

되는 소송에 있어서는 法務大臣이 국가를 대표하는데 현실적으로 소송을 담당하는 자는 指定代理人이다. 이 지정대리인은 법무성의 關係部局의 직원 및 분쟁사항을 소관하는 행정청의 직원에서 선정하는 것이 통례이다.

被收容者が 소장 또는 기타 직원을 피고로 하는 민사소송 또는 행정소송을 제기하는 경우의 법원출석에 대하여는 구체적 사안에 있어서 필요의 정도 및 출석시 구금에 미치는 영향의 정도 등을 감안하여 소장의 재량에 따라 그 許否를 결정하게 된다.

또 소환을 받은 자가 미결구금인 경우에는 형사소송의 진행에 미치는 영향도 고려에 넣어야 하고, 출석시 미리 관계법원 및 檢察官과 협의해야 한다.

3) 刑事訴訟(告訴, 告發)

형법 제193조 내지 제196조에 규정된 職權濫用罪(公務員職權濫用罪, 特別公務員職權濫用罪, 特別公務員暴行陵虐, 特別公務員職權濫用致死罪)에 대하여 고소 또는 고발이 있는 자는 검찰관의 불기소처분에 불법이 있으면 그 검사가 소속된 검찰청 소재지를 관할하는 지방법원에 사건을 법원의 심판에 붙일 것일 청구할 수 있다(刑訴法 제262조 ①).¹⁰⁾

4) 人身保護法에 위한 구제청구

헌법이 보장하는 자유권의 존중의 취지를 받들어 人身保護法이 제정되어 있다. 이 법률에 따라 부당하게 신체구금을 받은 자는 그 자의 소재지의 고등법원에 서면 또는 구두로 구제청구를 할 수 있다. 법원은 공개법정에서 심리하고 부당한 구속이라는 것을 확인하면 판결로써 바로 석방한다. 단 형사사건으로 구속된 자에 대하여는 형사소송법에 따라 신속한 구제를 기대할 수 있는 경우에는 우선 그 방법이 강구되어야 한다.¹¹⁾

2. 裁判上 救濟制度의 문제점

1) 行政訴訟과 民事訴訟에서의 문제점

가. 被收容者에 의한 소송과 出廷의 권리제한

변호사에게 위임하지 않고 被收容者 본인이 재판을 제기하는 경우, 당국은 대개의 경우 被收容者의 法廷出席을 인정하지 않기 때문에 증인조사에도 입회할 수 없다. 법원도 이러한 취급을 헌법상 허용하는 바라고 판시하였다.¹²⁾

나. 소송대리인을 구하기 곤란하다

변호사에 위임하여 소송을 제기하는 데에도 한계가 있다. 형사구금에 대하여는 국선변호제도가 없고, 또 효과적인 법률부조의 제도도 확립되어 있지 않기 때문에 변호사를 위임할 수 있는 것은 경제적으로 운택한 자에 한한다. 더욱이 현실에서는 국가에 대한 손해배상청구가 법원에서 허용되는 것은 거의 없는 것과 마찬가지로, 허용된다고 하여도 극히 일부(통상 5-15만원 정도)이다. 이러한 현실에서는 많은 곤란한 점이 예상되고 게다가 시간과

10) 위의 책, 27頁.

11) 上同.

12) 海渡雄 -, “拘禁施設における「公權力による人権侵害」と望ましい人権救済制度”, 人権フォーラム 21, 2001. 2. 27(<http://www.mars.sphere.ne.jp/jhrf21/Campaign/20010321B.html>).

노력을 요하는 이러한 종류의 소송을 위임하는 변호사를 구금된 상태에서 찾는 것은 매우 곤란하다. 이것은 근본적인 문제이고, 피의자의 國選 문제와 함께 변호사회 전체에서 해결할 시기가 되었다. 또 소송을 제기한다고 하여도 판결까지는 시간이 걸리고 소송제기에 의하여 당연히 행정처분의 집행은 정지하지 않고 집행정지의 신청이 인정되는 사례는 드물기 때문에 소송에 의하여 특정한 인권침해를 효과적으로 방지하는 것은 극히 곤란하다.¹³⁾

다. 변호사접견에 대한 교도관의 입회

만약 刑確定者에게 소송대리인이 붙여진다고 하여도 절차상의 공정은 확보되지 않는다. 변호사와 수형자의 접견에는 교도관이 입회하여 회화내용을 청취하고 편지를 검열한다. 구금시설 안에 수용된 자와 변호사와의 비밀에 통신·접견할 수 있는 권리는 국제인권규약 자유권규약의 14조 1항에 규정된 매우 기본적인 권리이다. 그러나 일본의 구금시설에서는 이 권리는 유린되어 있다.

[참고판례] 德島刑務所 사건

平成 3년(1991) 8월 21일 德島刑務所에 수감되어 있던 수형자가 교도관으로부터 폭행을 당하여 국가배상청구소송을 提起中, 그 변호사와의 접견에 입회인이 불고 시간도 30분내에 제한된 것이 위법이라고 하여 국가배상소송을 제기했다. 一審인 德島地裁(平成 8년 3월 15일)은 입회에 대하여는 합법이라고 하면서도 시간제한을 국제인권규약 제14조 제1항 위반이라고 判示하였다. 계속된 二審의 高松高裁(平成 9년 11월 25일)은 “접견을 필요로 하는 만남의 내용이 당해 형무소에서의 처우 등의 사실관계에 걸쳐 있고, 형무소직원의 입회가 있어 회화를 청취하고 있는 상태에서 충분한 만남이 될 수 없다고 인정되는 경우에는 그 범위에서 형무소직원의 입회 없는 접견이 인정되어야 한다”고 하고, 이러한 구체적인 필요성이 인정되는 경우에 형무소직원의 입회 없는 접견을 인정하지 않을 때에는 소장의 재량권일탈 내지 남용에 해당한다고 해석해야 한다는 판결을 내렸다. 그러나 最高裁 제1小法廷(平成 12년 9월 7일 판결)은, 접견제한은 소장의 재량권의 범위 내에 있는 것으로서 합법이라는 판결을 내렸다.

밀실에서 이루어진 일이고, 목격자가 있다고 하여도 자신도 被收容者이기 때문에 증언하기가 어려워 입증상의 곤란이 현저한 것을 지적할 수 있다. 또 진술자 이름을 숨기고 진술조서가 증거로서 제출되는 것도 있어 반대신문이 전혀 불가능하다. 원고측의 증거보전, 검증신청에 대한 시설측의 거부적 자세는 현저하고, 법원이 강한 자세로 임하지 않으면 검증의 실현이 곤란하다.¹⁴⁾

라. 법원의 판단방법에 있어서의 문제점

법원은 형무소 당국의 처우상의 재량을 넓게 인정하는 경향이 있기 때문에 被收容者가

13) 海渡雄 -, 위의 글.

14) 海渡雄 -, 위의 글.

재판에서 승소할 것은 곤란하고 드물었다. 그러나 최근 이러한 상황에도 다소의 변화가 보인다. 하급심에 국한하면 집견교통의 제한, 서적의 말소, 가족수감에 의한 폭행 등의 사례에 대하여 당국의 조치의 위법성이 인정된 판례도 보이고 있다.¹⁵⁾

마. 訴訟利益의 결여

抗告訴訟이 행정청의 조치에 대한 불복신청수단으로서 직접적이고 또 가장 강력한 것이라는 점에서 被收容者에게는 권리구제수단으로서의 의미가 크다. 그러나 항고소송의 중심적 지위를 점하는 취소소송에서 원고는 그 처분을 취소함으로써 회복해야 할 법률상의 이익을 가져야 하므로 그 소송에 의하여 직접적 권리구제를 할 수 없는 경우, 예컨대 文書圖書閱讀禁止이라는 징계처분의 집행종료후 당해 처분의 취소를 구하는 訴 등은 제기할 수 없게 된다. 이처럼 행정소송에 의한 직접적 권리구제를 할 수 없는 경우와 이미 손해가 발생한 경우에 이 소송을 제기하는 것은 실익이 없다.¹⁶⁾

2) 刑事告訴, 刑事告發

형무관에 의한 집단적인 폭행사건에 대하여는 형사고소·고발할 수 있다. 그러나 형사고소·고발은 檢察官에 의한 본인 및 시설관계자의 조사만으로 불충분한 채 종료되는 경우가 많다. 민사소송과 같은 보복적 불이익처분이 있음에도 불구하고, 유감스럽게도 민사소송 이외의 사실구명과 법적 판단밖에 이루어지지 않는 것이 현상이다.¹⁷⁾

3) 人身保護請求

人身保護法은 역사적으로는 영미법의 Habeas Corpus의 제도를 이어받은 것인데, 유럽인 권조약 제5조 4항, 국제인권 B규약 9조 4항에 도입되어 被收容者의 보편적인 인권보장제도로 발전하고 있다. 본래 형무소 구금 중의 부당한 취급으로부터의 구제에 적당한 제도이다. 그런데 국제인권법으로서 발달한 이 제도와 비교하면 일본의 人身保護法은 제2조가 구제대상을 절차적인 하자에 한정된 것, 제7조, 제11조가 구제요건을 결하는 것이 명백한 경우에는 절차도중에 청구를 각하거나 기각할 수 있게 한 것, 인권보호규제가 청구의 요건을 엄격하게 한정하고 있는 것 등의 한계를 가지고 있어 실효성이 있는 구제수단이 되지 않는다.

그러나 최근 형사구금중의 부당한 취급을 인권보호법에 의하여 구제 가능하다고 하는 판결이 나오고 있다(東京地裁 昭和56년 6월 25일 결정). 그러나 아직도 인권보호청구가 실효성 있는 구제수단으로서 기능하고 있다고는 말할 수 없다.¹⁸⁾

III. 行政上의 救濟制度

1. 監獄法上의 救濟制度

1) 所長面接

15) 海渡雄一, 위의 글.

16) 法務省矯正研修所編, 위의 책, 25-26頁.

17) 海渡雄一, 위의 글.

18) 海渡雄一, 위의 글.

가. 의의와 법적 성격

所長面接이란 被收容者가 職員의 處置(우리말로로는 措置 또는 處分에 해당한다) 또는 一身上의 사정에 대하여 소장을 직접 면접하고 구제 또는 조언을 구하는 제도이다(施行規則 9 ①). 그 취지는 형무소의 처우 일반 또는 一身上의 사정에 대하여 소장과 被收容者와의 사이에 자유로운 상담의 기회를 준다고 하는 것이고, 적정하고 타당한 처우에 도움이 되도록 하는 것이다. 판례는 소장면접을 법령상의 의무가 아니라고 판시하고 있고, 이 규정은 소장에 대한 내부규범인 동시에 훈시규정이므로 被收容者에게 소장면접신청권을 주는 것은 아니라고 한다. 즉 소장은 재소자의 면접신청이 있을 때 이에 응답하여 면접할 것인가 아닌가에 대하여 자유재량에 맡겨두고 있는 것이다.¹⁹⁾

[참고판례] 大阪地判昭47·9·7(行例集23卷8·9号680頁)

이 판례에서 문제가 된 사안은 다음과 같다. 大阪刑務所に 복역하고 있던 원고가 5차례에 걸쳐 소장면접신청을 했지만, 소장이 이를 방치하여 면접 여부의 결정을 하지 않은 부작위가 위법이라고 訴를 제기한 것이다.

이에 대하여 同판결은 "소장면접은 형무소장이 소감자를 면접하여 情願의 대상이 되는 것보다 넓은 범위의 사정에 대하여 재감자의 고충, 희망사항 등을 청취하고, 그 기회에 재감자의 불만 의구심, 번민 등을 해소시켜 재소자의 교화처우의 향상과 감옥관리의 적정한 운용을 꾀하는 것을 목적으로 한다..... 소장면접은 의견을 면회부에 기재하는 간편한 고충처리수단으로 간주되며..... 소장에게 법령상의 의무를 부담시킨 취지라고 해석해서는 안 된다" 라고 판시하였다(菊田幸一, 위의 책, 31頁).

나. 면접대상사항

소장면접의 대상이 되는 감옥의 조치란 情願의 대상으로서의 감옥의 조치보다 넓어 소장의 조치뿐만 아니라 소장 이외의 직원이 被收容者에 대하여 행한 취급 전체가 포함된다. 자신에 대한 처우상의 조치에 관한 것이면 좋고, 권리구제를 목적으로 하는 불복신청에 한하지 않고 고충과 희망사항의 요청이라도 좋다.²⁰⁾

다. 면접의 절차

所長面接願을 제출할 때에는 이름을 면회부에 기재하고 그 순서에 따라 면접하며 被收容者에 대하여 기술한 의견의 요지를 면회부에 기재한다(시행규칙 9 ②). 실무에서는 우선 신청원서에 面接願의 요지를 쓰게 하고 소관 部課長 등이 사정청취를 행하는 방식으로 행해진다. 이는 소장보다도 소관 部課長 등이 그 신청사항의 사정에 밝아 이들이 신속하게 처리하

19) 法務省矯正研修所編, 위의 책, 21면. 그러나 이에 대하여는 반대의견이 있다. 그 근거로서 소장면접이 情願보다 범위가 넓고 情願에 대하여는 재결의 고지의무가 있으므로 소장면접도 소장의 의무라고 해석해야 한다고 한다. 그 이유는 실무상 소장의 조치임이 분명하지 않고 부과장의 권한으로 이루어진 사항에 대하여 소장면접의 결과 소장의 의사에 합치하면 그 조치에 불복하는 경우 情願으로서 수리하여 소장의 카운셀러적인 의미의 소장면접이 아니라, 情願의 방과제로서의 역할을 사실상 담당하고 있기 때문이다(菊田幸一, 「受刑者の法的權利」, 三省堂, 2001, 31-32頁).

20) 菊田幸一, 위의 책, 같은 면.

고 있지만, 그 경우 사정청취를 행한 직원에게 소장면접의 허가권이 있는 것 같은 인상을 주지 않도록 주의해야 한다.²¹⁾

라. 대리면접의 문제

소장면접은 본래 소장 스스로 면접할 때에만 의미를 갖는 것이므로 대리로 소장면접을 행하는 것이 인정되는가 하는 것이 문제된다. 현실적으로 소장의 사무량을 생각하면 소장 스스로 면접하는 것에 의해 면접이 지연되고 오히려 이 제도의 취지에 반하는 경우가 생길 수 있다. 따라서 면접의 신청이 다수에 이르고 면접에 상당한 시일이 걸리는 등 어쩔 수 없는 경우에는 대리 면접을 허용할 수 있다고 본다. 이 경우의 대리자는 제도의 취지로 볼 때 소장을 대리할 수 있는 상급보조기관에 한해야 한다고 한다.²²⁾

2) 情願

가. 情願의 의의와 법적 성질

情願이라 함은 被收容者가 감옥의 조치에 대하여 불복이 있는 경우 法務大臣 또는 巡閱官吏에게 행하는 불복신청제도이다(監獄法 7). 法務大臣에 대한 情願은 서면에 의할 것을 요하고, 巡閱官吏에 대한 것은 서면이나 구두라도 좋다(同施行規則 4, 5조). 행정청에 대한 일반적 불복신청제도로서의 「行政不服審査法」에 의한 불복신청은 수용 목적을 달성하기 위하여 행정시설의 被收容者에게 행해진 처분에 대하여는 인정되지 않으므로(行不審 4 I ③), 행정당국에 대한 불복신청제도로서는 監獄法 고유의 情願을 마련해 두고 있다.

그러나 情願은 사정을 호소하는 청원이고 行政不服審査法에서 말하는 불복신청과 같은 구체적인 조치를 구할 수 있는 권리는 아니라고 본다. 被收容者에게는 情願事項의 실현을 구하는 구체적 권리가 아니라 단지 행정기관의 감독관청으로서 法務大臣의 지휘감독권의 발동을 촉구하는 것뿐이고, 受理를 보장받을 수는 있지만 그 심리·재결까지를 청구할 수 있는 권리는 아니다. 즉 情願은 在所者(일본에서는 在監者라 한다)가 감옥의 조치에 대하여 자신의 희망사항을 요청하여 감옥에 대한 감독권의 직무발동을 촉구하는 일종의 請願에 속한다²³⁾고 보는 것이 판례의 일관된 태도이다(東京地判昭36·9·6行例集12卷9号1841頁; 大阪地判昭54·2·2行例集30卷2号158頁 등).²⁴⁾

21) 上同.

22) 위의 책, 22면.

23) 그러나 일부 학설에서는 情願을 행형의 적정한 운영의 확보를 목적으로 하는 것으로 보아 일종의 불복신청제도라고 보는 학설도 있다. 그 법적 성격에 관한 논란에 관하여는 菊田幸, 위의 책, 25頁면 이하 참조.

24) 請願法 第1條는 「청원에 대하여는 특별한 법률의 규정을 제외하고 이 법률에 정한 바에 의한 다」라고 규정되어 있다. 이 특별한 법률의 규정의 하나가 監獄法上的 情願인데, 監獄法에는 구체적인 규정이 거의 없고 청원법의 몇 개 규정이 情願에도 준용된다. 즉 被收容者에게는 평온하게 청원하는 권리가 있다. 法務大臣 또는 巡閱官吏는 이를 수리 또는 청취하고 성실하게 처리하여야 한다(請願法 5). 또 被收容者는 청원했다는 이유로 차별대우를 받지 않는다(請願法 6)(法務省矯正研修所編, 위의 책, 22頁).

[情願의 법적 성격과 그 근거에 관한 참고판례]

- ① 東京地判昭36·9·6 : 監獄法 제7조에 규정된 情願은 "在監者는 감옥의 조치인 이상 그것이 법률행위인가 사실행위인가를 불문하고 情願의 대상이 될 수 있고, 그 불복의 이유도 違法不當하다고 주장하는 경우는 물론, 단순히 자신의 희망에 반하는 것을 이유로 할 수 있는 것도 할 수 있다고 해석된다. 이와 같이 情願事項 및 情願理由가 매우 추상적이고 광범위하기 때문에 情願者에게 情願사항의 실현을 구할 수 있는 구체적 청구권이 있다고 해석할 수는 없고, 情願은 재소자가 감옥의 조치에 대하여 자기의 희망을 요청하고 주무대신의 감옥에 대한 감독권의 직무발동을 촉구하는 일종의 청원이라고 해석하는 것이 상당하다....."
- ② 大阪地判昭54·2·2 : 情願에 대한 법무대신의 각하재결은 情願者에게 情願事由의 실현을 구하는 법률상의 청구권이 아니고 그 권리의무에 영향을 주는 것이 아니므로 항고소송의 대상이 되지 않고, 情願은 청원의 일종이라는 것을 근거로 각하하였다.

나. 情願의 종류

① 法務大臣에 대한 情願

法務大臣에 대한 情願은 서면에 의할 것을 요한다. 情願書의 작성을 희망하는 被收容者에게는 표지 1매 및 신청용지의 情願書用紙 5매 이내로 본인이 희망하는 매수를 교부하는데 신청용지 외에 사유의 편지지를 사용해도 상관없다. 서면은 본인이 스스로 봉하고 직원은 이를 열어볼 수 없다. 소장은 제출된 情願書를 속히 법무대신에게 전달해야 한다.

情願의 취급에 관하여는 적당하고 신속한 사무처리를 피하기 위하여 통고문을 발하고, 情願에 대한 교시, 情願서 작성의 절차, 작업취업자의 情願書 작성시간, 輕屏禁²⁵⁾을 받고 있는 자의 情願書 작성절차, 情願내용의 비밀유지, 情願書의 전달절차 등에 대하여 상사하게 규정하고 있다. 나아가 法務大臣에 대한 情願書 작성요령에 관한 설명서를 작성시 빌려주는 등 被收容者에 대한 情願에 대하여 충분한 배려가 행해지고 있다.

② 巡閱官吏에 대한 情願

巡閱官吏에 대한 情願은 서면 또는 口頭로 행한다. 미리 情願 예고자의 이름을 情願簿에 기재해 둘 것을 요한다(監獄法 7, 규칙 5-7). 口頭情願의 경우 직원은 필요가 있을 경우 외에는 입회해서는 안 된다. 巡閱官吏가 스스로 裁決할 때에는 情願簿에 그러한 취지를 기재한다.

25) 輕屏禁이라 함은 "수용자를 罰室 내에서 晝夜屏居케 하고 情狀에 따라 취업시킬 수 있는"(監獄法 제60조 ②) 일종의 징벌이다. 이는 수용자를 엄격하게 격리하여 근신시켜 정신적 고독이라고 하는 고통을 주어 반석을 촉구한다는 의미를 가지는 것으로 실무상 많이 행해진다. 이 징벌이 행해지는 罰室에 관한 구체적인 규정은 監獄法에 없고, 실무상으로는 일반적인 獨居房을 罰室으로 충당하고 다만 명패를 걸어두어 표시하고 있다. 晝夜屏居라 함은 다른 被收容者와의 접촉을 금하고 온종일 거실내에 독거케 하는 것으로 일체의 운동, 목욕, 면회, 敎誨 등이 금지된다(兒玉一雄, "懲罰制度", 『日本行刑の展開』(森下 忠外), 197頁). 監獄法에는 모두 12가지의 징벌을 두고 있다. 예컨대, 詰責, 賞遇의 3개월 이내 정지, 賞遇의 폐지, 文書·圖書閱讀의 3개월 이내의 금지, 청원작업의 10일 이내의 정지, 자비에 의한 의류 등 착용의 15일 이내의 정지, 자비에 의한 식량의 15일 이내의 정지, 운동의 5일간 정지, 작업상여금계산의 일부 또는 전부 삭감, 7일 이내의 감식, 2월 이내의 輕屏禁, 7일 이내의 重屏禁이 있다(上同, 195-198頁 참조).

다. 情願權者와 情願의 대상

情願을 할 수 있는 자는 被收容者에 한하며, 情願은 被收容者의 권리이다. 석방된 자는 물론, 면회인도 할 수 없다.

情願의 대상이 되는 것은 감옥의 조치에 한한다. 被收容者는 자신에 대한 위법 또는 부당한 조치에 대하여는 물론, 자기가 불복하는 조치에 대하여는 모든 것을 情願의 대상으로 할 수 있다. 情願事項은 자신에 대한 감옥의 조치라면 어느 것이라도 좋다. 감옥의 조치라 함은 소장의 책임으로 被收容者에 대하여 내려진 조치를 의미한다. 이는 소장의 조치를 가리키는 것으로 소장 이외의 직원의 취급에 대하여 불복이 있을 때에는 우선 이에 관하여 소장면접을 받아 소장의 판단을 거친 후 비로소 소장의 조치로서 이에 대하여 情願을 신청하는 것을 전제로 한다. 이런 의미에서 情願은 소장의 조치에 대하여 覆審의인 성격을 가진 것이라 할 수 있다.

라. 情願의 절차

情願에 대하여는 裁決이 행해지는데, 情願의 내용이 자기의 감상, 희망 또는 의견을 개진하는 것으로 불복에 해당하지 않을 때, 情願의 취지가 불명할 때, 情願이 취하되었을 때, 또는 情願者가 출소했을 때에는 裁決이 행해지지 않는다.

情願의 裁決에는 採擇, 却下, 그리고 棄却의 세 종류가 있다. 情願이 이유 있을 때에는 채택, 이유 없을 때에는 却下의 재결이 행해진다. 또 情願의 신청사항이 감옥의 조치에 해당하지 않는 사항에 대한 불복일 때, 즉 채택 또는 각하의 재결이 행해진 사항에 반복하여 情願이 행해진 때, 시설로부터 출소한 적이 있는 被收容者가 그 출소전의 사항에 대하여 情願한 때, 두 사람 이상의 자가 情願한 때, 그리고 소정의 절차에 의하지 않고 대필된 것일 때에는 棄却의 재결이 내려진다.

재결이 있을 때에 소장은 속히 이것을 본인에게 고지해야 한다(監獄法 施行規則 8).

2. 監獄法 이외의 법령에 의한 不服申請制度

1) 請願

被收容者도 국민의 한 사람으로서 청원권이 보장되므로(憲法 16) 청원에 관한 일반법인 請願法이 적용된다. 청원의 일종인 情願이 인정되었다고 하여 請願權이 상실되는 것은 아니다. 따라서 被收容者에게는 당연히 청원을 행하는 것이 인정되지만, 단 청원에 대하여는 情願의 경우와 달리 청원서의 검열 등 제재를 받는다. 청원은 일반적 참정권의 성격을 가지며, 모든 관공서에 대하여 할 수 있다.²⁶⁾

2) 人權侵害의 申告

인권침해의 신고란 被收容者가 공무원의 직무집행에 따라 인권이 침해된 것으로 法務局 또는 地方法務局에 신고하는 것을 말한다. 법무국장 또는 지방법무국장은 신고된 사건에 대하여 조사하고, 인권침해의 사실이 있다고 인정되면 고발, 권고, 통고, 훈시 등의 조치를 취해야 한다(人權侵害事件調查處理規定, 昭和49). 이들 조사는 임의조사이고 신고자를 수용하고 있는 시설에서는 그 조사를 거부하지 않는 것이 원칙이다.²⁷⁾

26) 한편, 의회의 각 의원에 대한 請願은 國會法 제79조-제82조까지, 지방의회에 대하여는 地方自治法 제124조부터 제125조까지 규정되어 있다(法務省矯正研修所編, 위의 책, 24頁).

IV. 行政上 受刑者의 不服申請制度의 문제점

1. 所長面接制度의 문제점

스자며적으 두 가지 다르 서경이 인다 하나는 수유자인 고추 허마 두의 인사가 스자은 통할 것을 보장하는 일종의 고층처리제도의 성격이다. 다른 하나는 행형시설의 조치 일반 또는 일신상의 사정에 대하여 소장과 被收容者가 자유로 상담 조언할 기회를 만들어 심신의 안정에 도움이 되는 카운셀러제도의 성격이다. 그러나 위에서 언급한 大阪判例를 보면 그러한 취지를 찾아볼 수 없고, 또 실무상으로도 그러한 환경을 예상하기가 어렵다.

오늘날의 사정을 보면 소장면접은 그야말로 畫中之餅에 불과하다고 한다. 면접은커녕 소장의 얼굴도 모르는 재소자가 不知其數라고 한다. 설령 재소자가 소장면접을 희망하더라도 우선 담당 간수에게 願箋이라는 용지를 교부받아 部長이 내용을 청취하고, 係長·課長·區長·部長의 순으로 면접처리하고, 자신의 책임 내에 있으면 처리할 방침이 취해지고, 그 단계에서 소장면접이 저지된다. 나아가 시설에 따라서는 소장면접이 취해지는 것은 빠르면 1-2달, 지체되면 6개월을 요한다고 한다. UN의 「피구금자처우 최저기준규칙」에 의하면 “각 피구금자는 평일에 시설의 장 또는 장을 대리하는 권한을 가진 직원에 대하여 요구 또는 불복신청을 할 기회를 주어야 한다”(제33조 (1))로 규정하여 소장면접이 자유재량이 아님을 명백히 하고 있다. 판례의 경우 사형확정자가 1975년부터 1990년까지 100회 이상 소장면접을 신청했지만 모두 거부된 사례에서 이는 재량권의 범위 내에서 행해진 것이므로 위법하지 않다고 판시하였다(東京地判平7228, 判タ904号78頁).²⁸⁾

2. 情願制度의 문제점

1) 법적 문제점

근년 情願의 건수는 매년 증가하고 있다(1997년 1,366건, 1999년 1,526건, 2001년 3천여 건). 그러나 어느 정도의 재결이 행해지는지는 물론, 재결의 내용에 대하여도 알 수 없다. 따라서 외부인은 기각 또는 각하된 사건을 법원을 통해서밖에 알 수 없는데, 법원에서는 일률적으로 “응할 의무가 없다”고 하여 구체적 권리구제가 아니고, 행정상의 항고소송의 대상이 되지 않는다고 판시하고 있다.

이러한 문제는 단지 법의 不備라고 할 것이 아니라 법 해석의 문제부터 검토해볼 필요가 있는데, 형무소의 被收容者에 대한 처분은 行政不服審査法의 적용대상에서 제외되어 있지만, 기본적으로 ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’에 해당하는 監獄法(제7조)이 있고 동 시행규칙 제4조 이하의 규정들이 있다는 것을 인식해야 한다. 그렇다고 한다면 현행의 情願이 넓은 의미에서의 請願이라는 견해에 따른다고 하여도 “이를 성실하게 처리해야 한다”(請願法 5)고 하고 있는 바, 지금까지의 판례가 “응할 의무가 없다”, “불복신청할 지위를 보장한 것은 아니다” 등의 이유로, 또는 “법률상의 지위에 변동이 없다”를 이유로 거부하고 있는데 과연 이러한 취급이 타당한가 하는 것을 적어도 ‘성실한 처리’가 행해졌는지 하는 것을 검토

27) 위의 책, 25頁.

28) 菊田幸一, 위의 책, 32-33頁.

해야 할 것이다. 지금까지의 판례는 모두 “응할 의무가 없다”는 근거를 제시하지 않고 “의무가 없다”는 것을 전제로 하고 있는데, 적어도 監獄法の 입법정신과 그 후의 시행규칙의 구체적인 절차규정들을 본다면 ‘의무가 없다’고 하는 근거를 제시하기는 어려울 것이다. 분명히 行政不服審査法은 監獄法の 규정들을 염두에 두고 있을 것이므로 현행법의 해석상으로도 불복신청제도를 충족시킬 수 있을 것이다. 하지만 위와 같은 판례가 계속된다면 재소자의 행정소송은 곤란할 것이다. 현실적으로 볼 때 재소자의 불복신청제도는 판례를 통하여 확립되어 있지 않고 법 해석 자체도 문제가 있다고 지적할 수밖에 없을 것이다.²⁹⁾

2) 현실적 문제점

일본의 실무에서는 수형자와 시설당국이 권리·의무관계에 서있다고 하는 기본원칙이 확립되어 있지 않다. 당국에 순종한 자에 대하여는 권리가 아니라 은혜로서 일정한 생활수준이 보장된다. 반대로 감옥의 질서에 반항하는 자는 일체의 은혜를 박탈당하고 비인간적인 생활상태에 놓여진다. 시설당국은 법에 정해진 일종의 불복신청절차인 情願과 소장면담을 행하는 것, 변호사에 의뢰하여 소송을 제기하는 것 자체를 감옥질서에 대한 반역으로 간주하고, 이러한 被收容者를 “好訴性” 수형자라고 부르고, 그에 대한 보복으로서 엄정독거구금 등 불이익처분을 행한다. 또 이들은 모두 행형당국 내부의 절차이고, 법적인 응답의무가 아니므로 철저한 실행성 있는 제도라고는 할 수 없다. 국제인권규약 인권위원회도 1998년 11월의 최종견해 27항에서 “d) 형무관에 의한 보복행위에 대하여 신청한 수형자에 대한 보호가 부족한 것, e) 수형자에 의한 신청에 대하여 조사를 위한 신뢰할 수 있는 시스템의 결여”에 염려를 표명했다.³⁰⁾

29) 菊田幸一, 위의 책, 35頁.

30) 海渡雄一, 위의 글.

【참고】名古屋刑務所 사건과 情願

최근 일본의 名古屋刑務所에서는 일련의 인권침해사건이 발생하여 큰 사회문제가 되었다. 먼저 2001년 12월 14일 名古屋刑務所에서는 保護房에 수용된 남성수형자(당시 43세)를 징벌할 목적으로 刑務官 2명이 그 수형자를 누르고 바지를 내려 항문에 소방용호스로 고압수를 防水하여 직장파열에 의한 세균성쇼크로 사망한 사건이 발생하였다.

그러나 비극은 이에 그치지 않고 2002년 5월 27일 다시 名古屋刑務所의 刑務官 3명이 당시 49세의 수형자를 징벌할 목적으로 가축수갑이 필요치 않음에도 불구하고 이를 사용하여 수형자의 배를 강하게 묶어 결국 장파열로 수형자가 사망한 사건이 발생하였다(이른바 「5월 사건」). 그런데 같은 해 9월 25일 刑務官 5명(이에는 위의 사건과 연루된 刑務官도 포함됨)에 의하여 당시 30세의 수형자가 똑같은 가축행위를 당해 전치 70일의 상해를 입은 사건이 발생하였다(이른바 「9월 사건」). 이 사건에 대하여 인권옹호국장은 法務大臣에게 같은 사건이 재발하지 않도록 意見具申을 행하고(平成15年1月30日, 名古屋刑務所刑務官による人權侵害事件に關して人權擁護局長が行った法務大臣への意見具申等), 후에 밝혀진 2001년 12월 사건에 대하여 名古屋法務局長은 名古屋刑務所長에게 재발방지를 위한 추가관고를 행하였다(平成15年3月26日, 名古屋刑務所刑務官による人權侵害事件に關して名古屋法務局長が行った名古屋刑務所長への追加勧告).

그런데 정작 문제가 된 것은 이러한 사건이 발생하기 전에 이미 수형자들이 수 차례 情願했으나, 法務大臣이 이를 처리하는 것이 책무임에도 불구하고 처리는커녕 이런 제도가 있었는지도 몰랐다는 것이 의회에서 지적되어 사회문제가 되었다(실무상 법무성 내부에서 처리하는 것으로 밝혀졌다). 실제로 被收容者의 情願이 취하되는 경우가 名古屋刑務所에서는 유독 많았는데(전체의 약 58%로 전국 평균의 약 3배) 이는 조직적으로 情願을 취하시켰다는 의심을 받고 있다(土井政和, “日本における刑務所改革の課題と展望”, 『21世紀の刑事施設』(刑事立法研究會編), 日本評論社, 2003, 19면).

참고로 2002년 일본에서 발생한 인권침해사건으로 수리된 것은 총 18,323건인데 이중 刑務官에 의해 행해진 것은 모두 53건이다.

(이상의 내용에 관하여는 <http://www.moj.go.jp/> 참조; 名古屋刑務所 사건에 관한 좀더 상세한 내용은 石塚伸一, “刑事施設の過剰收容と二つの刑事政策”, 『21世紀の刑事施設』(刑事立法研究會編), 日本評論社, 2003; “法律時評·日本の刑事司法の健康診断 - 刑務所における職員暴行事件の教訓”, 法律時報, 2003. 3, 1-4頁 참조)

3. 기타 수단과 그 문제점

1) 辯護士會에 대한 人權救濟申請

辯護士會의 人權擁護委員會는 일본변호사연합회 및 각 단위에 설치된 위원회의 하나인데, 기본적 인권의 옹호라고 하는 변호사회의 사명을 직접 실현하는 것을 목적으로 한다(辯護士法 1 ①, 31).³¹⁾

31) 日本辯護士會聯合會는 人權擁護委員會의 임무에 대하여 “기본적 인권을 옹호하기 위하여 인권침해사범에 대하여 조사하고, 인권이 침해된 자에 대하여 옹호 기타 적절한 조치를 취하고 필요에 따라 본회를 통하여 또는 본회의 승인을 거쳐 관공서 기타에 대하여 경고를 발하고, 처분 또는 처분의 취소를 구하거나 문책의 수단을 강구하는 것을 임무로 한다”고 규정하고 있다(회칙 제72조).

변호사회에 대한 인권구제신청은 법원 등에 비하여 타당한 권고를 내는 경우도 비교적 많고, 인권침해를 행한 사실을 후에 남기기 위해서 유익한 절차이지만, 현재 시설당국은 변호사회의 조사에 대한 협력을 거절하거나 또는 권고를 무시하는 일이 많아 실효성 있는 구제수단이라고는 할 수 없다.³²⁾

[관련사건] 廣島辯護士會 사건

1998년 7월 15일 廣島辯護士會 및 人權擁護委員會 소속의 변호사는 변호사회가 刑務所職員에 의한 인권침해사건의 조사를 위해 수형자와의 접견을 신청한 자에 대하여 廣島刑務所長이 이것을 거부했다고 하는 사실에 대하여 손해배상청구소송을 제기했다(廣島地裁平成10年(7)第1038号). 이에 대하여 국가측은, 인권옹호위원회는 변호사법상 설치가 의무지워진 위원회가 아니라 임의의 위원회이기 때문에 위원회의 사실조사활동도 법적 강제력을 가진 것이 아닌 임의의 것인 이상, 권리의무관계는 생기지 않고, 이에 응할 의무는 없다고 답변하고 있다(平成10年 10月 5日付 答辯書).

이 사건은 변호사회가 인권침해구제를 위한 조사활동을 행할 임무와 권한이 형사구금시설의 관리운영상의 이유에 의하여 어떠한 제약을 받는 것인가 하는 데 대하여 법적 판단을 구하는 최초의 사례이다. 변호사회의 인권구제제도는 공정성이라는 점에서 높이 평가할 수 있지만, 그 실현 가능성이라는 점에서 큰 한계에 부딪치고 있다(海渡雄一, 위의 글).

2) 外部交通의 制限과 權利救濟의 곤란

미결수용자는 친구와의 면회가 인정되어 있다. 그러나 수형자, 사형확정자는 친구와 NGO 멤버와의 면회, 통신이 인정되지 않는다. 가족과의 관계가 단절되어 있는 被收容者에게는 전혀 외부와의 교류가 없게 된다. 가족이 원격지와 해외에 있는 경우는 편지를 주고받는 것이 가능하지만 면회를 받는 것은 현실적으로 불가능하다. 이러한 환경 속에서 외부교통의 제한은 비인도적인 것일 뿐만 아니라, 사회와의 접촉을 상실시켜 인권구제를 곤란하게 하고, 나아가 수형자에 대하여는 사회복지를 곤란하게 하는 것이다. 또 전화를 이용할 수 없는 것도 인권구제활동을 한층 곤란하게 하고 있다. 歐美에서는 자유롭게 전화를 이용할 수 있어 인권단체에게 옥중에서 전화를 하여 인권침해를 호소할 수도 있다.³³⁾

일반의 법률상담에 있어서도 문제점을 서면으로 전달할 수 있는 시민은 극히 드물다. 그리고 사회로부터 격리된 被收容者들이 자신이 안고 있는 문제를 서면으로 하는 것은 매우 곤란하다. 따라서 변호사에 의한 면회를 통한 청취활동은 매우 중요한 의미를 지닌다. 그러나 이러한 수형자에게 변호사를 파견하는 것 자체가 매우 곤란하다.³⁴⁾

32) 海渡雄一, 위의 글.
33) 海渡雄一, 위의 글.
34) 海渡雄一, 위의 글.

V. 改訂 刑事拘禁法要綱案의 不服申請制度

일본의 監獄法은 1872년 監獄則竝凶式, 1881년의 監獄則과 1889년의 監獄則施行細則을 거쳐 1908년 監獄法과 監獄法施行規則의 과정을 거쳤다. 이후 1923년의 「監獄法改正調査委員會」를 비롯한 각종 위원회에서 監獄法의 개정을 논의해 오다가 1976년 日弁連이 監獄拘禁法要綱을 발표하고, 1969년 「監獄法改正準備會」가 마련한 刑事施設法案(이하 法案이라 한다)이 1982년 국회에 제출되었다.³⁵⁾ 그러나 이 법안은 쉽게 국회를 통과하지 못하고 수차례 法務省과의 논의를 거듭하다가 1996년 「刑事立法研究會」가 刑事拘禁法要綱案을 내놓았고 다시 2002년 그 改正案을 내놓았다. 그 후 2001년과 2002년에 발생한 名古屋刑務所 사건으로 인하여 「行刑運營에 관한 調査委員會」가 설립되고 이 위원회가 중간보고서를 제출한 뒤 「行刑改革會議」가 설치되어 2003년 4월 14일 그 첫 모임을 가지게 되었다.³⁶⁾

이와 같이 복잡한 단계를 거쳐 현행 監獄法의 개정을 위해 여러 단체에서 각각도로 노력하고 있는데, 여기에서는 刑事立法研究會가 내놓은 2002년 개정안에 입안된 수형자의 불복제도에 관하여 살펴보기로 한다. 이 개정안의 특징은 제1부 既決被收容者處遇法要綱, 제2부 未決拘禁執行法要綱, 제3부 職員, 제4부 第3者機關으로 구분해 두고 있어 既決被收容者와 未決收容者를 구분하고 있다는 점이 특징이다. 그러나 그 불복신청방법은 기결이나 미결 모두 같다.

改正案 제19장에는 既決被收容者의 불복신청제도에 관한 내용이 담겨져 있다. 그 개략적인 내용을 보면 제118 不服申請의 對象, 제119 情報提供 및 申請方法, 제120 共同不服申請, 제121 委任, 제122 不服審査會의 審理, 제123 執行停止, 제124 裁決, 제125 行政訴訟과의 關係, 제126 불이익한 취급의 금지, 제127 準用規定으로 되어 있다. 여기에서는 그 내용만을 살펴보기로 한다.³⁷⁾

1. 不服申請의 對象(제118)

既決被收容者는 刑事施設의 長 및 職員의 조치에 대하여 불복이 있는 때에는 不服審査會에 대하여 不服申請을 할 수 있다.

2. 情報提供 및 申請方法(제119)

- ① 既決被收容者는 불복신청방법에 관하여 收容時 口頭로 설명을 받고 문서를 받는다. 일본어를 이해하지 못하는 既決被收容者는 통역을 개입하여 설명을 받고 모국어로 번역된 문서를 받는다.
- ② 既決被收容者가 눈이 부자유한 경우 또는 글을 읽을 수 없는 경우에 직원은 前項의 정보를 알기 쉬운 말로 설명하고, 既決被收容者가 충분히 이해했다는 것을 확인해야 한다.
- ③ 신청은 被收容者 스스로 신청서에 봉합을 하고, 각 시설에 준비되어 있는 우편함에 投函함으로써 행한다. 投函은 직원에게 의뢰하여도 좋다. 의뢰받은 직원은 신청서를 개봉하지 못

35) 「刑事施設法案」의 주요한 내용에 관하여는 山下進, 위의 글, 207-211頁 참조.

36) 刑事立法研究會編, 『21世紀の刑事施設』, 日本評論社, 2003, 346-355頁 참조.
37) 이하의 내용은 刑事立法研究會編, 위의 책, 315-318頁.

하고, 신속하게 그것을 投函해야 한다.

④ 서면을 작성할 수 없는 경우, 신청은 직원 또는 施設內 當番辯護士에 대하여 口頭 또는 手話로써 행할 수 있다. 직원 또는 施設內 當番辯護士는 이 경우 신속하게 그 진술내용을 서면 또는 비디오로 녹취하고, 서면녹취의 경우는 읽어서 들려주고, 비디오녹취의 경우에는 비디오를 재생시킴으로써 신청인에게 잘못이 없다는 것을 확인시켜 신청서 또는 신청비디오를 우편함에 投函해야 한다.

⑤ 신청에 사용한 용지, 필기용구, 봉투 기타 신청에 필요한 물건은 각 거실에 비치해 두어야 한다.

3. 共同不服申請(제120)

既決被收容者は 2인 이상 공동으로 불복신청을 할 수 있다. 이 경우 대표자를 정해야 한다.

4. 委任(제121)

① 불복신청에 관하여 既決被收容者は 변호사, 既決被收容者の 법정대리인, 保佐人, 배우자, 직계친족, 형제자매 및 사건에 관하여 지식을 가진 자에게 절차를 위임할 수 있다.

② 既決被收容者は 전항의 위임을 받은 자 또는 위임을 받으려 하는 자와 면회할 수 있다. 이 경우 적어도 변호사에게 위임했을 때에는 형사시설직원의 입회 없이 면회할 수 있다.

5. 不服審査會의 審理(제122)

① 不服審査會의 위원장은 신청이 있을 때 신청에 이유가 없다는 것이 명백한 경우를 제외하고 신속하게 위원들을 소집하고 심리를 행해야 한다.

② 不服審査會는 시설측 관계인에 대하여 변명서의 제출을 요구할 수 있다.

③ 不服審査會는 신청인 및 시설측 관계인에 대하여 구두로 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

④ 신청인 및 시설측 관계인은 증거서류 또는 증거물을 제출할 수 있다.

⑤ 不服審査會는 신청인 또는 시설측 관계인의 청구에 의하거나 직권으로 적당하다고 인정하는 자에게 참고인으로서 그것을 알고 있는 사실을 진술시키거나 또는 鑑定을 요구할 수 있다.

⑥ 不服審査會는 필요가 있는 한에서 신청인 또는 시설측 관계인의 청구에 의하거나 또는 직권으로 서류 기타 물건의 소지인에 대하여 그 물건의 제출을 요구하고 제출된 물건을 유치해 둘 수 있다. 불복심사회의 물건제출명령, 물건유치명령에 이의가 있는 자는 집행정지의 신청을 행할 수 있다. 이 집행정지신청의 심리는 原審査會 이외의 심사회에서 행하도록 한다.

6. 執行停止(제123)

不服審査會는 신청을 수리한 경우 필요가 있다고 인정할 때에는 신청인의 청구에 의거

나 직권으로 당해 조치의 집행의 전부 또는 일부의 정지 기타 조치를 취할 수 있다.

7. 裁決(제124)

① 심리의 결과 불복신청에 이유가 있다고 인정하는 때에는 不服審査會는 불복신청에 관계된 조치에 대하여 당해 형사시설의 장에 대하여 그 전부 또는 일부의 취소, 철회, 변경 기타 시정조치를 취할 것을 명함과 함께, 재결과 그 뜻을 선언한다.

② 심리의 결과 불복신청에 이유가 없다고 인정한 때에는 不服審査會는 재결로 그 신청을 기각한다.

③ 不服審査會의 위원장은 신청에 이유가 없다는 것이 명백하다고 판단한 경우, 신청을 각하하는 재결을 행한다.

④ 재결을 서면으로 행하고 이유를 첨부한다.

⑤ 재결의 통지는 재결서의 등본을 신청 및 당해시설의 형사시설위원회에 교부함으로써 행한다.

⑥ 재결 및 재결결과의 통지는 원칙적으로 신청으로부터 6주간 이내에 행해지도록 한다. 이 기간을 초과할 경우에는 기간내에 초과의 이유와 통지예정기일을 既決被收容者에게 통지해야 한다.

⑦ 재결은 관계기관을 구속한다. 관계기관은 재결내용을 성실하게 실시해야 한다.

8. 行政訴訟과의 關係(제125)

① 既決被收容者は 당해사건에 관하여 불복심사위원회에 대해 불복신청을 할 수 있는 경우 즉시 행정사건소송에 따라 제소할 수 있다.

② 불복심사위원회의 재결이 있는 후에도 前項과 같다.

9. 불이익한 취급의 금지(제126)

既決被收容者は 불복신청을 함으로써 어떠한 불이익한 취급도 받지 않는다.

10. 준용규정(제127)

本章의 규정은 假釋放審査委員會의 가석방불허가처분에 대하여 준용한다.

VI. 또 다른 대안의 모색

일본에서는 현행 수형자의 인권구제제도가 입법상으로는 실무상 많은 문제가 있다는 것을 인식하고 이를 획기적으로 개선할 수 있는 방안을 다각도로 모색하고 있는데 그 방안으로는 다음과 같은 것들을 들 수 있다. 특히 일본의 영국의 인권구제제도에 많은 관심을 가지고 있으며 영국의 제도를 모델로 새로운 제도의 도입을 강구하고 있는 점이 특색이라고 할 수 있다.

1. 독립된 제3자의 권리구제기관의 설치 필요

법무성은 情願제도를 폐지하고 그 대신 人權擁護法案에 들어가 있는 人權委員會에 대한 신청제도를 만들 방침을 세워두고 있다. 그러나 인권위원회 위원도 포함되긴 하지만 이는 같은 법무성의 外局에 그치는 한(法務省 내에는 人權擁護局이 있다) 그 효과에 대하여는 의문이 있을 수밖에 없다. 그래서 제3자의 독립된 기관을 總務省 밑에 두는 것을 고려하고 있다. 제3자 기관으로 가장 유력하게 고려되는 것이 바로 영국의 옴부즈만(Ombudsman)제도이다.³⁸⁾

2. 독립된 교도소사찰제도의 필요

UN 피구금자처우최저기준규칙 제55조³⁹⁾와 유럽형사시설규칙 제5조⁴⁰⁾는 형사시설에 대한 독립된 사찰기구를 둘 것을 규정해 두고 있으나 일본은 이러한 사찰제도가 없다.⁴¹⁾ 법무성은 名古屋刑務所사건을 계기로 형무소의 폐쇄성을 타파하고, 정기적으로 사찰할 수 있는 제3자기관을 신설하기 위해 「行刑改革會議」의 과제로 하였으나 2003년 3월 31일 첫 모임

38) 영국은 1990년대에 행형이 크게 개혁되었는데 그 계기가 된 것이 바로 1990년 맨체스터의 Strangeways 교도소에서 발생한 대규모 폭동이었다. 이 폭동은 25개소의 형무소로 비화되었다(폭동 이후의 변화에 관하여는 <http://www.prisonreformtrust.org.uk/news-pr3.html> 참조). 그 폭동의 원인구명과 그 개혁방안 울프 卿(Sir Woolf)에게 맡겼는데 그를 중심으로 만들어진 위원회가 바로 울프위원회였고 이 위원회는 보고서(The Woolf Report, 1991). 단기간의 정력적인 조사를 수행한 울프보고서는 1990년에 영국에서 진행된 행형개혁의 지침이 되었다. 울프보고서는 교정행정의 측과 NGO의 쌍방으로부터 환영받았다. 맨체스터 폭동은 수형자들의 불만이 적절히 처리되지 않고 공정성이 결여되어 있다는 데에 그 원인이 있었다.

울프보고서는 불복신청제도를 위한 네 가지 요건, 즉 “직접성, 신속성, 효율성, 독립성”을 제시하였다. 울프 경은 두 가지 관련사항을 관찰하고 하나의 권고안을 내놓았다. 첫째, 수형자의 교도소장, 상급직원, 그리고 방문자위원회(Boards of Visitors: 교도소가 선정한 외부인들로 구성된 불만 접수기관)에 대한 불복신청이 거부된 것이다. 둘째, 방문자위원회는 불만사항들에 대하여 재소자들에게 조언을 해주고 지원해 주어야 하고, 불만이 적절한 것인지 조사하고 관계직원에게 권고해야 하며, 재소자들에게는 방문자가 아무런 조치도 취할 수 없다는 사실만을 통보해 주어야 한다고 주장하였다. 셋째, 재소자들의 불복신청을 해결할 수 있는 독립기관(옴부즈만)의 설치를 주장하였다. 정부는 울프 경의 권고안을 받아들여 1994년 5월 최초의 옴부즈만으로 Peter Woodhead를 임명하고 같은 해 10월 불복신청을 받기 시작했다. 자금은 內務省이 대지만 독립성을 유지하기 위해 내무성과 형무소작업부와는 분리된 곳에 사무소를 갖고 있다. 여기에는 13인의 직원이 있고, 1인의 옴부즈만 외에 3인의 보조 옴부즈만과 공무원, 법률가, 형무소자선단체에서 1인이 선임되어 있다(Jon Vagg, “Correcting manifest wrongs? Prison grievance and inspection procedures in England and Wales, France, Germany and the Netherlands”, in *Imprisonment - European Perspectives*(ed. John Muncie and Richard Sparks), London: Harvester Wheatsheaf, 1991, pp.146-165; 上井政和, “日本における刑務所改革の課題と展望”, 『21世紀の刑事施設』, 19-20頁 참조; 영국의 옴부즈만제도에 관하여는 <http://www.ppo.gov.uk/> 참조).

39) 제55조 “형사시설 및 행정사무에 관하여는 권한을 가진 관청에 의하여 임명된 자격과 경험 있는 사찰관이 정기적인 사찰을 행해야 한다. 사찰관의 주된 임무는 형사시설이 현행법령을 준수하고, 형벌집행 및 교정사무의 여러 목적의 달성을 위해 노력하여 관리·운영되도록 해야 한다.”

40) 제5조 “피구금자의 개인적 권리의 보호, 특히 구금조치의 합법성은 국내법규의 여러 규정에 준거하여 사법당국 또는 피구금자를 방문하는 권한을 합법적으로 주어진 중양행형국에 소속되지 않은 합법적으로 조직된 기관에 의하여 확보되어야 한다.”

41) 다만 總務廳이 행하는 행정감찰제도가 있지만 이는 주로 행정의 효율성의 관점에서 행해지는 것이므로 교도소에서 항상 인권침해의 방지와 적정한 처우의 실현이라는 관점에서 행하는 것은 아니다(上井政和, 위의 책, 21頁).

에서는 검토사항에서 제외되었다. 제3자 사찰기관의 모델로서 일본은 영국은 矯導所査察局(Prison Inspectorate)⁴²⁾을 염두에 두고 있다.

3. 시민참가와 지역사회와의 연대 필요

교도소의 민주화라는 관점에서 시민참가와 지역사회와의 연대는 필수적이다. 이는 첫째, 시민들의 교도소에 대한 관심을 증대시켜 주고, 둘째, 시민에 의한 권력기구 감시가 가능해지며, 셋째, 시민의 처우참가라는 세 가지 점으로 나누어진다. 시민참가는 수형자와 교도관이라는 2자 구도에서 3자 구도로 바꾸어놓음으로써 재소자의 석방 후 사회복귀에도 도움이 된다. 또 시민참가는 교도소와 지역사회와의 연대를 촉진시키는데, 지역단체와 NGO, 매스컴 등과의 연대가 특히 중요하고 필요하다.⁴³⁾

VII. 맺음말

교도소와 같이 폐쇄되고 일방적인 강제력이 행해지는 장소에 수용된 재소자들은 사회인들이 상상할 수 없는 극한 상태에 놓여 있는 것이 보통이다. 따라서 이들은 일반인들보다 더 많은 불만사항이 있을 수 있을 수 있기 때문에 불복신청이 있으면 보다 객관적인 입장에서 이를 처리해 주어야 하는 것이 바람직할 것이다. 그 절차는 공정성과 공정성에 기초하여 신속성, 유효성, 이용가능성, 신뢰성, 합리성, 객관성, 유연성, 민첩성 등의 성격을 가져야 할 것이며, 궁극적으로 재소자들의 사회복귀에 도움이 되는 방향으로 진행되어야 할 것이다. 일본과 영국의 예에서 보았듯이 수형자들의 불만이 누적되면 돌이킬 수 없는 불상사가 발생하

42) 교도소사찰국은 1980년 英國矯導廳調查委員會(the Committee of Enquiry into the United Kingdom Prison Services, 일명 May Committee)의 권고에 따라 설립되었다. 이 기관은 1952년 교도소법(the Prison Act 1952) 제5조 A에 근거하여 다음의 기능을 수행한다. 첫째, 수석사찰관(Her Majesty's Chief Inspector)은 영국과 웨일즈의 교도소를 사찰하고 이를 장관에게 보고하는 것을 그 임무로 한다. 둘째, 수석사찰관은 특히 장관에게 수형자의 처우와 교도소의 상태를 보고해야 한다. 셋째, 장관은 영국과 웨일즈의 교도소와 그에 수용된 수형자와 관련된 특별사항을 위임하여 그에 관한 사항을 보고토록 해야 한다. 현직 수석사찰관인 Anne Owers는 2001년 8월 1일 임명되었고 고등법원 형사부(the Crown office)의 서열 5위이다. 그녀는 교도청과 독립해 있고 수상에게 직접 보고한다. 사찰국에는 32명의 직원이 있어 사찰과 지원서비스를 제공해 준다. 사찰국은 전문사찰관과 조사관을 자문 차원에서 고용하고 있다. 일부 사찰관은 교도소에서 근무한 경험이 있으며, 다른 사찰관들은 보건, 교육, 건축, 농업 등의 영역에서 전문가로 활동한 자들이다(이상의 내용은 <http://www.homeoffice.gov.uk/justice/prisons/inspprisons/index.html> 참조).

사찰에는 종합사찰(full inspection)과 간이사찰(short inspection)이 있는데, 전자는 사찰을 행할 때 사전에 시설에 통지하며 평균 8인의 사찰관이 5일 내지 6일에 걸쳐 100항목 이상에 관하여 사찰한다. 이른 아침과 야간에도 방문하고 관리직, 간부, 被收容者, 직원조합, 방문자위원회 위원 등과 면담도 행한다. 후자는 통상 시설에는 사전통지를 하지 않고 사찰기간도 이를 정도이다. 간이사찰에서는 전회의 종합사찰 이후 어떠한 개선이 이루어졌는가가 초점이 된다. 매스컴에서는 종합사찰보다 간이사찰에 더 관심을 갖고 있다. 본래는 5년마다 1번 사찰을 받도록 하였으나 현재에는 매년 20개 정도의 교도소에 관하여 종합사찰을 행하고, 같은 수의 교도소에 간이사찰을 행한다. 따라서 모든 교도소는 2-3년마다 사찰을 받는다(上井政和, 위의 책, 21頁).

43) 영국에서는 「Inside Out Trust」라는 NGO가 있어 교도소 내에서 재소자들로 하여금 자원봉사활동을 할 기회를 제공해 주고 있다(Inside Out Trust에 관한 상세한 내용은 <http://www.inside-out.org.uk/> 참조). 예컨대 아프리카의 학생들을 위한 교과서를 제본한다든가, 안경을 수리하여 인도에 보낸다든가, 점자기계를 수리하여 다른 나라로 보내는 활동들을 재소자들로 하여금 하게 하여 이들이 보람 있는 교도소활동을 하게끔 유도하고 있다.

게 되므로 이를 미연에 방지할 수 있는 다양한 방안이 강구되어야 할 것이다. 이런 점에서 교도소에의 시민참가 그리고 지역사회단체와의 연대 등이 중요하고 필요하다고 할 것이다.

[참고문헌]

문정민, “수형자의 권리침해에 대한 구제”, 『교정연구』(제13호, 2001), 233-262면.
법무부 교정국, 『교정행정개선』, 1998-2002, 2003.
박재윤, 『수형자의 권리와 권리구제제도』, 국민대학교 출판부, 1996.

菊田幸一, 『受刑者の法的權利』, 三省堂, 2001.
法務省矯正研修所編, 『研修教材 行刑法』, 財團法人矯正協會, 1998.
法務總合研究所, 『犯罪白書』(平成14年版), 2002.
森下 忠外, 『日本行刑の展開』, 一粒社, 1994.
石塚伸一, “法律時評・日本の刑事司法の健康診断 - 刑務所における職員の暴行事件の教訓”, 法律時報, 2003. 3, 1-4頁.
刑事立法研究會編, 『21世紀の刑事施設』, 日本評論社, 2003.
海渡雄一, “拘禁施設における「公權力による人権侵害」と望ましい人権救済制度”, 人権フォーラム21, 2001. 2. 27.

Jon Vagg, “Correcting manifest wrongs? Prison grievance and inspection procedures in England and Wales, France, Germany and the Netherlands”, in *Imprisonment - European Perspectives*(ed. John Muncie and Richard Sparks), London: Harvester Wheatsheaf, 1991.

[인터넷 사이트]

<http://www.inside-out.org.uk>.
<http://www.homeoffice.gov.uk/justice/prisons/inspprison/index.html>.
<http://www.mars.sphere.ne.jp/jhrf21/Campaign/20010321B.html>.
<http://www.moj.go.jp>.
<http://www.ppo.gov.uk>.
<http://www.prisonreformtrust.org.uk/news-pr3.html>.

테러방지법 제정 시도 중단하라.

1. 테러방지법의 입법이 국정원과 정치권에 의해 또 다시 추진되고 있다. 올 정기 국회 내 처리를 목표로 하고 있다고 한다. 국정원의 근본적 개혁을 현 정부에 기대하고 있었던 우리는 이러한 사실에 당혹스러움을 감출 수가 없다. 테러방지법은 ‘테러방지’를 명분으로 이미 막강한 권력 기관인 국정원의 권한을 보다 강화하는 법적 틀을 제공하고 있어 인권·사회단체들은 그 입법을 2000년, 2001년 일관되게 반대한 바 있다. 국정원의 권력 확대는 우리 사회의 민주주의와 인권을 위태롭게 할 것이 분명하기 때문이었다. 그런데 어두운 그림자가 또다시 고개를 들이밀고 있는 것이다. 한 때는 ‘월드컵’을 핑계삼더니 이제는 또 무엇을 이유로 내걸 것인가? 일각에선 유엔 안보리의 결의를 운운하지만, 그것이 새로이 테러방지법을 만들어야 할 이유가 되지 않는다는 점은 이미 누누이 지적해 왔다.

2. 이번 수정안은 ‘테러’와 ‘테러단체’의 개념을 제한적으로 규정하고 테러범죄와 단체구성, 불고지죄 등에 관한 벌칙 조항을 삭제해 일견 문제가 사라진 듯 보이기도 한다. 그러나 국정원 내에 대테러센터를 설치해 관계기관의 대테러활동을 총괄적으로 기획·지도·조정하는 내용은 그대로이다. 국정원의 위상을 강화하는 테러방지법의 본질은 여전히 변함이 없는 것이다. 이는 테러 대응이란 이름 아래 국정원을 중심으로 국가조직을 재편하는 중대한 변화를 야기하는 것인데, 그에 상응하는 국민적 논의는 부재한 상황이다. 게다가 통제받지 않는 비밀조직, 정보기관의 강화는 곧 민주주의와 인권의 위축을 의미한다는 점에서 문제는 더욱 심각하다. 이밖에 군 병력의 국내 치안 유지 활동에의 투입, 감청 및 통신 제한 사유의 확대, 외국인에 대한 사찰활동 등을 가능케 하는 조항들 역시 인권 침해의 가능성을 강하게 예고하고 있다.

3. 국가가 테러의 위협으로부터 모든 사람의 생명과 신체의 안전 및 재산을 보호해야 함은 당연한 일이다. 그러나 우리나라의 경우 테러 대응을 위한 체제가 기존의 법과 제도로 충분히 마련되어 있다는 점은 솔하게 이야기되었다. 지나치게 중앙집권화된 경찰력, 비대한 권한을 가진 국정원과 끊임없이 사찰 및 통신 검열 논란 등을 볼 때, 오히려 우리는 안보 유지 및 테러 대응 활동을 위한 현존 체제를 인권 기준에 맞도록 민주적으로 개편하는 것이 보다 시급한 현실이다.

4. 나아가 진정 테러의 위협으로부터 모든 사람들이 자유롭고 안전하기 위한 길은 사회 통제를 강화하고 정보기관의 권한을 확대한다고 해서 될 일이 아니다. 오히려 우리는 미국이 주도하는 ‘테러와의 전쟁’이 오히려 외국인 및 소수자에 대한 차별과 폭력을 일상화하면서 테러를 더욱 부추기고 있다는 점을 주목한다. 테러의 근본적 원인이 무엇인지 진단하며 평화를 위한 국제 연대에 나설 때 비로소 세계가 테러로부터 안전할 수 있다. 국가기관이 감시의 촉수를 강화하고 자유와 기본권을 억압하는 사회에서 진정한 의미의 안전이란 있을 수 없다.

5. 어떤 식으로든 테러방지법의 제정은 안 될 일이다. 무엇보다도 수사권의 폐지, 해외정보처로의 기능 축소, 국민에 의한 통제의 강화 등 국정원 개혁에 대한 국민적 합의는 어디로 갔는가. 도대체 왜 이에 역행하는 테러방지법의 제정이 추진되고 있는 것인지 정부와 정치권에 묻지 않을 수 없다. 테러방지법안을 끝내 국회에서 통과시킨다면, 오랜 피와 땀을 통해 성취한 현 수준의 민주주의와 인권마저도 후퇴하게 될 것이다. 국정원과 정치권은 국민 기만을 중단하고 테러방지법 제정 시도 중단하라.

2003년 9월 30일

테러방지법 제정 반대 공동행동

교도소 민영화의 쟁점과 과제

이윤호(경기대 교수, 범죄학박사)

1. 교도소 민영화의 배경

1980년대 중반부터 일기 시작한 교도소 민영화의 바람은 대체로 시장경제원리, 수용인구의 증대, 그로 인한 수용경비의 증대와 교정자원의 한계, 그리고 재범률의 증가라는 국가 독점적 교정의 실패 등에 대한 현실적 대안의 하나로서 나타난 추세라고 할 수 있다. 다시 말해서, 민간분야가 더 많은 재소자에게 더 좋은 처우와 서비스를 더 효율적으로 제공하여 더 효과적인 교화개선을 하고 따라서 재범률을 낮출 수 있다는 가정에서 시작된 것이다. 즉, 공영 교도소가 재범률이나 다른 어떤 기준에 의해서도 실패하고 있으며, 정치적으로 경제적으로 다른 어떤 가능한 대안도 없는 상태에서 서비스의 질적 저하를 초래하지 않고서도 교정의 경비를 줄일 수 있다면 적어도 충분히 가치 있는 시도라고 하지 않을 수 없다.

더구나, 교정이라는 것이 중요한 국가의 기능임과 동시에 하나의 대규모 사업이어서 건설업체에서부터 의료기관과 외식업체에 이르기까지 거의 모든 사기업분야에서 관심을 가질 수 밖에 없는 실정이다. 따라서 민영화된 교도소는 국가를 분권화 하는 하나의 큰 도약일 뿐만 아니라 교정에 있어서 이미 중요한 민간분야의 참여의 폭을 넓히는 것이라고 할 수 있다. 민간분야에서 이미 의료서비스에서부터 마약치료에 이르기까지 거의 모든 것을 제공하는 마당에 전체 교도소에 대한 민간의 관리와 운영은 하나의 자연스러운 진전이라고도 할 수 있다. 다수의 공공분야에 있어서 이제 더 이상 정부는 서비스 제공자(service provider)가 아니라 민간분야 서비스 제공자에 대한 감독자(monitor of service providers)로서 기능 하는 것이다. 결국, 이제는 민영화를 할 것인가 말 것인가가 문제가 아니며, 어쩔 수 없이 어느 정도는 교정의 민영화를 할 수밖에 없는 것이 현대 교정의 현실이며, 이렇게 볼 때 우리는 교정에 있어서 민-관 합작(public-private partnership)의 시대로 접어들고 있다고 할 수 있을 것이다.

2. 쟁점

1) 법률적 쟁점

국가 권한의 위임에 있어서 대부분의 경우 입법권에 관한 것은 수용되지 않고 있으나, 행정권의 위임은 대체로 받아들여지고 있다. 영리단체의 민영교도소 운영은 행정권의 위임으로 해석될 수 있고, 따라서 민영교도소에 대한 합헌성은 큰 문제가 되지 않는 것으로 받아들여지고 있다. 그러나, 민영화를 위해서는 해결되어야 할 몇 가지 법률적, 운영적 쟁점이 남아 있다

(1) 징벌

민영교도소에서의 징벌은 운영자가 징벌규칙을 제안할 기회는 가질 수 있을지 모르나 징벌은 교정 당국에 의해서 제재되어야 한다는 것이 일반적 견해이다. 이는 민영교도소가 자체의 규칙과 규율을 입안하여 적용하는 것을 대체로 허용하지 않는다는 것이다. 이는 민영교도소의 자체적인 규율의 입안을 허용하지 않으며, 민영교도소를 운영하는 기업이 이 문제에 대한 중립적 의사결정권자가 아니기 때문이다. 또한, 경제적인 이유로 재소자를 가급적 많이 장기간 수용하려고 하며, 재소자에 대한 서비스나 특전을 거부하려고 하기 때문이기도 하다. 국가는 처벌 명령권에 대한 배타적 통제권을 유지하려고 하며, 이의 위임은 바로 권위의 포기이기도 하다. 민영교도소에서의 징벌이나 훈육을 유지할 수 있는 하나의 대안은 사실을 확인하는 주체로서 징벌위원회를 두고 보고서를 제출하게 하여 교정 당국에서 처벌을 결정토록 하는 것이며, 또 다른 방법은 교정공무원을 민영교도소에 상주 시켜서 조사하여 처벌을 결정케 하는 것이다.

(2) 배상책임

일부에서는 교도소의 운영을 계약에 의하여 민간기업에 맡기더라도 책임을 면하지는 못한다고 주장한다. 계약에 있어서 정부에 책임이 돌아가는 가장 심각한 경우는 계약자를 잘못 선정했을 때이며, 이는 세심한 사전 조사가 이루어지지 않았기 때문이라고 한다. 계약에 있어서 민간 계약자를 독립된 계약자가 아니라 국가의 대리인으로 한다면 국가의 책임소재는 더욱 커지게 되기 때문에 국가가 민영교도소의 운영을 민간 기업의 책임으로 맡기고 대신에 국가는 감독기능만을 충실히 수행하면 잠재적인 책임의 소지가 줄어들게 된다. 그렇다고, 사실은 어느 민간 계약자도 계약을 통해서 정부의 법률적 책임을 면역시켜준다고 주장하지는 않는다. 민영교도소의 수용자도 공영교도소의 수용자에 뒤지지 않을 정도의 민사구제를 누릴 수 있기 때문이다. 결국, 전반적인 책임이 계약으로 인하여 축소되지는 않는다는 것이다. 그러나, 계약이 정부가 가지는 잠재적 법률적 책임에 비해 실제 책임을 줄여줄 수 있다고 한다. 계약자에 대한 정부의 기대와 계약자의 권한 등을 구체적으로 밝히는 등 계약서를 철저히 작성하고 계약자가 이를 철저히 준수하면 민영교도소를 더 잘 운영하고 따라서 소송을 피할 수 있고, 소송에 대한 변호력을 증대시킬 수 있는 자격이나 인증을 얻음으로써, 적절한 보험을 가입함으로써, 보증을 하도록 함으로써, 직원에 대한 자격증제도를 도입하여 무력 등 강제력의 사용이나 일상업무 상의 과실을 줄이고, 계약자가 법정에서 정부를 변호하고 법률적 피해에 대하여 보증을 하는 합의에 의해서, 쟁송을 예방하고 이길 수 있는 광범위한 전문적 법률 자원을 개발함으로써, 공공기관보다 더 빨리 그리고 더 쉽게 쟁송을 법정 밖에서 합의할 수 있음으로써 정부가 지는 법률적 책임으로 인하여 정부가 겪게 되는 재정적 피해가 줄어들 수 있다는 것이다.

그러나 이러한 결과는 모두 기대되는 업무수행의 질과 계약을 감독하는 국가의 능력에 크게 좌우된다. 가장 보편적인 국가감독은 교정국에 계약을 감독하는 위원회와 같은 조직을 두어 정기적으로 현장을 방문하여 감사하고 주기적으로 감사보고서를 작성하는 방법이다. 두 번째는 교정공무원을 현장에 파견하여 근무토록 함으로써 지속적인 감독을 할 수 있게 하는 것이다. 그리고, 교정공무원이 주기적으로 현장을 방문하여 수시로 감독하는 경우도 있다.

민영교도소의 찬성론자나 반대론자나 정부가 헌법적 의무가 민간에 위임되더라도 그 의무

를 버릴 수도 없으며 법률적 책임을 피할 수도 없다고 의견을 같이 한다. 비록 정부가 의무를 계약으로 위임할 수는 있으나 책임을 계약으로 떠넘길 수는 없으며, 교도소에서 일어나는 일에 대해서는 궁극적으로 정부에 그 책임이 있다는 것이다. 따라서, 민영교도소에 대한 법률적 책임의 문제는 쟁점이 아니며, 문제는 민영교도소에 대한 법률적 책임이 정부의 법률비용을 경감하느냐 아니면 증대시키느냐와 정부가 민영교도소에 대한 법률적 책임을 가진다는 사실이 과연 교정을 위하여 바람직한 것인가에 초점이 모아져야 한다는 것이다. 그런데, 대체로 민간기업은 계약을 위하여 재소자의 권리를 보호하고 책무를 강조하기 때문에 민영화가 재소자에게 유리한 것으로 알려지고 있다. 또한, 재소자의 권익이 침해되었을 때 재정적 피해에 대해서는 민영교도소가 그 책임을 지나 공영교도소에서는 국가를 대리하여 행위한 교도관이 재정적 책임을 지지 않기 때문에 민영교도소의 재소자가 더 잘 보호받을 수 있다고 한다. 이처럼 민영교도소에 대한 책임이 정부에 있다는 사실이 민영화로 인하여 교정에 대한 책무와 재소자의 권익이 손상되지 않는다는 것을 강조하기 때문에 교도소 민영화의 강력한 주장이 될 수 있다. 그러나, 이는 민영교도소의 책임감 해이와 국가의 재정적 부담을 초래할 수 있다는 우려를 낳게 하는데, 이에 대비하여 계약에 민간기업이 비용을 부담하도록 하는 보상조항을 삽입하거나 국가가 우선 변제하고 차후에 기업에 구상권을 행사하면 될 것이나, 이 경우 계약금의 증액으로 경제성이 침해될 수 있으나 이는 보험에 가입하도록 하여 해결할 수 있다. 이처럼 민영교도소에 대한 궁극적인 책임도 국가에 있다는 사실은 바로 법률적 문제에 대한 안전장치로서 계약과 그에 대한 감독의 중요성을 다시 한번 일깨워 주고 있다.

(3) 재소자의 권리

재소자의 권리는 공영이건 민영이건 어느 교도소에 수용되었건 보장되어야 한다는 데는 아무런 이견이 있을 수 없다. 혹자는 민영교도소는 이윤의 추구와 재소자 권익의 보호라는 선택을 강요받게 되어 재소자의 권익을 침해하지 않을 수 없게 된다고 우려한다. 그러나, 교정사고와 권익의 침해로 제기된 쟁송의 경우 민사적 책임을 지게 되고, 공영교도소에 비해 면책의 범위가 좁아서 자신을 방어할 대안이 적어서 권익의 침해에 대한 부담이 있으며, 또한 재소자의 입장에서 자신의 권익이 침해되었을 때 법률적 대안을 더 많이 가지고 있기 때문에 재소자의 권익이 더 잘 보호될 수 있다고 한다. 또한 계약을 통하여 공영교도소보다 더욱 엄격하고 구체적인 임무를 규정하고 구체화하여 철저히 감독하고 이를 지키지 않을 때는 제재를 가하거나 재계약을 허용하지 않는 등 책임과 통제를 강화할 수 있어서 재소자의 권익이 더욱 잘 보호될 수도 있다고 한다. 특히, 경제성이라는 교정관리보다는 교화개선 등 재소자를 위한 측면이 강조되는 한국적 민영화의 입장에서는 수형자의 권익의 침해는 더욱 문제가 되지 않을 것이다.

한편, 재소자의 훈육, 분류, 석방, 징벌에 있어서도 민영교도소가 완전히 배제되지는 않지만 최종 결정과 그에 따른 궁극적인 책임도 국가에 있기 때문에 징벌을 통한 권익의 침해나 적법절차의 위배 등도 크게 문제될 것이 없다고 한다. 이 경우, 보다 바람직한 것은 민영교도소에 사실발견과 확인을 위한 징벌위원회를 두고 파견된 공무원이나 담당자가 최종 제재를 결정하게 하거나 순열관이나 징벌관 등을 임명하여 사실을 확인하고 결정을 하도록 하는 방법도 있을 수 있다. 물론, 이러한 방법도 징벌절차나 과정 또는 그 결과에 있어서 민영교도소의 영향이 전혀 미치지 않는 것은 아니다. 보고서의 작성이나 초등수사 등이 민영교도소에 의해서 이루어 질 수밖에 없기 때문이다. 그러나, 이 점에 대해서도 공무원의 역할과 능

력에 따라 최소화시킬 수 있을 것이다.

(4) 무력사용

재소자의 권익과 질서의 유지라는 쟁점은 무력사용의 문제를 야기 시키게 된다. 즉, 문제는 보안과 질서를 유지하기 위하여 민영교도소의 직원이 무력을 합법적으로 사용할 수 있는가이다. 일방에서는 무력의 사용을 전적으로 금지하나, 이는 무력의 사용이 교도소의 일상적 현실이라는 점을 고려하면 현실적인 대안으로 보이지는 않는다. 무력사용의 금지는 교도소의 질서유지는 물론이고 자신의 안전과 공격받는 재소자를 보호할 수도 없기 때문이다. 극단적으로, 만약 난동이나 도주 등 비상사태에도 무력을 사용할 수 없다면 어쩔 수 없이 교정공무원이나 다른 정부요원이 이를 위하여 상주해야한다는 사실인데, 이는 민영화의 목적은 물론이고 국가공무원을 민간관리하에 두고 민간의 일을 공무원에 의존하게 하는 등 조직구조를 복잡하게 만든다.

국가 형벌권의 민간 위임에 대한 논란과 연계되는 것으로서 일반적으로 어떠한 형태의 무력이나 강제력이라도 그것이 합법적인가 아닌가를 결정하는 것은 행위자가 누구인가 그 신분이 아니라 바로 법률이 결정한다는 것이다. 따라서, 이러한 주장에 의하면 민영교도소에서 무력의 사용도 어느 정도 위임될 수 있다는 논리이다.

이러한 일반적 논리에 안전장치가 보완되고 있다. 예를 들어, 민영교도소에서 일하기 위해서는 먼저 정해진 교육과 훈련을 받고 일정의 자격증을 취득하도록 하고, 교정 공무원과 같이 동일한 법률조건에서 일하도록 하고 있다. 즉, 용역경비회사에 일하기 위해서 경비사 자격을 필요로 하듯이 민영교도소에도 자격증을 취득한 사람을 채용하게 하고, 이들에게 총기교육과 훈련을 시켜서 총기사용자격을 부여하는 것도 한 방법이 될 수 있을 것이다.

다른 하나의 대안은 민영교도소 직원에게 엄격하게 제한된 경우에 살상용 무기가 아닌 부분적 무력사용을 허용하고 살상용 무력의 사용은 국가에 맡겨두는 것이다. 물론 이 경우도 위의 경우와 마찬가지로 공공요원의 파견과 그로 인한 문제의 소지는 남는다. 또 다른 방안으로는 제한된 경우에 한하여 민영교도소 직원에게도 살상용 비살상용 무력을 모두 사용할 수 있게 하는 것이다. 이 경우 민영교도소는 긴급을 요하는 사태에 즉각적으로 대처할 수 있다는 이점이 있으나, 남용의 방지를 막기 위해서 계약서에 무력사용에 대한 구체적인 규정과 계약을 두어야 한다. 이와 더불어 직원들에 대한 총기훈련과 자격증의 부여를 조건으로 하는 것도 하나의 안전장치가 될 수 있을 것이다. 무력사용에 있어서 적절한 인력의 확보와 적절한 훈련이 전제되어야 하는데, 그것은 경비절감을 위하여 인력과 훈련을 축소할 우려가 있기 때문인데 이에 대해서 적정 인력의 확보와 훈련을 조건으로 계약에 명시할 필요가 있다. 어떤 경우이건 총기의 오남용이나 그로 인한 사고가 있을 때는 직원, 회사, 궁극적으로는 국가가 그 책임을 지는 것이다.

2) 경제적 쟁점

민영교도소는 처우나 서비스의 질적 저하를 담보로 하지 않고도 경제적일 수 있는가?

비평가들은 비용절감이나 서비스의 질적 향상 어느 것도 교도소의 민영화로 인하여 달성되지 않았다고 주장하며, 오히려 비용절감(cost saving)과 비용전이(cost shifting)를 혼돈하지 말라고 경고하였다. 음식과 의료 등 서비스의 질적 저하는 제도적인 것으로 이해되었고, 그것은 기업은 이윤추구가 목적이고 민영 교도소가 어떻게 이윤을 남길 수 있는가를 생각해 보면 이해할 수 있다고 주장하였다. 즉, 그들의 주장은 비용을 낮추기 위해서는 어쩔 수 없이 부분적인 서비스의 삭제나 축소와 전문성이 결여된 값싼 노동력의 착취 등을 전제하지 않을 수 없다고 비판한다. 결국, 민간기업에게 경제적일 수 있다는 것은 때로는 공익을 위한 것이 아닐 수도 있다는 것이다.

그러나, 찬성론자들은 정도의 차이는 있으나 많게는 40% 이상의 비용절감효과가 있었다고 반박한다. 더욱이, 이러한 비용의 절감은 질이 나쁘고 부족한 음식의 제공, 서비스의 축소, 훈련과 전문성이 부족한 값싼 노동 등 서비스의 질적 저하에 기인한다는 비판에 대해서도 무려 75%에 이르는 상당수의 공영교도소가 법원의 시정명령 등을 받았거나 받고 있으나 단 하나의 민영교도소도 법원의 시정명령을 받지 않았으며, 계약의 연장이나 재계약의 확대 등은 민영 교도소에 대한 만족의 표시이며, 또한 직무상 잘못으로 소송이 제기된 민영교도소도 없으며, 공사 교도소의 비교연구 결과도 거의 모든 업무수행 평가 영역에서 민영교도소가 우수하였던 것으로 밝혀졌고, 공영교도소보다 미국 교정협회의 인증(accreditation)을 받는 확률도 더 높다는 사실 등으로 반박하고 있다. 물론, 인증이 질을 보장하는 것은 아닐지 모르나 민영교도소가 이러한 인증을 받도록 요구받고 있다는 사실은 그들이 높은 수준의 기준을 충족시키도록 기대 받고 있고 또 그러한 기준을 충족시키려고 노력하고 있다는 증거가 될 수 있는 것이다. 한편, 실제로도 민영교도소는 퇴직금 등과 같은 면에서 공무원에 비해 비용이 적게 들고, 민간기업은 공무원처럼 값비싼 관료제적 요구사항도 적으며, 민영교도소 자체가 공영교도소보다 효율적으로 운영되도록 설계되고 건설되고 있다는 사실도 민영교도소의 경제성을 뒷받침해주고 있다고 주장한다. 더구나, 민영교도소에 대한 직원과 재소자의 평가도 공영교도소에 비해 후한 점수를 주고 있으며, 도주사고도 더 낮고 재소자의 소요도 더 적으며 재소자와 직원이 더 편안하게 느낀다는 조사결과도 나오고 있다. 종합하면, 우수한 시설의 설계와 건축, 운영과 행정의 융통성, 권력의 분산과 분권화, 직원의 사기, 열정, 소유의식의 고조, 경험과 지도력, 그리고 엄격한 재소자관리 등으로 비용을 절감할 수 있다고 한다.

그런데, 이처럼 민영교도소가 비용을 절감할 수 있는데는 공영교도소와 민영교도소의 몇 가지 구조적 차이에서 그 이유를 찾을 수 있다. 예를 들어, 민영교도소는 부담스럽고 완고한 조달절차와 과정을 요하지 않아서 더 좋은 물건을 더 좋은 가격에 더 빨리 구매할 수 있고, 국가공무원에 비해 인사관리가 훨씬 간단하고 용이하며, 이윤의 추구가 낭비를 줄이고 생산성을 증대시킬 수 있는 훌륭한 유인이 될 수 있기 때문이라고 한다. 더불어, 공영교도소의 숨겨진 예산도 민영교도소가 비용-편익이라는 점에서 유리하게 해주는 요인이 되고 있다. 민영교도소의 예산에는 포함되나 공영교도소의 예산에는 포함되지 않는 숨겨진 경비까지 고려한다면 민영교도소의 예산이 상대적으로 더욱 절감될 수밖에 없다고 한다.

특히 일부에서는 만약 민영교도소가 비용을 절감할 수 있다면 그것은 주로 교육훈련비의 절감, 임금의 축소 등을 통해서만 가능한데 이는 바로 서비스의 질적 저하를 초래하게 된다고 비판한다. 그러나, 실제 경험적 연구의 결과는 상당한 질적 향상을 동반한 경비의 절감은

로 밝혀지고 있다. 인건비의 절감은 저임금에 의해서가 아니라 감시기술과 장비의 개발과 도입, 과학적 관리기술의 적용 등의 방법으로 적은 인원으로도 시설을 운영할 수 있는 능력으로 인한 감원에 기인하는 것으로 알려지고 있다. 더구나, 교화개선을 강조하는 민영화라면 의미 있는 생산적 활동에 적극적으로 재소자를 참여시킴으로써 재소자와 직원의 안전을 저해하는 사건과 사고를 더 줄일 수 있기 때문에 인력의 감축이 가능해지기도 한다. 특히, 이윤의 추구가 목적이 아닌 비영리단체에 의한 민영화라면 질의 저하를 담보로 한 경비의 절감은 크게 문제될 것이 없을 것이다.

특히, 서비스의 질은 현실적인 경쟁의 유무와 정부의 감시감독 의향과 능력에 크게 좌우된다. 경쟁의 원리는 민영화의 기본전제이고, 민영화에 따른 감독기능도 직원의 상주, 빈번한 현장방문, 각종 프로그램에 대한 감독, 평가보고서의 심사, 그리고 궁극적으로는 계약의 갱신여부 등의 방법으로 비교적 성공적으로 이루어질 수 있다. 더구나, 기업특유의 빠른 적응력으로 수용환경과 수용자 특성의 변화에 쉽게 적응할 수 있고, 지역적 분권화와 특성화로 다양성을 추구할 수 있어서 교정처우를 전문화시킬 수도 있기 때문에 서비스의 질적 향상을 꾀할 수 있다고 한다.

그러나, 여기서 경제성과 관련된 논의는 단순히 적은 돈으로 교도소를 관리하고 운영할 수 있다는 데만 만족할 수는 없다. 우선, 교정이 경제논리에만 기초할 수 없다는 사실이다. 즉, 교정이라는 국가적 기능은 돈으로만 계산할 수 없는 것이고 근본적으로 추구해야 할 목적이 있다. 범죄의 억제나 교화개선 또는 적어도 재범률이라는 것을 추구하지 않을 수 없는데, 과연 민영 교도소가 공영교도소에 비해 이러한 목적을 달성하는데 더 유용한가라는 의문을 던지지 않을 수 없다. 이에 대한 과학적인 비교연구가 거의 없는 형편이지만 부분적인 연구결과들은 대체로 긍정적으로 보고 있다. 범죄억제는 수용을 통한 범죄의 제지이기에 공영이건 민영이건 교도소에 수용된다는 사실만으로도 충분하며, 교화개선에 있어서도 브라질을 비롯한 많은 나라에서 경제성보다 교화개선능력의 향상에서 민영화를 추구하고 있으며, 재범률 또한 적어도 성공적이라고 할 수 없는 공영교도소에 비해 나쁘지 않다는 사실에서 입증되고 있다.

결론적으로, 민간 기업이 교도소의 운영으로 이윤을 남기기 위해서는 고객의 만족은 극대화하고 반면에 비용은 최소화하여야 한다. 예를 들어, 서비스의 질이 떨어지면 정부라는 고객이 계약을 취소하거나 재계약을 해주지 않을 것이며, 가격이 지나치게 비싸면 계약을 성사시키지도 못할 것이다. 또한 양질의 서비스를 제공하지 못하고 인력을 감축한다면 재소자와 직원의 사기를 저하시키고 이는 곧 불안의 요인이 되어 역으로 인력의 증강을 요하게 되고 인건비의 상승을 부채질하게 되기 때문에 경제성을 맞추기 위하여 단순히 인력을 감축하고 서비스의 질을 낮추기는 쉽지 않다. 따라서, 적은 비용으로도 서비스의 질을 저하시키지 않고 교도소를 운영할 수 있어야 하는 것이다. 이는 계약서를 구체적으로 명확하게 잘 쓰고 좋은 계약자를 선정함으로써 경제성과 양질의 서비스를 동시에 확보할 수 있음을 시사하고 있다. 그런데, 민영교도소의 서비스의 질은 현실적 경쟁의 존재 여부, 감독의 정도, 그리고 업무수행에 기초한 보상, 처벌, 그리고 계약을 대체할 수 있는 국가의 능력 등에 달려있다고 한다. 교도소의 민영화에 있어서 특별한 장벽을 두지 않는 한 지원자는 증가할 것이기 때문에 경쟁은 있게 마련이며, 민영교도소에 대한 평가과정이 점점 표준화되고 있으며 현장감독과 보고서의 검토 등 감독체제도 강화되고 있기 때문에 서비스의 질을 희생할 가능성은 낮

아지며, 계약기간이 통상 길지 않고 국가가 계약자를 선택할 수 있기 때문에 재계약이나 계약을 체결하기 위해서도 서비스의 질을 낮추기는 힘들다고 한다.

3) 윤리적 쟁점

국가가 아닌 민간인이 타인의 자유를 박탈할 수 있는가? 형의 집행이라는 국가권력작용을 민간에 위임할 수 있는가? 형벌을 이용한 이윤의 추구는 가능한 가? 교도소 민영화를 반대하는 사람들이 가장 심각하게 지적하는 의문이 과연 국가가 아닌 누구라도 타인의 자유를 박탈할 수 있는가 라는 것이다. 그러나, 교도관도 타인의 자유를 빼앗지 못하고, 단지 경찰과 검찰 그리고 판사가 타인의 자유를 빼앗는다. 결국, 문제는 적법하게 부과된 형벌이 국가 공무원에 의해서 집행되는 것이 계약된 민간인에 의해서 집행될 때보다 더 합법적인가 아닌가에 귀착되는 것이다. 우선, 정부가 처벌할 권한을 소유하지 않는다. 국가의 형벌권은 시민에게서 나와서 시민을 대신해서 집행하도록 정부에 위임된 것이며 그것도 항상 법의 지배를 받도록 되어 있다. 법의 지배로 특징 지워지는 체제에서는 국가나 기업 모두가 법의 테두리 안에 있고, 특정한 강제력의 행사가 합법적인가 아닌가를 결정하는 것은 행위자의 신분이 아니라 법이라고 할 수 있다. 즉, 행위자의 신분보다 처우와 조건의 질에 더 높은 가치를 두어야 한다고 주장한다. 더구나, 재소자는 교도관이 국가에 의해서 고용되었거나 민간기업에 의해서 고용되었는가 보다는 신변의 안전, 음식의 질, 각종 처우 프로그램의 여부, 시설의 질, 그리고 교도관의 태도 등에 더 많은 관심을 가진다. 한편, 형벌을 부과하는 것과 형벌을 집행하는 것은 다른 것이다.

국가 형벌권의 민간위임은 적어도 미국에서는 합헌적인 것으로 이미 알려진 사실이다. 다양한 공공분야의 업무와 기능이 민간분야로 위임되고 있는 것이 현대국가의 피할 수 없는 보편적 특징이고, 이에 대해서 미국의 대법원이 위헌이라고 판결한 경우가 단 한번도 없으며, 오히려 법률로서 이를 지원하고 있는 실정이다. 미국의 교정국에서도 교도소, 구치소, 소년원 등 민간시설과 계약할 수 있는 권한이 있음을 밝히고 있다. 따라서, 문제는 민영화가 타당한가의 여부가 아니라 어느 정도까지 국가의 형벌권을 확대하고 이관할 수 있을 것인가가 쟁점이 되어야 한다는 것이다.

한편, 형벌을 통하여 이윤을 추구하고 이익을 취하는 것은 비윤리적이라고 비판받기도 한다. 그러나, 공영교도소에서도 교도작업을 통하여 이윤을 추구하고 있으며, 공영교도소의 교도관도 형벌을 집행하여 임금을 받고 있다는 면에서 크게 다를 바 없다. 일부에서는 또 인간에게 고통을 부과하여 이익을 취해서는 안 된다고 하지만 그렇다면 의사나 검사와 판사도 임금이 주어지지 않아야 하며, 동시에 민간병원도 질병으로부터 이익을 취하기 때문에 존재해서는 안 된다는 논리가 적용되어야 한다고 주장한다. Logan은 논리적 문제로서 형벌을 적용하는 사람의 동기는 사법정의나 형벌의 효과성 어디에도 적합하지 않으며, 만약 형벌이 도덕적, 윤리적인 일이라면 입법부와 사법부, 즉 형벌의 집행자가 아니라 결정권자에 게 더 많이 적용되어야 한다고 주장하면서, 형사사법정책과 관행은 그 동기가 아니라 결과에 의해서 판단되어야 한다고 강변하고 있다. 따라서, 형벌을 통한 이윤의 추구를 민영교도소에만 국한하여 비판하는 것은 옳지 않다는 것이다.

교도소 근무자는 폭넓은 동기를 가지며, 분명한 것은 민영교도소의 근무자는 수용조건의

향상을 위하여 전념하면서 동시에 권한의 남용을 회피해야 할 필요성에도 민감하다는 것을 경험으로 알고 있다. 또한, 교정에 있어서 경제적 고려는 매우 중요한 현안이 되고 있으며 이윤의 추구하고 경제성의 추구는 엄연히 다른 것이다. 공영교도소건 민영교도소건 경비의 절감은 피할 수 없는 현실이기 때문에 도덕적, 윤리적 문제는 비단 민영교도소에만 국한된 것이라고는 할 수 없는 것이다. 실제로, 많은 기업이 교정분야에서 이미 이윤을 취하고 있으며, 기타 사법분야에서도 변호사가 사적 이익을 취하며, 제조업자들이 물품을 납품하고 이윤을 남기고 있는 것을 보아도 유독 교도소의 민영화만이 범죄를 통한 사적 이윤의 추구라고 비판받아서는 안될 것이다.

현대 행형사조가 교화개선을 통한 사회재통합으로 변화하기 때문에 교화를 위한 민영화는 교정발전에 부합하고 도움이 된다고 할 수 있다. 이러한 교정의 목적과 이념은 행형법 제 1조에서도 행형의 목적을 교정교화하여 사회에 복귀하게 한다고 밝히고 있다. 특히, 새로운 형사정책의 사조로서 소위 '신형벌론(new penology)'은 범죄자를 교화개선(rehabilitating)하는 것도 아니고 처벌(punishing)하는 것도 아니고 범죄자를 파악(identifying)하여 관리(managing)하는 것이라고 주장하고 있다. 이러한 경지에서 보면 재소자의 관리와 비용-편익에 무게를 실어줌으로써 교도소를 관리하는데 있어서 국가의 역할에 대한 기존의 도덕적 합의를 어느 정도 가볍게 볼 수도 있게 된다.

비록 민영교도소가 서비스의 질적 저하를 수반하지 않고도 수용의 비용을 줄일 수 있다고 하더라도, 문제는 교정에 의한 사회의 이익이 민영교도소를 운영하는 기업의 이익에 우선될 수 있는가 라는 의문은 해결되지 않는다는 사실이다. 즉, 경제성을 우선한 나머지 수용자의 인권이 침해될 수 있고, 부적절한 또는 불안정한 수용환경을 초래할지도 모른다는 우려를 버릴 수 없다는 것이다. 그러나, 민영화 주창자들은 지도감독 등을 통한 합리적 운영으로 공영교도소의 교정업무와의 충돌을 피할 수 있고 오히려 공영교도소가 부족한 점을 보완할 수도 있다고 주장한다. 운영 주체의 자격을 엄격하게 제한하고, 예를 들어 비영리 공익단체 등으로 제한하고, 운영기금을 자체 조달하여 국가지원을 최소화하면 경비 부담 없이도 공익성을 보장할 수 있다고 한다. 이러한 주장은 실제로 폭력사고나 도주사고 등이 민영교도소에서 거의 찾아보기 힘들다는 사실에서 입증되고 있다. 또한, 관료조직의 경직성을 탈피할 수 있어서 교화업무의 개선이 가능하고 민간의 참여도 활성화될 수 있어 교화의 인도주의에 기여할 수 있다.

이러한 모든 논의보다 더 중요한 것은 교정과 관련된 거의 모든 당사자들에게 이익이 될 수 있다는 점에서도 교도소 민영화의 타당성을 찾을 수 있다. 우선, 납세자의 입장에서는 행형경비의 절감 이상 교도소나 재소자에 대한 큰 관심을 갖지 않으며, 이들에게 있어서 민영화가 경제성에 기여한다는 것은 큰 매력이지 않을 수 없다. 재소자의 입장에서도 교도소를 누가 운영하는가보다는 처우와 수형생활의 조건에 더 많은 관심을 가지기 때문에 민영화가 이를 만족시키는 한 민영화를 반대할 이유가 없는 것이다. 이는 재소자 1인 당 경비를 지급하지 않으면 과밀수용과 그로 인한 폐해를 예방할 수 있고, 살상무기의 사용과 기타 무력의 사용 등 권한의 남용에 대해서는 계약으로 방지할 수 있으며, 보상이나 보증 또는 보험을 통하여 잘못된 관행을 예방할 수 있기 때문에 재소자들이 민영교도소에 긍정적일 수 있는 것이다. 두말 할 필요도 없이 민영화에 참여하는 기업은 이윤을 남길 수 있기 때문에 반대할 이유가 없다. 또한, 공영교도소에서도 기득권의 침해라고 보기보다는 기회의 증대로 받아

들여질 수 있기 때문에 긍정적으로 볼 수 있는 것이다. 바로 이처럼 모든 관계 당사자가 민영화에 긍정적일 수 있다는 점이 교도소 민영화가 타당한 것으로 보게 하는 중요한 요체이다.

4) 결과론적 쟁점

(1) 수용인구의 증대와 사회통제의 확대

효율성이라는 이름 하에, 즉 적은 돈으로 더 빨리 교도소를 신축할 수 있다는 장점을 들어 만약 민영교도소가 증설되면 수용밀도를 낮추는데도 기여할 수 있으나 실제로는 수용밀도를 낮추기보다는 전체적인 수용인구를 증대시킬 수 있다고 경고한다. 민영교도소는 대체로 수용인구 당 지원금이나 경비를 계산하기 때문에 가급적 수용인구를 늘리려고 노력하게 되어 수용밀도도 높아지고 전체 수용인구도 늘어나기 마련이라는 것이다. 더구나, 이를 위하여 민영교도소에서는 재소자를 확보하려고 강력한 형벌 정책 등을 Lobby하게 될 것임을 경고한다.

그러나, 교도소의 민영화의 계약시 수용인구 1인 당 비용을 산출하여 지원하지 않고 최소 수용인구 당 경비를 산출하면 일부러 수용인구를 늘리기 위해서 Lobby를 할 필요가 없어지며, 수용인구는 전반적으로 증가하는 추세에 있기 때문에 민영화하지 않더라도 증가할 수밖에 없으며, 기업은 가공적으로 잉여수요를 자극하거나 창출하여서 장기적으로 생존하고 번창하는 것이 아니라 실수요의 변동을 정확하게 예측하고 반응함으로써 번성할 수 있기 때문에 반대론자들의 그러한 비판은 크게 문제가 되지 않을 수도 있다. 또한, 특정한 정책을 위한 Lobby는 민영교도소만의 문제가 아니며 오히려 거의 모든 이익집단과 단체에 공통된 문제이고, 더구나 특히 교정정책에 대한 Lobby는 교정당국과 교정공무원 또는 교정협회 등이 더욱 강력한 것으로 지적되고 있다. 예를 들어, 몇 년전 미국 California 주지사 선거에서 Wilson 후보에게 가장 많은 액수의 기부금을 기탁한 단체는 다른 아닌 주 교정공무원노동조합이었다고 한다.

한편, 민영교도소가 이윤의 추구라는 경제성에 매달리다 보면 어쩔 수 없이 안전하고 노동생산성이 높은 젊은 과실범이면서 장기간 수용할 수 있는 재소자를 선별적으로 많이 수용하려고 노력하기 때문에 불평등과 강제수용을 초래할 수 있다고 주장한다. 그러나, 민영교도소의 수용은 강제가 아닌 수용자의 선택과 지원을 전제로 교화를 목적으로 시행되기 때문에 형평성과 공정성의 침해 우려는 있을 수 없다. 이점에 대해서는 행형법 제 12조 수용자의 이송에서도 필요시 이송이 가능하도록 적시하고 있기도 하다. 특히, 차별적 처우의 문제는 개별처우로 인한 공영교도소에서도 동일한 우려이지 민영교도소만의 문제는 아니며, 더구나, 대상자 선정의 공정성과 합리성으로 차별이 있더라도 최소화할 수 있으며, 공영교도소에서 차별보다 적게 할 수 있다고 한다.

그런데, 교도소의 민영화가 수용인구를 증대시킨다고 하는데, 그것은 경제적 이유로 가급적 많은 재소자를 장기간 수용하려는 민영교도소의 입장과 과거 공영교도소에 수용하지 못하던 범죄자까지도 추가로 수용할 수 있는 수용능력의 증대가 복합적으로 작용한 결과이다. 이러한 현상은 어쩔 수 없이 형사사법망의 확대(net widening)를 초래하게 되고 이는 곧 사회통

제의 확대를 의미하게 된다. 교도소의 민영화는 형사제재와 사회통제 유형을 확대(different net)하여 민영교도소가 공영교도소를 대체하는 것이 아니라 보완하는 것이기 때문이다. 교도소의 민영화로 인한 이러한 사회통제의 확대는 긍정적, 부정적 양면성을 가지고 있다. 부정적인 시각에서는 보완적 제도가 결국은 형사사법망의 확대를 통하여 통제를 확대하는 것이 전통적 추세라고 주장한다. 즉, 공영교도소의 수용능력에 민영교도소의 수용능력이 추가되기 때문이라고 말한다. 이는 교정시설이 증설되면 언젠가는 재소자로 채워지기 마련이기 때문이다. 따라서, 과거에는 처벌받지 않았던 사람까지 처벌받게 되고 시설에 수용되지 않았던 범죄자까지 시설에 수용되는 등 사회통제가 확대된다는 것이다. 그러나, 긍정하는 입장에서는 민영화가 공영교도소를 대체하는 것이 아니라 보충 또는 보완하는 것이기 때문에 통제의 대안을 증대시켜서 교도소체제를 다양화시키고 확대시킬 수 있다고 주장한다. 이들은 민영화의 경제성외에 바로 이처럼 선택의 폭을 극대화시키는 것이라고 말한다. 그러나, 사회통제의 확대는 원래 민영화의 취지가 아니며 범죄자나 공공의 이익에도 부합되지 않고 단지 기업의 이익만 충족시켜줄 뿐이다. 따라서, 이의 해결을 위해서는 민영교도소의 수형자를 출소자가 임박한 수형자나 경미범죄자 등 민영교도소가 없었다면 그냥 석방될 소위 soft end 수형자가 아니라 민영교도소가 없었다면 공영교도소에 수용되어야 할 소위 hard end 수형자를 수용하여야 한다.

(4) 책임감의 결여

민간에게 교도소의 운영을 계약을 통하여 맡기는 경우 민간 계약자가 정부기관에 비해 정치적 통제를 적게 받고 공공의 감시도 적게 받기 때문에 교도소에 대한 책임감이 줄어든다고 주장한다. 그리고, 민영화로 인하여 계약자와 정부가 서로 비난하기 때문에 책임감이 분산될 수 있다고도 한다. 그러나, 찬성하는 입장에서는 민영화가 오히려 정부가 자신을 통제하고 감독하는 것보다는 계약자를 감독하고 통제하는 의향이 더 강하기 때문에 책임감을 더 강화시킬 수 있다고 반박한다. 계약의 내용이 공영교도소에 대한 법률적 규정보다 더욱 자세하게 민영교도소의 임무와 책임을 규정하기 때문이다. 계약으로 목표, 기준, 업무수행 평가의 대상 등을 구체적으로 적고 있으며, 그러한 임무가 수행되지 않을 경우 제재에 대해서도 규정하고 계약의 수정에 대해서도 기술하고 있다. 더불어, 민영교도소 측에서는 경제적 경쟁을 이겨야 하기 때문에 시장의 통제도 받고 보험사의 제재도 받으며, 주주들의 통제도 받게 된다. 계약자도 공영교도소와 마찬가지로 법을 준수하고, 정부의 감독을 받으며, 궁극적으로는 투표권을 가진 시민의 감시도 받게 되어 있기 때문이다. 더구나, 계약자들은 주주나 보험사 그리고 투자자는 물론이고 경쟁 상대자에게 답할 수 있어야 하는 등 시장경쟁을 통하여 정부기관이 직면하지 않는 경쟁을 통한 책임도 가지게 된다. 통제와 책임의 기제로서 시장경쟁이 갖는 위력은 대단한 것이어서 어떠한 것과도 비교할 수 없는 것이다. 무엇보다도 교정에 있어서 책임성은 법률적인 것이 가장 확실한 형태인데, 법률적으로 국가의 권력을 제한하고 제재할 수 있다면 마찬가지로 민간기업 또한 예외일 수 없으며, 예를 들어 헌법적 기준이, 공영교도소나 민영교도소나 어디에 수용되어 있건 모든 재소자에게 동일하게 적용되고 있다.

(5) 부패와 종속성의 우려

민영화를 반대하는 입장에서는 다른 분야에서의 계약에 있어서 지금까지의 관행과 경험 그

리고 교도작업분야에서의 계약에 있어서 부패의 예 등을 들어 교도소의 민영화는 뇌물, 리베이트, 정실 등으로 인하여 부패를 초래하게 된다고 주장한다. 그러나, 찬성론자들은 정치적 부패는 계약에만 관련되는 것이 아니라 정부 전체에 퍼져 있으며, 거의 모든 부패행위가 계약이 아니라 직접 서비스를 제공하는 공공기관과 공무원에게서도 발생하고 있음을 지적한다.

한편, 민간업자가 비현실적으로 낮은 가격으로 입찰을 하여 계약을 성사시킨 다음 시장경쟁원리가 제대로 적용되지 않는다면 정부가 소수 기업에 의존하게 되고 이 경우 저가로 계약한 업자가 정부의 의존성 또는 종속성 때문에 별 대안이 없다는 것을 알고 자유롭게 가격을 추가로 올리게 된다고 비판한다. 많은 건설계약에서 경험하듯이 각종 설계변경 등을 통한 건설비의 증액과 마찬가지로 민영교도소의 계약에서도 있을 수 있다는 주장이다.

그러나, 교도소의 민영화를 계약하는 데는 막대한 자금을 가진 대규모의 기업까지 필요한 것은 아니고 중소기업규모로도 충분하며, 이것이 사실이라면 그 정도의 자원을 가진 잠재적 경쟁자는 수없이 많기 때문에 정부가 일부 소수 업체에 지나치게 의존할 수밖에 없다는 주장은 기우에 지나지 않을 수 있다. 그리고, 계약을 할 때 단순히 최저가 입찰자를 계약하지 않고 현실성을 고려하고 정기적으로 재입찰을 시도함으로써 저가입찰과 계약변경을 통한 가격의 상승을 막을 수 있다. 또한 이들 계약자는 서로의 가격을 통제하기 위한 정보, 동기, 자원이 정부의 예산이나 경비를 통제하기 위한 시민보다 훨씬 강하기 때문에 현실적, 합리적 수준 이상으로 가격을 높이는 어렵다. 이와 관련하여 미국의 테네시주에서는 민영교도소의 계약 시 공영교도소보다 최소한 5% 이상의 경비절감을 전제로 계약하도록 법으로 규정하기도 한다. 특히, 민영화를 반대하는 이유가 지나친 의존성이라면 만약 민영교도소가 전혀 없다고 이 문제가 해결되는 것은 아니다. 예를 들어서 지하철공사와 같이 공공기관에 의해서만 제공되는 서비스가 얼마나 자주 시민을 불모로 파업되었는가? 이 또한 일종의 의존성이 아닐 수 없다. 공공 서비스를 제공하는 민간분야가 충분히 경쟁적이지 못하다는 이유로 공공의 독점을 주창하는 것은 설득력이 없으며, 세계상의 혜택 등을 통하여 기업의 참여도를 높이면 경쟁이 있게 되고 의존성의 문제도 해결될 수 있을 것이다. 따라서, 민영화가 공영교도소를 대체(replace)하는 것이 아니라 보완 내지는 보충(augment)하는 것이며, 국가가 민간기업의 독점화를 막을 수 있는 장애물로서 민영교도소를 언제든지 공영화할 수 있는 능력을 가진다면 의존성의 문제는 더욱 문제될 것이 없을 것이다.

(6) 수형자의 인권침해 우려

수형자의 권리와 복지가 사적 이익의 추구하고 충돌할 때 주로 발생할 수 있는 것으로서, 민영교도소가 이윤의 추구를 위하여 노동력의 착취나 처우의 질적 저하를 담보로 하기 때문에 재소자의 권익이 침해될 수 있다는 주장이다. 그러나, 지도감독의 실시, 계약의 파기와 종결, 법원의 개입, 시민단체 등 제 3자의 참여, 위원회의 운영, 언론의 직시, 읍부즈만제도나 고충처리제도 또는 징벌위원회 등으로 이러한 우려를 어느 정도 해소할 수 있고, 오히려 보다 개방적인 민영교도소보다 더욱 폐쇄적인 공영교도소에서의 침해 우려가 더 클 수도 있음을 지적하기도 한다. 사실, 재소자가 부지런하고 질서를 지킬수록 그에게 돌아가는 이익도 더 커지며, 공공의 안녕과 복지도 향상되고 기업의 이윤도 높아지기 때문에 굳이 재소자의 인권을 침해하고 노동력을 착취하면서 운영할 필요가 없다고 주장하는 사람도 있다. 대부분의

경우 이러한 재소자에 대한 인권의 침해나 노동력의 착취와 남용 등은 철저한 감시와 감독을 통해서 얼마든지 해결될 수 있는 문제로 인식되고 있다. 실제로, California에서는 직원을 상주시켜서 교정위원회 이사회에 보고하도록 하였으나 일년도 안되어서 매일 매일의 감시감독은 더 이상 필요 없는 낭비라는 결정을 내리기도 하였는데 이는 재소자 권익의 침해 등의 폐해가 없음을 잘 대변해주는 사건이었다. 한편, 일부에서는 민영교도소가 헌법이 국가에 요구하는 것 이상으로 재소자에 대한 안전을 보호해줄 수 있다고도 주장한다. 그런데, 민영교도소에서의 재소자에 대한 권익의 보호를 위한 가장 직접적인 해결책은 재소자의 권익에 직접적으로 관계되는 모든 의사결정에 대한 전적인 권한을 국가가 유지하는 것이다. 만약 국가가 재소자의 분류, 징계 등에 관한 모든 의사결정권을 가진다면 재소자에 대한 권익의 침해소지는 줄어들게 마련인 것이다.

5) 소결

결국, 민영화는 국가형벌권과의 충돌이 아니라 국가 형벌권의 다양화와 교화개선의 향상 및 처우의 개별화와 전문화 등에 기여할 수 있음을 보여주고 있다. 더욱이, 교도소를 민영화 공영으로 이분법적으로 구분하는 것은 잘못된 것이며, 오해의 소지가 있고 전혀 도움이 되지 않는 논쟁이다. 교정이 성공적이고, 개혁적이며, 효율적으로 관리되기 위해서는 다른 요인들이 더 중요한 것이라고 할 수 있다. 결국, 여기서 중요한 것은 교도소가 공적으로 운영되어야 하는가(공영교도소) 아니면 사적으로 운영되어야 하는가(민영교도소)가 아니라 어쩌면 새로운 시도인 민영교도소를 도입하여 운영하는 과정과 문제를 고려하는 것이어야 한다.

3. 과제

1) 민영화 목표의 정립

(1) 무엇을 위한 민영화인가?

미국이나 영국이 경제성에 기초한 민영화를 강조하나 점차 교정교화의 향상을 위한 한 방편으로서의 민영화로 그 추세가 변화하고 있음을 경험하고 있다. 그것은, 지나치게 경제적 배경을 강조한 민영화는 많은 문제점의 가능성이 있으며, 혹자는 교도소 민영화의 문제는 대부분 영리단체의 이윤추구와 관련된다고 주장할 정도로 심각하게 받아들이고 있다. 즉, 범죄로부터의 사적 이익의 취득이나 형벌의 판매 등 논쟁의 여지가 있다는 것이다.

반대로, 브라질은 휴마이다 기독교 교도소의 운영으로 교화를 목적으로 한 민영화를 실현하고 있으며, 기타 중남미 국가에서도 이와 유사한 프로그램을 운영 중인 것으로 알려지고 있다. 따라서 한국에서도 경제성과 교정교화 효과의 제고라는 합목적성을 위해 우선 비영리단체를 우선 대상으로 실험할 필요가 있다고 본다. 결국, 경제성을 지나치게 강조하면 인권 시비의 소지가 있으므로 교화의 내실화를 통한 사회복귀의 향상을 일차적 목적으로 하고, 경제성을 이차적 목적으로 정립하자는 것이다.

(2) 누구를 위한 민영화인가?

민영화의 궁극적인 고객은 누구인가? 일반대중이라면 민영화와 관련된 가장 큰 쟁점은 적절한 보안을 통한 공공안전의 문제, 세금이 인상되지 않는다는 경비의 문제, 재소자가 입소 시보다 더 낫은 사람으로 사회로 복귀할 수 있는가의 문제로 귀착된다. 반면에 정부가 궁극적 고객이라면, 적절한 수준의 서비스와 법률적 책임의 최소화에 관심을 가질 것이다. 한편, 재소자가 궁극적인 고객이라면, 수용생활의 안전이나 서비스의 질 등이 관심의 대상이 될 것이다. 고객의 신분이 누구인가에 따라 민영화에 있어서 관심의 대상이 달라지기 때문에 민영화의 궁극적인 고객이 누구인가를 결정하는 것은 매우 중요한 일이다. 그것은 모든 고객에게 그들이 원하는 모든 목표를 만족시켜주지는 못하며, 오히려 그러한 노력은 아무에게도 어떠한 만족도 제공하지 못하게 되기 때문이다. 그런데, 한국의 민영화는 경제성보다는 교화개선의 향상에 그 배경이 있는 것으로 알려지고 있고 그렇다면 민영화의 고객과 목적은 더욱 분명해질 수 있다.

(3) 누구에 의한 민영화인가?

민영화의 동기를 주로 경제성과 효율성에서 찾는 서구의 경우는 민영교도소의 운영주체, 즉 민간계약자가 거의 영리를 목적으로 하는 전문기업이라고 한다. 그러나, 교정의 개방화와 사회화, 교정의 다양성 확보, 사회자원의 활용, 일부 교정경비의 절감과 과밀수용의 해소, 그리고 재소자에 대한 배려와 교화개선을 통한 사회복귀를 위하여 민영화를 추진하는 우리나라에서는 영리단체보다는 비영리단체가 더 적합한 것으로 사료된다. 그 중에서도 비교적 교정과 관련이 있고 활동경험이 있는 단체가 더 좋을 것이며, 현재로서는 갱생보호협의회 등 유관 비영리사회단체, 또는 종교단체를 활용할 수 있을 것이다. 실제로 비영리단체가 전환프로그램이나 경구금 시설 등을 운영하는 경우가 많이 있는 실정이며, 현실적으로 교도소의 민영화와 관련된 거의 대부분의 쟁점과 문제가 이윤의 추구에 기인하기 때문이라는 점에서도 비영리단체에 의한 민영화가 가장 무난할 것으로 판단된다. 반면에 중구금 시설은 보안의 중요성 등을 고려할 때 사실 상당한 동기의 부여가 필요하며 따라서 이윤의 추구라는 동기가 있는 영리단체가 운영의 주체가 되는 것이 합당하다고 여겨진다. 한편, 일부에서는 국내의 경험 있는 전문업체가 없다는 이유로 외국의 전문기업의 직접참여나 국내업체와의 제휴를 통한 간접적 참여를 허용할 필요성을 제기하고 있으나 현재로서는 민영화가 실험단계이며 국가형벌권이라는 특수성을 고려할 때 선부른 주장이라고 여겨진다.

그런데, 비영리단체를 민영교도소의 운영주체로 하는 경우 적지 않은 장점이 있는 것으로 알려지고 있다. 비영리단체는 일반적으로 지역사회에 기초하고, 사회적으로 동기 지워진 조직이기 때문에 범죄자의 사회재통합에 지역사회를 보다 효과적으로 참여시킬 수 있다. 그리고, 영리를 목적으로 하지 않는 비영리단체이기 때문에 형벌을 통한 이윤의 추구라는 논쟁도 없애고 공무원 등의 반발도 무마할 수 있어서 민영화가 용이해질 수 있다. 또한, 공영교도소나 영리목적의 민영교도소라면 형기의 종료와 출소와 함께 서비스가 종료되지만 비영리단체의 경우는 그 이후까지도 필요한 경우 서비스를 제공할 수 있다. 더불어, 비영리단체는 교정에 있어서 객관적 평가와 대안을 제시할 수 있다. 특히, 경제성에 치우치지 않고 교화개선을 강조하는 민영화를 고려할 때 운영주체의 자격은 공익법인의 설립과 운영에 관한 법률에 규정된 공익법인의 요건보다 강화할 필요가 있다. 한 가지 방법으로 미국의 교정협회와 같은 기구인 한국교정협회나 한국교정학회 또는 대학의 교정학과 등에서 정기적으로 인증(accreditation)을 부여하는 것이다.

그렇다면, 민영교도소의 직원은 어떻게 구성되어야 하는가? 물론, 직원의 채용은 민간기업이 전담하나 자격은 공무원에 준하게 하나 기본적으로 경비사제도와 같이 공공기관에서 실시하는 교육훈련을 이수하고 일정의 자격을 취득한 사람으로 채용하자는 제안이 설득력을 얻고 있다. 특히, 전문성의 확보를 위하여 교정학 전공자나 전직 교정공무원 출신자를 활용하는 것도 한 방안이 될 수 있을 것이다.

그런데, 민영교도소의 직원과 관련된 쟁점의 하나는 어떻게 적은 비용으로 자질 있는 자원을 충분히 확보하여 최상의 서비스를 제공할 수 있는 가이다. 교정경비의 대부분은 운영경비이며 운영경비의 대부분은 또 인건비라는 점에서 이 문제에 대한 논쟁은 그 해결이 쉽지 않은 것으로 보인다. 단순한 인력의 감축은 서비스 질의 저하를 초래하게 되기 때문이다. 그러나, 많은 경우 인력의 감축을 통한 인건비의 절감을 시도하는데, 그것은 시설의 현대화, 과학화, 기계화 등 새로운 설계와 장비의 과학화 및 교도소 운영과 인사관리의 쇄신을 통해서 질적 저하를 초래하지 않고도 자질 있는 최소한의 인원만을 채용하기 때문에 인력의 감축이 가능한 것으로 밝혀지고 있다.

2) 법적 근거의 마련

교도소의 민영화는 국가 강제력과 형집행권과 관련되기 때문에 그 법적 근거를 필요로 한다. 미국의 경우, 주 법률에 민영교도소에 관한 근거조항을 마련하는데, 예를 들어, Texas주에서는 정부법(Government Code)에 교정국장에게 민영교도소 운영에 관한 계약 체결권을 부여하는 것을 규정하고 있다. 호주에서도 주 행정법에 근거조항을 두어서, Victoria 주에서는 교정법(Corrections Act)에 교정장관에게 계약 체결권을 부여하고 있다. 한편, 영국에서는 형사사법법(Criminal Justice Act)에서 내무성 장관에게 계약 체결권을 부여하고 있다. 따라서, 우리도 민영화에 관한 근거규정을 행정법, 소년원법, 소년법 등에 마련하고, 부실방지, 관리감독, 책임소재 등 운영에 관한 구체적인 사항은 특별법으로 규정할 필요가 있다.

민영화의 필요성과 특성, 공공성과 공정성의 확보, 정당성의 부여 등을 위해 민영교도소법 또는 민영교도소에 관한 법률 또는 교도소 민영화에 관한 법률 등의 종합적인 특별법 제정이 필요하며, 여기에는 운영주체(설립, 기관, 회계, 재산, 사업, 해산 등), 직원(자격, 신분, 복무, 권한과 책임 등), 운영방법(지원과 감독 등) 등이 규정될 필요가 있다.

3) 시민의 부정적 태도의 해소

교도소의 민영화를 어렵게 하는 가장 큰 장애의 하나가 민영교도소에 대한 차별적 교정, 특혜 시비, 또는 형벌의 완화 등 시민의 부정적 감정과 태도라고 할 수 있다. 그러나 이문제도 형벌성과 교화성의 균형과 수형자 선정의 투명화와 객관화를 통하여 이러한 부정적 의구심을 해소할 수 있을 것이다. 반대로 과거 많은 사회복지법인에서의 불미스러웠던 일들을 연상하여 민영교도소에서도 재소자의 권익이 침해될 수 있다고 우려하는 바도 없지 않다. 이에 대해서는 비영리단체에 위임하거나 영리단체에 위임하는 경우 철저한 계약과 계약자 선정을 하고, 수형기간의 결정 등 재량권을 허용하지 않고, 수용인원 당 일정액을 지불하지 않는 지원금의 지불, 지나친 장기계약의 회피 등의 방법으로 해소될 수 있는 것들이다.

4) 의존성 또는 독과점의 회피

민영화에 있어서 가장 중요한 요건은 경쟁적 입찰과 계약이 전제되어야 한다는 것이다. 이는 입찰과 계약이 가장 양질의 서비스를 가장 저렴한 가격으로 제공할 수 있는 입찰자를 선택할 수 있도록 효과적인 경쟁을 확보할 수 있는 방법으로 이루어져야 함을 뜻한다. 공공기관이건 민간기업이건 관심있는 모든 입찰자가 동일한 기준에 따라 동일한 입장에서 경쟁하고 입찰에 참가할 수 있도록 개방되어야 가장 긍정적인 결과 초래하고, 공사간 참된 경쟁이 가능해야 경제성은 물론이고 교화개선의 향상이 인권의 침해나 서비스의 질적 저하를 초래하지 않고도 실현 가능한 것이다. 또한, 비영리단체를 운영주체로 삼고, 교도소의 민영화를 부분적으로, 즉 시설은 국가에서 하고 그 운영만 민간에 위임하면 민간기업의 독과점과 그로 인한 의존성의 문제를 해결할 수 있을 것이다. 또는 법으로 국가가 민영교도소가 조건을 어기거나 문제가 있을 때는 언제든지 계약을 취소할 수 있는 규정을 두는 것도 한 방안이 될 수 있다.

5) 계약과 감독의 철저

(1) 계약

가. 계약기간

기업 측에서는 가급적 장기계약을 원하지만 지나친 장기계약은 공정한 경쟁을 어렵게 하고 이는 민영화의 의도에 어긋나는 것이며, 민영교도소에 대한 통제도 곤란해지고 따라서 부패의 위험을 초래하게 된다. 반면 단기계약은 경쟁을 부추길 수는 있고 계약자의 업무수행이 만족스럽지 못하거나 계약을 충족시키지 못하면 계약자를 바꿀 수 있고, 변화하는 여건을 반영할 수 있도록 재협상 할 수 있다. 그러나, 교정에 있어서 지나친 단기계약이 문제로 지적되는데, 그것은 예산확보, 프로그램과 직원확보, 예산편성 등이 시간이 걸리고 어렵기 때문이다. 더구나, 단기계약의 경우 회사는 입찰가를 올려서 비용을 충당하려고 하기 때문에 경비부담이 늘어나며, 이는 민영화의 경제적 이점을 앗아가게 된다. 따라서, 대부분의 계약이 3-5년 정도가 무난한 것으로 받아들여지고 있다.

장기 계약이 처음에는 비용이 적게 들지만 계약의 수정이 요구됨에 따라 비용이 더 많이 들 가능성이 많아진다. 이는 입찰과정에서는 공공기관이 주도권을 가질 수 있으나 계약이 성사된 후에는 힘의 균형이 계약자에게로 넘어가게 되어 공공기관은 재소자를 수용할 공간의 확보로 인하여 일종의 인질이 되기도 하기 때문이다. 그러나, 3-5년의 정해진 기간을 처음 계약하고 그 후 2년에 대해서는 정부나 계약자가 벌칙 없이 계약을 취소할 수 있도록 조건을 붙이면 계약자가 정부와의 선린관계를 유지하려고 노력하게 될 것이다.

나. 계약 내용

제공되어야 할 서비스의 내용이 구체적으로 명시되지 않을 때 입찰과 계약을 통한 민영화는 문제가 될 수 있다. 따라서 수용대상, 처우, 권한과 책임, 경비 등 제반 사항이 구체적

로 계약에 명시될 필요가 있다. 그러나, 지나치게 구체적인 계약은 민영교도소의 장점을 살리기가 어렵다. 따라서, 계약의 내용은 민영교도소의 융통성을 해치지 않는 범위 내에서 제한적이어야 하고, 대신에 재계약을 통하여 계약의 준수여부는 통제하면 되는 것이다.

다. 재소자분류

중요한 계약내용의 하나는 어떠한 재소자를 수용할 것인가의 문제로서 이송과 석방결정에 있어서 민간 계약자의 역할에 관한 내용까지 포함하고 있다. 대부분의 민영교도소가 위험성이 낮고 문제가 적은 보안수준이 낮은 재소자와 이윤이 큰 마약사범과 같은 특수한 서비스를 요하는 재소자를 수용하기를 원하기 때문이다. 그런데, 어떠한 재소자를 수용할 것인가를 먼저 결정해야만 수용자의 특성에 맞는 시설이 만들어질 수 있고 수용자에게 필요한 처우를 정할 수 있으며 그 결과에 따라 경비의 산출도 가능해지는 것이다. 원칙적으로 수용대상은 청소년비행자에서 경미범죄자 심지어 중구급대상자까지 가능하나 시험적으로 사회의 안전, 시민의 설득, 재소자의 안전, 그리고 살상무기 사용의 필요성 최소화 등을 고려하여 청소년 범죄자와 개방 또는 경구급 대상 수용자가 바람직한 것으로 보인다.

라. 최소 업무수행 기준

최소한 기대되는 업무수행의 기준이 계약서에 명시되어야 한다. 이는 정부와 계약자 모두를 보호할 수 있기 때문인데, 정부는 지원금에 대하여 기대하는 바를 분명하게 규정할 수 있음으로써 보호받을 수 있고, 계약자는 제공되어야 할 서비스에 관한 규칙 등을 정부가 변경하는 것으로부터 보호받을 수 있다는 것이다. 구체적으로, 직원채용기준, 직원의 행위, 공간의 확보, 안전과 위생 요건, 보안과 통제, 질차, 징계절차, 감독과 감시, 음식과 의료 조건, 교육 및 훈련의 여부와 그 내용, 여가, 그리고 교도작업 등에 관해서 명시되어야 한다.

마. 경비의 지급

대부분의 경우 민영교도소에 대한 지원금의 지급은 재소자 1인당 일정액으로 산출되어 지급되고 있다. 이 경우, 최소와 최대한의 수용인원을 정해줄 필요가 있다. 최소인원의 지정은 충분한 인원이 확보되지 않을 경우 계약자의 손실을 막기 위해서 인데 이는 수용인원에 대한 궁극적인 통제가 정부에 달려있기 때문이다. 대부분의 경우, 수용능력의 70% 정도를 최소 수용인원으로 정하고 있다. 반면, 최대수용인원의 제한은 수용공간의 확보와 과밀수용의 방지라는 측면에서 긍정적으로 작용할 수 있으며, 대부분 100%로 잡고 있다. 그 밖에, 수용인원에 관계없이 시설운영에 대하여 일괄적으로 지급되는 경우도 있다. 이 방법은 계약자로 하여금 지원금을 늘리기 위하여 수용인원을 높이려는 노력이나 허위보고 등을 하지 않아도 되도록 할 수 있다는 장점이 있다.

(2) 감독

교도소는 공중의 눈에 가시적인 시설이 아니기 때문에 모든 교도소에 대한 감시와 감독은 매우 중요하다. 감시감독의 기능은 민간 계약자가 계약을 제대로 준수하도록 확인하는 것이다. 특히, 계약자가 기업일 때는 이들 기업은 외부로부터의 통제에 거의 영향을 받지 않기 때문에 더욱 문제가 된다. 의미 있는 감시와 감독을 위해서는 효과적인 감시와 감독체계의

마련이 중요하다. 특히, 수요와 공급이라는 자유시장의 통제기제가 교도소에서는 적용되기 어렵기 때문에 더욱 중요시되고 있으며, 여기서 다시 분명하고 자세한 계약이 민영화의 성패의 주요한 열쇠라는 것을 알 수 있다.

그런데, 민영교도소에 대한 정부의 감시감독을 위하여 복합적인 대책이 강구될 수 있다. 가장 전통적인 방안은 교정 공무원을 민영교도소에 파견하여 근무시키는 것이다. 그 밖에 몇 가지 대안이 제시될 수 있는데, 우선 전담 계약감시자를 임명하여 교도소 시설, 기록, 재소자, 그리고 직원들을 직접 접할 수 있도록 하는 것이다. 물론, 대규모 시설에는 여러 명의 전담자를 두는 것이 바람직하다. 이 방법은 비용이 많이 들 수 있으나 계약에 명시된 조건을 충족시키도록 하는데 매우 효과적일 수 있다. 그러나, 이 방법은 몇 가지 문제도 있다. 우선 민영화의 비용이 증대되고, 소장이 파견된 하급 공무원과 협의하는 등 지휘통솔 체계가 흔들릴 수 있으며, 보수가 많고 혜택이 많은 공무원과 그렇지 못한 민영교도소 직원간에 접촉이 증대되어 직원들의 사기에 영향을 미칠 수 있으며, 감독관을 매수할 위험성도 있다. 민영교도소의 책임감을 고양하기 위한 구체적인 방법 중의 하나는 바로 영국의 내무성 통제관(Home Office Controller) 제도이다. 통제관은 민영교도소에 파견되어 현장의 귀와 눈으로서 기능 하는 사람이다. 그는 각종 서류와 자료를 정기적으로 보고 받아 검토, 분석하고 현장을 돌아다니며 관계자들을 면담하기도 하여 교도소의 전반적인 운영을 Monitor하게 된다. 이 경우, 민영화 초기에는 상주하고 정착기에는 수시로 방문하여 감독하면 좋을 것이다. 어느 경우이건 외부민간인 전문가를 자원봉사자이건 촉탁으로 위탁하여 공무원과 함께 활동하도록 하면 감독관의 매수나 밀월관계 또는 공무원의 근무태만 등의 문제가 발생하기 어려워지기 때문에 감독이 더욱 잘 될 수 있을 것이다.

이 보다 효과적이지는 못하지만 또 다른 대안으로서 지명된 교정공무원이 주기적으로 시설을 검열하는 것이다. 공무원이 현장에 상주하는 경우 사전예방도 가능하나 이 방법은 사건이 발생한 후에 계약의 위반 등을 밝히는데 그치게 된다. 그러나, 이 방안은 비용이 적게 들고, 사전에 통지하거나 알리지 않고 불시에 자주 검열을 행한다면 그 효과가 상당히 커질 수도 있을 것이다. 그 밖에, 민영교도소에 대한 공중참여를 보완하는 방안도 제시되고 있다. 감독기제 중에서 어쩌면 가장 바람직한 형태는 제 3 자에 의한 계약의 감시감독 일 것이다. 제 3자 감독자로서는 교정협회, 교정 및 관련 전공의 대학교수, 형사정책연구원, 변호사, 교정학회 또는 관련학회 등이 해당될 수 있다. 더욱 바람직한 것은 공중통제가 될 수 있는데 이를 위해서는 민영교도소의 시설과 정보 및 자료에 대한 접근이 용이해야 하는데 민영교도소도 정보공개법의 적용을 받도록 하면 좋을 것이다. 이 경우 교도소에 대한 공중참여를 계약에 명시할 필요가 있다. 언론이나 기타 사회단체 등의 공중통제로서 이 방법은 민영화나 정부에 아무런 비용을 추가하지 않고도 감시감독의 대안을 하나 더 추가할 수 있다는 이점이 있다. 이 것이 가능해지면 재소자에게 언론이나 공중에 교도소에서 일어날 수 있는 문제에 경고를 보내고 경각심을 일깨울 수 있다. 그러나, 이 방법은 앞에서 제시한 다른 감시감독의 방안에 대한 보완이어야지 독자적인 유일한 감독방법이어서는 안 된다.

끝으로, 감시감독이 효과적이기 위해서는 반드시 남용에 대한 제재가 가능해야 한다. 제재의 방법은 이윤을 줄일 수 있는 벌금이 대안이 될 수 있는데, 이는 벌금 때문에 기업이 계약을 충실히 이행하도록 유인할 수 있기 때문이다. 적정하게 매겨진 벌금은 사익과 공공의 무를 재조정하게 하고, 보호와 교화개선을 혁신하는 동기를 부여하게 된다. 결국, 직원이나

교도소의 운영에 대한 감시와 감독을 스스로 철저히 하여 성공적으로 교도소를 운영하여 경쟁사에 비해 우월적 지위를 확보하려고 할 것이기 때문에 교정발전에 도움이 될 수 있다고 한다. 물론, 벌금이 완전한 감독방법이 될 수는 없다. 벌금제도에 공중통계를 결합한다면 더 효과적일 수 있는데, 그것은 민영화가 논쟁의 여지가 있고 공중과 언론의 관심을 끌고 있어서 민영교도소 측에서는 긍정적인 호응을 얻기를 원하기 때문에 언론이나 공중과 밀월관계를 유지하고자 하여 공영교도소보다 공개적일 수 있다. 따라서 공중과 언론에 의한 감시가 더욱 용이해질 수 있으며, 이는 또한 국가에 의한 직접적인 감시감독을 보완할 수 있어서 비용을 절감하는데도 기여할 수 있다. 그러나, 기업은 기업비밀이라는 이유로 정보를 공개하기를 꺼려하게 되는데 이 경우 공공기관에 준하여 정보공개법 등의 적용을 받도록 하는 방안이 검토될 수 있을 것이다. 끝으로, 재소자 자체에 의한 감시도 생각해 볼 수 있다. 재소자 대표가 언론 등에 자신들의 문제를 알릴 수 있게 하자는 것이다.

방법과 대안이 무엇이던 감시감독이 효과적이기 위해서는 민간 계약자의 계약이행이 만족스럽지 못할 경우 정부가 계약이 종료되면 아무런 어려움 없이 계약자를 바꿀 수 있어야 하며, 자유로운 시장경쟁이 이루어져야 하는데, 이를 위해서도 계약기간이 지나치게 장기계약 이어서는 안 되지만 반대로 충분히 투자의 가치가 있다고 생각할 수 있을 정도로 충분한 기간이어야 하는데, 통상 3-5년을 계약기간으로 하고 있다.

그러나, 민영교도소에 대한 정부의 감시감독은 많은 어려움에 직면하지 않을 수 없다. 감시감독을 민간기업에 대한 규제라고 반대하고, 친인척을 고용하고 퇴직 후 고용을 약속하는 등 파견된 감독관을 매수하려고 노력하며, 규제나 감독기관에 친 기업적 분위기를 조성하고 유도하며, 알게 모르게 감독관과 교도소 직원 사이에 친분관계가 조성되는 등이 그 예라고 할 수 있다. 더구나, 기업이 계약위반으로 처벌받을 위험성은 여러 가지 이유로 최소화되기 때문에 감시감독의 효과가 방해받게 된다. 제한된 기업만이 교도소 운영에 참여하기 때문에 경쟁이 제한적이고, 계약을 위반한 회사를 인수하여 대신 운영할 수 있는 정부의 능력이 부족하며, 계약의 위반에 따른 벌금이 계약위반을 통한 이익보다 상대적으로 약하기 때문에 억제효과가 작아지며, 의사결정이 분산되기 때문에 간부들에 대한 형사책임이 상당히 보호받게 되고, 기업은 전문적인 법률서비스를 제공받을 수 있어서 정부를 상대로 한 쟁송에 승소할 가능성이 높으며, 시장의 회소성 등 특수성으로 인하여 부정적 인식이 미치는 영향도 적어지는 등이 민영교도소에 대한 정부의 규제를 약화시킬 수 있는 요인이라고 할 수 있다. 그러나, 감시감독의 효과는 감독관이 가할 수 있는 제재의 정도와 기업으로부터의 감독관의 자율성의 정도에 달려 있다.

(3) 업무수행 평가

입찰과 계약을 통한 교도소의 민영화는 최선의 가치가 아니라 최저의 비용만을 기준으로 할 때, 문제의 소지가 있다고 한다. 한국에서의 교도소 민영화가 경제성에만 기인하지 않고 교화개선의 향상을 일차적 목표로 한다면 더욱 경쟁을 통한 계약에 있어서 단순히 금전적 기준에 따라 최저가격에 입찰되는 것보다는 경제적 기준과 동시에 업무수행능력도 평가되어야 한다. 그러나, 경제적 기준은 분명하나 업무수행능력의 평가는 다분히 주관적일 수 있고 그 기준이 분명하지 않을 수 있기 때문에 평가의 기준이 마련되어야 한다.

4. 맺는 말

민영화할 것인가 아닌가는 더 이상 문제가 아니다. 지금까지의 논쟁을 통해서 민영교도소는 공영교도소를 보완할 수 있는 하나의 새로운 대안인 시도는 사실에 대해서는 이론의 여지가 없기 때문이다. 물론, 민영교도소에 대한 쟁점과 문제도 없지 않지만 대부분은 공영교도소도 겪고 있는 교정 공통의 문제이다. 또한, 경험을 통하여 교정의 중요한 문제와 목표가 민영화를 통해서 상당 부분 해소되고 성취될 수 있다는 사실을 알게 되었고, 그렇다면 적어도 우리에게도 그것을 증명할 기회는 주어져야 하며, 반대로 교정이 정부에 의해서만 이루어져야 하고 이루어질 수 있는 것이라면 정부도 그것을 입증해야 할 것이다. 결국, 이제 누가 교정 서비스를 제공해야 하는가 보다는 누가 가장 저렴한 비용으로 가장 양질의 서비스를 제공할 수 있는가에 관심을 가져야 한다.

그러나, 민영화에 따른 예상되는 문제와 쟁점에 대해서 긍정적인 평가와 해결책이 제시될 수 있어도 민영화가 교정에 있어서 모든 문제를 해결할 수 있는 만병통치약은 될 수 없으며 단지 교정에 있어서 하나의 새로운 시도요 대안이라고 해야 할 것이다. 그러나, 지금까지의 논의에 기초한다면 교도소의 민영화가 위헌적 소지도 없으며, 국가의 배상책임도 줄일 수 있었고, 재소자에 대한 법률적 조치의 범위도 확대될 수 있고, 교정의 경비를 줄일 수 있으며, 서비스의 질도 향상시켰고, 교정에 대한 국가의 책무와 통제력도 향상시켰다고 증거를 통해서 입증되고 있다. 그래서, 교정의 민영화는 이제 하나의 새로운 실험이 아니라 교정 서비스를 제공하는 하나의 대안인 시도는 현실로서 받아들여지고 있어서, 더 이상 민영화 할 것인가라는 의문이 아니라 왜 장점이 입증된 대안을 추구하지 않는가를 설명해야 할 짐을 지고 있다. 문제는 공사간 누가 보다 저렴한 비용으로 보다 양질의 교정 서비스를 제공할 수 있는가에 관심을 가질 때라는 사실이다. 더 이상 교정이 비경쟁적 국가 독점의 시대는 지나고 교도소는 누구든 가장 효율적이고 효과적으로 운영할 수 있는 주체에 의해서 관리되고 운영되어야 하는 시대가 도래한 것이다. 이는 현대 교정이 경쟁을 요하고, 책임감을 요하며, 창의성을 충동하고, 성공에 대해서 보상하고, 선택의 여지를 마련하도록 요청하고 있다. 이러한 경쟁에서 때로는 공공기관이 때로는 민간분야가 승자도 될 수 있고 패자도 될 수 있어야 한다.

* 이 글은 형사정책연구 제12권 제1호(통권 제45호, 2001·봄호)에 실린 글입니다.

사회계급 - 범죄관계에 관한 비판적 고찰

기광도(한국형사정책연구원 부연구위원)

I. 머릿글

사회계급체계(social class system)는 그 사회에서 희소자원이라고 여겨지는 것에 대한 차별적 분배로 생겨난 불평등체계라고 할 수 있다. 즉 경제적 자산과 소득, 정치적 권력이나 권위, 사회적 위세 등의 차별적인 소유로 인한 위계체계이다. 따라서 특정 사회계급에 속한 사람은 다른 계급의 사람들과는 차별적인 자원(resource), 삶의 기회(life chance)와 생활양식(style of life)을 가지게 되며, 이러한 계급간 삶의 자원 및 조건들은 개인의 기회구조 및 경험, 삶에 대한 가치관 및 사회적 태도, 그리고 행위양상에 영향을 미친다.

범죄학에서도 사회계층체계가 범죄행위에 미치는 영향에 관한 사회계급-범죄관계는 주요 관심거리 중의 하나이다. 따라서 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 설명과 경험적 연구들이 시도되었다. 그러나 이러한 연구들은 두 현상간의 관계에 대해서 다양한 견해들을 제시하였고, 아직도 명확한 결론이 나지 않은 상태로 남아 있다. 어떤 범죄학 이론들은 사회계급에 따라 범죄발생의 차이가 있다고 주장하는가 하면, 다른 이론에서는 사회계급과 범죄간에는 관계가 없다고 주장하기도 한다. 그리고 어떤 이론들은 하위계급에서 범죄가 많이 발생한다고 주장하는데 비하여, 다른 이론에서는 오히려상위계급에서 범죄가 많이 발생한다고 주장하기도 한다. 경험적 연구에서도 사회계급과 범죄간의 관계에 대해서는 두 현상간의 강한 부(-)의 관계가 있다든지 또는 아무런 관련도 없다든지, 특정 유형의 범죄에서만 관계를 보인다는 등의 다양한 결과들이 제시된 바 있다.

사회계급-범죄관계에 대한 현재의 주된 쟁점은 각각의 이론에 의해 제시된 서로 대립적이고 모순적인 다양한 주장이 제시되고 있다는 것과 또한 이러한 이론적 주장들이 경험적인 연구결과와 일치하지 않다는 것이다. 이러한 현상은 기존의 사회계급-범죄관계에 대한 연구가 이론적 설명 및 경험적 연구로 분리되어 접근되었다는 사실에 기인하기도 한다. 그러나 근본적으로 이론형성과정에서의 이념적 편향, 용어사용의 혼란, 논리적 비약, 그리고 조사방법론상의 오류 등에 의한 것이다. 최근에는 사회계급-범죄관계에 대한 문제를 인식하고, 이러한 상황을 해결하기 위한 시도들이 이루어지고 있다.

이 글에서의 궁극적 물음은 사회계급-범죄관계는 이론적으로 설명이 가능하고, 경험적으로 검증이 가능한 것인가이다. 따라서 이 글에서는 미국에서 전개된 범죄학 이론들과 경험적 연구들이 사회계급과 범죄간의 관계를 어떻게 바라보고 있으며, 분석하고 있는가를 고찰하고, 그러한 이론과 경험적 연구의 문제점들을 살펴보기로 한다. 명확하게 말하면, 이 글은 사회계급-범죄관계 자체를 직접적으로 다루기보다는 그 동안 전개된 사회계급-범죄관계에 대한 이론 및 경험적 연구에 대한 비판적 고찰이다. 이러한 고찰을 통하여 사회계급-범죄관계를 어떻게 이론적으로 설명하고 경험적으로 분석해야 할 것인가를 살펴보려는 것이다.

II. 사회계급-범죄관계에 관한 이론

미국의 1930-40년대 범죄학이론들은 기본적으로 특정 지역이나 특정 집단, 특히 하위계급의 높은 범죄발생현상을 설명하기 위한 관심에서 출발하였다고 할 수 있다. 당시의 주된 관심은 왜 하층계급에서 높은 범죄율을 보이는가를 설명하려는 것이다. 대체적으로 이러한 이론들은 범죄가 사회계급에 따라 차등적으로 나타난다는 견해, 즉 사회경제적 지위가 낮을 수록 범죄를 저지를 가능성이 높다는 입장을 취하고 있었다. 이러한 이론들은 주로 형사사법기관의 공식통계자료에 나타난 사회계급과 범죄간의 현상을 대상으로 하였다. 대표적인 이론으로는 머튼의 아노미이론, 생태학적 이론, 하위문화이론 등이 있다. 그러나 사회경제적 하위계급에서 범죄가 많이 발생한다는 주장에 대하여 몇몇의 학자들은 비판적인 입장을 취하기도 하였다. 베블렌, 서덜랜드, 소로킨 등은 지배계급의 부도덕성을 강조하며, 사회경제적 상위계급에서 범죄가 더 발생한다는 주장을 제시하기도 하였다. 그러나 이러한 주장은 이론적 수준으로 체계화되지는 못했다고 할 수 있다. 이러한 초기의 범죄이론들은 공식통계와 같은 가시적인 자료에 대한 관찰과 분석을 통하여 특정 사회계급이나 집단의 범죄현상을 설명하는데 치중하였기 때문에, 사후해석적 경향을 띄고 있으며, 경험적 검증도 소홀히 하였고, 따라서 일반적인 사회계급-범죄현상을 설명하는 데에는 한계를 지니고 있었다.

이러한 대립적인 입장에 대하여, 1950-60년대에 전개된 학습이론이나 통제이론, 억제이론들은 사회경제적 하위계급의 범죄에 대하여 노골적인 관심을 보이지 않는다. 이러한 이론들은 주로 자기-보고식 조사를 통하여 범죄현상을 분석하여, 사회계급과 범죄간의 부-의 관계에 대한 회의적인 입장을 표명하기도 한다. 그러나 이러한 이론들이 사회경제적 지위와 범죄행위간의 관계에 대하여 명확하게 밝히고 있지는 않지만, 사회계급과 범죄간의 관계를 은연중 내포하고 있다고 할 수 있다. 즉 사회계급적 특성들은 개인의 사회화 과정, 사회적 연대, 사회적 통제 등에 영향을 미침으로써 간접적으로 범죄행위에 영향을 미칠 수 있다는 것이다. 그러므로 이러한 이론들을 논리적 확장을 통하여 사회계급과 범죄간의 관계를 추론할 여지는 남겨주었다.

또한 1960-70년대의 낙인이론이나 갈등주의적 범죄이론 등은 마르크스의 견해를 수용하여 전통적 이론에서 제시된 사회계급과 범죄간의 관계에 대하여 비판적 입장을 취하고 있다. 이러한 이론들은 범죄현상을 자본주의 사회구조와 국가권력의 통제의 측면에서 다루고 있다. 비록 이러한 이론들도 사회경제적 하위계급의 높은 범죄율을 인정하지만, 이러한 현상을 범죄자의 사회경제적 특성보다는 국가통제나 사회통제의 차별성에 기인한 것으로 인식하고, 그러한 권력의 작용으로 인한 범죄자에 대한 차별적 낙인, 불평등한 집행 등을 강조한다. 이러한 이론들 역시 하층계급의 높은 범죄율에 대한 또 다른 해명에 지나지 않는다고 할 수 있다. 그리고 1980-90년대에 와서는 사회계급과 범죄간의 관계를 설명하기 위한 다양한 통합이론들이 모색되었으며, 특히 헤이건(Hagen)에 의하여 제안된 권력-통제이론은 상위계급에 범죄가 더 많이 발생할 수 있다는 견해를 제시하기도 하였다. 그러나 전반적으로 사회계급-범죄관계에 대한 연구의 관심은 줄어드는 상황이라고 할 수 있다.

이와 같이 사회계급과 범죄간의 관계에 대하여 다양한 주장들이 제시되고 있지만 몇 가지

유형으로 범주화할 수 있다. 허쉬(Hirschi, 1972)는 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 이론적 관점과 경험적 연구를 정리한 바 있다.1) 그의 견해에 근거하여 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 4 가지의 모형을 분류하여 살펴보기로 한다. <그림 1>은 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 모형을 보여준다. 모형-I (bottom hypothesis)은 하위계급의 범죄율이 높다는 가설이며, 모형-II (top hypothesis)는 범죄는 하위계급보다 상위계급에서 높다는 견해이다. 모형-III (independent hypothesis)은 사회계급과 범죄간에는 관계가 없다는 독립관계모형이다. 그리고 모형-IV (top-bottom hypothesis)는 범죄는 하위계급과 상위계급에서 높고, 중간계급에서 상대적으로 낮다는 견해이다.

<그림 1> 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 기본모형

모형-I 과 관련된 범죄이론은 1940-50년대의 아노미/긴장이론, 사회해체이론, 하위문화이론, 1960-70년대의 낙인이론, 갈등주의적 또는 마르크스적 범죄이론 등을 포함하고, 모형-II는 초기 범죄이론을 비판하는 소로킨, 그리고 서덜랜드의 견해, 그리고 권력-통제이론 등을 들 수 있다. 그리고 모형-III은 범죄현상을 사회계급과 연관시키지 않고, 이러한 주제에 대하여 논의를 피하거나 소극적인 입장을 취하는 이론으로서 학습이론, 통제이론, 억제이론 등이 포함되고, 모형-IV는 모형-I 과 모형-II를 통합한 변형모형이라고 할 수 있다. 그러면 이러한 분류에 따라 각각의 범죄학이론들이 사회계급과 범죄간의 관계를 어떻게 설명하는지를 간략하게 고찰하기로 한다.

1. 모형-I: 하위계급의 범죄율이 높다는 가설

가. 아노미/긴장이론, 사회해체이론, 그리고 하위문화이론

사회경제적 하위계급의 범죄율이 높다는 가설은 1950년대 이전 전통적인 범죄이론의 전형적인 주장이었다. 이러한 입장은 “빈곤은 범죄의 근원”이라는 관념에 근거한 것이다. 대표적인 이론으로는 머튼(Merton)의 아노미이론, 쇼우와 맥케이(Show and Mckay)의 사회해체이론, 그리고 코헨(Cohen) 등의 하위문화이론이다.

머튼은 사회적 목표와 그러한 목표를 달성하는 합법적 수단간의 불일치현상을 의미하는 아노미개념으로 범죄현상을 설명하였다(Merton, 1938; 1968). 그의 주장에 의하면, 문화적 목표와 합법적 수단간의 관계가 일치할 때에는 개인들은 순응(conformity)이라는 행위양상을 선택한다. 그러나 목표와 수단이 불일치할 때, 개인은 사회심리적 긴장상태에 놓이게 되고, 이러한 긴장상태에서 벗어나기 위하여 개인들은 다양한 적응활동을 시도한다. 머튼은 ‘혁신’(innovation), ‘의례’(ritualism), ‘은둔’(retreatism), ‘반항’(rebellion)의 네 가지 유형의 적응활동유형을 제시하였다. 이러한 행위양상 중에서 일탈이나 범죄와 밀접한 관련을 가지는 것은 혁신적 행동이라고 할 수 있다. 혁신은 문화적으로 규정된 목표는 수용하지만, 수단에 대해서는 거부하여, 대안적인 비합법적인 수단을 사용하는 적응행위이다. 이러한 행위는 사회경제적 지위가 낮은 계급에서 현저하게 나타난다. 즉 미국사회에서 하위계급

의 경우, 경제적 부의 획득이라는 문화적 목표는 교육 등의 합법적인 수단으로 획득하기에는 너무 제한되어 있기 때문에, 범죄행위 등의 비합법적인 행위를 통하여 문화적 목표를 얻으려 한다는 것이다(Merton, 1968: 185-194). 물론 문화적 목표와 수단간의 불일치가 일탈이나 범죄를 유발시키는 유일한 원인은 아니다. 모든 사회계층의 구성원들은 사회심리적 긴장을 경험하지만, 그렇다고 해서 모두가 일탈적 행위를 하는 것은 아니다. 범죄행위로서의 혁신적 적응은 법에 대한 도덕적 수용정도에 의하여 결정된다. 일반적으로 중하위계층은 혁신적 행위보다는 의례주의적 행위를 따르는 경향이 있다. 그들도 하위계층보다는 상대적으로 덜하지만 긴장을 겪고 있다. 그러나 그들의 부모들은 범죄에 대항하는 도덕적 신념을 갖고 있으며, 그러한 신념을 자녀들에게 내면화함으로써 의례주의적 행위를 하게 한다. 이에 비하여 하위계층은 개인들이 사회의 규범을 준수하도록 하는 사회화가 덜 되었기 때문에 범죄행위를 더 많이 한다는 것이다. 즉 도덕적으로 사회적 규범이 덜 내면화된 개인들이 문화적 목표와 수단간의 긴장을 경험할 때, 혁신적 적응으로서 범죄행위를 저지르게 된다는 것이다. 이러한 도덕적 규범의 내면화의 부재는 하위계층에 팽배해있으며, 이로 인하여, 다른 사회계층보다 범죄를 더 많이 저지른다는 것이다(Merton, 1968: 195-211). 이와 같이 머튼은 사회계층에 따른 적응양상을 구분하는 과정에서, 사회경제적 하위계층의 높은 범죄 발생을 주장하였다.

쇼우와 맥케이(Show and Mckay)는 도시에서의 비행의 분포가 도시내부의 하층주거지역에서 가장 높고, 도시 외곽의 상류층 주거지역으로 나아갈수록 감소하는 것으로 밝혀내고, 그러한 현상을 도시하층 주거지역의 사회적, 환경적 특성에 의한 것으로 파악하였다. 그들은 사회적, 환경적 특성과 범죄행위간을 연결하는 두개의 기제를 비인습적 역할모형(unconventional role modeling)과 지역적 사회통제력의 부재(absence of social control)로 보았다. 하층계층 주거지역의 사회통제력 부재와 범죄역할모형이 범죄행위를 유발한다고 주장하였다(Show and Mckay, 1972).

비행하위문화론(delinquent subculture theory)에서는 사회적 지위가 낮은 계급은 범죄행위를 유발하는 문화적 특성을 갖고 있다는 견해를 제시한다. 이러한 이론으로는 코헨의 비행하위문화이론, 밀러의 하위문화이론, 그리고 클라우드와 올린의 차별기회이론 등이 있다. 코헨(Cohen, 1955)은 일탈을 야기하는 사회적 긴장을 유발하는 것은 물질적 성공에 대한 좌절이 아니라, 인습적인 사회에서 인정을 받지 못하는 것과 지위획득에 대한 좌절로 보고 있다. 사회적으로 인정되는 인습적인 규범은 주로 중간계층의 기준에 바탕을 두고 있다. 중간계층의 자녀들은 비교적 쉽게 이러한 기준에 따른 지위와 사회적 인정을 얻게 된다. 그러나 하층의 자녀, 특히 소년들은 이러한 기준에 의한 지위를 획득하지 못한다. 그들의 태도와 행위는 중간계층의 기준에 맞지 않기 때문이다. 결국 기대된 기준에 대한 실패는 '지위좌절'(status-frustration)을 느끼게 한다. 코헨에 의하면, 비행하위문화는 이러한 지위좌절에 대한 대응으로 형성된다고 한다. 하층의 자녀들은 폐쇄된 도시지역에서 활동하게 되고, 그들의 상호작용은 그들의 공통문제에 대해 인식하게 하고, 공동의 해결방법을 모색하게 한다. 또한 그들의 규범과 지위를 정당화하고, 그들이 도달할 수 없는 중간계층의 가치와 규범을 부정하는 비행하위문화를 형성시킨다는 것이다.

밀러(Miller, 1958)도 경제적으로 박탈된 공동체의 하위계층 남성범죄집단의 비행에 관

심을 보였다. 그에 의하면, 비행은 하위계층문화에 대한 청소년의 적응양상이라는 것이다. 비행은 하위계층문화에서 기대하는 바를 얻기 위한 방편이다. 하층계층의 문화를 '말살부리기'(trouble), '거침'(toughness), '교활함'(smartness), '흥분추구'(excitement), '체념'(fate), '자기맘대로'(autonomy)로 특징화하였다. 이러한 문화적 특징을 과시하면서, 그들은 거리의 폭력집단에 속하게 되며 그러한 지위를 얻게 된다. 따라서 그러한 노력은 타인과의 싸움이나 불법 및 일탈행동을 저지르게 된다. 이와 같이 하층이 그들이 속한 가치와 규범 속에서 살아가려는 노력을 할수록 사회법규를 위반하게 된다. 즉 하층의 범죄는 일반문화에 대한 거부나 저항의 결과가 아니라, 자신의 하층문화를 수용하는 결과로 발생하게 된다는 것이다.

클로워드와 올린(Cloward and Ohlin, 1960)은 머튼의 아노미이론과 서덜랜드의 차별적 접촉이론을 종합하여, 차별기회이론(differential opportunity)을 제시하였다. 차별적 기회이론에 의하면, 하층청소년에게 문화적으로 수용된 목표와 합리적 수단간의 불일치가 비행하위문화를 형성시키는 기본적인 조건이 된다. 그러나 범죄는 사회적 목표와 수단간의 불일치만으로 설명될 수 없으며, 개인이 접할 수 있는 합법적이거나 불법적 기회구조에 의하여 영향을 받는다는 것이다. 그들에 의하면, '혁신' 자체는 자동적으로 범죄화되지는 않으며, 범죄는 목표와 수단간의 일치하지 않는 긴장상태에 처한 개인이 합법적 기회구조나 불법적 기회구조에 어떻게 관련되어 있는가에 의하여 결정된다는 것이다. 목표에 대한 합법적 수단의 부재는 분명 일탈행위를 유발시킬 수 있는 긴장상태를 야기한다. 그러나 구체적인 일탈행위양상은 그들의 공동체에 주어진 불법적인 기회구조에 의하여 결정된다. 그리고 이러한 공동체의 기회구조는 전문화된 일탈 하위문화를 형성하게 하는 바탕을 제공한다. 불법적 기회구조에 의하여 형성된 하위문화유형을 재산범죄를 주로 저지르는 범죄적 하위문화(criminal subculture), 폭력범죄를 특징으로 하는 갈등적 하위문화(conflict subculture), 사회적 목표와 수단은 모두 포기하고 마약과 음주로 보내는 도피적 하위문화(retreatist subculture)로 분류된다. 이러한 이론들은 하위계층이 다른 계급보다 더 많은 범죄를 저지른 것이라는 견해를 명백하게 표명하고 있다. 또한 하위계층 이외에도 소수인종 등의 합법적 기회가 좌절된 사람들에게서 범죄가 많이 발생할 수 있다는 의미를 내포하고 있다.

나. 낙인이론과 마르크스주의 범죄학

낙인이론이나 갈등주의적 또는 마르크스주의 범죄학에서도 하위계층에 범죄가 집중된다는 견해를 제시하고 있다. 이러한 이론에서는 그러한 하위계층의 범죄가 개인적 측면보다는 사회구조 및 과정적 측면을 강조하고 있다. 낙인이론이 사회적 권력에 의하여 범죄행위가 차별적으로 규정되고 처벌된다는 측면을 강조하는데 비하여, 마르크스주의 범죄학은 자본주의적 사회구조에 의한 하위계층의 범죄유발환경을 강조한다.

낙인이론가인 레머트(Lemert)는 일차적(primary) 일탈과 이차적(secondary) 일탈을 구분하고 있다. 그에 의하면, 일차적 일탈은 아주 다양한 사회적, 문화적, 심리적 상황에서 발생하는 것으로 정의된다. 즉 이러한 일차적 일탈은 일시적이고, 다양한 상황에 의하여 발생된다. 그러나 이차적 일탈은 일차적 일탈에 대한 사회적 반응에 의하여 야기되는 문제들을

방어하고, 공격하거나 또는 그러한 문제에 적응하기 위한 수단으로 나타나는 일탈행동이나 사회적 역할 등이다(Lemert, 1967). 법의 적용과정에서의 낙인의 가능성은 그러한 낙인에 저항할 수 있는 개인의 권력 및 자원과 밀접한 관련이 있다. 낙인으로 인한 불이익을 받는 사람은 대부분 소수인종집단과 사회경제적 하위계급이다. 사회적 자원과 권력이 없는 하위계급은 같은 불법적 행동을 하였을 경우라도 다른 계급의 사람보다 범죄자로서 낙인될 가능성이 높다는 것이다. 또한 이러한 낙인의 결과가 미래의 범죄를 촉발한다면, 하위계급의 범죄는 다른 계급보다 더 많을 것이 분명하다. 또한 '이차적 범죄'(secondary deviance)도 상층보다는 하층에서 더 많이 발생할 것이다. 이와 같이 낙인이론은 사회계급에 따른 범죄 발생의 차별적 현상을 직접적으로 설명하고 있다. 낙인이론에서는 실제적으로 계급에 따른 범죄분포는 현저한 차이를 보이지는 않지만, 공식통계자료나 현상학적으로 하위계급에서 높은 범죄율이 발견되는 것은 입법이나 법의 집행에서의 차별성에 기인한다는 것이다. 즉 범죄발생에서는 계급간 차이가 없으나, 적발 및 처벌과정에서 계급적 차별로 인하여 '관찰된 차이'를 보인다는 것이다.2)

갈등주의적 범죄학과 마르크스주의 범죄학에서는 자본주의 사회체제에서 하위계급에서 범죄가 많이 발생하는 것은 구조적으로 불가피한 현상으로 본다. 이는 자본주의 사회에서 사회경제적 하위계급의 열악한 물질적 자원과 범죄를 규정하는 법제정과정과 범죄의 처리과정에서 하위계급에 차별적이기 때문으로 파악하고 있다. 마르크스주의를 범죄학에 체계적으로 도입한 초기의 대표적인 학자는 봉거(Bonger)라고 할 수 있다. 그에 의하면, 범죄는 "자본주의적 사회조직"에 의하여 만들어진다고 주장한다. 생산소유의 사유와 더불어 자본주의 사회의 이윤동기는 "이기주의적 경향"을 만들고, 탐욕과 이기심을 부추기며, 이러한 이기심을 억제할 수 있는 "사회적 본능"의 형성을 어렵게 한다. 자본주의 사회에서 모든 계급이 이기주의의 영향을 받고 자본주의에 의하여 양산된 탐욕에 빠지지만, 범죄를 규정하는 법률이 부르조아지에 의해 통제되므로 프롤레타리아의 이기적 행위만이 주로 범죄로 규정된다는 것이다(Bonger, 1969:198). 이러한 봉거의 이론은 처음에 별 주목을 받지 못했으나, 1970년대에 새로운 관심을 받기 시작하였다. 퀴니(Quinney, 1977)는 범죄를 자본주의의 물질적 조건에 대한 불가피한 결과로 보는 그의 견해를 지지하였다. 그는 노동계급의 범죄를 "적용범죄"이거나 자본주의체제에 대한 "저항범죄"로 파악하였다. 적용범죄는 침입강도나 일반강도와 같이 타인의 재산을 착취함으로써 자본주의체제의 재산의 획득을 단순히 "재생산"하는 약탈범죄와, 살인, 폭행, 강간과 같은 자본주의체제에 의하여 약탈당한 자들에 의하여 자행되는 폭력범죄로 정의된다. 또한 저항범죄는 착취에 대항하는 비혁명적, 무의식적 저항과 프롤레타리아에 의한 자본주의에 대항하는 혁명행위로서 계획적으로 이루어지는 범죄 양자를 모두 포함하는 것으로 파악하였다. 이와 같이 마르크스주의 범죄학은 경제적 빈곤, 정치적 권력부재, 좌절감, 반항 및 저항 등의 요인 때문에 하위계급이 더 많은 범죄를 저지른다는 것을 인정하였다. 따라서 이러한 범죄를 유발시키는 이기심, 이욕심, 그리고 좌절감 등을 없애기 위한 정책, 이른바 자원의 평등분배 및 사유재산제도의 폐지 등을 통하여 범죄를 없앨 것을 주장하고, 국가권력의 공정하고 평등한 집행을 통하여 사회계급에 따라 차별없는 공권력의 행사를 제안한다.

2. 모형-II: 상위계급의 범죄율이 높다는 가설

대체로 사회경제적 하위계급에서 범죄가 많이 발생한다는 견해가 압도적이지만, 한편으로는 그와는 반대의 입장이 제시되기도 하였다. 즉 사회경제적 지위가 높을수록 범죄를 많이 저지른다는 주장이다. 이러한 견해는 베블렌(Veblen, 1934)의 유한계급적 가치, 서덜랜드(Sutherland, 1949)의 화이트칼라범죄, 소로킨과 런던(Sorokin and Lunden, 1955)의 권력과 도덕성, 마짜와 시케스(Matza and Sykes, 1961)의 상위계급의 모험심(task for risk) 등에 의하여 제안된 바 있다. 이들은 자본가와 권력층의 비도덕성과 부패 등을 지적하며, 상위계급의 범죄행위는 발생하지 않는 것이 아니라 은폐되었을 뿐이라고 주장한다. 또한 상위계급은 모험심을 선호하고, 사회적 권력이 많은데 비하여, 통제가 약하고, 그리고 인습적 가치가 낮기 때문에 범죄를 더 많이 저지른다고 주장하였다.

서덜랜드(1949)는 화이트칼라범죄(white collar crime)를 직무수행과정에서 이루어지는 범위반행위로 파악하면서, 이러한 범죄는 하위계급보다는 중상위계급에서 더 많이 발생한다는 입장을 제시하였다. 그리고 이러한 화이트칼라범죄의 사회적 손실이나 비용, 재정적 손실은 인습적 범죄보다 많고, 이러한 범죄는 사회적 신뢰를 훼손하고, 불신을 조장하고, 사기를 저하시키며, 사회적 관계와 조직을 약화시키며 사회해체를 촉진한다고 보았다. 또한 일상범죄의 경우 죄의식을 지니고 행하지만, 화이트칼라범죄는 죄의식이 없으며, 더욱이 사회적, 조직적 관행으로 합리화하고 죄의식을 중화한다고 파악하였다. 소로킨과 런던(Sorokin and Lunden, 1959)도 사회지도층의 정치적, 경제적 범죄를 분석하면서, 상위계급에서 이러한 범죄가 많이 발생할 조건들을 제시하였다. 그들은 사회지도층의 정치적/경제적 범죄율이 높은 이유를 다음과 같이 제시한 바 있다. (1) 폭력에 대한 지배계급의 통제(독점), (2) 외교적 기능, (3) 지위 유지, (3) 권력 그 자체(법 위에 군림), 권력의 도취효과(intoxicating effect of power), (5) 사회적 선택(상류층의 인성적 특성) 등에 의하여 상위계급은 하위계급보다 범죄를 더 많이 저지른다고 주장하였다.

또한 상위계급에서 범죄를 더 많이 저지른 것이라는 주장은 몇몇의 이론에서도 발견되었다. 퀴니(Quinney, 1977)는 프롤레타리아의 범죄 뿐만 아니라, 지배계급에 의해 저질러지는 범죄도 자본주의 체제의 결과로 파악하였다. 이러한 범죄는 지배계급이 자신의 이익을 보호하기 위해 저질러지는 "지배와 억압의 범죄"이다. 예를 들어 기업범죄(특히 담합입찰, 가격 조작, 보안 또는 교환위반)는 지배계급에 의한 "경제적 지배"의 형태이며, 조직범죄 조차도 자본가계급이 사회 내에서 지배를 지속하려는 노력으로 파악되고 있다. 그리고 성범죄와 인종범죄도 법률위반여부와 관계없이 노동계급에 대한 통제를 유지하려는 지배계급의 범죄로 규정하였다. 또한 억제이론의 측면에서도, 사회경제적 상위계급에서 범죄가 더 많이 발생할 것이라는 견해가 제시되기도 하였다. 이러한 주장은 두 가지의 측면에서 제기되었는데, 하나는 상위계급에 속한 사람들은 하위계급보다 처벌위험(risk of punishment)에 대한 인지가 낮기 때문에 범죄를 더 저지른다는 것이다. 다른 하나는 상위계급의 사람들은 처벌 위협(threat of punishment)에 대한 인지가 하위계급보다 낮기 때문에 범죄를 저지른 가능성이 더 높다는 것이다(Grasmick, Jacobs, and Mccollom, 1983).

이러한 설명은 이론적 수준이기보다는 가설적 수준이며, 경험적으로 검증되기 못한 수준

이다. 그러나 1980년대 이후에는 헤이건이 권력-통제이론(power-control theory)을 제안하면서, 상위계급에 범죄가 많이 발생한다는 견해를 이론적으로 체계화하였고, 그러한 이론에 근거하여 많은 경험적 연구가 시도되었다. 권력통제이론은 권력이론과 통제이론을 결합하여 범죄현상을 설명하기 위해 제시한 통합이론이라고 할 수 있다(Hagen et al., 1985, 1987; Jensen and Thompson, 1990). 헤이건은 생산관계에서의 권력양상이 가정의 통제양상에 영향을 미친다는 입장을 바탕으로 계급구조와 가족구조에 따라 계급 및 성별 비행의 차이를 분석하고자 하였다. 그는 기본적으로 권력은 범죄를 유발시키는 요인으로, 통제는 범죄를 억제하는 요인으로 파악하였다. 대부분의 범죄이론은 사회적 지위가 낮을수록 범죄를 많이 저지를 것이라는 견해를 함축하고 있는 데에 비하여, 권력-통제이론은 반대의 주장을 하고 있다. 즉 사회적 지위가 높을수록 권력은 많고 통제는 약하기 때문에, 하층보다 범죄를 더 많이 저지를 것이라고 한다. 그러나 이러한 권력-통제이론은 청소년의 '사소한 비행'을 대상으로 하는 이론이기 때문에, 심각한 일탈이나 성인의 범죄행위에 적용하기에는 한계가 있다고 할 수 있다.

3. 모형-III: 사회계급과 범죄간의 독립관계가설

모형-III은 사회계급과 범죄간에는 관계가 없다는 입장이다. 이러한 입장을 제시하는 대표적인 이론들은 생물학적 범죄이론이나 심리학적 범죄이론들이다. 그리고 사회학적 범죄이론들 가운데는 사회계급과 범죄의 관계에 대하여 명시적으로 입장을 밝히지 않는 학습이론, 통제이론, 그리고 억제이론 등을 들 수 있다(Sutherland, 1947; Sutherland and Cressey, 1955; Akers, 1973; Hirschi, 1969; Gottfrdson and Hieschi, 1990; Gibbs, 1975; Zimring and Hawkins, 1973).

이러한 입장은 범죄원인으로서 사회계급과 같은 사회구조적 요인에 대해 무관심하고, 사회심리적 요인을 강조한 경향이 강하며, 일반범죄이론을 추구하고, 그리고 경험적 연구방법의 발전과 그 결과에 바탕을 두고 있다. 이러한 이론들은 사회계급-범죄관계를 적극적으로 설명하기보다는 의도적 또는 무의식적으로 회피하고 있다고 할 수 있다. 이러한 이론들은 범죄현상을 이해하는데 있어서 사회계급을 유일한 원인으로 파악하거나, 중요한 원인으로 고려할 필요가 없다는 입장을 취하고 있다. 이는 사회계급들은 서로 유사한 수준의 범죄행위를 저지르며, 사회계급에 따른 범죄분포는 무시해도 될 수준이라는 주장이다. 따라서 이러한 이론들은 범죄행위의 궁극적 원인보다는 범죄행위에 가장 가까운 원인을 규명하는데 관심을 집중하고 있다.3)

4. 가설-IV: 하위계급과 상위계급의 범죄율이 높다는 가설

다음은 중간계급의 도덕성을 주장하는 top-bottom hypothesis이다. 중간계급이 하위계급과 상류계급보다 범죄를 덜 저지른다는 것이다. 이러한 가설은 가설-I, 가설-II의 변형 및 통합이며, 주로 경험적 자료에 근거하여 제시된 것이다(Reckress, 1967). 하층계급은 범죄를 통하여 잃을 것보다는 얻을 것이 많아서, 상위계급은 범죄로 얻을 것은 없지만 법적 통

제에서 벗어날 수 있기 때문에 적당한 수준의 범죄나 일탈행위는 자유롭게 행한다는 것이다. 이에 비하여 중간계급은 범죄의 비용이나 이득의 균형, 법적 통제도 적절하고, 사회규범의 내면화도 적절하기 때문에 범죄를 다른 계급에 비하여 상대적으로 적게 저지른다는 것이다. 이는 중간계급에게는 범죄유발요인이 상대적으로 적고, 범죄통제요인은 다른 계급보다 많다는 입장이다.

이러한 견해가 함축된 이론으로는 퀴니(1977)와 헤이건(1985)의 범죄이론을 예로 들 수 있다. 퀴니는 자본주의 사회구조에서 하위계급은 약탈범죄나 폭력범죄를 많이 저지르는 경향이 있고, 자본가나 지배계급은 자신의 이해를 지키기 위한 지배와 억압의 범죄 및 기업범죄를 많이 저지를 가능성이 있다고 주장하였다. 헤이건은 권력통제이론을 통하여 상위계급에서 범죄가 많을 수 있다는 입장을 견지하고 있으나, 이러한 범죄행위는 일탈행위 질서위반, 음주, 도박 등의 가벼운 범죄행위에 초점을 두고 있다. 그러나 인습적인 범죄행위에 대하여는 하위계급의 높은 범죄율을 어느 정도 인정하는 입장을 취한다. 또한 억제이론의 측면에서도 하위계급 및 상위계급의 높은 범죄발생의 가능성이 주장된 바 있다(Grasmick, Jacobs, and Mccollom, 1983; Tittle, 1983).

III. 사회계급-범죄관계에 대한 경험적 연구

지금까지 살펴본 바와 같이, 대부분의 범죄학 이론들은 명시적으로 또는 묵시적으로 사회계급-범죄관계를 설명하고 있다. 그러한 이론 가운데 대부분은 사회계급에 따라 범죄발생은 차등적으로 나타날 것이라는 점을 함축하고 있으며, 특히 사회경제적 하위계급은 다른 계급보다 더 많은 범죄를 저지를 것이라는 견해를 제시한다. 예외적으로 권력-통제이론 등은 중상위계급에서 더 많은 비행을 저지를 것이라는 입장을 보이기도 하였다.

그러나 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장과 그러한 주장이 경험적으로 타당한 것인가의 문제는 다른 차원이라고 할 수 있다. 대체로 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 경험적 연구는 크게 두 방향으로 시도되었다. 첫째는 사회계급과 범죄간에는 관계유무, 즉 사회계급에 따라 범죄발생분포에 차이가 있는가에 관한 경험적 분석이다. 두 번째는 이론적으로 제시된 사회계급과 범죄간의 관계양상에 대한 경험적 검증이다. 사회계급체계는 어떠한 과정을 통하여 범죄발생에 영향을 미치는가의 문제이다. 그 동안 수행된 많은 경험적 연구들은 사회계급과 범죄간의 직접적인 관계유무, 즉 계급별 범죄분포에 초점을 맞추고 있었다. 또한 이에 대한 수많은 경험적 연구결과는 매우 다양하게 나타났으며, 아직도 사회계급과 범죄간의 관계에 대하여 어떠한 명확한 결론도 내려져 있지 않은 해결되지 못한 논쟁거리의 하나로 남겨져 있는 현실이다(Tittle et al., 1978; Clelland and Carter, 1980; Braithwaite, 1981; Tittle and Meier, 1990).

사회계급-범죄관계에 대한 경험적 분석상의 논쟁은 사회계급-범죄관계가 이론적으로는 부의 관계가 제기되는데도 불구하고, 경험적 연구에서는 아주 약한 부의 관계 또는 관계가 없는 것으로 나타나는 현상에 바탕을 두고 있다. 이와 같이 이론적 설명과 경험적 분석간의 모순적인 현상에 대하여 두 가지의 해석이 가능할 것이다. 첫째로 이론적 설명은 타당한데 경험적 조사분석이 잘못되었다는 해석이다. 이는 표본, 측정, 분석방법 등의 조사방법론적

문제점을 보완하면 계급-범죄관계는 이론적 설명처럼 부의 관계로 나타날 것이라는 입장을 견지한다. 둘째로 사회계급과 범죄간의 관계를 설명하는 이론적 설명이 잘못되었다는 입장이다. 경험적 연구결과는 타당하기 때문에 이론적 설명이 잘못되었다는 입장이다. 실제로 이론에서 제시된 바와 같은 사회계급과 범죄간의 강한 부의 관계는 없다는 것이다. 이러한 입장에서 중상위계급에서 범죄를 더 많이 저지른다는 몇몇의 이론적 주장들이 제시되기도 한 것이다.

이러한 논쟁은 기존의 이론적 설명 또는 경험적 분석의 오류 가운데 하나를 선택해야 하는 어려움을 던져주었다. 이론은 논리적으로 추론된 것이기 때문에 논리적으로 부정되어야 한다. 이러한 이론적 오류를 밝히는 것은 어려운 일이다. 따라서 이러한 논쟁의 방향은 경험적 분석의 오류로 흘러갔다. 그러한 이유는 전통적인 이론을 부정하기에는 너무 부담스럽고, 비록 경험적 분석을 통하여 사회계급-범죄의 부의 관계에 대한 검증을 실패하였다고 해서 사회계급-범죄간의 관계가 없다는 것이 반증된 것은 아니기 때문이다. 이는 경험적 연구 결과를 통하여 사회계급과 범죄간에는 부의 관계가 있다고는 확언할 수 없지만, 사회계급과 범죄간에 관계가 없다는 주장도 하지 못한다는 것을 의미한다. 이러한 측면에서 사회계급-범죄관계에 대한 경험적 연구상의 다양한 방법론상의 문제들이 제기된 것이다.

최근의 경향은 그 동안 전개된 경험적 연구에 대한 많은 문제점, 즉 이론적 관계설정 및 개념측정, 자료성격, 구체적인 통제요인 등으로 인하여 이론에서 제기된 사회계층과 범죄간의 부의 관계를 제대로 밝히지 못했다는 견해가 제시되고 있다(Simons and Gary, 1989; Farnworth et al., 1994; Ramoutar, 1995; Wright et al., 1999; Dunaway et al., 2000). 그러면 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 경험적 연구를 관련쟁점을 중심으로 고찰하기로 한다.4)

가. 자료의 성격: 공식통계와 자기-기입식 설문조사

1950년대 이전의 경험적 연구들은 공식자료에 근거하여 사회계급-범죄간의 강한 부의 관계를 밝혀냈다. 1950년대 말까지는 사회계급과 범죄간에는 강한 부의 관계가 있다는 것은 의심할 수 없는 사실로 여겨졌다. 비록 공식통계자료는 사회계급에 따른 차별적 범칙용의 결과라는 비판을 받았지만, 하위계급의 높은 범죄발생현상은 “당연한 사실”로 받아들여졌다. 그러나 이러한 견해는 1950년대 말부터 비판을 받게 되었다. 1950년대에 새로운 연구방법으로 자기-보고식 설문조사가 도입되어 활발하게 수행됨에 따라 공식통계에 나타난 사회계급과 범죄간의 부의 관계는 의심받게 되었다. 일반적으로 사회계급과 범죄간의 부(-)의 관계에 대하여 처음으로 이의를 제기한 연구는 나이와 쇼트(Nye and Short, 1957)의 연구이다. 이들은 자기-보고식 설문조사를 통하여 두 현상간의 부의 관계는 통계학적으로 유의하지 않다고 주장하여, 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 논쟁을 불러일으켰다. 몇몇의 학자들은 나이와 쇼트의 입장을 지지하였다(Clark et al., 1962; Akers, 1964; Hirschi, 1969). 그러나 이러한 입장에 반박하는 경험적 연구결과들도 제시되었다(Reiss and Rhode, 1961; Robins et al., 1962).

이와 같이 1960-70년대에는 자기-보고식 조사가 활발하게 이용되어, 계급-범죄의 관계

에 대한 다양한 논의가 전개되었다. 이러한 논쟁은 티틀과 그의 동료들(Tittle et al., 1978)의 연구에 의하여 더욱 격렬해졌다. 그들은 1978년 이전에 이루어진 35개의 연구결과에 대한 메타-분석을 통하여 공식자료에서는 약한 관계가 나타났고, 자기보고식 자료에서는 관계가 거의 없는 것으로 나타났다고 주장한 바 있다. 그들은 사회계급과 범죄간에는 관계가 약하다고 주장하여 일반적인 인식에 대하여 비판적 입장을 취하였다. 그러나 콜랜드와 카터(Collend and Carter, 1980)는 티틀과 메이어의 연구의 논리와 분석들의 오류를 비판하였고, 브레이스웨이트(Braithwaite, 1981)는 이전 연구를 다시 정리분석하여, 자기-보고식 설문조사를 통한 연구에서는 사회계급과 범죄는 부의 관계가 약한 것으로 나타났지만, 공식통계자료를 이용한 연구에서는 두 현상간에는 강한 부(-)의 관계가 나타났다고 티틀의 견해를 반박하였다.

이러한 논쟁은 사회계급과 범죄간의 관계여부에서 자료수집과정에 대한 방법론적 논쟁으로 전환되었다. 이러한 공식통계와 자기-보고식 자료간의 차이에 대한 논쟁은 힌델랑과 그의 동료들(Hindelang et al., 1981)에 의하여 정리된 바 있다. 그들은 공식통계나 자기보고식 자료는 각각 다른 범죄영역을 측정하는 것이라고 주장하면서, 자기보고식 조사는 일반적이고 사소한 범죄행위(minor crime)를, 공식통계는 심각한 범죄(serious crime)를 측정하기 때문에 범죄현상을 이해하는데 서로 대립적이고 모순적이기보다는 각각 유용한 지표라고 주장하였다(Hindelang, Hirschi, and Weise, 1979; Elliott and Ageton, 1980; Elliott and Huizinga, 1983).

그러나 경험적 연구에 의하면, 지속적으로 공식적/자기-보고식 자료에 따라 계급-범죄간의 관계가 다양하게 나타났다. 힌델랑과 그의 동료들(Hindelang et al., 1979)은 자기-보고식 자료나 공식자료나 모두 계급-범죄간의 관계가 없는 것으로 나타났다고 하였다. 그러나 쏰베리나 화른위쓰(Thornberry and Farnworth, 1982)의 연구에서는 모두 유의미한 부의 관계를 발견하였다. 이와 같이 사회계급-범죄관계는 자료의 성격과 관련하여 다양한 양상으로 나타나는 것으로 밝혀졌다.

2. 개념의 측정: 사회계급과 범죄

사회계급-범죄관계에 대한 경험적 연구에서의 또 다른 쟁점거리는 사회계급, 비행 및 범죄개념의 측정상의 문제이다. 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 연구들은 학자들의 지향에 따라 사회계급은 연속적 또는 범주적으로 측정하였고, 비행이나 범죄에 대한 측정도 빈도 또는 심각성(경/중), 범죄유형(재산/폭력) 등으로 다양하게 이루어졌다.

구체적으로 계급의 측정의 경우, 최하위계급(underclass), 사회적 서열(차등적 등급), 마르크스적 계급, 자녀의 지위 등으로 측정되었다. 최하위계급의 개념을 사용한 연구를 살펴보면, 이러한 개념은 사회지위에 대한 단절적이고 범주적인 측정이다. 특히 최하위계급의 개념은 실업, 무직, 빈곤 등의 지속적인 열악한 환경을 반영한다. 따라서 최하위계급은 장기적인 실업자 및 빈곤자, 복지지원 대상자 등으로 측정되었다. 사회계급을 연속적인 수준의 사회적 서열을 파악하는 것은 계층론적 입장이다. 계급은 사회적 위치에 대한 연속적 서열을 파악하는 것으로서 대표적인 지표로는 던컨(Duncan, 1961)의 사회경제지수(SES:

Socioeconomic index)와 홀링스헤드(Hollingshead Index)의 지표이다. 이러한 서열적 계급개념에서는 부모의 교육수준과 직업, 가구소득 등으로 파악하였다. 마르크스적 계급은 생산수단의 소유와 통제정도를 기준으로 구분된다. 라이트(Wright and Parrone, 1977)는 계급분류기준인 생산수단의 통제, 타인의 노동력 통제, 노동의 사거나 파는 경우 등에 따라 계급을 고용주, 관리자, 노동자, 산업예비군(surplus population)으로 구분한 바 있다. 신-마르크스주의적 계급의 개념은 생산수단의 소유여부에 따라 사회적 지위를 범주적으로 구분한다. 기본적으로 자본가, 전문관리직, 사무 및 판매/서비스직, 육체노동자, 산업예비군(surplus population)으로 구분한다. 산업예비군은 실업자, 무직, 롬펜 프롤레타리아를 포함한다.

이러한 계급개념과 범죄와의 관계를 비교한 대표적인 연구를 살펴보면 다음과 같다. 엘리엇과 아게튼(Elliott and Ageton, 1980)은 범죄유형을 심각성을 고려하여 3단계의 계급(Hollingshead의 지수)간 차이를 비교하였다. 결과는 일반비행은 비선형관계를 보였고, 대인비행은 선형관계를 보였다. 그는 분석결과 계급을 지위성취모형으로 측정하였을 때에는 계급-범죄관계는 약하거나 유의하지 않는 것으로 나타났으나, 최하위계급으로 측정하였을 때에는 다고 강하고 일관된 부의 관계를 보였다. 그리고 지속적인 최하위계급의 상황에서는 가장 강한 부의 관계를 보였다. 또한 비행의 경우도 전체적인 일반비행에서는 약하거나 비일관적인 관계로 나타났다. 그리고 일반비행의 경우에는 약하지만 정(+)의 관계로, 심각한 거리범죄의 경우에는 강한 부의 관계로 나타났다. 또한 종단적 자료에서 이러한 부의 관계는 강하고 명확하게 나타났다. 브라운필드(Brownfield, 1986)는 신-마르크스주의적 계급과 범죄는 관계가 없고, 빈곤계급(disruptable poor)은 강한 부의 관계가 있는 것을 발견하였다. 또한 서열적 계층측정을 통하여 나타난 결과는 계급-범죄간의 약한 부의 관계나 비일관적인 결과였다. 이러한 결과는 이론에서 제시한 가장 낮은 계급/가장 높은 계급의 범죄현상을 다룬다는 측면에서 당연한 결과로 보인다.

화른워쓰와 동료들(Farnworth et al., 1994)은 계급-범죄의 관계가 발견되지 못하는 것은 경험적 연구에서 측정방법이 적절하지 못했기 때문이라고 비판하고, 이론에 적절한 계급 및 범죄개념의 조작화 및 측정을 통하여 계급-범죄관계를 분석하였다. 그들은 계급을 지위성취모형, 빈곤계급모형으로, 비행을 일반비행, 사소한 비행, 심각한 비행으로 측정하여 분석한 결과 사회계급과 비행간에는 부의 관계가 있음을 재확인하였다. 그들은 자기-보고식 자료와 종단적 자료를 이용함으로써, 사회계급과 범죄간의 관계가 약하거나 거의 나타나지 않은 것은 이론 자체의 문제가 아니라 경험적 조사과정에서의 문제로 인한 것으로 결론을 내리고 있다. 더나웨이(Dunaway et al., 2000)는 최근의 계급-범죄간의 관계에 대한 경험적 연구의 문제점을 보완하고, 성인에 대한 자료를 통하여 계급-범죄간의 관계를 분석하였다. 최근에는 이 영역에 대한 경험적 연구의 문제점, 표본, 측정, 방법 등의 문제점을 인정하고, 그러한 문제점을 보완하여 경험적 검증을 시도하려는 경향이 나타나고 있다. 이러한 시도에서는 계급 및 범죄의 다양한 측정, 표집의 대표성 보완, 종단적 자료, 인구학적 요인 및 상황적 조건을 고려하는 시도가 이루어졌다. 그들은 범죄를 일반범죄/폭력범죄, 계급은 등급적 측정/최하위계급/마르크스적 측정으로 시도하였다. 등급적 측정에서는 교육, 개인소득, 가족소득, 직업으로 파악하였고, 최하위계급은 실업, 복지수혜, 식량보조, 공공주택수혜

여부로 파악하였다. 마르크스주의 계급은 자본가/자영업자/전문관리직/준 자율적 노동자/노동자 등으로 구분하였다. 그리고 콜빈과 폴리(Colvin and Pauly, 1983)의 분류인 부문1/부문2/부문3으로도 파악하였다. 분석결과 계급과 범죄간의 관계는 강하게 나타나지는 않았다. 그러나 유색인의 경우 백인보다는 강하게 나타나는 것을 발견하였다.

3. 통제요인 및 관계유형

사회계급-범죄관계는 범죄자의 인구학적 요인과 사회적 맥락에 따라 다양하게 나타나는 것으로 밝혀지고 있다. 인종에 따라 백인보다는 흑인의 경우 계급-범죄관계가 강한 부의 관계로 나타났고, 여성보다 남자의 경우 강한 부의 관계로 나타났다. 연령의 경우, 30대 이하인 경우에는 계급과 범죄간의 관계는 부의 관계로 나타나고, 50대 이상인 경우에는 정의 관계를 보인다. 즉 연령을 통제할 경우에는 연령별로 상반된 관계가 나타나는 것으로 예상된다. 일반적으로 장년층의 상위계급보다 청년층의 낮은 계급에서 범죄가 많이 발생할 수 있다. 이러한 측면에서 연령별 범죄율을 분석한다면, 50대 이후에서는 상위계급에 범죄가 집중될 가능성이 높고, 50대 이전에서는 하위계급에 범죄가 집중될 가능성이 있다. 또한 도시화 정도에 따라서는 농촌사회보다 도시사회에서, 그리고 집단간 동질성보다는 이질적인 사회에서 계급-범죄관계는 강한 부의 관계로 조사되었다(Hirschi, 1972; Tittle, 1983).

또한 최근에는 사회계급이 범죄에 미치는 상반된 효과에 관심을 보이고 있다. 라이트(Wright et al., 1999)는 계급-범죄의 부의 관계는 이론적으로 부합하지만, 경험적으로는 약한 관계나 이론과는 다른 결과를 보이는 현상을 계급이 범죄에 미치는 두 효과, 즉 부적 효과(negative effect)와 정적 효과(positive effect)를 모두 고려하지 않았기 때문이라고 해명하였다. 그들은 종단적 자료를 이용하여 사회경제적 지위가 범죄에 미치는 두 효과를 분석하였다. 그들은 사회계급체계가 개인의 삶의 양상과 기회에 영향을 미쳐, 결국 범죄행위에 영향을 미치는 분석모형을 설정하였다. 즉 계급은 가정조건, 또래친구, 이웃, 지역환경, 문화, 경제적 기회 등을 결정하고, 이는 태도, 가치, 인성적 특질 등의 사회심리적 요인을 결정한다. 먼저 계급이 범죄에 미치는 부적인 효과를 살펴보면, 사회심리적 매개요인으로 경제적 긴장, 공격성, 소외, 낮은 교육 및 직업적 성취욕구, 사회적 고립감, 낮은 자기통제력 등이다. 계급이 범죄에 미치는 정적인 효과는 모험심, 사회적 권력, 검거에 대한 낮은 위협인지, 낮은 인습적 가치 등이다. 이러한 모형에 의한 분석결과, 계급이 범죄에 미치는 효과는 간접적인 부적/정적 효과가 있는 것으로 밝혀졌다. 계급의 두 효과인 부정적 효과와 긍정적 효과가 서로 상쇄되기 때문에 순 효과(net effect)는 약하게 나타났다는 것이다.

III. 사회계급-범죄관계에 대한 이론 및 경험적 연구의 문제점

지금까지 살펴본 사회계급-범죄관계의 주된 문제점은 이러한 현상에 대한 이론적 대립 및 모순적 주장과 그러한 이론적 견해가 경험적으로 검증되지 못하고 있다는 것이다. 즉 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장의 대립과 이론적 주장과 경험적 연구간의 불일치현상으로 정리될 수 있다. 왜 이러한 대립과 불일치 현상이 야기되었는가? 이러한 현상에 대하여

이론형성에 대한 지식사회학적 접근과 이론 차체에 대한 언어분석 및 논리적 분석, 그리고 경험적 연구에 대한 조사방법론적 분석을 통하여 이론적 설명 및 경험적 분석의 문제점을 살펴보기로 한다.

1. 이론적 설명의 대립성

지금까지 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 다양한 이론들과 다양한 주장들을 살펴보았다. 이러한 이론들은 왜 서로 대립적이며 모순적인 것처럼 나타나는가? 어떤 이론은 하위계급에 범죄가 많다고 주장하는데 비하여, 다른 이론은 상위계급에 범죄가 많다고 주장하는 것인가? 이와 같이 이론간의 대립적이거나 모순적인 주장은 이론가의 이데올로기적 편향, 불명확한 용어의 사용, 과도한 일반화 등에 인한 것으로 보인다. 즉 다른 이론에 대한 개방적인 논의를 거부하고, 자신의 이론에 대해서 논리 및 언어분석적 명확함이 부족하고, 단편적인 주장을 과도하게 일반화하여, 마치 사회계급-범죄관계에 대한 일반적 주장을 시도하려는 경향에 의한 것이다. 따라서 각각의 이론들이 제시한 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 주장을 정치사회적 이념지향, 이론의 전제, 적용범위, 일반화의 수준 등의 요인들을 고려해서 평가할 필요가 있다. 즉 (1) 이론이 어떠한 정치사회적 이념에 바탕을 두고 있고, (2) 이론에서 제시된 주된 개념, 즉 사회계급 및 범죄들의 적용범위는 어떠한가, (3) 이론적 명제의 일반화 수준에서 어떠한가 등을 고려하여 살펴볼 필요가 있다.

첫째로 범죄이론은 범죄현상에 대한 논리적 설명틀이다. 이러한 이론은 이론가의 세계관과 범죄에 대한 '이해지평'을 반영한다. 이는 각각의 이론들은 각각의 정치사회적 이념을 바탕으로 두고 있다는 것을 의미한다. 이러한 이념적 차이가 사회계급-범죄관계에 대한 대립적이고 모순적인 주장을 야기한 것이다. 초기의 범죄학 이론들은 주된 관심이 하위계급의 높은 범죄율을 설명하려는 것이었다. 이것은 그 당시의 자유주의적인 편견에 의한 것으로 보여진다. 이에 대한 비판으로 한편에서는 상위계급의 높은 범죄가능성이 주장되기도 하였다. 이러한 대립이후 이론들은 특정계급의 범죄현상을 설명하기보다는 범죄행위에 대한 일반이론을 추구하는 경향을 보였다. 이러한 이론에서는 사회계급과 범죄간의 관계는 주된 쟁점으로 다루어지지 않았으나, 범죄현상에서 계급성을 배제 또는 은폐시키고 있다는 비판을 받기도 하였다. 그리고 갈등주의적 입장이나 마르크스적 입장을 취하는 범죄이론에서는 기존의 이론들을 비판하며, 범죄현상에 있어서의 자본주의적 사회구조와 권력집단의 차별적 통제를 강조하였다. 이들은 현 사회에서 범죄가 하위계급에서 높게 나타난다는 것을 인정하고 있지만, 그러한 현상은 사회적 자원의 차별적 소유와 법과 통제권력을 장악한 권력집단의 차별적인 적용의 결과라는 것이다. 이와 같이 대부분의 범죄이론은 사회계급과 범죄간의 관계를 다루면서 정치사회적 이념을 은연중에 반영하고 있다.

따라서 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 설명에서 먼저 사회정치적 이념이 무엇인가를 살펴볼 필요가 있다. 이는 사회경제적 불평등체계를 사회계층론적인가 아니면 사회계급론적인가로 구분할 수 있다. 계층론적 입장은 사회의 불평등체계가 경제적 자원 및 소득, 정치적 권력 및 권위, 사회적 위세 등의 다차원적 자원 연속적인 서열체계로 이루어졌다는 입장이며, 계급론적 입장은 생산수단의 소유여부에 의하여 단절적인 위계체계로 파악하고 있는

며, 특히 현대 사회에서는 직업구조를 통하여 측정된다. 이러한 두 입장은 서로 대립적인 정치사회적 이념, 보수/진보, 현상유지/현상개혁 등을 바탕으로 하고 있다. 계층론적 견해는 기능주의적 입장에서 사회적 불평등은 사회의 유지를 위하여 불가피한 현상으로 파악하고 있으나, 계급론적 견해는 갈등주의 및 마르크스주의적 입장에서 사회적 불평등은 제거되어야 할 것으로 파악하고 있다. 이러한 대립적인 사회정치적 이념이 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장을 대립적이고 모순적인 양상을 띄게 한다는 것이다.

둘째로 사회계급-범죄관계에 대한 상반되거나 상이한 주장이 제시하는 또 다른 이유는 각각의 이론에서 언급되는 사회계급이나 범죄행위개념이 서로 다르기 때문이다. 어떤 이론에서의 계급개념은 최하위계급을 의미하지만, 다른 이론에서는 서열적 계층개념이거나 생산수단에 의한 계급개념을 사용하기도 한다. 또한 범죄개념도 마찬가지로 다르다. 어떤 이론에서는 인습적 범죄를 다루고 있는데 비하여, 다른 이론에서는 경미한 범죄에 초점을 맞추고 있고, 또한 어떤 이론에서는 범죄발생을 다루는데 비하여 다른 이론에서는 범죄통제를 다루고 있기 때문이다. 이와 같이 각각의 이론에서 정의되는 사회계급과 범죄개념이 다르기 때문에, 표면적으로 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장이 서로 대립적이고 모순적인 것처럼 보이는 경향이 있다.

따라서 사회계급-범죄관계에 대한 주장에서 사회계급 및 범죄개념에 대한 정의를 명확하게 해야 한다. 그렇게 한다면, 사회계급-범죄관계에 대한 대립적인 주장은 다소 줄어들 것이다. 예를 들어 사회경제적으로 하위계급에서 범죄를 더 저지른다고나 상위계급에서 더 저지른다고 하는 주장을 범죄개념, 범죄의 유형 및 심각성을 고려하여 이해하면, 이러한 주장은 서로 대립적이고 모순적이기보다는 보완적인 것을 알 수 있다. 경험적 연구에 의하면, 폭력, 강도, 절도 등은 하위계급에 집중될 수 있으며, 사기, 횡령 등은 중상위계급에서 많이 발생하는 것으로 조사되었다. 그러나 하위계급의 높은 범죄율을 제시하는 모형들은 약탈적 재산범죄나 폭력범죄를 대상으로 하고, 중상위계급의 높은 범죄율을 제시하는 모형은 경미범죄, 화이트 칼러범죄, 그리고 기업범죄 및 정치적 범죄를 대상으로 하고 있다. 또한 범죄의 심각성의 경우에도, 모형-I은 하위계급에서는 심각한 범죄에 초점이 있고, 모형-II는 상위계급의 사소한 범죄에 초점을 두고 있다. 따라서 각각의 이론적 주장들을 범죄개념을 명확하게 정의하여 살펴보면, 주장간의 대립적 양상은 줄어들어 줄 수 있다.

셋째로 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장간의 대립 및 모순은 각각의 이론들의 과도한 일반화, 즉 논리전개의 비약에 기인한다. 각각의 이론들은 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 구체적이고 특수한 조건과 상황을 제시하고, 그러한 상황에서 특정한 매개요인을 통하여 사회계급적 특성이 범죄를 유발할 수 있다는 것을 주장한다. 각각의 이론은 사회계급과 범죄개념의 적용범위가 다르고, 사회계급체계가 개인의 범죄행위에 미치는 환경과 조건이 다르다. 이와 같이 각각의 이론의 전제조건, 적용범위 및 대상의 차이에도 불구하고, 그러한 구체적인 현상에 대한 주장을 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 일반적 명제로 주장하는 과정에서 위와 같은 대립적이고 모순적인 주장이 나타나게 된 것이다. 즉 특정 사회계급이나 집단, 그리고 특정범죄유형 등에 적합한 수준의 명제를 사회계급체계 전체 및 범죄 전체에 적용시킬 수 있는 명제인 것처럼 일반화하기 때문이다. 각각의 이론이 단편적 명제를 일반화하기보다 자신의 이론의 사회정치적 이념, 전제조건, 그리고 적용대상 등을 명확

하게 밝힌다면, 사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장은 지금처럼 대립적인 것으로 보이지는 않을 것이다.

2. 이론적 주장과 경험적 연구의 불일치

사회계급-범죄관계에 대한 이론적 주장과 경험적 연구결과가 다르게 나타나는 이유는 무엇인가? 경험적 연구에서 이론적 주장과 불일치한 것으로 나타나는 이유는 경험적 연구자들의 이론에 대한 편향 및 관심소홀, 이론적으로 제시된 사회계급-범죄관계의 설정과 개념 측정에 대한 소홀, 조사방법론상의 오류로 인한 것이다. 이러한 경험적 연구의 문제점을 쟁점별로 정리하면 다음과 같다. 첫째로 이론에서 설정한 사회계급-범죄관계에 대한 모형구성의 문제이다. 이는 이론에서 제시한 관계양상이나 매개요인들의 효과를 분석하고 있는가의 문제이다. 둘째로 사회계급과 범죄개념의 정의 및 측정상의 어려움과 다양성이다. 셋째는 자료의 성격의 문제이다. 즉 범죄행위는 공식자료에 의하여 측정되었는가 또는 자기-보고식 조사에 의하여 측정되었는가의 여부이다. 넷째는 표본이 사회계급을 대표하는가의 문제이다.

가. 사회계급-범죄관계: 정/부적 효과

대부분의 이론에서 제시하는 사회계급-범죄현상은 특정 계급의 높은 범죄율을 밝히는 것이 아니라, 사회계급체계가 범죄행위에 미치는 과정을 설명하고자 하는 것이다. 이는 사회경제적 지위가 범죄행위를 유발하는 과정 및 효과에 관심을 보인다. 또한 각각의 이론들은 구체적인 상황과 조건에서 사회계급과 범죄간의 관계를 설명할 수 있는 부분적으로 적절한 설명을 하고 있다. 따라서 경험적 분석에서 각각의 이론에서 제시하고 있는 전제나 조건들을 고려하여, 사회계급체계가 범죄행위에 미치는 영향을 분석해야 한다. 그러나 경험적 연구에서 이론에서 제시된 전제 및 조건들을 통제하고, 구체적인 관계를 구성하고, 관련된 변인들을 제대로 측정하지 못한다면, 이론과 상반된 결과를 초래할 수 있다.

경험적 연구에서는 복잡하고 다양한 현상을 하나의 명제 및 가설로 단순화하여 분석하는 경우가 대부분이다. 따라서 사회계급-범죄간의 관계를 분석하는데 있어서 복잡하고 간접적인 관계를 단순한 직접적 관계로 환원하여 분석하였고, 다양한 사회계급 및 범죄개념도 연구자의 편향에 의하여 단순하게 측정되는 경향이 강하였다. 이는 대부분의 경험적 연구가 계급간 범죄발생분포에 대한 검증의 대체된 것도 이러한 이유 때문이라고 할 수 있다. 이러한 과정에서 사회계급과 범죄간의 구체적인 관계양상 또는 통제하는 요인 등이 소홀히 되었다.

사회계급-범죄관계가 경험적 연구에서 명확하게 나타나지 않는 것은 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 이론적 개념을 충실하게 측정하지 못하기 때문이다. 그리고 이러한 경험적 연구들의 가장 큰 단점은 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 이론적 관계구성을 소홀히 하였다는 것이다. 그리고 범죄발생의 계급분포라는 논쟁에서 헤어날 수 없다고 할 수 있다. 따라서 사회계급과 범죄간의 관계에 대한 이론적 설명과 사회계급이 범죄에 미치는 간

접적인 효과 및 매개요인들에 대한 분석이 필요하다. 또한 사회계급과 범죄간의 관계에 영향을 미치는 성별, 도시화 정도, 공동체의 이질성 등의 인구학적 및 사회적 요인들을 고려할 필요가 있다.

나. 이론적 개념의 측정: 사회계급과 범죄개념

사회계급-범죄관계에서 각각의 이론들은 독특한 사회계급 및 범죄개념들을 정의하고 있다. 대체로 사회계급-범죄관계에 대한 기본적인 주장은 하위계급이 심각한 유형의 범죄를 지속적이고 빈번하게 저지를 가능성이 높다고 주장한다(Thornberry, 1987). 그러나 헤이건(1985)은 경미한 범죄는 하층자녀보다는 중간계급의 자녀가 더 많이 저지른다고 주장한다. 이러한 다양한 개념에도 불구하고, 경험적 연구에서는 범죄나 비행을 “일반적 수준”으로 측정하는 경향이 강하였다. 이러한 이유로 인하여, 경험적 연구에서 이론적으로 제시한 개념을 충실하게 정의하고 측정하기보다는 경험적 분석의 한계로 인하여 단편적이고 용이한 지표를 통하여 사회계급과 범죄를 측정하는 경향으로 이론적 설명과 경험적 분석결과간의 불일치 현상이 야기되는 것이다.

그 동안의 계급-범죄간의 관계에 대한 경험적 연구는 간편한 연구절차와 가용한 자료에 근거하여 이루어졌기 때문에 이론적 명제를 증명하는데 다소 적합하지 못하고, 왜곡하는 경향을 보였다. 이와 같이 이론적 개념의 비적절한 측정으로 인하여 이론적 명제의 검증 또는 허위화는 이루어지지 못했다. 따라서 이론에 충실한 개념의 정의, 조작화 및 측정이 필요하다.

다. 자료의 성격

사회계급-범죄관계가 지속적으로 쟁점화되는 것은 경험적 분석에 사용되는 자료의 성격의 문제, 즉 공식통계자료(official data)인가 아니면 자기-보고식 조사(self-reported data)에 의한 자료인가와 관련이 있다. 초기의 경험적 연구들은 공식통계자료에 기초하여 하층계급과 소수인종에게 범죄나 비행이 많이 발생한다는 것을 발견하였다. 그러나 1950년대에 자기-보고식 설문조사가 도입되면서 사회계급과 범죄간에는 강한 부의 관계가 있다는 기존의 주장에 심각한 의문이 제기되었다. 대체적으로 사회계급과 범죄에 대한 경험적 연구에서 공식자료를 이용하는 경우에는 하위계급에서 범죄가 많이 발생하는 것으로 나타났지만, 자기-보고식 자료를 사용하는 경우에는 사회계급과 범죄간에는 부의 관계가 약하거나 관계가 거의 없는 것으로 나타났다.

이러한 현상은 매우 심각한 논쟁을 유발할 수 있다. 만일 사회계급과 범죄간에는 서로 관계가 없다는 입장을 수용한다면, 사회계급에 따라 고르게 범죄가 발생하는데도 불구하고 국가의 공권력이 편파적으로 작용하여 하위계급의 범죄자가 형사기관에 의하여 파악되고 처벌되는 것이라는 주장이 추론된다. 그와는 반대로 공식통계에 나타난 바와 같이 사회계급에 따라 범죄율의 차이가 있다는 것을 수용한다면, 범죄현상을 연구하는 학자들이 경험적 조사 연구를 잘못하여 범죄와 사회현상간의 관계가 없는 것으로 나타나는 주장이 도출된다. 이러

한 결과는 자료의 속성상 공식자료는 사회적 과정에서 드러난 범죄 및 심각한 범죄유형을 반영하는데 비하여, 자기-보고식 자료는 숨은 범죄 및 사소한 범죄를 반영하기 때문으로 보인다.5) 그리고 자기-보고식 설문조사에서는 조사의 어려움으로 인하여 빈번하고 심각하고 지속적인 범죄행위보다는 일상적인 비행이 주로 포함되어 있고, 조사대상자의 응답에 영향을 받으며, 조사대상자의 표집과정에서 사회계층적 대표성이 약하기 때문으로 여겨진다.

라. 표본

사회계층-범죄관계를 제대로 분석하기 위해서는 분석대상이 사회계층적 변량을 골고루 포함하고 있어야 한다는 것이다. 이는 계급크기에 비례하여 표집이 이루어져야 한다. 특히 하위계층 및 상위계층이 적절하게 포함되어야 한다. 특히 자기-보고식 설문조사에서 더욱 문제시되는 것이다. 이는 사회계층-범죄관계에 대한 경험적 분석은 표본의 계급대표성을 확보하여야 한다는 것이다.

그러나 사회계층-범죄관계에 대한 경험적 연구가 공식통계에서 자기-보고식 조사로 전환되었으며, 이러한 자료를 수집하는 장소가 거리(street)에서 학교(school)로 전환되었기 때문에 빈곤층의 표본을 확보하는데 더욱 어렵게 되었다. 학생을 주로 연구대상으로 삼았다는 것은 학교를 다니지 않은 청소년들을 배제하였다는 의미이며, 이는 하층계층의 자녀가 표집될 가능성을 적다는 것이다. 따라서 학교에서의 대상의 선정은 최하위계층이 배제될 가능성이 높기 때문에 계급-범죄관계가 약하게 나타날 가능성이 높다는 것이다.

그러므로 사회계층에 따른 범죄분포는 “계급크기에 따른 범죄발생률”(class-specific crime rate)로 파악하여야 한다. 사회계층의 크기에 따라 범죄발생건수는 다르게 나타날 것이다. 규모가 큰 사회계층에서 범죄발생건수가 많은 것은 너무도 당연한 일이다. 만일 그 사회의 계급구조가 피라미드형의 구조라고 한다면, 하층계층에서 저지르는 범죄건수는 많을 수밖에 없다. 따라서 사회계층의 크기를 통제한 범죄율, 계급규모에 비례한 범죄발생률을 구성하여 사회계층간 범죄발생을 비교·분석해야 한다. 이러한 연구는 범죄학내에서 가능한 것이 아니라 사회계층에 관한 사회학적 연구를 바탕으로 하여야 한다. 한 사회의 계급구조 및 형태, 크기에 대한 파악이 이루어지지 않는 상황에서 계급간 범죄분포에 대한 논의는 무의미한 것이다. 그러므로 이러한 사회의 계급구조와 크기에 대한 논의를 바탕으로 두지 않는 사회계층간 범죄분포에 대한 결론은 유보되어야 한다.

IV. 맺음글

이 글에서 사회계층-범죄관계에 대한 이론 및 경험적 연구에서의 문제점을 이론적 설명간의 대립성과 이론적 주장과 경험적 연구간의 불일치현상으로 규정하고, 그에 대한 해답을 찾고자 하였다. 그러한 측면에서 미국에서 전개된 사회계층-범죄현상에 대한 이론적 주장 및 경험적 연구를 살펴보고, 그러한 이론 및 분석의 문제점을 비판적으로 고찰하였다. 먼저 이론적 대립이 야기된 원인을 이념적 편향, 언어사용의 혼란, 논리전개의 비약으로 파악하였고, 경험적 연구와의 불일치현상은 연구자들의 이론에 대한 편향 및 관심소홀, 사회계층-

범죄관계의 설정과 개념측정의 문제, 그리고 조사방법론상의 오류 등으로 파악하였다.

이러한 연구를 통하여 우리는 사회계층-범죄관계가 복잡한 문제임을 확인할 수 있었다. 특히 사회계층-범죄관계에 대한 연구에서 이데올로기적 지향의 중요성을 다시 인식할 수 있었다. 이론가나 연구자가 어떠한 사회정치적 이념을 지니고 있는가에 따라 사용하는 개념이 다르고, 해석하는 결과가 다를 수 있음을 알 수 있었다. 그리고 잘못된 언어의 사용과 논리적 비약, 조사방법상의 오류 등으로 인하여 많은 혼란을 야기하였다는 것도 알 수 있었다.

우리의 궁극적인 관심은 사회계층-범죄관계에 대한 이론과 경험적 연구의 문제점을 밝히려는 것이 아니라, “사회계층-범죄관계 그 자체”를 밝히려는 것이다. 따라서 이러한 연구를 위해서는 먼저 기존의 이론의 이념적 편향 및 이론적 주장의 차이를 명백하게 인식하고, 이론의 적용범위에 대한 한계를 밝히고, 이러한 이론에 근거하여 경험적 연구를 시도해야 한다. 또한 이론에서 제시되는 모든 용어는 언어분석적 접근을 통하여, 구체적으로 어떠한 것을 의미하는지를 엄밀하게 정의하여 사용해야 한다. 그리고 경험적 분석은 조사방법론적 원리에 입각하여 원칙적으로 수행되어야 한다. 이와 같은 사회계층-범죄관계에 대한 연구에서 이론과 경험적 연구간의 통합이 중요하다고 생각한다. 그러한 측면에서 마지막으로 “경험적 연구가 없는 이론은 공허하고, 이론이 없는 경험적 연구는 잡다하다”는 말을 되새겨 본다.

-
- 1) 허쉬(1972)는 사회경제적 하위계층과 교육을 받지 못한 사람들은 범죄발생 및 처리과정에서 불이익을 받고 있다고 보았다. 사회구조상 하위계층은 법적 특혜를 받을 가능성이 없지만 상위계층은 부나 권력, 그리고 위세, 영향력 등으로 특혜를 받을 가능성이 높다는 것은 인정하였다. 그러나 현재 가용한 자료를 통해서 사회계층과 범죄간의 관계에 대한 확실한 결론을 내릴 수는 없으며, 다만 다음과 같은 주장은 가능하다고 하였다. 그는 (1) 그 동안 전형적으로 정의되고 측정되었던 사회계층은 전통적으로 주장되었던 수준보다는 범죄에 대한 설명량은 적은 것으로 나타났다. (2) 또한 노동계층, 중간계층, 상위계층간의 범죄의 양의 차이는 적은 것으로 나타났다. (3) 그럼에도 불구하고, 최하위계층(설문조사에 표집되지 않을 가능성이 높은 일시적 취업자)에서의 범죄율은 높은 것으로 나타났다. (4) 계급간 형법에 대한 타당성 및 정당성에 대한 인식의 차이는 적거나 없는 것으로 나타났다. (5) 청소년의 비행에 있어서, 계급기원은 계급목표보다 덜 중요한 것으로 나타났다. (6) 풍요로움과 제화의 분배에서의 민주화의 증가는 범죄율을 감소시키지 못하는 것으로 나타났다. 반대로 단기적으로는 범죄를 증가시키는 것으로 나타났다고 주장하였다.
 - 2) 낙인이론의 입장에서 사회계층-범죄관계는 일차적 일탈에 있어서 계급간 차이가 있는가에 대한 문제가 제기된다. 낙인이론은 범죄자로 낙인시키는 사회과정에서 사회 및 국가적 권력의 차별적 행사로 인하여 공식통계상의 하위계층에서 높은 범죄율이 발견된다는 주장을 한다. 그러나 이러한 주장의 주된 쟁점거리는 사회계층간 일차적 범죄발생은 균등한가의 여부이다. 만일 모든 사회계층에서 일차적 범죄가 유사하게 발생한다면, 낙인이론에서 제시한 바와 같이 공식통계에 나타난 사회계층과 범죄간의 관계는 설명될 수 있을 것이다. 그러나 하위계층의 일차적 범죄가 상위계층보다 더 많이 저질러진다면, 낙인이론에

의한 사회계급-범죄관계에 대한 설명은 적절하지 못한 것으로 보인다.

3) 그러나 허쉬(1972)는 이러한 이론들을 사회계급과 범죄간의 부의 관계로 전환될 수 있는 이론으로 파악하였고, 티틀(Tittle, 1983)은 이러한 입장을 견지하는 이론들은 사회계급과 범죄간의 관계를 주요 쟁점으로 다루고 있지는 않지만, 그러한 이론의 논리적으로 확장할 경우 사회계급과 범죄간에는 정의 관계, 즉 사회계급적 위치가 낮을수록 범죄를 저지를 가능성이 높다는 입장이 도출된다고 주장하였다.

4) 미국사회의 사회계급-범죄관계에 대한 경험적 연구는 티틀(Tittle et al., 1978), 브레이스웨이트(Braithwaite, 1981), 티틀과 메이어(Tittle and Meier, 1990)에 의하여 정리되어 논의된 바 있다.

5) 공식통계자료를 사용하는 경우, 실제범죄, 숨은 범죄, 인지범죄의 차이를 고려해야 한다. 이러한 연구에서는 범죄인지과정에서 계급적 차별이 없다는 것을 전제해야 한다. 즉 범의 집행에서 계급에 따른 차별적 적용은 없다는 것이다.

정신장애 : 형사절차와 인권

정 규 원

I. 들어가며

정신의학과 법률이 교차하는 지점을 의학에서는 법정정신의학(forensic psychiatry)이라고 한다.¹⁾ 법적 논의에서 정신의학 지식은 필요한 분야로는 형사책임능력, 증언능력, 피해자의 동의능력 등 형사법적 문제들과 유언능력, 계약능력 등 민법상 문제들 등 여러 분야가 있다. 또한 최근에는 의료과실과 의료인의 주의의무 위반에 대한 논의에서도 정신의학 지식은 중요한 역할을 하고 있다.²⁾

그러나 일반적으로 법정에서 일어나는 일에 대하여 법관과 의사의 관계는 협조적이라기보다는 비우호적이고 적대적이라고 한다.³⁾ 그 이유는 정신과의사는 원인을 규명하고 질병의 예방 및 치료에 관심을 가지는 반면, 법관은 반사회적 행위가 타인의 안전을 해한다는 점에 초점을 맞추어 범죄의 예방 및 교정에 관심을 가지기 때문이다.⁴⁾ 이와 같은 갈등관계는 형사사법에서의 치료모델 혹은 의료적 모델 - 특별예방적 관점 - 과 법률적 모델 사이의 오랜 논쟁이기도 하다.⁵⁾ 하지만 정신의학과 법률학의 관계는 서로 비우호적이거나 적대적이어서는 안 된다. 오히려 양자의 관계는 협조를 통한 범죄행위의 감소 혹은 분쟁의 해결의 관계이어야 할 것이다.

정신장애자들은 그들이 앓고 있는 정신장애로 인하여 자신이 처한 상황 및 그에 대한 대처방안에 대하여 스스로 결정할 수 있는 능력이 부족한 경우가 있으며 따라서 자신에게 최선의 이익이 되는 방향으로 의사결정을 하지 못하는 경우도 있다. 이와 같은 이유로 정신장애자는 자신에게 적절한 치료를 받지 못하는 경우가 발생할 수 있으며, 나아가 일반인들이 정신장애자에 대하여 가지고 있는 편견으로 인하여 불이익을 당하기도 한다. 치료의 부적절, 일반인의 편견 등은 정신장애자가 인간으로서 누려야 할 인권을 침해하는 결과를 발생시킬 수도 있다.

인권법은 정신보건에 중요한 역할을 하는데 그것은 다음과 같은 두 가지 관점에 의하여 설명되어질 수 있다.⁶⁾ 첫째, 인권은 주권국가가 자신의 영토 내에서 정신보건에 대한 정책을 수립하고 그러한 정책을 시행하는 것에 대한 국제적 조사를 정당화시켜주는 유일한 법적 근거이다. 둘째, 인권은 정부의 이익에 의존하는 것이 아니고 인간이 인간이기 때문에 가지는 권리이므로, 정신장애자도 자신이 인권을 가지고 있다는 사실을 증명할 필요가 없고 단지 자신이 인간이라는 주장만 하면 된다는 점이다.

정신보건과 인권의 관계는 다음과 같은 세 가지 영역에서 검토될 수 있다.⁷⁾ 첫째, 정신보건정책은 인권에 영향을 주는데, 즉 자발성이라는 점을 고려한다고 할지라도 정신보건정책의 시행은 정부의 권력에 의하여 시행되며 그와 같은 정책에는 강제입원, 강제치료, 기본권의 침해 등이 포함될 수 있다. 둘째, 인권침해는 정신보건에 영향을 주는데, 인권에 대한 심각한 침해 - 예를 들어 고문과 같은 경우 - 는 인간의 정신건강에 지대한 영향을 줄 수 있다.⁸⁾ 셋째는 인권과 정신건강은 서로 보완적인 관계를 가지고 있다. 즉 정신건강을 적극적으로 증진시키는 것은 인권을 강화시키는 것이기도 한 것이다.

- 1) 법정정신의학에 대한 간략한 설명에 대해서는 H. I. Kaplan/B. J. Sadock/J. A. Grebb, Kaplan and Sadock's Synopsis of Psychiatry 7th ed., Williams & Wilkins, 1994, Chapter 51을 참조하기 바란다.
- 2) 이외에도 특히 형사법 분야에서는 심리학 지식도 중요한 역할을 하는바, 예를 들어 범죄수사에 있어서 범죄자의 유형 파악, 형사피의자의 행동분석 등에 심리학 지식이 이용되고 있다.
- 3) 민성길, 최신정신의학(제3개정판), 일조각, 1995, 613면.
- 4) 이와 비슷한 견해로는 민성길, 전제서, 613면.
- 5) 의료적 모델과 법률적 모델에 대한 간략한 설명에 대해서는 노용우, "정신질환자의 책임능력과 인신구속," 정신건강연구 제14집, 1995, 14-15면을 참조하기 바란다.
- 6) L. O. Gostin, "Beyond Moral Claims : A Human Rights Approach in Mental Health," Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 10, 2001, pp. 254-265.
- 7) L. O. Gostin, Ibid., pp. 265-266.
- 8) U. N.의 고문방지협약 제7조는 중대한 정신적 해악은 고문이 될 수 있다고 규정하고 있으며, 제2조 a)는 특정 인종에 대한 중대한 정신적 해악을 야기하는 것은 인종학살이라는 범죄에 포함된다고 규정하고 있다.

정신장애자에 대한 인권침해는 세 가지 방향에서 발생할 수 있다고 한다.⁹⁾ 첫째, 정신장애자의 가족이 정신장애자의 인권을 침해할 수 있다. 즉 정신장애자의 가족이 편견을 가지고 정신장애자의 치료를 중단하거나 그들을 요양소에 강제입원시키는 등의 상황이 발생할 수 있는 것이다. 둘째, 정신장애자를 상대로 활동하는 전문가집단에 의한 정신장애자의 인권침해도 발생할 수 있다. 예를 들어 정신의학자가 자신의 부당한 경제적 이익을 위하여 정신장애자의 인권을 침해한다든지, 혹은 정신장애자를 성적으로 부당하게 취급한다든지의 상황이 발생할 수 있다. 셋째, 국가 공권력에 의한 정신장애자의 인권침해가 발생할 수 있다. 과거 구소련에서 정치범을 정신장애자로 둔갑시켜 강제입원을 시켰다든지, 유신시절 정신과 치료를 받은 사람들을 특정한 행사를 위하여 강제로 정신병원에 입원시킨다든지의 상황이 발생하였는바,¹⁰⁾ 이와 같은 국가공권력에 의한 정신장애자의 인권침해의 소지가 상당하다고 할 것이다.¹¹⁾¹²⁾

한국은 1990년 국제인권규약에 가입하였으며 인권 문제는 국제법적으로 중요한 논의대상인바, 정신장애자의 인권 문제도 중요한 논의대상 중 하나이다. 이미 U. N.은 정신장애자의 권리에 대한 선언을 하였으며,¹³⁾ 이 선언에 의하면 인권 보호를 위하여 정신장애자의 치료는 사회 내 치료가 선호되고 있으며,¹⁴⁾ 자율성을 보존하기 위하여 보다 덜 강제적인 환경에서 치료를 하도록 하고 있다.¹⁵⁾ 또한 European Court of Human Rights도 정신장애자에 대한 규정을 두고 있다.¹⁶⁾

이하에서는 정신장애의 의미에 대하여 살펴보고 정신장애자의 형사절차에서의 보호 규정들과 정신보건법상의 정신장애자의 보호, 특히 강제입원에 대한 내용을 살펴보기로 하겠다.

II. 정신장애의 의미

정신장애는 여타의 인간 질환과 마찬가지로 의학적 치료대상임에는 분명하다. 하지만 어떤 사람이 정신장애에 이환되었다는 것이 정확히 무엇을 의미하는 것인지는 분명하게 말하기가 어렵다.¹⁷⁾ 정신장애의 개념을 어떻게 정의하는가에 따라 치료의 대상 및 방법에 차이가 있을 수 있으며, 법적 반응도 달라지게 된다. 정신질환이나 정신장애의 개념이 명확하지 않다는 성질로 인하여 경우에 따라서는 좀 기이한 행동, 기이한 신념, 반사회적 행동, 기이한 생활방식을 가진 사람들이 정신장애자로 취급받을 가능성도 있다. 또한 각각의 학문 분과들은 그 나름대로의 정신장애에 대한 개념을 가지고 있는 듯 보이기도 한다.¹⁸⁾

9) 김이영, "정신질환자의 인권," 정신건강연구 제16집, 1997, 129-131면.

10) 이와 같은 사실에 대한 기술은 김이영, 전계논문, 127면, 128면, 130-131면을 참조하기 바란다.

11) 최근에도 정신과 치료를 받은 경력이 있는 사람에 대한 정보를 운전면허와 관련하여 사용하다가 문제가 된 경우가 있었다.

12) 김이영, 전계논문, 131면은 이외에도 정신장애자 자신에 의한 인권침해를 설명하고 있다. 즉, 정신장애자 중 일부는 자신의 병에 대한 병식이 없기 때문에 스스로 치료를 받지 아니하여 자신의 인권을 침해하고 있다는 것이다. 하지만 자신이 자신의 인권을 침해한다는 것이 성립할 수 있는가는 좀 더 검토를 요한다고 할 것이다.

13) Principles for Protection of Persons with Mental Illness and for the Improvement of Mental Health Care, G. A. Res. 119, U. N. GAOR, 46th sess., Supp. no. 49, Annex, at 188-192, U. N. Doc. A/46/49, 1991.

14) U. N. Principles for Protection of Persons with Mental Illness and for the Improvement of Mental Health Care(MI Principles) 3, 7.

15) MI Principles 9.

16) 정신장애자의 인권보호에 대한 국제선언 및 협약들에 대한 보다 자세한 설명은 L. O. Gostin, Ibid., pp. 266-268을 참조하기 바란다.

17) Marc Stauch/Kay Wheat/John Tingle, Sourcebook on Medical Law 2nd ed., Cavendish Publishing Limited, 2002, p. 487. 또한 Michael Davies, Textbook on Medical Law 2nd ed., Blackstone Press, 2001, p. 197도 비슷한 견해를 가지고 있다.

18) 이러한 점은 각 학문분과가 나름의 인식틀을 가지고 있다는 점에서 기인하는 것으로 생각된다. 인간의 인식이 먼저인가, 아니면 인식과 무관한 사물이 존재한다고 전제하는가에 따라 약간의 차이가 있을 수는 있겠지만, 각각의 학문분과는 고유의 인식틀을 가지고 있다고 생각되어지고 있다. 따라서 사물을 바라보는 태도는 그 인식틀에 따라 결정되어지며, 그 인식틀을 통

정신의학에서는 정신장애는 크게 정신질환(mental illness)과 정신지체(mental retardation)로 구분한다. 정신지체는 출생 시부터 또는 어린 시절에 나타난 지적 능력의 결손을 의미함에 반하여 정신질환은 과거에는 건강하였던 사람이 후천적으로 정신장애를 나타내는 경우를 말한다. 정신질환은 다시 정신신경증(psychoneurosis)¹⁹⁾과 정신병(psychosis)으로 구분되어진다. 정신병에 해당하는 질환으로는 기질성 정신장애(뇌증후군), 정신분열병, 정신분열형장애, 분열정동장애 등이 포함된다.²⁰⁾

정신장애의 원인에 대해서는 유전적 원인, 기질적 원인, 심리적 원인, 사회문화적 원인 등 여러 가지 측면에서 현재는 생물학적 원인이 주된 것으로 생각되어지고 있으며, 정신장애에 대한 치료도 주로 생물학적 원인을 치료하는 방향으로 나아가고 있다.²¹⁾

한편 임상심리학에서는 인간의 행동을 정상적 행동과 비정상적인 행동으로 구분하고 있는데, 정상적 행동과 비정상적 행동의 구분에 있어서는 주변 환경에 적절히 적응하고 대처할 수 있는 능력을 중요한 판단기준이 되어왔다. 임상심리학에서는 대개 다음과 같은 심리적 특성을 지니는 사람들은 정상적이며 정신적으로 건강한 사람이라고 파악하였다. 첫째, 자신이 처한 주변 현실을 정확히 파악하고 인식할 수 있다. 둘째, 자신의 능력과 심리적 상태를 객관적으로 자각하고 인식할 수 있다. 셋째, 자신의 행동을 스스로 조절하고 통제할 수 있다. 넷째, 있는 그대로의 자기 자신을 수용하고 존중하고 있다. 다섯째, 다른 사람들과 원만한 인간관계를 이룰 수 있다. 여섯째, 자신의 능력을 생산적이고 효율적으로 발휘할 수 있다.²²⁾ 따라서 이와 같은 요건을 충족시키지 못하는 행동은 비정상적인 행동이며 그러한 행동을 하는 자는 임상심리학적으로는 비정상적인 인간이라고 판단되어질 것이다.

이에 반하여 형법 제10조, 사회보호법 제2조 등에서는 심신장애라는 용어를 사용하고 있는데, 일반적으로 국내의 학자들은 심신장애의 의미를 정신적 장애 내지 정신기능의 장애라고 정의하고 있다.²³⁾ 그리고 그 내용은 독일형법 제20조를 참조하여, 병적 정신장애, 심한 의식장애, 정신박약, 그리고 기타 심한 정신변성이라고 하고 있다.

한편 정신질환자를 강제입원시킬 수 있도록 규정하고 있는 정신보건법 제3조 제1호는 정신질환자를 "정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애·알코올 및 약물중독 기타 비정신병적정신장애를 가진 자"라고 정의하고 있다. 우리나라의 정신보건법과 비슷한 법률인 영국의 정신보건법(Mental Health Act 1983)은 정신장애를 "정신질환, 정신의 발달정지 혹은 불완전한 발달, 정신병적 장애 그리고 여타의 모든 정신의 장애나 무능"²⁴⁾이라고 정의하고 있으며, 정신적 결함을 "지능과 사회적 기능의 심각한 결함을 포함하며, 관여자들에 대하여 비정상적으로 공격적인 행위를 하거나 심각하게 무책임한 행위를 하는 것과 연관되어 있는, 정신의 발달 정지 혹은 불완전한 발달상태(심한 정신적 결함에 이르지 않은)"²⁵⁾라고 정의하고, 정신병적 장애는 "관여자에게 비정상적으로 공격적인 행위를 하거나 심각하게 무책임한 행위를 하는, 정신의 지속적인 장애나 결함(심각한 지능의 결함을 포함 여부는 관계없다

하여 사물은 재구성되어진다. 이러한 점 때문에 각각의 학문분과는 사물의 일부만으로 전체를 구성하는 오류를 범하기도 한다.

19) 이를 신경증(nerosis) 혹은 신경증적 장애(neurotic disorders)라고도 한다. DSM-IV는 신경증이라는 개념 대신, 불안장애(anxiety disorders), 신체형장애(somatoform disorders), 인위성장애(factitious disorders), 해리성장애(dissociative disorders), 감정부전장애(dysthymic disorders), 성기능장애 등의 개념을 사용하고 있다.

20) 정신장애의 개념과 분류에 대한 보다 자세한 논의에 대해서는 민성길, 전계서, 제8장을 참조하기 바란다.

21) 정신장애의 원인에 대한 보다 자세한 논의에 대해서는 민성길, 전계서, 제6장을 참조하기 바란다. 따라서 많은 사람들이 생각하고 있는 정신분석학이나 분석심리학적 방법은 적어도 현재의 정신의학에서는 주된 치료방법이 아니다. 실제 임상에서 적용되는 정신의학적 지식은 생물학에 기초한 과학적 지식에 기반하고 있다.

22) 김중술/유성진, "범죄자 및 범죄행동에 대한 심리학적 평가 : 유용성, 방법 및 사례," 2001년도 한국심리학회 춘계 심포지움, 2001, 138면.

23) 배종대, 형법총론(제6판), 홍문사, 2001, 368면; 손해목, 형법총론, 법문사, 1996, 602면; 오영근, 형법총론, 대명출판사, 2002, 449-451면; 이재상, 형법총론(제4판), 박영사, 2000, 296-297면; 이형국, 형법총론연구 II, 법문사, 1986, 397면; 임웅, 형법총론(개정판), 법문사, 2002, 279면; 정성근/박광민, 형법총론, 삼지사, 2001, 312-313면.

24) 'mental disorder' means mental illness, arrested or incomplete development of mind, psychopathic disorder and any other disorder or disability of mind ---.

25) 'mental impairment' means a state of arrested or incomplete development of mind(not amounting to severe mental impairment) which includes significant impairment of intelligence and social functioning and is associated with abnormally aggressive or seriously irresponsible conduct on the part of the person concerned ---.

26)라고 정의하고 있다. 또한 일탈행위 또는 기타의 반도덕적 행위, 성적 일탈, 약물의존만을 이유로 정신장애자로 취급하여서는 안 된다고 하고 있다. 한편 일본의 1988년 정신보건법 제3조는 “정신장애자란 정신병자(중독성 정신병자를 포함한다), 정신박약자 및 정신질환자를 말한다”라고 규정하고 있다. 이러한 정의 규정에 대하여 여러 가지 논란이 있었으며 1993년의 정신보건법의 일부를 개정하는 법률에서는 정신장애자를 “정신분열, 중독성 정신병, 정신박약, 정신병질, 기타의 정신질환을 가진 자”라고 정의하여 그 외연을 확장하였다.

이와 같이 정신장애 혹은 정신질환의 개념은 각각의 법의 목적에 따라 그 외연에 있어서 약간의 차이를 보이고 있기는 하지만, 그 내용에 있어서는 결국 정신의학의 최신식견에 따라 정의되고 있음을 알 수 있다. 다만 각각의 법률이 규율하고자 하는 바가 무엇인가에 따라 그 대상에 차이가 있을 뿐이다.

법학은 규범의 학문이고 규범이란 옳고 그름의 판단이라는 점, 그리고 옳고 그름의 판단을 하기 위해서는 그 대상과 기준이 특정되어야 한다는 점을 고려할 때 정신질환 내지 정신장애의 개념은 정신의학적으로 정의하는 것이 타당하다고 생각된다. 당위에 대한 판단과 존재에 대한 판단이 달라진다는 점을 인정할지라도 당위적 판단은 존재와 완전히 절연된 채 이루어질 수는 없는 것이다. 당위적 판단은 언제나 존재에 근거하여 이루어지는 것이고 이러한 점을 인정한다면 사실에 기반한 규범적 판단이 정당성을 가질 수 있을 것이다.

하지만 정신의학은 여타의 의학과는 약간 다른 특성을 가지고 있다는 점도 주목하여야 할 것이다. 의학은 과학적 판단을 기반으로 하는 학문 분과이다. 의학에서의 과학적 기반이란 대부분의 경우에 있어서는 생물학적 지식이 다. 이는 서양의학이 질병의 원인과 치료방법을 설명하는 방식이 생물학적 지식에 기반하여 이루어지고 있다는 점에서도 잘 알 수 있다.²⁷⁾ 하지만 정신의학의 경우에는 사정이 좀 다르다. 최근의 정신의학은 대부분의 정신과적 질병을 생물학적 원인에 근거하여 설명하려고 하고 있으며 이에 대한 치료방법도 생물학적 지식에 기반하고 있다. 하지만 치료받아야 하는 정신질환과 치료받지 않아도 되는 기이한 행동의 구별은 무엇에 의하여 결정되는가²⁸⁾의 결정에는 사회적 요인이 작용을 하게 될 것이다. 특정 사회가 특정 행위에 대해서 관용적 태도를 취하고 있다면, 이 전까지는 비정상적인 행위로 판단되어지던 행위가 사회에서 수용 가능한 행위가 될 수도 있을 것이다.³⁰⁾ 이러한 점에서 정신의학은 의학 중에서 규범적 요소로 가진 학문분과라고 생각할 수 있을 것이다.

그러나 이상과 같은 정신의학의 규범적 요소로 인하여 정신의학이 실체가 없는 것이라고 반박하는 것은 타당하지 않다. 정신질환이 질병으로서의 실체를 가지지 않는다는 반정신의학자들의 주장³¹⁾은 과학의 실재성을 부정하는

26) 'psychopathic disorder' means a persistent disorder or disability of mind(whether or not including significant impairment of intelligence) which results in abnormally aggressive or seriously irresponsible conduct on the part of the person concerned ---.

27) 물론 생리학이나 생화학, 의공학 등에서는 생물학적 지식뿐만 아니라 물리학, 화학, 공학 등의 지식을 활용하고 있다. 그렇기 때문에 의학이 자연과학에 있어서 가장 종합적인 응용학문이라고 할 수 있는 것이다.

28) 예를 들어 동성애는 정신질환인가 아닌가? 더 나아가 어떠한 성적 행위가 정상적인 성적 행위이며 어떠한 성적 행위가 비정상적인 행위로써 정신질환에 해당하는가?

29) 이러한 태도의 변화는 그 사회의 문화적 특성, 타인의 행위에 대한 일반적인 사회의 관용도, 그 사회의 윤리성 등이 영향을 줄 것이다.

30) 어떤 것이 정상인가 비정상인가는 건강한 상태인가 병적인 상태인가와는 다른 개념이다. 정상, 비정상의 개념은 통계적 개념으로서 특정 분포 내에 속하는 집단을 정상이라고 하고 그 분포를 벗어나는 집단은 비정상이다. 예를 들어 지능검사의 평균치가 100이라고 하고 80-120 사이에 분포가 표준편차 내에 속하는 것이라고 한다면 80 이하도 비정상이지만, 120 이상도 비정상인 것이다. 이러한 점에서 볼 때 정상이라는 용어는 비정상과 대립되어서만 의미를 가질 수 있는 용어이다. 정상의 개념에 대한 논의에 대해서는 M. Sabsin, "Psychiatric Perspectives on Normality," Arch Gen Psychiat 17, 1967, pp. 258-264; A. L. Strass, "A Sociological View of Normality," Arch Gen Psychiat 17, 1967, pp. 265-270; R. R. Grinker, "Normality Viewed as a System," Arch Gen Psychiat 17, 1967, pp. 320-324; A. Kaplan, "A Philosophical Discussion of Normality," Arch Gen Psychiat 17, 1967, pp. 325-330을 참조하기 바란다. 또한 정상과 병리의 개념에 대한 선구적인 저작으로 여러 학문 분야에 많은 영향을 끼친 G. Canguilhem, On the Normality and the Pathological, Reidel Publishing Co., 1978을 참조하기 바란다.

31) 예를 들어 T. Szasz, The Myth of Mental Illness, Harper & Row, New York, 1974가 그러한 입장이다. 또한 Foucault의 견해도 그와 비슷한 입장이다. 하지만 Foucault 자신은 자신과 반정신의학자들의 연관성을 부인하고 있다. 한편 Canguilhem은 질병 전반에 대하여 반실재론적 입장을 취하고 있다.

입장에 서지 않는 한 전적으로 타당하다고 할 수는 없을 것이다. 분명 정신질환도 다른 의학적 질환과 마찬가지로 생물학적 질환이다. 다만 어떠한 이상이 치료를 요하는 질환인가를 정함에 있어서 약간의 사회적 영향을 받는 것이다. 하지만 그와 같은 영향도 인간 정신에 대한 지식이 증가함에 따라 감소하고 있다. 따라서 정신의학 지식은 어느 정도 객관적이고 과학적인 지식에 근거한 지식이라고 보아도 무방할 것이다.³²⁾ 게다가 현재의 정신의학은 세계적으로 통일적 기준을 가지고 있다.³³⁾ 따라서 정신장애의 의미를 일단 정신의학적 정의에 따르도록 하되 개별 법률상황에서의 구체적인 결정은 변용가능한 것으로 설정하는 것이 타당하다고 생각된다.

III. 정신장애자와 형사절차

1. 형사책임능력의 문제

법적 판단에 있어서 정신학과 심리학의 지식의 필요성은 여러 분야에서 요구되고 있다.³⁴⁾ 특히 형법 분야에서는 정신학과 심리학의 지식이 중요한 역할을 하는 여러 분야가 존재하는바,³⁵⁾ 형사절차에 있어서 법률가와 정신의학자가 공동으로 작업을 하는 영역이 무엇이라는 질문에 대하여는 거의 자동적으로 책임능력 판정의 문제라는 답이 나오게 된다.³⁶⁾

형법 제10조 제1항은 “심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 별하지 아니한다”라고 하여 형사 책임무능력에 대한 규정을 두고 있으며, 제10조 제2항은 “심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다”라고 하여 한정 책임능력에 대한 규정을 두고 있다. 이와 같은 규정은 통상 혼합적 방법에 의한 규정이라고 이해되고 있다.³⁷⁾

32) 물론 이와 같은 서술이 현재의 정신의학 지식이 완벽한 것이라는 것을 의미하는 것은 아니다. 하지만 인간의 지적 능력의 불완전성으로 인한 한계는 모든 학문 분과에서 동일하게 적용되는 한계이다. 일부 법학자들이 책임능력이나 장기이식에서의 뇌사인정 여부에 대하여 의학적 판단을 믿을 수 없다고 말하는 것은 지나친 것이라고 생각된다. 자신의 분야의 전문성만큼이나 타학문 분야의 전문성도 존중받을 가치가 있다. 모든 학문적 활동은 현재 인식 가능한 지식을 바탕으로 이루어지는 것이다.

33) 가령 DSM체제나 ICD체제와 같은 통일적 진단 기준이 존재한다. 따라서 정신의학 지식이 통일되어 있지 아니하다는 법학자들의 비판도 타당성을 결여한 것이다.

34) 미국의 경우 법과 심리학이 만나는 분야는 대략 정신이상 항변(insanity defense), 법적 관점에서 어린이와 청소년 - 특히 비행소년의 경우 - 의 치료와 분류, 증인에 대한 심리학적 연구, 재소자와 경찰에 대한 심리검사 - 특히 지능 검사 - 등이 있다고 한다(이에 대한 자세한 논의는 Ronald Roesch/Stephen D. Hart/James R. P. Ogaloff(ed.), Psychology and Law - The State of the Discipline, KA/PP, 1999, Chapter 1을 참조하기 바란다.

35) 행위(actus reus)와 고의·과실(mens rea) 등의 판단에 있어서의 심리학적 개념과 법적 개념에 대한 논의로는 Ray Bull & David Carson(ed.), Handbook of Psychology in Legal Context, 1995, pp. 315-328을 참조하기 바란다.

36) Franz Streng/김영환역, “책임능력의 판정에서의 심리학자와 형사법률가 - 의사소통의 차원과 권한갈등”, 법학논총 제11집(1994, 10.), 한양대학교 법학연구소, 381면. 우리나라의 경우에도 실무상 형사절차와 관련한 정신감정은 전부 형사책임능력이 있느냐 여부를 판단하기 위한 것이라고 한다(손용근, “정신장애자와 사법절차 - 그 일반론 및 몇 가지 현실적인 문제점들,” 신경정신의학 제31권 제6호, 1992, 1049면.).

37) 책임능력에 대한 규정방법은 생물학적 방법, 심리학적 방법, 혼합적 방법으로 구분된다. 생물학적 방법은 일정한 비정상적인 생물학적 상태가 인정되면 책임무능력을 인정하는 방법으로서 1910년 프랑스 형법 제64조, 미국의 Durham Rule, 영국의 1957년 살인죄법(Homicide Act), 독일 형법 제19조, 우리나라 형법 제9조·제11조 등이 있다. 이에 반하여 심리학적 방법은 본래 책임이란 행위자가 적법하게 행위할 수 있었음에도 불구하고 범죄로 나아간데 대한 비난이므로 행위자가 어떠한 사유에 의하든 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없다면 책임무능력이라고 인정하는 방법으로서 1869년 7월 31일 북독일연방형법 제1차 초안 제46조, 이탈리아 형법 등이 그와 같은 규정 방법을 채택하고 있다. 혼합적 방법은 행위자의 비정상적인 심리상태를 책임무능력의 생물학적 요소로 규정하고 이 요소가 행위자의 변별능력이나 의

한편 심신장애의 의미에 대하여는 통상 정신장애와 같은 의미로 파악하고 있는바, 형법학계의 일반적 해석론³⁸⁾은 독일형법 제20조를 참조하여 심신장애의 내용을 병적 정신장애, 심한 의식장애, 정신박약 그리고 기타 심한 정신변성으로 구별하고 병적 정신장애에는 내인성 정신병인 정신분열증, 조울증, 간질, 그리고 외인성 정신병인 장상성 뇌손상, 알코올 등에 의한 중독, 기타 감염성 정신장애 등을 열거하고 있다. 그리고 심한 의식장애의 예로는 최면성 혼수상태, 심한 흥분이나 충격, 심한 과로상태, 음주에 의한 명정 등을 들고 있으며, 기타 심한 정신변성으로 정신병질,³⁹⁾ 심한 신경쇠약,⁴⁰⁾ 충동장애 등을 열거하고 있다.

생물학적 요소를 규정하는 방법에는 열거주의와 일반조항으로 규정하는 두 가지가 있다. 즉 독일형법의 경우처럼 생물학적 요소를 “병적 정신장애”, “중증의 의식장애”, “정신지체”, “기타 중한 정신변성”으로 구체적으로 규정하는 방법이 열거주의이고, 우리 형법의 경우처럼 “심신장애”라고 규정하여 구체적인 생물학적 요소의 내용은 해석하는 방법이 일반조항이다. 독일에서는 생물학적 요소를 유형화하지 않을 경우에는 “① 질병의 진단이나 변별에 맡기는 것이 일반조항이다. 독일에서는 생물학적 요소를 유형화하지 않을 경우에는 “① 질병의 진단이나 변별 능력 조각 원인의 분석이 후퇴하고 ② 책임능력 판단의 분석이 감정인 측에 기울어진다.”라고 하여 열거주의를 채택하고 있다고 한다.⁴¹⁾ 그러나 일본 형법과 우리 형법은 일반조항을 사용하고 있다. 양 방법은 각각 장·단점을 가지고 있다. 열거주의는 생물학적 요소에 대한 좀 더 구체적인 기준을 법관에게 제시할 수 있는 반면, 변별하는 질병 개념에 대응할 수 없는 단점이 있다. 반면에 일반조항은 변별하는 질병에 대응하기 쉬운 장점이 있는 반면 법적 안정성의 면에서는 문제점이 있다.⁴²⁾

어쨌든 우리 형법과 독일 형법은 책임능력에 관한 규정에 있어서 그 문언과 규정 방법이 다르므로 우리 형법을 해석하는 데에 독일 형법의 해석론이 참조가 될 수는 있겠지만 그대로 적용할 수는 없다고 생각된다. 오히려 우리 형법은 일반조항 형식으로 책임능력에 대하여 규정함으로써 새로운 정신장애 개념의 도입이 용이할 수 있는 것이고 변화하는 현실에 대처하기도 용이한 장점이 있다.

형법의 규정에 의하면 심신장애로 “인하여” 변별능력이나 의사결정능력의 흠결이 있어야 하므로 심신장애는 변별능력과 의사결정능력의 전제가 되는 것이며, 변별능력이나 의사결정능력의 흠결이 있더라도 심신장애가 없다면 책임무능력 혹은 한정책임능력이 인정되지는 않는다는 점에서 심신장애는 독자적인 의미를 갖는 것이다. 또한 형법의 책임능력에 대한 해석상 혼합적 방법을 취하고 있다고 인정되고 있으며, 심신장애의 경우에는 심리학⁴³⁾ 판단의 대상이 아닌 생물학적 판단의 대상이라고 하고 있으므로, 심신장애의 의미와 내용, 그리고 그에 대한 정확한 판단을 할 수 있는 사람에 의하여 판단되어야 할 것이다. 이상과 같이 볼 때 심신장애의 의미와 내용은 정신의 학 내지는 심리학에서 사용하는 개념들에 의하여 파악하는 것이 타당하며,⁴⁴⁾ 그 판단도 정신의학자나 심리학자의 판단이 법관의 판단에 우선한다고 생각된다.⁴⁵⁾ 심신장애의 판단에 정신의학이나 심리학적 기준을 사용하는 데에는 다음과 같은 근거가 있다.

첫째, 형법은 책임능력의 판단 기준을 제시하고 있지 않다. 따라서 심신장애를 규범적으로 판단한다고 하면서 법관이 재판정에서의 즉흥적인 인상에 따라 심신장애 여부를 자의적으로 결정할 위험이 있다. 물론 책임능력 판단에 있어서⁴⁶⁾ 정신의학이나 심리학적 기준을 형법적 판단에 그대로 사용할 수는 없는 것이다. 하지만 책임능력 중 생

사결정능력에 어떠한 능력을 미쳤는가를 심리학적 요소로 검사하는 방법으로 대부분의 입법례가 혼합적 방법을 취하고 있다.

38) 위의 각주 23)을 참조하기 바란다.

39) 정신병질이라는 용어는 1891년 Koch가 처음 명명한 것으로 범죄자 중에 정이 없고 자제심이 결여되어 있으며 윤리적 감각이 전혀 없는 사람을 지칭하는 용어였다. 최근의 정신의학적 용어에 의하면 인격장애(Personality disorder)의 일종으로 파악되고 있다.

40) 신경쇠약이라는 용어는 현재 거의 사용되고 있지 않으며 신경증이라는 용어를 사용하고 있으며 넓은 의미의 인격장애의 일종으로 파악되고 있다(이정균, 정신의학(삼정신판), 일조각, 1994, 262면.).

41) Niederschriften über die Sitzung Grßen Strafrechtskommission, 4 Bd., 1958, S. 134.

42) 필자는 변화하는 정신장애의 개념들에 대응할 수 있는 일반조항에 의한 규정 방법이 더 타당하지 않을까 생각한다.

43) 정확한 의미로는 규범적.

44) 필자와 마찬가지로 심신장애의 개념을 정신의학에 기초를 두고 구체화하는 데에 찬성하는 견해로는 장규진·진희권, 치료감호에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 9면을 참조하기 바란다. 이 논문에서 의하면 이와 같은 시도는 죄형법정주의와 실제적 법치국가의 이념을 구현하기 위해서라고 한다. 또한 김종률, 정신감정과 치료감호자료집, 한국형사정책연구원, 1996, 26면도 정신의학적 진단방법에 따라 형법 제10조의 심신장애를 구분하고 있다.

45) 신양균, “책임능력과 감정,” 형사판례연구 [5], 1997, 53면도 “생물학적 요소에 대해서는 감정인의 감정에 의존하는 것이 타당하다”라고 하고 있다.

물학적 요소의 판단에는 정신의학이나 심리학적 성과들이 상당히 유용하고 의미 있는 기준이 될 수 있을 것으로 생각된다.

두 번째, 현행 의료법 시행규칙 제12조는 “진단서의 기재사항”이라는 표제 하에 의사, 치과의사 또는 한의사가 교부하는 진단서에 대한 규정을 하고 있다. 즉 제12조 제1항은 “의사·치과의사 또는 한의사가 교부하는 진단서는 다음 각 호의 사항을 기재하고 서명날인하여야 한다”라고 규정하고 있으며, 1994년 9월 27일 개정된 동법 제12조 제3항은 “제1항의 병명기재는 통계법 제11조의 규정에 의하여 고시된 한국표준질병사인 분류에 따른다”라고 규정하고 있다. 그런데 한국표준질병사인 분류는 WHO의 ICD분류법과 동일하다. 현재 감정서에 대해서는 특별한 규정을 두고 있지는 않으나 이 규정이 참고가 되고 있으며 실무에서 정신과 의사의 감정서도 ICD의 진단명을 따르고 있다고 한다.

셋째, 정신의학 내지는 심리학과 법학간의 의사소통의 문제를 들 수 있다. 법학자들이 사용하는 용어는 현재 정신의학이나 심리학에서 사용하는 용어가 아니라 과거 독일에서 사용되던 용어를 사용하고 있다. 따라서 현재의 정신의학이나 심리학의 성과물에 비추어 볼 때 타당하지 않거나 나아가 부정확한 지식을 근거로 한 환상에 불과할 수도 있다.⁴⁷⁾ 반면에 정신의학자나 심리학자들은 질병 개념으로서의 심신장애와 형법적 판단으로서의 책임능력의 구분을 정확히 이해하지 못하고 양자를 혼돈하는 오류를 범하기도 한다. 이와 같은 법학자들과 정신의학자 내지는 심리학자들의 오해를 불식시키기 위해서는 서로 다른 학문 분과간의 성과물들을 교류하고 이해하는 작업이 필요하다.

넷째, 현재 대법원의 판례는 정신의학에서 사용하는 용어들과 개념들을 사용하고 있다. 따라서 법학자들이 서술하고 있는 용어와 개념은 실무에서도 받아들여지지 않고 있는 것으로 생각된다. 이와 같은 실무와 학계의 차이는 법학자들은 종래 독일의 낡은 논의를 그대로 받아들이고 있음에 반하여, 대법원은 감정인들의 감정서를 통하여 현재 통용되고 있는 정신의학적 기준을 받아들이고 있기 때문인 것으로 생각된다.

이러한 문제점들을 고려할 때 현재 형법학자들이 사용하는 심신장애에 대한 개념과 해석은 학문적으로 실무적으로 그 존재 근거가 상당히 약하다고 할 수 있다. 형법 제10조에서 사용하고 있는 심신장애라는 용어의 개념의 해석과 판단 기준의 정립에 있어서 생물학적 요소라는 의의에 적합하게 정신의학이나 심리학에서 사용하고 있는 개념과 해석을 고려하여야 할 것으로 생각된다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾

2. 소송능력의 문제

소송행위의 주체가 되기 위해서는 소송능력이 있어야 한다. 소송능력이란 소송주체가 유효하게 소송행위를 할 수 있는 능력을 의미한다.⁵⁰⁾ 검사의 경우에는 법률에 의하여 그 자격과 지위가 인정되기 때문에 소송능력의 문제는 주로 피고인의 소송능력과 관련되어 발생하게 된다.⁵¹⁾ 피고인이 적절한 소송행위를 하기 위해서는 자신을 방어할 수 있는 능력을 가지고 있어야 하는바, 자신의 소송법상의 지위와 중요한 이해관계를 변별하고 이에 따른 적절한 방어행위를 할 수 있는 능력이 있어야 한다. 형사소송법은 소송능력의 본질을 의사능력으로 파악하고 있다.

소송능력은 소송행위가 가지고 있는 이해득실을 판단하고 이에 따라 행동할 능력으로 소송행위 시점에 존재하여야 하는 능력이기 때문에, 사실을 변별하고 이에 따라 의사결정을 할 수 있는 능력이 범죄실행행위시 있었는가 여부를 판단하는 형사책임능력과는 구별된다.⁵²⁾ 하지만 심신장애자의 경우에는 형사책임능력, 의사능력 및 소송능력

46) 심신장애에 대한 판단이 아닌.

47) 정신의학자들이나 심리학자들이 통일된 기준을 가지고 있지 못하며 불분명한 지식에 근거하고 있다는 법학자들의 비판이 대표적이다.

48) 이와 같은 문제 의식 하에 제10조의 심신장애를 해석하고 대법원 판례를 검토한 것은 정규원, 전계논문, 102-192면. 필자는 이 논문에서 원칙적으로 DSN - IV의 개념과 기준을 사용하였다.

49) 형법상 책임능력의 판단 문제에 대한 좀 더 자세한 논의에 대해서는 정규원, 전계논문을 참조하기 바란다.

50) 신동운, 형사소송법 I(제2판), 법문사, 1997, 557면; 신양균, 형사소송법, 법문사, 2000, 369면. 이에 대하여 소송능력과 소송행위능력을 구분하는 견해도 있다(이재상, 형사소송법(제5판), 박영사, 1999, 147면.). 이 견해에 의하면 소송행위능력이란 소송을 수행하면서 자신의 이익과 권리를 방어할 수 있는 사실상의 능력을 의미한다고 한다. 본 논문에서는 소송능력이라는 용어를 소송행위능력을 포함하는 의미로 사용하기로 하겠다.

51) 형사소송의 구조를 당사자주의로 이해하건 직권주의로 이해하건 소송능력은 피고인에게 불가결한 요소이다(신양균, 전계서, 369면.).

52) 신동운, 전계서, 557면; 신양균, 전계서, 370면.

한 검찰청검사 또는 형의 선고를 받은 자의 현재지를 관할하는 검찰청검사의 지휘에 의하여 심신장애가 회복될 때까지 형의 집행을 정지한다"라고 규정한 것은 심신장애에 있어서의 수행능력을 고려한 규정이라고 할 것이다. 심신장애로 의사능력이 없는 상태이거나 임태로 인하여 사형집행이 정지된 경우에는 심신장애의 회복 또는 출산 후에 법무부장관이 사형집행을 명하도록 하고 있다(동법 제469조 제2항). 자유형의 집행정지의 경우에도 집행정지 사유가 없어진 이후에는 다시 자유형의 집행을 하도록 하고 있다(동법 제470조 제2항, 제3항). 미국의 경우에도 형의 집행시에 심신장애가 있는 경우에는 형을 집행하지 않는 것을 원칙으로 하고 있다.⁶⁵⁾

4. 치료감호의 문제⁶⁶⁾

치료감호란 심신장애자·마약중독자 및 알코올중독자로서 죄를 범한 자로써 재범의 위험성이 있는 경우에 치료감호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 하는 것을 말한다(사회보호법 제2조 제2호, 제8조 제1항, 제9조 제1항 참조).

형법은 심신장애자의 범죄에 대하여는 처벌을 할 수 없거나 형을 감경하도록 하고 있다. 그러나 심신장애범죄자가 사회적으로 위험성이 있는 경우에는 무작정 그들을 사회로 복귀시킬 수는 없는 것이다. 따라서 사회보호법⁶⁷⁾ 제8조 제1항은 "보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 치료감호에 처한다"라고 규정하고 이어서 동조 동항 제1호에서는 "심신장애자로서 형법 제10조 제1항의 규정에 의하여 벌할 수 없거나 동조 제2항의 규정에 의하여 형이 감경되는 자가 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범한 때"라고 규정하여 재범의 위험성이 있고 금고이상의 형에 해당하는 범죄를 범한 심신장애자에 한하여 치료감호에 처하도록 하고 있다.

치료감호는 전통적인 형사제도의 한계나 제약을 해결하기 위하여 행위자의 과거의 행위나 책임과는 무관하게 장애의 위험에 따라 과해지는 보안처분의 일종으로써 대인적 자유박탈적 보안처분에 속한다.⁶⁸⁾ 오늘날에는 대부분의 국가에서 치료감호제도를 채택하고 있다. 예를 들면 독일형법 제62조, 오스트리아형법 제21조, 스위스형법 제43조, 덴마크형법 제65조, 미국모범형법전 제4장 제8조, 우리나라의 사회보호법 제8조 등이 그것이다.⁶⁹⁾

치료감호제도는 심신장애범죄자에게 의료적 혜택을 부여하여 사회복지권을 용이하게 함과 동시에 재범방지에 노력하여 일반인의 안전을 확보하는 것을 그 목적으로 하고 있다. 그런데 의료행위, 특히 정신과적 의료행위는 환자와 의사간의 신뢰와 관계형성이 그 근본이다. 따라서 단순히 치료감호시설에 구금하는 것이나, 형식적으로 이루어지는 치료행위는 그 효과가 있을지 의문이라 하지 않을 수 없다.⁷⁰⁾

또한 책임무능력으로 인하여 형벌을 과하지 않는 심신장애자를 대상으로 하는 치료감호는 그 목적이 치료·개선이기 때문에 인도적이라고 생각할 수도 있지만 경우에 따라서는 오히려 형벌을 가하는 것보다 가혹할 수도 있다. 따라서 치료감호에 대하여도 범죄국가적 원리에 적합하게 행하여져야 한다. 일반적으로 치료감호에 요구되는 지도원리는 ① 보안처분법정주의, ② 적법절차의 원칙, ③ '의심스러울 때는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)'의 원칙, ④ 비례성의 원칙 등을 들고 있다.⁷¹⁾

사회보호법 제8조 제1항은 "보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 치료감호에 처한다"라고 규정하고 동조 동항 제1호에서는 "심신장애자로서 형법 제10조 제1항의 규정에 의하여 벌할 수 없거나 동조 제2항의 규정에 의하여 형이 감경되는 자가 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범한 때"라고 규정하고 있다. 따라서 심신장애범죄자에 대한 사회보호법상 치료감호의 요건으로는 ① 범죄행위자가 형법 제10조 제1항에 해당하는 책임무능력자이거나 형법 제10조 제2항에 해당하는 한정책임능력자일 것, ② 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범했을 것, ③ 재범의 위험성이 있을 것을 그 요건으로 한다.

치료감호를 선고하기 위한 책임무능력은 일시적인 정신활동의 병적 상태로 족하지 않고 장기적으로 계속된 상태이어야 한다.⁷²⁾ 한편 계속적인 상태로 인하여 책임무능력에 이르게되는 것은 실제의 경우에 있어서 심신장애자

65) 이에 대한 자세한 내용은 W. R. LaFave/A. W. Scott Jr., Substantive Criminal Law vol. 1, West Publishing Co., 1986, pp. 480-482를 참조하기 바란다.
 66) 치료감호에 대한 보다 자세한 논의는 정규원, 전계논문, 199-222면을 참조하기 바란다.
 67) 이 법은 1980년 국가보위입법회의 시절에 제정되었으며 1987년, 1989년, 1994년, 그리고 1995년에 개정되었다.
 68) 장규원·진회권, 전계서, 15면.
 69) 장규원·진회권, 전계서, 17면.
 70) 같은 견해로 김상호, 정신장애범죄자의 처우, 동아법학 창간호(1985), 420면.
 71) 장규원·진회권, 전계서, 19면. 한편 이형국 교수는 보안처분의 지도원리로 ① 비례성의 원칙, ② 사법적 통제와 인권보장을 들고 사법적 통제와 인권보장의 내용안에 '의심스러울 때는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)'의 원칙을 포함시키고 있다(이형국, 전계서, 806면).

한되므로 사회보호법 제8조 제1항 제1호 전단의 규정에 의하여 치료감호를 받는 대상은 심신장애에 국한된다는 견해가 있다.⁷³⁾ 그러나 이 경우에 심신장애자라는 것은 어느 범위까지를 포괄하는 것인지가 분명하지 않다. 주요정신병(정신분열증, 기분장애)과 그 외의 넓은 의미의 심신병이라는 개념으로 사용하고 있다면 이는 타당하다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 정신분열증이나 주요정신병만을 의미하는 좁은 의미로 사용하고 있다면 이는 지지할 수 없다. 왜냐하면 주요정신병 중에서도 단기간의 치료로 회복되는 경우가 있는 반면 충동장애, 인격장애, 인격장애 등이 오히려 더 장기간의 치료를 요할 수 있기 때문이다. 따라서 분명하게 정의하지 않고 심신병이라는 용어를 사용하기 보다는 구체적인 경우에 정신과전문의의 자문을 얻어 결정하는 것이 타당하리라고 본다. 이에 대하여 사회보호법 시행령 제10조가 "법 제8조 제1항의 규정에 의하여 치료감호를 청구할 때는 정신과전문의의 진단 또는 감정이 있어야 한다"라고 하고 있는 점은 타당한 규정이라고 생각한다.

현행 사회보호법상의 치료감호는 영국이나 독일의 경우와는 달리 범죄행위의 존재를 그 요건으로 하고 있다. 비록 치료감호가 치료를 위한 보안처분이지만 신체의 자유를 제한하고 감호기간이 부정기라는 점(사회보호법 제9조 제2항)을 감안하여 치료감호를 명하는데 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범했을 것을 그 요건으로 하고 있는 것이다. 따라서 단지 범죄의 위험성이 있다는 이유만으로 심신장애자를 치료감호의 명목으로 수용할 수는 없다.

구사회보호법(1980. 12. 18. 법률 제3286호) 제8조 제1항 제1호에서는 심신상실자의 경우에는 재범의 위험성이 없다는 사유로 치료감호의 청구를 기각할 수 없다고 규정하고 있었다. 이러한 입법은 심신장애의 경우 범죄를 범한 경우에는 그 심신장애로 인한 위험이 현저하다고 보아 재범의 위험성에 대한 판단이 따로 필요하지 않다는 취지인 것으로 생각한다. 구사회보호법 시대의 대법원판례⁷⁴⁾는 "심신장애자의 치료감호에 관하여는 재범의 위험성을 감호의 요건으로 규정하고 있지 않으나 이는 심신장애자는 그 심신장애상태가 계속되는 한 별도의 위험성판단을 요하지 않는다는 취지에 불과하고 재범의 위험성이 치료감호요건에서 제외된다는 의미라고 볼 수 없다"라고 판시하였다.

그러나 심신장애 그 자체를 이유로 부정기에 해당하는 치료감호를 과한다는 것은 적절하지 않다. 심신장애자는 그것이 증명되지 않는 한 그 자체가 위험하다고는 말할 수 없는 것이다. 오히려 심신장애자가 일반인에 비하여 재범의 위험성이 낮다는 보고까지 있는 점을 감안하면 심신장애범죄자의 재범의 위험성에 대한 독립적인 판단이 필요하다고 할 것이다. 따라서 현행 사회보호법은 1989. 3. 25. 에 개정하여 심신상실의 경우뿐만 아니라 심신미약의 경우에도 재범의 위험성에 대하여 독립적으로 판단할 것을 요구하고 있다.

재범의 위험성이란 행위자의 심신장애로 인하여 증대한 위법행위를 다시 범할 개연성을 의미한다.⁷⁵⁾ 특히 심신장애의 위험성판단은 장애의 원인, 장애의 의미, 장애의 치료가가능성 등에 관한 정신의학적 판단에 따른다.⁷⁶⁾ 스위스형법은 재범의 위험성을 형법에 의하여 처벌되는 행위를 범할 위험성이라고 규정하고 있고, 독일형법은 증대한 위법행위를 행할 것으로 기대되어 일반에게 위험한 것이라고 규정하고 있다.

위험성은 범죄행위의 계기가 되어 나타난 것이 필요하다. 대법원⁷⁷⁾은 재범의 위험성에 대한 판단은 과거의 사실에 대한 판단이 아니고 미래에 대한 가정적 판단이므로 그 위험성의 유무에 관한 판단은 행위자가 아니라 치료감호 청구사건에 대한 판결시를 기준으로 하여야 한다고 판시하고 있다. 또한 개연성의 정도를 범죄의 중대성에 따라 상대적으로 정해질 수 있다는 견해⁷⁸⁾가 있다. 사회를 보호한다는 입장에서는 이러한 견해가 일견 타당해 보일 수 있다.⁷⁹⁾ 그러나 심신장애범죄자 개인의 자유를 보호한다는 입장에서는 이러한 견해에 쉽게 찬동할 수 없을 것이다. 물론 재범의 위험성을 판단함에 있어서 이미 범한 범행의 경중을 고려하지 않을 수는 없겠지만, 그것을 너무 강조할 경우에는 재범의 위험성이라는 표시의 독자성이 위협받을 수 있다. 따라서 범죄의 경중은 단지 재범의 위험성을 판단하는 많은 요소 중의 하나일 뿐이라고 보아야 할 것이다.

치료감호에 있어서의 위험성판단은 법관의 권한에 속하는 문제이다. 그러나 이것은 법관이 독자적으로 판단하기에 어려운 - 아마도 불가능한 - 문제이다. 따라서 재범의 개연성을 판단함에 있어서는 적어도 심신장애에 관한 한 전문가인 정신의학자의 정신의학적 지식의 도움을 받아야 할 것이다. 그러나 대법원⁸⁰⁾은 재범의 위험성여부에 대한 판단

72) 이병근, 보안처분에 관한 연구-감호처분을 중심으로, 한양대학교 대학원(박사), 1987, 176면; 이재상, 사회보호법론, 1981, 141면.
 73) 이재상, 전계서, 141면; 장규원·진회권, 전계논문, 44면.
 74) 대판 1982. 6. 22, 82감도142.
 75) 김종률, 전계서, 41면; 장규원·진회권, 전계서, 47면.
 76) 김상호, 치료감호제도에 관한 연구, 동아법학 제8호(1989), 117면.
 77) 대판 1982. 6. 22, 82감도142.
 78) Exner, Das System der sichernden und bessernden Maßregeln nach dem Gesetz v. 24. November 1933, ZStW 53(1934), S. 653.
 79) 김상호, 정신장애범죄자의 처우, 동아법학 창간호(1985), 456면. 이 논문에 의하면 Exner의 견해가 논리적이고 또한 법원도 그와 같이 판단을 하고 있는 듯하다고 한다.

에 반드시 감정인을 소환하여야 하는 것은 아니라고 판시하고 있다. 현행사회보호법시행령 제10조는 “법 제8조 제1항의 규정에 의하여 치료감호를 청구함에는 정신과전문의의 진단 또는 감정이 있어야 한다”라고 규정하고 있다. 따라서 재범의 위험성이라는 표지의 판단에 있어서도 정신의학적인 감정이 필요하다고 할 것이다. 감정인의 견해에 법원이 구속되는가에 대하여는 견해가 일치하지 않는다. 증거조사와 감정절차의 이원적 구조를 취하지 않는 한 법원이 법률적으로 구속된다고는 말할 수 없겠지만 사실상 구속된다고 보아야 할 것이다.⁸¹⁾

IV. 정신장애자의 강제입원

1. 정신보건법에 대한 검토

정신보건법은 정신질환자의 자의입원을 원칙으로 하고 있지만 경우에 따라서는 강제입원이 가능하도록 하고 있다. 이와 같은 정신보건법의 제정 역사는 이미 1968년 정신위생법의 제정을 위한 시안을 작성하면서부터 시작되었다. 이어 1972년에는 정신보건입법연구위원회가 구성되었으며, 1980년에는 당시의 보건사회부에서 정신보건에 대하여 관심을 가지기 시작하여 종합병원에 정신과 실치를 의무화하고 소년원과 교도소에 정신과 전문의를 의무적으로 두도록 하였다. 또한 1981년에는 사회보호법이 제정되었는데, 이 법의 제정으로 치료감호제도가 도입되었다. 1985년 보건복지부는 정신보건법을 성안하여 국회에 상정하였으며, 1988년에는 대한신경정신의학회에서도 정신보건법안을 작성하였다. 이어 1990년 보건복지부에서 정신보건법에 관한 공청회를 실시하고, 1992년 정신보건법이 국회를 통과하였으나 통과되지 못하고 있다. 1995년 12월 19일에야 정신보건법이 국회를 통과하여 1996년 12월 31일 정신보건법이 시행되게 되었다. 이어 1997년 2월 24일 정신보건법의 시행규칙이 공포됨으로써 상당한 진통을 겪었던 정신보건법이 그 효력을 발휘하기 시작하였다.⁸²⁾

정신보건법은 “정신질환이 예방과 정신질환자의 의료 및 사회복지에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 정신건강증진에 이바지함을 목적으로”(정신보건법 제1조)하고 있다. 또한 기본이념으로는 ① 정신질환자의 인간으로서의 존엄과 가치 보장, ② 정신질환자의 치료받을 권리 보장, ③ 정신질환자에 대한 차별대우의 철폐, ④ 미성년자인 정신질환자의 치료, 보호 및 교육받을 권리 보장, ⑤ 입원치료 시 자발적 입원의 권장, ⑥ 입원 중인 정신질환자의 자유로운 환경 보장 및 자유로운 의사교환 보장 등을 규정하고 있다(동법 제2조).

이와 같은 목적 및 기본이념을 고려할 때 정신보건법은 정신질환자에 대한 복지입법으로서의 성격을 가진다고 한다.⁸³⁾ 정신보건법에 의하면 국가와 지방자치단체는 정신질환자의 예방과 정신질환자의 의료 및 사회복지를 촉진하기 위한 연구·조사 및 지도·상담 등 필요한 조치를 하여야 하며(동법 제4조), 국민은 정신질환자의 장애극복 및 사회복지노력에 협조하여야 한다(동법 제5조). 또한 정신보건법은 정신질환자의 보호자에게 환자의 적정한 치료 및 정신질환자의 이익 보호 등의 의무를 부과하고 있으며(동법 제22조), 본인의 의사에 반하는 입원에 대한 부당 여부에 대한 심사 및 퇴원 청구 절차를 마련하고 있다(동법 제29조 내지 제39조).

하지만 정신보건법의 가장 중요한 특징은 역시 강제입원의 허용이다. 정신보건법에 의하면 정신질환자의 입원은 자의입원, 보호의무자에 의한 입원, 시·도지사에 의한 입원, 응급입원으로 구분할 수 있다. 자의입원이란 환자가 스스로가 입원을 하는 경우를 말하며 자의입원의 경우 만약에 입원환자가 퇴원을 요구하는 경우에는 즉시 환자를 퇴원시켜야 한다(동법 제23조). 보호의무자에 의한 입원은 보호의무자가 환자를 입원을 시키는 경우로 보호의무자가 작성한 입원동의서와 정신과 전문의가 입원이 필요하다고 판단한 진단이 있는 경우에 한하여 입원을 할 수 있다. 이 경우에는 정신과전문의의 입원권고서를 첨부하여야 하며, 입원 기간은 6개월 이하로 하며 다만 계속입원이 필요한 경우에 시·도지사에게 정신과 전문의 소견으로 연장심사를 청구할 수 있다. 또한 정신의료기관의 장은 입원동의서를 제출한 보호의무자로부터 퇴원신청이 있는 경우에는 원칙적으로 지체없이 당해 환자를 퇴원시켜야 하지만 정신과전문의가 정신질환자의 위험을 고지한 경우에는 정신의료기관의 장이 퇴원중지를 할 수 있다. 퇴원중지를 한 경우에는 보호의무자가 지방정신보건심사위원회에 이의를 신청할 수 있다(동법 제24조). 또한 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자를 발견한 정신과전문의 또는 정신보건전문요원은 시·도지

80) 대판1982. 3. 23. 81감도164.

81) 독일의 판례는 감정인의 의견을 배척하는 것이 아니라, 그의 독자적인 입장을 받아들여야 한다고 판시하고 있다(BGHSt 7, 238; BGHSt 12, 311.).

82) 우리나라에서의 정신보건법의 입법과정에 대한 내용은 박영도/박수현, 정신보건법의 입법방향, 한국법제연구원, 1992; 장영민/박강우, 정신질환자에 대한 법정치료 및 보호에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1995, 24-26면을 참조하기 바란다.

83) 이동명, “정신보건법상의 강제입원에 관한 연구,” 형사정책 제13권 제1호, 2001, 149면.

사에게 진단 및 보호를 신청할 수 있는데, 이와 같은 절차를 거쳐 정신질환자를 입원시키는 경우가 시·도지사에게 의한 입원이다(동법 제25조). 응급입원은 정신질환자로 추정되는 자로써 자신 또는 타인을 해할 위험성이 큰 자를 발견하여 그 상황이 급박한 경우 경찰과 의사의 동의를 얻어 입원시키는 경우를 말한다. 응급입원의 경우 정신과 전문의 진단결과 계속입원이 필요하지 않는 경우에는 즉시 퇴원시켜야 한다(동법 제26조).

정신보건법의 제정과정에서 가장 많은 논란을 불러일으켰고 가장 중요한 부분 가운데 하나가 정신질환자의 인권 보호에 관한 규정이었다. 따라서 정신보건법은 이상과 같은 입원절차를 위배한 경우에는 무거운 제재를 가하고 있다(동법 제55조, 제56조, 제59조). 이하에서는 정신장애자의 인권과 관련하여 특히 논란이 되고 있는 강제입원에 대하여 살펴보고자 하겠다.⁸⁴⁾

2. 정신장애자에 대한 강제입원

정신장애자가 범죄를 범한 경우 형법 제10조에 의하여 책임능력이 결여된 자로 판정되면 형사처벌을 받지 아니하고 사회보호법상의 치료감호 대상 여부가 문제된다. 치료감호에 처하여지기 위해서는 재범의 위험성이 있어야 한다. 그런데 1997년부터 시행되기 시작한 정신보건법에 의하면 범죄와 관련이 없는 정신장애자에 대한 강제입원을 허용하고 있다.

전통적으로 의료행위는 의사의 의학적 판단에 의하여 시혜적 행위로 시행되었다. 이와 같은 의료행위에 대한 정당화 근거를 제시하는 대표적인 문헌이 히포크라테스선서이다.⁸⁵⁾ 이와 같은 의료전문은 오랜 시간동안 지속되어왔으며, 형법이론에서도 종래에는 의료행위가 업무로 인한 행위로 위법성이 조각된다고 하는 것이 통설적 견해였다. 하지만 제2차세계대전 이후 의료행위에서의 환자의 권리가 강조되게 되었으며, 1946년 뉘른베르크강령이 환자의 동의에 대한 언급을 하고 1980년대에 이르러서는 서구의 의료윤리현장들이 환자의 자기결정권에 의료행위를 윤리적으로 정당화시키는 중심적 지위를 부여하기에 이르렀다. 우리나라의 경우에도 의료행위에서 설명의무라는 개념이 도입되어 실무에서 사용되고 있으며, 형법이론에서도 피해자의 승낙이론으로 의료행위를 정당화하려는 이론구성이 점차 지지를 얻고 있다.⁸⁶⁾

이와 같은 의료행위의 정당화이론에 따르면 정신장애자에 대한 의료행위도 환자 자신의 자기결정권에 근거하여서 정당화될 수 있다고 하여야 할 것이다.⁸⁷⁾ 정신장애자의 경우에는 이익과 해악을 비교평가할 수 없는 경우가 있으므로 그와 같은 경우에 정신장애자 자신의 이익을 위하여 정신장애자의 의사에 반하여⁸⁸⁾ 강제입원을 할 수 있다는 주장들이 제기되고 있다. 즉 위험성이 있는 정신장애자와 스스로를 보살필 수 없는 시민을 위해 국가가 부모 역할을 대신하여 입원시킬 수 있다는 것이다.⁸⁹⁾

정신보건법이 규정하고 있는 강제입원은 보호의무자에 의한 강제입원, 시·도지사에게 의한 강제입원, 응급입원 등이 있다. 정신의료기관의 장은 정신질환자의 보호자의 동의와 정신과전문의가 입원이 필요하다고 진단한 경우에 조 건복지부령이 정하는 입원동의서 및 보호의무자임을 확인할 수 있는 서류와 정신과전문의의 입원권고서를 받아서 정신질환자를 강제입원시킬 수 있도록 하고 있다(정신보건법 제24조). 이와 같은 보호의무자에 의한 강제입원은 몇

84) 각국의 정신보건법 체계에 대한 비교법적 고찰에 대해서는 장영민/박강우, 전거서, 49-82면을 참조하기 바란다.

85) 하지만 히포크라테스선서는 히포크라테스의 저작이 아니다. 일반적으로 히포크라테스선서는 고대 그리스의 히포크라테스학파에 의하여 성립된 것으로 받아들여지고 있다. 이에 대한 보다 자세한 논의는 성영곤, “그리스 의료윤리의 이상과 실천,” 의과학 제4권 제2호, 1995, 123-146면; R. M. Veatch, The Basics of Bioethics, Prentice-Hall Inc., 2000, pp. 2-5를 참조하기 바란다. 또한 보다 전문적인 문헌으로는 L. Edelstein, “The Hippocratic Oath : Text, Translation and Interpretation,” in : O. Temkin/C. L. Temkin, Ancient Medicine : Selected Papers of Ludwig Edelstein, Johns Hopkins University Press, 1967, pp. 3-64를 참조하기 바란다.

86) 이에 대한 자세한 내용은 정규원, 피해자의 승낙에 대한 연구 - 의료행위를 중심으로 -, 서울대학교 대학원 법학과(박사), 1999, 98-116면을 참조하기 바란다.

87) 의료행위에서의 자율성 존중과 온정적 간섭주의에 대한 논의에 대해서는 정규원, “의료행위에서의 온정적 간섭주의와 자율성 존중,” 법철학연구 제5권 제1호, 2002, 231-254면을 참조하기 바란다.

88) 정신장애자의 입원거부의사는 의사능력이 없는 상태에서 이루어지는 것이므로 유효한 의사가 아니라는 전제에서.

89) 정신장애자에 대한 강제치료의 법적 근거를 경찰사상과 국친사상으로 설명하는 견해에 대해서는 장영민/박강우, 전거서, 35-37면을 참조하기 바란다.

가지 점에서 문제가 있다고 할 것이다. 먼저 이와 같은 강제입원은 정신질환자 자신의 입원 의사와는 무관한 보호 의무자의 의사에 의한 입원이라는 점에서 정신질환자의 신체의 자유를 침해할 우려가 있다. 이러한 우려는 특히 정신질환자와 보호의무자의 이익이 충돌하는 경우에 그러하다고 할 것이다.⁹⁰⁾ 또한 입원기간을 원칙적으로는 6월 가능하도록 하고 있는바, 이러한 입원연장의 신청도 정신과전문의의 진단과 보호의무자의 입원동의서에 의하도록 하고 있어, 동일한 위험이 발생할 여지가 있다(동법 제24조 제3항). 퇴원의 경우에도 퇴원의 결정이 보호의무자의 의사에 의하여 이루어지도록 하고 있으며 이 경우 정신과전문의의 위험성 고지로 정신의료기관의 장이 퇴원을 중지할 수 있도록 하고 있는바, 이러한 결정에도 환자 자신의 의사는 배제되어 있다(동법 제24조 제6항). 이상과 같이 강제입원의 경우에 환자 자신의 의사를 배제하는 것은 환자가 정상적인 의사결정능력을 갖 수 있는 능력이 없다는 것을 전제로 하는 것이라고 보여지는데, 정신질환자가 언제나 의사결정능력이 없는 것은 아니라는 점에서 환자 자신의 의사를 확인할 수 있는 절차가 필요하다고 할 것이다. 또한 정신과전문의만의 결정으로 입원을 강제하는 것은 오·남용의 우려가 있기 때문에 다수의 정신과전문의가 입원 여부의 결정에 관여하도록 하거나 사법적 절차를 거치도록 하는 것이 바람직 할 것이다.⁹¹⁾

시·도지사에 의한 입원의 경우에도 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 경우에 허용되는데(동법 제25조 제1항), 자신 또는 타인을 해할 위험의 기준은 중앙정신보건심의위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 정하도록 하고 있다(동법 제25조 제4항). 또한 이 경우 진단 후 계속적인 입원의 결정 여부에는 2인 이상의 정신과전문의의 일치된 의견을 요하고 있다(동법 제25조 제6항). 이와 같은 시·도지사에 의한 입원도 몇 가지 점에서 문제가 있다고 생각된다. 현재 자신 또는 타인을 해할 위험에 대한 기준은 보건복지부령에 규정되어 있지 아니하고 보건복지부고시 제97-18호에 의하여 고시되고 있는바, 이러한 형태는 기본권의 제한에 대한 위임입법의 한계를 일탈하고 있다고 할 것이다.⁹²⁾ 또한 시·도지사에 의한 입원의 경우에는 2인 이상의 정신과전문의의 의견의 일치도 요한다는 점에서 오·남용의 위험이 보호의무자에 의한 입원의 경우보다 줄어든다고 할 수 있겠으나 이 역시 환자 자신의 의사에 반하는 의사결정이라는 점을 고려할 때 사법적 절차에 의하도록 하는 것이 타당한 것으로 생각된다.

응급입원의 경우에는 상황의 응급성에 비추어 그 필요성이 위의 경우보다 더 크고 정당화 가능성이 더 높다고 할 것이나 이 역시 오·남용을 줄이기 위한 사후장치는 필요하다고 할 것이다.

헌법 제12조 제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다”라고 하여 개인의 신체의 자유에 대한 규정을 두고 있다. 하지만 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 규정하고 있는바, 신체의 자유도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있지만 제한을 하는 경우에도 법률로써 제한하여야 하며 신체의 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다.

정신장애자에 대한 강제입원은 환자가 자신에게 해를 가할 위험성이 있거나 타인에게 해를 가할 위험성이 있는 경우에 고려될 수 있을 것이다. 즉 환자 자신의 생명과 신체를 보호하기 위한 목적과 공공의 안전을 지키기 위한 목적적인 경우에 강제입원이 허용될 수 있는 입법적인 근거가 마련될 수 있을 것이다. 따라서 후자 즉 공공의 안전을 위하는 경우에는 헌법 제37조의 요건을 충족하는 경우에는 강제입원이 허용될 수 있을 것이다. 하지만 자신에게 해를 가할 위험성이 있는 경우까지 강제입원을 하여야 하는지는 의문이라고 하지 않을 수 없다. 인간은 누구나 자신의 신체에 대한 결정권을 가진다는 점을 고려할 때 개인의 자율성을 침해하면서 온정적 간섭주의에 의한 개입은 최소한에 그쳐야 할 것이다. 따라서 단순히 자신의 건강이나 안전을 해할 위험이 있다는 것만으로는 강제입원이 정당화되기 어렵다고 생각된다. 정신장애자가 언제나 의사능력이 흠결된 것은 아니며 스스로를 해할 권리도 인간에게 보장하여야 할 것이라는 점을 고려할 때, 정신장애로 인하여 자신의 생명·신체에 직접적인 위험을 야기할 구체적 사정이 있는 경우에만 예외적으로 강제입원이 허용될 수 있다고 할 것이다.

90) 판례에 나타난 사실관계에 의하면 정신병원에서의 퇴원 요구를 거절하여 온 환자의 배우자가 환자에게 재산이전을 요구한 경우가 있다. 대법원은 이 경우에 공갈죄를 인정하고 있다(대판 2001. 2. 23, 2000도4415.).

91) 사법적 절차를 거치도록 하는 것은 정신과적 지식의 불신에서 비롯된 고려가 아니라 환자 자신의 인권 보호를 위하여 다단계의 절차를 거치도록 하기 위함이다. 1993년 10월 국회 정신보건법안 공청회에서도 강제입원은 인신구속의 한 형태이기 때문에 사법적 심사제도가 필요하다는 의견이 제기되었었다(보건사회부, 정신보건법(안), 1993. 10, 21면 이하.).

92) 같은 견해로는 이동명, 전계논문, 155면. 의료관련법규에서의 위임입법의 한계의 일탈은 많은 곳에서 나타나고 있다. 이에 대한 좀 더 자세한 논의는 박형욱/정규원, “요양급여의 적정성 평가와 관련 법령체계분석,” : 약제 급여 심사평가 정책의 문제점과 개선방안, 2002, 255-333면을 참조하기 바란다.

V. 결론

일반인들은 정신장애자가 위험하다거나 범죄를 일으킬 가능성이 높다는 등의 여러 가지 편견을 가지고 있으며, 정신장애자의 가족들도 자신의 가족 구성원 중 정신장애자가 있다는 사실을 숨기려 하기 때문에 정신장애자가 합리적인 이유 없이 자신의 권리를 침해당할 가능성이 상당히 크다고 할 것이다.

현행법에 의하면 정신장애자는 자신이나 타인을 해할 위험이 없는 정신장애자, 자신이나 타인을 해할 위험이 없는 정신장애자, 범죄행위를 한 정신장애자로 구분되어질 수 있다. 아무런 위험이 없는 정신장애자의 경우에는 현행법에 의하면 자의입원의 경우 이외에는 신체의 자유가 제한되는 상황이 발생하지 않을 것이다. 또한 범죄행위를 한 정신장애자의 경우에는 형법 제10조에 의하여 책임이 조각되는 경우에는 재범의 위험이 인정되면 사회보호법상의 치료감호에 처하여지게 될 것이고, 재범의 위험이 없는 경우에는 형사처벌이 되지 않는다. 하지만 재범의 위험이 없더라도 자신이나 타인을 해할 위험이 인정되면 정신보건법에 의한 강제입원의 대상이 될 수 있을 것이다. 범죄행위를 하지는 않았지만 자신이나 타인에 대한 위험을 야기할 수 있는 정신장애자는 정신보건법에 의한 강제입원의 대상이 된다. 따라서 이 경우에는 강제입원의 오·남용으로 인한 정신장애자의 자유를 침해할 위험을 배제할 절차가 필요하게 될 것이다.

현대 정신의학의 발달을 고려할 때 형사책임능력에 대한 판단에 있어서 생물학적 요인에 대한 판단은 정신의학자 내지 심리학자의 감정을 법관의 판단에 비하여 우위에 놓는 것이 합리적이라고 생각된다. 또한 변별능력과 사결정능력의 경우에도 일반적으로 행위자가 그와 같은 능력을 보유하고 있었는가 여부에 대한 판단은 전문가의 감정이 특별한 사정이 없는 한 받아들여져야 할 것으로 생각된다. 다만 행위시에 행위자가 변별능력 내지 의사결정능력을 보유하고 있었는가 여부는 법관이 독자적으로 판단할 사안이라고 생각된다. 하지만 이 경우에도 감정인의 일반적 능력에 대한 감정 결과가 고려될 것으로 생각된다.

책임능력의 판단과 관련된 법률가와 심리학자 내지는 정신의학자간의 갈등은 오랜 역사를 가진 문제이다. 하지만 이제는 양자가 형사소송에 있어서 합리적이고 진실에 가까운 결론을 도출하기 위하여 상호 협조하고 상대를 이해시켜 노력하여야 할 것이다. 이를 위해서는 먼저 각 각의 학문분야에 종사하는 학자들간의 의사소통이 이루어져야 할 것이다. 즉 법률가와 심리학자 내지는 정신의학자들은 서로 상대방이 하는 일에 대하여 존중하고 상대 학문 분야 중 적어도 자신과 관련되는 한도 내에서는 이해하고 지식을 습득하려는 노력이 필요할 것으로 생각된다. 두 번째로 형법상 책임능력의 판단 기준을 제시하기 위해서는 상호 협력이 필요할 것으로 생각된다. 현재의 사실과 판례는 나름대로의 기준을 제시하고 있는 듯이 보이지만 실제에 있어서는 법원적 판단이라는 기준 이외에는 특별히 통일된 기준을 제시하고 있지 못한 것으로 생각된다. 따라서 형법상 책임능력의 판단에 대한 합리적이고 통일된 기준을 제시하기 위하여 서로 다른 학문 분야간의 협조가 필요하다고 생각된다.

사회보호법상의 치료감호의 경우에도 몇 가지 개선점이 존재한다고 생각된다.⁹³⁾ 첫째, 치료감호처분은 비례성의 원칙에 따라 행하여져야 한다. 둘째, 심신장애의 판단이 적절하게 이루어져야 한다. 셋째, 치료감호의 여부를 가리는 감정의 중립성을 확보하기 위하여 치료감호소 소속의 정신과전문의가 아닌 중립적인 기관의 정신과전문의가 감정을 하여야 할 것이다. 넷째, 치료감호기간을 적정화하여야 할 것이다. 치료감호처분은 일반정신병동에 입원에 비하여 중대한 신체상, 의사결정상의 제한을 받고 있고, 또한 부정기의 기간이 단지 사회적 위험의 제거를 위한 목적으로 이용되어질 가능성이 크기 때문에 부정기의 치료감호기간은 심신장애자의 평생을 갈 수도 있는 것이다. 따라서 각 심신장애의 원인에 따라 일정한 기간을 규정하는 것이 필요하리라고 생각된다.

정신보건법의 경우에도 정신장애자의 인권을 보호하고자 하는 목적에 맞게 강제입원의 요건과 결정 절차를 좀 더 엄격히 하고 사법적 절차를 도입하는 방법을 고려하여야 할 것으로 생각된다. 또한 정신장애자 자신의 건강이나 안전에 대한 위험의 경우는 구체적이고 직접적인 위험이 있는 경우로 한정하여야 할 것으로 생각되며, 타인에 대한 위험의 판단도 그 기준을 법률에 명시하고 최종적 결정은 사법적 절차에 의하도록 하는 것이 타당한 것이다.

93) 이에 대한 자세한 내용은 정규원, 형법상 책임능력에 관한 연구 - 판단기준을 중심으로 -, 서울대학교 대학원 법학과(석사), 1997, 216-222면을 참조하기 바란다.