

죄와 벌의 인과 관계에 대한 연구

— 헤겔의 법철학과 형벌 신학*

양 명 수

[요약문]

근대 법철학은 형벌을 범죄인 자신이 스스로 이룩하는 것으로 보려고 했다. 그것은 책임적 주체라고 하는 근대적인 인간상과 맞물려 있다. 형벌을 당한다고 보지 않음으로써 인간의 주체성을 살리고, 다른 한편으로는 복수의 요소를 없애려고 했다. 헤겔은 근대 법철학자들 중에서도 가장 강력하게 주체성을 살리는 면이 있다. 그는 형벌을 범죄자의 의무가 아니라 권리라고 보았다. 그 점은 헤겔에게서 두 가지 논리로 나타나는데, 하나는 형벌의 근거를 범죄 개념에서 찾는 것이고 다른 하나는 범죄자의 동의에서 찾는 것이다. 이러한 그의 노력은 형벌을 범죄자 자신의 주관적인 속죄와 연결시켜보는 견해를 비신화화하면서도, 범죄 자체에서 형벌의 근거를 끌어내는 강력한 효과를 지닌다. 한편, 비신화화 이후 다시 신화의 의미를 찾을 때 형벌을 통해 이루어지는 정의에 발전이 있을 것이다. 종교가 기여할 부분이다.

▶ 검색어: 형벌, 헤겔, 정의, 복수, 용서

근대 법철학은 범죄인이 형벌을 당하는 것이 아니라 주체적으

* 이 논문은 2001년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2001-041-B00155).

로 수용하는 것으로 보려고 했다. 베카리아가 그랬고 칸트의 법 이론이 그랬다. 그렇게 함으로써 근대 철학의 이상인 인간의 주체성 확립을 형벌 문제에서도 실현하려고 한 것이다. 뿐만 아니라 인류의 형벌의 역사에서 계속되는 문제인 복수의 문제를 원리적으로 제거하려고 한 것 같다. 만일 형벌의 주체가 피해자나 공동체 또는 국가가 아니라 범죄인 자신이라면 복수의 문제는 제거된다. 거기서 핵심적인 역할을 할 수 있는 개념이 자유다. 만일 형벌이 범죄인의 자유를 구속하는 것이 아니라 범죄인의 자유를 실현하는 것으로 설명할 수 있다면, 복수의 논란은 사라지고 인간의 주체성은 한 단계 상승할 것이다. 그래서 근대 법 철학자들은 형벌을 범죄인의 자유와 연관시켜 생각했다.

한편, 신학에서는 전혀 다른 죄와 벌의 개념을 갖고 있다. 신학에서 법학을 향해 할 수 있는 말은 용서다. 이미 근대 법철학에서 용서를 암시하지만 도덕의 차원과 법의 차원을 엄밀히 구분한다. 그러나 신학에서는 근대 법학과 다른 인간관을 가지고 있으며, 은총의 논리 안에서 용서를 제기한다. 법학은 신학적인 요소를 비신화화하면서 근대 형법을 이룩했지만, 근대 법학의 공헌과 한계가 명백해진 이상 신학 쪽의 얘기가 형벌 정의에 새로운 영감을 줄 수 있을 것이다.

이 논문은 주로 헤겔의 법철학에 나타난 형벌 이론을 분석하는 것을 중심 과제로 삼는다. 헤겔의 법철학은 근대 형벌 철학의 논리를 자유 실현의 관점에서 이해하는 데 큰 도움을 줄 것이다. 신학적인 차원, 곧 형벌 신학은 죄와 벌에서 법학이 생각하지 못하는 여러 가지 문제를 제기함으로써 형벌 이론의 미래를 위한 방향 제시를 보여줄 것이다.

헤겔은 죄와 벌을 어떻게 연결시켰나? 형벌을 정당화하기 위해 어떤 근거를 끌어들었나?

헤겔 역시 형벌을 자유의 문제와 연결시킨다. 다른 사람의 자유

가 아니라 **범죄인 자신의 자유**다. 범죄는 소유를 침해한 것인데,¹⁾ 헤겔에게서 소유는 인간의 자유가 실현되는 첫 단계다. 소유란 인격으로서의 인간이 결정 행사를 하는 것인데, 인격의 직접적 개별성은 주체로서 자연과 대립하게 되며, 그러한 대립의 제한을 넘어 자기에게 실재를 부여하려고 한다. 그리하여 외부 세계를 자기 것으로 만든다. 범죄는 소유물을 침해함으로써 남의 자유를 침해하는 것이다.²⁾ 그럼으로써 범죄와 형벌은 추상법의 영역에 속한다. 외적인 물건을 통해 실현되는 자유는 그 직접성 때문에 아직 추상적이다.³⁾

헤겔이 형벌을 **범죄인의 자유 의지와 연결시키는** 방식은, 베카리아보다 칸트에게 가깝지만 칸트보다 더 적극적이다. 형벌의 본성 자체가 범죄자 자신의 의지에 있음을 확립하려고 한다. 그런 그의 노력은 형벌을 범죄자의 의무가 아닌 권리로 보는 데서도 알 수 있다. 이제 헤겔의 논리를 살펴보자.

1. 헤겔에게서 형벌은 당연하고 마땅한 것이다

형벌은 부정의 부정이다. 다시 말해서 범죄는 법을 침해한 부정

1) 대개의 소유는 계약을 매개로 한 소유다. 그러나 헤겔이 형벌에서 중요하게 보는 것은 채권보다는 물권이다. 물권은 원칙적으로 계약의 매개 없이도 물건과 사람 사이에서 발생하는 것이다. 권리 능력도 그러한 물권을 가리킨다.

2) 남의 물건에 대한 범죄뿐 아니라 신체에 가하는 범죄도 소유물 침해다. 왜냐하면 헤겔에게서는 신체 역시 내가 소유하고 있는 것이기 때문이다. 나의 정신은 내가 가장 완벽하게 소유할 수 있는 것이다.

3) “권리란 자유가 직접적인 방식으로 스스로 마련해가진 직접적인 현존재”다. G. W. F. Hegel, 임석진 역, 『법철학1』(서울: 지식산업사, 1989), 40절, 102쪽. 이 글에서는 임석진 교수의 번역본을 따르나 부득이한 경우에 원문(G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1995)에 근거해서 고쳤다. 그리고 인용은 절수와 쪽수를 같이 표기했다.

가 아니라 범죄인 자신의 자유다. 범죄는 소유를 침해한 것인데,¹⁾ 헤겔에게서 소유는 인간의 자유가 실현되는 첫 단계다. 소유란 인격으로서의 인간이 결정 행사를 하는 것인데, 인격의 직접적 개별성은 주체로서 자연과 대립하게 되며, 그러한 대립의 제한을 넘어 자기에게 실재를 부여하려고 한다. 그리하여 외부 세계를 자기 것으로 만든다. 범죄는 소유물을 침해함으로써 남의 자유를 침해하는 것이다.²⁾ 그럼으로써 범죄와 형벌은 추상법의 영역에 속한다. 외적인 물건을 통해 실현되는 자유는 그 직접성 때문에 아직 추상적이다.³⁾

헤겔이 형벌을 범죄인의 자유 의지와 연결시키는 방식은, 베카리아보다 칸트에게 가깝지만 칸트보다 더 적극적이다. 형벌의 본성 자체가 범죄자 자신의 의지에 있음을 확립하려고 한다. 그런 그의 노력은 형벌을 범죄자의 의무가 아닌 권리로 보는 데서도 알 수 있다. 이제 헤겔의 논리를 살펴보자.

1. 헤겔에게서 형벌은 당연하고 마땅한 것이다

형벌은 부정의 부정이다. 다시 말해서 범죄는 법을 침해한 부정

1) 대개의 소유는 계약을 매개로 한 소유다. 그러나 헤겔이 형벌에서 중요하게 보는 것은 채권보다는 물권이다. 물권은 원칙적으로 계약의 매개 없이도 물건과 사람 사이에서 발생하는 것이다. 권리 능력도 그러한 물권을 가리킨다.

2) 남의 물건에 대한 범죄뿐 아니라 신체에 가하는 범죄도 소유물 침해다. 왜냐하면 헤겔에게서는 신체 역시 내가 소유하고 있는 것이기 때문이다. 나의 정신은 내가 가장 완벽하게 소유할 수 있는 것이다.

3) “권리란 자유가 직접적인 방식으로 스스로 마련해가진 직접적인 현존재”다. G. W. F. Hegel, 임석진 역, 『법철학1』(서울: 지식산업사, 1989), 40절, 102쪽. 이 글에서는 임석진 교수의 번역본을 따르나 부득이한 경우에 원문(G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1995)에 근거해서 고쳤다. 그리고 인용은 절수와 쪽수를 같이 표기했다.

이며, 그러한 침해를 다시 부정하고 지양하는 것이 형벌이다. 그렇다면 부정의 부정은 어떻게 정당화되는가? 형벌을 정당화하는 문제에서 헤겔은 이렇게 말한다.

형벌을 정당화하는 논의에서 가장 문제가 되는 것은 범죄란, 해악의 발생으로서가 아니라 법으로서의 법에 대한 침해라는 점에서 마땅히 지양되어야만 한다는 것이며 …….⁴⁾

헤겔은, **예방설이나 교정설처럼** 범죄로 말미암은 해악을 없애야 하는 데서 형벌의 근거를 찾는 이론을 매우 졸렬한 것으로 본다. 다시 말해서 형벌이 무슨 목적을 실현하기 위한 것으로 간주되어서는 안 된다는 것이다. 형벌을 정의의 문제로 본다는 얘기는 그 점을 가리킨다.

여기서 문제가 되는 것은 단순히 해악이나 또는 이런저런 선에 관한 것이 아니라 분명히 **불법과 정의에** 관하여 다루고 있다는 점이다. 그럼에도 불구하고 앞에서 논의된 피상적 관점에 따르면 뭐니뭐니해도 범죄를 다루는 데서 일차적이며 실체적인 관점이 되는 **정의의 객관적 고찰**은 행해지지 않은 채 다만 이성에 반대되는 갖가지 감성적 충동의 자극이나 강도, 혹은 표상에 가해진 심리적 강제나 그 영향에 의한 자질구레한 심리학적 표상과 혼동되는 **범죄의 주관적 측면**을 이루는 **도덕적 관점**이 본질적인 것이 되는 결과가 빚어지게 된 것이다.⁵⁾

정의의 객관적 고찰이란 무엇인가?

먼저, 여기서 말하는 감성이나 심리적 표상은 공리주의자들 처

4) 같은 책, 99절, 176쪽.

5) 같은 책, 99절, 175-176쪽.

림, 범죄와 형벌을 해로운 일(악)에 대한 유익한 일(선)로 이해하려는 것을 가리킨다. 헤겔이 그런 논의를 배격하는 것은, 좋고 나쁨보다 옳고 그름의 각도에서 논리를 정립하려는 것이다. 그런 점에서 그는 칸트 쪽에 서 있는 셈이다. 다시 말해서 범죄는 불법이므로 마땅히 벌을 받아야 한다. **그것은 옳고 그름의 문제지 좋고 나쁨의 문제가 아니다.** 좋고 나쁨에는 등급이 있지만, 옳고 그름에는 그런 등급이 없이 마땅하고 당연한 것만 남게 된다. 형벌은 선의 문제가 아니라 정의의 문제이므로 권장 사항이 아니다. 형벌을 좋은 것으로 생각하는 공리주의에서는 엄밀한 당위가 생겨나지 않는다. 그러므로 형벌은 좋은 목적을 위한 좋은 일이 아니라, 법을 어겼다는 데서 당연하게 도출되는 것이다. 그렇게 보면 칸트가 형벌을 순수한 정의로 파악한 것과 비슷하다. 그렇다면 **결국 “벌은 ‘범죄를 저질렀다는 그 이유’만으로 범죄인에게 주어져야 한다……”는 칸트의 명제로 돌아가는가?** 헤겔은 형벌의 문제에서 얼마만큼이나 인간을 주체로 세우는가?

칸트는 **형벌을 정언 명령으로 보았고,** 그래서 **인간 내면의 선험적 의지와 연결시켰음을 보았다.** 그러나 헤겔은 형벌을 추상법의 문제로 본다. 다시 말해서 칸트와 달리 인간 내면의 도덕 의지를 기초로 형벌의 주체성을 살리지 않고, 소유 침해와 관련된 추상법의 영역에서 일어나는 의지 문제로 형벌의 주체성을 살린다고 봐야 한다. 공리주의나 행복주의는 ‘바깥에서 일어나는 해로움’을 배제하는 데서 형벌의 근거를 찾고, 칸트는 악한 짓을 하는 인간 **‘내면의 사악한 마음’**을 거둬들이는 것으로 형벌을 생각했다. 그러나 헤겔은 **‘바깥에서 드러난 잘못된 마음’을 바깥에서 거둬들이는 것으로 형벌을 생각한다.**⁶⁾ 그것이 위 인용문에서 말한 ‘객관적 정의’

6) 여기서 마음을 거둬들이는다고 하는 것은 마음을 처벌하는 것이 아니다. 범죄가 범죄자의 의지임을 나타내기 위해 사용한 말이다. 결국 범죄도 범죄인의 의

다. 칸트가 말한 **정의가 주관적이라고** 한다면, 헤겔은 **형벌을 객관적 정의**로 이해한다. 그 점에서 헤겔은 **형벌을 도덕과 다른 법의 영역에 두게 된다.** 그리고 바로 그 점에서 헤겔의 형벌 이론에는 범죄인이 당하는 요소가 적어지고 범죄인의 주체성이 강화된다. 이제 그 점을 좀더 자세하게 설명해보자.

헤겔에게서 추상법은 본질적인 것이 비본질, 곧 현상과 접촉하고 있는 세계다. 또는 필연이 우연과 접촉하는 세계다.⁷⁾ 사람이 소유권을 가지는 것은 필연이요 본질이지만, 어떤 특정한 물건을 소유하는 것은 우연이요 현상이다. 본질이 현상에 접촉하여 구체화된 것이다. 그러므로 형벌을 추상법의 영역에서 해결한다는 것은 현상 세계의 문제로 보겠다는 것이다. **그것은 칸트가 형벌의 근거를 선험적이고 누맨적인 세계에서 찾으려고 한 것과 다르다. 도덕에서 정당성의 근거를 찾는 사람과 추상법에서 정당성의 근거를 찾는 사람의 차이가 그렇다.** 칸트로서는 현상적인 인간은 죄를 지을 수 있지만 형벌의 근거를 **제공하지는 못한다. 죄를 짓는 그 인간은 형벌을 피하려고 하기 때문이다.** 그래서 형벌은 정언 명령을 입법하는 보편 의지의 인간, 곧 누맨적인 인간에게서 생겨나고, 그런 식으로 주체적으로 형벌을 수용한다. 한 인간 안에서, **현상적인 차원은 죄를 짓고 형벌을 당하지만 누맨적인 차원은 형벌을 의지한다.** 그래서 칸트에게서는 **범죄인은 형벌을 당하면서도 의지한다.**

그러나 헤겔에게서는, 범죄를 저지르는 의지 안에 그것을 부정

지가 밖으로 드러난 것인데, 헤겔에게서 형벌은 밖으로 드러난 의지를 밖에서 처리하기 때문에 주관적인 마음을 처벌하는 것은 아니다. 헤겔이 볼 때, 도덕과 법의 차이는 거기에 있다.

7) “권리 자체, 곧 보편 의지는 특수 의지에 의하여 본질적으로 규정됨으로써 비본질적인 것과의 관계 하에 있기 마련이다.” Hegel, 같은 책, 82절 보유, 162쪽.

하는 의지도 같이 들어 있다. 바로 거기서 형벌의 정당성을 찾는다. 범죄의 의지에서 형벌 근거를 찾음으로써 형벌을 비신화화하고 인간의 주체성을 세운다. 그러나 범죄를 저지르는 그 의지에서 곧바로 형벌의 의지를 찾음으로써 현상적 인간과 누멘적 인간을 나누지 않고, 칸트 식 용어를 쓰자면 현상적 인간으로부터 형벌의 근거를 찾는다. 그럼으로써 인간의 주관적 내면까지 들어가지 않고 바깥에서 문제를 해결한다.⁸⁾

그것이 형벌에서 인간의 주체성을 강화하는 데 무슨 역할을 하는가? 만일 형벌을 범죄자의 의지에서 찾았다면 형벌은 곧 속죄가 될 수 있다. 칸트가 그렇다. **칸트에게서 형벌이 속죄가 되는 것은, 범죄자의 주관적 의지가 형벌에 개입했기 때문이다. 형벌은 밖에서 주어지는 것이지만 안에서 의지하는 것이기 때문에 속죄가 된다. 속죄와 주체성은 같이 가는 것이다.** 그런데 헤겔에게서 형벌은 밖에서 안으로 주어진다는 측면이 없다. 범죄와 형벌이 모두 밖에서 발생하는 문제다. 형벌이 밖에서 발생한다는 것은, 범죄인의 의지와 무관하게 주어진다는 것이 아니다. 오히려 거꾸로다. 헤겔에게서는 칸트보다도 철저하게 형벌은 범죄자의 의지와 관련이 있다. 그렇다면 바깥이란 무엇을 의미하는가? 앞에서도 말했듯이 선형적 도덕성의 문제가 아니라 법의 문제라는 것이다. **형벌을 추상법의 문제로 본다는 것은 형벌을 속죄로 보지 않겠다는 뜻도 들어 있다. 무슨 도덕적인 사악함을 돌이키는 것으로 보지 않겠다는 것이다. 돌이키기는 돌이키는 것이다. 앞에서 우리는 거둬들인다는 표현을 썼다. 그러나 그 돌이키는 내면의 도덕적인 반성을 뜻하지 않는다. 바깥 물건에서 이루어진 권리 침해 의지를 자기 의지로 거둬들여 원상을 회복하는 문제다. 남의 자유의 원상을 회복**

8) 참조, Peter Benson, "The Priority of Abstract Right and Constructivism" in *Hegel and Legal Theory*, ed. by D. Cornell, (London, 1991), 192-193쪽.

하는 문제는 둘째치고, 무엇보다도 먼저 범죄자 자신의 원상을 회복한다.

추상법은 강제법이다. 왜냐 하면 추상법에 대한 불법은 어떤 **외면적 사물** 속에서 나의 자유가 현 존재성을 띠는 것을 저해하려는 강압이므로 결국 이 강압에 대항하는 자유의 현존재성을 유지한다는 것은 그 자체가 **외면적 행동**이며 또한 앞에서 본 바와 같은 일차적인 강압을 지양하는 또 하나의 강압을 의미하기 때문이다.⁹⁾

결국 자유의 문제다. 의지의 본질은 자유다. 그런데 의지는 바깥에서 구체화되어야 현실적으로 자유롭다. 범죄는, 소유를 통해 바깥 사물에서 자유를 구체화하려는 의지를 침해하는 강압이다. 바깥에서 벌어지는 자유의 현실화의 문제다. 그래서 범죄와 형벌은 모두 바깥 사물을 끼고 있는 내면 의지의 문제다. 의지는 내면의 문제이지만, 법 곧 추상법에서는 밖으로 구현된 의지만을 문제 삼는다. 소유는 바깥 물건에서 구체화된 자유 의지이고, **그처럼 외화된 의지를 지양하는 외화된 의지**¹⁰⁾가 범죄다. 범죄는 남의 소유물을 건드림으로써 바깥에서 구현된 남의 자유 의지를 침해하는 것이다. 것처럼 범죄가 바깥에서 구체화된 의지에 관한 문제이므로, 형벌도 인간의 사악한 마음을 처벌하는 것이 아니다. 범죄와 형벌은 바깥 의지 대 바깥 의지의 문제다. 밖에서 벌어지는 문제다. 사악한 마음을 벌하는 것은 도덕의 문제인데, 도덕의 차원은

9) Hegel, 같은 책, 94절, 170쪽.

10) 같은 책, 92절. 이 부분은 이렇게 해석되어야 한다. "... 그러므로 강압이나 강제는, 의지의 외화 또는 구현을 지양하는 의지의 외화로서 그 개념에서 직접 자신을 파괴한다(... so zerstört Gewalt oder Zwang in ihrem Begriff sich unmittelbar selbst, als Äusserung eines Willens, welche die Äusserung oder Dasein eines Willens aufhebt)." 앞에 나온 '의지의 외화 또는 구현'이란 소유를 가리키고, 그것을 지양하는 의지의 외화란 강압, 곧 범죄를 가리킨다.

순전히 내면의 문제이므로 어떤 강제도 통하지 않는다.¹¹⁾ 오직 현실에서 구현된 의지만이 침해될 수 있으므로,¹²⁾ 범죄는 내면의 문제가 아니라 바깥의 문제다. 사악한 마음의 문제는 형벌을 통해 수정할 수 있는 것이 아니라, 범죄인 자신의 양심의 가책의 문제일 뿐이다. 양심의 가책은 누가 강요해서 생기는 것이 아니다.

그리하여 헤겔은 형벌이 강제적이라는 점을 인정한다. 다시 말해서 형벌이 바깥의 문제라는 점 때문에 형법은 강제법이다. 강제의 측면에서 볼 때 헤겔이 이해하는 형벌은 베카리아는 물론이고 칸트보다도 더 강하다. 그러나 바깥에서 안으로 주어지는 형벌은 없다. 속으로 삭이고 받아들이는 것이 없다. 애초에 범죄가 바깥 문제였으므로 형벌도 바깥에 주어지는 **바깥이다. 그런데, 형벌의 근거를 바깥에서 찾기 때문에 칸트보다도 훨씬 더 주체성을 찾을 수 있게 된다. 형벌이 강압적이라는 것을 인정하면서도 다시 강압이 아닌 범죄인 자신의 주체성으로 연결되는 지점에 ‘바깥’이 있다. 범죄와 형벌은 내면의 문제가 아니라 바깥에서 벌어지는 문제다. 헤겔이 볼 때 범죄는 결국 남의 자유의 억압인데, 내면의 자유는 누구도 억압할 수 없으므로 남의 내면의 자유를 억압하는 범죄도 없다. 범죄 없는 곳에는 형벌도 없다. 범죄가 바깥의 문제라면 형벌도 바깥의 문제다.**

2. 개념이 형벌을 수행한다

그처럼 형벌을 바깥 문제로 놓으면서 헤겔은 형벌을 비신화화한다. 도덕으로부터 분리하고, 그리고 속죄의 문제로부터 분리하

11) 같은 책, 94절, 171쪽.

12) 같은 책, 96절, 172쪽.

순전히 내면의 문제이므로 어떤 강제도 통하지 않는다.¹¹⁾ 오직 현실에서 구현된 의지만이 침해될 수 있으므로,¹²⁾ 범죄는 내면의 문제가 아니라 바깥의 문제다. 사악한 마음의 문제는 형벌을 통해 수정할 수 있는 것이 아니라, 범죄인 자신의 양심의 가책의 문제일 뿐이다. 양심의 가책은 누가 강요해서 생기는 것이 아니다.

그리하여 헤겔은 **형벌이 강제적이라는** 점을 인정한다. 다시 말해서 형벌이 바깥의 문제라는 점 때문에 형법은 강제법이다. 강제의 측면에서 볼 때 헤겔이 이해하는 형벌은 베카리아는 물론이고 칸트보다도 더 강하다. 그러나 **바깥에서 안으로 주어지는 형벌은 없다.** 속으로 삭이고 받아들이는 것이 없다. 애초에 범죄가 바깥 문제였으므로 형벌도 바깥에 주어지는 바깥이다. 그런데, 형벌의 근거를 바깥에서 찾기 때문에 칸트보다도 훨씬 더 주체성을 찾을 수 있게 된다. 형벌이 강압적이라는 것을 인정하면서도 다시 강압이 아닌 범죄인 자신의 주체성으로 연결되는 지점에 ‘바깥’이 있다. 범죄와 형벌은 내면의 문제가 아니라 바깥에서 벌어지는 문제다. 헤겔이 볼 때 범죄는 결국 남의 자유의 억압인데, 내면의 자유는 누구도 억압할 수 없으므로 남의 내면의 자유를 억압하는 범죄도 없다. 범죄 없는 곳에는 형벌도 없다. 범죄가 바깥의 문제라면 형벌도 바깥의 문제다.

2. 개념이 형벌을 수행한다

그처럼 형벌을 바깥 문제로 놓으면서 헤겔은 형벌을 비신화화한다. 도덕으로부터 분리하고, 그리고 속죄의 문제로부터 분리하

11) 같은 책, 94절, 171쪽.

12) 같은 책, 96절, 172쪽.

는 것은 형벌을 합리화하는 데 중요한 역할을 한 것으로 보아야 한다. 죄와 벌을 도덕이나 속죄의 문제로 접근하는 한, 종교적인 차원이 들어갈 여지가 있기 때문이다. 사실 속죄란 것은 그 용어부터가 종교적인 것이고 **칸트가 형벌을 속죄로 볼 때도 마음의 돌이킴**이란 점에서 종교로 연결될 가능성을 안고 있다. 그렇게 보면, 형벌을 철저하게 외면의 문제로 둔 헤겔은 형벌을 비신화화하는데 중요한 공헌을 한 것으로 보인다.

그러면 헤겔은 어떻게 형벌을 주체화하는가? **범죄는 '그 개념에서 바로' 자신을 파괴한다.**¹³⁾ 이것은, “벌은 ‘범죄를 저질렀다는 그 이유’만으로 범죄인에게 주어져야 한다……”는 칸트의 명제와 무엇이 다른가?

범죄가 그 개념에서 바로 자기를 파괴한다는 것은, 형벌의 근거를 범죄 그 자체에서 찾겠다는 얘기다. 그렇게 되면 형벌은 당연하고 마땅한 것이 된다. 다른 데서 원인을 찾지 않고 바로 범죄 자체가 형벌을 정당화하기 때문이다. 그런 점에서 헤겔이나 칸트는 모두 형벌을 처음부터 끝까지 옳음의 문제로 풀려고 한다. 결국 옳음의 문제로 보려고 하는 이론들을 거부한다. 그러나 헤겔의 논리는 칸트와 다른 점이 있다. ‘그 개념에서’ 자기를 파괴한다는 것은, 범죄란 처음부터 말이 안 된다는 얘기다. 칸트가 범죄의 악한 행위에서 처벌의 근거를 찾았다면, 헤겔은 범죄의 비논리성 또는 자기 모순성을 들어 형벌의 근거를 찾는다.

학자들은 대개 헤겔의 형벌 논리를 두 가지로 나누어 생각하는 것 같다. 97절을 중심으로 한 것과 100절을 중심으로 한 것이다. 쿠르트 젤만 같은 독일 학자는 전자를 승인 논변이라 이름을 붙이고, 후자를 법칙 논변이라고 하는데, 두 가지가 모두 자기 모순을 논리적 근거로 들고 있다고 본다. 그리고 나아가서 어떤 이론이고

13) 같은 책, 92절, 169쪽.

“행위자에 대해 형벌을 정당화하려는 시도는 필연적으로 자기 모순의 논변을 가지고 작업할 수밖에 없다”고 결론을 내리고 있다.¹⁴⁾ 그런데, 우리가 여기서 말하려는 것은 특별히 범죄 자체의 자기 모순이다. 범죄가 그 개념에서 자기를 파괴한다는 것은 바로 범죄 자체의 자기 모순을 지적하는 것이라는 얘기다.

권리에 대해 가해진 침해는 비록 적극적이고 외적인 실재이기는 하나, 자체로 아무것도 아니다. 것처럼 아무것도 아님을 드러내는 것이 그 침해를 실재로 부정하는 것이다. 권리의 현실성은 권리의 침해를 지양함으로써 매개되는 필연성이다.¹⁵⁾

헤겔에게서 현실 또는 현실성이란 자신이 다른 것과 부딪혀서도 자신을 유지하는 것이다. 그렇다면 권리 또는 법의 현실성이란 자신이 침해당했을 때 그것을 부정함으로 법의 효력을 유지하거나 권리 능력을 유지하는 것을 가리킨다. 본질은 가상을 다스린다. 다시 말해서 권리 자체는 필연이요 보편이다.

범죄의 자기 모순이란, 뭔가 한 것인데 아무것도 아닌 것이라는 데 있다. 뭔가 한 것이란, 범죄 행위가 인간의 의지에 의해서 이루어진 것이기 때문이다. 그러나 의지란 그 개념에서 볼 때 자유다. 그리고 자유는 구체적인 것에서 실현되면서 자유롭다. 그리고 권

14) K. Seelmann, 「헤겔과 형벌의 예에서 본 선형 화용론적 최종 근거 정초」, 『헤겔 연구』 Vol.8, No.1(서울:1998), 373쪽. 헤겔에게 형벌 논리가 두 가지로 전개되고 있다는 것은 중요하다. 그런데 승인 논변이라는 명칭에는 의문이 있다. 뒤에서 보는 대로 개념이 형벌을 수행하는 것이므로 개념 논리라고 하는 것이 더 옳을 것 같다. 헤겔이 97절에서 말하는 권리는 상호 승인 이전의 문제인 것 같기 때문에 그렇다. 물론 절만도 상호 승인이 계약의 상호 행위 이전의 차원, 곧 자기 의식의 근거가 되는 상호 승인이라고 설명한다. 그러나 상호 승인이라는 말은 오해의 소지가 있다. 범죄의 개념에서 형벌을 이끌어낸다는 뜻에서 개념 논변 또는 개념 논리가 더 적합할 것 같다.

15) Hegel, 같은 책, 97절, 173쪽.

리는 것처럼 의지의 구체적인 자기 실현의 첫 형태인 소유와 관련된 것이다. 자유는 소유, 계약, 도덕 그리고 인륜¹⁶⁾이라는 형태를 통해 발전된다. 그러므로 의지는 그 개념에서 권리 능력이다.¹⁷⁾ 그런데 범죄는 그러한 권리 능력을 부인하는 것으로서, 그 개념에서 자기 모순에 빠진다.¹⁸⁾

원래 권리 자체는 본질이다. 그러나 어떤 특정한 물건에 대한 권리는 현상이라고 할 수 있다. 보편 의지(물건을 소유하려는 의지)가 특수 의지(어떤 특정한 물건을 소유하려는 의지)와 결합된 것이므로 비본질적인 것과 접촉하고 있고, 그것을 가리켜 헤겔은 현상이라고 부른다. 본질은 침해될 수 없지만, 현상은 침해될 수 있다. 그것은 우연성의 단계에 있는 것이기 때문이다. 즉자적으로 보편적이며 무한한 소유권리 자체가 어떤 물건을 소유하면서, 특수하고 유한한 것과 섞이게 된다. 거기에는 우연한 의지인 범죄 의지가 끼어들 여지가 있다. “우연성의 여지를 제공하는 것이 유한하고 특수한 것의 본성이다.”¹⁹⁾ 다시 말해서 모든 인간은 누구

16) 도덕과 인륜은 우리말에서 구분되지 않듯이 독일에서도 구분되지 않았던 것 같다. 그러나 헤겔은 즉자대자적인 자유의 실현의 완성을 가리키는 것으로 인륜이라는 말을 가려 쓰고 있다. 헤겔도 그런 용어 설명을 하고 있다.

17) 헤겔은 무엇의 본질을 알려면 이런저런 현상을 넘어 개념에서 파악해야 하는 것으로 믿고 있다. 철학이 할 일도 그것이라고 본다. 인간의 의지가 여러 가지 현상을 일으키지만, 그 개념에서 볼 때 의지의 본질은 자유라고 헤겔은 보고 있다. 자유의 첫 단계가 소유권이다.

18) 프린스턴대학교에서 헤겔의 정치 철학으로 박사 학위를 받은 Tunick은 범죄자의 자기 모순을 두 마음의 문제(the split will)로 본다. 예를 들어 담배를 피우면 안 되는 것을 내가 알고 바라지만 유혹에 못 이겨 담배를 피우는 식이다. Mark Tunick, *Hegel's Political Philosophy - Interpreting the practice of legal punishment* (New Jersey, Princeton University Press, 1992), 30쪽. 그러나 그런 식의 설명은 잘못된 것이다. 헤겔이 말하려고 하는 것은, 범죄자 내면의 두 마음의 갈등에서 빚어지는 자기 모순이 아니라, 보편을 부인하면서 특수를 인정하려는 모순이다. Tunick은 위 책에서 개념이 형벌을 수행하는 문제를 거의 설명하지 않고 있다.

나 권리를 지니고, 그래서 권리 자체는 보편이요 필연이지만, 어떤 특정한 물건에 대한 권리는 특수 의지요 우연이다. 어떤 사람이든 소유권이 있지만 구체적으로 어떤 물건을 꼭 소유하라는 법은 없다는 얘기다. 그러므로 어떤 물건을 소유하고 있더라도 그러한 특정한 권리는 침해될 수 있다. 그러나 그러한 특정한 권리를 침해하고 부정함으로써, 범죄자는 소유자의 권리 능력 자체를 부인하는 것이다. 그 점이 중요하다.

범죄가 발생하면 민사 소송과 형사 소송이라는 이중 과정이 일어난다. 헤겔이 볼 때 민법에서 다루는 손해 배상은 특수에 대한 특수다. 그러나 형벌은 보편에 대한 보편이다. 앞에서 본 대로 어떤 특정한 물건에 대한 권리는 현상인데, 현상이란 본질이 비본질과 관계하고 있는 것이다. 범죄, 곧 어떤 물건에 대한 권리 침해는 외면적인 물건에 대한 침해로 나타나는데, 그것은 곧 비본질적인 것에 대한 침해다. 것처럼 외면적인 손상으로서의 침해를 지양하는 것이 손해 배상이다.²⁰⁾ 그것은 손해난 특정 물질을 물질로 되갚는 것이므로 특수와 특수의 관계다. 그러나 현상의 침해란 비본질적인 것을 침해하면서 본질을 건드린다. 현상에는 본질과 비본질이 섞여 있기 때문이다. 다시 말해서 어떤 사람이 소유한 특정한 사물을 침해하면서, 사물에 손해를 입힐 뿐 아니라 그 사물에 구현된 소유자의 보편적 자유 의지를 침해하는 것이다. 특수를 침해하면서 보편을 침해한다. 형법이란 이처럼 “보편적 성질을 이루는 가치를 문제삼는 것이다.”²¹⁾

범죄는 “완전한 의미에서 부정적 무한 판단으로서, 그것을 통하여 특수적인 것, 곧 나의 의지 속으로 어떤 물건을 포섭하는 것

19) Hegel, 같은 책, 86절, 165쪽.

20) 같은 책, 98절, 174쪽.

21) 같은 책, 98절, 174쪽.

이 부정될 뿐 아니라 동시에 나의 것이라고 하는 술어 속에 들어 있는 보편적이고 무한한 것, 곧 권리 능력이 나의 의견을 거치지 않고 또는 나의 의견에 거슬러서 부정된다. 이것이 형법의 영역이다.”²²⁾ 남의 소유물은 유한인데, 그 유한의 침해를 통해 권리 능력이라고 하는 무한을 침해한다. 권리 능력은 자유 의지를 가진 인간 간의 직접적으로 무한한 영역이다. 직접적인 면에서, 도덕 차원에서 생긴 무한에 비해 아직 부족한 자유이지만, 권리 능력이란 그 개념에서 볼 때 보편이요 무한이다. 어떤 특정한 물건을 나의 것으로 얘기할 때, 그 나의 것은 양도될 수 있으므로 특수하고 유한하지만, 나의 것이라는 술어 속에는 보편이며 무한인 권리 능력이 들어 있는 것이다. 누구나 지니고 있는 무한한 권리 능력이 물건 속에서 나의 권리라고 하는 특정하고 유한한 권리로 구체화되어 있는 셈이다. 그런데 범죄는 특정한 사물에 대한 나의 권리를 침해함으로써 권리 능력 일반을 침해하는 것이다. 곧, 인간의 권리 능력을 침해하는 것이다. 인간의 권리가 소유라고 하는 형태로 규정되고 있지만, 소유의 실체는 소유의 개념이요, 개념에서 볼 때 소유는 모든 인간이 지닌 보편적인 권리 능력의 구체화다.

범죄는 어디까지나 자유로운 존재에 의해 이루어진 것이다. 자유로운 존재에 의해 이루어진 침해를 범죄라고 한다.²³⁾ 그런데 자유로운 존재란 그 개념으로 볼 때 의지가 바깥에서 구체화되면서 자유를 실현한다. 그것이 권리 능력이다. 범죄자는 남의 물건을 침해하면서 자기 권리를 주장하는 셈인데,²⁴⁾ 인류의 권리 능력을 부인하면서 자기 권리를 주장할 수는 없다. 보편을 부인하면서 특수를 이룩할 수는 없다. 그것이 범죄자의 자기 모순이고, 범죄가

22) 같은 책, 95절, 171쪽.

23) 같은 책, 95절, 171쪽.

24) 같은 해석으로는 나중석, 『헤겔 『법철학』에서 형벌의 철학적 정당화 논변에 대한 고찰』, 『헤겔 연구』, Vol.8 No.1(서울: 1998), 288쪽.

그 개념에서 자기를 파괴한다는 말의 의미다. 범죄자는 남의 것을 건드려 자기 것처럼 삼는 것인데,²⁵⁾ 인간의 권리 능력을 부인하면서 자기 것을 삼을 수는 없다.²⁶⁾

또는 이렇게 설명할 수도 있다. 권리 능력을 통해 인간은 자유 의지를 지닌 인격이라고 하는 개념상의 인간이 되는 것인데, 그러한 권리 능력을 부인하는 것은 곧 인격으로서의 자신을 부인하는 것이다. 범죄가 되려고 하면 인격자의 행동이어야 하고, 인격자의 행동이라면 권리 능력을 부인해서는 안 된다. 그러므로 범죄란 자기 모순이다.

결국 범죄는 말도 안 되는 것이요, 개념에서 자기를 파괴하는 것이요, 아무것도 아니다. 그래서 헤겔은 이렇게 덧붙인다.

여기서 무의미하다는 것은 바로 권리로써의 권리를 지양해버렸음을 뜻한다. 그야말로 절대적인 것으로써의 권리는 지양될 수가 없는 것이므로 그 자체가 무의미할 수밖에 없으며 더 나아가서 이러한 무의미함이야말로 범죄에서 빚어지는 결과의 본질이다. 그런데 무의미하고 무실한 것은 이렇듯 무실한 것으로서 스스로를 드러낼 수밖에 없는 바, 그것은 스스로 자기가 침해될 수 있는 것으로 내세운다는 것을 의미한다. 결국 범죄 행위란 어떤 단초적이거나 긍정적인 것으로서 여기에 부정으로서의 형벌이 다가서는 것이 아니라 그것은 오직 부정적인 것이어서 이때 **형벌은 곧 부정의 부정인** 것이다.²⁷⁾

25) 이것은 절도뿐 아니라 상해 및 살인에도 해당되는 얘기다. 자기 것처럼 다루는 행위들이기 때문이다.

26) 이 문제가 시민사회에서는 “사회 구성원 중의 한 사람이 침해당하는 것은 곧 다른 전체 구성원이 침해당하는 것”으로 설명된다 (G. W. F. Hegel, 임석진 역, 『법철학 II』, 서울: 지식산업사, 1989, 218절, 350쪽). 우리가 여기서 말하는 ‘인류’ 또는 ‘인간’은 시민사회에서 말하는 ‘사회 구성원 전체’와 다르다.

27) Hegel, 『법철학 I』, 97절 보유.

범죄는 건드릴 수 없는 것을 건드린 셈이다. 물론 계약은 침해될 수 있다. 계약을 통해 나는 다른 사람의 의지와 공동의 의지(der gemeinsame Wille)를 형성하는데, 그것이 공동 의지이므로 조금 보편성을 떠나 침해될 수 없는 보편 의지(der Allgemeine Wille)는 아니다.²⁸⁾ 계약 당사자들 사이의 합의, 곧 공동의 의지에는 아직 특수 의지가 들어 있어 자의에 내맡겨질 가능성을 안고 있다. 그것을 헤겔은 ‘상대적으로 보편적인 것’이라고 본다.²⁹⁾ 그러나 인간의 권리 능력은 절대적으로 보편적이다. 그러므로 절대 침해되어서는 안 되는 것이요, 논리적 필연성으로 보자면 침해될 수 없는 것이다. 그러므로 권리 능력을 건드린 범죄 행위는 건드릴 수 없는 것을 건드린 것이다. 그것은 자기 모순 속에서 이미 아무것도 아니다.

우리는 이렇게 말할 수 있다. 형벌은, 범죄라고 하는 아무것도 아닌 것을 아무것도 아니게 해주는 것이다. 아니, 오히려 아무것도 아닌 것이 스스로를 아무것도 아닌 것으로 드러내는 것이다. 앞의 명제는 강압을 표현한 것이다. 현실에서 형벌은 범죄자에게 가해지는 것이요, 어떤 인위적인 형벌 행위가 따름을 암시하려는 말이다. 그러나 이미 아무것도 아니라면 일부러 아무것도 아니게 만들 필요는 없지 않은가? 물론 헤겔이 강조하고 싶은 것은 범죄는 이미 아무것도 아니라는 점에 있다. “개념 자체에 의하여 정립된 현실성이 아닌 것은 그저 스쳐 지나가버리는 현존재, 즉 외적인 우

28) 같은 책, 71절, 148쪽. 계약을 통해 주관적 의지가 보편의 모습을 조금 띠지만, 그것은 아직 공통성이라는 형태로서만 등장하고 있다. 헤겔의 루소 비판도 마찬가지다. 루소는 국가의 원리를 의지, 곧 일반 의지로 여긴 점에서 크게 공헌했으나, 그 일반 의지는 개별 의지의 공통성, 곧 임의적인 공동 의지인 것이다. 그래서 사회계약론은 국가의 필연성을 설명하지 못하고 있다고 본다. 참조. Hegel, 『법철학 II』, 258절, 386쪽.

29) Hegel, 『법철학 I』, 81절 보유, 160쪽.

연성이나 속견, 비본질적인 현상, 비진리 또는 기만과 같은 것이다.”³⁰⁾ 그러나 개념상 아무것도 아닌 것이 현실에서도 아무것도 아닌 것은 아니다. 그래서 형벌은 그 현상에서 볼 때 뭔가 하는 인위가 들어온다. 그런데도 이미 아무것도 아니라고 말하는 것은, 그것의 부정이 필연적인 것임을 말하기 위한 것이다. 그것은 도덕이나 법과 같은 실천 영역을 실체론적으로 접근한 것이다. 것처럼 실천 영역을 존재론적인 사고 방식으로 이해하는 것은 기독교 신학에서 악을 설명할 때 사용하던 사고 방식이다. 기독교에서 볼 때 악은 선의 결핍이요 아무것도 아니므로 결국 아무것도 아니게 된다. 아마 헤겔도 그런 기독교적인 악의 이해의 영향을 받은 것 같다. 범죄는 뭔가 있는 것 같아도 아무것도 아니다.

그렇다면, 아무것도 아닌 것이 아무것도 아니게 되는 것은 자연스러운 일이 아닌가. 원칙적으로 그렇다. 그래서 헤겔도 법 체계는 실현된 자유의 왕국과 관련된 문제요, 법과 권리의 세계는 제2의 ‘자연’으로서의 정신 세계로 본다.³¹⁾ 형벌이란 자유의 실현과 관련해서 볼 때 개념상 자연스럽게 발생하는 것이다. 그것을 우리는 ‘아무것도 아닌 것이 스스로를 아무것도 아닌 것으로 드러낸다’는 구절로 표현한 것이다. 그러므로 형벌의 본질은 자유의 자연스러운 자기 실현 과정에 있는 것이지, 일부러 강제성을 발휘하는데 있지 않다. 그러나 개념상 아무것도 아닌 것이 현실에서 아무것도 아니게 되는 데에는 뭔가 작업이 필요하다. 개념상으로는 자연스러운 것이지만, 그 자연스러움은 부정을 부정하는 과정을 겪어서 이루어지는 것이다. 결국 저절로 발생하는 것이 아니라 이룩하는 자연이다. 권리는 자연스러운 것이지만, 그 자연스러움은 현실적인(Wirklichkeit) 권리로서만 자연스럽다. 현실이란 부정을

30) 같은 책, 1절, 39쪽.

31) 같은 책, 4절, 52쪽.

부정함으로 이루어진다. 권리의 현실성은 매개적인 현실성이다.³²⁾ 그 매개의 현상이 인위의 현상이다. 그러므로 우리는 아무것도 아닌 것을 아무것도 아니게 ‘해주는 것’이라고 형벌을 정의했던 것이다. 무얼 하는 요소가 있다. 형법이 강제법인 까닭이 거기에 있다. 그러나 다시 말하지만 헤겔의 의도에 맞게 개념으로 형벌을 이해 하자면 “아무것도 아닌 것이 스스로를 아무것도 아니게 드러내는 것”이다.³³⁾

여하튼 “범죄란 그 자체로 아무것도 아니므로(nichtige) 결국 스스로의 부정(Vernichtung)을 자기 자체 내에 포함하고 있다.”³⁴⁾ 그런 면에서 형벌은, 빗나가 자기 모순을 일으킨 자유 의지가 스스로 자기를 부인함으로써 보편적인 자유 의지로 돌아가는 것이라 볼 수 있다. 다시 말해서 형벌은 자유인의 범죄 행위에 이미 포함되어 있다는 말이다. 여기에는 칸트나 베카리아에게서 보이는 시간차가 없다. 그리고, 형벌은 엄밀한 의미에서 강압이 아니다. 그것이 앞에서 말한 대로 바깥에서 일어나는 일이기 때문에 강압의 모습을 보이지만, 사실 그것의 논리적 근거는 범죄 행위 내부에 있다. 그러한 논리적 근거가 곧 형벌의 근거가 된다. 권리나 법이 현실적인 것은 형벌이라는 매개를 통해서다. 다시 말해서 형벌

32) 쿠퍼 같은 학자는 법적인 권리를 오스틴의 말을 빌려 수행적인 것으로 본다. 형벌을 수반했을 때만 권리는 권리로서 성립된다는 것이다. David Cooper, “Hegel’s theory of punishment”, in *Hegel’s Political Philosophy*, ed. by Z. A. Pelczynski (Cambridge University Press, 1971), p.162 이하.

33) 악을 존재론적으로 아무것도 아닌 것으로 이해하는 사고 방식은, 악의 최후 멸망과 선의 승리를 믿는 종말론적인 신앙에 중요한 역할을 담당했다. 원래 악의 세력은 만만치 않다. 그러나 그것을 아무것도 아닌 것으로 봄으로써 언젠가는 사라지고 말리라는 확신을 가질 수 있었던 것이다. 이처럼 존재론적인 사고가 정의를 실현하는 실천의 영역에 영향을 미쳤다. 아마 헤겔이 범죄를 아무것도 아닌 것으로 보는 것도 자유와 정의의 최후 승리를 믿는 믿음과 무관하지 않을 것이다.

34) Hegel, 『법철학 I』, 101절, 180쪽.

은 권리로 하여금 현실적인 권리가 되게 해준다. 형벌을 통해 범죄인은 다시 보편의 세계로 돌아간다. 다시 말하면 인격의 개념에 적합한 인간으로 돌아간다.

헤겔로서는, 형벌이 그 개념에서 나와야 필연이 된다. 형벌이 범죄에 대해 마땅하고 당연하게 주어져야 하는 것이 되려면, 이것저것 따지는 오성 가지고는 안 되고 범죄의 개념에서 형벌이 생겨나야 한다.³⁵⁾ 그렇게 보면 공리주의나 칸트가 모두 오성에서 생각한 것일 뿐 개념으로 형벌을 끄집어내지 못했다. 것처럼 오성으로 생각하면 형벌의 근거에 당하는 요소가 살아 있고, 것처럼 외부에서 강압으로 주어지는 요소는 우연적인 요소다. 칸트에게서도 형벌 근거에 강압의 요소가 살아 있다. 공리주의 이론에서는 두말할 나위도 없다. 헤겔은 형벌이 강제법인 것을 말했지만, 형벌을 정당화하는 근거에는 당하는 요소를 없앤다. 그것은, 범죄가 그 개념에서 자기를 파괴하기 때문이다.

칸트는 범죄인이 형벌을 원할 수 없다며, 당하는 요소를 살렸다. 그런데 형벌의 근거에서 당하는 요소를 살리면서도, 다시 범죄인의 도덕적 의지를 끌고 들어와 당하는 요소를 약화시켰다. 그러나 헤겔은 당하는 요소를 처음부터 철저하게 배제한다. 범죄를 저질렀다는 사실에서가 아니라, 범죄의 개념에서 형벌이 생겨난다. 처음에 당하고 나중에 당하지 않는 칸트 식의 시간차가 없이, 곧바로 또는 즉자적으로 범죄 행위에서 형벌이 생긴다. 베카리아는 과거의 의사 표시를 현재 지키는 데서 형벌의 근거를 찾았으므로, 과거와 현재의 시간차가 있다. 칸트에게는 형벌을 원하지 않았다

35) 잘 아는 대로 헤겔은 이성과 오성을 구분한다. 오성은 분리하고 떨어져서 계산하고 따지는 것으로 계몽주의적인 이성이다. 헤겔이 말하는 이성은 오성과 달리 다시 통일하고 화해시킨다. 그런 구분을 통해 헤겔은 계몽주의적인 오성을 품으면서도 정신의 자기 실현을 인간의 이성과 연관시킬 수 있었다. 참조 Charles Taylor, 박찬국 역, 『헤겔 철학과 현대의 위기』(서울: 서광사, 1988), 49쪽.

가 다시 수용하는 시간차가 있다. 물론 이런 시간차들은 모두 물리적인 시간차가 아니라 논리적인 시간차다. 사회 계약이라는 것이 실제로 있는 것이 아니라, 현실적인 정의를 위한 가설이기 때문이다. 그리고 칸트에게서 우리가 시간차를 본 것도 두 마음의 갈등을 말하기 위한 것이기 때문이다. 베카리아는 시간차를 통해, 현재의 형벌의 정당성의 근거를 범죄자의 주체적인 의지에서 찾았다. 칸트 역시 시간차를 통해 범죄자의 주체성을 살린다. 형벌을 원하지 않는데도 당하는 것임에도 불구하고 결국 형벌을 수용하기로 하는 데까지의 시간이 주어지지 않으면 칸트로서는 주체성을 살릴 수 없었을 것이다. 그래서 우리는 베카리아와 칸트의 이론을 시간차로 설명했던 것이다.

그러나 헤겔에게는 시간차가 없다. 베카리아처럼 형벌의 근거를 과거의 약속에서 찾지도 않고, 칸트처럼 대자적인 자기 반성의 여지도 없다.

범죄자에게 가해지는 형벌은 즉자적으로 옳을 뿐 아니라 옳은 것으로서, 그것은 또한 그의 즉자적으로 존재하는 의지이며 그의 자유의 구현이며 그의 권리다.³⁶⁾

형벌은 범죄자의 의지다. 그런데, 칸트와 달리 대자적인 자기 반성을 통한 의지가 아니라 즉자적인 것이다. 즉자적이고 보편적인 의지다. 그리고 즉자적인 의지로서 그것은 범죄자의 주관하고는 무관하다. 그런 점에서 범죄의 의지 속에 이미 형벌의 의지가 들어 있다. 밖에서 보면 범죄와 형벌은 서로 대립되는 것 같다. 범죄자는 형벌을 받으려고 하지 않기 때문이다. 그러나 속에서 볼 때 범죄와 형벌은 연결되어 있고 같은 것(innere Zusammenhang

36) 같은 책, 100절, 177쪽.

und Identität)이다.³⁷⁾ “형벌이란 이미 우리가 보았듯이 범죄가 드러난 것이다. 즉, 범죄의 반쪽이 필연적으로 전제하고 있는 다른 반쪽의 드러남이다.”³⁸⁾ 범죄의 반쪽은 범죄를 이루고 그리고 나머지 반쪽은 형벌로 나타난다는 얘기다. 다시 말해서 범죄가 발생했을 때 그 안에는 이미 형벌의 의지가 들어 있고 그것이 밖으로 드러나 형벌을 이룬다는 말이다. 그래서 형벌은 범죄를 낳은 의지의 자기 운동의 결과다. 부정은 부정을 예정하고 있다. 그럼으로써 즉자대자적인 이성의 운동이 현실성을 갖고, 자유가 실현된다. 사람이 사람이 된다.

그런 점에서 형벌은 의무가 아니라 권리다. 칸트는 형벌을 의무의 문제로 다루었으나, 헤겔에게서는 형벌이 권리가 된다. 범죄자가 자기 자유를 구현할 권리다. 남의 자유를 침해함으로써 자기 자유를 부인했다가 이제 다시 그것을 부인함으로써 자유를 찾는 방식이 형벌이다. 것처럼 형벌이 권리가 되면, 형벌은 필연적인 것이 된다. 그것은 형벌이 마땅하고 당연하다는 점을 크게 부각시킬 뿐 아니라,³⁹⁾ 결과적으로 범죄자의 주체성을 크게 강화시킨다. 주체성이란, 의무에서보다는 권리에서 더 자연스럽게 성립되기 때문이다. 주체성을 강화시키려고 한 근대 사상가들의 노력은 사람을 의무의 주체가기 이전에 권리의 주체로 세웠다. 자기 권리를 위해 의무를 지는 것이다. 그런 점에서 보면, 칸트가 형벌을 정언 명령으로 보면서 의무의 주체를 강조했다면, 헤겔은 권리의 주체를 강조하면서 형벌 문제에서 인간의 주체성을 강화해나갔다고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 그리고 그와 같은 작업을 위해 범죄의 본성과 개념에서

37) 같은 책, 101절 보유, 182쪽.

38) 같은 곳.

39) 범죄자에게 형벌을 주지 않으면 결과적으로 그 사람의 권리를 빼앗는 것이 된다.

40) 아마도 칸트는 인간의 악한 마음에 대해 헤겔보다 더 많은 관심을 기울였기

형벌을 도출한 것으로 보인다.

개념에서 형벌을 도출할 때, 형벌을 의지하는 범죄자의 의지는 즉자적인 의지다. 거기에는 범죄자가 형벌을 의식적으로 의지하느냐 아니냐 하는 문제는 들어가지 않는다. 즉자적이란 말은 바깥에서 일어나는 문제라는 것이다. 자기 의지를 자유의 자리로 삼지 않고 바깥 물건을 자유를 실현하는 마당으로 삼은 것이다. 그러므로 형벌은 범죄자 개인의 동의와 관계없이 이미 범죄 안에 포함되어 있다.

3. 범죄자의 동의가 형벌을 수행한다

그런데 헤겔은 또 다른 방식으로 형벌을 정당화한다. 그것은 '범죄의 개념'이 아니라 '범죄자의 행위'에서 형벌의 근거를 찾는 작업이다.⁴¹⁾ 더 정확히 말하면 97절에서는 '범죄 행위의 개념'에서 형벌의 근거를 찾고, 100절에서는 '범죄 행위자'에게서 형벌의 근거를 찾겠다고 해야 할 것이다.⁴²⁾ 그렇다고 주관적인 것, 다시 말해서 도덕을 법에 끌어당기는 것은 아니다. 그러나, '범죄를 저질렀다는 사실'에서 형벌을 끌어내는 칸트와 비슷해지는 면이 없지 않다.

때문에 인간을 의무의 주체로 세운 것 같다.

41) 100절에서는 '범죄의 개념(der Begriff des Verbrechens)'과 '범죄자의 행위(die Handlung des Verbrechers)'를 대비하고 있다. 같은 책, 177쪽.

42) '범죄의 개념'에서 형벌의 근거를 찾는 것과 '범죄자의 행위'에서 찾는 것은 분명히 다르다. 헤겔은 101절 보유에서 그 둘을 명백히 구분하고 있다. 쿠르트 젤만은 둘을 구분하여 각각 승인 논변과 법률 논변으로 이름을 붙인다. 이것이 독일에서는 헤겔의 법철학을 두고 '법 개념의 논리학'이나 아니면 '법의식의 현상학'이나 하는 논쟁을 불러일으킨 것 같다. 참조. 김준수, 「헤겔 『법철학』의 구조 논리에 대한 비판적 고찰」, 『철학 연구』 제48집(서울: 2000), 70쪽.

형벌을 도출한 것으로 보인다.

개념에서 형벌을 도출할 때, 형벌을 의지하는 범죄자의 의지는 즉자적인 의지다. 거기에는 범죄자가 형벌을 의식적으로 의지하느냐 아니냐 하는 문제는 들어가지 않는다. 즉자적이란 말은 바깥에서 일어나는 문제라는 것이다. 자기 의지를 자유의 자리로 삼지 않고 바깥 물건을 자유를 실현하는 마당으로 삼은 것이다. 그러므로 형벌은 범죄자 개인의 동의와 관계없이 이미 범죄 안에 포함되어 있다.

3. 범죄자의 동의를 형벌을 수행한다

그런데 헤겔은 또 다른 방식으로 형벌을 정당화한다. 그것은 '범죄의 개념'이 아니라 '범죄자의 행위'에서 형벌의 근거를 찾는 작업이다.⁴¹⁾ 더 정확히 말하면 97절에서는 '범죄 행위의 개념'에서 형벌의 근거를 찾고, 100절에서는 '범죄 행위자'에게서 형벌의 근거를 찾겠다고 해야 할 것이다.⁴²⁾ 그렇다고 주관적인 것, 다시 말해서 도덕을 법에 끌어당기는 것은 아니다. 그러나, '범죄를 저질렀다는 사실'에서 형벌을 끌어내는 칸트와 비슷해지는 면이 없지 않다.

때문에 인간을 의무의 주체로 세운 것 같다.

41) 100절에서는 '범죄의 개념(der Begriff des Verbrechens)'과 '범죄자의 행위(die Handlung des Verbrechers)'를 대비하고 있다. 같은 책, 177쪽.

42) '범죄의 개념'에서 형벌의 근거를 찾는 것과 '범죄자의 행위'에서 찾는 것은 분명히 다르다. 헤겔은 101절 보유에서 그 둘을 명백히 구분하고 있다. 쿠르트 젤만은 둘을 구분하여 각각 승인 논변과 법률 논변으로 이름을 붙인다. 이것이 독일에서는 헤겔의 법철학을 두고 '법 개념의 논리학'이냐 아니면 '법의식의 현상학'이냐 하는 논쟁을 불러일으킨 것 같다. 참조. 김준수, 「헤겔 『법철학』의 구조 논리에 대한 비판적 고찰」, 『철학 연구』 제48집(서울: 2000), 70쪽.

위의 인용문에 뒤이어 이렇게 말하고 있다.

또한 이 침해(범죄자에게 가해지는 침해)는 **범죄자에게 존재하는 권리**다. 다시 말해서 그의 구현하는 의지 안에, 그의 행위 안에 정립되어 있는 것이다.⁴³⁾

여기서는 개념이 형벌을 수행하는 것이 아니라, 범죄자의 동의가 형벌을 수행한다. 범죄 행위에 이미 형벌을 동의하고 있다는 얘기다. 헤겔은 ‘범죄자의 권리’와 ‘범죄자에게 존재하는 권리’를 구분하고, ‘범죄자의 즉자적으로 존재하는 의지’와 ‘범죄자의 구현하는 의지 안에 정립된 것’을 구분한다. 전자는 형벌의 근거를 범죄의 개념에서 찾으려는 것이고, 후자는 범죄 행위에 들어 있다고 보이는 범죄자의 동의로부터 형벌 근거를 찾으려는 것이다. 보편 개념이 아니라 개별자의 의지에 주목한다.

이 둘을 구분해야 한다. 우리는 앞에서 개념이 형벌을 수행할 때도 형벌이 범죄자의 의지에 들어 있다고 했는데, 그때 범죄자는 엄밀히 말하면 인간 일반을 가리킨다. 자유 의지를 지닌 인간을 가리킨다. **‘범죄자의 즉자적인 의지’라는 것이 그것이다. 다시 말하면 여기서는 범죄를 저지르는 ‘인간 일반’이 중요한 것이지 ‘범죄자 개인’이 중요한 것이 아니다.** 그러므로 형벌이 범죄자의 권리라고 했지만 사실은 인간의 권리인 셈이다. 그것이 97절에서 말하려고 한 것이다.⁴⁴⁾ 그런데, **100절에서는 범죄자 개인의 의지가 문**

43) Hegel, 같은 책, 100절, 177쪽.

44) 『법철학』의 98절과 99절도 그런 개념에 바탕을 두고 있다. “즉자적으로 존재하는 의지에 침해가 가해질 경우, 이러한 침해는 … 즉자적으로 존재하는 의지 그 자체에게 아무런 긍정적 실존성도 발휘하지 못한다. 즉자적으로 존재하는 의지는 … 불가침적이다.” 99절 첫머리에 등장하는 이런 문장은 결국 범죄는 아무 것도 아니라는 얘기다.

제의 핵심으로 등장하는 것이다.

더 나아가서 국가가 관철시켜야만 할 것은 단지 범죄의 개념, 즉 개인의 동의의 유무와 상관없는 즉자대자적인 의미에서의 개념의 이성적 요소만이 아니라, 범죄자의 행위 속에도 또한 형식적인 이성적 성격, 즉 개인의 의욕이 담겨 있다는 문제다.⁴⁵⁾

범죄자도 이성적 존재다. 자유로운 존재만이 범죄를 저지를 수 있기 때문이다. 그가 이성적 존재이므로 어떤 행위를 할 때는 그 행위에서 보편적인 법칙을 수립하고 그것을 인정하며 그 법칙 밑에 들어가는 것을 자기 권리로 안다.⁴⁶⁾ 여기서는 칸트 식의 '형식적 이성'의 역할이 등장한다. 칸트에 따르면, 자신의 행위 원칙인 준칙이 보편 법칙이 되도록 행동하라는 정언 명령이 인간에게 주어져 있다. 범죄자를 이성 존재로 본다는 것은, 범죄자가 자기 행위를 보편적인 것으로 여긴다고 본다는 얘기다. 다시 말해서 어떤 범죄 행위를 할 때, 누구나 그런 상황에서 같은 행위를 해도 좋다는 것을 시인하는 것으로 본다는 말이다. 말하자면, 어떤 상황에서 남의 소유물을 훔친 자는 '사람이란 그런 상황에서는 소유물을 훔쳐도 된다'는 일반 원칙을 세운 셈이고, 따라서 그의 행위 안에 이미 자기 소유물이 침해되어도 좋다는 형벌 원리를 세운 셈이다.

다만 칸트의 경우에는 갈등하는 이성이 형벌의 구조를 이루고 있지만, 헤겔에게서는 그런 갈등 없이 이미 범죄 행위에 형벌에 대한 범죄자의 동의를 들어 있는 것으로 본다. 만일 자기는 남의 것을 훔치고, 자신의 권리는 침해받지 않겠다고 하면 그것은 자기 모순이다. 그가 이성적 존재인 한, 그의 범죄도 이성적인 것이요

45) 같은 책, 100절, 178쪽.

46) 같은 책, 100절, 177쪽.

그 이성은 자기 준칙을 일반화하여 자기도 거기에 구속되기 때문이다. 이미 수립한 일반 법칙을 남에게만 요구할 수는 없는 노릇이다. 그러므로 나중에 형벌에 동의하느냐 안 하느냐가 중요한 것이 아니라, 이미 이성 존재로서 범죄를 저지른 그 범죄 행위 안에 형벌에 대한 동의가 들어 있다는 얘기다. 그러므로 여기서도 칸트식의 시간차가 보이지 않는다.

여기서는 개념의 이성적 요소가 아니라, 범죄 행위자 개인의 이성이 형벌을 주도하고 있다. 개념이 형벌을 주도하는 경우에는, 보편적인 인간의 권리 능력을 부인하면서 특수한 자기 권리를 세우려는 자기 모순을 지적했다. 특수로 보편을 부인하고 특수성을 유지하려는 것의 모순이다. 그러나 여기서는 범죄라는 특수 의지를 통해 보편 법칙을 수립하고 거기에 특수가 구속되는 것이다. 여기서 생기는 자기 모순은 보편을 부인하려는 특수의 자기 모순이다.⁴⁷⁾ 말하자면 헤겔의 형벌 이론이 범죄자의 자기 모순에 바탕을 둔다고 할 때, 개념 논변에서는 이미 보편을 부인한 자가 특수를 주장하는 모순이고, 법칙 논변에서는 보편 법칙을 부인하는 특수의 자기 모순인 셈이다. 전자는 범죄 자체가 이미 자기 모순이고, 후자에서는 범죄자가 만일 형벌을 받지 않으려고 한다면 모순에 빠진다. 모순의 구조와 모순 발생 지점이 다르다. 그러나 어느 경우에도 보편 없이 특수를 세우려는 데서 생기는 모순이다. 그런 점에서 형벌이란 즉자대자적인 의지가 그 보편성에서 지니는 힘

47) 물론 그런 식으로 형벌을 정당화하는 데는 문제가 없지 않다. 특히 후자의 경우에 과연 범죄자가 그런 동의를 했다고 볼 수 있느냐는 문제가 생긴다. 누구도 형벌을 받지 원하지 않기 때문이다. 97절보다 100절에 새로 나오는 논리에 더욱 문제가 있는 것 같다. 그러나 우리는 근대의 형벌 이론이 어떻게 인간의 주체성을 강화해나가려고 하는지 그 점을 보려는 것이므로, 형벌 이론의 타당성에 대해서는 더욱 세밀히 따지지 않기로 하겠다. 더구나 오늘날 헤겔의 이론은 다시 주목을 받을 만큼 흥미로운 것이다.

이다. 형벌을 통해 범죄자는 자신의 모순을 넘어 보편적인 권리 능력의 인간, 곧 자유의 힘을 지닌 정신의 매개체로 되돌아가거나, 또는 존엄한 이성적 존재로 돌아간다.

우리는 앞에서, 불법에 대해 민사적인 배상은 특수에 대한 특수며, 형벌의 차원은 보편적인 것을 다루는 것이라고 했다. 보편에 대한 보편이라고 했다. 결국 형벌은, 보편을 침해한 의지가 다시 보편으로 돌아가는 정신 운동이라고 할 수 있겠다. 다만 그것을 논증하는 데 헤겔은 범죄 개념을 들어 설명하기도 하고, 다른 한편으로는 범죄자 개인의 동의를 들어 설명하기도 한다. 그런 면에서 형벌은 범죄의 본성이면서 동시에 범죄자 자신의 의지다.⁴⁸⁾

4. 양형(量刑)과 내부 동일성

그러므로 형벌의 실체는 **범죄 행위의 '내부 동일성(innere Identität)**⁴⁹⁾에 있다. 다시 말해서 범죄가 스스로 자기 부정을 자체 내에 포함하고 있다는 것이 형벌의 실체다. 그 점은 형벌을 어떻게 얼마만큼 주느냐는 문제, 곧 형벌의 질과 양에 관한 문제에서도 그대로 관찰된다. 먼저, 사기나 폭력이나 절도를 처벌할 때 모두 금고나 징역 같은 자유형을 준다. 다시 말해서 그들에게 같은 유형의 벌을 주는 것이다. 그것은 형벌이 범죄 자체의 운동에서 나온 것이기 때문이라고 헤겔은 본다. 다시 말해서 범죄는 어

48) "바로 이런 점에서 범죄자에 의해 저질러진 침해가 지양된다고 하는 것은 범죄의 본성이면서 동시에 범죄자 자신의 의지이기도 하다"(같은 책, 100절 보유, 178쪽). 여기서 '범죄의 본성'은 형벌을 개념으로 설명한 것이고, '범죄자 자신의 의지'라는 부분은 범죄자 개인의 동의를 통해 형벌 근거를 마련하려는 노력이라고 볼 수 있다.

49) 같은 책, 101절, 180쪽.

이다. 형벌을 통해 범죄자는 자신의 모순을 넘어 보편적인 권리 능력의 인간, 곧 자유의 힘을 지닌 정신의 매개체로 되돌아가거나, 또는 존엄한 이성적 존재로 돌아간다.

우리는 앞에서, 불법에 대해 민사적인 배상은 특수에 대한 특수며, 형벌의 차원은 보편적인 것을 다루는 것이라고 했다. 보편에 대한 보편이라고 했다. 결국 형벌은, 보편을 침해한 의지가 다시 보편으로 돌아가는 정신 운동이라고 할 수 있겠다. 다만 그것을 논증하는 데 헤겔은 범죄 개념을 들어 설명하기도 하고, 다른 한편으로는 범죄자 개인의 동의를 들어 설명하기도 한다. 그런 면에서 형벌은 범죄의 본성이면서 동시에 범죄자 자신의 의지다.⁴⁸⁾

4. 양형(量刑)과 내부 동일성

그러므로 형벌의 실체는 범죄 행위의 '내부 동일성(innere Identität)'⁴⁹⁾에 있다. 다시 말해서 범죄가 스스로 자기 부정을 자체 내에 포함하고 있다는 것이 형벌의 실체다. 그 점은 형벌을 어떻게 얼마만큼 주느냐는 문제, 곧 형벌의 질과 양에 관한 문제에서도 그대로 관찰된다. 먼저, 사기나 폭력이나 절도를 처벌할 때 모두 금고나 징역 같은 자유형을 준다. 다시 말해서 그들에게 같은 유형의 벌을 주는 것이다. 그것은 형벌이 범죄 자체의 운동에서 나온 것이기 때문이라고 헤겔은 본다. 다시 말해서 범죄는 어

48) "바로 이런 점에서 범죄자에 의해 저질러진 침해가 지양된다고 하는 것은 범죄의 본성이면서 동시에 범죄자 자신의 의지이기도 하다"(같은 책, 100절 보유, 178쪽). 여기서 '범죄의 본성'은 형벌을 개념으로 설명한 것이고, '범죄자 자신의 의지'라는 부분은 범죄자 개인의 동의를 통해 형벌 근거를 마련하려는 노력이라고 볼 수 있다.

49) 같은 책, 101절, 180쪽.

면 유형의 범죄든 권리 침해요, 그것은 곧 자유의 침해다. 바깥에서 외부 사물을 통해 구현하려는 자유를 침해하는 것이다. 그런 점에서 모든 범죄는 공동의 성질을 지닌다고 볼 수 있다. ‘범죄와 형벌은 보편적인 것과 관련된 문제’라는 명제가 여기에도 적용된다. 모든 범죄는 같이 놓고 볼 수 있다. 헤겔이 101절에서 ‘비교할 수 있는 것(Vergleichbare)’이라고 한 말은 그 점을 가리키는 것이다. 범죄는 서로 다른 행동 양태를 띠지만 결국 같이 놓고 볼 수 있으며, 그래서 서로 비교하여 높낮이를 가릴 수 있다. 그 높낮이에 따라 서로 다른 양의 형벌을 주게 되는 것이다. 범죄의 질이 보편적인 성질을 띠기 때문에 형벌도 같은 성질을 지닌 것이 되고, 그래서 범죄의 정도에 맞추어 형벌의 양을 결정하는 것이 가능해진다.⁵⁰⁾ 형벌의 양을 결정할 때, A 범죄에 B만큼 형벌을 주었다면 C라는 범죄에는 D만큼 주어야 한다는 식으로 된다. A와 C가 정도와 폭력처럼 전혀 다른 형태의 범죄 행위라고 해도 그와 같은 비례식이 가능하게 되는 것은 같은 성질로 보기 때문이다. 다시 말하지만, 자유를 실현하는 권리를 침해하는 것이다. 그런데, 그렇게 비교 방식을 따른다 해도 얼마만큼이 정당한 형벌인지 명확하지는 않다. 범죄자가 저지른 만큼 주어야 한다는 것이 역시 정의의 문제인데, 실제로 그것을 산술적으로 산출해내는 것은 상당히 자의적인 것일 수밖에 없다. 형벌이 지닌 난점 가운데 하나다.

헤겔은 그 까닭을 형벌의 질과 양의 문제가 바깥 영역의 문제라는 데서 찾는다. 그가 볼 때는 형벌의 질과 양의 문제도 형벌의 실

50) 민사 배상의 경우에도 사람이 다쳤거나 물건이 상했거나 모두 돈으로 계산해준다. 따라서 그 경우를 두고도 헤겔은 “물건의 직접적 성질로부터 보편적인 것을 향한 더 높은 단계로”(101절, 181쪽) 간 것으로 말하고 있다. 앞에서 우리는 민사 배상의 경우에 순전히 바깥 물건의 손해에 관한 것이므로 특수 대 특수라고 했지만, 보편성이 전혀 개입되지 않고는 오늘날과 같은 손해 배상은 불가능하다.

체 문제에서 이끌어내야 된다. 그러면 형벌의 실체는 앞서 말한 대로 범죄 의지의 ‘내부 동일성’이다. 그러므로 형벌의 양도 이미 내부에서 결정된 것이다. 범죄를 저지른 만큼, 그만큼 부정의 의지도 있다. 그 부정의 의지가 밖으로 나온 것이 형벌이다. 밖으로 나오면서, 어떤 형벌을 얼마큼 주어야 하는 문제가 제기되는 것인데, 그것이 차별 없이 동등하게 벌을 주는 정의 문제가 된다. ‘동등함(Gleichheit)’이란 비교(Vergleich)에서 나온다. 그러므로 평등함(equality)이다. 비교란 앞에서 본 대로 $A : B = C : D$ 라고 하는 계산이다. 그것이 오성의 작업이다. 밖에서 작업하는 오성이 산출하는 형벌의 평등함이란 결코 완전히 충족될 수 없는 것이다. 절대 평등 또는 절대 동등은 하나의 요청일 뿐이며 “이 요청은 무한 상태로까지 진전되면서 영원히 이어져 나가는 점진적 접근만 허용될 뿐이다.”⁵¹⁾ 인간은 끊임없이 공정한 형벌을 위해서 노력하고 애쓰겠지만 거기에는 자의적인 것이 들어갈 수밖에 없다는 것이다. 형벌의 형량이 사회적 합의에 의해서 정해지고, 그리고 재판관의 결정이 보편 이성에 따른 것이라고 하지만, 역시 자의적일 수밖에 없다. 헤겔이 볼 때 그 까닭은 외면성 때문이다. 형벌의 실체는 범죄 내부 문제인데, 그 양을 결정하는 문제는 외부 문제이고, 외부 문제로 인한 특수성이 개입되지 않을 수 없기 때문이다.

그러므로 헤겔이 볼 때는 범죄의 질과 양을 결정하는 데에도 핵심적인 것은 **동일성(Identität)**이지 **동등성(Gleichheit)**이 아니다. “내적인 동일성이 밖에 구현될 때 오성에게 동등성으로 비취지는 것이다.”⁵²⁾ 평등한 형벌보다 헤겔이 더 중요하게 생각한 것은 형벌이 **범죄의 내부 의지에서 생겨난다**는 점이다. 평등한 형벌을 애

51) 같은 책, 101절, 180쪽.

52) “Die innere Identität ist es, die am äusserlichen Dasein sich für den Verstand als Gleichheit reflektiert”(101절, 180쪽).

기하는 경우도 그 평등성 뒤에 있는 의미는 동일성이라고 헤겔은 본다. “동등성은 어떤 본질적인 것에 대한 근본 규범이지, 밖에서 보이는 보상의 특수 형태에 대한 근본 규범이 아니다.”⁵³⁾ 물론 헤겔은 형벌의 양을 정하는 데 불가피하게 오성이 작용할 수밖에 없음을 안다. 그러나 교화설이나 일반 예방론처럼 오성의 계산에 형벌의 근거를 두려는 이론을 배척했듯이, 형벌의 양을 말하는 데에서도 형벌의 근거 문제로 돌아가 그 영향을 강조하려는 것이다. 다시 말해서 즉자대자적인 의지의 이념을 형벌의 양을 결정하는 문제까지 침투시키고 싶은 것이다. 개념은 보편적인 것인데, 특수를 위한 원리까지도 포함하고 있음⁵⁴⁾을 강조하는 까닭도 거기에 있다.

형벌을 범죄의 개념에서 산출해내거나 범죄 행위에 들어 있는 범죄인의 동의에서 끌어내거나, 모두 범죄 의지 내부에서 형벌의 근거를 찾는 셈이다. 그와 같은 노력은 결국 형벌이 복수가 아니게 되는 데 이바지한다. 그것은 다른 면에서 보면 범죄자의 주체성을 강조함으로써 형벌이 단순히 당하는 것이 아님을 강조한다. 범죄자의 주체성이 강조될수록 범죄의 복수적인 측면이 약화된다.⁵⁵⁾

그 점에서 칸트보다 더욱 주체성을 살리는 측면이 있다. 칸트는 인간이 형벌을 의지할 수 없다고 했지만, 헤겔에게서 형벌이란 결

53) 같은 책, 101절, 181쪽.

54) 같은 책, 101절, 179쪽.

55) 범죄인의 동의가 형벌을 수행하는 것은 범죄자의 주체성을 살린다고 볼 수 있을지 몰라도, 개념이 형벌을 수행하는 것은 인간, 곧 범죄자의 주체성과 무관하게 비칠 수도 있다. 인간을 초월한 객관 정신의 자기 실현이라고 봐야 하기 때문이다. 그러나 범죄와 형벌에서 실현되는 객관 정신이란 자기 의식적 존재인 인간의 자기 실현과 다르지 않다. 그러므로 헤겔의 형벌 이론에서 개념이 형벌을 수행하는 것도, 결국 범죄인이 형벌을 당하지 않고 주도하는 것으로 봄으로써 형벌을 비신화화하면서 인간의 주체성을 강화시키는 것이라고 할 수 있다.

국 범죄자 자신이 의지하는 것이기 때문이다. 앞서서도 보았듯이 헤겔은 형벌이 외부의 위협과 강압에 의해서 주어지는 것이 아님을 강조하고 있다. “법 또는 정의란 그 근거를 자유와 의지 속에 두고 있는 것이지 결코 위협을 당하는 부자유함에 두고 있는 것은 아니다.”⁵⁶⁾ 물론 헤겔이 형벌에 강압의 요소가 없음을 모르지 않는다. 그래서 그는 형법을 강제법으로 본다. 그러나 그 강압은 밖에서 내 의지에 거슬러 주어지는 것이 아니라 범죄자 자신의 자유 의지에 따라 주어지는 것이다. 헤겔은 이렇게 단언한다. “자유로운 의지는 본원적으로 강제되는 일이란 있을 수가 없다. 이렇게 보면 결국 스스로 **강제 당하기를 원하는 자만이 그 어떤 것에 의해서 강제될 수 있을 뿐이다.**”⁵⁷⁾ 추상법은 현실적으로 강제법이고, 침해에 대해 강제력을 발휘함으로써 법과 권리는 그 현실성을 지닌다. 침해를 물리칠 수 있는 힘을 가지고 있어야 권리는 권리 노릇을 하고 법은 법 노릇을 한다. 그러나 범죄자가 받는 강압은 범죄자의 의지에 의해서 주어지는 것이다. 강제 당하기를 원해서 강제를 당하는 것이다. 형벌은 현실적으로 강제이지만 자유 의지를 훼손하는 강제를 인정할 수 없고, 범죄자가 자신을 회복하는 주체적인 과정으로 형벌을 이해하려는 것이다. 그런 점에서 형벌이라는 강압은 강압이 아닌 셈이다. 원하는 강제는 강제가 아니기 때문이다.

그것은, 사람이 벌을 원할 수 없다고 한 칸트와 다르다. 칸트에게서는 당하는 측면이 있다. 범죄자의 동이나 범죄 개념에서 형벌이 발생하지 않으므로 보편을 거쳐 형벌이 생기는 것이 아니다. 다만 범죄자의 보편 의지가 형벌을 수용하기는 한다. 형벌이 보편

56) Hegel, 같은 책, 99절 보유, 176쪽. 형벌을 외부로부터 강제로 당하는 것처럼 얘기하면, 인간을 짐승 취급하는 것이라고 한다.

57) 같은 책, 91절, 168쪽. 저자 강조.

개념에 근거를 두지 않으므로 형벌의 질과 양도 곧바로 범죄를 따라 결정된다. 특수에 대한 특수가 되어서는 안 된다는 헤겔의 엄려가 칸트에게는 없다. 그러므로 그는 눈에는 눈, 이에는 이라고 하는 탈리온 법을 형벌의 모델로 삼는다. 형벌의 질과 양이 응보의 원리에 의해서 결정되는 것이다. 다시 말해서 ‘동등성의 원리(Prinzip der Gleichheit)’⁵⁸⁾가 중요하다. 헤겔이 얘기한 ‘동일성’은 칸트에게는 없다. 그러므로 칸트에게서는 범죄자가 범죄를 주체적으로 수용하는 만큼 복수의 요소가 사라지지만, 범죄자가 당하는 만큼 복수의 요소가 살아 있다. 그러나 헤겔에게서는 형벌이 범죄자의 권리가 되면서 복수의 요소가 철저히 사라지게 된다. 헤겔이 형벌의 실체를 내부 동일성에서 찾는 것은, 복수의 요소를 철저히 버리려는 의도가 있고, 또한 당당하게 형벌을 주체적으로 받는 근대인의 존엄함을 확립하려는 의도가 있는 것 같다.⁵⁹⁾ 그리고 그 두 가지 의도는 서로 얽혀 있다.

형벌은 곁에서 보면 보복처럼 보인다. 적어도 잘못된 만큼 되갚는 것이다. 그러므로 곁에서 보면 범죄와 형벌은 그 주체가 다르고 의지의 방향이 반대인 것 같다. 그러나 내부 동일성에서 보면 범죄와 형벌의 주체는 같고 그 의지의 방향도 반대가 아니라 연속선상에 있다. 같은 의지가 범 죄했다가 다시 형벌로 나가는 것이다. 그러므로 형벌은 복수가 아니다. 사실 헤겔이 독일어로 사용하는 되갚음(Wiedervergeltung)⁶⁰⁾이란 말은 다시 가치를 갚는 뜻이

58) I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in *Gesammelte Werke*, Bd. 5, hrsg. von Rolf Toman(Koln: Konemann, 1995), 141쪽.

59) 그러나 조금 차이가 있는 것 같다. 범죄 개념에서 형벌을 찾는 노력은 복수를 막는 데 사용되고, 범죄자의 동의에서 형벌을 찾는 노력은 범죄자의 존엄성을 확립하는 데 사용된다. Hegel, 같은 책, 100절, 178쪽과 101절, 182쪽을 보라.

60) 거스르는 방향을 의미하는 Wider가 아니라 반복을 뜻하는 접두사 Wieder다.

다. 보복이나 복수의 뜻이 없고 의지의 자기 운동의 이미지를 지니고 있다. 헤겔이 범죄와 형벌을 보편 대 보편의 문제로 보는 까닭도 거기에 있다. 만일 특수 대 특수가 되면 개인의 사적인 감정이나 의지가 개입되고 그래서 복수가 된다. 그러면 주관적인 의지의 무한성이 개입되고, 형벌의 정당성을 잃는다. 복수는 정의가 아닌 셈이다. 정의란 필연적이고 보편적이어야 하는데, 주관적인 의지가 개입된 복수에는 우연한 것과 특수한 것이 끼어들기 때문이다. 그리고 그러한 특수 의지의 개입은 새로운 침해가 된다.⁶¹⁾ 그러면 다시 보복을 낳는다. 다시 말해서 복수는 무한한 폭력의 연속으로 가게 된다는 말이다. 그것은 인류 사회가 가장 두려워하는 것 가운데 하나다. 사실 형벌이라는 것이 물리적 폭력인데, 그것이라도 도덕적으로 정당화되지 않으면 복수가 되어서 또 다른 폭력을 낳게 되는 폭력의 악순환에 들어간다. 헤겔이 개념에서 형벌이 나간다는 이론을 정립하는 것도, 그런 복수의 악순환을 원리적으로 막으려는 데 있다. “개인적인 것이 아닌 개념이 되 갇음을 수행한다.”⁶²⁾

5. 신학 쪽의 얘기 — 죄가 벌이다⁶³⁾

우리는 앞에서 헤겔이 형벌을 법 차원에서 정당화하는 과정을 보았다. 근대 법철학자들은 모두 형벌의 근거를 인간의 내면에서 찾음으로써, 형벌을 필연적인 것으로 만들면서 동시에 당하는 요소를 없애려고 했다. 형벌이 필연적인 것이 되면 그만큼 강력한

61) 같은 책, 102절, 183쪽.

62) 같은 책, 101절, 182쪽.

63) 이 논문의 주된 부분은 헤겔 부분이기 때문에 형벌 신학 부분은 몇 가지 생략을 제시하는 데 그치도록 한다.

다. 보복이나 복수의 뜻이 없고 의지의 자기 운동의 이미지를 지니고 있다. 헤겔이 범죄와 형벌을 보편 대 보편의 문제로 보는 까닭도 거기에 있다. 만일 특수 대 특수가 되면 개인의 사적인 감정이나 의지가 개입되고 그래서 복수가 된다. 그러면 주관적인 의지의 무한성이 개입되고, 형벌의 정당성을 잃는다. 복수는 정의가 아닌 셈이다. 정의란 필연적이고 보편적이라야 하는데, 주관적인 의지가 개입된 복수에는 우연한 것과 특수한 것이 끼어들기 때문이다. 그리고 그러한 특수 의지의 개입은 새로운 침해가 된다.⁶¹⁾ 그러면 다시 보복을 낳는다. 다시 말해서 복수는 무한한 폭력의 연속으로 가게 된다는 말이다. 그것은 인류 사회가 가장 두려워하는 것 가운데 하나다. 사실 형벌이라는 것이 물리적 폭력인데, 그것이라도 도덕적으로 정당화되지 않으면 복수가 되어서 또 다른 폭력을 낳게 되는 폭력의 악순환에 들어간다. 헤겔이 개념에서 형벌이 나간다는 이론을 정립하는 것도, 그런 복수의 악순환을 원리적으로 막으려는 데 있다. “개인적인 것이 아닌 개념이 되 갇음을 수행한다.”⁶²⁾

5. 신학 쪽의 얘기 — 죄가 벌이다⁶³⁾

우리는 앞에서 헤겔이 형벌을 법 차원에서 정당화하는 과정을 보았다. 근대 법철학자들은 모두 형벌의 근거를 인간의 내면에서 찾음으로써, 형벌을 필연적인 것으로 만들면서 동시에 당하는 요소를 없애려고 했다. 형벌이 필연적인 것이 되면 그만큼 강력한

61) 같은 책, 102절, 183쪽.

62) 같은 책, 101절, 182쪽.

63) 이 논문의 주된 부분은 헤겔 부분이기 때문에 형벌 신학 부분은 몇 가지 생략을 제시하는 데 그치도록 한다.

형 집행이 이루어지게 된다. 한편, 당하는 측면을 없애면 범죄자의 주체적인 의지가 부각되면서 복수적인 성격이 사라진다. 정도의 차이는 있지만 근대 형벌 이론은 모두 그 점에 주력하고 있는 것 같다.

신학에서 말하는 죄는 법에서 말하는 범죄와 전혀 다르다. 그러므로 벌에 대한 이해도 다르다. 여기서는 헤겔의 논의와 전혀 다른 차원의 죄와 벌의 인과 관계에 대한 얘기가 있음을 소개한다. 근대성과 종교는 형벌을 이해하는 두 기둥이다. 서로 매우 다르고, 특히 신학 쪽의 얘기는 엉뚱한 것 같지만, 정의의 내용을 발전시키는 데 중요한 역할을 한다고 볼 수 있다. 여기서는 그런 신학적 관점을 간단히 소개함으로써 앞으로 형벌 이론의 방향을 암시하는 정도로 마치겠다.

1) 형벌 신학에서 중요시하는 것도 바로 복수의 문제다. 형벌과 관련해서 신학이 강조하는 것은 용서다.

인류는 언제부터가 복수는 정의가 아니라고 생각하기 시작했다. 아마 그것은 고등 종교의 영향인 것으로 보인다. 그리고 그것을 형벌 법의 차원에서 이론화하려고 하는 노력을 우리는 앞의 학자들에서 보았다. 그들은 물리적인 형벌의 필연성을 강조하면서도 그것이 복수가 아니라는 논리를 확립하려 했다. 그러나 종교에서는 물리적인 형벌 그 자체에 대해 의문을 제기한다. 종교 쪽에서 보면 형벌은 정의가 아니다.⁶⁴⁾ 법철학에서는 형벌이 정의라는

64) 사실, 헤겔의 경우에 범죄와 형벌의 개념은 근본적으로 소유권에서 시작된다. 외부에서 자유를 실현하는 의지는 소유권으로 나타나는 것이다. 결국 헤겔도, 재산권과 소유권을 강화함으로써 개인의 자유를 확보하려고 한 자유주의 사상의 연장에 있는 셈이다. 그런데, 신학에서 보면 그러한 절대적인 소유권을 인정할 수 없다. 모든 것은 사람의 것이 아니라 원칙적으로 하나님의 것이다. 이것은 매우 엉뚱한 얘기 같지만 형벌 문제를 새롭게 조망하는 화두가 될 수 있다.

것을 확정짓기 위해 복수가 아님을 여러 가지 논리로 설명했지만, 형벌 신학에서는 형벌은 여전히 정의가 아니다. 종교는 죄와 벌의 문제에서 전혀 다른 차원을 지니고 있다. 그 시각에서 보면 법적 차원의 형벌은 여전히 복수임을 회피할 수 없다.

법철학에서 형벌 신학으로 가는 것을 리콥르 같은 해석학자는 ‘의지의 논리’에서 ‘의지의 시학’으로 간다고 표현한다.⁶⁵⁾ 의지의 시학에는 새로운 죄의 개념과 벌의 개념이 기다리고 있다. 죄의 문제에서는 모든 인간이 예외 없이 죄인임을 말하고, 벌의 개념에서는 죄가 이미 벌임을 말한다. 그러면서 새로운 정의를 말한다. 이런 얘기들은 자칫 법철학에서 이룩한 정의를 훼손하는 것일 수 있다. 그러나 근대 법철학의 공헌이 명백해진 마당에 다시 짚어야 할 차원이다. 정의는 새로운 차원을 요구한다. 탈종교 이후에 다시 종교적인 영감으로부터 새로운 언어를 얻어야 하는 것이다.

신학에서는 ‘저지른 죄’가 아니라 우리 안에 ‘들어 있는 죄’를 말한다. 범죄 행위는 들어 있는 죄가 밖에서 드러난 것일 뿐이다. 근대 형법이 선악의 근거를 인간의 실천 이성에서 찾은 반면에, 신학에서는 인간이 선을 알지도 못하고 행하지도 못한다고 본다. 선에 관한 한, 인간은 무능하고 무지하다는 것이다. 인간은 철저하게 타락했기 때문이다.⁶⁶⁾ 그래서 내 의식 안에 들어오는 죄뿐 아니라, 내가 알지 못하게 지은 죄도 회개의 대상이 된다. 사람은 죄 안에서 살아가는데, 자기가 무슨 죄를 짓는지도 모르고 살아간다. 칸트나 헤겔에게는 도덕법을 지키지 않는 것이 죄이지만, 신학에

소유권 강화를 통한 인간 해방의 공헌을 인정하면서도, 새로운 시각을 열려고 하는 것이다.

65) P. Ricoeur, 양명수 옮김, 『해석의 갈등』(서울: 아카넷, 2001), 403쪽.

66) 어거스틴이 그의 원죄론에 관한 글에서 인간이 죄 짓지 않을 가능성이 없음(non posse non peccare)을 말한 후, 인간의 부패의 문제는 최근에 이르기까지 신학의 중요한 주제 가운데 하나다.

서는 도덕법을 지켜서 스스로 죄인이 아니라고 생각하는 것이 죄의 핵심이다. 헤겔에게서 자유는 의지가 여러 형태를 거치면서 실현되는 것이지만, 신학에서 볼 때 자유는 자신의 의지가 철저하게 부패했음을 회개하는 데 있다. 역사는 인간을 구원할 수 없으며, 은총의 사건이 사람을 위로할 수 있을 뿐이다. 형벌 신학에서 내다보는 종말론은 헤겔의 절대지와 달리 역사의 완성이 아니다. 인간의 죄 때문에, 진보에도 불구하고 역사와 하나님의 나라 사이에는 거리가 있다.

결국 신학은 헤겔과 달리 인간의 범죄 행위가 아니라 인간 자체를 문제로 삼는다. 근본적으로 법철학과 형벌 신학의 차이는 인간관에서 차이가 난다. 사회계약론이나 칸트 그리고 헤겔의 법철학은 인간이 자신의 의지로 선을 이룩할 수 있다고 본다. 형벌을 내면화해서 범죄자의 의지와 연결시킬 수 있었던 까닭도 거기에 있다.

칸트의 경우에는 범죄자가 형벌을 주체적으로 수용할 때, 결국 정언 명령에 따르는 의지가 그것을 거부하는 의지를 이길 수 있다고 믿었다. 그와 같은 인간의 도덕 능력에 대한 신뢰가 없이 칸트의 법철학은 성립될 수 없었다. ‘해야한다면 할 수 있다’고 한 그의 선언에 그와 같은 낙관론이 잘 드러나 있다. 물론 그는 『이성의 한계 안에서의 종교』에서 인간의 근본악에 대한 성찰을 하였다. 사실 헤겔에 칸트의 형벌론에서 당하는 요소가 살아 있는 까닭은, 그가 인간의 뿌리깊은 악한 성정을 잘 이해했기 때문인 것 같다. 범죄자에게 정의를 거부하는 마음이 있으면, 형벌이란 강제적으로 주는 측면이 부각될 수밖에 없다. 헤겔이 형벌에서 당하는 요소를 철저하게 없앴다는 것은, 그만큼 인간의 이성에 대해 낙관적이라는 말이다. 사실 헤겔은 악의 문제에 대해 그리 심각하게 생각하지 않았으며, 악이란 부정성(negativity)에 지나지 않았다. 그런데 칸트에게서도 인간의 근본악은 인간의 선한 성품을 폐하는

것이 아니다. 칸트에게서 인간은 약할 뿐이지 악한 존재는 아니다. 뿌리깊은 마음의 부패에도 불구하고 인간은 도덕법에 복종해서 정의를 이룩할 수 있는 존재다. 형벌 문제에서 생산되는 정의는 정언 명령에 대한 존중심에서 형벌을 받는 것이다. 다시 말해서 주체적으로 형벌을 수용하는 것이 정의가 되는 것이다.⁶⁷⁾

그러나 신학에서 볼 때, 정의나 선은 인간의 의지나 실천 이성에서 생겨나지 않는다. 정의 문제에서 신학의 가장 기본적인 명제는 ‘믿음으로 말미암아 은총으로 의롭게 여김 받음’이다. 이것은 바울이 ‘행위로 의롭게 됨’을 반대하면서 정립한 명제다. 행위로 의롭게 되는 것은, 인간이 도덕적으로 법적으로 선한 행위를 해서 그 행위가 정당화되는 것을 말한다. 그러나 바울은 인간이 양심이나 실천 이성을 통해 선을 이룩했다고 해도 여전히 의인이 될 수 없음을 말한다. 도덕적이고 법적인 차원에서는 죄를 지은 사람이 있고 죄를 짓지 않은 사람이 있다. 그래서 죄를 지은 사람은 그렇지 않은 사람들에 의해 비난을 받거나 심판을 받는다. 도덕적인 비난이나 형벌은 그래서 생기는 것이다. 그러나 신학에서는 사람이 사람을 심판할 수 없다는 근본 명제가 있다. 간음한 여인을 당시의 사형 법에 따라 돌로 쳐서 죽이려는 무리를 향해 ‘죄 없는 자가 돌로 쳐라’고 한 예수의 말이 신학적인 견해를 잘 나타내고 있다. 간음은 중대한 범죄이고, 돌로 쳐서 죽이는 것은 범죄에 합당한 형벌이다. 헤겔에 따르면 형벌은 범죄라는 권리 침해가 안고 있는 마땅하고 당연한 자기 부정이다. 죄에 대해서 벌이 주어지는

67) 칸트가 응보의 법을 강조했기 때문에 형벌에서의 정의가 벌을 주는 것으로 생각할 수도 있다. 저지른 만큼 당하는 것이 정의라는 식이다. 법적인 정의는 그 정도에서 성립될지 모른다. 그러나 그가 『실천이성비판』에서 말할 때, 도덕적인 선은 그 동기가 도덕법에 대한 존중심에 있어야 한다고 했다. 형벌을 수용하는 범죄자에게도 그 관점을 적용할 수 있을 것이다. 형벌을 정언 명령으로 얘기하고 있기 때문이다.

것은 정의의 문제다.

그러나 예수의 말은 그런 죄와 벌의 역학 구도에 제동을 건다. 거기서는 범죄보다는 죄를 문제삼고, 어떤 행위보다는 존재를 문제삼는다. 인간이라면 누구나 지니고 있는 보편적인 죄를 얘기한다. 칸트나 헤겔은 보편 이성을 통해 도덕적이고 법적인 정의를 이룩하려고 했다. 보편이라는 말은 곧 모든 인간에게 주어진 능력을 가리킨다. 그래서 칸트에게서는 보편 이성으로 선을 낳고 의로운 형벌을 낼 수 있다. 헤겔의 추상법에서는 보편이 소유권의 탄생을 의미하고, 그래서 범죄와 의로운 형벌은 보편적인 권리 능력과 관련되어 성립된다. 그러나 신학에서는 보편적인 죄를 말한다. 보편이라는 말이 일차적으로 보편적인 죄를 가리킨다. 그리고 칸트나 헤겔에게서 보편성은 질과 양의 크기를 비교할 수 없이 모든 인간에게 똑같은 것이듯이, 신학에서 말하는 보편적인 죄도 질과 양에서 똑같은 죄성을 말한다. 사람은 누구나 할 것 없이 똑같은 죄인이다. 그러므로 법 앞에서는 죄를 지은 자가 있고 그렇지 않은 자가 있지만, 신 앞에서 사람은 모두 똑같은 죄인이다.

2) 것처럼 보편이 모든 사람의 똑같은 죄성을 가리키면서 새로운 정의가 신학에서 생겨난다. 모두 죄인이라면 어떻게 정의를 얻을 수 있는가? 우선, '행위로 의롭게 되는 것이 아니다'고 말할 수 있다. 신학에서 볼 때, 의지의 철학을 바탕으로 형벌을 정당화한 법철학자들의 노력은 모두 행위에서 정의를 산출해내려고 한 것이다. 범죄자가 정언 명령을 지키거나, 자기 행위를 보편화해서 형벌을 수용하는 논리는 모두 형벌이 복수가 아닌 정의임을 강조한 것이다. 그것은 범죄인이 자기 의지로 스스로 정의를 이룩하는 것이면서, 그런 식으로 형벌은 복수가 아니면서 정의가 된 것이다. 인간이 합법적인 행위를 할 때 정의를 이룩하지만, 불법을 저질렀을 때도

자기 의지로 정의를 이룩할 길을 열어놓은 것이다. 그럼으로써 인간은 자율적으로 자신의 행위에 의해 정의를 이루어낸다.

그러나 신학에서는 이런저런 행위보다 인간을 문제삼고, 인간이 행위로 의롭게 될 수 없다. 그러면 어떻게 의롭게 되는가? 은총으로 의롭게 된다. 인간은 자신이 철저하게 부패했음을 인정할 때, 하늘이 그를 의롭게 해준다. 스스로 의로워지려고 하지 않는 것을 의롭게 본다. 의롭게 여기는 주체가 다르다. 칸트는 선형(transcendental)에서 정의의 근거를 찾았지만 신학에서는 초월(transcendence)에서 정의의 근거를 찾는다. 정당화의 주체가 인간 내면이 아니라 인간 바깥으로 넘어간다. 여기서 정의는 회개와 은총의 결과물이다. 토마스 아퀴나스는 『신학대전』에서 그런 문제를 정의론의 일부로 다루고 있다. 정의가 ‘각자에게 그의 몫’을 돌려주는 것이요, 다른 측면에서 보면 그것은 진 빛을 갠 것이다. 그런데 갠 수 없는 빛을 진 사람이 있다면, 그는 영원히 불의한 사람이요 영원한 죄인이다. 토마스 아퀴나스는 자식이 부모에 대해서 그런 관계에 있다고 본다. 종교에서 말하는 하나님과의 관계도 마찬가지다. 그때는 빛진 자가 스스로 의롭게 될 길이 없으니, 그래서 그 존재 자체가 빛진 자요 죄인이다. 그가 의롭게 될 수 있는 길은 자식이나 인간이 은혜를 갚기 위해 최선을 다하고 부모나 신이 그 정도면 충분하다고 인정해주는 수밖에 없다.⁶⁸⁾ 그러나 결코 충분하지 않기 때문에 참회가 따르기 마련이다. 형벌 신학에서는 바로 그런 차원의 정의에 주목한다. 다시 말해서, 정의가 인간의 의지에 의해서 이루어지는 것이 아니라 은총으로 이루어지는 것이다. 의롭게 하는 정당화의 주체는 인간 쪽에 있지 않고, 정당성의 근거 역시 인간 쪽에 있지 않다. 인간의 기본 과제는 자신의 죄의 깊이를 알고 회개하는 것이요, 그러면 하늘의 은총으

68) J. 피이퍼, 강성위 옮김, 『정의에 관하여』(서울: 서광사, 1994), 132-133쪽.

로 의롭게 여김을 받는다.

그러므로 신학의 차원에서는 누가 누구를 심판할 수 없다. 국가 형벌권을 통해 공정한 재판 제도를 확립한 현대의 법제도 속에서도 신학은 인간에 대한 인간의 복수를 본다. 법철학에서 형벌을 범죄자 내면의 문제로 돌렸지만, 칸트나 헤겔이나 모두 형벌을 강제법으로 두고 있는 한, 현실적으로 형벌이란 복수의 성격을 배제할 수 없다. 심판자가 있고 심판 당하는 사람이 있다. 다만 국가가 형벌권을 행사하는 것은, 헤겔의 말대로 개인의 특수 의지가 개입되지 않고 보편 의지가 개입하는 것이라고 보지만, 여전히 복수를 대신하는 성질을 배제할 수 없다. 형벌을 솔직하게 복수로 인정하는 학자는 얼마든지 있다.

맥코믹 같은 영국의 법학자는 아담 스미스의 『도덕감정론』에 의지해서 형벌의 본질을 찾는다. 그에 따르면 형벌이란 피해자의 정당한 분노에 대한 공감에 그 근거를 두고 있다. 형벌의 근거가 되려면 그 감정은 “노골적 감정이 합리적 이상 위에서 이루어지는 비판적 성찰에 의해서 수정된 것이다.”⁶⁹⁾ 그러므로 “만약 피해자가 맹목적 분노에서가 아니라 절제하면서 세심하게 가해자에게 합당한 것으로 계산된 보복을 가한다면, 제3자는 이념상으로는나 실제상으로는나 이 보복은 정당한 것이라고 판단할 수 있을 것이다.”⁷⁰⁾ 그런데 피해자에게 그와 같은 합리성을 기대하기 어려우므로 국가가 대신 나서서 형벌권을 행사한다. 그는 피해자의 감정과 합리적인 성찰이 수반된 감정은 크게 다르다고 보고 국가 공권력의 중요성을 강조한다. 그러나 것처럼 형벌이 피해자의 감정에 근거를 두고 있다는 것은, 형벌이 복수와 무관하지 않음을 암시하는 것이다.

69) Neil MacCormick, 「범죄와 형벌: 국가의 권리인가 개인의 권리인가?」, 380쪽.

70) 같은 글, 381쪽.

실제로 그는 국가 형벌권이 복수의 순치라고 보는데, 다른 말로 하면 순치된 복수인 셈이다.⁷¹⁾

르네 지라르(R. Girard) 같은 인류학자는 『폭력과 성스러움』⁷²⁾에서 사회의 기초를 기초 폭력에 둔다. 인간은 모방 욕망 때문에 언제나 충돌하여 폭력의 악순환으로 갈 잠재 상태에 있다. 폭력은 한 번 발생하면 전염되어 복수의 악순환으로 갈 가능성이 크다. 그것을 방지하기 위한 장치가 종교의 희생 제의다. 온 마을 구성원이 모여 죄 없는 어떤 희생 제물에게 폭력을 가함으로써, 긴장 상태에 있는 사회 구성원들 사이에서 발생할지 모를 큰 폭력을 방지한다. 작은 폭력으로 큰 폭력을 막고 그러함으로써 사회의 질서를 유지한다. 그런데 사회가 합리화되어 희생 제의의 의미가 사라지면서 등장한 것이 사법 제도라는 것이다. 사법 제도는 형벌이라는 폭력으로 폭력을 막지만, 국가가 개입되어 폭력의 악순환을 막는다.⁷³⁾ 결국 지라르에 따르면 국가의 형벌은 정의라기보다는 폭력인 셈이고, 복수의 성격도 들어 있다고 할 수 있다.

리콰르도 비슷한 각도에서 국가 권력의 실체를 국가 폭력에서 찾는다. 합법적인 폭력으로 내부 질서를 유지하는 기관인 셈이다. 그가 볼 때 형벌에서 나타나는 정의는 “가장 절제된 상태에서 악을 악으로 갚는 것이다.”⁷⁴⁾ 미국의 정치철학에 큰 영향을 준 신학자 라인홀드 니버는, 시정적 정의 차원에서 인류 사회는 사적인 복수를 막기 위해 재판 제도를 두었지만, 복수하는 마음이 정의를 부패시키고 있다고 보았다. 재판에 의해 이루어지는 형벌에도 복

71) 같은 글, 385쪽.

72) 김진식·박무호 옮김(서울: 민음사, 1993).

73) 지라르는 인간의 의지에 의해 사회의 통일을 이룬다고 보는 현대 이론들을 비판한다. 인간 사회 속에 있는 폭력을 제대로 보지 못하고 있다는 얘기다. 그는 직접 사회계약론을 들먹이는데, 위에서 말한 의지의 철학에도 같은 논리가 적용될 것이다. R. Girard, 같은 책, 391쪽.

74) P. Ricoeur, 박전택 역, 『역사와 진리』(서울: 솔로몬, 2002), 303쪽.

수심이 들어간다는 것이다.⁷⁵⁾ 그가 볼 때 칸트나 헤겔의 형벌론은 지나친 이상주의며 완전한 정의를 처음부터 불가능하게 만드는 인간의 죄의 문제를 간과한 것이다.

그처럼 종교나 신학의 눈에는 형벌의 폭력성이 눈에 띈다. 다시 말해서 근대 법철학에서 아무리 형벌을 정당화하고 내면화해도, 신학의 눈으로 볼 때는 여전히 악을 악으로 갚는 측면이 있다는 얘기다. 여기서 부각되는 것은 용서다.

용서의 문제는 헤겔도 어느 정도 인지한 것 같다. 사실, 그가 형벌의 문제를 추상법의 문제로 봄으로써 주관 도덕과 구분한 것은, 형벌의 문제에 용서의 문제를 제기할 여지를 남는다. 만일 범죄의 악을 권리 침해로 보지 않고 불순한 의도로 보아 그것을 제거하려고 하면, 심판하는 자와 심판 받는 자가 부딪힌다. 그렇게 되면 복수의 연속을 막을 길이 없다. 거기서는 화해와 용서가 필요하다.⁷⁶⁾ 그렇다면 헤겔에게서는 형벌과 용서가 동시에 일어나는 셈이다. 형벌을 주지만, 사실 그것은 범죄인 스스로 또는 자유를 향한 정신이 자기 모순을 극복하는 것이다. 피해자는 국가 형벌권을 통해 범죄자를 용서한 셈이다. 결과적으로 범죄자의 잘못된 행위가 수정되지만, 그 사람 자신을 처벌하는 것은 아니다. 헤겔의 논리를 따라가면 그런 결론에 이른다.

그러나 신학에서 볼 때 용서는 자신이 얼마나 죄인임을 알 때 생긴다. 용서야말로 종교적인 차원인데, 형벌 신학에서 용서는 기본적으로 내가 누구를 용서하는 것이 아니라 나야말로 용서를 받아야 할 자다. 누구를 용서하는 문제는 현대 사회에서 관용으로 나타난다. 사실 법철학에서 말하는 용서, 곧 복수심의 순치는 일종

75) R. Niebuhr, 노진준 역, 『기독교윤리학』(서울: 은성, 1992), 103-104쪽.

76) P. Ricoeur, 『해석의 갈등』, 398쪽. 헤겔의 용서에 대해서는 이 정도 논의에서 마치기로 하자.

의 관용이다. 그러나 신학에서 말하는 용서는 관용보다 더 깊은 문제다. 그것은 자신의 죄를 회개하는 마음에서 생기는 것으로서, 남을 용서할 수 없는 자신을 돌아보면서 생기는 것이다. 그러므로 헤겔 식의 용서를 무로 돌리면서 생기는 차원이다. 그것은 자신이 누구를 용서할 수 있는 자가 아니라 자신이야말로 용서받아야 할 자라는 의식이다. 그런 의식에는 이미 은총으로 용서받는 의식이 생기고, 그처럼 먼저 용서받은 자로서 남을 용서할 가능성이 생기는 것이다. 해석학자 리코르는 최근에 출판한 역사철학서에서⁷⁷⁾ 용서의 문제를 은총의 문제와 함께 다루고 있다. 그런 점에서 용서는 라인홀드 니버의 표현을 빌리자면 ‘불가능한 가능성(impossible possibility)’이다. 용서를 가능성으로만 보는 근대 법철학은 형벌에서 복수의 요소를 없애는 데 실질적인 기여를 하기 어렵다. 불가능성에서 주어지는 가능성을 보는 형벌 신학이 인간을 좀더 깊은 차원으로 인도하여 자신의 죄의 깊이를 깨우치는 작업이야말로 형벌에서 복수의 요소를 없애는 데 실질적으로 기여할 것이다. 베르그송이 신비주의라는 말로 표현하려고 했던 것도 그것이다. 그는 인간의 합리적 이성보다는 어떤 종교성이 정서(베르그송의 표현대로는 emotion)를 일으켜 인류의 도덕적 비약이 이루어진다고 보았다.⁷⁸⁾ 용서는 도덕적 비약이요, 그것은 어떤 종교성의 영역에서 이루어지는 것이다.

그런 점에서 형벌 신학은 헤겔의 법철학과 다른 관점에서 용서를 말한다. 그것은 근대 법철학이 이루고자 했던 것, 곧 형벌에서 복수심을 제거함으로 정의를 이룩하려던 것을 논리로가 아니라 실제로 이루게 하는 데 기여할 것이다. 정의는 좀더 깊은 정의에서 비

77) P. Ricoeur, *La Memoire, L'Histoire, L'Oubli* (Paris, Seuil, 2000), 624-630쪽.

78) H. Bergson, 송영진 옮김, 『도덕과 종교의 두 원천』(서울:서광사, 1998), 제3장.

롯되는 것이요, 더 깊은 정의는 용서의 은총이 지배하는 신학적인 차원이다. 그것이 바울이 로마서에서 말하는 ‘하나님의 의’다.

용서의 문제가 책임의 개념으로 연결되면 엠마누엘 레비나스가 말한 ‘무한 책임’의 문제로 간다. 근대 법철학은 범죄만 얘기하고 인간의 죄를 말하지 않음으로 유한 책임의 원칙에 기반을 둔 것이다.⁷⁹⁾ 그러나 레비나스가 말하는 무한 책임의 관점에서 보면 어떤 사람의 범죄에는 나도 책임이 있다.⁸⁰⁾ 그래서 레비나스에게는 무한 책임이 정의다. 그는 칸트의 논리에서 전개되는 인권과 정의를 비판한다. 그런 관점에서 보면 법철학에서 말하는 정의는 정의가 아닌 셈이다.

물론 근대 법철학이 탈종교를 통해 이룩한 해방은 중요하다. 형벌 신학은 자칫 선악을 불분명하게 하고 불의한 것을 적당히 넘길 수도 있다. 지나친 죄의식이 자칫 약자들의 해방을 막을 수도 있다. 무한 책임은 자칫 인간이 당당해지는 것을 막을 수도 있다. 그런 점에서 탈종교를 통한 근대 법철학의 형벌 이론의 공헌을 간과할 수 없다. 그러나 이제 다시 우리는 형벌 신학에서 새로운 길을 찾아야 할 것이다. 베카리아는 형벌을 통해 범죄자를 좋은 사람으로 만든다는 종교적인 형벌 관념을 배제하고, 형벌은 그저 남에게 피해를 끼치지 않게 하기 위해 주는 것이라고 한다.⁸¹⁾ 국가의 형벌권을 아버지와 같은 모습으로 보려는 종교 쪽의 요구를 거절한 것이다. 그러나 법학자이자 신학자인, 예모리대학의 휘트 교수는 종교 개혁자들의 형벌 이론을 연구한 글에서,⁸²⁾ 인간을 교화하는

79) 쿠르트 셀만도 레비나스의 윤리관이 헤겔의 형벌 논리를 근본부터 흔들어놓는 점을 암시하고 있다. K. Seelmann, 「헤겔의 형벌 이론」, 『법철학 연구』 제1권 (서울: 한국법철학회, 1998), 267쪽.

80) 무한 책임에 관하여는 양명수, 『근대성과 종교』(서울: 이화여대 출판부, 2001), 59-77쪽 참조.

81) Beccaria, 김봉도 역, 『범죄와 형벌』(서울: 박문각, 1995), 18쪽.

82) John E. Witte, Jr, “The Three Uses of The Law: A Protestant Sources

역할을 중시한다. 근대 법철학의 탈종교를 거쳐서 다시 형벌 신학적인 요소들을 되찾아야 할 필요성을 말하고 있는 것이다. 실제로 형벌에서 처벌의 요소를 줄이고 교화의 요소를 늘리는 현대 행정정책은 시정적 정의에서 신학적 차원이 무슨 역할을 하는 것으로 볼 수 있다.⁸³⁾

형벌 신학은 법철학에 새로운 전망을 제기한다. 은총과 용서 그리고 무한 책임의 원리를 제시함으로써 복수로서의 형벌의 모습을 점차 제거하는 데 중요한 역할을 할 것이다. 하나님의 의라고 하는 신학적인 정의 관념이 법철학에서 세우려고 하는 정의를 폐하지 않고 완성할 것이다. 그것은 근대 법철학이 확립한 유한 책임의 원리를 넘어 연대 책임의 원리를 제기함으로써, 인류가 하나의 공동체가 되는 데 중요한 역할을 할 것이다.

□ 참고 문헌

김준수, 「헤겔 『법철학』의 구조 논리에 대한 비판적 고찰」, 『철학연구』, 제48집(서울:2000).

나중석, 「헤겔 『법철학』에서 형벌의 철학적 정당화 논변에 대한 고찰」, 『헤겔 연구』, Vol.8 No.1(서울:1998).

양명수, 『근대성과 종교』(서울:이화여대 출판부, 2001).

Beccaria, 김봉도 역, 『범죄와 형벌』(서울:박문각, 1995).

Benson, Peter, “The Priority of Abstract Right and Construc-

of the Purposes of Criminal Punishment”, in *The Journal of Law and Religion*, Vol X, N.2 (MN: Hamline University School of Law, 1993).

83) R. Niebuhr, 같은 책, p.103.

- tivism”, in *Hegel and Legal Theory*, ed. by D. Cornell, (London, 1991).
- Bergson, H., 송영진 옮김, 『도덕과 종교의 두 원천』(서울:서광사, 1998).
- Cooper, David, “Hegel’s theory of punishment”, in *Hegel’s Political Philosophy*, ed. by Z. A. Pelczynski (Cambridge University Press, 1971).
- Girard, G., 김진식 · 박무호 옮김, 『폭력과 성스러움』(서울:민음사, 1993).
- Hegel, G. W. F. 임석진 역, 『법철학 I』, 『법철학 II』(서울:지식산업사, 1989).
- , *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1995).
- Kant, I., *Die Metaphysik der Sitten*, in *Gesammelte Werke*, Bd. 5, herg. von Rolf Toman (Koln:Konemann, 1995).
- MacCormick, Neil, 「범죄와 형벌: 국가의 권리인가 개인의 권리인가?」.
- Niebuhr, R., 노진준 역, 『기독교윤리학』(서울:은성, 1992).
- Pieper, J., 강성위 옮김, 『정의에 관하여』(서울:서광사, 1994).
- Ricoeur, P., 양명수 옮김, 『해석의 갈등』(서울:아카넷, 2001).
- Ricoeur, P., 박건택 역, 『역사와 진리』(서울:솔로몬, 2002).
- Ricoeur, P., *La Memoire, L’Histoire, L’Oubli* (Paris, Seuil, 2000).
- Seelmann, K., 「헤겔과 형벌의 예에서 본 선형 화용론적 최종 근거 정초」, 『헤겔 연구』 Vol.8, No.1(서울:1998).
- Seelmann, K., 「헤겔의 형벌 이론」, 『법철학 연구』 제1권(서울:한국법철학회, 1998).
- Taylor, Charles, 박찬국 역, 『헤겔 철학과 현대의 위기』(서울:서

광사, 1988).

Tunick, Mark, *Hegel's Political Philosophy - Interpreting the practice of legal punishment* (New Jersey, Princeton University Press, 1992).

Witte, J. E. J., "The Three Uses of The Law: A Protestant Sources of the Purposes of Criminal Punishment", in *The Journal of Law and Religion*, Vol X, N.2 (MN: Hamline University School of Law, 1993).