

푸코의 형벌론과 형사정책적 함의

박 강 우*

국 | 문 | 요 | 약

이 논문은 프랑스의 대표적 사회사상가인 푸코의 형벌론과 감옥제도에 대한 논의, 특히 근대감옥제도의 기원, 사회적 기능, 감옥실패의 원인에 관한 푸코의 독창적 논의를 중심으로 살펴봄으로써 감옥과 형벌의 기능에 관한 새로운 통찰을 얻고자 기획되었다. 푸코는 범죄와 형벌의 정상성과 기능성을 주장하는 뒤르켐과 달리 형벌의 도구적 성격과 권력적 성격을 강조하면서 전근대적 신체형으로부터 근대적 자유형으로의 변화를 범죄자들에 대한 권력의 처벌기법의 근본적 변화로 이해한다. 푸코에게 있어서 권력은 지배와 복종의 사회관계가 존재하는 모든 곳에서 작동하는 힘의 비대칭관계를 의미한다. 푸코의 입장에서 권력은 개인의 자유를 억압하기도 하지만 개인의 행동을 특정목적을 위해 조정하고 통제한다는 측면에서 생산적이기도 하다. 푸코에 의하면 근대이후 형벌개혁이나 법개혁은 계몽사상이나 개인주의, 자유주의, 인본주의가 그 원인이 되었던 것이 아니라 권력-지식-신체라는 관계의 심오한 발전의 결과이다. 푸코에게 형벌은 인간의 신체에 대한 권력의 기술이며 신체를 장악하고 순종적이고 유용한 존재로서 매우 긴 역사를 가지고 있다.

근대이후 감옥의 탄생은 대상에 대한 권력의 작용방식의 변화를 여실히 보여준다. 암스테르담 정치감, 겐트형무소, 영국의 글로세스터 감옥, 미국 필라델피아 월넛 교도소 등에서 실행되었던 구금방식의 변화는 권력이 신체를 통하여 개인의 정신에 접근하는 방식을 취한다. 근대 형벌개혁가들은 교정이념의 변화, 구금방식의 변화 등을 통하여 감옥을 개혁하고자 했지만 권력은 개인의 특정한 시간과 행동방식을 통제하고 조작, 훈련시키는 방법을 통하여 개인의 정신을 개조하고자 하였다.

이러한 푸코의 감옥론과 형벌관은 현대감옥의 고질적 문제인 재범율의 끊임없는 상승, 범죄학습장 소로의 감옥의 전략에도 불구하고 감옥이 존재할 수 밖에 없는 이유를 적나라하게 보여준다. 앞으로 형벌이나 행형개혁에 대한 논의도 이러한 푸코의 형벌관 및 감옥론을 고려하여야만 현실성 있는 논의가 될 수 있을 것이다.

❖ 주제어 : 감옥, 형벌, 권력, 처벌, 감시

* 충북대 법학전문대학원 교수, 법학박사

I. 머리말

프랑스의 대표적 사상가, 철학자, 사회학자인 푸코(M. Foucault)는 자신의 저서 『감시와 처벌』(Discipline and Punish)에서 자신만의 독특한 형벌이론을 구축하였다. 오늘날 형벌에 관하여 논할 때 푸코를 빼놓고 논하는 것은 프로이트를 빼고 무의식을 논하는 것과 같다고 까지 이야기 한다²⁾. 현대의 사상가들이 푸코의 사상이나 이론에 열광하는 이유는 무엇일까? 그의 형벌이론이 다른 사상가들의 형벌이론과 뚜렷이 구분되는 부분은 어디인가? 형벌에 대한 뒤르켐이나 베버, 맑스와 같은 현대사상가들의 관점과 푸코의 관점의 결정적 차이는 어디에 있는가?

이 글에서는 푸코사상의 주요 특징을 간단히 살핀 후 그의 형벌론의 형사정책적 함의 내지 시사점을 찾아보고자 한다. 우리는 근대감옥의 탄생과 변천을 어떻게 보아야 하는가? 단순히 계몽사상이나 존 하워드(John Howard)같은 감옥개혁사상가의 개혁이념의 반영으로 보아야 하는가, 아니면 사회경제적 조건의 변화에서 그 원인을 찾아야 하는가? 우리의 전통적 형벌제도(조선시대의笞, 杖, 徒, 流, 死)로부터 근대의 감옥 내지 교정시설로의 형벌제도의 변천을 우리는 어떻게 이해하고 받아들여야 하는가? 푸코의 형벌론 내지 감옥론은 이러한 여러 가지 물음에 대한 기초적 논의의 하나로서 우리가 평소 깨닫지 못했던 깊이 있고 참신한 통찰을 제공해줄 수 있으리라 생각한다.

형벌과 감옥에 대한 이러한 기초적 논의가 축적되고 심화될 때, 재범율의 상승, 범죄 학습장소로의 전락 등으로 비판받고 있는 감옥제도나 자유형제도에 대한 철저하고도 현실성있는 개혁 내지 개선논의가 가능하리라 생각된다.

II. 푸코 형벌론의 주요 특징

푸코는 평생동안 자신의 철학적·역사적 저작들을 통하여 근대세계를 구성하는 합리성과 권력의 형태에 대하여 끊임없는 질문과 비판을 던졌던 비판적 이론가이다. 그는

2) Cohen, *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification*, Cambridge, 1985, p. 10.

광기, 의료, 근대적 담화, 성과 같은 주제들에 천착하면서 현재 우리 자신과 우리의 세계에 관한 지식을 구성하는 전통에 대해서 뿐만 아니라 이러한 전통과 그것에 내재한 억압의 형태에 대해서도 질문을 던지고 있다. 그의 비판의 칼날은 근대세계의 핵심을 이루는 과학혁명, 계몽, 민주주의 성장, 사회과학의 등장, 사회공학(social engineering)에 대하여 왕성하게 적용되었다. 푸코는 특히 계몽의 신화, 이성, 과학, 자유, 정의, 민주주의와 같은 근대 서구문화의 시금석을 이루는 개념들의 권력효과와 이성이 가져다준 억압적 그늘을 분석하고 재평가한다. 이점에서 푸코의 작업은 합리화에 대한 막스 베버의 비판, 문명에 대한 프로이트의 비판을 생각나게 한다. 즉 이들은 근대세계에서 칭송되는 이성적 사고와 생활방식을 위하여 희생되어야 했던 대가와 그 억압적 측면도 동시에 문제삼았던 것이며, 근대화의 가치 내지 긍정적 측면 뿐만 아니라 그 비용 내지 부정적 측면에 대하여 집요하게 의문을 제기한 사상가들이었다.

푸코는 기존의 주류적 입장과 달리 형벌을 그 도덕적 기초에서 사상하여 사회적 사실 내지 장치 그 자체로서 바라본다. 즉 형벌권력이 실제로 작용하는 방식 내지 모드에 초점을 맞추는 것이다. 그는 근대이후 합리성을 추구하는 인류의 모든 과학과 제도들에서 권력이 자신을 어떻게 드러나는가를 밝히려고 했으며, 형벌은 이러한 권력의 욕망이 가장 적나라하게 드러나는 영역이라고 보고 있다. 그는 행형영역에서 작동하는 권력의 기술과 문법들을 분석함으로써 결국 형벌의 영역이 지배나 통치의 영역과 밀접한 연관을 가지고 있음을 보여주고자 한다. 이러한 형벌관은 형벌을 도덕이념의 반영이나 인본 사상으로 보는 견해가 간과할 수 있는 형벌과 감옥의 권력적 측면을 드러내 줄 수 있다.

푸코의 형벌론은 범죄와 형벌의 정상성과 기능성을 주장하는 뒤르껼의 그것과 여러 가지 면에서 대립되거나 모순된다. 『감시와 처벌』에서 푸코는 형벌의 도구적 성격이나 기능적 성격을 강조하면서 뒤르껼의 형벌론에서 중시되는 형벌의 도덕적 측면이나 감정적 측면에 대해서는 거의 언급하지 않는다³⁾. 뒤르껼의 입장에서는 형벌에 집단적 감정이 깊이 각인되기 때문에 범죄자에 대한 시민들의 도덕적 분노가 형벌의 집행과정에서 수반되지만, 푸코에게 형벌은 국민들에 대한 권력과 규제의 체계이다. 따라서 푸코는 형벌의 집행과정에서 어떻게 국민들의 지지를 받을 것인가에 대해서는 거의 언급

3) 뒤르껼의 형벌이론에 대해서는 박강우, “뒤르껼의 형벌이론”, 법학연구 제16권 1호, 충북대학교 법학연구소, 2005, 25면 이하; 박기석/기광도, “뒤르껼의 범죄 및 형벌론에 관한 고찰”, 형사정책연구 1999년 가을호, 참조.

하지 않는다.

이에 비하여 푸코와 맑스의 관계는 다소 불분명하다. 어떤 이는 두 사람의 관점이 서로 갈등적이라기 보다는 보완적이라고 이야기 하지만, 일반적 차원에서 볼 때 푸코의 관점은 맑스의 몇가지 관점에 대하여 비판적이다. 즉 맑스이론의 과학성이나 그 총체적 관점, 그리고 국가의 역할을 지나치게 강조한 나머지 권력의 다른 측면에 대하여 소홀히 하였다는 비판이 그것이다⁴⁾. 하지만 이러한 차이에도 불구하고 푸코는 권력, 지배, 종속과 같은 주제들에 대하여 탐구하였다는 점에서 맑스적 전통에 서있는 것으로 볼 수 있으며, 기성의 확립된 제도들에 대하여 아주 회의적이고 비판적인 시각에 서있었다는 점에서 맑스와 공통점을 가지고 있다. 맑스이론이 형벌을 지배계급과 피지배계급 사이의 권력관계 내에서 계급적 억압과 이데올로기적 목적을 위한 국가권력의 도구로서 형벌을 바라보는데 이것은 형벌을 체계외적으로 관찰함으로써 계급이란 맥락이 형벌의 형태나 작용방식에 어떠한 영향을 미치는가를 고찰대상으로 하였기 때문이다. 이에 대하여 푸코는 형벌과정에 내재한 권력관계에 초점을 맞추고 그 과정에서 등장하는 권력의 기술이나 기법을 추적한다. 푸코는 맑스와 달리 사회가 생산양식이나 권력관계에 의하여 지배되는 일관된 통일체라고 생각하지 않는다. 즉 권력이나 지배의 문제가 등장한다는 점에서 맑스와 공통되는 점이 있지만, 형벌체계가 단지 경제적 생산양식이나 권력관계의 직접적 산물은 아니라고 보는 것이다.

푸코는 폭력적이고 억압적인 지배의 형태, 즉 신체형과 사형이 감옥에 의하여 대표되는 완화되고 조작적인 행형기법에 자리를 내어주는 구체적 방식에 초점을 맞추으로써 감옥의 역사에 대한 탐구를 시작했다. 나아가 푸코의 연구는 감시, 처벌, 정상화(normalization)⁵⁾ 등의 영역으로 그 범위를 넓혀간다. 푸코의 설명에 의하면 감옥은 근대적인 통제의 기법이 여실히 드러나는 장소이기 때문에 광범위한 사회적 권력의 축소판으로 여겨진다. 따라서 감옥에 대한 미시적 분석과 그것이 기초한 지식에 대한 분

4) Melossi and Pavarini, *The Prison and the Factory: The Origin of Penitentiary System*, London, 1981와 David Garland, *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*, Aldershot, 1985를 참조하라. 그리고 맑스와 푸코의 일반적 관계에 대해서는 B. Smart, *Foucault, Marxism and Critique*, London, 1983 그리고 N. Poulantzas, *State, Power and Socialism*, London, 1978을 참조하라.

5) ‘정상화’라는 개념은 정상적 행동에 대하여 기준이나 규범을 설정함으로써 정상으로부터 이탈을 바로잡는 것을 의미한다. 이 개념은 그 적극적·교정적 측면 때문에 비행의 단순한 금지나 처벌과 구별된다. D. Garland, *Punishment and Modern Society*, Oxford 1990, 134면 주 6) 참조.

석은 권력과 통제의 근대적 형태에 대한 일반적 해부학의 기초를 이루는 것이다.

Ⅲ. 근대적 권력으로서 감옥의 탄생

형벌에 관한 푸코의 저작인 『감시와 처벌』⁶⁾(*Surveiller et Punir*, 1975)을 올바로 이해하기 위해서는 그의 근대성에 대한 비판의 이해가 선행되어야 한다. ‘감옥의 탄생’이라는 부제를 붙였음에도 이 책의 주안점은 감옥의 역사에 관한 것이 아니라 권력에 대한 구조적 분석 내지 푸코가 ‘처벌’(discipline)이라고 불렀던 권력행사의 근대적 방식에 초점이 맞추어져 있다. 푸코에게 19세기 초반 감옥의 출현은 권력에 의하여 어떻게 지배관계가 확립되고 개인이 사회적으로 구조지워지는가 라는 주제를 문제를 탐구하는 좋은 본보기의 하나였다.

『감시와 처벌』은 전문가들에게만 접근가능하거나 지나치게 기술적이어서 어려운 텍스트는 아니며, 그 표현방법이 어려울 뿐이다. 이 책의 대부분은 은유적이고 제시적이고 문학적 표현들을 채용하고 있어서 설명적이고 논증적이며 증명을 중시하는 사회과학자들에게는 어렵게 비칠 수 밖에 없다. 이러한 문체를 좋아하는 사람에게는 이 책이 읽기의 즐거움을 배가시키겠지만, 이러한 문체는 주제를 표면 밑으로 가라앉히고 때때로 파악하기 힘들게 만든다.

이 책의 도입부는 두 가지 매우 대조적인 형벌의 형태를 대비함으로써 독자들에게 앞으로 푸코가 이후에 몰두할 문제를 정립하는 부분이다. 첫째는 1757년 파리의 공개된 광장에서 집행된 국왕시해범 다미앵(Damiens)의 처형장면이다. 여기에서는 국왕시해범의 신체가 공인된 폭력에 의하여 철저히 파괴되는 잔인한 형집행 의식을 적나라하게 묘사한다⁷⁾. 두 번째는 이로부터 80년뒤에 세워진 파리시내 소년감화원의 규칙과 하루

6) 우리나라에는 오생근교수의 번역(오생근, 감시와 처벌, 나남출판, 1994)와 박홍규교수의 번역(박홍규, 감시와 처벌, 강원대출판부, 1989)이 있다. 『감시와 처벌』에 대한 이하의 인용은 Alan Sheridan 번역의 영문판(Discipline and Punish, Random House, 1995)를 기준으로 한다.

7) 푸코는 루이 15세를 시해하려 한 로베르 다미앵(Robert Damiens)의 처형을 예로 들었다. 푸코가 언급하지 않았지만 국가형벌권의 범위는 다미앵을 넘어서 가까운 친척과 공범자들에게도 확대되어 가문의 박탈, 재산몰수, 가옥파괴, 추방 등이 시행된다. J. McManners, *Death and the Enlightenment*,

일과표이다. 이 일과표에서는 분단위로 재소자들의 하루 일과를 규율하고 있다. 즉 80년의 시간차를 두고 공개적이고 폭력적이던 형집행 의식이 조용하고 사적인 형의 집행으로 변화하였던 것이다. 이러한 형집행방법의 변화야말로 푸코가 가진 문제의식의 출발점이었으며 푸코에 의하면 1750년부터 1820년 사이에 유럽과 북미에서 일어난 신체 형으로부터 자유형으로의 형집행방법의 변화는 단순히 형벌강도나 양의 감소가 아닌 질적인 변화로 여겨졌던 것이다. 형벌의 대상이 그 대상자의 신체로부터 ‘정신’(soul)으로 이동하였다는 것이다⁸⁾. 동시에 형벌의 목적 또한 범죄행위에 대한 복수로부터 이를 저지른 범죄자의 개조로 바뀌게 된다.

이러한 형벌기술의 변화는 사법과 법적 정의의 성격 자체에 대해서도 중대한 변화를 수반한다. 특히 범죄자를 알고자 하는 새로운 관심, 즉 범죄성의 근원을 이해하고 이를 교정하기 위해 범죄자의 정신에 간섭하려는 권력의 욕망은 형사사법의 전체체계에 있어서 심대한 영향을 미치게 된다. 이러한 관심의 변화는 형사사법절차 내에 정신의학자, 범죄학자, 사회사업가 등의 전문가의 개입을 요청하게 되고 이전의 폭력적이고 응보적인 형벌로부터 범죄자를 바로잡는 교정적 행형의 등장을 가능하게 한다. 이점은 감옥의 명칭변화에서도 나타나는데 jail이나 prison에서 reformatory나 correction으로의 변화, 우리의 경우 일제시대 형무소에서 현대 교도소로의 명칭변화가 이를 보여주는 대표적 예라고 할 수 있다. 이러한 형벌의 형태변화는 근대사회에서 권력의 작용방식의 변화를 대표하는 것이다. 푸코가 시도한 형벌을 통한 권력관계의 분석은 형벌사에 있어서 아주 특별한 해석적 틀이 되는데, 푸코에 의하면 이러한 틀을 통하여 권력에 대한 독창적 접근이 가능하게 된다. 푸코에 의하면 형벌은 권력의 ‘정치적 전술의 하나’(a political tactic)로서 일반적 권력관계 내에 위치하게 된다⁹⁾.

푸코에 의하면 형벌의 발전은 인간의 몸과 정신을 다루는 다른 사회과학(심리학, 사회학, 정치학 등)의 발전과정과 밀접하고도 긴밀한 관련을 갖는다. 푸코가 형벌연구를 위하여 원용하는 기본적 개념은 권력(power), 지식(knowledge), 그리고 신체(body)의 3가지이다. 푸코에게 인간의 신체는 - 니체, 그리고 최근의 들뢰즈(Deleuze),

Oxford 1981.

8) 비슷한 대비가 토그빌의 책에서도 언급된다. Tocqueville, *Democracy in America*, pp. 255-6.

9) M. Foucault, *Discipline and Punish*, pp. 23-24.

과타리(Guattari)와 마찬가지로 - 정치적, 경제적, 형벌적 제도들에 의하여 장악되고 형성되는 마지막 장소가 된다¹⁰⁾. 좀 더 구체적으로 보자면 푸코는 이러한 제도들을 통하여 인간의 신체를 장악하고 훈련에 복종시킴으로써 인간을 순종적이고 유용한 존재로 만들려는 권력의 의도를 드러내고자 한다. 자본주의 발생초기 인클로저운동에 의하여 자기의 토지로부터 쫓겨난 농노들은 자신이 팔 수 있는 것이라고는 노동력밖에 가지고 있지 않았고, 이러한 농노들을 외부로부터의 물리적 강제없이도 자발적으로 노동하는 인간을 만들 필요가 제기되었으며, 그것은 권력의 내면화를 요구하게 된다. 이러한 권력의 내면화는 인간의 행동을 지배하는 ‘정신’에 대한 통제력의 행사를 통하여 가능하게 만든다. 이러한 의미에서 권력의 전략은 대상의 신체에 접촉하는 바로 그 곳에서 현실적 효과를 갖는다. 이것이 권력의 미시-물리학이 발생하는 곳이기도 하다. 푸코는 다음과 같이 설명한다. “... 권력의 메카니즘을 생각할 때 이것은 바로 권력의 모세관적 형태라고 할 수 있으며, 권력이 개인이란 낱알과 직접 접촉하는 곳, 그들의 행동과 태도, 담화, 학습과정, 그리고 일상생활에 침투하는 곳이다”¹¹⁾라고 말한다. 이러한 미시물리학의 발견과 주장은 그 어떠한 정치적 분석보다 명확히 권력의 본질을 정확히 드러내준다.

푸코에게 있어 권력은 특정한 계급이 소유하는 소유물이나 대상이 아니며, 자의적으로 행사될 수 있는 도구도 아니다. 대신 권력은 지배와 복종의 다양한 형태와 사회관계가 존재하는 모든 곳에서 작동하는 힘의 비대칭관계를 의미한다고 한다. 푸코에게 이러한 권력관계는 단일의 사회내에서 단순한 패턴으로 나타나는 것이 아니라 때로는 연관되기도 하고 때로는 단절되기도 하는 여러 힘의 다중적 영역내에서 발생하는 것으로 여겨진다. 그가 관심을 갖는 부분은 그러한 권력을 장악하거나 지배하는 개인이나 집단들이 아니라 바로 권력관계가 조직되고 그것이 발생하는 형태와 권력의 행사기법이다. 이러한 개념틀에서 볼 때 권력은 사회생활의 모든 곳에서 발견될 수 있으며 정치영역이나 투쟁의 공식적 영역에만 한정된 현상이 아니다. 권력은 개인을 억압하기도 하지만, 개인의 행동을 특정 목적을 위해 조정하고 통제한다는 측면에서 생산적이기도 하다.

10) F. Nietzsche, *The Genealogy of Morals(in The Birth of Tragedy and the Genealogy of Morals)*, New York, 1956; G. Geleuze and F. Guattari, *Anti-Oedipus: Capitalism and Schizophrenia*, New York, 1977.

11) M. Foucault, 'Prison talk', in id., *Power/Knowledge*, ed. g. Gordon(New York), 1980), p. 39.

즉 권력은 개인에 대하여(against) 행사되기 보다는 개인을 통하여(through) 행사된다고 푸코는 생각한다¹²⁾.

신체에 대한 권력의 행사는 그 매개를 위하여 ‘지식’(knowledge)이라는 제3의 요소를 필요로 한다. 모든 권력의 행사는 어느 정도 그 행사대상에 대한 지식을 요구한다. 대상의 성공적인 통제는 힘과 그 반작용, 그 장점과 단점, 가능성에 대한 이해를 요구한다. 따라서 대상에 대하여 더 많이 알면 알수록 그 대상에 대한 통제가능성도 높아지는 것이다. 푸코에게 지식과 권력의 관계는 그리하여 밀접하고도 내적인 관련을 갖는데 이는 일방이 타방에 대하여 일깨워주고 복돋아주며 ‘권력-지식’ 관계는 이러한 내적 연관을 강조하기 위해 사용되는 개념적 약어의 하나이다. 그 대표적 예의 하나는 『감시와 처벌』에서 나타나는 18세기와 19세기에 발전하였던 인간에 대한 과학(science of man)이다. 이 시기 인간과학의 발전은 서로 독립된 영역의 지적 발전이 아니라 권력과 지식, 그리고 신체의 관계의 역사에 대한 깊은 관심의 결과이다.

이렇게 지식과 권력의 문제를 형벌의 역사가운데 분석도구로 사용함으로써 형벌의 역사는 바로 권력, 지식, 그리고 신체의 발전적 관계의 총합이 되는 것이다. 푸코에 의하면 근대이후 형벌개혁이나 법개혁은 계몽사상이나 개인주의, 인본주의가 그 원인이 되었던 것이 아니라 권력-지식-신체라는 관계의 심오한 발전의 효과인 것이다. 형벌사를 ‘정치적 해부학의 장’(a chapter of political anatomy)으로 설정함으로써 푸코는 형벌사에 대한 이전까지의 해석에 또 다른 해석을 덧붙이려는 것이 아니라 이러한 모든 것들이 기초하고 있는 기초적 구조를 파헤치려 한 것이다.

IV. 근대감옥의 특징과 행형의 이념

근대이후 감옥의 탄생은 권력의 작용방식의 변화를 보여준다. 암스테르담 징치감(the Rasphuis of Amsterdam), 겐트 형무소, 영국의 글로세스터 감옥, 그리고 미국 필라델피아의 월넛 감옥 등의 탄생 - 이들 감옥은 노동과 범죄자의 개선을 강조하였는 바 - 은 감옥개혁가들의 개선사상에 힘입은 바 크고 그 한도내에서 징벌적이기 보다는

12) M. Foucault, 'Two Lectures', in id., *Power/Knowledge*, p. 98.

교정적이다. 그러나 이들이 개선의 대상을 개인으로 설정하고 그 개인에 대하여 접근하는 방식은 이전의 처벌과는 전혀 다른 방식, 즉 신체를 통하여 정신에 접근하는 방법을 취한다. 형벌개혁가들은 이 문제를 이념의 문제, 즉 감옥의 개선을 위해 기호, 교시, 그리고 상징물을 제안하는 방법을 취하였으나 감옥은 수형자들의 신체를 장악하고 훈련시키고 조직함으로써 궁극적으로 정신을 개조하는 방법을 선택하였다. 이 방법은 수형자의 생각이나 도덕적 사고를 외부로부터 개선하려 하기 보다는 개인을 특정한 시간과 행동방식으로 통제하고 조작하고 훈련시키는 방법이다. 이점에서 감옥개혁가들의 모델과 감옥의 접근방식은 법적이거나 이론적 차원의 문제라기 보다는 기술적 차원의 문제이다.

『감시와 처벌』을 관통을 기본적 문제의식은 감옥이 어떻게 하여 개혁가들의 사상과 형벌이론의 논리를 밀어내고 대체하는데 성공하였는가라는 것이다. 이 문제에 대하여 이 책은 논의의 초점을 형벌이론이나 법이론의 문제로부터 급격히 이동하여 좀 더 광범위한 일련의 문제, 즉 푸코가 감시기법의 발전이라고 명명한 것으로 옮겨간다. 형벌사에 관한 전통적 설명은 근대 형벌의 탄생을 이데올로기적 기원에서 찾지만, 푸코는 그 관심을 형벌사에서 정치적 기술의 역할로 옮겨버린다. 이렇게 함으로써 푸코는 감옥의 물질적 기초를 획득한다¹³⁾.

1. 신체에 대한 훈련과 감시기법의 발전

푸코에게 있어 형벌은 인간의 신체에 대한 기술이며 신체를 장악하고 순종적이고 유용한 존재로 개조하는 도구로서 매우 긴 역사를 가지고 있다¹⁴⁾. 예컨대 고대에도 신체에 대한 잔혹한 형벌이 오랜 기간 존속했었다. 수형자에 대한 통제와 개선을 위해 채용된 기법들은 이미 군대, 수도원, 학교, 병원, 그리고 공장에서 개발되었던 것들이고, 16세기부터는 이러한 제도들이 더욱 공고화되고 재생산되었다. 푸코는 처벌의 일반적 방법과 원칙에 관한 청사진을 제시하였는데 그것은 이러한 제도들로부터 구체적 실무와 교재들을 추상화시킴으로써 가능했다. 그의 설명에 의하면 처벌은 무엇보다 ‘세부사

13) Rothman, *The Discovery of Asylum*; Ingnatieff, A. *Just Measure of Pain*.. 참조

14) Foucault, *Discipline and Punish*, p. 137.

항의 정치적 해부'(political anatomy of detail)이다¹⁵⁾.

개인의 신체에 대한 권력의 통제기술이 가장 고도로 발달한 영역은 바로 군대이다. 군대는 그 구성원들을 계급과 직분으로 구분하여 역할을 부여하고 감시하고 평가한다. 이러한 분배의 형태는 바로 학교, 공장, 병원 등으로 확산되어 나간다. 수도원에서 처음 시작된 하루 일과시간표의 작성과 운영은 시간과 작업에 리듬을 부여하고 반복주기를 조절한다. 반복된 작업과 일상을 통해 신체의 정확한 자세, 사지의 위치지움, 세세한 신체적 동작까지 작업의 효율성을 증진시키기 위해 조정되고 배치된다. 나중에 작업의 기계화와 더불어 신체는 더욱 더 권력의 통제에 종속되었다.

개인들은 원래 자연상태에서는 권력에 고분고분하지 않기 때문에 모든 권력이 부딪힌 핵심적 문제는 반항자들의 처리문제였다. 즉 훈련이나 징벌을 통하여 권력은 골치아픈 개인들을 처벌하고 푸코가 '정상화'(normalization)라고 부르는 일련의 새로운 제재 방법을 발전시킨다. 그 방법은 기본적으로 징벌적이기 보다 교정적이며 처벌이나 박해의 방법보다는 동화시키려는데 관심을 둔다. 우선 권력은 개인을 바람직한 행동기준과 관련하여 평가하고 개인이 어떻게 행동하는가, 규칙에 따라 개인의 행동을 평가하고 감독하려고 한다. 감시장비와 검사절차들은 이러한 지식을 제공하고 권력은 비협조적인 이탈유형들을 파악하여 개별적 감시하에 두려한다.

이러한 권력의 목적을 달성하는데 있어 평가와 시험은 중심적 방법이 되는데, 평가와 시험을 통하여 밀접관찰, 차별화, 표준의 제정, 동조예의 실패확인 등이 가능해진다. 개인에 대한 평가와 감독은 기록화되어 시간이 지남에 따라 축적되고 서로 비교된다. 이제 역사는 더 이상 왕족이나 귀족 등 상류계층의 역사가 아니며 일반인들도 권력에 복속됨으로써 지배가 확립된다. 이러한 개인에 대한 기록의 축적이 근대의 다양한 인간 과학, 즉 범죄학, 심리학, 사회학 등을 발생케 한 원천이다.

2. 벤담의 파놉티콘 (Bentham's Panopticon)

제레미 벤담(J. Bentham)이 1791년 설계한 파놉티콘(일방 감시시설)은 이러한 권력-지식관계의 전형으로 보여진다. 파놉티콘은 순환형의 빌딩으로서 개인의 방실이 원형

15) Ibid. 139.

의 감시탑을 둘러싸고 있는 형태이다. 개인의 방실의 창문과 조명들은 감시탑에서 개별 방실이 보일 수 있도록 배치된다. 이러한 파놉티콘의 구조는 개인의 신체에 대한 지속적 감시와 개별화를 통하여 개인을 권력의 의도에 복속시키는 효과를 낳는다. 권력의 지속적 감시와 관찰은 재소자로 하여금 스스로를 통제하고 권력이 지시하는 대로 행동하도록 만든다. 중세시기에 행했던 물리적 억압은 부드럽지만 효율적인 지배의 구조에 의하여 대체된다. 이러한 권력의 효과는 파놉티콘을 장악하는 자의 힘이나 의지에 의한 것이라기 보다는 장소의 배분과 관찰가능한 감옥구조의 효과이다. “권력의 완성은 힘의 실제적 행사를 불필요로 하도록 만든다. ... 파놉티콘의 건축학적 장치들은 감시자가 누구인가와는 관계없이 권력관계를 창설하고 지탱하는 기계가 되어야 한다. ... 간단히 말해서 재소자들은 자신들이 그 지참자인 권력적 상황에 얽매어 있어야 한다”¹⁶⁾.

푸코에 의하면 파놉티콘의 유용성은 이러한 감시원칙들이 사회의 주요한 제도들에 의하여 모방됨으로써 사회전체를 통하여 파놉티콘 구조가 일반화된다는 점에 있다. 그에 의하면 현대사회의 모든 권력의 형태는 파놉티콘의 감시원칙과 기법의 영향을 받았으며 심지어 감시와 파놉티콘적 구조가 일상화된 처벌사회 내지 감시사회라고 불려도 무방하다고 주장한다¹⁷⁾.

3. 감옥과 민주주의

감옥과 형벌에 관한 푸코의 주장의 정확한 함의가 무엇이든 간에 이러한 처벌형태와 후속 효과들의 기원은 어느 정도 분명해졌다. 첫째, 근대감옥의 기원은 유럽의 초기 자본주의의 상황속에서 발생했지만 그 급속한 발전과 전파는 세계 모든 곳에서 모든 권력이 이러한 감옥제도를 계수할 정도로 보편화되었다. 푸코에 의하면 감옥의 발전은 근대 민주주의의 발전과 밀접한 관련을 갖는데 푸코는 양자의 관계를 다음과 같이 은유적으로 비유한다. “자유의 발전을 가능케 했던 계몽이 또한 감옥을 창조했다”¹⁸⁾. 즉, 그에 의하면 민주주의적 헌법의 보편화와 자유의 확장을 지지하고 가능케 한 것이 바로 감옥

16) Foucault, *Discipline and Punish*, p. 201.

17) Ibid. 209, 189, 217.

18) Ibid. 222.

이라는 것이다. 대중을 질서정연하고 훈련받은 존재로 복속시키는 권력관계의 방대한 인프라 없이는 자유와 민주주의 확장은 결코 이루어질 수 없었다는 것이다. 이러한 푸코의 주장은 자유와 법의 확립이 권력에 의한 무질서의 평정을 전제한다는 홉스의 주장과 유사하다. 푸코는 계속해서 감옥은 바로 민주주의의 어두운 측면이자 뒷면이라고 주장한다¹⁹⁾. 그는 감옥적인 권력관계의 억압적 효과가 실정법과 법원칙에 의하여 보장되는 교환의 공정성과 평등을 훼손시킨다고 파악한다. 그리하여 감옥과 형벌은 법이 개인의 자의와 계약에 맡겨둔 관계에 대하여 현실적 제한과 통제가 가능하도록 만드는 역할을 수행한다. 이러한 의미에서 감옥을 포함한 형벌제도는 법에 반하는 반법적 성격(a sort of counter-law)을 갖는다²⁰⁾.

이런 측면에서 푸코는 19세기 행형의 역사를 단순히 도덕이념이나 개혁이념의 발전사의 일부로서 파악할 것이 아니라 권력-지식 기법에 의한 신체에 대한 권력의 확장의 역사로 파악되어야 한다고 주장한다. 이러한 관점에 의하지 않고는 겐트, 글로우셰스터, 월넛 스트리트와 같은 대표적 감옥모델의 변천이 단순히 감옥모델이나 구금방식의 변화나 모방으로서만 파악될 뿐이라고 한다. 근대이후 모든 사회에서 감옥제도의 도입이 자명하거나 자연스러운 사회발전의 일부라고 평가되었던 것은 바로 그 이전의 처벌적 제도의 운영에 익숙해진 정상화효과의 덕택이다.

우리가 감옥을 사람의 신체에 대한 권력의 침투 내지 확장으로 파악할 경우 감옥의 성격과 기능을 역시 기존의 행형학이나 교정학에서의 주류적 입장과 다르게 파악할 수 있다. 감옥은 처음에 개인의 신체를 구금함으로써 자유를 박탈하는 것으로서 시작하지만, 그 다음에는 훈육적 프로그램들을 통해서 교정, 교화라는 미명아래 개인들을 개조하려고 한다. 구금, 작업, 개별적 처우, 각종 사회내 처우의 도입과 확대 등도 이러한 처벌적 과정의 상징이라고 푸코는 파악한다.

19) 이러한 푸코의 주장은 맑스의 유명한 자본주의 사회의 두 가지 영역의 구별, 즉 자유와 평등의 영역으로 표현되는 소비와 교환의 영역과 전제와 착취로 특징지워지는 생산의 영역의 구별과 대응되는 것이다. K. Marx, *Capital, I* (London, 1976), p. 280. 또한 B. Fine et al(eds.), *Capitalism and Rule of Law*(London, 1979).

20) Foucault, *Discipline and Punish*, p. 222.

4. 범죄자와 범죄학의 탄생

감옥의 탄생은 그 이전에 불가능했던 범죄자의 신체와 새로운 정보와 지식의 획득을 가능케 하였다. 예전에 추상적 존재로 여겨졌던 범죄자라는 존재는 구금, 관찰, 개별적 평가라는 감옥내의 실무 등을 통하여 그 만의 특성, 특징 그리고 차이를 가진 개별적 존재로서 연구의 대상이 된다. 이것이 바로 범죄학의 탄생이라 할 수 있다. 베카리아(C. Beccaria, 1738~1794)같은 근대의 고전주의 형법사상가들은 범죄자가 일반인과 똑같은 존재로 파악되었지만, 롬브로조(C. Lombroso, 1835~1909)를 위시한 후기 실증주의 학파에서는 범죄자를 사회적 환경에 의하여 결정되어진 존재로 파악하였기 때문에 그의 어떠한 특성이나 환경이 그를 범죄자로 만들었는가가 비로소 연구의 대상이 되었다. 이점에서 감옥의 탄생에 의하여 비로소 현대적 의미의 범죄자의 발견이 가능해졌고 일반인과 다른 범죄자의 생애, 특성, 환경이 관심의 대상이 되었다.

푸코에 의하면 범죄자의 발견과 범죄학의 탄생은 또 다른 중요성을 갖는데 그 첫째는 감옥이 범죄자들을 단순히 발견하는데서 그치는 것이 아니라 범죄자를 만들어낸다(fabricated)는 점이다. 이렇게 하여 감옥은 오히려 범죄자의 재범의 조건을 제공한다. 감옥에 의하여 범죄자라는 낙인이 찍히고 나쁜 자로 지명되고 단순화됨으로써 석방된 이후에도 그는 재범을 저지르고 유죄판결을 받아 직업적 범죄자로 발전하게 된다. 둘째, 감옥은 범죄자를 일정한 범주내에서 개별화된 존재로 파악하는데 이렇게 하여 비로소 범죄자 개인은 관찰가능하고 연구와 통제가 가능한 고립된 대상이 된다. 이것이 바로 범죄학의 탄생과 존속을 가능케 하는 조건이 된다²¹⁾.

V. 근대감옥은 과연 실패하였는가?

푸코의 『감시와 처벌』의 마지막 장은 현대사회에서 감옥제도의 현실적 효용과 전체 사회통제체계 내에서 감옥의 지위의 문제에 할애된다. 사실 이 책 가운데 가장 불만족

21) 푸코와 같이 이렇게 범죄학을 파악하는 견해는 D. Garland, "The Criminal and His Science", *The British Journal of Criminology*, 25(1985), 109-37.

스러운 부분 내지 미약한 부분이 바로 마지막 장인 바, 그는 여기서 자신의 결론적 주장 내지 테제를 다음과 같이 말한다. 즉 근대감옥은 범죄자의 교화와 개선이라는 행형학적 목적에서는 항상 실패할 수 없지만, 사회전체의 수준에서는 중요한 정치적 효과를 충분히 수행한다는 것이다.

푸코는 감옥의 실패 내지 결함 - 즉 범죄억지나 재범예방의 실패, 전과자의 양산, 범죄학습장소로의 전락, 범죄자가족의 파괴와 해체 - 의 문제가 이미 1820년대부터 제기되고 논의되기 시작했다고 말한다. 하지만 그때마다 이 문제에 대한 공식적 처방으로는 감옥 실무의 개선이 되풀이되었을 뿐이고 감옥제도 자체의 철폐는 언급되지 않았다. 명백한 실패에도 불구하고 근대감옥은 왜 끈질지게 존속하고 있는가? 이 물음에 대한 푸코의 대답은 의례적인 것이 아니라 매우 독특한 것이다. 첫째, 감옥은 근대 사회내에서 '매우 깊게 뿌리박고 있다'(deeply rooted)는 점이다. 즉 근대를 포함한 현대사회 내에서 감옥은 자신을 포함한 형벌체계 내에서 매우 굳건한 위치를 차지하고 있어서 결코 쉽사리 제거할 수 없다고 한다²²⁾. 둘째, 감옥은 사회가 요구하는 필수적 기능을 수행하기 때문에 결코 없어지지 않는다는 것이다²³⁾. 감옥을 통한 범죄의 생산, 재범, 범죄학습 환경의 조성은 어떠한 기능을 갖고 있기에 위에서 제시된 감옥의 결함을 상쇄할 만큼 사회에 이익이 될 수 있는가?

이에 대하여 푸코가 제시한 답은 행형학이나 교정학적 차원의 것이 아니라 정치적 차원의 것으로서 푸코는 1840년대와 1850년대의 프랑스의 정치상황을 빗대어 자신의 주장을 논증하려 한다. 감옥제도를 통한 범죄와 범죄자의 창조는 정치권력의 전략에 있어서 매우 유용했는데 그것은 감옥이 범죄를 정치로부터 분리하는 효과, 즉 노동계급을 지배계급과 분리하는 효과, 감옥에 대한 두려움을 증강시켜 경찰의 권위와 힘을 보장하는 효과를 거두었기 때문이라고 푸코는 말한다. 그는 지배체제를 유지하기 위해서는 법률과 재산에 대한 존중, 그리고 법위반과 불법적 태도가 대중들 사이에 퍼지거나 그것이 정치적 목적화하지 않도록 방지하는 것이 매우 중요하다고 본다. 이러한 의미에서 범죄자계급의 의도하지 않은 생성은 지배권력의 측면에서는 오히려 이득이라고 한다. 왜냐하면 범죄 자체는 정치권력에 대한 위협이 되지 않으며 - 재산이나 공권력에

22) Foucault, *Discipline and Punish*, p. 271.

23) Ibid.

대한 도전은 사소할 뿐만 아니라 피해자들도 대부분 하층계급의 사람들이기 때문이다 - 일정한 한도내에서는 권력이 수인할 수 있기 때문이다. 범죄자계급을 주도면밀하게 파악함으로써 감옥은 상습적 범죄자들을 권력에 알리고 좀 더 효율적으로 관리·감시할 수 있는 기반을 경찰에 제공한다(최근의 검경교도소 형사사법정보망의 통합을 통하여 시도되고 있듯이).

뿐만 아니라 범죄자계급의 존재는 다른 불법행위자들을 제어하는데 이용될 수 있다. 범죄의 파괴적 속성은 다른 노동계급으로 하여금 범죄자들을 경계하게 만들고 노동계급은 법과 공권력이 범죄로부터 자신들을 보호해준다고 생각한다. 감옥에 구금될 경우 범죄자로 낙인찍힌다는 의식은 사람들로 하여금 범위반의 모험을 하려는 욕구를 억제하게 만든다. 이점에서 푸코에게 감옥은 범죄자들을 통제하는 목적보다는 일반인들, 특히 노동계급을 통제하는 기능을 수행한다. 바로 이 기능이야말로 감옥을 사회제도로서 존속케 만드는 숨은 이유이다.

Ⅵ. 푸코의 형벌론의 형사정책적 의의

출간이후 『감시와 처벌』에서의 푸코의 주장은 지식세계에서 엄청난 반향을 불러 일으켰다. 권력의 속성과 위치에 관한 그의 테제는 자유주의적 정치이론이나 맑시즘과 같은 전통적 권력이론에 대한 하나의 중요한 수정이론으로서 여겨졌으며 국가 대 개인, 자본 대 노동과 같은 19세기 정치이론의 유산인 거대담론으로부터의 거리두기를 가능하게 만들었다. 오늘날과 같이 사회 곳곳에서 소규모 정치투쟁이 일상화된 사회에서는 푸코의 산재되고 국지화된 권력개념이 많은 이들에게 매력적으로 보인다. 특히 푸코의 실증적, 생산적 권력개념은 우리들의 일상생활을 규율하고 있지만 억압적인 방식이 아니기 때문에 권력의 행사로 여겨지지 않은 건강, 보험, 사회보험, 교육, 정신병원 등과 같은 다양한 기관에서의 권력분석을 가능케 한다. 뿐만 아니라 형벌과 감옥에 관한 전통적 관점을 대체하는 새로운 시각과 형벌의 사회학의 가능성을 제공해주고 있다.

푸코의 형벌론은 형벌제도와 학교, 가족, 작업장, 빈민구제법 등의 일상의 제도들의 경계가 이들 영역에서의 처벌적·감시적 기법의 발달에 의하여 어떻게 희미해져 가는

가를 잘 보여준다. 우리는 학교에서 개선되거나 교정되지 않은 비행소년들이 결국 소년원과 같은 징벌기관으로 이송되어 일탈자로 낙인찍히는 과정을 통하여 권력의 의도가 어떻게 관철되고 여러 사회제도들 사이의 권력에 의한 연속성 내지 유사성이 어떻게 실현되는가를 확인할 수 있다. 푸코가 서구의 자유주의적 민주주의를 처음부터 끝까지 감시의 사회로 특징지은 것은 지나친 전체주의에의 비유로 보일 수도 있다. 다시 말해서 형벌제도에 대한 우리의 사고는 교육기관이나 치료기관에 관한 사고와 조금도 다를 바 없으며 그 억압적 강도에 있어서 차이가 있을 뿐 그 본질에 있어서 동일하다고 푸코는 생각한다. 이러한 푸코의 사고가 의미하는 바는 두가지이다. 첫째, 신체형과 같은 적나라한 해악의 부과로 여겨졌던 전근대적 형벌은 근대사회에서 자유형과 결합된 법적 제재로 포장됨으로써 이전보다 정당화의 측면에서 상당히 진전하였다. 둘째, 형벌권을 둘러싼 법적 규제와 제한은 끊임없이 해체되기를 요구받고 있으며 형벌권은 범위만 행위 뿐만 아니라 정상으로부터의 모든 이탈행동을 제재의 대상으로 삼으려 한다. 이러한 영역에서는 예전 ‘법의 지배’ 원칙이나 ‘적정절차’ 원칙에 의하여 보호를 받던 피고인의 권리에 대한 형해화 내지 침해가 점점 빈번하게 발생한다고 푸코는 주장한다.

결론적으로 푸코는 전통적인 자유주의 정치이론이나 맑시즘적 정치이론이 간과했던 미시적 권력의 문제에 천착함으로써 권력이 일상생활의 영역에서 개인을 어떻게 감시하고 관찰하고 평가하는지를 성공적으로 보여주었다. 우리 사회의 형벌권의 행사방식이나 양태 역시 이러한 푸코의 관점으로부터 자유롭지 못한 것으로 보인다. 사실 감옥과 형벌에 관한 푸코적 관점이 서구의 많은 범죄학자나 형벌학자들로부터 각광을 받는 이유는 바로 ‘권력’에 대한 그의 집요한 미시적 관심 때문이라고 할 수 있다. 형사제재의 고유한 속성인 국가권력을 지배계급의 도구로 파악한 것은 맑시즘적 해석의 전통과 맥을 같이 하고 집단적 신념과 의식의 표현으로 형벌을 파악했던 뒤르켕과도 상통하지만 푸코적 형벌론의 독창성은 권력이 개인과 직접 접촉하면서 취하는 특별한 형태의 분석에서 찾을 수 있다. 이러한 영역의 분석은 맑스나 뒤르켕적 시각에서 형벌을 탐구한 사회학자나 역사가들이 시도하지 않은 미답의 영역이었다. 형벌이념이나 형사제재의 방식에 대한 추상적·표피적 설명에 반대하면서 푸코는 클렘머(Clemmer)²⁴⁾, 사이크스(Sykes)²⁵⁾, 고프만(Goffman)²⁶⁾ 등에 의하여 제시되었던 감옥에 관한 고전적 연구

24) D. Clemmer, *The Prison Community*, New York 1940.

들을 원용하여 감옥의 현실과 시설내 생활에 접근하였던 것이다. 그리하여 그가 발견했던 것은 일반적 사회제도내의 권력적 징후들을 보여주는 권력과 관계의 복합체였던 것이고 이것이 바로 행형학 내지 형벌학에 대하여 사회학적 중요성을 부여하는 이유이다. 현대사회내에서 구체적으로 권력이 어떻게 작동되는가(그리고 어떻게 권력의 작동을 은폐하는가)를 알려는 연구자는 바로 감옥과 형벌을 연구해야 하는 것이다. 실제로 푸코의 이러한 새로운 형벌론은 1970년대 서구유럽과 미국에서 시작되었던 ‘치료모델’ 내지 ‘재사회화모델’의 권력적 속성에 대한 신랄한 비판의 이론적 배경을 제공하였다.

한국에서는 형벌의 재사회화이념이나 치료모델의 가능성이나 문제점에 대한 규범적 차원의 문제나 보안목적과의 갈등문제는 논의되었지만²⁷⁾, 권력의 미시적 행사의 측면에서 그리고 감옥이 갖는 사회통제적 기능에 대한 연구는 별로 없었다. 관심있는 연구자들의 참여를 촉구하면서 푸코의 형벌이론의 검증이나 본격적 비판은 이후의 과제로 남겨두고 싶다.

25) G. Sykes, *The Society of Captives*, Princeton 1958.

26) E. Goffman, *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, Garden City, NY, 1961.

27) 교정이념이나 재사회화이념의 문제점에 대한 지적으로는 배종대/정승환, 행형학, 2002, 57면 이하.

Foucault's Penal Theory and its Implication for Criminal Policy

Park, Kang-Woo^{*}

This article aims to introduce Foucault's penal theory and analyze its implication for criminal policy discussion. He is perhaps the best critical theorist whose philosophical and historical work seeks to question the forms of power and rationality which structure the modern world.

The work of Michel Foucault 'Discipline and Punish' has recently become a central reference in the theory of punishment. Instead of highlighting moral foundations of penality, Foucault's work takes us straight to the internal workings of apparatus itself, focusing upon the actual technologies of penal power and their mode of operation. His analyses of penal power with other areas of governance and discipline serves to understand the character of penal institutions like prison, jail or reformatory.

Foucault starts from a study of penal history which brings into focus the way in which violent, repressive forms of governance, such as corporal and capital punishment, gave way at a particular time to the milder regulative techniques represented by the prison. This focus is then broadened out to produce a general picture of the gentler forms of control - inspection, discipline, 'normalization', etc. In his account the prison is conceived as epitomizing these wider social forms - not because it is a 'typical' institution but rather because it is the place where modern techniques of control are revealed in their full unbridled operation. Consequently a close analysis of the machinery of imprisonment, and of the knowledge on which it is based, can form the basis for a general anatomy of modern forms of power and control.

^{*} Professor of Law School at Chungbuk National University, Ph.D. in Law

As a result of Foucault's work there is now a much greater sensitivity to the nuances of penal measures and regulatory means through which we are governed and the forms of subjectivity into which offenders are pressed.

❖ Keywords : prison, punishment, power, discipline, surveillance