

제목: 자유주의, 응보, 그리고 범죄 Liberalism, retribution and criminality

저자: 진 햄프톤 Jean Hampton

출처: <In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg>, Jules L. Coleman, Allen Buchanan eds., Cambridge University Press, 1994

요약번역자: 이한

※ 숫자 표시는 그 숫자 이후에 나오는 문장들이 그 숫자 페이지에 담긴 것임을 표시함.(다음 숫자가 나오기 전까지의 부분에 대하여)

※※ 또한 괄호() 안의 경우 영어 병기나 주석이 아닐 경우에는 요약 번역자의 생각이나 논평임.

159 범죄 행위에 관한 정치 체계의 두 원칙으로 파인버그는 두 원칙을 든다.

첫 번째는 해악 원칙: 행위자 자신 이외의 사람들에 대한 해악을 방지할 필요는 항상 제안된 국가 강제를 지지하는 유관한 이유가 된다.

두 번째는 폐 원칙: 다른 사람을 아프게 하거나hurt나 다른 사람에게 폐offense를 끼치는 것(손상injury이나 해악harm과 대조되는 의미에서)을 방지할 필요는 항상 국가 강제를 지지하는 도덕적으로 유관한 이유다.

이 각 원칙은, 국가 강제의 유관한 이유이기도 하나 필요조건이거나 충분조건은 아니다.

필요조건이 아닌 이유는 각각이 다른 것을 유효하게 하지 못하기 때문이고, 충분조건이 아닌 이유는 다른 고려사항에 의해 찬성 쪽의 무게가 압도될 수도 있기 때문이다.

159 파인버그는 이 두 원칙에 의거해서만 어떤 행위를 범죄로 정할 수 있으며, 더 적극적인 역할을 국가에 맡기는 것은 정당화되지 않는다고 한다.

160 햄프톤이 특히 흥미롭게 생각하는 것은, 파인버그가 이 원칙들을 정의하고 옹호하면서 사용한 방법이다. 파인버그는 벤덤과 다르다. 벤덤은 도덕 이론을 먼저 개발하고 그로부터 구체적 지침을 산출한다. 반면에 파인버그는 우리 사회에서 범죄로 간주되는 어떤 패러다임 케이스, 실천들 그 자체로부터 출발하여, 이 두 원칙을 정식화하기에 이른다.

파인버그는 심층이론이 배제된다고 생각하지는 않지만 이러한 원칙을 정식화하는 데 필수적인 것은 아니라고 봄.

161 그러나 파인버그의 방법론에는 위험이 있다.

첫째, 만일 그 실천이 그 이론의 토대로서의 부담을 견뎌낼 만큼 충분히 도덕적으로 “강하지” 않다면 정식화를 위해 실천에 의존해서는 안된다.

둘째, 그 실천들을 활성화시키는 이념들이 서로 충돌하는 경우, 실천에 대한 의존을 피해야 (eschew) 한다.

I. 형법과 응보(161)

파인버그는, 형벌에 의한 금지의 전체 목적(whole purpose)은, 금지된 특정한 반사회적 행동을 막는(discourage) 것이라고 말한다. 그러나 그것이 정말로 “전체” 목적이라고 할 수 있는가?

국가가 개인의 행동에 간섭할 수 있는 수많은 방식들이 있으며, 그 중 일부만이 징벌적 제재이다. 파인버그가 논했듯이 입법자는 행위를 “시민권 제한civic disabilities”의 범위를 창출함으로써-면허취소, 자격정지, 어떤 계약의 체결 거부, 공공기관에서의 고용 거절, 정부 보조의 중단, 양육권 취소(child custody discontinuances) 등을 통해- 간섭할 수 있다. 사회가 이런 방식을 놓아두고 형벌에 의하여 간섭하여야 하는 이유는 무엇인가?

162 특히 왜 어떤 종류의 잘못에 대해서는 불법행위법으로 구제하지 않고 형벌을 사용하는가? 파인버그가 <타인에 대한 해악Harms to Others>에서 밝힌 바는 국가가 과세할 때와 처벌할 때는 차이가 존재하기 때문이라고 한다. 형벌은 국가가 실시할 수 있는 다른 수단이나 조치에 비하여 훨씬 더 극단적이고(drastic) 심각하다는 강도의 차이가 있으며, 또한 자유의 전면적 박탈, 낙인과 비하가 존재한다고 한다.

163 그러한 비난을 낳는 것은 무엇인가? 형벌의 가혹성(severity)의 부산물인가? 그렇지 않다. 벌금 500달러는 탈세로 인해 무는 가산세 천만원보다 더 약할 수 있다.

164 따라서 정도 차이에 의한 구분은 맞지 않다. 명예훼손을 불법행위로 다루고 자동차 절도를 범죄로 다루는데, 실제로 자동차 도난당하면 보험사에서 차를 물어주지만, 명예훼손되어서 삶이 작살날 수도 있다. 즉, 그 피해는 범죄로 다루지 않는 행위에 의한 것이 더 클 수도 있는 것이다.

164 응보주의이론가들은 형벌에 의한 낙인이 응보주의적인 메시지가 작동한 결과라고 본다. 그런데 파인버그는 응보에 대해서는 거의 논하지 않는다. 그는 위하의 관점에서 형벌 정당화 가능성을 논하고 있는 것이다.

166 왜 응보 역할을 잇는 것이 그리 쉬워 보이는가? Jeffrie Murphy는, 국가를 정당화하는 것이 무엇인가를 숙고하는 사람은, 잘못된 행동의 억제를 형사 입법의 자연스럽고 주된 이유로 생각하게 될 것이라고 지적한다. (주석 17- Murphy, "Retribution, Moral Education, and the Liberal State" in Criminal Justice Ethics (Winter/ Spring 1985): 3- 11) 그러한 제재가 없으면 사회적 협동은 불가능하기 때문이다.

166 머피가 옳다면, 국가 처벌의 주된 정당화에 관하여 의견이 불일치하는 억제 이론과 응보주의자 사이에 우열을 판별할 방도가 있을지 모른다. 즉, 억제가 형사처벌의 주된 이유이고, 응보는, 억제라는 목표에 의해 규정된 한계에 종속된다고 말이다. 만약 우리가 법의 지

배 하에 살기를 원한다면 주된 관심은 우리의 권리를 이미 위반한 사람을 어떻게 처리해야 되는가가 아니라, 애초에 다른 이들이 우리의 권리를 위배하지 않게 하려면 어떻게 해야 하는가가 될 것이다. 머피의 논변대로 응보가 부차적인 지위만을 갖는지는 분명하지 않다. 그러나 응보주의자가 파인버그로 하여금 적어도 이차적으로라도 형사법을 제정함에 있어 응보주의를 수용하도록 촉구한다고 해보자. 파인버그는 이 이차적 응보론과 그의 자유주의 지지가 일관되는지를 검토해야 한다.

166 그런데 응보가 자유주의 국가의 사명에 속하지 않는다면, 이것은 현대 정치 사회의 형법 관행에 대한 이해에 맞지 않게 된다.

167 나는 이 논문에서, 형법 체계가 응보 목적을 가지면서도 자유주의적일 수 있는지를 탐구하겠다. 이 탐구의 결론으로는 두 가지가 가능하다.

1. 자유주의 국가에서 형사적 제재는 전적으로 또는 부분적으로 응보적 이유에서 정당화된다. (주되거나 이차적인 근거로서)
2. 자유주의 국가의 형사 제재는 억제 이유에서만 정당화되며 응보 목적을 추구하기 위하여 활용되어서는 안된다.

167 그런데, 자유주의가 정치이론으로 충분히 유연해서 자유주의의 일원화된(unitary) 관념에 호소하는 것만으로는 응보와 억제 사이에 결정을 할 수 없을 수도 있다. 그러므로 자유주의 관념이 이론적으로 얼마나 유연한지 그리고 파인버그가 자유주의를 어떻게 이해하는지를 살펴보아야 한다.

168 잘못의 종류 중 일부를 선별하여 마땅한 고통을 가하는 것은 자유주의 국가에 지나치게 도덕적인 역할인가? 이 질문에 답하기 위해서는 응보와 자유주의에 대한 더 명료한 이해가 필요하다.

세 가지 종류의 응보 입장

1. 유죄인 사람만 처벌받아야 한다.
2. 유죄인 사람만, 그리고 유죄인 사람 모두는 처벌받아야 한다.
3. 유죄인 사람만이 모두 처벌을 마땅히 받아야 한다는 것은 도덕적으로 요청된다.

1의 입장이 제일 약하고 3으로 갈수록 강한 입장이다. 1의 입장은 처벌이라는 침해에 대한 측면 제약 사항만을 이야기하고 있을 뿐이다. 2의 입장은, 응분의 고통이 있다고만 이야기할 뿐, 그 고통을 가하는 것이 도덕적으로 요청되는지는 이야기하지 않는다. 3의 입장은 잘못을 저지르는 사람에게 실제로 고통을 가하는 것이 요청되며 그것이 책무라고 한다. 즉, 자비에 근거하여 고통을 가하지 않는 것을 반대하게 된다.

169 다음으로 자유주의의 종류를 보라. (햄프톤은 여기서부터 정치적 자유주의를 중립성 자

유주의라는 이상한 이름으로 부르면서 무도덕적 자유주의로 왜곡하고 있다. 이 부분은 가려서 읽을 필요가 있으나 어떤 죄에 대응하는 처벌고통의 응분이 있다는 생각이 형이상학적이란 아이디어는 맞는 것 같다)

1) “형이상학적” 자유주의: 밀, 로크, 칸트, 루소. 이들은, 객관적 도덕이론에 관하여 강한 형이상학적 지지를 보낸다. 형이상학적 자유주의는 자유주의 국가를, 특정한 도덕 이론에 근거하여 그 정당화와 독특한 역할을 끌어내는 제도로 인식한다. 이 입장에 속하는 이들은 처벌을 억제 효과로도, 응보 목적으로도 정당화했다.

170 “중립적” 자유주의: 존 롤즈의 최근 저작, 토머스 네이글 등에서 보이는 견해다. 이 견해에서 자유주의 국가의 정수는 관용의 원칙이다. “마땅한 고통”은 형이상학적 신념이기 때문에 이 유형의 자유주의에서 응보주의는 문제가 된다.

응보주의의 첫 번째 입장, 즉 무고한 사람을 국가가 처벌해서는 안될 것만을 요구하는 입장이, 중립적 자유주의가 포함시킬 수 있는 입장인가? 그렇기도 하고 그렇지 않기도 하다. 안전과 질서의 요구에 호소하고, 국가가 그 부정적 제재를, 국가가 공표한 법률을 위반한 사람에 대해서만 사용해야 한다는 논증을 개발하는 것은 어렵지 않다. 그러나 무고한 이가 처벌에 대한 “응분”이 있다는 응보주의 원칙을 명시적으로 중립적 자유주의가 포함하는 것은 불가능할 것이다. 이 후자의 이념은 도덕적으로 옳고 그른 행위가 무엇인가, 그리고 응분이란 관념에 의해 내용이 채워지기 때문이다.

171 중립적 자유주의의 지지자는, 도덕적으로 중립적인 국가는, 응보가 중첩적 합의의 일부라면 응보적으로 처벌하는 것이 가능하다고 말할 수 있다.

172 그러나 실현가능성은 없는 소리다.

172-176 파인버그는 중립적 자유주의자가 아니고 그래서 응보주의를 처벌의 한 정당화 근거로 생각할 수 있다.

177 불법행위와 구별되는 범죄화의 필요 조건은, 그 행위에 책임 있는 사람이 고통을 겪을 응분이 있다는 것이다. 예를 들어 피해자 없는 범죄의 경우 그 범죄자의 고통으로 인해 보상을 받거나 요구하는 사람이 없으며, 그 고통이 대가를 치른다고 유의미하게 말할 수 없다.

178 따라서 파인버그는, 응보 개념을 정교화하지 않은 채로 자기 자신에게만 잘못된 행동을 하거나, 피해가 없는 악을 행한 사람을 처벌하는 것은 이치에 닿지 않는다고 주장한다. 여기서 파인버그의 입장은 직관적으로 설득력이 있지만, 여기서 그가 사용하는 응보 개념이 정말로 그가 생각하는 것처럼 분석이 덜된 것인지는 확신하기 어렵다. 동성애에 대한 처벌을 요구하는 증오는, 폭행 처벌을 요구하는 증오와는 다르다. 그것은 응보적으로 증오스러운 것이 아니다. 응보는 직관적 수준에서 자유주의자들이 범죄의 문제가 되기를 원하는 종류의 잘못을 가려낼 수 있다. (그러나 간통과 혼인빙자 간음이 이미 오랫동안 형벌로 정해졌던 사회에서는 그러한 응보적 증오를 불러일으키지 않는가? 이러한 응보적 증오스러움이라는 직관은 실제로 채택하고 도덕원칙에 따라 많이 다를 수 있지 않은가? 때때로 이 두 증

류의 증오를 분간하는 것이 윤곽이 뚜렷한 문제는 아닐 수도 있다. 왜냐하면 어떤 도덕 원칙에 깊이 배태된 처벌관행을 되풀이하다보면 마치 그것이 응보적 증오인 듯한 착각을 불러 일으킬 수 있기 때문이다. 또한 응보적 증오가 피해자의 존재와 결부되어 있다면 응보적 증오의 직관으로 범죄를 가려내는 것은, 피해자의 존재 유무로 가려내는 것과 무엇이 다르겠는가. 여전히 탐구가 필요한 지점이다)

178 그러나 파인버그는 불법행위와 범죄를 두 가지 이유로 충분히 구체적으로 구별하지 못하였다.

첫째, 응보감의 직관적인 수준에서 폐를 끼치는 행위가 왜 처벌을 요구하는지 알기 어렵다. 예를 들어 누드.

179 과태료나 과징금으로 해결해야 하지 않는가? 이 문제는 파인버그가 결코 구체적으로 답하지 않은 것이다. (발가벗고 거리를 돌아다니거나 코딱지를 파는 것이 과태료로 해결해야 하는 문제임은 동의되는 바이다. 이는 Mill on Liberty 강의에서도 밝힌 바다.)

둘째, 해악-폐 원칙에 의해 경계 내에 있는 행위의 집합은 여전히 너무 크다. 모든 부당한 행위(grievances)가 범죄화되어야 하는가? 확실히 아니다. 예를 들어 친구에게 하는 거짓말. 이것이 범죄 체계에 의한 응분을 받지 않아야 한다고 논할 이유를 구체적으로 제시해야 한다.

<끝>