

루소는 자연법 사상가인가?

하재홍*

〈국문초록〉

본 논문의 목적은 루소가 자연법 사상가인지 검토하는 것이다. 루소 연구는 주로 교육론이나 사회계약론, 일반의지에 관심이 집중되며, 루소와 자연법의 관계는 외면받는 경향이 있다. 그를 자연법 사상가로 분류하는 견해가 있어도 상세한 이유를 알기 어려웠다. 아퀴나스로 대표되는 중세 신학적 자연법이론과 비교해 볼 때 루소가 「사회계약론」과 「인간불평등기원론」에서 전개한 논지는 전통과의 갑작스러운 단절을 보이므로 그의 자연법이론을 이해하는 데 걸림돌이 된다. 루소와 자연법의 관계를 이해하려면 먼저 루소 시대까지 진행되었던 과학혁명과 홉스 등에 의해 시도된 자연상태 및 사회계약을 바탕에 두고 논의하는 방식이 정치적 사유에서 유행이 되었음을 이해해야 한다. 루소의 사상은 일반의지로 대표되므로 자연법과의 관계에서도 그가 일반의지로 자연법을 대체했다고 말하기도 한다. 이러한 평가에는 모호한 점이 있는데, 루소의 자연법이론이 자연이 없는 이론인 것처럼 오해하게 만들기 때문이다. 모든 자연법이론은 자연법의 근원과 발견 방법, 목적과 작동원리, 역할에 관한 설명을 포함한다. 루소의 사상에서도 이에 관한 요소를 추출할 수 있다. 본 논문은 루소가 한편에 자연과 자유를, 다른 한편에 사회계약과 국가를 놓고서 각자가 서로를 향해 목적을 지시하는 방식으로 자연법이론을 구성했다고 주장한다.

주제어 : 루소, 자연법이론, 사회계약론적 자연법, 자연상태, 사회계약

• 투고일 : 2022.12.26. / 심사일 : 2023.01.13. / 게재확정일 : 2023.01.25.

I. 문제 제기

한국의 법률가에게 루소(Jean-Jacques Rousseau)는 국민주권론의 역사에서 인민주권을 대표했던 사상가로 잘 알려져 있다.¹⁾ 자연법 사상사에 관한 연구가 대개 루소에 관한 언급을 빠뜨리지 않는 것에서 보듯, 루소는 자연법이론의

* 경기대학교 사회과학대학 공공안전학부 법학전공, 교수.

1) 성낙인, 「헌법학(제22판)」, 법문사, 2022, 136면.

역사에서 빠뜨릴 수 없는 인물이다. 그러나 루소와 자연법의 관계는 분명하지는 않다. 박은정 교수는 루소가 그때까지 자연법이 담당했던 상위법 원리를 일반의지로 대체했다고 한다.²⁾ 오세혁 교수는 루소가 고전적인 자연법론의 전통에서 분명히 벗어나 있지만 법실증주의자로 보기도 어렵고, 일반의지에 주목하면 절대주의자나 전체주의자로 해석될 여지도 없지 않다고 한다.³⁾ 그렇지만 루소가 자연법 사상가라는 확실한 언급은 하지 않는 것처럼 보인다. 자연법론의 역사에서 루소가 기여한 공로가 정확히 무엇인지 물으면, 분명하게 대답할 수 없는 우리의 실정이다.

사실 자연법론의 역사에 관한 연구의 현실을 볼 때, 루소만 아니라 자연법론의 역사에서 비중 있게 다루어져야 할 인물들이 대체로 루소와 같은 형편에서 벗어나지 못하고 있다. 우선 개설서 수준을 넘어서 자연법이론의 역사를 상세하게 다룬 연구가 부족하다. 쉽게 구할 수 있는 자료로 벨첼(H. Welzel)의 자연법론 역사에 관한 번역서가 있다. 참고할만한 몇 안 되는 자료 중의 하나이지만, 조금만 들여다보면 그다지 정보가 풍부하지 않음을 알게 된다. 상세한 소개에 초점을 둔 편이 아니라 그만의 해석과 평가로 주마간산하듯 언급하는 경우가 많기 때문이다.⁴⁾ 그래서 충분한 배경지식을 가지고 있는 독자라면 몰라도, 그렇지 않은 독자는 추상적이고 모호한 서술 때문에 이해가 어렵고 저자의 해석과 평가에 대해 판단을 해보는 것은 더 어렵다. 그나마 다행인 것은 자연법론의 역사의 내용을 풍부하게 만드는 노력이 지금도 계속되고 있다는 사실이다. 자연법론의 역사나 개별 사상가에 관해 관심을 가진다면 대개 법학자들이 주류일 것 같지만, 최근의 경향을 보면 꼭 그렇지만은 않다. 근대 초에 신학적 자연법론에서 벗어나 탈신학적 자연법론으로 변화를 보이는 대표적인 인물로 그로티우스(H. Grotius)를 드는데, 그에 관한 연구는 법학계 밖에서 많이 진행되고 있다.⁵⁾ 신학적 자연법론은 최근에 집중적인 관심을 받는 점에서

2) 박은정, 「자연법의 문제들」, 세창출판사, 2007, 154면.

3) 오세혁, 「법철학사(제2판)」, 세창출판사, 2012, 162면.

4) 벨첼은 루소에 관해 요점 위주로 간략하게 서술했는데, 요지는 일반의지와 리바이어든에 공통된 전지전능성이 홉스와 유사한 점인데, 그렇다고 전체주의자는 아니어서 개인의 자유를 보장하기 위한 수단으로 국가라는 보호기관을 창설했으며, 국가를 모든 사회구성원의 이익이 공통되는 지점에서 성립되는 것으로 만들으로써 개별의지와 전체의지의 동일성을 추구했다고 한다. 하지만 국가철학에 있어 이념과 실존 사이의 괴리를 없애고 현실이 올바른 것을 산출해내도록 고안했지만 일반의지로 실질적으로 올바른 것을 직접 산출할 수 있다는 믿음은 몽상이 되고 말았다고 평가한다. 한스 벨첼, 「자연법과 실질적 정의」, 박은정역, 삼영사, 2001, 224-230면.

5) 오병선, “휴고 그로티우스의 법의 개념”, 「서강법학」 제5권 서강대학교 법학연구소 (2003); 홍기원, “후고 그로티우스의 법사상에 있어 자연법과 이성: 노베르토 보비오의 홉스 테제

운이 좋은 편인데, 피니스(J. Finnis) 등의 신자연법론의 영향으로 아퀴나스(St. Thomas Aquinas)의 자연법이론에 대한 관심이 커졌기 때문이다. 여기서도 법학계보다는 철학이나 신학계의 관심이 더 큰 편이다. 근대 초기는 가히 자연법론의 격변기라 할 수 있는데, 이 시기 자연법론은 신학적 자연법론 전통을 계승한 경향(후기 스콜라학과 등)과 탈신학적인 자연법론으로 나누어 볼 수 있다. 전자에서는 종교개혁과 종파 논쟁의 영향이 크게 나타나고 후자에서는 아리스토텔레스(Aristotle)가 제시한 전통적인 목적론이나 형이상학의 탈피 경향이 두드러진다.⁶⁾ 그리고 양자에 공통된 사정은 법학계의 연구가 빈약하다는 실정이다. 이 같은 연구풍토에 비추어볼 때 최근에 발표된 송시섭 교수의 개신교 전통 자연법에 관한 연구는 큰 가치가 있다.⁷⁾ 근대 탈신학적 자연법론의 대표로는 홉스(T. Hobbes), 로크(J. Locke), 루소를 살펴야 하겠지만, 이들에 대해서는 개별 저술이나 전체적인 평가, 자연상태나 사회계약론의 관점에서 비교한 연구가 주를 이루고 자연법론의 관점에서 살펴본 연구는 적다.

다시 루소와 자연법 문제로 돌아와 보면, 우선 홉스, 로크, 루소가 전개한 사회계약론이 자연법사상을 수반하거나 자연법사상에서 탄생한 것이라거나 사회계약론이 이전까지의 자연법론과 결합해 일반에 호의적으로 받아들여졌다는 언급이 있을 뿐⁸⁾, 사회계약론이 어떤 점에서 자연법론과 연결된다는 것인지 상세한 설명을 찾기 어렵다. 루소가 ‘자연법이 담당했던 상위법 원리를 일반의 지로 대체했다’라는 평가는 그나마 구체적인데, 여기서도 당장 이런 평가가 모호한 것임을 알 수 있다. 루소가 자연법이라는 것을 완전히 폐기했으므로 자연법론자가 아니라는 것인지, 아니면 이전까지 자연법에 맡겨왔던 상위법 원리의

비판시론”, 『중앙법학』 제9집 제2권 중앙법학회 (2007); 김도현, “근대법의 기독교적 기원: 그로티우스의 권리주의와 의사주의 자연법론”, 『법과 사회』 제62호 법과사회이론학회 (2019).

- 6) 후자에 관한 연구로 임동현, “근대 자연법사상의 대두와 가톨릭 세계의 저항-다미아노 로마노의 사례-”, 『이탈리아어문학』 제51집 한국이탈리아어문학회 (2017).
- 7) 송시섭, “개신교 자연법 사상의 가능성에 관한 시론”, 『서울법학』 제26권 제4호 서울시립대학교 법학연구소 (2019). 개신교 자연법론에 관한 연구로는 고범서, “개신교 신학자들의 자연법 이해”, 『신학사상』 제18집 한신대학교 신학사상연구소 (1977); 유지황, “토마스 아퀴나스의 자연법 사상에 대한 역사적 재해석: 마틴 루터와 일부 개신교 신학자들을 중심으로”, 『신앙과 학문』 제20권 제2호 기독교학문연구회 (2015); 김재성, “교회와 국가와의 관계”, 『신학과 교회』 제8호 해암신학연구소 2017; 권경철, “사무엘 러더포드의 『법과 왕』에 나타난 언약신학”, 『갱신과 부흥』 제23호 고신대학교 개혁주의학술원 (2019); 안은찬, “Jean Calvin의 교회법 사상에 대한 법제론적 고찰과 그 적용”, 『신학지남』 제88권 제4집 신학지남사 (2021).
- 8) 조궁호·강정인, 『사회계약론 연구: 홉스·로크·루소를 중심으로』, 서강대학교출판부, 2012, 34쪽, 344면.

역할을 일반의지가 대신하게 함으로써 일종의 자연법 없는 자연법론을 완성했다는 것인지 명확하지 않기 때문이다. 근대 자연법 철학자의 명단에 루소를 포함해 언급하는 일도 더러 볼 수 있는데⁹⁾, 그 근거를 분명하게 알기는 어렵다. 대체로 루소가 전통적인 자연법론을 거부했거나 비판했다고 하면서도 그래도 나름대로 자연법론자로 분류할 수 있다는 것이 일반적 경향으로 보인다.¹⁰⁾ 국내에서는 이런 정도로 지나치는 문체이지만, 국외 연구는 이 문제에 집중된 것이 많다. 본 논문의 목적은 루소가 자연법 사상가인가를 판단하는데 충분한 만치 그의 사상을 살펴보는 것과 이 문제에 관한 국외 연구를 소개하고 검토하는 것이다. 루소의 개별 저작이나 공화주의와 같이 큰 주제에 관해서는 많은 연구가 진행되어 있으므로 이에 대한 소개는 생략하고, 이하에서는 루소가 자연법 사상가라는 전체에서(필자는 루소의 접근법을 사회계약론적 자연법론이라 명명한다) 사회계약론을 중심으로 자연법과 연관된 여러 면을 재해석해보기로 한다. 루소가 사회계약론을 통해 자연법이론을 구성하는 방식은 근대 이전까지 주류적 방식이었던 신학적 자연법론과 큰 차이를 보이는데, 먼저 그 이유를 설명하고, 이어 루소식 사회계약론적 자연법론의 기본 구성과 의도를 개관한다. 다음으로 루소가 전통적인 자연법론의 내용을 어떻게 해체하고 재구성함으로써 사회계약론을 구성했는지 살펴본 다음, 루소 사상과 자연법의 관계에

9) 박은정, 전계서(주 2), 136-137면은 근대 자연법 철학자로 그로티우스, 홉스, 스피노자, 푸펜도르프, 라이프니츠, 토마지우스, 볼프, 로크, 몽테스키외, 흄, 루소, 칸트를 열거하고, 이들이 나름대로 새로운 자연법을 기초로 기존의 국가 및 법관계를 비판하고 변형시키는데 기여했다고 평가했다. 윤삼석, “헤겔 법철학에서 자연법의 문제”, 철학연구 제65집 고려대학교 철학연구소 (2022), 44면은 헤겔이 홉스로부터 시작해서 칸트, 루소, 피히테에 이르는 근대 자연법이론의 역사에서 전통적인 자연법 개념의 모호성을 극복하고자 했다고 서술했다.

10) 고봉진, “사회계약론의 역사적 의의-홉스, 로크, 루소의 사회계약론 비교-”, 『법과 정책』 제20집 제1호 제주대학교 법과정책연구소 (2014), 80면은 루소의 사회계약론은 “주어진 자연법 질서나 신의 질서에 따라 인간 사회질서를 확립하려는 시도에 반대하고, 사회계약을 통해 새롭게 사회질서를 만들어보려고 한 시도”이며, “개인이나 인간사회가 더 이상 자연이나 신에 의해 운명지워진 존재가 아님을 밝힌 것”이라 한다. 김용민, “자연법이론과 루소의 정치사상”, 『한국정치연구』 제7집 제1호 서울대학교 한국정치연구소 (1997), 221-222면에 의하면, 루소는 ‘인간본성, 자기보존, 동정심, 양심, 자유, 평등, 일반의지, 주권 등의 개념을, 자기 이전의 시대 혹은 동시대에 존재했던 넓은 의미의 자연법이론가들이 제시한 개념과 이론을 일부 수용하고 일부 비판하면서 독자적으로 발전’시켰으며, 자연법을 ‘양심과 이성의 법’이라 정의하고, ‘자연과 질서의 영원한 법은 존재하며 현명한 사람들에게 있어 자연법은 실정법을 대신한다. 자연법은 양심과 이성에 의해 인간의 마음 깊은 곳에 쓰여져 있다. 인간은 자유롭게 되기 위해 이 법에 종속되어야 한다’고 했다. 위클리, 223면에서는 루소를 (이전 및 동시대의) 자연법이론을 비판한 자연법 이론가로 평가한다.

관한 국외 논쟁을 검토한다.

II. 루소의 사회계약론과 자연법론 개관

1. 루소의 접근방식

루소의 저술을 보면 정교한 이론적 체계 없이 자유롭게 자기 사상을 전개해 간 듯한 느낌을 받을 때가 많다. 오페라 작곡으로 명성을 얻은 것도 특이하지만, 그는 당대의 시대적 흐름을 거스르고 유력 사상가들과 불화를 감수하면서 과감하게 문명을 비판했으며, 자기만의 비밀을 내면에 감추지 않고 고백이라는 형식으로 드러낼 줄도 알았다. 그런 정도로 자기 확신이 강한 인물이었으니 사상가로서 남긴 글도 고대 사상가의 권위에 구애받지 않고 상당한 자유를 누렸을 것이라 여기는 것은 당연하다. 「인간불평등기원론」(*Discourse on the Origin and Basis of Inequality Among Men*, 1754)이나 「사회계약론」(*The Social Contract, or Principles of Political Right*, 1762)과 같이 국가, 주권, 개인의 자유와 평등과 같은 주제를 다루는 루소의 방식은 그야말로 대담한 문학적 시도라는 점에서 감탄할만하다. 하지만 그를 체계적인 교육을 받지 못한 문필가로만 여긴다면¹¹⁾ 큰 실수이다. 자연법론에 관한 한, 그는 그 시대까지 자연법론의 역사와 내용, 장단점을 정확하게 알고 있으며, 특히 푸펜도르프(Samuel von Pufendorf)와 그로티우스의 자연법론에 대한 비판을 통해 자신의 사회계약론을 제시하고 있기 때문이다.¹²⁾ 하지만 아리스토텔레스나 아퀴나스로 대표되는 자연법 전통이 체계성과 풍부함을 가진 사실도 분명하기에 무엇이 그를 이토록 전통에서 멀고도 특이한 방식으로 주장을 전개하게 했을까 의문을 가지게 된다. 여러 사상가의 명단을 시대순으로 놓고 한 세대와 다음 세대를 비교해서는 금방 변화와 차이를 알아채기는 어렵지만, 수 세기까지 넓혀 여러 세대를 두고 한눈에 관찰하면 변화를 확연하게 알 수 있다. 그 변화를 이해하면, 루소의 출발점과 혁신도 이해할 수 있다. 이하에서는 아퀴나스 이후로 루소 이

11) 루소 저술의 여러 내적 모순의 원인으로 체계적 교육을 받지 못한 문필가라는 점을 지적하는 견해로 조규호·강정인, *전계서*(주 8), 352면.

12) 루소는 「인간불평등기원론」에서 근대 초기의 자연법이론을 명시적으로 거부했다. 자연법 개념에 관한 학자들 사이의 견해 불일치 등이 그 이유였다. 장 자크 루소, 「인간불평등기원론」, 김중현 역, 팽귄틀레식 코리아, 2015, 28면.

전까지 있었던 변화에 대해 살펴본다.

13세기에 아퀴나스의 중세적 자연법이론이 완성되던 즈음에 단테(Dante Alighieri)도 신학적 정치관을 문학적으로 구현했다.¹³⁾ 곧이어 둔스 스코투스(John Duns Scotus)와 오컴(William of Ockham)이 아퀴나스와 다른 해석을 시도했지만, 이것은 이후에 일어날 일들에 비하면 그야말로 작은 변화에 불과했다.¹⁴⁾ 14세기에 페트라르카(Francesco Petrarca)가 키케로(M.T. Cicero)를 중심으로 한 고전의 재발견에 앞장서고 다음 세기에 에라스무스(Erasmus of Rotterdam)가 이를 계승했지만, 더 큰 변화는 15세기 중반 이후로 콜럼버스(Christopher Columbus)를 비롯한 대양탐험가들에 의해 시작되었다. 16세기는 아메리카 대륙의 발견으로 시작되었고, 루터(Martin Luther)와 멜란히톤(Philipp Melanchton), 켈빈(John Calvin)이 나타나 종교개혁이라는 거대한 흐름으로 시대를 흔들었다. 그 결과 16-17세기는 신대륙탐험과 식민개척, 그리고 미증유의 참극으로 점철된 종교전쟁으로 점철되었다. 여기에 코페르니쿠스(Nicolaus

13) 단테의 문학과 정치관, 특히 「제정론」과 아퀴나스의 관계에 관해서는 노동욱·박윤영, 「단테의 정치 철학적 연대와 그 문학적 재현」, 『동서 비교문학저널』 제40호 한국동서비교문학학회 (2017), 112-113면; 김호신, 「단테의 시와 정치적 이상」, 『이탈리아어문학』 제46집 한국이탈리아어문학학회 (2015), 4면. 15세기 피렌체 지식인에 대한 단테의 영향에 대해서는 김국진, 「단테와 시민적 휴머니즘」, 『서양중세사연구』 제35호 한국서양중세사학회 (2015).

14) 아퀴나스가 실천이성의 제1계명을 도출하는 방식으로 자연법에 접근한 것이 개별 행위자가 실천이성을 통해 의무에 합당한 원리를 발견하게 하고 이를 행하게 만드는 데 초점이 있었다면 스코투스의 자연법에 대한 관심도 기본적으로 이와 유사하다. 다만 스코투스는 도덕적 행위가 이끌어져 나오는 과정에 의지의 역할이 더 강조되어야 한다고 해석하는 방법으로 자연적 경향성보다 실천이성의 판단과 판단에 따른 도덕적 의무를 강조하는 경향이였다. Hannes Möhle “Scotus’s Theory of Natural Law”, Thomas Williams (ed), *The Cambridge Companion to Duns Scotus*, Cambridge University Press, 2006. 오컴의 자연법이론은 당대 교황권과 황제권의 충돌과 관련된다. 그는 황제가 신법이나 인정법에 개입할 권한을 갖지 않는다(따라서 교황을 임명할 권한이 없다)는 견해를 반박하기 위해 자연법을 세 유형으로 구분했다 첫째는 자연적 이성(자연법)에 부합하는 것으로서 어떤 예외를 허용하지 않는 것, 둘째는 관습이나 인정법의 개입 없이 오직 자연적 형평을 누리는 사람들 사이에 적용되는 법(자연상태의 법), 셋째는 관련된 사람들의 동의에 의한 반례가 없다는 전제에서 국가간의 관행이나 다른 법영역에서의 관찰을 기반으로 명확한 추론에 입각해 수집되는 법이다. 셋째 유형의 자연법은 스코투스의 고안인데, 그는 이를 통해 관련된 인간의 동의 여부에 따라 가변적이고 불안정한 자연법을 도출해 냈다. 황제가 교황을 임명할 권한을 가졌는지는 이 셋째 유형의 자연법에 따라 판단해야 하는 것인데, 여기서 관건은 관련된 인민의 동의와 반례의 유무가 된다. 따라서 오컴은 셋째 자연법을 고안함으로써 실상 인민의 동의를 그 핵심 요건으로 내세운 것이고, 그 결과 자연법에서 자연권으로 방향전환을 이루어낸 것으로 평가된다. 오컴의 자연법론에 대해서는 Takashi Shogimen, *Ockham and Political Discourse in the Late Middle Age*, Cambridge University Press, 2007, pp.243-246.

Copernicus)의 지동설과 이를 지지한 브루노(Giordano Bruno)의 화형 사건이 일어났고, 이어 17세기까지 갈릴레오(Galileo Galilei)와 케플러(Johannes Kepler)에 의한 천문학의 혁신이 이루어진다. 이와 같은 일련의 발견은 아리스토텔레스의 학문 방법과 아퀴나스의 신학이 결합해 만들었던 중세적 세계관을 붕괴시켰는데, 이제 제대로 사고를 할 줄 아는 사람이라면 아리스토텔레스의 목적론적 형이상학이나 아퀴나스의 스콜라적 사유 방식에 매달릴 것이 아니라 과감히 새로운 과학적 발견에 눈을 떠야 한다는 말을 들을 준비가 되어 있어야 했다. 몽테뉴(Michel de Montaigne)가 회의론적 태도를 통해 새로운 세상을 바라볼 마음의 준비를 했다면, 베이컨(Francis Bacon)은 「신기관」(*Novum Organum*)을 통해 귀납에서 새로운 과학적 발견의 방법을 찾아야 한다고 주장했다. 윤리학이나 정치학에서는 16세기 초반에 마키아벨리(Niccolò Machiavelli)가 새로운 시도를 시작했는데, 인간과 사회를 아리스토텔레스식으로 자연적 완성이라는 목적을 향한 존재로 보는 방식이나 아우구스티누스식으로 타락과 구원, 종말론적 역사관 속에서 보는 신학적 관점을 버리고, 있는 그대로의 인간과 사회, 정치를 관찰하는 방식과 현실의 필요를 중시하는 관점을 도입했다. 특히 종교개혁과 종교전쟁은 교회와 국가의 관계 문제에 그치는 것이 아니라 안전의 보장과 관련해 정치적 권위의 정당성 또는 복종의무의 근거라는 근본적인 질문을 던졌다. 이 문제에 대해 처음으로 체계적인 접근을 시작한 것은 홉스였다. 그는 평화와 안전, 국가와 주권의 문제, 정부의 권한과 복종의 주제를 두고 자연 상태에서부터 국가로의 이행을 사회계약론으로 설명하는 새로운 시도를 선보였다.¹⁵⁾ 자연법론의 영역을 보면, 스페인의 신대륙발견과 식민개척(약탈) 시대에 활약한 비토리아(Francisco de Vitoria)와 수아레스(Francisco Suárez)와 같은 후기 스콜라학파가 아퀴나스의 세계관에서 인디언 개종 문제를 다루고자 했다면¹⁶⁾, 17세기 자연법론자인 그로티우스나 푸펜도르프는 식민

15) 홉스의 자연상태에 관해서는 자연상태의 인간이 문명 이전인지 문명을 이룬 인간인지 분명치 않은 것을 비롯해 많은 모호함(혹은 저자의 주저함)이 발견된다. 이 개념의 전개에 대해서는 François Tricaud, "Hobbes's Conception of the State of Nature from 1640 to 1651: Evolution and Ambiguities", Graham Alan John Rogers & Alan Ryan (eds), *Perspective on Thomas Hobbes*, Clarendon Press, 1990. 자연상태 개념의 창안자가 누구인가 하는 점에 대해서는 Peter Vanderschraaf, "The Character and Significance of the State of Nature", S.A. Lloyd (ed), *Interpreting Hobbes's Political Philosophy*, Cambridge University Press, 2019, p.191.

16) 비토리아의 국제법 이론의 주된 관심이 스페인과 인디오의 관계를 규율하는 문제에 있었다는 점은 박배근, "비토리아 국제법이론의 '식민주의' 성격에 관한 비판적 고찰", 「법학연구」 제63권 제3호 부산대학교 법학연구소 (2022), 185면. 비토리아 및 수아레스의 자연법 사상에 대해서는 오세혁, "살라망카 학파의 자연법론", 「법철학연구」 제13권 제2호 한국법

개척(약탈), 해상전투와 포획이 빈번했던 대항해시대에 로마법적 사유를 토대로 공해의 항해자유, 전쟁의 적법한 개시나 선전포고의 방식, 포획물 귀속과 같은 문제를 다루었다.¹⁷⁾ 이들은 개별 주권국가 외에 국제영역을 통괄하는 권력체가 존재하지 않는 상태에서 국가 사이에 통용되는 국제법 원리를 도출하는 방법으로 자연상태 개념을 처음 도입했는데, 이후의 사회계약론자들도 대부분 이 방식을 수용했다.¹⁸⁾ 17세기 후반이 되면 과학 영역에서는 뉴턴(Isaac Newton)이 「프린키피아」(*Principia Mathematica*, 1687)로 새로운 물리학적 세계관을 열었다. 정치와 국가론의 영역에서는 로크식 사회계약론이 나타나 국가

철학회 (2010); 오세혁, “비토리아와 수아레스의 만민법 사상”, 『법학논문집』 제34집 제2호 중앙대학교 법학연구원 (2010). 이들의 자연법은 실상 (힘의 우위에 입각한) 만민법에 불과하지 소포클레스의 「안티고네」(*Antigone*)나 플라톤의 「변론」(*Apologia*)에서 볼 수 있는 정의로운 법이라는 관념이 없었다는 비판은 이성원, “자연법, 자연권, 제국주의”, 『중세근세영문학』 제19집 제2호 한국고전중세근대상영문학회 (2009).

- 17) 근대 자연법 사상가로 고명한 그로티우스나 푸펜도르프는 루소로부터 맹렬한 비난을 받는 인물이다. 하지만 이 두 인물에 대한 소개나 연구를 보면 이들이 자연법론으로 무슨 일을 했는지 외면하고 이들을 당대의 시대와 사건으로부터 분리해 오직 책 속의 자연법 이론만을 살펴보는 경향이 있다. 이렇게 해서는 이들이 왜 루소로부터 맹비난을 받게 되는지 이해하기 어려울 것이다. 아프리카 원주민을 노예로 포획해 거래하는 것이나 식민지 약탈을 자연법론으로 정당화하는 것은 자연법론을 표방하는 학문과 사상이 보여줄 수 있는 최대의 스캔들인데, 루소는 두 인물이 한 것이 바로 그것이라 지적하는 것이다. 그로티우스는 자신이 전개한 자연법론에 관해 신이 없다 해도 (이와 같은 식으로 하는 것이 옳다) 자연법은 존재할 것이라 말했다. 오창환, “그로티우스와 근대 도덕철학의 시작: 「전쟁과 평화의 법」서설을 중심으로”, 『근대철학』 제16집 서양근대철학회 (2020), 103면. 이것은 이신론적 자연법론이 아니라 신이 있다고 가정할 때 신이 두려워 하기 어려운 부정의한 일을 우리는 감히 할 수 있다고 말하는 방식으로 양심을 역전시키는 화법이다. 푸펜도르프는 그로티우스보다는 덜한 편인데, 그만큼 적극적이지는 않았지만 그렇다고 적극적으로 반대하는 것도 아니었다. 그의 입장은 원주민이 소유하지만 경작하지 않는 토지가 필요해 뺏아야 한다면 먼저 원주민에게 의견을 물어보아야 한다는 정도였다. Kari Saastamoinen, “Pufendorf on the Law of Sociality and the Law of Nations”, Simone Zurbuchen (ed), *The Law of Nations and Natural Law 1625-1800*, Brill, 2019, p.128.
- 18) John C. Hall, *Rousseau: An Introduction to his Political Philosophy*, Macmillan, 1973, pp.18-19. 프랑스에서 푸펜도르프나 그로티우스의 수용은 비교적 후대에 이루어졌는데 법률가인 바르베라크(Jean Barbeyrac)에 의한 번역본이 18세기 초에 출간되었기 때문이다 (각각 1706년, 1724년). 루소는 이 번역서뿐 아니라 홉스와 로크 등 영국쪽 사회계약론의 내용도 면밀하게 파악하고 「사회계약론」을 저술했다. 푸펜도르프의 자연법론에 대해서는 정일영, “Pufendorf의 *De Officio* 해제-인간의 행위와 법, 그리고 자연법에 관하여-”, 『법사학연구』 제63호 한국법사학회 (2021), 자연상태론에 대해서는 김준석, “사무엘 푸펜도르프의 국가이론 연구”, 『21세기정치학회보』 제28집 제2호 21세기정치학회 (2018). 푸펜도르프 이전에 자연상태 개념을 처음 도입한 것은 홉스인데, 홉스는 그로티우스의 영향을 받았다고 한다. 리처드 턱, 『홉스』, 조무원 역, 교유서가, 2020, 51-57쪽. 홉스의 푸펜도르프에 대한 영향은 Kari Saastamoinen, “Pufendorf on the Law of Sociality and the Law of Nations”, Simone Zurbuchen (ed), *The Law of Nations and Natural Law 1625-1800*, Brill, 2019.

의 성립과 개인의 자유, 정부의 권한과 복종의 문제와 같은 정치적 문제를 이전에 없던 방식으로 설명하려 시도했다. 18세기에 이르러 몽테스키외(Montesquieu)는 객관적 관찰을 통해 정부형태의 차이를 비교하고 설명했는데, 이런 시도는 사회학이나 비교정치론의 선구라 할 만한 것이었다.¹⁹⁾ 이상과 같이 긴 세대를 걸쳐 계속된 변화와 단절의 결과를 놓고 보면, 루소가 주권과 시민의 자유와 같은 주제를 다루게 되는 18세기 후반에 이런 문제에 관해 아리스토텔레스나 아퀴나스의 견해를 추종하지 않고 푸펜도르프나 그로티우스가 선보인 자연상태 개념을 활용하고 또 홉스나 로크의 사회계약론과 유사한 방식으로 접근하는 것은 전혀 이상한 일이 아니었다.

2. 사회계약론적 자연법론의 기본적인 의도와 방법

대개의 자연법이론은 자연법의 근원과 발견 방법, 목적과 작동원리, 역할에 관한 설명을 포함한다. 이하에서는 이와 같은 요점을 중심으로 루소의 시도가 이전의 자연법 전통과 어떤 차이를 갖는지 살펴보기로 한다. 먼저 아리스토텔레스나 아퀴나스의 전통적인 자연법론은 인간의 자연적 본성에서 출발했다. 아리스토텔레스는 인간이 이성을 갖춘 존재로서 보존과 완성이라는 목적을 위해 사회를 구성한다고 보았다. 아퀴나스는 인간을 창조 질서의 일부로 보았는데, 이는 자연과 함께 창조된 피조물이면서 동시에 창조자로부터 그의 특성의 일부도 부여받았다는 것이다. 그 결과 이성적으로 질서 잡힌 존재로서 인간은 존재의 위계질서로부터 실천이성의 계율을 얻으며 창조자를 바라보는 것에서 최고의 행복을 얻는다. 이들에게 자연법의 토대는 인간의 이성적 존재라는 자연적 본성이나 목적으로부터 마련된다.²⁰⁾ 모든 자연적 존재와 같이 인간의 자연적 본성이나 목적이 불변인 한 자연법은 영원하며 불변한다. 아리스토텔레스는

19) 몽테스키외의 「법의 정신」이 개별 국가나 그 국가의 법률을 정당하다, 부당하다 평가하지 않으며 기독교 세계의 자연법 전통이나 (저항권을 인정하는) 로크식 자연법론과 구별되다는 점은 Vickie B. Sullivan, *Montesquieu and the Despotic Ideas of Europe*, Chicago University Press, 2017, p.1. 뒤르껴이 몽테스키외를 사회학의 선구자로 본 것은 잘 알려진 일이다. Emile Durkheim *Montesquieu and Rousseau: Forerunners of Sociology*, University of Michigan Press, 1960.

20) 아리스토텔레스의 자연법론에 대해서는 Fred Dycus Miller, *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*, Clarendon Press 1995; Tony Burns, *Aristotle and Natural Law*, Continuum, 2011; George Duke, *Aristotle and Law: The Politics of Nomos*, Cambridge University Press, 2020. 아퀴나스의 자연법론에 대해서는 임경현, “자연법 개념의 두 의미-토마스 아퀴나스의 자연법론을 중심으로-”, 「가톨릭철학」 제37호 한국가톨릭철학회 (2021).

인간이 이성을 통해 자연법을 발견할 수 있다고 했는데, 키케로나 아퀴나스는 이를 신적 이성애의 참여로 표현했다. 자연법은 공공의 선을 목적으로 하며, 실질적 힘을 가진 법이자 인정법을 평가하는 기준이 되고, 각 개인은 인정법에 복종할 것인지를 양심의 법정에서 자연법에 비추어 판단할 수 있다. 이상이 아리스토텔레스 이후 전통적인 자연법론의 개요인데, 여기에는 정치공동체가 성립하는 원인이나 근거, 목적에 대한 설명은 있어도 종교나 교역, 재산과 과세 등 구체적인 통치 문제와 관련한 정부의 권한이나 복종의 문제를 중심에 두지는 않았다. 홉스 이후의 사회계약론적 자연법론은 여기에 중점을 두되, 전제는 시대의 변화와 필요를 반영하여 1) 목적적 관념이나 형이상학, 신학을 버리고 2) 계약이라는 법적 틀을 활용해 국가권력의 토대와 근거를 세우되 3) 지배와 복종의 범위를 분명하게 함으로써 국가권력의 범위와 한계를 확정한다는 것이다.

여기서 ‘계약’이라는 법적 장치를 활용하는 방식이 근대에 등장한 자연법 전통의 특색이라는 것을 먼저 분명하게 지적할 필요가 있다.²¹⁾ ‘약속은 지켜져야 한다’라는 로마 만민법의 원리를 근대에 국가와 사회 조직의 근본적 원리로 격상시킨 것은 그로티우스였다.²²⁾ 근대 정치영역의 논쟁에 사회 ‘계약’론이 등장하여 힘을 얻게 된 이유는 국왕에 대한 복종을 논증하든 아니면 의회주권을

21) 사회나 국가가 저절로 생겨난 자연적인 것이냐 합의의 산물인 인위적인 것이냐에 관한 논쟁은 고대 그리스로 소급될 정도로 오랜 것이다. 16-17세기 사회계약론은 후자의 전통에 따르면서도 계약이라는 법적 성격을 강조한 점에 특징이 있다. 사회계약론이 자연법과 관련되는 점은 1) 실천이성에 의한 추론으로서 자연상태에서 자연법을 이성에 의해 발견할 수 있다고 하거나 2) 자연상태에서 벗어나야 한다는 필요에 의해 사회계약을 합의해야 한다는 원리를 도출하거나 3) 일단 합의로 사회계약이 성립하면 그 계약을 준수하는 것이 자연법이라고 말하는 것과 관련된다. 홉스나 루소는 자연상태로부터 자연법을 발견할 수 있다 해도 권력적 힘이 지배하지 않는 자연상태에서는 그것이 지켜지기를 기대할 수 없다고 보았다. 자연상태에서 사회계약을 체결해야 한다는 자연법이 생겨나거나 그런 자연법을 준수한 결과 사회가 만들어진 것도 아니라고 본다. 사회계약을 체결해야 할 필요성에서 나아가 사회계약을 체결했다는 사건으로부터 주권적 권력이 만들어지고 그 권력이 계약을 준수하도록 강제력을 부여한다고 보기 때문이다. David Lay Williams, *Rousseau's Social Contract: An Introduction*, Cambridge University Press, 2014, pp.84-85.

22) ‘계약은 준수되어야 한다’라는 법리는 로마법 시대에도 존재했지만, 로마법의 법리가 형식을 갖추지 않은 구두상 언약이라도 준수되어야 한다는 만민법상의 원리였다면 그로티우스는 이를 국제법 영역에, 더 나아가 국가 성립의 기본적인 출발점을 이루는 법원리로 격상시켰다. 그로티우스가 ‘서약(약속)은 지켜져야 한다’는 자연법 원리로부터 국가의 실정법규를 도출한 것은 오병선, 앞의 논문(주 5), 20면. 그로티우스는 사회계약에 의한 국가 성립을 역사적 사실로 여겼으며, 불복종(계약의 파기)도 인정하지 않았다. H.J.M. Boukema, “Grotius’ Concept of Law”, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol.69, No.1 (1983), p.69. 그로티우스 이후로 사회계약의 성립을 자연법적 귀결로 보느냐 인위적인 강제나 계기가 추가된 것으로 보느냐, 경우에 따라 파기가 가능한 것, 따라서 저항이나 불복종이 가능한 것으로 보느냐에 따라 여러 이론이 등장했다.

논증하든 어느 편이든지 일단 사회계약으로 주권체를 만들어낼 수만 있으면 그 이후에는 ‘약속은 지켜져야 한다’라는 자명한 만치 엄격한 도덕적 의무를 힘으로 강제할 수 있었기 때문이다.²³⁾ 이를 두고 전통적으로 성서가 해오던 역할을 계약이 대신한다고 하는데, ‘계약은 지켜져야 한다’라는 것이 실천이성에 자명한 자연법 원리이므로 이를 두고 사회계약론과 자연법이 성서를 대체했다고 말하는 것이다. 물론 그렇다고 해서 단번에 서술의 표현이나 방식이 바뀌지는 않고, 논자에 따라 필요하면 유리한 성경 구절을 동원한 논증을 섞는 경우가 많았다. 이신론 위에 사회계약론을 세우는 것보다 사회계약론에 기독교 신앙을 결합하는 방식이 훨씬 많은 호응을 얻어낼 수 있었기 때문이다. 천부인권을 자명한 원리로 선언한 미국독립선언은 사회계약론적 자연법론과 기독교 신앙을 결합한 예이다.²⁴⁾ 루소 역시 논증의 여러 기회에 사회계약과 정의를 뒷받침하는 데에 하나님의 권위를 적극적으로 활용했다.²⁵⁾ 또 같은 계약론이

-
- 23) 홉스는 전자쪽의 의도를 가졌겠지만, 시드니(Philip Sidney, 3rd Earl of Leicester)나 로크는 후자에 속한다. 시드니나 로크도 잉글랜드 국왕과 신민의 관계를 성서에 기초해서 복종을 강제하는 방식보다 자발적 동의를 전제로 하는 계약관계라는 점을 강조하는 것이 잉글랜드 헌정 전통에 더 부합하며 그런 헌정을 지켜가는 것이 유리하다는 것을 인식하기 때문이다. 홉스의 자연법론에서 제3의 자연법이 ‘약속은 지켜져야 한다’라는 것인데, 홉스는 자연상태에는 누구도 자연법을 강제할 힘이 없고 오히려 기회만 되면 배신할 합법적인 유인을 가진다고 보고, 따라서 오직 그들이 지닌 모든 권력과 힘을 한 사람 또는 하나의 합의체에 양도함으로써, 즉 만인이 만인과 상호 신의계약을 체결함으로써 평화와 안전을 확보할 수 있다고 한다. 토마스 홉스, 『리바이어든(I)』, 진석용 역, 나남, 2008, 194면, 232-233면. 리바이어든의 등장 이전에 신의계약은 칼 없는 계약이지만 리바이어든 이후에는 이 신의계약은 칼을 갖게 된다. 홉스는 자연법의 실정성을 이렇게 확립한다.
- 24) 미국독립선언 전문에 등장하는 문구 중에 ‘자명한 사실’과 ‘창조자’는 자연법 전통과 기독교의 결합을 잘 보여준다. “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.” 독립선언 이집인 1774년에 필라델피아에 모인 식민지 대표들은 부인할 수 없는 자연법, 영국헌법상 부여받은 권리와 각종 특허장에 의해 부여받은 특권 등을 근거로 생명, 자유, 재산에 대한 양도할 수 없는 권리를 보유하고 있음을 선언했는데, 선조들이 식민지에 이민 올 당시 영국민이었으며 그 후손으로서 영국헌법상 권리를 누릴 자격이 있다는 것을 포함해 동원할 수 있는 모든 법적 논증 무기들을 다 열거했다. Samuel Eliot Morison(ed), *Source and Documents illustrating the American Revolution 1764-1788 and the Formation of Federal Constitution*(Second Edition), Oxford University Press, 1929, pp.118-122.
- 25) 루소는 모든 정의가 하나님으로부터 유래한 것이며 오직 하나님만이 정의의 원천이라 한다. 그러나 하나님이 권위는 여기서 그치는데, 루소는 인간이 하나님으로부터 직접 정의를 받아들일 길이 없으므로(또 이성으로부터 보편적 정의를 도출할 수도 없으므로) 권리와 의무를 결합하고 정의의 목적을 달성하기 위한 약속과 법이 필요한 것이라 말한다. 루소, 『사회계약론 외』, 박호성 역, 책세상, 2015, 54쪽(사회계약론 2부6장). 루소는 하나님의 권위를 활용할 줄 알뿐 아니라 맹목적 신앙도 냉철하게 경계해야 한다고 지적하면서 지상의 것에 대해 애정을 가질 것을 금하는 아우구스티누스의 정치관도 약점을 가지고 있

라 해도 논자에 따라서는 어떤 유형의 계약인지 그 차이를 정치적으로 이용하기도 했다. 잉글랜드에서는 찰스 2세 시절에 국왕의 권한을 강조하는 쪽은 국왕과 신민 사이의 계약을 ‘결혼’ 계약이라 말하는 것을 선호했지만, 의회 권한을 중시하는 이들은 ‘사회’ 계약을 선호했다.²⁶⁾ 홉스와 로크의 사회계약론도 ‘계약은 반드시 지켜져야 한다’라는 기본적 원리를 무기로 삼는데, 이 원리는 다름 아닌 자연법과 로마 만민법에 기원을 두고 있다. 따라서 자연법론적 사회계약론이라 하든 사회계약론적 자연법론이라 하든 사회계약론의 근간을 자연법에 둔 것이다. 이들은 사회계약 이전의 자연상태에서 인간이 어떠한지, 춥고 배고프고 공포에 시달렸는지 아니면 따뜻하고 배부르고 평화로웠는지, 사교적이었는지 아니면 적대적이었는지를 비롯해 사회계약의 체결에 이르는 과정이나 그 결과 산출되는 권력에 관해 설명하는 방식에는 차이가 있어도, 인간이 자연상태에서 직면한 문제와 그 해결을 위한 필요에서 사회를 구성하기로 계약할 수밖에 없다고 자각한 결과 사회와 정치체를 만들었다고 보는 점에서 사회나 국가가 정의에 의한 연합이라는 한 아리스토텔레스나 계약론적 키케로의 자연법 전통과 다른 점은 없다. 차이라면 정치체 설립이 합의(단체결성 계약)로부터 비롯되었다고 말하면서 ‘약속은 반드시 지켜져야 한다’라는 논리를 동원해 이 합의가 이제는 과거될 수 없으며 준수되어야 한다고 강조한다는 것이다(물론 이들 중에도 저항권이나 혁명권, 폭군살해까지 인정하느냐는 차이가 있다).²⁷⁾ 이들은 아퀴나스가 자연법론에서 실천이성이 자명한 원리로 도출하고자 한, 인간의 행동이 도덕성을 갖추기 위한 실천적 원리를 사회계약의 체결과 내용(보호받는 권리와 자유 및 통치권의 한계)이 자명하다는 것으로 변경했다. 사회계약론이 자연법론의 전통에서 벗어나지 못한 것이라 보는 다른 이유는,

다고 논증한다. 세상 모든 사람이 선량한 기독교인이라면, 사회는 평화롭게 지속될 수 있을 것이다. 그러나 단 한 사람이라도 야심가나 위선자가 있다면 기독교는 이웃에 대해 나쁘게 생각하는 것을 금하기 때문에 그런 사람이 계약을 꾸며 공적 권한을 차지하는 것을 막지 못한다. 그리고 그가 권력을 차지했을 때 기독교도는 하나님이 권력에 사람이 복종하기를 원한다고 믿으니 찬탈자를 축출할 수도 없다. 따라서 천국으로 가는 것이 핵심이 되고 체념은 천국에 가는 다른 방법일 뿐이라 비판한다. 위 책, 159면(4부 8장)

26) Mary Lyndon Shanley, “Marriage Contract and Social Contract in Seventeenth Century English Political Thought”, *The Western Political Quarterly*, Vol.32, No.1 (1979), pp.85-86.

27) 홉스, 로크의 사회계약론의 차이와 공통점에 관해서는 많은 연구가 있다. 대표적으로 Carole Pateman, *The Problem of Political Obligation: A Critique of Liberal Theory*, Polity, 1985; Christopher W. Morris (ed), *The Social Contract Theorists: Critical Essays on Hobbes, Locke, and Rousseau: Critical Essays on Hobbes, Locke, and Rousseau*, Rowman & Littlefield, 1998 등.

사회계약의 내용과 불가피성을 자연상태라는 가정적 상황에 놓인 인간의 자연적 본성에서 찾고, 또 사회계약의 산물인 국가와 최고통치권은 존립 근거가 되는 사회계약에 의해 평가받으며 그 한계를 넘어서는 경우 저항과 불복종이 정당화된다고 인정하기 때문이다. 그래서 이전의 전통적인 자연법론이 이성과 정의, 법률을 한 묶음으로 다루었다면, 사회계약론적 자연법론은 사회계약과 정의, 통치권을 한데 묶는다.²⁸⁾ 한편 루소의 경우에는 홉스나 로크와 비교해 눈에 띄는 차이점이 있다. 루소는 「학문예술론」(*Discourse on the Arts and Sciences*, 1750)에서 불평등과 재산, 사치와 나태, 예술과 과학 때문에 인간이 부패했다고 주장함으로써 이성과 문명을 불신하는 반계몽주의 사상가로서 경력을 시작했기에 자연상태에서의 인간을 더 긍정적으로 평가하면서 사회계약에 의한 국가 이행을 다루어야 했기 때문이다.²⁹⁾ 이하에서는 루소의 사회계약론에서 전통적인 자연법의 내용이 어떻게 해체되고 재구성되는지 살펴보기로 한다.

III. 자연법론의 해체와 재구성

1. 구조와 방법

루소는 과격한 전도(轉倒)의 방법을 사용해 자신만의 독특한 사회계약론적 자연법을 구축했다. 아리스토텔레스는 정치공동체가 인간의 ‘완성’을 향한 목적이라는 관점에서 필요한 것이라 보았지만, 루소는 자연상태에서 누렸던 본연의 훌륭함이 과학과 예술을 비롯한 소위 문명이라는 것에 의해 부패했다고 보고 이 훌륭한 본성을 ‘회복’하기 위해 국가가 필요한 것이라 보았다.³⁰⁾ 따라서 교

28) 루소, 전계서(주 25), 54-55면(2부6장)에서 루소는 누구든 정의와 자연법에 따라 행동할 것을 기대할 수 있다면 정부도 법도 필요 없을 것이라 한다. 그렇지 않기 때문에 자연법이 아닌 국가와 (인정)법이 필요한 것이므로 자연법을 안다고 해서 국가법을 더 잘 아는 것은 아니라 한다. 법은 사회적 연합의 조건으로서 법에 복종하는 인민이 법의 제정자가 되어야 한다. 그런데 인민은 공공의 이익을 위해 법을 만들어야 하지만 개인은 공익을 알 아도 거부하고 인민은 공익을 원해도 알지 못하므로 전자는 개인 의지를 이성에 합치시키고 후자는 가르침을 받아야 한다고 말한다. 입법은 공적 계몽으로서 개인이 개별 의지를 넘어서는 것을 배우고 인민이 공공의 이익이 무엇인지 배우는 과정이다.

29) 이에 관해서는 로버트 워클러, 「루소」, 이종인 역, 시공사, 2001, 43-45면, 54-55면.

30) 루소가 「에밀」에서 이를 ‘조물주의 손을 떠났을 때 모든 것은 완전했지만, 인간의 손이 닿자 부패해버렸다’라고 표현한 것은 잘 알려져 있다. 장 자크 루소, 「에밀 또는 교육론

육의 내용은 자연 본성을 회복할 수 있도록 가르치는 것이 되어야 하며, 법은 본연의 자유를 보장할 뿐 아니라 이를 잃는 일이 없도록 자유를 강제하는 것이어야 한다. 한편 아우구스티누스 이후의 신학적 자연법론은 아담 이후로 인간은 타락했고, 지상의 정치공동체 내에서 인간은 결코 자기 힘으로 완성될 수 없으며, 법은 선을 증진하기 위해서가 아니라 거악을 억제하기 위해서만 필요한 것이라 보았다. 루소는 반대로 인간은 자연상태에서 섰는데 자기에 (*amour propre*)와³¹⁾ 불평등과 재산, 사치 때문에 부패했으며 이를 회복하기 위해 사회계약을 체결해 통치권을 만들어내는 것이라 보므로 정치권력은 법으로 자연적 본성의 회복을 강제해야 한다. 법은 중한 악을 억제하는 것이 목적이 아니라 회복을 위해 필요한 사소한 선이라도 증진하기 위한 것이다.³²⁾ 법의 목적이 공동선에 있다는 전통적인 자연법론의 요점은 그대로 유지되는데, 루소에게는 개개의 개인이나 집단이익을 목적으로 하지 않는다는 소극적 의미

(1) „이용철문경자 역, 한길사, 2007, 57쪽. 여기에는 인간의 자연적 본성을 포함해 모든 자연은 선하게 창조된 것이나, 인간 내면의 어떤 것에 의해 타락했다고 보는데, 이렇게 인간 내면에 존재하면서 인간의 손에 닿는 것을 타락하게 만드는 그것(자기에) 역시 자연의 본성에 속한 것이므로 선한 것이기는 하다. Frederick Neuhauser, *Rousseau's Theocicy of Self-Love: Evil, Rationality, and the Drive for Recognition*, Oxford University Press, 2008, p.49. 루소는 자연상태에서 인간이 완전했다고 보는데, 이것은 인간이 타락한 것은 전적으로 인간의 책임이지 자연이나 하나님이 비난받을 일은 없다는 의미이다. 이러한 자연적 본성은 출발점이기도 하지만 타락한 인간이 회복해야 할 목적이 되기도 하므로 루소에게 자연상태는 출발이자 목적이라는 이중적 의미를 갖는다. Jonathan Marks, *Perfection and Disharmony in the Thought of Jean-Jacques Rousseau*, Cambridge University Press, 2005, pp.15-16. 불평등의 기원이 자연이 아니라 'Amour Propre'(자부심)에 있다는 점은 Frederick Neuhauser, *Rousseau's Critique of Inequality: Reconstructing the Second Discourse*, Cambridge University Press, 2014.

- 31) 루소의 사상에 스토아의 철학과 아우구스티누스의 영향을 받은 점이 있다고 지적되는데, 전자는 인간의 내면에서 생기는 경향성에서 후자는 자기에를 타락의 원인으로 보는 것에 나타난다는 점은 Christopher Brooke, "Rousseau's Political Philosophy: Stoic and Augustine Origins", Patrick Riley (ed), *The Cambridge Companion to Rousseau*, Cambridge University Press, 2001, p.95.
- 32) 루소는 법은 적을수록 좋다고 보는 입장은 아니다. 루소는 공동체를 최선의 형태로 부여하는 법(정치법)만 필요한 것이 아니라, 각 시민에 대해서는 최대한 자유로우면서 국가에 대해서는 고도로 의존적이게 만드는 법(민법)도 필요하며, 다른 법을 준수하도록 확보하기 위한 법(형법)도 필요하고 마지막으로 대리석이나 청동이 아니라 인민의 마음에 새길 법도 필요하다고 했다. 이 마지막 법은 풍속과 관습, 특히 여론을 말하는 것인데, 개별 시민의 이기적 성향을 방지하고 방중에 흐르게 내버려 두는 것이 아니라 법이 내면으로 들어와 사람의 습관이 되도록 만드는 것이다. 루소, 전게서(주 25), 72-73쪽(2부12장). 루소가 시민이 법의 준수나 강제 없이는 진정한 자유를 누릴 수 없다고 본 것은 역설이면서도 전체주의적 사고라는 혐의를 받는 이유가 된다. 이에 관해서는 김용민, "루소와 공화주의", 『한국정치연구』 제25집 제1호 서울대학교 한국정치연구소 (2016), 178-184면; 김경근, "루소와 시민의 자유", 『역사학연구』 제82집 호남사학회 (2021).

를 넘어 사적 이해관계를 떠나 보편적으로 합의할 수 있는 것이 일반의지로 인정되고 법은 이 일반의지의 표현이 된다. 개인은 누구든 그 자신이 될 자유를 누리지만, 그 자신이라는 것은 공동체를 떠나 생각할 수 없다.³³⁾ 자유와 평등, 박애와 같이 인간의 선한 자연적 본성이자 자연법이 가리키는 원리는 일반의지라는 형식으로 발견된다. 따라서 일반의지의 표현인 법은 단순한 외적 강제가 아니며 개인의 완전히 자유로운 동의에 의해서만 성립하는 강제이다.³⁴⁾ 일반의지를 도출하는 과정에는 유의할 점이 있지만, 인민이 상황을 잘 알고 심의한다든지 분과를 예방한다면 일반의지가 잘못 도출되는 일은 없을 것이며, 따라서 일반의지의 표현인 개별 입법을 오류가 없는 완전한 법으로 여겨도 무방할 것이다. 일반의지가 무엇인지 일반에 투명하게 잘 알려진 이상 개별 법률이 어려운 해석 문제를 제기할 일도 없고, 따라서 법관은 ‘법을 말하는 입’에 불과하지 재량이 주어질 일도 없다.³⁵⁾ 여기서 이전의 자연법론에서 자연법이 인정법에 대해 상위의 법으로서 평가적 기능을 했던 것을 염두에 두고 볼 때, 루소에게서 일반의지와 그 표현인 법률의 관계에서 인정법은 일반의지의 다른 표현일뿐 서로 같은 것이므로 일반의지는 인정법을 평가할 기준이라는 의미를 갖지 않으며 인정법에 대해 평가적 기능을 할 상위의 자연법을 별도로 상정할 필요도 없게 된다. 이런 관점은 이후에 지나치게 낙관적인 입장이라 비판을 받게 될 것인데, 루소는 일반의지를 무오류에 가깝게 상정함으로써 국가권력이나 개별법이 불완전하게 될 소지를 없애버렸다.³⁶⁾

33) 김용민, 앞의 논문(주 10), 222쪽은 홉스와 로크가 자유를 인간본성으로 인식한 것은 다른 자연법학자보다 진일보한 것이지만 홉스에서 인간의 자유는 강력한 주권자에 의해 침해될 수 있는 결점이 있고 로크에 있어서는 부르조아적 권리로 타락할 문제점을 보인다고 하고, 루소는 자연법이론가들이 지닌 이론적 한계와 문제를 극복하면서 덕과 조화될 수 있는 절대적 자유의 개념을 독창적으로 확립하고 있다고 평가한다. 루소 사상에 자유주의와 반자유주의가 혼재된 면에 대해서는 Katrin Froese, “Beyond Liberalism: The Moral Community of Rousseau’s Social Contract”, *Canadian Journal of Political Science*, Vol.34, No.3 (2001).

34) Marc Stears, “Liberalism and the Politics of Compulsion”, *British Journal of Political Science*, Vol.37, No.3 (2007), p.537. 일반의지와 그 표현인 법률에 의한 강제는 자유롭게 하는 강제이다. ‘자유롭게 강제하다’라는 문구와 관련한 해석에 대해서는 Steven G. Affeldt, “The Force of Freedom: Rousseau on Forcing to Be Free”, *Political Theory*, Vol.27, No.3 (1999).

35) Ethan Putterman, *Rousseau, Law and the Sovereignty of the People*, Cambridge University Press, 2010, pp.146-148. 루소는 ‘잘 조직된 사회’에서라면 법관이나 법원은 ‘보이지도 않고 하는 일도 없을 것’(invisible and null)이라는 몽테스키외의 견해를 따랐다 한다. 위 책, p.149[Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, Anne M. Cohler, Basia C. Miller & Harold S. Stone (eds), Cambridge University Press, 1989, p.158(『법의 정신』 제2부 11권 6장)]

한편 루소는 사회계약론을 구성하면서 푸펜도르프와 그로티우스로 대표되는 그 시대의 자연법론을 비판했다. 특히 루소는 사회계약론의 구성에 자연법이라는 단어를 의도적으로 배격함으로써 자신의 사회계약론은 자연법의 산물이 아니며 전혀 무관한 것으로 보이려 했다.³⁷⁾ 여기에는 몇 가지 논점이 섞여 있는데, 명확하게 구분할 필요가 있다. 첫째, 루소가 기존의 자연법론자들에 대한 태도가 어떠했나, 둘째 루소는 자연상태에서 인간이 자연법을 인식할 수 있다고 보았나(달리 말해 국가와 강제력을 동원하지 않고도 이성 에 의해 규율되는 상호간의 행동규범을 확립할 수 있었다고 보았나), 셋째, 루소가 말하는 사회계약은 자연법적 원리의 산물인가 하는 점이다. 세 논점에 대한 답은 루소는 푸펜도르프나 그로티우스의 자연법론을 비판하면서 동시에 자신이 새로운 자연법론을 세우고 있다는 점은 감춘다는 점에서 찾을 수 있다. 따라서 앞의 두 논점에 대해서는 부정적으로, 마지막 논점에서는 긍정적으로 답변할 수 있다. 첫째 논점에 대한 답변은 「인간불평등기원론」이나 「사회계약론」의 여러 곳에서 직접 확인할 수 있는데, 루소는 실정법에 대해 상위기능을 하는 자연법의 개념 자체를 긍정하며 대신 식민지 약탈이나 노예제와 같은 것을 자연법으로 정당화하는 논리를 비판한다.³⁸⁾ 둘째 논점은 인간이 자연상태에서 자연법에

36) Arthur M. Melzer, “Rousseau’s Moral Realism: Replacing Natural Law with the General Will”, *The American Political Science Review*, Vol.77, No.3 (1983), p.645. 루소가 일반의지의 무오류에 대한 관념을 디드로로부터 수용한 점은 이충훈, “루소 정치사상의 변모 양상 연구”, 『프랑스어문교육』 제73집 한국프랑스어문교육학회 (2021), 247-252면. 사회계약론에서 자연상태로부터 시민사회로 이행함에 있어 홉스나 푸펜도르프도 이성과 계몽의 힘에 심취했는데, 이는 루소도 마찬가지였다고 하고, 푸펜도르프의 경우 이성과 계몽에 대한 낙관은 저항권의 부정으로 나타났고 프랑스 혁명 후에 제정된 헌법이 저항권을 부정한 것도 같은 이유라 한다. Heinrich A. Rommen, *The Natural Law*, Liberty Fund, 1998, pp.70-71.

37) J.C. Hall, *supra* note 18, pp.25-28.

38) 루소가 실정법에 대한 상위 개념으로 자연법 개념을 긍정한 것은 「인간불평등기원론」에서 볼 수 있다, “불평등은 자연상태에서는 거의 없으나 (중략) 소유권과 법의 제정에 의해 항구적이 되고 합법화된다. (중략) 오직 실정법에 의해서만 허용된 도덕적 불평등은 그것이 신체적인 불평등과 정확히 균형을 이루지 못할 때마다 항상 자연법에 위배된다는 결론이 나온다. 이러한 구별은 모든 문명인들 사이에 두루 존재하는 그런 종류의 불평등에 대해서 어떻게 생각해야 하는지를 충분히 밝혀준다. (중략) 굶주린 다수에게는 필요한 것이 모자라는데 소수의 사람에게는 사치품이 넘쳐난다는 것은, 자연법을 어떻게 규정하든, 명백히 자연법에 위배되기 때문이다” (장 자크 루소, 「인간불평등기원론」, 김중현 역, 팽귄틀레식 코리아, 2015, 118면). 그로티우스는 사람이 보호받기 위해서라면 극단적으로는 자의로 노예상태로 들어가는 것을 받아들일 수 있다고 했는데, 이는 당대의 유럽인들이 아프리카에서 원주민 노예상인들이 포로를 정당하게 획득하는 방식을 정당화하는 관행과 일치하는 것이었으며, 훗날 루소로부터 맹렬한 비난을 받았던 점이라는 것은 리처드 터, 전게서(주 18), 56-57면. 루소가 그로티우스, 홉스의 자발적 복종론을 비판한 것은 로

따라 행동할 것을 기대할 수 있는가인데, 앞서 자연상태 개념을 처음 도입한 푸펜도르프나 그로티우스는 국제법 영역의 문제를 다루면서 개별 국가를 초월하는 정치체를 상정할 수 없다는 한계에도 불구하고 국가가 따라야 할 규범을 합의의 산물로 도출하기 위해 자연상태를 상정하고 ‘약속은 지켜져야 한다’라는 원리를 강조함으로써 합의에 의한 자연법의 성립 가능성을 긍정했다. 홀(J.C. Hall)에 의하면, 자연상태에서 자연법을 도출해 내는 과정에는 두 모델이 존재한다. 첫째 방식은 인간이 사교성을 갖추었다고 가정한 다음, 여기서 사회의 보존을 향한 경향성을 도출하고 또 그 연장에서 이성에 의해 자연법이라는 규범을 찾고 거기에 구속되는 길이다. 둘째 방식은 인간이 생존을 위해서든 행복을 위해서든 상호협력할 수밖에 없는 필요상태에 놓인다고 가정하고, 이기적인 계산의 결과 타인과의 합의에 구속되는 편이 차라리 안전에 유리하다는 각각으로부터 자연법이라는 규범을 승인하게 된다고 보는 방식이다(그로티우스는 첫째 방식을, 푸펜도르프는 둘째 방식을 사용했다). 첫째 방식은 상호협력의 성향을 전제로 하므로 자연법의 발견도 그만큼 쉽게 될 것이지만, 둘째 방식은 사람의 자연적 본성에서 자연법에 이르는 길을 설명해야 하는 점이 쉽지 않다. 둘째 방식에서 자연상태에 있는 개인은 각자 타고난 대로의 지력을 사용하고 또 자신을 포함해 모든 사람이 인간 본성에 관한 모든 사실(지력이나 타인을 억누를 힘 등이 사람마다 다르다는 것을 포함해서)을 계산에 넣고 행동한다고 가정해야 한다. 이런 가정으로부터 자연법의 발견에 이르는 길이 결코 쉽지 않다는 것이 문제인데, 여기서 홉스는 자연상태에 있는 사람이 자신을 포함해 모든 사람에 구속력을 가지는 자연법을 발견하여 승인한다고 말하지 못하고 기껏해야 바람직한 삶의 방식을 권고하는 것 정도로 여길 수밖에 없다고 보았다.³⁹⁾ 루소 역시 홉스와 마찬가지로 자연상태에서 개인이 자연법에 따라 행동할 것을 기대할 수 없다는 입장을 취하면서⁴⁰⁾ 사회계약에 의한 국가설립

버트 워클러, 전거서(주 29), 100-104면. 그로티우스는 우리가 소유하고 있으나 경작하지 않는 땅을 이방인이 요구하면 이방인에게 주어야 한다고 말했는데, 이는 반대로 원주민이 소유하고 있으나 경작하지 않는 땅은 빼앗을 수 있다는 의미이기도 하다는 것은 김응중, “자연법과 전쟁”, 『군사』 제91호 국방부 군사편찬연구소 (2014), 335-336면.

- 39) 타인을 두려워하고 공포 속에 살아야 하는 개인들이 안전을 위해 사회계약에 이르는 길을 찾는다고 하는 홉스 설명이 가진 난점은 사회적 친화성이라고는 찾아볼 수 없는 개인이 어떻게 정치체를 구성할 만큼 사회성을 갖추느냐에 있다. Claude Ake, “Social Contract Theory and the Problem of Politicization: The Case of Hobbes”, *The Western Political Quarterly*, Vol.23, No.3 (1970).
- 40) 루소가 자연상태에서 자연법에 관해 가능성으로만 인정하고 또 실력적 강제와 하나님에 대한 내적 믿음에 의존적인 것으로 만듦으로써 결국 양자가 실패하면 자연상태에서 자연법에 대한 믿음은 기껏해야 학술적이거나 돈키호테적 망상에 불과한 것이 되게 만들었다

으로 나아가는 길을 열었다. 루소의 방식은 두 단계로 수행되는데, 첫 단계에서는 인간의 자연적 본성으로부터 최선의 사회라는 모델을 찾아내고, 두 번째 단계에서는 최선의 사회를 먼저 조직한 다음 그 사회에 대한 개인의 복종을 도출하는 것이다. 혹은 여기서 루소가 의도적으로 자연법이라는 단어를 누락시킨다는 점을 지적한다.⁴¹⁾ 과거의 자연법론이 자연본성에서 사회제도나 자연법을 도출하는 단선적인 방식이라면, 루소의 방식은 한편에 자연본성을 다른 한편에 사회와 국가라는 두 극점을 두고 서로에 대해 목적을 지시하게 만든 쌍방향적 방식이다. 특히 루소가 푸펜도르프를 강력히 비판했다고 하지만, 사회와 정치체가 사람을 만들어낸다는 사고야말로 푸펜도르프의 지도적 아이디어였다.⁴²⁾ 루소는 개인에게 자연본성은 요구되는 사회제도와 법이 무엇인지 가리키고, 사회제도와 법은 회복해야 할 본연의 모습을 가리키게 하는 방식으로 자연상태와 사회를 두 극에 놓고 상호지시적 관계 속에 넣었다.⁴³⁾ 여기서 사회제도와 법은 자연상태의 인간이 이성애 의해 발견한 규범 또는 상호 함의로 도출하는 행동규범인 자연법과 같은 것이 결코 될 수 없으며 사회계약으로 도출해 낸 일반의지의 다른 형식이자 표현이다. 이와 같이 루소가 자연상태로부터 일반의지를 도출하는 방식을 두고 ‘자연법을 버리고 자연법을 사회계약과 일반의지로 대체한다’라는 표현하는 것이다.⁴⁴⁾

는 점은 John B. Noone, Jr., “Rousseau’s Theory of Law as Conditional”, *Journal of History of Ideas*, Vol.33 (1972). 자연상태에서 자연법을 인식불가로 보았다는 점은 Eve Grace, “Built on Sands: Moral Law in Rousseau’s *Second Discourse*”, Eve Grace & Christopher Kelly (eds), *The Challenge of Rousseau*, Cambridge University Press, 2013.

41) J.C. Hall, *supra* note 18, pp.25-28.

42) J. B. Schneewind, “Pufendorf’s Place in the History of Ethics”, *Synthese*, Vol.72, No.1 (1987), p.124.

43) J.C. Hall, *supra* note 18, pp.70-71. 한편에 자연적 본성을 놓고 다른 한편에 일반의지를 두고 상호지시적으로 만드는 것은 사람을 두 측면으로 보는 관점과 연결된다. 즉 자연적 본성으로서의 인간과 시민으로서의 인간이다. 자연적 본성으로서의 인간은 시민이 되도록 요구하고, 시민은 자연적 본성을 회복한 인간이 되기를 요구한다. Richard Dagger, “Understanding the General Will”, *The Western Political Quarterly*, Vol.34, No.3 (1981), p.360. 루소의 기획은 John Charvet, *The Social Problem in the Philosophy of Rousseau*, Cambridge University Press, 1974, pp.36-37. 박은정, 전개서(주 2), 155면도 루소가 계몽된 존재로 만들기 위한 필수조건으로 「에밀」에서는 교육을, 「사회계약론」에서는 자유의 법질서를 제시했다고 했다.

44) Arthur Melzer, *The Natural Goodness of Man: On the System of Rousseau’s Thought*, Chicago University Press, 1990, pp.120-135.

2. 검토와 평가

루소의 시도를 새로운 유형의 자연법이론으로 평가할 수 있는지 고민이 필요한데, 루소는 자신의 사회계약론을 통해 주권국가와 그 권력을 세우는 과정에서 자신의 사회계약론이나 주권이론이 이전의 자연법을 완전히 대체할 수 있다고 여긴 나머지 이전의 자연법과 같은 것이 필요하지 않을 뿐 아니라 유해하다는 비판과 공격을 가했기 때문이다.⁴⁵⁾ 그러나 그의 사회계약론은 자연법적 원리가 현실의 주권국가와 입법을 통해 완전한 실정성을 갖추었다는 점에서 별도의 외적 자연법을 상정할 필요가 없다는 것이지 루소식 사회계약론이 자연법적 원리에서 완전히 벗어난 것으로 볼 것은 아니다. 마스터스(R.D. Masters)에 의하면, 인민을 참되게 하나로 묶는 유일한 방법이 사회계약으로 정치체를 세우고 일반의지에 의한 입법을 하는 것인데, 이것은 모든 정치체에 대한 평가 기준이 되는 자연법의 출현을 당연히 내포한다. 그래서 마스터는 이를 두고 루소가 전통적인 자연법의 ‘뿌리를 거부해도 가지는 수용했다’라고 표현하는데, 자연법으로부터 사회계약을 도출하지 않으면서 사회계약을 통해 자연법을 그대로 수용하는 방식을 취하기 때문이다.⁴⁶⁾ 루소의 사회계약론을 완성된 전체적인 구조에서 보면 루소의 자연법론은 키케로의 자연법론과 동일한 구조라고 말할 수 있을 것이다. 키케로의 접근방식과 차이라면, 키케로에게 자연은 정의의 원천이고 이성은 객관적으로 존재하는 진리를 발견하는 수단이 되며 로마 공화국은 자연법이 보장하는 최상의 정치체였다. 반면 루소에게는 자연은 인간이 회복해야 할 본성을 말해주고 이성은 이를 자각하지만 부패한 현실의 정치체는 그런 자연적 본성을 박탈하고 왜곡시키는 것이다. 키케로는 로마 공화정이라는 현재의 정치체는 보전되어야 할 것이며 여기서 모든 인간은 정의를 누리고 완성될 수 있었다고 믿었지만, 루소는 인간성의 회복을 위해서는 정치체를 재구성할 수밖에 없다고 믿었고, 사회계약론에 따라 재구성된 정치체는 자연법의 실정성을 구현할 것이다. 현대인에게는 상식이 되었는지 모르지만, 루소는 이 사회를 이루는 인간적인 모든 것, 즉 법과 사회구조, 국가는 사실상 인간적 산물이라 말한다. 인간이 이 사실을 제대로 이해하기만 한다면 법과 제도, 국가 등 사회적 환경을 바람직한 방향으로 재구성하는 것을 사람이

45) Arthur M. Melzer, “Rousseau’s Moral Realism: Replacing Natural Law with the General Will”, *The American Political Science Review*, Vol.77, No.3 (1983), p.647.

46) Roger D. Masters, *The Political Philosophy of Rousseau*, Princeton University Press, 1976, pp.270-27.

해낼 수 있는 가능한 일이라 보는 것이다.⁴⁷⁾ 따라서 사회계약을 통해 재구성해낸 법과 제도는 실정적인 자연법인 셈이다. 루소가 자연법을 거부한다고 말할 때 유의해야 할 점이 바로 이것인데, 루소는 이전의 자연법론을 비판함으로써 자연법을 배척한 것처럼 보이지만 실상은 그 자신이 새로운 자연법론을 세우고 있기 때문이다.

베스트팔(K.R. Westphal)은 루소의 사회계약론이 자연법 전통에서 생겨났고 발전한 것으로 평가하면서 루소의 방법을 자연법적 구성주의(Natural Law Constructivism)라 이름 붙인다.⁴⁸⁾ 사회적 환경은 물리법칙의 영향에 구속되는 것도 아니며, 그렇다고 어떤 자연법적 질서를 따른다고 보기에는 ‘사람들이 자유롭게 태어났지만 실상 쇠사슬로 묶여 있다’라고 루소가 말한 것처럼, 지나치게 부조리한 현상을 정당화하기 어렵다. 전통적인 자연법론은 이를 부정의하다고 평가할 것이지만, 사회계약론은 더 나아가 ‘사람이 사회를 만들고 사회가 사람을 만든다’라는 양극의 논리에 따라 사회를 변화시키는 것에서 답을 찾으려 한다. 이성이 정의와 같은 자연적 질서를 발견하고 나아가 정치체 속에서 사람의 완성을 돕자고 하든지 아니면 잃었던 자연적 본성의 회복을 돕자고 하든지 어떻게든 하자면 이성은 반드시 정의로운 사회와 국가가 필요함을 알게 되며, 따라서 사회와 국가를 정의롭게 조직할 방법을 찾아내려 할 것이다. 루소의 사회계약론이 자연법론의 특징을 가진 것은 다음과 같이 설명할 수 있다. 첫째, 인간 이성에 바탕을 둔 자연법이 인정법에 대해 상위규범으로서 역할을 맡고 있지는 않다. 그러나 그렇다고 자연법의 역할을 대신할 무엇이 전혀 존재하지 않는 것은 아니다. 자연본성의 회복을 위해 주권국가를 세운다는 사회계약이 모든 국가권력에 정당성을 근거짓는 역할을 맡음으로써 입법을 넘어 국가권력에 대해 상위의 준거로서 역할을 맡고 있기 때문이다. 비유하자면 루소는 개별 법률을 두고 자연법에 부합하느냐를 따지는 입장이 아니라 국민주권주의나 공화주의 같은 국가의 근간이 자연법적 원리, 즉 인간의 자연의 본성으

47) 루소는 ‘사회질서는 모든 법의 토대가 되는 것인데 이 법은 자연의 산물이 아니라 계약에 따른 것이므로 문제는 이 계약이 무엇인지 아는 것이다’라는 말로 「사회계약론」 1부의 주제를 제시했다. 루소, 전계서(주 25), 21면(사회계약론 1부1장).

48) Kenneth R. Westphal, “Natural Law, Social Contract and Moral Objectivity: Rousseau’s Natural Law Constructivism”, *Jurisprudence*, Vol.4, No.1 (2013), p.48. 베스트팔은 자연법 전통을 둘로 구분하는데, 전통적인 도덕실재론 입장의 자연법론과 흄 이후의 구성주의적 자연법론이다. 또 사회계약론도 둘로 구분하는데, 설명적 사회계약론과 구성적 사회계약론이다. 베스트팔은 자연법과 관련해서 루소의 사회계약론에 대해 진행되었던 과거의 연구가 도덕실재론의 입장에서 주로 이루어졌다고 비판하고 다른 시각에서 접근할 필요가 있다고 한다.

로부터 요청된다고 주장하는 것이다.

이상에서 논의한 바를 바탕으로 루소가 자연법을 일반의지로 대체했다는 점에 대해 정리해본다. 첫째, 앞서 본 것처럼 인정법의 평가 기준이라는 점에서 볼 때 루소의 일반의지는 이전의 자연법과 같이 개별 법률에 대해 직접적인 평가기능을 하지 않는다. 법률은 일반의지의 표현일 뿐이며 일반의지에 오류를 상정할 수 없는 이상 개별 법률의 오류도 생각할 수 없다. 따라서 일반의지가 자연법의 역할을 대신한다고 할 때 이전의 자연법처럼 일반의지가 인정법에 상위기능을 맡는다고 여기는 것은 오류가 될 수 있다(이런 귀결이 루소의 일반의지에 대한 과신에서 비롯되었다는 점은 앞서 언급했다). 여기서 ‘일반의지가 자연법을 대체했다’라는 표현은 나중에 보인((C.E. Vaughan))이 우려한 것처럼 일반의지를 견제할 원리의 부재로 인해 루소의 사회계약론이 집단주의로의 변질을 막을 수 없다는 해석 또는 비판을 의미하게 된다.⁴⁹⁾ 둘째, 이와 같은 우려는 오탁일 수 있는데, 루소의 사회계약론에 이전의 자연법과 같은 역할을 하는 요소가 전혀 없지 않기 때문이다. 루소의 사회계약론적 자연법론은 개별 법률이 아니라 더 넓게 주권국가의 설립과 권력의 근거에 대한 이론이므로 국가권력의 정당성의 근거와 한계를 정하는 역할을 하고 있다. 이 국가권력과 일반의지는 독자적인 별도의 목적을 갖지 않으며 오직 그것을 탄생시킨 사회계약의 기준에서 평가될 것이다. 실베스트리니(G. Silvestrini)에 의하면, 루소와 자연법의 관계에 관한 해석은 위 두 입장을 양극에 두고서 다양한 견해들이 그 중간에 위치하고 있는 양상이다.⁵⁰⁾

49) Gabriella Silvestrini, “Rousseau, Pufendorf and the eighteenth-century Natural Law Tradition”, *History of European Ideas*, Vol.36 (2010), p.280.

50) Ibid., pp.280-281. 실베스트리니는 루소가 자연법 전통에 충실한가 아닌가 하는 문제에 직접 접근하는 편보다 판단을 위한 예비적 작업을 수행하는 것이 더 유익하다고 보았다. 예비작업은 루소가 「사회계약론」 2부2장에서 주권의 분리 불가를 논하면서 그로티우스는 물론 그의 저술을 불어로 번역한 바르베라크까지 싸잡아 맹비난을 한 이유를 규명하는 것을 말한다. 루소가 자연법 전통을 통째로 거부한 것이 아니라 자연법이론의 특정한 정치적 버전을 비판했으며 공화주의의 정치적 노선에서 당대 정치파벌의 활동을 염두에 두고 사회계약론을 저술하면서 푸펜도르프의 민주적 주권론을 차용해 자신의 목적을 위해 전도시키는 방법으로 주권론을 완성했다는 취지로 해석된다. 루소의 그로티우스에 대한 평가는 초기에는 호의적이었으나 사회계약론을 저술할 즈음에는 근본적으로 변경되었는데 그가 국왕절대권을 옹호하려는 점에서 홉스와 다를 바 없다고 보았고, 인류를 지배자에 이익이 되도록 쥐어짤 한 무리의 가축 떼로 보는 것이 홉스나 그로티우스나 마찬가지로 했다. Christopher Bertram, *Routledge Philosophical Guidebook to Rousseau and the Social Contract*, Routledge, 2004, pp.57-58.

3. 루소가 자연법 사상가인가에 관한 논쟁

루소가 자연법 이론가인가에 대해서는 오랫동안 견해가 나뉘어왔다. 램(M. Rehm)은 루소가 역사적으로 자연법 전통이 강하던 시기에 활동했고 그로티우스나 푸펜도르프, 홉스 등 자연법 사상가들을 인용하는 등 이들의 저술을 잘 파악하고 있었으며, 자연상태나 사회계약론과 같이 근대 초기의 자연법 전통의 철학자들이 즐겨 사용하던 개념을 활용하고 있어 자연법 전통의 철학자처럼 보이지만, 대개의 연구가 이 문제에 대해 부정적인 답변을 내놓는다고 한다. 이성으로 자연법을 발견한다는 전통에서 볼 때 루소는 자연상태에서 인간에 여러 한계를 지워서 그런 자연법을 발견하기 어렵게 만들었고, 하나님과 같은 입법자를 통해 자연법이 주어진다고 여기는 전통에서 볼 때 루소는 외부에서 자연법을 제시해 줄 존재를 상정하지도 않는다. 또 국가 이전의 선제적인 기준에 따라 국가를 모델짓는 것 같지도 않으니 어떤 관점에서 보더라도 자연법 전통에서 벗어나 있는 사상가로 여기기 쉽다는 것이다.⁵¹⁾ 램은 이성으로부터 자연법을 도출하는 방식만 자연법 전통이라 할 수는 없다는 전제에서 루소가 그런 자연법 전통에는 작별을 고했어도 새로운 자연법 전통을 만들어내었다고 본다. 램은 루소가 인간이 자연상태에서도 오직 자연법을 통해 자유를 누린다고 본 것, 자연상태에서 상호간의 자유를 보장할 방법이 없어 사회를 구성함으로써 자유에 대한 보장책을 찾는 것이므로 결국 주권적 권력을 도출한 목적이 자유를 확보하기 위함에 있다고 본 것에 유의한다. 이런 관점은 인간의 자연적 본성을 이해하는 방식에서는 전통적인 자연법과 차이가 있지만 인간의 자연적 본성을 자유로 규정하고 그 자유가 법을 통해서 보장되며 또 보장되어야 된다고 본 것에서는 자연적 본성에 바탕을 두고 이를 보장하는 새로운 자연법 전통을 만들었다고 할 수 있다는 것이다.⁵²⁾

끝으로 루소의 사회계약론이 자연법과 무관하다는 주장에 대해 살펴본다. 이와 같은 주장은 오래전에 제기된 것이다. 보클러(R. Wokler)에 의하면, 20세기 초에 루소의 정치저술 선집을 출간한 보언은 루소가 ‘자연법의 관념을 뿌리와 가지에 이르기까지 싹 제거해버렸다’라고 말했다.⁵³⁾ 보언의 표현은 사람이

51) Michaela Rehm, "Obligation in Rousseau: Making Natural Law History?", *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Vol.20 (2012), p.139.

52) Ibid., pp.153-154.

53) C.E. Vaughan, "Introduction", C.E. Vaughan (ed), *The Political Writings of Jean Jacques Rousseau*(Vol.1), Cambridge University Press, 1915, p.16. 루소와 자연법론에 관한 논의에서 뿌리와 가지라는 표현이 자주 등장하는데, 이 표현은 여기에 기원을 두고 있다.

자연상태에 있을 때 자연법의 원리인 타인에 대한 의무에 대해 인식할 수 있었는가 하는 문제에 대해 로크는 긍정적으로 보았지만 루소는 그런 환상을 가지지 않았다고 말하면서 나온 것이다. 즉 자연상태에서 사람이 자연법을 인식하고 타인에 대한 의무감을 가질 수 있는가 하는 논점에서 루소가 부정적으로 평가했다는 것이 루소가 사회계약론의 구성에서 자연법을 완전히 뿌리 뽑았다는 논지는 아니다. 하지만 보언의 의도가 꼭 거기까지만 말하고자 한 것은 아니었다. 보클러는 보언의 입장에 부연 설명을 덧붙였는데, 루소가 개인의 자연적 본성을 정치체가 규정짓는다고 말한 부분을 두고 보언은 루소가 인간의 본성에 대한 정치체의 통제로부터 자유로운 상위영역이 존재하지 않는다고 본 것이며, 따라서 정치적 권위를 통제할 상위의 자연법 개념을 인정하지 않은 것이라 해석했다고 본다. 즉 로크가 개인주의적 자유를 옹호했다면 루소는 이런 식의 집단주의로 로크에 대응했다는 것이 보언의 해석이라 한다.⁵⁴⁾ 그러나 보언의 우려는 루소의 사회계약론에서 자연상태와 일반의지가 서로를 지시하는 두 개의 극으로서 역할을 하고 있다는 점을 간과한 것이다. 정치체가 인간 본성을 규정한다는 것은 무제약적인 것은 아닌데, 적어도 정치체가 루소가 희망하는 대로 자연본성에 의해 요청되는 최선의 것으로 조직되지만 한다면 그 정치체는 완전한 자연적 본성의 회복을 목적으로 할 것이기 때문이다.⁵⁵⁾ 여기서 개인이 자연본성에 대한 강제로부터 벗어날 자유가 있는지 물을 수도 있을 것이다. 진정한 자유를 거부할 이유가 어디에 있느냐고 여기는 사람은 이것을 조금 어리석은 질문처럼 생각할 수 있다. 하지만 그런 자유를 부정하는 것이 전체주의나 집단주의적 성향과 다르지 않다고 비난하는 사람은 루소를 전체주의의 이데올로기를 아름답게 포장한 사상가로 분류할 수밖에 없을 것이다.⁵⁶⁾ 보

54) Robert Wokler, "Rousseau's Pufendorf: Natural Law and the Foundations of Commercial Society", *History of Political Thought*, Vol.15 Iss.3 (1994), pp.375-376.

55) 보클러는 보언과 반대되는 관점도 소개한다. 오래전에 루소의 정치사상을 소개한 드라페(Robert Derathé)는 (사회계약을 통해 개인은 모든 권리를 잃고 전체주의적 규제에 들어간다는 비판에 대해) 사회계약의 조건을 준수해야 한다는 것이 자연법의 원칙에 입각해 있다면 그 계약의 어느 조항도 개인이 누리는 권리를 포기할 것을 요구하지 않는다고 주장했다고 한다. Robert Derathé, *Jean-Jacques Rousseau Et la Science Politique de Son Temps*, Paris, 1970(First published, Vrin, 1950), p.342[R. Wokler, supra note 54, p.377에서 재인용].

56) 보클러는 보언이 그린(T.H. Green)의 조카로서, 루소를 개인주의적 관점에서 비판적으로 읽는 시각을 삼촌으로부터 배웠을 수 있다고 한다. 물론 보클러는 루소가 「인간불평등기원론」이나 「사회계약론」의 초반에서 개인주의적 성향을 보인 것에서 보듯 그가 전체주의적 발상을 가졌을 가능성을 부정한다. R. Wokler, supra note 54, pp.375-376. 그린의 개인관에 대해서는 박성진, "고전적 자유주의의 '개인'에 대한 존재론적 분석과 토마스 힐(T. H. Green) 그린의 정치사상", 「인문연구」 제77호 영남대학교 인문과학연구소 (2016).

언의 비판을 간단히 지나치기 어려운 이유는, 루소가 시민교육을 강조하는 부분에서 섬뜩함을 느낄 때도 많은데다⁵⁷⁾, 인간본성의 자연적인 완전함이 무엇인지 우리가 분명하게 알지 못한다면 우리는 정치체가 강제하는 인간본성의 완전성에 대한 확신도 가질 수 없으며, 따라서 루소의 계획은 처음부터 수포로 돌아가고 말 것이기 때문이다. 호프만(S. Hoffmann)은 ‘일반의지’가 한편에 우려와 의문을, 다른 한편에 대단한 명예를 만들어내어 이제는 신화(myth)가 되었다고 하고, 신화에는 이상과 신기루 두 종류가 있는데 자신이 보기에 루소의 경우는 다가설수록 그만큼 멀어지는 신기루 쪽이라 한다. 이는 일반의지를 실현하려는 꿈이나 어떤 시도도 결국 망상이라는 것이다.⁵⁸⁾ 이렇게 루소의 사회계약론에 한계가 있음은 눈치챌 수는 있다. 하지만 이것은 인간의 완성이라는 목적을 상징하고 자연법을 논한 아리스토텔레스나 온전한 이성에 입각해 정의를 행해야 한다고 말한 키케로나 하나님을 온전히 아는 것을 인간의 지복으로 여겨야 한다고 말한 아퀴나스나 어떤 자연법론 전통에든 인식 너머의 궁극적인 것을 상징하는 사유방식에 늘 내재한 한계이고, 이것이 루소 사회계약론이 자연법에서 완전히 벗어나 있다는 결론을 유도하지 않는다.⁵⁹⁾

IV. 결론

자연법의 역사를 돌아보면, 어느 시대든 새로운 자연법이론의 등장에는 그 시대가 제기하는 문제에 대해 동시대인의 언어와 논리로 설명하는 방식이 늘

57) 루소는 훌륭한 사회제도는 개인이 자신을 단일한 개체로 여기지 않고 전체의 일부로 생각하며 전체 속에서만 자신을 느낄 수 있게 되는 그런 것이라고 말하기도 하고, 다섯 아들을 전쟁에 내보낸 스파르타의 한 여인이 전황에 대해 가지는 궁금함이 아들 전부가 살았나 죽었나가 아니라 전쟁에서 이겼나 졌나 이어야 하며, 이런 여인이 시민이라 말한다. 루소, 전거서(주 30), 62-63면.

58) Stanley Hoffmann, “*The Social Contract, or the Mirage of the General Will*”, Christie McDonald & Stanley Hoffmann (eds), *Rousseau and Freedom*, Cambridge University Press, 2010, p.113, p.137.

59) 루소에 대한 비판론 중에 시민종교론에 대한 논점이 있다. 루소는 정치 및 국가가 종교로부터 독립한다는 것 외에 종교의 역할을 국가의 관점에서 논했다. 루소의 종교에 대한 태도는 신학적 전통의 자연법과 큰 차이를 보이는 부분인데, 루소가 종교적 관용을 인정하고 자유와 평등을 우선하는 사회계약론적 자연법을 취해도 종교 문제에 대한 과도한 개입이나 정치종교라는 비판을 피하기 어려운 면이 있다. 이에 관해서는 이용철, “루소의 종교관 - 종교와 정치의 관계를 중심으로 -”, 『프랑스문화예술연구』 제77집 프랑스문화예술학회 (2021).

결합해 있음을 보게 된다. 루소는 그때까지 사람들이 자연법을 이해하고 설명하는 방식을 바꾸어버렸다. 그는 이성으로 행위규범인 자연법을 발견하는 방식 자체를 거부했다기보다는 자연적 본성에서 자유와 평등을 제거해버리는 식으로 자연법을 도출하는 특정한 유형의 자연법이론을 거부했다고 생각된다. 루소는 자유와 평등이라는 자연적 본성을 되찾고 보장할 수단으로 사회계약과 주권체를 요구했으며, 국가는 오직 그런 목적으로만 존재한다고 보았다. 그러나 이렇게 함으로써 자연적 본성을 직접 법과 주권체와 맞대응시키고 말았다. 자유와 평등이 가지는 정치적 중요성을 그만큼 중시한 사람도 없을 것이지만 동시에 정치가 인간본성을 재창조할 수 있다는 위험한 생각을 노골적으로 드러낸 것도 그렇다.⁶⁰⁾ 램이 국가권력이 관심 가질 자연적 본성을 자유에 한정하는 것은 현명한 생각이지만, 약점을 감추는 방식이기도 하다. 자연본성에 대해 정치의 우선성을 강조할수록 그의 전체적인 기획이 파멸할 위험도 같이 힘을 키워갈 것이기 때문이다. 현대에 롤즈(J. Rawls)가 자유와 평등을 우선시하되 그의 것들에 대해 공적 이성에 의한 중첩적 합의라는 방식으로 다룬 것은 루소의 과격함을 극복하기 위한 것이었다고 볼 수 있다.⁶¹⁾

60) 로버트 워클러, 전계서(주 29), 53면.

61) 롤즈가 루소의 일반의지를 공적 이성으로 다루었다고 보는 연구는 김상현·박고운·박지원·김회용, “롤즈(Rawls)의 루소(Rousseau) 이해 : 자기애, 이기심, 일반의지를 중심으로”, 『순천향 인문과학논총』 제34권 제2호 순천향대학교 (2015).

[참고문헌]

- 로버트 위클러, 루소, 이종인 역, 시공사, 2001.
- 리처드 텍, 홉스, 조무원 역, 교유서가, 2020.
- 박은정, 자연법의 문제, 세창출판사, 2007.
- 오세혁, 법철학사(제2판), 세창출판사, 2012.
- 장 자크 루소, 인간불평등기원론, 김중현 역, 펭귄클래식 코리아, 2015.
- 장 자크 루소, 사회계약론 외, 박호성 역, 책세상, 2015.
- 조궁호·강정인, 사회계약론 연구: 홉스·로크·루소를 중심으로, 서강대학교출판부, 2012.
- 한스 벨첵, 자연법과 실질적 정의, 박은정 역, 삼영사, 2001.
- 고봉진, “사회계약론의 역사적 의의-홉스, 로크, 루소의 사회계약론 비교-”, 「법과 정책」 제20집 제1호 제주대학교 법과정책연구소 (2014).
- 김용민, “자연법이론과 루소의 정치사상”, 「한국정치연구」 제7집 제1호 서울대학교 한국정치연구소 (1997).
- 오병선, “휴고 그로티우스의 법의 개념”, 「서강법학」 제5권 서강대학교 법학연구소 (2003).
- Hall, John C., *Rousseau: An Introduction to his Political Philosophy*, London: Macmillan, 1973.
- Masters, Roger, D. *The Political Philosophy of Rousseau*, Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1976.
- Putterman, Ethan *Rousseau, Law and the Sovereignty of the People*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Hoffmann, Stanley, “*The Social Contract*, or the Mirage of the General Will”, Christie McDonald & Stanley Hoffmann (eds), *Rousseau and Freedom*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Melzer, Arthur M., “Rousseau’s Moral Realism: Replacing Natural Law with the General Will”, *The American Political Science Review*, Vol.77, No.3 (1983).
- Rehm, Michaela, “Obligation in Rousseau: Making Natural Law History?”, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Vol.20 (2012).
- Silvestrini, Gabriella, “Rousseau, Pufendorf and the eighteenth-century Natural

Law Tradition”, *History of European Ideas*, Vol.36 (2010).

Vaughan, C.E., “Introduction”, C.E. Vaughan (ed), *The Political Writings of Jean Jacques Rousseau*(Vol.1), Cambridge: Cambridge University Press, 1915.

Westphal, Kenneth R., “Natural Law, Social Contract and Moral Objectivity: Rousseau’s Natural Law Constructivism”, *Jurisprudence*, Vol.4, No.1 (2013).

Wokler, Robert, “Rousseau’s Pufendorf: Natural Law and the Foundations of Commercial Society”, *History of Political Thought*, Vol.15 Iss.3 (1994).

[Abstract]

Does Rousseau has a Natural Law Theory?

Ha, Jaihong*

This article aims to examine whether Jean-Jacques Rousseau has a natural law theory or not. Researchers on Rousseau's Thought are mainly interested in his educational theory, social contract theory, and the concept of the general will, and tend to ignore the relationship between Rousseau and natural law theory. Even if some leading opinions classify him as a natural law thinker, it is superficial, making it difficult to know the exact reasons. Compared to the theological natural law theory represented by Aquinas, Rousseau's assertions in *The Social Contract* or *Discourse on Inequity* shows a sudden break from the medieval tradition, which hinders considering him a natural law theorist. To evaluate Rousseau's thought from the perspective of the natural law tradition, we must first understand the discussion of the natural state and social contracts attempted by Hobbs, which became a trend of political thought, and the Science Revolution in his times. Because the concept of the general will is regarded by many as Rousseau's main idea, some researchers say that he replaced nature with the general will. But such an expression makes Rousseau's natural law theory misunderstood as if it were a theory without nature. All natural law theories include explanations of their source, the methodology for discovery, purpose, working principle, and the role of natural law. We can find such elements in Rousseau's philosophy. This paper argues that Rousseau constructed the theory of natural law in a way that he put nature and freedom on the one side and social contracts and sovereign republic on the other side and made each direct their purpose toward the other.

* Prof., Kyonggi University

Keywords : Rousseau, Natural Law theory, Social Contractual Natural Law Theory,
State of Nature, Social Contract

