

제목: <타인에 대한 해악Harm to Others> 의 서문Introduction

저자: Joel Feinberg

요약번역자: 이한

레퍼런스: Joel Feinberg, Harm to Others, Oxford University Press, 1984

※ 각 숫자 이후로 그 숫자 페이지의 내용이 담겨 있음.

3

1. 이 책의 기본적인 질문

이 책의 질문은 이것이다: 어떤 종류의 행동을, 국가는 정당하게 범죄로 만들 수 있는가?

밀과 달리 이 책의 주제는 법에 의한 형사제재에 의한 자유의 제한에만 국한하겠다. 그러나 밀과 공통점도 있는데 바로 자유 제한의 이유를 탐구한다는 것이다.

이 책의 방법론은 가장 분명한 간섭과 강제에의 이유에서 출발하여 그보다 약하고 덜 분명한 간섭과 강제에의 이유들을 추가적으로 검토해 나가는 것이다.

4

다른 모든 것까지 고려하여 과연 그것을 형벌로 하는 것이 좋은 정책이냐의 문제는 다루지 않고, 과연 그것이 범죄로 만드는 것이 허용되는 경계인가만 다루겠다.

5

이 책의 논증은 이상적 대법원을 위한 것이 아니라 이상적 입법부를 위한 것이다. 왜냐하면 다음과 같은 차이가 있을 수 있기 때문이다. 즉, (1) 어떤 합헌적으로 허용된 법령이 도덕적으로서는 정당성이 없지만 그것 때문에 법적으로 타당하지 아니하게 되는 것은 아닌 경우, (2) 어떤 도덕적으로 허용가능하고 요청되는 법령이 합헌적이지는 아닐 경우 가능하기 때문이다. 법적 타당성과 도덕적 정당성 사이의 우리 체계에서의 중첩되는 범위가 무엇이건간에 이 둘은 별개의 독립적인 개념들이다.

당신의 법철학 이론이 당신으로 하여금 미국 헌법이 모든 유관한 타당한 도덕 원칙을 구현하고 있으며, AND 당신이 그 원칙들의 일부가 무엇인지에 대한 나의 논제를 받아들인다면 THEN 당신은 이 연구가 헌법의 해석에 도움이 된다고 생각할 수 있을 것이다. 그러나 법실증주의자들은 그렇게 생각하지 않을 가능성이 있다.

그러나 극단적인 법실증주의자들이라 할지라도, 헌법이 그와 같은 일을 허용하는 어떠한 곳에서도, 법원이 입법적 정당성의 기준을 포함하는 그 자신의 도덕 기준을 적용하는 것은 승인할 것이다. 미 헌법의 예를 들자면 헌법은 무엇이 합당하고 합당하지 않은 압수수색과 체포인지, 그리고 무엇이 잔인하거나 잔인하지 않은 처벌인지, 그리고 무엇이 정당한 또는 정당하지 않은 보상인지, 과도하거나 과도하지 않은 징역인지, 무엇이 적정 절차이며 평등한 보호인지, 그리고 (특히) 무엇이 정당성 있고 강력한(compelling) 국가의 이해관심인지에 관하여 법원으로 하여금 그 자신의 기준을 적용하도록 초청하고 있는 것으로 보인다.

어쨌든 일부 사법적 재량은 도덕적 재량이라는 나의 가정은, 나로 하여금 음란이나 사생활과 같은 사안에 관한 연방대법원의 법적 견해를 비판하게끔 해준다.

6

2. 도덕적 정당성의 개념

이 연구가 전제하는 것은 도덕 원칙에 의해 정당성을 가진 법률 (A) vs 유용하고 현명하며 경제적이며 인기 있는 논변 & 정당성 가진 것으로서 정당화되는 법률 (B) 사이의 구분이다.

나는 도덕 정당성에 대한 어떤 심층적인 철학적 분석을 할 의도도 없으며 필부가 개념적으로 이해하는 정당성의 이념에서 출발하겠다.

빨간머리 낫선이가 와서 어디 가느냐고 압박하면서 묻는다면 나는 “당신 일이 아니다” it is my business 라고 답할 것이다. 그 빨간머리 인간은 나에게 대해서 지시하거나 지령할 어떠한 권위를 가지고 있지도 않다.

그럼에도 불구하고 빨간머리 자식이 계속 강제로 막아서면 그 행위는 정당성 없고 부적절하며 도덕적으로 시인될 수 없는 것(illicit)이 된다.

7

모든 빨간 머리들이 이렇게 물을 수 있는 권한을 가지게 된다면 그 법은 정당성이 없는 것이다. 마찬가지로 국가가 북쪽 방향으로 걷는 것을 금지시킨다면 그건 국가의 일이 아닌 것을 입법한 것이므로 법적 권위를 자의적으로 잘못 사용한 것이다.

3. 자유 제한 원칙의 이념

이 책의 질문을 개인적 자유(법적 강제의 부재로 이해했을 때)의 도덕적 한계로 정식화할 수도 있다. X를 형사적으로 금지했을 때 시민은 이전보다 X를 할 수 있는 여지가 훨씬 줄어들 것이다.

우리는 형법과 관련된 모든 행위를 다음과 같은 세 가지로 분류할 수 있다.

- (1) 의무 (요청되는 행위)
- (2) 단순히 허용되는 행위
- (3) 금지된 행위

시민의 자유는 (2)에 상응한다.

8

자유가 있다 해도 불간섭의 의무는 없다. 경쟁적 상황에서는 둘 다 자유 상황에는 있지만 원하는 것을 성취하는 것은 한 사람이다. 예를 들어 땅에 떨어진 돈을 누구나 집어갈 수 있

지만 한 사람이 돈을 집어가기 전에 채가는 상황이 그렇다. 그런데 돈을 주고 나서는 훨씬 더 강력한 자유를 누린다. 즉, 다른 이에게는 유사한 자유가 없는 그런 자유가 생긴다. 이것을 청구권claim-right이라 할 수 있다. 이 청구권은 자유+다른 이들에게 불간섭을 의무지우는 권리를 추가한 것이다.

형사법은 따라서 나의 자유를 규제할 뿐만 아니라 타인의 방해로부터 나의 자유를 보호하기도 하는 것이다. 그러나 모든 법적 의무가 자유보호의 근거가 있는 것은 아니다.

예를 들어 형법은 단순히 모든 사람에게 X를 할 의무를 지울 수도 있다. (예를 들어 모든 사람들이 매일 밤 기도할 것을 의무지우는 형법) 이 경우 그 의무는 다른 사람의 자유에 간섭하지 아니할 의무로는 생각될 수 없는 것이다.

강제적으로 부과된 법적 의무에 때문에 부자유한 것(A)은 무언가를 할 수 없는 무능력(B)과는 동일하지 않다.

예를 들어 나는 러시아어를 할 수가 없지만 이 사태를 두고 내가 러시아어를 할 자유가 없다고 말할 수는 없다.

자유가 장애의 부재라고 할 때 그 장애는 특정한 종류의 것만을 가리킨다. 이 논점은 처음에는 말장난 같이 보이지만 상당한 중요성을 갖는 판단에 이른다. 자유는 매우 가치있는 선이지만 유일한 선은 아니므로 충분한 것은 아니다.

9

차 소유에 관해 보자면, 돈 없는 자유는 자유 없는 돈이나 마찬가지로 쓸모 없다. (주석4) 법적으로도 계Dir의 자유와 혼인의 자유에 관한 법적 권능(power)은 자유는 아니지만 가치 있는 법적 도구다.

자유에 기본설정(default)로 무게를 주는 형량(balancing). 자유가 기준이고 강제는 항상 어떤 특별한 정당화를 필요로 한다는 이념이 그것이다. 이 추정은 어떻게 정당화되는가 세가지 이유만 말하자. 첫째, 여기서는 자유가 박탈된 사람은 진정한 개인적 상실이라고 생각하며 우리가 그의 입장이 되면 그의 평가를 공유하게 된다는 점만 지적하고자 한다. 둘째, 자유가 뺏긴 사람은 삶의 여러 가지 우연에 취약하게 된다. 셋째, 자유로우면 더 능력있고 창의적인 인물이 된다. 이러한 이유들은 자유에 호의적인 추정을 하여 입증부담을 자유를 제한하고자 하는 쪽에 두게 만드는 것을 정당화한다.

따라서 우리의 기본 질문은 다음과 같은 표현으로 정식화될 수 있다.

Q) 자유에 유리하게 추정하는 근거를 상쇄하는 형량의 비중을 갖는 이유란 어떤 종류의 것인가? 이에 대한 답은 “자유 제한 원칙”의 형태를 띤다. 특정한 유형의 고려사항만이 자유 제한의 형사 입법의 도덕적으로 유관한 이유가 된다는 형식 말이다.

10

강제에 정당성을 부여하는 원칙은, 정당화되는 국가 강제의 필요충분조건은 아니다. 또한 충분 조건도 아니다. 허용되는 경계 내에서 그것을 실제로 범죄화할 것인가는 다른 고려사

향도 고려해야 한다. 따라서 특정한 형사법령에 도덕적으로 유관한 이유가 있다고 지적하는 것은 그것을 실제로 시행할 충분하고 결정적인 이유는 못된다.

자유제한 원칙은 단지 형량되어야 할 이유만을, 도덕적으로 유관한 것으로 가려내어줄 뿐이다. 그리고 구체적인 맥락에서 그 이유들은 결정적이지 않을 수도 있다.

4. 흔히 제안되는 자유 제한 원칙들

“사람에 대한 범죄”가 되는 하나의 범죄 집합에 대해서는 논쟁이 없다.

① 고의적 강력 범죄 ② 강간 ③ 폭행 등. 어떤 합당한 사람도 이러한 행위에 대해서는 비범죄화를 말할 수 없다. 이와 같은 정도로 논쟁의 여지가 없는 것으로 “재산에 대한 범죄”, “절도” 등이 있다.

11

이 범죄들의 공통 요소는 다음과 같다.

① 개별 사람이나 집단에게 심각한 해악을 직접적으로 낳는다. ② 과실범의 경우에는 개별 사람이나 집단에게 합당하지 않은 해악의 위험을 창출한다. ③ 구체적 사람이나 집단이 아니라 “공공”, “사회”에 해악을 끼친다고 이야기되는 행위 (공공제도, 관행, 근린, 경제, 기후, 환경) 이러한 범죄에는 수단물에 독물 타는 것, 밀수, 탈세, 법정 모독, 대기오염법령 위반 행위등이 포함된다. 그러한 범죄는 공익이 복잡한 사회적 법적 관계로 사익이 구성된 것이라는 점을 염두에 두면 “공적”이라고 일컬을 수 있다.

정당성 있거나 적절한 범죄화의 분명한 사례로부터 일반화하여, 우리는 잠정적으로, 다음과 같이 이야기할 수 있겠다. 즉, 국가가 심각한 사적 해악을 가하는 것, 또는 그러한 해악을 일으킬 합당하지 않은 위험을 야기하는 것, 또는 중요한 공적 제도와 관행에 해악을 가하는 것. 간단하게 말해서, 시민의 행동에 대한 국가의 간섭은 그것이 이와 같은 세 가지 해악을 막는데 합당하게 필수적일 때 도덕적으로 정당화된다. 이 원칙은 해악 원칙이라 부를 수 있다. the harm to others principle 또는 줄여서 harm principle.

존 스튜어트 밀은 사실상 해악 원칙이 자유에 대한 국가 침해를 정당화하는 타당한 유일한 원칙이라고 보았다. 그리고 이 원칙을 만족시키는 어떠한 경우에도 어떤 행위가 적절하게 범죄로 될수는 없다고 주장하였다. 그러나 우리는

12

일단 이것이 전부라고는 말하지 말고 타당한 입법 원칙 중 하나라고 보고, 난해한 영역에 있는 사안별로 가상적으로 적용하여, 도덕적 적합성을 달성키 위하여는 그것이 수정되거나 보충되어야 하는지를 살펴보기로 하자.

그 이유는 두 가지이다.

첫째, 논의의 이 단계에서는 순환 논리를 취하지 않고는 출발점에 불과한 것이지, 그 원칙은 도달점이 될 수는 없다.

둘째, 불명확성의 문제. 모든 해악이 아니라 피할 수 있고 실질적인 해악만 여기에 해당할 것이다. 그렇다면 심각성의 기준의 정식화를 통해서 이 문제를 해결해야 하는데 이것은 해악 유형의 등급화를 의미한다. 밑 이외의 다른 논자들의 넓은 지지를 얻은 추가적 고려사항은 (1) 감정을 상하게 하는 것hurt이나 폐를 막기 위해 (폐 원칙offense principle) (2) 행위 당사자에게 가는 해를 막기 위해 (3) 내재적으로 비도덕적 행위를 막기 위해서 합당하게 필요하다는 것들이다. (4) 도덕주의적 온정적 간섭주의

13

우리의 전략은 해악 원칙을 갖고 시작하며 그 원칙에 의해서는 정당성을 갖지 못하는 논쟁적인 범죄집합을 검토해보고, 보충을 필요로 하는지를 결정하는 것이다.

위에서 든 (1)부터 (4)까지의 추가적인 원칙은 논쟁의 대상이 현재 되고 있는 행위들의 형사적 지위의 다양한 범주를 정돈하게 범주화해준다.

1) 폐 원칙으로 묶을 수 있는 것. 공연음란(open lewdness), 매춘 권유(solicitation), and 품위없는 노출(indecent exposure), 그리고 포르노의 배포나 판매를 범죄화하는 것. 종교나 애국적 감정에 불쾌감을 주는 표현물이나 활동을 금지시키는 것. 그리고 인종적 욕설이나 인종문화적 욕설을 금지시키는 것.

2) 법적 온정적 간섭주의로 묶을 수 있는 것은. 자해(self-mutilation), 자살, 안락사, 만취, 향정신성의약품의 소지와 사용, 그리고 다양한 형태의 도박에 대한 금지. 그리고 형사 제재로 강제되는 다양한 요구사항들. 예를 들어 사냥꾼들은 붉은 모자를 써야 하며, 오토바이 운전자는 헬멧을 써야 하며, 자동차 운전자는 안전벨트를 매야 하고, 의사의 처방이 다양한 약품을 사기 위해서 필요하다는 등등.

3) 법적 도덕주의는 일탈적인 성행위. 동성애. 혼외정사. 그리고 “변태”행위. 특히 성인 간에 동의를 하고 했더라도 입법자에게 충격을 주는 행위들. 간통, 중혼(bigamy), 매춘 등등. 그리고 신중하게(discreetly)하게 배치되어 동의를 한 관중들 앞에서 이루어지는 라이브 섹스 쇼나 자발적인 지원자들에 의해 진행되는 혈투에 대한 금지.

그런데 이 다른 원칙들의 지지를 받는 형법이 해악 원칙 그 자체로부터 도출될 수 있다는 주장도 있다. 예를 들어 동성애, 음란(lewdness), 마약, 도박은 매우 미묘한 방식으로 또는 은폐되고 간접적인 인과과정을 통해 해악을 낳을 수 있다는 것이다. 이런 주장으로 인해 해악 원칙을 충족시키는 것이 무엇이고 충족시키지 않는 것이 무엇인지에 대한 엄청난 혼동이 생겼다. 해악을 주의깊게 분석하고 난해한 사안에 적용할 격률이 없으면 이 혼동을 없앨 수 없다.

14

이 책의 목적 중 하나는 필요한 명료화를 제공하는 것이다. 더 정확한 정의는 p.26에 나온다.

5. 자유주의

대부분의 자유주의자들은 (필 포함) 적절하게 세련화되고 조건을 부과하는 폐 원칙offense principle을 받아들인다. 행위자 자신에게만 해악이 되지만, 공적으로 행해졌을 때에는 좋은 예절 위반으로 폐가 되는 범주 말이다. 자유주의자들은 형법과 관련하여 다음 입장을 갖는 것으로 정의할 수 있다. 즉, 해악 원칙과 폐 원칙이 적정하게 명료하게 조건이 부가되었을 경우에, 이것이 범죄로 어떤 행위를 만들 수 있는 모든 이유들이라고 말이다.

15

나 자신은 자유주의적 편향(predilection)이 있다는 점을 밝혀두고자 한다.

서두에서 나는 극단적 자유주의자들(해악 원칙 외의 어떤 근거도 받아들이지 않는 이들)의 입장에서 출발, 논증에 의해 강제될 경우에만 추가적 원칙을 타당한 것으로 받아들이는 전략을 쓰겠다고 한 바 있다.

16

세금이 정당성이 없다는 자유지상주의자들의 주장을 자유주의자들은 부인한다. 부를 생산하는 활동이 개인의 노력만의 과실이라기보다는 사회적 여건의 산물인 이상, 세금을 걷지 않는다는 것은 해악을 발생시키는 것이기 때문이다.

6. 방법론

이 책은, 명료화를 통하여 사실에 원칙을 적용할 수 있는 실천적 추론을 포함토록 하였다.

17

철학자들이 가장 잘하는 것은 개념적 명료화이고 사실의 탐구는 흥미를 가진 사회과학 동료의 몫으로 남겨두어야 한다.

ex) 포르노가 해악을 일으키는 정도에 대하여 경험적 판단을 하지 않겠다. 그러나 성품의 타락이 해악이라는 종류의 주장은 다루겠다. 생각이나 제안도 해악인지, 동의하고 해악을 입을 수 있는지, 해악 없는 착취가 있을 수 있는지 등등을 살펴보면서, 이런 개념적 명료화가 이루어진 이후에는 사실을 파악하여 입법할 수가 있다.

테크니컬한 철학자들은 도덕 원칙으로의 환원, 자명한 진리인 공극 원칙의 근거가 없다는 이유로 이 책의 논증이 굴절되어 있다고 느낄지도 모르겠다.

18

내가 그러한 일을 하지 않는 것은 ‘심층 구조’에 반대해서가 아니라 꼭 그러한 시뮬 구조를 논할 필요가 없기 때문이다.

이 책의 논변은 산타야나가 말한 argumentum ad hominem[대인(對人) 논증]과 유사한 것이다. 이것은 본질적으로 정합성 논변이다. 가치와 확신의 그물망 속에서 반성하는 것이다.

나는 이러한 방법론이 통한다는 전제로, 내가 독자들과 많은 도덕적 가치와 이념을 공유하고 있다고 본다.

19 기본적으로 명확한 확신을 공유하는 이들이 덜 분명한 구체적 판단도 공유하도록 이끄는 것이 이 책의 목표다. 이런 방식은 경험의 한계로 편견을 강화할 한계가 있기 때문에 미리 경고를 하는 바이다.

20

형법은, 법을 지켜라는 형식적 명령 이외의 독립된 목적을 가지며 법 준수를 위한 지원(back up) 체계의 정당성은 파생적인 것이다. 법이 없어도 살인은 도덕적 잘못이지만, 법정 모독죄는 법정이나 법체계가 없으면 그 도덕적 잘못이 성립되지 않는다.

21

이 책에서는 법정 모독죄와 같은 파생적 범주 말고 살인과 같은 주된 범주를 위한 근거에만 집중하겠다.

22

8. 형법 이외의 선택지

일률적 금지가 아니라 친고죄로 만들 수 있다. 시민권의 장애 범위를 창출하는 비형사적 제재(시민의 장애 범위 창출, 자격 정지 계약 거절, 공공기관 해고, 재정 지원 철해)를 통해 시민의 행위에 금지를 만들어 낼 수 있고 이런 조치들이 자유를 침해하기도 한다.

23

사전 검열하고 내용 이유가 아니라 검열 절차 안거치고 출판되었다는 이유로 처벌하는 것은 자유에 더 위협이 되기도 한다.

그러나 직접 형사 입법을 통한 금지가 전반적으로 더 극적이고 심각하다. 그러나 이 선택지들은 주된 범죄화의 한계에 대한 논증에 때때로 난점을 불러온다.

음란광고 규제는 직접 금지보다 사전 검열 체제가 행위자가 감수해야 하는 위협을 줄인다. 더 심각한 난점은 담배의 범죄화를 반대하며 담배에 대한 가산적 과세를 반대하지 않는 것이다. 이런 범죄와 과세에 대한 상이한 판단이 어떻게 화해될 수 있는가?

첫 번째 접근은 다음과 같이 설명하는 것이다. 세금과의 차이는 단지 심각성의 문제가 아니다. i) 자유의 거의 중요한 모든 차원의 차단인 감옥 ii) 영구적 불명예를 남기는 비난의 징표를 부과. 반면 세금은 훨씬 비인격적 거래다. 여기에는 상징적인 심한 비난(censure)의 판단이나 불명예의 낙인이 없다.

두 번째 접근은 다음과 같이 설명하는 것이다. 행위자 본인 스스로에게 가해지는 해악의 합이 문턱을 넘어서면 자유주의 원칙 하에서도 그것을 억제하는 것이 정당화된다고 말이다.

24

생산성 상실, 병원 의료 비용에 비례하는 과세로서, 담배 가산세는 입법자의 재량이라고 할 수 있다. 간접적 비용을 걷는다는 측면에서 볼 수 있는 것이다.

9. 회의주의

밀의 해약 원칙 하나가 모든 범죄화되는 것이 정당한 경계 내에 있는 행위를 담을 수 없음이 드러난다. 네이글 같은 논자는 이에 관하여 원칙을 세우려는 것에 회의를 드러내며 사안별로 판단하는 수 밖에 없다고 한다. 그러나 어떠한 ‘일반적’인 대답이 없다는 결론을 내려야 할 것이 아니라 하나의 ‘단순한’ 원칙이 없다는 답을 내려야 한다.

26

살아있는 맥락에서 해약 원칙의 중개 적용 지침을 명료화하여 표현하는 것은 이 점에서도 정말로 필요한 것이다.

<서론 끝>