

준법의 근거와 시민불복종

— J. Rawls의 “공정한 경기의 의무”를 중심으로 —

황 경 식

1. 준법의 근거에 대한 계약론적 접근

도덕과 법 혹은 도덕철학과 법학의 만남에서 생겨나는 문제들 중 가장 중요한 것의 하나는 법체계에 대한 복종, 즉 준법의 근거를 연구하는 일이다. 사회생활을 함에 있어서 적어도 우리는 법에 복종할 도덕적 의무가 있으며 그것이 비록 다른 보다 중대한 의무들에 의해 유보되어야 할 예외적 상황이 있기는 하나 일반적으로 그러한 의무를 지고 있다고 생각한다. 그런데 그러한 준법의 의무는 어떤 보다 일반적인 도덕원칙에 의거해서 설명되어야 할 것으로서 이는 어떤 정의의 원칙이나 사회적 공리의 원칙 내지 공공선의 원칙일 수가 있다. 법에 복종할 의무가 법 그 자체내의 특정 원리에 의거해서 설명될 가능성을 배제하면서 정의론자 J. Rawls는 준법의 근거를 공정한 경기(fair play)의 의무를 규정하는 원리에 의해 해명하고자 한다.

롤즈는 정치적 혹은 법적 의무를 입헌 민주체제에 국한해서 논의하고 있으며 그 근거를 공정한 경기의 의무에 비추어 해명하고 있다. 법에 복종해야 할 의무의 근거와 그 한계를 이해하기 위해(제2장) 우리는 이러한 입장이 갖는 이론상의 의의를 논의해볼 필요가 있다고 생각하며(제1장) 나아가서 준법의 한계선상에서 생겨나는 시민불복종의 정당근거가 공정한 경기의 의무와 어떤 관련을 갖는지도 간단히 논의해 보고자 한다(제3장). 우선 우리가 논의해야 할 것은 롤즈가 제시하고자 하는 입장이 다른 이론들과 어떤 관계에 있는지를 알아보는 일이다. 기본적으로 그의 입장은 경기(game)와의 유추에 의거한 수정된 계약이론으로서 그러한 수정안은 입헌 민주주의의 현대적 경험에 대한 해명일 뿐만 아니라 전통적 계약이론의 약점을 극복하려는 시도에서 나온 것이다.¹⁾

자연법에 근거한 이론들과 대조해 볼때 계약론(contract theory)은 일반적으로 특정한 법규의 내용이 갖는 정의 여부나 도덕성에 의거해서 준법의 의무를 설명하지 않는다. 또한 공리주의 등의 목적론적 이론들과는 달리 계약론은 법에의 복종 여부를 그것이 가져올 결과나 달성하고자 하는 특정한 목적을 통해서 설명하지도 않는다. 계약론에 있어서는 복종의 행위 그 자체에 주목하여 그것을 신의, 보은, 공정 등의 개념으로 설명하고자 한다. 이러한 관점에서 볼 때 우리가 법에 복종할 도덕적 의무를 갖는 것은 복종의 행위가 일정한 관계의 맥락속에서 요구되는 특정한 행위이기 때문이다.

* 이 논문은 한국 정신문화원 주최 ‘現代法哲學의 問題 - 哲學과 法學의 만남 - ’ 심포지움(1987, 7.15)에서 “준법의 근거와 공정한 경기의 의무”라는 제목으로 발표된 것에 제4절 비평적 논의와 견해를 첨가한 것임.

주1) 계약론이 당면하게 될 주요문제들에 대한 논의로는 Alan Gewirth, “Political Justice” Brandt(ed.), *Social Justice* 참조.

일반적으로 이러한 의무를 지지하는 도덕원칙을 계약 및 약속의 이행, 즉 신의(fidelity)로 생각한다.²⁾ 그러나 신의의 의무를 이같이 적용하려 할 경우 ‘우리가 언제 누구와 더불어 약속했는가?’라는 중대한 의문에 봉착하게 된다. 특정국가의 시민권을 새로 얻고자 하는 이국인의 경우에는 쉽사리 적용될지도 모른다. 그러나 우리들 대부분의 시민의 경우에는 명시적인 협약이나 약속의 행위가 없는 까닭에 계약론은 흔히 묵시적인 동의(tacit consent)의 개념에 의거해서 주장되기도한다. J. Locke에 따르면 우리가 어떤 정부의 보호아래 살게됨으로써 이러한 묵시적인 동의가 이루어진다³⁾는 것이다. 그러나 회랍시대의 폴리스에 있어서와 같이 자유로운 이민의 가능성이 보장되지 않는 한 묵시적 동의나 계약은 정치적 의무를 해명하는데 대단한 도움을 준다고 보기는 어려운 일이다.

또 어떤 사람은 의무의 성립을 위해 어떤 의도적인 수행적 행위를 전제하지 않고서 이득이나 혜택의 수용을 통해 생겨나는 보은(gratitude)에 기초해서 의무를 설명함으로써 위와 같은 난점을 극복하고자 한다.⁴⁾ 그럴 경우 의무는 약속에서 생기는 것이 아니라 우리에게 혜택을 주는 사람에게 보답해야 한다는 일반적 의무의 특수한 경우로서 생각된다. 그런데 신의의 모형이나 보은의 모형은 모두 특정의 자발적 행위와 관련되는데 전자는 자신이 과거에 행한 약속행위와 관련된 보상이나 신의의 의무가 강조되는데 비해 후자는 혜택을 주는 자의 자발적 행위와 그에 대한 자신의 자발적 수용에 따른 보은의 의무가 강조된다. 그런데 보은의 모형은 법에 복종해야 할 약한 의무만을 줄 수 있을 뿐인데 왜냐하면 우리는 부모의 은혜에 보답할 보다 강한 의무를 지니고 있으면서도 이를 준법의 의무보다 높게 평가하는 일이 없기 때문이다.⁵⁾ 따라서 보은의 의무는 준법의 의무의 한가지 동기가 되기는 하나 준법의 의무가 일차적으로 보은에 근거해 있다고 보기는 어려운 것이다.

이상의 난점들이 있음에도 불구하고 계약론은 정치적 의무의 근거가 갖는 중요한 측면을 조명하고 있다는 것은 H. L. A. Hart 등 많은 학자들이 인정하는 바이다.⁶⁾ 이와 동일한 관점에서 롤즈는 계약론이 갖는 강점을, 모형의 수정을 통해 그대로 견지하고자 하는데 이는 앞서 나온 신의의 모형보다 더 현실성이 있고 보은의 모형보다 더 강한 의무를 제시할 수 있는 것으로서 제안된다. 롤즈의 주장에 따르면 “철학자들이 다루어온 도덕개념의 목록중 공정한 경기의 의무라는 개념이 소홀히 되고 있으며” 이는 “신의, 보은과 같은 다른 조건부(prima facie) 의무들과 유사하면서도 서로 혼동되어서는 안되는 기본개념”이라는 것이다.⁷⁾ 사회계약론에 대한 이러한 해석은 롤즈이외에도 Hart, D. Lyons 등에 의해 제시되고 있으며 그들이 세부적인 점에 이르기까지 일치하고 있는 것은 아니나 그

주 2) J. P. Plamenatz, *Consent, Freedom and Political Obligation*, 2d ed. (London: Oxford University Press, 1968), p. 16.

3) Locke, *Second Treatise on Government*, Sec. 119.

4) 예를 들면 Howard Warrender, *The Political Philosophy of Hobbes* (Oxford: Clarendon Press, 1957), pp. 233-36, 51-52. 참조

5) A. C. Ewing, *The Individual, the State and World Government* pp. 218

6) “Are There Any Natural Rights?”, *Philosophical Review*, 64(1955): 186.

7) “Justice as Fairness,” *Justice and Social Policy*, ed. Frederick Olafson (Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall, 1961), pp. 95-96. n. 15.

근본에 있어서 대체로 합의하고 있다고 생각된다.

우선 우리는 도덕개념에 있어 공정성과 공정한 경기의 개념이 갖는 지위와 의의를 이해할 필요가 있다. E. Fromm 같은 비판가들은 이것이 기본적인 도덕개념임을 부인하고 단지 부차적이고 의존적인 개념이라 하며 특히 사랑과 양립하기 어려운 개념임을 지적한다. 그에 따르면 공정성 원리의 출현은 자본주의 사회의 특수한 윤리적 기여로서, 시장교환에 의해 규정되는 공정성은 이러한 교환행위에 있어 강제와 사기의 이용을 배제하는 것일 뿐이라고 한다. 프롬에 따르면 거래에 있어서 공정성 원리는 기독교의 황금율과 혼동될 수 없으며 비생산적인 자기정향으로서 유태·기독교적 전통속에 표현된 사랑의 원리와 양립 불가능한 점을 신랄히 비판하고 있다.⁸⁾

그러나 사랑이 때때로 공정성을 능가하는 행위를 요구함은 사실이나 그것이 불공정한 행위나 제도를 요구하는 경우가 있을 수 없다는 사실에 주목할 필요가 있다. 왜냐하면 공정성은 사람을 인격(person)으로서 인정하는 것과 상관된 개념이기 때문이다. 롤즈에 따르면 “공정한 경기의 의무를 받아들인다는 것은 타인들이 우리 자신과 유사한 이해관계 및 감정을 가진 인격으로 받아들이기 위한 기준의 필수적인 부분”인 것이다.⁹⁾ 나아가 다른 사람을 사랑으로 대하라는 기독교적 덕목은 타인을 인격으로 받아들임과 더불어 사랑으로부터 도출될 수는 없는 공정성 및 공정한 경기와 같은 다른 조건부 의무들을 받아들인다는 의미 이외에 다른 것일 수가 없다. 공정성은 특히 경쟁적인 동시에 협동적인 체제에서 나타나는 정의이며 공정성과 사랑은 상호관련을 가지면서 동일한 것이 아닌 까닭에 사랑을 유일한 규범으로 볼 수는 없는 것이다.

공정성은 사회정치적 활동에 있어서 각종 목적을 추구하는 방식에 일정한 제한을 부여하는 것이다. 나아가 그것이 갖는 의의는 특정한 규칙이나 규범의 내용으로부터 다소 독립적인 것으로서 목적 그 자체를 규정하기 보다는 목적추구의 방식을 규정하는 까닭에 A. MacIntyre의 말대로 일차적 덕목이기 보다는 이차적 덕목인 것은 사실이다.¹⁰⁾ 그러나 우리의 하고자 하는바 즉 무엇(what)이 아니라 그것을 행하는 방식 즉 어떻게(how)와 관련된 이차적 덕목은 우리의 목적이나 행위내용을 규정하는 일차적 덕목과 마찬가지로 도덕적 삶에 있어서 기본적인 것이다. 이런 점에서 프롬등의 주장과는 달리 공정성과 공정한 경기는 특히 사회정치적 삶에 있어서 중요한 도덕적 고려사항이다. 그것을 무시하거나 그것이 사랑과 양립 불가능하다는 주장은 제도적 삶을 그 기본구조에 의해 평가할 가능성을 배제하는 것일 뿐이다.

공정한 경기의 모형에 입각한 계약론에 있어서는 복종의 의무를 지게되는 대상도 인간 일반에 대해서나 제도로서의 국가가 아니라 우리의 동료시민 즉 그러한 복종에 대한 권리와 그것을 요구할 권한을 가진 자에 대해서 의무를 지게 된다. 의무는 비교적 정의로운

주 8) Erich Fromm, *The Art of Loving* (New York: Harper and Row, 1962), pp. 129-33, *Man for Himself* (New York: Fawcett, 1967), p.119.

9) "Justice as Fairness" p.96.

10) Alasdair MacIntyre, *Secularization and Moral Change* (London: Oxford University Press, 1967), p.24.

(黃瓊植)

체제의 이득을 수용함으로써 생기는데 그 체제는 동료시민들의 전반적인 복종과 협동이 없을 경우 성립할 수 없는 것이다. 비록 이득의 수용으로 인해 이런 의무가 보은의 의무에 의거하고 있는 것처럼 보이나 강조점이 전혀 다르다고 할 수 있다. 법에 복종할 차례가 되었을 경우 비록 다른 도덕적 이유나 의무로 인해 유보되는 경우가 있기는 하나 일반적으로 복종의 의무를 지게 되는 데 그 이유는 그로 인해서 받은 이득에 적절히 보답하기 위해서라기 보다는 그럼으로써 우리는 그들의 복종으로 인해 협동체제가 성립하고 그로부터의 혜택이 가능하게 된 동료시민들과의 관계에 있어 공정하게 행위하게 되기 때문이다. 불복종은 남들이 그들의 자유를 제한하는 것과 마찬가지로 내가 자신의 자유를 제한하기를 거절하는 것이다. 이는 대체로 상대팀이 공격할 수 있도록 수비하는 일을 거절하는 것과 유사하다. 이 두 경우에 모두 공정한 경기의 의무가 지켜지지 않고 있는 셈이다.

공정성의 개념을 중요시하는 것은 현대에 있어서 절차로서의 민주주의 (democracy as procedure) 개념과도 밀접한 관련을 갖는다.¹¹⁾ 현대의 많은 민주주의 비판가들은 그들이 내세운 특정 목적을 달성하기 위해서 민주주의의 제규칙과 절차들의 중요성을 간과하고 있다. 왜냐하면 그들은 특정한 결과가 게임의 과정보다 더 중요하다고 생각하기 때문이다. 그러나 사실상 민주주의는 특정한 결과보다 과정을 더 중요시 하며 정의로운 결과 (just results) 보다 공정한 절차 (fair procedures) 를 더 중요시하는 체제로서¹²⁾ 바로 이 점이 기본 구조에 있어서 정의로운 제도에서도 부정의한 법이 통과될 수 있고 나쁜 정책이 제정될 수 있는 이유를 설명해 준다. 비록 헌법이 정치활동에 있어 언론의 자유등과 같이 무시될 수 없는 일정한 한계를 규정하고 대체적인 윤곽을 방향지우기는 하나 민주주의는 내용보다는 방법, 실질보다는 절차를, ‘무엇을’ 보다는 ‘어떻게’에 의해 규정된다고 할 수 있는 것이다. 민주시민으로서 우리는 우리가 자유로이 선택한 결과를 감수할 생각은 있으나 불공정한 절차를 인내할 수는 없으며 더우기 그러한 절차의 결과에 대해서는 책임질 수 없는 것이다.

2. 부정의한 법에 복종할 의무의 근거

정의로운 체제 아래에서 제정된 정의로운 법을 지켜야 할 이유를 설명하는 일에는 아무런 어려움이 없다. 따라서 우리의 주요 관심사는 우리가 어떤 조건 아래에서 어느 정도 까지 부정의한 체제를 따라야 하는가 이다. 롤즈에 따르면 사회의 기본구조가 어느 정도 이상을 지나치지 않으면 우리는 부정의한 법도 구속력이 있다고 인정해야 한다고 한다. 부정의한 법을 지킬 의무 뿐만 아니라 시민불복종의 문제등을 논의하는 롤즈의 입장은 입헌민주체제의 거의 정의로운 사회의 기본구조 내에서 진행되고 있는 만큼 우리는 이러한 문제에 대한 논의의 배경을 이루는 민주체제에 대한 롤즈의 입장을 이해해야 할 필요가 있다. 법체제가 우리에게 도덕적 의무를 부과하기 위해서는 그것이 우선 갖추어야 할 몇 가지 전제조건이 있다. 그중 가장 중요한 한가지는 그것이 사회의 기본구조를 규제하는 법체제

주 11) William N. Nelson, *On Justifying Democracy* (London: Routledge & Kegan Paul, 1980) 참조.

12) 참고, 분배적 정의의 기준 - 정의로운 결과와 공정한 절차-. 대한철학회, 철학연구 제 42집.

로서 법의 지배 (rule of law) 라는 개념을 만족시키게끔 운용되어야 한다는 점이다.¹³⁾ 다시 말하면 법체계가 도덕적 구속력을 갖기 위해서는 그 법규가 모든 이에게 공시되어야 하고 또한 그것이 유사한 경우는 유사하게 처리되는 이른바 형식적 정의 (formal justice) 를 만족시키는 것으로 가정된다. 물론 규칙적이고 일관성 있는 법의 지배가 있다 할지라도 그것만으로는 실질적 정의에 대한 충분한 보장이 되지 않는나 이러한 형식적 정의만 있어도 대단한 부정의는 배제될 수가 있다. 법체계에 있어서 형식적 정의는 사람들로 하여금 합법적이고 지속적인 기대치를 갖게함과 아울러 합리적 인생을 계획할 수 있게 한다. 나아가서 법에 따르는 사람들은 적어도 무엇이 요구되고 있는지는 알게되고 그에 의거해서 자신의 권익보호를 위해 힘쓸 수도 있다.¹⁴⁾

일단 우리가 지지하는 법체계가 입헌민주체제의 그것이라면 이러한 체제의 기본적인 헌법이 단지 형식적 정의만이 아니라 실질적인 정의를 구현하고 있는 것으로 가정된다. 이와 관련해서 롤즈는 자신의 <정의론>에서 도출된 두가지 원칙을 내세운다. 우선 그 헌법은 (1) 동등한 시민의 권리를 확립하고 신체의 자유, 보통선거에 있어서와 같은 정치적 평등 및 정치과정에 참여할 권리등을 보장하는 것이어야 하는데 이를 평등한 자유의 원칙이라 이른다.¹⁵⁾ 그러나 이러한 자유와 권리의 보장이 유명무실한 것이 되지 않기 위해서는 사회경제 체제를 규율할 또 하나의 원리가 요청되는데 (2) 모든 사회적, 경제적 재가치의 분배에 있어서의 불평등은 ㉠ 모든 이에게 이익이 되게끔 작용하리라고 합당하게 기대되고 또한 ㉡ 그와 관련된 직책과 직위가 모든 이에게 개방되지 않는한 부당하다는 것으로서 이를 차등의 원칙이라 부른다. 우리가 협동체제를 이루고 어떤 헌법아래 살기로 약정한다는 것은 그것이 우리 모두에게 이익이 될 것이 합당하게 기대되는 한에서라고 할수 있다.

그런데 이상과 같이 가정된 정의의 원칙을 받아들일 경우 그러한 정의의 원칙들이 바람직한 법에 대한 기준을 제시해줄 것이므로 중요한 실제적 문제는 그러한 결과를 가져올 일련의 정치적 과정을 발견하는 일이다. 그러한 절차는 롤즈에 따르면 현대국가의 일반적인 여건 아래서 평등한 자유를 보장하고 일종의 다수결 원칙 (majority rule) 을 이용하는 어떤 유형의 민주체제라고 가정한다. 그런데 롤즈에 있어서 입법 과정이란 언제나 불완전한 절차적 정의 (imperfect procedural justice) 의 한 경우이다.¹⁶⁾ 다시 말하면 비록 우리가 정의로운 입법에 대한 어떤 기준을 갖는다 할지라도 제정된 법이 정의로운 것임을 보장할 만한 현실적인 정치적 절차가 없다는 점이다.

정치적인 문제에 있어서 완전한 절차적 정의가 달성될 수 없는 것은 입법과정이 어떤 형태의 투표에 상당한 정도로 의존해야 하기 때문이다.¹⁷⁾ 여기에서 롤즈는 적절하게 제한된

주 13) J. Rawls, "Legal Obligation and the Duty of Fair Play" Sidney Hook(ed.) *Law and Philosophy* (New York University Press, 1964), p.5.

14) J. Rawls, *A Theory of Justice*, 존역, 사회정의론 (서광사, 1986), 38 절 법의 지배 참조.

15) "Legal Obligation and Duty of Fair Play", p.5.

16) 사회정의론 p.366, 그리고 존역 John Rawls, "Justification of Civil Disobedience" 제임스 레이첼즈진, 사회윤리의 제문제 (서광사, 1986), pp. 225-266.

17) "Legal Obligation and Duty of Fair Play" pp. 5-8.

(黃瓊植)

다수결 원칙이 실제적으로 불가결한 것으로 생각한다. 그런데 다수자는 지식이나 판단력의 결핍에 의해서가 아니면 편협하고 이기적인 관점의 결과로 인해 오류를 범하게 마련이다. 그러나 롤즈에 따르면 헌법이 정의로우며 우리가 지금까지 그 혜택을 받아왔고 앞으로도 계속해서 받을 계획이라면 우리는 다수자가 제정한 것이 부정의하다 할지라도 그에 따라야 할 자연적 의무 및 책무를 갖는다고 한다. 이렇게 해서 우리는 부정의한 법에도 따르지 않으면 안되는데 물론 언제나 그런 것은 아니고 부정의가 일정한 한도를 넘지 않는다는 조건 아래서만 그러하다고 한다.¹⁸⁾

그런데 우리가 부정의한 법에 따를 것을 요구하는 입법절차나 규칙에 우리가 동의해야 할 근거는 무엇이며 우리 자신의 의사에 반하여 타인들의 의사를 따르게 하는 그런 절차를 받아들여야 할 이유는 무엇인가? 롤즈에 따르면 첫째, 대안적 절차들 가운데 언제나 만족할만한 결정을 내려줄 절차는 하나도 없으며, 둘째는 차선적 절차에 대한 합의는 아무런 합의점이 없는 것보다 낫기 때문이라는 것이다.¹⁹⁾ 우리가 정의의 원칙을 받아들인다 할지라도 입헌체제의 운용을 위해서 서로 다소간 양보를 해야하는 것은 최대의 선의를 가진다해도 정의로운 입법과 최상의 정책에 관해 서로간의 의견이 엇갈리게 마련이기 때문이다.

이러한 상황에서 우선 우리는 상충하는 제요구를 수렴하기 위한 해결책으로서 다수결 원칙을 포함한 입헌절차가 차선적인 것이긴 하나 불가결한 것임을 인정하지 않을 수 없는 것이다. 왜냐하면 어떤 것이 최상의 정책이며 어떤 것이 바람직한 법안인가에 의견이 불일치하고 있기 때문이다. 모든 사람이 유사한 정의감을 가지고 있고 모든 사람이 일정한 입헌절차가 정의롭다는데 대해 의견이 일치할 수는 있다. 그러나 문제에 대해 동일한 정보를 가지고 접근할 수가 없는 까닭에 최상의 정책에 대한 불일치가 있게 되며 각자는 서로 다른 양과 질의 정보에 근거해서 상황의 다양한 도덕적 측면들에 대해 자기 상이한 비중을 부여함으로써 의견이 갈리게 되는 것이다.

그러나 롤즈에 따르면 우리가 다수결 원칙을 채택할 경우 우리는 어떤 조건아래에서만 부정의한 법에 따를 것인가에 동의하게 된다는 것이다. “대체로 말해서 장기적으로는 부정의가 주는 부담이 사회의 상이한 집단들간에 다소 고르게 배분되어야 하며 부정의한 정책이 주는 압제가 어떤 경우에도 지나치게 무거운 것이어서는 안된다.”²⁰⁾ 그러므로 오랫동안 부정의로부터 고통을 당해온 항구적인 소수자에게는 부정의한 법에 따를 의무가 의심스럽게 된다. 그래서 확실히 우리는 우리 자신과 타인의 기본적 자유가 유린되는 것을 묵인해야 할 요구를 받지는 않는다. 왜냐하면 그러한 요구는 정의에 바탕을 둔 의무가 뜻하는 바일 수가 없으며 입헌과정에 있어서 다수자의 권리에 대한 합의와도 상치하기 때문이다.

그대신 우리는 입헌체제가 갖는 불가피한 결함을 똑같이 분담하는데 필요한 정도까지는 우리의 행위를 민주주의적 권위 속에 예속시켜야 한다. 이러한 어려운 점을 받아들인다는

주 18) 사회정의론, p. 366.

19) 위의책, p. 367.

20) 위의책, p. 367.

것을 단지 인간존재의 제조조건들이 갖는 계약을 인정하고서 그 속에서 서로 협동하고자 함에 불과한 것이다. 이러한 관점에서 볼때 우리는 사회체제의 결함을 불복종을 위한 손쉬운 구실로 삼아서도 안되고 법규에 있어서 불가피한 허점을 이용해서 우리의 이득을 도모해서도 안되는 시민의 자연적 의무를 갖게된다. 이러한 시민적 의무에 대한 인정 없이는 상호신뢰와 믿음이 깨어지고 만다. 그래서 적어도 거의 정의로운 국가에서는 부정의한 법이 어느 정도가 넘어서지 않는다면 일반적으로 그에 따를 의무가 있게 된다. 물론 이러한 결론은 정의로운 법에 따라야 할 의무만큼 강한 것이라고 하기는 어려울 것이다.

이상과 같은 이유로 인해 다수결 원칙을 위시한 입법절차의 수용은 상충하는 입법제안을 해결함에 있어 필수적인 정치적 방도가 된다. 롤즈에 따르면 “만일 우리가 헌법을 사회협동체제의 기본원장으로 생각한다면 헌법이 정의롭고 그 운용에서 오는 혜택을 지금까지 받아왔고 앞으로도 계속 받을 계획일 경우, 그리고 제정된 법규나 정책이 일정한 한도를 넘지 않을 경우 우리는 공정한 경기원칙에 입각해서 자신의 차례가 왔을 경우 그것에 복종할 의무를 갖는다.” 21) 정의로운 헌법의 혜택을 수용할 경우 우리는 그것에 구속되고 특히 다수결 원칙에 의거해서 제정되고 적절히 운용되는 그 기본 법규에도 구속되는 것이다.

롤즈는 공정한 경기(fair play)원칙을 다음과 같이 규정한다. 22) ① 상호 이득이 되는 정의로운 사회협동체가 있고 그것이 주는 혜택은 모든 사람 혹은 거의 모든 사람이 협동하는 경우에만이 생겨날 수 있다. ② 나아가서 협동은 각자로부터 일정한 희생을 요구하거나 적어도 각자의 자유에 대한 일정한 제한과 구속을 내포한다. ③ 끝으로 협동에 의해 생겨나는 이득은 어느 정도까지 무임편승(free riding)이 가능하다. 다시 말하면 다른 모든 사람이 자신의 본분을 계속 이행하리라는 것을 알 경우 특정인이 자신의 본분을 다하지 않고서도 그 체제로부터 오는 혜택에는 동참 할 수 있다는 점에서 그 체제는 불안정하다. 이상의 조건 아래서 체제의 이득을 받아들이는 자는 공정한 경기의 의무로 인해 자신의 본분을 다해야 하고 협동하지도 않고서 무임편승자적 이득을 취해서는 안된다. 이러한 시도를 해서 안되는 이유는 모든 이의 상호 노력의 결과로서만이 체제의 이득이 생겨날 수 있기 때문이고 이득이 배분되는 방식에 대한 합의가 있기 이전에는 공정성의 관점에서 볼 때 그것이 누구에게도 귀속될 수 없는 것이기 때문이다.

이상의 논의로부터 롤즈는 입헌절차에 의해 제정된 법에 복종할 의무는 그 법이 비록 우리에게 부정의하게 생각된다 할지라도 성립하는 바, 위에서 규정된 공정한 경기 의무의 한 예라고 결론 짓는다. 나아가 그것은 헌법이 규정하는 정의로운 협동체제의 이득을 지금까지 받아왔고 계속해서 받을 계획인가에 달려있다는 점에서 보다 제한적 의미에서의 의무라고 결론짓는다. 이때 그것은 우리 자신의 자발적 행위에 달려 있다는 점에서 제한적 의미의 의무이다. 그리고 그것은 우리의 동료시민 일반에 대해서 지게되는 의무이다. 즉 헌법을 운용함에 있어서 우리와 더불어 협동하는 자에 대해서 지는 의무이다. 그것은 국가나 특정 공무원에게 지는 의무가 아니다. 그것이 시민 상호간에 지게되는 의무라는 점은 그들이 서로간에 준수하지 않는 일에 대해 의분을 느낄 권한이 있다는 사실에서 입증

주 21) “Legal Obligation and Duty of Fair Play” p.9.

22) Ibid., pp. 9-10.

(黃環植)

된다고 할 수 있다.²³⁾

나아가 의무의 본질적 조건은 헌법 및 대체로 그에 입각해서 제정된 일반 법체계의 정의여부이다. 부정의한 법에 복종할 의무는 정의로운 헌법이 있는가에 강하게 의존되어 있다. 그러한 헌법 아래서 제정된 법에 따르지 않을 경우 헌법에 의해 규정되는 바 상충하는 요구들간의 조정이 이루어질 수 있는 방도가 없게 된다. 끝으로 다수자에 의한 법제정이 소수자를 구속한다는 것이 사실인 까닭에 우리는 타인의 행위에 의해서도 구속될 수가 있지만 양심적으로 어떤 것이 정의로운 법이며 최상의 정책인가에 대한 신념에 이르기까지 구속받을 필요는 없으며 타인의 행위가 우리를 구속하는데 필요한 조건은 헌법이 정의롭고 우리가 그 혜택을 받아 들인다는 점이다.

이상과 같은 공정한 경기모형은 지극히 이상적인 조건 아래에서만 적합한 것이라는 근거에서 비판받을 수도 있을지 모른다. 그러나 공정한 경기모형을 이용하기 위한 조건은 이상적이거나 비현실적인 것이라기 보다는 현대 민주체제에 있어 정치적 의무를 설명하기 위해 그 모형을 사용하기 위한 조건은 최소한의 것이며 민주적 제도장치가 혁명을 불러일으킬 정도로 고장나지 않는 한 일반적으로 가능한 것이라 생각된다. 공정한 경기모형이 지극히 비현실적이라는 논의는 복종이 의무가 되기 위해서는 모든 특별한 개별 법규들이 각종 부담과 제약을 평등하고 공정하게 분배해야 한다는 가정에서 생겨난 것이다.²⁴⁾ 그러나 이런 견해는 물즈가 제시하는 공정한 경기 논변이 특정한 개별 법보다는 전체로서의 체제를 다루는 방식이라는 점을 무시한데서 기인한다. 특정법의 정의여부에 일차적 관심을 갖는 자연법 사상과는 달리 공정한 경기에 의거한 논변은 전체로서의 비교적 정의로운 체제를 염두에 두며 그 속에서의 시민들간의 내적 상호관계에 주목한다. 중요한 것은 비록 특정 법규가 상당한 정도로 불공정, 부정의 해서 그에 대한 의무가 효력을 상실한다 할지라도 전체로서의 협동체제의 부담들이 공유되고 있는가이다.²⁵⁾

이와는 달리 부정의한 체제에 있어서의 불복종과 복종의 선택은 공정한 경기와는 다른 고려사항에 의거하며 따라서 혁명의 가능성을 함축한다. 거의 정의로운 체제에 있어서도 부정의한 법과 정책의 증대는 전체로서의 체제의 성격을 의심스럽게 한다. 왜냐하면 법과 정책에 있어서의 부정의가 아주 극단적이고 다양해서 그것이 체제의 부정의를 말해주는 정도에 이를 수가 있기 때문이다. 이러한 위기상황에 처해서 개인은 체제가 더이상 개혁불가능한지 그래서 체제에의 복종의무가 전적으로 무효가 되는지를 묻게 된다. 질적 및 양적으로 고려된 바 부정의한 법의 증가선상에서 그 체제가 부정의를 상징하는 지점을 명확히 지적할 수는 없지만 그렇다고 해서 그런 지점이 현실적으로 없다는 것을 의미하지는 않는다. 개인이나 집단의 관점에서 보아 정치질서의 혜택이나 권리로부터의 조직적인 소외는 공정과 경기에 의거한 의무를 무효화 시키는 것이다.²⁶⁾

주 23) Ibid., p.10.

24) James F. Childress, *Civil Disobedience and Political Obligation* (London, Yale University Press, 1971), p.158.

25) Ibid., p.159.

26) Ibid., p.161.

3. 시민불복종의 정당근거와 공정성

지금까지 우리는 거의 정의로운 입헌 민주체제에 있어서 부정의한 법에 따라야 할 근거에 대해서 고찰했었다. 그런데 롤즈에 따르면 중요한 것은 다수결 원칙이란 일반적 여건 아래에서 민주헌법을 운용하기 위한 가장 효율적인 절차적 규칙으로서 부차적 지위를 갖는다는 점이다. 다수결 원칙의 기본이 되는 부분은 그 절차가 배경적 정의의 조건들을 만족시켜야 한다는 점이다. 이 경우 그러한 조건들은 언론과 집회의 자유를 중심으로 한 정치적 자유와 그러한 자유의 공정한 가치를 보장하는 사회경제적 여건들이다.

이와같이 다수결 원칙이 실질적으로 의거하고 있는 기초는 정의의 원칙이며 경우에 따라서는 정의의 원칙에 의거해서 부정의한 입법에 반대할 수도 있다. 그래서 만일 시민의 판단에 비추어 볼때 다수자의 입법이 어느 정도의 부정의를 넘어버렸을 경우 시민불복종을 고려하게 된다. 왜냐하면 우리는 다수자의 행위를 무조건 받아들일 필요는 없으며 우리와 타인의 자유를 유린하는데 순종할 필요가 없기 때문이다. 사실상 우리는 입헌체제를 운용함에 있어서 인간 지혜의 부족함과 정의감의 결함으로 인해 생겨나는 부담을 공유하는 정도까지 우리의 행위를 민주체제에 예측시키게 되는 것이다.

롤즈에 따르면 시민불복종(civil disobedience)이란 “정부의 정책이나 법률에 어떤 변화를 가져오려는 의도를 가지고 일반적으로 법에 반대해서 행해지는 공적이고 비폭력적이며 양심적인 행위”라는 것이다.²⁷⁾ 그런데 롤즈는 효율적인 민주체제에 있어서는 시민들이 그것에 의거해서 자신의 정치적 문제를 처리하고 헌법을 해석하는 준거가 되는 공통된 정의관(common conception of justice)이 있다고 가정한다. 따라서 시민불복종이란 불복종자가 그러한 정의관에 의해 정당화 되리라고 생각하는 공적 행위이며 그러한 이유로 인해서 그것은 다수자의 정의감에 호소해서 저항상태를 재고하도록 촉구하고 사회협동체제의 조건이 더이상 지켜지지 않고 있다는 것이 불복종자의 진지한 신념임을 경고하는 것으로 이해될 수 있다는 것이다. 왜냐하면 정의의 원칙이 바로 그러한 조건을 나타내는 것이며 “어느 정도 오랜 기간동안 다수자들이 기본적인 자유를 지속적으로 고의적으로 유린할 경우 공동체의 유대는 끊어지게 되고 시민들은 ‘복종이 아니면 강력한 저항이나’를 결정해야 할 선택의 기로에 서게 될 것이기 때문이다.”²⁸⁾ 시민불복종에 가담함으로써 소수자들은 다수자의 유린행위가 이런 식으로 계속되어도 좋은지 그리고 공통된 정의감에 비추어 그들이 소수자의 요구를 인정할 의사가 있는지를 고려하게 하는 것이다.

롤즈에 따르면 시민불복종은 다른 의미에 있어서도 역시 시민적(civil)이라 할 수 있다. 그것은 시민생활을 규제할 정의의 원칙들에 바탕을 둔 진지한 신념의 결과일 뿐만 아니라 또한 그것은 공공적이고 비폭력적인 것으로서, 다시 말하면 그것은 체포나 처벌이 예상되기는 하나 주저없이 감수하고자 하는 상황에서 행해지게 된다. 이렇게 함으로써 그것은 합법적 절차

주 27) 사회정의론 p.376. 여기서 롤즈는 H.A.Bedau의 시민불복종에 대한 정의에 따랐다고 밝힌다. 베도의 논문 "On Civil Disobedience", *Journal of Philosophy*, Vol.58(1961) pp.653~661 참조.

28) 시민불복종의 정당화, p.227.

(黃瓊植)

차에 대한 존중을 나타낸다.29) 시민불복종은 법에 충실한 범위 내에서 법에 대한 불복종을 나타내는 것이며 다른 시민들과의 연대와 유대를 버리지 않은 한계선상의 행위인 것이다. 이러한 특성으로 인해서 그것은 다수자에게 그것이 정말 양심적이고 진지한 것이며 진정으로 그들의 정의감에 호소하기 위해 의도된 것임을 증명해 보이는 것이다.

민주사회에 있어서 시민불복종은 정의의 원칙에 호소하는 것, 즉 자유로운 인간들간의 자발적인 사회협동체의 기본조건에 호소하는 것으로 이해될 수 있다. 나아가서 물즈는 시민불복종적 행위에 가담함으로써 우리는 강력한 저항이라는 관념을 무한정 포기하는 것도 아니라고 한다.30) 왜냐하면 만일 부정의에 반대하는 호소가 계속해서 받아들여지지 않을 경우에는 다수자가 복종이나 저항이나의 양자택일중 어떤 것을 선택하겠다는 의사를 밝힌 셈이며 그럴 경우 민주체제 아래에서도 저항은 정당화될 수가 있을 것이기 때문이다. 우리는 민주사회의 다수자가 기본적 자유를 유린하는 것을 묵과할 필요가 없는데 그러한 유린은 그 자체가 헌법을 정당화하는 기초가 되는 정의의 원칙을 무시하고 있음을 보여주는 것이기 때문이다.

그런데 물즈는 이상과 같은 시민불복종의 정당근거를 다음과 같이 세가지로서 제시하고 있다. 첫째는 시민불복종의 적절한 대상이 되는 부정의의 종류에 관한 것이다.31) 만일 우리가 위에서 말한 바와 같이 시민불복종을 공동체의 정의감에 호소하는 정치적 행위로 본다면 다른 조건이 동일할 경우 그것은 구체적이고 분명한 부정의의 사례에 한정하는 것이 합당하다고 생각된다. 이런 이유때문에 물즈는 시민불복종을 정의의 제 1원칙인 평등한 자유의 원칙에 대한 심각한 위반이나 제 2원칙의 두번째 부분인 공정한 기회균등의 원칙에 대한 현저한 위배에 국한시키고자 한다. 물론 이러한 원칙들이 만족되어 있는지를 판별하기가 언제나 쉬운 것은 아니나 그것이 기본적인 자유를 보장하는 것이라고 생각한다면 이러한 자유가 유린되고 있는 것은 비교적 분명하다고 본다. 그래서 어떤 소수자에게 투표나 직책을 맡을 권리 혹은 재산을 소유하고 이주할 권리가 거절될 때나 어떤 종교단체를 억압하고 특정 단체에게 공정한 기회를 거절할 경우 이런 부정의는 모든 이에게 분명하다고 본다.32)

이와는 대조적으로 경제적 불평등이 모든 이에게 이득이 될 것을 요구하는 제 2원칙의 첫번째 부분은 훨씬 덜 명확하고 이론의 여지가 있다고 물즈는 말한다. 그 원칙이 의미하는 바에 우리가 합의한다 할지라도 그 원칙의 만족여부에 대한 견해에 광범위한 이견이 있을 수 있다. 그 이유는 그 원칙이 일차적으로 기본적인 경제적 사회적 정책에 적용되는 것이기 때문이다. 이러한 정책은 이론적이고 사변적인 지식 뿐만이 아니라 구체적인 여러 정보에 바탕을 두고 있으며 실제에 있어서 편견과 이기심은 물론 직감과 단순한 추정들이 혼합된 결과로서 제시된다. 그래서 시민의 동등한 자유를 침해하기 위해서 제정된 것이 아닌 한 그것은 시민불복종에 의해 거부되기가 어려우며 정의에 호소하는 것이 충분히 명백하지가 않은 고로 그 해결은 정치적 과정에 내맡기는 것이 상책이라는 것이다.

시민불복종에 대한 두번째 정당근거는 다음과 같은 것이다. 다수자에 대한 정상적인 정치

주 29) 위 논문, p.228.

30) 위 논문, p.229.

31) 사회정의론, 57 절 시민불복종의 정당화 참조. pp.383~384.

32) 위의책, p.384.

적인 정치적 호소가 이미 진지하게 이루어졌으나 받아들여지지 않았으며 합법적인 방법으로 시도될 수 있는 노력은 다 이루어졌다고 하자. 그래서 예컨대 기존하는 정치세력이 소수자의 요구를 무시하며 법제도가 다수자에 의해 통제됨으로써 공격의 대상이 되는 법을 개정하려는 시도가 저지되는 상태에 있다고 해보자. 이런 경우 롤즈에 따르면 시민불복종이 법규에 충실한 한도 내에서의 정치적 행위의 일종으로 생각되기는 하나 동시에 그것은 그러한 범위 내에서 다소 극단적인 행위인 까닭에 일반적으로 시민불복종이란 정상적인 민주적 절차가 실패할 경우에 시도될 수 있는 최종적인 대책으로 간주된다는 것이다.³³⁾ 이런 의미에서 시민불복종은 정상적인 정치적 행위가 아니며 그것이 정당화될 경우에는 심각한 파국이 있는 경우로서 법에 있어서 상당한 부정의가 있을 뿐 아니라 그런 부정의의 시정이 다소 고의적으로 거부되고 있는 경우인 것이다.

세번째이자 마지막 조건은 앞서의 두 조건이 흔히 시민불복종을 정당화해줄 충분한 것이지만 언제나 그런 것은 아니라는 사실로 인해 생겨나는 것이라고 한다.³⁴⁾ 만일 어떤 소수집단의 시민불복종이 정당화되는 경우 그와 적절하게 유사한 경우에 있는 다른 소수집단도 마찬가지로 정당화되며(일반화원칙) 이같이 시민불복종을 정당화하는 사정을 가진 다른 많은 집단이 있을 수 있는 가능성을 배제할 수가 없다. 그런데 만일 그들이 모두 이같은 방식으로 행동하게 될 경우 정의로운 체제의 효율성을 침해하게 될 극심한 무질서가 따르게 되는 것도 생각해 볼 수 있다. 따라서 롤즈는 체제를 파멸로 이끌고 그럼으로써 모든 이에게 불행한 결과를 가져오지 않기 위해 시민불복종에 가담할 수 있는 범위에 한계가 있다고 가정한다. 결국 앞서의 두 조건이 만족되어 시민불복종에 가담할 권리를 갖게 될 경우에도 우리가 그러한 권리를 행사해야 할 것인지, 다시 말하면 그렇게 함으로써 소기의 목적을 달성할 가능성이 있는지를 다시 물어야 한다는 것이다. 보호해야 할 우리의 권리가 확인된 다음 우리가 고려해야 할 전략적 (strategic) 문제와 관련된 것이 바로 이 세번째의 조건이라는 것이다.³⁵⁾

우리가 우리의 권리 안에서 행위하는 것이긴 하나 우리의 행위가 다수자의 가혹한 보복을 불러일으키는데만 그친다면 우리는 불합리하고 어리석은 행위를 한 셈이 된다. 그리고 특히 다수자가 정의감을 결하고 있거나 행위의 시기가 부적절 하거나 정의감에 대한 호소가 효율적으로 이루어지게끔 계획되지 못할 경우 그럴 가능성은 더욱 커진다. 롤즈에 따르면 정치의무론의 관점에서 볼 때 우리가 말할 수 있는 것은 단지 권리의 행사는 저항하는 자가 소기의 목적을 달성하게끔 합리적이고 합당하게 계획되어야 한다는 것이다. 물론 전략적 문제가 고려될 수 있는 것은 이미 자신의 권리가 확인되었음을 전제해야 한다는 의미에서 이차적인 것인데 왜냐하면 전략적으로 편리하다는 것만으로는 권리의 정당근거가 될 수 없을 것이기 때문이다.

시민불복종의 정당화와 관련해서 롤즈가 가정해온 것은, 첫째 입헌체제에 있어서는 정의의 원칙이 헌법의 기초로서 인정되며 둘째 헌법해석의 지침이 되는 공통된 정의감이 실재한

주 33) 시민불복종의 정당화, p. 230.

34) 사회정의론, pp. 385~386 참조.

35) 시민불복종의 정당화, p. 232.

(黃瑛植)

다는 점이다. 36) 이상과 같은 가정이 성립하지 않을 경우 특히 공통된 정의관이 부재할 경우 시민불복종을 정당화해주는 세 조건중 처음 둘은 영향을 받지 않을 것이나 세번째 조건 즉 그것에 가담하는 것이 합리적인가라는 문제가 생긴다. 이렇게 되면 시민적 반대물억압하는데 드는 비용이 다수자의 경제적인 이득을 증가하지 않을 경우 저항은 소수자의 처지를 보다 악화시킬 가능성이 있다. 물론 시민불복종은 그 호소하는 바가 다른 사람들의 이해관계와 일치할 경우에는 보다 효과적인 전략이 될 수 있을 것이다. 이상과 같은 배경적 가정이 성립하지 않을 경우 시민불복종이 제대로 기능하지 못할 가능성이 다분히 있는 까닭에 물즈는 시민불복종이 보통 정의감에 의해 상당한 정도로 규제되는 사회에서만 합당하고 효율적인 반대의 형식이라는 사실을 인식해야 한다고 말했던 것이다. 37)

물즈에 따르면 일단 사회가 동등한 사람들간의 협동체제로 해석되는 경우에는 심각한 부정의로 고통을 받는 자들은 부종할 필요가 없게 된다. 나아가서 그는 사실상 시민불복종이란 비록 그 정의로 봐서 불법적인 것이긴 하나 입헌체제를 안정시키는 (stabilize) 방도라고 생각한다. 38) 자유롭고 정구적인 선거, 헌법을 해석할 권한을 가진 독립적인 사법부와 더불어 적절한 제한조건과 전실한 판단을 통해서 이용되는 시민불복종은 정의로운제도를 유지하고 강화하는데 도움이 된다. 법에 대한 충실성의 한계 내에서 부정의에 항거함으로써 정의로부터의 이탈을 방지하고 그런일이 일어났을 때는 그것을 시정하는데 도움이 된다. 물즈는 정당한 시민불복종에 참여하는 일은 질서정연한 사회나 혹은 거의 정의로운 사회속에 안정을 심는 역할을 갖는다고 확신한다.

시민불복종자는 결국 투표인단 전체에 호소하는 것이다. 정치적 정의관과 그것이 요구하는 바에 대해서 충분히 효력을 갖는 합의가 되어 있는 한 무정부 상태가 될 위험은 없는 것이라고 본다. 기본적인 정치적 자유가 허용될 경우 사람들이 그러한 합의에 도달할 수 있는 것은 민주체제 바로 그 속에 함축되어 있는 가정이라고 물즈는 생각한다. 그도 결정적인 투쟁의 위험을 전적으로 피할 방도는 없다는 것을 인정한다. 그러나 합당한 시민불복종이 시민의 평화를 위협한다고 생각될 경우 그 책임은 저항하는 자들에게 있다기 보다는 권력과 힘의 남용으로써 그러한 반대를 정당화 해주게 되는 자들에게 있다고 보는 것이다. 39)

물즈의 시민불복종론을 이상과 같이 이해할 경우 우리의 마지막 관심사는 시민불복종이 어떻게 앞서 논의해온 바 부정의한 법에 부종할 의무의 근거가 되는 공정한 경기의 의무에 관련되는가이다. 40) 시민불복종에 대한 물즈의 논의에서 이점이 그리 분명하지 못하며 때로는 정반대되는 해석의 여지를 보이는 귀절이 있기는 하나 필자는 시민불복종론에 대한 물즈의 다양한 논의를 전체적인 문맥에서 정합적으로 해석할 경우, 41) 시민불복종자는 자신의 행위

주 36) 위 논문, p.233.

37) 사회정의론, p.398.

38) 위의 책, p.394.

39) 위의 책, p.401.

40) James F. Childress, *Civil Disobedience and Political Obligation* 참조

41) Milton Konvitz "Civil Disobedience and the Duty of Fair Play" Sidney Hook (ed.) *Law and Philosophy*, p.28, 대조가 되는 부분은 Rawls의 논문 "Le-

에 대한 처벌을 감수함으로써 공정한 경기에 근거한 법의 복종의무를 실제로 거부하지 않고 있다고 본다. 다시 말하면 체포와 처벌에의 감수는 공정한 경기의 관점에서 불복종을 정당화해줄 충분조건으로 간주될 수는 없으나 정당화의 부담을 완화시키는 한가지 조건이 될 수 있다. 중요한 문제는 처벌의 감수가 시민불복종이 불공정하다는 비판을 어떻게 이겨낼 수 있는가이다. 이 문제를 다루기 위해서는 불복종자의 행위 의도와 민주국가에 있어서 자유의 구속간의 균형을 고찰할 필요가 있다.

우선 불공정한 경기는 행위자의 의도와 동기를 밝힘으로써 규정될 수 있다. 일정한 행위를 통해 자신의 사적이익을 도모하려는 의도로서 규칙체계를 어길 경우에는 불공정한 행위라 할 수 있다. 이 경우 행위자의 사적이익이 타인의 노력, 희생, 부담, 노고 등에 힘입어서만이 주어진다라는 것을 그가 알고있다.⁴²⁾ 만일 이것이 불공정한 경기에 대한 적절한 규정일 경우 시민불복종자가 국가나 사회의 공동선을 도모하기 위해 도덕적, 정치적 청원을 하는 것은 그가 자기 자신의 사적인 이득에 연연한다는 비난에 전적으로 반대되는 일이다. 나아가 처벌의 감수는 어려운 여건에도 불구하고 결의와 양심을 보여줌으로써 그 행위에 대해 불복종자의 신념과 더불어 개인적 희생의 감수라는 요인을 더해주는 셈이다.

다음으로 보다 중요한 고려사항은 체제에 참여하는 자들간의 자유와 구속의 상호성(mutuality)으로서 이는 공정한 경기에 입각한 준법 의무에 있어 기본요소가 아닐 수 없다. 시민불복종은 처벌의 감수를 통해 자신의 자유를 제한하고 자유제한의 상호성을 보존하는 까닭에 불공정한 경기라는 비난으로부터 면제될 수 있는 것이다. 그는 “공정한 경기의 의무를 받아들이고 그 부담을 지고자 하며 그것을 위반하기보다는 그 의무를 지지하고 있다”고 볼 수 있다.⁴³⁾ 그는 무임편승자(free rider)라는 비난의 대상일 수 없으며 자신의 의무를 저버린채 이득에만 동참하는 이기주의자는 아닌 것이다. 그는 다른 동료 시민들의 정의감에 점화함으로써 또 다른 방식에서 사회에 실질적인 기여를 하는 자라고 볼 수 있는 것이다.

공정한 경기의 의무와 관련해서 시민불복종의 정당화에 영향을 주는 또 하나의 요인은 그것이 정당화 되기 위해 성립해야 할 도덕적 선행조건들과 관련된다. 그중 중요한 한가지는 롤즈가 지적한 바와 같이 불복종 행위를 표현하기 위해서는 이미 확립된 법적, 정치적 방편이 모두 다 시도되어야 한다는 점이다. 아직 합법적 방도가 열려있는데도 불복종이 행해질 경우 불복종자는 무책임하게 행위하고 있거나 그 전략이 부정부적인 것임을 의미한다. 이는 롤즈가 불복종의 조건을 규정함을 있어 “심각한 부정의가 있어야 할 뿐만아니라 그것을 시정하는데 대한 다소 의도적인 거부가 있어야 한다”고 말한 것과 관련된 것이다.⁴⁴⁾

gal Obligation and the Duty of Fair Play”와 “Justification of Civil Disobedience”에 있어서의 시민불복종에 대한 설명이다.

주 42) David Lyons, *Forms and Limits of Utilitarianism*, (Oxford, The Clarendon Press, 1965), p.176.

43) Milton Konvitz, “Civil Disobedience and The Duty of Fair Play”, p.28.

44) J.Rawls “Legal Obligation and the Duty of Fair Play”, p.15.

(黃瓊植)

확립된 법적, 정치적 채널을 통해 노력을 하는 과정에 의해서 만이 불복종자는 부정의가 고의적인지 여부를 확인하게 된다. 가능한 합법적 채널을 모두 이용해 보아야 한다는 이런 전제는 공정한 경기의 의무에 함축된 의미를 보다 상세히 해명하는데 불과한 것이다. 왜냐하면 처음부터 혁명을 의도하는 자가 아닌한 시민불복종자는 체제와 그의 동료시민들에게 자신의도전에 응답하고 시정을 위한 공정한 기회를 주어야만 하기 때문이다.⁴⁵⁾ 합법적 방편이 더이상 없다는 것은 그것이 불복종을 정당화하는 충분조건이 될 수 없을지는 모르나 적어도 공정한 경기의 의무가 존중되고 있음을 의미하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 시민불복종자는 처벌의 불이익을 감수하고 그러한 감수를 통해서 다른 동료시민들과의 깊은 유대를 도모하고 그들의 공정한 경기를 기원하는 것이다.

4. 비판적 논의와 결어

논문을 준비하던 중 필자 자신에게도 롤즈의 입장에 대한 몇가지 의문과 비판이 떠오르긴 했으나 대체로 공감적 이해 속에서 본 논문이 작성되었다. 우리의 현실과도 맥락이 닿는 현안문제로 느껴졌음인지 삼포자음에 참석한 비교적 많은 사람들이 관심을 보였고 그에따른 의문들을 제기했었다. 그중에서 몇가지 논의할만한 문제점들과 관련하여 예견될 수 있는 가능한 몇가지 반론들을 필자 나름으로 구성하고 그에 대한 찬반의 논의와 해명을 검토하는 것이 이절의 목표이다.⁴⁶⁾

1) 일반적으로 저항에는 적극적 저항으로서 폭력적 저항내지 혁명이 있고 소극적 저항으로서 시민불복종이 있다. 그런데 롤즈가 관심을 갖는 것이 대체로 시민불복종에 제한된다고 한다면 그의 정의론에서 제시되는 전략은 일종의 개선주의 내지 점진적(piecemeal) 사회공학에 불과한 것이 아닌가라는 비판이 있다.

그런데 롤즈가 분명히 하고 있는 점 중의 하나는 시민불복종이 거의 정의로운 사회에서 생겨나는 부정을 처리하는 방법으로서 만이 의미가 있다는 점이다. 시민불복종이라는 전략이 효과를 거둘수 있는 것을 거의 정의로운 사회에 국한함으로써 롤즈는 근본적으로 부정한 체제에 있어서나 사회에 널리 공유되는 정의관이 부재할 경우에 있어서는 시민불복종이라는 소극적 전략이 비효율적이고 비합리적일 뿐만 아니라 경우에 따라서는 훨씬 더 근본적이고 강력한 전략이 정당화될 수도 있다는 여지를 열어 놓고 있는 셈이다. 전략이란 상황의존적인 것이어서 모든 상황에 통용될 수 있는 획일적인 전략이란 있을 수 없고 상황마다 그를 구성하는 변수들이 고려되는 다양한 전략이 마련되어야 한다는 것이 롤즈의 생각인 것으로 보인다.

롤즈의 정의론은 이상적 정의론을 겨냥하고 있으며 부정을 처리하기 위한 비이상적 정

주 45) James.F.Childress, *Civil Disobedience and Political Obligation*, p.191.

46) 논의에 도움을 준 박광주(부산대), 김수철(한남대), 문광삼(연구원), 황산덕 세씨에게 감사드린다.

의론과 관련해서는 시민불복종을 중심으로한 부분적인 논의만을 하고 있다. 그러나 그에 따르면 적어도 철학자에 있어서 보다 중요한 것은 우리가 지향해야 할 목표로서의 이상을 제시하는 일이며 일단 이러한 이상이 발견, 제시될 경우 그 다음문제로서 현실의 부정의로부터 이상으로 나아가는 전략적 고려가 논의될 수⁴⁷⁾ 있다는 것이다. 이상을 실현해줄 체제나 전략의 선택은 현실에 내포된 사회경제적, 역사문화적인 요소들을 분석, 평가함으로써 이루어질 수 있느니 만큼 철학자들만의 힘으로는 불가능한 일이며 철학을 위시한 제반 사회과학들간의 학제적 (interdisciplinary) 연구에 의거해야 한다. 물론 그렇다고 해서 철학자들이 제시하는 이상이 현실적 실현가능성과 무관한 추상적 유토피아 이어도 좋다는 것은 아니며 그런 의미에서 물즈는 이상을 제시하기 위한 이론체계의 한 기준으로서 그 이상의 현실화 가능성 내지 작동가능성 (workability) 를 중요시하고 있다.

2) 공정한 경기의 모델로서는 국가와 관련된 강제력이나 의무의 근거를 설명하기 어렵다는 비판이 제기될 수 있다. 다시말하면 물즈는 강제력의 근거를 구함에 있어서 그 배경인 국가와 일반결사를 구분하지 않음으로써 일반 결사에 있어서의 게임의 원리를 국가에 있어서 법의 강제력에 무리하게 원용하고 있다는 비판이다. 통치권력에 의하여 약속된 국가의 특성을 무시하고 일반결사와 동일하게 보는데서 논리적 비약을 범하고 있으며 결사는 동일한 목적 아래 자발적으로 조직되기 때문에 공정한 경기를 기대할 수 있지만 국가의 경우는 그러하지 못하다는 것이다.⁴⁷⁾

이 문제는 그 근본에 있어서 국가라는 조직의 원리와 그 강제력의 도덕적 근거를 설명하기 위해 어떤 모형에 입각할 것인가의 문제로서 아직도 국가관에 대한 이론적 배경을 달리하는 정치철학의 진영들 간에 대립하고 있어 쉽사리 해결하기가 어려운 문제의 하나이다. 그러나 적어도 근세이후 법적 구속력의 도덕적 근거를 설명함에 있어서 계약론적 모형 및 그에 근거한 공정한 경기의 모형의 중요성을 간과하기는 어렵다고 생각된다. Hegel은 욕망의 체제로서의 시민사회가 보다 고차적인 통일체로서의 국가에로 지양되어야 한다고 주장했으나 정의나 공정성이 시민사회의 지배원리가 될 경우 굳이 국가라는 보다 고차적인 통일체의 가정이 어떤 점에서 요청되는지 그리고 그러한 통일체의 정당근거가 어떤 원리에 의해서 설명될 수 있는지 더 논의되어야 할 것이다. 사회의 기본구조가 공정한 경기의 배경적 조건인 정의의 원리에 의해 지배될 경우 국가권력의 근거가 공정성 이외의 다른 근거에 입각한다고 보기는 매우 어려우리라 생각되며 그 이외의 어떤 원리도 설득의 근거로서 받아들여지기가 어려우리라 생각한다.

그러나 지금으로서는 이 문제가 열린 문제로서 그대로 남겨둘 수 밖에 없다. 나아가서 또한 이 문제는 우리가 요구하는 국가의 규모가 어느 정도이며 우리의 이성이 납득할 수 있는 국가가 어떤 형태인가와도 관련된다. 물즈가 제시하고자 하는 정의로운 국가는 단지 최소국가 만이 정당화 될 수 있다는 R.Nozick의 그것도 아니고 개인간의 단순한 협동체제를 넘어서는 유기적 실체로서 강대국가를 요청하는 Hegel의 그것도 아니며 그 중도를 지향하는 것이라 할 수 있다. 그러나 일반적으로 중도론의 운명이 그러하듯이 노직키안들은 물즈의 정의국가가 개인의 자유를 침해한다고 비판하고 헤겔리안들은 그것을 지나치게

주 47) 이는 특히 종교에 대해 논쟁해준 문광삼 교수에 의해 제기된 반론이다.

개인주의적 국가관이라 비난한다.

3) 본 논문에서 흐름에 의해 제기된 반론에 있어서와 같이 기독교적 관점에서 제기되는 것으로서 사랑의 윤리와 대비되는 공정의 윤리에 대한 비판이 있다. 이에 따르면 공정의 윤리는 실질적인 내용을 함의하는 것이 아닌 까닭에 극단적으로는 계급사회와도 양립가능한 윤리일 수 있으며 단지 기존체제에서 지정되는 역할수행(role-playing)만을 강조하는 공정의 윤리보다는 인격대 인격(person to person)의 관계를 중시하는 기독교의 사랑의 윤리가 보다 강조되어야 할 기본적인 윤리라는 지적이다.

그러나 본 논문에서도 논의된 바와 같이 필자도 대체로 동의하는바 롤즈의 기본입장은 공정의 윤리와 사랑의 윤리가 상호배타적인 것이 아니라고 본다는 점이다. 우선 롤즈는 단지 공정한 경기의 의무만을 강조하는데 그치지 않고 공정한 경기의 배경적 조건으로서 정의의 원리에 주목한다. 따라서 롤즈에 있어서 공정성은 두가지 점에 있어서 문제가 되는데 우선 사회체제나 배경적 제도의 지배원리 자체가 원초적 공정성에 입각한 정의의 원리일 것과 더불어 그러한 배경적 조건 속에서의 공정한 경기의 의무를 강조하고 있다. 배경적 정의가 전제되지 않을 경우 어떤 경기도 진정한 의미에 있어서의 공정한 경기일 수 없다는 점에서 공정의 윤리가 계급사회를 옹호할 수 있다는 비판은 롤즈에게 공정하지 못한 비판이라 할 수 있다.

나아가서 롤즈는 자신의 정의의 원리가 어떤 점에서 보다 매력적인 규범인 사랑의 원리를 제도적으로 구현한 것으로 본다. 프랑스혁명의 기치인 자유, 평등, 박애중 역사적으로 가장 주목거리가 되지 못했던 박애의 정치 철학적 함의가 구현된 것이 바로 최소 수혜자의 관점에 입각한 자신의 정의의 원리라고 본다. 굳이 사랑을 정의로 부터 구분하고 사랑을 정의 이상의 것이라고 개념규정을 하는 자가 있다면 롤즈가 그에게 말할 수 있는 것은 정의는 최소한의 사랑이며 사랑이 정의이상의 것이기는 하나 정의를 유린하고서는 사랑이 성립할 수 없고 정의를 충족시킴으로서 성립하는 사랑은 오히려 정의의 완성이라 할 것이다.

끝으로 롤즈가 사랑의 윤리를 말하지 않고 정의의 원리에 주목하는 또 한가지 이유는 사랑이 동반하기 쉬운 맹목성 때문이기도 하다. 우리가 꼭 같이 사랑하는 두 사람이 서로 이해가 상충하거나 대립하여 우리에게 조정을 호소해올 경우 우리는 사랑의 원리가 무력함을 보게되며 이해관계의 조정을 위해 공정의 원리에 의거할 수 있을 뿐이다. 이와같이 사랑의 무력함이 노정되는 곳에 정의의 중대함이 부상하게 되며 그런 점에서 정의는 보다 공공적 윤리로서의 의미를 갖게 되는데 비해 사랑은 다분히 심정적이고 주관적인 까닭에 사적인 격률이나 개인윤리로서의 의의가 크다 할 것이다.

4) 체제나 제도 및 관행에 대한 일반적 불만이나 불평의 토로와 시민불복종간의 차이는 무엇인가? 우선 일반적인 불만이나 불평을 우리는 흔히 사적인 석상에서 자주 토로하게 되는데 그것은 시민불복종적 행위가 될수 없다고 생각한다. 제도나 정책의 개선을 위한 시민불복종적 행위는 이미 논의된 바와 같이 그러한 행위의 결과를 전적으로 감수할 용의와 더불어 그것이 제도권 내의 정치적 행위라는 점에서 단순히 개인적인 울분의 토로와는 구분되어야 한다. 물론 불복종적 행위는 단지 앞에서 논의한 대로 법이나 제도의 개선을 위해서만 행해지는 것은 아니다. 기존하는 것까지 도덕적 관행에 대해서도 우리는 넓

은 의미에 있어서의 불복종 행위를 표현할 수가 있다. ‘여자는 담배를 피워서는 안된다’는 기존규범에 정당근거가 없다고 생각한다면, 그리고 이러한 통념이 수정되어야 한다는 강력한 믿음이 있다면 여자들은 공공연히 남들 앞에서 담배피는 모습을 시위할 수도 있을 것이며 이런 시위도 일종의 불복종적 행위라 할 것이다. 인간의 도덕적 관행이나 도덕관념은 이와같은 선각적 전위들의 용기있는 행위들을 매개로 해서 발전, 개선되어왔던 것이다. 도덕의 발전과정에 있어서 광의의 불복종적 행위가 갖는 역할에 대해서는 보다 면밀한 탐구가 요구된다고 본다.

5) 앞에서 논의된 롤즈의 입장이 우리 한국사회에 주게될 메시지에 대한 부정적 견해가 제시될 수 있다. 우리 사회와 같이 혈연이나 지연으로 얽힌 사회에서는 공정한 경기의 모형이 의미가 없고 가당치 않다는 생각이다. 그러나 이러한 문제제기 또한 이미 앞에서 논의한 바, 이념과 전략간의 혼동에서 비롯한 의문이라 생각된다. 문제는 한국의 현실이 그대로 용인되어도 좋은 것인지 그리고 우리가 앞으로 추구해야할 이상이나 이념이 어떤 것인지에 달려있다. 피와 땀의 원리에 의해 지배되는 우리의 현실이 지양되어야 한다고 생각하고 동등한 인격간의 공정한 사회가 추구되어야 할 이상으로 받아들일 만한 것인가의 여부가 해결되어야 할 우선적인 문제이다. 그와 같이 지향해야할 이념이 일단 확인된 다음 고려되어야할 것은 우리의 현실로부터 그러한 이상으로 나아가는 전략이며 이에 는 장기적, 단기적, 중장기적 전략이 마련될 수가 있을 것이다. 우리가 지향해야할 청사진이 없는 전략이란 무의미한 것이다. 그런데 우리의 현실은 이념이 없는 전략들간의 갈등이요 난맥상인 듯하다. 목적없는 전략이란 언제나 미봉책일 뿐 근치책이 될 수 없다고 본다.

6) 끝으로 롤즈의 시민불복종론이 현실 개선책으로서 시민불복종에 대한 어느정도 생산적인 이론인가에 대한 의문이다.⁴⁸⁾ 롤즈는 거의 정의로운 사회에 있어서는 어느정도 부정의한 법도 준수할 의무가 있다고 말하고 어느 정도 이상을 넘을 경우 불복종이 정당화된다고 했다. 그런데 여기에서 “어느정도”라는 귀절에 대한 정확한 규정이나 구분의 기준이 없을 경우 롤즈의 논의는 애매한 것일 수밖에 없고 그 애매성에 비례해서 비생산적인 것일 수밖에 없다는 비판이다.

롤즈는 시민불복종을 정당화하는 문제를 기본적으로 개인적 선택의 문제로 보며 그 어려움은 자연적 의무들 간의 상충이 관련되어 있기 때문이라 생각한다. 즉 그것은 어떤 지점에서 입법적 다수자에 의해 제정된 법을 준수할 의무가 부정의에 항거할 의무에 비추어 볼 때 구속력을 잃게 되는가의 문제이다. 사회원리의 설명에 있어 롤즈가 받아들이지 않은 직관주의가 개인적 의무들간의 상충에 대한 논의에서 다시 도입되는 감을 준다. 그의 용어법에 따르면 직관주의는 상충하는 규범원리들을 조정할 엄격한 우선의 원리가 없다는 견해이다. 그런데 시민불복종의 문제를 어렵게 하는 의무들간의 상충을 논의함에 있어 그는 “실제적 경우들을 간명하게 결정해줄 정확한 원리가 있을 수 없음은 분명한 일”이라고 밝힌다. 그는 온전하게 자신의 논의를 보다 중대한 경우들에 있어 적절한 고려사항을 확

주 48) 이점과 관련된 논의로는 Peter Singer, *Democracy and Disobedience*(Oxford University Press, 1973) 참조.

49) 사회정의론, p. 376.

(黃瓊權)

인하고 그것들에 적합한 비중을 배정하는데 도움이 되며 그럼으로써 우리의 “시야를 전반적으로 명료하게 해주는데 있다”고 말한다.⁴⁹⁾

시민 불복종의 정당 근거들로서 제시된 세가지 점은 바로 이상과 같은 적절한 고려사항들로서 우리의 시야를 전반적으로 명료히 해주는데 도움이 되는 조건들일 뿐이다. 이론의 도움을 받을 수 있는 지점은 여기에서 끝난다. 그것은 우리의 삶에 전반적인 지침이 될수 있을뿐 그 나머지는 우리의 결단에 의거해서 메꿀 수 있는 것이다. 결단의 부분은 전적으로 자율적인 것이긴 하나 그 결과에 대한 전적인 책임 또한 동반하는 것이다. 결국 인생의 중대기로에 서서 누가 어떻게 결정하는가? 라는 질문에 대한 대답은 자자가 자신과 더불어 합당한 원칙들, 그리고 행운과 함께 상의함으로써 결정지을 수 있을 뿐이다.⁵⁰⁾

50) 위의책 p.401.