

제목: 이문열 “어둠의 그늘”에 제시된 형사사법제도에 관한 법사회학적, 법철학적 쟁점들.

작성자: 이한

참고: 괄호()로 이문열, 『어둠의 그늘』, 안암문화사, 1991의 쪽수를 포기함.

1. 소설의 줄거리

이문열의 “어둠의 그늘”은 1980년대 형사사법제도의 일면을 때로는 구체적인 관점에서 실감나게, 때로는 추상적인 관점에서 신랄하게 살피는 작품이다. 소설의 “나”로 등장하는 화자인 이영훈은 사법고시를 암자에서 준비하다가, 학생운동을 한 친구를 숨겨준 일로 경찰에게 찍혀, 결국 여죄 수사를 통해 병역기피라는 죄명으로 구속기소되어 구치소에서 약 5주간을 지내며 재판받을게 된다. 이 과정에서 법전과 교과서로만 보던 법체계의 적용실태를 화자는 실감하게 되며, 각자의 사정이 있는 같은 감방 수감자들의 사연을 통해 법이 내세우는 이념의 허점과 균열들을 특히 ‘김광하’라는 특이한 인물을 통해 포착하게 된다. 화자는 징역 8월에 집행유예 3년을 받고 나오며, 순박한 농부를 연기하며 가장 경한 처벌을 유도한 ‘권기진’이 실은 가장 비난가능성이 높은 인물임을 알게 된다.

2. 생각해볼 쟁점들.

1. 하위문화의 습득과 자유인으로서의 공유된 가치로부터의 배제

근대 사회에서 처벌을 정당화하는 논리에 따르면, “처벌”이라 함은, 모든 자유인들이 보편적으로 의욕하는 (universally willed) 규칙을 어겼을 때 그에 상응하는 처분을 받는 것이다. 그러므로 자유인은 처분을 받을 때에도 여전히 자율적인 존재이며, 자신의 잘못에 대한 대가를 치러 자신의 범죄로 인해 일그러진 균형과 피해를 회복시키는 과정으로 인식하게 된다. 그러나 이러한 묘사는 실제 형사사법 체계 속에 들어가 처분을 받는 이들의 인식 세계와는 아무 관계가 없다.

화자인 이영훈이 처음 구치소에 수감되었을 때 그는 이미 수감되어 있던 어떤 한 사람으로부터 (157) “야, 이 도둑놈아, 뭘 봐. 피를 싹 뽑아 놓을라”라는 말을 듣는다. 그리고 이영훈은 나중에 수감 기간 말미에는 새로 수감되는 화자에게 자신이 이 말을 한다. (205) “멀쩡한 도둑놈이 또하나 들어오는 구나.” “야 이 도둑놈아 뭘봐, 피를 싹 뽑아놓으라.”라고.

이러한 발화는, 두 가지를 상징한다. 첫째로는 i) 화자가 짧은 시간 동안에 벌써 하위문화(subculture)에 익숙해졌음을 보여준다. 그리고 둘째 ii) 하위문화는, 전체 체계의 보편성을 받아들이는 자유인이 아니라, 언제든지 “권력의 간섭의 변덕에 노출되었음을 자각”한 부분적 노예로서의 인식을 전제로 한다는 것이다. 그러한 인식체계에서 형사사법체계를 운용하는 권력은 정당성(legitimacy)을 갖지 아니하며, 상호 이익 충돌의 세계 속에서 모든 것의 힘이 있을 때 챙기는 것이 좋다는 세계관과 밀접하게 연관된다.

2. 재량의 자의적 행사(arbitrary exercise of discretion)

사실 화자는 구치소에서 5주나 수감되고 징역 3년형을 언도받을 어떤 범죄적 에너지가 넘치는 인간이 아니었다. 실제로 시험을 치기 위하여 가정사 등 다른 이유를 대어 병역을 연기하는 일은 흔히 있었으며, 이러한 만연한 사태에 대하여, 형사사법 당국(criminal justice authority)는 이를 형사사건화하지 않는 재량(discretion)을 행사해왔다. 화자가 만일 학생운동을 하는 친구를 재워주는 일이 없었다면, 그 또한 형사처분을 받지 않았을 것이다. 그러나 학생운동을 하루 재워준 것이 꽤썩하다 여겨 이를 혼썰을 내고 싶은 경찰의 의도에 의하여 여죄로 병역기피죄를 수사받아 구속수감된다.

다시 말해, 재량이 그 재량 행사의 권위를 가진 주체의 자의와 변덕(caprice)에 노출되어 있으며, 이러한 상황에서 법을 어긴 사람들은 자신의 시민으로서의 지위가 어떤 보장되거나 보증된 것이 아니라, 언제든지 권위를 가진 이의 간섭에 노출되어 있음을 깨닫게 된다.

(174-175) 화자는 자신의 행위를 법률의 착오라고 변명했다가 검찰주사의 인간적인 모욕과 칼자루를 불리하게 휘두르겠다는 악의에 부딪힌다. 그들은 단지 공동체의 권위의 대행자임에도 불구하고 그들은 그 권위를 개인화하여, 그들이 보유하는 편견과 변덕을 감안하고 행사하며, 형사피의자는 이러한 점에 대해 전혀 대응할 수 없음을, 즉 사회적으로 이에 대한 견제 방안이 전혀 없음을 깨닫는다.

재량의 자의적 행사는 형사사법체계가 사회의 여러가지 다종다양한 문제의 해결 수단으로서 갑자기 선순위로 나오도록 해 놓았기 때문이다. 화자에 대해서도 기피 사유가 되지 않는다고 판단되면 입영고지를 하고 이에 따르도록 했다면 화자가 자신의 예상보다 일찍 군대를 가는 것으로 종결되었을 것이다. 그런데 형사사법 당국 또한 형사적 해결이 선순위로 전면에서 서는 것의 문제를 알기 때문에 상당한 사안에서 재량을 행사하여 불기소 처분을 하거나 기소유예를 하는 등의 행위를 한다. 그런데 선순위로 형사체계가 나서는 것 자체가 원칙이기 때문에, 즉, 다른 문제 해결 방안이 원칙으로 나서는 것이 아니기 때문에, 이들 당국의 구성원들은 각자의 자의와 변덕, 성향에 따라 재량을 ‘권력’으로 행사할 수 있는 기회를 갖는다. 이를 견제하려면 형사적 해결이 후순위로 체계적으로 밀려나고 선순위의 다른 시스템들이 먼저 작동하도록 하여야 한다.

형사사법체도가 자의적 재량의 체계라고 인식하게 된 범죄자는, 자신들이 잘못하였기 때문에 처벌받는 것이 아니라, 운이 안좋아서, 판사가 성질이 더러워서, 마누라가 뭔가 싸바싸바를 못해서 처벌받는 것으로 인식하게 된다.

(171) 소설에는 이와 관련하여 공판일을 대하는 사람들의 태도가 나타난다. 바로 문지방 밟은 것을 두고 폭발하는 장면이다. 즉, 그들은 형사제도의 작동을 행운의 문제로 본다. 그리하여 “문지방을 밟지 말 것, 머리를 긁지 말 것, 이나 빈대 같이 사람의 피를 빨 생물을 죽이지 말 것”이라는 삼대 원칙을 지키며 초조하게 좋은 결과를 바랄 뿐이다. 즉, 검사와 법관, 변호사에 의해 돌아가는 공판 과정은 범죄자를 참여시키는 담화적 가정이 아니라 전문적 지식과 자의적 재량의 논리에 따라 돌아가는 곳으로 여겨지는 것이다.

3. 위계서열화된 사회에서 범죄자가 된 이들의 위계서열

자유롭고 평등한 시민으로서 대우받지 못하는 것은 범죄의 발생과 범죄 의도의 형성과 관련이 있다. 자신이 자유로운 시민의 지위에 있지 않음을 인식하는 것은, 앞서 말했듯이 모든 인간의 관계를 힘과 힘의 관계, 서열의 관계로 인식하게 하는 효과가 있다. 화자가 감옥에 들어가자 감방장, 교육부장, 검찰부장 등 위계서열이 형성되어 있고, 병종신고-노래, 을종신

고-원산폭격으로 이마가 다 까지도록 마루 돌기, 갑종신고-집단폭행 등으로 이러한 위계를 효과적으로 각인함을 알게 된다. 이러한 위계서열과 힘의 관계로 세계를 인식하는 것은 재사회화를 막게 되는데, 범죄가 이득이 된다고 판단하면 그 기회를 이용하게끔 하는 ‘이기적 합리적 인간’상을 재강화하기 때문이다.

이는 “감방장”의 사례를 통해 극명하게 예화된다. 감방장은 시간이 갈수록 점점 난폭하게 굴며 수감자들이 영치받은 돈을 조금씩 빼돌리고 있었다. 감방장은 권력자이며 위계서열에서 높은 자이므로 이는, 자신을 대우한 이 사회의 권력자들이 하는 일이 정당하듯이 정당한 일이라고 여기며 수감자들에게 일방적인 복종을 강요한다.

즉, 범죄자를 만든 사회의 극강한 위계성은 범죄자의 하위문화에도 그대로 이식되며, 사회의 위계성이 범죄를 증폭시키는 효과를 가져온다고 할 수 있다. 그러므로 실제로는 평등한 국민이라고 말하나 그 삶을 규율하는 규칙 체계의 형성에 있어서 커다란 불평등과 자유의 가치의 불평등을 해결하는 것은 형사사법 제도의 개혁의 큰 그림의 일부로 보아야 한다.

4. 수감자 사정과 자연범-법정범의 구분 (포괄적 체계 내에 위치한 형사사법제도의 자리매김과, 자기 규율self-regulation 제도의 도입과 관련하여)

(1) 화자가 알게 되는 수감자들의 사정은 다음과 같다.

(166) 김기주-나이 42세-양복점 주인, 낚시터 과부와 바람나서 본처에게 이혼을 요구하였으나 본처는 이혼을 거부하는 와중에, 본처와의 사이에 낳은 3남매를 데리고 낚시터에 갔다가 파도에 아이들이 한 덩어리가 된 채 휩쓸리고 말았다. 이는 살인혐의를 받게 되고 경찰과 검찰은 상황증거와 강요로 자백을 얻어내려 하였으나 실제로 필요한 자백을 얻지는 못하였다.

(167) 감방장 - 혼인빙자 간음과 사기. “여자의 몸도 건드리고 돈푼이나 뜯어쓴 모양”이라는 평가를 받는다.

(168) 교육부장 공무집행방해

김광화 34세 공무원에 대한 증회

엄종섭 25세 운전자 업무상과실치사 혐의

박영룡 26세 운전자 업무상과실치사 혐의

이병훈 30세 J 신문 지국장, 기자사칭 공갈혐의

김영국 23세 김영호 21세, 형제 어부. 폭력혐의

박화영 43세. 농촌의 막일꾼, 절도혐의, 절도전과 2범

배창진 19세. 농부, 강간치상혐의

박삼수 19세. 배창진과 동일

김상옥. 51세. 어물중개상, 사기혐의.

이규택 42세. 강기삼 39세. 유상태 37세 - 상습도박 혐의

이러한 사정 하에, 특이한 인물 김광하는 이영훈에게, 죄인(시너sinner; 자연범)-죄수(크리미널criminal; 법정범)의 구분을 이야기한다. 죄인(자연범)이란 “들으면 누구든지 그를 비난할 그런 짓을 한 사람”이고, 법정범이란 “언뜻 그 행위로서는 선악을 구분할 수 없지만 그

결 금지한 범규범이 있기 때문”에 범죄자가 된 사람이다.

이 중 김광하는 죄인으로는 자기자신과, 이병훈(신문 지국장), 그리고 벌목 혐의로 뒤늦게 수감된 권기진(농부 행세를 하는 불법투기꾼)을 든다.

(2) 과실범과 도덕적 운의 문제

먼저 하나씩 살펴보자. 운전에 의한 업무상과실의 경우에는 도덕적 운(moral luck)의 문제가 제기된다. 만약 운전 중에 잠깐 부주의하던 와중에 도로변 나무를 들이받으면 벌금으로 끝날 가능성이 대부분이다. 그와 동일한 정도의 잘못을 저지르고 부주의를 저질러 역시 도로변 나무를 들이받았는데 하필 그 나무앞에 잘 안보이는 아이가 있었다면 그는 실형을 살게 될 확률이 높다. 범죄적 에너지나 범죄적 고의, 범죄적 인성과 부주의의 정도와 관련해서는 동일한 평가를 받지만 오로지 처벌에 관해서만 다른 평가를 받는다고 한다. 이는 언어적 메시지를 정교하게 전달할 수 없었던 진화과정에서 결과를 두고 처벌과 보상을 주는 것이 효과적인 행동 교정을 가져왔던 진화의 역사의 산물로 이야기되고 있다.¹⁾ 그러나 이러한 진화상 적응적 사고는, 일관된 정합성 있는 정의의 체계로서는 부정합적이며, 우리는 이 점에 대한 어떤 대응을 필요로 한다. 운전은, 현대 사회의 필수적인 기능 중의 일부이며, 자동차로 인한 혜택을 모두가 지고 있다. 그러나 그로 인한 위험부담은 특히 직업으로서 운전을 하는 사람에게 형사적으로 집중이 되고 있는데, ‘과실’을 엄하게 처벌하는 것은 그러한 과실을 줄여 사고를 줄이는데는 큰 도움이 되지 못한다. 과실은 범죄의 인식이 없는 상태, 즉 부주의이며, 부주의한 상태에서는 처벌의 가혹함이 합리적인 범죄자의 계산 과정에 들어가 억지 효과를 갖는다는 이론이 그 힘을 발휘할 여지가 없는 것이다. 오히려, 도로 및 신호체계, 교통경찰행정과 관련된 물리적 여건을 바꿈으로써 과실이 발생하지 않도록 바꾸는 것이 필수적인데, 형사사법 체계의 과잉은 이러한 여건의 개선을 도외시하고 도덕적 운에 의해 가해자가 된 사람의 처벌로 문제가 해결되었다는 착각(illusion)을 낳는다.

(3) 권력의 불균형과 처벌의 불균형 (응보주의의 결함)

다음으로 김영국, 김영호 형제 (상해/폭행)를 살펴보자. 이에 대해서 김광하는 그들의 죄명은 “무력과 빈곤”이라고 하였다. 오만하고 자기중심적인 권력자의 말을 듣지 않았다가 일방적으로 당했고, 법적 지식의 부재로 아무런 진단서를 발부받지도 않고 있다가 불의타로 그들이 형사사건화하여 결국 수감된 것이다. 이는 특히 간단한 폭행/전치2주 정도의 상해에 형사사법제도가 전면에서 나서고, 특히 그 피해자의 신분과 지위에 따라 민감하게 달리 움직이는 형사사법 당국의 태도의 문제다.

브레이스웨이트와 필립 페티트는 그들의 책 <Not Just Desert>의 서문²⁾에서 다음과 같은 이야기를 제시한다. 좋은 친구인 브레이스웨이트와 페티트가 사회 이론을 놓고 논쟁하다가 싸워서 브레이스웨이트가 맥주가 반 썸 든 맥주병으로 페티트를 때렸다. 페티트는, 브레이스웨이트를 범죄자의 지위에 놓고 경찰을 부르는 방식으로 반응할 수도 있겠으나, 그와는 달리

1) 피어리 쿠시먼, “법이 운에 따라 다르게 적용되어야 할까?”, 맥스 브로크먼 엮음, 구계원 옮김, 『퓨처 사이언스 - 첨단 과학자들이 들려주는 미래 과학 이야기』, 문학동네, 2013.

2) John Braithwaite and Philip Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, OxfordUniversityPress, 1993, p.1.

“끔찍한 주정꾼” 등으로 브레이스웨이트를 취급하면서 그 사건을 그냥 그대로 둘 수도 있다. 그리고 그 사건을 이례적인 개인적 문제로부터 야기된 일탈로 해석할 수도 있다. 페티가 브레이스웨이트의 폭행을, “무언가를 말하려는 비도덕적이고 조잡한 시도로 볼 수 있으며, 범죄를 고통이 가득한 형태로 똑같이 조잡한 대응을 할 출발점이 아니라 진정한 대화를 시작하는 출발점이 되게 할 수도 있다.” 이러한 담화중심적 해결을 도외시하고 ‘입증’이라는 법률적인 장이 곧바로 전면에서 나서는 때, 그 입증의 기술이 세련화된, 권력과 부가 있는 사람들이 유리하게 될 것은 분명하다.

응보주의자(retributivist)들은 범죄에 대한 처벌을 범죄자의 행위로 인해 이탈된 균형을 복구시킨다는 논리를 펴지만, 이는 애초에 복구해야 할 정당한 균형이 있음을 전제로 하는데, 권력에 의해 사람들의 자유가 자의적으로 간섭당하는 실제의 현실은 이미 불균형하고, 이러한 불균형을 복구시키려고 할 때 처벌 또한 불균형하게 작동하게 될 가능성이 높다. 여기서도 우리는 법전문가들이 지배하는 형사사법체도가 문제 해결의 전면에서 나서는 안되는 이유로 보게 된다.

(4) 채권추심업자로 전락한 검찰과 문제해결 도구로 나선 형사사법체제

(171) 김상욱(어물중개상)은 결국 집안의 모든 것을 다 팔아 민사채무를 변제하여 선고유예를 받게 되는데, 한국에서 채무자에 대한 형사적 압박은 거의 관행이 되어 왔다. 즉, 채권 변제를 위하여 사기죄로 의율하는 것이 원칙이 되어왔으며, 채권추심업자로서 검찰이 기능하고 있는 것이다. 채권추심의 어려움은 담보제도에 대한 법률적 대비가 되도록 하는 자기규율 체제(self-regulation)을 깊숙이 도입하거나, 국가가 보험제도를 추가로 도입하여 변제 불능의 위험을 평균화하는 방안이 더 효과적인데, 이를 형사적으로 해결하게 되면 결국 진정한 사기범과 단순한 채무불이행자가 형사사법체제 작동의 초기 단계를 동일하게 고초를 겪으며 통과해야 하는 문제를 낳게 된다. 이 또한 형사사법체제가 다른 체계의 기능을 떠안음으로써 발생하게 되는 일이다. 문제는 이것이 구체적인 사안에서 효과가 있느냐가 아니라, 형사사법체제 이외의 다른 방안이 더 있고 그것을 시험해 보았는가 하는 점이다.

(5) 상습도박과 ‘범죄화되어야 하는 것’의 정당성 없는 설정

이 점에 대해서는 소설에서는 자세히 다루지 않고 있으나, 어떠한 형사정의 이론도 어떤 종류를 ‘범죄화할 것이냐’의 문제에 대하여 타당하고 정당화되는 답을 갖고 있어야 한다. 그러나 도박사기나 도박개장죄가 아니라 상습도박 자체를 처벌하는 것은 강제적 후견주의로서 그 자체가 형벌 작동의 근거가 될 수 없는 것이다.

“어떤 종류의 행위가 그 체계에 의해 범죄화되어야 하는가?”라는 질문에 대해 브레이스웨이트와 페티는³⁾ “공화주의 이론은, 사람, 재산, 그리고 다른 시민들의 영역을 위협하는 경향이 있는 행위만을 범죄화해야 한다고 믿는다.”고 하면서 법정모독죄의 확대 적용은 정당화되지 않는다고 지적한다. 즉, 법정모독죄는 공정한 재판에 대한 권리를 보호하고 지배영역 영역을 확보하기 위해서 중요하다. 사람들이 재판을 방해하고 부적절하게 휘방놓아서 배심원들에게 영향을 미치거나, 피고인이 재판이 이루어지는 동안 공중에게 불리하게 노출되게끔 한다면 그것은 공정한 재판을 받을 권리를 위협에 빠트리는 것이다. 그러므로 그러한

3) John Braithwaite and Philip Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, OxfordUniversityPress, 1993, p.94.

행위는 범죄화하는 것이 적절하다. 그러나 법정모독죄는 그러한 행위에 대해서 뿐만 아니라, 피고인의 격정적인 항의에 대해서도 종종 적용된다. 재판정에서 열변을 토하거나 판사를 바보라고 부르거나 했다고 말이다. “법정모독죄를 이러한 행위에 대하여 사용하는 것은 공정한 재판을 받을 권리를 보호하기 위한 것이 아니라, 그러한 처벌을 가하는 자의 감성을 보호하고 또 법정의 질서를 유지하기 위해서일 뿐이다. 이 두 목표 어느 것도 형법의 적용을 정당화하지 않는다.”

도박은 일종의 중독적 현상으로 자기 자신에게 피해를 주는 행위이다. 이로 인해 발생하는 다른 연쇄적인 문제는 그것을 구성요건으로 하는 별도의 행위에 해당되지 않는 한, 역시 형벌이 나설 일이 아니다. 도박이 뇌생리학적으로 특유한 중독적 현상이라면 형벌은 이것에 별 도움이 없을 뿐더러, 강제적 후견주의는 그 법철학적 정당화 근거도 박약하다. 조엘 파인버그(J. Feinberge)가 갈파하였듯이⁴⁾ 범죄화(criminalization)은, 이는 단순히 추하다거나 어리석다거나 제대로 못살았다고 비난하는 것을 넘어서 그 사람이 타인의 복지와 이해관심에 해악을 끼쳤다는 범죄의 악성을 낙인찍는 독특한 사회적 제재 체계다. 그렇다면 그러한 범죄화되어야 할 행위는 그만한 제재의 강도에 상응하는 속성(properties)을 지니고 있어야 하는데, 자기 자신의 삶을 제대로 꾸려나가지 못하였다는 것은 그러한 속성에 해당되지 않는다. 결국 이러한 사태를 피하려면, 형사사법체계의 목적은 모든 이들의 평등한 자유(신공화주의에서는 지배영역dominion)을 양립가능한 한 최대도 보장하려는 이념이 되어야 하는 것이다.

(6) 법의 부지 이론의 문제점과 자기 규율 체계의 도입.

법정법의 문제는, 복잡다단하고 그 수가 엄청나게 많은 현대 사회의 법 체계 속에서, 완전정보를 갖춘 이상적 법률가들처럼 시민들을 다루고, 형사사법체계의 폭력적 강제력(brute force)를 가장 일차적인 동원수단으로 쓴다는 점에 있다.

법률의 부지에 관한 근래의 대법원 판례를 살펴보자. 대법원 2011.10.13 선고 2010도 15260 판결은 자신의 행위가 구 건축법상 허가대상인 줄 몰랐다는 사정이 ‘법률의 착오’에 해당하는지 않는다고 하면서, “피고인이 구 건축법상 허가대상인 주택을 무허가로 건축하였다는 내용으로 기소된 사안에서, ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’에서 정한 제2종 지구단위계획구역 안에서의 건축에 해당한다는 사실을 알았다면 그 건축이 허가대상인 줄 몰랐다 하더라도 이는 단순한 법률의 부지에 불과하여 구 건축법 위반죄의 성립에 영향이 없는 데도, 이와 달리 피고인에게 무허가 건축의 범의가 없었다고 보아 무죄를 선고한 원심판결에 법리오해 및 심리미진의 위법이 있다”고 하였다.

법적 주체는 그 인식적 한계를 벗어난 것에 대하여 범의를 가질 수가 없다. 그럼에도 불구하고 ‘법의 부지는 용서하지 않는다’는 단순한 논리로 인지적 영역이 넓지 않은 많은 이들을 전과자로 만드는 형사사법 체계는 큰 문제가 있다.

정당한 법률 부지론은, 모든 사안을 막론하고 법률 부지를 용서하지 않는 것이 아니라, 어떤 법적 지식 ‘조회’의 ‘계기’가 생겼을 때, 그 ‘계기’에도 불구하고 조회의무를 이행하지 않거나 통상적으로 충분한 정도로 이행하지 않아 생긴 법률 부지를 처벌해야만 한다. 그런데 이와 같은 (대법원 판례와는 달리 조정된) 이론에 의해서도, 실제 그것이 조회의무를 발생시키는 계기인지를 인식하는 것 역시 개인의 능력차에 따라 다양하고, 또 현대 한국사회

4) Feinberg, Joel, *Harm to Others*, OxfordUniversityPress, 1987, Introduction..

에서 어떤 행위와 관련된 광범위한 조회를 모두 할 수 있는 여건이 되는 사람도 얼마 없다. 이는 세무사가 세무업무와 관련하여 조회의무를 이행하여 주듯이, 각 분야별로 법률가들이 기관을 이루고 있어 쉽게 조회의무를 이행하고 매뉴얼에 따라 대응할 수 있도록 하는 제도를 국가가 먼저 조성해주어야 그만큼 법적 처벌의 정당성이 생긴다고 할 것이다.

자기 규율(self-regulation)이란, 법준수의 의지를 가지고 있으나 그 전문적인 절차와 방법에 관하여 알지 못하는 이들에게 적절한 제도적 양식을 제공하여, 이를 항시적으로 준수할 수 있게 도와주는 것으로서, 자기 규율 체계를 도입하지 않고서 시민들을 법률 부지라고 일률적으로 처벌하는 것은 근대 국가의 폭력이라고 할 수 있다.

5. 사회적 정당방위, 사회적 긴급피난, 그리고 사회적 강요된 행위.

생계형 범죄자 박화영의 경우는 특별히 더 주의를 기울여 살펴보아야 한다. 응보주의자인 머피는, 극심한 권력과 자유에 있어서의 불평등을 항구적으로 내포하는 자본주의 체계 하에서는, 가난한 노동계급의 아들딸들에서 그 범죄율이 불비례적으로 높을 수 밖에 없으며, 모두가 동일한 우호적인 여건과 인지능력을 지닌 원자적 개인주의의 사고로는 이 문제를 포착할 수 밖에 없다고 한다. 머피의 결론은, 칸트적인 응보주의 이론을 전제로 하더라도, 현대 사회의 불평등의 여건에서는, 처벌이 정당화될 수 없는 것이라 한다.⁵⁾

(187-188) 박화영은 이미 결핵 중증으로 감옥에서 병사할 수 밖에 없는 처지다. 농부인의 죄는 원동기 모터를 훔쳐 팔아먹었다는 것이다. 이에 대해 김광하는 박화영이 정당방위로 위법성이 조각되거나 강요된 행위로 책임이 조각되어야 한다고 논한다. “자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해로 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있을 때에는 별하지 아니한다.”는 행위에 해당한다는 것이다. 박화영은 소득이 없고 또 아무도 사람들이 노동을 사주지 않고 굶어죽을 처지에 놓여 있었다. 이는 “이 법과 제도의 <부당한 행위>였다고 볼 수 있소”라고 한다. ‘부당한’이라는 것은, 박화영이 이 사회의 자연자산이나 자본재를 활용하여 자신의 소득을 벌지 못하게 법이 강압으로 물리력으로 배제하였다는 점이다. 또한 김광하는 위법성이 조각되지 아니하여도 박화영은 “자기 또는 친족의 신체 생명에 대한 위해를 방어할 방법이 없는. 상태에서 절도로 나아간 것이니까. 적어도 그에게 책임을 물을 수 없을 것이요.”라고 한다. 언뜻 보기에 궤변같아 보이는 이 논의는 실제로는 매우 적실하다.

이 점은 재산권이 소극적 자유에 속하고 이에 대한 침해는 적극적 침해라는 표피적인 이론을 벗어나야 이해할 수 있다. 스테르바⁶⁾는 소극적 자유에 기대어 자유방임 자본주의를 지지하고 복지국가를 반대하는 주장에 대하여 다음과 같이 논한다. 자유지상주의자들의 소극적 자유 옹호의 이상을 따르더라도, 자유방임 자본주의가 아니라 실질적 평등의 이념에 이르게 된다고 말이다. 스테르바는 기본적 필요 이상의 사치스러운 일에도 자원을 쓸 여유가 있는 부자가 있고, 가난한 사람이 기본적 필요(의료, 주거, 의복, 음식 등)를 충족시키지 못하는 상황을 논의한다. 이 때 소극적 자유를 보장해야 한다는 이념에 의하더라도 부자의 자원을 가지고 가난한 이가 기본적 필요를 충족하는 것을 도울 정당성이 있다고 한다. 그

5) G. Murphy, "Marxism and Retribution", in *A Reader on Punishment*, edited by Antony Duff & David Garland, Oxford University Press, 1994, pp.44-70.

6) Jan Narveson and James P. Sterba, *Are Liberty and Equality Compatible?*, Cambridge University Press, 2010, Part1.

이유는 “소극적 자유”를 무언가를 하는 것에 대하여 타인의 간섭을 받지 않을 자유로 정의하고 나면, 이 상황에서 문제되는 것은 부자의 소극적 자유만이 아니기 때문이다. 특정한 정치이론에 의하여 도덕화된 정의(definition)을 따르지 않는다면, 이 경우 문제되는 소극적 자유는 두 가지가 있다. 하나는 부자가 자신의 잉여 자원을 이용하여 사치스러운 소비를 하는 것에 있어서 빈자의 간섭을 받지 아니할 자유다. 다른 하나는, 빈자가 부자가 현재 가지고 있는 물건을 취하여 자신의 기본적 필요를 충족시키는 일을 함에 있어 부자의 간섭을 받지 아니할 자유다. 그런데 선결문제요구의 오류(결론이 되어야 할 것을 전제로 끌어다 쓰는 오류)를 범하지 않고 이 상황을 해결하기 위해서는 부자의 소극적 자유만이 자유이고 빈자의 소극적 자유는 자유가 아니니까 부자의 자유만이 보장되어야 한다고 말할 수는 없다. 그것은 논증되어야 할 결론이지, 전제로 끌어다 쓸 수 있는 것이 아니다. 결국 중립화된 소극적 자유 자체만 가지고는 어떠한 갈등 상황도 해결할 수 없다는 것이 드러난다. 이 상황에서 스테르바는 “당위”는 “가능”을 함의한다는 원칙에 따라서, 빈자가 자신의 소극적 자유를 억제하고 자신의 기본적 필요로 포기케 요구하는 것은 합당하지 않다고 한다. 따라서 이 경우 중요한 이익이 무엇인가에 따라 빈자의 소극적 자유가 우선해야 한다고 본다.

즉, 법질서의 정당성(legitimacy)라는 차원에서 재산의 보유자와 무자산자의 지위는 소극적 자유의 측면에서 대칭적이며, 여기에는 어떤 이익(interest)이 더 필수불가결(compelling)하느냐의 판단이 들어올 수 밖에 없는 것이다. 박화영의 사례는 소설 속의 사례만이 아니다.⁷⁾ 양극화의 심화로 생계형 범죄는 한국사회의 일상이 되었다. 국가가 취로하

7) 아래 인용된 기사의 모든 사례가 ‘아무도 고용해주지 않는다’는 위법성 또는 책임 조각의 여건이 갖추어진 것은 아니다. 또한 ‘아무도 고용해주지 않는다’의 기준이 얼마나 되어야 할지도 명확성의 문제가 있다. 그러나 중요한 것은 아래의 사례들은 법을 어기지 않을 수 있는 능력이 여건에 의해 객관적으로 축소된 사례들이고, 이 축소는 ‘법적으로’ 다루어져야 한다는 점이다.

“먹고 살기 힘드니”...돈되면 뭐든 훔친다 [연합뉴스 기사전송 2013-04-16 10:51]

(전국종합=연합뉴스) '공중전화기, 트럭에 있던 경우, 자판기 속 동전, 공중화장실 변기 밸브, 남의 집에 걸려있던 생선까지'

“먹고 살기 팍팍해지면서 생계조차 이어가기 어려워진 서민들이 훔친 물건들이다. 장기간 이어지고 있는 경기 불황 여파로 전국 곳곳에서 생계형 범죄가 잇따라 발생하고 있다. 부산에서는 공중전화기 2대가 도난당했다. 부산 부산진구 부암동 주택가에 설치된 공에 있던 공중전화기 2대가 뜯겨져 나갔다. 대담하게 공중전화기를 뜯어 훔친 사람은 일용직 공사장 인부인 이모(47)씨 등 2명. 이들은 지난달 19일 새벽 일감을 받기 위해 인력시장에 나갔지만 일을 받지 못했다. 당장 끼니를 걱정해야할 처지인 이들은 막막해졌다. 그때 눈에 들어온 게 공중전화기. 새벽이라 인적도 드물었고 일 나올 때 챙겨온 장비도 있었다. 곧장 공중전화기 2대를 부스에서 뜯어내 달아났다. 공중전화기라는 걸 숨기기 위해 분해한 뒤 다른 고물과 섞어 고물상에 15만원을 주고 팔았다. 덩치트럭 기름통에 있던 경유도 범행의 대상이 됐다. 강원도에 사는 황모(50)씨는 주차돼 있던 대형 트럭에 있던 경유를 훔쳤다가 경찰에 붙잡혔다. 황씨는 경유 1천650ℓ를 훔쳤는데 일부를 부모집 보일러에 넣은 것으로 조사됐다. 황씨는 "생활비를 못 드려서 부모님이 한겨울 추운 데서 지내시는 걸 보고 보일러에 기름을 넣어드리려했다"고 진술했다. 원주에서는 생활비가 부족하자 음료 자판기에 있던 동전과 지폐 등 200만 원 어치를 훔친 20대가 경찰에 붙잡혔다. 청주에서는 하수구 철관 덮개를 훔친 70대가 경찰에 붙잡혔다. 청주 흥덕경찰서에 절도 혐의로 붙잡힌 A(79)씨는 올해 1월 10일 오전 7시께 청주시 흥덕구 한 음식점 인근 도로에 설치된 10kg짜리 하수구 철관 덮개 1개(시가 5만원 상당)를 훔친 혐의를 받고 있다. A씨는 훔친 하수구 덮개를 고물상에 2만원에 팔아 생활비로 사용했다. A씨는 수년간 하루 2~3시간씩 폐지를 모아 판 돈으로 아내와 사글셋방에서 어렵게 생활한 것으로 알려졌다. A씨는 경찰에서 "하수구 철관 덮개가 폐지보다 돈이 더 될것 같아 손을 댔다"고 말했다. 경남 고성에서는 생활비를 마련하기 위해 공중 화장실 변기에 부착된 밸브를 싹쓸이한 50대 남성이 붙잡혔다. 무직인 권모(54)씨는 최근 한 달 동안 심야에 공중화장실 16곳에 들어가 변기 세척용 밸브 88개(484만원 상당)를 훔쳤다. 권씨는 생활고를 견디지 못해 범행한 것으로 조사됐다고 경찰은 전했다. 가난 때문에 먹을거리를 제때 구하지 못해 음식을 훔친 사건도 잇따랐다. 광주에서는 암 진단을 받은 60대 여성이 마트에서 한우와 생닭 등을 몰래 가져 나오려다가 붙잡혔다. 이 여성은 5년 전부터 홀로 기초생활수급지원비를 받아 살아오다가 최근 위암 진단을 받은 후 식비조차 부족할 정도로 생계에 어려움을 겪어온 것으로 조사됐다. 경남 통영에서는 반찬을 구하기 위해 말리던 생선을 훔친 70대가 경찰에 붙잡혔다. 이 노인은 통영시 한 주택가 베란다와 빨랫줄에 걸려 있던 대구와 물메기 등을 훔쳐 반찬으로 먹었다고

지 못하는 이들을 위하여, 최소한 최후의 피난처(last resort)로서 자기자신과 자식의 생계를 부양할 수 있을 정도의 생계비가 소득으로 지급되는 공공근로의 기회를 제공하지 못한다면, 생계형 범죄를 처벌하는 것은 정당하지 못하다. 왜냐하면 이는 국가가 모든 시민들의 자연자산과 축적된 자본에 대한 ‘사회적 지분’을 인정하고 이를 ‘기본소득’이나 ‘사회적 지분 급여’⁸⁾ 또는 모든 시민들이 수여받는 뮤추얼 펀드에 대한 쿠폰 배당금⁹⁾을 통해 모든 이들에게 정당한 최소한의 몫을 마련해줬다면 발생하지 아니할 일이었기 때문이다. 이런 제도가 마련되어 있지 않으면서 생계형 범죄를 기계적으로 상습절도의 가중처벌에 따라 결국 처벌하는 것은, (183) 법의 목적에 대해 김광하의 “그 법을 산출한 체계를 보호하고 유지하는 것이므로, 나머지는 바로 그 대전제 아래에서 부수적으로 추구될 따름이요.”라는 지적을 유의미하게 만들 뿐이다. 즉, 이 사회는 자유인들이 모두가 이득을 보는 규칙을 합의한 공화국이 아니라, 권력과 부를 가지고 있는 사람들을 보호하는 전체 체계일 뿐이라는 것이다.

6. 완벽한 자유의지에 대한 환상

형벌의 기본적인 모델은 모든 사람들이 동일한 의지적 능력, 인지적 능력을 갖추고 있음을 전제한다. 또는 그러한 의지적 · 인지적 능력의 차이가 자유의지의 행사에 따른 자신의 책임의 결과라고 본다. 그러나 그것은 환상이다.

가난한 노동계급에 불비례적으로 몰려 있는 범죄자들의 인간상은, 합리적 계산자의 그것과는 거리가 멀다. 미국에서는 1970년대 이후 현재까지 그 동안 범죄율은 15% 낮아졌는데 낮추면서 인구대비 평균 수감율은 400% 증가하였다. (더군다나 범죄율의 감소가 수감율의 증가 때문이라는 증거도 없다.) 1974년에 이르면 이미 범죄는 수지가 맞지 않게 되었다.¹⁰⁾ 이렇게 수지가 맞지 않는데도 범죄를 저지르는 이유는¹¹⁾ 다음 세가지 이유로 꼽힌다.

1) 위험과 보상의 잘못된 계산 - 낙관주의 편향. 잡힌 놈은 갇혀서 사라져서 눈에 보이지 않게 되고, 한번 잡혔던 놈도 도박사의 오류로 또 내가 잡히겠나 하는 생각을 하게 된다. 즉, 그들은 도박사와 같이 위험추구자로 보험가입자와 반대 선호를 갖고 있다.

2) 불확실성에 직면한 효용비최대화 행동

3) 장래에 대비한 즉각적 이득의 과대 평가

즉, 이미 그들은 비합리적 행위자로서, 합리적 행위자 모델을 갖고서 대응하는 것은 효과가 크지 않다. 이러한 점은 감방장과 신문지국장의 언행에서 잘 드러난다. 감방장은 자신을 고소한 여인이 자신을 꺼내주는 증언을 해줄 것이라고 기대하면서 “(167)그런데 - 그 썩어 빠진 년이 왜 안오지? 말 한마디만 잘해주면 지금 당장이라도 나갈 건데 말야 ……”라고 이야기한다. 그러나 막상 공판일에 그 피해자인 여성은 감방장에게 매우 불리한 증언을 하고 그는 전과로 말미암아 징역 2년 6개월이라는 그 수감자들 중 가장 강한 형량을 받게 된다. 신문지국장 역시 자신의 별볼일 없는 사회적 신분을 내세우며 자신의 행위를 정당화하지만 오히려 더 불이익을 받게 된다.

진술했다.(오수희 김재홍 강은나래 손현규 장아름 기자)”

8) 브루스 액커만, 앤 알스토틀 외 1명 저, 너른복지연구모임 역, 『분배의 재구성 (기본소득과 사회적 지분 급여)』, 나눔의집, 2010.

9) 존 로머저, 고현욱 역, 『새로운 사회주의의 미래』, 한울, 1996.

10) Kleiman, M. A. R., *When Brute Force Fails - How to Have Less Crime and Less Punishment*, PrincetonUniversityPress, 2010, p.69.

11) 위 책, pp.71-72.

이는 이들의 지능(IQ등)이 낮음을 의미하며, 또한 사회적 가치 및 합리적 행위에 관한 인지적 능력이 낮음을 의미한다. IQ 수준과 범죄 간의 상관관계는 매우 잘 알려져 있다. 그런데 IQ가 범죄를 스스로 억제하고 범죄와 관련하여 합리적인 의사결정을 내릴 능력과 그렇게 관련이 있다면, 이러한 이들을 강하게 처벌하는 것은 도덕적으로 정당화되지 못한다. 왜냐하면 IQ는 타고 나거나, 환경적 여건에 의해 조성되는 것이지 자신의 책임에 따라 자유의지 행사의 결과로 획득하는 것이 아니기 때문이다.

더군다나, 신경생리학(nerophysiology)의 발달로 사람의 감정, 충동, 규제력 등이 많은 부분 어떤 시점까지 형성된 신경회로망의 광범위한 결과임이 밝혀지고 있다. (195) 감방장이 처음부터 그렇게 범죄의 악성이 높고 권력적인 인물이었다는 것은 아니다. 그는 한 때 순진한 잠수부 청년이었다. “비록 지금은 이곳의 몇 안되는 죄인 중에 하나지만 스무두살 때 선창가의 술집 색시에 반해 값비싼 어구를 선주 몰래 들어낸 것이 오늘의 출발이오.” 자의적인 재량권력 체계로서의 형사사법체계의 작동이 감방장의 뉴런의 시냅스 연결을 범죄인에 더더욱 가깝게 만든 것이고, 이는 통계적으로 교도소가 ‘범죄의 학습장’이 되었음이 실증적으로 입증되는 것에 의하여 더욱 뒷받침된다.

클라이먼¹²⁾은 간호사가 빈곤 가정을 방문하는 프로그램을 실시하였을 때, 그 자녀의 범죄율은 69% 감소시켰다는 연구결과를 지적한다. 다시 말해 빈곤 가정의 특히 편모 가정의 경우 아주 어릴적 아이의 불우한 건강상태가 범죄로 이르게 하는 두뇌의 형성(또는 범죄를 저지르게 하지 않는 두뇌의 미발달)에 큰 영향을 끼치는 것이다. 그렇다면 빈곤 가정에 보편적인 간호사 방문 제도를 도입하는 것이, 처벌을 정당화하기 전에 선결과제가 아니겠는가?

인간의 자유의지에 대한 환상은 환경 오염물질의 제거가 범죄에 미치는 영향에서도 극적으로 드러난다. 클라이먼이 인용한 연구에 따르면¹³⁾ 미국 베이비 붐 세대와 오늘날 세대 IQ차이의 표준편차 반은 가솔린에 납을 제거하기로 한 1980년대의 결정에 따른 것이라 한다. 클라이먼은 IQ 자체가 범죄에 영향도 있을 뿐 아니라 납은, 충동성을 증가시키고 자기 규율력을 감소시킨다는 점을 지적한다. 그리고 1980년대 이후 어린이들의 납노출로부터의 배제는 1994-2004년 범죄감소의 반 이상에 기여하였다고 판단된다고 한다.

만일 빈곤가정의 자녀와 중간계급 이상 가정의 자녀 사이에 범죄율의 차이가 체계적으로 통계상 차이를 보인다면, 이는 두 집단 사이의 두뇌 발달, 뉴런 시냅스의 형성으로 인해 생기는 인지능력이나 성품 등에, 자유의지에 의하지 않은 광범위한 요인이 영향을 미치고 있다는 것이고, 이러한 요인들을 최대한 제거하려는 보다 포괄적인 시스템의 노력 없이 그들에게 형사제재를 집중시키는 것은 사실상 국가의 차별적인 폭력에 다름 아닌 것이다.

<끝>

12) Kleiman, M. A. R., *When Brute Force Fails - How to Have Less Crime and Less Punishment*, PrincetonUniversityPress, 2010, p.127.

13) 위 책, p.133.