

후기산업사회의 문화적 성격과 형사정책의 발전방향*

이 순 래**

국 | 문 | 요 | 약

우리나라 형사정책은 그동안 외형적으로나 내용면에서 많은 발전을 이루었다. 그러나 최근에 들면서 형사사법기관에 대한 신뢰도가 지속적으로 실추하고, 재범현상은 악화되며, 범죄피해자들도 형사정책에 만족하지 못하는 등의 문제가 심화되고 있다. 지금까지 지배적 관점이었던 기능적 시각은 이러한 문제에 대해서 형사정책의 기능적 효율성이 충분하지 않기 때문이라고 분석하고 기능적 효율성을 증대시킬 수 있는 방안을 개발하고 적극적으로 시행해야 한다고 진단한다. 반면에 한계론적 시각은 형사정책에 내재하는 한계에 주목하면서 최근에 들어 사회환경이 변화했는데 범실증주의에 기초한 기존의 형사정책은 이러한 변화를 반영하는데 내재적 한계가 있으며 이로 인해 형사사법기관에 대한 신뢰도 상실, 재범률의 증가, 피해자의 불만족 등의 문제가 발생한다고 지적한다.

본 논문의 목적은 한계론적 시각에서 형사정책의 당면문제를 이해하고 이러한 문제들을 극복할 수 있는 형사정책의 발전방향을 제안하는 것이다. 기존의 형사정책은 사회환경의 변화를 반영하는데 몇 가지 내재적 한계가 있었다. 형사정책의 통합성을 유지하고 적절한 적용범위를 한정하는데 한계를 내포하였다. 또한 법규범의 공정성을 확보하기가 어려워졌고, 점차 부각되는 행위자의 감성적 속성을 반영하는 데에도 한계가 있었다. 이러한 한계에 대해서 앞으로의 형사정책은 행위자를 이성적 존재로만 볼 것이 아니라 사회적 삶에 침수되고, 누리고, 흡수하면서 살아가는 향유적 행위자로 고려해야 한다고 제안한다. 상호작용방식에서도 체계적 논증보다는 스토리텔링을 통해 정서적 교감을 불러일으켜 상대방과 교류하는 방안을 제안하며, 범죄자의 처리방법에서는 범죄자와 피해자와의 자발적 참여와 대화를 통하여 화해를 도모하는 회복적 사법을 제안한다.

❖ 주제어 : 포스트모더니즘, 한계론, 범실증주의, 향유적 행위자, 회복적 사법

* 본 연구는 2006년도 원광대학교의 교비지원에 의하여 연구되었음.

** 원광대학교 경찰행정학부 부교수, 사회학 박사

1. 서 론

건국 이후로 우리나라 형사정책은 외형적으로나 내용면에서 많은 발전을 이루었다. 예컨대 1950년대까지만 해도 115명에 불과하던 판사의 수는 2007년에 들어 2,234명으로 증가하였고, 당시 고등법원 3개소 지방법원 9개소 지원 37개소에 불과하던 법원의 수는 최근에 고등법원 5개소 지방법원 18개소 특별법원 3개소 지원 42개소 등으로 현저히 증가하였다. 인력과 시설뿐만 아니라 형사사법제도의 내용면에서도 많은 발전을 이루었다. 위법사건을 판단하는데 있어 명료하고 일관된 법논리와 명백한 법문언에 의거하는 관행이 정립되었고, 형사사법기관 종사자의 주관적 편견과 자의적 신념을 배제하는 합리주의적 사건처리 절차가 구축되었다(김정오, 2007: 158). 이와 함께 외국의 형사정책에 대한 사례연구들과 정책의 효과를 평가한 경험적 연구들을 통하여 새로운 유형의 다양한 형사정책들이 입안되고 시행되고 있다.

형사정책의 발전상을 고려할 때에 최근에 대두하는 몇몇의 현상은 이해하기가 쉽지 않다. 우선, 형사사법기관에 대한 신뢰도가 지속적으로 상실되고 있다. 1995년에 사회구성원들 중에서 사법기관의 공정성과 정당성을 긍정적으로 평가한 비율은 61% 수준이었다. 그러나 2005년에 들어 사법기관 신뢰도는 51%에 불과하여 지난 10년간에 10% 가량 감소하였다. 법원에 대해서도 1996년의 신뢰도는 70% 수준으로 조사되었다. 그러나 2003년의 조사에서는 58%로 감소하였고, 가장 최근에 있었던 2007년의 전국조사에서는 48%로 더욱 낮은 수준인 것으로 조사되었다(박종민과 배정현, 2007). 즉 사회구성원의 과반수 이상이 사법기관을 신뢰하지 않고 있으며, 특히 사법기관의 공정성과 정당성을 불신하는 수준은 최근에 들어 더욱 증가하는 경향이다. 또한 재범현상도 최근에 들어 더욱 악화되고 있다. 재범현상은 형사정책에 의한 범죄억제효과를 평가할 수 있는 중요한 지표의 하나이다. 최근에 발생한 강력범죄의 경우에 살인사건은 73%가 전과자에 의해 저질러졌으며, 강도는 72%, 강간이나 성폭력은 69%, 방화는 70%가 과거에 최소한 한번 이상 형사사법기관이 개입하여 재범방지노력을 실시했던 전과자들에 의해 저질러지고 있다. 소년범죄의 경우도 1995년에 재범의 비율은 25% 수준에 불과하였다. 그러나 이후 증가하여

2002년에는 37%, 2003년에 35%, 2004년에 39%, 2005년에 38%, 2006년에는 36% 등으로 재범 이상을 저지른 상습범의 비율이 35%를 상회하고 있다(법무연수원, 2007). 이러한 통계자료들은 기존 형사정책의 범죄억제효과가 점차 그 영향력을 상실하고 있다는 사실을 시사한다. 또한, 범죄피해자들도 기존 형사정책에 대체로 만족하지 못하고 있다. 피해자 만족도를 조사했을 때에 경찰이 행한 조치가 만족스러웠다고 평가한 비율은 29%에 불과하였고, 검찰의 조치에 대해서는 34%가 만족스러웠다고 하였으며, 법원의 조치에 대해서는 20%만이 만족스러웠다고 평가하였다. 범죄피해자의 70% 내외가 피해자에 대한 배려가 부족하고, 사건처리과정에서 소외감을 겪는 등의 사유로 기존의 형사정책에 대해 불만을 표출하고 있다(최인섭 등, 2006: 223).

형사정책이 진보하고 발전하는데, 왜 사회구성원의 신뢰도가 낮아지고, 가해자에 대한 범죄억제효과가 약화되고, 피해자는 만족하지 못하는 현상이 발생하는 것인가? 이해하기 어려운 모순적 현상이 아닐 수 없다. 이러한 의문은 크게 두가지 시각에서 접근할 수 있다. 먼저 기능적 시각에서 모순적 현상을 설명하는 것이다. 즉 형사정책이 발전하기는 했지만 아직까지 기능적 효용성이 충분하지 않기 때문에 사회구성원의 신뢰도 구축, 가해자의 재범방지, 피해자의 만족이라는 기능적 목적이 달성되지 못했다고 설명하는 것이다. 기능적 시각은 따라서 형사정책의 목적을 충실히 달성하려면 일관된 법논리와 합리적 사건처리를 강조하는 법실증주의를 보다 공고히 구현하고, 전관예우를 불식시키고, 공판중심주의나 배심제도와 같은 기능적 효율성을 증대시킬 수 있는 방안을 적극적으로 시행해야 한다고 진단한다. 기능적 시각은 일반상식과 일치하며 기존 형사정책의 근간에 대해서는 문제를 제기하지 않으므로 심리적 으로 부담감이 크지 않다. 그러나 이러한 시각은 일정시점에서 사회구성원의 신뢰도가 낮거나, 재범률이 높거나, 피해자 불만족의 수준이 높은 이유에 대해서는 나름대로 그 원인을 지적할 수 있지만 최근 우리나라와 같이 형사정책의 추구방향과 반대로 이행되는 경향은 제대로 설명할 수 없다. 반면에 한계론적 시각(the philosophy of the limit)은 형사정책에 내재하는 한계에 주목한다(Cornell, 1992: 2). 최근에 사회환경이 변화했는데 법실증주의에 기초한 기존의 형사정책은 사회환경의 변화를

반영하는데 내재적 한계가 있으며 이로 인해 모순적 현상이 발생한다는 것이다. 20세기 후반부터 후기산업화 단계에 들면서 우리나라를 포함한 선진산업국가들은 많은 사회환경적 변화를 겪고 있다. 산업구조 면에서는 서비스경제와 전문기술활동이 기축산업이 되었고, 소비활동에서는 상품의 효용성과 기능에 의한 제1형 소비형태로부터 자기실현요구와 상징가치의 획득을 목적으로 하는 제2형 소비형태가 일반화되었으며, 정보사회의 도래로 익명적이고 비대면적인 의사전달방식이 증가하였고, 정보기술의 수평적 네트워크가 사회전반으로 확산되고 있다. 형사정책의 한계와 관련하여 특히 주목해야 할 부분은 문화적 환경이다. Lyotard(1984)는 후기산업사회의 문화적 환경을 포스트모더니즘(post-modernism)이라고 지칭하고 그 속성으로 헤겔의 '정신의 변증법', 다윈의 '진화론', 계몽주의의 '합리적 주체의 해방' 등과 같은 추상적 보편성을 지시하는 거대서사(meta narratives)를 불신하는 것이라고 지적하였다. 형사정책 분야에서 거대서사들은 사회계약설, 합리주의 인간관, 자유주의 국가관 등이 있다. 그리고 국가의 강제력 행사, 범죄성립의 구성요건, 책임성에 관한 논의들은 이러한 거대서사를 토대로 정당화되고 있다(김재원, 1993: 285-298). 한계론적 시각은 사회구성원이 영위하는 포스트모더니즘 문화와 기존 형사정책과의 불일치에 주목한다. 사회구성원들은 거대서사를 불신하는 포스트모더니즘 문화에서 생활하는데 이에 반하여 기존의 형사정책은 계속해서 전래의 거대서사에 집착함으로써 간극이 발생하고, 따라서 형사정책이 진보해도 사회구성원들에 형사사법제도에 대한 신뢰감을 주지 못하고 가해자의 재사회화에도 유효한 영향을 미치지 못하며 피해자는 그들 나름대로 만족하지 못한다는 것이다.

본 논문은 우리나라 형사정책이 최근에 당면하는 형사사법제도에 대한 신뢰도 상실, 가해자의 높은 재범률, 피해자의 불만족 등의 문제를 한계론적 시각에서 이해하려는 시도이다. 이를 위해 다음에서는 1) 후기산업사회의 문화적 성격을 개관하고, 2) 기존 형사정책이 토대로 하는 법실증주의를 검토하고, 3) 후기산업사회에서 요구되는 형사정책의 발전방향을 논의한다.

2. 후기산업사회의 문화적 성격

포스트모더니즘의 배경

포스트모더니즘이란 용어는 건축학, 예술, 법철학, 사회학 등에서 다른 의미로 사용되기 때문에 그 의미를 명확히 규정하기가 어렵다. 실제 Wicke(1991)가 포스트모더니즘이 사용되는 문맥을 조사했을 때에 이러한 용어는 31가지 이상의 다른 유형으로 사용되는 것으로 나타났다. 용어의 정확한 의미를 규정짓기는 어렵지만 사용되는 맥락에 따라 흔히 2가지 유형으로 대별된다(김정오, 1996: 194). 첫 번째 유형은 철학이나 사상에서 주로 사용되는데 이것은 서구사회를 지배하는 존재론(ontologia)적 사유체계를 비판하는 새로운 인식론으로 포스트모더니즘을 이해하고 사용하는 것이다(김동원, 2005: 3). 두 번째 유형은 새로운 시대를 묘사하는 의미로 1960-1970년대 이후 도래한 후기산업사회의 지배적 문화현상¹⁾을 일컫는 개념으로 사용하는 것이다. 본 논문은 사회구성원이 영위하는 일상적 삶의 양식과 공동체의 질서를 유지하려는 형사정책과의 관계를 검토하는 것을 목적으로 하므로 포스트모더니즘을 후자의 의미로 사용한다.

후기산업사회의 문화현상으로 포스트모더니즘이 본격적으로 논의되기 시작한 것은 20세기 후반부터로 비교적 최근의 일이다(양종희, 1995: 323). 이전까지 사람들은 별다른 의심없이 모던적 기획(modern enterprise)을 신봉하였다. 17세기 전후의 계몽주의로부터 태동한 모던적 기획은 봉건시대의 압제와 종교의 지배로부터 인간을 해방하는데 크게 기여하였다. 모던적 기획에 의하면 인간은 선천적으로 평등하고 자율적 존재이며 누구든지 행복을 추구할 수 있다. 더불어 사회생활에는 시공간에 걸쳐 불변하는 질서 즉 보편진리가 있으며, 인간은 이성적 판단과 과학적 노력으로

그것을 발견할 수 있고 이를 토대로 합리적 법과 제도를 구성하여 현실세계에 모두가 조화롭게 살 수 있는 사회를 건설할 수 있다는 것이다(Morrison, 1997: 297-320).

그러나, 20세기 후반에 들면서 사회구성원들은 모던적 기획의 폐해들을 점차 성찰하게 되었다(Schwartz와 Friedrich, 1994: 223). 먼저 인간의 존엄성이 훼손되었다. 모던적 기획은 종교와 관념의 압제로부터 인간을 해방시켰지만 이러한 과정에서 출생과 관련한 종교적 의미와 신비로움마저도 배제하게 되었다. 출생은 단지 생물학적 사건으로 치부되었고 예기치 않게 인간의 고유성과 존엄성이 훼손되었다. 뿐만 아니라 출생할 때의 차이는 이후에 그 사람의 생애에 중요한 영향을 미친다. 그러나 모던적 기획은 출생의 우연적 차이를 인정하지 않았다. 대신에 인간의 선천적 평등과 공통의 문화적 목표를 강변함으로써 사회구성원들이 일상적으로 영위하는 생활과의 괴리가 발생하였다. 다음으로, 보편진리의 추구에서 유래하는 강압적 폐쇄성이다. 아시아와 아프리카의 문화는 서구와 다르지만 해당 문화의 사람들에게 사물을 인식하고, 의미를 이해하고, 앞으로의 행동방향을 제시하는 역할을 오랜 역사에 걸쳐 수행해왔다. 모던적 기획은 보편진리에 집착함으로써 차별성과 다양성을 인정하지 않았다. 따라서 서구의 문화만이 보편진리 즉 불변의 사회질서를 반영한 것이며 그 외의 문화는 미개한 것이며 배척해야 한다는 강압적 배척성으로 인하여 현실세계와 융합될 수 없었다. 셋째, 인간능력의 한계이다. 모던적 기획은 인간의 이성적 판단과 과학적 노력으로 보편진리를 밝혀내고 이를 토대로 합리적 법과 제도가 지배하는 사회를 건설할 수 있다고 기대하였다. 실제에서는 그렇지 못했다. 과학적 노력은 모두가 수긍하는 보편진리를 밝혀낼 수 없었다. 과학적 지식은 절대적이지 못하고 그것은 항상 이론에 의존해야 하는 상대적 진리이므로 보편진리를 제시하지 못하였다. 또한 합리적 법과 제도의 경우도 실현이 불가능하다는 사실이 인식되었다. 이를 실현하기 위해서는 사회구성원들이 동의하는 공통의 목표가 선결조건이다. 그러나 가치관의 차이로 사회구성원들은 서로 다른 목표를 추구하고 과학적 지식도 보편진리를 제시하지 못함으로써, 형식적 합리성을 띤 법과 제도는 만들 수는 있었지만 실질적 측면에서는 그러지 못했다. 포스트모더니즘은 모던적 기획의 폐해들이 사회구성원들에 의해 성찰되면서 새롭게 형성된 후기산업사회의 문화적 특성을 일컫는다. 다음에

1) 문화란 인간이 환경에 적응하면서 축적한 정신활동의 산물이다. 컴퓨터에 비유할 때에 문화는 소프트웨어에 해당한다고 할 수 있다. 컴퓨터 사용자는 소프트웨어를 통하여 자료를 처리하고 원하는 결과를 얻는다. 마찬가지로 사회구성원들은 문화를 통하여 사물을 파악하고, 의미들을 이해하고, 앞으로의 행동방향을 설정한다(Durkheim, 1982: 51).

서는 문화적 특성을 거대서사의 쇠퇴, 상대주의적 인식, 도덕적 감성주의 등의 측면에서 검토한다.

거대서사의 쇠퇴

예술이나 문학분야에서 주로 논의되었던 포스트모더니즘을 사회과학 분야에 도입한 학자는 Lyotard(J.F. Lyotard, 1984)이다. Lyotard는 「포스트모던의 조건」(The Postmodern Condition: A Report on Knowledge)이라는 저서를 통해 후기산업사회의 문화적 특성을 거대서사(meta-narrative)가 신뢰를 잃은 상태로 파악하였다. Lyotard는 모더니즘을 거대서사를 반드시 언급하고 그런 거대서사에 비추어 자신을 정당화하는 모든 담론을 지칭하는 것으로 분류하였다. 모더니즘에서의 대표적 거대서사로 Lyotard가 거론한 것은 계몽주의 사상의 영향을 받은 이성에 의한 인류의 해방이라는 서사(narrative)와 헤겔철학에 내포된 모든 지식의 사변적 통일이라는 서사이다. 두가지 서사는 그 외의 다른 논의들을 종식시키고, 조직하고, 설명하기 때문에 거대서사 즉 큰 이야기이다. 이에 따라 모더니즘 문화를 내면화한 사람들은 추상적 보편성, 총체성, 체계성, 일치성, 연속성, 다원성보다는 단일성을, 차이보다는 통일성을 강조하면서 정상과 비정상, 이성과 감정, 계몽과 무지, 문명과 야만, 발전과 정체 등의 이분법적 사고 속에서 앞의 것들의 가치만을 인정하고 뒤의 것들에 대해서는 부정적인 가치평가를 부과하는 방식으로(강진철, 1993: 255) 사물을 파악하고, 의미를 이해하고, 앞으로의 행동방향을 설정한다.

이어서 Lyotard는 포스트모더니즘을 거대서사가 신뢰받지 못하는 문화적 상황으로 정의하였다. 즉 모더니즘에서 자연스럽고 당연한 것으로 받아들인 거대서사들이 의심받고, 그것에 동의를 이끌어낼 수 있는 능력을 상실하며, 이제 더 이상 관련된 것들을 정당화시켜주지 못하게 된 상황이다. 거대서사가 신뢰를 잃게 된 계기에 대해서는 몇 가지 사유가 지적되었다. 먼저 인간세계에는 이성적이지 않은 많은 것들이 존재하는데 이러한 비이성적인 요소들을 배제하고서는 인간과 세상일을 완전히 파악할 수 없기 때문이다. 또한 인간을 이성적이고 계산적인 존재로 보고 세계를 총체성 속에서 명확한 진술의 폐쇄된 체계로 파악하는 모더니즘적 사고는 이질적인 사회와

다양한 인간에게서 일어나는 중요한 현실적 문제에 대한 해답을 주는데 무능하였다. 또한 산업혁명 이후로 기술의 발달과 더불어 행위의 목적보다는 수단이 강조되고, 과학이나 학문적 노력의 목적이 진리를 발견하기 위해서가 아니고 수행성(performativity) 즉 사회적 필요에 따라 스스로를 적응시켜 나가는 실행능력이 강조되었던 것도 거대서사의 쇠퇴를 가져온 원인이었다(강진철, 1993: 255; 양종희, 1995: 346). 이러한 점에서 거대서사에 의존하지 않으므로 포스트모더니즘을 내면화한 사람은 개체성, 다원성, 이질성, 차이, 비연속성, 불확정성, 탈중심성을 강조하는 방식으로 주변상황을 파악하고, 의미를 부여하면서, 앞으로 자신의 행동방향을 설정하게 된다.

상대주의적 인식

포스트모더니즘의 또다른 특징은 용어나 사물의 의미를 인식하는데 있어 그것의 본질적 의미를 찾는 대신에 상황과 관련지어 의미를 인식하는 상대주의적 경향이 심화된다는 것이다(이순래 등, 2008: 29-50).²⁾ 인식방식의 변화에 중요한 영향을 미친 것은 후기산업사회에서 폭발적으로 증가한 영상미디어 산업이다. Baudrillard는 이러한 점에서 후기산업사회를 미디어사회이자 소비자사회라고 명명하였다. 영상미디어의 세계에서는 정보는 더욱 많아지고 의미는 더욱 적어진다(Baudrillard, 1992: 75). 이러한 세계에서 사회구성원은 매순간 풍부한 이미지 세례를 받는데, 방대하게 쏟아지는 이미지들을 처리하는 방법은 그것들을 표면으로만 받아들이고 의미는 수용하지 않는 것이다(양종희, 1995: 347).

후기산업사회에서 사람들이 대상을 인식하는 방식은 그 이전의 사회와 다르다. 과거에는 서적이거나 문서와 같은 활자미디어가 핵심적인 정보전달매체였다(김재필, 1993: 31). 활자미디어는 정보를 전달하는데 있어 단어와 지시되는 대상(referent)이 직접적 관계를 맺는다. “책”이라는 단어의 경우에 이를 접하는 사람은 표지와 페이지로 구성된 어떤 모습을 연상하듯이 문자는 지시대상과 직접적으로 관련된다. 반면에 영상미디어는 이미지, 기호와 같은 비문자적 매체를 통해 정보를 전달하므로

2) 줄저 현대사회와 범죄(이순래 등, 2008)에서 수정보완하였음.

지시대상을 간접적으로 표상하는 경향이 강하다. 영상미디어 산업은 오늘날 비약적으로 성장하고 있으며 상호간의 경쟁이 더욱 첨예화되고 있다. 따라서 독자의 시선을 끌기 위해 경쟁적으로 하나의 지시대상을 항상 새롭고 독창적으로 표상하려고 노력하고 그 과정에서 무수한 이미지와 기호들을 생산해낸다. 지시대상을 간접적으로 표상하는 이미지와 기호의 범람은 사람들로 하여금 그것들이 의미하는 대상을 확인하는 데에 많은 어려움을 초래한다.

영상미디어가 전달하는 이미지와 기호의 의미는 다른 것과의 관계들에 의해서 형성된다. 즉 이미지와 기호들의 의미는 맥락에 의해 구성된다. 이미지와 기호는 지시대상의 본질 혹은 진정성을 투명하게 나타내는데 한계가 있으며 단지 지시대상을 모사하거나 의태하는 수준에 그친다. 영상미디어 산업은 계속적으로 더많은 이미지와 기호들을 생산하여 어느 순간부터 실제적인 것과 비실제적인 것, 진정한 것과 비진정한 것, 참된 것과 거짓된 것에 대한 구분이 무의미한 수준에 이를 수 있다. 심지어 영상미디어가 표현하는 가상세계 즉 시뮬라크라의 세계가 현실이 되기도 하고 현실이 가상이 되기도 한다. 이러한 상태에서 지시대상의 비진정성이 증가하면서 과거처럼 확실한 이해는 불가능하며 의미는 상황에 따라 파편화되고 상황에 따라 다른 의미를 가질 수 있는 다중적 의미로 변해간다(김재필, 1994: 15). 이러한 점에서 후기산업사회에서 사람들은 대상을 인식하는데 있어서 본질적 의미를 찾는 대신에 상대적으로 인식하는 경향이 확산되며, 이러한 확산에는 간접적이고, 맥락적 방식으로 지시대상을 표현하는 TV나 인터넷 등의 영상미디어 산업이 중요한 영향을 미친다는 것을 알 수 있다.

도덕적 감성주의

거대서사를 신뢰하고 지시대상의 본질을 확신하였을 때는 옳고 그름의 도덕적 판단을 할 때에 이들을 기준으로 할 수 있었다. 후기산업사회에 들면서 거대서사가 쇠퇴하고 지시대상을 상대적으로 인식하게 되면서 사람들은 더 이상 개인 외부의 기준에 의존할 수 없게 된다. 이에 따라 도덕적 판단을 하는데 있어서 외부기준을 준거로 하지 않고 자신의 정서적 욕구, 감정 또는 선호를 중심으로 하는 도덕적 감성

주의(moral emotivism)가 점차 확대되고 있다(문상철, 2003).

앞서 보았듯이, 후기산업사회에서는 이전까지 당연한 것으로 받아들였던 거대서사들이 의심받고, 그것과 관련된 다른 담론들을 정당화시켜주지 못한다. 뿐만 아니라 주위대상과의 관계에서도 절대적 진실은 밝혀지지 못한 채 서로 다른 견해들이 주장되므로 어느 것도 진정으로 믿고 따를 수 없게 된다. 외부의 기준들에 의존할 수 없는 상태에서 유일한 기준은 자신의 감성적 선호일 수밖에 없다. 도덕적 감성주의가 확대하는 경향에는 모던적 기획의 영향도 적지 않다. 개인의 자율성은 모던적 기획이 강조했던 이념이다. 전통사회에서는 인간의 본성이란 다른 사람들 그리고 절대자와 불가분의 관계를 맺는 것으로 이해되었다. 이에 반하여 모던적 기획에서는 개인을 권리와 의무의 주체이며 자신의 행위에 대해 책임을 지는 존재로 가정하였다. 그리고 개인의 행위는 그 사람의 의사에 따른 것이며 자신이 궁극적 원인과 설명을 할 수 있는 것으로 생각되었다. 따라서 모던적 기획에서 개인은 이성의 주체이며 모든 것을 판단하고 측정하는 기준과 핵심이며, 더 나아가 지고한 가치(supreme value)의 원천이었다.

도덕적 감성주의를 따르는 사람들은 옳고 그른 것, 나쁜 것과 좋은 것을 사회규범이나 보편기준에 따라 판단하지 않는다(Katz, 1988: 12-51). 자기 스스로의 정서적 욕구, 감정 또는 선호가 우선권을 갖는다. 모든 가치판단에 자아가 중심이 되고 주위현상의 해석에 자아의 심미적 혹은 정서적 만족이 우선적으로 작용하게 된다. 판단을 내리는 자신의 주관적 태도가 중요할 뿐이다. 그리고 자기 나름대로 선호하는 기준을 갖는 것이 도덕적으로 정당화될 수 있다고 생각한다. 도덕적 감성주의가 확대되는 현상은 우리 주위에서 쉽게 찾아볼 수 있다. 최근에 들어 관용과 타협이 사회생활에서 필수적 문화덕목으로 강조되는데, 관용과 타협은 자신의 판단과 선호를 다른 사람에게 강요하지 않고 타인의 판단이나 선호가 자신과 다를 수 있음을 인정한다는 점에서 도덕적 감성주의가 바탕이 되고 있다.

3. 법실증주의 개관

법실증주의(legal positivism)는 오늘날 형사정책의 근간을 형성하는 논리적 기초이며 가장 지배적 법철학이다(Douzinan와 Warrington, 1991: 21; 오세혁, 2005: 311; 최종고, 2007: 186; 최봉철, 2007: 71). 이전에 있었던 자연법주의에서는 인간사회에는 불변의 보편규범이 있다고 가정하였고 이러한 보편규범과 관련하여 고전자연법에서는 절대자의 의지나 우주적 질서와 같은 초자연적 수준에서 그것을 찾았고 근대논리자연법에서는 초자연적 수준 대신에 인간의 근본적 취약성, 욕구, 욕망으로부터 도출하고자 하였다.³⁾ 법실증주의는 자연법주의에서 전제하였던 불변의 보편규범이나 인간사회의 기본원칙 등의 사고를 제거하려는 시도와 함께 시작하였다. 법실증주의자는 형사정책을 명료하고 일관된 법논리와 명백한 법문언에 의거하여 운영할 것을 주장하였으며, 사법기관 종사자의 주관적 편견이나 자의적 신념을 배제할 수 있는 합리적 형사사법체계의 구축을 최선의 목표로 설정하였다(김정오, 1996: 199). 다시 말해 법실증주의자들은 객관적 합리성과 일관된 논리성에 근거하여 형사정책의 진리가치를 구축하고자 하였다. 포스트모더니즘 문화가 확산되는 사회화경에서 기존의 형사정책이 사회질서의 유지에 적절한가를 판단하기 위해서는 그것의 논리적 기초가 되는 법실증주의에 대한 논의가 필요할 것이다. 다음에서는 20세기에 들어 가장 대표적 학자인 H. Kelsen(1881-1973), H.L.A. Hart(1907-1992), R. Dworkin(1931-)의 이론을 검토한다.

Kelsen의 법실증주의

Kelsen은 자신의 이론을 ‘순수법학’(pure theory of law)이라고 명명하고 법의 과학적 진리성(truth)에 관한 논의를 구축하고자 하였다(Kelsen, 1934: 75).⁴⁾

3) 최종고(2007:175-176)은 자연법에서 자연이 뜻하는 의미를 존재하는 것의 통약불가능성, 원초성, 무결성 혹은 순정성, 본능성 혹은 천부성, 필연성, 합목적성, 합리성, 이상성 혹은 정신성, 피조물성, 현실성, 총동성, 자의성 등으로 구분하면서 자연법은 인간사회에는 보편적으로 존재하는 것이 있다는 신념을 기반으로 한다고 설명하였다.

Kelsen이 얘기하는 법에 관한 과학은 사회학적 연구와 같이 경험적 사실들간의 인과적 관계를 검증하는 일반과학과는 다른 것이다. Kelsen이 추구했던 것은 규범들간의 논리적 위계관계를 구축하는 일이었다. 그는 일관되고, 폐쇄적이며, 형식적 체계, 즉 규범들의 논리적 상호연관에 의해서 내적으로 보장되는 법의 문법(legal grammar)을 구축하고자 하였다. 이를 통해 Kelsen은 형사정책의 효력근거를 제공할 수 있는 형이상학적 기초를 마련하고자 하였다.

Kelsen은 형사정책과 관련하여 올바른 법적 판단은 하위규범들을 상위규범들에 포섭하는 과정을 통해 확보할 수 있다고 보았다. 규범들간에는 상하관계가 있으며 규범들간의 위계적 질서를 형성함으로써 이들의 정당성을 확보할 수 있다는 것이다. 이를 위해 그가 도입한 개념은 근본규범(grundnorm)이다. 근본규범은 Kelsen의 이론에서 핵심적 개념으로 법의 본성 및 구조에 관한 설명에서 매우 중요한 역할을 담당한다(최봉철, 2007: 207). 근본규범은 규범들의 위계피라미드에서 토대를 이루며 다른 모든 규범들의 존재의 조건이며 동시에 효력의 근거가 되는 것이다. Kelsen은 이같이 근본규범을 토대로 다양한 법들을 통일된 논리구성체로 서술하는 형식주의 이론을 제안하였다.

Kelsen의 근본규범에 대해 최봉철 교수는 사형수의 예를 들어 설명한다(최봉철, 2007: 211-213). 예컨대 사형수가 왜 자기가 사형을 당해야 하는가에 대해서 물었다고 했을 때에 사형집행관은 사형판결이 내려졌기 때문이라고 응답한다. 또한 판사에게 왜 그런 판결을 내렸는가를 물었을 때에 판사는 형법을 적용하여 판결을 내렸다고 응답한다. 한 단계 나아가 그럼 왜 형법이 효력을 갖는가를 물었을 때에, 형법은 헌법에 의해 구성된 국회에서 제정된 법이기 때문이라고 응답한다. 끝으로 그럼 왜 헌법이 효력을 가졌는가를 물었을 때에, Kelsen에 의하면 그에 대한 응답은 결국

4) Douzinan와 Warrington(1991:26)은 진리성 혹은 진리가치를 인식하는 방법으로 합치이론과 체계적 통합성 이론 두가지를 지적한다. 합치이론(묘사이론,mimesis)은 현상에 대한 진술이 현상과 얼마나 일치하는가에 따라 진술의 진리성을 판단하는 것이며, 체계적 통합성이론(일체적 진리성, truth as the one)은 현상에 대한 진술이 기존에 구성된 논리체계와 얼마나 유기적이고 체계적 통합성을 이루는가에 따라 진리성을 판단하는 방법이다. 법의 과학에서 진리성을 판별하는 기준이 다른 모든 과학들과 다르다는 Kelsen의 주장을 통하여 그는 일반과학에서 진리성을 판단하는 기준으로 활용하는 합치이론이 아니라 체계적 통합성을 진리성 판단의 기준으로 한다는 것을 알 수 있다.

헌법은 따라야 하는 것이며 그리고 헌법에 따라야 한다는 것은 근본규범이라는 것이다. 이에 Kelsen은 근본규범을 전제된 규범(presupposed norm), 전제(presupposition), 법적 가설(juristic hypothesis), 법실증주의의 궁극적 가설(ultimate hypothesis of positivism) 등의 용어로 표현하기도 하였다(Kelsen, 1949: 116).

Kelsen의 이론은 전형적인 모더니즘 이론이다. 모더니즘 이론은 앞서 살펴보았듯이 학자 나름대로 거대서사를 언급하고 그런 거대서사에 비추어 자신의 주장들을 정당화하는 논리구조를 가진다. Kelsen의 경우에 거대서사는 근본규범이며, 근본규범에 비추어 하위규범들을 상위규범들에 포섭하는 통합성을 구축하고 규범들의 논리적 상호연관체계를 정당화하고 있다. 뿐만 아니라 근본규범은 구체적 내용을 결여하고 있다. 이러한 점에서 Jackson(1985: 241-243)은 순수법학이란 결국 Kelsen 자신이 배제하고자 했던 자연법에서 전제했던 신의 이성 등과 다르지 않다고 지적하였다. Douzinas와 Warrington(1991: 21)도 근본규범과 대해 실질적 가치(substantive value)를 갖지 못한 추상적 명령이나 공허한 형식에 불과하다고 하면서, 이를 통해 인간사회의 무수하고 다양한 규범들의 타당성과 객관적 의미를 구성하겠다는 시도는 무모하다고 비판하였다.

Hart의 기술사회학

Hart(1961)는 현대 영미법철학을 대표하는 학자이다. Hart는 자신의 이론을 기술사회학(descriptive sociology)이라고 정의하면서 법은 사회구성원들이 규칙(rule)으로 인정하는 것으로부터 구성된다고 주장하였다. 그는 규칙이란 외적 측면 뿐만 아니라 내적 측면도 가진다는 점에서 습관과 구분된다고 보았다. 즉 규칙이 존재하려면 외적 측면에서 그것이 상당한 정도로 준수되고 있어야 하며, 내적 측면에서 보았을 때에 사회구성원들이 전체로서 따르지 않으면 안되는 일반적 기준으로 간주해야 한다는 것이다(최봉철, 2007: 93). Hart는 사회구성원들이 일반적으로 인정하는 법규칙을 1차적 규칙들(primary rules)과 2차적 규칙들(secondary rules)로 구분하였다. 1차적 규칙들은 사회구성원들로 하여금 금지 혹은 강제행

위를 부과하는 규범을 의미한다. 반면에 2차적 규칙들은 승인의 규칙, 변경의 규칙, 재판의 규칙을 포함하며 그것들을 통하여 한 사회에 존재하는 또는 효력이 있는 1차적 규칙을 확인하며, 다른 규칙들을 변경시킬 수 있고, 분쟁들을 해결할 수 있게 하는 규범이다.

또한 Hart는 법을 체계적이고 자기지시적(self-referential) 규칙질서라고 이해하였다. 규칙들은 다른 규칙들을 지시하며 이러한 체계적 상호의존성을 통해 개별 규범의 존재와 규범적 가치를 결정한다는 것이다. 이러한 점에서 Goodrich는 Hart가 주장하는 법실증주의를 다음과 같이 규정하였다.

법용어들이 의미나 가치를 가질 수 있는 것은 효과적이고 해석학적으로 구성된 법체계와 복잡하게 구성된 규범에 관한 사회제도를 통해서이다. 법은 의미와 텍스트들의 일관된 체계를 의미하며, 법전문가들만이 접근할 수 있는 암호화된 통일체를 뜻한다(Goodrich, 1987: 55).

Hart의 이론에 대하여 Douzinas와 Warrington(1991:23)은 규칙들을 1차적 규칙들과 2차적 규칙들로 구분하고, 특히 2차적 규칙을 통하여 형사정책의 집행에 관련한 사법기관들의 역할을 정립했다는 점에서 진정한 의미의 현대적 사법이론이라고 평가하였다. 그럼에도 불구하고 Hart는 법에 대해서 법전문가들만이 접근할 수 있는 자기지시성이나 체계성이라고 주장하여 자신의 이론을 기술사회학이라고 규정한 것과 일치하지 않는다. 실제 그의 이론에서 법의 구체적 내용이 기술된 것을 찾기는 쉽지 않다. 또한 Kelsen과 마찬가지로 Hart 역시 거대서사에 의존하고 있다. Hart 이론에서 거대서사는 1차적 규칙의 존재에 대한 그의 믿음이다. 사회구성원이 따르지 않으면 안되는 일반적 기준이 존재한다고 가정하고, 이러한 가정을 바탕으로 Hart는 법질서의 체계성과 형사사법기관의 역할들을 정당화하고 있을 뿐이다. Hart 이론의 또다른 문제는 형사사법기관이 법을 해석하고 집행하는 부분을 제대로 설명하지 못했다는 것이다. Hart는 사건들을 ‘정립된 의미의 핵심’(core of settled meaning) 사례와 ‘모호한 경계’(penumbra of doubt) 사례로 구분한다. 그는 대부분의 사건들은 해석상 논쟁이 유발되지 않는 정립된 의미를 갖는다고 보았다. 그러나 일상적 법집행과정에서는 용어의 불확정성이나 형사사법기관 종사자의 견해 차이로

인하여 모호한 경계의 사건이 빈번히 발생할 수 있다. 모호한 경계의 사건들을 처리할 때에 형사사법기관 종사자들은 재량을 행사해야 한다. 그러나 Hart가 구상하는 법의 자기지시적 체계성에는 재량적 해석이 고려될 수 있는 여지가 없으므로 일상적 법집행활동과는 괴리가 있다.

Dworkin의 해석학적 법실증주의

Dworkin(1977)은 Hart 이론에 대해 많은 비판을 제기하였다. Dworkin은 Hart 이론에 대해서 법이 규칙의 체계라는 규칙체계, 법과 도덕은 분리되어야 한다는 분리체계, 법은 재량을 포함하고 이는 법관의 창조적 활동을 통하여 보충된다는 재량체계로 구성되었다고 분석하였다(오세혁, 2005: 371). 규칙체계에 대해서 Dworkin은 법이란 규칙뿐 아니라 원칙(principles)으로도 구성되어 있다고 주장하였다. 그리고 규칙은 양자택일적 방식으로 적용되지만 원칙은 구체적 사건에 있어서 서로 다른 원칙들이 충돌하더라도 비중의 차원에서 어느 것이 우선하는지가 결정되는 것으로 설명하였다. 분리체계에 대해서는 법과 도덕은 분리되지 않고 합체되어 있다고 반박하였다. 재량체계에 있어서도 판단하기 어려운 사안일지라도 형사사법기관 종사자는 재량을 갖지 않으며 원칙이 있으므로 하나의 사안에는 하나의 정답만이 도출된다고 주장하였다.

Dworkin은 Hart의 이론에서 가장 심각한 문제로 형사사법기관 종사자들이 재량을 행사하는데 아무런 제약이나 방향을 제시하지 못하는 것이라고 비판하였다. 대신에 그는 법을 해석하고 집행하는 단계에 관심을 집중하였다.⁵⁾ 법의 해석과 집행에서 그는 법의 원칙들(principles)을 강조하였다. 형사사법기관 종사자들은 정합성(integrity), 일관성, 정의, 공정 등에 관한 원칙들을 준수하여 형사사법제도를 지적으로나 윤리적으로 최상의 모습으로 보이도록 해야 한다는 것이다. 그는 자신이 주장하는 원칙들을 법의 일부라고 보았는데, 그 이유는 원칙들을 통하여 새로운 해석들이 과거의 결정들과 합치될 수 있고 또한 실질적인 도덕성에 의해서도 정당화될 수 있기

5) Douzinas와 Warrington(1991: 23)은 이러한 점에서 Dworkin의 이론을 법집행의 실용론이며 해석학적 법실증주의로 분류하였다.

때문이다. 또한 '사람들은 스스로를 원칙들의 결사체로 취급받기를 원하며 또한 우리의 공동체가 유일하고 일관된 정의와 공정성이 지배하는 사회 그리고 올바른 절차에 의해 규율되는 사회가 되기를 원하기 때문에'(Dworkin, 1986: 404) 법의 집행에 관한 자신의 견해가 가장 타당한 것이라고 주장하였다.

Dworkin은 법의 원칙들을 강조함으로써 법을 해석하고 집행하는 과정에서 부적절한 고려사항, 동기, 개인의사 등을 순화하는데 많은 기여를 하였다. 특히 법규칙에 관한 형식적 문법으로부터 법문장의 의미로 관심을 전환함으로써 법집행활동에 유용한 기준을 제시하였다. 그의 이론은 실용성을 증대시켰지만 반면에 형사정책 분야에 해석학(hermeneutics)이 개입하는 계기가 되기도 하였다. 이제 형사사법기관이 집행하는 법은 의미의 대상이며 해석의 대상이다. 물론 Dworkin은 형사사법기관 종사자들이 법의 원칙들을 준수함으로써 일관된 의미를 추출할 수 있으리라고 기대한다. 그러나 법의 해석에는 공동체적 의미의 선이해와 개인적 의미의 선이해가 개입하기 때문에 그가 기대하듯이 법문장의 고유하고 일관된 의미를 정립하기는 쉽지 않다(강진철, 1993: 251-254).

법실증주의자들은 논리정연한 법적 추론으로 형사정책의 정당성(legitimacy)과 정체성(identity)을 구축하려고 노력하였다. Kelsen, Hart, Dworkin 등은 국가주권의 영역에서 형사사법제도의 범위를 설정하고, 그것의 내적 순수성을 형성하고, 형사정책의 권한과 위력을 구축하는 데에 많은 기여를 하였다. 이들의 노력으로 형사정책의 적절한 대상이 무엇이며, 형사정책이 기초해야 할 근거들이 천착되어 법의 타자들(others)로부터 형사정책의 정체성이 확립될 수 있었다.

모던적 기획이 지배적이었을 때에 사회구성원의 문화적 태도와 법실증주의는 크게 마찰하지 않는다. 합리적 법과 제도를 구성하여 현실세계에 모두가 조화롭게 살고자 하는 모던적 기획과 법실증주의자들의 노력은 어긋나지 않는다. 그러나 문화적 태도가 변화된 후기산업사회에서 법실증주의에 기반한 형사정책에는 몇 가지 한계가 내재한다. 첫째, 형사정책의 통합성(unity)을 유지하는 일이 현실적으로 어렵다는 점이다. 후기산업사회에서는 입법기관이 제정한 법률뿐만 아니라, 법률에 의해 위임된 다양한 입법활동이 있고, 더불어 무수한 행정법과 소송법, 판례와 유사판례, 국가의

여러 기관들이 제정하는 규정과 규칙, 이해관계의 대립이나 갈등을 조정하기 위한 온갖 종류의 비공식 방법 등이 상존한다. 특히 거대서사에 대한 사회구성원의 신뢰가 실추하는 상태에서 이처럼 산재한 규범들을 종합하여 일관된 사법체계를 구축하는 일은 현실적으로 용이하지 않다. 둘째, 상대주의적 인식의 문제도 간과할 수 없다. 법과 규범이 사회구성원에게 영향력을 갖기 위해서는 그것의 본질이 사회정의의 실현과 공동체의 이익구현을 위한 것이라는 인식이 있어야 한다. 상대주의적 인식은 사물의 본질을 인정하지 않고 상황과 연관지어 의미를 해석하는 방식이다. 따라서 기존의 법을 공동체의 정의와 이익을 실현하기 위한 중립적으로 인식하지 않고 특정 집단의 이해관계나 특정시기의 이데올로기만을 반영한 것으로 인식할 수 있다. 법이 편향적인 것으로 인식될 때에 이해관계나 이데올로기를 달리하는 집단에게는 기존의 법규범은 자신들과는 무관하므로 경시될 가능성이 크다(박상기 등, 2008: 190). 셋째, 행위자의 변화된 속성이다. 후기산업사회에서 행위자들은 거대서사나 사물의 본질에 대한 확신을 갖기가 어려우므로 자신의 정서적 욕구, 감정 또는 선호를 중심으로 판단하는 경향이 증대한다. 이처럼 실제 사회생활에서는 행위자의 감성적 측면이 부각되고 있는데 반면에 법실증주의는 여전히 의식·이성·인식의 주체로만 가정함으로써 행위자의 변화된 속성을 적절히 반영하지 못한다.

4. 후기산업사회와 형사정책의 발전방향

결론에서 논의하겠지만, 비록 기존 형사정책에 내재적 한계가 있지만 이로 인해 최근에 노정되는 사법기관에 대한 신뢰도 상실, 가해자의 높은 재범률, 피해자의 불만족 등이 유발된 것으로 확인할 수는 없다. 그렇다고 부정적 현상이 심화된 까닭을 일반적으로 해왔듯이 형사정책의 기능적 비효율성으로 설명할 수도 없다. 기능적 설명을 위해서는 현재 시행되는 형사사법체도가 과거 10년전이나 20년전에 비해 퇴행했다고 가정해야 하는데 퇴행가정을 수용할 수는 없는 일이다. 이러한 점에서 기존 형사정책에 내재하는 한계에 대한 고찰이 요구된다. 우선, 최근의 신뢰도 상실은 형사정책의 통합성 한계와 관련이 있을 수 있다. 후기산업사회에 들어 거대서사

의 영향력은 감소하고 이에 반해 국가의 다양한 기관들이 온갖 종류의 법률과 규칙들을 제정하였다. 이러한 상황에서 법실증주의자들이 기대했던 사법제도의 자기지시적 체계성을 구축하는 것은 현실적으로 불가능하다. 형사정책이 일관된 통합성을 보여주지 못했기 때문에 사회구성원의 형사사법기관에 대한 신뢰도가 감소하였을 수 있다. 상대주의적 인식의 영향도 고려할 수 있다. 상대주의적 인식의 확산으로 법규범을 공동체 이익을 위한 것으로 받아들이지 않고 특정집단의 이해관계를 반영하는 것으로 생각했다면 역시 형사사법기관에 대한 신뢰를 갖기 힘들 것이다. 높은 재범률과 피해자의 불만족은 후기산업사회에 들어 행위자의 변화된 속성과 관련하여 이해할 수 있다. 행위자들은 문화적 영향으로 인해 정서적 욕구, 감정 또는 선호를 중심으로 판단하는 경향이다. 이에 대해 기존 형사정책은 합리적 이성주체로만 취급했기 때문에 가해자에 대한 재사회화 효과는 감소하고, 피해자는 그들 나름대로 불만족스러웠을 수 있다.

후기산업사회에 관한 연구들이 미비하므로 기존 형사정책의 내재적 한계들을 극복하는 방안을 종합적으로 제안하기는 어렵다. 다음에서는 행위자의 속성, 행위자와의 상호작용형태, 범죄자의 처리방법에 국한하여 형사정책이 고려해야 할 발전방향을 검토한다.

향유적 행위자

기존 형사정책에서 가정하는 행위자는 이성적 판단에 의해 행위를 하며 이에 따라 자신의 행위에 대해 책임을 지는 존재이다. 다시 말해 합리적 사유를 하는 이성적 존재로서의 행위자를 가정한다. 행위자를 이성적 존재로 파악하는 전통은 사실 서양 철학에서 오랜 역사를 갖고 있다. Descartes는 '내가 나의 존재를 확신하는 것은 곧 내가 이것저것을 생각하기 때문'이라고 하면서 행위자의 인지사유적 측면을 강조하였다. Kant의 경우도 행위자의 사유작용을 통해 현상세계가 규정되고 생산되며 실현된다고 주장하면서 주관과 객관, 자아와 세계, 인식과 존재의 분리를 극복하기 위한 코페르니쿠스적 혁명에 비유되는 사고방식의 혁명을 수행하였다. 현대 현상학자인 Husserl도 행위자의 선험적 의미구조를 강조하면서 모든 존재자 내지 세계는

그 안에서 의미로 바뀌어 대상화된다고 하여 존재일반의 근원범주 내지 근원영역이라고 주장하였다(김연숙, 2002: 28-68).

행위자에 관한 전통적 개념에서 문제되는 것은 현실세계의 행위자와는 부합하지 않는다는 사실이다. 삶과 피를 가진 몸적 존재로서의 행위자는 전통적 개념에서는 철저히 배제되었다. 실제 사회생활을 영위하는 행위자는 관념이 만들어낸 세계에서 주위대상을 개념화하고 주체화하는 이성작용으로만 살지 않는다. 이들은 주위사람들과의 관계에서나 대상세계와의 관계에서 행복하고, 불안하고, 편함을 느끼고, 불편함을 느끼고, 부담감을 느끼고, 상처받는 감성적 행위자로서도 존재한다. 특히 후기산업사회에 들어 도덕적 감성주의가 확산됨으로써 정서적 욕구나 선호와 같은 감성적 측면이 더욱 중요하게 작용한다.

Levinas는 형사정책이 고려해야 할 행위자의 개념으로 향유적(jouissance) 행위자를 제안한다(강영안, 2005: 33). Levinas의 향유적 행위자는 이성적 존재이기에 앞서 보다 근원적인 몸적 존재로서의 행위자이다. 그에 의하면 인간의 사회생활은 자족적이고 자율적인 이성에 근거하는 것이 아니라 이성에 앞서 감성, 의식에 앞선 몸이 보다 근원적이다. 향유는 땅에 발을 딛고 서있는 행위자, 몸을 가지고 살아가는 행위자가 환경세계와 관계하는 방식이다. 이는 행위자가 환경세계를 합리적 사유의 대상으로 삼는 이성적 존재이기에 앞서 세계의 삶의 환경에 침수되고, 누리고, 흡수하면서 사는 감성적 존재임을 말하는 것이다. 특히 사회성이나 규범성이 형성되는 과정에 대해 Levinas는 생생한 체험을 강조한다. 향유적 행위자는 감성이 근원적이므로, 개인의 규범성은 이성적 판단에 의해서가 아니라 얼굴로 나타나는 타인, 존재들의 직접성, 타인의 시선, 말을 걸고 응답하는 것, 타자에 대해 짚어지는 책임성 등의 느낌 안에서 정조되는 생생한 체험을 통하여 형성된다(강영안, 2005: 35-40). 범죄자들은 대부분 왜곡된 규범의식을 가지고 있다. Levinas의 견해에 의하면, 범죄자의 왜곡된 의식이 변화할 수 있는 것은 객관적이고 중립적인 법적 조치를 통해서가 아니다. 대신에 영혼의 깊이만큼이나 많은 것을 현현하고 계시하는 타인의 얼굴과 타인의 언설이 범죄자의 왜곡된 규범의식을 깨뜨릴 때에 올바른 규범의식이 형성된다. 이러한 점에서 후기산업사회의 형사정책은 범죄자를 이성적 존재로서만이 아니라 몸과 감성을 가진 향유적 행위자로 고려할 수 있어야 할 것이다.

스토리텔링

Douzinass와 Warrington(1991: 105-110)은 후기산업사회에서 형사사법기관 종사자와 범죄자와의 상호작용은 스토리텔링(story-telling)에 기반할 것을 제안하였다. 기존에 범죄자와 상호작용하는 방식은 법지식에 의존한 체계적 논증(well-formed argument)을 통해 피의자나 피고인에 대하여 논리적 설득을 유도하는 것이었다. 이에 반해 스토리텔링은 특정한 시공간에서의 경험을 재구성하여 삶의 밀착성(life likeness)을 추구함으로써 정서적 교감을 불러 일으켜 상대방과의 의사전달을 하는 상호작용방식이다(김영진, 2004: 4). 법지식과 사법절차에 의존해서 객관적이고 논리적 논증을 할 경우에 상대방으로부터 이성적 판단을 이끌어 낼 수는 있지만 현실인식에 있어 감흥을 유도하기 어렵다. 김영진(2004)은 학술적 연구나 객관적 정보전달에는 분석적이고 논리적 사유에 입각한 체계적 논증이 유용하다고 인정하였다. 그러나 도덕적 비난이라는 감정적 의사전달이 개입된 피의자나 피고인과의 상호작용에서는 스토리텔링이 의미와 가치, 교훈, 정보를 전달하는데 더욱 효과적이라고 보고하였다.

스토리텔링이 필요한 또다른 이유는 스토리를 통해 상대방의 관심을 유도하고 상대방의 입장을 이해할 수 있으므로 스토리텔링의 과정에서 권위가 형성될 수 있다는 것이다. 지금까지 형사사법기관 종사자는 국가주권이라는 외부적 권위에 의존하였었다. 그러나 모던적 기획과 거대서사에 대한 회의로 인해 외부적 권위는 점차 약화되고 있다. 이러한 상황에서 경찰관이나 판사들이 상대방의 입장에서 관심을 끌 수 있는 스토리를 통해 내부적으로 권위를 형성할 수 있는 스토리텔링은 외부적 권위의 실추를 보완할 수 있는 방법이 될 것이다.

회복적 사법

최근에 들어 뉴질랜드를 비롯한 외국에서는 회복적 사법(restorative justice)이라는 새로운 형사정책을 구현하고 있다.⁶⁾ 회복적 사법이란 범죄자와 피해자와의 자발적 참여와 대화를 통하여 화해를 도모하는 대안적 갈등해결절차이다. 회복적 사법

은 기존의 형사정책과 현저한 차이가 있다(Walgrave, 2004: 559). 우선, 범죄의 개념을 기존의 형사정책은 실정법 즉 추상적 공동체의 규범을 위반하는 행위로 규정한다. 이에 대해 회복적 사법은 경제적 손실, 피해자의 정신적 혹은 사회적 고통, 주위사람들의 불안감과 분노, 가해자 자신에 미치는 피해와 같이 어떤 행위로 인해 실제 발생하는 피해손실(harm)의 측면에서 파악한다. 또한 형사정책의 목적에서 기존에는 범죄자의 처벌이 강조되었지만 회복적 사법은 피해손실의 회복을 목적으로 한다. 형사사법기관의 역할에서도 기존에는 국가기관이 중추적으로 범죄예방과 범죄자 처벌을 담당하지만, 회복적 사법에서는 지역사회 구성원들이 중추적 역할을 담당하고 국가기관은 지역사회가 범죄를 예방하고 가해자를 원상회복시키는 활동을 후원하는 보조적 역할에 머무른다. 회복적 사법을 실제 시행하는 뉴질랜드 등의 외국에서 국가기관은 정보제공자, 조정자, 서비스제공자, 자원제공자 등의 역할을 담당하며 범죄자에 대한 관리는 지역사회가 참여하는 가족집단회합(family group conference)이나 조정(mediation)을 통해 이루어진다(Morris, 2004: 259). 이러한 점에서 회복적 사법은 후기산업사회에서 나타나는 거대서사의 쇠퇴, 상대주의적 인식, 도덕적 감성주의에 부합하는 형사정책이라는 것을 알 수 있다.

5. 결 론

우리나라 형사정책은 그동안 외형적으로나 내용면에서 많은 발전을 이루었으나 최근에 들어 형사사법기관에 대한 신뢰도가 지속적으로 실추하고, 재범현상은 악화되며, 피해자들은 형사정책에 만족하지 못하는 등의 문제가 심화되고 있다. 본 논문은 기존의 형사정책은 사회환경의 변화를 반영하는데 내재적 한계가 있다는 한계론적 시각으로 형사정책의 당면문제를 이해하고 이러한 문제들을 극복할 수 있는 형사

정책의 발전방향을 제안하고자 하였다.

후기산업사회에서 사회구성원들은 인류의 해방이나 전체적 통합성과 같은 거대서사에 대한 믿음을 점차 잃어가는 경향이였다. 용어나 사물의 의미를 인식하는데 있어서는 영상미디어 산업의 영향으로 본질적 의미를 찾는 대신에 상황과 관련지어 의미를 인지하는 상대주의적 경향이 주목되었다. 도덕적 판단에서는 자신의 정서적 욕구, 감정 또는 선호를 중심으로 하는 도덕적 감성주의(moral emotivism)가 확대되는 경향이였다. 기존의 형사정책은 사회환경의 변화를 반영하는데 몇 가지 내재적 한계가 있었다. 기존의 형사정책은 형사정책의 통합성을 유지하고 적절한 적용범위를 한정하는데 어려움이 있었다. 이와 함께 법규범의 공정성을 확보하기가 어려워졌고, 점차 부각되는 행위자의 감성적 속성을 반영하는 데에도 한계가 있었다. 이에 대해 본 논문은 앞으로의 형사정책은 행위자를 이성적 존재로만 볼 것이 아니라 사회적 삶에 침수되고, 누리고, 흡수하면서 살아가는 향유적 행위자로 고려해야 한다고 제안하였다. 상호작용방식에서도 체계적 논증보다는 스토리텔링을 통해 정서적 교감을 불러 일으켜 상대방과 의사전달을 하는 방안을 제안하였으며 범죄자의 처리방법에서는 범죄자와 피해자와의 자발적 참여와 대화를 통하여 화해를 도모하는 회복적 사법을 제안하였다.

본 논문이 의존한 연구방법은 문헌연구이다. 문헌연구를 통해 최근 우리나라 형사정책이 당면한 문제들을 후기산업사회의 문화적 성격과 법실증주의의 내재적 한계를 중심으로 이해하고자 하였다. 경험적 자료를 통해 검증하지 않았으므로 현 단계에서 본 논문에서 논의된 내용들은 가설적 설명의 수준이다. 차후의 연구에서는 포스트모더니즘을 사회구성원들이 내면화한 실태, 법실증주의의 실태 등에 관한 경험적 조사를 실시하여 사회환경의 변화에 부합할 수 있는 형사정책의 발전방향을 보다 명확히 제안할 수 있어야 할 것이다.

6) 우리나라에서도 2008년 6월 22일부터 시행에 들어간 개정 소년법에서 “화해권고” 규정을 신설하였다. 이 규정은 재판절차에서 판사가 당해소년으로 하여금 피해자에게 배상 등 화해를 하도록 권고할 수 있고, 그 결과를 보호처분 결정시에 고려할 수 있도록 한 것이다. 개정소년법에 근거하여 2008년도에 15명의 보호소년을 대상으로 가족회합에 의한 회복적 사법실천모형을 시범적으로 실시하였다(형사정책연구원, 2008).

참고문헌

- 강영안, 2005, 타인의 얼굴: 레비나스의 철학, 서울: 문학과 지성사.
- 강진철, 1993, “법해석학과 포스트모더니즘”, 법과 사회 이론학회, 법과 사회:243-262.
- 김동원, 2005, “행정학의 규범이론을 위한 포스트모더니즘의 인식론적 함의”, 한국행정학회, 한국행정학회보 제39권 제3호: 1-20.
- 김보현·신명아, 1992, 포스트모더니즘과 사회, 한신문화사
- 김연숙, 2002, 레비나스 타자윤리학, 서울: 인간사랑.
- 김영진, 2004, “스토리텔링-학습조직의 스토리텔링 사례를 중심으로”, 한국인사관리학회, 인사관리연구 제28권 2권: 1-21.
- 김정오, 1996, “법에 있어서의 포스트모더니즘”, 연세대학교 법학연구소, 법학연구: 187-245.
- 김정오, 2007, 현대사회사상과 법, 나남.
- 김재원, 1993, 포스트모더니즘과 법, 법과 사회 이론학회, 법과 사회: 285-298.
- 김재필, 1994, 포스트모더니즘과 사회학, 한신문화사
- 문상철, 2003, 포스트모던 세계관의 위기와 선교적 기회들, 한국선교정보연구원
- 박상기·손동권·이순래, 2008, 형사정책, 한국형사정책연구원
- 박영도, 1999, 사이버스페이스와 민주주의, 김일철 등, 한국사회의 구조론적 이해, 마르케, pp.89-140
- 박종민·배정현, 2007, 정부신뢰와 정책혜택 및 정부공정성에 대한 태도, 한국행정학회 동계학술대회 자료집.
- 법무연수원, 2007, 범죄백서.
- 송재룡, 1987, 포스터모던 시대와 공동체주의, 철학과 현실사.
- 오세혁, 2005, 법철학사, 서울: 세창출판사.
- 이순래 등, 2008, 현대사회와 범죄, 서울: 청목출판사.
- 양종희, 1995, 문화에 대한 포스트모더니즘적 접근과 모더니즘적 접근, 인문과학 제26집, pp.323-361
- 최봉철, 2007, 현대법철학, 서울: 박영사.

- 최종고, 20007, 법철학, 2007, 서울: 박영사.
- 최인섭·이순래·조균석, 2006, 범죄피해자 실태 조사연구, 한국형사정책연구원
- Baudrillard, Jean, 1992(1981), Simulacres et Simulation, 하태환(역), 시뮬라시옹, 서울:민음사.
- Cornell, Drucilla, 1992, The Philosophy of the Limit, New York: Routledge.
- Douzinias, Costas & Ronnie Warrington, 1991, "Law's tales: Semiotics and narratology as storytelling", In Douzinias, Costas, Ronnie Warrington, and Shaun McVeigh, Postmodern Jurisprudence, New York: Routledge.
- _____, 1991, "From the classical polis to postmodern megapolis", In Douzinias, Costas, Ronnie Warrington, and Shaun McVeigh, Postmodern Jurisprudence, New York: Routledge.
- Durkheim, Emile, 1982, The Rules of Sociological Method and Selected Texts on Sociology and its Method, New York: The Free Press.
- Dworkin, R., 1986, Law's Empire, London: Fontana.
- Goodrich, P., 1987, Legal Discourse, London: Macmillan.
- Katz, Jack, 1988, Seductions of Crime: Moral and Sensual Attractions in Doing Evil, New York: Basic Books, Inc.
- Kelsen, 1934, The Pure Theory of Law, Berkeley: University of California Press.
- _____, 1949, General Theory of Law and State, M.A.: Cambridge.
- Hart, H.L.A., 1961, The Concept of Law, Oxford: Clarendon.
- Jackson, B.S., 1985, Semiotics and Legal Theory, London: Routledge.
- Kellner, Douglas, 1990, The postmodern turns: Positions, problems and prospects, In George Ritzer(ed), Frontiers of Social Theory: The New Synthesis, New York: Columbia University Press.
- Lyotard, Jean Francois, 1984, The Postmodern Condition: A Report on Manchester: Manchester University Press.
- Morris, Allison, 2004, Youth Justice in New Zealand, in Michael Tonry & Anthony N. Doobs(ed), Youth Crime and Youth Justice, The University of Chicago Press

- Morrison, Wayne, 1997, *Theoretical Criminology: From Modernity to Post-modernism*, London: Cavendish Publishing Company.
- Schwartz, Martin D. & David O. Friedrichs, 1994, "Postmodern thought and criminological discontent: New metaphors for understanding violence", *Criminology* Vol.32(2), pp.221-246.
- Walgrave, Lode, 2004, "Restoration in youth justice", In Michael Tonry & Anthony N. Doob(ed), *Youth Crime and Youth Justice*, The University of Chicago Press.

Criminal Justice Policy in the Culture of Postmodernism Among Late Industrial Societies

Lee, Soon-Rae*

Criminal justice policies in Korea have much developed during the past several decades: Numbers of facilities and personnels working for criminal justice system have greatly increased and criminal cases have become administered more professionally. However, evaluative results are opposite to such developments. Public perceptions on the credibilities of criminal justice institutions have gradually deteriorated, recidivism rates have increased year after year, and criminal victims have expressed higher levels of frustration and displeasure. It is not easy to understand the increased levels of negative evaluations, especially when the apparent organizational and administrative achievements are considered. This anomaly can be explained by two different perspectives. Functional perspective points the malfunctions of existing policies as principal causes leading to the negative evaluations. This traditional perspective assures us that innovative measures, which are to be either newly devised or deliberately modified from the previous policies, will successfully handle the current problems. Meanwhile, another perspective named as the philosophy of the limit concerns the internal limits of law positivism. Proponents of the limit philosophy argue that social environments have changed in the era of late industrialization and the existing policies derived from legal positivism are not adequate to process criminal cases in the changed

* Associate Professor, Department of Police Administration, Wonkwang University, Ph.D. in Criminology

environments. In this paper the philosophy of the limit is adopted as an analytical framework to examine the current problems.

Several internal limits of existing criminal policies are discussed. It is noted that the integrity and the fairness of criminal justice system are hard to maintain in postmodernism. Also, the policies are shown to be unfit to the general features of actors encountered in everyday practices of criminal justice institutions. This is so because offenders, criminal victims, and general citizens are likely to be morally emotive. This paper concludes that criminal justice policies in postmodernism should try to incorporate an idea of jouissance actor, interactional skills for story-telling, and restorative justice.

❖ Keywords : postmodernism, philosophy of limit, law positivism, jouissance actor, restorative justice