

비판범죄학의 관점에서 바라 본 인권과 형사사법체계

김 재 윤*

1975년 4월 9일 서울구치소 내 교수대가 설치된 방. 도예중·이수병 씨 등
인혁당 재건위 사건의 여덟 명은 죽음에 대한 아무런 준비도 없이 30분마다
한 사람씩 그렇게 갔다. 아무도 자신의 죄를 인정치 않았다고 하며 단 한사
람만이 가족을 한번 보고 싶다고 했으며(물론 받아들여지지 않았다.) 나머
지 한사람은 담배 한 개비를 피우고 싶다고 하여 그렇게 했다고 한다.

-이시영, 「증언」전문**-

목 차

- | | |
|----------------------------------|---------------------------|
| I. 들어가는 말 | 3. 폭력에 대한 형법적 작용: 상징적 작용 |
| II. 비판범죄학과 인권 | 4. 제도적 폭력체계로서 형법체계 |
| 1. 왜 비판범죄학인가? | IV. 인권보호를 위한 폭력의 대안적 사회통제 |
| 2. 비판범죄학에서의 인권개념 | 1. 형벌폭력의 제한으로서 최소한의 형법 |
| III. 형법체계 내에서 폭력의 구성과 통제 | 2. 폭력에 대한 대안적 사회통제 |
| 1. 인권침해로서의 폭력과 그 종류 | V. 맺는 말 |
| 2. 형법체계 내에서 폭력의 선별적 구성
과 그 원인 | |

I. 들어가는 말

지난 2004년 5월 1일 미국 CBS 방송을 통해 폭로된 이라크 포로들에
대한 미군 병사들의 야만적인 “성학대”를 포함한 다수의 인권유린 장면

* 전남대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사

** 김형수, 문익환 평전(실천문학사, 2004), 421-422쪽에서 재인용.

은 전쟁터에서 인간이 얼마나 폭력적이고 잔인해질 수 있는지를 극명하게 보여주었다. 더구나 이라크 국민의 인권보호를 명분으로 내세우며 후세인 정권 축출을 정당화하려 했던 미국의 대이라크전은 이 사건을 계기로 “정당하지 못한 침략전쟁”이란 국제적 비난을 들어야 했다. 특히 인권선진국이라 자칭하는 미국에 의해 자행된 이와 같은 인권유린 상황은 우리가 여전히 야만의 시대에 살고 있는 것은 아닌가하는 의문을 갖게 했다.

그러나 인간의 존엄성을 침해하는 인권유린이 비단 전쟁이 벌어졌던 이라크에서만 발생했던 것은 아니고 오늘을 살고 있는 우리 사회에서도 엄연히 현존하고 있다. 2001년 11월 26일 ‘국가인권위원회법’에 근거하여 출범한 “국가인권위원회”는 우리나라 민주주의의 역사에 “인권보호·신장을 위한 제도적 틀”의 마련에 많은 노력을 기울여 왔고, 그 성과 또한 적지 않다. 그럼에도 현재까지 국가보안법 개폐, 비정규직 차별 문제, 반인권범죄 등에 대한 공소시효배제, 사형제도 개선, 구금시설 내 의료권 보장, 외국인 노동자 인권보호, 장애인 인권보호, 도·감청 등 사생활침해방지, 인권 관련 미가입 국제협약 가입 및 유보 조항 철회 등 여전히 인권보호를 위한 과제들이 산적해 있다.¹⁾ 특히 인간존엄성 존중이념(헌법 제10조)을 근간으로 한 형사법은 그 제정·적용·집행의 모든 단계에 걸쳐 시민의 자유와 권리를 보장할 것을 요구하고 있지만 현실은 그러하지 못하다. 대표적인 예로 국가보안법 등 특별법과 형법에 100개 이상 규정되어 있는 사형제도, 2002년 10월 26일 발생한 서울지검 고문치사사건, 2009년 1월 20일 용산철거민에 대한 경찰의 폭압적 진압 과정에서 철거민 5명과 경찰특공대 1명이 사망한 용산참사 사건 등 인권 침해가 형사사법의 체계 내에서 벌어지고 있다. 이런 상황에서 인권보호

1) 이러한 인권보호를 위한 개별 과제에 대한 상세한 분석으로는 인권법교재발간위원회, 인권법(아카넷, 2008), 255쪽 이하; 이준일, 인권법 -사회적 이슈와 인권(홍문사, 2008), 12쪽 이하 참조.

를 위한 형사사법체계는 그 한계를 나타내고 있는 것은 아닌지, 심지어 형사사법체계가 인권보호가 아닌 인권침해를 위한 하나의 형벌폭력 내지 구조적 폭력으로 작용하는 것은 아닌지, 나아가 형벌폭력 내지 구조적 폭력을 예방하고 인권보호를 위한 대안적 사회통제 전략을 어떻게 수립할 것인지 등의 근본적인 문제가 제기된다.

따라서 이 글에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 주류 범죄학이 아닌 “비판범죄학”(kritische Kriminologie)을 하나의 분석틀로 하여 우선 비판범죄학의 관점에서 인권의 개념을 간략히 설명하고자 한다(II). 다음으로 형법체계 내에서 폭력의 선별적 구성과 통제라는 관점에서 형법체계의 구조적 한계를 살펴보고자 한다. 이와 관련하여 형법체계를 하나의 제도적 폭력체계로서 기술할 수 있음을 설명하고자 한다(III). 셋째로 폭력을 통제하고 일반 시민의 인권을 보장하기 위해 최소한의 형법과 대안적 사회통제의 전략을 어떠한 전제조건 하에서 마련할 수 있는지를 고찰하고자 한다(IV). 마지막으로 폭력의 예방과 인권의 보장은 사회적 갈등의 관계 속에서 파악되어야 하고 정당한 법규범 체계의 형성과 현재의 형사사법체계보다 더 개선된 인권보호를 위한 형사사법체계를 구축하기 위한 논의가 민주주의와 사회적 정당성의 확보를 위한 다양한 논의 중에서 핵심적인 논의에 해당함을 결론으로 도출하고자 한다(V).

II. 비판범죄학과 인권

1. 왜 비판범죄학인가?

시민의 한 사람인 형사피고인은 형사재판에서 직접적으로 국가권력과 대치하면서 국가권력의 일방적 통제 아래 놓여 있기 때문에 국가권력에 의한 인권침해에 쉽게 노출된다. 실제로 1945년 해방이후 한국 사회

에서 국가권력과 시민과의 관계는 불행하게도 고문·조작과 은폐의 반복, 강제연행, 불법감금, 정적에 대한 사형제도의 악용, 수형자에 대한 반인권적 처우 등의 일상화로 얼룩진 인권유린의 역사였음을 부인할 수 없다.

그러나 지금까지 형사법학은 총론적으로 형벌권의 한계를 명확히 하여 자의적인 형벌로부터 시민(특히 형사피고인)의 자유와 권리를 보장하고자 하는 보장적 기능을 강조하는 데 머무르고 있으며, 구체적인 각론의 논의조차 개인 대 개인 수준의 개별적 범죄현상들에 대한 해결에 주된 관심을 쏟고 있다. 따라서 정작 형사사법체계 내에서 발생하는 형사피고인에 대한 각종 인권침해에 대해 그 근본적인 원인과 본질의 규명에 노력하기 보다는 법대로 하지 않는 현실을 비판하고, 실정법상 규제조항과 원칙론을 반복적으로 나열하거나, 정치적 해결로 유보하는데 그치는 수동적이고 소극적인 모습을 보이고 있다.²⁾

한편 형사사법체계의 합리적이고 효율적인 운영보다는 그것의 과도한 작용으로 인한 인권침해가 역사적으로 더 가깝게 경험되어 온 사회현실 속에서, 범죄학의 모습도 형사사법체계의 범죄통제에 대해 객관적·가치중립적 연구를 표방하면서 그 정당성을 의심 없이 전제하는 실증주의적·해석적 범죄이론의 틀을 벗어나고 있지 못하다.³⁾ 따라서 우리 사회의 정치적, 시대적 상황에 깊은 관심을 가지고 비판과 대안의 제시가 가능한 새로운 분석의 틀이 필요하다고 본다.

따라서 이 글에서는 형사사법체계 내에서 발생하는 인권침해현상과

2) 이러한 입장에서 헌법과 형사소송법상의 규정을 중심으로 형사피고인의 인권보호를 분석하고 있는 대표적인 글로는 강금실, “피고인의 인권과 형사재판의 근본문제”, 21세기의 인권(한길사, 2000), 251쪽 이하; 정형철/전용득, 범죄와 인권(도서출판 금정, 2003), 239쪽 이하; 황정근, 인신구속과 인권(법영사, 1999), 349쪽 이하 참조.

3) 이러한 문제의식을 바탕으로 형법학의 기초개념에 대한 비판적 검토를 시도한 글로는 이창호, “한국 형법학 방법론의 문제점과 과제”, 민주법학 제6호(민주주의법학연구회, 1993), 33쪽 이하 참조.

그 대안의 제시를 위한 하나의 분석의 틀로 비판범죄학을 선택하고자 한다. 비판범죄학이란 1960년대 후반에서 1970년대 초반 영국과 미국을 중심으로 형성된 이론으로 실증주의적·개량주의적 범죄이론에 입각한 주류 범죄학을 명시적으로 ‘비판’하고, 범죄 및 범죄통제 현상의 분석에 맑스주의적 관점을 적용하려 시도하며, 형법과 범죄통제메카니즘 자체의 정당성을 문제삼음으로써 궁극적으로 범죄와 범죄통제의 문제를 개인적·교정적 차원에서 벗어나 사회적·해방적 차원에서 인식하려는 이론을 말한다.⁴⁾ 이러한 비판범죄학이 범죄학에 있어서 차지하는 의의와 성과는 국가권력의 광범위한 인권침해현상을 일관된 틀 속에서 설명하고 통제의 논거를 찾아냄으로써, 국민의 자유와 안전을 지켜내려는 노력들을 뒷받침하는 논리를 제공하는 데 있다고 한다. 즉 비판범죄학은 ① 범죄개념론의 차원에서 분석의 초점을 범죄자로부터 자본주의체제 자체로 옮겨 놓아 범죄학을 정치경제의 기반위에 재정립시켰으며, ② 범죄원인론의 차원에서 범죄인 개인이나 미시적 수준에서 벗어나 자본주의 모순의 총체적 해명 속에서 범죄원인을 이해하고자 하므로 범죄문제의 해결을 위해 광범위한 사회변혁의 실천을 지향하며, ③ 범죄통제론의 차원에서 자본주의체제와 연관 속에서 범죄통제를 연구하여 법체계의 근원, 법과 지배계급의 관계, 국가와 법과 경제의 관계를 범죄학적 연구영역으로 확립하여 범죄의 정치경제적 맥락을 밝히고 범죄통제에

4) 김한균, “국가권력남용행위에 대한 이해의 새로운 지평: 통제범죄”, 민주법학 제7호(민주주의법학연구회, 1994), 4쪽; 안진, “비판범죄학의 문제영역에 대한 일 고찰 -범죄의 원인과 범죄인의 성격논의를 중심으로-”, 법과 사회 제25호(법과사회이론학회, 2003), 232쪽. 아직까지 국내에서 비판범죄학은 영미의 비판범죄학을 번역·소개하는 차원에 머물고 있고 이에 대한 체계적이고 깊이 있는 연구는 미흡하다고 보여 진다. 비판범죄학의 기원, 주요 내용, 성과와 한계 등을 비교적 상세하게 다룬 국내 문헌으로는 남완우/노희승, 범죄학과 형사정책(진영사, 2009), 151쪽 이하; 조철욱, 현대범죄학(대영문화사, 2008), 310쪽 이하; 안진, 앞의 논문, 231쪽 이하; Larry J. Siegel, 이민식 외 6인 옮김, 범죄학-이론과 유형-(도서출판 영, 2008), 313쪽 이하; 최영인/염건령, 사회갈등이론과 급진범죄학이론(백산출판사, 2005), 131쪽 이하 참조.

서 국가의 역할을 검증할 수 있게 해준다는 점에서 그 의의와 성과가 있다고 한다. 때문에 비판범죄학은 경쟁을 협동으로 대체하고, 인간의 가치가 물질적 가치에 앞서며, 모든 수준에서 부당한 차별이 철폐되는 사회진보에 대한 이상적 전망을 가지고 참여적 태도를 강조한다고 한다.⁵⁾ 그러나 주류 범죄학자들은 이러한 비판범죄학에 대해 “변죽만 울리는 본질 없는 주장”⁶⁾일 뿐이라고 신랄한 비판을 가하고 있다. 대표적인 비판범죄학 무용론자인 Carl Klockars는 ① 비판범죄학은 부를 가진 자들에 대해서 불신하는 극단적 사고를 표현한 내용으로서 계층 간의 융화와 화합을 기반으로 해야 하는 사회적 환경을 전혀 무시하고 있다는 점, ② 어떠한 범죄이건 간에 무조건 전부 다 자본주의 체제가 가진 모순이 원인이 되며 자본주의가 사라지면 범죄문제 역시 쉽게 해결될 수 있다는 너무나 단순할 결과로 귀결되어 다양한 범죄현상의 원인을 설명하기에는 너무나 부족하다는 점, ③ 자본주의 체제의 범죄문제에 대해서는 여러 각도에서 문제제기를 하면서도 사회주의 국가에서 발생하는 문제와 갈등, 예를 들어 스탈린 치하의 소련연방의 정치범 강제 수용소와 숙청, 정부기관에 의한 고문과 학대 등에 대해서는 입을 굳게 다물고 있다는 점, ④ 계급 내지 계층 간의 대립과 갈등에 대해서 이야기 하지만 정작 이러한 계급이나 계층을 명확하게 구분하는 기준이나 방법을 내놓지 않고 있다는 점, ⑤ 정치가의 부패, 부패한 경찰관, 차별적인 법집행 등 누구나 다 알고 있는 사실을 새롭게 발견한 내용인 양 언급하는 모순을 보인다는 점, ⑥ 비판범죄학자들이 주장하는 바와 같이 자본주의 시스템이 붕괴되거나 사회주의 체제로 전환되어야 한다고 생각하는 사람은 극히 소수에 불과하다 점 등을 언급하며 철저하게 비판을 가하고 있다고 한다.⁷⁾

5) 김한균, 앞의 논문, 5쪽.

6) J. Gibbs, “An Incurable Positivist”, *The Criminologist* 12(1987), 2쪽.

7) C. Klockars, “The Contemporary Crisis of Marxist Criminology”, *Radical Criminology*, James

이러한 비판범죄학의 이론적 성과와 한계에도 불구하고 왜 비판범죄학의 관점을 토대로 인권과 형사사법체계의 관계를 분석해야 하는가에 대한 답변으로는 다음과 같은 세 가지 이유를 언급하고자 한다. 우선 비판범죄학은 이론상의 법체계로부터 현실 속에서 법이 적용되는 실태로, 범죄자 개인으로부터 법의 정당성 문제로, 범죄통제에 대한 전통적 접근으로부터 사회현실에 대한 진보적 관점으로 눈을 돌리게 한다.⁸⁾ 둘째, 비판범죄학은 기존 형사사법체계에 대한 부정적 비판이나 단순한 폭로, 또 하나의 서구이론수입⁹⁾에 머무르지 않고, 적극적·객관적 비판과 대안을 제시함으로써 형사사법체계 내에서 발생하는 인권침해현상을 일관된 틀 속에서 설명할 수 있다. 마지막으로 비판범죄학은 검찰, 법원, 행정기관, 국가정보원, 기무사, 경찰 등으로 대표되는 형사사법기관들에 대한 민주적 통제장치에 대한 실천적 요구를 과학적으로 뒷받침하고, 이들 기관에 대해 권력남용의 여지를 허용해 주고 있는 절차적 규정들의 문제점에 대한 비판에 힘을 모을 수 있게 해 준다.

2. 비판범죄학에서의 인권개념

일반적으로 인권(Menschenrecht)이란 모든 사람들이 인간다운 삶을 영위하기 위하여 인간인 이상 당연히 갖는 것으로서 생각되어지는 천부적인 권리임과 동시에, 한 국가의 구성원인 시민으로서 행사해야 할

A. Inciardi, *The Coming Crisis*(Beverly Hills, Calif, Sage, 1980), 112-114쪽(최영인/염건령, 앞의 책, 201-204쪽에서 재인용).

8) R. Quinney, *Criminology*(2ed.)(Little, Brown and Company, 1979), 28쪽 이하.

9) “서구 선진자본주의사회의 비판범죄학은 식민지배 상황 속에서 근대정치체제와 자본주의경제체제가 외부로부터 이식된 우리사회에서 실증주의, 개량주의 범죄학과 마찬가지로 우리 사회현실과 유리된 이론으로 발전할 경우 이론과 실천에 혼란만을 가중시킬 위험이 있을 수 있음을 간과해서는 안 된다.”는 지적으로는 김한균, 앞의 논문, 4쪽.

특정한 권리를 포괄하는 개념이다. 이러한 인권은 인간이면 누구나가 평등하게 소유하여야 한다는 의미에서 보편적 권리이며, 인간 삶의 전영역이 인권의 대상이 된다는 점에서 포괄적 권리고, 국가와 사회의 여러 제도에 의해 그 구속력을 인정받는 권리가기 이전에, 즉 법적 근거를 따지기 이전에, 인류사회 구성원 간의 여러 인간관계에서 인간이기 위해 담보되어야할 도덕적 권리이다.¹⁰⁾

그러나 비판범죄학은 이러한 일반적인 인권개념을 보다 구체화하여 인권을 개인과 집단 그리고 시민의 잠재적 인격실현 내지 실질적 욕구의 규범적인 투영으로서 존재(Sein)가 아닌 당위(Sollen)의 개념으로 파악한다. 이를 보다 자세히 살펴보면, 인간의 구체적 존재양식으로서 모든 개인과 집단 그리고 시민은 고유한 존재의 형성과 의미부여를 위한 특별한 능력을 소유하고 있다. 이러한 개인적인 능력은 인간의 활발한 상호작용의 역사 속에서 자연스럽게 그리고 타인과 함께 형성되었다. 한편 물질적이고 문화적인 생산물을 위한 사회적 능력이 증대되고, 이와 동시에 인격실현 내지 인간다운 삶을 위한 실질적 욕구만족의 정도가 증가됨에 따라 개인과 집단의 능력 또한 증대되었다. 이로써 사회적 생산가능성의 발전은 실질적 욕구만족의 발전과 그 가능성에 부합되어져 갔다. 이러한 인간다운 삶을 위한 실질적 욕구만족은 인권이라는 이름으로 다시금 개인과 집단 그리고 시민의 능력이 매우 발전하는 결과를 초래했다. 그러므로 비판범죄학의 입장에서 인권은 실질적인 욕구만족으로서 인간존재의 인격실현과 개인과 집단 그리고 시민의 삶의 질의 실현을 위한 권리로서 정의될 수 있다. 그러나 비판범죄학은 인류와 사회의 역사를 인간의 존엄성의 원칙을 고수하려는 이와 같은 방향에 대한 지속적인 장애의 역사, 즉 인권의 계속된 침해의 역사 내지 개인과 집단

10) 인권의 개념과 특성에 대한 자세한 분석으로는 김도균, “인권의 개념과 원리”, 인권법(아카넷, 2008), 67쪽 이하; 이봉철, 현대인권사상(대우학술총서 514, 2001), 39쪽 이하 참조.

그리고 시민의 실질적인 욕구를 억압하기 위한 지속적인 시도의 역사로 파악하고 있다.¹¹⁾

특히 노르웨이의 사회학자 요한 갈통(Johan Galtung)은 인류의 역사가 인권침해의 역사일 수밖에 없는 이유를 사회적 불평등의 결과인 잠재적 삶의 조건과 현실적 삶의 조건 사이에서의 불일치에서 찾고 있다. 그에 따르면, 잠재적 삶의 조건은 각각의 “사회적 생산력”(soziale Produktionskräfte)의 발전 상태에 따라 개인의 존엄성이라고 하는 삶의 조건의 확보가 가능한 것을 의미하며, 현실적 삶의 조건은 모든 잠재성의 억압으로부터 도출된다고 한다. 이때 사회적 생산력은 “인간적” 욕구만족의 종류와 방식에 따라 발전한다고 한다. 그러나 이러한 욕구만족의 종류와 방식은 그 실현에 있어 “비인간적으로”, 즉 타인의 욕구를 희생시킴으로써만 도달할 수 있다고 한다.¹²⁾

Ⅲ. 형법체계 내에서 폭력의 구성과 통제

1. 인권침해로서의 폭력과 그 종류

앞서 설명했듯이 갈통은 인간적 욕구만족의 현실적인 상황과 잠재적인 상황 사이의 불일치를 사회적 불공평의 결과로 보았다. 이때 그는 “사회적 불공평”(soziale Ungerechtigkeit)을 “구조적 폭력”(strukturelle Gewalt)과 동의어로 파악했다. 이러한 개념정의 하에서 구조적 폭력은 실질적인 욕구와 인권의 억압이라고 정의될 수 있다. 구조적 폭력은 폭력의

11) Baratta, “Die Menschenrechte zwischen struktureller Gewalt und Strafgewalt”, *Kriminologisches Journal*(1993), 244-246쪽.

12) Johan Galtung/Strukturelle Gewalt. *Beiträge zur Friedensforschung*(Reinbek bei Hamburg 1977).

한 형태이며, 나아가 폭력의 일반적인 형태로서 자리매김 하고 있다. 다른 모든 형태의 폭력은 이러한 구조적 폭력과 직접적 내지 간접적 관련성을 갖는다. 또한 구조적 폭력은 범죄자에 따라 다른 형태의 폭력으로 세분될 수 있다. 예컨대 범죄자가 개인일 경우에는 “개인적 폭력”(individuelle Gewalt),¹³⁾ 또는 범죄자가 사회적 집단일 경우에는 다시 개인들로 구성된 “집단폭력”(Gruppengewalt)이 있다. 특히 집단폭력에는 반군의 형식으로 무장조직된 단체의 폭력도 포함된다. 이 밖에도 범죄자가 국가기관, 정부, 군대 내지 경찰일 경우에는 “제도적 폭력”(institutionelle Gewalt)이 언급된다. 제도적 폭력은 한 국가의 실정법에 따라 적법하거나 그에 일치할 수 있으나 빈번히 불법적으로 자행되는 경우가 많다. 국가테러주의 내지 다양한 모습의 독재와 군사적 억압은 이러한 제도적 폭력의 형태에 속한다. 마지막으로 독자적인 정보기관이나 스파이활동에 의해 외국 정부나 시민에 대해 폭력행사를 목표로 설정된 국가의 행정기관이 범죄자로 다루어지는 경우에는 “국제적 폭력”(internationale Gewalt)이 언급될 수 있다. 이러한 폭력형태에는 용병, 경제적 사보타주 등과 같은 국제적 범죄가 속한다. 폭력의 다른 가능한 개념적 구별은 폭력의 실행과 이행의 종류(직접적 폭력과 간접적 폭력, 물리적 폭력, 정신적 폭력 등)와 폭력을 당하는 사람들(인종적 소수자, 정치활동의

13) 특히 오카모토 미츠오(岡本三夫)는 갈통의 개인적 폭력과 구조적 폭력과의 관계를 다음과 같이 적절히 설명하고 있다. “개인적 폭력은 전쟁, 테러, 린치, 폭행 등을 가리킨다. 이에 대해서 구조적 폭력은 사회적인 제도나 관습, 경제적 상태, 정치나 법률, 개발 등에 포함되는 피할 수 있는 폭력을 가리킨다. 화력이나 흥기에 의한 살상과 같이 개인적 폭력에는 명백한 폭력의 행사자가 있다. 그러나 구조적 폭력은 익명인 경우가 많고, 따라서 폭력의 행사자는 분명하지 않다. 전자는 신속하게 살상하고, 후자는 천천히 살상한다. 신속하게 살상하는 개인적 폭력은 지각에 선명하게 호소되기 때문에 그것의 반사회성, 잔학성, 범죄성이 부각된다. 그러나 완만하게 살상하는 구조적 폭력(예컨대 식물오염이나 환경호르몬에 의해서 천천히 진행되는 생물의 기형화나 이변)은 여간해서 폭력으로 지각되지 않는다.”(岡本三夫, 平和學(法律文化社, 1999), 9쪽).

구성원 내지 노동조합원, 소외그룹, 노동자, 농민, 부녀자, 아동, 동성애자 등)과 관련을 맺는다.

이상과 같은 모든 폭력의 형태에서 폭력은 인격실현 내지 실질적 욕구의 억압으로 설명되며, 이 때문에 폭력은 인권의 “침해”(Verletzung) 내지 “유보”(Suspendierung)로 정의될 수 있다. 그러나 근대의 인권선언과 헌법은 인권에 대한 다양한 범례에 있어 포괄적인 차이를 나타내고 있지만, 이 글에서 이를 자세히 고찰하는 것은 적절하지 않다고 본다. 다만 여기서는 실질적 욕구의 개념으로 제안되고, 비법률적인 인권의 개념에 의해 도출된 분류중의 하나로 인권개념을 제한하고자 한다.¹⁴⁾ 실질적 욕구가 자기결정의 영역 및 행위가능성과의 관계에서 정의될 경우 인권은 다시 두 개의 하위그룹으로 구분될 수 있다. 첫 번째 그룹에는 생명권, 신체의 완전성에 관한 권리, 인격적 자유권, 자유로운 의사표현권, 종교의 자유권 및 정치적 권리 등이 포함된다. 두 번째 그룹에는 예컨대 노동권, 교육권 등과 같은 이른바 경제-사회적 권리가 포함된다. 그 밖에도 권리주체의 특별한 욕구를 고려하여 구분할 수도 있다. 이는 다시 생명권과 같은 “개인의 권리”, 인종적 소수자와 같은 “집단의 권리” 및 자기결정권과 자기계발의 권리가 타 국가의 지배하에 놓여 있는 “시민의 권리” 등으로 구분될 수 있다.¹⁵⁾

2. 형법체계 내에서 폭력의 선별적 구성과 그 원인

형법체계가 폭력을 어떻게 인식하는지 내지 사회적 문제로서 어떻게 구성하는지에 관한 형태와 방식은 다면적인 것이 아니라 일면적이다.

14) 이와 달리 인권개념을 도덕적 권리로서의 인권과 강한 의미의 청구권으로서의 인권으로 분류하여 설명하기도 한다. 이에 대해 자세히는 김도균, 앞의 논문, 76쪽 이하 참조.

15) 이러한 폭력형태의 구분과 인권개념의 분류에 대해 상세한 논의로는 Baratta, 앞의 논문, *Kriminologisches Journal*(1993), 247-248쪽 참조.

왜냐하면 위에서 언급한 여러 폭력의 형태 중에서 형법체계는 단지 일부의 개인적 폭력만을 고려하고 있기 때문이다. 이와 반대로 집단폭력 내지 제도적 폭력은 다만 특정한 개인의 행위와 관련해서만 고려되고, 사회적 갈등의 배경과 폭력이 그러한 갈등의 표현이라는 점은 고려되지 않는다. 구조적 폭력과 커다란 부분을 차지하고 있는 국제적 폭력은 완전히 범죄개념의 관점 밖에 머무르고 있다. 그러므로 현재의 형법체계가 규정하고 있는 범죄구성요건의 측면에서 본다면 범죄적 폭력은 다만 우리 사회와 현세계의 폭력 중에서 아주 일부분만을 반영한 것이다.

형법체계가 범죄개념을 통해 구성하고자 한 폭력의 형태는 구조적으로 선별적일 수밖에 없다. 이때 형법체계는 다음과 같은 특징을 가지고 있다. 즉 사실상 일정한 상황에 있어 형법의 개입이 요청되는 빈도와 실제로 개입할 수 있고, 또한 효과적으로 작용할 수 있는 빈도 사이에는 현저한 불일치가 존재한다. 형법체계는 한정적이고, 그로 인해 단지 법질서 파괴의 최소한의 비율만을 범죄로 다루고 있다. 이러한 선별성은 형법체계의 구조 그 자체에 기인하며, 형법전에서 예견하고 있는 행위프로그램과 형법체계의 실질적인 개입가능성 사이에 존재하는 불일치에도 기인한다. 따라서 이러한 형법체계의 작용방식에 있어 일정한 폭력을 특권적으로 제외하는 것은 하나의 법칙으로서 이해되어야 하는 것이지 그 자체를 범죄화로 이해해서는 안 된다고 한다.¹⁶⁾

그러나 비판범죄학에 따르면, 일반적으로 형법체계가 일정한 폭력을 특권적으로 제외하거나 범죄화 하는 것은 소유관계와 권력관계에 있어 불평등의 논리에 따라 실현된다고 한다. 일상적인 경험은 형법체계의 활동이 주로 사회적 약자와 소외된 국민계층에 지향되어 있음을 증명하는 반면, 사회의 권력집단(예컨대 고위 정치인, 대기업의 총수 등)은 자신의 범죄적 행위에 대해 형법체계로부터 거의 완벽히 불가벌적으로

16) L. Hulsman, "Critical Criminology and the concept of crime", *Contemporary Crisis*(1989), 63쪽 이하, 70쪽 이하.

다루어지거나 고작 벌금이나 보호관찰 정도의 처벌을 받을 뿐이라고 한다.¹⁷⁾ 실제로 단순 절도나 마약 거래 등 경제적인 궁핍으로 인해 저지른 경미한 범죄라도 그것이 사회적·정치적으로 힘이 없는 사회적 약자에 의해 저질러지면 엄격한 처벌이 가해지는 반면, 대기업의 분식회계와 같은 화이트칼라범죄와 같이 사회에 수백만 달러의 손해를 끼쳐 엄한 처벌이 요구되는 범죄라도 가진 사람, 즉 사회의 권력집단의 범죄는 관대한 처벌을 받는 것은 비단 미국에서만만의 현상은 아니다. 따라서 사회의 권력집단에 의한 중범죄의 불가벌성 내지 처벌의 경미성은 더욱 더 구조적 폭력의 증가와 특권적 소수집단의 권력증대를 확대시키는 결과를 초래한다. 이미 리처드 퀴니(Richard Quinney)가 그의 저서 “범죄의 사회적 실재”(The Social Reality Crime)에서 “범죄에 대한 규정인 법은 사회 내에서 권력을 가진 사람의 이익을 대변한다.”는 점을 적절히 논증한 바와 같이,¹⁸⁾ 특권적 소수집단은 자신에게 유리하게 적용되는 법을 적극 이용함으로써 자신의 정치·경제·사회적 욕구를 만족시키기 위한 구조적 폭력의 남용, 심지어 사회진보와 정당성에 대한 요구 및 이를 주장하는 개인, 사회집단 또는 사회운동을 억압하기 위하여 물리적 폭력을 수단으로 사용하더라도 경미하게 처벌되곤 한다.

3. 폭력에 대한 형법적 작용: 상징적 작용

앞서 언급한 사회 권력집단에 대한 높은 불가벌성이 주류 범죄학의 주장처럼 형법체계의 구조를 통해 스스로 제한될 수 있다고 하더라도 형법체계가 사회적 강자의 과도한 권력에 대한 약자의 보호로서는 부적절하고, 오히려 하나의 폭력으로서 이해될 수 있다는 항변은 여전히 남아 있다고 본다. 이와 관련하여 형법적 작용은 무엇보다도 하나의

17) Larry J. Siegel, 이민식 외 6인 옮김, 앞의 책, 314-315쪽.

18) R. Quinney, *The Social Reality Crime*(Bpston: Little, Brown, 1970).

“상징적 작용”(symbolische Funktion)으로 설명된다. 이때 상징적 작용은 범죄통제의 수단으로서 “도구적”, 즉 실질적이고 효과적이지 않음을 의미한다. 이는 다시 형법체계의 행위프로그램의 성질, 범죄의 형태, 소송 절차규범과 관련을 가진다. 이와 같은 상징적 작용이 나타나는 원인으로 다음과 같은 세 가지 측면을 언급할 수 있다.

첫째, 형법적 개입은 폭력의 동기가 아닌 결과에, 더 나아가 갈등의 원인이 아닌 갈등이 표출된 행위방식에 초점을 맞추고 있기 때문이다.

둘째, 형법적 개입은 상황이 아닌 범죄인 개인을 목표로 하기 때문이다. 범죄인 개인은 형법에 의해 주어진 상황에 의존해서 고려되는 것이 아니라 하나의 독립된 변수로서 고려된다.

셋째, 형법적 개입은 예방의 형태가 아닌 발생한 결과불법에 대한 반작용의 형태로 나타나기 때문이다. 이는 법질서 파괴의 결과가 이미 발생했을 경우에 침해 역시 초래되었음을 의미한다. 이와 달리 법질서 파괴가 아직 예방될 수 있을 경우에 침해는 여전히 초래되지 않았음을 의미한다. 이와 유사한 예로는 피해자에 대한 형법적 개입방식이 있다. 갈등의 상황에서 형법이 개입하게 되는 경우 최악의 위치에 놓여 있는 사람은 바로 범죄자가 아닌 피해자이다. 그러나 피해자는 피해자가 되기 이전이 아닌, 이미 피해자로 되었을 경우에만 형법체계에 의해 포섭된다. 그러므로 폭력의 결과는 형법체계에 의해 효과적으로 극복될 수 없고, 오히려 상징적으로 극복될 수 있을 뿐이다. 이 때문에 형법체계상의 형벌은 제도적으로 규정된 관습상의 복수의 한 형태로서 설명될 수 있다. 이러한 측면에서 본다면, 현재의 형법체계는 형벌을 통해 마치 이미 발생한 폭력행위를 상징적으로 상쇄하는 복수처럼 폭력적으로 개입할 뿐이다.¹⁹⁾

19) 이상의 논의는 Hassemer, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, *NSiz*(1989), 553쪽 이하; Baratta, “Jenseits der Strafe. Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts”, *Manuskript in Druck für die Festschrift*

이미 언급된 관점들 때문에 폭력에 대한 형법적 작용은 언제나 상징적인 것으로 간주될 수 있다. 따라서 일반예방 내지 특별예방의 형벌이론이 주장하는 바와 같이 형벌이 도구적 기능을 충족시켜야 한다거나 사회방위 내지 효과적인 범죄통제에 기여해야 한다는 요구는 경험적 연구의 시각에서 거짓된 혹은 적어도 확증될 수 없는 것으로 간주될 수 있다.²⁰⁾ 법질서 파괴자에 대한 형벌위협 내지 처벌이 다른 잠재적 법질서 파괴자에 대해 사실상 효과적인 반대동기부여로 작용할 수 있는지의 여부는 지금까지의 기대와는 달리 그리 확실치 않다. 그렇지만 단편화된 형법적 개입, 특히 감옥이 유죄선고인의 이른바 재사회화를 위해 많은 부작용을 초래하고 있다는 점은 분명하다.²¹⁾ 다른 한편으로 형법체계에서 형벌은 범죄인에 의해 초래된 죄책을 무시한 채로도 규범의 유효성을 주장할 수도 있다. 예컨대 에밀 뒤르껼(Emile Durkheim)의 이러한 상징적 기능을 관심의 중심에 놓고 있는 형벌의 사회학적 이론은 명시적 내지 암묵적으로 형벌이 범죄예방이라고 하는 요구된 기능을 충족시킬 수 없다는 점을 긍정하고 있다. 특히 뒤르껼는 일정한 한도 내에서 발생하는 범죄는 형벌의 상징적 기능을 실현시킴으로써 기능적이라는 점을 강조하고 있다. 즉 어떠한 법질서 파괴도 없다면 유효한

zum 70 Geburtstag von Arthur Kaufmann(Heidelberg 1993), 393쪽 이하.

20) 이에 대해 상세히는 Baratta, 앞의 논문, *Kriminologisches Journal*(1993), 393쪽 이하 참조.

21) 이러한 행위자의 재사회화에 중점을 설정하고 있는 재사회화 형법에 대한 반성으로 회복적 사법(Restorative Justice)이 주목을 받고 있다. 일반적으로 회복적 사법이란 “피해자와 가해자 또는 지역사회 구성원 등 범죄사건 관련자들이 사건 해결과정에 능동적으로 참여하여 피해자 또는 지역사회의 손실을 복구하고 관련 당사자의 재통합을 추구하는 일체의 범죄 대응 양식”으로 이해되고 있다. 회복적 사법에 대한 상세한 논의로는 김용세, “회복적 사법의 개념과 활용가능성에 관한 소고”, *피해자학연구* 제12권 제2호(한국피해자학회, 2004), 27쪽 이하; 이진국, “회복적 사법과 형사사법의 관계에 관한 소고”, *피해자학연구* 제14권 제2호(한국피해자학회, 2006), 69쪽 이하; 이호중, “회복적 사법(Restorative Justice) -이념과 법이론적 쟁점들-”, *피해자학연구* 제9권 제1호(한국피해자학회, 2001), 27쪽 이하 참조.

규범과 가치가 범죄에 대해 사회적 반응의 수단으로 승인될 수 없다고 한다.²²⁾

4. 제도적 폭력체계로서 형법체계

이처럼 형벌이 어떠한 중요한 도구적인 기능도 충족시키지 못하고, 오히려 상징적인 기능만을 충족시킨다고 주장할 경우 이는 형법체계가 제기한 요구, 즉 법익보호, 범죄예방 또는 실질적 내지 잠재적 법질서 파괴자의 행위방식에 대한 영향력 행사에 대한 논쟁을 의미한다. 그러나 이러한 주장이 현재의 형법체계가 범죄예방에 대한 실질적인 영향력을 전혀 가지고 있지 않음을 의미하지는 않는다. 오히려 그보다는 현재의 형법체계에 의해 부과된 형벌의 범죄에 대한 영향과 기능이 개인과 집단의 존재에 다만 소극적인 작용을 가질 뿐이며, 불평등한 소유관계와 권력관계를 재생산하는 데에 기여하고 있다는 점을 강조한 것에 지나지 않는다. 특히 이러한 형벌의 상징적 기능과 관련하여 비판범죄학은 형벌을 제도적 폭력의 한 형태로 설명하고 있으며, 더 나아가 구조적 폭력을 재생산하는 것이 형벌의 기능이라고 한다. 이를 보다 자세히 고찰하면 다음과 같다.²³⁾

우선 비판범죄학은 형벌을 하나의 제도적 폭력이며, 실질적 욕구의 억압이라고 설명한다. 형법적으로 책임을 부담해야 하는 자, 즉 형사피고인에 대한 인권보호의 중단과 폐기는 형벌(*ius puniendi*)의 전통적인 이론에서는 형벌이 달성해야 하는 도구적이고 상징적 기능으로 인해, 그리고 책임을 물을 수 있는 개인에 의해 범해진 법질서 파괴로 인해 정당화되었다. 그러나 비판범죄학은 우선 이러한 형벌의 기능이 적어도

22) Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*(Paris 1968), 65쪽 이하 참조.

23) 이하의 논의는 Baratta, "Soziale Probleme und Konstruktion der Kriminalität", *Kriminologisches Journal*(1986), 200쪽 이하; Baratta, 위의 논문, 251-254쪽 참조.

완벽히 달성될 수 없거나 그리 도움이 되는 것도 아니며, 나아가 인권보호의 중단이 아직 판결을 기다리고 있는 형사피의자의 경우에도 빈번히 발생하고 있음을 지적하고 있다.

이러한 형벌의 제도적 폭력성은 특히 감옥과의 관계 속에서 연구되었다. 형사피고인의 이익을 유지하기 위해 국제협약의 최소한의 기준을 준수하고 있는 감옥 -따라서 실제로는 존재하지 않은 감옥- 그 자체가 구속기간 내는 물론 피구금인의 출소 이후의 사회적 관계까지도 폭넓게 영향을 미치는 부자유와 고통의 상황을 언제나 계속해서 창출하고 있다. 그렇기 때문에 감옥은 제도적 폭력일 뿐만 아니라 인간 상호간의 폭력 및 집단폭력과 같은 다른 형태의 폭력이 고도로 집중되어 있는 장소이기도 하다. 이미 미셸 푸코(Michel Foucault)는 “감시와 처벌”(Überwachen und Strafen)이라는 저술에서 자유주의 형법에 의해 승인된 법의 보장은 일반적으로 감옥의 문에 발을 딛는 순간 종료되며, 감옥은 죄수에 대해 자의가 만연되는 자유공간일 뿐임을 적절하게 지적했다.²⁴⁾ 근대 형행법률에 의해 성취된 진보에도 불구하고 이러한 사태는 오늘날까지 대다수의 국가에서 근본적으로 변화되고 있지 않다. 감옥에서의 자의와 폭력은 심지어 개념상 더욱 확산되고 있다. 즉 외부사회에서의 구조적 폭력의 증대와 민주적 규칙과 절차의 사실상 내지 법률상 폐지로 말미암아 감옥에서의 자의와 폭력은 그 극한점에 도달할 수 있다. 이러한 측면에서 감옥은 인권침해를 위해 특권이 부여된 장소라고까지 말할 수 있다.

다른 한편으로 감옥 내에서 그리고 감옥을 통해서 다시 한 번 형성된 범죄에 대한 형상과 사회에 대한 위협 -사회적 갈등의 존재로서가 아닌 개인의 행위방식에 의해서만 간주되는 위협- 으로서 범죄의 인식은 일반 시민으로 하여금 형벌의 구조적 폭력성 대신에 “범죄의 위험성” 내지 이른바 “위험스러운 계급”만을 우선시하는 편향된 시각을 형성하게 한다. 그 결과 일반 시민의 의식 속에 사실상 구조적 폭력이 자리 잡아야만

24) Foucault, 오생근 옮김, 감시와 처벌-감옥의 역사(나남출판, 1996), 333쪽 이하 참조

하는 곳에 범죄적 폭력이 자리를 잡고 있으며, 이는 구조적 폭력을 은폐하고 유지하는데 일정부분 기여한다. 특히 정부와 민주주의의 위기상황에서 “정의사회 구현”, “법과 질서확립 캠페인” 내지 “법치국가의 확립”으로 이용되는 “범죄의 위협”은 현존하는 권력관계와 관련하여 침묵하는 다수로 하여금 이러한 권력관계의 유지에 대한 동의를 형성하기 위한 수단으로 변화하였음을 우리의 지난 역사를 통해 알 수 있다. 사회적 관계의 불평등을 정당화하기 위해 자행되어온, 특히 비난받아 마땅한 이러한 시도들은 특히 “국가의 안전”이라는 공안정책의 남용과 “내부의 적”에 대해 합법의 이름을 가장하여, 심지어는 불법적인 형벌을 이용하는 데에서도 자주 발견된다.

IV. 인권보호를 위한 폭력의 대안적 사회통제

1. 형벌폭력의 제한 방안으로서 최소한의 형법

이상의 논의를 통해 인권이 형법체계 내에서 적절히 보호되기 보다는 정반대로 많은 인권침해가 합법적인 내지 불법적인 형법기능 내에서 발생하고 있음을 중간결론으로 도출할 수 있다. 특히 비판범죄학은 인권을 위협하는 폭력을 형벌폭력과 구조적 폭력으로 구분하여 설명하고 있다.

비판범죄학은 형법체계 내에서 발생하는 인권침해를 예방하기 위한 형사정책적 대안으로서 “최소한의 형법”(minimales Strafrecht)을 제시하고 있다. 이는 법을 통해 형벌폭력을 제한하기 위한 하나의 프로그램으로서 이해될 수 있다. 이러한 최소한의 형법은 죄형법정주의, 행위형법의 원칙, 책임원칙, “의심스러울 경우에는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)”의 원칙 및 비례성의 원칙 등과 같은 법치국가형법의 체계원칙

들의 엄격한 유지, 형법체계에서 직면하는 모든 사람, 특히 피해자, 피고인 및 유죄선고인에 대한 인권의 보호에 중점을 두고 있다. 다음으로 최소한의 형법 프로그램은 포괄적인 비범죄화 정책 및 적합하고, 세분화되고 적절한 형태로 인권을 보호함으로써 형법체계에 있어 폭력을 제거할 수 방향으로 현재 형법체계를 극복하고 대체할 것 등을 주장하고 있다.²⁵⁾

구체적으로 환경·경제·마약·조직·테러·의료·교통·컴퓨터 범죄 등의 영역에서 형법체계의 광범위하고 적극적 개입은 이러한 상황에 대해 어떠한 해결책도 제공할 수 없는 상징적 개입에 불과하다고 여겨진다. 그럼에도 불구하고 일정한 여건 하에서 정확하고 적절한 형태로 형법을 적용함으로써 상징적 기능이 예컨대 처벌되지 않는 상태로 머물고 있는 광범위하고 지속적인 인권침해의 경우- 인권보호를 위한 민사적 내지 정치적 행위가능성이 될 수도 있다. 그러나 이와 정반대되는 실질적인 사례가 더욱 많다. 부정적인 사회적 상황을 통제하기 위해 형법을 투입하고자 하는 시도는 상징적 기능을 통해 형법의 한계와 매우 높은 사회적 비용의 은폐를 가능하게 한다. 우선 특정한 마약류에 대한 형법적 금지를 생각할 수 있다. 이를 통해 심각한 마약중독자가 증가하고 불법적인 마약시장이 더욱 확대되어 개설되는 중대한 문제가 새롭게 등장한다.²⁶⁾ 다른 한편으로 환경의 영역에서 형법의 개입을 그 예로 들 수 있다. 이러한 영역에서 형법의 광범위하고 적극적 개입은 역설적이게도 환경보호를 위해 커다란 영향을 미치기보다는 적은 영향을 미치고 있을 뿐이다. 주지하고 있듯이, 이러한 영역에서 형법적 개입은 본질

25) Baratta, "Prinzipien des minimalen Strafrechts. Eine Theorie der Menschenrechte als Schutzobjekte und Grenze des Strafrechts", *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren. Projektberichte aus der Bundesrepublik Deutschland*. Hrsg. von G. Kaiser, H. Kurz, H. J. Albrecht (Freiburg I. Br., 1988), 513쪽 이하.

26) Baratta, "Rationale Drogenpolitik? Die soziologischen Dimensionen eines strafrechtlichen Verbots", *Kriminologisches Journal*(1990), 2-25쪽 이하.

적으로 내지 형식상 행정규범과 행정상의 결정에 종속적이다. 그러므로 이는 환경유해적 행위방식이 형법적 제재의 대상으로 되기 이전에 우선 행정적 관점으로부터 질서위반적인 것이어야만 한다는 것을 전제로 한다. 그러나 대부분의 환경침해 행위는 행정규범이나 형벌규범을 위반한 질서위반적인 행위방식에 귀속되지 않는다. 오히려 생산자와 전체 사회의 실질적인 필요로부터 독립되어 진행된 생산체계의 주요 구성요소 및 천연자원의 이용이라는 측면에서 합법적인 행위방식으로 귀속된다. 마약형법의 영역에서와 마찬가지로, 이러한 영역에서 형법의 개입은 주의의 집중과 통제라는 정책수단을 유발시키지만 사실상 문제되는 상황에서 실효성 있는 해결책을 제공하지 못한다. 이 때문에 환경의 영역에서 형법의 개입은 인권보호의 확대에 기여하기 보다는 축소에 기여할 뿐이라고 한다.²⁷⁾

2. 폭력에 대한 대안적 사회통제

앞서 언급한 바와 같이 비판범죄학은 형법체계의 모순과 한계를 중점적으로 분석한다. 이때 비판범죄학은 인식론적 기초를 범죄가 범죄인과 그의 행동의 본성적 특성으로 설명되기 보다는 범죄의 정의과정에서 범죄인과 그의 행동에 귀속되는 하나의 특징일 뿐이라는 데에 두고 있다. 그러나 이로부터 비판범죄학이 적합하고 효과적인 사회통제 전략에 대한 요구를 논의하지 않고 있음을 의미하지는 않는다. 비판범죄학은 이러한 사회통제 전략과 관련하여 특히 “민주적 절차”의 도움을 중요시한다. 즉 비판범죄학에 따르면, 사회구성원의 다수는 민주적 절차의 도움을 통해 사회적 소수자에 대한 폭력과 사회적 부조리에 대해 효과적이고 공적인 방어를 조직화할 수 있다고 한다. 이러한 대안적 사회통제는

27) Hassemer, “Umweltschutz durch Strafrecht”, *Neue Kriminalpolitik*(1989), 46-49쪽 이하.

형법체계가 개입할 경우 그 특징으로 나타나는 불공평성과 무효과성을 극복할 수 있으며, 현재 형법체계의 통제가 폭력문제를 해결하는 데에는 적합지 않음을 증명하고 있다고 한다.²⁸⁾

폭력에 대한 대안적 사회통제와 관련하여 Baratta 교수는 폭력문제의 극복을 위해 다음과 같은 특징과 전략을 갖출 것을 제안하고 있다.²⁹⁾ 즉 첫째, 대안적 사회통제는 폭력의 일부분이 아닌 전체적인 현상을 고려하는 전반적인 전략을 수립하여야 한다. 이러한 전략의 전체성은 당연히 사용되는 통제수단의 동질성을 뜻하는 것이 아니라 일반적인 전략의 범위 내에서 적절한 수단의 차별성을 의미한다. 둘째, 대안적 사회통제는 평등성과 정당성의 원칙에 바탕을 두어야 한다. 즉 이를 통해 전략적인 차원에서 사회적 약자의 차별과 사회적 강자에 대한 불가벌을 극복하도록 해야 한다. 이럴 경우에만 자의가 근절될 수 있다. 셋째, 대안적 사회통제는 단순히 상징적이 아닌 효과적이고 실질적인 것이어야 한다. 이를 위해서는 다음과 같은 적어도 네 가지 측면이 고려되어야 한다고 한다. 우선 대안적 사회통제는 갈등과 폭력의 출현형태가 아닌 그 원인에 중점을 두어야 한다. 다음으로 대안적 사회통제는 문제가 되는 상황에서 이에 개입된 행위자의 행동이 아닌 문제 상황 그 자체를 통제의 대상으로 삼아야 한다. 세 번째로 대안적 사회통제는 피해자에 대한 원상회복의 형태가 거절되지 않을 경우 -이것이 가능하고 필요한 경우- 특히 공격성이라는 측면에서 사전적 사회통제이어야 한다. 즉 폭력이 발생하기 전 단계에서 사회통제가 가해져야 한다. 마지막으로 대안적 사회통제는 법질서 파괴자를 과거의 정체성이 아닌 현재의 정체성의 토대 위에서 파악해야 한다.

이러한 Baratta의 대안적 사회통제 방안은 지나치게 추상적이고 거시

28) Baratta, "Die kritische Krimilogie und ihre Funktion in der Kriminalpolitik", *Kriminalsoziologische Bibliographie*(1985), 38-51쪽 이하.

29) Baratta, 앞의 논문, *Kriminologisches Journal*(1993), 256-257쪽.

적 관점으로서 구체적 실천방안으로 무엇을 제시할 수 있는가라는 비판이 제기될 수 있다. 이는 비판범죄학이 비판을 위한 비판으로만 머무르고 정작 문제해결을 위한 실천적 대안의 제시에는 인색하다는 일반적인 문제제기와도 관련을 맺고 있다. 이러한 비판범죄학의 한계에도 불구하고 범죄가 발생하는 전체적인 사회구조의 변혁에는 관심을 두지 않고 범죄인 개인과 범죄 자체에서만 문제의 해결책을 찾고자 하는 전통적 형법학, 범죄학, 형사정책의 한계를 재조명한다는 차원에서는 시사점이 크다고 본다. 나아가 Baratta가 제시한 대안적 사회통제의 전략의 방향으로 폭력의 전체적 현상을 고려한 전반적 전략의 수립, 사회적 약자의 차별과 사회적 강자에 대한 불가벌의 극복, 상징적 효과에 머물지 않고 실질적인 효과를 낼 수 있는 방안의 마련은 전통적 형법학 내지 범죄학에서도 범죄를 사전에 예방하고 일반 시민의 인권을 보호하기 위한 전략의 방향으로 고려할 충분한 가치가 있다고 본다.

V. 맺는 말

지금까지 기존의 전통적인 실증주의적·해석적 범죄학의 관점이 아닌 비판범죄학의 관점에서 인권보호를 위한 형사사법체계의 한계와 일반 시민의 인권을 보장하기 위해 최소한의 형법과 대안적 사회통제 전략에 대해 살펴보았다. 물론 비판범죄학이 보다 개선된 인권보호를 위한 형사사법체계로의 정비에 구체적이고 실천적인 대안을 제시하지 않은 채 비판을 위한 비판만 있다는 문제제기에 귀 기울일 필요가 있다. 이 글에서도 기존 형사사법체계에서 인권보호를 위한 실천적 대안의 제시에는 소홀했다는 한계를 역시 보이고 있지만 비판범죄학의 관점에서 제기하는 기존 형사사법체계와 범죄학에 대한 비판을 적극 경청하고 비판범죄학에서 제시하는 대안적 사회통제 전략에 대해서도 고민해 보

는 것도 의미가 있다는 전제 하에서 기술되었다. 이상의 논의를 간략히 요약하면 다음과 같다.

전통적 형법과 범죄학에 있어 사회적 갈등해결 구조의 일반적인 특징은 범죄인 개인의 행동에 중점을 두어 사회적 갈등해결의 방식을 탈정치화 했다는 것이다. 즉 통제되어야 하는 주체와 행위방식은 사회의 구조가 아닌 “범죄인”과 “범죄” 그 자체였다. 이에 대한 수단으로는 “응보”, “위하”, 그리고 “교정·교화”에 바탕을 둔 형벌과 일반적인 형사정책이 있었다. 그러나 비판범죄학은 이러한 전통적이고, 제한된 관점에 치우친 기존 범죄학에 대해 다음과 같은 비판을 가한다. 즉 비판범죄학에 따르면, 범죄로서 정의된 행위방식은 다른 여타의 일반적인 사회적 행위방식과 구별되지 않는 것이며, 사회적으로 범죄로 정의되거나 형법전에 의해 범죄로 정의된 사실들은 사회적 갈등과 구조적 폭력의 통제를 위한 도구로서 거의 역할을 하지 못하고 있다고 한다. 그렇기 때문에 전통적인 범죄학, 형벌학 및 형사정책은 사회적 갈등과 구조적 폭력의 통제를 위한 효과적인 정책의 개발을 위해 적절하지 못한 논의만을 하고 있다고 한다.

비판범죄학은 이러한 현상을 극복하기 위해 우선 사회적 갈등의 현실적 분석을 기초로 하는 한편, 범죄인 개인으로부터 법의 정당성의 문제로, 범죄통제에 대한 전통적 접근으로부터 사회현실에 대한 진보적 관점으로 눈을 돌려 사회적 갈등상황을 정치적·사회적·경제적 차원으로 다시 귀속시기 위한 논의가 중요시되어야 한다고 한다. 예컨대 부정부패, 조직범죄, 환경범죄, 마약범죄, 국가기관의 중대한 법률위반행위, 무장단체의 불법적 활동 및 테러주의자의 활동 등과 같이 일정한 구조적 폭력의 양상을 띤 “범죄학적” 문제들은 범죄인 개인의 문제가 아닐뿐더러 이러한 문제의 해결을 단지 형사입법자에게 위탁함으로써 극복될 수 없는, 또한 적어도 형사입법자들에게만 위탁되어져서는 안 된다고 한다. 왜냐하면 이러한 문제들은 중대한 정치적인 문제인 동시에 사회

· 경제체계의 구조와 관련된 문제이기 때문이다.

따라서 이러한 문제들은 기본적으로 정치적 문제이기에 정치적 대표기관의 입법활동에 의해 처리되어야 하겠지만, 사회·경제체계의 구조와도 관련된 문제임을 고려하면 정치참여의 과제를 이행해야 하는 모든 시민, 형사사법기관에 종사하는 관련자, 정당, 노동조합 및 사회운동의 지혜를 모아 해결해야 할 것이다. 이 때문에 비판범죄학에서는 형사사법체계 내에서 발생하는 인권침해를 예방하기 위해 우선적으로 전통적 형법체계 내에서 형벌폭력의 제한의 방안으로서 “최소한의 형법”도 강조하지만 아울러 한 사회·경제체계에 내재하는 구조적 폭력에 대한 대안적 사회통제 전략으로 사회구성원의 다수가 참여하는 “민주적 절차”의 도움을 강조한다. 이는 사회적 소외계층의 억압을 해소하기 위한, 더 나아가 사회적 정당성과 민주주의의 확보를 위한 노력과도 깊은 관계가 있다. 따라서 폭력에 대한 대안적 사회통제는 폭력에 대한 민주적 통제라는 전략에 부합할 필요가 있다. 이는 공권력의 행사와 국가기관의 활동이 일반 시민의 이익과는 배치된 권력행사로 표현되어서는 안 됨을 전제로 한다. 이러한 의미에서 비판범죄학의 관점을 바탕으로 하여 기존 법규범에 대한 해석·적용에 머물지 않고 정당한 법규범 체계의 형성과 현재의 형사사법체계보다 더 개선된 인권보호를 위한 형사사법체계를 구축하기 위한 논의가 민주주의와 사회적 정당성의 확보를 위한 다양한 논의 중에서 핵심적인 논의에 해당한다할 것이다.

(투고일 2009년 6월 1일, 심사일 2009년 6월 8일, 게재확정일 2009년 7월 14일)

주제어 : 비판범죄학, 인권, 형사사법체계, 형벌폭력, 구조적 폭력

참고문헌

1. 단행본

- 김형수, 문익환 평전, 실천문학사, 2004.
- 남완우/노회승, 범죄학과 형사정책, 진영사, 2009.
- 오생근 옮김, 감시와 처벌 -감옥의 역사, 나남출판, 1996.
- 이민식 외 6인 옮김, 범죄학 -이론과 유형-, 도서출판 영, 2008.
- 이봉철, 현대인권사상, 대우학술총서 514, 2001.
- 이준일, 인권법 -사회적 이슈와 인권-, 홍문사, 2008.
- 인권법교재발간위원회, 인권법, 아카넷, 2008.
- 정행철/전용득, 범죄와 인권, 도서출판 금정, 2003.
- 조철옥, 현대범죄학, 대영문화사, 2008.
- 최영인/염건령, 사회갈등이론과 급진범죄학이론, 백산출판사, 2005.
- 황정근, 인신구속과 인권, 법영사, 1999.
- 岡本三夫, 平和學, 法律文化社, 1999.
- Durkheim, *Les règles dela méthodes sociologique*, Paris 1968.
- Johan Galtung/Struktueller Gewalt. *Beiträge zur Friedensforschung, Reinbek bei Hamburg*, 1977.
- R. Quinney, *Criminology*(2ed.), Little, Brown and Company, 1979.
- R. Quinney, *The Social Reality Crime*, Bpston: Little, Brown, 1970.

2. 논문

- 강금실, “피고인의 인권과 형사재판의 근본문제”, 21세기의 인권, 한길사, 2000.
- 김도균, “인권의 개념과 원리”, 인권법, 아카넷, 2008.

- 김용세, “회복적 사법의 개념과 활용가능성에 관한 소고”, 피해자학연구 제12권 제2호, 한국피해자학회, 2004.
- 김한균, “국가권력남용행위에 대한 이해의 새로운 지평: 통제범죄”, 민주법학 제7호, 민주주의법학연구회, 1994.
- 안 진, “비판범죄학의 문제영역에 대한 일 고찰 -범죄의 원인과 범죄인의 성격논의를 중심으로-”, 법과 사회 제25호, 법과사회이론학회, 2003.
- 이진국, “회복적 사법과 형사사법의 관계에 관한 소고”, 피해자학연구 제14권 제2호, 한국피해자학회, 2006.
- 이창호, “한국 형법학 방법론의 문제점과 과제”, 민주법학 제6호, 민주주의법학연구회, 1993.
- 이호중, “회복적 사법(Restorative Justice) -이념과 법이론적 쟁점들-”, 피해자학연구 제9권 제1호, 한국피해자학회, 2001
- Baratta, “Die kritische Krimilogie und ihre Funktion in der Kriminalpolitik”, *Kriminalsoziologische Bibliographie*, 1985.
- _____, “Die Menschenrechte zwischen struktureller Gewalt und Strafgewalt”, *Kriminologisches Journal*, 1993.
- _____, “Jenseits der Strafe. Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts”, *Manuskript in Druck für die Festschrift zum 70 Geburtstag von Arthur Kaufmann*, 1993.
- _____, “Rationale Drogenpolitik? Die soziologischen Dimensionen eines strafrechtlichen Verbots”, *Kriminologisches Journal*, 1990.
- _____, “Soziale Probleme und Konstruktion der Kriminalität”, *Kriminologisches Journal*, 1986.
- Hassemer, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, *NStZ* 1989.
- _____, “Umweltschutz durch Strafrecht”, *Neue Kriminalpolitik* 1989.
- J. Gibbs, “An Incurable Positivist”, *Criminologist* 12, 1987.

L. Hulsman, “Critical Criminology and the concept of crime”, *Contemporary Crisis*, 1989.

[Abstract]

Menschenrecht und Strafjustizsystem unter der Perspektive der kritischen Kriminologie

Jae-Yoon Kim*

In diesem Aufsatz werden die grawierenden Menschenrechtsverletzungen in der Strafrechtspraxis sowie die strukturellen Grenzen des Strafjustizsystems unter der Perspektive der kritischen Kriminologie untersucht.

Heutzutage stellen Menschenrechte eine entscheidende Herausforderung für das Strafjustizsystem dar. Dabei wird der Begriff von Menschenrechten aus dem Konzept der realen Bedürfnisse hergeleitet. Unter Hinweis auf Johan Galtung wird Gewalt danach definiert als Repression realer Bedürfnisse und Verletzung oder Suspendierung von Menschenrechten.

Die Art und Weise, wie das Strafrechtssystem im begrenzten Bereich der durch den Kriminalitätsbegriff konstruierten Gewalt vorgeht, ist strukturell selektiv. Hierbei handelt es sich um eine Charakteristik des Strafrechtssystems. Es besteht nämlich eine gewaltige Diskrepanz zwischen der Häufigkeit, mit der das Strafrecht tatsächlich zur Intervention in Situationen gerufen wird und der, mit der es intervenieren könnte und dies auch effektiv tut. Das Strafrechtssystem ist einzig und allein damit befaßt, einen minimal

* Professor, Law School, Chonnam National University.

en Prozentsatz der Rechtsbrüche zu verwalten. Diese Selektivität ist auf die Struktur des Strafrechtssystems selber zurückzuführen bzw. auf die Diskrepanz zwischen den Handlungsprogrammen, die in den Strafgesetzen vorgesehen sind, und den realen Interventionsmöglichkeiten. In diesem Zusammenhang spricht man davon, dass die Strafe keine wichtige instrumentelle, sondern vor allem eine symbolische Funktion erfüllt.

Unter der Perspektive der kritischen Kriminologie stellt die Strafe auch eine Form institutioneller Gewalt dar, deren Funktion es ist, strukturelle Gewalt zu reproduzieren. Die Verletzung oder Suspendierung der entsprechenden Menschenrechte bei denen, die sich strafrechtlich zu verantworten haben, wird in der traditionellen Theorie des *ius puniendi* mit den instrumentellen symbolischen Funktion, die Strafe erfüllen sollte und mit dem Rechtsbruch, der von dem zur Verantwortung gerufenen Individuum begangen wurde, gerechtfertigt. Allerdings hat die kritische Kriminologie zutreffend darauf hingewiesen, dass diese Funktionen entweder nicht erfüllt werden oder nicht hilfreich sind, und dass die Verletzung oder Suspendierung von Menschenrechten sehr oft bei Beschuldigten erfolgt, die noch auf ihre Verurteilung warten.

Aus der bisher Diskussion ist die Schlußfolgerung zu ziehen, dass die Menschenrechte im Strafrechtssystem keinen angemessenen Schutz finden können. Im Gegenteil, viele Menschenrechtsverletzungen treten innerhalb der legalen oder außerlegalen Straffunktion auf. Die kritische Kriminologie ist sich der doppelten Dimension dieser die Menschenrechte bedrohenden Gewalt bewußt: Strafgewalt und strukturelle Gewalt.

Die Theorie des minimalen Strafrechts als ein kriminalpolitischer Alternativ-Vorschlag aus der Perspektive der kritischen Kriminologie ist vor allem als ein Programm zur Begrenzung der Strafgewalt durch das

Recht zu verstehen. Als solches beruft es sich im Strafrechtssystem auf die strenge Einhaltung der rechtsstaatlichen Prinzipien und auf die Menschenrechte aller Personen, die mit diesem System konfrontiert sind, insbesondere der Opfer, der Angeklagten und Verurteilten. An zweiter Stelle beruft das Programm des minimalen Strafrechts auf einer umfassenden und rigorosen Entkriminalisierungspolitik und auf der Perspektive einer Überwindung des gegenwärtigen Strafrechtssystems und seiner Ersetzung durch geeignetere, differenziertere und gerechtere Formen der Verteidigung der Menschenrechte vor der Gewalt.

Key Words : Kritische Kriminologie, Menschenrecht, Strafjustizsystem, Strafgewalt, Strukturelle Gewalt