

민주주의와 법치국가: 하버마스의 『사실성과 타당성』 - 케네스 베인스

번역자: 서요련

서지정보

Kenneth Baynes(2016), *Habermas*, New York: Routledge, pp. 129-157.

제6장 민주주의와 법치국가: 하버마스의 『사실성과 타당성』

129

루소와 마르크스에 뿌리를 둔 급진민주주의 기획은 “자유로운 공적 이성”(free public reason)을 집합적으로 행사하는 사회의 합리적 자기조직화라는 전망 속에 표현되고는 했다. 위르겐 하버마스도 초기에 이를 따랐으며 후기 저작인 『사실성과 타당성』(이하 BFN)에서도 몇 가지 단서를 두긴 하지만 여전히 이 기획을 따르는 민주주의론을 논하고 있다. 특히 초기 입장에서 두 가지 출발점이 눈에 띈다. 첫째, 하버마스는 급진민주주의 기획이 빠지기 쉬운 전체론이나 전체주의(holistic or totalistic conception), 즉 사회를 중앙 행위자(국가)나 조직원리(노동)에 따라 통합된 일종의 거대주체로 보는 사고와 결별한다.¹⁾ 둘째, 하버마스는 『사실성과 타당성』에서 법과 법공동체가 정당화 과정에서 수행하는 역할을 더 적극적이고 중요한 것으로 본다.²⁾ 첫째 변화는 니클라스 루만의 체계이론과 오랫동안 대결한 결과이다. 둘째 변화는 “사회적 공동체”(societal community)와 특히 법이 고도로 분화된 다원 사회에서 사회통합 기능을 하는 핵심 제도 복합체라는 탈콧 파슨스의 통찰을 올바르게 인식하게 되면서 일어났다(Luhmann 1995; Parsons 1970). 급진민주주의 기획은 시장경제를 대체할 수도, 고도로 관료화된 행정국가(혹은 “국가기구”(state apparatus))를 폐기할 수도 없다. 대신 급진민주주의 기획은 두 사회적 “하부체계”(subsystem)를 길들이고 민주적으로 정당한 법의 지배에 책임지도록 하면서도, 하부체계가 제공하는 혜택을 사회가 누리는 방법을 찾아야 한다. (130) 요컨대 급진민주주의는 민주적 법치국가(liberal Rechtsstaat)와 창조적으로 결합하여(realigning) 고도로 복잡한 현대 사회의 분화를 인정하는 “현명한 자기제한”을 실천해야 한다(Habermas 1989a, 63-64를 보라).³⁾

130

『사실성과 타당성』에서 하버마스는 체계이론을 법적·정치적으로 응용하는 작업을 재평가함과 더불어 특히 자유민주주의의 본질과 한계를 주제로 한 현재 영미권 정치이론 논쟁에도 개입한다. 이로 인해 어떻게 하버마스의 “논증대화적 법이론”(discourse theory of law)과 “절차주

1) 나중에 하버마스는 이와 같은 전체론의 흔적이 『공론장의 구조변동』에서도 여전히 나타난다고 한 바 있다. “Further Reflections on the Public Sphere” in Calhoun(1992, p. 433).

2) 이러한 법의 역할은 『의사소통행위이론』의 입장보다 좀더 적극적이라 할 수 있다. 『의사소통행위이론』에서 법은 통합 역할을 하는 “제도”(institution)와 생활세계를 식민화할 수도 있는 “매체”(medium)라는 점에서 양가적 성격이 더 강하다(TCA 2, 365). (역주: Jürgen Habermas(1987), *Theories des kommunikativen Handelns : Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, 장춘익 역(2006), 『의사소통행위이론 2: 기능주의적 이성 비판을 위하여』, 파주: 나남출판, p. 561 이하.)

3) 나는 독일어 “법치국가”(Rechtsstaat)를 그대로 두는데, 이는 “입헌국가”(constitutional state)와 “법의 지배”(rule of law)라는 독일어 단어의 두 뜻을 보존하기 위함이다.(역주: 영어권의 사정과 달리 한국어권에서는 독일어 Rechtsstaat는 일관되게 ‘법치국가’로 번역하는 관례가 이미 형성되어 있다 판단하여 이를 따르기로 한다.)

의적 민주주의”(procedural democracy) 모델이 자유민주주의 이론의 긴요한 문제에 더 능숙하게 대처할 수 있는지 대강 판단할 수 있다. 주목할 만한 쟁점이 세 가지 있다. 첫째, 민주주의와 정치적 평등, 법의 지배, 기본적 자유와 권리의 보장 등 여타 정치적 이상의 관계는 오랫동안 논쟁거리였다. 이러한 정치적 가치들은 민주주의의 이상과 심각하게 충돌하는가? 혹은 서로 양립할 수 있는가? 둘째, 자유주의적 중립성의 이상도 지속적인 논의 대상이다(Baynes 1992a와 Patten 2014를 보라). 한편으로 상이한 문화 및 삶의 형식이 점점 국제시장에 위협받고 다른 한편으로 비자유주의 진영이 자유주의의 윤리적 토대를 의문시하는 경우에도, 자유주의 국가가 특정한 선관을 장려할 의도의 개입해서는 안 된다는 주장을 옹호할 수 있는가? 셋째, 중립성 비판의 연장선에서 “차이의 딜레마”(dilemma of difference)는 자유주의 사상에 분명한 도전을 제기한다(Minow 1990). 평등, 불편부당성, 관용과 같은 자유주의적 이상으로 “차이”를 다루는 시도는, 필연적으로 부정의를 영구화하고 전통적으로 이러한 규범이 인정하지 않는 범주와 계급에 폭력을 가할 수밖에 없는가? 최근 페미니스트 법학자들이 주축을 이루어 이 문제를 다루고 있다(Young 1990과 Menke 2011을 보라).

아래에서 우선 『의사소통행위이론』에 도입한 기본 주제가 『사실성과 타당성』에서도 이어진다는 점을 보여줄 것이다(1절). 하버마스가 대표작에서 전개한 핵심 논증을 모르고서는 『사실성과 타당성』의 기획을 이해할 수 없다. (131) 그런 후 『사실성과 타당성』의 핵심 요소를 요약한다. 특히 하버마스는 어떻게 시민의 사적 자율성과 공적 자율성이 서로 전제하는지를 보여줌으로써 칸트의 “권리의 체계”(system of rights)를 재해석한다(2절).

131

그리고 두 트랙 심의정치 개념(a two-track conception of deliberative politics)을 중심으로 하는 절차주의적 민주주의 제안을 요약한다(3절). 마지막 절에서는 하버마스가 제안한 심의정치 모델의 틀로 방금 언급한 자유민주주의에 대한 세 가지 도전을 어떻게 대응할 수 있는지 살펴볼 것이다(4절).

1. 의사소통적 이성과 사실성과 타당성의 긴장

『의사소통행위이론』의 핵심 논제는 대다수 사회이론의 이성·합리성 개념으로는 사회질서에 관한 흡수적 문제를 해결하고 나아가 근대화 과정을 충분히 기술할 근거를 제공하지 못한다는 점이다(3장을 보라). 합리적 선택이론의 도구적 합리성 모델과 마르크스주의 및 체계이론의 기능주의적 합리성 모델 모두 (나중에 사회제도에 반영되는) 사회적 행위자의 규범적 자기이해가 사회적 재생산 및 사회통합 과정에 기여하는 바를 해명할 수 없다. 사회적 행위자들의 자기이해에 따르면 참여자들은 자신의 사회적 효능감을 훼손하지 않고는 “단지” 허구(“mere” fiction)로 치부할 수 없는 이상화나 “허구”(fictions)를 사용한다. 하버마스는 참여자들이 서로 의사소통하려 한다면 반드시 취할 수밖에 없는 전제조건으로 소급하여 이상화의 근거를 탐색한다. 이러한 전제조건에는 객관세계, 언어적 의미의 동일성, 행위자의 상호 책임, 진리와 정당성에 대한 맥락초월적 타당성이 있다(BFN, 4).⁴⁾

의사소통은 타인이 무언가를 믿게 만드는 행위로 환원할 수 없다. 하버마스는 전형적인 의사소통이 타인과 함께 무언가를 이해하고자 하는 경우에 이루어진다고 본다. 이때 “이해”하는

4) 역주: 본문에 표시된 쪽수는 영어판의 쪽수이다. 한국어 번역본 쪽수로는 다음을 보라. Jürgen Habermas(1992), *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 한상진 & 박영도 역(2007), 『사실성과 타당성』, 파주: 나남출판, p. 31.

것은 취약하지만 사회적으로 유효한 상호인정 형식을 구성하는 불가피한 전제조건에 의존한다. 타인과 무언가를 이해하고자 하는 것은 설혹 발화에 이의가 제기될 경우 주장의 근거를 제시할 준비가 되어 있다는 점, 그리고 타인을 그 주장에 자유롭게 예/아니요 입장을 취할 수 있는 존재로 인정한다는 점을 함의한다.

132

그렇다면 의사소통적 이성은 모든 의사소통적 행위에 내재하는, 이성적 구속력과 결속력이 있는 발화수반적 힘을 나타내며, “의사소통적 자유”(communicative freedom)는 제기된 어떠한 언어행위에도 예/아니요 입장을 취할 수 있는 “권리”(right)나 능력을 말한다(BFN, 119).

『의사소통행위이론』의 두 번째 주제는 문화적 재생산, 사회통합, 사회화의 과정이 불가피하게 의사소통적 행위와 의사소통적 이성 개념에 토대를 둔 이상화에 의존한다는 점이다. 객관 세계, 동일한 의미, 책임 있는 행위자, 진리와 정당성에 대한 타당성 주장 없이는 지식과 가치의 전승, 사회질서 유지, 개인적 정체성과 인생계획의 형성을 진척할 수 없다. 비록 그러한 이상화가 언제나 반사실적 가정을 포함하기는 하지만, 그럼에도 이상화는 사회통합과 사회적 재생산 과정에서 현실적으로도 유효하다.

무제약성이라는 이상적 계기는 상호이해의 사실적 과정 속 깊숙한 곳으로 스며드는데, 이는 타당성 주장이 두 얼굴을 갖기 때문이다. 다시 말해서, 하나의 주장으로서 그것은 모든 맥락을 넘어서지만, 그것이 행위조정 효과를 갖는 동의를 운반하려면 지금 여기서 제기되고 또 수락되어야 하는 것이다. 타당성을 제기하고 수락하는 맥락의 영도(Null-Kontext)는 없기 때문이다. 화자가 주장하는 합리적 수락가능성의 보편성은 모든 맥락을 뛰어넘는다. 그러나 특정 맥락 속에서 구속력 있는 인정을 받을 때 비로소 타당성 주장이 맥락에 구속받는 일상적 실천들을 사회적으로 통합할 수 있는 역할을 담당할 수 있다.(BFN, 20-21)⁵⁾

이 대목에서 사회적 조정에 현실적으로 유효한 (사회적으로 실존하는 맥락초월적 이성에 대한) 반사실적 이상화라는 논점은 『사실성과 타당성』을 구성하는 “사실성”(facticity)과 “타당성”(validity)의 긴장의 기원이라 할 수 있다. 하버마스는 여러 사회가 사실성과 타당성의 긴장을 처리하는 다양한 경로를 한층 사회학적으로 분석한다. 이러한 경로에는 일상적 상호작용에서 공유된 배후 가정에 의지하거나 사실성과 타당성을 융합하는 종교 같은 강력한 제도를 만드는 것 등이 있다(BFN, 23f). (133) 이때 하버마스는 세속화와 탈마법화로 인해 고도로 분화된 다원주의 사회의 경우 사실성과 타당성의 긴장에 다리를 놓으려면 전통과 “강력한 제도”에 덜 의지할 수밖에 없고, 따라서 사회통합과 사회적 재생산 과제를 완수할 수 있는 다른 방법을 탐색한다.

133

이런 구도에서 법은 사실성과 타당성의 긴장에 대처하는 유일한 수단을 제공한다. 실정법 개념이 강제적 집행과 타당한 규범의 “내재적”(internal) 갈등을 포함하는 바로 그 순간에 말이다.

사실성과 타당성은 법의 타당성이라는 차원에서 다시 한 번 서로 얽힌다. 그러나 이번에는 그 두 계기가 생활세계적 확실성이라든가 어떠한 토론도 허용하지 않는 강력한 제도의 강제적 권위에서처럼

5) 역주: 위의 책, p. 51.

하나의 분리될 수 없는 아말감으로 융합되는 것이 아니다. 법의 타당성 양식 속에서는 국가에 의한 법집행의 사실성이라는 계기와 자유를 보장한다는 점에서 합리적이라고 주장하는 법률제정 절차의 (근거짓는 힘의) 정당성이라는 계기가 서로 얽힌다. 이와 동시에 변별성을 유지하고 있는 이 두 계기 사이의 긴장은 강화되고 행위에 영향을 주는 방식으로 조직화된다.(BFN, 28)⁶⁾

사실성과 타당성 간의 사회적 긴장은 법매체로 (이른바 “내적” 긴장 속에) 편입되면서 두 가지 법의 요구에 반영된다. 하나는 강제적으로 집행 가능한 정당한 질서를 산출하라는 것이고, 다른 하나는 이성적이고 확실하거나 적어도 예측 가능한 판단을 내려야 한다는 것이다. 동시에 법체계 자체는 근대 사회로 하여금 정치질서가 정당성을 주장한다는 점과 그러한 질서가 구성원들의 사실적(*de facto*) 인정에 의존한다는 점 사이의 “외적” 긴장을 처리할 수 있게 해주는 핵심 수단이 된다. 하버마스의 논제를 요약해보자. 고도로 분화된 다원주의 사회에서 사회적 조정과 사회통합의 과제는 정당성을 산출하는 제도화된 입법절차의 몫이 된다. 입법절차는 먼저 느슨하게 조직되고 상당 부분 자율적인 공론장의 익명적 의사소통 망을 통해(*via*) 형성되어 분산된 여론을 구속력 있는 결정으로 전환하는 기능을 수행한다.

사실성과 타당성의 “외적” 긴장을 보여주려면 최근 롤스가 공적 이성이 자유주의적 정당성 원리의 핵심이라고 해명한 점을 참고하는 것이 유용하다. (134) 롤스는 사회의 기본구조를 규제하는 원리를 정당화하는 것은 반드시 “정치적이지, 형이상학적이 아니다”(political, not metaphysical)고 주장한다.

134

즉 원리를 정당화하는 것은 자유롭고 평등한 시민들의 공적 정당화 실천 “외부의” 어떤 것에도 호소할 수 없다. 물론 그렇다고 “그릇된 방식으로 정치적”이어서도 안 된다. 다시 말해 원리의 정당화는 경쟁하는 이익 혹은 양립 불가능한 선관의 한낱 잠정적 협정(*modus vivendi*)이나 교착 상태에 불과해서는 안 된다(Rawls 1999, c. 22). 롤스는 이러한 연관성을 염두에 두고 “자유주의적 정당성 원리”(liberal principle of legitimacy)를 도입한다. “정치권력의 행사는 헌법에 의거할 때에만 가장 적절한 것이다. 헌법적 본질들은 자유롭고 평등한 시민의 공통적인 인간성이 수용할 수 있는 원칙과 이상에 비추어 합당하게 지지되리라고 우리가 기대할 수 있는 것들”이거나 “합당하고 합리적인 것으로서 수용 가능하다.”(Rawls 1996, 137; 1999, 578).⁷⁾ 하지만 만약 이러한 기준을 만족하는 제도가 안정성도 확보하려면, “공통적인 인간이성”이 내포한 이상이 단지 이상론(ideal theory)의 수준에서만 찾을 수 있는 것이 아니라 공적 정치문화 내에서 “중첩적 합의”(overlapping consensus)의 초점이 되어야만 한다(Rawls 1996, 제4강). 공적 정당화 개념에서 이따금 찾을 수 있는 타당성은 넓은 중첩적 합의의 “사실성”을 안정화할 것을 요한다(Cohen 1993, 2절을 보라). 그러나 이와 같이 사실성과 타당성의 (안정성의 문제와 정당화 혹은 수용 가능성 조건 간의) 긴장을 인정하는 경우에, 롤스는 자유주의적 정치문화 내에서 이 긴장을 능히 극복할 수 있다거나 혹은 적어도 마치 극복할 수 있는 것처럼 생각해야 한다고 가정하는 경향이 있다. 대조적으로 하버마스는 사실성과 타당성의 긴장을 표면화한다. 이는 근대 사회에서 논증대화적 의견형성 과정을 거쳐 형성된 (광의의) 공적 이유들을 집단적으로 구속력 있는 결정으로 전달·전환하는 정치적 과정을 통해 사실성과 타당성의 긴장에

6) 역주: 위의 책, p. 61.

7) 역주: 이 부분 번역은 한국어 번역서를 따른다. J. Rawls(2005), *Political Liberalism*, 장동진 역(2016), 『정치적 자유주의』, 파주: 동명사, p. 251.

다리를 놓는 방법을 검토하기 위해서이다.

그 외에 중요한 차이가 있음에도 정당성 문제에 대응하기 위해 각각 “공적 이성”(롤스)과 “의사소통적 이성”(하버마스)에 호소하는 것은 심층적인 진화성이 있다. 두 개념 모두 이유를 제시하는 능력이라는 의미로 자율성의 기본 개념을 동원한다. 자율성 개념이 시민들의 근본적인 도덕적 능력 개념에 기초하든(롤스), 의사소통적으로 행위하는 이들이 공유하는 전제조건에 기초하든 말이다(하버마스).⁸⁾

135

II. 논증대화이론, 민주주의 원리와 권리의 체계

다음으로 하버마스는 법의 정당성에서 가장 핵심인 문제를 다룬다. 법적 권위는 어떤 근거로 정당성을 획득하는가? 사실상 하버마스는 세련된 동의론(a sophisticated version of consent theory)을 옹호한다. 세련된 동의론은 현실적·가설적 동의에 의존하는 동의론이 아니라 의사소통적 사회구성 과정에 법·정치질서의 뿌리를 두는 동의론을 말한다. 하버마스는 확립된 법적 절차에 따라 제정된 법은 정당하다는 루만 식 협소한 법실증주의를 거부한다. 그러나 또한 하버마스는 급진민주주의를 지지하므로 자연법론에 호소하는 것도 배제한다. 하버마스에 따르면 “법매체 자체와 의사소통적 사회구성 일반의 조건에 내장되어 있는 논증대화원리를 제외하면 시민의 자기결정에 앞서 미리 주어져 있는 것은 없다.”(BFN, 127-128)⁹⁾ 따라서 하버마스는 앞서 근대성이 스스로 규범성을 창출해야 한다고 주장한 것과 꼭 같이(PDM, 7), 이제는 합법성이 그 자신의 정당성을 해명해야 한다고 주장한다. 요컨대 하버마스의 전략은 법에 내재한 합리성이 법매체의 힘이 닿지 않는 (의사소통적) 이성의 차원에 의존하면서 동시에 그 차원에 열려 있음에도, 법의 정당성의 뿌리가 법에 내재한 합리성에 있음을 보이는 것이다. “법이 의사소통적 행위가 갖는 사회적 통합력과 내적 연관을 보존할 때 비로소 법이 근대 사회에서도 기대의 안정화라는 기능을 충족할 수 있다.”(BFN, 84; Baynes 2007을 보라).¹⁰⁾

하버마스는 2차 문헌에서 자주 논의하는 칸트 정치사상의 핵심 난점을 경유하여 합법성의 정당성 문제에 접근한다. 칸트 정치사상의 난점은 칸트를 최선의 모습으로 해석할 때 자연권 이론인가 혹은 사회계약론자인가 하는 물음 속에서 찾을 수 있다. 하버마스는 칸트가 자연권 전통에 더 가깝다는 견해에 동의한다. 이 견해에 따르면 칸트는 “보편적 법원리”(Universal Principle of Right)를 정언명령의 “보조 정식”(subsidiary formula)으로, 도덕법칙에서 도출되면서 도덕법칙에 종속되는 것으로 간주하므로 자연권 전통에 더 가깝다(Nell 1975). (136) 그러나 이는 보편적 법원리에서 이끌어내는 공법·사법체계뿐만 아니라 보편적 법원리 그 자체도 사회계약 당사자들의 (현실적이든 가설적이든) 동의에 궁극적으로 의존하지 않는다는 점을 함의하고 있다.¹¹⁾

136

칸트를 흥미롭고 독창적으로 해석한 하버마스는 사회계약론적 독법과 자연권적 독법의 긴장

8) 이런 의미에서 롤스와 하버마스는 칸트의 실천 이성 개념을 “탈초월화”(detranscendentalize)하려는 시도로 볼 수 있다. 제6장에서 롤스와 더 자세히 비교할 것이다.

9) 역주: Jürgen Habermas(1992), 앞의 책, p. 186.

10) 역주: 위의 책, p. 131.

11) 이와 같은 칸트 정치이론의 도덕적 해석의 예는 릴리(Riley 1983)를 보라. 칸트의 도덕과 정치 관계에 관하여 하버마스의 입장에 더 가까운 흥미로운 논의로는 팔리카하일(Pallikkahayil 2010)과 마우스(Maus 2002)를 보라.

이 칸트의 자율성 개념 혹은 자기지배 개념의 애매성에 기인한다고 주장한다. 이 개념은 칸트가 루소에게서 가져온 개념이므로 개인적 자기규제 그리고 집단적 자기규제 양자를 모두 포괄한다. “인격은 그가 (자신만으로 또는 적어도 동시에 타인들과 함께) 자기 자신에게 수립한 법칙들 외의 어떤 다른 법칙들에는 복종하지 않는다”(Kant 1991, 50).¹²⁾ 칸트의 집단적 자기결정 개념은 사회계약의 이상에서 포착할 수 있는 반면, 개인적 자율성 개념은 사실상 도덕성과 동의어이다. 그러나 칸트의 시민사회(국가) 설립 논증이 오로지 모든 사람의 평등한 주관적 자유를 보장하는 보편적 법원리에 의지하는 한, 집단적 자기결정 개념은 도덕원리(자연권)에 종속된다. 하버마스에 따르면 이러한 칸트의 구도로 인해 법도그마틱 전통에서 객관적 법을 주권자의 명령으로 보는 법실증주의와 주관적 자유를 강조하는 자연법론의 변증법이 발생한다. 두 전통 모두에서 국민주권과 집단적 자기결정의 개념은 점차 사라지고 말았다. 이는 법의 정당성을 해명하려는 시도의 기반을 흔들었다. 그러한 개념이 사라짐에 따라 민주적 입법과정에서 법이 소거되거나, 혹은 그와 동시에 주관적 자유의 권리에서 공적 자율성 개념과의 어떠한 연관성도 박탈되었기 때문이다(BFN, 89; Maus 2002도 보라). 다시 말해 종국적으로 합법성의 정당성을 확보할 수 있는 방식으로 시민들의 사적 자율성과 공적 자율성이 화해를 이루지 못했다는 것이다.¹³⁾

물론 하버마스가 그저 역사적 이유로 칸트의 권리의 체계에 관심을 표하는 것은 아니다. 하버마스는 칸트에게 문제된 권리의 체계를 활용하여 논증대화이론의 기본구조를 명료히 하고 일부 비판에 응답하고자 한다.¹⁴⁾ 예를 들어 이제 하버마스는 논증대화원리(“가능한 모든 관련 당사자들이 합리적 논증대화의 참여자로서 동의할 수 있는 행위규범만 타당하다.”)(BFN, 107)¹⁵⁾와 이를 도덕적 논증 규칙으로 구체화한 원리 U를 더 예리하게 구분한다(5장을 보라).¹⁶⁾ 논증대화원리는 도덕규범과 법규범을 구별하기 전의 모든 행위규범에 적용되는 일반 원리로 묘사된다. (137) 그리고 원리 U는 정당한 입법의 일반적 절차를 구체화하는 (칸트의 사회계약 개념과 대강의 등가물인) 민주주의 원리와 동시에(simultaneously) 도입된다(BFN, 110을 보라).

137

민주주의 원리에 따르면 “법적으로 구성된 논증대화적 입법과정 속에서 모든 시민들이 동의할 수 있는 법규들만이 정당성을 주장할 수 있다”(BFN, 110).¹⁷⁾ 두 원리는 구별되기는 하지만 칸트에서처럼 위계적으로 구조화되지 않는다. 그보다 양자는 상호보완적이며, 민주주의 원리는 중요한 방식으로 (실정법의 정당화 원리로서) 탈관습적 이성도덕에 필연적으로 수반되는 “결함”(deficits)을 보충한다. 그러한 결함에는 이를테면 도덕적 통찰이 그 준수를 보장하지 않는다

12) 역주: 이 부분 번역은 한국어 번역서를 따른다. Immanuel Kant(1798), *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 백종현 역(2012), 『윤리형이상학』, 서울: 아카넷, p. 140(AB22=VI223).

13) 칸트와 나란히 루소의 가장 중요한 정치적 관심을 흥미로운 독해로는, 공적 자유와 사적 자유 혹은 사회적 자율성과 시민적 자유의 상이한 두 개념을 일관된 체계로 통합하고자 하는 노이하우저(Neuhausser 1993)의 논의를 보라.

14) 여러 논평가들이 하버마스의 논증대화원리에서 U가 도덕원리인지 정치적 정의의 원리인지 애매하다고 지적해왔다(Wellmer 1991, 148; Finlayson & Freyenhagen 2011, Introduction).

15) 역주: Jürgen Habermas(1992), 앞의 책, p. 161.

16) 초기 하버마스가 논증대화원리와 보편화 가능성 원리의 관계를 어떻게 정식화했는지 보려면 “논증대화원리”(MCCA, 65-66)를 보라(역주: Jürgen Habermas(1983), *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 황태연 역(1997), 『도덕의식과 소통적 행위』, 서울: 나남출판, 제3장 참고.). 하버마스는 새로운 입장에서 “논증의 화용론적 전제조건”에서 D를 정확하게 “도출”하는 문제는 여전히 열어두고 있다. 이는 초기에 하버마스는 D를 U의 도출에 의존하는 것처럼 서술했기 때문이다.

17) 역주: 위의 책, pp. 164-165.

는 사실에서 비롯하는 동기의 불확실성뿐만 아니라 도덕원리가 모든 유관한 상황 특성을 고려해야 한다는 데서 발생하는 인지적 무규정성 문제가 있다. 두 문제에서 법규범은 도덕규범을 보충할 수 있다. 비록 법규범이 다양한 방식으로 도덕적 논증 과정에 여전히 열려 있기는 하지만 말이다(BFN, 112f.).

근본적인 도덕원리와 정당한 입법 원리의 상호보완적 관계보다도, 이와 병행하여 민주주의 원리가 권리의 체계에 종속되지 않는다는 하버마스의 주장이 훨씬 중요하다. 하버마스는 반대로 두 원리가 “동근원적”(co-original, gleichursprünglich)이며(BFN, 122), “서로를 해명하고 있는 것”(BFN, 94)이다. 권리의 체계는 민주주의 원리의 “이면”(BNF, 94)이며, “민주주의 원리는 오직 권리의 체계의 핵심으로서만 출현할 수 있다”(BFN, 121).¹⁸⁾ 이러한 언급에 따르면 하버마스는 민주주의와 여타 정치적 가치, 특히 기본적 자유와 권리의 체계의 화해를 지지하는 셈이다. 하버마스에 따르면 기성의 화해 시도는 실패했기 때문에, 나는 하버마스의 시도에서 주요 단계라 할 수 있는 부분을 요약하겠다.

하버마스의 전반적인 전략은 법적으로 부여된 주관적 자유 혹은 개인적 권리의 “상호주관적 의미”(intersubjective meaning)에 주의를 환기하는 것이다(BFN, 89). 하버마스는 칸트뿐만 아니라 헤겔에도 공감하기 때문에 권리가 일차적으로 개인이 소유한 것이 아니라 상호인정 형식에 기초를 둔 (그러나 제한되고 인위적인) 관계임을 강조한다.

138

개념적 수준에서부터 이미 권리가 소유의 측면에서 서로 대립하고 있는 원자론적이고 소외된 개인들과 직접 연결되어 있는 것은 아니다. 오히려 법적 공동체의 자유롭고 평등한 구성원으로서 법 주체들은 상호연관되어 있는 그들의 권리와 의무를 서로 인정하는데, 법질서의 요소로서의 권리는 이들 주체들의 협력을 전제한다. 이들의 상호인정은 법질서의 본질적 구성요소이며, 이 법질서로부터 (권리를 침해받았을 때) 소송을 제기할 수 있는 권리가 도출된다. 이러한 의미에서 주관적 권리와 객관적 법은 같은 근원을 갖는다.(BFN, 88-89)¹⁹⁾

기본권은 선형적 자연상태에서 이미 결정된 것이 아니다. 개인들은 공동의 삶을 실정법을 통해 규제하고자 하며 그리하여 서로를 법의 지배하에 자유롭고 평등한 성원으로 대하고자 할 때 기본권을 상호 부여한다.

보다 구체적으로 하버마스는 권리의 체계와 민주주의 원리가 논증대화원리와 법형식의 “상호침투”(interpenetration)에서 도출된다고 주장한다(BFN, 121). 내가 이해하기로 권리의 체계의 “도출”(derivation), 그러니까 하버마스가 말하는 권리의 체계의 “논리적 발생”(logical genesis)은 2단계로 이루어진다. 1단계로, 법 개념은 일반적·추상적 규범의 의미론적 특징에 국한할 수 없다. 오히려 부르주아 형식법은 언제나 평등한 주관적 자유에 대한 권리를 보장하는 것과 동일시되었다.²⁰⁾ 이는 롤스의 정의의 제1원칙과 칸트의 보편적 법원리에 표현된 것으로, 두 원리 모두 만인의 동등한 권리와 양립 가능한 최대의 자유 보장하고자 한다. 하버마스는 이러한 실정법과 개인적 자유의 연결관계가, 개인들이 법형식을 통해 공동의 삶을 규제하고자 하는 한에서 각인에게 평등한 자유의 권리를 수여해야 한다는 점을 의미한다고 본다.

2단계로, 비록 법형식이 개념적으로 주관적 권리 개념과 연결되어 있기는 하나 그것만으로

18) 역주: 위의 책, p. 179.

19) 역주: 위의 책, pp. 138-139.

20) 이 주장을 뒷받침하는 근거는 이미 독일어 Recht가 프랑스어 droit와 똑같이 “객관적 법”(objective law)뿐만 아니라 “주관적 권리”(subjective right)도 의미한다는 점이다.

는 어떠한 구체적 권리도 근거지을 수 없다(BFN, 128). 오직 정치적 주권자인 시민들이 공적 자율성을 행사함으로써 법형식을 이용할 때에만 권리의 체계가 발전할 수 있다. (139) 공적 자율성은 마지막 분석 단계에서 논증대화원리를 다시 참조하는데, 이는 곧 논증대화에서 동의할 수 있는 규범에만 종속될 “권리”(right)를 함축한다.

139

물론 논증대화원리와 연결될 때의 “권리”는 단지 의사소통적 행위의 “유사초월적”(quasi-transcendental) 지위만을 가지며, 그로써 어떠한 강제적 권위도 갖지 않는다. 권리는 오직 민주주의 원리로서, 즉 권리의 체계와 함께 법매체로 실현될 때만 강제적 권위를 획득한다.

논증대화원리와 법매체가 서로 결합하여 하나의 권리체계를 발전시키고, 이 권리체계 속에서 사적 자율성과 공적 자율성이 서로의 전제가 될 때 비로소 논증대화원리가 법매체를 매개로 민주주의 원리라는 형태를 취할 수 있다. 역으로 정치적 자율성의 행사는 원칙적으로 불포화 상태에 있는 권리를 역사적 입법자를 통하여 해석하고 조형한다는 의미를 갖는다(BFN, 128).²¹⁾

하버마스의 핵심 발상은 상당히 추상적인 논증대화원리로 똑같이 일반적인 합법성 개념이나 법형식을 해명할 경우에 “민주주의 원리”와 “권리의 체계”(혹은 주관적 자유)의 구분이 나온다는 것이다. 두 정치적 개념 모두 홀로 설 수 있는 개념이 아니라 개념적으로라도 상호 의존하는 개념들이다. 이러한 방식으로 하버마스는 민주주의와 개인적 권리 어느 하나도 다른 하나를 종속하지 않는 화해를 꾀한다. “권리체계는 인권에 대한 도덕적 독해나 국민주권에 대한 윤리적 독해로 환원될 수 없다. 왜냐하면 시민들의 사적 자율성이 정치적 자율성보다 상위에 있어서도 안 되고 그것에 종속되어서도 안 되기 때문이다.”(BFN, 104)²²⁾ 역으로 권리의 체계와 민주주의 원리의 동근원성은, 시민의 공적 자율성과 사적 자율성의 상호 전제를 반영하며, 법형식과 “유사초월적” 논증대화원리의 “상호침투”에서 도출된다. 그리고 이러한 상호침투는 시민들이 실정법을 수단으로 공동의 삶을 규제하고자 할 때 반드시 일어날 수밖에 없다.

140

하버마스는 위에서 설명한 전략을 통해 다섯 개의 기본적 권리 범주를 도입한다(BFN, 122-123).

- (1) 가능한 최대의 평등한 주관적 행위자유의 권리에 대한 정치적으로 자율적인 조형으로부터 생겨나는 기본권.
- (2) 법적 동료들의 자유의지적 연합체 속에서 그 구성원의 지위에 대한 정치적으로 자율적인 조형으로부터 생겨나는 기본권.
- (3) 권리의 소송가능성으로부터 그리고 개인적 권리보호에 대한 정치적으로 자율적인 조형으로부터 직접 생겨나는 기본권.
- (4) 시민들의 정치적 자율성이 행사되고 정당한 법이 산출되는 의견형성과 의지형성 과정에 시민들이 동등하게 참여할 수 있는 기본권.
- (5) 생활조건의 보장에 대한 기본권: 이것은 현재의 상황에서 (1)에서 (4)까지 언급한 시민적 권리를

21) 위의 책, pp. 186-187.

22) 위의 책, pp. 156-157.

균등한 기회를 갖고서 사용하는 데 반드시 요구되는 한에서 사회적, 기술적, 생태적으로 보장된다.

(1)~(3) 범주는 시민의 사적 자율성을 보호하고 시민들이 서로 **법의 수신자(legal addressees)**로 만나는 법매체를 구성하는, 전통적으로 “주관적 자유”로 알려진 권리들을 포함한다. (1)의 경우 표현의 자유, 양심의 자유, 신체의 자유를, (2)는 결사의 자유를, (3)은 법적 보호와 적정절차에 대한 권리를 관할한다. 그러나 이 권리들은 “가능하게 만드는”(enabling) 권리이며 따라서 하버마스에 따르면 입법자의 주권을 제한하는 것으로는 적절하게 이해될 수 없다(BFN, 128). 반면에 (4) 범주는 법적 주체의 **저자(author)** 역할을 가리키며 그리하여 참정권의 형태로 공적 자율성을 확보한다. (141) 마지막으로 (5) 범주는 하버마스가 좀더 파생적 위상을 부여한 범주로, (4)까지의 권리 범주를 효과적으로 행사하는 데 필요한 복지와 여타 물질적 조건에 관한 여러 권리를 포함한다.

141

권리의 범주에 관하여 두 가지 소결에 주목할 필요가 있다. 첫째, 하버마스는 권리의 체계가 보편적이라고 주장한다. 이는 선차적으로 주어진 자연권 묶음을 구체화한다는 의미에서가 아니라, 바로 권리의 체계가 법적 주체들이 실정법으로 공동의 삶을 규제하기를 원한다면 반드시 전제해야만 하는 일반 도식 혹은 “불포화된” 변수항(“unsaturated” placeholder)을 나타낸다는 점에서 그렇다(BFN, 125). 따라서 권리의 체계는 법매체의 구성요소이지만, 동시에 고정되거나 결정된 것이 아니다. 시민들은 자기가 속한 특정한 전통·역사의 맥락에서 권리의 체계를 “정치적으로 자율적인 방식으로 발전”시켜야 한다(BFN, 129).

둘째, 알브레히트 벨머가 “합리적이지 **않을** 권리”(right *not* to be rational)의 역할을 과소평가했다고 주장한 것을 고려하여 하버마스는 “의사소통적 자유의 법제화”에 역설이 있음을 인정한다(BFN, 130). 공적 자율성을 확보하는 권리는 사적 자율성을 보장하는 권리와 꼭 마찬가지로 “주관적 자유”의 (혹은 시민권의) 형식을 취해야 한다. 이는 의사소통적 자유를 행사하는 것은 바로 시민들 자신이라는 점을 의미한다. “주관적 행위의 자유는 의사소통행위로부터 **철수하여** 발화수반적 의무를 거부할 수 있는 권한을 준다.”(BFN, 120).²³⁾ 그러나 동시에 의사소통적 자유의 법제화를 통해 합법성의 정당성이 법형식만으로는 보장될 수 없고, 법형식이 마음대로 조종할 수 없는 원천, 다시 말해 자율적 공론장에서의 합리적 의견형성 및 의지형성의 구현에 달려 있다는 사실이 드러난다(BFN, 130-131).

하버마스는 시민의 공적 자율성과 사적 자율성을 확보해주는 권리의 체계를 도출하면서 합법성의 정당성을 설명해냈다고 믿는다. 합법성의 정당성은 실증주의자들이 그렇듯이 그저 법형식에만 기초하지도 않고, 초법적인 자연법이나 자연권 묶음에 순응하는 것에 기초하지도 않는다. 역으로 법의 정당성은 법이 특유의 합리성이 있다는 사실에서 도출된다. 이때 법의 합리성은 시민의 공적 자율성과 사적 자율성이 상호 보장함으로써 보호되며, 이를 보장하려면 궁극적으로 의사소통적 이성과 의사소통적 행위에 내재한 것으로서 합리적 구속력과 결속력이 있는 발화수반적 힘에 호소해야 한다.

23) 위의 책, p. 177.

Ⅲ. 법치국가, 절차주의적 민주주의, “약한” 정치와 “강한 정치”

만약 법의 정당성이 “법이 의사소통적 행위가 갖는 사회적 통합력과의 내적 연관을 보존”(BFN, 84)²⁴⁾한다는 사실에 달려 있다면, (공적 자율성의 권리를 포함한) 권리의 체계는 반드시 제도화되어야 한다. 또한 아렌트의 표현대로 인민들이 협력할 때마다 발생하는 의사소통적 권력이 동원되어야 할 뿐만 아니라 법매체 자체 속에 효과적으로 확보되어야 한다. 이 요구사항에 사실성과 타당성의 또 다른 내적 긴장의 측면이 있다. 법이 사회적 효력이 있으려면 집합적으로 구속력 있는 결정을 시행할 수 있는 중앙집권적 정치권력이 있어야 한다는 것이다. 그러므로 민주주의 없이 정당한 법은 없다.²⁵⁾ 동시에 법은 시민들의 의사소통적 권력을 행정권력으로 전환하는 유일한 매체이다. 따라서 법 없이 진정한 민주주의는 없다.

하버마스는 일단 “법치국가 원리”를 도입한다. 법치국가 원리는 권리의 체계를 제도화하여 의사소통적 권력을 산출하고, 의사소통적 권력과 행정권력을 확실히 연결함으로써 권력을 행사하는 데 필요한 일반적인 제도적 지침을 구체화한다.²⁶⁾ 여기에는 국민주권 원리, 법적 보호의 보장, 행정의 합법성, 국가와 사회의 분리가 포함된다(BFN, 168). 하버마스는 논증대화이론의 틀로 이와 같은 고전적 원칙들을 해명하고자 한다. 종합하면 법치국가 원리는 어떻게 “정당한 법은 의사소통적 권력으로부터 나오고 의사소통적 권력은 다시 정당하게 제정된 법을 통해 행정권력으로 번역”(BFN, 169)되는지를 보여줌으로써 법치국가의 개념을 설명해야 한다.

하버마스의 논의를 더 자세하게 따라갈 수는 없지만, 두 가지 대략적인 요지는 밝힐 수 있다(BFN, 4장). (143) 첫째, 아렌트와 달리 의사소통적 권력을 공동의지의 (다소간 자발적인) 표현처럼 너무 실체적으로 이해해서는 안 되며, (일정 수준 제도화된) 실용적, 윤리적-정치적, 도덕적 논증대화가 다양하게 중첩되고 서로 맞물린 산물로 보아야 한다.

의사소통적 권력은 공유된 윤리적-정치적 자기이해를 전제하지도 않고, (하버마스 식으로) 도덕적 논증을 구성하는 이성적 의견일치의 이상을 지향하지도 않는다. 오히려 의사소통적 권력은 이해와 협상에 이르는 과정의 복잡한 네트워크로 구성된 입법과정 속에서 합리적 의견형성 및 의지형성을 실현하는 것과 밀접한 관련이 있다(BFN, 180). 의사소통적 권력을 이렇게 해석할 경우 너무 성급하게 의견일치를 지향하는 도덕적 논증과 정치적 논증대화를 직접적으로 동일시해서는 안 된다는 점을 알 수 있다.

둘째, 권력은 오직 법매체를 수단으로 하되 의사소통적 사회구성(communicative sociation)과 끈을 유지할 때에만 정당하게 행사할 수 있다. 다시 말해 인민의 통치(rule by the people)는 반드시 법치가 되어야 하나, 법치는 반드시 인민의 통치에 접속되어야 한다. 프랭크 미첼만이 말했듯이 법치는 “법생성 정치”(jurisgenerative politics)에 뿌리를 두어야 하는 것이다 (Michelman 1988, 1502). 논증대화이론적 접근은 “초월적”(transcendent) 이성 개념이나 부담스러운 시민의 공적 덕성 역량에 호소하지 않고도 법치와 국민주권의 연관성을 이해하는 길을 가르쳐준다. 또한 논증대화이론적 접근은 권력분립의 고전적 원리들을 덜 구체주의적인 방식으로 독해하도록 해준다. 이는 입법, 사법, 행정 기능이 다양한 의사소통 형식들과 이에 상응

24) 위의 책, p. 131.

25) 이러한 주장을 옹호한 문헌(Baynes 2007)을 참고하라.

26) 하버마스는 이미 아렌트의 의사소통적 권력 개념에 관한 논문에서 권력의 생성과 권력의 행사를 구별한 바 있다(Habermas 1983).

하는 이유들의 잠재력에 따라 분화될 수 있다는 점에서 그러하다.

법률은 민주적 절차에 따라 생성되고, 공평무사하게 판결하는 법원에 의해 보장되는 포괄적인 법적 보호를 정당화하고, 입법적 결정과 사법적 결정을 뒷받침하는 규범적 근거들을 행정부로부터 **분리시키며**, 이로써 의사소통적 권력으로부터 행정적 권력으로서의 변형을 규제한다. 이 규범적 근거들은 행정활동과는 분리된 세계에 속하며, 이 세계 안에서 입법부와 사법부는 규범을 정당화하는 일과 적용하는 일을 나누어 갖는다. 실용적 담론에 국한된 행정부가 이 세계 안에서 독자적인 기여를 통해 뭔가 변화를 가져와선 안 된다. 오히려 행정부는 그 세계로부터 규범적 전제를 가져와야 한다. 그리고 이 규범적 전제는 행정부가 경험적 정보에 입각하여 내리는 목적합리적 결정의 바탕을 이루어야 한다(BFN, 192).²⁷⁾

144

법치국가 원리와 그 정당화 과정을 이렇게 분석하는 것은 (여기서는 단지 개략적으로 설명할 수밖에 없었지만) 시민들이 스스로 통치하거나 “법생성 정치”에 참여하려는 **과정(process)**을 함께 해명하지 않으면 일면적 분석에 불과하다. 이 지점이 바로 “절차주의적 민주주의” 모델을 도입하는 지점이다(7장을 보라). 그런데 북미 학계에서 이 명칭은 (가령 존 일리의 유명한 설명처럼) “절차적”이라는 용어를 “실체적” 민주주의 개념의 반의어로 사용하지 않기 때문에 오해의 소지가 있다. 오히려 하버마스는 절차주의적 민주주의라는 용어를 다양한 실천적 논증대화를 통합하는 제도를 고안하여 공적 자율성과 사적 자율성의 권리를 실현하려는 시도를 가리키는 데 사용한다. 따라서 절차주의적 민주주의는 이른바 “공적 이성” 접근에 가까운 것이다(Cohne 1993과 Freeman 2007을 보라).

하버마스는 절차주의적 민주주의의 모델을 고도로 양식화된 두 대안과 대비하여 도입한다. 하나는 자유주의이고 다른 하나는 공화주의 혹은 공동체주의이다. 최근 논의 구도에서 두 대안은 친숙한 기준이 되었다. 이를테면 캐스 선스타인(Cass Sunstein)은 자유주의 모델을 훌륭하게 요약한 바 있다. “덕이 아니라 자기이익을 전반적인 정치적 행동의 원동력으로 이해한다. 대개의 정치는 사익을 집계하려는 노력이다. 정치는 사적 자유와 사유재산을 공적 영역의 침해에서 보호하는 권리의 형태로 견제된다.”(Sunstein 1991, 4). 대조적으로 공화주의는 시민의 공적 덕성과 활발한 정치참여의 가치에 중점을 둔다. 공화주의는 정치를 시민들이 공동선을 주제로 합의에 이르고자 애쓰는 심의과정으로 간주하며, 법을 개인적 권리의 보호 수단이 아니라 정치 공동체의 공동 실천(common praxis)의 표현으로 본다.

하버마스의 절차주의적 민주주의는 두 모델의 결점을 피하면서 강점을 통합하고자 한다. 특히 공화주의 모델은 정치과정을 일차적으로 사적 선호가 경쟁하고 집계되는 과정으로 보는 시각을 거부한다. (145) 반면 자유주의 모델은 근대 다원주의 사회의 경우 시민들이 좋은 삶에 대한 공유된 관념을 토대로 적극적 동기로 연합한다는 식의 공화주의적 비전이 비현실적이라고 생각한다.²⁸⁾

145

앞서 보았듯이 정치적 논증대화는 도덕적 논증과 더불어 협상과 타협도 포함하므로 공화주

27) 위의 책, pp. 262-263.

28) 하버마스는 프랭크 미첼만의 “법의 공화국”과 찰스 테일러의 여러 글을 이러한 공화주의 유형의 사례로 인용한다. 하버마스 자신의 입장은 캐스 선스타인의 “메디슨적”(Madisonian) 공화주의에 가까운데다(Sunstein 1988).

의 혹은 공동체주의의 공유된 윤리적-정치적 대화 개념도 매우 제한된 것으로 보인다(BFN, 285). “논증대화이론에 의하면, 토의정치의 활성화는 집합적으로 행위할 수 있는 시민에 달려 있는 것이 아니라, 제도화된 심의와 비공식적으로 형성된 공적 의견 사이의 협력과 이에 상응하는 절차와 의사소통 전제의 제도화에 달려 있다.”(BFN, 298)²⁹⁾ 핵심은 공유된 에토스가 아니라 합리적인 정치적 의견 형성을 위한 제도화된 논증대화이다.

따라서 잘 해석된 “심의정치”(deliberative politics)³⁰⁾는 하버마스가 주장하는 절차주의적 민주주의의 중심이 된다(7장을 보라). 심의정치는 투표로 모든 것이 끝나는 행태 그리고 이 행태와 결부된 사회적 선택 문제에서 주의를 돌린다. 심의정치 모델은 대부분의 경우 선호가 정치에 외생적인(exogenous) 것이 아니라, “선호를 표현하는 맥락, 관련 법규, 과거의 소비 선택, 문화 전반 등 다양한 요인에 적응적”(Sunstein 1991, 5)이라는 사실을 진지하게 받아들이고자 한다. 심의정치의 목표는 타인의 견해를 검토하여 선호를 전환하고, 불합리하거나 도덕적으로 부적절한 선호를 덜 후견주의적인 방식으로 “정제하고”(laundering) 걸러내는 맥락을 제공하는 것이다. 가령 정치적 의지형성 제도를 고안하여 그저 주어진 실제 선호를 표명하기만 하는 것보다 개인의 좀더 복잡한 선호 구조를 반영하게 된다면, 이성적인 정치의 구현 조건을 개선할 수 있다. 다시 말해 보다 충분한 정보를 바탕으로, 미래지향적이며, 타인을 고려하는 정치 과정의 구현 조건을 개선할 수 있다.³¹⁾ 우리는 민주주의를 선호에 확장한다고도 말할 수 있는데, 문제는 무언가를 선호하는 이유가 공적 정당화 요건을 충족하는지 여부이기 때문이다. (146) 그러나 이러한 심의 개념에서 중요한 것은 모든 이가 참여해야 한다는 점(혹은 투표를 공표해야 한다는 점)보다도, 공론이 충분한 정보와 적절한 이유에 근거하여 형성되어야 한다는 추정을 보장한다는 점, 그리고 이해당사자가 자신의 이해관심과 이를 뒷받침하는 이유를 고지할 평등하고 효과적인 기회를 누려야 한다는 점이다.

146

하버마스의 절차주의적 민주주의 및 심의정치 모델을 다른 모델과 구별해주는 특징이 두 가지 더 있다. 첫째, 하버마스 식 심의정치는 상대적으로 공식적으로 조직된 정치구조를 넘어 하버마스가 “공론장”(the public sphere)이라고 부른 넓고 복잡한 의사소통 네트워크로 확장된다.

심의정치는 다시 정치적 장의 요구수준이 높은 의사소통 전제와 결부되어 있다. 여기서 정치적 장의 범위는 의회 속에서 제도화된 의지형성으로 끝나는 것이 아니라, 정치적 공론장과 그 문화적 맥락 및 사회적 기초에까지 확장된다. 심의적 자기결정은 절차법상으로 제도화되어 있고, 결정을 위해 프로그래밍된 의회에서의 의지형성 과정과 정치적 의사소통의 비공식적 맥락 속에서 이루어지는 정치적 의견형성 사이의 협력관계 속에서만 펼쳐질 수 있다.³²⁾

심의정치 모델은 “약한 공중”(weak publics)과 “강한 공중”(strong publics)의 노동 분업으로 수행되는 “투 트랙” 과정을 제안한다. 여기서 약한 공중이란 사적 연합체에서 “시민사회”(civil society)의 매스미디어에 이르는 비공식적으로 조직된 공론장을 말하고, 강한 공중이란 의회와

29) 위의 책, p. 400.

30) 한국어 번역본은 deliberative politics를 ‘토의정치’로 옮기고 있다. 이 번역어도 충분히 좋은 번역어이지만, 여기서는 deliberative democracy를 ‘심의민주주의’로 번역하는 용례를 따르기로 한다.

31) 심의정치의 이상을 구현하는 구체적 제안은 제임스 피시킨(James Fishkin)의 “심의형 여론조사”(deliberative opinion poll)부터 투표와 대표양식의 대안 절차에 이른다(Fishkin 1990; Young 1990).

32) 위의 책, pp. 370-371.

기타 공식적으로 조직된 정치제도를 말한다(Fraser 1992를 보라). 이러한 노동 분업을 통해 “약한 공중”은 사회 문제를 확인하고, 해석하고, 제기하는 중대한 책임을 떠맡는다. 그 까닭은

그 가정에 따르면 심의정치와 연결된 규범적 기대의 상당 부분이 의견형성의 주변적 구조에 배치되기 때문이다. 그 기대에는 사회전체적 문제를 지각하고, 해석하고, 세인의 주목을 끄는 혁신적 방식으로 무대에 올려놓을 수 있는 능력에 대한 기대가 포함되어 있다.³³⁾

(147) 그러나 보다 공식적인 대의절차를 거쳐 이유를 “여과하는”(filtering) 책임뿐만 아니라 의사결정을 떠맡는 책임은 여전히 강한 공중(공식적으로 조직된 정치구조)의 과제이다.

147

둘째, 하버마스는 강한 공중과 약한 공중의 노동 분업과 근대 사회의 탈중심화를 점점 인정하는 결과, 급진민주주의적 실천이 반드시 “자기제한적” 형식을 취해야 한다고 주장한다. 민주화의 초점은 사회 전체가 아니라 좀 더 협소한 정치체계와 법체계이다(BFN, 305). 더 구체적으로 하버마스는 급진민주주의적 실천이 정치-행정 및 경제 하부체계의 경계를 존중할 것을 요구한다. 이 하부체계는 의사소통적 행위의 통합력에서 상대적으로 풀려났다는 의미에서 “자율적이다.” 하버마스는 국가사회주의의 실패 요인을 하부체계의 경계를 침범했다는 점에서 찾는다(Habermas 1990a를 보라). 따라서 급진민주주의의 목표는 정치-행정 및 경제 하부체계를 민주화하는 것보다는 법매체를 통해 간접적으로 조정하는 것에 가깝다. 또한 하버마스는 이러한 연관성을 고려하여 공식적으로 조직된 정치구조를 이유에 근거하여 둘러싸 포위하되, 전복하거나 대체하지 않으면서 의견을 형성하는 공론장의 과제를 기술한다.

이 대목에서 민주화의 범위와 한계를 둘러싼 여러 까다로운 문제가 발생한다. 하버마스가 채택한 은유 형식을 감안하면, 심의정치 모델이 약한 공중과 강한 공중을 매개하기 위해 어떤 구체적 제안을 제공하는지 분명하지 않다. 예를 들어 하버마스가 체계이론에 너무 많이 양보하는 것이 아닌가 하는 의문이 있다. 그리고 낸시 프레이저는 하버마스의 공론장 개념에 관한 유익한 논의에서 강한 공중과 약한 공중의 “노동 분업”을 다르게 구성할 가능성을 묻는다.³⁴⁾ 이에 하버마스는 규범적 이론의 수준에서는 이러한 의문에 답할 수 없고, 복합적 비교 연구를 거친 경험적 증거에 따라 답할 수 있다고 보는 것 같다(제3장의 체계이론 논의를 보라).

그러나 이와 같은 민주주의의 모델과 관련하여 더욱 포괄적인 쟁점도 있다. 쟁점은 오직 절차만으로 합리화 효과를 낼 수 있다는 하버마스의 확신이 얼마나 탄탄한가이다. (148) “자생적이고 무정부적이며 제한되지 않은” “약한 공중”에 관한 하버마스의 설명에 따르면, 논증대화 절차가 합리적인 공적 여론 형성에 충분한가 하는 의구심이 일어날 수 있다(BFN, 307).

148

확실히 하버마스는 심의정치가 “자유로운 정치문화”(liberal political culture)를 비롯하여 심의정치에 우호적인 “합리화된 생활세계”(rationalized lifeworld)에 의존한다고 본다.³⁵⁾ 그러나 정치문

33) 위의 책, p. 476.

34) 프레이저는 다른 방식의 노동 분업이 불가능하지 묻는다. 한편 벅스터(Baxter)는 여기서 제안된 구분에 더 비판적이고, 코헨(Cohen)과 로저스(Rogers)는 대안 모델을 탐색한다.

35) BFN 302를 보라. 또한 이에 상응하여 탈관습적 도덕은 “호의적 생활형식들에 의존한다. ... 도덕과 사회정치적 제도는 어느 정도 일치할 필요가 있다.”(MCCA, 207-208)(역주: Jürgen Habermas(1991), *Erläuterungen zur Diskursethik*, 이진우 역(1997), 『담론윤리의 해명』, 서울: 문예출판사, p. 33을 문맥에

화를 구성하고 어떤 공유된 목적을 부여하는 특정한 “자유주의적 가치”에 보다 주목하지 않으면, 하버마스의 해명이 다소 얇다는 비판은 설득력이 있다(Buchwalter 2001). 나중에 하버마스는 “헌법적 애국주의”(constitutional patriotism)를 너무 추상적으로 이해해서는 안 된다고 하면서 진전된 제안을 하기는 한다(IO, 225-226). 그럼에도 하버마스가 제도 디자인과 논증대화 절차의 문제에 거의 전적으로 집중한 작업이 이러한 역설을 다루기에 충분한가, 혹은 논증대화 절차에 우호적인 “자유주의적 가치” 혹은 “윤리적 토대”를 더 구체적으로 해명하여 심의정치 모델을 보완해서는 안 되는가 하는 물음이 남는다.

IV. 자유민주주의에 대한 세 가지 도전

이제 우리는 도입부에서 제기한 세 가지 도전에 하버마스의 모델이 어떻게 대처하는지를 검토하려 한다. 화해의 기획, 자유주의적 중립성의 문제, 차이의 딜레마가 그 도전이다.

(1) II절의 논의를 통해 『사실성과 타당성』이 민주주의와 여타 정치적 이상을 화해하려는 중대한 노력을 대표한다는 점이 분명해진다. 하버마스는 누구도 이 과제를 완수하지 못했다고 보므로 하버마스의 기획이 이 과제의 다른 해법과 어떻게 차별화하는지 살펴볼 가치가 있다.

『민주주의와 그 비판자들』(*Democracy and Its Critics*)에서 로버트 달은 “절차적” 민주주의와 “실질적” 기본권 구성 사이에 잠재적 갈등이 있음을 인정하고, 민주적 과정을 통한 자치권(the right to self-government)이 근본적이며 이로부터 다른 정치적 권리도 도출할 수 있음을 논증함으로써 이를 해결하고자 한다(Dahl 1989, 169-170).

(149) 일차적인 정치적 권리라곤 부를 구체적 권리들은 민주적 과정에 필수적이다. 이러한 구체적 권리는 민주적 과정에 존재론적으로 우선하지도, 우월하지도, 우위에 있지도 않다. 정치구조에 민주적 과정이 있다면 모든 일차적인 정치적 권리도 반드시 있어야만 한다. 정치구조에 일차적인 정치적 권리가 없다면 민주적 과정은 존재하지 않는다(Dahl 1989, 170).

149

이러한 전략은 두 가지 심각한 반대에 부딪힌다. 첫째, 여타 “비정치적” 권리를 비슷한 방식으로 설명할 수 있는지가 분명하지 않고, 만약 설명할 수 있다 해도 공적 자율성을 위해 사적 자율성을 도구화하는 것과 무엇이 다른지도 분명하지 않다. 둘째, 달의 전략이 “실질적”이고 “절차적”이지는 않지만, 앞서 언급한 일리의 절차주의 개념과 유사한 “집계” 민주주의 개념에 의지한다는 점에서 문제가 있다. 이를테면 달이 “이해관심의 평등한 고려 원칙”(principle of equal consideration of interests)에 대한 공리주의적 독해를 지지한 부분을 하버마스가 자율성 기반 개념으로 제안한 부분과 비교해보면 알 수 있다.³⁶⁾

로널드 드워킨(Ronald Dworkin)도 “평등, 민주주의 그리고 헌법”에서 민주주의와 기본권의 화해를 도모하였다(Dworkin 1990). 드워킨은 존 일리(John Ely)의 관찰에서 출발한다. 일리에 따르면 미국 헌법의 “저지 조항”(disabling provisions), 단순하게 생각해서 권리 장전은 민주적 과정에 “기능적으로 구조적인”(functionally structural) 것으로 보일 수 있으며 따라서 민주적 과정과 충돌하지 않는다. 표현의 자유가 사례이다.

민주적 선거는 오직 공중이 충분한 정보를 가질 때만 인민 의지를 대표하기 때문에 정부의 언론 검

맞게 고쳐서 가져왔다.)는 하버마스의 언급과 비교하라. 더불어 클라우스 오페(Klaus Offe)의 흥미로운 논문도 참고할 것(Offe 1992).

36) 이해관심의 평등한 고려 원칙에 관해서는 달(Dahl 1989, 85)의 연구를 보라.

열을 막는 것은 민주주의를 전복하기보다는 보호하는 것이다. ... 따라서 언론의 자유에 관한 헌법적 권리는 우리의 목록에서 저지 조항일 뿐만 아니라 기능적으로 구조적인 것으로 간주된다(Dworkin 1990, 328).

그렇지만 일리도 수긍하듯이 이러한 전략은 모든 “저지 조항”에 통하지는 않을 것이다. 가령 수정헌법 제1조의 국교금지조항 혹은 형사절차를 규제하는 권리가 그렇다. 따라서 드워킨은 “헌법으로부터 민주주의를 구출하려는 일리의 시도는 단지 부분적 성공일 뿐이다”(Dworkin 1990, 328). (150) 드워킨은 집계 민주주의와 같은 “민주주의의 통계적 독법”(statistical reading of democracy)과 루소의 일반의지 식의 “민주주의의 공동체적 독법”(communal reading of democracy)을 구별하는 데서 출발하여 “민주주의와 헌법 간의 가상의 갈등”에 대응한다 (Dworkin 1990, 330).

150

드워킨은 나중에 후자의 구체적 모델인 “통합으로서의 민주주의”(democracy as integration)를 주장한다. 드워킨은 이 모델을 세 가지 원칙과 연결하여 구체화한다. 첫 번째 원칙은 참여의 원칙(principle of participation)으로, 각 시민이 정치 과정에 참여하여 영향을 줄 수 있는 동등하고 효과적인 기회를 누릴 것을 요한다. 두 번째 원칙은 이익의 원리(principle of stake)로, 각 인에게 평등한 배려를 인정하거나 보여줄 것을 요한다. 세 번째 원칙은 독립의 원리(principle of independence)로, 개인이 스스로 내리는 판단에 책임을 져야 한다는 것이다. 이어서 드워킨은 이러한 모델이 일리가 거부한 여러 저지 조항을 기능적으로 구조적인 것으로 볼 수 있고, 따라서 민주주의에 반하지 않는다고 결론 내린다. “공동체적 독법을 취하면 민주주의와 헌법적 제약은 원칙적으로 적대자가 아니라 동반자이다”(Dworkin 1990, 346).

명백히 드워킨의 모델은 집계 민주주의보다 선호할 만하다. 세 가지 원칙은 자율성과 상호 인정의 이상에 직접 호소하며, 한 공동체의 실천과 태도의 통합성과 관련하여 법과 민주주의를 해석하는 것은 형이상학적 공동체관이나 실체주의적 공동체관을 가리키지 않는다. 다른 한편 드워킨이 인정하고 있듯이 “이익의 원리”는 “모든 여타 정치적 가치가 붕괴하는 블랙홀”이 될 위험이 있다(Dworkin 1990, 339). 그런데 드워킨의 대응은 이익의 원리가 각 시민에게 실제로 평등한 배려를 보여주어야 한다는 것이 아니라 “성실한 노력”(good faith effort)을 보여주는 것이다. 이는 시민의 공적 자율성을 경시하는 것처럼 보인다.

우리가 살펴보았듯이 하버마스의 제안은 사적 자율성과 공적 자율성의 상호 전제를 주장함으로써 국민주권과 입헌주의의 화해를 이루는 것이다. 하버마스 모델의 미덕은 사적 자율성과 공적 자율성을 추상적 수준에서 관계 맺어주는 데 있다. 두 자율성은 의사소통적 자유에 대한 근본적 “권리”를 법형식으로 표현하는 두 가지 차원에 해당한다. 만약 의사소통적 자유 개념으로 출발한다면, 헌법을 일종의 “공공 헌장”(public charter)으로 간주하면서 권리의 체계를 시민들이 실정법을 통해 공동의 삶을 규제하고자 할 때 구성하는 일종의 “사전조치”(precommitment)로 생각할 수 있다.³⁷⁾ 이와 같이 민주주의와 권리의 화해를 꾀하는 제안을 따르면 공적 자율성을 평가절하하지도, 사적 자율성을 혹사하지도 않는다. (151) 이 방식은 공유된 선관에 뿌리를 두지 않고, 법에 따르는 자유롭고 평등한 연합체라는 발상에 담긴, 보다 추상적인 형태의 인정에 뿌리를 둔다.

37) “사전조치” 개념과 헌법의 “공공 헌장”으로서의 특징에 관해서는 프리먼(Freeman 1992)와 주언(Zurn 2007, 131 이하)의 연구를 보라.

151

동시에 이 접근 최고의 강점은 가장 큰 약점이기도 하다. 사적 자율성과 공적 자율성의 화해가 추상적이라는 점을 감안할 때, 이 접근이 구체적인 헌법적 논쟁에 어떻게 기여할 수 있는지 판단하기 어렵다. 이러한 헌법적 논쟁에는 수정조항 제1조의 국교금지조항을 어떻게 해석할 것인가, 혹은 개인의 사생활에 대한 권리의 구체적 내용과 범위는 어떠한가 등이 있다. 하버마스는 확고하게 권리의 체계가 “불포화된” 것이고 정치 공동체의 특정한 전통과 역사를 참고하여, 그리고 공론장 내 지속적 심의에 응하여 그 내용을 채울 필요가 있다고 주장할 것이다(BFN, 128-129 TT, 8장). 물론 그럴지도 모른다. 그러나 민주주의와 기본권의 화해라는 포괄적 제안을 통해 구체적인 권리 논쟁에서 활용 가능한 지침을 얻을 수 있어야 한다는 지적도 합당해 보인다. 예를 들어 하버마스의 제안은 여성의 공적 자율성을 보장한다는 명목으로 헌법상 낙태할 권리를 지지할 수 있는가? 하버마스의 해명이 이와 같은 문제에 어떤 방향을 제시해줄 수도 있겠지만, 그러려면 포괄적 개념과 구체적 자유·권리 목록 사이에 있는 “중범위”에서 훨씬 더 많은 작업을 수행할 필요가 있다.

(2) 비록 “약한 공중”과 다원화된 시민사회를 강조하기는 해도, 하버마스의 절차주의적 민주주의 및 심의정치 모델은 “무제한적” 혹은 “관용적”(nonrestrictive or tolerant) 자유주의적 중립성 원칙을 옹호한다(BFN, 308 이하; BNR, 9장도 보라). 공동체주의자들과 다른 학자들은 이 원칙을 비판한 바 있다. 이들에 따르면 중립성 원칙에 깔린 시민관은 배타적으로 개인주의적이거나 원자론적이고, 혹은 이 원칙 자체가 고유한 선관을 전제하고 있으면서도 자유주의 사회에 필요한 가치를 장려하는 것을 불허하기 때문에 태생적으로 자멸적이다. 특히 자유주의적 중립성은 국가가 다양한 시민사회와 활발한 공론장을 키워주고 유지하기 위한 정책을 추진하는 것과 양립할 수 없다는 논의도 있다(Walzer 1990). 하버마스가 국가 중립성 원칙을 옹호한 것은 활발한 공론장의 가치를 긍정한 것과 일관성이 있는가?

자유주의적 중립성의 의미를 최선으로 해석할 때, 오해해서는 안 된다는 점은 중요하다. (152) 첫째, 중립성 원칙은 정말로 중립이거나 도덕과 무관한(non-moral) 원칙이 아니다.

152

중립성 원칙은 시민들이 잠정적으로 향유할 좋은 삶의 관념과 관련하여 그저 절차상 중립성을 함축하지 않는다. 그보다 중립성 원칙은 가령 칸트의 보편적 법원리나 롤스의 평등한 자유의 원칙과 같은 권리 원칙과 함께 도입되는 이상이며, 따라서 이러한 원칙에 따라 구체화되는 기본적 자유와 권리와 양립 불가능한 선관에 중립적이지 않다(biased against)(Rawls 1999, 431). 둘째, 중립성 원칙은 국가로 하여금 시민들이 잠정적으로 향유할 어떠한 허용 가능한 선관도 평등하게 고려하라거나 모든 허용 가능한 선관에 동일한 영향을 주는 정책만을 실시하라고 요구하지도 않는다. 영향의 중립성 혹은 결과적 중립성이라 할 수 있는 이러한 중립성은 실용적이지도, 바람직하지도 않은 중립성 유형이다. 이와 달리 자유주의적 중립성은 특정한 원칙·정책을 뒷받침하고자 제시된 논거와 고려사항이 특정한 좋은 삶의 관념에 호소해서는 안 되고, 모든 시민과 선관을 평등한 배려와 존중으로 고려해야 한다는 의미에서 “목적의 중립성” 혹은 “근거의 중립성”을 함의한다.

물론 자유주의적 중립성 원칙을 이렇게 해석하더라도 논쟁의 여지는 있다. 정말로 이러한 방식으로 정책은 정당화의 중립성을 견지할 수 있는가? 혹은 그러한 중립성 주장이 불가피하게 다른 선관보다 우선하여 특정한 허용 가능한 선관에 호소해서는 안 되는가? 브루스 애커먼

(Bruce Ackerman)의 “제약 있는 대화”(constrained conversation)와 롤스의 “회피의 방법”(method of avoidance)이 취하는 방식의 중립성은 이러한 비판에 취약하다. 그 까닭은 이와 같은 중립성을 따를 경우 정치적 의제나 토론에서 제기할 수 있는 주제를 과도하게 제한하여 현상유지를 강요하거나 상호이해를 저해할 위험이 있기 때문이다. 이러한 전략에 따르면 정치적 토론에 적합한 문제와 부적합한 문제를 비교적 뚜렷하고 고정된 방식으로 구분할 우려도 있다.

자유주의적 중립성 원칙의 대안적 해석은 위와 같은 반대를 비켜갈 수 있다. 대안적 해석을 따를 경우 중립성 원칙은 포괄적인 회피 전략이 아니라 더 강한 의미에서 평등한 배려와 존중을 보이기 위해 필요한 것의 일부로 이해된다. (153) 즉 국가는 그렇게 할 경우 각 시민에게 평등한 배려와 존중을 보여주지 못한다는 이유로 특정한 좋은 삶의 관념을 장려할 의도로 개입해서는 안 된다.

153

회피의 방법과 달리 중립성을 이렇게 해석할 경우, 도덕적 갈등을 피할 목적으로 논쟁적 주제를 정치적 의제에서 배제할 필요가 없다. 역으로 이는 국가가 분열을 초래할 우려가 있는 사회적·도덕적 갈등을 해소하기 위해 합리적 토론을 장려할 의도로 개입해야 한다는 견해에 부합한다(Gutmann and Thompson 1996을 보라). 이렇게 해석한 중립성은 상호 존중 형식을 보장하려는 노력과 양립할 수 있다. 혹은 차이를 관용할 뿐만 아니라 개인들이 서로의 차이를 이해하고자 노력하며 서로를 자유롭게 평등한 시민으로 공동 인정하는 것을 고려하여 당면한 문제의 해법에 도달하는 “전투적 관용”(militant toleration) 형식과 양립할 수 있다.

이러한 시각이 자유주의적 중립성을 넘어 자유주의적 완전주의 또는 “온건한”(modest) 완전주의로 귀결한다는 반론이 있을 수 있다. 사실 비슷한 구도에서 마이클 왈저가 보다 활발하고 다원적인 공론장을 옹호하는 논증을 전개한 바 있다(Walzer 1990). 역설적으로 보이지만 시장 경제와 관료제 국가의 고도로 “정규화하는”(normalizing) 효과를 감안할 때, 국가의 자기반성적 개입과 보조 없이는 활발하고 다원적인 공론장이나 여타 진전된 심의정치를 위한 포괄적인 사회적 조건을 보장할 수 있을 것 같지 않다. 그러나 국가가 그와 같은 포럼을 보장하는 방향으로 개입하는 것이 정당화될 수는 있어도, 나는 이 점을 근거로 하버마스가 옹호한 대안적 중립성 원칙 대신 완전주의적 자유주의의 해명을 지지해야 한다고 보지 않는다. 하버마스의 중립성 해석에 따르면 국가의 개입은 특정한 삶의 방식이나 선관에 공헌했기 때문이 아니라, 활발한 다원주의적 심의 포럼이 사적 자율성과 공적 자율성의 기본권을 효과적으로 행사하기 위한 필수 조건이기 때문에 정당화될 수 있다. 국가는 다원주의적 시민사회의 조건을 장려하거나 보장할 목적의 개입을 정당화할 수 있다. 다만 이는 다원주의적 사회를 시민들에게 선으로 간주해서가 아니라, 그 조건을 충분한 정보에 근거한 합당한 심의(informed and reasonable deliberation)를 이루어내기 위해 없어서는 안 될 실천 이성의 요건으로 간주하기 때문이다.

(3) 마지막으로 자유주의적 중립성을 겨냥한 “차이의 딜레마” 비판이 활발하게 제기되고 있다. (154) 이 비판에 의하면 부르주아 법형식, 가령 평등한 권리를 보장하는 일반법을 통해 “정의”를 추구하는 시도는 필연적으로 차이를 평가절하하며 확립된 규범에서 벗어난 개인, 집단, 관행에 폭력을 가할 수밖에 없다(Young 1990과 Minow 1990을 보라). 최근 페미니스트 법학에서 폭넓게 논의하고 있는 차이의 딜레마는 법적 평등의 근본 원칙과 불가분하게 얽혀 있다. “같은 것은 같게 대우하라”를 따를 경우 두 가지 사안이 같고 두 사안을 같게 대우하라는 것이 무엇을 의미하는지 판단할 필요가 있다. 그러나 이는 아래와 같은 딜레마를 초래한다.

재화를 주거나 부담을 분배하는 문제에서 타인의 차이를 고려할 경우에 차이와 그로 인한 낙인의 의미를 되풀이하고 나아가 고정 관념을 재생산할 위험이 있다. 반대로 타인의 차이를 고려하지 않는다면, 이미 그러한 차이가 문제가 되는 세상에서 차이와 그 부정적 함축을 되살리고 강화하게 된다. 차이를 고려하든 무시하든 새로 입안하거나 실시하는 법이 중립적이지 않은 영향을 끼칠 가능성이 있다(Minow 1993, 232).

법적 평등을 보장하려는 노력은 통상 우리 모두가 같은 존재라는 점을 강조하는 “동화 모델”(assimilationist model)이나 “현실적” 차이에 기반한 “특별한 권리”를 만들려는 “수용 모델”(accommodation model) 둘 중 하나를 추구하기 마련이다. 그러나 일부 페미니스트들이 지적 하듯이 두 모델 모두 동일한 문제로 실패한다. 도대체 어떤 차이가 법적 구제를 받을 자격이 있는지를 결정할 때, 자격 조건을 확립하고 동일성과 차이의 판단 기준이 되는 배경 규범이 대개 엄격한 검증 없이 답습된다는 것이다.³⁸⁾

동일성과 차이 모두를 판단하는 것을 거부하는 반응도 지속적으로 있었다(MacKinnon 1987을 보라). 그러나 일단 이 문제를 위와 같은 틀로 바라보면, 즉 동일성과 차이를 판단하는 것 자체의 문제가 아니라 그러한 판단을 이끄는 근본 규범과 기준을 비판하는 문제로 바라보면, 초점을 이러한 규범을 정의해온 과정으로 옮길 수 있다. (155) 그리고 내가 보기에 하버마스의 접근이 강점을 발휘하는 지점이 바로 여기다.

155

각 시민에게 평등한 권리와 법의 보호를 보장하려는 노력은 모든 시민의 공적 자율성 행사를 보장하려는 노력과 손잡아야 한다. 공적 자율성과 사적 자율성은 상호 전제하며 정당한 법제정 과정을 보장하기 위해서는 두 자율성을 반드시 공동으로 실현해야만 한다. 하버마스의 모델을 통해 일부 페미니스트들의 제안을 수용할 수 있다. 법이 차이에 “둔감”(blind)해서도, “특별한 권리”를 도입하여 특정한 차이를 고정해서도 안 되며, 다만 “차이의 비용을 제거”(make difference costless)해야 한다는 제안을 말이다.³⁹⁾

자유민주주의에 대한 세 가지 도전과 관련하여 내 결론은 하버마스 식 급진민주주의 기획의 추상적이고 고도로 절차주의적인 특성이 강점이자 곧 약점이 된다는 것이다. 하버마스가 제시한 기획의 강점은 의사소통적 이성과 의사소통적 행위의 이론을 통해 시민의 사적 자율성과 공적 자율성을 평등하게 고려하는 민주주의 모델을 지지하는 독창적이고 강력한 논증을 제시한다는 데 있다. 하버마스의 기획은 자유주의나 공화주의가 당장 내놓을 수 있는 어떠한 설명보다도 매력적인 방식으로 기본권과 절차주의적 민주주의를 상호주관적으로 해명한다. 뿐만 아니라 상호 존중에 기초한 토론을 촉진할 수 있는 제도 디자인을 뒷받침하는 유력한 논증을 제공한다. 반면에 하버마스의 기획은 고도로 추상적이므로 구체적 논쟁에 직접 기여하려면 보다 많은 작업을 요한다. 예컨대 기본권, “차이의 딜레마”, 자유주의적 가치와 제도 디자인의 적절한 부합(혹은 “타협”)이 그러하며, 하버마스 스스로 인정하듯이 절차주의적 민주주의와 심의정치를 근대 세계에 효과적으로 실현하려면 이러한 작업에 착수할 필요가 있다.

38) 리틀턴(Littleton 1993)과 로데(Rhode 1989)의 연구를 참고하라. 더불어 하버마스가 “법적 평등과 사실적 평등의 변증법”을 논의한 부분도 볼 것(BFN, 509 이하).

39) 크리스틴 리틀턴이 말하는 “수용 모델” 논의를 참고(Littleton 1993). 내 의도는 (리틀턴도 그렇겠지만) 이러한 차이의 비용 제거 작업이 쉬운 과제라는 것이 아니다. 찰스 테일러가 지적했듯이 “평등한 존엄성의 정치”와 “차이의 정치” 사이에 쉽게 해소하기 어려운 갈등이 발생할 수 있다. 예를 들어 평등한 기회와 문화적 성원권(cultural membership)의 갈등이 그렇다.

<번역, 2019.9.3.>

읽을거리

로젠펠드와 아라토(Rosenfeld and Arato 1998)의 저작은 『사실성과 타당성』을 주제로 한 중요한 논문 모음집으로 하버마스의 방대한 답변을 담고 있다. 솜베르크와 베인스(Schomberg and Baynes, 2002)의 저작도 『사실성과 타당성』을 다룬 글을 풍성하게 실었다. 주언(Zurn 2011)의 책은 하버마스 법이론의 훌륭한 입문서이다. 주언(Zurn 2007)의 연구는 하버마스의 입장을 드워킨, 애커먼, 미첼만 등과 연결하는 데 특히 도움이 된다. 벅스터(Baxter 2011)의 연구 역시 하버마스과 루만의 작업의 관계를 비판적으로 검토한다. 코헨(Cohen 1999)은 선도적인 심의민주주의 정치이론가로서 하버마스 논의에 많은 것을 가르쳐준다.