

청소년 유해환경과 규제의 정당성*

이 광 호 편역**

- I. 유해환경과 유해성의 개념
II. 유해환경의 규제와 파터널리즘

I. 유해환경과 유해성의 개념

1985년 2월 13일부터 시행된 신흥영법(新風營法); 즉 '풍속영업단속법'의 일부 개정은 새로운 섹스산업의 범람이 악화일로에 있는 소년비행을 더욱 조장시키고 있다고 간주하고, 청소년의 건전한 육성을 위한 사회환경의 정화를 겨냥한 것이라 할 수 있다. 그러나 유해환경으로부터 청소년을 보호하기 위한 공권력의 개입은 청소년 보호육성 조례에 바탕을 두고도 이루어질 수 있기 때문에, 신흥영법의 운용에 있어서 우선적으로 유해환경과 청소년 비행의 관계가 문제시될 것으로 예상된다. 여기에서는 풍속환경에 국한하지 않고 청소년을 둘러싼 유해환경과 그 유해성의 개념에 대하여 검토하고자 한다.

1. 유해환경의 개념

청소년의 건전육성을 위해서는 청소년들로 하여금 유해한 환경을 가까이 하지 않게 하는 것이 무엇보다 중요하다. 그렇다면 '유해한' 환경이란 어떠한 것을 말하는가? 본래 유해환경 자체가 상대적인 개념이고, 또한 그 자체가 유해한 것과 매체에 따라 유해한 것이 될 수 있는 것으로 구분할 수 있다. 독실마사지, 성인용품점 등은 그 자체가 청소년들에게 유해한 것이라고 할 수 있지만 심야음식점, 디스코장, 오락장 등은 그 자체가 유해한 환경이라고 볼 수는 없다. 예를 들어 디스코장은 그 자체가 비행의 장이라기보다 청소년들이 디스코장을 출입한 이후의 행동이 문제가 되는 것이며, 이때 디스코장은 단순히 비행으로의 접근을 촉진하는 형태로 비행에 관여한다고 볼 수 있다¹⁾. 분명히 성장환경에 문제가 있는 청소년이나 나

* 이 자료는 일본 중앙대학 교수인 藤本哲也가 1985년에 쓴 "유해환경과 유해성의 개념", 法律時報, 제57권 7호와 1987년에 집필한 "유해환경의 규제와 파터널리즘", 法學新報, 제39권 6·7·8호의 내용을 편집한 것이다.

** 한국청소년연구원 주임연구원

1) 디스코에 대해서는 星野周弘·田村雅幸·内山絢子(1980), "디스코장에 출입하는 청소년의 실태", 靑少年問題, 27권 6호, 35~41쪽; 内山絢子(1981), "상업오락과 비행", 犯罪와 非行, 47호, 60~76쪽; 總理府靑少年對策本部(1980), 디스코장에 출입하는 청소년의 실태조사 등 참조.

이 어린 소년들에게 디스코장은 비행으로 빠지게 하는 위험성을 많이 내포하고 있지만, 그 자체만으로는 결코 유해환경이라 할 수 없다. 또한 서구 여러 국가에서는 유해하다고 하지 않는 포르노 잡지가 일본에서는 유해하다고 간주되는 경향이 강하며, 같은 일본에서조차 포르노 잡지가 유해하다고 보는 사람과 그렇지 않다는 사람들로 나뉘고 있다²⁾. 따라서 우리는 청소년의 연령, 정신발달 정도, 특히 지역의 전통과 문화에 따라서 유해하다고 간주되는 것에는 상당한 차이가 있다는 사실에 주목하고, 유해환경 개념의 상대성을 이해할 수 있다.

이러한 인식을 바탕으로 유해환경의 개념은 다음과 같이 정의될 수 있다. 즉, 유해환경이란 “청소년에게 유해한 영향을 미칠 가능성이 있는 매체, 물(物), 장소, 기회, 행위 등”을 말한다. 이것을 구체적으로 살펴보면, 음란서적·완구·유흥업 등과 같이 성적 감정을 자극하거나 폭력성(잔학성)을 조장하고 혹은 청소년 범죄를 유발하여 청소년의 건전한 육성을 저해할 우려가 있다고 인식될 수 있는 것을 말한다³⁾.

그렇다면 우리가 문제삼는 ‘유해환경’이란 무엇을 말하며, 그것은 완전하게 합의 가능한 것인가? 우리가 어떤 환경을 유해환경이라고 인정할 때 누가 무엇을 유해환경으로 보느냐에 따라서, 즉 성인이나 청소년이나에 따라서 상당한 차이가 있을 것이다. 특히 유해환경이 경찰에 의해 정의되는 경우와 청소년 보호육성 조례에 의해 정의되는 경우에 그 취지는 전혀 달라질 수 있다. 예를 들면, 경찰에 의해 개념상 유해환경으로 인식되고 있는 것은 (1) 심신 발달에 유해한 영향을 미치는 물적인 것(불량출판물, 유해완구 등), (2) 심신 발달에 유해한 영향을 미치는 영업·유흥업(스트립극장 등), (3) 범죄나 비행을 유발하는 장소(불량소년들이 모이는 공원, 아파트 등)로 나누어 볼 수 있고⁴⁾, 청소년을 둘러싼 환경정화 활동에 있어서는 (1) 현저하게 성적 감정을 자극하고 잔학성을 조장할 우려가 있는 출판물·광고물·영화·방송 등, (2) 청소년들이 모여서 흡연·음주·불순한 이성교제 등을 행하며 불량자와 연결되거나 혹은 매춘 등을 주선하는 장소가 됨으로써 청소년의 비행화나 전락의 온상이 되고 있는 장

2) 구미, 특히 미국에서는 1960년대에 들어서부터 포르노 잡지가 성인에게는 유해하지 않다는 견해가 강해졌고, 1970년에는 ‘외설에 관한 대통령위원회’가 외설표현물과의 접촉으로 발생하는 26가지의 해(害)와 4가지 중립적 효과, 6가지의 이익에 대해 분석하였지만, 결국 그 유해성에 대해서는 부정적인 결론을 내렸다. 외설에 관한 대통령위원회의 보고에 관해서는 田宮裕(1971), “외설에 관한 대통령위원회의 보고서 (1) (2)”, *ジュリスト*, 477호 참조. 단, 미국문학 중에서 범죄와 매스미디어의 관계를 개관한 것으로서 폭력범죄에 대해서는 Garofalo, J. (1981), “Crime and Mass Media: A Selective Review of Research”, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, Vol. 18, No. 2, pp. 319~350; 성범죄에 관해서는 Kutchinsky, B. (1983), “Obscenity and Pornography: Behavior Aspects” in Kadish, S. H. (ed.), *Encyclopedia of Crime and Justice* (Vol. 3), N.Y.: The Free Press, pp. 1077~1086 참조. 또한 최근 페미즘운동의 추세에서 aggressive pornography가 남성의 성범죄를 유발한다는 이론이 대두하고 있다. 대표적인 문헌으로는 Donnerstein, E. (1983), “Pornography: Its Effect on Violence against Women”, in Malamuth, N. and E. Donnerstein (eds), *Pornography and Sexual Agression*, N.Y.: Academic Press가 있다.

3) 奥平康弘 編著(1981), 청소년보호조례, 學陽書房, 37쪽. 유해환경이 청소년비행에 미치는 영향에 대해서는 總理府青少年對策本部(1984), 청소년보호육성조례의 현상 등에 대하여—청소년보호육성조례연구회 조사연구 보고서 참조.

4) 太田盛久(1982), “유해환경 정화대책”, 경찰학논집, 35권 8호, 189쪽.

소, (3) 청소년에게 유해한 물적인 것을 판매하는 자동판매기 등이 유해환경이라고 정의될 수 있다⁵⁾.

또한 청소년 보호육성 조례에 있어서 유해성의 요건은 대다수의 현(縣)에서 ‘성적 감정의 자극’, ‘잔학성 조장’ 등에 의한 청소년의 전전한 육성을 저해할 우려가 있는 것으로 지적하고 있다. 특히 ‘범죄성의 유발과 조장’, ‘공포심 조장’, ‘도의를 해치는’ 것 등을 요건으로 간주하는 곳도 있다⁶⁾. 이처럼 유해환경의 개념은 여러 가지로 정의할 수 있지만, 한마디로 말해 청소년의 정상적인 심신 발달을 저해하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 유해환경은 편의상 다음과 같이 분류할 수 있다.

- (1) 유해행위(성인에 의한 관여행위 포함)-① 음행 ② 야간배회 ③ 문신새기기 등
- (2) 유해물품(심신 발달에 유해한 영향을 미치는 물품)-① 잡지자판기 ② 유해완구(성인용구) ③ 유해도서(포르노 잡지, 청소년 잡지, 만화) ④ 유해광고물 ⑤ 유해약품(신나, 톨루엔) ⑥ 술·담배자판기 ⑦ 포르노·비디오테이프 및 디스크 ⑧ 성인 영화(포르노물, 폭력물) ⑨ 피임기구 ⑩ 스포츠신문 ⑪ 특정 라디오 및 TV 프로그램
- (3) 유해시설(범죄나 비행에 유발하는 장소적인 것)-① 모텔 혹은 러브호텔 ② 스트립극

장 ③ 포르노·비디오 상영장 ④ 애인은 행

- (4) 그 자체는 유해환경이 아니지만 시각에 따라서는 유해한 환경으로 간주될 수 있는 것-① 자전거 절도가 빈번하게 일어나는 역 주변 ② 전자오락실 ③ 디스크장 ④ 심야음식점 ⑤ 스베코너 등
- (5) 청소년에게 위험을 가하고 음식물을 파는 지역의 불량집단·폭력단
- (6) 정보공해

2. 유해환경과 청소년비행의 관계

유해환경과 청소년비행의 관계에 있어 가장 문제가 되는 것은 매스미디어의 영향일 것이다. 물론 매스미디어 그 자체를 유해환경이라고 할 수는 없다. 그러나 매스미디어가 청소년에게 심대한 영향을 미치고 있는 것은 사실이다⁷⁾. 이미 오래전부터 경찰청의 보고에 따르면 성과 관련된 비행 가운데 몇 가지의 사례는 포르노 영화의 영향을 받았고, 또 동경에서 일어난 성비행의 10%는 포르노 잡지로부터 직접 자극을 받은 것이다⁸⁾. 매스컴문화나 이로부터 비롯된 정보환경이 청소년의 비행화에 미치는 영향이 매우 크다는 것은 전문가들에 의해서도 지적되고 있는 사실이며, 비행소년은 다른 동갑내기 소년들에 비해 성적인 정보에 접근하기를 좋아하고, 그 빈도도 많다는 연구결과도 있

5) 太越康弘(1978), “소년을 둘러싼 환경정화 활동”, 경찰학논집, 31권 12호, 95쪽.

6) 總理府青少年對策本部(1982), 都道府縣 青少年保護育成條例集 참조.

7) 매스미디어가 범죄나 비행과 관계있다고 주장하는 글로는 根本芳雄(1979), “소년문제 序說(4)-소년문제의 일반적 배경”, 경찰학논집, 32권 4호; 中里至正(1972), “비행소년의 매스컴접촉”, 경찰연구, 43권 7호; 平尾靖(1973), “비행으로의 傾斜(1)”, 갠생보호, 24권 10호 등이 있다. 그 반대로 관련성이 없다고 주장하는 논문으로는 堀部政男(1979), “매스미디어와 소년비행-청소년조례에 의한 대응과 문제점”, 橋論叢, 82권 1호가 있다.

8) 安藤博(1979), “현대 性 狀況에 대한 범죄학적 접근-청소년보호와 성표현의 자유의 대립을 중심으로”, 범죄사회학연구, 4호, 217쪽.

다⁹⁾. 이와 같은 직접적인 영향뿐만 아니라 성적인 내용을 포함한 매스컴정보가 간접적으로 영향을 미치는 경우도 있다. 매체의 측면에서 살펴보면 TV와 잡지가 이러한 간접영향을 미치는 대표적인 사례라고 할 수 있다¹⁰⁾. 특히 TV나 잡지는 누구나 쉽게 접근할 수 있기 때문에 더욱 심각하다. 사실 TV나 잡지의 범죄 유발 가능성에 대해서는 다음과 같은 사항들이 지적되고 있다.

- (1) TV의 폭력장면, 성적 장면, 범죄장면이 비행의 원인이 될 수 있다.
- (2) TV에 의한 수동적·외존적 태도가 인간의 내면적 타개력을 저하시키고 스트레스를 유발하여 비행의 원인이 된다.
- (3) TV에 의해 바람직한 가족관계 내지 가족의 일차적 집단성이 와해됨으로써 비행의 원인이 된다.
- (4) 잔인한 영화, 저속한 주간지, 포르노 잡지, 혹은 저속한 TV 프로그램이 비행의 원인이 된다.
- (5) 일부 외설적인 대중오락물이 처참한 살인극이나 도발적인 포르노영화 등을 통해 폭력을 그럴듯하게 보여주거나 법질서의 구속으로부터의 해방을 찬미하는 듯한 연기를 묘사하는 것은 청소년의 불량행위를 자극하는 무시할 수 없는 요인이다. 폭력영화나 포르노영화를 보고난 후 곧바로 영화나 TV 장면에서의 행동

을 재현해 보고자 하는 충동에 사로잡혀 폭력이나 성비행 등을 저지를 위험에 이를 수 있다.

TV, 영화, 만화 등의 회화적 미디어는 책, 잡지, 신문, 라디오 등에 비해 공상적 내용의 현실 동일시와 스테레오타입의 사고방식을 조장한다는 지적도 있고, 매스미디어의 접촉빈도 조사결과를 보면 비행청소년 집단은 TV 시청 시간이 더 많은 것으로 나타났다¹¹⁾.

그러나 이러한 매스미디어의 영향에 대해서는 (1) 성적·범죄적·폭력적인 매스컴 정보가 비행의 원인으로 작용하는 빈도는 적고, 또 그 영향력이 인정될 때에도 동료집단이 매개요인으로 작용하는 경우가 많다. (2) 예를 들어 매스컴 정보가 청소년들에게 반사회적 행위에 관한 정보를 제공하는 동시에 그 행위 수행에 유리한 기회를 제공한다 하더라도 반사회적 행위가 나타나는 경우는 드물다. (3) 비행소년 집단과 일반소년 집단의 범죄적 미디어 내용에 대한 접촉 차이는 인정되지 않는다는 의견이나 연구보고도 있다는 사실에 유의할 필요가 있다¹²⁾.

또한 유흥시설과의 관계에서 (1) 비행소년의 경우 오락실 등의 유흥환경 접촉 빈도가 높다. (2) 청소년들에게 디스코장은 매력적인 곳이며, 성장하는 소년에게 비행의 계기를 제공해주는 장이 되고 있다. (3) 나이가 어린 소년들에게는 소비적 환경, 사행심을 부추기는 환경

9) 高橋良彰(1971), “매스컴의 접촉과 반응”, 과학경찰연구소보고 방법소년편, 12권 12호, 106~115쪽.

10) 이점에 대해서는 總理府靑少年對策本部(1983), 청소년문제의 현상과 대책(1983년판 청소년백서), 59쪽 이하 참조.

11) 麥島文夫(1970), “섹스·폭력프로그램 비판의 구조”, 아동심리, 24권 2호, 149쪽; 丙山絢子(1982), “절도소년의 생활실태에 대하여”, 과학경찰연구소보고 방법소년편, 23권 2호, 116~180쪽.

12) 宇野昇 외(1962), “잠재비행소년과 TV시청”, 일본민간방송연맹 편, TV를 보면 불량해지는가; 星野周弘(1981), 범죄사회학원론, 立花書房, 343쪽.

등이 친구집단, 시간, 장소 등의 요인과 상승 작용을 일으켜 비행의 계기가 된다. 또한 디스코장은 가장 유해한 환경으로서 청소년에게 비행으로의 유혹을 가장 강하게 일으키는 장소라는 연구결과도 있지만¹³⁾, 현재 유해환경이 청소년에게 어떤 영향을 미치는가에 대해서는 질적·양적으로 충실한 실증적 연구를 기대해야 할 상황이다.

3. 정보공해와 비행

일반적으로 정보공해는 매스컴 정보공해로 이해되고 또 TV 정보공해로도 이해되고 있으므로, TV정보의 접촉량이 공부·독서·여가활동의 감소, 도피적 행동 등에 얼마만큼 영향을 미치는가를 고려해 볼 필요가 있다. 이때 이러한 영향의 형태는 가치부여적이기보다는 오히려 가치박탈적으로 작용한다고 볼 수 있다. 분명히 현대사회는 정보화사회라고 일컬어지고 있다. 정보화사회의 특징은 규범적 갈등, 사회 통제력의 약화, 도덕의식 저하 등으로 집약될 수 있지만¹⁴⁾, 특히 매스컴에서 보여주는 행동 준칙이 현실사회로 침투하게 되면 될수록 많은 문제가 야기되리라는 것은 쉽게 짐작할 수 있다. 어떤 의미에서 현대의 매스컴 정보환경 그 자체는 청소년에 대한 좋지 않은 영향력을 가지고 있으며, 또 청소년의 매스컴 정보의 수용 방법에도 영향을 준다고 할 수 있다. 일반적으로 정보공해가 청소년에게 미치는 영향에 대해

서는 (1) 정보내용이 청소년의 성격, 태도, 행동양식 등에 나쁜 영향을 주며, (2) 매스미디어 특히 시각적 매스미디어에 대한 장시간 접촉이 청소년에게 바람직하지 못한 성향을 형성시키고, (3) 지나치게 많은 정보량이 청소년에게 과중한 부담이나 고민을 안겨주며, (4) 현대 정보환경의 특성 그 자체가 청소년의 성향이나 행동양식에 부정적인 영향을 미친다는 것 등으로 지적되고 있다¹⁵⁾. 특히 과다한 정보량이 청소년의 부담을 증대시켜 학교에서의 학습 속도를 따라가지 못하거나 학교생활에 적응하지 못하고, 결국 학습의욕을 상실한 채 등교 거부 또는 자퇴하기도 하여 학습에 관한 심각한 고민을 지닌 청소년들을 양산해내고 있다는 사실은 매우 중요한 의미를 갖는다. 매스컴 정보의 내용이 비행의 한 원인인지 아닌지는 분명하지 않지만 그 자체로서는 유해환경이라고 말할 수 없으며, 때와 장소에 따라 소위 유해환경으로 간주될 수도 있는데 문제는 바로 이러한 경우이다.

이상과 같이 유해환경과 유해성의 개념을 파악할 때, 개정된 풍속영업단속법의 규제대상이 되는 유해환경 이외에도 우리가 살아가는 현대 사회 속에는 언뜻 보기에 유해하다는 것을 인식하지 못하는 유해환경이 존재할 수 있다. 그러나 우리가 유해환경에 대해 생각할 때 무엇보다도 중요한 것은 청소년을 무균(無菌)상태에서 성장하게 하는 것이 최선의 방법이 아니라

13) 內山(1981), 전계논문 참조.

14) TV와 비행과의 관계에 대해서는 中西尙道(1965), "TV와 청소년비행에 대하여", 文研月報, 47~51쪽; NHK總合放送文化研究所(1965), 미국상원 청소년비행조사 소위원회 중간보고, TV와 청소년비행화, 외국자료 204호; Surgeon General's Scientific Advisory Committee on Television and Social Behavior(1971), *Television and Growing Up: The Impact of Television Violence*, U.S. Department of Health, Education, and Welfare.

15) 星野(1981), 전계서, 332쪽 이하에 자세하게 서술되어 있다.

는 사실이다. 청소년의 건전육성을 위해 청소년을 무균상태에 두게 된다면 옳고 그름(正邪)과 선악(善惡)을 잘 판단할 수 있는 균형있는 인간으로 키울 수 없기 때문이다. 성인이 청소년들에게 건전한 환경을 마련해 주는 것도 중요하지만, 동시에 건전하지 못한 환경 속에서도 스스로 건전하게 행동할 수 있는 청소년을 육성하는 것도 성인의 의무인 것이다.

II. 유해환경의 규제와 파터널리즘

1. 규제의 기본원리

1985년 2월 13일자로 신풍영업법(新風營法: 풍속영업 등 업무의 적정화 등에 관한 법률)이 시행됨에 따라 유해환경의 문제, 특히 청소년에 대한 유해환경 문제가 학회에서 자주 논의되고 있다¹⁶⁾. 우선 유해환경을 어떻게 정의하느냐에 따라 다양한 논의가 가능할 것이다. 앞장에서 제시한 바와 같이 유해환경이란 청소년에게 유해한 영향을 미칠 가능성이 있는 매체, 물, 장소, 기회, 행위 등이며, 구체적으로는 성적 감정을 자극하거나 폭력성(또는 잔학성)을 조장하고 혹은 청소년 범죄를 유발하여 청소년의 건전한 육성을 저해할 우려가 있는 것이라 할 수 있다. 한마디로 청소년의 정상적인 심신 발달을 저해하는 것이 유해환경이다¹⁷⁾.

유해환경이라는 개념 자체가 상대적이라는 사실은 두말할 필요도 없지만, 유해환경의 개념정의 문제보다도 중요한 것은 유해환경에 대

한 규제가 과연 어떤 근거에 의해 정당화될 수 있는가 하는 점이다. 지금까지 공권력이 시민의 사회적 행동을 규제하는 근거나 이유로서 다음과 같은 세 가지의 기본원리가 주장되고 있다. 첫째, 침해의 원리 *harm principle*이며 둘째, 모럴리즘 *moralism* 셋째, 파터널리즘 *paternalism*이다. 여기서 말하는 침해의 원리는 J.S. Mill이 제시한 원리로서, “개인의 의지에 반하여 자유를 간섭할 수 있는 것은 그 개인의 타인에 대한 침해를 방지하기 위한 것만을 의미한다.” Mill은 구체적으로 다음과 같이 기술하고 있다.

이 논문의 목적은 이용가능한 수단이 법적 형벌이라는 형태의 물리적인 힘이며, 여론이라는 도덕적 강제이고, 강제와 통제라는 형태에서의 개인에 대한 사회의 처분을 절대적으로 지배할 자격이 있는 하나의 단순한 원리를 주장하려는 것이다. 그 원리라는 것은 인류가 개인적으로 또는 집단적으로 누군가의 행동의 자유를 정당하게 간섭하려는 유일한 목적은 자기방위이다. 즉, 문명사회의 구성원에 대해 그의 의지에 반하여 정당하게 권력을 행사하려는 유일한 목적은 타인에 대한 위해(危害)의 방지이다. 그 자신의 행복은 물리적·도덕적인 것이고, 충분히 정당화되는 것은 아니다. 그렇게 하는 편이 그를 위해 좋을 것이라든지 다른 사람의 의견에 따라 그렇게 하는 것이 현명하고 옳기 때문이라고 해서 그에게 어떤 행동이나 억제를 강제하는 것은 정당하다고 할 수 없다. 이것은 그에게 충고한다든지 그를 설득시킨다든지 그에게 탄원한다든지 하는 데에는 충분한 이유가 될 수 있을지라도, 그에게 강제한다든지 그렇게 하지 않을 경우에 어떤 벌을 가한다든지 하는 데 있어서의 이유가 되지는 않는다. 그것이 정당화되기 위해서는 그가 단념하는 것이 바람직함에도 불구하고 어떤 행위를 했을 때

16) 최근에는 주로 일본범죄학회와 일본형법학회에서 다루어지고 있다.

17) 拙稿(1985), “유해환경과 유해성의 개념”, 法律時報, 57권 7호, 19쪽; 拙稿(1985), “메스미디어와 유해성의 개념—메스미디어는 소년비행의 원인인가”, 比較法雜誌, 19권 3호, 16~19쪽.

그런 행위가 어떤 다른 사람에 대해 해(害)를 미칠 것이라고 예측될 수 있어야만 한다. 인간의 행위 가운데 사회의 처분에 따라야만 하는 부분은 타인에 관계되는 부분일 뿐이다. 당연히 자기 자신과 관계되는 행위에 있어서는 독립이 절대적이다. 그 자신에 대해서, 그 자신의 신체와 정신에 대해서 개인은 주권자이다¹⁸⁾.

이 내용에 따르면 침해의 원리에서는 ‘개인의 타인에 대한 침해’를 방지한다는 목적만이 정당화될 수 있고, 이때 침해의 대상은 시민의 생활이익(생명, 신체, 자유, 재산의 안전)의 침해에 한정된다. 즉, 시민 안전의 보호를 목적으로 하는 규제만이 정당화될 수 있다¹⁹⁾.

모럴리즘이란 모든 측면에서 사회도덕(윤리)의 유지를 중요시하는 입장이다. 이것이 특히 법적 개입을 정당화하는 근거로 사용될 경우에는 합법적 모럴리즘 *legal moralism*이라고 한다. 합법적 모럴리즘을 이해하기 위해서 平野龍一의 설명을 참고할 필요가 있다.

형법의 목적이 개인의 생명, 신체, 자유, 재산의 보호에 있다 하더라도, 형법이 윤리와 전혀 무관하다고 할 수만은 없다. 사람을 살해한다든지, 물건을 훔치는 것이 윤리적으로 악(惡)이라는 인간의 의식과 동떨어져서는 그 처벌도 전혀 효과를 기대할 수 없다. 이러한 한도에서 형법과 윤리는 중첩되며, 상호적으로 작용하는 것이다. 그러나 법의 윤리성을 강조하는 사람들은 그 이상의 것을 주장하려고 한다. 즉, 형법의 목적은 윤리의 실현 그 자체이며, 살인이나 절도를 처벌하는 것도 개인을 보호하기 위한 목적이 아니라 오히려 윤리를 실현하기 위한 것일 뿐이라고 주장한다. 역으로 윤리적으로 악한 것은 그것이 악하다는

이유만으로 형벌권의 행사를 정당화할 수 있다고 간주한다. 이와 같은 주장이 가능할 때 이를 합법적 모럴리즘이라 부를 수 있을 것이다²⁰⁾.

모럴리즘의 입장, 보다 정확하게는 합법적 모럴리즘의 입장에서는 법에 의한 사회도덕 유지 그 자체가 강조되고, 사회준칙의 확보를 위해 부도덕한 행위는 부도덕하다는 것만으로 범죄로서 처벌 대상으로 삼는 것이 정당화된다고 판단한다. 그렇다면 澤登俊雄이 지적하는 바와 같이, 합법적 모럴리즘에서는 윤리의 유지라는 목적이 개입을 정당화하는 것이기 때문에 ‘개인의 타인에 대한 침해’가 없더라도 그 개인의 행위가 반윤리적이라는 이유만으로 개입이 정당화된²¹⁾. 이러한 논리를 주장한 대표적인 인물로서는 데블린-하트 논쟁으로 유명한 데블린(P. Devlin)판사가 있다. 1957년 영국의 웰링턴보고는 합법적 모럴리즘을 부정하고 동성애와 매춘의 원칙적인 비범죄화를 권고하였다. 이에 대해 데블린은 부도덕을 부도덕으로 처벌하기 위해서 형법이 원용될 수 있다는 것으로 그 권고에 반대한 것이다²²⁾.

파터널리즘이란 일본에서는 일반적으로 ‘온정주의(温情主義)’, ‘가부장적 간섭’, ‘부권주의(父權主義)’로 일컬어지고 있지만, 한마디로 말해서 “본인에게 이익이 되는 것으로 개입을 정당화하는 원리이다”. 中村直美는 파터널리즘의 개념을 “어떤 사람(S)이 타인(A)에 대해 침해를 야기하는 경우가 아니더라도 S 자신에게 이익이 된다는 이유로 개인 혹은 단체-예를 들

18) J.S.Mill, 早坂忠 譯(1969), 자유론, 關嘉彦 編, 세계의 명저38, 中央公論社, 224~225쪽.

19) 平野龍一(1966), 형법의 기초, 東京大學出版會, 115쪽; 澤登俊雄(1986), 新社會防衛論의 展開, 大成出版社, 289쪽.

20) 平野, 전제서, 102쪽.

21) 澤登, 전제서, 289쪽.

22) 데블린의 견해에 대해서는 井上茂(1972), 법철학연구(제3권), 有斐閣, 97~147쪽.

면 국가가 S에 대해 어떤 개입행위를 할 수 있는 원리”라고 표현한다²³⁾. 최근의 파터널리즘 논의에 하나의 계기를 제공해 준 사람은 하트(H.L. Hart)이다. 하트는 현대는 밀이 살았던 시대와는 달리 개인이 자기 자신의 이익을 가장 잘 알고 있는 것은 말할 것도 없고, 개인의 자유로운 선택이나 합의의 의의를 감소시키는 요인이 증가해온 상황에 비추어 개인이 스스로 자신을 보호하기 위해 법을 이용하는 것을 정당화하는 법적 파터널리즘이 승인된다고 주장한다. 즉, 하트는 파터널리즘을 밀의 침해의 원리와 데블린의 도덕원리의 중간에 위치하는 것으로 간주한다고 볼 수 있다²⁴⁾.

또한 최근에 파터널리즘을 논의하는 대표적인 인물인 드웨킨(G.D.Dworkin)은 파터널리즘이란 강제를 당하는 사람의 복지, 행복, 이익 ...을 근거로 해서 정당화되는, 개인의 행위의 자유에 대한 간섭이라고 정의하고 있으며²⁵⁾, 또 파인버그(J.Feinberg)는 합법적 파터널리즘의 원리는 “개인이 스스로 초래한 피해로부터 스스로를 지키기 위해 국가의 강제를 정당화하는 것”이라고 한다²⁶⁾.

이상과 같이 유해환경의 규제원리로는 ①침해원리, ②모럴리즘(도덕원리), ③파터널리즘(가부장적 원리) 등을 들 수 있다. 웰링턴의 보고에 대한 데블린-하트 논쟁에서 하트는 데블

린의 도덕원리에 반대하고 자신이 제시한 파터널리즘이 밀의 침해의 원리를 현대적 상황에 맞게 수정·계승한 것이라고 주장한다²⁷⁾. 동일한 맥락에서 청소년 보호를 목적으로 하는 유해환경의 규제는 침해의 원리를 거쳐 가부장적 원리의 성격을 띠고 있다. 그중에서도 파터널리즘은 본래 침해의 원리를 기초로 한 것이나 유해환경의 규제에 있어서 도덕원리에 대항한 것이라 할 수 있다.

2. 성인 파터널리즘과 아동 파터널리즘

근래에 들어 행정국가, 복지국가의 이념아래 공권력에 의해 시민적 자유의 개입이 확대되고 있다. 성인들 사이에서 동성연애를 문제시하거나 개인의 자살을 범죄로 간주하는 등 일본의 법률이 규제하고 있지 않은 문제를 비롯하여, 피해자의 동의의 문제(형법이 피해자의 동의를 항변으로 인정하지 않는 것), 약물사용 규제의 문제, 의료행위에서 환자의 동의 문제, 운전자의 안전벨트 및 안전모 착용 강제의 문제 등 가부장적 개입 내지는 간섭이 문제되는 사례는 매우 많다. 그러나 종래의 파터널리즘 문제는 주로 성인을 대상으로 논의되어 왔으며, 그 시사비를 가릴 수 있는 요건이 무엇인가가 논의의 중심을 이루고 있었다. 파터널리즘에 의한 개입의 이유가 개입당사자의 이익을 지키는

23) 中村直美(1984), “파터널리즘의 개념”, 西山・井上 編, 井上正治還暦祝賀記念, 刑事法學の諸相(上), 有斐閣, 163쪽.

24) 田中成明(1984), 현대법리학, 有斐閣, 87~88쪽; 中村直美(1982), “법과 파터널리즘”, 日本法哲學會 編, 法哲學年報-법과 강제, 有斐閣, 42쪽.

25) Dworkin, G.(1983), “Paternalism” in Sartorius, R.(ed.), *Paternalism*, Minnesota: University of Minnesota Press, p.20; 中村(1981), 전제논문, 156쪽. 단 이 정의에 대해 드웨킨 자신이 다시 쓴 글로서는 Dworkin, G.(1983), “Paternalism Some Second Thoughts”, in Sartorius, R.(ed.), *Paternalism*, Minnesota: University of Minnesota Press, pp.105~112.

26) Feinberg, J.(1983), “Legal paternalism”, in Sartorius, R.(ed.), *Paternalism*, Minnesota: University of Minnesota Press, p.3; 中村, 전제논문, 157쪽.

27) 田中, 전제서, 87쪽.

것이라 하더라도 그 당사자의 이익을 판단하는 사람이 공권력을 가진 기관이라는 것을 생각하면, 파터널리즘에 의한 개입에 있어서 명확한 근거나 요건이 설정되지 않으면 안될 것이다. 더욱이 유해환경 규제의 경우에는 청소년이 주된 대상이기 때문에 '아동에 대한 파터널리즘'이라는 새로운 측면을 검토해 볼 필요가 있다.

종래의 법이론에서 파터널리즘의 문제는 성인에 대한 문제이었으므로, 아동에 대한 파터널리즘은 당연한 것으로 인식되어 왔다. 예를 들면, 밀은 그의 「자유론」에서 다음과 같이 기술하고 있다.

다분히 이 이론은 여러 가지 성숙한 능력을 가진 인간에 대해서만 적용되는 것이다. 우리는 어린이나 법이 정한 미성년자들을 문제삼고 있지 않다. 아직 타인의 보호가 필요한 사람들은 외부로부터의 위해행위는 물론 그들 자신의 행위로부터도 보호되어야 한다²⁸⁾.

일반적으로 밀은 파터널리즘을 거부한 학자로 평가되고 있는 것처럼 보이지만, 그것은 분명히 성인에 대한 경우이며 아동에 대한 가부장적인 개입은 밀 자신도 당연한 것으로 인정하고 있다는 사실에 유의할 필요가 있다. 아동에 대한 파터널리즘을 현대적 과제로 논의에 끌어들이는 사람은 슈라그(F. Schrag)이다²⁹⁾. 슈라그는 1977년 왕립 철학연구소 *Royal Institute of Philosophy*의 기관지 「철학 *philosophy*」에서 이 논쟁을 정리하였다. 슈라그의 지적에 따르면 서양의 철학자들은 아동에 대한 파터널리즘 *child paternalism*과 보통 성

인에 대한 파터널리즘 *adult paternalism*에 있어서 근본적으로 다른 태도를 보여 왔다. 관습적이고 전통적인 견해에 따르면, 공정한 사회에 파터널리즘은 사실상 존재하지 않는다는 것이다. 그럼에도 불구하고 대부분의 서양 철학자는 아동 파터널리즘을 무비판적으로 인정해 왔다. 예컨대 밀은 아동은 “외부로부터의 위해와 동일하게 그들 자신의 행위로부터 보호될 필요가 있다”고 보고, 성인과 아동의 결정적인 차이는 아직 아동의 이성적 능력이 성숙한 경지에 도달하지 않았다는 점에 있으며, 이성의 성숙 여부는 인간이 자유를 누릴 수 있는가를 판단하는 결정적인 요소라고 간주한다. 이러한 슈라그의 견해는 다음과 같이 요약될 수 있을 것이다. ①아동 파터널리즘은 당연한 것으로 인식되어 왔다. ②그러나 실제로 성인과 아동을 구분하는 명확한 기준은 없다. ③그러나 파터널리즘을 성인과 아동으로 나누어 아동의 영역에 한정하지 않는다면 성인의 영역에까지 파터널리즘이 확장될 우려가 있다. ④따라서 그것이 ‘고상한 거짓말 *noble lie*’이 될지라도 아동 파터널리즘을 인정하는 것이 좋다.

슈라그는 일반적으로 성인의 자유에 대한 태도와 아동의 자유에 대한 태도의 사이에는 일관성이 없다고 말한다. 전통적인 견해는 인간의 발달과정을 전혀 다른 2가지 종류로 구분하고, 그 절대적인 구분에 따라 아동 파터널리즘의 기초를 설정하고 있다³⁰⁾. 그러나 어떤 사람에게 이익이 된다는 것이 그 사람을 간섭하는 충분한 근거가 되지 못한다는 입장에서는 “공

28) J.S. Mill, 전제논문, 225쪽.

29) Schrag, F.(1977), “The Child in the Moral Order”, *Philosophy*, Vol. 52, No.200, pp.167~177.

30) *Ibid.*, p.177.

정한 사회에서 파터널리즘은 사실상 존재하지 않는다”는 것이 옳고, 그렇다고 할 때 성인에게 허용되지 않는다는 파터널리즘을 어떻게 아동에게는 인정할 수 있느냐는 것이 가장 근본적인 문제라고 주장한다.

파터널리즘에 관한 전통적인 입장은 성인과 아동의 경우에 ‘자유’와 ‘복리’의 상대적인 중요성을 변화시킨다. 즉, 성인의 경우에는 ‘자유’가 보다 중요하게 되고, 아동의 경우에는 ‘복리’가 보다 중요하게 된다³¹⁾. 그렇다면 왜 이러한 자유와 복리의 불균형이 있는 것일까? 슈라그가 말하는 바와 같이 성인과 아동에 대한 대조적인 태도는 성인들 사이에는 성인과 아동간에 존재하는 정도의 차이는 없다는 전제에 기초한 것이다. 그러나 그가 지적하는 바와 같이 이러한 전제를 보증할 수 있는 여러 가지 기준, 즉 언어능력, 성적 성숙, 합리적 판단능력 등으로 성인과 아동을 근본적으로나 질적으로 구분하는 것은 불가능하다.

그러한 기준은 모두 파터널리즘의 문제와 관련성이 없는지, 실제로 많은 성인을 아동과 구별할 수 없는지 하는 물음과 관련이 있다. 즉, 성인과 아동을 분명하게 구별할 수 있는 기준은 없다. 슈라그가 말한 바와 같이 아동 파터널리즘을 근본적·질적으로 구분할 수 있는 기준이 있다는 것과 이 기준이 파터널리즘의 정당화와 관련이 있다는 두 가지 전제가 필요하다. 전자의 요건을 충족시키는 것(예컨대 성적 성숙)은 후자를 충족시키지 못하고, 후자의 요건을 충족시키는 것(예컨대 합리적 사고능력)은

전자를 충족시키지 못한다(아동 중에는 성인보다 뛰어난 능력을 갖추고 있는 자도 있기 때문이다).

이와 같이 슈라그는 성인과 아동을 구분하는 기준이 없다는 사실을 충분히 인식하면서도, 성인과 아동의 구분을 없애면 아동시기를 초월해 성인시기까지 파터널리즘이 확대될 위험이 있기 때문에 만인의 이익을 위해 성인과 아동간에 명확한 경계가 있다는 인식을 분명히해야 한다고 말한다. 즉, 슈라그의 말에 따르면 “전통적인 성인과 아동의 구분은 그것이 ‘고상한 거짓말’에 불과하더라도 여전히 절대적인 것으로 남아 있다”³²⁾.

이러한 슈라그의 문제제기 이후 「철학」지에는 스카르(G. Scarre)의 아동 파터널리즘 긍정론과 리드와 존스톤(T.M. Reed & P. Johnston)의 부정론이 게재되었다. 스카르는 슈라그의 문제제기의 중요성을 인정하면서도 “아동은 인생경험이 적고 생활설계나 체계화된 목적을 만들어내기 어렵다. 실제로 일관성있는 목적을 형성하는 능력이나 의지력의 발달은 아동과 성인을 구분하는 하나의 기준³³⁾이다. 체계적인 행동지침을 만들어내는 능력은 실제 생활상의 온갖 문제를 해결하는 데 불가피한 것이다. 성인의 대부분은 오랜 인생경험을 쌓고 있기 때문에 이러한 능력이 있다. 그러나 아동은 정신력도 경험도 충분하지 않기 때문에 이러한 능력이 없다. 따라서 성인은 포괄적인 목적의 체계 *system of purpose*를 아동에게 부과해야 한다³⁴⁾”고 결론짓고 있다.

이에 대해 리드와 존스톤은 “슈라그가 말하

31) Scarre, G.(1980), “Children and Paternalism”, *Philosophy*, Vol. 55, No. 211, p.120.

32) Schrag, *op. cit.*, p.177.

33) Scarre, *op. cit.*, pp.119~120.

34) *Ibid.*, p.123.

는 파터널리즘의 확대 위험성은 충분히 예증되지 않는다. 처음부터 아동은 성인과 본질적으로 동일한 권리를 갖는다. 우리가 필요로 하는 것은 전통적 입장의 재현이 아니라, 오히려 그 폐기³⁵⁾라고 지적한다. 또한 슈라그는 성인과 아동에게 똑같이 적용할 수 있는 일관된 이론적 기준을 공식화하는 것이 가능하다고 보지만, 유감스럽게도 그는 그렇게 주장하는 대신에 전통적 입장을 부추겨 새로운 논리를 제공해주고 있다³⁶⁾고 비판한다.

이와 같이 아동 파터널리즘의 문제는 하나의 논쟁점으로 대두되었으며 이러한 개념을 인정하느냐 인정하지 않느냐, 만약 인정한다면 어떤 요건 속에서 가능하느냐에 대한 논의는 지금부터의 과제라고 할 수 있다.

3. 유해환경 규제의 정당성

문제를 일본사회로 옮겨 청소년문제와 파터널리즘의 관계에 대해 살펴보자. 청소년 보호의 측면에서는 파터널리즘이 이중의 의미로 문제가 된다는 사실에 주목해야 할 것이다. 국가의 아동에 대한 개입에 있어서 이중적 의미로 파터널리즘이 문제시된다. 첫째는 일반적인 파터널리즘의 정당화 문제이며, 둘째는 아동 파터널리즘의 정당화 문제이다. 전자는 성인-아동의 관계를 국가-개인의 관계로 유추하는 것이 가능하느냐는 문제이며, 가능하다면 어떤 경우인가를 검토해야 한다. 그에 반해 후자의 경우는 성인에게 허용되지 않는 것도 아동에 대해서 허용되는가 하는 문제제기이다. 파터널리즘은 본래 성인의 아동에 대한 보호적 관계

를 국가의 개인에 대한 보호적 관계로 유추 해석하는 것이다. 이러한 유추에는 기본적으로 국가의 성인에 대한 보호적 관계가 상정되어 있다. 일반적 파터널리즘의 정당화 문제에 대해서는 1966년에 이미 平野龍一이 지적한 바 있다.

……피해자의 동의가 있더라도 범죄가 성립하는 경우는 분명히 있다. 그렇다고 해서 데블린이 말한 바와 같이 “형법의 기능은 윤리의 실현에 있고, 그 이외의 아무 것도 아니다”고 할 만한 이유는 없다. 피해자의 동의가 있을 경우나 혹은 피해자 스스로 자기를 상해했을 경우에는 매춘이나 동성성교의 경우와는 달리 ‘피해’가 발생한다. 단지 그것은 피해자의 의지에 반하지 않았을 뿐이다. 그러므로 형법이 이를 처벌한다면, 그것은 ‘피해자를 그 자신으로부터 보호’하기 위한 것이다. 그것은 하트가 말한 바와 같이 파터널리즘의 표현이며 적어도 도덕원리의 표현은 아니다. 이 양자는 서로 관련되어 있는 면도 있지만, 분명히 구별되어야 한다. 밀도 양자를 구별하고 있다. 그는 ‘자기 자신의 육체적 혹은 정신적 이익’도 ‘행위에 대한 타인의 옳고 그름의 판단’도 형벌의 정당성의 기초가 되지 않는다고 말하고 있다.

다만 밀은 파터널리즘도 배척하고 있다. 그는 파터널리즘을 완전히 배척한 것은 아니고 ‘성숙한 사회에서 성숙한 인간들에 대해’ 형법이 가부장적인 간섭을 해서는 안된다는 것이다. 그리고 파터널리즘이 많은 적들간에 밀의 말처럼 미성숙한 사회뿐만 아니라 소위 과도기적으로 성숙하고 복잡화된 사회에서도 그러하다는 사실에 주목할 필요가 있다. 사회가 복잡해지면 행위의 결과에 대한 판단도 어렵게 되고 판단을 위한 충분한 자료를 얻기도 어려워진다. 한편 사회가 복잡해짐에 따라 수반되는 감정의 불안정은 합리적인 판단을 그르치게 하는 원인이 될 수도 있다. 따라서 식품이나 약품, 문서를 본인이 분명히 동의하여 사용했다 하더라도 제공자를 단속하고 사용자 자신에게도

35) Reed, T.M. and P. Johnston(1980), “Children’s Liberation”, *Philosophy*, Vol. 55, No. 211, pp. 265~266.

36) *Ibid.*, p.263.

경고할 필요가 있다. 그러나 기본적으로 말하면, 이러한 특수한 사정이 없는 한 적어도 체계론은 의미의 파터널리즘을 형법의 세계로부터 일소하고 최소화시켜 가는 것이 근대형법의 자세라고 보아야 한다³⁷⁾.

동일한 관점에서 田中成明도 “법적 파터널리즘이 필요하다는 것을 승인하는 경우가 생기더라도 이 원리가 무제한 확대된다면 개인의 자기결정의 자유나 합리적인 판단능력이 박탈될 소지가 있다. 일반적으로 현대 복지국가에서는 공권력이 개인의 복지·행복·필요·가치·이익 등을 위해 광범위하게 다양한 형태로 가부장적인 개입을 하는 것이 정당화되는 경향이 있다. 법적 파터널리즘도 형벌 등의 부정적인 제재뿐 아니라 보조금지급이나 조세 감면과 같은 긍정적 보상을 하는 경우도 증가하는 등 매우 다양해지고 있다…… 법적 파터널리즘이 형벌이라는 강제적 제재를 가하는 경우에는 개인의 자유에 대한 중대한 억압·침해를 수반하기 때문에 그 정당화의 이유나 적용조건에 대해 비판적 고찰을 게을리해서는 안된다³⁸⁾”고 기술하고 있다.

더욱이 澤登俊雄도 “파터널리즘은 본인에게 이익이 된다는 사실로 개입을 정당화하는 원리이지만, 이 경우의 이익에는 두 가지 뜻이 있다. 즉, 적극적인 이익과 소극적인 이익인데, 이 구분은 평균적 생활이익을 기준으로 한다…… 공권력에 의한 강제적 개입을 정당화하는 근거가 될 수 있는 것은 적어도 소극적 이익의 보호, 즉 본인의 이익을 방지해 두면 평균적 이익조차 상실되는 상황을 전제로 하는 개입에

한정된다. 즉, 개입을 정당화하는 근거로서는 소극적 파터널리즘(침해의 방지 혹은 복지의 감소를 저지하는 것-필자주)이 기본이라 할 수 있다. 그러므로 적극적 파터널리즘(행위자의 복지를 증진시킬 것을 요구하는 것-필자주)은 임의적인 수단에 의해서만 실현될 수 있다. 소극적 파터널리즘에 대해서도 제한적인 조건설정이 고려되어야 한다. 그리고 이 경우 소극적 이익의 성질과 크고 작음, 자기 이익과 타인의 이익과의 관련정도, 개입하는 기관의 특성 등이 조건의 내용을 결정하는 요소가 될 것³⁹⁾”이라고 주장하고 있다.

이와 같이 세 사람이 각각 어떤 경우에 법적 파터널리즘을 인정할 수 없는지를 기술하고 있다. 여기에서 주의해야 할 것은 파터널리즘에 의한 규제가 어떠한 요건의 제약없이 무조건 정당화되지는 않는다는 사실이다. 우리는 파터널리즘이 정당화되는 요건을 신중히 검토해야 한다.

바로 이러한 요건을 설정한 사람이 中村直美인데, 파터널리즘의 정당화 요건으로서 다음 5가지의 모델과 각각의 정당화 근거를 제시하고 있다. ①자유최대화 모델-피개입자의 보다 폭넓은 자유를 보호하기 위한 개입은 정당화된 다. ②임의성 모델-피개입자 자신에 대한 유해행위가 실질적으로 임의성을 결여하고 있는 경우 또는 임의성을 확인하기 위해 당연한 개입이 필요한 경우에만 개입이 정당화된다. ③피개입자의 미래동의 모델-피개입자가 미래에 그 개입을 승인할 수 있는 경우에 개입이 정당

37) 平野, 전제서, 106~107쪽.

38) 田中, 전제서, 88쪽.

39) 澤登, 전제서, 290~291쪽.

화된다. ④합리적 인간의 동의 모델—대단히 합리적인 사람이라면 그 개입에 동의할 것이라고 할 수 있는 경우에 개입은 정당화된다. ⑤저해되어야 할 의사 모델—현재 저해되고 있는 피개입자의 의사결정이 만약 저해되고 있지 않다면 피개입자가 가진 의사에 그 개입이 적합한 경우에는 개입이 정당화된다⁴⁰⁾

또한 澤登俊雄은 목적과 수단의 관계로부터 ‘필요성’, ‘유효성’, ‘윤리성’의 3가지를 수단의 정당성을 담보하는 제약원리로 간주하고 있다. 즉, “개입의 목적이 정당하더라도 그 목적을 위해 동원되는 수단이 모두 정당화되지는 않는다. 수단이 정당하다고 말할 수 있으려면 우선 목적에 비추어 그 수단이 필요하고 나아가 유효해야 한다. 게다가 그 수단이 유효한 동시에 윤리에 어긋나지 않는다는 것이 분명해야 한다…… 요컨대 필요성·유효성·윤리성이 모두 인정될 때 비로소 그 수단이 정당화될 수 있다⁴¹⁾”고 주장한다.

파터널리즘은 본래 성인의 아동에 대한 관계를 국가의 개인에 대한 관계로 유추하는 원리로서, 국가의 성인에 대한 보호적 관계에 적용되어 왔다. 여기서는 국가와의 관계에 있어 성인이 아동으로 유추되는 것이다. 또 현실의 아동은 파터널리즘이라는 유추의 조작을 거치지 않은 채 무조건 국가의 규제대상이 되어 왔다. 그러나 지금까지 밝힌 바와 같이, 예를 들어 아동에 대한 경우라도 무조건적으로 파터널리즘에 의한 규제가 정당화되지는 않는다. 바로 이점에서 아동 파터널리즘에 내포된 파터널리즘의 이중성, 즉 파터널리즘 일반의 정당화 문

제에 덧붙여 “성인에게 허용되지 않는 규제가 아동에게 허용될 수 있는가” 하는 아동 파터널리즘에 의한 유해환경의 규제문제를 검토하고자 한다.

4. 파터널리즘의 유형화와 파터널리즘적 규제의 요건

파터널리즘을 유형화하는 데에는 中村直美의 분류⁴²⁾를 참고할 수 있다.

(1) 순수형 파터널리즘과 비순수형 파터널리즘(G. Dworkin)

순수형 파터널리즘은 자동차 운전자에게 안전벨트 착용을 의무화하거나 자살을 범죄로 취급하는 경우와 같이 간섭·개입을 받는 사람과 보호(이익)를 받는 사람이 동일한 경우를 말하며, 비순수형 파터널리즘은 담배의 제조·판매 금지 또는 피해자의 동의를 위법사유로 인정하지 않는 경우와 같이 간섭개입을 받는 사람과 보호(이익)를 받는 사람이 일치하지 않는 경우이다.

(2) 적극적 파터널리즘과 소극적 파터널리즘(M.D. Bayles)

적극적 파터널리즘은 퇴직연금의 적립이나 수혈의 경우와 같이 간섭·개입을 받는 자의 복지를 보다 증대시키는 것이며, 소극적 파터널리즘은 자살이나 약물중독의 방지와 같이 간섭·개입받는 자의 자기자신에 대한 침해를 방지하는 것이다.

(3) 강한 파터널리즘과 약한 파터널리즘(J. Feinberg, M.D. Bayles)

강한 파터널리즘은 간섭·개입을 받는 자의

40) 中村(1982), 전계논문, 50~55쪽.

41) 澤登, 전제서, 292쪽.

42) 中村(1982), 전계논문, 43~46쪽.

행위가 임의적이더라도 간섭·개입하는 것이며, 약한 파터널리즘은 간섭·개입을 받는 자의 행위가 비임의적인 경우에만 간섭·개입하는 것이다.

(4) 강제적 파터널리즘과 비강제적 파터널리즘(N. Fotion)

강제적 파터널리즘이란 파터널리즘의 개념요소로서의 간섭·개입의 강제적 형태를 취하는 경우를 말하며, 비강제적 파터널리즘은 권고와 같은 소위 긍정적인 제재에 호소하는 식으로 강제적 형태를 취하지 않는 경우를 말한다.

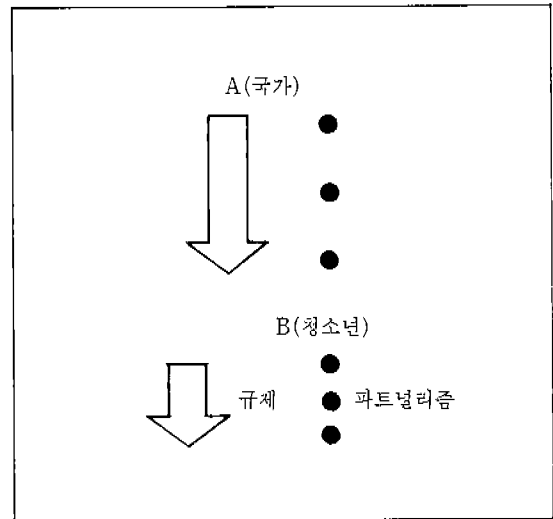
(5) 신체적·물질적 파터널리즘과 정신적·도덕적 파터널리즘(P. Devlin)

신체적·물질적 파터널리즘은 피개입자가 자기 자신에 대해 야기하려는 피해가 신체적·물질적인 피해인 경우이며, 정신적·도덕적 파터널리즘은 그 피해가 정신적·도덕적인 경우를 말한다.

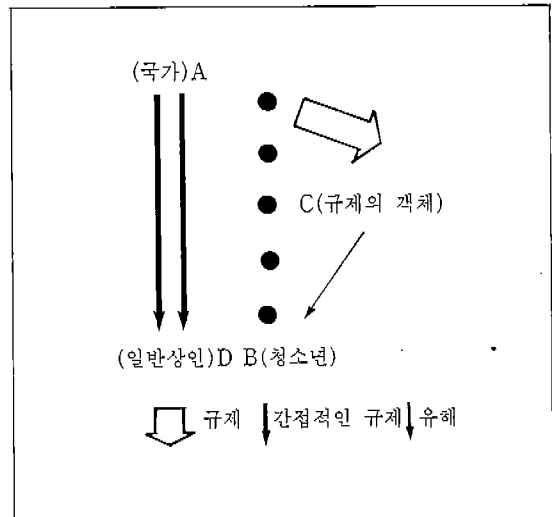
특히 유해환경의 규제에 있어서는 파터널리즘을 원칙유형과 확장유형의 2가지 유형으로 나누어 볼 수 있다. 소년의 가두보도(街頭補導)에서 그 사례를 볼 수 있듯이 ‘스스로 이익을 지키지 않는 자를 당사자의 의사에 관계없이 보호’하는 파터널리즘의 정의에서는 <그림 1>과 같이 국가(A)의 개입이 직접 청소년(B)에게 영향을 미치게 되는데, 이 경우가 원칙적 유형이다. 앞의 데블린의 분류에 따르면 간섭·개입을 받는 사람과 보호(이익)를 받는 사람이 동일하기 때문에, 이 유형을 순수형 파터널리즘이라고 할 수도 있다.

<그림 2>는 파터널리즘의 원칙적인 유형은 아니지만, 유해환경의 규제에서 흔히 나타나는 경우이다. 음란서적, 음행, 풍속(판련)영업의 규제 등은 모두 이 유형에 속한다. 이 경우에

<그림 1> 파터널리즘의 원칙유형



<그림 2> 파터널리즘의 확장유형



는 간섭·개입을 받는 사람과 보호(이익)를 받는 사람이 다르기 때문에 비순수형 파터널리즘이라고 할 수 있다. 이러한 파터널리즘의 확장 유형에서는 청소년(B)이 객체(C)의 행위에 대한 국가의 규제행위를 수용하거나 거꾸로 그 C의 행위를 요구하기도 한다. 그런데 확장유형

에서는 ‘유해(C→B)’를 하나의 피해로 인정할 경우 C에 대한 규제도 침해의 원리로 설명할 수 있게 된다. 단, 이때 ‘유해’라는 매우 애매 모호한 개념을 ‘침해’라는 개념으로 치환시키는 것은 침해원리에서 뜻하는 명확한 개념자체를 모호하게 할 수도 있다. ‘유해’는 한 인간의 생활과정에서 오랜기간에 걸쳐 서서히 영향을 미치는 것인 데 반해, ‘침해’는 현실적으로 그 인간에 대한 침해행위가 이루어진 시점에서 인정되기 때문이다. 또한 이 유형을 침해원리로 설명하면 직접적으로 ‘침해’가 되는 행위(C→B)만이 문제가 되고, 본래 청소년 ‘보호’를 정당화하는 국가와 청소년의 보호적 관계(A……B)는 무시된다. 국가와 청소년의 관계가 무시되면 ‘국가의 보호’대‘청소년의 자율성’이라는 대항관계까지 사장되어 버린다. 국가와 청소년의 보호적 관계, 즉 파터널리즘은 국가에 의한 규제의 근거인 동시에 청소년의 자율성을 위해 규제를 억제하는 근거도 된다. 이러한 파터널리즘의 중층구조를 침해원리에 따라 단순한 개별적인 ‘침해’의 관계로만 파악한다면, 국가적 개입에 대한 억제원리로서의 청소년의 ‘자율성’이라는 관점이 무시되어 버린다. 유해환경의 규제는 이러한 유형화에 의해 비로소 그 중층적인 구조가 명확해진다. 음란성적의 규제를 예로 보더라도 청소년의 자율성(A→B)은 물론이거니와 출판자의 표현의 자유(A→C), 더욱이 성인의 알 자유(A→D) 등이 이러한 유형화를 통해 명확해지는 것이다. 결국 청소년에 대한 유해환경의 규제는 파터널리즘의 입장에서 그

규제를 정당화해야 할 것 같다. 파터널리즘을 부정하고 침해원리의 일종으로 설명하려는 것보다도 오히려 파터널리즘을 솔직히 인정하여 이것을 유형화하고, 규제를 억제할 수 있는 방법을 강구하거나 규제의 방법을 모색하는 것이 보다 현명할 것이라고 판단한다.

파터널리즘의 개념은 본래 넓은 의미에서는 피개입자에게 “좋은 일을 하게 한다”는 뜻을 지니고, 좁은 의미에서는 피개입자를 “피해로부터 지켜준다”는 의미를 갖고 있다. 유해환경의 규제는 청소년을 보호한다는 의도에서 비롯된 것이라 하더라도 시민생활에 대한 일종의 법적 개입임에는 틀림없고, 그 규제도 적극적으로 “좋은 일을 하게 한다”는 것이 아니라 소극적으로 “피해를 막는다”는 것을 목적으로 삼아야 할 것이다⁴³⁾. 그리고 “피해로부터 지킨다”는 것을 유해환경 규제의 목적으로 삼을 경우에는 ‘피해’, 즉 ‘유해성’의 인정이 당연히 필요하다. 그러나 현실적으로 ‘유해성’의 개념은 매우 불명확하고 애매하다⁴⁴⁾. 더욱이 ‘유해성’의 개념이 명확하게 정의되고 과학적인 근거를 동원한다 하더라도 그 개입의 법리적 근거 없이 유해환경의 규제를 정당화하는 것은 불가능하다. 즉 ‘유해성’의 개념이 명확하게 정의되고 과학적인 근거가 마련된다고 해서 어떤 규제도 허용된다고 할 수는 없다. 바로 이점에서 침해원리, 도덕원리, 파터널리즘이라는 유해환경 규제의 법리적인 근거에 대한 심도있는 논의가 필요한 것이다.

43) 이점에서 澤登俊雄은 新風俗營業法에 대해 “여기서는 일정한 위반행위를 단속한다는 범위를 초월하여 ‘건전화’ 혹은 ‘적정화’라는 보다 적극적인 목적을 위해 규제할 수도 있어서, 警察消極目的의 原則에서 新風俗營業法の 목적규정을 문제삼고 있다. 澤登俊雄(1985), “風俗營業法改正의 경위와 新風俗營業法の 성격”, 法律時報, 57권 7호, 9쪽 참조.

44) 拙稿, 주2)논문 참조.