

양심적 병역거부와 정교분리: 네오프래그머티즘의 관점에서 재해석한 법과 종교의 공존

Conscientious Objection and the Separation of Government and Religion: Reinterpreting the Coexistence of Law and Religion in the View of Neo-Pragmatism

최 은 광*

Choi, Eun-Kwang

목 차

- | | |
|----------------------|---------------------|
| I. 들어가며 | IV. 법과 종교의 관계 |
| II. 공적 영역과 사적 영역의 구분 | V. 법치주의 하에서 종교의 목소리 |
| III. ‘현재’의 진단 | VI. 나가며 |

헌법재판소와 대법원에서 양심적 병역거부를 지지하는 취지의 판단을 내렸음에도 불구하고, 양심적 병역거부자들을 굽지 않은 시선으로 바라보는 이들은 여전히 적지 않다. 이러한 시선에는 지난 세기를 풍미했던 소위 자유주의적 태도가 반영되어 있다. 자유주의적 태도 아래에서 공적 영역은 인간사의 전면에 부각되고 사적 영역은 담론의 변두리로 추방되었다. 그리하여 사적 영역은 공적 영역의 지배를 받는 것으로, 또 그해야만 하는 것으로 해석되었다. 나는 이러한 해석에 반대하여, 네오프래그머티즘의 관점으로 공적 영역과 사적 영역의 조화로운 공존을 가능케 하는 해석을 시도할 것이다. 사적 영역은 공적 영역만큼이나 보호될 가치가 있으며, 가능하면 그와 동등한 정도로 보호되어야 한다. 그러므로 프래그머티스트적 행동 양식을 받아들이는 양심적 병역거부자는 공적 영역에서 자신의 신념을 드러내는 일을 멈추어서는 안 되며 그해야 할 필요도 없다. 다만 그 신념을 드러내는 방식

투고일 : 2018. 12. 24. / 심사외일 : 2019. 1. 16. / 게재확정일 : 2019. 2. 7.

* 서울대학교 철학과 박사과정(수료); 건국대학교 법학전문대학원 법학전문석사과정

Ph.D. Candidate (ABD) Philosophy Dept., Seoul National University; J.D. Candidate, Law School, Konkuk University

은 제도화된 종교의 어휘를 사용하는 것이 아니라 오로지 사적 영역의 태도를 반영한 공적 영역의 어휘를 사용하는 방식이어야 한다. 이러한 해석을 통하여 양심적 병역거부에 대한 헌법재판소와 대법원의 판단은 발전적으로 수용될 수 있을 것이며, 양심적 병역거부자들은 더욱 정합적으로 자신의 목소리를 낼 수 있을 것이다.

[주제어] 법철학, 기초법, 헌법, 병역법, 양심적 병역거부, 프래그머티즘, 로티, 웅거

I. 들어가며

최근 헌법재판소¹⁾와 대법원²⁾이 양심적 병역거부를 일정한 범위 내에서 인정하는 판단을 잇따라 내놓으면서 변화된 입장을 보였다. 그러나 그 속내를 들여다보면 해당 재판 내에서도 견해가 첨예하게 대립하고 있을 뿐만 아니라³⁾ 사회 일각에서는 양심적 병역거부에 대한 논쟁이 오히려 격화하기도 하는 등,⁴⁾ 이를 사회 변화와 발전의 단초라고 긍정적으로만 해석하기에는 개운치 못한 뒷맛이 남는 것도 사실이다. 이러한 반목의 이면에는 양심과 종교로 대변되는 사적 영역과 법으로 대변되는 공적 영역 간의 권력 다툼이 자리 잡고 있다. 그러므로 이 시점에서 두 영역 간의 관계를 재조명해 보는 일이

- 1) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 전원재판부 결정.
- 2) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.
- 3) 위 결정문에서 헌법재판소는 병역법 제5조 제1항에 대해서는 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 않았다는 이유로 헌법불합치 6, 각하 3 의견으로 헌법불합치 결정을 선고했으나, 정당한 사유 없이 입영 등을 거부하면 처벌하도록 한 병역법 제88조 제1항의 처벌 조항에 대해서는 합헌 4, 일부 위헌 4, 각하 1 의견으로 합헌 결정했다. 반면 대법원은 동일하게 병역법 제88조 제1항의 위반이 문제가 된 위 판결문에서 9 대 4로 피고인에게 무죄 취지 판단을 내렸다. 한편, 대법원의 위 판결문에서 확인되는 여러 단계의 보충의견은 간단치 않았던 토론 과정을 짐작케 해 준다.
- 4) 헌법재판소의 위 결정 이후 일부 보수적 성향의 국회의원들은 ‘양심적’ 병역거부라는 용어 사용에 불만을 표시하는 한편(월간조선, <http://monthly.chosun.com/client/mdaily/daily_view.asp?id=4606&Newsnumb=2018074606>, 검색일: 2018.12.8.) 대체복무 기간을 연장하고 대체복무자에게 지뢰 제거 등의 임무를 부여하는 등의 법안을 추진하겠다고 밝혀 ‘징벌적’이라는 비판을 받았다(한겨레, <<http://www.hani.co.kr/arti/politics/assembly/858487.html>>, 검색일: 2018.12.8.). 이어 대법원의 위 판결 이후 자유한국당에서는 공식적으로 양심적 병역거부에 대한 무죄 판단이 ‘성급한 측면이 있다’고 논평했으며(뉴시스, <http://www.news1.com/view/?id=NISX20181101_0000461125>, 검색일: 2018.12.8.), 청와대 웹사이트 국민청원 게시판에서는 해당 판결에 대한 비판이 300건 이상 게재되었다(조선닷컴, <http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2018/11/02/2018110202069.html>, 검색일: 2018.12.8.). 한편, 헌법재판소에서 ‘양심적’ 병역거부라는 용어에 대하여 적절히 해명했음에도 불구하고 여전히 사회적 논란이 가라앉지 않자, 국방부에서는 급기야 이를 ‘종교적 신앙 등에 따른 병역거부자’로 대체하는 방안을 발표하였다(연합뉴스, <http://www.yna.co.kr/view/AKR20190104089600503?section=politics/defense&site=major_news02>, 검색일: 2019.1.4.).

긴요하리라 생각된다.

이 글에서 나는 로티(Richard Rorty)와 웅거(Roberto Unger)를 주축으로 한 네오프래그머티스트(neo-pragmatist)의 관점으로 법과 종교 간의 관계를 재구성할 것이다.⁵⁾⁶⁾ 롤스(John Rawls)를 중심으로 한 자유주의가 지난 세기를 풍미하면서, 공적 영역이 인간사의 전면에서 부각된 반면 사적 영역은 담론의 변두리로 추방되었다. 그리하여 사적 영역은 공적 영역의 지배를 받는 것으로, 또 그래야만 하는 것으로 해석되었다. 이러한 해석 아래 역사는 종교가 법에 복속되는 이상향을 향하여 나아가는 과정으로 풀이된다. 그러나 공적 영역과 사적 영역의 균형을 중시하는 프래그머티스트에게 이는 공적 영역의 월권에 지나지 않는다. 자연스레 두 영역의 조화로운 공존을 모색하는 역사관이 요청된다.

프래그머티스트적 역사 해석에 있어 주된 난점은, ‘공적 영역의 지속적인 확대’로 설명할 수 있을 법한 역사적 흐름을 반도덕적이거나 적어도 비도덕적인 것으로 매도하지 않으면서도 공적 영역과 사적 영역의 균형을 옹호해낼 방법을 찾아야만 한다는 것이다. 만약 자유주의적 역사 해석을 도덕적이지 않은 것으로 비판한다면, 이는 새로운 이상적 도덕관을 전제하는 것이 되어 포괄적 교의를 배격하는 프래그머티즘과는 양립 불가능한 이론이 되고 말 것이기 때문이다. 다른 한편으로 모종의 도덕중립적인 역사관을 전제하

5) 여기서 ‘종교’는 종교 일반을 가리키는 것으로 독해해도 무방하지만, 이 글에서 직접적으로 염두에 두고 있는 것은 현대 한국 사회에 특징적인 기독교적 전통, 특히 양심적 병역거부 문제와 관련된 ‘여호와와의 증인’ 교파이다. 이 글이 인용하는 종교에 대한 여러 비판은 주로 21세기를 전후한 미국 기독교를 겨냥하고 있으나, 나는 이러한 비판이 오늘날의 한국 사회에 무리 없이 전용될 수 있음을 전제하고 논의를 진행할 것이다.

6) 순서상 웅거와 미국의 고전적 프래그머티즘을 연결하는 작업이 선행되어야 하겠다. 웅거는 스스로를 급진적인 ‘프래그머티스트’로 표방하면서도 ‘급진적인’ 프래그머티스트임을 강조하며 소위 전통적인 미국 프래그머티즘으로부터 거리를 두려 시도하기 때문이다. 이로써 듀이로부터 로티로 이어지는 미국 프래그머티즘은 “위축된”, “보수적이고 현실추수적인” 철학으로 전락하고 만다. 그러나 웅거가 비판하는 고전 프래그머티즘의 약점은 다소 과장되어 있으며, 웅거 스스로의 프래그머티스트적 독해에 의하여 의도적으로 오독되고 있다. 웅거의 급진적 프래그머티즘은 한편으로 고전 프래그머티즘의 핵심을 이어받음으로써 그 전통을 여전히 이어가고 있다. 그러므로 “급진화된 실용주의는 전대의 미국식 실용주의와 다르지만 실용주의라는 명칭을 사용하는 이유는 바로 실용주의가 간직하고 있는 가장 희망적인 부분을 표방하기 때문”(앞의 책, 같은 쪽)이라는 그의 주장은 다소간 무의미한 것이다. 프래그머티즘이 간직하고 있는 ‘가장 희망적인 부분’이야말로 프래그머티즘의 본질에 다름 아니기 때문이다. 이재승, “웅거의 사회변혁이론”, 민주법학 제51권, 민주주의법학연구회, 2013, 108-110쪽 참조. 일반적으로 네오프래그머티즘은 그 실천적 경향 및 결과를 중시하는 성향에 있어 퍼스(Charles Sanders Peirce)와 제임스(William James)로 대표되는 고전적 프래그머티즘과 맥을 같이 하지만, 분석철학의 도그마에 맞서 발전하는 과정에서 고전 프래그머티즘보다 훨씬 다변화되고 있다는 평가를 받는다. Christopher Hookway, “Pragmatism”, <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/pragmatism/>>, 검색일: 2019.1.22.

다면 공적 영역과 사적 영역 간의 관계를 일응 일관적으로 구성해내는 자유주의적 관점을 격파해야만 하는 부담에 직면한다.

나는 양심적 병역거부를 중심으로 프래그머티스트적 역사 해석의 의의를 탐구하고 전술한 난점을 해소할 것이다. 이러한 관점 아래 공적 영역의 법과 사적 영역의 종교는 서로 완전히 분리되어 서로의 영역을 침범하지 않으면서도 각자의 영역을 확대해갈 수 있는 것으로 해석될 것이며, 두 영역의 역사는 이상론(ideal theory)⁷⁾을 가정하지 않으면서도 ‘좀 더 나은 방향으로 발전해갈 수 있다는(copping better)⁸⁾’ 희망을 기대할 수 있게 될 것이다. 이러한 해석을 통하여 양심적 병역거부에 대한 헌법재판소와 대법원의 판단은 발전적으로 수용될 수 있을 것이며, 양심적 병역거부자들은 더욱 정합적으로 자신의 목소리를 낼 수 있을 것이다.

II. 공적 영역과 사적 영역의 구분

공적 영역과 사적 영역을 구분하는 방법에는 여러 가지가 있지만, 이 글에서는 기본적으로 로티와 롤스의 개념을 따른다. 이들에게서 공적 영역과 사적 영역의 구분은 이른바 ‘합의 가능성’을 중심으로 이루어지는데, 가령 로티에 따르면 “사적 영역은 문학과 예술의 영역이자 자아 창조를 위한 영역이며 공적 영역은 실천의 영역이자 정치적인 담론의 영역이다.” 여기서 종교는 사적 영역의 담론이며 법은 공적 영역의 담론이 된다. 공적 영역과 사적 영역을 구분하는 다른 방법의 한 예로는 아렌트(Hannah Arendt)가 예시한 ‘고대적’ 구분법을 들 수 있겠는데, 여기서 공적 영역은 순수하게 정치적인 영역인 반면 사적 영역은 순수하게 경제적인 영역이다. 이 글에서는 후자와 같은 관점을 채용하지 않을 것이다.⁹⁾

그런데 헌법재판소는 헌법 제19조의 양심의 자유를 크게 “양심형성의 내부영역과

7) 이상론과 비이상론에 대한 설명은 최은광, “하버마스 담론윤리의 이상화 전략”, 윤리연구 제109권, 한국윤리학회, 2016, 88-89쪽 참조; 최은광, “센의 역량이론과 롤스 정의론의 양립가능성”, 서울대학교대학원 석사학위논문, 2014, 49-53쪽 참조.

8) 최은광, “로티의 비합리적 연대성 비판”, 철학연구 제99권, 철학연구회, 2012, 165쪽.

9) 로티의 공적 영역과 사적 영역 개념에 대해서는 최은광, “로티의 우연적 진리관과 철학관 비판”, 철학사상 제44권, 서울대학교 철학사상연구소, 2012, 292쪽 참조; 최은광, “로티의 비합리적 연대성 비판”, 161쪽 참조. 아렌트가 설명한 고대 그리스의 공적 영역과 사적 영역 개념에 대해서는 Hannah Arendt, *The Human Condition*, Chicago; London: Univ. of Chicago Press, 1998, pp.22-37 참조.

형성된 양심을 실현하는 외부영역”으로 나누고 그 구체적인 보장내용에 있어서도 “내심의 자유인 ‘양심형성의 자유’와 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현하는 ‘양심실현의 자유’”를 구분하고 있는 바,¹⁰⁾ 판례가 형성해온 이 같은 법리가 이 글이 채용하는 공사 영역의 구분과 적절히 부합하는지 문제된다.

헌법재판소에 따르면 “양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유는 내심에 머무르는 한 절대적 자유라고 할 수 있지만, 양심실현의 자유는 타인의 기본권이나 다른 헌법적 질서와 저촉되는 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유”로서, 후자는 “내심의 의사를 외부에 표현하거나 실현하는 행위가 되는 것이고 이는 이미 순수한 내심의 영역을 벗어난 것”¹¹⁾이다.¹²⁾ 대법원도 “양심실현의 자유는 그 양심의 실현과정에서 다른 법익과 충돌할 수 있게 되고 이 때에는 필연적으로 제한이 수반될 수도 있”¹³⁾다고 하여 헌법재판소의 입장과 큰 차이를 보이지 않고 있다.

판례의 이러한 논지에 따를 때 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유는 사적 영역에 속하는 것이지만 양심실현의 자유는 공적 영역에 속하는 것이라는 해석이 가능할 것이다. 한 사람의 내면에서 양심에 따르거나 종교를 선택하는 문제는 사적 영역에 속할 것이며, 이를 외부로 표현하여 헌법상 의무인 병역의무를 거부하는 행동으로 구체화되는 경우에는 사적 영역을 넘어 공적 영역으로 진입한 문제로 볼 수 있을 것이기 때문이다. 반면 이 글에서는 양심과 종교를 사적 영역에 속하는 것으로, 법을 공적 영역에 속하는 것으로 구분하고 있기에, 양심과 종교의 자유를 그 안에서 세분화 하고 있는 판례의 입장과 일견 배치된다고 볼 여지가 있으리라 생각되는 것이다.¹⁴⁾

후술할 것이지만, 양심적 병역거부는 시민들이 헌법과 법률로 결정한 공적 의무를 한 사람의 내면적 결심에 따라 거부하는 문제이기에 공적 영역의 문제와 사적 영역의 문제가 혼재되는 특성을 가진다. 특히 ‘양심실현의 자유’가 속하는 영역이 공적 영역인지 사적 영역인지는 확정적으로 말하기 어려운 문제이다. 이 같은 어려움은 해당 영역을

10) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 전원재판부 결정.

11) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌바35 전원재판부 결정.

12) 헌법재판소는 종교적 행위의 자유에 대해서도 유사하게 판시하고 있다. 헌법재판소 2000. 3. 30. 선고 99헌바14 전원재판부 결정 참조.

13) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결.

14) 심사위원 한 분이 제기한 문제를 표현만 바꾸어 그대로 인용하였다. 자칫 간과할 수 있었던 지점을 지적해주신 익명의 심사위원께 감사드린다.

표현하는 어휘를 바꾼다고 해서 쉽사리 해소되지도 않는다. 가령 종교적 신념에 의거해 병역법을 거부하기로 단순히 결심한 것을 넘어 실제로 이를 표현하고 행동하는 이의 진술은 종교적 담론인가, 법적 담론인가? 여기서 우리는 해당 지점에서 두 영역이 중첩한다고 답할 수밖에 없다. 양심적 병역거부 문제의 난점이란 사실상 양자 간의 그러한 충돌에서 비롯되는 것이다.

그럼에도 불구하고 로티는 사적 영역과 공적 영역을 반드시 구분해야만 하며 구분할 수밖에 없다고 주장한다. 사적 영역은 특정한 진리를 주장할 수 없는 아이러니스트의 영역인 반면 공적 영역은 진술의 옳고 그름을 판단할 수 있는 합리적 자유주의자의 영역이기 때문이라는 것이 그의 설명이다.¹⁵⁾ 여기서 합리성이라는 키워드에 주목해볼 때, 전술한 합의 가능성을 두 영역을 구분하는 기준으로 삼을 수 있음은 어렵지 않게 알 수 있다. 따라서 어떤 문제가 두 사람 이상의 합의를 필요로 하는 상황에 놓인다면 이는 곧 공적 영역의 문제라 할 수 있다. 이는 양심의 자유가 내심에 머무르는 한 절대적 자유이지만 타인의 기본권과 충돌할 경우 제한될 수 있는 상대적 자유라는 판례의 입장과 정확히 부합한다.

그러므로 종교와 법이 사적 영역과 공적 영역을 각각 ‘대변한다’는 앞서의 표현은 엄밀한 것일 수는 없으며, 어디까지나 비유적으로만 이해하는 것이 바람직하겠다. 그러나 종교와 법의 본질적인 양태를 파악하고자 시도할 때 이러한 구분 방식은 여전히 유용할 수 있다. 양심적 병역거부와 같이 공사 영역의 분리가 모호한 문제에 있어 종교적 담론이 본질적으로 사적 영역에 속하며 법적 담론이 본질적으로 공적 영역에 속한다는 점을 확인하는 일은 논의를 어느 지점으로부터 시작하는 것이 보다 적절할지를 결정하는 이정표가 된다.

III. ‘현재’의 진단

정치사적 관점에서 법과 종교의 관계를 관찰할 때 두 가지 현상이 분명하게 드러남을 확인할 수 있다. 하나는 시간이 경과함에 따라 법의 영역과 종교의 영역이 더욱 철저히 분리되어 왔다는 것이고, 다른 하나는 종교의 영역이 점차 힘을 잃어온 데 반해 법의 영역은 더욱 확장되어 왔다는 것이다.¹⁶⁾ 다른 한편, 활동적 삶(vita activa)¹⁷⁾에서 필요악

15) 최은광, “로티의 비합리적 연대성 비판”, 153쪽.

처럼 여겨지던 사적 영역은 근대 이후 사회성(the social)¹⁶⁾ 개념이 발전하면서 그 의미가 다소 변질되었음에도 불구하고 여전히 공적 영역에 비해 덜 중요한 것으로 취급되었다. 이러한 두 현상이 맞물리면서 종교는 사적 영역의 요소로 분리되었고, 법과 정치가 공적 영역에서 입지를 굳혔다.¹⁹⁾

이 같은 귀결을 롤스에게서 단편적으로 확인할 수 있다. 롤스는 역사에 대해서는 거의 이야기를 하지 않지만,²⁰⁾ 그의 이론이 이상론이라는 점을 고려한다면²¹⁾ 롤스가 ‘질서정연한 사회(well-ordered society)’²²⁾를 사회 발전의 한 귀착점으로 상정했다고 보는 것은 큰 무리가 없을 것 같다. 그렇다면 롤스 정의론에 있어 사회사의 진행 방향이란 그러한 모습을 찾아가는 발전의 양상이라 할 수 있을 것이다. 롤스의 정의론에서는 구성원들 간에 합의 가능한 공적 영역이 크게 확대되는 반면 사적 영역은 축소되거나 거의 힘을 발휘하지 못하는 것으로 나타나는데, 이러한 양상의 이론은 비단 롤스뿐만 아니라 대부분의 현대 자유주의자들에게서 모두 비슷한 방식으로 발견된다.²³⁾

롤스가 공적 영역을 이론의 전면에 내세우는 데는 공동체의 합의를 중시하는 그의 기본적 태도가 적지 않은 영향을 미쳤다. 사람들은 누구나 각자의 사적 영역에서 각자의 정의관(conceptions of justice)을 갖고 살아가지만, 모두가 자신의 정의관만을 주장한다면

16) 이는 고대로부터 역사를 관찰할 때의 긴 흐름에 대한 설명이다. 월린(Sheldon Wolin)은 이를 자연법 아래의 ‘정치화된 종교’에서 종교개혁을 통한 ‘정치적 질서의 복원’으로 설명하고 있기도 하다. Sheldon Wolin, 강정인/공진성/이정운 옮김, *정치와 비전: 서구 정치사상에서의 지속과 혁신 1*, 후마니타스, 2007, 204-10쪽 및 294-304쪽 참조.

17) Hannah Arendt, *op. cit.*, p.12.

18) *Ibid.*, p.38.

19) 그런 의미에서 이 글의 ‘공적 영역’은 ‘법’을, ‘사적 영역’은 ‘종교’를 대체하는 것으로 읽어도 무방할 것이다.

20) 기실 『정의론(A Theory of Justice)』에서도 원초적 입장이 실제 상황이나 역사적 가정이 아니라는 정도의 언급이 역사에 대한 진술의 거의 전부이다. John Rawls, *A Theory of Justice*, Original ed, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1971, pp.120-1 참조.

21) *Ibid.*, pp.8-9.

22) *Ibid.*, pp.453-62.

23) 가령 제퍼슨(Thomas Jefferson)의 다음과 같은 발언은 공적 영역을 중시하는 자유주의적 사고방식을 적나라하게 보여준다: “우리 시민에게 신이 스무 명쯤 있다고 말하거나 아예 없다고 말하더라도 아무런 문제가 되지 않는다.” Thomas Jefferson, “Notes on the State of Virginia”, Query XVII, *The Writings of Thomas Jefferson* 2, ed. A. A. Lipscomb and A. E. Bergh, 1905, p.217; Richard Rorty, *Objectivity, Relativism, and Truth*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1991, p.175에서 재인용. 미국이 유일신앙에 기반을 둔 국가라는 상식에 만 비추어 본다면 이는 꽤 놀라운 발언이다. 다만 로티는 이를 공적 영역과 사적 영역의 완전한 분리를 의미하는 것으로 해석하고 있다. 즉 제퍼슨은 종교를 사적 영역의 어휘로 인정하되 사회적 합의는 공적 영역에서 수행하도록 두 영역을 분리했다는 것이다. 최은광, “로티의 비합리적 연대성 비판”, 153-4쪽 참조.

공동체의 합의는 이루어질 수 없다. 그러므로 모두가 중첩적으로 합의할(overlapping consensus) 수 있는 영역, 즉 정의의 개념(concept of justice)이 필요하게 되는 것이다.²⁴⁾ 여기서 ‘중첩되지 않는’ 개인의 사적 영역은 공동체의 형성에 반드시 필요불가결한 것은 아니게 된다. 극단적으로 말하자면 롤스에게 있어 사적 영역은 고사되어도 공동체의 존립에 큰 영향을 미치지 않는 것이다.

그렇다면 공동체의 삶에서 종교는 불필요하며 법만이 필수적인가? 이에 대해 롤스는 확답하지 않는다. 그러나 적어도 그는 종교인이 공적 영역에서 목소리를 내는 상황에 그리 우호적인 것 같지는 않다. 가령 롤스는 “포괄적인 종교적·철학적·도덕적 교의들의 다원주의의 [...] 그런 교의들 가운데 많은 것들이 ‘합당’하지만 ‘서로 양립할 수 없다’”²⁵⁾는 인식 아래, 종교에 대한 국가의 “관용으로는 불충분하며 국가가 필요로 하는 것에 대해 중요한 점에서는 종교가 순응해야 한다”고 주장한다.²⁶⁾ 종교와 같은 포괄적 교의는 공동체가 공유할 만한 정의의 개념이 되기 어려우리라 본 것이다. 이와 같은 관점은 대부분의 현대적 자유주의자의 관점과도 대체로 일치한다.²⁷⁾

기존의 우리 판례도 기본적으로는 이와 같은 관점을 고수하고 있었던 것으로 보인다. 대법원은 “병역의무는 궁극적으로는 국민 전체의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위한 것이라 할 것이고, 양심적 병역거부자의 양심의 자유가 위와 같은 헌법적 법익보다 우월한 가치라고는 할 수 없”고, “법규범은 개인으로 하여금 자기의 양심의 실현이 헌법에 합치하는 법률에 반하는 매우 드문 경우에는 뒤로 물러나야 한다는 것을 원칙적으로 요구”한다고 판시하였으며,²⁸⁾ 헌법재판소는 “[법이] 추구하는 공익은 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 ‘국가안보’ 및 ‘병역의무의 공평한 부담’이라는 대단히 중요한 공익이고, 병역의무의 이행을 거부함으로써 양심을 실현하고자 하는 경우는 누구에게나 부과되는 병역의무에 대한 예외를 요구하는 것이므로 병역의무의 공평한 부담의 관점에서 볼 때 타인과 사회공동체 전반에 미치는 파급효과가 대단히 큰 점 등을 고려해 볼 때 이 사건 법률조항이 법익균형성을 상실하였다고 볼 수는 없다”고 하였다.²⁹⁾

24) John Rawls, *op. cit.*, p.5.

25) John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001, pp.388-9 각주 2.

26) Sheldon Wolin, 강정인/공진성/이정운 옮김, 정치와 비전: 서구 정치사상에서의 지속과 혁신 3, 후마니타스, 2013, 275쪽.

27) Sheldon Wolin, 위의 책, 278-99쪽.

28) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결.

29) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22 전원재판부 결정.

공적 영역과 사적 영역을 구분하고, 공적 영역에서의 합리성과 합의를 중시한다는 점에서는 프래그머티즘도 이러한 입장과 맥을 같이 한다.³⁰⁾ 다만 프래그머티스트의 태도는 공적 영역이 중요한 것만큼이나 사적 영역도 보호되어야 한다는 것이다. 후술하겠지만, 그래서 가령 종교에 대한 로티의 태도는 “무신론(atheism)과 반성직자주의(anti-clericalism)를 구분”³¹⁾하는 것이다. 성직자주의라 함은 이른바 ‘제도화된’ 종교의 한 모습을 표현한 것이다. 공적 영역에서 이 같은 성직자주의를 배격할 수 있고 또 그래야 하는 것과는 별개로 사적 영역에서의 신앙은 존중되어야 한다는 것이 로티의 주장이다. 설사 사람들이 중국에는 롤스의 ‘정의의 원칙’에 대한 합의에 이를 수 있으리라 가정하더라도,³²⁾ 오늘날의 시민들이 ‘바른 시민의 자질’이라는 정치적 관점을 가지기 위해 종교적 기반을 모조리 버려야 한다고 믿을 이유는 없기 때문이다.³³⁾³⁴⁾

그래서 오늘날의 종교에 대한 프래그머티스트의 태도는 전통적인 자유주의자보다 훨씬 우호적이지만, 이는 어디까지나 사적 영역에서의 종교적 신념에만 한정되는 것이다. 제도화된 종교 또는 종교적 제도에 대한 프래그머티스트의 태도는 자유주의자보다 결코 더 부드럽다고 말하기 어렵다. 그리하여 프래그머티스트의 해석 아래 종교는 사적 영역에서 이전보다 잘 보호되며 또 그래야 하는 것이지만, 다른 한편으로 프래그머티스트에게 있어 공적 영역의 법과 사적 영역의 종교는 완전히 단절되어 서로의 영역에 대한 침범을 허용하지 않고 있다.

30) 물론 이처럼 단정적으로 결론짓기에는 전통적 자유주의자와 네오프래그머티스트의 차이는 크다. 가령 롤스가 공적 영역과 사적 영역을 명확히 분리하기 어렵다고 본 반면, 로티는 두 영역이 분명하게 구분되며 또 그래야만 한다고 주장한다. 합리성에 대한 태도 역시 양자가 일치하지 않는다. 그러나 이 글에서는 이에 대한 논의를 이어가지 않을 것이다.

31) Richard Rorty, “Religion in the Public Square: A Reconsideration”, *Journal of Religious Ethics* Vol.31 No.1, Wiley, 2003, p.142.

32) 당연히도 로티는 이런 가정을 ‘실제로’ 지지하지는 않는다. “이론은 오로지 문제해결을 위한 가설로서만 유효하다는 아이디어는 프래그머티스트의 기본적인 출발점이다.” 이유선, “자유와 사회적 실험”, 사회와 철학 제34권, 사회와 철학연구회, 2017, 113쪽.

33) Richard Rorty, *op. cit.*, p.144.

34) 헌법재판소도 ‘일반적인 수준’에서는 종래부터 이러한 관점을 일부 채택하고 있었던 것으로 보인다. ‘양심’을 해석함에 있어 헌법재판소는 “양심은 그 대상이나 내용 또는 동기에 의하여 판단될 수 없으며, 특히 양심상의 결정이 이성적·합리적인가, 타당한가 또는 법질서나 사회규범·도덕률과 일치하는가 하는 관점은 양심의 존재를 판단하는 기준이 될 수 없다”고 선언하고 있기 때문이다. 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 전원재판부 결정; 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22 전원재판부 결정; 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 전원재판부 결정 외 다수.

IV. 법과 종교의 관계

앞서와 같은, ‘제도화된’ 종교에 대한 적대적인 태도는 대부분의 프래그머티스트가 공유하고 있는 것이다. 듀이(John Dewey) 역시 “제도권 종교는 이상과 현실을 분리하고, 우리의 선한 자아와 악한 자아를 구분하며, 천상에서 누릴 복락과 현세에서 겪는 고향을 대조해 강조함으로써 삶에 별 도움이 안 된다”³⁵⁾고 보았고, “사회가 진화할수록 기독교의 세계관은 사회적 태도 속으로 편입되고, 교회는 공동체로 흡수되며, 종교는 더 이상 특별한 활동이 아니라 온전한 민주주의적 삶의 한 측면이 될 것”이라 주장했다.³⁶⁾

대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결의 반대의견 역시 비슷한 관점에서 “종교적 양심에 따른 병역거부권을 헌법적 가치로 수용하고 그에 대해 정당성까지 부여할 경우 [...] 결국 종교에 대한 국가의 중립성을 해하고 사실상 특정 종교를 국가적 차원에서 지원하거나 보호하는 결과를 초래할 수 있다”고 우려한다. 헌법재판소도 “양심적 병역거부를 인정하는 것이 [...] 인류 공통의 염원인 평화를 수호하기 위하여 무기를 들 수 없다는 양심을 보호하고자 하는 것일 뿐, 특정 종교나 교리를 보호하고자 하는 것은 아니”라고 선을 긋고 있다.³⁷⁾

이러한 태도를 뒷받침해 줄 근거는 무엇인가? 우리는 웅거에게서 그에 대한 부분적인 대답을 들을 수 있다. 이는 “어떠한 사회에서든 제도와 믿음들이 형성되는 맥락이 있고 그 맥락은 중차대한 의미를 갖는다”³⁸⁾는 점에서 도출된다. 이 같은 우연성(contingency) 논제는 프래그머티즘을 이해하는 데 있어 필수적이다.³⁹⁾ “인간은 자신의 역사를 넘어선 채로는 아무것도 판단할 수 없으며, 인간이 믿는 진리란 역사적인 맥락 아래 ‘만들어졌을’ 뿐이다.”⁴⁰⁾ 즉 인간과 세계는 사실상 모두 우연의 산물에 불과하다. 다만 “[프래그머티스트의] 고민거리는, 구조에 민감하면서도 우연성을 인식하는 사회적이고 역사적인 설명 틀이 우리 수중에 아직 없다는 점이다.”⁴¹⁾

35) Alan Ryan, 남경태 · 이광일 옮김, 정치사상사: 헤로도토스에서 현재까지, 문학동네, 2017, 1257-8쪽.

36) Alan Ryan, 위의 책, 1257쪽.

37) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 전원재판부 결정.

38) Roberto Unger, 이재승 옮김, 민주주의를 넘어: 급진민주주의자의 정치경제사회 혁신 프로그램, 서울: 엘피, 2017, 44쪽.

39) 웅거 역시 “개혁은 모든 곳에서 시작할 수 있다고 한다. 서 있는 곳이 개혁의 원점이라고 답한다.” Roberto Unger, 이재승 옮김, 주체의 각성, 서울: 엘피, 2012, 78쪽; 이재승, “웅거의 사회변혁이론”, 125쪽에서 재인용.

40) 최은광, “로티의 비합리적 연대성 비판”, 291쪽.

41) Roberto Unger, 민주주의를 넘어: 급진민주주의자의 정치경제사회 혁신 프로그램, 47쪽.

그러나 제도화된 종교도 결국 ‘제도’의 구체적인 실현 양태 중 하나라는 점에서 심각한 긴장이 야기된다. 법과 종교가 모두 제도로 환원될 수 있다면 민주 사회의 시민들이 제도화된 종교를 배격하고 제도화된 법만 받아들여야 하는 이유는 무엇일까? 이는 그 이론의 포괄성 때문에 비판받는 롤스의 이론과도 유사한 난점이다.⁴²⁾ 로티는 이를 공적 영역이 지니는 독특한 정치성으로 설명해낸다. 로티에 의하면 공적 영역의 합의는 합의되지 않은 행동을 하는 일이 부당하다는 우리의 ‘감각’에 호소한다. ‘우리 의식(we-intentions)’으로 불리는 이 감각은 ‘잔인성(cruelty)’을 거부하는 본능에 그 기반을 두며, 좁고 구체적인 인간관계에 의해 발현된다. 잔인성을 거부하려는 사람들의 본능은 공적 영역에서의 연대를 가능하게 한다.⁴³⁾

이는 종교를 지지하고자 하는 이들에게 여전히 불편한 대답일 수 있다. 그렇다면 법의 영역에서는 사람들 간의 연대가 가능한 반면 종교의 영역은 잔인성만을 불러온다는 것인가? 그러나 여기서 잔인성 개념이 사적 영역과 공적 영역 사이에서 줄타기를 하고 있다는 점을 주목할 필요가 있겠다.⁴⁴⁾ 사적 영역에서 이는 ‘제일원리(the first principles)’를 거부하려는 모종의 내적 경향을 표현한다. 이런 맥락에서 보면 사적 영역에서 “듀이의 프래그머티즘이 어떤 철학적 진리를 발견했다고 믿는 순간 [프래그머티즘의] 실험주의 정신에서 벗어나게 되었”⁴⁵⁾다고 볼 수 있다. 공적 영역에서는 이러한 경향에 힘입어 “하나 혹은 다수 세력이 다른 인간에게 잔인성을 발휘할 때는 통상 그 인간의 자유를 억압하는 방향으로 나타난다.”⁴⁶⁾

여기서 종교와는 결코 양립할 수 없는 프래그머티스트적 공적 영역의 특질이 도출된다. 가령 “도덕·정치적 논쟁이 언제나 ‘그 제일원리로 돌아가야 한다’는 생각은, 우리가 합의를 얻으려는 희망에서 공통 근거를 찾아야 한다는 것을 의미한다면 일리가 있다. 그러나 자연적인 질서를 전제로 도덕·정치적 결론이 도출된다는 주장은 잘못된 것이다.”⁴⁷⁾ 이는 담론을 ‘신적 질서’에 기초 지을 수밖에 없는 종교와는 완전히 배치되는 주장이다. 한편으로 프래그머티스트는 “정의 개념을 정당화해주는 것은 선조의 의해 주어진 ‘그 정의가 참’이라는 점이 아니라, 우리 자신에 대한 깊은 이해나 우리의 희망,

42) Sheldon Wolin, 정치와 비전: 서구 정치사상에서의 지속과 혁신 3, 293쪽 참조.

43) 최은광, 앞의 논문, 153-5쪽.

44) 최은광, 위의 논문, 154쪽.

45) 이유선, 앞의 논문, 114쪽.

46) 최은광, 앞의 논문, 154쪽.

47) Richard Rorty, *Objectivity, Relativism, and Truth*, p.190.

혹은 우리 공적 삶에 주어진 우리 역사와 전통에 대한 자각 등의 일치에서 나온다’⁴⁸⁾고 믿는데, 이는 ‘신적 정의’를 주장할 수밖에 없는 종교에서 결코 받아들일 수 없는 주장이다.

그리하여 프래그머티스트의 공적 영역은 “전통적으로 구조적 초점을 동반하는 필연 주의적 가정들을 거부”⁴⁹⁾하는 모습으로 완성된다.⁵⁰⁾ 그럼에도 불구하고 프래그머티스트의 공적 영역이 느슨한 모습으로만 드러나는 것은 아니다. “하나의 신념은 우연적인 역사적 상황 이상의 심오한 어떤 것에 의해서 야기되지 않는다는 것을 잘 알고 있는 사람들 사이에서도 여전히 그 신념이 행동을 규제할 수 있으며, 그 신념이 그것을 위해 죽을 만한 가치가 있는 것으로 여겨질 수 있”⁵¹⁾고, 이 신념은 “어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 않고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리”⁵²⁾이자 “사람의 내면 깊이 자리잡은 것으로서 그의 모든 생각과 행동에 영향을 미”⁵³⁾치는 것이기 때문이다.

그러므로 공적 영역의 ‘공백’을 종교가 메워야 한다는 비판은 크게 설득력 있는 것이 되지 못한다. 특히 제도화된 종교가 설파하는 것은 합의되기 어려운 신념에 지나지 않기 때문이다. 한데 이처럼 공적 영역에 적합하지 않은 종교라도 사적 영역에서는 여전히 보호받을 가치가 있는 까닭은 무엇인가? 옹거는 다음과 같이 답한다.

민주주의의 진보는 [...] 개인적인 발전과 사회적 연대 간의 화해에 더 우호적으로 작동하도록 만들어야 한다. 그렇게 함으로써 민주주의의 진보는 강하고 독립적인 인성의

48) John Rawls, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, *The Journal of Philosophy* Vol.77 No.9, The Journal of Philosophy, Inc., 1980, p.519. 이는 롤스의 주장이지만 프래그머티즘적 함의를 충분히 내포하고 있는 진술이다. 로티는 『정치적 자유주의(Political Liberalism)』를 집필할 무렵의 후기 롤스를 프래그머티스트로 규정하는데, 전술한 것과 같은 주장의 목록을 나열하며 이미 초기부터 롤스에게 프래그머티스트적 경향이 배태되어 있었다고 진단하기도 한다.

49) Roberto Unger, 앞의 책, 45쪽. 옹거는 이러한 필연주의적 가정의 목록에 ‘완결된 목록’ 개념, ‘불가분성’ 개념, ‘결정론적’ 개념 등을 포함시킨다.

50) 비슷한 맥락에서 포스너(Richard Posner)가 말하는 법적 실용주의의 태도에도 주목할 필요가 있다. 법적 실용주의는 “경험주의적”이고 “결과를 강조”하지만 “행위를 결과로만 평가하는 결과주의(공리주의)”가 아니다. 법적 실용주의는 “전망적”이다. Richard Posner, “Legal Pragmatism Defended”, *University of Chicago Law Review* Vol.71, University of Chicago Law School, 2004, p.683 이하 : 이재승, “옹거의 사회변혁이론”, 107쪽 각주 63에서 재인용.

51) Richard Rorty, *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1991, p.189.

52) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 전원재판부 결정; 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22 전원재판부 결정; 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 전원재판부 결정 외 다수.

53) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.

상충된 요구들, 즉 타자로부터 거리를 두라는 요구와 타자와 연대하라는 요구를 화해시킨다. [...] 제도 채신은 사람들이 자기계발과 연대의 화해 속에서 위험과 기회에 대해 말할 수 있고 실행할 수 있는 스토리로 완결되어야만 한다. 그런 스토리와 그 실행은 이타적인 시민적 덕성을 위한 주체적 의식의 희생이 아니라 주체성의 점진적인 도야를 요구한다. 우리는 주변의 모든 것에서 [...] 모더니즘적인 고급 및 대중문화의 가장 특징적인 성취물에서도 인간적 가능성에 대한 서사들을 발견한다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾

이는 공적 영역에서의 잔인성을 보다 잘 감각하기 위하여 사적 영역에서의 자아 도야가 필요하다는 뜻으로 풀이된다. 사적 영역에서 미발달한 인격이 공적 영역에서 연대의 감각을 얻기 어려우며, 그 반대의 상황도 가능하리라는 점은 상식적으로도 어렵지 않게 이해된다. “깊고 확고하며 진실한 양심은 그 사람의 삶 전체를 통하여 형성되고, 또한 어떤 형태로든 그 사람의 실제 삶으로 표출되었을 것이기 때문이다.”⁵⁶⁾ 물론 두 영역에서의 발달은 반드시 병행하는 것이 아니어서, 한 영역의 발달이 다른 한 영역의 발달을 필연적으로 수반하지는 않는다.⁵⁷⁾ 그럼에도 불구하고 이러한 지평 아래에서 사적 영역의 종교는 공적 영역의 진보를 보조하는 기제로 작용할 수 있다. 옹거에 대한 ‘기독교 낙관주의’⁵⁸⁾ 내지는 ‘기독교 낭만파’⁵⁹⁾라는 규정 역시 이러한 맥락에서 관련지을 수 있을 것이다.

V. 법치주의 하에서 종교의 목소리

프래그머티스트적 공적 영역을 지지하는 이들에게, 공적 영역에서 종교적 신념을 주장하는 이들은 사뭇 골치 아픈 존재일 수 있다. 이들의 ‘골치 아픈’ 특징 중 하나는

54) Roberto Unger, 앞의 책, 345-6쪽. 여기서 옹거의 거시정치/미시정치 구분법은 (미시정치 영역에서 개인 간의 ‘관계’를 말함으로써) 이 글의 공적 영역/사적 영역 구분과 완전히 일치하지는 않는다. 그러나 프래그머티스트로서 공적 영역에 대한 감각을 옹거 역시 공유하고 있는 한에서 이러한 진술은 여전히 의미가 있다.

55) 여기서 ‘주체성의 점진적인 도야’는 로티의 ‘아이러니스트(ironist)’ 개념과도 부합하는 것이다.

56) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.

57) 심지어 로티는 사적 영역에서의 아이러니스트가 공적 영역에서의 비자유주의자로 나타날 가능성까지 암시하고 있다. 가령 히틀러는 이와 같은 인물의 대표격이라 할 수 있을 것이다. 최은광, 앞의 논문, 163-8쪽 참조.

58) 이재승, 앞의 논문, 122쪽.

59) 이재승, 위의 논문, 91쪽.

로티가 묘사하는 바와 같이 이들이 이른바 ‘대화중단자(conversation-stopper)’⁶⁰⁾로 등장할 가능성이 높다는 것이다. 이들과의 대화는 가령 다음과 같은 양상으로 전개된다. “우리는 X를 해야만(믿어야만) 해.” “어째서 그렇지?” “이유는 묻지 마. 나도 몰라. 그건 신앙의 문제거든.” 어떤 상황 아래에서도 ‘믿음’을 모든 사유의 정초로 설정하는 순간 이러한 정초를 거부하는 이들과의 대화는 더 이상 불가능하게 된다. 이는 일용 “특정한 제도들을 완전한 것으로 간주하고 이에 대한 도전을 용납하지 않는 입장”, 즉 “기독교적 완전주의”⁶¹⁾에 다를 바 없이 보인다.

그러나 이에 대한 로티의 반박은 그러한 형태의 답변이 “종교에만 국한되는 것은 아니”⁶²⁾라는 것이다. 즉 전술한 대화에서 ‘신앙’의 자리에는 ‘진리’이든 ‘과학’이든 ‘철학’이든 여하한 어떤 형태의 정초주의라도 자리잡을 수 있다는 것이 로티의 생각이다. “그러니 종교인을 대화중단자로 부르는 대신, 민주 시민들은 가능한 한 대화중단을 유발하는 것들을 모두 몰아내려 노력할 필요가 있다고 좀 더 단순하게 말해야만 하겠다. 우리는 종교적이든 정치적이든 논박할 수 없는 제일원리를 인용하지 않고 대화를 이어나가기 위해 최선을 다해야 한다. 어찌다 그런 인용구를 몰아가게 된다면 [스스로 인식하기를] 승리한 것이 아니라 패배한 것으로 보아야 한다.”⁶³⁾

비판자들은 역사 전반을 살펴봐도 종교적 조직은 득보다는 해를 더 많이 입혔기에, 종교적 신념으로 정치적 목소리를 내는 일은 지나치게 위험하다고 여전히 주장할 것이다. “17세기라면 그러한 일이 설득력 있을지도 모르지만”⁶⁴⁾ 오늘날까지 공적 영역에서 종교적 갈등에 대해 고민하는 일은 불필요하다는 것이다. 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도 10912 전원합의체 판결의 반대의견은 서구와는 다른 종교적 토양을 지닌 “우리의 총체적 규범체계와 시대적·사회적 맥락”을 들며 그러한 불필요성을 지적하기도 한다. 그러나 로티는 공적 영역에서 종교적 목소리를 내는 일을 멈추어서는 안 된다고 충고한다. 유럽의 유대인이나 미국의 동성애자들이 17세기나 20세기 중 어느 시대에 살든 그리 좋은 대우를 받을 것 같지는 않거니와, 이를 극복하는 일은 공적 영역에서의 잔인성에 대항하는 일종의 문화투쟁(Kulturkampf)⁶⁵⁾이라는 것이 그의 생각이다.⁶⁶⁾

60) Richard Rorty, “Religion in the Public Square: A Reconsideration”, p.148.

61) 이재승, 앞의 논문, 113쪽. 여기서 옹거는 ‘민주적 완전주의’를 이야기했지만, 특정 제도에 대한 도전을 용납하지 않는다는 점에서는 반드시 그 주체가 민주주의가 아니라도 충분히 성립할 수 있는 것이다.

62) Richard Rorty, *op. cit.*, p.148.

63) *Loc. cit.*

64) *Ibid.*, 144쪽.

그럼에도 이미 언급했듯 공적 영역에서의 문화투쟁이 사적 영역에서의 종교화를 반드시 동반해야 할 필요는 없으며, 그 반대의 경우도 마찬가지다. 가령 로티는 케네디(John F. Kennedy)를 가리켜 말하기를, “[그가] 정권 유지를 위해 성직자적 권위를 진지하게 받아들일 의도가 없다고 말하는 데는 잘못된 점이 없다고 생각한다. [그러나] 케네디는 기독교 신앙을 진지하게 받아들이는 것을 중단하겠다고 말하지 않았다. 아무도 그렇게 요구하지 않았고, 또 그랬다면 아무도 그를 믿지 않았을 것이다.”⁶⁷⁾ “설령 병역거부자가 깊고 확고한 신념을 가지고 있더라도 그 신념과 관련한 문제에서 상황에 따라 다른 행동을 한다면 그러한 신념은 진실하다고 보기 어렵다.”⁶⁸⁾

스스로를 급진적 프래그머티스트(radicalized pragmatist)⁶⁹⁾로 표방하며 ‘민주적 실험’을 시도하는 웅거에게서도 이 같은 공적 영역과 사적 영역의 균형은 지속적으로 유지된다. 그의 민주적 실험주의는 공적 영역에서 정치적 동원과 대중적 참여수준을 지속적으로 향상시킴과 더불어 사적 영역에서 개인의 보증수단과 역량을 강화하기 위한 프로그램을 동시에 작동시킨다.⁷⁰⁾ 로티의 문화투쟁은 웅거에게서는 ‘영구반란’⁷¹⁾, ‘영구혁신’⁷²⁾, 또는 ‘영원한 부정의 길’⁷³⁾과 같은 이름으로 등장한다.⁷⁴⁾

이 같은 문화투쟁 또는 영구반란의 기치 아래에서, 사적 영역의 진지한 종교인이 공적 영역에서 자신의 신념을 유지해나갈 수 있는 방법은 무엇일까? 가령 대한민국의 양심적 병역거부자는 공적 영역에서 어떠한 입장을 취하는 것이 바람직한가? 문화투쟁

65) *Ibid.*, 146쪽.

66) 그러한 의미에서는 톨스, 스캔런(Thomas Scanlon), 아우디(Robert Audi) 등도 그러한 문화투쟁에 일조하고 있다는 것이 로티의 생각이다.

67) Richard Rorty, *op. cit.*, p.147.

68) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.

69) Roberto Unger, 주체의 각성, 44-5쪽 : 이재승, 앞의 논문, 109쪽에서 재인용.

70) Roberto Unger, 위의 책, 348-55쪽 : 이재승, 위의 논문, 114-5쪽.

71) Roberto Unger, 위의 책, 402쪽 : 이재승, 위의 논문, 93쪽에서 재인용.

72) Roberto Unger, 위의 책, 103쪽 : 이재승, 위의 논문, 105쪽에서 재인용.

73) Roberto Unger, 위의 책, 402쪽 : 이재승, 위의 논문, 93쪽에서 재인용.

74) 이런 맥락에서 웅거 프래그머티즘의 실질적인 특징은 “‘별들의 시선’을 버리고 인간 세상에 헌신”하는 데서 찾거나(반객관주의), “기존의 틀 안에서 안주하는 사유형식이 아니라 미래지향의 사고”라는 점에서 찾을 수 있을 것이다(반정초주의). 이로써 웅거는 반드시 전통 프래그머티즘과 결별하지 않고서도 광의의 미국 프래그머티즘의 전통에서 충분히 포섭될 수 있는 철학자로 해석될 것이다. 이러한 해석은 철학의 급진적인 혁명이 아니라 ‘영구반란’의 한 과정으로서 웅거 자신의 주장과도 부합하는 방향이 될 것이다. 우리는 그의 바람처럼 공적 영역과 사적 영역의 역사가 공존하면서도 나란히 발전해가는 미래를 기대할 수 있을 것이다. 이재승, 위의 논문, 109-10쪽.

은 지금보다 ‘더 나은’ 상황에 이르기 위한 가장 프래그머티스트적인 행동 양식이므로, 이러한 관점을 받아들이는 양심적 병역거부자는 공적 영역에서 자신의 신념을 드러내는 일을 멈추어서는 안 되며 그래야 할 필요도 없다. 다만 그 신념을 드러내는 방식은 제도화된 종교의 어휘를 사용하는 것이 아니라 오로지 사적 영역의 어휘를 반영한 공적 영역의 어휘를 사용하는 방식이어야 할 것이다.⁷⁵⁾

대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결의 반대의견은 이렇듯 제도화된 종교의 어휘를 사용하는 양심적 병역거부자에 대한 우려를 잘 보여주고 있다. 반대의견에 따르면 다수의견은 “특정 종파 소속 신도들의 사례만을 들고 있을 뿐 이들과는 다른 종교나 종파의 교리에 따른 경우는 물론이고, 윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 양심적 병역거부를 주장하고 있거나 주장할 가능성이 있는 사람들에게 대해서는 아무런 언급이 없”고, 다수의견이 제시하는 종교적 신념에 대한 판단 기준은 “정확히 특정 종교에만 해당하는 것이라는 점이 분명하다”고 비판한다. 특히 반대의견은 특정 종파인 ‘여호와의 증인’을 적시하고 있다.

더불어 반대의견은 “세계사적으로 양심적 병역거부 문제는 사회적 합의와 양해의 과정 속에서 제도로 정착되어 온 것”이라 하여 아직 우리나라의 사회적 합의가 부족함을 지적하는 한편, 당해 재판의 피고인을 비롯한 양심적 병역거부자들이 “단순히 평화주의를 지향하는 종교적 교리에 충실하는 개인적 신앙생활을 유지하[는 데] 그치고자 하는 것이 아니라, 자신이 추종하는 종교적 교리를 주변에 확산시키는 방법으로 다른 사람들까지 무장해제와 평화주의 또는 병역거부에 관한 교리에 감화되도록 하고 종교적 신념에 따른 병역거부권의 행사가 보편적이 되도록 하려는 것”이라 한다. “이는 국가적·범세계적 차원에서 무장해제와 전쟁종식 및 평화정착을 이루겠다는 일종의 정치이념에 유사한 종교적 목표를 적극적으로 달성하겠다는 것과 다르지 않다”는 것이다.

이에 대하여 다수의견은 “민주주의와 인권을 추구하는 한 양심의 자유가 가지는 중대한 의미와 가치는 시대와 지역, 종교와 문화의 차이를 넘어서는 보편적인 것”이며 “이러

75) 헌법재판소의 다음 판시는 다소 일반적이기는 하나 이러한 방식의 모범적인 사례로 언급할 만하다. “양심적 병역거부는 인류의 평화적 공존에 대한 간절한 희망과 결단을 기반으로 하고 있다. 사유를 불문하고 일체의 살상과 전쟁을 거부하는 사상은 역사상 꾸준히 나타났으며, 비폭력·불살생·평화주의 등으로 표현된 평화에 대한 이상은 그 실현가능성과 관계없이 인류가 오랫동안 추구하고 존중해온 것이다. 우리 헌법 역시 전문에서 ‘항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함’을 선언하여 이러한 이념의 일단을 표명하고 있다. 뒤에서 보듯이 세계의 많은 나라들이 양심적 병역거부를 인정해왔고 국제기구들에서도 끊임없이 각종 결의 등을 통해 그 보호 필요성을 확인해온 것은, 이 문제가 위와 같은 인류 보편의 이상과 연계되어 있음을 시사한다.” 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 전원재판부 결정.

한 양심의 문제를 종교의 문제로 한정지어 비판하는 것은 이 사건의 본질에서 벗어난 것”이라 지적한다. 다수의견에 따르면 “양심적 병역거부를 인정할 때 종교 사이에 차별이 있어서는 안 되고”, “일반적인 종교가 내포하고 있는 생명존중 사상 등을 이유로 한 새로운 양심적 병역거부 문제는 그것이 진정한 양심으로 인정된다면 당연히 허용해야” 한다. “양심적 병역거부는 대다수 국민의 신념과 정의감에 배치되지만 [...] 양심의 자유는 인간 존엄의 필수적 전제로서 인간으로서 가지는 보편적인 권리이[고] 개인의 내면적 양심은 그 누구도 침범할 수 없으며 설령 국가라 하더라도 마찬가지”이기 때문이다.

그럼에도 불구하고 양심적 병역거부자들의 ‘투쟁’은 앞으로도 숭한 저항에 부딪힐 공산이 크다. 양심을 계량화할 수 없다는 수단의 문제를 차치하더라도,⁷⁶⁾ 특정한 종류의 양심이 군 복무로 인한 불이익의 회피를 정당화해 줄 만큼 특별하거나 고귀한 것임을 공적 영역에서 설득해내기란 결코 쉽지 않을 것이기 때문이다. 그러나 19세기에 참정권을 주장했던 여성이나 20세기를 살았던 동성애자의 상황도 이보다 그리 나아 보이지는 않는다. 분명한 것은 당시 그들의 투쟁으로 인하여 ‘지금’은 어쨌거나 그때보다 무엇이 되었든 ‘더 나아졌고’, 이러한 투쟁은 21세기에도 또 그 뒤로도 계속해서 이어져야 한다는 것이다. “소수자의 문제는 다수결을 통하여 해결할 수 없”⁷⁷⁾는 탓이다. 한편으로 이들은 사적 영역의 어휘가 공적 영역에서 설득력을 갖추도록 부단히 노력해야만 한다. “개인적 관계들과 관련된 이러한 제도 외적인 정치(extra-institutional politics)는 반드시 제도정치(politics of institutions)와 함께 작동해야”⁷⁸⁾하기 때문이다.

VI. 나가며

대법원 전원합의체 판결의 다수의견은 민주주의 사회를 “다수와 다른 신념을 가진 소수자들을 관용하고 포용함으로써 그들 역시 사회구성원으로 함께 공존하는 것을 지향”하는 사회로 정의하면서 “양심적 병역거부자에 대해서도 우리 사회가 이러한 태도를 취할 때가 되었다”고 천명한다.⁷⁹⁾ 이러한 입장 변화는 분명 환영할 만한 일이지만, 양심

76) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결의 반대의견 참조.

77) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.

78) Roberto Unger, “민주주의를 넘어: 급진민주주의자의 정치경제사회 혁신 프로그램”, 346쪽.

79) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.

적 병역거부자들은 공적 영역의 “관용과 포용”을 마냥 기다리고 있을 것이 아니라 지금껏 그래 왔듯 보다 적극적으로 공적 영역에서의 변화를 이끌어 내어야 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 종교적 신념에 기반한 양심적 병역거부자들이 자신의 입장을 변호하기 위하여 제도화된 종교의 교리를 주된 논변으로 내세우고 있는 것은 여전히 아쉬운 대목이다. 프래그머티즘의 관점에서 양심적 병역거부의 지지자들은 옹거의 다음과 같은 지적을 상기할 필요가 있다.

가장 중요한 사실은, 인간은 인간이 만들어 놓은 제도와 문화보다 위대하다는 점이다. 제도와 문화는 바닥을 드러내지만, 살아 있는 인간은 소진되지 않기 때문이다. 비록 제도와 문화가 지금 모습대로 우리를 만들었지만, 제도와 문화 안에 있는 것보다 인간 안에는 더 많은 것들이 깃들여 있기 때문이다. 제도와 문화에 마지막 발언권을 주어서는 안 된다. 우리는 그 발언권을 반드시 인간에게 되돌려 놓아야 한다.⁸⁰⁾

‘발언권을 인간에게 되돌려야 한다’는 옹거의 발언은 양심적 병역거부 문제와 관련하여 적어도 두 가지 시사점을 가진다. 양심적 병역거부자들은 사적 영역의 신념을 공적 영역에서 주장할 수 있으며, 원한다면 공적 영역이 변화할 때까지 그러한 작업을 이어갈 수 있다. 다만 이들의 주장은 사적 영역의 신념이 제도화된 산물에 기댈 것이 아니라, 어디까지나 공적 영역에서 통용될 수 있는 어휘를 사용한 것이어야 한다. 결국 이 모든 작업은 제도의 힘을 빌리지 않고 인간으로서의 주체성을 확보하려는 것에 다름 아닌 것이다.⁸¹⁾

80) Roberto Unger, 위의 책, 348-9쪽.

81) 그러나 현 시점에서 양심적 병역거부에 대한 반감은 양심적 병역거부자들의 적절한 공적 호소마저도 간과해 버릴 위험을 안고 있는 것이 아닌지 우려된다. 그런 의미에서 양심적 병역거부에 대한 반대자들은 양심적 병역거부자들이 공적 영역의 어휘로 적절히 호소할 때 이를 공적 영역의 담론으로 받아들일 만큼의 포용력을 갖출 것이 요구된다. 전술했듯 공적 영역의 담론이란 합리성에 기반한 것인바, 적절한 공적 담론마저도 사적 담론으로 치부해버리는 태도는 결코 공적 영역에 어울릴 만큼 합리적이라 볼 수 없을 것이기 때문이다.

참고문헌

1. 단행본

- Arendt, Hannah, *The Human Condition*, Chicago; London: University of Chicago Press, 1998.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Original ed., Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
- _____, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001.
- Rorty, Richard, *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1991.
- _____, *Objectivity, Relativism, and Truth*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1991.
- Ryan, Alan, 남경태/이광일 옮김, 정치사상사: 헤로도토스에서 현재까지, 파주: 문학동네, 2017.
- Unger, Roberto, 이재승 옮김, 민주주의를 넘어: 급진민주주의자의 정치경제사회 혁신 프로그램, 앨피, 2017.
- Wolin, Sheldon, 강정인/공진성/이정운 옮김, 정치와 비전: 서구 정치사상에서의 지속과 혁신 1, 후마니타스, 2007.
- _____, 정치와 비전: 서구 정치사상에서의 지속과 혁신 3, 후마니타스, 2013.

2. 학술지

- 이유선, “자유와 사회적 실험”, 사회와 철학 제34권, 한국사회와 철학연구회, 2017, 97-122쪽.
- 이재승, “옹거의 사회변혁이론”, 민주법학 제51권, 민주주의법학연구회, 2013, 87-133쪽.
- 최은광, “로티의 비합리적 연대성 비판”, 철학연구 제99권, 철학연구회, 2012, 147-73쪽.
- _____, “로티의 우연적 진리관과 철학관 비판”, 철학사상 제44권, 서울대학교 철학사상 연구소, 2012, 287-318쪽.
- _____, “하버마스 담론윤리의 이상화 전략”, 윤리연구 제109권, 한국윤리학회, 2016, 85-110쪽.

- Ewald, William, "Unger's Philosophy: A Critical Legal Study", *Yale LJ* Vol.97, The Yale Law Journal Company, Inc., 1987, pp.665-756.
- Rawls, John, "Kantian Constructivism in Moral Theory", *The Journal of Philosophy* Vol.77 No.9, The Journal of Philosophy, Inc., 1980, pp.515-572.
- Rorty, Richard, "Unger, Castoriadis, and the Romance of a National Future", *Nw. UL Rev.*, Vol.82, Northwestern University, 1987, pp.335-351.
- _____, "Religion in the Public Square: A Reconsideration", *Journal of Religious Ethics* Vol.31 No.1, Wiley, 2003, pp.141-149.

3. 학위논문

- 최은광, "셴의 역량이론과 롤스 정의론의 양립가능성", 서울대학교대학원 석사학위논문. 2014.

4. 신문기사

- 김호준, "軍 "'양심적 병역거부' 용어 '종교적 신앙 등에 따른'으로 대체'", 연합뉴스, 2019.1.4., 검색일: 2019.1.4.
- 박정엽, "'종교적 병역거부 무죄' 거센 후폭풍...靑계시판 비판글 쇄도", 조선닷컴, 2018.11.2., 검색일: 2018.12.8.
- 박희석, "자유한국당, "생명 내걸고 군 복무한 사람은 비양심적이나?... '양심적 병역 거부'란 말 수정해야!", 월간조선, 2018.7.19., 검색일: 2018.12.8.
- 오제일, "한국당 "양심적 병역거부 무죄 판결, 성급한 측면 있다", 뉴시스, 2018.11.1., 검색일: 2018.12.8.
- 이경미, "대체복무 "44개월 지뢰 제거" vs "30개월 공익 업무", 한겨레, 2018.8.21., 검색일: 2018.12.8.

5. 웹자료

- Hookway, Christopher, "Pragmatism", <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/pragmatism/>>, 검색일: 2019.1.22.

[Abstract]

Conscientious Objection and the Separation of Government and Religion: Reinterpreting the Coexistence of Law and Religion in the View of Neo-Pragmatism

Choi, Eun-Kwang*

There remain a significant number of critics around conscientious objectors, although Constitutional Court and Supreme Court have most recently ruled in their favor. These critics reflect the so-called libertarian mind which has been of influence in Korean society. The libertarians regard the public area as an important territory in the history of mankind to a larger degree, while banishing the private area from the central discourse of history. Thus, their interpretation of history has marginalized the private and enlarged the importance of the public. I do not support this interpretation, in align with the view of neo-pragmatists who seek a harmonious coexistence between the two areas. The private area is as valuable as the public, and it has to be preserved in a comparable manner as the public area, as much as it is possible. Therefore, the pragmatic conscientious objectors ought not to and should feel no need to renounce their beliefs, but rather labor to advocate their beliefs by reflective use of the vocabulary of the private area. Through a more pragmatic interpretation, the rulings of the Constitutional Court and Supreme Court can have a more positive reception by the people, and the voices of conscientious objectors can be coherent.

[Key Words] Legal Philosophy, Basic Law, Constitutional Law, Military Service Law, Conscientious Objector, Pragmatism, Richard Rorty, Roberto Unger

* Ph.D. Candidate (ABD) Philosophy Dept., Seoul National University; J.D. Candidate, Law School, Konkuk University

