

마이클 오크숏: 시민결사와 법의 지배

김비환 교수 (성균관대학교 정치외교학과: 정치철학)

● 개요

오크숏은 관념론을 독창적으로 재구성했고, 역사주의, 실증주의, 실용주의를 거부했다. 시민결사와 기업결사라는 두 가지 결사형태를 이론화했으며, 근대 유럽의 정치사를 이 둘 사이의 상보적인 긴장관계로 재해석했다. 기업결사가 특수한 목적을 중심으로 결합한 결사라면 시민결사는 법의 권위에 대한 공동의 승인에 입각해 있다. 오크숏은 시민결사가 근대인들의 도덕적 특성(자율적 개인)에 적합한 질서라고 생각했지만 실제로는 기업결사의 성격이 두드러지게 나타났다고 분석했다. 그는 집단적 대화 혹은 심의를 정치의 주된 이미지로 제시했는데, 특히 시민들 사이의 관계를 규제하는 공적인 규칙체계의 바람직함 여부를 검토·수정하는 심의를 정치의 고유한 의미로 규정했다. 오크숏은 주로 보수주의자로 통하지만 자율적인 개인을 찬양했고 법의 지배 아래서 개인들이 얼마든지 새로운 것을 실험할 수 있다고 보았다. 그에게 보수주의는 주로 친숙한 것을 선호하는 성향을 의미한다. 그에게 정치란 철학, 예술, 시, 과학과 같은 문명 활동들을 보호하는 역할을 수행하는바, 목적지도 없이 망망대해에 떠 있는 배의 균형을 잡는 행위로 이미지화된다. 그는 근대성과 다원주의를 지지했지만 근대 합리주의의 병폐에 대해서는 가차 없이 비판했다.

● 생애

오크숏은 1901년 12월 11일 잉글랜드의 켄트에서 우체국장이었던 아버지와 간호사 어머니 사이에서 둘째 아들로 태어났다. 그는 진보적인 남녀공학 세인트 조지 학교(St. George School)에 다녔으며, 교장인 그랜트(C. Grant) 목사에게서 철학과 신학을 배웠다. 1920년에 케임브리지의 곤빌 앤 키스 칼리지(Gonville and Caius College)에 진학해 역사를 전공했는데, 맥타가트(J. M. E McTaggart)의 철학개론을 수강하기도 했다. 졸업 후에는 독일의 마르부르크대학교와 튀빙겐대학교 대학원에 진학하여 철학을 공부했다. 귀국 후 잠시 영어선생으로 일한 뒤 곤빌 앤 키스 칼리지로 돌아와 연구와 강의를 계속했다. 오크숏은 러셀과 비트겐슈타인의 동시대인이었지만 그들의 실재론(realism, 인식 주체와 독립된 외부의 실재가 존재한다고 보는 입장)에 동조하지 않았고 오히려 옥스퍼드의 헤겔주의자 브래들리와 깊은 교감을 나눴다. 1933년에는 최초의 주저 『경험과 그 양상들』을 출판했다. 2차 세계대전 중 정보장교로 참전한 뒤 케임브리지로 돌아온 오크숏은 『케임브리지 저널』을 간행했으며 뛰어난 강의로도 명성을 날렸다. 1951년 런던정경대학(LSE) 정치학부의 학장으로 취임하여 성공적으로 학과를 이끌었다. 1966년에 영국학술원 회원이 되었으며 1968년에 은퇴했다. 오크숏은 영국 남부의 도시에 있는 오두막집에서 아내인 크리스텔과 여생을 평온히 보내다 1990년 12월 12월 19일에 사망했다. 그는 인식론, 역사철학, 교육철학 그리고 무엇보다 정치철학에서 큰 업적을 쌓았다.

● 주요 저술

Experience and Its Modes. Cambridge University Press. 1933.

'Rationalism in Politics' and Other Essays. Indianapolis: Liberty Fund Press. (초판 1962. 확장 개정판 1991)

On Human Conduct. Oxford university Press. 1975.

Religion, Politics and the Moral Life. Edited by T. Fuller. Liberty Fund Press. 1993.

Morality and Politics in Modern Europe: Harvard Lectures. edited by Shirly Robin Letwin. Yale University Press. 1993.

The Politics of Faith and the Politics of Scepticism. Edited by T. Fuller. New Haven: Yale University Press. 1997.(박동천 역. 『신념과 의심의 정치학』. 모티브북. 2015)

'On History' and Other Essays. with a Forward by T. Fuller. Liberty Fund Press. 1999.

Hobbes on Civil Association. Liberty Fund Press. 2000.

The Voice of Liberal Learning. Liberty Fund Press. 2001

The Concept of A Philosophical Jurisprudence: Essays and Reviews 1926-52. Edited by L. O'Sullivan. Imprint Academic. 2007.

머리말

오크숏은 20세기를 대표하는 영국의 철학자 겸 정치사상가다. 1990년 이전까지 그의 정치사상은 주로 이데올로기적인 관점에서 연구되었다. 즉 그가 보수주의자인가 아니면 자유주의자인가 하는 문제가 주된 관심사였다. 하지만 1990년에 프랑코(P. Franco)가 『마이클 오크숏의 정치철학』을 출간하면서 그의 철학과 정치사상을 유기적으로 통합시켜 이해하려는 새로운 경향이 대두했다.¹⁾ 특히 1999년에 결성된 '마이클 오크숏 협회'는 이런 연구 경향을 더욱 확산시켜 그 동안 이데올로기적 해석에 의해 굴절되어온 그의 정치사상을 새롭게 이해할 수 있는 토대를 마련했다.

이들의 연구를 통해 (정치)합리주의 비판과 시민결사 이론 등 오크숏 정치사상의 전반적인 내용은 물론, 그의 철학이 지닌 근대적 성격 및 회의주의적이고 非토대주의적인 성격도 분명히 드러났다.²⁾ 또한 그의 초기 사상을 전체적으로 규정하고 있는 관념주의 철학과 후기에 두드러지게 나타나는 회의주의 사이의 관계도 해명되었으며, 그의 교육철학과 정치사상이 맺고 있는 연관성 및 그의 정치관이 지닌 심의민주주의적인 성격도 조명되었다. 그리고 종교와 시에 관한 오크숏의 견해가 그의 철학과 정치사상과 맺고 있는 구조적 연관성도 깊이 있게 연구되어 오크숏의 철학과 사상

에 대한 전반적인 이해가 가능하게 되었다.

그럼에도 오크숏이 가장 크게 기여한 분야들 중 하나가 정치철학 혹은 정치사상이라는 데는 별로 이견이 없다. 따라서 그의 사상체계 전반을 이해하는 데 정치사상만큼 좋은 출발점이 없다. 이런 문제의식을 가지고 이 장에서는 오크숏의 정치사상과 철학적 관념론의 관계를 간략히 살펴본 후, 그의 정치합리주의 비판, 결사이론, 법의 지배 이론을 차례로 설명한다. 그리고 끝으로 그의 정치사상이 지닌 보수적 성격과 진보적 성격의 관계를 검토함으로써 관례적인 이데올로기적 연구의 한계를 비판하고, 정치에 관한 그의 관점이 홉스에게서 영향을 받았다는 점을 지적한다.

정치사상의 철학적 토대

1933년에 철학적 주저 『경험과 그 양상들』을 발표한 후 오크숏은 크게 세 가지 목표를 가지고 정치생활을 연구했다. 첫째는 인간의 전체적인 경험세계-곧, 문명-에서 정치의 위상과 의미를 확인하는 한편 정치철학 개념을 확립하는 것이고, 둘째는 근대의 합리주의와 이데올로기정치를 비판하는 것이었다. 그리고 셋째는 인간행위에 대한 이론적 고찰에 입각하여 시민결사(civil association)와 기업결사(enterprise association)를 대비시켜 고찰하고, 이 두 가지 결사형태를 활용해 근대 유럽 국가의 성격을 설명하는 것이었다.

하지만 이 세 가지 목표는 서로 밀접한 관계를 맺고 있기 때문에 그것들을 서로 분리시켜 연구하게 되면 그의 정치사상이 지닌 체계성과 통일성을 간과하기 쉽다. 표면적으로는 『경험과 그 양상들』이 그의 정치철학이나 정치이론과 무관하게 보일 수도 있지만 이 책에서 펼쳐진 그의 관념론 철학은 그의 정치사상에 통일성을 부여해준다.

『경험과 그 양상들』은 당대에 유행했던 역사주의, 실증주의, 실용주의에 맞서 헤겔주의적 관념론을 독창적으로 옹호한 책이다. 이 책에서 그는 경험의 총체성(혹은 경험 자체)을 어떤 조건이나 전제도 없이 완벽하게 이해하려는 철학과, 경험의 총체성을 특정한 조건과 전제 위에서 제한적으로 이해하고자 하는 ‘경험의 양상’(modes of experience)을 구분하고, 대표적인 ‘경험양상’으로 역사, 과학, 실천을 제시·설명했다. 역사, 과학, 그리고 실천은 각각 독자적인 가정과 전제 위에서 고유한 지식체계를 발전시키지만, 경험의 총체에 대한 무조건적이고 만족스런 이해를 포기한다는 점에서 철학과 구분된다. 그럼에도 각각의 지식체계(=관념세계)는 자체의 고유한 가정과 전제 위에서 보다 만족스러운 지식(=정합적인 지식체계)을 추구한다는 점에서 철학적인 충동을 내포하고 있다.

『경험과 그 양상들』이 오크숏의 정치사상에 대해 갖는 중요성은 두 가지다. 하나는 관념론이 갖는 중요성이며, 다른 하나는 철학 개념의 비판적이며 회의주의적인 성격이다. 전자는 당시에 흥기하고 있던 논리실증주의와 달리 개인과 현상들을 개별

적이고 분리된 실체들로 간주하지 않고 보다 큰 전체의 일부로 통합시켜 이해한다. 논리실증주의는 인간 주체의 의식과 독립적으로 존재하는 외부의 객관적 실재가 존재한다고 보는 케임브리지 실재론(Cambridge realism)을 수용하고, 과학적인 실험과 검증을 통해서만 의미 있는 지식 혹은 진리가 확인된다고 보는 (진리에 관한) 조응이론(correspondence theory of truth)을 지지한다.³⁾ 반면에 오크숏이 지지하는 관념론은 모든 경험은 사유이며, 사유와 독립된 객관적인 실재는 없다고 본다. 다시 말해 인간의 의식적 이해를 통해서만 경험이 성립되며, 인간의 경험과 따로 존재하는 객관적인 실재는 존재하지 않는다고 본다. 따라서 세계는 경험(사유된 것)의 총체이며, 이 경험의 총체성을 완전히 그리고 만족스럽게 이해하는 것이 철학이고, 제한된 관점에서 수립된 특수한 지식이 경험의 양상이다.

오크숏의 관념론은 정치철학과 밀접한 연관성이 있다. 관념주의는 모든 개별적인 경험을 보다 포괄적인 맥락에서 유기적으로 이해하도록 유인한다. 예를 들어, 개인을 포괄적인 사회적 맥락에서 이해하도록 이끌으로써 국가와 정치에 관한 특수한 관념을 갖게 한다.

또한 오크숏의 철학 개념은 몽테뉴의 회의주의와 함께 오크숏의 정치사상에 회의주의적인 분위기를 조성한다. 오크숏에게 철학은 경험의 총체성에 대한 무조건적이며 만족스러운 이해를 추구하는 사유방식인 동시에, 역사, 과학, 실천과 같은 경험양상들의 조건적이며 제한적인 성격을 비판하는 사유방식이다. 철학의 근본 비판적인 성격은 다양한 지식체계의 모순과 제한성을 비판하는 파괴적 경향으로 발현된다. 근대 합리주의 및 이데올로기정치에 대한 오크숏의 비판도 철학의 파괴적이고 회의적인 성격을 반영한다.

오크숏의 철학 개념에서 보면 정치적 사유는 비판성의 정도에 따라 세분화될 수 있다. 즉, 정치철학은 정치적 삶에 관한 가장 비판적이며 체계적이고 포괄적인 사유방식이고, 정치이론은 인간의 도덕적 특성에 관한 특정한 가정이나 전제에 입각하여 정치적 삶의 의미를 체계적으로 설명하는 사유 활동이다. 그리고 정치적 삶에 관한 특수한 신념체계인 정치이데올로기는 비판적 성격이 가장 약한 사유 활동이며, 정치뉴스는 일상적인 정치현상을 대중에게 알리는 사유 활동이다. 오크숏에게 정치사상(political thought)은 정치뉴스를 제외한 세 가지 사유방식을 포괄하는 개념이다. 근대 합리주의에 대한 그의 비판은 정치철학적 사유방식을, 그리고 그의 결사이론은 정치이론에 속한다.

오크숏에게 정치철학은 우리가 이미 어느 정도 이해하고 있는 정치적 삶의 의미를 보다 완전하고 만족스럽게 이해하려는 지적 활동이다. 정치철학의 목표는 정치생활에 대한 불완전하고 제한된 이해를 보다 완전하고 만족스러운 이해로 발전시키는 데 있지, 이상사회에 대한 특수한 비전을 제시하고 그에 따라 세계를 개혁하는 데 있지 않다. 철학은 그런 의도도 능력도 없다. 정치철학은 특수한 경험양상인 실천(practice)을 다루기 때문에 실용적 목적을 추구해야 한다고 주장되곤 하지만, 그것이 목표로 삼는 것은 정치생활에 대한 보다 철저하고 만족스러운 '이해'이다. 정치생활을

개혁하고자 한다면 정치이론이나 이데올로기 수준에서 생각해야 한다. 따라서 오크숏의 정치철학이 비실천적이라고 비판하는 것은 정치적 사유의 다양한 수준을 구분하는 그의 입장을 제대로 이해하지 못한 소치이다.

정치합리주의 비판, 전통, 그리고 정치

정치철학 개념을 정립한 오크숏은 르네상스 이후 유럽문화의 주된 특징이 된 합리주의와 이데올로기정치를 비판한다.⁴⁾ 합리주의는 데카르트 시대에서부터 프랑계몽주의에 이르는 시기에 확립된 지적 경향으로서 정치·경제·교육 등 모든 삶의 영역에 침투했다. 따라서 근대적인 정치양식을 정확히 이해·비판하기 위해서는 합리주의를 분석할 필요가 있다.

근대 합리주의는 이성이 설명할 수 있거나 이성이 구성한 원칙들만을 참된 지식으로 간주한다. 합리주의자는 구체적이고 풍부한 경험들을 추상적인 몇 가지 원칙들로 축약시키며, 과거와 전통을 이성에 대한 장애물로 간주하는 경향이 있다. 합리주의자에게 인간의 의식은 과거의 기록(과거 혹은 전통)을 지워버리고 새로운 것을 다시 쓸 수 있는 흰 철판과 같다. 행위의 차원에서 보면 이것은 이성이 행위의 목표를 제시하면 행위가 그것을 이행하는 것과 같다.

합리주의는 지식을 두 종류로 분류한다.⁵⁾ 하나는 규칙이나 원칙으로 명시할 수 있는 기술적인 지식(technical knowledge)이고, 다른 하나는 구체적인 행위로만 발휘될 수 있는 실천적 지식(practical knowledge)이다. “이 두 종류의 지식은 인간의 모든 활동에 포함되어 있으며, 구분할 수는 있지만 분리시킬 수 없다.” 요리, 그림, 음악, 시, 그리고 심지어 과학에서도 이 두 종류의 지식은 함께 활용되며, 정치의 영역에서도 마찬가지다. “모든 곳, 특히 정치활동에서는 더욱 더, 기술적 지식과 실천적 지식은 분리할 수 없으며, 어떤 곳에서도 이 두 가지 지식들은 동일하지도 서로를 대체할 수도 없다.”

두 가지 지식의 근본 차이는 지식이 표현되고 학습되는 방식에 있다. 기술적 지식은 규칙, 원리, 지시 그리고 격언들과 같은 명제로 표현하기 쉽기 때문에 확실해 보인다. 반면에 실천적 지식은 구체적인 행위-예컨대, 감식·감별 행위-를 통해 표현되기 때문에 부정확하고 불확실하게 보인다. 또한 기술적 지식은 서적을 통해 학습될 수 있는 반면, 실천적 지식은 도제/마스터 관계에서처럼 구체적인 행위를 통해 전승되고 습득된다.

하지만 기술적 지식의 확실성과 완전성은 환상에 불과하다. 왜냐하면, 요리책만 보고 만든 요리는 신통치 않듯, 기술적 지식은 경험을 통해서만 습득할 수 있는 실천적 지식으로 보완되어야 완벽한 지식이 될 수 있다. 다시 말해, 기술적 지식과 실천적 지식은 완전한 하나의 지식을 이루는 상보적인 지식들이다. 하지만 합리주의는 기술적인 지식만을 완전한 지식으로 규정하고, 그 지식에 입각하여 현실을 개조하려든

다.

오크숏에 따르면, 정치야말로 17세기부터 20세기 중반에 이르기까지 합리주의의 세례를 가장 많이 받은 영역이다. 이 시기에 정치행위의 전통과 관행들이 이데올로기에 자리를 물려주었다. 다시 말해 오랜 시간을 통해 형성된 전통에 따라 수행되던 정치가 합리적인 기획에 따라 수행되는 이데올로기정치가 되었다. 그 결과 신중한 “수선의 정치”(politics of repair)가 대담한 “파괴와 창조적 정치”로 대체되었다.

전통에 담겨있는 합리적인 요소만을 추출하여 구성한 이데올로기에 따라 행동하는 합리주의자는 정치를 일종의 문제해결의 테크닉으로, 다시 말해 의식적으로 설정한 목표를 추구하는 사회공학으로 간주함으로써 합리주의 정치를 탄생시켰다.

합리주의 정치는 완전의 정치(politics of perfection)와 획일성의 정치(politics of uniformity)를 지향한다. 이 두 가지는 함께 합리주의 정치의 본질을 이룬다. 합리주의자는 정치를 문제해결로 생각하는 동시에 모든 정치적 문제에는 ‘완전한’ 해결책이 있다고 본다. 그리고 완전의 정치가 가능하다는 믿음으로부터 획일성의 정치가 도출되는데, 획일성의 정치는 최선의 통치형태가 존재한다는 믿음으로 표현된다. 이렇게 해서 합리주의 정치는 인간 행위에 획일적인 조건을 부과한다.

오크숏에 의하면 근대 유럽사는 합리주의적인 정치기획으로 얼룩져왔다. 이 중에는 인류를 무지, 빈곤, 분열, 죄악 그리고 비참으로부터 해방시켜줄 수 있는 세계협약에 대한 오웬(R. Owen)의 기획이 있는데, 이것은 합리주의자들마저도 상도를 벗어난 것으로 생각할 만큼 웅장한 것이었다. 하지만 정도의 차이는 있을지언정 후속 세대도 정치합리주의를 지향했다. 사회를 인권선언 위에 구축하고자 하는 시도나, 민족 자치원리나 인종자치의 원리들, 그리고 비버리지 보고서 등은 모두 합리주의 정치의 후예들이다.

정치합리주의는 특히 두 가지 측면에서 악영향을 끼친다. 첫째는 지식의 본질에 관한 오해를 불러일으켜 정신의 퇴보를 초래한다. 이데올로기에 충실하면 할수록 정신이 퇴보하고 지적인 불성실함이 발생한다. 합리주의자는 실천적 지식을 무시할 뿐만 아니라 그것을 파괴하기 때문에 올바른 교육을 시킬 수 없다.

둘째는, 정치합리주의를 수용한 사회는 점점 더 합리주의적인 교육 형태를 취하게 되어, 포괄적인 지식-실천적 지식을 포함한 지식-을 전수해줄 수 없다.

오크숏이 ‘전통’을 중요한 철학적 범주로 부각시키게 된 것은 합리주의 정치와 교육에 대한 이와 같은 부정적인 인식에 기인한다. 전체로서의 실천-이론적 지식으로 추상화되기 이전의 경험 전체-이 이론보다 앞서 존재한다면, 특수한 행위는 그것이 의미를 갖게 되는 전통이나 관행(idiom)에 근거를 두고 있다고 보아야 한다. 행위는 시행착오를 거치는 가운데 전통과 관행에 익숙해지며 적절한 행위의 기준들을 습득한다. 이런 관점에서 보면 ‘합리성’ 개념 또한 개별적 행위가 속하는 관행의 정합성을 보존하고 증대시키는 행위의 특성을 의미한다.

합리주의정치에 대한 비판 및 실천적 합리성에 대한 옹호는 오크숏이 긍정적으로 생각하는 정치관을 암시해준다. 그에 의하면 정치는 이미 존재하고 있는 행위의 전통 속에서 수행되는바,

“[전통] 속에 암시되어 있는 것을 탐색하고 추구함으로써 기존의 질서를 수정하는 형식을 띤다.”⁶⁾ 그리고 ‘암시의 추구’가 정치의 근본 특성이라면, 정치활동은 개방적인 대화를 본질적인 요소로 삼을 수밖에 없다. 왜냐하면, 전통이나 관행 속에 ‘암시되어 있는 것’은 어떤 명확한 방향을 지시하거나 자명한 내용을 지녔다고 단정할 수 없기 때문에 지속적인 대화를 통해 끊임없이 탐구될 필요가 있기 때문이다. 끊임없이 계속되는 개방적인 대화로서의 정치를 오크숏은 다음과 같이 이미지화한다.

정치활동에서 인간은 끝없고 바닥도 없는 바다를 향해 한다. 거기에는 대피를 위한 피난처도 없고 닻을 내릴 수 있는 바닥도 없으며, 출발지도 지정된 목적지도 없다. 그 기획[정치활동]은 바다위에 평평하게 떠 있는 것이다. 바다는 친구이기도 하고 적이기도 하다. 그리고 항해술은 전통적인 행위방식의 자원들을 사용함으로써 모든 적대적인 상황을 친구로 만드는 것이다.⁷⁾

정치에 관한 지식은 바로 이와 같은 정치적 행위의 전통에 관한 지식이다. 이 전체 전통을 알지 못한 채 ‘서적’에 담겨 있는 추상적인 이론만을 가지고 정치를 하는 것은 마치 항해에 대한 이론적 지식만을 가지고 거친 바다를 항해하는 것과 같다. 안전한 항해를 위해서는 기상상황의 변화에 적절히 대처할 수 있는 경험적 지식이 필요하듯, 올바른 정치 또한 구체적인 상황 속에서 어떻게 대응하는 것이 최선인가를 시사해주는 정치전통에 대한 지식을 필요로 한다. 그리고 정치적 행위의 전통을 아는 것은 그 전통을 매우 상세히(in detail) 구체적으로 아는 것이며, 추상적인 관념들을 아는 것이 아니라 “생활의 구체적이고 응축된 양식을 그 모든 미묘함 가운데” 아는 것이다.⁸⁾

오크숏은 정치전통을 더 철저히 이해하면 할수록 전통의 자원들을 더 손쉽게 활용할 수 있으며, 무지와 방심의 결과로 야기될 수 있는 몇 가지 환상들로부터 자유로워질 수 있을 것으로 본다. 첫째, 정치에서는 행위의 전통이 없어도 잘 해나갈 수 있다는 환상으로부터 자유로울 수 있다. 둘째, 전통의 축약(추상화)이 정치를 잘 인도할 수 있다는 환상으로부터 자유로울 수 있다. 셋째, 정치에서는 어딘가에 안전한 정박지가 있고 도달해야할 목적지가 있으며, 확인할 수 있는 진보의 방향이 있다는 환상으로부터 자유로울 수 있다.

오크숏은 전통이 이미 개혁을 위한 가치판단의 근거들을 내포하고 있으며, 심지어 내재적 비판을 통해 전통 내부의 오류와 부정합성을 교정해갈 수 있는 자원을 가지고 있다는 본다. 비록 ‘나쁜’ 전통이 존재할 지라도 그 전통 내부에는 ‘좋고’ ‘바람직한 것’도 존재할 가능성이 크다. 왜냐하면 오크숏이 강조하듯, 전통은 서로 정합적이지 않은 다양한 요소들로 구성되어 있으며 수많은 암시들로 가득 차 있기 때문이다.

시민결사와 기업결사

『인간행위론』에서 오크숏은 시민결사를 기획결사(혹은 목적결사)와 대비시켜 설명한다. 이 두 가지 결사는 현존하는 결사들을 묘사한 것이 아니라 그것들을 의미 있게 이해하기 위한 이상형들이다. 오크숏은 이 두 가지 결사를 대조시킴으로써 근대 유럽 국가의 성격을 분석한다. 그에 의하면 유럽의 근대 국가는 시민결사와 기업결사의 양 극단 사이에서 때로는 시민결사에 가깝게 때로는 기업결사에 가깝게 접근했다.

먼저 기획결사는 공동의 목적을 추구하기 위해 구성된 결사다. 기획결사의 구성원들은 공동의 신앙을 전파하거나 특정한 상품을 생산하기 위해 모인 파트너들일 수도 있고, 공동의 대의나 탐험을 위해 혹은 공동의 적에 대항하기 위해 모였을 수도 있다. 목적의 다양성에도 불구하고 이 결사들은 단일한 공동의 목적을 추구한다는 점에서 공통성이 있다.

기획결사는 “목적을 추구하기 위한 경영”을 주된 활동으로 삼는다. 기획결사는 시시각각 변하는 상황에서 공동의 목적을 달성하기 위해 결정을 내려야 하는데 이런 경영활동이 곧 정치다.

기획결사는 장기적인 존속을 위해 공동의 규칙이나 제도-약관, 규칙서, 충성서약, 가입과 탈퇴의 조건, 임무에 따른 규정집 등-를 필요로 한다. 이 규칙들은 몇 가지 특징이 있다. 첫째, 그것들은 기획결사의 정체성을 규정하지 않는다. 기획결사의 정체성은 구성원들이 공유하는 공동의 목적이나 이익을 통해서만 규정되기 때문이다. 둘째, 그것들은 기획결사의 목적을 촉진 또는 저해하는가에 따라 적합성이 평가된다. 셋째, 그것들을 준수한다고 해서 기업의 목적이 자동적으로 달성되는 것도 아니며, 그것들을 지키지 않는다고 해서 기업결사가 해체되는 것도 아니다. 기업결사의 규칙들은 단지 특수한 목적을 추구하는 데 필요한 도구에 지나지 않는다.

시민결사는 기업결사와 달리 특수한 목적을 추구하지 않는다. 그것은 특수한 규칙들의 권위를 승인하는 사람들이 모인 결사다. 시민결사의 구성원들은 그들 사이의 관계를 규제하는 공적인 규칙체계의 권위를 인정하는 하는 한, 삶의 목적을 자유롭게 정하고 추구할 수 있다. 같은 목표를 추구하는 사람들끼리 모여 기업을 세울 수도 있으며 종교단체와 이익단체를 조직할 수도 있다. 하지만 그런 목적을 추구하는 과정에서 반드시 추가적인 규칙들을 준수해야 하는데, 그 규칙들은 바람직한 시민관계를 유지하는 데 필요하다. 따라서 시민결사는 시민들 사이의 바람직한 관계를 규정하는 추상적인 규칙들의 권위를 승인하는 사람들의 결사체로 정의할 수 있다.

시민결사는 시민들 사이의 특수한 ‘관계양식’(practice)에 기반을 둔 결사라고 할 수도 있다. 시민결사의 구성원들은 각자 특수한 목적을 추구하는 과정에서 다른 시민들의 권리를 침해하지 말아야 한다는 추가적인 규칙들을 준수해야 한다. 그런데 시민들이 다른 시민들의 권리를 존중하면서 행동하게 되면 시민들이 서로를 자유롭게 평등한 존재로 대우하는 특수한 관계-곧 시민적 관계-가 형성된다. 그러므로 시민결

사는 이 특수한 관계양식을 유지하는 데 필요한 규칙들의 권위를 인정하는 사람들로 구성된 결사체라고 할 수 있다.

시민결사와 기업결사는 중세 말 지식인들이 여러 가지 결사와 공동체들을 구분하기 위해 사용했던 *societas*와 *universitas*라는 관념들을 수정하여 구성한 이상형들이다. *societas*는 선택을 통해서나 우연한 상황 때문에 결사를 구성하게 된 행위자들의 결합관계로, 그 주체인 *socius*들은 (특정한 목적이나 공동이익을 추구하기 위해서가 아니라) 상호간의 관계를 규정하는 특수한 행위규칙들의 권위를 승인함으로써 결합한다. 그런 의미에서 *societas*는 *socius*가 된 행위자들 사이의 도덕적인 관계양식이라 할 수 있다. *societas*에서는 *socius*들의 권위와 의무가 법적으로 명시되며, 재판관들이 이런 규칙들에 의거하여 그들 사이의 분쟁을 해결한다. 그러므로 *societas*를 법규의 권위를 인정하는 시민들 사이의 결사체이자 통치자(들)이 존재하는 결사체로 간주하게 되면 오크숏이 시민결사로 부르는 이상형이 도출된다.

*societas*와 달리 *universitas*는 로마의 법률가들이 기업적 결사양식-혹은 사단법인-이라 불렀던 결사형태다. 기업적 결사 혹은 사단법인은 공동의 목적이나 이익을 증진하기 위해 결성된 것으로, 권위 있는 법령-국왕이나 교황의 헌장-에 의해 일정한 권력과 자치권(*privilegium universitas*)을 인정받았다. *universitas*로부터 그 자발적 성격 및 (*universitas*를 감시하는) 외부의 우월한 법적 권위-국왕이나 교황의 대리인-를 제거하게 되면 오크숏이 기업결사라 부르는 이상형이 도출된다.

시민결사와 기획결사는 근대 유럽인들의 정치의식이 그 사이에서 움직였던 이상형들이다. 근대의 정치이론가들은 이런 이상형들을 활용하여 국가를 연구했으며, 통치자들은 이런 이상형들에 적합한 정치의식을 가지고 국가를 통치해왔다. 한 마디로 시민결사와 기업결사는 함께 결합하여 근대 유럽인들의 정치적 상상력을 형성했다. 이와 같은 정치적 상상력은 우익/좌익과 같은 다른 긴장관계들에 주목하는 정치의식에 비해 훨씬 더 중요한 의미가 있다.

마지막으로 시민결사와 기업결사는 각각 고유한 인간형을 전제하고 있다. 시민결사에 조응하는 인간형은 자율성과 진정성을 지닌 독립적인 개인이다. 이 인간형은 결과보다는 모험 자체에, 목적을 성취하는 수단보다는 여정에서의 대화에 더 큰 의미를 부여하며, 공동의 목적보다는 행위의 규칙들을 더 존중한다. 반면에 기획결사에 조응하는 인간형은 타인들과 함께 공동목적을 추구하는 파트너 겸 자원의 공동소유자로서, 모험보다는 결과에, 욕구함보다는 실질적인 혜택에 더 큰 비중과 의미를 둔다.

인간-혹은 근대 유럽인-의 두 가지 타입은 근대 국가 및 정부의 모호한 성격을 이해하는 데 도움이 된다. 오크숏은 이 두 가지 인간형에 입각하여 근대 국가의 성격을 설명하는 방법이 적절한가에 대해 의문을 품을 수 있다고 본다. 하지만 오크숏은 근대 국가를 이해하기 위해서는 국가 형태에 전제되어 있는 인간의 특성-심리적인 유형이 아니라 역사적인 자기해석-을 반드시 이해할 필요가 있다고 주장한다.

요컨대, 오크숏은 시민결사(혹은 *societas*)와 기업결사(혹은 *universitas*)를 대비시키는 동시에 근대 유럽인들이 역사적으로 성취한 두 가지 인간형들을 대비함으로써 근대 유럽 국가의 성격과 정부의 역할을 더 심층적으로 이해할 수 있다고 본다.

법의 지배와 정치

오크숏은 시민결사를 설명하는 과정에서 법에 대해 설명한다. 시민결사는 규칙들의 권위를 존중하는 사람들의 결사로서 그런 규칙들이 무엇이고 또 어떤 과정을 통해 그것들이 수정되는가를 살펴보아야만 그 특성을 완전히 이해할 수 있기 때문이다.

주지하듯이 시민결사는 규칙들의 권위에 대한 공동의 승인에 기초해 있다. 오크숏은 이런 규칙을 법이라 부르고 라틴어 *lex*로 표기한다. *lex*로서의 규칙들은 행위자들에게 공통적으로 적용되는 의무사항들을 명시한 것으로, *lex*를 통해 시민결사의 구성원들은 “공식적으로 평등한 자들(formal equals)”인 시민들이 된다.⁹⁾

오크숏은 *lex*가 갖추고 있는 특징들로, 정확성, 간결성, 공개성, 자의적 면제나 완화의 여지가 없어야 할 것, 일반성 및 체계성을 든다. 여기서 *lex*의 체계성은 *lex*를 구성하는 규칙들이 서로 모순되지 않아야 한다는 것, 다시 말해 규칙들이 시민들에게 요구하는 행위 조건들이 정합적이어야 한다는 요구를 나타낸다. 이 체계성을 통해 개별적인 규칙들이 해석되고 조정됨으로써 *lex*는 비로서 ‘자족적인 규칙들의 체계’가 된다.

시민결사가 *lex*에 기반을 두고 있다는 사실은 시민결사에 또 다른 조건이 필요함을 시사한다. 그 조건은 *lex*가 ‘일반적으로’ 준수되어야 할 필요성과 연관된 것으로, 특수한 상황에서 어떤 행위가 관련된 규칙에 부합하는지의 여부를 따지는 재판절차가 그것이다. 이 절차는 *lex*에 규정되어 있는 것으로 행위의 적법성 여부를 가려주고 결사의 조건들을 확인시켜준다.

재판과 법규의 관계는 다음과 같이 설명할 수 있다. 법규는 재판에 앞서 존재하지만, 재판은 특수한 상황에서 법규가 갖는 구체적인 의미를 드러내준다. 재판은 특수한 상황에서 관련 법규의 구체적인 의미를 밝혀줌으로써 관련 법규의 의미를 “의미심장하게(significantly), 정당한 방식으로(justificably), 적절하게(appropriately), 그리고 지속적으로(durably) 증대시켜준다(amplified).”¹⁰⁾ 여기서 재판이 법규의 의미를 의미심장하게 증대시켜준다는 표현은 “재판의 결론이 법체계 속에 들어있지 않다는 것”을, 그리고 정당한 방식으로 증대시켜준다는 표현은 증대 행위가 법체계에 의해 승인된다는 것을 의미한다. 또한 ‘적절하게’라는 표현은 재판 결과가 특수한 상황에서의 법규의 구체적 의미를 드러내준다는 것을, 그리고 ‘지속적으로’라는 표현은 “그 결론이 법체계에 편입됨으로써 판사가 미래의 불확실성과 분쟁을 해결하는 데 활용할 수 있으며, 시민들 또한 자신의 행위를 결정하는 데 활용할 수 있다는 것”을 의미한다.

다.

이어서 오크숏은 *lex*가 사법절차의 남용을 방지할 수 있는 규칙과 원칙들을 포함하고 있다고 지적하고, 이런 규칙과 원칙들을 통해 재판절차가 남용되거나 시민들이 법에 의해 피해를 당하지 않도록 법의 경직성(*rigor juris*)이 완화될 필요가 있다고 주장한다. ‘형평 원칙’(equity)은 그런 원칙들 중 하나다.

시민결사의 핵심 요소인 법체계 및 사법절차와 맞물려있는 다른 조건이 있다.¹¹⁾ 새로운 법을 제정하거나 기존의 법을 개정·폐기할 수 있는 권위 있는 입법절차가 그것이다. 지나치게 성급하거나 빈번한 입법은 법체계를 불안정하게 만들 수 있다. 그럼에도 시민결사는 바람직한 시민관계에 대한 인식과 정서가 변할 경우 그런 변화를 법체계에 수용할 필요가 있다. 다시 말해 권위 있는 입법절차를 수립하여 시민결사의 지속성을 담보할 필요가 있다. 하지만 이 절차 역시 사법절차와 마찬가지로 법규들로 구성되어 있고 법체계의 일부로 존재해야 한다.

입법은 재판과는 상이한 절차를 따른다.¹²⁾ 재판은 특정한 경쟁 상대들을 대상으로 삼아 관련 법규의 구체적인 의미를 확정하는 반면, 입법은 법체계에 일반적인 행위규범을 새롭게 삽입하는 활동이다. 그러므로 입법제도는 법체계가 변경될 수 있다는 믿음, 승인된 개정절차, 그리고 법체계의 바람직함을 검토할 수 있는 가능성을 전제한다. “시민에게 법(*lex*)은 행위를 선택할 때 고려하지 않을 수 없는 (권위 있는) 조건들의 체계이며, 재판관들에게 법은 특정한 상황에서 법규의 의미에 관한 결론을 내릴 수 있는 근거다. … 하지만 입법자들에게 법은 그것이 어떤 측면에서 변경·확장 또는 축소되어야 할 지를 숙고해야 한다는 요청이며, 필요한 경우 어떻게 수정할 것인가를 숙고해야 한다는 요청이다.”

권위 있는 입법 기관이 필요한 이유는 시민들의 관계를 규제하는 공적인 규칙체계인 *lex*에 빈틈이나 부정합성(혹은 모순)이 존재할 수도 있기 때문이다. 법의 부정합성은 내부적인 모순뿐만 아니라 (시민들의 불만으로 나타날 수 있는) 시대적 부적합성에 기인할 수도 있다. 그러므로 시민결사의 입법제도는 법체계 내부의 부정합성이나 시대적 부적합성을 시정할 수 있는 능력과 자원을 지니고 있어야 한다. 시민결사의 이런 능력 혹은 자원을 오크숏은 고유한 의미의 ‘정치’로 규정한다.

바람직함의 측면에서 공적인 규칙체계가 정한 조건들에 대해 숙고하고, 현재 상태와는 다른 조건들을 상상해보며, 그 조건들을 변경하거나 변경하지 않으려는 활동을 고찰함으로써 우리는 고유한 의미의 정치(politics properly speaking)에 관심을 갖게 된다. 이것이 내가 정치라는 단어를 사용하는 방식이다.¹³⁾

오크숏은 공적인 규칙체계의 바람직함을 재검토하는 정치적 활동이 반드시 더 바람직한 규칙을 산출하는 것은 아니라고 본다. 공적인 규칙들의 권위를 문제 삼지 않으면서도 그것이 규정하는 조건들의 바람직함이나 효율성에 대해 검토하는 정치

적 활동은 좋은 결과를 산출할 수도 있고 더 나쁜 결과를 산출할 수도 있다.

정치는 또한 속고와 논쟁을 통해 수행된다는 점에서 권위적이고 강제적인 발언(명령)을 통해 수행되는 통치와 구분된다. 물론 통치에서도 속고와 논쟁이 필요할 수도 있다. 하지만 통치 활동에서의 속고와 논쟁은 ‘특정한’ 상황에서의 법규의 구체적인 의미에 관한 것이지, 법이 규정하고 있는 ‘일반적인’ 조건의 바람직함에 관한 것이 아니다. 통치는 공적인 규칙체계로서의 법의 권위에 의존하기 때문에, 그것이 규정하는 조건들의 바람직함에 대해 속고하는 정치와 구분된다.

정치의 이런 성격 때문에 시민적 통치자들, 특히 공적인 규칙체계의 변경을 주된 임무로 삼고 있는 입법자들은 특수한 선호나 이익들을 후견해서는 안 된다. 그들이 수호하는 법체계는 특수한 주장과 이익들을 반영해서는 안 되기 때문이다. 물론 이런 지적은 어떤 정치적 제안들이 (특수한 만족을 성취함에 있어) 좌절된 노력이나 불이익에 대한 분노로부터 출현할 수 없다거나, 공적인 규칙 체계의 변경이 특정 집단에게 이익이나 혜택을 가져다 줄 수 없다는 뜻은 아니다. 예컨대, 모든 입법 활동은 직업 법조인에게 이익이 되는 측면이 있으며, 납세 관련 입법은 여러 집단들에게 상이한 혜택과 부담을 지운다. 그러므로 정치적 담론은 공적인 규칙체계와 직접적인 연관성이 없는 다른 목적들을 배제해야한다는 주장은 입법 절차가 특수한 욕구나 불만 때문에 시작될 수 있는 가능성을 부인하기 위한 것은 아니다. 그것은 다만 어떤 제안이 정치적인 의미를 갖기 위해서는 시민결사의 공적인 규칙체계의 수정을 위한 제안으로 이해되고 검토되어야 한다는 것을 의미한다.

공적인 규칙체계로서의 법의 권위와 성격을 부각시키고, 법의 바람직함을 검토·수정하는 심의활동으로서의 정치의 고유한 역할을 강조한 오크숏의 시민결사 이론은 근대 자유민주주의 국가의 핵심 원리인 법의 지배와 민주적 심의 원칙을 반영하고 있다. 여기에 유럽의 근대 국가는 시민결사와 기업결사의 양 극단 사이에서 움직여왔다는 그의 역사적 설명을 덧붙여보면, 오크숏이 법의 지배와 심의민주주의가 통합된 법치민주주의 국가를 이상적인 결사형태로 보고 있다는 것을 어렵지 않게 알 수 있다.

보수주의자인가 진보주의자인가

대처 수상이 집권하는 동안 오크숏은 주로 대처정권을 이론적으로 뒷받침한 보수주의 정치이론가로 이해되어왔다. 하지만 1990년 대 이후 프랑코 및 몇몇 학자들의 새로운 해석에 힘입어 자유주의자로의 이미지도 얻게 되었다, 하지만 그렇다고 해서 보수주의적 해석이 사라진 것은 아니다. 2010년에 코리(C. Abel)가 편집한 논문 모음집 『마이클 오크숏의 보수주의』는 오크숏의 보수주의가 지닌 다양한 측면들을 분석하고 있는바, 여전히 오크숏을 보수주의 전통에 속하는 이론가로 이해하려는 입장이 건재함을 보여주고 있다.¹⁴⁾

그렇다면 보수주의자로서의 오크숏과 자유주의자로서의 오크숏이라는 대조적인 평가를 어떻게 이해해야 하는가? 오크숏의 정치사상이 이 두 가지 모순적인 측면을 성공적으로 해소하지 못했다고 보고, 각 측면에서 필요한 지혜를 얻으면 된다고 주장할 수도 있을 것이다. 그가 매우 탁월한 사상가라고 해도 그 역시 오류와 모순을 범할 수 있다고 보면, 그리고 세계는 보수적인 측면과 진보적인 측면이 공존하는 곳이라고 보면, 그가 이 두 가지 흐름을 하나의 일관된 사상으로 통합시키지 못했다고 해서 치명적인 모순을 범했다고 비판하기는 어렵기 때문이다. 만일 그런 비판이 설득력이 있다면, 정치철학의 위대한 전통에 속하는 그 어떤 철학자도 모순적인 사상가라는 비판을 면치 못할 것이다.

하지만, 오크숏이 자신의 정치사상에 담겨 있는 두 가지 상반된 흐름을 지각하지 못하고 매우 모순적인 정치사상을 제시했다는 해석은, 관념세계의 정합성이든 시민결사와 같은 정치이론의 정합성이든, 전체-경험 전체, 경험양상으로서의 관념세계 전체, 국가이론 전체 등-의 정합성을 강조한 오크숏이 간과했다고 보기에는 너무나 분명한 모순이었다는 점에서 신빙성이 떨어진다. 그리고 이런 해석은 정치에 대한 이데올로기적 접근을 거부하는 그의 입장과 양립하기 어려운 것으로, 정치현상을 통합적으로 이해해야 한다는 그의 방법론적 기조에 충실한 해석으로 대체할 필요가 있다. 이런 방법론을 취할 경우 오크숏의 정치사상이 지닌 보수적인 측면과 진보적인 단일한 정치질서를 구성하는 상보적인 두 측면으로 해석할 수 있다.

오크숏이 보기에 보수적인 측면과 진보적인 측면은 정치질서를 구성하는 본질적인 두 측면이다. 정치질서에 고유한 전통과 권위가 존재하지 않을 경우 개별적인 정치행위들은 방향성과 안정성을 지니기 어렵고 정치질서로서의 형식마저 유지할 수 없다. 반면에, 장기적으로 변화를 수용할 수 있는 능력이 없다면 정치질서는 위기에 빠지거나 붕괴할 수밖에 없다. 그러므로 보수적인 측면과 진보적인 측면은 단기적이고 현실적인 차원에서는 서로 대립적일 수 있지만, 장기적이고 근본적인 차원에서는 안정과 쇄신의 균형과 조화를 산출함으로써 정치질서의 장기적인 존속에 기여한다.

오크숏의 정치사상에 나타나는 보수적 요소와 진보적(또는 자유주의적) 요소는 정치질서를 통합적으로 이해하고자 하는 그의 철학적인 방법론의 필연적 귀결이다. 물론 오크숏은 일차적으로 보수주의를 특수한 기질을 갖고 있는 사람들의 심리적 성향으로 이해한다. 다시 말해 보수주의는 사람들이 익숙하고 가깝고 친숙한 것들에 대해 갖게 되는 자연스런 애착의 성향을 의미한다.¹⁵⁾ 정치적 보수주의는 이런 성향이 정치전통을 향해 발현될 때 형성된다. 그것은 한 사회가 오랜 시간에 걸쳐 발전시켜 온 관계양식이나 정치체제에 대한 애착으로 나타나며, 정치체제나 전통을 급격히 개혁하려는 운동을 억제 또는 절제시킴으로써 정치질서의 안정에 기여한다.

하지만 오크숏은 또한 개인의 자율성을 최대한 존중하는 시민결사를 근대사회의 정치적 비전으로 제시하고 있다. 이것은 그가 자율적이고 주체적인 개인들이 주도하는 시민사회의 역동성 및 진보성을 긍정하고 있다는 사실을 말해준다. 그러므로 오크숏은 모든 개인들이 다 보수적인 성향을 지니고 있는 것이 아니라 그런 성향을 지

닌 사람들이 보수적 태도를 견지한다고 주장하는 것일 뿐, 사회에는 익숙한 것들보다는 새롭고 신기한 것들에 끌리는 사람들도 적지 않으며 또 그들의 모험적인 삶을 통해 사회가 진보할 수 있는 개연성을 부정하지 않는다. 다만 그런 변화는 전통과 관행이 제공해주는 최소한의 안정성에 기반을 둘 때 ‘합리적인’ 것이 된다고 보고(맥락합리성), 개인의 자율성을 존중하는 작은 정부의 이상을 옹호해온 고전적 자유주의 전통을 지지한다.

물론 오크숏은 정치의 역할을 정치적 규칙들을 안정적으로 관리하는 활동으로 한정시키지는 않는다. 만일 그가 정치를 공적인 규칙체계를 안정되게 관리하는 행위로 규정했다면, 그를 정치적 보수주의자라고 단정 지어도 무방할 것이다. 하지만 오크숏은 정치에 진보적인 기능도 부여한다. 그에 의하면 정치는 시민결사의 공적 규칙들을 새롭게 개정하는 역할도 수행한다. 심지어 오크숏은 주어진 공적 규칙체계에 따라 정치사회를 관리하는 활동을 ‘통치’로 규정하고, 공적 규칙체계를 새롭게 개정하는 행위를 정치의 고유 기능이라고 강조한다.¹⁶⁾ 이런 주장은 오크숏을 보수주의자로 평가하는 해석이 그의 정치사상에 대한 매우 제한적이고 편협한 해석이라는 점을 명확히 밝혀준다. 요컨대, 급격한 사회변화로 인한 충격을 완화시켜줄 수 있는 정치적 규칙들-혹은 정치제도들-의 중요성을 강조하면서도 그런 규칙들을 새롭게 수정할 수 있는 정치의 개혁성을 동시에 부각시키고 있는 그의 입장은 정치세계에서는 변화와 안정이 서로 대립적인 가치들이 아니라 상호보완적인 가치들이라는 인식을 반영하고 있다.

이데올로기적인 이분법적 사고에 입각하여 정치현실에 대응해온 관례적인 접근방법들에 대한 오크숏의 부정적인 태도는 『신념의 정치와 회의의 정치』에서 그가 근대 유럽의 정치사를 개관하기 위해 사용하고 있는 두 가지 정치스타일들을 생각해 보면 다소 의아스럽게 느껴질 수도 있다. 어쨌든 오크숏도 서로 대립적인 것으로 여겨지는 두 가지 정치 스타일-‘신념의 정치(politics of faith)’ 대 ‘회의의 정치(politics of scepticism)’-의 길항관계로 유럽 정치사를 개관하고 있기 때문이다. 하지만 중요한 것은 오크숏 역시 이분법적인 도식을 사용하고 있다는 사실이 아니라, 그가 그 두 가지 정치스타일을 사용하는 방법의 차별성이다. 전통적인 이데올로기적 접근법은 두 가지 대립물들을 상정하고 그 중에서 한 가지 입장을 옳거나 발전된 것으로 간주하고 다른 입장은 그릇되거나 낙후한 것으로 치부한다. 따라서 서로 대립하는 두 가지 관점이나 입장들은 결코 화해하거나 공존하기 어렵다. 그에 따라 통치 집단의 정치행위는 지배적인 가치에 입각하여 사회질서를 창출하는 사회공학으로 간주되고, 반대세력에게는 정치가 지배집단의 통치 권력을 빼앗으려는 필사적인 투쟁으로 간주된다. 한 마디로 관례적인 이데올로기적 정치 이해에서는 지배와 저항이라는 권력투쟁이 곧 정치로 인식된다.

오크숏의 접근방법은 이와 다르다. 그 역시 근대 유럽 정치사를 이분법적인 개념 틀을 가지고 접근한다. 하지만 두 가지 모델들은 서로 대립관계에 있으면서도 상보적인 관계를 형성한다. 이상형들로 구성된 두 가지 정치모델들은 그 성격 상 서

로를 배제할 수밖에 없다. 왜냐하면, 각 모델이 이상적으로 작동하기 위해서는 다른 모델의 원리를 배격해야 하기 때문이다. 하지만 이 두 가지 모델은 이론적인 구성물일 뿐 실제로는 서로를 반드시 필요로 한다. 각 모델이 다른 모델에 의해 어느 정도 보완되지 않으면 내재적인 한계-오크숏은 이것을 각 모델의 인과응보(nemesis)로 표현한다-로 인해 붕괴될 개연성이 크다는 그의 주장은 이와 같은 인식을 반영한다. 요컨대, 정치문제에 대한 오크숏의 접근방법은 전통적인 이데올로기적 접근방법들에 공통적인 기계론적 이분법을 거부하고, 대립적인 두 가지 모델들을 사용하되 그 둘 사이의 관계를 변증법적인 관계로 재규정함으로써 보수와 진보의 이분법을 넘어선다. 그러므로 오크숏의 정치적 입장을 보수 대 진보라는 이분법적인 도식에 따라 재단하고 평가하려는 관례적인 접근방법은 오크숏 자신이 단호히 거부하는 접근방법으로 오크숏의 정치사상을 분석·평가하는 오류를 범하는 것이다.

이와 같은 관점에서 보면, 오크숏의 정치철학이 현대의 정치철학과 법철학 분야에서 가질 수 있는 의의는 매우 광범위함을 알 수 있다. 현대 사회의 중요한 정치철학적·법철학적인 논쟁들인 자유주의/공동체주의 논쟁이나 실증주의/자연법주의 논쟁, 그리고 자유주의 내부의 자유주의/자유시장주의 논쟁은 (관례적인 이데올로기적 접근방법에 전형적으로 나타나는) 기계론적 이분법을 전제하고 있다. 하지만 지금까지 계속되고 있는 이런 논쟁들은 정상적인 공동체생활을 위해서는 서로 대립적으로 보이는 두 가지 요소 혹은 원리들이 모두 필요하다는 인식으로 귀결되고 있다. 자유와 공동체(혹은 공동선), 권리와 의무, 좋음과 옳음, 목적과 의무, 인치와 법치, 완전주의와 반완전주의(혹은 중립주의), 최소국가와 사회국가(복지국가) 등, 이분법적인 도식들은 정치질서와 법질서의 바람직한 성격을 이해하는 데 필수적이지만, 한 쪽만으로는 바람직한 정치질서와 법질서를 유지하기 어렵다는 사실이 자명해지고 있다. 그런 의미에서 안정이 개혁의 필수조건이고, 개혁이 안전을 담보하는 데 필요하다는 오크숏의 변증법적인 인식방법은 그가 전적으로 보수주의자거나 자유주의자라는 일방적인 평가의 문제점을 잘 드러내준다. 그가 이상적인 정치가의 모델로 ‘균형자’를 제시한 것이나, 다양한 사회·경제적 변화에 성공적으로 적응해온 영국의 자유주의적 대의민주주의 전통을 지지한 것은, 그를 특수한 이데올로기적인 범주로 규정해보려는 시도가 그릇되었다는 것을 입증해준다.

맺음말

근대의 이데올로기정치에 대한 오크숏의 비판은 철학적인 성격을 갖고 있다. 그 비판이 ‘철학적인’ 이유는 이데올로기정치의 인식론적 토대가 되는 합리주의를 비판할 뿐만 아니라, 합리주의에 전제되어 있는 지식이론과 합리성 개념까지도 비판 대상으로 삼을 정도로 철저히 비판적이기 때문이다. 만일 오크숏이 이데올로기정치와 그것의 전제가 되는 합리주의적인 태도만을 비판했다면, 그 비판은 충분한 철학적 성

격을 지니기 어려웠을 것이다.

오크숏에 의하면 정치철학은 근본비판적인 성격을 잃을 경우 더 이상 ‘철학적인’ 연구가 될 수 없고, 다른 종류의 정치연구-정치이론이나 정치이데올로기 등-가 된다. 그러므로 오크숏이 정치철학은 실용적인 목적을 추구할 수도 추구해서도 안 된다고 주장했다고 해서, 그가 정치에 관한 이론적인 연구나 이데올로기적인 연구의 필요성을 부정했다고 봐서는 안 된다. 그는 결코 실용적인 정치연구의 가능성을 부정하지 않았다. 따라서 오크숏이 엄격한 의미로 사용하는 ‘철학’이란 용어를 다소 융통성 있게 이해할 경우, 정치에 관한 철학적 연구에 미치지 못하는 연구도 정치철학의 범주에 넣을 수 있다.

정치철학의 비판적이며 비실용적인 성격을 강조하는 오크숏의 입장은 국가나 정부의 바람직한 역할을 “가능한 한 무엇을 하지 말아야 할 것인가”의 관점에서 접근하는 ‘회의주의적인’ 태도와 친화성이 있다. 그리고 정부의 역할에 대한 회의주의적인 접근은 무엇보다 근대의 합리주의 정치(=‘신념의 정치’)에 대한 그의 통렬한 비판에 함축되어 있다. 정치철학이 제시하는 이상이나 목표가 아무리 숭고할지라도 그것들은 정치를 결국 사회공학적인 도구로 만들어버린다. 그리하여 불확정적인 상황에서 집단적인 심의를 매개로 실현되는 개인의 자유를 억압하게 된다. 나아가서 실용적인 정치철학은 사회공학적인 태도를 전제하고 있거나 부추김으로써 성공적인 사회공학에 필요한 정치권력의 집중을 야기할 수 있다. 그리하여 문명의 표층에서 문명을 보호해야 할 정치활동을 문명의 핵심 내용을 결정하는 활동으로 만들어버린다. 이런 관점에서 보면, 오크숏의 정치철학은 철학을 세계를 변혁하는 실천적 활동으로 간주했던 마르크스 보다는 역사의 황혼녘에 역사를 이해하는 활동으로 보았던 헤겔의 철학 개념에 더 가깝다.

오크숏의 정치철학은 일차적으로 특정한 상황 속에서 실용적인 문제해결이나 방향제시를 위해 존재하는 학문이 아니다. 그것은 끊임없이 문제를 발견하고 그 문제를 이해하려고 하는 ‘열려진 사고방식’ 혹은 ‘삶의 방식’에 더 가깝다. 그런 사고방식 혹은 삶의 태도는 당면한 문제를 해결하기 위해 일시적으로 비판적인 태도를 중지할 수는 있지만, 더 근본적인 문제를 발견하려는 철학적인 충동 때문에 당면문제에 대한 실용적 대응책을 모색하는 데 머무르지 않는다. 이런 측면에서 오크숏의 정치철학은 실용적인 문제해결에 경도된 현대 정치철학의 지배적인 경향과 뚜렷이 대조된다.

물론 (정치)철학의 비실용적 성격을 강조한 오크숏의 정치사상에 실천적인 함의가 전혀 없는 것은 아니다. 정치철학과 과학 그리고 역사와 시를 포함한 모든 지적 활동들을 실용적인 가치로 환산·평가하려는 오늘날의 지배적인 추세-실용주의의 승리-속에서 (정치)철학의 비실용적인 가치를 옹호하는 오크숏의 입장은 전체 문명에서 다양한 지적 활동들이 지닌 고유한 가치를 옹변적으로 변론하는 것으로 이해할 수 있기 때문이다. 다시 말해 오크숏의 비실용적인 (정치)철학은 문명을 구성하는 다양한 활동들이 ‘실용’ 이데올로기에 의해 위축됨으로써 초래된 문명의 빈곤화 현상에 대한 지적인 저항으로 볼 수 있다. 요컨대, 다양한 경험양상들(지식형태들 또는 사고방식

들)의 다원주의를 강력히 옹호하는 한편, 사고의 다양한 범주들-철학적 이해, 이론적인 이해, 이데올로기적·실천적 이해-을 구분하고 상이한 범주들 사이의 상호침투를 엄격히 배격했던 오크숏의 입장은 문명의 핵심 내용을 구성하는 다양한 지적·예술적 활동들의 고유한 가치를 부각시킴으로써 인류가 더 풍성한 삶을 향유할 수 있는 문명을 창출하기 위한 실천적 목표를 함축하고 있다고 해석할 수 있다.

이와 같은 맥락에서 보면 오크숏에게 정치는 그렇게 특별한 위상을 점하고 있지 않는 듯 보인다. 정치는 문명의 핵심 내용을 구성하지도 못하고 문명의 내용을 결정해서도 안 되는 활동으로 격하되고 있다는 느낌을 주기 때문이다. 하지만 오크숏은 문명생활에서 정치가 수행하는 역할을 결코 가볍게 보지 않았다. 정치가 없으면 문명 전체가 붕괴될 수 있다고 보기 때문이다. 요컨대 오크숏에게 정치는 문명을 구성하는 핵심적인 활동은 아니지만 문명을 보호해주는 중요한 역할을 수행한다. 이와 같은 오크숏의 정치관에는 그의 위대한 스승 토마스 홉스의 영향이 짙게 배어있다. 자연상태와 문명사회를 갈라놓는 것이 바로 정치라고 생각했던 홉스처럼, 오크숏도 정치야말로 안정적인 문명생활을 가능하게 하는 근본적인 인간조건이라 생각했기 때문이다.

●더 읽을거리(2-3매)

김비환. 2014. 『오크숏의 철학과 정치사상』. 한길사.

오크숏의 생애, 사상이 형성된 과정, 그의 철학과 정치사상 전반을 체계적으로 설명하고, 그의 철학과 정치사상을 20세기의 대표적인 사상가들의 그것과 비교함으로써 그의 정치사상이 지닌 차별성을 부각시킨 책이다.

에드먼드 닐(Edmund Neil). 2012. 『마이클 오크숏』. 아산정책연구원

오크숏을 근대성과 다원주의를 옹호한 사상가로 해석하고 초기의 관념론 철학에서 후기 역사철학에 이르기까지 짜임새 있는 사상체계를 제시했다고 평가한 책으로, 오크숏의 사상 전반을 들여다보기에 좋은 번역서다.

마이클 오크쇼트(Michael Okeshott). 2015. 『신념과 의심의 정치학』. 박동천 역. 모티브북.

오크숏의 정치사상의 일단을 직접 들여다볼 수 있는 원전 번역서다. 근대 유럽의 정치스타일을 ‘신념의 정치’와 ‘의심의 정치’(또는 ‘회의의 정치’)로 구분하고, 이 둘 사이의 길항적인 공존 관계로 450년의 근대정치사를 해석한다.

● 주(註)

-
- 1) Paul Franco, *The Political Philosophy of Michael Oakeshott* (New Haven: Yale University Press, 1990).
 - 2) 오크쇼트의 철학과 사상 전반에 관한 연구 성과들에 관해서는 김비환, 『오크쇼트의 철학과 정치사상』 (한길사, 2014), I장을 볼 것.
 - 3) David Boucher, 'Oakeshott', *Political Thinkers: From Socrates to the Present*, edited by David Boucher (Oxford University Press, 2003), 462.
 - 4) 오크쇼트는 특히 「정치에서의 합리주의」(1947), 「바벨탑1」(1948), 그리고 「정치교육」(1951)에서 정치합리주의를 집중적으로 분석·비판한다.
 - 5) Michael Oakeshott, *Rationalism in Politics and Other Essays* (Indianapolis: Liberty Fund Press, 1991), 11-7.
 - 6) Oakeshott, *Rationalism in Politics and Other Essays*, 56.
 - 7) Oakeshott, *Rationalism in Politics and Other Essays*, 60.
 - 8) Oakeshott, *Rationalism in Politics and Other Essays*, 61-2.
 - 9) Michael Oakeshott, *On Human Conduct* (Oxford University Press, 1975), 128-33.
 - 10) Oakeshott, *On Human Conduct*, 133.
 - 11) Oakeshott, *On Human Conduct*, 138.
 - 12) Oakeshott, *On Human Conduct*, 138-9.
 - 13) Oakeshott, *On Human Conduct*, 163.
 - 14) Corey Abel, ed. *The Meanings of Michael Oakeshott's Conservatism* (Exeter: Imprint Academic, 2010).
 - 15) Oakeshott, *Rationalism in Politics and Other Essays*, 407-37.
 - 16) Oakeshott, *On Human Conduct*, 166.

마이클 오크숏의 법의 지배 이론과 그 헌정구조적 함의: 하이에크와의 비교를 포함하여

김비환**

I. 서론

마이클 오크숏(Michael Oakeshott, 1901-1990)은 20세기 영국을 대표하는 철학자 겸 정치철학자로서, 현재 그의 사상이 지닌 철학적 포괄성과 독창성은 이른바 서구(정치)철학의 ‘위대한 전통’에 속할 수 있을 정도의 탁월한 것으로 인정받고 있다. 1990년 12월 18일 오크숏이 사망했을 때, 영국의 타임지(The Times)는 그를 “20세기의 몇 안 되는 탁월한 철학자들 중 하나”로 평가했으며, 가디언지(The Guardian)는 오크숏을 “아마도 20세기의 가장 독창적인, 이론적인 정치철학자였을 것이다.”고 진술했고, 데일리 텔리그라프(The Daily Telegraph)은 “밀 혹은 버크 이래로 앵글로 색슨 전통에서 가장 위대한 정치철학자였다.”고 단언했다.¹⁾ 1990년 사망 당시에 그가 주요 언론으로부터 받은 극찬은 당시로서는 다소 의례적인 성격이 강했다고 볼 수 있다. 하지만 지금은 그를 아우구스티누스, 몽테뉴, 홉스 그리고 헤겔과 같은 포괄적인 전통적 철학자의 반열에 올리거나 하는 시도들이 그런 찬사를 객관적으로 뒷받침해주고 있다.²⁾

오크숏은 역사주의와 실용주의 그리고 실증주의가 지배했던 20세기 초·중반의 지적 풍토에서 헤겔 그리고 브래들리(F. H. Bradley)의 관념주의를 비판적으로 계승하여 세계(경험)와 지식 그리고 문명을 새롭게 이해하고자 시도한 한편, 문명 전체 속에서 정치가 갖고 있는 의미와 위상을 새롭게 재정립함으로써 문명과 정치의 관계에 대한 이해를 크게 확장·심화시킨 철학자이다. 현재 오크숏의 철학과 사상은 한 때 그를 규정했던 정치철학이라는 제한된 영역을 벗어나 철학, 법철학, 역사철학, 종교, 교육, 과학철학 등 다양한 지적 분야에서 활발히 조명되고 있다.³⁾

하지만 유감스럽게도 한국에서는 오크숏의 철학과 사상에 대한 종합적인 소개는 물론 그의 사상이 지닌 통찰력의 일부나마 거의 소개되고 있지 않다. 그의 교육사상을 소개한 한 권의 단행본과 몇 편의 논문, 그리고 한 편의 정치사상 논문이

** 성균관대학교 정치외교학과 교수

1) Franco, Paul, *Michael Oakeshott: An Introduction* (New Haven: Yale University Press, 2005), 1면.
2) Coats, W. J. Jr., *Oakeshott and His Contemporaries: Montaigne, St. Augustine, Hegel, et al* (NJ, Cranbury: Associated University Press, 2000); Nardin, Terry, *The Philosophy of Michael Oakeshott* (Pennsylvania State University Press, 2001), 235면.
3) Minch, Michael, *The Democratic Theory of Michael Oakeshott* (UK: Imprint Academy, 2009); Sullivan, A., *Intimations Pursued: The Voice of Practice in the Conversation of Michael Oakeshott* (Imprint Academic, 2008); Isaacs, S., *Politics and Philosophy of Michael Oakeshott* (London and New York: Routledge, 2006); Soininen, Suvi, *From a Necessary Evil to an Art of Contingency: Michael Oakeshott's Conception of Political Activity* (Academic Imprint, 2005) 등.

있을 뿐 현재 오크숏의 철학과 사상에 대한 한국 학계의 관심은 거의 전무한 상태이다.⁴⁾ 이런 상황은 한국 학계가 그의 철학과 정치사상으로부터 얻을 수 있는 귀중한 통찰들을 사장시키고 있다는 아쉬움을 자아내고 있는바, 이 글은 이와 같은 지적 빈 공간을 채우는데 일조하려는 목적을 갖고 있다.

하지만 이 글의 보다 중요한 목적은 그 동안 서구의 오크숏 연구자들로부터도 그다지 주목을 끌지 못했던 그의 법의 지배 이론을 분석하고 그 헌정구조적 함의를 도출해봄으로써 오크숏의 사상에 대한 이해를 심화시키는데 있다.⁵⁾ 법의 지배에 관한 오크숏의 이론은 일생에 걸친 오크숏의 정치적 사유가 집대성된 『인간행위론』(On Human Conduct, 1975)에서 펼쳐진 시민결사(civil association) 이론의 핵심적 일부를 구성하고 있다.⁶⁾ 그런 만큼, 오크숏 정치이론의 최종적 단계를 표현하는 법의 지배 이론에 대한 고찰은 그의 정치사상 전체를 온전히 이해하는 데 반드시 필요하다. 더구나 오크숏의 법의 지배 이론은 법 개념을 둘러싼 현대의 중요한 법철학적 논쟁—법실증주의 대 자연법주의 사이의 논쟁—에 대해 제3의 독자적인 견해를 제시해주고 있어서 주목할 가치가 있다. 그뿐 아니라, 고도의 이론적 분화와 전문화 추세 속에서 각자의 길을 걷고 있는 현대의 정치철학과 법철학이 간과해왔던 접점지역—정치와 법의 지배가 만나는 지점—을 체계적으로 조명해주기 때문에, 민주주의와 헌정주의(=입헌주의)의 상호관계에 관한 논쟁에 개입해 들어갈 수 있는 이론적 발판을 제공해주기도 한다. 이와 같은 문제의식 하에 이 글에서는, 오크숏의 시민결사 이론을 배경으로 그의 법의 지배 이론을 고찰해봄으로써 그의 법 개념이 갖고 있는 독특성과 그 헌정주의적 함의를 밝혀보고자 한다.

이 글에서는 오크숏의 법의 지배 이론이 갖고 있는 헌정주의적 함의를 그와 동시대를 살면서 많은 점을 공유했던 하이에크의 그것과 비교해보고자 하는데(V장), 그것은 이 비교방법이 오크숏의 이론이 갖고 있는 차별성을 더 선명하게 드러내줄 수 있다고 보기 때문이다.⁷⁾ 하지만 이 글의 주된 목적이 오크숏의 법의 지배

4) 차미란, 『오우크쇼트의 교육이론』(서울: 성경재, 2003); 김비환, 「마이클 오크숏의 정치사상: 정치철학의 개념과 정치적 합리주의 비판을 중심으로」, 『정치사상연구』(2006).

5) 오크숏의 법의 지배 이론을 본격적으로 다룬 최근의 글로는 프리드만(R. Friedman)의 논문이 있다. Friedman, "Michael Oakeshott and Elusive Identity of the Rule of Law", in *The Intellectual Legacy of Michale Oakeshott*, edited by Corey Abel and Timothy Fuller (Imprint Academic, 2005). 프리드만의 글은 『인간행위론』과 「법의 지배」(1983)에 나타난 오크숏의 법 개념이 실증주의적 인지의 여부를 평가하는 데 집중한다. 하지만 그의 논문은 오크숏의 법 개념이 실증주의적인 것 이상의 의미를 담고 있는 이유를 충분히 설명하지 않을 뿐만 아니라 헌정구조적 함의에 대해서는 다루지 않는다.

6) 법의 지배에 관한 관심은 1940년대 후반과 1960년대 초반 사이에 쓰인 에세이들에서도 나타나고 있다. 하지만 이 주제는 『인간행위론』과 「법의 지배」(The Rule of Law, 1983)에서 가장 체계적이고 본격적으로 다뤄진다. Oakeshott, "The masses in representative democracy," in *Rationalism in Politics and Other Essays* (Indianapolis: Liberty Fund Press, 1991); Oakeshott, "The political economy of freedom," *Rationalism in Politics and other Essays*, 위의 책.

7) 오크숏과 하이에크는 공히 후기 빅토리아 시기부터 1970년대까지의 영국 정치(및 유럽정치)에 대한 가장 포괄적인 보수주의적 비판의 대변자로 알려져 있을 뿐만 아니라, 국가의 개입주의적 정책이 국가와 시민사회의 건강한 관계를 해치고 있다고 비판한 점에서도, 그리고 정치적 권위의 재건(작지만 강한 정부)과 개인적 자유의 보호에 역점을 두었다는 점에서도 공통성을 갖고 있다. 이에 관해서는 다음 책을 볼 것. Robert Devigne, *Recasting Conservatism: Oakeshott, Strauss, and the*

이론을 설명하고 그 헌정구조적 함의를 도출하는 것인 만큼, 하이에크와의 비교는 오크숏의 법의 지배 이론이 지닌 차별성을 설명하는 V장으로 한정시킬 것이다.

II. 시민결사, 법의 지배 그리고 정치

오크숏의 정치사상은 그의 초기 사상이 집대성된 『경험과 그 양상들』(Experience and Its Modes, 1933) 이후에 본격적으로 형성되었다. 『경험과 그 양상들』은 헤겔과 브래들리의 영향 하에 형성된 관념론에 입각하여 역사적·과학적·실천적 지식의 조건성과 한계를 보여주는 한편, 경험의 양상들(modes of experience)에 대비되는 경험 자체(experience itself)에 대한 무조건적이고 절대적인 지식을 표방하는 철학의 본질을 드러내고자 한 시도였다.

『경험과 그 양상들』을 발표한 이후, 오크숏은 특히 1940년대 중반 이후 『경험과 그 양상들』에서 정립한 철학 개념에 입각하여 ‘정치에 관한 철학(philosophy of politics)’ 개념을 발전시켰다.⁸⁾ 특히 실용주의에 포획된 당시의 정치철학적 시도들을 비판하고, 진정한 정치철학을 “경험 전체의 입장에서 본 정치생활과 활동에 관한 [철학적인] 설명”으로 재규정했다.

정치철학의 개념을 재정립한 후 오크숏은 르네상스 이후 유럽의 가장 현저한 지적 특징이 된 합리주의에 대한 분석과 그 정치적 귀결—이데올로기적 정치—에 대한 철학적·역사적 설명 및 비판에 집중했다.⁹⁾ 그 비판의 요지는, 합리주의자는 구체적이고 다양한 경험들을 이성을 통해 도출한 일군의 추상적인 원칙들, 곧 이데올로기로 환원시켜버리는 경향이 있기 때문에 정치를 추상적인 이데올로기에 입각한 문제해결의 테크닉으로, 다시 말해 의식적으로 설정한 목표를 효율적으로 달성하는 사회공학의 문제로 치환시켜 버림으로써 추상적인 이론의 모태인 전통 혹은 실재를 파괴해버린다는 것이었다.¹⁰⁾

가장 성숙기의 저작이자 세 편의 에세이로 구성된 『인간행위론』(1975)은 『경험과 그 양상들』뿐만 아니라, 2차 대전을 전후한 시기부터 1960년대까지 쓴 정치철학적 저술들을 체계적으로 통합시킨 저술이라는 점에서 가히 오크숏 정치철학의 백미라고 할 수 있다(HC, vii).¹¹⁾ 1983년에 출판된 『‘역사에 관하여’와 다른

Response to Postmodernism (New Haven: Yale University Press, 1994), 5면.

8) Oakeshott, "The Concept of A Philosophy of Politics", *Politics and the Moral Life*, ed. T. Fuller (New Haven: Yale University Press, 1993); Oakeshott, "Political Philosophy," 위의 책.

9) Oakeshott, "Rationalism in Politics," in *Rationalism and Other Essays* (Indianapolis: Liberty Fund Press 1991), 5면.

10) Oakeshott, "Rationalism in Politics," 9면. 오크숏은 1930년대부터 1940년대 말 사이에 쓴 에세이들을 토대로 1952년 경 『신념의 정치와 회의의 정치』(Politics of Faith and Politics of Scepticism)를 완성했다. 이 책에서 오크숏은 신념의 정치와 회의의 정치라는 두 가지 대립적인 정치 형태(모델)를 제시하고 이 두 가지 형태에 입각하여 근대 유럽 정치 및 통치의 성격을 조명한다.

11) 오크숏의 주저에 대한 인용은 본문 속에 포함시킨다. 이하에서는 『인간행위론』은 HC로, 「법의 지배」는 RL로 표기한다.

에세이들』(On History and Other Essays)에 수록된 「법의 지배」와 「바벨탑」(The Tower of Babel)이 비교적 짧은 정치철학적(혹은 법철학적) 에세이인 점을 감안하면, 『인간행위론』은 오크숏이 자신의 정치철학을 체계적으로 제시한 마지막 저술이었다고 볼 수 있다.

오크숏은 『인간행위론』의 첫째 에세이에서 인간적 행위를 설명하는 지적 활동인 이해(understanding)의 성격을 고찰하고, 이어 둘째 셋째 에세이에서 시민 결사를 기획결사(enterprise association)와 대비시켜 설명한다.¹²⁾ 그런데 바로 이 맥락에서 시민적 결사의 근본적 특징인 법의 지배에 대한 오크숏의 체계적인 설명이 제시된다. 그러므로 법의 지배에 대한 오크숏의 논의는 정치적 사유과정의 최종 단계를 표현하는 것으로 그의 정치이론을 완성시켜주는 최후의 요소라 할 수 있다.¹³⁾ 이처럼 『인간행위론』에서 전개된 오크숏의 시민결사 이론은 정치이론과 법의 지배 이론이 만나는 영역인 만큼, 이 장에서는 오크숏의 법의 지배 이론이 그의 시민결사 이론에 어떻게 통합되어 있는지를 살펴봄으로써, 그의 법 개념과 법의 지배 이론의 헌정구조적 함축성을 도출할 수 있는 근거를 마련해보고자 한다.

오크숏은 결사의 두 가지 이상형인 시민결사와 기획결사를 대비시키며 시민결사의 성격을 설명한다. 먼저 기획결사는 상호 만족을 추구하는 행위자들이 어떤 요망된 공동의 만족을 추구하기 위해 결합된 결사형태로서, 모종의 실질적인 상황을 산출하거나 공동의 이익을 충족시키는 한에서만 존속할 수 있는바 “목적 추구를 위한 경영”을 특징으로 갖고 있다(HC 114-5). 그에 따라, 기획결사의 규칙들은 기획결사의 정체성을 밝히거나 규정하지 않고 특수한 상황적 이익과 연계된 목적만을 명시하며(HC 116), 그 권위가 인정되지 않는다고 해서 결사 자체가 해체되지는 않는다. 기획결사의 규칙들은 단지 결사의 목적 추구를 위한 도구로서만 가치가 있기 때문이다.¹⁴⁾

이와 달리 시민결사는 관계양식(혹은 행위양식, practice)이라는 특수한 조건에 입각해 있다. 여기서 관계양식은 행위자들의 개별적인 수행 행위를 제약하는 추가적인(또는 부사적인, adverbial) 제약조건들 혹은 고려사항들의 세트로서, 개별적인 행위들의 내용이나 의도와는 상관없이 행위의 적절성을 평가할 수 있는 기준이 된다(HC 119-20). 이 관계양식은 자기현시(self-revelation)와 자기정립(self-enactment)의 언어이자 관계들의 조건으로서,¹⁵⁾ 기획결사와 대비되는 시민결사를 이해하는 데 결정적인 역할을 한다(HC 122).

먼저 시민들(cives)은 관계양식을 통해 결합되어 있는 인간적 행위자들로 규정된다(HC 122). 그들은 시민으로서 관계양식이 부과하는 일정한 도덕적 고려사항

12) 시민적 결사에 대한 이론적(철학적) 설명과 역사적 설명은 구분된다. 시민결사에 대한 그의 이론은 이상형으로서의 인간(시민)관에 입각하여 하나의 이상형인 정치적 결사-시민결사 혹은 기획결사-를 구성하는 철학적인 이론이다.

13) 오크숏은 『인간행위론』 이후에 별도로 「법의 지배」를 발표함으로써 법의 지배 이론이 그의 정치이론의 최종적 표현임을 다시 한 번 확인시켜주고 있다.

14) 행위자들은, 그 목적이 서로 명확하게 충돌하는 기획결사들이 아닐 경우, 동시에 다양한 기획결사들의 구성원이 될 수 있다(HC 119).

15) 여기서 자기현시는 행위자가 욕구를 드러내고 추구하는 행위로, 그리고 자기정립은 행위자가 정체성과 성품을 형성·표현하는 행위와 연관되어 있다.

들—이 고려사항들은 실질적인 욕구의 충족과는 상관이 없는 추가적인 도덕적 조건들이다—을 ‘우선적으로’ 따르는 행위자들로써 결합되어 있다. 그러므로 시민적 조건은 도덕적 존재로서의 인간의 계속적인 자기정립의 표현으로서, 이 정립과 재정립의 행위를 통해 시민적 이해와 상호교류의 고유한 언어, 곧 “시민성의 언어(language of civility)”가 확립된다. 이 “시민성의 언어”는 행위자들이 서로를 시민으로 인정하고 스스로를 시민으로 현시하며 또 그 시민적 관계를 이해하고 탐구할 수 있는 대화의 수단이다(HC 122-3).¹⁶⁾

시민들의 관계양식인 시민결사는 전적으로 규칙들로 구성되어 있다(HC 124). 따라서 시민적 언어는 규칙들의 언어이고, 시민들 사이의 결사양식인 *civitas*는 규칙으로 결합된 결사(rule-articulated association)이다(HC 124). 여기서 규칙은 충고나 요청, 탄원이나 경고와 구분되며, 실질적인 만족을 추구하는 행위자들 사이의 구체적인 명령이나 지시 혹은 단순한 금지 등과도 구분되는바 “단언(assertion)이지 정리(theorem)가 아니다”(HC 124-5). 요컨대, 하나의 이상형으로서의 시민적 관계는 규칙들에 입각하여 구성된 결사양식으로 규정할 수 있으며, 그 주된 전제들은 자유로운 행위자(*free agent*), 관계양식, 규칙체계의 권위에 대한 승인(*assent*) 혹은 불승인(*dissent*), (단순한 굴복과 구분되는) 지성적인 동의, (강제 및 예상된 결과에 대한 고려와 구분되는) 권위와 의무란 관념 등이다(HC 127).

오크숏은 시민결사를 구성하는 규칙들의 성격을 더 세부적으로 분석함으로써 시민결사의 조건을 더 구체적으로 파헤치는데, 그의 법 개념 및 법의 지배 이론은 바로 이 맥락에서 전개된다. 주지하듯이, 시민적 관계는 행위자들이 “시민성의 관계양식(*practice of civility*)을 구성하는 규칙들”을 공동으로 승인함으로써 형성된다. 시민적 결사의 가장 중요한 조건은 바로 이와 같은 고찰로부터 도출된다. 그 중 가장 중요한 조건은 시민성의 관계양식을 구성하는 규칙들의 특수성이다(HC 128). 시민적 관계의 규칙들은 게임이나 기업의 규칙들과 달리 오직 규칙들을 승인하는 것에서 시작하고 끝난다. 오크숏은 이런 규칙을 ‘법(*law*)’이라고 부르고, 그것을 국가라 불리는 결사체의 조건을 구성하는 이질적인 규칙들 및 그와 유사한 지시사항이나 규정들과 혼동하지 않도록 *lex*라 부른다(HC 128). *lex*로서의 규칙들은 행위자들에게 공통적으로 적용되는 책임사항들을 명시한 것으로, 이 *lex*를 통해 행위자들은 상이한 특성과 차이들에도 불구하고 “공식적으로 평등한 자들(*formal equals*)”인 시민이 된다(HC 128).¹⁷⁾ 그러므로 *lex*로서의 법은 입법권위에 의해 공포된 모든 것들을 다 포괄하지는 않고, 그런 것들 중에서도 특별한 유형의 규정들, 즉, “시민성의 관계양식을 구성하는” “인간행위의 일반적인 비도구적 규칙들”의 세

16) 물론 이 언어는 고정불변의 것이 아니라 장기간에 걸친 행위자들의 사용을 통해 수정될 수 있다. 그리고 인간은 이 시민적 언어만을 사용하는 존재가 아니기 때문에 이 언어를 사용하기 위해 다른 목적이나 관심을 가지고 고안·형성해온 언어들을 포기할 필요도 없다.

17) 이때의 법은 행정적 명령이나 정책적인 성격을 갖고 있는 법과 구분된다. 오크숏은 정책지향적 법제정의 과도함이 현대 국가의 특징이 되어가고 있다고 파악하면서, 이런 경향이 법의 지배에 대한 중대한 장애가 되고 있다고 본다. 오크숏의 이런 입장은 하이에크의 그것과 매우 유사하다. 하이에크 역시 법의 일반적이고 비도구적인 성격을 강조하기 때문이다.

트를 의미한다(Friedman 2005, 168-9).

오크숏은 *lex*가 갖춰야할 특성들로, 정확성, 간결성, 상호간 非모순성, 공개성, 자의적 면제나 완화의 여지가 없어야 할 것, 일반성 등 모든 종류의 규칙들이 공유하는 특성들 외에, *lex*의 차별적 특성으로 체계성을 든다(HC 128-9). 즉, *lex*는 단순히 규칙들의 집합이 아니라 규칙들의 ‘체계’라는 것이다. *lex*를 구성하고 있는 규칙들 사이의 체계성을 통해 개별적인 규칙들이 해석되고 조정되며 유효한 것으로 인정됨으로써, *lex*는 자족적인 규칙들의 체계(self-sufficient system)로 확립된다. 요컨대, *lex*는 자체의 관할영역을 갖고 있는 자포적인 법체계를 의미한다(HC 129).

모든 관계양식들이 구성원들이 이해·승인하고 있는 조건들에 입각해 있듯이, *lex*에 입각해 있는 시민적 관계의 성립과 유지 또한 중요한 조건을 전제하고 있다. 그것은 대부분의 구성원들이 알 수 있도록 공포되어야 하고 또 일반적으로 준수되어야 한다는 요구와 연관된 것으로, 불확정적인 상황에서 어떤 행위가 규칙에 부합하는지의 여부를 숙고·결정하는 재판절차를 전제한다(HC 130-1). 이 절차는 법체계로서의 *lex*에 의해 인정된 것으로, 행위의 적법성 여부를 가려주고 결사의 조건들을 확인시켜준다. 그러므로 시민의 특성은 법정에서의 소송자들의 관계로 특징화시킬 수도 있는데, 재판을 통해 행위자들은 재판대상이 된 행위(또는 사건)가 불확정적인 상황에서 범규범과 맺고 있는 관계를 확인할 수 있게 된다.

재판과 범규의 관계는 다음과 같이 설명할 수 있다. 범규는 재판에 앞서 존재하지만 재판은 (불확정적인 상황에서) 범규가 갖는 의미를 분명히 드러내준다(HC 133). 재판은 범규가 결코 내포할 수 없는 결론-범규범이 불확정적인 상황과 관련하여 어떤 지위에 있는가에 대한 판단-을 내려줌으로써 관련 범규의 의미를 “의미심장하게(significantly), 정당한 방식으로(justifiably), 적절하게(appropriately), 그리고 지속적으로(durably) 증대시켜준다(amplified)”(HC 133). 여기서 재판이 범규의 의미를 의미심장하게 증대시켜줄 수 있는 것은 “그런 결론이 법체계 속에 들어 있지 않기 때문이며”, 정당한 방식으로 증대시켜줄 수 있다는 것은 “증대 행위의 권위가 법체계와 관련되어 있기 때문이며”, 적절하게 증대시켜줄 수 있다는 것은 “그 결론이 법체계의 의미와 분쟁에 관한 특수한 상황적 불확실성을 해결해야만 하기 때문이며”, 지속적으로 증대시켜줄 수 있다는 것은 “그 결론이 법체계에 편입됨으로써 판사가 미래의 불확실성과 분쟁을 해결하는 데 활용할 수 있어야 할 뿐만 아니라 시민들 또한 자신의 행위를 결정하는 데 활용할 수 있어야 하기 때문이다”(HC 133).

오크숏은 또한 법이 명확한 제정행위를 통해 수립되었을 경우, 제정자의 의도를 법의 해석 기준으로 삼으려는 경향이 있을 수 있다는 것을 지적하고, 법이 특정한 목적을 성취하기 위한 도구가 아님을 근거로 이런 경향의 부적절함을 비판한다(HC 134). 만일 권위 있는 텍스트가 있다면, 판결과 법체계 사이의 관계는 어디까지나 재판에 관련된 범규와 그 텍스트의 관계이어야만 하지, 그 범규를 입안했던 불확정적인 상황-입법자의 의도가 이런 상황과 관련이 있었을 지라도-과의 관계여

서는 안된다. 이와 동시에 오크숏은 재판은 판사에게 권위를 부여해준 법규에 따라야 한다는 점에서, 그리고 그 결론은 ‘법의 의미’에 대한 불확실성이나 분쟁의 해결로서 법체계와 연관되어 있다는 점에서, 재판을 ‘판사’ 개인의 결론으로 이해해서는 안된다고 본다(HC 134). 그것은 무엇보다 재판이 불확정적인 상황 속에서 (법체계로부터 연역적으로 도출될 수 없는) 법이 갖고 있는 ‘의미’의 확인에 관심을 두기 때문이다(HC 135).

한편, 오크숏은 사법적 절차의 남용 가능성을 방지할 수 있는 법체계 내부의 규칙과 원칙들이 있음을 지적하고, 이런 규칙과 원칙들을 통해 재판절차가 남용되거나 시민들이 법에 의해 피해를 당하지 않도록 법의 경직성(*rigor juris*)이 완화될 수 있음을 지적하면서 그 한 가지 예로 ‘형평 원칙’(equity)을 제시한다(HC 137-8).

시민적 관계의 핵심 조건인 법질서와 맞물려있는 또 다른 조건은 새로운 법을 제정하거나 기존의 법을 개정 또는 폐기할 수 있는 권위 있는 입법절차의 존재이다(HC 138). 너무 빈번한 입법이나 성급한 입법 또는 개정은 사법절차에 악영향을 미침으로써 법체계를 위협에 빠트릴 것이다. 하지만 법체계에 입각하여 수립된 시민적 결사체는 바람직한 시민적 조건들에 대한 신념과 정서가 변할 경우 그런 변화를 반영하여 법체계에 수정을 가할 수 있는 법제정 절차를 갖추고 있어야 한다.

오크숏에 따르면, 입법은 불확정적인 상황에서의 관련 법규의 의미를 드러내는 사법절차와 달리 법의 의미에 관한 결론을 제시하지 않는다. 입법은 법체계 속에 일반적인 행위규범을 삽입하는 절차로서, 그 삽입된 법규범의 (불확정적인 상황에서의) 의미는 사법적 절차에 의해 확인된다. 그러므로 입법은 법체계가 변경될 수 있다는 믿음과 승인된 개정 절차 및 법체계의 바람직함을 숙고할 수 있는 가능성을 전제한다(HC 139). “시민에게 법(*lex*)은 행위를 선택할 때 고려해야만 하는 (권위 있는) 규정된 조건들의 체계이며, 재판관들에게 법은 불확정적인 상황에서 법규의 의미에 관한 결론을 내릴 수 있는 근거인 동시에 그 결론으로부터 도출될 수 있는 사항들에 대한 근거이기도 하다. 하지만 입법자들에게 법은 그것이 어떤 측면에서 변경, 확장 또는 축소되어야 할 지를 숙고해야 한다는 요청이며, 필요할 경우 어떻게 수정해야 할 것인가를 숙고해야 한다는 요청이다”(HC 139)

하지만 시민결사는 단지 시민성의 조건을 규정한 (확인 가능한) 일반 규범들에 입각하여 구성된 결사인 것만은 아니다. 그것은 또한 시민성의 조건들이 일반적으로 그리고 적절히 준수될 것이라는 확신이나 기대를 반영하고 있다(HC 141). 그리고 이런 확신이나 기대는 법제정 행위나 사법 행위에 속하지 않는 절차와 공직의 존재, 곧 통치(*ruling*) 행위를 전제한다.

오크숏에 의하면, 통치는 어떤 불확정적인 상황에서 특정한 사람들로부터 상상되고 요망된 반응—실질적인 행위를 수행하거나 하지 않는 것—을 얻기 위해 발언을 하는 행위로서, 그 발언 양식이 논쟁적이거나 권고적이지 않다는 점에서 법과 유사하지만, 명령적이고 강요적이며 그렇게 할 수 있는 자원을 갖고 있다는 점에서

는 법과 다르다(HC 142). “시민적 조건 하에서 통치는 무조건적인 활동이 아니라 권위의 행사이며, 그 권위는 법으로부터 유래한다”(HC 142).

정리해보면, 시민적 조건은 도덕적 관계양식에 입각해 있는 결사로서, 입법적·사법적 규칙과 절차들, 행정적인 통치행위들, 권력과 의무 및 권한의 위임에 관련된 규칙들과 관행들, 그리고 다른 결사들의 통치자들과 맺을 수 있는 합의와 조약 등에 관련된 규칙들 등으로 구성된다(HC 147). 이런 관계양식의 특성 때문에 시민들 혹은 신민들은 공동의 욕구충족 행위, 곧 실질적인 만족 추구를 위해 모인 조합원으로서가 아니라, 시민성(civility)이라는 다소 ‘느슨한’ 유대('watery' fidelity)에 입각하여 서로 결합되어 있다(HC 147). 오크숏은 시민적 관계의 조건을 구성하는 규칙들과 제도들의 체계를 간략하게 일컫기 위해 *respublica*(공적인 관계 혹은 시민들의 관심사)라는 라틴어를 사용한다(HC 147).

오크숏은 이 맥락에서 법규 및 그와 유사한 조건들로 구성된 *respublica*가 권위와는 다른 측면, 곧 그 바람직함(desirability)의 측면에서 검토될 수 있는 가능성을 정치 개념과 연관시켜 논하고 있다. 오크숏은 시민결사가 시민들의 시인이나 부인과는 상관없이 공적인 규칙체계(*respublica*)의 권위에 대한 ‘승인’에 입각해있다고 주장한 바 있다. 그러므로 공적인 규칙들이 규정하는 조건들의 바람직함에 대한 시민들의 견해나 느낌과는 상관없이 *respublica*는 그 권위를 계속 유지할 수 있다. 하지만 *respublica*의 권위에 대한 지속적인 승인이 곧 공적인 규칙들이 규정하는 조건들의 바람직함에 대한 시민들의 평가까지를 금할 수는 없다. 그러므로 공적인 규칙체계로서의 *respublica*는 지속적인 권위를 향유하면서도 그것이 규정하는 현재의 조건들이 과연 바람직하며, 더 바람직한 조건으로 대체하는 것이 가능한가에 대한 논의를 허용할 수 있다(HC 159). 그에 따라 *respublica*가 지정한 적절한 제도와 절차에 의해 *respublica*를 구성하는 규칙들의 바람직함이 (재)검토됨으로써 수정되거나 폐기될 수 있으며, 필요한 경우에는 새로운 규칙들이 도입될 수도 있다(HC 160). 하지만 *republica*의 바람직함에 대한 문제 제기의 가능성은 *respublica*의 권위를 전제하는 것으로, 그것은 시민결사를 여타의 다른 결사들과 구분시켜 주는 동시에 시민결사에서서의 성격을 규정하는 중요한 한 가지 특징이다. 오크숏은 시민결사의 이와 같은 특징을 “고유한 의미의 정치(politics properly speaking)”라 명명함으로써 다른 일반적인 의미의 정치 개념과 구분하고 있다(HC 163).

고유한 의미의 정치는 숙고와 논쟁에 의해 수행되기 때문에, 특별한 공직을 담당하고 있는 사람들의 전유물이자 권위적이고 강제적인 발언(명령)을 통해 수행되는 통치와는 다른 범주에 속한다(HC 166). 통치는 *respublica*의 권위를 단정하며 그 권위에 의존하기 때문에, 그것이 규정하는 조건들의 바람직함을 검토하는 숙고적이며 논쟁적인 활동인 정치와 구분된다(HC 166). 그러므로 ‘정치적’이라는 수식어는 지배(혹은 통치)를 적절히 한정할 수 없다. 요컨대 오크숏의 재규정에 의하면,

정치는 시민적 관계에서 바람직한 사항들(civil desirabilities)과 관련된 속고이며 발언이다. …요컨대, 정치적 생각과 발언의 특징은, 특정한 상황에서 시민적 선(*bonum civile*)의 관점에서 *respublica*에 대해 속고하는 것이다. 다시 말해, 시민들의 준수를 권위 있게 요구하고 강제할 수 있는 조건들에 대해 속고하는 것이다(HC 172-3).

III. 법과 법질서

앞 장에서 오크숏의 정치이론에서 법의 지배와 정치가 맺고 있는 관계를 비교적 상세히 개관했기 때문에, 이 장에서는 「법의 지배」(1983)에 나타난 보완적 논의를 고려하면서 그의 법 개념을 고찰해보고자 한다.

법이란 무엇인가? 『인간행위론』에서 설명된 오크숏의 법 개념은 언뜻 보기에는 순전히 실증주의적인 것처럼 보인다. 사회적으로 승인된 법제정 권위의 존재가 법의 합당한 근거라는 인식이 매우 분명하기 때문이다. 하지만 오크숏이 『인간행위론』에서 법의 지배를 상세히 논했음에도 불구하고 「법의 지배」를 다시 쓰게 된 것은 『인간행위론』에서 제시한 법의 지배 이론이 아직 불충분하거나 오해될 여지가 있다고 판단했기 때문이다. 다시 말해 그의 법 개념이 단순히 실증주의적인 것으로 오해될 가능성이 있다는 것을 인식했고, 그에 따라 「법의 지배」를 통해 그런 오해를 불식시키고자 했던 것이다.¹⁸⁾

「법의 지배」에 나타난 설명방식의 차별성은, 기획결사와 시민결사가 각각에 고유한 인간형 혹은 인간의 특수한 측면인 *persona*를 전제하고 있다는 점을 부각시킴으로써, 법의 지배가 인간에 대한 특수한 이해와 정합적인 관계를 이루고 있다는 점을 강조한 데 있다. 오크숏의 법의 지배 이론에 대한 기존의 설명들은 이와 같은 인간형적 가정을 도외시함으로써 오크숏의 법 개념과 법의 지배 이론을 피상적으로 이해해왔다. 하지만 법의 지배에 전제되어 있는 인간형과 법질서(*legal order*)의 성격에 대한 오크숏의 설명에 주목할 경우 그와 같은 피상적인 이해와는 전혀 다른 설명이 가능하다.

오크숏의 법 개념은 분명히 법실증주의의 두 가지 명제—법과 도덕을 분리시키는 분리명제와 법의 원천 명제(사회적 승인률)—와 일치한다는 점에서 법실증주의와 부합한다. 하지만 법실증주의와 자연법의 구분을 단순히 이 두 가지 명제를 기준하여 구분하는 것은 지나치게 단순하다. 뿐만 아니라, 그런 구분방식은 법실증주의와 자연법주의 사이의 보다 중요하고 미묘한 차이를 간과하게 만들어버린다. 만일 법실증주의와 자연법주의의 차이를 두 가지 명제에 입각해서만 설명한다면,

18) 오크숏의 법 개념을 언급한 몇몇 학자들은 그것을 주로 실증주의적인 것으로 이해했다. Ronald Cass, *The Rule of Law in America* (Baltimore: Johns Hopkins University, 2001), 1면, 154n 2; D. Neil MacCormick, "Spontaneous Order and the Rule of Law: Some Problems," *Ratio Juris* 2(1989), 41-54면.

권위에 의한 공포를 법의 중요한 속성으로 간주한 키케로와 아퀴나스도 일면에서는 법실증주의자로 분류할 수 있을 것이다.¹⁹⁾ 그러므로 보다 중요한 점은 제정된 법이 진정한 법으로 인정받기 위해서는 이 두 가지 이외의 추가적인 조건을 갖출 필요가 있는지의 여부이다. 법실증주의자는 이 두 가지 명제를 충족시키는 것으로 법의 정당성을 확보할 수 있다고 보는 반면, 비실증주의자—그 중 하나가 자연법주의인데, 오크숏은 수직적인 위계질서의 최상위에 있는 자연법을 인식론적인 이유로 법으로 인정하지 않는다(OH 159; cf. OHC, 230)—는 추가적인 조건이 필요하다고 본다.

오크숏의 법질서 개념은 그를 법실증주의자로 단정하기 어려운 유력한 근거를 제시해준다. 오크숏은 한 정치사회에 정의로운 법질서가 확립되어 있는지의 여부를 두 가지 측면에서 평가한다. 그 한 가지는 법의 형식적 요건이고 다른 한 가지는 실질적 요건이다. 형식적 요건은 법이 사회적 승인률에 따라 제정되었는가의 여부 및 풀러(L. Fuller)의 이른바 ‘법의 내적 도덕성(inner morality of law)에 합치하는가의 여부와 관련이 있고,²⁰⁾ 또 다른 실질적인 조건은 법질서가 구현해야 할 실질적인 정의의 성격과 관련이 있다. 오크숏이 만일 법의 지배가 갖추어야 할 정의의 내용으로서 법질서가 구비해야 할 형식적 조건만을 제시했다면 풀러의 “법의 내적 도덕성” 개념이 직면했던 논쟁—형식적 적법성의 조건을 갖춘 법의 지배는 부도덕한 정치질서나 잔혹한 독재체제와 양립가능한가 아니면 그런 체제를 원천적으로 부정하는가—에 휩싸일 수밖에 없고,²¹⁾ 따라서 그의 법 개념을 실증주의적인 것으로 규정해도 크게 잘못된 것은 아닐 것이다. 하지만 오크숏은 법질서가 갖추고 있는 (또는 갖추어야 할) 형식적인 조건들 그 이상의 추가적인 조건들—정의의 내용—을 덧붙임으로써 법질서가 보다 ‘실질적인’ 정의를 구현해야한다고 주장한다.

그러나 오크숏은 자연법이나 (실천이성이 발견한) 보편적인 인권과 같은 초월적인 기준들을 법질서가 구현해야 할 실질적인 정의로 인정하지 않는다. 대신 그는 ‘법의 형식적 특성에 대한 충실함’(faithfulness to the formal character of law)이외의 ‘추가적인’ 조건으로서 “특별한 종류의 도덕적 고려사항”을 제시한다(OHO 173).

법의 정의(jus of lex)에 대해 숙고하는 것은 특별한 종류의 도덕적 고려사항에 호소하는 것이다. 여기서 도덕적 고려사항은 언론의 자유, 정보에 대한 권리, 혹은 출산에 대한 권리와 같이 법이 수용해야 할 어떤 절대적인 도덕적 원칙들에 대한 (어리석은) 믿음도 아니며, 행위 동기의 옳고 그름에 대한 구분도 아니다. 그것은 법의 구체적인 규정들이, 도덕

19) Friedman, 앞의 글, 168.

20) 오크숏은 법질서가 성립될 수 있는 정의의 형식적 조건으로 사회적 승인률에 따른 입법 및 풀러(L. Fuller)의 이른바 “법의 내적 도덕성”(inner morality of law)을 제시한다(OHO 152-3, 171, 230). “정의롭지 못한 법은 법이 아니다.”(*lex injusta non est lex*)는 표현은 바로 이와 같은 고려사항들에 관련되어 있다.

21) L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, 1971); J. Raz, 'The Morality of Law and Its Virtue,' *Law Quarterly Review* Vol. 93(1979), 211면.

적 결사(좋은 행위)의 조건들인 “미덕”의 조건들과 법(정의)에 의해 부과되어야 할 종류의 조건들을 구분할 수 있는, 지배적인 계몽된 도덕적 감수성(*a prevailing educated moral sensibility*)과 충돌하지 말아야 한다는 소극적이고 제한적인 고려사항이다(OHO 174. 이탤릭체는 필자의 강조).

여기서 “지배적인 계몽된 도덕적 감수성”을 지닌 행위자들이라는 표현은, 개별적인 이익과 목표를 추구하는 과정에서 진정한 법이 부과하는 추가적인 행위조건들에 따르기로 동의한 특수한 *persona*들을 의미하는바, 결국 “법의 성격에 내재되어 있는 정의”는 시민결사를 구성하고 있는 특수한 *persona*의 도덕적 특성과 연관되어 있음을 말해준다(OHO 174). 그러므로 “법의 형식적 성격에 대한 [절대적인] 충실”이라는 요소에 덧붙여 오크숏이 추가하는 (정의로운 법의) 조건은 *persona*의 “도덕적-법적 수용성(moral-legal acceptability)”, 다시 말해, 법의 지배가 실현되고 있는 시민결사 구성원들의 (역사적으로 성취된) “도덕적-법적 자기 이해(moral-legal self-understanding of the associates)”와의 부합성이라고 할 수 있다.²²⁾ 이것은 「법의 지배」 앞부분에서 오크숏이 법의 정의로움을 근거 짓는 추가적인 요소로서 제시한 “도덕적 경험” 혹은 특별한 “신념과 견해”란 요소를 보다 구체적으로 설명한 것으로, 시민결사의 도덕적 경험 과정에서 불가피하게 발생할 수밖에 없는 긴장과 불일치를 “심의할 수 있는 적절한 논증적 담론양식(an appropriately argumentative form of discourse)인 도덕적 담론양식”에 반영되어 있는 요소이다(OHO 156, 174)

그러면 “법에 내재되어 있는 정의”의 추가적인 조건인 동시에 “적절한 도덕적 담론양식”속에 반영되어 있는 (시민결사 구성원들의) 도덕적-법적 자기이해의 구체적인 내용은 무엇인가? 그것은 무엇보다 근대유럽문명에 깊이 뿌리를 내리고 있는 자유(freedom)라는 특별한 가치이다(OHO 175). 법의 지배가 실현되고 있는 시민결사의 법질서는 무엇보다 근대 유럽인들의 역사적 성취라고 할 수 있는 ‘자유로운 존재’로서의 인간됨(시민으로서의 *persona*)을 표현하고 있으며, 또 그런 인간의 자기이해와 부합할 때만이 그 정의로움을 담보할 수 있다.²³⁾ 오크숏은 『인간행위론』의 첫째 에세이에서 이미 (하나의 이상형으로서) 자유로운 존재로서의 인간

22) 물론 시민결사 구성원들의 자기 이해가 완전히 정합적이거나 명료하다고 단정할 수는 없다. 그것은 심의활동(deliberation)의 결론보다는 심의활동 자체 속에서 더 안정적으로 표현되고 있는 도덕적 상상물(moral imagination)이기 때문이다(OHO 174).

23) 풀러의 “법의 내적 도덕성” 역시 도덕적 존재로서의 인간의 자율성을 전제하거나 담보하고 있다는 (유력한) 해석이 있다. 예컨대, 알란(T. R. S. Allan)은 풀러의 법의 지배 개념은 입헌민주주의로 구현되는 실질적 가치들—도덕적 자율성, 개인에 대한 평등한 존중, 절차적 공정성, 통치자와 피치자 사이의 신뢰 등—을 이미 내포하고 있다고 주장하며, 형식적 법의 지배 개념과 실질적 지배 개념을 구분하면서 풀러를 형식적.절차적 법의 지배로 간주하는 학자들의 해석을 비판한다. Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press), 2003, 6-7면. 오크숏은 적법성의 형식적 조건들이 어느 정도 법의 실질적 정의를 담보해낼 수 있다고 보았을지라도, 그것이 법에 내재된 실질적 정의를 확정하는 요소로서는 불충분하다고 보았다. 오크숏이 “추가적인” 근거를 제시한 것은 바로 그와 같은 이유에서라고 본다.

의 행위에 관한 상세한 분석을 시도한바 있기 때문에 정의로운 법질서가 구현하고 있는 자유라는 가치의 구체적인 내용을 더 이상 설명하지 않고 그 형식적인 특징만을 다음과 같이 설명한다.

이 결사양식[법의 지배에 입각해 있는 시민결사]은 의무의 끊임없는 준수가 아니라 의무의 승인에 입각해 있는 결사이다. 그리고 이 모든 것은 특정한 종류의 “자유”, 곧, 자신의 의무를 선택할 수 있는 자유만을 제외한 자유를 가리킨다고 말할 수 있다. 하지만 이 “자유”는 이 결사양식의 결과물로서 발생한 것이 아니다. 그것은 그 결사의 성격 속에 내재되어 있다(OHO 174-5).

이처럼 법의 지배에 입각해 있는 시민결사의 법질서는 근대 유럽인들의 자기이해에 담겨있는 핵심 가치로서의 자유에 대한 특수한 이해를 담고 있다. 이런 가치를 도덕적-법적 의무의 내용으로 담보하지 않는 법질서는, 아무리 사회적 승인물에 따라 제정된 법률들로 구성되어 있다고 해도 정의로운 법질서로 간주할 수 없으며, 따라서 진정한 법질서로 볼 수 없다. 그러므로 이제 “법에 내재되어 있는 정의”의 실질적 내용과 관련하여 남아 있는 문제는 “법의 성격에 내재된 정의”의 근거가 되는 자유라는 가치의 구체적 내용을 설명하는 것이다. 하지만 오크숏은 「법의 지배」의 마지막 부분에서 이 문제를 더 이상 다루지 않고 법제정 권위에 정책을 작성할 수 있는 권위가 덧붙여질 때 발생할 수 있는 위험-법의 지배가 실현된 시민결사가 기획결사로 전환될 수 있는 위험-에 대해서만 간략히 언급하는 것으로 「법의 지배」를 종결짓는다(OHO 176-8). 그런데 이것은 오크숏이 이미 『인간행위론』에서 ‘인간적 행위’를 이해하기 위해 성찰적 의식(reflective consciousness)을 지닌 “자유로운 행위자(free agent)”의 특성을 상세히 설명했다는 점을 두고 볼 때 충분히 이해할 수 있다(HC 36-7). 즉, 오크숏은 『인간행위론』에서 자유의 의미를 충분히 설명했기 때문에 「법의 지배」에서 그것을 다시 상론할 필요가 없었으며, “법의 성격에 내재되어 있는 정의”의 근거가 자유라는 가치임을 지적하는 것만으로 법질서에 내재되어 있는 정의의 실질적인 내용에 대한 설명을 완성했다고 생각할 수 있었다. 그러므로 「법의 지배」는 『인간행위론』에서 제시된 “자유로운 행위자”의 도덕적 특성에 대한 상세한 설명에 의해 보완되어야만 한다.

『인간행위론』에서의 “자유로운 행위자”에 대한 설명을 두고 볼 때, 법질서에 내재되어 있는 실질적 정의의 근거인 자유는 지성적인 개입의 능력, 설득 및 설득적 발언의 능력, 진정성(행위의 자기발원)과 도덕적 자율성의 능력 등을 주된 내용으로 갖고 있다(HC 39-80). 그러므로 법질서에 내재되어 있는 실질적인 정의는 적법성의 형식적 조건들과 아울러 이상에서 열거한 “자율적인 행위자”의 도덕적 능력들을 보호·존중해줄 수 있을 때에만 명실상부하게 법의 지배가 실현된 시민결사의 법질서를 완성시킬 수 있다.

그런데 법질서에 내재되어 있는 실질적 정의의 근거와 관련, 오크숏이 명시적으로 제시하지는 않았지만 함축적으로 전제하고 있는 중요한 가치로서 평등을 빼놓을 수 없다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 법의 지배에 입각해 있는 시민적 관계는 행위자들이 시민성의 관계양식을 구성하는 규칙들을 공동으로 승인함으로써 형성되는데, 이 시민적 관계양식을 구성하는 규칙들의 특수성을 설명하는 맥락에서 오크숏은 *lex*를 통해 행위자들이 “공식적으로 평등한 자들”인 시민이 됨을 강조했다(HC 128). 즉, 행위자들에게 공통적으로 적용되는 책임사항들을 명시한 *lex*를 통해 “자유로운 행위자”들은 상이한 특성과 차이들에도 불구하고 ‘평등한 시민들’이 된다. 그러므로 법의 지배가 실현된 시민결사는 시민들 사이의 평등이란 가치를 담보할 때만이 정의로운 법질서로 인정받을 수 있으며, 법의 지배가 실현된 시민결사에 적합한 법질서가 될 수 있다. 아마도 현대의 정당한 법질서가 당연히 포함하고 있는 적법절차(due process) 원칙은 무엇보다 평등의 이념을 지향하는 것으로 이해할 수 있을 것이다.²⁴⁾

그렇다면 이와 같은 법질서 개념에 전제된 오크숏의 법 개념은 과연 어떻게 규정할 수 있는가? 오크숏은 사회적 승인률의 존재가 정당한 법의 원천임을 인정하고 있기 때문에 법실증주의적 측면을 수용하고 있다. 나아가서 초월적이며 보편적인 것으로 간주되는 도덕규범이 정의로운 법질서의 합당한 근거가 될 수 없다고 주장한 점에서도 실증주의적이다. 그럼에도 불구하고 오크숏은 이 두 가지 조건이 “법에 내재되어 있는 [실질적] 정의”의 필요충분조건이 될 수 없다고 주장하고, 적법성의 형식적 조건들은 물론 시민결사를 구성하는 “자유로운 행위자”들의 도덕성 특성들—합리성, 진정성, 자율성 등—과 평등한 시민성의 가치를 담보한 경우에만 정의로운 법질서가 수립된다고 주장함으로써 단순한 실증주의 입장을 벗어나고 있다. 하지만 그렇다고 해서 오크숏을 온전한 자연법주의자라고 규정하기도 어렵다. 그는 자연법주의의 전형적인 특징인 초월적이고 독립적인 보편적 도덕법(자연법)이나 불가양도의 절대적 권리와 같은 원리들을 객관적인 인식불가능성을 이유로 거부하기 때문이다. 법질서에 내재되어 있는 실질적인 정의의 근거로서 오크숏이 내세운 것은 근대유럽인들이 역사적으로 성취해온 (시민이라는 *persona*로서의 특수한 자기 이해의 표현인) “자유로운 행위자”의 도덕적 특성인 자유와 평등이기 때문이다.

아마도 오크숏의 입장은 영국의 코몬로 전통에 대한 독자적인 비판적 해석과 법실증주의 사이의 변증법적 종합을 시도한 것으로 보는 것이 타당할 듯싶다. 오크숏은 영국의 코몬로 전통의 중요한 요소를 받아들였음에도 불구하고, 법제정 권위를 오랜 시기에 걸쳐 법의 구체적 의미를 확인해온 개별 판사들의 해석에서 찾지 않고 명확히 확인할 수 있는 독립적인 법제정 권위체에 귀속시킴으로써 코몬로 전통으로부터 이탈했다. 그렇지만 그는 동시에 법이 “지배적인 계몽된 도덕적 감수성”과 충돌하지 말아야 함을 강조함으로써 코몬로 전통의 중요한 요소를 계승했다. 이와 같은 입장은 정치공동체의 고유한 정치도덕에 입각하여 법질서의 정합성을 모

24) Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, 앞의 책, chap. 8.

색하고자 했던 드워킨(R. Dworkin)의 입장과 일맥상통하는 측면이 있다.²⁵⁾ 요컨대, 오크숏은 “법질서에 내재되어 있는 정의”는 공유된 역사와 공동생활의 산물인 정치도덕—역사적으로 형성된 구성원들의 도덕적 자기이해를 반영한다—에 토대를 두어야 한다는 점을 인정·강조하고 있으면서도, 그 도덕원리를 “사회적 승인률”에 따라 법질서 속에 구현할 때에야 명실상부한 ‘정의로운 법질서’가 출현한다고 봄으로써 영국 코몬로 전통과 법실증주의를 비판적으로 통합했다고 볼 수 있는바, 이런 변증법적 입장—다분히 아리스토텔레스의 영향이 반영되어 있다—은 포스트모던 시대를 배경으로 법실증주의와 자연법주의의 이분법적 대립을 극복하고자 하는 현대 법철학에 시사하는 바가 적지 않다.

IV. 헌정주의적 함의: 하이에크와의 비교

그렇다면 이상과 같은 법질서 개념을 근간으로 하는 법의 지배 이론은 헌정주의와 관련하여 어떤 함의를 갖고 있는가? 무엇보다, 오크숏의 법의 지배 이론은 사회적 승인률의 당위성을 정당한 법질서의 제1 조건으로 인정하는 한편 사법의 권위를 (새로운 법의 발견이나 제정 활동이 아니라) 입법권위에 의해 제정된 법률의 (구체적인 상황에서의) 의미를 확정하는 역할에 국한시키고 있는 데서 추론할 수 있듯이, 입법적 권위의 주권을 옹호하고 있는 것처럼 보인다. 오크숏의 법의 지배 이론에서 사법 활동은 궁극적으로 입법적 권위를 제한하거나 견제하기 어렵다. 예컨대, 오크숏의 시민결사에서는 입법부가 현존하는 법규들의 일부를 폐기하고 새로운 법률들을 제정했을 때, 그 새로운 법률들의 위헌여부를 판단함으로써 입법부를 견제할 수 있는 사법 권위에 대한 언급—넓게 보아 권력분립과 견제와 균형의 원칙—은 전혀 나타나지 않는다. 물론, 오크숏은 『정치에서의 합리주의와 다른 에세이들』(Rationalism in Politics and other Essays)에서 법의 지배가 자의적인 지배의 가능성을 막아줌으로써 자유의 실현에 필수적인 역할을 한다는 점과, 민주주의의 한 가지 핵심 내용이 권력분산(diffusion of power)이라는 점을 강조함으로써 간접적이긴 하나 전통적인 권력분립 이론을 지지했던 것으로 보인다.²⁶⁾ 하지만, 시민결사론에서의 오크숏의 입장은 중기까지와는 달리 정당하고 유효한 법질서 확립

25) Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: Moral Reading of American Constitution* (Harvard University Press, 1997). 한 심사위원께서 이 언급에 대해 흥미 있는 지적을 해주셨다. 그에 의하면 드워킨은 “어디까지나 인간 개인이 가지는 천부인권을 중요시하는바.” 오크숏의 관점에서는 이와 같은 드워킨의 입장 역시 “추상적 원리에 입각한 이성주의의 일종”이라고 볼 수 없는지의 여부이다. 이것은 추가적인 연구가 필요한 중요한 지적이라 본다. 참고로 오크숏의 법개념에 대한 나딘(T. Nardin)의 이해는 다소 모호하지만, 오크숏의 법 개념이 전적으로 실증주의적인 것도 전형적으로 자연법주의적인 것도 아니라고 본 점에서는 이 글의 입장과 유사하다. 나딘에 의하면, 오크숏의 “법의 지배는 인간의 법(human law)이 이차적인 지위를 점하고 있는 도덕질서와 도덕적 정의가 이차적인 지위를 점하고 있는 법질서 사이의 중간지대를 점거하고 있다.” Terry Nardin, *The Philosophy of Oakeshott* (The Pennsylvania State University Press, 2001), 209면.

26) 특히, 앞에서 인용한 “The masses in representative democracy”(1961)와 “The Political Economy of freedom”(1949)을 볼 것.

에 있어 사회적 승인률의 당위성 및 입법주권의 필수성을 강조함으로써 중기까지의 고전적인 법의 지배 이론에서 다소 벗어나고 있다는 인상을 준다. 그렇다면, 그가 일관되게 옹호해온 법의 지배와 후기에 보다 명확하게 표현된 입법주권 원칙 사이의 긴장을 어떻게 이해하고 또 해소해야 하는가? 이 장에서는 법의 지배와 정치의 관계에 대한 오크숏의 이론화에 주목하여, 오크숏이 하이에크의 입장과 대비되는 일종의 심의민주주의적 헌정주의(deliberative constitutionalism)의 가능성을 제시하고 있는 것으로 해석함으로써 이 질문에 답해보고자 한다.

하이에크에 의하면, 근대적 법의 지배는 엄격한 권력분립 원칙 및 권력들 간 견제와 균형의 원리를 통해 달성된다.²⁷⁾ 법의 지배에 대한 하이에크의 확고한 옹호는 법의 지배가 권력집중—입법권력과 행정권력 및 사법권력의 집중—이나 편중에 의해 무너짐으로써 초래된 전체주의 현상을 배경으로 제시되었다. 그러므로 하이에크가 (입법주권의 자의성을 허용할 수 있는) 의회주권 원리를 법의 지배를 무력화하는 원리로 받아들이면서 민주주의를 매우 소극적인 의미로 이해하고자 한 것은 정황상 충분히 이해할 수 있다. 하이에크에 의하면, 엄격한 권력분립 원리에 기반을 두지 않는 단일 주권적 정부형태는 결국 법의 지배가 아니라 (비록 형식적으로 법의 지배 형식을 띠고 있어도) 다수자의 자의적인 권력행사를 초래하기 때문이다. 그래서 하이에크는 법실증주의를 단호히 거부하고, 코몬로 전통에 입각하여 사회의 자생적인 진화과정에서 판사들의 법발견 노력을 통해 확립된 일반적인 법규들에 의한 지배 및 권력분립 원칙을 엄격히 고수할 때만이 자의적인 권력의 횡포를 방지하고 개인의 자유를 보호할 수 있다고 주장했다.

하지만, 법의 지배 이념에 대한 하이에크의 강력한 옹호는 현대의 법의 지배가 민주주의적 성취를 반영해내는 한편 민주주의적 절차와 가치들을 보호하고자 하는 중요한 측면을 가지고 있다는 사실을 간과하는 문제점이 있다. 하이에크는 민주주의를 매우 제한적이고 소극적인 차원에서 이해하며 또 그렇게 이해되어야만 한다고 본다.²⁸⁾ 그렇지 않을 경우 법의 지배는 필히 왜곡되거나 민주적인 다수—보다 정확히는 사회의 힘 있는 조직들—의 의지를 (정책적으로) 반영함으로써 개인들의 평등과 존엄성을 앗아갈 수 있다고 본다. 하지만, 법의 지배에 유지되는 하이에크적 사회에서는 다수 시민들이 스스로 공적인 문제를 해결할 수 있는 민주적 역동성과 활력이 거의 발휘될 수 없는 다른 한계에 직면한다. 그 질서는 집합적인 단위로서의 판사들이 의회주권 질서 속에서 의회가 행사하는 주권적 권위를 대신 행사하는 상반된 문제점에 봉착할 수 있다.

이와 달리 시민결사의 근본 토대를 법의 지배에서 찾고 있는 오크숏의 입장은 하이에크의 헌정주의와는 확연히 다른 헌정주의를 지향한다. 이른바 심의민주주의적 헌정주의가 그것이다.²⁹⁾ 현대의 규범적 정치이론에서 민주주의와 헌정주의의

27) 헌정주의와 관련된 하이에크의 입장에 대해서는 *Constitution of Liberty* (Routledge, 1960), part II를 볼 것.

28) Allan, 앞의 책, 25면.

29) 심의민주주의적 헌정주의는 1980년대 이후 민주주의 이론의 대세가 된 심의민주주의와 자유주의적

관계는 매우 복잡한 관계를 형성하고 있다.³⁰⁾ 헌법은 근대 민주주의의 성취를 보호·지원하면서도 민주주의의 적용 범위를 제한함으로써 민주주의를 제약하는 반민주주의적인 역할을 동시에 수행한다.³¹⁾ 그러므로 이론상 이 두 요소들 중 어떤 요소를 더 강조하느냐에 따라 상이한 형태의 헌정(=입헌)민주주의가 형성될 수 있다. 예컨대, 하이에크처럼 전통적인 법의 지배 이상을 견지할 경우 헌정민주주의의 형태는 최소주의적인 민주주의와 고전적인 자유주의적 헌정주의의 결합으로 구체화될 수 있다. 이 경우, 민주적 입법부의 권력은 입법의 위헌여부를 판정할 수 있는 사법부의 권력에 의해 효과적으로 견제될 수 있다. 하지만, 이 형태의 헌정민주주의는 근대 국민주권의 원리를 (그것이 초래할 수 있는 위험성에 대한 과도한 우려 때문에) 매우 제한적으로만 수용하는 한편, 국민에 의해 직접 선출되지 않은 소수의 판사들에게 지나친 권력을 부여함으로써 민주주의적 원칙을 지나치게 제약하는 문제점을 갖고 있다.

반면에, 자유주의적 헌정주의를 근대적 국민주권(혹은 그 위임형태라 할 수 있는 입법주권) 원리에 종속시키는 민주주의적 헌정주의는 이론상 헌법적 기본권 체계를 민주적인 결정과정에 개방시키는 한편 엄격한 권력균형 원리를 지지하지도 않는다. 이 입장은 근대적 국민주권 원리에 따라 국민(혹은 대의원들)이 헌법의 내용을 ‘상대적으로’ 자유롭게 결정할 수 있어야 한다고 보는바, 민주적인 입법권력이 실질적으로 사법부의 견제에서 훨씬 더 자유로운 입법주권의 이상과 맞물려 있다. 하지만 이 민주적 헌정주의는 민주적 다수의 결정이 부당할 때 발생할 수 있는 헌법적 대응력이 상대적으로 매우 빈약하기 때문에 소수집단의 기본권을 보호하기 어려운 단점이 있다. 그럼에도 불구하고 민주적인 입법의 내용이 헌정주의가 보장하고 있는 기본권의 내용과 충돌할 가능성이 낮고, 또 입법을 포함한 중요한 민주적 결정 등이 압도적인 민주적 지지를 확보할 경우 헌법적 기본권으로 안치될 수 있는 가능성이 큰 만큼, 적절한 재구성을 거칠 경우 근대 국민주권 원리에 보다 충실하면서도 동시에 자유주의적 헌정주의의 장점을 수용할 수 있는 헌정주의 형태로 구체화될 수 있다.

그렇다면 오크숏의 시민결사론의 핵심을 구성하는 법의 지배 이론은 어떻게 해서 심의민주주의적 헌정주의를 ‘지향’하는 것으로 해석할 수 있는가? 사실 이런 해석의 가능성은 IV장에서의 설명 속에 상당 부분 암시되어 있다. 특히 입법을 핵심으로 삼고 있는 오크숏의 정치관은, 불확정적 상황성 속에서 자유롭고 평등한 행위자들(*cives*)들 사이의 대화로 특징화되는 정치의 다른 측면과 함께, 심의민주주의

헌정주의를 통합시킨 헌정주의 형태이다. 심의민주주의로부터는 민주적 심의를 통한 개헌의 가능성을 그리고 자유주의적 헌정주의로부터는 헌법적 안치(entrenchment)의 원리를 수용하되, 민주적 심의의 원칙과 헌법적 안치의 경직성을 동시에 완화함으로써 통합을 시도한다. John Worley, "Deliberative Constitutionalism", *Brigham Young University Law Review*,(2009), 431-80면.

30) Holmes, S., "Constitutionalism," in *The Encyclopedia of Democracy*, Vol. 1 (London: Routledge, 1995), 299-306면.

31) Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: Supreme Court at the Bar of Politics*. Second edition (New Haven: Yale University Press, 1986), 16-23면.

적 헌정주의를 강력히 시사한다.³²⁾

주지하듯이, 하이에크의 법 개념과 오크숏의 법 개념은 거의 동일한 형식적 성격을 갖고 있고 법의 내적 도덕성 측면에서도 거의 차이가 없지만 법원(法源)과 관련해서는 큰 차이가 있다. 하이에크의 법은 판사들의 판결을 통해 확립된 코몬로의 성격을 가지나, 오크숏의 법 개념은 명확히 확인할 수 있는 법제정 권위의 산물이기 때문이다. 그런데 이런 차이는 헌정주의 형태와 관련해서는 심대한 차이를 빚어낸다. 왜냐하면, 오크숏이 법질서에 내재된 정의를 정당한 법질서의 필수불가결한 요소로 간주하는 동시에 입법행위를 가장 대표적인 정치활동으로 제시하고 있다는 점과, 정치적 활동을 무엇보다 시민결사를 구성하는 자유롭고 평등한 시민들 사이의 *respublica*(공적인 규칙체계로서의 법)의 바람직함을 둘러싼 개방적인 대화로 이해하는 그의 입장을 함께 고려해보면 오크숏은 심의민주주의자로서 손색이 없다고 볼 수 있는데,³³⁾ 이런 측면을 그가 옹호하는 법의 지배의 이상과 (상호 조정을 거쳐) 통합시킬 경우 일종의 심의민주주의적 헌정주의가 구성될 수 있기 때문이다.

그러나 시민결사의 공적 규칙 체계를 자유롭게 변경할 수 있는 심의민주주의의 역동성이 강조될 경우, 헌정주의의 안정성이 급격히 훼손될 수 있기 때문에 법의 지배에 대한 오크숏의 확고한 지지를 과연 액면 그대로 받아들일 수 있는가 하는 의문이 발생할 수 있다. 오크숏은 1950년을 전후한 시기까지만 해도 분명히 권력분산—high politics와 low politics의 분리 및 사회 내의 권력 분산—의 원칙을 확고히 지지했고 법의 지배는 피지배계급은 물론 통치계급에게도 동일하게 적용된다는 전통적인 법의 지배 이상을 확고히 견지하고 있었다.³⁴⁾ 하지만, 『인간행위론』의 시민결사론에서는 과거의 전통적인 법의 지배 이상을 대신 한층 강화된 민주적 심의의 원리에 기반을 둔 입법주권을 표방함으로써 고전적인 법의 지배 이상으로부터 크게 벗어난 것으로 보이기 때문이다.

하지만 시민결사의 가장 근본적 토대로서의 법의 지배에 대한 오크숏의 수미 일관한 지지 및 *lex*의 비도구적·비목적적 특성에 함축된 권력제한의 경향, 법질서가 갖추어야 할 내적인 덕목으로서의 정의—입법·사법·행정 권력이 공히 준수해야 할 적법절차의 원칙을 포함한다—에 대한 강조, 그리고 그가 심의민주주의 형태를 시민결사에 부합하는 정치형태로서 강력히 시사하고 있다는 점 등은, 오크숏의 후기 헌정주의를 데빈(R. Devigne)의 실용주의적 해석과는 다른 관점에서 해석하도록 유인한다.³⁵⁾ 그리하여, 오크숏의 후기 헌정주의를 고전적 헌정주의—법의 지배를 통치권력

32) 현대의 대표적인 심의민주주의 이론가들인 롤즈, 허버마스, 드라이젝(J. Dryzek), 거트만(A. Gutmann)과 톰슨(D. Thomson)에 앞서 오크숏이 먼저 심의민주주의를 주창한 것으로 해석한 치밀하고 흥미 있는 연구서로는 Minch의 앞의 책(2009)을 볼 것.

33) David Maple, "Civil Association and the Idea of Contingency", *Political Theory* 18, No. 3(1990), 392-410면; Chantal Mouffe, "Democratic Citizenship and the Political Community", in *Dimensions of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship and Democracy*, ed., Chantal Mouffe (London: Verso, 1992).

34) Oakeshott, "The Political Economy of Freedom", in *Rationalism in Politics and other Essays*, 1991, 388-91면; Oakeshott, *The Politics of Faith and the Politics of Scepticism*, edited by Fuller (Yale University Press, 1996).

에 대해서까지 일관되게 적용하는 자유주의적 헌정주의—를 시민결사와 논리적 정합 관계를 이루도록 모색한 심의민주주의적 정치관과 조정·화해시킨 이론적인 구성물(이상형)로서 해석할 수 있게 해준다.

오크숏은 시민결사 이론에서 전개된 법의 지배 이론과 그 일환으로 제시된 순수한 의미의 정치가 어떤 헌정주의로 구체화될지에 대해서는 전혀 논의를 진전시키지 않았다. 그럼에도 불구하고, 법의 지배에 대한 그의 일관된 옹호와 자유롭고 개방적인 대화를 핵심으로 하는 (입법)정치의 표현주의적(혹은 자기정립적) 계기—자유롭고 평등하며 심의의 능력을 갖고 있는 도덕적 존재로서의 자유로운 행위자 (free agency)의 도덕능력의 현시—에 대한 그의 강조는 고전적 법의 지배 이상에 토대를 둔 자유주의적 헌정주의와 심의민주주의적 이상 사이의 (상호 조정을 통한) 통합 필요성을 강력히 시사해준다. 비록 오크숏이 민주적 입법주권의 자의성을 막을 수 있는 (혹은 자의적인 권력행사가 발생했을 경우 그것을 원상태로 복귀시킬 수 있는) 제도적·비제도적 조건을 명확히 제시하고 있지 않고, 심의민주주의적 입법정치를 통한 기본권 체계의 변경과 안치에 대한 자신의 생각을 분명히 피력하고 있지는 않지만, 법의 지배에 대한 그의 일관된 지지와 그가 제시한 정의로운 법질서 성립의 조건을 두고 볼 때, 그의 후기 헌정주의는 기본권의 자의적인 변경을 용인하지 않으면서도 민주주의라는 국민주권의 이상을 무력화시켜버리지도 않는 심의민주주의적 헌정주의를 표방하고 있는 것으로 해석할 수 있다.

V. 맺음말

지금까지 이 글은 오크숏의 시민결사론에서 체계적으로 제시된 법의 지배 이론과 그 헌정주의적 함의를 고찰함으로써 적어도 『인간행위론』에 나타난 오크숏의 후기 헌정주의는 모종의 심의민주주의적 헌정주의 형태가 될 것으로 주장하였지만 그 세부형태와 내용을 구체적으로 제시하지는 않았다. 그것은 이 글의 목표가 무엇보다 오크숏의 법의 지배 이론을 설명하고 그 헌정주의적 윤곽을 대략적으로 제시하는 데 두었기 때문이다. 그러므로 오크숏이 표방하는 헌정주의의 구체적인 내용에 대해서는 별도의 재구성적 연구가 필요하며, 주로 다음과 같은 두 가지 문제의식이 그 연구 전체를 안내할 것이라는 점만 지적하고자 한다.

첫째, 오크숏이 입법주권 원칙과 함께 국민주권 원리에 충실한 심의민주주의 이상을 동시에 수용함으로써 발생하는 긴장을 과연 어떻게 해소할 것인가 하는 질문은 새로운 연구를 전체적으로 안내할 문제의식으로 작용할 것이다. 만일 의회가

35) 필자와는 다른 방향이지만, 데빈은 『인간행위론』에 암시된 오크숏의 헌정주의가, 과거에 견지해왔던 법의 지배의 이상으로부터 크게 벗어나 국가의 권력집중을 옹호한 것으로 해석한다. 이 해석은 오크숏의 새로운 헌정주의를 1970년대의 정치적 위기—시민사회의 무질서한 요구로 인한 통치불가능성 (ungovernability) 및 정치적 과부하(political overload)—에 대한 불가피한 현실적인 대응이었다고 본다. Devigne, *Recasting Conservatism* (New Haven: Yale University Press, 1994), 10-22면.

민주적 심의가 실현되는 유일한 공간이면서 다수 일반 시민들의 정서와 요구에 민감하게 반응하지 않는다면, 의회(입법)주권 원리와 심의민주주의 원리가 결합된 시민결사에서는 심의민주주의 원리가 시민결사의 포괄적인 조직원리로서의 지위를 갖지 못하게 될 것인바, 이런 형태는 국민주권의 이상이 의회주권에 종속된 헌정주의 형태를 취하게 될 것이다. 반면에 심의민주주의적 원리를 의회뿐만 아니라 시민사회의 포괄적인 조직원리로 강조할 경우에는 국민주권의 이상에 가까운 입법주권 형태가 제시될 수도 있다.³⁶⁾

둘째, 심의민주주의적 헌정주의가 헌법의 보호를 필요로 하는 기본권의 내용 혹은 범위를 과연 어떤 수준에서 결정하고, 또 권력분립의 구체적인 내용을 어떻게 결정할 것인가 하는 문제들 역시 오크쉴이 표방하는 헌정주의의 구체적인 형태와 내용을 확인하는데 매우 중요한 역할을 할 것으로 본다.

36) 심의의 원리는 의회에서 뿐만 아니라 시민사회의 광범위한 공간에서, 그리고 시민사회와 의회 사이에서도 관철되는 시민결사의 근본적인 조직원리라고 할 수 있다. 법질서는 시민결사의 심의적 특징을 반영·보호하고 실현시켜줄 수 있는 제도적 장치라고 볼 수 있다.