유럽연합 구성조약 제82조에 따른 범죄 구성요건 창설권한의 해석과 그에 따라 유럽연합이 실질적으로 회원국의 입법권한을 조화시키는 역할을 할 수 있는가에 대한 내용이었다.

241) K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht* BT, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2008, 22 이하. 범죄 구성요건의 창설과 회원국 형법의 조화문제는 Ambos/Rackow, ZIS 2009, 402 이하.

242) BVerfGE NJW 2009, 2267, 358 이하.

243) S. Bock, 위의 글, 267

244) C. Prittwitz, European Criminal Policy Initiative, ZIS 2009, 697에서 본인이 참가한 회의체의 성격을 상징주의적인 형법을 신속하게 만드는 단체라고 지적하고 있다.

있다는 지적을 한다.²⁴⁶⁾ 그는 유럽연합의 회원국 형사법에 대한 조정권한 때문에 독일의 기본적인 형사법 원칙들이 위협받을 수 있다는 지적을 한다. 반면에 비교적 중립적으로 유럽형법을 평가하는 경우도 있다.²⁴⁷⁾ TFEU 제67조 제1항은 이미 “연합은 기본권 및 회원국의 다양한 법질서와 전통이 존중하여 자유, 안전 및 형사사법을 구성한다.”라고 규정하기 때문이다. 동조 제4항은 민사사건에서도 상호승인 원칙을 통해 정한다는 것을 규정한다. 이미 기술한 바와 같이 유럽형법 역시 보충성원칙, 비례성원칙, 그리고 책임원칙을 존중하는 것을 기본으로 한다.²⁴⁸⁾ 그렇기 때문에 일부 주권포기에 대한 비판과 독일 연방헌법재판소의 결정은 조약의 취지와 회원국의 주권의 관계에 대한 관점 차이에서 비롯된다.

소위 “새로운 범죄”²⁴⁹⁾(moderne Kriminalität)라는 표지로 컴퓨터와 결재수단 위조행위, 이와 관련된 부정부패 등 경제범죄를 중심으로 신속한 협력은 동일한 형사주권의 양도임에도 불구하고 특별한 이견은 없다.²⁵⁰⁾ 구조나 절차는 다르지 않다. 2010년을 기점으로 유럽형법을 반대하는 주장은 다소 수그러들었다.²⁵¹⁾ 그러나 합의된 초국가적 범죄 구성요건을 제외하고는 회원국 형법의 조화와 새로운 범죄 구성요건의 창설 가능성이 높아진 것은 아니다. 여전히 TFEU 제82조 내지 제83조의 해석에 대해서는 분명한 정리가 없다. 즉 이 규정들이 회원국들의 국내 형사입법이나 해석에 직접 영향을 미칠 수 있는가가 쟁점이다. 일부는 이 규정을 단순히 프로그램적 규정으로 보고 있다.²⁵²⁾ 2009년 독일 연방헌법재판소의 결정은 그렇기 때문에 이중적일

245) 이 규정은 유럽연합 사법재판소가 조약과 연합이 제정한 행위의 해석에 대해 회원국 법원의 결정을 기다리지 않고 선결적 결정을 내릴 관할권을 가지고 있다는 것을 규정한다. 포겔 교수의 해석에 따르면 이 규정에 의해 회원국들은 해석권한을 유럽연합에 내줄 수도 있다.

246) S.Bock, 위의 글, 268

247) M.Kubiciel, Strafrechtswissenschaft und europäische Kriminalpolitik, ZIS 2010, 744 이하.

248) European Criminal Policy Initiative, The Manifesto of European Criminal Policy of 2011의 기본 취지.

249) K.Tiedemann, 위의 책, 26 이하.

250) K.Tiedemann, 위의 책, 28. 아마도 2015년 11월 13일 발생한 파리 테러사건으로 인하여 이와 같은 추세는 지속될 전망이다.

251) A.Ryan, *Towards a System of European Criminal Justice. The Problem of Admissibility, of Evidence*, Routledge 2014, 14 이하는 주로 아일랜드를 중심으로 영미절차법의 관점에서 통합 유럽형사사법의 문제를 설명한다. 좀 더 일반적인 논의로는 N.Long, *Towards a European Criminal Law Code?* 2011, 49 이하. 매우 낙관적인 분석으로는 Rozmus/Topa/Walczack, *Harmonization of Criminal Law in the EU Legislation. Current Statue and the Impact of the Treaty of Lisbon*,

수 있다. 유럽연합에 회원국의 권한을 양도한다는 TEU 제 5조 제2항의 효력은 인정하면서, 정작 이에 대한 공동체의 구체적 입법권한은 소극적으로 해석하고 있기 때문이다. 유럽연합은 리스본 조약이 체결되기 이전에도 명령(지침)으로 환경범죄나 제3세계 노동자들의 밀입국 범죄 등에는 실질적인 형사사법 협력을 진행하였다. 그럼에도 불구하고 유럽연합의 형사사법 통합에는 미온적이다. 특히 문제되는 문언은 TFEU 제83조 제1항의 형사법 조화를 위한 “최소 기준”(minimum rule)의 내용이다.

이 최소 기준의 내용의 해석에서는 인종이나 외국인 혐오범죄와 같은 규정이 논의될 수 있다.²⁵²⁾ 유럽연합은 명령으로 2008년에 이를 제정하였다. 그 근거는 TFEU 제67조 제3항은 유럽연합 내에서 인종 또는 외국인 혐오범죄에 대해 형사적 조치를 하도록 규정한다. 그러나 TFEU 제83조 제1항은 추상적인 범죄 구성요건을 대상으로 하기 때문에 두 규정이 해석상 논의될 수 있다. 또한 회원국의 법률과 공동체의 규정에 대한 유사성(approximation) 원칙도 개별적인 범죄 사안에 대한 통일적인 해석원리가 적용되지 않는다면 구체적으로 추진되기 어렵다. 공동체의 형사입법의 폭주를 막기 위한 다양한 장치도 이미 마련되어 있다. TFEU 제83조 제3항에는 회원국의 형사법 이익과 원칙에 반할 때 공동체 형사입법을 중지시키는 내용이 규정되어 있으며, 독일 별도로 이를 제도적으로 막기 위해 2009년 “통합에 관한 책임법”(Integrations-verantwortungsgesetz, BGBl S.3022)을 제정했다. 이 법률 제7조 제1항에 독일의 이익에 반하는 공동체 입법을 미리 제한한다.

다. 유럽 형법정책 실행원칙

구성요건 창설과 관련하여 회원국들의 다양한 형사법 원칙과 이론들을 조화시키기 위한 “유럽 형사정책 구성위원회”(European Criminal policy Initiative, 이하는 ‘위원회’)를 설치 운영한다. 이 위원회에는 회원국의 주요 형사법학자들 14명이 참가하여 유럽형법의 기본 원칙을 정했다. 2009년 11월 30일 발표한 실행원칙(manifesto on European Criminal Policy Initiative)는 2011년 유럽형사사법 위원회에서 유럽연합 의회의 유럽형법 기준으로 승인된다. 유럽형사법의 조화를 위한 최소 기준을

252) Satzger, 위의 책, Rn. 34

253) OJ 2008 No.L.328/55

정한 구체적 내용은 다음과 같다.

우선 이 위원회에 참가한 학자들의 명단은 Peter Asp (Sweden), Nikolas Bitzilekis (Greece), Sergiu Bogdan (Romania), Thomas Elholm (Denmark), Luigi Foffani (Italy), Dan Frände (Finland), Helmut Fuchs (Austria), Maria Kafka-Ghandi (Greece), Jocelyn leblois-Happe (France), Adin Nieto Martin (Spain), Cornelius Prittwitz (Germany), Helmut Satzger (Germany), Elisavet Symeonidou-Kastanidou (Greece), Ingeborg Zerbes (Austria) 이다. 기본 원칙은 계몽주의 이념을 받아들여 유럽문화와 가치를 존중하고 민주적 정당성과 법치국가원리를 최대한 존중하여 형사법의 원칙을 정한다는 것이다.

기본 원칙으로 선정된 것은 1. 적정한 목적에 의한 형사법 구성(requirements of a legitimate purpose), 2. 최후수단성(ultima ratio), 3. 불법행위(mens rea), 4. 법치성(legality)이며, 하부 원칙으로 법률명확성과 소급효금지, 최소개입원리, 죄형법정주의가 포함된다. 5. 보충성(subsidiarity), 6. 다른 유럽국가의 형사법 원칙에서도 타당할 수 있는 정합성(coherence) 등이다. 실행원칙에는 개별적으로 원칙들의 해석에 대한 코멘트가 포함되어 있다.²⁵⁴⁾ 코멘트의 내용은 일반적으로 알려진 형사법 원칙에서의 해석과 일치한다. 별도로 시행 명령²⁵⁵⁾(Framework Decision)을 개별적으로 인용하고 있다. 예컨대 불법행위 원칙은 민간영역에서의 부정부패 방지명령에서 범죄적 의사가 있는 경우에 형사 구성요건화된다는 설명을 하는 등이다. 이와 함께 2006년 리스본 조약이 체결되기 전 암스텔담 조약을 구체화하기 위하여 유럽형사사법 프로그램 기본 연구도 추진되었다. 뮌헨 대학의 쉬네만(Bernd Schünemann) 교수에 의해 주도된 이 프로그램은 유럽 형사사법의 대안을 제시한다. 이 대안은 초국가적 범죄처벌과 예방을 위한 형사절차법을 중심으로 구성되었는데 유럽헌법을 예견하고 준비되어 유럽헌법의 실패 후 다소 유명무실해졌다. 그렇지만 이 대안 프로그램의 내용은 부분적으로 유럽 통합 형사사법의 기본 원칙에 반영되고 있다.

위원회의 구성과 활동은 기본 원칙을 정하고 절차적인 제안을 하는 것에 국한된다.

254) The Manifesto on European Criminal Policy in 2011, 92 이하.

255) 회원국 형사사법을 기준으로 시행 명령의 실제 의미를 해석하는 것이 타당하다. 그렇기 때문에 회원국 내의 형사법적인 책임이 없는 경우에 공동체의 시행 명령만으로 처벌되는 경우는 발생하지 않는다. Satzger, 위의 책, Rn. 115.

중요한 것은 현실적으로 위원회의 활동은 실제 결과를 가져오지 못했다는 점이다. 그리고 위원회의 활동은 실제로 한계가 있다. 그 이유는 위원회의 활동이 아무리 세밀하게 진행되더라도 형사법의 특성상 조화되지 못하는 내용이 예상되기 때문이다. 유럽 회원국들 형법 이론은 단일한 위원회에 의해 조정되기 어려울만큼 복잡하다. 위에서 위증죄와 사기죄의 문제에서도 확인될 수 있고, 과실범죄와 같은 사항은 형사법상 통합 이론을 구성하기 더욱 어렵다. 예컨대 과실범은 통상 “일반적 주의의무의 위반”을 의미한다. 게다가 과실은 법률에 의해 예외적으로 처벌이 명시되어 있어야 형사책임을 부과할 수 있다. 그렇다면 유럽 공동체에서 일반화될 수 있는 예견가능성의 대상과 주의력 결핍의 기준을 제시할 수 있다는 전제가 필요하다.²⁵⁶⁾ 가능성을 예측한다면, 유럽연합은 유럽연합 내의 일반적 주의의무와 예견가능성의 기준을 구성하여 입법해야 한다. 이 과정과 절차가 아무래도 쉽지는 않아 보인다. 요컨대 형식적이고 추상적인 원칙에 대해서는 합의를 할 수 있지만, 구체적으로 실천가능한 형사법 이론들의 통합은 굉장히 많은 시간과 노력이 필요하다. 위원회의 활동은 처음부터 이러한 사항을 해결하지 못하는 한계를 가지고 있었다.

256) Satzger, 위의 책, Rn. 106; ders, Europäisierung, 610; Duttge, MK § 15 StGB, 135 이하.

제5장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

운영 기구와 활동

신 동 일

제5장

운영 기구와 활동

제1절 개요

유럽연합의 형사사법 절차는 유로폴과 유로저스트, 유럽 사기방지국(OLAF)과 유럽 검찰 조직으로 구분된다. 실질적으로는 유로폴과 유로저스트로 이원화되어 있다고 볼 수 있다. 그 이유는 유럽검찰 조직은 실제로는 유로저스트의 산하 기관으로 볼 수 있기 때문이다. 객관적으로 볼 때 유로폴은 경찰의 임무를 담당하므로 초국가적 범죄에 대한 수사를 담당한다. 그렇지만 앞에서 언급한 바대로 유럽형법의 제한적 가능성 때문에 일부 범죄유형에만 그 권한이 인정된다. 예컨대 테러범죄나 인신매매 범죄, 중요한 경제범죄 등에만 수사권을 인정할 수 있다. 유로폴과 인터폴에 대한 실질적인 의미는 “경찰협의체”이다. 즉 실질적인 경찰의 역할이 아니라, 회원국들의 수사협조를 원활하게 만들어 주는 상설협의체로 볼 수 있다. 유로저스트와 유럽검찰국의 경우는 원래 검찰이 갖는 기능이 직접 수사를 하는 것이 아니기 때문에 유로폴보다는 더 실제 검찰의 역할과 가깝다. 유럽검찰은 연합이 정하고 있는 초국가적 범죄들에 대한 수사지휘와 회원국들의 협조를 직접 요구할 수 있는 권한과 기능이 있는 것으로 볼 수 있다. 여기서 TFEU 제82조에 따라 관련 국가 수사권과 유럽연합 검찰권의 “상호성 원칙”이 준수되어야 한다. 상호성 원칙은 매우 중요한 것으로 회원국의 양해와 승인이 전제되어야 유럽연합의 검찰권 행사가 가능하다. 결국 유럽검찰권과 유로저스트의 모든 활동은 회원국들의 승인에 달려있다.

제2절 수사기구

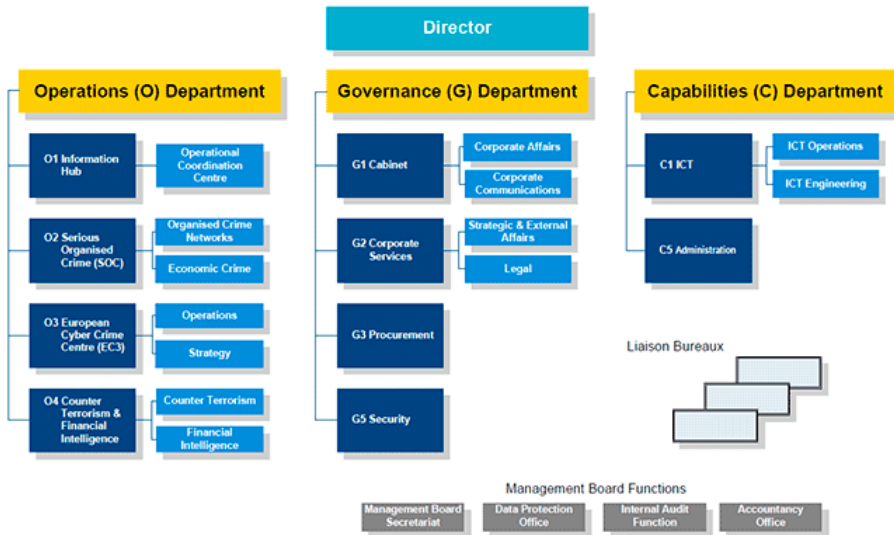
1. 유로폴(Europol)

유로폴은 1995년 7월 25일 “유로폴 협약”으로 구성되었다. 마스트리히트 조약에 의해 “유럽마약국”²⁵⁷⁾(European Drug Unit)을 확대 개편하여 오늘날의 유로폴이 창설된다. 본부는 네덜란드의 헤이그에 있으며 정식 업무는 1998년 10월 1일 개시한다. 유로폴의 핵심부서인 유럽경찰국은 1999년 7월 1일부터 업무를 시작했다. 유로폴은 권한이 조약에 의해 구성되기 때문에 회원국들의 개별 조약의 비준이 중요하다. 이런 이유로 형사법의 집행을 직접 위임받는 회원국의 경찰조직들과는 다르다. 일반 업무의 성격도 회원국간의 수사협력과 공조수사에 대한 부수적인 지원이라는 한계가 있다. 유로폴의 주요 기구는 국장²⁵⁸⁾(director)이 총괄하는 유로폴 집행국과 운영 이사회가 있다. 집행국에는 수사협조를 지원하는 활동국(operations department, O), 유로폴의 수사업무를 지원하는 관리국(governance department, G), 기술지원부(capabilities department, C)를 두고 있다.

이사회는 사무총장과 감사 등을 포함하는 구성이며, 실질적인 공조활동 업무를 위하여 회원국과 공동체의 연락국(liaison bureaux)에 185명의 연락관을 두고 있다. 통상적인 업무는 거의 연락관들의 협력요청에 의해 수행된다고 볼 수 있다. 유로폴의 상주 직원수는 900명이 넘으며 해마다 18,000여건의 초국가적 범죄를 수사한다. 다음은 유로폴의 기구표이다.

257) 1970대 트레비 그룹이라는 민간단체가 유럽대륙 내부의 초국가적 범죄예방을 위한 제안을 한 후 1980년 유럽연합의 구성이 가시화되면서 헬무트 콜(Helmut Kohl) 독일 수상이 미국의 FBI를 모델로한 유로폴을 제안하면서 시작되었다. 이 조직은 1992년 마스트리히트 조약으로 예산과 활동이 확정되고 회원국들의 비준으로 형성되었다. 1993년에는 유럽마약국으로 시작한다. 유럽마약국은 출발 당시에 수사권한이 전혀 없었다. 체포권이나 기타 수사를 위한 기준과 권한이 없었기 때문이다. 이에 대한 문제점을 해결하기 위해서 1993년 유로폴을 출범하기로 결정한다. 그 근거 조약은 1995년 마스트리히트 조약 K3조이다. 1995년 암스텔담 조약에 의해 유럽의 형사사법공조가 실질화되면서 유로폴의 위상도 현실적인 것으로 바뀌게 되었다.

258) 현재 국장은 Rob Wainwright가 2009년 이래 맡고 있으며, 3명의 부국장이 근무한다.



[그림 5-2-1] 도표: 유로폴 홈페이지

유로폴의 업무는 요약하면 유럽회원국 수사기관들의 수사 지원센터이며, 공동체를 위한 범죄에 관한 정보지원, 개별 수사에 대한 전문가 정보지원, 범죄분석 및 분석 정보제공, 지속적인 범죄보고서 발간 등이다. 출범 초기에는 회원국 수사지원과 정보 제공의 미약한 활동에 국한되었다. 암스텔담 조약과 리스본 조약의 체결로 유로폴은 비교적 안정화되면서 활동도 실질화된다. 1999년 유럽연합 이사회에서 제안한 “조직 범죄 대책”(new approach in fighting organized crime)을 위한 상설 포럼은 급증하는 유럽대륙 내의 초국가적 범죄들을 효율적으로 예방하고 피해를 줄이기 위하여 유로폴의 역할과 기능을 확대할 것을 제안한다. 오늘날과 같은 구조로 개편한 것은 1999년 “유로폴 조약”²⁵⁹⁾(Europol Convention)과 2001년 조직개편에 의한 것으로 주요 업무를 유럽 내의 범죄분석과 분석 정보제공으로 정한다. 현재의 수사지원 범위를 제시한 2004년 “헤이그 프로그램”(the Hague programme: positioning Europol at the centre of EU law enforcement cooperation)은 이후 유로폴의 역할과 기능에 대한 중요한 기준이다.²⁶⁰⁾

259) V. Mitsilegas, EU Criminal Law, Hart Publishing 2009.

260) S.Hufnagel, (In)security crossing borders: a comparison of police cooperation within Australian and the European Union, in: Hufnagel et al(ed.), Cross-border

유로폴의 중요 기획으로는 OASIS(Overall Analysis System for Investigation Support, 2001), IALEIA(International Association of Law Enforcement Intelligence Analysts), JITs(Joint Investigations Teams), SIENA(Secure Information Exchange Network Application, 2009) 등이다. 2007년 유럽연합 이사회의 결정으로 정식 유럽연합 기구로 편입되고 유로폴의 활동은 조약에 따른 권한에 따라 결정되는 것이 아니라 직접 위원회 명령(Council Decision)에 따른다. 즉, 2007년부터 유로폴의 예산이 유럽연합의 예산에 포함되어 집행 및 운영된다. 이를 위한 상세한 내용은 2009년 “유로폴 이사회 결정 프로그램”(Europol Council Decision Programme)에 의한다.

역할에 관한 권한은 TFEU 제88조 제1항²⁶¹⁾에 의해 인정된다. 제2항은 활동과 기능을 규정한다. 이에 따르면 정보분석과 정보수집, 교환이며, 유로저스트와 협력할 것이 규정된다. TFEU 제88조 제3항은 유로폴의 활동 한계를 정하고 있다. 제3항은 “유로폴은 자국의 영토와 관계하는 회원국 또는 회원국 당국과 연대와 협의 하에서만 수사를 할 수 있으며, 강제수사권은 관할 회원국에만 있다.”라고 규정하여 유로폴에게는 실질적인 수사권이 없음을 명시하고 있다.²⁶²⁾

2. 유로저스트(EUROJUST)

유로폴과 함께 구성된 사법기구가 유로저스트이다. 유로저스트는 유로폴이 정식 수사지원 기구화되면서 2002년 2월 28일 “탐페 유럽 이사회”²⁶³⁾(the Tampere European Commission)의 결정에 의해 유로폴이 있는 네덜란드 헤이그에 설치되었다. 유로저스트는 이후 유럽회원국들의 사법적인 정보교류를 위해 설치한 “유럽 사법 네트워크”(European Judicial Network, EJN)와 혼동하지 말아야 한다.²⁶⁴⁾ 유럽 사법

Law Enforcement: Regional Law Enforcement Cooperation-European, Australian and Asia-Pacific Perspectives, Routledge 2012, 190 이하.

261) 제1항: “유로폴은 회원국의 경찰기관 및 기타 범죄소추 기관의 활동, 나아가 복수의 회원국과 관련된 중대범죄, 테러리즘 및 연합의 정책을 대상으로 하는 공동이익을 침해하는 모든 범죄 형태의 예방과 대책을 위해 각 기관들의 상호협력을 지지해야 한다.”

262) Swedish presidency of the European Union, Identifying Europol's Role in a Europe that protect, Working Document 1, Informal meeting of the Ministers of the Interior on the Future of Europol and EU Law Enforcement Cooperation, 2009. <http://www.statewatch.org/news/2009/sep/eu-council-presidency-no-1-europol.pdf>

263) Tampere는 핀란드의 도시 이름이다. 유럽이사회 중 법무행정(Justice and Home Affairs, JHA)에 관한된 이사회가 설치된 지역이름을 따라 이러한 명칭이 사용된다.

네트웍은 회원국 상호간의 사법정보 교류에 활동이 국한되는 반면, 유로저스트는 유럽 전체의 사법활동을 보고하고 초국가적 범죄에 대해 회원국의 사법기관과 협력하는 기관이다. 그 자격과 활동은 회원국 내부 법률에 따른다. 즉 자격과 임무가 회원국의 통상 사법기구와 유사성을 가져야 한다. 유로폴이 경찰조직의 확대라면 유로저스트는 검찰조직의 확대라고 볼 수 있다.²⁶⁵⁾

그런 이유로 유로저스트 내에는 회원국의 검찰과 치안판사²⁶⁶⁾ (magistrates), 그리고 사법과 관련된 전문가들이 모두 포함된다. 대부분은 검사가 임명되지만, 일부 국가들의 경우 검찰 조직이 없거나 치안판사가 그 업무를 수행하는 것 때문에²⁶⁷⁾ 이와 같은 자격을 정한다. 유로저스트의 조직원을 별도로 'College'라고 부른다. 2003년 4월 29일 헤이그에 본부를 설립하였으며, 2007년 기구가 확장되어 현재는 27명의 College가 있다. 모든 College들은 회원국의 판사, 검사, 기타 이에 준하는 자격을 가진 자로서 임명된다. 현재는 2012년 선출되어 2015년 4월 재선출된 벨기에 출신 검사 미셸 코니스크(Michèle Cornisx)가 의장을 맡고 있다. 두 명의 부의장이 있다.

근거 조약은 리스본 조약에 의한 TFEU 제85조 내지 제86조이다. 유로저스트의 업무²⁶⁸⁾는 회원국들의 권한을 위임받은 특정 행위의 수사와 소추, 다른 수사 및 소추 기관과의 협력, 형사 관할의 조정, JITs(합동 수사단)의 설립과 필요한 정보수집과 제공 등이다. 이를 위해 유로저스트는 유로폴이나 OLAF, 그리고 연결 수사기관 등과 긴밀하게 협력해야 한다. 유로저스트는 유럽연합 회원국 이외에도 참가를 허용한다. 현재 23개국이 유로저스트에 회원국으로 가입되어 있다. 그 명단은 알바니아, 아르헨티나, 보스니아, 헤르제고비나, 캐나다, 이집트, 마세도니아, 아이슬란드, 이스라엘, 일본, 한국, 리히텐슈타인, 몰도바, 몽고, 몬테니그로, 노르웨이, 러시아, 세르비아, 싱가포르, 스위스, 태국, 터키, 우크라이나, 그리고 미국이다. 한국은 가장 최근 가입했다.

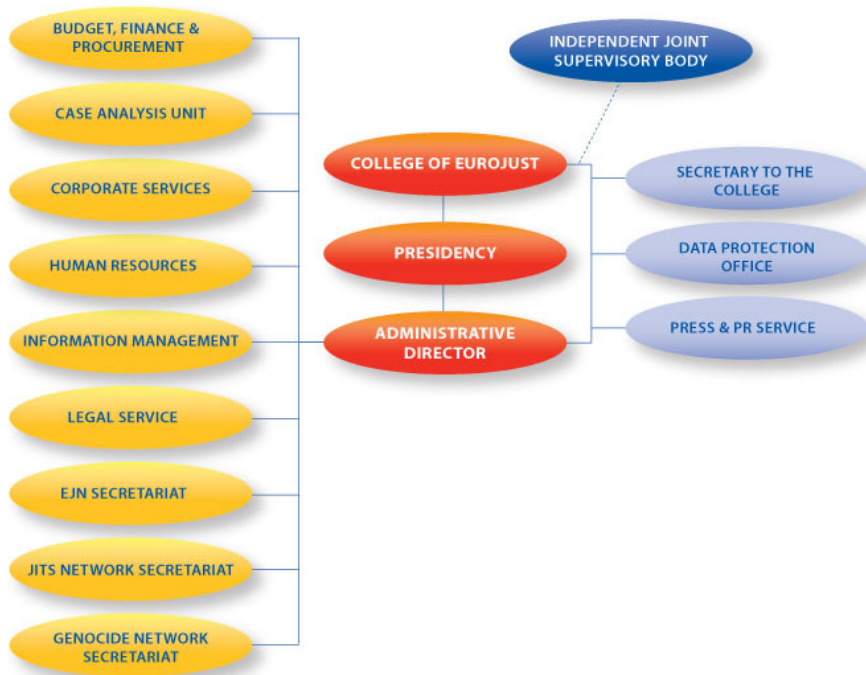
264) Satzger, 위의 책, 112; Klip, European Criminal Law, 452 이하.

265) Satzger, 위의 책, 113.; J.Mörnar, Developing Europol and Eurojust, contribution to the joint CRIM/LIBE committee Hearing, 19 Mar 2013.

266) "Magistrate"는 영미법과 프랑스법에 존재하는 제도이다. 우리의 경우는 적당한 번역이 없다. 치안판사는 직업 법관이 아니라 지역의 자격있는 사람이 주로 경범죄와 민사사건의 처리를 위해 임명된다. 별도의 치안법원(magistrate court)를 가지고 있는 경우는 직업법관인 경우가 많다.

267) 현재는 사이프러스, 오스트리아, 영국의 National Member만 검찰 출신이 아닌 College로 임명되어 있다.

268) Council Decision 2002/187/JHA of 28 Feb, 2002.



[그림 5-2-2] 도표: 유로저스트 홈페이지

주요 부서로는 예산회계국(Budget, Finance and Procurement Unit), 사건분석국(Case Analysis Unit), 칼리지 비서국(College Secretariat), 행정사무국(Corporate Service Unit), 정보보호국(Data Protection Unit), 인사국(Human Resources Unit), 정보관리국(Information Management Unit), 법률서비스(Legal Service), 홍보국(Press and PR Service) 등이다. 이와 별개로 네트워크 사무국(Network Secretariats)과 독립 연합감독기구(Independent Joint Supervisory Body)가 있다.²⁶⁹⁾

네트워크 사무국은 유럽 사법 네트워크(EJN)과 제노사이드 특별 네트워크,²⁷⁰⁾ 그리고 합동수사단(JITs)를 포함한다. 독립 연합감독기구(JSB)는 3명의 위원으로 구성된 유로저스트의 수사활동을 별도로 독립적으로 감독하는 기구이다.

TFEU 제85조 제1항은 “유로저스트는 복수의 회원국에 관계하거나 공동의 소추가

269) V.Consultez, EUROJUST: beacon in EU judicial co-operation, ERES 2006.

270) Council Decisions 2002/494/JHA of 13 June 2002 and 2003/335/JHA of 8 May 2003 (Genocide Network); 김성룡, 유럽연합형사사법협력체 연구, (인터넷 버전) 20 이하.

필요한 때 중대범죄의 수사 및 소추를 관할하는 각국 당국간 조정 및 협력을 지원 강화할 의무를 진다.”라고 규정한다. 유로저스트의 활동과 업무는 보통 입법절차에 따라 정할 수 있다.(동조 제1항 후문) 유럽검찰국의 창설과 활동에 대해서는 TFEU 제86조에 규정한다. 검찰국의 설치는 만장일치로 한다.(동조 제1항) 유럽검찰국의 업무는 동조 제2항에서 “유럽검찰국은 제1항에 의한 규칙에서 정한 연합의 재정을 해하는 범죄요건의 정범 또는 공범으로 행위한 자를 유로폴과 연대하여 수사와 소추를 관할한다.”라고 규정한다. 통상적인 검찰의 업무와 동일하다. 회원국들은 이를 명확하게 하기 위하여 관련 법률을 제정하기도 한다.²⁷¹⁾

3. 유럽 사기범죄국(OLAF)

OLAF는 1999년 설치되었다. OLAF는 유로폴이나 유로저스트와 달리 수사, 사법조언 또는 범죄분석 인력을 두지 않는다. OLAF는 1988년 유럽 이사회의 권고로 창설된 UCLAF가 유럽 이사회의 내부 기구였던 것에 반하여 1999년 6월 1일 완전한 독립기관으로 시작했다. 주요 임무는 유럽 이사회에서 임명한 국장에 의해 사기범죄에 관한 정보와 분석을 유럽연합 의회와 감사에게 보고한다. OLAF의 독립은 “5인 감시위원회”(Five-person Surveillance Committee)에 의해 보장받는다.²⁷²⁾ OLAF는 유럽연합 내부의 부정부패나 사기범죄에 대한 내용을 조사할 수 있는 권한을 가지고 있다.²⁷³⁾ 1999년 “산터 위원회”의 권고로 연합의 내부의 회계부정과 예산 감사기관으로 운영된다.²⁷⁴⁾ 조직은 이탈리아 검사출신의 지오바니 케슬러(Giovanni Kessler)가 2011년 2월 14일부터 7년 임기의 사무국장으로 임명되어 있으며, 행정조직과 주요 감사국으로 조사1국과 2국(Directorates A, B)으로 구분된다. 조사 C국은 지원부서이며, D국은 정책부서로 구성되어 있다. 별도로 OLAF의 활동에 대한 감시위원회가 설치되어 있다.

271) W.Schomburg, Justizielle Zusammenarbeit im Bereich des Strafrechts in Europa: Eurojust neben Europol? ZRP 1999, 239; Gesetz zur Umsetzung des Beschlusses des Rates vom 28. Februar 2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität Eurojust-Gesetz BGBl. I.S. 902.

272) Satzger, 위의 책, 114

273) EC 1973/99(OJ 1999 No.L136/6)

274) Council Decision Euratom 1999 and Decision of Commission 1999/396/EC.

4. 유럽검찰국(European Public Prosecutors Office, EPPO)

2001년 유럽연합은 “공동체 경제이익의 형사법적 보호와 유럽검찰국 창설을 위한 제안서”(Green Paper on Criminal Law Protection of the Financial Interests of the Community and a European Public Prosecutor)를 제출했다. 이는 국제형사법원이 2000년 유럽검찰국의 제안을 하면서 비롯되었다. 같은 내용이 TFEU 제86조에도 규정되어 있다. 그럼에도 불구하고 구성조약 제86조의 단서가 유럽검찰국을 구성하기 위하여는 모든 회원국들의 만장일치가 조건이다.²⁷⁵⁾ 또한 TEU 제20조와 TFEU 제329조 제1항을 준수해야 한다. 제20조는 상호협력을 위하여 구성조약(TFEU) 제326조 내지 제334조를 존중토록 규정하는데, 구성조약 제326조는 “강화된 협력은 역내시장 및 경제적, 사회적 및 영토적 결속을 침해하지 않는다.”로 규정된다. 제329조 제1항은 유럽검찰국과 같이 배타적 협력권한 분야의 경우 회원국들의 개별 목표 신청과 내용의 제안을 이사회에 제출할 것을 규정한다. 그렇기 때문에 유럽검찰국의 설립을 위해서는 회원국들의 실질적인 협력을 통한 통일된 형사소송법과 그에 따른 유럽검찰국의 설치·제안되어야 한다.²⁷⁶⁾

만일 이러한 방법론적인 어려움을 극복하더라도 유럽검찰국의 업무는 유럽공동체 내의 경제적인 이익보호에 국한될 가능성도 있다. 그 이유는 TFEU 제86조 제4항이나 제83조 제1항에 따라 중대한 초국가적 범죄의 경우는 공동체의 권한을 확대하여 보호할 수 있지만, 제325조 제4항은 “유럽의회 및 이사회는 연합의 기관, 조직 및 기타 부서에서 효과적이고 동등한 수준의 방지를 확보하게 위하여 연합의 재정적 이익을 침해하는 사기의 방지 및 대항을 위한 필요한 조치를 보통 입법을 회계감사원과 협의 후 할 수 있다.”라고 규정하여 그 권한 자체가 사기죄의 경우에 국한되는 것처럼 해석되기 때문이다.²⁷⁷⁾ 유럽검찰국의 수사권이 시행되어도 제86조 제2항에 따라 관할 회원국의 검찰에 사건을 넘겨줘야 한다. 요컨대 유럽검찰국은 여전히 가시적으로 발전될 기미가 보이지 않는다. 전향적으로 볼 때 유럽검찰국은 전체 유럽연합의 검찰정

275) Silke Nüremberg, Die zukünftige Europäische Staatsanwaltschaft. Eine Einführung, ZIS 2009, 225 이하.

276) Satzger, 위의 책, 115에 따르면 유럽검찰국의 설치에 대해서는 유럽연합 차원의 가능성(If)과 방법론(How)이 결여되어 있다.

277) Satzger, 위의 책, 115; Rosenau, 17 이하; Suominen, MJEL 2008, 229.

책과 유럽연합 내의 통합 형사사법과 소송규칙, 수사를 위한 구체적 규칙과 범죄예방에 대한 대책 등을 제시할 수 있어야 한다. 현재는 유럽검찰국의 가상 업무들은 유로저스트에 의해 연계되어 관할 회원국들의 검찰에 의해 직접 수행된다. (“상호 승인 원칙”)²⁷⁸⁾ 결과적으로 유럽검찰국의 탄생은 어려운 것으로 보인다.

제3절 상호 승인 원칙(Principle of Mutual Recognition)

1. 내용

원래 상호 승인 원칙은 유럽연합내의 경제자유화 목적을 위하여 시작된다. 유럽연합 내 자유 경제 체제 완성을 위하여 자유로운 상품거래의 기본 조건을 미리 상호 승인해주는 것이 필요했다. 여기서 비롯된 원칙이 형사사법으로 이행되기에는 더욱 세심한 준비가 필요하다. 통상과 거래의 자유로운 이전과 형사범죄자의 소추를 위한 연결망을 구축하는 것을 같을 수 없기 때문이다. 그렇기 때문에 유럽연합이 중요하게 판단하고 있는 범죄 중 경제관련 범죄자의 역내 형사소추를 위한 기반 마련이 우선적으로 검토되었다. 동일한 형사소추 조건과 구조에 대한 선행적인 준비를 위한 규범은 TFEU 제82조이다. 이 규정의 동조 제1항은²⁷⁹⁾ “연합 내의 형사사건에서 사법적 협력은 상호 승인 원칙에 의거하여 재판상 판결 및 결정에 따르며 본 조 제2문 내지 제83조에 언급된 분야에서 회원국의 법과 규정과 유사하게 이루어져야 한다.”로 규정한다. 여기서 제2문 유럽의회와 이사회의 형사사법 기본 구조 준비 의무인데, 입법을 통해 재판상 판결과 결정의 승인을 연합 내에 전파할 수 있는 규정과 절차, 회원국간 관할 충돌을 회피할 수 있는 수단, 회원국 판사와 검사 및 사법관련자의 연수, 형사소추를 위한 당사국간의 협력체계 마련 등이다. 이에 대해서는 정책을 마련할 의무도 있다.(TFEU 제36조)²⁸⁰⁾

278) 더 자세한 내용은 D. Heike, *Die Europäische Staatsanwaltschaft. Entstehung und aktueller Stand*, AV Akademikerverlag 2015 참조.

279) “judicial cooperation in criminal matters in the Union shall be based on the principle of mutual recognition of judgements and judicial decisions and shall include the approximation of the laws and regulations of the Member States in the areas referred to in paragraph 2 and in Article 83.”

이와 관련하여 동조 제2항은 공동체를 위한 형사사법의 ‘최소 기준’으로 다음과 같은 사항을 만장일치로 연합 이사회의 결정으로 의회 동의를 얻을 것을 정하고 있다. 첫째 회원국간의 증거적용(admissibility of evidence)에 대한 상호승인, 형사절차에서 개인의 권리, 범죄피해자의 권리, 그리고 기타 사항 등이다. 이 최소 기준보다 높은 정도의 보호나 존중을 하는 경우는 허용된다. 최소 기준은 상호 승인 원칙의 이념을 구체화하기 위한 필요 근거라고 할 수 있다. 리스본 조약의 체결 후 이 원칙에 따라 많은 기본 명령들과 명령들이 의회를 통해 규정되었다. 대체로 회원국 형법과 형사소송법에 대해 유럽연합의 권한이 영향을 미치는 문제는 그 적용에 의해 변화될 수 있는 회원국 형사사법의 현실을 반영하여 논의된다. 상호 승인 원칙에 따른 우선적인 형사사법 적용의 예는 유럽 체포 영장 제도이다.

2. 유럽 체포영장

2002년 6월 13일 유럽연합 이사회는 유럽영장제도를 제안했다.²⁸⁰⁾ 이는 회원국들이 유럽 영장을 존중하고 그에 따라 회원국의 형사관할권을 일정 양보할 것을 포함한다. 이는 TEU 제31조 내지 제34조까지에 규정된 유럽연합 입법절차와 내용에 대한 규정들에 따라 추진되었다. 유럽영장제도는 다른 형사사법 통합을 위한 모델 역할을 했다.²⁸²⁾ 유럽 영장제도는 전통적으로 형사소추 관할권없는 범죄자에 대한 추방과 범행지 외의 관할권 국가들이 소위 현장없는 수사부담을 지는 등의 복잡한 형사소추를 해결하기 위하여 제안되었다. 관할권없는 범죄행위자에 대해 추방명령을 내리는 현실은 국경이 의미없어진 유럽지역에서는 특히 비효율적이며, 정치적으로 남용될 소지도 있다. 더욱이 전통적으로 추방명령의 대상행위는 추방국과 비추방국의 “공동의 범죄성”(double criminality)이 인정되어야 한다.²⁸³⁾ 두 국가 모두의 형법에서 행

280) 전체적인 논의에 대해서는 S.Gieß, Die “Verkehrsfähigkeit von Beweisen” im Strafverfahren, ZStW 115(2003), 146 이하; Brünner/Hetzter, NStZ 2003, 113.

281) Framework Decision 2002/584/JHA, OJ 2002 No. L 190/5.

282) Satzger, 위의 책, 118.

283) Satzger, 위의 책, 119; Schomberg/Lagodny/Gieß/Hackner(Hrsg.), IntRhStr, Vor § 68 IRG; Vogel, in: Grützner/Pätz/Kreß(Hrsg.), IntRhStr, Vor § 1 IRG, 15 이하; ders., Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht, JZ 2005, 801 이하. 예를 들어 이탈리아는 자국민에 대한 강제추방 규정이 없었으나 기본 명령에 따라 새롭게 법을 개정하여 이탈리아에서도 범죄가 되는 행위에 관련된 시민에 대한 추방명령을 내릴 수 있도록 하였다.

위가 범죄로 규정되어야 한다는 의미이다. 그런데 관련 국가 중 한 형사법이 이를 부정하는 경우도 있다. 통상적으로는 추방되는 행위자가 속한 법체계인 경우가 많다.

유럽 영장은 기본 명령 제2조에서 규정한 32개의 범죄유형에 대해서 발부되도록 한다. 이는 유럽연합 의회의 만장일치에 따른 승인이 된 사항이다. 32개의 범죄 행위 유형은 범죄조직 가담, 테러리즘, 인신매매, 아동성착취 및 아동포르노, 불법마약밀매, 불법무기밀매, 부정부패, 1995년 유럽연합의 사기방지협약에 해당하는 경제적 불법행위, 범죄수익 돈세탁행위, 통화위조, 컴퓨터범죄, 보호동식물 보호위반을 포함한 환경범죄, 살인 및 중상해, 유괴 및 인신관련 범죄, 인종 및 외국인혐오범죄, 문화재 밀매, 이익편취행위(swindle), 범죄수익, 지적재산권 침해, 지불수단의 위조, 특정 성장촉진제의 불법밀매, 원자력물질의 불법밀매, 절취차량 밀매, 강간, 방화, 국제형사재판소가 정하는 범죄, 불법 항공기 및 선박탈취, 사보타지 등이다. 비록 이 범죄유형들은 유럽연합 의회의 승인을 받기는 했지만 여전히 형사법학자들과 전문가들이 보기엔 애매하고 불완전하다. 예컨대 “컴퓨터 범죄”란 표지로는 해당 행위가 특정되기 어렵다. 컴퓨터 관련 범죄유형은 매우 복잡하고 세밀하게 발전되어서 포괄적인 일반개념만으로는 해당 행위가 무엇인지는 알기 어렵기 때문이다. 컴퓨터와 관련된 범죄유형들은 온라인과 오프라인에 결합되어 나타나는 특성이 강하다. 그렇기 때문에 전산망의 물리적 파괴행위가 컴퓨터범죄인지 아니면 일반 재물손괴행위인지를 구분하는 것은 행위의 목적과 의도한 효과 등에서 판단되어야 한다.

제3항은 이에 대한 이사회는 유럽의회의 승인을 얻어 만장일치로 새로운 범죄유형을 추가할 수 있다고 규정한다. 제4항은 위의 유형들에 포함되지 않는 범죄행위의 경우 집행권을 가진 국가의 형법에 따라 유럽연합 영장을 발부할 수 있는 조건이 된다고 규정한다. 제2항에 규정된 범죄유형이 아닌 경우도 회원국의 개별 형사법에 규정된 범죄인 경우는 유럽연합 영장을 청구할 수 있는 가능성 있다. 그렇다면 기본 명령 제2조 제2항의 범죄유형 목록은 무엇을 의미하는지에 대해 애매할 수 있다. 일반적으로 이 목록은 이중의 범죄성이 인정되는 범죄유형들만을 열거하여 회원국들이 이에 대해서는 우선적으로 형사사법 공조를 추진할 수 있도록 하려는 의도로 해석한다.²⁸⁴⁾ 이런 경우는 특히 행위자가 추방된 후 다시 추방지로 되돌아왔을 때를 예상

284) L. Klimek, *European Arrest Warrant*, Springer 2015.

하면 유용할 수 있다. 추방된 국가에서 사면이나 형면제를 하더라도 해당 행위는 여전히 유럽 영장 제도의 대상 행위라는 근거로 소추 또는 특별 관리를 할 수 있는 가능성이 있기 때문이다.²⁸⁵⁾

3. 위헌성 문제

독일 ‘다르카자니 사건’의 영향은 중요하다. 실제로는 유럽 체포 영장에 대한 독일 헌법상의 위헌성 문제로 논의되었다. 조금 더 설명하자면 독일은 기본 명령에 따라 2004년 6월 16일 유럽 체포 영장제도를 실효적으로 하기 위한 입법을 한다. 이를 “유럽 체포 영장법”(Europäisches Haftbefehlgesetz, EuHbG)이라고 하며, 같은 해 8월 23일 발효한다. 이 법률은 이전의 “사법공조법률”(IRG)을 통합한 법률이다. 2005년 제기된 사건은 테러사건에 연루된 시리아계 독일인의 신병을 재판지인 스페인으로 강제추방하라는 유럽 영장의 효력에 대해 독일 연방헌법재판소에서 다른 것이다. 피고인은 유럽 영장 제도가 독일 시민의 헌법적 보호를 무력화시킬 수 있다고 주장했다. 기본 명령 제2조에서 규정한 범죄 목록에서 이 사건에 적용된 구성요건은 “테러집단 가담행위”였다. 그러나 당시 독일의 법률에는 테러집단에 대한 단순 가담행위가 범죄 행위로 해석되지 못했다. 그렇기 때문에 이중의 범죄성 요건을 충족시키지 못한다. 연방헌법재판소²⁸⁶⁾는 다음과 같은 근거를 들어 유럽 영장에서 요구하는 독일 시민에 대한 스페인 추방명령의 효력을 부정했다. 즉, 독일 헌법 제16조 제2항은 독일 시민은 추방되지 않을 권리를 가지고 있다. 그렇기 때문에 이를 규정한 공동체의 기본 명령과 2004년의 유럽 체포 영장법은 비례성의 원칙에 따라 재구성되어야 한다. 특히 헌법에서 보장하는 추방당하지 않을 권리가 기본 명령에 따를 의무와 어떻게 관계되는지에 대한 애매함이 보충되지 않는다면 이를 따르기 어렵다. 게다가 기본 명령 제4조 7호는 이를 따라야 하는 회원국의 법질서와 관련하여 유사한 범죄적 불법행위임이 필요하다는 것을 규정한다. 그러므로 입법자는 이 규정간의 오해를 줄이기 위해 상호적인 관련요소를 명확하게 했어야 했다.²⁸⁷⁾ 두번째 근거로 법원은 독일 헌법 제19조 제4항

285) Satzger, 위의 책, 120.

286) BVerfGE 113, 273.

287) BVerfGE 113, 302.

에 의한 “정당한 재판을 받을 권리를 침해했음”을 강조했다. 유럽 영장제도는 쉽게 정치적인 근거로 시행될 수 있다. 이에 따라 적극적으로 시행을 인정하면 헌법으로 보장된 시민들의 정당한 재판을 받을 권리를 침해할 수 있다. 이러한 판결의 영향을 2006년 7월 20일 독일 연방 의회는 새로운 법률을 규정한다. 새로운 규정에는 연방헌법재판소가 제시한 구체적 기준을 보강하였다. 유럽사법재판소는 새로운 독일의 유럽 영장법률에 대해 인정할 것인가에 대해 유보적이다.²⁸⁸⁾

이러한 현상은 독일만 있던 것은 아니다.²⁸⁹⁾ 폴란드 헌법에도 시민의 추방을 금지하는 조항이 있었다. 그로 인해 2006년 폴란드는 이중 범죄성에 대한 요소를 추가하여 기본 명령을 따를 수 있도록 헌법을 개정하기도 하였다.²⁹⁰⁾ 사이프러스 헌법재판소는 독일과 유사한 사건에서 기본 명령에 대한 입법을 하도록 결정했으며, 체코 헌법재판소는 반대로 2006년 기본 명령에 유리한 결정을 내리기도 했다. 벨기에의 경우도 유사한 경우에 대해 중재원(the Court d'Arbitrage)이 심의하는 사례가 있었다. 벨기에서는 유럽 영장 제도가 기본 명령 이외에 조약이나 협약으로 요구되었는가와 이중의 범죄성에 관한 규정 자체가 죄형법정주의의 이념에 따라 제안되고 있는가, 그리고 마지막으로 이중의 범죄성 원칙에 따라 제외되는 범죄군들에 대해 불필요한 차별이 제기될 수는 있지 않은가에 대해서 논의되었다. 이에 대한 결론은 벨기에 중재원이 유럽사법재판소의 기본 명령과 관련된 실질적 내용을 검토하는 권한이 없다는 것으로 정리되었다.

4. 증거법과 집행 문제

증거법의 통합 또는 일치하는 매우 어렵다. 그 이유는 형사증거법은 과거와 달리 개별 회원국의 형사법상의 소위 형사소송법적인 민감성 이외에도 과학증거의 확대로

288) Satzger, 위의 책, 121은 Case C-66/08 ECR 2008, I-6041을 예로 든다. 본 사건은 독일 내에 체류하던 중 구금된 폴란드인에 대한 폴란드 검찰의 자국 내 처벌과 집행을 위한 추방명령에 대해 기본 명령 제4조 제6호의 내용상 피집행국인 독일은 현재 구금된 폴란드인이 독일 내에서 유효하게 거주하는 자로서 단지 처벌을 목적으로 추방되는 것에 대해서는 거부할 수 있다는 기본 명령의 해석을 이유로 거부하였다. 이 결정으로 기본 명령상의 영장과 관련한 구체적 기준이 마련되기도 했다.

289) Satzger, 위의 책, 122 이하.

290) V. Mitsilegas, The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU, Common Market Law Review 43(2006), 1277-1311.

인해 복잡해졌기 때문이다. 그러니 이유로 유럽 연합의 형사소송법 통합은 현재 답보 상태다. 증거능력과 증거인정 범죄는 물론 증거채택을 위한 압수와 수색의 실질적인 범위와 내용은 유럽연합 수준에서 제안되지 못하고 있다. 2005년 제안된 유럽 형사사법에 관한 워킹그룹의 활동은 영장제도에 국한되어 있다. 독일의 경우 형사증거법에 관해 유럽연합의 요구를 거부할 수 있는 구체적 법률안을 제정하기도 했다. 특히 중요하고 민감한 증거법상의 사안들은 유전자정보, 컴퓨터관련 정보, 경제적 범죄 등에서 발생한다. 2009년에 이사회에서 발표한 통합을 위한 제안서(Green Paper)는 많은 비판에 의해 폐기된 상태다. 유럽인권협약이나 다른 국제적 규범에 따라 보호되는 피의자 또는 피고인 인권은 절대적으로 지켜진다. 별도로 TFEU 제82조 제2항 제2문에는 이에 대한 상세 규정을 두고 있다. 무죄추정 원칙이나 이중처벌 금지원칙 등은 별도의 규정과 관련없이 준수되어야 한다.²⁹¹⁾

집행에 대해서는 “유럽 법집행명령”²⁹²⁾과 “상호 승인에 따른 보호관찰결정을 위한 기본 명령”²⁹³⁾에 의해 결정된다. 초국가적 집행권이나 보호관찰이 시행되는 경우에 적용될 수 있다. 형집행의 관할이 충돌하는 경우를 피하기 위하여 공동의 집행 및 보호관찰 명령을 규정할 필요성이 있다. 이를 위해서는 기존의 쉥겐 조약 제92조 이하를 따라 수배자를 포함하여 범죄자와 보호관찰 대상자에 대한 정보를 공동으로 관리할 의무가 부여된다. 일부 국가들²⁹⁴⁾이 제안으로 체결된 “프룬 조약”(Prüm Convention of 2007)은 회원국간 DNA 정보와 지문정보를 접근할 수 있는 권한을 승인하는 것을 내용으로 한다. 그러나 프룬 조약은 이와 같은 정보를 공유하는 것을 허용하지 않는다. 조약에 따르면 관련 회원국의 승인을 받아 해당 정보에 접근할 수 있는 기본 틀을 마련한 것에 의미가 있다. 기본 명령과 같은 유럽연합의 기존의 형사사법 통합과는 달리 제한적인 상호조약으로 볼 수 있다. 이를 “상호 정보허용 원칙”(the principle of availability of information)이라고 한다.²⁹⁵⁾ 개인 정보 보호

291) BVerfG NJW 2009, 2288 이하. 이와 별개로 Commission Green Paper on Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings throughout the European Union, COM(2003).

292) Council Framework Decision 2008/909/JHA, OJ 2008 No.L 327/27: European Enforcement order

293) Council Framework Decision 2008/947/JHA, OJ 2008 No.L 337/102: Framework Decision on the mutual recognition of judgments and probation decisions.

294) 벨기에, 독일, 스페인, 프랑스, 룩셈부르크, 네덜란드, 오스트리아(알파벳 순)

에 대한 일반 원칙은 여기서도 반드시 준수되어야 한다. 이러한 내용을 담은 2009년 “스톡홀름 프로그램”은 유럽 연합 차원의 형사소송 대상자들의 인권을 보호하는 것을 주요 내용으로 한다.

형법의 적용과 해석을 위한 유사성 원칙은 형사소송 규칙에서도 고려된다. 추가적으로 언급될 사항은 피해자 보호를 위한 사안이다.²⁹⁶⁾ TFEU 제267조는 회원국 형사소송절차에서 범죄피해자의 인권과 권리를 특별히 보호할 것을 규정하지 못하고 있는 경우 유럽재판소에 직접 이를 요구할 수 있도록 규정한다. 예를 들어 푸피노 사건²⁹⁷⁾처럼 회원국의 형사절차에서는 특별히 피해자 보호를 위한 규정이 없는 경우 직접 유럽연합재판소에서 이에 대한 명령으로 보호를 실현할 수 있다.

5. 일사부재리(Ne bis in idem)의 적용

국제법상 일사부재리 원칙의 적용은 국내법보다 쉬운 것은 아니다. 여전히 대부분의 국가들은 외국에서 받은 형의 전부 또는 일부에 대한 일사부재리 원칙의 적용을 꺼리고 있다.²⁹⁸⁾ 국제형사법에서 일사부재리 원칙이 처음으로 적용된 규정은 제2차 세계대전이 종료한 후 뉘른베르크 헌장과 유엔 임시재판소 규정들이었다.²⁹⁹⁾ 김기준 교수는 일사부재리 원칙의 적용에 소극적인 법이론 근거를 설명하면서 외국에서 받은 형에 대하여 국내 법정이 동일재판권 가지고 있다고 볼 수 없으며, 법이론적으로 상이한 적용으로 볼 여지가 많다는 점을 지적한다.³⁰⁰⁾ 두번째 근거는 유럽 형법의 이중의 범죄성과 관련될 수 있다. 반면에 그는 일사부재리의 문제는 인권보호 측면에

295) Council Framework Decision 2008/977/JHA, OJ 2008 No.I. 350/60: the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters.

296) Council Framework Decision 2001/9220/JHA, OJ 2001 No.I. 82/1 on the standing victims in criminal proceedings.

297) Case C-105/03 ECR 2005, I-5285.

298) 김기준, 위의 책, 4.

299) Green v. US 335 U.S. 184(1957) 사건에서 일사부재리의 인정은 영미법상의 원칙이며 막대한 자원과 권력을 가진 국가가 특정 피고인에게 반복적으로 범죄혐의에 대한 유죄입증 부담을 부여하는 것은 무고한 사람이 유죄판결 받을 위험성을 증가하는 것이기 때문에 부당하다는 결정을 내린 바 있다. 전쟁에 대한 일반적 국제법적 현실에 대해서는 박재섭/박기갑(신집), *전쟁과 국제법*, 삼우사 2010.

300) 김기준, 위의 책, 84.

서 고려되어야 한다고 주장한다.³⁰¹⁾ 그 이론적 근거는 개인적 자유권, 인권, 정의, 법적 안정성, 이전 사법결정에 대한 존중, 사법 안전성, 적법절차, 절차적 효율성, 사회 평화와 질서 등으로 다양하다. 김기준 교수는 그의 연구에서 이러한 일사부재리의 인권보호적 속성에 따라 근대 국제 형사법은 전통적 주권개념의 변형을 통해 국제적 보편 원리로 인정하는 추세가 발견된다고 말한다.³⁰²⁾ 이와 같은 변화에 결정적인 기여를 한 것은 역시 유엔의 인권협약과 같은 국제적 인권보호 협약들의 제정과 비준이다.

유럽인권협약은 제6조에 정당한 재판을 받을 권리에 관해 규정하면서도 실제로는 일사부재리를 부정하는 듯한 해석이 가능했으나, 제7 보충규약 제4조에 “이중 처벌을 받지 않을 권리”(right not to be tried or punished twice)를 규정하면서 이를 승인한다. 유럽 국가 내에도 법제도상 일사부재리의 인정여부는 각기 다르다. 영국은 일반적으로 외국형사판결에 대해 일사부재리 원칙을 적용하는 입장이다. 영국법상 이전의 유죄판결은 무죄항변으로 인정된다.³⁰³⁾ 영국법원은 위에서도 언급했듯이 1066년 외부의 침략에 의해 형성된다. 그 때문에 중앙의 권력이 지방으로 미치는 데에는 많은 노력과 갈등이 있었다. 그렇게 형성된 국가의 형태와 사법질서는 지역의 사법권과 관할권을 존중하지 않고서는 통합되기 어려운 사정이 있었다. 이런 이유로 일사부재리가 영국법 또는 이를 존중하는 캐나다나 호주와 같은 영연방의 공동 원칙으로 존중되는 것은 역사적 이유가 있다. 영연방은 여전히 추밀원 제도(Privy Council of Judicial Committee)를 두고 있기 때문이다.

이와 관계없이 일사부재리를 인정하는 법제는 네덜란드이다. 우리나라나 일본, 중국, 폴란드 등은 산입주의 또는 양형고려주의로 제한적으로 인정하고 있다. 예외적으로 벨기에는 자국 내 범죄에 대한 외국판결에 대해서만 인정하지 않고 역외범죄에 대해서만 소극적으로 인정하는 국가이며, 프랑스도 형사소송법 제692조에서 역외범

301) 김기준, 위의 책, 84. 일사부재리 원칙의 유럽연합 내 보편적 효력에 대해서는 Satzger, 위의 책, 132. 일사부재리 원칙의 존중과 유럽연합 내의 이중처벌금지가 완전히 같은 것인가는 검토할 여지가 남아 있다. M.Heger, Perspektiven des europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon. Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.6.2009, ZIS 2009, 408.

302) 김기준, 위의 책, 95 이하.

303) R. v. Aigheest, 13 Cr. App. R. 101, CCA; R.v.Lavercombe and Murray(199988), Crim.L.R.435, CA

죄에 대한 부분적인 인정을 법제화한다. 이탈리아는 명문으로 일사부재리의 적용을 금지한다. 독일은 형법 제51조 제3항에 일사부재리에 대한 양형조건을 산입하도록 규정하고 있다.(산입주의)

유럽연합은 이중처벌의 금지에 대한 보편적 합의를 하고 있다.³⁰⁴⁾ 일부 유럽내의 카르텔법규(Regulation 1/2003 EC, ECN)에서도 개별 제재가 논의될 때 고려토록 하고 있다. 그러나 회원국 모두가 개별적인 일사부재리에 대한 원칙과 규정을 독립적으로 적용하는 한은 이중처벌의 가능성을 부정하기는 어렵다. TFEU 제4조 제3항은 회원국들의 공동체 조약원칙에 대한 성실의무를 정하고 있다. 그에 따라 일사부재리나 이중처벌금지에 대한 보편협약이나 법원칙이 회원국 형법집행에 고려되는 의무가 생기지는지는 의문이다. 우선은 일사부재리와 같은 원칙이 실질적으로 보장되기 위해서는 일사부재리원칙이 일반적 인권보호원리로 회원국들이 존중할 수 있어야 한다. 1995년 쉥겐 조약의 이행규정(Convention implementing the Shengen Agreement, CISA) 제54조는 한 국가에서 처벌을 받은 동일한 범죄로 다른 국가에서 처벌받는 것에 대해 금지하고 있다. 또한 기본 명령 제3조 제2호에서는 유럽영장을 발부할 때 일사부재리원칙을 고려토록 한다. CFR 제50조 역시 일사부재리원칙에 대한 규정이다.

그럼에도 불구하고 CISA 제54조와 CFR(Charter of Fundamental Rights) 제50조의 해석과 관련해서는 논란이 있다. 그 이유는 CISA와 CFR의 국제법상의 지위나 이에 대한 회원국들의 승인범위가 완전하게 정리되어 있지 않기 때문이다. 이에 대한 올바른 해석은 CISA 제54조와 TEU 제19조 제3항, TFEU 제267조 제2항 (b)의 해석으로 결정될 수 있다. 여전히 개별 회원국들의 실질적인 존중의사가 더욱 핵심적인 요건이 된다고 본다.³⁰⁵⁾ 개별적인 사례들은 법원칙에서 모두 설명될 수 없는 요소들이 남아 있기 때문이다. 특히 “동일범죄”의 해석이나 “형사법적 조치” 등에 대한 이해가 사건별로 다르다는 점도 감안해야 한다.³⁰⁶⁾ 또한 회원국들의 법 적용 기준도 문제가

304) Case C-18/63 and C-18/65 ECR 1966, 103; Case C-78/83 ECR 1984, 4177.

305) 김기준, 위의 책, 212 이하; Satzger, 위의 책, 137 이하.

306) Case C-436/04, “Van Esboeck” ECR 2006, I-2333. 사건에서는 벨기에 법을 위반하여 벨기에서 노르웨이로 마약을 수입하는 것이 벨기에에서 노르웨이로 마약을 수입하는 것과 같은 범죄행위로 볼 수 있는가에 대한 판단이었다. 여기서는 동일성이 인정되었다. 그러나 Case C-367/05 “Kraaijenbrink” ECR 2007, I-6617은 쉥겐 조약 제54조에 의해서도 마

될 수 있다. 예를 들어 독일 연방대법원은 일사부재리의 적용을 위한 외국의 결정에 대해 오직 기판력이 인정되는 법원의 결정만으로 제한하고 있다.³⁰⁷⁾

제4절 평가와 전망

통합 형사사법 운영을 위한 규정이나 주체는 실질적으로 완전하게 정비되어 있지 못하다. 유럽형사사법재판소 역시 그 활동은 주요 형사사건에 대한 영역에 국한된다. 유로폴, 유로저스트, OLAF 등의 유럽연합 이사회와 의회의 지원을 받는 기관으로 설치되었지만 처음부터 계획된 활동과는 거리감이 있는 것이 사실이다.

무엇보다도 유럽검찰국에 대한 어두운 미래와 이사회가 의회보다는 실질적인 권한을 가질 수 있다는 이유로 비판되는 민주성의 결핍을 어떻게 극복하는가가 관건일 수 있다. 마찬가지로 예산과 재정 문제도 낙관하기는 어렵다. 현재까지는 유럽연합 회원국들의 참여와 다른 국제조직에 비하여 안정적인 예산확보가 가능하기는 하지만, PIGS를 중심으로 하는 경제사정의 악화와 난민 문제로 인한 유럽사회의 분열현상은 유럽연합 자체를 위협할 수도 있다. 유럽연합은 통합 형사사법과 별개로 현재 다양한 갈등과 난점에 봉착하고 있다고 볼 수 있다.

유럽연합의 결성을 위한 노력과 배경을 살펴보는 것은 단일한 다국가연합 모델을 실질적으로 이해하는데 중요하다. 유사한 연방인 미국의 경우는 개별 주들이 확실한 국가형태로 형성되기 전에 통합되었다는 측면을 간과할 수 없다. 유럽연합 역시 전쟁과 냉전시대라는 특수 상황이 존재했지만, 초기 연맹주의자들의 활발한 노력과 이론적 설득은 주요 통합 조약들을 합의하는데 성공하였고, 역사상 유래없는 유럽지역의 평화를 확고하게 지키는 현실적 성과를 이룩했다. 1945년 유럽이 전쟁을 끝낸 후 현재까지 단 한 건의 국지적인 분쟁이 없었다는 사실은 통합 유럽의 준비과정과 그 실천이 얼마나 치밀했는가를 알 수 있다.

약거래로 인한 유죄판결과 마약양도 행위가 동일한 범죄유형으로 볼 근거가 없다고 판결하여 동일성을 부정했다.

307) BGH NSTZ 1998, 149; 또한 Kühne, 독일 검찰의 지위. EU 국가들의 비교법적 관점에서의 분석, *형사법의 신동향* 2008, 181.

낙관적인 전망을 한다면 유럽연합이 미진한 일부 과정을 완성할 수 있다면 유럽통합 단일 형사사법도 충분히 기대해 볼 수 있다. 이를 위해 노력해야 하는 사항은 우선 전통적 주권개념의 거버넌스 개념으로 전환이 시도되어야 한다. 이러한 전환은 인식의 문제이므로 좀 더 시간이나 노력이 필요할 것으로 본다. 다음으로는 형사법 규범의 배경을 이루는 법이론의 점진적인 통합이 있어야 할 것이다. 현재 수준에서 경제범죄나 테러범죄와 같이 선별된 범죄유형 등에 대한 개념과 이론을 유럽 공동체 수준으로 확대하여 논의할 필요성이 있다. 회원국들의 법원들은 관습적인 이론과 선례에 따라 개별 사건을 심사할 가능성이 언제나 존재하므로 장차 유럽연합 전체의 법이론을 재구성할 수 있는 학문적 공동체 작업이 필요할 수 있다. 또한 재정적인 지원과 수사나 집행을 포함한 집행의 기본 설계에 대해 표준안을 제시해야 하는 것도 필요하다. 생각컨대 유럽연합 법원들의 꾸준한 경험은 유럽연합의 형사사법 운영과 집행을 위한 표준을 형성하는 적절한 근원이 될 수 있다. 개별적인 형사사법의 역사를 보면, 현재와 같은 수준의 형사사법을 위해 절대적으로 누적되어야 하는 경험이 필요했다. 그 과정이 지나면 유럽 통합 형사사법도 완성될 것이다.

제6장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

동북아지역 형사사법 통합에의 시사점

김한균·신동일

동북아시아 형사사법 통합에의 시사점

제1절 논의의 전제

1. 기본 전제

유럽 통합 형사사법의 경험을 통해 동북아시아 지역의 형사사법 통합을 준비하는 작업을 추진하기 위하여는 다음과 같은 기본 전제가 필요하다.

첫째, 동북아시아 지역의 형사사법 통합을 위한 현재의 수준이 어떤지를 살펴보아야 한다.

둘째, 유럽지역과 다른 동북아시아의 상황에 대한 이해가 전제되어야 한다. 동북아시아는 한국과 중국, 일본을 중심으로 구성된다. 여기에 러시아나 몽고, 네팔, 일부 베트남 정도가 관련되는 지역으로 이해할 수 있다. 동남아시아 지역의 형사사법 통합은 이미 수차례 국제회의와 포럼에서 논의된 바 있다. 다만 지역 통합 형사사법은 개별 상호조약에 따라 개별적으로 실행되고 있다.

셋째, 일반화된 국제법 또는 국제관습법상의 상호 존중이 동북아 지역에서는 형사사법이라는 개념으로 논의될 수준이라는 현실을 고려해야 한다.

예를 들어서 국제형사재판소에 관한 로마규정 전문에는 “모든 국민들은 공동의 유대로 결속되어 있으며, 그들의 문화는 공유의 유산으로 서로 결합되어 있다는 점을 의식하고, 이러한 섬세한 모자이크는 어느 때라도 깨질 수 있음을 우려하며”라는 매우 가상적이고 선언적인 문장으로 시작한다. 지나간 역사를 보면 모든 국민들이 공동의 유대를 가진 경우는 드물다. 지역 음식 가짓수처럼 많은 왕국들이 존재하다 사라졌으며 그 보다 조금 많은 언어들도 공동체에서 사용되다가 사라졌다. 오히려 현실적인

것은 로마규정 전문의 후반부의 “국제연합헌장의 목적과 원칙, 특히 모든 국가는 다른 국가의 영토보전이나 정치적 독립을 저해하지 않고 국제연합 체제와의 관계 속에서 국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄에 대하여 관할권을 갖는 독립적인 상설 국제형사재판소를 설립하기로” 하였다는 현실적 설명이 더욱 설득력이 있어 보인다. 그렇기 때문에 주권국가를 넘어서는 관할권을 가진 모든 기관들은 관할과 권능에서 “보충성 원리”에 따를 수밖에 없다.

2. 동북아평화협력의 구상

이런 측면에서 본다면 정부의 동북아 평화협력 구상(NAPCI)의 기본 방향은 다자협력의 질서를 형성하고, 신뢰를 구축하여 동북아 지역의 지속가능한 평화와 번영의 기틀을 만들고자 하는 내용으로 설명할 수 있다.³⁰⁸⁾ 그 실질적인 필요성은 동북아 지역에는 유엔 헌장을 지지할 수 있는 실질적 연결고리가 없다는 점과 국제적으로 이 지역의 군사적 위기가 높아지는 반면 다자 협력체계가 구성되어 있지 않은 유일한 지역이라는 점이다. 특히 교역과 인구이동의 증가로 인하여 초국가적 위협은 그 어느 때보다 높아지고 있다. 이를 위한 공동의 형사사법 노력은 절실하게 필요하다.

그리고 중동지역과의 근접성으로 인하여 마약범죄나 해양범죄, 인신매매 등의 문제점이 증가하고 있으며, 원전 밀집지역인 동북아 지역의 정보나 인적 교류의 인프라가 확보되지 않는다면 거대 위협에 직면할 수 있는 가능성도 있다. 이를 위한 정부의 기본 계획은 우리나라와 미국, 중국, 일본, 러시아, 몽고, 그리고 잠정적으로는 북한을 포함하여 통합하는 협의체를 구성하는 계획으로 정리된다.³⁰⁹⁾

우선적인 실질 협력 분야는 보건, 마약, 원자력안전, 재난관리, 에너지 안보, 사이버

308) 행정부의 “신뢰외교”에 대한 기본 계획인 외교부 편, *동북아 평화협력구상*, 외교부 2015, 4.

309) 외교부 편, *동북아 평화협력구상*, 외교부 2015, 12. 일부 평가서에서는 동북아 평화구상을 위한 범위에 북한과의 통일정책이 포함되어야 한다고 지적하고 있다. 그러나 북한과의 문제는 법제적 통합과 관련해서 논의할 사항이 그다지 많지 않다고 믿는다. 또한 북한과 대한민국의 관계조차 국제법적으로 명확하게 정리되지 않고 있다. 그렇기 때문에 이론적인 검토대상이라고 보기 어렵다. 시론적인 접근은 가능하지만 법학적인 구체적 논의 대상이 아니다. 이에 대한 문제점을 다루고 있는 신종대/임을출, *법제개혁과 국제협력 모델: 북한에서의 적용과 남북협력*, 윤대규 엮음, *북한의 체제전환과 국제협력에 관한 법제도*, 한울 2009, 208 이하; 최은석, *동북아 통합을 위한 법적 과제와 북한의 체제전환 협력방안*, 윤대규 엮음, 앞의 책, 251 이하를 참조.

안전, 그리고 환경분야이다. 그리고 협력 확대 예상 범위는 유엔과 유럽연합, 나토, ASEAN, OSCE까지이다.

제2절 협력구상 기본 원칙에 대한 검토

1. 통합의 기본원칙

통합의 기본 원칙은 점진적, 보완적, 다층적, 개방적, 참여적인 방식으로 추진한다. 기존의 한국과 중국, 일본의 3국 협력, 6자회담, ARF(Asian Regional Forum), EAS(동아시아정상회의) 등의 기존 체계와 적극적인 협력을 통해 추진한다고 설명하고 있다.³¹⁰⁾

그러나 이러한 구상이 실질화되기 위한 구체적 계획은 보이지 않는다. 유럽연합의 통합이 이루어지기 위한 지난한 노력에서 반드시 필요했던 것은 노력이 아니라 어떤 측면에서는 우연한 “사건들의 연합”이다. 우선 연합으로의 이행은 정부주도의 상향식의 제도 접근으로는 어려움이 많다.³¹¹⁾ 이론적으로는 하향식 원리가 선호되기는 하지만 이 또한 쉽지는 않다. 유럽연합의 통합에서 상향식 원리는 민주주의 원칙과 법치국가 이념에 따르는 상호 신뢰성을 바탕으로 한다고 조약들에 실질적으로 천명되어 있기는 하지만 그 과정을 살펴보면 한계는 여전하다. 지역적인 복잡성도 쉽게 해소되지 못했다.³¹²⁾

310) 외교부 편, *동북아 평화협력구상*, 외교부 2015, 26 이하.

311) 이무성, 동북아 통합과 유럽연합의 교훈: 다층적 통치와 국가간 도시네트워크 형성의 이론적 고찰, *유럽연구* 제28권 3호(2010), 1-21. 이와 같은 내용들은 주로 통일한국을 전제로 하는 소위 프로파간다식 연구에서 자주 언급된다. 유사하게는 김종욱, 한반도 “평화공영체제 구상”과 “동아시아 공동체” 건설, 아시아-태평양 평화공영을 촉진하는 네트워크 국가, *통일정책연구* 제20권 1호(2011), 185-212 등. 문제는 법학적 분석에서 이러한 이상론을 구체화할 수 있는 방안을 제시하기가 거리감이 있다는 점이다.

312) 비교적 비판적인 언급으로는 임춘성, 동아시아인의 정체성 형성, 장애와 출구: 비판적 동아시아론 담론을 중심으로, *문화과학* 봄호(2010), 283.

2. 유럽연합의 경험과 동아시아의 현실

이를 위하여 정치학 이론가들의 대부분 기대하는 이론적 선택은 전통적 주권개념의 완화와 새로운 거버넌스 구상에 의한 “네트워크 국가의 출현”이다.³¹³⁾ 네트워크 국가의 특성은 위계적 질서가 아니라 수평 수직의 복합적이고 중첩된 다층질서를 통한 다양한 사회질서와 비국가적 그룹들 간의 연결망에 쉽게 동화되는 특성을 가진다고 말한다.³¹⁴⁾

이를 기반으로 동북아 역사재단에서 간행한 “동아시아 평화와 초국경 협력. 남북한, 중러 변경지역을 중심으로”(2013)는 거의 확정적인 인식을 가진 프로세스 연구라고 볼 수 있다. 이 연구는 1996년 ASEM이 이 지역의 경제위기에 효율적인 공동 대책을 못했던 경험을 바탕으로 지역 경제위기 관리체계를 제안한 것에 대한 기반을 중심으로, 1960년대 냉전위기의 확산을 막고자 시도된 ASEAN 공동체 구상을 경험적으로 반영하고 있다. 이 연구에서 이규영 교수는 유럽연합의 경험을 동아시아에 반영하는 것에 대한 문제점으로 다음과 같은 점을 지적하고 있다.³¹⁵⁾ 맨스필드와 밀너(Mansfield & Milner)의 연구에서 기반하여 우선 지리적 근접성, 경제적 환경의 상이성, 민주적 발전 정도, 지역 정체성의 결여가 동아시아 지역에는 존재하지 않는다고 말한다. 지역협력의 조건은 공통의 위협(유럽의 경우 냉전과 유류파동 등)과 위기에 대한 인근 국가들의 상호의존이 필수적이다. 또한 경제적 상호의존도가 높아져야 지역협력에 필요조건이 충족된다. 여기에 민주적 발전의 수준이 제도화의 가능성을 결정해줄 수 있다. 이를 토대로 볼 때 이규영 교수의 분석은 동아시아 지역의 역내 경제의존도는 50% 정도로 유럽지역의 60%에는 미치지 못하지만 아메리카 대륙지역의 수준보다는 높다는 분석을 하고 있다.³¹⁶⁾

다음으로 지역협력의 증대와 강화는 주권문제의 완화가 없이는 어렵다는 지적을 한다. 이규영 교수는 주권의 개념은 “이념적인 가치”로 설명한다. 유럽연합의 성공

313) 김중욱, 위의 글, 193.

314) S. Strange(민병원 역), 세계화시대의 네트워크 국가, *네트워크 지식국가*, 을유문화사 2007, 485는 이 구상에 대한 좀 더 자세한 연구이다.

315) 이규영, 유럽의 지역협력을 통해 본 동아시아 지역협력 가능성, 동북아역사재단 편, *동아시아 평화와 초국경 협력. 남북한, 중러 변경지역을 중심으로*, 2013, 209 이하.

316) 이규영, 위의 글, 247.

요인은 주권개념의 비배타적 성격을 상호 승인한 것에서 비롯된다. 이에 비교하여 동아시아 지역의 주권개념은 여전히 배타적이고 “존재적 개념”에 집중되고 있다. 이 원인은 이 지역이 자율적 주권확립의 기회를 충분히 갖지 못했다는 분석이다.³¹⁷⁾

셋째는 역내 다양성의 문제다. ASEAN을 중심으로 한 동아시아 지역은 지난 30여년 간 지역협력을 하고 있는 경험에 있다. 이 지역은 역사와 문화, 종교, 인종 간의 차이가 다른 어느 지역보다 간극이 크다고 볼 수 있다. 이를 동북아 지역으로 비교해보면 동북아 지역은 이 간극이 훨씬 크다고 볼 수도 있다.³¹⁸⁾ 이 이외에도 정치적 신뢰의 부재나 전략적 경쟁관계의 지속 등은 분명한 장애요소이다. 최근 미국과 중국의 갈등이나 일본과 우리나라의 문화적 인식 차이는 분쟁 지역화될 소지가 존재한다. 그럼에도 불구하고 지역 공동체의 구상은 성장잠재력이나 문화나 경제적 의존성의 증가, 그리고 평화구축을 위한 기반 형성이라는 의미에서 충분한 노력의 이유가 된다. 지역 통합의 문제에 소극적일 수 있는 다른 요인은 동북아 지역의 평화구상이 언뜻 보기에 19세기 일본 이토 히로부미의 “동아시아 연대론”을 연상시킬 수 있는 ‘식민지 관념’과 중첩되는 현상이다. 그렇기 때문에 동북아 지역의 특수성을 감안한 새로운 이념통합론이 제시되어야 한다.

제3절 형사사법의 통합

1. 유럽 형사사법 통합의 한계

유럽연합의 통합은 경제와 문화적 영역에서는 비교적 순차적으로 진행되었다. 정치적인 걸림돌이었던 주권 양보 조약내용도 큰 갈등 없이 진행되었다. 의회와 법원의 구성이나 인권을 기본 가치로 하는 제도적 통합과 이에 대한 예산지원의 구조를 합의하는 것도 상대적으로 순조로웠다. 그러나 형사사법 통합체계에 대한 제도적 복잡성

317) 유사한 분석은 박경선, 유럽경제통합에 비추어 본 동아시아 지역주의 형성과정과 전망, EU학 연구 제4권 제2호(1999), 119 이하. 그는 첫째 지역주의의 확대심화와 둘째 역내 교역비중의 증대, 셋째 공동이익의 추구가 해결되지 못하면 동아시아 지역의 통합 경제체제 구상은 부정적일 수 있다는 설명을 하고 있다.

318) 이규영, 위의 글, 250.

은 예상하지 못했다. 국가간의 영토 주권의 양해(생겐 조약)와 통화의 단일화와 같은 기적적인 통합은 적어도 형사사법의 체계구성에서는 이루어지지 않았다.

왜 이러한 소극적 태도가 형사법분야에서 특히 강조되는지는 설명하기 어렵지 않다. 형사법은 기본적으로 시민의 자유와 안전을 형벌권력이 국가로부터 보호하는 임무를 가지고 있다. 이러한 형사법의 임무는 실제로는 ... 전능적 주권개념에 반드시 연관되지 않을 수 있다. 유럽통합에서 가능한 영역들은 경제와 사회, 문화적 역내 공동체를 형성하는 것이다. 여기에 공동방위전략도 포함된다. 그러나 형사법의 통합적 운영이란 공동체의 이익을 보호한다는 기본 목표에 반드시 일치하지 않는다. 그 이유는 형사법이 원래 영토 주권의 조건에 한정되는 지역의 이익을 보호하는 역할이 아니기 때문이다. 형사법은 오히려 해당 지역을 중심으로 제기되는 이(법)익침해에 대한 형벌권한을 제한하기 위한 원리로 작용된다. 형벌권의 정당한 집행을 보장하는 것이 형사법의 우선적 고려대상이다. 그렇기 때문에 형사법의 통합적 운영이란 형벌권의 통합적 거버넌스가 확정되어야 그 보호적 역할을 확립할 수 있다.³¹⁹⁾ 그렇기 때문에 포겔 교수의 통합적 형사사법 프로그램에 대한 워킹그룹의 대안적 형사사법 프로그램에 대한 비판은 통합 프로그램의 기본 성격이 형벌권의 구성에만 집중되어 있고, 실제 형사법의 목적인 형벌권의 제한 또는 방어 변호권의 구성에는 소홀하다고 지적한다.

2. 형사사법 통합의 단계

가. 제도적 조건의 마련

첫째, 잠정적 공동체의 법익을 선정하는 명시적 합의가 주권포기나 양도와 함께 제안되어야 한다.(법률성과 명확성) 이를 위해서는 개별 회원국들의 형사사법에 대한 공동의 이해가 반영될 수 있는 기반이 있어야 한다. 그리고 각 회원국들의 강제집행 구조와 선호적 제재수단에 대한 인식이 공유되어야 한다.(보충성) 선호적 범죄구성요건에 대해 세부적인 합의를 해야 하는 실질적 이유는 일반적 범죄 구성요건에 대해 회원국들의 법익보호 필요성을 설득하기 어렵기 때문이다. 이러한 제도적 조건을 마

319) Vogel, 위의 글, 127 이하.

련하기 위하여 유럽헌법과 같은 수준의 시민권 보장이 필요하다. 이를 토대로 집행기구의 설립을 위한 규범도 정립되어야 한다. 유로폴이나 유로저스트의 활동은 아직 충분하지 못하다. 그 이유는 유럽통합 형사사법의 정체성이 영역 주권 관할권 내의 형사사법 제도와 일치하지 않기 때문일 수도 있다. 단순히 정치적 신뢰관계만으로는 역외 범죄에 대한 처벌권한을 정당화하기 어렵다.

나. 집행체계의 마련

둘째는 형사사법 집행에 대한 통합적 감시체계와 피의자/피고인/수형인 인권 보호를 위한 제도가 마련되어야 한다. 통합 형사사법의 전제조건이 충족되어도 정상적인 형사사법의 운영을 위하여는 넘어야 할 장애물들이 많다. 특히 수사절차와 법원의 구성, 그리고 양형과 수용시설의 일정 수준 유지가 관건이 될 수 있다. 유럽 지역 내에서도 소위 '사법 쇼핑'의 가능성을 무시할 수 없다. 동북아시아 지역의 현실을 감안하면 보다 형량이 적을 수 있는 관할권의 지정 요구나 편리한 양형 등과 같은 변수를 먼저 정리하는게 필요하다. 2015년 오스트리아 마약범죄자들에 대한 인도네시아 정부의 사형선고와 집행 스캔들은 형사사법 통합을 위한 중요한 시사점이다. 즉, 형사 처벌의 수준과 정도의 예견가능성이 통합 형사사법에서 고려되지 않는다면, 형사법 원칙과 헌법적 보호 수준에 대한 회원국 상급 법원이나 헌법재판소에 대한 이견 제기가 지속될 수 있다. 이러한 갈등은 향후 통합 형사사법 운영을 중단시킬 수도 있는 요소가 된다.

다. 운영의 경제적 기반 구축

셋째 형사사법 운영을 위한 경제적 기반이 요구된다. 유럽연합의 안정적 운영은 안정적 예산 확보에서 비롯된다. 그럼에도 불구하고 유럽연합의 예산적 전망을 이사회 결정에 따른다. 그렇기 때문에 정치경제적인 환경의 변화는 유럽연합의 유지에 결정적인 변수다. 회원국 간의 분담비율을 정하여 조정하는 방식이나 유럽연합의 예산지원 정책처럼 회원국의 세금 중 일부를 자동으로 연합에 지원하는 방식은 고려할 만하다. 그러나 신중해야 하는 것은 회원국의 경제적 규모에 따라 결정되는 재정시스

템의 불안정성이다. 특히 FTA나 경제적 협약에서 민감하게 반응하는 농어업 지원금과 반환금의 합의는 회원국 세금의 분담 비율과 연합기부금의 액수를 산정하는데 중요하다. 프랑스와 영국이 유럽연합의 가입을 위하여 면밀히 검토했던 농업지원금과 산업 지원금에 대한 합리적 고려가 없이는 연합운영을 위한 예산체계 구성이 어려울 수 있다. 형사사법에서 고려되어야 하는 실질적 예산 배분은 범죄예방을 위한 연구기금, 범죄예방기금, 실질 수사비와 법정소요비용, 그리고 양형과 갹생지원을 위한 기금 등으로 예상할 수 있다. 유럽연합의 경우처럼 유로저스트와 유로폴을 고정 예산지원 기구로 운영하는 경우 비용과 법원 운용예산의 확보의 경험은 이와 같은 합의구조에서 미리 결정되어야 한다. 더욱이 양형과 사회복귀 비용은 통합 형사사법의 구상에서 면밀히 검토되어야 하는 요소일 수 있다.

요컨대 이와 같은 검토가 없는 정치적 구호만 난무하는 통합 형사사법 준비와 제안은 그 필요성과 잠재적 가능성에도 불구하고 실현가능성은 없다는 것이 유럽형사사법 통합 경험에서 우리가 배울 수 있는 실질적 교훈이다. 유럽연합의 실질적 결성이 이루어진 1992년 마스트리히트 조약 이후 20여년이 지났지만 유럽 통합 형사법은 존재하지 않는다. 유럽이사회와 연합의회, 법원의 구조가 갖추어진 상황에서도 통합 형사법 또는 유럽형법이 존재하지 못하는 이유를 꼼꼼히 생각해봐야 한다.

제7장

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

결론

김한균·신동일

결론

앞서 살펴본 바 제도적 전제와 집행기반, 경제적 토대에 대한 검토가 없는 정치적 구호차원에서 지역내 형사사법 통합 기획은 그 필요성과 잠재적 가능성이 엄연하다 하더라도 실현가능성도 실익도 없다는 것이 유럽형사사법 통합의 교훈이다. 1992년 마스트리히트 조약 이후 여전히 유럽 통합 형사법은 존재하지 않는다. 유럽이사회와 연합의회, 법원의 구조가 갖추어진 상황에서도 유럽형법은 존재하지 않는다. 이러한 현실교훈에 대한 인식으로부터 본 연구를 시작한 질문으로 되돌아가면서 결론을 고민하게 된다. 동북아 지역의 평화와 번영을 위해 지역협력체계를 구축해 나가는 과정에서 형사사법 통합 정책은 어떻게 기획되어야 하며, 어떠한 장애요인을 극복하면서 추진되어야 할 것인가?

제1절 논의의 정리

동북아 지역내 한국과 중국, 일본의 3국 협력, 6자회담, ARF(Asian Regional Forum), EAS(동아시아정상회의) 등 다양한 지역협력 명분을 내건 기존 체계와 지역협력체에서는 동북아 형사사법 통합의 구상이 실질화되기 위한 구체적 진전은 보이지 않는다.

사실 유럽연합의 통합에 이르는 지난한 과정에서 협력보다는 우연한 사건들이 모여서 결과가 나오게 되었다는 역사적 경험은 별다른 시사점을 주지 못한다. 다만 지역내 통합 이행은 정부주도의 상향식의 제도 접근으로는 어려움이 많다는 점은 분명하고도 유효한 교훈이라 할 수 있겠다. 유럽연합의 통합에서 상향식 원리는 민주주의 원칙과

법치국가 이념에 따르는 상호 신뢰성을 바탕으로 한다고 천명되었지만, 실천과정상의 한계는 여전하였으며, 지역적인 복잡성의 문제도 쉽게 해소되지 못하였다.

더구나 통합 형사사법 운영을 위한 규정이나 주체는 여전히 미비상태다. 유럽형사사법재판소의 활동은 주요 형사사건에 대한 영역에 국한된다. 유로폴, 유로저스트, OLAF 등 역시 유럽연합 산하 기관으로 설치되었지만 본래 취지와 실제 운영은 거리가 있는 것이 사실이다. 물론 유럽연합은 통합 형사사법과 별개로 현재 다양한 갈등과 난점에 봉착하고 있다.

그 한계에도 불구하고 유럽통합 형사사법을 기대해 볼 수 있다면, 전통적 주권개념이 거버넌스 개념으로 전환하는 이론적 시도에서 그 전망을 찾아 볼 수 있다. 법이론의 점진적인 통합 역시 필요할 것이다. 경제범죄나 테러범죄와 같이 선별된 범죄유형 등에 대한 개념과 이론을 유럽 공동체 수준으로 확대하여 논의하는 학문적 공동체 작업이 필요성에 대한 지적은 주목할 만하다. 유럽과 마찬가지로 동북아 지역에서도 학문적 공동체를 건설하는 작업이 형사사법 통합 전망의 시초가 될 수 있을 것이기 때문이다.

제2절 동북아 평화협력구상의 과제와 동북아 형사사법 협력체계 구축

1. 형사정책적 추진 과제

동북아 평화협력구상을 위한 제도적 기반 마련과 실질적 형사사법 통합 기획은 형사정책적인 목적에 비추어 필요한 과제다.

국제법적으로 인정되는 해적, 테러리스트, 마약범죄, 환경 범죄 등은 어느 지역에서나 실효적으로 형사사법 공조가 가능하다. 또한 국제관습법에 따른 범죄수사 공조도 지역협력이 효율적으로 추진 가능하다. 2005년 한일 형사사법 공조조약으로 한일 양국은 매우 높은 수준의 수사공조 체제를 유지하고 있다. 중국 역시 1998년 한중 형사사법공조조약을 체결하여 실질적인 공조 성과를 거두고 있다. 중국과 일본은 각각 수사공조협약을 체결하고 있으므로, 한국-중국-일본의 수사공조를 위한 삼자 조약은 논의를 구체적으로 추진한다면, 동북아 지역내 형사사법 지역협력체계의 기초

로서 의미가 상당할 것이다.

2. 동북아 형사사법 협력 의제와 연구공동체의 건설

유럽연합의 상대적으로 안정적인 운영과 유지에도 불구하고 유럽헌법과 유럽형법이 아직 출현하지 못하는 이유를 냉정하게 살펴봐야 할 필요가 있다. 우선 지역간 통합은 제도적인 접근도 중요하지만 무엇보다도 개별 주권을 가진 정체가 다원적인 기능주의에 따른 민주적 권력구조의 필요성을 충분히 이해하고 실천할 때만 그 성공이 보장된다. 그리고 형사사법의 본래 의미를 이해한다면 지역의 안전성 보장과 함께 그 지역공동체의 형벌권을 제한할 수 있는 고려가 동시에 이루어져야 한다. 근대성의 원리³²⁰⁾에 따른 형사법은 언제나 범죄인의 “마그나 카르타”임을 포기할 수 없기 때문이다.

요컨대 형사사법 지역협력체계의 구축을 통한 동북아 평화협력체계의 실현을 위해서는 동북아 지역국가의 공동이해가 걸린 초국가적 범죄대처와 형사사법공조뿐만 아니라, 사형폐지를 포함한 형벌권의 개혁, 교정처우의 개혁, 형사절차상의 인권보장 등 형사법 고유의 가치를 동북아지역내 새롭게 실현해 나가는 계기를 끊임없이 제공해야 한다. 이를 위해서는 동북아 지역내 형사사법 통합을 지향하는 연구공동체의 건설이 필요하다.

한국형사정책연구원은 유엔 범죄방지 및 형사사법 프로그램(UN Crime Prevention and Criminal Justice) 소속 연구기관으로서 14개국 34개 형사정책 연구기관 및 형사사법기관과 연구교류협력을 진행하고 있다. 특히 국제협력사업의 일환으로 동북아 주요국가와 공동으로 형사절차상 인권보장증진을 위한 동북아지역 협력체계 구축방안, 동북아 사이버범죄 및 보안 지역협력방안, 동북아 지역 형사사법통계 협력연구 사업을 수행하면서, 범죄방지 및 형사사법 분야에서의 지역협력에 크게 기여하고 있다. 이로써 동북아 형사사법 연구공동체를 선도하는 역할을 담당할 수 있을 것으로 기대된다.

320) 이에 대한 내용은 이상돈, *형법의 근대성과 대화이론*, 홍문사 1994

참고문헌

〈국내문헌〉

- 김석준 외, *거버넌스의 이해*, 대영문화사 2002
- 김성규, 형사관할권의 국제적 경합에 있어서 일사부재리의 적용범위, 형사법연구 제 20권 제1호(2008), 95-113
- 김영석, *국제형사재판소 강의*, 법문사 2003
- 김용문, *유럽연합의 규범통제제도. 유럽연합 정체성 평가와 남북한 통합에의 함의*, 경인문화사 2012
- 김용민, 루소의 국제정치관과 평화사상, 국가전략 제12권 제1호(2006), 5-29
- 김은경, 유럽연합 시민권의 법적 개념과 의미, 유럽연구 제17권(2003), 305-326
- 김정명, 아랍어-라틴어 번역운동이 르네상스에 미친 영향, 인문사회과학논총(명지대학교) 제35권 제1호(2014), 175-214
- 김정환, EU 형사법, 박덕영 외, *EU법강의*, 박영사 2010
- 김종욱, 한반도 “평화공영체제 구상”과 ‘동아시아 공동체’ 건설. 아시아-태평양 평화공영을 촉진하는 네트워크 국가, 통일정책연구 제20권 1호(2011), 185-212
- 김주덕, *국제형법*, 육서당 1997
- 김주덕, 국제형사법공조, 형사정책연구 제1권 제2호(1993), 217-240
- 김학로, 신기능주의 통합이론의 구성주의적 재구성, 구영록 교수 정년퇴임 기념논문집 1999, 443-473
- 김한택, *테러리즘과 국제법*, 지인북스 2007
- 노명환, 유럽 이념의 형성과 발전, 유럽연구 제1호(1994), 99-117
- 박경선, 유럽경제통합에 비추어 본 동아시아 지역주의 형성과정과 전망, EU학 연구 제4권 제2호(1999), 117-145
- 박달현, 독일 형법상 위증죄에 관한 연구, 우리나라 위증죄와 비교를 중심으로, 법학논

- 총(송실대) 제24집(2010), 75-113
- 박영길, *국제법상 보편적 관할권 개념 및 실천적 함의의 재고찰*, 서울대학교 대학원 박사학위논문 2009
- 박재섭/박기갑(신집), *전쟁과 국제법*, 삼우사 2010
- 박찬운, *국제범죄와 보편적 관할권*, 한울 2009
- 백기봉, *국제형사증거법*, 박영사 2008
- 백진현/조균석, *국제형사사법공조에 관한 연구*, 한국형사정책연구원 1993
- 사법연수원 편, *국제형사법*, 사법연수원 2015
- 서창록, *국제기구 글로벌 거버넌스의 정치학*, 다산출판사 2004
- 신동일, *빈당의 규범이론*, 고려대학교 법학박사학위 1997
- 신윤환, *동남아의 지역주의와 동아시아 공동체. 그 역사에 대한 재해석*, 동아연구 제56집(2009), 107-137
- 신종대/임을출, *법제개혁과 국제협력 모델: 북한에서의 적용과 남북협력*, 윤대규 엮음, 북한의 체제전환과 국제협력에 관한 법제도, 한울 2009
- 안병익, *유럽연합 예산의 발전과정과 전망*, 국제지역연구(한국외국어대학교) 제13권 제4호(2010), 301-326
- 염재호, *국가정책과 신제도주의*, 사회비평 제11권(1994), 10-33
- 외교부 편, *동북아 평화협력구상*, 외교부 2015
- 윤정석, *유엔 범죄방지 프로그램*, 한국형사정책연구원 1996
- 이규영, *유럽의 지역협력을 통해 본 동아시아 지역협력 가능성*, 동북아역사재단 편, *동아시아 평화와 초국경 협력. 남북한, 중러 변경지역을 중심으로*, 2013, 209-223
- 이명석, *거버넌스의 개념화. 사회적 조정으로서의 거버넌스*, 한국행정학보 제36권 4호(2002), 321-338
- 이무성, *동북아 통합과 유럽연합의 교훈: 다층적 통치와 국가간 도시네트워크 형성의 이론적 고찰*, 유럽연구 제28권 3호(2010), 1-21
- 이병기/신의기, *유럽의 형사사법 공조제도에 관한 연구*, 한국형사정책연구원 1995
- 이병조/이중범, *국제법신강*, 제9개정판, 일조각 2003

- 이상돈, *형법의 근대성과 대화이론*, 홍문사 1994
- 이선필, 유럽연방을 이한 알티에로 스피넬리의 유럽통합 사상과 저작. 스피넬리의 입헌적 접근을 중심으로, 아태연구 제16권 제1호(2009), 141-158
- 이승근/황영주, 초기 유럽통합 과정에서 냉전의 영향. 마샬 플랜과 슈만 플랜을 중심으로, 국제지역연구 제7권 제1호(2003), 260-263
- 이인재, *항공테러와 국제법*, 세종출판사 2006
- 이종광, *유럽통합과 안보질서. 영구적 평화를 향한 도전*, 한국학술정보 2014
- 이현우, *프랑스법상 행정제재와 형벌의 관계에 관한 연구. 개념징표와 법적 통제의 비교를 중심으로*, 서울대학교 박사학위 2004
- 임춘성, 동아시아인의 정체성 형성, 장애와 출구: 비판적 동아시아론 담론을 중심으로, 문화과학 봄호(2010), 275-298
- 장봉익 등, *유럽연합. 연속성과 정체성*, 한국외국어대학교 EU연구소 유럽연합총서 2, 휴복스 2013
- 전지연, 유럽연합에서의 형사법체계에 관한 연구, 형사법연구 제15호(2001), 309-326
- 정서용, 글로벌 기후변화. 거버넌스와 국제법, 박영사 2011
- 정형근, *국제테러의 법적 규제에 관한 연구*, 고려원 1992
- 조상제/천진호/류전철/이진국, *국제형법*, 준커뮤니케이션즈 2011
- 최은석, 중국과 대만의 분단상황 관리법제 분석. 양안관계에 대한 글로벌 거버넌스의 관여, 통일문제연구 제59호(2013), 297-328
- 최은석, 동북아 통합을 위한 법적 과제와 북한의 체제전환 협력방안, 윤대규 엮음, 북한의 체제전환과 국제협력에 관한 법제도, 한울 2009
- 하연섭, 신제도주의의 이론적 진화와 정책연구, 행정논총 제44권 제2호(2006), 217-246
- 한석리, 중국 관련 범죄의 현황과 효율적인 한중 형사사법공조방안, 경희법학 제42권 1호(2008), 35-59
- 야마모토 모사카(남춘호 역), *16세기 문화혁명*, 동아시아 2010

〈해외문헌〉

- Aarnio, A., *Denkweise der Rechtswissenschaft. Einführung in die Theorie der rechtswissenschaften Forschung*, Springer 1979
- Ahande, D., The Jurisdiction of the International Criminal Court over nationals of non-Parties: Legal Basis and Limits, *journal of International Criminal justice* 1(2003), 618-650
- Andersn(ed.), *Facing My Lai: Moving Beyond the Massacre*, University Press of Kansas 1999
- Alter, K., *Establishing the Supremacy of European Law: the Making of an international Rule of Law in Europe*, Oxford University Press 2001
- Ambos, K., *Internationals Strafrecht*, 2006
- Ambos/Rackow, Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht, *ZIS* 2009, 397-405
- Barroso, J.M., Uniting in Peace: the Rule of Law in the European union, Jean Monnet lecture, EUI Florence 2006
- Begg, L., The 2008/2009 review of the EU budget: real or cosmetic? *CESifo Forum* Vol. 8 No.1(2007), 45-50
- Binding, K.G.L., *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. I: *Normen und Strafgesetze*, Leipzig 1872; Bd. II: *Schuld, Vorsatz, Irrtum*, Teil 1 und 2, Leipzig 1914-1916; Bd. III: *Der Irrtum*, Leipzig 1918; Bd. IV: *Die Fahrlässigkeit*, Leipzig 1919.
- Bock, S., Tagungsbericht: Europäisches Strafrecht post Lissabon. (Normalisierungs-) Chancen oder (Versteigerungs-) Risiken? *ZIS* 2011, 266-271
- Boden, J., *Les six livres de la republique*, 1583
- Bowie/Simon, *The Individual and the Political Order. An Introduction to Social and Political Philosophy*, Prentice Hall 1977
- Bracher, K.D.(이병련/이대현/한운석 옮김), *바이마르 공화국의 해체 1-3. 민주주의의*

에서 권력붕괴 문제에 관한 연구, 나남 2011

Britz, G., Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 2015, 275-281

Brüner/Hetzter, Nationale Strafverfolgung und Europäische Beweisführung? NStZ 2003, 113-118

Calliess, C., *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon. Ein Überblick über die Reformen unter Berücksichtigung ihrer Implikationen für das deutsche Recht*, Mohr Siebeck 2010

Coman R./Crespy A., Still in Search of Europeanisation: From Limited to Structural Change? in: Coman et al(ed.), *Europeanisation and European Integration. From Incremental to Structural Change*, Palgrave MacMillan 2014

CONCORD, *EU Budget 2014 - 2020. Fit for the Fight against Global Poverty?* 2013

Consultez, V., *EUROJUST: beacon in EU judicial co-operation*, ERES 2006

Conze, E., Frieden durch Recht, in: C.Shaffering/S.Kirsch(Hrsg.), *Völkerstrafrechtspolitik*, Springer 2014

Craig P./Burca G., *EU Law*, 277; M. Jacob, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice. Unfinished Business*, Cambridge University Press 2014

Creyer/Friman/Robinson/Winhurst, An introduction to International Criminal Law and Procedure, 3rd. ed., Cambridge university Press 2014

Dannecker,

Dehousse, R., *The European Court of Justice: The politics of Judicial Integration*, MacMilla 1998

Diamond, J., *Guns, Germs, and Steel, The Fate of Human Societies*, W.W.Norton 1997

Drohla, J., § 3, in: Heintschel von Heinegg(Hrsg.), *Casebook Völkerrecht*,

C.H.Beck 2005

Duttge, G., § 15 StGB, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, C.H.Beck 2013

Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press 1977, 1978

Dworkin, R., *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press 2011

EuGH, Große Kammer, Urteil vom 16.6.2005-C-105/03; JZ 2005, 838 =NJW 2005, 283

EUROJUST, Statement of revenue and expenditure of Eurojust for the financial year 2015(2015/C 110/7)

Fetzer/Grof, Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2013: Unionsbürgerschaft, Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht, EuZW 2005, 1-18

Fischer, J., Orient-Occident-Europa, Wiesbaden 1975

Fodor, J., *The Modularity of Mind*, MIT Press 1983

Frau, R., Völkerrechtlich determiniertes Strafrecht. Zur internationalen Dimension deutscher Staatszielbestimmungen, *Der Staat* 5, 3.Bd. Heft 4(2014)

Frederick, C.(박영도 역), *중세철학사*, 서광사 1988

Gend V. and Loos, Costa vs. Enel 1964 Case 6/64

Gerhardt, V.(김종기 역), *다시 읽는 칸트의 영구평화론*, 백산서당 2007

Gieß, S., Die "Verkehrsfähigkeit von Beweisen" im Strafverfahren, ZStW 115(2003), 146ff.

Grimaldi vs. Fonds de Maladies Professionnelles (1989), ECR 4407

Haas, *Beyond the Nation States. Functionalism and International Organization*, Stanford University Press 1964

Harari, Y.N., *Sapiens. A Brief History of Humankind*, Harper Collins 2014

Hassemer, KriV 1999, 134ff.

Hecker, *Europäisches Strafrecht*, Springer 2007

Hefendehl, Strafvorschriften zum Schutz der finanziellen Interessen als Prüf-

- steine eines normative-ökonomischen Vermögensbegriffs, in: FS Lüderssen, 2002, 411-423
- Heike, D., *Die Europäische Staatsanwaltschaft. Entstehung und aktueller Stand*, AV Akademikerverlag 2015
- Heitmeyer W./Imbusch P.(Hrsg.), *Integrationspotenziale einer modernen Gesellschaft. Analysen zu gesellschaftlicher Integration und Desintegration*, 1.Aufl., VS Verlag für Sozialwissenschaften 2005
- Heizer, A., *Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaft*, C.F.Müller 1997
- Heger, M., Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon. Eine Durchsicht des (wohl) kommenden EU-Primärrechts vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des BVerfG vom 30.6.2009, ZIS 2009, 408-417
- Hirschman, A.O., *The Passions and the Interests*, Princeton, NJ: Princeton University Press 1977
- Hispalensis, I., *Etymologies*, Bk I, Ch. 32, 250
- Hobbes, Th.(진석용 옮김), 리바이던 I. 교회국가 및 시민국가의 재료와 형태 및 권력, 나남 2008
- Honneth, A., *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp 1992
- Hoohe, L./Marks, G., Multi-Level Governance in the European Union, in: Nelson/Stubb(ed.), *The European union. Readings on the Theory and Practice of European Integration*, Lynne Rienner Publishers 2014
- Hufnagel, S., (In)security crossing borders: a comparison of police cooperation within Australian and the European Union, in: Hufnagel et al(ed.), *Cross-border Law Enforcement: Regional Law Enforcement Cooperation-European, Australian and Asia-Pacific Perspectives*, Routledge 2012
- Imbusch/Rucht, Integration und Desintegration in modernen Gesellschaften, in:

- Heitmeyer/ Imbisch(Hrsg.), Wiesbaden 2008
- Jääskinen, N., Europeanisation of National Law: A Legal-theoretical Analysis, *European Law Review* V.40 No.5(2015), 674-691
- Jescheck, H.-H., *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Ludwig Rührscheid Verlag 1952
- T.Judt(조행복 옮김) , *포스트워 1945-2005*, 플래닛 2008
- Kaiafa-Gbandi, M., Recent Developments in Criminal Law in the EU and Rule-of-Law deficits, in: Schünemann(Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Carl Heymanns Verlag 2006
- Kamuil, R., *Modern International Criminal Justice. The Jurisprudence of the International Criminal Court*, Intersentia 2014
- Kaplan, L., *NATO 1948: The Birth of Transatlantic Alliance*, Rowan & Littlefield Publishers, Inc. 2007
- Klimek, L., *European Arrest Warrant*, Springer 2015
- Klip, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, Intersentia 2009
- Knoll, E., *The Legal Status of Territories. Subject to Administration by International Organisations*, Cambridge university Press 2008
- Koshenniemi, M., *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press 2001
- Kubiciel, M., Strafrechtswissenschaft und Europäische Kriminalpolitik, *ZIS* 2010, 742-748
- Kühne, 독일 검찰의 지위. EU 국가들의 비교법적 관점에서의 분석, *형사법의 신동향* 2008, 181
- Liszt, Franz von, Rechtsgut und Handlungsbegriff in Bindingschen Handbuche, in: ders., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905
- Lonzmeier, S., Der Rahmenbeschluss als Handlungsformen der europäischen Union und seine Rechtswirkungen, *ZIS* 12/2006, 576-582

- Luhmann, N., *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Suhrkamp 1973
- Mitsilegas, V., *EU Criminal Law*, Hart Publishing 2009
- Mitsilegas, V., The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU, *Common Market Law Review* 43(2006), 1277-1311
- Moosmayer, K., Die neuen Leitlinien der Europäischen Kommission zur Festsetzung von Kartellgeldbußen, *Wistra* 2007, 91-94
- Mörnar, J., Developing Europol and Eurojust, contribution to the joint CRIM/LIBE committee Hearing, 19 Mar 2013
- Müller, R.W., *Globalizing Justice. The Ethics of Poverty and Power*, Oxford University Press 2010
- Münch, Elemente einer Theorie moderner Gesellschaften. Eine Bestandsaufnahme, in: Heitmeyer(Hrsg.), *Was hält die Gesellschaft zusammen?* 1997
- Münch, *Nation and Citizenship in the Global Age. From National to Transnational Civil Ties*, Palgrave 2001
- Münch, *Globale Dynamik, lokale Lebenswelten. Der schwierige Weg in die Weltgesellschaft*, 1998
- Münch, Offene Räume. *Soziale Integration diesseits und jenseits des Nationalstaats*, 2001
- Nürnberg, S., Die zukünftige Europäische Staatsanwaltschaft. Eine Einführung, *ZIS* 2009, 494-505
- Parsons/Shills(ed.), *Toward a General Theory of Action*, Harvard University Press 1951
- Pescatore, P., The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law, *European Law Review* Vol. 40 No. 2(2015), 135ff.
- Pinker, S.(김한영 역), *단어와 규칙*, 사이언스북스 2009
- Prittwitz, Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Iuris Criminalis

- für Europa, ZStW 113(2001), 774-793
- Radbruch, G., *Der Handlungsbegriff in Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafsystem*, 1904
- Rawls, J.(정동진 역), *정치적 자유주의*, 제3판, 동명사 1999
- Rosenau, H., Zur Europäisierung im Strafrecht. Vom Schutz finanzieller Interessen der EG zu einem gemeineuropäischen Strafgesetzbuch? ZIS 2008, 9-19
- Rosenau, Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht, JZ 2005, 801ff.
- Rousseau, J.J., *The State of War, Summary and Critique of the Abbé de Saint-Pierre's Project for Perpetual Peace. In Reading Rousseau in the Nuclear Age*. Trans. by G. Roosevelt. Temple University Press 1990
- Rousseau, J.J., *Discourse on Political Economy, The Basic political Writings*, 120.
- Ryan, A., *Towards a System of European Criminal Justice. The Problem of Admissibility, of Evidence*, Routledge 2014
- Rozmus/Topa/Walczak, Harmonization of Criminal Law in the EU Legislation.- The Current Status and the Impact of the Treaty of Lisbon, 1.
- Satzger, *Internationales und europäisches Strafrecht*, 6.Aufl., Nomos 2013
- Satzger, *International European Criminal Law*, C.H.Beck 2012
- Scharf, M., Application of Treaty-based Universal Jurisdiction to Nationals of Non-Party States, New England law Review Vol.352(2001), 363-382
- Schmitt, C., *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 4. Aufl., Duncker & Humblot, 1922
- Schomburg, W., Justizielle Zusammenarbeit im Bereich des Strafrechts in Europa: Eurojust neben Europol? ZRP 1999, 239ff.
- Schomberg/Lagodny/Gieß/Hackner(Hrsg.), IntRhStr, Vor § 68 IRG; Vogel, in: Grützner/Pätz/Kreß(Hrsg.), IntRhStr, Vor § 1 IRG, 15

- Schünemann, B., Die Grundlagen eines transnationalen Strafrechts, in: ders (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die Europäische Strafrechtspflege*, Carl Heymanns Verlag 2006
- Searle, J., *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press 1969
- Sell, S.(남희섭 옮김), *초국적 기업에 의한 법의 지배*, 후마니타스 2003
- Sieber, U., in: Schünemann/Suarez(Hrsg.), *Baustein des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994
- Sieber, U., Moratorium für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, JZ 1997, 369-375
- Sieber(김한균 등 역), 세계화의 새로운 도전: 유럽형법의 미래. 유럽형사사법체계의 목표와 모델에 대한 새로운 시각, *전세계적 위험사회에서 복합적 범죄성과 형법. 막스플랑크 외국 및 국제형법 연구소의 연구현황*, 한국형사정책연구원 2011
- S.Strange(민병원 역), 세계화시대의 네트워크 국가, 네트워크 지식국가, 을유문화사 2007
- Suominen, The Past, Present, and the Future of Eurojust, MJECL 2008, 229ff.
- Teubner, G., Die regulatorische Trilemma. Zur Diskussion im postinstrumentalen Rechtsmodelle, 13 Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giudico Moderno,
- Tiedemann, K., *Wirtschaftsstrafrecht* BT, 2.Aufl., Carl Heymanns Verlag 2008
- Tuck, R., *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford University Press 2001
- Toulemon, *Le construction européenne*, Eds. De Fallois, 1994
- Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2nd. ed., Oxford University Press 2006
- Vilsmeier, *Tatsachenkontrolle und Beweisungsführung in EU-Kartellrecht zur dem Prüfstand der EMRK*. Diss München 2012

- Vogel, J., Die Zukunft der europäischen Integration auf dem Gebiet der Strafrechtspflege, in: Schünemann(Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, Carl Heymanns Verlag 2006
- Wägenbauer, *Court of Justice of the EU. Commentary on Statute and Rules of Procedure*, C.H.Beck/Hart/Nomos 2012
- Weiler, J., The Community System: the Dual Character of Supernationalism, *Yearbook of European Law* 267(1981), 267-306
- Wendt, A., The Agent-Structure Problem in International Relations Theory, *International Organization* Vol. 41 No. 3(1997), 335-370
- Williams, A., *The Ethos of Europe. Values, Law, and Justice in the EU*, Cambridge University Press 2010

Abstract

UN•International Cooperation and Research for Crime Prevention (XI): Studies in Criminal Justice Policy for Northeast Asia Peace and Cooperation Initiative II

A Comparative Study for Building a Regional Cooperation of Criminal Justice : Integration and Harmonization of Criminal Justice in the EU

Kim Han-kyun • Syn Dongyiel

Over thousand years, the European Continent was a continuous battlefield. The Philosophers and thinkers hoped to produce peaceful resolutions, but nothing worked. The Second World War brought consciousness and consensus for a concrete legal unity. At last in 2009, the Lisbon Treaty came into force. The Treaty proposes single governance for European Union in all perspectives including criminal justice. It's framework supports to establish a multi-level functional complex for the Union. Diplomatic and economic integration has been achieved under the Treaty. Territorial borders were wide opened since the Schengen agreement. Ideas and theories are all backing up the integration plan. According to a series of the treaties and conventions, member states should harmonize their criminal justice system in the integrated purpose. Some cases held in the European Court of Justice have confirmed the direction. Differences between market governance and criminal law cooperation, however, could not be counted. Theoretically true but practically wrong. The broad principles like the rule of law, strict liability, and mens rea etc. are

common in the region. The specific problems have never been settled down though. The cross-border law enforcement could not be easy. The mutual recognition of supranational crimes is sometimes denied and refused by the member's high courts. Systematical and cultural biases made hardness and difficulty to agree on the integration of universal criminality. In case of sensitive issues with respect to criminal sanction, there is no way to harmonize them. For instances, jurisdiction was one of them.

The integration of European criminal justice has been showing how bumpy and wild the process has been through. To unify various criminal law systems in the EU, we must understand the complicated decision-making process in the national legal schemes. The member states can be obliged to open their markets and level down it's trade barrier under the treaties, but the matter of criminal justice is located in galaxy-distance. Since the Amsterdam Treaty, the EU paves way to build the EROJUST, EUROPOL, and other institutes for harmonization and integration of criminal justice. Nonetheless there is no European criminal law yet. Many treaties against international crimes, e.g. piracy, human trafficking, and cyber crime are mutually recognized. Within this framework, supranational investigations and sanctions could be facilitated. Politically, the integrated of European criminal law is rather pessimistic when it comes to the current terrorist activities and asylum seekers from Syria.

To prepare the integration of criminal justice in Far-East Asian region, we must learn the experience of European Union and consider all the historical, political, legal, cultural, and religious differences of the region at the first place.

연구총서 15-B-04

형사사법 지역협력체계구축 비교연구: 유럽 형사사법 통합정책

발행 | 2015년 12월
발행처 | 한국형사정책연구원
발행인 | 김진환
등록 | 1990. 3. 20. 제21-143호
주소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114
전화 | (02)575-5282
홈페이지 | www.kic.re.kr
정가 | 7,000원
인쇄 | 고려씨앤피 (02)2277-1508
ISBN | 978-89-7366-942-4 93360

연구원의 허락 없이 보고서 내용의 일부 또는 전체를 복사하거나 전재하는 행위를 금합니다.