

응보주의 형벌론 검토

유 호 중 (연세대)

주 제 윤리학, 법철학, 사회철학

주요어 형벌의 정당성, 응보주의 형벌론, 시정적 정의

요약문 법규범을 위반한 사람에 대해서 가해지는 것이 형벌이다. 그런데 형벌은 그 대상자에게 해악과 고통을 주는 것이기 때문에 그것이 어떤 근거에서 정당화될 수 있는지가 문제된다. 이 형벌의 정당화 근거에 대해서 지금까지 크게 응보주의 형벌론과 결과주의 형벌론이 제시되었다. 이 논문은 이 중 응보주의 형벌론의 검토를 통해서 형벌의 정당성 근거 중 하나를 탐구해 보고자 한 것이다.

기존의 응보주의 형벌론자 중 일부는 법규범 위반자의 도덕적 책임이 그에게 형벌에의 응분을 갖게 만든다고 주장하는데 이는 설득력이 없음이 밝혀진다. 또 다른 응보주의자는 형벌은 시정적 정의를 실현시킴으로써 정당화된다고 보긴 하지만 이때의 시정적 정의 실현을 위반자에게만 초점을 두어 생각함으로써 역시 한계를 갖는다.

이에 필자는 먼저 시정적 정의라는 것은 피해자에게 보상을 함으로써 과거에 훼손된 분배적 정의의 상태를 회복시키는 것이라는 것과 이 시정적 정의의 실현은 인간의 의무임을 밝혔다. 그리고 어떤 형벌은 이런 시정적 정의를 실현시킬 수 있는 유일한 방도이므로 이 시정적 정의의 실현은 바로 형벌의 정당화 근거 중 하나가 된다고 주장하였다.

1. 형벌의 정당성이 문제되는 이유

형벌은 국가기관이 법률을 어긴 사람에게서 재화나 신체의 자유, 행복 추구의 자유 등을 박탈하거나 심지어는 생명까지 빼앗는 것이다. 현행형

법은 그 대상자에게서 박탈하는 선·법률 용어로는 법익(法益)의 종류에 따라 형벌을 생명형, 자유형, 재산형, 명예형으로 대별한다.¹⁾ 이 형벌이 개인에게 가하는 고통의 양으로만 본다면 그것은 폭행, 테러, 절도, 강도, 살인과 같은 범죄가 가하는 고통의 양보다 결코 작지 않다. 형벌은 규범 위반자가 피해자에게 고통을 주었듯이 그 위반자에게 고통을 주는 행위인 것이다.

이렇게 어떤 사람에게 위해와 고통을 가하는 행위는 그 자체만을 본다면 정당화될 수 없다. 법 규범의 핵심은 바로 이런 가해 행위를 금하는 것이다. 그래서 우리가 법 규범을 지켜야 한다고 말할 때 이는 대부분의 경우 타인들에게 고통이나 위해를 가하지 말아야 한다고 말하는 것이다. 그러므로 형벌은 정당화되기 힘들어 보이는 측면을 가지고 있다. 하지만 형벌은 법규범 위반에 대해 현실적으로 빈번하게 행해지는 대표적인 사회적 대응이다. 여기서 ‘형벌은 어떤 근거에서 정당화될 수 있는가’가 중요한 물음으로 떠오르게 된다. 만약 이 물음에 답을 하지 못하면 인간 사회에서 상당한 비중을 차지하는 형벌이라는 행위는 더 이상 용납되어서는 안되기 때문이다.

형벌의 정당성 근거에 대한 논의는 오래 전부터 시작되었으나²⁾ 오늘날까지도 합의에 이르지 못해 논란은 계속되고 있는 실정이다.³⁾ 하지만

1) 김일수 (1996) 『형법총론』 박영사 p.647.

2) 이미 고대 그리스에서 악행에 의해 교란된 조화를 회복시키는 데에서 형벌의 정당성을 찾는 플라톤과 범죄를 저지르지 못하도록 일반 사람들을 위협하는 것을 형벌의 본질적 임무라고 본 프로타고라스간의 입장대립이 나타났다. (김일수(1996) pp.635-637)

3) F. E. Baumann과 K. M. Jensen은 ‘20년전(1960년대) 열린 형벌에 관한 협의회에서는 앉아 있는 사람들 중 많은 수가 공리주의자이었고 드문드문 응보주의자들이 있었는데 1983년의 협의회에서는 적은 수의 공리주의자들을 많은 수의 응보주의자들이 압도했다’고 미국의 사정을 적고있다. [Baumann, Fred E. & Jensen, Kenneth M. ed. (1989) Issues in Criminal Justice, Virginia UP. 서문 참조] 이와는 반대로 독일의 법학자 Arthur Kauffmann은 1986년에 쓴 논문에서 응보주의 입장을 취하는 책임형벌은 “얼마 전부터 위기에 처해 있다.(.....) 형법에서 책임원칙이 불가결하다고 경고를 하는 성찰들은 오늘날 거의 찾아보기 힘들다”고 한탄하고 있다. [A. 카우프만 (1986) “형법상 책임원칙에 관한 시대불변의 성찰들” 심재우 편역(1995) 『책임형법론』

형벌의 정당성 근거를 찾기 위해서는 이런 기존의 이론들이 도덕적 비난과 형벌의 정당화 근거로 제시한 것을 어떻게 받아들일 것인가를 따져보는 데에서 시작하는 것이 효율적일 것이다.

지금까지 제시된 형벌에 대한 정당화 이론들은 크게 과거 지향적 입장과 미래지향적 입장으로 나뉜다. 과거 지향적 입장은 형벌의 정당성 근거를 이전에 행해진 위반 행위에서 주로 찾으며 그것이 가져올 결과는 부수적으로만 고려하거나 전혀 고려하지 않는다. 반면 미래지향적 입장은 형벌의 정당화 근거를 그것이 가져올 미래의 결과에서 찾는다.⁴⁾

이 중 과거 지향적 입장에 선 것이 응보주의 형벌론(retributism)이다. 반면 미래 지향적 입장에 선 것이 결과주의 형벌론으로 그 대표적인 것이 공리주의 형벌론이다. 이 논문은 이 중에서 응보주의 형벌론의 검토를 통해 형벌의 정당성 근거를 모색해 보고자 한다. 즉 응보주의 형벌론이 제시하는 형벌의 정당성 근거가 무엇인지와 그것이 타당한지, 그리고 보완할 점은 없는지를 밝히고자 한다. 그러므로 이 논문은 형벌의 정당성 근거 전체가 아니라 그 하나를 밝히고자 하는 것이다.

그런데 응보주의 형벌론을 검토하기 위해서는 먼저 형벌에 대한 견해들 중 어떤 것을 '응보주의'라고 부를 수 있는지 규정해 두어야 한다. 왜냐하면 형벌론 논의에서 이론가 자신이나 그 외의 사람들에 의해 수많은 다른 형태의 이론들이 응보주의라고 불리고 그래서 때로는 어떤 이론을 응보주의 형벌론이라고 불러야 할지 자체가 논란이 되기 때문이다.⁵⁾ 하지만 응보주의라 불리는 입장들 대다수가 공유하는 주장이 있으므로 이

홍문사, p. 9] 그리고 이런 사정은 현행 형법에도 그대로 반영되어 있다. 우리나라의 현행 형법은 응보주의적인 책임형법을 채택하고 있다. 그래서 책임을 형벌을 제한하는 요소로 삼고 있다. 그러면서도 보호감호를 인정하는데 이는 예방 목적을 중시한 것으로 책임형법으로는 설명될 수 없는 것이다.[김일수(1996) pp.30-31]

4) 신치재(1996), 『책임형법과 행형』 한남대학교 출판부 pp.137-140

5) 가령 Martin Golding 이나 Anthony Quinton은 '오직 죄있는 자만이 처벌되어야 한다'는 원리를 주장하는 자신들의 입장이 응보주의라고 생각하나, John Cottingham은 그 원리는 공리주의에서의 이차적 규칙으로 생각될 수 있는 것이므로 그들의 주장은 공리주의에 속하는 것이지 응보주의에 속하는 것은 아니라고 반박한다.

것을 기준으로 응보주의를 규정할 수 있을 것이다.

이런 주장으로 두드러진 것은 ‘형벌은 그것이 응분의 것일 때 오직 그 경우에만 정당화된다’는 것이다. 그래서 이 점에 주목하여 응보주의 형벌론을 규정하려는 입장이 있다. 가령 M. P. Golding은 응보주의적 형벌을 ‘그 형벌이 응분의 것이기 때문에 할당되는(meted out) 형벌’이라고 규정하며, Ted Honderich는 응보주의 형벌론은 ‘어떤 형벌이 옳을 수 있는 것은 그 형벌이 위반자에게 응분의 것이기 때문이라는 이유를 대는 입장’이라고 규정한다.

그런데 응보주의자들은 ‘응분의 형벌’이 무엇을 의미하는가에 대해 서로 견해를 달리한다. 따라서 그들의 이런 다양한 견해들을 포괄하기 위해서는 그들이 공통적으로 인정하는 의미만을 ‘응분의 형벌’의 의미로 규정해야 한다. 그래서 이렇게 규정할 때 ‘응분의 형벌’은 ‘그 대상자가 받아 마땅한 형벌’이 된다. 그러나 이렇게 되면 ‘응분의 형벌을 주장’하는 응보주의 형벌론은 결과주의 형벌론과 구별할 수 없게 되어 버린다. 왜냐하면 결과주의자들도 최선의 결과를 가져오는 형벌은 그 대상자들이 당연히 받아들여야 하는 것이라고 본다는 점에서 이런 의미의 ‘응분의 형벌’을 주장하고 있다고 할 수 있기 때문이다.

따라서 응보주의 형벌론을 결과주의 형벌론과 구별시켜 줄 수 있는, 응보주의라 불리는 대부분의 견해들이 지니고 있는 또다른 공통점에 주목할 필요가 있다. 이때 그 공통점으로 발견할 수 있는 것은, 그 견해들이 형벌에의 응분을 ‘그 대상자가 과거에 위반행위를 했음’과 같은 과거의 어떤 사실에 의해 생기는 것으로 봤다는 점이다.⁶⁾ 그러므로 ‘형벌은 응분의 것이어야 한다’는 것과 ‘그 응분은 과거의 어떤 사실에 의해 생기는 것이다’는 것을 모두 주장하는 입장을 응보주의 형벌론이라고 규정할 수 있을 것이다.

6) 이런 특성에 주목해 응보주의를 규정하려 한 사람들이 있다. A. Flow는 형벌이 과거의 위반행위를 향하는 ‘과거 지향적’ 특성을 가져야 한다는 것은 형벌에 논리적으로 요구되는 것이라고 보았는데, 그는 형벌을 이렇게 보는 입장을 ‘응보주의’라고 규정하였다. 또 Mabbott 역시 적절한 처벌과 과거의 위반과의 논리적 연관을 주장하는 이론을 응보주의라고 불렀다.

2. 도덕적 책임을 형벌의 근거로 제시하는 응보주의

응보론자들은 어떤 사람이 형벌에의 응분을 갖게 되는 것은 과거의 어떤 사실에 의해서라고 주장한다. 그런데 이렇게 형벌의 근거가 되는 과거의 사실이 구체적으로 무엇인가에 대해서는 응보론자들 사이에서도 의견이 다르다.

먼저 ‘어떤 행위자가 다른 사람에게 해(害)를 가했다’는 사실이 그 행위자에 대한 형벌의 근거라고 보는 견해가 있다. 고대의 ‘눈에는 눈, 이에는 이로’라는 탈리오 원칙(*lex talionis*)에 따르면 행위자가 타인에게 가한 해가 꼭 그만큼의 형벌에 대한 응분을 그 행위자에게 갖게 만든다는 것이다.⁷⁾ 그러나 이 견해가 설득력이 없다는 것은 쉽게 알 수 있다. 가령 어린아이가 장난을 치다가 큰 불을 내어 다른 사람에게 큰 손해를 입혔다고 하더라도 그런 사실이 그 어린 아이에게 형벌에 대한 응분을 갖게 만든다고 볼 수는 없다. 그래서 오늘날에는 응보론자 중에서도 이런 입장을 취하는 사람은 거의 없다.

이보다 더 발전된 형태의 응보주의는 ‘행위자에게 그의 잘못된 행위에 대한 도덕적 책임이 있다’는 사실이 형벌에의 응분을 갖게 만든다고 보는 것이다. 이 견해를 주장하는 응보주의자들은 ‘타인에게 해를 가함’은 형벌의 한 조건이긴 하지만 그 외면적 사실만으로 행위자가 형벌에의 응분을 갖게 된다고는 생각하지 않는다. ‘타인에게 해를 가하는 행위’가 일정한 조건에서 이루어 졌을 때, 즉 행위자가 상황을 충분히 인식한 상태에서 자발적으로 그 행위를 했을 때 형벌에의 응분을 갖게 되는 것이라고 그들은 생각한다. 그런데 행위자가 행위시 이런 조건들을 갖추었을 때 그의 상태는 그 행위자에게 자기 행위에 대한 ‘도덕적 책임이 있다’고 말할 수 있는 상태인 것이다.⁸⁾

7) 행위자가 야기한 결과에 따라 행위자를 처벌하는 원칙에 입각한 형법을 흔히 결과 형법이라 한다. 서구에서도 ‘18-19세기까지는 형벌은 이런 원칙에 따라 과하여졌다’ 손해옥(1996), 『형법총론』 법문사 p.29

그러나 이런 견해에 대해서는 행위자의 도덕적 책임이 어떻게 그 행위자에게 형벌에의 응분을 갖게 만들 수 있는 것인가라는 의문이 제기된다. 이에 대해 이 응보주의자들은 주로 직관적 자명성에 의존해 답변을 한다. 즉 그들은 행위자가 도덕적 책임이 있게 어떤 그런 행위를 했을 때 그가 처벌받아 마땅하다는 것은 직관적으로 자명하다고 보는 것이다.

물론 그들 중에는 바로 직관에 호소하려 하지 않고 나름대로 이런 주장에 대한 논변을 제시하려 한 사람이 있다. 가령 L. H. Davis는 도덕적 책임이 있는 그런 행위는 그 행위자가 도덕적으로 악함을 보여주는 것으로, '죄에 대해 가해지는 고통에는 본래적인 좋음이 있기' 때문에 그 행위자에게 가해지는 형벌은 정당화된다는 것이다.

하지만 이에 대해서는 다시 죄에 대해 가해지는 고통이 본래적으로 좋다는 것을 어떻게 알 수 있는가라는 물음이 가능하다. 이 물음에 대해 그는 (1) 죄에 대해 가해지는 고통이 본래적으로 좋다거나 좋음 자체라는 판단을 반박하는 좋은 논변이 없고, (2) 건전한 도덕적 직관을 가진 사람들 사이에서 이런 판단을 믿는 광범위한 경향이 있으므로 그 판단은 틀림없이 참인 것으로 보인다는 논변을 제시한다.

그러나 이 중 (1)에서 '그 판단을 반박하는 논변이 없다'는 것은 적극적으로 그 판단을 뒷받침할 수 없는 것이고 (2)에서는 물론 Davis 자신만의 직관이 아니라 '건전한 상식인' 상당수의 직관에 호소하는 것이기는 하지만 어쨌든 다시 직관에 호소하는 것이다. 따라서 그는 나름대로 논변을 제시하려 했음에도 불구하고 결국 도덕적 책임이 형벌의 정당화 근거라고 주장하는 다른 응보주의자들과 마찬가지로 직관에 의존한다고 볼 수 있다.

이렇게 직관에 의존하는 방법은 잘 알려진 대로 기본적으로 한계를 갖

8) Honderich는 이런 주장을 하는 입장을 '본래적(intrinsic) 응보주의'라고 부른다. [Honderich, Ted (1989) *Punishment-The Supposed Justifications*, Polity Press pp.212-214] 가령 J.Cleinig은 이런 입장에서 '더 이상 해를 끼칠 수 없고 그 처벌이 어떠한 좋은 결과도 낳지 못하는 외딴 섬의 나치 전범자도 처벌받아야 한다'고 주장한다.

고 있다. 그것은 사람들간의 직관은 흔히 서로 다를 수 있고, 그러할 때 이 직관들을 조정하거나 평가해 줄 객관적 기준이 없기 때문이다. 하지만 그렇다고 직관에 의존한다는 이유만으로 어떤 견해를 설득력 없는 것으로 반박할 수는 없다. 왜냐하면 인간이 어떤 판단이나 평가를 함에 있어 어느 정도 직관에 의존해야 하는 것은 불가피하기 때문이다. 특히 궁극적인 원리나 기준 등 더 이상 근거를 댈 수 없는 사안에서는 우리가 의존할 수 있는 것은 직관밖에 없다.

그렇다면 이런 직관에 의존하는 견해에 대해서 어떻게 평가해야 하는가. 직관에 의존하는 판단은 기본적으로 그 설득력에 한계가 있지만 -따라서 인간의 모든 인식은 한계를 가지고 있다고 볼 수 있다- 모든 직관이 같은 정도로 불완전한 것은 아닌 것으로 보인다. 직관이라도 더 타당해 보이는 것과 그렇지 않은 것이 있다. 그러므로 우리는 더 타당해 보이는 직관은 받아들여도 되지만 그렇지 않은 직관에 대해서는 반박해야 할 것이다.

그런데 도덕적 책임이 형벌의 정당화 근거라고 주장하는 사람들이 의존하는 직관은 이런 타당성의 정도가 커 보이지 않는다. 그 이유는 첫째 이 직관을 공유하는 사람들의 범위가 넓지 않고, 특히 이 직관에 전혀 공감하지 않는 적극적인 반대자들이 존재한다는 것이다. 바로 공리주의 형벌론자들이 그들인데 그들은 형벌에 대해서 이성을 사용하여 진지하고 본격적으로 탐구하는 자임에도 불구하고 그 직관을 거부하는 것이다. 그래서 이런 “공리주의자들이 존재한다는 단순한 사실은...응보주의자들에게 그의 정당화가 설명과 검토를 필요로 하는 것임을 알려 주는 것이다”⁹⁾

둘째 도덕적 책임이 형벌의 정당화 근거라고 주장하는 사람들은 그 주장의 직관적 자명함을 주로 자발적으로 그른 행위를 한 사람들에게 대해 그들이 느끼는 직접적 분노와 처벌에의 욕구 속에서 발견한다는 점이다.

9) N. Walker(1991), *Why Punish?*, Oxford UP. p.72

가령 잔인하고 소름끼치게 행해진 범죄를 보았을 때 피해자의 주변인들은 말할 것도 없고 직접적 관련이 없는 사람들도 범죄자에게 큰 도덕적 분노와 처벌에의 욕구를 느끼는데 그 분노와 욕구는 범죄자에 대한 처벌을 당연한 것으로 느끼게 한다. 이렇게 ‘분개는 즉각적이고 직접적으로 처벌을 부추기는 감정’¹⁰⁾인데 이 응보주의자들은 ‘이 감정들과 이 감정들이 불러일으키는(*inspire*) 행동들은 자기증명적이어서 더 이상의 정당화를 필요로 하지 않는다고 보는 것이다.’¹¹⁾

그러나 우리가 도덕적 책임이 있는 행위자에게 도덕적 분노의 감정과 처벌에의 욕구를 느끼는 내면적 반응을 하는 것과 그 행위자에게 처벌을 가하는 외적 대응을 함으로써 그런 분노를 표현하고 처벌 욕구를 충족시키는 것은 근본적으로 다른 것이다. 그러므로 행위자가 갖고 있는 도덕적 책임 때문에 우리가 그에게 처벌에의 욕구를 느꼈다는 사실이 그 자체로 우리가 그에게 처벌을 가하는 것을 정당화시키지는 못하는 것이다.

또한 도덕적 책임이 형벌의 정당화 근거라는 직관을 이런 도덕적 분노와 형벌에의 욕구를 느끼는 상태에서 가장 분명하게 하게 된다는 것은 그 직관의 신뢰성을 약화시키는 것이다. 왜냐하면 감정과 욕구는 어떤 사태에 대해서 특정한 인상만을 강하게 부각시키는 경향이 있어서, 어떤 고조된 감정과 강한 욕구상태에서의 사태에 대한 직관은 과장된 인상에 따르기 쉬어서 틀릴 경우가 많기 때문이다. 이렇게 도덕적 책임을 형벌의 정당화 근거라고 보는 응보주의자들은 설득력있는 이유를 제시하지 못하고 있고 그렇다고 그들은 제시하지 않았지만 이런 주장을 뒷받침하는 다른 그럴듯한 이유를 찾을 수 있는 것도 아닌 것이다.

3. 시정적 정의 실현을 형벌의 근거로 제시하는 응보주의

앞 장에서 필자는 행위자의 도덕적 책임을 형벌의 정당화근거라고 주

10) 스미스, A., 박세일 & 민경국 역(1996), 『도덕감정론』 비봉출판사 p.131

11) Oh, Byung-Sun(1994) *Teleological Desert and Justice*, Sogang UP. p.59 참조.

장하는 응보주의가 설득력이 없음을 살펴보았다. 그런데 응보주의자들 중에는 이와는 다른 형태의 입장을 제시하는 사람들도 있다. 그들은 바로 '형벌에 대한 그들의 견해를 옹호하기 위해 어떤 매우 일반적인 도덕 원칙에 호소하고 있는¹²⁾' 사람들이다. 이때 이들이 호소하는 도덕원칙이란 '대부분 정의의 원리들'¹³⁾이며 그중에서도 특히 '시정적 정의(corrective justice)의 원리'인 것이다.¹⁴⁾

여기서 시정적 정의라는 것은 기존의 어떤 정의로운 상태가 깨어졌을 때 이를 회복시키는 것으로서의 정의이다. 그러므로 이 응보주의자들은 어떤 행위자가 그런 행위를 함으로써 정의로운 상태를 파괴시켰을 때 그에게 가해지는 형벌은 그 파괴된 정의로운 상태를 회복시킨다는 점에서 정당화된다고 주장하는 사람들이다.

먼저 고전적 응보주의자들의 상당수가 이런 시정적 정의에 입각한 응보주의자로 해석될 수 있을 것이다. 그런데 그들의 경우 시정적 정의 외에도 다른 근거에서 형벌에 대한 응보주의적 정당화를 시도하거나, 자기가 이 시정적 정의를 형벌의 정당화 근거로 삼고 있다는 것을 분명하고 일관되게 주장하고 있지 않다. 가령 응보주의자인 아담 스미스는 '보상을 한다는 것은 받은 선에 대하여 선으로 갚는 것, 처벌하는 것은 악에 대하여 악으로 갚는 것'¹⁵⁾이라고 주장하여 처벌을 일종의 보상행위로 간주한 것으로 보이나 또 한편으로는 "분개의 적절한 대상인 모든 것은 처벌을 받아 마땅한 것으로 보인다"¹⁶⁾고 주장하여 단순히 직관에 호소하는

12) N. Walker의 평가에 따르면 '오늘날 직관주의자들이 완전히 없어진 것은 아니지만 최소한 응보주의와 관련해서는 매우 드물다. 사실상 대부분의 철학자들은 응보주의에 대한 설명을 제공할 필요성을 인정하고 있다.'는 것이다.[Walker, Nigel(1991) *Why Punish?*, Oxford UP. p.72]

13) T. Honderich(1989), pp.34-35 참조

14) J. Cottingham의 경우 응보(retribution)의 가장 기본적인거나 근본적인 의미는 그라틴 어원 그대로 '되돌려 줌 "빚을 갚음'(paying a debt)으로 형벌은 위반자가 사회에 진 빚을 되갚는 것이므로 정당화된다고 보는 입장이 응보주의라고 해석했다. [J.Cottingham p.238] 즉 그는 응보주의의 가장 전형적인 입장을 이 시정적 정의에 입각한 응보주의라고 보는 것이라고 할 수 있다.

15) 아담 스미스 p.131

듯이 기술하고 있다.

더욱이 이 고전적인 응보론자들이 생각한 '시정적 정의의 실현'이라는 것은 형벌을 정당화시킬 수 있는 것이 아닌 것으로 보인다. 가령 플라톤이나 헤겔같은 이는 범죄자 개인의 영혼에 초점을 맞추어 '시정적 정의의 실현'을 생각한다. 플라톤에 따르면 범죄를 저지르기 전 행위자는 인격적으로 보았을 때 상대적으로 균형과 안정을 이룬 상태인데 그가 범죄를 저지름으로써 그가 지은 죄가 이런 상태를 파괴한다. 이에 대해 그 행위자에 대한 처벌은 이 죄를 해소시킴으로써 행위자의 인격을 본래적인 균형상태-정의로운 상태-로 회복시켜 놓는다는 것이다. 유사하게 헤겔도 '보편의지로서의 법질서는 긍정이고 특별의지로서의 범죄는 부정이며 형벌은 이 부정에 대한 부정'이라고 하여 범죄가 형벌에 의해 속죄되거나 상쇄되거나 부정되는 것이라 생각한다.¹⁷⁾

이런 입장에 대해 우선 지적할 수 있는 것은 이렇게 시정적 정의 실현을 위반자 개인에게만 초점을 맞춰 바라보게 되면 법적 위반 행위에 대응하여 실현해야 하는 시정적 정의의 본성을 제대로 포착하지 못한다는 것이다. 법적 위반행위가 사람들에게 문제되는 가장 중요한 이유는 그것이 부당한 고통을 당하는 피해자를 발생시키기 때문이다. 그래서 뒤에서 자세히 보겠지만 위반 행위에 대응하여 시정적 정의를 실현해야 할 필요성도 바로 이런 피해자 때문에 생기는 것이다. 시정적 정의는 우선 피해자를 고려한 것이어야 하는 것이다.

더욱이 이들은 위반행위에 의해 지어진 '죄'는 어떤 형이상학적 실체와 같은 것으로서, 위반자가 형벌을 받음으로써 느끼는 고통이 이 죄를 없앨 수 있다는 형이상학적인 가정에 기초해 시정적 정의 실현을 생각하고 있다. 그러므로 이런 형이상학에 동조하지 않는 한 이런 형태의 시정적

16) 아담 스미스 p.128

17) 김일수 pp.635-637, 신치재 pp.143-144 참조 물론 이런 파악은 플라톤과 헤겔의 견해 중 핵심이 된다고 생각되는 한 측면에 주목하기 위해 그들의 견해를 단순화시킨 것이다.

정의 실현이 형벌의 정당화 근거라는데에 동의하기 힘든 것이다.

시정적 정의에 입각한 응보주의자들은 현대에도 있다. Honderich가 ‘회복적 응보주의(restorative retributisim)’라고 부르는 입장을 취하는 사람들이 그들이다. 이 입장은 가령 ‘사회구성원들은 서로 평등하게 자기 욕구를 일정정도씩 억제하는 부담을 지기로 했는데 위반자는 이런 부담을 감수하길 거부한 사람으로, 형벌은 이 위반자에게 부담을 가함으로써 그에 의해 초래된 부담들의 잘못된 분배를 다시 옳은 상태로 되돌린다는 점에서 정당화된다고 보는 것¹⁸⁾으로, ‘현대의 응보주의 중에서 가장 유력한 입장’이라는 평가를 받고 있다.

이런 입장을 취했던 사람으로 J. Murphy, J. Finnis, M. Davis, G. Sher, W. Sadurski 등이 있는데 이들은 고전적 응보주의자들과는 달리 자신들의 입장이 시정적 정의에 입각하고 있음을 더 분명히 표현하고 있다. 가령 W.Sadurski는 우리가 보상에 의해 일종의 평등을 회복하는 것을 보상적 정의(compensatory Justice)라 칭하고 이 보상적 정의를 형벌에도 적용한 것이 응보적 정의라고 하여 그가 시정적 정의에 입각해 형벌을 정당화하려 한다는 점을 분명히 했다.¹⁹⁾ 그리고 이들은 고전적 응보주의자들과 같은 형이상학적 가정에 의존해 시정적 정의를 해명하려고 하지 않는다.

하지만 이들도 시정적 정의를 바라보는데 있어서 주로 위반자에게 초점을 맞출 뿐 피해자에 대해서는 주목하지 못하고 있다. 또 이들은 시정적 정의의 실현을 그 자체로 형벌을 정당화시킬 수 있는 근거로 보지 않고, 다른 더 중요한 요소와 결합함으로써 비로소 형벌을 정당화시킬 수 있는 것으로 보는 경향이 있다. 그리고 이런 한계와 연관된 것으로, 그들은 시정적 정의의 실현이 어떻게 형벌을 정당화시킬 수 있는지 해명하지

18) T, Honderich(1989) pp.227-231

19) ‘restorative justice’ ‘compensatory justice’로 불리는 것이나 필자가 말하는 ‘시정적 정의(corrective justice)’는 기본적으로 같은 의미를 갖는다고 보아도 무방할 것이다. 하지만 그런 정의의 실현 방식에 대한 필자의 입장이 그런 용어를 사용하는 사람들의 입장과 틀리므로 이들과 구별하기 위해, 그리고 ‘시정적 정의’가 그것들간의 공통된 의미를 가장 잘 드러낸다는 점에서 필자는 이 용어를 사용한다.

않고 있다.

이렇게 형벌을 시정적 정의의 실현이라는 근거에서 정당화시키려고 한 견해들은 상당수 발견된다. 따라서 우리는 이런 시정적 정의의 실현이라는 것이 과연 형벌을 정당화시키는 근거가 될 수 있는지를 따져 볼 필요가 있다. 그런데 위에서 본대로 시정적 정의를 형벌의 근거로 제시하는 기존의 견해들은 충분한 설득력을 갖고 있지 못하다. 그러므로 우리는 이런 기존의 견해들에 의존해서가 아니라 우리 스스로의 사고에 의해, 과연 시정적 정의 실현이 형벌의 정당화 근거가 될 수 있는지, 그리고 이 때의 시정적 정의 실현의 구체적인 형태는 어떤 것인지 논의해 보아야 할 것이다.

4. 시정적 정의 실현의 의무

시정적 정의 실현이 어떤 형벌을 정당한 것으로 만들 수 있는지를 확인하기 위해서 먼저 일반적으로 볼 때 어떤 행위가 시정적 정의를 실현한다는 것이 그 행위를 정당화시키는 근거가 될 수 있는지를 검토해 볼 필요가 있다. 그런데 시정적 정의는 일반적인 정의의 한 구현형태일 것이므로 먼저 정의 일반에 살펴볼 필요가 있다.

정의란 무엇인가. '정의'라는 용어는 학자들에 따라 약간씩 다른 의미로 사용되고 있고 또 정의의 원칙으로 제시되는 것들도 다양하다. 그러나 그것들 모두에 공통적으로 담긴 생각은 '개개 존재자를 공정하게 대우함' '개개 존재자를 차별하지 않고 동등하게 배려함'이라고 할 수 있을 것이다.²⁰⁾ 이때 각 존재자를 공정하게 대우한다거나 동등하게 배려한다

20) '정의'는 '옳음' 일반을 뜻하는 넓은 의미로 쓰이기도 하지만 '옳음'에 속하는 여러 항목 중의 하나를 뜻하는 좁은 의미로 쓰이기도 한다. 가령 아리스토텔레스는 '정의'를 광의로는 '법'(nomos 실정법뿐 아니라 자연법)을 따르는 것, 협의로는 균등(ison)을 의미하는 것으로 구분한다. [황경식 (1985) 『사회정의의 철학적 기초』 문학과 지성사. pp.312-313] 이 용어는 이 중 좁은 의미로 사용되는 것이 일반적이고 이 논문에서도 좁은 의미로 이 용어를 사용하고자 한다.

는 것은 그것들을 산술적인 의미에서 똑같이 대우한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 그것보다는 오히려 '어떤 점에서 같은 존재자들은 같게 취급하고 다른 존재자는 다르게 취급하는 것'이 정의로 간주되어 왔다.

정의에 부합하게 행위하는 것이 인간의 의무라는 것은 당연하여 더 이상 논의할 필요가 없을 것이다.²¹⁾ 그렇다면 정의에 부합하게 행위한다는 것은 구체적으로 어떻게 행위하는 것인가. 먼저 행위자는 사회의 전체선을 분배받는 경우에 있어서 이 정의의 원리에 입각해야 할 것이다. 이것은 사회의 전체선을 분배받는데 있어서 자기만 특별히 많은 몫을 받으려해서는 안된다는 것을 의미한다. 즉 그는 사회의 모든 구성원이 동등하게 사회의 전체선을 분배받도록 해야 하는 것이다.

이런 분배에 있어서 요구되는 정의를 흔히 '분배적 정의'라고 부른다. 따라서 분배적 정의는 정의의 한 불가결한 구현 형태로 이 분배적 정의에 부합하게 행위하는 것은 우리의 의무이다. 그런데 가령 내가 과거에 이런 분배적 정의에 어긋나는 행위를 해 버렸다고 해 보자. 이때는 어떻게 해야 하는가?

내가 도덕적이려고 하는 사람이라면 이렇게 의무에 위반되는 행위를 했다는 점에 대해서 마음속에 가책을 느낄 것이다. 그러나 이미 그 행위는 행해져 돌이킬 수 없는 것이다. 그렇다면 도덕적이려고 하는 나는 앞으로는 다시 그런 위반을 하지 않도록 다짐하고 주의하기만 하면 되는 것일까?

21) 물론 공리주의처럼 공리-전체의 최대선-만을 옫음의 기준으로 삼는 입장도 있다. 하지만 바로 이렇게 정의를 간과한다는 점이 공리주의의 가장 큰 약점으로 지적되어 왔고 공리주의자들 스스로도 이 점을 인정하여 부수적인 원리로라도 그들의 도덕론 속에 정의의 요소를 끌어들이려고 노력했다. 가령 밀(J.S.Mill)은 공리주의가 정의의 관념을 제대로 수용하지 못한다는 생각이 많은 사람들로 하여금 공리주의를 선뜻 받아들이지 못하게 한다는 점을 인정하면서 그러나 정의라는 관념이 지향하는 바가 공리주의자들에 의해 고려될 수 있다고 주장함으로써 공리주의를 옹호하려 한다.[Mackie, J.L. (1977) *Ethics: Inventing Right and Wrong* Penguin Books Ltd. pp.135-136] 참조. 그 외 공리주의자들의 이러한 노력들에 대해서는 [프랑케나, W. K., 황경식 역 (1984), 『윤리학(Ethics)』 종로서적 pp.75-78] 참조.

이 물음에 대해 ‘그렇다’고 답하는 것은 인간에 대한 우리의 이해나 우리의 도덕적 직관과 어긋나 보인다. 인간이 과거에 한 행위는 사라져 없어지는 것이 아니라 최소한 그 사람의 기억 속에서 그리고 현재에 미친 그 결과 속에서 현재적으로 남아 있다. 따라서 인간은 단순히 그가 지금 무얼하고 있으며 앞으로 무엇을 하려고 하는가에 의해서 충분히 규정될 수 있는 존재가 아니다. 인간은 현재, 미래뿐만이 아니라 과거에도 걸친 존재인 것이다. 따라서 도덕적이려고 하는 사람은 그가 현재와 미래의 행위에 대해서 도덕적이려고 하는 것과 마찬가지로 과거에 자기가 한 행위에 대해서도 도덕적이려고 해야 할 것이다.

물론 인간이 이렇게 과거 행위에 대해 도덕적이려고 한다면 그렇게 할 수 있는 방도가 없다면 이런 요구는 공허한 것이 될 것이다. 그러나 실제로는 그렇게 하는 것은 가능한 일인 것으로 보인다. 그것은 바로 자기가 한 그 큰 행위의 결과로 나타난 잘못된 상태를 올바른 상태로 돌려놓음에 의해서이다. 즉 내가 분배적 정의에 어긋난 행위를 해서 어떤 존재자에게 부당한 피해를 끼쳤을 때 나는 그 피해자의 손해를 보상해 줌으로써 나의 과거의 잘못된 행위에 대한 도덕적인 대처를 할 수 있는 것이다. 가령 내가 과거에 다른 사람의 물건을 빼앗아 썼다면 나는 다시는 그런 행위를 하지 않으려 노력할 수 있을 뿐 아니라, 그 사람에게 배상금을 주는 등등의 방법을 통해서 그 사람의 피해를 상쇄시킬 수 있는 것이다.

이렇게 과거에 훼손된 분배적 정의의 상태를 회복시키는 것은 ‘시정적 정의의 실현’이라고 말할 수 있는 것으로 이는 앞에서 본대로 상당정도 가능한 일이기도 하다. 따라서 앞으로의 행위에 있어서 분배적 정의를 위반하지 않으려 하는 도덕적 인간은 같은 태도에서 그가 과거에 훼손시킨 분배적 정의를 회복하려 노력해야 할 것이다.²²⁾ 자기가 분배적

22) 도덕적 행위가 이런 보상을 포함해야 한다는 생각은 다수의 사람들이 공유하고 있는 것으로 보인다. 가령 폴 테일러는 “스스로를 도덕적으로 책임있는 존재로 생각하는 것은 자기의 그 큰 행위로 생긴 불균형을 바로 잡는 특수한 의무를 인정

정의를 훼손시켰을 때 이를 회복시켜 시정적 정의를 실현하는 것은 바로 정의의 원리 속에 함축된 것으로 행위자의 의무인 것이다.²³⁾

그리고 사회 구성원으로서 우리 각자가 이렇게 시정적 정의 실현의 의무를 지므로 이 의무는 그에 상응하여 피해자와 피해자의 위임을 받은 다른 사회 구성원에게 권리를 갖게 한다. 즉 분배적 정의를 훼손시킨 사람이 시정적 정의를 회복할 의무를 지게 되면 피해자와 그의 위임을 받은 다른 사람들은 이 사람이 이런 회복을 하도록 요구할 권리를 부여받게 되는 것이다.

5. 시정적 정의 실현에 있어서 형벌의 불가피성

앞 장의 논의에서 우리는 일반적으로 볼 때 어떤 행위가 분배적 정의를 훼손시킨 자에게 시정적 정의를 실현하게 만드는 것일 때는 그 행위

하는 것이다”고 쓰고 있다. [폴 테일러 pp.229-230]

- 23) 페를만(1986) p.17 참조. 정의를 이렇게 구분하는 것에 대한 체계적 서술을 우리는 아리스토텔레스에게서 발견할 수 있다. 그는 정의를 분배적 정의(distributive justice)와 시정적(rectificatory justice) 정의로 나눈다. 분배적 정의는 명예나 금전이나 그밖에 공동체의 구성원간에 분배될 수 있는 것들의 분배에서 문제되는 것이오, 시정적 정의는 사람들의 상호 작용에서의 시정(rectification; diorthótikon; 옳게 만들)과 관련된 것이다. 그는 이 중 시정적 정의는 다시 자발적인 상호작용에 있어서의 시정적 정의와 비자발적인 상호작용에서의 시정적 정의로 나눈다. 이중 자발적인 상호작용에는 판매, 구입, 전당, 대여, 위탁, 등이 있고 비자발적인 상호작용에는 ㄱ) 절도, 간음, 독살, 유괴, 노예유출, 암살, 위증처럼 은밀한 가운데 행해지는 것과 ㄴ) 구타, 감금, 살인, 강탈, 치상, 학대, 모욕처럼 폭력적인 것이 있다.

그는 이런 시정적 정의에 대한 설명에서 ‘한 사람이 다른 사람에게 해를 끼쳤을 때 불공정(unequal)한 상황이 되므로 재판관은 이 부정의한 상황을 공정(equality)하게 회복하기 위해서 노력한다. 가령 어떤 사람이 다른 사람에게 부상을 입힌 경우 그 행위(의 만족)와 고통이 불공정하게 분배 (unequally divided) 되었으므로 판사는 공정한 상황이 되도록 (가해자의) 이익을 빼앗음에 의해 그 손실을 회복하려 노력한다’고 진술하고 있다. 아리스토텔레스는 이때 재판관이 노력하고 있는 것이 시정적 정의의 실현이라고 보는 것인데 이렇게 그가 시정적 정의를 ‘만족과 고통이 불공정하게 된 것을 다시 공정하게 되도록 회복’하는 것으로 본다는 것은 그 역시 시정적 정의를 분배적 정의와 관련시켜 이해하고 있다는 점을 보여주는 것이다.

[Aristotle (1985) pp.120-126]

는 정당화될 수 있다는 것을 알 수 있었다. 그러므로 형벌에 있어서도 어떤 형벌이 분배적 정의를 훼손시킨 위반자에게 시정적 정의를 실현하도록 만드는 것이라면 그 형벌은 정당화된다고 쉽게 생각할 수 있다.²⁴⁾ 그러나 더 엄격하게 생각해 보면 이럴 경우라도 그 형벌이 정당화되지 않을 여지가 있다는 것을 발견하게 된다. 형벌은 그 대상자에게 상당한 해악과 고통을 주는 것이다. 그러므로 시정적 정의가 형벌 외의 다른 방법으로도 실현될 수 있다면 형벌이 아닌 이 다른 방법을 사용해야 할 것이다. 따라서 형벌의 경우에는 그것이 시정적 정의를 실현한다는 것 외에도 시정적인 정의를 실현할 수 있는 다른 방도는 없다는 점이 더해져야 정당화된다고 할 수 있을 것이다.

이제 형벌이 이렇게 정당화될 수 있는 것인지 살펴보자. 형벌은 어떤 사람의 범규범 위반에 대한 사회의 다른 구성원들의 대응행위이다. 따라서 형벌이 시정적 정의를 실현하는 것이라면 먼저 범규범 위반 행위가 분배적 정의를 훼손시키는 행위이어야 한다.

실제로 보았을 때 법을 위반하는 행위를 통해서 위반자는 재화, 사회적 지위나 권한, 그에 대한 기회 등과 같이 자기의 어떤 목적달성을 위해 필요한 것들인 도구적 선들²⁵⁾을 부당하게 얻는 경우가 많다. 반면 피해자는 그런 도구적 선들을 부당하게 빼앗긴다. 이렇게 범위반 행위는 도구적 선에 있어서, 부당한 이익과 손해를 발생시켜 기존의 상대적으로 정의로운 분배적 상태를 파괴한다.

뿐만 아니라 범위반 행위는 고통과 만족과 같은 목적적 선에 있어서도 같은 결과를 가져온다.²⁶⁾ 많은 경우 위반자는 위반행위를 통해 자기 욕

24) 현실에서 행해지고 있는 도덕적 비난과 형벌 모두가 시정적 정의를 실현하는 것은 아니라는 점은 분명하다. 현실적으로는 정당화될 수 없는 도덕적 비난이나 형벌도 시행되며, 정당화되더라도 다른 근거에서 정당화되는 도덕적 비난이나 형벌도 시행되고 있다.

25) 롤즈는 이를 '사회적 기본가치'라 부른다. 롤즈에 따르면 "기본가치란 합리적 인간이 그가 다른 그 무엇을 원하든 상관없이 원하리라고 생각되는 것들이다" [롤즈 pp.112-113]

26) '고통'이나 '만족'같은 심리상태는 어떤 다른 목적을 위한 수단이 아니라 그 자체

구를 충족시킴으로써 부당하게 만족감을 느낀다. 반면 피해자는 그럴만한 당연한 이유가 없음에도 불구하고 그 위반행위에 의해 신체적 고통, 공포감, 억울함, 분노 등 상당한 고통을 겪게 된다. 그러므로 범위반 행위는 상대적으로 정의로운 만족과 고통의 분포상태 역시 파괴한다고 볼 수 있다. 이렇게 범위반 행위는 목적적 선과 도구적 선의 양면에서 부당한 이익과 손해를 발생시킴으로써 상대적으로 정의로웠던 분배적 상태를 파괴한다.²⁷⁾

이상 보았듯이 범위반 행위가 상대적으로 정의로운 분배적 상태를 훼손하는 것임은 확실하다. 이제는 이런 행위에 가해지는 도덕적 비난과 형벌이 시정적 정의를 실현하는 유일한 방법인지를 검토해 보아야 한다.

범위반 행위에 의해 분배적 정의가 훼손되었을 때 이를 회복시켜 시정적 정의를 실현할 수 있는 방법으로 가장 기본적인 것은 위반자 자신의 노력이다. 위반자는 자기 때문에 피해를 본 사람에게 용서를 빌거나, 자기가 얻은 부당한 이익을 되돌려 주거나, 그 피해를 상쇄할 수 있도록 재화나 노동을 제공함으로써 시정적 정의를 실현하려 노력할 수 있다. 이때 피해자는 위반자의 사과를 받음으로써 그가 느낀 부당한 고통을 어느 정도 덜 수 있으며 또 위반자의 물질적 보상에 의해 그가 입은 물질적 피해를 상쇄시키고 어느 정도는 정신적 고통 역시 덜 수가 있다.

가 인간이 배척하거나 추구하고자 하는 목적이 된다는 점에서 목적적 가치라고 볼 수 있다.

- 27) 그런데 '범죄' 중에는 '범죄' 이전의 상태보다 이후의 상태가 분배적 정의의 면에서 더 정의로운 경우가 있을 수 있다. 가령 착취당한 자가 행하는 범죄는 오히려 평등이나 정의, 부담과 이익의 균형을 회복하는 것이라고 생각할 수 있다.[Honderich p.354 참조] 우리가 어떤 도적을 '의적'이라 부르는 경우가 그러하다. 이런 경우 시정적 정의를 실현시킨다는 명목으로는 그에게 형벌을 가할 수는 없다. 그러나 우리가 일상적으로 접하는 대부분의 범죄는 상대적으로 정의로운 분배상태를 덜 정의롭게 만드는 것으로 보인다. 물론 '범죄자들은 대개 사회적으로 불리한 위치에 위치에 있지만' 그렇다고 이런 사실을 바꿀 정도는 못된다. 그리고, 어떤 범죄가 이전의 상대적으로 정의로운 상태를 훼손하는지, 아니면 개선하는지는 분배적 정의의 기준에 대한 엄밀한 앎이 없이도 판명할 수 있다. 따라서 Honderich나 A.H.Goldman이 생각한 것과는 달리 형벌론을 전개하기 위해 이 기준에 대한 엄밀한 선행적 논의를 해야 하는 것은 아닌 것으로 보인다.

그러나 위반자가 이런 사과나 보상을 행하려 하지 않는 경우가 있다. 또 위반자가 자발적으로 사과나 보상을 하더라도 이런 방법으로는 회복될 수 없는 훼손된 분배적 정의가 있다. 이런 경우에 시정적 정의를 실현할 수 있는 유일한 방도인 것이 바로 위반자에 대한 형벌인 것이다.

먼저 재산형과 같은 형태의 형벌들은 피해자의 도구적 선의 손실에 대해서 위반자에게 같은 도구적 선으로 보상하도록 강제하는 데 꼭 필요한 것이다. 가령 그런 형벌은 위반자가 절도나 강도, 사기 등의 방법으로 피해자로부터 뺏어간 재화와 같은 양의 재화를 피해자에게 돌려 주도록 만들 수 있다. 이렇게 해서 피해자의 도구적 선에 있어서의 손실은 회복될 수 있는 것이다.

하지만 피해자의 목적적 선에 있어서의 피해, 즉 법 위반자의 위반행위 때문에 그가 겪었고 또 겪고 있는 고통은 이런 도구적 선을 돌려 받는다고 해서 상쇄되지 않는다. 가령 강도를 당했던 사람이 잃었던 물건을 돌려 받는다고 해서 그가 겪었고 겪고 있는 공포, 울분 등의 심적 고통이 없어 지지는 않는다. 경우에 따라서는 위반자가 제공하는 위자료같은 추가적인 재화가 이런 정신적 고통을 상쇄시키는 역할을 할 수 있다. 그러나 위반자가 위자료를 지급할 처지가 못되거나 지급할 수 있다 하더라도 이런 물질적 보상으로는 피해자의 이 정신적 고통이 결코 완화될 수 없는 경우도 있다.

이때 위반자에 대한 징역형과 같은 형태의 형벌은 피해자의 정신적 고통을 완화시킬 수 있는 유일한 방안인 것으로 보인다. 이런 형벌은 피해자의 복수욕을 충족시켜 그의 고통이 상쇄될 수 있도록 해 준다. 물론 이런 형벌에서 피해자 자신이 직접 위반자에게 고통을 가하는 것은 아니지만 그래도 위반자가 고통을 받게 되므로 피해자는 상당한 위안을 얻을 수 있는 것이다.²⁸⁾

28) 도덕적 비난의 경우에서도 이런 복수욕의 충족만으로 피해자가 위안을 받는 경우가 있다. 피해자는 자기가 직접 비난을 하지 않더라도 다른 누군가의 비난에 의해서 가해자가 고통을 받는 것을 봄으로써 만족을 느낄 수 있는 것이다.

이런 방식으로 형벌은 달리는 보상될 수 없는 피해자의 고통을 상쇄시켜 준다. 그런데 이런 방식으로 시정적 정의를 실현시키는 형벌에 대해 제기되는 반론이 있다. 그것은 비록 자기에게 해를 끼친 가해자인데도 하지만 그렇다고 그 사람이 겪는 고통에서 위안을 얻는 것이 즉 복수욕의 충족에서 만족을 느끼는 것이 바람직한 것일 수 있는가, 그리고 그런 역할을 하는 형벌이 도덕적으로 정당할 수 있는가 하는 것이다.

가령 Honderich가 이런 반론을 제기한다. 우선 그는 현실적으로 사람들에게 복수욕이 존재한다는 것은 부인할 수 없는 사실임을 인정한다. 그러나 그런 욕구가 존재한다고 해서 인간이 그런 욕구를 충족시키는 방향으로 나아가야 하는 것은 아니라고 주장한다. 이때 그가 이런 주장을 하는 것은 복수욕은 도덕적으로 바람직하지 못한 욕구라는 그의 가치판단 때문이다. 복수욕은 인간의 사회적 삶을 규제해야 할 근본적인 도덕 원리의 관점에서 보았을 때 받아들일 수 없다는 것이다.²⁹⁾

그러나 복수욕을 포함하여 인간이 느끼는 어떤 감정과 욕구이든 그것을 어떤 객관적인 근거에서 부적절하다거나 비도덕적이라고 평가하기는 힘들다. 따라서 사람들이 실제로 어떤 감정과 욕구를 적절하거나 적절하지 않은 것으로 간주하고 있는지가 중요해진다. 그런데 가해자가 당하는 고통을 보면서 만족을 느끼는 것은 대부분의 인간들이 갖고 있는 감정방식이며 또 도덕적이라고 하는 사람들을 포함한 다수의 사람들은 그런 방식으로 감정을 느끼는 것을 부적절한 것으로 생각하지 않는다.³⁰⁾

기존의 이론 중에서도 '형벌이 피해자 등 이를 지켜보는 다른 사람에게 만족을 불러일으키므로 그 형벌이 정당화된다'고 보는 입장들이 있다. 이런 이론들은 흔히 만족이론(satisfaction theory) [J.Cottingham p.78] 또는 보복이론(vindictive theory)[Oh p.59 참조]이라는 이름으로 분류된다. Cottingham에 따르면 이런 입장은, 위반의 희생자가 느끼는 이유있는 불평불만(grievance)과 그 위반자의 고통에서 그가 얻는 만족 사이에 어떤 종류의 상호성(reciprocity)이 있다고 주장하는 것이다.[J.Cottingham p.79]

29) Honderich. pp.233-244

30) 가령 Stepen은 이런 욕구를 '건강한 마음에서 일어나는 중요 원한의 감정'으로 보았다.[Oh p.85] 아리스토텔레스나 아담 스미스 역시 유사하게 생각하였다.

따라서 피해자의 복수욕을 충족시킴으로써 시정적 정의를 실현하는 형벌을 도덕적으로 바람직하지 못하다는 이유로 배척할 수는 없을 것이다.³¹⁾

이상 보았듯이 시정적 정의의 실현은 인간의 의무이고, 어떤 형벌은 시정적 정의를 실현시킬 수 있는 유일한 방법이다. 따라서 우리는 시정적 정의의 실현은 어떤 형벌을 정당화시켜 줄 수 있는, 형벌의 정당화 근거라고 주장할 수 있다.³²⁾ 물론 이것은 시정적 정의의 실현만이 형벌을 정당화시켜주는 유일한 근거라는 것을 의미하지는 않는다. 필자는 이외에도 분배적 정의에 부합하게 전체선을 증진시키는 것도 어떤 형벌을 정당화시켜 줄 수 있는 근거라고 생각한다.

31) '복수욕'과 그 욕구의 충족을 통해 얻는 만족을 적절한 것으로 인정하는 것과 사적인 물리적 보복으로서의 복수를 인정하는 것은 다르다. 복수욕의 충족을 통한 만족은 사적인 물리적 보복이 아닌 도덕적 비난이나 '공적 복수'라 할 수 있는 형벌을 통해서도 얻어질 수 있는 것이다.

32) 여기서 다시 한번 지적해 둘 필요가 있는 것은 도덕적 비난이나 형벌은 위반자의 자발적인 사과나 보상행위처럼 위반자 자신이 시정적 정의를 실현하기 위해 행하는 행위가 아니라는 것이다.- 물론 대중 앞에서의 자아비판, 고행 등 자기가 자기에게 가하는 도덕적 비난이나 형벌이라 할만한 것이 있긴 하다. 하지만 이러한 것들은 일반적인 것은 아니다.- 대신 그것은 위반자 아닌 다른 사람이 시정적 정의를 실현하기 위해 행하는 행위이다. 하지만 이때 그는 시정적 정의를 실현함에 있어 필요한 부담을 자기가 지는 것이 아니라 가해자에게 지우는 것이다. 그리고 이렇게 가해자 자신이 아닌 타인이 이 가해자에게 시정적 정의를 실현하도록 만드는 것이 정당화된다는 것은 앞에서 본대로 가해자 자신의 시정적 정의 실현의 의무 속에 함축되어 있는 것이다.

참 고 문 헌

- 김일수 (1996) 『형법총론』 박영사.
- 손해육 (1996), 『형법총론』법문사.
- 스미스, A., 박세일 & 민경국 역(1996), 『도덕감정론』.
- 신치재 (1996), 『책임형법과 행형』 한남대학교 출판부.
- 심재우 편역 (1995) 『책임형법론』 홍문사.
- 이형국 (1996), 『형법총론』법문사.
- 카우프만, A (1986) “형법상 책임원칙에 관한 시대불변의 성찰들” 심재우
 편역 (1995) 『책임형법론』 홍문사.
- 프랑케나, W. K., 황경식 역 (1984), 『윤리학(Ethics)』 종로서적.
- 황경식 (1985) 『사회정의의 철학적 기초』 문학과 지성사.
- Baumann, Fred E. & Jensen, Kenneth M. ed. (1989) *Issues in Criminal
 Justice*, Virginia UP.
- Honderich, Ted (1989) *Punishment-The Supposed Justifications*, Polity Press.
- Mackie, J.L. (1977) *Ethics; Inventing Right and Wrong* Penguin Books Ltd.
- Oh, Byung-Sun (1994) *Teleological Desert and Justice*, Sogang UP.
- Walker, Nigel (1991) *Why Punish?*, Oxford UP.