

인식비판적 정의론 - 심헌섭 선생의 정의관

정 태 옥*

I. 서언

필자는 심헌섭 선생의 문하에서 수학하며 생각해 보기를, 심 선생의 법철학에 제목을 붙이기로 한다면, 아마도 '인식비판적 법철학'이 잘 어울릴 것으로 보았다. 주지 하듯이 여기서 비판이란 인식의 한계와 영역을 정한다는 뜻에서 칸트적 의미이다. 심 선생은 초기에 법논리학 등 분석적 법철학, 즉 법철학의 인식론적 과제에 치중하였다. 그리고 정의론에 대한 연구도 역시 그러한 기초 위에 진행되었다. 요컨대 심 선생은 법철학적 진리와 가치에 대하여 그 자체의 실질적 내용에 대한 추구보다 그 에 이르는 정당한 인식의 조건 그리고 그 인식의 한계를 밝히는 데에 더욱 주의를 기울여 왔다고 할 수 있다. 그러나 심 선생의 인식비판은 예컨대 켈젠과 같은 극단적 상대주의 혹은 전적인 가치비인식주의로 흐르지는 않는다. 심 선생은 상대주의의 틀을 유지하되, 예컨대 포퍼와 같은 합리주의를 유지한다. 심 선생의 법철학은 말하자면 '상대적 상대주의' 혹은 '비판적 합리주의'라고 칭할 수 있을 것이다. 따라서 심 선생의 인식비판적 법철학은 엄밀히 말하면 법철학의 토대 마련을 위한 것이지, 그 이론이 전적으로 인식비판의 분석적 차원에 머무는 것은 아니라고 볼 수 있다.

심 선생의 논문은 철저한 탐구와 사색으로 구성되어 있으나, 그에 그치지 않고, 나름의 법적 가치와 소망스런 법질서에 대한 조심스런 시사를 보인다. 심 선생이 비판적 법실증주의라는 논문에서 표명한 바, 합리적이며 인간다운 평화질서가 그것이라고 볼 수 있다. 요컨대 심 선생의 법철학은 어떤 실질적이고 구체적인 이론과 명

* 영남대학교 법과대학 조교수

제의 제시가 아니라, 편벽된 사상에 대한 선부른 경도를 경계하고, 합리적 법철학을 위해 필요한 조건과 원리들을 두루 검토하여 인식의 균형과 실천의 건전한 토대를 마련하기 위한 것으로 봄이 타당할 것이라 여겨진다. 따라서 필자는 이제 애초의 생각을 약간 수정하여 심 선생의 법철학의 의의는 그 인식비판적 측면 자체보다도 인식비판적 토대위에 구축되는 법철학의 합리성과 균형성에서 구하는 것이 옳을 것이라고 생각한다.

이는 심 선생의 정의론에서도 타당하다. 심 선생은 정의와 법현실의 관계, 정의의 개념, 정의의 형식적 및 실질적 원리, 정의의 정당화의 문제들을 검토하면서 어떤 적극적인 명제를 제시하기보다 우리의 정의의 인식이 부당치는 한계를 명확히 보여줌으로써 인식의 겸허함과 균형성을 유지할 수 있게 해 주고 있다. 심 선생은 정의라는 말이 자아내는 소망스러운 가치에 쉽게 도취하지 않으면서 또한 정의라는 주장에 숨어 있을 수 있는 위험한 정당화에 대한 경계를 깨우쳐 하지 않는다. 심 선생의 정의론에서 정의가 무엇인지에 관한 적극적인 해명을 발견하기는 쉽지 않다. 그러나 그의 정의론을 통하여 우리는 무엇이 부정의인가에 대한 명확한 선을 찾을 수 있다. 그리고 정의에 도달하기 위하여 검토하고, 충족하여야 하는 조건들이 어떠한가에 대하여 깨닫게 된다. 이같은 그러한 심 선생의 정의론이 보여주는 인식비판적 성격 그리고 그에 포함된 합리성과 실천적 유의미성을 정리하고 또 들추어 내는 것을 목적으로 한다.

사실 심 선생의 정의론은 이미 석사시절부터 시작되었다고 말할 수 있다. 심 선생의 석사학위논문 제목은 「현대 법철학에 있어서의 실질적 정의론 - 법률적 불법의 지양 문제를 중심으로」이다. 이로부터 우리는 심 선생이 초학시절부터 일찍이 단지 인식비판의 분석이론이 아니라 규범적 정의론 특히 정의의 실질적 원리에 대한 지향과 모색을 보였다는 점을 알 수 있다. 심 선생이 1980년대 이후 다시 정의론에 대한 일련의 연구들을 내놓은 것은 그러한 애초의 씨앗이 열매를 맺는 과정이라고 볼 수 있을 것이다.

이제 본문에서 그 동안 발표되었던 논문을 토대로 심 선생의 정의론을, 첫째 정의라는 이념과 법현실의 관계, 둘째 정의의 개념, 셋째 정의의 원리, 넷째 정의의 실질적 기준, 그리고 다섯째 정의의 인식이라는 측면에서 고찰해 보기로 한다.

II. 본문

1. 이념과 현실

정의는 대표적인 법이념이다. 법이념이란 법을 법답게 만들어 주는 이념 즉, 현실의 법을 평가하고 인도하는 이념으로 이해된다. 그러나 그러한 이념과 법현실과의 관계는 자명하지 않다. 법현실과 이념이라는 공간 속에서 어떤 자세로 법생활을 하여야 할 것인지에 관하여 미리 정해진 바는 없다. 이는 바로 법실천과 법인식의 과제로 우리 앞에 놓여 있다고 말할 수 있다.

그러한 과제를 두고 크게 대립하는 두 가지 철학적 견해가 있을 수 있다. 하나는 현실을 중시하여 이념은 단지 현실에서 발견되는 것으로, 즉 현실을 초월하는 이념은 무의미한 것으로 보는 입장으로서 헤겔에 의해 대표된다. 다른 하나는 이념을 중시하는 이론으로서 현실은 항상 이념에 의해 규제되어야 하는 대상으로, 그리고 이념은 현실을 초월하여 있는 범주로 이해하는 입장으로서 칸트에 의해 대표된다.

심 선생은 위의 두 견해를 모두 지양한다. 그렇다고 제3의 길을 제시한다기보다 양 견해에 붙어있는 한계에 대한 명확한 인식을 촉구한다. 심 선생은 우선 법이념이 단지 법현실로부터 발견되는 것이라는 헤겔식의 입장에 대하여 비판한다. 심 선생은 “이성적인 것이 현실적인 것이며, 현실적인 것이 이성적인 것”이라는 헤겔의 말은 이성 즉, 이념에 대한 편향된 인식이라고 본다. 이념은 현실의 구성요건으로서가 아니라 현실을 구속하는 효력으로서 존재하는 것이며, 그렇게 현실에 대하여 ‘타당성’을 주장하는 이념이란 현실에 숨어있는 내재적 요소가 아니라 현실을 평가하고 인도하는 초월적 기능을 한다는 것이다.

생각전대 ‘원칙상’으로는 법이념은 법이 지향하고 실현하려고 하는 가치이념이다. 그것은 본질상 엄밀히 말해서 물적으로 존재하는 것은 아니고 ‘타당’한 것이다. 그러한 한 이념은 현실과 맞서고 있다고 하겠다. 또 하나의 현실을 놓고도 상이한 이념의 관점에서 상이한 평가를 내릴 수 있다. 따라서 이념과 현실 사이의 ‘선험적인 종합’이란 생각하기 힘들다. 다시 말해서 이념과 소재 사이의 ‘선험적 합일’이란 생각할 수 없는 것이다. 이렇게 볼 때 모든 법이념에 대해 현실내재성이라 말하는 것은 합당하지 않는 것 같다. 이는 실로 당위와 존재 사이의 일체의 긴장을 부인하는 것으로 이르고 말 것이다. 원칙적으로

법이념은 실정법을 놓고 정당하다 또는 부당하다고 평가하는 선험적인 가치규준인 것이다. 다시 말해서 법이념도 법현실에 대해서 '평가적·규정적 기능'을 수행한다 할 것이다. (법이념을 위한 서장, 『노동법과 현대법의 제문제』 (남관 심태식박사 회갑기념논문집), 법문사, 1983, 172면)

위의 인용문에서 알 수 있듯이 심 선생은 법이념 즉 정의의 초월적 지위를 인정하지 않고, 오직 현실 법질서의 내재적 원리에서 정의를 찾는 입장은, 존재에 대한 당위의 규정력이라고 하는 법적 실천의 근본적 틀에 비추어 타당치 않다고 본다. 이는 사람들의 법인식이 단지 법현실의 인식에 머물지 않으며, 법적 인식은 항상 현실의 문제의식에 터잡고 있으며, 동시에 미래에 대한 규범적 희망을 담고 있다는 사실에서 뒷받침된다. 이러한 이념의 '평가적·규정적 기능'은 정의라는 법이념에서도 마찬가지로 말할 수 있다.

이는 정의의 이념을 보더라도 사람들이 그것에 대해 형식적이고, 따라서 전적으로 무의미(무가치)하다고 비판도 하지만, 그러나 그것은 그렇게 전적으로 무의미한 것은 아닌 것이다. 다시 말해서 그것은 평등취급의 원리로서 단순한 형식 이상의 것이며, 법규범의 설정에 있어서 단순한 입의나 적나라한 자의를 막으며, 그런 의미에서 모든 법현실을 평가하고 또 규정하는 것이다.(위의 글, 같은 면)

그러나 심 선생은 다시 이념을 현실에서 전적으로 분리된 초월적 존재로 보는 것에 대하여 비판적이다. 결코 달성될 수 없다고 하여도 이념 자체로 만족할 수 있다는 칸트 식의 사고를 비판한다. 현실에 대한 책임감을 전혀 방기하는 이념과 정의는 이론적으로나 실천적으로 생각하기 어려운 것이다.

그러면 법이념은 법현실에 대해 이러한 기능만으로 그치는 것인가? 주지하듯이 이념은 타당하지만, 그것은 어디까지나 '현실에 대해' 타당한 것이다. 이념은 현실을 그의 척도에 따라 평가할 의미를 가지면서, 현실에 대해 자신이 타당할 효력의 범위도 구획짓는 것이다. 이렇게 구획되면서 형성된 법적 형상은 그야말로 법이념 없이는 생각할 수 없으며 그 불가결의 조건과 전제가 법이념이라고 말할 수 있는 것이다.(위의 글, 같은 면)

그리고 다른 한편 현실에 대한 개념적 파악은 이념이 없이는 불가능하다. 즉 이념적 지향이 결여된 현실은 개념상 아예 배제되어야 할 것이다. 즉 이념을 전적으로 부

정하는 현실은 결코 실천적으로 수용될 수 없는 것이다. 이렇게 이념과 현실은 다시 관계를 맺게 된다.

우리는 평등취급이 완전히 배제되고 자의만이 지배하는 곳에, 또 안정과 평화와는 정반대인 투쟁과 혼란만이 있는 것에 법을 이야기할 수는 있지 않나? 이런 의미에서 법이념은 어느 면에서는 법적 세계를 '구성'하는 것이라고도 하겠다. 이러한 점은 오늘날 많은 법철서가 구체적인 법이념은 물론 아주 추상적이고 포괄적인 법이념까지도 구현할 것을 그 본질적 과제로 선언하고 있음으로써 더욱 잘 표명되고 있는 것 같다. (위의 글, 같은 면)

그리하여 다음과 같은 결론으로 나아가게 된다.

이렇게 생각하여 볼 때 일찍이 빈더가 아직 해설학파에 가담하기 전에, 다시 말해서 칸트와 헤겔 사이에 놓여 있었을 때 한 다음과 같은 말이 적절하지 않나 생각된다: "이념들은 현실에 완전히 내려와 버리지 않는다; 이념들은 타당, 당위의 세계에 머물고 있으며, 그리고 물론 그러한 한 현상할 수 없다. 따라서 본질적으로 이념의 현실내재성이란 말할 수 없으며, 그리고 그러한 한 우리는 헤겔의 견해를 거부하지 않으면 안된다: 그러나 이념들은 또한 물론 칸트가 그럴려고 했듯이 단지 규정적 의미만을 갖는 것은 아니며, 동시에 그들이 타당한 영역을 구획짓는 요소들이며 그리고 그러한 한 문화현실의 구성적 원리들인 것이다."

결론적으로 말해서 법이 본질필연적으로 '지향'하여야 하는 것이 법이념이고 양자가 동일한 것은 아니며, 또 법에 대해 원칙적으로 평가원리이고, 따라서 '초월적(transzendent)'인 것이지 내재적(immanent)이지는 않다고 하겠다. 그러나 그것이 항상 법이상으로 추구되는 한에서는 그것은 법에 대해 '가능적' 구성원리로서 기능하고 또 기능하려고 할 것이다. (위의 글, 173면)

사실 이념을 게을리하고 현실의 의미만 파악하려는 자세, 혹은 현실은 도외시하고 고고하게 이념만을 되새기는 자세는 양자 모두 편향된 법실천과 법인식에 불과하다고 할 수 있다. 그런데 이념과 현실 사이의 긴장을 놓치지 않고, 중용의 도를 견지하는 것은 말처럼 쉽지 않다. 그것은 일종의 외줄타기와 같다. 이론적으로나 실천적으로 사람들은 항상 어느 한 쪽에 치우치려는 유혹에 쉽게 빠지게 된다. 거기서 균형있는 인식과 자세를 유지하기 위해서는 어떻게 하여야 할까? 이념과 현실의 부당한 일치 혹은 부당한 분리에 대한 심 선생의 비판적 검토를 보면서, 우리는 그러한 균형에 필

요한 지적 숙련과 전전한 양식을 느끼게 된다.¹⁾

2. 정의의 개념

정의의 개념에 관한 논의에서도 심 선생은 그에 대한 적극적 주장보다는 소극적 해명에 주력한다. 정의의 개념을 명확히 하여, 그를 가지고 사회와 법을 재단하고 꾸미는 데에 주력하는 것이 아니라, 기존의 정의론의 한계를 적시하면서, 정의개념을 분석하고 모색해 나간다. 그래서 정의개념에 대한 엄정한 인식비판적 자세를 보여준다. 그러나 심 선생은 다른 한편 켈젠과 같이 극단적 상대주의 즉 정의개념에 대한 회의주의로 빠지지 않는다. 심 선생이 전개하는 정의의 개념론은 정의에 대한 탄탄한 기초공사에 비유할 수 있을 것이다. 심 선생은 우선 다단계의 사고과정을 통해 정의의 개념규정을 제시하고, 정의의 형식적 원리와 실질적 원리를 구분하면서 그리고 정의와 사회정의의 개념적 관계 및 정의와 정당성의 관계를 해명함으로써 정의개념의 정초를 위하여 고려하여야 하는 여러 측면들을 골고루 밝혀주고 있다. 그리고 정의의 원리를 그 형식적 측면과 내용적 측면에서 구분하고, 각각의 의의를 해명하면서, 정의의 원리의 형식성을 부정하지는 않지만, 동시에 정의의 원리가 결코 공허한 형식이 아님을 명확하게 보여준다.

심 선생의 정의개념에 대한 논의에서 두드러지는 특징은 탐멜로와 같이 정의를 평등으로부터 구분하고 있다는 점이다. 사실 아리스토텔레스이후로 정의는 평등과 거의 같은 의미로 이해되어 왔다. 그런데 여기서 만약 정의와 평등은 어떻게 다른가? 아니면 양자는 바꾸어 쓸 수 있는 말인가? 라는 의문이 제기된다면 사실 대답하기 힘들었다고 할 수 있다. 그러나 심 선생은 그에 대한 분석적 논의를 통하여 양자는 개념상 분명히 구분할 수 있고, 또 구분되어야 하는 것임을 보여주고 있다. 그 문제에서 심 선생의 기본 관점은 차별과 불평등이 지배하는 인간존재의 현실을 수용하는 데에 있다고 보인다.

1) 첨언하자면 심 선생은 초기 빈더의 견해를 자신의 결론과 일치하는 것으로 소개하였는데, 필자는 라트브루흐의 법개념론 또한 동일한 맥락에 있지 않은가 생각해 본다. 즉 “법이념에 이바지하는 의미를 갖는 현실”이라는 라트브루흐의 법개념은 심 선생이 전개한 바와 같은 이념과 현실의 상호관계 속에서 적절히 이해될 수 있다고 여겨진다. 법은 아주 고상하지도, 그렇다고 지나치게 통속적이지도 않은, 법이념과 현실의 혼합물로서, 그 속에 법이념은 현실을 인도하는 상향의 운동을 그리고 현실은 법이념에 자리를 찾게하는 하향의 운동을 보인다고 하겠다.

우리의 문제는 평등을 정의의 '본질징표'로 여길 것인가이다. 이러한 '평등지상주의'(egalitarianism)에 대해서는 여러가지 점에서 의문이 앞선다. 우선 이에 대한 패를 만의 다음과 같은 지적은 설명인 동시에 거부이다: "고려의 대상이 되는 모든 사람들은 그들의 독특한 개성에 관계없이 모두 똑같이 대우받아야 한다. 젊은 사람과 늙은 사람, 건강한 사람과 병든 사람, 부유한 사람과 가난한 사람... 유죄인 등 어떠한 차별이나 구별이 없이 똑같이 다루어져야만 정의로운 것이다. 비근한 예를 들자면 완벽한 정의의 상태는 죽음이다. 죽음은 어느 특권과도 관계없이 모든 사람에게 찾아오기 때문이다." 사실 인간현실 안에는 모든 것이 오히려 상이함이 그 특징이다.(정의에 관한 연구 -기일, 정의의 기본개념과 기본원리-, 『법학』(서울대), 제29권 2호, 통권 74호, 1988, 90면)

심 선생은 이러한 상태에서 평등의 요구는 평등 자체 즉 절대적 평등이라기보다 정의에 의해 순화된 평등일 수밖에 없음을 강조한다. 여기서 이미 평등과 정의는 그 개념적 차이를 드러낸다.

따라서 [地上的] 정의에 있어서는 평등도 일정한 평가규준에 따른 평등이 문제될 뿐이라 하겠다. 이러한 문맥에서의 '평등'이란 바로 정의에 대한 다른 이름일 따름이다. 따라서 정의를 고려 않고 평등요구만을 따른다는 것은 우리가 부정의하다고 느낄 잘못된 사회 상태, 심지어는 오히려 불평등을 초래할 수 있다는 것은 확실하다.(위의 글, 같은 면)

이렇게 고찰해 볼 때 정의는 반드시 평등의 요청에 따를 것을 요구하지 않고 오히려 많은 경우는 심지어 그것을 금지하기도 한다는 점을 알 수 있고, 따라서 평등을 정의의 '개념징표'로 본다는 것은 부당하다는 것이 밝혀지는 것 같다.(위의 글, 91면)

그리하여 심 선생은 평등이란 정의에 대해 구성적이 아니라 부수적인 의미만을 갖는 것으로 설명한다. 이처럼 정의와 평등은 개념상 구분된다. 그러나 여기서 우리는 다시 양자의 관계를 물을 수 있다. 도대체 사람들은 어째서 정의와 평등을 그렇게 밀접하게 연결하여 이해를 하는가? 평등은 정의의 사상에서 어떠한 위치를 차지할 것인가?

이에 대해서는 오늘날 많은 이들이 지적하듯이 평등을 부정(거부)될 수 있는 '추정'으로 받아 들이는 것이 타당하다고 하겠다. 즉 만약 불평등취급이 정당화되지 않는 한 평등취급은 정의를 위하여 요구되는 것이라고! 이런 경우 평등의 원칙은 추정으로서 정의의 규준 중의 하나로 받아들여지게 되는 것이다. 다시 말해서 평등은 정의논의에서 '하나'

의 논거(topos)가 될 뿐이다. 이는 곧 평등의 원리는 '각자에 그의 것'이라는 정의의 공식 아래 ... 포섭된다는 것을 뜻한다. 이리하여 우리는 '각자에 그의 것'이 '각자에 같은 것'보다 상위에 있음을 알 수 있다. 실로 평등을 정의의 본질징표로 보는 것은 정의의 개념을 너무 좁게 파악하는 것이 된다. 따라서 '각자에 그의 것'이라는 정의의 공식을 정의의 '본질적 개념징표'로 규정하는 것이 타당하다고 하겠다. (위의 글, 91-92면)

이렇게 하여 평등과 정의의 개념상의 논란이 일단락된다. 우리는 이를 다음과 같이 정리하여 볼 수 있을 것이다. 우선 정의와 평등은 개념상 별개의 것이다. 정의는 각자에 그의 것을 명하는 덕목일 뿐 평등과는 직접적으로 연결되지 않는다. 다만 오늘날 평등의 사상이 높아져, '각자에 그의 것'이라는 요구가 '각자에 같은 것'이라는 요구로 이해되는 까닭에 평등과 정의가 일치하는 측면이 있다. 그러나 이 때에도 여전히 정의와 평등의 개념은 다르다. 다만 시대 사상에 의하여 평등이 정의의 논거로 자리한 것에 불과하다. 그리고 여기서도 다시 그 평등은 확정적 논거가 아니라 다만 추정에 불과하다. 즉 불평등취급이 정당화되지 않는 한 평등취급이 정의롭다고 하는 뜻으로 이해된다.

이상으로 우리는 절대적 의미에서의 평등과 정의와의 개념적 관계에 대한 해명을 얻을 수 있다. 그러나 다른 한편 여전히 상대적 의미의 평등 즉 합리적 차별이라는 의미에서의 평등과 정의의 관계에 대하여는 미진한 바가 없지 않다. 절대적 평등만이 아니라 그러한 상대적 평등도 평등이라는 범주에 정당하게 속하는 것이라면 그것과 정의와의 개념적 관계에 대하여 좀 더 구체적인 해명이 필요하다. 이에 대하여도 심 선생의 논의로부터 하나의 시사를 얻을 수 있다. 앞서 우리는 심 선생이 합리적 차별이라는 의미에서의 평등이란 사실 정의와 다르지 않다고 언급한 것을 볼 수 있었다. 이로부터 생각해 보건대 평등의 요구가 조건부(prima facie) 의무라고 한다면, 그것의 구체화는 정의에 의해 결정되는 것으로 구성해 볼 수 있을 것이다. 즉 인간현실에서 평등이라는 윤리적 요구는 다시 정의라는 법이념에 의해 확정되는 것으로 볼 수 있다. 이는 다음과 같은 설명에서도 간취할 수 있다.

물론 '법앞에서의 평등'의 원칙이 모든 사람은 법주체로서 법률상 언제나 평등한 권리와 의무를 갖는다고 하지만, 이는 모두가 예컨대 권리의 실현에 있어서 평등한 지위에 있다는 것을 뜻하지는 않는다. 이 원칙은 그것이 입법이나 법적용의 영역에 있어서 '자의적이고 사리에 맞지 않은 차별'을 금지하는 작용을 할 때에만 이성적인 의미를 갖는 것이다. 이렇게 볼 때 이 원칙의 중심은 평등의 이념이라기보다 오히려 정의의 이념에 놓여

있는 것이다.(위의 글, 91면)

이렇게 볼 때 평등과 정의의 개념적 관계는 평등과 불평등의 판별기준이 바로 정의라고 하는 관점에서 이해될 수 있을 것 같다. 다시 말하면 평등이라고 하는 윤리적이고 정치적인 요청이 법적인 규범으로 승인되기 위해서는 정의의 척도에 의한 판별이 필요하다고 보는 것이다. 이는 다시 정의가 대표적 법이념이라고 하는 맥락과 잘 들어맞는다. 정의는 보편적 법이념으로서 모든 법영역, 그리고 권리의무 관계를 정하는 기준이 된다. 따라서 정의는 사실 평등만의 판별기준이 아니라 모든 법적 가치들 즉 자유, 행복, 인간의 존엄 등 헌법상의 제기본권의 판별기준이 될 수 있다. 반복하자면 정의는 '각자에 그의 것을'이라고 하는 규제원리로서, 그러한 원리에 부합하는 수준에서만 자유, 평등, 행복, 인간의 존엄이 법적으로 승인될 수 있는 것이다. 이렇게 볼 때, 예컨대 평등권이라는 헌법상의 기본권은 평등이라는 윤리적 요청 그 자체로서가 아니라, 정의의 원칙에 의해 걸러진 정의로운 평등일 때 효력을 발할 수 있다고 해석할 수 있을 것이다.²⁾ 물론 최종적인 권리판별에는 또 다른 법이념인 법적 안정성 혹은 효율성 등의 기준들이 함께 고려되어야만 할 것이다. 정의를 이처럼 모

-
- 2) 물론 이에 대하여 다음과 같은 반론이 있을 수 있다. 그러면 정의와 부정의의 판별은 어떻게 가능한가? 그것은 결국 합리적 차별이라는 평등의 기준에 의해 밝혀지는 것이 아닌가? 그렇다면 위와 같은 평등과 정의의 관계는 거꾸로 평등에 의하여 정의가 규정되는 것이라고 볼 수 있지 않은가? 그러나 심 선생이 이미 암시하였듯이 평등을 합리적 차별이라고 할 때, 그것은 이미 평등을 넘어서 정의에 대한 요구를 담고 있는 것으로 보는 것이 옳을 것이다. 예컨대 학력에 따른 임금의 차별이 평등한지 그렇지 않은지를 결정하는 기준은 평등의 이념이 아니라 임금의 분배라고 하는 분배적 정의의 관점에서 정해진다고 할 수 있다. 그리고 그 문제는 다시 합리적 차별이라는 평등의 개념이 아니라, 여전히 분배적 정의의 여러 실질적 기준이라는 정의의 차원에서 다루어질 수 있다. 이렇게 볼 때, 정의로부터 평등을 도출하는 것은 적절하나, 평등에서 정의를 도출하는 것은 어렵다고 할 것이다. 다른 한편 정의를 이처럼 모든 법적 요청의 판별준거로 이해할 경우, 이는 다시 정의를 일반적 정의로 만들어 모든 덕목들을 정의로 흡수해버리는 부당한 결과가 초래될 수 있지 않은가라는 비판이 있을 수 있다. 그러나 정의가 모든 법적 문제에서 척도로서 작용한다는 것과 정의가 모든 덕목을 대체한다는 것은 같은 말이 아니다. 평등과 자유 등의 법적 자격을 정의가 결정해 준다고 하여도, 평등과 자유라는 영역이 정의의 영역으로 해소되는 것으로 볼 필요는 없다. 자유와 평등 등의 덕목 혹은 법적 요청은 여전히 고유의 영역을 주장할 수 있으며, 그것이 다만 법적 권리로까지 승인될 수 있는가의 문제에서 정의가 아울러 고려되는 것으로 볼 수 있다. 이는 예컨대 만용과 비겁이 경우에 따라서 남의 몫(권리)을 해쳐서 부정의를 야기할 수 있고, 그리하여 이제 그 문제가 용기의 덕목에서 정의의 문제 예컨대 시정적 정의의 문제로 이행하였다고 하여도, 용기라는 덕목 자체가 정의 속으로 흡수되는 것으로 볼 수는 없는 것과 마찬가지로 할 것이다.

든 영역에서의 권리의무의 판별기준으로 보는 것은 심 선생이 도출한 정의의 개념에서 이미 함의되어 있다. 심 선생은 다단계의 사유과정을 거쳐 정의를 “권리의무의 상호관계에 그리고 각자에 그의 것을 주는 것에 관련되고 있는 윤리적 사회적 가치이다”라고 결론내렸던 것이다.

3. 정의의 원리

그러면 그와 같은 보편적 법이념으로서의 정의의 명령내용은 어떻게 이해하여야 옳을까? 여기서도 심 선생은 직관에 의하여 일정한 명제를 제시하고 그 의의를 강조하는 자세를 지극히 경계한다. 그러나 그렇다고 켈젠과 같이 정의의 규범에 대하여 전적으로 회의를 표하지도 않는다. 오히려 정의규범의 긍정적 힘을 참으로 인정하지만, 그 힘의 무게에 걸맞게 정의규범의 모색에서 신중함과 합당성을 갖추고자 하는 것으로 볼 수 있다.

정의의 원리에 대하여 심 선생은 패를만과 같이 형식적 정의와 실질적 정의를 나누는 단계적 인식을 보여준다. 형식적 정의는 주지하듯이 “동일한 범주의 것은 동일하게 대우하라”라는 보편화가능성의 내용을 담은 원리이다. 그런데 이는 모종의 규칙에 따른 일관된 적용을 요구할 뿐, 그것이 어떤 기준에 의한 것인지, 어떤 내용의 규칙인지는 묻지 않는다. 따라서 자칫 이는 그 형식성으로 말미암아 무의미한 것이 아닌지 의심될 수 있다. 그러나 심 선생은 그러한 회의를 맞서 형식적 정의 자체에 기본적인 정의가치가 내재하고 있음을 강조한다.

...형식적 정의의 원리는 그 자체로서는 정의로운 실천을 보장해 주지 않는다. 그러나 비록 그것이 보편화주의적인 규칙적용을 명할 뿐인 것 같이 보이지만, 그것은 나아가 사람을 평등하게 또는 불평등하게 다루는 데 중요하다고 볼 기준들을 밝히고 그리고 비판적 토의에 부치라고 강요할 뿐만 아니라, 일단 정립된 인간행위의 규칙체제는 어떤 것든 제일적이고 비자의적인 적용의 요청 밑에 두게 한다고 볼 수 있다. 이는 실천이성의 일반적 명령이기도 하지만 정의개념의 기초적 요청이기도 한 것이다.(정의에 관한 연구 - 기일, 정의의 기본개념과 기본원리-, 102면)

나아가 형식적 정의의 원리의 다른 장점으로 일정한 법정채적 효과를 생각할 수 있다. 이는 정의의 요청을 만족하려면 그 실질적 규준이 무엇인지를 떠나 차별적 귀속

에 관한 일정한 기준을 제시하여야만 한다는 형식적 정의의 요청에서 얻어지는 효과이다. 심 선생은 다음과 같이 설명한다.

그러나 그것은 적어도 차별적 '조건과 효과'만은 어떻게든 명시하기를 강요한다. 즉 차별적 취급의 중요한 요소들을 명시하기를 강제하는 것이다. 이를 통해 취급의 조건과 효과는 투명성과 비판적 검토에의 길이 열리게 된다. 이렇게 볼 때 형식적 평등의 요청은 정책적으로 유효한 분석적 도구의 역할을 한다고 하겠다. (정의의 실질적 기준에 관한 연구, 『법학』(서울대), 제36권 1호, 1995, 87면)

그러나 형식적 정의는 그래도 정의의 충분조건이 되기에는 여전히 일반적이다. 형식적 정의의 원리는 합규칙적 적용이라는 보편화가능성의 원리라고 할 때, 이는 정의의 고유한 특성이라기보다 실천이성의 일반적 명령으로 이해할 수 있는 것이기 때문이다. 따라서 우리는 정의의 온전한 실현을 위해 다시금 실질적 정의의 요청으로 나아가지 않을 수 없는 것이다.

이렇게 볼 때, 정의는 형식적 정의로서 만족할 수 없는 것이고, 그것을 넘어 규칙들 그 자체가 일정한 정의의 요구들을 충족시켜야 한다고 주장하지 않을 수 없게 된다. 이러한 요청들이 이른바 '실질적 정의'의 요청들이다. 다시 말한다면 실질적 정의란 인간 상호간의 행위들을 규율하는 규칙들이 그 자체 일정한 정의의 요청들에 부합되어야 한다는 것을 의미한다. 그리고 이러한 요청들이 곧 실질적 정의의 기준 내지 공준이라고 하겠다. 실로 형식적 정의는 정의의 필요조건이지만 그것의 충분조건은 못된다. (위의 글, 88면)

심 선생은 이처럼 정의의 원리를 그 형식성과 실질성에 따라 분석한다. 말하자면 정의의 과제에 대한 실천적 분업이라고 할 수 있을 것이다. 이러한 단계적 사고는 정의가 가진 규범적 힘을 일깨우는 적절한 방식으로 보인다. 사람들은 켈젠과 같이 실질적 정의의 원리들의 다양성과 또 상호모순성 등에 환멸하여 정의 자체를 무의미하게 치부할 수도 있다. 그러나 아무리 실질적 정의에 대하여 회의적이라고 하여도 정의의 형식적 원리인 보편화가능성의 원칙이 가지고 있는 규범적 힘을 부정하기는 어렵다. 서로 대립하는 실질적 정의, 예컨대 필요에 따른 분배와 능력에 따른 분배 등의 정의원리들도 각각 기본적으로 보편성과 일관성이라고 하는 형식적 정의의 원칙을 만족시키지 않으면, 그것은 실질적 정의 이전에 이미 정의의 자격에 미달하게 되는 것이다. 반면에 형식적 정의가 실질적 정의에 비추어 명확한 기준을 보여주고, 또 법

앞의 평등이라는 자유주의적 질서에 잘 부합하는 원리라고 하여도 우리는 여전히 정의의 실질적 기준에 대하여 다시 묻지 않을 수 없다. 절대적인 현상유지주의자 혹은 전적인 자유지상주의자가 아닌 이상 우리는 형식적 정의의 요청에 머물 수는 없고, 항상 실질적 정의의 요청으로 나아가야 하기 때문이다. 이렇게 볼 때, 형식적 정의와 실질적 정의의 구분이라는 분석적 작업은 정의의 실천적 의미의 다양한 측면을 드러내는 데에 적절하며 또 그 과제의 적절한 수행에 있어서도 참으로 긴요한 조건 혹은 전제라고 하지 않을 수 없다. 그렇지만 다시 그러한 구분만으로 정의의 원리에 대하여 모든 과제가 해결되는 것은 아니다. 그 분석적 단계구분에 이어서 정의원리에 대한 규범적 탐구가 계속되어야만 할 것이다. 이는 바로 정의의 실질적 기준에 관한 문제와 관련된다.

4. 정의의 실질적 기준

앞서 본대로 심 선생의 규정에 따르면 정의는 '각자에 그의 것을 주는 것을 명하는 사회윤리적 가치'로 이해된다. 그런데 그러한 정의의 구체적인 모습은 '그의 것'을 어떻게 정할 것인가 즉 가치귀속의 준거가 무엇인가에 따라 달라지게 될 것이다. 즉 정의의 원리는 그 실질적 기준에 따라 변화무쌍하게 나타날 수 있다. 따라서 이는 그 자체로 모순되는 측면이 있음은 물론 나아가 부당한 지배와 자의적인 관념을 정의로 미화할 우려로 없지 않다. 정의에 대한 회의와 허무주의는 그러한 사실에서 기인하는 바 크다. 심 선생의 실질적 정의에 대한 연구는 바로 이러한 문제점을 직시하는 데에서 출발한다. 심 선생이 지향하는 실질적 정의의 탐구의 목적은 어떤 특정의 정의원리를 제시하기보다 우리가 보편적으로 생각할 수 있는 정의의 실질적 기준들을 모색함으로써, 바로 그와 같이 정의를 가리우는 미망과 허위를 걷어내고 정의에 대한 균형있는 인식을 도모케 하는 데에 있다고 파악된다.

사실 '각자에 그의 것'이라는 표어는 나치스의 저 악명높은 수용소 입구에도 걸렸을 만큼 오용되기도 했다. 이에 사람들은 그러한 표어로 집약된 정의의 원리에 대하여 전적으로 회의의 입장을 표명하기도 한다 그러나 가치표어의 오용이 반드시 그것의 사용가능성(유용성)을 전적으로 지양해 버린다고 생각해서는 안 될 것이다. 중요한 것은 그러한 표어로 표현된 근본요청을 충족시킬 기준이나 공준들을 발견하는 문제일 것이다. 따라서 일반적으로나 공통적으로 승인될 수 있는 그러한 기준이나 공준들이 제시될 수 있다면

그것은 온갖 오용과 오해에서 벗어나 유의미하고 유용한 정의원리의 표어로 군림할 수 있게 될 것이다. 이리하여 정의에 대한 탐구는 이러한 정의의 근본요청을 구현시켜 줄 규준이나 공준들에 대한 모색으로 전개되지 않을 수 없는 것이다.(정의의 실질적 규준에 관한 연구, 『법학』(서울대), 제36권 1호, 1995, 85면)

한편 심 선생의 실질적 정의에 대한 탐구는 기본적으로 환원적 일원주의와 결의론적 다원주의의 지양에서부터 출발한다고 할 수 있다. 심 선생은 우선 올바른 정의규율의 실질적 원리를 하나의 기준에 의하여 일거에 해결하려는 여러 시도들, 즉 자연법적 관점, 공리주의, 보편화가능성의 원리, 평등취급의 원리들을 검토하고 그 한계를 밝히고 있다.

자연법원리와 공리의 원리는 실질적이기는 하지만 정의의 직접적 공준으로서는 상당하지 않다. 물론 이는 그것들이 실질적 정의의 고려에서 배후적 규정원리로서도 전적으로 배제된다는 것을 의미하지는 않는다. 보편화가능성의 원리는 형식적 정의의 요청을 넘어선 점은 보이지만 여전히 그것만으로는 정의판단의 충분한 바탕은 못된다. 평등(취급)의 원리는 정의의 특수한 개념적 재단법을 가리키긴 하지만 그 구체적, 실질적 규준 내지 공준을 스스로 갖고 있지 못하며, 오히려 빈 자신의 충전을 위해 그것을 요구하며, 나아가 평등의 재단법은 정의의 영역을 너무 협소화시키고 있다.(위의 글, 94면)

이렇게 심 선생은 원칙적으로 실질적 정의원리에 대한 다원주의를 수용하고 있다. 그러나 그렇다고 왈저와 같이 일정한 시대와 장소의 전통적인 규준들을 모두 정의의 실질적 원리로 승인하는 것에는 반대한다. 아래의 설명은 분배적 정의에 관한 것이지만, 정의의 실질적 규준에 관한 논의 일반에 적용할 수 있다.

그렇다고 해서 분배적 정의의 공준의 문제를 단순히 공동체를 이루는 공통된 이해와 약정에 의거하고 있는 것으로 보고, '한 주어진 사회는 그 실체적 생활이 일정한 방법으로, 즉 구성원의 공통된 이해에 충실하게 따르는 방법으로 이루어진다면 정의롭다'고 하는 왈저의 이른바 공동체주의적 정의론으로 결정을 볼 문제도 아닌 것 같다. 가치론은 사회존재론에 불과한 것이 아니다. 가치의 분배가 아무리 전총적으로 확고하게 지지받더라도 그 공정의 여부에 대한 재검토의 길은 열려 있어야 한다. '정의는 우리의 비판이지, 우리의 거울은 아니다.'(위의 글, 105면)

그리하여 심 선생은 콜러와 같이 정의의 영역을 4분하여 그 각각에서 적절한 정의

의 실질적 기준을 추구한다. 첫째, 교환관계에서 고려되는 교환적 정의, 둘째, 공동체적 관계에서 고려되는 분배적 정의, 셋째 지배관계에서 고려되는 정치적(보호적) 정의, 네째 불법관계에서 고려해야 하는 시정적 정의가 그것이다. 이러한 영역과 분류 자체가 우선 정의의 실질적 기준에 대한 균형있고 포괄적인 인식을 위한 하나의 필요조건으로 여겨진다. 그러나 심 선생은 정의의 영역과 유형을 구분하는 것에 그치지 않고, 나아가 그 각각의 정의의 유형에서 다시 실질적 기준에 관한 여러가지 대조적인 그리고 함께 고려하여야 하는 논점들이 있음을 밝히고 있다. 즉 심 선생은 각 정의의 유형에서 일정한 실질적 원리들을 제시하기보다 각각에서 빼놓지 말아야 하는 요소들을 밝히는 데에 초점을 맞추고 있다.

그리하여 첫번째 교환적 정의에서는 급부의 동가성이라는 실체적 기준으로부터 공정한 시장관계의 원리(교환 당사자의 자유로운 합의)라고 하는 절차적 기준으로 이행하고 있음이 소개되고 있다.³⁾ 심 선생은 아울러 급부, 교환대상의 동가성은 그 경제체제가 무엇이냐에 따라서 즉, 시장경제나 계획경제나 등에 따라서 달라질 수 있음을 언급하고, 나아가 그렇게 볼 때 교환적 정의는 분배적 정의와 밀접한 관계에 있음을 밝히고 있다.

두번째 분배적 정의에서는 개인의 특수한 자질과 기여를 중시하는 공적의 기준과 각자의 생활설계에 대한 필수조건의 제공을 목표로 하는 필요의 기준 그리고 개개인의 기대의 안정과 자율성을 존중하는 권리의 기준을 모두 고려해야 함을 말하고 있다.

세번째 정치적 정의에서는 개인 상호 간의 권리관계의 보호와 공동체 자체의 유지라는 논점이 함께 고려되어야 하며, 보호하여야 하는 기본권의 범위와 기준과 관계하여 분배적 정의와 밀접히 관련되고 있다는 점이 제시되고 있다. 아울러 회폐의 경우처럼 정치적 정의를 개인들의 자유단념의 상호교환이라는 교환적 정의의 관점에서도 이해될 수 있다는 점이 지적되고 있다.

네번째 시정적 정의에서는 불법의 종류에 따라 배상의 관점이 우세한 민법적 원리와 응징적 관점이 우세한 형법적 원리가 구별되어야 한다는 점 그리고 오늘날 민법적 원리 내부에서 다시 과책원리와 위험분배의 원리가, 그리고 형법적 원리 내부에서 다시 책임의 원리와 비례(분배)의 원리가 대조를 이루고 있다는 점이 지적되고 있다.

이러한 실질적 기준들에 대한 심 선생의 논의는 다시금 그의 정의론의 특징을 잘

3) 이는 생각전대 경제학상의 가치이론이 고전파의 노동가치설에서 신고전파의 효용설로 변한 것과 궤를 같이 한다고 여겨진다.

보여준다. 심 선생의 논의에서 우리는 결코 어떤 기준이 절대적이다 혹은 각 기준들 간의 우열관계는 어떻다라는 식의 적극적인 해명을 발견할 수 없다. 그러나 우리는 그 논의로부터 실질적 정의의 문제에서 합리적 결론에 이르기 위해서 감안하여야 하는 여러 측면과 요소들이 무엇인가를 새삼 확인할 수 있다.

끝으로 심 선생은 실질적 기준에 관한 사유에서 자칫 빠질 수 있는 오류에 대하여 경계할 것을 부연한다. 즉 위와 같이 정의의 실질적 기준들을 영역별로 구분하여 설명하게 되면 사람들은 때로는 그러한 실질적 정의들이 전혀 별개인 것으로 오해할 수도 있다. 즉 개념적 구분이 실제적 분리로서 곡해될 여지가 있을 수 있다. 때문에 심 선생은 그러한 오해를 불식시키기 위하여 그 실질적 정의의 원리들이 동일한 사태의 다양한 측면에서 적용될 수 있음을 환기시키고 있다.

이제 [실질적 정의의 기준에 관한 논의]를 마무리하는 자리에서 나무만을 살피다가 숲을 못보는 잘못을 범하지 않기 위해서는 좀 더 통합적인 언급이 필요해진 것 같다. 인간 사이의 관계가 개별적으로 분리되어 있지 않고, 교차되고 혼합되어 하나의 복잡한 관계 복합체로 이루어져 있듯이 실질적 정의들과 그 기준들도 무관한 관계에 있지 않고 서로 제약하고 또 보충하는 관계에 놓여 있다고 할 것이다. 따라서 하나의 인간관계에도 모든 종류의 정의의 요청이 적용될 수 있는 것이다. 예컨대 조그마한 가족구성원 서로간에 도 교환관계, 공동체관계, 권위관계 나아가 의무침해에 대한 반작용을 볼 수 있고 따라서 여기에서도 그에 상응하는 상이한 실질적 정의의 요구들이 타당한 것이다.(위의 글, 108면)

5. 정의의 인식

이제 끝으로 정의의 인식론적 근거지움의 문제를 거론하지 않을 수 없다. 누구보다도 철저한 인식비판을 전제로 하고, 또 확실한 인식을 추구하는 심 선생의 정의론에서는 더욱 그러하다. 그러면 과연 정의가치에 대하여 우리는 어떻게 그 인식론적 확실성 혹은 정당성을 획득할 수 있을까? 사실 이 정의의 근거지움의 문제는 법철학계의 해묵은 과제이자 최근 가장 논의가 많은 부분이기도 하다. 이에 대하여는 일반적으로 인식주의와 비인식주의, 그리고 다시 전자 내에서는 실체론적 정의론과 절차론적 정의론(물론 관점에 따라서는 절차론적 정당화이론은 인식주의와 비인식주의의 중간으로 위치시킬 수도 있을 것이다)이 대립한다고 말할 수 있을 것이다. 그리고 현재 법철학계는 페를만의 논의이론, 롤즈의 절차이론 그리고 하버마스의 진리의 합의설을

중심으로 하여 절차론적 정당화이론이 보다 강세를 띠고 있다고 할 수 있다. 그러면 이러한 현재의 흐름에 대해 심 선생은 어떤 평가를 보이는가? 심 선생은 그에 대하여 비판적 입장을 견지하되 그를 배척하지는 않고, 그 자양분을 적절히 흡수하려는 태도를 보인다. 절차론적 정당화이론에 대한 심 선생의 비판을 들어보자.

하버마스의 진리합의설은 여러 점에서 문제점이 지적될 수 있을 것 같다. 그는 학문이론에서의 진리개념이 근본적으로 의미론적인 것인데도 불구하고, 이를 어용론적인 것으로 보아 담론 속에서의 합의에 의해 결정되는 언표행위의 효력요청으로 규정하고 있다. 그리고 현실적 담론에서는 이상적 담화상황을 실현한다고 노력해도 진리에의 접근이 가능할 뿐 진리 자체의 획득은 불가능할 것이다. 또 이상적 담론에서는 이성적이고 자유로운 각 담화자 승인하지 않으면 안되게 하는 논거(조건)가 중요하지 합의가 결정적인 것은 아닌 것이다. 또 합의란 의견의 일치이고, 의견은 어디까지나 의견이지 진리로 이르는 못할 것이다. 따라서 진리합의설은 진리와 정의가 갖는 '이상적 성격'을 이해하지 않는 것이 된다. 진리란 탐구적 노력의 저편에 있는 이상적 증거점이다. '진리'와 '진인 것으로 여긴다' 사이의 개념적 차이는 인정되어야 한다. 진리합의설은 진리대응설을 비판하지만, 예컨대 '불란서 혁명은 1789년에 일어났다'가 사실과의 일치 이외에 합의를 별도로 필요로 하지 않는다는 점에서 볼 때 적절치도 않다. (독일 철학 및 법철학에서의 정의론의 동향, 「법학」(서울대), 제34권 3·4합본호, 1993, 46-7면)

그러나 심 선생은 절차이론들의 인식론적 가치를 부정하지는 않는다.

이와 같은 담론이론적 정의론에 대한 비판을 경청할 가치가 충분히 있다. 따라서 담론의 절차는 담론이론이 주장하듯이 정의와 정당성을 '보장'한다고 보는데는 논란이 있겠으나 실천적 정당성의 요건으로서의 보편화원리에 대한 또 하나의 해석가능성, 즉 '보편적인 담론적 합리성'을 제시하고 있다는 데에 의의가 있는 것으로 보인다. (위의 글, 51면)

그러면 심 선생의 인식론은 어떤 쪽이라고 할 수 있을까? 앞서 하버마스의 절차이론의 비판에서도 알 수 있듯이 심 선생의 입장은 기본적으로 전통적인 진리관인 대응설에 기초를 두고 있다고 생각된다. 즉 정의가치에 대하여 인식주의 쪽에 가 있다고 볼 수 있다. 그러나 심 선생의 인식주의는 이미 본 바와 같이 절차론적 이론에서의 그것도 아니고, 전통적 자연법론과 같은 실체론적 인식주의와는 더더욱 거리가 멀다. 심 선생의 입장에 대해 굳이 명칭을 붙여보자면 '소극적 인식주의'라는 표현이 어떻까 생각해 본다. 심 선생은 기본적으로 가치상대주의를 수용하여, 어떤 절대적 가치를

천명하기를 거부한다. 그러나 다른 한편 반가치에 대한 비판가능성을 긍정하고 또 추구한다. 따라서 '소극적 인식주의'란 가치인식의 절대화를 반대하여 적극적인 가치판단은 자제하되, 일정한 범위와 경계를 가지고 소극적인 반가치판단은 견지하는 입장이라고 이해할 수 있을 것이다. 즉 심 선생의 소극적 인식주의는 켈젠과 같은 비인식주의 혹은 프랑케나의 용어를 빌면 '메타윤리학적 상대주의'와 구분된다. 켈젠의 이론은 가치에 대한 인식을 전적으로 주관적 문제로 치부한다. 그리하여 가치, 즉 정의에 대하여는 어떠한 합리적인 평가방법이 존재할 수 없게 된다. 반면에 심 선생의 상대주의는 절대적이지 않다. 그리하여 모든 가치들을 단지 개인적 주권의 영역에 맡길 수 없게 된다. 심 선생은 정의에 대한 합리적 탐색을 결코 포기하지 않을 것이다. 아니 바로 그러한 과정이 정의의 정당화의 과정 자체라고 이해할 것이다. 심교수에서 상대주의란 다시 프랑케나의 용어를 빌면 우리 인식의 한계와 상대방에 대한 존중의 의미에서 '규범적 상대주의'라고 칭할 수 있을 것이다. 그러한 관용 속에서 심 선생은 그 자신은 물론 정의를 생각하는 이들 모두에게 정의에 대한 합리적 모색을 촉구하는 것이다. 이렇게 볼 때, 심 선생은 포퍼적 의미에서 반증가능성을 인식의 표준으로 구하는 비판적 합리주의자라고 칭할 수 있을 것이다.

그러나 경험적 인식도 궁극적으로 가설적인데 불과하다. 자연법칙도 그것에 대한 반증이 나올 때까지 타당할 뿐이다. 가치인식이 그러함은 물론이다. 양자 사이에 본질적 차이는 없는 것이다. 『법철학 I』, 법문사, 재판, 1984, 275면)

모든 인식은 끝내는 가설적인 것이다. 우리의 경험적인 사실인식도 궁극적으로 증명되지 않은 근본전제에 의거하고 있는 것이다. 마찬가지로 가치인식도 그러하다. ... 우리가 가치상대주의를 말하지만 그것도 하나의 상대적 가치상대주의인 것이다. ... 비판과 자기비판은 인간의 구성적 요소이다. 따라서 비판적 실증주의야말로 인간적 태도에도 부합되는 것이다. (위의 책, 287면)

보통 지식인들은 현실보다 이상을 추구하고, 이상의 척도로써 현실을 개선하고자 노력한다. 그런데 이 경우 사람들은 종종 현실을 깊이 있게 고찰분석하기보다 단지 타기되고 부정되어야 하는 대상으로 손쉽게 도외시되는 반면에, 현실을 대체하여야 할 이상과 이념은 아주 확고하고 선명한 것으로 그리고 심지어 당장이라도 실현가능한 정책으로까지 적극적으로 주장한다. 정의에 대하여도 마찬가지이다. 어느덧 사회정의라는 용어와 구호는 우리의 일상이 되다시피 범람하고 있다. 사회문제에 관심을

가진 많은 지식인들은 나름대로의 정의에 대한 신념을 표명한다. 그리고 경우에 따라 현실의 부정의를 비판하고 척결하는 차원을 넘어서 새로운 정의를 수립하고, 실현하려는 적극적인 형태를 띤다. 그런데 적지 않은 경우 그러한 주장들은 자칫 현실의 부정의의 문제의 소재에 대한 적절한 파악이 결여된 결과 비현실적인 구호에 그치거나, 혹은 자신의 정의기준과 원칙에 따르지 않으면 모두 부정의인 것으로 치부하는 편협성과 독선으로 인하여 부당하고 위험한 배타성을 빚어낸다. 바로 여기에서 심교수와 같은 소극적 인식주의는 그 빛을 발한다. 소극적 인식주의는 어떤 정의의 기준에 대한 명확한 인식을 내세우지도 않고, 그 정의기준을 절대적으로 강조하지도 않는다. 소극적 인식주의는 다만 현실의 여러 부정의를, 그리고 주장되고 제시되는 정의원칙들의 한계를 지적하고 비판하는 데에 복무한다. 소극적 인식주의는 경우에 따라서는 양비론으로 호를 수도 있으나, 초연한 불편부당을 내세우는 것은 아니라고 이해된다. 생각건대 소극적 인식주의는 현실의 모습과 역사의 흐름을 중시하여, 그를 존중하는 겸허함에 기초를 두고 있다고 보인다. 다만 현실과 역사에 대한 무비판적 수용은 있을 수 없는 것이기에 그 부정의들을 숙아내어, 정의를 배양하는 데에 힘쓰는 것으로 이해된다. 요컨대 소극적 인식주의는 무엇이 정의인가를 주장하기보다 무엇이 정의에 어긋나는가를 생각한다. 소극적 인식주의는 정의의 요건이 무엇인가 밝히기보다 정의의 한계가 어디에 있는지를 구명하고자 한다. 이러한 소극적 인식주의에서 우리는 어쩌면 지식인의 기본적 덕목을 볼 수 있을 것도 같다. 즉 지식인들의 일차적인 과제는 사실 새로운 정의와 가치를 만들고 세우는 것이라기보다, 여러가지 선부른 정의의 주장들의 한계를 지적해 내고 그리고 나아가 기존의 부정의와 반가치들을 시정하는 차원에 있는 것인지도 모른다.

III. 결어

돌이켜보면 우리는 지금까지 심현섭교수의 정의론의 인식비판적 방법 그리고 소극적 인식주의의 합리성과 실천적 유의미성에 대하여 알아보았다고 할 수 있다. 반복하자면 심 선생은 정의에 대한 적극적 해명과 사회설계에 대한 의욕을 절제하고 대신, 정의 그리고 정의론이 갖추어야 하는 기본적 조건들과 요소들을 갈무리하고 검토하는

데에 역점을 두었다고 볼 수 있다. 그리고 우리는 그러한 절제된 정의론의 근거에는 참으로 긴요한 실천적 가치가 흐르고 있음을 깨달을 수 있었다.

하지만 시간이라는 존재의 운동 속에서 무릇 모든 장점과 성과는 다시 미래를 위한 비판적 소재로 전변하지 않을 수 없다. 그런 관점에서 우리는 계속하여 심 선생의 정의론의 세례를 받으면서 궁극적으로 그 한계지점까지 나아가지 않을 수 없다. 그 지점에서 심 선생의 인식비판적 정의론은 이제, 절제된 정의론에서 소극적 정의론으로 그 색채를 바꾸게 된다. 예컨대 실질적 정의의 기준에서 가장 핵심적이며 또 논란이 많은 분배적 정의의 문제에서 심 선생은 공적, 필요, 권리라는 세 가지 공준을 거론하고 있다. 이러한 공준들의 제시는 물론 기존의 다양하고 복잡한 분배적 정의의 기준들을 통합적으로 정리하고, 또 특징적인 원리들을 대조적으로 세움으로써 그 체계화를 이루었다는 점에서, 그리고 분배적 정의를 논하는 데에 있어서 반드시 고려하여야 하는 요소들을 균형있게 감안하였다는 점에서 커다란 실천적 의미가 있지만, 다른 한편 공적과 필요 그리고 권리 상호간의 관계 및 현실 체제의 원리로서의 역할과 그 공과에 대한 분석이 결여되어 정의론이 담당하여야 하는 역사적 무게를 감당하기에는 미흡한 면이 없지 않다고 할 것이다. 사실 이점은 심 선생이 이미 인지하고 또 먼저 밝히고 있는 부분이다.

이렇게 '사회적 정의'라는 큰 주제가 전혀 다루어지지 않았음은 물론 이때까지의 설명만으로 정의의 근본요청이 충분히 충족되리라고 낙관적으로 결론내릴 단계에도 도달하지 않았다는 의미에서 이 연구는 아직 완성품이 못된다. ... 위에서 언급된 여러 기준 내지 공준들이 서로 제약하고 보충하는 관계에 놓여 있는 것은 확실하지만 그것이 어떻게 현실적으로 수행될 것인가는 더 탐구해야 할 과제인 것이다. ... 실로 정의의 기준에 관한 연구는 종국적으로 한편으로는 좀 더 거시적인 가치론 및 사회론을, 다른 한편으로는 실천적 논의의 방법론을 바탕으로 하여서만 마감될 수 있는 것이다. (정의의 실질적 기준에 관한 연구, 109면)

하지만 보다 정확하게는 그러한 한계는 이미 심 선생이 스스로 그어 놓은 자신의 학문의 경계라고 볼 수 있다. 심 선생은 법철학 그리고 정의론에 지나치게 무거운 부담을 지우고자 하지 않는다. 이는 그의 소극적 인식주의의 귀결이자, 절제된 정의론이 내포하는 겸허함이라고도 할 수 있을 것이다. 참으로 법철학적 정의론이 모든 사회정의의 문제를 도맡아 해결하여야 하고 또 할 수 있다는 인식은 하나의 치기어린 과욕과 과신일지도 모른다. 정의론의 임무와 과제에 대하여 심교수 자신이 스스로 어

면 선판단을 갖고 있는가는 다음의 글에서 잘 나타난다.

...어쨌든 정의에 대한 비난을 전체적으로 놓고 생각해 본다면 이는 정의에 대한 너무 큰 기대에 의거하고 있다고 볼 수 있다. 즉 정의는 인간의 사회생활에서 일어나는 그때 그때의 온갖 문제적 사건들에 있어서 항상 정의로운 결정을 '도출'해 낼 수 있는 하나의 '결정원'이어야 한다는 기대이다. 그러나 이는 정의론이 감당할 임무는 못된다. 정의론의 고유한 과제는 해답을 '도출'하는 것이 아니라 해답으로 '유도'하는 사고수단을 제공하고 사고방법을 제시하는 데에 있다고 하겠다. 실로 정의는 매우 형식적인 원리이다. 그러나 그것은 전적으로 무가치하고 무내용한, 말하자면 '공허한' 것은 아니고, '방향제시적인 지시'를 주는, '그 구체화를 위해서는 다른 가치관점과의 결합을 필요로 하는' 하나의 '개방적 원리'인 것이다. 정의는 규칙적이고 정당한 규준에 의한 취급을, 다시 말해서 '자의의 금지'를 요청함으로써 소극적인 면에서는 부정의를 판정하고 배제하는 먹줄의 역할을 할 뿐만 아니라, 그 규율하는 사회관계의 특수화에 따라서 그 공식의 내용도 규율임무에 일치해서 또한 특수화되고, 끝내는 어느정도 내용있는 기준이 됨으로써 인간관계의 정의로운 질서를 위한 적극적인 '지도사상'으로서의 기능도 한다고 하겠다.(정의에 관한 연구 - 기일, 정의의 기본개념과 기본원리-, 102면)

물론 위와 같은 심 선생의 정의론의 기초는 바로 그의 저서 『법철학 I』의 첫머리에 인용된 바와 같은 그의 철학적 바탕에서 연유하는 것으로 이해된다.

인간은 세상의 문제를 해결할 수 있도록 태어나지는 못하였다. 그러나 문제가 어디에 있는가를 찾을 수 있도록, 그리고 다시 삶의 한계 내에 멈추는 법도 알 수 있도록 태어났다.(괴테)

우리가 해야 하는 것은 ... 삶의 궁극적 원천에 대한 이상을 포기하는 것이며, 모든 인식은 인간적이라는, 즉 인식이란 우리의 오류, 편견, 꿈 그리고 희망이 혼재되어 있다는 사실과, 그리고 우리가 할 수 있는 최선의 것은 비록 진리가 우리 너머에 있다고 하여도 그것을 구하여 더듬어 가는 일이라는 점을 인정하는 것이다.(포퍼)

결론적으로 심현섭교수의 정의론의 정신은 이런 것이 아닌가한다.

물론 우리가 정의에 관한 확고한 규준을 쥐어 본 일은 한번도 없지만 정의를 찾는 것은 우리의 본질에 속한다. 정의는 주어져 있는 사실이 아니다. 그것은 과제, 즉 우리의 이성과 마음에 안겨진 과제이다.(독일 철학 및 법철학에서의 정의론의 동향, 63면).