

## 새로운 역량증진 정의론의 구상

- 사회적 약자의 실천적 보호를 위한 ‘인격적’ 역량증진 이론  
(Capability theory of justice revisited)
- ‘Personal’ capability approach for socially disadvantaged)

이재원

### 목차

#### I. 서론

#### II. 아마티아 센의 역량증진 정의론

1. 실천적 방법론
2. 역량 중심 접근
3. 공적 추론

#### III. 역량증진 정의론의 의의 및 한계 - 사회적 약자를 위한 정의론 중심으로

1. 개인의 능동성과 분배 패러다임
2. 실천 가능성
3. 공적 추론과 개인의 배제

#### IV. 사회적 약자를 위한 정의론: ‘인격적’ 역량증진 이론

1. 정의 실현 과정에서의 행위 주체성
2. 공적 소통
3. 제도적 보장

#### V. 인격적 역량증진 이론의 적용: 장애인차별금지법 제48조 제2항

1. 장애인차별금지법상 적극적 시정조치 분석
2. 정의 실현 과정에서의 행위주체성을 중심으로
3. 공적 소통 참여를 중심으로
4. 제도적 권리 보장을 중심으로

#### VI. 인격적 역량증진 이론의 적용: 적극적 시정조치 관련 판례 변화

1. 서울중앙지방법원 2015.7.10. 선고 2014가합11791 판결
2. 대법원 2021. 4. 1. 선고 2018다203418 판결

#### VII. 결론

## I. 서론

정의는 법철학에서 다루는 주제 중 끊임없이 뜨거운 논쟁이 되는 개념 중 하나이며, 정의에 대한 논의는 역사 속에서 비판과 발전을 거듭하며 점점 풍부해져 왔다. 그러나 정의 이론이 다양해지고 깊어지고 있음에도 불구하고, 정작 우리 사회가 오늘날 마주한 현실의 문제를 해결할 수 있는 정의론을 찾기는 점점 어려워지고 있다. 개인의 자유 보장, 사회적 약자 차별 해결, 진정한 평등 등을 둘러싼 논의는 여전히 교착상태에 놓여 있는데 각자의 정의를 논하는 이론들은 범람하고 있기 때문이다.

아마티아 센(Amartya Sen)은 그의 저서 <The Idea of Justice>를 통해 이러한 문제의식을 공유한다. 그는 정의에 대한 이론적 담론은 활발하면서도 정작 현실에 적용하지 못하는 이유는 존 롤즈(John Rawls)를 비롯해 자신보다 앞선 정의 이론가들이 ‘완벽한 정의(Perfect Justice)’ 개념을 발견하는 데에만 집중하였기 때문이라고 주장한다. 센은 이상적인 정의만을 탐구하는 것은 현실의 부정의를 발견 및 제거하는 데 충분하지 않을뿐더러, 롤즈의 완벽한 정의 개념 없이도 부정의를 제거할 수 있다고 주장한다. 이를 보완하기 위해 그는 이상적·추상적인 정의를 찾아나서는 대신, 현실적·구성적 정의론을 목표로 ‘역량증진 정의론’을 구상하여 1998년 노벨경제학상을 수상하였다. 그는 역량 증진 정의론을 바탕으로 지구 곳곳에서 소외된 개발도상국의 경제 및 윤리 문제를 해결하여 정의를 실천하였다는 공로를 인정받았다.

본고는 오늘날 한국 사회가 마주한 법적 문제들을 해결할 수 있는 실천적인 정의론을 탐구하는 것을 문제의식으로 설정하였다. 그중에서도 구체적으로 ‘사회적 약자’에게 필요한 법률을 구상할 수 있는 정의론을 탐색하고자 하였다. 이를 위해 지구 곳곳 소외된 자들을 위한 정의 이론을 구상했던 센의 역량증진 정의 이론을 선택하였다. 그러나 여전히 센의 이론은 사회적 약자들이 마주한 문제를 해결하기에는 한계를 갖고 있다. 본고에서는 이러한 한계를 살핀 후 센의 이론을 보완하여 사회적 약자를 위한 새로운 정의 이론인 ‘인격적 역량 증진 이론’을 소개하고자 한다. 나아가 이 이론을 적용하여 사회적 약자 권리 개선을 위한 법률 중 장애인차별금지법과 제반 판례를 분석하고자 한다.

이를 위해 본고는 목차 II.에서 센이 전개하는 정의 이론의 특징을 세 가지로 정리한다. 목차 III.에서는 과연 센의 사회적 약자의 정의를 실현하는 데에 적합한 정의관을 펼치고 있는지 검토하기 위해 의의와 한계를 살펴본다. 이때 유의할 점은, 센이 롤즈를 비롯한 다른 이론가들을 비판하기 위해 사용했던 가치와 논거를 동일하게 혹은 유사하게 센에게 적용할 수 있다는 것이다. 목차 IV.에서는 이러한 한계를 보완하여 구성된 새로운 역량증진 정의론인 ‘인격적’ 역량증진 이론을 소개한다. 마지막으로 목차 V. 및 VI.에서는 이 이론을 바탕으로 장애인차별금지법상의 적극적 시정조치와 관련 판례를 분석한다.

## II. 아마티아 센의 역량증진 정의론

센의 역량 증진 정의론의 특징은 크게 세 가지로 나누어 살펴볼 수 있다.

### 1. 실천적 방법론

센의 정의론의 내용을 살피기에 앞서, 센의 방법론을 살펴보고자 한다. 센의 방법론은 롤즈를 비롯한 기존의 근대 정의론자들의 방법론과 차별화되며, 이것이 그가 구상하는 정의론의 내용에도 영향을 미치기 때문이다. 정의론을 도출하는 방법론이 다르다 함은, 정의에 관하여 센이 제기하는 질문 혹은 문제의식이 다르다는 것을 의미한다. 센은 자신이 정의를 탐구하는 데 있어 차별화된 문제의식을 갖게 된 계기를 ‘플루트 일화’를 통해 소개한다.<sup>1)</sup>

플루트 일화에서는 하나의 플루트를 서로 가지겠다고 주장하는 세 아이(Anne, Bob, Carla)가 다툰 때, 누구에게 플루트를 주어야 하는지 결정해야 하는 상황이 제시된다. Anne은 유일하게 플루트를 연주할 수 있는 사람이며, Bob은 세 아이들 중 가장 가난하여 아무런 장난감을 가지지 못한 사람, 마지막으로 Carla는 플루트를 만든 사람이다. 이 일화에서 플루트를 가질 수 있는 아이를 결정하는 사람은 아마도 고민에 빠질 것이다. 각 아이마다 나름대로 타당한 근거가 있기에 한 아이의 주장을 정당이라고 보기 어렵기 때문이다.

이 일화에서 아이들의 입장을 법철학적 이론으로 표현하면 각각 공리주의, 경제적 평등주의, 자유지상주의이다.<sup>2)</sup> 센이 이러한 일화를 제시한 이유는 아이들이 저마다 소유권을 주장하는 근거를 가지고 있는 것처럼, 정의를 논하는 법철학의 이론 역시 논리적이고 철학적인 근거를 바탕으로 하고 있으므로, ‘정답’인 정의를 찾을 수 없음을 말하기 위해서다.

정답으로서의 정의를 찾을 수 없기에, 센은 정의론을 탐구하는 문제의식으로 ‘무엇이 정의인지’를 상정하지 않는다. 센은 자신 이전에 정의론을 탐구해 왔던 롤즈를 위시한 근대 정의론자들은 이러한 문제의식 즉, 완벽한 정의가 무엇인지를 묻는 질문만을 던져왔다고 설명한다.<sup>3)</sup> 그리고 이러한 이론을 ‘초월적 제도주의(transcendental institutionalism)’라고 이름 붙인다. 센의 논의에서 ‘초월’은 현실의 부정의를 제거하는 실천성을 결여하고 있는 특성을 일컫는다. 센에 의하면 초월적 제도주의는 현실을 초월한 완벽한 정의 그 자체에 대한 탐구를 목표로 하며, 실제 사회 모습보다는 완전한 정의를 실현할 수 있는 제도를 만드는 데에 초점을 둔다.<sup>4)</sup>

1) Amartya Sen, *The Idea of Justice*, (Belknap Press of Harvard University Press, 2009), pp. 12-15.

2) *Ibid.*, p. 14.

3) *Ibid.*, p. 6.

4) *Ibid.*, p. 79.

이에 대하여 센은 완벽한 정의는 외부의 유토피아에나 존재하는 것으로서<sup>5)</sup> 실제 하지 않는다고 보아 비판한다. 롤즈의 경우, 사고실험으로 원초적 입장이라는 개념을 고안하여, 한 개인이 사회에서 자신이 속하게 될 위치를 모를 때 모든 개인이 합의할 수 있는 정의의 원칙을 완벽한 정의라고 본다. 그러나 센에 따르면 현실적이지 않은 원초적 입장과 무지의 베일을 통해서는 정의로운 사회의 본질을 찾을 수 없다. 이는 플루트 일화에서 보았듯이 정의를 둘러싼 다양한 이론과 근거가 있기 때문이다.<sup>6)</sup> 나아가 초월적 제도주의자처럼 ‘제도’에 중점을 둔 정의론은 실제 현실에 적용하기 어렵다고 평가한다. 완전한 제도는 찾기 어려울뿐더러 설령 찾는다 고 하더라도 제도는 고정불변하지 않고 이를 구성하는 개인에 의해 영향을 받기 때문이다.

이러한 비판을 기반으로, 센은 자신의 정의론을 탐구하기 위해 ‘어떻게 정의에 더 가까워진 사회를 만들어 나갈 것인가?’라는 질문을 제시한다. 또한 초월적 제도주의자들과 달린 외부가 아닌 사회 내부에서 직접 경험한 것으로부터 부정의를 제거하는 것이 정의에 가까워지는 길이라고 설명한다. 이는 현실이 아닌 이상으로 존재하는 정답으로서의 정의에 대한 논의 대신, 정의와 부정의의 비교를 통해서 정의론을 구성한다.<sup>7)</sup> 또한 제도보다는 개인의 행동이 정의 이론 구성에 핵심적이라고 본다.<sup>8)</sup>

## 2. 역량 중심 접근

다음으로 센은 롤즈가 가정한 원초적 입장에서 정의를 결정하는 주체들이 자유롭게 정의를 선택할 수 있으면서도 동등한 존재<sup>9)</sup>라고 가정한 것을 비판한다. 센은 한 사회의 정의를 결정하는 개인들은 결코 동등하지 않으며 다양성(Diversity)을 지닌다고 본다. 나아가 이러한 개인의 다양성은 개인이 추구하는 바의 다양성으로 이어진다고 보아, 각자가 정의에 가까워지는 길 또한 저마다 다를 수 있음을 설명한다. 개인은 자신이 스스로 가치 있다고 믿는 것을 달성하고 실현할 능력 즉, 역량을 증진함으로써 자신의 정의를 실현한다.<sup>10)</sup>

그가 제시하는 역량 개념은 “한 개인이 행복한 삶을 누리기 위해 어떠한 상태(being)에 있고 싶은지, 그리고 어떠한 행동(doing)을 하고 싶어 하는지에 대하여 이를 달성할 수 있도록 하는 선택 가능한 기능들의 집합이다(a set of functionings).”<sup>11)</sup>

5) 조수민: “이상론과 비이상론: 사회 정의론의 규범적 토대에 관한 고찰”, 시대와 철학, 제31권 제3호 (2020), p. 260.

6) 김대근: “Amartya Sen의 정의론의 방법과 구조”, 법철학연구, 제14권 제1호(2011), p. 180.

7) 조수민, 전개논문, p. 270.

8) Amartya Sen, *supra* note 1, p.81.

9) 존 롤즈, 황경식 역, 정의론(이학사, 2003), 36면.

10) Amartya Sen, *supra* note 1, p. 232.

센은 롤즈의 정의론이 물질적인 것에만 집중하여 기본재를 획일적으로 재분배하는 데에만 초점을 맞추었다고 비판한다. 자신은 이를 극복하기 위하여 역량의 개념을 도입하였으며, 다양하면서 각자의 자유와 목표가 있는 인간에게 적합한 정의 이론을 마련하였다고 설시한다.

### 3. 공적 추론

센은 역량을 통해 개인이 부정의를 인식할 수 있지만 그 부정의를 구체적으로 해결하는 정책 등의 방안을 마련하기 위해서는 사회 안에서 공적 추론(public reasoning)이 필요함을 강조한다.<sup>12)</sup> 즉, 부정의를 제거함으로써 정의를 추구하고자 사회구성원들의 행위를 조정하는 것은 구성원들의 추론에 근거해야 한다는 것이다.<sup>13)</sup> 센의 정의론에서는 한 개인이 공론장에서 다른 개인들과 서로의 의견을 교류함으로써 부정의를 인식하고 제거 방안을 논의한다.<sup>14)</sup> 센은 이러한 교류가 개인이 부정의를 인식하는 역량을 강화하고 더 나은 이해로 이끌 수 있음을 강조한다.

이렇듯 센이 강조하는 공적 추론의 조건은 언어와 합리성으로 요약된다.<sup>15)</sup> 먼저, 언어란 사회 구성원들이 토론할 수 있는 배경지식이자 전제로, 구성원들이 공유하는 사회적 배경과 관습 등을 지칭한다. 센은 관습에 대한 이해가 부정의를 비롯한 우리의 사회에 대한 문제의식을 이해하는 데 큰 역할을 한다고 보기 때문에 이를 알고 있는 사람만이 사회의 부정의 해결에 참여할 수 있다고 보았다. 이로부터 센은 사회 구성원이 함께 공유하던 역사와 사회적 배경을 바탕으로 부정의를 판단하고 정의를 추구함을 알 수 있다.

둘째로 센은 ‘합리성’을 공적 추론을 위한 전제로 제시한다. 이때 합리성은 수용가능성(acceptability)과 동의어로, 공적 추론에서 다른 사람의 의견이 더 타당하다고 생각할 경우 의견을 변경할 수 있는 속성을 가리킨다. 센의 정의론의 핵심은 역량에 의해 부정의를 인식할 수 있게 된 개인이 언어와 합리성을 바탕으로 하는 공적 추론을 통해 서로를 설득하고 이해하는 과정을 거쳐 부정의를 제거하는 것에 있다.<sup>16)</sup>

공적 추론과 관련하여 센의 정의론과 롤즈의 정의론을 비교할 수 있다. 첫째로, 롤즈의 정의론이 무지의 베일 뒤에서 고립된 개인으로서 자기중심적으로 정의의 원칙에 합의했다면, 센은 실제 생활 속의 공론장에서 다른 사람들과 논의를 바탕으로 부정의를 인식하고 제거할 방안을 모색한다.

나아가 롤즈의 정의론에서는 정의에 관한 원칙을 합의할 때 무지의 장막을 전제

---

11) Ibid., p. 231.

12) Ibid., p. 44.

13) Ibid., p. 113.

14) 조수민, 전계논문, p. 270.

15) 상계논문, p. 273.

16) 김희강: “공공성, 사회집단, 그리고 심의민주주의”, 한국정치학회보, 제44권 제2호(2010), pp. 5-10.

로 하므로, 합의된 정의관은 모든 사회에 적용될 수 있는 보편성을 가진다. 반면, 센의 정의론은 언어라는 공적 추론에서의 조건을 통해 부정의를 논할 수 있는 주체를 같은 사회적 역사적 맥락을 공유하는 존재들로 한정하므로 부정의에 대한 해결책이 보편적으로 공유되기 어렵다.<sup>17)</sup>

센은 이러한 공적 추론이 제한받지 않는 것이 중요하며, 추론이 민주적 정치와 정의의 실현을 위해 핵심적인 과정이라고 주장한다. 공적 추론을 통해 구성원들이 사회적으로 중요한 결정에 참여함으로써 민주주의의 효과성을 높이기 때문이다. 이때 센이 지칭하는 민주주의는 대의제를 전제로 하는 현대의 협소한 민주주의가 아니라 토론을 통한 의사결정과정을 일컫는다.<sup>18)</sup>

### Ⅲ. 역량증진 정의론의 의의 및 한계 - 사회적 약자를 위한 정의론 중심으로

본 목차에서는 특히 사회적 약자를 위한 정의론으로서의 적합성에 중점을 두어, 세 가지 측면에서 센의 정의론의 의의와 한계를 검토한다. 이때 주목할 것은 센이 롤즈를 비판했던 논거들을 그대로 혹은 유사하게 적용하여 다시 센의 정의론이 가지는 한계를 모색할 수 있다는 점이다.

#### 1. 개인의 능동성과 분배 패러다임

##### (1) 의의

역량을 기반으로 부정의를 판단한다는 기획은 정의의 문제를 단지 개인이 소유하고 있는 자원(resources)으로 판단하는 것이 아니라 인간의 삶에 초점을 맞춘다는 점에서 유의미하다. 센의 정의론은 소유한 자원이 양적으로 같더라도, 개인의 역량에 따라 목표를 이루는 정도가 다름을 강조한다. 그리고 자원이라는 획일적인 기준이 고루 분배되면 정의가 달성될 수 있다고 한 롤즈의 제도를 비판함으로써 개인의 능동성을 강조한다는 의의를 지닌다. 이와 관련하여 마사 누스바움(Martha Nussbaum)은 센과 마찬가지로 역량의 중요성을 언급하며 인간이 자기 삶의 형태를 직접 결정하는 고귀한 자유를 누리는 존재라고 서술하기도 하였다.<sup>19)</sup>

나아가 센의 이론을 통해 도모할 수 있는 능동성은 다른 가치와도 연계된다. 대표적으로 자유가 있다. 롤즈의 정의론에서는 정의를 이룩하기 위한 해결책이 사회적 기본재가 박탈된 자들에게 차등 원칙을 통해 재화를 재분배하는 것이지만, 센의 정의론은 개인에게 성취할 수 있는 자유를 부여한다. 역량을 바탕으로 개인이 보다

17) 조수민, 전개논문, p. 274.

18) Ibid., p. 104.

19) Martha Nussbaum, "Capabilities and Social Justice," *International Relations and the New Inequality*, Vol. 4, No. 2 (Summer, 2002), p. 23.

적극적으로 선택할 수 있는 자유의 기반을 마련하는 것이다.<sup>20)</sup>

이러한 이론 구성은 개인의 능동성을 강조함으로써 개인의 가능성을 신뢰하였다는 점에서도 의미가 있지만, 국가 차원에서 정의를 고려할 때에도 개인에게 자원을 분배해주는 복지국가를 넘어서 개인의 가능성과 자유를 극대화할 수 있는 기반을 마련해주는 국가를 상정할 수 있다.<sup>21)</sup>

## (2) 한계

전술했듯 센의 역량 개념은 인간의 능동성과 자유를 도모하고 롤즈를 비롯한 근대의 정의론이 가지는 획일적 재분배의 한계를 넘을 것으로 기대하게 한다. 그러나, 센이 롤즈의 획일적 재분배 기준을 극복하고 싶었다면 목적적 존재로서의 인간이 실질적 자유를 누리고 능동적으로 사회에 참여할 수 있다는 내용을 담았어야 한다. 센은 인간의 실질적 자유를 ‘재화의 변환 능력’으로만 규정하여<sup>22)</sup> 결국 정의의 핵심을 다시 물질적 분배의 내용에 관한 것으로 설정한다는 점을 지적할 수 있다.

물론 경제적으로 누리는 재화의 양 역시 정의를 판단할 때 중요하다. 그러나 한 개인이 겪을 수 있는 부정의는 물질적인 분배의 양에서만 발생하지 않고 분배 외적 측면에서 발생할 수 있다. 다양한 발생 원인이 있는 부정의들이 경제적 논의로 환원될 수 없다는 논리는, 롤즈가 개인의 다양성을 제거하고 모든 정의의 문제를 부의 재분배로 환원하여 설정한 이론을 비판하며 제시한 논거이기도 하다. 이를 종합하면 센의 정의론은 롤즈의 근대론과 달리 성취할 수 있는 자유로서의 ‘역량’과 성취 수단인 ‘재화’를 구분하긴 하였으나, 결국 역량으로 정의를 달성하기 위해 성취수단의 분배의 논의에만 치중했기 때문에<sup>23)</sup> 여전히 획일적 재분배 기준을 넘어서는 새로운 기준을 마련하지 못한 것으로 평가할 수 있다.

토마스 포기(Thomas Pogge) 역시 센의 정의론에서 역량은 물질적 재화와 이를 사용하는 능력에 기반하여 정의되고 있으므로 센의 정의론도 다른 분배적 정의론과 마찬가지로 경제적 논의에 치우쳐 있다고 비판한 바 있다<sup>24)</sup>.

본고가 목적으로 하는 사회적 약자를 위한 정의론이 될 수 있을지 판단해 보면, 센의 역량 개념은 경제적 불평등의 논의로 귀결되므로 - 추후 논의할 장애인차별금지법의 적극적 시정조치 논의에서도 알 수 있듯이 - 경제적 보상이나 재분배가 아닌 다른 측면에서의 부정의에 대응할 방안을 마련하지 못한다. 센이 역량 개념을 통해 제시하는 부정의의 사례들 역시 기아, 가난 등에 한정되어 있으므로 경제적 측면에 경도된 획일적 기준의 분배가 다시 한번 한계로 지적될 수 있다.

20) 김대근, 전계논문, p.202.

21) 고원: “대안적 발전론에서 ‘인간중심’ 담론에 대한 정치철학적 검토”, 민주주의와 인권, 제10권 제1호(2010), p. 239.

22) Amartya Sen, *supra* note 1, p.253.

23) 김대근, 전계논문, p. 204.

24) Thomas Pogge “Can the Capability Approach be justified?” *Philosophical Topics* Vol. 30, No. 2(2002), pp.167-228.

## 2. 실천 가능성

### (1) 의의

센의 방법론은 실천적 논의를 전제로 하기에 이론과 실천과의 단절이 일어나지 않는다. 이는 특히 사회적 약자에 관한 정의를 논할 때 중요하다. 사회적 약자에게 정의의 문제는 때로는 생존과도 관련되어 있는 긴급한 사안이기 때문이다. 플루트 일화에서 알 수 있듯이 각 법철학 이론이 나름의 타당한 근거를 바탕으로 경쟁한다면, 실제 사회에서는 결론에 이르지 못할 수 있다. 이러한 측면에서 센은 실천 가능성을 극대화하기 위해 사회적 약자들이 겪는 부정의를 발견하고 지워나가는 데에 초점을 두며, 이를 바탕으로 다시 정의 이론을 구성한다. 즉, 이론이 먼저 완성된 후 실천으로 연계되는 것이 아니고 실천을 전제로 한 부정의에 대한 토론이 이론을 구성하는 바탕이 된다고 볼 수 있다. 이는 이론과 실천과의 활발한 상호작용 및 빠른 실행을 추구한다는 장점이 있다.

### (2) 한계

부정의를 발견함으로써 실천 가능성을 제고한다는 것은 실제로 사회에서 부정의를 발견할 수 있음을 전제로 한다. 그러나 센의 정의론의 경우, 부정의를 발견하는 정의관이 확정되어 있지 않다는 비판에 직면한다. 기존의 정의론 같은 경우 - 비록 현실 세계에서 무엇이 최종적으로 적용되어야 할 정의관인지 확정되지 않았더라도 - 각 정의론마다 정의를 판단하는 척도가 있다. 하지만 센은 부정의를 제거해 나가는 과정을 바탕으로 정의를 형성하기에, 어떤 기준으로 부정의를 발견할 수 있을지에 대한 답을 제시하지 못한다.

이에 대하여 센은 확립된 정의관이 없더라도 부정의를 발견하고 제거하는 데 아무런 문제가 없다고 주장하며 그 예로 노예제를 제시한다.<sup>25)</sup> 센은 개인이 다른 개인을 노예로 삼고 예속하는 부정의가 발생하면, 별도의 정의관을 상정하지 않더라도 이를 발견할 수 있으며 특히 공적 추론 과정에서 부정의에 관한 다양한 추론을 거치며 이를 파악할 수 있는 ‘강한 감각’을 가질 수 있다고 주장한다.<sup>26)</sup> 센은 살바도르 달리의 그림과 파블로 피카소의 그림의 상대적인 장점을 판단하기 위해서 굳이 모나리자의 그림을 참조할 필요가 없다고 언급하며 유비적으로 초월적 정의관의 필요성을 부정한다.<sup>27)</sup> 앞서 살펴봤듯 센은 초월적 제도주의로는 정의를 실현할 수 없다고 보았는데, 이에 더해 초월적인 정의관을 구상할 필요가 없음을 제시한 것이다.

25) Amartya Sen, *supra* note 1, p.16.

26) *Ibid.*, p. 2.

27) 목광수: “아마티아 센의 정의론에 대한 비판적 고찰: 민주주의 논의를 중심으로”, 철학연구, 제93권 (2010), pp. 169-170.



하지만 노예제와 같이 명백한 사례에서는 문제가 발생하지 않을 수 있더라도, 초월적 정의관이 없을 때 무엇이 부정의인지 상대적으로라도 판단하기 어려운 상황이 있을 수 있다. 이를 위해 혹자는 전술한 플루트 일화를 역이용하여 센에게 비판을 제시한다. 만일 플루트의 소유권을 한 명만 가지게 된다면 다른 두 아이는 이러한 상황을 부정의라고 느낄 수 있다. 그러나 어떤 아이가 플루트를 얻는 상황이 가장 제거해야 할 부정의인가? 앞서 센이 세 철학적 이론 모두 나름대로 근거를 가지므로 정답으로서의 정의를 쉽게 가려낼 수 없다고 지적한 만큼, 이 상황에서도 명확한 기준 없이 정답이라고 볼 수 있는 부정의를 쉽게 상정하기 어렵다.

권리구제가 시급한 사회적 약자의 부정의 상황에서는 이렇듯 기준이 없는 정의론이 정의 실현을 저해할 수 있다. 비판에 대한 대답으로 센은 자신의 정의론에는 비록 초월적 기준이 없지만 ‘공적 추론’의 과정으로 부정의를 분별하는 기제가 있다고 주장한다.<sup>28)</sup> 따라서 본 목차를 통해 살펴본 센의 정의론은 한계는 결국 공적 추론이 가지는 한계와 결부되는데, 이에 대하여는 다음 목차에서 논하고자 한다.

### 3. 공적 추론과 개인의 배제

#### (1) 의의

센에 따르면 롤즈의 정의론은 무지의 베일 뒤에서 정의에 합의한 사람들이 그 정의 원칙을 공유한다는 점에서 일종의 계약론에 기대고 있다. 이처럼 사회적 약자들의 정의를 계약론적으로 접근하는 논리는 계약당사자 즉, 사회구성원이 아닌 외부의 평가를 거부한다.<sup>29)</sup>

이러한 롤즈의 정의론의 특성을 센은 ‘폐쇄적 공정성’으로 명명하고 비판한다.<sup>30)</sup> 센은 롤즈의 이론 속 무지의 베일 뒤에 있는 당사자들은 진지한 토론과 상호작용이 차단된 상태로 정의의 원칙을 결정하기에, ‘다른 인류의 눈’을 통한 평가를 받지 못하며 그 이유로 공정성이라는 가치를 구현해내지 못한다고 평가한다. 또한 지구적 정의를 논함에 있어서도 국민국가 단위에 한정해야 계약론을 기반으로 한 동의를 이끌어낼 수 있으므로, 국민국가 단위를 초월한 지구적 정의를 생각하지 못하는 편협함에 갇히게 된다고 비판한다.<sup>31)</sup> 센은 자신의 이론에서는 토론의 대상이 되는 집단이 아니더라도 공적 추론에 참가할 수 있고, 자유롭게 대상 사회의 공정성과 평가할 수 있다고 실시하여 폐쇄성을 극복할 수 있는 논의를 전개한다.<sup>32)</sup>

공적 추론을 통한 폐쇄성 극복 시도는 사회적 약자의 정의 실현 측면에서 유의미하다. 오늘날 한 집단의 정치적, 문화적 특성이라는 이유로 사회적 약자의 권리를 정당한 이유 없이 극심하게 침해하는 것은 금지되고 있기 때문이다. 또한 인권의

28) Amartya Sen, *supra* note 1, pp. 2-5.

29) *Ibid.*, p. 3.

30) *Ibid.*, p. 24.

31) *Ibid.*, p. 28.

32) *Ibid.*, p. 123.

경우 한 국가 내에서 발생하더라도 더 이상 국내문제로만 취급되지 않으며 국제기구나 다른 국가의 감시와 감독을 끊임없이 받게 된다. 더불어 역사적으로 국내 인권법은 국제인권규범과 끊임없이 상호 영향을 주고 받으며 발전해왔다. 오늘날에도 우리나라가 가입한 국제인권조약에 근거하여, 또는 사회적 약자의 권리가 보다 체계적으로 보장되는 국가와 비교법적 검토를 통해서 사회적 약자 권리에 대한 논의가 전개되고 있다. 따라서 셴이 사회계약론에 입각하여 롤즈의 폐쇄성을 비판한 것은 사회적 약자 권리 보호와 관련한 역사와 오늘날의 현실에 부합한다. 또한 외부의 감시와 검토를 통해 약자의 권리 침해를 방지하고 공정성에 대한 논의를 끊임없이 환기할 수 있다는 의의가 있다.

## (2) 한계

하지만 공적 추론과 관련하여, 셴은 자신이 롤즈를 비판했던 ‘폐쇄성’ 논거에 기하 유사한 지적을 받을 수 있다. 셴은 공적 추론은 강조하면서, 이러한 추론에 참여할 수 있는 주체가 폐쇄적 특성을 가질 수 있다는 점을 간과하고 있기 때문이다. 셴은 모든 주체가 토론에 참여 가능하며 또 그 집단의 구성원이라면 참여의 의무를 진다고 강조하고 있으나<sup>33)</sup> 사회적 약자가 토론에 실제로 참여하고 있는지, 현실적으로 참여할 수 있는지, 그렇지 않다면 어떻게 이들을 공론장 안으로 포섭할 수 있을지에 대한 논의는 전개하지 않는다. 그동안 사회적 약자가 개인적 혹은 구조적 요인으로 사회의 의사결정으로부터 배제되어 온 집단임을 고려한다면, 결국 부정의에 직면하고 있는 사회적 약자들은 셴의 정의론을 통해서 자신의 상황을 공론화할 수 없을 것이다. 이와 관련하여 혹자는 셴의 정의론이 사회적으로 배제되지 않은 자들로만 구성된 공적 추론을 중심으로 작동되며, 사회적 약자의 부정의는 다루지 않은 채 기존의 상황을 공고히 하는 데 일조한다는 비판을 제기하기도 한다.<sup>34)</sup>

또한 우연적으로 혹은 사회적 약자 집단 스스로의 노력에 의해 공론장으로 들어올 기회를 가졌다고 하더라도 과연 참여한 사람들의 견해가 동등하게 반영할만한 것인지 의문스럽다. 셴이 제시하는 공적 추론이 그들에게 우호적일지 의문을 제기할 수 있다. 전술하였듯, 셴은 공적 추론의 요건으로 언어와 합리성을 제시하고 있기 때문이다.

먼저, 언어는 동일한 역사적 사회적 맥락을 전제로 하기 때문에 질적으로 동일한 공중만을 공적 추론에 참여시킨다는 비판에 직면할 수 있다. 가령 아이리스 영(Iris Young)은 셴의 공적 토론은 질적으로 동일한 공중(homogeneous public)을 전제하고 있으므로 다른 구성원이 겪을 수 있는 경험과 차이들이 사장될 수 있다고 지적한 바 있다.<sup>35)</sup> 다음으로, 합리성이라는 조건에서 드러나듯이 셴의 공적 추론은 이성 중

33) Ibid., p. 68.

34) Mouffe, Chantal. *The Democratic Paradox*. (New York: Verso, 2000). pp. 80-107.

35) 나상원: “민주적 소통과 시민의 성장 : 소통적 민주주의를 중심으로”, 한국과 국제사회, 제5권 제2호(2021), pp. 69-96.

십의 사고에 기반하여 전개된다. 영에 따르면 이렇게 이성적 표현방식만을 공적 역량의 기준으로 삼는 이론 구성은 자신이 마주한 부정의에 분노한 사회적 약자의 감정적 논의를 너무나도 쉽게 배제할 수 있다고 비판한다.<sup>36)</sup>

이에 더하여 셴의 정의론이 가지는 배제적 성격은 공적 ‘추론’이라는 단어에서도 단적으로 드러난다. 추론은 어떠한 사실이나 의견으로부터 논리적으로 결론을 도출하는 능력이다. 개인은 이러한 능력을 갖추어야 공론장에서 부정을 고발하고 이를 제거하여 정의를 실현하는 논의에 참가할 수 있다. 그러나 본고가 이후 사례 분석을 통해 살펴볼 장애인은, 가지고 있는 장애의 종류에 따라 셴의 공론장에서 제외될 수 있다. 반드시 정의를 실현할 수 있는 주체와 합리적으로 추론할 수 있는 주체를 동일시할 필요는 없으므로, 셴의 정의론이 가지고 있는 배제성은 수정되어야 한다.

#### IV. 사회적 약자를 위한 정의론: ‘인격적’ 역량증진 이론

본고는 정의에 대한 법 이론적 논의에 ‘역량’이라는 새로운 개념을 제시하고, 실천적 정의론을 전개한 셴의 역량 증진 정의론의 특성과 의의 및 한계를 살펴보았다. 후술하겠지만 셴의 정의론이 공통적으로 가지는 한계는 사회적 약자를 인격적 존재로 대우하지 못한다는 점에 있다. 이때 인격적 존재란 이질성을 지니면서도 스스로 가치 있다고 여기는 것을 자유롭게 선택하고 운명을 개척해 나가는 존재로 정의될 수 있으며, 이는 셴이 롤즈의 정의론을 비판하며 추구했던 인간관이기도 하다.

먼저 셴은 역량 개념을 통해 개인의 능동성을 담보하고자 했지만, 역량을 재화의 변환 능력으로만 한정하면서 인간을 인격적 존재로 대우하지 않고 물질적 재분배의 결과로만 바라보았다. 둘째로 셴이 강조한 공적 추론은 사회적 약자와 같이 논의의 장에 참여할 수 없는 인간들의 존재를 지우고 그들에게 목소리를 낼 기회를 박탈한다는 점에서 비인격적이다. 마지막으로 셴의 이론은 개인이 직면한 부정의의 기저에 있는 구조적 문제는 경시한 채 개인의 문제에만 집중한다는 점에서 개인이 인격적 존재로 대우받는 법을 모색하지 못하였다.

본 목차에서는 사회적 약자를 위한 구체적이고 현실적인 정의론을 구상하기 위해, 셴의 이론이 가지는 비인격적 한계를 보완하여 ‘인격적 역량증진 이론’을 제안하고자 한다. 인격적 역량증진 이론은 인간이 정의를 실현하는 과정을 중시하며, 인간이 인격적 존재로서 행위주체성을 가지고 공적 소통에 참여하도록 제도적 보장을 촉구하는 정의론으로 설명할 수 있다.

이하에서는 인격적 역량증진 이론이 가지는 세 가지 특징을 상술한다. 이 특징은 셴의 이론이 가지는 한계점을 보완하여 구성된 것이므로 본고에서는 셴의 역량증진 이론에서 약자가 인격체로 대우받지 못하는 구체적인 이유를 살펴본 후 아이리스

36) 임미원: “정의개념의 다차원성 - 아이리스 영과 낸시 프라이저의 정의론을 중심으로”. 법학논총, 제 37권 제3호(2020), p. 24.

영을 비롯한 다른 학자들의 논의를 종합하여 새로운 정의 이론을 구성하는 핵심 개념을 제시한다.

## 1. 정의 실현 과정에서의 행위 주체성

### (1) 센의 분배 패러다임 보완 논의

앞서 본고는 센이 롤즈의 정의론을 비판하고 ‘역량’ 개념을 제시함으로써 분배의 문제를 분배 논의를 뛰어넘을 것이라고 기대했으나, 결국 그 역량을 획득하는 수단으로 물질적 재화에 집중하였기 때문에 다시 분배 논의에 국한되었다고 지적한 바 있다. 레이너 포르스트(Rainer Forst)에 따르면 분배의 패러다임 안에서 정의를 찾게 되면 그 안에서 사람들은 재화의 수급자에 그친다.<sup>37)</sup> 이러한 자동분배의 구조 안에서는 개인의 역할이 그저 물질적 재화가 자신에게 알맞은 양으로 분배되기를 기다리는 것에 그칠 가능성이 높기 때문이다. 이뿐 아니라 개인이 마주하는 여러 부정의의 문제가 계량 가능한 재화로 환원됨으로써 개인이 부정의를 해결하기 위해 할 수 있는 여러 적극적인 활동들이 차단되고, 개인은 정의 실현에 있어 인격적 존재가 아닌 수동적인 존재로만 남을 수 있다.

이와 관련하여 아이리스 영은 센과 비슷하게 롤즈를 비롯한 기존의 획일적 재분배에 치중했던 정의 이론들을 비판한다. 영은 그들이 ‘정치적’ 문제를 간과하고 있다고 지적하며 무엇을 가졌는가에 집중하느라 어떻게 취급받는지에 대한 논의를 빠뜨렸다고 지적한다. 나아가 영은 정의의 문제는 구조적으로 발생하는 문제로, 재화가 어떻게 분배되는지보다는 사회 구조가 지배적·억압적인지 여부를 문제시해야 한 사회가 정의로운지 적절히 판단할 수 있다고 주장한다.<sup>38)</sup>

영은 개인의 자기 결정을 제약하는 구조적 요인이 있다면 개인들은 지배 상태에 있고, 자기 발전을 차단하는 제도적 요인이 있다면 억압 상태에 있으며 이는 모두 부정의하다고 말한다. 특히 영이 주목하는 억압에는 착취, 주변화, 무력함, 문화제국주의, 폭력 등이 있다.<sup>39)</sup> 이러한 지배와 억압에서 벗어나 당사자들에게 ‘인정(recognition)’을 받고, 분배된 상태보다는 분배 구조를 누가 결정하는 것인지 문제를 던질 수 있는 과정이 영이 생각하는 정의의 핵심이다.

### (2) 정의 실현 과정 및 행위주체성 강조

인격적 역량증진 이론 중 첫 번째 특징은 영이 제시한 인정의 정치를 바탕으로 센의 정의론을 수정한 것이다. 인격적 역량증진 이론은 먼저 정의를 추구함으로써 얻는 ‘결과’가 아니라 그 ‘과정’에 주목한다. 앞서 지적했듯이, 센은 종국적으로

37) Rainer Forst, *Radical Justice: On Iris Marion Young's Critique of the "Distributive Paradigm"*, *Constellation*, Vol.14, No.2 (2007), p.260.

38) *Ibid.*, pp. 261.

39) 임미원, *전개논문*, p. 12.

로 재화의 분배라는 결과적 단면에서 벗어나지 못해 분배 패러다임만으로 해결할 수 없는 정의 문제들에 대응하지 못하고 있다. 이에 대하여 영은 재화의 분배라는 경제적 문제뿐 아니라 구조적 부정의를 극복하고 인정받는 정치적 문제가 중요하다고 보았다. 이러한 인정의 정치는 역량을 바탕으로 부정의 발견에 참여하는 ‘과정’에 참여하는 것과 유사하다고 분석할 수 있다. 따라서 인격적 역량증진 이론은 분배 패러다임 혹은 센의 논의와는 다르게 정의 실현에 ‘과정’에 집중한다는 특성을 가진다. 다만 이때 주의해야 할 점은 정의를 실현하는 과정 속에서 행위자는 무엇을 역량이라고 생각해야 하는지이다. 센은 역량에서 가장 중요한 것을 물질적 재화로 삼았기 때문에 다시 분배적 정의로 귀결되기 때문이다.

이는 인격적 역량증진 이론의 또 다른 특징인 행위주체성 개념과 연결된다. 인격적 역량증진 이론은 정의를 실현해가는 과정에서 개인이 발휘하는 역량을 ‘행위주체성’으로 설정한다. 데이비드 크락커(David Crocker)에 의하면 행위주체성이란 ‘목적이 실현되었을 때가 아니라 그 목적의 실현에 직·간접적으로 기여했을 때 나타나는 특성’이다. 즉, 타인을 능동적으로 그의 삶을 계획하고 목표를 달성하는 존재로 간주하는 것이다.<sup>40)</sup> 인격적 역량 증진 이론은 행위주체성으로 역량을 구성하여, 개인이 역량을 발휘하는 과정에서 여러 차원의 부정의를 지적하고 목적적·인격적 존재성을 드러낼 수 있다고 보았다. 이는 분배적 정의론에서 개인이 경제적 몫을 그저 기다리는 역할에 그치는 것에 대한 극복 시도로 볼 수 있으며, 나아가 정치적 존재로서 인정을 중시했던 영의 논의와도 궤를 같이 한다.

인격적 역량증진 이론은 개인들이 정의 실현 과정에서 인격적 존재로 대우 받는 것을 목표로 하기 때문에, 행위주체성은 단순히 자신의 이익만을 추구하기 위한 것으로 한정하지 않는다. 행위주체성을 통해 타인의 이익과 가치도 추구할 수 있다면, 이는 타인을 인격적 존재로 대우할 수 있다. 이러한 시도를 통해 이는 인간을 자신의 재산적 이익만 추구하는 존재라는 편협한 인식을 뛰어넘을 수도 있다. 특히 센은 어떤 사람이 부정의를 감소를 추동할 능력을 가진다면, 이를 이행할 의무가 있다고 주장한 바 있는데<sup>41)</sup>, 이러한 센의 논의와 결합하면 정의를 실현하는 과정 속에서 주체성 능동성을 회복하고 이로부터 다른 사람에 대한 정의 실현도 촉진할 수 있다.

## 2. 공적 소통

### (1) 센의 공적 추론 개념 보완 논의

본고는 센은 공적 추론을 통해 부정의를 발견할 수 있다고 주장하면서도 사회적 약자들이 공적 추론의 장에 참여하는 것부터 폐쇄성이라는 제약이 존재하며 설령 참가했다고 하더라도 효과적으로 자신의 경험을 알리고 이를 해결하지 못할 수 있

40) David Crocker. *Ethics of Global Development: Agent, Capability, and Deliberative Democracy*. (Cambridge University Press: 2008) p. 283.

41) Amartya Sen, *supra* note 1, p. 205

음을 지적하였다. 이는 사회적 약자로 하여금 자신의 부정을 인식할 수 있는 기회조차 주지 않는다는 점에서 비인격적이다. 일례로 누스바움은 가부장적 문화에서 자란 여성들은 자신의 인권침해에도 부정을 느끼지 못하는 ‘순응된 선호’를 가지고 있다고 말한 바 있다. 공론장에서 타인과 부정을 교류하지 못한다면 사회적 약자들은 충분히 문제를 제기할 수 있는 부정에도 순응하여 정의를 시정할 기회조차 갖지 못할 수 있다. 이렇듯 불균형한 권력구조가 존재한다면, 셴의 이론이 가지는 이상과 다르게 현실에서는 권력을 가진 존재들이 토론을 왜곡하고 이를 바탕으로 부정을 정당화할 수 있다.

이와 관련하여 아이리스 영은 롤즈를 비롯한 기존의 정의 이론이 강조하는 분배적 패러다임에서의 ‘불편부당성’은 진정한 의미의 불편부당성이 아니라고 본다. 모든 당사자가 상호를 존중하고 평등한 상황인지 알 수 없기 때문이다.<sup>42)</sup> 따라서 오히려 불편부당성이라는 미명 하에 민주적이고 평등하지 못한 구조를 은폐할 수 있음을 지적한다. 나아가 영은 공론장에서 말을 할 수 있는 불편부당한 존재들은 ‘정상적으로 규정된 존재’로 결국 타인과 동등한 동료로서 사회적 절차에 참여할 수 있는 역량과 법적 권리를 ‘이미’ 가진 사람들이라고 비판한다.<sup>43)</sup>

이를 해결하기 위하여 영은 차이의 정치를 제안한다.<sup>44)</sup> 이는 막연하고 기만적인 공평부당성을 강조하는 대신 ‘집단의 특수성’을 인정하자는 주장이다. 이는 집단별 차이를 인정하는 것에서 시작하여 모든 서로 다른 집단이 정의에 의해 포용되는 것까지 포괄한다.

## (2) 사회적 약자의 공적 소통 참여 보장

상기한 논의를 종합하여 인격적 역량증진 이론은 공적 ‘소통’ 참여 보장을 특징으로 한다. 인격적 역량 증진 정의론은 사회적 약자들이 경험하는 부정을 인식하고 제거함으로써 정의를 추구하기 위해서는 일단 공론장에 사회적 약자들이 참여할 수 있어야 한다고 주장한다. 이는 영이 불편부당성이라는 이름 아래 지워진 특수 집단을 참여시키자고 한 것과 궤를 같이 한다. 영은 사회적 약자의 목소리와 공론장에서 끊임없이 인정되고 회자되는 과정이 제도적/법적 해결보다 선행되어야 한다고 강조할 만큼 약자의 참여를 보장하는 것의 중요성을 강조한다.<sup>45)</sup>

이때 소통의 방법은 앞서 비판한 언어와 합리성에 한정될 필요 없다. 각자가 자신의 부정을 가장 잘 드러낼 방법으로 하면 충분하다. 가령 영은 민주주의를 논할 때 비언어적 소통수단도 인정한다.<sup>46)</sup> 이는 경험담, 즉 내러티브(narrative)뿐만

42) Iris Young, *supra* note 45, p. 113.

43) 이충한 “정의의 차원들, 인정과 분배- 프레이저와 호네프의 논쟁을 중심으로”, 동서철학연구, 제85권(2017), pp. 541-567.

44) Iris Young, *Justice and the Politics of Difference*. (Princeton: Princeton University, Press, 1990), pp. 33-50.

45) *Ibid.*, p. 11.

46) Iris Young, “Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model.” *Social*

아니라 영화, 연극, 노래, 스토리 같은 정치적으로 의도가 있는 예술과 문화적 표현 방식<sup>47)</sup>도 포함한다. 공적이라는 이유로 반드시 질서정연해야 하는 것은 아니며 놀이와 흥겨움으로 채워질 수 있고, 그 성격이 감정적이며 다층적일 수 있다.

만일 부정의를 드러내고 사회정의를 촉진하는 것을 목표로 한다면 소통의 방법은 더욱 다양화된다. 영은 집회, 파업 등 항의적인 행위들까지 소통의 방법에 포함해야 한다고 말한다.<sup>48)</sup> 이러한 방법을 포괄하여야 영은 이를 포괄적 의사소통이라고 지칭한다. 본고에서 제안하는 인격적 역량 증진 정의론은 토론에의 참여방법에 제한을 두어 인격적 존재를 차별하지 않는다.

덧붙여, 전술했듯이 ‘추론’은 언어와 합리성을 전제로 이러한 발화 수단을 활용할 수 없는 자들에게 공평하지 않은 용어이다. 따라서 인격적 역량 증진 이론은 쉐의 공적 ‘추론’을 공적 ‘소통’으로 수정한다.

마지막으로 중요한 것은 이때 모든 구성원들이 평등하게 참여한다고 하여 토론의 방점이 사회에는 다양한 존재가 있다는 것에 그쳐서는 안된다는 것이다. 인격적 역량 증진 정의론의 가장 큰 목적은 누구라도 인격적 존재로서 대우받는 것에 있기에, 인격적 존재로 대우받지 못하는 사회적 약자들이 제기한 문제에 대해서 특별히 집중해야 한다. 즉, 다양한 존재들이 모여 각자의 정체성을 인정하는 데에 그치지 않고 특정 집단이 직면한 부정의 혹은 구조적 모순을 해결하기 위해 노력하는 것을 공적 소통의 목적으로 두어야 한다.

### 3. 제도적 보장

#### (1) 쉐의 구조적 부정의 간과 보완 논의

아이리스 영에 의하면 대부분 부정의는 개인 간의 상호작용이나 국가의 정책에 의해 유발되는 것이 아니라 구조적 요인에 기인한다. 영에 의하면 구조적 부정의는 “사회적 과정들이 많은 집단의 사람들을 지배하거나 그들이 자신들의 능력을 발전시키고 실천할 수단들을 박탈하는 체계적 위협 아래 두게 하는 것”으로 요약된다.<sup>49)</sup>

단 하나의 행위나 한 개인의 선택으로 부정의가 발생하지 않는다는 점은, 부정의가 해결되기 어려움을 드러낸다. 특히 부정의에 직면하고 있는 사회적 약자들이 스스로 노력하여 이를 극복하기란 대단히 어려워 보인다. 그런 점에서 쉐의 역량 증진 이론이 개인이 역량을 함양하여 부정의를 발견하는 것을 권장하는 데에 그치고, 이를 뒷받침해주는 제도에 대해서는 거의 언급하지 않은 것은 기만적이고, 비인격적이라고 평가할 수 있다. 이와 관련하여 낸시 프레이저(Nancy Fraser) 역시 공동체

---

*Philosophy and Policy* Vol.2 No.1, pp. 102- 103.

47) Ibid., p. 120.

48) 나상원, 전제논문, p. 80.

49) Iris Young, *supra* note 45, p. 118.

의 정의 구조가 잘못 설정되면, 이로 인해 소외된 사람들은 그 정치공동체 안에서 분배 또는 인정과 관련하여 자신이 받을 몫을 주장할 기회를 잃는다고 비판한다. 이때 프레이저는 소외된 사람들은 자선이나 박애의 대상으로 남을뿐 인격적 존재로서의 대우를 받지 못한다고 지적한 바 있다.<sup>50)</sup>

## (2) 제도에 의한 권리 보장

따라서 인격적 역량증진 이론은 개인에게 역량을 키우라는 노력을 요구하는 것보다는 효과적인 제도 마련으로 개인의 권리를 효과적으로 보호하고 정의를 실현한다. 즉, 인격적 역량증진 이론은 개인과 제도의 차원을 통합한 정의 구조를 제안한다. 이 구조에서 강조될 수 있는 것은 ‘비자의성’이다. 제도에 의해 권리나 역량이 보호되지 않는다면 수많은 자의적 요인 - 개인의 능력, 당시의 정책 등 - 에 의해서 정의가 실현될 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 따라서 인격적 역량 증진 이론은 제도를 통해 안정적으로 개인이 권리를 주장할 수 있어야 함을 강조한다(이는 개인의 행위주체성을 중요시한다는 점에서 인격적 역량 증진 이론의 또다른 특징과도 관련된다). 이러한 제도는 입법일 수도, 사법일 수도 있다. 제도의 형태는 중요하지 않으며, 개인이 부정의 제거해 나가는 과정을 오로지 개인에게 떠맡기지 않고 개인이 주체적으로 권리를 실현하는 기반을 마련하는 데 의의가 있다. 일례로 영은 정의의 실현이 단순한 보상의 차원에만 그쳐서는 안되고 제도적 개혁과 투자가 필요하다고 말한 바 있다. 나아가 그녀는 구조적으로 정의를 박탈당하는 집단들이 정치에 대표되어 참여할 수 있도록 제도가 도입되어야 한다고 주장한다. 이처럼 인격적 역량증진 이론은 사회의 소수자가 자의적이고 시혜적인 정책에 따라서가 아니라, 제도적 토대로 그들 스스로 문제를 해결할 수 있는 역량을 기를 수 있도록 기반을 마련하는 데 초점을 둔다.

## V. 인격적 역량증진 이론의 적용: 장애인차별금지법 제48조 제2항

본 목차에서는 장애인차별금지법 제48조 제2항 ‘적극적 시정조치’를 중심으로 동법이 장애인 권익을 효과적으로 구제하여 장애인이 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하는 법률인지 검토한다. 이때 본고가 제시한 인격적 역량증진 이론에 입각하여 장애인차별금지법이 장애인을 위한 정의 실현에 기여할 수 있음을 논증한다. 그럼에도 불구하고 판결 중 손해배상을 제외한 적극적 구제조치는 인용된 것이 거의 없는 바, 이 역시 ‘인격적 역량증진 이론’에 입각하여 비판한 후 개선 방안을 제안한다.

---

50) Ibid., p. 118.



## 1. 장애인차별금지법과 적극적 시정조치의 의미

‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’ (이하 ‘장애인차별금지법’) 제 1조에 따르면 이 법은 “모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고, 차별받은 사람에 대한 구제조치를 규정하여 장애인의 완전한 사회참여와 평등권을 실현하는 것을 목적으로 한다” .

이에 따라 제46조 제1항은 “누구든지 이 법의 규정을 위반하여 타인에게 손해를 가한 자는 그로 인하여 피해를 입은 사람에 대하여 손해상책임을 진다” 고 명시하여 금전적 손해배상을 통한 구제조치를 규정하고 있다.

주목할 만한 것은 제48조로 손해배상 이외의 적극적 조치를 규율하고 있기 때문이다. 제48조 제1항은 소 제기 전 또는 소송 중에 차별중지 등을 명하는 임시조치를 할 수 있음을 규정하고 있고, 제2항은 “법원은 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다” 고 명시하여 손해배상 이외의 ‘적극적 시정조치’ 를 규정하고 있다. 제3항은 이러한 차별행위 중지 및 적극적 시정조치의 이행을 강제하고자 이행 기간 내 이행하지 않을 때에는 지연 배상을 명하고 있다. 사법을 통한 적극적 시정조치는 장애인차별금지법 외의 다른 영역의 차별금지법 및 국내법에서도 찾을 수 없다는 점에서 굉장히 특징적이다.

## 2. 정의 실현 과정에서의 행위주체성을 중심으로

‘장애인차별금지법’ 은 생활영역 전반 - 고용, 교육, 재화와 용역의 제공 및 이용, 사법·행정절차 및 서비스와 참정권, 가족·가정·복지시설 및 건강권 등 - 에서 장애인의 권리가 침해되었을 때 권리의 구제를 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 국가인권위원회나 법무부 장관에 의한 비사법적 구제와 적극적 시정조치를 위시한 사법적 구제는 장애인과 비장애인을 동등하게 권리를 향유하는 주체 및 권리가 침해되었을 때 맞설 수 있는 주체로 인정하고 있다. 이는 장애인차별금지법 이전의 장애인 관련 법률과 비교하면 더욱 분명히 드러난다. 종래의 장애인 관련 법률은 주로 국가예산을 통한 일자리 제공, 직업재활에 집중하여 복지적이고 시혜적인 성격이 강하였다. 가령 1989년 제정된 ‘장애인복지법’ 과 1991년 ‘장애인고용촉진 등에 관한 법률’ 등은 모두 장애로 인해 취업하지 못하는 장애인의 빈곤 및 복지 문제를 해결하는 데에만 초점을 두었다.<sup>51)</sup> 이러한 법률은 장애인을 대상화하여 (특히 경제적) 도움과 치료의 대상으로 보는 시각을 가지고 있었다고 볼 수 있다. 따라서 장애인차별금지법을 통해 처음으로 장애인의 구제절차 참여를 통해 권

51) 김종일, “장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률에 따른 법원의 차별시정조치 판결”, 법이론실무연구, 제4권 제2호 (2016), pp. 81-101.

리주체성을 인정한 것은 큰 변화라고 볼 수 있다.

장애인차별금지법의 의의를 본고에서 제시한 인격적 역량 증진 이론에 의해 분석하자면, 첫 번째 특징인 ‘정의 실현 과정과 행위주체성’에 주목할 수 있다. 본고는 셴이 주장한 기존의 역량 증진 정의론은 톨즈의 획일적인 재분배를 비판하면서도 결국 개인의 역량을 평가하는 준거점을 재화 분배의 최종 상태 즉, 물질적이고 경제적인 ‘결과’에만 초점을 두어 획일성을 극복하지 못했다고 지적한 바 있다. 그리고 이를 보완하기 위해 정의 실현의 판단 기준으로 결과적 분배뿐만 아니라 과정상의 주체성이 필요하다고 명시하였다. 이러한 주체성은 아이리스 영이 경제적 불평등과 분배 부정의 보다 각 집단에 대한 ‘억압’을 제거하고 분배에 관한 의사 결정에 참여할 수 있도록 인정하는 인정의 정치를 강조한 것과 궤를 같이한다. 이런 점에서 과거 장애인 복지 관련 법률과 다르게 장애인차별금지법은 빈곤과 부의 분배에만 집중하지 않고 장애인을 차별로부터 보호해야 할 목적적 존재로서 정체성을 인정하려 했다는 점이 유의미하다.

특히 그중 제48조에 규정되어 있는 ‘적극적 시정조치’는 물질적 분배뿐만 아니라 정체성 및 행위주체성을 인정하는 것이 중요함을 가장 잘 드러내는 조항이다. 우리 민법에서는 불법행위가 있는 경우 금전적 손해배상을 원칙으로 하고<sup>52)</sup> 전술했듯 다른 영역의 차별금지법 및 국내법은 손해배상에 초점을 두어 소극적이고 개별적인 구제방안을 두고 있다. 적극적 시정조치는 이러한 손해배상으로 보상되지 않는, 즉 ‘인정’되지 않는 요인들을 포착하고 제도화한 것이므로 정의 실현 과정에서 사회적 약자인 장애인의 주체성을 증진하는 데 기여하는 제도이다. 이 과정에서 포르스트가 서술한 바와 같이 사람들이 분배 패러다임 속에서 수동적으로 분배받는 수급자로부터 권리를 실현하는 과정에서 직접 참여하는 인격적 존재로 변화할 수 있다.<sup>53)</sup>

### 3. 공적 소통 참여를 중심으로

복지와 분배 중심의 기존 장애법률과 달리, 장애인차별금지법은 그 제정과정에서 ‘장애인차별금지법 추진연대’가 결성되어 당사자인 장애인들의 의견을 직접 반영할 수 있도록 노력하였다. 한국장애인단체총연맹, 열린네트워크 등 사회단체도 포함하고 있는 이 연대는 인격적 역량증진 이론이 강조하는 사회적 약자들의 공적 소통 참여를 가시화한다고 볼 수 있다. 그전에는 법률의 직접 적용을 받는 대상이었음에도 불구하고 주변화되고 수동적인 객체로만 여겨져 왔던 장애인을 토론의 장으로 적극 포섭하였다는 점이 의미 있다. 이를 바탕으로 비단 장애인차별금지법 뿐만 아니라 다른 법률의 입법 과정에서도 시사점을 주어 더 많은 사회적 약자가 논의 과정에 참여할 수 있기를 기대할 수도 있다.

52) Ibid., p.83.

53) Rainer Forst, *supra* note 37, p.255.

#### 4. 제도적 권리 보장을 중심으로

본고는 셴이 ‘정의에 긍정적인 영향을 주는 제도’가 필요하다고 하면서도 정작 제도에 대한 논의를 전개하지 않은 점을 한계로 지적하였다. 이에 대해 영은 부정의를 개인이나 국가의 탓으로만 돌릴 수 없으며 구조적으로 발생하기에 이를 제거하려면 제도적 개혁이 필요하다고 명시하였다. 또한 이 구체적인 예시로 공교육 활성화, 직업의 적절한 보수 등을 언급하였다.<sup>54)</sup> 본고는 영의 논의로부터 사회적 소수자가 부정의에 종속되지 않을 수 있는 환경을 제도적으로 구축해 나가는 것이 중요하다고 보았으며 이러한 제도 중 하나가 사법적 해결이 될 수 있음을 언급하였다. 사법적 해결은 개인의 자유를 제한하기 때문에 매우 엄격한 요건에서 기대할 수 있지만, 사회적 약자의 부정의를 개선하기 위해서는 가장 효과적일 수 있다.

이러한 측면에서 장애인차별금지법에서 적극적 시정조치를 규정한 것은 획기적이라고 볼 수 있다. 기존의 장애인복지법 등 장애인 관련법은 장애인을 복지의 객체로 봤다는 점을 차치하고서라도 조항들이 장애인 차별금지를 선언하는 데 그쳐 현실에서 장애인들의 권리 침해를 시정하지 못했다는 비판에 직면하였다.<sup>55)</sup> 또한 장애인차별금지법은 국가인권위원회와 법무부 장관도 권리구제에 대해 시정명령을 내릴 수 있다고 규정하고 있으나 이는 강제력을 결여하고 있으므로 당사자의 권리구제로 이어지지 못하고, 결국 또 다른 자의적 요인에 개인의 정의를 맡겨야 한다는 한계에 직면할 수도 있다.

반면, 적극적 시정조치는 이례적으로 법원의 판결을 통해 사회적 약자의 권리를 구제하고 관련된 사회의 혹은 구조의 부정의를 제거하는 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 시정조치를 내릴 수 있어 피해자의 확실하고 직접적인 구제를 도모하여 의의가 있다. 또한 손해배상 등의 입증을 용이하게 하는 규정을 두어 실질적으로 피해자가 이를 통해 구제받을 수 있도록 도모하였다.

#### VI. 인격적 역량증진 이론의 적용: 적극적 시정조치 관련 판례 변화

이러한 의의를 가진 장애인차별금지법은 2008년 4월 11일 시행되었지만, 현재까지 적극적 조치가 청구되어 법원이 선고를 한 사건은 극히 적을뿐더러 그마저도 여전히 손해배상, 합의, 조정으로 귀결되어 적극적 조치가 인정된 판결은 거의 없다. 목욕탕 입욕을 거부 당한 시각장애인의 손해배상 청구(대전지방법원 2012. 2. 15. 선고 2011가소122610 판결), 철도역에서 추락한 시각장애인의 손해배상 청구(서울중앙지방법원 2014. 4. 29. 선고 2013나39826 판결), 학교건물에 승강기가 설치되지 않아

54) 임미원, 전개논문, p.15.

장애를 가진 대학원생이 입은 정신적 고통에 대한 손해배상 청구(창원지방법원 2015. 4. 30. 선고 201433400 판결)가 대표적인 예시이다.

그러던 중 2021. 4. 1. 처음으로 대법원에서 차별행위 시정의 구제조치를 처음으로 인정한 판결이 등장하였다(대법원 2021. 4. 1. 선고 2018다203418 판결). 이는 이전에 유사하게 장애인의 이동권을 다룬 판결<sup>56)</sup>에서도 인정하지 않았던 시정조치가 받아들여진 최초의 판례이므로 유의미하다고 볼 수 있다. 혹자는 적극적 시정조치가 법률이 시행된 지 10년이 넘어 등장한 이유가 단순히 장애인 당사자나 법원이 장애인차별금지법에 무지해서라고 설명하기도 한다. 그러나 본고는 앞서 제시한 ‘인격적 역량증진이론’을 적용하여 ‘장애인 이동권’을 둘러싼 판결의 변화를 조명하고자 한다.

## 1. 서울중앙지방법원 2015.7.10. 선고 2014가합11791 판결

### (1) 사실관계 및 법원의 판단

이 사건은 장애인 및 고령자 등 교통약자들이, 시외버스에 휠체어 승강설비가 설치되어 있지 않다는 이유로 국토교통부와 지방자치단체에게 ‘장애인차별금지행위법’에 따른 차별행위에 기한 손해배상 및 ‘교통약자의 이동편의 증진법’ 제6조 및 제7조에 따라 ‘교통약자 이동편의 증진계획’에 저상버스 등을 도입할 것을 청구한 사안이다.

이에 대하여 법원은 이 사건 국가기관의 행위가 차별행위에 해당한다고 판시하여 손해배상 청구를 받아들였다. 정부와 지방자치단체는 장애인차별금지법상 정당한 편의를 제공하여야 하며, 휠체어 승강설비를 시내 및 시외버스에 설치하는 것이 이에 해당한다고 보았기 때문이다.

그러나 법원은 이 사건 국가기관의 행위가 차별행위에 해당한다고 판시하였음에도 불구하고 이에 대한 적극적 시정조치는 인정하지 않았다. 법원은 이에 대한 근거로 “법원이 적극적인 조치를 명한다고 하더라도 ... 원고들이 실질적이고 즉각적으로 정당한 편의를 제공받기 어렵다”며 시정조치가 이 사건 차별적 행위에 대한 조치로서 적절하지 않다고 설명하였다. 법원은 적극적 시정조치의 내용 및 판단의 기준에 대해 재량권을 가지고 있다고 판단하였다.

### (2) 인격적 역량증진 이론의 적용

#### 1) 공적 소통의 부재

구체적인 판결을 분석하기 앞서, 당사자들이 법원의 판결을 요구하기 보다는 국가인권위원회에 진정하는 경우가 더 많아 관련 판례가 적다는 사실을 지적하고자 한다. 그 이유를 단지 장애인차별금지법에 대한 인식이 부족하기 때문이라고 본다

56) 서울중앙지방법원 2015.7.10. 선고 2014가합11791 판결

면 해결책은 홍보 위주로 간단하게 제시될 것이다. 하지만 본고는 장애인차별금지법에 대한 인식이 충분하다고 하더라도 법원에 구제조치를 요구하지 않을 가능성이 있다고 보았다.

가장 대표적인 이유로는 법원에의 제소에 대해 느끼는 어려움과 부담감을 들 수 있다. 비장애인들에게도 상당한 부담이 되는 사법 절차는 의사소통에 어려움이 있는 장애인들에게 가중된 부담으로 다가올 것이라고 생각할 수 있기 때문이다.

이는 앞서 지적한 쟁의 역량증진 이론에 대한 문제점 중 공적 토론에 참여할 수 없는 사회적 약자들을 떠오르게 한다. 토론을 통해 자신의 권리를 주장하기도 전에 토론장에 들어갈 수도 없는 문제를 쟁은 다루지 않고 있다고 지적한 바 있다. 사법 절차에서 이뤄지는 권리의 주장도 일종의 공론으로 볼 수 있다. 이러한 점에서 장애인이 스스로 공론장에 참여해 권리(이 사안에서는 적극적 시정조치를 요청할 권리가 될 수 있다)를 주장하기보다는 진입장벽 없이 법원에 제소할 수 있도록 방안을 마련해야 한다.

앞서 ‘인격적 역량증진 이론’에서 지적한 바와 같이 사회적 약자의 참여를 위해서는 제도적으로 이를 보장하는 것이 중요하다. 이와 관련하여 마련된 제도로는 장애인차별금지법 제26조가 있다. 장애인의 “공공기관 등은 장애인이 생명, 신체 또는 재산권 보호를 포함한 자신의 권리를 보호·보장받기 위하여 필요한 사법·행정절차 및 서비스 제공에 있어 장애인을 차별하여서는 아니 된다.”고 규정한다. 그리고 4~7항을 통해 법원 등 공공기관이 장애인이 서비스를 향유하고 사법절차에 참여할 수 있도록 촉구하고 있다. 이러한 제도가 적극적으로 활용되어 참여의 기반을 마련할 수 있도록 사법부 차원에서 노력할 수 있다. 가령 법원행정처는 장애인 사법 지원에 필요한 가이드라인을 마련한 바 있다. 이처럼 국가기관의 제도 마련 및 이행 노력을 통해 당사자들의 토론장 참여, 이 사안의 경우 권리 구제 요청을 이끌어낼 수 있다.<sup>57)</sup>

## 2) 행위주체성에 대한 고려 부족

설령 권리 침해를 주장하는 장애인이 사법기관에 적극적 시정조치를 요구하더라도 법원이 이를 쉽게 인정하지 않는다는 점을 앞서 사실관계에서 살펴보았다. 물론 법원은 적극적 시정조치와 관련하여 장애인차별금지법 제48조 제2항과 3항에 따라 시정조치를 명령할 것인지 여부와 구체적인 내용을 결정할 재량권을 가지고 있다. 하지만 그와 별개로 법원의 시정조치 기각에 타당한 이유가 있는지 분석할 필요가 있다. 본 목차에서는 인격적 역량증진 이론에 기반하여 법원의 태도를 분석하고자 한다.

먼저 이러한 법원의 실시 내용은 인격적 역량증진 이론이 강조하는 첫 번째 특징 즉, 정의 실현 과정에서의 행위주체성을 고려하지 못한 것으로 보인다. 대신, 기존

---

57) 김종일, 전개논문, p.90.

의 롤즈나 센의 정의론이 그러했듯이 청구인들을 보상의 객체로만 보았다고 비판할 수 있다. 만일 청구인들에게 당장의 이익이 없더라도 청구인들은 추후에 혹은 다른 장애인들이 이를 이용하는 때에 주체적으로 부정의를 해소한 역할을 할 수 있고 이는 인격적 존재로서의 자신을 확인할 기회가 될 수 있다.

또한 전술하였듯이 인격적 역량 증진 이론에서 부정의에 맞서 싸우는 사회적 약자들은 반드시 자신 혼자만의 이익을 도모할 필요가 없고 다른 이들의 부정의를 위해 권리를 행사하고 주체적으로 공적 소통에 참여할 수 있다. 원고가 직접적인 이해관계를 가지더라도 청구할 수 있다는 것이 이 법의 취지이지만, 해당 관례에서 적극적 시정조치가 인정되지 않아 이러한 취지는 고려되지 못했다.

법원은 이를 간과한 채 분배 패러다임이 전제하는 인간관을 바탕으로 장애인들에게 금전적 손해배상만을 해주고, 당장의 교통의 편익이 없다면 청구를 인정하지 않는 태도를 보여주고 있다. 이에 대하여 사회적 약자 개인을 인격적 존재로 존중하여 그가 부정의를 해소하여 이루고 싶은 목적이 금전 외에도 다양할 수 있음을 인정하는 자세가 필요하다.

## 2. 대법원 2021. 4. 1. 선고 2018다203418 판결

### (1) 사실관계 및 법원의 판단

장애인차별금지법과 동법이 준용하는 교통약자의 이동편의 증진법(이하 ‘교통약자법’) 시행규칙 제2조 제1항에 따르면, 버스는 길이 1.3m, 폭 0.75m 규모의 교통약자 좌석을 위한 전용공간을 설치해야 한다. 다만 길이와 폭을 측정하는 구체적인 방법은 별도로 정해져 있지 않다. 이 사건 피고는 버스회사로, 출입문 앞에 버스 진행 방향으로 측정할 때 길이가 0.97m에 해당하는 좌석 공간을 설치하였다. 이 공간은 휠체어가 출입문 방향으로 놓여진 상황을 가정해서 측정해야 비로소 1.3m의 요건을 충족한다. 따라서 휠체어를 이용하는 장애인이 탑승할 시 버스 진행 방향과 반대로 앉아 이동할 수밖에 없다.

이에 휠체어를 이용하는 장애인인 원고는 피고가 설치한 교통약자용 좌석의 규모가 교통약자법 시행규칙을 위반하므로 정당한 편의제공 의무를 위반하였다고 주장하였으며, 이에 대한 조치로 ‘적극적 시정조치’와 위자료의 지급이 필요하다고 소를 제기하였다.

1심은 국토교통부가 고시한 저상버스에만 교통약자용 좌석을 설치하면 충분하고 이 사건 버스는 저상버스가 아니므로 피고가 정당한 편의제공 의무를 위반하지 않았다고 판단하였다. 하지만 원심은 교통약자용 좌석 설치 대상이 저상버스에 한정되어 있지 않으며, 기준 미달의 교통약자용 좌석 공간을 설치한 피고에게 적극적 시정조치 의무를 인정하였으며 위자료 청구도 받아들였다.

대법원은 원심이 위자료 청구를 인용한 부분은 파기환송하면서도, 장애인차별금지법에 따라 적극적 시정조치를 하도록 명령한 원심판결을 수긍하였다. 이렇듯 청

구취지대로 적극적 시정조치 청구를 인용한 판결이 선고되어 확정되었다.

## (2) 인격적 역량증진 이론에 기한 평가

### 1) 정의 실현 과정에서의 행위 주체성

위 판결은 먼저, 전술한 2014가합11791 판결과 달리 정의를 물질적 재화의 척도로 배분하지 않고 개인의 행위주체성을 고려하는 양상을 보여주었다. 크게 두 가지 측면에서 이 양상이 드러나는데, 첫째는 버스에서 휠체어 전용공간이 제대로 확보되지 않아 휠체어를 사용하는 원고가 방향전환을 하지 못하고, 이로 인해 다른 승객들과 다른 방향을 응시한 채 탑승하게 한 행위를 차별적 행위이자 부정의로 인식했다는 점이다. 인격적 역량증진 이론에 따르면 개인은 확실적인 재분배의 대상이나 결과를 넘어서 정의를 실현하는 과정에 참여하는 주체이다. 정의를 실현하는 과정에서 개인이 느끼는 부정의의 경험은 다양하고 이에 대하여 목소리를 낼 때 부정의에 대한 논의 및 시정을 촉구할 수 있다. 대법원의 판결은 비록 원고가 금전적이거나 물리적인 피해를 입지 않았지만, 모멸감·불쾌감을 느낄 수 있음을 인정하여 원고를 정의 실현 과정의 주체로 포섭하였다는 점이 유의미하다.

두 번째로는 장애인차별금지법 제48조 제2항에 따른 적극적 시정조치를 대법원이 처음으로 인정하였다는 점이다. 이는 함께 청구된 손해배상 청구에 기한 물질적 배상만으로는 원고의 피해를 보상할 수 없다는 점을 시사한다. 나아가 원고의 피해를 구제할 뿐아니라 원고의 참여를 바탕으로 다른 장애인들의 부정의를 제거하려는 시도로 볼 수 있다. 이는 앞에서 살펴본 판결에서 중앙법원이 원고가 실질적이고 즉각적으로 편의를 누리지 않을 것이라는 이유로 적극적 시정조치를 인정하지 않은 것과는 대조적이다. 물질적 분배만으로 귀결되지 않는 자신의 정체성을 인정받고, 이를 다른 사람들과 공유함으로써 원고는 우리 사회에서 정의 실현하는 데 행위주체성의 역할을 갖고 참여하였음을 알 수 있다.

### 2) 공적 소통 과정에의 참여

장애인차별금지법이 추진연대를 비롯한 장애인들이 입법 과정에 적극 참여하여 이루어진 만큼, 본 판결에서도 장애인들이 직접적으로 토론의 과정에 포섭되어 논의가 이루어졌다. 피해를 입은 원고는 장애우권익문제연구소 경기도지부와 함께 문제의식을 공론화하였고 이를 법률가들과 함께 논의하여 변론을 준비하였다. 인격적 역량증진 이론에서 입법과정을 넘어서 사법이 실현되는 과정에서 참여를 확대함으로써 장애인들이 정의 실현 과정의 창구는 더욱 넓어질 것으로 기대된다.

나아가 공적 소통의 방법을 언어와 합리성으로 제한하지 않는 인격적 역량증진 이론에서는 내러티브, 스토리 등 다양한 표현 수단을 인정한다. 이 사건에서 원고 측은 재판부에 현장 검증을 신청하여 해당 버스의 휠체어 전용공간을 보여준 물

론, 직접 휠체어를 사용하는 승객이 탑승하여 당시의 피해를 생생하게 재연하였다. 이에 따라 항소심 재판부는 “휠체어를 이용하는 장애인은 버스의 급정거 또는 급출발 등 움직임에 따라 버스의 전진 방향을 바라보고 착석하여 이동하는 다른 승객들과 비교하여 상대적으로 높은 사고의 위험에 노출될 수 있고, … 휠체어 사용자를 위한 전용공간이 일반 좌석의 전방에 마련되어 있어서 장애인은 탑승한 시간 내 내 자신의 모습이나 표정이 일반 승객들의 정면 시선에 위치하게 되어 장애인으로서 상당한 모멸감, 불쾌감 또는 소외감을 느낄 수 있” 라고 실시하며 현장 검증을 통해 확인한 내용을 판결문에 반영하였다. 이를 바탕으로 장애인의 완전한 사회 참여 및 평등권 향유를 위해 현재의 휠체어 설비를 개선해야 함을 판시하였다. 센이 제시한 합리적·언어적 수단에 국한되지 않고 개인의 경험을 드러낼 수 있는 다양한 수단을 사용하여 약자가 보다 효과적으로 공적 소통에 참여할 수 있음을 알 수 있다.

### 3) 제도적 보장 촉구

앞서 인격적 역량증진 이론이 사회적 약자의 권리가 자의적 요인에 의해 좌우되지 않도록 제도를 통한 권리 보장을 강조하고 있음을 살핀 바 있다. 처음으로 대법원이 적극적 시정조치를 인정한 후, 이를 지속적으로 보장하기 위한 입법적 논의가 활발히 이뤄지고 있다. 입법을 통한 권리 보호 또한 인격적 역량증진의 이론이 강조하는 ‘제도적 보장’의 일환으로 볼 수 있다. 교통약자 이동편의 증진법의 개정안에는 저상버스 도입율을 높여 교통약자전용 좌석 공간을 확보한다거나, 버스의 승무원도 다른 교통수단의 승무원과 동일한 내용의 교육을 이수해야 한다는 내용이 포함되어 있다.

개인의 권리 주장을 통해 사법적 판결로 적극적 시정조치가 인정된 것 또한 원고뿐 아니라 타인의 권리를 안정적으로 도모하도록 힘쓴다는 점에서 제도적 보장이라고 할 수 있지만, 이에 기하여 이루어지는 입법적 논의 또한 개인의 부정의 해소 및 정의 실현이 제도 속에서 보장될 수 있도록 하는 기제가 될 수 있다.

## VII. 결론

본고는 ‘사회적 약자를 위한 정의 이론’에 대한 탐색을 목표로 센의 역량증진 정의론을 분석 및 비판하였으며, 이를 기반으로 새로운 정의 이론을 제시하였다. 이후 장애인차별금지법의 제정과 판결과 관련하여 인격적 역량 증진 이론이 줄 수 있는 시사점을 살펴보았다.

본 연구는 두 가지 의의를 지닌다. 첫째로, 명확한 문제의식 하에 센의 역량증진 정의론을 보완하여 새로운 정의 이론을 제시하는 과정에서 센이 롤즈를 비판했던 논리를 활용하여 센을 비판하였다. 센이 제시했던 기준과 전혀 다른 기준으로 비판



한다면 이는 마치 플루트 일화처럼 그저 다양한 정의관의 공존만을 야기할 수 있다. 그 대신 셴의 논리를 활용함으로써 셴이 목표하였지만 이루지 못한 바들을 분석한 후, 이 부분을 수정하여 사회적 약자의 부정의 해소를 위한 이론을 구성하였다는 점에 의의가 있다.

나아가, 새로운 인격적 역량증진 이론으로 장애인차별금지법상 적극적 시정조치라는 현실 속 문제를 찾아내어 분석한 점에서 의의를 도출할 수 있다. 전술한 바 적극적 시정조치는 한국에서는 이례적인 배상 조항이다. 더욱이 재판에서 잘 활용되지 않아 장애인들이 현행법을 적극 활용하지 못하는 양상을 보이고 있다. 이를 새로운 정의론으로 분석함으로써 적극적 시정조치가 가지는 의의를 다시 한 번 환기함과 동시에 한국사회에서 장애인을 비롯한 소수자 부정의 해소를 위한 방안을 고려할 수 있다.

# 참고문헌

## 1. 국내문헌

- 고원: “대안적 발전론에서 ‘인간중심’ 담론에 대한 정치철학적 검토”, 민주주의와 인권, 제10권 제1호(2010).
- 김대근: “Amartya Sen의 정의론의 방법과 구조”, 법철학연구, 제14권 제1호(2011).
- 김종일, “장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률에 따른 법원의 차별시정조치 판결”, 법이론실무연구, 제4권 제2호(2016).
- 김희강: “공공성, 사회집단, 그리고 심의민주주의”, 한국정치학회보, 제44권 제2호, (2010).
- 나상원: “민주적 소통과 시민의 성장 : 소통적 민주주의를 중심으로”, 한국과 국제사회, 제5권 제2호(2021).
- 목광수: “아마티아 센의 정의론에 대한 비판적 고찰: 민주주의 논의를 중심으로”, 철학연구, 제93권(2010).
- 이충한 “정의의 차원들, 인정과 분배- 프레이저와 호네트의 논쟁을 중심으로”, 동서철학연구, 제85권(2017).
- 임미원: “정의개념의 다차원성 - 아이리스 영과 낸시 프레이저의 정의론을 중심으로”. 법학논총, 제37권 제3호(2020).
- 조수민: “이상론과 비이상론: 사회 정의론의 규범적 토대에 관한 고찰”, 시대와 철학, 제31권 제3호(2020),
- 존 롤즈, 황경식 역, 정의론(이학사, 2003).

## 2. 외국문헌

- Crocker, David. Ethics of Global Development: Agent, Capability, and Deliberative Democracy. (Cambridge University Press: 2008).
- Forst, Rainer, Radical Justice: On Iris Marion Young’s Critique of the “Distributive Paradigm”, *Constellation*, Vol.14, No.2 (2007).
- Mouffe, Chantal. The Democratic Paradox. (New York: Verso, 2000).
- Nussbaum, Martha, “Capabilities and Social Justice,” *International Relations and the New Inequality*, Vol. 4, No. 2 (Summer, 2002).
- Pogge, Thomas “Can the Capability Approach be justified?” *Philosophical Topics* Vol. 30, No. 2 (2002).
- Sen, Amartya, The Idea of Justice, (Belknap Press of Harvard University Press, 2009),
- Young, Iris, Justice and the Politics of Difference. (Princeton: Princeton University, Press, 1990).
- Young, Iris, “Responsibility and Global Justice: A Social Connection Model.” *Social Philosophy and Policy* Vol.2 No,1(2006).

## 초록

정의는 법철학에서 다루는 주제 중 끊임없이 뜨거운 논쟁이 되는 개념 중 하나이며, 정의에 대한 논의는 역사 속에서 비판과 발전을 거듭하며 점점 풍부해져 왔다. 그러나 정의 이론이 다양해지고 깊어지고 있음에도 불구하고, 정작 우리 사회가 오늘날 마주한 현실의 문제를 해결할 수 있는 정의론을 찾기는 점점 어려워지고 있다.

본고는 오늘날 한국 사회가 마주한 법적 문제들을 해결할 수 있는 실천적인 정의론을 탐구하는 것을 문제의식으로 설정하였다. 그중에서도 구체적으로 ‘사회적 약자’에게 필요한 법률을 구상할 수 있는 정의론을 탐색하고자 하였다. 이를 위해 그는 이상적·추상적인 정의를 찾아 나서는 대신, 현실적·구성적 정의론을 목표로 ‘역량증진 정의론’을 구상한 아마티아 센(Amartya Sen)의 역량증진 정의론을 선택하였다.

센은 근대 정의론자들이 현실을 초월한 완벽한 정의 그 자체에 대한 탐구를 목표로 하는 것을 비판하며 실천적인 정의론을 모색한다. 센의 역량증진 정의론에서 개인은 정의의 핵심인 역량을 통해 부정의를 인식하며 이를 공적 추론을 거쳐 해결하는 정의론을 모색한다.

그러나 센의 정의론으로 사회적 약자가 마주한 문제를 실천적으로 해결하는 데에는 한계가 있다. 먼저 센은 역량 개념을 통해 개인의 능동성을 담보하고자 했지만, 역량을 재화의 변환 능력으로만 한정하면서 인간을 인격적 존재로 대우하지 않고 물질적 재분배의 결과로만 바라보았다. 둘째로 센이 강조한 공적 추론은 사회적 약자와 같이 논의의 장에 참여할 수 없는 인간들의 존재를 지우고 그들에게 목소리를 낼 기회를 박탈한다는 점에서 비인격적이다. 마지막으로 센의 이론은 개인이 직면한 부정의의 기저에 있는 구조적 문제는 경시한 채 개인의 문제에만 집중한다는 점에서 개인이 인격적 존재로 대우받는 법을 모색하지 못하였다.

이에 본고는 센의 이론이 가지는 한계점을 보완하여 사회적 약자를 위한 정의론으로 ‘인격적’ 역량증진 이론을 제시한다. 인격적 역량증진 이론은 인간이 정의를 실현하는 과정을 중시하며, 인간이 인격적 존재로서 행위주체성을 가지고 공적 소통에 참여하도록 제도적 보장을 촉구하는 정의론으로 설명할 수 있다.

이러한 인격적 역량증진 이론을 적용하면 우리 사회의 약자를 향한 정의와 이를 실현하기 위한 법적 수단을 고안할 수 있다. 본고에서는 인격적 역량증진 이론을 통해 장애인차별금지법 제48조 제2항 ‘적극적 시정조치’를 중심으로 동법이 장애인 권익을 효과적으로 구제하여 장애인이 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하는 법률인지 검토한다. 나아가 제반 판례를 인격적 역량증진 이론의 관점으로 분석하여 오늘날 장애인이 스스로 정의 실현할 수 있는 제도 마련의 기반을 탐구한다.