

자생적 질서, 법, 그리고 법치주의

민경국*

- I. 문제의 제기
- II. 법치주의 개념의 혼란과 방법론적 결함
- III. 자생적 질서와 정의의 규칙
- IV. 법치주의의 세 가지 구성요소
- V. 법과 법치주의를 오염시킨 지적 요인
- VI. 맺는 말

한글초록

이 글의 목적은 자생적 질서와 법, 그리고 법치주의의 관계를 확립하는 것이다. 이로써 오늘날 다양한 의미로 사용되기 때문에 정치적 가이드로서 역할을 다하지 못하는 법치주의의 의미를 명확히 할 수 있다. 많은 학자들이 법치주의에서 개념적 혼란에 빠져 있거나 자의적으로 개념규정을 하는 근본적인 이유는 ‘역사적 접근법’이나 ‘질서이론’이 없기 때문이다.

이 글에서는 자생적 질서이론에서 법과 법치주의를 도출하려고 노력했다. 자생적 질서의 기초가 되는 행동규칙의 성격에서 법의 개념을 도출했다. 법은 “일반성, 추상성, 그리고 확실성”을 가진 정의의 규칙을 말한다. 법치주의는 이 같은 정의의 법을 집행하는 데에만 공권력을 행사할 것을 요구하는 정치적 이상이다. 정의의 법은 개인의 자유와 재산을 보호하는 것, 자생적 질서를 보호하는 것, 이것이 법치주의가 추구하는 정치적 이상이다. 그래서 ‘법치주의’는 ‘자유주의’와 분리해서 생각할 수 없다.

시장경제는 법치주의를 전제하고 법치주의는 시장경제를 전제한다. 이런 의미에서 법치주의와 시장경제는 ‘상호의존적’이다. 왜냐하면 시장경제의 기초가 되는 법 규칙은 법치주의에서 말하는 법 개념과 일치하기 때문이다. 다른 한편, 법치주의는 국가 공권력의 자의적인 행사를 막아서 개인의 자유를 보호하는 목적이 있기 때문에 그것은 정부의 권력을 제한해야 한다는 의미의 ‘헌법주의’를 핵심으로 하고 있다.

[주제어] 자생적 질서, 법의 성격, 법치주의, 정의의 법, 헌법주의, 법실증주의

* 강원대학교 교수 경제학. kkmin@kangwon.ac.kr. 익명의 두 심사위원에게 생산적이고 상세한 심사의견에 심심한 사의를 표한다.

I. 문제의 제기

‘언어’(言語)는 생각이나 느낌을 음성이나 문자 등으로 전달하는 수단이다. 우리는 언어를 통해서 우리가 본 사물이나 주변 환경 등을 표시한다. 그러나 언어가 세상을 있는 그대로 반영하는 것이 아니다. 언어는 세상에 대한 해석이다. 언어 속에는 세상을 보는 관점이 들어있다. 그래서 언어를 배움으로써 세상에 관한 모습을 배운다. 그리고 언어는 우리의 행동을 안내하여 불확실한 세상에서 우리의 삶의 개척을 용이하게 한다. 언어는 정치적 귀결을 내포하는 세계관, 세상을 바라보는 관점이 들어있기 때문에 우리의 사고를 규정한다. 그래서 언어는 옳고 분명해야 한다.

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 매우 흥미로운 논문인 “개념과 이념의 오류 및 혼란과 국가 정책”에서 진보, 민주화, 선진화, 보수 등이념적 언어가 정확하지 않기 때문에 공공정책에 대한 논의가 어렵다고 개탄하고 있다(최 광, 2011).

‘법의 지배’(the Rule of Law) 또는 ‘법치주의’(이것은 법의 지배와 동일한 의미이다. 그리고 우리말의 법치주의에 해당되는 영어나 독일어는 없다는 점도 유념해야 한다)만큼 다양한 의미로 사용하여¹⁾ 그 진의(眞義)가 상실했기 때문에 정치적 가이드로 기능할 수 없는 개념이 되어버린 예도 드물다. 더욱 더 우리를 우려하게 만드는 것은 그 개념적 혼란이 정치를 오도하여 인류를 문명의 길로 안내했던 자유를 파괴한다는 점이다.

어떤 학자는 그것을 의회가 정한 법에 따라 통치하는 것이라고 이해한다. 또는 어떤 다른 학자는 시민들의 준법을 강조하기 위해 사용하거나 법치 내에서도 복지국가 가능하다고 주장하는 학자도 있다. 정책은 법에 근거해야 한다는 것을 의미하는 것으로 법치 개념을 사용하기도 한다. 심지어는 법치를 헌법우위 사상으로 이해하는 학자도 있다.

따라서 개념적 혼란과 왜곡에서 법치주의 개념을 구출하여 제자리를 잡아주는 것이 자유주의 이념의 발전을 위해 매우 중요하다고 본다. 이 같은 목적을 위해서 제II장에서는 법치주의 개념의 혼란을 설명할 것이다. 제III장에서는 법치주의의 개념

1) 이 글에서 ‘법의 지배’와 ‘법치주의’는 같은 개념으로 사용한다. 흔히 법치주의 대신에 법치라는 말을 사용하기도 한다.

을 도출하기 위한 ‘질서이론’을 소개할 것이다. 이 이론의 핵심은 시장경제의 성격에 속하는 ‘자생적 질서이론’이다. 제IV장에서는 자생적 질서이론을 바탕으로 하여 법치주의를 구성하는 세 가지 원칙을 설명할 것이다. 제V장에서는 법과 법치주의 개념이 타락된 이유와 남용된 이유를 설명할 것이다. 제VI 장에서는 전체내용을 요약하면서 우리나라의 학자들이 사용하는 개념을 평가할 것이다.

II. 법치주의의 개념적 혼란과 방법론적 결함

학자들이나 언론 매체 또는 정계에서 법치주의를 어떻게 사용하고 있는가?, 그리고 그들이 사용하는 개념적 의미가 어떤 정치적 의미를 함축하고 있는가? 이 문제를 규명하는 것은 흥미롭다. 이 글에서는 헌법학자들에 국한하여 그 같은 문제를 다룰 것이다.

왜 하필이면 헌법학자들인가? 그 이유는 간단하다. 즉, 한 사회의 상부구조를 형성하는 것이 한 나라의 헌법이다. 따라서 헌법학은 사회질서에 대한 가장 근원적인 학문이라고 볼 수 있다.

유감스럽게도 헌법학자들은 제각기 법치주의 개념을 매우 다양한 의미로 사용하고 있다. 헌법학자의 수만큼 그 개념의 의미도 많다. 학자마다 서로 다르게 사용하고 있기 때문에 그것이 도대체 무엇을 의미하는지조차 알 수 없다. 그들이 사용하는 의미가 어떤 정치적 함의를 가지고 있는가의 문제를 중심으로 그들이 사용하는 개념을 비판적으로 설명할 것이다. 이어서 그들의 개념규정의 근원적인 문제를 밝히고자 한다.

1. 국내 헌법학들의 사례

국내의 주요 헌법학자들, 특히 필자가 보기에 가장 권위가 있는 학자들이 법치주의를 어떻게 이해하고 있고, 그 이해의 문제점은 무엇인가를 살펴보기로 하자.

(1) 허영 교수

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

(허영, 2001: 142)²⁾.

그는 법치주의를 자유와 평등 그리고 정의를 실현하기 위한 권력구조 또는 권력분립을 의미하는 것으로 사용하고 있다. 그러나 우리가 직시해야 할 것은 평등은 상이한, 상반된 내용으로 개념 규정을 할 수 있다는 점이다. 그 같은 상반된 내용을 상반된 정치적 귀결을 가지고 있다는 것이다. 정의와 자유의 개념도 마찬가지이다. 문제는 상이한 내용은 상이한 내용의 법치주의를 불러온다는 점이다. 그 의미에 따라서는 매우 위험한 정치적 결과를 초래하기도 한다.

한 가지 문제만을 집고 넘어가면 다음과 같다. 법치주의의 목표에서 평등 개념을 결과 평등 또는 기회의 평등으로 이해한다면 법치주의를 실현하기 위해서는 광범위한 정부간섭을 초래하는 차별적이고 특혜적인 입법을 야기하고, 그래서 개인의 자유와 재산의 침해를 부른다.

사람들의 출발기회는 가족, 타고난 능력, 타고난 지역 등 다양한 요인들에 의해 결정된다. 출발기회를 평등하게 만들기 위해서는 기회의 차별을 야기하는 요인들을 똑 같게 만들거나 제거해야 하기 때문이다.

이 같은 내용의 평등가치를 실현하기 위한 정치질서나 국가권력의 기능적 조직적 형태라면 법치주의는 결국 개인의 자유와 재산을 침해하는 정치적 이상이라고 볼 수 있다.

(2) 양 건 교수와 헌법재판소

양 건 교수는 그의 2011년 제2판 『헌법강의』에서 다음과 같이 말하고 있다. “법치주의의 핵심적 의미는 국가작용이 의회가 정한 법률에 근거하고, 그 법률에 따라 행해져야 한다는 것이다”(양건, 2011: 192)³⁾.

헌법재판소도 법치주의를 양건 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’ 또는 ‘법률에 근거한’으로 이해하고 있다고 볼 수 있다.⁴⁾

2) 흥미롭게도 그 같은 책 141쪽에서는 법치주의를 이렇게 규정하고 있다. “... 국가 권력을 제한하고 통제함으로써 자유와 권리를 보호하는 것이 법치주의가 아니고 ... 자유 평등 정의의 이념을 실현할 수 있도록 정치질서나 국가권력의 기능적 조직적 형태를 정하려는 것이 바로 법치주의이다.”

3) 그는 법치주의의 요소로서 “자유, 평등, 기본권 보장, 소급입법금지, 의회가 정한 법 그리고 안정성, 명확성” 등을 들고 있다.

4) 또 헌법재판소가 이와 유사한 내용으로 사용하고 있는 판결문의 예를 보면 “조세법률주의는 조세

그러나 민주주의 국가에서 법은 의회(또는 권한이 부여된 입법자)가 정한다면, 법치주의는 의회에서 정한 법이면 그 내용이 무엇이든 모두 법이라고 보고 이 법에 의해 지배하는 것을 법의 지배라고 보고 있는 듯하다.⁵⁾ 이는 전형적인 법실증주의 입장으로서 매우 위험한 정치적 결과를 부른다. 나중에 자세히 설명하겠지만 성매매를 금지하는 법, 준법지원을 위해 기업에게 법률전문가 고용을 강제하는 법, 학교의 자유로운 선택을 금지하는 법 등, 입법부에서 통과되었다면 이런 것도 법이라고 부르고 이를 집행하는 것이 법의 지배라고 해석할 수 있다.

(3) 성낙인 교수와 홍성방 교수

성낙인 교수는 자신의 2011년 제11판 저서 『헌법학』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 말하였다(성낙인, 2011: 249-150).

헌법에 따르는 것을 법치주의라고 이해하고 있는 듯하다. 이 같은 생각과 일치하는 학자는 홍성방 교수이다. 그는 2009년 6판 『헌법학』에서 법치주의는 “법률우위가 아니라 헌법우위로 나타나며, 그 핵심과제는 합법성의 근거가 되는 법률과 정당성의 근거가 되는 법을 조화시키는데 있다”고 말하였다(홍성방, 2009: 157).

헌법과 양립하는 입법에 따라서 통치하는 것을 법의 지배라고 부르는 듯하다. 헌법우위가 법의 정당성과 합법성을 담보하는 것으로 이해하는 듯하다. 그래서 법치주

법의 목적과 내용이 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 적법절차를 요구하는 법치주의를 의미하는바 …”(2004헌바76).

5) 익명의 심사자는 헌법재판소의 이 같은 판결은 “기본권 제한이 불가피한 경우라도 법률에 의하지 않고서 기본권을 제한하는 것은 법치주의에 어긋난다는 뜻”이기 때문에 “의회가 입법한 법률에 의하기만 하면 법치주의 아래에서도 기본권 제한이 항상 가능하다는 주장인 것으로 해석하는 것”은 “지나친 확대해석으로 보인다.”고 지적하고 있다. 그리고 그는 “국민의 기본권 제한은 반드시 법률에 의하여야”한다는 말을 이렇게 해석하는 사례를 심사자는 본 적이 없다고도 한다. 그러나 양건 교수가 바로 그 같은 해석을 내리고 있다. 익명의 심사자는 ‘기본권 제한이 불가피한 경우’가 입법의 단서조항으로 이해하고 있는 것 같다. 그러나 그 단서조항과 관련하여 우리가 주목하는 것은 어떤 경우가 기본권제한이 불가피한 경우인가는 예를 들면 헌법 제119조 2항에서 우리가 확인할 수 있듯이 헌법에서 입법자의 해석에 맡겨두고 있다는 점이다. 헌법에서처럼 재산권 제한을 요하는 조건으로 공공복리(23조 2항) 또는 공공필요(동 3항) 등도 천명하고 있는데, 이것은 불명확한 법적 개념이고 또 그 해석은 입법자의 재량에 맡겨져 있다. 그리고 기본권을 제한이 필요하다고 판단되는 경우, 어떻게 이를 제한할 것인가의 문제도 입법자에게 맡겨져 있다. 모두가 입법자에게 맡겨져 있기 때문에 기본권 제한이 항상 가능하다는 말에는 별로 고칠 것이 없다고 본다. 심사자가 강조하듯이 헌법재판소의 법치를 기본권 제한이 불가피한 경우에는 법의 내용이 무엇이든 의회가 정한 법에 따라 따라야 한다는 것을 의미한다고 해석한다고 해서 자유주의적 법치 개념이 살아난다고도 볼 수 없다.

의를 ‘성문헌법우위’라고 주장한다.

그러면 헌법재판소가 한국헌법이 지향하는 경제질서를 “사회적 시장경제”라고 판결했기 때문에⁶⁾ 대한민국 헌법 제119조 제2항에 따라 분배정의, 경제민주화를 실현하기 위한 입법도 법의 지배 원칙에 해당되는 것이라고 해석할 수 있다. 또는 우리나라 헌법의 제31조 교육을 받을 권리, 제32조 근로의 권리, 제33조 근로자의 단결권 그리고 제35조 환경권과 주택개발정책 등 사회적 기본권을 확립하기 위한 “사회입법”(social legislation)마저도 법치주의에 해당된다고 말할 수 있다. 그 결과 법치주의가 아닌 것이 없다.

(4) 박은정 교수

법철학자 박은정 교수는 2010년 저서 『왜 법의 지배인가』에서 다양한 법이론을 설명하면서 법치주의를 상세히 설명한 것이 매우 흥미롭다. 박은정 교수는 재분배를 주장하는 하이에크를 비판하면서(박은정, 2010: 201), “법치의 틀 속에서 가능한 복지국가”를 말하고 있다. 이것은 법의 지배의 틀 속에서도 복지국가가 가능하다는 것을 의미한다. 그는 소득재분배를 의미하는 사회정의 실현을 법치주의라고 보고 있다. 그는 이런 점에서 양 건 교수나 성낙인 교수와 별로 큰 차이가 없다.

정말로 법치의 틀 속에서도 복지국가가 가능한가? 또는 사회정의의 실현을 위한 재분배가 법치주의와 양립하는가? 이 문제는 뒤에 자세히 설명할 것이지만, 복지국가나 분배정의를 실현하기 위한 법은 법치주의의 핵심이 되는 법의 성격과 전적으로 다르다. 그래서 복지국가는 법치와 맞지 않는다.

(5) 강경근 교수

헌법학자 강경근 교수는 법치주의를 “국가권력의 발동을 위한 형성원리인 동시에 그 한정을 가능하게 하는 제한원리”라고 이해하면서 법치에서 정부는 “의회의 제정 법률에 근거하여야 하며, 그 법률은 정법(Recht)에 합치하는 규범이어야” 하며, 그리고 그 “정법”은 “이성에 의해 정한 것”이라고 말한다(강경근, 2004: 124). 이와 같이 법치를 ‘정법에 따른 통치’를 법치로 이해하고 있다.

법치와 관련하여 강경근 교수가 강조하는 것은 의회가 정한 법이라고 해서 모두

6) “우리나라 헌법상 경제질서는 자유시장경제를 바탕으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제를 채택하고 있다.”(92헌바47)

법이 아니고 정법에 합치되는 법에 따른 통치를 법치로 이해하고 있다. 정법을 이성
성에 정한 법이라고 말하고 있는데 이것이 무엇인가를 말하는지가 매우 불분명하
다. 경제적 합리성(이성), 즉, 비용-편익 분석을 통해서 정한 법을 말하는지 아니면
어떤 도덕적 가치에 준하는 법을 말하는지 불분명하다.

(6) 임종훈 교수

헌법학자 임종훈 교수는 시민들이 법을 지키지 않는 것을 “법치주의의 실종”이라
고 비판함으로써 시민들의 준법을 법치주의로 이해하고 있다(임종훈, 2009: 102)7).
무슨 법이든 시민의 준법 의식을 강요하기 위한 위정자의 구호로 여긴다. 물론 준
법이 가능하기 위해서 적법 절차, 또는 법의 공정성 등을 강조하고는 있지만 이들
은 법치, 즉 준법을 개선하기 위한 방법일 뿐이다.

(7) 한수용 교수

한수용 교수는 자신의 2011년 『헌법학』에서 법치주의는 “다수에 의한 정치적 지
배를 제한하고 통제함으로써 개인의 자유와 권리를 보장하는 원리이다”라고 말한다
(한수용, 2011: 104). 법치주의를 공권력 행사방법과 한계에 관한 원리라고 이해하면
서 그 구성요소를 기본권 보장과 과잉금지 원칙 그리고 권력분립을 들고 있다(한수
용, 2011: 104). 법치국가는 소극적인 현상유지 국가이고 사회국가는 적극적인 사회
형성의 국가라고 말한다(한수용, 2011: 105).

한수용 교수의 해석이 매우 돋보인다. 법치주의의 핵심은 다수에 의한 정치적 지
배를 제한하고 개인의 자유와 권리를 보장하는 원리라고 말하고 있다. 이 같은 점
에서 그의 개념은 허 영교수의 이해보다 훨씬 더 개선된 것이다. 그러나 아쉬운 점
은 과잉금지 원칙을 법의 지배 원칙의 구성요소로 보고 있다는 점이다.

그러나 이 과잉금지 원칙은 나중에 설명하겠지만 법치주의의 핵심요소로서 당연
금지 원칙(per se rule)이 아니라 이성의 규칙(rule of reason)이다. ‘이성규칙’은 특
정의 행동의 허용여부를 그 행동의 효과를 보고 판단할 뿐만 아니라 특히 중요한

7) 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).

것은 “사례가 생길 때마다”(case by case) 그 같은 효과를 분석한다. 카르텔(담합)을 허용할 것인가 또는 금지할 것인가를 결정하기 위해서 그것이 경제에 미치는 긍정적·부정적 효과를 비교한다.

과잉금지 원칙도 특정의 목적을 달성하기 위한 수단을 목적 달성에 비해 과잉투입했는가의 여부를 결정하여 정부의 정책을 평가한다. 이런 의미에서 그것도 이성규칙이나 마찬가지로이다.

이성규칙이란 경제적 합리성에 의해 판단한다는 원칙이다. 그것은 사실상 규칙이라고 볼 수 없다. 규칙이란 특정의 행동방식을 그 효과와는 관계없이 항상 적용되는 것을 의미한다. 규칙은 규칙성과 밀접한 관련을 가지고 있다.

과잉금지 원칙이 국가권력을 제한하는 하는데 성공했는가? 그렇지 않다. 독일의 사례가 이를 입증한다. 그것은 정부의 과도한 적자예산이나 복지국가의 확장도 막지 못했다.

2. 외국학자들의 간단한 사례

법치주의 개념이 이용자에 따라 다른 것은 비단 국내에만 국한된 것은 아니다. 20세기 가장 위대한 철학자라고 격찬을 받았던 미국의 존 롤스는 자신의 분배정의론 법의 지배 원칙에 합당하다고 말하였다(J. Rawls, 1970).

영국의 법철학자 드워킨(R. Dworkin)도 법의 지배는 재분배를 “실질적 정의” 또는 “특정한 정치적 목적을 달성하기 위한 내용의 법을 통치수단으로 하는 것”으로 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 “의미가 없고”, 그래서 수사학적인 의미 이외에는 쓸모가 없게 되어버린 운명에 처해 있다(Tamanaha, 2004: 3; Shklar, 1987: 1).

헌법학자 리처드 팔론(R. Fallon)도 오늘날 법치주의는 그 의미에서 “혼란스럽고”. 또 “그 정확한 내용도 불확실하다”고 개탄하였다(Fallon, 1997: 1).

3. 헌법학의 두 가지 방법론적 오류

왜 법치주의가 개념적 혼란에 빠져 있는가의 문제이다. 그 근본적인 이유는 방법

론적 오류 때문이다. 이는 두 가지로 나눌 수 있는데, 하나는 법치주의가 생성된 역사적 배경에 대한 이해의 부족이고, 다른 하나는 질서이론의 결핍이다.

헌법학 관련 문헌을 읽어보면 법치주의의 역사적 기원에 대한 논의가 전혀 없다. 어떤 이념이든 그 이념의 역사적 기원에 관한 연구는 이념이 생성된 이래 첨가된 불순물을 제거하여 순수한 것을 정립하는데 중요한 기여를 한다.

우리가 법치주의의 역사적 기원을 추적하면 그것이 ‘자유주의’, 즉 ‘자유사회질서’와 밀접한 관련성을 가지고 있다는 점이다. 법의 지배의 개념을 관찰한 로즈는 “(법치주의는) 오랜 기간 존속해 온 강력한 그리고 중요한 자유주의의 요소이다”라고 말하였다(Rose, 2004: 457). 법치주의는 자유주의의 유서 깊은 전통 속에서 정립된 정치적 이상이며, 그래서 오로지 자유주의 맥락에서만 그 개념이 의미 있다는 것은 법의 지배의 현대적 등장만을 보아도 어렵지 않게 알 수 있다. 19세기 중반 이후에서 20세기 말에 유서 깊은 법치주의가 부활하게 된 중요한 배경은 이미 필자가 다른 논문(민경국, 2008)에서 상세히 규명했기 때문에 여기에서는 간단히 요약해서 말한다. 첫째로 사회주의의 등장과 둘째로 법치국가의 등장 그리고 세 번째로 경제발전의 필요성이다.

사회주의와 복지국가의 등장과 확산을 반격하기 위해 나섰던 인물은 영국의 헌법학자요 고전적 자유주의의 계승자였던 다이시(A. Dicey: 1835-1922)였다. 그리고 오스트리아 출신 정치경제학자 하이에크(Friedrich A. Hayek: 1899-1992)도 그의 1944년 저서 『노예의 길』이 보여주고 있듯이, 사회주의에 대한 비판의 주요무기는 법치주의였다. 그는 1960년 저서 『자유의 헌법』에서 법치주의를 기반으로 하여 복지국가를 비판하고 있다. 그리고 20세기 말, 사회주의권의 몰락 후 체제전환과 각 나라의 개혁의 필요성과 후진국에 대한 국제원조에서 경제발전에 대한 새로운 시각으로 법치주의가 부활했는데 이것은 법치주의의 실천에 치중한다(Zywicki, 2003). 이와 같이 간단한 역사적 배경을 보면 법치주의는 개인의 자유와 그리고 시장경제의 보루(堡壘)였다는 것을 어렵지 않게 알 수 있다. 그것은 복지국가와도 관련이 없고 전적으로 사적 자치와 사적 영역의 보보자로 등장했던 것이다.

법치주의 개념이 혼란에 빠진 두 번째 이유는 법학자들이 ‘사회질서이론’(Theory of Social Order) 또는 ‘시장질서이론’이 부족하기 때문이다. 법은 사회질서와 전혀 독립적인 것이 아니다. 이것은 법이 경제에 미치는 영향이라는 의미만이 아니다. 훨씬 더 중요한 의미는 시장경제는 특정한 법질서를 전제하고 반대로 특정한 법질서

는 시장경제를 전제한다는 점이다. 이 같은 의미에서 “질서의 상호의존성”을 고려한다면 법의 지배의 의미는 사회질서의 성격 또는 시장경제의 성격에서 도출해야한다. 법치주의의 개념을 사회질서이론에서 도출하는 것, 이것이 이 글에서 다룰 핵심 주제이다.

III. 자생적 질서와 정의의 행동규칙

법치주의를 이해하기 위해서는 법이란 무엇인가를 이해해야 한다. 그리고 이 문제를 이해할 수 있기 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 환원시켜 버렸다. 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 자세히 밝혔듯이 법과 법치주의를 이해하는데 매우 어렵게 만들었다. 시장질서이론이 빠져 있기 때문이다. 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(Posner, 2003: 12).⁸⁾

그러나 다행스럽게도 “질서의 상호의존성” 개념으로 법과 경제의 만남을 주선하는 학파가 있다. 이것이 하이에크-미제스가 확대·발전시키고 그 후 수많은 학자들이 심화시킨 오늘날의 ‘오스트리아학파’와 오이켄과 뵘이 창설하여 반세기 이상 발전해 온 ‘프라이브르크 학파’이다(민경국, 2003). 그들은 법치주의를 경제질서와 법질서의 상호의존성을 의미하는 개념으로 사용하고 있다.

이 전통에 유사한 접근법은 과거의 시카고학파(old Chicago school)의 일원이었지만 1946년에 세상을 떠난 헨리 사이먼(H. Simons)의 접근법이다. 그의 사후에 발간

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

된 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 오스트리아학과 그리고 헨리 사이먼 등으로 이어졌던 것이다.

그런데 우리가 주목하고자 하는 것은 그들이 전제하고 있는 시장경제의 성격이다. 이것이 ‘자생적 질서이론’이다. 이 질서이론이 법과 법치주의에 관한 사상을 도출할 수 있기 때문이다.

1. 세 가지 종류의 질서

동양이든 서양이든 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. 반면에 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, 흄스 등 구성주의적 합리주의(constructivistic rationalism)를 기반으로 하는 프랑스 계몽주의 전통이다. 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. 나중에 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 계

몽주의자들이 발견했고 멩거와 하이에크 등, 오스트리아학파가 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 시장경제이다. 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 시장경제의 특성을 설명하고자 한다. 조직은 항상 사령탑이 있다. 그것은 사령탑에 의해 미리 정한 계획에 따라서 만든 질서이다. 조직은 이를 구성하는 요소들(기업, 개인 또는 기타 집단이나 가계)이 공동으로 노력하여 달성할 공동의 목적을 가지고 있다. 이 조직에서는 미리 정한 계획에 의해서 구성원들의 위치가 정해지고, 계획에 따라 할당된 기능을 수행한다(<표-1>참조).

따라서 그 구성원들이 수행하는 활동은 사령탑의 지시와 명령을 통해서 조정된다. 사령탑은 구성원들을 지배하고 통제하고 감시한다. 조직은 계층적으로, 즉 지배와 복종 관계로 구성되어 있다. 조직의 예는 소규모의 조직으로서 이익단체, 기업조직 등과 같은 미시사회(micro-society)를 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, 공동이익, 또는 결과 평등과 같은 공동의 목적이 없다. 기업들이나 개인들이 제각기 추구하는 개별목표들만이 있을 뿐이다. 그리고 자생적 질서는 거대한 사회이다. 수백만 수천만의 인구를 포괄한다. 그리고 이는 포퍼(K. Popper)의 열린사회이다. 이 같은 사회를 구성하는 요소는 개인들, 기업조직들, 학교나 연구단체와 같은 조직들과 같은 미시사회를 포괄한다. 법세계적 분업체계가 바로 자생적 질서이다. 그 같은 미시사회의 등장을 가능하게 하는 것은 뒤에 가서 자세히 설명하겠지만 사유재산과 관련된 규칙, 연립의 자유와 그리고 선택의 자유 등, 자

생적 질서의 기초가 되는 핵심 가치로서 행동의 자유의 존재 때문이다.

특히 우리가 직시해야 할 점은 자생적 질서로서 시장경제에는 사령탑이 없다는 점이다. 개인들의 관계, 개인과 조직들의 관계 조직들 간의 관계 등, 자생적 질서의 구성원들의 복잡하고 다양한 관계들은 수평적이다. 개인들과 조직들은 제각기 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.

<표 1> 두 가지 종류의 질서

특징 \ 질서의 종류	자생적 질서	조직(인위적 질서)
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
사 례	시장질서, 도덕, 화폐, 법, 언어	중앙집권적 경제질서 이익단체, 간섭주의경제
법 질서	법(정의의 규칙으로서 민 법과 형법: 영미식)	입법(공법, 처분적 법, 사회입법)
열 림 성	열린사회, 거대한 사회	폐쇄된 사회
지배유형	법이 지배하는 사회	목적이 지배하는 사회

이 같은 행동조정을 가능하게 하는 것은 시장경제를 구성하는 원리로서 경쟁이다. 경쟁은 소비자들의 욕구를 값싸게 충족할 수 있는 방법에 관한 지식을 발견하는 절차이다(Hayek, 1968). 즉, 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 ‘자원배분기계’가 아니라 지식의 창출과 지식의 사회적 이용과정이다.

3. 자생적 질서, 시장실패, 그리고 Economy

시장경제와 관련하여 시장실패, ‘Economy’ 등 다양한 표현을 사용한다. 시장경제를 자생적 질서라고 이해한다면 그 같은 표현이 적합한가? 이 문제를 접근하는 것은 자생적 질서로서 시장경제의 성격을 이해하는데 매우 중요하다고 본다.

시장실패라는 개념은 시장의 자생적 질서에 적합한 개념이 아니다. 실패와 성공은 항상 의도와 목표를 전제로 한다. 그런데 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.⁹⁾

실패와 성공은 정부와 관련되어 있다. 왜냐 하면 정부는 특정한 목적을 가지고 설계된 조직이기 때문이다. 그래서 실패가 있다면 이는 ‘정부실패’이다. 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 파행을 거듭한 결과 발생한 것이다.¹⁰⁾

9) 익명의 심사자는 다음과 같이 지적하고 있다. “이 논문이 자칫 시장실패라는 이름으로 불리는 현상 자체의 존재를 부정하는 것으로 비칠 가능성이 있다. 이에 대해 적절한 언급이 필요하다.” 그러나 이 같은 주장에 동조할 수 없다. 시장실패라는 이름으로 불릴만한 현상이 없기 때문이다. 시장실패는 시장을 잘못 이해한데서 오는 잘못 붙여진 간섭주의의 산물이다. 시장실패는 없다. 그리고 시장실패를 말하면 이는 공법 규제법의 도입을 정당화한다. 자생적 질서를 조직으로 바꾸는 결과를 초래한다.

10) 필자의 말 “외부성이란 사유재산에 대한 침해를 허용하는 경우 생겨나는 문제인데 ...”에 관해서 익명의 심사자는 다음과 같이 말하고 있다. “글자 그대로의 이 문장에 동의하기 어렵다. 외부성(externalities)은 공유재산의 경우에도 문제가 된다. 즉 tragedy of commons를 야기하기도 한다.” 그러나 필자가 말하는 외부성은 폭력이나 도둑질, 사기, 기만 등에 의해 타인들의 자유와 재산을 침해하는 경우를 말한다. 이 경우는 하나의 외부성 예일 뿐이다. “외부성(externalities)은 공유재산의 경우에도 문제가 된다. 즉 tragedy of commons를 야기하기도 한다.”는 심사자의 주장에 대하여 두말할 필요도 없이 당연하고도 또 당연하다. 공유의 비극은 재산권이 존재하지 않기 때문에 생겨나는데 외부성, 더 정확히 말해서 외부성의 상호성이다. 필자의 예는 외부성이 상호적인 것이 아니다.

흔히 인간들의 시장관계를 국민“경제(Economy)” 또는 세계“경제”라고 말한다. 그런데 우리가 Economy(Oikos+Nomia)라는 개념을 따져보면 이는 자생적 질서로서 시장을 이해하는데 장애물이다. ‘오이코스’(Oikos)는 가계(특히 농촌)를 의미하고 ‘노미아’(Nomia)는 경영한다는 말이다, 가계는 가장을 사령탑으로 하고 그 밑에는 처자식들(그리고 과거에는 노비나 하인)로 구성된 계층적 조직이다. 그것은 국가재정이나 기업과 같이 알려진 공동의 목적을 위해 자원을 의식적으로 배분하는 조직에 대해서나 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 만든다.’는 것을 의미하는 ‘카탈락시’(Catallaxy)라는 개념을 사용할 것을 제안한 것은 매우 적절하다.

시장실패나 Economy 같은 개념이외에도 완전경쟁 또는 불완전 경쟁, 최적(optimality) 개념, 자원배분의 효율성 분배정의 등 다양한 개념도 자생적 질서를 이해하는데 도움이 되지 못하고 법 개념과 법의 지배 원칙을 이해하는 데에도 도움이 되지 못한다. 나중에 설명하겠지만 시장실패나 Economy 개념은 규제법을 야기한다. 이는 자생적 질서를 조직으로 바꾸는 결과를 초래한다.

4. 자생적 질서와 행동규칙

앞에서 자생적 질서의 특징을 설명했다. 이는 알려진 공동의 목적을 위해 계획하여 설계한 질서가 아니라 “인간들이 상호작용 과정에서 자신의 목적을 추구하기 위해 자신의 지식을 투입하는 과정에서 의도하지 않았음에도 저절로 생성·유지되는 질서”이다.

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? 게임 규칙의 성격이 다르면 게임도 다르듯이 자생적 질서의 기초가 되는 행동규칙도 조직이나 본능에서 생겨나는 자연적 질서의 기초가 되는 행동규칙과 그 성격에서 상이하다. 도덕 철학에서 일반적으로 인식하고 있듯이 자생적 질서의 기초가 되는 행동규칙은

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(脫)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 도덕철학적 용어를 사용하여 ‘정의의 규칙’(rule of justice)라고(Smith, 1976/1998: 134), 하이에크는 ‘정의로운 행동규칙’(rule of just conduct)이라고 부르고 있다(Hayek, 1967: 1976).

일반적 추상적 행동규칙을 공동으로 지킬 경우에 비로소 자생적 질서가 생성되고 유지된다. 이 같은 행동규칙과 조직의 기초가 되는 행동규칙을 비교하면 그 특성이 쉽게 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.

애덤 스미스가 자신의 유명한 『도덕 감정론』에서 구분한 적극적 덕성과 소극적 덕성을 적용하면, 적극적 덕성으로서 연대감, 애정, 애착심 등은 바로 자연적 질서의 기초가 되는 도덕규칙이다. 그가 말하는 소극적 덕성은 정의의 규칙을 말한다. 이는 타인들에게 재산 신체 또는 자유를 침해하는 행동을 해서는 안 된다는 것을 요구한다.

자생적 질서의 행동규칙은 반드시 언어로 표현되어 있을 필요가 없다. 정의감이나 법 감정과 같이 비록 암묵적이지만 행동으로 표현할 수 있는 행동규칙이다. 또한 반드시 의식적일 필요도 없다. 우리의 행동을 유도하는 행동규칙들은 대부분 초(超)의식적이다. 이것이 인간행동의 초의식적 국면이다. 현대적인 신경과학이 보여주는 것처럼 초의식성은 행동에 앞선 인지와 사고과정과 같은 인간의 정신작용의 특성이 다(민경국, 2011).

인간행동은 사회적 과정에서 말로도 표현할 수 없고 의식할 수도 없는 행동규칙에 의해 인도되고 안내된다는 것은 우리의 행동을 결정하는 지식의 성격에도 해당된

다. 우리의 지식은 계량화는 고사하고 말로조차도 표현할 수 없는 암묵적 지식, 우리가 의식하지 못하는, 그래서 초의식적 성격의 지식으로 구성되어 있다.

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

그 같은 성격의 행동규칙들은 문화적 진화의 결과라는 흥미로운 주제(Hayek, 1979: Epilogue; 민경국, 2009)는 이 글에서 생략할 수밖에 없다.¹¹⁾ 그 대신에 우리가 주목하는 것은 인간들이 구조적인 무지에도 불구하고 거대한 열린사회에서 타인들과 협력하여 자신들의 삶을 영위할 수 있는 이유는 무엇인가의 문제이다. 이에 대한 답은 이렇다. 즉, 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 정

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

부의 권력은 헌법을 통해서 제한해야 한다는 헌법주의이다.

1. 법치주의와 정의의 법

법치주의는 자생적 질서의 기초가 되는 정의의 규칙의 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 규칙에 해당되지 않는 법은 법이라고 볼 수 없다.

하이에크는 자생적 질서의 기초가 되는 정의의 규칙을 법과 연관시켜서 법이 정의의 법이 되기 위한 조건을 설명하고 있다.¹²⁾ 그것은 특히 세 가지 요소로 구성되어 있다: 즉, 일반성, 추상성 그리고 확실성이다.

이 같은 조건을 갖춘 것만을 법(law, Recht)으로 인정하고 이 법에 따라 통치하는 것이 법의 지배 원칙이다. 따라서 법치주의는 기존의 법질서나 논쟁의 대상이 되는 법과 정책을 판단하기 위한 기준이라고 볼 수도 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).

(1) 법의 일반성 조건: 이 조건은 법 규칙은 개인과 사적 조직은 물론이요 정부에 게도 예외 없이 똑같이 적용되어야 한다는 것이다. 차별금지 원칙과 동일하다. 특허나 특권의 허용, 인허가, 이것은 결코 법의 지배 원칙에 해당되는 법이 될 수 없다. 정부라고 예외가 될 수 없다. 공기업의 손실에 대한 국가의 보상, 공기업을 독과점 법에서 제외하는 것, 이들은 법의 지배 원칙을 위반한 것이다.¹³⁾

12) 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 지냈으나 일찍 세상을 떠났다. 그의 사상에 관해서는 민경국(2003, 159-176) 참조

13) 익명의 심사자가 법적용의 차별 문제를 간과한 점을 지적했다. 좋은 지적이다. 법의 내용만이 차별적어서는 안 될 뿐만 아니라 그 법의 적용에서도 차별해서는 안 된다. 적용에 앞서 법 내용이 차별적이어서는 안 된다.

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. 그것은 특정의 행동국면을 금지하는 내용으로 구성되어야 한다. 법규범은 탈목적적이어야 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.

법규칙은 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. 즉, 금지될 행동의 결과를 고려할 필요가 없이 그 같은 행동을 금지한다. 흔히 “당연 위법원칙”(per se illegality)이라고 부른다.

신고전파의 법경제학처럼 과잉금지 원칙이나 유럽연합의 경쟁정책에서 시카고학파의 영향으로 유행하고 있는 ‘이성의 원칙’(rule of reason)에서 볼 수 있듯이 매번 행위의 결과를 고려한 금지 여부 판단은 지식의 문제 때문에 가능하지 않다. 그리고 이 같은 판단은 규칙에 따르는 것도 아니다.¹⁴⁾

14) 구체적으로 경쟁이나 소비자이익에 어떤 영향을 미쳤는지 분석·평가하여 위법성 여부를 판단하

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: 즉, 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 결과에, 그리고 그가 정상적인 환경조건에서 고려해야 한다고 믿어지는 것들에 한정되어야 한다(Hayek, 1960/1996: 146). 금지될 행동을 비용-편익분석이나 자원 배분적 결과분석에 좌우되도록 작성된 법규칙은 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 묻는다는가, 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, 어디까지 책임을 저야하는 지를 알 수가 없다.

이 같은 법치주의의 핵심요소로서 일반성, 추상성, 확실성을 갖춘 정의의 법 규칙에 대한 하이에크의 생각은 흥미롭게도 이미 잘 알려져 있는 하트(H. L. A. Hart)의 법실증주의를 정면으로 논박한 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.¹⁵⁾ 이 같은 특질들이 법이 법의 지위를 획득하기 위한 조건이자 동시에 그들이 법의 지배

는 접근방법이다.

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

의 개념에 그 의미를 부여해준다. 그의 저서의 제목이 보여주는 바와 같이 법이 도덕성을 가질수 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(Hayek, 1960: 197). 따라서 정언명령은 애덤 스미스의 “정의의 규칙”에 해당된다고 해석해도 무방하다(민경국, 2007a: 312). 그래서 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 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 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 법은 어느 누구도 침범할 수 없는 자유영역, 사적 영역을 확립하는 역할을 한다. 그래서 정의의 법을 자유를 보호하는 행동규칙이라고 말한다. 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 사법질서(私法秩序)를 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. 다시 말하면 사법질서가 시장경제를 전제로 한다는 것은 시장경제가 없으면 사법질서가 존재할 수 없음을 의미한다. 예를 들면 사회주의에서는 시장경제가 없기 때문에 사법질서가 존재할 수 없다. 시장경제가 있어야 사법질서도 가능하다는 것을 말한다. 역으로, 시장경제는 사법질서를 전제한다는 말은 사법질서가 있어야 시장경제가 존립할 수 있다는 것을 의미한다. 시장경제가 없는 곳에 사법질서를 확립하는 것이 필요하다.

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 진화적으로 생성된 행동규칙을 원천으로 하는 정의의 법과는 달리 특정한 목적을 위해 의도적으로 계획된 것이다. 원래 법이라는 호칭은 사법에만 적용했는데, 이와는 전혀 성격이 다른 공법에도 법이라는 명칭을 붙이게 된 것은 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 자유주의적 법치국가, 역으로 자유주의적 법치국가는 시장경제를 전제한다는 것을 말한다. 법치국가가 시장경제를 전제로 한다는 것은 시장경제가 없으면 법치국가가 존재할 수 없음을 의미한다.

예를 들면 구(舊) 소련과 같은 전체주의 국가가 시장경제를 전제할 수 없다. 시장경제가 있어야 법치국가도 가능하다는 것을 말한다. 역으로, 시장경제는 법치국가를 전제한다는 말은 법치국가가 있어야 시장경제가 유지되고 확립될 수 있다는 것을 의미한다. 법치국가가 친시장적 개혁을 통해서 자생적으로 시장질서가 확립되는 경우이다.¹⁶⁾

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.

<도표-2> 질서의 종류와 법 개념

	자생적 질서	조직	자연적 질서
법의 성격	사법(정의의 법, 자유의 법): 형법, 민법	공법: 정부조직법, 헌법, 행정법, 시장규제법	사회입법: 복지법(복지국가의 법)

<도표-2>에서 볼 수 있듯이 질서의 종류에 따라서 각기 상이한 법체계가 도출된다. 조직의 기초가 되는 법의 성격과 사회입법의 그것은 일치된다. 사회입법은 조

16) 그것은 “아직 시장경제가 확립되지 않은 사회에서도 법치국가를 만들어 (법치국가적 법을 집행하면, 필자) 자생적 시장질서가 생성되고 그 경제는 시장경제의 모양을 갖춰 갈 수 있다”는 것을 말한다. 이 인용은 익명의 심사자의 말이다.

직의 기초가 되는 합리주의와 자연적 질서의 기초가 되는 낭만주의가 결합된 것이다. 자생적 질서를 조직으로 전환하는 결과를 초래한다.

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 국가권력을 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.¹⁷⁾ 왜 국가의 공권력을 제한해야 하는가?

필자가 다른 장소에서 상세히 설명했듯이(민경국, 2009), 모든 독점이 그렇듯이 정치권력의 독점도 위험하다. 그런데 정치권력은 정부가 독점하고 있다. 정치권력은 폭력을 포함하는 경우가 많다. 그래서 차라리 정부를 철폐하는 것이 좋다는 자유주의의 목소리가 있다. 대표적인 인물이 라스바드(M. Rothbard)이다. 그는 자신의 1973년 저서 『새로운 자유를 위하여(For a New Liberty)』에서 정부가 할 수 있는 것은 시장이 더 잘 할 수 있기 때문에 또는 정부는 언제나 폭력과 연관되어 있고 이런 폭력의 사용은 비윤리적이기 때문에 정부는 완전히 철폐되어야 한다고 한다.¹⁸⁾

그러나 철폐하면 정부가 다시 생겨나지 않고 무정부 상태가 지속될 수 있는가의 문제가 제기된다. 라스바드의 주장은 역사적 사실을 간과하고 있다. 오늘날 우리가 목격하는 모든 정부는 정부 없는 상태에서 생성되었다. 특정의 집단이 폭력을 통하여 세력을 확장하여 정부를 세운 것이다. 백제, 신라, 고구려 등 모두가 그렇다. 동서(東西)를 불문하고 모든 지역에는 정부가 없는 곳이 없다.

만약 정부가 없으면 누군가가 정부를 세웠을 것이다. 왜냐하면 권력, 소득, 권위

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

18) 사적 영역이 국방문제, 경찰 문제 등을 비롯하여 모든 정부활동은 사적영역에서 효과적으로 수행할 수 있다는 것을 상세히 설명하고 있다.

등과 같이 정부를 세우기에 충분한 인센티브가 있기 때문이다. 체제전환과정에서 베트남과 옛 소련 정부가 해체되는 과정에서 폭력으로 거액의 돈을 받고 특정 기업의 재산을 보호하기 위해 마피아가 조직되었던 사실을 상기할 필요가 있다. 그래서 홀콤(R. Holcombe)이 아주 적절히 지적하고 있듯이 인류역사에서 정부는 불가피한 존재이다(Holcombe, 2004).

정부의 불가피성을 이론적인 관점에서 설명한 학자는 이미 잘 알려진 노직(R. Nozick)이다. 그는 개인의 자유와 재산을 보호하는 서비스를 공급하는 “보호회사(Protection firms)”들 가운데 하나가 어떻게 경쟁을 통해서 국가가 되는가를 설명하고 있다(Nozick, 1974). 이것은 라스바드의 무정부 상태란 있을 수 없고 오히려 정부는 피할 수 없는 존재라는 것을 보여준 대표적 일반이론이다.¹⁹⁾

존재하는 정부를 철폐할 수도 없다. 그 이유는 이렇다. 즉, 정부는 총과 칼과 형무소를 가지고 있는 유일한 집단이다. 따라서 자유주의 정치철학자 나르베슨(J. Narveson)이 지적하듯이 정부는 시민들이 누리지 못하는 매우 불평등한 권력을 향유하고 있다(Narveson, 2002). 그러나 이를 철폐하고 아나키를 만들 힘 있는 자가 아무도 없다. 그래서 국가는 불가피하다는 것은 확실한 사실이다. 싫든 좋든 우리는 숙명적으로 국가의 존재를 받아 들여야 한다.

따라서 지극히 현실적인 문제는 정부를 철폐하여 무정부를 세우는 것이 아니라 어떻게 독점적인 정부권력을 효과적으로 제한하여 시민들의 자유와 재산을 보호할 것인가이다. 왜냐하면 정부의 권력을 제한하는 장치가 없으면 필연적으로 폭정을 야기하고 시민들의 자유와 재산을 유린할 것이기 때문이다.

따라서 아리스토텔레스가 자신의 『정치학』에서 인간의 지배가 아니라 법의 지배를 말하고 있는 것도 정부의 권력을 제한하는 것이 법치주의를 구성하는 제일의 원칙이라는 믿음에서 비롯된 것이었다. 17세기 영국에서 법의 지배의 전통이 확립될 수 있었던 계기도 정부가 권력을 이용하여 경제를 통제하고 이로써 시민들의 자유와 재산을 침해하려고 했기 때문이었다(Hayek, 1960: 167). 법의 지배 원칙을 구현했던 권리 청원이나 권리 장전도 국가권력을 제한하여 시민들의 자유를 보호하기 위한 것이었다.

정부권력을 제한하기 위해서는 헌법이 중요하다는 것을 의미하는 헌법주의 관점에

19) 아나키가 바람직한 상황이나 아니냐의 문제를 떠나서 역사적 선례를 확정적 증거로 본다면, 정부 없는 사회는 존재하지 않는 것을 보여준 학자는 헝가리 출신 자유주의 정치철학자 드 저세이다(de Jasay, 1989)이다. 세계의 모든 지역에는 정부가 지배하고 있다는 것이다. 그래서 아나키는 현실적인 대안이 될 수 없다고 한다.

서 흥미로운 것은 신고전과 후생경제학이다. 이미 잘 알려져 있듯이 그것은 정부의 독점적 권력이 시민들의 후생을 극대화하기 위해 행사한다고 본다. 플라톤(Platon)-헤겔(Hegel)의 국가관을 전제한 것이 틀림없다. 이런 전제가 옳다면 국가권력을 제한하는 것이 불필요하다. 잘 알아서 스스로 억제할 것이기 때문이다.

그러나 뷰캐넌은 이 같은 전제를 신비적이라는 의미에서 “낭만적”(romantic)이라고 보고 있다(Buchanan, 1994). 그 같은 국가의 신비를 벗긴 것이 공공선택론이라는 것은 이미 잘 알려져 있다(민경국, 2003). 하이에크는 그 같은 국가관을 “치명적 자만”이라고 말한다(Hayek, 1988). 옛 소련이나 동유럽 사회주의 국가가 입증하듯이 그 같은 전능한 선의의 독재는 역사적으로 존재한 일이 없다.

정부의 권력을 제한하지 않으면 정부는 자신의 권력을 이용하여 시민들의 자유와 재산을 유린하는 폭정을 야기하는 것은 필연적이다. 정부의 존재도 필연적이고 제한 없는 정부권력은 폭정을 야기하는 것도 필연적이다. 그래서 정부권력을 제한해야 한다는 헌법주의와 그 방법으로서 법치주의가 생겨난 것이다. 법의 지배의 가치를 가장 강력하게 옹호하고 있는 하이에크도 정부의 강제력을 제한하는 것이 법의 지배의 제일의 기능이라고 말하는 것은 결코 우연이 아니다(Hayek, 1944).

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.

V. 법과 법치주의를 타락시킨 요인들

그러나 흥미로운 것은 오늘날 법 개념을 정의의 법, 자유의 법(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 준법지원제를 강요하는 것, 일반 의약품 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 조직

규칙이다. 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 것을 법치주의라고 부르는데 이 같은 법치주의 개념은 일반적이고 추상적인 그리고 확실성을 갖춘 정의의 법을 집행할 경우에만 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 주어지고 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 입법(legislation)과 밀접하게 관련되어 있다.

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 위

한 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 형성하는데 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 내

용까지도 정하는 것이 공법인데, 이 같은 공법적 사유를 사법에 적용하는 것이 법실증주의의 치명적인 오류이다.

오늘날 거의 모든 법실증주의자는 공법학자들과 사이비 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 있다”고 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 박은정 교수는 법치의 틀 속에 복지국가가 유지되고 있다고 말하면서 복지실현과 관련된 행정조치가 법치의 근간을 흔들지는 않는다고 말하고 있다(박은정, 2010: 203).

그러나 이 주장은 현실성이 없다. 강제연금제도나 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).

박은정 교수는 분배정의를 비롯하여 문화적 생존을 위한 국가의 보호를 포괄적인 법의 지배라고 말하고 있다(박은정, 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(Kelsen) 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 법의 지배 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 입법자에 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. 민주적 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 등이다.

이 같은 입법은 조직규칙의 특징을 가진 입법이다. 그래서 도저히 정의의 규칙이라고 볼 수 없음에도 자연스럽게 법이라고 부르고 있다. 의회에서 매 회기마다 찍어내는 입법 중 98% 이상이 자생적 질서의 기초가 되는 정의의 규칙이라기보다는 자생적 질서를 조직으로 전환하는 조직규칙이라고 보아도 무방하다.

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.

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

VI. 맺는 말

이 글의 목적은 자생적 질서와 법 그리고 법치주의의 관계를 확립하는 것이다. 이로써 오늘날 다양한 의미로 사용되기 때문에 정치적 가이드로서 역할을 다하지 못하는 법치주의의 의미를 명확히 하는 것이다. 많은 학자들이 개념적 혼란에 빠져 있거나 자의적으로 개념규정을 하는 근본적인 이유는 역사적 접근법이나 질서이론이 없기 때문이다.

이 글에서는 자생적 질서이론에서 법과 법치주의를 도출하려고 노력했다. 자생적 질서의 기초가 되는 행동규칙의 성격에서 법의 개념을 도출했다. 법은 일반성, 추상성, 그리고 확실성을 가진 정의의 규칙을 말한다. 법치주의는 이 같은 정의의 법을 집행하는 데에만 공권력을 행사할 것을 요구하는 정치적 이상이다. 정의의 법은 개인의 자유와 재산을 보호하는 것, 자생적 질서를 보호하는 것, 이것이 법치주의가 추구하는 정치적 이상이다. 그래서 법치주의는 자유주의와 분리해서 생각할 수 없다.

시장경제는 법치주의를 전제하고 법치주의는 시장경제를 전제한다. 이런 의미에서 법치주의와 시장경제는 ‘상호의존적’이다. 왜냐하면 시장경제의 기초가 되는 법 규칙은 법치주의에서 말하는 법 개념과 일치하기 때문이다.

다른 한편 법치주의는 국가 공권력의 자의적인 행사를 막아서 개인의 자유를 보호하는 목적이 있기 때문에 그것은 정부의 권력을 제한해야 한다는 의미의 헌법주의를 핵심으로 하고 있다.

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.

임종훈 교수처럼 법치주의는 시민들에게 법을 지키도록 만드는 것(임종훈, 2009: 102)이 아니다. 물론 법치주의를 위반하는 법들은 시민들이 잘 지키지 않을 수 있다. 다이시가 적절히 지적하고 있듯이 “법의 지배의 이탈이 가져온 결과”로서 “법외면의 사회분위기”(lawlessness)가 만연할 수 있다(Dicey, 1885/ 1993: lvi-lviii).

허영 교수처럼 “국가권력의 기능적 조직적 형태를 정하려는 것”(허영, 2001: 141)도 아니다. 강경근 교수가 아주 적절히 주장하듯이 법치주의는 국가권력의 “제한원리”이다(강경근, 2004: 124). 그럼에도 “국가 권력을 제한하고 통제함으로써 자유와 권리를 보호하는 것이 법치주의가 아니다”라는 허영 교수의 단호한 주장(허영, 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.

타마나하(Tamanaha)의 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 염두에 두고 법치주의를 “법률에 의

한”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.²⁰⁾

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.

20) 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.

참고문헌

- 강경근(2004). 『신판 헌법』, 법문사.
- 김정호(1998). 「경제헌법 개정의 필요성과 방향」 제7회 자유주의 워크숍: 『경제헌법 개정을!』. 자유기업원. 1-32 쪽.
- 민경국(2007). 『하이에크, 자유의 길: 하이에크의 자유주의 사상연구』.한울아카데미
- (2007a). 『자유주의의 지혜』, 아카넷.
- (2003). 『자유주의와 시장경제』, 위즈비즈.
- (2009). 「다윈이즘과 하이에크의 문화적 진화론」 2009년 다윈 탄생200주년 기념 학술대회 발표논문집 한국과학철학회.
- (2009a). 「경제학에서의 다윈혁명: 그 허와 실」, 자유기업원 CFE-Report 091.
- (1993). 『신정치경제학: 정치 관료시스템의 기능원리』, 도서출판 석정,
- (1997). 『시장경제의 법과 질서: 주류경제학과 질서경제학』, 자유기업원.
- (2009). 「법치주의, 자유 그리고 번영」, 한국하이에크소사이어티 『자유와 시장』 제1권
- (2011). 「자유와 책임에 관한 인식: 신경과학과 하이에크」 『과학철학』 14-2
- (2011a). 「신자유주의 이념의 역사적 기원과 공공정책 어젠다」 『제도와 경제』, 제5권 제2호.
- 박세일(1993). 『법경제학』, 박영사.
- 성낙인 (2011). 『헌법학』, 제 11판.
- 양 건(2011). 『헌법강의』, 제2판 법문사.
- 유윤하(2009). 「사법선진화 모색」 음선필 외 공저 『한국경제의 선진화를 위한 제도 개혁과제』, 경기개발연구원.
- 유정호 (2009). 「시장경제로 가는 제도개혁」 음선필 외 공저 『한국경제의 선진화를 위한 제도개혁과제』, 경기개발연구원.
- 임종훈(2009). 「한국사회와 법치주의」 음선필 외 공저 『한국경제의 선진화를 위한 제도개혁과제』, 경기개발연구원.
- 전택수(2004). 「한국경제의 선진화를 위한 전제조건으로서 법치원리」 전택수 외 『한국경제선진화와 법치』, 한국정신문화연구원.
- 최 광(2011). 「개념과 이념의 오류 및 혼란과 국가정책」, 『제도와 경제』 제8권 2호

- 한수웅(2011). 『헌법학』 법문사.
- 허영(2001). 『한국헌법론』 박영사.
- 홍성방(2009). 『헌법학』 제6판.
- Barro, R.(1997). *Determinants of Economic Growth*, MIT Press.
- Boettke, P/Shubrick, J. (,2003). “Rule of Law, Development, and Human Capability”, <http://economics.gmu.edu/pboettke/pubs/pdf>
- Buchanan, J.M.(1994). "Notes on the Liberal Constitution". *Cato Journal*, Vol. 14, No. 1 (Spring/Summer).
- (1977) *Freedom in Constitutional Contract*, Texas.
- /Congleton, R. (1998). *Politics by Principle, not Interests*, Cambridge.
- Corcora, J.(2009) “A New Era for the Rule of Law: Economic Development and Rule of Law” Law Council of Australia at POLA www.lawcouncil.asn.au
- Coldwell, B.(2005). *Hayek's Challenge*, Chicago.
- Dicey, A. (1885/1993). *The Rule of Law, in Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 안경환 김종철 공역 헌법학 입문, 서울 :경세원.
- Fallon, R.(1997). “The Rule of Law'as a Concept in Constitutional Discourse” *Columbia Law Review*, Vol. 97, No. 1.
- Friedman, B.(2005). *Moral Consequence of Economic Growth*, New York.
- Friedman, M. (1963/1995). *Capitalism and Friedman*, Chicago 최정표 역 『자본주의와 자유』 .
- Fuller, L.(1964). *The Morality of Law*, New Haven.
- Hayek, F. A. (1979). *Law, Legislation and Liberty. Vol.3 Political Order of Free People*. London.
- (1978). *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. London.
- (1973). *Law, Legislation and Liberty*, Vol.1: Rule and Order. London.
- (1976/1996). *Law, Legislation and Liberty, Vol. II. The Mirage of Social Justice*, London, 번역판 『법 입법 그리고 자유 II』 .
- (1960/1997) *Constitution of Liberty*, Chicago, 한글판은 1997년 자유기업원에 서 『자유헌정론』 I 과 『자유헌정론』 II 두 권으로 나누어 출판되었음.

- (1944/1997). *The Road to Serfdom*, Chicago 김영청 역 『노예의 길』 동국대 출판부.
- (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*, VIII. n.3. Winter.
- Hoppmann, E. (1988). *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*. Baden-Baden.
- Hutchinson, A./Monahan, P. (ed) (1987). *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto
- Leoni, B. (1961). *Freedom and Law*. Indianapolis.
- Locke, J. (1689/1980). *Second Treatise of Government*, Hackett.
- Narveson, J. (2002). *Respecting Persons in Theory and Practice*, Lanham
- Nozick, R. (1974). *Anarchy, State and Utopia*, Harvard
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*, Cambridge.
- Rose, J. (2004). “The Rule of Law in the Western World: An Overview”, *Journal of Social Philosophy* Vol. 35, No. 4 Winter,
- Röpke, W. (1958). *Jenseits von Angebot und Nachfrage*, München.
- Rothbard, M. (1973). *For a New Liberty*, New York.
- Shklar, J. (1987). “Political Theory and The Rule of Law” in A. Hutchison/ P. Monahan (eds) *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, Toronto.
- Tamanaha, B. (2004). *On the Rule of Law*, Cambridge.
- (2008). “The Darkside of the Relationship between the Rule of Law and Liberalism” in *NYU Journal of Law & Liberty*, Vol. 3.
- Streit, E. (1995). *Freiburger Beiträge zur Ordnungsökonomik*, Tübingen
- Zywicki, T. (2003) “The Rule of Law, Freedom, and Prosperity” in *Supreme Court Economic Review* Vol 10.

Abstract

Spontaneous Order, Law and the Rule of Law

Kyung-Kuk Min

(Kangwon National University)

Today, the Rule of Law, the time-honoured political ideal of liberalism, does fall into an intellectual muddle, so that the important concept is not able to guide political action. This motivated me to write about this subject. Its purpose is to reconstruct the Rule of Law theoretically. The basic reason why the Rule of Law is until now confused conceptually is that there is no theory of social order which makes it possible to understand rightly the Rule of Law, reflecting its original meaning faithful to classical liberalism.

Therefore, this paper is made an attempt to introduce the theory of spontaneous order that was discovered by classical liberalists(A. Smith and D. Hume), and developed further by F. A. Hayek. It is attempted to derive the nature of law and concept of the Rule of Law on the basis of the theory.

Firstly, from three conditions for those rules of human conduct, on which the spontaneous order is founded, is derived the concept of law. Three are "generality, abstractedness and certainty". These are the conditions for rules of justice and, at the same time, the conditions that a law should meet in order to be genuine law, that is, law of justice.

Secondly, the Rule of Law says that a genuine law should fulfill the conditions, and that government power is legitimated only if it is employed for enforcement of the genuine law. The purpose of law of justice is to protect the life, property and liberty, to safeguard the spontaneous order to which market order belongs. Consequently, it is underscored that the Rule of Law is unthinkable in its separation from liberalism.

Thirdly, it is stressed that market order, paradigmatic example of spontaneous order, presupposes the the Rule of Law and vice versa. In this meaning, market order and the Rule of Law are *interdependent*. On the other side, the Rule of Law reflects the constitutionalism which means that government power should be limited in order to protect the property and personal freedom from encroachment of government.

Various concepts of the Rule of Law, legal positivism and democracy are evaluated

and analyzed critically in the light of concept of the Rule of Law developed in this paper.

Key Words: spontaneous order, concept of law, the Rule of Law, law of justice, constitutionalism, legal positivism.