

법치주의란 무엇인가?

-법치주의의 개념적 혼란과 그 해결책-

민경국(강원대/경제학)

“훌륭한 물리학자가 되려면 물리학만을, 훌륭한 화학자가 되려면 화학만을 해도 된다. 그러나 훌륭한 경제학자가 되려면 경제학만을 해서는 안 된다” (Hayek)

왜냐하면 “시장경제는 수요공급의 저편에 있는 전제조건들로 구성되어 있기 때문이다”(Röpke)¹⁾

- I. 문제의 제기
- II 법치주의 개념의 혼란과 오·남용실태
- III. 자생적 질서와 정의의 행동규칙
- IV. 법치주의의 세 가지 구성요소
- V. 법과 법치주의의 개념적 혼란의 원인
- VI. 법치주의가 왜 소중한가?
- VII. 요약 및 결론

1) 뢰프케 스스로가 불러온 오해를 없애기 위해서 다음을 염두에 두어야 한다. 즉, “수요공급 저편”에 있는 것들이라고 해서, 신고전파가 전제하듯이, 이들이 시장경제의 외생적 요소라는 것을 의미하는 것이 아니다. 오히려 그들은 시장경제와 공진화한다. 경제학자들이 수요공급만을 취급하고 법과 도덕 또는 정치적 문화적 요소들을 논하지 않는다는 것을 의미할 뿐이다.

I. 문제의 제기

법의 지배(the Rule of Law) 또는 법치주의란 무엇인가? 언어에는 정치적 귀결을 내포하는 세계관, 세상을 바라보는 관점이 들어있다. 말은 우리의 사고를 규정한다. 그래서 언어는 옳고 분명해야 한다.

사회주의자들이 자행하는 언어의 혼란과 관련하여 하이에크가 자신의 저서 『치명적 자만』에서 공자(孔子)의 말을 인용하여 잘 설명하고 있듯이, 말이 의미를 잃게 되면 우리는 손과 발을 움직일 여지가 없고 그래서 자유를 상실하게 된다.(Hayek, 1988: 106). 최 광 교수는 최근 자신의 매우 흥미로운 논문 “개념과 이념의 오류 및 혼란과 국가 정책”에서 진보, 민주화, 선진화, 보수 등 이념적 언어가 정확하지 않기 때문에 공공정책에 대한 논의가 어렵다고 개탄하고 있다.(최 광, 2011).

하이에크-최 광교수의 진단은 법치주의에도 그대로 적용된다. 우리나라에서 법치주의라는 말이 매우 혼란스럽게 사용되고 있다. 어떤 학자는 그것을 의회가 정한 법에 따라 통치하는 것이라고 이해한다. 또는 어떤 다른 학자는 시민들의 준법을 강조하기 위해 사용하거나 법치 내에서도 복지국가가 가능하다고 주장하는 학자도 있다. 법치주의에 정책은 법에 근거해야 한다는 의미로 사용하기도 한다. 심지어는 헌법우위 사상을 법치로 이해하는 학자도 있다.

자유주의의 유서 깊은 정치적 이상이 개념적 혼란에 빠짐으로써 그것은 정치적 가이드로서 역할을 수행할 수도 없을 뿐만 아니라 더욱 더 심각하고 위험스러운 것은 정치를 오도하여 자유를 파괴한다는 점이다.

따라서 개념적 혼란과 왜곡에서 법치주의 개념을 구출하여 제자리를 잡아주는 것이 자유주의 이념의 발전을 위해 매우 중요하다고 본다. 이 같은 기여를 위해서 제II장에서는 법치주의 개념의 오·남용실태를 설명할 것이다. 제III장에서는 법치주의의 개념을 도출하기 위한 질서이론을 소개할 것이다. 이 이론의 핵심은 시장경제의 성격에 속하는 자생적 질서이론이다. 제IV장에서는 자생적 질서이론을 바탕으로 하여 법치주의를 구성하는 세 가지 원칙을 설명할 것이다. 제V장에서는 법과 법치주의 개념이 타락된 이유, 남용된 이유를 설명할 것이다. 제VI장에서는

법치주의가 왜 소중한가를 설명할 것이다. 제VII 장에서는 전체내용을 요약하면서 우리나라의 학자들이 사용하는 개념을 평가할 것이다.

II 법치주의 개념의 혼란과 오·남용실태

법치주의라는 개념이 얼마나 다양하게 사용하고 있고 이들이 얼마나 큰 오남용을 하고 있는가를 보자.

- A 교수는 자신의 2001년 저서 『aaa』에서 법치주의를 “자유, 평등, 정의의 이념을 실현할 수 있도록 정치질서나 국가권력의 기능적 조직적 형태를 정하려는 것”이라고 말하고 있다(A 2001: 141). 그는 “국가 권력을 제한하고 통제함으로써 자유와 권리를 보호하는 것이 법치주의가 아니다”라고 단호히 말하고 있다(A, 2001: 142)¹⁾.

-B 교수는 그의 2011년 『bbb』에서 다음과 같이 말하고 있다. “법치주의의 핵심적 의미는 국가작용이 의회가 정한 법률에 근거하고 그 법률에 따라 행해져야 한다는 것이다.” (B, 2011: 192)²⁾. 헌법재판소도 법치주의를 B 교수와 유사하게 이해하고 있다. 예컨대 1991년 사립학교법 제55조 등에 관한 위헌심판에서 “법치주의 아래에서는 국민의 기본권 제한은 반드시 법률에 의하여야 함과 동시에.....”라고 말하고 있다(90헌가5). 법치주의를 ‘법률에 의한’으로 이해하고 있다.³⁾

-C 교수는 자신의 2011년 『CCC』에서 형식적 법치주의는 “법률에 의한 지배 원리로..... 평가할 수 있다”고 말하고 실질적 법치주의는 “의회주권론 내지 법률주권론에 기초한 법률의 우위가 아니라 성문헌법의 우위로 귀결된다.”고 말한다(ccc, 2011: 249-150). 헌법에 따르는 것을 법치주의라고 이해하고 있는 듯하다. 이 같은 생각과 일치하는 학자는 D 교수이다. 그는 2009년 『ddd』에서 법치주의는 “법률우위가 아니라 헌법우위로 나타나며 그 핵심과제는 합법성의 근거가 되는 법률과 정당성의 근거가 되는 법을 조화시키는데 있다”고 말한

- 1) 흥미롭게도 그 같은 책 141쪽에서는 법치주의를 이렇게 규정하고 있다. “..... 국가 권력을 제한하고 통제함으로써 자유와 권리를 보호하는 것이 법치주의가 아니고자유 평등 정의의 이념을 실현할 수 있도록 정치질서나 국가권력의 기능적 조직적 형태를 정하려는 것이 바로 법치주의이다.”
- 2) 그는 법치주의의 요소로서 자유, 평등, 기본권보장, 소급입법금지, 의회가 정한 법 그리고 안정성, 명확성 등을 들고 있다.
- 3) 또 헌법재판소가 이와 유사한 내용으로 사용하고 있는 판결문의 예를 보면 “조세법률주의는 조세법의 목적과 내용이 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 적법절차를 요구하는 법치주의를 의미하는바....” (2004헌바76).

다.(DDD, 2009: 157).

-E 교수는 자신의 2011년 『eee』에서 법치주의는“다수에 의한 정치적 지배를 제한하고 통제함으로써 개인의 자유와 권리를 보장하는 원리이다”라고 말한다. (EEE, 2011: 104) 법치주의를 공권력 행사방법과 한계에 관한 원리라고 이해하면서 그 구성요소를 기본권 보장과 과잉금지 원칙 그리고 권력분립을 들고 있다(위의 책, 104). 법치국가는 소극적인 현상유지국가이고 사회국가는 적극적인 사회형성의 국가라고 말한다(위의 책 105),.

- 2010년 저서 『FFF』에서 다양한 법이론을 설명하면서 법치주의를 상세히 설명하는 F 교수는 매우 흥미롭다. 그는 재분배를 주장하는 하이에크를 비판하면서 “법치의 틀 속에서 가능한 복지국가”를 말하고 있다 (F, 2010: 201). 이는 법의 지배의 틀 속에서도 복지국가가 가능하다는 것을 의미한다.

-G 교수는 시민들이 법을 지키지 않는 것을 “법치주의의 실종”이라고 비판함으로써 시민들의 준법을 법치주의로 이해하고 있다(G, 2009: 102)⁴⁾ 시민의 준법 의식을 강요하기 위한 위정자의 구호로 여긴다.

이 같은 예에서 볼 수 있듯이 우리 사회에서 법치주의가 개념적 혼란에 빠져 있다. 참으로 안타까운 일이 아닐 수 없다. 물론, 법치주의 개념의 혼란은 비단 국내에만 국한된 것은 아니다.

-20세기 가장 위대한 철학자라고 격찬을 받았던 미국의 존 롤스는 자신의 분배정의를 법의 지배 원칙에 합당하다고 말한다(Rawls, 1970). 영국의 법철학자 드워킨(R. Dworkin)도 법의 지배는 “실질적 정의”(분배적 정의)를 포함하는 것으로 이해하고 있다(Tanamaha, 2004: 8).

법치주의 이념은 정치적으로 어려운 고비마다 “정치적 정의를 부르는 나팔”과 같은 역할을 수행했음에도 (Hutchison/ Monahan, 1987: ix) 오늘날 자의적으로 개념을 규정하여 다양한 의미로 사용하기 때문에 “이해하기도 어렵고” 심지어 “의미

4) 그는 이렇게 쓰고 있다. “법질서 위반행위의 보편화와 법치주의 붕괴는 우리사회 공동체의 와해를 초래할 수 있으며 대한민국이 선진국으로 진입하는데 결정적인 장애가 될 수 있기에 그 대책이 절실히 요구된다.” 전택수는 “법치 또는 법의 지배를 최소한 일반대중이 이해하고 그 의미가 분명하며 누구에게나 공통적으로 적용되는 법의 일관된 체계로 이해하기로 한다.”라고 말하고 있다.(전택수 2004: 17).

가 없고” 그래서 수사학적인 의미 이외에는 쓸모가 없게 되어버린 운명에 처해있다.(Tamanaha 2004: 3; Shklar, 1987: 1). 오늘날 법치주의는 그 의미에서 “혼란스럽고” 또 “그 정확한 내용도 불확실하다”(Fallon, 1997: 1)고 개탄하는 목소리도 높다.

법치주의는 다양한 의미로 사용하고 있을 뿐만 아니라 특히 위험스러운 것은 개인의 자유를 최고의 가치로 여기는 자유주의 이념과 불가분의 관계에 있음에도 그 개념을 반 자유주의적, 반시장적 의미로 오용하고 있다는 점이다.

흥미로운 것은 이런 개념적 혼란과 남용을 야기하는 이유이다. 학자들이 저마다 다르게, 심지어 자의적으로 그 개념의 내용을 규정을 하고 있는 근본적인 이유는 무엇인가? 우리가 위에서 든 학자들의 문헌을 들여다보면 그 이유를 두 가지 차원에서 볼 수 있다.

하나는 법치주의가 생성된 역사적 배경에 대한 이해의 부족 때문이다. 다른 하나는 질서이론의 부족이다.

학자들이 법치주의 이념의 생성기원 뿐만 아니라 역사적 과정에서 그 이념이 부활하던 정치사적 배경만을 본다고 해도 그 같은 오용과 남용을 피할 수 있었을 것이다.

19세기 후반 사회주의가 몰려오던 시기에 이를 공격하던 영국의 헌법학자 다이스(A. Dicey: 1835-1922),⁵⁾ 20세기 초중반 지구촌이 붉게 물들었던 시기에 이를 걷어내기 위해 노력하던 오스트리아 출신 정치경제학자 하이에크(Friedrich A. Hayek: 1899-1992)을 본다면 필자가 다른 논문에서 상세히 설명했듯이(민경국, 2009), 법치주의는 복지국가나 간섭주의의 수단이 아니라 자유주의를 수호하기 위한 방패였다는 것을 어렵지 않게 알 수 있다.⁶⁾

5) 19세기 후반 영국은 “사회주의 실험에서나 적합한 “입법원리와 입법 수단”이 영국정치를 지배했다.(Tamanaha 2004a). 정부권력을 제한해야 한다는 헌법주의가 흔들리고 ‘무제한적 정부(unlimited government)’로 대체되어 갔다. 개인의 자유와 재산이 불안정했다. 이런 배경에서 쓴 책이 1885년 유명한 『헌법학입문』이다. 이에 관해서는 민경국(2009) 그는 “법의 지배 원칙을 금과옥조로 여겼던 전통은 지난 30년 동안 상당부분 허물어진 인상이다”라고 개탄했다.(Dicey, 1885/1993: liii) 한글판에서 인용했다. 쪽 수는 한글판이다.

6) 『노예의 길』에서 “자유국가가 법의 지배라는 위대한 원칙을 지키는 것, 이것야말로 자유국가와 전제정부를 명료하게 구분하는 기준”이라고 말한다.(Hayek, 1944/1997: 113) 1950년대 이후 사회주의 계획경제가 시들해지고 복지국가가 등장하던 시기에는 1960년 『자유와 헌법』과 1976년 『법, 입법 그리고 자유』의 제2권 『사회정의의 환상』에서 온갖 이념의 정치적 공격으로부터 자유를 수호하기 위해 법치주의를 내세우고 있다.

20세기 말 이후에는 법치주의의 “새로운 시대”(Corcoran, 2009)가 도래한 것이다. 옛 소련과 동유럽의 사회주의가 몰락한 후 체제전환을 위해 법치주의를 내세웠다. 유럽이나 영미에서 법치주의는 침체된 경제를 활성화해야 한다는 차원에서 강조되었다. 세계은행(World Bank)과 같은 국제적인 원조기관이 저개발국이나 개도국에 원조할 때 법의 지배 프로그램과 연계시켰다(Zywicki, 2003).

결론적으로 말해서 법치주의가 생겨난 정치사적 이념사적 배경을 염두에 두고 법치주의라는 개념을 사용한다면 법치주의의 내용을 자의적으로 규정할 수 없다.

법치주의 개념이 혼란에 빠진 두 번째 이유는 법학자들이 사회질서이론(Theory of Social Order) 또는 시장질서이론이 부족하기 때문이다. 이 이론의 핵심은 질서의 상호의존성이다. 이것은 법이 경제에 미치는 영향이라는 의미만이 아니다. 훨씬 더 중요한 의미는 시장경제는 특정한 법질서를 전제하고 반대로 특정한 법질서는 시장경제를 전제한다는 점이다. 독일의 법학자 메스트맥커가 확인하고 있듯이 법치주의는 이 질서의 상호의존성을 말하는 개념이라는 점이다(Mestmäcker, 2007).

따라서 법치주의의 개념을 학자들의 남용과 자의성 그리고 그 개념의 타락에서 구출하기 위해서는 그 개념을 사회질서이론에서 도출해야 할 필요성이 있다. 그 이론이 자생적 질서이론이다

III 자생적 질서와 정의의 행동규칙

법의 성격과 법치주의를 이해하기 위해서는 사회이론이 필요하다. 경제를 이해하기 위해서는 법을, 법을 이해하기 위해서는 경제이론을 알아야 한다. 다행스럽게도 경제학에서 경제이론을 가지고 법에 접근하려는 노력이 있었다. 시카고학파의 법 경제학을 대표하는 포스너(R. Posner) 류의 법 경제학이 그것이다. 그러나 이는 “수요와 공급의 저편에 있는”(Röpke, 1958) 도덕, 법과 같은 제도의 문제를 비용-편익 분석(가격이론)으로 환원시켜버렸다.

그 분석은 뒤에 가서 설명하겠지만 공정거래법과 관련하여 “이성규칙(rule of reason)”이라는 개념으로 정착되었다. 이 같은 원칙에서는 특정행위를 금지할 것인가를 케이스 바이 케이스로 매번 효과분석을 통해서 결정을 내린다.

그래서 그 법 경제학은 1997년 필자의 저서 『시장경제의 법과 질서』에서 자세

히 밝혔듯이 법과 법치주의를 이해하는데 매우 어렵게 만들었다. 더구나 포스너는 2003년 저서 『법, 실용주의 그리고 민주주의』에서 비용-편익 분석에 입각한 법에 대한 이해를 원칙과 철학의 존재를 거부했던 존 듀이의 실용주의로 정당화하고 있다(Posner, 2003: 59-60). 이에 따라 법치주의 원칙 또는 법원칙을 경시하고 있다(ebenda, 12).⁷⁾

그러나 다행스럽게도 “질서의 상호의존성” 개념으로 법과 경제의 만남을 주선하는 학파가 있다. 이것이 하이에크-미체스가 확대발전시키고 그 후 수많은 학자들이 심화시킨 오늘날의 오스트리아 학파와 오이켄과 뵘이 창설하여 반세기 이상 발전해 온 프라이브르크 학파이다. 그들은 법치주의를 경제질서와 법질서의 상호의존성을 의미하는 개념으로 사용하고 있다.

이 전통에 유사한 접근법은 과거의 시카고학파(old Chicago school)의 일원이었지만 그러나 아깝게도 1946년에 세상을 떠난 헨리 사이먼(H. Simons)의 접근법이다. 그의 사후에 발간된 1948년 저서 『Economic policy for a free society』에서 질서의 상호의존성의 주제를 기초로 하여 시장경제의 법질서를 논하고 있다. 이 같은 소중한 법 경제학적 전통이 그의 죽음으로 시카고에서는 끝나고 불행하게도 비용-편익분석에 따르는 신고전파적 법 경제학이 등장했다.

법질서와 경제질서의 상호의존성은 스코틀랜드의 계몽주의 철학을 확립한 애덤 스미스, 데이비드 흄 등의 질서이론으로 거슬러 올라간다. 이미 잘 알려져 있듯이, 경제(시장경제)에서 “보이지 않는 손”이 작동하기 위한 도덕적 법적 조건이 무엇인가의 문제를 다룸으로써 그 같은 상호의존성을 확립했고 이 전통이 프라이브르크 학파와 오스트리아 학파 그리고 헨리 사이먼으로 이어졌던 것이다.

그런데 우리가 주목하고자 하는 것은 그들이 전제하고 있는 시장경제의 성격이다. 이것이 자생적 질서이론이다. 이 질서이론이 법과 법치주의에 관한 사상을 도출할 수 있기 때문이다. 법과 법치주의의 이론적 기반이야말로 자생적 질서이론이다.

7) 흥미롭게도 미국의 법 경제학의 표준 교과서로 인정받고 있는 700페이지에 달하는 방대한 1992년판 『법의 경제적 분석』에서 법의 지배라는 용어는 오직 롤즈를 인용하여 단 한번 사용하고 있다.

1. 두 가지 종류의 질서

동양이든 서구이든 질서의 유형을 두 가지로 구분하는 이분법적 사고가 지배했다. 하나는 계획된(인위적) 질서로서 조직(Organization)이고, 다른 하나는 자연적 질서(Natural Order)이다. 전자는 인간의 이성에 의해 계획하여 만든 질서이다. 자연적 질서는 인간의 본능에 의해 형성된 질서, 또는 물리적 현상과 같이 인간의 행동과 전혀 관련이 없는 질서이다. 인간의 본능에서 형성된 자연적 질서에 속하는 것은 가족 또는 친지나 친구와 같은 제1차 집단이다.

사회질서를 계획된 질서의 조직으로 이해하려는 전통은 데카르트, 홉스 등 구성주의적 합리주의(constructivistic rationalism)을 기반으로 하는 프랑스 계몽주의 전통이다(<표-2>참조). 사회질서는 계획하는 이성에 의해 인위적으로 조직해야 비로소 합리적이라고 믿는 입장이다. 이 입장은 인간의 지적 능력에 대한 무한한 신뢰를 전제한다. 이는 신고전파 미시경제학과 케인스 전통의 거시경제학이 이어받는 전통이다. 뒤에 가서 자세히 설명하겠지만 이 같은 조직사상으로 법의 개념과 법치주의 개념이 타락하게 되었다.

그러나 질서의 이분법에 의해서는 제3의 질서, 즉 자생적 질서(Spontaneous Order)의 존재를 이해할 수 없다. 이것은 아담 퍼거슨, 애덤 스미스, 그리고 데이비드 흄 등, 진화적 합리주의(evolutionary rationalism)를 기초로 하는 스코틀랜드 계몽주의자들이 발견했고 멩거와 하이에크 등, 오스트리아 학파가 발전시킨 질서 개념이다.

이 자생적 질서는 인간행동의 결과이기는 하지만 인간들이 의도해서 만든 질서가 아니다. 인간들이 자신들의 이익을 추구하기 위해 자신의 지식을 투입하여 행동하는 과정에서 저절로 생성되는 질서이다. 그 대표적인 것이 언어, 도덕, 또는 시장 경제이다.

자생적 질서 사상은 인간의 구조적 무지, 즉 인간이성의 한계를 전제한다. 인간에게는 사회를 인위적으로 만들 수 있는 지적 능력이 없다고 전제한다.

우리가 이 질서의 개념에 주목하는 이유는 법의 지배 원칙의 핵심으로서 정의의 규칙(A. Smith), 또는 “정의로운 행동규칙”(F.A.Hayek)은 이 자생적 질서와 밀접한

관련을 가지고 있기 때문이다.

2. 자유사회로서 자생적 질서: 시장경제의 성격

조직과 자생적 질서의 구분은 인간들의 행동을 조정하는 방법에 따른 구분이다. 이 두 가지 질서를 비교하면서 자생적 질서로서 시장경제의 특성을 설명하고자 한다.

조직은 항상 사령탑이 있다. 그것은 사령탑에 의해 미리 정한 계획에 따라서 만든 질서이다. 조직은 구성하는 요소들(기업, 개인 또는 기타 집단이나 가계)이 공동으로 노력하여 달성할 공동의 목적이 있다. 이 조직에서는 미리 정한 계획에 의해서 구성원들의 위치가 정해지고, 계획에 따라 할당된 기능을 수행한다(<표-1> 참조).

<표-1>: 두 가지 종류의 질서

특징 \ 질서의 종류	자생적 질서	조직
인식론	진화적 합리주의 스코틀랜드 계몽주의	구성주의적 합리주의 프랑스 계몽주의
행동조정	자생적 조정	인위적 조정
목 표	공동의 목표의 부존, 다중심적 질서	공동의 목표의 존재, 단일 중심적 질서
예	시장질서, 도덕, 화폐, 법, 언어	중앙집권적 경제질서 이익단체, 간접주의
법질서	법(정의의 규칙으로서 민법과 형법:영미식)	입법(공법, 처분적 법, 사회입법)
열 립 성	열린사회, 거대한 사회	폐쇄된 사회
지배유형	법이 지배하는 사회	목적이 지배하는 사회

따라서 그 구성원들이 수행하는 활동은 사령탑의 지시와 명령을 통해서 조정된다. 사령탑은 구성원들을 지배하고 통제하고 감시한다. 그래서 조직은 계층적으

로, 즉 지배와 복종 관계로 구성되어 있다. 조직의 예는 소규모의 조직으로서 이익단체, 기업조직 등을 들 수 있다. 그러나 우리가 주목하는 것은 대규모의 조직이다. 이에 속하는 것이 강제연금제도, 의료보험 또는 계획경제이다. 특히 공공이익의 명분으로 구성원들의 활동을 제한하는 간섭주의 경제도 조직이다.

이와는 달리 시장경제의 자생적 질서는 그 구성원들이 공동으로 달성할 공동의 목적, 예를 들면, 공익이익, 또는 결과 평등과 같은 공동의 목적이 없다. 기업들이나 개인들이 제각기 추구하는 개별목표들만이 있을 뿐이다.

특히 우리가 직시해야 할 점은 자생적 질서로서 시장경제에는 사령탑이 없다는 점이다. 구성원들의 관계는 수평적이다. 자신들이 스스로 정한 목적을 위해서 자신이 스스로 습득한 지식을 이용한다. 그들의 활동은 그들 스스로가 상호간의 적응을 통해서 조정한다. 그래서 자생적 질서를 자유사회라고 불러도 무방하다. 시장경제는 외부의 간섭이 없이도 자생적으로 개인들의 계획과 행동들이 조정된다는 의미에서 스스로 조정되는 시스템이다.

이 같은 행동조정을 가능하게 하는 것은 시장경제를 구성하는 원리로서 경쟁이다. 경쟁은 소비자들의 욕구를 값싸게 충족할 수 있는 방법에 관한 지식을 발견하는 절차이다(Hayek, 1968). 새로운 것, 미지의 것을 발견하는 절차이다. 발전이란 미지의 세계를 탐험하고 이에 돌진하는 것, 그래서 발견의 절차야 말로 경제발전, 더 나아가 사회발전 원리이다.

그 같은 발견과정은 신고전파의 균형이론으로 이해할 수 없다. 시장은 균형이 아니라 지속적으로 변동하는 과정이기 때문이다. 시장은 자원배분기계가 아니라 지식의 창출과 지식의 사회적 이용과정이다.

3. 창발적 복잡계, 시장실패, 그리고 Economy

시장경제의 재생적 질서는 위버(W. Weaver)가 말하는 창발적 복잡계이다. 따라서 구체적인 설명과 예측을 얻으려고 할 경우 첫 번째 문제, 즉 지식의 문제가 생겨난다. 구체적 설명과 예측을 위해서는 모든 개인들이나 기업들에 관한 완전한 지식을 필요로 한다. 그러나 이 같은 지식은 통계적 정보로 대체할 수 없다. 왜냐하면 통계학은 개개인들 가진 또는 새로이 발견하는 지식 또는 기업들의 내부에 존재하거나 새로이 생겨난 현장지식, 특히 암묵적 초 의식적 지식을 수집가공할 수 없기 때문이다. 통계학이나 수리 경제학은 시장경제의 기능원리를 설명하는데

아주 부적합하다.

둘째로 우리는 개인들의 행동을 완전히 설명하는 것은 절대적으로 불가능하다. X가 X 자신을 설명할 수 없는 것처럼 인간 정신이 자기 자신을 설명하는 것은 논리적으로 불가능하기 때문이다. 하물며 수많은 두뇌들의 상호작용을 구체적으로 설명하고 예측하는 것은 불가하다. 우리가 의존할 수 있는 것은 오로지 "원리의 설명(explanation of principle)" 또는 이해 방법(understanding method)뿐이다.

세 번째로 시장은 하나의 우주(cosmos), 하나의 시장으로 작동하기 때문에 시장을 기업의 총합으로나 부분시장(캠벌린/ 로빈슨), 부분 산업(마셜)으로 파악할 수 없다. 그래서 그 같은 분석을 기초로 하는 가격이론은 쓸모없는 이론이다. 이로부터 도출한 정책도 간섭주의일 뿐이다. 그 대표적인 예가 하버드학파의 시장구조-시장행동-시장성과 패러다임이다.

완전 경쟁, 불완전 경쟁, 시장균형이론과 "최적" 개념들은 전지전능한 인간을 전제로 한 개념이다. 데카르트 이래 우리의 사고구조를 형성한 구성주의적 조직이론의 개념이다. 그래서 그 개념들은 인간이성은 구조적으로 무지하기 때문에 생겨나는 자생적 질서로서의 시장에 적합한 개념이 아니다.

시장실패라는 개념을 사용하는데, 이것도 시장의 자생적 질서에 적합한 개념이 아니다. 실패와 성공은 항상 의도와 목표를 전제한다. 시장질서는 누군가가 특정 목적을 위해서 의도적으로 만든 것이 아니다. 그래서 자생적 질서에는 공익 또는 사회적 후생함수와 같이 구성원들이 추구하는 어떤 공동의 목적이 존재하지 않는다. 개인들의 개별 목적만이 있을 뿐이다,

따라서 시장경제에 실패나 성공이라는 말을 적용하는 것은 적절하지 않다. 실패와 성공은 정부와 관련되어 있다. 왜냐 하면 정부는 특정한 목적을 가지고 설계된 조직이기 때문이다. 그래서 실패가 있다면 이는 정부실패이다. 정부의 고유 업무는 개인의 생명과 재산 그리고 자유를 보호하는 목적을 가지고 인위적으로 설계된 조직이다. 예를 들면 외부성이란 사유재산에 대한 침해를 허용하는 경우 생겨나는 문제인데 이는 정부가 할 일을 하지 않았거나 과행을 거듭한 결과 발생한 것이다.

흔히 인간들의 시장관계를 국민“경제(Economy)” 또는 세계“경제”라고 말한다. 그런데 우리가 Economy(Oikos+ Nomia)개념을 따져보면 이는 자생적 질서로서

시장을 이해하는데 장애물이다. ‘오이코스’는 가게(특히 농촌)를 의미하고 ‘노미아’는 경영한다는 말이다, 가게는 가장을 사령탑으로 하고 그 밑에는 처자들(그리고 과거에는 노비나 하인)들로 구성된 계층적 조직이다. 그것은 국가재정이나 기업과 같이 알려진 공동의 목적을 위해 자원을 의식적으로 배분하는 조직에 대하여 적합한 개념이다. 국가경영이라는 개념도 기업이나 정부재정이나 정부조직과 같이 설계된 조직에서나 타당한 개념일 뿐 시장의 자생적 질서에는 적합한 개념이 아니다.

이 같은 사실을 감안하면, Economy라는 개념은 사령탑이 없는 다중심적 자생적 질서를 지칭하는 데에는 부적합한 개념이다. 따라서 미제스나 하이에크가 Economy라는 개념 대신에 교환하다 또는 적을 친구로 만든다는 것을 의미하는 카탈락시(Catallaxy) 개념을 사용할 것을 제안한 것은 매우 적절하다.

4. 자생적 질서와 행동규칙

앞에서 자생적 질서의 특징을 설명했다. 이는 알려진 공동의 목적을 위해 계획하여 설계한 질서가 아니라 인간들이 상호작용과정에서 자신의 목적을 추구하기 위해 자신의 지식을 투입하는 과정에서 의도하지 않았음에도 저절로 생성 유지되는 질서이다.

그런데 우리가 주목하고자 하는 것은 이 같은 자생적 질서가 형성되기 위한 조건이다. 게임이 성립하기 위해서는 게임규칙이 필요한 것처럼, 그 조건이 바로 행동규칙이다. 중요한 것은 행동규칙의 성격이다. 어떤 유형의 행동규칙인가? 도덕철학에서 일반적으로 인식하고 있듯이, 그것은 다음과 같은 특징을 가지고 있어야 한다(민경국, 2007: 387).

첫째로 그것은 모든 사람들에게 예외 없이 보편적으로 적용되는 행동규칙이다. 이 같은 의미에서 일반적이다. 그 규칙에서는 특정인이나 특정한 그룹을 지정하거나 개인들의 특정한 사정이나 특수한 시점 또는 특정한 장소를 고려하지 않는다.

둘째로 자생적 질서의 기초가 되는 행동규칙은 달성하고자 하는 목적이나 동기가 없다. 그래서 탈 목적적이다. 이 같은 의미에서 추상적이다. 추상적 성격의 행동규칙은 대부분 특정행동을 당연 금지하는 내용이다. 금지되는 행동은 정의롭지 않은 행동이다.

그래서 애덤 스미스는 이미 잘 알려져 있듯이 이 같은 행동규칙을 정의의 규칙(rule of justice)라고(Smith, 1976/1998: 134), 하이에크는 정의로운 행동규칙

(rule of just conduct)이라고 부르고 있다(Hayek, 1967; 1976). 이 같은 행동규칙의 테두리 내에서 개인은 자유롭다.

일반적 추상적 행동규칙을 공동으로 지킬 경우에 비로소 자생적 질서가 생성되고 유지된다. 이 같은 행동규칙과 조직의 기초가 되는 행동규칙을 비교하면 그 특성이 대번 드러난다. 조직의 기초가 되는 행동규칙은 지시나 명령에서 볼 수 있는 것처럼 구성원이 수행할 특정한 행동을 지정한다. 그리고 그것은 항상 달성하고자 하는 구체적인 행동목적과 동기가 있다. 그래서 목적과 결부된 행동규칙이다.

자생적 질서의 행동규칙은 반듯이 언어로 표현되어 있을 필요가 없다. 정의감이나 법 감정과 같이 비록 암묵적이지만 행동으로 표현할 수 있는 행동규칙이다. 또한 반듯이 의식적일 필요도 없다. 우리의 행동을 유도하는 행동규칙들은 대부분 초 의식적이다. 이것이 인간행동의 초 의식적 국면이다. 현대적인 신경과학이 보여주는 것처럼 초의식성은 행동에 앞서 인지와 사고과정과 같은 인간의 정신작용의 특성이다.

인간행동은 사회적 과정에서 말로도 표현할 수 없고 의식할 수도 없는 행동규칙에 의해 인도되고 안내된다는 것은 우리의 행동을 결정하는 지식의 성격에도 해당된다. 우리의 지식은 계량화는 고사하고 말로조차도 표현할 수 없는 암묵적 지식, 우리가 의식하지 못하는, 그래서 초 의식적 성격의 지식으로 구성되어 있다.

자생적 질서의 기초가 되는 행동규칙은 상관행이나 상관습, 종교규칙, 전통, 도덕 규칙 등, 다양하다. 그리고 특히 주목하는 것은 소유와 계약 그리고 불법행위를 다루는 법 규칙이다.

그 같은 성격의 행동규칙들은 문화적 진화의 결과이다⁸⁾. 수렵채취를 하면서 살아가던 원시사회의 도덕 규칙은 지시와 명령의 형태로 구체적이고 차별적이었다. 인류가 발전해 오면서 행동규칙들이 추상적이고 일반적인 방향으로 변동되어 진화했다.(Hayek, 1979: Epilogue; 민경국 2009). 이런 과정에서 개인의 자유와 재산을 보호하는 행동규칙이 생겨난 것이다. 이는 소유의 안정성, 동의에 의한 재산의

8) 이 같은 사실의 발견은 하이에크가 “다윈이전의 다윈주의자들”이라고 불렀던 스코틀랜드 계몽주의자들이 공로이다.

이전 그리고 약속이행 등, 자연법의 3원칙과 관련된 행동규칙이다.

다시 말하면 정의의 행동규칙들은 시장의 자생적 질서와 상호작용을 하는 과정에서 형성된 공진화의 산물이다. 그래서 행동규칙 그 자체도 인위적으로 계획하여 만든 것이 아니라 자생적으로 생겨나고 유지된다. 따라서 행동규칙 그 자체도 자생적 질서라고 볼 수 있다.

인간들이 구조적인 무지에도 불구하고 거대한 열린사회에서 타인들과 협력하여 자신들의 삶을 영위할 수 있는 이유는 무엇인가? 그 이유는 각처에 분산된 지식을 전달하는 가격구조와 그리고 행동규칙들이다. 가격과 행동규칙들은 사회의 각처에 분산되어 존재하거나 새로이 생겨나는 지식, 심지어 말로 표현할 수조차 없는 초의식적 지식들을 수집하여 서로 알지도 못하는 수백만, 수천 만 명의 사람들에게 전달한다.

그러나 가격이 전달하는 지식과 행동규칙이 전달하는 지식은 차이가 있다. 가격이 전달하는 지식은 인지적이고 시시각각으로 변동한다. 이에 반하여 행동규칙은 규범으로서 규범적 지식을 전달한다. 이는 시시각각으로 변동하는 것이 아니다. 비교적 장기적이고 영속적이다.

IV. 법치주의의 세 가지 구성요소

이제 법치주의를 설명할 차례이다. 의회나 입법자의 적법한 절차를 거쳐 형성된 가격규제를 집행하는 것이 법치라고 볼 수 있는가? 중소기업을 보호한다는 명분으로 대기업이 진입하지 못하도록 적법한 절차를 거쳐 중소기업 업종을 정한 경우, 이것도 법이라고, 그리고 그 같은 법을 집행하는 것을 법치라고 부를 수 있는가? 성매매를 금지하는 법에 따라 성매매를 단속하는 것이 법치주의인가? 준법지원제도의 강행이 법치인가? 시민들에게 준법을 요구하는 것이 법치인가?

우리가 앞에서 설명한 질서이론을 기초로 한다면 법치주의는 다음과 같이 세 가지로 구성되어 있다. 하나는 정의의 법 원칙이다. 정의의 법이 되기 위해 갖추어야 할 조건이다. 두 번째 요소는 법질서와 경제질서의 상호의존성이다. 세 번째 요소는 정부의 권력은 제한해야 한다는 헌법주의이다.

1. 법치주의와 정의의 법 규칙

법치주의는 자생적 질서의 기초가 되는 정의의 행동규칙의 특성을 법 규칙에 적용한 것이다. 하이에크는 다음과 같이 말하고 있다(Hayek, 1960/1997 II: 19).

“법치주의는 법이 어떠해야 하는가에 관한 원칙이며 특수한 법들이 지녀야 하는 일반적 속성에 관한 것이다. 이것은 오늘날 법치 개념이 모든 통치행위에서 나타나는 단순한 적법성의 요구와 혼돈하기 때문에 중요한 것이다.”

의회에서 적법절차를 통해서 제정되었다고 해서 그것이 무엇이든 법이라고 볼 수 없다. 적법절차를 거쳤다고 해도 정의의 행동규칙에 해당되지 않는 법은 법이라고 볼 수 없다.

하이에크는 자생적 질서의 기초가 되는 정의의 행동규칙을 법과 연관시켜서 법이 정의의 법이 되기 위한 조건을 설명하고 있다.⁹⁾ 그것은 특히 세 가지 요소로 구성되어 있다.: 일반성, 추상성 그리고 확실성이다.

이 같은 조건을 갖춘 것만이 법(law, Recht)으로 인정하는 것이 법의 지배 원칙이다. 따라서 법치주의는 기존의 법질서나 논쟁의 대상이 되는 법과 정책을 판단하기 위한 기준이라고 볼 수 있다. 하이에크가 그 세 가지 조건을 매우 상세하게 다루고 있는 것도 그 때문이다.(Hayek, 1976: 24-29; Hayek 1960/1997 I, 제10장; Hayek, 1967: 167-168).

다음은 필자의 2007년 저서 『하이에크 자유의 길: 하이에크의 자유주의 사상 연구』에서 정리한 내용을 옮겨놓은 것이다.(민경국, 2007: 384-386; 민경국 2009: 26-28).

(1)법의 일반성 조건: 이 조건은 법 규칙은 개인과 사적 조직은 물론 정부도 예외 없이 똑같이 적용되어야 한다는 것이다. 차별금지 원칙과 동일하다. 특혜나 특권의 허용, 인허가, 이것은 결코 법의 지배 원칙에 해당되는 법이 될 수 없다. 정부라고

9) 그 조건을 보편성 원칙이라고 부른다.(Hayek, 1976: 27-9)이탈리아의 유명한 법철학자였던 레오니는 그 원칙을 법의 “보편성(Universality)” 이라고 부르고 있는데(Leoni 1961), 몽펠랭 소사이어티의 회장도 지냈던, 그러나 일찍 세상을 떠났다. 그의 사상에 관해서는 민경국 (2003, 159-176) 참조

예외가 될 수 없다. 공기업의 손실에 대한 국가의 보상, 공기업을 독과점 법에서 제외하는 것, 이들은 법의 지배 원칙을 위반한 것이다.

일반성 조건은 모든 사람들의 특수한 이해관계, 다시 말하면 취향, 삶의 이상(理想)에 관하여 중립적이어야 한다는 것을 의미한다. 사회구성원들의 다양한 이해관계를 고려하거나 이들의 우선순위를 정하기가 불가능하기 때문이다.

일반성의 조건이 중요한 이유가 있다. 인식론적 이유 때문이다. 국가가 차별금지 원칙을 위반하여 소유권을 차별적으로 허용할 경우, 누가 이 권리를 최선으로 사용할 수 있는가의 문제를 해결해야 할 것이다.

그러나 이 문제의 해결은 가능하지 않다. 왜냐하면 허용여부를 판단하는 국가기관의 담당자들은 이러한 지식을 갖고 있지 않기 때문이다. 그 같은 지식을 가지고 있다면 경쟁은 불필요하다. 정의의 법 규칙에 의해 확립되는 자유경쟁이야말로 아무도 사전에 알 수 없는 승자와 패자를 발견하는 절차이다.

(2) 법의 추상성 조건: 추상성의 조건은 법이 달성하고자 하는 구체적인 목표나 동기를 내포하지 않는다는 조건이다.(추상성). 그것은 특정의 행동국면을 금지하는 내용으로 구성되어야 한다. 법규범은 목적과 독립적, 탈 목적적이어야 한다는 것을 의미한다.

특정의 구체적인 알려진 목적과 결부된 ‘법’은 사회질서를 이 목적을 달성하기 위한 수단으로 간주하는 명령이나 지시와 같다. 이는 자생적 질서의 성격과 충돌한다. 구체적인 목적과 결부된 법은 개인들이 제각기 추구하는 목적 대신에 국가가 추구하는 목적으로 대체하는 것이다. 그러나 뒤에 가서 자세히 설명하겠지만(제VI장), 인간이성의 구조적 한계 때문에 그 같은 대체 결과를 미리 알 수가 없다. 따라서 구체적인 목적을 달성하기 위한 법은 실패할 수밖에 없다.

따라서 가장 합리적인 방법은 정부가 구체적인 목적을 추구하는 것이 아니라 개인들이 자신의 목적을 추구하기 위해 자유로이 자신들의 지식을 이용할 수 있는 질서를 확립하는 일이다. 다시 말하면 법은 특정한 목표나 동기에 대하여 중립적인 대신에 특정한 행동국면을 금지하고, 금지되지 않은 행동들은 자유롭게 선택하거나 새로운 행동방식을 찾도록 해야 한다.

금지할 행동은 강제나 기만, 사기, 행동방해 등과 같은 개인의 자유와 재산을 침해하는 정의롭지 못한 행동이다. 이 같은 행동방식은 “당연금지(per se

Verbot)”이다. 당연금지는 금지될 행동의 결과를 고려할 필요가 없이 금지하는 것을 의미한다. 흔히 “당연 위법원칙(per se illegality)”이라고 부른다.

신고전파의 법경제학처럼, 과잉금지 원칙이나 유럽연합의 경쟁정책이서 시카고학파의 영향으로 유행하고 있는 ‘합리의 원칙(rule of reason)’에서볼 수 있듯이 매번 행위의 결과를 고려한 금지 여부 판단은 지식의 문제 때문에 가능하지 않다. 그리고 이 같은 판단은 규칙에 따르는 것도 아니다.¹⁰⁾

정의롭지 못한 행동에 대한 금지를 통해서 개인의 자유영역과 사적 영역이 확립된다. 그래서 정의의 법을 자유의 법(nomos)라고 부르기도 한다.

(3) 법의 확실성 조건: 행동규칙은 “확실”해야 한다. 확실성의 조건을 갖추고 있을 경우에만이 개개인들은 타인들의 기대를 형성할 수 있다. 행동규칙은 그 적용에 있어서 소급적이어서는 안 된다는 원칙도 이러한 조건에 포함된다.

법이 확실성을 갖기 위해서는 다음과 같은 조건을 충족해야 한다.: 법에 의해 금지되는 행동은 당사자들이 알 수 있고 확인할 수 있는 상황과 관련되어야 한다. 하이에크가 보여주고 있듯이, 우리가 책임을 부과하는 것은 개인의 행위에 영향을 미치기 위한 것이기 때문에 책임은 예측가능한 행위의 결과, 그리고 그가 정상적인 환경조건에서 고려해야 한다고 믿어지는 것들에 한정되어야 한다.(Hayek, 1960/1996: 146). 금지될 행동을 비용-편익분석이나 자원 배분적 결과분석에 좌우되도록 작성된 법 규칙은 확실성을 위반한 것이다.

확실성의 조건을 위반한 것은 사회적 책임 개념이다. 이것은 개인들이 자신의 행동이 타인들과 사회전체에 미치는 구체적인 결과를 알고 있다는 것을 전제한 개념이다. 그러나 그것은 인간의 인지능력을 초월하는 책임 개념이다. 사회적 책임에서 책임범위가 자신의 행동과 관련이 없는 범위까지 확대된 것이다.

개인들에게 물가인상에 대한 책임을 묻는다든가, 부동산 시장의 가격인상을 개인들의 책임으로 돌리는 것, 이런 것은 책임의 소재도 불명확하고 책임의 한계도 없다. 이런 책임을 개인들에게 부과한다면 그들은 어떤 행동이 처벌받을 행동인가, 어떤 행동이 무책임한 행동인가, 그리고 어디까지 책임을 져야하는지를 알 수가 없다.

10) 구체적으로 경쟁이나 소비자이익에 어떤 영향을 미쳤는지 분석·평가하여 위법성 여부를 판단하는 접근방법이다. 대표적인 예는 재판매 가격유지제에 대한 연방최고재판소의 판결문을 들 수 있다.

이 같은 법치주의의 핵심요소로서 일반성, 추상성, 확실성을 갖춘 정의의 법 규칙에 대한 하이에크의 생각은 흥미롭게도 하트(H.L.A.Hart)의 법실증주의를 정면으로 논박한 론 풀러(L. Fuller)와 일치된다. 이는 1964년 저서 『법의 도덕성(The Morality of Law)』에서 법은 입법자의 의지로 만들 수 없다는 것을 보여주면서, 법의 지위를 얻기 위해서 충족해야 할 조건을 제시하고 있다(Fuller, 1964 Ch.4): 그 중요한 것은 일반성(generality), 법의 명확성 등이다.¹¹⁾ 이 같은 특질들이 법이 법의 지위를 획득하기 위한 조건이자 동시에 그들이 법의 지배의 개념에 그 의미를 부여해준다. 그의 저서의 제목이 보여주는 바와 같이 법이 도덕성을 가질 수 있는 조건이라고 보아도 무방하다. 그 도덕성은 애덤 스미스나 하이에크에서 볼 수 있듯이 법 규칙의 정의(justice)이다.

흥미로운 것은 “인간은 항상 ‘네가 하는 일이 보편적인 입법이 되도록 하라’라는 격률에 따라 행동해야 한다”는 칸트의 유명한 정언명령(categorical imperative)이다. 하이에크의 해석에 따르면 그것은 일반성 추상성 그리고 확실성 원칙을 갖춘 정의의 법 규칙을 의미하는 법치주의의 기본 사상을 일반적인 윤리학의 분야로 확장한 것에 지나지 않는다(Hayek, 1960: 197). 그 정언명령은 법의 지배 원칙의 기준처럼 특정 규칙이 정의로운 규칙이 되기 위해서는 충족시킬 기준이다.

하이에크에 따르면, 정언명령 개념은 자유로운 개인들을 안내하려면 모든 규칙은 일반적 추상적 특성을 가져야 한다는 것을 강조함으로써 법의 발전의 기초를 마련한 것이었다(ebenda, 197). 따라서 정언명령은 애덤 스미스의 “정의의 규칙”에 해당된다고 해석해도 무방하다(민경국, 2007a: 312). 법치주의의 전통은 애덤 스미스-칸트-하이에크로 연결시켜도 무방하다고 본다.

(4) 정의의 법의 소극적 기준: 정의의 규칙은 정의롭지 않은 행동을 예외 없이 당연히 금지하는 내용을 가지고 있다. 그래서 그것은 무엇이 정의로운가를 말해주는 적극적인 기준이 아니라 소극적 기준이다. 무엇이 정의로운 행동인가를 말해주는 규칙이 아니다. 이 같은 소극적인 내용의 규칙이라고 해도 그것은 사회발전에

11) 그 밖에도 소급금지(prospectivity), 법의 공포, 법의 명확성, 법의 일관성, 지속성(continuity) 등, 8가지 조건을 제시한다. 이다풀러는 법 현실을 관찰할 때 8가지가 지키지 못하는 것을 발견했다.

매우 중요한 기여를 한다. 즉 정의롭지 않은 것을 지속적으로 제거시켜 주기 때문에 이것은 정의에 접근해가는 과정이다.

더구나 행동규칙들은 개별적으로 고립하여 효과를 야기하는 것이 아니다. 행동규칙들은 하나의 시스템으로서 형성되고 작용한다. 따라서 어느 한 법 규칙이 정의의 규칙인가를 테스트 할 경우에 일반성, 추상성, 확실성을 검증할 뿐만 아니라 적용되고 있는 기존의 정의의 법 규칙 시스템과 양립하는가를 검증해야 한다.

법의 판단 기준으로서 법의 지배 원칙은 이 같은 소극적 성격의 기준이라는 점에서 칼 포퍼(K. Popper)의 과학 철학과 매우 유사하다. 잘 알려져 있듯이 그의 과학철학에서 자연의 법칙은 무엇이 발생하는가가 아니라 발생하지 않는 것이 무엇인가를 말해준다. 그의 철학에서 이론의 테스트란 지속적인 반증 노력의 실패이다.

2. 법치주의와 질서의 상호의존성

일반성, 추상성 그리고 확실성을 갖춘 정의의 법 규칙은 어느 누구도 침범할 수 없는 자유영역, 사적 영역을 확립하는 역할을 한다. 자유를 보호하는 행동규칙이라고 말하는 이유가 이 때문이다. 그 같은 법 규칙은 소유권법, 계약법, 그리고 불법행위법, 등과 같은 사법(private law)을 구성한다. 그것은 자생적 질서로서 시장질서의 기반이다. 이는 애덤 스미스의 말을 빌리면, 시장경제가 “보이지 않는 손”이 작동하기 위해서 필요한 법적 조건이다.

따라서 시장경제는 사법질서를 전제하고 있고 사법질서는 시장경제를 전제한다. 이를 독일의 프라이브르크 학파의 창시자였던 뵘(F. Böhm)은 “질서의 상호의존성”이라고 말하고 있다. 이는 법이 경제에 영향을 미친다는 사실 이외에도 동전의 양면과 같이 동일한 대상의 두 가지 국면을 의미한다. 그래서 시장경제를 사법사회(private law society)라고 말한다.

우리가 주목해야 할 것은 이른바 “공법(public law)”이다. 행정법과 같이 정부를 조직하기 위한 법, 정부에 할당된 자원을 관리하고 통제하는 ‘법’을 정의의 규칙과는 전적으로 상이함에도 법이라는 이름을 붙여 공법이라고 부른다. 이 같은 공법은 항상 특정한 목적을 달성하기 위한 조직규칙이다. 공법은 진화적인으로 생성된 행동규칙을 원천으로 하는 정의의 법과는 달리 특정한 목적을 위해 의도

적으로 계획된 것이다. 이것은 일종의 법 개념의 혼란에서 비롯된 것이다.

시장질서의 기초가 되는 정의의 법의 확립이 법치주의의 목적이라고 한다면 법치주의는 시장경제의 생성과 확립을 가능하게 하는 원칙이다. 따라서 오이켄도 “질서의 상호의존성”을 말하고 있다. 이것은 시장경제는 자유주의의 법치국가를 전제하고 자유주의 법치국가를 전제한다는 것을 말한다.

법치주의에 역행하는 경제정책은 개인의 자유와 재산을 침해하고 시장경제의 기능을 해친다. 시장경제를 침해하는 경제정책은 개인의 자유와 재산을 보호해야 하는 법치국가의 기능을 해친다. 따라서 우리가 유념해야 할 것은 자유시장의 이념은 법치주의에 기반을 둔 것이라는 점이다. 다시 말하면 공공정책은 다른 분야에서와 똑같이 경제 부문에서도 법치주의를 지향해야 한다는 것이다.

법치주의에 충실한 경제정책은 시장경제질서를 위한 것과 동일하다. 따라서 시장경제 이념은 법치주의를 경제정책에 응용한 것이다. 그 같은 정책을 통해 개인의 자유와 재산이 보호될 경우 시장을 구성하는 원리로서 경쟁이 확립된다. 그래야만 새로운 해결책을 발견하는 “발견의 절차”와 잘못된 지식의 사용을 처벌하는 “처벌 메커니즘”이 순조롭게 기능할 수 있다.(Streit, 1995).

우리는 흔히 법과 질서를 확립하는 것을 법치주의라고 말한다. 법은 공법과 같은 조직규칙이 아니라 정의의 규칙을, 질서는 조직 대신에 자생적 질서를 의미한다면 법치주의는 바로 그 같은 법과 질서를 확립하는 것이라고 말할 수 있다.

결론적으로 말해서 법치주의는 자유주의와 시장경제의 보호자이자 법적 구현이다. 법치주의가 없이는 자유주의와 시장경제는 존재할 수 없을 정도로 법치주의는 중요하다.

3. 헌법주의를 구현하는 것이 법치주의

법치주의는 정의의 법이 무엇인가를 말해줄 뿐만 아니라 그것은 이 같은 정의의 규칙을 집행하는 데에만 강제권을 행사하도록 제한하려는 정치적 이상이다. 법치주의는 국가의 공권력을 제한하는 문제를 다룬다. 그래서 법치주의는 국가권력은 제한해야 한다는 헌법주의(constitutionalism)의 실현이다(Hayek, 1960,

1973; Buchanan 1978).

헌법학계의 일각에서 주장하는 것처럼 헌법주의를 헌법의 우위성으로 해석해서는 안 된다. 그것은 국가권력을 제한하는 것이 중요하다는 것, 이를 제한하는 헌법이 필요하다는 것을 말한다.¹²⁾

왜 국가권력을 제한해야 하는가? 필자가 다른 장소에서(민경국, 2009), 설명했기 때문에 자세한 설명은 생략하고 간단히 설명하고자 한다.

첫째로 특정의 집단이 폭력을 통하여 세력을 확장하고 정부를 세운 역사적 사례로 볼 때 정부는 일종의 깡패집단이다. 백제, 신라, 고구려 등, 모두가 그렇다. 왕건, 견훤 등과 같은 폭력집단이 정부를 만들었다.

둘째로 정부의 존재는 필연적이다 정부가 없으면 필연적으로 생겨나기 마련이다. 체제전환과정에서 베트남과 옛 소련 정부가 해체되는 과정에서 정부가 해체될 위험이 처해 있을 때 폭력으로 거액의 돈을 받고 특정 기업의 재산을 보호하기 위해 마피아가 조직되었던 사실을 상기할 필요가 있다.

셋째로 정부를 없앨 수도 없다. 정부는 총과 칼을 가지고 있기 때문에 정부를 전복하여 무정부 사회를 만들 수 없다.

따라서 흠뻑이 아주 적절히 지적하고 있듯이(Holcombe, 2004), 싫든 좋든 우리는 숙명적으로 국가의 존재를 받아 들여야 한다. 흥미로운 것은 국가권력을 제한하여 잘만 활용하면 유익하다는 점이다. 을르고 달래서 국가권력을 유용하게 사용하자는 뜻에서 국가권력을 제한해야 한다는 의미의 헌법주의가 생겨났고 그 실현이 법치주의이다

그러나 나중에 설명하겠지만 케인즈 경제학이나 신고전파의 후생경제학, 법실증주의, 루소 전통의 민주주의에서는 국가권력을 제한할 필요를 느끼지 못한다. 왜냐하면 플라톤-헤겔의 국가관을 전제하기 때문이다 그러나 이는 낭만주의 국가관일 뿐이다. 정부의 존재도 필연적이고 제한 없는 정부권력은 폭정을 야기하는 것도 필연적이다.

옛 소련이나 동유럽 사회주의 국가가 입증하듯이 그 같은 전능한 선의의 독재는

12) 박은정은 기본권을 보장하는 헌법주의와 법의 지배는 일치한다고 주장한다(박은정, 2010: 167). 그러나 기본권을 자유권이라고 한다면 법치와 일치된다. 그러나 사회권을 전제한다면 법치와 헌법주의는 일치하지 않는다.

역사적으로 존재한 일이 없다. 그 같은 낭만주의가 법과 법치주의를 오용하고 왜곡했다는 사실을 직시할 필요가 있다.

정의의 규칙을 집행하는 데에만 강제권을 행사하도록 제한하려는 것이 법치주의이다. 물론 법치국가에서 국가의 역할은 이것만이 아니다. 일할 능력이 없는 사람, 소년 소녀 가장, 경제적 환경으로 일시적인 소득이 없는 자 등, 극빈층을 대상으로 하는 빈곤대책은 필요하다. 무엇보다도 사회통합을 위해서다. 그리고 항만, 도로와 같은 공공재의 생산을 위해서도 국가가 필요하다. 이 같은 과제를 수행하기 위해서는 조세 형태의 강제가 필요하다. 법치주의를 조세에 적용하는 경우 이는 비례세 제도이다.

V. 법과 법치주의의 개념적 혼란의 원인

그러나 흥미로운 것은 오늘날 법 개념을 정의의 법, 자유의법(노모스)의 의미로 사용하지 않고 있다. 법을 세우는 자에 의해 세운 법, 즉 입법(Thesis, 立法:law of legislation)도 그 내용이 무엇이든 법이라고 부른다.

동성애, 포르노, 도박 등을 규제하는 것은 정의의 규칙을 위반하고 있음에도 법이라고 부른다. 기업에게 준법 지원제를 강요하는 것, 일반의약품 슈퍼마켓 판매 금지, 대학이 정부가 정하는 입시제도로만 학생을 선발하는 제도, 집값을 마음대로 정할 수도 없고 집을 마음대로 살 수도 없게 만드는 규제 등도 정의의 규칙에 해당되지 않음에도 법이라고 부른다.

그들은 특정한 목적을 위해서 세운 법, 즉 입법(테시스)이다. 입법은 그래서 조직규칙이다. 그 같은 입법은 개인의 자유와 재산을 보호하는 법이 아니라 오히려 그것을 국가가 침해하도록 허용하는 법이다. 개인의 자유와 재산을 보호하는 정의의 규칙과 전적으로 다른 성격임에도 똑같이 법이라고 부른다. 오늘날에는 조직규칙, 즉 테시스와 자생적 질서의 기반이 되는 정의의 규칙, 즉 노모스를 구분하지 않고 모두를 똑같이 법이라고 부른다.

이와 같이 법 개념이 오용되고 남용되어 혼란에 빠져 있다. 법이 타락한 것이다. 입법부가 정한 것이면 무엇이든 법이라고 부르기 때문에 이런 법을 집행하는데 공권력을 사용해도 그 공권력은 정당하다. 그리고 그 같은 법에 따라 통치하는 것이

법치주의라고 말한다.

그러나 이 같은 법치주의는 일반적이고 추상적인 그리고 확실성을 갖춘 정의의 법을 집행할 경우에 행사되는 공권력이 정당하다는 원래의 의미의 법치주의와는 전적으로 다르다. 결국 법의 타락으로 모든 국가는 법치국가라고 말할 정도이다. 이는 법치주의 개념의 남용이요 타락이다.

따라서 흥미로운 것은 이와 같이 법과 법치주의의 타락을 가져온 이유가 무엇인가의 문제이다. 그 이유는 여러 가지가 있다. 세 가지 이유가 가장 유력한 듯이 보인다. 하나는 주류경제학이다. 두 번째는 법실증주의이다. 마지막 세 번째는 민주주의이다.

이들의 인식론적 공통점은 구성주의적 합리주의이다. 이로부터 도출된 것이 세 가지이다. 첫 번째는 질서를 인위적 질서와 자연적 질서로 구분하는 이분법적 사고이다. 두 번째는 합리적인 경제정책은 사회적 과정과 시장과정에 대한 국가계획과 목적의식적인 통제를 필요로 한다는 것이다. 세 번째는 인간이성은 외생적으로 주어져 있고 사회를 목적의식적으로 조종 통제할 수 있는 능력이 있다는 믿음이다.

주류경제학, 법실증주의, 민주주의, 이 세 가지는 모두 정의의 법, 자유의 법이라는 의미의 법이 아니라 목적을 위해서 만든 법이라는 의미에서 입법이다. 입법은 자유의 법이 아니다.

1. 법치주의 이념의 타락과 주류경제학

구성주의적 믿음은 한편으로는 거시 계량, 수리 경제학과 그리고 신고전과 미시 경제학을 포괄하는 주류경제학과 사회주의 경제학의 기반이다. 하이에크의 말을 빌리면 이들은 “경제공학”에 해당된다.

구성주의적 경제학은 시장의 자생적 질서를 부정하고 시장경제를 국가목적에 위한 수단으로 간주한다. 이 같은 시각에서 시장과정을 규제하기 위한 다양한 규제를 도출한다. 이 때 이용하는 것이 비용-편익 분석과 효율성이다. 전형적인 포스너의 법 경제학이다.

그러나 그 경제학은 자생적 질서의 기초가 되는 정의의 규칙의 특수성, 자유의 법의 특수성을 이해하지 못한다. 이 같은 몰이해는 적법한 절차에 따라 정한 법은 그 내용이 무엇이든 법이라는 법의 타락과 이른바 “법에 따른 통치”라는 타락된

법치주의 개념을 야기하는데 중요한 역할을 했다.

흥미로운 것은 그 같은 경제학적 입장이 법학에 미친 영향이다. 이 영향은 한편으로는 헌법학을 비롯한 공법학에 영향을 미쳤다. 공법학은 조직만을 다룬다. 그리고 자생적 질서를 전혀 알지 못한다. 그래서 정의의 법과 조직규칙(공법)의 상이한 속성과 기능을 구분하지 않고 오히려 사회도 조직으로 이해한다.

이 같은 공법적 사유를 더욱 강화한 것이 구성주의적 경제학이다. 그 결과 그들이 다루는 공법의 영역이 점차 확대되고 심화되어 사법질서를 손상시켰다. 공법학이 법 개념과 법치주의를 타락시키는데 구성주의 경제학이 기여했다.

구성주의적 경제학은 사법학에도 영향을 미쳤다. 안타깝게도 사법학자들까지도 시장경제의 자생적 힘을 불신한 나머지, 시장경제의 기반이 되는 사법에도 공법적 사유를 도입해야 한다는 믿음이 생겨났다. 그 같은 경제학은 여기에서도 법과 법치주의 개념의 혼란을 야기하는데 기여한 것이다. 법과 법치주의를 혼탁하게 만든 사법학자는 대부분 사회주의자라는 것은 놀라운 일이 아니다.

2. 법치주의 이념의 타락과 법실증주의

법의 타락을 유발한 것은 법실증주의이다. 이것은 법은 항상 입법자의 의지의 산물이고 또 그래야 한다는 사상이다. 홉스-벤담-켈센-하트 등의 전통에서 비롯된 것이다. 입법자가 의도적으로 제정한(또는 법이라고 선언한) 것만이 법이다. 법의 원천이 오로지 입법자의 의지라고 믿고 있다. 입법권을 가지고 있는 사람의 명령을, 그 내용이 무엇이든, 법이라고 여긴다.

법실증주의는 자생적 질서의 존재를 무시하고 질서는 인간 이성에 의해서 의도적으로 만들어야 한다는 믿음을 전제하고 있다. 그래서 법실증주의도 정의의 규칙과 조직규칙의 구분을 흐리게 만들었다. 정의의 법 규칙들, 특히 사법의 내용까지도 입법자의 의지의 표현이라는 법실증주의 주장은 정말로 가관이다. 입법자가 그 내용까지도 정하는 것이 공법인데, 이 같은 공법적 사유를 사법에 적용하는 것이 법실증주의의 치명적인 오류이다.

오늘날 거의 모든 법실증주의자는 공법학자들과 그리고 사이버 사법학자들이라는 것, 그리고 흥미롭게도 그들 가운데 상당부분은 사회주의자들이라는 것은 결코 우연이 아니다. 그들은 사회를 조직하는 사람들이다. 질서를 오직 조직으로만 생각할 수밖에 없는 사람들이다.

더구나 그들은 정의의 행동규칙들이 자생적 질서의 생성과 유지를 초래한다는 사상에 대하여 어떤 영향도 받지 않았고 더구나 이런 질서의 존재 자체를 부정한다. 그렇기 때문에 법실증주의자들은 “흔히 법이라고 부르는 모든 것은 동일한 성격을 가지고 있다고 믿음으로써”(Hayek, 1976/1996: 119) 정의의 행동규칙과 조직 규칙의 차이를 말살했다. 이로써 법 개념의 남용과 법치주의의 남용을 초래했다.

이 같은 법실증주의는 계획사상이라는 이데올로기를, 따라서 입법자는 전지전능하다는 이데올로기를 전제한 것이다. 다시 말하면 법실증주의는 사회질서를 완전히 통제하고 싶어 하는 욕망과 어떤 방법으로든 사회질서의 모든 국면을 의도적으로 만들 수 있다는 믿음에서 태어난 이데올로기이다.

법실증주의의 이데올로기에서 새로이 등장한 것은 복지국가와 분배정의를 위한 "사회입법(Sozialgesetzgebung)"이다. 이것도 조직규칙에 해당됨에도 법이라고 부르고 이런 법에 따라 통치하는 것도 법의 지배라고 부른 것이다. 복지국가가 법치주의가 될 수 없다.

그러나 FFF 교수는 법치의 틀 속에 복지국가가 유지되고 있다고 말하면서 복지 실현과 관련된 행정조치가 법치의 근간을 흔들지는 않는다고 말하고 있다(FFF, 2010: 203).

그러나 이 주장은 현실성이 없다. 강제연금제나 강제건강보험제도를 비롯하여 재분배적 복지는 조직규칙에 해당되는 사회입법의 급진적인 증가를 초래했다. 이미 앞에서 설명했듯이 이 같은 사회입법의 증가에 대한 위험성에서 다이시와 하이에크가 고전적 정치적 이상으로서 법치주의를 부활시켰던 것이다. 따라서 박은정의 주장은 복지국가는 개인의 자유와 재산을 침해하기 때문에 법치의 근간을 송두리째 흔든다는 사실을 간과한 것이다(민경국, 2009: 38-40).

FFF 교수는 분배정의를 비롯하여 문화적 생존을 위한 국가의 보호를 포괄적인 법의 지배라고 말하고 있다(FFF, 2010: 204). 그러나 분배정의도 복지국가와 마찬가지로 법과 법치주의 개념을 타락시킨 장본인이다.

복지나 분배정의와 관련된 조직규칙도 법이라고 부르는 것은 법 개념의 타락이요 법치주의 개념의 남용이다. 이와 같은 타락은 모든 나라를 전부 법치국가라고 간주할 수 있게 하는 매우 위험스런 결과를 가져온다.

법실증주의가 얼마나 위험한 이데올로기인가는 법실증주의의 대표자였던 켈센

스스로가 정확히 지적한다.(Kelsen, 1963: 148 Hayek, 1976/1996: 124)

“법학의 관점에서 볼 때 나치정부하의 법도 법이고 후회스럽지만 우리는 그것도 법이었다는 것을 부정할 수 없다”

나치의 법에 의해 지배하는 독일을 당시 영국이나 프랑스와 똑같이 법의지배 또는 법치국가라고 말하는 것은 법과 법치주의가 법실증주의에 의해 얼마나 타락되었는가를 짐작하게 한다.

3. 법치주의 이념의 타락과 민주주의

법실증주의가 법 개념의 남용과 타락을 야기한 계기는 그것이 민주주의를 뒷받침한 탓이다. 법실증주의는 입법자의 다수의 지지에 의해 결정된 것이면 무엇이든 법으로 인정한다는 사상이다. 주권재민사상(루소)은 프랑스 계몽주의의 정치적 요소이다. 흥미롭게도 법실증주의와 주권재민사상은 민주주의를 제한하는 어떠한 장치도 생각할 수 없었다. 그래서 무제한적 민주주의는 두 이념의 논리적 결과이다. 의회의 자율성이라는 말도 두 이념의 결탁에서 나온 것이다.

그 두 이념은 현대사회에서 법의 타락과 법치주의의 왜곡을 가장 신속하고 광범하게 확산시킨 장본인들이다. 민주주의 정치적 의사결정과정을 제한하지 않으면 정의의 법이라고 볼 수 없는 여러 가지 입법이 형성된다는 것은 공공선택이론이 보여준다. (민경국, 1995). 첫째로 보편적 이익보다는 특수이익을 보호하는 입법, 둘째로 장기적 정책보다는 단기적 성격의 정책이나 입법, 셋째로 일관성도 확실성도 없는 입법.

이 같은 입법은 조직규칙에 해당되는 입법이다. 그래서 도저히 정의의 규칙이라고 볼 수 없음에도 아주 자연스럽게 법이라고 부르고 있다. 의회에서 매 회기마다 찍어내는 입법 중 98% 이상이 자생적 질서의 기초가 되는 정의의 규칙이라기보다는 자생적 질서를 조직으로 전환하는 조직규칙이라고 주장해도 결코 과장된 말이 아니다.

더구나 민주주의와 법치주의는 원래 이념의 성격상 전적으로 다르다. 민주주의는 법의 원천, 권력의 원천 또는 권력구조와 관련되어 있다. 그러나 법의 지배는 법의

내용, 권력의 내용과 관련되어 있다. 그리고 그것은 국가권력의 구조의 문제를 다루는 것이 아니라 국가권력의 제한 문제와 관련되어 있다. 스코틀랜드 계몽주의 전통이 또렷이 보여주고 있듯이, 법치주의는 민주정치를 제한하는 가치로서 기능한다는 점을 직시할 필요가 있다.

FFF 교수는 참여와 토론을 기초로 하는 민주주의와 법치를 동일시하고 있다(FFF, 2010: 208). 참여와 토론이 중요한 것은 사실이다. 그러나 그 같은 조건에서 제정된 법을, 그 내용이 무엇이든 법이라고 부르는 것은 법 개념의 남용이요 법치주의 개념의 타락이다.

VI. 법치주의가 왜 소중한가?

국가권력을 제한하기 위한 헌법적 가치로서 법의 지배 원칙이 왜 중요한가? 이에 대한 답은 다양하다. 첫째로 자유와 재산의 보호라는 관점이다. 법치주의는 자유주의와 시장경제의 보호자이자 법적 구현이다. 법치주의가 없이는 자유주의와 시장경제는 존재할 수 없을 정도로 법치주의는 중요하다.

두 번째로 공공선택론의 관점에서 볼 때나 그리고 세 번째로 경제성장론의 관점에서 법치주의는 매우 소중한 가치이다. 마지막 네 번째로 인식론적 관점에서 법치주의가 소중한 가치가 있다. 두 번째와 세 번째는 필자가 다른 논문에서 상세히 설명했기 때문에(민경국, 2009) 여기에서는 간단히 설명하고 그 대신에 네 번째 이유만을 상세히 설명하고자 한다.

뷰캐넌이 또렷이 입증하듯이, 법치주의는 차별적인 법, 특혜성을 가진 법을 금지하기 때문에 이익단체나 유권자들은 규제의 혜택을 받기 위해 정치적 영향력을 행사할 어떤 동기도 발생하지 않는다. (Buchanan/Congleton: 1998: 147-153). 재분배정책이나 특혜적인 반 법치가 부르는 분배적 투쟁이나 지대추구에서 비롯된 사회적 분열 대신에 사회적 통합과 평화를 원한다면 법치주의를 실현해야 한다.

법치주의의 미덕은 번영을 가져다준다는 점이다. 배로는 법의 지배를 유지하는 것이 경제발전에 유리하다는 것을 발견했다(Barro 1997). 뵘과 서브릭도 법의 지배가 인간개발에 미치는 영향을 통계적으로 파악하는데, 이에 따르면, 법의 지배가 지켜지는 사회에서는 인간평균 수명도 길어지고 건강지출도 증가한다. 유아 사망률은 감소하고 문맹자수도 감소한다(Boettke/Shubrick, 2003).

법의 지배 아래에서는 기업가적 정신이 활성화되고 그래서 경제가 번영한다.

(Hayek, 1960; 유정호 2009). 벤자민 프리드만이 적절히 지적하듯이 자유경제를 통한 경제적 번영은 관용과 너그러움 그리고 공정성과 같은 도덕도 함양한다.(Friedman, 2006). 따라서 자유와 번영을 추구하는 사회라면 법치주의를 실현해야 한다.

1. 구성주의의 오류: 지적 자만

법치주의가 중요하고 소중한 가치인 이유는 그것이 지식의 문제를 극복할 수 있기 때문이다. 지식의 문제란 무엇인가에 대한 설명이 필요하다.

정부의 규제와 이를 집행하기 위한 정부의 강제는 개인의 자유나 재산을 침해한다. 그럼에도 많은 사람들은 그 같은 국가의 강제를 용인하고 있다. 사회적 후생이나 공공이익 등, 바람직한 사회를 위해서는 국가가 개입할 필요가 있다고 생각하기 때문이다. 이 같은 생각은 정부가 개입을 통해서 바람직한 사회를 만들어 낼 수 있는 의지와 능력이 있다는 믿음을 전제한 것이다. 이 같은 전제가 바로 구성주적 합리주의이다. 이는 프랑스 계몽주의 전통이다.(<표-2> 참조)

<표-2> 스코틀랜드 계몽주의와 프랑스 계몽주의(출처 민경국, 2007a: 47)13)

스코틀랜드 계몽주의 전통	프랑스 계몽주의 전통
진화적 합리주의 (인간이성, 즉 지적 능력에 대한 비판) 휴, 스미스, 몽테스키외, 하이에크 오스트리아 학파 정의의 규칙을 통한 자생적 질서 미래는 열려있다. 1774년 미국 혁명	구성주의적 합리주의 (인간이성 즉 지적능력에 대한 신뢰) 데카르트, 벤담, 밀, 롤즈, 케인즈 신고전파 경제학 명령지시에 의한 인위적 질서(조직) 미래를 미리 정해놓는다. 1789년 프랑스 혁명

구성주의적 합리주의는 인간의 이성 또는 인간 정신은 사회적 자연적 환경과 독립적으로 이미 개발되어 있고, 인간은 이 정신과 이성을 통해서 인간들에게 필요한 문화와 제도를 임의의 목적을 위해 조직할 수 있는 능력이 있다고 믿는 사상이다. 구성주의는 인간이성에 대하여 무한한 신뢰를 가지고 있다. 이 같은 사상은 자생적 질서의 존재를 무시하고 계획된 질서로서 조직을 이상적인 질서라고 여긴다.

13) 같은 도표는 민경국 “자유주의에 대한 비판과 그 치명적 결과” 『불교평론』 2010년 봄호(제42호) 참조

이 같은 믿음에서 다양한 입법이 실현되었다. 서민을 위한다는 명분으로 주택가격의 통제, 저 신용자나 금융 소외자를 위한 미소금융, 햇살론, 취업 후 등록금 상환제도, 교육 평준화를 위한 각종 규제 등이 그것이다. 모두가 법의 지배원칙을 위반한 규제들이다.

정부사람들과 엘리트의 지적 능력에 대한 믿음, 인간 이성에 대한 믿음, 이 같은 믿음이 크면 클수록 작은 정부 대신에 큰 정부를 야기한다.

그러나 우리가 다 잘 알고 있듯이 이 같은 정책은 의도했던 바를 달성하지도 못했고 상황을 더욱 악화시켰다. 저소득층의 금융혜택은 가게 빚만을 늘렸고, 취업 후 학자금 상환제도는 대학졸업자들을 신용불량자로 만들었다. 평준화 교육을 위한 정부의 엄격한 규제는 평준화는 고사하고 오히려 교육의 불평등을 초래했다. 주택시장규제는 건설경기가 침체되어 서민층의 실업률만이 증대했다.

실패사례는 수없이 많다. 실패의 가장 대표적인 것이 사회주의 계획경제이다. 복지국가의 실패도 규제와 간섭 그리고 입법의 실패의 전형이다. 유럽사회가 뼈를 깎는 어려움을 겪은 것도 복지정책의 실패 결과였다. 2008년 미국의 금융위기도 통화정책과 주택정책의 실패이다(안재욱, 2008).

이와 같은 구성주의적 정책의 실패 원인이 무엇인가? 실패할 수밖에 없는 이유가 있다. 인간이성의 구조적인 무지라고 표현할 수 있는 지식의 문제 때문이다. 그럼에도 인간이성에 의해 사회를 조직할 수 있다고 자만한다. 이 지식의 자만이 구성주의의 치명적 오류이다.

인간 이성이 구조적으로 무지한 이유는 무엇인가? 정부의 규제와 계획 담당자들이 성공적인 계획과 규제를 위해서는 그들은 규제와 계획에 필요한 아주 상세한 지식을 가지고 있어야 한다. 그들이 필요한 것은 시장에 참여하는 수많은 사람들이 무슨 생각을 하고 있고 어떤 지식을 가지고 무슨 경제활동을 계획하는가, 타인들과 어떤 관계를 가질 것인가 등에 관한 지식이다.

그러나 그 담당자들(그리고 학자는 물론이고 다른 그 어느 누구도)이 그 같은 지식을 전부 수집하여 아는 것은 기술적으로는 물론 원천적으로 불가능하다. 원천적으로 불가능한 이유는 각처에 분산되어 있는 지식의 대부분은 암묵적 초 의식적 지식으로 구성되어 있기 때문이다.

그 같은 불가능성으로 표현되는 지식의 문제는 시장에 대한 정부규제와 계획에 치명적이다. 사회주의 계획경제가 망한 이유, 통화정책의 실패이유 그리고 각

중 규제가 실패하는 이유는 이 같은 지식의 문제 때문이다.

2. 지식의 문제와 법의 지배 원칙

인간이성에 대한 무한한 신뢰를 바탕으로 하는 프랑스 계몽주의와는 달리 인간 이성의 구조적 한계를 분명히 인식한 것은 진화적 합리주의를 전제하는 스코틀랜드 계몽주의 전통이다(<표-2> 참조). 사회와 독립적으로 완전히 개발된 이성과 정신의 존재를 전적으로 부인한다. 그 이론적 철학적 출발점은 인간은 구조적으로 무지하다는 사실에서 출발한다. 이는 완전한 지식을 전제하고 그 대신에 이기심을 이론과 철학의 출발점으로 하는 구성주의적 합리주의와는 전적으로 다른 차원이다

진화적 합리주의 사상은 계획된 질서 대신에 자생적 질서를 중시하고 지식의 진화와 이성의 진화 그리고 인간의 진화를 중시한다. 그래서 그 사상은 인간사회를 특정한 정치적 목적에 따라 디자인하고 사회를 조직하고 조종할 수 있다는 믿음을 미신이라고 말한다. 미신인 이유가 각처에 분산된 지식을 알 수 없기 때문이다.

중요한 것은 지식의 문제, 인간이성의 구조적인 무지에 대응하기 위한 방법은 무엇인가의 문제이다 그 대응방법이 법치주의이다. 이는 규칙지향적인 경제정책을 요구한다. 이것은 시민들의 상호작용을 통해서 생겨나는 결과를 수정하거나 이를 교체하려는 규제-이는 구성주의적 정책이다.-가 아니라 결과가 무엇이든 그들이 자유로이 타인들과 관계를 가질 틀을 마련하는 것이다. 이런 정책은 “질서정책(Ordnungspolitik, order policy)”이라는 이름으로 정착되었다.

이러한 정책에서 중요한 것은 자유와 재산을 침해하는, 그래서 정의롭지 못한 행동인가를 찾아내는 일, 다시 말하면 당연 위법원칙을 찾는 일이다. 그 같은 법규칙을 찾는 것은 용이한 일은 아니지만 그러나 이성규칙과 같은 결과 지향적 정책에서 필요로 하는 만큼의 지식을 요구하지 않는다. 법치주의의 실현에서는 구체적인 현장지식의 수집가공이 필요가 없다. '당연위법의 원칙(per se illegal)'과 같이 정의롭지 못한 행동을 당연(per se) 금지하기 때문이다. 따라서 하이에크는 다음과 같이 말하고 있다(Hayek, 1969: 38???) . :

“구체적인 사실에 관한 우리의 지식이 제한되어 있기 때문에 우리는 추상적인 행동규칙에 예속되어 우리의 행동을 조정하는 수밖에 없다. 지식의 제한 때문에 우리는 우연히 알게 된 제한된 개별적인 요인들을 기반으로 하여 매번 의사결정

을 내릴 수 없다.”

법치주의는 그래서 인간 이성의 구조적인 무지에 대응하기 위한 방법이다.

VII. 요약 및 결론

이 글의 목적은 오늘날 다양한 의미로 사용되기 때문에 정치적 가이드로서 역할을 다하지 못하는 법치주의의 의미를 명확히 하는 것이다. 법치주의는 일반성 추상성 그리고 확실성을 가진 정의의 규칙을 집행하는 데에만 공권력을 제한할 것을 요구하는 정치적 이상이다. 정의의 법에 의해 개인의 자유와 재산을 보호하는 것, 자생적 질서를 보호하는 것, 이것이 법치주의가 추구하는 정치적 이상이다. 그래서 법치주의는 자유주의와 분리해서 생각할 수 없다.

법치주의는 자생적 질서와 이 질서의 기초가 되는 정의의 행동규칙으로부터 도출된 것이다. 이는 세 가지 요소로 구성되어 있다. 첫째로 정부의 권력을 제한해야 한다는 의미의 헌법주의이다. 둘째로 구성요소는 법의 지위를 획득하기 위한 조건이다. 그것은 일반성, 추상성, 그리고 확실성이다. 이런 조건을 갖춘 행동규칙만이 법이다. 셋째로 법질서와 경제질서의 상호의존성을 의미하는 개념이다.

법치주의가 없이는 자유와 시장경제를 보호할 수 없다. 법치주의는 인식론적으로 보면 인간이성의 한계를 인식한 진화적 합리주의와 이를 기반으로 하는 스코틀랜드 계몽주의 전통이다.

그런데 법과 법치주의 개념을 오용하고 남용하여 결국 정치적 이상을 타락시킨 것은 구성주의적 합리주의와 이를 기초로 한 프랑스 계몽주의 전통이라는 것을 직시할 필요가 있다. 이 전통은 자생적 질서를 조직으로, 정의의 규칙을 목적과 결부된 조직 규칙으로, 그리고 정의의 법을 조직법으로 교체시켰다.

흥미로운 것은 이 같은 교체를 유도한 것은 주류경제학, 법실증주의 그리고 민주주의이다. 이들은 입법부가 정한 법은 그것이 무엇이든 법이고 이에 따라 통치하는 것을 법치주의라는 잘못된 개념을 야기하고 말았다. 이는 법과 법치주의의 치명적인 왜곡이다.

XXX 교수처럼 법치주의는 시민들에게 법을 지키도록 만드는 것(XXX, 2009: 102)이 아니다. 물론 법치주의를 위반하는 법들은 시민들이 잘 지키지 않을 수 있

다. 다이스가 적절히 지적하고 있듯이 “법의 지배의 이탈이 가져온 결과”로서 “법외면의 사회분위기(lawlessness)”가 만연할 수 있다. (Dicey, 1885/ 1993: lvi-lviii).

MMM 교수처럼 “국가권력의 기능적 조직적 형태를 정하려는 것”(MMM, 2001: 141)도 아니다. “국가 권력을 제한하고 통제함으로써 자유와 권리를 보호하는 것이 법치주의가 아니다”라는 MMM 교수의 단호한 주장(MMM, 2001: 142)은 자유주의 전통과는 전적으로 먼 그의 자의적인 법치주의 개념이다.

법의 지배는 “법대로(Rule by Law)”와도 전적으로 다르다. 후자는 “힘이 정의이다”라는 원칙과 동일하다. ‘법대로’라고 말할 때 그 법 개념은 법실증주의가 말하는 법 개념이다. 이런 의미의 법을 가지고는 경제와 시민사회에 대한 정부개입의 범위와 규모를 엄격히 제한하여 시민들의 자유와 재산을 보호하기 어렵다.

타마나하의 보고에 의하면(Tamanaha, 2004: 3) 중국 지도자들은 법의 지배라는 용어를 싫어하고 대신에 ‘법대로’ 라는 용어를 더 선호한다는 것이다. 그들이야말로 법치를 제대로 이해하고 있다. 법의 지배는 정치가들의 재량적 행동을 광범위하게 제한하고 그래서 그들이 하고 싶은 일을 할 수 없게 하기 때문이다.

평등분배를 위한 입법도 법치주의에 타당하다는 존 롤스나 드워킨의 주장도 옳지 않다. 법치주의가 20세기 확산된 근본이유는 사회주의는 물론 분배정의의 실현이 법치주의를 일탈하여 자유주의를 위태롭게 만들었기 때문이다. 민주주의는 법치와는 전적으로 다르다. 오히려 이것이 법치를 왜곡하고 타락시킨 장본인이다. 민주주의를 제한하여 자유와 재산을 지키자는 것이 법치주의이다.

마찬가지로 헌법재판소는 입법부가 정한 법을 엄두에 두고 법치주의를 “법률에 의한”으로 해석하고 있다. 그러나 민주적 입법이 법치주의 원칙에 충실한 법이라고 볼 수 없다. 특히 사회권적 기본권을 실현하기 위해 자유권적 기본권을 제한하는 법제정은 법치주의를 이탈한 법이다. 헌법재판소는 조세법률주의를 역시 법치주의를 의미한다고 선언하고 있다(2004헌바74). 그러나 입법부가 정한 조세법이 누진세이거나 또는 특별소비세와 같이 특정한 재화를 차별적으로 취급하는 내용을 가진 것도 법치주의에 타당한 것이라고 보는 것은 잘못이다. 그 같은 세법은 법치주의의 정치적 이상에서 이탈한 것이다.¹⁴⁾

14) 헌법재판에서 법적 안정성, 명확성, 차별 금지의 원칙 등을 강조하기도 한다. 그리고 법적 정당성이나 기본권 보장 등을 강조하는 법학자들도 있다. 이와 같은 강조가 얼마나 법치주의와 양립하는지는 앞으로 검토할 필요가 있다.

오늘날에는 법치주의를 자유의 수호자만이 아니라 번영의 기초라고 보고 있다. 경제적 번영에 연결시켜 법치주의의 중요성이 부각되고 있다. 법치주의가 확립된 나라에서는 번영이 가능하다. 그것은 시민들에게 자유롭고 안정적인 경제활동을 가능하게 하는 제도적 환경을 보장하기 때문이다. 따라서 자유와 번영을 추구하는 사회라면 법치주의를 실현해야 한다.

참고문헌

- 김정호. 「경제헌법 개정의 필요성과 방향」 제7회 자유주의 워크숍: 『경제헌법 개정을!』. 자유기업원. 1998, 1-32 쪽
- 민경국. 『하이에크, 자유의 길: 하이에크의 자유주의 사상연구』. 한울아카데미 2007.
- 『자유주의의 지혜.』 아카넷 2007a
- 『자유주의와 시장경제』 위즈비즈 2003.
- 「다윈이즘과 하이에크의 문화적 진화론」 2009년 다윈 탄생200주년 기념 학술대회 발표논문집 한국과학철학회 2009.
- 「경제학에서의 다윈혁명: 그 허와 실」 자유기업원 CFE-Report 091. 2009a
- 『신정치경제학: 정치 관료시스템의 기능원리』 도서출판 석정 1993
- 『진화냐 창조냐: 하이에크의 진화론적 자유주의』 자유기업원 1997
- 『시장경제의 법과 질서: 주류경제학과 질서경제학』 1997
- “법치주의, 자유 그리고 번영” 한국하이에크소사이어티 『자유와 시장』 제1권 2009
- 안재욱, 「화폐금융제도의 변천과 최근의 금융위기」 하이에크소사이어티 10월 월례포럼 발표논문 2008
- 유정호, 「시장경제로 가는 제도개혁」 음선필 외 공저 『한국경제의 선진화를 위한 제도개혁과제』 경기개발연구원 2009, 87-97쪽

- 전택수, 「한국경제의 선진화를 위한 전제조건으로서 법치원리」 전택수 외
『한국경제선진화와 법치』, 한국정신문화연구원 2004 13-56쪽
- 최 광 “ 개념과 이념의 오류 및 혼란과 국가 정책”, 제도와 경제 제8권 2호
2011. (2011년 8월 발간)
- Barro, R. Determinants of Economic Growth MIT Press 1997)
- Boettke, P/Shubrick, J. “Rule of Law, Development, and Human Capability”
<http://economics.gmu.edu/pboettke/pubs/pdf> 2003 pp.109-203
- Buchanan, J.M. "Notes on the Liberal Constitution". Cato Journal, Vol. 14,
No. 1 (Spring'Summer). 1994 pp.1-9
- Freedom in Constitutional Contract, Texas 1977
- / Congleton, R. Politics by Principle, not Interests, Cambridge 1998
- Cairns, J.W. "Adam. Smith and the Role of the Courts in Sicuring Justice
and Liberty", in R. P. Malloy J. Evensky (ed) Adam Smith and the
Philosophy of Law and Economics Dordrecht 1995. pp.31-62
- Coldwell, B. Hayek's Challenge, Chicago 2005
- Dicey, A. The Rule of Law, in Introduction to the Study of the Law of the
Constitution. 안경환 김종철 공역 헌법학 입문, 서울 :경세원 1885/1993
- Friedman, B. Moral Consequence of Economic Growth, New York 2005
- Friedman, M. Capitalism and Friedman, Chicago 최정표 역 자본주의와 자유
1963/1995
- Fallon, R. “The Rule of Law'as a Concept in Constitutional Discourse”
Columbia Law Review Vol.97, No.1. 1997. pp. 1-56
- Fuller, L. The Morality of Law, New Haven 1964
- Hayek, F. A. Law, Legislation and Liberty. Vol.3 Political Order of Free
People. London 1979.
- .. New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the
History of Ideas. London: 1978
- ..Law, Legislation and Liberty, Vol.1: Rule and Order.
London 1973

- Law, Legislation and Liberty, Vol. II. The Mirage of Social Justice, London, 1976 번영관 『법 입법 그리고 자유 II』 1996
- (1960) Constitution of Liberty, Chicago, 번역판은 1997년 자유기업원에 서 『자유헌정론』 I 과 『자유헌정론』 II 두권으로 나누어 출판되었음
- The Road to Serfdom, Chicago 김영청 역 『노예의 길』 동국대 출판부 1944/1997
- (1988). The Fatal Conceit: Errors of Socialism. London
- (1967), The Principles of a Liberal Social Order, in his book Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas. London
- Holcombe, R. (2004) Government: Unnecessary but Inevitable, The Independent Review n. VIII. n.3. Winter pp. 325-342
- Hoppmann, E. Wirtschaftsordnung und Wettbewerb. Baden-Baden 1988.
- Hutchinson, A./ Monahan, P.(ed) The Rule of Law: Ideal or Ideology, Toronto 1987
- Kelsen, H. Das Naturrecht in der Politischen Theorie, 1969
- Leoni, B. Freedom and Law. Indianapolis 1961.
- Locke, J. Second Treatise of Government, Hackett 1689/1980
- Rawls, J. A Theory of Justice Cambridge, 1971
- Rose, J. "The Rule of Law in the Western World: An Overview", Journal of Social Philosophy Vol. 35 No. 4 Winter 2004 pp.457-470
- Röpke, W. Jenseits von Angebot und Nachfrage, München 1958
- Santoro, E. "The Rule of Law and the "Liberties of the English": The Interpretation of Albert Venn Dicey", in Costa, P/ Zolo D. The Rule of Law: History Theory and Criticism, Springer 2007 pp.153-199
- Shklar, J. "Political Theory and The Rule of Law" in A. Hutchison/ P. Monahan(eds) The Rule of Law: Ideal or Ideology Toronto 1987 pp.1-26
- Stein, R. "Rule of Law: What Does it Mean?" in Minesota Journal of Int'l Law. Vol. 18. 2. 2009. pp.293-303

Tamanaha, B. On the Rule of Law Cambridge 2004

-----"The Darkside of the Relationship between the Rule of Law
and Liberalism" in NYU Journal of Law & Liberty Vol. 3. 2008
pp.515-547

Zywicki, T. "The Rule of Law, Freedom, and Prosperity" in. Supreme Court
Economic Review Vol 10. 2003 pp. 1-26