

자유주의연구회 포럼 발제문
일시: 2019년 3월 7일 목요일
장소: 자유기업원 회의실

밀의 자유론과 해악의 원리 (J. S. Mill's Theory of Liberty and The Harm Principle)

오병선 (서강대학교 법학전문대학원 명예교수)

1. 서론

인간은 생래적으로 자신의 이익과 발전을 추구하려 한다. 그리고 이를 자신이 원하는 대로 추구하기 위하여 자유롭게 살고자 한다. 누구도 자신의 삶의 목적과 방향을 외부에서 지시하거나 강제하는 것을 원하지 않는 것이 보통이다. 그러나 인간은 사회 속에서 생활을 하는 존재이기 때문에 개인의 생활유지 방식이 사회 전체의 질서유지의 방향과 충돌을 일으킬 수가 있다. 사회생활은 다양한 인간들의 잡다한 이해관계가 충돌되는 현상으로서 사회 질서의 안정과 전체 구성원들의 공동이익을 보장하기 위해서는 일정한 경우 개인의 자유의 영역이 제한될 필요가 있다. 사회는 여론의 압력에 의해 개인의 자유로운 행동을 제약하기도 하고, 국가는 공권력에 의해 개인의 자유로운 행동에 규제를 가하기도 한다. 이러한 제약의 경우, 특히 국가가 형사법규나 행정법규 등 법규에 의하여 개인의 자유를 제약하려면 정당한 이유가 있어야 한다. 같은 조건 아래서라면 개인에게 항상 스스로 자신의 일을 선택하여 처리할 수 있도록 내버려두는 것이 더 바람직하기 때문이다. 바람직하지 않은 행위를 하는 개인에게는 그의 행위를 비강제적인 방법, 예컨대 도덕적 호소, 교육, 조세, 기타 경제적 보상이나 인센티브를 통하여 억제할 수도 있다. 이와 같이 개인의 자유로운 행위를 적극적으로 보호하고 그 자유의 범위를 신장시키려 하는 이유는 통상 강제가 없는 곳에서 개인의 자발적 발전이 촉진되고 사회적 다양성이 확대되며 이것이 사회발전의 필요조건 - 충분조건은 아니더라도 - 이라고 주장되기 때문이다.

어느 경우에 개인의 시민적 자유가 제한될 수 있는가? 고전적 자유주의 입장의 대변자인 밀(J. S. Mill, 1806-1873)은 시민생활의 자유의 제한은 타인에게 해악을 주는 것을 막기 위해서만 정당화될 수 있다는 '타인에 대한 유해성의 원리(harm to others principle)', 또는 줄여서 '해악의 원리(the harm principle)'를 주창한 바 있다. 밀은 1859년에 출간한 『자유론(On Liberty)』에서 해악의 원리를 다음과 같이 설명한다.

“문명사회의 어느 구성원에 대하여 그의 의사에 반하여 권력이 정당하게 행사될 수 있는 유일한 목적은 타인에게 끼치는 해악을 방지하기 위함이다. 육체적이나 정신적으로 그 구성원의 이익을 위한다는 것은 충분히 정당화될 수 없고 어떤 행위를 하거나 억제함이 그에게 더 좋든지 그를 더

행복하게 한다든지 또 타인의 의견에 의하면 그렇게 하는 것이 현명하거나 또는 옳다는 이유 때문에 그렇게 하도록 강요되는 것은 정당화될 수 없다. 이러한 것들은 그 사람을 충고하고, 설득하고, 간청하는 좋은 이유들이지만 그 사람에게 강제력을 행사하고 불이행 시에 해악을 가져다줄 이유는 되지 못한다. 그 물리적 강제력을 정당화하기 위하여서는 그가 행하지 못하도록 제지당하는 행위가 타인에게 해악을 조장할 것이라는 사실이 예견되어야만 한다. 어떤 개인의 행위 중에서 사회에 책임을 져야 할 유일한 부분은 타인과 연계되어 있는 부분이다. 단순히 자신에게만 연관된 부분에 대해서는 개인의 독립성이 당연히 절대적인 것으로 인정되어야 한다. 개인은 자기 자신에 대하여, 즉 자신의 육체와 정신에 대하여 주권자이다.”(『자유론』, 서장)¹⁾

밀과 같이 타인에게 해악을 끼치는 것을 막기 위하여 강제조치가 필요하다는 것에는 누구나 동의할 수 있다. 즉 폭행, 절도, 살인 등과 같이 명백히 타인에게 해악을 주는 행위를 법적 강제를 통하여 금지하려는 것에 대하여 이의를 제기하는 사람은 없다. 그러나 밀과 같이 이것(‘해악의 원리’)만이 유일한 이유여야 한다는 주장에는 동의하지 않는 사람들도 많다. 심지어는 밀의 저술을 해석하는 가운데 밀 자신의 입장에도 해악의 원리만이 아니고 다른 원리들이 도입될 여지가 있다고 주장하는 사람들도 있다.

자신의 인생관 또는 세계관에 따라 사람들은 국가가 다음과 같은 상황의 일정한 경우 법적 강제의 동원이 정당화될 수 있다고 주장한다.²⁾ 즉 (1) 타인에게 해악을 끼치지 않고 오직 행위자 자신에게만 유해하거나(harm to self), 죄악(sin)이 되는 소위 ‘부도덕성’의 경우에(법적 도덕주의의 원리, the principle of legal moralism), (2) 타인에게 해악을 주지 않지만 행위자 자신에게 해악을 끼치는 경우거나 위협에 빠뜨리게 하는 경우에 행위자 자신의 선을 위하여(후견주의의 원리, the principle of paternalism), (3) 행위자의 행위가 타인에게 해악을 주는 것은 아니지만 불쾌감이나 모욕감을 주는 경우에(불쾌·모욕의 원리, the offense principle) 국가가 법적 강제로 개인의 자유로운 행위를 제한할 수 있다는 것이다. 이들 원리와 병렬된 지위를 갖는 것은 아니지만 이들 원리와 관련하여, 특히 해악의 원리, 그리고 법적 도덕주의 및 도덕의 강제의 원리와 관련하여 (4) 긴급한 위난에 처해 있는 낯선 사람에게 아무런 특별한 관계가 없는 사람이라도 간단한 행위를 통하여 해악을 방지할 수 있는 특수한 상황에서는 그 사람에게 간이구조의무를 부과하여 자유를 제한할 수 있는 경우(간이구조의무의 원리, the principle of duty to rescue)가 논의되고 있다.³⁾

타인에 해악을 끼치는 행위를 규제하는 해악의 원리 이외에 개인의 자유로운 행위를 제한하는 원리의 적용대상으로 오늘날 간통행위, 동성애행위, 안락사, 자살행위, 음란물(포르노그래피)의 유통 등을 둘러싸고 격심한 논쟁이 계속되고 있다. 우리나라와 같이 생활환경과 풍습이 급격히 변화하는 사회에서는 개인의 자유와 공공의 이익의 조화를 위하여 이러한 문제에 대한 법적, 도덕적 입장을 항상 새롭게 정립할 필요가 있다. 이 글에서는 우선 밀 자신의 자유론의 요지를 살펴보고 밀이 주장하는 자유제한의 핵심원리인 해악의 원리를 중

1) 앞으로 밀의 저서는 본문에 쪽수와 함께 표기함.

2) 이에 대해 Tom L. Beauchamp, *Philosophical Ethics: An Introduction to Moral Philosophy*(2nd edition, New York: McGraw-Hill, Inc., 1991), pp.388-390 참조.

3) Kent Greenawalt, “Legal Enforcement of Morality”, Dennis Patterson ed., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell, 1996), pp.477-479.

심으로 고찰하기로 한다. 이어 밀의 입장에 대한 동시대 및 현대의 비판적 견해를 살펴보고 이러한 논의들이 현재의 우리나라의 상황에 어떤 함의를 가지고 있는가를 고찰하기로 한다.

2. 자유론

1) 개인에 대한 사회적 권력행사의 한계

밀이 『자유론』에서 다루고 있는 주제는 의지의 자유가 아니라 시민적 또는 사회적 자유, 즉 사회가 개인에 대해 정당하게 행사할 수 있는 권력의 본질과 권력행사의 한계이다(『자유론』, p.65). 종래에는 자유라는 것은 정치적 지배자의 압제에 대한 보호로서 충분하다고 생각하였으나 이러한 낙관적인 희망은 쉽사리 실현되지 못했으며 새롭게 다수자의 전제라는 현상이 나타나게 되었다고 밀은 역설하고 있다. 민주주의가 확대되어 갈 때 경계해야 할 것은 교육이 부족한 다수자의 횡포를 억제하는 일이 요망된다는 것이다. 지배적인 여론이나 감정의 전횡에 대해서 방위하는 것이 필요하다는 것이다. 따라서 자유의 이론을 공고히 하기 위해서는 일정한 원리의 확립이 필요하게 된다.⁴⁾ 즉 자유론의 요점은 강제와 통합의 형태로서 - 사용되는 수단이 법적 형벌이라는 형태의 물리적인 힘이거나 또는 여론이라는 정신적인 강제이거나 간에 - 사회가 개인에게 대하는 방식을 절대적으로 지배할 권리가 있는 하나의 매우 단순한 원리를 주장하려는 데 있다(『자유론』, p.72).

“문명사회의 어느 구성원에 대하여 그의 의사에 반하여 권력이 정당하게 행사될 수 있는 유일한 근거는 타인에게 끼치는 해악을 방지하기 위함이다. 육체적이나 정신적으로 그 구성원의 이익을 위한다는 것은 충분히 정당화될 수 없고 어떤 행위를 하거나 억제함이 그에게 더 좋다는지 그를 더 행복하게 한다는지 또 타인의 의견에 의하면 그렇게 하는 것이 현명하거나 또는 옳다는 이유 때문에 그렇게 하도록 강요되는 것은 정당화될 수 없다.”(『자유론』, 서장)

밀은 모든 개성을 발전시킬 수 있는 평등한 자유를 강요한다는 점을 제외하면 개인에 대한 사회의 어떠한 권위도 인정하고 있지 않다(『자유론』, pp.131-149). 밀은 인간의 행위를 두 경우로, 즉 오직 ‘개인 자신에게만 관계되는 행위’(self-regarding action)와 ‘다른 사람에게 관계되는 행위’(other-regarding action)로 나누어 전자의 행위는 자유로워야 하지만 후자의 행위에 대해서는 사회가 이에 간섭할 권한이 있다고 말한다. 즉 간섭이 시인되기 위해서는 타인에 대한 해악이 예측되어야 한다고 본다. 단지 개인 자신에게만 관계되는 행위에서 그의 독립성은 말할 필요도 없이 당연히 절대적이다. 각 개인은 그 자신에 대해서 즉 그 자신의 육체와 정신에 대해서는 그 주권자인 것이다. (밀은 이 이론을 오직 성숙된 여러 능력을 갖춘 사람들에 대해서만 적용한다고 하였다. 따라서 미성년자나 장애인, 야만인들은 제외한다.) 요컨대 밀의 주장은 인간의 능력이 성숙된 자에게 타인에 대한 해악행위 이외에 윤리성 또는 비윤리성의 이유로 국가권력, 즉 형벌권을 행사하려는 것은 정당화될 수 없다는 것이다. 즉 압제적 국가권력에 의한 시민적 자유의 침해를 인정할 수 없다는 주장이다.

4) 전문배, 「존 스튜어트 밀의 자유주의 사상의 현대적 고찰」, 조순 외, 『존 스튜어트 밀 연구』(민음사, 1992), p.106.

2) 자유의 종류와 자기결정 및 책임을 통한 자기개선의 기회의 우월성

밀은 인간자유에 고유한 영역을 다음과 같이 세 종류가 있다고 한다(『자유론』, p.75). 첫째는 의식의 내면적 영역에 관한 것으로 일반적으로 사상의 자유라고 불리는 것이다. 둘째는 우리들 자신의 생활계획을 세울 수 있는 자유와 그리고 취미를 가지며 일을 할 수 있는 자유이다. 셋째는 타인에 해악을 미치게 하는 것이 아니라면 어떠한 목적을 위해서도 결합해도 좋다는 단결의 자유이다.

밀은 또한 자유의 형태에 관하여 지성의 자유와 행동의 자유를 구분한다. 지성의 자유는 자기 자신의 판단에 따라서 신념을 향유하고 공식화하고 확립하는 자유와 그러한 신념의 표현에 접근할 수 있는 자유 및 표현의 자유를 함께 의미한다. 행동의 자유는 자신의 욕구와 신념에 따라서 행동할 수 있는 자유를 의미한다.

이와 같이 자유가 전체로서 존중되지 못하고 있는 사회는 그 통치형태가 어떠한 것이건 간에 결코 자유롭지 못하다. 또한 이러한 자유가 절대적, 무조건적으로 존재하지 않는 사회는 어떤 사회라도 완전하게 자유롭다고 말할 수는 없다. 적어도 자유라고 불릴 만한 유일한 자유는 우리들이 다른 사람의 행복을 빼앗으려고 하지 않는 한 또는 행복을 얻으려는 다른 사람의 노력을 방해하지 않는 한, 우리들이 좋아하는 방식으로 우리들 자신의 행복을 추구하는 자유이다. 각자는 육체적, 정신적, 영적인 의미에서 그 자신의 건강의 정당한 관리자이다. 인류는 각 개인으로 하여금 스스로 좋다고 생각하는 대로 생활하게 하는 편이 다른 사람들이 좋다고 생각하는 것을 강요하는 것보다는 오히려 얻는 바가 훨씬 더 많은 것이다(『자유론』, pp.75-76).

개인의 행위는 법으로 정해진 다른 사람의 권리를 침해하는 정도에까지는 이르지 않더라도 다른 사람에게 유해하거나 또는 다른 사람의 행복에 대한 정당한 고려를 결여하는 경우도 있을 것이다. 그때에는 그 위반자는 법에 의해서가 아니라 세론에 의해서 당연히 처벌을 받아야 할 것이다. 어떤 사람의 행위의 어떤 부분이 다른 사람의 이익에 유해한 영향을 주느냐 아니냐에 따라서 사회는 이것을 가늠하고 다스리는 권리를 가지는 것이며 그것에 개입함으로써 일반의 복지가 증진하느냐 아니하느냐 하는 문제가 논의의 대상이 된다. 그러나 어떤 사람의 행위가 그 자신 이외의 다른 사람들의 이익에 아무런 영향도 주지 않을 때, 혹은 그들이 바라지 않는 한 그들의 이익에 간섭할 필요가 없을 때에는(이런 경우 관계자는 모두 성년에 이르고 있으며 보통 정도의 이해력을 갖추고 있는 것으로 본다), 이러한 문제는 거론될 여지가 없다. 그와 같은 경우에는 그러한 행위를 행하고 그 행위의 결과에 대해서 책임을 지는 완전한 자유가 법적으로 사회적으로 존재하지 않으면 아니 된다(『자유론』, p.132).

3) 자유를 통한 개인적 인격의 성장

밀의 자유주의 사상은 고전적 공리주의와는 달리 인간을 이기심에 의해서만 움직이는 또는 쾌락을 구하고 고통을 피하려는 충동에 의해서만 움직이는 존재로 간주하지 않는다. 밀에게 인간은 이성적 인간(rational beings)인 동시에 서로 판이한 개성을 지니는 존재이다. 인간은 결코 쾌락과 고통의 충동에 의해서만 필연적으로 지배되는 것이 아니라 목적을 의

식적으로 자유로이 취사선택할 수 있는 이성적 존재이다. 이때 자유는 그 자체가 고유한 가치를 지니는 것이기 때문에 다른 수단과 동일시될 수 없다. (자유가 비록 인격의 성장과 진리를 천명한다는 의미에서 수단의 하나로 간주된다고 하더라도 그 목적이 인격적, 영적인 것이다.) 밀의 자유주의 사상은 단순히 제약이 없는 상태(absence of restraint)라는 소극적 자유에 그치지 않고 개성의 자유로운 발전이라는 적극적인 측면을 지니고 있다. 이는 자신의 책임과 위험부담에서 행해지는 한 그 동포들에 의해서 육체적으로나 정신적으로 아무런 방해도 받지 않고, 자기의 의견을 자기의 생활 속에서 실현해 가는 자유를 의미한다. 다른 사람에 해악을 미치지 않는 한 다양한 성격에 대해서 자유로운 활동의 여지를 부여하는 것, 그리고 누군가가 다른 사람과는 다른 생활양식을 경험해 보려고 하는 경우에는 그로 하여금 그것을 경험하게 하여 그 상이한 생활양식의 가치를 실제로 증명하게 하는 것이 모두 유익하다. 요컨대 일차적으로 다른 사람에게 관계되지 않는 일에서는 개인이 자기를 주장하는 것이 바람직하다(『자유론』, pp.114-115).

능력과 발전성이 있는 개성을 위해서는 두 가지 조건, 즉 자유와 상황의 다양성이 필요하며 이 두 가지 조건이 서로 결합함으로써 개성의 활력과 풍부한 다양성이 형성되고, 이 개성의 활력과 풍부한 다양성이 서로 결합하여 독창성으로 된다고 밀은 역설하고 있다(『자유론』, pp.115-116). 밀은 인간에게 자유가 부여되어야 한다는 근거를 인격의 성장에 두었으므로 이 인격의 성장을 위해서는 매우 광범위한 간섭을 인정하게 되었다. 이런 의미에서 자유론은 자유주의의 타당성을 입증하는 동시에 간섭의 원리를 규명한 것으로 특징지을 수 있다.

4) 개별성의 원리와 개성의 가치의 강조

밀의 인간관은 한 마디로 개별성의 원리(the principle of individuality)에서 출발하고 있다.⁵⁾ 인간은 스스로의 힘과 잠재능력을 발전시킬 수 있는 존재이다. 그리고 육체적 능력과 마찬가지로 정신적, 도덕적 능력도 스스로 선택이라는 행위를 할 때에만 비로소 향상, 개량되는 것으로 본다. 인간본성은 어떤 모형에 따라서 만들어져서 사전에 자기에게 지정된 일을 정확히 하도록 만들어진 기계가 아니고 그 신체를 생명이 있는 것으로 만들고 있는 내면의 힘의 추세에 따라서 모든 방향으로 성장, 발전해 가지 않으면 안 되는 한 그루의 나무와 같다고 한다(『자유론』, p.117). 밀은 인간이 무엇을 하느냐 하는 것뿐만이 아니라 또한 그것을 하는 인간이 어떠한 종류의 인간인가 하는 것도 참으로 중요하다고 말한다. 그렇다고 인간을 단순히 이성적 존재로만 보지는 않는다. 오성뿐만 아니라 강렬한 감수성, 즉 욕망과 충동도 완전한 인간의 일부분을 이룬다는 것이다. 따라서 자기 자신의 독자적인 욕망과 충동을 지닌 사람, 즉 자기 자신의 욕성을 통해서 발전되고 수정되어 온 그 자신의 본성의 표현이 곧 자신의 욕망과 충동으로 되고 있는 사람, 바로 이와 같은 사람이 성격(character)을 가진 인물이 된다.

밀은 자발성(spontaneity)과 개성의 요소가 과잉하여 사회기율이 해이하다는 점보다는 오히려 그 부족을 문제시한다. 그는 인간의 내면생활을 지배하는 비이성적, 비제도적 요인의 중요성도 의식하고 있었으며, 인간은 지적 능력과 더불어 다른 정서적 능력도 그것에 못지 않게 계발될 필요가 있다는 것을 강조하였다. 강렬한 충동과 허약한 양심 사이에는 필연적

5) Michael S. McPherson, "Mill's Moral Theory and the Problem of Preference Change", *Ethics* 92(1982), p.254.

인과관계가 있는 것이 아니며 오히려 다양한 인간성의 소재 - 변용성 - 로 인해 덕에 대한 가장 강렬한 애착과 가장 엄격한 자제심을 낳게 하는 원천이기도 한 것이다. 따라서 밀은 적어도 개인의 노력과 발전을 저해하지 않고 그것을 조장하고 자극시키는 것과 같은 활동에 관한 한, 정부의 간섭은 정당시하고 있다.

그는 『자유론』의 말미에서 국민의 모든 활동을 대신하려는 국가는 결국 국민 스스로 아무 것도 할 수 없게 만드는 해악을 초래할 것이라고 경고한다. 국가의 가치는 궁극적으로 국가를 구성하고 있는 개개인의 가치이다. 이들 개개인의 정신적 확충이나 향상을 위해 이익이 되는 것을 뒤로 돌리고 사소한 사무상의 행정적 수완이나 또는 경험을 통해서 얻어지는 그것과 유사한 것을 조금이라도 더 늘리기를 원하는 국가, 또는 국민을 위축시켜서 그들을 자기 수중의 온순한 꼭두각시로 만들고자 하는 국가는 비록 그것이 국민의 이익을 위해서 행해지는 것이라 할지라도 마침내 다음과 같은 사실을 알게 될 것이다. 소인들에 의해서는 실제로 어떠한 위대한 일도 결코 이룩되지 못한다는 것, 그리고 국가가 온갖 희생을 다하여 이룩해 놓은 완전한 기구도, 그 기구의 원활한 운영을 기한다고 국가가 자진해서 배제해 버린 다음 아닌 그 성원의 활력의 결여 때문에 결국 아무런 쓸모도 없게 되리라는 것이다(『자유론』, p.170).

5) 자유의 행사의 조건과 과제: 자율성과 사회질서의 유지와의 조화

자유주의자의 공통분모는 자유가 모든 가치에 우선한다고 확신하는 데서 찾아볼 수 있다. 다른 한편으로, 자유주의자는 자율적 권리를 갖는 개인과 공동체의 유지를 위해 개인의 자율성을 제약하는 사회 사이의 적절한 관계를 최우선의 정치적 과제로 생각한다. 따라서 자유주의자에게 자유는 개인 모두가 그들 스스로의 결정에 따라 사회질서 유지라는 한계 내에서 자율적으로 선택하는 권리라 볼 수 있다. 자유주의자인 밀은 『자유론』에서 개인들의 개별성이 약화되는 것을 우려하지만, 그렇다고 사회성(sociality)을 등한시하지 않았다는 것과 오히려 그에 못지않게 강조했다라는 사실을 잊어서는 안 된다. 밀의 사상 가운데 특별히 주목을 끄는 것은 그가 개인과 사회의 관계를 대립적인 시각에서 파악하지 않았다는 점이다.⁶⁾

밀은 우선 기능론적 차원에서 자유의 소중함을 강조한다. 효용을 증대시키는 데 자유가 필요하다는 것이다. 자유가 온전히 주어져야 각자가 자신의 이익을 최대한 달성할 수 있다. 그러나 밀은 동시에 전혀 다른 차원에서 자유의 소중함을 역설한다. 자유가 수단이 아니라 목적 그 자체라는 논리를 펴고 있는 것이다. 각자가 자신의 취향과 목표에 따라 그리고 자신의 성격에 맞게 자기 삶을 설계하고 꾸려나가는 것이 중요하다. 남에게 해를 주지만 않는다면, 자유란 곧 각자가 원하는 바를 자기 방식대로 추구하는 것 그 자체이다.

그러나 밀은 자유 그 자체의 절대적 소중함을 역설하는 한편, 자유가 통제되어야 마땅할 이런저런 상황에 대해서도 고민하고 있다. 자유란 각자가 자기 방식대로 자신의 개별성을 아무런 '거리낌 없이' 발휘하는 것을 말하는가? 사람은 누구나 자신의 고유한 가치관과 감정, 그리고 나름의 목적에 따라 살아야 한다. 그러나 그 자유는 일정한 방향 아래 향유되는 것이 바람직하다. 그 틀 속에서 자유를 추구해야 한다. 방향이 없는 무원칙한 자유까지도 개별성이라는 이름으로 옹호될 수는 없다는 것이다.

6) 서병훈, 「해제: 진정한 자유의 의미를 고민한 사상가, 존 스튜어트 밀」, J. S. 밀, 서병훈 옮김, 『자유론』(책세상, 2005), p.224.

이런 점에서 공리주의를 주목해야 한다. 여기서 밀은 공리주의에 입각한 가치의 실현을 더 강조하고 있기 때문이다. 밀은 효용(utility)이 모든 윤리적 문제의 궁극적 기준(ultimate appeal)이 된다고 생각한다.⁷⁾ 그러면서 효용을 ‘진보하는 존재(progressive being)’로서 인간의 항구적인 이익에 기반을 둔 가장 넓은 의미의 개념으로 규정한다(『자유론』, 제1장). 밀은 이런 이익 개념 때문에 오직 다른 사람의 이익에 영향을 미치는 행위에 대해서만 외부의 힘이 개인의 자율성을 제한할 수 있다고 주장한다. 밀이 자유 그 자체의 소중함을 강조하면서 동시에 자유의 조건에 대해 관심을 보이는 이유는 무엇인가? 자유가 소중한 것은 바로 그 ‘좋은 삶’을 위해서이다. 밀은 자유 그 자체를 소중히 여기고 있기는 하나 엄밀히 말하면 방향이나 원칙 없는 자유를 제창하는 것은 아니다. 좋은 삶을 추구하기 위한 방향의 틀 안에서 자유가 마음껏 구가되어야 한다고 주장하기 때문이다.⁸⁾ 밀의 자유론은 ‘협력적 공리주의(cooperative utilitarianism)’의 틀 안에서 자유와 사회성을 조화시키는 것으로 이해될 수 있다.⁹⁾

3. 원리와 해악방지의 원리

1) 해악의 원리

밀의 자유주의 철학이론에서 강조된 이래 현대 영미형법상 형사제재를 정당화하는 유력한 근거인 ‘유해성의 원리’ 또는 ‘해악의 원리(the harm principle)’를 ‘해악방지의 원리(the harm-prevention principle)’로 넓게 해석할 수 있다면 이는 사람들에게 타인에게 적극적으로 해악을 야기하는 것을 금지함과 함께 타인에게 해악이 야기되는 것을 방지하도록 요구하는 것도 포함될 수 있다. 이렇게 해석한다면 ‘해악의 원리’는 소위 ‘나쁜 사마리아인의 법’을 포용할 수 있다. 그러나 만일 ‘해악의 원리’를 좁게 해석하여 위법한 행위의 결과, 즉 타인에게 직접적으로 해악을 야기하는 것만을 의미하는 것이라고 본다면 부작위범의 일종인 ‘나쁜 사마리아인의 법’은 형사입법으로 정당화될 수 없게 된다. 이 경우에는 ‘해악의 원리’ 이외에 다른 추가적인 자유제한원리인 ‘법적 도덕주의의 원리(the principle of legal moralism)’에 의하여 정당화될 수 있을 것이다. 그렇다면 여기에서 문제는 ‘해악의 원리’를 넓게 해석할 것인가, 아니면 좁게 해석할 것인가이다. 이에 대해 밀의 저술에 나타난 논거를 살펴보고 이와 관련한 여러 사람들의 논의를 고찰하고자 한다.¹⁰⁾

2) 해악의 원리는 해악방지의 원리를 포함하는가?

밀의 자유론과 도덕이론 사이의 연결성을 연구한 브라운(D. G. Brown)은 행위가 도덕적으로 그릇된 경우 그것은 간섭될 수 있는 충분조건이라는 원칙을 밀이 제시했다고 말한다. 일반적으로 밀의 입장은 이에 반대하는 것으로 인식되어 왔기 때문에 브라운의 해석이 어떤 근거에서 이루어졌는지 탐구해 볼 가치가 있다. 브라운의 해석에 따르면 밀의 입장은

7) John Gray, *Mill on Liberty: A Defence*(London: Routledge & Kegan Paul, 1983), Preface xi.
 8) 서병훈, 앞의 글, p.234.
 9) John Gray, 앞의 책, p.66.
 10) Fred R. Berger, *Happiness, Justice, and Freedom: The Moral and Political Philosophy of John Stuart Mill*(Berkeley: University of California Press, 1984), Part II.

다음과 같은 네 가지 명제로 구분해 이해할 수 있다는 것이다.¹¹⁾

- (1) 개인의 행위의 자유에 대한 간섭은 모두 일단 그릇된 것이다.
- (2) 그러나 개인의 행동이 타인에게 해악을 끼치는 것은 그의 행위의 자유가 일단(또는 조건부로) 간섭을 받을 수 있는 필요충분조건이 된다. (브라운은 이것을 ‘자유 원칙’이라고 부른다.)
- (3) 타인에게 해로운 행동이 실제로 간섭받아야 하는 필요충분조건은 그것을 간섭하는 것이 일반적 이익에 부합되기 때문이다.
- (4) 개인의 행위의 자유가 일단 간섭받아야 하는 필요충분조건은 그의 행위가 일단 도덕적으로 그릇되었기 때문이다. (브라운은 이것을 ‘도덕의 강제 원칙’이라고 부른다.)

위의 명제 중 ‘해악을 끼치다’와 ‘도덕적으로 그릇되었다’는 술어가 외연적인 동치관계를 나타내는 것으로 생각한다는 결론이 나온다. 그러나 브라운은 밀이 그러다고 생각한 행동 중 일부는 타인에게 해악을 끼치지 않는 것이 있기 때문에 밀의 입장에서 이것을 일관되게 지지할 수 없다고 주장한다. 그러나 이와 관련하여 다른 사람의 혜택을 위하여 적극적 행동을 수행하도록 정당하게 강제될 수 있다고 말한 밀의 다음과 같은 구절을 상기해 볼 필요가 있다.

“법정에서의 증언, 국방 혹은 그가 보호의 혜택을 향유하는 사회의 이익에 필수적인 공동사업에서의 자신의 의무수행과 동료의 생명을 구조하는 것, 혹은 무방비의 약자를 학대로부터 보호하기 위하여 개입하는 것 등과 같은 개인적 자선행위의 실천이 있다. 한 개인이 인간으로서의 당연한 의무를 저버렸을 때는 그는 항상 사회에 대한 책임을 지도록 강요될 수 있다. 한 개인은 다른 사람에게 작위를 통해서만이 아니라 부작용을 통해서도 해를 입힐 수 있고 어느 경우이나 그는 그 피해에 대해서 당연히 책임을 질 수 있다.”(『자유론』, p.74)

밀은 자유 원칙이 이러한 경우에 강제하는 것을 배제하지 않는다고 말한다. 왜냐하면 “한 사람이 다른 사람에게 행동함으로써만 아니라 행동하지 않음으로써도 해를 끼칠 수 있기 때문이다.” 그리하여 위의 문장에서 밀이 염두에 두고 있는 예뿐만 아니라, 해를 끼치는 것과 도덕적 의무를 위반하는 것을 동일시하는 것, 그리고 도덕적 의무를 사회적으로 강제하는 것이 적절하다는 진술을 보게 된다. 그러나 브라운은 위의 예들이 ‘해악을 끼치는 것’의 경우와 같이 순조로이 넘어갈 수 있는 문제는 아니라고 주장한다. 이와 관련하여 브라운은 다음과 같이 비판적 의견을 언급하고 있다.

“비록 내가 동료의 생명을 구조하지 않는다거나, 혹은 내가 힘없는 자를 제3자로부터 보호해야 할 상황에서조차 보호하지 않는다고 하더라도 그러한 모든 경우에 내가 소홀히 다루어진 사람 혹은 어느 누구에게도 해를 끼쳤다는 결론은 도출되지 않는다. ... 물에 빠진 사람은 스스로 뛰어 들었을 수도 있고, 정상적인 상황에서 우리가 해악의 원인을 나 자신에게서가 아니라 다른 사람의 작위에서 찾으려 요구할 수 있다. 여전히 더욱더 의문스러운 것은 밀이 타인에게 끼치는 해악의 범주에 사회 전체에 대한 개인의 책임회피를 포함시키는지 하는 것이다. 개인이 다른 사람을 해악으로부터 보호하는 자신의 몫을 하지 않음으로써 다른 사람에게 해를 필연적으로 입힌다는 것은 의문이 가면서도 상대적으로 주장해 볼 만한 것이다. 그러나 그가 사회의 이익에 필수적인 공동작업의 자기 몫

11) D. G. Brown, “Mill on Liberty and Morality”, *The Philosophical Review*(1972), pp.133-158.

을 담당하지 않음으로 해서 그들에게 필연적으로 해를 끼친다고 하는 것은 너무 강력한 주장이고 옹호될 수 없는 주장인 것 같다. 사회의 이익에 필수적인 공동의 작업이 정신장애인에 대한 제도적 보호, 도시재개발, 경제적 여건에 의해서 전쟁에 돌입할 수 있는 나라에 대한 해외원조 등을 포함하지 않을 것이라는 보장이 있을 수 없다. 현존하는 문제에 대한 개선을 위한 이러한 노력에 협동하기를 거부하는 것이 다른 사람에게 해악을 끼치는 것으로 구성하는 것은 이해할 수 없다.”¹²⁾

그러나 이러한 브라운의 견해에 대해 라이언즈(David Lyons)는 반론을 제기하고 있다. 라이언즈는 밀의 『자유론』의 다음과 같은 문장을 인용함으로써 밀이 부작용에 의해 해를 끼치는 경우를 인정하고 있다고 주장한다.

“한 개인은 그의 작위뿐만 아니라 그의 부작용을 통해서도 타인에게 해를 끼칠 수가 있고, 그 어느 경우에도 그는 타인에게 가해진 피해에 대해 정당하게 책임질 수 있다. 후자가 전자보다 강제력을 행사하는 데 더욱 신중을 기해야 한다는 것은 사실이다. 다른 사람에게 해를 가하는 것에 대하여 어떤 사람에게 책임을 지도록 하는 것은 규칙이다. 해를 방지하지 못한 것에 대하여 그가 책임 지도록 하는 것은 상대적으로 말해서 예외이다. 그러나 그러한 예외를 정당화하기에 충분할 정도로 명백하고 심각한 경우는 많다.”(『자유론』, p.74)

위와 같은 밀의 논술에 대하여 라이언즈는 다음과 같이 논평한다.

“이 문장은 밀이 브라운의 해석이 간과한 것으로 가정한 바로 그 구분— 해를 끼치는 행동과 타인에게 해를 끼치는 것을 방지하지 못한 행위 사이의 구분—을 인식하고 있다는 사실을 보여준다. 더 나아가 밀이 내린 구분을 채용할 때 밀은 해로운 행동을 금지하기 위해서 뿐만 아니라 타인에게 해를 방지하는 행위를 유도하기 위해서 간섭을 허용해도 된다는 것을 말하고 있는 듯하다. 다시 말해서 이 문장이 제공하는 증거는 애매모호하다. 부작용에 의해서 해를 끼친다는 것에 대하여 밀이 처음에 한 논평은 마치 그가 타인에 대한 해를 끼치는 행동에 대해서만 간섭을 하기만을 원하는 것처럼 보임으로써 그 자신이 제시하는 예의 성격에 대해 혼란을 일으키는 것처럼 보인다. 그러나 이어지는 문장에서 착한 사마리아 사람의 예가 나타나듯이 그는 분명히 해를 끼치지 않지만 해를 방지하는 데에 실패한 행동에 대해서까지 간섭을 확장시키고 있다.”¹³⁾

라이언즈는 밀의 자유론은 밀의 더 넓은 철학적 기초인 공리주의의 입장에서 해석해야 한다고 주장한다. 어느 사람의 자유에 간섭하는 비용보다 다른 사람의 생명의 보호 내지 사회의 이익을 증진시키는 효과가 클 때 해악방지의 의무를 부과할 수 있는 것으로 해석한다. 즉 밀의 문장과 논술에는 해를 방지하지 않는 행위를 해를 끼치는 행위와 같이 간섭을 인정할 수 있는 근거로 해석할 여지를 남겨두고 있다는 것이다.¹⁴⁾ 그레이도 라이언즈와 같이 밀의 자유론을 공리주의의 틀에서 해석하면서 자유제한의 원리로 해악의 원리는 해악방지의 원리로까지 확장할 수 있다고 주장한다. 그러나 그레이는 착한 사마리아인의 의무를 정의에서 도출되는 완전한 의무에는 못 미치는 불완전한 도덕적 의무(imperfect moral obligation)라고 해석한다.¹⁵⁾ 텐도 밀의 자유론 및 해악의 원리를 밀의 더 넓은 공리주의

12) 위의 글, pp.145-146.

13) David Lyons, “Liberty and Harm to Others”, *Canadian Journal of Philosophy*(1979), p.11.

14) David Lyons, *Ethics and the Rule of Law*(Cambridge: Cambridge University Press, 1984), p.184.

적 배분적 정의의 입장에서 해석할 때 해악의 원리는 해악방지의 원리까지 확장될 수 있다고 주장한다.¹⁶⁾

4. 원리의 적용사례: 긴급한 위험에 처한 자에 대한 간이구조행위의 법적 강제와 관련하여

1) 법제도의 비교

긴급한 위난에 처해 있는 자를 우연히 마주치게 된 사람에게 착한 사마리아인이 한 것과 같은 간이구조행위를 도덕적으로 호소하는 것 이상으로 법적으로 강제할 수 있는가? 현행 우리나라의 법제에는 긴급한 위험에 처해 있는 낯선 사람에게 아무런 특별한 관계가 없는 사람에게서는 설사 그가 자신에게는 큰 부담이 없이 간단한 구조를 할 수 있었음에도 불구하고 그러한 행위를 하지 않고 방치하는 경우(즉 ‘나쁜 사마리아인’의 경우)에 아무런 법적 책임을 묻는 규정(즉 ‘나쁜 사마리아인의 법’ 규정, The Bad Samaritan Statute)을 두고 있지 않다. 우리 형법에는 제18조에 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다”라고 의무자 또는 선행행위자의 부작위범에 관한 조항을 두고, 제 271조 이하에서 “노유, 질병 기타 사정으로 인하여 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 또는 계약상 의무 있는 자가 유기한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다”라고 보증관계에 있는 자의 유기 죄를 금하고 있다. 또한 경범죄처벌법에는 제1조 제7호에 ‘요부조자 등 신고불이행’의 경범죄를 규정하면서 “자기가 관리하고 있는 곳에 도움을 받아야 할 노인, 어린이, 불구자, 다친 사람, 또는 병든 사람이 있거나 시체 또는 죽어 태어난 태아가 있는 것을 알면서 빨리 이를 관계공무원에게 신고하지 아니한 사람”에게 구류 또는 과료의 형으로 벌한다는 규정을 두고 있다. 이와 같이 우리 법제에는 보증인의 지위에 있는 자에게만, 또는 적어도 장소관리인의 지위에 있는 자에게만 부작위의 책임을 묻고 있다. 장소관리인의 지위에 있는 자에게도 신고의 의무만 부과할 뿐이지 다른 종류의 간이구조의무를 부과하고 있지 않다. 이러한 우리나라의 법제도는 이 문제에 관하여 자유 개인주의적 입장을 반영한 것으로 보인다. 이러한 법제의 유지가 입법정책으로 바람직한 것인가의 검토가 필요하다. 참고로 외국의 입법사례를 보면 19세기 중엽의 포르투갈을 필두로 오늘날 독일, 프랑스 등 유럽의 15개 국가가 ‘나쁜 사마리아인의 법’ 규정을 두고 있고,¹⁷⁾ 우리의 이웃 국가인 일본도 불구구조행위를 제재하는 유사한 법규정을 두고 있다. 다만 영국, 미국, 캐나다, 호주 등 영미법국가에서는 전통적으로 이 문제에 관하여 자유 개인주의적 입장에서 부정적 태도를 취하여 아무런 제재규정도 두고 있지 않았다.¹⁸⁾ 그러나 최근 이러한 전통적인 태도에 대하여 영국과 미국에서 반성적인 움직임이 생겨 유력한 학자들의 비판적인 논설이 제기되기도 하였고, 특히 미국에서는 1973년 버몬트주에서 처음으로 ‘나쁜 사마리아인의 법’을 제정하

15) John Gray, 앞의 책, p.58, 68.

16) C. L. Ten, *Mill On Liberty*(Oxford: Clarendon Press, 1980), p.61, 64.

17) Alberto Cadoppi, “Failure to Rescue and the Common Law”, M. A. Menlowe and A. McCall Smith eds., *The Duty to Rescue*(Dartmouth: Aldershot, UK, 1993), pp.93-130.

18) Alexander McCall Smith, “The Duty to Rescue and the Common Law”, M. A. Menlowe and A. McCall Smith eds., *The Duty to Rescue*(Dartmouth: Aldershot, UK, 1993), pp.55-91.

여 시행하기 시작했다. 전통적으로 자유 개인주의적 입장을 취하던 영미법국가에서, 비록 부분적인 현상이긴 하지만, 무슨 이유에서 전통적 태도를 바꾸어 ‘나쁜 사마리아인의 법’ 규정의 도입을 논의하고 있으며 그 도입의 정당화 논리는 무엇인가를 살펴보는 것은 우리의 입법정책의 수립에 의미 있는 시사점을 줄 수도 있다.

2) 긴급한 위험에 처한 사람의 간이구조의 법적 의무

(1) ‘나쁜 사마리아인’의 요건: 통상 긴급한 위험에 처한 사람의 간이구조의무가 있는 자는 다음과 같은 조건이 충족되는 자라고 말한다. 즉, ① 위험에 처한 사람과 아무런 특별한 관계가 없는 낯선 사람, ② 위험에 처한 사람에게 무슨 행위인가를, 예컨대 위험의 경고, 구출행위, 조력의 모색, 경찰에의 신고, 추가적인 피해의 방지행위 등을 하지 않은 사람, ③ 자신이나 제3자에게 아무런 상당한 비용이나 위험이 없이도 구조행위를 할 수 있었던 사람, ④ 그러한 부작위의 결과로 위험에 처한 자가 피해를 입거나, 피해의 정도가 깊어진 경우, ⑤ 위와 같은 이유로 그 부작위자가 도덕적으로 비난받아 마땅한 나쁜 사람이 될 경우이다. 이와 같은 ‘나쁜 사마리아인’을 사회질서의 유지와 관리측면에서 법정책적으로 어떻게 다루어야 할 것인가의 문제의 핵심은 과연 타인에게 야기된 피해를 방지하지 못한 데 대하여 이 방관자에게 제정법으로 형사책임을 물을 수 있는가이다. 유럽국가형의 나쁜 사마리아인의 형사제재법을 만든 미국 버몬트주는 ‘위험에 처한 사람의 구조의무법(Duty to Aid the Endangered Act)’이라는 형사법전에 다음과 같은 규정을 두고 있다. “타인에게 중대한 육체적 피해가 야기되고 있고 그 타인이 제3자로부터 원조나 배려를 받고 있지 않음을 알고 있는 어느 사람이, 자신에게 위험이 없거나 또는 중대한 의무의 지장이 없는 범위 내에서 그 위험에 처한 타인에게 상당한 원조를 주어야 할 경우” 이를 위반할 때 경범죄가 성립되며 100달러의 과료가 부과된다고 규정하고 있다. 이는 구조의무 위반에 대해 최고 5년까지의 징역형을 부과할 수 있도록 한 프랑스법과는 아주 대조적이다. 영미보통법의 전통에서는 부도덕한 성질의 유해한 부작위, 예컨대 뚜껑이 열린 맨홀에 접근하는 맹인을 보고도 악의적으로 경고를 하지 않는 경우, 익사지경에 있는 수영하는 사람을 보고 다리 위에서 로프를 던지지 않는 경우, 숲에서 길을 잃어 방황하는 어린아이를 보고서도 구조나 신고를 하지 않는 경우 등, 그리고 좀더 사악한 유형의 방관자에게도 아무런 처벌을 가하지 않아 왔다. 그런데 이와 같은 전통적 태도에 대해 영미법국가에서 서서히 반성과 비판이론이 제기되었고 이를 입법정책으로 검토하여 입법을 하는 사례가 나타나고 있는 것이다. 만일 입법정책의 관점에서 ‘나쁜 사마리아인’의 불구조행위를 형사제재할 필요가 있다고 본다면 어떤 법원리를 근거로 이를 정당화하고 있는가? 사회적으로 가치 있는 법익을 보호하기 위하여 효과적인 통제수단이 되는 형법은 그 물리적 강제성의 동원으로 인하여 필연적으로 불필요하게 국민의 자유와 이익을 제약할 가능성이 크다. 형법의 정립과 적용에 관하여 그 역할과 외적 한계가 항상 문제가 된다. 이에 관하여 영국의 형법교수인 앤드류 애쉬워스는 여섯 가지의 정책이 형법의 기본 원칙이어야 한다는 설명을 한다. ① 최소한의 범죄화 정책(The Policy of Minimum Criminalization), ② 사회방위의 정책(The Policy of Social Defence), ③ 작위를 중심으로 한 책임추구의 원칙(The Principle of Liability for Acts not Omissions), ④ 사회책임의 원칙(The Principle of Social Responsibility), ⑤ 사회적 정당화의 원칙(The Principle of Social Justification), ⑥ 비례적 대응의 원칙(The Principle of Proportionate Response)이 그것이다.

(2) 해악의 원리와 해악방지의 원리: 앞에서 고찰한 바와 같이 밀의 자유주의 철학이론에서 강조된 이래 현대 영미형법상 형사제재를 정당화하는 유력한 근거인 ‘유해성의 원리’ 또는 ‘해악의 원리(the harm principle)’를 ‘해악방지의 원리(the harm-prevention principle)’로 넓게 해석할 수 있다면 이는 사람들에게 타인에게 적극적으로 해악을 야기하는 것을 금지함과 함께 타인에게 해악이 야기되는 것을 방지하도록 요구하는 것도 포함될 수 있다. 이렇게 해석한다면 ‘해악의 원리’는 ‘나쁜 사마리아인의 법’을 포용할 수 있다. 그러나 만일 ‘해악의 원리’를 좁게 해석하여 위법한 행위의 결과, 즉 타인에게 해악을 야기하는 것만을 의미하는 것이라고 본다면 부작위범의 일종인 ‘나쁜 사마리아인의 법’은 형사입법으로 정당화될 수 없게 된다. 그렇다면 여기에서 문제는 ‘해악의 원리’를 넓게 해석할 것인가, 아니면 좁게 해석할 것인가이다. 이와 관련하여 밀의 저작에는 앞에서 살펴본 바와 같이 해악의 원리에 해악방지의 원리까지 포함시킬 수 있는 해석의 여지를 두고 있다. 즉 밀의 입장에서 보더라도 ‘나쁜 사마리아인의 법’의 도입은 정당화될 수 있는 여지가 있다.

3) ‘나쁜 사마리아인의 법’ 도입여부에 대한 찬반 논쟁

자유주의적 형법관을 옹호하는 법률가들은 ‘나쁜 사마리아인의 법’을 정립해서는 안 된다고 주장한다. 그들이 도입의 반대로 제시하는 논거로는 ① 최소한의 범죄화정책론, ② 자선의 강제론, ③ 자유에의 부당한 간섭론 등이 있다.

한편 자유주의와 개인주의의 만연에 따른 시민들 간의 협력과 부조의 결핍상태, 그에 따른 공동체적 유대관계가 박약해지는 현상을 우려하는 사람들은 법정책적으로 이를 방지해야 된다고 생각한다.¹⁹⁾ 그 방법의 한 가지로 ‘나쁜 사마리아인의 법’의 도입을 주장한다. 그들이 제시하는 논거로는 ① 사회방위를 위한 해악의 원리의 확대해석, ② 최소한의 안전한 구조의 필요를 권리로 인정하여 보호할 필요성, ③ 사회적 책임원칙과 법적 도덕주의의 도입 필요성 등이 있다.

필자는 극단적 자유주의에 대신하여 좋은 사회의 건설을 위한 방향성 있는 자유라는 관념을 표방하는 밀의 논지를 옹호한다. 이와 동시에 공동체 내에서 시민들 사이에 긴급한 위난에 처한 이웃사람에 대해 관심과 구조의 의무를 강조하는 시민적 공화주의의 논지에 동의한다. 개인의 자율성은 개인의 자유와 불간섭을 극단적으로 향유하는 데서만 성취되는 것이 아니라 상호의존적인 사회 내에서 공동체 구성원으로서의 상호부조와 협력의 의무를 수행할 때 좀더 완전히 성취될 수 있다는 입장이다.²⁰⁾ 이러한 입장은 최근 자유주의와 공동체주의의 장점을 결합하여 이른바 자유주의적 공동체주의, 공동체주의적 자유주의, 공동선 자유주의, 또는 자유공동체주의 등의 이름으로 발전하고 있는 사회철학적 논지와 맥락을 같이하고 있는 것이다. 필자는 이러한 자유공동체주의의 입장에 설 때 ‘나쁜 사마리아인의 법’의 도입은 그 정당화의 근거를 찾을 수 있다고 본다.²¹⁾

19) 이 논의에 관하여 Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (Oxford: Clarendon Press, 1991), pp.91-93 참조.

20) 이와 유사한 입장으로 Joseph Raz, *The Morality of Freedom*(Oxford: Clarendon Press, 1986), ch.10, 11; Nicola Lacey, *State Punishment: Political Principles and Community Values*(Routledge, 1988), pp.172- 181등이 있다.

21) 이와 유사한 논지로 Steven J. Heyman, “Foundations of the Duty to Rescue”, *Vanderbilt L.*

5. 기타 자유제한의 원리

1) 후견주의(온정적 간섭주의)

행위자 자신의 선을 위하여 강제를 사용할 수 있다는 후견주의(온정적 간섭주의)에 대해 밀의 자유론과의 연관성을 살펴볼 필요가 있다. 밀의 『자유론』의 논지에 따르면 이러한 온정적 간섭주의에 대해 강력한 반대의 입장을 취하는 것으로 이해되지만, 『자유론』의 결론 부분에서 노예계약과 관련하여 제시된 논점이 밀의 자유론 해석에 혼란을 일으킨다.

“개인 자신에게만 관계되는 문제에 대해서는 개인의 자유가 보장되어야 한다. 이 말은 여러 개인이 모였을 경우에도 적용된다. 즉 오직 그들 자신만 관계되는 문제에 대해서는 상호동의를 따라, 역시 그들의 자유가 보장되어야 한다. 이렇게 모인 모든 사람들의 생각이 처음 그대로 바뀌지 않으면 별 문제가 될 것이 없다. 그러나 불가피하게 변화가 생길 것이므로 그들에게만 관계되는 일이라 하더라도 상호계약을 맺는 것이 필요하다. 그리고 일단 그런 계약을 맺으면 그것을 지켜야 하는 것이 원칙이다. 그러나 모든 나라에서 이런 일반 원칙에 어느 정도 예외를 두고 있다. ... 영국을 포함하여 문명이 가장 앞선 나라들에서는 예를 들어 자신을 노예로 팔아야 하거나 팔리도록 허용하는 계약은 무효이고 법적 구속력이 없기 때문에 법이나 여론에 의해서 강제할 수 없는 것으로 간주한다. 자신의 운명에 대해 스스로 결정을 내리는 것을 가로막는 이유는 자명하며, 이런 극단적인 예를 통해 그것이 더 잘 드러난다. 다른 사람이 문제되지 않는 한 개인의 자발적인 행도에 간섭해서는 안 되는 이유는 바로 그 사람의 자유를 지키기 위해서이다. 그가 자발적으로 무엇인가 선택했다는 것은 그 일이 자기에게 바람직한 또는 적어도 참을 만한 것이기 때문에 그가 최선이라고 판단한 수단을 동원해서 그 목적을 추구하는 것이 당사자에게 가장 큰 이익을 준다는 사실의 증거가 된다. 그러나 자신을 노예로 파는 것은 자유를 포기한다는 말이다. 한번 이렇게 하고 나면 나중에 다시는 자유를 누릴 수 없게 된다. 그 결과 이는 자신을 팔아버리는 행위도 허용해 주는 원리, 즉 자유의 목적을 본인 스스로 부정하는 것이나 다름없다. 그 사람은 이제 더 이상 자유롭지 못하기 때문에 본인이 자유상태에 있을 때 누리는 이점을 향유할 수 없다. 자유의 원칙이 자유롭지 않을 자유(free not to be free)까지 허용하지는 않는다. 자유를 포기할 자유는 허용하지는 않는다.”(『자유론』, pp. 157-158)

또한 밀의 다음과 같은 논술이 온정적 간섭주의와 관련이 있다.

“만일 공무원 또는 다른 어떤 사람이 불완전하다고 확인된 다리를 건너려고 시도하는 사람을 보았고, 그에게 위험을 경고할 시간적 여유가 없었다면, 그들은 그 통행자의 자유를 침해함이 없이 그를 붙들어 되돌릴 수 있다. 왜냐하면 자유는 자신이 원하는 것을 하려는 데 있고, 그는 강물에 빠지기를 원하지 않기 때문이다.”(『자유론』, pp.151-152)

이러한 밀의 논술에 대하여 현대의 온정적 간섭주의에 대한 논의에 커다란 영향력을 끼친 논문에서 제럴드 드워킨(Gerald Dworkin)은 밀이 제한된 온정적 간섭주의의 원칙을 시사

Rev. vol. 47(1994), p.755 참조.

한다고 주장한다.²²⁾ 그러나 이러한 드워킨의 해석은 조엘 파인버그(Joel Feinberg)와 같은 자유주의자들에 의해 밀의 자유론의 본질을 오해한 것으로 거부되고 있다.²³⁾

온정적 간섭주의(paternalism)란 무엇인가? 이는 두 가지 정의가 가능하다. 첫째, 오로지 자율이 제한받는 사람의 보호만을 이유로 어느 사람의 자율을 제한하는 행위가 인정된다는 뜻이다. 자율존중의 원리를 자선의 원리(principle of beneficence)가 능가하는 경우이다. 둘째, 첫째보다는 약화된 뜻으로 어느 사람의 원망이나 의도적 행위가 충분히 자율적인 선택에서 도출된 것이 아닐 경우 자선적 이유로 이를 능가할 수 있어 온정적 간섭행위를 정당화할 수 있다는 뜻이다. 오토바이 운전자의 헬멧 쓰기, 자동차 운전자 및 탑승자의 안전벨트 매기, 자살의 법적 처벌, 여호와의 증인신자에게 강제수혈을 하도록 명령하는 법원의 판결 등이 그 인정사례이다.

오늘날 온정적 간섭주의는 다양한 근거에서 정당화논의가 제기된다.²⁴⁾ 대표적인 근거를 요약하면 다음과 같다. 첫째, 어느 사람에게 간섭으로 인하여 해악을 방지하거나 혜택을 주는 것이 그 간섭으로 인하여 야기된 독립성의 상실과 침해당한 느낌을 능가하는 경우, 둘째, 어느 사람이 자율적인 선택능력이 심각하게 제한되고 있는 상태에 놓인 경우, 셋째, 유사한 상황에서 그와 같은 간섭행위가 보편적으로 정당화될 수 있는 경우이다.²⁵⁾

최근 온정적 간섭행위를 일종의 사회보험정책으로 간주하여 완전히 합리적인 판단을 할 수 있는 사람들이라면 자신을 보호하기 위하여 온정적 간섭행위를 받아들일 수 있다고 주장하는 이론이 제기되고 있다. 드워킨 이외에 롤스(John Rawls)와 같은 학자들도 온정적 간섭주의가 특수한 경우에 정당화될 수 있음을 긍정하고 있다.²⁶⁾ 즉 자신의 상황을 충분히 이해하고 있는 합리적인 행위자가 선택을 할 수 있는 자율적 행위능력이 감소된 상황의 경우 자신의 이익보호를 위하여 간섭행위에 동의할 수 있다고 주장한다. 온정적 간섭주의가 개인의 자유에 과도한 개입을 추구하는 강한 간섭을 인정하는 것이 아니고 결여된 자율성을 보충하는 ‘약한 간섭주의(weak paternalism)’를 지향하는 경우에 우리는 자유론의 범위 내에 이의 수용을 인정할 수 있을 것이다.

2) 불쾌·모욕의 원리

어떤 사람의 행위 자체가 주변사람들에게 해악을 끼치는 것은 아니지만 심한 불쾌감이나 혐오감을 자아내어 주변사람들이 그 행위자의 자유를 제한해서라도 보호받기 위하여 법적 강제조치를 취할 수 있는가의 문제이다. 음란물을 공공장소에서 전시, 반포하는 행위, 라디오를 통한 광고 등과 같이 행인이나 청취자가 동의를 할 수도 없고 회피할 수도 없는 경우에 야기되는 불쾌·모욕을 근거로 법적 제재를 인정할 것인가이다. 여기에서 불쾌·모욕은 해악의 원리에서의 해악이나 법적 도덕주의에서 말하는 도덕적 해악과는 구별되는 것이다.

밀의 『자유론』에서 타인에 대한 해악의 방지만이 도덕적으로 정당화될 수 있는 형법 금지

22) Gerald Dworkin, "Paternalism", *The Monist*, vol. 56, no. 1(1972), reprinted in *Morality and the Law*, edited by Wasserstrom, pp.64-84.

23) Feinberg, pp.105-124.

24) 이에 관하여 John Kleinig, *Paternalism*(Manchester University Press, 1983), pp.38-78 참조.

25) Douglas N. Husak, "Legal Paternalism", Hugh LaFollette, ed., *The Oxford Handbook of Practical Ethics*(Oxford University Press, 2003), pp.387-412.

26) John Rawls, *A Theory of Justice*(revised edition, Harvard University Press, 1999), pp.218-220.

사항인 것으로 인정되지만 다른 한편 『자유론』의 마지막 장에서 불쾌.모욕의 원리를 언급한 것으로 논의의 대상이 된다.

“행위자 자신에게만 직접적 피해를 주기 때문에 사법적 처리의 대상이 되어서는 안 되는 많은 행동들 가운데, 만일 공개적으로 행해진다면 미풍양속을 침해하고, 타인에 대한 불쾌와 모욕의 범주에 들어가게 되는 많은 행동들이 정당하게 방지될 수 있다. 예절에 대한 도전이 이러한 종류에 속한다.”(『자유론』, 제5장)

밀이 해악의 원리와 불쾌.모욕의 원리와 관계에 대해 많은 말을 하고 있지 않지만 이 구절로 인해 밀은 자유제한의 원리로 해악의 원리 이외에 불쾌.모욕의 원리를 인정함으로써 여겨진다. 여기에서 불쾌하고 모욕적인 상황이란 무엇인가? 우리가 싫어하거나 혐오하거나 회피하고 싶은 모든 것이 우리에게 해악을 끼치는 것은 아니다. 슈퍼마켓에서 낯선 사람이 나체로 활보하는 경우 정상적인 사람들의 눈에는 해악을 끼치는 상황은 아니지만 당혹스럽고 혐오스러운 경험이 될 수 있다. 이러한 불쾌하고 모욕적인 상황은 다양한 형태로 나타날 수 있는데 이러한 경우에 형법적 금지의 대상이 될 수 있는가에 대해 법학자들과 철학자들이 일정한 요건을 제시하고 있다. 그러한 불쾌하고 모욕적인 행위가 민폐(nuisance)로 인정될 만한 상황으로, 상당한 불편이나 과도한 비용을 들이지 않고서는 그러한 불쾌하고 모욕적인 상황을 벗어나기 어려운 상태에 빠져 그러한 불쾌하고 모욕적인 상황을 견뎌야만 하고 그러한 상황이 불공정하다고 인정될 때 불쾌.모욕의 원리가 성립한다고 한다.²⁷⁾

불쾌.모욕의 원리에 대해 여러 가지 상반된 철학적 입장이 제시되고 있다. 불쾌.모욕의 원리를 별도의 자유제한의 원리로 인정하는 것을 비판하는 한 가지 입장에서는 해악과 불쾌.모욕의 구별이 곤란하다는 견해를 펴고 있다. 우리들 대부분은 불쾌하고 모욕적인 상태의 마음으로 시달리지 않을 이익을 가지고 있기 때문에 이러한 이익이 침해되면 비록 사소한 것일지라도 사람이 해악을 입는 것이라고 주장한다. 이 경우 불쾌.모욕적인 상황은 해악을 끼치는 것과 같이 규제의 대상이 되어야 한다고 한다.²⁸⁾ 그러나 불쾌.모욕의 원리를 별도의 자유제한의 원리로 인정하는 것을 비판하는 다른 입장은 밀의 입장을 좀더 자유주의에 철저하게 해석하여, 사적이나 공적으로 그러한 불쾌하고 모욕적인 상황이라도 그것은 해악을 끼치는 것이 아니기 때문에 자유롭게 사는 사람들 사이에서 관용의 대상이 될지언정 법적 규제의 대상은 될 수 없다고 주장한다.²⁹⁾ 이러한 견해와는 상반되게 해악과 불쾌.모욕의 구별이 유용하다는 입장은 이 구별이 오랜 관행에 따른 것이며 상식에도 부합하고 불법행위에 관한 법률용어상에도 고의적으로 유해하거나 모욕적인 신체적 접촉을 가한 경우를 논하고 있는 경우를 들 수 있다고 한다.³⁰⁾ 어떤 여성이 버릇없는 승배자로부터 키스를 당한 경우에 해악을 입지 않았지만 불쾌하고 모욕적인 심정을 당할 수가 있다.

27) Joel Feinberg, *Offense to Others*(New York: Oxford University Press, 1985), ch.8: Joel Feinberg, “Harmless Immoralities and Offensive Nuisances”, Norman S. Care and Thomas K. Trelogan, eds., *Issues in Law and Morality*(Cleveland: Case Western Reserve University Press, 1973), pp.99-134.

28) Donald VanDeVeer, “Coercive Restraint of Offensive Action”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 8(1979), pp.176-193.

29) Anthony Ellis, “Offense and the Liberal Conception of the Law”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 13(1984), pp.3-23.

30) Joel Feinberg, “Harm and Offense”, L. C. Becker and C. B. Becker, eds., *Encyclopedia of Ethics*(2nd edition, New York and London: Routledge, 2001), p.654.

이와 관련하여 파인버그는 사회적으로 관용할 수 있는 한계를 넘어 법으로 정당하게 규제할 수 있는 불쾌·모욕적 행위가 인정될 수 있다고 주장하며 다만 이 경우에도 개인의 사생활의 자유가 침해되지 않도록 양자를 비교형량할 기준이 필요하다고 주장한다. 파인버그는 불쾌·모욕의 원리가 해악의 원리를 보완하는 법적 규제의 근거가 되기 위해서는 두 가지 평가요소가 필요하다고 주장한다. 즉 먼저 어느 특정 계층, 당파, 집단에 속하는 개인들이 아니라 무작위로 뽑은 어떤 부류의 사람들로부터도 똑같은 수치심, 불쾌감을 일으키는 반응이 나올 수 있을 때 법적 강제가 정당화될 수 있다는 보편성의 기준을 든다. 또한 상당한 노력이나 불편을 초래하지 않고 그 불쾌한 장면으로부터 회피할 수 있는 경우에는 국가는 불쾌·모욕의 원리를 근거로 그 불쾌·모욕적인 경험으로부터 보호받을 수 있는 권리를 부여하여서는 아니 된다고 주장한다.

이 문제를 고찰하기 위하여 파인버그는 형법의 도덕적 한계에 관한 문제를 논하면서 예문으로 다음과 같은 가상 사례를 제시한다. 예컨대, 출퇴근길에 대중교통수단과 같이 승객들로 어느 정도 채워진 버스나 전철을 타고 직장이나 어떤 중요한 약속장소로 가고 있다고 생각해 보자. 중간에 내릴 경우 차비를 또 써야 하는 부담도 문제지만 약속시간에 늦게 되는 것이 큰 불이익이라고 생각하여 무사히 목적지에 도달하기만을 빌고 있다고 해보자. 이와 같은 상황에서 버스나 전철에 어떤 한 사람, 또는 한 집단의 사람들이 새로 타서 내가 앉아 있는 자리에 접근하여 다음과 같은 불쾌하거나 혐오감을 일으키는 모습이나 행위를 하고 있다고 가상해 보기로 하자.

(1) 감각에 모욕적인 느낌을 주는 경우: ① 한 달 이상 목욕을 하지 않은 사람이 내 옆에 앉아서 불쾌한 냄새를 풍기고 있다. 다른 자리로 옮기기도 쉽지 않다. ② 난폭하게 뭉개지고 으깨진 사과나 장미꽃 모양의 그림이 그려진 셔츠를 입은 사람이 맞은편에 앉아서 시선을 끌고 있다. 보는 것을 피하려면 고개를 숙이거나 눈을 감을 수밖에 없다. ③ 어떤 승객이 가지고 탄 포터블 라디오를 제일 높은 볼륨으로 틀어놓았다. 스테레오 음악이 나오면서 찢어지는 금속성 소리도 나오고 있다.

(2) 혐오감을 일으키는 행위: ① 앞의 (1)의 경우의 승객이 계속 굶고 털고 기침을 하고 심지어 이를 잡고 있다. ② 여러 명의 승객이 함께 탄 후 내 옆에 앉자마자 무릎 위에 테이블보를 펼쳐놓고 도시락을 꺼내 먹기 시작했다. 도시락통에서 보이는 것은 살아 있는 곤충, 소와 돼지의 성기를 잘라 절인 것 등이었다.

(3) 도덕적, 종교적 감정 또는 애국심에 모욕을 느끼게 하는 행위: ① 여러 명의 조객들이 관을 들고 버스에 탔다. 관에 대고 욕설을 퍼붓기도 하고 망치로 때리기도 한다. ② 옆에 탄 승객이 국기로 짠 도시락을 꺼내서 음식을 먹기 시작하더니 국기에다가 침을 뱉기도 한다.

(4) 수치감, 당혹감을 일으키는 행위: ① 맞은편에 앉은 승객이 옷을 벗더니 완전히 흘랑 벗어 나체가 되었다. ② 맞은편에 같이 탄 남녀 승객이 키스, 포옹, 애무를 하며 이상한 소리를 내고 있다. ③ 맞은편에 앉은 승객이 둘 다 남성인데 호모섹스 행위를 한다.

(5) 권태와 좌절감을 일으키는 행위: 옆에 앉은 두 사람의 승객이 계속 수다를 떠는 소리가 들리는데 그 권태로운 이야기를 피할 수가 없다.

(6) 공포, 분노, 굴욕감을 일으키게 하는 행위: ① 옆에 앉은 승객이 가방에서 장난감 수류탄과 고무나이프를 꺼내 흔들고 찌르는 흉내를 내고 있다. ② 여러 명의 승객들이 여성차별주의를 지지한다면 여성모욕적인 문구가 들어 있는 깃발을 흔들고 있다.

위에 열거한 행위들은 제한된 의미에서 타인에게 해악을 끼치는 것은 아니지만 목격자나 그 행위를 알게 된 사람들에게 불쾌감, 혐오감을 일으킨다. 논자에 따라 이러한 행위들을 부도덕한 것으로 보려는 사람도 있다. 위와 같은 행위가 원하지 않는 목격자 앞에서 행해지는 경우는 사적으로 행해지는 경우와 구별된다. 여기에서 문제는 행위 자체의 부도덕성이 문제가 아니라 그러한 행위가 공적으로 원하지 않는 관중 앞에서 행해져 건전하고 품위 있는 문화감정을 훼손하는 데 있다.

오늘날 공공연히 불쾌하고 모욕적인 장면에 마주쳐서 인질처럼 속수무책으로 견딜 수밖에 없는 상황인 경우 그러한 상황을 자유사회에서 관용으로 인내하라고 하는 것이 불공정하다고 판단될 때 해악의 원리와는 별도로 형법적 규제의 대상으로 보는 것이 옳다. 우리나라의 경범죄법에서는 이러한 상황들을 열거하고 있다.

3) 행위자 자신에게만 유해한 행위와 법적 도덕주의

(1) 밀의 자유론 및 자기결정의 자유 대 스티븐의 법적 도덕주의

밀은 인간의 능력이 성숙된 자에게 타인에 대한 해악행위 이외에 윤리성 또는 비윤리성의 이유로 국가권력, 즉 형벌권을 행사하려는 것은 정당화될 수 없다고 말한다. 압제적 성향을 띠는 국가권력에 의한 시민적 자유의 침해를 인정할 수 없다는 주장이다.

이에 대하여 같은 영국의 빅토리아 시대의 법관이며 형법사학자였던 스티븐(James F. Stephen)은 중대한 형태의 비윤리적 악덕행위를 억제하기 위하여 법적 강제가 필요하다고 주장했다. 그는 형법의 목적이 덕을 증진하고(promoting virtue) 악을 방지하기(preventing vice) 위한 것이라며 형법은 일정한 자기방어를 위해서 필요한 정도로 악덕에 대하여 제재를 가할 것이 아니라 일반적으로 악덕은 나쁜 것이라는 이유로 제재를 가해야 된다는 것이다. 그래서 사회적으로 부도덕한 행위라고 비난받는 행동은 그것이 유해한 것이 아닐지라도 처벌해도 좋다는 것이다.³¹⁾

(2) 법적 도덕주의와 형사제재

우리는 우리 자신의 도덕적 견해와 다른 입장을 외적 권위에 의하여 강제하려는 것에 대하여 반감을 가지고 있기 때문에 논란의 여지가 많은 도덕적 문제를 법적 강제에 의하여 정당화할 수 있다는 주장에 대하여 회의적인 태도를 취하는 것이 보통이다. 밀의 자유주의의 입장을 계승하는 20세기의 영국의 대표적인 법철학자 하트(H. L. A. Hart)도 현대와 같은 자유민주사회에서는 국가의 도덕적 중립성의 견지가 중요하다고 이러한 견해를 취하고 있다.³²⁾ 그러나 경우에 따라 도덕적 원칙에 기초한 법적 규제가 정당화되는 사례를 인정할 수가 있다. 영미국가에서 도덕적 범죄(moral offense) 및 도덕성과 인간의 예절에 반한 범죄(offenses against morality and human decency)라는 용어로 어떠한 행위가 비록 개인에게 해악을 끼치지 않지만 법적 제재를 부과해야 하는 경우를 인정하고 있다.

여기에서 법적 도덕주의(legal moralism)라는 철학적 원리는 어떤 행위가 해악을 끼치는 것은 아니지만 비행(evils)을 이루는 것이기 때문에 형사제재로 금지할 정당한 도덕적 이유

31) James Fitzjames Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*(2nd edition 1873, Chicago and London: University of Chicago, 1991), ch.I.

32) H. L. A. Hart, *Law, Liberty, and Morality*(London: Oxford University Press, 1963), ch.III.

가 있다는 것이다.³³⁾ 어느 행위가 다원적 사회에서 해악의 원리를 넘어 비행적 행위로 되고 그리하여 정당하게 불법화될 수 있는 대상이 되는가에 대하여 그 종류와 내용이 무엇이고 어느 정도까지 인정되는가가 문제가 된다. 많은 나라에서 형사범죄로서 입법의 대상이 된다고 보는 것으로 동성애행위, 매춘행위, 포르노그래피 필름의 사적 이용, 도박행위, 사회적으로 해악을 끼치지 않는 마약의 개인적 사용, 자발적 안락사, 자살 등이 있다. 우리나라의 예를 보면 대법원의 판결 중에 음란물에 관한 결정은 음란물이 중대한 사회적 가치에 관한 문제를 제기하고 있음을 밝히고 있다. 형법 제243조의 음화 등의 반포죄 및 형법 제244조의 음화 등의 제조죄와 관련하여 소설 『즐거운 사라』가 음란한 문서에 해당한다고 판결한 우리나라의 대법원은 헌법이 기본권으로 보장하는 문학에서의 표현의 자유도 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 경우에는 이를 제한할 수 있음을 확인하고 있다. 즉 문학작품이라고 하여 무한정의 표현의 자유를 누리 어떠한 성적 표현도 가능하다고 할 수는 없고 그것이 건전한 성적 풍속이나 성도덕을 침해하는 경우에는 형법규정에 의하여 이를 처벌할 수 있다고 판결한다.³⁴⁾

(3) 피해자 없는 도덕적 악행

법적 도덕주의의 문제의 검토에서 피해자가 있는 도덕적 악행의 경우와 피해자가 없는 도덕적 악행(morally wrong behavior without victims), 즉 어느 행위의 관련 당사자들이 자발적으로 동의를 했기 때문에 어느 누구에게도 해악을 끼치지 않고 피해자가 없는 그러나 그 행위는 여전히 도덕적 악행인 경우를 구별할 필요가 있다. 파인버그는 이를 ‘해악 없는 악행(harmless wrongdoing)’이라고 부르는데 매춘행위, 동성애행위, 도박행위, 대마초 흡연행위, 마사지 룸에서의 성적 접대행위 등은 행위 당사자들에게는 직접적으로 해악을 끼치지 않을지 몰라도 이는 도덕적 악행으로 생각되기 때문에 법적 금지와 형사제재의 대상이 될 수도 있다고 말한다. 그러나 여기에서 피해자 없는 도덕적 악행이 과연 형사범죄 행위가 될 수 있겠는가는 논란의 대상이 된다. 동성애행위 및 도박행위에 대한 법적 제한은 자유에 대한 부당한 제한이 될 수가 있기 때문이다.

아동을 대상으로 한 포르노그래피나 노상에서의 매춘호객 행위는 형법으로 정당하게 처벌할 수 있는데 그 이유는 어린 아동의 성적 발달이 도착되거나 노상의 매춘부가 모욕, 착취, 또는 신체적 폭력에 의하여 해악을 입을 수 있기 때문이다. 이러한 경우는 법적 도덕주의의 원리에 기초한다고 하기보다는 해악의 원리를 적용하는 사례라고 말할 수 있다. 합의한 성인들 간의 특정한 성행위가 그 사람들에게 육체적, 심리적인 해악을 끼치기 때문이 아니라 그러한 행위가 내재적으로 모욕적인 죄악이거나 도착행위라고 판단되기 때문에 정당하게 형사제재를 가할 수 있다고 보는 입장이 법적 도덕주의이다.

(4) 하트의 자유주의 대 데블린 판사의 법적 도덕주의

밀의 『자유론』 출간 이후 도덕적 견해를 사회에 부과하려는 시도에 반대하여 기존의 제한적 법규를 제거하려는 노력이 긍정적으로 받아들여지기도 했다. 예컨대 1957년 영국의 올펜덴 위원회(Wolfenden Committee)는 매춘행위와 동성연애에 관한 법률의 검토보고서에서 기존 법의 변경에 관한 권고의견을 제시하였다. 동성연애에 대하여 합의한 성인 사이의 행위는 사적으로 행해지는 경우에 범죄가 되어서는 아니 된다고 권고했다. 매춘행위에 대

33) P. Devlin, *The Enforcement of Morals*(London: Oxford University Press, 1965), ch.I.

34) 대법원, 1995. 6. 16. 선고 94도2413 판결.

하여는 그 행위 자체가 불법은 아니나 공공의 방식으로 권유하는 것은 일반 시민에 대한 범죄가 된다는 이유로 거리에서 그러한 행위를 추방하는 입법이 있어야 할 것이라고 권고했다. 위원회는 밀의 『자유론』의 논지를 바로 받아들여 범죄(crime)와 죄악(sin), 그리고 공적 예절과 사적 도덕의 문제를 엄격히 구별하고 법은 공적 예절의 문제만 규제할 뿐 사적 도덕의 문제는 입법의 대상에서 취급하지 말아야 한다고 주장했다. “형법의 기능은 공적 질서와 예절을 보존하고 시민을 공격적이거나 유해한 행위로부터 보호하고 타인을 착취하거나 타락시키는 행위로부터 충분한 보장을 제공하는 데 있다”라고 주장했다.

요컨대 위원회는 공적 예절이나 개인적 해악에 관련되지 않으면 법으로 동성애행위나 매춘행위를 금지해서는 아니 된다는 것이다. 즉 사적 도덕의 문제에 해당하는 개인적 선택과 행동의 자유와 같은 것은 법의 업무영역 밖에 속한다는 것이다.

1955년 미국법률협회는 모범형법전의 초안과 함께 성인 사이의 사적인 합의에 따른 모든 성관계는 형법에서 제외되어야 한다는 권고의견을 제출했다. 합의에 따른 성인 당사자 사이에 사적으로 행해지는 성행위는 공동사회의 세속적 이익에 아무런 침해를 초래하지 않는다는 것이 그 근거이다. 그리고 모든 개인은 타인에게 해악을 끼치지 않는 한 그의 개인적인 일에 국가의 간섭을 받지 않도록 보장받는다라는 것을 근거로 한다.³⁵⁾

데블린 판사(P. Devlin)는 올펜덴 위원회의 보고서에 대하여 『도덕의 강제(The Enforcement of Morals)』(1959)라는 저술에서 반박의견을 편다. 법이 간섭할 일이 아닌 사적인 윤리 및 불륜의 영역이 있다는 데 대하여 악의 억압은 국가전복 행위를 진압하는 것이 법의 과제인 것만큼 법이 해야 할 일이라고 주장했다.

위원회의 입장을 동조하는 하트는 데블린이 주장하는 것과 같이 비윤리적이고 혐오감을 일으킨다고 여겨지는 행위가 그 사회의 존립을 위협한다고 보는 것은 불합리하다고 데블린의 견해를 비판한다. “이것은 마치 사회의 존립이 그 구성원 한 사람의 죽음이라든지 또는 어떤 사람의 탄생에 의하여 위협된다고 주장하는 것만큼이나 어리석은 것이다. 데블린은 그러한 주장을 지지할 그 어떤 것도 증거에 의해서 제시하지 못하고 있다. … 사회의 유지는 윤리의 강제를 필요로 한다는 아무런 증거가 없다.” 즉 하트는 성인의 사적인 행위로서 성윤리로부터 이탈한 행위가 반역행위처럼 사회의 존립을 위협한다는 데블린의 주장은 아무런 증거의 뒷받침이 없다고 말한다. 그것은 실증적 사실에 기한 설명이 아니라 마치 유스티니아누스 대제가 ‘동성행위는 지진의 원인’이라고 한 것만큼이나 허황한 주장이라고 말한다. 그리고 모든 윤리는 ‘한 필의 솔기 없는 천(single seamless web)’처럼 단일체를 이루어 그 어떤 부분으로부터의 이탈도 전체로부터 이탈하는 것과 같다는 데블린의 주장이나, 관습적인 성윤리에서 이탈하는 자는 사회의 적대자라는 이론을 지지할 만한 증거는 없으며 오히려 그것을 거부할 증거가 많다고 했다. 사회를 공인된 윤리와 동일시하여 그 윤리의 변화가 그 사회의 파괴에 상당하다고 하는 것은 도저히 받아들일 수 없다는 것이다.³⁶⁾

그러나 법적 도덕주의를 지지하는 입장은 다음과 같은 논거를 들어 자유주의적인 형법 윤리관을 비판한다. 사회가 전통도덕을 보존할 권리가 있고 미덕과 선량한 성격을 보호하는 것은 법의 정당한 목표라고 하며 그 논거로서 민주주의에서의 권리 또는 도덕성의 사회적 중요성을 든다. 첫째, 공동체 속에서 어떤 관행이 대부분의 시민들에 의하여 부도덕한 것이라고 간주되면 그 행위를 불법으로 취급하는 것이 민주주의 규칙하의 정당한 권위의 행

35) American Law Institute, Model Penal Code Tentative Draft.

36) H. L. A. Hart, 앞의 책, p.51.

사방법으로서 정당화될 수 있다는 것이다. 공동체의 정서가 민주주의하에서 법을 만들고 법은 지배적인 정의의 표준을 표출한다고 말한다. 둘째, 도덕성 보호의 사회적 필요성과 중요성을 강조하는 주장은 법의 주요 기능의 하나로 덕목을 증진하고 악행을 억제하는 것도 포함되며 이것은 단순히 혜택과 해악이라는 관념에 환원시킬 수는 없다는 입장이다.

6. 론

이상의 논의를 정리하며 이 논의를 우리 사회에 실천화하는 법과 정치제도의 특징을 살펴보기로 한다. 모든 개인들이 평등한 자유를 누리면서 자신이 원하는 삶의 방식을 추구할 수 있는 사회를 우리는 자유사회라 부른다. 그리고 사람들이 공동체 전체에 해악이 야기될 때, 또는 이웃에서 긴급한 환난을 당했을 때 서로 외면하지 않고 상호협조와 연대관계를 유지할 수 있는 사회를 우리는 공동체적 사회라고 부를 수 있다. 그런데 개인들이 자유롭게 사회로부터 부당한 제약이나 간섭 없이 자신의 취향, 능력과 소질을 최대한도로 발휘할 수 있되 공동체 전체에 중대한 해악이 야기될 때, 또는 이웃에 긴급한 위난이 있을 때 상부상조하며, 생존과 성취의 의의를 자신만이 아니라 이웃과 사회에도 귀속시키려는 태도를 가질 때 이 사회는 '자유로운 사람들이 모여 꾸민 공동체적 사회' 즉 줄여서 '자유공동체(liberal community)'라고 부를 수 있는 것이다. 자유공동체의 법질서는 법과 도덕이 구별되어 있되 반드시 항상 서로 분리되어 있는 것은 아니다. 실정법의 정립과 발전은 엘리트 입법자들의 독자적인 통치외사에서보다 사회관행, 지배적 도덕의식, 관습법의 성문화를 통하여 많이 이루어진다. 법은 도덕원리로부터 끊임없는 영향을 받고 도덕의 법외의 삼투작용을 통해 법의 내적 도덕성이 형성된다. 형법규정에는 여전히 상당수의 법의 도덕화의 과정을 통해 정립된 사회윤리규범이 반영되어 있다. 형법전 중에 특히 개인생활과 사회생활에 관련된 범죄와 처벌규정은 예외 뒤르캄의 말처럼 시민들의 공동체의식을 반영하여 사회통합을 이룩할 수 있는 대표적인 규범장치가 된다.

젊은 세대에 이룰수록 특히 이기적 개인주의, 원자적 고립주의에 빠져 세대 간의 갈등과 단절의 우려가 있는 현시점에서 사회적 통합의 증진을 위하여도 시민질서 속에서 건전한 사회윤리의 회복, 특히 사회연대정신의 재건은 필요하다. 개개의 시민들이 각자의 자유를 추구하며 독자적으로 행동할 때 일상생활에서 이의 실천이 어려운 것이 사실이지만 그 필요성에 대하여 사회적 공감대를 형성할 수 있다면 공동적인 실천을 위하여 법이 효과적으로 개입할 여지가 있는 것이다. 이러한 논지를 뒷받침하는 이론적 근거의 한 예를 밀의 『자유론』과 그의 저작체계에서 찾아볼 수 있다. 자유사회에서 개인의 자율적 개별성과 사회성과의 조화를 모색한 밀의 자유론의 핵심정신은 오늘날 우리사회에도 시사하는 점이 크다. 해악의 원리를 시민적 자유의 제한 원리로 제시하면서도 이를 확장하여 해악방지의 원리까지 포함시킬 수 있는 여지를 둔 밀의 복잡 정교한 자유론의 체계는 단순한 개인주의적 자유론으로서 그치는 것이 아니라 '방향성 있는 자유론', 개인의 진보와 사회발전을 공동의 목표로 삼고 있는 자유공동체의 한 교본이라고 할 수도 있을 것이다. 또한 제한적이지만 약한 형태의 후견주의(은정적 간섭주의)나 불쾌·모욕의 원리를 긍정적으로 논술하고 있는 밀의 입장은 현대사회에서 개인들이 자유와 사회성을 어떻게 조화롭게 추구해야 하는가의 과제에 지혜로운 지침을 주고 있다고 할 수 있다.

참고문헌

- 존 스튜어트 밀, 서병훈 옮김, 『자유론』, 책세상, 2005; 김형철 옮김, 『자유론』, 서광사, 1992.
- 서병훈, 「해제: 진정한 자유의 의미를 고민한 사상가, 존 스튜어트 밀」, J. S. 밀, 서병훈 옮김, 『자유론』, 책세상, 2005.
- 전문배, 「존 스튜어트 밀의 자유주의 사상의 현대적 고찰」, 조순 외 『존 스튜어트 밀 연구』, 민음사, 1992.
- 프레드 버거.김형철, 「자유론 해제」, J. S. 밀, 김형철 옮김, 『자유론』, 서광사, 1992.
- Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Beauchamp, Tom L., *Philosophical Ethics: An Introduction to Moral Philosophy*, 2nd edition, New York: McGraw-Hill, Inc., 1991.
- Berger, Fred R., *Happiness, Justice, and Freedom: The Moral and Political Philosophy of John Stuart Mill*, Berkeley: University of California Press, 1984.
- Brown, D. G., “Mill on Liberty and Morality”, *The Philosophical Review*, 1972, pp.133-158.
- Cadoppi, Alberto, “Failure to Rescue and the Common Law”, M. A. Menlowe and A. McCall Smith eds., *The Duty to Rescue*, Dartmouth: Aldershot, UK, 1993, pp.93-130.
- Devlin, P., *The Enforcement of Morals*, London: Oxford University Press, 1965.
- Dworkin, Gerald, “Paternalism”, *The Monist*, vol. 56, no. 1; reprinted in *Morality and the Law*, edited by Wasserstrom, 1972, pp.107-126
- , “Paternalism: Some Second Thoughts”, Rolf Satorius ed., *Paternalism*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983, pp.105-112.
- Ellis, Anthony, “Offense and the Liberal Conception of the Law”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 13, 1984, pp.3-23.
- Feinberg, Joel, “Legal Paternalism”, *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 1, no. 1, 1971.
- , “Harmless Immoralities and Offensive Nuisances”, Norman S. Care and Thomas K. Trelogan eds., *Issues in Law and Morality*, Cleveland: Case Western Reserve University Press, 1973.
- , *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, New York: Oxford University Press, 1984.
- , *Offense to Others*, New York: Oxford University Press, 1985.
- , *Harm to Self*, New York: Oxford University Press, 1986.
- , *Harmless Wrongdoing*, New York: Oxford University Press, 1988.
- , “Harm and Offense”, L. C. Becker and C. B. Becker eds., *Encyclopedia of Ethics*, 2nd edition, New York and London: Routledge, 2001.
- Gray, John, *Mill on Liberty: A Defence*, London: Routledge & Kegan Paul, 1983.
- Greenawalt, Kent, “Legal Enforcement of Morality”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Dennis Patterson ed., Oxford: Blackwell, 1996,

- pp.475-487.
- Hart, H. L. A., *Law, Liberty, and Morality*, London: Oxford University Press, 1963, 이영란 옮김, 『법, 자유, 도덕』, 나남출판, 1996.
- Heyman, Steven J., “Foundations of the Duty to Rescue”, *Vanderbilt L. Rev.* vol. 47, 1994, pp.673-755.
- Husak, Douglas N., “Legal Paternalism”, Hugh LaFollette ed., *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford University Press, 2003, pp.387-412
- Kleinig, John, *Paternalism*, Manchester University Press, 1983.
- Lacey, Nicola, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, Routledge, 1988.
- Lyons, David, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1984.
- , “Liberty and Harm to Others”, *Canadian Journal of Philosophy*, 1979, pp.1-19.
- McCall Smith, Alexander, “The Duty to Rescue and the Common Law”, M. A. Menlowe and A. McCall Smith eds., *The Duty to Rescue*, Dartmouth: Aldershot, UK, 1993, pp.55-91.
- McPherson, Michael S., “Mill's Moral Theory and the Problem of Preference Change”, *Ethics* 92, 1982, pp.252-273.
- Mill, J. S., *Utilitarianism, On Liberty, and Considerations on Representative Government*, edited by H. B. Acton, London: J. M. Dent & Sons Ltd., 1972; -----, *On Liberty*, London: Oxford University Press, 1975(1859).
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, revised edition, Harvard University Press, 1999.
- Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986.
- Stephen, James Fitzjames, *Liberty, Equality, Fraternity*, Chicago and London: University of Chicago, 1991(2nd edition, 1873).
- Ten, C. L., *Mill On Liberty*, Oxford: Clarendon Press, 1980.
- VanDeVeer, Donald, “Coercive Restraint of Offensive Action”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 8, 1979, pp.176-193.

(논문출처: 위의 논문은 오병선, “개인의 시민적 자유의 제한의 원리,” 이근식, 황경식, 조희원 공저, 『자유주의와 한국사회』 철학과현실사, 2007, 제4장에 게재되어 출간되었음)