

刑罰理念에 대한 小考

李昇鎬

(建國大學校 法科大學 教授)

< 目 次 >

I. 서론	V. 방위이념(social defence)
II. 응보이념(retribution)	1. 성립
1. 성립	2. 社會防衛論
2. 내용	3. 無能化論
3. 功過	VI. 회복이념(restoration)
III. 억지이념(deterrence)	1. 착상
1. 성립	2. 범죄와 신뢰파괴
2. 내용	3. 信賴回復의 刑事司法
3. 功過	VII. 결론
IV. 교정이념(correction)	參考文獻
1. 성립	SUMMARY
2. 내용	
3. 功過	

I. 서론

법규범에 관한 여러 담론들 중에서 형벌¹⁾이념의 논의만큼 오래되었으면서도 여전히 논쟁적인 담론은 또 찾아보기 힘들 듯 하다. 가장 전통적인 형벌이론이라는 應報論은 형사체제적 법체계의 성립 자체와 그 탄생의 시기를 같이하며, 소위 ‘一罰百戒’라는 표제로 표현되는 抑止論

1) 통상적으로 형벌이란 “범죄자에게 그가 행한 범행을 이유로 국가가 부과하는 이익박탈적 강제조치”라고 정의된다. 즉, 형벌 개념은 4개의 요소로 이루어지는데, 첫째, 부과 주체가 국가이며, 둘째, 부과 대상은 범죄자이고, 셋째, 부과 근거는 이미 행해진 범죄행위이며, 넷째, 부과 내용은 이익박탈적 강제조치라는 것이다. 여기서 네 번째 요소인 이익박탈적 강제조치의 내용이 곧 형벌내용으로 되는데, 터크(Turk)에 의하면 “자유, 시민의 권리, 기능(skill), 기회, 재산, 건강, 명예, 생명, 인간관계” 등이 모두 포함될 수 있다고 한다(Austin T. Turk, Criminality and Legal Order, Chicago : Rand McNally, 1969, p. 19).

도 應報論에는 못 미치겠지만 나름의 만만치 않은 역사를 가지고 있다. 그런가하면 근대 이후의 법체계에서는 矯正論이라는 비교적 세련된 형벌담론이 刑事司法을 유혹하였고, 그에 대항하여 防衛論이라는 제법 정비된 보수적 형벌이념이 형벌무대의 한 축을 지배하기도 하였다. 하지만 21세기에 접어들어 現今의 刑事司法은 새롭게 위기가 거론되고, 그러한 근저에는 형벌이념의 담론이 부적절하고 빈약한 탓이라는 지적까지 제기된다. 그러면서 여러 형태의 신종 이론들이 등장하고 있는데, 소위 回復論은 그 대표적인 것이라 할 수 있다. 결국 형벌이념의 담론은 꾸준히 진행되어왔으면서도 여전히 迷宮인 셈이다.

이러한 인식을 바탕으로 이 글은 그동안 제시되어 온 형벌이념의 담론들을 스케치 형식으로 정리해보려 한다. 가능하면 간략하게 가장 중심적인 설명의 골격만을 추리게 될 것이며, 그럼으로써 형벌이념에 대한 전반적인 이해에 도움을 주려고 한다. 다른 글에서도 지적했듯이 필자는 回復論이라는 최근의 형벌담론에 나름의 관심을 가지고 있지만, 적어도 이 글은 그러한 選好의 입장을 개재시키지 않고 刑事司法의 무대에서 나름의 지분을 가지고 있다고 생각되는 형벌이론들에 공평한 지면을 할애하여 그들의 입장을 가감 없이 정리, 소개하려고 노력하였다. 형벌이론과 같은 百家爭鳴의 담론세계에서는 이러한 일차적인 정돈과 내용확인도 향후의 논쟁제기를 위한 발판으로 나름의 필요성을 지니고 있다고 판단되기 때문이다.

II. 응보이념(retribution)

1. 성립

우리가 끔찍한 범죄현장을 목격할 때, 聖人이 아닌 보통의 인간이라면 당연히 분노를 느끼게 된다. 그리고 이러한 분노는 “너도 당해야 한다”라는 법감정으로 발전한다. 여기에서 응보론적 사고가 싹트는데, 이렇게 보면 應報論은 자연스러운 인간본능에서 연원하는 형벌론이라고 할 수 있다. 하지만 그렇다고 하여서 應報主義의 담론이 범죄에 대한 ‘감성적 대응’의 수준에만 머물러 있는 것은 아니다. 인간심성에 대한 통찰, 책임의 본질에 대한 분석, 정의의 내용 구축 등을 포괄적으로 담고 있으며, 시대의 변화에 따라 나름대로 조금씩 외피와 분위기를 바꾸는 시도도 있어 왔다²⁾. 바로 이러한 두 측면, 즉, 응보가 자연스러운 법감정인 데다가 뒤떨어지지 않을 만큼 변화를 모색해 왔다는 점이 應報論을 역사상 가장 오랜 기간 동안 형벌의 주된 근거로 역할하게 하였는 바, 이하에서는 應報論의 기본 내용 및 그것이 형벌무대에 미친 功過를 정

2) 따라서 응보론도 구체적인 내용을 살펴보면 여러 갈래로 나뉘는데, 대표적인 갈래는 ① 복수이론(revenge theory), ② 비난이론(condemnation theory), ③ 도의이론(deontological theory), ④ 상응이론(desert theory)의 4가지이다.(이러한 분류로 각 응보론의 지파를 알기쉽게 비교해 놓은 문헌으로는 Mark Tunick, Punishment -Theory and Practice-, Berkeley and Los Angeles : University of California Press, 1992, pp. 84-106이 있다.)

리하기로 한다.

2. 내용

형벌의 이념에 관한 담론은 가장 소박하게는 ‘왜 형벌이 부과되는가?’ 라는 형벌부과의 이유에 관한 설왕설래에서부터 출발될 수 있다. 즉, ‘무엇 때문에?’, 혹은 ‘무엇을 위해서?’ 라는 질문에 형벌실행자는 나름의 대답을 해야 하는데, 이에 대해 應報論은 기본적으로 ‘죄를 범했으니까’ 라고 답하게 된다³⁾. 즉, 범죄를 형벌부과의 필요조건으로 설정하는 것인데, 이렇게 죄지은 자에게만 형벌이 부과될 수 있다는 언명은 너무나 자명한 이치(truism)처럼 보이지만, 우리가 기억해야 할 점은 公利的 刑罰論이나 矯正論의 경우 이러한 자명한 이치가 받아들여지지 않거나 후 순위로 밀릴 수도 있다는 사실이다⁴⁾. 이에 반해 應報論은 범죄 없는 형벌을 인정하지 않는다. 즉, 전자의 존재가 후자 실행의 전제이자 이유라는 설명이다.

아울러 범죄 때문에 형벌이 부과된다 하여도 형벌은 범죄에 막바로 대응되는 물리적 현상이 아니라 범죄를 행한 개인에게 부과되는 사회적 현상이다. 즉, 해당 개인에 대해 자기가 범한 범죄의 책임을 묻는 것인데, 이렇게 책임을 묻기 위해서는 개인이 자유의사에 기초하여 범행하였다는 가설이 전제되어야 한다. 다시 말하여, 여타의 강제요소나 정신적 결함으로부터 자유로운 개인이 스스로의 선택에 따라 범죄를 범했으므로 그러한 자기의 범행에 대한 부담, 즉 책임을 져야하는 것이며, 이를 근거로 동 개인에게 형벌이 부과된다는 설명이다. 이렇게 應報論은 형벌부과의 對人的 정당화 근거로서 의사자유(free will)와 책임(responsibility)이라는 이론적 준거들을 설정한다⁵⁾.

나아가 應報論이 전개하는 최종적 담론은 형벌부과를 통해 ‘무엇을 이루려 하는가?’에 관한 것이다. 즉, 범죄가 행해졌으니까(이유), 범행을 스스로 선택한 개인의 책임에 근거하여(정당화 근거) 형벌을 부과한다 하여도, 그러한 형벌실행을 통해 얻으려는 사회적 소산에 대한 언술이 없으면 동 담론은 범죄와 형벌을 둘러싼 대립당사자 간의 私的 對話(personal dialogue)의 수준을 넘을 수 없게 된다. 따라서 이를 극복하여 應報論을 형벌에 관한 사회이론(social theory)

3) 형벌과 죄의 관계를 논리적 연결의 차원에서만 파악한 대표적인 견해는 Quinton에 의해 표명된다. 그에 따르면, 우리가 어떤 사람에게 “우리는 너에게 형벌을 부과할 것이다” 라고 말할 때 상대가 “내가 무얼 어쨌길래?(what for)” 라고 물으면, 그에 대한 대답으로 “네가 한 일은 아무 것도 없다(nothing at all)” 라든지 “네가 하지 않은 어떤 일(something you have not done) 때문에”라고 답할 수는 없는 것이고, 마땅히 그가 행한 한 죄를 근거로 대야 하는데, 이런 차원에서 죄와 형벌은 논리적 연결관계를 맺고 있는 것이라 한다(Quinton, A., “On Punishment”, Analysis 14, 1954, pp. 512-517).

4) Philip Bean, Punishment, Oxford : Martin Robertson, 1982, p. 14

5) 좀 더 구체적으로 살펴보면 형벌론상 의사자유론은 두 갈래로 전개되어 왔다. 하나는 18세기 후반부터 19세기초에 걸쳐 형성된 전기고전학파의 의사자유론인 바, 여기서의 의사자유란 인간이 이해득실을 합리적으로 따져서 그에 따라 행동할 능력이 있다는 의미이다. 또 하나는 19세기 후반과 20세기 초반에 걸쳐 형성된 후기고전학파의 의사자유인 바, 여기서는 인간의 행동을 결정짓는 형이상학적 원인이 없다는 의미에서의 의사자유를 말한다. 전자는 공리주의적 의사자유이고, 후자는 칸트와 헤겔류의 의사자유이다. 따라서 옹보론과 연결된 의사자유론은 후자라고 볼 수 있다.

으로 완성시키기 위해서는 형벌의 사회적 목적이 무엇인지 정립하여야 한다. 즉, 형벌의 부과가 단순히 대립당사자간의 분쟁해결 수단으로서의 의미만이 아니라, 사회구성원 모두의 관심 대상으로 나름의 의미를 가지려면 형벌이 사회에 주는 무엇인가가 있어야 한다는 것이다. 이에 대해 應報論이 제시하는 지표는 ‘正義(justice)’이다. 즉, ‘옳고 그름을 밝히고, 상과 벌을 명확히 하는’ 세상사의 기본모토를 범죄인에 대한 형벌부과를 통해 성취하겠다는 것이다. 여기서 이렇게 정의를 세우는 일은 ‘바른 사회’를 구축하는 작업의 중요한 내용이 된다. 부당하게 당하는 억울함을 없애고 利慾적인 피해야기를 용납하지 않아야 반듯한 사회가 된다는 것이다. 즉, 應報論의 마무리 담론은 ‘正義’와 ‘바른 사회’라는 사회철학적 명제로 맺어진다. 다시 말하여, 刑事司法이 범죄를 형벌로 응징하는 것은 선과 악의 시비를 분명히 하여 빼돌어진 것을 바로 세우고 일그러진 것을 바로 펴으로써 정의를 구축하고 사회를 건전하게 유지시키기 위함이라는 이야기이다.

3. 功過

우선 應報論은 피해자의 복수감정을 순화시키는 나름의 역할을 담당한다. 즉, 국가형벌권이 일정 정도 옹보의 기능을 수행해 줌으로써 사인간의 복수를 통해 더 큰 갈등과 충돌이 생기는 것을 막아준다는 이야기이다. 아울러 應報論은 주장되는 관점 여하에 따라서는 강한 형벌실행만 결과하는 것이 아니라 국가형벌권의 남용을 제약하는 도구담론으로 사용되기도 한다. 즉, 형벌실행의 전제로 철저히 범죄와 책임을 요구하며, 부과될 형벌의 종류와 양을 정함에 있어서도 범행에 대한 相應(desert)을 기준으로 제시한다⁶⁾. 역사적으로 살펴보더라도 서구에 있어서 근대 초기에 논의된 應報論은 抑止論과 더불어 法治主義의 刑事司法의 구축에 일익을 담당했던 것으로 평가받고 있다⁷⁾.

하지만 형벌이 범행의 크기에 상응해야 하며, 같은 종류의 범죄는 같게 취급되어야 한다는 應報論은 인간적 차원에서 고려해야 할 요소들을 무시하는 무자비한(unrelenting and remorseless) 관점으로 기능할 수도 있다. 즉, 正義의 요청만에 충실하여 동정, 용서, 자비 등의 인간적 측면을 묵살하는 비인간적인 刑事司法 실행을 결과하기도 한다는 이야기이다. 나아가

6) 상응이론(the theory of desert)이란 “문제가 된 범죄에 상응한 제재만큼만 부과되어야지, 그것을 초과한 제재의 부과는 안된다(no sanction greater than that ‘deserved’ by the last crime or series of crimes for which the offender is being sentenced should be imposed)”는 이론을 말한다.

7) 주지하는 바와 같이 대표적인 옹보론자로 간주되는 칸트는 「도덕형이상학론」에서 “인간, 그리고 모든 이성적 존재는 그 자체 목적으로 존재하는 것이지 다른 의지에 의해 자의적으로 사용되기 위한 수단이 아니다”라고 설파한 바 있다(Kant, I., *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, translated by H. J. Paton, New York: Harper Torchbooks, 1964, p. 95). 또한 헤겔은 형벌을 통해 범죄인을 다시 이성적 존재로 인정하고 존중받게 하는 시스템이 필요하다고 역설하였다(Hegel, G. W. F., *Philosophy of Right*, translated by T. M. Knox, London: Oxford University, 1952, p. 100).

應報論은 실정형법이 합의된 가치 및 정의 기준에 입각해 있다는 점을 전제해야 하는데, 과연 그러한지에 대해 의문이 제기될 수도 있다. 급진주의자들은 특히 이 점을 문제삼는데, 저질러진 범행의 내용과 정도에만 관심을 두고 범죄가 발생하는 사회적 맥락(th social context)을 사상해 버리는 비구조적 관점이 應報論에 내재해 있다는 것이 그들의 지적이다.

Ⅲ. 억지이념(deterrence)

1. 성립

應報論이 인간의 본능적인 법감정에 기초를 두고 자연적으로 형성된 형벌담론이라면, 抑止論은 소수의 이론가들이 형벌제도의 합목적성을 강조하며 인위적으로 기획한 형벌이론이다. 그리고 그러한 기획작업의 바탕에는 소위 공리주의 철학이 있다. 즉, 공리주의적 관점에서 바람직한 형벌체계를 구축하려는 시도가 抑止論의 작업내용인 셈이다. 주지하는 바와 같이, 공리주의는 인간행동이나 사회제도의 평가에 있어서 ‘결과에 대한 고려(consequentialist consideration)’를 가장 중요한 기준으로 간주한다. 따라서 형벌도 그 실행의 결과가 바람직하고 형벌실행으로 인한 이득이 비용을 넘어설 때에만 정당화된다고 이야기한다. 문제는 그러한 긍정적인 결과가 과연 무엇을 말하는가 인데, 형벌실행이 궁극적으로 추구해야 할 실제적 이익이란 ‘犯罪抑止’ 일 수밖에 없을 것이다. 바로 이 점에 착안하여 전개된 이론이 抑止論인데, 그 기본내용과 功過를 정리하면 다음과 같다.

2. 내용

抑止論의 담론은 형벌실행의 목적에 대한 대답으로부터 시작된다. 즉, 형벌을 통해 ‘무엇을 얻으려 하는가?’ 라는 질문에 ‘향후 발생할지 모를 범죄의 抑止’ 라는 답변을 제시하는 것이 抑止論의 첫 번째 이론내용인 것이다. 공리주의 사상의 기초자이며 억지이론의 단초를 제공한 벤담(Bentham)은 應報論을 효과 없는(pointless) 형이상학의 담론이라고 배척하면서 형벌실행의 목적은 犯罪豫防(the prevention of crime), 즉 잠재적 범죄인들의 장래 범행을 抑止하는 것이어야 한다고 역설하였다⁸⁾. 즉, 발생한 범죄에 대한 사후처리라는 측면이 아니라 장래에 대한 범죄억지의 약속에서 형벌의 정당화근거를 찾았던 것이다. 아울러 抑止論은 抑止의 대상자로

8) 벤담의 형벌억지이론은 Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation(1789 ; reprinted New York : Hafner Press, 1948)의 12장-15장에 정리되어 있는 바, 이 책의 12장 36절에서는 형벌에 대해 정의내리기를 “범죄행위에 대해 정치적 공권력이 부과하는 인공적 결과(an artificial consequence annexed by political authority to an offensive act)”라고 한다.

사회일반인과 범죄인 모두를 설정한다. 즉, 형벌은 그것의 실행을 구경하는 일반인들에게 威嚇의 힘을 발휘하여 준법의 테두리에 머물도록 유도하는 한편, 범죄자에게도 자기의 범행을 후회할 만한 고통을 경험시킴으로써 향후 범죄를 범하지 않도록 강제하는 두 가지 역할을 수행해야 한다는 것이다. 통상 전자를 一般抑止(general deterrence), 후자를 特別抑止 혹은 個別抑止(special deterrence or individual deterrence)라고 하는데, 양 효과는 하나의 형벌실행으로 추적되는 '두 마리 토끼' 이다.

형벌의 목적을 범죄억지로 설정한 후, 抑止論이 구축하는 두 번째 담론은 억지달성의 방법에 관한 것이다. 즉, '어떻게 억지하는가?' 에 대한 대답인데, 抑止論은 필수적으로 요구되는 도구기제로 다음의 두 가지를 제시한다. 첫째, 부과되는 형벌의 고통이 범죄를 행함으로써 얻는 만족보다 크도록 한다. 그래야 형벌은 위화력을 가지며, 범행의 유혹을 배제시킬 힘을 갖기 때문이다. 이 방법을 포이에르바하(Feuerbach)는 '心理強制' 라는 표현을 사용하여 설명했는데, 형벌이 부과하는 不快가 범죄로부터 얻는 快보다 커야 한다는 것은 抑止論을 현실화시키기 위해 반드시 갖추어야 할 전제이다. 둘째, 刑事司法의 의지와 능력을 수범자에게 신뢰시켜야 한다. 즉, 범죄자는 반드시 발각되고 처벌받는다라는 사실을 실제로 보여줌으로써, 혹 있을지 모를 수범자의 완전범죄에 대한 기대를 꺾어야 하는 것이다. 그러지 못할 경우, 형벌의 威嚇力은 공염불이 된다. 말만 거창할 뿐 실행되지 못하는 경고는 경고로서의 효력을 갖추지 못한다. 형벌 역시 실행이 담보되어야 수범자의 행동에 영향을 미칠 수 있다는 이야기이다⁹⁾. 아울러 최근의 실증적 연구들은 위 두 방법 중 전자보다 후자가 형벌의 威嚇力을 증대시키는데 더 큰 영향을 미친다고 지적한다. 嚴刑보다는 체포율을 높이는 것이 범죄억지에 도움된다는 주장이다.

마지막으로, 抑止論이 언급해야 할 과제는 형벌을 통한 범죄억지가 '과연 가능한가?' 에 대한 입장표명이다. 즉, 수범자가 형벌의 威嚇를 고지받은 후 자기의 행위를 조정할 능력을 가지고 있어야 범죄억지가 가능할 터인데, 과연 수범자에게 그러한 능력이 있는가의 문제이다. 이에 대해 抑止論은 공리주의 철학이 상정하는 인간관을 제시함으로써 대답한다. 인간은 이성적이고 이해타산적이어서 快를 좇고 不快를 피하는 데에 충분히 익숙한 능력을 갖고 있다는 것이다. 자유의지론을 바탕에 둔 물론이고, 한걸음 더 나아가 이기적이고 계산에 밝은 인간상을 상정하는 셈이다. 이러한 인간관에 대한 가정이 抑止論을 떠받쳐주는 전제인 것이다.

3. 功過

9) 아울러 이러한 형벌의 고지와 실행으로 범죄억지가 달성되는 과정은 ① 제재의 부담으로 인한 단순억지(simple deterrence) 뿐만 아니라, ② 옳고 그름에 대한 기준의 제시(the threat of punishment as a teacher of right and wrong), ③ 습관의 형성(threat and punishment as habit builder), ④ 법을 존중하도록 하는 기제로서의 역할(threat and punishment as mechanism for building respect for law), ⑤ 순응의 근거로서의 역할(threat and punishment as a rationale for conformity) 등 여러 수준으로 이루어진다.(이에 대한 가장 고전적인 설명은 Franklin E. Zimring and Gordon J. Hawkins, Deterrence - the legal threat in crime control, Chicago and London : The University of Chicago Press, 1973, pp. 74-89 참조)

抑止論은 형이하학의 담론으로 형벌의 이념을 설명함으로써 형벌실행을 정책적 과제의 하나로 자리매김해 주었다. 즉, 목적합치성, 효율성, 실용성 등의 지표로 형벌체계를 기획하고 그 효과를 평가하는 일을 가능하게 해 준 것이다. 이는 應報論이 정의수호라는 형이상학의 담론에 매달린 점과 대비된다. 사변의 틀에 매몰되지 않고 형벌을 경험적 분석의 대상으로 끌어내림으로써 보다 세밀하게 형벌정책을 구축하고 개선할 수 있도록 해 준 것이다. 아울러 抑止論은 범죄억지의 효과를 산출하지 않는 ‘불필요한’ 형벌의 폐지를 주장함으로써 형벌제도를 정돈하고 국가형벌권의 남용을 제약하는 역할을 수행하기도 한다. 18세기에 베카리아(Beccaria)나 포이에르바하(Feuerbach) 같은 인도주의 형사법학자들이 抑止論을 이론적 도구로 하여 당시의 가혹한 형벌제도를 질타했다는 것은 抑止論에 내포된 인권보장의 메시지를 웅변적으로 증명해 준다.

하지만 抑止論은 칸트(Kant)가 경멸했듯이 “인간을 목적이 아닌 수단으로 취급하는” 문제점을 안고 있다. 그리고 이러한 수단적 형벌관은 자칫 嚴刑과 강한 刑事司法에 대한 선호를 부추킬 가능성이 있다. 아무래도 온건한 형벌정책보다는 강경대응이 조금이라도 더 범죄를 억제할 것이라는 인식이 아직은 보편적이기 때문이다. ‘一罰百戒’라는 고사성어는 바로 이러한 일반인의 인식을 단적으로 표현해 준다.

IV. 교정이념(correction)

1. 성립

범죄인을 교정하겠다는 사고방식은 기원이 오래되지만¹⁰⁾, 소위 矯正論이 형벌무대의 전면에서 본격적으로 등장한 것은 19세기에 실증주의 범죄학이 대두되면서부터이다. 즉, 이태리학파에서 시작된 범죄생물학, 범죄심리학, 범죄사회학 등이 연대하여 ‘범죄인의 교정’을 주된 형벌이념으로 끌어 올렸고, 그 결과 20세기의 행형무대는 적어도 표방의 측면에서는 矯正論이 나름의 주도권을 장악하였다. 즉, 감옥의 명칭도 교도소로 바뀌고, 행형가는 전문적인 교정가를 자처했으며, 소위 교정처우를 위한 프로그램들이 속속 개발·시행되었던 것이다. 하지만 20세기 후반에 들어서 矯正論은 위기에 봉착해 있다. 교정의 실패가 증명되고, 논자에 따라서는 교정의 폐기가 주장되기도 한다. 이하에서는 이러한 矯正論의 기본내용이 무엇인지, 그리고 20세기 형벌무대에 서 矯正論이 수행한 역할은 무엇인지 간단히 정리해보기로 한다.

10) 플라톤은 범죄자를 도덕적으로 병든 자로 보면서 재판관은 범죄인의 영혼을 치유해주는 의사(Physician of souls)의 역할을 담당해야 한다고 주장하였다. 그런가 하면 토마스 아퀴나스도 의학적 형벌(poena medicals)을 제안하면서, “형벌은 의학적인 것이며, 과거의 죄에 대한 치료 뿐만 아니라 미래의 죄에 대한 예방, 그리고 선으로 유인하는 역할을 담당한다” 라고 하였다(Beane, P., Punishment, Oxford, 1981, pp. 53-59).

2. 내용

우선, 矯正論은 ‘인간이 어떤 존재인가?’ 라는 질문에 앞의 應報論 및 抑止論과는 다른 해답을 제시하면서부터 자기의 독자적인 담론을 출발시킨다. 즉, 자유의지론을 부정하고, 인간의 행위가 내적, 외적 여러 요소들에 의해 전인된다는 소위 결정론적 인간관을 지지하는 것이다. 그리하여 범죄행위도 결정의 산물이며, 범죄인은 자기 자신이 자발적으로 형성할 수 없는 諸力에 이끌리어 범죄행위로 나아가게 된다고 주장한다. 문제는 범죄발생의 요소가 과연 무엇인가 하는 점인데, 이에 대해 矯正論은 범죄인 자신의 素質의 측면과 범죄인을 둘러싼 개별환경의 범죄친화적 요소에 주목한다. 부연하면, 환경을 검토한다 해도 거시적인 차원에서 사회구조의 문제점을 논의하는 것이 아니라 준범생활에의 적응을 방해하는 주위 여건에 관심을 집중시키는 것이 矯正論의 정치적 색깔이다. 무언가 스스로의 의지로 떨쳐버릴 수 없는 범죄발생의 諸力이 있다는 것, 그리고 그 올라가는 범죄자의 내부 혹은 그가 처한 개별환경에서 발견된다는 것, 이러한 류의 실증적 담론이 矯正論의 첫 번째 전제이다.

그리고 이러한 착상은 당연히 범죄자에게 책임을 추궁하는 應報論을 근거없고 잔인한 논설로, 수범자의 행동자제를 기대하는 抑止論을 허구적이고 효과없는 기획으로 배척하게 된다. 그러면서 대안적인 형벌실행의 목적을 제시하는데, 그것이 곧 ‘범죄인의 교정’이다. 즉, 중요한 것은 범죄친화적 요소를 제거하는 것이지, 그에 대한 非難이나 威嚇이 아니라는 것이다. 결국 망나니의 칼이 아니라 의사의 메스를 준비하라는 요청인데, 이러한 캠페인은 형벌실행에 인도주의적 명분을 제공해준다. 19세기 말과 20세기 초에 인도주의를 표방한 많은 사회운동가들이 矯正論의 대열에 합류하였던 것은 矯正論이 갖고 있는 바로 이러한 ‘좋은 명분’의 덕이다. 결국 矯正論은 형벌의 지향을 교육과 치료로 바꾸었을 뿐 아니라 인도적 형벌을 표방함으로써 여론으로부터 긍정적 관심을 얻는 정치적 이득도 얻어낸다.

하지만 矯正論은 그러한 교정을 이루어 내는 방법의 강구에서는 내 전 기치만큼 온정적 태도를 취하지 않는다. 보다 구체적으로 살펴볼 때 矯正論이 제시하는 교정방법의 지침은 크게 두 가지인데, 첫째는 ‘강제적 수단’을 이용한다는 점이고, 둘째는 처우실행자의 재량행사를 넓게 인정한다는 점이다. 우선, 矯正論은 형벌이라는 강제적 수단을 사용하여 대상자를 교정하려 한다. 즉, 대상자의 자발적 참여를 기초로 한 원조 프로그램이 아니라 공권력을 동원하여 대상자의 심성과 태도를 바꾸어 내는 주입식 개선 프로그램인 것이다. 아울러 대상자의 문제점은 각기 천차만별일 것이므로 矯正論은 일률적인 처우방법을 배척하고 개별처우를 제안한다. 그리고 이러한 개별처우의 실행을 위해 집행가에게 광범한 재량을 부여하는 것이다. 부정기형, 누진처우, 임상적 개선법 등 矯正論이 제시하는 처우방안들은 대부분 재량행사를 내포한 개별처우들이다. 현실에 있어서 矯正論의 성패여부가 상당부분 처우실행자의 의도와 역량에 좌우되는 것은 바로 이러한 방법론상의 특성 때문이다.

3. 功過

주지하는 바와 같이, 矯正論은 형벌실행에 대한 여론의 관심을 환기시켰고, 그만큼 행형분야에 대한 사회의 인적, 물적 자원의 투여를 가능하게 하였으며, 상당부분 행형의 온건화에 기여한 바도 크다. 확실히 矯正論에 의해 應報의 행형의 야만성과 威嚇의 행형의 강경성은 배척되었으며, 형벌은 처우의 일종으로 그 外延이 확대되었다.

하지만 20세기 후반에 들어와 矯正論은 상당한 위기에 봉착하였는데, 그 계기는 교정행형이 현실적으로 범죄인을 교화하는데 있어서 성공하지 못했다는 사실의 지적에서 비롯되었다. 이와 관련하여 주목을 끄는 것이 마틴슨(Martinson)의 연구인데, 그는 교정적 프로그램의 효과에 대하여 그 동안 행해졌던 231개의 연구들을 분석한 결과, “지금까지 보고된 교정정책들은 거의 예외 없이 재범을 방지하는데 있어서 아무런 실제적 효과를 얻지 못했다”라고 결론지었다¹¹⁾.

이후 교정의 실패가 속속 지적되자, 矯正論에 대한 비판의 강도는 더 강해져서 애당초 矯正論이 기치로 내건 인도주의에 대한 회의도 강하게 제기되었다. 즉, 矯正論은 형벌무대에 등장할 때 인도주의라는 화려한 깃발을 들고 나왔었지만, 그것의 현실적 실행에 있어서는 종전의 응보형과 다를 바 없는 비인도성이 존재하고 오히려 몇몇 부분에 있어서는 응보형과는 다른 종류의 비인도성까지 개발되었다는 것이다. 이는 강압적 수단을 사용하고 재량행사를 넓게 허용하는 교정방법의 문제점 때문에 비롯된다. 개별처우는 행형의 과학화를 가져오지만, 그 이면에 법치행형의 폐기를 초래할 수도 있는 것이다. 바로 이러한 부작용이 현실 행형무대의 몇 부분에서 발견되고, 이것은 곧 矯正論에 대한 심각한 회의이자 비판으로 이어졌다¹²⁾.

마지막으로 矯正論 대해 가해진 비판은 矯正論의 사회통제 기제적 역할이다. 특히 비판범죄학자들에 의해 이러한 문제점이 지적되었는데, 그들에 의하면 矯正論은 20세기 독점자본주의 체제 속에서 새롭게 고안·개발된 사회통제의 기제이념에 불과할 뿐 전혀 선진적이고 개명된 刑事司法 이념이 아니라고 한다. 오히려 그럴 듯한 명분을 앞세워 철저하게 대상자를 통제하는

11) Martinson, R., “What Works? -Questions and Answers about Prison Reform”, Public Interest, 35, Spring, 1974, pp. 22-55. 이러한 마틴슨의 연구결과는 보수진영과 진보진영이 모두 교정이념을 공격하는 예기치 못한 상황을 야기하였다. (Beckett, K., Making Crime Pay -Law and Order in Contemporary American Politics, New York and Oxford : Oxford University Press, 1997, pp. 102-103 ; Reitz, K. R., “The Disassembly and Reassembly of U. S. Sentencing Practices”, in Tonry, M. and Frase, R. S. (eds.), Sentencing and Sanctions in Western Countries, New York and Oxford : Oxford University Press, 2001, pp. 238-241)

12) 교정주의가 범죄주의의 제약적 원칙들을 폐기시킬 수 있다는 비판을 제기한 가장 대표적인 학자인 Francis A. Allen은 다음과 같이 이야기한다 : “교정주의는 실재에 있어서 타락해 왔으며, 이러한 타락의 결과는 심각하고 때때로 위험하기까지 하다 ... 교정주의 이념 하에서 소위 치료(therapy)라는 말은 의식적이건 무의식적이건 구금시설의 열악한 상태를 위장하기 위해 사용되어 진다 ... 그리하여 교정주의는 종종 개인의 자유와 의지(individual liberty and volition)에 충돌하는 태도 및 조치를 수반하게 된다” (Francis A. Allen, “Legal Values and The Rehabilitative Ideal”, in Leon Radzinowicz and Marvin E. Wolfgang, Crime and Justice Vol 3 -The Criminal in the Arms of the Law, New York and London : Basic Books, 1971, pp. 69-70 참조)

형벌이론이라는 것이 그들의 주장이다.

V. 방위이념(social defence)

1. 성립

형벌의 이념에 관한 논설 중에 또 하나 빼놓을 수 없는 것이 바로 社會防衛論이다. 즉, 기존의 사회체제와 질서, 그리고 문화를 방위하는 것이 형벌의 목적이라는 담론인데, 이러한 사회방위의 이념은 사실 어느 시대 어느 사회에서건 형벌의 궁극적 목표로 주장되고 또 인정되어 왔지만, 구체적인 이론체계를 갖추어 본격적으로 형벌무대에 등장한 것은 20세기에 들어와서이다. 아울러 최근에는 社會防衛論의 연장선상에서 소위 無能化論이라는 극단적으로 강경한 형벌담론도 고개를 들고 있다. 과연 이러한 현실주의적 형벌담론들의 구체적인 내용은 무엇인지 살펴보기로 한다.

2. 社會防衛論

사회방위의 사상은 형벌의 현실적 기능으로서 자연스럽게 형성된 것이기 때문에 한 편에서는 형벌을 통한 사회방위가 보편적으로 인정된다는 측면이 있지만, 또 다른 한 편에서는 사회방위의 구체적 내용이 一義의일 수 없다는 측면도 지니고 있다. 즉, 다양한 정치적 색깔과 형벌관을 바탕으로 여러 갈래의 社會防衛論이 주장되는데, 대표적인 것들은 다음의 세 가지이다.

첫째, 전체주의적 사회관에 입각하여 사회방위를 형벌이 담당해야 할 최우선의 과제로 삼으며, 사회방위를 위해 효율적이라고 판단되는 모든 종류의 형벌 시스템을 인정하는 견해가 있다. 이는 국가권력이 전체주의적 속성을 띠게 될 때 거의 예외 없이 표방하는 입장인데, 이를 이론적으로 정리한 것이 소위 極端的 社會防衛論이다. 그라마티카(Gramatica) 등에 의해 확립된 이 담론은 강한 刑事司法을 위해 경우에 따라서는 근대형법의 국가형벌권 제약원칙들을 축소시키기도 한다¹³⁾.

둘째, 사회방위를 형벌의 목적으로 설정하기는 하지만 그것과 병행하여 형벌의 다른 지표들

13) 그라마티카는 효율적인 사회방위를 위해서는 범죄대책이 전통적인 형벌시스템에 머물러서는 안되고, 해당 개인의 반사회적 행위(anti-social conduct)를 개별적으로 진단하여 각기 적합한 처우를 행하는 방식으로 형사사범의 주관화(subjectivization)를 지향해야 한다고 주장하였다. 그는 2차 세계대전을 전후로 많은 글을 썼는데, 이를 정리한 대표적인 논문으로는 1947년에 잡지 Rivista di difesa sociale에 발표한 "La lotta contra la pena(The Fight against Punishment)"가 있고, 그의 대표적인 저작으로는 1961년에 발간한 「Principi di difesa sociale(The Principle of Social Defence)」가 있다.

도 중시하는 견해가 있다. 極端的 社會防衛論이 공권력의 무한정한 행사를 허용하고 그 결과 개인의 인권이 침해될 우려가 있다는 비판에 직면하게 되자, 사회방위의 실현방법에 일정한 제한을 설정하며 제시된 이론이다. 앙셀(Ancel)의 新社會防衛論이 대표적인 담론인 바, 동 이론은 「인도주의의 틀 안에서 사회방위를 실현한다」라는 원칙을 모토로 삼는다¹⁴⁾. 다시 말해, 新社會防衛論은 형벌의 목적으로 사회방위를 중시하면서도 인도주의의 실현을 위하여 근대형법의 刑罰制約의 원칙들을 동시에 강조하는 이론이라고 말할 수 있다.

셋째, 마르크스(Marx)와 엥겔스(Engels)의 이론에 기초한 비판적 사회이론가들 중에서도 사회방위의 사상을 피력하는 사람들이 있다. 하지만 동 담론은 방위하는 사회의 구체적 내용을 무엇으로 설정하는가에 있어서 앞의 두 견해와 입장을 달리한다. 즉, 앞의 두 견해는 기존 사회 자체를 방위할 사회로 상정하는데 반하여, 비판적 사회이론가들은 새로운 사회의 구축을 社會防衛論의 전제이자 중심적 내용으로 상정한다. 현실사회의 모순을 타파하는 것을 전제로 새롭게 구축된 모순 없는 사회의 방위를 위해 형벌이 사용되어야 한다는 주장인 것이다¹⁵⁾. 아울러 이 경우 대부분은 새로운 사회의 모습으로 계급 없는 사회를 상정하지만, 그것이 구체적으로 어떤 사회인가에 대해서는 비판적 사회이론가들조차 一義的으로 합의하고 있는 것은 아니며, 또 그것의 구체적 내용의 확정이 批判的 社會防衛論의 필수물인 것도 아니다. 다만 형벌의 목적으로서 사회방위를 우선적으로 인정하면서도 방위해야 할 사회에 대해서는 현실의 사회를 그대로 받아들이는 것이 아니라 나름대로 새로운 논의를 전개한다는 것이 批判的 社會防衛論의 핵심적 내용이다.

3. 無能化論

無能化論(the theory of incapacitation)이란 범죄인을 무력화시켜서 장래 범행할 가능성을 아예 없애버리는 것이 형벌실행 목적이야 한다는 담론이다. 근대 이전의 사회에서 사용되었던 追放刑(banishment)은 무능화의 한 방법이었으며, 오늘날에는 장기 자유형이나 사형이 무능화

14) 앙셀은 자기의 사회방위론을 다음과 같은 5가지 명제로 요약한다 : ① 범죄대책은 범죄인을 처벌하는 것보다 범죄로부터 사회를 방위하는데 주안이 두어져야 한다. ② 사회방위를 달성하는 수단은 전통적인 형법 시스템 바깥에서 찾아질 수 있다. ③ 사회방위에 있어서 개별화된 범죄예방은 대단히 중요하며, 따라서 범죄인의 재사회화는 사회방위 형벌정책의 중요한 요소가 된다. ④ 사회방위의 형벌정책은 대상자의 인권을 존중하고 자기확신과 책임감을 회복시키는 인도주의적 시스템 속에서 운영되어야 한다. ⑤ 형사사법의 인도주의화는 감상적 운동의 차원이 아니라 범죄와 범죄인에 대한 과학적 이해를 바탕으로 형성된 것이어야 한다(Marc Ancel, Social Defence -A Modern Approach to Criminal Problems-, New York : Schcken Books, translated by J. Wilson, 1966, pp. 24-25).

15) 대표적으로 레닌의 설명을 들 수 있는데, 그는 공산주의 사회에서도 '개인적 일탈(excesses by individual person)'이 발생할 여지가 있지만 그것들의 대부분은 현장에서의 인민들의 제지로 대부분 해결될 것이고(Lenin, V. I., The State and Revolution, Peking : Foreign Language Press, 1976, p. 110), 그리고도 남게되는 드문 예외의 경우에 대해서는 공산주의 사회를 보호하기 위해 '신속하고도 엄한 형벌(swift and severe punishment)'이 부과될 것이라고 한다(Lenin, V. I., ibid., p. 124).

전략의 도구기제로 추천되고 있다¹⁶⁾. 無能化論은 교정에 대한 懷疑가 제기되면서 범죄로부터 사회를 방위해야 한다는 강성 범죄대책론이 여론의 지지를 받게 된 20세기 말 이후 미국 등을 중심으로 급속히 확산되었다¹⁷⁾. 최근에는 모든 범죄인에 대해 무능화 정책을 시행하는 것은 過不及이라는 점이 지적되자, 상습범죄인 내지 직업범죄인 등에 한정해서 무능화 전략을 실행하는 소위 選別的 無能化(selective incapacitation) 정책이 제안되고 있다.

범위야 어떻든, 無能化論은 이미 행해진 범죄의 내용보다 대상자의 위험성, 즉 장래 범행할 개연성에 형벌부과의 근거를 설정한다. 즉, 범죄보다는 범죄인을 형벌실행의 대상으로 삼는 것이다. 따라서 重犯罪를 범했을지라도 偶然犯에게는 경한 형벌을 부과하는 반면, 경미한 범죄를 행했을지라도 前科가 많은 범죄인에게는 무능화가 시도될 수 있다. 바로 이러한 점이 우리의 법 감정에 위반될 수 있고, 나아가 위험성 판단의 기준이 객관화될 수 없음으로 하여 자칫 형벌권의 자의적 실행을 초래할 수 있다는 점이 문제요소로 지적된다.

VI. 회복이념(restoration)

1. 착상

應報論에서부터 防衛論에 이르기까지 지금까지 언급한 형벌론들은 모두 형벌무대에 있어서 대립구도의 축을 국가와 범죄인의 양자로 설정한다. 즉, 범죄인은 국가가 제정한 법을 위반하였고, 그렇기 때문에 국가는 범죄인에게 형벌을 부과하게 된다는 것이다. 이에 반해 回復論은 대립구도의 축을 바꾼다. 즉, 형벌실행과 관련하여 이해관계를 가진 대립당사자는 범죄인과 국가가 아니라 범죄인과 피해자 혹은 범죄인과 공동체사회라는 것이다. 사실 형벌은 범죄를 처리하는 국가처분이다. 따라서 범죄가 어떤 구도 속에서 행해지는지 주목할 필요가 있는데, 주지하는 바와 같이 범죄발생의 장에서는 범죄인과 피해자(혹은 공동체사회)가 대립의 축을 형성한다. 물론 범죄인이 피해자(혹은 공동체사회)를 공격하는 것이 범죄이고, 이로 인해 양자간의 신뢰는 깨진다. 결국 범죄는 ‘信賴背反’의 성격을 지니고 있고, 사정이 이렇다면 마땅히 형벌은 범죄인과 피해자(혹은 공동체사회) 간에 깨진 신뢰를 다시 주위담는 도구로서 기능해야 할 필요가 제기된다. 바로 이 점에 주목하여, 형벌의 목적을 범죄인과 피해자(혹은 공동체사회) 간의 관계 회복으로 설정하려는 담론이 回復論이다¹⁸⁾. 기본논지를 간단히 소개하면 다음과 같다.

16) Mello, M., *Death Work*, Minneapolis and London : University of Minnesota Press, 2002, pp. 34-36

17) Robert, J. V. and Stalans, L. J., *Public Opinion, Crime, and Criminal Justice*, Boulder : Westview Press, 2000, pp. 5-6

18) 그리하여 회복론은 형사사범을 범죄인과 피해자간에 발생한 갈등의 주관적 해결과정으로 이해하는 경향까지 띠게 된다.(Barb Toews and Howard Zehr, "Ways of knowing for a restorative worldview", Elmar G. M. Weitekamp and

2. 범죄와 신뢰파괴

回復論은 범죄를 신뢰파괴의 행동으로 보는 전제에서 출발한다. 즉, 범죄는 범죄인이 자기의 목적과 만족을 달성하기 위하여 다른 사람의 목적과 만족에 공격을 가하는 신뢰파괴의 행동이라는 것이다. 이와 관련하여 과연 신뢰가 부여되었는지 질문이 제기될 수 있는 바, 사회생활에서 구성원들에게 부여되는 신뢰의 종류와 그러한 신뢰를 파괴하는 행위의 종류를 정리하면 다음과 같다¹⁹⁾.

첫째, 自動的(automatically)으로 부여되는 신뢰가 있다. 즉, 종업원에게는 회사의 설비와 이름, 그리고 정보를 사용하도록 자동적으로 신뢰되며, 동 사용권한을 남용하는지 거의 체크되지 않는 바, 배임, 횡령 등은 이렇게 자동적으로 부여된 신뢰를 위반하는 행위이다. 길거리를 가는 사람들에게도 다른 사람에게 해악을 가하지 않을 것이 신뢰되는 바, 거리범죄는 이렇게 자동적으로 부여된 신뢰를 깨뜨리는 것이다. 아울러 공무원에게도 직권을 남용하지 않을 것이 자동적으로 신뢰되는 바, 직권남용죄는 이러한 신뢰를 위반하는 행위이다.

둘째, 緊急性(urgency)에 기초하여 부여된 신뢰도 있을 수 있다. 예를 들어 갑이 자기 집의 화재를 당하여 전혀 모르는 을에게 진화의 도움을 청한 경우가 그러한데, 여기서 을이 갑의 물건을 훔쳤다면 이것은 긴급성에 기초하여 부여된 신뢰를 위반한 행위라고 할 수 있다.

셋째, 갑이 전혀 모르는 을에게 자기의 금시계를 제조회사로 가져가서 수리해 오라고 부탁한 경우에는 의식적으로 부여된 신뢰이면서도 긴급성에 기초하지 않는다. 여기서 을이 동 시계를 팔아버렸다면, 우연히 부여된 특별한 신뢰를 위반한 꼴이 될 것이다.

위 세 유형 중에서 범죄로 위반되는 신뢰는 대부분 첫째의 경우라는 것이 回復論의 설명이다. 아울러 첫째 유형의 신뢰는 그것이 자동적으로 부여되지 않는다면 우리의 공동체 생활(community life)이 불가능하고, 사회가 유지되지 않을 것이기 때문에(그리하여 이러한 신뢰를 basic trust라고 함) 그만큼 그것의 위반은 심각하게 받아들여진다고 한다.

3. 信賴回復의 刑事司法

지금의 刑事司法은 不信을 바탕으로 범죄에 대처하고 있다는 것이 回復論의 지적이다. 즉, 범죄인이 신뢰를 파괴했기 때문에 刑事司法도 범죄인을 불신하겠다는 태도를 문화적으로 갖고 있다는 이야기이다. 아울러 이렇게 범죄자를 불신하는 刑事司法 문화는 사실상 범죄와 그로부터 야기되는 갈등을 충분히 제거할 수 있을 만큼 힘있는 刑事司法기관들에 의해 한층 강화되고 있

Hans-Juergen Kerner (eds.), Restorative Justice in Context -International practice and directions, William Publishing, 2003, pp. 262-263)

19) Aleksandar Fatic, Punishment and restorative crime-handling : a social theory of trust, Aldershot ; Brookfield ; Avebury, 1995, pp. 212-214

다고 한다. 이에 대해 回復論은 이러한 불신의 삶을 배격하고 신뢰의 문화를 구축하자는 지향을 제시한다. 즉, 신뢰에 바탕을 두고 신뢰를 회복하는 刑事司法의 문화와 체계를 만들자는 것이다²⁰⁾.

이를 위해 回復論은 소위 ‘제도적 해결의 최소화 원칙(the principle of minimal institutions)’을 제안한다²¹⁾. 즉, 應報論에서부터 防衛論까지의 위 형벌이론들은 刑事司法의 極大化를 지향하는데 반하여 回復論은 刑事司法의 最小化를 지향한다. 그 대신 교육과 의사소통을 통하여 刑事司法이 자체한 공간을 다스리고 보존하자는 것이다.

그리고 이러한 최소화 원칙은 刑事司法의 위상도 가능하면 仲裁者의 위치에 세울 것을 요구한다. 사실 현재의 刑事司法은 광범한 체포와 구금의 권한을 가질 뿐 아니라 갈등당사자인 피해자의 위치도 증인 내지 정보제공자라는 제 3자의 위치로 밀어내 버리고 자기가 문제해결의 중심에 서는 경향이 있다. 이에 대해 回復論은 刑事司法이 범죄인과 피해자(혹은 공동체사회)의 갈등을 중재하는 역할을 담당해야 한다고 주장한다.

또한 回復論은 범죄인에게 부과되는 제재에 있어서도 최소화의 원칙을 지향한다. 물론 범죄가 발생하여 기초신뢰(basic trust)가 깨졌다면 이후 일어날 갈등을 방지하기 위하여 형벌은 아닐지라도 일정한 제도적 조치(social institution)가 요구되는 것이 사실이다. 아울러 동 조치에는 강제성도 수반되며, 대부분 구금의 형태를 취하게 된다. 하지만 回復論이 제안하는 구금은 갈등방지구금(preventive detention)으로서 현재 실행되고 있는 처벌적 구금(punitive detention)과는 다르다는 것이 회복론자들의 주장이다. 즉, 현재의 구금은 범죄자가 행한 범행의 크기와 정도를 근거로 범죄인에게 고통을 부과하는 구금인 반면, 갈등방지구금은 단순히 범죄인을 사회로부터 격리시켜 정상적인 사회생활을 할 수 없게 만드는 것이지 그 이상의 고통부과를 하는 것은 아니라는 이야기이다. 다시 말하여 범죄인에게 부과되는 조치 자체가 현재의 처벌적 구금은 極大化(maximize)를 도모하는데 반하여, 갈등방지구금은 最小化(minimize)를 도모한다. 그럼으로써 지금의 처벌적 구금은 아무런 생산적 효과도 갖지 못하고 단지 信賴消盡(the resumption of trust)만 낳아서 범죄인과 피해자, 범죄인과 사회의 거리를 더 멀리 떼어놓음에 반하여, 갈등방지구금은 신뢰회복에 초점을 맞춘다는 것이다.

물론 갈등방지구금도 일시적 구금 뿐 아니라 영구적 구금의 형태일 수도 있다. 즉, 사회가 범죄인에게 더 이상 신뢰를 갖지 못할 정도로 범행이 심각하고(살인, 강간, 심한 중상해 등) 범행이 계속 반복될 개연성이 높다면 영구적 구금이 사용될 수 있음을 인정한다. 하지만 일시적이든 영구적이든 구금은 범죄인을 일정 장소로 격리하여 그곳으로부터 탈출하지 못하도록 행동의 자유를 박탈하는 것일 뿐, 그 이외의 추가적 치우는 스스로 사는데 필요한 일을 하는 것 이외에 전혀 부과하지 말아야 한다는 것이 回復論의 주장이다.

20) Zehr, H., *Changing Lenses*, Scottdale : Herald Press, 1990, pp. 181-190

21) Aleksandar Fatic, *ibid.*, pp. 214-220

VII. 결 론

앞에서 개관한 형벌이념들을 전성했던 시기의 순서대로 정리해 보자면, 應報論과 抑止論이 한 묶음으로 되어 과거에 배치될 것이고²²⁾, 矯正論과 防衛論이 근대 이후의 자리를 차지하는 현재의 세트로 될 것이며, 回復論은 어쩌면 조금은 前衛的이기까지 한 색깔까지 띠며 미래를 준비하는 라인에 서게 될 것이다. 하지만 그렇다고 하여도 지금의 이 시점에서, 應報論이나 抑止論이 생명력을 잃은 담론으로 형벌이념사의 박물관에 안치되어 있는 것도 아니고, 矯正論과 防衛論 역시 다른 담론들을 모두 물리칠 만큼 형벌무대를 장악하고 있는 것도 아니다. 回復論 역시 조금 생소한 감이 있기는 하지만, 사실 그 연원은 먼 옛날의 형벌체계에서도 발견된다는 점을 생각해 보면, 현실의 형벌무대에 전혀 기반을 갖고 있지 않다고 이야기할 수는 없다. 이렇게 보면 위에서 설명한 각 형벌이념들은 지금 이 시점에서도 모두 '살아 있는' 담론들이라 해야 하고, 현실의 형벌무대를 공동으로 이끌어 가는 이념적 지표들인 셈이다.

22) 용보론과 억지론은 시기적으로 중첩되는 측면을 넘어서 기초하는 법감정의 색깔도 같은 계열을 면다는 것이 일반의 인식이다. 이와 관련하여 Cragg는, “왜 형벌이 있어야 하는가?”라는 질문에 대한 일반인의 상식적인 대답은 ① 사람은 의식주의 필요를 보다 효과적으로 해결하기 위하여 공동체를 이루고 살아가는데, ② 그러한 사회에 룰(rule)이 없다면 사회는 본 모습을 잃게 되므로 룰이 요구되는 바, ③ 룰은 위반시 제재가 없으면 더 이상 지켜지지 않을 것이고, ④ 아울러 룰의 위반에 제재가 가해지지 않는다는 것은 우리의 공정(fairness)개념에 반한다는 내용으로 이루어진다고 하면서, 여기서 ④가 용보론, ③이 예방론의 단서라고 설명한다(Wesley Cragg, *The Practice of Punishment : towards a theory of restorative justice*, London : Routledge, 1992, pp. 11-14).

《參考文獻》

- Allen, F. A., "Legal Values and The Rehabilitative Ideal", in Leon Radzinowicz and Marvin E. Wolfgang, Crime and Justice Vol 3 -The Criminal in the Arms of the Law, New York and London : Basic Books, 1971
- Ancel, M. Social Defence -A Modern Approach to Criminal Problems-, New York : Schcken Books, translated by J. Wilson, 1966
- Bean, P., Punishment, Oxford : Martin Robertson, 1982
- Beckett, K., Making Crime Pay -Law and Order in Contemporary American Politics, New York and Oxford : Oxford Univrsity Press, 1997
- Cragg, W., The Practice of Punishment : towards a theory of restorative justice, London : Routledge, 1992
- Fatic, A., Punishment and restorative crime-handling : a social theory of trust, Aldershot ; Brookfield : Avebury, 1995
- Hegel, G. W. F., Philosophy of Right, translated by T. M. Knox, London : Oxford University, 1952
- Kant, I., Groundwork of the Metaphysics of Morals, translated by H. J. Paton, New York : Harper Torchbooks, 1964
- Lenin, V. I., The State and Revolution, Peking : Foreign Language Press, 1976
- Martinson, R., "What Works? -Questions and Answers about Prison Reform", Public Interest, 35, Spring, 1974
- Mello, M., Death Work, Minneapolis and London : University of Minnesota Press, 2002
- Reitz, K. R., "The Disassembly and Reassembly of U. S. Sentencing Practices", in Tonry, M. and Frase, R. S. (eds.), Sentencing and Sanctions in Western Countries, New York and Oxford : Oxford University Press, 2001
- Robert, J. V. and Stalans, L. J., Public Opinion, Crime, and Criminal Justice, Boulder : Westview Press, 2000
- Quinton, A., "On Punishment", Analysis 14, 1954
- Toews, B. and Zehr, H., "Ways of knowing for a restorative worldview", Elmar G. M. Weitekamp and Hans-Juergen Kerner (eds.), Restorative Justice in Context -International practice and directions, Willian Publishing, 2003
- Tunick, M., Punishment -Theory and Practice-, Berkeley and Los Angeles : University of

California Press, 1992

Turk, A. T., Criminality and Legal Order, Chicago : Rand McNally, 1969

Zehr, H., Changing Lenses, Scottsdale : Herald Press, 1990

Zimring, F. E. and Hawkins, G. J., Deterrence -the legal threat in crime control, Chicago and London : The University of Chicago Press, 1973

SUMMARY

A Short Comment on the Ideal of Punishment

Lee, Seung Ho

(Professor, Department of Law, College of Law, Konkuk University)

The dispute on the ideal of punishment has a long history. Retributivism, the most traditional theory, began to be stated already when the system of criminal sanctions started in the prehistoric society. The discourse of deterrence, known as the motto of 'teaching everyone a lesson by punishing one', entered on the stage of penal administration long ago even though less old than retributivism. In modern ages, rehabilitationism, the more scientific and elaborate theory, played a pivotal role in reforming the then inhumane criminal justice, while some conservative groups made much of the policy of social defence from the threat of criminals.

However the length of theoretical history doesn't guarantee controversies to be settled. On the contrary, it could incite more and more people with various perspectives to be involved in the debate so that it would make the podium on fire. So does the case of penal ideal. Due to the recognition of prison crisis, other discourses on the ground of punishment are also added to the existing arguments. The so-called incapacitation theory is the new assertion which is made by the hawks, while the more moderate liner tends to think of the 'just desert' criteria as the suitable scale of penal measurement. In addition, liberal groups propose the policy of restoration as the alternative to the current penal methods.

This article outlines those various theories of punishment so as to make a judgement on which discourse is useful for overcoming the present penal crisis. Although the writer, me, is inclined to find kind of the possibility to meet the current quandary in the up-dated theory of restoration, this article is not one-sided. Rather, it tries to analyze the merits and disadvantages of the existing theories objectively as possible as it can, so that it attempts to make the preliminary arrangement for the ongoing disputable work.