

## 10장 자유와 도덕성 Liberty and Morality

저자: 드위킨

요약번역자: 이한

1 의심할 여지없이 대부분의 미국인과 영국인은 동성애, 매춘, 그리고 포르노의 출판이 비도덕적이라고 생각한다. 이와 같은 사실의 어느 부분이 위 행위들을 범죄로 만들고자 하는 결정에 일 역할을 해야 되는가? 이것은 철학적 사회학적 논쟁에 뿌리를 둔 쟁점을 가득한 얽히고 설킨 질문이다.

2 몇가지 입장이 가능하다. 그런데 각 입장은 저마다 정당화하기에 일련을 어려움을 지고 있다. 공중의 비난(public condemnation)은 그 자체로서 어떤 행위를 범죄로 만들기에 충분한가? 그와 같은 논리는 개인적 자유에 관한 우리의 전통에 어긋나고 다수 군중이 견지하는 도덕적 신념이라 할지라도 진리를 보증해주지 않는다는 우리의 지식에도 상치된다. 공중의 비난이 범죄화의 충분한 이유가 되지 않는다면 그 이상 무엇이 더 필요한가? 문제의 행위에 의해 직접 영향을 받는 특정한 개인에게 현재적인 해가 가해진다는 점이 보여져야만 하는가? 아니면 사회관습과 제도에 일정한 영향을 끼쳐 사회적 환경을 변화시키고 그로 인하여 간접적으로 사회의 모든 구성원들에게 영향을 끼친다는 점을 보이는 것으로 충분한가? 만약 후자가 맞다면 이들 사회적 변화가 어떤 표준적인 종류의 장기적 해악, 예를 들어 범죄의 증가나 생산성의 감소라는 해악을 끼친다는 점이 입증되어야 하는가? 아니면 단지 현재 공동체의 다수(vast bulk)가 그러한 변화를 혐오(deplore)한다는 점을 보이는 것으로 충분한가? 만일 그렇다면 범죄화의 요건으로 해악을 요구하는 것은, 공중의 비난이라는 그 요건에 무엇을 더 요구할 것인가?

3 1958년 데블린 경은 브리티시 아카데미(British Academy)에서 마카배언 강연(Maccabaeen Lecture)을 했다. 그는 강연제목을 “도덕의 강제”라고 붙였고, 이들 원리의 쟁점을 파고들었다. 데블린은 동성애 행위에 대해 언급하면서 그의 결론을 요약하였다. “우리는 먼저 차분하고 열정에 사로잡히지 않은 상태에서 동성애 행위가 존재한다는 사실만으로 위해가 되어 그것이 너무나 혐오스러운 악덕인지를 생각해 보아야 한다. 만약 그것이 우리가 살아가고 있는 사회의 진실된 감정이라면 나는 사회가 그 행위를 뿌리뽑을 권리를 어떻게 박탈당할 수 있는지를 알지 못한다.

5 미국의 법률가들은 데블린 경의 논변에 주의를 기울여야 한다. 그의 결론은 인기 있는 것이 되지는 못할 것이다. 그러나 인기가 있건 없건 그의 논변이 반박될 수 있는 것이라고 충분히 납득하기 전에는 그 논변을 무시할 권리가 우리에게 없다. 그의 논변 중 하나-내가 다를 두 논변 중 두번째는 민주주의 이론과 도덕의 강제 사이의 연결고리에 우리의 주의를 집중시켜주는 상당한 이익이 있을 것이다.

데블린 경우의 disenchantment

6 데블린이 맥카베언 강연을 했을 때는 마침 울펜덴 위원회(Wolfenden Committee)가 성인들 간의 합의에 의한 동성애가 더 이상 범죄가 되어서는 안된다고 권고한 때였다. 데블린은 범죄와 죄(crime and sin) 사이의 적절한 구분선에 대한 위원회의 표현에 완벽히 동의했었다.

이 분야, 즉 법의 역할이라는 분야는 공공의 질서와 범례(decency)를 보존하고 폐가 되거나(offensive) 해를 주는 것(injurious)으로부터 시민을 보호하고, 다른 사람을 착취하거나 타락시키지 않도록 충분한 안전장치(safeguards)를 제공하는 것이어야 한다. 우리의 견해로 보아, 위에서 개관한 목적을 실현하는 데 필요한 정도를 넘어서 다른 시민의 사생활에 간섭하거나 특정한 행위 유형을 강제하는 것은 법의 역할이 아니다. 간략하고 거칠게 말해서, 사적인 도덕과 비도덕의 영역은 법의 관심사가 아니다.(not the law's business)

7 데블린 경은 제레미 벤담과 존 스튜어트 밀의 가르침으로부터 나온 이 이상을 의문의 여지가 없는 것으로 생각했었다. 그는 이 이상에 맞추어 영국의 형법을 개정하려면 동성애를 비범죄화하는 것 이외에 또 어떤 변화가 필요한지 고통스럽게 살펴보기로 결심하였다.(painstaking consideration) 그러나 그와 같은 탐구는 처음에 자신의 탐구가 기반하고 있던 출발점이던 단순한 신념을 확인해주는 커녕 파괴하였다고 그는 토론했다. 즉, 그는 밀과 벤담으로부터 나온 그 이상이 의문의 여지가 있을 뿐 아니라 틀린 것이라고 확신하기에 이르렀다.

9 데블린의 주장은 두 가지 주요한 논변으로 구성된다. 그 중 첫번째는 맥카베언 강연에서 구조를 갖춘 형태로 제시되었다. 그 논변은 사회가 스스로의 존속을 보호할 권리를 논한다. 두번째의 논변은, 첫번째의 논변과는 상당히 다르며 훨씬 더 중요한 것인데, 여러 편의 에세이를 통해 분산된 형식으로 발전해 왔다. 그 논변은 사회의 다수는 그들이 반대하는 사회 환경의 변화를 막아야 한다는 도덕적 확신을 따를 권리가 있다는 것이다. 나는 이 두 논변을 차례대로 검토하되 두번째 논변을 훨씬 길게 검토하겠다.

10 첫번째 논변: 사회가 스스로를 보호할 권리

첫번째 논변은 다음과 같다.

- (1) 현대사회에서는 일부 사람들이 자기 자신의 삶의 기준으로는 받아들이지만 다른 사람에게는 강요하고자 하지 않는 다양한 도덕적 원리가 있다(A). ex) 종교에서 부과하는 규범
- (2) 그러나 다수의 사람들이 그 위반을 관용하지 않고 이에 동의하지 않는 사람들에게도 강제하고자 하는 도덕규범도 존재한다.(B) ex) 일부일처제

사회는 B 종류의 규범이 없으면 존속하지 못한다. 왜냐하면 사회의 존속에는 일정한 도덕적 일치가 본질적으로 요구되기 때문이다. 모든 사회는 그 자신의 존재를 보호할 권리가 있다.

12 (2) 만일 사회에 그런 권리가 있다면, 형벌을 수단으로 써서 그 권리를 실현시킬 권리도 있다.

13 그러나 법으로 비도덕적 행위를 처벌할 수 있는 사회의 권리는 모든 종류의 비도덕적

행위에 대해서 꼭 다 행사될 필요는 없다. 우리는 모종의 제약 원리의 영향과 중요성을 인식해야만 한다. 제약원리에는 여러가지가 있으나 그 중에서도 가장 중요한 것은 “사회의 통합성과 양립가능한 최대한의 개인의 자유에 대한 관용이 있어야 한다”는 것이다. 이들 제약 원리를 함께 고려하면, 어떤 행위가 심대하게 비도덕적으로 여겨진다고 결론내림에 있어 신중할 것이 요구된다. 사회가 그 행위를 비난함에 있어서 불편함이나 기꺼워하지 않는 마음이나 잠재적인 관용이 감지될 경우에는 법은 그 자리에 머물러 있어야 한다. 그러나 공중의 감정이 매우 강렬하고 지속적이며 집요한 것일 때 즉 데블린 경의 용어를 빌리자면 ‘불관용, 분개, 그리고 역겨움의 감정을 유발하기에 이르면 이들 제약원리 중 어느것도 적용되지 아니하며 따라서 사회는 자유롭게 법으로 도덕을 강제할 권리를 행사할 수 있다. 따라서 동성애와 관련하여 요약적으로 다음과 같은 결론을 내리게 된다. 만약 동성애가 진정으로 역겨운 악덕으로 여겨진다면 그것을 뿌리뽑고자 하는 사회의 권리를 부인할 수 없다.

14 우리는 이 논증을 잘못 이해하고자 하는 가능한 유혹에 빠져서는 안된다. 그 논증은 공동체의 대다수가 어떤 행위가 비도덕적이라 생각할 때 그 행위가 비도덕적이라는 생각이 옳을 것이라는 전제에 의존하고 있지 않다. 데블린 경이 공중의 도덕이 도전받을 때 문제가 된다고 생각하는 것은 사회의 존속 자체이며, 그 도전의 대상이 되는 도덕이 옳으나 그러나 자체를 따지지 아니하고도 사회는 스스로를 보존할 권한을 갖는다고 그는 생각하는 것이다.

15 이 논증은 타당한가? H. L. A. Hart 교수는, 매카배인 강연의 핵심에 놓여 있는 듯한 그 논증의 외관에 응답하면서(H. L. A. Hart, Law, Liberty and Morality 51(1963)) 그 논증이 사회란 무엇인가에 관한 혼동된 관념에 기초하고 있다고 생각했다. 사회에 대한 전통적인 관념 비슷한 것만 가지고 있어도 사회가 심대하게 비도덕적이고 역겹다고 생각하는 모든 행위 하나하나가 사회의 존속을 위협한다고 보는 것은 황당하다고 하트는 이야기하였다. 그러한 관점은 사회의 존속이 구성원 중 한명이 죽고, 새로운 아기가 태어남으로써 위협받는다고 논증하는 것만큼이나 어리석은 것이다. 그리고 데블린 경은 그런 어리석은 주장을 뒷받침하기 위한 어떤 증거도 제시하지 않았음을 하트는 상기시킨다. 설사, 사회에 대한 인위적인 정의(definition)를 받아들여 사회가 특정한 시기에 구성원들이 우연히 견지하게 된 도덕적 사상과 태도의 특정한 복합체로 이루어져 있다는 점을 받아들인다면, 도덕에 관한 현재의 상태 각각은 그 존속을 힘으로 보존하기 위한 권리를 갖게 되는데 이는 도저히 수용할 수 없는 결론이라고 한다. 그리하여 하트 교수는 ‘사회’에 대한 전통적 의미가 채택되든 인위적인 의미가 채택되든, 데블린 경의 논증은 실패한다고 논했다.

16 데블린 경은 새롭게 덧붙인 긴 각주를 통해 하트교수의 비판을 반박했다. 하트의 비판을 요약한 후에 데블린 경은 언급하기를 ‘나는 사회의 공유된 도덕으로부터 이탈한 모든 행위가 그 존속을 위협한다고 주장한 적도 없고, 사회의 공유된 도덕에 반기를 드는 모든 행위가 그 존속을 위협한다고 주장하지도 않는다. 나는 그 두 종류의 행위 모두가 그 본성에 있어 사회의 존속을 위협할 수 있는 것이고 따라서 그 중 어느것도 법의 규율 대상 밖에 놓여서는 안된다는 주장을 할 뿐이다’라고 답변하였다.

17 그 답변은 우리가 논변의 두번째 부분-사회가 그 공중의 도덕을 법으로 강제할 권리가

있다는 중대한 주장-을, 사회는 그러한 권리를 결코 갖지 않는다는 명제에 대한 부인 정도의 의미로 한정해서 받아들여야 함을 말해준다. 데블린 경은 명백히 올펜텐 보고서의 '사적 도덕의 영역이자 법의 관심사가 아니다'라는 진술을 사적인 성적 행위를 법의 심사 바깥에 위치시키는 고정된 사법적 장벽을 주장하는 것으로 이해했다. 그의 논변은 새로운 각주가 말해주듯이, 단순히 그러한 헌법적 장벽은 세워져서는 안된다는 점을 보여주기 위해 고안되었다. 왜냐하면 확립된 도덕에 도전하는 일이 너무나 심대하여(profound) 도덕에의 순응 그리고 사회 자체가 위협받을 수 있기 때문이다.

18 우리는 이 제한된 논점에 대해서도 설득되지 않은 채 남아 있을 수 있다. 우리는 어떠한 인기가 없는 행위가 사회의 존속에 가져오는 위험이 너무 적어서 개인의 자유를 전체적인 히스테리로부터 신중하게 보호하고, 그와 같은 종류의 헌법적 장벽을 세우고 주기적인 위험의 재평가를 금지하는 것이 현명한 정책이라고 생각할 수 있다.

19 그러나 헌법적 장벽을 없애야 한다는 점에 설득된다고 한다면 우리는 다음과 같은 피할 수 없는 질문에 답변하는 논증의 세번째 단계를 다루어야 한다. 깊이 안착되어 있고 진정한 공중의 도덕에 대한 도전이 아마도 사회의 존속을 위협한다는 점, 그리하여 법의 관심사라는 문턱을 넘는 곳에 놓여져야 한다는 점을 인정하더라도 단순히 심사를 하는 것을 넘어서 적극적으로 제재하는 것을 정당화하기에 명백하고 현존하는 위험이 있는지를 어떻게 알 것인가? 단순히 공중이 열정적으로 어떤 행위를 비난한다는 사실 외에 실제의 위협 속에 사회가 놓여 있다는 점을 보여주기 위하여 무엇이 더 필요한가?

20 논증의 세번째 단계의 수사는 이 질문에 응답하는 것처럼 보인다. 왜냐하면 그 내용 가운데 '자유freedom', '관용 toleration' 그리고 '비교교량 balancing'이라는 말까지 많이 등장하기 때문이다. 그러나 실제로는 그 논증은 이 질문에 전혀 응답하고 있지 않다. 왜냐하면 자유, 관용, 비교교량을 논증의 두번째 단계에서 진단되는 공중의 분노가 과잉진술되었다는 점이 보여질 때에만, 즉 좀 거짓인 부분이 있다는 점이 보여질 때에만 적절한 것이 되기 때문이다. 공중의 열정이 적정한 것으로 확인되어 불관용과 의분과 혐오감이 진정한 것으로 확인이 되었을 때에는 사회 통합과 양립가능한 최대한의 개인적 자유는 더 이상 적용되지 않는다. 결국 열정적인 공중의 비난 외에는 더 필요한 게 없다는 뜻이 된다.

21 짧게 말해서, 데블린의 논증은 지성적인 책략(sleight of hand)을 포함한다. 두번째 단계에서, 공중의 분노는 문지방 기준으로 제시되어 그 문지방을 넘으면 대상행위는 법으로 규제하는 것이 금지되지 않는 범주에 속하게 된다. 그러나 논증의 세번째 단계로 이행하는 어딘가의 무대 뒤에서 이 문지방 기준은 그 자체로서 규제행위를 할 것인가 말 것인가의 방향을 결정하는 확정적인 이유가 되어, 그 기준만 통과하여 버리면 법은 더 이상의 요건을 필요로 하지 아니하고 규제로 나아갈 수 있게 된다. 이 책략의 위력은 동성애에 관한 단락에 의하여 입증된다. 데블린 경은 우리 사회가 동성애를 충분히 혐오한다면 동성애 행위가 사회의 존속에 끼치는 위험 때문에 동성애를 위법으로 만들어서 좌절의 비극과 기소 사이에서 선택을 강제하는 일이 정당화된다고 한다. 그는 이 결론을 동성애가 실제로 사회의 존속에 어떤 위험을 끼치는지에 대한 증거를 제시하지 않고, 이러한 결론을 제시하였다. 사회의 공유된 도덕으로부터 이탈한 모든 것은 그 성격상 사회의 존속을 위협할 수 있으므로 '법의

범위 밖에 놓여 있을 수 없다’는 별거벗은 주장(naked claim) 외에는 말이다.

## 22 두번째 논변: 그 빛에 따를 수 있는 사회의 권리

우리는 그러므로 첫번째 논증을 제쳐놓고 두번째로 주의를 돌려보자. 나의 재구성은 내가 묵시적이라고 생각하는 것들을 매우 명시적으로 만드는 일을 포함한다. 그리하여 왜곡의 위험이 어느 정도 있다. 그러나 어쨌건 나는 두번째 논증을 다음과 같이 받아들인다.

23 (1) 동성애 욕구를 가진 사람들이 자유로이 동성애에 탐닉하는 경우 우리의 사회적 환경은 변할 것이다. 그 변화가 어떤 것이 될지는 미리 정확하게 계산될 수는 없지만, 예를 들어 가족의 지위가 교육, 경제, 여가 질서가 조직되는 자연스러운 인간 조직의 전체로 여겨지는 일은 덜해질 것이라는 예상하는 것은 설득력이 있다. 그리고 그런 방향으로의 변화가 조금 더 일어난다면 큰 사회변화가 될 것이라는 점은 설득력이 있다. 우리는 동성애 행위 증가의 영향이 동성애 행위에 직접 참여하는 사람들에게만 한정된다고 가정하기에는 너무 정교하게 생각한다. 이는 마치 우리가 가격과 임금이 그것을 협상하는 사람들에게만 영향을 미친다고 가정하기에 지나치게 정교하게 생각하는 것과 마찬가지로이다. 우리 자신과 우리의 아이들이 살아야만 하는 환경은, 다른 것들과 함께 우리 이외의 다른 사람들이 사적으로 형성하는 패턴과 관계에 의해 결정된다.

24 (2) 이러한 사실 자체로는 동성애를 금지할 권리를 사회에 부여하지 않는다. 우리가 좋아하는 모든 사회적 관습을, 그 관습을 보존하지 않는 사람들을 감옥에 보냄으로써 고수할 수는 없다. 그러나 적어도 우리의 입법가들이 어떤 도덕적 이슈에 대하여 결정해야 한다는 점은 의미한다. 그들은 위협 받는 것처럼 보이는 제도가 인간의 자유를 희생시키는 대가로 충분히 보호할만한 가치가 있는지를 결정해야 한다. 그리고 입법가들은 제도를 위협하는 행위가 비도덕적인지를 결정해야 한다. 왜냐하면 그 행위들이 비도덕적이라면 그 행위를 추구하는 개인의 자유는 보다 적은 고려를 받게 될 터이기 때문이다. 우리는 만약 우리가 금지하고자 하는 행위를 할 도덕적 권리가 아무에게도 없다는 점만 확신한다. 보호하고자 하는 제도의 사회적 중요성에 대해 지나치게 강한 정당화를 필요로 하지는 않는다. 우리는 예를 들어서 자신의 직업을 선택하거나 자신이 보유한 재화에 마음껏 가격을 매길 자유를 침해하는 경우에 비해 거짓말을 할 자유, 사기를 치거나 무모하게 운전할 자유를 침해하는 경우에는, 논거를 보다 덜 필요로 한다.

25 (3) 그러나 입법자는 동성애가 비도덕적인지를 어떻게 결정해야 할 것인가? 과학은 답을 줄 수 없고, 그렇다고 입법가들이 조직화된 종교에 근거할 수도 없다. 그러나 만일 공동체의 대다수(vast bulk)가 그에 대한 답에 의견이 같다면, 설사 교육받은 사람들 중 일부가 이에 반대한다고 하여도 입법가는 대다수의 합의에 근거하여 행동할 의무가 있다. 그에게 다수의 의지를 따라야 하는 도덕적 의무가 존재하는 까닭은 서로 긴밀하게 연결된 두 가지 이유 때문이다.

(a) 마지막 분석에서 도덕적 신조에 필연적으로 그 결정을 의존하여야 하고, 이러한 종류의 이슈는 무엇보다도 민주주의 원리에 따라 해결되어야 한다. (b) 결국, 형사법의 위협과 제재가 사용될 행위가 무엇인가를 결정하는 것은 공동체이다. 공동체는 도덕적 책임을 맡아서

그 자신의 신조에 따라 행동해야 한다. 즉 구성원의 도덕적 신념에 따라 행동해야 한다.

26 내가 이해하기로는 이것이 바로 데블린 경의 두번째 논변이다. 이것은 매우 복잡한 논변이며, 그 논변의 거의 모든 요소가 분석과 도전을 필요로 한다. 몇몇 독자들은 그 논변의 핵심적 전제, 즉 사회제도의 변화는 사회가 그로부터 스스로를 보호할 권리가 생기게 되는 일종의 해악이라는 전제에 동의하지 않을 것이다. 이와 같은 강한 입장을 견지하지 않은 독자들도 (아마도 그들이 경제제도를 보호하도록 고안된 법들을 승인하기 때문이겠지만) 행위가 아무리 부도덕하더라도, 제도에 대해 가해지는 해악이 사변적인 것을 넘어서 실제로 존재할 것이며 임박한 것임을 보여질 수 있어야 사회가 제재할 권한이 생긴다고 느낄 수 있다. 다른 이들은 행위의 도덕성과 비도덕성이 그 행위를 범죄로 만드는 데 고려되어야 한다는 점에 이의를 제기할 것이다. (비록 현재의 법제도 하에서는 그러한 고려가 실제로 이루어지고 있다는 점에 대하여는 당연히 동의하겠지만 말이다) 그리고 또 다른 독자들은 민주주의 하에서도 입법자들은 스스로 도덕적 문제를 결정할 의무가 있으므로 공동체에 만연히 그러한 이슈에 답을 구하여서는 안된다고 생각할지도 모른다. 나는 이와 같은 가능한 여러 입장에 대해서 지지하거나 반대하는 논의를 전개하지는 않을 것이다. 나는 그 대신에 데블린 경의 결론이 그 자신의 조건과 전제, 즉 사회는 핵심적이고 가치있는 제도를 구성원 대 다수가 도덕적 근거에서 비난하는 행위를 제재할 권한이 있다는 전제에 근거하여 유효하게 도출된 것인지를 검토하겠다.

27 나는 그의 결론이 이러한 조건 하에서도 타당하지 않다고 논할 것이다. 왜냐하면 그는 도덕적 원리에 의해 어떤 행위를 비난한다는 것이 무엇인가에 관하여 오해하고 있기 때문이다. 나는 내가 전개할 논증에 대하여 주의의 말을 덧붙여야겠다. 그 논증은 도덕적 언어의 특정한 유형('편견', '도덕적 입장'과 같은 용어들)은 도덕 논증에 있어서 표준적 용례를 가지고 있다는 점을 상기시키는 것을 포함한다. 나의 목적은 사전을 뒤적여서 그 권위에 따라 정치적 도덕의 쟁점을 해결하는 것이 아니라, 데블린 경의 도덕 사회학에서 오류라고 내가 생각하는 점을 드러내 보이는 것이다. 나는 우리의 전통적인 도덕적 실천

## 28 도덕적 입장이라는 개념

우리는 '도덕적 입장' '도덕적 확신'과 같은 용어가 우리의 전통적인 도덕에서 묘사나 기술 뿐 아니라 정당화나 비판에서 사용되는 기능이 있다는 점에서부터 출발해야 한다. 우리가 때때로, 어떤 집단의 '도덕규범'morals 또는 '도덕'morality 또는 도덕적 신념, 도덕적 입장, 도덕적 확신이라는 용어로 인류학적 의미라고 불릴 수 있는 뜻으로 사용하는 경우가 있는 것은 사실이다. 인류학적 의미란, 인간 행위의 성격, 속성, 목표에 대하여 그 집단이 보이는 태도를 기술적으로 일컫는다는 뜻이다. 이러한 인류학적 의미에서 나치 독일의 도덕은 편견에 기초하고 있었다거나 비합리적이었다고 말할 수 있다. 그러나 우리는 이들 용어 특히 '도덕적 입장' 그리고 '도덕적 확신'이라는 용어를 또한 차별적 의미(discriminatory: 차이를 구분하는), 즉 편견, 합리화, 개인적 혐오나 취향, 자의적인 입장 등등과 대조하는 의미에서 사용하기도 한다. 이러한 차별적 의미의 한 용법-아마도 가장 특징적 이용법-은 어떤 행위를 둘러싼 도덕적 쟁점이 명확하지 않거나 논쟁 중일 때 그 행위에 관한 판단에 대하여 한계가 그어져 있으나 중요한 종류의 정당화를 제공하는 것이다.

29 내가 당신에게 공직선거 후보자에게 반대표를 던지기로 했다고 말하면서 그리고 그 이유는 그 후보자가 동성애자이기 때문이며, 나는 동성애를 심대하게 비도덕적이라고 믿기 때문이라고 말한다고 해보자. 만일 당신이 3동성애가 비도덕적이라는 점에 대하여 동의하지 않는다면, 당신은 내가 불공정하게 투표한다고 즉, 도덕적 쟁점과는 무관한 편견이나 개인적 혐오감(repugnance)에 의해서 투표한다고 비난할지도 모른다. 나는 그 때 동성애에 대한 나의 견해에 동조하도록 당신을 설득력하려고 할 것이다. 그러나 만일 내가 설득에 성공하지 못한다고 해도, 다음과 같은 독립적인 논점-이 논점이 독립적이라는 것에 대하여는 나와 당신이 모두 동의할 것이다-에 관한 나의 주장을 납득시키려고 할 것이다. 그 주장이란, 내가 던진 표는 비록 당신의 도덕적 입장과는 다르기는 하나 차별적인 의미에서 하나의 도덕적 입장(a moral position)에 근거하였다는 것이다. 나는 당신에게 이 점을 설득하기를 원할 것이다. 왜냐하면 당신에게 이 점을 설득시키는데 성공한다면, 나 자신과 내가 하려고 하는 것에 대한 당신의 견해를 변경시킬 수 있기를 기대할 수 있게 되기 때문이다. 나의 성품에 대한 당신의 판단이 우선 달라질 것이다. 그 경우 당신은 내가 괴벽스럽다고 (또는 청교도적이거나 세련되지 못하다고) 생각할 수는 있을 것이다. 그러나 이런 특성의 성품의 스타일인 것이지 성품의 흠결은 아니다. 나의 행동에 대한 당신의 판단 역시 이 측면에서 달라지게 될 것이다. 내가 나의 도덕적 입장을 견지하는 한 동성애에 반대한다는 이유로 투표할 권리가 있다는 점을 당신은 인정하게 될 것이다. 왜냐하면 나는 나의 확신에 따라 투표할 권리가 (그리고 의무까지도) 있기 때문이다. 그러나 반대로 내가 편견이나 개인적 취향에 의하여 행동하고 있다고 생각한다면 당신은 나의 권리(또는 의무)를 인정하지 않을 것이다.

30 나는 당신의 견해가 이러한 방식으로 변할 것이라고 기대할 자격이 있다. 왜냐하면 이 구분은 당신과 내가 공유하는 전통적인 도덕의 한 부분이며 우리의 토론에 대한 배경을 형성하기 때문이다. 그 구분은 비록 우리가 그들이 틀렸다고 생각하지만 존중해야만 하는 입장과, 도덕적 추론의 기초 규칙을 어겼기 때문에 존중할 필요가 없는 입장 사이의 차이를 분명히 한다. (실사 철학 텍스트에서는 아니더라도 실제에서는) 도덕적 쟁점에 관한 아주 많은 수의 토론이, 이 결정적인 기준선 위를 충족하는 논변도 있지만 그 아래로 흠결되는 논변까지 포함해서 구성되어 있다.

31 사회가 그 판단을 따를 권리가 있다는 데블린 경의 논증을 활성화시킨 것은 바로 전통적인 도덕의 바로 이러한 측면이다. 그러므로, 도덕적 입장의 차별적인 개념을 보다 면밀히 검토해 보아야 한다. 그리고 이러한 검토는 방금까지 해보았던 가상의 대화를 더 진행시킴으로써 가능하다. 내 입장이 도덕적 입장이라는 점을 당신에게 납득시키기 위해 나는 무엇을 해야 되는가?

32 (a) 나는 당신을 납득시키고자 하는 바에 대하여 어떤 이유를 대야 한다. 그렇다고 해서 내가 따르고 있거나 전제로 삼고 있는 도덕원리를 정교하게 개선해야만 하는 것은 아니다. 아주 극소수의 사람들만이 그렇게 할 수 있으며, 도덕적 입장을 견지할 수 있는 능력은 그러한 능력을 지닌 사람들에게만 한정되는 것은 아니다. 나의 이유는 원리, 이론이 될 필요는 전혀 없다. 단지 내가 동성애를 비도덕적이라고 여기게 만든 동성애의 어떤 측면이나 특

성을 지적하기만 하면 되는 것이다. 예를 들어 성경이 동성애를 금지하고 있다거나 동성애를 하는 사람들이 결혼이나 양육에 적합하지 않다는 점들 말이다. 물론 그와 같이 제시한 이유들은 모두 내가 어떤 일반적인 원리나 이론을 받아들이고 있다는 점을 전제한다. 그러나 나는 그 일반적 원리나 이론을 직접 진술할 필요는 없는 것이며, 내가 그런 원리나 이론에 기대고 있다는 점을 꼭 자각할 필요도 없다.

33 그러나 그렇다고 내가 제시하는 모든 이유가 당신을 납득시키는 목적에 적합한 것은 아니다. 그 중 일부는 도덕적 이유로서는 고려될 수 없는 종류의 이유를 배척하는 일반적 기준에 의해서 배제될 것이다. 우리는 그러한 기준으로서 다음 4가지를 가장 중요한 것으로 생각할 수 있겠다.

34 (i) 만약 내가 당신에게 동성애자는 이성애적 욕구를 가지고 있지 않아서 진정한 남자가 아니라는 이유에서 도덕적으로 열등하다고 말한다면, 당신은 그 이유가 편견의 한 유형임을 보여줌으로써 이를 거부할 것이다. 편견은 일반적으로 우리의 전통이 제외시키는 고려사항들을 중요한 것으로 취급하여 내려진 판단에서 나온 입장이다. 재판이나 경기처럼 구조화된 맥락에서 기초규칙들은 특정한 고려사항들을 제외한 다른 사항들은 배제시키고, 편견은 이러한 고려사항에 대한 포함과 배제의 규칙을 위반하는 판단의 기초가 되는 것이라 할 수 있다. 우리의 전통은 도덕 판단을 내림에 있어 어떤 기초규칙(ground rule)을 전제한다.

35 (ii) 만약 내가 동성애에 관한 나의 견해를 개인적인 정서적 반응(‘그들은 나를 구역질나게 한다’)에 근거를 두고 있다면 당신은 그 이유 역시 거부할 것이다. 우리는 도덕적 입장을 정서적 반응과 구분한다. 도덕적 입장이 무감하거나 열정이 없는 상태에서 취해져야 하기 때문이 아니라-오히려 그 반대다-도덕적 입장이 정서적 반응을 정당화해야지 정서적 반응이 도덕적 입장을 정당화해서는 안되기 때문이다. 만일 어떤 이가 그러한 이유를 댈 수 없을 때라도 그가 정서적인 경험을 겪고 있다는 사실 자체는 부인할 수 없다. 그와 같은 사실은 사회적 정치적 결과에 중요한 영향을 미친다. 그러나 이 때 우리는 그 정서적 연루(emotional involvement)을 그의 도덕적 확신으로 보여주는 것으로 생각할 수는 없는 것이다. 우리가 병적인 혐오증(phobia)이나 강박이라는 통속적인 용어로 지칭하게 되는 입장은 바로 이러한 입장-즉, 어떤 행위나 상황에 대해서 설명할 수 없는 이유로 심각한 정서적 반응을 보이는 것-인 것이다.

36 (iii) 내가 (‘동성애 행위는 육체를 쇠약하게debilitation 한다’)는 식의 사실명제에서 나의 입장의 근거를 둔다고 해보자. 위 명제는 거짓일 뿐만 아니라 너무나 설득력이 없어서 내가 스스로 일반적으로 받아들이고 남에게 요구하는 증거와 논증의 최소 기준을 위배한다. 따라서 당신은 나의 믿음이 설사 진정한 것이라 할지라도 그런 근거에서 합리화의 한 형태로 여길 것이고 내가 댄 이유를 기각시킬 것이다. (합리화는 복합적인 개념이다. 앞으로 살펴볼 테지만, 나 스스로 받아들이지 않은 일반 이론을 시사하는 이유를 대는 일을 포함한다)

37 (iv) 만약 내가 나의 입장을 오직 다른 사람의 신념을 인용함으로써만 뒷받침한다면 (‘모두가 동성애는 최악이라고 생각한다구!’) 당신은 내가 앵무새처럼 남의 말을 따라하고 있을 뿐이며, 나 자신의 도덕적 확신에 기대고 있지 않다고 결론지을 것이다. (복잡한 문제이긴



하지만) 가능성이 있는 예외인 신성(deity; 神性)의 경우를 제외하고는, 내가 거기에 호소하여 자동적으로 나의 입장을 도덕적으로 만들 수 있는 권위란 없다.(드워킨은 물론 신성을 유효한 도덕적 권위로 인정하지 않는다, 다만 여기에서는 논의의 전개를 위해 그럴지도 모른다고 하고 넘어가는 것일 뿐이다) 나는 스스로의 이유를 가져야 한다. 물론 그 과정에서 다른 사람으로부터 그 이유가 무엇인지에 대해 가르침을 받을 수는 있겠지만 말이다.

38 의심의 여지 없이 많은 독자들은 편견, 단순한 정서적 반응, 합리화, 의견 다라하기에 대한 위와 같이 간단하고 대략적인 스케치에 대하여 동의하지 않을 것이다. 그러나 지금 내가 강조하고 싶은 것은 위 스케치의 세부사항이 어떻든 간에 서로 구분되는 개념이며 그리고 다른 사람의 입장이 도덕적 확신인지 여부를 결정하는데 일 역할을 한다는 것이다. 그것들은 우리가 강하게 싫어하는 입장에 덧붙여진 모멸적인 명칭이 아니다.

39 내가 이와 같은 또는 이와 유사한 근거(편견, 합리화, 단순한 정서적 반응 등을 배척하는 근거)에 의해 배척되지 않는 이유를 댄다고 해보자. 그 이유는 모종의 일반적인 원리나 이론을 전제하고 있을 것이다. 비록 내가 그 원리나 이론을 진술할 수 없고 내가 이유를 이야기할 때 마음 속에 실제로 두고 있지는 않다고 해도 말이다. 만약에 나의 이유로써 성경이 동성애 행위를 금지하고 있다는 사실을 제시하거나 동성애 행위자는 결혼하거나 자녀를 양육할 확률이 낮아진다는 점을 제시한다면, 나는 나의 이유가 전제하는 이론을 수용하고 있다는 점을 시사하는 셈이 되며 내가 그러한 전제되는 이론을 수용하지 않는다고 당신이 생각한다면 나는 당신의 입장이 도덕적 입장이라고 납득하지 않을 것이다. 그것은 나의 진정성의 문제가 될 수도 있다. 나는 실제로 성경의 명령이 그 자체로서 도덕적 구속력이 있다고 생각하는가? 또는 모든 사람은 생식의 의무를 지고 있다고 정말 생각하는가? 그러나 진정성만이 유일한 쟁점은 아니다. 일관성 역시 중요하다. 나는 내가 이들 일반적 입장 중 한가지를 수용하고 있다고 생각하지만 그 생각은 틀릴 수도 있다. 왜냐하면 다른 사안에 대한 나의 신념이나 다른 상황에서의 나의 행동이 그 일반적 입장과 모순될 수 있기 때문이다. 나는 성경의 특정 injunction을 거부하거나, 사람은 원한다면 독신으로 남아 있거나 평생 사후 피임약을 사용할 권리가 있다고 생각하는 경우 말이다.

40 물론 나의 일반적인 도덕적 입장은 충족조건과 예외를 가지고 있을 수 있다. 예외와 비일관성 사이의 차이는 이론이나 원리의 예외는 내가 견지하는 것으로 적절하게 주장할 수 있는 이유들에 의해서 지지된다는 것이라는 점이다. 내가 성경의 권위에 의거해서 모든 동성애자들을 비난하지만, 모든 간통자들fornicators은 비난하지 않는다고 해보자. 그렇게 구별하는 이유로 나는 무엇을 제시할 것인가? 내가 그러한 구별 취급을 정당화하는 이유를 하나도 제시하지 못한다면 나는 성경의 권위에 대하여 일반적인 입장을 받아들이고 있다고 주장할 수 없게 된다. 만일 그러한 구별취급을 지지하는 듯한 한가지 이유를 제시할 수 있다 하더라도, 그 이유에 대하여도 동일한 종류의 질문이 나의 원리 대답에 대하여 제기된 것처럼 제기될 수 있다. 나의 예외에 대한 이유가 전제하는 일반적 입장이란 무엇인가? 나는 그 더 나아간 일반적 입장을 진정으로 받아들인다고 주장할 수 있는가? 예를 들어 내가 제시하는 이유가, 간통은 오늘날 매우 흔한 것이 되었고 관습만으로는 제재를 받아온 행위라는 점이라고 해보자. 나는 정말로 비도덕적인 행위가 흔해졌을 때는 도덕적인 행위로 변한다고 생각하는가? 만약 그렇지 않다고 한다면 나는 그 구분을 위하여 어떠한 이유도 대지 못하는

셈이다. 그럴 경우 성경이 비난하는 행위는 비도덕적인 것이라라는 일반적인 입장을 받아들이고 있다고 주장할 수도 없게 된다. 물론 이 점에 대해 지적당했을 때 나는 간통에 대한 나의 견해를 바꿀 수도 있다. 그러나 당신은 이러한 견해의 변경이 마음에서 우러난 진정한 것인지 아니면 단지 논증의 목적을 위한 퍼포먼스에 불과한지를 경각심을 가지고 보게 될 것이다.

41 원칙적으로는 물론 나의 원래 견해를 이와 같은 방식으로 수정하는 것에는 아무런 한계도 없지만, 실제로 이루어지는 논의가 많은 논리적 가능성을 일일이 따라가보는 이러한 과정을 좇아 전개될 가능성은 거의 없다.

42 (c) 그런데 나의 입장이 도덕적 확신에 속한다고 하기 위해서 정말로 그 입장에 대한 이유를 가져야만 하는 것일까? 대부분의 사람들은 불필요한 고통을 야기하거나 아무런 변명거리도 없이 진지한 약속을 깨거나 하는 행동이 비도덕적이라고 생각하지만 그렇게 생각하는 이유를 대지는 못한다. 그들은 이유를 대는 것이 불필요한 일이라고 생각한다. 왜냐하면 그들은 그와 같은 행동이 비도덕적이라는 것을 공리에 해당하는 것이거나 자명한 것이라고 간주하기 때문이다. 이러한 방식으로 견지되는 입장이 도덕적 입장이 될 수 없다고 하는 것은 상식에 반하는 것처럼 보인다.

43 그러나 어떤 이의 입장이 자명하다고 생각하는 것과 단순히 그 입장에 대한 이유를 갖고 있지 않은 것 사이에는 중요한 차이가 있다. 전자는 더 이상의 이유가 필요 없다는 적극적인 신념을 전제로 한다. 즉, 문제의 행위가 비도덕적이라는 것은 그 행위의 사회적 영향이나 행위자의 성품에 미치는 영향이나, 신성이 그 행위에 대해서 금지하는 바 등의 이유에 의존하여 도출되는 것이 아니라 행위 그 자체의 성격에서 도출된다는 신념 말이다. 따라서 특정한 입장이 공리에 해당한다는 주장은, 특별한 종류의 이유를 제시하는 셈이다. 그 이유란 그 행위가 그 자체로서 비도덕적이라는 것이다. 그리고 이 특별한 종류의 이유는 우리가 이제껏 검토하였던 다른 종류의 이유와 마찬가지로, 내가 견지하는 보다 일반적인 이론과 모순될 수 있다.

44 우리가 전제하는 도덕적 논증은 단순히 도덕원리만이 아니라, 도덕적 추론에 대한 보다 추상적인 입장도 포함한다. 그리고 도덕적 추론에 대한 입장은 어떤 종류의 행위가 그 자체로서 비도덕적일 수 있는지에 관한 입장을 전제한다. 내가 당신의 도덕적 견해를 비판하거나, 내가 어리석다고 생각하는 전통적인 도덕적 규칙을 무시하는 것을 정당화하려고 할 때 나는 논의의 대상이 되는 행위가 그 행위를 비도덕적으로 만드는 여러 특성들을 지니고 있음을 부인하는 방식으로 논의를 전개할 가능성이 높다. 즉 그 행위는 어떠한 의무도 위반하지 않는다고 말이다. 예를 들어 그 행위는 행위자를 포함한 그 어느 누구에게도 해를 끼치지 않으며 조직화된 종교에 의해 금지되어 있지 않으며 불법도 아니라고 말이다. 내가 이런 식으로 논지를 전개하는 이유는, 비도덕성의 궁극적인 기초는, 일반적인 기준의 좁은 범위에 한정된다고 믿기 때문이다. 나는 이 가정을 직접적으로 주장할 수도 있고 나의 논의 패턴 속에서 드러나게 할 수도 있다. 어느 경우든 나는 그러한 논의를, 이들 궁극적인 기준으로부터 아무런 지지를 받지 못하는 입장을 “자의적arbitrary”인 것으로 지칭함으로써 나의 논지를 관철시킬 것이다. 예를 들어 당신이 사진이나 수영이 비도덕적인 것이라 말하면

그러한 주장은 자의적인 것이라고 말할 것이 분명하다. 내가 이 아래에 깔린 가정을 정교하게 진술하지는 못한다고 하여도 나는 그것을 여전히 적용할 것이다. 그리고 내가 인식하는 궁극적인 기준은 나의 도덕적 기준 중에서도 가장 추상적인 부분에 속하기 때문에 나의 이웃이 인식하고 적용하는 것과 별로 다르지 않을 것이다. 비록 동성애를 경멸하는 많은 이들은, 왜 그런지 이유를 말할 수 없다하여도, 아무런 이유가 필요하지 않다고 확고하게 말하는 사람은 거의 없을 것이다. 왜냐하면 그럴 경우 그들의 입장은 그들 자신의 기준에 비추어 볼 때 자의적인 것으로 만들게 되기 때문이다.

45. (d) 우리 논증의 분석은 계속 이질 수 있지만 다음과 같은 결론을 정당화하기에는 이미 충분히 길었던 것 같다. 우리 사이의 쟁점이 과연 동성애에 대한 나의 견해가 도덕적 입장에 해당하고, 그래서 그 입장을 근거로 동성애에 반대하는 안에 투표할 권리가 있는지라든 나는 그 쟁점을 단순히 나의 감정을 보고함으로써 해결할 수 없다. 당신은, 나의 신념을 지지하는 이유로서 내가 댈 수 있는 것을 검토하고, 나의 다른 견해와 행동이 그 이유가 전체하고 잇는 이론과 일관되는지를 검토하기를 원할 것이다. 당신은 물론 편견, 합리화란 무엇인지에 대해 그리고 우리의 견해가 서로 불일치하는 때란 언제인지에 대해 나와는 세부적인 측면에서 다를지도 모르는, 당신 자신이 이해한 바를 적용시켜야 할 것이고, 당신과 나는 나의 입장이 도덕적인 것인지에 관하여 부분적으로는 그러한 이해가 서로 다르기 때문에 부분적으로는 이들 정당성 없는 기초가 다른 사람들이 아닌 자신에게 깔려 있다는 점을 인정할 가능성이 낮기 때문에, 의견이 불일치한 상태로 논의를 끝낼 수도 있다.

46 우리는 회의주의의 오류에 빠지지 않아야 한다. 즉 위와 같은 사실로부터 편견이나 합리화, 모순 같은 것은 존재하지 않는다거나, 이러한 용어들은 단순히 그 용어들로 지칭하는 입장들을 강하게 싫어하기 때문에 사용된다고 생각하는 오류에 빠지지 않아야 한다. 그러한 오류는 사람들이 질투란 무엇인가를 서로 상이하게 이해하고 있기 때문에 그리고 그들 중 누가 질투에 빠져 있는가에 대하여 진심으로 견해가 불일치하기 때문에 질투 같은 것은 존재하지 않으며 다른 사람이 질투에 빠져 있다고 말하는 사람은 단순히 그가 상대방을 매우 싫어함을 의미하고 있을 뿐이라는 오류와 마찬가지로.

47 우리는 이제 데블린 경의 두번째 논증으로 돌아올 수 있게 되었다. 그는 입법자가 도덕적 이슈를 결정해야만 할 때 (그의 가설로는 어떤 행위가 가치있게 여겨지는 사회질서를 위협할 때) 그들은 공동체 전반이 도달한 도덕적 입장에 대한 합의를 따라야만 한다는 것이고, 이것은 민주적 원리 때문이고 또한 공동체는 그 자신의 판단에 따를 권한이 있기 때문이라고 한다. 그 논증은 만일 데블린 경이 공동체의 도덕적 합의로 의미하는 바가 우리가 살펴보았던 차별적인 의미에서의 도덕적 입장이라면 어느 정도 설득력이 있을 것이다.

48 그러나 데블린 경은 그러한 종류의 도덕적 입장에 관해서 전혀 이야기하고 있지 않다. 도덕적 입장에 대한 데블린 경의 정의는, 그가 그 용어를 내가 인류학적 의미라고 지칭한 의미로 사용하고 있음을 드러내준다. 그는 말하길 “우리가 강제해야 할 보통 사람의 견해는, 무엇에 대해 이성적으로 추론한 결과일 필요가 없으며 아마도 대체적으로 감정의 문제일 것이다”라고 한다. 그는 덧붙이길 “만약 분별있는(reasonable) 사람이 어떤 행위가 비도덕적이라고 생각하고 또한 - 그 생각이 옳든 그르든 단지 지나치게 들떠서 생긴 것이 아니고

정직한 견해의 표출이라면- 마음이 바른 사회의 구성원이라면 다르게 생각할 수 없다면, 법의 목적에 비추어, 그 행위는 비도덕적인 것이다. 다른 곳에서 그는 딘 로스토우(Dean Rostow)의 “어떤 시기든 사회의 공통된 도덕은 관습과 확신, 이성과 감정, 경험과 편견의 혼합(blend)이다”라는 견해를 인용한다. 도덕적 확신이 무엇인가에 대한 데블린의 이해는 동성애에 대한 유명한 언급에서 가장 명료하게 드러난다. 만약 보통 사람이 동성애를 “존재 자체만으로 불쾌하다고 느낄만큼 역겨운 악덕”으로 생각한다면 그러한 사실은 동성애에 대한 보통 사람의 감정이 도덕적 확신임을 가리킨다고 하였다.

49 데블린 경의 결론은 ‘도덕적 입장’을 이같이 인류학적인 의미(anthropological sense)에서 사용하는 데 기대고 있기 때문에 오류에 빠진다. 대부분의 사람들이 동성애를 역겨운 악덕으로 생각하고 그래서 그것이 존재한다는 사실 자체로도 참을 수 없다는 것이 사실이라고 하여도, 이 공통된 견해가 편견(동성애자들은 여자같이 때문에 도덕적으로 열등한 존재라는 가정에 근거한 편견), 합리화(너무나 근거가 없어서 그 공동체 자체의 합리성 기준마저도 위배하고 마는 가정에 기초한 합리화) 그리고 개인적 혐오(아무런 확신도 대면하지 못하고 인정되지 않는 막연한 자기 느낌으로부터 발생하는 단순히 눈먼 증오)의 합성물일 가능성도 있는 것이다. 보통 사람이 그의 견해를 뒷받침할 어떠한 이유나 근거도 대지 못하면 단순히 이웃이 하는 말을 앵무새처럼 따라하고, 그 이웃은 다시 앵무새처럼 그가 하는 말을 따라하고 있을 가능성도 있는 것이다. 또는 일반적인 도덕적 입장을 전제하는 이유를 만들어낼 수는 있지만, 실제로는 그 입장을 진실되고 일관성 있게 유지하지 못할 수도 있다. 만일 그렇다면 우리가 따르는 민주주의 원리는 그러한 합의를 강제할 것을 요구하지 않는다. 왜냐하면 편견, 개인적 혐오, 합리화에 대한 신봉은, 다른 사람의 자유를 제약하는 정당화가 되지 못한다는 것은 그 자체로서 우리의 대중적인 도덕의 결정적이고 근본적인 입장이기 때문이다. 또한 그렇다면 공동체의 대다수가 그 자신의 판단에 따를 권한도 갖지 못하게 된다. 왜냐하면 공동체는 편견, 합리화, 개인적 혐오에 기초하여 행동하는 자에게까지 그와 같은 권한을 특권으로서 확장해주지 않기 때문이다. 편견, 합리화, 개인적 혐오와, 차별적인 의미에서 도덕적 확신 사이의 이 구분이야말로 전자의 입장을 공동체가 추구할 권한이 없게 하기 위하여 존재하는 것이다.

50 양심적인 입법가는 합의가 존재한다는 이야기를 들을 때 반드시 그 합의의 자격(credentials)을 평가해야만 한다. 이때 이 평가는 개별 시민의 신념이나 행동을 일일이 조사해 보는 것을 의미하지 않는다. 입법자는 그 평가를 하기 위하여 남부 런던 버스 뒤에 앉은 사람(Clapham omnibus - 분별있을 정도로 교육받고 지적이지만 전문가가 아닌 사람)의 의견을 듣기 위한 청문을 열어서는 적절하지 않는 것이다.

51 도덕적 합의가 존재한다는 주장은 여론조사에 의존할 수 없는 것이다. 그 주장은 입법자의 공동체가 어떤 선호되지 않는 행위에 어떻게 대응해야 하는가에 관한 입법자의 이해에 호소하여야 한다. 이 동일한 이해는 그 반응이 일반적으로 지지되는 기초에 대한 자각(awareness)을 포함한다. 만일 신문 사설, 동료들간의 대화, 이익 집단의 증언, 그리고 입법자 자신의 소통을 포함한 공공 토론이 있었다면, 이 이해는 어떤 논증과 입장이 고려대상인지에 대한 그의 자각을 예리하게 해줄 것이다. 그는 이들 논증과 입장들을 감별하여(sift) 이 중 어느 것이 편견이나 합리화인지, 또는 사회구성원 대다수가 수용할 수 없는 일반적

원리나 이론을 전제하고 있는 것인지를 결정하여야만 한다. 입법자가 이 성찰의 과정을 끝냈을 때 도덕적 합의가 이루어졌다는 주장은 입증되지 못하였다는 점을 발견할 수도 있다. 동성애의 경우에 나는, 도덕적 합의가 이루어지지 않았다고 입법자가 판단할 것으로 본다. 그리고 그것이 바로 데블린 경의 무차별한 가설이 그와 같이 심각하게 오류로 빠지게 만드는 것이다. 그의 생각 중 충격적이며 틀린 것은 공동체의 도덕이 중요하다는 주장이 아니라, 무엇이 공동체의 도덕으로 고려되느냐에 대한 그의 주장이다.

52. 물론 입법자는 이 테스트를 그 자신에게도 적용하여야 한다. 입법자가 대중적인 견해와 의견을 같이 한다면 그는 그 견해의 모자라는 점을 알게 될 가능성은 낮다. 비록 그가 자기 비판적이라면 위와 같은 테스트의 실천이 그의 견해를 바꿔놓는 경우도 있다 하더라도 말이다. 어느 경우든 그의 대답은, 우리의 공유된 도덕이 요구하는 바가 무엇인가에 관한 자신이 이해하고 있는 바에 의존하게 된다. 그것은 피할 수 없다. 왜냐하면 우리가 그에게 어떤 기준을 적용시킬 것을 요구할지라도 그는 그 기준을 오직 자신이 이해한 바대로 적용할 수밖에 없기 때문이다.

53 이런 방식으로 일을 해결해나가는 입법자는 대중적인 분노, 불관용, 혐오를 공동체의 도덕적 확신이라고 생각하기를 거부할 것인데, 그렇다고 해서 입법자가 도덕에 관하여 엘리트 주의(moral elitims)에 빠지는 것은 아니다. 그는 단순히 교육받은 그의 도덕적 견해를 그것을 거부하는 다수 견해에도 불구하고 밀어붙이고 있는 것이 아니다. 입법자는 공동체의 분명하고도 근본적으로 중요한 도덕을 강제하려는 일을 최선을 다해 수행하고 있는 것일 뿐이다. 여기서 공동체의 도덕이란, 데블린 경의 견해에 따르면 입법자가 따라서는 안되는 견해보다 그 형식에 있어 사회의 존속에 더 본질적인 합의다.

54 어떤 입법자도 대중의 격분을 무시할 수는 없다. 대중의 분노는 입법자가 반드시 알아두어야 하는 사실에 속한다. 그 사실은 정치적으로 실현가능한 것들의 경계를 그으며, 이들 경계 내에서 입법자의 설득과 강제의 전략을 결정하기도 할 것이다. 그러나 우리는 전략과 정의를 혼동하여서는 아니되며, 정치생활에 관한 사실을 정치적 도덕 원리와 혼동하여서도 아니될 것이다. 데블린 경은 이들 구분을 이해하긴 하지만, 나는 그의 논증이 위와 같은 구분을 할 줄 모르는 사람들에게 가장 호소력이 있으리라는 우려가 든다.

#### 55. 포르노에 대한 침언

나는 동성애를 주된 소재로 논의를 진행했다. 왜냐하면 그것이 데블린 경 자신이 든 예였기 때문이다. 나는 여기서 포르노에 대해서 간략히 짚고 넘어가고 싶다. 왜냐하면 포르노 문제야말로 데블린 경의 이론과 관련하여 당시 영국에서 더 큰 관심사였으며 미국에서도 동성애보다 법과 관련된 더 큰 뉴스거리가 되고 있었기 때문이다. 연방대법원은 이와 관련하여 세 가지 중요한 판결을 내렸다. 긴즈버그 사건, 미슈키 사건, 그리고 패니 힐 사건이 그것이다.(Ginzburg, Mishikin, and Fanny Hill) 이들 중 전자의 두 사건은 포르노를 반포하였다는 원심의 유죄선고(와 징역형)이 그대로 유지되었으며 세번째 사건에서 법원은, 음란한 것으로 당국이 판단한 소설을 금지한 주의 조치를 위법하다고 보았다.(세 명의 판사는 반대의견을 내었다)

57 법원의 다수의견은 Roth 사건에서 실시된 헌법 심사 기준을 고수했다. 그 심사 하에서 만일 “(a) 표현물의 주된 주제가 전체적으로 보아 섹스에 대한 외설적인(prurient) 관심에 호소하는 것이고 (b) 표현물이 동시대의 도덕기준을 위배하여 성적인 사건을 묘사하고 표현하기 때문에 공공연하게(patently) 불쾌한 패를 끼치는 것이며(offensive) (c) 표현물이 그러한 결점을 보충할만한(redeeming) 사회적 가치가 전혀 없을 경우에” 그것은 음란물이 된다. 우리는 정치원리에 관한 질문을 다음과 같이 질문을 던져 볼 수 있겠다. 로스 심사기준에 의해서 음란한 것으로 판정되는 책의 출간을 금할 도덕적 권리를 연방정부나 주에게 부여할 수 있는 이유는 무엇인가?

58 미쉬킨 사건에서 브레넌 대법관의 견해는 한 가지 답을 띄워 올렸다. 에로틱한 문헌은 일부 독자들로 하여금 범죄를 저지르도록 자극한다(incite)는 것이다. 만약 이것이 사실이라면, 즉 그러한 경우 상당한 수의 독자들이 그 책을 읽지만 읽었다더라면 다른 자극에 의해 범죄를 저지르는 일은 없다면, 그리고 그 문제가 다른 방식으로 효과적으로 대처될 수 없다면 그러한 책들을 금지시킬 권한이 사회에 있게 될 수도 있다. 그러나 위 가정들은 모두 의심스러운 것이며, 더군다나 긴즈버그 사건과 같은 경우에는 전혀 적절한 이유가 아니었다. 왜냐하면 긴즈버그 사건에서는 법원은 그 판결을 출간물의 음란성 때문에 내린 것이 아니라, 그 출간물이 계몽적이라기보다는 음탕한(salacious) 것으로 제시되었다는 이유로 내린 것이기 때문이다. 음란한(obscene) 책에 대한 금지를 정당화할 또 다른 이유가 존재하는가?

59 데블린 경의 두번째 논증과 같은 논증이 구성될 수 있겠다. 그리고 사회는 포르노를 금지할 권한이 있다고 느끼는 사람들은 실제로 그러한 논증에 의해 마음이 움직일 것이다. 그 논증은 다음과 같은 형태를 Elf 것이다.

60 (1) 만약 우리가 음란한 책이 자유롭게 판매되도록 놓아두고, 아침 우유처럼 자유롭게 배달되는 것을 허용한다면, 공동체의 전반적인 분위기가 변화할 것이다. 지금은 외설적이고(filthy) 저속한(vulgar) 것으로 생각되는 표현, 옷, 공공장소에서의 행동이 수용할만한 것으로 느껴지게 될 것이다. 법적으로 제재를 받지 않고 포르노를 즐기는 대중은 곧 규율이라고는 전혀 없는 것들을 감수하게 될 것이다. 그리고 모든 형태의 대중적 문화는 필연적으로 음탕한 것에 더 가까워질 것이다. 우리는 이러한 힘들이 작용하는 것을 이미 목도하였다. 『북회귀선(Tropic of Cancer)』 같은 책을 출판하게 놔두었던 우리의 법적 태도의 느슨함은 이미 우리가 영화와 잡지에서 그리고 해변과 도심의 거리에서 보게되는 바에 영향을 끼쳤다. 아마도 우리는 많은 비평가들이 설득력 있게 예술 작품으로 간주하는 것을 위해서는 대가를 치뤄야만 하겠지만, 이윤만을 목적으로 대량생산된 쓰레기를 위해 훨씬 더 큰 대가를 치뤄야 할 필요는 없다.

61 (2) 사회적 관행은, 다수가 기꺼이 그 변화에 참여하지 않는 경우에는 바뀌지 않는다고 말하는 것은 이러한 논증에 대하여 충분한 반박이 되지 않는다. 사회적 타락은 미디어, 그리고 대중의 통제권에서 상당히 벗어난 힘에 의해 진행된다. 그리하여 사회적 타락은 어떠한 의식적인 설계의 통제 훨씬 바깥에서 발생하게 된다. 물론 포르노는 사람들에게 혐오감을 주는 동시에 매혹하는 측면이 있고, 그리고 어느 지점에 이르면 공동체 규범의 퇴락(deterioration)이 이미 진행되어 있어 다수 자신이 퇴락이 더 진행하는 것을 반대하지 않게

될 것이지만, 그것이야말로 사회적 타락이 정말로 이루어졌다는 표지(mark)이지 아무런 타락이 없었다는 증거가 되지 않는다. 바로 이러한 사태 진행의 가능성 때문에 우리가 우리의 규범을 보유하고 있을 때 그것을 강제하는 것이 그토록 긴요한(imperative) 것이다. 이상은 우리 자신으로부터 우리를 법으로 보호하고자 하는 논증의 한 예이다.

62 (3) 포르노를 금지하는 것은 저자, 발행인, 그리고 잠재적인 독자의 자유를 침해한다. 그러나 그들이 원하는 바가 비도덕적인 것이라면 우리는 그들의 자유를 희생하고 우리를 보호할 권한이 있다. 따라서 우리는 도덕적 이슈를 직면하게 된다: 에로틱한 효과를 제외하고는 아무런 가치나 미덕이 없는 ‘하드코어’ 포르노를 출판하거나 읽을 도덕적 권리가 있는가? 이 도덕적 이슈는 권위에 의한 명령(fiat)에 의해서 해결될 수도 없으며, 자칭 윤리의 교사라고 하는 자들(ethical tutors)에 의해서도 해결될 수 없으며, 대중의 의견에 복종함으로써 해결될 수도 없다. 현재로서는 대중은 하드코어 포르노가 비도덕적이라 생각하며 포르노를 생산하는 사람은 저속한 욕망에 영합하는 자라고 생각한다. 그리고 공동체의 성적 도덕관(sexual mores), 그와 연관된 다른 사회적 관습은 이 자들의 자유를 제한하는 것을 정당화하기에 충분할만큼 중요하다고 한다.

63 그러나 이 논증에서 결정적인 부분은, 다른 누가 그것에 대해서 뭐라고 생각하든 마지막 문장에서 기술된 바의 의미에서의 합의가 바로 도덕적 확신의 합의라고 하는 부분이다. 만일 보통 사람이 포르노를 만드는 이를 혐오하는 것이 단지 취향의 문제이거나 자의적인 입장에 불과하다면 그 논증은 실패한다. 왜냐하면 그것들은 자유를 약화시키는 것(abridging)을 정당화하는 만족스러운 이유가 아니기 때문이다.

64 많은 독자들에게는 포르노에 관한 보통 사람의 견해가 도덕적 확신에 해당하는지 여부를 질문하는 것 자체가 기이한(paradoxical) 것으로 충격을 줄 것이다. 왜냐하면 대부분의 사람들에게 도덕의 핵심은 성규범이며 간통, 불륜, 가학성행위, 노출행위와 포르노의 다른 주요한 테마에 관한 보통 사람의 견해가 도덕적 입장이 아니라면, 도덕적 입장에 해당하는 신념을 가지는 것이 가능하거나 한가 하는 의문이 들기 때문이다. 그러나 이러한 행위에 대하여 쓰고 읽는 것은 그것을 실제로 실행하는 일과 동일하지 아니하며 설사 그러한 행위를 하는 것을 비난하는 이유를 제시할 수는 있다 하더라도(즉, 고통을 주고 신성을 더럽히고 sacreligious, 모욕적이고, 공중에게 불쾌감을 준다는 이유로) 그러한 일에 대하여 판타지를 생산하거나 감상하는 행위에까지 이러한 이유가 확대되지는 아니한다.

65 포르노에 관한 도덕적 확신의 합의를 주장하는 사람은, 그러한 합의가 존재한다는 증거를 제시해야만 한다. 그들은 사회의 평균적인 성원이 우리가 기술했던 바대로의 진정으로 그리고 일관되게 개진할 수 있는 도덕적 이유와 논증을 제시해야만 한다. 아마도 이러한 입증과 논증이 가능할 수도 있다. 그러나 배심원석에서건 배심원석 바깥에서건, 보통 사람이 이 모든 문제에 대하여 불만의 뜻을 나타낸다(turn his thumb down)는 사실을 보고하는 일은 이러한 입증과 논증의 제시를 대체할 수 없다.