

善한 社會의 조건: 法治主義를 위한 談論*

崔 大 權**

I. 머리말

이 글은 우리 나라의 법치주의를 위한 윤리적 기초를 논증하고 어떻게 하면 그 기초를 세울 수 있을까하는 문제에 접근함을 목적으로 하고 있다. 사실 법치주의의 문제와 함께 요즘처럼 善한 社會(good society)를 간절히 염원하게 만든 때가 일찍이 따로 있었을까 싶을 정도로 우리를 뒤돌아보게 하는 오늘의 우리사회가 무엇인가 크게 잘못되어 있는 것으로 비친다. 우리 나라 사회의 무엇이 어떻게 잘못되어 있는 것이며, 바람직하여 우리가 그리로 나아가야 한다고 믿는 사회의 모습은 어떠한 것일까? 어떠한 사회가 선한 사회일까? 그리고 선한 사회는 어떻게 접근할 수 있을까? 선한 사회를 접근함에 있어서 선한 사회를 생각할 때 현재를 되돌아 보게 하고 그리고 현재를 되돌아보면서 동시에 선한 사회를 그리고 있는 이러한 태도는 어떠한 의미를 가지는 것일까? 그리고 선한 사회의 모습을 보여줄 수 있다 하더라도 그러면 그러하지 못한 사회를 어떻게 그러한 사회로 나아가게 만들 수 있을 것인가? 그리고 우리 나라 사회에 있어서의 선한 사회의 문제가 그러면 어떻게 법치주의의 문제와 연계되는 것일까?

한편 우리가 선한 사회를 거론하는 경우에는 그것이 혹시 기독교도들이 즐겨 이야기하는 주제이거나 道德君子들의 高談峻論의 주제는 아닐까 하는 생각을 흔히들 떠올린다. 그리하여 선을 이야기하다가 이와 동시에 법치주의를 이야기하면 대단히 低次元의 異質的인 주제를 거론하는 것으로 치부하는 경향이 우리에게 강하다. 이처럼 선을 이야기하는 마당에 법을 거론하면 심지어 거부감까지 불러일으키는 것이 우리의 일상적인 담론구조의 한 모습이라 생각되는 것이다. 이러한 선과 법의 이중구조야말로 우리 나라 사회의 혹시 잘못된 모습의 반영은 아닐까? 그러므로 우리 나라 사회에서 감지되는 담론의 이러한 이중구조를 어떻게 보아야하는가 하는 문제

* 이 논문은 현상과 인식 제23권 1/2호(1999 봄/여름)에 실렸던 것을 대폭 수정한 것이며 영문요약을 새로 작성하여 붙였음.

** 서울大學校 法科大學 教授

가 우선 제기되고 탐구되어야하지 않을까 하는 생각이 떠오른다. 그리하여 이러한 담론의 이중구조가 그 자체 바람직(선)하나 어떠한 문제가 함께 떠오르는 것은 너무나 당연하다. 그러므로 법치주의는 선하다는 것과는 관계가 없는 것이나, 그리고 선하지 아니한 법치주의도 법치주의일 수 있느냐, 그리고 법치주의와 연계되지 아니한 선이나 선과 연계되지 아니한 법치주의가 사회적으로 기능적일 수 있느냐 하는 일련의 질문들이 동시에 떠오른다. 나아가 그러면 이러한 일련의 질문들을 어떻게 어떠한 방법으로 접근해 나갈 것이냐의 질문도 함께 제기되는 것이다.

그러므로 이 글에서 첫째로는 선한 사회란 어떠한 사회이며 선하다는 것은 어떻게 인식할 수 있는가 하는 질문이 다루어져야 할 것이며, 두 번째로는 법치주의란 어떠한 무엇이며 어찌하여 요구되는 것이냐의 질문이 다루어져야 할 것이고, 세 번째로 선하지 아니한 법치주의도 법치주의일 수 있느냐의 질문과 함께 선과 법을 어떻게 연계시킬 수 있을 것인가의 질문을 다루려고 한다. 이러한 질문에 답변하려함에 있어서 當爲는 당위로부터 도출되어야 한다는 명제를 염두에 두면서도 사물을 관찰하고 답변을 시도함에 있어서 사회과학적인 시각을 견지하려고 하였다. 그리하여 당위는 당위로부터 도출되는 것이라는 점을 인정하더라도 그러면 출발점이 되는 최초의 당위(근본규범)는 어디에서 나오는 것이며 그것은 어떻게 인식할 수 있는가, 오직 직관으로부터 나오는 것인가, 아니면 가설로부터만 나오는 것인가, 하는 등의 질문은 역시 남는다고 생각한다. 어느 당위명제가 직관으로부터 나온다고 하는 경우에 그러면 그 당위명제가 타당하다는 것을 어떻게 담보할 수 있느냐 하는 질문이 제기될 수 있을 것이며, 가설로부터 출발한다고 하는 경우에는 가설로 내놓은 당위명제 자체의 타당성에 대하여는 의문을 제기하지 아니한다는 것을 의미할 것이다.

사실 당위 인식의 문제에 이르면 어떠한 당위명제가 있다 없다는 문제는 그러한 당위명제를 신봉하고 옹호하는 세력이나 그룹이 있다는 사실의 문제가 되는 것이며 이러한 세력이나 그룹의 존재와 함께 존재하는 사실로서의 당위는 사회과학적으로 인식할 수 있는 문제가 되는 것이라고 생각한다. 이렇게 일단 당위의 인식이 이루어지면 당위는 당위로부터만 도출될 수 있다는 명제에 충실하게 최초의 당위에 바탕을 둔 당위문제의 추론을 행하여 나아갈 수 있게 된다. 그리고 善과 法을 연계시키는 과정에서 법학에서는 오래된 논쟁의 주제가 되어온 道德과 法の 關係를 사회과학적 시각에서 다시 한번 음미하지 아니할 수 없음을 발견하게 된다. 나아가 이 문제는 개인의 자유선택에 맡겨야 하는 사항이나 정치공동체가 나서서 규율하여야 하는 사항이나의 문제를 포함한다는 의미에서 국가란 무엇이며, 국가와 개인 및 국가와 법의 관계의 문제를 또한 뒤돌아보게 만든다.

II. 現實과 理想

현상(現狀: status quo)에 대한 강한 불만 내지 위기 의식이 선한 사회를 그리며 어떻게 하면 그러한 선한 사회로 나아갈 수 있을까 혹은 그러한 사회로 만들어 나갈 수 있을까 하는 생각을 하게 만든다고 생각한다. 문제를 단순화하여 바라볼 때 현상을 어떻게 보느냐 하는 문제는 실은 무엇을 선한 사회로 보느냐 하는 문제를 전제하여 파악되는 것이며 그 반대도 사실이라고 생각한다. 당위와 사실 준별의 필요성은 가치중립적 사회과학의 기초적 명제이지만 그것은 편견없는 (사회)과학적 접근의 문제이지 우리가 인식하려는 현상이나 사회적 사실이 당위와 분리된 채 존재한다는 것을 의미하지는 아니한다고 믿는다. 즉 인식의 대상인 사회적 사실은 (그리고 현상도) 당위와 함께 존재하는 것이다. 그러한 만큼 현상에 대한 인식은 선한 사회에 관한 관념과 동시에 일어나는 것이라고 생각된다. 그러므로 선한 사회에 대한 인식도 현상 또는 현실에 대한 인식과 동시에 일어난다고 생각한다. 후술하는 바와 같이 뇌물수수의 경우에 금전수수와 이와 관련된 규범의 존재(및 평가)가 동시에 인식되고 있음을 관찰할 수 있는 것이다. 그리고 이것이 어떠한 現實과 이와 관련된 理想의 소위 괴리(乖離)현상도 우리가 동시에 이야기할 수 있는 이유이기도 하다.

종교나 성현의 가르침이나 이데올로기나 그 밖의 사상체계가 선한 사회의 그림을 우리에게 보여주고 있는 대표적 예임은 우리 모두가 다 잘 알고 있다. 그리고 동일한 종교나 성현의 가르침을 놓고도 현상과 선한 사회 양자를 대하는 우리의 태도가 다양하게 나타나고 있으며 또 다양하게 가르치고 있다는 사실도 우리가 잘 알고 있다. 즉 현상유지의 태도로부터 현상변경의 태도에 이르기까지, 그리고 현상변경의 방법이나 완급의 태도에 따라 개선·개량의 점진주의로부터 급진적 혁명에 이르기까지의 것이 그것이다. 그리하여 위의 종교나 성현 등의 가르침은 선한 사회의 모습도 보여주지만 안빈낙도(安貧樂道)의 태도도 가르치고 있는 것이다. 기독교는 욕심부리지 말고 있는 것 가지고 현세에 만족하여 살 것도 가르치지만 예컨대 해방신학도 가르친다. 미국 링컨 대통령의 두 번째 취임사에서 (노예제도를 반대한) 북부나 (노예체제 유지를 주장한) 남부 모두 동일한 하느님에게 간구(懇求)하는 기도를 하였다는 말¹⁾을 하고 있는 바는 시사하는 바가 많다고 생각한다. 이러한 생각은 무엇을 선한 사회라고 하느냐의 정의(定義) 문제를 어렵게 만든다고 생각한다.

선한 사회의 정의의 문제가 어려운 것은, 선한 사회를 보여주기 위하여 동원하는 예컨대 기독교나 유교의 가르침이 실은 우주관, 세계관, 인간관, 인간관계를 규율하

1) Vincent Wilson, Jr., ed., *The Book of Great American Documents* (Brookeville: American History Research Associates, 1967), 78면.

는 예의범절을 포함하여 대단히 많은 다양한 것을 포용하는 가르침이기 때문에, 인간의 필요에 따라 상당히 다른 것을 설명하고 혹은 정당화하는 근거로도 활용되고 있는 현상에서도 규지(窺知)해 낼 수 있다고 생각한다. 막스 웨버²⁾를 들 것도 없이 아시아적 정체론(停滯論)³⁾에서 유교를 포함한 아시아의 종교가 거론되는가 하면 우리의 가까운 과거의 군사독재에 의하여 원용된 충효사상으로부터 최근의 유교적 자본주의론이라든지 아시아적 가치론⁴⁾이 그것이다. 이러한 현상을 보면 종교나 성현 등의 가르침도 무엇이 선한 사회인가의 문제에 있어서 이것을 대하는 개인이나 집단의 신념 내지 편의주의의 문제이지 모든 사람이나 대다수의 사람들이 긍정하는 정의(定義)를 반드시 주고 있는 것은 아니라고 생각된다.

그렇다면 무엇이 선한 사회이냐의 문제는, 첫째로는 ① 내가 지니는 또는 나와 뜻을 같이 하는 사람들이 세상을 보고 믿는 옳고 그름에 관한 신념이나 정의감에서 출발하여 정의되는 문제라고 할 수밖에 없다고 생각된다. 예컨대 “보편적 사랑”(예컨대 이웃 사랑)이라든지 “자유” 등에서 출발하여 선한 사회를 정의하는 입장이 그것이라고 생각한다. 보편적 사랑이나 자유에서 출발할 뿐이지 보편적 사랑이나 자유가 왜 선을 판단하는 기준이어야 하느냐의 질문은 반드시 답하지 아니한다. 보편적 사랑이나 자유를 보편적 선 또는 보편적 진리로 받아들이고 출발하는 것뿐이다. 그런가하면 둘째로 ② 선한 사회를 정의하는 또 하나의 입장은 機能的·手段的 接近 방법이라고 생각한다. 예컨대 기업거래에 있어서 내부자거래가 규제되지 아니하면, 혹은 투명하지 아니하면, 혹은 부정부패해 가지고는 국제경쟁에서 도저히 이길 수 없다는 입장이 그것이다. 이때에 내부자거래 규제, 투명성, 정직과 청렴결백 등이 기능적으로 선한 사회를 판단하는 기준이 될 수 있다고 믿는 것이다. 국제경쟁에서 이긴다 혹은 전쟁에서 살아남는다 또는 승리한다는 목표를 실현하고 달성하는데 가장 유용한 수단이 선을 판단하는 기능적 기준이 될 수 있다는 것이다. 그리고 이때에 국제경쟁에서 이긴다 혹은 전쟁에서 살아남는다는 것이 왜 중요하냐 혹은 왜 그것이 옳으냐 하는 문제 자체는 건드리지 아니한다. 법을 따르는 것이 그 자체 선이냐 아니냐의 질문⁵⁾을 떠나 법을 지키지 아니하면 (즉 법치주의 없

2) Max Weber, *The Religion of China: Confucianism and Taoism*, trans. and ed. by Hans H. Gerth, (New York: Free Press, 1951).

3) 政治學大辭典(서울: 博英社, 1975), 966-967면.

4) 상당히 다양한 종족, 종교, 문화, 경제발전의 정도 및 정치체제를 포괄하는 광역의 아시아 각국을 놓고 「무엇이 아시아적 가치인가?」의 정의의 문제가 제기 되는 것은 당연하며, 나아가 누가 무엇을 지지하거나 설명하려는 아시아적 가치냐의 문제도 제기될 수 있음은 물론이다. 1998년 7월25일자 *The Economist*지 23-24 및 28면에 실린 “Asian Values Revisited: What Would Confucius Say Now?” 참조.

5) 법을 따라야 할 도덕적 의무가 존재하는 것이냐 아니냐 하는 질문이 그것이다. 법 준수 의무의 도덕적 의무를 긍정하는 견해와 부인하는 견해가 있을 수 있음은 물론이다.

이는) 질서가 불가능하며 질서 없이는 민주주의도 시장경제도 불가능하다는 생각도 마찬가지로 입장을 보여주는 것이라고 생각한다. 그리고 이곳에서도 민주주의나 시장경제가 그 자체 선이나 아니냐의 문제에 집착하지 아니하고 그것을 당연한 것으로 전제하고 있음을 알 수 있다. 이처럼 다툼의 여지가 없는 선(종교적 또는 성현의 가르침)으로부터 출발하거나 혹은 기능적·수단적으로 선한 사회를 접근하는 두 가지 접근 방법을 언급하였거니와 “프로테스탄트의 윤리⁶⁾의 예에서는 이 두 가지 접근방법이 동시에 작용하고 있음도 살필 수 있다.

한편 우리 나라 사회에 만연하고 있는 부정부패 현상에 접하거나 언론보도를 대할 때 부정부패의 사실과 함께 부정부패는 용인되어서는 안 된다 혹은 부정부패는 사라져야 한다는 가치판단을 동시에 하고 있는 우리의 인식현상을 또한 살필 수 있는데, 이 점은 위에서 이상과 현실은 동시에 인식된다고 이미 지적한 바에 비추어 분명하다. 요컨대 바람직하지 아니한 사실의 인식은 바람직한 모습에 대한 생각과 땀때도 땀 수 없게 동시에 하고 있다. 이러한 문제를 어떻게 접근할 것이냐? 문제 중심의 접근(topical approach)이란 다 이러한 것인가? 결국 문제로 인식하는 것은 위의 성현들의 가르침이 보여주는 선한 사회의 모습이거나 살아 남거나 이길 수 있기 위하여 기능적으로 이해한 필요성의 틀에서 인식한다는 것을 의미하는 것으로 보인다. 다만 성현들이 가르친 선한 사회의 모습이나 기능적 필요성의 틀을 언제나 분명하게 상기하면서 하는 경우도 있을 것이지만 그것이 사회화의 결과로 개인의 성격(personality)이나 가치관의 한 요소로 작용하여 본인 자신은 특히 의식하지 못하는 상태에서 이루어지는 경우도 있을 것이라 생각되는데, 후자의 경우가 아마도 일반적일 것이다. 아무튼 부정부패 현상에는 돈을 주고 받는다는 순전히 사실적인 측면과 부정부패는 선하지 아니한 현상이라고 가치 판단하는 측면으로 이루어져 있다고 보여진다. 그러하지 아니하다면 물건을 팔고 혹은 노역의 대가로 받는 정당한 금전수수과 뇌물수수를 구별할 수 없을 것이라 생각된다.

다른 한편 좋은 多層構造로 이루어진 것으로 판단된다. 부정부패가 만연하여 있는 그러한 곳에서 혼자만 깨끗하게 산다는 경우 소위 직장의 “왕따”가 되기도 하고⁷⁾ 혹은 미움을 받아 한직으로 쫓겨나기도 하기 때문에 왕따가 되지 아니하기 위

M.B.E. Smith, “Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?” *Yale Law Journal*, 82: 950-976(1973); D.D. Raphael, *Problems of Political Philosophy*, 2nd ed. (Atlantic Highlands, NJ: Humanities Press International, Inc., 1990), pp. 175-209; A. John Simmons, *Moral Principles and Political Obligations* (Princeton: Princeton University Press, 1979); Tony Honore, *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical* (Oxford: Clarendon Press, 1987) 등 참조.

6) Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, trans. by Talcott Parsons, (New York: Charles Scribner’s Sons, 1958).

7) 최근의 씨랜드 화재참사 사건에서 들어난 공무원 비리 사슬에 있어서의 이장덕 계장이

하여 부정부패의 구조에 끼는 경우(로마에 가서는 로마식으로 하여야 한다는 경우)도 있을 수 있고, 병든 노모의 치료비를 마련한다든지 아이의 학비를 마련하기 위하여 부정을 저지를 수도 있으며, 혹은 “내가 뺏이 있어? 그렇다고 돈이 있어? 그러니 상납 받아 위에 상납하고 위에 잘 보여서 여기까지 온 것이야. 그 이외에 내게 무슨 다른 방법이 있어?”와 같은 자기 정당화의 논리를 가지고 적극적으로 부정에 손을 대는 경우도 있을 수 있다.⁸⁾ 이러한 것이 착하지 아니하다는 판단은 개인(혹은 작은 집단)의 생존이나 개인적 차원(혹은 작은 집단)의 선을 넘어서(더 큰 집단 또는 사회 전체의 혹은 범세계적인) 선을 상정하지 아니하고는 불가능하다는 것을 알 수 있다. 그리고 上位의 善이라고 하여 현실의 세계에서 항상 下位の 善을 制壓(制壓)한다는 보장은 없다. 그것은 상위의 선을 지지하는 집단과 하위의 선을 지지하는 집단 사이의 세력의 문제이라고 생각한다. 그리하여 예컨대 부정부패를 다스리는 공무원(경찰, 검찰, 법원 등) 자신이 부패하였다고 하는 경우에는 맑고 투명한, 부정부패가 없는 사회는 이상으로만 존재하게 된다.

이러한 시각에서 보면 성현의 가르침이나 종교적 가르침이란 원래 인간 사회가 결코 도달하지 못하는 이상으로 남아있게 마련이고 그리고 선한 사회를 위한 준거로 작용할 뿐이라고도 생각된다. 왜냐하면 성현의 가르침이나 종교적 가르침에 미치지 못하거나 아예 어긋나는 행동을 정당화하는 주의·주장이, 그리고 이 후자의 주의·주장을 지지하고 옹호하는 집단이 얼마든지 인간 사회에는 존재하는 까닭이다. 발칸반도에서 보는 바와 같이 기독교적·보편적 사랑에 대한 관계에 있어서의 민족주의(예컨대 인간청소를 자행하는 희랍정교회의 세르비아 민족주의)라든지 우리 주변에서 흔히 보는 바와 같이 법적 정의나 원리·원칙이 통용되어야 하는 상황에서의 인맥 등 연고주의의 작용과 같은 것이 그것이다. 위에서 든 부정부패의 예에서 보는 바와 같이 부정부패도 이를 지지하거나 봐주거나 묵인해 주는 (소)집단 없이는 아마도 거의 불가능할 것이라고 생각되는 것이다. 그러므로 지지하거나 봐주거나 묵인해 주는 (소)집단이 없이 저지르는 부정부패는 사회정책적으로 이야기할 때 대처하기 쉬우리라 생각된다. 왜냐하면 부정부패를 저지른 바로 그 특정의

그러한 “왕따” 예의 하나일 것이다. 이주향, 「이장덕계장」, 동아일보, 1999년 7월 7일자 「특별기고」란 참조.

8) 정약용(丁若鏞)이 청렴의 등급을 나누어 나라에서 주는 봉급이외에 한푼도 먹지 아니하는 염리(廉吏), 봉급 이외에도 정당한 것은 받는 “중고시대의 염리”, 그리고 자기 스스로 손을 벌리거나 또는 자기가 먼저 시작하지는 않지만 선례가 되어 있는 것은 명분이 바르지 아니하더라도 먹는 “오늘날의 염리”를 이야기하고 있는 바는 흥미롭다. 근래에 논의되고 있는 관례화된 소위 “떡값”의 수수는 아마도 이 세 번째 등급에 속하는 것으로 보이는데, 이것을 보면 정약용이 살던 시대나 오늘이나 이 점에 있어서의 진전은 없었던 것이 아닌가 싶다. 국역 목민심서 I (서울: 민족문화추진회, 1969), 83면 이하.

개인만을 사회로부터 제거하거나 격리하거나 치유함으로써 부정부패는 해결되리라 생각되기 때문이다. 그러나 살인이나 부정부패를 저지르는 그 사람을 (목시적으로나마) 옹호하고 동조하며 혹은 묵인하는 (소)집단이나 패거리가 존재한다고 하는 경우에는 그 사람만을 처벌한다든지 제거나 격리를 한다고 하여 문제가 쉽게 해결되리라 생각되지 않는다.

그러한 만큼 절대적 선에서 출발하든 기능적으로 이해한 선에서 출발하든 또 상위의 선에서 접근하든 그보다 하위의 선에서 접근하든 사회과학적으로 의미있는 선(善)은 이를 지지하거나 옹호하는 집단이나 세력을 전제로 하여 파악하여야 한다고 생각한다.⁹⁾ 이러한 점은 후술하는 법치주의와 관련하여서도 마찬가지라고 생각한다¹⁰⁾. 그러하지 아니하면 선이란 옛 중국에서는 전족(纏足)을 선이라 생각하였다는

9) 이러한 현상은 社會心理學的으로 準據集團(reference group)의 개념에 의하여 설명될 수 있는 현상이라고 생각한다. 사람의 태도는 자기가 속하는 준거집단의 영향력에 의하여 형성되며 그 행동은 준거집단의 기준에 비추어 평가되고 있다. Harold Proshansky and Bernard Seidenberg, eds., *Basic Studies in Social Psychology* (New York: Holt, Rinehart and Winston, 1966)에 실린 세편의 논문 Harold H. Kelley, "Two Functions of Reference Groups," pp. 210-214; Theodore M. Newcomb, "Attitude Development as a Function of Reference Groups: The Bennington Study," pp. 215-225; Alberta Engvall Siegel & Sidney Siegel, "Reference Groups, Membership Groups, and Attitude Change," pp. 225-230 및 William W. Lambert and Wallace E. Lambert, *Social Psychology* (Englewood-Cliffs: Prentice-Hall, 1964), pp. 86-104 참조.

10) 소위 前官禮遇나 명절·부임·이임시의 떡값 내지 촌지는 이를 慣例라고 하여 실행하고 옹호·지지하는 그룹 내지 세력없이 이루어지지 아니한다는 사실은 모르는 사람이 없을 것이다. 그러한 만큼 인맥 등에 따른 편파적 법 형성·집행과 법에 있어서의 보편성·공정성 요청의 대립 내지 충돌의 문제는 인맥을 형성하는 그룹과 법의 보편성·공정성을 신봉하는 그룹의 대립 내지 충돌의 문제로 보아야 할 충분한 이유가 있다. 전관예우가 이루어지고 떡값·촌지가 행하여지는 인맥 사슬을 형성하는 사람 사이에서는 전관예우나 떡값·촌지 및 보편성·공정성을 상실한 편파적·호의적 법 집행·적용은 당연한 것으로 받아들인다. 그리고 이를 비판하고 법의 보편성·공정성을 믿는 사람들이 어느정도의 세력을 형성하기에 이르지 아니하는 한 이러한 관례는 문제로서 제기되지 아니한다.

진리·창의력·정직·성실 등의 덕목을 옳으로 간주한다고 할까 생명으로 하고 있는 학계나 창작계에서 剽竊은 치명적인 문제이지만 그 해결 내지 처리는 전적으로 표절을 행한 사람의 지지세력과 표절을 문제 삼는 세력 간의 투쟁의 문제로 전환한다. 아무리 심각한 표절이 행하여져도 표절한 사람을 지지하는 사람들이 표절을 문제삼는 세력을 압도하리만큼 세력을 형성하는 경우에는 표절은 없었던 것으로 지나간다. 역으로 아무리 창의적인 훌륭한 작품이라도 이를 지지하고 옹호하는 세력보다 이를 따돌리는 세력이 압도하는 경우에는 그 작품은 기준미달의 작품이 될 수 있다. 꼬리없는 여우의 세계에서는 꼬리있는 여우는 "왕따"의 대상일 뿐이다.

그러한 만큼 법치주의가 전적으로 이를 지지하는 세력의 문제가 된다고 생각하는 것은 너무나 당연하다. 그러므로 법치주의는 제도적 장치의 문제 못지 아니하게 이를 신봉하고 지지하는 세력 양성·확산의 문제가 된다. 이러한 의미에서도 민주시민교육·법학교육이 어떻게 이루어지고 있는가, 어떻게 이루어져야 하는가 하는 문제는 결정적

에피소드에 속하는 선이거나 우리에게 관련성이 없는 선이 되고 만다고 생각한다. 그러므로 「우리」에게 선이 되는 것은 「우리」가 의문의 여지없이 받아들이는 혹은 「우리」에게 관련성이 있는 선일 수밖에 없다.

그러므로 우리가 우리 나라 사회의 현상에 대하여 느끼는 강한 불만 내지 위기 의식 속에 선한 사회의 이미지 및 이러한 이미지의 사회로 나아가야 할 필요성의 인식이 동시에 숨겨져 있음을 감지해 낼 수 있다고 생각한다. 그리고 「우리가 가지는」 이러한 선한 사회의 필요성의 인식은 사회과학적으로 의미심장하게 밝혀낼 수 있다고 생각한다. 더욱이 그것은 그룹현상의 한 표현이기도 하기 때문이다. 나아가 자본주의의 성장에 대하여 프로테스탄트의 윤리가 가지는 관계에서처럼 우리가 가지는 선한 사회의 필요성의 인식은 대체로 기능적으로 이해되는 종교적 또는 성현의 가르침을 중심으로 하는 경우일 것이라 생각된다. 예컨대 정직하고 성실한 청지기의 기독교적 가르침이라든지 군자(君子) 즉 정치지도자의 도리에 관한 공자의 가르침과 같은 것이 그것이다. 최근 우리 나라 소장 학자들에 의하여 제기되고 있는 유교부활론¹¹⁾도 이러한 문맥에서 이해될 수 있다고 생각한다.

이웃을 내 몸같이 사랑하라든지 정직하고 성실한 청지기가 되라는 가르침이나 유교부활론도 이를 지지하고 옹호하는 세력을 형성하고 혹은 확장하며 이러한 세력의 지지 하에 그러한 가르침을 현실의 행위규범으로 전환시키는 구체적 프로그램을 함께 이야기하는 것이 아니면 그것은 이를테면 우리가 잘 알지 못하는 어느 인도 성자의 좋은 가르침을 소개하는 것(즉 한가지 에피소드) 이상의 것일 수 없다고 생각한다. 이 같은 구체적 프로그램은 그러한 가르침을 지지하고 옹호하는 세력의 확산을 내용으로 하는 것과 그러한 가르침을 가정 및 학교 교육을 통하여 실제로 가르치고 모범을 통하여 보여주는 것으로 이루어 질 수밖에 없을 것이라 생각된다. 단지 지식으로 배운다고 선에 관한 윤리규범이 체현(體現: internalization)된다고 생각되지는 않는다. 그러나 지식의 획득이 체현의 가능성을 높여 주리라는 점은 의문의 여지가 없다고 생각된다. 윤리규범의 체현이나 학습은 기본적으로는 그 윤리규범을 지지하고 옹호하는 적극적 및 소극적 제재 내지 강행(sanction)체제에 의하여 이루어진다고 믿는다.¹²⁾ 위에서 기독교적 또는 유교적 가르침(그것이 좋다는 것

으로 중요할 수밖에 없다.

11) 함재봉, 탈근대와 유교-한국정치담론의 모색(서울: 나남, 1998); 이승환의 일련의 논문, “누가 감히 ‘전통’을 욕되게 하는가?”, 전통과 현대, 97년 여름호, 176-197면; “오리엔탈리즘(Orientalism)을 해부한다”, 전통과 현대, 97년 겨울호, 206-223면; 두웨이밍(杜維明)의 “유학 제3기 발전론”, 철학과 현실, 1997년 가을, 173-189면; “문화는 진보하는가?”, 전통과 현대, 120-135면; “서양의 유교 이행에 대한 담론학적 분석”, 계간 사상, 1998년 봄호, 70-93면; “유가(儒家) 윤리에 ‘권리’ 개념이 있었는가?”, 철학, 제49집, 59-84면(1996년 겨울).

12) John Finley Scott, *Internalization of Norms: A Sociological Theory of Moral*

을 모르는 사람이 어디 있으랴)이나 그 밖의 선과 관련하여서도 이를 지지하고 옹호하는 집단이나 세력을 전제로 하여 이야기한 것도 이러한 문맥에서이다. 즉 선에 관한 윤리규범은 어느 것이든 한편으로는 학습을 통하여 다른 한편으로는 잘한 것은 賞주고 못하는 것은 沮止하고 制裁하는 사회적 또는 공동체적인 체제를 통하여 살아있는 선이나 윤리규범으로 의미를 가지고 우리에게 다가온다고 생각한다. 과거에 우리 나라 사회가 유교사회일 수 있었던 것은 유교적 선을 지지하고 옹호하는 구체적인 사회적 및 공동체 전체의 실현 체제를 가지고 있었기 때문이다. 그리고 오늘날 우리에게 유교적 선을 지지하고 옹호하는 사회적 실현(sanction)체제가 존재하느냐 하는 문제에 이를 때 오늘의 우리를 아직도 유교적이라고 할 수 있는지의 문제이다.

위에서 말한 우리 나라 사회의 긴요한 필요성을 중심으로 파악할 때 우리 나라 사회의 선은 개인의 안전이나 행복에 상위하는 전체 共同體의 安全 및 幸福, 公과 私의 峻別, 正直과 誠實, 人間의 尊嚴과 價値의 尊重, 法治主義를 중심으로 하는 原理·原則¹³⁾의 遵守 등으로 요약해 낼 수 있다고 생각한다. 그리고 우리 사회가 필요로 하는 이같이 파악한 선을 실현할 수 있는 구체적 프로그램을 이야기하여야 하는 것이 우리의 그 다음의 화두(話頭)여야 한다고 생각한다. 이러한 구체적 프로그램에는 우리 나라 사회의 선과 대칭이 되는 우리 나라 사회의 추(醜)한 모습을 적시하고 이를 척결하는 프로그램도 포함되어야 한다고 생각한다. 우리 나라 사회의 추한 모습은 위의 선한 모습과 상응하는 자기 중심의 이기주의(소집단 이기주의¹⁴⁾), 공과 사의 혼동, 거짓과 적당주의(눈가림의 대강대강주의), 만연하고 있는 부

Commitment (Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1971) 참조. 도덕·윤리규범을 단순히 경전이나 교과서를 통하여 지식으로서 배운다는 것만으로 행동으로 표현되고 지키지 아니하였을 때의 죄책감을 불러 일으킨다는 의미의 도덕적 확신 내지 인격(personality)의 한 요소로 그것이 체현(internalization)된리라고는 생각하지 아니한다. 사람은 그러한 도덕적 확신 및 체현에 이르기 까지 사회심리학적으로 대단히 복잡한 과정을 거친다고 생각된다. 어린아이의 이러한 과정에서 지식의 습득뿐만 아니라 아이의 도덕적 성장에 커다란 영향력을 미치는 부모 등 주변 어른 및 선생님의 행동을 통한 본보기 및 칭찬과 벌을 통한 가르침 등, 가까운 친구나 직장 동료 및 상사와의 관계에서 이루어지는 적응과정 등이 중대한 변수로 작용하리라고 생각한다. 위의 Scott의 연구 이외에 도덕적 확신의 습득(체현)에 관한 연구로 Roger Brown, *Social Psychology* (New York: Free Press, 1965), 350-417면 (chap. 8: The Acquisition of Morality) 및 그 과정에 관한 연구로 Herbert C. Kelman, "Compliance, Identification, and Internalization: Three Processes of Attitude Change," in Harold Proshansky and Bernard Seidenberg, eds., *Basic Studies in Social Psychology* (New York: Holt, Rinehart & Winston, 1966), 140-148면; Richard Wagner and John J. Sherwood, eds., *The Study of Attitude Change* (Belmont: Wadsworth, 1969) 등 참조.

13) 최대권, "원칙의 사람과 원만한 사람", 현상과 인식, 1997년 봄호(통권 72호), 123-148면 참조.

14) 崔大權, "法規範의 社會的 基礎: 社會統制의 問題點", 韓國社會科學研究協議會 編 社會

정부패, 인맥중심의 연고주의, 정실주의, 인간성의 상실 등을 중심으로 하여 그려낼 수 있다고 생각한다. 그러면 아래에서 법치주의를 중심으로 하여 우리 나라 사회를 지배하여야 할 원리·원칙의 문제와 이에 상응하는 또는 이를 뒷받침할 윤리체계의 문제로 유교부활론을 음미하여 보자.

Ⅲ. 法治主義의 문제

법치주의와 도덕이나 윤리규범을 대비하는 경우에 중국의 제자백가(諸子百家)의 시대의 유가(儒家)와 법가(法家)의 논쟁을 연상하는 사람들이 의외로 대단히 많다. 그러나 이곳에서 분명하게 지적하고 넘어가야 할 관점의 하나는 유가이든 법가이든 법이라고 하는 경우에 법 가운데에서도 억압적(repressive)인 법에 초점을 맞추어 즉 형벌법을 중심으로 하여 법을 이해하였다는 점¹⁵⁾을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 이처럼 「억압적」인 형법을 중심으로 법을 이해하는 태도는 오늘날까지도 이어져서 그 단적인 표현으로 좋은 이웃을 기술하는 「법 없이도 살 사람」이라는 상투어에 잘 나타나 있다고 생각한다. 그러한 까닭에 서양적인 법담론과 동양적인 법담론 사이에 주파수가 서로 맞지 아니하여 대화가 잘 이루어지지 아니하는 현상을 또한 관찰할 수 있다. 이러한 현상은 소위 학제간 연구를 강조하여 마지아니하는 대학에서도 수없이 부딪힌 체험이기도 하다. 법이라고 하면 나쁜 짓 하는 사람을 수갑채워가 처벌하는, (그러한 점에서는 바람직하나 정서적으로는 멀리하고 싶은) 법 정도로 이해하고 있는 것이 그것인데, 법(서양식으로 이해한 법)에는 억압적인 요소(형법 등)뿐만 아니라 자유와 정의의 실현을 가능케 하고 권력을 통제하며 순화하는 기능(power-restraining function)을 수행하는 요소(예컨대 헌법·행정법 등)도 대단히 중요하며, 사실 민주주의 사회는 이 후자의 법을 그 필수적 전제로 하고 있다¹⁶⁾는 점도 주의할 필요가 있다. 전제군주국가이든 독재국가이든 민주국가이든 억압적인 법은 존재하게 마련이지만 권력을 통제하는 법은 민주주의 국가에만 존재하는 까닭이다. 그러므로 서로 주파수가 달라 대화가 되지 아니하는 현상이 가지는 함의를 한번 살펴보자.

사실 「법 없이 살 사람」이 훌륭한 이웃일 수 있는 것은 처벌법이 없어도 그 사람을 훌륭한 이웃으로 만드는 비(非)처벌적인 사회규범을 그 전제로 하는 것임은 분명하다. 그런데 서양적인 법 개념으로 “법 없이 살 사람”을 한번 상정하여 보자.

變化와 倫理 (서울: 法文社, 1990), 67-96면 참조.

15) 崔大權, 法社會學, (서울대출판부, 1983), 제2장 「우리 나라 공법사의 한 이해」 가운데 63-72면 및 제3장 「韓·中·日의 法規範과 社會規範」 가운데 129-135면 참조.

16) 崔大權, 憲法學-法社會學的 接近 (서울: 박영사, 1989), 제1부 제4장 72-105면 (우리나라의 立憲主義와 民主主義) 참조.

그것은 아마도 무법천지로 살 사람을 떠올리게 하리라 생각된다. 법 없는 “만인 대 만인의 투쟁”의 무법천지를 극복하기 위하여 소위 사회계약을 맺고 국가를 세우며 법을 반포한다는 것이 서양의 법 이해(홉스의 사회계약론)가 아닌가. 선의 한가지 기준이 되는 서양의 정의도 자유나 평등도 한결같이 법과 연계시켜 이해하고 있다는 점도 주의할 필요가 있다. 즉 정의는 법의 한가지 속성이며 법을 떠난 자유나 평등은 논하지 아니한다. 법을 자유의 수단으로까지 생각하고 있는 것이다. 그런데 공자(孔子)는 “나도 누구 못지 아니하게 소송을 처리할 줄 알지만 나는 소송이 없는 사회를 만들기 위하여 가르친다”¹⁷⁾는 취지의 명언을 하고 있으며, 이 구절과 평행되게 목민심서(牧民心書)의 저자 정약용(丁若鏞)은 법이 없는 사회를 만들기 위하여 법을 시행한다는 취지의 말¹⁸⁾을 남기고 있다.

일찍이 공자가 논어(論語)에서 가르친 “법령에 의해 지도하고 형벌에 의해 규제하면 백성들은 형벌만 면할 수 있는 것이라면 무슨 짓을 하든 부끄러워하지 않는다. 이에 비해, 도덕에 의해 지도하고 예에 의해 규제하는 경우에는, 도덕적인 수치심을 갖고 더 나아가 바른 사람이 된다.”¹⁹⁾는 가르침은 이를 우리 식으로 재구성한 것이 위에 든 “법 없이 살 사람”의 상투어라고 생각된다. 그런데 문제는 공자의 이 구절에 비추어 볼 때 범망을 피하고 법을 어겨도 부끄러운 줄을 모르는 것은 물론이고 아예 도덕과 예를 모르거나 따르지 않고도 부끄러운 줄 모르는 사람이 적지 아니하며 더구나 더 늘어나고 있다는 것이 오늘의 우리 나라 사회의 형편이라는 점이다. 그러한 만큼 “법 없이 살 사람”이 훌륭한 이웃이게 하는 사회규범이 우리 나라 사회에서 문제인 것이다. 그러므로 “법 없이 살 사람” 가운데에는 그를 훌륭한 이웃이 되게 하는 사회규범의 규율을 받으면서 “법 없이 사는 사람”과 이러한 사회규범의 규율도 받음이 없으면서 “법 없이 사는 사람”의 두 부류가 있을 수 있다고 생각되는데, 예를 들어 자기(또는 자기가 속한 소집단)의 이해, 특히 정치적 또는 경제적 이해관계가 걸렸을 때의 법도 염치도 없는 우리 이웃의 자주 대하는 행위양태를 보면 무엇이 문제인지를 쉽사리 이해할 수 있다고 생각한다. 이러한 문제의식이 뒤에 보는 바와 같이 법치주의와 유교규범의 자리 매김을 시도하려고 하는 이유이다.

문제를 단순화하여 제기하면 결국 법도 없고 도덕과 예가 사라진 우리 나라 사회를 놓고 무엇이 우리 나라 사회의 선(善)한 모습이고 어떻게 하면 그러한 선한 사회로 만들 수 있는가 하는 처방의 문제가 된다. 그러면 첫째로 우리 나라 사회의 선한 모습은 어떠한 것일까? 위의 논어에서 인용한 공자의 말씀이나 우리의 상투어

17) 大學에서 孔子가 말한 것으로 인용된 聽訟 吾猶人也 必也使無訟乎.

18) 刑罰之於以正民 末也 律己奉法 臨之以莊 則民不犯 刑罰雖廢之 可也. 정약용, 국역 목민심서 II (서울: 민족문화추진회, 1969), 451면 이하 및 655면.

19) 道之以政 齊之以刑 民免而恥, 道之以德 齊之以禮 有恥且格, 中國思想大系(서울: 大洋書籍, 1972), 1권(孔子·孟子), 84면.

인 “법 없이 살 사람”이 이상(理想)으로 그리는 사회가 오늘날의 우리 사회의 선한 모습일 수 있는가 하는 문제를 우선 살펴보자. 우선 공자의 말씀이나 “법 없이 살 사람”이 이상으로 그리는 사회는 군주제가 보편적인 정치질서였고 사회변화와 이동의 폭과 속도가 적고 느렸던 농업경제 위주의 고대나 중세 사회에서는 혹시 실현 가능성이 있는 선한 사회의 모습일 수는 있어도 오늘날의 정치·경제·사회·문화적인 여건 하에서는 원천적으로 실현 불가능하다는 점에서 결코 오늘날의 선한 사회의 모습일 수는 없다는 것이 우리의 생각이다. 옛적의 정치 엘리트의 교육과 오늘의 정치 엘리트의 교육을 한번 단순 비교하여 보자. 옛적에는 교육이라면 천자문·동몽선습·소학·대학·사서삼경 등에 이르는 유교교육이었으며 관리등용의 과거 시험도 사서삼경을 중심으로 하는 것이었다. 오늘날의 정치 엘리트가 기능 위주나 분석 위주의 학문 등은 수학하나 언제 체계적인 인간 윤리교육을 받고 있으며 또 그 테스트를 받고 있는가?

오늘날 산업화와 도시화로 인하여 백여년 전에는 상상도 하지 못하였던 인간관계가 등장하고 있는데 그 대표적인 예로 대도시에서 매일 부딪히는 익명의 인간관계, 대규모 공장이나 사업체의 노사관계, 증권이나 유가증권 등의 거래관계, 지식소유권과 관련된 인간관계, 소비자와 생산자 사이의 관계, 환경문제에 있어서의 인간관계, 인터넷에서 접하는 인간관계들을 들어보자. 이러한 때에 이를테면 유교부활론자가 이러한 각 상황에 알맞는 구체적인 유교적 행동규범을 창안하여 신속하게 교육시킬 수 있는 프로그램을 가지고 있는 것이 아닌 한 예와 도덕의 처방만으로 선한 사회로 이끌 수 있다는 생각은 망상에 가깝다고 생각된다. 정약용에 의하면 법이란 임금의 명령인 까닭에 법을 어기는 것은 임금에게 불충(不忠)하는 것이나 다름없다²⁰⁾는 말을 남기고 있는데, 서양법학에서 말하는 법실증주의적 사고의 발현이 아닐까 하는 생각에서 흥미롭지만 다른 한편 법규범에 대하여도 유교가 강조하여 마지않는 인간관계(personal·particularistic)의 틀에서 이해하고 있다는 점이 눈에 뜨인다. 오늘날의 법에 대하여 인간관계의 틀에서 이해시킨다는 것은 불가능하지는 아닐지라도 대단히 어렵다고 생각한다. 오늘날의 법은 추상적·보편적인 규범이며 구체적인 인물인 임금의 법 대신 추상화·객관화된 국가의 법이 되고 있다. 그리고 이러한 점이 위의 논어의 구절 및 “법 없이 살 사람”의 상투어와 함께 오늘날 법을 경시하는 우리들의 태도를 불러일으킨 요인이 아닐까 하는 생각을 할 수 있다. 왜냐하면 임금이나 그 밖의 구체적인 사람에 대한 충성·의리 등과 같은 도덕적·윤리적인 의무가 오늘날에는 (추상화되어버린) 법을 지켜야하는 의무(즉 준법의무)로부터 떨어져 나가버려 후술하는 바와 같이 준법의무가 (법적인 의무이긴 하나) 이 이상 더 도덕적·윤리적 의무는 아니게 된 까닭이다.

20) 전계, 국역 목민심서 I 의 奉公六條 가운데 수법(守法)조, 167면 참조.

아무튼 오늘날의 산업화·도시화·세계화된 생활여건 하에서 우리가 맺고 있는 급속하게 변하는 특정·불특정 다수인과의 인간관계를 규율하여야 할 바람직한 규범체계로서 위의 유교식의 법이나 법이 없는 윤리규범이냐의 명제는 따라서 도저히 불가능하거나 이제는 적실성(relevancy)이 전혀 없는 명제가 되어버린 것이라고 생각한다. 오늘날 등장한 새로운 인간관계는 법규범과 윤리규범 양자 모두에 의한 규율이 요청되는 인간관계인 것이다. 그리고 이때에 양자는 법규범이 윤리규범을 지지·보강하며 역으로 윤리규범이 법규범을 지지·강화하는 상호 보완적인 관계에서 작용하여야 한다고 생각한다. 법규범과 윤리규범이 서로 괴리되어 따로 따로 논다는 상황은 오늘날의 새로운 인간관계의 유지·발전을 불가능하게 하거나 어렵게 만든다고 생각한다. 다만 새로 태어나는 인간관계(예컨대 정보사회의 등장으로 인하여 생겨난 인간관계)나 수많은 사람과 이루지는 인간관계(예컨대 증권시장 등 시장경제질서)의 규율의 문제일수록 법규범의 역할이 커질 수밖에 없을 것이라고 생각된다.

민주주의나 시장경제질서를 지지하는 윤리규범(예컨대 기독교윤리²¹⁾) 없이는 민주주의나 시장경제질서를 혹시 어렵게 만들겠지만 이를 뒷받침하는 법치주의 없이는 오늘날의 민주주의나 시장경제를 아예 불가능하게 만든다고 생각한다.²²⁾ 법치주의에서 말하는 법규범은 첫째로 正義와 合理性(진리)을 생명으로 하고 있으며, 정의나 합리성을 결여한 법규범은 법이 아니라 자의(恣意)의 행사에 불과하다. 둘째로 법치주의에서 말하는 법규범은 普遍性을 그 본질적 속성으로 하고 있으며, 법의 형성·집행에 있어서의 형평성·공정성의 결여는 법규범에 있어서 치명적인 흠(또 하나의 자의의 행사)이 된다. 세째로 법치주의에서 말하는 법규범은 法的安定性과 豫測可能性을 또한 그 본질적인 속성의 하나로 하고 있으며, 따라서 법을 집행하는 사람의 정의감이나 뜻(영감 등)에 따라 달라지는 법(소위 人治를 포함)이라든지 조령모개의 법은 법치주의에 반하며 그 자체 자의의 표출에 지나지 아니한다. 이러한 세 가지 속성을 지닌 법규범에 바탕을 둔 법치주의가 민주주의 및 시장경제질서를

21) 기독교의 가르침을 민주주의와 연계시키는 대표적인 사람으로 Reinhold Niebuhr와 Jacques Martain 및 입헌주의와 연계시킨 Carl Friedrich를 들 수 있고, 시장경제와 관련시키는 사람으로 Max Weber를 들 수 있을 것이다. M. Rejai, ed., *Democracy: The Contemporary Theories* (New York: Atherton Press, 1967)의 216면 이하에 수록된 The Reinhold Niebuhr, "The Protestant Foundation of Democracy"(216-221면) 및 Jacques Martain, "The Catholic Foundation of Democracy"(222-224면)과 Carl J. Friedrich, *Transcendent Justice: The Religious Dimension of Constitutionalism* (Durham: Duke University Press, 1964)와 전제 Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* 참조.

22) Franz Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society* (Leamington Spa: Berg, 1986); Ian Shapiro, ed., *The Rule of Law, NOMOS XXXVI*, (New York: New York University Press, 1994); David Lyons, *Ethics and the Rule of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1984) 등 참조.

가능케 하는 것이다. 인간의 자유와 평등의 실현을 담보하는 입헌주의의 바탕에 이러한 법규범이 존재하는 것이다. 그리고 막스 웨버가 자본주의 성장과 연계시켰던 서양 법체계의 형식적·합리적 속성²³⁾이란 바로 이러한 법규범의 속성에 지나지 않는다.

그러한 만큼 우리 나라 사회에서 법치주의를 이야기하면 곧 바로 관련시키는 法萬能主義와 산업화·도시화된 우리 나라 사회의 민주주의와 시장경제 질서의 기초가 되어야 할 법치주의를 혼동하여서는 안 된다고 생각한다. 자유와 평등의 문제를 중심으로 하는 도덕·윤리규범 및 이에 내재하는 정의감등에 바탕을 두지 아니한 법규범만에 의한 규율이란 본질을 두고 지엽말단의 법기술적 잔피만으로 세상을 다스리려는 것이 되며 그것은 번잡하기만 하지 실제로 잘 되지도 않을 것이라 생각된다. 나아가 윤리규범 및 정의감을 내용으로 하는 법률규범이라고 하더라도 이를 형성하고 집행하는 사람의 윤리규범의 문제를 또한 우리는 문제 삼지 않으면 안 된다. 왜냐하면 법규범이란 결국 사람이 운영하는 것이므로 법을 운영하는 그 사람의 법운영과 관련된 윤리규범이 전제되지 아니하고는 그 법규범이 제대로 형성·운영·시행되리라고는 조금도 생각할 수 없기 때문이다. 아무리 법을 정교하게 만든다고 할 지라도 결국 그 법을 운영하는 사람 등(예컨대 국회의원 등 입법자, 담당공무원, 경찰, 검사, 판사 등)의 정의감, 준법정신, 청렴·결백, 공정성, 사명감 등이 전제되지 아니하고는 법이 법으로 형성·운영될 수 없음은 너무나 분명하다. 이것이 법지시적인 윤리규범을 다음으로 문제삼는 이유이다.

다시 법치주의의 문제로 돌아와 위에서 말하고자 하는 바는 우리가 법규범과 관련시키지 아니하고 이야기하여 왔던 도덕·윤리규범 및 사회적 정의의 문제를 이제는 우리를 규율할 구체적인 법규범의 형성·운영·집행의 문제와 관련시켜 논의하여야 한다는 주장이다. 즉 우리가 우리 사회를 위하여 붙들고 고민하는 도덕·윤리 문제나 정의의 문제를 우리의 구체적인 법규범의 제정·집행 등과 관련시켜 법규범(내용)의 문제로 고민하여야 한다는 주장이다. 그 이유는 우리 나라 사회의 산업화·도시화·세계화에 따른 사회변화의 가속화·사회관계의 복잡화·다층화·광역화로 인하여 그 내용이나 시행에 있어서 도덕·윤리규범 및 정의감의 뒷받침을 받는 법규범이 아니고는 우리 나라 사회를 도저히 국제적 경쟁력을 가지는 선한 사회로 만들어 낼 수 없다는 절박한 필요성의 인식이 존재하기 때문이다.

그렇다면 다음으로 법과 관련시켜 논의하여야 할 도덕·윤리규범 및 정의감에 관한 담론 가운데는 우리의 생활 영역 가운데 어디까지를 국가나 공공단체가 담당하

23) Max Weber, *Economy and Society*, eds. by Guenther Roth and Claus Wittich, v. 2, (New York: Bedminster Press, 1968)의 제8장(Economy and Law: 641-900면); Allan Hunt, *The Sociological Movement in Law* (London: MacMillan, 1978)의 제5장(Max Weber's Sociology of Law: 93-133면) 참조.

여야 하고 어디까지를 사적 결정에 맡겨야 하느냐의 문제를 포함하여야 한다고 생각한다. 즉 공과 사의 문제인 것이다. 이에는 ① 최근의 공기업의 민영화라든지 경제규제완화의 문제, 국영인 적자(철도)노선의 폐쇄의 문제, 시골의 미니 분교의 폐쇄·통합의 문제 등에서 보는 바와 같은 그야말로 국가의 역할을 어떠한 또는 무엇의 어디까지로 하여야 하느냐의 문제가 있다. 그러나 또 하나의 문제로는 ② 공금 횡령이나 유용, 관(공)물의 사적 용도에의 사용, 선심 행정 내지 특혜, 리베이트 등 대가성 금품수수와 연계된 행정, 개인적 친분을 중심으로 하는 인사 등 공적 결정 등에 있어서의 공과 사를 혼동하는 사례에서 보는 바와 같은 엄격한 공·사 준별의 필요성의 문제가 있다. 셋째로는 ③ 관(공)물이나 공기업을 마치 자기 자신의 것이나 다름없이 얼마나 근검·절약하며 혹은 효율적으로 관리·운영을 잘하느냐 하는 문제가 또한 있다.

첫 번째 문제와 관련하여 예컨대 군대나 경찰을 민영화한다든지 용역을 줄 수는 없을 것이라는 점은 비교적 분명하다. 가령 국영철도나 국영기업을 민영화하는 경우에 효율성이라는 세 번째의 문제는 혹시 잘 해결될 수 있을 것이나, 국영 원래의 목표인 공공의 이익을 얼마나 잘 달성·충족할 수 있을지의 문제는 의문으로 남아 있을 수 있다. 그러한 이유 가운데 하나는 민영화하고 혹은 규제완화를 하는 경우에 민영화나 규제완화에도 불구하고 그 곳에 개재(介)되어 있는 공공의 이익을 확보하기 위한 감시나 통제 문제가 제기될 수밖에 없으며 그러한 경우에 감시나 통제 장치와 관련하여 두 번째 문제가 제기될 수 있을 것이기 때문이다. 그리고 국가가 철도나 학교를 직접 관리·운영하는 여러 가지 이유 가운데 적어도 한가지는 공적 기능의 관리·운영을 이윤 목적의 사적인 관리·운영에 맡기는 경우에 적자를 이유로 충족시키지 못하는 공공의 이익을 충족시킬 수 있게 만든다는 점이다. 적자 노선이지만 철도이용의 편의를 지역주민에게 널리 제공할 수 있는 것은 국가뿐이며 그것은 마치 이윤을 목표로 하지 아니하는 의료보험이나 국민연금제도를 국가가 관리·운영하는 것과 마찬가지로 할 수 있다. 이러한 점은 지방미니분교의 경우에도 마찬가지이다. 비용절감의 이유만으로 정당화 될 수 없는 공공의 이익(초등교육 등)을 지역주민으로부터 박탈 내지 제약하는 문제가 있기 때문이다. 다른 한편 적자 노선이나 지방분교 폐쇄 등의 정책은 농촌의 인구감소 및 노령화, 그리고 인구의 도시집중의 문제도 야기할 것임에 틀림없다. 아무튼 위의 두 번째 및 세 번째 문제는 도덕·윤리규범의 문제, 특히 공적 도덕·윤리규범의 문제를 제기한다. 그러한 만큼 그것은 국가란 무엇이나 공공(公共)이란 무엇이나의 첫 번째 문제를 또한 살펴보게 만든다고 생각한다.

결론부터 이야기하면, 국가나 공공이란 「우리 모두(全體)」의 목표나 이익(생존·번영: survival·betterment)이 관련된 문제라고 생각한다. 그리고 국가란 공공의

목표나 이익의 충족을 조직하고 관리·운영하는 문제라고 생각한다. 예컨대 독일이 유럽 내에 있는 수십 개의 나라 가운데에서 강대국인 것은 공공의 목표 및 이익의 추구를 조직·관리·운영함에 있어서 다른 나라보다 뛰어나게 더 잘하는 나라이기 때문이다. 브라질도 미국 못지 아니한 자원부국이지만 미국이 더 강대국인 것은 공공 목표 및 이익의 추구를 조직·관리·운영함에 있어서 뛰어났기 때문이다. 이렇게 공공의 목표 및 이익의 추구를 조직·관리·운영하는 체제가 바로 국가인 것이다. 다만 지(知)적 전통에 있어서 독일이나 프랑스 등 유럽 국가는 공공의 목표·공공의 이익의 조직·관리·운영의 문제를 “국가”의 문제로 관념하는 전통이 강한데 영·미의 경우에는 “공공의 이익” 또는 “정부”의 문제로 관념하는 경향이 강하다고 할 수 있다.²⁴⁾ 그러므로 공공의 이익을 위한 공권력의 행사를 영·미에서는 그것이 공공의 이익 때문이라고 관념하는데 독일 등 유럽 국가에서는 국가의 이익이기 때문에 그러하다고 관념하는 것이다. 여기서 우리 나라 사회의 필요성을 중심으로 하여 문제삼는 것은, 우리 나라에서는 국가라고 하면 정서적으로 우리 모두의 것으로보다는 타율적인 것으로 생각하는 경향이 강하다는 점이다. 그리하여 국가라고 하면 한편으로는 어떻게 하면 이를(개인적으로 불리하게 작용하는 것은) 피하고 다른 한편 어떻게 하면 이를(개인에게 유리하게 작용하는 것은) 이용할 것인가의 측면에서만 생각하는 경향이 강하다. 이러한 문제도 도덕·윤리규범의 문제(즉 선의 문제)로서 살펴보고 나아가야 할 문제라고 생각한다. 왜냐하면 우리 모두의 생존·번영의 문제(즉 우리 모두가 관련되어 있는 공동체 전체의 생존·번영의 강력한 필요성에서 도출되는 선의 문제)가 걸려있는 문제이기 때문이다. 그리고 동시에 국가란 결국 우리 모두의 것이며 우리 모두가 관련된 공공의 목표와 이익을 공동으로 조직·관리·운영하는 문제이기 때문이다. 그리하여 선하다는 것과 국가가 일치할 수 있는 것이다. 그러한 만큼 국가는 철저히 (자유)민주화되어야 한다. 그러나 국가는 동시에 강(強)하여야 한다. 강한 국가라는 것과 민주주의는 결코 서로 양립할 수 없는 것이 아니며 오히려 그 반대가 진리라고 생각한다. 개인의 능력이 최고도로 발휘될 수 있게 만드는 체제이기 때문이다. 미국이나 영국, 프랑스, 독일 등이 그 예이다. 그리고 선한 사회라는 것과 강한 국가라는 것도 결코 양립할 수 없는 것이 아니며 오히려 선한 사회라야 강한 국가를 이룩할 수 있다고 생각한다²⁵⁾.

24) Kenneth H.F. Dyson, *The State Tradition in Western Europe* (Oxford: Martin Robertson, 1980) 참조.

25) 탈옥수 신창원의 체포관련 기사 등과 함께 나온 동아일보, 1999년 7월 21일자 「사설」의 제목 「경찰은 있으나 치안은 없다」는 우리의 논의를 위하여 시사하는 바가 크다고 생각한다. 치안이 없다는 것은 국가가 없는 것이나 다름없다는 언명에 지나지 아니한다. 왜냐하면 국가의 최소한의 존재 목적 내지 기능이란 국방과 치안인데 치안이 없으니 그만큼 국가란 없는 것이나 마찬가지이기 때문이다. 신창원의 도피기간 중에 보여준 경찰의 모습은 무능했을 뿐만 아니라 신창원의 동거녀를 성폭행하는 등 그 행태

그런데 국가를 (민주적으로 조직하는 문제를 포함하여) 조직하고 관리·운영하는 문제가 바로 법규범의 문제이며²⁶⁾ 이를 담보하는 도덕·윤리규범의 문제임을 주의할 필요가 있다. 강국이면서 법규범의 준수가 엄하지 아니한 나라는 없다. 그리고 이러한 나라일수록 이를 담보하는 청렴·결백·정직·소명의식 등의 도덕·윤리규범이 강력하지 아니한 나라는 없다. 역으로 법의 형성·집행 등 운영과 관련하여 공사의 구별이 불분명하고 부정부패가 심한 나라일수록 강한 나라는 없다. 그리고 법규범의 문제가 그 나라나 그 사회를 조직하고 관리·운영하는 데 꼭 필요한 원리·원칙의 문제임을 주의할 필요가 있다. 법규범이란 그 나라 그 사회를 지도하여야 할 원리·원칙 가운데 꼭 필요하고 또 대단히 중요한 원리·원칙을 국가에 의하여 강제력을 지닌 원리·원칙으로 만든 것이 법규범이기 때문이다. 그 가운데서도 헌법은 가장 중요하고 기본적인, 우리 나라의 나아갈 목표·방향·조직 및 운영의 원리와 원칙 등을 천명한 법규범이다. 법규범이 아니면서도 나라를 지도하는 데 꼭 필요한 원리·원칙이 얼마든지 있을 수 있지만 법규범상의 원리·원칙마저 잘 지켜지지 아니하면서 원리·원칙이 잘 지켜지는 나라일 수는 도저히 없다. 우리 나라는 위기에 강한 나라라고 말한다. 위기시에는 (법규범이외의 요인인) 민족주의나 동포애 등으로 강력하게 뭉치게 만들기 때문일 것이다. 그러나 이것은 평시에는 나라가 강하지 아니하다는 것을 의미한다고 생각한다. 나라가 강하지 아니하다고 하는 것은 나약한 법규범의 문제에 귀결되는 것이라고 생각한다. 법규범의 문제라고 하는 것은 법전에 쓰여있는 법규범의 문제라기보다는 이 법규범을 운영하고 집행하며 준수하는 사람의, 즉 우리 모두의, 도덕·윤리규범의 문제에 귀결된다.

IV. 法規範 支持的인 道德·倫理規範

도덕·윤리규범과 관련하여 분석적으로 세 가지 종류의 법규범이 존재한다. 그 첫 번째의 것으로 법규범과 도덕·윤리규범이 일치하고 있는 경우라고 할까 법규범

가 善의 반대 개념으로 醜하기 까지 하였다. 나아가 정치 공동체의 생존과 안녕의 요충이라는 기준으로부터도 善을 定義하는 우리의 입장에서는 경찰이 무능하다는 사실 자체가 善과 대립되는 의미에서 醜한 것이 된다. 정치 공동체의 생존과 안녕과 경찰의 무능은 결코 양립될 수 없는 것이기 때문이다. 그렇다면 위의 사설의 제목은 우리 나라를 「추하고 약한 나라」로 부른 것이 된다고 생각한다. 우리가 지금 요구하는 것은 선한 사회·강한 국가인 것이다.

26) 논의의 출발점은 달라도 국가란 결국 법질서의 문제라고 보는 점에서 Hans Kelsen의 견해와 대단히 유사하다. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, trans. by Anders Wedberg, (New York: Russell & Russell, 1961), 181면 이하; Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, trans. by Max Knight, (Berkeley: University of California Press, 1970), 286면 이하 참조.

이 그 내용으로 삼아 범규범으로 강제하고 있는 것이 그 자체 도덕·윤리규범인 경우로서, 예컨대 살인죄나 절도죄 처벌법규의 경우에 살인하지 말아라 도둑질하지 말아라 하는 것은 법을 떠나서도 그래서는 안 되는 도덕·윤리규범인 것이다. 이러한 도덕·윤리규범을 다른 측면에서 바라보면 그 준수를 개인에게 맡기는 것만으로는 공동체 전체의 공동의 목표나 이익의 달성을 담보할 수 없다고 하는 경우에 공동체가 그 준수를 조직·관리·운영하는 경우라고 할 수 있다. 두 번째의 것으로는 범규범의 내용으로 하고 있는 바가 반드시 도덕·윤리규범이라고 할 수 없는 경우인데, 예컨대 도로법규, 건축법규, 그린벨트규제, 내부자거래금지를 포함하는 경제규제 등의 경우가 그것인데, 어떠한 길로 어떻게 가든 어떠한 건물을 어떻게 짓고 혹은 공장을 세우든 그 자체로야 도덕·윤리규범과 직접 관련이 없는 것이지만 공공의 이익 내지 필요성 때문에 법적 규율의 대상으로 삼고 있는 것이다. 세 번째로 경우에 따라서는 이전에는 선이라 생각되어 따랐던 도덕·윤리규범과 충돌하는 내용을 공공의 이익 내지 필요성 때문에 범규범으로 다스리는 경우도 있을 수 있는데, 예컨대 이전의 적서의 차별·축척·조혼이나 최근의 관혼상제의 법적 규제나 동성동본 혼인금지의 위헌 결정이 그것이다.

종래에 첫 번째와 두 번째의 문제에 관하여서는 법학에서 논의를 수많이 행하여왔다. 대체로 형법에서 규율하고 있는 범규범은 동시에 도덕·윤리규범이라고 할 수 있고 이러한 경우에는 범규범이 없더라도 그것이 왜 해서는 안 되는지 또는 왜 해야하는지 의문의 여지가 없고 따라서 도덕·윤리규범이 범규범을 지지하고 있는 경우라 할 수 있다. 세 번째 문제는 사회학에서 많이 다루어 온 주제라 할 수 있는데, 예컨대 강력한 범속(mores)에 반하는 범규제는 성공하지 못한다는 명제가 그것이다.²⁷⁾ 아마도 우리의 전통적이 관혼상제 규율법이라 할 수 있는 가정의례에 관한 법률에 대한 최근의 위헌결정²⁸⁾이라든지 더 최근의 공무원들의 축의금·조의금의 문제²⁹⁾는 이 명제를 증명하는 예가 될 것이라 생각한다. 그러나 동성동본 혼인금지에 대한 위헌결정³⁰⁾의 예라든지 적서의 차별·축척·조혼의 금지가 지금은 문제도

27) William Graham Sumner, *Folkways* (New York: Mentor Book, 1940). 이와 대체로 같은 맥락의 생각을 가졌다고 할 수 있는 것으로 엄청나게 큰 사회적 세력이나 사회규범에 대한 법의 무력 내지 한계를 논하고 있는 Iredell Jenkins, *Social Order and the Limits of Law* (Princeton: Princeton University Press, 1980); Antony Allott, *The Limits of Law* (London: Butterworths, 1980); Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* (Chicago: University of Chicago Press, 1991); Stephen C. Halpern, *On the Limits of the Law* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1995) 등 참조.

28) 헌법재판소 1998.10.15. 결정 (98 헌마 168).

29) 동아일보, 1999년 6월 30일자 「사실」 「빛얻어 잔치하란 말이나」 참조.

30) 헌법재판소 1997.7.16. 헌법불합치결정 (95 헌가 6).

되지 아니하는 것을 보면 위의 명제는 반드시 타당한 것으로 볼 수 없으며, 법속을 규제하는 법규범이라도 그것이 가치관이나 행태의 변화를 일으키는 데 이르게 되면 그것은 도덕·윤리규범의 변화까지 가져오는 것이라고 할 수 있을 것이다. 종래에 첫째와 둘째 법규범의 관계와 관련하여 두 번째 법규범도 오랫동안 시행하게 되면 원래는 도덕·윤리규범과 관련이 없던 법규범이라도 도덕·윤리규범화하는 경향을 볼 수 있다는 점을 인식하고 있었다. 예전의 야간통행금지라든지, 오늘날의 도로법규 및 내부자거래금지 등이 그러한 예가 될 것이다. 그러나 이러한 도덕·윤리규범화의 경향은 그것이 장기적·지속적·체계적으로 시행되는 경우에는 실은 세 번째 법규범의 경우에도 살펴볼 수 있음을 방금 지적하였던 것이다. 그리고 동성동본 금혼의 경우에는 장기적으로 진행된 도덕·윤리규범의 변화는 결국 법의 변화도 가져온 경우라고 할 수 있을 것이다.³¹⁾

이러한 점들은 위에서 제기한 무엇을 공공의 문제로 삼을 것이냐의 문제, 즉 무엇을 국가가 관리(또는 법으로 규제)하여야 할 사항으로 할 것이냐의 문제를 살핌에 있어서 반드시 고려하여야 할 요소들이라고 생각한다. 도덕·윤리규범이 뒷받침하여 주는 사항의 경우에 이를 법규범화하기는 상대적으로 쉽다고 할 수 있다. 그러나 공공의 이익이나 필요성이 큰 경우에는 도덕·윤리규범의 지지가 없는 경우에도 이를 국가의, 즉 법적인 규제사항으로 하여야 할 것이며, 경우에 따라서는, 특히 공공의 이익이나 필요성이 워낙 크다고 하는 경우에는, 기존의 도덕·윤리규범에 반하거나 이와 충돌하는 사항이라도 이를 국가적 규제의 대상으로 하여야 한다고 말할 수 있다. 다만 이러한 법규범일수록 뚜렷한 목표의식을 가지고 행하는 지속적·체계적인 범시행이 뒤따르지 아니하면 그러한 규제법은 거의 유명무실한 법규범으로 급속히 전화(轉化)할 우려(즉 경향)가 있다. 그리고 이러한 법규범일수록 이를 집행하는 공무원 등의 강력한 소명의식, 책임감, 청렴·결백, 공사의 준별 등(위에서 지정한 공과 사의 문제 가운데 ② 및 ③의 문제점)은 그 법규범 성공의 필수적인 전제조건이 될 것이다. 도덕·윤리규범과 직접 관련이 없거나 이와 충돌하는 경우뿐만 아니라 심지어 내용적으로 도덕·윤리규범의 지지를 받는 법규범의 경우(예컨대 절도, 사기, 횡령, 살인 등의 경우)까지도 그 시행을 담당하는 공무원들의 강력한 소명의식, 책임감, 청렴·결백, 공사의 준별의식 등이 뒤따르지 아니하고는 국가가, 즉 법이 제대로 설 수 없을 것임은 분명하다. 이것이 부정부패의 문제가 국가의 조직·관리·운영(즉 법치주의)에 치명적인 영향을 미치는 중대사항이 되는 이유이기도 하다.

유교부활론은 이러한 문맥에서 전개되어야 한다는 것이 우리의 생각이다. 그러므

31) Gerald Garvey, *Constitutional Bricolage* (Princeton: Princeton University Press, 1971) 참조.

로 우리 나라 사회의 필요성에 비추어 우리 나라 사회의 국가론·법치주의와 관련성을 가지지 아니하는 유교부활론이라면 그것은 고담준론에 그칠 것임에 틀림없을 것이다. 따라서 위에서 지적한 공과 사의 ①, ② 및 ③의 문제와 관련시켜 논의할 때 유교는 우리 나라 사회를 선한 사회로 만들기 위하여 대단히 유용하고 효과적인 처방이 될 수 있다고 믿는다. 문제는 아직도 우리 나라 사회를 유교사회라고 할 수 있겠느냐 하리만큼 과거에 우리 나라 사회를 선한 사회로 만들던 유교적 사회규범이 거의 사라진 이 마당에 그러하면 우리 나라 사람의 사분지 일이나 신봉하는 기독교의 윤리이면 왜 안 되겠느냐 하는 질문이 제기될 수 있으며, 따라서 기독교 윤리에 대하여도 위의 ①, ② 및 ③의 문제와 관련시켜 논의되어야 할 것이라는 점이다. 즉 기독교 윤리도 우리 나라 사회를 선한 사회로 만드는 데 충분히 유용할 수 있다. 그러나 우리 나라 사회를 선한 사회로 만드는 데 어느 것이 더 效果的일 수 있겠느냐 하는 점에서 유교적 사회규범이 기독교윤리보다 유리하리라고 믿는다. 그것은 우리의 傳來된 文化가 유교윤리에 대단히 친(親)한 때문이다. 따라서 유교윤리는 더 적은 사회적 자원의 동원과 노력으로도 우리 나라 사회를 지금보다 좀 더 선한 사회로 만들 수 있을 것이라고 믿기 때문이다.

무엇이 유교이나, 유교를 어떻게 정의할 수 있겠느냐 하는 문제는 대단히 어려울 뿐만 아니라 우리의 담론을 위하여 대단히 중요하다고 생각한다. 다만 유교의 정의는 워낙 대작업을 요하는 일이라 생각되기 때문에 이 곳에서는 이를 본격적으로 시도함이 없이 정의에 가름하여 몇 가지 문제를 중심으로 살펴보려고 한다. 그리하여 유교가 인륜을 중시하고 의리를 중히 여기라고 가르쳤다고 하여 혈연을 무엇보다 중시하라는 결론은 나오지 아니하며, 우리 나라 사회를 (선한 사회의 반대 개념으로 쓸 수 있는) 추한 사회로 만드는 데 기여하는 연고주의를 도덕적 윤리적으로 정당화할 수 있다고 생각되지도 않으며, 뇌물의 먹이사슬에 있어서의 “의리”를 도덕적 윤리적으로 정당화할 수 있다는 것은 더구나 아니다. 만약 이러한 경우의 혈연주의를 포함한 연고주의 및 “의리”를 유교적이라고 굳이 말한다면 한국은 아직도 유교적인 나라임에 틀림없을 것이다. 그러나 위에서 이미 언급한 바와 같이 우리 나라 사회를 선한 사회로 만드는 데 필요한 덕목(예컨대 권력 억제, 전체 공동체의 이익, 성실, 청렴·결백, 공직자의 소명감 등)을 가지고 이야기할 때 우리 나라 사회는 이미 유교적인 사회인지 의문이지만 우리가 우리 나라 사회를 선한 사회로 만들려는 구체적 실행계획이나 프로그램을 가지고 나아가려고 할 때 유교의 가르침으로부터 배울 수 있으며 이를 유용하게 그리고 효과적으로 활용할 수 있다고 믿는 것이다. 그리고 유교윤리이든 기독교윤리이든 인간은 선한 일(예컨대 이웃 사랑, 성실 등)을 위하여서도 이를 활용하고 동원하지만 악한 제도(예컨대 노예제도)를 정당화하기 위하여서도 이를 활용하고 혹은 동원한다는 점을 다시 한번 상기할 필요가 있다.

유교윤리가 우리 나라 사회를 선한 사회로 만드는 데 유용할 뿐만 아니라 효과적일 수 있다면 그러면 유교윤리를 어떻게 구체적 프로그램화할 것인가? 이러한 작업의 첫 번째는 우선 우리 나라 사회가 선한 사회로 되기 위하여 필요한 덕목을 밝혀서 지적해내는 일일 것이다. 이 작업을 위하여 진지한 지적 담론(intellectual discourse)이 필요하리라는 점도 분명하다고 생각한다. 가령 우리 나라 사회가 선한 사회이기 위하여 필요로 하는 덕목을 권력담당자(정치지도자)의 지도자로서의 인격, 공동체형성을 위한 협동정신, 염치지심(廉恥之心), 성실성, 정직, 청렴·결백이라고 하자. 그렇다면 이러한 덕목을 공자의 가르침 등 유교경전으로부터 배우고 가르치도록 우선 초등학교로부터 고등학교에 이르는 공교육과정에 단순한 경전 읽기의 프로그램이 아니라 이러한 덕목을 중심으로 한 체계적 유교교육 프로그램을 포함시켜야 하며, 나아가 학칙은 물론 단체나 단체 내규 및 행위지침 등에도 행동준칙화한 내용을 광범위하게 포섭시켜야 하리라 생각한다. 학교 등에서 배우고 가르치는 것이 바로 인격으로 체현되는 것을 담보하는 것은 아니지만 그 체현의 개연성은 높여주리라 생각한다. 정치지도자로서의 인격 내지 자질을 이야기하는 수신제가(修身齊家) 및 자기가 하는 일에 대하여 하늘을 들어 한 점 부끄럼없는 떳떳함(예컨대 愼獨) 등에 관한 가르침 등은 곧 떠오르는 우리 나라 사회가 필요로 하는 유교의 가르침이지만, 공동체형성을 위한 협동정신 등과 관련하여 공자가 군자는 화이부동(和而不同)인데 그러하지 못한 사람들은 동이불화(同而不和)라고 가르치고 있는 바는 가족 등 소집단이기주의(또는 패거리문화)를 조장하는 것이 마치 유교인양 생각하는 경향과 관련하여 의미심장하다. 아무튼 유교를 청산하여야 할 유산으로 생각할 것이 아니라 우리 나라 사회를 선한 사회로 재창조하기 위한 자산으로 활용할 것을 제안하는 것이다. 최소한 이러한 주장이나 작업을 하지 아니하고 우리 나라 사회를 유교사회라고 부른다는지 유교부활론을 이야기하는 것은 무책임한 일이라고 생각한다.

나아가 두 번째 작업으로 정치지도자나 공직자가 되고자하는 사람들을 위하여는 정약용의 목민심서가 필독서로 자리매김을 하여야 한다고 생각한다. 특히 장차 법의 형성·시행에 관여하게 될 판·검사 등을 기르는 법학교육과정에는 목민심서의 학습을 필수과목으로 하여야 하며 사법시험 및 행정시험 등의 경우에는 법률과목 못지 아니한 필수과목이 되어야 한다고 생각한다. 수많은 유교경전이나 저명한 유학자의 저술가운데 유독 목민심서를 주목하는 이유는 목민심서는 유학자가 유교적 시각에서 공직에 임한 공직자의 자세 등 법을 시행하는 사람의 바람직한 행위준칙(修身)을 상세하게 기술하고 있는, 이를테면 공직자를 위한 수신(修身) handbook과 같은 책이기 때문이다. 정약용은 정치지도자·공직자의 학문은 수신(修身)이 그 반이요 목민(牧民)이 나머지 반이라고 그 서문에 적고 있다. 그리하여 임명장을 받고 임지에 부임할 때까지의 행위지침으로 시작하여 공직자의 공직에 임하는 마음가짐(律己·奉

公·愛民)은 물론 이·호·예·병·형·공전 등 경국대전(典) 6전(典) 편별에 따른 업무지침을 기술하고 있다. 율기 조항의 하나로 정약용은 “청렴은 수령의 본무요, 모든 선의 근원이요, 덕의 바탕이니, 청렴하지 아니하고는 능히 수령일 수 있는 자는 일찍이 없었다.”³²⁾고 하고 있으며, 봉공 조항의 하나로 위에서 이미 인용한 바 있는 “법이란 군왕의 명령이다. 법을 지키지 않는다는 것은 군왕의 명령을 좇지 않는 것이 된다.”³³⁾는 것이며, “이(利)에 유혹이 되어도 안되며, 위협에 굴복해서도 안 되는 것이 법을 지키는 길인 것이다. 비록 상사가 독촉하더라도 받아들이지 않음이 있어야 한다.”³⁴⁾고 하고 있고, 형전과 관련하여 판사로서 재판에 임하여 “청송(聽訟)하는 근본은 성의를 다하는 데 있고, 성의를 다하는 근본은 혼자 있을 때도 조심하는데 있다.”³⁵⁾고 하고 있으며, “막고 가리워서 통하지 못하면 민정이 답답하여 지는 것으로서, 하소하려 오는 백성들이 부모의 집에 들어오는 것 같이 한다면, 이것이 어진 목민관이다.”³⁶⁾고 말하고 있다.

이상에서 인용한 몇 가지 예에서 보는 바와 같이 목민심서는 공직에 임하는 공직자의 마음의 자세와 행위규범 및 업무지침을 기술하고 있다. 이러한 공직자를 위한 유교적 덕목은 오늘날의 법규범의 형성·시행 등을 담당하는 사람을 위한 도덕·윤리규범, 즉 법치주의를 지지하는 도덕·윤리규범이 될 수 있다 혹은 적어도 그 기능적 대체물이 될 수 있다는 것이 우리의 주장이다. 그리하여 법치주의 및 이를 지지하는 도덕·윤리규범이 단순한 이상으로서가 아니라 우리를 실제로 규율하는 법규범 및 도덕·윤리규범이 될 때 우리 나라 사회는 선한 사회로 나아가는 한 걸음을 내어 디디게 된다고 생각한다. 사실 유교 가르침의 무게는 배운 사람·남을 다스리는 사람에게 향하여져 있다는 것이 우리의 유교 이해이다. 忠·孝가 유교 가르침의 중심이라고 하는 것은 오히려 정치적 편의주의적 해석³⁷⁾이고 군주(정치지도자)가 군주답고 스승이 스승다우며 부모가 부모다울 것을 가르친 것이 그 중심이라고 믿는 것이다. 이를 위하여 유교는 배우고(修學) 몸을 닦을 것(修身)을 강조하여 마치 아니하였던 것이다. 유교의 이러한 점은 서양 법치주의의 핵심이 일반 국민들에게 향하여져 있는 것이 아니라 권력담당에게 향하여져 있다(기본권의 존중·권력 분립의 원리·사법권의 독립·적법절차·준법정신 등)는 점³⁸⁾과 평행선을 긋고 있

32) 전계, 국역 목민심서 I, 83면.

33) 전계, 국역 목민심서 I, 167면.

34) 전계, 국역 목민심서 I, 169면.

35) 전계, 국역 목민심서 II, 361면.

36) 전계, 국역 목민심서 II, 364면.

37) 박 대통령 시절에 특히 충효사상을 강조하였던 사실은 이러한 예가 될 것이며, 북한에서의 “어버이 수령”이라든지 “대를 이은 충성” 등 각종의 구호에서 살필 수 있는 유교 사상의 강조는 그 극단적 사례가 될 것이다.

38) 崔大權, 英美法, 개정정보관 (서울: 박영사, 1991), 29-30면; 崔大權, 憲法學講義 (서울:

는 것이라고 생각한다³⁹⁾. 참으로 우리로 하여금 우리 나라 사회를 위하여 위기의식을 더욱 느끼게 하는 것은 우리가 이해하는 유교 가르침의 핵심 및 법치주의의 핵심이 우리들의 배운 사람, 자식을 기르고 가르치는 사람, 지도자인 우리의 힘있는 사람·권력담당자에게 결여되고 있다⁴⁰⁾는 인식 때문이다.

V. 맺는 말

산업화·도시화·세계화된 오늘날의 우리 나라 사회를 위하여는 法治主義가 우리 나라 사회를善한 사회로 만드는 대단히 중요한 條件이라는 점을 살펴 보았다. 법치주의는 우리 나라 사회의 공동체로서의 생존·번영을 위한 절실한 必要性 때문에 善인 것이다. 그러므로 법치주의와 연계시키지 아니한 채 행하는 선한 사회의 논의는 그것이 유교에 바탕을 둔 도덕·윤리규범이든 기독교윤리에 바탕을 둔 도덕·윤리규범이든 현실성 없는 이상론이거나 고담준론에 불과하다고 믿는다. ① 법규범은 처음부터 도덕·윤리규범을 내용으로 하는 것(예컨대 살인죄·절도죄의 법규정 등)이 있으며, ② 시초에는 도덕·윤리규범과 관련이 없는 법규범(예컨대 도로규칙 등 수 많은 행정법규의 경우처럼 강력한 공공의 필요성 때문에 태어난 법규범)이 존재하지만 이러한 두 번째의 법규범도 지속적·체계적으로 시행되는 경우에는 그러한 법규범도 도덕·윤리규범화하는 경향을 보여주고 있으며, 그리고 ③ 세 번째로는 이전까지 도덕적 혹은 윤리적이라고 생각되던 것을 강력한 공공의 필요성 때문에 이를 규율 또는 규제하는 법규범의 유형(예컨대 관혼상제의 법적규제 등)도 존재하지만 이 세 번째의 법규범도 지속적·체계적으로 시행되는 경우에 두 번째 유형의 경우처럼 도덕·윤리규범화의 경향을 볼 수 있다는 의미에서 법규범은 대체로 도덕·윤리규범(정의감 포함)을 그 내용을 한다고 할 수 있다. 나아가 법규범은 위의 어떠한 유형의 법규범이든 이를 시행하고 감시하는 공직자(경찰·검찰·판사포함)의 사명감, 청렴, 공정성 등의 공직 도덕·윤리규범을 전제로 한다는 의미에서도 도덕·윤리규범과 강력하게 관련되어 있음을 알 수 있다.

한편 법규범과 도덕·윤리규범의 관계는 산업화·도시화·세계화 등을 포함하는 社會變化의 시각에서 바라보아야 할 측면을 지니고 있다. 사회변화는 위에서 지적

박영사, 1998), 315-320면.

39) 崔大權, 전계 “우리 나라 公法史의 한 理解” 참조.

40) 그러한 사실이 주요일간 신문의 사설에서 까지 지적되고 있다. 동아일보, 1999년 7월 11일자 「사설」 「정치인도 사법절차 존중해야」 참조. 그리고 동아일보, 1999년 4월 5일자 이수형·하태원 기자 칼럼 「정치인은 法안지켜도 되나...법정 아예 안나타나」; 동아일보, 1999년 4월 8일자 유정수 「횡설수설」란 「권정달의원의 과태료」, 동아일보, 1999년 4월 17일자 하준우 기자 칼럼 「중고생 86% “지도층 法 안지킨다”」 등도 참조.

한 바와 같이 법치주의를 선한 사회의 조건으로 만들고 있지만 사회변화는 價値觀의 變化를 가져오고 가치관의 변화는 法規範의 變化를 가져오는 현상도 관찰할 수 있는 것이다. 위의 첫 번째 유형에 속한다고 할 수 있는 동성동본 금혼의 위헌결정이 그 대표적인 예라 할 수 있다. 간통죄나 낙태죄를 거의 범죄시하지 아니한다든지 간통죄를 비법화하자는 움직임 등은 또 다른 예라 할 수 있을 것이다. 위의 두 번째 및 세 번째 법규범 유형의 도덕·윤리규범화 현상도 실은 관련된 가치관의 변화의 결과라 할 수 있다. 특히 세 번째 유형의 법규범과 관련하여 지속적·체계적인 강력한 집행이 따르지 아니하거나 관련된 사회변화·가치관변화를 가져오지 아니하거나 못하는 경우에는 법규범이 실패하거나 살아지는 경향도 있다. 가정의례에 관한 법률의 위헌결정이 그러한 예이다.

이러한 법규범과 도덕·윤리규범의 관계는 법질서를 국가와 동일시하는 시각에서도 살펴볼 수 있다고 생각한다. 국가란 정치공동체 전체가 관련된 공공의 목표나 이익의 실현을 조직·관리·운영하는 문제이며, 그리고 이러한 국가를 조직·관리·운영하는 문제는 바로 법 문제이기 때문이다. 그러한 만큼 법규범의 문제는 어떠한 사항을 국가의 관할 내지 규제 사항으로 하여야 하며 어떠한 사항을 개인이 관심을 가지거나 관여할 사항으로 하여야 하느냐의 문제를 포함하고 있다. 그런데 법규범의 문제가 단순히 국가 대 개인 차원의 문제만이 아니라 법규범 대 도덕·윤리규범 차원 내지 측면의 문제를 포함하고 있다는 점이 중요하다. 즉 국가 영역 및 사적 영역을 가로질러 법이 담당할 영역 및 도덕·윤리규범이 담당할 영역의 문제를 포함하고 있는 것이다. 말할 것도 없이 도덕·윤리규범으로부터 자유스러운 국가영역이나 사적 영역은 없다. 국가를 구성하는 것도 그리고 국가를 조직·관리·운영하는 것도 결국 사람이기 때문이다. 그러므로 최근의 유행어인 규제완화가 능사가 아니라 규제대상인 사람도 규제담당 공무원도 얼마나 도덕적·윤리적이냐가 동시에 문제인 것이다. 국가를 잘 조직하고 잘 관리·운영하는 문제는 우리에게선 선(善)의 문제가 되는 까닭이다.

<Abstract>

The Prerequisites of Good Society: Dialogue for the Rule of Law

Dai-Kwon Choi*

What is good society? How do you define it? At the outset, we are reminded of the Neo-Kantian proposition that a normative statement can proceed only from another normative statement, not from a factual statement. We assume that there are two ways in which good society is defined. One is to start from moral dictates such as Christian “neighborly love,” human dignity, or Confucian filial duty which everyone would readily accept as good and thus over whose moral goodness nobody casts a doubt. Another way is to start from communal necessities for survival or betterment. For example, what is necessary for communal survival in a wartime situation is a strong-case standard by which to define goodness. Weber’s “Protestant ethic” is doubly good since it is from Christian teachings and also instrumental in the rise of Capitalism. It became clear under the present IMF bailout financing regime that “transparency” in business transactions and corporation accountings is good for Korean world market survival. From the same perspective the rule of law is reappreciated as necessary and thus good for Korean economic and political betterment.

Traditionally in Korean society, the law is equated with penal law, which is repressive in its nature. The law is needed to the extent that it combats what is bad. Otherwise, it has nothing to do with what is moral-ethical. Thus a good neighbor is still perceived as “one who can live without the law.” In this stereo-typed dichotomy the law is perceived as earthly and distasteful, and talks about what is good conjure up things moral-ethical and ethereal alone. The kind of dichotomy, however, should be discarded for Korean society to be good. In a large measure the law should be made moral-ethical in its contents. At least it should and can be justified in moral-ethical terms including the sense of justice. Otherwise, the law can be repressive and irrelevant, even

* Professor of Law, Seoul National University

disfunctional, for good society. The law for its success depends absolutely on the morality and ethical standards of both the citizens and the officials who legislate and enforce it. Naturally, the rule of law cannot be the rule of law unless it is morally-ethically supportable.

Many still think Korean society Confucian. The first question is a definitional one, what is Confucian? Confucianism encompasses many different things including views on cosmos and society, and ethical teachings for the rulers and for proper human relations. Both the most brutal dictators and the most enlightened enlist Confucian teachings for their respective benefit and purpose. For our discourse, their power-restraining elements are the core of Confucian teachings. The second question is “is Korean society still Confucian?”, although we believe it had been no doubt Confucian in the past. Confucian generations after generations passed away from the social scene while a systematic instruction in things Confucian has long ceased to be conducted in the prevailing formal educational institution. Moreover, Confucian teachings are relegated largely irrelevant to the industrialized, urbanized and globalized contemporary social life in terms of providing pertinent specific rules and regulations to deal with such newly emerged human relations as labor-management, stockholders-management, consumers-producers, developers-environmentalists, and netizens. Confucian revivalism alone sounds empty unless it comes up with workable concrete programs and ideas of Confucianized norms and standards to meet the needs of specific contemporary human relations and situations.

After all, the law comes to play an increasingly important and bigger role in the contemporary world. The dichotomous dialogues do not help the law's contemporary roles; the law ought to be made morally-ethically justifiable. The law is run by human beings; it cannot work as a fair system of justice and utility as expected unless human beings, especially officials, who run it are moral-ethical. Good parts of Confucian teachings, for example, power-restraining elements, fair-mindedness, sincerity and honesty in official conducts, can be revived through formal instructions and tests to meet the kinds of moral ethical needs of the people for running the functioning law. For the purpose, Confucian teachings are probably more facilitating than Christian ethic, only because Korean culture is definitely more friendly to the former than the latter, even though a quarter to a third of the Koreans are presently Christian.