

인간의 ‘마음’속성을 통해서 본 현대 행형목적의 비판

이 수 현*

국문요약

교정교화사상에 입각한 행형정책이 추구하고 있는 인간상은 ‘교육과 훈련을 통한 개선 가능한 인간’이라고 할 수 있다. 그러나 현재와 같은 획일적인 행형처우 방식은 독특한 인격적 특성을 지닌 각 수형자들에게 다양한 교육방식이 적용될 필요가 있음을 간과하고 있다. 또 범죄의 원인분석에 있어서도 외형적인 부분에 치중한 나머지 범죄의 ‘원인’에 작용하는 인간의 ‘마음’에 대한 연구도 상대적으로 소홀하였다. 즉 획일적이고 수형자의 외적태도의 변화에만 치중하는 교화방식과 범죄의 ‘원인’에 작용하는 인간의 ‘마음’속성에 대한 연구의 부족으로 인해 그동안 효율적인 교화개선책을 실시하지 못하였고 그 결과 출소자의 재범률을 높이는 여러 원인 중 또 하나의 중요한 부분이 되었을 것이라고 생각한다. 따라서 형벌의 본질적 속성과 행형의 기본적 기능 그리고 출소자의 재범방지에 목적을 두고 있는 행형정책의 실효성의 관점에서, 범죄의 원인에 영향을 미치는 인간의 마음속성을 응용한 행형정책을 통하여 수형자에게 지속적으로 확대되고 있는 교화프로그램에 대한 합리적인 통제기준의 발판을 마련하여 형사사법체계의 일관성을 유지케 하고 나아가 행형분야에서도 처벌과 교화가 균형을 이루어 실질적 죄형법정주의가 확립될 수 있는 계기를 만들어야 할 것이다.

* 진주국제대학교 경찰행정학부 교수, 법학박사

I. 들어가는 말

1990년대 이후 사회전반에서 일고 있는 인권에 대한 자각과 이를 신장시키기 위한 노력은 형사사법분야에도 영향을 미쳐 불구속 수사·불구속 재판원칙을 강화시켰으며, 최근에는 사형제도의 폐지와 이를 대체할 종신형 제도에 관한 논의도 공론화 되고 있다. 이러한 인권중심 사고에 입각한 형사사법제도에 대한 변화의 바람은 행형에도 영향을 끼쳐 수형자의 권리와 인권에 대한 관심도 예전에 비할 수 없을 정도로 높아졌다. 특히 수형자의 인권과 관련해서는 구금으로 인한 불가피한 권리박탈과 제한을 제외하고는 일반인이 누리는 권리에 상응하는 정도의 수준까지 향상시켜가고 있다.¹⁾ 그 결과 행형과정에서 적법절차 원칙을 재확립·재강조하는 계기

- 1) (1) 수형자의 기본권 제한에 대한 구체적인 한계는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여, 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 설정하게 되며, 수용 시설 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 이들 기본권의 일부 제한이 불가피하다 하더라도 그 본질적인 내용을 침해하거나, 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지 원칙에 위배되어서는 안 된다. (2) 금지 징벌의 목적 자체가 징벌실에 수용하고 엄격한 격리에 의하여 개전을 촉구하고자 하는 것이므로 집견·서신수발의 제한은 불가피하며, 행형법시행령 제145조 제2항은 금지 기간 중의 집견·서신수발을 금지하면서도, 그 단서에서 소장으로 하여금 "교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정되는 때"에는 금지 기간 중이라도 집견·서신수발을 허가할 수 있도록 예외를 둬으로써 과도한 규제가 되지 않도록 조치하고 있으므로, 금지 수형자에 대한 집견·서신수발의 제한은 수용시설 내의 안전과 질서 유지라는 정당한 목적을 위하여 필요최소한의 제한이다. (3) 실외운동은 구금되어 있는 수형자의 신체적·정신적 건강 유지를 위한 최소한의 기본적 요청이라고 할 수 있는데, 금지 처분을 받은 수형자는 일반 독거 수용자에 비하여 집견, 서신수발, 전화통화, 집필, 작업, 신문·도서열람, 라디오청취, 텔레비전 시청 등이 금지되어(행형법시행령 제145조 제2항 본문) 외부세계와의 교통이 단절된 상태에 있게 되며, 환기가 잘 안 되는 1평 남짓한 징벌실에 최장 2개월 동안 수용된다는 점을 고려할 때, 금지 수형자에 대하여 일체의 운동을 금지하는 것은 수형자의 신체적 건강뿐만 아니라 정신적 건강을 해칠 위험성이 현저히 높다. 따라서 금지 처분을 받은 수형자에 대한 절대적인 운동의 금지는 징벌의 목적을 고려하더라도 그 수단과 방법에 있어서 필요한 최소한도의 범위를 벗어난 것으로서, 수형자의 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 신체의

가 마련되었으며, 심지어 수형자가 교도관이나 국가기관에 대하여 소를 제기하여 손해배상 책임을 묻는 경우도 어렵지 않게 볼 수 있게 되었다.²⁾

이처럼 행형체계를 이루고 있는 제도적·인적·물적 자원의 수준이 지속적으로 개선·발전되어 가고 있는 상황이라면³⁾ 교도소 내에서 이루어지고 있는 이른바 '재사회화' 역시 더욱 순조롭게 진행되어야 함에도 불구하고

안전성이 훼손당하지 아니할 자유를 포함하는 제12조의 신체의 자유를 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다(헌법재판소 2004.12.16. 2002헌마478 전원재판부[집견불허처분 등 위헌 확인]).

- 2) 소년인 미결수용자가 단지 같은 방에 수감되어 있던 다른 재소자와 몸싸움을 하는 것이 적발되어 교도관으로부터 화해할 것을 종용받고도 이를 거절하였다는 이유로 교도관이 위 미결수용자를 양 손목에 수갑을 채우고 포승으로 양 손목과 어깨를 묶은 후 독거실에 격리수용하였고 그 다음날 위 미결수용자가 수갑과 포승을 풀고 포승을 이용하여 자살하였는데, 위 미결수용자가 그 당시 폭행, 소요 또는 자살이나 자해를 행하려고 시도한 바 없었고, 장차 격리수용할 경우 위와 같은 행동을 감행할 염려가 있다고 볼 만한 정황이 없었던 경우, 실사 위 미결수용자가 다른 재소자와 채차 싸움을 벌일 염려가 있고 규율 위반으로 장차 징벌에 처할 필요가 있었다고 하더라도, 이러한 목적을 달성하기 위하여는 그들을 서로 격리수용하거나 독거수감하는 것만으로 족하고, 소년수인 위 미결수용자에 대하여 반드시 계구를 사용하였어야 할 필요성이 있었다고 보기 어렵다 할 것임에도 불구하고 교도관이 위 미결수용자를 포승으로 묶고 수갑을 채운 상태로 독거수감하였을 뿐 아니라, 그 이후 위 미결수용자가 별다른 소란행위 없이 싸운 경위의 조사에 응하고 식사를 하는 등의 상태에서는 더 이상 계구를 사용할 필요가 없다고 할 것임에도 그가 자살한 상태로 발견되기까지 무려 27시간 동안이나 계속하여 계구를 사용한 것은 그 목적 달성에 필요한 한도를 넘은 것으로서 위법한 조치에 해당한다는 이유로 국가배상책임을 인정한 사례(대법원 1998.11.27. 선고 98다17374 판결[손해배상(기)]).
- 3) 예컨대, 개방처우제도(수형자의 자율성과 책임감에 대한 신뢰에 기초로 구금을 확보하기 위한 물리적·유형적 시설의 조치를 완화하는 개방처우가 천안시 신당동에 액 300여명 규모로 1988년 11월30일에 개소), 귀휴제도(수형자의 식방 후 생활준비, 가족유대 강화와 유지를 위하여 시행되고 있으며, 1999년 12월28일 행형법 개정을 통해 특별휴가를 허가하는 규정을 신설하여 귀휴의 범위를 더욱 확대시켰다), 사회견학제도(일반사회와 단절현상을 완화하기 위하여 사회현장을 직접 체험하게 하는 현장교육의 일환으로 2004년 4,265명의 수형자가 참여하였다), 가족만남의 집 및 가족만남의 날 운영(수형자의 소원해진 가족관계의 복원과 가족의 유대강화를 위한 제도로서 가족만남의 집은 2004년 373명의 수용자를 1박2일간 숙식을 하며 집견할 수 있게 하였으며, 가족만남의 날은 2004년 9,973의 수용자에게 허가되었다), 그 외에도 수형자에 대한 정신교육, 학과 교육, 외국어교육 및 직업훈련 등 특별예방적 관점에 입각한 행형정책을 실시하고 있다.

고 행형시설에서 발생하고 있는 사건·사고들은 실로 우려하지 않을 수 없는 상황까지 왔다. 즉 교도관, 행형당국, 일반인, 피해자의 관점에서 바라본 행형의 현실은 점점 악화되고 있으며, 사회 전반에 걸쳐 인권의식이 신장되고 있는 추세를 악용하는 수형자들이 교도관을 폭행하는 것은 물론, 진정과 고소·고발의 남발, 인권구제를 위한 제도를 남용 및 악용하여 교도관을 골탕먹이는 경우뿐만 아니라 심지어 교도관을 살해⁴⁾하는 행위까지 일삼고 있어 교도관들이 사기와 자신감을 잃고 출소 후 보복의 우려 등으로 인하여 법 집행을 제대로 하지 못하고 있는 것이 현실이다.⁵⁾ 뿐만 아

4) 대전고법 제1형사부는 교도소에서 교도관을 둔기로 때려 숨지게 한 혐의(살인)로 기소된 김모(49)피고인에 대한 항소심 선고공판에서 무기징역을 선고했다. 재판부는 판결문에서 “피고인이 불우한 환경과 사회적응에 실패하면서 반사회적 인격장애 질환을 앓고 있는 것이 인정되고, 당시 숨진 교도관을 겨냥한 계획적인 범행이 아닌 것으로 보여지는 데다 잘못을 뉘우치고 있어 예외적인 형(사형)을 선고하는 것은 과하다”고 밝혔다. 재판부는 그러나 “피고인이 둔기로 교도관의 머리와 목 등을 여러 차례 폭행해 숨지게 한 것은 사건 발생시점에서 미필적 고의가 인정된다”고 덧붙였다. 김 피고인은 상해치사 등 혐의로 징역 8년을 선고받고 대전교도소에서 복역 중이던 2004년 7월 12일 교도소 내에서 김모(당시 46세) 교도관을 둔기로 폭행해 숨지게 한 혐의로 기소돼 1심에서 사형이 선고되었다(연합뉴스 2006년 4월 28일자 인터넷 기사).

5) **‘교도관 폭행’ 사나흘에 한번 꼴로 발생, “난동자 정벌처분이 전부…근본적 ‘심성교화’ 절실** : 박○○ △△△당 대표에게 흥기를 휘두른 지○○(50)씨가 복역 시절 교도관과 채소자 등을 마구 폭행한 사실이 알려지면서 교도소 난동 사태를 정밀 점검해 근본대책을 세워야 한다는 목소리가 커지고 있다. 지씨는 교도소에서 방을 옮기는 문제로 말다툼을 하던 동료 채소자의 이마를 밟거나 비디오 시청을 늦게 시켜준 감호소 교사의 목을 유리조각으로 찌르고, 면담을 거부한다는 이유로 교도관을 때리는 등 수시로 말썽을 부렸다. 교도소 복도에 난방 방열기를 설치하던 인부를 이유 없이 때리고 채소자를 진료하던 공중보건과의 혈압을 재주지 않는다는 이유로 “사회에 나가면 죽여 버리겠다”고 협박하는 등 폭행·폭언 상대도 가리지 않았다. 법무부에 따르면 지씨처럼 교도소 수용자가 교도관을 폭행하는 사고는 2001년 41건, 2002년 92건, 2003년 115건, 2004년 80건, 2005년 120건 등으로 집계됐다. 교도소 난동이 최근 4년간 사나흘에 한 번 꼴 생긴 셈이다. 교도소 수용자가 동료 수용자를 폭행하는 경우 ‘폭행’의 기준이 명확하지 않아 정확한 통계는 작성되지 않았지만 법무부는 최근 5년간 2천여건, 연간 400여건의 수용자간 폭행 사건이 일어난 것으로 파악하고 있다. 지○○씨가 청송보호감호소 시절 인권위에 13차례나 진정을 낸 데서 보듯 교도소 내에서 교도관을 상대로 한 진정도 적지 않아 2001년 118건, 2002년 2천558건, 2003년 4천141건, 2004년 4천980건의 진정이 교도관을 상대로 제기됐다. 그것도 모자라 고소·고발 등 소송을 내는 건

나라 교도소 출소자들의 높은 재범률은 사회와 행형 당국이 행한 그 동안의 노력에 의구심마저 들게 한다.⁶⁾

한편, 현재의 행형체계를 보면 범죄자들을 교도소로 보내어 형벌을 부과한다는 명목 하에 수형자에게 단지 '간혀 있는 답답함'을 제외하고는 처벌이라고 느낄만한 만한 직접적이고도 구체적인 제재를 가하고 있지 않은 것이 사실이다. 물론 형벌로 인정되어 온 '자유형'이란 형벌 자체의 '개념 불확실성'에서 기인한 원인도 결정적으로 한 몫을 하고 있음은 부인할 수 없다.⁷⁾ 이렇듯 수형자의 권리 및 인권향상을 위한 노력들의 결과는 행형기관의 수형자 장악력과 통제력을 현격히 떨어뜨려 놓았다. 이로 인하여 교도관에 의한 수형자의 통제와 관리는 형식적인 일상의 관리 수준에만 머물고 있어 실질적인 사회복귀를 위한 노력은 기대할 수 없는 어려운 상

수도 2001년 575건, 2002년 409건, 2003년 1천64건, 2004년 1천287건 등으로 꾸준히 늘고 있다(중앙일보 2006.05.24일자 인터넷 기사).

6) 이 논문 '2. 행형 목적의 성취도 분석과 평가 가. 범죄자의 재범비율과 행형 목적의 성취도' 부분 참조.

7) 자유형의 형벌성(刑罰性)에 대하여 "형벌의 해악성은 사람들이 일반적으로 겪고 싶어 하지 않는 데에 있다고 보면 일정한 장소에서 신체를 구금하는 것만으로도 충분히 형벌작용이 있다"(배중대, 형사정책, 홍문사, 제6집정판, 2006년, 419면)라고 한다. 그러나 이는 자유형의 형벌 효과성을 자유형 개념을 확정하고 그로부터 직접적으로 도출한 것이라기보다는 자유형의 정확한 개념을 알 수 없지만 그 집행에 따른 부차적인 효과를 자유형의 형벌성으로 인식하고 있는 결과라고 보여진다. 또한 시대를 거슬러 올라가 보면 자유형은 애초 형벌로서의 의미보다는 노예나 노역을 당하는 사람의 노동력 확보가 주목적이었으며, 이 후에도 수사나 재판절차의 확보 또는 다른 형벌의 집행에 앞서서 일시적으로 감금하는 수단으로 이용되었을 뿐 형벌의 종류로서는 인정되지 않았다. 그러나 잔혹한 신체형에 대한 비판과 17세기 중엽 응보형 사상이 퇴조하고 인도주의적 사고가 반영이 되면서부터 형벌로서 자리 매김을 하게 되었다고 보는 것이 일반적이다. 그러나 '사람의 신체의 자유를 박탈하는 것'이 자유형이라고 하는 자유형 개념은 그 자체가 불확실할 뿐 아니라 너무 막연하고 공허하다고 할 수 밖에는 없으며 이로 인하여 자유형 개념을 행형기관의 자의에 따라 형성할 수 있는 여지가 많아 때로는 수형자들에게 너무 많은 은혜를 베풀어 피해자와 일반인의 법 감정에 반할 수 있으며, 때로는 수형자들에게 책임을 넘어서는 제약을 가함으로써 범죄와 형벌의 균형을 잃어 인권침해의 문제를 일으킬 수 있다.

황에 직면에 있어 악성을 바로 잡지 못한 채 석방된 수형자들이 또 다시 범죄를 저지를 수밖에 없는 것은 어쩌면 현재의 행형 현실에서는 당연한 결과일지도 모른다. 오히려 수형자가 교도소에서 교화되어 나오는 것이 더욱 놀라운 일일지도 모른다는 생각이 든다.

그렇다면 이러한 행형현실을 해결하기 위해서는 수십 년간 유지되어 온 행형목적인 ‘교정교화를 통한 재사회화’가 왜 성공적이지 못하였는지를 가장 근본적인 부분에서부터 다시 되돌아 볼 필요가 있다. 즉 ‘성공적인 - 재범 없는 - 사회복지를 위한 필요조건은 무엇인가?’라는 질문이 그 출발일 것이다. 성공적인 사회복지란 수형자를 교정교화하여 재사회화함으로써 재범을 방지하는 것이다. 결국 성공적인 재사회화가 성공적인 사회복지의 필요조건인 것이다. 성공적인 재사회화는 수형자가 석방 후 자유로운 시민사회가 요구하는 법규범을 익히고 받아들이면서 그 문화에 적응하도록 만드는 것, 즉 사회의 법규범을 준수하여 범죄를 범하지 않도록 하는데 있다.

이렇듯 수형자를 재범으로부터 방어하여 재사회화하도록 하기 위해서는 무엇보다도 수형자 내면에 자리잡고 있는 ‘범죄적 마음’ 즉 자유로운 시민사회에 적응하지 못한 채 법질서를 파괴하는 성형(惡性)⁸⁾을 제거하는 것이 중요하다. 왜냐하면 범죄란 단순히 원인의 작용만으로 발생하는 것이 아니라 그러한 원인이 인간의 ‘마음’이라고 하는 독립된 요소와 상호작용을 한 결과이기 때문이다. 모든 사람에게 동일한 원인이 작용하더라도 그 결과가 사람마다 제 각각 다르게 나타나게 되는 이유도 바로 여기에 있는 것이다.

그러므로 단순히 범죄의 원인분석을 통한 행형목표와 정책을 세우는 것만으로는 근본적인 해결책이 될 수 없다. 그렇기 때문에 범죄의 원인에 작용하는 인간의 마음에 관한 연구는 행형의 목표를 명확하게 할 수 있는 중

8) 본 논문에서 악성(惡性)의 논의대상은 행위반가치적 성향을 지닌 고의범에 한하며, 과실범은 제외한다. 즉 본 논문에서의 범죄자 즉 수형자는 ‘고의범’을 말한다.

요한 기반이며 이를 바탕으로 실시된 행정정책이야 말로 재범률을 낮추고 궁극적으로는 재범을 차단할 수 있는 근본적인 해결책이라고 생각을 한다.

그래서 본 논문에서는 우리나라의 행정목적으로 자리잡고 있는 재사회화를 통한 사회복귀의 성취도를 분석·검토하고 재범억제 방안을 인간의 '마음'실체 규명을 통하여 모색함으로써 현재의 행정정책을 비판적 관점에서 재정립하고자 한다. 이를 위한 선행 연구로서 우리 행정법 제1조에 규정되어 있는 '목적'의 의미를 명확히 규정지어 '행형법의 목적'과 '행형의 목적'을 구분하고 행형의 목적으로 나열되고 있는 요소들을 현대의 행형사조라고 할 수 있는 특별예방적 관점에 입각한 교정교화 사상에 대응시켜 각 요소 상호간의 관계를 규명하고 그러한 관계 속에서 수단적 성격이 강한 목적과 최종의 행정 목적을 구별하여 우리 행형이 추구해야 할 궁극적인 목적을 보다 명확히 하는 작업에서부터 출발하고자 한다.

II. 행정법 제1조의 해석 - 행형의 목적인가? 행정법의 목적인가?

현행 행정법⁹⁾ 제1조(이하 '법'이라 한다)는 “이 법은 수형자를 격리하여 교정교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하며 아울러 미결수용자의 수용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다”라고 규정되어 있다. 법 제1조의 문장을 형법해석의 기초이자 해석의 한계로서 기능하는 문리해석의 방법에 입각하여 분석을 하면 내용상 크게 두 개의 부분으로 나눌 수 있다. 첫째는 “이 법은 수형

9) 1950년 3월 2일 법률 제105호로 제정된 이후 2006년 2월 21일 법률 제7849호로 개정된 것까지 50여 년 간 10차례 개정이 되었다.

자를 격리하여 교정교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하며…”의 부분으로서 수형자에게 시행하게 될 행형정책의 방향에 관한 사항이며, 둘째는 “…아울러 미결수용자의 수용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다”라고 규정되어 있는 미결수용에 관한 부분이다.

우선 법 제1조의 문장 구조를 살펴보면, “이 법은…하게 하며…목적으로 한다.”라는 형식을 취하고 있다. 즉 내용상 “이 법은”이라고 하는 주어와 “하게 하며”, “목적으로 한다”라고 하는 두 개의 서술어를 가진 구조로 이루어져 있는데, 여기에서 몇 가지 문제점을 지적할 수 있다.

첫째, “이 법은…수형자를…사회에 복귀하게 하며…아울러…목적으로 한다”라고 규정된 부분을 해석하면, 수형자를 사회에 복귀하게 하는 주체가 ‘법’이라고 해석이 된다. 그러나 수형자를 사회에 복귀하게 하는 것은 법이 아니라 ‘행형기관 또는 국가’이며, ‘행형기관 또는 국가(주체)’가 행형법을 ‘통하여(수단)’ 수형자(객체)를 사회복귀케 한다고 해석하는 것이 정확한 표현이다.

둘째, 법 제1조의 후단은 미결수용자에 관한 규정이다. 즉 “…아울러 미결수용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다”라고 규정된 후단 부분만을 놓고 본다면 법 제1조가 행형‘법’의 목적을 규정하고 있음을 알 수 있으나, 법 제1조의 전단은 행형의 목적인지 행형법의 목적인지가 분명하게 나타나지 않고 있다. 법 제1조의 규정에서 문장 전체의 주어에 해당하는 “이 법은…”을 고려해 본다면 법 제1조가 행형‘법’의 목적임에는 명확하지만 앞서 언급했듯이 법 제1조의 전단의 의미상의 주어는 “이 법은”이 아니라 ‘행형기관 또는 국가’가 되는 것이 문장의 의미가 자연스럽게 이어질 수 있기 때문에 법 제1조의 전단의 목적이 행형 ‘법’의 목적인지 ‘행형’의

목적인지가 불분명하다. 만약 법 제1조가 '행형의 목적'을 규정하고 있다고 가정한다면 "...아울러" 후의 부분은 행형'법'의 목적은 될 수 있을지언정 '행형'의 목적이 될 수는 없기 때문에 삭제되어야 하며, 법 제1조가 행형 '법'의 목적을 규정하고 있다면 전단의 내용을 의미상의 주어인 '행형기관 또는 국가'에 맞추어 문장의 호응관계를 바로잡을 필요가 있다.

셋째, 법 제1조의 목적 즉 "(수형자를) 격리하여 교정교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하며 아울러 미결수용자의 수용에 관한 사항을 규정함"에서 밑줄 친 부분의 조사(助詞)의 용법에 따라 해석 할 경우,¹⁰⁾ 우리 행형(법)¹¹⁾의 목적은 (수형자의) ① 격리, ② 교정교화, ③ 건전한 국민사상 함양, ④ 근로정신 함양, ⑤ 기술교육실시, ⑥ 사회복귀, ⑦ 미결수용자의 수용에 관한 사항의 규정의 7가지로 구분할 수 있으며, 이들 행형(법)의 목적들 사이에는 우선 순위가 있는 것이 아니라 모두가 수평적이며 대등한 관계에 있는 것으로 해석되어 진다.

그러나 특별예방사상에 입각한 현행 행형제도¹²⁾와 수형자의 인권과 권리보호가 행형의 핵심 논제가 되고 있는 현대 행형의 흐름을 고려하여 법 제1조를 해석해 보면 '행형법'의 목적은 차치하더라도 행형의 '궁극적' 목적이 '사회복귀'에 있음은 이론(異論)의 여지가 없다. 그렇다면 법 제1조의

10) 행형법 제1조 "(수형자를) 격리하여 교정교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하며 아울러 미결수용자의 수용에 관한 사항을 규정함"에서 밑줄 친 부분의 '하여', '하며', '과', '하고', '하며'의 조사는 '둘 이상의 사물을 같은 자격으로 이어 주는 접속 조사'이다(국어사전참조). 따라서 행형법상 행형의 목적으로 규정되어 있는 행형 목적은 어느 하나의 목적이 다른 목적에 비하여 상위에 있는 것이 아니라 모두가 동등한 관계로 규정되어 있다.

11) 행형법 제1조가 앞서 언급한 바와 같이 행형'법'의 목적인지 '행형'의 목적인지가 분명하지 않기 때문에 '행형(법)'이라고 표현하였음.

12) 예컨대, 누진제도, 귀휴제도, 소년법상 보호처분제도, 치료감호제도 등.

목적 중 앞서 언급한 ‘⑥사회복귀’가 행형의 가장 중요한 목적이 되어야 하며, 다른 여타의 목적들(②~⑤)¹³⁾은 성공적인 ‘⑥사회복귀’를 위한 수단적 성격이 강한 것으로 보아야 할 것이며, 이러한 목적은 공개된 장소가 아닌 곳¹⁴⁾(①격리하여)에서 시행되는 것이 적절하다고 본다.

행형의 목적과 행형법의 목적은 불변하는 것이 아니라 그 시대를 지배하고 있는 행형사조에 따라 목적이 변화할 수 있으며 그 목적에 따라 행형법의 목적도 달라지는 것은 당연하다. 오늘날의 행형이념이 특별예방 사상에 입각한 교정교화를 통한 수형자의 재사회화에 있으므로 이에 의거하여 행형목적도 구체화되는 것이다. 그래서 수형자 재사회화를 통한 사회복귀가 오늘날 행형의 궁극적인 목적이 되는 것이며, 법 제1조에 규정되어 있는 기타의 목적들 예컨대 격리 혹은 기술교육과 같은 내용들은 행형 목적을 실현하기 위한 수단 혹은 궁극적인 목적으로 가기 위한 중간 과정의 목표가 될 수 있을 뿐이지 이러한 요소들을 행형의 궁극적 목적이라고 하기에는 무리가 있다. 그러므로 법 제1조에서 목적으로 규정되어 있는 내용들을 오늘날의 특별예방적 사상에 입각하여 무엇이 궁극적인 목적이며 무엇이 수단인가를 정확하게 규정함으로써 우리 행형 정책의 방향이 어디에 초점을 두고 있는가를 명확히 할 필요가 있다.

13) ‘사회복귀’를 궁극적인 목적(큰 목적)으로 볼 때, 여타의 목적들(작은 목적 즉 큰 목적을 달성하는 과정에 있는 각 단계별 목적)은 목적이라기보다는 사회복귀를 위한 수단적 성격이 강하다고 할 수 있다. 즉 사회복귀라(큰 목적)는 행형목적은 장기적인 정책으로서 짧은 시간에 변화하지는 않겠지만, 교정교화·건전한 국민사상 함양·근로정신 함양·기술교육실시 등의 목적(작은 목적)은 행형목적(큰 목적)의 효율성을 증진할 수 있는 방법으로 개선, 변경되거나 새로운 목적으로 대체될 수 있다.

14) 응보나 일반예방 사상이 지배하던 행형 시대에는 공개적이고 잔인한 집행을 통한 범죄억제책을 시행하는 것이 그 시대의 사상과 조화를 이루는 것이지만 행형에 있어 특별예방 사상에 지배하는 현대에서는 형벌의 집행이 외부적으로 공개될 필요는 없다.

Ⅲ. 행형법 제1조에 규정된 목적들의 상호관계

1. 행형 목적의 타당성

법 제1조를 보면 행형(법)의 목적들이 상호 유기적 관련성이 떨어지고 대등적·수평적 관계로 규정되어 있어 행형의 궁극적 목적이 무엇인가를 명확하게 파악하기에는 어려운 면이 없지 않으나 우리 행형체계를 구성하고 있는 제도 전체를 고려해 볼 때, 특별예방사상에 입각한 교정교화를 통한 재사회화(resocialization)¹⁵⁾에 있음을 알 수 있다.

이러한 관점에 기초한 재사회화는 19·20세기 인권의식의 질적·양적인 발전과 더불어 행형의 지배적인 이념이 되었다. 그러나 20세기 중반 정확하게는 1960년대 후반부터 1970년대에 이르러 미국에서는 교화개선·사회복귀 사상에 반대하는 이른바 신용보형론¹⁶⁾이 대두되었다.¹⁷⁾ 이유는 간단하다. 교화개선·사회복귀 사상에 입각한 행형 처우의 비효율성으로 인하여 범죄가 증가한다는 이유에서였다.¹⁸⁾

우리나라가 직면해 있는 현재의 행형 현실 또한 미국의 1960·1970년대

15) “재사회화”란 수형자가 인격의 발달과정에 상응하여 필요한 사회성을 몸에 지니고 다시 사회생활에 되돌아가는 것을 의미한다(加藤久雄, 犯罪者處遇の理論と實踐, 1984, 14면).

16) 신용보형론에 의하면 사회복귀이념의 강조는 범죄의 정의나 범죄방지구조에 대한 규명을 등한시 하게되고 사회복귀이념을 실현하는 행동과학상의 지식의 결여 내지 불완전성으로 인해 인권침해 등의 문제가 발생하였다고 비판하고 이른바 공정모델을 주장한다. 공정모델에 따르면 교도소는 범죄자를 처벌하는 것으로 족하며 범죄자 처벌 외에 어떤 것도 할 필요가 없다.

17) Douglas and Lipton, R. Martinson and J. Wiks, *The Effectiveness of Correctional Treatment, A Survey of Treatment Evaluation Studies*, 1975. ; J. P. Conrad, *Corrections and Simple Justice*, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 64, No. 23, 1973 at 209.

18) 박양빈, 21세기 교정의 진로와 과제(한국형사정책연구원 연구총서 2003-16, 21세기 교정비전과 처우의 선진화방안), 284면.

와 크게 다르지 않아 행형처우의 비효율성 문제는 결코 좌시 할 수 없는 상황까지 왔다고 보여진다. 즉 1995년 이후 수형자의 재입소 비율이 50%를 넘어서고 있으며,¹⁹⁾ 4회 이상 재입소한 경우도 최근 10여 년 동안 15%를 전후하여 유지되고 있어 감소되지 않고 있는 실정이다.²⁰⁾ 이 정도의 상황이라면 우리나라의 행형목적이라고 할 수 있는 수형자 교정교화 즉 재사회화를 통한 재범 없는 사회복귀는 현재까지는 성공하지 못하고 있는 것으로 보일 수 있다. 그렇다고 하여 이를 실패한 것으로 간주하는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 현재에도 교정교화정책의 실효성을 제고하기 위한 다양한 방안들이 시행착오를 거치면서 수정과 안착 그리고 새로운 제도들의 구조화가 계속 되고 있기 때문이다. 그리고 만약 현재의 행형목적인 교정교화정책을 실패했다고 결론을 내린다면 이를 더 이상 추진을 할 수 없을 뿐만 아니라 이를 대체할 새로운 정책을 제시해야 하지만 현재의 상황에서 교정교화정책을 버리고 다른 대안을 모색한다는 것이 그리 쉬운 일만은 아니라는 사실이 상황을 더욱 어렵게 만들고 있다.

이러한 현실적인 이유뿐만 아니라 수형자 재사회화를 통한 재범없는 사회복귀정책을 포기할 수 없는 이유는 우리 형사사법체계에서 주된 형벌 역할을 하는 자유형의 기능때문이기도 하다. 즉 벌금을 제외하면 중추적인

19) 2004년 전체 입소자(수형자) 35,627명 중 19,024명(53.4%), 2003년 37,692명 중 21,331명(56.6%), 2002년 37,646명 중 20,856명(55.4%), 2001년 38,521명 중 21,001(54.5%), 2000년 38,224명 중 20,736명(54.2%), 1999년 38,737명 중 19,693명(50.8%), 1998년 36,811명 중 20,770명(56.4%), 1997년 34,373명 중 19,168명(55.8%), 1996년 32,939명 중 18,826명(57.2%), 1995년 33,335명 중 19,082명(57.2%)이 재입소 경험이 있다(법무연수원, 범죄백서(2005), 263면).

20) 2004년 전체 입소자(수형자) 35,627명 중 4,627명(13.0%), 2003년 37,692명 중 5,255명(13.9%), 2002년 37,646명 중 5,263명(14.0%), 2001년 38,521명 중 4,936(12.8%), 2000년 38,224명 중 4,688명(12.3%), 1999년 38,737명 중 4,658명(12.1%), 1998년 36,811명 중 5,599명(15.2%), 1997년 34,373명 중 5,188명(15.1%), 1996년 32,939명 중 5,255명(16.0%), 1995년 33,335명 중 5,506명(16.5%)이 4회 이상 재입소 경험이 있는 것으로 나타났다(법무연수원, 범죄백서(2005), 263면).

형벌로서 기능을 담당하는 것이 바로 유기자유형이며 형사법체계에서 유기자유형이 차지하는 비중과 역할이 행형사조나 환경의 변화로 인해 변경되지 않는 한 현재의 행형 목적을 그대로 유지하는 것은 타당하다고 본다.

상설하면 유기 자유형에 처해진 수형자들은 반드시 석방된다. 그리고 형벌의 본질에 관한 이론들 역시 그것이 주된 목적이든 부차적 목적이든 그리고 의도를 했던 하지 않았던 상관없이 종국적으로는 범죄예방으로 귀속될 수밖에 없다. 그렇다면 형벌의 본질과 형벌로서 기능을 담당하고 있는 유기 자유형의 속성 - 석방된다는 사실 - 을 염두에 둘 때, 결국은 수형자를 언젠가는 사회로 돌려보내야 하며, 교도소는 수형자의 처벌함과 동시에 이들을 범죄 없는 새로운 삶 즉 재사회화하여 사회로 돌려보내는 작업을 수행하여야 한다. 그러므로 오늘날 행형의 목표로 설정해 놓은 교정교화 즉 재사회화를 통한 수형자 사회복귀정책은 형벌의 본질²¹⁾과 형벌로서 주된 역할을 담당하고 있는 유기 자유형의 특성을 고려할 때 타당한 행형 목적이라고 할 수 있다.

2. 행형목적 상호간의 체계적 지위

수형자 재사회화를 통한 범죄 없는 사회복귀가 오늘날의 행형사조와 형사법체계 전체를 고려할 때 타당한 것이라고 한다면, 다음 단계로서 재사회화를 통한 사회복귀 정책을 실질적으로 실현하기 위하여 법 제1조에서 규정하고 있는 목적들을 유기적 관련성을 가지도록 좀 더 체계적으로 재정립하는 작업이 필요하다. 왜냐하면 행형이라는 과정 그 자체는 독자적

21) 형벌이론으로서 절대설, 상대설, 목적형주의 등이 주된 목적으로 삼았던 부차적 목적으로 삼았던 그리고 의도를 했던 하지 않았던 상관없이 종국적으로는 범죄예방이라는 관점이 저변에 있다는 관점을 말한다.

으로 의미를 가지는 것이 아니라 형사사법체계의 일환으로서 형벌의 목적 혹은 본질에 종속되는 속성을 가지는 것이기 때문이다. 그래서 행형과정에서는 형벌의 속성 - 처벌적 성격 - 을 수행하여 형사사법체계의 일관성 유지해야 할 뿐만 아니라 동시에 형벌의 목적 혹은 본질에서 논의되고 있는 범죄 예방적 사고까지도 반영을 하여야 한다. 즉 행형은 처벌의 과정²²⁾임과 동시에 범죄예방을 위한 과정이어야 한다는 것이다.

그러므로 행형목적의 내용에는 형벌의 과거지향적 책임에 대한 비난으로서의 속성인 '처벌성'²³⁾ - 형벌의 해악성과 관련 부분 - 과 미래지향적인 '범죄예방사상'의 두 가지가 기본적으로 포함되어야 한다. 이러한 내용이 행형목적으로 포섭될 때만이 행형이 형벌의 목적에 종속되어 형사사법체계의 일관성을 유지할 수 있으며 자칫 교정교화에 입각한 행형정책의 맹목적인 확대로 책임을 초과하고 교화라는 이름으로 포장된 과도한 행형프로그램으로부터 수형자 인권침해소지의 문제를 사전에 방지할 수 있게 된다.

다만 행형과정에서 과거지향성[처벌]을 강조할 것인가 미래지향성[범죄예방]을 강조할 것인가 하는 것은 그 시대가 처해 있는 범죄적 상황과 인권의식의 수준에 따라 달라질 수 있을 것이다. 이에 따라 행형의 최대목적

22) 여기서의 '처벌'은 형벌의 본질에서 언급되는 응보이론, 일반예방이론, 특별예방이론의 논의를 말하는 것이 아니라 '형벌'이 무엇인가 하는 '형벌의 해악성'과 관련된 것을 의미한다(자세한 것은 배종대, 형사정책, 홍문사(2005), 제6판, 394면 참조).

23) 전통적으로 형법적 제재(Strafrechtsfolge)는 고통이 포함된 해악(Übel)이어야 한다는 견해가 지배적이었으나(M.Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrchtsbegründung und Strafzumessung, 1983, S.12f.), 이와는 반대로 형벌이 반드시 가해(加害; Ubelzufügung)의 성질이 포함되어 있어야 하는가에 대하여 반대적 견해가 있기도 한다(M.Köhler, a.a.o., S.13f.; U. Neumann/U. Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980, S. 14). 그러나 생명형이 생명을 박탈하고, 신체형이 신체의 완전성을 침해하며, 재산형이 재산권의 감소를 만들고, 자유형이 자유권을 제한 혹은 박탈하듯이 형벌의 개념 속에는 항상 시민권의 감소(Capitis diminutio)가 포함되어 법 주체에게 보장되어 있다. 그러므로 형벌은 법적 권리를 강제적으로 축소 혹은 박탈한다는 측면에서 형벌의 해악성은 충분히 인정할 수 있다.

과 최소목적이 구별되고 최소목적을 이루기 위한 수단, 최대목적을 이루기 위한 수단을 시대적 상황에 맞도록 선택함으로써 그 사회의 범죄환경에 적합한 행형정책을 실시할 수 있을 뿐만 아니라 인권존중을 강조하는 사회적 흐름에도 부합할 수 있을 것이다.

오늘날 행형기관에서 시행하고 있는 제도 중 수형자가 '특별히' 형벌이 지니고 있는 가장 근본적인 속성이라고 할 수 있는 '해악적' 혹은 '차별적' 성격을 느낄 수 있는 제도 자체는 거의 없다고 생각된다. 왜냐하면 행형기관에서 실시하고 있는 거의 모든 행형프로그램은 수형자 권리의 보장과 확대 그리고 자유의 확장이라는 차원에서 접근하여 시행되고 있기 때문이다. 그러나 행형의 가장 기본적이고 본질적인 역할은 형벌의 집행과정으로서 기능이기 때문에 행형과정은 형벌의 본질에 귀속될 수밖에 없으며 그렇기 때문에 행형과정 속에는 형벌이 지니고 있는 내재적 속성이라고 할 수 있는 '차별적 성격' 즉 '해악성'이 어떤 형태로든 반영이 되어야 한다.²⁴⁾

문제는 형사사법체계의 일관성 유지라는 측면에서 볼 때, 오늘날 행형의 독자적 기능을 논하기에 앞서 형벌이 지니고 있는 본질적 속성인 '해악성'을 실현하는 과정으로서의 종속성을 지니고 있는 행형과정에서 형벌의 '해악성'을 무엇을 가지고 어떻게 반영할 것인가에 있다. 이와 관련하여 법 제1조에 규정된 행형(법)의 목적 중은 '격리'는 자유형을 집행하는데 있어

24) 형벌을 집행함으로써 누릴 수 있는 효과는 어느 한 측면만 있는 것이 아니라 잠재적 범죄인에게는 일반예방적 작용을, 범죄인에게는 응보적 작용과 특별예방적 등 여러 가지 측면이 복합적으로 내재되어 있으며 동일한 형벌을 집행하더라도 집행권자의 누구인가에 따라 형벌을 통하여 의도하고자 하는 부분이 다를 수 있다. 결국 형벌이 집행되는 동안 범죄자, 잠재적 범죄인, 형집행자가 의도하였던 하지 않았던 응보, 일반예방, 특별예방의 효과는 동시에 나타날 수 있으며 다만 시대적 상황과 사회적 환경에 의하여 강조되는 부분이 다를 뿐이다. 그러나 행형의 효과가 어떠한 것이든 되었던 행형은 '형벌'을 집행하는 과정이며 '형벌'의 속성은 '과거행위'에 대한 비난 즉 책임으로서 부과되는 특질이 있기 때문에 '차별적 성격' 즉 '해악성'은 어떠한 형태로든 반영이 되어야 한다.

가장 본질적인 부분에 해당할 뿐 아니라 행형제도를 시행하는데 있어 출발점이라고도 할 수 있다. 이는 행형의 최소한의 목표이자 궁극적인 목적을 수행하는데 있어서 수단적 성격을 띠고 있다. 또한 법 제1조의 범위 내에서만 고려할 때, '격리'가 그나마 형벌의 본질적 속성으로서의 '해악성'을 지닌 부분으로 논할 여지가 있다. 왜냐하면 수형자를 교도소라는 시설을 통하여 사회와 격리함으로써 가족·친구들과 이별, 실직, 사회적 비난에 대한 정신적 고통, 구금으로 인한 답답함과 행동의 자유에 대한 제약 등이 가해질 수 있기 때문이다.²⁵⁾ 그러므로 '격리'를 통하여 행형의 궁극적인 목적인 재사회화를 효과적으로 달성할 수 있는 기반을 마련할 수 있으며, 이러한 의미에서 격리는 행형 목적을 실현하는 수단이자 행형의 최소한의 목표가 될 수 있다. 또한 형사사법체계의 일관성을 유지시켜주는 형벌의 내재적 속성인 '해악성'이라는 의미도 부여할 수 있다.

한편 행형(법)의 목적 중 '교정교화'는 수형자의 악성(惡性)을 바로 잡는 일이라고 할 수 있으며 행형의 최소한의 목적인 격리와 행형의 궁극적인 목적인 수형자 재사회화를 연결시켜주는 교량적 역할을 하는 핵심적인 부분이다. 왜냐하면 행형정책이 추구하는 재사회화의 구체적인 방법을 제시하고 있는 부분이 바로 '교정교화'이기 때문이다. 즉 교정교화라는 행형정책이 함축하고 있는 의미는 강제적이고 기계적인 수단과 방법을 동원하여 수형자의 악성을 인위적으로 바로 잡겠다는 것이 아니라 수형자에게 제한된 범위이지만 자유와 권리를 인정하면서 점진적으로 그 폭을 넓혀 가는

25) 그러나 현재와 같이 구금을 수반하는 자유형이 형벌로서 자리잡은 것은 그리 오래되지 않았다. 즉 고대와 중세를 거쳐 근대에 이르기까지 구금은 수사나 재판의 진행을 확보하기 위하여나 벌금형 또는 사형을 집행하기 위하여 범죄인의 신병을 확보하는 수단이었으며(M.Grünhut, Penal Reform, 1948, S 11-13), 유럽에서 구금형제도가 교정이념을 반영하여 하나의 형벌로서 발전하기 시작한 것은 16세기 경부터였다. 우리나라에서도 현대적 의미의 자유형제도가 시행된 것은 한일합병으로 인하여 일본형법이 적용되면서 부터이다(진계호, 범죄학 겸 형사정책, 법문사, 1987년, 580면).

방법으로 수형자 '스스로'가 자율성, 준법성, 사회성 등을 배우고 익힐 수 있도록 하는데 있다고 생각한다. 이처럼 격리와 재사회화의 중간적 목표라고 할 수 있는 교정교화를 구체적으로 실현하는 방안으로서 법 제1조(목적)는 '건전한 국민사상과 근로정신을 함양' 시키고 더불어 '기술교육을 실시한다'는 교정교화의 구체적인 방법까지 제시하고 있다.

법 제1조(목적)에서 규정하고 있는 목적들은 문리해석 상으로 각각의 목적들이 상호 대등한 관계로 규정되어 유기적 관련성이 떨어지지만 오늘날의 교정교화사상과 형사사법체계의 일관성의 모색이라는 측면에서 유기적 관련성을 가지도록 해석을 할 경우, '격리'는 행형의 궁극적인 목적이라고 할 수 있는 사회복귀를 실현하는 최소한의 목표이면서 형벌의 해악적 작용을 나타내는 역할을 하며, '교정교화'는 격리된 수형자를 성공적으로 사회 복귀케 하는데 필요한 구체적인 방법과 수형자의 권리와 자유를 인정하는데 이론적 기초를 제공해 주는 기능을 하고, '사회복귀'는 격리를 통한 성공적인 교정교화의 성과물로서 행형의 궁극적인 목표가 된다.

IV. 행형의 궁극적인 목적으로서 사회복귀에 관한 성취도의 분석과 평가

1. 행형 목적의 성취도 평가를 함에 있어서 그 전제조건과 이에 대한 평가

현행법상 행형의 궁극적인 목적은 교정교화를 통한 재범 없는 사회복귀이다. 행형 목적의 성취도에 대한 평가는 결국 수형자의 사회복귀에 대한

성공률로 가늠할 수 있다.

그러나 사회복귀에 대한 성공률에 대한 평가를 논하기 위해서는 몇 가지 전제조건이 구비되어야 한다. 첫째, 수형자가 자유형의 집행기간 동안 완전하게 교정교화가 되어야 하며, 둘째, 수형자가 악성이 제거되어 교정교화가 되었다는 것을 입증할 수 있어야 한다. 셋째, 만약 범죄자를 재사회화하여야 할 사회자체가 잘못된 것으로 여겨진다면, 사회가 범죄자를 재사회화한다는 이념에 대하여 근본적으로 의문이 들 수밖에 없다. 즉 ‘교정교화’의 기본적 구조는 범죄자와 사회를 이분화하고 ‘사회는 옳고, 수형자는 옳지 않다’는 사고에서 출발한다고 할 수 있다. 그래서 ‘올바른’ 사회가 ‘올바르지 못한’ 수형자를 ‘올바른’ 사회적 기준에 맞추도록 하는 것이 교정교화에 내포되어 있으므로 사회질서가 올바르게 구축되어 있어야 한다. 넷째, 교정교화 이념은 ‘범죄의 원인이 수형자에게 있다’는 식의 접근이기 때문에 만약 그들의 악성이 바로 잡힌다면 재범은 방지할 수 있다는 결론에 이르게 된다. 그러므로 범죄인을 제외한 사회 구성원과 사회는 범죄에 대한 원인 제공인자가 되어서는 안 된다.

이상과 같은 전제조건이 구비되어야 행형 목적의 성취도에 대한 평가가 정확하게 내려질 수 있다. 그러나 이러한 전제조건이 구비되었는지를 판단하고 평가를 내리는데 있어 그 실험과 통제의 대상이 인간과 사회라는 점에서 한계가 있을 수밖에 없다. 또한 ‘자유박탈에 의한 자유의 교육’이라는 그 자체가 모순일 수밖에 없으며, 현재와 같은 구금중심의 행형 현실과 열악한 행형 환경에서 수형자가 완전히 교화 개선되는 것은 사실상 기대하기 어렵다고 보여진다.

한 예로 누진처우제도가 수형자의 교화개선의 정도를 확인할 수 있는 방법이라는 하나 이 또한 그 평가방법에 있어 교도관의 가치관에 따라 주

관이 개입될 여지가 있으며, 평가내용 또한 인간본성에 대한 것이라기보다는 시험성적, 작업 수행량 등의 외부적으로 결과가 드러나는 형식적인 부분들이 주류를 이루고 있기 때문에 비록 최상위의 누진계급에 도달하여 형식적으로 교화개선이 되어 인간 마음에 변화가 있었다고 보여지더라도 진정한 교화가 되었는지는 확인할 수 없는 한계가 있다. 또한 우리 사회의 어느 특정부분을 굳이 예로 들지 않더라도 사회질서가 수형자들에게 재사회화를 요구할 수 있을 만큼 모든 면에서 우위에 있는지도 의문이 아닐 수 없다. 결국 수형자를 재사회화하기에 앞서 사회를 재사회화하는 것이 더 시급한 문제일 수도 있다.

이와 같은 맥락에서 오늘날 범죄원인을 일원론적 관점에서만 바라는 보는 것은 충분하지 못하다는 것에 대해서는 이론(異論)이 없다. 결국 범죄는 개인적 차원의 문제에서만 기인하는 것이 아니라 이를 포함한 사회적 환경이 복합적으로 결합하여 발생하는 것이므로 단순히 사회의 범죄적 환경제거를 병행하는 노력을 기울이지 않고 특별예방적 사상에 입각하여 수형자만을 교정교화하여 범죄예방 꾀하려는 발상은 문제 해결의 근원적인 대책이 되지 못함은 분명하다고 하겠다.

그러므로 행형목적의 전제조건에 관한 입증상의 한계와 실험대상에 대한 통제 곤란으로 인하여 형기를 다 채우고 석방된 수형자가 재범을 한 경우, 석방당시 범죄적 본성에 대한 교화가 완전히 되었는지를 객관적으로 확인할 방법이 없기 때문에 교화'되어' 석방된 자가 재범을 한 것인지, 교화'되지 않은' 채 석방된 자가 재범을 한 것인지 판단이 어려워 결국 행형목적의 성취도에 대한 평가를 확인할 수 없다는 결론에 도달하게 된다.

이처럼 행형 목적에 대한 성취도를 정확히 평가는 작업이 극히 어려운 작업임에는 분명하지만 그렇다고 하여 성과도 검증되지 않은 교정교화정

책만을 계속 추진해 나간다는 것은 수형자에게는 고통도 교화도 아닌 의미 없는 시간의 낭비일 뿐만 아니라 자칫 더욱더 사회화가 어려운 상태로 악화시키는 결과를 초래할 수도 있다.

그러나 수형자가 형집행 기간동안 교정교화가 되었는지를 적극적으로 파악하는 대신 재범이상의 수형자를 대상으로 범죄의 종류와 석방 후 재범을 하는데 까지 걸린 기간 그리고 범행의 동기를 인간의 마음과 관계 속에서 분석해 봄으로써 교정교화정책이 어느 정도 실효성 있게 진행되고 있는가를 간접적으로나마 확인은 할 수 있다.

2. 행형 목적의 성취도 분석과 평가

2004년 현재 우리나라의 행형 시설에 수용된 수형자는 35,627명²⁶⁾이며, 이 중 재범이상의 수형자 비율은 53.4%(19,024명)에 달하고 있다. 특히 지난 10여년 간의 통계를 보면, 재범자 비율이 1995년 이후 전체 수형자 대비 절반(1995년부터 2004년 평균 55.15%)을 넘게 차지하고 있으며, 해마다 이러한 수치는 감소됨이 없이 유지되고 있는 상태이다. 즉 재입소율²⁷⁾은 전체 수용된 수형자의 절반을 넘고 있으며,²⁸⁾ 범죄자의 범행 회수²⁹⁾ 역시 재산범죄, 흉악범죄, 폭력범죄, 특별법범을 가리지 않고 전과가 없는 경우

26) 1995년부터 2004년까지 행형시설(피보호감호자와 노역자유치자 포함) 수용된 수형자는 평균 33,096명이다(법무연수원, 범죄백서(2005), 263면).

27) 재입소율의 경우 자유형 집행부분에 제한된다.

28) 2004년도 입소경력자의 회수를 보면, 4회 이상이 13%(4,624명), 3회 이상이 6.8%(2,437명), 2회 이상이 10.6%(3,783명), 1회 이상이 23.0%(8,177명)로 나타나고 있으며, 각 회수별 비율은 1995년 이후 10여 년 간의 거의 같은 비율을 유지하고 있다(법무연수원, 범죄백서(2005), 263면).

29) 범죄자의 전과 즉 범수에는 자유형뿐만 아니라 자유형 외의 형벌도 포함하고 있으므로 앞에서 언급하고 있는 수형자의 재입소율에 관한 비교보다 좀더 정확한 재범률을 추정하는데 도움이 된다.

가 30%대에 머물고 있는 반면, 1범 이상의 전과자들이 전체범죄자 중 50%를 넘어 60%대를 상회하고 있는 상황에 있다.³⁰⁾

또한 범죄자가 재범을 하는 데 걸린 기간이 어느 정도인가를 살펴봄으로써 교정교화 정책의 효과를 간접적으로나마 추정할 수 있는데, 특히 재범을 하는데 걸린 기간이 짧을수록 형벌의 위하적 효과나 교정교화가 충분하지 못했다는 반증이 될 수 있다. 우리나라의 통계를 보면, 재산범죄, 흉악범죄, 강력범죄, 특별법범이 1년 이내에 동종의 재범을 범한 비율이

30) 2004년도 범죄자들의 전과회수는 재산범죄(절도,장물,사기,횡령,배임,손괴)의 경우 전체 434,498건 중 전과없음은 117,673명(27.1%)에 불과하며, 미상 122,420명(18.3%)이며, 1범 이상의 전과자가 194,405명(44.7%)에 달하고 있다. 1범 이상의 범죄자들을 범수별로 구분해 보면, 1범 44,187명(10.2%), 2범 32,294명(7.4%), 3범 25,118명(5.8%), 4범 19,138명(4.4%), 5범 14,843명(3.4%), 6범 11,750명(2.7%), 7범 9,300명(2.1%), 8범 7,413명(1.7%), 9범 이상 30,362명(7.0%)으로 나타나고 있다. 흉악범죄(살인,강도,방화,강간)의 경우, 2004년 전체 14,916명 중 전과없음은 4695명(31.5%), 미상 1,538명(10.3%), 1범 이상의 전과자는 8,683명(58.2%)에 이른다. 1범 이상의 전과자들을 범수별로 구분해 보면, 1범 2,066명(13.9%), 2범 1,455명(9.8%), 3범 1,099명(7.4%), 4범 762명(5.1%), 5범 647명(4.3%), 6범 519명(3.5%), 7범 448명(3.0%), 8범 317명(2.1%), 9범 이상 1,370명(9.2%)으로 나타났다. 폭력범죄(폭행,상해,협박,공갈,약취와유인, 체포와감금,폭력행위등(단체등의 구성·활동),폭력행위등처벌에관한법률위반)의 경우, 2004년 전체 369,737명 중 전과없음은 109,300명(29.6%), 미상 30,681명(8.3%), 1범 이상의 전과자는 229,756명(62.1%)에 이르고 있다. 1범 이상의 전과자들을 범수별로 구분해 보면, 1범 54,651명(14.8%), 2범 38,925명(10.5%), 3범 29,223명(7.9%), 4범 21,842명(5.9%), 5범 16,713명(4.5%), 6범 13,162명(3.6%), 7범 10,373명(2.8%), 8범 8,325명(2.3%), 9범 36,542명(9.9%)으로 나타났다. 특별법범(형법범을 제외한 처벌규정을 포함하고 있는 법률. 이에 포함되는 대표적인 예로서, 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법, 개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법, 개항질서법, 도로교통법(무면허운전, 음주운전, 음주측정거부), 독점규제및공정거래에관한법률, 마약류관리에관한법률, 병력법, 부정수표단속법, 상법, 상표법, 성매매방지및피해자보호등에관한법률, 소방법, 청소년보호법, 청소년의성보호에관한법률 등 130여 개의 법률이 해당한다. 자세한 것은 대검찰청, 범죄분석(2005), 통권 제138호, 266~269면 참조)의 경우, 2004년 전체 1,334,006명 중 전과없음은 500,889명(37.5%), 미상 135,872명(10.2%), 1범 이상의 전과자는 697,245명(52.3%)에 이른다. 1범 이상의 전과자들을 범수 별로 구분해 보면, 1범 212,589명(15.9%), 2범 139,703명(10.5%), 3범 95,927명(7.2%), 4범 66,432명(5.0%), 5범 46,542명(3.5%), 6범 33,272명(2.5%), 7범 24,783명(1.9%), 8범 18,388명(1.4%), 9범 이상 59,609명(4.5%)으로 나타났다(대검찰청, 범죄분석(2005), 통권 제138호, 264~265면).

평균 35%~40%선을 유지하고 있는 것으로 나타났다. 같은 기간 이중범죄를 범한 재범자까지 포함한다면 1년 이내 재범을 하는 범죄자의 비율은 거의 절반에 육박하는 수치를 보이고 있다.³¹⁾

31) 2004년 재산범죄(절도, 장물, 사기, 횡령, 배임, 손괴) 재범자는 191,322명이며, 재산범죄 재범자 대비 동종의 재산범죄 재범자는 41,313명(21.59%)이다. 동종재범자가 재범하는 걸린 기간이 1개월 이내 2,372명(5.74%), 3개월 이내 2,166명(5.24%), 6개월 이내 2,659명(6.44%), 1년 이내 10,795명(26.13%), 2년 이내 11,526명(27.90%), 3년 이내 4,160명(10.07%), 3년 초과 7,635명(18.48%)으로 나타났다. 재산범죄의 재범자 191,322명 중 이중범죄 재범자는 150,009(78.4%)명이며, 1개월 이내 3,549명(2.37%), 3개월 이내 3,449(2.30%), 6개월 이내 4,585명(3.06%), 1년 이내 21,796명(14.53%), 2년 이내 64,751명(43.16%), 3년 이내 12,983명(8.65%), 3년 초과 38,905명(25.94%)으로 나타났다. 흉악범죄(살인, 강도, 방화, 강간) 재범자는 8,586명이며, 흉악범죄 재범자 대비 동종의 흉악범죄 재범자는 1,115명(12.99%)이다. 동종재범자가 재범하는 걸린 기간이 1개월 이내 56명(5.02%), 3개월 이내 62명(5.56%), 6개월 이내 89명(7.98%), 1년 이내 218명(19.55%), 2년 이내 297명(26.64%), 3년 이내 114명(10.22%), 3년 초과 279명(25.02%)으로 나타났다. 흉악범죄의 재범자 8,586명 중 이중범죄 재범자는 7,471명(87.0%)이며, 이중범죄 재범자의 재범기간은 1개월 이내 154명(2.06%), 3개월 이내 263명(3.52%), 6개월 이내 353명(4.72%), 1년 이내 1,056명(14.13%), 2년 이내 3,139명(42.02%), 3년 이내 634명(8.49%), 3년 초과 1,872명(25.06%)으로 나타났다. 강력범죄(폭행, 상해, 협박, 공갈, 약취와유인, 폭력행위등(단체등의구성·활동), 폭력행위등처벌관한법률위반)의 경우 전체 재범자가 227,648명이며, 강력범죄 재범자 대비 동종의 강력범죄 재범자는 78,428명(34.5%)이다. 동종재범자가 재범하는 걸린 기간이 1개월 이내 2,061명(2.63%), 3개월 이내 4,147명(5.29%), 6개월 이내 5,256명(6.70%), 1년 이내 13,389명(17.07%), 2년 이내 20,466명(26.10%), 3년 이내 8,930명(11.39%), 3년 초과 24,156명(30.80%)으로 나타났다. 강력범죄의 재범자 8,586명 중 이중범죄 재범자는 149,220명(65.5%)이며, 이중범죄 재범자의 재범기간은 1개월 이내 1,753명(1.17%), 3개월 이내 3,583명(2.40%), 6개월 이내 5,623명(3.77%), 1년 이내 14,776명(9.90%), 2년 이내 74,676명(50.04%), 3년 이내 10,941명(7.33%), 3년 초과 37,868명(25.38%)으로 나타났다. 특별법범의 경우 전체 재범자가 675,108명이며, 특별범죄 재범자 대비 동종의 특별범죄 재범자는 185,697명(27.5%)이다. 동종재범자가 재범하는 걸린 기간이 1개월 이내 7,550명(4.07%), 3개월 이내 10,090명(5.43%), 6개월 이내 13,717명(7.39%), 1년 이내 36,696명(19.76%), 2년 이내 52,963명(28.52%), 3년 이내 19,551명(10.53%), 3년 초과 45,130명(24.30%)으로 나타났다. 특별범죄의 재범자 675,108명 중 이중범죄 재범자는 489,411명(72.5%)이며, 이중범죄 재범자의 재범기간은 1개월 이내 5,650명(1.15%), 3개월 이내 9,885명(2.02%), 6개월 이내 14,120명(2.89%), 1년 이내 42,917명(8.77%), 2년 이내 253,113명(51.72%), 3년 이내 32,502명(6.64%), 3년 초과 131,224명(26.81%)으로 나타났다(대검찰청, 범죄분석(2005), 통권 제138호, 278~279면).

통계에서 보는 바와 같이 행형의 궁극적인 목적이라고 할 수 있는 교정 교화정책이 성공적으로 추진되고 있다고 할 수는 없을 것이다. 물론 단순히 재범률만을 가지고 교정교화정책이 '성공했다', '성공하지 못했다'라고 하기에는 범죄를 유발하는 수많은 인자들과 범죄자의 특수 사정 등이 복합적으로 얽혀 범죄가 발생한다는 것을 염두에 둘 때 무리가 있을 수는 있으나, 출소 후 짧은 기간동안 많은 전과가 있는 범죄자들의 경우에는 교도소에서 행하는 교정교화정책이 제대로 효과를 발휘하지 못한 것이 아닌가 하는 강한 의문이 든다. 특히 전과 5범 이상인 자들의 경우에는 교정교화정책이 사실상 실패한 것이나 다름이 없다는 결론을 내려도 무방하지 않을까 하는 생각도 들며 더 나아가 이들에게는 형벌의 위하적인 효과마저도 기대할 수 없는 상황에까지 이르렀다고 본다.³²⁾

결국 전과의 회수가 많은 범죄자일수록 행형의 과정은 형벌로서의 기능도 상실하고 교정교화 기능도 상실한 단지 범죄자가 다음 차례의 범죄를 저지르지 못하도록 시간을 지연시켜주는 정도에 기능만을 할 뿐이다. 따라

32) 물론 '범죄의 원인이 어디에 혹은 누구에게 있는가'라는 범죄원인론적 관점에서 볼 때, 범죄의 원인이 초자연적 힘들에 영향을 받은 결과라고 생각할 수도 있을 것이며(계몽주의 이전에는 고대사회에서는 많은 사건들이 내세적 힘들에 의해 영향을 받은 결과라고 생각하는 일반적 인생관에 입각해 왔다. 예컨대, 원시인들은 기근, 홍수, 대역병 등과 같은 재난들에 대해 그들이 영적 존재에 대해 잘못을 범하였기 때문에 벌을 받는 것이라고 생각하였다(Graeme Newman, *The Punishment Response*, Lippincott, Philadelphia, 1978, pp. 13~25), 자유의사를 가진 이성적 인간의 합리적 선택이라고 할 수도 있을 것이며, 자유의사가 인정되지 않는 인간의 어쩔 수 없는 외부적 상황의 결과라고도 할 수 있을 것이다(범죄학 이론, Vold, Bernard, Smipes 著/又凡刑事政策研究會 譯, 2000년, 21면 이하). 최근에는 행위자의 자유의사여부를 형사절차의 단계에서 확인하는 것은 불가능하다는 쪽으로 기우는 듯하며, 그 결과 범죄는 소질과 환경에 대한 연구에서 양자의 정확한 관계를 파악하는 것이 어렵기 때문에 다원적 요인을 분석하는 동태적 방법이 주류를 이루고 있는 것으로 보인다. 즉 소질과 환경의 상호작용에 의해서 변화 가능한 인격성의 자유의지를 함께 고려하여 범죄가 일어나는 것으로 보는 것이 일반적이라고 할 수 있을 것이다(배중대, 앞의 책, 153면). 그렇기 때문에 단순한 통계적 수치만으로 교정교화여부를 적극적으로든 간접적으로든 확인하려고 하는 것에 의문을 제기할 수도 있을 것이다.

서 행정기관이 교정교화를 한다는 명목 하에 진행되는 행형 프로그램들은 인력과 시간낭비일 뿐 그 이상의 어떠한 의미도 없는 것이나 다름이 없는 것이 오늘날 행형의 현실이라 판단된다.

3. 행형목적의 성취도 분석의 한계와 범죄에 작용하는 독립된 요소로서 인간‘마음’

수형자 개개인에 대한 교정교화의 완성도는 수형자 내면의 규범화와 연관이 있기 때문에 본인 외에는 교화여부를 정확하게 파악할 수 없다는 한계가 있다. 즉 교정교화는 형벌이라는 실정법상 가장 강력한 외적 제재수단을 통하여 강제적이거나 타율적인 방법을 동원하여 수형자의 내면에 규범의식을 확립시키는 것이며, 이렇게 내면화된 규범의식의 결과로 자발적인 재범방지가 가능하게 되는 것을 속성으로 하고 있다. 이렇듯 행형 목적으로 내세우고 있는 교정교화 사상은 겉으로 표출되는 부분 즉 ‘행위’를 통제하는 것이 주목적이 아니라 인간의 내면에 내재된 ‘범 적대적 사고’를 바로잡음으로써 ‘규범의 내면화’를 통하여 인간의 ‘행위’를 행위자 개개인이 스스로(자율적으로) 제어하게 만드는 것이다. 한마디로 타율적 방법을 통한 자율성의 함양이라고 할 수 있다.

만약 행형 목적이 수형자에게 ‘규범의 내면화’보다는 외부로 드러나는 행위만을 억제하여 범죄예방을 하고자 한다면 현재와 같은 과학적이고 인권중심적 사고에 기초한 특별 예방적 관점의 행형 정책을 시행할 필요가 없으며, 단지 수형자에게 형벌의 엄중함과 고통스러움만을 느끼게 해주는 것만으로도 현재의 행형 상황보다는 더욱더 재범통제에 효과가 있으리라 본다. 그러나 우리의 행형 목적이 기대하고 있는 것은 수형자 내면에 규범의

식을 확립시킴으로써 자율적으로 재범에 길로 나아가지 않게 하는 데 있는 것이지만 단지 행위의 외형만을 변화시키고자 하는 것은 결코 아닐 것이다.

이처럼 행형의 궁극적인 목적은 교정교화를 통한 자율적인 상태 하에서의 재범 없는 사회복귀이며, 재범 없는 사회복귀를 성공적으로 이끌기 위해서 종래에는 범죄의 발생 '원인'에 대한 연구가 중요하게 다루어져 왔던 것이 사실이다. 그러나 범죄라고 하는 것은 자연과학에서 적용되는 인과관계와는 다른 측면이 있다. 즉 자연과학에서는 '결과'에 작용한 '원인'은 결과발생에 필연적이다. 그러나 범죄[결과]에서의 '원인'은 인간의 '행위'를 '촉발'하게 하는 인자(因子)에 불과한 것일 뿐 범죄로 나아가게 하는 조종력은 없다고 생각한다. 왜냐하면 범죄에 있어 원인³³⁾은 자연과학에서처럼 결과발생에 필연적이지 않을 뿐만 아니라 범죄원인에 관한 오늘날의 통합적 관점에서 보더라도 소질, 환경 등 수많은 원인과 원인 이외의 요소들이 복합적으로 작용한 결과가 범죄로 나타나는 것이기 때문에 원인은 '범죄'라고 하는 '결과'에 대하여 필연적이지도 결정적이지도 않으며 단지 범죄로 이어질 수 있는 잠재성만을 지닌 사소한 재료에 불과할 뿐이다.

다만 범죄행위가 자연과학과 비교할 때 가장 큰 차이점이라고 한다면 그것은 '원인'과 '결과'사이에 '인간'이 개입되어 있다는 사실이다. 좀더 정확하게는 인간이 개입된 것이 아니라 '원인'과 '결과' 사이에 인간의 '마음'·'성(性)'·'본성(本性)³⁴⁾'·'기질(氣質)'(이하에서는 '마음'으로 통칭한다) 등 다양하게 표현될 수 있는 있으나 사물지각형 실물성(實物性) 관찰이 불가능한 이러한 '마음'이 '원인'과 결합함으로써 결과[범죄]를 만들어 내는

33) 예컨대, 생활비 마련, 유흥비 마련, 도박비 마련, 허영, 사치심, 치부, 보복, 가정불화, 호기심, 유흥, 현실불만 등.

34) 본성[性]이란 외부로부터의 자극이나 모종의 주어진 여건(환경)에 일정하게 반응을 보이는 반응양태 또는 반응기제를 말한다(김기현, 맹자의 성선설과 순자의 성악설에 대한 현대적 조명, 철학연구, 제79집, 2001년 8월, 50면).

것이지 단순히 ‘원인이 곧 범죄’로 이어지는 것은 아니다. 그래서 똑같은 원인이 제공된다고 하더라도 자연과학과는 달리 사회과학 즉 범죄행위에서는 항상 동일한 결과가 나오지 않을 수 있으며 이는 결국 효율적인 범죄대책을 세우기 위해 범죄 원인을 연구하기보다는 인간의 내면에 존재하는 그러나 실체를 확인 할 수 없는 ‘마음’³⁵⁾³⁶⁾에 관한 연구가 선행되어야 한다는 것을 의미한다.³⁷⁾

-
- 35) 철학에서는 마음에 대한 연구의 시작 단계에서부터 채택해 왔던 마음의 존재성에 대한 기본 가정 즉 ‘마음은 사물이 존재하는 것처럼, 사람의 뜻이나 생각과는 무관하게 스스로 존재하고 마음 자체의 내적 운행 법칙에 따라 작동한다’라는 전제 위에서 마음을 연구해 왔다(유권중/최상진, 한국인의 내면에 形象화된 마음 - 한국인의 마음 모델 구성을 위한 기초 연구 - 동양철학연구(제34집), 2003년 9월, 127면). 현재는 이 마음의 본질이 물리적인 것인가 아닌가에 관한 논란도 있으나, 대체로 마음의 실체에 대한 믿음을 근거로 마음이 무엇인가를 해명하려는 것이 고대철학으로부터 현대철학까지의 일 반적인 흐름이라고 생각한다(김재권, 심리철학, 철학과 현실사, 1999년, 내용 참조).
- 36) 마음과 같이 실물성(實物性)이 약하거나 거의 없는 관념성 개념도 언어-사회적 과정을 통해 ‘명백히 실재하는 사물’과 같은 경험적/효능적 차원의 실물성을 획득할 수 있으며, 그 경우 ‘마음이라고 하는 것’은 경험-결과적 실재성(實在性)을 갖는 개념이며 현상이 될 수 있다(최상진/한규석/김기범, 문화, 마음, 인지기성에서의 삼위일체적 역동, 한국사회 및 성격심리학회동계학술대회, 2000년, 14면 이하; 최상진/한규석/김기범, 문화-사회심리학에서의 마음, 한국심리학회연차학술대회, 2001년, 241면 이하). 즉 마음이라고 하는 것은 볼 수도 만질 수도 느낄 수도 없지만 그것의 존재성을 충분히 인정할 수 있다.
- 37) 범죄의 원인론과 관련하여 기존에 언급되고 있는 이론들은 범죄의 원인을 개인적 차원 혹은 사회 구조적 차원에서 찾고자 하는 시도를 하고 있다(물론 범죄원인론과 관련하여 다른 형태의 분류도 얼마든지 가능하다). 그러나 본 논문에서는 범죄의 원인에 관한 연구를 하고자 하는 것이 아니라 원인과 결합하는 ‘독립된 요소’로서 인간의 ‘마음’에 관한 연구를 하고자 하는 것이며, 사회구조적 차원의 관점이 아닌 개인적 차원의 관점이라고 할 수 있다. 그러나 범죄학 관련 서적에서 범죄에 작용하는 요소 중 ‘일반적으로 일컬어지는 원인 외’에 범죄에 작용하는 「독립된 요소」로서 인간의 「마음」에 관하여 직접적으로 언급하고 있는 이론은 아직 볼 수가 없었다. 특히 범죄의 개인적 원인과 관련해서 언급되는 (사회)생물적 관점의 원인론은 범죄인의 생물학적 이상성(異常性)에 초점을, 심리학적 이론은 개인의 정신작용의 특이성 즉 정신적 이상성(異常性)에서 범죄의 원인을 규명하고자 한다. 그러나 범죄의 개인적 원인에 관한 두 이론은 연구 대상 분야의 속성을 규명하고자 하기보다는 이상성(異常性)을 규명한다는 점에서 본 연구가 범죄‘원인’의 존재를 긍정한 후 그 다음 단계로서 이러한 원인에 작용하는 ‘마음’의 속성(마음의 이상성(異常性)규명이 아닌)을 규명하여 행형목적의 설정에 응용하고자 한다는 점에서 구별된다고 하겠다.

V. 범죄의 '원인'에 작용하는 인간'마음'의 실체와 속성

자연과학적 접근을 연구의 기본 패러다임으로 발전해 온 현대 서구의 심리학은 마음 자체에 대한 사물지각형 실물성(實物性) 관찰이 불가능하다는 점에서 마음 대신 '관찰 가능한 행동'을 연구의 주된 대상으로 하는 우회적 접근 방법을 통하여 마음을 연구하는 방법을 채택해 오고 있다.³⁸⁾ 즉 인간의 행위는 마음작용의 산물이며, 범죄 역시 외부적 - 인간의 '마음'을 제외한 모든 요인, 예컨대 사회환경적 요인, 물리적 환경요인, 개인의 신상과 관련된 요인 등 - 원인인자와 인간의 마음이 결합되어 나타난 결과라고 할 수 있다.

그렇다면 자연과학과는 달리 동일한 원인이 작용하였음에도 그 결과가 제 각각 다른 이유 즉 어떤 사람은 범죄로 나아가고 어떤 사람은 범죄로 나아가지 않은 것은 원인인자와 결과[범죄] 사이에 존재하는 인간의 '마음'이 그 작용을 달리하기 때문이라는 결론에 이르게 된다. 결국 '마음'을 구성하고 있는 요소들의 특질을 파악하고 범죄의 원인인자들이 마음의 어떤 특질적 요소에 반응을 하는가를 밝혀낸다면 출소자들의 재범기간을 상당기간 연장시키거나 혹은 영구히 차단하여 재범률 상승을 막을 수 있는 매우 효과적인 행형 정책을 수립하는데 응용할 수 있을 것이다.

심리학에서 마음이란 물질 - 사물類와는 달리 질적으로 달라 감각기관으로 직접 실체됨되지 않는 것이라면 자신의 마음경험이나 마음상태를 소통할 때 물질이나 사건경험에서 체험되는 질의 경험을 마음의 경험에 은유(metaphor)의 형태로 대입시키는 방식에 의존할 가능성이 높다고 한다.³⁹⁾

38) Mead, G. H. Mind, self, and society. Chicago, IL(University of Chicago Press, 1934); Ratner, C, Cultural psychology and qualitative methodology : Theoretical and empirical considerations(New York: Plenum Press, 1997).

즉 마음은 ‘부드러운 마음, 아름다운 마음, 뜨거운 마음, 넓은 마음’과 같이 ‘물질적 속성’을 띠는 기술양식을 가진 경우도 있으며, ‘기쁜 마음, 놀란 마음, 편안한 마음, 답답한 마음, 사랑스런 마음’ 등과 같이 ‘의미적 구성의 성격’이 강한 마음質도 있다⁴⁰⁾고 한다.

마음類⁴¹⁾가 가지고 있는 이러한 성격을 통하여, 그 마음을 구성하고 있는 속성적 질유형 즉 마음類를 이루고 있는 질적 구성체를 파악해 보면,⁴²⁾ 마음에는 주인성 마음과 기질성 마음 그리고 상황 발생적 마음이 존재한다.⁴³⁾ 이러한 마음의 질적 구성체들이 지니고 있는 속성을 파악하는 일 즉 행위자가 ‘마음’을 자신이 뜻하는 대로(자신이 의도하는 대로) ‘제어·통제·관리’가 가능한가 그렇지 않은가를 연구하는 것은 범죄가 단순히 ‘원인’의 작용만으로 발생하지 않는다는 점을 상기해 본다면 상당히 의미가 있다고 생각을 한다. 즉 행위자가 스스로 제어·통제·관리할 수 있는

39) 유권중/최상진, 앞의 논문 ; 김재권, 앞의 논문 ; 최상진/한규석/김기범, 앞의 논문 등.

40) 유권중/최상진, 앞의 논문, 138면.

41) 단순히 ‘마음’이라고 하지 않고 마음類라고 하는 이유는 ‘마음’이 감각적으로 존재하는 것이 아니라 ‘관념적으로만 존재’하며 이러한 속성으로 인하여 그것을 구성하고 있는 요소 또한 관념적일 수밖에 없기 때문에 마음에 관여할 수 있는 제요소(예컨대, 의식, 사고, 성격, 태도, 가치관, 욕구 등)를 통칭하여 부르는 의미에서 마음類라고 한다.

42) 마음의 속성을 파악하기 위하여 ‘마음’이라는 말이 들어가는 일상적인 언어적 맥락을 찾아, 그 마음이 그 사용맥락에서 어떤 류의 질적 의미성을 갖는 것인가를 추론해 보는 방법이 사용 되었다(최상진/한규석/김기범, 문화, 마음, 인지 구성에서의 삼위일체적 역동; 최상진/한규석/김기범, 문화-사회심리학에서의 마음, 참조). 예컨대, 일상적으로 사용하는 표현으로서, “마음대로 해라”라는 문장에서의 ‘마음’은 ‘마음은 주인이 있는’ 속성을 가진 것으로서 파악되기도 하며, “마음은 잡기가 힘들다”하는 문장에서의 ‘마음’은 ‘마음은 잡기도 하고 놓칠 수도 있는’ 것으로서 ‘인간의 뜻대로 움직일 수 없는 마음’이 있다는 것으로 파악된다. 또 ‘마음을 다스린 후 그 마음이 가는 대로 행동한다’라는 문장에서의 ‘마음’은 ‘마음은 다스리기도 하고 못 다스리기도 하는’ 존재로서 ‘마음은 나의 의지와는 분리되어 있지만 통제가 가능하다’는 속성을 지닌 것으로 파악된다. 이상의 사례에서 본 바와 같이 일상에서 사용되는 문장을 통해서 마음의 속성적 질을 분석하고 이를 토대로 마음의 질적 구조를 파악한 결과, 마음에는 주인성 마음, 기질성 마음, 상황발생적 마음으로 분류를 할 수 있다.

43) 유권중/최상진, 앞의 논문, 142면.

'마음'이 '원인'과 복합적으로 작용한 결과가 범죄라고 한다면 이러한 조건 하에서 범죄를 범한 수형자에게 적용할 수 있는 효과적인 행형 정책이 고안될 수 있을 것이며, 반대로 행위자가 스스로 제어할 수 없는 '마음'이 '원인'과 결합하여 범죄를 낳았다면 이러한 조건에서 범죄를 행한 수형자에게 적절한 행형정책이 나올 수 있을 것이다.

그러나 오늘날의 행형정책이나 범죄예방 대책은 범죄자 주변을 둘러싸고 있는 환경이나 범죄자의 소질적인 부분에 초점을 두고 있을 뿐 범죄의 원인에 작용하는 독립된 요소로서 인간의 '마음'⁴⁴⁾에 관한 직접적인 연구를 형사법학에서는 거의 다루고 있지 않는 것이 사실이다. 그래서 이러한 원인과 독립된 위치에서 범죄에 작용하는 '마음'의 속성과 작용법칙을 알아낸다면 가깝게는 행형 프로그램을 수형자가 교정교화 할 수 있도록 적절하게 변화시킬 수 있으며 궁극적으로는 범죄예방과도 직결될 수 있다.

심리학에서는 마음을 주인성 마음과 기질성 마음 그리고 상황발생적 마음으로 분류를 하여 각각의 마음이 지니고 있는 속성을 연구를 하기도 한다. 우선 '주인성 마음'이란 마음을 구성하고 있는 요소의 운행은 물론 마음 요소 자체의 변화를 작위(作爲)하거나 주재할 수 있는 또 다른 마음을 말한다.⁴⁵⁾ 한국인들이 운동경기에서 패했을 경우 혹은 어떤 일을 함에 있어 굳은 의지의 표현으로서 삭발을 하는 모습을 볼 수 있는데, 바로 이러한 것이 자기의 마음을 스스로 강하게 다스리는 마음의 자세가 깃들어 있는 모습이다. 이는 '마음'이 스스로 어떠한 운행의 법칙에 따라 움직이기보다는 인간이 자신의 마음을 수양 및 조절할 경우 제어가 가능한 '마음'임

44) 필자는 논문에서 '마음'이라는 표현을 하나만을 사용하고 있지만 '性', '本性'이라는 표현을 포함한 의미임을 밝혀둔다.

45) 이러한 주인성 마음과 관련해서 한국인들이 일상에서 자주 쓰는 말에는 '참는다', '마음을 고쳐먹는다', '마음을 먹는다', '마음을 달린다', '마음을 닦는다', '마음을 다스린다', '마음을 연다' 등을 들 수 있다(유권중/최상진, 앞의 논문, 143면).

을 의미한다고 할 수 있다. 즉 마음의 조절이나 변화를 효과적으로 제어할 수 있다면 주인성 마음과 작용하는 ‘원인’이 범죄라는 결과를 낳지 않도록 통제하는 것도 가능할 수 있다. 현재 시행하고 하는 특별예방에 입각한 교정교화정책이 바로 주인성 마음을 강화시키고 영향력을 증대시키는 방법이 될 수 있을 거라고 생각을 한다.

한편 마음 속에 존재하는 상태로서의 속마음 그 자체로는 그 마음의 기질적 특징을 선명하게 기술하거나 그 마음에 대한 체험적 증거를 실체의 형태로 기술하기 어렵다. 왜냐하면 기질적 마음이란 마음 속에 존재하는 본 마음으로서 특징적 마음 혹은 가치관 지향성의 마음으로서 이러한 마음의 알기 위해서는 기질적 마음을 동(動)하게 할 수 있는 어떠한 상황이 주어져야 하기 때문이다.⁴⁶⁾ 따라서 기질성 마음을 논하기에 앞서 ‘기질적 마음에 대한 체험적 증거를 마련하고 더불어 특정 기질성 마음의 질이 생동적으로 노출되기 위해서는 정태적 상태의 기질성 마음이 동태적 형태로 발해야 한다. 즉 마음은 움직이는 상황 속에서 그 모습을 드러낸다’라는 전제가 필요하다.

이러한 전제에 기초하여 기질성 마음과 상황 발생적 마음⁴⁷⁾의 관계를 보면, 기질성 마음이 그 모습을 드러내는 매개는 상황 발생적 마음으로 전달되었거나 인식이 이루어 졌을 때이다. 즉 기질성 마음은 상황 발생적 마음으로 통해서 읽혀지고, 체험되고, 구성될 수 있다. 특히 우리가 일상적으로 말하는 ‘마음씨’라고 하는 것은 기질성 마음의 대표적인 것이며, 이러한 ‘마음씨’는 타고나는 것이며, 쉽게 변하지 않는다.⁴⁸⁾⁴⁹⁾ 즉 기질성 마음은

46) 유권중/최상진, 앞의 논문, 144면.

47) 상황발생적 마음에는 정의적 마음과 인지적 마음이 있으며, ‘뜻하는 마음’, ‘나는(생기는) 마음’, ‘드는 마음’, ‘말하는 마음’, ‘느끼는 마음’ 등이 ‘정의적 마음’에 해당하며, ‘대상에 대해 경험하는 상태로 작용하는 마음’이 ‘인지적 마음’에 해당한다.

48) 유권중/최상진, 앞의 논문, 144면.

주인성 마음과는 달리 인간의 의지나 수양에 의하여 쉽게 제어되지 못하는 속성을 가지고 있는 것으로 보인다.

만약 범죄의 원인인자가 상황 발생적 마음을 통하여만 체험할 수 있고 쉽게 변화하지 않는 기질성 마음에 작용한 결과로 발생을 한 것이 범죄라고 한다면 그러한 원인에 작용한 마음은 후천적인 교육이나 수양을 통해서 쉽게 변화할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 결국 이러한 마음에 작용하여 범죄를 범한 수형자에게는 특별예방사상에 입각한 교육적 방법에 따른 재범방지를 위한 노력은 무의미할 수 있다는 결론에 이르게 된다.

VI. 인간의 '마음'속성의 관점에서 본 행형정책에 대한 비판

특별예방사상에 입각한 현대 행형정책이 수형자 즉 인간을 바라보는 관점을 한마디로 표현하자면 “교육적 방법을 통한 개선 가능한 인간상”이라고 할 수 있다. 그러나 이는 인간의 '마음'속성의 관점에서 볼 때 몇 가지 문제를 안고 있다.

첫째, 전국의 행형시설이 하나의 법제도 하에서 동일한 처우를 실시하

49) 中庸에서는 “性卽理也”라 하여 “性은 理와 다르지 않다”고 한다. 그래서 儒學 心學의 體用論的 사고에서 ‘마음’은 理에 해당하는 性에 가까운 것으로 보고 있다. 결국 理와 性의 차이는 다른 것이 아니며, 다만 마음에 관하여 말을 할 때에는 그것이 性이 되고, 현상에 관하여 말을 할 때에는 理가 되는 것이 뿐이다. 즉 본성은 만물에 내재해 있는 근본원리 理가 마음으로 나타난 것이라고 할 수 있다(이홍우, 인간본성론, 교육연구(제10권제1호), 1996년, 서울대학교 사범대학 교육학과, 8면). 결국 근본원리는 ‘불변’의 의미를 내포하고 있으며, ‘마음’을 구성하는 요소 중에서도 앞서 언급한 ‘주인성 마음’처럼 수양에 의하여 변화, 강화할 수 있는 부분도 있지만 그 반대로 변화하지 않는 부분도 있다.

고 있다. 즉 수형자의 누진계급이 동일하면 교도소는 다르다하더라도 동일한 처우가 실시된다. 그러나 이는 행형의 통일성을 기하고 수형자간의 평등의 관점에서는 의미가 있을 지라도 수형자의 개성을 고려하지 않은 획일적인 교정교화방법으로서 모든 인간은 동일한 방법으로 교육이 가능하다고 하는 가정을 전제로 할 때만 가능한 것이다.

둘째, 범죄라고 하는 것은 단순히 '원인-결과'의 관계가 아니라 원인과 인간의 마음이 복합적으로 작용한 결과이며, 이러한 '마음'의 질(質)유형에는 수양과 훈련을 통하여 수정 혹은 변화가 가능할 수도 있으며, 기질성 마음과 같이 인간의 수양과 훈련만으로는 수정이나 변화가 되지 않는 부분도 있다. 그럼에도 불구하고 현대의 행형 정책은 교육을 통한 개선만을 지나치게 강조한 나머지 범죄의 '원인'이 수정이나 변화가 되지 않는 기질성 마음과 결부된 경우에도 수형자의 악성을 교화개선 할 수 있다고 보고 있어, 교육 즉 교정교화의 효과를 기대할 수 없는 수형자들에게도 교육적 방법을 통한 행형 정책을 계속하여 적용하고 있다.

이처럼 범죄의 원인에 복합적인 작용을 하는 인간의 '마음'속성에 대한 고려 없이 특별예방 사상에 입각한 행형 정책을 수십 년째 지속해 온 결과 재범률 50%를 넘는 심각한 상황에 직면해 있으며, 수형자의 인권을 강조하는 사회적 분위기는 수형자에게는 더 많은 권리와 혜택(?)을 인정하게 되었으나, 그 반작용으로서 행형 담당자들에게는 상대적으로 많은 행동의 제약과 권위를 빼앗아 가는 결과를 가져다주게 되었다. 좀더 강하게 비판하면, 현대의 행형 정책은 교도관을 골탕 먹이고 멋대로 하는 수형자와 수형자들에게 끌려 다니기만 하는 교도관만을 만들었을 뿐, 교정교화에도 실패하고 형벌의 위엄도 찾을 수 없는 위기적 상황에 처해 있다고 해도 과언이 아닐 것이다.

그러므로 현대 행형정책은 수형자에게 무조건 퍼주는 식의 정책에서 탈피하여 수형자 즉 인간의 '마음'속성을 응용한 행형정책의 시행을 통하여 재범없는 실효성이 있는 사회복귀가 될 수 있도록 그 방향을 수정할 필요가 있다. 즉 오늘날의 행형정책의 방향을 행형법의 목적과 모든 행형제도를 종합적으로 고려해 볼 때, 수형자 내면의 악성교정을 통한 '스스로' 재범의 길로 들어서지 않도록 하는 것을 목적으로 삼고 있다고 할 수 있다.

그러나 수형자가 '스스로' 재범의 길로 들어서지 않도록 하는 것은 범죄의 원인과 결부된 인간의 '마음'속성을 염두에 둘 때, 즉 '주인성 마음'의 속성과 '기질성 마음'의 속성을 생각해 볼 때, '주인성 마음'과 결부된 범죄의 경우에는 교정교화라는 교육적 방법을 통해 자신을 수양하고 변화시켜 '스스로' 재범하지 않도록 하는 것이 논리적으로 가능 하지만, '기질성 마음'과 결부된 범죄의 경우에는 교정교화 즉 교육을 통하여 수양을 한다고 하더라도 변화가 가능하지 않으므로 '스스로' 재범하지 않게 하는 것은 불가능하거나 결코 쉽지 않다는 결론에 이르게 된다.⁵⁰⁾

그러므로 이러한 '마음'의 속성에 기초한 행형정책은 두 가지 방향으로 요약할 수 있다. 즉 주인성 마음과 결부된 범죄자는 교육 즉 교정교화를 통하여 그 마음을 수양·변화시켜 법 우호적 방향으로 수정할 수 있으므로 교정교화정책 시행하면 될 것이고, 기질성 마음과 결부된 범죄자는 교육을 통한 교정교화정책이 효과를 볼 수 없으므로 교정교화정책의 적용은 중단되어야 할 것이다. 그러나 이는 앞서 전제로 한 '마음'의 속성을 행형정책에 응용한 논리적 귀결일 뿐 교정교화정책을 폐기하고 과거의 일반예방사상에 입각한 행형 정책이나 응모적 행형으로 회귀하자는 의미는 아니다. 즉 필자 역시 특별예방사상에 입각한 행형 정책에는 지지를 보내고 있

50) 그러나 수많은 범죄의 '원인' 중 어떠한 원인이 '주인성 마음'과 결부되고 어떠한 원인이 '기질성 마음'과 결부되는지에 관하여는 연구된 바가 없어 아직은 알 수가 없다.

으며 다만 이러한 행형 정책을 실시하는데 있어 구체적인 방법론의 문제점 지적하고 있는 것이다.

그래서 특별예방사상에 입각한 교정교화정책의 큰 흐름은 계속적으로 유지하되 현재와 같은 방법으로는 수형자의 교화도 행형의 최소한의 본질적 기능이라 할 수 있는 형벌의 두려움(고통)도 체험하게 할 수 없다. 더 나아가 정교하지 못하고 어설픈 교정환경이 오히려 범죄자의 심성을 더욱더 빼돌려지게 만들어 교도소가 재사회화된 인간을 배출하는 곳이 아니라 더욱더 악성이 강화된 강력한 범죄자를 배출하는 장소로 전락할 우려가 있기 때문에 주인성 마음과 결부된 범죄자는 교육적 방법을 통하여 그 악성을 수정하는 것이 가능하다고 하더라도 현재의 행형체계에서는 획일적인 교화정책만이 가능할 뿐이면 수형자의 특성에 맞는 맞춤형 교화는 현실에서는 거의 불가능한 것이라고 생각된다. 그러므로 비록 주인성 마음에 결부된 범죄자라 할지라도 현재의 교정환경에서는 그 악성의 수정이 어렵다는 결론에 이르게 된다. 또 기질성 마음과 관련된 범죄자의 경우는 '마음'속성 자체의 변화가 불가능하기 때문에 교육적 방법을 통하지 않게 된다.

결국 현재의 교정교화정책은 주인성 마음과 결부된 범죄자와 기질성 마음과 결부된 범죄자 어느 누구에게도 교정교화를 통한 재범 없는 사회복귀 즉 악성교정을 통하여 '스스로' 범죄를 하지 않도록 하는 데는 이미 그 한계를 드러내고 있다. 또 현재까지의 행형이 형벌의 집행과정임에도 형벌의 '본질적 속성'을 강조하기보다는 수형자의 교정교화에 무게를 두고 수형자의 자발적인 개선을 유도하는 정책이었다면 이제는 교육적 방법과 베푸는 행형에서 탈피하고 교정교화의 방법에 비중을 두기보다는 형벌의 본질적 속성을 경험하게 함으로써 수형자가 마음에서 우러난 '자발적'인 재범방지 정책을 택하기보다는 형벌의 본질적 속성에 중점을 두는 행형 정

책을 통하여 심리를 강제함으로써 범죄를 '하지 못하도록' 하는 방향으로 그 제도를 수정하여야 할 것이다. 즉 수형자들의 권리와 인권과 관련된 부분은 최소화 혹은 가장 기본적인 차원에서만 인정하고 나머지 부분의 은혜적(?) 성격이 강한 행형처우는 출소가 임박한 수형자들에게만 극히 제한적으로 인정하는 것이 현재의 획일적 교정환경에서 오는 재범방지 대책의 한계를 극복할 수 있을 뿐만 아니라 교육적 방법이 효과를 거둘 수 없는 수형자들에게도 재범방지에 효과가 있으리라고 본다.

참고문헌

- 배종대, 형사정책, 홍문사(제6판), 2005.
- 진계호, 범죄학 겸 형사정책, 법문사, 1987.
- 김재권, 심리철학(철학과 현실사), 1999.
- Vold/Bernard/Smipes著(又凡刑事政策研究會譯), 범죄학 이론, 2000.
- 김기현, 맹자의 성선설과 순자의 성악설에 대한 현대적 조명, 철학연구(제79집), 2001.8.
- 박양빈, 21세기 교정의 진로와 과제, 한국형사정책연구원 연구보고서, 2003-16.
- 이홍우, 인간본성론, 교육연구(제10권 제1호), 1996, 서울대학교 사범대학 교육학과.
- 유권중/최상진, 한국인의 내면에 形象化된 마음 - 한국인의 마음 모델 구성을 위한 기초 연구 - 동양철학연구(제34집), 2003. 9.
- 최상진/한규석/김기범, 문화 - 사회심리학에서의 마음, 한국심리학회연차

학술발표대회, 2001.

최상진/한규석/김기범, 문화, 마음, 인지 구성에서의 삼위일체적 역동, 한국
사회 및 성격심리학회동계학술회, 2000.

대검찰청, 범죄분석(2005), 통권 제138호.

법무연수원, 범죄백서, 2005.

Douglas and Lipton, R. Martinson and J. Wiks, The Effectiveness of
Correctional Treatment, A Survey of Treatment Evaluation
Studies, 1975.

Graeme Newman, The Punishment Response, Lippincott, Philadelphia,
1978.

J. P. Conrad, Corrections and Simple Justice, The Journal of Criminal
Law and Criminology, Vol. 64, No. 23, 1973.

Mead, G. H. Mind, self, and society. Chicago, IL(University of
Chicago Press, 1934).

M.Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrchtsbegründung und
Strafzumessng, 1983.

M.Grünhut, Penal Reform, 1948.

Ratner, C, Cultural psychology and qualitative methodology : Theoretical
and empirical considerations(New York: Plenum Press, 1997).

U. Neumann/U.Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe,
1980.

宮澤浩一, 行刑思想の發展と動搖, 現代刑罰法大系 7卷(犯罪者の社會復歸),
日本評論社, 1982.

加藤久雄, 犯罪者處遇の理論と實踐, 1984.

A Study on the Relativity of the Executorial Object to Mind in Humanity

Lee, Soo-Hyun*

It has been one hundred years since we enforced rehabilitation inducing the modern execution of a sentence system. at this point, we need to reflect on that how much effectiveness the policy has had. because now we are facing a difficult state that the rate of second offense is exceeding fifty percent and the term of a second crime is shorting. That is, it seems the we have a crisis in the rehabilitation policy which has been based on the idea of special-prevention. some even doubt on the rehabilitation policy it self.

Nevertheless, we are putting much effect, expense and workforce in it without either modifying or giving up the policy. Moreover, the growth of human rights and the tendency of liberalism in the society is influential to the prison. And forgetting all the cruel and wretched crimes the committed, prisoners are complaining insisting their human rights, though they should atone for their crime.

Overwhelmed by the social currents, they have made total amendment, so that prisoner have some to have more relaxant and comfortable imprisonment. After all these complex situations have

* Professor, Department of Police Administration, JinJu International University, Ph.D in law.

made rehabilitation more difficult. But crime is not just cause and effect like in natural science. It has a filter that can be called the mind[human-nature] between the cause and effect. And though the ‘filter’, the cause have a result, the criminal can control his mind or not, he can establish an effective execution of a sentence policy.

If criminal prevention has mind on the cause, the rehabilitation by way of education can be a right way, but if not, the mind can be difficult to be re-corrected. So, I think the execution of a sentence policy alone limited on the nature of penalty - to make them feel feared - can have an effect.

주제어 : 행형, 교정교화, 재범률, 행형 목적, 재사회화, 마음

Keywords : rehabilitation, criminal prevention, second offense, corrections, mentality