

우정철학의 관점에서 비추어 본 법의 재구성

— 정의, 법의 지배, 형벌 및 범죄인을 중심으로 —

요약문

오민용 서울대 법학연구소 선임연구원

I. 들어가며

현대 사회에서 법을 여러 목적을 위한 단순한 도구로 사용되는 현상이 나타나고 있다. 예를 들어 근대 사회 이후 시민의 자유를 핵심으로 삼아 범죄인의 대헌장이라고 불리는 전통형법은 현대사회에 이르러 많은 도전에 당면하고 있다. 테러, 핵발전소, 흉악범죄, 전염병에 의한 팬데믹 상황 등 각종 예기치 못한 위험을 처리하기 위해서 법의 사후적 처방이 아닌 선제적 처방이 중요한 문제로 제기된 것이다. 이에 따라서 불안한 사회에서의 안전에 대한 요청이 증대하고 있다. 따라서 사회정책의 최후수단인 형사정책과 형사정책의 최후수단인 형법은 그 보충성 원칙을 수정 또는 폐기하고 사회문제의 전면에 등장할 것을 요구받기도 한다. 현대 형사입법의 경향에서 두드러지게 나타나는 형법의 영역확장과 중형주의나 엄벌주의의 강화가 그 현상이다. 구체적으로는 위험형법(Risikostrafrecht), 안전형법(Sicherheitsstrafrecht) 및 적대형법(Feindstrafrecht)으로 등장했다.¹⁾ 적대형법은 범죄인을 시민의 적으로 간주하며 사회에서 배제 하도록 형법수단의 적극적 투입을 주장한다.²⁾ 특히 조직범죄와 테러리즘의 현실화에 영향을 받아 등장한 엄벌주의와 적대형법의 형법관은 각종 범죄에 대한 시민의 불안과 증오를 발판으로 삼아 전 방위적으로 확장되는 경향을 보이곤 한다. 안전을 위한 객관적인 사회 조건이 대중의 심리적 안정인 주관주의에 의해 영향을 받는 경향 역시 이 흐름 가운데 나타난다. 그러나 형법의 보충성 원칙을 약화시킬수록 역설적이게도 시민과 범죄인의 자유와 인권 보장, 즉 인간의 존엄성 보호라는 실질적 법치 국가의 원칙은 위험에 처하게 된다. 왜냐하면 엄벌주의는 응보적 제재를 선호하기 때문이다. 응보적 관념에 따른 엄한 형벌의 부과는 철학적으로는 무엇이 범죄에 상응하는 응보인지 그 양과 질을 판단할 수 없고, 현실적으로는 응보 그 이상, 즉 대중의 심리적 만족 추구에서 그 형량이 정해지기도 한다. 형법학적으로는 전통형법의 책임주의와 재사회화이념에

1) 김일수, “위험형법·적대형법과 사랑의 형법”, 『형법질서에서 사랑의 의미』 (세창출판사, 2013), 173-176면.
2) 물론 적대형법이라고 모든 범죄자를 다 적으로 간주하지 않으며, “인격적 행동에 대한 기대가 좌절”되거나 “지속적인 것처럼 보이면서도 적어도 명백히 법을 위반함”할 때 그러하다. 쿤터 야콥스/신양균 역, “시민형법과 적대형법”, 『법학연구』 (제 29권, 2009), 11면. 다만 이 글에서 이야기하고 싶은 것은 시민으로서의 범죄인이라는 범죄인관에서 시민과 유리된 범죄인이라는 새로운 범죄인관의 창설이나 범죄인에 대한 중형주의의 강화현상을 넘어 타자에 대한 적대화 경향이다. 따라서 본 글에서 법철학적 고찰대상으로서 적대형법 또는 적이라고 할 때는 범죄인에 대한 형사법의 강벌주의경향과 시민들의 적대적 감정과 그 증폭을 지시하는 것 및 이 적대적 감정을 전달하는 매개체로서의 역할을 하는 법과 이 사회적인 법현상을 지시하고 있음을 의미한다.

반하는 방향으로 나가는 것이다. 즉 “형법이 현실적 목적과 무관”³⁾하게 된다. 규범침해에 대한 국가의 반작용인 형벌은 현실의 목적과 연관을 갖는 사회해석의 문제이어야 한다. 그러나 불안과 증오 및 혐오에 기반을 둔 엄벌주의나 적대형법은 실질적 법치국가형법이 이해하고 있는 범죄인에 대한 이해와 정반대의 이해를 취한다. 전통형법에서 범죄인은 여전히 시민이고, 형벌은 포섭과 사회복귀가 주목적인데, 적대형법에서는 범죄인은 적이고, 배제해야 할 존재로 간주된다. 적대형법의 주창자인 야콥스(Jakobs)에 의하면 적으로 상정된 범죄인과의 관계는 전쟁의 관계이다.⁴⁾ 적대형법은 이 전쟁의 관계를 전통형법을 대신하는 새로운 형법을 통해서가 아니라, 전통형법에 대한 ‘새로운 해석’을 통해서 수행한다.⁵⁾ 범죄인을 적으로 해석하는 것은 공동체 안에서 일어난 범죄에 대한 공동체의 책임은 삭제되고, 적으로 상정된 범죄인에게만 그 책임을 귀속하는 인식과 해석이 전제되어 있다. 따라서 범죄인은 재사회화의 대상이 아니라 배제의 대상이 될 뿐이다. 이 때 형벌은 시민의 증오와 공포를 범죄인에게 전이하는 수단으로 변질되고, 형사법체계는 합법성이라는 외피를 입고, 이 증오와 공포의 사회적 전달체제로 구조화될 뿐이다. 그리고 이 상태의 사회는 평화와 안전 및 안정의 공동체가 아니라, 실질적이든, 수사(rhetoric)적이든 끊임없이 적을 발명하고, 이 적과 전쟁을 치루는 실질적 또는 형식적 또는 심리적인 전쟁의 상태에 놓이는 불안과 위험과 증오의 공동체가 된다. 그러나 이것은 추구해야 할 올바른 공동체와 정서적 상태가 아니다. 또한 무엇보다 이와 같은 적대형법과 형사법의 적대적 사용은 실질적 법치국가의 구체화인 인간 존엄의 보장과 보호를 추구하는 형사법의 이념과 상응할 수 없으며, 무엇보다 법 공동체에서 시대마다 무엇이 범죄이고, 범죄인에 대한 대우와 재사회화를 어떻게 해야 합리적인지를 끊임없이 대화하고 조율하는 형사법체계와도 상응할 수 없다.

현대 사회에서 점증하는 불안과 증오를 범죄인에게 이입하며, 형법이 그 수단이 되는 문제에 대해서 증오와 반대되는 가치로서 사랑을 주장하며, 이 관점에서 적대형법 또는 범죄인을 희생양으로 삼고, 대중의 심리적 만족을 위한 적대화로 치우친 형사법의 사용에 대하여 대항적 이론을 펼쳐 보이는 이론이 있다.⁶⁾ 이 이론의 핵심은 다음과 같다.⁷⁾

더 나아가 벌이 아무리 가혹하고 중하다 해도 벌의 수용주체도 인간이라는 사실을 잊어서는 안 된다.....벌을 통해서 인간이 인격적으로 거듭날 수 있다는 믿음을 저버려서는 안 된다. 그리하여 죄의 무서움과 형벌의 두려움이 보여 주었던 강제와 공포의 형법을 사랑과 희망의 형법으로 변화시켜야 한다. 이것이 형법의

3) 올프리트 노이만·올리히 슈르트/배종대 역, 『형사정책의 새로운 이론』 (홍문사, 1996), 25면.

4) 김일수, 위의 책(주 1), 182-183면.

5) 위의 책, 186면.

6) 위의 책, 특히 “위험형법·적대형법과 사랑의 형법” 참조.

7) 현대 사회에 새롭게 등장한 적대형법은 전통형법에 대한 새로운 해석의 시도이다. 따라서 전통형법으로 응답할 수 있지만, 동시에 적대형법처럼 전통형법에 대한 새로운 해석의 시도로서 적대형법에 응답할 수 있다. 사랑의 형법은 현대의 적대형법에 응답하는 전통형법에 대한 새로운 법해석이다. 이 사랑의 형법은 전통형법을 대체하는 것이 아니라, 전통형법에 대한 현대적 해석으로서 전통형법의 현대적 응답이다. 따라서 사랑의 형법은 현대형법으로 이해할 수 있다. 그리고 사랑의 형법을 위한 이론적 토대인 사랑의 법철학은 현대법철학으로 이해할 수 있다.

미래 음악이다.....⁸⁾

형법은 이제 죄와 벌의 무거운 짐을 인간의 어깨에 덧씌우는 장치가 아니라 그것을 벗겨주는 장치로 이해되어야 한다. 형법 속에서도 인간을 해방시키고 인간을 인간답게 만드는 새로운 지평을 바라보아야 한다. 그것이 인류가 오늘날까지도 그 완성도에 이르지 못한 인도주의 정신이기도 하다.⁹⁾

이 같은 사유과정은 바로 형법이 인간적대성을 통해서가 아니라 인간호의성을 통하여서 그의 임무를 더욱 잘 실현할 수 있다는 인식으로 우리를 이끈다.¹⁰⁾

사랑과 희망의 형법이념은.....덜 징벌적(less punitive)이고 더욱 인도적인 형사정책의 조류와 어깨동무를 하고 흘러갈 것으로 전망된다. 그것이 바로 형법의 미래음악이었으면 좋겠다.¹¹⁾

형벌의 객체가 아니라 주체로서의 인간, 그 인간이 형법 속에서 죄와 벌로부터 해방되고 인격적으로 새롭게 되는 해방과 참 인간의 인도주의적 지평, 그리고 이것을 위한 인간호의성이 사랑의 법과 형벌의 핵심이다. 특히 인간호의성의 관점에서 의해서 형벌의 주체로서 인간과 형벌의 새로운 의미이해가 가능하다. 여기서 인간호의성을 철학의 용어로 표현해보면 사랑이다. 그러나 이 사랑을 이념적 가치가 아니라, 시민공동체에서 실천가능하기 위한 정치철학 및 도덕철학의 관점에서 생각해 본다면, 시민공동체의 관점에서 아주 오래된 다른 개념을 발견해 낼 수 있다. 그것은 바로 우정이다.¹²⁾ 아리스토텔레스에 의하면 공동체(κοινωνία) 또는 도시국가(πόλις)의 시민 사이에서 이루어지는 시민성의 핵심은 우정(φιλία)이다. 우정은 자기애의 확장이며, 타자를 자신과 같이 사랑하는 것이다.¹³⁾ 시민들은 우정을 통해서만 공동체의 일치(ὁμόνοια)를 이룬다. 이 우정은 윤리적 삶의 영역이지만, 이 윤리적 삶은 사적인 삶의 영역이 아니라 사회적 정의와 웰빙(εὐδαιμονία)¹⁴⁾을 실현하는 시민적, 정치적 삶의 요소이다. 또한 우정을 통해서 개인은 칼로카가티아 (καλοκαγαθία)의 실현한다. 이것은 한 인격체 속에 용기, 절제, 정의의 덕이 갖추어져 선과 미가 동시에 구현된 상태를 의미한다.¹⁵⁾ 이 구현을 위해서는 인간 영혼의 아름다움까지

8) 위의 책, 203면.

9) 위의 책, 204면.

10) 위의 책, 205면.

11) 위의 책, 206면.

12) 현대 법철학자인 존 피니스(John Finnis) 역시 우정을 중요하게 다룬다. 피니스에 따르면 우정은 두 사람 사이에서 상대방의 좋음을 추구하고, 이 좋음을 자신의 좋음의 일부분으로 삼고 추구하는 일이다. 이 우정은 불안정한 합리성인 자기애(self-love)을 넘어서는 일이며, '우리의 관점'에서 자신과 친구의 좋음을 동등하게 바라보는 '관점'이자, '놀이'이다. 우정은 인간 공동체의 가장 공통적인 형태이다. 공동체의 실천적 양태는 '상호보충성(subsidiarity)'으로 나타난다. Finnis, John. *Natural law and natural rights*(Oxford University Press, 2011), 88면, 141-147면 참조.

13) 자기애와 친구에 관한 사랑의 변증에 관해서는 *Aristotle's Ethica Nicomachea*, J. Bywater, (Oxford, Clarendon Press, 1894). VIII.2: 1156a1-5; IX.4: 1166a233; IX.8: 1168b15-1169b2; IX.9: 1170b5-19; IX.12: 1171b33-1172a1; *Aristotle: Rhetoric. Cope, Edward Meredith, and John Edwin Sandys, eds. Vol. 2*(Cambridge University Press, 2010). II.4: 1380b36; Aquinas, Thomas. *Summa Theologiae*(Cambridge University Press, 2006). II-II q. 25 a. 4; q. 26 aa. 4, 5.

14) 웰빙에 대한 현대 법철학적 연구로는 오민용, "존 피니스(John Finnis)의 웰빙(well-being) 이론에 관한 연구", 『법철학연구』 (제23권 제1호, 2020), 109-166면 참조.

포함하기 때문에 올바른 이성 역시 포함하고 있다. 따라서 아리스토텔레스에 의하면 국가를 이룬 시민 사이에 존재하는 실천적 가치 또는 이념은 우정인 것이며, 이 우정은 선, 진, 미의 통합된 완성으로 이해할 수 있다.

그렇기 때문에 국가에 속한 범죄인과 형벌 역시 우정의 관점에서 다시 이해될 수 있다. 이것은 우정이 내포한 선, 진, 미의 특성을 고려한 범죄인과 형벌에 대한 이해이다. 좀 더 구체적으로 ‘시민으로서 범죄인’과 ‘시민성의 핵심으로서 우정’이라는 관점을 통해서 범죄인과 형벌의 의미를 다시 한 번 더 숙고해 보는 것이 이 글의 목표이다. 따라서 우정으로 이해된 인간호의성은 단순한 호의적 감정이 아니라, 공동체의 동등한 구성원인 시민과 그 시민성의 핵심인 우정의 동등한 존중과 대우이다. 그렇다면 인간을 해방하고 인간을 인간답게 만드는 새로운 법의 지평을 이 우정의 관점에서 새롭게 이해할 수 있다. 이 때 형벌을 통해 범죄인의 훼손된 시민성은 다시 회복될 것이며, 이와 같은 형벌을 수행하는 법은 적대형법이나 형벌의 적대적 사용이 아니라, 사랑과 희망의 형법에 한 발자국 더 가까이 다가선 충분히 올바른 이성법이 될 것이다.

본 글에서 이 작업은 개별법을 직접 다루기보다 법철학적인 관점에 수행될 것이다. 다만 이 사유를 구체화하기 위해서 적대형법이 범죄인을 적으로 보는 그 관점을 붙잡고 이 작업을 구체화해 보고자 한다. 그러나 이 작업은 형법학적 작업이 아니라 법철학적 작업이며, 법과 우정에 대한 완성된 논의이기 보다, 하나의 시도적인 성격을 지닌다. 이 시도가 성공한다면 법과 우정은 서로 연관성을 지니며, 이 연구는 앞으로 지속될 수 있을 것이라는 학문적 성과가 있을 것이다. 이 탐구를 위해서 본 글에서는 먼저 우정이론에 관한 철학적 이론을 먼저 검토할 것이다. 이 검토는 사변이론이 아닌 법의 적용 가능성차원에서 탐구될 것이다. 이를 위해서 본 글에서 후기현대사회철학자인 데리다(Derrida)의 우정이론을 윤리학과 정치철학으로 나누어 검토한 후에, 법철학으로 전환시킨 후 법에 적용해 볼 것이다. 앞서 말한 현대 자연법 법철학자인 피니스는 우정을 법이 보호할 7가지 기본적인 좋음 중 하나로 제시하였다.¹⁵⁾ 하지만 피니스는 법이 보호할 대상으로 우정을 위치시켰고, 앞서 언급한 것처럼 상호 보충성으로 확장하였지만, 우정 그 자체를 법 안으로 수용하여 법과 우정이 서로를 형성시키는 단계까지 나가지는 못 했다. 이 단계를 데리다의 우정이론을 이론화하여 돌파하려고 한다. 또한 적대형법과 그 조류는 후기현대(post-modern)¹⁶⁾사회의 문제를 해결하려고 나왔기 때문에 후기 현대의 철학자인 데리다

15) 아리스토텔레스의 우정에 관한 국내 연구로는 손윤락, “시민 소통의 이상적 조건 - 아리스토텔레스의 ‘사회적 우애’를 중심으로 -”, 『수사학』 (제36권, 2019), 7-30면., 이상형, “우정의 정치학”, 『동서철학연구』 (제79권, 2016), 333-358면., 유지황, “우정의 정치학”, 『철학탐구』 (제42권, 2016), 1-36면., 김현희, “에로스 와 필리아”, 『민족미학』 (제14권 제2호), 2015, 251-285면., 임성철, “고대 희랍 철학에 나타난 현대적 Well-Being의 사상적 기저(基底)에 관한 고찰”, 『가톨릭철학』 (제11권, 2008), 97-130면., 주광순, “아리스토텔레스의 정치철학”, 『대동철학』 (제34권, 2006), 253-280면., 배상식, “아리스토텔레스 ‘우정(Philia)’의 현대 철학적 이념”, 『동서철학연구』 (제39권, 2006), 157-185면 참조.

16) 피니스가 주장하는 7가지 기본적인 좋음은 삶, 앓, 놀이, 심미적 경험, 우정, 실천적 현명함, 종교이다. 자세한 것은 J. Finnis, 위의 책(주12), 81-99면 참조.

17) 후기현대 사회학적으로 현대사회이다. 포스트모던(post-modern)이라는 문자가 말해주듯, 포스트는 모던에 기인하고

의 이론을 전유해 보는 것은 적절하다고 생각한다. 데리다는 우정의 정치학에 썼지만 우정의 윤리학에 대해서는 쓰지 않았다. 그러나 이 글에서는 데리다의 우정의 정치학을 실천가능하게 만들기 위해서, 데리다의 작품 중에서 우정의 윤리학으로, 정확히는 우정을 가능하게 하는 윤리 이론화로 만들기 위해서 데리다의 두 글을 서로 연결 시켰다. 이 과정을 통해서 데리다의 철학이 적과 시민의 구분과 대응에 있어서 법에 무엇을 제공해 줄 수 있는지를 합리적으로 성찰해 볼 이론적 토대를 갖추게 된다. 이 철학적 이론화의 성과물을 세 영역에서 법에 적용해 볼 것이다. 이 세 영역은 바로 정의, 법의 지배 및 범죄인과 형벌이다. 왜냐하면 가장 높은 이념차원에서 법의 이념은 정의이고, 중간 단계인 법의 적용에서 원리화는 법의 지배이기 때문이다. 법의 이념과 법의 원리 차원에서 검토한 후에 법의 구체화 영역인 범죄인과 형벌에 대해서 적용함으로써 이 글을 맺고자 한다. 이 과정을 통해서 정의, 법의 지배, 범죄인과 형벌에 대한 또 하나의 새로운 이해를 제시하고자 한다. 이 세 차원은 앞에서 말한 우정의 선, 진, 미의 차원과 각각 상응한다. 특히 정의, 법의 지배 및 범죄인과 형벌에 대한 이해를 우정의 관점에서 바라본다는 것이 어떤 의미를 갖는지 구체적으로 밝혀 보고자 한다. 이것은 현대 사회에서 기능주의로 치달는 형벌에 대한 이해, 사용과 사회적 증오와 배제의 대상자 정립되는 범죄인에 대한 성찰과 반성에 도움을 줄 것이다. 정리하면 이 글은 데리다의 우정에 관한 논의를 좀 더 명확하게 우정이론으로 만들기 위해서 데리다의 윤리학과 우정의 정치철학을 자세히 검토하여 명확히 하는 방식으로 이론화를 시도한다. 그 후 ‘우정으로서의 법’으로 데리다의 이론을 도출한 후에 ‘법으로서 우정’으로 우정을 법에 구체적으로 적용시켜 본다.

시작하기에 앞서 데리다의 글쓰기 방식이 프랑스 철학자로서 에세이형식으로 이루어져있기 때문에 이론화의 시도와 법으로의 적용 역시 개념적인 엄밀한 방식이기 보다, 그 의미를 순간 순간 포착하는 방식으로 이루어져 있음을 본 글의 한계로서 우선 짚고 시작하고자 한다.

II. 데리다의 우정론

1. 들어가며

역사적으로 우정을 간략히 살펴보면 토마스 아퀴나스는 우정을 사랑(라틴어 caritas,

있다. 프리퓨처(pre-future)라고 하지 않고, 포스트모던이라고 하는 것은 모던의 포스트(post of modern)는 인식론적으로 모던에 기반 해서 이루어지지, 인식할 수 없는 퓨처에 기반하지 않음을 보여준다. 따라서 포스트모던은 모던의 부정이 아니라, 모던의 자기성찰과 반성의 수행이다. 이것은 다시 포스트의 모던(modern of post)으로 표현할 수 있다. 따라서 포스트모던은 모던과의 절연이 아니다. 그렇기 때문에 본 글에서 논의되는 우정의 법철학 역시 새로운 법철학이 아니다. 다만 현재 있는 법의 자기성찰과 반성의 수행과 재해석으로서 미래를 지향할 뿐이다. 이것은 법의 현재와 과거에 대한 고찰을 통해 이루어지는 법의 합리적인 미래 방향 제시이지, 반드시 그래야 한다는 미래 구축의 규범적 해석이나 해석의 규범적 제시는 아니다.

그리스어 *αγάπη*)을 논할 때 다룬다. 아퀴나스는 “카리타스는 우정이다.”¹⁸⁾라고 말한다. 아리스토텔레스는 우정을 사랑(*philia*)과 연결지어 다루었으며, 아우구스티누스도 우정을 사랑(*amor*)과 화합(*concordia*)으로 다루었다. 근대에 이르러 콩트는 이 단어에 관한 고전적인 철학적, 신학적 의미를 대체하려는 의도로 ‘이타주의(*altruism*)’라는 단어를 고안했다.¹⁹⁾ 이타주의는 ‘기꺼이 다른 사람을 위해 살려는 것’이다. 그러나 이타주의에는 상호보충성을 특징으로 삼는 우정이 결여되어 있다.²⁰⁾

근대에서 우정에 관한 중요한 서술은 칸트(I. Kant)의 『윤리 형이상학(*Die Metaphysik der Sitten*)』에서 찾아 볼 수 있다. 칸트가 말한 우정(*Freundschaft*)은 서로 닮은 두 사람 상호 사이의 사랑(*liebe*)과 존중(*Achtung*)을 통한 하나됨이다.²¹⁾ 모든 인간은 추상적이고 일반적인 차원에서 모든 인류의 친구로서 서로의 웰빙(*Wohl*)²²⁾에 대한 미적(*Ästhetisch*)인 관심을 가진다. 사회성(*officium commercii, sociabilitas*)²³⁾은 자신의 윤리적 완전성을 지니고 다른 이들과 교제하는 것으로서 자신과 타인에 대한 의무(*pflicht*)이다. 우정은 단순히 서로의 웰빙만을 위한 것이 아니라 서로에 대한 존중과 사랑을 증진하기 위한 것이다. 따라서 우정은 덕(*Tugend*)에 우아한 아름다움(*Grazie*)²⁴⁾을 더하는 일이며, 우정을 실현하는 것 자체가 덕의무(*Tugend pflicht*)이다.²⁵⁾ 그러나 우정은 도달할 수 없는 실천적이고 필연적인 하나의 이념이다. 다만 이성이 우정의 상태에 도달하도록 의무를 부여한다.²⁶⁾

여기서 ‘서로 닮은 두 사람’은 다음과 같이 이해할 수 있다. 첫째, 범주차원에서 일반적인 인간. 둘째, 개별차원에서 구체적인 두 사람이 서로 닮은 경우이다. 전자에 의하면 모든 인간은 서로에 대한 인류애차원의 친구로서 서로의 웰빙에 대한 미적인 관심을 지닌다. 후자에 의하면 우정은 같은 인간이라는 범주뿐만 아니라, 개별적이고 구체적인 사람으로서 지닌 고유한 미적인 관심이다. 우정은 바로 이와 관점에서 서로에 대한 존중과 사랑을 증진시키는 일이다. 그리고 사랑과 존중을 묶어 덕이라고 표현할 수 있으며, 덕의무는 덕에 우아한 아름다움을 더한 일로서, 덕의 실천은 바로 우아한 아름다움이다. 아름다움은 우정으로서 덕인 사랑과 존중의 고양을 의미하며, 덕의무는 단순한 규칙이 아니라, 우정 관계를 바탕으로 두 당사자 사이를 형성하는 자율성과 창조성을 지닌 아름다움이 된다. 따라서 우

18) Aquinas, Thomas, 위의 책(주 13), II-II q. 23 a. 1.

19) Comte, *Systeme de politique positive*(vol. I 1851), Introduction, and ch. III „*System of Positive Polity*, trans. J. H. Bridges(London: 1875, vol. I), 502면, 558면, 564-70면.

20) J. Finnis, 위의 책(주 12), 158면 후기 참조.

21) Kant, Immanuel. *Die Methphysik der Sitten*(Berlin. Philos.-histor. Verlag. 1893). ff46.

22) 독일어 ‘Wohl’은 행복, 복지, 번영, 안녕, 이익 등의 뜻이 담겨있다. 이것을 모두 아우르는 현대 철학의 표현은 ‘웰빙(well-being)’임으로 여기서는 웰빙으로 표현한다.

23) 사교성 또는 우정으로도 번역되고 이해되기도 한다.

24) 우아한 아름다움인 Grazie는 그리스 신화의 여신인 Chariten에 어원을 두며, 사랑인 Caritas와 같은 어원이다. 따라서 어원론적으로는 곧 아름다움은 사랑이며, 사랑은 아름다움이다.

25) I. Kant, 위의 책(주 21), ff48.

26) I. Kant, 위의 책(주 21), ff46.

정은 일반적인 친구관계로서 미적인 관계와 덕의무라는 우아한 아름다움에 토대 둔 미적관계이다. 이 관계는 칸트의 말처럼 이성에 의해 수행된다.

하지만 칸트의 우정이론은 ‘서로 닮은 동료’만 우정이 가능한 친구의 범위로 한정하였기 때문에²⁷⁾, 우정이 ‘이질적 존재’를 배제하는 문제가 있다. 또한 칸트 이후 우정 자체가 사적인 감정으로만 축소된 역사적 흐름이 존재한다. 다시 말하면, 우정이 서로 닮지 않은 타자를 배제하는 이론적 난점과, 이성이 우정을 이성의 타자로서 배제하고 감정의 영역으로만 몰아낸 역사가 있다. 우정이론은 먼저 이 두 난점을 풀어야 할 필요가 있다. 그렇지 않으면 우정은 같은 인종, 민족, 종교, 계급, 계층, 지역, 학연 사이에서만 가능만 사적 감정일 뿐이다.

근대에 들어와 공적영역과 사적영역의 분리가 이루어지고, 감정을 공적영역에서 배제하는 이성의 보편성 추구에 의해 우정은 공적인 영역에서 배제 당하고, 사적인 관계의 문제로만 한정되었다. 그러나 1970년 이후 한나 아렌트(Hannah Arendt), 미셸 푸코(Michel Foucault), 자크 데리다(Jacque Derrida)와 같은 사상가들에 의해 우정에 대한 담론이 활발하게 이루어졌다.²⁸⁾ 또한 엘리자베스 텔퍼(Telfer, Elizabeth)의 「우정(Friendship)」²⁹⁾이란 논문 이후 우정은 윤리학, 신학, 정치학, 사회학에서 중요한 개념으로 자리 잡았다.³⁰⁾

텔퍼는 자신의 논문에서 행복³¹⁾한 사람이 되기 위해서는 친구가 필요하다는 아리스토텔레스의 사상을 인용한다. 왜냐하면 우정은 세 가지 방법으로 삶을 고양하기 때문이다. 첫째, 감정능력인 기쁨과 고통의 수용범위를 증대시킨다. 감정의 수용범위 증대를 통해서 인간은 더 많이 느끼고 더 많이 살아있다는 느낌을 갖는다. 둘째, 우정은 삶에 다양한 활동의 몰입도를 증대시킨다. 셋째, 우정은 앎을 확장한다. 인간은 우정을 통해 함께 활동하며, 경험하며, 서로의 관점을 채택하고 받아들이며 이해하며 공감하게 된다.³²⁾ 따라서 기쁨과 고통의 수용범위의 증대는 인간의 인간됨을 증진한다. 삶의 다양한 활동의 몰입증대는 자신이 선택한 삶의 여러 방식과 내용에서 자기됨을 증진한다. 마지막으로 우정은 인간 사이에서 이루어지는 감정의 공통된 경험과 놀이를 통한 상호 이해와 자신과 상대방이 서로 닮아가는 상호 주관적 이해와 변화를 도모한다. 함께 활동, 경험 및 서로의 관점 채택과 수용은 상호적 이해뿐만 아니라 상호 주관적 이해의 지평을 증진하여 이성의 성찰과 반성을 증진하는 것이다.

우정을 좀 더 이해하기 위해서 루이스(C.S. Lewis)가 ‘좋은 문학이란 무엇인지?’에 답한 부분을 살펴보자.

27) 물론 이 때 ‘서로 닮은 동료’를 자신의 윤리적 완전성을 지닌, 즉 윤리적 인간 또는 인간성이라는 뜻으로 해석하면, 우정의 범위를 제한하는 것이 아니라, 우정을 가능하게 하는 토대가 된다.

28) 유지황, 위의 글(주 15), 20-21면.

29) Telfer, Elizabeth. "Friendship." *Proceedings of the Aristotelian Society*(71, 1970), 223-41면.

30) Badhwar, Neera Kapur, ed. *Friendship: A philosophical reader*(Cornell University Press, 1993), 2면.

31) 아리스토텔레스의 용어로는 에우다이모니아(eudaimonia)이고, 현대 철학의 용어로는 웰빙(well-being)이다.

32) Telfer, Elizabeth, 위의 글(주 29), 239-40면.

우리가 우리 자신을 넘어서는 존재가 되는 겁니다... 우리는 다른 이들의 눈으로 바라보기를 원합니다. 다른 이들의 눈으로 바라본다는 건 우리 자신의 모습뿐만 아니라 다른 이들의 모습을 그려볼 수 있는/상상할 수 있는 겁니다. 우리의 마음 뿐만이 아니라 다른 이들의 마음도 느낄 수 있다는 겁니다... 이것은 지식의 문제가 아닙니다. 이것은 경험(erleben)의 문제입니다. 우리가 타자가 되는 겁니다.³³⁾

타자가 된다는 것, 타자를 고려하는 것은 도덕적인 정언명령만으로 충분하지 않다. 정언명령은 살아 있는 타자를 도덕적인 목적과 그 형식으로만 환원할 위험이 있기 때문이다. 즉 인간적 관계에 놓인 타자 때문이 아니라 단순히 도덕의무 그 자체를 수행하는 것에 머물 수 있다. 또한 관용 역시 주체와 타자 사이의 비대칭적 관계를 바탕으로 하는 주체의 시혜일 뿐이다.³⁴⁾ 관용은 ‘관용의 참을 수 없는 문턱’을 넘을 수 없기 때문이다. 관용은 베풀어 질 수 있을 뿐이고, 철회될 수 있을 뿐이다.³⁵⁾ 무엇보다 관용은 주체와 타자의 분리를 토대로 하고 있다. 관용은 교양이 될 수는 있어도, 타자 그 자체가 되거나, 타자 그 자체를 이해할 수 없다. 다만 관용이 필요한 상황과 그 상황에 연관된 측면에서의 타자를 자신의 시각에서만 이해할 수 있을 뿐이다. 결국 이성의 지식/앎이 담지할 수 없는 영역은 상상력을 통해 한 걸음 다가설 수밖에 없다. 언어화 할 수 없는 영역을 인식하는 길은 지식이 아니라 체험이고, 자아가 타자가 되는 길이다. 자신과 타자, 타자와 타자가 무수한 관계 속에서 삶을 고양시키는 광장은 사회이다. 따라서 타자가 된다는 것은 우정이 사적 영역에만 국한되는 것이 아님을 보여준다.

또한 현대 법철학자인 존 피니스에 의하면 우정은 법과 제도가 보호하고 고양해야 할 기본적 좋음(basic goods)이다. 인간은 우정을 통해서 서로의 유익을 추구하며 공동체에서 평화를 정립한다. 이와 같은 평화로운 상태를 통해서 자신의 완전한 인격 실현(integral fulfillment of persons)을 가능하게 하며, 우정은 이 완전한 인격 실현에 필요한 고유한 좋음이다.³⁶⁾ 피니스에 의하면 우정은 두 사람 사이에서 상대방의 좋음을 추구하고, 상대방의 좋음을 나의 좋음의 일부분으로 삼는 것이다. 따라서 우정은 상호성의 특징을 지닌다. 우정은 이기심, 자아선호, 자기애를 넘어서는 것이다. 우정은 비당파성과 공평성을 보증하기도 한다. 우정이 없는 공동체는 만인의 만인에 대한 투쟁(Bellum omnium contra omnes)상태일 뿐이다.³⁷⁾ 피니스에게 우정은 도덕 가치, 정치 가치이자 법 가치인 것이다. 인간 사회의 법과 정치제도는 이 우정을 보호하고 구체화하고 실현하기 위한 공적인 권위를 가진 것이다.

33) Lewis, Clive Staples. *An experiment in criticism*(Cambridge University Press, 1992), 137면. 139면.

34) 중세의 종교적 관용에 관한 연구로는 신우석, “중세시대의 종교적 관용의 발전”, 고려대학교 일반대학원 법학과 석사학위논문, 2013, 1-71면 참조.

35) 관용을 도덕적 명령으로 이해하는 견해로는 김용환, “관용의 윤리: 철학적 기초와 적용영역들”, 『철학』 (제87권, 2006), 65-90면 참조.

36) Finnis, John, Joseph M. Boyle Jr, and Germain Grisez, *Nuclear deterrence, morality, and realism*(Clarendon Press, 1987), 278면.

37) J. Finnis, 위의 글(주 12), 143면.

피니스는 우정을 완전한 인격 실현에 필요한 좋음으로 보고 사회의 법과 제도를 통해 완전한 공동체를 만들기 위한 공동의 좋음(common good)까지 확장시킨다. 그러나 우정은 법 밖에 존재하는 대상으로서 법이 보호하고 준수해야 할 좋음에 머물 뿐이다. 하지만 앞에서 제기한 문제에서 우정은 법 안으로 들어와야 할 필요가 있다. 따라서 이와 같은 설명만으로는 충분하지 않다. 우정의 실천에 대한 이론화의 작업이 필요하다.

2. 데리다의 우정론에 관한 분석

(1) 우정의 윤리학

정의가 일반적이고 추상적 차원에서만 남아있고, 관용이 비대칭적 관계에서만 수행될 때, 이 세계에는 개인-사회도식 밖에 남지 않는다. 개인과 개인과의 상호적이고 동등한 관계에 관한 요소는 없기 때문이다. 특히 자유주의 정치철학에서는 사회와 나(I)만 남을 뿐이다. 하지만 우정은 주체와 타자(You)의 자리바꿈을 가능하게 한다. 우정은 서로가 상호주체적인 관계로 경험을 공유하며, 대화하며, 서로의 관점을 바꾸어 가진다. 그 가운데 서로의 모습을 그려볼 수 있다. 이 과정을 통해서 자아는 성장하고, 성숙해진다. 따라서 우정은 “사회적 인간의 부활”³⁸⁾이다. 인간이 사회를 자율적으로 구성하고, 서로 함께 공존하고자 한다면 윤리를 하나의 구성요소로서 필요로 한다. 그렇다면 이 윤리는 우정의 관점에서 어떤 윤리여야 하는지가 문제된다.

데리다³⁹⁾는 1990년 가을 루브르 박물관의 나폴레옹 홀을 대관해서 자신이 기획한 전시회를 열고, 해설한 화보집인 『보지 못하는 이를 추억함(Memoirs of the Blind 1993)』을 펴낸다. 그는 다니엘르 다 볼테라(Daniele Da Volterra, 1509-1566)의 그림 “십자가 결의 여인(Woman at the Foot of the Cross. 1545. Louvre Museum)”에 대하여 다음과 같은 해설을 남긴다.

38) 이상형, 위의 글(주 15), 355면.

39) 본 고에서는 데리다를 먼저 데리다의 관점에서 이해한 후에, 그 결과물을 법에 적용시키는 방식으로 데리다의 텍스트를 사용한다. 하지만 이와 같은 방식과 다르게 접근하는 독해방법도 있다. 예를 들어 법적인 맥락에서 데리다의 텍스트를 독해하는 방식은 크게 4가지로 구분할 수 있다. 첫째, 체계적 독해(The methodical reading). 이 독해는 법의 성립에 있어서 데리다의 해체를 계보학적으로 탐구한다. 둘째, 포스트모던적 독해(The postmodern reading). 이 독해는 쓰여진 텍스트의 불안정성을 강조하며, 텍스트의 비결정성, 불확정성 및 산중 등을 탐구한다. 셋째, 윤리적 자유주의 독해(The ethical-liberal reading). 이 독해는 데리다의 정의론을 정치적 이익의 다원성에 대한 인정의 관점으로 판단한다. 넷째, (The cosmopolitan reading). 이 독해는 데리다의 해체를 전세계적인 또는 유토피아적인 관점으로 읽어낸다. 데리다를 레비나스, 라캉 및 푸코 등과 엮어서 독해하는 방식이다. 자세한 내용은 De Ville, Jacques. *Jacques Derrida : law as absolute hospitality* (England: Routledge, 2011), 2-13면 참조. 물론 이 독해 방식은 선형적 범주가 아니라, 저자가 처해 있는 미국학문세계에서 학자들이 데리다를 독해한 방식을 범주화해 놓은 것이다.



<그림1. Woman at the Foot of the Cross. 1545. Louvre Museum>

눈물이 눈을 가릴 때, 눈에서 눈물이 주체할 수 없이 흘러 시야를 가릴 때, 아마도 이 눈물의 경험은 인간의 눈, 사람의 눈의 본질을 드러낸다/계시한다(reveal). 눈은 이 때 성스러운 알레고리인 인류학적-신학적 시간/공간(space)을 이해한다. 진실로 진실로, 눈은 보기 위함이 아니라 울기 위한 운명을 타고 났을 것이다. 눈물이 시야를 가리는 바로 그 순간에, 눈물은 눈을 가린 것을 벗길 수 있다. 눈물은 응시(gaze)와 시선(look)이 확보해 두었던 알레테이아, 즉 눈의 진리(the truth of the eyes)를 망각으로부터 길어 올린다. 이것이 눈물이 드러내는 눈의 궁극적인 장소이다. 눈은 보는 것보다 탄원하는 것이다. 눈은 단순히 응시와 시선이기보다 기도와 사랑과 기쁨과 슬픔에 대해 말을 건넨다. 드러냄/계시의 순간은 “눈물의 기쁨”이다. 이에 관해 인류학, 종교 담론은 무엇이라고 말하나? 모든 동물의 눈은 단지 시야(sight)를 위한 목적으로 만들어졌으며, 시야에서 얻어지는 지식(scopic knowledge)은 동물적 합리성(animal rationale)일 뿐이다. 다만 인간만이 시각(seeing)의 경계를 넘어가는 법과 구원자를 안다. 왜냐하면 인간만이 눈물을 흘리며 애통해하는 법을 알기 때문이다.⁴⁰⁾

전통적인 진리이론에서 진리가 참인 조건은 지시와 대상의 일치이다.⁴¹⁾ 지시와 대상의 불일치는 거짓이며, 지시만 있고, 대상이 허구인 경우는 이데올로기이다. 이데올로

40) Derrida, Jacques and Musée du Louvre. *Memoirs of the blind: The self-portrait and other ruins*(Chicago, IL: University of Chicago Press, 1993), 126면.

41) 현대의 진리이론은 인식론의 차원에서 검토가 활발하게 이루어지고 있다. 특히 전통적 인식론인 비자연주의 인식론과 현대의 자연주의 인식론에 관한 개괄적 설명으로는 마티아스 슈토이프/한상기 역, 『현대 인식론 입문』(서광사, 2008), 361-407면 참조. 언어철학의 관점에서 연구가 이루어지는데, 그 출발점이라고 할 수 있는 뜻과 지시체 즉 문장과 명제에 관한 프레게 이론에 관한 설명 및 이에 대한 현대 학자들의 여러 대응에 관해서는 콜린 맥킨/박채연+이승택 역, 『언어철학』(도서출판 b, 2019), 13-59면 이하 참조. 또한 진리를 해석학적 이해의 입장에서 파악하는 입장으로는 박병준, “진리 이해의 문제에 대한 오늘날의 해석학적 흐름”, 『신학전망』(제187권, 2014), 2-35면 참조.

기는 데리다의 앞선 표현에 따르면 단지 눈으로 보는 일일 뿐이다. 진리를 보고 있지 않은 것이다. 따라서 이 눈이 단순히 보는 일만 수행해서는 그 대상의 진리를 파악할 수 없다. 단순히 눈을 통해서 인식하는 지식은 동물적 합리성일 뿐이지 인간적 합리성은 아니기 때문이다. 동물적 합리성에서 인간적 합리성으로 넘어가는 역할은 눈물이 담당한다. 그렇기 때문에 인간의 시선은 눈물을 필요로 한다. 눈물은 ‘시각을 통해서, 동시에 시각을 넘어서 보는 시각’이다. 눈물은 눈을 가린 장막을 걷어내 주며, 동시에 눈물은 눈이 보지 못한 것, 망각한 것을 보게 해주는 돋보기의 역할을 해준다. 눈물은 “눈의 미학에 관한 차가운 사유가 갑자기 눈물의 윤리학으로 데워지는 순간”⁴²⁾이다. 눈물은 ‘애통함’이라는 윤리를 요청한다. 이 윤리는 “나르시시스의 응시와 눈 먼의 차이에서 타자성”⁴³⁾을 사유하는 윤리를 요청한다. ‘차가운 사유’는 자기중심, 이성중심의 사유이다. 여기에는 자신은 있어도 타자가 들어 설 자리가 없다. 눈의 미학은 눈물의 윤리학이 될 때 비로소 타자를 고려할 수 있게 된다. 눈은 눈물을 필요로 하고, 미학은 윤리학을 필요로 한다. 이 필요에 대한 응답, 또는 필요에 대한 호소가 바로 ‘애통함’이라는 윤리이다. 타자를 애통해하지 못 하는 자는 자신에 대해서도 올바르게 바로 볼 수 없다. 나르시시즘에 가득한 응시는 자기 욕망의 투사일 뿐이다. 응시의 대상은 욕망의 재현일 뿐이다. 그 눈은 보고 있어서 대상 그 자체의 진리파악이 아니라, 자기 욕망의 현현에 대한 거짓 응시일 뿐이다. 따라서 보고 있어서 보지 못 하는 눈 먼 자인 것이다.

“십자가 결의 여인”을 보면 십자가 곁에서 눈물 흘리는 저 여인만이 비로소 십자가에 달린 한 남자가 하나님의 아들, 성서가 예언한 예수 그리스도임을 보고, 안다. 즉, 진리를 인식한다. 데리다가 이 작품을 해설한 도식을 보면, 눈의 미(학)는 눈물이라는 윤리를 요청한다. 미와 윤리가 만났을 때 진리가 밝히 드러난다. 선, 진, 미의 합일태인 것이다. 따라서 온전한 진이 되기 위해서는 미와 선이 필요하고, 온전한 미가 되기 위해서는 진과 선이 필요하며, 온전한 선이 되기 위해서는 진과 미가 필요하다. 선이 없는 진리는 폭력이 되기 쉽고, 진리 없는 선은 이데올로기가 되기 쉬우며, 미가 없는 진과 선은 창조성이 사라지고, 규칙수준으로 전락하여 자기 성찰과 반성 및 대상에 대한 자기개방을 수행하지 못하는 교조화 되고 형행화 되며 폐쇄적인 진과 선으로 전락할 위험이 있다.

그렇다면 ‘진, 선, 미 사이에서 이루어지는 이와 같은 상호 주관적 작용은 어떻게 이루어질까?’ 데리다가 제시한 해설에서 한 가지 단서를 추론할 수 있다. 진, 선, 미의 상호 주관적 작용은 타자(성)라는 매개가 필요하다는 점이다. 진, 선, 미는 같은 차원이지만, 다른 범주이기 때문에 직접 서로를 향해 건너갈 수 없다. 서로가 소통하기 위해서는 최소한의 매개물이 필요하다. 예를 들어 법에서 정의와 사안을 생각해 보자. 법의 보편적 힘으로서 정의는 사안의 고유성이라는 보편적 힘의 타자(성)를 통해 정의의 반성에 이른다. 사안의 고유성은 법의 보편성이란 타자(성)를 통해 고유성이 특권이 되지 않게

42) 김준년, "인종의 역사와 우정의 윤리-후기 데리다를 통해 다시 본 카리브해의 인종정치학과 자메이카 킨케이드의 작품세계", 『영어영문학』 (제56권 제1호, 2010), 110면.

43) 위의 글, 111면.

성찰에 이른다. 정의의 보편성과 사안의 고유성이라는 타자는 법이라는 매개물을 통해서 서로가 변증된다. 결국 타자성에 대한 우정의 이론은 정의를 구체화하는 작업이다. 이 작업을 데리다의 『우정의 정치학(The Politics of Friendship)』⁴⁴⁾을 통해서 수행해 보 고자 한다.

(2) 우정의 정치학

아리스토텔레스에 따르면 정의의 최상의 형태는 우정처럼 보인다고 한다.⁴⁵⁾ 우정은 정의로서 동등한 비례로 나타난다. 인간은 정치적 동물이다. 정치적 우정은 동질의 사람 간에 성립하며 정치적 우정의 상태를 질서와 연합이 이루어진 상태이다.⁴⁶⁾ 고대 그리스의 우정은 출생, 혈연, 법에 의해 동류의 구성원임을 필수적으로 요하고, 공동체의 자유를 지키기 위해 외부의 적과 싸운 전쟁의 경험과 기억이 구성원들 간의 우정의 정치로서 서로를 평등하게 만든다.⁴⁷⁾ 고대 그리스 우정은 크게 두 가지로 성립한다. 첫째, 출생, 혈연과 같은 자연(φύσις), 법과 같은 규범(νομός) 등 범주로 나눌 수 있는 기준이 일반적 우정의 토대이다. 둘째, 범주로 나뉜 구성원들 간의 결속을 위한 전쟁의 ‘경험’과 ‘기억’이 정치적 우정의 토대이다. 전자는 이미 성립된 공동체 내부의 기준에 의해 성립되는 요건이라면, 후자는 공동체 외부의 기준으로서 ‘성립된 공동체’를 ‘현재의 공동체’로 끊임없이 자극해주는 요건이다. 이 요건의 구체적 요소는 전쟁의 경험과 기억에서 보듯 바로 ‘적’이다. 하지만 공동체 내부의 기준인 혈연 및 규범 요소와 외부의 기준인 전쟁과 적을 통한 경험과 기억에 준거하여 성립하는 우정은 이미 범주적 분류로서 타자성을 배제하는 폐쇄적 개념이다. 타자성을 배제하는 일은 전쟁에 의해 수반되기 때문에 폭력 그 자체이다. 따라서 타자성을 배제하는 것이 해체의 대상이 된다.

우정은 사랑의 한 종류이다. 우정은 사랑의 방식 중 하나이다. 사랑은 존재(being)이기 전에 행위(act)이다. 열정이기 전에 행함이다. 우정은 한 쪽만 사랑을 받는 관계가 아니다. 사랑이 무엇을 의미하는지 알기 위해서는 사랑을 해야만 하며, 그 때만 사랑을 받는다는 것이 무엇인지 안다.⁴⁸⁾ 따라서 사랑은 개념이나 형이상학적으로만 존재하지 않고, 행위를 통해서 비로소 존재한다. 이 때 감정은 열정이기 전에 행함이다. 우정은 사랑이 표출되는 한 방식으로서, 사랑의 이와 같은 속성을 분유한다. 사랑은 양 당사자가 주고받는 사랑이라는 행위 속에서 이루어지는 상호 주관적 관계 속에서 비로소 구체

44) Derrida, Jacques. *Politics of friendship*(Vol. 5. Verso, 2005). 데리다의 우정의 정치학은 두 판본이 존재한다. 앞의 인용한 앞의 책과 더불어 다음과 같은 논문이다. Derrida, Jacques. "Politics of friendship." *American Imago* (50.3, 1993), 353-391면.

45) Aristotle, 위의 책(주 13), "καὶ τῶν δικαίων τὸ μάλιστα φιλικὸν εἶναι δοκεῖ.", 아리스토텔레스/이창우, 김재홍, 강상진 역, 『니코마코스 윤리학』 (이제이북스, 2008), 1154a, 27.

46) 위의 책, IX, 10, 1171a 15-20.

47) Derrida, Jacques, 위의 책(주 44), 99-101면.

48) Derrida, Jacques, 위의 책(주 44), 8면.

화된다는 것은 사랑은 개념화 된 명사이기 전에 행위라는 동사이며, 우정 역시 그러하다. 따라서 우정의 관계는 변화 가능한 관계이다.

그리스-로마전통에 의하면 우정은 공적이고 정치적인 것이다. 하지만 아리스토텔레스로부터 키케로(Cicero)까지 이어지는 그리스-로마전통의 우정에도 한 가지 문제점이 있다. 아리스토텔레스의 “친구는 또 다른 자기”⁴⁹⁾라는 말에서 알 수 있듯이, 친구와 자신을 동일화하는 문제이다. 이 동일화는 타자를 참으로 이해하기 위해서 필수적인 거리두기와 존중을 위반한 일이다.⁵⁰⁾ 따라서 우정에 의한 사랑은 타자에 대한 사랑이 아니라 자기 자신에 대한 사랑의 재현일 위험이 있다. 즉 나르시시즘에 빠질 위험이 있다. 또한 이 우정은 자신과 닮은 동류의 사람에게만 향하는 경향성과 당파성으로 전락할 위험이 있다. 그렇기에 우정에는 타자를 자신과 분리하는 적절한 거리두기와 타인을 타인으로서 인정하는 존중이 필요하다. 하지만 고대 그리스-로마전통의 우정은 이질적 환경과 이질적 인간을 배제하는 치명적인 약점이 있다.

1) 호명을 통한 전미래 시제적인 적과 친구의 생성

따라서 이 문제를 다루기 위해서 우정은 해체적으로 재해석되어야 할 필요가 있다. 데리다는 우선 ‘누가’ 적인지를 묻는다. ‘누가 적으로 확인할 수 있나?’, ‘누가 나의 적인가?’, ‘어떻게 그 사람이 적으로 인정되는가?’ 이 물음은 단순한 이론적인 문제가 아니다. 적이 누구인지, 누구를 어떻게 적으로 확정하는지, 나와 관계에서 적은 누구인지를 아는 앎(knowledge) 또는 승인(recognition)의 문제이다.⁵¹⁾ 데리다는 이 문제에 대해서 다음과 같이 답한다. “타자는 나의 형제이며, 나의 형제는 나의 적이다...나는 타자이며, 친밀성은 제거되었으며, 가장 적절한 관계의 사람은 최고의 이방인이다.”⁵²⁾ 해체론적 우정이론은 나와 너의 이분법 구조를 먼저 해체한다. 그리고 나와 타자의 본질론적 구분을 해체하며, 친구와 이방인의 구분을 해체한다. 타자는 적이 아니라, 나의 형제이다. 형제는 나와 가까운 사람이 아니라, 적이며, 가장 먼 이방인이다. 아니, 오히려 나 자신이 타자이다. 나와 타자의 관계를 친구의 관계로 고정시켜주고, 확인시켜주는 매개물로서 친밀성 관계는 삭제되었다. 이제 관계는 개방적이며, 나와 타자는 서로가 자리바꿈 할 수 있다.⁵³⁾

49) Aristotle(주 13), *NZ*, 1166a, 32.

50) Ludwig, Paul W. "Without foundations: Plato's lysis and postmodern friendship." *American Political Science Review*(104.01, 2010), 144면.

51) Derrida, Jacques, 위의 책(주 44), 162면.

52) Derrida, Jacques, 위의 책(주 44), 163면.

53) 데리다에게 있어서 나와 타자는 자리바꿈하지만, 자리바꿈 없이 나는 곧 타자라는 주장이 있다. 전자는 구분되지만 일치하는 반면, 후자는 구분 없이 합치되어 있다. 후자의 입장에서 이항대립의 문제를 형법의 근본문제로 지적하며, 후기구조주의 이론은 아니지만, 주체와 대상에 대한 관점이 후기구조주의보다 더 급진적인 불교의 이론을 통해 범죄인과 나의 구별을 무위로 보는 ‘이기적’ 형법이론을 제시하며, 형법의 이항대립을 해체하고 법이론의 새로운 지평을 여는 불교적 형법이론이 있다. 이 이론의 일반 이론적 토대는 배종대, “형법과 불교사상”, 『고려법학』 (제65호, 2012), 101-137면, 형법이론으로

데리다의 우정은 칸트가 말한 “나의 친애하는 친구들이여, 그런 친구는 없다네(My dear Friends, there is no such thing as a friend).”라고 말한 사랑과 존중 사이의 대칭적 균형을 지닌 관계가 아니다.⁵⁴⁾ 오히려 니체(Friedrich Wilhelm Nietzsche, 1844년 10월 15일 - 1900년 8월 25일)가 짜라투스트의 입을 빌려 말한 “오 나의 친구들이여, 친구도 없고 적도 없다(O my friends, there is neither friend nor enemy).”의 문구를 새롭게 재해석한다. “오 나의 친구들이여,”하고 친구들을 호명하는 일은 ‘아직은 아닌(not yet)’, 즉 ‘지금까지(up until now)’ 존재하지 않는 친구들을 부르는 일이다. 부르기 전까지는 누구도 아직 친구가 될 능력이 없다. 따라서 지금 여기에 우정은 없다. 하지만 친구라고 ‘호명’하는 것은 지금까지 우정이 없었고, 생각지도 못 했으며, 아직 만난 적이 없지만, ‘이미(already)’ 우정이라 이름 붙일 수 있는 것이다. 이것은 일종의 “애통하는 예료(mourned anticipation)”⁵⁵⁾로서 현재 호명의 순간에 친구가 없지만, 호명이 끝나고 응답이 있는 미래의 어느 시점에는 친구가 있을 수 있다. 이것은 “돈호법의 수행적 양태(the Performative mode of the apostrophe)”⁵⁶⁾로서 친구란 존재론적으로 이미 있는 것이 아니라, 호명이라는 발화에 의해 존재하게 되는 것이다.

조금 더 구체적으로 살펴보면 ‘애통하는 예료’는 다음과 같다. ‘아직은 아닌’ 그러나 ‘이미’ 사이에 ‘지금’이 존재한다. 이 지금은 현재가 된 지금이 아니라, 우정이라 이름 붙일 수 있는 그 상대방을 미래의 어느 날 만나게 될 때 비로소 현재가 된다. 따라서 ‘지금’은 예료가 이루어질 때 까지 계속 지연된다. 이 지연이 바로 ‘지금’을 수식하고 있는 ‘-까지’의 성격이다. 따라서 친구란 부르는 이름 속에 존재하는 ‘전미래적 시제’⁵⁷⁾의 관계이다. 전미래시제는 비현재적인 미래의 절대적인 것일 뿐만 아니라 비현재적인 과거의 절대적인 것이다.⁵⁸⁾ 즉 지금은 부재하지만, ‘아마도’ 장래에는 존재할 수도 있으며, 그 때가 가서 비로소 지나간 그 때의 현재에도 친구가 존재했음을 알 수 있는 것이다. 따라서 현재의 부재와 미래의 가능성 속에 친구가 존재하며, 우정은 존재한다. 또한 적도 이와 같은 논리에 따라 그렇게 존재 할 수 있다. 그렇기 때문에 아리스토텔레스를 거쳐 칸트와 칼 슈미트⁵⁹⁾까지 내려온 친구와 적의 명확한 이분법적 구분은 이 지점에서 사라진다.

이 작업은 ‘돈호법의 수행적 양태’를 통해 이루어진다. 돈호법의 수행적 양태는 우선 수행적 모순을 갖고 있다. 현재에 동질성을 이루고 있다면 친구이고, 현재에 이질성

구체화 한 배종대, “법치국가형법과 불이(不二)사상”, 『고려법학』 (제69호, 2013), 175-210면., 실천적 지평을 보여주는 배종대, “원효(元曉)의 화쟁(和諍)사상과 형법이론”, 『고려법학』 (제81호, 2016), 251-293면 참조.

54) Derrida, Jacques, 위의 책(주 44), 253면.

55) 위의 책, 283면.

56) 위의 책, 283면.

57) 전미래 시제(futur antérieur)는 프랑스어에 나타나는 미래 시제 중 하나로서 “미래에 앞서 있는 어떤 시점”이다. 과거와 분리된 시제이지만, 데리다는 이 전미래 시제를 “과거에 대해 소급 및 구조적으로 영향을 미치는 시제”로 이해한다. Derrida, Jacques/진태원 역, 『법의 힘』 (문학과 지성사, 2004), 196면; 법적 정의의 전미래시제에 관하여 이상돈·이소영, 『법문학』 (신영사, 2005), 166면 참조.

58) Derrida, Jacques, 위의 글(주 44), 377면.

59) 칼 슈미트/김효진 역, 『정치적인 것의 개념』 (법문사, 1992).

은 갖고 있다면 적인 것이다.⁶⁰⁾ 그러나 이 모순을 좀 더 살펴보면 다음과 같이 이해할 수 있다. “오 나의 친구들이여,”라고 부르는 일은 친구가 구체적으로 특정되어 있음을 의미하지 않는다. 단지 친구로 호명함으로써 ‘지금까지’라는 선형적 시간의 흐름에 틈을 만든다. 친구라고 부를 때, 지금까지 존재하지 않았던 친구들이 호명 속에 이미 존재하게 되며, 현재화되지는 않았지만, 미래의 어느 시점에 이루어지는 만남을 통해서 ‘아직은 아닌’ 대상이 친구로든, 적으로든 나타나게 된다. “오 나의 친구여들이여,”라고 부르는 것이 현재라면, 뒤이어 나오는 “친구가 없다.”는 우정의 전미래시제인 것이다. 왜냐하면 현재는 호명 속에 나의 친구가 존재하지만, 현재가 이어지는, 그러나 확정할 수 없는 미래의 어느 시점에는 친구가 아닐 수도 있기 때문이다. 오늘의 친구가 내일의 적일 수 있다. 따라서 친구와 적은 확실히 구분되고 확정된 존재론(Ontology)의 영역이기 보다 유령론(Hauntology)⁶¹⁾의 영역이다. 따라서 아직 존재하지 않는 대상의 이름을 부르는 일은 선형적 시간의 틈 속에 새로운 시간과 공간을 만드는 일이며, 존재론의 틈 속에 새로운 존재의 시간과 공간을 만드는 일이다. 그 틈의 가능성은 ‘아마도(perhaps)’를 통해 계산 불가능한 시간과 공간의 개방성으로 나타난다. ‘아마도’는 확정된 부정도 긍정도 아닌 것이기 때문이다. 돈호법의 수행적 양태는 시간의 직선적인 이음매를 푸는 일이다. 시간의 흐름은 직선적이지만, 시간의 의미는 직선적이지 않다. 그렇기 때문에 이 시간 속에 현존하는 인간의 의미도 고정된 것이 아니다.

2) 사유의 중심으로서 타자

아리스토텔레스에 따르면 참된 우정은 인간이 되기 위하여 필요하다. 완전한 존재인 신이 다른 것을 생각하는 것은 자신의 좋음을 위해서지만, 인간에게 ‘좋은 것(to eu)’은 다른 것(of the other)과 관련이 되고, 바로 그 다른 것을 생각하는 데 있다.⁶²⁾ 따라서 만약 인간이 다른 존재에 대해 생각하지 않는다면, 그것은 인간의 생각이 아니다. 그리고 다른 존재에 대한 생각은 우정이 없이는 발생하지 않는다.⁶³⁾ 데리다는 아리스토텔레스의 이 문구를 근대 코기토(cogito)의 비판으로 확장시킨다.

나는 생각한다. 그러므로 나는 타자를 생각한다; 나는 생각한다. 그러므로 나는 (생각하기 위해서) 타자를 필요로 한다; 나는 생각한다. 그러므로 우정의 가능성은 그 자체로 내 사유의 활동에 있어서 다음과 같이 자리 잡는다. 우정이 타자를 필요로 하고, 요청하며, 욕망하는 한에 있어서 코기토의 중심에는 타자가 있고, 타자는 필수적이다.⁶⁴⁾

60) Derrida, Jacques, 위의 글(주 44), 367면.

61) 데리다의 유령론이란 과거는 지나가 버린 것으로 종결된 것이 아니라 계속 되돌아오며, 이 되돌아 오면 미래의 약속과 연결되어 있다는 것이다. 데리다의 유령론에 대한 자세한 설명으로는 문성원, “새로움과 용서”, 『철학논총』 (제55권, 2009), 129-146면 참조.

62) 아리스토텔레스/송유래 역, 『에우데모스 윤리학』 (한길사, 2012), VII, 12, 1245b.

63) Derrida, Jacques, 위의 글(주 44), 362면.

데리다에 의해 새롭게 해석된 코기토는 이제 더 이상 주체의 유아론적 사유가 아니다. 이제 주체의 사유에는 이미 타자가 존재하고 있다. 근대의 유아론적 사고의 그 유아 안에 이미 타자가 있음을 의미한다. ‘주체’의 사유에는 주체만 있지만, 주체의 ‘사유’에는 타자가 있다. 사유의 주체는 나지만, 사유의 중심에는 타자가 있다. 따라서 “나는 생각한다. 그러므로 나는 존재한다.”는 “나는 존재한다. 그러므로 나는 타자를 생각한다.”로 새롭게 이해할 수 있다. 타자를 생각하는 것이 자기 존재됨의 토대가 되는 것이다.

3) 호명에 의해 성립되는 인격적 책임의 관계

“오 나의 친구들이여, 친구도 없다.”라는 발화는 나의 이름으로 수행된다. 따라서 이 발화는 발화자인 나와 수신자인 친구 사이에 인격적인 책임을 정립한다. 이 책임은 내 호명의 수신자가 어떤 인격인지를 이해하며, 그 인격과 나의 관계에서 이 호명에 의해 정립된 책임이 무엇인지를 이해하는 것을 포함한다.⁶⁵⁾ 물론 이 때 서로의 이름하에 정립된 책임은 비례적 관계이지만, 서로 다른 위치나 환경 때문에 비대칭적인 관계가 될 수 있다. 정확히 표현하자면, 사회를 이루고 법에 따라 통치가 결정되기 때문이다.⁶⁶⁾ 사회 속에서 책임은 우정에 의해 수행되지 않고, 법에 의해 각자 지고 있는 책임이 수행되기 때문이다. 우정의 관계가 법에 의해 규율된다는 것은, 법이 현실의 제한된 조건 하에서 우정을 가능하게 하는 수단이 될 수도 있다는 것을 의미한다. 비례적인 책임관계가 깨어진 우정을 비례적 책임관계가 가능한 우정이 되도록 도울 수 있기 때문이다. 법의 이념 자체가 정의로서 각자에게, 서로의 몫을 그 몫만큼 돌리기 때문이다. 물론 법에 의한 비례적 책임관계는 법이 지배하는 시민공동체까지 확장된 시민 사이의 우정이 될 것이다. 이것은 물론 이상적인 우정의 달성이 아니라, 현실에서 실천 가능한 제한된 우정일 것이다.

친구를 부르는 호명은 책임을 정립한다. 이 책임은 크게 세 가지의 양태로 이루어진다. 첫째, ‘자아를 위한 응답(answers for oneself)’이다. 이것은 주체의 통일성이다. 호명하는 자는 자신의 호명과 통일성을 이루어야 한다. 그러나 이 응답은 주체 개념에 반드시 의존하거나, 주체가 현재 존재하는 것으로 간주하지 않아도 가능하다. 통일된 기억에 의해서도 가능하다.⁶⁷⁾ 친구라고 생각해서 친구로 호명하였다면 이것은 친구로 기억되는 것과 통일성을 이루고 있는 것이다. 호명은 부르는 자로부터 나오며, 이 호명은 부르는 자와 모순되어서는 안 된다. 친구라고 호명하였다면 부르자는 자는 그 상대방을 친구라고 스스로 생각하고 있어야 한다. 둘째, ‘타자를 향한 응답(answers to the other)’이다. 이것은 타자에 대한 요청, 기도, 돈호, 부름, 인사 등이다. 이 차원의 응답은 첫째와 셋째의 응답보다 응답에 있어서 더 본래적이다. 두 가지의 이유에 의해서 그

64) 위의 글, 362면.

65) 위의 글, 362면.

66) 위의 글, 365면.

67) 위의 글, 378면.

렇다. 첫 번째 이유는 타자를 호명한 자는 스스로에게 자신의 이름으로 그 타자에게 답하지 못 한다. 두 번째 이유는 응답하는 자아의 적절한 이름(proper name)은 타자 그 자체를 위한 것이다. 친구라는 이름은 친구 되는 타자를 위한 것이지, 자신을 위한 것이 아니기 때문이다. 따라서 이 응답은 항상 자신과 관련한 타자를 가정한다. 이것은 책임의 구조화로서 시간화를 나타낸다.⁶⁸⁾ 응답은 타자와의 반응 속에서만 가능하고, 타자가 존재하는 동안에서만 가능하기 때문이다. 따라서 타자의 반응과 존재가 책임의 구조화와 시간화를 가능하게 해준다. 책임이 본래부터 타자와 무관하게 존재하는 것이 아니라, 호명하는 자신과 응답하는 타자로부터 구체적인 책임이 무엇인지 결정되는 것이다. 셋째, ‘앞에서의 응답(answer before)’이다. 이것은 타자로의 응답의 한 양상이다. 이것은 타자성에 대한 제도적 예이다. 다시 말하면 응답의 보편적 원리화이다. 응답은 법 앞에서, 법정 앞에서, 배심원단 등 앞에서 이루어진다. 이것은 도덕, 법, 및 정치 공동체의 형식 속에서 타당성이 있다고 권위를 인정받고, 대표하고 있는 타자 앞에서의 응답이다.⁶⁹⁾ 책임의 두 번째 양태인 ‘타자로의 응답’이 구체적인 책임을 형성한다면, 세 번째 양태인 ‘앞에서의 응답’은 일반적인 책임을 형성하며, 책임의 일반화로서 보편화를 가능하게 하는 원리가 된다. 여기에서 책임에 의해 함축되어 있는 존중(respect)의 두 가지 차원을 살펴볼 수 있다. 첫 번째 차원은 거리, 공간, 간주이며, 두 번째 차원 또는 형태는 시간, 목소리, 듣기이다. 이 두 차원을 함께 적용하는 것이 우정의 핵심(the heart of friendship)이다. 전자에서 우정은 감정으로서의 사랑과 구별되고 분리되는 것이며, 우정 상 친밀한 것이다. 친밀한 것은 서로 매우 가까이 있지만, 서로 일치된 것이 아니라 서로의 거리, 공간 등 구별되는 거리두기가 있음을 의미한다. 후자에서 우정은 ‘타자에 대한 존중(respect for the other)’이다. 타자에 대한 존중은 나로부터의 존중만이 아니다. 이것은 책임의 첫 번째 형태인 ‘자아를 위한 응답’에 머물 뿐이다. 존중은 ‘타자 앞에서의 응답’이며, ‘타자로의 응답’이다. 존중은 타자의 시간, 목소리, 듣기로부터 시작되는 것이다. 이것은 앞서 제시한 칸트의 우정에 대한 재독해이다. ‘타자에 대한 존중’이 없이는 우정도 없다.⁷⁰⁾ 이 존중은 도덕적 선의(morally good will)와는 분리할 수 없지만, 순수한 도덕적 존중(purely moral respect)과 혼동해서도 안 된다. 이것은 단순히 도덕법이 원인일 뿐이다.⁷¹⁾ 우정을 완전하게 실현하는 것은 불가능하지만, 실천의 맥락에서는 필수적인 이상이다. 우정은 ‘사랑하고 존중하는 것 둘 다(both love and respect)’이다. 우정은 서로 동등(equal)하며 상호적(reciprocal)이다. 그리고 그에 따른 의무를 추구한다. 우정은 행복을 산출하지 못할지라도 ‘행복의 가치’가 무엇인지 알게 해준다.⁷²⁾ 그러나 우정의 난점 중 하나는 두 사람 사이에 서로에 대한 매력의 안정적인 평형상태가 아니라는 점이다. 따라서 우정의 이상은 대화와 평등의 공유에 달려 있다.⁷³⁾

68) 위의 글, 379면.

69) 위의 글, 379-380면.

70) 위의 글, 380면.

71) 위의 글, 380면.

72) 위의 글, 380면.

그렇기 때문에 모든 친구는 먼저 인간의 친구(friend of man)가 되어야 한다. 이것은 박애주의자를 말하는 것이 아니다. 박애주의자는 순수하게 인간을 사랑하지만, 인간 사이의 평등함이 빠져있기 때문이다.⁷⁴⁾ 우정은 모든 인간이 서로 평등함을 함축한다. 인간 존재의 이상은 이 평등성에 의무가 있다.⁷⁵⁾ 지금까지 살펴본 이 두 차원이 우정에서 자신과 친구라는 절대적인 개별성을 유지할 수 있게 해준다.⁷⁶⁾ 물론 살펴본 우정은 현재에 완전히 존재하지 않는다. 오히려 존재하기를 바라며 친구를 향한 부름 속에서 나타난다. 이것은 아리스토텔레스가 말한 기도(εὐχή)이며, 이 기도는 대화로서 로고스(λόγος)이다. 이 대화는 다소 수행적인 방식으로서 참과 거짓을 판단하기 위한 것은 아니다. 하나의 바램이며, 요청이고, 약속이다.⁷⁷⁾ 따라서 우정은 현재에 완전하게 존재하지 않는다. 우정은 서로를 향한 기다림과 약속 및 참여 속에서 경험된다.⁷⁸⁾

한 가지 주목할 점은 “친구도 없다.”고 말하지, 우정이 없다고 말하지 않는다는 점이다. 우정이 먼저 있어야 친구도 있다고 말할 수 있다. 물론 여기서 우정은 특정한 친구와 구체적인 우정이 아니라 일반적인 차원에서 우정이다. 근대가 인간을 이성의 주체로 간주한 점이 인간'관계'마저 이성의 관계가 되어야 함을 의미하지 않는다. 인간과 인간관계의 구분을 엄밀하게 하지 않음으로써 이성의 병폐인 동일성의 강제, 목적-수단관계 등은 사회의 질병차원으로까지 확장되었다. 이는 법이 더 이상 존재론적 사고만으로 유지될 수 없다는 점을 반증한다. 주체 중심적 사유는 사회와 분리된 주체에 대한 사유이다. 분리된 주체의 사유가 약점이 아니라, 사회의 지평까지 잇대지 못하는 접합 불가능이 주체 중심적 사유의 단점이다. 따라서 사회가 존재의 관계 속에서 형성되어 있다면⁷⁹⁾, 사회적 지평 즉, 관계론적 사유를 수용해야 함을 의미한다. 이런 사유의 흐름은 이미 법의 진화에도 수용되어 있다. 법철학적으로 자유주의 법모델에서부터 사회국가적 법모델과 절차주의적 법모델을 거쳐 전문법으로까지 법모델의 다양화는 법이 주체 중심의 존재론적 사유중심에서 다원화된 관계론적 사유까지 진화하고 있음을 보여준다.⁸⁰⁾

4) 언어적 존재와 우정

관계론적 사유로의 전환은 언어론적 사유로의 전환이라고 할 수 있다. 왜냐하면 관계라는 역동성은 대화라는 매개체를 통해 비로소 가능하기 때문이다. 대화 없이는 인격적인 관계가 정립되지 않는다. 관계적 존재는 물론 권리, 의무 등 규범적 관계나 위계적

73) 인간이 근원적으로 왜 평등한지에 대한 법철학적 탐구로는 오민용, “법에서 인간의 위상 - 존 피니스의 논의를 중심으로”, 『안암법학』 (제60권 제1호, 2020), 419-449면 참조.

74) I. Kant, 위의 책(주 21), ff 47.

75) Derrida, Jacques, 위의 글(주 44), 381면.

76) 위의 글, 381면.

77) 위의 글, 367면.

78) 위의 글, 368면.

79) 권터 야콥스/김일수, 변종필 역, 『규범, 인격, 사회』 (한국형사정책연구원, 2013), 43면.

80) 이와 같은 법의 발전에 대해서는 이상돈, 『법의 깊이』 (법문사, 2018), 531-571면.

관계 등 사회에 이미 구조화된 틀에 들어옴으로서 가능하기도 하다. 하지만 이 관계는 비인격관계, 수동적 관계로서, 근대 이성법이 성취한 실질적 법치국가의 핵심인 인간의 존엄성과 자유 및 주체적인 인간, 능동적 인간, 인격적 관계로서의 인간관과는 거리가 멀다. 대화를 통해서만 주체는 타자를 주체와 주체의 관계로서 마주하며, 인격적이며, 능동적으로 관계를 맺을 수 있다. “언어적 존재로서 인간은 차이의 놀이를 하는 존재이다(As a linguistic being, man is the play of differences).”⁸¹⁾ 인간은 언어 안에 존재한다. 언어 안에 존재함은 언어의 체계 안에서 존재하는 것이며, 언어 체계 안은 차이이다.⁸²⁾ 이 차이를 데리다의 고유한 언어로 표현하면 차연이다. 차연(differance)이란 단어(word)나 개념(concept)이 아니라 ‘접합(juncture)’이며, ‘시대(epoch)’라 불리는 것에 기입(inscribed in)하는 것이다.⁸³⁾ 또한 차이는 접합 일뿐만 아니라 동일함(sameness)이기도 하다. 동일함은 “엄밀한 차연”⁸⁴⁾이다. 차연으로서 동일함은 차이의 동일함으로 현존한다.⁸⁵⁾ 이는 언어적 존재는 차이라는 데리다의 주장과 일치한다.⁸⁶⁾ 따라서 우정은 “언어적 존재에서 이루어지는 차이의 일치(the coincidence of difference)”⁸⁷⁾로 재정의 될 수 있다. 그리고 이름을 붙일 수 없는 이들의 놀이는 명사화할 수 있는 결과를 낳는다.⁸⁸⁾ 따라서 데리다의 궁극적인 관심은 ‘말놀이(the play of language)’이며, “좋은 우정이란 대화를 시작하는 이들 사이에서 말놀이를 통해 이루어지는 사랑의 일치”⁸⁹⁾이다.

인간은 언어를 통해 의사소통을 한다. 이 과정을 대화라고 할 수 있다. 대화 참여자의 주체 간에 대화를 통한 의미의 주고받음, 생성과 소멸 등은 참여자 간의 의미 불일치와 일치를 나타낸다. 따라서 대화는 차이에 의해 발생한다. 만약 차이가 존재하지 않는다면 대화는 필요하지 않다. 대화 대신에 확인만 있으면 충분하다. 인간의 주체화와 사회화와 이해되고 합의된 정의를 법제화하는 과정인 민주주의는 모두 대화를 기본 전제로 한다.

그러나 대화 참여자간의 차이는 영원히 발생한다. 이 차이는 대화 주체 간에 사용하는 언어가 지닌 단어나 개념의 차이 때문이 아니라, 자신이 살아가는 생활세계의 다양성과 역동성 그리고 미래를 향한 개방성에 의한 변동성과 그 가운데 형성되는 자아와 자신이 처한 실존의 상태 때문에 이루어지는 차이이다. 차이의 내용은 생활세계, 자아, 실존의 상태에 따라 다르지만, 차이라는 그 상태 자체는 누구에게나 동일하다. 타자와의 인격적 관계와 대화 속에서 차이가 존재하지 않는 경우는 없다. 그리고 이 동일함은 어

81) Kaufman, Michael J. "The Value of Friendship in Law and Literature." *Fordham L. Rev.* (60, 1991), 664면.
 82) Derrida, Jacques. *Speech and phenomena, and other essays on Husserl's theory of signs*. Northwestern University Press, 1973. 140면.
 83) 위의 책, 130면.
 84) 위의 책, 148면.
 85) 위의 책, 149면.
 86) Kaufman, Michael J. 위의 책(주 81), 664면.
 87) 위의 책, 664면.
 88) Derrida, Jacques, 위의 책(주 82), 159면.
 89) Kaufman, Michael J. 위의 책(주 81), 665면.

편 주체라도 지닌 동일함이다. 따라서 동일함은 차이이다. 우정은 바로 이 차이를 언어적 차원에서 일치시켜나가는 일이다. 이 과정은 말놀이이며, 이 말놀이는 서로에 대한 적대나 분노를 통해 이루어지는 거짓말, 기망, 사기, 모함 등이 아니라, 일치의 “미적인 기쁨(aesthetically pleasing)”⁹⁰⁾을 서로 향유하는 사랑의 관계를 바탕으로 두고 이루어지는 참된 과정이다. 이렇게 이해된 우정은 정의의 최고형태로 이해할 수 있다. 아리스토텔레스는 이 우정을 다음과 같이 표현하기도 한다.

서로 친구인 사이에는 더 이상 정의가 필요하지 않지만, 서로 정의로운 사람들 사이에는 우정이 필요하고, 정의의 최고의 형태는 우정의 본질 속에서 표현된다.⁹¹⁾

3. 우정으로서 법

(1) 역동적 평등

우정과 법을 이해하기 위해서 데리다의 우정의 윤리학과 정치학이 구체적으로 어떤 특징이 있는지 분석해 보았다. 그렇다면 이 우정의 맥락에서 논의되는 ‘우정과 법’은 어떤 관계인지 그 핵심을 확인해 볼 수 있다. 데리다에게 있어서 호명에 의한 친구의 생성은, 살펴본 바와 같이 현재에 부재하는 친구와 미래에 도래하는 친구 사이에 존재한다. 데리다는 이것을 살펴본 바와 같이 ‘아마도(perhaps)’라는 단어로 표현했다. 우정의 특징은 여기서 드러난다. ‘아마도’에서 친구와 적의 이분법은 해체된다. 그리고 ‘아마도’에서 우정은 동질성을 띤 존재 사이의 결합을 넘어 이질성을 띤 타자와의 관계까지 확장된다. 동일성을 향한 폐쇄성에서 이질성을 향한 개방성을 지닌 우정인 것이다. ‘아마도’라는 우정이 지닌 윤리적 힘 또는 특징은 여기서 드러난다. 나와 동질성을 갖든, 이질성을 갖든 그것은 중요한 것이 아니다. 현재의 관계는 호명이라는 부름과 응답이라는 상호성, 그리고 이 상호성에 의해 형성된 관계를 지속하게 하는 상호주관성이라는 서로의 동등성과 지속성을 보여준다. 이것은 호명의 발신자와 호명의 수신자 사이의 관계가 지닌 평등하며 역동적인 관계이다.

(2) 법 이상의 법

법의 이념은 정의이다. 이 말은 정의는 법이 추구하는 이념으로서 위상을 갖는다는 의미이지, 법 그 자체가 곧 정의라는 의미는 아니다. 법을 정의를 추구하지만, 정의 그 자체는 다른 존재이다. 데리다에 의하면 법 그 자체가 곧 정의는 아니다.⁹²⁾ 따라서 법의

90) 위의 책, 666면.

91) Aristotle, 위의 책(주 13) VIII, 1155a 25.

정당성인 정의는 법의 제정이라는 합법성에 의해 보장되지 않는다. 따라서 정의의 목적인 평화, 평화의 목적인 인간의 웰빙은 합법성에 의해 보장되지 않는다. 그렇다면 정의의 완전한 실현을 위해서 합법성 말고 또 무엇이 필요한 것인가? 법은 일반화된 규정으로부터 출발하여 개인의 삶 또는 생활세계를 규율한다. 그러나 정의의 요청은 일반화되고 추상화된 개념적인 삶이 아니라, 한 개인의 개별화되고 구체적인 삶의 자리에서 이루어진다. 정의로서 우정은 바로 각각의 구체적인 삶의 자리에서 정의가 응답하도록 한다. 법은 법의 렌즈로 인간을 바라보고 인격화(Legal person)한다. 하지만 정의로서의 우정은 온전히 그 사람 자체를 인격으로 인정한다. 따라서 우정 안에서의 법은 일반화된 법, 즉 정의가 불충분한 법이 아니라 정의가 완전히 실현된 법이다. 물론 이것은 우정이 법으로 하여금 정의의 요청에 응답하는 답책성을 부과함으로써 가능하다. 법의 이념으로서 정의는, 법이 곧 바로 자신이 정의라고 생각하는 것을 향해 가는 것이 아니라, 우정이 요청하는 정의에 응답하는 법만이 정의를 실현할 수 있는 것이다. 왜냐하면 데리다에 의하면 진정한 정의는 법의 일반화된 규칙, 규범과 명령과 같은 일반화된 형식에 의해 보장되는 것이 아니기 때문이다. 데리다는 이것을 “주소의 올바름(the rectitude of address)”⁹³⁾으로 표현한다. 정의의 실현은 형식적인 법의 집행에서 완성되는 것이 아니라, 정의를 요청하는 인간에게 실질적으로 온전하게 전달되어야 하기 때문이다. 다양한 생활 속에서 실존하는 인간은 서로 다른 실존만큼 구체적이고 많은 주소를 갖고 있다. 그렇다면 정의의 실현은 단순한 법의 집행이 아니라, 정의가 도달해야 하는 주소를 먼저 정확하고 올바르게 파악해야 한다. 주소가 부정확하면 무엇이든 도달이 불가능하기 때문이다. 법의 일반성은 정의가 도착해야 할 개별 주소를 파악하지 못 한다. 그러나 우정은 정의가 도착해야 하는 이 개별 주소에서 법이라는 배송매체를 통해서 정의가 도달하기를 요청한다. 정의가 도달할 것이라는 책임과 이 책임이 실현될 것이라는 미래의 지평 속에서 우정은 실현된다.⁹⁴⁾ 데리다는 이 우정을 자신의 논의 속에서 우정과 같은 의미로 사용하는 박애를 빌려 다음과 같이 표현한다. “우정(박애)은 법 이상의 법(Fraternity is the law beyond law)”⁹⁵⁾이다. 인간의 다양한 실존과 그 실존의 수많은 다양한 정의의 주소를 고려하지 못하는 법은 정의를 완전하게 실현하지 못 한다. 그러나 그 수많은 정의의 주소에서 이루어지는 우정은 정의의 실현을 완전하게 하도록 한다. 앞에서 살펴본 우정의 윤리학과 우정의 정치학과 지금 살펴본 우정의 법학에 비추면 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 우정이 법이고 정의이다. 그리고 이 때 정의는 ‘다른 것은 다르게, 같은 것은 같게’의 표현을 빌려 ‘일반적인 것은 일반적으로, 구체적인 것은 구체적으로’ 라고 표현할 수 있다. 그렇다면 이 우정이 법에서 어떻게 구체화될 수 있는지를 살펴볼 차례이다.

92) Derrida, Jacques, “Force of Law: The Mystical Foundation of Authority,” in *Deconstruction and the Possibility of Justice*, eds. Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, David G. Farson (New York: Routledge, 1992), 16면.

93) 위의 책, 17면.

94) Derrida, Jacques, 위의 책(주 44), 236면.

95) 위의 책, 237면.

Ⅲ. 법으로서 우정

1. 우정과 정의

(1) 정의의 여‘신’상

정의에 접근하는 방법은 두 가지로 생각해 볼 수 있다. 하나는 정의가 무엇인지를 파악하기 위해서 그 개념을 다루는 방법이고, 다른 하나는 오랜 역사를 가진 정의에 대한 관습, 실무, 관행, 인식 등이 축적된 관념을 다루는 방식이다. 후자의 방법으로는 정의를 시각화하고 형상화한 정의의 여신상의 이미지를 탐구해 보는 것으로 생각해 볼 수 있다.⁹⁶⁾ 정의의 여신상은 각 나라와 시대마다 조금씩 차이를 보이지만 공통적으로 여자, 눈가리개, 저울과 칼이라는 요소로 구성되어 있다.⁹⁷⁾ 이 여신상은 단순한 이미지가 아니라 아이콘(icon)이다. 왜냐하면 역사를 통해서 축적된 다양한 이미지가 퇴적된 형상이기 때문이다.⁹⁸⁾ 따라서 아이콘은 역사학이 아니라 고고학처럼 축적된 퇴적층마다 의미의 발견과 여러 갈래의 해석이 가능하다. 하지만 이 글에서는 정의의 여신상과 그 이미지에 대한 고고학적 탐색이 아니라, 일반적 차원에서 고찰해 보고자 한다. 일반적으로 정의의 여신상에서 자신의 눈을 가린 것은 근대의 이상인 법 앞의 평등⁹⁹⁾을 상징하며, 저울은 공정한 법의 판단, 칼은 이에 따른 강제력의 집행을 의미한다.¹⁰⁰⁾ 한 마디로 심판자이다. 그러나 이 심판자는 보지 못 하기에 법률의 구체적인 사안에 대한 이해와 그 속에 얽혀 있는 인간들을 보지 못 한다. 정의의 여신이지만, 정의가 수신되어야 할 정의의 주소를 인식하지 못 하는 것이다. 근대의 형식법 또는 형식적 평등인 것이다. 따라서 저울에 형량을 하고 비례적으로 판단을 하지만¹⁰¹⁾, 그것은 단지 저울의 무게 추를 이동하는 것일 뿐, 그 저울에 올려진 인간의 실존, 생활세계, 정의의 주소를 보지 못 한다. 칼은 인간을 살리기 위한 의사와 같은 칼이 아니라, 도살해 버리는 응보의 칼과 같다. 이것은 사실 정의의 이미지보다 전쟁의 이미지에 가깝다.

96) 정의의 이미지에 대한 최근의 법학연구로는 박지윤, “정의의 여신상과 소녀상”, 『법과 사회』 (제63호, 2020), 25-49면.

97) 물론 각 국가나 처한 사회의 상황 속에서 정의의 여신상의 모습은 조금씩 다르다. 눈 가리개가 있거나 없기도 하며, 칼을 들고 있거나 내리고 있기도 한다. 이에 대해서는 최종고, 『법상징학이란 무엇인가』 (아카넷, 2000), 96면.

98) 이상돈, 『법미학』 (법문사, 2008), 160-183면.

99) 학자에 따라서는 이것을 다음과 같이 표현한다. “a positive emblem of impartiality and equality before the law”, Jay, Martin, “Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law”, *Filozofski vestnik*(17.2, 1996), 68면. 물론 다른 평가도 가능하다.

100) 저울과 칼을 정의의 엄격성과 형평으로 이해하는 한승수, “정의(正義)의 여신(女神) 유스티티아(Iustitia)의 모습과 정의(正義)의 상징” 『문화·미디어·엔터테인먼트 법』 (제11권2호, 2017), 17면.

101) 비례성을 판단하기 위해서는 비례의 대상이 서로 통약 가능해야 한다. 그러나 이것은 쉬운 문제가 아니다. 이 문제를 극명히 드러내는 질문은 ‘정말 통약되었기 때문에 결정되는 것인가?’. 아니면 ‘결정되었기 때문에 통약된 것인가?’를 생각해 볼 수 있다. 통약가능성에 대한 최근의 법철학 연구로는 Chang, Ruth, ed. *Incommensurability, incompatibility, and practical reason*(Harvard University Press, 1997) 참조.

(2) 정의의 ‘여’신상

정의의 여신상의 구성요소는 시대에 따라, 국가에 따라, 처한 사회에 따라 달라진다. 그러나 공통점이 하나가 있다. 바로 여신이라는 점이다. 여자로서의 신은 남자로서의 신에게 없는 ‘모성’이라는 인간애가 존재한다. 앞에서 살펴본 ‘눈물’과 ‘애통함’이 존재한다는 것이다. 이것은 여‘신’의 연약함이 아니라, ‘여’신이 되게 하는 것, 즉 신을 인간되게 하는 인간됨의 근본요소임을 보여준다. 정의는 인간화된 정의인 것이지, 인간 밖에서 차갑게 인간을 심판하는 것이 아님을 함축한다. 신화에서 인간은 신의 피조물이다. 즉 신의 자녀이고, 신은 부모가 되는 것이다. 모성이라는 인간애를 지닌 여신은 정의를 위반한 인간에 대해서 눈물을 흘리고, 슬퍼하는 애통함을 통해서 신의 타자인 인간을 이해한다. 타자에 대한 이 이해는 다음과 같다. 애통을 통해 타자의 상태에 공감(sympathy)하고, 그 상태를 구성하는 내용에 동감(empathy)할 수 있다. 상술하면 공감은 타자가 고통당하고 있다는 것 그 자체를 함께 느끼는 것이며, 동감은 타자가 고통당하는 내용을 함께 느낀다는 것이다.¹⁰²⁾ 따라서 애통은 공감과 동감의 내용이며, 공감과 동감은 애통의 형식이다.¹⁰³⁾ 애통하는 자의 자기 존재는 이 애통함 속에서 타자 존재와 조우하게 된다. 그리고 이 때 비로소 서로 이해 지향적인 대화가 가능하며, 이 대화 속에서 서로의 이해가 일치하는 미적인 기쁨을 맛보게 된다. 이 조우의 대화 속에서 자기 존재는 타자 존재 속에서, 타자 존재는 자기 존재 속에서 애통을 통한 공감과 동감을 매개로 한 이해를 통해서 그 실존의 지평을 넓혀간다. 이 과정을 통해서 동일성과 타자성은 어느 한 쪽으로 해소되는 것도 아니며, 다른 존재와 분리된 존재로 정립되는 것도 아니다. 오히려 함께 존재하는 자로서 존재하며 공동체(법, 사회, 국가)를 구성하게 되는 가능성의 지평이 열리는 것이다.¹⁰⁴⁾ 따라서 정의는 애통함을 통해 구성된다고 할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 정의 없는 애통함은 파국의 어머니며, 애통함이 없는 정의는 잔혹함일 뿐이다.¹⁰⁶⁾

인간화되지 않은 정의는 신격화 된 정의로서 인간을 고려하지 않고 인간을 판단하는 것으로서 일반화의 형식에 따라 판단하는 규칙, 규범 및 명령이다. 이것이 정의의 여

102) 막스 셸러/조정옥 역, 『동감의 본질과 형태들』 (아카넷, 2006), 역자서문 7면.

103) 동감과 공감을 구분하지 않고, 동정으로 표현하면서 “슬픔은 동정의 내용이고 동정은 슬픔의 형식”이라고 표현하는 정대현, “슬픔: 또 하나의 실존 범주”, 『철학』 (제100권, 2009), 59면.

104) 공감의 범형성에 대해서는 이상돈, 『법의 예술』 (법문사, 2020), 318-343면.

105) 아름다움으로서 법적 정의에 대해서는 이상돈, 위의 책(주 80), 63-89면. 특히 78-86면. 특히 미학적 체험의 근원을 인간의 행위에 대한 에로스로 보며, 에로스는 “..... 현실의 고통과 슬픔으로부터 인간을 ‘해방’시킬 때 생성시키는 체험적 의미”로 보고 있다. 위의 책, 82면. 이 때 슬픔은 자기 존재 속에 이루어지는 슬픔이다. 따라서 인간은 이 슬픔으로부터 해방될 필요가 있다. 이 해방은 두 가지 방식으로 가능하다. 하나는 에로스 에 의해서이며, 다른 하나는 ‘타자의 애통함’으로부터이다. 애통함은 바로 타자로부터 자기 존재를 해방시키는 방식으로 이해할 수 있다. 에로스는 인간이 슬픔에서 해방 될 때 체험되는 되는 것이라면, 애통함은 타자의 고통과 슬픔을 해방시키는 적극적 슬픔으로 이해할 수 있다. 따라서 적극적 슬픔으로서 애통함은 그 자체로 정의를 구성하게 된다.

106) 이 표현은 성 토마스 아퀴나스의 다음과 같은 표현에서 빌려왔다. “[m]ercy without justice is the mother of dissolution”, “justice without mercy is cruelty,” in St. Thomas Aquinas, Lectures on I Timothy 2:259면.

‘신’상이다. 그러나 애통을 통해 인간화된 정의는 정의를 요청하는 인간의 삶의 자리에 자리 잡는다. 정의의 주소가 새겨진 인간의 실존을 애통해 하는 정의를 통해서 동일성과 타자성의 공존을 가능하게 하며, 우정이 요청하는 정의의 주소를 올바르게 한다. 그리고 이 주소에 따라 정의가 올바르게 도달할 수 있도록 한다. 이것이 인간화된 정의의 ‘여’신상이다. 따라서 우정은 곧 애통함이며, 우정이 곧 정의라는 명제는 ‘애통함이 곧 정의’라는 명제로 다시 이렇게 구체화할 수 있다. 애통함이 없는 정의는 인간을 위한 정의가 아니라, 정의를 위한 인간을 요구할 뿐이다.

2. 우정과 법의 지배

(1) 법의 지배

법의 이념인 정의는 법을 통해서 나타난다. 물론 정의는 법과 분리되어 있지만, ‘법의 이름으로’ 구체적으로 실현된다. 현대 사회는 ‘법의 제국’이다. 법의 제국이라는 의미는 법 밖에 존재하는 것이 없다는 언명이 아니라, 현대 사회에서 인간은 법 안에서 살며, 법을 의거하여 살아간다는 의미이다.¹⁰⁷⁾ 이 의미를 법철학적으로 표현하면 ‘법의 지배(The rule of law)’이다. 법의 지배란 광의의 의미로는 시민은 법에 복종해야 하고 법에 따라 행동해야 하는 것이며, 정치철학과 법이론에서 협의의 의미는 통치는 법에 의해, 법에 따라 이루어져야 함을 의미한다.¹⁰⁸⁾ 따라서 법의 지배는 사람에게 의한 자의적 지배가 아니라 법에 의한 규범적 지배를 의미한다. 그리고 이 때 법의 지배 대상은 시민 뿐만 아니라 통치행위, 통치자 및 통치 권력과 구조의 형성이 주된 법의 지배 대상이라는 의미이다. 또한 법체제도 역시 법의 지배에 구속당한다. ‘법의 지배’는 법체계 안에서 작동하면서 동시에 법체계가 만들어지기 전에 이 체계를 만드는 근본원리이다. 법의 지배에 따라 작동되는 법체제는 합법성과 정당성을 지닌 것으로 간주된다. 그러므로 법의 지배는 법체계의 좋은 형태로 이해할 수 있다. 법의 지배에 대한 국내의 많은 법철학적 연구¹⁰⁹⁾가 있지만, 피니스에 의하면 법의 지배는 다음과 같은 요소로 구성된다.

107) 도널드 드워킨/장역민 역, 『법의 제국』(아카넷, 2004), 5면.

108) Raz, Joseph, *The authority of law*(Oxford university press, 1979), 212면.

109) 정태욱, 『정치와 법치』(책세상, 2002); 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의의 실현”, 김도균 외, 『법치주의의 기초—역사와 이념—』(서울대학교출판부, 2005), 3-123면; 김비환, “현대자유주의에서 법의 지배와 민주주의의 관계”, 『법철학연구』(제9권 제2호, 2006), 113-144면; 박은정, 『왜 법의 지배인가』(돌베개, 2010); 김비환, “플라톤 정치사상에서 철인지배와 법치의 상보적 통합성: 좋은 법질서(eunomia)를 향한 철학적 충동”, 『법철학연구』(제13권 제3호, 2010), 141-170면; 안성조, “법적 불확정성과 법의 지배”, 『법철학연구』(제10권 제2호, 2007), 61-114면; 이국운, “법과 ‘이웃’-법치의 본원적 관계형식에 관한 탐색”, 『법과 사회』(제36권, 2009), 155-181면; 최봉철, “법치의 문제에 관한 몇 가지 결론”, 『법철학연구』(제15권 제3호, 2012), 5-40면; 안성조, “삶의 형식과 법의 지배”, 『법철학연구』(제16권 제1호, 2013), 7-42면; 박준석, “관행과 법의 지배”, 『법철학연구』(제16권 제3호, 2013), 97-116면; 안준홍, “자유주의자들의 법치주의관”, 『외법논집』(제38권 제4호, 2014), 61-77면, 같은 저자 “법의 제국과 법의 지배”, 『법철학연구』(제19권 제1호, 2016), 35-58면 참조.

(a) 규칙은 장래에 대해 효력을 지니며, 소급효는 금지된다. (b) 규칙은 규칙을 준수하는 방식 외에는 불가능하다. (c) 규칙은 공표되어야 하며, (d) 명확해야 한다. (e) 규칙은 서로 정합성을 지녀야 하며, (f) 사람들이 규칙의 내용을 알고 따를 정도로 충분히 안정적이어야 한다. (g) 판결과 상대적으로 제한된 상황에서의 법의 적용은 공포되고, 명확하며, 안정적이고, 상대적으로 일반적 규칙에 의해 지도되어야 한다. (h) 권위가 있는 사람이 규칙을 만들고, 집행하며, 적용할 공적인 능력을 지니며, 이 여덟 가지에 맞게 수행되어야 하며, 실제적인 법의 집행은 규칙의 취지와 일치하며, 정합성이 있어야 한다.¹¹⁰⁾

이 요소들은 법체계가 권위, 사람의 행위, 규칙, 시간으로 구성되어 있음을 보여준다. 따라서 법의 지배는 정적이지 않고, 동적이다. 특히 (g)에 의하면 판결과 법의 적용은 일반적인 규칙에 의하기 때문에 법 획득에서의 법 발견 문제¹¹¹⁾ 또는 해석의 문제¹¹²⁾가 대두된다.¹¹³⁾ 그리고 좁게는 이 맥락에서, 넓게는 제시한 (a)에서 (h)까지의 각 요소와 요소의 결합을 통해서 법을 준수하면서 법의 지배를 남용할 수 있다.¹¹⁴⁾ 법의 지배가 남용된 유형은 크게 세 가지이다. 첫 번째는 착취형으로서 지배자가 공동체의 이익을 외면하고 자신의 이익만을 추구하는 유형이다. 두 번째는 이데올로기형으로서 지배자가 자신이 좋다고 간주한 것을 공동체의 좋음으로 간주하고, 이것만을 목표로 삼아 열광적으로 추구하는 유형이다. 세 번째는 착취형과 이데올로기형이 혼합된 형태이다. 역사적인 예로는 나치(Nazi)의 통치이다. 이 통치에는 합법성으로 간주될 합리적인 대상을 발견할 수 없다.¹¹⁵⁾

그러나 법의 지배가 지닌 이상은 지배하는 자와 지배를 받는 자 사이의 상호작용에 토대를 두고 있으며, 이 상호작용에는 상호성과 절차적 공정성이 포함되어 있다.¹¹⁶⁾ 법의 지배는 다른 사회목적을 위한 단순한 수단이 아니다.¹¹⁷⁾ 법의 지배가 지닌 권위는 공동체 구성원의 좋음을 위한다는 책임에 의해 성립된다. 그리고 이 책임은 ‘정치력(statesmanship)’을 구성하는 한 요소가 된다.¹¹⁸⁾ 이것은 좋은 법의 지배(the rule of the good law)를 말하는 것이 아니다.¹¹⁹⁾ 오히려 ‘법의 좋은 지배(the good rule of

110) J. Finnis, 위의 책(주12), 270면.

111) 법발견에 대해서는 마르틴 크릴레/홍성방 역, 『법발견의 이론』 (유로, 2013), 칼 엥기쉬/안법영·윤재왕 역, 『법학방법론』 (세창출판사, 2011), 138-139면. 특히 선례 중심의 법발견에 대해서는 같은 책 308-313면.

112) 구성적 해석을 주장하는 드위킨 위의 책(주 107), 82-87면.

113) ‘법창조와 법발견의 다이내믹스’를 주장하며 민주주의의 관점에서 법치의 역동성을 주장하는 이국운, 앞의 논문 참조. 법적 불확정성이 대두될 때 법의 지배란 정치철학의 이념 구현의 문제가 된다고 주장하는 안성조, 위의 글(주 109) 참조.

114) Fuller, Lon L, *Morality of Law*, Yale university press, 1964, 154면

115) J. Finnis, 위의 책(주12), 274.

116) 법의 지배는 중립적인 경영상의 지침이 아니다. Fuller, Lon L, 위의 책(주 114), 201, 214, 216면.

117) 법의 지배를 사회 공학 또는 사회 통제수단으로 생각하며 공리주의사상과 연결하는 Pound, Roscoe, *Social control through law*(Routledge, 2017), 64-5면.

118) J. Finnis, 위의 책(주12), 275면.

the law)’를 말하는 것이다. 앞서 말한 착취형, 이데올로기형 및 혼합형은 ‘법의 나쁜 지배(the bad rule of the law)’일 뿐이다.

여기서 ‘좋은’은 어떤 윤리적 선함이 아니다. 오히려 법의 지배를 더 합리적으로 만드는 차원에서 좋음이다. 더 합리적으로 만든다는 것은 다음과 같다. 앞서 살펴본 바와 같이 차이의 놀이는 우정의 놀이이며, 우정의 놀이는 말놀이이고, 말놀이는 미적 차원을 지닌 사랑의 놀이이다.¹²⁰⁾ 이 과정은 법의 지배의 구체적 실현 과정인 입법¹²¹⁾과 법의 집행, 해석의 과정에서도 이루어진다. 예를 들어 “좋은 판결은 자신의 판결 이전에 이루어진 판결과 그 이후에 이루어지는 판결에 대해 좋은 친구”¹²²⁾이다. 선례는 그 다음 판결에서 결정의 근거가 되는 법적인 결정이 된다. 법원의 판사로서 내리는 판결은 법원의 판결이라는 연속성 안에서 이루어지는 판결이다. 따라서 자신의 판결 이전에 내려진 판결에 대해 법적 판단 기술과 평가를 사용하여 진실추구를 위한 선의의 경쟁을 하며, 이를 통해 자신의 판결을 창조할 수 있어야 한다. 만약 선례를 악의적으로 해석하거나, 상급심으로서 하급심에 대한 악의를 갖고 진실추구를 저버리고 당파적 이익에 선다면 그 판결은 법원의 판결이라는 연속성 안에서 우정을 행하고 있지 않은 것이다. 이것은 앞서 말한 착취형, 이데올로기형, 혼합형 등의 인식기반으로 나타날 수 있다. 판결에서 연속성의 발전적 해체인 법률이 모호할 때는 ‘피고인에게 유리하게’ 등은 우정일 수 있지만, 이 연속성을 고의적으로 존중하지 않고, 판결 사이의 동등하고 상호적인 관계를 파괴하는 것은 악의이다. 판결의 합리성을 구성하는 원칙과 규칙의 선별 및 사용은 이 우정의 관점에서 이루어져야 하며, 판결의 합리성 역시 법관 개인의 이익이나 이념적 선호에 따른 것이 아니라, 이 우정의 관점에서 이루어져야 한다. 우정의 관점에서 ‘선례구속의 원칙(stare decisi)’을 통한 판결의 합리성 구축은 법의 지배를 더 합리적으로 만들어 준다. 따라서 법의 좋은 지배를 실현시켜 준다. 이를 다음의 법해석에서 좀 더 자세히 살펴보자.

(2) 우정으로서의 법의 지배

판결에서 이루어지는 법해석이론 중에 법률텍스트는 저자의 의도에 의해 하나의 의미만을 지닌다는 ‘단순한 이론’이 있다. 단순한 이론은 두 가지 장점을 지닌다. 첫째, ‘저자의 의도’만 따르면 모든 해석은 동등하게 타당하고, 불확실성이나 자의성을 피할 수 있다. 법률텍스트 해석의 의미가 단일하고, 이해할 수 있다는 점은 법의 적용에 있어

119) 라즈는 법의 지배(the rule of law)와 좋은 법의 지배(rule of the good law)를 구별한다. 법의 지배가 후자가 되면 그것은 완전한 사회철학에 관한 문제가 된다. 그러나 법의 지배는 법체계가 법에 따라 판단한다는 덕목 중 하나이다. in Raz, Joseph, 위의 책(주 108), 211면.

120) 이 지점에서 플라톤이 추구했던 통치행위, 법, 관습, 개인의 덕이 교육을 매개로하여 선순환적으로 통합되어 있는 총체적 규범질서인 ‘좋은 법질서’와는 다르다. 플라톤의 이 논의에 대해서는 김비환, “플라톤 정치사상에서 철인지배와 법치의 상보적 통합성: ‘좋은 법질서’(eunomia)를 향한 철학적 충동”, 『법철학연구』 (제13권 제3호, 2010), 141-170면.

121) 입법도 당연히 헌법이라는 법의 지배를 받는다.

122) Kaufman, Michael J, 위의 글(주 81), 669면.

서 어떤 자의도 없이 모든 시민에게 적용된다는 장점이 된다. 둘째, 판사, 입안자, 입법자 등 법률텍스트를 처음으로 창조한 권위를 지닌 저자들의 의미를 채택한다는 것은 해석에서 법의 정당성(legitimacy)을 보장한다는 장점이 있다.¹²³⁾ 따라서 법의 지배는 ‘법률텍스트의 자유로운 놀이(the free play of legal texts)’라는 우정의 생각을 거부하고, 해석에 있어서 단순한 이론을 채택한다. 따라서 법률텍스트의 의미는 그 저자의 의미이다. 이 생각은 새로운 상황과 맥락에도 동일하다.¹²⁴⁾

그러나 법해석 또는 판결을 내리는 이들이 수행하는 법해석의 목적은 법률텍스트를 만든 사람이 순수한 현재의 목적을 찾는 것은 아니다. 법해석의 목적은 구체적인 맥락에서 법령이나 판결텍스트 읽기와 입법사와 같은 다른 텍스트를 통해서 구성된다.¹²⁵⁾ 따라서 저자로부터 목적이 도출되는 것이 아니라, 텍스트를 토대로 법규칙의 적용이 이루어지며, 이 때 법해석의 목적은 발견되고 사용된다.¹²⁶⁾

따라서 법률의 의미는 법조문의 단어에 의해 단순하게 도출될 수 없다. 법조문이 새롭게 놓이는 사안의 구체적인 맥락에서 법조문은 늘 새롭게 읽혀야 한다. 왜냐하면 법조문이 마주하게 되는 사안은 늘 새롭게 도래하는 사안이기 때문이다. 따라서 법률텍스트는 쓰여진 텍스트(text as written)이지만, 읽는 텍스트(text as read)이며, 새롭게 도래하는 사안을 마주하여 법조문이 새롭게 읽힐 때 법이 된다(becomes the law).¹²⁷⁾ 여기서 새롭게 도래하는 사안은 그 전 사안과 판결에 대한 타자이다. 그 전과 동일한 사안은 사실적으로 없다. 모든 새로운 사안은 기존 사안과 판결에 대한 이방인이다. 따라서 과거에 처리된 사안을 선례추정의 원칙에 따라 현재화 할 경우에도 도래한 사안 속에는 이미 결정된 그 사안과는 다른 타자성을 지니고 있다. 선례추정을 준수한다는 것은 선례의 단순한 반복적 사용이 아니다. 선례를 인용하여 선례를 준수하는 것이며, 이 준수에는 새로운 사안이라는 타자에 적합하도록 이미 그 선례를 변형하여 수용하고 있다는 점이다. 이것이 앞서 말한 법의 지배로서 ‘법률텍스트의 자유로운 놀이’이다. 자유로운 놀이라는 것은 결국 타자성을 수용하여 자기 변형을 하기 때문에 일견 동일한 것으로 보여도 그 전과는 동일한 것이 아니라는 차이를 내포한 것이다. 데리다의 용어로 표현하면 ‘되풀이(불)가능성의 원칙(The Principle of iterability)’이다. 이 원칙은 단순한 반복(repeat)이 아니다. 이것은 ‘iterability’라는 단어에 이미 함축되어 있듯 타자, 변형을 이미 수용하고 있다.¹²⁸⁾ 이 단어의 의미가 “반복 속의 차이, 반복을 가능하게 해주는 차

123) Balkin, Jack M. "Deconstructive practice and legal theory." *The Yale Law Journal*(96.4, 1987), 781-782면.

124) 위의 글, 782면.

125) 법관의 판결이 법의 의미내용을 생산하는 것으로서 법관법이라고 한다. 그러나 법관법의 규범적 지위에 대해서는 여러 입장이 있다. 이에 대해서는 이계일, “판결의 법산출성을 강조하는 법이론의 입장에서 본 법관법”, 『법철학연구』 (제19권 제3호, 2016), 5-44면 참조.

126) Balkin, Jack M, 위의 글(주 123), 783면.

127) Balkin, Jack M, 위의 글(주 123), 782면.

128) “데리다는 iter라는 접두어가 ‘다른’이라는 의미를 갖고 있는 산스크리트어 itara에서 유래했다는 사실을 주목하여, iteration을 alteration, 즉 ‘변형, 타자화’의 의미로도 사용하고 있다.” 이에 대해서는 자크 데리다/진태원 역, 『법의 힘(Force de loi)』 (문학과 지성사, 2004). 용어 해설, 186면.

이”¹²⁹⁾라는 점을 상기해 볼 때, 데리다의 반복은 동일함의 재현이 아니라, 차이의 놀이이다. 따라서 법의 지배 역시 법텍스트 또는 모든 법의 재료들의 적용에 있어서 기존의 사안과는 동일할 수 없는 타자성을 지닌 새로운 사안에 대한 그 차이를 세심하게 살피며, 발견하고, 정당하게 처리하는 것이 우정으로서의 법의 지배라고 할 수 있다.

3. 우정과 범죄인, 형벌

살펴본 바와 같이 정의와 법의 지배도 우정의 관점에서 새롭게 해석할 수 있다. 우정의 관점에서 정의는 타자를 향한 애통함을 지니고 있으며, 이 애통은 공감과 동감의 내용이며, 공감과 동감은 애통의 형식이다. 또한 법의 지배도 선례의 단순한 적용이 아니라, 새롭게 도래한 사안이라는 타자에 대해서 이미 결정된 해석인 선례와 법조문은 자신을 새롭게 해석하여 타자를 수용하는 모습을 살펴볼 수 있었다. 범죄인을 적으로 간주하는 적대형법의 ‘새로운 해석’은 타자를 적대화하며 적대적 해석을 지향한다. 그러나 우정의 관점에서 새롭게 해석된 애통하는 우정으로서의 정의와 과거의 판결과 좋은 친구여야 하는 우정으로서의 법의 지배는 이와 같은 새로운 해석을 거부한다.

그렇다면 구체적으로 이 타자가 무엇인지 살펴볼 차례이다. 정의가 애통해야 할 타자, 새로운 사안 속에 들어있는 타자는 무엇이라는 말인가? 단순히 정의와 이질적인 것 또는 새로움이 타자라는 것인가? 만약 관념철학에서 타자성을 포착한다고 한다면, 이질적인 것, 새로운 것도 충분히 가능하다. 그러나 타자성이 아니라 타자가 무엇인지를 포착하려면 좀 더 구체적이고 실천적이어야 한다. 특히 법철학은 관념철학의 방법을 빌려 오지만 관념철학의 영역에 함몰된 것이 아니라 현실의 법(적 문제)을 다루기 때문에 실천철학의 성격도 갖고 있다. 이 글의 논의와 법의 실천에 있어서 타자는 서두에서 살펴본 범죄인으로 생각해 볼 수 있다. 범죄인과 관련해서 ‘형법에서 범죄란 무엇인가?’, ‘범죄행위란 무엇인가?’, ‘개별범죄의 구성요건이란 무엇인가?’ 또는 ‘위법성 및 책임이란 무엇인가?’, ‘범죄의 발생 원인과 대책은 무엇인가?’ 에 대한 연구가 주를 이루고 있다. 범죄인 중에 ‘범죄’인에 집중하고 있는 것이다. 그렇다면 범죄‘인’이라 무엇인가? 이 질문은 ‘범죄인이 누구인가?’ 라는 물음이 아니다. 그보다 범죄인 즉, ‘범죄+인’에서 이 인(人)을 범죄와 연관지어 어떻게 이해해야 하고, 이해할 수 있는지에 대한 물음이다.¹³⁰⁾ 따라서 이 이해는 자연인에 대한 이해도 아니며, 단순히 범죄에 부착된 인에 대한 이해도 아니다. 범죄인에 대한 이해는 형벌에 대한 이해와 맞물려 있다. 따라서 아래에서는 지금까지 살펴본 우정의 관점에서 범죄인과 형벌에 대해서 살펴볼 것이다.

129) 위의 책, 186면.

130) 범죄인을 표현하는 다른 용어로는 ‘범죄자(犯罪者)’가 있다. 그러나 이 때 ‘자(者)’ 높 자로서 하대의 의미가 담겨있다. 범죄를 저지를 사람을 이해하기 위해서는 이러한 하대의 의미가 없고, 동등한 인간으로 표현하는 ‘범죄인(犯罪人)’으로 서술하는 것이 더 적절하다고 생각한다. 따라서 이 글에서는 ‘범죄인’으로 표기한다.

(1) 우정에 기반 한 미래형법

현대에 대두된 적대형법은 서두에서 서술한 것처럼 전통형법을 새롭게 해석하는 것이다. 이 새로운 해석에서 범죄인은 적으로 새롭게 해석된다. 이 ‘새로운 해석’은 현대의 테러리즘 등의 비일상적이고, 긴급한 특별한 상황에 대응하기 위한 해석이다. 따라서 ‘새로운 해석’은 해석 그 자체의 원리, 예를 들어 실질적 법치국가의 원리 등을 적극적으로 따르는 또는 소극적으로 준수하는 해석이 아니라, 당면한 상황이 토대가 되고, 그 해결을 위해 해석이라는 권위를 사용하는 것뿐이다. 따라서 적대형법의 전통형법에 대한 ‘새로운 해석’은 해석의 규칙과 인간의 존엄성을 보호하는 실질적 법치국가의 원리와 이 원리의 구체화인 시민의 자유 보장이라는 핵심형법의 해석원리와 가치를 무위화하는 것이다. 따라서 이 적대형법이 주장하는 새로운 해석은 정당한 해석이라고 말할 수 없다. 또한 현재 내려져야 하는 새로운 해석은 과거로부터는 선례구속의 원칙에 구속당하며, 미래의 관점에서 우정의 관점에 의해 구속된다. 물론 선례구속도 살펴 본 것처럼 우정의 관점에 의해 제약된다. 따라서 적대형법의 전통형법에 대한 새로운 해석도 우정을 위반할 수 없다. 적대형법의 새로운 해석의 한계는 우정의 한계이다. 우정의 관점에서 좋은 해석은 자신의 해석 이전에 내려진 해석과 그 이후에 이루어지는 해석에 대해 좋은 친구여야 한다. 즉 과거와 미래의 해석과 정합성을 가질 수 있어야 한다. 과거와 미래를 분절시키는 새로운 해석은 새로울 뿐이지 전통형법과 우정에 기반 한 미래형법과 연속성을 가질 수 없다. 현재에 내려지는 해석은 과거에 내려진 해석을 참조하며 미래에도 지속될 수 있는 해석이어야 하기 때문이다. 물론 여기서 미래는 영원한 미래를 이야기하는 것이 아니다. 분절된 미래는 현재 내려진 해석이 미래의 지평을 상실한 해석의 미래를 의미할 뿐이다. 살펴본 것과 같이 정의에는 ‘아마도’라는 미래의 차원을 포함하고 있기 때문이다.

(2) 적으로 발명되는 범죄인

적대형법에서 무엇보다 중요한 것은 범죄인을 적으로 해석한다는 점이다. 이것이 적대(형법)를 이루는 토대이다. 범죄인을 적으로 간주하는 시선 하에 그 개념적 체계를 구축하고 있다. 따라서 범죄인에 대한 이해가 새롭게 필요하다. 범죄인은 정말 적이라는 말인가? 우선 범죄인의 개념부터 살펴보자. 범죄인은 범죄를 저지른 자이다. 형법은 범죄에 대하여 실천적, 정책적 임무를 지니고 있다.¹³¹⁾ 형법에서는 범죄의 과학적 인식이 아니라, 범죄를 개인에게 귀속시키는 것이 주된 관심이다. 따라서 형법의 범죄개념 안에서는 귀속의 전제를 내포하고 있어야 한다.¹³²⁾ 이와 같은 관점에서 범죄개념은 형식적 범죄개념과 실정법적·실질적 범죄개념 및 법정정책적·실질적 범죄개념으로 구분할 수 있다. 형식적 범죄개념은 구성요건에 해당하는 위법, 유책한 행위이다.¹³³⁾ 그러나 이 개

131) 김일수, 『한국형법 I』 (박영사, 1996), 86면.

132) 위의 책, 86면.

념은 어떤 행위는 처벌되고, 어떤 행위는 그렇지 않은가에 대해 답을 해주지 못한다. 다만 범죄에 대한 총체적 및 단계적 범죄인식의 계기를 제공할 뿐이다.¹³⁴⁾ 이에 반해 실질적 범죄개념은 현행법이 어떤 기준으로 일정한 행위양태를 가벌성 있는 행위로 판단하는지를 그 내용으로 지닌다.¹³⁵⁾ 그 중심에는 법익보호원칙¹³⁶⁾을 핵심으로 삼고 있다. 법익에 대해서는 법적으로 보호된 이익, 가치 있는 상태 등의 견해가 있다. 그러나 이 법익이 무엇인지는 실정 법률에서 도출될 수밖에 없다. 개개의 구성요건 속에 규정되어 있는 것이다. 환경보호형법이나 노동형법 등의 법익처럼 생성되기도 하고, 풍속범죄처럼 점차 소멸되기도 하며¹³⁷⁾, 간통죄의 위헌선언에서처럼 단번에 멸절되기도 한다. 마지막으로 법정정책·실질적 범죄개념은 형법 이외의 다른 제재수단으로 충분히 보호할 수 없는 중대한 사회유해적 법익침해행위이다. 여기서 보호법익이 무엇인지에 대해서는 개인의 자유와 타인의 자유 및 공공의 이익 사이에서의 비교형량에 의해 정해진다. 왜냐하면 법익은 개인과 공동체의 필요불가결한 생활조건에 토대를 두고 있기 때문이다.¹³⁸⁾ 범죄개념을 검토해 본 결과 법익이 범죄개념의 핵심이라면, 이 법익은 사회현실의 이해에 따라 생성¹³⁹⁾되기도 하며, 소멸되기도 한다. 그리고 이 생성과 소멸의 정당화는 법정정책의 관점에서 판단된다. 따라서 법익은 자연적으로 있는 것이 아니라 사회적으로 발명된다는 점을 알 수 있다. 그렇다면 범죄와 범죄인도 본래 있는 것이 아니라 사회적으로 발명된 작품이다. 입법자에 의해 확인된 법익에 의해 발명된 범죄와 범죄인이다. 이 과정은 공적 의사결정과정인 정치의 영역이다. 이 과정은 이성적 과정이기도 하지만, 때로는 범죄인에 대한 엄벌을 요구하는 대중의 요구를 충족시키기 위해 비이성적으로 작동하기도 한다. 현대 사회의 언론이 자극적으로 보도하는 범죄 또는 사회유해성이나 사회위험성의 합리적 판단이 없이, 각종 보도나 이념에 의해 재생산되고 증폭되는 시민의 공포와 두려움은 새로운 범죄의 목록화나 기존 범죄에 대한 엄벌주의로 기우는 경향을 쉽게 볼 수 있다. 슈미트에 따르면 정치적 존재의 본질은 어떤 이상이나 정의의 규범을 위해 싸우는 것에서 전쟁이 정당화되는 것이 아니라 실제의 적과 싸우기 위해 전쟁이 정당화된다. 시민의 공포와 두려움에 기반한 적대형법에서도 범죄인은 형법에 의해 정당화되는 것이 아니라, 범죄인에 의해 적대형법이 정당화된다. 살퍼본 바와 같이 범죄인은 형법에 의해 결정되고, 형법에서 무엇이 범죄가 되는지의 기준은 법익이다. 그러나 이 법익은 존재론적으로 본래 존재하고 있는 것이 아니라, 사회적으로 구성된다. 그렇기 때문

133) 위의 책, 92면.

134) 위의 책, 93면.

135) 위의 책, 93면.

136) 대화이론의 관점에서 법익보호원칙을 재구성하는 이상돈, “法益保護原則 - 近代刑法의 神話인가 理性인가?”, 『형사정책연구』 (1994), 173-214면 참조.

137) 위의 글, 94면.

138) 위의 글, 95면.

139) 법익의 형성은 처음에는 사례집단에 따른 개별적 내용의 열거, 그 다음 단계는 개념을 통한 일반적 내용의 열거가 된다. 이 과정을 거치면서 법의 명령은 개념을 형성하는 법규로 변하게 된다. 프란츠 폰 리스트/윤재왕 역, 『마르부르크 강령』 (도서출판 강, 2012), 59면.

에 범죄의 종류는 시대마다 다르다. 법익이 사회적으로 구성된다는 말은 정치에 의해 무엇이 법익침해의 범죄인지로 결정되고 입법된다는 의미이다. 따라서 시대마다 공동체에서 무엇이 범죄이고, 그에 따라 범죄인이 누구이고 시민(친구)이 누구인지 결정되는 것은 정치적인 것이다. 범죄의 정당화는 정의의 규범과 이상의 치열한 추구보다 현재 공동체의 적대적인 관계에 놓인 존재를 끊임없이 창설함으로써 결정된다. 따라서 범죄인은 시대마다 발명된다. 현대 사회에 범죄인의 발명은 적대형법에서 재해석되는 형법, 특별형법 및 부수형법을 통해 수많은 종류의 범죄인이 발명되고 있다. 이 발명은 한 마디로 적의 발명이라고 할 수 있다. 이런 의미에서 이와 같은 형법의 증대는 범죄의 억제와 범죄인의 감소가 아니라, 아이러니하게도 범죄의 발명과 범죄인의 증대를 그 근본 토대로 삼게 된다. 범죄(인)를 법으로 증대시키면서 법으로 억제하는 일견 모순이 발생하게 되는 것이다. 이 모순의 근간에는 공동체에서 적을 발명하고, 호명하며, 지명하는 적대와 적이념이 근간을 이루고 있다. 이 적은 형법의 모든 수단을 동원하여 사회에서 배제시켜야 할 존재일 뿐이다. 그러나 이와 같은 사고는 범죄인도 공동체 구성원인 시민이고, 시민성의 핵심은 시민 사이의 우정이라는 관점에서 본다면, 시민으로서의 범죄인을 공동체 구성원의 자격에서 박탈시키는 것이기에 승인할 수 없다.

(3) 형벌과 범죄인

그렇다면 우정의 관점에서 범죄인을 어떻게 이해하는가? 시민으로서 범죄인을 어떻게 이해해야 하는가? 이 생각을 구체화하기 위해서 형벌과 결합하여 범죄인을 고찰해보자. 형벌은 다음과 같이 정의할 수 있다.

범죄행위에 대한 사회 윤리적 불승인과 그 행위자에 대한 통상의 자유 및 권리의 박탈 내지 감소를 통해 사회일반인의 법익보호와 범인의 사회복귀를 도모하는 공적 제재수단이다.¹⁴⁰⁾

앞에서 살펴본 우정이론에 따르면 시민 사이에 시민으로서 동질성을 이루고 있다면 친구이고, 서로에게 이질적인 존재이면 적이 된다. 따라서 ‘범죄행위에 대한 사회윤리적 불승인’은 어떤 범죄행위가 우정으로서 상호 간의 시민행위에 어긋나는 것을 의미한다. ‘행위자에 대한 통상의 자유 및 권리의 박탈 내지 감소’는 훼손된 우정관계를 회복하는 과정이며, ‘사회일반인의 법익보호’는 시민사이의 우정의 보호이며, ‘사회복귀를 도모’하는 것 우정의 관계가 회복된 시민이며, ‘공적 제재수단’은 아무리 범죄인이라고 할지라도 일반시민과 범죄인으로서 시민 모두와 그 관계에 있는 시민성의 본질인 우정의 관계까지 훼손할 수 없음을 의미한다. 왜냐하면 범죄인의 시민성 부정은 곧 일반시민의 시민성 부정으로 시민공동체의 자기부정이기 때문이다. 우정은 관계 사이에만 존재한다. 따라서 공동체의 다른 시민 사이에서 우정이 훼손된 존재가 범죄인이다. 하지만 범

140) 위의 책, 97면.

죄인은 아직 존재하지 않는다. 그것은 미래의 어느 시점에 가서 우정이 훼손될 때 구체적인 범죄인으로 존재하게 된다. 따라서 형법의 일반예방과 특별예방은 다음처럼 이해할 수 있다. 사회일반인의 법익보호는 시민 사이의 우정의 관계보호이며, 특별예방은 우정이 훼손된 시민인 범죄인의 우정을 회복하는 과정이다. 전자가 현재의 관점이라면 후자는 미래의 어느 시점에 가서 범죄인이 우정을 회복한 시민이 될 것이라는 전미래적 시점이다. 일반예방은 시민을 잠재적 범죄인으로 상정한 것이고, 특별예방은 범죄인을 잠재적 시민으로 상정한 것이다. 따라서 이렇게 표현할 수 있다. “오 우리의 시민이여, 거기에 시민도 없고 범죄인도 없다.”

형법전은 범죄인의 대헌장(Magna Carta)으로서 전체(공동체)를 보호하는 것이 아니라, 전체(공동체)에 반항하는 개인을 보호하는 것이다.¹⁴¹⁾ 이것은 무제한의 자의적인 국가권력으로부터 시민의 자유를 보호하기 위한 죄형법정주의원칙(nullum crimen, nulla poena sine lege)으로 나타나며, 이 원칙은 형법의 포기할 수 없는 근본원칙으로 정립되었다. 또한 형벌과 그 집행수단은 범죄와 형벌 사이에 비례성을 유지하고, 인간의 정신에 가장 효과적이고 지속적인 인상을 만들어내면서, 신체에는 가장 적은 고통을 주는¹⁴²⁾ 자유형과 벌금형이 현대 형벌의 주된 형벌의 종류로 자리 잡았다. 따라서 현대의 형벌은 범죄인이지만 시민으로서의 자유를 국가권력으로부터 보호받는 것이다. 이 때 범죄인을 시민공동체 구성원 사이의 우정의 관계에 있는 존재로 생각하지 않고, 적으로 생각한다면 형벌은 범죄인의 대헌장이 아니라, 국가권력의 도구화된 수단으로서 정치화된 것이다. 이것은 전통형법 이전의 형법으로 회귀하는 것이다. 왜냐하면 적으로서 범죄인은 ‘시민으로서의 범죄인’이 아니라 ‘적으로서의 범죄인’이기 때문이다. 물론 이 때 범죄인은 국가권력 또는 시민공동체에 대해 공적인 적(hostis)이며, 사적인 적(inimicus)은 아니다.¹⁴³⁾ 따라서 ‘적으로서’ 범죄인은 시민의 자유가 아니라 권력의 자유를 위해 발명된 존재이다. 여기서 ‘적으로서’ 범죄인은 국가권력 또는 시민공동체와 적대관계 속에 놓이게 된다. 이 적대관계는 단순한 증오의 관계가 아니라, 타자의 존재 그 자체의 부정이다.¹⁴⁴⁾ 적이란 타인, 이질자이며, 그 본질은 존재론적 차원에서 타인, 이질자인 것으로 족하다.¹⁴⁵⁾ 정확히 말하면 이 부정에 의해서 적대관계가 생성되고, ‘적으로서’ 범죄인이 발명된다. 이 생성은 대중의 불안, 증오와 요구 및 정치적 결정에 기반 하기도 한다. 이것은 소위 ‘범죄와의 전쟁’이라는 표현이 드러난다. 범죄와의 전쟁은 수사학적 표현이기도 하면서 동시에 범죄인을 멸절할 적으로 간주하고 있는 이중적 의미와 기대를 내포하고 있다. 범죄인이 ‘적’으로 인식, 해석, 간주, 대우되는 단계에 오면 범죄인에게만 범죄의 모든 책임을 전가하는 사유가 공적 이성 및 합리성의 자리를 차지한다. 이것은 범죄원인에 대한 시민공동체 책임의 망각, 범죄인의 대헌장으로서 형법전의 오작동, 범죄인

141) 클라우스 루신/김일수 역, 『형사정책과 형법체계』 (박영사, 1996), 20면.

142) 체사레 베키리아/한인섭 역, 『범죄와 형벌』 (박영사, 2010), 49면.

143) 칼 슈미트/김효진 역, 『정치적인 것의 개념』 (법문사, 1992), 36면.

144) 위의 책, 40면.

145) 위의 책, 32면.

의 등장을 통한 시민공동체의 성찰과 반성이 실패했음을 의미한다. 즉 시민공동체가 비 이성적이고, 비합리적인 집단으로 전환되었음을 의미한다.

(4) 우정과 형벌

‘형사정책은 사회정책의 최후수단’이며, ‘형법은 형사정책의 최후수단’이다. 형법의 최후수단으로 발동되었다면, 시민이 범죄인에 이르게 된 그 과정에서 시민공동체의 공동 책임이 없다고 할 수 없다. 왜냐하면 사회가 있는 곳에 범죄가 있기 때문이다.¹⁴⁶⁾ 그렇다면 형법에서 범죄의 문제를 논하는 목적은 무엇이라는 말인가? 이 논의의 주된 목적은 범죄인에게 죄값을 물어 시민공동체로부터 배제¹⁴⁷⁾하려는 것이 아니라, 시민이 범죄인에 이르게 된 실존적 비극인 범죄의 아픔을 사회가 함께 연대하며, 범죄로 인한 범죄인의 시민공동체와의 우정을 회복시키고, 또한 범죄인이 자신의 깨어진 자아와의 우정을 회복시킴으로서 우정공동체인 시민공동체의 시민으로서 다시 회복하도록 도와주는 것이다. 따라서 범죄인의 인격적 발현인 범죄 및 책임, 이 책임에 대한 사회적 반응으로서의 제재¹⁴⁸⁾는 우정의 관점에서 새롭게 해석될 수 있다. 왜냐하면 형법에서의 인간관은 사회적 존재로서의 인간인데, 사회적 존재로서 인간은 다른 인간과의 관계 속에서 존재하기 때문이다. 인간의 현존재는 타인 없이는 자신의 인간실현이 불가능하고, 자신이 없이는 타인의 인간실현도 불가능하다. 따라서 자신과 타인은 함께 존재하는 자이며, 함께 존재하는 광장이 사회 또는 시민공동체이다. 인간은 이 공동체 안에서 전인적 인간으로 형성되기 위해서 타인과 존재필연적인 관계를 맺지 않으면 안 된다. 자신과 타자가 만나고 함께 존재하는 시민공동체 속에서 주체의 객관화에 의해 자신은 타인 중의 한 명이 되는 사회화가 이루어지고, 객체의 주관화에 의해 타인과 구분되는 자신으로서의 개별화가 이루어진다.¹⁴⁹⁾ 타자를 통해 자신이 되고, 자신을 통해 타자가 되는 것, 자신이지만 타자이고, 타자이지만 자신인 개별성과 사회화가 동시에 달성되는 관계가 바로 앞에서 살펴본 우정의 관계인 것이다. 이 우정의 관계는 고립화와 전체화가 아닌 것이다. 물론 우정의 관점에서 개별화와 사회화는 좀 더 능동적인 의미를 지닌다. 주체의 객관화인 사회화와 객체의 주관화인 개별화는 타자라는 매개를 통해 이루어지기 때문에, 타자에 대한 사랑과 존중이 없이는 개별화와 사회화는 불가능하다. 타자에 대한 사랑과 존중 없는 개별화와 사회화는 고립화와 전체화일 뿐이다. 타자에 대한 사랑과 존중을 바탕으로 해서 서로 간에 우정이 가능하다. 그렇기 때문에 이 때 개별화되고 사회화된 두 관계는 동등하며 상호적인 것이 된다. 그리고 이 때 의무를 산출하게 된다. 개별화와 사회화 중 어느 하나가 우선성을 갖는 것이 아니다. 개별화 없이는 사회화가 불가능하며, 사회화가

146) 김일수, 위의 책(주 131), 84-85면.

147) 범죄인을 시민공동체로부터 배제하는 것은 시민성을 박탈하는 것이고, 이 시민성의 박탈은 시민적 연대성의 박탈이며, 시민적 연대성의 박탈은 근본적으로는 우정관계의 박탈이다. 그리고 우정관계의 박탈은 자신의 인격화 기회의 박탈이다. 따라서 이와 같은 탈인격화는 범죄인에 대한 사회적 죽음의 선고와 같다. 즉 낙인과 고립화일 뿐이다.

148) 위의 책, 83면.

149) 위의 책, 82-83면.

없이는 개별화가 불가능한 것이다. 따라서 개별화와 사회화는 나와 타자를 통한 상호주관적인 관계이며, 나와 타자 사이의 대화적인 관계이다. 이 관계는 역동적인 관계이다. 그러므로 완전하게 달성된 개별화와 사회화는 존재하지 않는다. 다만 이 개별화와 사회화는 서로를 향한 기다림과 약속 및 서로에 대한 참여 속에서 경험되는 우정의 이상이 자 현실이다. 형벌이 수행하는 깨어진 자아와의 회복과 시민으로의 회복이라는 개별화와 사회화하는 바로 이 우정의 실현이다. 따라서 형벌의 재사회화이념은 단순한 사회로의 복귀가 아니라, 범죄인이 자신과 화해하고, 시민공동체와 화해하는 소극적 차원뿐만 아니라, 범죄인이 자신으로서의 정체성을 가진 개별화와 시민공동체의 구성원으로서 다른 구성원과 우정의 관계를 형성할 수 있는 사회화라는 적극적 차원까지 포함한 것으로 이해할 수 있다. 이것이 우정에 비추어본 형벌의 이해이자, 우정의 형벌에 비추어본 재사회화이념의 이해이다.

형벌의 이와 같은 기능은 범죄인에게서 인간의 존엄을 구체적으로 실현하는 것이다. 범죄인에게 있어서 구체화되는 인간의 존엄성은 범죄인에 대한 각종 불법적 대우나 인권 침해적 대우의 금지라는 소극적 측면뿐만이 아니라 깨어진 자아와의 회복과 시민으로서의 회복과정이라는 적극적 측면으로에서 실현된다. 칸트의 자율사상으로 표현하자면 인간의 자기결정권, 자기지배권, 자기입법권과 같은 자율성의 회복이며, 인격적 존재로서의 인간성의 회복이다. 따라서 범죄인은 형벌에 있어서 형벌의 수단이 아니라 형벌의 목적이 되어야 한다. 실질적 법치국가가 지향하는 인간의 존엄성은 국가와 법이 정립되는 토대이자, 동시에 국가와 법이 지향하는 목적이 되기 때문이다.¹⁵⁰⁾ 법에서 우정은 바로 이 인간의 존엄성을 현실에서 구체화하는 작업이다.

(5) 우정과 범죄인

법이 범죄인을 적으로 간주하거나, 형벌이 범죄인을 적으로 대우한다면 그것은 “타인으로부터 버려져 있는 상황”¹⁵¹⁾의 경험이다. 이 경험은 타인으로부터 아무런 도움도 받을 수 없는 경험이다. 여기서 타인은 다른 시민, 시민공동체, 국가, 법 그 자체 등으로 이해할 수 있다. 이 경험은 서로 연결되어 있는 우정의 경험과 정반대의 경험이다. 이 상황에서 나와 타인은 철저히 분리되어 있으면서 타인으로부터 억압받고 있는 상황이다. 이와 같은 상황의 경험은 동등한 시민으로서 서로 대우한다는 연대성과 이 연대성 속에서 자신과 타자가 공존하고 실존한다는 토대를 이루는 자신과 타인에 대한 신뢰를 침해하고 파괴한다. 이것은 인간의 존엄성에 대한 침해이다.¹⁵²⁾ 물론 타인으로부터의 모든 침해가 곧 인간의 존엄성에 대한 침해가 아니다. 타인의 침해를 방어할 수단이 없거나 감수하는 것 말고는 다른 선택을 할 수 없는 경우야 인간의 존엄성에 대한 침해로 이해할 수 있다.¹⁵³⁾ 자신이 타인의 처분에 맡겨져 있고, 타인으로부터 버려져 아무런 도

150) 베르너 마이호퍼/심재우·윤재왕 역, 『법치국가와 인간의 존엄』 (세창출판사, 2019), 11-12면.

151) 위의 책, 26면.

152) 위의 책, 26면.

움도 가능하지 않다는 것은 인격성의 실존적 근거와 연대성의 실존적 근거에 대한 침해가 된다.¹⁵⁴⁾ 형법의 핵심인 시민의 자유보장이념은 시민인 범죄인에게도 동일하다. 따라서 범죄인의 자유는 형법을 통해 ‘제한’되는 것이지, ‘박탈’되는 것은 아니다. 물론 무엇이 자유의 제한이고 박탈인지는 그 형태와 경계선과 그 정당성 및 형벌 자체의 정당성과 다른 대안과 형벌 사이에서 선택의 합리성 등은 형사법 체계 안에서 발전되어 온 법도그마와 법이론 및 법철학에 따라 그리고 형사법 체계 밖에서 형사법 체계 자체를 정당화시켜 주는 공동체의 정치철학 및 도덕철학을 고려하여 섬세하게 이루어질 논의의 대상이다.¹⁵⁵⁾ 현대 사회의 주된 형벌의 중 하나인 자유형을 생각해보자. 자유형은 범죄인의 신체적 자유를 박탈 또는 제한하는 형벌이다. 엄벌주의나 적대형법은 그 죄의 무게에 비해 더 많은 시간을 박탈 및 제한하는 것을 정당하게 간주한다.¹⁵⁶⁾ 또한 시간의 양뿐만 아니라 시간의 질 또는 내용에 있어서도 그러하다. 예를 들어 범죄인이 교도소에서 보내는 시간은 그의 죄에 따라 보내는 시간이기 때문에 그 시간의 가치를 평가절하하기 쉽다. 그러나 시간은 인간의 자유와 인격의 실현을 위한 기본조건으로서 통약불가능한 가치로서 이해해야 한다.¹⁵⁷⁾ 우정의 관점에서는 범죄인이 형벌을 받는 그 시간도 다른 시민의 시간과 같이 동등하게 존중받는 시간으로 이해한다. 그 이해는 다음과 같다. 연속적인 흐름인 시간 속에서 존재하는 인간에게 있어서, 형벌은 그 시간에 대한 일정한 박탈 내지 분절화인 것이다. 누구나 인간은 연속적인 시간의 흐름인 과거-현재-미래 속에서 자신이 무엇을 선택하고 실행할지를 통해서 어떤 자신이 될지를 결정하고 이루어가는 자유가 있다. 이 자유는 자신을 소재로, 자신을 원하는 작품으로 자신을 창조해가는 능동적 활동이다. 이 활동이 행복추구이다. 이 정신적 자유의 실현을 위해서는 신체적 자유가 뒷받침 되어야 한다. 그러나 자유형은 이 신체의 자유를 시간 속에서 구속함으로써 한 인간에게 지속되는 시간과 그 시간 속에서 자신을 창조해나가는 인격적 활동을 제재하는 것이다. 물론 이 시간의 구속의 양은 과거의 저지른 범죄에 토대를 두고 결정되지만, 이 시간의 구속 내용은 현재의 범죄인이 미래에 시민이 될 것이라는 기대지평에서 구성되어야 한다. 형벌의 양은 책임에 적합한 응보에 따라 결정되지만, 형벌의 내용은 범죄인에서 시민으로, 시민에서 자기 자신으로 회복하기 위한 선물이어야 한다. 즉 시민이라는 일반성과 자신이라는 고유성의 결합이자 변증이어야 한다. 시민으로의 회복은 자신의 회복과 더불어 가능하고, 자신으로의 회복 역시 시민으로의 회복과 더불어 가능하다. 그러나 이 시간의 구속이라는 형벌이 범죄인에게 단순히 견디어야 하는 시간이 된다면, ‘인간으로서 살아감’이 아니라, 단순히 ‘살고 있음’이라는 수동적 활동이 된다. 이 때 형벌은 인간의 존엄과 행복추구에 반하게 되고, 우정에 반하게 된다. 왜냐하면 이

153) 위의 책, 27면.

154) 위의 책, 28면.

155) 자유주의철학에 기반 한 형벌 정당화에 대한 비판은 니콜라 레이시/장영민 역, 『국가형벌론』 (형사정책연구원, 2012), 212면 이하 참조.

156) 형법에서 시간적 정의에 대한 깊은 연구로는 김일수, 『한국의 법치주의와 정의의 문제』 (세창출판사, 2020) 참조.

157) 엘리자베스 F. 코헨/최이현 역, 『정치는 어떻게 시간을 통제하는가?』 (바다출판사, 2019), 221-238면.

시간의 구속은 범죄인이 과거의 자신과 미래의 자신과 연결되어 있고, 연속성을 지닌 자아가 되는 총체적 과정에서 있어서의 분절이며, 다른 시민과 연결되어 있다는 연대성으로부터의 분절이기 때문이다. 형벌도 범죄인이 비록 우정을 훼손한 시민이지만, 그 시민을 공동체로부터 배제하지 않고, 시민공동체 속에서 함께 살아가고, 함께 살아감을 회복하는 공존적인 삶의 한 형태의 조건이자, 삶의 형태 그 자체이기 때문이다. 그렇기 때문에 형벌의 종류가 사형, 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료, 몰수¹⁵⁸⁾ 등으로 다양한 것이고, 선고에 있어서도 집행유예, 선고유예 등이 존재하고, 형의 집행에 있어서도 가석방이나 사면 또는 보안처분, 사회봉사명령 및 사회내처우 등이 존재하는 것이다.

범죄는 실정법의 위반이지만, 이 근원은 살피본 것처럼 시민성의 위반이다. 그리고 시민성의 위반은 우정의 위반이다. 물론 우정의 위반이 곧바로 형법상 범죄가 되는 것은 아니다. 범죄는 법익침해행위로서 반사회적 행위이며, 형법규범상 위해행위이어야 하기 때문이다. 그러나 범죄가 우정의 위반이라면, 형벌은 이 우정의 회복이 되어야 한다. 즉 범죄인의 시간의 구속 내용은 우정의 회복과정이어야 하는 것이다.¹⁵⁹⁾ 그렇다면 이 시간은 어떻게 이해하는가? 자연세계에서의 인과관계는 필연성의 관계이다. 태양이 뜨면 질 때가 있고, 인간이 태어나면 죽을 때가 있다. 이 때 시간은 이 필연적 관계를 영향을 주는 요소가 아니라, 그저 주어져 있는 시간이고 흘러가는 시간일 뿐이다. 그러나 인간의 자유에서 시간은 현존재의 가능성이며, 이 가능성은 과거의 선택과 미래의 소망 사이에서 내려지는 현재의 결단이자, 이 결단이 축적된 한 개인의 역사이자 이야기이다. 따라서 자신의 역사와 이야기를 형성하는 자의의식과 자기결단 속에서 자신을 발전, 보존시킬 책임과 윤리가 있다. 이것은 자신에게로의 응답이자 자신과의 우정이다. 이 응답과 우정을 어떻게 형성시키는지에 따라서 한 개인의 실존이 구체화된다. 법은 이 응답과 우정을 실현하는 객관적 조건이다. 응보주의형법이 인간을 과거의 발생된 일에 노예로 삼고자 한다면, 재사회화를 이념으로 하는 형법은 이 응답과 우정의 실현이라는 미래지향적인 시선을 갖고 있다. 범죄인에 대해 애통함을 갖는 자만이 범죄인과 자신 안에 있는 시민성과 그 발현인 우정을 통해서 범죄인에 대한 미래지향적인 시선을 가질 수 있다. 범죄인에 대해 애통함이 없는 자는 범죄에만 시선이 고정될 뿐 범죄‘인’을 제대로 볼 수 없다. 예를 들어 이 미래로의 시선이 극대화된 것이 사면과 복권이다.¹⁶⁰⁾ 사면과 복권은 범죄인이라는 현재에 대한 부정과 과거에 대한 회복으로서 범죄인에게 남겨진 미래에 대한 절대적 긍정이다. 사면과 복권은 과거의 범죄에 의해 지배당하는 현재의 범죄인에 대한 해방이며, 새로운 미래의 창조인 온전한 시민으로의 복귀이다. 정리하면 범죄인은 시민으로서 서로에 대한 우정이 훼손된 상태라면, 시민은 단순히 국적의 소유자가 아니

158) 대한민국 형법 제41조.

159) “행형제도 속에서 교정은 처벌에 중점을 두는 것이 아니라.....새로운 인격으로 회심하고 변화를 체험하여 피해자와 사회와 화해하고, 진정한 자아와도 화해하고, 궁극적으로 신과 화해하도록 하는데 있다.” 김일수, 위의 책(주 1), 323면.

160) 사면에 관한 법철학적 탐구로는 오민용, “법과 용서 - 자끄 데리다의 용서론을 중심으로”, 『법학연구』 (제29권 제2호, 2018), 23-50면 참조.

라 서로에 대한 우정이 존재하는 상태이다. 따라서 범죄인으로서의 시민은 아직 누구나 잠재적인 범죄의 환경 노출된 시민이며, 시민으로서 범죄인은 비록 범죄인이지만 여전히 단지 시민성(우정)이 훼손된 시민일 뿐이다. 따라서 형벌은 이 훼손된 우정의 회복이라는 관점에서 그 내용이 구성되어야 한다. 단순히 벌을 주거나, 예방을 위한 것이 아니라 그 기저에는 공동체적이고 시민적인 (형사)법철학이 자리 잡고 있는 것이다.

따라서 형벌은 범죄인을 공동체에서 배제될 사람이 아니라, 여전히 공동체 안에 있으며, 공동체로 돌아올 존재라는 것을 공식적으로 선언하는 것을 의미한다. 이 때 형벌은 제재(sanction)이지만, 이 제재의 성격은 인간의 존엄/신성함(sanctity)을 다시 회복시키는 의미를 지닌다. 이 회복을 한 단어로 표현하면 신성화/청정화/정당화/재가(sanctification)이다. 범죄인으로 전락한 시민을 범죄에서 돌이킨 깨끗한 시민으로 다시 회복시킨다는 것이다. 이 전 과정을 한 단어로 표현하면 정당화(Justification)라고 할 수 있다. 범죄인은 형벌을 통해서 범죄인으로 낙인찍히는 것이 아니라, 법을 통해서 시민으로서 다시 선언되는 것이다. 이런 의미에서 형벌은 공적인 차원에서 범죄인을 다시 시민으로서 정당하게 인정하는 칭의(稱義, Justification)의 과정이다. 이런 맥락에서 재판 전의 신상공개 또는 형이 다 끝난 후의 신상공개는 속고를 요구한다. 이것은 국가에게만 독점적으로 주어진 형벌권을 실질적으로 포기하고, 시민 사이에 적대감을 불어넣고, 그 적대감으로 서로를 의심하고, 감시하는 공동체를 형성하는 것이기 때문이다. 이것은 시민의 공동체가 아니라 흡스가 말한 서로에 대한 늑대로서 존재하는 일군의 무리로 전락하는 일이다. 왜냐하면 실질적 법치국가의 핵심인 인간의 존엄과 개인의 자유가 심각하게 위축되기 때문이다. 무엇보다 또한 과거의 범죄와 그 응보가 개인이 자신의 됄이라는 자아실현의 현재와 미래를 심각하게 방해하거나, 불가능하게 만들기 때문이다. 범죄인은 형벌을 통해서 자유로 향하여 나갈 수 있어야 한다. 그러나 그 반대로 형벌을 통해서 영원한 낙인을 받는다면 현대 사회의 이성법 또는 인간의 존엄과 인권을 존중하는 현대의 법이라고 할 수 없다.

범죄인에게 있어서 형벌은 특별예방의 기능을 담당한다. 응보주의는 범죄인에게 범죄의 응보를 목적으로 한다. 응보주의는 범죄인의 재사회화가 아니라 다른 사람의 일반 예방을 위한 일종의 본보기 처벌인 것이다. 응보의 역설이 여기에 있다. 그 사람의 죄를 그 사람에게 부담 지우는 것 같지만, 그 사람은 다른 사람에게 위한 본보기로서의 부담을 짊어지는 것이다. 일반예방은 시민을 잠재적 범죄인으로 상정한 것이고, 특별예방은 범죄인을 잠재적 시민으로 상정한 것이다. 따라서 형벌을 응보로만 보는 것은 죄 값이라는 기호에서 나타나듯 교환, 계산, 보답이라는 경제일 뿐이다. 그러나 형벌을 우정의 과정으로 이해한다면 그것은 '선물'이 될 수 있다. 데리다에 따르면 선물이 주는 것은 '시간'이다. 형벌에서 이 시간은 범죄인의 시민으로의 회복과 회복된 시민으로서 자신의 현재와 미래를 창조해 나갈 수 있는, 즉 자아실현을 할 수 있는 시간의 선물이다. 형벌은 서로가 서로에게 시민이라는 관계 속에서, 그리고 시민성인 우정 속에서 주어지기 때문에 선물이 될 수 있다. 범죄인을 시민으로 회복하는 핵심은 범죄를 향한 의지를 돌이키는 것이다. 이것은 범죄로 향한 마음을 범죄로 가지 않는 선한 마음, 즉 양심을 회복하

는 것을 의미한다. 형벌에 대한 두려움을 통한 행위제재는 일반적 예방은 될 수 있어도, 이 발생한 범죄와 그 범죄인에 대해서는 실패한 구체적 예방에 불과할 뿐이다. 형벌은 범죄라는 과거의 절망으로부터 다시 범죄인이 되지 않을 것이라는 희망 및 다시 사회의 구성원인 시민으로 받아들여질 것이라는 희망. 이 두 희망의 창조과정이다. 특별예방 또는 재사회화의 이념은 바로 이 희망을 그 토대로 두어야 한다. 그러나 이 희망의 창조는 형벌 또는 교정기관 및 범죄인에게만 부여된 책무가 아니다. 이 희망에 기반을 둔 진정한 재사회화는 교정기간 뿐만 아니라 출소 후 사회와도 더불어 작동된다. 재사회화를 이런 식으로 이해한다면 시민공동체 역시 범죄인을 시민으로서 받아들일 뿐만 아니라 ‘온전한 시민이 되도록(Becoming a whole civil)’ 할 책무를 끊임없이 담당한다. 왜냐하면 시민공동체는 우정의 공동체이기 때문이다. 한 명의 범죄인이 여전히 인간이고 시민이라는 믿음과 대우가 멈추는 지점에서 인간의 존엄도 멈추게 된다. 그 동안 사회라는 시민공동체는 이 책무를 등한시한 채 다시 시민 되는 것의 책임을 오로지 형벌과 범죄인에게만 전적으로 무겁게 부과해 놓았다. 시민공동체가 이 책무를 망각하여 나타나는 것이 중형주의 또는 엄벌주의 경향이다. 이것은 형벌의 합리화도 아니고 형벌에 대한 시민공동체의 윤리적 책임도 아니다. 이것은 시민공동체가 스스로 시민 되기를 포기한 것이다. 이 관점에서 재사회화는 범죄인의 시민 되기와 시민공동체의 시민 되기가 맞물린 상호주관적 이념이라고 이해할 수 있다. 형벌은 바로 이 두 희망에 대한 약속이며, 미래의 지평을 열어가는 것이다. 형벌과 시민공동체를 통해 재사회화 된 범죄인은 범죄 당시의 도덕적, 법적 차원의 범죄인에 머무는 것이 아니다. 새로운 인간과 시민이 되었다는 미학적 차원의 인간 이해에까지 이른다. 이 단계에 이르면 시민의 타자인 범죄인은 새로운 시민이 되고 정의의 목적인 평화의 상태에 한 발자국 더 가까이 이르게 되며, 평화의 목적인 웰빙과 좋은 삶에 더 가까이 가게 될 것이다.

IV. 나가며

앞에서 살펴본 논의에 얻어진 함의 중 몇 가지를 명확히 하면 다음과 같다.

- ① 정의는 애통함을 통해서 구성된다.
- ② 법의 지배는 우정으로서의 법의 지배이다.
- ③ 범죄인이 고유성은 같은 공동체의 다른 시민과 시민관계인 우정의 관계이다.
- ④ 범죄는 실정법의 위반이지만, 근원은 시민성의 위반이다.
- ⑤ 범죄인을 적으로만 간주하는 것은, 시민공동체가 비이성적이고, 비합리적인 집단으로 전환된 것이다.
- ⑥ 형벌이 범죄인을 대적하는 것이 아니라, 범죄인을 위해 형벌이 집행되는 것이다. 이것은 형벌에서의 인간의 존엄성이 구체화되는 소극적 측면으로서 인간이 형벌의 수단인 아니라 목적이라는 점을 보여준다.
- ⑦ 우정으로서 형벌에서 재사회화이념은 자신과 우정의 관계가 회복된 개별화와 시민

과 우정의 관계가 회복된 사회화까지 포함한다. 이것은 형벌에서의 인간의 존엄성이 구체화되는 적극적 측면으로서 형벌의 목적을 보여준다.

- ⑧ 법에서 우정은 범죄인에게서 인간의 존엄을 현실에서 구체적으로 실현하는 것이다.
- ⑨ 형벌은 응보가 아니라, 선물이다.
- ⑩ 시민공동체는 범죄인을 ‘온전한 시민이 되도록’ 할 책무를 끊임없이 담당한다.
- ⑪ 우정이 법이다.
- ⑫ 법이 우정이다.
- ⑬ 미래의 (형)법은 우정에 기반 한 (형)법이다.

현대 사회의 법의 영역에서 증오와 분노 및 혐오의 직접적인 대상이 되는 사람은 범죄인이다. 이들에 대한 엄벌주의나 적대화는 전통형벌의 핵심인 시민의 자유, 실질적 법치국가의 핵심인 인간의 존엄성 보장에 대해 축소나 예외를 요구하고 있다. 그러나 범죄인도 인간이고, 시민이라는 구성원의 자격에 비추어보면 이와 같은 요구나 범죄인을 적으로 간주하는 전통형벌에 대한 새로운 해석을 수용할 수 없다. 범죄인도 시민이기 때문이다. 그 시민성의 핵심은 우정이다. 이 글에서는 데리다의 우정이론을 통해서 우정이란 사랑과 존중이며, 서로의 동등함을 살펴보았다. 그리고 친구가 무엇인지를 살펴보았다. 데리다의 논의를 분석한 후, 우정의 관점에서 정의는 타자에 대한 애통함이며, 선례추정의 원칙에서 살펴본 법의 지배는 과거의 판결과 현재의 판결이 좋은 친구여야 한다는 점을 확인해 보았다. 이 두 가지를 통해서 전통형벌에 대한 새로운 해석을 방어하고, 우정의 관점에 범죄인과 형벌을 어떻게 이해할 수 있는지를 살펴보았다. 범죄인은 시민공동체와 우정이 훼손된 사람이며, 형벌은 바로 이 훼손된 우정의 회복이다.

우정의 관점에서 본 이와 같은 이해는 다음과 같은 함의를 제공해 준다. 우리는 단순히 범죄인을 변화시키기 위해서 형벌을 필요로 하는 것이 아니라, 오히려 정당한 형벌이 무엇인지 끊임없이 이해하고 변혁하기 위해서 범죄인에 대한 이해를 근본적으로 필요로 한다. 형벌의 지속적인 합리화는 형벌의 도구적 합리화가 아니라 이런 의미에서 인간화 그 자체이다. 형벌이 범죄인을 대적하는 것이 아니라, 범죄인을 위해 형벌이 집행되는 것이다. 이것은 형벌에서의 인간의 존엄성이 구체화되는 소극적 측면으로서 인간이 형벌의 수단이 아니라 목적이라는 점을 보여준다. 형벌은 범죄인을 억압하기 위한 것이 아니라, 범죄인이 자신 및 시민공동체와 다시 우정의 관계를 회복하는 시민이 되도록 도와주는 우정의 과정이어야 한다. 이것은 형벌에서의 인간의 존엄성이 구체화되는 적극적 측면으로서 형벌의 목적을 보여준다. 데리다의 다음과 같은 표현 “타자는 나의 형제이며, 나의 형제는 나의 적이다...나는 타자이며, 친밀성은 제거되었으며, 가장 적절한 관계의 사람은 최고의 이방인이다.”¹⁶¹⁾은 이제 범죄인과 우정의 관점에서 이제 이렇게 표현할 수 있다. “범죄인은 나(시민)의 형제이며, 나(시민)는 범죄인이며, (나의) 가장 적절한 관계의 사람은 범죄인이다.” 따라서 모든 형사정책과 형벌의 궁극적 지향은 우정의 회복이며, 모든 형사정책과 형벌의 넘을 수 없는 최후의 한계는 우정이다. 시민으로서의

161) Derrida, Jacques, 위의 책(주 44), 163면.

범죄인과 우정의 관계를 훼손하는 형사정책과 형벌은, 형사정책과 형벌을 탄생시키는 우정에 대한 파괴이며, 형사정책과 형벌의 자기부정일 뿐이다.

이 연구가 서두에 제시된 “형법 속에서도 인간을 해방시키고 인간을 인간답게 만드는 새로운 지평”¹⁶²⁾, “형법이 인간적대성을 통해서가 아니라 인간호의성을 통하여서 그의 임무를 더욱 잘 실현할 수 있다는 인식”¹⁶³⁾이라는 “강제와 공포의 형법을 사랑과 희망의 형법으로 변화시켜야 한다. 이것이 형법의 미래 음악.”¹⁶⁴⁾이라는 (형)법(철학)의 연주에 대한 하나의 작은 답가되었기를 소망한다. 마지막으로 니체의 글이 떠오른다.¹⁶⁵⁾ 무엇이 범죄이고, 범죄인은 무엇이며, 형벌은 어떤 의미를 갖는가의 논의와 더불어 중요한 것은 공동체의 역량이기 때문이다. 왜냐하면 범죄, 범죄인, 형벌은 서술했듯이 공동체에 의해 창조되는 발명품이기 때문이다. 이것은 시민공동체는 범죄, 범죄인 및 형벌에 대한 책임이 있다는 의미이다. 이것은 앞서 말한 세 가지 책임의 양태와 같다. 왜냐하면 시민공동체가 범죄인이라고 호명한 자를 향한 응답이자, 범죄인 앞에서의 응답이며, 시민공동체가 스스로를 위한 응답이기 때문이다. 범죄인에 대한 분노, 증오, 혐오 및 적대화가 커질수록 범죄인이 탄생한 공동체에 대한 성찰과 반성은 희미해져가는 치명적인 덧에 걸리고 만다. 이 덧은 범죄인에 대한 애통함을 상실하는 것이며, 우정이 본질적인 관계가 파괴된 것이며, 공동체가 탄생시킨 범죄인에 대한 정의와 범죄인을 탄생시키는 공동체 자체에 대한 정의 둘 다를 상실하는 것이다. 왜냐하면 앞서 이야기했듯이 정의는 애통함을 통해 구성되기 때문이다. 애통하는 정의와 우정을 통해 비로소 보장되고 보호받는 인간의 존엄성은 그저 하나의 구호로만 전락한다. 이 애통함을 상실한 정의, 즉 우정을 상실한 정의와 법은 모든 법의 토대이자 목적인 실질적 법치국가이념을 쇠락하게 만들 뿐이다.

162) 김일수, 위의 책(주1), 204면.

163) 위의 책, 205면.

164) 위의 책, 203면.

165) “공동체는 힘이 강해짐에 따라 개인의 위법 행위를 더 이상 그렇게 중요하게 여기지 않는다. 왜냐하면 그러한 위법 행위는 더 이상 그 전만큼 공동체 전체가 존립하는데 위험하고 전복적인 것으로 간주되지 않아도 되기 때문이다. 범죄인은 더 이상 ‘평화가 없는 상태에 놓이거나’ 추방당하지 않게 된다. 더 이상 그전처럼 제멋대로 일반의 분노를 개인에게 퍼부을 수 없다. - 오히려 이제부터는 범죄인은 이러한 분노, 특히 직접적인 피해자의 분노 앞에 전체의 입장에서 신중하게 방어되고 보호된다.....공동체의 힘과 자기의식이 커감에 따라, 형법 또한 더욱 완화된단다. 공동체의 힘이 약화되고 위기가 심화됨에 따라 그 엄격한 형식은 다시 드러나게 된다. ‘채권자’는 좀 더 부유해질수록 좀 더 인간적이 되었다. 결국은 피로움을 겪지 않고 얼마나 그 침해를 견딜 수 있는가 하는 것이 그 부유함을 재는 척도이기도 하다. 그 사회의 가해자를 처벌하지 않고 내버려두는 것 - 이와 같이 사회를 위해 존재하는 가장 고귀한 사치를 허용할 수 있는 사회의 힘의 의식이라는 것도 생각해볼 수 없는 것은 아니다..... “모든 것은 변상될 수 있다. 모든 것은 변상되어야만 한다”라는 명제로 시작된 정의는 잘못을 너그럽게 관용하며 지불할 능력이 없는 자들을 그저 방임함으로써 끝난다. - 정의는 지상의 모든 선한 것과 마찬가지로, 자기 자신을 극복하는 것으로 끝난다. 이러한 정의의 자기 지양: 이것이 어떤 아름다운 이름으로 불리든지 사람들은 알고 있다 - 이것이 자비이다. 그 자체로 잘 알려져 있듯이, 이것은 좀 더 강한 인간의 특권이며, 더 잘 표현한다면, 그런 사람은 법을 넘어선 존재이다.” 프리드리히 니체/김정현 역, 『선악의 저편·도덕의 계보』 (책세상, 2002), 415-416면. 약간의 수정을 가함.

< 초 록 >

우정철학의 관점에서 비추어 본 법의 재구성
정의, 법의 지배, 형벌 및 범죄인을 중심으로 -

오민용¹⁶⁶⁾

현대 사회에서는 범죄인에 대한 적대하나 엄벌주의 경향이 강화되고 있다. 이런 흐름은 적대형법으로 구체적으로 나타나기도 한다. 이와 같은 흐름에 의해서 시민의 자유를 보장하는 전통형법은 이제 시민들의 적대감과 분노와 증오 및 혐오 등을 범죄인에 전달하는 매개물로 전략하기도 한다. 그러나 범죄인도 공동체의 구성원인 시민이다. 따라서 이와 같은 강제와 공포가 법의 목적일수는 없다. 법은 인간에 대한 적대성이 아니라, 인간에 대한 호의성을 바탕으로 성립되어야 한다. 왜냐하면 법은 죄에 대한 형벌에 머무는 것, 즉 과거에 시민을 가두는 것이 아니라, 시민을 자신의 범죄로부터 해방시키고 교정하여 인간다운 인간으로 인도해야 미래지향적 지평을 가져야 하기 때문이다. 그 이유는 범죄인도 시민이라는 사실 때문이다. 이 사실은 시민의 핵심, 즉 시민성이 무엇인지에 대한 질문으로 우리를 인도한다. 본 글에서는 이 시민성의 핵심으로 우정을 주장한다. 현대 자연법 법철학자인 피니스는 우정을 법이 보호해야 할 기본적 좋음 중 하나로 제시하였다. 하지만 피니스는 법이 보호할 대상으로 우정을 위치 시켰고, 상호 보충성으로 확장하였지만, 우정 그 자체를 법 안으로 수용하여 법과 우정이 서로를 형성시키는 단계까지 나가지는 못 했다. 이 과정을 데리다의 철학을 통해서 돌파하고자 한다. 이것을 위해서 데리다의 논의를 명확히 하고 데리다의 윤리철학과 정치철학을 결합하여 이론화를 시도한다. 그 후 그 이론을 다음과 같은 법의 영역에 적용하여 구체화 및 현실화를 해 본다. 이 영역은 “우정과 정의”, “우정과 법의 지배”, “우정과 범죄인, 형벌”이다. 이를 통해서 다음과 같은 함의를 도출해 낸다.

- ① 정의는 애통함을 통해서 구성된다.
- ② 법의 지배는 우정으로서의 법의 지배이다.
- ③ 범죄인이 고유성은 같은 공동체의 다른 시민과 시민관계인 우정의 관계이다.
- ④ 범죄는 실정법의 위반이지만, 근원은 시민성의 위반이다.
- ⑤ 범죄인을 적으로만 간주하는 것은, 시민공동체가 비이성적이고, 비합리적인 집단으로 전환된 것이다.
- ⑥ 형벌이 범죄인을 대적하는 것이 아니라, 범죄인을 위해 형벌이 집행되는 것이다. 이것은 형벌에서의 인간의 존엄성이 구체화되는 소극적 측면으로서 인간이 형벌의 수단이 아니라 목적이라는 점을 보여준다.
- ⑦ 우정으로서 형벌에서 재사회화이념은 자신과 우정의 관계가 회복된 개별화와 시민과 우정의 관계가 회복된 사회화라는 적극적 차원까지 포함한다. 이것은 형벌

166) 서울대학교 법학연구소 선임연구원, 법학박사

- 에서의 인간의 존엄성이 구체화되는 적극적 측면으로서 형벌의 목적을 보여준다.
- ⑧ 법에서 우정은 범죄인에게서 인간의 존엄을 현실에서 구체적으로 실현하는 것이다.
 - ⑨ 형벌은 응보가 아니라, 선물이다.
 - ⑩ 시민공동체는 범죄인을 ‘온전한 시민이 되도록’ 할 책무를 끊임없이 담당한다.
 - ⑪ 우정이 법이다.
 - ⑫ 법이 우정이다.
 - ⑬ 미래의 (형)법은 우정에 기반 한 (형)법이다.

키워드: 자크 데리다, 우정, 시민, 적, 정의, 법의 지배, 범죄인, 형벌.

< abstract >

Reconstruction of the law in the light of the philosophy of friendship
– Focusing on justice, rule of law, punishment and criminals –

Oh, Min-Yong¹⁶⁷⁾

In modern societies, hostilities for criminals and tendencies are strengthened. This flow is specifically represented by a hostile method. Traditional laws that ensure the freedom of citizens by such flows are now leading to a mediator that conveys the hostility, anger, hatred and disgust of the citizens to the criminal. However, criminals are also a member of the community. Therefore, such a forced and fear can not be the purpose of the law. The law should be based on the humanity of humans, but based on the goodwill of humans. Because the law is not to stay in the punishment for sin, not to citizens in the past, but because the citizens should be liberated and calibrated from their crime, and should lead to future-oriented horizontal. The reason is that criminals are also citizens. This fact leads us to the core of citizens, that is, asking about what citizenship. This article claims friendship with the core of this citizen. Finnis, a modern natural law philosopher, presented friendship as one of the basic goods that law should protect. However, Finnis placed friendship as an object to be protected by law, and expanded to a solidarity, but it did not take the friendship itself into the law to reach the stage where the law and friendship form each other. I want to break

167) Seoul National University Law Institute, Senior Researcher, Doctor of Law.

through this process through the philosophy of Derrida. For this purpose, I clarify the discussion of Derrida and tries to theory by combining the ethical philosophy and political philosophy. Thereafter, the theory is applied to the area of the following laws to form actualization and realization. These areas are "friendship and definition", "domination of friendship and law", "friendship and criminal, punishment". Through this, I derive the following implications such.

- ① Justice are constructed through mourning.
- ② The rule of the law is the rule of law as friendship.
- ③ The crime is the relationship between the uniqueness of the same community and the other citizenship of the community.
- ④ Crime is a violation of the Execution Act, but the source is a violation of citizenship.
- ⑤ It is considered a criminal as an enemy. The citizen community is irrational and converted to an unreasonable group.
- ⑥ Punishment is not against criminals, but punishments are executed for criminals. This is a passive aspect in which human dignity in punishment is embodied, showing that humans are not a means of punishment, but an end.
- ⑦ In punishment as friendship, the ideology of resocialization includes the positive dimension of individualization in which the relationship between oneself and friendship is restored and socialization in which the relationship between citizens and friendship is restored. This shows the purpose of punishment as an active aspect in which human dignity in punishment is embodied.
- ⑧ In the law, friendship is to concrete human dignity in the criminal in the reality.
- ⑨ Punishment is a gift, not retribution.
- ⑩ Citizen community constantly responses for a criminal, 'Becoming a whole civil'.
- ⑪ Friendship is a law.
- ⑫ The law is a friendship.
- ⑬ The future (criminal) law is a friendship-based (criminal) law.

Keywords: Jacques Derrida, Friendship, Citizen, Enemy, Justice, Rule of the Law, Criminal, Punishment.

참고문헌

1. 단행본

- 김일수, 『한국형법 I』 (박영사, 1996).
-----, 『형법질서에서 사랑의 의미』 (세창출판사, 2013).
-----, 『한국의 법치주의와 정의의 문제』 (세창출판사, 2020).
권터 야콥스(김일수, 변종필 역), 『규범, 인격, 사회』 (한국형사정책연구원, 2013).
니콜라 레이시/장영민 역, 『국가형벌론』 (형사정책연구원, 2012).
도널드 드워킨/장영민 역, 『법의 제국』 (아카넷, 2004).
막스 셸러/조정옥 역, 『동감의 본질과 형태들』 (아카넷, 2006).
마르틴 크릴레/홍성방 역, 『법발견의 이론』 (유로, 2013).
마티아스 슈토이프/한상기 역, 『현대 인식론 입문』 (서광사, 2008)
박은정, 『왜 법의 지배인가』 (돌베개, 2010).
베르너 마이호퍼/심재우·윤재왕 역, 『법치국가와 인간의 존엄』 (세창출판사, 2019).
아리스토텔레스/이창우·김재홍·강상진 역, 『니코마코스 윤리학』 (이제이북스, 2008).
-----/송유례 역, 『에우데모스 윤리학』 (한길사, 2012).
이상돈, 『법미학』 (법문사, 2008).
-----, 『법의 깊이』 (법문사, 2018).
-----, 『법의 예술』 (법문사, 2020).
-----·이소영, 『법문학』 (신영사, 2005).
올프리트 노이만·올리히 슈로트/배종대 역, 『형사정책의 새로운 이론』 (홍문사, 1996).
엘리자베스 F. 코헨/최이현 역, 『정치는 어떻게 시간을 통제하는가?』 (바다출판사, 2019).
자크 데리다/진태원 역, 『법의 힘(Force de loi)』 (문학과 지성사, 2004).
콜린 맥긴/박채연+이승택 역, 『언어철학』 (도서출판 b, 2019).
정태욱, 『정치와 법치』 (책세상, 2002).
프란츠 폰 리스트/윤재왕 역, 『마르부르크 강령』 (도서출판 강, 2012).
최종고, 『법상징학이란 무엇인가』 (아카넷, 2000).
체시레 벅카리아/한인섭 역, 『범죄와 형벌』 (박영사, 2010).
칼 슈미트/김효전 역, 『정치적인 것의 개념』 (법문사, 1992).
칼 엥기쉬/안법영·윤재왕 역, 『법학방법론』 (세창출판사, 2011).
클라우스 록신/김일수 역, 『형사정책과 형법체계』 (박영사, 1996).

Aquinas, Thomas, *Lectures on I Timothy*

-----, *Summa Theologiae*(Cambridge University Press, 2006).

Chang, Ruth, ed. *Incommensurability, incompatibility, and practical reason*(Harvard University Press, 1997).

Cope, Edward Meredith, and John Edwin Sandys, eds. Aristotle: *Rhetoric*(Vol. 2. Cambridge University Press, 2010).

Comte, *Systeme de politique positive, vol. I* (1851), *System of Positive Polity* (trans. J. H. Bridges, London: 1875).

De Ville, Jacques. *Jacques Derrida, law as absolute hospitality* (England: Routledge, 2011).
 Derrida, Jacques. *Speech and phenomena, and other essays on Husserl's theory of signs*(
 Northwestern University Press, 1973).
 ----- and Musée du Louvre. *Memoirs of the blind: The self-portrait and other
 ruins*(Chicago, IL: University of Chicago Press, 1993).
 ----- . *Politics of friendship*(Vol. 5. Verso, 2005).
 Finnis, John, *Natural law and natural rights*(Oxford university press, 1980, 2ed 2011).
 -----, Joseph M. Boyle Jr, and Germain Grisez, *Nuclear deterrence, morality, and
 realism*(Clarendon Press, 1987).
 Fuller, Lon L, *Morality of Law*(Yale university press, 1964).
 J. Bywater(ed), *Aristotle's Ethica Nicomachea*(Oxford, Clarendon Press. 1894).
 Pound, Roscoe, *Social control through law*(Routledge, 2017).
 Raz, Joseph, *The authority of law*(Oxford university press, 1979).
 Kant, Immanuel. *Die Methphysik der Sitten*(Berlin. Philos.-histor. Verlag. 1893).
 Lewis, Clive Staples. *An experiment in criticism*(Cambridge University Press, 1992).

2. 논문

김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”(김도균 외, 『법치주의의 기초
 —역사와 이념—』(서울대학교출판부, 2005).
 김비환, “현대자유주의에서 법의 지배와 민주주의의 관계”, 『법철학연구』 (제9권 제2호, 2006).
 -----, “플라톤 정치사상에서 철인지배와 법치의 상보적 통합성: ‘좋은 법질서’(eunomia)를 향한 철학
 적 충동”, 『법철학연구』 (제13권 제3호, 2010).
 김준년, “인종의 역사와 우정의 윤리—후기 데리다를 통해 다시 본 카리브해의 인종정치학과 자메이카 킨
 케이드의 작품세계”, 『영어영문학』 (제56권 제1호, 2010).
 김용환, “관용의 윤리: 철학적 기초와 적용영역들”, 『철학』 (제87권, 2006).
 김현희, “에로스 와 필리아”, 『민족미학』 (제14권 제2호, 2015).
 권터 야콥스/신양균 역, “시민헌법과 적대헌법”, 『법학연구』 (제29권, 2009),
 문성원, “새로움과 용서”, 『철학논총』 (제55권, 2009).
 박지윤, “정의의 여신상과 소녀상”, 『법과 사회』 (제63호, 2020).
 배상식, “아리스토텔레스 ‘우정(Philia)’의 현대 철학적 이념”, 『동서철학연구』 , 제39권, 2006.
 배종대, “형법과 불교사상”, 『고려법학』 (제65호, 2012).
 -----, “법치국가헌법과 불이(不二)사상”, 『고려법학』 (제69호, 2013).
 -----, “원효(元曉)의 화쟁(和諍)사상과 형법이론”, 『고려법학』 (제81호, 2016).
 손윤락, “시민 소통의 이상적 조건 - 아리스토텔레스의 ‘사회적 우애’를 중심으로 -”, 『수사학』 (제36권,
 2019).
 이상돈, “法益保護原則 - 近代刑法의 神話인가 理性인가?”, 『형사정책연구』 (1994).
 안성조, “법적 불확정성과 법의 지배”, 『법철학연구』 (제10권 제2호, 2007).
 -----, “삶의 형식과 법의 지배”, 『법철학연구』 (제16권 제1호, 2013).
 안준홍, “자유주의자들의 법치주의관”, 『외법논집』 (제38권 제4호, 2014).
 -----, “법의 제국과 법의 지배”, 『법철학연구』 (제19권 제1호, 2016).
 이국운, “법과 ‘이웃’-법치의 본원적 관계형식에 관한 탐색”, 『법과 사회』 (제36권, 2009).

- 이계일, “판결의 법산출성을 강조하는 법이론의 입장에서 본 법관법”, 『법철학연구』 (제19권 제3호, 2016).
- 이상형, “우정의 정치학”, 『동서철학연구』 (제79권, 2016).
- 임성철, “고대 희랍 철학에 나타난 현대적 Well-Being의 사상적 기저(基底)에 관한 고찰”, 『가톨릭철학』 (제11권, 2008).
- 오민용, “존 피니스(John Finnis)의 웰빙(well-being) 이론에 관한 연구”, 『법철학연구』 (제23 권 제1호, 2020).
- , “법과 용서 - 자끄 데리다의 용서론을 중심으로”, 『법학연구』 (제29권 제2호, 2018).
- , “법에서 인간의 위상 - 존 피니스의 논의를 중심으로”, 『안암법학』 (제60권 제1호, 2020).
- 유지황, “우정의 정치학”, 『철학탐구』 (제42권, 2016).
- 정대현, “슬픔: 또 하나의 실존 범주”, 『철학』 (제100권, 2009).
- 주광순, “아리스토텔레스의 정치철학”, 『대동철학』 (제34권, 2006).
- 최봉철, “법치의 문제에 관한 몇 가지 결론”, 『법철학연구』 (제15권 제3호, 2012).
- 한승수, “정의(正義)의 여신(女神) 유스티티아(Iustitia)의 모습과 정의(正義)의 상징” 『문화·미디어·엔터 테인먼트 법』 (제11권2호, 2017).

- Balkin, Jack M. "Deconstructive practice and legal theory." *The Yale Law Journal*(96.4 ,1987).
- Derrida, Jacques. "Politics of friendship." *American Imago*(50.3, 1993).
- Derrida, Jacques, "Force of Law: The Mystical Foundation of Authority," in *Deconstruction and the Possibility of Justice*. eds. Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, David G. Farson (New York: Routledge, 1992).
- Jay, Martin, "Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law", *Filozofski vestnik*(17.2, 1996).
- Kaufman, Michael J. "The Value of Friendship in Law and Literature." *Fordham L. Rev* (60, 1991).
- Ludwig, Paul W. "Without foundations: Plato's lysis and postmodern friendship." *American Political Science Review*(104.01, 2010).
- Telfer, Elizabeth. "Friendship." *Proceedings of the Aristotelian Society*(71, 1970).

3. 학위논문

- 신우석, “중세시대의 종교적 관용의 발전”, 고려대학교 일반대학원 법학과 석사학위논문, 2013.

4. 기타

대한민국 형법전.

논찬문		기독교학문연구회	
발표논문 제목	우정철학의 관점에서 비추어 본 법의 재구성 - 정의, 법의 지배, 형벌 및 범죄인을 중심으로 -	발표자	오민용
		논찬자 (소속)	송시섭 (동아대학교)

법학, 특히 형법학에서 ‘우정의 형법학’을 구축해보려는 저자의 노력에 경의를 표합니다. 다만, 데리다의 우정론에 대한 분석을 전제로 “법으로서의 우정”에서, ①우정과 정의, ②우정과 법의 지배, ③우정과 형벌/범죄인을 검토하는 것 중, ②법의 지배와 관련하여, 법의 ‘좋은’ 지배임을 전제로 하더라도, ‘좋은’ “판결”(원문은 ‘좋은’ “법관”(?): the good judge is a good friend to prior and subsequent judges,)간의 ‘우정’이 선례구속의 원칙과 연결되는 지점에서 어떤 역할을 하는 것이냐가 모호합니다. 나아가, ‘법률텍스트의 자유로운 놀이’라는 우정의 생각이, ‘정답은 없다’라는 생각으로 귀결되어, 이른바, 드워킨(Dworkin)의 ‘정답테제’와 배치된다는 것인지 의문입니다. 특히 ③범죄인과 형벌의 경우인데, 적대형법을 배격하고 우정에 기반한 미래형법을 추구한다는 점에서는 공감하나, 야콥스(Jakobs)의 적대형법의 출발이 범죄인(자)이나 피의자, 피고인을 ‘적(敵)’으로만 보겠다는 생각의 전제를 확정짓는 것에는 전적으로 동의할 수 없고, 범죄인을 공동체의 구성원인 시민으로만 볼 때 생기는 형벌의 위하적 효과를 간과할 가능성이 있고, ‘사회일반인의 법의보호’를 ‘시민사이의 우정의 보호’로 환원될 경우, 그 우정의 내용이 무엇인지 재검토되어야 하는 문제가 있을 것입니다. 왜냐하면, 사회속의 우정이란 ‘좋은’ 우정만이 아니라 ‘나쁜’ 우정, 즉 공범간의 협력관계도 존재하기 때문입니다. 우정의 형벌론은 특별예방(재사회화)에 초점을 맞추게 될 것이고, ‘범죄인이 형벌의 목적’이 되는 결과를 초래하나, 범죄인은 현실적으로 형벌의 대상(object)일 수밖에 없음을 간과한 것이 아닌가 합니다. 범죄인의 수형기간을 시민들의 일상시간과 동일하게 취급하게 되면, 구금형 그 자체가 부정될 것이고, ‘범죄인=시민’이라는 저자의 구도에는 부합하게 될지 모르나, 형벌의 목적은 다시 일반예방으로 돌아가게 될 것입니다. 더구나, 형벌의 내용이 ‘선물’이 되는 순간, 일반예방효과는 영(零)으로 수렴하게 될지도 모릅니다. 범죄를 ‘우정의 위반’으로 정의하게 되면, 나아가 ‘형벌이 우정의 회복’으로 정의되면, 일반인의 범죄인을 향한 ‘애통(哀痛)을 도출할 수 있을지는 모르나, 범죄인의 사회에 대한 ‘참회(懺悔)는 획득되지 못할 가능성이 높습니다. 나아가 ‘사면’과 ‘복권’이 일반화되고, 일상화되는 형벌체계에서는 진정한 형사정책적인 목표를 달성하지 못할 가능성이 높습니다. 제재(sanction)가 정당화(justification) 내지는 청의(Justification)의 과정으로 인식되는 순간, ‘수형기관’은 ‘종교기관’으로 전환될 수 있습니다. 형벌의 목적이 응보만의 영역이 아닌 것은 맞지만, 범죄인의 재사회화를 위해서도 ‘응보’라는 관념은 유지될 실익이 있습니다. 왜냐하면, 범죄인을 형제로 받아들이기 위한 범죄인 측에서의 ‘회개(悔改)’가 담보되지 않은 ‘친구삼기’는 저자가 적대형법에서 그렇게 염려하는 결과, 즉 공동체가 탄생시킨 범죄인에 대한 정의와 범죄인을 탄생시키는 공동체에 대한 정의 둘 다를 상실케 하는 결과를 초래할지도 모르기 때문입니다.