

〈논문〉

法에서의 價値와 價値判斷*: 原告適格의 規範學 (I)

趙 弘 植** ***

“새장 안의 울새 한 마리가
천상의 신 모두를 분노하게 했으니, ...”

- William Blake -

I. 論議의 必要性

1. 법원의 ‘바람직한 역할’은 무엇인가? 법원은 권리수호기관인가, 아니면 정책 결정기관인가? 이런 해묵은 질문은 법학자라면 누구나 한번쯤은 고민해봄직한 주제이다. 나는 이제까지, 대법원이 제시한 행정소송법 개정안(이하, ‘개정안’)상의 원고적격에 대해 두 편의 논문을 발표하였다. 나는 그 두 편의 논문에서 법학자에게는 다소 생소한 정치경제학적 분석을 시도하면서, 이 작업이 결국 법원의 역할을 규범적으로 규정하기 위한 준비작업임을 밝힌 바 있다.¹⁾ ‘실제의 상태’ 내지 ‘존재(what is)’에 대한 발견이 ‘이상적인 상태’ 내지 ‘당위(what ought to be)’에 관한 관념에 의하여 오염되어서는 안 된다는 James M. Buchanan의 지적에 따라,²⁾ 법원의 당위를 논하기 전에 법원이 처한 ‘정치지평에서의 전략적 위

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단출연 법학연구소 기금의 2007학년 학술연구비의 지원을 받았음.

** 서울대학교 법과대학 副教授

*** 이 글을 평생 우리나라 법학의 발전을 위해 애써 오신 心堂 宋相現 선생님께 바친다. 이 글의 교정은 洪眞映 시보가 애써 주었다.

1) 拙稿, “原告適格의 政治經濟學: 韓日 兩國의 行政(事件)訴訟法 改正案에 대한 比較·分析을 中心으로,” **法學** 제46권 제2호, 70-135 (2005); “原告適格의 政治經濟學 (II): 大法院의 客觀訴訟觀에 대한 分析的 批判을 中心으로,” **法學** 제46권 제4호, 121-196 (2005).

2) James M. Buchanan, *Calculus of Consent* (The Univ. of Michigan Press, 1962).

치'와 법원이 가진 '의사결정기제의 난점'을 지적해보았던 것이다.

이 글에서는 논증 대상인 '法院의 當爲'를 논하기 위한 論理的 前提(premise)로서 '價値의 通約不能性'(incommensurability of value)'을 살펴보기로 한다. Buchanan의 주장은 공공정책을 가치중립적인, 가치판단에서 자유로운 주제로 전환시키려는 노력의 일환으로 제기된 것이었지만, 기실 법과 정책이 가치로부터 자유로울 수는 없다. 공동체를 구성하면서 사는 사람들은 저마다의 인생관·세계관을 추구하며 살아가고 있는데, 법과 정책은 이들 사이의 문제를 해결하기 위한 공동의 해결책을 추구하기 때문이다. 이런 상황에서 가치는 통약불가능하다는 전제를 음미하는 것은 이후의 논증을 온전하게 하기 위해 놓칠 수 없는 과정이라 아니할 수 없다. '당위(ought)'는 '불가능(cannot)'을 강요할 수 없고, "실행불가능한 일을 요구하는 법은 법으로서 기능할 수 없기 때문이다."³⁾

2. 價値의 多元性이 정치철학의 중심테마임은 주지의 사실이다. 예컨대 John Rawls는 (가령 종교적) 다원성은 (종교적) 자유를 가능하게 한다고 하면서 자신의 정치적 자유주의를 시작하고 있다.⁴⁾ 가치의 다원성과 통약불능성은 Rawls가 지지하는 自由主義(liberalism)의 전제이고, 자유주의는 다시 그가 '自由主義的 民主主義(liberal democracy)'를 주창할 수 있는 토대가 되었다. 가치의 다원성·통약불능성은 정치철학에서뿐만 아니라 법에 있어서도 비교할 대상이 없을 만큼 중요하다.⁵⁾ 가치의 문제는 법적 분쟁에 있어 겉으로 쉽게 드러나지는 않는다. 하지만 어떤 법적 분쟁이든 그 根底에 접근하면 할수록 분쟁 해결의 관건이 되는 것은, 결국 대립하는 가치 중 어떤 가치를 선택할 것인가, 혹은 보다 더 근원적으로 상쟁하는 가치 앞에서 어떤 '價値判斷方式(valuation)'을 채택할 것인가의 문제임이 드러나게 된다. 이런 까닭에 법은 가치를 평가하는 특정한 방식을 반영하고 또 소통시키는 역할, 즉 "表現的 機能(expressive function of law)"을 담당하고 있다고 하는 것이다.⁶⁾

³⁾ 長谷部恭男, **比較不能な價値の迷路**, 153 (東京大學出版會, 2000).

⁴⁾ John Rawls, *Political Liberalism*, xxiv (Columbia Univ. Press, 1994).

⁵⁾ 법에 있어서의 통약불능성의 중요성에 관한 중요한 문헌으로는, Symposium, "Law and Incommensurability," *University of Pennsylvania Law Review* vol. 146, no. 5 (1998). 여기에는 통약불능성이 가져오는 수많은 법적 논점에 관한 논의가 포괄적으로 제시되어 있다.

⁶⁾ Cass R. Sunstein, "Incommensurability and Valuation in Law," in his *Free Market and Social Justice* 70 (Oxford Univ. Press, 1997).

3. 가치판단방식에는 논리적으로 ‘누가,’ ‘무엇을,’ ‘어떻게’ 할 것인가의 세 가지 이슈가 존재한다. 가치판단방식마다 그 방식이 적합한 영역이 따로 있게 마련이다. 실제로, 법적 논쟁의 다수는, 법의 다양한 영역에서 시도되는 그 각각의 가치판단방식이 그 영역에 적절한지 여부에 관한 것으로 볼 수 있다. 가령 環境法이 존재하지 않았다면 터무니없다고 생각할 새로운 가치판단방식을, 환경법의 제정으로 인해 다양한 생태자원에 적용할 수 있게 되었다. 도롱뇽을 보호하기 위해 제정된 환경법은, 도롱뇽이란 대상에 대해서 Bentham적 가치판단방식을 배척하고 있다. 하지만 이와 같은 가치판단방식이 다른 방식과 비교할 때 지나치다고 판단되면, 그 가치판단방식의 적절함이 논쟁거리가 되고 결국 다른 가치판단방식이 채택되기도 한다. 예컨대 정부규제가 경제에 끼치는 부담을 덜기 위해 채택된 행정규제기본법은, 규제영향분석시스템을 매개로 하여 환경규제에 대해서도 ‘비용편익분석’을 받도록 하고 있다. 이것은 이제까지 적용되지 않던 새로운 가치판단방식이 환경이란 영역에 도입되었음을 의미한다. 자유로운 사회는 가정, 시장, 정치, 혹은 종교 등 다양한 영역을 가지고 있고, 이들 영역은 각기 다른 가치판단방식을 가지고 있다. 이러한 영역의 특성을 이해할 수 있다면, 어째서 시장에서의 자유가 정치과정에서의 자유와 달리 취급되고 있는지, 왜 Kant적 사고방식이 Bentham적 사고방식보다 더 적합한 영역이 존재하는지를 이해할 수 있다.

4. 누가 가치판단을 할 것인가도 매우 중요한 문제이다. 가령 違憲法律審査와 民主主義 사이에 형성된 심각한 긴장관계를 생각해보자. 민의를 반영하는 민주주의 앞에서 위헌법률심사가 정당성을 인정받을 수 있는 방안에 관해서는 다양한 논의가 제시되어 왔다. 가령 자유주의는, 인간으로서 당연히 누릴 권리를 다수자의 압제로부터 보장하기 때문에 사법심사는 정당하다고 주장한다. 이런 유형의 정당화에 대한 비판 중에서 빼놓을 수 없는 것이 있다. 바로 가치의 통약불능성과 가치판단방식의 다원성이다. ‘사람에게 당연히 보장되어야 할 權利가 무엇인가’는, 道德一般에서와 마찬가지로 사람마다 생각이 다르다. 사람이 여하히 살아가야 하는가에 관한 근원적인 善의 觀念이 다양한 이상, 인권에 관해서도 이런 저런 사고방식이 존재하는 것은 당연하다. 그렇다고 한다면, 어째서 法官이, 이와 같은 多樣的 權利論 앞에서 正答을 찾을 수 있는 것인가, 또한 객관적인 정답이 없다면, 어째서 법관에게 그 決定權을 부여하는 것이 정당인가라는 문제가 제기될 수밖에 없다.

5. 가치의 통약불능성이 가지는 의미는, 위와 같이 ‘무엇이 권리인가’의 문제에서보다 ‘무엇이 公益인가’의 문제에서 더 크다. 권리가 설정되었다는 것은 그 권리가 설정된 가치에 대해 보호할 필요가 있음을 천명한 것이다. 그리고 권리가 설정된 경우에는 그 권리의 주체나 범위가 비교적 분명하고, 그 만큼 판단의 어려움이 경감된다. 반면, 공익의 문제를 ‘무엇이 多數 또는 社會 全體의 利益인가’의 문제로 정식화한다면, 고려해야 할 가치도 많고 또한 어떤 가치판단방식을 채택할지도 불분명하다. 우리는 ‘누구의 것인가’라는 權利의 問題보다 ‘공동의 것을 어떻게 사용할 것인가’라는 公益의 問題를 논할 때 더 많은 논란에 빠지게 된다는 것을 경험으로 알고 있다. 判斷 基準의 模糊性이 전자의 문제에서보다 후자의 문제에서 더욱 크기 때문이다. 實定法의 自律性을 인정하는 것도, 공적 영역에서 각 개인의 도덕적 판단이 상쟁하면서 생길 폐해가 너무 크기 때문에 이를 방지하기 위해서이다.⁷⁾ 法實證主義는, 가치관이 서로 다른 사람들이 사회적으로 상호 작용하는 공공영역을 규율하는 규칙에 관해서는, 개개인의 실천적 가치판단을 차단할 힘을 실정법에 인정하고, 나아가 무엇이 그런 실정법에 해당하는가의 인정 기준을, 실질적인 도덕상의 판단과는 독립해서 설정한다. 요컨대 상쟁하는 가치는 그 상쟁을 잠재울 어떤 ‘매듭’을 필요로 하는데, 법실증주의는 ‘다수의 결정’이란 매듭을 선택한 것이다.

6. 통약불능성의 존재는, 특히 이 글의 모티브가 된 개정안에 대해 시사하는 바가 크다. 개정안은 행정의 적법성 통제라는 캐치프레이즈를 내걸고 원고적격 요건을 완화함으로써, 어떤 행정작용이 공익에 - ‘통약불능성이 그토록 큰 영향을 미치는 공익’에 적합한지 여부를 판단하겠다고 나섰다. 독자들은 통약불능성에 관한 이 기획이 실제의 문제를 해결하는 데 얼마나 큰 역할을 할지 의심할 것이다. 법이 문제를 해결하기 위해서는 좋음과 옳음의 이슈에 관해 어떤 실체적 입장을 취해야 하는데, 가치의 통약불능성을 단순히 받아들인다고 해서 그런 실체적 입장을 채택한 것으로 볼 수는 없기 때문이다. 또한 대부분의 해결책은 당해 사실관계의 특수성에 의해 결정되기 마련이다. 하지만 통약불능성에 대한 이해는 정치사회에 내재한 문제의 뿌리를 파악하게 하고, 해결책을 모색함

7) 이에 관한 유용한 문헌으로는, G. Postema, “Law’s Autonomy and Public Practical Reason,” in R. George (ed.) *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, 80 (Clarendon, 1996).

에 있어 놓쳐서는 안 될 기본요소를 되새기게 하며, 그럼으로써 문제해결의 관건 을 찾아낼 수 있게 한다. 이에 대한 심도 깊은 이해에 터 잡지 않는 한, 그 어떤 논의도, 정작 문제의 根底에는 무관심한 채 枝葉에만 착목하는, 그리하여 ‘中間點 으로부터 出發한 理論’에게서 흔히 볼 수 있는 모순과 오류를 노정할 수밖에 없 을 것이다.

7. 이하는, 이상의 문제의식에 터 잡아, 다음과 같이 진행한다. 먼저 가치에 관 한 의견불일치가 인간사회의 본질적 문제임을 부각시키기 위해서, 제II장은, 정치 사회의 핵심적 요소인 ‘정의’와 ‘정치’가 사람들 사이에서 발견되는 의견의 불일 치로 인해 필요하게 된다는 점을 밝힌다. 제III장에서는 통약불능성의 개념과 관 련 개념을 살펴본다. 특히 가치는 사람들이 그것에 헌신하기로 결정함으로써 비 로소 가치로 구성될 수 있다는 Raz의 ‘구성적 통약불능성’을 살펴봄으로써, 가치 를 판단하는 사람의 관점이 얼마나 중요한가를 강조한다. 제IV장에서는 가치의 갈등이 얼마나 큰 불행을 초래할 수 있는지를 살펴보고, 비극적 상황에서 나타난 회의주의에 대해 일별함으로써 이성이 등장하는 데 필요한 무대를 놓는다. 제V 장에서는 가치의 쟁투라는 비극적 상황에서 탄생한 계몽주의에 대해 살펴본다. 계몽주의는 가치의 갈등을 해결할 수 있는 방책으로 이성을 강조하면서 다양한 해결책을 제시한다. 아울러 가치의 갈등을 실천이성에 의해 해결할 수 있는 가능 성을 제시한 Sunstein의 주장도 함께 검토한다. 제VI장에서는 가치의 갈등 상황 을 해결하는 데 이성이 할 수 있는 역할의 한계를 살펴보기 위해 낭만주의 운동 을 살펴본다. 낭만주의는 가치가 창조될 수 있음을 주장하는데, 이와 같은 낭만 주의의 전통이 계몽주의와 함께 인간에게 어떤 유산을 남겼는지를 Berlin의 평가 를 통해 소개한다. 아울러 인간을 이 두 사조의 후손으로 규정하는 Berlin이 가 치분쟁에서 이성의 역할을 어떻게 보았는지를 비판적으로 고찰한다. 제VII장에서 는, 이제까지의 논의를 토대로 가치의 통약불능성이 어떤 법적 이슈를 제기하는 지를 개략적으로 살펴본다.

II. Rawls의 正義의 狀況 v. Waldron의 政治의 狀況

1. John Rawls는 자신의 정의의 이론을 구성하면서 새로운 개념들을 제시하는

데, 그 중에 “정의의 상황(circumstances of justice)”이란 것이 있다. 많은 이들이 정의의 상황을 정의가 실현되고 있는 상황이라고 오해하지만, 실은 그 반대의 상황, 즉 정의가 반드시 도래하여야 하는 상황, 다시 말해 인간이 정의를 필요로 하게 된 상황을 말한다. Rawls는 정의의 상황을 객관적 조건과 주관적 조건으로 나누어 설명한다.⁸⁾ ‘資源의 稀少性’이 骨子인 客觀的 條件은, ① 다수의 사람이 모여 생활하고 있을 것, ② 사람들의 육체적, 지적 능력이 거의 동등할 것, ③ 인간이 필요로 하는 자원이 희소할 것이다. 다른 한편 ‘制限된 利他心(limited altruism)’을 요체로 하는 主觀的 條件은, ① 사람들의 관심이나 필요의 대상이 서로 중복할 것, ② 그럼에도 불구하고, 한 사람 한 사람은 자신만의 독자적인 인생계획(life plan)을 가지고 있고, 또 무엇이 **좋은 삶의 방식인가에 관해서 서로 다른 사고방식**을 가질 것, ③ 또한 사람이 가진 지식이나 이해나 판단의 능력은 충분하지 않을 것이다.

사람이 고립해서 살거나 혹은 젖과 꿀이 흐르는 파라다이스라면 정의는 필요 없을 것이다. 또한 좋은 삶의 방식이 무엇인가에 관해 같은 생각을 하거나 인간이 타인을 배려하고 생각하는 능력이 현실보다 훨씬 훌륭한 것이라면, 정의는 필요 없을 것이다. 정의의 이념은 ‘각인에게 돌아갈 각인의 몫’을 정하는 역할을 하는데, 위와 같은 조건이라면 자원의 배분 방식에 관해 함께 모여 고민할 필요가 없기 때문이다. Rawls의 객관적 조건은 대부분의 사람들이 그 존재를 인정해 왔다.⁹⁾ 이에 반해, 주관적 조건, 그 중에서도 ‘무엇이 사람으로서의 좋은 삶의 방식인가’에 관한 사고방식이 다양하다는 사실에 관해서는 인류의 역사를 통해 인

⁸⁾ John Rawls, *A Theory of Justice*, ch. 22 (2nd ed., Harvard Univ. Press, 1999). 하지만 Rawls가 이 개념의 독창성(originality)을 주장하기는 어려울 것이다. 왜냐하면 이 개념은 H. L. A. Hart,의 *The Concept of Law*, ch. 9, 특히 193-200 (2nd ed., Clarendon, 1994)에도 나타나기 때문이다. Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, 190 (1999)에 따르면 유사한 개념이 David Hume의 *A Treatise of Human Nature*, Bk, III, Part II, sect. ii, ed. by L.A. Sellby-Bigge (Oxford: Clarendon Press, 1888)에도 나타난다고 한다.

⁹⁾ 물론 Marx와 같은 예외를 지적할 수 있을 것이다. Marx가 말한 국가의 소멸 단계는, 객관적 조건이 소실된 결과, 정의도 불필요하게 된다는 것이다. 주지하듯이 Marx는 생산력의 발전이 결국 권력이나 법을 이용하지 않고도 각인이 넘쳐나는 자원을 이용하고 그 능력을 개화시키는 상황을 만든다고 예상하였다. 그에 따르면 프롤레타리아 계급이 지배계급이 되고, 이어서 계급대립이 소멸한다면, 지배계급에 의한 피지배계급 억압의 폭력장치인 국가도 소멸하고, 일체의 사람이 자유롭게 자기의 능력을 발전시킬 수 있는 공동사회가 나타난다고 한다. Marx의 이런 주장에 관해서는, 예컨대 Marx & Engels (이진우 역), **공산당 선언**, 제2장 (책세상, 2002).

간이 공통적으로 이해했던 것이라고 말하기 어렵다.¹⁰⁾ 그런 인식이 명확히 출현하고, 게다가 그것을 사회의 구성원리인 정의의 전제조건으로 하는 사고방식이 성립한 것은, 후술하는 바와 같이 종교전쟁을 경유한 후의 근대유럽에서이다.¹¹⁾

2. 한편 입법의 복권을 외치는 Jeremy Waldron은 정의의 상황을 패러디하고 있다. Waldron은 의견불일치 속에서 하나의 정치체로서 결정해야 하는 상황을 “정치 상황(circumstances of politic)”이라고 부르고, 두 가지의 조건을 제시하고 있다.¹²⁾ 첫 번째 조건은, 하나의 정치체로서 무엇을 하여야만 하는가에 관해 시민들 사이에 ‘**의견불일치(disagreement)**’가 있어야 한다는 것, 두 번째 조건은, 이러한 불일치에도 불구하고 **함께 행동하여야 할 필요성**을 느낀다는 것이다. Rawls가 자원의 희소성과 이타심의 제한성을 함께 주장했듯이 Waldron은 불일치와 공동결정의 필요성을 짝으로 주장한다. 공동결정을 선호하지 않는다면 불일치는 문제가 되지 않는다. 마찬가지로 우리가 공동결정이 무엇이어서 하는지에 관해 구성원 사이에 의견불일치가 없다면 공동결정을 하기 위한 정치는 필요 없게 된다. Waldron이 이런 비유를 사용하는 까닭은, 불일치가 인류의 숙명적 조건임을 강조하기 위해서이다. 마치 자원의 희소성을 떨쳐버릴 수 없듯이, 의견의 불일치를 전제하지 않고는 합리적인 논의는 아예 시작될 수조차 없다. 요컨대 정치철학적 논의이든 법적인 논의이든 관계없이, 합리적인 논의를 전개하기 위해서는 적어도 무엇이 정의이고, 권리이며, 정치적 도덕성인지에 관해 사회 구성원 사이에 의견의 일치가 존재할 수 없음을 전제로 하여야 한다는 것이다. 의견 불일치에 관해서는 Rawls도 같은 주장을 한다. 의견의 불일치는 “곧 사라질 단순한 역사적 조건이 아니다. 그것은 민주주의라는 공중 문화의 영원한 특징이다.”라고.¹³⁾ 이 두 가지 조건이 충족되면, 마치 정의의 상황이 정의를 필요로 하게 만들듯이, 정치를 필요로 하게 만든다는 것이 Waldron의 주장이다. 그런데 인간이 좋은 삶의 방식에 관해 불일치한다는 것은, 인간이 가치를 판단하는 방식이 각기 다르다는 것을 의미한다. 다시 말해, 가치의 통약불능성과 가치판단방식의 다원성은 인류를 정의의 상황 또는 정치의 상황에 밀어 넣고 있는 것이다.

10) 長谷部恭男, 憲法と平和を問いなおす, 48 (ちくま新書, 2004).

11) Id.

12) Waldron (註 8), 154.

13) John Rawls, “The Domain of the Political and Overlapping Consensus,” in D. Copp et al. (eds.) *The Idea of Democracy* 246 (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1993).

III. Sunstein의 內在的 價値, Raz의 構成的 通約不能性 그리고 Hart의 內的 觀點

1. 정치주체의 규범적 신념은, 정치주체의 상황인식을 구성하고 나아가 그 행동을 틀 지운다. Rawls와 Waldron의 논의를 귀담아듣는다면 통약불능성에 대한 태도는 정치주체를 규정하는 규범적 신념 중 핵심적 요소라 아니할 수 없을 것이다. 통약불능성이란 개념은 앞으로의 논의를 방향지우고, 이에 대한 입장의 선택은 큰 틀의 구성에서뿐만 아니라 구체적인 법적 문제에 대한 처방과 논리적으로 연결된다. 가령 가치 사이의 비교가 가능하다고 전제한다면, 헌법 문제에서 형량(balancing)에 의한 해결의 중요성이 더욱 부각될 것이고 비교가 어렵다고 한다면 으뜸패로서의 권리 개념이 더욱 힘을 얻을 것이다.¹⁴⁾

먼저 Chicago 대학의 Cass R. Sunstein이 정의한 통약불능성을 살펴보자. 가치의 다원성은, “우리가 사물, 사건, 그리고 관계를, 어떤 더 크고 더 포괄적인 하나의 가치로 환원할 수 없는 방식으로, 존중함”을 의미한다. 반면 통약불능성은, 그런 가치들이 “하나의 잣대로 평가될 수 없음”을 의미한다.¹⁵⁾ 다양한 가치를 하나의 잣대로 평가할 수 없다는 통약불능성은, 인간이 동일한 사물, 사건, 관계 등

14) 이에 관한 문헌으로는 Frederick Schauer, “Commensurability and Its Constitutional Consequences,” 45 *Hastings Law Journal* 785, 803 (1994) (“I only suggest the kinds of concerns we might explore with respect to commensurability in numerous contexts, including interpersonal dealings, constitutional questions often discussed under the ‘balancing’ rubric, and a host of issues commonly thought of in the context of debates about the use and misuse, the morality or immorality, of cost-benefit analysis.”).

15) Sunstein (註 6), 70. 이상의 Sunstein의 분류는 Joshua Cherniss와 Henry Hardy의 분류와 대체로 일치하는 것으로 보인다. Isaiah Berlin, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* § 4.4 (Edward N. Zalta ed., 2006). 이 문헌은 <http://plato.stanford.edu/archives/sum2006/entries/berlin/>에서 바로 볼 수 있다. Cherniss와 Hardy에 따르면 통약불능성은 세 가지로 분류되는데, ① ‘弱한(weak)’ 통약불능성, ② ‘穩健한(moderate)’ 통약불능성, ③ ‘極端的(radical)’ 통약불능성이 그것이다. 약한 통약불능성은, 가치를量的으로 서열화할 수 없지만, 質的으로는 모든 경우에 일관되게 적용될 수 있는 계층제로 서열화할 수 있다는 것이다. 온건한 통약불능성은, 가치를 계량할 수 있는 유일척도는 존재하지 않지만, 가치 사이의 비교·형량은 가능하다는 것으로, Sunstein의 ‘통약불능성’과 일치한다. 마지막으로 극단적 통약불능성은, 가치는 다른 가치와 비교조차 할 수 없고 따라서 가치 사이에 이성적 판단을 하는 것은 불가능하다는 입장이다. 후술하는 Sunstein의 ‘극단적 통약불능성’이 이에 해당하는 것으로 보인다. *Infra* 註 47의 본문 참조.

을 받아들이고 평가하는 방식, 즉 ‘價值判斷方式이 다르다’는 것을 의미한다.

사람들은 사물이나 관계, 그리고 국가의 일에 관해 다양한 방식으로 평가한다. 우리는 가령 망치나 돈과 같은 것은 그것의 쓰임새에 따라 평가한다. 이를 “道具的 價值(instrumental value)”라고 한다.¹⁶⁾ 사람마다 각기 다른 목표를 가지고 독자적인 삶을 살고 있기 때문에 같은 물건의 쓰임새는 다르게 마련이고, 따라서 같은 물건이라도 사람마다 그 도구적 가치에 대한 평가는 다르게 된다. 우리가 도구적으로 평가하는 사물들과 달리, 지식이나 우정과 같이 적어도 부분적으로나마 그것 자체에 가치가 있다고 생각하는 것들도 있다. 이를 “內在的 價值(intrinsic value)”라고 한다. 사람 사이에 나타나는 편차는 도구적 가치에서보다는 내재적 가치에서 증폭되어 나타날 것이다.

사람들의 가치판단방식의 다양함은 이 구별만으로는 턱없이 모자란다. 사람들이 가지는 내재적 가치의 내용을 살펴보면 더욱 다양하기 때문이다. 큰 산을 보고 어떤 이는 浩然之氣를 느끼지만 어떤 이는 畏敬心을 느낀다. 요즘은, 사람에 대한 평가가 好感·非好感으로 양분된다고 해서 문제라고 한다. 사건에 대한 반응도 가지가지다. 우연한 만남에 대해서 어떤 이는 감사를, 어떤 이는 불안을, 또 다른 이는 경이를 갖게 된다. 이런 평가방식은 또한 ‘脈絡(context)’에 따라 다르다. 같은 행위를 해도 가령 시장에서 거래할 때와 공적인 논제에 대해 투표할 때 각기 다른 평가를 한다. 否定的인 평가에서도 다양성은 마찬가지다. ‘나쁜 것(bads)’에도 도구적인 것과 내재적인 것이 있다. 내재적 나쁨에 대한 반응도 다양할 것이다. 심한 경우는, 사람에 따라 좋은 것이 되기도 하고, 나쁜 것이 되기도 한다. 가령 검푸른 바다는 어떤 이에게는 두려움이고, 다른 이에게는 기회이다.¹⁷⁾

이렇듯 사람에게 좋은 것과 나쁜 것은 다양하고, 사람들은 각기 다른 방식으로 이를 경험한다. 그리하여 사람들은 자기 주변과의 관계, 자기를 둘러싸고 일어나는 사건, 그리고 미래에 대한 전망 등에 대해 각기 다른 입장을 갖게 되고, 이와 같은 일련의 경험을 통해 가치를 이해하고 설명하는 자신만의 방식을 갖게 된다. 사람들은 통상 대상의 가치를 평가하면서 그 대상만이 가진 특징을 구별해낸다. 그 특징을 적절히 구별해내지 못하면 그 사람은 사회로부터 무감한 사람으로, 혹은 특이한 사람으로 취급된다. 이렇게 구별된 특징에 나름의 기준에 의해 내려진 판단을 주입하는데 이로써 가치판단 작업이 완성된다.

16) 이하는 Sunstein (註 6), 72-73에 의존하였다.

17) Id. 73.

2. Oxford 대학의 Joseph Raz는 통약불능성에 대해 조금 더 분석적으로 접근한다. A와 B는, 어느 쪽이 타방보다 우월하다고는 말할 수 없고, 또한 양쪽이 同價値라고도 말할 수 없을 때, 통약불능이다.¹⁸⁾ 또한 A와 B가 통약불능이라면 C가 A보다 낫다고 해도, C를 B보다 우월하다고 할 수 없는 경우, 요컨대 移行性(transitivity)이 인정되지 않는 경우가 A와 B는 통약불능이라고 말할 수 있는 전형적인 예라고 한다.¹⁹⁾ 미국의 배우 Arnold Schwarzenegger에서 볼 수 있듯이, 주지사로서 한 나라의 정치를 지도하는 것과 뛰어난 영화배우로서 활동하는 것, 어느 것이 어느 것보다 좋다고 할 수 없고, 또한 동시에 양쪽이 같은 가치를 가지고 있다고도 할 수 없다. 만약 똑 같은 가치를 가지는 것이라면 어느 쪽인가에 가치를 더하는 것으로, 그쪽이 나아졌다고 할 수 있을 것이다. 예컨대 뛰어난 영화배우일 뿐만 아니라 뛰어난 영화감독으로서도 활동한다고 하는 것과 같은 경우이다. 단순히 뛰어난 영화배우인 것보다는 동시에 뛰어난 영화감독이기도 한 쪽이 보다 낫다고 할 수 있기 때문이다. 그러나 그것과 유능한 정치가로서 일국의 정치를 지도하는 것을 비교한다고 해도 역시 어느 편이 좋다고는 말할 수 없다. 배우로서의 삶의 방식과 정치가로서의 삶의 방식, 양쪽을 비교할 공통의 척도가 애초에 없기 때문이다.

3. 東京大學의 長谷部恭男에 따르면, 일본에는 비교불능성과 밀접히 관련된 개념으로서 ‘かけがえのなき’라는 개념이 있다.²⁰⁾ かけがえのなき는 문자대로 해석하자면 ‘다른 것과 바꿀 수 없음’ 내지 ‘다른 것에 의해서는 대체불가능한 것’을 지칭하지만, 長谷部恭男은 이 개념을 Joseph Raz의 “構成的인 通約不能性(constitutive incommensurability)”까지를 함의하고 있다고 본다. ‘다른 것에 의해서는 대체불가능한 것’이란 의미는, “물건마다의 客觀的 性質, 요컨대 모든 사람에게 의해서 똑같이 인식될 수 있는 성질이 아니다.”라는 것이다.²¹⁾ 보통은, Gogh 그림의 복사판은, 없어져도 같은 회사로부터 새로 구매할 수 있는, 대체가능한 것이지만, Gogh 그림의 원판은 대체할 수 없다고 생각한다. 하지만 사실은, 어떤 것은 “그것을 ‘바꿀 수 없는’ 것으로 하는 주체의 獻身決定(commitment)에 의해

¹⁸⁾ J. Raz, *The Morality of Freedom* 322 (Clarendon Press, 1986). 이 책의 ch. 13은 통약불능성에 관해 다루고 있다.

¹⁹⁾ Id. 328.

²⁰⁾ 이하는 長谷部恭男 (註 3), 29-32.

²¹⁾ Id. 30.

서 비로소 ‘바꿀 수 없는 것’이 된다. 바꿀 수 없는 것은, 그 때, 다른 것과 통약 불능이 된다.” 어린 딸이 그린 그림은 - 아무리 예술적 가치가 없더라도 - 대체할 수 없다. 또한 그것이 비록 Gogh의 원판이 아닌 복사판이라고 하더라도 오랜 기간 애지중지하면서 손때를 묻혀왔기 때문에, 내게는 다른 것과 바꿀 수 없는 그 무엇이 되었다면, 그것은 내게 바꿀 수 없는 것이 되는 것이다. 이것이 바로 Raz가 말한 ‘구성적 통약불능성’의 예이다.²²⁾ Sunstein의 ‘내재적 가치’가 사람마다 다른 것도 사람마다 다른 모습의 헌신결정을 하기 때문이다.

‘구성적’이라 함은 주체가 어떤 목표나 인간관계를 비교불능하다고 간주하는 것이, 정말로 통약불능한 목표나 인간관계를 획득하는 조건이 되는 것을 의미한다. 그리고 이와 같은 헌신결정으로 인해 비로소 구성된 가치들은 종종 거미줄과 같이 인간사회를 지탱하는, 사회적으로 바람직한 역할을 한다.²³⁾ 長谷部恭男의 간결한 예를 살펴보자.²⁴⁾ 천만 원으로는 친구를 배신할 수 없지만, 10억 원에는 배신할 수 있다고 말하는 사람은, 그 우정을 바꿀 수 없는 것으로는 생각하고 있지 않다. 천만 원이 지나치게 싸다고 말할 뿐이다. 또한 어쩌서 우정이 바꿀 것이 없는 것일까, 왜 다른 것, 가령 10억 원과 비교해 그만큼 중요한 것일까라고 묻는 사람은, 원래부터 바꿀 수 없는 우정을 얻을 수 없는 사람이다. 우정을 무엇보다도 바꿀 수 없는 것으로 생각하는 사람에게는, 우정을 다른 것과 비교해 형량할 객관적 잣대는 존재하지 않는다. 이와 같은 ‘잣대의 존재를 부정하는 헌신 결정’이, 무엇보다도 바꿀 수 없는 우정을 약속할 능력을 구성하는 것이다.

4. Raz의 ‘구성적’ 통약불능성은 H. L. A. Hart의, “外的 觀點”과 구별되는, “內的 觀點”을 상기시킨다. Hart는, 법적 관계를 인식하고 기술하는 학문은, 단순히 외적으로 관찰할 수 있는 데이터를 기술하는 것만으로는 부족하고, 그 법적 관계에 참여하는 參與者의 觀點에서 그 관찰 가능한 데이터가 어떤 ‘의미’를 가지고 있는가를 이해하고 인식할 필요가 있다고 주장한다.²⁵⁾ Hart는 이와 같은 제

²²⁾ Raz (註 18), 345-6.

²³⁾ Sunstein (註 6), 85 (사회규범은, “다양한 통약불능성이 좋은 삶을 구성하는 태도나 관계를 유지시켜 주는 수단으로서 바람직하다”는 주장에 입각할 수도 있다).

²⁴⁾ 長谷部恭男 (註 3), 31-32. 한편, Donald Regan은 長谷部恭男과 달리 인간관계 역시 돈으로 환산할 수 있다고 주장한다. Donald Regan, “Authority and Value,” *Southern California Law Review* vol. 62, 995, 1058 (1989). 이에 대한 비판으로는 Cass Sunstein (註 6), 86-7.

²⁵⁾ Hart (註 8), 89-91 (“When a social group has certain rules of conduct, this fact

도의 참여자의 관점을 ‘내적 관점(internal point of view)’이라 하고 관찰자의 관점인 ‘외적 관점(external point of view)’과 구별한다.

Hart의 예시를 살펴보자. 어떤 사회의 교통규칙을 연구하는 사람은, 적신호가 켜질 때, 몇 퍼센트의 차가 정지할까를 기록할 뿐 아니라 적신호가 운전자에 있어서 어떤 ‘意味’를 가지고 있는가도 이를 이해할 필요가 있다. 적신호가 켜질 때, 다수의 차가 정지하는 것은, 운전자가 그것을 ‘정지하라!’는 의미를 가진 ‘信號’로서 이해하고, 또한 그것을 자기와 다른 이의 행동의 평가기준으로서 받아들이고 있기 때문이다. 다시 말해 참여자로부터의 기록이 이루어지지 않는 한 법의 인식은 충분한 것이라고는 말할 수 없다. 왜냐하면 적신호의 점등과 차의 정지 사이의 관계는 물리적·기계적 인과관계만으로 모두 다 설명될 수 없기 때문이다. 내적 관점을 갖지 아니한 관찰자에게, 교통신호는 구름이 ‘비’라는 사건의 전조로서의 의미밖에 갖지 않듯이, 사람들이 이러 저러 하게 행동할 것을 알리는 신호일 뿐이다. 이런 관점을 가지고서는, ‘신호를 어기면 괴로움이 있을 것’이라는 생각은 가질 수 있지만, 결코 ‘이러 이러한 의무를 가지고 있다’는 생각에는 도달할 수 없다.²⁶⁾

5. Raz가 Hans Kelsen에 기대어 명확히 한 바와 같이, 법에 관한 Sollen 언명에는 두 가지의 형태가 있다.²⁷⁾ 하나는 법관에 의해서 전형적으로 이루어지는 언명, 즉 “**獻身決定한 言明(committed statement)**”이다. 이것은 당해 법관이 속한 법질서가 도덕적으로 정당하다고 하는 관점에서 그 입장에 헌신결정(commit)하면서 이루어진 언명이고, 價値의 영역에 속한다. 다른 한 가지는 변호사나 법학교수에 의해서 자주 이루어지는 “**超然한 言明(detached statement)**”이다. 이 언명에 있어서는 발화자 자신은 법질서의 도덕적 정당성에 헌신결정하지 않고, ‘만약 현행실정법질서가 타당하고 구속력을 가지고 있다고 한다면’이라고 하는 명시·묵시의 전제 아래 이루어진 언명이며, 客觀的 認識의 영역에 속한다. ‘A는 B에 천만 원

affords an opportunity for many closely related yet different kinds of assertion; for it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct. We may call these respectively the ‘external’ and the ‘internal point of view.’ ”).

²⁶⁾ Id. 90.

²⁷⁾ Joseph Raz, *The Authority of Law* 140-3, 153-9 (1979); H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* 14-5 (1983).

을 지불할 의무를 지고 있다'고 하는 언명은, 법관에 의해 판결문 중에 이루어지면, 헌신결정한 언명이고, 법률상담을 받은 변호사가 말한 언명이라면, 초연한 언명이다. 이와 같이 객관적 인식으로서의 Sollen 언명이 가능한데, 바로 이 때문에 Kelsen은 단순히 법원의 행동의 예측에 그치지 않는 法の科學이 가능하다고 생각했던 것이다.²⁸⁾

長谷部恭男의 설명은 더욱 간결명료하다.²⁹⁾ 개인의 신조로서는 무정부주의(anarchism)를 신봉하는 사람도, 만약 그가 법학교수라면, 강의에 있어서, '한국의 현행법제에 의하면, 절도는 형벌에 의해서 처벌되지 않으면 안 된다.'라고 말할 수 있다. 이 때 그는, 단순히 (외적 관점을 취함으로써) 법적 효과를 예언하고 있음에 그치는 것은 아니다. 또한 그는, (내적 관점 중 헌신결정의 관점을 취함으로써) 한국이라는 국가의 법제의 정당성에 헌신결정하고 있는 것도 아니다. 그것은 '만약 한국의 현행법제가 정당하다고 한다면'이라고 하는 내적 관점 중 초연한 관점으로부터 이루어진 법의 인식이다. 長谷部恭男은 소위 헌법학이 가치학문 이면서도 과학이라고 불릴 수 있는 근거가 여기에 있다고 주장한다. 즉 헌법의 과학이라고 불리는 작업이 가능한 것은, 바로 제도 참여자의 관점을 전제로 하면서, 그것에 헌신결정하지 않은 초연한 관점으로부터의 인식이 가능하기 때문이다.

6. Hart의 내적 관점은 주체가 그 관점에 '헌신결정'하고 있는가 여부에 의해 구분되어야 하는 측면을 가지고 있다. Raz는 이를 지적하면서 내적 관점에는 헌신결정한 내적 관점과 초연한 내적 관점이 있다고 주장한다.³⁰⁾ Hart도 후에 이 구별의 타당성을 받아들이고 있다.³¹⁾ 이상의 Hart와 Raz의 설명을 종합해 설명하면 다음과 같은 예화를 제시할 수 있다. 외적 관점과 달리 내적 관점에는 두 갈

²⁸⁾ 초연한 언명이 가능한 것은, 동일한 문장이 헌신결정한 언명으로서도 존립가능한 경우에 한한다. 바꾸어 말하면, 전자의 존립은 후자의 존립에 의존하고, 기생하고 있다. 또한 '헌신결정한 언명'과 '초연한 언명'이란 형식적으로는 완전히 동일하지만, 한쪽은 評價이고, 다른 쪽은 認識이다. 따라서 동일한 Sollen 문장이 어떤 때 어떤 사람에게는 인식으로, 또한 다른 때 다른 사람에게는 평가로서 받아들여질 수도 있을 것이다. 게다가, 동일한 화자가 한쪽의 관점에서 타방의 관점으로 무의식중에 이동하는 것도 실제로 자주 발견되고, 심지어는 법학자의 학설에 있어서도 발견된다. 長谷部恭男, 權力への懷疑: 憲法學のメタ理論, 153-4 (日本評論社, 1991).

²⁹⁾ 長谷部恭男(註 3), 35, fn. 27.

³⁰⁾ Raz (註 27), chs. 7 & 8.

³¹⁾ Hart (註 27), 14-5.

래, 즉 “초연한 관점(detached point of view)”³²⁾과 “헌신결정한 관점(committed point of view)”이 있다. 만약 어떤 이가 불교에 관해 외적 관점을 취한다면, 예컨대 ‘일반적으로 불신자들은 사찰에 부정기적으로 다니고, 사후의 내세에 깊은 관심을 가진다.’라고 말할 수 있을 것이다. 이렇듯 외적 관점은 관찰자의 관점이 지 참여자의 관점이 아니다. 반면, 관찰자가 아니라 종교의 자유가 인정된 공동체에 참여하는 참여자의 관점을 채택한다면, 다시 말해 내적 관점을 채택한다면 ‘내가 불자라면 너는 불교의 교리에 관한 책을 읽기 보다는 禪에 치중하여야 한다.’고 말할 것이다. 나아가 그가 그 내적 관점에 헌신결정하기로 한 사람이라면, ‘가능한 한 국가는 더 많은 사람들이 불교에 접할 수 있도록 불교에 더 많은 재정지원을 하여야 한다.’라고 말할 수 있을 것이다.

7. 이렇게 본다면, Raz가 말하는 구성적 통약불능성은, 어떤 가치에 헌신결정의 내적 관점을 취한 사람들에게서 발견된다고 할 수 있을 것이다. 사람들이 아무리 관찰자의 관점을 취하더라도 수집되는 ‘데이터’에는 적지 않은 차이가 있게 마련이다. 그런데 이들이 내적 관점을 취하게 되면, 수집된 데이터상의 차이에 더하여, 수집된 데이터로부터 인식한 ‘의미’에 또 다른 차이가 생기게 된다. 더 나아가 참가자들이 내적 관점 중 ‘헌신결정한 관점’을 채택하면, 참여자들 사이에는 대상에 대한 가치평가의 극심한 차이가 드러나게 된다. 이런 상황에서 참여자들 사이에 벌어지는 갈등이 첨예화되는 것을 목격하기란 어렵지 않은 일이다. 뒤집어 생각해 보면, 한 사회를 구성하는 사람들에게서 발견되는 갈등은, 결국 어떤 한 대상을 놓고 각기 다른 가치판단방식을 채택하고 있기 때문에 발생하는 것이라고 생각할 수 있을 것이다. 이는 법학·법조계에 종사하는 사람들 사이에 벌어지는 법리논쟁에도 그대로 타당하다. ‘대상이 인식을 구성한다기보다는 인식이 대상을 규정한다.’는 Kant의 통찰을 상기시키는 대목이 아닐 수 없다.

32) 이와 동일한 개념으로는 N. MacCormick,의 “인식상의 내적 관점(cognitively internal point of view)”을 들 수 있을 것이다. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 275-92 (Clarendon Press, 1978). 同旨 長谷部恭男(註 3), 35, fn. 27.

IV. 가치(판단방식)의 葛藤, 선택의 悲劇, 그리고 懷疑主義

1. 가치가 다원적이고 통약불가능하다는 사실, 혹은 가치판단방식이 다양하다는 사실을, 인류는 언제부터 ‘깨닫거나’ 혹은 ‘심각하게’ 받아들여지게 되었을까? 통약불가능성의 인식은 종교개혁 이후에 시작되어 계몽주의시대에 주춤하다가 낭만주의를 통해 소생한 것으로 보인다. 平井宜雄은 가톨릭이 통치하던 중세를, “국왕은 존재하지만 통일적 권력주체로서의 국가는 존재하지 않으며, 국왕의 권력은 ... ‘神의 法’에 의해 강하게 제약된” 사회라고 정의한 바 있다.³³⁾ 실로, 중세를 지배한 유일한 가치판단방식은 가톨릭의 가치판단방식이었다. 종교개혁은 이 가치판단방식에 균열이 생김을 의미한다. 프로테스탄트가 가톨릭의 가치판단방식에 대해 도전한 것이었다. 종교개혁 후의 분란은 중세사회의 유일한 가치판단방식이 권좌에서 물러나면서 새로운 가치판단방식이 탄생하기 위한 産苦였다. 그 어느 쪽도 결정적인 승리를 거둘 수 없는 상태로 교착상태에 빠지자, 양 교도들은 서로를 받아들이기는커녕 서로를 악마로 손가락질 하는, 가치관·우주관의 대치가 극에 달한 상태였다.³⁴⁾

Cervantes가 1605년 발표한, 근대소설의 효시인 Don Quixote는 바로 이 시대의 자화상이라 할 수 있다. 현대의 대표적 작가인 Milan Kundera는 자신의 저서, *The Art of Novel*에서 Cervantes를 근대세계의 확립자 중 한 사람으로 규정한다. 이 소설의 탄생에 관한 Milan Kundera의 해설을 직접 들어보자.³⁵⁾

일찍이 神은 높은 지위에서 우주와 그 가치를 감독하고, 선과 악을 구별하며, 모든 事物 각각에게 하나의 意味를 부여해왔지만, 이 지위로부터 바야흐로 신은 서서히 떠나 물러가고자 하고 있었다. Don Quixote가 자신의 집을 뒤로 한 것은 이때였지만, 그로서는 다시 세계를 식별할 수는 없었다. 至高的 審判者 (the Supreme Judge)의 不在 중에, 세계는 돌연 두려워해야 할 多義性으로 자태를 드러냈다. 신의 唯一한 진리는 엄청난 수의 相對的 眞理로 해체되고, 사람들

33) 平井宜雄, *法政策學: 法制度設計의 理論과 技法*, 2.32 (有斐閣, 1995).

34) 長谷部恭男(註 10), 48-9. 이하의 설명은 長谷部恭男(註 10), 48 이하, 長谷部恭男, *憲法とは何か*, 5 이하 (岩波新書, 2004) 및 2006년 7월 12일 동경대학 법학부 3호관에 서 있었던 長谷部恭男 교수와의 인터뷰의 각 내용을 토대로 한 것이다. 특별히 강조할 필요가 있는 경우를 제외하고는 일일이 주석을 달지 않기로 한다.

35) Milan Kundera, *The Art of Novel*, 6 (Perennial, 2003). 고딕체 강조는 나의 것이다.

은 이들 상대적 진리를 공유하게 되었다. 이리하여 근대세계가 탄생하고, 동시에, 근대세계의 이미지이면서 모델이기도 한 소설이 탄생했던 것이었다.

인간은 여전히 선과 악이 구별될 수 있는 세계를 바랐지만, 이미 다의성과 불확실성이 지배하는 세상의 한 가운데 서게 되었다. Don Quixote는 그 상징이다. 중세기사의 이야기에 몰입한 Don Quixote, 스스로 전설의 기사가 되어, 이 세상에 참 정의와 사랑을 발견할 작정으로 과란만장의 여행을 떠나지만, 그의 모험은, 가는 곳마다 복잡하게 얽히고설킨 현실의 그물에 사로잡혀 좌절한다. 현실의 세상은 중세기사의 사고방식을 받아들이기에는 너무나 다양한 사고방식으로 넘쳐나고 있었던 것이다. Don Quixote가 당대의 사고방식을 터득하는 동안 세상을 뒤집어버린 것은 宗教戰爭과 新大陸發見이었다.³⁶⁾ 종교전쟁은 유일한 종교를 권좌에서 끌어내렸고, 신대륙은 이질적 문화를 소개함으로써, 일원적인 가치관과 세계관을 근본적으로 바꾸어버렸다.³⁷⁾ 多元的 價値判斷方式의 時代가 도래한 것이다.

2. 다원성은 선택을 강요한다. 선택은 헌신결정을 의미한다. 헌신결정은 결과를 수반하게 마련이고, 그 결과가 항상 좋을 수는 없다. 그리고 헌신결정은 그 결과에 대한 책임의 감내도 포함한다. 그 결과의 무게가 중하면 중할수록 결정의 어려움은 정도를 더해간다. 고민하지 않고 결정할 수 있게 하는 어떤 기준이 필요하게 되는 것은 바로 이 때문이다.

통약불능성이 인간의 실제의 삶에 어떤 의미가 있는지에 관해서는 수많은 학자들이 저마다의 방식으로 설명해왔다. 그 중 몇 가지를 살펴보자. 長谷部恭男은 Milan Kundera의 소설, ‘존재의 참을 수 없는 가벼움’에 나오는 한 대목을 선택한다.³⁸⁾ 이 소설의 서두부분에는 주인공 토마스가 시골에서 거둬 만난 테레자와 결혼할 것인가 아니면 독신의 플레이보이 생활을 계속할 것인가를 놓고 방황하는 장면이 있다. 토마스가 생각하기를,

³⁶⁾ 종교전쟁에 관해서는 Stephen Toulmin, *Cosmopolis: The Hidden Agenda of Modernity*, ch. 2 “The 17th-Century Counter-Renaissance” (Univ. of Chicago Press, 1990); 또한 長谷部恭男(註 34), 27-8.

³⁷⁾ 長谷部恭男(註 34), 5.

³⁸⁾ 이 대목은 長谷部恭男(註 10), 55에서 인용하였다.

테라자와 함께 사는 편이 좋을까, 아니면 혼자 살아야 하는가? 어느 것이 좋은가를 알 수 있는 방법이 없다. 비교할 기준이 없기 때문이다.

주지하듯이, 토마스는 테라자와 함께 살 것을 선택하는데, 이 선택은 파국으로 치닫는 이야기의 전개가 보여주듯이, 두 사람의 장래에 있어 치명적인 것이었다. 그러나 그것보다 좋은 선택이 있었던 것은 아니다, 왜냐하면 양자를 비교해 선택할 수 있는 척도는 없었기 때문에.

Chicago 대학의 Cass R. Sunstein는 ‘소피의 선택(Sophie’s Choice)’이란 영화를 선택한다.³⁹⁾ 아버지와 남편이 나치에게 학살당한 Sophie는 레지스탕스를 도운 혐의로 두 아이와 함께 아우슈비츠로 보내진다. 수용소로 가는 도중 독일 장교의 눈에 띈 소피는 이 장교로부터 치명적인 제안을 받는다. 두 아이 중 한 명만을 살려주겠다는 제안이었다. 가스실로 보낼 아이를 소피 스스로 선택하라고 으박지르는 독일 장교에게, 소피가 애원하며 할 수 있는 말은 이것뿐이었다.

“Don’t make me choose!”

둘 중의 하나를 선택하지 않는다면 두 아이 모두를 죽이겠다는 으박지름에, 소피는 결국 딸을 ‘선택’해 버리고 만다. 독일 병사에게 안겨 떨어지는 딸을 보며 소피가 할 수 있는 것은 오열뿐이었다. 나머지 인생 내내 소피를 괴롭혔던 것은 선택의 결과라기보다는 선택에 사용된 판단방식이었을 것이다. 소피가 처한 상황은 둘 중 하나를 희생할 수밖에 없었기 때문이다. 하지만 그 선택에 사용된 판단 방식은 어느 모로 보나 정당화될 수 없다고 생각할 것이다. 흘러보낸 또 다른 가치를 담을 수 있는 또 다른 가치판단방식이 있었기 때문이다.

3. 토마스나 소피의 예화에 뒤지지 않는, 오히려 더 극적인 예화는 Carl Schmitt가 선택한 *Hamlet*이다.⁴⁰⁾ Hamlet은 17세기로 접어드는 ‘시대의 정신상황’

³⁹⁾ Sunstein (註 6), 82.

⁴⁰⁾ 카를·슈미트, *햄릿도혹은헐카베*, 初見基譯 (みすず書房, 1998). 長谷部恭男(註 34), 6, 26-27에서 재인용. 長谷部恭男은 Schmitt가 바이마르공화국을 배신하고 나치에 협력한 자신을 변호하기 위해 자신을 Hamlet의 어머니인 커투르드왕비에 비유하고 있는지도 모르겠다고 한다. 한편, Learned Hand 판사를 현대판 Hamlet으로 비유한 흥미있는 문헌으로는, Charles Alan Wright, “A Modern Hamlet in the Judicial Pantheon,” *Michigan Law Review* vol. 93, 1841 (1995).

을 단적으로 보여주는 人物像이다. Hamlet는 1600년부터 1604년에 걸쳐, 다시 말해 Elisabeth 여왕 말기부터 James 1세 집권 초기에 걸쳐 상연되었다. Elisabeth 여왕은, 국교회를 재편성함으로써 가톨릭과 프로테스탄트의 대립으로 갈가리 찢긴 England를 통합하고자 했다. 한편, James Stewart는, 가톨릭이었던 Scotland 여왕 Mary Stewart의 아들이면서, 프로테스탄트로서 길러지고, 모반의 의심으로 모친 Mary를 처형했던 Elisabeth의 뒤를 이어서 국교회의 수장인 England 왕이 된 인물이다. 독일의 헌법학자 Carl Schmitt는 父王의 사후, 그 뒤를 계승해 母后와 재혼한 叔父를 살해하는 Hamlet에게서 James Stewart의 그림자를 읽어낸다. Mary Stewart의 두 번째 남편으로 James의 부친인 Henry Darnley경은 1567년 2월 Bothwell백작에게 살해당하는데, 3개월 후인 같은 해 5월, Mary Stewart는 강요에 못 이겨 Bothwell백작과 결혼하게 되기 때문이다.⁴¹⁾

다른 신앙의 대립은, 개인에게 良心의 존재를 意識하게 한다. 유일한 종교가 분열되고 다양한 종파가 스스로의 정당성을 표방하며 종파의 선택으로 인해 죽고 죽이는 세상이 되면, 누구나 스스로를 돌아보게 될 것이다. 그리하여 기존 교회에의 맹종이 아니고 스스로의 양심이 선택한 종교에 귀의하게 되는 것이다. 아버지의 명령에 의해 복수를 재촉 받으면서도 망설이고, 지옥에서 나타난 악마가 아닌가 하는 회의에 육신을 들볶고, 좀처럼 복수를 실행에 옮기지 못하는 Hamlet의 모습은, 종교개혁과 함께 새롭게 나타난 개인의 양심을 상징하고 있다. 거기서는, 개인은 참 종교는 물론이고 어떻게 살아야하는가, 즉 삶의 방식도 스스로 선택하지 않으면 안 된다.⁴²⁾

사느냐 죽느냐 이것이 문제다. 어느 쪽이 당당한 삶의 방식인가, 이대로 마음속에 포박한 운명의 화살을 꼭 눌러 참는 것인가, 아니면, 달려드는 노도의 고난에 감연히 맞서 싸워 그것에 중지부를 찍는 것인가. (*Hamlet*, 제3막 제1장)

Hamlet의 고민은 그만의 문제가 아니었다. 그것은 종교개혁 이후의 세계를 사는 모든 개인의 문제였고, 유일한 진리가 무수한 상대적 진리로 분열한 세계를 사는 사람이라면 모두가 갖게 되는 문제인 것이다.

41) 이 당시의 역사에 관한 자세한 문헌으로는 Alison Weir, *Mary Queen of Scots and the Murder of Lord Darnley* (Pimlico, 2005).

42) 이 부분은 長谷部恭男(註 34), 6-7.

4. 이렇듯 선택은 悲劇的이다.⁴³⁾ 통약불가능한 가치들 사이에서 선택을 하는 것은 선택되지 않은 다른 가치 - 어떤 가치를 위한 도구가 아닌, 그 자체가 가치인 것을 포기하여야 하기 때문이다. 하지만 더욱 괴로운 것은, 그 가치를 선택한 방식이 스스로를 납득시킬 수 없을 때이다. 선택의 상황은 - 어떤 결과이든 - 피할 수 없는 것이지만, 선택에 이르게 된 사고방식에는 선택할 요소가 너무 많다. 그런 만큼 후회가 더 남는다.

이런 상황에서 사람들의 마음을 사로잡은 것은, 懷疑主義다.⁴⁴⁾ 세계관이 다른 시대가 교차하면, 사회관습도 도덕관도 완전히 변하게 된다. 이런 난세를 사는 사람들은, 도대체 무엇이 정의이고 무엇이 선인가도 확실하게 정할 수 없다는 체념으로 일관하게 되어 있다. 회의주의를 대표하는 철학자이며, 가톨릭과 프로테스탄트의 화해를 지향한 앙리4세(재위: 1589~1610)⁴⁵⁾의 책사로 두 교파의 중재역으로서 분주했던 Michel de Montaigne (1533~1592)로부터 직접 들어보자.⁴⁶⁾

“관습이나 법률에서 만큼, 사람들의 의견이 가지각색인 것은 없다. 어떤 사항이 여기서는 불길한 것으로 되지만, 다른 곳에서는 당당한 것이 된다. 가령 ... 근친결혼은 우리들 사이에서는 사형으로 금지되고 있지만, 다른 곳의 국가에서는

43) Sunstein (註 6), 102-3.

44) 이 부분은 長谷部恭男(註 10), 48-50.

45) 후에 앙리 4세로 즉위하는 Navarre의 왕 앙리는 가톨릭으로 세례를 받았지만 신교도로 키워졌고, 프랑스 종교전쟁 때 10대인 나이에도 불구하고 위그노의 병력에 가담한 까닭에 프랑스 신교도의 리더가 된다. 1572년 8월 24일, 그와 왕녀 Marguerite de Valois의 혼례에 즈음하여 파리에 집결한 프로테스탄트는, 신부의 모로서 섭정을 펼치던 Catherine de Medici의 계획에 의해 학살되었다. 이것이 ‘성 바르톨로뮤의 학살(Saint Bartholomew’s Day Massacre)’이다. 가톨릭으로의 개종에 의해 죽음을 면한 앙리는 그 후 위그뉴 진영에 복귀해 활동하지만, 1589년 앙리 3세가 암살됨에 따라 프랑스 왕위를 명목적으로나마 계승했다. 앙리 4세는 외부세력 특히 스페인의 지원에 의해 강화된 가톨릭 세력을 어느 정도 극복하자, 종파간의 화해를 강력히 지향하면서 1593년 가톨릭으로 개종했다. 그는 서로 다른 종파의 평화공존이 옳은 종교의 승리보다 낫다는 신념을 갖고 있었던 것이다. 앙리 4세는 종파간 관용을 촉구하던 노력에도 불구하고 1610년 또 다른 암살의 희생양이 된다. 이 암살사건은 종파간의 화해 시도에 중지부를 찍게 되고, 뒤이어 30년 전쟁을 비롯한 피비린내 나는 전쟁이 이어진다. 앙리 4세의 인생역정에 관해서는 http://en.wikipedia.org/wiki/Henry_of_Navarre. 앙리 4세의 업적에 관해서는, 앙드레 모로아(신용석 역), 프랑스사, 제7장 “(홍성사, 1980). 종교전쟁으로 황폐화된 프랑스의 상황에 관해서는 Id. 제6장 “종교전쟁에 의한 프랑스의 분열과 황폐.”

46) 인용문은 長谷部恭男(註 10), 49. 한국어 번역본으로는 Michel Eyquem de Montaigne (손우성 역), 인생에세이, 제2장 말미(동서문화사, 2005).

명예로 된다. … 요컨대 어떤 극단적인 것이라도 어딘가의 국민의 습관에서 인정될 수 없는 것은 없다.”

이렇듯 무엇이 정의인가가 전적으로 불확정적이라면, 사람들이 공동해서 사회생활을 영위하고 인간답게 사는 것도 불가능하게 된다. 제멋대로 타인을 다치게 하거나 타인의 재산을 탈취하거나 해도, 무엇이 정의인가 알 수 없다면, 그런 만행도 그 사람으로부터 본다면 정의였던 것일 것이라고 체념할 수밖에 없을 것이기 때문이다.

5. 앞서 든 예는 개인의 선택에 관한 것에 불과하다. 어떤 정치사회가 통약불가능한 가치 중에 어느 하나를 선택하여야 하는 상황을 생각해보라. 두말할 것도 없이 통약불능성과 그 속에서의 선택이 가지는 의미는 정치사회의 선택에서 크게 증폭된다. 조금 더 나아가, 하나의 선택이 아니라, 앞으로 생길 선택의 기회마다 적용될 선택의 방식, 다시 말해 사회의 가치판단방식 자체를 선택하는 경우에 맞게 될 사회적 갈등을 생각해보라! Sunstein은 가치의 선택이 이성애 의해 정당화되지 않는 상황을 “極端的 通約不能性(radical incommensurability)”이라고 하면서, 극단적 통약불능성은, “사람 내부의 문제(intrapersonal case)”에서보다 “사람들 사이의 문제(interpersonal case)”에서 쉽게 발견된다고 주장한다.⁴⁷⁾ 인간이 모여 사는 정치사회에는 다양한 가치가 상충하고 있는데, 누구나 수긍할 수 있는 상위 가치가 있어 이에 환원할 수도 없고, 또 가치를 상호 비교·평가할 수 있는 준거 가치도 존재하지 않는다. 다시 말해서 사람들마다 가치판단방식이 다르다. 이런 상이함이 사람들이 함께 모여 이성적 사고를 하는 것을 방해하는 것이다. Isaiah Berlin이 지적했듯이, 통약불능성으로 말미암아, 모든 사람이 수긍할 수 있는 이상적인 사회는 결코 도출할 수 없으며, 아예 그런 사회를 착상하는 것 자체가 불가능할지도 모르겠다.⁴⁸⁾ 사람이 가진 궁극의 이상도 다르고, 양립불가능이고, 측정불가능하다면, 모든 사람에 있어서 이상의 사회라는 관념 자체가 성립할 수 없는 것은 당연하기 때문이다.

이런 통약불능성이 정치사회에 주는 경고는 비교할 수 없을 만큼 준엄하다.

47) Sunstein (註 6), 85.

48) Isaiah Berlin, “The Pursuit of the Ideal,” *The Proper Study of Mankind*, 1 이하 (Farrar, Straus, Giroux, 2000).

‘만인의 만인에 대한 투쟁’이 현실이 될 수 있는 것이다. 비교할 객관적 잣대가 없는데 복수의 궁극적인 가치관이 우열을 걸고 다투면, 피투성이의 쟁투에 빠지게 되는 것은 지극히 자연스럽다. 사람들은 저마다의 인생관이나 세계관에 헌신 결정하기 때문이다. 각각의 인생의 의의가 걸린 이상, 상대방에게 양보할 수 없다. 게다가 인간의 능력은 그다지 다른 것이 아니어서, 일방의 진영이 반드시 압도적인 우위에 설 수는 없다. 이와 같은 사태의 발전양상은 종교개혁 후에 벌어진 종교전쟁에서 이미 나타난 것이지만, 21세기를 사는 昨今の 現實도 크게 다르지 않다.

르완다 국제형사재판소는 현재, 라디오방송에서 “후투족(르완다 전체인구의 85%)은 칼을 들고 일어나 투치족(벨기에 식민지 시절 지배층)을 죽이라”고 말한 방송국 운영자를 처벌하기 위한 재판을 진행하고 있다.⁴⁹⁾ 이란대통령은 이스라엘을 “지도에서 지워버려”라고 공개적으로 연설하고 핵무기를 개발하려고 하고 있다. 지난해 덴마크 신문에 이슬람의 예언자 마호메트 캐리커처가 게재되자, 이슬람권이 격렬히 반발한 것은 주지의 사실이다. 급기야 이제는 교황도 이슬람을 비판하는 발언은 조심하는 눈치이고, 언론의 자유가 그리도 강조되는 서구사회에서 이제 자기 검열의 차원에서라도 언론매체들이 마호메트를 비판하는 그림을 퍼뜨리지 말아야 한다는 이야기가 공공연히 흘러나오고 있다.

이렇듯 무엇이 좋은 삶의 방식인가에 관한 생각의 차이는 인류의 비극적 역사의 가장 큰 원인으로 작용해왔다. 인생관과 세계관의 차이가 상대방을 같은 인간의 일종으로 보지 않게 만들기 때문이다. 구유고슬라비아 등에서 민족이나 문화의 대립이 내란을 일으킨 때, 자신들이 인간으로서 살아가는 데 가장 중요하다고 생각하는 문화나 가치를 무시하는 인간들이 나타난다면, 그들을 자신들과 같이 인간으로서 취급할 수 없게 되는 것이다. 보스니아의 세르비아인에게 무슬림은 사람이 아니었고, 나치에게 유대인은 사람이 아니었던 것이다.

6. Richard Tuck의 지적과 같이, 이 문제를 해결하는 관건은 회의주의자들의 주장 속에 숨어 있는지도 모르겠다.⁵⁰⁾ Montaigne와 같은 회의주의자도, 정의나

49) 이 부분은 George P. Fletcher, “‘말’을 두려워하는 시대,” 중앙일보 34면, 2007. 2. 13. 해외칼럼.

50) 長谷部恭男(註 10), 50. 이 시대에 관한 Richard Tuck의 문헌으로는, Richard Tuck, *Hobbes: A Very Short Introduction* (Oxford Univ. Press, 2002). 종교전쟁과 회의주의에 관한 좀 더 자세한 설명을 위해서는 Richard Tuck, *Philosophy and Government*

선에 관해서 견해를 달리 하는 사람들 자신이 스스로의 목숨을 지키고자 하는 점에서는 일치하는 것을 지적하고 있기 때문이다. 근본적으로 서로 대립하는 가치관을 만드는 사람들도, 각자에 있어 ‘自己保存’이 무엇보다 중요하다는 것에 관해서는 의견이 일치한다. 長谷部恭男에 의하면, 이와 같은 자기보존이란 최대 공약수를 지렛대로 하여 국면의 타개를 도모한 것이 Grotius나 Hobbes를 시작으로 하는 사회계약론자이다. 그들은, “일체의 사람이 생래적으로 自己保存에의 權利, 요컨대 自然權을 가진다고 하는 사고방식을 기초로, 다른 가치관이 공존할 수 있는 사회의 틀을 구축하고자 했다.”⁵¹⁾ 실로 근대입헌주의의 맹아가 보이는 대목이다.

V. 啓蒙主義, 가치의 發見, 그리고 Sunstein의 比較可能性

1. 계몽주의는 Immanuel Kant (1724~1804)가 1784년 ‘계몽이란 무엇인가라는 물음에 대한 답변’⁵²⁾을 저술한 후부터 사상사에 등장한 용어이다. 계몽주의는, Kant가 위 에세이에서 모토로 내세운 “네 자신의 지성을 네 스스로 사용하는 용기를 가져라!(Sapere aude!)”⁵³⁾가 암시하듯이, 신이 차지했던 권위의 자리에 이성을 얹혀 인간의 문제를 해결하려는 사조이다. 하지만, 이성을 강조한다는 점에서 그 원류는 17세기 초 ‘이성의 시대(Age of Reason)’에 활동하던 Hugo Grotius

1572-1651, 197-98 (Cambridge Univ. Press, 1993) (이하, Philosophy) 참조. Tuck은 Hobbes 전문가로서 Hobbes에 관한 많은 논문을 발표하고 있다. 예컨대 Tuck, “Hobbes’ moral philosophy,” in Tom Sorell (ed.) *The Cambridge Companion to Hobbes*, 175 (Cambridge Univ. Press, 1996).

⁵¹⁾ 長谷部恭男(註 10), 50.

⁵²⁾ Kant의 이 에세이의 원제는 “Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?”이다. 이 에세이의 영어번역을 참조하려면 <http://www.english.upenn.edu/~mgamer/Etexts/kant.html>

⁵³⁾ 이 모토는 위 에세이 중 가장 많이 인용되는 부분으로 위 에세이의 첫머리에 나온다. “Enlightenment is man’s emergence from self-imposed immaturity (‘Unmündigkeit’) for which he himself was responsible. Immaturity and dependence are the inability to use one’s own intellect without the direction of another. One is responsible for this immaturity and dependence, if its cause is not a lack of intelligence or education, but a lack of determination and courage to think without the direction of another. Sapere aude! Dare to know! is therefore the slogan of the Enlightenment.” Id. Kant의 계몽사상에 대한 쉬운 설명으로는, Manfred Geier (김광명 역), *칸트평전*, 제5장 (미다스북스, 2004).

(1583~1645), Thomas Hobbes (1588~1679)나 John Locke (1632~1704)에서 시작되었다고 보는 것이 일반적이다.

이들은, 당시 치열했던 종교간 알력, 가치관의 분열 속에서 ‘自己保存慾의 普遍性’을 발견해낸다. 특히 Grotius는 사람들은 그 외에 무엇을 믿든 간에, 우선 ① 모든 사람은 자기보존에의 권리를 갖고, ② 이유도 없이 자의적으로 타인을 해하고 그 재물을 탈취해서는 안 된다는 두 가지의 규범을 받아들이지 않을 수 없다고 주장하였다. Grotius가 이런 주장을 한 것은 이 규범이 모든 인간에 있어서 불가결한 필요에 응하고 있다고 믿었기 때문이다.⁵⁴⁾ Grotius는, 이 중세적 전통에서 본다면 내용이 극히 축약된 자연법이, 가령 신이 존재하지 않고, 또한 신이 사람의 일에 일체 관심이 없다고 해도 여전히 타당하다고 주장한다.⁵⁵⁾

Grotius와 같은 근대초기의 自然權論者들은 이와 같이 가치의 다원성을 받아들여야 할 전제로서 수용하고, 그 상황에서 사람들의 공존을 가능하게 하는 조건을 탐구하였다. Hobbes, Locke, 심지어는 Jean-Jacques Rousseau (1712~1778)까지도 가치의 다원성을 자신들의 이론구성의 전제로 받아들이고 있는 듯하다.⁵⁶⁾ 하지만 이들 자연권론자들은, Robert Nozick⁵⁷⁾을 필두로 하는 극단적인 ‘권리’주의자와는 다른 접근법을 취한다. Nozick이 윤리·정치의 공간을 개인의 권리에 의해 빈틈없이 채워질 수 있는 가능성을 주장한 반면, 초기 자연권론자들은 인간의 사회가 그와 같은 권리·의무 이진법으로 제어될 수 있다고 생각하지는 않았다. 다시 말해 인간의 생래의 권리를 포괄적 도덕의 기초로 한 후, 모든 도덕적 결론을 거기서부터 인출하고자 한 것은 아니다. 그들이 자각한 양가주망(engagement)은, 본질적으로 다른 문화에 속한 사람들이 교섭하고 공존해가기 위한 최소한의 출발점을 발견하는 것이었다. 그들이 발견해낸 것은 인간의 자기보존욕구를 충족시킬 수 있는 새로운 權威이었다. 이리하여 理性이 창조한 發明品の 목록에는 ‘最小限의 權利’ 뒤에 ‘Leviathan’과 ‘市民이 주체가 된 政府’가 오르게 되는 것이다.

⁵⁴⁾ Richard Tuck, “Rights and Pluralism,” in J. Tully (ed.), *Philosophy in an Age of Pluralism: The Philosophy of Charles Taylor in Question* 164 (Cambridge Univ. Press, 1994). 또한 Tuck, *Philosophy* (註 50), ch. 5, 특히 173-76. 한편, Hobbes에 관한 설명은 이 책 ch. 7 이하에 기술되어 있다. 본문의 설명은 長谷部恭男(註 3), 62-63의 간결한 설명에 따랐다.

⁵⁵⁾ 長谷部恭男(註 3), 63.

⁵⁶⁾ Hobbes의 ‘Leviathan,’ Locke의 ‘시민정부이론,’ Rousseau의 ‘사회계약론’에 있어, 다원성 속에서의 자기보존은 모든 당위를 정당화하는 전제가 된다.

⁵⁷⁾ Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Basic Books, 1974).

2. 통약불능성이 초래한 문제에 대한 해법 중에서, 이성에 기초한 가장 대담한 시도는 Jeremy Bentham (1748~1832)의 功利主義인 것으로 보인다. Bentham은 인간의 선을 하나의 잣대, 즉 ‘效用(utility)’으로 평가하려고 하였다. Bentham은, 보통법에 대한 그의 비판에서 볼 수 있듯이, 민중에 대한 지극한 애정을 갖고 있었다. 따라서 Bentham의 시도는 판단자의 ‘독단적’ 가치판단방식으로부터 민중을 해방시키려는 노력이었다고 보아야 할 것이다.⁵⁸⁾ 하지만 ‘唯一 尺度’의 사용은, 인간이 세상을 경험하는 실제의 방식과 부합하지 않는 측면이 있음을 부인할 수는 없을 것이다. 인간의 삶에 있어 중요한 의미를 갖는 질적인 측면을 담기에는 부족할 수밖에 없기 때문이다. John Stewart Mill (1806~1873)의 비판을 직접 들어보자.⁵⁹⁾

어떤 종류의 쾌락은 다른 종류보다 더 바람직하고 더 가치 있다는 사실의 인식은 효용의 원리와 완전히 양립할 수 있다. [그러나] 다른 모든 것들을 평가함에 있어서는 量뿐만 아니라 質까지도 고려하면서, 쾌락의 평가에 있어서만은 양에 단 기초해야 한다고 한다면 그것은 터무니없을 것이다.

가치가 다양하고 통약불가능하다는 것을 받아들이는 한, 하나의 잣대로 ‘모든’ 가치에 순서를 매기려는 시도는, 인간의 기본적 조건을 왜곡하여 판단의 기초가 되는 경험을 잘못 기술한다는 비판을 면키 어렵다. 잘못된 기술은 윤리나 정치에 대해 부정확한 예측과 권고를 낳고, 보다 근본적으로, 무리한 순서 매김은 오랜 세월 숙성되어 뿌리내린 인간 삶의 기본 틀에 나쁜 영향을 준다.

3. Mill의 質的 功利主義와 같은 절충적인 방식도 있을 수 있다. 가령 Sunstein은 ‘통약불능(incommensurable)’을 ‘比較不能(incomparable)’과 구별하고, 전자가 후자를 의미하지는 않는다고 주장한다.⁶⁰⁾ 선에 대한 가치판단방식이 저마다 다르다고 믿는 사람이라고 해서, 반드시 合理的 選擇의 가능성이나 선택지 사이의 교

⁵⁸⁾ 이 점은 민주주의를 정당화하는 Bentham의 주장에서 분명히 드러난다. 이에 관해서는 Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, part II (Clarendon Press, 1986). 공리주의에 대한 Bentham 자신의 설명은, Jeremy Bentham, *The Principles of Morals and Legislation* (Prometheus Books, 1988).

⁵⁹⁾ John Stewart Mill, *Utilitarianism* 12, Oskar Priest, ed. (Indianapolis: Bobbs Merrill, 1957), Sunstein (註 6), 105에서 재인용.

⁶⁰⁾ 이하는 Sunstein (註 6), 81-85.

換(trade-off)의 가능성을 부인할 필요는 없다. 기실 사람들은 통약이 불가능함에도 불구하고 상시 선택을 하고 있고, 또한 이런 선택이 합리성이란 기준에 의한 평가로부터 자유로운 것은 아니다. 순수예술을 하는 작가여서 자신의 재능을 돈 벌기 위한 수단이라고 전혀 생각하지 않는 작가라도, 일정 수준의 대가를 받고 가령 초상화를 그려주는 것에 대해 비합리적이라고 손가락질할 사람은 별로 없다. 오히려 그런 제안을 거절하는 사람이 비합리적이란 지적을 받을 수도 있을 듯하다. 이 정도가 Sunstein 주장의 개요이다.

먼저 주의할 점은, Sunstein이 一元的 가치판단방식을 주장한 것은 아니라는 것이다.⁶¹⁾ Sunstein은 스스로, 일원적 가치판단방식이 존재한다면 社會工學 이외에는 아무것도 - 사회과학도, 법도 필요하지 않을 것이라고 주장하기 때문이다. 그리하여 “[인간의] 행동은 어떤 상황에서 어떤 종류의 가치판단방식이 적절한가에 대한 판단의 결과[임]”을 인정한다.⁶²⁾ 따라서 Sunstein 주장의 요체는 ① ‘極端的 通約不能’의 상황은 극히 例外的인 경우라는 것과, ② 따라서 대부분의 경우에는 實踐理性에 따른 價値判斷에 더 잡아 合理的인 選擇을 할 수 있다는 것으로 요약할 수 있을 것이다.⁶³⁾

4. 그러나 실천이성에 기초한 선택이 가능한 경우는, 대개는 비교의 대상이 된 선택지들의 ‘道具的 價値’에 주목한 경우라고 생각된다. Sunstein 자신도 내재적 가치가 충돌하는 경우에는 실천이성에 기한 선택의 가능성에 대해 낙관적으로 보지 않기 때문이다.⁶⁴⁾ 비교불능의 가치는 선택의 대상일 뿐 그 선택을 이성에 의해 정당화하는 것은, 가치의 훼손이나 이성적 판단의 후퇴 없이는, 불가능하다. Sunstein의 지적대로 “내재적 가치를 인식하게 되면, 그 가치를 훼손할 수 있는

61) Sunstein은 비록 어떤 영역에서는 통약가능하게 될 수 있겠지만, 세계의 모든 것이 통약가능하게 된다는 것은 공상이라고 이야기한다. Id. 82.

62) Id. 79. Sunstein은 그 예로 환경규제를 예로 든다. 환경법에 대한 수요는, 사람들이 세상을 조금 다른 방식으로 평가할 필요성이 존재하고 있다고 느끼고 있다는 증거라고 한다.

63) Sunstein은 “통약불능성은 아직도 [우리의] 삶과 법에 있어서 실천이성의 중요한 부분이다.”라고 주장한다. Id. 81.

64) Id. 82. Sunstein은 가치판단방식이 유일한 경우에도 基準이 없을 때에는 통약불능성이 생긴다고 주장하면서 그 예로 본문에서 살펴본 영화 ‘소피의 선택’을 예로 들고 있다. 그리고는 여러 가지 가능한 용도를 가진 도구적 재화의 경우에 통약가능성이 생긴다고 한다(“[C]ommensurability in the sense used here can occur only in the case of instrumental goods having many possible uses.”).

이성을 사용하기보다는 평가적 태도를 취하게 되”기 때문이다.⁶⁵⁾ 다음으로, 실천 이성이 어느 정도 합리적인 선택을 할 수 있는가에 대한 판단은 또 다른 통약불능성이 일어나는 문제, 다시 말해서 판단자의 가치판단방식에 의해 대답이 좌우되는 문제라고 생각된다. Sunstein과 달리 Raz는, 두 가지의 선택지가 통약불능이라면, 그 가치들의 상대적 가치에 관해 이성은 어떠한 판단도 할 수 없고, 따라서 통약불능성은 이성이 우리의 행위를 계도할 능력이 없음을 의미한다고 하기 때문이다.⁶⁶⁾ Sunstein은 자신의 주장을 뒷받침하는 예로서 두 가지를 제시한다. 일하면서 점심을 때우는 것과 친구와 함께 점심을 하는 것은 통약불가능하지만 우리는 선택을 하고 또한 그 선택을 되돌아볼 때 이성적이었다고 자평할 수 있다고 하고, 나아가서는 사회적으로도, 예컨대 성장 또는 분배라는 사회적 목표 또한 통약불가능하지만, 우리는 소년 노동자에 대한 착취를 불법화하지 않았던 과거를 비합리적인 것이었다고 판단한다고 한다. 요컨대 ‘이성적 선택’을 ‘유일최도의 발견’과 동일시해서는 안 된다는 것이다.

하지만 Sunstein이 말하는 이성적 선택이 사회구성원들로부터 얼마나 이성적으로 받아들여지는가는, 개념이나 논리의 문제만으로 볼 수는 없고, 經驗의 問題이기도 하다. 만약 Sunstein이 말하는 이성적 ‘선택’이 ‘이성적’이란 평가를 받을 수 있다면, 그것은 문제가 된 가치에 대한 판단방식이 설득력이 있기 때문이기도 하겠지만, 문제가 된 가치에 관해, 혹은 그 판단방식에 관해 이미 충분한 공감대가 사회구성원 사이에 형성되었기 때문이다. 인간의 역사를 되돌아보면, Sunstein이 적절히 지적한 바와 같이, 사회변화에 따라 통약불가능하던 것들이 통약가능해지기도 하고 통약가능하던 것들이 통약불가능해지기도 하였음을 볼 수 있다.⁶⁷⁾ 그렇다고 한다면, Sunstein이 말하는 실천이성에 기한 선택이 사람들로부터 이성적이란 평가를 받는 것은, 통약불가능 속에서 이성이 힘을 발휘했다기보다는 통약불가능하던 것이 통약가능해졌기 때문이라고 보는 것이 보다 안전한 판단이 될 수 있을 것이다.

5. 이 대목에서 독일의 경험을 떠올리는 것은 매우 적절해 보인다. 이차대전 후

⁶⁵⁾ Id. 84 (“In sum, the recognition of an intrinsic good may entail an evaluative attitude that is incompatible with the use of certain reasons to compromise it.”).

⁶⁶⁾ Raz (註 18), 335-45.

⁶⁷⁾ Sunstein (註 6), 82.

부터 번창일로를 걷기 시작해 오늘에 이른 독일의 헌법재판은, Sunstein이 그토록 강조한 ‘실천이성’의 진화에서 비롯된 것이 아니다. Ernst-Wolfgang Böckenförde가 정확히 지적했듯이, 독일의 헌법재판이 성공한 것은, 이차대전에서의 패전과 나치의 유대인 학살에 대한 반성이 독일 사회를 유례없을 정도로 同質的(homogeneous)으로 만들었기 때문이다.⁶⁸⁾ 이는 똑같은 판결이 Weimar공화국에서 선고되었다면 어떻게 되었을까를 생각해보면 판명하게 다가올 것이다.⁶⁹⁾ 다시 말해서 현재의 독일에서 그 수많은 실체적 가치에 대한 헌법재판소의 판단이 지지되는 주된 이유는, 독일의 헌법재판관의 논증이 실천이성에 기초한 합리적 선택이기 때문이라기보다는, 헌법재판소가 고민할 필요가 없을 정도로 독일 사회가 충분히 동질화되었기 때문이다. 요컨대 독일 사회가 2차대전 후에 겪게 된 상황, 즉 상처 입은 감수성과 끈직한 국가적 굴욕감이 독일인들의 가치체계를 한 방향으로 수렴시킨 것이다.

VI. 浪漫主義, 가치의 創造, Berlin이 본 理性的 役割

1. 가치의 통약불능성에 대한 해법을 이에 접근하는 실천이성의 성숙성에서 찾는 시각의 斷片性은 낭만주의 운동에 대한 검토를 통해 다시 한 번 확인할 수 있다. 계몽주의의 낙관과 달리 이성만으로는 누구나 공감할 수 있는 正解를 보여주는 데 실패한다. Johann Wolfgang von Goethe (1710~1782)가 창조한 ‘젊은 Werther의 슬픔’은, 절대적 세계관 밑에서 지배를 받던 민중이 가치의 다원성이란 충격

⁶⁸⁾ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *State, Society and Liberty* ((J.A. Underwood trans., Oxford: Berg, 1991). 또한 Yasuo Hasebe, “The Rule of Law and Its Predicament,” *Ratio Juris*, vol. 17 No. 4, 489, 498 (2004). Böckenförde에 따르면, “사회적으로 그리고 이데올로기적으로, 더 이상 동질적이지 않은 사회에서 ‘절대적인 법’ 혹은 ‘절대적 가치관’에 호소하는 것은, 특정한 집단의 관념이나 목표에 정치적 특권을 암묵적으로 수여하는 것이다.” Id. 59. 또한 “전체주의 체제에서 자유를 해체하는 것은 ‘形式的 保障이나 節次’를 악용하는 것에서 시작하는 것이 아니다. 그것은 항상, 보다 고차적인, 중대한, 前 實定法的(pre-positive)인 법의 이름으로 - 그것이 ‘참 종교’이든, ‘단일 인종 국민 공동체’이든, ‘프롤레타리아’이든 상관없이 - 자행되는 ‘形式的 保障이나 節次’에 대한 모욕과 함께 시작한다.” Id. 68. Hitler 시대에 자행된 이와 같은 공작에 대해서는, Ingo Müller, *Hitler’s Justice: The Courts of the Third Reich* (Deborah Lucas Schneider trans., 1991).

⁶⁹⁾ Weimar 시대의 헌법현실에 관해서는 송석윤, **위기시대의 헌법학** (정우사, 2002) 참조.

을 맞이해 해결책을 찾지 못함을 상징한다.⁷⁰⁾ 이것이 낭만주의가 번창하던 시대의 상황이다.

정치사상사에 관한 최고봉이라 할 수 있는 Isaiah Berlin에 따르면, 낭만주의는 서구세계의 삶과 사고를 근본적으로 바꾼 가장 광범위한 근대의 운동이었다.⁷¹⁾ 고전주의에서 시작한 합리적인 서구 전통은, ‘모든 진지한 질문에 대한 모든 진정한 대답만으로 설명되는 어떤 理想的 宇宙를 기술할 수 있다.’라는 기본 명제를 갖고 있다. 그리고 이를 위한 단 하나의 방법이 있다면, 理性을 올바르게 사용하는 것이다. 하지만 이성에 대한 지나친 강조는 歷史와 實在의 삶에 대한 소홀한 태도로 이어질 수밖에 없다. 인류의 노력이, 인간의 해방이라는 고귀한 이상에서 출발하지만 거의 예외 없이 실패하는 것은 그 인간을 있는 그대로 받아들이지 못하기 때문이다. 고전주의를 이성에 의해 더욱 공고하게 하려는 계몽주의도 예외가 아니어서, 解放者로 시작하였지만 “일종의 獨裁者”로 끝을 맺은 것으로 판단된다. 대표적인 낭만주의 사상가인 Johann Georg Hamann (1730~1788)은 과학이 인간 사회에 적용되면 “끔찍한 관료화”를 가져올 것이라고 경고하고, 결론적으로, 계몽주의 사상은 “풍요로운 감각 세계 전체를 창백한 대용품으로” 바꿔 놓았다고 주장한 바 있다.⁷²⁾

2. 계몽주의의 최초의 균열은, Montesquieu (1689~1755)와 David Hume (1711~1776)에게서 온다. Montesquieu는 인간은 어디서나 동일한 것은 아니라고 하면서 토양과 기후, 정치제도에 엄청난 중요성을 부여했고, Hume은 필연성이란 없으며 오직 존재하는 것은 개연성뿐이라고 말했던 것이다. Berlin이 유럽합리주의의 몸통에 회복불능의 치명적인 비수를 꽂았다고 평가한 Johann Gottfried Herder (1744~1803)는 한 걸음 더 나아갔다. Herder는 각 文化의 獨自性を 인정하였다. 우리는 그리스인인 동시에 페니키아인이 될 수 없고, 이것이 불가능하기에 “완벽한 삶이라는 전체 개념이 붕괴하는 것”이다.⁷³⁾ Herder에 이르러 비로소 **가치판단 방식의 다양성이 인정되는 것이었다.** Kant 비판을 위한 초석을 놓았다고 평가되

⁷⁰⁾ Isaiah Berlin, *The Roots of Romanticism* 57 (Princeton Univ. Press, 1999).

⁷¹⁾ 이하는 Isaiah Berlin(註 70) 및 이 책의 번역본, 이샤야 벌린 지음, 강유원·나현영 옮김, **낭만주의의 뿌리** (이제이북스, 2005)에 전적으로 의존하였다. 특별히 인용할 필요가 없는 한 일일이 註를 달지 않기로 한다.

⁷²⁾ Berlin (註 70), 42-43; 벌린(註 71), 72.

⁷³⁾ Berlin (註 70), 65; 벌린(註 71), 107.

는 Herder의 사상은,⁷⁴⁾ 기실, 스승인 Kant에게서 온 것이다. 논리와 엄밀함을 좋아하고 인간 정신의 고된 훈련을 신봉한 Kant는 낭만주의를 혐오하였지만, 아이러니하게도 ‘낭만주의의 아버지’라고 불리는 까닭이 여기에 있는지도 모르겠다. Kant는 인간의 본질을 자유에 있다고 본다. 인간 이외의 것들은 인과법칙에 굴복하지만 인간만은 스스로 선택할 수 있는 자유의지가 있기에 다른 대상들과 구별된다. Kant는 ‘계몽이란 무엇인가에 대한 답변’에서 계몽을, 간단히 인간이 자신의 삶을 결정하는 능력이자 타인의 속박으로부터의 해방으로 보고, 무엇을 하여야 하는가를 결정함에 있어 기존의 가치에 지나치게 기대지 않는 상태로 규정한다. 인간의 문명은 성숙을 의미하고, 성숙은 다시 자율을 말한다는 Kant의 언명도 같은 맥락에서 파악할 수 있다. 문명은 스스로 합리적인 사고를 통해 결정하고 자신이 통제할 수 없는 것들, 특히 타인에 의해 이리저리 끌려 다니지 않는 것을 의미한다. 그런 까닭에 Kant는, 계몽전제군주였던 프리드리히 대제를 염두에 두고, 자기백성을 “미숙한 어린아이”처럼 다루는 통치자의 자비에 기초한 정부는 “상상할 수 있는 가장 거대한 전제국가”로 “모든 자유를 파괴한다.”고 말한다. 도대체 왜 Kant가 이렇게 느낀 것인가? “Kant는 價値를 인간이 스스로 만들어 내는 實體라고 생각했기 때문이다.”⁷⁵⁾ 어떤 가치가 가치인 까닭은 인간의 선택에 따른 것이지, 저 멀리 있는 그것 자체의 어떤 본질적인 특성 때문이 아니다.

노예 [같지 않다] 것, 즉 자유롭다는 것은 ... 어떤 도덕적 가치들에 자유롭게 獻身하는 것이다. ... 어떤 가치에 헌신하는가는 또 다른 문제이나, ... 그것이 우리에게 가치가 되는 것은, 오직 그것에 헌신하느냐 헌신하지 않느냐에 달려 있다. 다시 말해, 어떤 행위를 좋다 나쁘다, 또는 옳다 그르다고 부르는 것은 사실상 인간에게 자유롭게 헌신하는 행동 - 후에 양가주망이라 불리게 될 - 이 존재한다는 말과 같다.⁷⁶⁾

3. 그러나 자유로운 의지, 이 핵심이 Kant가 꿈에도 예상치 못했던 대단히 혁명적이고도 전복적인 결과를 낳도록 운명지어져 있었다.⁷⁷⁾ Nietzsche (1844~

⁷⁴⁾ Otfried Höffe (이상헌 역), **임마누엘 칸트** 32 (문예출판사, 1997). 이 간결·명료한 Kant 입문서를 추천해주신 장영민 교수님께 감사의 마음을 전한다.

⁷⁵⁾ Berlin (註 70), 71 (“This is a very central notion indeed. Why did [Kant] feel this? Because he thought that values were entities which human beings generated themselves.”); 벌린(註 71), 118.

⁷⁶⁾ Berlin (註 70), 72; 벌린(註 71), 119. 고딕강조는 나의 것이다.

1900)가 창조한 超人의 기원이라고 평가되는 Johann Christoph Friedrich von Schiller (1759~1805)의 사상은, ‘의무’와 ‘자연’을 넘어서서 둘 중 하나를 선택할 수 있어야 한다는 것으로 요약된다. Schiller에 따르면, 인류의 역사는, 필연성의 지배를 받는 “必然의 국가(Notsstaat)”에서, Kant와 그 명령이 속하는 “理性的 국가(Vernunftstaat)”로 발전하고, 마지막으로는 ‘필연성과 이성의 명령이 조화’를 이루는 마지막 단계 “유토피아”로 들어선다. 필연의 국가에서 인간은 “本性 衝動 (Stofftrieb: stuff-drive)”에 따라 움직이는데, 따라서 이곳은 Hobbes가 말하는 정글과 같다.⁷⁸⁾ Schiller가 이 상태를 未開라 부르는 까닭이다. 인간은 이와 같은 미개의 상태를 개선하기 위해 매우 엄격한 원리들을 택하고, 이런 원리들을 일종의 물신으로까지 만드는 상태가 뒤따르는데 Schiller는 이를 野蠻의 상태라 한다. 미개를 극복하기 위해 여러 금기가 필요하고, 이런 금기들은 합리적인 권위를 요구하게 되므로, 이 둘째 상태를 이성의 국가라 하는 것이다. 세 번째 상태로 나아가기 위해 Schiller는 “놀이 衝動(Spieltrieb; play-drive)”을 사용한다. 인간이 자기 자신을 해방시키는 유일한 방법은 놀이를 하는 사람의 태도를 취하는 것이라는 것이다.⁷⁹⁾ Schiller가 놀이 충동을 고안해낸 것은, 자연의 필연성과 이성의 엄격한 명령을 조화시키기 위한 유일한 방법, “우리 자신을 자유롭게 상상하고 자유롭게 창안하는 위치에 놓는 것”이라고 믿었기 때문이다. 우리가 어떤 놀이를 할 때 거기에 어떤 강제도 없는 것은 우리 스스로 그 규칙과 우리의 역할을 ‘考案’해 냈고, 그 규칙에 ‘自發적으로 服從’하기 때문이다. 놀이에서와 같이 자신의 놀이를 고안하고, 열정과 기쁨으로 그 규칙에 복종하는 이상적인 인간의 삶을 표현할 수 있다면, 그것은 Schiller에게는 유토피아인 것이다. Schiller에게는, 이와 같이 理想은 발견하는 것이 아니라 發明하는 것이며, 찾는 것이 아니라 예술작품을 創造하듯이 만들어 내는 것이었다. 필연의 국가에서는 자연에 의해 강요되고 이성의 국가에서는 이성에 의해 발견되던 가치였지만, Schiller의 이상국가에서 그것은 인간이 만들어내는 것이었다. 이것은 엄청난 의미가 있는 것으로서, Schiller가 Kant에서 벗어나는, 그리고 낭만주의가 계몽주의와 분명히 차별화되는, 요점이 된다. Kant는 인간이라면 누구나, 어떤 결함을 지니고 있든, ‘어떻게 행동해야 하는가?’라는 질문에 합리적인 대답을 발견할 능력이 있고, 이 질문에 대한

77) Berlin (註 70), 78; 벌린(註 71), 128.

78) Berlin (註 70), 85; 벌린(註 71), 138.

79) Berlin (註 70), 85; 벌린(註 71), 139 이하.

모든 합리적인 대답은 필연적으로 일치하게 되어 있다고 믿었지만,⁸⁰⁾ Schiller에게 있어 놀이는 참여자들이 원하는 대로 창조할 수 있는 것이었다. 가치가 창조되고 평가되기 시작한 것이다.

가치가 창조되고 평가된다는 생각은 Johann Gottlieb Fichte (1762~1814)에서 보다 확실히 착근한다.⁸¹⁾ Fichte는 意志의 측면에 그 누구보다 집착하였다. 그리하여 자유는 행동이고 어떤 관조적인 상태가 아니며, 삶은 행동에서 출발하고 지식은 도구일 뿐이라고 주장한다. “우리는 머리로 알고 있기 때문에 행동하는 것이 아니라 행동에의 요청이 있기에 아는 것이다.” “인간은 자연이 제공하는 것을 필연에 의해 받아들이지 않으며, 내가 그것을 믿는 이유는 내가 그것을 의지하기 때문”이며, “음식이 옆에 놓여 있기 때문에 배고픔을 느끼는 것이 아니라, 나의 배고픔이 그 대상을 음식으로 만든다.” “나는 목적에 의해 결정되지 않으며, 내가 목적을 결정한다.” 요컨대 내가 어떤 특정한 방식으로 살기 때문에 세계가 내게 어떤 특정한 방식으로 보인다는 것이다. “한 인간의 철학이 곧 그의 본성이지, 그의 본성이 곧 그의 철학은 아니”기 때문이다.

4. 이와 같이 낭만주의는, ‘속박되지 않은 자유로운 의지’를 강조하면서 ‘사물의 본성이 있다는 진리를 거부’하였고, ‘만물에 불변의 구조가 있다는 개념을 파괴하고 전복’하려는 시도였다. 그리하여 고전주의와 계몽주의가 놓쳐왔던 무엇, 과학적 방법론이 설명하는 인간이 인간 전체를 아우르지 못한다는 사실을 정확히 지적해낸다. 그리하여 낭만주의의 진정한 후예라는 실존주의는 인간이 가진 가치체계의 어떤 부분을 매우 근본적으로 바꾸는 데 성공한다.⁸²⁾ Berlin이 적절히 지적했듯이, 낭만주의는, “가치와 정치, 도덕과 미학에 인간들 사이에 작용하는 객관적인 기준과 같은 것이 있으며, 이러한 기준을 사용하지 않는 사람은 누구나 거짓말쟁이거나 미치광이 둘 중 하나라는, 수학이나 물리학에 있어서는 참인 이러한 개념을 뿌리부터 뒤흔들”었다.⁸³⁾ 낭만주의는, 제도와 교설들이 영원하다는 생각이 잘못이라는 것, 인간 개인이나 집단에 대해 지나치게 단순화된 관점

⁸⁰⁾ Berlin은, Kant가 자유의지를 그토록 강하게 주창했음에도 18세기 합리주의자로 분류되는 까닭이, 본문에서와 같은 Kant의 입장 때문이라고 주장하고 있다. Berlin (註 70), 78; 벌린(註 71), 128.

⁸¹⁾ 이하는 Berlin (註 70), 89-90; 벌린(註 71), 143-46.

⁸²⁾ Berlin (註 70), 139; 벌린(註 71), 223.

⁸³⁾ Berlin (註 70), 140; 벌린(註 71), 225.

만으로는 설명될 수 없는 무엇이 있다는 것을 가르쳐주었던 것이다.⁸⁴⁾

5. Berlin은 난무하는 가치 속에서 理性的의 役割을 어떻게 상정했을까? Berlin은 가치 사이에 비교·형량의 가능성을 인정하였을까? 아니면 가치 사이에 비교는 있을 수 없고, 따라서 이성이 담당할 역할도 남아나지 않다고 생각했을까? 낭만주의에 대한 Berlin의 애착을 보면, Berlin은 실천이성의 보편성보다는 가치의 비교불가능성에 더 많은 무게를 두었을 것 같기도 하다. 실제로 Berlin이 통약불가능성에 대해 가진 입장의 해석을 둘러싸고 적지 않은 논쟁이 있었다.⁸⁵⁾ 가령 Oxford 대학의 John Gray는, Berlin이 통약불가능성을 비교불가능성으로 본다고 평하였는데,⁸⁶⁾ 이런 평가는 Berlin에게는 극히 불쾌한 것이었다. 가치 사이에 비교·형량이 불가능하다면, 가치의 문제는 오직 생경한 기호 또는 취향의 선택만이 남는 것이고, 따라서 실천이성이 담당할 역할은 남아나지 않기 때문이다. 이렇게 되면 Berlin이 옹호하는 ‘價値多元主義(value pluralism)’는 ‘相對主義(relativism)’와 별반 다를 게 없어진다.

6. 이에 대한 대답은 Berlin의 낭만주의에 대한 평가에서 찾을 수 있을 듯 하다. Berlin이 지적하는 바와 같이, 인간이 서로 소통하기 위해 어떤 공통의 가치와 공통의 사실을 인식하고, 공통의 세계에 사는 것이 불가피한 한에서, 극단의

⁸⁴⁾ 그리하여 낭만주의적 관점은, “처음에는 온건한 방식으로 政治에 개입하여, ... [결국] 거대한 공동체의 심상으로 나타나며, 그것을 이성적으로 분석하려는, 즉 더욱 행복한 삶을 살기 위해서나 인간들끼리의 충돌을 막기 위한 사회적 계약, 또는 어떤 공리주의적인 제도로 설명하려는 모든 시도를 피상적인 것”으로 만들어 버린다. 낭만주의적 관점은 법에도 개입하는데, 낭만주의에 의해 강한 영향을 받은 독일의 歷史法學派에게 있어 참된 法은, “왕이나 의회와 같은 주어진 권위에 의해 우연히 법으로 인정[된] ... 단순한 경험적 사실”도 아니고, “이성을 가진 인간이면 누구나 스스로 발견할 수 있다고 로마카톨릭교회나 18세기 프랑스 계몽주의자들이 가르친 것도 아니다.” 법은 “국가의 내부에서 작동하는 힘, 곧 신비한 전통적인 힘의 산물”이었던 것이다. Berlin (註 70), 124-25; 벌린(註 71), 202-3. 한편, 낭만주의의 법에 대한 영향에 관한 문헌으로는, Vivian Grosswald Curran, “Romantic Common Law, Enlightened Civil Law: Legal Uniformity and The Homogenization of the European Union,” *Columbia Journal of European Law* vol. 7, 63 (2001).

⁸⁵⁾ 이런 논쟁을 종합적으로 소개한 문헌은 Christopher J. Robinette, “Torts Rationales, Pluralism, and Isaiah Berlin,” *George Mason Law Review* vol. 14, 329 (2007). 이하의 설명은 이 문헌에 주로 의지하였다.

⁸⁶⁾ John Gray, *Isaiah Berlin* 23 (1996). Robinette (註 85) 341-2에서 재인용.

낭만주의를 받아들이기는 어려울 것이다. “공통의 가치가 존재하는 한, 모든 것은 나 자신에 의해 창조되어야 하며, ... 만일 무언가가 구조화되어 있음을 알게 되면 나의 구속되지 않은 상상력이 자유롭게 활동하게 하기 위해 그것을 파괴해야 한다고 말하는 것”은 어떤 “정신착란”과 같은 상태로 귀결될 수밖에 없기 때문이다.⁸⁷⁾ 그리하여 가치가 서로 상충할 때, “인간은 곧 양립할 수 없는 것들을 양립하게 만들어야 하고, 타협을 해야만 함을 깨닫게 되는데”, 그것은 “그들이 다른 이들의 이상을 파괴하려 한다면, 다른 이들도 그들의 이상을 파괴하려 할 것”이라는 相互性을 인식하기 때문이다.⁸⁸⁾ 그 결과 낭만주의 사상은 타인에게 “寬容을 베풀어야 할 필요성”과 “인간사의 불완전한 평형을 유지해야 할 필요성”을 인정하게 해준다. 이리하여 낭만주의는 “자유주의, 관용, 관대함, 삶의 불완전한 함을 용인하는 것으로 귀착되며, 어느 정도는 合理的인 自己理解에 다다른다.”⁸⁹⁾ 계몽주의가 그랬듯이,⁹⁰⁾ 낭만주의도 역사적 운동으로 지나가버렸다. 이성낙관주의가 유지되기 어려운 지나친 점이 있었듯이, 낭만주의도 영속할 수 없는 요소를 가지고 있었기 때문이다. Berlin은 결론을 맺는다. “결과적으로 우리는 이 두 세계 [즉 계몽주의와 낭만주의] 모두의 자식들”이라고.⁹¹⁾ 이는 낭만주의자들의 의도와는 매우 거리가 멀었지만, 인류에게는, Berlin이 반기듯이, 꺾이나 다행스러운 것이었다.⁹²⁾

7. 앞서 본 Gray의 평가에 대해, Berlin은 다음과 같이 답변하는데,⁹³⁾ 이러한 답변은 낭만주의에 대한 Berlin의 평가와 조화로운 것으로 이해된다.

모든 경우에 있어서 다른 가치보다 우세한 가치가 있어야 한다는 것은 이성의 요구가 아니다. [하지만] 특정한 경우에 있어서 어느 가치가 우세해야 하는가에 관해 이성이 할 수 있는 말이 없는 것[은 아니다.]

87) Berlin (註 70), 145; 벌린(註 71), 232.

88) Berlin (註 70), 147; 벌린(註 71), 235.

89) Berlin (註 70), 147; 벌린(註 71), 235.

90) Höffe (註 74), 11.

91) Berlin (註 70), 141; 벌린(註 71), 226.

92) Berlin (註 70), 147; 벌린(註 71), 235.

93) Isaiah Berlin & Bernard Williams, “Pluralism and Liberalism: A Reply,” *Pol. Stud.* vol. 42, 306, 307 (1994). Robinette (註 85) 342-43에서 재인용.

다시 말해 Berlin의 입장은, 추상적 차원에서 가치의 서열화를 이성에 의해 정당화하는 것은 불가능하지만, 그렇다고 해서 구체적인 경우에 합리적인 선택이 불가능한 것은 아니라는 것이다. Raz가 제시한 유명한 예화를 생각해보자.⁹⁴⁾ 공원을 산책하는 것과 위스키를 마시면서 책을 보는 것, 이 두 가지 선택지 중 하나를 추상적으로 선택하는 것과, 구체적 맥락 하에서 선택하는 것은 큰 차이가 있다. 환경과 일자리 중 어느 것이 더 중요하냐고 추상적으로 물으면, 발생할 수 있는 모든 상황에 합당한 대답을 찾는 것은 불가능하다. 하지만 IMF 구제금융의 위기상황, 지구온난화의 위기상황이란 구체적인 맥락이 주어지면, 그 때의 선택은 이를 어느 정도 정당화할 수 있으며, 기실 인간들은 상시 그렇게 해 온 것으로 보인다. Berlin의 입장을 요약하면, 진공 속에서 가치간의 서열을 확정할 수 있는 공식이나 알고리즘은 존재할 수 없다. 하지만, 구체적 사건의 경우에는, ‘맥락(context)’이 가치와 가치의 비교를 가능하게 하고, 바로 여기에 실천이성의 역할이 있다는 것이다.⁹⁵⁾

8. 그러나 Berlin의 생각을, ‘구체적 상황이면 항상 실천이성에 의한 해결이 가능하다.’는 것으로 확대해석해서는 안 된다. 다음과 같은 점을 주의하여야 한다. **첫째**, 구체적 맥락에서 가치판단이 수월한 것은, Berlin의 주장대로 실천이성이 역할을 하는 경우도 있지만, (가치판단이 수행되는) 환경이 변해 비교불가능하던 것이 비교가능하게 된 경우도 있을 것이다. 기술한 독일 헌법재판의 성공이 그 예이다. **둘째**, 구체적 상황에서도 여전히 통약불능한 경우가 있다. Raz의 구성적 통약불능성과 낭만주의 사상에 대한 설명에서 알 수 있듯이, 인간은 가치를 받아들이기도 하지만, 신념에 의해 가치를 창조하기도 하기 때문이다. ‘Sophie의 선택’에서 Sophie가 처한 상황은 더 이상 구체적일 수 없을 정도로 구체적인 맥락이 주어져 있다. 하지만 이 경우에 실천이성이 아무리 힘을 발휘해도 - 가령 Dworkin이 말하는 Hercules가 나타난다고 하더라도, Sophie를 납득시킬 수는 없을 것이다. Hamlet의 경우도 마찬가지다. “사느냐 죽느냐, 이것이 문제다”라는 대사 중 죽는 것이 무엇이고 사는 것이 무엇인가에 관해 독자마다 생각이 다를 것

⁹⁴⁾ Raz (註 18), 328

⁹⁵⁾ 이런 측면에서 보면 Sunstein의 입장은 Berlin과 유사하다고 할 수 있다. Sunstein (註 6), 85 (“Both people and societies do make choices among incommensurable goods, and they do so on the basis of reasons. Indeed, this is a principal task for practical reason, especially in law.”).

이다. 이 경우도 맥락이 구체적이지 않아서 실천이성이 힘을 쓰지 못하는 것은 아니다. Raz의 통찰대로, 이런 경우에 판단과정을 지배하는 것은 ‘합리성’이 아니라 ‘主觀的 選擇’이기 때문이다.⁹⁶⁾ 그리고 주관적 선택이라고 한다면 그 선택은 객관적으로 정당화될 수 없고, 도덕 및 실천이성과는 무관하게 된다. 셋째, 이와 같이 주관적 선택의 상황이 존재한다고 한다면, 실천이성만을 강조할 것은 아니다. 그리고 주관적 선택의 상황이 오히려 더 일반적인 것은 아닌지, 그렇다고 한다면 이 선택을 어떻게 제어할 것인지를 생각해보아야 할 것이다.⁹⁷⁾ 구체적으로 제어의 목표를 어디에 두어야 하는지, 선택지를 어느 정도로 제어하여야 하는지, 선택의 방법을 어떻게 정할지 등을 생각해보아야 한다. 넷째, 실천이성과 주관적 선택이 혼재하는 경우도 있다. 가령 비교불가능 속에서 선택을 한 경우에도, 일단 선택을 어떤 방식으로든지 하면, 그 후의 판단은 이 방식에 맞추게 되고, 이후에는 이 방식에 맞는지 여부가 합리성 판단의 기준이 될 수도 있을 것이다. 철학자 Charles Taylor의 사고방식이 이와 유사하다. 눈앞에 있는 선택지 중에서 어느 것이 결정하는 사람의 “살아온 모습(shape of a person’s life)”과 잘 들어맞는가를 분석함으로써, 비교불가능한 가치 사이의 선택을 정당화할 수 있다고 생각하기 때문이다.⁹⁸⁾ 또한 ‘調整問題(coordination problem)’ 상황에서의 국가의 역할, 그리고 ‘慣行(convention)’의 역할도 이에 해당할 것이다.⁹⁹⁾ 이상을 요약하면, 가치를 판단할 때, 특히 사회적 가치판단에 있어서, 실천이성의 역할에만 주목할 것이 아니라 주관적 선택에 대해서도 합당한 주의를 기울여야 할 것이다.

VII. 법에서의 價値判斷과 법원의 公益判斷

1. 다양한 가치를 하나의 잣대로 평가할 수 없다는 통약불능성은, 인간이 동일

⁹⁶⁾ Joseph Raz, “Incommensurability and Agency,” in *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason* 110-28 (Ruth Chang ed., 1997).

⁹⁷⁾ 이것이 바로 Jeremy Waldron의 주제이다. infra 註 8과 supra 註 108에 인용한 문헌 참조.

⁹⁸⁾ Charles Taylor, “Leading a Life,” in *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason* (註 96), 170-83.

⁹⁹⁾ 이에 관한 문헌으로는 Gerald Postema, “Coordination and Convention at the Foundations of Law,” *J. Legal Studies* vol. 11, 165 (1982).

한 사물, 사건, 관계 등을 받아들이고 평가하는 방식, 즉 가치판단방식이 다르다는 것을 의미한다. 우리가 가끔 ‘내 마음 나도 몰라’라는 술회를 하는 것에서 알 수 있듯이, 우리는 평가의 대상에 따라 상이한 가치판단방식을 사용한다. 어떤 경우에는 그 대상이 사용되는 쓰임새에 의해 평가하기도 하지만 다른 경우는 그 도구적 가치가 아닌 그 대상 자체에 대해 의미를 부여한다. 한 사람의 머릿속에서 가치판단방식이 이리할진대, 사람들 사이에 존재하는 가치판단방식의 相違는 어떻게 될까? 가치의 통약불능성을 깨닫기 시작한 이후에 펼쳐진 사조의 변천사는, 인류의 가치판단방식이 얼마나 다양한지를 생생하게 보여주고 있다. I.에서 본 바와 같이, 같은 인간 사회를 놓고 Rawls와 Waldron은 상이한 평가와 제언을 하고 있다. Rawls는 인간사회의 조건을 자원의 희소성과 제한된 이타심으로 보고 이러한 조건들은 그 사회가 正義의 원칙을 필요로 하게 한다고 주장한다. 반면, Waldron은 인간사회의 조건을 시민들 사이의 의견불일치와 공동결정의 필요성으로 보고, 이러한 조건들은 그 사회가 政治를 필요로 하게 한다고 주장한다. Rawls와 Waldron은 - 마치 가치판단방식이 ‘대상’마다 다르고 ‘사람’마다 다르듯이 - 가치의 통약불능성 및 가치판단방식의 다양성이란 ‘사회적 조건’에 대해서 각기 다른 평가와 판단방식을 보여주고 있다.

2. 가치의 통약불능성과 가치판단방식의 다양성은, 법에서도 수많은 문제를 제기한다.¹⁰⁰⁾ 이로 인해, 법적 판단에 필요한 事實에 대한 인식도 사람마다 제각각이고, 적용되어야 할 法에 대해서도 다종다양한 의견이 분출하기 때문이다. 그런데 사실에 관해서는 실제적 진실 발견에 감당하기 어려운 비용이 들기 때문에 일정한 절차를 거쳐 도출된 사실을 판단의 자료로 사용하는 데 큰 논란이 없는 것으로 보인다. 반면, 법해석에 있어서는 판단자의 가치판단방식이 어떻게 짜여져야 하는지에 관한 큰 틀에서의 논쟁이 여전히 치열하게 진행되고 있는 것으로 판단된다. 이와 같은 법해석 방법론을 논함에 있어 이 글이 다룬 통약불가능한 가치와 다양한 가치판단방식은 결론을 좌우하는 근본적인 문제이다. 논의의 전제

¹⁰⁰⁾ 통약불능성이 제시하는 법적 논점을 제시한 문헌으로는, Matthew Adler, “Law and Incommensurability: Introduction,” *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, 1169 (1998). 이 글은 1998년 University of Pennsylvania Law School에서 “Law and Incommensurability”를 주제로 하여 개최된 symposium을 마친 후 이 symposium에 나온 논점과 발표자의 주장을 요약한 글이다. 이 글 다음에는 symposium 발표자들의 글들이 차례로 수록되어 있다. 註 5에 수록된 문헌이 그것이다.

가 되기 때문이다. 하지만 이제껏 가치의 통약불능성과 가치판단방식의 다양성을 본격적으로 논한 법적 문헌은, 적어도 우리나라에서는 눈에 잘 띄지 않는다. 그러나 통약불능성은, 놀랄 만큼 넓은 영역에서 법적 문제 및 그 해결책의 근거를 이루고 있다. 법이론이 통약불능성과 가치판단방식에 주목하여야 할 이유이다.

3. 하지만 ‘비교불능인 궁극적인 가치관이 서로 대립하고, 상쟁하고 있다’는 사실의 인식 자체로부터 무엇을 어떻게 하여야 하는가라는 실천적 결론이 곧바로 도출되는 것은 아니다. 대립·상쟁의 점에 동의하는 사람들도, 그 구체적인 태양, 다시 말해 대립·상쟁하는 가치의 범위와 정도에 있어서 저마다 다른 생각을 하기 때문이다. 통약불능성의 문제 제기가 첫 번째 공격목표로 잡은 것은, 價値를 一元論적으로 파악하는 思考方式이다. 추상적 차원에서 가치의 다원성과 통약불능성을 이야기하면 누구나 이에 동조하지만, 막상 법적 문제의 해결에 있어서는 많은 경우 일원론적 가치론을 배경으로 한다. 대부분의 법이론은 일원론적 사고방식을 엄격하고 명시적으로 내세우기보다는, 완화된 형태를 띠고 있다고 생각된다. 법의 경제학적 분석이 전자의 예라면 권리에 기초한 이론들은 후자의 예이다. 하나의 價値 - 예컨대 自己決定(autonomy)을 모든 법적 문제를 평가하는 기초로 삼고 있다는 점에서는, 권리에 기초한 이론들도 일원론에 기초하고 있다는 비판으로부터 자유롭지 않다. 그런데 일원론적 이론은 복잡다기한 법적 문제를 해결하기에는 부족하다. 사회구성체 대한 자유주의적 주장, 즉 시장, 가정, 종교집단, 정치 등 하부영역이 각자 독자적 문법을 가지고 움직여야 한다는 주장은, 다양한 종류의 가치판단방식의 필요성을 단적으로 보여주는 것이다.

4. 위에서는 통약불능이 비교불능을 의미하는가에 관한 논란을 살펴보았다. 통약불능이 비교불능을 의미한다면 인간의 선택은 기호·취향의 결과일 뿐 實踐理性이 개입할 여지는 없게 된다. 하지만 통약불능한 상황 속에서도 비교를 통해 합리적인 선택을 할 수 있다고 한다면, 실천이성이 활동할 공간은 마련될 것이고 概念, 範疇, 理論이 성립할 여지가 생기게 된다. 이와 같이 실천이성도 중요하지만, ‘主觀的 選擇,’ ‘가치판단이 수행되는 環境이 사람들의 가치판단에 미치는 영향’¹⁰¹⁾에 대해서도 합당한 주의를 경주하여야 한다. 비교불능의 상태에서는 주관

¹⁰¹⁾ 환경은 Rawls가 말하는 “배경문화(background culture)”를 포함하는 넓은 개념으로 이해했으면 한다. 배경문화에 관한 Rawls의 가장 최근의 문헌인, John Rawls, “The

적 선택을 피할 수 없고, 환경 또한 이성적 판단이나 주관적 선택에 큰 영향을 미치기 때문이다. 個人的 차원에서 본 통약불능성의 문제와 그 함의는, 政治社會에서도 그대로 드러난다. 따라서 사회적 차원에서 ‘公的 理性(public reason)’,¹⁰²⁾ ‘政治的 選擇,’ ‘政治 環境’에 관해 연구할 필요가 있다. 가치문제가 사회적 이슈화할 때, 가령 환경문제에 있어서 ‘환경’이란 가치와 ‘경제적 후생’이란 가치가 상충할 때, 공적 이성이 어느 정도의 역할을 할 수 있는지, 정치적 선택을 한다면 어떤 절차를 거치게 할 것인지, 이런 판단과 선택에 정치 환경은 어떤 영향을 미치는지에 관해 연구할 필요가 있다.

5. 통약불능성의 문제 제기가 두 번째 공격목표로 잡은 것은, 법학·법조계에 팽배한 ‘政治에 대한 法 優位’의 사고방식이다. 하지만, 적어도 ‘다양한 가치를 그 결정에 얼마나 반영할 수 있는가’라는 점에서는, 사법과정이 정치과정보다 취약하다. 가치의 문제가 어느 정도로 법적 결정에 親한가 혹은 법적 결정이 상충하는 가치의 문제를 처리하기에 어느 정도 적절한가를 판단하기 위해서는, 법적 결정의 특유한 방식에 관해 살펴볼 필요가 있다. 비유하자면, 정치적 결정이 ‘連續體(continuum) 위에서의 選擇’이라고 한다면 법적 결정은 ‘不連續線(line of discontinuity) 위에서의 選擇’이라 할 수 있다. 법해석에 있어서의 당위명제는, “要請(command)·非要請(non-command)·禁止(prohibition)·許容(permission)”의 네 가지로 분류된다.¹⁰³⁾ 금지와 허가 사이에는 상상할 수 없이 많은 종류의 명제가 존재할 수 있지만, 一刀兩斷의 性格의 법적 결정은 - 반드시 위 네 종류에만 한정된다고 하지 않더라도 - 이러한 여러 선택지를 모두 담을 수 없다. 따라서 법적 결정이 불연속적이면 불연속적인 만큼, 가치문제에 대한 해결수단으로서

Idea of Public Reason Revisited,” *The University of Chicago Law Review* vol. 64, 765 (1997) 참조.

102) ‘공적 이성’은 개인 차원의 실천이성을 사회적 차원에서 말한 것이다. Rawls에 의하면, 자신이 말하는 ‘공적 이성’은 근본적인 문제에 관한 모든 정치적 토론에 적용되는 것이 아니라 소위 “공적·정치적 토론장(public political forum)”에서 벌어지는 정치적 토론에만 적용되는 개념이라고 한다. 이 공적·정치적 토론장은 세 가지 영역으로 나뉘는데, ① 판사가 판결을 함에 있어서의 담론, 특히 대법관들에 의한 담론, ② 정부 관료들의 담론, 특히 고위관료 및 입법자들의 담론, ③ 공직에 출마한 후보들과 그 선거참모들의 담론, 특히 대중강연, 정당강령, 정치적 성명 등에서의 담론이 그것이다. 자세한 것은 id. 767.

103) 이것은 Jeremy Bentham의 분류이다. J. Bentham, *Of Laws in General* 97 (H. L. A. Hart ed., Athlone, 1970).

부적절하다고 하겠다. 가치는 ‘연속체’로서 존재하기 때문이다.

6. 가치의 통약불능성과 가치판단방식의 다양성은, 행정소송이 취급할 문제 상황의 핵심적 성격을 있는 그대로 보여준다고 생각한다. 공익의 문제를 ‘사회전체 또는 다수를 위해서 무엇이 좋은가’의 문제로 정식화할 수 있다면, 공익의 문제가 말로 가치의 문제이고 가치판단의 문제이기 때문이다. 따라서 행정소송을 어떻게 자리매김하여야 하는가의 문제는, ‘우리 사회가 공익의 판단방식으로 어떤 방식을 채택해야 하는가?’라는 보다 큰 문제의식 속에서 결정되어야 한다. 행정소송이 이제껏 공익에 대해 판단해 온 것은 사실이지만, 공익이 무엇인가에 대한 판단은 주로 정치과정에서 논의되어 왔다고 보아야 하기 때문이다. 이제까지 법원이 행정소송에서 공익을 다룬 것은, ‘권리와 공익의 상충 상황(權利 v. 公益),’ 즉 공권력이 개인의 권리를 침해했을 때 이를 정당화할 수 있는지 여부에 관한 것이었다. 개정안은 이제 법원의 판단 영역을 ‘공익과 공익이 상충하는 경우(公益 v. 公益)’에까지 넓히려고 한다. 권리침해가 없음에도 행정소송의 제기를 허용하는 것은, 소제기자의 공익판단과 당해 행정작용을 한 행정기관의 공익판단을 비교·평가하겠다는 것이기 때문이다. 이 경우 법원의 판단은 권리 v. 공익의 경우에서보다 훨씬 어려울 것이다. 권리라는 명확한 기준이 존재하지 않기 때문이다.¹⁰⁴⁾

104) 개정안이 목표로 하는 바와 같이, 법원이 공익 v. 공익의 싸움에서 무엇이 공익인가를 판단한다고 할 때, 법원이 공익판단 끝에 사용할 수 있는 결정형식은 본문에서 본 네 가지의 형식, 즉 ‘要請·非要請·禁止·許容’을 크게 벗어나지 않을 것이다. 그런데 그런 공익판단에 도달함에 있어서 법원은, 아무리 느슨한 형태를 띤다고 해도 ‘일정한 범명제에 더 얽은 결정,’ 혹은 ‘원리에 기초한 결정(principled decision-making)’ 아니면 ‘이론화된 결정(theorized decision)’에 의할 것이다. 이러한 방식의 결정은 필연적으로, 관련된 수많은 가치(혹은 가치판단방식)를 모두 포섭하지 못한다. 이 점에서 법적 결정은 정치과정을 거친 결정에서보다 단순화된 결정이라 아니할 수 없을 것이다. 또한 법원이 공익판단을 함에 있어 그 때 그 때 편의에 따른 결정을 하지 않고, 어떤 원리 또는 규칙에 기초한다는 것은, 유사한 사실관계에 적용될 일반추상적인 범명제를 만들어내 이에 기초해 의사결정을 한다는 것이 된다. 그렇다고 한다면, 자신의 공익 주장이 법원에 의해 형성된 범명제에 해당한다고 주장하면서 소를 제기한 사람과 권리를 주장하면서 소를 제기한 사람 사이에는 무슨 차이가 있는가? 만약 차이가 없다고 한다면, 법원이 구체적인 사건에서 공익판단을 위해 만든 범명제는, ‘권리’와 같이 수많은 가치(혹은 가치판단방식) 중 한 두 가지만을 선택하는 결과를 초래하게 될 것이다. 대표적인 공익문제라 할 수 있는 환경문제를 상정해보자. 환경권에 기초해 일도양단의 판결로 환경문제를 해결하려는 시도는, 입체적 접근이 필요

7. 공익의 판단방식은 여러 요소를 고려해 결정해야 한다. 대표적 고려요소로는, ‘가치들이 比較 가능한지?’ ‘비교가능하다면 실천이성에 기한 較量을 누구에게 맡길 것인지?’ ‘나아가 통약가능하다면 그 순서 매김은 누구에게 맡길 것인지?’ 등이 거론되어야 한다. 비교가능성이 희박하다고 생각하면 할수록, 공익판단은 전문성보다는 민주적 정당성이 농후한 기관(가령 법원보다는 의회)에 맡겨지게 될 것이다. 비교가능성이 인정되면 될수록, 이성적 판단에 적합한 기관(가령 의회보다는 법원)이 더 평가받고, 나아가 통약가능성까지 인정되면 될수록 專門性이 인정되는 기관(가령 법원보다는 행정부)이 더 평가받을 것이다.

이보다 한 단계 더 高次的인 次元으로 올라가면, 정치사회의 기본구조를 설계하는 차원에서 가치판단방식을 논의하여야 한다. 정치사회의 기본적인 가치판단 방식에 대해 논함에 있어, 그 목표는, 서로 다른 가치관이 공정하게 공존할 수 있는 - 그런 의미에서 정의에 부합하는 - 사회생활의 틀을 구축하는 데 두어야 함은 물론이다. 이와 같은 ‘메타 憲法的 次元(meta-constitutional dimension)’에서 보면, 공동체의 가치를 實體的 權利로 포섭해 구성원에게 나누어 줄 것인가, 아니면 權威를 정립해 공동체의 가치를 관리·처분케 할 것인가,¹⁰⁵⁾ 실제적 권리로 포섭하는 경우에도 어느 범위에서 어느 정도로 포섭할 것인가, 기타 여러 문제가 제기된다. 가령 Nozick과 같이 정치사회 전부를 ‘稀薄한 權利論(thin theory of

한 환경 문제의 복잡다기한 속성을 애써 외면하는 것이다. 이런 까닭에 우리 대법원은, 의회의 입법이 있을 때까지는 헌법상 환경권에 기한 문제의 해결은 있을 수 없다고 천명하고 있다. 대법원 1995.5.23.선고 94마 2218 결정(憲法 제35조 제1항만으로서 “그 보호대상인 환경의 내용과 범위, 權利의 주체가 되는 權利者의 범위 등이 명확하지 못하여 이 규정이 개개의 국민에게 직접으로 具體的인 私法상의 權利를 부여한 것이라고 보기는 어렵다”). 헌법상 명문의 규정이 있는 환경권의 경우가 이러한진대, 추상적인 형태의 입법취지 규정에 입각해 무엇이 공익인지를 법원이 결정하겠다는 것은, 가치의 통약불능성·가치판단방식의 다양성의 관점에서 보면, 결코 수용할 수 없는 발상으로 보인다.

105) 권위는 국민의 합동행위에 의해 성립하고, 국민의 위임을 받아 공동체의 업무를 본다. 권리체계가 공동체에 속한 가치를 특정인에게 독점적으로 귀속시키고 그에게 그 관리·처분을 맡김에 반해, 권위체계는 그 가치를 공동체 전체의 것으로 놓아두고 그 관리·처분을 함께 의논해 결정한다. 따라서 권위체계는 공동체의 가치문제를 권리·의무의 관계로 파악하지 않는다. 가령 권위는 국민에게 의무만을 부담시킬 수도, 반사적 이익만을 제공할 수도 있다. 이러한 여러 결과를 만들기 위해서 권위가 사용할 수 있는 법적 수단도 다양하다. 이러한 법적 수단으로 Cass R. Sunstein은 재량의 허용, 규칙, 규칙에 대한 예외, 추정, 간주, 기준설정, 원리, 형량요소, 가이드라인, 유추, 해석 등을 제시하고 있다. 자세한 것은, Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, ch. 1, 특히 19-34 (Oxford Univ. Press, 1996).

rights)’으로 포섭해 정부의 역할을 최소화하는 방안도 있고,¹⁰⁶⁾ Dworkin과 같이 정치사회 전부를 ‘濃厚한 權利論(thick theory of rights)’로 포섭해 법원의 역할을 강조할 수도 있다.¹⁰⁷⁾ 또한 Rawls와 같이 정치사회를 공적 영역과 사적 영역으로 구분하고, 전자는 ‘權威論(theory of authority)’¹⁰⁸⁾으로, 兩 영역의 境界와 후자는 권리론으로 포섭하는 방안도 있고,¹⁰⁹⁾ Jürgen Habermas와 같이 전영역을 권리론보다 민주주의적 권위론에 중점을 두고 포섭하려는 방안도 생각해볼 수 있을 것이다.¹¹⁰⁾

또한 한 단계 더 低次的인 次元으로 내려가면 法律的·規制的 次元에서 보다 구체적이고 세분된 가치판단방식에 관해 논의해야 한다. 가령 공적 영역에서 권위를 어떻게 구성할 것인가, 그 권위를 어떻게 사용하게 할 것인가 등의 문제(권위론의 문제)를 생각해볼 수 있다. 또한 비용편익분석과 같이 전문가의 권위를 어느 정도 인정할 것인가도 중요한 문제가 될 것이다. 나아가 공적 영역에서 주관적 공권을 어느 범위에서 인정할 것인가, 인정한다면 실체적 권리로서 인정할 것인가 아니면 절차적 권리로서만 인정할 것인가 등의 문제(권리론의 문제)도 생각해 볼 수 있다. 이들 문제들은, 말하자면 民主主義, 自由主義, 專門家主義 (professionalism) 사이의 관계를 어떻게 설정할 것인가에 따라 연동해서 결정될 것이다.

8. 이와 같은 메타 헌법적 차원, 헌법적 차원, 법률적·규제적 차원에서 시행되는 제도설계에 있어 우리가 실제 처한 조건과 환경에 대한 면밀한 검토도 병행되어야 한다. 제도의 구성과 내용은 시대의 조건에 따라 달라질 수밖에 없다. 전후 독일의 헌법재판이 지금과 같이 활성화될 수 있는 것은 독일인들의 가치체

¹⁰⁶⁾ Nozick (註 57).

¹⁰⁷⁾ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard Univ. Press, 1997); Ronald Dworkin, **법의 제국**(장영민 옮김, 아카넷, 2004).

¹⁰⁸⁾ 권위의 이론을 정립할 필요성을 주장하는 문헌으로는 Waldron (註 8); Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford Univ. Press, 1999); Jeremy Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights,” *Oxford Journal of Legal Studies* vol. 13, 81, 특히 94 이하 (1993). Waldron은 의견불일치 상황에서 권리에 의한 해결보다 권위, 특히 민주적 권위에 의한 해결을 강조한다.

¹⁰⁹⁾ John Rawls (註 4).

¹¹⁰⁾ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung* (Suhrkamp, 1992); 번역판으로, 한상진·박영도 공역, **사실성과 타당성: 담론적 법이론과 민주주의적 법치국가 이론**(나남출판, 2000).

계가 그 만큼 동질화되었기 때문임은 기술한 바와 같다. 권리론을 펼치기 위해서는, 가령 우리 헌법상 환경권에 기초한 소송에서 엿볼 수 있는 바와 같이, 당해 가치를 권리로 포섭하고 이 권리에 절대적 결정권을 부여할 수 있을 만큼 정치사회 구성원 사이에 의견일치(consensus)가 형성되어 있는지 살펴보아야 할 것이다. 권리로 주장할 만큼의 강력한 합의가 형성되어 있지 않다면 독일의 기본법과 같이 ‘국가목표’로 규정하고 구체적인 결정을 권위론의 과제로 남기는 것을 생각해 볼 수 있다. 그리고 제도설계의 조건·환경에 대한 탐색은 領域 別로 진행되어야 한다. 우리 사회의 가치판단방식은 주체뿐만 아니라 대상에 따라 각각 다르게 나타날 수밖에 없다. 또한 큰 틀을 만드는 작업과 그 틀 안에서의 세부조정 작업이 함께 진행되어야 보다 합리적인 제도설계에 이를 수 있다. 행정소송이 공익판단을 하여야 하는지 여부는, 이상의 검토과정을 종합적으로 거친 후 비로소 판단할 수 있을 것이다.

주제어: 가치, 공익, 권위, 권리, 가치판단, 공익판단, 가치판단방식, 의견불일치, 법실증주의, 다원성, 통약불능성, 구성적 통약불능성, 극단적 통약불능성, 비교불능성, 도구적 가치, 내재적 가치, 내적 관점, 외적 관점, 헌신결정한 언명, 초연한 언명, 헌신결정한 관점, 초연한 관점, 이성, 실천이성, 공적 이성, 주관적 판단, 주관적 선택, 가치의 창조, 가치 환경, 가치체계, 정의의 상황, 정치의 상황, 원고적격, 종교혁명, 종교전쟁, 돈키호테, 햄릿, 참을 수 없는 존재의 가벼움, 회의주의, 사회계약론, 계몽주의, 낭만주의, 가치다원주의, 상대주의, 존 롤즈, 로버트 노직, 제러미 월드런, 몽테뉴, 그로티우스, 토마스 홉스, 존 로크, 장 자크 루소, 임마누엘 칸트, 제러미 벤담, 존 스튜어트 밀, 하만, 헤르더, 셸러, 조셉 래즈, H.L.A. 하트, 캐스 선스틴, 이사야 벌린, 밀란 쿤데라

<Abstract>

Value and Valuation in Law: Deontology of Standing (I)

Hong Sik Cho*

This essay concerns the meaning of incommensurability and its significance for law. First of all, Part II of this essay observes that disagreement among individuals concerning human values, goods, and norms is the most important factual aspect of the human conditions by considering John Rawls' "circumstances of justice" and Jeremy Waldron's "circumstances of politics." It also emphasizes the felt need to act together in the face of such disagreement. This essay claims that incommensurability is the main cause of such disagreement. Part III of this essay defines the incommensurability by adopting a now-famous example from Joseph Raz: If I have the options of spending an afternoon walking in the park, enjoying a glass of scotch, or enjoying a glass of wine, and if the wine option is better than the scotch option, and if neither the wine option nor the scotch option is better or worse than the park option, then I have a choice between incommensurables on my hands, because each of the drink options is not better than, worse than, or equally good as the park option. It also observes that incommensurability of values and diversity of valuations are both sides of the same coin by comparing H. L. A. Hart's "internal point of view" with Raz's "constitutive incommensurability." Part IV examines tragic consequences caused by conflict of values and valuations. In a slight digression, this essay touches upon famous novels called *Don Quixote*, *Hamlet*, *Sophie's Choice*, *the Unbearable Lightness of Being*, to highlight how these novels exemplify the tragedy that 'radical incommensurability' may put individuals in. It also overviews Michel de Montaigne's idea, 'skepticism' that prevailed the time of the Wars of Religion. Part V introduces such philosophers as Hugo Grotius, Thomas Hobbes, Immanuel

* Associate Professor of Law, College of Law, Seoul National University

Kant, all of whom played a pivotal role in the Age of Reason and Age of Enlightenment. As with Kant's slogan, "Sapere aude!" they emphasized the significance of role of 'practical reason' arguing that it can discover the right answer in the face of competing incommensurable values. However, Part V puts more emphasis on the intrinsic limit of practical reason by critically reviewing Jeremy Bentham's utilitarianism and Cass Sunstein's claim that incommensurability does not necessarily mean incomparability. Part VI reaffirms practical reason's limit by bringing up the central idea of 'romanticism' that values are entities which human beings generate themselves. Again, it also critically reviews Isaiah Berlin's claim that incommensurability does not mark the inability of reason to guide human beings' action. In sum, this essay claims that selection among options is sometimes a matter of purely subjective judgment. It also claims that selection among options is often made under enormously strong influence of society's background value system. Part VII suggests a number of implications that this essay can make to legal practices and theories.

Key word: value, public interest, authority, right, valuation, disagreement, legal positivism, plurality, incommensurability, constitutive incommensurability, radical incommensurability, incomparability, instrumental value, intrinsic value, internal point of view, external point of view, committed statement, detached statement, committed point of view, detached point of view, reason, practical reason, public reason, subjective judgment, subjective choice, value creation, value environment, value system, circumstances of justice, circumstances of politics, Wars of Religion, Don Quixote, Hamlet, The Unbearable Lightness of Being, Scepticism, Social Contract, Enlightenment, Romanticism, Value Pluralism, Relativism, John Rawls, Robert Nozick, Jeremy Bentham, Jeremy Waldron, Michel de Montaigne, Hugo Grotius, Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, John Stewart Mill, Johann Christoph Friedrich von Schiller, Johann Georg Hamann, Johann Gottfried Herder, Isaiah Berlin, Milan Kundera, Joseph Raz, H. L. A. Hart, Cass R. Sunstein