

자연법과 '자연권으로서 인권'

Naturrecht und 'Menschenrechte als Naturrecht'

고 봉 진*
Ko, Bong-Jin

목 차

- I. 들어가며
- II. 자연법 논증의 구조
- III. 인권의 원천으로서 "제2의 자연법"
- IV. 나가며: 인권 담론의 시발(始發)점으로서 '자연권으로서 인권'

국문초록

이 논문에서 필자는 제1의 자연법과 제2의 자연법을 구분하는 방법을 통해 "인권과 관련된" 자연법의 내용을 살펴보려 하였다. 여기서 제1의 자연법은 "강자에게 유리한 자연법"을 말하며, 제2의 자연법은 "약자에게 유리한 자연법"을 말한다(논문의 III부분). 제1의 자연법과 제2의 자연법은 그 내용은 매우 다르지만, 논증구조는 크게 다르지 않다(논문의 II부분). "주어진" "자연"으로부터 '강자의 지배'가 정당화되었을 뿐 아니라, '만민의 평등'이나 '천부인권'이 부여되었다. 제2의 자연법에서 "천부인권" 사상이 도출되며, 이를 토대로 약자는 하늘이 부여한 인권을 쟁취하기 위한 '투쟁'을 전개하였다.

또한 필자는 '제2의 자연법'에서 도출되는 '자연권으로서 인권'이 현대 인권

논문접수일 : 2012.06.28

심사완료일 : 2012.07.25

게재확정일 : 2012.08.02

* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 조교수

론에서 어떠한 논의로 발전되고 있는지를 간략하게 살펴보려 하였다(논문의 IV 부분). 자연권으로서 인권은 인권담론의 시발점으로서, 인권 담론이 “천상에서 지상으로”, “총체성에서 정체성으로”, “실체론에서 관계론으로” 변화하는 출발점이 되었다.

주제어 : 인권, 자연법, 자연권, 실재존재론

1. 들어가며

현대에는 자연권 개념이 전제하는 형이상학적 가정들이 세속화되고 다원화된 현대사회의 성격과 부합하지 않기 때문에 자연권이라는 용어가 거의 사용되지 않는다. (법)실증주의의 득세와 더불어 자연권이라는 용어의 역사적 수명은 다했다고 할 수 있다. 공동체주의나 공리주의의 입장에서도 자연권은 경외의 대상이 아닌 비판의 대상이다. 하지만 오늘날에도 자연권으로 요구되는 인권은 인권을 실정법이 규정하는 범위 내에서만 인정하는 편협한 시각을 교정하고, 법실증주의를 보완하는 한도 내에서 여전히 유효하다고 볼 여지가 있다. 무엇보다도 자연권으로서 인권은 경멸당하는 사람들 그리고 모욕당하는 사람들의 지위를 상승시키는 구체적 현실을 선형적 자연법을 통해 제시했다는 점에 역사적 의의가 있다. ‘자연권으로서 인권’은 인권담론의 시발점으로서, 인권 담론이 “천상에서 지상으로”, “총체성에서 정체성으로”, “실체론에서 관계론으로” 변화하는 출발점이었다.

이 논문에서 필자는 ‘자연법’과 ‘자연권으로서 인권’을 연결시키고,1) ‘자연권으로서 인권’과 ‘새로운 인권담론’을 연결시킴으로써 ‘자연권으로서 인권’이 어디로부터 유래되었으며, 어디로 진행되고 있는가를 (부족하나마) 보이고자 하였다. 이를 통해 오늘날에는 더 이상 주목받지 못하는 “자연권으로서 인권”의

1) 필자의 논문은 (필자의 주장을 전개하기 위해) ‘자연법’과 ‘자연권으로서 인권’이라는 두 가지 거대한 주제를 다소 무리하게 연결시키고, 그 과정에서 일차문헌이 아닌 이차문헌을 중심으로 논의를 전개하였다는 점에 한계가 있다.

의미가 재조명되기를 바란다.

II. 자연법 논증의 구조

1. 자연법의 존재론과 인식론

자연법에 의해 타당한 영역은 객관적으로 이미 존재하고, 그 효력은 스스로에서 나오며, 이에 대한 규범적 인식은 직접적으로 가능하다. 실재존재론과 이에 기초한 인식론은 기능적으로 분화되지 않은 사회에서 세계를 하나의 통일된 질서로 파악하는 틀이었다.²⁾ 그 대표적인 예로는 플라톤(Platon)의 이데아(Idea) 사상을 들 수 있다.³⁾ 플라톤은 소피스트철학의 상대주의와 주관주의를 배격하며, 확실한 진리와 확실한 인식의 대상을 탐구하였는데, 감각세계의 변화와 불확실성이 배제된 “불변하는 선험적 내용”을 ‘이데아’로 칭했다.⁴⁾ 이처럼 감각적인 것을 진리의 원천에서 제거하기 위해, 플라톤은 ‘눈으로 볼 수 있

2) Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1998, 896면.

3) 반면에 소크라테스와 플라톤에 의해 비난의 대상이 된 소피스트의 상대주의 철학은 자연법의 존재론인 “실재존재론”을 부정할 뿐만 아니라, 자연법의 인식론인 “강한 인지주의”를 부정한다(소피스트의 주관주의와 상대주의를 극복하려는 소크라테스와 플라톤에 대해서는 Hans Welsel(박은정 역), 『자연법과 실질적 정의』(삼영사, 2005), 32면 이하 참조). 예컨대 소피스트인 고르기아스(Gorgias)는 다음과 같은 유명한 말을 남겼다. “아무 것도 있지 않다. 그리고 만약에 무엇이 있다고 하더라도, 인간은 그것을 인식할 수 없다. 그리고 만약에 그것을 인식할 수 있다고 하더라도, 여하튼 (남에게) 전해줄 수는 없다.”(Johannes Hirschberger(강성위 역), 『서양철학사(上)』(이문출판사, 1999), 70면; Bertrand Russell(서상복 역), 『서양철학사』(울문문화사, 2011), 132면). 이에 따르면, 존재하는 것은 아무것도 없으며, 무엇인가 존재한다 하더라도 인식될 수 없고, 무엇인가 인식될 수 있다 해도 그런 인식은 전달될 수가 없다(Hans Joachim Störig(박민수 역), 『세계 철학사』(이룸, 2008), 213면. 고르기아스에 대해서는 G. B. Kerferd(김남두 역), 『소피스트 운동』(아카넷, 2004), 77면 이하 참조).

4) Platon(박종현 역), 『국가·정체』(서광사, 2007), 453면; Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주3), 37, 38면. “그의 이데아론은 다음과 같은 세 가지 요소를 지니고 있었던 것이다. 첫째, 이데아는 개별적인 경험에 매임이 없이 타당하므로, 가장 엄격한 보편타당한 인식대상이다. 둘째, 이데아의 내용은 절대적 확실성을 지닌다. 셋째, 이데아는 가변적인 의사결정(Willensentscheidungen)이 아닌 영원한 이성진리(Vernunftwahrheiten)이다.”(Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주3), 38면)

는 세계'와 '이데아의 세계'를 구분하며, '시간의 매임이 있는 세계'와 '시간에 매이지 않는 이데아의 세계'를 구분한다.⁵⁾ 플라톤에게는 눈에 보이는 세계는 '참된' 존재가 아니고, 감각의 세계는 실체가 없는 가상에 지나지 않고, 단순히 이데아가 나타난 것에 지나지 않는다.⁶⁾ 아리스토텔레스는 스승인 플라톤의 구별, 완전한 이데아의 존재와 우리 세계의 불완전한 존재의 구별을 받아들이지 않는다.⁷⁾ 하지만 아리스토텔레스에 따르면, 이데아는 대상을 초월해 있는 것이 아니라 오히려 대상물에 내재해 있다.⁸⁾ 현실은 불완전하지만 완전을 향해 가고 있는 것이다. 아리스토텔레스의 이데아는 현실에서 목적(엔텔레케이아, Entelechie)으로 존재한다. "아리스토텔레스 철학의 뼈대를 이루는 목적론은 플라톤의 변화에 대한 비판적인 생각을 낙관적으로 바꾸어 놓은 것이라고 볼 수 있다. 플라톤은 모든 변화는 원형인 완전한 형상 즉 이데아로부터 점점 떨어져가는 퇴화의 과정 즉 파멸에로의 과정이라고 보았다. 이와는 반대로 아리스토텔레스는 변화는 궁극목적에 향해 움직여 가는 과정이라고 보았다. 그런데 이 궁극목적은 다름아닌 사물이 지닌 본질인데 그것을 형상이라고 그는 불렀다. 그러므로 모든 사물의 변화는 결국 사물이 잠재적으로 지니고 있는 본질을 실현하는 과정으로 파악된다."⁹⁾

자연법의 또 다른 대표적인 예는 '신법(神法)'이다. 종교에 의해 타당성을 가지는 규범은 다음의 구조를 가진다. 첫 번째 명제는 신에 의해 창조된 질서이다. 초월한 존재인 신은 규범의 근원이고, 규범의 타당성은 신이 창조한 질서의 타당성에서 자연스럽게 도출된다. 어떤 행동이 옳고 그른지는 그 행동이 신이 창조한 질서를 따르는지 아니면 침해하는지 여부에 달려 있다.¹⁰⁾ 신이 창조한 질서는 '객관적으로 타당한 질서'로서 이미 주어져 있다.

5) "감각적인 것은 주관적인 감각(感官)의 지각임과 동시에 감각의 객관적인 세계, 즉 시간과 공간 안에 있는 물체의 세계이기도 하다." Johannes Hirschberger(강성위 역), 위의 책(주3), 116면.

6) Johannes Hirschberger(강성위 역), 위의 책(주3), 148면.

7) Klaus Held(이강서 역), 『지중해 철학기행』(효형출판, 2007), 83면.

8) Hans Wiesel(박은정 역), 위의 책(주3), 48면.

9) Karl R. Popper(이명현 역), 『열린 사회와 그 적들 II』(민음사, 1989), 24면.

10) Nobert Hoerster, *Ethik und Interesse*, Reclam, 2003, 82면 이하.

2. 자연법 논증의 특징

자연법 논증의 첫 번째 특징은 '존재론'의 내용이 너무 강하다는 점에 있다. 자연법 논증에 따르면, 자연법 질서가 실제로 이미 주어져 있다(already given). 정법(正法)으로 주어졌다고 주장되는 실체는 그것을 믿고 따르는 사람에게서는 절대적인 진리가 되지만, 그와 다른 가치를 따르거나 반대진영에 있는 사람에게서는 납득하기 어려운 주장일 뿐이다. 이는 플라톤과 소피스트, 가톨릭과 개신교가 상정했던 실재존재론이 상반되는 것에서 잘 알 수 있다. 플라톤은 선천적 노예설을 주장했지만(아리스토텔레스와 토마스 아퀴나스 또한 선천적 노예설을 주장했다), 소피스트는 이에 반대했고, 중세의 종교전쟁에서 가톨릭은 가톨릭의 교리를, 개신교는 개신교의 교리를 실재존재론의 위치에 올려놓고 "진리"의 이름으로 강요했다. 오늘날 신학과 세속학문과의 대립도 이런 관점에서 파악할 수 있다. "이 모델의 약함은 그 전제의 강함에 있다. 신학은 종교적인 전제를 따르지 않는 법철학과 도덕철학 논의에서 합의를 도출할 능력이 없다."¹¹⁾

자연법 논증의 두 번째 특징은 '인식론'의 내용이 너무 강하다는 점이다. 이미 주어져 있는 자연법 질서를 직접 인식할 수 있다는 '강한 인지주의' 덕분에, 실재존재론은 확실한 인식을 가능하게 하는 원천이 될 수 있다. 하지만 자연법의 독해에서 "이미 주어져 있는 자연법 질서를 직접 인식할 수 있다"고만 주장될 뿐, "이미 주어져 있는 자연법 질서를 사람들이 똑같이 인식할 수 있다"고는 주장되지 않았다. 많은 경우 소수의 특정계급에게 인식의 독점권을 부여하여 "선(정의)의 강제"라는 문제를 야기했다.

오늘날, 변화하는 생성과 운동의 헤라클레이토스¹²⁾ 사상은 항상 동일하고 고정되어 있으며, 영원히 정지되어 있는 파르메니데스(Parmenides) 사상과의 대립에서 승리했다. 정보와 확실성의 원천으로서 실재존재론은 더 이상 '시간

11) Ulfrid Neumann, "Die Tyrannei der Würde" (ARSP, 1998), 164면.

12) "우리는 동일한 강에 두 번 들어갈 수 없다. 왜냐하면 물도 이미 다른 물이지만 우리들 자신도 (이미) 달라졌기 때문이다"는 말로 유명하다. 헤라클레이토스와 파르메니데스의 사상에 대해서는 Johannes Hirschberger(강성위 역), 위의 책(주3), 34면 이하.

의 흐름'을 규정할 수 없게 되었고, '시간의 화살'¹³⁾에 따라 존재와 인식은 달라진다. 시간의 화살에 따라 존재도 달라지고, 이에 대한 인식도 달라진다. 시간으로부터 자유로운 존재는 없으며, 시간으로부터 자유로운 인식도 없다.¹⁴⁾ 콘텍스트(context, 시간 속에 존재하는 패턴) 안에 놓고 인식하지 않으면 텍스트(text)는 아무것도 의미를 질 수 없다.¹⁵⁾ 뿐만 아니라 하이젠베르크(Werner Heisenberg)의 '불확정성의 원리'에 따르면, 객관적이고 초연할 관찰자는 있을 수 없으며, 관찰자에 따라 인식의 내용이 달라진다. 관찰 자체가 관찰자를 관찰 대상에 직접적으로 연관시키며, 이는 관찰 결과에 영향을 미치기 때문이다.¹⁶⁾

자연법 논증의 세 번째 특징은 '논증'이라는 이름이 붙었음에도 불구하고 실상은 '논증'이 아니라는 점이다. 자연법 논증의 특징은 "그 자체로부터 명백하다는" 점이다.¹⁷⁾ "그 자체로부터 명백한" 자연법 논증은 입증책임을 면하면서

-
- 13) '시간의 화살(Arrow of Time)'이란 표현은 아서 에딩톤(Arthur Eddington)의 용어를 일리아 프리고진(Ilya Prigogine)이 사용한 것으로서, "가장 작은 물질 단위조차도 무시할 수 없는 역사적 궤적이 있음을 주장함으로써 역사적이지 않은 사회분석은 없다고 끊임없이 주장해온 사회과학자들의 입지를 강화했을 뿐 아니라, 물리학을 사회과학 인식론 지형의 한 가운데로 옮겨놓았다." '시간의 화살'에 대해서는 Immanuel Wallerstein(유희석 역), 『지식의 불확실성』(창비, 2007), 65면 이하: "프리고진은 전통 물리학이 시간에 대한 지속을(어떤 특정한 지속을) 우위에 두는 것으로 보고 자연과학을 위한 인식론의 핵심적인 도구로서 시간의 화살을 복원시키려고 했다." Immanuel Wallerstein(유희석 역), 앞의 책(주13), 96면.
- 14) Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1992, 129면.
- 15) Gregory Bateson(박지동 역), 『정신과 자연』(까치, 1998), 27면.
- 16) Jeremy Rifkin(이희재 역), 『소유의 종말』(민음사, 2001), 281면: 관찰 자체가 관찰자를 관찰 대상에 직접적으로 연관시키며, 이로써 관찰결과는 달라질 수 있다는 점을 잘 말해주고 있는 이론은 루만(Niklas Luhmann)의 '2차적 질서의 관찰(Beobachtung der zweiten Ordnung)'이다. 1차적 질서의 관찰자에게는 '실재존재론'에 기초해서 판단하지만, 2차적 질서의 관찰자는 실재존재론의 강한 전제를 부정하고, 자신의 의미기준을 토대로 정보를 처리한다. 2차적 질서의 관찰자에게는 1차적 질서의 관찰이 가지는 '인식론적 특권'은 부여되지 않지만, 대신에 '구성론적 특권'이 부여된다(이를 '구성적 인지주의'라고 한다).
- 17) "우리가 자연법적 주장을 펼치자마자 여지없이 곧 부딪히게 되는 심각한 문제는, 인간의 자연에 대한 상은 프로테우스상과 같아서, 자연법 사상가들이 저마다 그가 원하는 상을 만들어 낼 수 있다는 것이다. 각자는 그가 옳다고 여기고 또 원하는 바를 (암암리에) 인간의 '자연개념'에 먼저 집어넣고는, "자연에 합당하게" 옳다고 생각하는 것을 근거짓기 위해서 그것들을 다시 끄집어 내는데 불과한 것이다. 이와 같이 인간의 '자연'은 개방적이고 다양한 내용으로 채워 넣을 수 있는 개념이어서, 도대체가 모든 것을 그 개념 안에 집어넣고, 다시금 그 개념을 논거짓기 위해 그것으로부터 꺼낼 수 있게 만든다. 이는 자연법의 초기

강한 주장을 펼칠 수 있는 반면에, 정작 필요한 논증은 피해간다. “푸펜도르프는 “그 자체로부터 명백함”이라는 이 이론에 반대했다. 절도 등이 그 자체로부터 그리고 그 본성상 악하다는 명제는 합리적인 통찰을 사칭하면서 입증책임을 면하려는 주장을 담고 있을 뿐이라는 것이다. 여기서 핵심적인 작업은 왜 이 행위가 선하고, 저 행위가 악한지를 탐구하는 것이라고 한다. 그러나 “그 자체로부터 존재함”에 호소하는 자는 더 이상 다른 증거가 필요없다고 믿고, 이로써 안심하자고 주장한다는 것이다.”¹⁸⁾ ‘존재론적 근거설정’은 구체적인 논증 대신에 선제하는 구조를 통해 의무론적 논증(deontologisches Argument)에 가해지는 정당성 입증부담을 완화시킨다.¹⁹⁾ “도덕적인 옳음에 대한 물음이 이미 존재하는 구조에 대한 물음으로 대체된다.”²⁰⁾ 하지만 이 경우 이미 존재하는 구조에 대한 판단이 잘못되어 버리면, 존재론적 논증은 진실에 반하는 논증으로 변한다. 역사적으로 ‘주어진 존재론적 구조’는 잘못된 현실을 유지하는데 곡해되기도 했고, 잘못된 현실을 지적하는 데에도 이용되었다. 이미 존재하는 구조가 무엇인가에 따라 정반대의 주장이 존재론적 논증의 이름으로 정당화된다. (필자가 구분하는) 제1의 자연법과 제2의 자연법이 정반대의 주장을 존재론적 논증을 통해 펼치는 것 또한 이 때문이다.

III. 인권의 원천으로서 “제2의 자연법”

‘자연법’이라는 동일한 용어를 사용함에도 자연에 대한 개념만큼이나 다양한 자연법의 개념이 존재한다.²¹⁾ 하지만 “자연법의 존재론과 인식론”에 기초

에, 예컨대 만인평등설이 이와 반대되는 만민불평등설과 똑같은 추론방식으로 인간의 ‘자연’에서부터 도출됐다는 데서 지적된다.” Hans Wessel(박은정 역), 위의 책(주3), 29면: 같은 설명으로 박은정, 『자연법의 문제들』(세창출판사, 2007), 9면, 109면.

18) Hans Wessel(박은정 역), 위의 책(주3), 199면.

19) Ulfrid Neumann, 위의 글(주11), 154면.

20) Ulfrid Neumann, 위의 글(주11), 154면.

21) 법철학자들의 복잡한 논의를 따라가다 보면 자연에 대한 개념만큼이나 다양한 자연법의 개념이 존재한다. Emmanuel Pierrat(이충민 역), 『법은 사회의 브레이크인가, 엔진인가.』(모티브북, 2009), 44면.

한 자연법 논증의 구조는 매우 유사하며, 이는 (필자가 구분하는) 제1의 자연법과 제2의 자연법에도 마찬가지이다. 이 논문은 제1의 자연법과 제2의 자연법을 구분하는 필자의 방법을 통해 “인권과 관련된” 자연법의 내용을 살펴 보려는 것을 목적으로 한다. 여기서 제1의 자연법은 “강자에게 유리한 자연법”을 말하며, 제2의 자연법은 “약자에게 유리한 자연법”을 말한다. 제1의 자연법과 제2의 자연법은 그 내용은 매우 다르지만, 논증구조는 크게 다르지 않다. “주어진” “자연”으로부터 ‘강자의 지배’가 정당화되었을 뿐 아니라, ‘만민의 평등’이나 ‘천부인권’이 부여되었다. 제2의 자연법에서 “천부인권” 사상이 도출되며, 이를 토대로 약자는 하늘이 부여한 인권을 쟁취하기 위한 ‘투쟁’을 전개하였다.

인류역사에 있어 ‘자연법’ 사상만큼 큰 영향력을 발휘한 법사상은 드물다. 그리고 ‘자연법’ 사상만큼 그 영향력이 서로 다른 방향으로 펼쳐진 법사상 또한 드물다. 하지만 오늘날 ‘자연법’이 현대 인권론에서 차지하는 비중은 그리 크지 않다. 극도의 부정의가 지배했던 이전의 현실에서 ‘자연법’은 인권 해독에 도움을 주는 로제타석(Rosetta Stone)이 되었지만, 인권이 실정법화(實定法化)된 오늘날에는 자연법, 즉 천부인권이 전제하는 ‘권리의 선형성’ 명제는 오늘날 실증주의뿐만 아니라 공리주의, 보수주의, 공동체주의, 맑스주의 등에 의해 부정된다.²²⁾ 이는 자연권 개념이 전제하는 형이상학적인 가정들이 세속화되고 다원화된 현대사회에서는 더 이상 타당성을 획득하지 못하기 때문이다.²³⁾ 그럼에도 자연법이 인권에 남긴 흔적, 인권이 역사에 남긴 의미는 결코 사라지지 않는다. 제2의 자연법은 현실과 무관한 형이상학이 아니라, 현실의 고통을 이해하고 해결하려했던 “시대의 전사(戰士)”였다. 그리고 자연권으로서 인권은 다음 세대의 인권 담론의 시발(始發)점이 되었으며, 자연권으로서 인권을 토대로 인권 담론은 “천상에서 지상으로”, “총체성에서 정체성으로”, “실체론에서 관계론으로” 전환하였다.

22) 김비환, “현대 인권 담론의 쟁점과 전망”, 김비환 외 15인, 『인권의 정치사상』(이학사, 2011), 25면 이하.

23) 김비환, “현대 인권 담론의 쟁점과 전망”, 김비환 외 15인, 위의 책(주22), 27면.

1. 제1의 자연법

“제1의 자연법”은 ‘존재론’과 ‘인식론’에서 강자의 이익을 대변한다. ‘존재론’에서 피라미드형 신분질서가 이미 주어져 있다고 상정하거나, ‘인식론’에서 특정 계층의 사람만이 ‘이미 주어진 질서’를 인식할 수 있다고 주장한다. 제1의 자연법에 따르면, 특정 계층의 사람만이 신분의 피라미드의 정점과 상위를 차지하고 있고, 하위에 속하는 나머지 계층의 사람들은 상위의 신분에 속한 사람들이 규정하는 대로 살아야 할 숙명을 타고 난다. 그리고 계층적 신분질서는 “조화”의 이름으로 채색되었고, 자연에 합당한 것으로 파악되었다.

가. 존재론

제1의 자연법은 ‘존재론’에서 피라미드와 같은 신분질서가 객관적으로 타당한 질서로서 이미 주어져 있다고 상정한다. 플라톤에 따르면, 정의란 계층 간의 올바른 관계로서, 각 계층이 그의 것을 행하는 것이다.²⁴⁾ 플라톤에 따르면, 인간의 영혼은 사유와 의지, 욕망으로 삼분되는데, 사유는 머리에, 감정은 가슴에, 그리고 욕망은 하체에 자리잡는다.²⁵⁾ 이 3가지의 영혼의 부분에 상응하여 세 종류의 시민층인 지배자, 군인, 생산자는 모두 각자가 오직 그의 것만 행해야 한다는 정의법칙의 지배 하에 놓인다.²⁶⁾ 뿐만 아니라 이러한 계층에도 속하지 못하는 ‘선천적 노예’도 있는데, 이들은 영혼의 가장 숭고한 부분인 이성이 천성적으로 약해서 이들 안에 있는 동물적 요소를 스스로 지배할 수 없기 때문에 최고자의 노예가 되어야 한다.²⁷⁾ 에피쿠로스의 자연법 또한 ‘제1의

24) Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주3), 44면.

25) Hans Joachim Störig(박민수 역), 위의 책(주3), 240면: 사주덕(四主德) 중 처음 세 가지는 영혼의 구성 요소에 상응한다. “플라톤은 감각적 욕구, 의지, 이성과 같은 영혼의 세 가지 기본 능력을 아주 분명하게 구별한다. 이 세 가지 능력에 다음의 세 가지 탁월함이나 덕을 상응한다. 욕구에는 절제가, 의지에는 용기가, 이성에는 통찰이나 지혜가 상응한다. 각각의 기본 능력은 자신의 고유한 과제를 수행하며, 영혼에 올바른 질서를 세우기 위해서는 정의라는 넷째 덕을 필요로 한다. 이때부터 정의는 사주덕Kardinaltugenden에 속하며, 이를 중심으로 모든 것이 움직인다.” Otfried Höffe(박종대 역), 『정의』(이제이북스, 2004), 27면.

26) Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주3), 44면.

자연법'에 해당한다. 에피쿠로스는 잡다한 일상사나 고통에 시달리지 않은 쾌락을 누리려는 태도를 가장 훌륭한 인간의 권리라고 생각했지만²⁸⁾, 이를 위해서는 인간에 포함되지 않는 노예들의 노동이 당연히 전제되어야 했다.²⁹⁾ 에피쿠로스의 자연법에는 '포함과 배제'의 이분법이 존재론적으로 주어져 있어, 쾌락의 권리는 강자만이 누릴 수 있는 것이었고, 약자인 노예는 참여할 수 없는 것이었다.³⁰⁾

'제1의 자연법'이 강자에게 유리하고 약자에게는 불리하다는 점을 플라톤의 존재론은 은근히 드러낸 반면에, 일부 소피스트의 '존재론'은 표면에 직접적으로 드러낸다. 트라시마코스(Trasmachos)는 정의란 오로지 강자에게 유용한 것이고, 국가 안에서 지배세력의 이익에 종사할 뿐이라고 주장하며³¹⁾, 칼리클레스(Kallicles)는 강한 자가 항상 약한 자보다 많이 갖는다는 것은 자연의 이치이며, 이런 것이 자연법이라고 주장한다.³²⁾

나. 인식론

제1의 자연법은 '인식론'에서 특정한 계층의 사람만이 '이미 주어진 질서'를 인식할 수 있다고 주장한다. "객관적으로 타당한 질서가 이미 주어져 있다"는

27) Hans Wiesel(박은정 역), 위의 책(주3), 40면.

28) Ernst Bloch(박설호 역), 『자연법과 인간의 존엄성』(열린책들, 2011), 33, 34면.

29) "에피쿠로스가 말하는 쾌락의 권리는 손에 못이 박힐 정도로 뼈빠지게 일하는 노예들의 노동이 있어야 한다는 것이 전제였다. 고상하고 조용하게 쾌락을 즐기려면, 상류층 사람들이 그들이 상호 교환했던 법적 계약으로부터 일단 노예들을 배제시켜야 했다. 그렇기에 노예는 처음부터 인간이 아니라, 얼마든지 사적으로 소유할 수 있는 물건으로 취급되었다. 사람들은 노예와 합의를 도출하기 위한 계약을 맺을 필요도 없었고, 처음부터 노예들에게 복종하라고 강요할 필요조차 없었다. 에피쿠로스의 자연법은 타인으로부터 방해받지 않으려고 했는데, 이는 자유로운 인간들 내지 동등한 계층의 인간들에게 국한되었다." Ernst Bloch(박설호 역), 위의 책(주28), 36면.

30) "쾌락주의의 한계는 바로 여기에 있다. 에피쿠로스의 법 개념은 불법에 대해 싸우는 곳에서는 그야말로 무용지물이다." Ernst Bloch(박설호 역), 위의 책(주28), 37면.

31) Hans Wiesel(박은정 역), 위의 책(주3), 30면.

32) Johannes Hirschberger(강성위 역), 위의 책(주3), 73면. 칼리클레스에 따르면, 약한 자, 평범한 사람들 및 노예근성을 가진 사람들이 스스로를 지켜나가기 위해 윤리와 법률을 발명해냈을 뿐이다. (Johannes Hirschberger(강성위 역), 위의 책(주3), 73면)

실재존재론이 제대로 작동하기 위해서는, “이미 주어져 있는 객관적으로 타당한 질서를 누구나 직접적으로 인식할 수 있다”는 인식론을 취해야 한다. 하지만 제1의 자연법은 “이미 주어져 있는 객관적으로 타당한 질서를 강자만이 인식할 수 있다”는 인식론을 취한다. 플라톤에 따르면, 이데아의 직관은 이 직관이 가능한 자로 하여금 존재의 원초형에 대한 절대적으로 확실하고 정확한 인식을 보장해 주며, 선과 정의 그 자체에 대해서도 오류의 여지가 없는 지식을 제공해 주나, 이데아를 볼 수 있는 사람은 특별히 은총을 받은, 신중하게 선택된, 수학과 변론술 교육을 받은 소수에 불과하다.³³⁾ 이로써 이데아를 인식할 수 있는 지배자는 피지배자에게 그들이 인식한 바로 강제할 수 있는 길이 열리게 된다.³⁴⁾ “여기서 저 숙명적인 주장, 즉 ‘선으로의 강제’는 윤리적으로도 선하며 허용된다는 주장이 처음으로 철학적으로 근거지워졌다. [...] 그리고 오직 절대적인 진리를 지니고 있다고 믿는 사람만이 취할 수 있는 태연자약하고 오만한 태도로 개인적인 자유의 가치를 간과했다.”³⁵⁾

제1의 인식론에 나타나는 ‘선(정의)으로의 강제’는 토마스 아퀴나스(Thomas Aquinas)의 사상에도 그대로 드러난다. “누군가가 강요당하는 것이 중요한 게 아니라, 그가 어떤 것에, 즉 선한 것에 아니면 악한 것에 강요되는지가 중요하다.” 이 말은 플라톤처럼, 절대적인 진리를 소유하고 있다고 믿는 자가 개인들의 자유와 주관적 도덕성을 당당히 무시할 수 있음을 표현한 것으로 역사적으로 이단자 박해를 정당화해 주는데 기여했다.³⁶⁾ 아퀴나스에 따르면, 세례의 은혜를 입은 인간은 면책가능한 착오를 주장할 수 없기 때문에, 유대인과 이방인에게 면책가능한 착오가 인정되는 것과 달리 이단자와 배교자는 면책가능한 착오가 인정되지 않으며, 그들을 정의의 이름으로 사형시킬 수도 있다.³⁷⁾

33) Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주3), 39면.

34) Platon(박종현 역), 위의 책(주4), 459면.

35) Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주3), 41면.

36) Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주3), 99, 100면.

37) Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주3), 99면.

2. 제2의 자연법

제1의 자연법 하에서 약자는 계층질서의 최하층이나 계층外 신분으로 존재하였고, 강자의 계층질서를 강제당하는 위치에 있었다. 약자는 강자가 만든 질서에 따라 최하층으로 포섭되거나 계층 外로 배제될 뿐이었다. “인권에 대한 개념조차도 없던 시대”에 현실에서 실제로 빈번히 일어나는 인권침해는 ‘제1의 자연법’에 의해 정당화되었다. 대다수의 약자는 자신의 열등한 지위를 자연법 질서의 결과로 보았기 때문에 제1의 자연법에 의해 정당화된 현실에 반항하지 않고 순응하였다. 강자는 자신의 특권을 ‘자연법’을 통해 정당화하면서 소외받고 배제된 약자를 적절히 대변하지도 않았다. 순응이 아닌 반항에는 엄청난 희생이 뒤따랐는데, 드디어 이를 감수하는 약자가 등장하였다. 이들은 드디어 스스로를 대변하게 되는데, 그 사상적 토대는 ‘제2의 자연법’이며, 이는 만민에게 천부인권이 주어져 있다는 사상으로 발전한다. ‘자연법’은 원래 강자에게만 국한된 무기고(武器庫)였는데, 이제 약자에게도 개방된 무기고가 되었다.³⁸⁾

가. 존재론

‘천부인권’ 사상이 주장되기 이전에도 (필자가 생각하는) ‘제2의 자연법’에 해당하는 것으로는 일부 소피스트에 의해 주장된 ‘평등’ 사상이 있다. 이에 따르면, 자연적 질서로서의 ‘피시스’와 인간이 제정한 것으로서의 ‘노모스’는 예리하게 분리되는데, 전자는 모든 인간의 자연에 합당한 평등이 자리잡는 곳이라면, 후자는 자연에 어긋나는 불평등의 근원이 된다.³⁹⁾ 자연은 그 누구도 노예로 만들지 않았고, ‘선천적 노예설’은 거부되었다.⁴⁰⁾ 안티폰(Antiphon)은 “자

38) “정당한 의미의 자연법은 결국 위로부터의 명령으로 전달되는 정의가 아니다. [...] 이에 반해서 진정한 자연법에 담긴 정의는 아래로부터 위로 향하는 적극적인 저항을 의미한다. 그것은 처음부터 사람들이 더 이상 권력자의 명령에 복종하지 않겠다는 자유와 저항의 의미를 지니고 있다.” Ernst Bloch(박설호 역), 위의 책(주28), 15면.

39) Hans Wessel(박은정 역), 위의 책(주3), 28면. 소피스트의 ‘노모스(nomos)-피시스(physis) 논쟁’에 대해서는 G. B. Kerferd(김남두 역), 위의 책(주3), 183면 이하 참조.

40) Hans Wessel(박은정 역), 위의 책(주3), 28면. 플라톤의 ‘선천적 노예설’에 대해서는 40면, 토마스 아퀴나스의 ‘선천적 노예설’에 대해서는 100면을 참조.

연에 따르면 인간은 모두, 이방인이거나 그리스인이거나 간에 평등하다. ... 우리 모두 입과 코로 숨을 쉬고, 우리 모두가 손으로 밥을 먹지 않는가?"라고 가르쳤다.⁴¹⁾ 히피아스(Hippias)는 만인은 태어날 때부터 동등한 시민으로 존재하며, 노예와 자유인을 구분하고 그들 사이의 재물을 불평등하게 나누게 하는 것은 무지막지한 법이라고 했다.⁴²⁾

스토아학파의 '오이케이온(Oikeion)' 사상 또한 (필자가 생각하는) '제2의 자연법'에 해당된다. '오이케이온'은 우리에게 '속하는 것'이며, 우리가 우리에게 속하는 것으로 느끼는 것으로서, 인간은 자기보존 뿐만 아니라 동료 인간까지 배려하는 사회적 성향이 있으며, 이로부터 평화롭고 이성적으로 질서지워진 공동체를 형성하려는 성향이 있게 된다.⁴³⁾ 이는 스토아학파의 특징인 인도주의 이념의 원천이 되었고, 인간 간의 상호존중을 자연적인 것이 되게 하였다.⁴⁴⁾

하지만 일부 소피스트의 '평등' 사상이나 스토아학파의 '사회성(오이케이온)' 사상은 현실을 바꾸는 현실파괴력을 발휘하지 못했다. 여전히 사상가의 머리에 있는 사상으로만, 책 속에서만 존재했고⁴⁵⁾, 현실에는 존재하지 않았다.⁴⁶⁾

-
- 41) Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주3), 27, 28면. 안티폰에 대해서는 G. B. Kerferd(김남두 역), 위의 책(주3), 85면 이하 참조.
- 42) Ernst Bloch(박설호 역), 위의 책(주28), 29면. 히피아스에 대해서는 G. B. Kerferd(김남두 역), 위의 책(주3), 80면 이하 참조. 플라톤의 대화편 '프로타고라스'에서 히피아스는 "나는 법에 의해서가 아니라 본성에 의해서 당신들을 모두 동족으로, 친족으로, 그리고 동료시민으로서 여깁니다. 왜냐하면 유사한 것은 유사한 것과 본성에 의해 가까우나, 반면 인간들의 폭군인 법은 우리를 많은 것들에 있어 본성에 반하도록 강제하기 때문입니다."라고 말한다. 이에 대해서는 G. B. Kerferd(김남두 역), 위의 책(주3), 188면 이하.
- 43) Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주3), 183면 참조: 스토아학파의 '오이케이온(Oikeion)' 사상은 후에 그로티우스(Hugo Grotius) 법사상의 기초가 된다. 이에 대해서는 Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주3), 182면 이하.
- 44) Hans Welsel(박은정 역), 위의 책(주3), 66면. 스토아학파의 '오이케이온(Oikeion)' 사상은 로마의 황제인 마르쿠스 아우렐리우스 뿐만 아니라, 노예 출신인 에픽테토스도 스토아 사상을 신봉하게 하였다. (Ernst Bloch(박설호 역), 위의 책(주28), 38면)
- 45) 일부 소피스트의 '평등' 사상이나 스토아학파의 '사회성(오이케이온)' 사상 외에는 그나마도 사상의 중심에 놓이지 못하고 지엽적 문제로 다루어졌다.
- 46) "스토아 사상의 한계점은 여기에 있다. 대부분의 에피쿠로스 학파는 불법이 자행되는 곳에서 빠져나와 수수방관하는 태도를 취했다. 이로써 그들은 사회적 삶의 실질적 문제를 외면하고 말았다. 스토아 학자들도 이와 다를 바 없다. 그들은 내면세계로만 침잠하려 하였고,

시대보다 사상이 너무 앞서갔는지도 모른다. 반면에 또 다른 '제2의 자연법'으로서 등장하는 '인간의 존엄' 사상과 '천부인권' 사상은 현실을 바꾸는 현실과 괴력을 띠고 있었다.

근대에 이르러야 '인간의 존엄' 사상은 비로소 등장한다. 인간의 존엄에 기초하여 모든 인간에게 평등한 권리가 인정되어야 한다는 인권 사상은 전근대 사회에서는 찾아볼 수 없다.⁴⁷⁾ '인간의 존엄' 사상은 처음에는 인간과 신의 관계에서 신이 부여한 것으로 설명이 되다가, 후에는 인간 상호 간에 공통된 것으로 변모한다. '인간존엄'을 최초로 주장한 것으로 알려진 피코델라 미란돌라(Giovanni Pico della Mirandola)는 '인간 존엄성에 관한 연설(Oratio de hominis dignitate)'에서 인간이 위대한 기적이요, 정말 당당하게 경탄을 받을 만한 동물이라고 말하고 그렇게 여기는 이유가 무엇인지를 묻는다.⁴⁸⁾ 이에 대해 그는 하느님이 아담에게 허락한 인간의 '자유의지'(네 자유의지의 수중에 나는 너를 맡겼노라!)가 그 이유라고 대답한다.⁴⁹⁾ 뿐만 아니라 피코델라 미란

보편적 세계의 완전성만을 추구함으로써 그속에서 헤어나지 못했다. 물론 스토아의 자연법이 노예제도 해결에 새로운 전기를 마련한 것은 사실이다. 그들은 가난한 자를 돌보았고, 사랑으로 자선 단체를 조직하도록 자극하였다. 그렇지만 빈민구제에 관한 이러한 일련의 사업들은 기껏해야 경미한 범위에서 진행되었을 뿐이다.” Ernst Bloch(박설호 역), 위의 책(주28), 48면.

47) 유희림, “현대 자유주의와 인권의 보편성”, 김비환 외 15인, 위의 책(주22), 81면.

48) Pico della Mirandola(성염 역), Pico della Mirandola(성염 역), 『인간존엄성에 관한 연설』(경세원, 2009), 15면: 피코델라 미란돌라 이전에도 '인간의 존엄'에 대해 실패한 사람이 있는데, '인간 존엄성과 탁월성'(De dignitate et excellentia hominis)을 저술한 마네티(Gianozzo Manetti, 1396-1459)이다. 그의 저술에 대한 소개는 역자 해제, Pico della Mirandola(성염 역), 앞의 책(주48), 113-120면.

49) “오 아담이여, 나는 너에게 일정한 자리도, 고유한 면모도 부여하지 않았노라! 어느 자리를 차지하고 어느 면모를 취하고 어느 임무를 맡을지는 너의 희망대로, 너의 의사대로 취하고 소유하라! 여타의 조물들에게 있는 본성은 우리가 설정한 법칙의 테두리 안에 규제되어 있다. 너는 그 어떤 장벽으로도 규제받지 않는 만큼 너의 자유의지에 따라서 (네 자유의지의 수중에 나는 너를 맡겼노라!) 네 본성을 테두리 짓도록 하여라! 나는 너를 천상존재로도 지상존재로도 만들지 않았고, 사멸할 자로도 불멸할 자로도 만들지 않았으니, 이는 자의적으로 또 명예롭게 네가 네 자신의 조형자요, 조각가로서 네가 원하는 대로 형상을 빚어내게 하기 위함이다. ...” (Pico della Mirandola(성염 역), 위의 책(주48), 17면) “그러니 인간을 두고 경탄하지 않을 자가 누구겠습니까? 모세의 성서나 그리스도교 성서에서 인간이 온갖 육체의 이름으로, 온갖 피조물의 이름으로 호명되는 것도 까닭이 없지 않으니, 이것은 인간이 자기를 온갖 육체의 얼굴로, 모든 피조물의 자질로 조형하고 형성하고 변형하기 때 문입니다.” (Pico della Mirandola(성염 역), 위의 책(주48), 23면)

돌라는 하느님이 우리에게 베푸신 자유 선택을 유익하게 사용하기보다는 해롭게 사용하는 일이 없도록 조심해야 하고, 기왕이면 경건한 의욕을 가지고 어중간한 상태에 만족하지 않고 최고의 상태를 동경하며(우리가 원하면 할 수 있으니까) 그것을 획득하기 위해서 전력을 기울려야 함을 강조한다.⁵⁰⁾

이후에는 '인간의 존엄' 사상은 신이 없더라도 설명이 가능했는데, 이는 인간 상호 간에 공통된 것이므로 보호되어야 한다는 주장이다. 이러한 생각이 탄생하게 된 직접적인 계기는 가톨릭과 개신교 간의 종교전쟁이었다. 즉 가톨릭과 개신교가 자연법을 종파간의 논쟁에 끌여들여 종교전쟁을 벌이는 와중에, 자연법이 보편타당하려면 기독교인으로서가 아니라, 가톨릭교도이든 루터교파이든 개혁교파이든, 그리고 기독교인이든 이방인이든 상관없이, 모든 인간을 위한 규범으로 제시되어야 한다는 사고가 등장한다.⁵¹⁾ 특히 신이 없더라도 타당한 자연법으로 푸펜도르프(Samuel Pufendorf)는 '인간의 존엄' 사상을 주장한다. "인간은 오성의 빛, 즉 구별하고 선택하는 능력을 타고났으며, 무수한 예술에 정통한 불멸의 영혼을 가지고 있다. 이미 인간이란 단순한 명칭에 존엄이 있다. 이 존엄은 모든 인간에게 똑같이 부여되기 때문에 인간은 모두 천부적으로 동등하다.(필자강조)"⁵²⁾

인간에게 천부적인 인권이 주어져 있다는 자연권으로서의 인권 또한 (필자가 생각하는) '제2의 자연법'에 속한다. 근대의 자연법 전통에서 천부인권 사상을 통해 인권은 비로소 형성되었으며, 이는 이후 인권 담론의 초석이 된다. '인간의 권리(rights of man)'는 용어 이전에 '자연권(natural rights)'이라는 용어가 먼저 사용된 것이다.⁵³⁾ 절대적이고 양도 불가능한 선험적 권리인 자연권으로서의 인권은 경험세계의 우연성에 훼손되지 않는 초월성을 그 특징으로 하며,⁵⁴⁾ "자연권으로 자명하게 요구되는" 인권은 자연성(인간이 타고남), 평등성

50) Pico della Mirandola(성염 역), 위의 책(주48), 24면.

51) Hans Wessel(박은정 역), 위의 책(주3), 162면 이하.

52) Hans Wessel(박은정 역), 위의 책(주3), 203면.

53) 1789년 이전에, 예를 들어 제퍼슨은 '자연권(natural rights)'에 관해 자주 말했다. 그가 '인간의 권리(rights of man)'라는 용어를 쓰기 시작한 것은 1789년 이후였다. Lynn Hunt(전진성 역), 『인권의 발명』(돌베개, 2009), 27면.

54) 유흥림, "현대 자유주의와 인권의 보편성", 김비환 외 15인, 위의 책(주22), 79면.

(모든 이에게 동일함), 보편성(모든 곳에 적용 가능함)을 그 특징으로 한다.⁵⁵⁾

나. 인식론

‘제2의 자연법’이라는 텍스트는 ‘현실의 고통’이라는 콘텍스트 안에서야 비로소 읽혀졌다.⁵⁶⁾ 이 때 천부인권에 대한 직접적 인식을 가능하게 한 것은 무엇보다도 “약자의 고통은 현실”이었다. “인권에 대한 절실한 각성은 인류가 겪은 다양한 ‘고통’경험으로부터 비롯된다. 인권 이념은 인류의 경험을 토대로 형성된 신념이며, 공유된 경험에 대한 기억을 토대로 한다.”⁵⁷⁾ 약자가 당한 사회적 멸시와 무시에 대한 반작용으로 약자는 (필자가 생각하는) 약자의 ‘자연법’인 천부인권을 뼈저리게 인식하는 ‘인식론적 특권’이 부여되었다. 사실 그 당시 인권침해는 오늘날의 인권침해와는 달리 논증을 통해 섬세하게 증명해야 하는 것이라기보다는 삶을 통해 뼈저리게 느끼는 부류의 것이었다. 그렇기에 인류역사의 수많은 투쟁에 등장하는 ‘천부인권’의 사상은 그 자체로 의미심장한 것이었다. 인권투쟁에 있어 원동력은 ‘천부인권’이었다. 인권개념이 구체화되지 않은 역사적 상황 속에서 ‘천부인권’ 사상은 인권침해에 대한 저항을 뒷받침하는 강력한 도구였다. 약자는 ‘제2의 자연법’을 토대로 강자의 지배와 착취에 목숨을 건 투쟁을 전개하였다.⁵⁸⁾

천상의 자연법과 지상의 고통은 일견 서로 어울려 보이지 않는다. 하지만 제2의 자연법은 약자의 고통에 민감했다. 따라서 “나는 형이상자라는 사람들은 인간이 받고 있는 고통에 대해서는 거의 눈도 거들떠보지 않는다는 것을 알고 있다.”는 호르크하이머의 언급⁵⁹⁾은 (필자가 상정하는) 제2의 자연법에는

55) Lynn Hunt(전진성 역), 위의 책(주53), 25면. 린 헌트(Lynn Hunt)는 ‘자명성의 요구’가 인권의 역사에서 핵심이라고 말한다. (Lynn Hunt(전진성 역), 위의 책(주53), 25면)

56) 하지만 그 주장은 실재존재론과 이에 기초한 인식론의 틀을 따른다. 따라서 인권침해는 이미 존재하는 인권을 통해 확인되고, 결정되며, 인권침해에 대한 근거지움은 이미 주어진 인권에 대한 주장으로 대체된다.

57) 김비환, “현대 인권 담론의 쟁점과 전망”, 김비환 외 15인, 위의 책(주22), 76, 77면.

58) “자연법이 없으면, 정의롭지 않은 정치 질서에 항거할 도덕적 논지를 상실하게 된다.” 이종은, 『평등, 자유, 권리』(책세상, 2011), 449면.

59) Horkheimer, Dämmerung, Zurich, 1934, p. 86. zit. 마틴제이(황재우·강희경·강원돈 역), 『변

해당되지 않는다. 약자는 현실의 고통 속에서 자연법을 바라보았지, 현실과 동떨어진 이상적인 세계로 자연법을 그리지 않았다. 제1의 자연법은 “이미 주어져 있는 객관적으로 타당한 질서를 강자만이 인식할 수 있다”는 인식론을 취하였음에 비해, 제2의 자연법은 “이미 주어져 있는 객관적으로 타당한 질서를 약자는 직접적으로 인식할 수 있다”는 인식론을 취하였다. 이번에는 인식론적 독점권을 약자가 가지게 된다. 제1의 자연법에서 강자의 인식은 약자의 승인을 강제한 반면에, 제2의 자연법에서 약자의 인식은 강자의 승인을 투쟁을 통해 이끌어냈다.⁶⁰⁾

V. 나가며: 인권 담론의 시발(始發)점으로서 ‘자연권으로서 인권’

자연권 개념이 전제하는 형이상학적 가정들이 세속화되고 다원화된 현대사회의 성격과 부합하지 않기 때문에 현대에는 자연권이라는 용어가 거의 사용되지 않는다.⁶¹⁾ (법)실증주의의 득세와 더불어 자연권이라는 용어의 역사적 수명은 다했다고 할 수 있다.⁶²⁾ 공동체주의나 공리주의의 입장에서도 자연권은 경외의 대상이 아닌 비판의 대상이다.⁶³⁾

하지만 (앞에서 서술하였듯이) 자연권으로서 인권은 경멸당하는 사람들 그

증법적 상상력」(돌배개, 1994), 85면.

60) 천부인권의 사상은 수많은 투쟁에서 주장되었고, 투쟁의 원동력을 제공했음에도, 이것이 최종적으로 승인된 것은 수많은 사람들이 생사를 건 투쟁에서 피땀을 흘린 후였다. 따라서 인권발전에서 더 중요한 것은 인권을 쟁취하기 위해 흘린 수많은 사람의 피와 땀, 희생이며, 이를 잘 드러내 주는 것이 '상호승인의 결과로서 구성된 인권' 개념이다. 인권사는 어떤 형이상학적 관념을 중심으로 움직인 것이 아니라, 인간의 고통에 기초한 투쟁을 통해 인권이 보편적인 것임을 승인받는 과정이었다.

61) 김비환, “현대 인권 담론의 쟁점과 전망”, 김비환 외 15인, 위의 책(주22), 27면.

62) 김비환, “현대 인권 담론의 쟁점과 전망”, 김비환 외 15인, 위의 책(주22), 28면.

63) “버크에게 있어 권리는 특정한 정치 공동체의 역사와 전통 속에 결박되어 있는 만큼 선형적이고 보편적으로 존재하는 인권이란 존재하지 않는다. 나아가서 벤담은 선형적으로 존재하는 자연권이란 관념을 철학적 헛소리 - ‘죽마 위의 헛소리(nonsense on stilts)’ - 이자 사회적 테러라 비판함으로써 자연권이 ‘효용(유용성)’을 강조하는 공리주의적 관점에 입각하여 사회적으로 인정되거나 폐지될 수 있다는 것을 시사했다.” 김비환, “현대 인권 담론의 쟁점과 전망”, 김비환 외 15인, 위의 책(주22), 18, 19면.

리고 모욕당하는 사람들의 지위를 상승시키는 구체적 현실을 선험적 자연법을 통해 제시했다는 점에 역사적 의의가 있다.⁶⁴⁾ 그리고 오늘날에도 자연권으로 요구되는 인권은 인권을 실정법이 규정하는 범위 내에서만 인정하는 편협한 시각을 교정하고, 법실증주의를 보완하는 한도 내에서 여전히 유효하다고 볼 여지가 있다.

무엇보다도 자연권으로서 인권은 인권담론의 시발점으로서, 인권 담론이 “천상에서 지상으로”, “총체성에서 정체성으로”, “실체론에서 관계론으로” 변화하는 출발점이었다. 여기서 필자는 ‘자연권으로서 인권’과 ‘새로운 인권담론’을 연결시킴으로써 ‘자연권으로서 인권’이 어디로 진행되고 있는가를 보이고자 하였다. 이를 통해 오늘날에는 더 이상 주목받지 못하는 “자연권으로서 인권”의 의미가 재조명되기를 바란다.

1. 천상에서 지상으로

자연권으로서 인권은 형이상학적 근거에 의존하기 때문에 그 내용이 추상적이라는 특징을 지닌다. 그리하여 자연권을 비판하는 이들은 자연권이 선포되지만 그 주장에는 논거가 부족하다고 비판하며, 자연권이 여러 문화에 보편적으로 존재하는 것임을 밝히는 시도는 오히려 그런 것이 존재하지 않는다는 사실만 밝히고 말았다고 지적한다.⁶⁵⁾ 오늘날 인권은 더 이상 형이상학적 근거에 의존하지 않지만, 역사에서 밝혀진 인권의 힘은 이론적 완결성에서가 아니라 그 주장의 절박함에서 나온 것임을 이해할 필요가 있다.⁶⁶⁾ 즉 제1의 자연법은 약자를 배제함으로써 특권 집단은 자신을 보다 우월적인 위치에 놓고, 심지어는 초자연적 존재로 규정한다. 제1의 자연법은 개인적 자유의 가치를 인정할지는 모르나, 그 자유가 평등하게 누구에게나 보장되어야 한다는 점에 대해서는 반대한다. 이에 따르면 선천적으로 하등한 인간, 예컨대 선천적 노예는 자연법 질서에 의해 정당화되며 ‘노예’와 ‘인권’은 서로 모순되며 서로를 배

64) Ernst Bloch(박설호 역), 위의 책(주28), 14면.

65) Michael Freeman((김철효 역), 『인권: 이론과 실천』(아르케, 2006), 44면.

66) 조효제, 『인권의 문법』(후마니타스, 2007), 161면.

제한다. 이에 강자에 의해 배제된 약자는 배제당하지 않기 위해서 자신의 자연법인 '제2의 자연법'이라는 병기고(兵器庫)에 의탁하여 '천부인권'을 주장한 것이다. 선험적 자연권으로서 '인권'은 선험성이라는 흥미로운 특징을 지니며, 약자의 투쟁도구로도 매우 훌륭했다. 아마도 그 당시로는 그보다 더 나은 투쟁도구를 만들려고 했으면 만들어내지 못했을 것이다. 하지만 이는 "약자보다 더 약자인 자들의 입장을 개선하는 데는 크게 기여하지 못했다. 이는 인권이 현실 역사에서 자연권의 형태가 아닌 시민권의 형태로 실현되었으며(인권은 근대 국민 국가에서 시민권 제도를 마련하면서 비로소 보장되었다⁶⁷⁾), 이 때 이후로는 자연권으로서의 인권은 '권리장전'이라는 종이에 쓰인 권리로 전락했기 때문이다.

초창기 시민권은 모든 사람에게 보편적으로 인정되지 못했고, 여성, 빈민, 노동자 등은 여전히 시민권에서 배제되었다.⁶⁸⁾ 시민권의 외연을 확대시킨 것은 다름 아닌 사회적 약자의 투쟁이었다. 사회적 약자의 투쟁을 통해 여성, 빈민, 노동자 등은 '실질적인' 시민의 지위를 얻게 된다. 영국의 사회학자 T. H. 마셜(Thomas Humphrey Marshall)에 따르면, 시민권은 18세기에는 시민으로서의 권리를, 19세기에는 정치적 권리를, 20세기에는 사회적 권리를 제공했다. 마셜은 시민의 권리가 시민권, 정치적 참여권, 사회권으로 확장됨으로써, 사회적·계급적 차이가 평준화되었다고 설명한다.⁶⁹⁾ 시민권은 점차 확대되어 자연

67) 최현, 『인권』(책세상, 2008), 15면, 68면: "보편성을 전제하는 인권 개념은 인권의 구체적인 실현 방식으로서 시민권이라는 개념과 충돌의 여지가 있다. 현실적으로 인권은 근대의 정치체인 국민국가라는 틀 속에서 시민권으로서 구체화되었다. 즉 인간의 권리에서 인간은 시민으로서만 존재하였고, 권리는 시민의 권리로서 실현되었다. 하지만 국민국가라는 정치공동체의 구성원을 의미하는 시민이라는 개념은 자신의 경계를 가지고 있다. 역사적으로 정치공동체의 구성원이 된다는 사실로부터 포섭과 배제의 동학이 작동하는 경계가 존재하며 정체성의 문제가 쟁점이 되어왔다." (홍태영, "인권의 정치와 민주주의의 경계들", 김비환 외 15인, 위의 책(주22), 464, 465면)

68) 인권의 역사를 살펴볼 때, '인권과 시민의 권리선언'은 '남성과 남성시민의 권리선언'에 지나지 않았고(Micheline Ishay(조효제 역), 『세계인권사상사』(도서출판 길, 2005), 142면), 자유는 경제적으로 불평등하면 공허한 개념이 될 수 있다는 점에서 사회주의 운동의 과제를 남겼다. (Micheline Ishay(조효제 역), 앞의 책(주68), 45, 214, 215면)

69) T. H. 마셜의 시민권 이론에 대해서는 최현, 위의 책(주67), 95면; Jeremy Rifkin(이원기 역), 『유러피언 드림』(민음사, 2004), 353면. "시민으로서의 권리는 사유 재산권과 그와 관련된 각종 권리들, 즉 프라이버시 권리, 무기 소지 권리(미국의 경우), 표현, 종교, 언론의 자

권으로서의 인권이 주장하는 바를 현실에서 실현하게 된다.

인권을 인간의 '근본이익(근본필요)'로 논하는 것도 자연권에 의해 천상에서 논의된 인권 담론을 지상으로 끌어내린다. 인간의 근본이익(근본필요)은 인권이 보편적 차원에 있음을 형이상학적인 방법을 통해서가 아니라, 존재하는 당위(seiendes Sollen)로서 인권을 실질적으로 구성할 수 있는 장점이 있다. 이는 모두에게 기본적으로 필요하다고 인정되는 근본이익이 침해되면 매우 강력한 저항이 초래된다는 점에서 증명된다.⁷⁰⁾

2. 총체성에서 정체성으로

제1의 자연법이든 제2의 자연법이든 자연법은 구체적 현실과는 별개의 세계를 총체적으로 그려냈다. 이에 따르면 선형적 자연법은 이미 주어진 유일한 정답(the only right answer)으로서 세계를 총체적으로 지배한다. 자연권으로서 인권에 대한 논의에서도 선형적 자연법의 '총체성'이 중요하다. 하지만 총체성(동일성)을 기반으로 한 보편주의는 "더 취약한 지위에 있는 약자"에게는(어떤 의미에서) 폭력이 될 수 있다. 예컨대 취약한 집단의 구성원을 위한 특별한 권리를 위해 직접적으로 보호하기보다는, 집단적 구성원지위(group membership)와 관계없이, 모든 개인들에게 기본적인 시민적 및 정치적 권리를 보장한다면 문화적 소수자집단들이 간접적으로 보호될 수 있을 것으로 희망하는 것은 무리이다.⁷¹⁾

이에 따라 현대 인권론에서는 '총체성'에 대비되는 개념으로 '정체성'이 중요한 개념으로 등장한다. 근대적 정체성은 중심이 있는 가치만이 정체성을 규정

유 등을 보장했다. 정치적 권리는 참정권(선거권)을 재산이 있는 백인 남자에게서 여성, 소수민족, 빈민에게로 확대했다. 20세기 들어 추가된 사회적 권리에는 의료, 교육, 연금에 대한 권리가 포함되었다." (Jeremy Rifkin(이원기 역), 앞의 글(주69), 353면)

70) 근본이익과 인권의 관련성에 대해서는 고봉진, "근본이익, 정체성과 인권 - 예비적 고찰" (법철학연구 제10권 제1호, 2007), 262면 이하. 이에 따르면, T. H. 마셜의 시민권 이론에 의해 18세기, 19세기, 20세기에 각각 승인된 시민권, 정치적 참여권, 사회권은 어떤 근본이익이 역사의 흐름 속에서 인권으로 승인되었는지를 보여주는 것이다. (고봉진, 앞의 글(주70), 265면)

71) Will Kymlicka(장동진, 황민혁, 송경호, 변영환 역), 『다문화주의 시민권』(동명사, 2010), 5면.

할 수 있었지만, 현대적 정체성은 각자가 자기 자신을 규정할 수 있게 된다. 현대에 이르러 '정체성 정치'의 시대가 열렸고, 이는 지역적이고 특수하고 독특한 것을 존중함을 통해 보편주의가 초래한 불균형을 바로잡아주려 한다. 총체성의 보편세계에는 차이는 동일성에 용해되고 특수는 보편에 굴복하지만, 새로운 정체성의 시대에는 차이를 진지하게 받아들이고 차이에 대해 "관용"하며 차이가 존엄하다는 것을 인정한다.⁷²⁾ 예컨대 종래의 인권 원칙으로 설명하기 힘들었던 소수자집단의 권리문제는 최근 다문화주의 시민권으로 설명하려고 시도되고 있다. 다문화주의 시민권이란 문화적 정체성 때문에 소외받는 집단이 자신의 정체성을 유지하면서 차별받지 않고 살아가는 데 필요한 권리를 말한다.⁷³⁾ 캐나다 정치철학자 킴리카(Will Kymlicka)는 전통적인 인권 원칙으로는 소수자집단권리문제를 해결할 수 없으며, 소수자집단권리문제를 해결하기 위해 전통적인 인권 원칙을 소수자집단권리로 보완하는 것이 정당하며, 또한 사실상 불가피한 것으로 본다. 그에 따르면, 다문화적 국가에서 포괄적인 정의론은, 한편으로는 집단구성원지위와 관계없이 개인에게 부여된 보편적 권리, 그리고 다른 한편으로는 특정의 집단차별적 권리(group-differentiated rights)나 소수자 문화에 대한 '특별한 지위'를 포함하게 된다.⁷⁴⁾

3. 실체론에서 관계론으로

근대 인권 담론과 현대 인권 담론의 또 다른 차이는 근대 인권 담론은 '실체론'을 중심으로 함에 비해, 현대 인권 담론은 '관계론'을 중심으로 인권론을 전개한다는 점이다. 현대의 인권론은 나와 너, 사람들 간의 관계를 떠나 초월적으로 "주어지는" 실체로서의 자연법이 아니라, 나와 너, 우리의 관계에서 인권을 구체적으로 "구성하려고" 한다. 관계존재론적 인권은 인권침해에 대한 상호승인을 통해 비로소 구성된다. 이는 사람들 간의 상호승인과정을 통해, 그

72) 소수자의 정체성과 인권의 관련성에 대해서는 고봉진, "현대 인권론에서 '정체성'의 의미" (법철학연구 제14권 제1호, 2011), 166면 이하.

73) 최현, 위의 책(주67), 108면.

74) Will Kymlicka(장동진, 황민혁, 송경호, 변영환 역), 위의 책(주71), 9면 이하.

것도 인권 침해가 무엇인가라는 간접적인 방법을 통해서야 비로소 구체적으로 밝혀진다.

이처럼 현대인권 담론의 중요한 특징 중의 하나는 인권에 대한 실체론적 담론이 점차 관계론적 담론으로 전환되고 있다는 점이다(From Substance-centered Discussion to Relation-centered One).⁷⁵⁾ 이는 인권담론이 천상에서 지상으로 내려온 후, 총체성과 동일성 가치를 중심으로 전개되는 근대정치가 자율 가치와 타자 가치를 중심으로 한 현대정치로 재구성되면서 초래된 인권 담론의 변화이다.⁷⁶⁾ 현대인권사상은 점차 그 강조점을 동일자적 화자나 저자의 중심성에서 탈피하여 '타자성'을 극대화하는 방향으로 옮겨가야 한다.⁷⁷⁾

실체론에서 관계론으로 인권논의를 전환하면, 인권투쟁은 이미 주어진 인권을 얻기 위한 것이 아니라 사람들 사이에서 인권을 구성하는 것으로 설명하게 된다. 인권의 새로운 구성 시도에서 중요한 것은 "정체성 투쟁"이다. 물론 여기서 이야기되는 정체성은 (앞서 언급한 '정체성'과는 다른 개념으로서) 사람들 사이의 "관계"에서 형성되는 '정체성' 개념이다. 미드(George Herbert Mead)의 '정체성 이론'이 설명하는 것처럼, "객체로서의 자아(me) → 객체로서의 자아(me)에 반응하는 주체로서의 자아(I) → "다른" 객체로서의 자아(me)를 불러일으키는 주체로서의 자아(I)"로 사람들 사이의 관계에서 형성되

75) 이봉철, 『현대인권사상』(아카넷, 2001), 33면: 인간존엄 또한 관계존재론으로 재구성하는 이론이 등장하는 것도 이와 맥을 같이 한다. 관계존재론적 개념으로서 인간존엄에 따르면, 인간존엄은 사람들 사이에 존재하며, 멸시와 사회적 무시의 차원을 통해 인간존엄의 보호 영역이 결정된다. '관계존재론적 인간존엄'에 대해서는 고봉진, "상호승인의 결과로서 인간존엄"(법철학연구 제10권 제2호, 2007), 202면 이하: 비슷한 생각에서 오늘날의 탈형이상학적이고 탈종교적인 토대 위에서 인간 존엄성의 이념은 단지 보편적이고 합리적으로 정당화 가능한 도덕적 질서 속에서 살고자 하는 사람들이 서로를 평등한 주체로서 상호 존중하고 인정하는 관계 속에서 합리적으로 정당화될 수 있다고 주장하는 견해로는 장은주, 『인권의 철학』(새물결, 2010), 305면.

76) 이봉철, 위의 책(주75), 14면.

77) 이봉철, 위의 책(주75), 168면: 인권담론이 실체론에서 관계론으로 전환함에 따라, 동양사상은 다시 주목받기 시작한다는 점을 주시할 필요가 있다. 예컨대 이봉철은 이미 오래 전부터 간주관적 공동체질서를 함양해 온 동양사상에 본 논의를 접속시킴으로써 이 간주관성 속에 질게 드리워 있는 타자가치를 중심으로 하는 새로운 인권이론에 대한 모색을 시도해 보는 일 또한 앞으로의 중요한 과제라고 주장한다. (이봉철, 위의 책(주75), 354면). 서양의 사회 구성 원리가 근본에 있어서 '존재론'임에 비하여, 동양의 사회 구성 원리는 '관계론'이다. (신영복, 『강의』(돌베개, 2004), 23면)

는, 사회적 산물로 그려지는 '정체성'을 말한다. 이러한 정체성 개념에 입각하면, 현대의 소수자 운동은 소수자들이 자신의 주변적인 정체성을 자각하고 그것을 바꾸려는, 미드의 용어에 따르면 I-identity에 기반해 me-identity에 반응하여 "새로운" me-identity를 만들어 가는 '정체성 운동'이다.⁷⁸⁾ 소수자운동은 아직 승인되지 않은 인권이 사람들의 관계 속에서 상호승인되는 것을 목표로 진행되며, 승인관계에 놓인 '자기정체성'을 토대로 전개된다. 승인은 관용 이상의 것을 의미한다('총체성에서 정체성'에서는 '관용'이 핵심용어이고, '실체론에서 관계론'에서는 '승인'이 핵심용어이다).

(이제까지의 논의를 마지막으로 정리하면 다음과 같다.) 자연권으로서 인권은 인권담론의 시발점으로서, 인권 담론이 "천상에서 지상으로", "총체성에서 정체성으로", "실체론에서 관계론으로" 변화하는 출발점이었다. 여기서 필자는 '자연권으로서 인권'과 '새로운 인권담론'을 연결시킴으로써 '자연권으로서 인권'이 어디로 진행되고 있는가를 보이고자 하였다. 이를 통해 오늘날에는 더 이상 주목받지 못하는 "자연권으로서 인권"의 의미가 재조명되기를 바란다.

참고문헌

- 고봉진, "근본이익, 정체성과 인권 - 예비적 고찰", 법철학연구 제10권 제1호, 2007.
- 고봉진, "상호승인의 결과로서 인간존엄", 법철학연구 제10권 제2호, 2007.
- 고봉진, "현대 인권론에서 '정체성'의 의미", 법철학연구 제14권 제1호, 2011.
- 김비환, "현대 인권 담론의 쟁점과 전망", 김비환 외 15인, 『인권의 정치사상』, 이학사, 2011.
- 박은정, 『자연법의 문제들』, 세창출판사, 2007.
- 유홍림, 현대 자유주의와 인권의 보편성, 김비환 외 15인, 『인권의 정치사상』, 이학사, 2011.

78) 미드(George Herbert Mead)의 정체성 이론과 호네프(Axel Honneth)의 인정 이론으로 소수자운동을 설명하는 견해로는 고봉진, 위의 글(주72), 156면 이하.

- 이봉철, 『현대인권사상』, 아카넷, 2001.
- 이종은, 『평등, 자유, 권리』, 책세상, 2011.
- 신영복, 『강의』, 돌베개, 2004.
- 장은주, 『인권의 철학』, 새물결, 2010.
- 조효제, 『인권의 문법』, 후마니타스, 2007.
- 최 현, 『인권』, 책세상, 2008.
- 홍태영, “인권의 정치와 민주주의의 경계들”, 김비환 외 15인, 『인권의 정치사상』, 이학사, 2011.
- Gregory Bateson(박지동 역), 『정신과 자연』, 까치, 1998.
- Ernst Bloch(박설호 역), 『자연법과 인간의 존엄성』, 열린책들, 2011.
- Michael Freeman((김철효 역), 『인권: 이론과 실천』, 아르케, 2006.
- Klaus Held(이강서 역), 『지중해 철학기행』, 효형출판, 2007.
- Johannes Hirschberger(강성위 역), 『서양철학사(上)』, 이문출판사, 2007.
- Otfried Höffe(박종대 역), 『정의』, 이제이북스, 2004.
- Lynn Hunt(전진성 역), 『인권의 발명』, 돌베개, 2009.
- Micheline Ishay(조효제 역), 『세계인권사상사』, 도서출판 길, 2005.
- G. B. Kerferd(김남두 역), 『소피스트 운동』, 아카넷, 2004.
- Will Kymlicka(장동진, 황민혁, 송경호, 변영환 역), 『다문화주의 시민권』, 동명사, 2010.
- Pico della Mirandola(성염 역), Pico della Mirandola(성염 역), 『인간존엄성에 관한 연설』, 경세원, 2009.
- Emmanuel Pierrat(이충민 역), 『법은 사회의 브레이크인가, 엔진인가』, 모티브북, 2009.
- Karl R. Popper(이명헌 역), 『열린 사회와 그 적들 II』, 민음사, 1989.
- Jeremy Rifkin(이희재 역), 『소유의 종말』, 민음사, 2001.
- Jeremy Rifkin(이원기 역), 『유러피언 드림』, 민음사, 2004.
- Bertrand Russell(서상복 역), 『서양철학사』, 을유문화사, 2011.
- Hans Joachim Störig(박민수 역), 『세계 철학사』, 이룸, 2008.

Immanuel Wallerstein(유희석 역), 『지식의 불확실성』, 창비, 2007.
Hans Welsel(박은정 역), 『자연법과 실질적 정의』, 삼영사, 2005.

Nobert Hoerster, Ethik und Interesse, Reclam, 2003.
Niklas Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Suhrkamp, 1992.
Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Suhrkamp, 1998.
Ulfrid Neumann, "Die Tyrannei der Würde" , ARSP, 1998.

[Abstract]

Naturrecht und 'Menschenrechte als Naturrecht'

Ko, Bong-Jin

Professor, Faculty of Law, Jeju National Univ.

In diesem Aufsatz untersuche ich Menschenrechte als Naturrechte in Bezug auf das Naturrecht der Schwachen. Das erste Naturrecht und das zweite Naturrecht sind sehr unterschiedlich, aber die Struktur der Beiden sind sehr ähnlich. Unter den Prämissen, dass die objektive geltende Ordnung schon vorhanden ist, und sie direkt erkannt werden kann, sind nicht nur die Herrschaft der Starken gerechtfertigt, sondern auch Menschenrechte als Naturrechte aus dem vorgegebenen Natur gerechtfertigt. Wegen der Menschenrechten als Naturrechte sind wir an die Vorstellung gewöhnt sind, dass jeder Mensch von Natur aus mit bestimmten Rechten ausgestattet ist. Aber heutzutage kann Naturrechte nicht mehr die Rolle als Kriterium der Menschenrechten spielen. Man kann sich nicht mehr auf objektive Geltung des Naturrechts berufen, um Menschenrechte zu begründen. Man benutzt

viele neue Konzepte, die das substanzontologische Menschenrechtskonzept ersetzen können. Vor allem haben Menschenrechte als Naturrechte in der Menschenrechtsdiskussion die historische Bedeutung. Sie waren der Anfangspunkt der Menschenrechtsdiskussion, die von Himmel zu Erde, von Totalität zu Identität, von Substanzontologie zu Relationsontologie wechselt wird.

Key words : Menschenrechte, Naturrecht, Substanzontologie