

## 제목: 우리는 어떤 권리를 갖는가 What Rights Do We Have?

(Taking Right Seriously 의 제7장)

요약번역자: 이한

1 우리는 자유에 대한 권리(자유권)을 가지고 있는가. 거의 대부분의 사람들은 자유(liberty)가 유일한 정치적 권리가 아니기 때문에 자유(freedom)를 누리려는 요구는 제한되어야 한다고 주장한다. 예를 들어 다른 사람의 안전이나 재산을 보호하기 위한 제한이 요구된다는 것이다. 그럼에도 불구하고 일부 자유권에 우선권을 주는 합의는 광범위한 것으로 보인다. 그러나 이러한 합의 자체는 과도한 것이라 보이고 나는 이 장에서 이 점에 대해서 논의할 것이다.

2 보수주의자들은 진보적 경제정책을 자유를 근거로 해서 반대한다.

3 또한 이들 보수주의자들은 사회적 이슈(특히 인종적 이슈)를 자유와 평등 간의 갈등으로 제시하는 일이 흔하다. 그리고 덧붙인다. 그래서 타협과 균형이 필요하다고.

4 학교, 피고용인, 이웃을 선택할 자유가 만일 에어컨이나 랩스터를 선택할 자유와 같다면 위와 같은 보수주의자들의 논리대로 자유와 다른 가치 간의 타협은 불가피할 것이다. (다른 가치를 추구하려면 자유를 침해할 수 밖에 없고 자유를 추구하면 다른 가치 예를 들어 평등을 침해할 수 밖에 없다는 논리)

5 근거리에서 있는 학교에 다닐 수 있는 헌법적 권리를 도입해서 강제버스통학을 불법화하는 운동도 있다. 자유권이 침해된다는 소리이다. [※강제버스통학(busing)은 학교 내의 인종적 구성의 균형을 도모하기 위하여 대도시 내부의 소수민족 거주지 학구와 교외의 백인 거주지 학구와의 사이에서 각각 교육위원회가 준비하는 버스에 의하여 어린이를 상대 학구로 통학시키고자 하는 정책을 말한다. 적극적 차별철폐 조치의 일환이다. 이것이 자유와 관련되는 이유는 법률에 의하여 장거리 버스 통학이 강제되기 때문이다. 특히 교외에 사는 백인들이 도심 내의 학교에 가야 되어 교외 백인 학부모들이 반발이 많다] 이런 논리는 적어도 자유에 대한 일반적 권리가 정치적 권리 중 챔피언적인 권리로서 인식되기 때문에 성립한다.

6 자유에 대한 전통적 정의는 “국가에 의한 제약의 부재”(이샤야 벌린)이다. 이러한 전통적 견해에서는 살인 막는 것이나 섹스 못하게 하는 것이나 둘 다 자유 제한이라고 본다. 다만 전자의 자유 제한이 허용되는 이유는 자유 자체의 본질적 구조 때문이 아니라 다른 이유에서 자유 타협이 불가피하기 때문이라고 본다. 예를 들어 평등을 보호하기 위해서 법률로서 자유를 불가피하게 제한해야 한다는 것이다. 이것이 바로 중립적인 자유의 개념이다.

7 이런 중립적 개념은 인민들이 어떤 법률로 인하여 무엇을 잃었는지 명확하게 보여줌으로써 전체주의 정부가 잃은 것이 없다고 하는 위장술을 비판할 수 있게 해준다. 그래서 이샤야 벌린 같은 자는 원하는 것이 무엇이든 그것을 막는 것은 자유 침해로 보는 것이 진정한 자유주의 전통이라고 한다.

8 그러나 저 개념은 혼란만 가져와서 자유에게서 권리로서의 지위를 벗겨내어 버린다.

9 자유권을 갖고 있는지를 묻기 위해서는 ‘권리’의 의미를 확정해야 한다. 단순히 좋다고 생각해서 원한다는 이유로 권리가 있다면 바닐라 아이스크림이나 그랜저에 대해서도 권리가 있다. 더 나아가 다른 사람에게 평등권이 주어지지 않게 할 자유권이 있다고도 말할 수 있게 된다. (예를 들어 흑인이 마당에서 낙엽을 쓸고 있는 꼴을 보지 않을 자유가 있다. 흑인은 대학에 입학하는 꼴을 보지 않을 자유가 있다. 적어도 대학 스스로가 흑인을 대학에 입학하지 않게 하는데 그런 자유도 일단 권리이기는 하다는 등등의 진술이 참인 것이 된다.)

10 자유권이 그 범위가 확정되어서 정치적 토론에서 역할을 할 수 있으려면 자유권은 바닐라아이스크림이 먹고 싶어요 따위보다는 훨씬 강한 의미를 가져야 한다. 7장에서 나는 이러한 강한 의미에서의 권리를 이미 분석하였다. 여기서 다시 요약하자면, “권리에 대한 성공적인 주장이 이루어지면 다음과 같은 효과가 나온다 : 정부가 일반적 이익에 의해서도 그 권리를 침해할 수 없다”

11 ex) 일방통행로를 만드는 경우를 생각해보자. 양방향으로 다닐 수 있던 통행로 때문에 차가 많이 막히고 교통사고의 위험성도 높아진다고 하자. 이는 일반통행로를 만들 때 고려해야 할 일반적인 공익 사항으로, 양방통행로에서 한 방향을 막아버리기 위해서는 이같은 이유로도 충분하다. 특별한 정당화가 필요없다. 왜냐하면 “양방향으로 자유롭게 다닐 자유권”같은 것은 위와 같은 강한 의미에서의 정치적 권리가 아니기 때문이다.

12 반론(첫번째 이론): “중요성에 따라 기본적 자유와 그 외의 자유로 나누어지고, 심각하게 기본적 자유가 침해되었을 때만 문제된다고 보는 것이 더 적합하다. 그렇게 보면 위와 같은 일방통행로 만드는 경우도 그 외의 자유를 침해하는 것이 되지만 기본적 자유도 아니고 심각하게 침해한 것도 아니니까 문제되지 않는 것이지 아예 자유가 다른 가치와 타협을 하여 제한된 것이 아니라고 볼 수는 없다.”

13 반론에 대한 비판: 기본/비기본, 심각/안심각 어떻게 나누나! 그걸 제대로 나누는 이론이 여태까지 나온 적이 없다.

14 **심각/안심각**을 나눈다는 것은 자유를 양을 세는 상품 같은 것으로 생각해야만 가능하다. 그러나 이는 황당한 아이디어다. 양적으로 조작 가능하게 정의하려면 우리의 직관에 반하는 결과가 도출된다. 예를 들어 자유 제한으로 인해 생긴 **좌절의 정도로 심각성을 측정**하려고 하면, 교통신호위반이나 절도를 금지하는 것으로 인해 생긴 좌절은 정치적 발언을 제약하여 생긴 좌절보다 더 클 수 있다. (특히 한국에서는 정치적 자유가 제약되어도 별다른 좌절감을 느끼지 않는 사람들이 매우 많다. 반면에 늘 가던 통행로가 갑자기 일방통행으로 바뀌면 엄청난 좌절감을 맞볼 것이다. 그렇다고 해서 통행로가 일방통행으로 되어 생긴 자유 침해가 설치류를 비판하지 못함으로써 생기는 자유 침해보다 더 심각하다고 할 수는 없는 노릇이다) 또 다른 아이디어로 미래의 **선택을 제한하는 정도를 측정하여 심각성을 측정**한다고 하여 보면, 형법의 금지규범이 정치활동을 제한하는 규범보다 더 큰 선택을 제한한다. (예를 들어 사람들은 자신에게 욕을 하는 사람을 패고 싶어한다. i) 흠씬 두들겨 팬다, ii) 조금 팬

다, iii) 안팎의 선택에서 i), ii)의 선택을 박탈하는 것이다. 세상은 넓고 펄 사람은 많다. 그외에도 각종 무한한 선택을 형법은 박탈한다. 반면에 공무원이 시국선언을 하지 못하게 하는 것은 그냥 시국선언이라는 선택지 하나만을 박탈한 것이다. 그러므로 이 기준에 의하면 형법은 자유를 심각하게 침해하는 것인 반면 시국선언을 못하게 하는 식으로 국가공무원법을 해석하는 것은 전혀 자유를 심각하게 침해하는 것이 아니다.)

결국 결론적으로, 정도의 문제로 어떤 경우에 어떤 자유가 권리로서 다루어져야 하느냐 아니냐를 구분하는 이론은 실패할 수 밖에 없다.

15 반론의 형태로 제기되는 **두번째 이론**은 기본적 자유 제한은 다른 자유 제한과는 **그 성격이 다르다**는 이론이다. 이 이론에 따르면 표현의 자유를 제한하는 법으로 인해 침해되는 자유는 렉싱턴가 길을 다니지 못하게 하는 것과 단지 정도에서 차이가 날 뿐만 아니라 성격 자체가 다르다는 것이다. 이 이론은 일견 설득력이 있어 보이지만 우리는 성격에서의 차이를 진술하기도 쉽지 않고, 한 경우에는 자유가 권리로서 다루어지는 반면 다른 경우에는 아예 권리가 아닌지를 논하는 이유가 불분명해진다. 그러나 여기서는 논의의 목적을 위해, 기본적 자유와 다른 자유를 이런 식으로 구분하게 되면 일반적 자유권이라는 개념을 버릴 수 밖에 없다는 점을 중심으로 지적하고자 한다. 왜냐하면 우리가 기본적 자유를 보유하는 이유가 만일 기본적 자유의 묶음commodity 자체가 어떤 방식으로 위협에 처하는 경우가 있기 때문이 아니라, 기본적 자유에 대한 침해가 자유에 대한 영향 이상으로 우리를 해하거나 우리의 품위를 떨어뜨리기 때문이라면, 우리가 자유에 대한 권리를 가졌다고는 전혀 할 수 없고, 그 제약이 훼손하는 가치, 이익, 지위에 대한 권리만을 가졌다고 할 것이기 때문이다.

16 이는 단순히 용어상의 문제가 아니다. **잘못 오해된 자유 개념은 두 가지 악영향을 끼친다.** ① 자유와 다른 가치는 서로 **필연적으로 충돌**한다는 감각을 허위로 만들어낸다. ② **표현의 자유, 종교의 자유에 대한 제한을 특별한 부정의로 다루는 이유에 대해 피상적이고 순환적인 답변**만을 준다. 일반적 자유권이라는 사상은 우리로 하여금 이들 자유에 대한 제약이 자유 그 자체에 특별한 영향을 끼치기 때문에 부정의한 것이라고 생각할 수 있게 해준다. 만일 이와 같은 대답은 사실은 위조된 것이라는 점을 인정해버리면 표현의 자유나 종교의 자유 사건에서 진실로 문제되는 것이 과연 무엇인가라는 어려운 질문에 직면할 수 밖에 없다. (종교의 자유 자체가 침해되는 것이 문제가 아니고 마음껏 종교적 행위를 했을 때 산출되는 쾌락이 문제 된다는 답변으로 가게 되므로)

17 자유에 대한 일반적 권리가 없다면 공익에도 불구하고 권리가 있는 까닭은 무엇인가? 공리주의는 이에 대하여 대답을 안한다. 개인이 권리를 가지면 공동체 전반이 장기적으로 더 나아질 것이라는 대답은 지금 논의하고 있는 논점과 관련된 대답으로 칠 수 없다. 왜냐하면 공리주의는 권리는 효용을 최대를 산출하기 위한 형식적 계산규칙으로만 보기 때문이다. 그러니까 규칙 공리주의가 규칙을 마련하는 이유는 보여주지만, 권리 그 자체에 대한 방어는 되지 못하는 것이다. (특히 규칙 공리주의가 규칙에 대한 맹목적 승배로 빠지지 않으려면 규칙 공리주의와 행위 공리주의는 외연적으로 동치일 수 밖에 없고, 때때로 규칙은 예외를 허용해야만 하기 때문에 권리들은 때때로 침해되는 것이 옳다). 만일 우리가 개인의 권리를 우리가 주장하는 바로 그 의미에서 옹호하고 싶다면 우리는 **효용 이외의 근**

거를 찾아내야 한다.

18 나는 하나의 설명 가능성을 앞서 언급한 바 있다. **그 자유가 부인되었을 때 개인이 특별한 손해를 입는다는 논변**이 바로 그것이다. 이 논변에 따르면 자유에는 정치적 이슈에 대해서 공개적으로 이야기할 수 있는 무언가가 있는데, 만일 이 자유가 부인되면, 개인은 특별한 종류의 해악(damage)를 입게 된다. 그리고 이 해악은 공동체 전체가 이로 인해 이익을 본다 하더라도 개인에게 부담시키는 것을 그르게 만드는 해악이다. 이런 종류의 논변은 정치적 자유나 시민적 자유를 상실하게 되었을 때 특별한 박탈감을 느끼는 사람들에게는 호소력을 갖겠지만 다음과 같은 **두 가지 약점**이 있다.

19 ① 정치적 자유를 잃어도 전혀 신경도 안 쓰고 피해를 입었다고 생각지도 않는 무리가 대부분이다. (자신이 소중히 여기는 가치를 표명할 자유를 생각하지 말고, 자신이 현실적으로 모르고 있거나 지지하지 않는 자유를 생각해보면 이 말의 뜻을 알 수 있다. 예를 들어 한국에서 국가보안법은 정치적 자유를 침해하나, 실제로는 이것 때문에 불편한 사람은 극소수라 할 수 있고, 대부분은 있으나 없으나 상관없이 생각한다. 왜냐하면 이미 그들의 관념 자체가 정치적 자유의 상실 하에서 형성되기 때문에 특별히 괴로울 것이 없는 것이다. 이는 국가보안법 뿐만 아니라 종교의 자유를 제한하는 이슬람국가 등에서도 마찬가지이다. 이슬람인이 되어서 이슬람의 세계관에 사는 것만이 길인 사람들은 다른 것을 깊이 이해하지 못하므로 다른 신념을 택하는 자유를 실제로는 잘 모른다.)

② 시민적 자유 중 어느 하나의 상실이 심리적 해악을 필연적으로 또는 개연성 높게 초래한다는 점을 입증할 심리 이론이 없다. 오히려 심리학은 자유가 불안과 정신적 불안정의 그 원인이 된다는 연구결과들을 내어놓고 있다.(선택의 패러독스 The paradox of choice : why more is less 배리 슈워츠 저, 형선호 역, 웅진씽크빅, 2004 참조) 이들 이론이 꼭 설득력 있다고는 할 수 없지만 아무리 정치적으로 바람직하다고 해도 위 연구들과는 반대의 결론을 내는 심리학이 맞다고 확신할 수도 없는 노릇이다.

20 따라서 일반적 이익이나 심리적 이익에 기대는 것 이외의 다른 근거를 찾아야 한다. 여러 근거가 있을 수 있다. 여기서 소개하는 것은 그 중 하나라고 보면 된다.

## 2. 자유에 대한 권리(자유권)

21 나의 논의의 핵심적 개념은 자유가 아니라 평등에서 온다. 나는 우리 모두가 다음과 같은 정치적 도덕의 공준(公準)을 받아들인다고 본다: 정부는 그 구성원 각자를 평등하게 배려하고 존중해야 한다. 정부는 한 시민이 다른 시민보다 더 가치있거나 자격이 더 많다는 근거 위에서 재화나 기회를 불평등하게 분배해서는 안된다. 또한 정부는 한 시민의 인생관이 다른 시민의 인생관보다 고상하다거나 우월하다는 이유로 자유를 제한해서는 안된다. 이 공준들이 한 데 모아지면 평등의 자유주의적 관념(자유주의적 평등관)이라고 부를만한 것을 진술하게 된다. 그러나 그것은 행동을 할 권리로서의 자유의 관념이 아니라 평등의 관념이다.

22 정치이론의 최고 문제는 시민들 사이에 어떤 불평등이 허용되느냐이다. 이 문제에 대한

답은 다음 구분으로부터 시작된다. 자유주의적 평등관에 의해서 통치되는 시민들 각자는 평등한 배려와 존중을 받을 권리가 있다. 그러나 그 추상적인 권리에 의해 이해할 수 있는 두 가지 상이한 권리가 존재한다. 그 중 **첫째**는 평등한 대우를 받을 권리다. 이는, 다른 사람들과 동일한 재화와 기회의 분배를 의미한다. 미연방대법원은 선거구당 의원수 할당 사건에서 시민들은 투표력(voting power-이와 동일한 종류의 사건인 95헌마224 사건에서 한국 헌법 재판소가 헌법이 요구하는 투표가치(投票價値)라 부른 것)의 분배에 있어서 평등한 대우를 받을 권리가 있다고 판시하였다. 그 판례에서 투표권의 상이한 분배가 실제로는 전반적인 이익이 되는 방향으로 작동할 수 있다는 사실에도 불구하고 동일한 하나의 표를 가져야 한다고 논하였다.

**두번째**는, 평등한 성원으로로서 대우받을 권리이다. 이 권리는 동일한 재화나 기회를 받을 권리가 아니라 재화와 기회가 어떻게 분배되어야 할지를 정하는 정치적 결정에서 평등한 배려와 존중을 받을 권리이다. 장기채권 보유자들에게 손해를 끼치는 경제정책이 사회 전반에 이익이 되는지를 결정해야 하는 문제가 대두되었다고 해보자. 그 정책으로 인해 손해를 입게 될 사람들은, 그들의 향후 손실이 그 정책에 의해 증진될 전반적인 이익을 계산할 때 고려되게끔 할 권리가 있다. 그 이익은 전반적인 이익 계산에서 단순히 무시되어서는 안된다. 그들의 이익이 전반적인 이익을 계산함에 있어 고려된다고 하더라도, 그 정책으로 인해 이익을 보게 될 사람들의 이익이 더 크기 때문에 최종결정은 그 정책을 도입하는 것으로 날 수 있다. 그리고 그 경우에는 평등한 배려와 존중에 대한 권리는 위에서 정의된 바의 의미에서는 아무런 반대의 근거를 제공하지 않는다.(그 권리를 침해하지 않는다는 말). 경제정책의 경우에 있어서는 그러므로, 우리는 인플레이션이 정책에 의해 발생될 경우 손해를 본 사람의 이익이 그 정책이 일반적 이익에 기여할 것인가 여부를 결정하는 데에 고려되게끔 하는 권리는 있지만, 그 정책이 실제로 일반적 이익에 기여한다는 점이 입증되었을 경우에는 그 정책을 위법하게 만들 평등한 배려를 받을 권리는 갖고 있지 않은 것이다.

23 나는 평등한 성원으로로서 대우받을 권리는 자유주의적 평등관 하에서 근본적인 것으로 간주되어야 한다고 제안한다. 그같은 보다 제한적인 의미에서 평등한 대우를 받을 권리는 특별한 환경에서만 몇몇 특별한 이유에 의해서, 보다 근본적인 권리로부터 그와 같은 권리가 도출되는 경우에만 유효하다. 선거구 의원수 할당 사건이 그와 같은 특별한 환경의 예이다. 나는 또한 평등한 자로서 대우받을 근본적 권리가 이들 권리를 요구한다는 점이 보여졌을 경우에만 분명하게 인정된 자유권으로 보아야 한다고 제안한다. 만약 이러한 제한이 옳다면 분명하게 인정된 자유권은, 평등에 대한 다른 경쟁하는 권리와 모순되는 것이 아니라 오히려 더 근본적으로 인식된 평등의 개념으로부터 도출되는 것이라고 할 수 있겠다.

24 그러나 나는 이제, 우리에게 익숙한 분명하게 인정된 자유권(distinct liberties) - 예를 들어 미국 헌법에서 확립된 자유권-이 기본적 평등관(fundamental conception of equality)에 의해서 요구되는 것으로 생각될 수 있음을 보여주어야 하겠다. 나는 현재 논의의 목적을 위해서는 이러한 작업을, 더 정교한 논변의 골격만을 제공하는 방식으로 수행하겠다. 더 정교한 논변은 이러한 골격적인 논의의 기초 위에서 특정한 자유를 옹호하는 논변을 말한다. 그리고 나서 더 익숙한 정치적 시민적 자유가 이와 같은 기초적인 논변에 의해서 지지되리라고 기대하는 것이 설득력이 있다는 점을 보여줄 것이다.

25 자유주의적 평등관(liberal conception of equality)을 존중하는 정부는 매우 제한된 특정한 유형의 정당화에 근거하여서만 자유를 적절히 제한할 수 있다. 나는 이 논점을 설명하기 위하여 정치적 정당화에 대한 다음과 같이 다소 조잡한 **유형론**을 채택하겠다. **첫째, 권리의 논변**이 있다. 이는 자유에 대한 제한이 자유를 행사했을 경우 해를 입게 되는 개인의 분명하게 인정된 distinct 권리를 보호하기 위해 요구된다는 논변에 의거하여 특정한 자유 제한을 지지하는 종류의 것이다. **둘째로, 정책논변**이 있다. 정책논변은 어떤 전반적인 정치적 목표를 달성하기 위하여 자유 제한이 요구된다는 위 첫째 논변과 다른 권리를 기초로 하여 특정한 자유제한을 지지하는 논리다. 즉, 특정한 개인이 아니라 공동체 전체가 그 자유 제한으로 인하여 더 나아지게 하기 위하여 어떤 사태를 발생시키는 것을 목적으로 해야 된다는 것이다. 정책논변은 다음과 같이 세분화될 수 있다. 공리주의적 정책논변은 시민들 중 더 많은 수가 그들이 원하는 것을 충족시키는 경우 공동체는 더 나아진다고 논한다. 설사 일부 성원은 이전보다 욕구가 덜 충족되는 경우라고 할지라도. 반면에 이상주의적 정책 논변은 공동체가 어떤 이상적 공동체에 조금이라도 더 다가갈 수 있을 때 공동체는 더 나아진다고 논한다. 그 성원들이 그와 같은 변화를 원하는지 여부에 상관없이.

26 자유주의적 평등관은 이상주의적 정책논변이 자유제한을 정당화하는데 사용될 수 있는 범위를 예리하게 한계지운다. 즉, 그 논변에서 전제되는 이상이라는 것이 그 공동체 내에서 논쟁의 여지가 있는 것이라면 그와 같은 논변은 자유제한의 논거로 사용될 수 없다. 예를 들어, 자유제한은 성원들이 원하든 원하지 않든 문화적으로 더 세련된 사회가 되도록 하는데 이바지한다는 이유를 직접적인 근거로 해서 옹호될 수 없다. 왜냐하면 그와 같은 논변은, 정부는 특정한 삶을 다른 삶보다 본래적으로 더 가치 있다고 생각하는 주장에 기대어 행동하여서는 아니된다는 자유주의적 평등관의 근본원리caanon을 위배하는 것이기 때문이다.

27 그러나 공리주의적 정책논변은 그와 같은 비판으로부터 안전한 듯이 보인다. 그 논변은 어떤 유형의 삶이 다른 삶보다 본래적으로 더 가치롭다고 전제하지 않는다. 대신에, 공동체의 보다 많은 성원들이 다른 대안들보다 더 많이 원하게 되었다는 사실에 근거해서 공동체의 목표를 정하고, 그 목표를 달성하기 위해서는 자유제한이 필요하다는 점에 그 근거를 둔다. 그러므로 공리주의 정책 논변은 평등한 배려와 존중이라는 근본적 권리fundmental right 에 반하지 않고 오히려 이를 구현하는 것으로 일견 보인다. 왜냐하면 공동체의 각 성원들의 원하는 바는 다른 성원들과 똑같이 한번씩만 고려되게 되며 여기에 어떤 할증이나 할인을 하여 공동체의 일부 성원은 다른 나머지보다 존중을 받을 가치가 덜하다거나 더 많다는 관점을 반영하는 것이 아니기 때문이다.

28 이런 **평등주의의 외관**이야말로 내가 생각하기에, 지난 한 세기에 걸쳐 일반적인 정치철학으로서 거대한 호소력을 공리주의가 가질 수 있었던 원천이다. 그러나 9장에서 나는 공리주의 논변의 평등주의 성격은 종종 **환상**에 지나지 않는다는 점을 밝혔다. 나는 여기서 그 논점을 반복하지는 않겠고, 단지 요약만 하도록 하겠다.

29 공리주의 논변은 자유에 대한 특정한 제한이 사람들을 더 행복하게 해준다는 사실이나 선호를 더 충족시킨다는 사실에 기초하여 확립되어 있다. 그러나 다른 정책에 비해서 한 정

책을 더 원하는 사람들의 전반적인 선호는, 더 분석해 들어가면 개인적 선호와 외부적 선호를 모두 포함하고 있는 것으로 드러날 수 있다. 개인적 선호는 그 선호를 지니고 있는 사람 자신에게 재화나 기회를 할당하는 것에 관한 선호이고, **외부적 선호**는 선호 표시자가 아닌 다른 사람에게 재화나 기회를 할당하는 것에 대한 선호이다. 그런데, 공동체 성원들의 외부적 선호에 대한 중대한 비중을 부여하는 공리주의 논변은 현재 논의되고 있는 의미에서는 평등주의적인 것이라 할 수 없다.

30 예를 들어, 공동체 성원의 일부가 공리주의 정치이론 대신 인종주의 정치 이론을 견지한다고 해보자. 그들은 재화의 분배에 있어 한 사람을 무조건 하나로만 계산하고 그 이상으로도 그 이하로도 계산하여서는 안된다고 생각하는 대신, 흑인은 한 사람 미만으로 계산되고 백인은 한 사람 초과로 계산되어야 한다고 생각한다. 그것은 외부적 선호다. 그럼에도 불구하고 한 정책을 다른 정책보다 더 원하는 선호이며 그것이 충족될 경우에 그들에게 쾌락을 가져다주게 된다. 그러나 이 선호와 쾌락이 공리주의 계산에서 규범적인 비중이 부여된다면, 그리고 그에 따라서 흑인들이 고통을 겪게 된다면, 흑인에게 할당되는 재화와 기회는, 공리주의의 추상적인 진술이 표명하는 바대로 개인적 선호 간의 경쟁의 결과로 결정되지 않고, 다른 성원보다 배려와 존중을 받을만한 가치가 덜하다고 생각된다는 바로 그 사실로 인해 결정되어 버린다.

31 다른 예를 들어보자. 공동체의 상당수가 도덕적 이유에서, 동성애, 사후피임약, 포르노, 공산당 지지 표명을 비난한다. 그들은 스스로도 위와 같은 행동을 하고 싶지 않을 뿐만 아니라, 다른 어느 누구도 위와 같은 일들을 하지 않기를 바란다. 그래서 그들은 위 행동들을 금지하는 사회보다 허용하는 사회가 본래적으로 더 나쁜 사회라고 생각한다. 이것은 외부적 선호도 그러나 다시 한번, 이 선호는 그렇다고 해서 또 진정한 선호인 것도 아니고, 그 선호가 충족되었을 때 쾌락의 원천이 되며 무시되었을 때 불쾌의 이유가 된다. 그러나 다시 한번, 이 외부적 선호가 자유제한을 정당화하는 이유로서 계산된다면 자유가 제한된 구성원들은 단순히 자신들의 개인적 선호가 희소한 자원을 얻기 위한 경쟁에서 졌기 때문이 아니라, 어떤 삶이 적절하고 바람직한가에 대한 그들의 인생관을 다른 이들이 경멸했다는 바로 그 이유에서 고통을 겪을 것이다.

32 위와 같은 논의는 다음의 중요한 결론을 이끌어내게 된다: 공리주의적 정책 논변이 자유 제한을 정당화하는 논거로 사용되는 경우에는, 그 논변이 기초한 공리계산이 오로지 개인적 선호만을 고려하고 외부적 선호는 무시해야 한다. 이는 정치이론에서 중요한 함의를 갖는 결론이다. 이는 존 스튜어트 밀이 『자유론 On Liberty』에서 전개한 논변이 반공리주의적이라기보다는 오히려 옹호가능한 공리주의의 유일한 형태를 구축하는 것임을 보여준다.

33 그러나 이는 정치철학의 차원에서는 중요한 결론일지는 몰라도 실용적인 측면에서는 매우 제한적인 의미만을 갖는다. 왜냐하면 개인적 선호와 외부적 선호를 정확하게 가려내어 다르게 취급하는 실제 정치절차를 고안하는 것은 불가능하기 때문이다. 대의 민주주의는 복잡하고 다양한 사회에서 공리주의 정책을 파악하고 달성하는 데 가장 적절한 제도 구조로 널리 받아들여지고 있다. 다수결이 선호의 강도를 충분히 반영하지 못한다는 점, 돈이 정치

설득 기술에 의해 지배되어 투표자의 진짜 선호를 표명하는 정확성이 떨어지게 된다는 점 등등으로 불완전하기는 하지만 그래도 민주주의는 다른 정치 제도보다는 공리주의를 보다 만족스럽게 관찰시킬 수 있는 제도로 보인다.

34 그러나 민주주의는 투표를 통해 불완전하게 드러난 전반적 선호 가운데서 무엇이 개인적 선호 부분이고 외부적 선호 부분인지 가려낼 방도가 없다. 선거나 국민투표에서 실제로 이루어진 투표 결과는 전반적인 선호만 보여줄 뿐, 개별 투표자의 개인적 선호부분과 외부적 선호부분을 하나하나 분리해서 보여주지 않는다. 더군다나 개인적 선호와 외부적 선호 자체가 서로 떼어낼 수 없을 정도로 결합되어 있어서 이 둘을 구분한다는 것이 제도적으로 불가능할 뿐만 아니라 심리적으로도 불가능할 때가 종종 있다. 예를 들어 결사체에 대한 선호를 보자. 많은 사람들이 특정 인종이나 재능, 특질을 보유한 성원으로 이루어진 결사체를 지지한다. 이 경우 개인적 선호는 외부적 선호에 너무나 밀착하여 기생하고 있어서 사고실험의 차원에서 그 기저에 깔린 외부적 선호가 제거되면 어떤 개인적 선호가 남을지 가늠하기 힘들다. 자기 부정적인 선호(self denying preference)의 경우에도 이는 사실이다.(예를 들어 흑인의 여권 개선을 지지하는 백인). 자기 부정적 선호는 다른 사람이 더 많이 가져야 한다는 전제 하에서 특정한 재화를 덜 갖기를 바라는 선호다. 그와 같은 선호가 아무리 고결하다고 하더라도, 심리학적으로 볼 때에는 이 또한 정치이론이나 도덕이론의 형태로 외부적 선호에 기생하고 있는 선호이다. 그리고 이와 같은 선호는 옹호가능한 공리주의 논변에서는 이타주의가 아닌 편견에 기초한 덜 매력적인 선호와 계산되어서는 안되는 것과 마찬가지로 역시 계산되어서는 안되는 대상이다.

35 나는 이제 **권리에 관한 다음과 같은 일반이론**을 제안하고 싶다. 개인의 정치적 권리라는 개념은 강한 반공리주의적 의미에서 외부적 선호를 계산하는 공리주의의 철학적 결점, 외부적 선호를 계산하지 않는 공리주의의 현실적 실현불가능성에 대한 반응이다. 정치적 권리라는 개념은, 대체로 또는 정제되지 않은 공리주의를 관찰시키면서도 민주주의가 현시하는 선호의 외부적 부분에 의해 달성될 것으로 보이는 결정들을 금지함으로써 평등한 배려와 존중에 대한 시민의 근본적 권리를 보호하는 민주주의 정치 제도를 향유할 수 있게 해준다.

36 이상과 같은 설명이, 표현의 자유라든가 개인적 관계나 성적 관계에서 선택의 자유권을 지지하는 데 어떻게 사용될 수 있는가 하는 문제는 단순한 것이다. 이들 자유에 대한 어떤 공리주의적 제한도 우리가 알고 있는 공동체 내에서의 전반적인 선호에 기반해야만 하는 이들 자유에 대한 어떤 공리주의적 제한도 사회에 대한 우리의 일반적인 지식에 비추어 보았을 때 거대한 외부적 선호의 부분이 정치절차가 차별하거나 제거해버릴 수 없는 정치이론이나 도덕이론의 형태로 담겨져 있다는 점이 논증될 수도 있을 것이다. 내가 말했듯이 나의 현 논의의 목적에는 이런 방식을 통해 특정한 자유권을 방어하는 논변을 짜는 것이 포함되어 있지 않다. 여기서는 다만 그러한 논변이 어떤 성격의 것일지만 보이고자 한다.

37 그러나 나는 권리로 여겨지던 것 하나는, 위와 같은 일반적 논변에 의해서 의문에 붙여질 수 있다는 점은 언급해야겠다. 그것은 바로, 재산의 자유로운 사용권이라는 추정된 개인의 권리이다. 11장에서 나는 일부 학파에서는 인기 있는 논변 즉 자유주의자가 표현의 자유는 옹호하면서 재산권과 그 사용권에 관한 권리 역시 병행하여 옹호하지 않는 것은 일관되



지 못하다는 논변에 대하여 비판하였다. 만일 우리가 표현의 자유권을 가지고 있다는 주장이 일종의 자유 자체에 대한 권리를 갖고 있다는 보다 일반적 명제에 의존하는 것이라면 위와 같은 논변은 어느 정도 힘을 가질 것이다. 그러나 그 일반적 명제는 지킬 수 없는 것(untenable)이고 정합성이 없다. 자유에 대한 일반적 권리(일반적 자유권) 같은 것은 존재하지 않는다. (There is no such thing as any general right to liberty). 따라서 특정한 구체적 자유를 옹호하는 논변은 그와는 별개의 구체적인 자유를 옹호하는 논변과는 전적으로 독립적인 것일 수 있으며, 이를 검토한 결론이 다르다고 해서 그 이유만으로 미리 비일관되었다느니, 설득력이 없다느니 말할 수는 없는 것이다.

38 내가 제안하는 권리의 일반이론에 기초하여 특정한 재산권에 관하여 무엇을 이야기할 수 있을 것인가. 예를 들어 나중에는 법원 뿐만 아니라 자유주의자들도 거의 모두 후회하였던 유명한 로크너 판결이 지지했던 계약자유에 대한 권리에 대해서 무엇을 이야기할 수 있을 것인가? 최저임금제와 같은 방식으로 그러한 권리를 제한하는 정치적 결정은 외부적 선호에 효력을 부여하게 된 결과이므로, 그 자유가 제한되는 자의 권리를 침해하는 것이라고 논증할 수 있는 어떠한 논변도 생각할 수 없다. 내가 생각하듯이 그러한 논변이 존재하지 않는다면 권리라고 생각되던 것은 실상 존재하지 않는 것이다. 로크너 사건에서 인정된 계약의 자유가 존재함을 부인하면서도 다른 자유권을 기꺼이 옹호하는 데는 아무런 모순도 없는 것이다.

(유의사항: 이 에세이에서도 드러났듯이, 드워킨은 ‘정치적 권리’라는 말을 매우 엄격하고 제한적인 의미로 사용하여 실제 헌법문제에서 강력한 힘을 갖도록 하고 있다. 반면에 한국 헌법재판소에서 ‘권리’는 무정형의 일반적 행동의 실존적 가능태를 가리킨다. 그래서 “일반적 행동 자유권이 있다” “아무하고나 섹스할 권리도 거기에 속한다” “그런데 간통죄로 그걸 못하게 막는 것이 괜찮다”라는 언어사용이 성립할 수 있는 것이다. 한국 헌법재판소가 택하고 있는 자유 침해에 있어서 위헌성 심사에 쓰이는 도구는, 이 에세이에서 드워킨이 비판하고 있는 심각/안심각 따위의 조잡한 비레론의 대표적인 형태를 보이고 있다)