



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

문학석사학위논문

하버마스의 인권 이론의
다원성 수용 문제

- 『사실성과 타당성』을 중심으로 -

2014년 8월

서울대학교 대학원
철학과 서양철학전공
박민지

하버마스의 인권 이론의 다원성 수용 문제

- 『사실성과 타당성』을 중심으로 -

지도교수 정 호 근

이 논문을 문학석사학위논문으로 제출함

2014년 4월

서울대학교 대학원

철학과 서양철학전공

박민지

박민지의 석사학위논문을 인준함

2014년 7월

위 원 장 _____ (인)

부 위 원 장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

오늘날 다원주의 진영은 각 집단의 문화적 배경에 따라 인권의 목록이 다양하게 작성될 수 있음을 외면한 채 보편성만을 강조해서는 안 된다고 비판한다. 인권을 둘러싼 보편주의와 다원주의의 논쟁 구도 속에서, 인권의 보편성을 고수하고자 하는 하버마스의 인권 이론이 다원주의의 도전에 어떻게 대응할 수 있는지가 본 논문의 주된 관심사이다.

하버마스는 인권이 애초부터 법적인 권리라고 단언하며 법적 규범인 인권이 정당성의 근거로서 도덕적 내용을 갖고 있다고 본다. 도덕과 법의 양면을 가진 인권은 도덕규범으로서 강한 보편성을 주장하면서도 법적 규범으로서 특정 집단 안에서 실정법으로 자리 잡아야 한다. 인권이 도덕과 법의 얼굴을 동시에 가질 수 있는 이유는 법과 도덕이 내적으로 연결되어 있기 때문이며, 도덕과 법의 관계는 동근원적이어서 어느 한 쪽이 다른 한쪽으로 환원되지 않는다. 법은 도덕으로부터 정당성의 원천을 얻고 도덕은 법으로부터 규범에 따르는 행위를 할 동기부여의 힘을 얻는 상호보완적 관계이다. 인권의 이러한 이중성 때문에 하버마스는 권리를 도출하기 위한 원리로 도덕과 법 모두에 중립적인 담론원리 (D)를 도입한다. (D)는 사적 자유권을 성립하는 것에서 시작하여 정치적으로 자율적인 입법으로 나아감으로써, 사적 자율성과 공적 자율성을 모두 포괄하는 권리의 체계를 밝혀낸다.

하버마스의 인권 개념이 갖는 이중적 성격으로 인해 권리를 도출할 때에도 두 단계로 이루어진 과정이 필요하다. 인권은 먼저 논리적 차원에서 권리체계로 드러난 뒤 현실에서 헌법을 통해 규정된 기본권으로 구체화된다. 두 단계는 상호보완적이어서 논리적 발생으로는 권리체계가 헌법에 앞서지만, 역사적 발생으로는 실제로 제정된 수많은 헌법이 권리체계로 재구성될 수 있는 사례들을 제공한다. 하버마스에 의하면 헌법을 통해 기본권을 조형하는 과정은 해당 국가의 정체성과 가치관이 개입되는 법적 담론에 해당하고, 인권의 보편적 정당화를 담당하는 논증은 권리체계에서 이루어진다.

권리체계를 도출하는 작업은 담론원리 (D)에 대한 직관적 이해와 법적 형식이라는 최소한의 원리들만 공유되면 이루어질 수 있다. 법의 형식적 특성은 정당화의 대상이 아니므로 법 형식은 인권의 보편성에 결정적인 것이 아니며, 권리체계 차원에서 도덕적 논증을 통해 얻게 되는 인권의 보편성은 (D)에 의해 달성될 것이다. (D)는 모든 담론참여자들이 자유롭고 평등한 사람으로서 논증에 참여한다는 이상적 가정을 통해 불편부당성의 관점을 표현하고 있다. 하버마스는 불편부당성의 이념하에 사적 자율성과 공적 자율성을 모두 반영하는 인권 목록, 즉 권리 체계에 의해 조형되는 기본권들로 구성된 인권 목록만을 인정할 것이다.

권리체계를 구성하는 다섯 개의 권리범주들은 모두 필수적인 기본권의 표현이다. 제일 먼저 도입되는 세 가지 권리범주들(평등한 자유권, 구성원권, 소송권)은 사적 자율성을 표현하는 권리들로서 자유권에 해당하는 기본권으로 구체화될 것이고, 네 번째 범주인 정치적 기본권은 공적 자율성을 표현한다. 다섯 번째 범주인 생활보장권은 가장 마지막에 앞의 네 범주로부터 도출되지만 자유권 및 정치적 참여권과 똑같이 중요한 권리이다. 이 마지막 범주는 특수한 상황과 시대에 따라 다양한 권리 목록을 포함할 수 있는 권리범주로서 인권 목록의 다원성 문제와 가장 밀접하며, 한 사회가 처한 상황이나 구조가 소수자들의 공적인 발언권과 참여를 가로막지 못하도록 해당 사회의 필요에 맞추어 다양하게 조형될 수 있다.

보편적인 권리체계를 따르는 다양한 인권 해석들이 가능하나, 그 해석들이 타당한지 평가하려면 인권에 관한 문화 간 대화가 요청된다. 하버마스는 인권에 관한 대화가 이루어지기 위해서는 공동체의 목표, 공동선, 자기이해 등을 반영하는 공통의 정치문화가 필요하다고 보는데, 문제는 국제 사회에 공통의 정치문화가 형성되어 있지 않다는 점이다. 그러므로 국제 사회에서 보편 인권을 관철하려면 대화 대신 제도적 틀을 통한 시도가 이루어져야 한다. 국제법이 '헌법화' 될 수 있다면 다양한 배경을 가진 시민들이 인권에 관해 한 곳에서 의견을 낼 수 있게

되고, 헌법 차원의 담론에서 인권에 관한 다양한 해석들이 논의될 수 있을 것이다.

그러나 하버마스의 국제법 기획은 국제 사회에서 주권국가에 근본적인 변화를 겪고 있는 현실을 인정하면서도 국민국가라는 틀의 장점과 규범적 설명력을 유지하고자 한다. 그에 따르면 규범적 구속력을 창출해내는 민주적 의견형성과 의지형성이 이루어지는 것은 국민국가의 단계에서만 가능하다. 인권은 특정 국가의 시민권을 획득하여 민주적 의견형성과 의지형성 과정에 참여할 수 있는 사람들에게 보편적으로 적용되므로, 인권이 갖는 보편성은 시민권을 가진 구성원들로 이루어진 국민국가 내에서만 유지된다는 것이다. 그 결과 국제 사회에서 헌법을 제정하려는 시도는 모든 시민들의 민주적 의견형성 과정이 이루어지기 어렵다는 근본적인 난점, 즉 국제 헌법이 공적 자율성을 보장하는 데 실패한다는 난점에 부딪힌다. 이를 해결하기 위해 하버마스는 국제적 헌법이 가져야 할 ‘정당한’ 구속력의 힘을 각 국가의 정당한 입법 과정으로부터 간접적으로 가져온다. 그러나 국제 사회에서의 공적 자율성이 각 시민들이 자신의 국가에서 보장받는 공적 자율성에 근거한다면 인권이 동시에 반영해야 하는 두 가지 자율성 중 한 쪽은 국민국가의 구조에 의지하게 된다. 그 결과 초국가적 차원에서 전 세계에 보편적으로 적용되는 인권은 오직 사적 자율성을 반영하는 기본권들에 국한되며, 이는 하버마스 스스로 허용할 수 없는 불완전한 인권 목록이다. 그의 국제 헌법 기획은 각 국가의 정당한 입법 과정을 통해 인권에 대한 충분한 해석이 이루어질 것이라고 기대하는 데 그친다.

주요어: 하버마스, 인권, 보편성, 다원성, 권리체계와 헌법, 국제법
학 번: 2010-22960

목 차

1. 서론	1
1.1. 문제제기	1
1.2. 논의의 구도	6
2. 하버마스의 인권 개념의 이중적 성격	7
2.1. 법 규범과 도덕규범으로서의 인권	7
2.2. 독립적 원칙으로서 담론원리의 도입	12
3. 권리체계와 헌법	15
3.1. 권리 도출의 두 단계	16
3.1.1. 권리체계와 헌법의 관계	16
3.1.2. 담론원리와 도덕적 논증의 보편성	22
3.2. 다원성의 수용 기준	30
3.2.1. 인권 목록의 다원성을 허용하는 기준으로서의 권리체계	30
3.2.2. 권리범주들의 우선성 문제	35
4. 국제법의 입헌화와 국제 사회의 인권	41
4.1. 하버마스의 이론에서 문화 간 인권 대화의 난점	42
4.1.1. 문화 간 인권 대화의 필요성	42
4.1.2. 국제사회에서 대화의 공통 기반 부재	46

4.2. 국제법의 입헌화를 통한 다원성의 제도적 수용	52
4.2.1. 국민국가와 인권	53
4.2.2. 하버마스의 국제법 입헌화 기획의 한계	57
5. 결론	62
참고 문헌.....	64
Abstract.....	70

1. 서론

1.1. 문제제기

‘인권’이라는 개념은 모든 인간에게 동등하게 적용되는 보편적인 권리로 이해된다. 인권은 말 그대로 인간의 권리이므로 특정한 몇몇 사람이나 집단이 누리는 권리가 아니라 인류 전체가 그 수혜자이기 때문이다. 1948년에 채택된 ‘세계인권선언’을 필두로 하여 국제 사회에서는 국가와 민족을 넘어 전 인류가 수호해야 할 인권의 이념에 대한 광범위한 합의가 어느 정도 이루어졌고, 이후 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’, ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 등 인권과 관련된 규약들을 통해 더욱 구체적인 상황에서 인권을 보장하려는 국제적 노력이 이어지고 있다. 오늘날 인권이 지닌 보편성은 이념적 차원에 그치지 않고 현실 정치에서도 그 타당성을 인정받아 보편 인권을 구현하려는 실천으로 나타나고 있다.

인권의 보편성은 인권이 언제 어디서나 최고의 규범으로 인정되어야 하며 모든 사람에게 평등하게 적용되어야 한다는 요구를 담고 있다.¹⁾ 만약 어떤 집단에서 인권이 최고의 규범 중 하나로 취급되지 않는다면 그 집단의 구성원들은 인권의 평등한 적용을 받지 못하는 것이므로, 최고의 규범으로서의 인권의 보편성과 모든 사람에게 적용되는 규범으로서의 인권의 보편성은 사실상 같은 이상을 표현하고 있다. 이러한 이상에 따라 인권의 보편성에는 인권이라고 간주되는 권리들의 목록이 어느 집단에서든 동일해야 한다는 요구가 추가될 수 있다. 한 국가에서는 인권으로 인정되는 어떤 권리가 다른 국가에서는 인정되지 않는다면 여러 권리들의 목록으로 이루어진 ‘인권’이라는 규범이 보편적으로 효력을 발휘한다고 말하기 어려워지기 때문이다. 즉, 인권의 보편성은 인

1) Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (2판), Ithaca; London: Cornell University Press, 2003, 10-11쪽.

권이 최고의 규범으로서, 모든 인류에게, 같은 내용이 보장되어야 한다고 주장한다.

그런데 오늘날 인권이 보편적 정당성을 인정받을 수 없다는 반론이 꾸준히 제기되고 있다. 보편 인권에 대한 반론은 현대 다원주의 시대에 인권 개념이 다양한 문화적 배경으로부터 제기되는 요구들과 맞닥뜨렸다는 진단에서 나온다. 세계화 시대에 접어들어 서로 다른 문화권들이 국제무대에서 만나게 되고 국가라는 경계선은 점점 흐려지는 현상이 가시화되고 있는데, 다원성이 증대되는 이러한 현실은 오늘날 정치철학에서 항상 논의에 포함되는 조건 중 하나이다. 보편성만을 일방적으로 강조하는 것으로는 이러한 현대 사회의 조건을 제대로 설명하거나 적절히 대처하지 못하며 현대적인 인권 이론은 변화한 현실에 맞게 보편성 요구를 재고해야 한다는 것이 다원성을 중시하는 진영의 입장이다.

인권과 관련하여 다원주의²⁾는 각 집단이 자리 잡은 문화적 배경에 따라 서로 다른 인권들이 ‘발생’하거나 ‘발견’되어 인권의 목록이 다양하게 작성될 수 있음을 지적한다. 구체적으로 어떤 권리들을 인권으로 인정하느냐에 따라 상대방과 내가 생각하는 인권의 내용이 서로 달라지는데, 예를 들어 서구 사회는 이슬람 문화권을 겨냥하여 성소수자의 권리를 인정하지 않는다고 비판하고, 이슬람 국가들은 이에 반발하여 문화적 배경, 특히 종교적 관습을 유지할 권리를 서구 사회가 인정하지 않는다고 주장한다. 똑같이 인권의 이름으로 스스로를 정당화하더라도 인권의 다원성에 따라 서로 다른 모습의 실천이 행해지고 있으므로, 여러 인권 목록들 간의 우열이 문제시되는 것이다.

이와 같이 인권의 보편성과 인권의 다원성의 충돌은 주로 인권의 목록을 둘러싸고 이루어진다. 그리고 인권의 다원성에 의해 인권 목록의 보편성이 흔들릴 때 최고의 규범으로서의 인권과 전 인류에 적용되는 인권이 표방하는 보편성도 함께 도전에 직면한다. 보편성 요구가 인권

2) 다원주의(pluralism)와 유사한 의미로 문화 다원주의(cultural pluralism)나 다문화주의(multiculturalism)라는 개념이 혼용되고 있으나 본 논문에서는 ‘다원주의’라는 용어만을 사용한다.

의 핵심이라는 점에서 인권이론은 위기에 처해 있다고 할 수 있다. 그럼에도 인권이론이 인권의 다원성을 수용해야 하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 다원주의는 인권을 포함한 현대 사회 전체의 불가피한 조건이므로 현대적 인권 이론은 현대 사회의 조건을 무시할 수 없다. 둘째, 인권 개념은 이론적 측면과 실천적 측면으로 이루어진 개념인데, 특히 실천적 측면이 결코 무시되어서는 안 된다. 지금까지의 인권의 역사를 보면, 인권 침해가 먼저 있었고 그러한 현실에 대한 비판과 개선 의지가 인권의 이론적, 개념적 구축을 추후에 이끌어냈다.³⁾ 인권 개념이 현실에서 맞닥뜨리는 변화와 도전을 이론적으로 풀어내는 것은 인권 이론의 중요한 과제이다.

인권 개념이 처음 탄생했을 때에는 신이 권리의 근원으로서 보편성을 보장해 주었다면, 오늘날에는 신에 근거하지 않고서도 인권이 정당함을 보여야 한다. 학문적으로는 물론이고, 일상적으로도 하나의 종교가 확고한 세계관으로 공유되지 않는 사회에서는 신을 최종 근거로 제시하는 것으로는 권리가 정당화되지 않기 때문이다. 세계관들 사이의 우열을 가려줄 신과 같은 절대적인 척도가 사라진 오늘날에는 보편적 이념을 주장하기가 어려워졌고 다양한 가치관들이 저마다 자신의 정당성을 주장하고 있다. 또한 서양 근대 초기의 자연권 이론을 따른다면 문화의 다양성을 반영할 수 있는 여지가 거의 없으므로⁴⁾ 자연권 이론이 인권의 보편성을 정당화하는 방식도 마찬가지로 현대 사회에서 널

3) “인권이란 모든 사람이 어디에서든 심각한 정치적, 법적, 사회적 학대로부터 보호받을 수 있게 해주는 국제적 규범이다.” (James Nickel, "Human Rights," *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta 엮음, URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/rights-human/>>.) 인권 개념은 탄압이나 부정적 사례를 만난 후 그에 대한 보호책 혹은 대비책으로서 등장한다. 그러므로 “우리에게 인권이라는 개념이 필요한 것은 단지 앞에서 언급한 것과 같은 여러 사건들이 옳지 않음을 이해하고, 그런 생각을 표현하기 위해서만이 아니다. 이러한 사건들에 맞서 싸우기 위한 근거를 갖기 위해서이다.” (Michael Freeman, 『인권: 이론과 실천』, 김철호 옮김, 서울: 아르케, 2005, 17쪽.)

4) Josiah A. M. Cobbah, "African Values and the Human Rights Debate: An African Perspective," *Human Rights Quarterly*, 9권, 1987, 310쪽.

리 받아들여지기 어렵다. 나아가 세계화의 결과로 서로 다른 문화권들이 만나게 되자 각자의 문화와 전통이 그 자체로 의미 있으며 우열을 가릴 수 없다는 문화 다원주의 입장이 보편주의와 대립하게 된다. 인권의 가장 중요한 이념이 보편성이라는 점에서 인권을 둘러싼 보편주의와 다원주의 논쟁은 인권 이론이 해결해야 할 핵심 쟁점 중 하나이다. 다원주의가 극단적으로 흘러가면 문화권마다 어떤 규범을 승인하든 모두 용인하는 상대주의로 귀결될 우려가 있다.

보편주의와 다원주의 논쟁에서 보편주의 진영의 손을 들어주되 현대 사회의 조건 안에서 납득할 만한 방식을 제안해줄 것으로 기대되는 이론 중 하나가 하버마스의 입장이다. 인권을 단지 인간이기 때문에 가지는 권리로 보고 인권의 주체인 인간을 규정할 수 있는 속성을 나열하는 대신, 하버마스는 상호적 관계 속에서 권리를 제도화하는 절차의 관점에서 인권을 바라본다. 물론 하버마스도 사람들 사이에 이루어지는 의사소통을 근거로 삼는다는 점에서 인간의 특성에 대한 규정을 하고 있으나, 인간 종을 대표하는 한 개체로서의 인간 존재에 대한 규정이라기보다 여러 사람들이 상호작용을 하는 사회 속에서 이루어지는 ‘관계’에 더 주목한다. 또한 그의 인권 해석은 보편주의 진영 안에서 자유주의를 비판적으로 재구성함으로써 공화주의와의 조화를 꾀한다는 장점도 갖고 있다. 그는 『사실성과 타당성』에서 다음과 같이 선언하면서 권리 논의를 시작한다.

“여기서 나는 시민들이 공동의 삶을 실정법을 통하여 정당하게 규제하고자 한다면 서로에게 인정해야만 하는 권리들을 논의의 출발점으로 삼는다.”(FG⁵⁾, D109: K129)⁶⁾

5) Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. (국역: 『사실성과 타당성』, 한상진·박영도 옮김, 파주: 나남, 2010.)

6) 원서와 국역본을 모두 참고하여 인용한 경우, 쪽수 앞에 원서는 알파벳 D로, 국역본은 K로 표기하였다.

『사실성과 타당성』에서의 하버마스의 담론이론적 인권 논의는 ‘시민들이 공동의 삶을 실정법을 통하여 정당하게 규제하고자 한다면, 서로에게 어떤 권리들을 인정해야 할 것인가’라는 질문에 대답하는 과정이라고 할 수 있다. 시민들이 영위해나가는 공동의 삶의 모습은 시대와 장소에 따라 얼마든지 달라질 수 있으나 공동삶을 실정법으로 규제하겠다는 결정을 내리는 일 자체는 공통적일 수 있고, 그렇다면 서로에게 인정해야만 하는 권리들도 공통될 것이다. 바로 그 권리들을 도출하기 위해 하버마스는 사적 자유권을 기초로 하여 성립된 근대적 법 형식의 특징을 밝히는 것으로부터 시작하여, 담론원리를 법 형식과 결합하는 방식을 통해 권리의 체계가 갖추어야 하는 모습을 이끌어낸다. 이 과정에서 도출된 인권의 체계는 다원성을 넘어서는 보편적인 바탕을 여러 문화권이 공유할 수 있다고 주장한다.

인권에 대해 가장 오랫동안 활발한 해석을 해온 쪽은 서구이기 때문에, 오늘날 인권 목록을 둘러싼 충돌은 주로 비서구사회에서 서구사회를 향해 제기된다. 원래 서구에서 발생한 개념인 인권의 목록이 그 보편성을 다른 문화권에서도 타당하게 주장할 수 있는지 문제 삼는 것이다. 이는 서구에서 발생한 개념인 인권이 문화적 차이를 넘어 보편적으로 적용되는 것을 거부하고, 대신 고유한 문화에 기반을 둔 인권을 세움으로써 인권이 규범으로서 갖는 중요성을 존중하려는 시도이다.

하버마스의 인권 이론은 자유주의적 인권 이해를 그 출발점으로 삼고 있다는 점에서도 서구적 인권 개념의 보편성을 주장하는 대표적인 이론 중 하나이며, 스스로도 문화 간 인권 담론 상황에서 자신은 서구측의 입장을 변호한다고 선언하기도 했다.(iDM⁷⁾, 219; RL⁸⁾, 161) 하버마스의 인권 이론은 오늘날 보편 인권이 처해 있는 다원주의의 도전

7) Jürgen Habermas, "Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte," *Recht auf Menschenrechte*, Hauke Brunkhorst, Wolfgang R. Köhler, and Matthias Lutz-Bachmann 엮음, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

8) Jürgen Habermas, "Remarks on Legitimation through Human Rights," William Rehg 옮김, *Philosophy & Social Criticism*, 24권 2-3호, 1998.

을 물리칠 수 있는가? 보편 인권을 주장하는 입장이 오늘날 대면한 가장 큰 도전 중 하나인 다원주의에 대응하여, 다원성을 수용하거나 혹은 수용하지 않는 합당한 근거를 대지 못한다면 하버마스의 인권 이론은 현대 사회에서 유효한 이론으로 인정받지 못할 것이다. 인권 문제를 두고 이루어지는 문화권 간의 의견 차이와 서구적 인권 이론이 맞닥뜨린 도전을 명확히 인식하고 있는 하버마스의 이론이 인권의 다원성에 어떻게 대처할 것인지가 본 논문의 주된 관심사이다.

1.2. 논의의 구도

하버마스의 인권 이론이 다원성에 어떻게 대응하는지 밝히기 위한 논의의 출발점은 하버마스가 인권을 도덕과 법의 특징을 모두 갖고 있는 이중적 성격으로 규정함으로써 인권의 보편성과 다원성의 충돌 문제에 접근한다는 분석이다. 2장에서는 도덕과 법의 두 얼굴을 가진 인권의 특성을 해명하고, 인권을 도출하기 위해 도입되는 원칙인 담론원리 역시 도덕규범과 법 규범 모두에 적용될 수 있는 중립적인 원리라는 점을 밝힌다.

하버마스의 인권 개념의 이중적 성격은 인권이 도출되는 과정에도 영향을 미치는데, 3장은 인권이 도출되는 과정이 두 단계로 이원화되어 있음을 밝히는 것으로 시작한다. 도덕적 논증이 이루어지는 권리체계와 법적 논증이 이루어지는 헌법을 모두 거친 후에야 인권이 도덕적 내용과 법적 형식을 모두 갖춘 기본권으로 모습을 나타낸다. 이 과정에서 담론원리는 도덕적 논증을 통해 보편성을 보장하는 권리체계를 가능하게 하며, 권리체계가 곧 인권 목록의 다원성을 허용하는 기준선이 된다. 권리체계가 표현하는 권리범주들을 제대로 조형해내지 못하는 인권 목록이 있다면 하버마스는 이를 승인하지 않을 것이며 권리체계라는 한계 내에서 헌법을 통한 인권 해석의 다양성만이 수용된다. 특히 다섯 개의 권리범주들 간의 관계를 고찰한 결과 다섯 번째 권리범주를 조형

할 때에 가장 큰 폭의 다원성이 수용될 수 있음을 확인할 것이다.

4장에서는 앞의 기준선 내에서 허용된 인권의 다원성에 관한 문화권들 간의 대화가 이루어질 수 있는지 질문한다. 이에 대한 대답은 담론 원리는 공통의 근거에 의한 합의라는 강한 조건을 요구하기 때문에 문화권 간의 대화가 이루어지도록 보장할 수는 없다는 것이다. 그 대신 국제법을 한 국가의 헌법과 같이 입헌화하는 시도가 가능한지 살펴봄으로써, 서로 다른 문화권들 간에 인권 해석을 둘러싼 상호 평가가 가능할지 확인하고자 한다.

2. 하버마스의 인권 개념의 이중적 성격

하버마스의 인권 이론을 이해하는 키워드는 인권의 이중적 성격이다. 그의 인권 개념은 두 가지 측면에서 이중성을 보여준다. 첫째, 법 규범과 도덕규범으로서의 성격을 동시에 갖는 이중성을 가지며, 둘째, 그에 따라 법과 도덕 모두에 적용될 수 있는 이중적 원칙인 담론원리를 통해 인권이 도출된다.

2.1. 법 규범과 도덕규범으로서의 인권

인권은 지금까지 도덕적인 규범으로 다루어져 왔다. 모든 사람들을 고려 대상으로 삼는 도덕규범으로서 강한 보편성을 주장하는 인권은 일반적으로 특정 국가 내에서 법에 의해 보장된 권리를 주장하는 것 이상의 무언가를 더 갖고 있다고 간주된다. 인권이 법으로 집행될 수 있다면 바람직한 일이겠으나 그럼에도 인권에는 “법적으로는 집행이 가능하지 않다는 뜻이 내포”⁹⁾되어 있다는 것이다.

그러나 하버마스는 인권이 애초부터 법적인 권리라고 단언한다.(FG,

D136: K159) 이때 법은 강제력과 구속력을 가지는 실정법을 가리키는 데 실정법에는 강제력을 통해 실제 구속력 있는 법 집행이 이루어지는 측면과 법을 옳은 것으로 따르게 만드는 법 제정의 정당성이 결합되어 있다.(FG, D46: K61) 그렇기 때문에 인권을 실정법적인 의미에서의 권리로 간주하면 인권이 구속력 있는 규범으로서 현실에서 관철될 가능성이 높아질 수 있다. 규범적 기준을 이상적인 차원에서 제시하는 것에서 나아가 현실의 수많은 인권 침해 사례에 맞서 인권을 실제로 보장하는 것이 인권의 이념이라는 점에서, 인권의 관철 가능성을 높이는 시도는 인권 이론으로서 큰 장점을 가진다.

나아가 근대적인 법의 형식의 바탕에 인권이 있다는 사실, 다시 말해 인권이 법 형식의 근간이 되었다는 사실은 법 규범으로서의 인권의 특성을 더욱 지지해준다. 법은 행위자가 규범을 따르는 내면의 동기를 묻지 않고 겉으로 드러나는 행위가 법 규범에 합치하는지만 규제한다. 그러므로 법을 준수할 때에는 다른 행위자들의 의사를 고려할 의무와 같은 것은 성립하지 않으며 단지 자신의 행위가 법의 테두리를 벗어나지 않도록 행동하기만 하면 된다. 법을 어기지 않는 범위 내에서라면 얼마든지 자유롭게 자신의 행위를 결정할 수 있으므로 법은 사적 자유가 존중되는 영역, 즉 사생활을 보장해준다. 하지만 한 행위자의 사적 자유가 다른 행위자들의 사적 자유와 충돌하여 누군가의 자유를 침해해서는 안 되므로 법 규범은 각자의 자유로운 행위의 범위를 제한하기도 한다.(FG, D151: K175-177) 이와 같이 법은 행위자들 각각의 사적 자유라는 권리를 보장하되 그들의 권리가 양립할 수 있도록 조정하는 형식을 취한다. 인권, 혹은 주관적 권리라고도 불리는 이 사적 자유의 권리는 근대법의 형식적 기초를 이루고 있다.¹⁰⁾ 이로써 인권은 법적

9) Micheal Freeman, 『인권: 이론과 실천』, 25쪽.

10) ‘주관적 권리(subjektive Rechte)’라는 표현은 독일과 프랑스 등 유럽 대륙 철학 전통의 학자들이 사용해 온 개념으로 각 개인들에게 귀속되는 권리를 뜻한다. 영어와 달리 이들 언어에서 권리(독일어에서는 das Recht)라는 단어는 법, 법률이라는 의미도 갖고 있기 때문에 ‘권리’만을 구별하여 가리키기 위해 주관적 권리라는 표현을 사용한다. ‘사적 자유의 권리’의 경우 서양에서 인권이라는 개념이 처음 탄생할 당시 인권에 해당하는 권리로 여겨

행위의 담지자인 법인격의 지위도 결정하는 역할을 한다.(RL, 117) 법은 일상생활에서 한 인간으로서 살아가는 개인이 아니라 법에 특수한 행위방식에 따라 법으로 해석될 수 있는 행위를 하는 주체를 필요로 하기 때문이다. 법인격은 서로의 자유를 침해하지 않으면서 동등한 사적 자유를 행사하는 시민이라는 요건을 통해 규정된다.

인권이 실정법적인 규범의 형태를 취할 경우 인권의 강제력은 보장되나, 실정법에 결합되어 있는 법 제정의 정당성이라는 계기는 실정법의 형태만으로는 곧바로 충족되지 못한다. 이미 실정법으로 제정되었으므로 정당하다고 주장한다면, 이는 법에 합치한다는 의미의 합법성과 정당성을 혼동하는 것이다. 하버마스는 법적 규범인 인권에 도덕적 규범으로서의 성격도 동시에 부여함으로써 인권의 정당성 문제에 답한다. 인권이 애초에 법적 의미에서의 권리라는 그의 단언에는 “인권의 도덕적 내용에도 불구하고”(FG, D136: K159) 그러하다는 조건이 덧붙게 되며, 인권이 도덕적 내용을 갖고 있으므로 그 도덕적 내용에서 인권의 정당성을 찾을 수 있다. 그러므로 인권은 법적 규범의 형태를 가진 권리인 동시에 그 내용에 있어서는 도덕적인 규범이기도 하며, 하버마스의 비유를 빌리면 “야누스의 얼굴”(RL, 161)을 가진 규범이다. 즉 인권은 형식 측면에서는 법적 규범이고 내용 측면에서는 도덕적 규범으로, 인권의 형식과 내용을 구별하여 각각에 법의 특성과 도덕의 특성을 할당하기 때문에 하나의 규범이 법적 성격과 도덕적 성격을 모두 가질 수 있다.

인권이 도덕과 법의 얼굴을 동시에 가질 수 있는 더 근본적인 이유는 법과 도덕의 내적 연관 때문이다. 도덕이 인간의 행위 일반을 규제하는 규범이고 법은 도덕을 정당성의 근거로 삼아 상대적으로 나중에 발생한 인위적 규범이라는 인식 때문에 일반적으로 법이 도덕에 종속되는 관계로 이해된다. 일례로 칸트는 행위의 외적 관계만 다루며, 행

졌던 신체와 사상의 자유, 소유권 등 자유권을 가리킨다. (Kenneth Campbell, "Legal Rights," *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2013 Edition), Edward N. Zalta 엮음, URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/legal-rights/>>.)

위의 동기와 상관없이 법에 따르는 행위에만 관계된다는 법의 형식적 특성을 통찰해내면서 법이 아니라 오직 도덕에서만 자율성을 이야기할 수 있다고 본다.¹¹⁾ 그러나 하버마스에 따르면 법이 정당성의 근거인 도덕에 의존하는 것은 사실이나, 법이 일방적으로 도덕에 종속적인 관계라고 보는 것은 법과 도덕의 관계에서 일면만을 본 결과이다. 법이 도덕으로부터 정당성의 원천을 얻듯이 도덕 역시 실제로 규범에 따르는 행위로 이끌 수 있는 법의 특성에 의존한다.(FG, D148: K171; E D12), D199: K240) 도덕은 어떤 행위가 옳은 것인지 알려주지만, 옳은 행위를 실제로 하도록 만드는 동기부여의 힘은 미약하기 때문에 법이 제공하는 강제력은 도덕에 필수적이다.

하버마스는 도덕과 법이 같은 뿌리에서 갈라져 나온 동근원적 관계이며 상호 의존하고 서로를 보완한다고 이해한다.(FG D135: K158) 동근원성(Ursprünglichkeit)이란 문자 그대로 같은 근원을 갖고 있다는 의미로, 이 개념의 중점은 최종적으로 도달하는 근본적인 토대로서의 근원을 찾는 것이 아니라 두 항이 서로 의존하고 있다는 생각에 있다. 도덕과 법의 상호의존성은 법이 도덕에 동기부여의 힘을 제공하고 도덕은 법에 정당화의 힘을 제공한다는 점에서 확인된다. 도덕과 법이 같은 뿌리에서 나왔기 때문에 도덕규범과 법 규범은 공통적으로 행위를 조정하거나 사회의 갈등을 해결하려는 목표를 지향한다. 도덕이 법보다 더 상위의 규범이고 도덕으로부터 법이 파생된 것이 아니라, 도덕과 법이 갈라져 나온 더 일반적인 차원의 규범이 있다는 것이다. 도덕과 법의 차이점은 행위 조정과 갈등 해결이라는 동일한 목표를 달성하는 데 있어 서로 다른 방식으로 접근한다는 점이다. 도덕이 규범적 지식의 체계로서 한 사회의 규범을 구성원들에게 알려주고 대대로 전승하도록 하는 차원에 위치하는 반면, 법은 도덕과는 달리 규범을 따르도록 만든

11) Immanuel Kant, 『윤리 형이상학』, 백종현 옮김, 서울: 아카넷, 2013, 459쪽.
 12) Jürgen Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. (국역: 『담론윤리의 해명』, 이진우 옮김, 서울: 문예출판사, 1997.)

는 힘을 갖고 있기 때문에 규범적 지식에 더해 행위의 체계로서 실제로 구성원들의 행위를 제도적으로 구속할 수 있는 강제력까지 갖는다.(FG, D137: K160)

지금까지 인권을 도덕과 법의 이중적 성격을 지닌 규범으로 이해하는 것이 하버마스의 인권 이해의 특징임을 살펴보았다. 하버마스의 인권 이론 내에서는 인권의 두 측면 중 어느 하나가 더 근본적인 성격이라고 말할 수 없다. 인권의 정당화가 중요하다는 점에서는 도덕적 측면이 더 중요하게 보이겠지만, 그럴 경우 인권을 도덕적 규범으로 보는 기존의 입장과 다를 바가 없게 된다. 반대로 인권의 실현가능성을 중요하게 본다면 법적 측면이 강조되나, 이 경우 인권의 정당화가 근본적으로 이루어지지 않고 맥락에 의존하게 되는 문제가 생긴다. 하버마스의 의도는 두 측면 중 어느 한 쪽으로 치우치지 않고 양 측면의 장점만 취하는 전략을 택하고자 하는 것으로 보인다.

그러나 인권의 이중적 성격 때문에 생기는 이론적 난점도 있다. 도덕과 법의 양면을 가진 인권은 도덕규범으로서 강한 보편성을 주장하면서도 법적 규범으로서 특정한 시공간에 존재하는 집단 안에서 실정법으로 자리 잡아야 한다. 즉, 인권은 도덕규범처럼 보편적으로 정당화되어야 하면서도 법 규범처럼 특정한 사회 내에서 강제력을 발휘할 수 있어야 한다는 것이다. 도덕과 법 양 측면에 걸쳐 있는 하버마스의 인권 이해 방식은 인권의 정당화와 구속력을 모두 추구한다는 점에서 장점을 갖지만, 경험적 구속력과 정당화 사이에는 사실성(Faktizität)과 타당성(Geltung)의 긴장이 존재한다는 점에서 어려운 과제이기도 하다. 타당성이 제기하는 보편성 요구와 특수한 공동체 내에서 우리가 접하는 사실성의 충돌은 인권 규범이 보편적 내용을 가지면서도 강제력 있는 규범으로 자리 잡으려는 과정에 이미 내재되어 있다. 사실성과 타당성의 긴장을 해소 혹은 완화하여 정당성과 구속력을 모두 갖춘 인권 규범의 모습을 밝히는 것이 하버마스의 인권 이론의 최종 목표이다.

2.2. 중립적 원칙으로서 담론원리의 도입

도덕과 법이 공통의 행위규범 일반으로부터 분화되어 나왔으므로, 도덕적 규범의 원리와 법적 규범의 원리를 구분하기 이전에 도덕과 법 모두에 중립적이며 행위규범 일반을 규제하는 원리가 있어야 한다. 하버마스가 인권을 도출하는 데 이용하는 담론원리 (D)가 바로 그러한 역할을 한다. (D)는 도덕과 법 모두에 일반적으로 적용될 수 있는 중립적인 원리로서, (D)가 도덕규범에 관계될 때에는 도덕 원리인 보편화 원리 (U)의 형태로, 법 규범에 관련될 때에는 민주주의 원리의 형태로 나타난다.(FG, D139: K162) 도덕원리가 도덕적 결정을 내리기 위한 논증의 규칙으로서 기능한다면, 민주주의 원리는 합리적 논증의 가능성을 이미 전제한 채 정당한 제도를 확정하는 문제만을 다룬다. (FG, D142: K165) 이러한 도덕원리와 민주주의 원리의 차이점은 도덕은 어떤 행위가 도덕적으로 정당한지와 관련되고 법은 강제적 구속력을 위해 반드시 제도화되어야 한다는 도덕과 법의 차이로부터 이끌어낼 수 있다.

그렇다면 (D)가 인권과 같이 도덕규범과 법 규범으로서의 성격을 모두 갖고 있는 규범과 관련될 때에는 어떤 형태로 나타나는가? (D)와 법 형식이 만나서 민주주의 원리로 나타나는 과정에서 인권이 도출된다는 하버마스의 설명에 따르면(FG, D154: K178) 인권을 도출하기 위해 (D)는 법 형식과 만나서 민주주의 원리를 발생시킨다. 인권이 야누스의 얼굴을 가지고 있음에도 하버마스가 일차적으로 인권을 법 규범으로 다룰 수 있는 까닭은 인권이 법적 규범의 형태로 나타나는 권리라는 점이 명백하기 때문이다. 그런 점에서 인권은 “바탕부터 법적 본성”(EA¹³, D222: K223)을 갖고 있고, 인권이 도덕적 권리처럼 보이는 이유는 인권의 구조나 내용 때문이 아니라 한 국가 내의 실정법을 넘

13) Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. (국역: 『이질성의 포용』, 황태연 옮김, 서울: 나남, 2000.)

어서는 타당성 주장 때문이라고 강조한다.

여기서 드러나듯이 인권이 갖는 도덕규범으로서의 성격과 법 규범으로서의 성격 및 둘 사이의 관계는 두 측면 중 어느 것을 주제적으로 다루느냐에 따라 다르게 나타날 수 있다. 하지만 인권 개념의 이중성을 제대로 이해하지 못할 경우, (D)가 법 규범에 적용된다는 사실은 인권이 이중적 특성을 지닌 규범이 아니라 근본적으로는 법적 권리가 아니냐는 의심을 불러일으킨다. 사실 하버마스의 의도는 (D)를 적용할 때 인권의 도덕적 내용이 아닌 법적 형식에 주목하여 (D)를 법 규범에 적용함으로써 주관적 권리에 해당하는 사적 자율성에서 나아가 동등한 정치적 참여를 보장하는 공적 자율성과 조화를 이루는 권리의 체계를 이끌어내는 데에 있다. 이로써 도덕과 법의 동근원적 관계와 (D)의 도입을 이해하기 위해서는 사적 자율성과 공적 자율성이라는 설명의 고리가 하나 더 필요하다는 점을 알 수 있다.

도덕과 법이 일반적 행위규범을 같은 뿌리로 공유하고 있다면, 자율의 이념에서도 이에 상응하여 사적 자율성과 공적 자율성이 같은 뿌리를 갖고 있다는 것이 하버마스의 설명이다. 인권이 도덕과 법 규범의 두 가지 성격을 갖고 있다는 사실은 인권이 사적 자율성과 공적 자율성을 모두 포괄할 수 있어야 한다는 제안에서 나온다. 사적 자율성, 또는 도덕적 자율성이란 칸트의 자율성 개념과 같은 것으로서, 개별 인격체의 도덕적인 자기 입법을 의미한다. 공적 자율성, 또는 시민적 자율성이란 한 국가의 시민들이 민주적 입법의 과정에 따라 스스로에게 적용될 법을 제정하는 것을 말한다. 도덕과 법이 동근원적이면서 어느 한 쪽이 다른 한쪽에 속하지 않듯이, 사적 자율성과 공적 자율성은 동근원적이며 한 쪽이 다른 한쪽으로 환원되지 않는다. 이 두 가지 자율의 이념은 스스로에게 법칙을 부여함으로써 관련 당사자 모두가 따를 수 있는 규범을 각기 도덕과 법의 영역에서 만들어낸다. (D)를 통하여 두 가지 자율성을 모두 포괄하여 설명할 수 있다고 하버마스는 제안한다. (D)는 사적 자율성, 즉 주관적 권리에서부터 시작하여 정치적으로 자율적인 입법으로 나아가는 순서를 택하는데, 바로 이 때문에 (D)는 주관

적 권리에 의해 구조화되는 법 형식에 적용되는 것이다.

법 형식과 함께 인권을 발생시키는 담론원리 (D)의 내용은 다음과 같은 정식화를 통해 표현된다.

“D: 가능한 모든 관련 당사자들이 합리적 담론의 참여자로서 동의할 수 있는 행위규범들만이 타당하다.”(FG, D138: K161)

더불어 이 정식화의 각 부분이 의미하는 바에 대하여 다음과 같은 부연설명이 덧붙는다.

- ① 관련 당사자들: 행위 규범에 의해 규제된 보편적 실천의 결과에 자신들의 이익이 영향 받을 각각의 사람들.
- ② 합리적 담론: 문제시된 타당성 주장에 관하여 상호이해에 도달하려는 각 시도. 단, 그 시도는 발화수반적 의무를 통해 구성된 공적 공간 안에서 주제와 기고(Beitrag), 정보와 근거가 자유롭게 검사되도록 하는 의사소통 조건 하에서 이루어짐.
- ③ 행위 규범: 시간적, 사회적, 실제적으로 일반화된 행위 기대.
- ④ 타당하다: 행위 규범과 그에 상응하는 보편적인 규범적 진술 일반이 타당함.(FG, D138: K161)

①에서 관련 당사자들은 ‘모든 인간’, 혹은 ‘보편적 인류 전체’로 규정되지 않으며, ②의 합리적 담론도 도덕적 규범보다 더 포괄적이고 일반적인 행위 규범과 관련된 담론을 가리킨다. 합리적 담론의 참여자들은 문제시된 규범의 타당성 주장에 동의 혹은 반대를 포함으로써 행위 규범의 타당성 문제를 둘러싼 여러 주장들 중 더 나은 근거를 제시하는 논증을 선택하여 규범의 타당성을 결정하는 합의를 이끌어내고자 한다. 그리고 ③은 사람들이 어떠한 행위를 하리라고 기대하는 바의 표현이라는 행위 규범의 일반적 성격을 서술함으로써 (D)가 다루는 규범이 도덕규범과 법 규범을 모두 포괄한다는 것을 보여준다. 마지막으로 ④는 타당하거나 타당하지 않다는 판단을 내려야 할 대상은 행위 규범 및 행위 규범에 관한 진술이라는 점을 말하고 있다. 이 네 가지 부연설

명을 통해 (D)가 도덕규범보다 훨씬 포괄적인 규범 일반에 적합하다는 점을 다시 한 번 확인할 수 있으며, 이와 같이 도덕과 법에 중립적인 원칙이므로 사적 자율성과 공적 자율성 모두를 포괄할 수 있으리라고 기대된다.

(D)는 행위규범이 불편부당하게 합리적으로 정당화될 수 있다는 점을 이미 전제한다. (D)가 이미 설정한 불편부당한 합리적 논증이 어떻게 이루어질 수 있는지 그 전제조건을 해명하는 것은 (D)가 도덕적 규범을 정당화할 때 드러나는 보편화원리의 기능이다. (D)가 행위규범의 정당화 원리로서 전제하는 불편부당성은 “의사소통적으로 구조화된 삶의 형식의 대칭적 인정관계에 기초”(FG, D140: K163)하기 때문에 나온다. 의사소통적으로 구조화된 삶, 즉 대화와 소통이 이루어지는 삶에서는 모든 시민들이 서로를 대화와 소통이 가능한 상대방으로 인정해야만 그러한 대화와 소통이 가능하며, 어떤 시민이라도 대화에서 다른 모든 사람과 동등하게 발언과 참여가 이루어져야 한다는 불편부당성의 이상이 전제되는 것이다. 이러한 직관적이고 간명한 내용으로 이루어진 (D)와 법 형식이 발생시키는 권리체계에 대해서는 이어지는 3장에서 확인할 것이며, 불편부당성의 이념을 설정함으로써 (D)가 권리체계에 부여하는 보편성도 드러나게 될 것이다.

3. 권리체계와 헌법

인권의 이중성은 하버마스가 권리를 도출할 때에도 두 단계 과정을 필요로 하도록 만든다. 인권은 먼저 논리적 차원에서 권리체계로 드러난 뒤, 헌법을 통해 현실에서 법으로 규정된 기본권으로 구체화된다. 권리체계는 법 형식과 담론원리를 통해 권리를 논리적으로 도출한 결과이므로 실제로 보장되어야 할 권리들의 목록이 아니라 아직 실정법에 의해 기본권의 형태로 조형되지 않은 추상적 차원의 권리이다. 다원

성과 보편성의 충돌은 인권의 목록을 둘러싸고 일어나므로 하버마스가 다원성을 인정할 여지가 있는 단계는 이상적 권리들이 기본권으로 만들어지는 헌법 담론이다.

3.1. 권리 도출의 두 단계

3.1.1. 권리체계와 헌법의 관계

인권이 도덕과 법의 이중적 성격을 갖고 있다는 이론적 설정 하에서는 인권을 도출하는 논증도 도덕과 법 차원 모두에 관련되어야 할 것으로 예상된다. 하버마스에 따르면 도덕적 논증이란 오직 도덕적 문제 제기과 근거만으로 이루어져야 하는 담론에 해당하는 논증이다. 그는 도덕적 질문과 근거는 의무론의 관점에서 모든 특수한 이해관계를 넘어서 보편적 인간 공동체로 확장된 정언명령의 형태를 취해야 한다고 본다.(FG, D200: K227) 이에 반해 법은 정해진 공동체 안에서 실질적인 내용을 다루며 목표를 잘 달성하기 위한 수단이기도 해야 하므로, 법적 논증에서는 도덕적 근거 외에도 좋은 삶을 다루는 윤리적 근거와 목적합리성을 추구하는 실용적 근거도 고려되어야 하며, 어느 한 근거의 확실한 우위를 정할 수 없을 때에는 공정한 협상을 통한 타협까지도 허용된다.(FG, D188: K215)

그러나 인권 정당화가 도덕적 논증과 법적 논증을 통해 이루어져야 한다는 예상은 하버마스의 이론 내에서 명확하게 확인되지 못한다. 왜냐하면 그가 인권이 처음부터 법적 권리라고 선언할 때에는 인권이 도덕적 논증 없이도 도입될 수 있는 것처럼 보이지만, 인권의 정당화는 오직 도덕적 논증에 의해서만 이루어져야 한다고도 말하고 있기 때문이다.(EA, D223: K224) 도덕적 논증과 법적 논증에서 동원할 수 있는 근거의 성격이 서로 다르므로, 인권을 다루는 논증이 어떤 종류의 근거들을 요청하는지, 여러 근거들이 모두 쓰일 수 있다면 순서나 우선성에

따라 차례로 도입되는 것인지 등이 해명되어야 한다.¹⁴⁾ 어떤 하나의 논증이 도덕적 논증이면서 동시에 법적 논증일 수는 없으므로, 도덕적 논증과 법적 논증이 각기 다른 단계에서 개별적으로 이루어져야 할 것이다.

허성범은 인권에 대한 도덕적 논증과 법적 논증의 관계를 두고 한 가지 해석 방식을 제안한다. 그에 따르면 먼저 법적 논증을 통해 인권을 도입한 뒤, 도덕적 논증으로 인권을 정당화하는 작업은 구체적인 기본권의 목록을 도출하는 현실의 논의 상황에서 시민들에게 맡겨진다.

“이 [권리체계의] 합리적 재구성은 몇몇 핵심적인 그러나 매우 추상적인 인권의 원칙들이 헌법제정적 실천의 내적인 전제조건임을 보임으로써 어떻게 이 인권의 원칙들이 민주주의의 실천 내부에 정착할 수 있는지를 보여 준다. 따라서 하나의 체계로서의 권리들의 체계의 재구성 - 그리고 오직 완전한 정당화를 향한 첫 번째 단계라는 의미에서 합리적인 재구성-은 특정한 맥락들에서 이루어지는 특수한 권리들의 실제적인 조형을 통해 보완되어야 하며, 이 과정에서 각각의 특수한 권리들은 도덕적 논증을 통해 정당화되어야 한다. 사실상, 여기에는 두 개의 서로 다른 종류의 정당화가 작동하고 있다: 권리들의 체계에 대한 담론적 정당화와 모든 특정한 권리들의 내용에 대한 도덕적 정당화.”¹⁵⁾

이러한 해석에 따르면 권리체계는 두 단계 정당화의 첫 번째 단계이고, 각각의 권리들을 도덕적 논증으로 정당화하는 헌법제정이라는 두 번째 단계를 통해 보완되어야 한다. 먼저 보편타당한 인권, 권리체계, 법적 논증이 있고, 기본권, 헌법, 도덕적 논증이 다음 단계에 있다는 것이다.

14) 하버마스는 법적 문제가 쟁점이 될 때 처음에는 실용적 질문이 먼저 제기된 뒤, 이어서 논의 대상의 성격에 따라 도덕적 근거, 윤리적 근거, 그리고 협상으로 나눌 수 있다고 제안하였다.(FG, D203: 230-231) 그러나 『사실성과 타당성』의 4판 후기에서는 이러한 제안을 철회하고 법적 문제는 복잡하기 때문에 세 가지 측면 중 하나로 분류되지 못하고 세 차원에서 동시에 다루어져야 한다는 입장으로 수정하였다.(FG, D667: K593 주 3)

15) 허성범, 「현대 다원사회에서의 인권 정당화」, 박사학위논문, 한양대학교 대학원, 2013, 245쪽.

이 해석은 (1) 권리체계가 헌법에 선행하는 순서를 따르고, (2) 전자가 도덕적 근거제시, 후자가 법적 근거제시에 해당한다면 타당할 것이다.

(1) 하버마스는 인권 이론을 통해 현실에서 바로 보장될 수 있는 구체적인 인권의 목록을 곧바로 열거하는 작업을 하는 것이 아니라, 구체적인 인권 목록이 근거해야 할 형식 내지 틀을 이론적으로 도출해내고자 한다. 그 형식은 다섯 개의 권리범주들로 이루어져 있으며, 이 권리범주들을 묶어서 권리의 체계라고 부른다. 권리체계가 열거한 권리범주에 의거하여 구체적인 법 규범이 제정되어야만 실제로 인권이 구속력을 갖는 규범의 지위를 가질 수 있다. 인권을 실정법상의 기본권으로 만들어내는 작업은 헌법 제정을 통해 이루어진다.

권리체계는 헌법의 내용을 만들 때 참조할 텍스트이자 현존하는 헌법이 기본권을 잘 보장하고 있는지 평가하는 척도이다. 권리체계를 도출하는 과정이 순전히 논리적으로 이루어지는 과정인데 비해, 헌법 제정은 경험적인 현실 세계에서 특정 국가와 시대의 특수성을 고려하여 이루어진다. 권리체계를 근거로 헌법이 제정되고 또한 권리체계가 헌법을 평가할 척도라면 헌법이 제정되기 전에 권리체계가 이미 도출되어 있어야 할 것이다. 그런데 하버마스는 권리체계와 헌법이 단지 선후 관계가 아닌 더 복잡한 관계를 맺고 있다고 주장한다.

“이 권리체계가 헌법의 틀을 짜는 입법자들에게 자연법으로서 미리 주어져 있는 것은 아니다. 이 권리들 일반은 헌법에 대한 특정한 해석 속에서 비로소 의식된다. …(중략)… 권리체계(“dem” System)라는 말은 고작해야 그러한 실천의 그때그때의 자기이해에 관한 설명들이 하나로 수렴되는 지점을 의미할 뿐이다. ‘우리가’ 이론적으로 도입한 추상적 기본권들도 나중에는 인위적인 개념으로 드러날 것이다. 누구도 역사적으로 이미 얻을 수 있는 해석과 무관하게 단독으로 권리체계에 접근할 수 있다고 자처할 수 없다. 권리체계는(“Das” System) 초월적 순수성 속에서 존재하지 않는다. 200년이 넘는 유럽의 헌법 발달사는 우리에게 충분한 수의 모델을 제공하고 있다. 그리고 이 모델들은 실정법을 통해 이루어진 자기입법의 상호주관적 실천을 필연적으로 인도하는 통찰들을 일반화하여 재구성하는 한 방

식을 보여줄 수 있다.”(FG, D163: K187)

이해를 돕기 위해 논리적 발생과 역사적 발생을 구분하여, 논리적 발생 순서로는 권리체계가 헌법에 앞서지만 역사상의 발생 순서로는 헌법이 권리체계에 앞선다고 정리해 볼 수 있다. 어떤 한 국가의 역사의 특정 시점에 헌법을 제정한 사람들의 결정이 있었고, 후대 사람들은 그들이 만든 헌법을 물려받아 계속해서 해석을 가하고 때로는 수정을 가함으로써 헌법제정자들이 헌법에 담은 인권의 이상을 이해할 수 있게 되는 것이다. 수많은 민주국가의 헌법, 그리고 각 국가에서 행해 온 헌법에 대한 해석이 사례로서 지금까지 쌓여 왔기 때문에 권리체계를 사후에 논리적으로 재구성해내는 작업이 가능하다.

하버마스에 따르면 헌법은 특정 시공간에 위치한 특정 공동체가 권리체계를 해석한 결과물인데, 한번 제정된 헌법이 오류가능성도 없고 수정도 불가능한 규정은 아니며 오히려 계속해서 그 내용과 정당성을 검사받아야 마땅하다는 점에서 해석이 항상 진행 중인 프로젝트이다. 실제로 우리는 법률의 정당성의 근거를 주로 헌법에서 찾지만, 헌법재판소의 존재만 보더라도 헌법의 규정 자체도 필요하다면 언제든지 문제될 수 있다. 하버마스는 헌법 제정자들과 현재를 사는 우리들 모두가 헌법을 대할 때 역사의 특수성을 초월하여 동일한 관점을 가져야 한다고 강조하기도 하는데, 그의 표현에 따르면 “모든 참여자들은 이 [헌법이라는] 프로젝트를 역사를 통틀어 같은 것으로 이해하고 같은 관점에서 판단을 내려야 한다.”(CD16, 775) 이는 일견 헌법이 역사와 시공간을 초월하여 타당하다는 주장으로 ‘진행 중인 프로젝트’로서의 헌법의 특성과 모순되는 것처럼 보이나, 이 주장의 의도는 헌법 해석이라는 프로젝트를 성공적으로 수행하기 위한 최초의 출발점을 제시하려는 것이다. 후대 사람들은 일단 헌법 제정자들의 관점을 택하여 헌법이 제

16) Jürgen Habermas, "Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?," William Rehg 옮김, *Political Theory*, 29권, 6호, 2001.

정될 당시의 헌법의 의미를 독해한 후에라야 해석과 수정을 가할 부분을 가늠할 수 있기 때문이다. 이와 같이 헌법이 역사를 넘어서 있지 않다는 것은 명백한 반면, 권리체계는 다양한 시공간에 존재하는 여러 헌법의 준거점이 되어야 하므로 특정 시공간을 넘어서 있을 것으로 예상된다. 하지만 권리체계도 헌법에 앞서 있는 것이 아니라 특정 시공간의 헌법 해석 속에서 비로소 의식되기 때문에 모든 역사를 초월하여 존재하는 것은 아니다.(FG, D163: K187)

권리체계와 헌법의 관계를 살펴본 결과, 반드시 권리체계가 먼저 형성되고 그 다음에 이어서 헌법이 형성되는 순서를 따르는 것은 아니다. 논리적 발생으로는 권리체계가 헌법에 앞서지만 역사적 발생으로는 헌법이 권리체계에 앞선다. 이 두 단계는 반드시 권리체계가 헌법에 선행하는 순서가 아니라 논리적 혹은 역사적 발생 중 어느 관점에서 보느냐에 따라 그 순서는 뒤바뀔 수 있음을 유의해야 한다. 권리체계가 선행한 이후에 비로소 헌법이 가능해지는 위계적인 관계라면 하버마스의 인권 이론은 권리체계를 중심으로 한 강한 보편성을 주장하는 이론일 것이나, 이러한 일방향의 관계가 아님이 드러났으므로 훨씬 약한 보편성을 지향하고 있음을 알 수 있다. 우리의 논의는 논리적 차원에서의 인권 도출을 다루고 있으므로 일단은 허성범의 제안대로 권리체계가 첫 단계이고 헌법이 이어서 등장한다고 이해할 수 있다. 또한 정당화가 두 단계를 모두 거쳐야만 비로소 완전히 이루어질 수 있다는 그의 해명도 타당하다. 인권이 이중적인 성격을 갖고 있기 때문에 인권을 도출하는 데에 도덕적 논증과 법적 논증이 모두 필요하며, 추상적인 권리범주들이 기본권으로 조형되고 나서야 인권의 발생이 완전히 밝혀질 수 있다.

(2) 그러나 허성범의 제안과는 달리 인권을 보편적으로 정당화하는 도덕적 논증은 헌법이 아닌 권리체계 차원에서 이루어져야 한다. 권리체계를 도출하는 논리적 과정은 보편성을 주장하고, 실제 기본권을 조형해내는 헌법 차원의 논증은 구체적 시공간의 맥락을 반영한다. 그렇다면 보편적 정당화를 지향하는 도덕적 논증이 권리체계 차원에서 이

루어지고 법적 논증은 헌법 차원에서 이루어져야 할 것이다. 권리체계는 역사상 존재했던 여러 헌법들이 동일하게 참조 근거로 삼는 단 하나의 체계인 반면, 헌법은 한 국가 내에서 구성원들이 처한 시대와 상황을 반영하여 제정되는 법 규범이다. 그러므로 헌법을 제정할 때에는 법적 논증이 이루어지는 것이지, 보편적인 적용이 가능한 도덕적 근거가 제시된다고 말하기 어렵다. 하버마스에 의하면 법적 논증에서 제시되는 근거들은 “역사적이고 문화적으로 형성된 법공동체의 정체성에 따라 상대적이고, 가치정향에 따라 상대적이며, 그 구성원의 목표와 이해상황에 따라 상대적”(FG, D193: K220)이기 때문에, 법 규범을 확립하는 해당 국가의 정체성과 가치관이 개입하게 되며 한 국가에서는 타당하다고 여겨지는 근거들이 다른 곳에서는 타당하지 않을 수 있기 때문이다.

구체적 기본권의 해석 차원에서 도덕적 정당화를 요구하는 입장의 또 다른 문제점은 인권의 도덕적 정당화를 그때그때 일어나는 담론에 맡겨둔다는 것이다. 시민들은 헌법을 통해 기본권을 조형하는 과정에서 도덕적 고려의 대상을 전 인류 차원으로 보편화할 것을 요구받는데 이는 시민들의 능력에 너무 많은 부담을 지우는 일이다. 이러한 난점은 하버마스가 도입한 법적 권리로서의 인권의 성격이 갖는 장점을 상쇄시키고 그가 비판했던 인권을 오직 도덕적 권리로 보는 시각과의 차이를 무의미하게 만든다. 인권이 법적 논증의 대상으로서 시민들이 속한 공동체의 목표와 특성을 논증에 반영할 수 있도록 할 때 인권이 법적 권리로서 구속력 있는 규범으로 인정받을 수 있다.

인권 도출을 위해 필요한 두 단계의 논증 과정을 두고, 먼저 권리체계를 도입하여 법적 논증을 거친 뒤 구체적인 기본권 조형의 과정에서 도덕적 논증을 진행하는 순서로 보는 해석은 타당하지 않다. 반대로 정당화를 담당하는 논증은 권리체계에서 이루어지고 헌법을 통해 기본권을 조형하는 과정은 법적 담론에 해당한다고 이해해야 한다. 인권이 법적 권리로서 바로 도입되면서도 다른 한편으로 도덕적 논증의 도움을 받아야 하는 이유는 형식 측면에서 인권이 법적 권리의 외양을 갖추고

있으나 그 정당화에 있어서는 도덕적 근거를 필요로 한다는 인권의 이중적 성격 때문이다. 형식적 특성은 애초에 정당화의 대상이 아니라 기능적 측면에서 설명이 이루어지는 것으로 충분하기 때문에(FG, D143: K166) 법 형식은 인권이 보편성을 얻는 데에 결정적인 것이 아니다. 권리체계 차원에서 도덕적 논증을 통해 얻게 되는 인권의 보편성은 담론원리에 의해 달성될 것이다.

3.1.2. 담론원리와 도덕적 논증의 보편성

기본권을 표현하는 헌법은 여타의 일반적인 법 규범이 도덕적 근거와 윤리적, 실용적 근거를 모두 취하는 것과 달리 오직 도덕적 논증으로만 정당화된다. 도덕적 논증이 권리체계 단계에서 이루어져야 한다면 권리체계가 도출되는 과정의 어느 부분이 도덕적 논증을 통한 보편적 정당화를 가능하게 하는지 확인해보아야 한다. 권리체계가 도출되는 과정은 법 형식과 담론원리가 만나면서 시작되는데, 그 과정을 하버마스는 다음과 같이 표현한다.

“담론원리는 법적 제도화의 경로를 통해서 비로소 민주주의 원리라는 형식을 취하게 되고, 이 민주주의 원리는 다시 입법과정에 정당성을 산출할 수 있는 힘을 부여한다. 핵심사상은 민주주의 원리가 담론원리와 법형식의 교차로부터 생겨난다는 것이다. 이 교차를 나는 권리의 논리적 발생으로 이해한다.”(FG, D154-155: K178-179)

담론원리가 민주주의 원리로 제도화된다는 것은 모든 사람을 합리적 담론의 참여자로 보장해 줄 수 있는 제도, 즉 제도화된 의사소통을 마련한다는 의미이다. 권리체계는 모든 사람이 합리적 담론의 참여자가 될 수 있도록 모든 사람에게 부여되어야 하는 특정 권리들을 담고 있으므로, 권리체계야말로 담론원리가 법의 형식을 띠도록 제도화된 결과를 표현하고 있다. 그러므로 권리체계는 시민들이 정치적 의지를 형성

할 수 있는 제도를 보장한다. 담론원리가 법적 제도화를 거치는 과정을 하버마스는 담론원리와 법 형식의 ‘교차’라고 표현하였는데, “담론원리와 법형식의 교차를 권리의 논리적 발생으로 이해한다.”는 것은 담론원리가 법적으로 제도화되는 과정 자체에서 곧 권리가 발생한다는 뜻이다. 비유적 표현이어서 쉽게 그 의미가 파악되지 않는 ‘법 형식과 담론원리의 교차’라는 표현의 의미는 법 규범과 도덕규범으로서의 이중적 의미의 인권의 성격을 통해 가장 명확하게 해명될 수 있다. 인권이 법과 도덕의 모습을 모두 갖고 있기 때문에 인권이 도출되려면 법의 형식적 특성과 도덕적 근거를 제안하는 담론원리라는 두 가지 측면이 모두 필요하다는 것이다. 권리체계 도출 과정에서 도덕적 논증을 통한 보편성을 지향할 수 있는 기반은 법 형식과 담론원리에서 찾아야 한다.

“시민들이 권리체계를 그들의 상황에 비추어 해석할 때, 사실상 그들은 자신들의 공동의 삶을 법을 통해 정당하게 규제하기로 결정하는 순간 떠맡았던 바로 그 사업의 의미를 밝히는 일을 하고 있을 뿐이다. 그러한 사업에 전제되는 것은 오직 담론원리에 대한 직관적 이해와 법적 형식이라는 개념 뿐이다.” (FG, D163: K187)

시민들이 공동삶을 정당한 법으로 규제하고자 할 때 떠맡는 사업은 서로에게 어떤 권리들을 인정해야 할 것인지 밝혀내는 일, 다시 말해 권리를 도출하는 작업이다. 위 인용문에 따르면 권리를 도출하는 작업은 담론원리에 대한 직관적 이해와 법적 형식이라는 최소한의 원리들만 공유되면 이루어질 수 있다. 그런데 법의 형식을 떠나는 사실만으로는 법에 합치한다는 합법성만을 표현할 수 있을 뿐 정당성까지 보장되지는 않으므로 법 형식은 정당화의 힘을 갖지 못할뿐더러, 형식적 특성은 정당화의 대상도 아니기 때문에 인권이 법 형식을 취하는 것과 인권의 정당화는 무관하다. 그러므로 인권의 보편적 정당화 능력은 담론원리에서 찾아야 한다. 그렇다면 담론원리가 과연 (1) 담론에 참여하는 사람들에게 보편적으로 받아들여질 수 있는 원리인지, (2) 그리고 이 원리

가 인권을 보편적으로 정당화할 힘을 갖추고 있는지 점검이 필요하다.

(1) ‘담론원리에 대한 직관적 이해’라는 표현에서도 드러나듯이 담론 원리가 채택될 가능성은 참여자들이 담론원리의 내용을 직관적으로 받아들일 것이라는 기대의 수준에 머물고 있다. 담론원리를 직관적 차원에서 이해하는 것으로 충분하다면 담론원리가 받아들여질 수 있는 폭이 넓어질 수 있겠으나, ‘직관적’이라는 방식이 모호하고 불명확하기 때문에 오히려 ‘자신의 직관에 따라’ 담론원리를 거부하는 일도 가능하다. 직관에 호소하는 방식을 취하는 것은 형이상학적 논증이나 권위적인 해석에 매달리지 않고 일반적인 사람들의 동의를 쉽게 얻기 위한 방법이기도 하지만 그 직관이 누구의 직관인지, 그러한 직관을 모든 사람이 공유하고 있다고 확신할 수 있는지 등의 문제를 불러일으킬 수 있다.

더욱이 담론원리에 대한 이해와 함께 담론 참여자들의 동기도 형성된다는 점도 문제이다. 담론에 참여하는 공동체의 구성원들은 서로를 폭력으로 규제하지 않고 공동의 삶을 살아가며 공존하려는 목표를 이미 갖고 있는 것으로 설정되고, 이러한 목표를 달성하기 위해 필요한 권리를 도출하는 것이 하버마스의 인권 이론을 추동하는 근본 물음이다. 공동삶의 실제 모습과 내용이 어떤 형태를 보이든지 간에 공동의 삶을 법으로 규제하기로 결정하는 행위 자체는 보편적일 것이라는 전제가 여기에 깔려 있다. 공동의 삶을 규제하는 방식에 대한 합의에 이르고자 하는 동기를 이미 갖고 있다면 담론원리를 받아들이고 합리적인 논쟁을 통해 합의에 이를 수 있겠으나, 그러한 동기를 갖고 있지 않은 사람들은 담론원리를 굳이 받아들일 필요가 없다. 그렇기 때문에 담론에 참여하고자 실제로 ‘마음먹은’ 사람들만이 담론원리를 받아들인 것이고 아직 담론에 참여할 생각이 없는 사람들에게 담론원리는 무의미한 원칙이 아니냐는 반론이 가능해진다. 담론을 통한 합의라는 동기를 가져야만 담론원리를 받아들일 수 있다는 말은, 담론원리를 받아들여야만 담론원리를 받아들일 수 있다는 동어반복에 지나지 않는다는 것이다.

논증을 끝까지 거부하는 ‘일관된 회의주의자’를 동원하여 제기되는

반론에 하버마스는 다음과 같이 대답한다. 회의주의자는 논증을 거부함으로써 도덕성을 부정할 수는 있겠지만, 자신이 자라나고 속해 있는 삶 자체에 내재한 실천적 측면을 부정할 수는 없을 것이다. 회의주의자는 삶을 유지하는 이상 소통적 일상행위로부터 벗어날 수 없다. 소통적으로 행위 하는 주체는 논증은 물론 일상적 의사소통을 통해서도 단언적이거나 혹은 규범적인 타당성 주장을 제기할 수밖에 없다. 따라서 어떤 삶의 형식이든 논증적 수단을 통한 의사소통행위를 지향하지 않을 수는 없다. 결국 회의론자가 끝까지 일관되게 논증을 거부하기란 불가능하다.(MkH¹⁷), D109: K153-154)

그런데 하버마스가 회의주의자를 논박하는 방식은 보편적인 정당화를 포기하고 사회학적인 설명을 제시하는 것으로 한 발 물러서도록 만든다는 문제제기가 있다. 사회문화적으로 구성된 생활세계라는 연관, 그리고 일상행위의 의사소통으로서 벗어날 수 없다는 점을 지적하는 하버마스의 논박은 결국 논증에 참여하는 사람의 의지에 달려 있다는 것이다.¹⁸⁾ 이 비판이 타당하다면 하버마스가 주장하는 담론원리의 철학적 보편성을 달성했다고 보기 어렵다. 그러나 담론에 참여한다는 것을 마치 어떤 모임에 참여하는 것처럼 마음을 먹고 실행하는 종류의 행위라고 생각해서는 안 된다. 어떤 행위 규범이 자신의 행위를 실제로 규제함으로써 이익 혹은 불이익을 가져오리라고 생각하는 사람은 적어도 그 규범에 동의하거나 반대하는 의견을 가지고 있을 것이고, 누군가 그 문제에 대한 의견을 묻는다면 아직 밖으로 표출하지 않았던 자신의 의견을 표명할 것이다. 만약 아직 그 문제에 대해 생각해보지 않은 사람이라면 질문을 받는 순간 자신의 입장이 어떠한지 생각하게 될 것이며 그 순간부터 담론의 잠재적인 참여자로 분류될 수 있다. 지금 당장이

17) Jürgen Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988. (국역: 『도덕의식과 소통적 행위』, 황태연 옮김, 서울: 나남, 1997.)

18) Farid Abdel-Nour, "Farewell to Justification: Habermas, Human Rights, and Universalist Morality," *Philosophy and Social Criticism*, 30권, 1호, 2004, 86쪽.

아니더라도 언젠가는 타인과 대화를 나눌 계획이나 의지가 있다면, 혹은 타인과 전혀 대화를 나누지 않고 살아갈 생각이 아니라면 담론의 잠재적인 참여자에 해당한다. 만약 주제화된 문제에 관한 질문을 받았을 때 대답을 거부할 합당한 이유가 없는데도 대화에 참여하지 않는다면 위의 일관된 회의주의자와 같은 방식으로 논박될 것이다. 그러므로 행위 규범의 결과에 영향 받는 모든 사람들은 넓은 의미에서 담론의 ‘잠재적인’ 참여자들이고, 담론참여자로서 규범의 정당화에 관한 논의에 의견을 낼 수 있다.

(2) 담론원리의 채택 가능성이 직관에 달려 있다는 점은 담론원리의 내용이 표현하는 불편부당성의 이념으로 이어진다. 담론원리의 직관적 이해로부터 우리가 도달한 바는 논증에 참여할 때 모든 참여자들이 자유롭고 평등한 사람으로서 참여한다는 이상적 가정을 전제해야만 한다는 주장이다.(ED, D154: K189) 논증 참여자들이 서로를 동등한 대화 상대자로 여기는 논증의 전제조건은 바로 담론원리가 표현하는 내용인 실천적 판단에서의 불편부당한 관점과 연결된다.(FG, D140: K163) 담론원리에 대한 직관적 이해로 충분하다는 것은 규범의 정당성을 다룰 때 모든 이의 관점이 불편부당하게 반영되어야 한다는 직관적 생각에 호소하겠다는 의도이다. 하버마스는 담론의 규칙은 단지 관습이 아니라 불가피한 전제로서 직관적 이해에 호소하는 수밖에 없음을 고백한다.(MkH, D99-100: K139) 직관적 이해는 수행적 모순 개념을 통해 이루어지는데, 일관된 회의주의자가 만약 계속해서 논증을 거부한다면 그 사람은 단지 논증만 거부하는 것이 아니라 논증에 전제되어 있는 삶의 연관, 즉 자신이 대화와 소통으로 이루어진 사회적 삶 속에서 살아왔다는 사실 자체를 거부하게 됨으로써, 자신이 주장하고 있는 바와 실행하고 있는 바가 불일치하는 ‘수행적 모순’¹⁹⁾에 빠지게 된다. 이제

19) 모든 발화가 명제적 측면(daß 절)과 수행적 측면(주절)의 결합으로 이루어져 있다는 점에서, 명제적 측면에서 주장하는 내용과 수행적 측면에서 행위하는 내용이 일치하지 않을 때 수행적 모순이 일어난다. 예를 들어 “나는 모든 주장은 상대적이라고 주장한다.”라는 발화는 수행적 모순을 일으키고 있다. ‘나는 주장한다’라는 발화의 수행적 측면이 ‘모든 주장은 상대

논증의 전제조건으로서 불편부당한 관점을 해명하는 담론원리는 직관을 넘어 논증에 참여하는 모든 이들이 전제하지 않을 수 없는 보편적 지위를 부여받는다.

단, 이는 현실에서 이루어지는 모든 담론이 실제로 담론의 규칙을 전부 충족시키고 있다는 주장과는 다르다. 현실의 모든 담론이 담론의 규칙을 완전히 충족시키기란 불가능할 것이다. 이상적 가정은 담론에 참여할 때 누구나 암묵적으로 전제하는 이 규칙이 충분히 충족되고 있다고 가정해야만 담론이 문제없이 이루어질 수 있다는 것에 지나지 않는다. 덧붙여 현실에서 이루어지는 담론들이 규칙을 충족시키고 있다고 가정하는 것만으로는 불명확함을 피할 수 없으므로, 적어도 최소한으로 이 규칙을 충족시킬 수 있도록 담론을 제도화하는 작업이 요청된다.(MkH, D102: K142) 이러한 담론의 제도화가 담론원리와 법 형식의 교차를 통해 일어난다는 점은 앞서 확인되었으며, 담론의 제도화가 권리를 발생시키는 과정과 동일하다는 점도 우리는 이미 알고 있다.

그는 각 주체들이 화용론적 전제들을 “자신들의 뿌리 깊은 직관과 기대”로서 받아들여도록 만들지만, 직관과 기대를 단지 재구성하는 데 그칠 뿐 그것이 과연 보편성을 얻을 수 있는지에 대해서는 더 이상 이야기하지 않는 듯하다.²⁰⁾ 그러나 그가 직관의 재구성에서 더 나아가지 않는 까닭은 그가 아펠(Karl-Otto Apel)과 같이 논증의 전제를 선험적인 최종 정당화의 단계까지 이끌어 가려는 시도²¹⁾를 거부하고 논증과 담론의 구조를 재구성하는 이론적 목표를 추구하기 때문이다. 선험적

적이다’라는 발화의 명제적 측면에 의해 모순에 빠지기 때문이다. Karl-Otto Apel, "Die postkantische Universalismus in der Ethik im Lichte seiner aktuellen Mißverständnisse," *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988 참조.

20) Maeve Cooke, "Avoiding Authoritarianism: On the Problem of Justification in Contemporary Critical Social Theory," *International Journal of Philosophical Studies*, 13권, 3호, 2005, 391-392쪽.

21) Karl-Otto Apel, "Die postkantische Universalismus in der Ethik im Lichte seiner aktuellen Mißverständnisse," *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988 참조.

정당화가 아닌 재구성적 사회이론이라는 목표 설정이 갖는 장점은 경험적 사회과학은 정당성 문제를 다루지 못하는 반면 철학적 정의론은 다원주의라는 경험적 현실을 평면적으로 받아들이는 문제를 모두 극복한다는 데 있다.

담론원리가 직관을 통해 보편적으로 받아들여지기를 기대한다는 점에서 담론원리가 가진 불편부당성을 통해 보편화의 힘이 발휘된다. 담론원리가 권리의 범주를 도출해낸 결과인 권리체계와, 권리체계를 기초로 기본권의 모습으로 조형해낸 결과인 헌법 사이의 관계는 다원성이 수용될 수 있는 한계를 지시해줄 것이다. 권리체계가 헌법에 정당화의 근거를 제공한다면, 헌법은 권리체계를 논리적으로 구성할 때 바탕으로 삼는 실제 사례를 제공한다. 권리체계와 헌법 사이의 우선성 문제는 논리적 재구성과 역사적인 사례 중 무엇이 선행 조건으로 간주되는지에 관한 물음이다. 이 물음을 통해 권리체계가 추구하는 보편성과 헌법이 허용하는 다원성의 선후 관계가 어떠한지, 즉 하버마스의 이론이 보편성과 다원성을 어떻게 관련시키는지 알 수 있다.

권리체계가 도출되는 과정은 인권이 역사적으로 발생한 과정에 대한 서술이 아니라 논리적인 발생 과정을 재구성한 결과이다. ‘발생’은 대상의 기원과 발달 과정을 뜻하므로 발생을 서술한다는 것은 대상이 만들어진 기원과 변화해온 과정에 대한 해명을 가리킨다. 인권이 역사적으로 발생한 과정을 추적하려면 인권 개념을 사용한 문헌들 및 각 시대의 사상사의 흐름을 조사해야 할 것이다. 반면 인권의 논리적 발생은 권리가 등장한 역사적 사실에 대한 경험적 서술이 아닐 뿐더러 역사적 발생 과정과 반드시 일치하지도 않는다. 그러나 논리적 발생을 서술하는 것은 역사적, 경험적으로 이미 일어났던 발생 과정에 대한 이해를 바탕으로 사후에 재구성하는 작업이므로, 논리적 발생에 대한 해명이 경험적 차원을 도외시하고 이루어질 수는 없다. 그러므로 권리의 논리적 발생을 해명하는 인권 철학의 과제는 경험적 학문의 과제와 동일한 것은 아니지만, 경험적 학문의 성과를 무시한 채 달성될 수 없다. 논리

적 발생 해명은 특수한 경험적 차원에 매몰되지 않는다는 점에서 인권 철학이 추구하는 보편적 설명력을 지향하며, 동시에 역사적 발생 단계를 관찰하여 그 단계의 구조를 역으로 재구성한다는 점에서 경험적 차원과 맥을 같이한다.

논리적 발생과 역사적 발생을 구분하는 일은 권리체계와 헌법 사이의 우선성 문제에 접근하는 한 실마리가 될 수 있다. 권리체계는 논리적 발생상 헌법에 앞서고, 헌법은 역사적 발생상 권리체계에 앞서기 때문에 둘 중 무엇이 더 앞선다고 단언할 수 없으며, 논리적 재구성과 역사적 사례 중 어느 것에 집중하느냐에 따라 우선성은 얼마든지 달라질 수 있다. 그러므로 권리체계와 헌법은 선후 관계를 맺는다고보다 한 쪽이 구성되기 위해 상대방을 참조하는 관계라고 이해해야 한다. 바로 이러한 상호참조적인 관계가 보편성과 다원성의 결합을 가능하게 하는데, 인권의 보편성을 보장하는 권리체계와 다원적 해석을 가능하게 하는 헌법이 서로를 지탱하며, 둘 모두가 있어야 인권이 완전히 성립한다고 말할 수 있기 때문이다. 권리체계와 헌법의 관계를 이와 같이 설정한다면 하버마스의 인권 이론 안에서 논리상의 보편성과 해석상의 다원성이 공존한다고 말할 수 있다.

그런데 하버마스가 자신의 인권 이론에서 다원성을 수용할 때 어떤 인권 목록이든 조건 없이 허용하지는 않는다. 예를 들어 그가 생명 및 신체의 자유권을 포함하지 않는 인권 목록을 허용하리라고는 예상할 수 없다. 그가 가능한 인권 목록 중 어느 것을 허용하고 어느 것을 허용하지 않는지 결정하는 한계선은 권리체계에 의해 그려진다. 논리상의 보편성 한계 내에서 이루어지는 다양한 인권 해석 시도는 허용되나, 논리상의 보편성을 무시하는 해석 시도는 하버마스에 의해 거부될 것이다. 즉, 권리체계에 의해 조정되어야만 하는 기본권들이 빠져 있다면 인권의 목록으로 인정받지 못한다. 권리체계에 의해 밝혀진 기본권 그 이상의 새로운 권리들이 포함된 목록의 경우는 권리체계가 표현하는 기본권을 침해하지 않는 한에서 충분히 인정될 수 있다.

다원성 수용의 한계를 결정하는 기준이 권리체계가 지닌 보편성이라

면, 권리체계가 헌법보다 우선적 지위를 갖는다는 의미이므로 둘 사이의 관계를 다시 설정해야 한다. 권리체계와 헌법의 상호참조하는 관계에도 불구하고, 권리체계가 먼저 제한 조건으로 주어진 뒤 그 틀 안에서만 헌법에 의한 다양한 해석이 가능하다면 헌법의 역사적 발생보다 권리체계의 논리적 발생을 더 중요시한다고 볼 수 있다. 이는 하버마스가 도덕과 법에 걸쳐 있는 인권의 이중적 성격을 통해 보편성과 다원성의 이중적인 면을 모두 가진 인권의 모습을 서술했음에도, 최종적으로는 다원성보다는 보편성에 우선권을 두고 그 한계 내에서의 다원성만을 수용함을 보여준다. 그의 이론에서 인권의 내용을 도덕적으로 정당화하는 힘은 논리적 발생 과정인 권리체계 단계에 있으므로 권리체계의 보편성이 이론의 핵심에 위치하게 되는 것이다.

3.2. 다원성의 수용 기준

하버마스는 논의에 참여하기 위한 전제조건인 불편부당성의 이념 하에 사적 자율성과 공적 자율성을 모두 반영하고자 하는 인권 목록만을 인정하며 보편적인 것으로 받아들인다. 다양한 인권 목록을 수용할 것 인지는 권리체계에 의해 그 한계선이 그어지며, 그 한계선 내에서는 각 국가가 처한 상황 및 지나온 역사 등을 고려하여 기본권이 헌법에 의해 보장될 수 있다.

3.2.1. 인권 목록의 다원성을 허용하는 기준으로서의 권리체계

이제 다원성 수용의 한계선이 되는 보편성을 규정함으로써 허용 가능한 인권의 목록을 결정하는 권리체계의 구체적 내용을 살펴볼 것이다. 담론원리와 법 형식의 교차로 최종적으로 도출된 권리체계는 총 다섯 개의 권리범주로 이루어져 있다.

- ① 평등한 자유권: 가능한 최대의 평등한 주관적 행위자유의 권리에 대한 정치적으로 자율적인 조형으로부터 생겨나는 기본권
- ② 구성원권: 법적 동료들의 자유의지적 연합체 속에서 그 구성원의 지위에 대한 정치적으로 자율적인 조형으로부터 생겨나는 기본권.
- ③ 소송권: 권리의 소송가능성으로부터, 그리고 개인적 권리보호에 대한 정치적으로 자율적인 조형으로부터 직접 생겨나는 기본권.
- ④ 정치적 기본권: 시민들의 정치적 자율성이 행사되고 정당한 법이 산출되는 의견형성과 의지형성 과정에 시민들이 동등하게 참여할 수 있는 기본권.
- ⑤ 생활보장권: 주어진 상황에서 ①에서 ④까지 언급한 시민적 권리를 동등한 기회를 갖고 사용하는 데 필요한 정도로 사회적, 기술적, 생태적으로 보장되는 생활조건 보장에 대한 기본권.(FG, D155-157: 179-181)

다섯 개의 권리범주는 그 성격에 따라 다시 세 종류로 분류된다. (1) ①에서 ③까지의 기본권은 사적 자율성, 즉 주관적 권리를 통해 개인의 사적 영역을 보장하는 법 코드 자체로부터 나오는 기본권이다.(FG, D159: K183) (2) ④의 정치적 기본권이 추가될 때 비로소 법의 수신자가 입법자 역할까지 담당할 수 있게 된다. 정치적 자율성을 확립하는 기본권이 성립되었으므로 이 단계에서는 의사소통적 자유를 정치적으로 사용할 수 있는 평등한 기회를 보장하는 제도화가 요구된다. (3) 마지막으로 권리범주 ⑤는 일종의 사회복지에 관한 권리이며 ①에서 ④까지의 기본권을 제대로 보장하기 위해 반드시 필요한 권리들이 여기에 속한다. 권리범주는 이처럼 세 부류로 나뉘어 차례로 발생된다. 먼저 법 형식의 바탕을 이루는 사적 자율성이 담론원리의 지배를 받는다. 그 다음으로는 사적 자율성과 동근원적인 공적 자율성이 법 제도에 새겨져야 한다. 마지막으로 공적 자율성의 제도화가 진행된 후에 처음의 사적 자율성을 다시 법적으로 다듬는 과정이 이루어진다.

제일 먼저 도입되는 세 가지 기본권은 사적 자율성을 표현하는 권리들로서 고전적 자유권의 내용들을 담고 있다. 두 번째 종류로 분류된 정치적 기본권은 공적 자율성에 해당한다. 사적 자율성에 이어 공적 자율성을 표현하는 권리범주가 도입될 때 둘의 상호의존성을 전제하는 이론이 제 모습을 갖추게 된다. 단지 사적 자율성이 먼저 확립되고 공적 자율성이 뒤에 추가되는 것이 아니라, 정치적 기본권을 통해 공적 자율성을 행사하는 시민들이 이미 주어진 사적 자율성의 의미에 대해 다시 논의하는 것이 가능하다.²²⁾ 마지막으로 세 번째 권리범주는 앞의 두 부류와 약간 다른 위상을 지니는 것으로서 사적 자율성과 공적 자율성이 기본권으로 제시된 후에 그로부터 등장하는 기본권이다. 그러나 각각의 범주는 실제 법으로 보장되는 기본권이 아니라 어디까지나 권리의 '범주'로서 기본권보다 한 단계 추상된 차원임을 유의해야 한다. 예를 들어 첫 번째부터 세 번째까지의 권리범주가 곧 역사적으로 자유권으로 이해되어 온 인권의 목록과 동일하다고 이해해서는 안 된다.

다섯 가지 권리범주가 표현하는 기본권들이 빠져 있는 인권 목록이나, 이러한 기본권들의 보장을 해치는 내용이 포함된 인권 목록은 하버마스가 다원성의 이름 아래 허용할 수 있는 선을 넘어선다. 권리체계에

22) 그래서 하버마스는 권리의 논리적 발생이 순환 과정이라고 말한다. 이 순환과정을 통해 담론원리와 법형식의 교차 결과 민주주의 원리와 함께 법의 코드(Rechtskode) 또한 발생한다는 것이 드러난다.(FG, D155: K179) 법의 코드란 법이라는 하나의 체계 내에서 통용되는 언어라고 할 수 있는데, 일상적인 사건들이 법정에서 다루어지려면 법체계에서 이해되고 처리될 수 있는 방식으로 재가공되어야 하고 그러한 재가공은 법 코드에 맞는 방식으로 이루어진다. 예를 들어 이웃 간의 다툼이 일어났을 때 이를 법으로 중재하려면 이 사건이 어떤 법률의 적용을 받는지, 특정인의 행위가 합법인지 불법인지 등 문제에 접근하는 특정한 방식이 정해져 있는데, 이러한 방식은 일상생활에서 사건을 접할 때와는 다르다. 물론 법 코드는 사람들이 원하는 대로 선택할 수 있는 것이 아니라 이미 법체계 내에서 성립되어 주어져 있다. “시민들이 자신들의 정치적 자율성을 행사하는 매개체는 선택의 문제가 아님을 기억해야 한다. 시민들은 오직 법적 주체로서만 입법과정에 참여하고, 그들이 어떤 언어를 사용할지 결정하는 것은 더 이상 그들의 권한이 아니다. 그러므로 담론적 의지형성의 의사소통적 전제가 시민권의 형태로 제도화되기 이전에, 그러한 법 코드가(the legal code as such) 이미 사용가능해야 한다.”(RL, 117)

의거하여 조형되는 기본권들은 모두 필수적으로 인권 목록에 포함되어야 한다. 자유권범주와 참여권범주, 그리고 생활권범주에 따라 구체화되는 기본권 목록이 헌법에 의해 보장되어야 하는 것이다. 어떤 공동체가 작성한 인권의 목록이 이러한 권리범주에 해당하는 기본권들을 인정하지 않는다면 하버마스는 이를 정당한 인권 목록으로 받아들이지 않을 것이다.

앞서 우리는 담론원리의 내용이 직관적인 설득력을 가질 뿐만 아니라 대화의 전제조건으로서 강한 보편성을 인정받을 수 있음을 확인하였다.(3.1.2.) 그러나 권리체계에 관한 하버마스의 이론이 서구 중심주의나 제국주의적 태도를 같이 갖고 있다면 그것은 보편주의가 아니라 자문화중심주의나 제국주의일 뿐이다. 담론이론의 발생 배경이 서구임은 부인할 수 없는 사실인데, 담론이론과 집단 간 다원성의 관계를 알아보기 위해서는 먼저 서구에서 발생했다는 지역적 한계 때문에 담론이론을 서구 중심적이라고 할 수 있는지 확인해야 한다. 어떤 이론이 서구 문화권을 경험한 사람에 의해 고안되었고 서구 문화권의 여러 역사적 사실에 비추었을 때 가장 잘 설명되며 서구의 현실에 잘 적용될 수 있을 것으로 보인다면 그 이론을 서구의 문화적 발전에 뿌리 내린 이론이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 특정 문화권에서 만들어진 이론이라고 해서 필연적으로 다른 문화와 충돌하지는 않으므로 서구에서 발생한 이론을 곧바로 제국주의적인 이론이라고 비판해서는 안 된다. 서구의 문화적 발전에 뿌리 내리고 있다는 특성은 약한 의미에서 일종의 '서구 중심성'을 보여준다고 할 수 있으나, 그것이 제국주의와 동일한 것은 아니다.

인권 개념이 실제 역사적으로는 서구에서 발생했더라도 논리적으로 이 개념의 적용 범위와 유용성이 보편성을 지닐 가능성은 얼마든지 있다. 그리고 서구의 정당화 방식이 반드시 문화의 특수성에 매몰되어 버릴 것이라고 보는 것은 문화 간 대화의 가능성을 애초에 차단하는 극단적 상대주의에 따라 내린 회의적 결론이다. 인권 개념의 정당화가 서구에서 기원했고 서구에서 주로 이루어지고 있다고 해도 인권이 보편

적인 정당성을 지향할 수 있고 또 실제로 보편적인 정당성을 어느 정도 획득할 수 있다는 바람은 충분히 표현할 수 있다.

더욱이 서구의 학자든 비서구 출신의 학자든 인권을 이론적으로 다루려는 사람은, 인권이라는 이 특정한 개념이 역사적으로 서구에서만 들어지고 사용되어 온 개념이라는 사실 자체를 부정할 수는 없다. 어떤 개념이 특정한 역사적 시공간이라는 배경을 두고 탄생하고 경험적 현실에 대한 인식을 전제로 하여 발전해 온다는 점은 인권 개념 외에도 많은 학문적 개념들에 해당할 수 있다. 하지만 인권 개념은 특히 현실과 바로 맞닿아 있어서 인권 개념이 먼저 있었던 것이 아니라 인권이 침해당하는 상황이 먼저 있었고, 현실의 어떤 상황이 정의롭지 못하다는 문제의식에 따라 그러한 문제점을 포착하고 해결하고자 하는 실천적 의도에서 인권이라는 개념이 학문의 장에 불려나왔다.

그러므로 서구에서 발생한 이론이라는 이유로 하버마스의 인권 이론을 제국주의적이고 서구 시각의 자문화중심주의적인 이론으로 간주해서는 안 된다. 하버마스가 서로 다른 문화적 배경을 가진 사람들 사이에서 인권에 관해 논의할 때 지켜야 할 기본적인 태도를 다음과 같이 제안하고 있다는 사실을 통해 그가 제국주의를 경계하고 있음이 드러난다.

“먼저 나는 상이한 문화적 배경을 가진 참여자들 간의 인권논의의 해석학적 출발상황에 대해 성찰할 것을 제안하고자 한다. 이를 통해 우리는 상호 이해를 목적으로 하는 각각의 모든 논의의 암묵적인 전제가정들 속에 이미 포함되어 있는 규범적 내용에 주목하게 될 것이다. 왜냐하면 문화적 배경과는 무관하게 직관적으로 모든 참여자들은 의사소통참여자들 간에 대칭적 관계 - 상호인정의 관계, 서로 간에 상대방의 시각을 받아들이는 관계, 자신의 전통을 이방인의 시각에서도 바라보고, 서로에게서 배우려고 하는 등 참여자들이 서로에 대해 그러리라고 함께 가정하고 있는 기꺼운 태도 - 가 존재하지 않는다면 확신에 근거한 합의가 불가능하다는 것을 아주 잘 알고 있기 때문이다.”(WR, 446)²³⁾

23) Jürgen Habermas, 『진리와 정당화』, 윤형식 옮김, 파주: 나남, 2008.

서로 다른 문화적 배경을 가진 사람들이 만났을 때, 상대방을 논의의 대상으로 인정하지 않고서는 합의는 물론이고 논의를 시작조차 할 수 없다는 것이 하버마스의 지적이다. 서로를 대화 상대자로 고려할 때에 만 두 사람 사이에 대화가 이루어질 수 있다는 점에서 이러한 지적은 타당하다. 이때 대화에 참여할 사람들은 서로를 대화상대로 인정할 뿐만 아니라 이들 사이에 평등한 관계가 성립되어 있어야 한다.

그래서 그는 타 문화권과 만날 때의 관용을 강조한다. 그에 따르면 다른 집단이 우리의 시각에서 볼 때는 윤리적으로 비난받을 법한 행위를 하더라도 그것을 관용한다고 해서 우리의 정체성이 훼손되지 않는다. 오히려, 우리에게서 ‘법적으로’ 관용이 요구된다.(EA, D322: K322) 타인들이 가진 다양성이 내가 보기에 이해가 되지 않거나 심지어 혐오스럽게 느껴지더라도, 공동의 삶을 영위하겠다는 목표를 갖는 이상 그러한 차이들을 관용하지 않을 수 없다. 이때 관용은 개인의 마음가짐에 맡겨진 것이 아니라 상대를 관용하도록 법적으로 제도화되어 있어야 한다는 점이 중요하다. 시민들 각각이 관용의 미덕을 스스로 기를 것을 기대하기란 요원할뿐더러 개인에게 너무 높은 수준의 덕성을 요구하는 일일 수 있기 때문에, 의사소통의 전제인 관용이 제도화되었을 때 비로소 제도의 보호 안에서 공정하고 정당한 논의 조건이 갖추어지게 된다. 우리는 관용에 관해 이러한 생각을 갖고 있는 사람을 두고, 가치관과 생각의 다양성을 인정할 뿐만 아니라 어떤 상대이든 의사소통 상대방으로 인정하는 사람이라고 평가해야 한다. 즉, 하버마스는 서구의 개념인 인권이 보편적인 유용성을 지니고 있다고 보지만 인권을 유일하게 보편적인 이념으로서 타 문화권에 일방적으로 강요할 생각은 없는 것이다.

3.2.2. 권리범주들의 우선성 문제

다섯 범주들이 모두 동일하게 필수적인 기본권을 표현하고 있음에도

불구하고, 이 범주들 간의 우선성을 둘러싼 문제가 제기될 수 있다. 앞의 네 기본권이 하나의 과정 안에서 동등한 지위를 점하고 생성되는 반면, 마지막의 생활보장권은 논리적으로 가장 마지막에 앞의 네 범주로부터 비로소 도출되는데, 하버마스의 표현에 따르면 앞의 네 기본권들이 마지막 기본권을 “함축”(FG, D156: K180)한다. 하버마스가 “절대적으로 근거지어진 네 가지 자유권 내지 참여권”과 “사회적 권리와 생태적 권리 같이 상대적으로 근거지어진 권리”를 구별하여 다름으로써(FG, D157: K181) 우선성 문제를 둘러싼 혼란이 벌어진다.

권리범주들 간의 우선성 문제가 중요한 까닭은 마지막 범주인 생활보장권이 특수한 상황과 시대에 따라 다양한 권리 목록을 포함할 수 있는 권리범주로서 인권 목록의 다원성 문제와 가장 밀접하기 때문이다. 하버마스가 다원성이 허용될 수 있는 권리범주에 단지 상대적인 중요성을 부여함으로써 특수성에 따라 다양하게 나타나는 권리들의 목록의 지위를 낮게 취급한다는 의심이 들 수 있다. 나아가 절대적으로 근거지어지는 권리들에 비해 상대적으로 근거지어지는 권리는 우선성이 떨어진다는 것인지, 만약 그렇다면 기본권들을 전부 충족시키지 못하는 어떤 상황에서는 앞의 네 범주와 달리 지켜지지 않을 수도 있는지 등의 의문이 제기될 수 있다. 만약 권리범주들이 발생하는 순서가 권리범주들의 우선성을 결정한다면 여러 인권의 목록 중 자유권이 가장 중요하고 사회권이 상대적으로 덜 시급한 중요성을 가진다고 주장하는 것이며, 나아가 인권 목록의 다원성을 거부할 수 있는 경우가 더 많아지게 될 것이다. 그러므로 권리범주가 도출되는 순서가 권리의 차등을 의미하는지, 혹은 그 차등이 중요성과 우선성의 차이를 의미하는지가 해명되어야 한다.

처음 세 권리범주는 자유권에 해당하는 기본권들로 조형될 권리범주들이고, 네 번째 권리범주는 정치적 참여권을 표현하며, 마지막 권리범주는 생활보장권이다. 이들 각각을 자유권범주, 참여권범주, 생활권범주로 지칭하겠다. 자유권과 참여권이 생활권보다 우선한다는 의구심을 불식시키는 것은, 앞서 담론원리 (D)를 도입하면서 확인한 대로 사적 자

율성과 공적 자율성을 모두 포함하는 인권을 구성하는 것이 권리범주의 목표라는 점이다. 우선 자유권범주가 생겨나고 이어서 참여권이 등장하는 과정은 사적 자율성과 공적 자율성의 동근원적이고 상호보완적인 관계와 맞물려 있다. 세 부류의 기본권이 발생하는 과정은 순환 과정이어서 사적 자유권으로부터 시작하여 정치적 참여권이 도입되고 나면 평등한 정치참여의 관점에서 다시 처음의 사적 자유권에 대해 논의할 수 있다는 것이 하버마스의 설명이다.(FG, D155: K179) 그러나 사적 자율성이 먼저 의식되고 공적 자율성이 상대적으로 나중에 의식되더라도 둘의 관계는 중요도나 우위에 있어서 차등을 갖는 것이 아니라 같은 근원의 두 측면이라는 점을 간과해서는 안 된다. 앞서 하버마스의 인권 개념의 이중적 성격을 통해 그의 인권 이론 전반이 야누스의 얼굴과 같은 성격의 동근원성의 구조를 띠고 있다는 점을 고려할 때, 사적 자율성과 공적 자율성의 관계도 우열이나 차등적 순서를 의미하지 않는다고 이해해야 한다.

마지막 권리범주가 앞의 범주들에 비해 우선성이 떨어지는 것이 아닌 이유도 같은 맥락에 있다. 마지막 범주는 앞의 두 부류인 사적 자율성과 공적 자율성을 모두 실현하기 위해 보장되어야 할 필수적 기본권이며, 그러한 점에서 마지막 범주 없이는 자유권과 참여권도 불완전하다. 인권의 이중적 성격에서 출발하여 사적 자율성과 공적 자율성의 매개를, 다시 말해 두 가지 자율성 모두를 시민의 자율성으로 통합하는 권리체계를 만드는 것이 하버마스 인권 이론의 목표라면, 그러한 통합에 필수적이지 제대로 통합이 이루어졌는지 다시 반성하고 확인하게 해주는 것이 바로 마지막 범주이다.

하버마스는 여성의 권리를 예로 들어 이를 해명한다. 역사적으로 공적 영역에서 여성은 남성에 비해 지위도 낮았고 발언권이나 참여의 기회도 제대로 주어지지 못했다. 여성의 공적 지위와 참여가 강화되지 못한다면 여성이 평등한 자유의 권리를 제대로 누리고 있다고 말할 수 없다. 공적 의사소통에 참여하는 것이 곧 평등을 결정하는 기준이므로 사적 자율성과 공적 자율성이 매개되는 것이다. “기본권의 실현은 평등

하게 권리를 부여받는 시민들의 사적 자율성을 오직 그들의 정치적 자율성의 활성화와 병행하여 보장하는 과정”(FG, D515: K563)이라는 권리체계의 이상을 염두에 둘 때, 여성의 권리가 왜 중요한지 알 수 있다. 따라서 생활권을 조형하여 나오는 여러 기본권들을 보장함으로써 현존하는 성별 불평등을 시정하여, 여성을 포함한 모든 시민들이 자유권과 참여권을 동등하게 누릴 수 있는 방향으로 나아가야 한다. 생활권을 조형하여 나올 수 있는 여성의 권리를 보장하기 위한 기본권들은 그 사회의 성별 불평등의 정도와 양상에 따라 다양할 수 있다. 예를 들어 여성의 공적 지위가 남성보다 낮은 이유가 교육 수준의 차이에서 기인하는 사회라면 동등한 기초 교육을 받을 권리가 생활권범주로부터 나와야 한다. 혹은 한국과 같이 성별에 따른 동등한 교육 수준이 어느 정도 정착된 사회인데도 여성의 공적 참여가 여전히 낮다면, 생활권범주는 제도나 기관에 여성을 일정 비율 이상 고용할 의무를 부과함으로써 여성의 고용 기본권을 조형해내야 할 것이다. 권리범주가 추상적, 이론적 차원이고 실제 헌법으로 보장되는 기본권은 각 사회의 상황과 목표에 비추어 구체화되어야 하는 데 더하여, 생활권범주 자체가 “주어진 상황”(FG, D157: K180)에 비추어 보장되어야 할 기본권들을 가리킨다는 점에서 더욱 다양하고 맥락의존적인 권리들이 조형된다.

자유권범주와 참여권범주가 절대적으로 근거지어진다고 표현되는 이유는 법 형식의 근간을 이루는 주관적 권리로부터 동근원적으로 공적 자율성이 확인되는 논리적 과정에 의해 발생하기 때문이었다. 반면 생활권범주가 상대적으로 근거지어진다는 말은 정당성의 근거가 상대적으로 부족하다는 의미가 아니라, 앞의 두 범주로부터 나온 기본권을 제대로 보장하려면 생활권범주가 시대와 사회의 특수성에 따라 다양한 기본권으로 조형될 수 있어야 하므로 이 범주를 통해 정당하게 조형된 기본권의 모습이 사회마다 다를 수 있음을 의미한다. 절대적 근거지움과 상대적 근거지움을 이와 같이 이해한다면 권리들 간의 도출 순서 문제는 권리 목록상에서의 우선성 문제를 발생시키지 않을 것이다. 권리들 간의 우선성 문제는 실제로 여러 개의 권리가 충돌할 때 어떤 권

리를 먼저 보장할 것인가의 문제로서 권리를 현실에 적용하는 차원에서 논의되어야 하지, 권리범주들의 차원에서 일어나는 문제는 아니다. 세 부류의 권리범주들 간의 도출 순서는 권리가 발생하는 논리적 과정 전체에서 순환을 이루면서 서로를 지지하기 때문에, 생활권범주의 상대적 근거지음이 인권 목록의 다양성을 제한하는 결과를 가져오지는 않는다. 오히려 생활권범주가 각 사회의 특수한 상황에 따라 서로 다르게 조형될 수 있기 때문에 인권 목록의 다양성의 폭을 넓혀놓는다고 보아야 한다.

다섯 권리범주 중 상대적으로 근거지어진다고 표현된 생활권범주의 의미는 재발견되어야 한다. 절대적으로 근거지어지는 앞의 권리범주들보다 그 중요성이나 우선성 면에서 뒤떨어지는 것이 아니라 오히려 오늘날에는 더 큰 중요성을 가질 수도 있다. 법제화가 상당히 진행되어 일정 정도의 헌법의 역사를 지닌 사회라면, 그리고 세계화로 인해 다양한 문화적 관습과 가치관이 서로에게 알려지고 나아가 한 국가 안에서 뒤섞일 수밖에 없는 다원주의적 조건에 처해 있는 사회라면 생활권범주야말로 상당히 중요한 역할을 한다. 하버마스가 여성의 지위를 예로 들어 설명한 데에서 드러나듯이 생활권범주는 인권의 이중적 의미를 이론적 측면에서가 아니라 실제 측면에서 뒷받침하는 역할을 하며, 오늘날처럼 한 국가의 시민들의 구성이 급변하고 다양성이 증가하는 시대에는 생활권범주에 관한 끊임없는 재해석과 반성이 이루어져야만 사회적 자율성과 공적 자율성이 제대로 보장되지 않는 영역을 줄여나갈 수 있다. 여성을 비롯하여 장애인, 성소수자 등 사회의 소수자들은 당사자들의 목소리를 계기로 계속해서 ‘발견’되어 왔으며, 세계화 및 다원주의 사회는 기존의 주권국가의 경계선을 흐리게 만들고 전 세계적인 이주를 증가시킴으로써 한 사회 내의 이주민의 권리도 쟁점으로 떠오르게 되었다. 이러한 여러 소수자들의 권리를 공적 영역에서 새로이 반영하려는 시도들은 모두 생활권범주에 포함된다.

생활권범주의 재발견을 통해 드러나는 것은 공적 영역에서의 불편부당성이 갖는 중요성이다. 담론원리가 담고 있는 규범적 내용인 불편부

당성은 공적 영역에서의 발언과 참여의 기회에 관한 불편부당성을 가리키는 것이다. 하버마스의 담론이론적 인권 이론 안에서는 정치적 논의에 평등하게 참여할 수 있는 공적 자율성이 보장되는 것이 매우 중요하다. 그런데 권리체계를 통한 인권 정당화 과정에서 핵심을 차지하는 것이 사적 자율성인 자유권범주인지 공적 자율성을 표현하는 참여권범주인지 명확하지 않다는 반론이 제기되기도 한다. 권리범주 발생 순서에 따르면 사적 자율성이 법 코드를 생산하고 민주주의를 가능케 하는 가장 먼저 필요한 전제인 것으로 보이면서도, 공적 자율성을 담고 있는 참여권범주야말로 시민들의 정치참여를 통한 자율적인 입법을 보장하는 더 근본적인 정당화 원천인 것으로 보이기도 하기 때문이다.²⁴⁾ 전체 과정이 명시적인 시작과 끝으로 구분되는 단계를 밟지 않는 순환 과정이기는 하지만, 처음 권리 도출이 출발하는 지점은 분명히 사적 자율성이다. 사적 자율성을 통해 권리를 논의할 수 있는 언어로서의 법 코드를 마련해 놓고 나면 그 언어를 이용하여 공적 자율성이 논의에 도입되는 것이다. 이러한 점에서는 자유권범주를 통해 보장되는 사적 자율성이 권리 정당화 과정의 제1전제라고 할 수 있다. 그런데 하버마스의 인권 정당화 과정의 핵심 전제를 두고 혼란이 일어난다는 비판은 하버마스가 국민주권, 즉 공적 자율성에 정당화의 힘의 대부분을 부여하고 있다는 점을 지적한다. 권리를 상호인정하는 주체인 ‘시민(die Bürger)’은 각자의 사적 삶을 살아가는 원자적 개인들을 넘어서 어떤 공공의 결사체에 속해 있으면서 공공의 일에 관계하는 개인들을 가리킨다.²⁵⁾ 각 개인은 공적 자율성을 가질 때 비로소 시민이 되고, 인권은 시민들이 서로에게 인정하는 권리이다. 하버마스 스스로도 “모든 정당

24) Ingeborg Maus, "Liberties and Popular Sovereignty: On Jürgen Habermas's Reconstruction of the System of Rights," *Cardozo Law Review*, 17권, 1995-1996, 835쪽.

25) “시민(citizen)이란 어떤 정치 공동체의 구성원으로서, 권리를 향유하며 구성원 자격으로부터 생겨나는 의무를 떠맡는다.” (Dominique Leydet, "Citizenship," *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta 엮음, URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/citizenship/>>.)

성의 원천이 민주적 입법과정에 있다는 것은 확실하다. 그리고 이 민주적 입법과정은 다시 국민주권의 원리에 바탕을 둔다.”(FG, D117: K139)라고 말했다는 사실을 떠올려 보면 이러한 문제제기가 더욱 설득력을 얻는다.

혼란을 토로하는 이러한 문제제기는 마우스(Ingeborg Maus)가 평가하는 것처럼 권리체계 발생의 순환 과정의 의미를 제대로 이해하지 못한 비판이다.²⁶⁾ 사적 자율성과 공적 자율성 중 무엇이 더 근원적이거나 우선하는지 밝히는 것은 하버마스의 의도가 아니며, 오히려 둘이 동전의 양면과 같이 같은 정도로 서로를 지지하고 보완한다는 전체 그림을 파악해야 한다. 그럼에도 하버마스가 공적 자율성에 강조점을 두는 의구심을 불러일으키는 이유는, 칸트의 후계자로서 자유주의의 노선 위에서 출발한 그가 자유주의를 반성적으로 독해하는 동시에 공화주의 진영을 포섭하려는 목적을 갖고 있기 때문으로 보인다. 그의 출발점은 법 코드의 성립을 통해 공적 자율성의 기반을 닦는 사적 자율성이지만, 사적 자율성의 부족함을 ‘보완’하는 것은 결국 공적 자율성이다. 사적 자율성은 공적 자율성을 도입할 수 있는 기반을 만들고 후자는 전자의 불완전함을 보충해주는 상호보완적인 관계를 파악할 때, 권리체계가 구성하는 인권의 범주를 제대로 이해할 수 있다.

4. 국제법의 입헌화와 국제 사회의 인권

하버마스가 인권을 이중적 성격을 가진 개념으로 설정한 결과 인권을 정당화하는 논증도 도덕적 논증과 법적 논증으로 이원화됨을 살펴 보았다. 도덕적 논증을 담당하는 권리체계와 법적 논증에 해당하는 헌법은 서로를 참조하고 서로에 의존하는 관계를 맺으면서 인권이 가져

26) Ingeborg Maus, "Liberties and Popular Sovereignty: On Jürgen Habermas's Reconstruction of the System of Rights," 838쪽 이하.

야할 보편성을 규정하고 수용 가능한 인권 목록을 규정한다. 그러나 다양한 인권 해석들을 있는 그대로 수용하는 것을 넘어서 그 해석들이 타당한지 평가하는 작업도 필요하므로, 인권 해석에 관해 문화 간 대화가 이루어질 수 있어야 한다. 문제는 하버마스가 담론원리를 도입함으로써 공통의 근거에 의한 합의를 지향하고 있는데 반해, 국제 사회에서는 공통의 합의를 가져올 수 있는 공통의 기반이 없다는 사실이다. 인권에 대한 문화 간 대화는 분명 필요하나 하버마스는 그러한 대화를 가능하게 해줄 기반을 마련하지 못하고 있다.

다양한 문화적 배경을 지닌 국가와 시민들이 만나는 국제 사회에서 하버마스가 제안하는 보편 인권이 다원주의와 조화를 이루기 위해서는 법 형식에 주목하여 국제 사회를 규제하는 헌법의 형태로 인권이 구현되어야 한다. 그러므로 국제 사회 차원의 헌법이 서로 다른 문화권들이 모인 국제 사회에서 인권에 관한 대화가 이루어질 수 있는 틀로서 하버마스의 이론 내에서 보장될 수 있는지에 대한 고찰이 필요하다.

4.1. 하버마스의 이론에서 문화 간 인권 대화의 난점

4.1.1. 문화 간 인권 대화의 필요성

각 공동체는 권리체계를 해석하는 헌법 제정 과정을 통해 정당화된 인권의 목록과 그 순서를 결정할 수 있으며, 하버마스는 헌법 담론 차원에서 인권 목록의 다원성을 받아들인다. 구체적인 시공간 속에서 헌법을 해석하고 기본권을 조형해내는 각각의 과정에서는 다양한 해석이 이루어질 수 있다는 것이다. 그런데 공동체마다 서로 다른 인권 해석이 이루어질 수 있다고 해도, 그러한 해석이 권리체계로부터 잘 조형되고 사적 자율성과 공적 자율성을 모두 반영하는지, 나아가 결과적으로 그 공동체 구성원들의 인권을 잘 보장하는지 질문할 수 있어야 한다. 다시 말해, 특정 문화권의 이해 방식에 따라 헌법을 통해 권리체계로부터 인

권을 조형해낸 과정이 합당한지 물을 수 있어야 한다는 것이다. 상대방의 문화에 대한 깊은 탐구 없이 자신의 문화적 배경에 비추어 선불리 의문을 제기해서는 안 되지만, 이러한 질문을 던지는 것 자체가 상대방의 문화적 특수성을 침해하겠다는 의도의 표현은 아니다. 권리체계와 헌법의 상호참조하는 관계라는 기준에 의거하여 상대방의 인권 조형이 잘못되었다고 정당하게 문제를 제기할 수 있기 때문이다. 이러한 질문과 문제제기가 이루어지려면 다양한 문화권들이 만나는 국제무대에서 인권을 둘러싼 대화가 가능해야 한다.

인권에 관해 대화는 나누었지만 결과적으로는 상대방의 차이를 수용하지 않을 수 있기 때문에 인권에 관한 문화 간의 대화는 인권의 다원성을 수용하는 것보다 더 포괄적인 행위이다. 하지만 인권에 관한 대화 조차 이루어지지 못한다면 인권의 다원성에 대처할 수도 없을 것이므로, 국제 사회에서 인권의 다양한 해석을 수용하기 위한 한 방식으로서 문화 간 대화가 요청되는 것이다. 권리체계의 권리범주들을 구현하지 못하는 인권 목록은 이미 하버마스에 의해 거부되기 때문에 인권 목록이 권리체계의 내용을 포함하는지 여부는 그가 보기에 문화 간 인권 대화의 주제가 아니다. 대화의 주제가 될 수 있는 것은 자유권범주와 참여권범주, 그리고 특히 생활권범주가 각 문화권의 배경과 상황에 비추어 사적 자율성과 공적 자율성을 잘 보장할 수 있는 방향으로 설정되어 있는가이다.

그런데 각 공동체가 자신들의 목표와 정체성을 바탕으로 행하는 모든 인권 해석들을 그대로 인정하면 안 되는 이유는 무엇인가? 그 이유는 (1) 인권의 다원주의를 인정하는 태도와 상대주의를 구별해야 하며, (2) 다원성을 인정하는 것만으로는 온전한 인권 이론을 구축할 수 없기 때문이다. 첫 번째 이유가 다원주의 사회에서 인권을 둘러싼 상대주의의 공세에 대응하려는 목표에서 나온다면, 두 번째 이유는 인권의 다원성을 일부 수용하더라도 여전히 보편적인 내용을 고수해야 한다는 생각에 기반을 두고 있다.

(1) 다양한 문화권이 만나는 국제 사회에서 인권을 둘러싼 쟁점 중

가장 대표적인 것은 보편주의와 상대주의 진영 간의 논쟁이다. 인권과 관련된 상대주의자들은 고유한 문화적 특수성을 그 문화권 밖에서 평가하거나 비판할 수 없으며 인권 목록의 정당성은 각 문화마다 상대적인 것이지 어느 한 기준을 내세울 수 없다고 주장한다.²⁷⁾ 상대주의자들은 인권을 철학적으로 정당화해야 한다는 목표 자체가 무의미하다고 여기기 때문에, 보편 인권의 정당화에 관한 입장을 표명할 때 그들은 반정초주의(anti-foundationalism)의 편에 선다.

인권과 관련된 반정초주의 입장에 따르면, 보편 인권을 지지함으로써 인권 침해가 일어나는 현실을 바꾸려고 노력하는 편이 더 나은 결과를 가져올 것이라는 이유 때문에 보편 인권이 중요할 뿐, 인권을 철학적 정당화하는 불확실한 작업에 매달릴 이유는 없다. 인권에 대한 확신과 인권을 수호하려는 실천이 중요한 것이지 어떤 개념을 철학적으로 정당화하는 작업은 가능여부를 떠나 애초에 불필요하다는 것이다. 대표적인 반정초주의자인 로티(Richard Rorty)는 인간 본성이나 인권이라는 보편적 이념 자체를 거부하고 그 대신 자신과 가까운 사람들에게서 느끼는 ‘우리’라는 의식에서 출발하는데, ‘우리’의 범위는 누구나 고통이나 굴욕감을 느끼는 상황과 정도가 유사하다는 점에 근거하여 결정된다.²⁸⁾ 인권 개념을 이성을 사용하여 정당화하는 작업보다는 인권이 침해당한 사례를 접했을 때 감정이 움직여지는 시민을 길러내는 교육에 집중하는 편이 보편 인권 수호에 도움이 된다는 것이 그의 주장이다.²⁹⁾

감정적 동기가 인권을 수호하는 핵심이라면 어떤 상황을 접했을 때 감정이 움직여지는지가 인권 교육에서 가장 중요할 것인데, 로티는 그 감정을 서구 유럽인들의 경험을 기준으로 서술한다. 이때 그는 서구인

27) Jack Donnelly, "Cultural Relativism and Universal Human Rights," *Human Rights Quarterly*, 6권, 1984, 400쪽.

28) Richard Rorty, 「연대성」, 『우연성, 아이러니, 연대성』, 김동식·이유선 옮김, 서울: 민음사, 1996, 349쪽.

29) Richard Rorty, 「인권, 이성, 감성」, J. Rawls 외, 『현대사상과 인권』, 민주주의법학연구회 옮김, 서울: 사람생각, 2000, 158쪽.

들이 인권 침해에 대해 느끼는 감정이 보편적인 감정이라고 주장하지는 않으나, 분명히 서구의 경험을 암묵적인 기준으로 전제하고 있는데도 그것을 명시적으로 밝히지 않고 정당화 과정마저 회피하고 있다. 때문에 인권이 자의적인 근거를 갖게 될 위험과 더불어 검증되지 않은 확신을 일방적으로 강요하게 될 위험이 상존하며, 중국에는 자신이 속한 문화의 우월성에 대한 강조로 귀결될 수도 있다. 반정초주의자가 자신의 기준이 자의적이지 않음을 보여주어야 한다면 이는 곧 인권을 이야기하는 데 있어서 반정초주의의 주장과는 달리 어떤 방식과 정도로든 정당화 작업이 필요함을 뜻한다.

그러므로 다원주의와 상대주의는 구분되어야 한다. 우리가 현실에서 다원성과 마주하고 있음을 인정하는 일은 다양한 문화에서 인권을 이해하는 방식이 모두 똑같이 옳거나 가치 있다는 상대주의를 의미하지 않는다. 다원주의가 문화들 간의 차이나 고유한 전통과 관습을 가진 사회들이 갖는 서로 다른 가치관의 존재를 지지하는 것은 사실이지만, 다양한 문화들의 존재 자체를 인식하는 것과 다양한 문화들의 제도, 관습, 행위가 똑같이 옳다고 보는 것은 별개이다. 다양한 문화들이 모두 똑같이 옳다고 본다면 상대방의 문화에 대한 외적인 평가나 비판은 부당한 것이 되고, 상대방의 문화가 어떠한 행위로 이어져서 인권을 심각하게 침해하게 되더라도 비판할 수 없는 극단적 상대주의로 흐를 수도 있다. 그러므로 다원주의 사회에서의 보편 인권을 다루는 논의는 상대주의와 신중하게 거리를 둘 필요가 있다. 덧붙여 다원주의를 이해하고자 할 때 주의해야 할 것은, 다원주의는 그 자체로 옳거나 가치 있는 것이 아니라 현상을 서술하기 위해 쓰이는 개념이라는 점이다. 다원주의는 그 자체로는 가치중립적인 사실을 지칭할 뿐이므로 다원주의라는 사실 그 자체를 바람직한 현상으로 받아들여서는 안 된다.³⁰⁾

(2) 상대주의와 차별화된 다원주의를 조심해서 받아들인다고 해도, 다원성을 주장하는 것만으로는 완전한 인권이론을 만들기 어렵다. 이는

30) Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 246 쪽.

인권을 둘러싼 다원주의자들이 중국에 이루고자 하는 목표가 보편주의자와 크게 다르지 않음을 파악한다면 쉽게 이해될 수 있다. 다원주의자들이 인권의 다원성과 문화의 차이를 강조함으로써 얻고자 하는 것은 무엇인가? 그들은 다양한 문화를 초월하는 보편 인권의 이념이 문화의 차이에 따라 달라지는 다양한 삶의 형태 속에서 필요한 권리들을 섬세하게 표현하지 못한다고 비판하면서, 모든 사람들이 저마다 요구하는 인권이 모두 중요하게 다루어져야 한다고 주장한다. 이는 인권이 전 인류에게 보장되어야 한다는 보편성의 이념에 대한 반대가 아니라 오히려 동의를 기반으로 한다. 보편성이 다원주의적 현실을 무시한다고 비판하는 사람들도 인권의 혜택에서 소외되어 있던 소수자들이 보편 인권의 확장으로 점차 권리를 획득해 온 역사 자체는 긍정적으로 평가할 것이다.

보편성을 지향하다보면 현실의 다양한 권력관계들을 무시할 가능성이 있다는 비판은 항상 제기되어왔으며, 이는 분명 보편적 정당화를 꾀하는 이론들이 늘 고려해야 할 지적이다. 반대로 다원성을 강조하는 입장은 보편 인권의 적용 대상과 내용을 확대해가는 이론적 과정에서 기존의 입장을 반성하고 수정하는 데 중요한 준거점을 제시함으로써 오히려 보편 인권의 조력자 역할을 수행하고 있다. 그러므로 하버마스를 비롯하여 보편 인권을 이론적으로 정당화하려는 논자들이 다양성에 더 귀 기울이라는 요구에 적극적으로 응답하여 더 나은 이론이 무엇일지 고민해야 하는 것은 사실이나, 다원성을 강조하는 입장이 보편 인권을 지향하는 이론에 반대하여 독자적인 인권 이론을 펼치기에는 이론적으로 보편성에 크게 의존해 있다.³¹⁾

4.1.2. 국제사회에서 대화의 공통 기반 부재

문화 간 인권 대화가 필요함에도 불구하고, 담론이 모든 참여자의 합

31) 보편성을 전제해야만 다원주의가 가능하다는 주장으로는 장은주, 『인권의 철학』, 서울: 새물결, 2010, 5장 참고.

의를 지향한다는 점에서 하버마스의 이론적 설정에 따르면 문화권 간의 대화가 어려워질 수 있다. 모든 참여자의 합의를 지향하는 태도는 ‘모든 관련 당사자들이 동의할 수 있는 행위규범만 타당하다’는 담론원리(D)의 정식화에 드러나 있지만, 단지 모두가 공동으로 합의해야 한다는 목적을 설정했다는 이유만으로 다양한 문화권 간의 대화가 어려워진다고 주장할 수는 없다. 만약 참여자들이 각기 다른 근거에서 어떤 규범의 타당성을 승인해도 공통의 합의로 인정된다면 문화 간 차이는 지워지지 않기 때문이다. 그러나 규범에 타당성을 부여하는 모든 관련 당사자들의 동의가 모든 참여자들이 인정하는 ‘단 하나의 공통 근거’에 의해 이루어져야 한다면 문제가 달라진다. 이 경우 근거와 무관하게 결과에만 합의하는 것보다 더 강한 의미에서 근본적인 합의를 지향하는 것이다. 결과적인 합의는 각자의 믿음이 어떠한 간에 결과물로서 합의점을 찾을 수만 있으면 되지만, 단 하나의 근거에 의거한 합의는 모든 참여자가 규범의 타당성에 동의하는 이유도 모두가 공유해야 하며 결과적으로 이루어진 합의의 내용을 모두가 같은 이유에서 믿을 수 있어야 한다.

압텔-누어(Farid Abdel-Nour)는 담론이 지향하는 합의는 ‘합리적인’ 합의이며 합리적이라는 말의 의미는 ‘더 나은 논증’을 택하는 것을 의미하기 때문에, 합의의 결과만이 아닌 그 근거까지도 동의의 대상으로 보아야 한다고 본다. 논증은 주장과 근거로 이루어지므로 가장 좋다고 모두에게 인정되는 논증에 모두가 동의할 때에는 그 논증이 포함하는 주장과 근거 모두에 동의한다고 이해해야 한다는 것이다.³²⁾ 합리적 담론은 담론에서 다루어지고 있는 타당성 주장에 관하여 상호이해에 도달하려는 시도를 의미하는데(FG, D138: K161), 상호이해에 도달할 수 있는 방법은 오직 논증뿐이며 참여자들은 논증의 근거를 받아들일 수 있을 때 비로소 최종 결정에도 동의할 것이므로 압텔-누어의 지적은 타당하다. 물론 하나의 근거에 의거해야 한다고 해도 그 근거를 반대자

32) Farid Abdel-Nour, "Farewell to Justification: Habermas, Human Rights, and Universalist Morality," 79쪽.

들에게 강제로 받아들이게 할 수는 없다. 처음에는 동의가 이루어지지 않더라도 하나의 근거에 모두가 동의할 때까지 담론을 계속 반복해야 하며, 반복되는 논의를 통해 도달하는 최종 근거는 더 합리적인 방향으로 나아갈 수 있을 것으로 기대된다.

공통의 근거에 의한 공통의 합의를 가능하게 하는 기반은 하버마스에 의하면 일차적으로는 시민들이 공유하는 생활세계의 맥락이다. 담론은 순수하게 이론적이고 추상적인 차원에서 이루어지지 않으며 생활세계의 맥락들과 내적인 연관을 갖고 이루어진다.(EA, D311: K311) 합의 상황에 놓인 시민들의 관점에서 생활세계는 행위의 맥락으로서 놓여 있고 그 자체로는 논의주제로 떠오르지 않는 암묵적인 배경지식이다.(TkH2³³), 224) 시민들은 담론에 참여하면서 모두가 의식하지도 못할 만큼 당연하게 전제하고 있는 공통의 배경으로서 부지불식간에 생활세계를 대화의 원천으로 이용하고 있다.

그런데 다른 한편 그는 공통의 근거에 의한 합의가 이루어지기 위해 생활세계의 맥락보다 더 견고한 기반으로 공통의 정치문화가 필요하다고 보고 있다. 한 사회의 정치문화를 이루는 것은 시민들이 공유하는 정체성과 가치관으로, 이것은 생활세계의 배경지식과 달리 공적 담론 내에서 언제나 주제화되고 논의의 대상 또는 근거로 불려나오는 속성들이기 때문에 시민들의 공유된 생활세계의 맥락보다 훨씬 분명하게 의식되는 성질이다. 그에 따르면 공유된 정치 문화는 다양성을 지우고 통일된 문화를 강요하지 않으며, 하나의 문화나 민족이라는 분류 아래 묶여 있던 때와는 달리 다양해진 시민들의 배경에 응답하고자 하는 공통성이다.(PC³⁴), 73) 공통의 정치문화에는 각 공동체의 목표, 공동선, 자기이해 등이 반영된다.

33) Jürgen Habermas, 『의사소통행위이론』 2, 장춘익 옮김, 파주: 나남, 2006.

34) Jürgen Habermas, "The Postnational Constellation and the Future of Democracy," *The Postnational Constellation*, Max Pensky 옮김, Cambridge: Mass.: MIT Press, 2001.

“타당한 도덕적 규범은 담론이론적으로 해명된 정의라는 의미에서 ‘옳다.’ 사실 타당한 법규범은 도덕적 규범과 조화를 이룬다. 그러나 법규범이 ‘정당하다’고 할 때 이 말은 법규범이 도덕적 규범과의 조화를 넘어서 법공동체의 진정한 자기이해, 법공동체가 공유하고 있는 가치와 이익의 공정한 고려, 전략과 수단, 목적합리적 선택도 표현한다는 의미를 갖는다.”(FG, D193: K220)

그러나 서로 다른 문화권들이 모인 국제 사회에서 이러한 공동의 목표, 공동선, 자기이해는 형성되어 있지 않으며, 앞으로 점차 형성될 것이라고 기대하기도 어렵다. 공통의 정치문화를 이루려면 어떤 공동체가 자기이해 방식이나 정체성, 가치관의 어떤 내용을 공유하고 있는지가 먼저 파악되어야 하고 공동체의 다양한 구성원들 사이에서 이와 관련된 모종의 합의가 이루어져 있어야 하는데, 하버마스는 이 과정에 대해서는 별다른 해명 없이 마치 개인이 자신의 정체성과 가치관을 성립하듯 자연스럽게 이루어질 것이라고 보는 듯하다. 전 세계를 하나의 공동체로 본다면 그러한 대규모 공동체가 어떻게 자신의 정체성을 규정하고 어떤 가치관과 목표를 갖고 있는지 합의된 바는 없으며, 다양한 문화와 전통의 차이를 넘어서 그러한 정체성이나 목표에 합의할 수 있을지 확신할 수도 없다.

하버마스 역시 국제 사회의 구성원들 사이에 공통의 정치문화가 형성되기 어렵다는 판단을 내린 것으로 보인다. 그는 대신 전 세계 국가들이 오늘날 정치적으로 비슷한 문제에 직면해 있다는 분석을 내놓음으로써(RL, 163), 국제 사회에서 ‘공통의 생활세계적 배경’이나 ‘공통의 정치문화’와 유사한 바탕을 설정하려고 시도한다. 전 세계가 공동으로 처해 있는 보편적 문제가 있다면 그 문제의 해결을 두고 공유된 목표가 형성될 것이며, 바로 그러한 문제의 해결책으로서 제시되는 것이 인권 개념이다. 이는 문화 간 차이가 거시적으로 보면 생각보다 극심하지 않다는 주장이거나 또는 문화의 차이가 있을지언정 공통성에 먼저 주목하자는 주장이다. 국가적, 문화적 차이와 무관하게 보편적으로 겪는 문제점이 두드러지고 있다면 그에 대한 대답도 보편적으로 주어질 수

있을 것이기 때문이다.

“나는 앞으로 문화 간 인권담론에 참여하는 서구 참여자의 변호인 역할을 맡을 것이며, 따라서 저 [인권이라는] 기준이 서구 문명이라는 특정한 문화적 배경보다는 전 지구적으로 확장된 사회적 근대의 도전에 대답하려는 시도에 근거한다는 가정으로부터 출발할 것이다.”(iDM, 219)

그는 분명 ‘문화 간 인권담론’이 이루어지는 상황, 즉 인권을 둘러싼 집단 간 의견과 가치관의 차이를 의식하고 있으며, 그러한 상황에서 ‘서구 참여자의 변호인 역할’을 자처한다. 인권 개념 및 자신의 인권 이론이 서구라는 특정한 문화권에서만 유효하다고 생각하는 것이 아니라 전혀 다른 문화와 전통을 배경으로 갖는 곳에서도 유효한 규범이 될 수 있을 것이라고 기대하는 것이다. 인권은 “한때 유럽인들이 겪었던 문제에 대한 대답이었고 이제는 다른 문화권들이 비슷한 방식으로 문제에 직면”(RL, 168)했기 때문에, 전 세계가 근대의 시대적 과제에 공통으로 맞닥뜨린 상황에서 인권은 비서구 문화권에서도 문제의 한 해결책을 제시하는 역할을 할 수 있다는 것이다.

그렇다면 전 세계가 공통으로 직면했다는 근대의 도전이란 무엇인가? 현대 사회에 다원주의라는 특성을 가져온 세계화는 국가와 문화권을 경계를 흐리고 교류를 대폭 증가시켰다. 그러한 점에서 세계 어느 곳에서도나 생활상이 비슷해져가고 있으며, 문화적 차이가 완전히 사라지는 않지만 문제 상황은 유사할 수 있다. 예를 들어 환경과 건강 문제, 국제 경제에 영향을 받는 일자리 문제와 같은 것들은 만국 공통으로 겪는 문제들이며 전 세계가 협력하여 같이 해결해야만 한다는 점에서도 전 지구적 차원의 보편적인 문제이다. 환경이나 국제 경제와 관련된 일들은 한 국가 차원의 노력으로 대응할 수 없는 일이기 때문이다. 인권이 이렇게 보편적으로 공유된 문제들을 해결하고자 하는 노력의 일환이라는 이유에서 하버마스가 서구 참여자의 역할을 맡겠다고 선언할 수 있는 것이다.

근대 사회의 도래가 각 국가들로 하여금 동일한 문제에 처하게 만들었다면, 근대를 먼저 맞이했던 서구가 상대적으로 나중에 근대의 문제에 봉착한 국가들에게 서구가 내렸던 답변으로서 인권을 참고하라고 말할 수 있다. 각 문화권의 인권 해석 과정에서 서구의 수백 년의 헌법의 역사와, 서구가 인권을 통해 문제를 해결해왔던 역사를 참조하지 않을 이유가 없기 때문이다. 이 과정에서 하버마스는 서구의 인권 이해 방식이 문제를 해결할 수 있는 가장 좋은 규범이라고 주장하지 않고 단지 참조해보라고 권유한다는 점에서 타 문화권과 대화할 수 있는 여지를 남겨둔다. 빌레펠트(Heiner Bielefeldt)와 같은 논자들도 서구 인권의 역사를 인권 개념이 겪어온 난점과 성취와 실패를 보여주는 예시로 이해하자고 제안함으로써³⁵⁾ 하버마스와 같은 선상에서 서구 인권 개념의 역할을 설정한다. 서구의 인권 역사를 참조의 대상으로 설정하는 이와 같은 시도를 두고, 압텔-누어는 하버마스가 공통의 문제 설정을 통해 유럽이라는 특정 문화권에서 특정 시기에 행해졌던 정당화가 오늘날 다른 시기에 비슷하게 참조할 만한 정당화라고 주장함으로써 인권의 ‘보편적’ 정당화를 포기했다고 본다.³⁶⁾ 처음부터 보편적 정당화가 이루어지는 것이 아니라, 단지 서구적 정당화가 오늘날의 상황에 비추어 마침 다른 곳에서도 유용할 수 있다는 주장은 보편성을 약화시킨다는 것이다.

그러나 보편적 문제를 설정하여 그 문제에 대한 해답을 서구의 것을 참조하여 적용하자는 주장으로는 국제 사회에서 인권에 관한 의견 차이에 대응하기 어렵다. 왜냐하면 보편적 문제 설정이 전 세계적인 공감을 얻는다고 하더라도, 서구에서 유효했던 인권이라는 해결책이 다른 문화권에서 유효할지에 대해서는 전혀 설명해주지 못하고 있다. 그러한 문제를 해결할 때 서구의 방식을 참고하라는 것은 단지 조언에 불과하

35) Heiner Bielefeldt, "'Western' versus 'Islamic' Human Rights Conceptions?: A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights," *Political Theory*, 28권, 1호, 2000, 101쪽.

36) Farid Abdel-Nour, "Farewell to Justification: Habermas, Human Rights, and Universalist Morality," 74쪽.

며, 그 조언을 받아들일지는 전적으로 다른 문화권들의 결정에 달려 있다. 결과적으로 하버마스의 인권 이론 내에서 인권에 관한 문화 간 대화를 뒷받침할 수 있는 근거는 부족하기 때문에, 다원성이 두드러지는 국제 사회에서는 제도적 틀을 통해 더 강제력과 구속력 있는 인권 관철을 꾀해야 한다. 국내 헌법처럼 국제법이 ‘헌법화’ 될 수 있다면 다양한 배경을 가진 시민들이 인권에 관해 한 곳에서 의견을 낼 수 있는 틀이 생기게 되는 것이고, 헌법 차원의 담론에서 인권에 관한 다원적 입장이 논의될 수 있을 것이다.

4.2. 국제법의 입헌화를 통한 다원성의 제도적 수용

보편성을 추구하는 담론원리가 강한 공통의 기반을 요구하므로 국민 국가 내에서와 달리 국제 사회에서는 문화 간 인권 대화가 더 어려워진다. 대신 인권이 갖는 법 형식의 특성에 주목하여 국제법의 입헌화를 꾀할 수 있는데, 국제법을 국가 내의 실정법처럼 입헌화할 수 있다면 다양한 배경을 가진 세계시민들에게 더 구속력 있는 인권을 적용할 수 있는 데 더하여 이들을 모두 포용하는 인권에 관한 담론을 보장할 수 있을 것이다. 하버마스도 대화 가능성을 넘어 국제법의 입헌화에 대해 고찰하고 있으므로, 그가 생각하는 국제법의 가능성과 구성 방식이 문화 간 인권 대화의 대안을 마련해 줄 수 있을지 검토해보겠다.

현존하는 국제법은 국내법보다 구속력이 현저히 떨어지는데다가 국제 정치의 힘의 논리에 따라 국제법의 준수는 비일관적이다. 또한 정당화에 있어서도 각 개인이 국제 사회의 구성원으로서 국제법에 동의하는 과정을 거친 것이 아니라 국가 통치자들이 국민을 대표하여 결정하기 때문에 한 국가 내에서보다 대표성이 약하며, 그 결과 국가들 간의 전략적 고려에 따라 국제법이 구성될 가능성이 크다. 하지만 국제법, 조약, 의정서 등 국제 사회에서 법적 효력을 갖는 규범들의 구속력이 이전보다는 점점 무겁게 받아들여지는 추세이며, 실제로 국제법을 ‘입

헌화'의 수준으로 관철할 수만 있다면 구속력은 더욱 강화될 것이다.

4.2.1. 국민국가와 인권

만약 특정 국가 내에서 헌법을 통해 보장되는 기본권의 구조를 그대로 세계사회로 확장할 수 있다면 인권의 보편성이 국민국가의 틀을 넘어설 수 있을 것이다. 인권은 국가의 테두리 안에서 발생하고 발전되어 왔으므로 한 국가 내에서의 보편 인권을 먼저 정립한 뒤 국제 문제로 나아가는 것은 자연스러운 사고의 과정이다. 그러나 인권 규범이 국민국가 내에서 보편성을 획득하는 방식을 그대로 가져와서 세계시민사회에 단순히 확대 적용한다면 다음 두 가지 이유에서 생겨나는 어려움에 부딪히게 된다. 하나는 국민국가와 국제 사회의 구조적 상이성이고, 다른 하나는 보편 인권과 시민권의 긴장 관계이다.

먼저 국민국가와 국제 사회의 정치적 구조가 다르기 때문에 국가의 테두리 안에서 인권의 보편성을 이야기할 때와 국제 사회에서 보편 인권을 지향할 때 간극이 생겨난다. 한 국가 내에서는 사람들이 권리를 청구할 대상으로 정부를 가리킬 수 있는 반면, 국제 사회에서는 누구에게 인권을 청구해야 할지가 모호하다. 한 국가 내에서는 권리의 수신자인 정부가 가진 정당한 집행력을 통해 인권을 보장할 것을 요구하고 기대할 수 있다. 그런데 국제 사회에서 가장 강력한 집행력을 가진 주체는 국가가 아니라 세계경제 모델을 주도하는 초국적 기업으로 보이는데, 세계경제는 규범적 문제를 다루지 않은 채 순전히 기능적인 관점만으로 설명되는 모델로서 '정당한' 집행력을 보장하지는 못한다는 것이 하버마스가 지적하는 문제점이다.(EA, D150: K154-155) 국제 사회의 구성원인 모든 인류가 권력에 정당성을 부여할 민주적인 의견형성과 의지형성의 과정을 거치는 것을 불가능하기 때문에 국가 내에서의와 같은 방식으로 정당한 집행력을 구성할 수 없다.

다음으로 한 국가의 구성원 자격을 의미하는 시민권이 인권의 보편성과 그 이념 자체에서 긴장관계에 놓여 있다는 점이 지적된다. 인권이

실제로 현실에서 드러날 때에는 국민국가의 틀 속에서 시민들에게 보장되는 기본권의 형태를 갖는다. 인권은 ‘인간의 권리’이지만 이때 인간은 사실 ‘시민’을 뜻한다. 그런데 국가라는 공동체의 구성원인 시민은 이미 어떤 경계선 내에 속한 사람들이다.³⁷⁾ 하버마스에 따르면 근대 국민국가의 경계를 결정하는 것은 “국적성 혹은 국가소속성”이었는데, 국적 자체는 어느 국가에 속해 있는가를 말해주는 데 그치지만, 국가의 체제가 민주주의적 법치국가로 이행하면 그 국가에 소속되어 있다는 것이 곧 정치적 권력행사에 참여할 수 있는 정치적 참여권까지도 의미하게 된다.(EA, D135-136: K142) 국적성에서 진화한 정치적 참여권은 자신이 속한 국가 내부의 정치적 권위 행사 과정에 참여할 수 있는 권리를 가리킨다. 그러나 국제 사회에서의 인권은 그 대상이 되는 사람이 어떤 국가의 시민권을 가졌는지, 나아가 시민권 자체를 갖고 있는지 여부와 무관하게 인류 전체에 적용되어야 한다.

위와 같은 두 가지 이유로, 한 국가 내에서 먼저 정착된 기본권으로서의 인권을 적용 범위만 확장하여 그대로 국제 사회에서 효력을 발휘하도록 만들 수 있다는 생각은 설부른 판단이다. 그런데 인권의 역사 자체가 국민국가 내부에서 이루어졌다는 사실에 더해, 하버마스의 이론 내에서도 국민국가를 인권의 전제로 두고 있다는 의심이 제기된다. 구체적인 헌법 제정을 통해 권리체계에 담긴 이념을 구현하는 실정법이 있어야만 인권이 보장된다면 실제로는 헌법과 실정법을 만들어낼 수 있는 국가를 설정할 수밖에 없으리라는 예상이 가능하다. 만약 그러하다면 하버마스의 인권 이론은 국제 사회에서의 인권을 보장하기에 부적절한 이론이라고 평가되어야 한다.

하버마스는 권리를 이야기할 때 근대적인 실정법이 등장하는 사회, 즉 이미 상당히 합리화되고 분화된 사회를 전제한다. 우리가 일반적으로 실정법이라는 말로 이해하는 것은 자연법과는 반대로 인간이 현실에서 직접 제정한 법으로서 한 국가를 실질적으로 정당하게 규제하는

37) 홍태영, 「인권의 정치와 민주주의의 경계들」, 김비환 외, 『인권의 정치사상』, 서울: 이학사, 2010, 464-465쪽.

규범이다.³⁸⁾ 국가 안에 속한 더 작은 공동체들에는 실정법 대신 도덕이나 관습, 규약 등 다른 행위 규범이 있다. 또한 국가를 넘어선 공동체들의 경우에도 아직은 현실적으로 실정법이 존재한다고 단언하기는 어려운데, 예를 들어 지역 연합체인 유럽연합을 규제하는 법이 있으나 참여 국가에 따라 자국의 법과 유럽연합법의 관계 설정을 달리하기 때문에 유럽연합법이 그 자체로 실질적 영향력을 갖는지는 논쟁의 여지가 있다. 국제법도 그 정당성과 규제력이 아직 충분히 확립되지 못하여 과연 법의 지위를 가질 수 있는지를 둘러싼 논쟁은 아직 진행 중이다. 따라서 실정법을 도입하는 것이 그 대상이 되는 공동체를 사실상 국민국가로 한정하는 것이 아니냐는 합리적 의심을 제기할 수 있고, 세계화 시대 인권의 조건을 고려할 때에도 하버마스와 같이 국민국가를 가정하는 것이 정당화를 수행하는 데 적절할 것인지 물을 수 있다.

하버마스는 국민국가가 항상 자신의 경계를 확고히 하는 데 몰두해 왔으나 오늘날에는 “경계를 뛰어넘는 현상들에 의해” 국가 간의 경계 짓기 시도에 구멍이 뚫리고 있다고 지적한다.(EA, D145: K150) 이렇게 지적할 때 그는 국제 사회의 행위자로서 주권국가가 근본적인 변화를 겪고 있는 현실을 인정하고 있다.³⁹⁾ 그럼에도 그는 여전히 국민국

38) Andrei Marmor, "The Nature of Law," *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2011 Edition), Edward N. Zalta 역음, URL = <http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/lawphil-nature/> 참고.

39) 프레이저(Nancy Fraser)는 이러한 상황을 ‘탈베스트팔렌적(post-Westphalian)’이라는 용어로 기술한다. 국내와 국제 영역을 엄밀하게 구분하는 것은 주권국가의 권한을 탄생시킨 1648년의 베스트팔렌 조약 이후부터 국제 사회를 지배해 온 정치적 상상력이었기 때문이다. 프레이저가 ‘케인스주의적-베스트팔렌적 틀(Keynesian-Westphalian frame)’이라고 부르는 이전까지의 틀에서는 정의에 관한 논쟁이 근대적인 영토국가의 내부에서 이루어지며, 그 국가의 시민들 사이의 관계만을 다루었다. 그러나 프레이저의 통찰에 따르면 이러한 틀이 오늘날 약화되고 있으며, 따라서 정의에 관해 이야기할 때 영토를 가진 국민국가라는 단위를 설정하는 것을 근본적으로 다시 생각해 볼 것이 요구된다.(Nancy Fraser, 『지구화 시대의 정의』, 김원식 옮김, 서울: 그린비, 2010, 1장과 2장 참고.) 이와 유사하게 벡(Ulrich Beck)은 근대 주권국가가 행위 주체이던 시기를 ‘제1근대’로, 지구화가 진행되어 국가를 넘어서는 행위가 빈번하게 일어나는 오늘날을 ‘제2근대’로 서술한다. 정의에 관한 논의뿐만 아니라 다른 여러 문제들

가라는 틀의 장점과 규범적 설명력을 유지하고자 하는 것으로 보인다. 하버마스에 따르면 역사적으로 ‘국민’을 중심으로 국가를 정의함으로써 인권 같은 추상적 이념보다는 사람들에게 더 강한 호소력을 갖는 국민의 이념이 시민들에게 정치적 소속감을 심어주었고, 자기의식적인 시민들을 바탕으로 민주적 입헌국가가 발전할 수 있었다.(EA, D136: K143) 그는 국제연합 또는 유럽연합 등의 지역연합을 중심으로 국제질서를 개편할 수 있을 것이라는 희망을 품기 전에 국민주권의 원리에 따른 시민들의 자율적 입법이 국민국가를 넘어서서도 힘을 발휘할 수 있을지 의심해보자고 제안한다.(EA, D153: K157) 국가 주권이 약화된다고 해서 바로 국가가 철폐될 것이라는 예상은 당연히 성급하기에, 국제 사회에서 국가의 역할이 줄어들고 초국가적 행위들이 일어나고 있음에도 국민국가가 완전히 사라질 수는 없다는 것이 그의 진단이다. 규범적 구속력을 창출해내는 민주적 의견형성과 의지형성이 이루어지는 것은 일단 국민국가의 단계에서만 가능하기 때문이다.

하버마스는 인권이 “국민국가적인 법질서를 넘어서는 타당성을 주장”하기 때문에(EA, D222: K223), 적어도 인권의 실현에 있어서는 국제사회를 규제할 수 있는 세계시민법이 마련되어야 한다고 주장한다.(EA, D236: K236) 그러나 이는 인권이 도덕적 내용을 담고 있기에 개별 국가의 실정법을 넘어서실 가능성을 갖고 있다는 것일 뿐, 인권이 국제 사회에서 곧바로 국가의 경계를 뛰어넘어 구속력 있는 규범이 될 수 있다는 뜻은 아니다. 인권은 특정 국가의 시민권을 획득하여 민주적 의견형성과 의지형성 과정에 참여할 수 있는 사람들에게 보편적으로 적용되므로 특정 국가의 시민들의 행위를 규제하는 보편적인 원칙일 수 있다. 이는 특정 국가에 속한 시민들이 서로에게 인권을 보편적으로 인정해 주고 있기에 가능하다. 결국 하버마스에게서 인권이 갖는 보편성은 일차적으로 시민권을 가진 구성원들로 이루어진 국민국가의 테두리 내

을 논의할 때에도 오늘날 우리가 제2근대로 접어들고 있음을 인식해야 한다는 것이다. 개념화 방식만 다를 뿐 근대 이후를 둘러싼 이러한 구분법에서 프레이저와 벡의 문제의식은 동일하다.(Ulrich Beck, 『지구화의 길』, 조만영 옮김, 서울: 거름, 2000, 서론 참고.)

에서만 유지된다.

4.2.2. 하버마스의 국제법 입헌화 기획의 한계

앞서 우리는 국제법의 입헌화가 가능하다면 문화 간 대화 시도가 부딪혔던 난점이 극복될 것으로 예상했었다. 왜냐하면 국제 사회에서 헌법과 같은 지위를 갖는 규범이 정립된다면 그것 자체가 공통의 기반이 될 수 있을뿐더러, 국제 헌법이 갖는 구속력에 의해 하나의 헌법을 따르는 시민으로서 모든 사람들이 대화에 참여할 수 있도록 만드는 과정이 제도적으로 마련될 것이기 때문이다.

하버마스가 국제법의 입헌화를 어떻게 전망하는지 다루기 전에 두 가지를 짚어보고자 한다. 첫째, 만약 국제법의 입헌화가 가능하다면 하버마스의 이론이 인권 해석상의 다원성을 수용하는 문제에는 어떤 영향을 미칠 것인가? 권리체계를 통하여 하버마스가 일관되게 추구하는 인권의 보편적 성격은 한 국가 내에서든 국제 사회에서든 유지되어야 할 것이므로, 국제 사회에서의 헌법도 권리체계의 이상을 반영하여 인권에 관한 해석을 내려야 한다. 그러므로 국제법의 입헌화가 가능하다면 그러한 헌법은 권리체계의 보편성을 지키는 한계 내에서 인권 목록의 다원성을 허용하며, 다원성을 더 수용하거나 덜 수용하는 문제가 아니라 문화권들 간의 인권 해석 문제를 다룰 제도적 틀을 마련하는 문제와 관련될 것이다. 둘째, 국제 헌법은 각 국가들의 헌법을 종속시키는 상위의 규범인가? 국제 헌법이든 국내 헌법이든 같은 권리체계를 참조하기 때문에 한쪽이 다른 한쪽에 일방적으로 종속되는 관계는 아니다. 각각의 사람들은 한 국가의 시민으로서 자신이 속한 국가의 헌법을 따르면서 동시에 세계시민으로서 국제 헌법을 따를 것인데, 세계시민으로서의 역할이 한 국가의 시민으로서의 역할에 반드시 앞서야 할 근거는 없다. 물론 각 헌법이 수신자로 삼는 시민들의 범위에서 차이가 나고 국제 헌법은 각 개인뿐만 아니라 국가들의 행위도 규제하겠지만, 이는 적용 대상의 범위에서의 차이일 뿐 그러한 차이가 더 상위의 법 규범을 결정하지는 않는다.

인권을 보장하는 국제 사회의 모습을 어떻게 그리느냐에 따라 다양한 견해가 존재하는데, 도널리는 국제적 차원의 인권에 접근하는 방식을 세 가지 모델로 구분하여 각기 국가주의 모델, 세계시민주의 모델, 국제주의 모델로 이름 붙인다. 국가주의 모델은 국제 사회에서도 기존의 주권 국가가 인권을 보장할 주체라고 보며, 세계시민주의 모델은 국제 사회에서 국가는 인권 보장을 방해할 뿐이고 개인 및 국가가 아닌 여러 행위 집단들이 직접 나서야 한다고 주장한다. 마지막으로 국제주의 모델은 중도의 입장으로서 국가가 아래에서는 개인 및 비국가행위자로부터, 위에서는 전 지구적 공동체의 요구 증가로부터 동시에 위협받고 있으며 인권을 수호하려는 노력은 국제 사회 내에서 규범으로 정한 범위 내에서 행해져야 한다고 본다.⁴⁰⁾

하버마스는 세 번째의 중도적 입장에 속하는데, 그의 입장은 국제 사회를 바라보는 칸트의 기획을 수정하는 과정에서 형성된다. 칸트는 이미 여러 국가들이 각자의 법 제도를 확립하고 있는 상황에서 국제 사회의 갈등은 청산되어야 할 자연 상태라기보다, 전 세계를 하나의 국가로 만드는 것에 비해 느슨한 국제적 연맹의 형태를 통해 해결할 문제라고 보았다.⁴¹⁾ 반면 하버마스는 칸트의 시대와 달라진 오늘날의 상황을 고려하면서, 개별 국민국가의 주권을 인정하는 문제와 국제 사회의 규범의 관계를 더 명확히 할 것을 요구한다.

하버마스가 국민국가의 헌법과 국제적 헌법을 전혀 다른 구조로 이해했음은 앞에서 이미 지적하였다. 주권을 가진 국가의 헌법은 그 국가가 직면한 정치적 과제가 무엇인지부터 스스로 결정하고 해결책을 찾으려 하는, 한 공동체의 최상의 법적 규범이다. 반면 국제 헌법은 매우 포괄적인 적용 범위를 갖는 대신 그만큼 강한 규범적 힘이나 다양한 기능을 갖고 있다고 보기 어렵다.(gW⁴²⁾, 170) 비록 국민국가의 헌법을

40) Jack Donnelly, 『인권과 국제정치』, 박정원 옮김, 서울: 오름, 2002, 65-66쪽.

41) Immanuel Kant, 『영원한 평화를 위하여』, 이한구 옮김, 서울: 서광사, 1992, 34-35쪽.

42) Jürgen Habermas, 『분열된 서구』, 장은주·하주영 옮김, 파주: 나남,

곧바로 국제 사회에 적용시키는 일은 불가능하더라도, 국제 사회에서 헌법의 지위와 유사한 법 규범이 정당하게 성립될 수 있다면 인권이 국제적으로 구속력을 가지면서도 정당화된 규범으로 간주될 수 있을 것이다. 하버마스는 “국가는 결코 헌법적 질서를 수립하기 위해 필수적인 전제가 아니”(gW, 174)라는 이유에서 국제 사회에서 일종의 헌법을 제정하는 기획을 긍정적으로 전망한다.

그러나 국제 사회에서는 모든 시민들의 민주적 의견형성 과정이 이루어지기 어렵기 때문에 정당한 구속력을 갖춘 헌법이 만들어질 수 없다는 반론을 어떻게 물리칠 것인가? 브룬크호스트(Hauke Brunkhorst)는 이를 지적하면서 국제 헌법이 공적 자율성을 보장하는 데 실패한다는 테제를 내세운다. 국제 사회에서는 헌법에 의해 구성된 평등한 시민들이 모인 강한 공론장은 없으며 비공식적인 약한 공론장만 존재하기 때문에, 국제 사회에서 사적 자율성은 보장될 수 있을지언정 공적 자율성은 보장되기 어렵다는 것이다.⁴³⁾ 본 논문의 3장에서 살펴본 바와 같이 각 문화권이나 국가의 인권 해석의 다양성과 관련된 권리는 주로 생활권범주에 해당하는데, 생활권범주가 잘 조형되어야 하는 이유는 모든 시민의 평등한 공적 참여를 보장하는 데 기여함으로써 사적 자율성과 공적 자율성을 모두 포함하는 기본권을 만들어내기 위해서였다. 각 사회가 처한 상황에 따라 시민들의 공적 참여를 보장할 방식이 달라진다면, 국제 사회에서도 다양한 문화적 배경을 가진 사람들의 공적 참여를 어떻게 보장할 것인가가 문제가 된다. 그러므로 브룬크호스트가 지적한 대로 시민들이 공적으로 민주적 의견형성의 기회를 갖지 못하는 문제는 공적 자율성이 빠진 채 사적 자율성만 보장되는 불안정한 기본권의 체계만을 허락할 것이고, 국제 사회에서 사적 자율성과 공적 자율성의 동근원성에 바탕을 둔 인권이 성립되지 못할 것이다.

이에 대한 하버마스의 답변은 국제적 헌법이 가져야 할 ‘정당한’ 구

2009.

43) Hauke Brunkhorst, "Globalising Democracy Without a State: Weak Public, Strong Public, Global Constitutionalism," *Journal of International Studies*, 31권, 3호, 2002, 675-676쪽.

속력의 힘을 각 국가의 정당한 입법 과정으로부터 간접적으로 가져온다는 것이다.

“국가를 넘어서는 자유주의적 헌법의 규범적 틀이 패권주의적인 법적 외관을 띠지 않으려면, 최소한 간접적으로나마 입헌국가들의 정당화 과정에 결합되어 있지 않으면 안 된다.”(gW, 178)

하버마스의 세계시민사회의 헌법 구상에서도 개별 국가들이 곧바로 해체되는 것은 아니다. 그는 오늘날 세계시민으로서 살아가는 것을 피할 수 없지만, 동시에 국가를 쉽게 뛰어넘을 수도 없다고 보는 것이다. 국제 사회의 정당화 근거도 불확실한 상황에서, 오랫동안 법적 정당화 능력을 키워 온 국가를 쉽게 지양할 수 없기 때문이다. 그에게 세계시민으로서 살아가라는 요청은 시간과 역사를 초월하는 명령이 아니라 세계화라는 현상이 초래한 불가피한 변화에 대한 대응일 뿐이며, 그는 규범적으로 정당화하는 힘은 처음부터 오직 국가에 있다고 생각하는 듯하다.

그래서 하버마스의 세계시민사회는 초국가적 규범 준수와 다국가적 협상이 나란히 이루어지는 이원적 구조로 되어 있다. 일단 그는 모든 시민들이 “개인적 법 주체의 지위에 단번에 도달하여 자유롭고 평등한 세계시민들의 연합체 속에서”(EA, D213: K213) 행위 할 것을 요구하는 세계시민주의를 지지한다. 이러한 초국가적 차원에서는 모든 시민들이 소속 국가를 넘어서 국제 사회의 일원으로서 추구해야 할 가치들, 예를 들어 인권을 보장하려는 공통의 목표를 위해 국제 사회가 협력할 수 있다. 동시에 그는 이미 근대적 국민국가가 달성한 정당화 및 민주주의의 기틀을 포기하지 않기 위해 각자의 주권과 역할을 인정받는 다수의 국민국가들이 협상을 통해 당면 문제를 해결하는 다국가적 차원도 인정한다. 그는 국민국가의 틀을 유지한 채 이루어지는 국제 정치와, 국민국가의 틀을 벗어나 이루어져야 하는 국제 정치의 영역을 구별하는 전략을 취하는 것이다. 이와 같은 구도 안에서 시민과 국가는 동

등한 국제사회의 행위주체로서의 지위를 가진다.(CIL44), 449)

헌법을 정당화하는 힘을 각 국민국가의 정당한 법 제정 절차로부터 빌려온다는 설정은 과연 국제 사회에서 공적 자율성이 충분히 보장되지 못한다는 지적에 대한 효과적인 대답인가? 하버마스의 대답에 따르면 국제 사회에서의 공적 자율성은 각 시민들이 자신의 국가에서 보장 받는 공적 자율성에 근거한다. 인권이 동시에 반영해야 하는 사적 자율성과 공적 자율성 중 한 축이 국민국가의 구조에 의지하고 있는 것이다. 그런데 한편으로 그는 세계시민의 이념을 추구한다는 점에서는 문화 간 다양성을 뛰어넘는 구속력을 가진 인권이 가능하며, 인권을 초국가적 차원에서 다루어야 할 규범으로 설정한다. 그러나 그가 초국가적 차원에서 전 세계에 보편적으로 적용되는 인권으로 인정할 수 있는 것은 오직 사적 자율성을 반영하는 기본권들에 한정될 것이며, 이는 자신의 인권 이론에 따라 스스로 허용할 수 없는 불완전한 기본권 목록이다.

나아가 한 국가의 헌법이 특수성과 다양성이 존재하는 현실을 반영하면서도 권리체계에 의해 규정된 보편성을 지키듯이, 국제법의 입헌화는 각 문화권들의 요구를 반영하면서도 다원성을 뛰어넘는 보편적 준거점을 유지해야 한다. 그러므로 국제 사회의 헌법이 만들어질 수 있다면 그 헌법은 한 국가 내의 헌법과 마찬가지로 권리체계와의 상호참조적 관계를 맺고 있어야 한다. 국민국가 내에서 권리체계와 헌법의 상호참조적 관계가 성립될 수 있는 것은 수백 년 간 축적된 헌법의 역사가 있기 때문이었다. 권리체계는 현실의 참조점이 될 논리적 재구성을 헌법에 제공하며 국제법도 권리체계의 논리적 재구성을 충분히 참조할 수 있으나, 반대로 국제법은 국내 헌법처럼 수백 년 간 축적된 역사를 갖고 있지 않으므로 헌법이 권리체계에 제공해야 할 수많은 해석 사례들을 제공해 줄 수는 없다. 결국 국내 헌법의 참조대상이 되는 권리체

44) Jürgen Habermas, "The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society," *Constellations*, 15권, 4호, 2008.

계를 국제 관계로 그대로 가져와서 국제법의 참조점으로 삼는 것 외에 국제적 헌법과 권리체계의 관계는 성립되기 어렵다. 인권의 이중성 및 그에 따른 권리체계와 헌법이라는 두 단계를 통한 권리 도출이 하버마스 인권 이론의 핵심이라는 점에서, 권리체계와 국제법의 상호참조가 아닌 일방향의 관계만으로는 인권이 제대로 해석되고 조형되지 못할 것이다.

국제 사회의 헌법을 이야기하고 희망하기는 하지만 국가라는 형태의 공동체에서 일어나는 정당화 과정에 의존하기 때문에, 그가 기대할 수 있는 최선은 각각의 국가에서 입법과정을 거치면서 인권 해석이 정당하고 충분히 일어날 것이라고 기대하는 것에 그친다. 국가 내에서 이루어지는 정당화를 높게 평가하는 하버마스는 각 국가들이 행한 인권 정당화로부터 국제 사회에서의 헌법을 통한 인권의 구속력을 간접적으로 얻을 수 있다고 생각하나, 그러한 방식으로 얻게 되는 국제 헌법은 공적 자율성과 사적 자율성의 동근원적 관계를 반영하지 못하는 결과를 낳는다.

5. 결론

본 논문은 하버마스의 인권 이론이 다원주의라는 현실 속에서 인권 목록의 다양한 해석 형태들을 어느 정도 수용할 수 있을 것인지에 답하고자 했다. 권리체계가 표현하는 권리범주들은 문화적 다원성의 영향을 받지 않는 보편적인 범주들이며, 헌법을 통해 해석된 기본권의 목록은 권리체계의 범주들을 모두 조형해야 한다는 한계 내에서 받아들여진다. 즉, 그는 권리 발생의 논리적 재구성에 따른 권리범주들을 보편적인 것으로 설정하되 그 한계 내에서 다양한 해석을 허용한다.

국민국가의 틀 내에서 보편성과 다원성을 모두 수용하고자 했던 하버마스의 인권 이론은 국제 사회에서 극심한 문화적 차이와 맞닥뜨렸

을 때에는 국가 내에서도와 같은 정도로 설명력과 구속력을 유지하기 어렵다. 하버마스는 의욕적으로 국제법의 입헌화 가능성을 역설하지만 이 기획은 한계에 부딪힌다. 인권이 이중적 성격과 인권 도출의 단계를 이원화함으로써 법과 도덕이 규범으로서 갖는 장점을 모두 취하려는 시도는 그의 이론의 장점이지만, 다원주의 사회의 인권과 관련해서는 인권 해석의 다양성을 권리체계 내에서 허용할 뿐 다양한 인권 목록들 간의 대화의 장을 마련하거나 혹은 제도를 통해 국제 사회에서 인권을 구속력 있게 논의하는 데 성공하지 못한다.

그러나 국제법의 입헌화 기획의 한계가 곧 하버마스의 인권 이론이 다원주의에 대응하는 과제에 실패했다는 의미는 아니다. 인권이론이 다원성을 수용하는 것은 중요하지만 다원성에 무조건 열려 있어야 하는 것은 아닌데, 왜냐하면 모든 방식의 인권 해석이 인권을 잘 보장하는 방식이라고 생각할 근거는 없기 때문이다. 그러므로 담론원리를 통해 이루어지는 권리체계라는 보편성의 기반을 포기하지 않으려는 하버마스의 이론은 문화 간의 다양성이 상대주의로 흘러가지 않고 인권에 관한 생산적인 논의와 문화권 간의 상호 평가를 이끌어내려는 노력의 산물이다. 그는 적어도 현대 다원주의 사회에서 인권의 다양한 해석을 어느 선까지 수용하고 어느 선부터는 수용하지 않을 것인지 명확히 대답하였으며, 국제 사회의 현실을 고려하여 인권의 보편성을 어느 정도로 주장할 것인지는 각 주권국가들이 국제 사회의 문제에 참여하는 태도와 의지의 변화에 따라 얼마든지 달라질 수 있을 것이다.

참고 문헌

1. 하버마스의 저서

- Habermas, Jürgen, 『분열된 서구』, 장은주·하주영 옮김, 파주: 나남, 2009.
- _____, 『의사소통행위이론』 1-2, 장춘익 옮김, 파주: 나남, 2006.
- _____, 『진리와 정당화』, 윤형식 옮김, 파주: 나남, 2008.
- _____, "Constitutional Democracy: A Pradoxical Union of Contradictory Principles?," William Rehg 옮김, *Political Theory*, 29권, 6호, 2001, 766-781.
- _____, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. (국역: 『이질성의 포용』, 황태연 옮김, 서울: 나남, 2000.)
- _____, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. (국역: 『담론윤리의 해명』, 이진우 옮김, 서울: 문예출판사, 1997.)
- _____, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. (국역: 『사실성과 타당성』, 한상진·박영도 옮김, 파주: 나남, 2010.)
- _____, "Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte," *Recht auf Menschenrechte*, Hauke Brunkhorst, Wolfgang R. Köhler, and Matthias Lutz-Bachmann 엮음, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.
- _____, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988. (국역: 『도덕의 식과 소통적 행위』, 황태연 옮김, 서울: 나남, 1997.)

- _____, "Remarks on Legitimation through Human Rights," William Rehg 옮김, *Philosophy & Social Criticism*, 24권, 2-3호, 1998, 157-171.
- _____, "The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society," *Constellations*, 15권, 4호, 2008, 444-455.
- _____, "The Postnational Constellation and the Future of Democracy," *The Postnational Constellation*, Max Pensky 옮김, Cambridge; Mass.: MIT Press, 2001, 58-112.

2. 2차 문헌

- 김원식, 「인권의 근거: 후쿠야마와 하버마스의 경우」, 『사회와 철학』, 13호, 2007, 51-74.
- 박구용, 「인권의 보편주의적 정당화와 해명」, 『사회와 철학』, 7호, 2004, 153-196.
- 임홍빈, 「인권 개념의 철학적 정당화와 문화다원주의」, 『철학연구』, 54권, 2001, 333-349.
- 장은주, 『인권의 철학』, 서울: 새물결, 2010.
- 허성범, 「인권의 담론이론적 정당화의 현황과 전망」, 『사회와 철학』, 19호, 2010, 339-396.
- _____, 「현대 다원사회에서의 인권 정당화」, 박사학위논문, 한양대학교 대학원, 2013.
- 홍태영, 「인권의 정치와 민주주의의 경계들」, 김비환 외, 『인권의 정치사상』, 서울: 이학사, 2010.

- Abdel-Nour, Farid, "Farewell to Justification: Habermas, Human Rights, and Universalist Morality," *Philosophy & Social Criticism*, 30권, 1호, 2004, 73-96.
- Ackerly, Brooke A., *Universal Human Rights in a World of Difference*, New York: Cambridge University Press, 2008.
- Alves, Jose A., "The Declaration of Human Rights in Postmodernity," *Human Rights Quarterly*, 22권, 2호, 2000, 478-500.
- Apel, Karl-Otto, "Die postkantische Universalismus in der Ethik im Lichte seiner aktuellen Mißverständnisse," *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988.
- Beck, Ulrich, 『지구화의 길』, 조만영 옮김, 서울: 거름, 2000.
- Benhabib, Seyla, 『비판, 규범, 유토피아』, 정대성 옮김, 서울: 울력, 2008.
- _____, *Situating the Self*, New York: Routledge, 1992.
- Bernstein, Richard J., "Retrieval of the Democratic Ethos," *Cardozo Law Review*, 17권, 1995-1996, 1127-1146.
- Bielefeldt, Heiner, "'Western' versus 'Islamic' Human Rights Conceptions?: A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights," *Political Theory*, 28권, 1호, 2000, 90-121.
- Bohman, James, "The Globalization of the Public Sphere: Cosmopolitan Publicity and the Problem of Cultural Pluralism," *Philosophy & Social Criticism*, 24권, 2-3호, 1998, 199-216.
- Brunkhorst, Hauke, "Globalising Democracy Without a State: Weak Public, Strong Public, Global Constitutionalism,"

- Journal of International Studies*, 31권, 3호, 2002, 675-690.
- _____, "Rights and the Sovereignty of the People in the Crisis of the Nation State," *Ratio Juris*, 13권, 1호, 2000, 49-62.
- _____, Regina Kreide, and Cristina Lafont, *Habermas-Handbuch*, Stuttgart: Metzler, 2009.
- Cobbah, Josiah A. M., "African Values and the Human Rights Debate: An African Perspective," *Human Rights Quarterly*, 9권, 1987, 309-331.
- Cohen, Jean L., "Rethinking Human Rights, Democracy, and Sovereignty in the Age of Globalization," *Political Theory*, 36권, 4호, 2008, 578-606.
- Cooke, Maeve, "Avoiding Authoritarianism: On the Problem of Justification in Contemporary Critical Social Theory," *International Journal of Philosophical Studies*, 13권, 3호, 2005, 379-404.
- Donnelly, Jack, 『인권과 국제정치』, 박정원 옮김, 서울: 오름, 2002.
- _____, "Cultural Relativism and Universal Human Rights," *Human Rights Quarterly*, 6권, 1984, 400-419.
- _____, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (2판), Ithaca; London: Cornell University Press, 2003.
- Fraser, Nancy, 『지구화 시대의 정의』, 김원식 옮김, 서울: 그린비, 2010.
- Freeman, Michael, 『인권: 이론과 실천』, 김철효 옮김, 서울: 아르케, 2005.
- Gould, Carol C., *Globalizing Democracy and Human Rights*, Cambridge; New York: Cambridge University Press,

- 2004.
- Gutmann, Amy, "The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics," *Philosophy & Public Affairs*, 22권, 3호, 1993, 171-206.
- Ingram, David, "Between Political Liberalism and Postnational Cosmopolitanism toward an Alternative Theory of Human Rights," *Political Theory*, 31권, 3호, 2003, 359-391.
- Kant, Immanuel, 『윤리 형이상학』, 백종현 옮김, 서울: 아카넷, 2013.
- _____, 『영원한 평화를 위하여』, 이한구 옮김, 서울: 서광사, 1992.
- Maus, Ingeborg, "Liberties and Popular Sovereignty: On Jürgen Habermas's Reconstruction of the System of Rights," *Cardozo Law Review*, 17권, 1995-1996, 825-882.
- McCarthy, Thomas, "Legitimacy and Diversity: Dialectical Reflections on Analytical Distinctions," *Cardozo Law Review*, 17권, 1995-1996, 1083-1125.
- Menke, Christoph, and Arnd Pollmann, 『인권 철학 입문』, 정미라·주정립 옮김, 파주: 21세기북스, 2012.
- Raz, Joseph. "Human Rights without Foundations," *The Philosophy of International Law*, J. Tasioulas and S. Besson 엮음, New York: Oxford University Press, 2010.
- Rorty, Richard, 「연대성」, 『우연성, 아이러니, 연대성』, 김동식·이유선 옮김, 서울: 민음사, 1996.
- _____, 「인권, 이성, 감성」, J. Rawls 외, 『현대사상과 인권』, 민주주의법학연구회 옮김, 서울: 사람생각, 2000.
- Schomberg, Renévon, and Kenneth Baynes, *Discourse and Democracy*, Albany: State University of New York

Press, 2002.

Talbott, William J., 『인권의 발견』, 은우근 옮김, 파주: 한길사, 2011.

Taylor, Charles, 「인권에 대한 비강제적 합의의 조건」, 『사상』, 31호, 1996, 57-74.

Walker, Brian, "Habermas and Pluralist Political Theory," *Philosophy and Social Criticism*, 18권, 1호, 1992, 81-102.

3. 인터넷 자료

Campbell, Kenneth, "Legal Rights," *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2013 Edition), Edward N. Zalta 엮음, URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/legal-rights/>>.

Leydet, Dominique, "Citizenship," *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta 엮음, URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/citizenship/>>.

Marmor, Andrei, "The Nature of Law," *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2011 Edition), Edward N. Zalta 엮음, URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/lawphil-nature/>>.

Nickel, James, "Human Rights," *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta 엮음, URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/rights-human/>>.

Abstract

On the Problem of Pluralism in Habermas's Theory of Human Rights

Park Minji

Department of Philosophy

The Graduate School

Seoul National University

Jürgen Habermas clearly recognizes current crisis of universal human rights and accepts some ideas of pluralist theories; although he strongly insists on the universality of human rights. The purpose of this paper is to reveal how he responds to the challenge of pluralism.

I will start with an analysis that Habermas clarifies human rights as 'Janus-faced' conception which has features of both moral and legal norms. For this reason, discourse principle which can be applied to both moral and legal norms is introduced.

In accordance with the twofold conception of human rights, two stages are required when deduction of human rights is carried out: first, the system of rights is formed on the basis of discourse

principle, then follows the constitutions of each country. With this two stages human rights can take the form of basic rights which has moral contents and legal forms at the same time. In this process discourse principle guarantees universality of the system of rights which functions as the standard of deciding whether to acknowledge diverse human rights lists. The proper list of human rights has to be shaped out of the system of rights.

Finally, I will raise a question of whether different cultures can have conversation on their various lists of human rights. For discourse principle demands too strong condition which requires full agreement made on common ground, it is hard to communicate among different cultures. Instead, international law as a global constitution could be an alternative. Habermas's project of global constitution, however, insists on the frame of nation state and the justification of global human rights relies on the justification of the national constitutions of each nation state.

Keywords : Habermas, human rights, universality, pluralism, the system of rights and constitution, international law

Student Number : 2010-22960