

하트(H.L.A. Hart)의 형법학방법론 : 형벌의 일반적 정당화와 법치주의의 관점에서

김대근*

국 | 문 | 요 | 약

법실증주의자이면서 분석법학자로서 하트의 법철학은 초기 저작인 『법의 개념』을 통해 분명하게 널리 알려져있다. 그러나 역시 법실증주의자이자 분석법학자로서 하트의 형법학은 의외로 연구가 되어 있지 않은 편이다. 형법학자로서 하트는 ‘인과관계’이라는 철학적 주제가 법학의 중요한 문제임을 체계적으로 제시한 최초의 영미법학자이다. 동시에 하트는 일련의 책임에 대한 논의를 통해 개인의 책임의 의미와 영역, 그리고 이를 통한 국가 형벌의 정당성과 한계를 제시하려고 하였다. 이처럼 하트가 천착한 두 개의 개념인 ‘인과관계’와 ‘책임’ 개념은 그의 형법학을 이해하는 주요한 인식 방법이다. 초기 인과관계에 대한 이론적 성찰을 거쳐 (개인의) 책임에 대한 관심을 보이는 것은 궁극적으로 그 책임을 개인에게 부담시키기 위한 정당성과 한계를 모색하기 위한 것이었고, 이러한 관점에서 하트 형법학 방법론의 주요 관심은 (책임) 귀속의 한계와 정당성을 탐색하는 것이었다. 그리고 (책임) 귀속의 한계와 정당성에 대한 관심은 궁극적으로는 법치국가 내에서 자유주의 형벌의 정당성과 한계를 추구하는 작업이기도 하다.

한편 하트는 형벌의 목적(일반적인 정당화 작업)과 형벌의 분배 문제를 뚜렷하게 구분함으로써 형벌의 기능적일 수 있는 가능성의 전체를 구축하고자 하였다. 하트에게 형벌은 복수의 발로 라고 할 수 있는 응보가 아니라 장래의 총체적 불법을 예방할 수 있는 공리주의적인 것이다. 그의 공리주의적인 형벌 이념을 일관되게 적용하다보면 경우에 따라 당혹스러운 결과를 도출할 수도 있다. 오늘날 모든 (형사)재판의 근본적인 목적은, 실제적 진실을 발견하여 그에 상응하는 법 적용을 통해 정의를 실현하는 것을 이념으로 한다는 점, 때문에 장래의 총체적 불법을 예방해서 우리 모두의 삶의 질과 공공선이 확보될 수 있다면 감수할 수 밖에 없는 희생이 불가피하다는 현실적 고려를 해보면 하트의 형벌 이념은 설득력을 갖는다.

더 나아가 하트는 형사법에서 주관적인 요소들을 강조함으로써 나쁜 결과에서 형벌의 정당성을 찾는 결과불법을 비판하고, 개인이 스스로 판단하고 결단해서 행위할 수 있는 자유의 의의를 강조하였다는 점에서 오늘날 자유주의 형벌의 중요한 이론을 제시하였다고 할 수 있다. 인과관계에 대한 철학적 분석을 통해 법에서 책임 귀속의 철학적 가능성을 일찍부터 강조하였던 점, 형벌의 목적을 분명하게 제시함으로써 법치국가 형벌의 정당성과 한계를 분명히 밝혔다는 점, 이를 통해 법치국가에서 법의 역할과 기능의 한 가능성을 제기했다는 점에서 하트의 형법 이론은 오늘날 민주적 법치국가의 중요한 법이론으로서 성찰할 필요가 크다고 할 것이다.

- ❖ 주제어 : 하트, 법의 개념, 개념 분석, 법학방법론, 형법학방법론, 형벌과 책임, 인과관계, 책임, 귀속, 형벌의 정당성, 응보주의, 공리주의, 형벌의 일반적 정당화 목적, 예방, 형벌의 분배, 범의, 이중결과 교리, 형벌의 도덕성, 법의 지배

* 한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사

I. 하트의 법학방법론

1. 개념과 개념 분석

통상 “개념(Concept)”이라는 용어는 “우리가 의문을 제기할 때 가능한 상황을 표현한 단어”¹⁾라고 서술되며, 이 때 “X”를 사용하여 개념 X를 나타내려고 할 때, 우리는 개념 X를 구성하는 가능한 상황의 집합이 어떠한 방식으로든 일관성이 있거나 조직되었다고 내재적으로 주장한다. 즉 X 집합의 구성원 $x_1 \dots x_n$ 이 단순하게 같은 표식인 “X”를 사용하는 것이 아니라 서로 깊은 관련성을 맺고 있다는 것이다. 우리는 이 집합을 통해 어느 정도의 형식을 만들어 낼 수 있다. 집합 안에 어느 정도 완성된 내재적 구조가 있으며 그 구조를 통해 특정 사례들을 연결시킨다고 보는 것이다.

이러한 점에서 개념 분석이라는 것은 “개념”이란 용어를 암시적으로 사용할 때 제공되는 공통된 기본속성(혹은 다른 관계)을 확인하거나 발견하는 방법이다.²⁾ 예컨대 개념 분석적 방법에 따르면 오스틴(John Austin)이 서술하는 법의 개념을 보다 기본적인 어휘 순으로 나열하면, 질서(order), 주권(sov^ereign), 그리고 위협(threat)일 것이며, 하트는 1차(primary) 규칙 및 2차(secondary) 규칙이라는 어휘를 갖는다고 할 것이다. 일반적으로 X의 개념 분석은 개념을 더욱 근본적 특징으로 분석하여 무엇이 X를 X로 “만드는”지에 대한 이론을 제공하기 위한 시도라고 할 수 있다.³⁾

1) Frank Jackson, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis* (Clarendon Press, 2000), p.34

2) Ian P. Farrell, H.L.A. Hart and the Methodology of Jurisprudence, *Texas Law Review*, Vol. 84, No. 983, 2006, p. 997-998

3) 하트의 비판자들, 예컨대 로널드 드워킨과 스테판 페리는 법 개념에 대한 분석이 철학의 핵심 분야에서 사용되는 똑같은 방법과 도구에도 적용될 수 있는가의 여부에 의심을 품는다. 자세한 내용은 Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, (Oxford University Press, 2003), p.175

2. 하트의 법의 개념

하트는 “법이란 무엇인가?”라는 질문에 “비록 명확한 정의라고 인정되는 것이 있다 할지라도 그것이 만족할 만한 답변을 줄 수 없다는 점은 명백”하다고 한다.⁴⁾ 그렇지만 하트는 “법”이 개념을 나타낸다고 믿었다. 용어가 지칭하는 다양한 사례를 연결하는 관계들이 있으며, 그럼으로 법학의 집요한 질문에 대한 “답변의 일반적인 부분을 구성하는 중심요소의 집합을 분류하고 특정 짓는 것이 가능”⁵⁾하다고 본 것이다. 하트에게서 법의 개념에 대한 분석의 목적은 단순히 사전적 편집(lexicographical)을 통해 의미를 전달하는 것에 그치는 것이 아니라 궁극적으로 법에 대한 우리의 이해를 높이는 것이었다. 예컨대, “숙련된 법률가조차도 그들이 법을 알지만 법에는 많은 어떤 것이 있고 또한 법이 다른 것과 어떤 관계를 가지는가에 대해 설명할 수 없고 충분히 이해하지도 못한다는 것을 느낀다”는 하트의 말은 스스로의 문제의식 일단을 보여준 것이다.⁶⁾

자신의 방법론을 설명한 『법의 개념』 초판의 서문과 재판의 후기에도 상술하였지만, 하트는 “의무를 부과하는 규칙(1차 규칙), 권한부여 규칙(2차 규칙), 승인의 규칙(rules of recognition), 변화의 규칙, 규칙의 수용(acceptance of rules)⁷⁾, 외적 내적관점, 외적 내적진술, 그리고 법 가용성”과 같은 더욱 근본적인 개념들과의 관계들로부터 법에 대한 이해를 시도하고 있다. 여기서 하트 이론의 핵심은 법은 일종의 게임 규칙과 구조적으로 유사한 규칙 시스템으로 보는데 있다. 규칙들은 상호보완적인 기능을 가진 서로 다른 종류의 것으로 이루어져있다. 예컨대 ‘1차 규칙’은 직접적으로 행동을 통제하는 것이며, 형법은 1차 규칙의 가장 전형적인 예이다. ‘2차 규칙’들은 1차 규칙의 변경, 해석, 식별의 기능을 한다. 2차 규칙의 예로는 헌법

4) 하트(오병선 역), 『법의 개념』 (아카넷, 2001) 21쪽

5) 하트(오병선 역), 『법의 개념』 (아카넷, 2001) 21쪽

6) 하트(오병선 역), 『법의 개념』 (아카넷, 2001) 18쪽

7) 하트에게는, 규칙 수용은 “내적 관점”을 갖는 것과 관련이 있다. 내적 관점을 취하는 자들은 규칙들을 “안내”로 사용하고 규칙의 위반을 “적대감의 이유”라고 취급한다. 하트는 “수용하고 자발적으로 협동하며 규칙을 유지하는” 자들과 “규칙들을 거부하고 오로지 가능한 처벌의 신호로서 외적 관점에서 돌보는” 자들 사이의 긴장 상태를 설명하고 있다. Abner S. Greene, *Against Obligation*, (Harvard University Press, 2012), p. 90

부터 계약, 결혼, 유언 형성에 대한 법까지 다양한 범위를 아우른다. 하트에게서 이러한 규칙들은 순수하게 사회적 사실에 근거하는 궁극적인 규범이다. 결국 법학의 열쇠는 이 두 가지 유형 규칙의 결합 속에 존재하고 있는 것이다.⁸⁾ 이러한 규칙들의 체계가 무엇인지-어떠해야 하는지를 묻는 것이 아니라-를 탐구한다는 점에서 실증주의, 특히 법실증주의라고 부를 수 있다.

이러한 일련의 과정에서 하트는 기존의 법실증주의와 대립각을 보였던 자연법 요소를 최소한도로 인정하고, 『법의 개념』에서 제시했던 ‘승인의 규칙’에 도덕적 기준도 포함될 수 있다는 ‘편입 테제’를 제창하여, 배제적 법실증주의와 포함적 법실증주의 간의 논쟁을 불러오기도 하였다. 하지만 결론적으로 기존의 법실증주의 이론들을 종합하여 그 이론들이 가지는 문제점을 보완하는 합리적인 방향을 제시하였다는 평가를 받는다. 특히 하트는 군주의 명령으로서의 법 개념이라는 초기 실증주의에서 벗어나, 규칙의 체계로서의 법 개념을 발전시키면서, 궁극적으로는 세속적이고 민주적인 시대에서의 법의 사회적 현실에 부합하는 법이론을 전개하고자 하였다. 규칙의 체계라는 하트의 법 개념은 군주의 명령 이론보다 현대 민주주의에 내재된 권력의 비인격적인 개념에 더욱 적합하다는 평가를 받는다.⁹⁾

II. 하트의 형법 이론의 지평

1. 형법학자 하트의 인식과 관심

주지하다시피 하트의 법철학은 오스틴(John Austin)과 비트겐슈타인(Ludwig Wittgenstein), 켈젠(Hans Kelsen), 그리고 공리주의자로서 벤담(Bentham)의 영향을 크게 받았다. 이러한 점에서 하트의 법학방법론의 두 기둥은 분석철학, 특히 화용론(pragmatism)을 비롯한 언어철학과 공리주의라고 할 수 있다.¹⁰⁾

8) 하트(오병선 역), 『법의 개념』 (아카넷, 2001), 108쪽

9) Nicola Lacey, A Life of H.L.A. Hart: *The Nightmare and the Noble Dream*, (Oxford University Press, 2006), An Outsider on the Inside 부분 참조; 같은 취지로는 Scott J. Shapiro, *Legality*, (Belknap Press, 2013), p.44

이러한 법이론적 배경을 바탕으로 하트가 초기에 천착한 현실적이고 구체적인 법의 문제는 인과관계(causation)에 대한 것이었다. 가장 유명한 『법의 개념』은 하트가 옥스퍼드 대학 법학 교수로 임용되었던 해인 1952년부터 집필하기 시작하여 1961년에 출간된 것이지만, 그 이전에 출간된 것으로 주목해야 할 성과는 오노레(Tony Honoré)와 공동집필한 *Causation in the Law*(1959)이다. 이 책의 문제의식과 방법을 통해 하트는 ‘인과관계’이라는 철학적 주제를 법의 중요한 문제로 가져온다. 후술하겠지만, 이후의 일련의 형사법 관련 논문을 통해 하트는 국가 형벌의 정당성과 한계와 개인의 자유와 책임의 관계를 모색함으로써, 오늘날 영미 형벌의 주요 원리와 이념의 기초를 확립하였다. 더 나아가 인과관계에 대한 하트의 관심은 형사책임을 개인에게 귀속시키기 위한 정당성과 한계로서 의미를 갖는다. 일련의 형사법 논문에서 하트의 일관된 관심은 (개인의) 책임과 형벌의 정당성이고, 이러한 관계를 설명하는 핵심 용어는 초기 논문의 제목에서 사용된 ‘귀속(歸屬, Ascription)’이라고 할 수 있다.¹¹⁾

2. 하트의 형법 이론사

법실증주의자이면서 분석법학자로서 하트의 법철학자는 초기 저작인 『법의 개념』에서 분명하게 드러나있고, 또 이 책을 통해 널리 알려져있다. 그러나 역시 법실증주의자이자 분석법학자로서 하트의 ‘형법학’ 내지 ‘형벌 이론’은 의외로 연구가 되어 있지 않은 편이다. 하트는 초기 「책임 귀속과 권리」(The Ascription of Responsibility and Rights)¹²⁾을 비롯해서 수개의 형법 논문과 *Law, Liberty, and Morality*¹³⁾와 *The*

10) 하트의 방법론은 20세기 분석철학과 제레미 벤담에서 이어지는 법학 전통 사이를 잇는 가교역할을 하는 것이라는 평가가 가능하다. 하트의 벤담 연구로는 H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, (Oxford University Press, 1982) 참조.

11) 노이만(Neumann)은 하트를 인용하면서 책임의 문제는 결국 귀속의 문제임을 시사한다. “형법상 책임의 확정에서는 존재하고 속성을 인식하는 것이 아니라 책임을 귀속시키는 행위가 관건이 되기 때문입니다. 처벌 받는 사람은 형법적으로 책임을 확인하는(verantwortlich ist) 것이 아니라 귀속 또는 문책을 당하는(verantwortlich gemacht werden) 것입니다. 이러한 사실을 엄밀하게 분석한 영국의 법철학자 허버트 라이오넬 하트(Herbert Lionel Hart)의 용어로 말하자면, 책임을 인정하는 행위는 서술적(deskriptiv) 행위가 아니라 귀속적(askriptiv) 행위입니다.” Neumann, *Korea Hauptvortrag*, 2015, Nr. 7. 9 (번역은 김영환 교수님 제공)

*Morality of the Criminal Law: Two Lectures*¹⁴⁾은 (형)법의 도덕성과 해악의 원칙을 다룬 저서로부터, 자신의 형법 논문들을 재구성해서 출간한 *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*¹⁵⁾가 있으며, 넓게는 오노레(Tony Honoré)와 함께 법에서의 인과관계를 다룬 *Causation in the Law*¹⁶⁾를 통해 형법학자로서의 모습을 본격적으로 보여주었다. 특히 주목할 성과는 하트의 *Punishment and Responsibility*이다. 이 책에서 하트는 응보주의와 대항하면서 공리주의적 형법관을 면밀하게 제시하며, 특히 영미 형사법에서 범의(mens rea)¹⁷⁾ 등과 같은 주관적 요소를 강조하면서 개인의 자유의 영역을 확보하고 법치국가의 중요한 내용으로서 형벌의 정당성과 한계를 보여주고자 하였다.

하트의 형법 이론이 이미 ‘하트-풀러’ 그리고 ‘하트-데블린’ 논쟁을 통해 전개되어 온 것처럼, 그 형법 이론 특히 형벌에 대한 문제의식은 이른바 ‘하트-우튼’ 논쟁을 통해 보다 정교해진다. 실제로, 하트의 *Punishment and Responsibility*(이하 『형벌과 책임』이라고 함)의 후반부는 응보주의자인 바비라 우튼(Barbara Wootton)의 주장에 대한 반박에 할애되어 있다. 우튼은 강력한 응보주의자로서 결과 책임(내지 엄격 책임¹⁸⁾)을 강조하며,¹⁹⁾ 잉글랜드²⁰⁾ 형사법에서 형사 책임의 정신적 및 심리적

12) In Gilbert Ryle & Antony Flew (eds.), *Proceedings of the Aristotelian Society* (Blackwell, 1951), pp. 171-194

13) H.L.A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*, (Stanford University Press, 1963), 우리나라 번역으로는 이경관 역, 『법, 자유, 도덕: 인간의 존엄과 가치의 창출』(나남출판, 1996) 참조.

14) H.L.A. Hart, *The Morality of the Criminal Law: Two Lectures*, (The Magnes Press, 1965)

15) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 1975 및 2008)

16) H.L.A. Hart, & Tony Honore, *Causation in the Law*, (Oxford University Press, 1959 및 1985)

17) 보통법(common law)에서 범죄가 성립하려면 일반적으로 범의(mens rea)와 범죄행위(actus reus)가 모두 충족하여야 성립한다고 보았다. 범의는 범죄를 저지를 의도, 즉 정신적인 면을 의미한다. 다만 일부 범죄는 예외로서 범의 없이 범죄행위만으로도 성립할 수 있으며, 현대 미국의 모범형법전(Model Penal Code)에서 정의하는 범의는 보통법상의 범의 개념과 약간 차이가 있다.

18) 엄격책임은 미국법상 범죄의 성립요건 중 하나인 주관적 성립요건이 충족되지 않은 경우에도 범죄의 성립을 인정하는 법리이다. 즉, 범죄 행위 당시의 고의 혹은 정신상태를 의미하는 범의(mens rea)를 요구하지 않는다. 민사상 재산권 침해행위에 있어서 과실여부와 무관하게 그 책임을 인정하는 데에서 시작된 이 법리는 오늘날 불법행위법에서 광범위하게 인정되고 있으며, 1800년대부터 형사사건에도 적용되기 시작하였다. 한편 예외적으로 주관적 요건 없이도 엄격책임을 통해 범죄의 성립을 인정하기 위해서는 범의에 관한 문언이 존재하여야 한다는 관례도 존재하나, *Staples v. United States*에서 문언이 존재하지 않더라도 엄격책임 법리를 적용할 수 있다고 판시하였다. 엄중

요소가 포기되어야 한다고 주장하였다.²¹⁾ 이에 하트는 형법과 형벌을 더 이상 응보의 수단으로만 볼 수 없다고 주장한다. 법이 갖는 예방적 기능에 주목하는 것이다. 예컨대 착오 혹은 우연히 발생한 사건에 대해서까지 (형사) 책임을 지게 하는 법체계라면 자신의 삶에서 법의 간섭을 배제할 개인의 능력이 현저히 저하될 뿐만 아니라, 법이 개입하는 시기에 대해서도 예견하기가 어려울 것이다.²²⁾ 따라서 법의 제재에 대한 부담이 개인의 의지에 좌우되도록 하는 자유주의 법체계는, 스스로의 선택으로 미래의 운명을 결정하는 개인의 힘을 최대화 할 뿐만 아니라, 법의 개입으로부터 개인이 자유로울 수 있는 공간을 미리 찾아내는 능력 또한 최대화하고자 한다. 이러한 하트의 논리는 법의 지배(rule of law) 이념과 밀접한 상관성을 갖는데, 자세한 내용은 후술한다.

3. 하트의 형벌이론에서 두 개의 인식 방법과 귀결

하트가 천착한 두 개의 개념인 ‘인과관계’와 ‘책임’ 개념은 그의 형법학을 이해하는 주요한 인식 방법이다. 그리고 하트는 인과관계에 대한 규명을 통해 책임의 ‘귀속’에 주목하게 된다.

가. 인과관계와 책임의 관련성

언급한 것처럼 본격적인 형법학자로서 하트의 주요 관심사는 인과관계(causation)

책임이라 번역하기도 한다.

- 19) 특히 Barbara Wootton, *Social Science and Social Pathology* (George Allen & Unwin, 1959) 및 *Crime and the Criminal Law* (Stevens, 1963) 참조.
- 20) 연합왕국(Unted Kingdom) 내 잉글랜드와 웨일스 지방의 법. 스코틀랜드 지방은 별도의 법을 가지고 있다. England(English)를 흔히 ‘영국(영국의)’로 번역하나, 잉글랜드는 통상 England law의 사법권이 미치는 지역인 잉글랜드 지방을 의미한다.
- 21) *Crime and the Criminal Law*에서 우튼은 법적 책임 조건으로서 범의를 제거하는 것을 명확히 한다. 그녀에게서 엄격책임은 미래를 위한 모형으로 칭송되는 개념이다.(op. cit., pp. 46~57).
- 22) “개인이 자기의 삶을 계획함으로써 형법의 개입을 피한다는 이념은, 하트의 공정성 논거를 낳는데 이바지 하였다”는 평가에 대해서는 Nicola Lacey(장영민 역), 『국가형벌론- 정치적 원리와 공동체 가치』(원제: State Punishment), (한국형사정책연구원, 2013), 216쪽.

와 책임 개념(liability 및 responsibility. 하트는 특히 후자인 responsibility에 대한 관심을 강조한다)²³⁾이다. 이 두 개념은 서로 긴밀한 상관관계를 갖는다. 왜냐하면 책임을 귀속시키기 위해서는 서로 다른 두 개의 사물 내지 현상에 대한 내적 상관성에 대한 탐구가 불가피하기 때문이다. 하트는 ‘처벌은 범죄에 상응해야 한다’(Punishment should fit the crime)고 강조하기 때문에²⁴⁾, 어떤 개인의 행위 특히 잘못에 대해서, 그의 주관적, 정신적 상태로부터 의도, 인식, 예견가능성 등이 존재해야지만 처벌에 대한 부담을 지울 수 있게 된다. 인과관계에 대한 연구에서 하트는 사회적 사실로서 존재하는 인과관계에 대한 자연주의적 태도를 지양하고(반 자연주의), 또한 (형사) 책임 개념에 대한 일상언어적인 탐구를 통해, 형벌 부담에 대한 형사법의 중요한 요소로서 범의를 비롯한 책임(능력) 같은 주관적, 정신적 요소를 강조하였고, 이를 통해 책임의 분배에만 주목하는 응보주의 대신 장래 불법의 예방을 형벌의 목적으로 내세우기에 이른다.(공리주의적 태도)

나. 인과관계 작업 개관

1959년의 *Causation in the Law*에서 하트와 오노레의 핵심 테제를 거칠게 요약하면 다음과 같다. ① 반사실적인 분석의 결과로서 원인은 적어도 그것의 결과에는 필요 조건이다.(또는 아마도, NESS 조건이다.)²⁵⁾ ② 그렇다고 원인이 필수적인 조건은 아니다. 도리어, 어떤 사건의 발생에 필요 조건‘들’의 과잉으로부터 벗어나서,

23) 영미형사법에서 책임으로 번역되는 주요 용어는 liability와 responsibility이다. 일반적으로 liability는 범행의 경중과 형벌 사이의 비례성을 의미하는 개념이다. 헌법재판소가 “형사법상 책임원칙은 기본권의 최고이념인 인간의 존엄과 가치에 근거한 것으로, 형벌은 범행의 경중과 행위자의 책임 즉 형벌 사이에 비례성을 갖추어야 함을 의미한다”(헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12)라고 할 때 책임(원칙)에 가까운 것이다. 또한 강학상 “형벌은 책임원칙이 보안처분에는 비례성 원칙이 적용된다”라고 할 때의 책임 개념도 liability에 가까운 것이다. 반면 responsibility는 우리 형법 제9조 내지 제10조에서 규정하고 있는 것과 같은 책임(능력)의 개념이다.

24) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), pp.25, 161-169

25) H.L.A. Hart and Tony Honoré, *Causation in the Law* (2nd ed, Oxford: Clarendon Press, 1985). 두 번째 편에서는 많은 변화가 있었는데, 대개는 Tony Honoré의 관점을 따른 것이다. 자세한 것은 Honoré, ‘Necessary and sufficient conditions in tort law’, in David Owen (ed), *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford: Oxford University Press, 1995)와 비교할 것.

오직 두가지 종류만이 원인으로써 합당하다. 자유롭고, 알려지고, 자발적인 사람들의 행위, 그리고 말그대로 ‘우연의 일치’로써 언급하는 자연적 사건들의 이상한 결합은 우리가 (단순한 ‘배경 조건들’과 비교해서) ‘원인’으로써 두드러지고 적합한 필수적인 조건들의 두가지 종류들이다. ③ 그러한 자발적인 행위와 이상한 자연적 사건들은 주어진 결과를 야기한다. 만약 몇몇 다른 자발적인 인간의 행위 또는 이상한 자연적 사건들이 첫 번째 그러한 사건과 이것의 범죄적인 결과 사이에 개입하지 않는다면, 이와 같은 두드러진 사건들은, 인과적인 연결들의 촉매제인 것만큼이나 (‘개입하는 원인들’) 인과적인 연결의 해체자이다.

다. 책임이론의 구성

형법으로 행동을 금지하는 것과 특정한 경우에 개인에게 형사 책임을 묻는 것은 다른 차원의 문제이다. 책임을 묻기 위해서는 위에서 언급한 바의 연관성, 즉 인과관계를 요한다. 한편 책임이 있는 누군가는—유용하지만 오해의 소지가 있는 비유법을 들자면²⁶⁾ 선을 넘는—금지된 행동을 해야 한다. 이 요건은 때로 범죄 행위(actus reus)라 불린다.²⁷⁾ 범죄행위 그 자체는 행위자가 금지된 선을 넘고 있다는 것을 아는 것을 요구하지는 않지만, 일반적인 경우에서 범죄 행위(actus reus)의 발생만으로는 충분치 않다. 사람에게 형사상 책임을 물으려면 범죄행위에 더해서 추가 조건이 충족되어야 한다. 하트에 따르면 이러한 추가조건의 대부분은 세 분류로 나눌 수 있다.²⁸⁾ ① 정신적 또는 심리적 조건 ② 행동과 피해 사이의 통상의 또는 다른 형태의 연관성 ③ 사람에게 형벌의 책임을 지게 하는 관계’ 하트는 언급한 세 가지 것들 모두가 ‘책임의 기준’으로 고려된다고 한다.

26) Robert S. Summers, “Reviewed Work: Punishment and Responsibility by H.L.A. Hart,” *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 19, No. 4 (Autumn, 1969), pp. 644

27) 보통법(common law)에서 범죄가 성립하려면 일반적으로 범의(mens rea)와 범죄행위(actus reus)가 모두 충족하여야 성립한다고 보았다. 범죄 행위는 법에서 금지하는 행위를 실행하거나 의무행위를 하지 않은 것, 즉 물질적인 면을 의미한다. 보통은 범의와 범죄행위 모두 만족해야 범죄가 성립하지만, 일부 범죄는 범죄행위만으로도 성립할 수 있다.

28) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), pp.217-218

라. 책임 문제에서 귀속의 문제

이와 같이 책임은 정신적 또는 심리적 조건을 전제하기 때문에 책임 ‘능력’이라 부르는 것이 행위자에게 요구된다. 궁극적으로 이러한 능력은 이해, 추론, 행위 통제 능력이다. 다시 말해, 법 규정이나 도덕성에서 요구하는 행위가 무엇인가 이해하는 능력, 이러한 요건과 관련하여 숙고하고 결론에 도달할 수 있는 능력, 그리고 정해지면 결론에 순응하는 능력인 것이다.²⁹⁾ 이러한 관점에서는 정신질환자와 어린 아이에게는 ‘책임 능력’이 없다는 결론이 도출된다.

이처럼 초기 인과관계에 대한 이론적 성찰을 거쳐 (개인의) 책임에 대한 관심을 보이는 것은 궁극적으로 그 책임을 개인에게 부담시키기 위한 정당성과 한계를 모색하기 위한 것이었고, 이러한 관점에서 하트 형법학 방법론의 주요 관심은 (책임) 귀속의 한계와 정당성을 탐색하는 것이었다. 하트에게서 책임을 인정하는 행위는 서술적(deskriptiv) 행위가 아니라 귀속적(askriptiv) 행위라는 지적은 타당한 것이며, 실상 하트의 형벌이론은 궁극적으로 책임의 ‘귀속’으로 귀결된다고 해도 과언은 아니다.³⁰⁾ 더 나아가 (책임) 귀속의 한계와 정당성에 대한 관심은 궁극적으로는 법치국가 내에서 자유주의 형법의 정당성과 한계를 추구하는 작업이기도 하다.

4. 『형벌과 책임』의 체계 구성의 연대기

형법학자로서 하트의 문제의식은 응보주의 및 결과책임(엄격책임)이 범죄를 예방

29) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.217

30) 김영환, 제5장 지능형 로봇과 법철학적·형사법적 쟁점, 『법과학을 적용한 형사사법의 선진화 방안(VI)』, (한국형사정책연구원, 2016), 322쪽. 특히 각주 598). 이 논의에서는 법개념이라는 것이 “일정한 목적을 달성하기 위한 수단이며 따라서 그 개념은 항상 고정될 필요는 없다”는 힐겐도르프(Hilgendorf)의 견해를 인용하면서 “타인의 사회적 행위에 의한 결과물이므로 책임을 인정할지 여부는 적어도 부분적으로는 타인에 의해 결정된다는 것”을 전제로 로봇의 행위와 그 결과에 대해 로봇에게 책임을 귀속할 수 있다는 견해를 소개한다. 같은 책 321~322쪽. 그러나 김영환은 형벌은 행위에 대한 비난을 본질로 하기 때문에 “도덕적 비난을 하기 위해서는 자율적 결정을 내릴 수 있는 능력이 있다는 것만으로는 부족하고 이런 능력 이외에 자율적 결정을 ‘선’과 ‘악’의 범주를 기준으로 해서 내릴 수 있는 능력까지도 필요”하거, 따라서 개별 인간만이 책임능력을 지닐 수 있다는 결론을 도출한다. 같은 책, 327쪽.

하거나 억제하는데 아무런 기여를 하지 못하다는 점에서, 장래의 불법 예방이라는 형벌 목적을 달성시키기 위해 기존의 형사법을 정교하게 발전시키는 것이었다. 그러한 이유에서 초기에는 범죄의 구성요소로서 먼저 범의와 같은 주관적 요건에 대한 연구를 심화하고, 특히 책임 감정의 항변이 성공 했을 때 모살³¹⁾을 고살³²⁾로 낮추는 당시의 잉글랜드의 1957년 법 개정(Homicide Act of 1957)³³⁾을 비판하기도 하였다. 더 나아가 추정컨대, 하트는 법 규정이나 도덕성에서 요구하는 행위가 무엇인가 이해하는 능력, 이러한 요건과 관련하여 숙고하고 결론에 도달할 수 있는 능력, 그리고 정해지면 결론에 순응하는 능력을 강조함으로써³⁴⁾ 형벌 부과에 있어서 ‘책임 능력’과 ‘자발성’에 대한 요건에 더하여, ‘정신적 혹은 심리적 기준’을 강조하게 되었을 것으로 짐작된다. 이와 같은 짐작은 후술하는 것처럼, 하트의 형법 논문의 연대기적 구성을 탐색함으로써 가능하다.

가. 주제에 따른 구성

『형벌과 책임』은 총 9개의 장으로 구성되어 있다. 제1장(형벌 원칙에 대한 서론)과 제2장(법률상 책임과 면책) 및 제3장(모살과 형벌 원리: 잉글랜드와 미국)은 각각 범의론(犯意論)에 대한 것, 제4장(의지에 따른 행동과 책임), 제5장(의도와 형벌) 및 제6장(과실³⁵⁾ 범의, 그리고 형사 책임)은 각각 형사책임의 구체적 요건들에 대한 분석, 제7장(형벌과 책임 조각)과 제8장(변화하는 책임 개념)은 책임의 정신적

31) 영미법은 우리와 달리 살인죄를 두 유형으로 구분하고 있으며, 그 중 모살은 의도적인 살인행위를 의미한다. 모범형법전에서는 ‘목적적으로 또는 의도적으로 살인의 결과를 가져오는 행위’라 규정하고 있다. 모살은 1급 모살과 2급 모살로 구분되는데, 1급모살의 경우에만 사형의 대상이 된다.

32) 고살(故殺)은 모살(謀殺)과 같은 의도적 계획 하에 이루어진 살인행위는 아니나 살인이라는 위험을 감수한 경우를 의미한다. 즉 우발적인 살인과 과실치사의 경우라 할 수 있다. 고살은 의도적 고살과 비의도적 고살로 나뉜다. 의도적 고살의 경우 모살에 의도적 살인, 즉 모살에 해당하나 감경이 된 경우라 할 수 있으며, 비의도적 고살은 침해의 의도가 존재하지 않은 경우이다.

33) ‘Homicide Act 1957’은 1957년에 국왕의 재가를 받아 발효된 살인에 관한 법이라는 의미이다. 잉글랜드 법은 이렇게 법령 끝에 입법 연도가 붙는 형식을 취한다.

34) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.227

35) negligences는 태만히 한 경우를 의미하는 것으로서, 과실로 번역이 되고 있다. 그러나 recklessness 개념의 존재를 고려할 때, 우리 형법상 과실과 같은 개념이라기 보다는, 위험에 대한 인식이 존재하지 않는, 즉 인식없는 과실에 해당한다고 봄이 적절하다.

요건에 대한 설명, 그리고 제9장(후기: 책임과 응보)은 책임과 응보에 대한 여러 맥락에 따른 의미들을 다룬다.

나. 시간에 따른 구성

『형벌과 책임』은 약 10년간 하트가 작성한 논문을 주제별로 재구성한 것인데, 이를 시기순으로 배열하면 다음과 같다.

먼저 제2장 「법률상 책임과 면책」은 1957년 2월 9일과 10일 뉴욕 철학학회(New York Institute of Philosophy)가 발표한 첫 연례논문집을 참고해 훅(Sidney Hook)이 편집한 『결정론과 자유』(「Determinism and Freedom」, 1958)로 먼저 출간되었다. 제3장 「모살과 형벌 원리: 잉글랜드와 미국」은 『노스웨스턴 대학교 법률 리뷰』(Northwestern University Law Review)의 제52권 제4호(1958)를 재출간한 것이고, 제1장 「형벌 원칙에 대한 서론」은 1959년 10월 19일 아리스토텔레스 학회(Aristotelian Society)의 기초강연에서 발표된 것을 다시 출간한 것이다. 한편 제4장 「의지에 따른 행동과 책임」은 마셜(O. R. Marshal)이 편집한 『세필드 대학교 법학부 기념 강의를』(The Jubilee Lectures of the Faculty of Law, University of sheffield, 1960)에서 가져와 재출간한 것이고, 제6장 「과실, 범의, 그리고 형사 책임」은 게스트(A. G. Guest)가 편집한 『옥스퍼드 법학 에세이』(Oxford Essays in Jurisprudence, 1961)에 실린 글이며, 제7장 「형벌과 책임 조각」은 런던에 있는 킹스 칼리지(King's College)가 1961년 5월 16일 열었던 홉하우스 기념재단 강연(Hobhouse Memorial Trust Lecture)에서 발표한 것이다.

제8장 「변화하는 책임 개념」은 1964년 예루살렘의 히브리 대학교(Hebrew University)에서 발표한 두 번의 라이어널 코헨 강연(Lionel Cohen Lectures)을 바탕으로 『형법의 도덕』(The Morality of the Criminal Law, 1965)에 실린 것이고, 제5장 「의도와 형벌」은 1967년 2월 발간한 『옥스퍼드 리뷰』(Oxford Review) 제4호, 그리고 제9장 「후기: 책임과 응보」 첫 부분은 책임에 관한 것으로, 『계간 법률 리뷰』(Law Quarterly Review, 1967) 제83권에 실렸던 것이다. 다만 하트가 초기에 작성한 「책임 귀속과 권리」(The Ascription³⁶) of Responsibility and Rights)는 여러 비판에 따른 견해 수정으로 수록하지 않았다.

일련의 논문 순서를 통해 확인할 수 있는 바, 하트의 관심은 형벌을 귀속하기 위한 가장 중요한 요소로서 범의와 같은 주관적 요소를 시작으로 점차 책임 및 책임의 주관적 요소에 대한 천착으로 그 관심을 발전시키고 있음을 확인할 수 있다.

Ⅲ. 형벌의 정당성

1. 형벌 정당성의 필요

‘형사 범죄의 본질’에 대한 논의에서 하트는 형벌의 즉각적인 목적은 특정 행위를 해서는 안 되는 것임을 사회에 알리는 것이어야 하고, 또한 그러한 행위가 확실히 덜 일어나도록 하는 것임을 강조한다. 동시에 하트는 이러한 것이야말로 “어떤 행위를 형사 범죄가 되도록 하는 보편적이지자 즉각적인 목적이고, 이러한 일차적 목적이 있도록 하는 법이 있기 전에는 ‘범죄(crime)’란 개념과 ‘범죄자(criminal)’란 개념은 결여되어 있는 것”이라고 한다.³⁷⁾ 이러한 목적을 분명히 하는 것을 하트는 형벌의 도덕성이라는 측면에서 형벌의 ‘정당화’(justification) 작업이라고 한다.

“제도의 도덕성이 도전을 받을 경우, 별도의 정당화를 요구하게 된다... 모두 별도의 질문을 구별하지 못하거나 한 가지 원칙만 참조해 그것에 대답하려고 시도한다면 이는 혼란으로 귀결될 뿐이다....이를 우리는 ‘정의’(definition), ‘일반적인 정당화 목적’(general justifying aim), ‘분배’(distribution)의 문제로 부를 수 있으며 마지막

36) 당연히 “ascription”이라는 단어는 사건을 묘사하는 것이 아니라, 그것에 대한 책임을 설명하기 위한 것이다. ‘A는 B를 찼다’와 같은 인과적인 동사의 유명한 분석에서, 하트는 우리는 자연스러운 연결을 묘사하지 않는다고 주장했다 (예를 들면, A는 B의 몸에 접촉이 있는 것을 야기했다); 도리어, 우리는 B의 몸에 닿는 접촉에 대한 책임을 A에게 귀속시킨다. 만약 pre-Austin 발화행위 분석의 일 부분이 사실이라면, 인과적인 (동일하게, 인과관계의 용어들은) 책임에 대한 결론을 표현하기 위해서 사용되는 표지일 것이다. 그러한 용어들은 누군가에게 책임을 부과하는 것에 대한 정당화하는 영역일 실제적인 관계를 이름 붙이지는 않을 것이다. Michael S. Moore, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, (Oxford University Press, 2010), p.90

37) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.6

은 ‘자격’(title)과 ‘양’(amount)의 질문으로 세분화된다.”³⁸⁾

하트에게서 형벌에 대한 모든 형태의 정당화 작업은, 다른 여하간의 정당화 작업과 마찬가지로, 세상을 어떻게 보다 나은 곳으로 만들어줄 것인지 또는 적어도 어떻게 더 이상 악화되는 것을 피하게 해줄 것인지 설명한다는 의미에서 미래 지향적이다. 형사처벌은, 하트의 일반적인 정당화 목적으로서 미래의 잘못을 최소화하는 데 초점을 맞추는 한편, 동시에 분배의 주요 규칙(또는 하트가 빈번하게 명명하였듯이, 정의의 주요 규칙)으로서 자유의 극대화를 향해 있다. 물론, 이 두 방향은 때로 대립 상태에 놓일 수도 있다. 하트는 전자 즉 미래의 잘못(장래의 불법)을 최소화하는 것을 형벌의 가장 주요한 목적으로 두면서도, 후자 즉 형벌의 분배도 중요하게 간주하되 후자는 절대적이지는 않은 제약을 가한다는 관점을 취한다. 다시 말해 하트는 응보는 “응보 사상의 쇠퇴”³⁹⁾ 그리고 이런 것을 “우리가 당연히 버려야 할”⁴⁰⁾ 발상, 즉 무가치한 것으로 인식하는 경향이 있지만, 일정 부분 “분배로서의 응보”⁴¹⁾라는 측면을 수용하고 있다.

2. 형벌의 일반적 정당화 목적

이처럼 하트에게서 형벌은 미래의 불법 내지 범죄를 예방하는 것을 목적으로 하고, 이러한 목적이야말로 형법과 형벌의 도덕성을 담보하는 것이다. 이러한 목적을 하트는 “형벌의 일반적 정당화 목적”(a general justifying aim)이라고 강조한다.

그렇다면 형법은 어떠한 방식(수단)으로 범죄 예방 기능을 수행함으로써 일반적 정당화 목적을 달성할 수 있을까. 첫째, 일부 잠재적 부정행위자(wrongdoers)는 범

38) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p. 3-4

39) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.180

40) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p. 181

41) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p. 9

죄를 이유로 유죄 판결을 받거나 형벌을 예견함으로써 혹은 두 가지 모두에 의해 도덕적 오명을 초래한다는 예견에 따라 의식적으로 억제된다. 둘째, 일부는(의식적으로 억제되는 것과는 대조적으로) 그들이 인지하고 있는 형벌의 일상적 집행에 의해서 도덕적 억압과 사회적 억압이 강화되기 때문에 어느 정도 범죄를 저지르지 않도록 영향을 받게 된다.⁴²⁾ 셋째, 범죄로 유죄 판결을 받은 자들 중 일부는 미래에 부정행동을 하지 않도록 영향을 받는다. 왜냐하면 그들이 유죄 판결을 이미 받았고 판결에 따라 처분을 받았기 때문이다⁴³⁾.

이와 같은 형벌은 장래의 범죄 예방이라는 일반적 정당화 목적을 통해서 도덕성을 담보하지만,⁴⁴⁾ 일정 부분 ‘누구를 처벌할 것인가’(Who Punish), 혹은 ‘얼마나 처벌할 것인가’(How Punish)와 같은 문제를 제기하기도 한다. 일반적 정당화 목적에 비해 그 의미는 상대적으로 약하지만, 형벌의 또 다른 목적으로서 ‘형벌의 배분’ 또한 의미를 갖는다.

3. 형벌의 배분

범죄자에 대한 형벌 부과를 통해 장래의 불법을 예방하겠다는 목적은 공리주의적 논리의 귀결이다. 처벌을 받는 범죄자의 고통을 형사처벌에 대한 일종의 비용으로 보면서, 이를 통해 형사사법체계가 유지되어야 한다고 믿는 사람들의 신념을 강화하기 때문이다. 그러나 형벌 배분이라는 목적은 응보주의적 논리의 귀결로서 그 자체로 범죄 감소를 통한 사회적 효용의 증가에는 기여하지 못하지만, 상응하는 제재를 부여한다는 점에서 어느정도 의미를 갖는다.

예를 들어 민사소송의 (징벌적) 배상 또는 원상회복의 결과들은 동일한 나쁜 행위에 대해서도 형사 소추와 형벌이 가하는 것보다 더 고통스러울 수 있다. 바로 이

42) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), pp. 209, 235

43) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p. 128, 134

44) 레이는 “하트조차도 형벌의 ‘일반적 정당화 목표’를 기본적으로 공리주의적인 것으로 본다”고 한다. Nicola Lacey(장영민 역), 『국가형벌론- 정치적 원리와 공동체 가치』(원제: *State Punishment*), (한국형사정책연구원, 2013), 66쪽.

점에서 하트의 분배 규칙은 형벌을 일반적으로 정당화하는 목적 추구에 있어서 제약으로 작용하게 된다.

이처럼 하트가 형벌의 일반적 정당화 목적으로서 공리주의를 추구하면서도 형벌의 배분으로서 응보주의를 일부 수용했다는 점에서 그가 이른바 처벌에 대한 혼재된 정당화 근거를 지지한 것으로 볼 수 있다. 이 점에서 하트의 형벌은 ‘혼합 이론’(mixed theories)적 성격을 갖는다.⁴⁵⁾ 위에서도 언급했지만, 응보주의는 “누구에게 처벌이 적용되어야 하는가?”와 “얼마나 처벌해야 하는가?”의 질문에 타당한 대답이며, 공리주의는 “왜 특정 종류의 행위들이 법에 의해 금지되고 범죄나 범법행위로 만들어 진 것인가”에 적절한 대답을 제공하기 때문이다.⁴⁶⁾ 특히 롤즈와 비교할 때⁴⁷⁾, 하트의 형벌이론은 혼합이론으로서 ‘더 이상 축소할 수 없는 다수의 가치를 반영하면서, 독립적이고 부분적으로 모순된 고려 사항들의 결합에 의존’하게 된다.⁴⁸⁾

IV. 하트의 형법학 방법론

1. 하트의 법학방법론 일반과 형법학방법론의 연결성

통상 하트의 『법의 개념』에서 다루어지는 형벌의 논의는 ‘규칙의 체계’(system of rule)에서 형벌이 1차 규칙의 전형적인 예로 다루어지는데 그친다. 물론 『법의

45) 같은 견해로 John Gardner, “Introduction”, in *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), 3. THE MISSING LINK 참조. 이른바 ‘혼합 이론’으로 인해 하트의 형벌 이론이 철학적으로 성공하지 못했다는 비판을 받기는 하지만, 가드너는 혼합 이론에 더 많은 요소들이 추가적으로 혼합될 필요가 있다고 주장한다. 같은 글, xxx i.

46) H.L.A. Hart: *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law* (Oxford; Clarendon Press, 1968), pp.3,6 참조.

47) 레이는 또한 롤스에게도 형벌의 “혼합 이론”이 있다고 한다. Nicola Lacey(장영민 역), 『국가형벌론-정치적 원리와 공동체 가치』(원제: State Punishment), (한국형사정책연구원, 2013), 85쪽. “(...)하트의 이론이 책임을 제한하는 원리, 즉 ‘배분의 면에서의 응보’원리를 채택하고 있기 때문에, 하트의 전도 유망한 절충성-필자는 ‘혼합 이론(mixed theory)’이라고 부름-에 대하여도 심각한 함의를 갖게 될 것이다.”

48) John Gardner, “Introduction”, in *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), xxx i.

개념』의 기저를 이루는 기술 사회학(descriptive sociology)으로서의 법학과 개념 분석(conceptual analysis)으로서의 법학적 측면은 형법 이론에서 특히 하트의 『형법과 책임』에서 법을 분석하는 여전한 방법이다. 범의나 책임과 같은 요소들에 관계하는 여러 개념들의 용례와 기술(description)을 통해 책임의 주관적, 정신적 표지를 확인하고, 그 개념들이 장래의 범죄 예방 내지 감소라는 형벌의 (공리주의적) 목적에 기여하는 바를 일상의 언어(감각)으로 보여주는 방식은 분석법학에서 개념적 분석의 전형이라고 평가할 수 있을 것이다.

또한 *Causation in the Law*에서 반자연주의적 관점에서 인과관계의 규범적 측면을 분석하는 방식 또한 일찍이 『법의 개념』과 *Essays in Jurisprudence and Philosophy*⁴⁹⁾에서 하트가 강조한 (법)실증주의적 법인식의 한 모습이다. 특히 대상이나 현상에 대한 단순한 서술 그 자체에서 특정한 행동 과정을 추론하는 것은 논리적으로 일관성이 없다고 주장하는 흄(Hume)의 성과를 빌어 사실로서의 인과관계와 논리적(규범적) 인과관계의 변별을 시도한 것도 의미있는 실증주의적 방법일 것이다.⁵⁰⁾

2. 형벌의 공리주의적 접근과 적용

형벌을 정당화하는 대략적인 공리주의적 접근은 때로는 “미래 지향적” 관점으로 불리며, 이는 “과거 지향적”인 응보적 관점과는 대조를 이룬다.⁵¹⁾ 또한 응보주의는

49) H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford University Press, 1984.) 특히 이 책의 “제2장 실증주의 및 법과 도덕의 분리(Positivism and the Separation of Law and Morals)” 참조.

50) H.L.A. Hart, Tony Honore, *Causation in the Law*, (Oxford University Press, 1985). 특히 이 책의 “I. Philosophical Preliminaries의 ‘Hume and Mill’” 참조. 주지하다시피 흄은 과거의 사물과 사건을 관찰하여 특정 부류의 물체의 속성을 일반화하거나 미래 사건의 순서를 예측하려는 지식 주장은 논리적으로 정당화되지 못한다고 논변한다. 이것은 사건의 다른 순서 또는 아직 발견되지 않은 물체의 새로운 속성을 생각할 공간이 항상 존재하기 때문이다.

51) 최근 영미의 형사법의 문헌에서는 “새로운 응보주의”의 두 가지 주된 갈래를 소개하는 경우가 더러 있다. 교정적 관점과 표현적 관점이 그것으로, 먼저 교정적(rectificatory) 관점에 따르면 죄인에게 고통을 형벌적으로 가하는 것은 부정하게 얻은 이득이나 부당하게 얻어진 자유를 취소하거나 몰수하는 것을 의미한다. 한편, 표현적(expressive) 관점에 따르면, 죄인에게 고통을 형벌로 가하는 것은 죄에 대한 판결을 표현하거나 소통하는, 또한 이로 인해 여러 가지 견해를 통해 유효인 불법행위자를 견책하고 그리고/또는 죄인의 잘못을 맹비난하는 강한 방법이다. 대표적으로는 파인버그

‘누가 처벌받고 얼마만큼 처벌받을지’를 해결하는데 적합하다면, 확실히 공리주의는 ‘어떤 행위가 처벌받아 하는지’를 결정하는데 적절하다.⁵²⁾

가. 형벌 고통에 대한 공리주의적 이해

이미 불법이 기정사실(fait accompli)인 상태에서, 불법행위자들이 스스로 일으킨 죄에 의해 고통을 받는 것⁵³⁾ 또한 형사사법체계의 또 다른 상쇄 이익이 될까? 하트는 그렇게 생각하지 않는다. 하트에게 처벌받는 불법행위자의 고통이란 얼마나 확실히 유죄이건 간에 그저 비용에 불과한 것이지 결코 형사사법체계의 이익이 될 수는 없다고 한다. 실제로 처벌을 받는 불법행위자의 고통은, 형사처벌 시 가장 경각심을 불러오는 비용이면서 또한 형사사법체계가 유지되어야 한다고 믿는 사람들의 정당화에 부여되는 가장 무거운 부담이다.⁵⁴⁾ 이런 관점에서 보면, 하트는 벤담(Jeremy Bentham)의 고전적인 공리주의와 ‘일정 부분’ 공유하는 부분이 있다.

그러나 또 다른 측면에서, 공리주의자인 하트에 따르면 범죄자가 고통을 받는 것을 형사사법체계 전체에 대한 “일반적인 정당화 목적”으로서 삼는 것 자체, 다시말해 한 사회에서 범죄자의 고통을 내재적 선(善)으로서 추구하고 심지어는 극대화하려고 시도하는 것은 형벌의 목적으로서 도덕적이지 않다. 하트에게 중요한 것은 형벌을 통해 범죄자에게 응당의 고통을 주는 것이 아니라, 장래의 불법을 예방하는 것이기 때문이다. 장래 불법의 예방이라는 하트의 일관된 관점은 몇몇 부분에서 근

(Joel Feinberg)를 이러한 새로운 응보주의 갈래에서 주창자로 다루기도 한다. 그의 “The Expressive Function of Punishment”, *The Monist*, 49(1965), pp. 397~423 부분 참조. 그러나 하트는 파인버그가 형벌을 그저 “벌칙”에 불과한 것과 구별하는 하나의 방법으로서만 비난 표현에 의존하고 있음을 밝히고 있다. PL, p.263 (미주)

52) Andrew Simester and G. R. Sullivan, *Criminal Law: Theory and Doctrine* (Oxford: Hart Pub. Co., 2000), p.21. 보다 확대된 논의로는 이 책의 개정증보판인 Andrew Simester and G. R. Sullivan, *Criminal Law: Theory and Doctrine* (Oxford: Hart Pub. Co., 3rd ed., 2007) 참조.

53) 엄밀히 따지자면, 고통이나 박탈(예를 들어 돈이나 시간의 박탈)이 형벌로 가해질 수 있다. 이 두 가지는 종종 함께 일어나지만, 꼭 그럴 필요는 없다고 한다. J. D. Mabbott, “Professor Flew on Punishment”, *Philosophy* 30(1955), pp. 256~265 at pp. 257, 258 참조. 위의 “Introduction”, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008)에서 재인용.

54) John Gardner, “Introduction”, in *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), x i v

대의 형법의 원칙인 책임주의⁵⁵⁾에 정면으로 반하는 측면이 있다

나. 무고한 자에 대한 처벌에 대한 비판과 하트의 반박

하트에 따르면, 형벌의 속성에 의해서 모든 형벌은 그 형벌이 이루어질 당시에는 이미 저질러진 불법에 대해 부과된다. 따라서 무죄인 자의 처벌은 부도덕할 수는 있지만, 모순적이지는 않다. 형벌은 (실제로든 가정된 것이든) 불법행위자에게 부과될 필요는 없을지라도 반드시 어떤 (실제로든 가정된 것이든) 불법을 ‘이유’로 행해져야 한다.⁵⁶⁾ 죄를 범했다는 이유로 반드시 형벌을 부과해야 한다는 것이 아니라, 형벌은 그 자체의 특성상, 실제의 또는 가정된 불법행위(아니면 유죄나 그 반대)를 ‘이유’로 반드시 부과해야 한다는 것이다. 구체적인 맥락에서 하트는 무고한 자에 대한 처벌의 가능성을 인정하며 다음과 같은 (무고한 자에 대한 처벌에 대한) 비판(논변)을 세가지 차원으로 반박한다.⁵⁷⁾

55) 우리 헌법재판소는 책임주의를 법치국가에 내재하는 원리인 동시에 우리 헌법 제10조로부터 도출되는 원리라고 설명한다. “형벌은 범죄에 대한 제재로서 그 본질은 법질서에 의해 부정적으로 평가된 행위에 대한 비난이다. 만약 법질서가 부정적으로 평가한 결과가 발생하였다고 하더라도 그러한 결과의 발생이 어느 누구의 잘못에 의한 것도 아니라면, 부정적인 결과가 발생하였다는 이유만으로 누군가에게 형벌을 가할 수는 없다. 이와 같이 ‘책임 없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다.’는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에, 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리이다” 헌재 2010. 12. 28. 2010헌가94 등. 따라서 “종업원 등의 범죄행위에 관하여 비난할 근거가 되는 개인 영업주의 의사결정 및 행위구조, 즉 종업원 등이 저지른 행위의 결과에 대한 영업주 개인의 독자적인 책임에 관하여 전혀 규정하지 않은 채, 단순히 개인 영업주가 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다는 이유만으로 영업주 개인에 대하여 형사처벌을 과하고 있는바, 이 사건 법률조항은 아무런 비난받을 만한 행위를 한 바 없는 자에 대해서까지, 다른 사람의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것으로서 형벌에 관한 책임주의에 반하는 것”이다.

56) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.5

57) 무고한 자에 대한 하트의 논변은 John Gardner, “Introduction”, in *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), xvii-xxi 참조. 한편 가드너(John Gardner)는 하트의 『형벌과 책임』 및 형법이론에서 ‘형벌의 분배’ 목적이 등한시되어 있다고 비판한다. 특히 가드너는 하트가 무고한 자에 대한 처벌의 가능성을 인정하는 것은 공리주의의 일부 관점과는 배치될 수도 있다는 점에서 하트의 표준적인 견해-하트에게서 반복적으로 강조되는 표준적인 견해-는 아니라고 한다.

- 1) 먼저 응보주의적 관점에 따르면 무고한 자에 대한 처벌은 일종의 개념 모순이다. 개념상 형벌은 죄에 대한 대가이기 때문이다. 형벌은 본래 그 속성 때문에 고통과 함께 죄책감이라는 것을 수반하기 마련인데, “무고한 자에 대한 처벌”을 통해 무고한 자가 고통과 함께 죄책감을 가질 수는 없다.⁵⁸⁾ 이러한 태도를 하트는 “개념적 중지”(definitional stop) 논변이라고 부른다. 이 논변에 따르면, 장래의 범죄를 예방하는 방법으로서 형벌을 옹호하고 싶지만 동시에 그 과정에서 무고한 자들을 보호하고 싶어 하는 사람들로서는, 형벌이 가져오는 유죄와 무죄에 관한 허울만 그럴싸한 불안감 때문에 형벌이 비합리적이라고 주장하는 바바라 우튼과 같은 이의 반박에 대해서는 무기력하다. 이러한 반박은 도덕적인 반응을 요구하는 도덕적인 질문이며, 문제를 해결하는데 타당하지 않다. [반박 1]
- 2) 한편 벤담에 따르면 유죄와 무죄 사이의 구별은 형벌이 수반하는 고통의 도구적인 가치에 직접적인 영향을 미친다. 때문에 무고한 사람들은 처음부터 억제가 불가능하다. 그러나 하트에 따르면 그렇다고 해서 무고한 사람을 처벌함으로써 다른 이들을 억제하려는 시도가 아무런 효과가 없다는 결론이 바로 도출되지는 않는다. 이는 불합리한 추론”(non sequitur)이다.⁵⁹⁾ [반박 2]
- 3) 롤즈는 어떤 특정한 개인을 처벌하는 것을 정당화하기 위해서는 두 단계를 거칠 필요가 있다고 한다.⁶⁰⁾ 먼저 형벌 관행에 대한 규칙에 따라 처벌이 가해졌다는 점을 확립할 필요가 있다. 그리고 난 후, 그러한 형벌 관행을 정당화할 필요가 있다는 것. 하트는 롤즈의 견해, 또 특히나 형벌 관행을 어떻게 정당화할 것인지에 대한 문제(하트의 “일반적인 정당화 목적”의 문제)는 그 관행 내에서 형벌이 어떻게 가해져야 하는지의 문제(하트의 “분배”distribution의 문제)

58) (하트에 의해 인용되지 않은) 그 주장의 근거(典據)는, A. M. Quinton, “On Punishment”, *Analysis* 14(1954), pp. 512-517.

59) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), pp.19,43, 77-

60) Rawls, “Two Concepts of Rules”, *Philosophical Review* 64(1955), pp. 4-13.

와 별개라고 보는 견해에는 동의한다. 그러나 하트는 오직 더 큰 효용(극단적 상황에서 *in extremis* 해당 행위의 효용)을 위한 효용(해당 관행의 규칙을 고수하는 효용)의 희생이 가능한 경우에는 그 규칙이 때로는 무시될 수 있다는 점을 인정한다. 결과적으로 하트는 무고한 사람들에 대한 처벌에 절대적으로 반대하는 규칙을 고수하기를 고집해서는 안 될 것이라고 한다.⁶¹⁾ [반박 3]

다. 형사처벌의 목적에 따른 범죄자 개념

하트에 따르면 형사처벌은 “법이 요구하는 일을 하고 법에서 금하는 일을 삼가기 위한 육체적·정신적으로 정상적인 능력(*normal capacities*)과 이 능력을 발휘할 공정한 기회(*fair opportunity*)를, 처벌하려는 사람들이 행위를 하던 당시에 갖추고 있던 사람들에게 부과되어야 한다.⁶²⁾ 이러한 사람들은 법을 위반하는 것을 피하도록 계획을 세우거나 또는 더 일반적으로 조치를 취하도록, 또한 그렇게 함으로써 공정한 기회를 부여받게 되어, 범죄에 대한 처벌을 피할 수 있게 된다. 다시 말해 법으로 처벌되는 사람들은 형벌을 피할 수 있는 공정한 방식이 이미 제공된 바로 그 사람들인 것이다.(범죄에서 주관적 요소의 강조) 다시 강조하건대, 하트가 범죄자 또는 다른 그 누구라도에 대한 처벌을 인정하는 유일한 이유는, 형벌의 일반적인 정당화 목적으로 주어진 이유, 즉 장래의 범죄가 감소한다는 점에 있다.

3. 주관적 요소의 강조

위에서 장황하게 다루었지만 형벌은 왜 이러한 정당화 부담을 고민해야 할까? 하트 스스로 제시하는 바, 형벌의 정당성은 형벌의 효과에 대한 것이 아니라 형벌의 목적, 그것도 형벌의 “일반적인 정당화 목적”에 대한 것에서 찾아야 한다. 하트와 같은 공리주의자들의 일관된 관점은 불법행위에 대해 고통을 가하는 것이 형벌의

61) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.185

62) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.152

일반적인 목표일 수 있으나, 이는 아주 불쾌한 목적임을 재차 강조한다.

장래의 불법을 예방하고자 하는 하트의 일반적인 정당화 목적 하에서는, 이른바 의도된 효과와 (예측 가능한) 부작용을 애써 구별할 필요가 없다는 의견이 도출된다. 책임, 즉 정상적인 능력을 통해 판단한 행위의 결과라는 측면에서는 양자는 다르지 않기 때문이다.⁶³⁾ 특히 하트는 의도된 효과와 (예측 가능한) 부작용을 잘 보여주는 “이중 결과 교리”⁶⁴⁾(doctrine of double-effect)의 가정된 편향성을 경계하고 이 경계를 명료하게 하려는 노력은 무익하다고 비판한다.⁶⁵⁾ 심지어 하트는 이를 “도덕성의 법률주의적(legalistic) 개념”⁶⁶⁾이라고 비아냥거리기까지 한다. 그에게 보다 중요한 것은 처벌하려는 사람들이 행위를 하던 당시에 법이 요구하는 일을 하고 법에서 금하는 일을 삼갈 수 있는 ‘정상적인 능력’을 육체적·정신적으로 갖추고 있었는지, 해당 능력을 발휘할 ‘공정한 기회’를 부여 받았는가의 여부이다.⁶⁷⁾ 후술하겠지만 레이시(Lacey)는 ‘공정한 기회’라는 공정성의 원리는 형벌에 있어서 분배의 제한 원리의 근거를 형성한다고 한다.⁶⁸⁾

앞서 하트는 무고한 자에 대한 처벌이 모순적인 개념은 아니지만 부도덕할 수는 있음을 언급하였다. 즉, 하트에 따르면 형사사법체계에서 무고한 자에 대한 처벌을 인정할 수는 있지만, 무고한 자에 대한 처벌이 도덕적이지는 않은 것이다. 하트에게도 무고한 자와 죄책 있는 자를 구별할 필요가 있다. 그 기준이 바로 범죄의 정신적 요소인 것이다. 가드너에 따르면 형벌을 분배하는 목적으로 또 그리하여 형사상 법적 책임을 부여하는 목적으로 무고한 자와 죄 있는 자를 구별하기 위해 하트가 제시

63) Michael S. Moore, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford University Press, 2010, p. 56

64) ‘이중효과 원리’라고도 한다. 토마스 아퀴나스의 신학대전(Summa Theologiae) 내용에서 출발하여 발전시킨 것으로, 한 행동의 결과로 선한 결과와 악한 결과를 동시에 발생시킬 때 그 행위에 정당성을 획득할 수 있는 조건을 말한다.

65) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.117

66) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.125

67) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.152

68) Nicola Lacey(장영민 역), 『국가형벌론- 정치적 원리와 공동체 가치』(원제: State Punishment), (한국형사정책연구원, 2013), 89쪽.

한 기준을 통해, “죄를 범할 마음이 아닌 행위는 죄인을 만들지 않는다”(actus non facit reum nisi mens sit rea)⁶⁹⁾라는 법 원칙을 도출할 수 있다고 한다.⁷⁰⁾ 이는, 후술하는 바와 같이, 궁극적으로 범죄에서 정신적 요소가 개인의 자유와 연관되어 있다는 점에서 타당한 법원칙이다. 특히 ‘공정한 기회’라는 공정성 원칙의 가치는 “개인이 형법의 개입을 피하기 위하여 자신의 삶을 계획할 수 없다면 불확실성과 예견 불가능성이라는 해악이 발생할 것”이라는 점을 이유로 한다.⁷¹⁾

4. 책임과 법의 지배와의 관계

형벌의 예측 가능성은 명백히 법의 중요한 측면이다.⁷²⁾ 때문에 법의 지배라는 이념에 따르면 사람들은 법이 무엇인지 알아내고 그것을 자신들의 실제적인 숙고에 참작할 수 있어야 한다. 소급입법이나 불명확한 법, 유추해석이나 관습에 의한 법은 죄형법정주의와 같은 법이념에 반할 뿐만 아니라, 법치주의(법의 지배) 이념과도 충돌할 수 밖에 없다. 특히 형법은 행위자가 행위가 일어나던 그 때, 특정 의도를 가지고 있거나, 특정 결과를 예측하거나, 주변 상황이나 결과에 대한 특정한 인식 또는 그것들의 일부 조합을 요구한다. 이는 종종 범의(mens rea)의 요건이라고 불리는데, 하트가 강조하듯이 범의(mens rea)라는 용어는 책임 능력과 자발성을 포함하는 다양한 ‘정신적 요소’를 모두 지칭하는 데에 자주 사용된다.⁷³⁾

69) “죄를 범할 마음이 아닌 행위는 죄인으로 만들지 않는다.” Fowler v Padget(1798) 101 ER 1103(해당 판례 원문에는 라틴 격언인 “actus non facit reum nisi mens sit rea”로 표기되어 있으며, 따라서 라틴어 문장 기준으로 번역하였다.)

70) 가드너는 이를 하트의 “죄책 기준”(criterion of guilt)이라고 부른다. John Gardner, “Introduction”, in *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), xxxvi

71) Nicola Lacey(장영민 역), 『국가형벌론- 정치적 원리와 공동체 가치』(원제: State Punishment), (한국형사정책연구원, 2013), 89쪽

72) 하트(오병선 역), 『법의 개념』, (아카넷, 2001), 14쪽.

73) 하트는 종종 ‘자발적’이란 단어를 다양한 형태의 비자발성 유형을 배제하고자 광범위하게 사용하지만, 의도, 결과예견, 인식의 의미로도 사용된다. 의도, 인식, 결과예견의 의미에서 책임능력과 범의(mens rea)는 분명히 다르다. 즉, 사람은 후자와 꽤 독립적인 이유로 전자가 부족할 수 있다는 말이다. 특히 하트는 자발성(voluntaries)은 ‘상황 인식이나 결과 예견이라는 의미에서 범의(mens rea)보다 더욱 근본적이라고 한다. H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the*

법에서 정의한 대로 해당 범죄에 “정신적 조건” 또는 “주관적 요소들”이 전혀 없다면, 해당 범죄가 “범의(犯意, mens rea) 없이” 저질러질 수 있다면, “의도나 그와 같은 어떤 것”을 증명할 필요가 전혀 없다면, 법을 막 위반하려는 개인에게 그가 이제 막 법을 위반하려고 한다는 점은 말할 것도 없고 법이 적용되는 상황에 처해 있다고 신뢰하도록 경고할 것이 법에 전혀 없게 된다. 이처럼 범의라는 특정한 요소는 공정한 경고(fair warning)라는 이름으로 요구되며, 합당한 경고는 결국 법의 지배라는 이름으로 요구되는 것이다. 더 나아가 법의 지배에서 책임은 개인의 자유를 확보하는데 불가결한 것이며, 하트는 (책임) 조건의 인식이 ‘어느 정도 보장해주는... 능력과... 자신의 장래 운명을’ 최대화하고 ‘열려있을 공간을 미리 찾아내는’ 우리의 ‘능력을 ... 법의 개입으로부터 자유롭게 한다’ 고 강조한다.⁷⁴⁾

물론 법의 지배가 요구하는 조건을 충족한다는 점만으로는 법 자체로 형식적 자유든 다른 것이든 우리의 자유를 극대화하지 않지는 않을 것이다, 규칙을 갖춘 제도화된 체계로써, 추정적으로 포괄적이고, 최고의 권위를 지녔으며 규칙을 집행할 수 있는 강압적 장치를 갖춘 법은, 단순히 법이 우리에게 가할 수 있는 고유한 부수적인 부자유로부터 우리를 보호할 뿐이다.

5. 형벌의 도덕성과 법의 지배 관계

하트는 『형벌과 책임』의 시작부터, 형벌이라는 법 제도 자체가 법에 의해 제도화된 형벌의 도덕성에 미치는 중요한 영향 세 가지를 지적한다. 첫째, 법은 다른 처벌자들보다 훨씬 더 넓은 일선에서 사람들의 행동에 영향을 줄 수 있는 능력이 있다. 특히 법의 처벌 범위는 상당히 다른 많은 이를 억제하도록(pour decourager les autres) 더 크고 넓다. 둘째, 법은 일정한 지침을 제공하고, 법을 이제 막 위반하려는 자들에게 세심한 경고를 제공함으로써 개인의 자유의 한계와 범위를 제공한다. 이것이 범의에 대한 하트의 법의 지배 논변이다. 셋째, 법체계의 제도는 관료주의적으

Philosophy of Law, (Oxford University Press, 2008), p.90

74) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), pp.181-182

로 조직화되어 있고 형벌의 과정에서 그 역할이 서로 다르기 때문에 도덕성의 영향도 다르다. 어떤 제도의 영역에서는 특정한 잘못에 대한 수준에 상응하는 형벌의 범위를 결정하고(입법), 다른 제도의 영역에서는 형벌 대상으로 제정될(기소될) 불법행위자(범죄자)라고 주장되는 이를 선별하며(집행), 다른 제도 영역에서는 (선별된) 특정한 불법행위자(범죄자)를 처벌하도록 명령하는데, 그 승인된 범위 내에서 처벌을 배분하며(사법), 다른 제도의 영역에서는 명령받은 처벌을 감독하거나 실행에 옮기는 등의 활동을 한다(교정).

이러한 관료주의적 과정은, 형벌은 관련된 다양한 “각기 다른 질문”이 있으며, 이러한 질문에 대한 답에는, “도덕적으로 용납되는 모든 형벌의 각기 다른 부분은 각기 다른 원칙(어떤 의미에선 각각 “정당화”라고 할 수 있다)이 관련되어 있다.”⁷⁵⁾ 이처럼 하트는, 각기 다른 질문과 각기 다른 원칙이 그 관료주의적 과정의 각기 다른 단계에서 적절하게 지배적이라고 지적하면서⁷⁶⁾, 특히 입법 기관은 형벌의 일반적인 정당화 목적에, 법관은 그 형벌 분배에 신경을 쓰고 있다는 점에 주목하기도 한다.

결국 하트에게서 법에 의하지 않은 처벌은 “부차적이거나 표준에서 벗어난” 의미의 처벌이 될 뿐이다. 그에 따르면 형벌이 법으로 또는 어쨌든 국가가 독점해야만 한다는 점은 법의 지배라는 이념의 일부로서 중요한 요소이다.

V. 하트의 형법학 방법론의 현대적 의의

형법학자로서 하트는 ‘인과관계’이라는 철학적 주제가 법학의 중요한 문제임을 체계적으로 제시한 최초의 영미법학자이다. 그는 또한 일련의 책임에 대한 논의를 통해 개인의 책임의 의미와 영역, 그리고 이를 통한 국가 형벌의 정당성과 한계를 제시하려고 하였다. 더 나아가 형벌의 목적(일반적인 정당화 작업)과 형벌의 분배

75) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.3

76) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, (Oxford University Press, 2008), p.39

문제를 뚜렷하게 구분함으로써 형벌의 기능적일 수 있는 가능성의 전제를 구축하고자 하였다. 하트에게 형벌은 복수의 발로라고 할 수 있는 응보가 아니라 장래의 총체적 불법을 ‘예방’할 수 있어야 한다는 점에서 공리주의적인 것이다. 그의 공리주의적인 형벌 이념을 일관되게 적용하다보면 경우에 따라 당혹스러운 결과를 도출할 수도 있다. 예컨대 무고한 자에 대한 처벌은 부도덕한 일이라는 하지만 형벌 이론의 내적 모순이 아니기 때문에 불가피하게 발생할 수 있으며, 더 나아가 무고한 자에 대한 처벌을 통해 형사사법체계가 장래의 총체적 불법을 예방할 수 있다면 허용되어야 한다. 이미 당시에도 많은 비판을 받았고 오늘날에도 문제가 될 수 있는 결론이지만, 형사사법체계가 실제적 진실을 완벽하게 발견할 수 없다는 점, 및 이미 현실의 형사사법체계는 오류의 가능성을 스스로 인정하면서 그에 대한 회복 및 보완책을 스스로 강구하고 있다는 점⁷⁷⁾, 더 나아가 형사소송의 이념으로서 피의자 내지 피고인의 인권 못지않게 실제적 진실의 발견과 그에 따른 적정한 형벌의 부과가 중요하게 여겨진다는 점을 고려한다면⁷⁸⁾ 하트의 공리주의적 형벌 이념의 설득력을 부정하기가 쉽지 않다.

더 나아가 하트는 형사법에서 주관적인 요소들을 강조함으로써 나쁜 결과에서 형벌의 정당성을 찾는 결과 불법을 비판하고, 개인이 스스로 판단하고 결단해서 행위

77) 예컨대, 우리 헌법 제28조에서 형사보상청구권을 기본권으로 규정하거나, 형사보상 및 명예회복에 관한 법률과 같은 개별 법률로서 이를 구체화하고 있는 점, 기타 재판의 심급을 두는 것 등 스스로의 오류가능성을 회복하거나 보상하기 위한 매커니즘이 다양하게 발달되어 있다.

78) 예를 들어, 다음과 같이 형사소송에서 실제적 진실 발견의 중요성을 강조할 수도 있다. “모든 (형사) 재판의 근본적인 목적은, 실제적 진실을 발견하여 그에 상응하는 법 적용을 통해 정의를 실현하는 것이다. 이와 관련하여 형사소송의 3대 이념으로 ① 실체진실주의, ② 적정절차의 원리, ③ 신속한 재판의 원칙을 꼽을 수 있으나, 그중에서도 역시 형사소송의 근본 목적에 가장 부합하는 이념은 ‘실체진실주의’ 일 수 밖에 없다. 물론 당사자의 권리구제와 인권보호를 위해 ‘신속한 재판의 원칙’이나 ‘적정절차의 원리’도 철저히 구현되어야 할 이념이라는 점은 분명하다. 그러나 신속한 권리구제 및 분쟁해결을 통해 실제적 진실 발견의 가능성이 높아지고, 적정절차에 따른 수사 또는 재판을 통해 사실이 왜곡되어 무고한 사람이 처벌받게 되는 것을 방지하는 것이라는 점, 더 나아가서 이러한 이념들은 실제적 진실발견 과정에서 그보다 더 중요한 가치(예를 들어, 기본적 인권)가 훼손되는 것을 방지하기 위해 실제적 진실 발견이 적정절차 안에서 이루어지도록 해야 한다는 점을 상기해본다면, 실제적 진실발견이 아닌 다른 것이 형사소송의 목적이 될 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니라고 할 것이다.”, 김대근·공일규, 『검사의 효과적 공판수행 기법연구 : 증인신문 및 양형심리를 중심으로』(한국형사정책연구원, 2015), 6쪽 및 김대근, 「검사의 수사 논증과 추론의 구조 고찰 : 가추와 역행추론을 중심으로」(형사정책연구 제27권 제1호 통권 제105호, 2016) 참조.

할 수 있는 자유의 의의를 강조하였다는 점에서 오늘날 자유주의 형법의 중요한 이론을 제시하였다고도 할 수 있다. 특히 인과관계에 대한 철학적 분석을 통해 법에서 책임 귀속의 철학적 가능성을 일찍부터 강조하였던 점, 형벌의 목적을 분명하게 제시함으로써 법치국가 형법의 정당성과 한계를 분명히 밝혔다는 점, 이를 통해 법치국가에서 법의 역할과 기능의 한 가능성을 제기했다는 점에서 오늘날 민주적 법치국가의 중요한 법이론으로서 성찰할 필요가 크다고 할 것이다. Listen to My Hart!

참고문헌

[국내 문헌]

- 김영환, 제5장 지능형 로봇과 법철학적·형사법적 쟁점, 『법과학을 적용한 형사사법의 선진화 방안(VI)』, 한국형사정책연구원, 2016
- 김대근, 「검사의 수사 논증과 추론의 구조 고찰 : 가치와 역행추론을 중심으로」(형사정책연구 제27권 제1호 통권 제105호, 2016)
- 김대근·공일규, 『검사의 효과적 공판수행 기법연구 : 증인신문 및 양형심리를 중심으로』, 한국형사정책연구원, 2015

[외국 문헌]

- Andrew. Simester and G. R. Sullivan, *Criminal Law: Theory and Doctrine*, Hart Pub. Co., 2000
- _____, *Criminal Law: Theory and Doctrine*, Hart Pub. Co., 3rd ed., 2007
- Coleman, Jules, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2003
- Farrell, Ian P., H.L.A. Hart and the Methodology of Jurisprudence, *Texas Law Review*, Vol. 84, No. 983, 2006
- Feinberg, Joel, “The Expressive Function of Punishment”, *The Monist*, 49(1965)
- Gardner, John, “Introduction”, in *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2008
- Gilbert Ryle & Antony Flew (eds.), *Proceedings of the Aristotelian Society*, Blackwell, 1951
- Greene, Abner S., *Against Obligation* Harvard University Press, 2012

- H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, 1982
- _____, *Law, Liberty, and Morality*, Stanford University Press, 1963
- _____, *The Morality of the Criminal Law: Two Lectures*, The Magnes Press, 1965
- _____, *Punishment and Responsibility - Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1975 및 2008
- _____, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1984
- _____, *Honore, Causation in the Law*, Oxford University Press, 1959 및 1985
- Honoré, Tony, “Necessary and sufficient conditions in tort law”, in David Owen(ed), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, 1995
- Jackson, Frank, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis* Clarendon Press, 2000
- Lacey, Nicola, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2006
- Neumann, *Korea Hauptvortrag*, 2015,
- Mabbott, J. D. “Professor Flew on Punishment”, *Philosophy* 30(1955),
- Moore, Michael S., *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford University Press, 2010
- Quinton, A. M. “On Punishment”, *Analysis* 14(1954)
- Ralws, John, “Two Concepts of Rules”, *Philosophical Review* 64(1955)
- Shapiro, Scott J., *Legality*, Belknap Press, 2013
- Summers, Robert S., “Reviewed Work: Punishment and Responsibility by H.L.A. Hart,” *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 19, No. 4 (Autumn, 1969)

Wootton, Barbara, *Social Science and Social Pathology*, George Allen & Unwin, 1967

_____, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, Stevens, 1981

니콜라 레이시(장영민 역), 『국가형벌론 - 정치적 원리와 공동체 가치』(원제: State Punishment), 한국형사정책연구원, 2013

하트(오병선 역), 『법의 개념』(원제: The Concept of Law), 아카넷, 2001

H.L.A. Hart's Methodology of Criminal Law : In the Perspective of General Justifying Aim and Rule of Law

Kim, Dae-keun*

As a legalist and analyst, H.L.A.Hart's philosophy of law is widely known through his early work, *The Concept of Law*. However, as a legalist and analyst, Hart's criminal law and theory has not been studied unexpectedly either.

As a criminal scholar, Hart is the first scholar of the English legal system who systematically suggested that the philosophical theme of 'causation' is an important issue of law. At the same time, Hart tried to present the meaning and scope of individual responsibility through discussion of a series of responsibilities and the legitimacy and limitations of state punishment through it. The concept of 'causation' and 'responsibility', two concepts that Hart observes, is a major method of recognizing his criminal law and legal theory.

The main concern of the Hart Criminal Law Methodology is to find out the legitimacy and limitations of ascription of responsibility through the theoretical reflection on therefore to explore the limits and legitimacy of attribution. And the interest in the limit and legitimacy of ascription is ultimately the task of pursuing the legitimacy and limitations of liberal criminal law within the rule of law.

On the other hand, Hart tried to establish the premise of the possibility of functional punishment by clearly distinguishing between a general justifying aim as a purpose of punishment and the distribution of punishment. To Hart, punishment is not a retaliation that can be described as a revenge, but a utilitarian one that can prevent future total illegal activities. of course, consistent application of his

* Jurisprudence, Ph.D. Research Fellow

utilitarian punishment ideals may lead to embarrassing results in some cases. Today, the fundamental purpose of all (criminal) trials is to find the substantive truth and to realize the justice through the application of the corresponding law. Therefore, by preventing future total illegal acts, If it can be secured, it is a realistic consideration that a sacrifice inevitable is necessary.

Furthermore, Hart emphasized subjective factors in criminal law, criticizing illegalism as a result of finding justification for punishment in bad outcomes, and emphasizing the significance of freedom in which an individual can judge and act on his own initiative. Theories are presented. The purpose of this article is to clarify the legitimacy and limitations of the punishment by clearly emphasizing the philosophical possibilities of responsibilities early in the law through the philosophical analysis of causation, It is necessary to reflect on Hart criminal legal theory as an important legal theory in rule of law today.

❖ Keyword: H.L.A. Hart, concept of law, conceptual analysis, methodology of law, methodology of criminal law, punishment and responsibility, causation, liability, responsibility, ascription, legitimacy of punishment, retribution, utilitarianism, general justifying aim, prevention, distribution of punishment, mens rea, doctrine of double-effect, morality of punishment, rule of law