



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

이화여자대학교 대학원

2018학년도

박사학위 청구논문

법의 지배에 대한 공화주의적 해석

법 학 과

윤 이 레

2019

법의 지배에 대한 공화주의적 해석

이 논문을 박사학위 논문으로 제출함

2019 년 6 월

이화여자대학교 대학원

법 학 과 윤 이 레

윤 이 레 의 박사학위 논문을 인준함

지 도 교 수 김 현 철 _____

심 사 위 원 장 영 민 _____

성 기 용 _____

김 도 균 _____

김 경 희 _____

김 현 철 _____

이화여자대학교 대학원

목 차

I. 서론	1
A. 문제의 제기	1
B. 공화주의 관점의 필요성	4
C. 논문의 구성	6
II. 법의 지배	8
A. 법의 지배 일반론	8
1. 법의 지배에 대한 역사적 이해	8
(1) 고전적 사고	8
(2) 법의 지배의 주요 관념	11
2. 다이스의 법의 지배 이론	16
(1) 3가지 법의 지배 관념	16
(2) 다이스의 법의 지배 이론 검토	18
B. 자유주의와 법의 지배	21
1. 자유와 법의 관계	21
(1) 네 가지 테제	21
(2) 소결: 권리보호와 법의 지배	24
2. 법의 지배에 대한 두 가지 접근방식	25
(1) 형식적 법의 지배	26
(2) 실질적 법의 지배	29
3. 법의 지배 이론의 한계	31
(1) 접근방식에 따른 한계	31

(2) 복지국가와 법의 지배의 문제	33
(3) 소결: 새로운 관점의 부상	35

III. 공화주의와 법의 지배 37

A. 공화주의 일반론	37
1. 공화주의 정의하기	37
(1) 일반적인 정의	37
(2) 공화주의의 유형	38
2. 공화주의의 사상의 특성	41
(1) 역사성	41
(2) 고대 로마 공화정의 이상: res publica	42
(3) 다른 사상과의 구별	43
3. 공화국사상	45
B. 공화주의의 가치와 언어	48
1. 공화적 자유	48
(1) 자유의 개념: 예속의 부재	48
(2) 공화적 자유의 함의	51
2. 시민적 덕성	54
(1) 덕성: virtus	54
(2) 공동선(common good)의 추구	55
(3) 시민적 덕성의 함의	56
3. 법의 지배	58
(1) 공화주의 전통과 법의 지배	58
(2) 공화적 자유와 법의 지배의 관계	58
(3) 시민적 덕성과 법의 지배의 관계	59

C. 공화주의와 법의 지배	61
1. 자유에 관한 두 가지 입장	61
(1) 홉스의 주장	61
(2) 해링턴의 반박	62
(3) 자유를 보장하는 공화국의 법	65
2. 공화주의 관점과 법의 지배	67
 IV. 페트의 법의 지배 이론	70
A. 페트의 공화주의	70
1. 비지배 자유의 발견	70
(1) 기존의 자유논의: 벌린의 자유론	70
(2) 제3의 자유: 공화적 자유	73
(3) 비지배 자유와 법의 관계	78
2. 비지배 개념의 고찰	80
(1) 자의적 간섭이란	80
(2) 비지배 이상과 그 함의	86
B. 비지배와 법의 지배	90
1. 입헌주의와 조작불가능성	90
(1) 이상적 공화정부의 형태	90
(2) 조작불가능성	91
2. 헌정적 제약 조건들	92
(1) 법의 제국 조건	92
(2) 권력분산 조건	94
(3) 반다수결주의 조건	96
C. 페트의 법의 지배 이론에 대한 평가	98

1. 페딧의 법의 지배 이론의 특징	98
(1) 비지배 자유와 조작불가능성	98
(2) 공화국 법의 형식성	99
(3) 법의 지배와 민주주의	101
2. 페딧의 법의 지배 이론의 한계	101
(1) 법의 능동성에 대한 인식 결여	101
(2) 시민의 지위와 정치적 접근성에 대한 내용 결여	103
(3) 공직자의 시민성에 대한 내용 결여	105
(4) 시민의 적극적 복지권에 대한 내용 결여	105
3. 소결: 페딧의 법의 지배 이론에 대한 대안 모색	107
 V. 공화적 법의 지배	108
A. 공화주의적 법의 지배 이론의 재구성	108
1. 공화적 법의 지배의 기본원리	109
(1) 과정의 원리	109
(2) 견제의 원리	112
(3) 책임의 원리	115
(4) 소결: 법의 지배의 능동적 구성	117
2. 자유주의적 법의 지배와의 비교	118
(1) 자유주의적 법의 지배의 모습	119
(2) 공화적 법의 지배	122
(3) 소결	123
B. 공화적 법의 지배의 함의	125
1. 공동선과 법	125
(1) 공화주의적 공동선	125

(2) 공동선을 추구하는 법	127
(3) 공화주의적 공동선의 구체적 내용	129
(4) 소결: 공화국의 법	131
2. 공화적 법의 지배와 시민	133
(1) 시민의 자격: 동등한 참여자	133
(2) 시민의 견제	135
(3) 사적 권력에 대한 경계	138
 VI. 결 론	 140
 참고문헌	 144
 Abstract	 155

논 문 개 요

본 연구의 목적은 법의 지배 개념을 공화주의 관점에서 재구성하고, 현대 민주공화국 맥락에서 이상적인 법의 지배 모습을 확인하는 것이다.

법학에서 논의되는 법의 지배 이념은 19세기 이후 자유주의 관점에서 정리된 것이다. 자유주의 관점은 자유를 보호하기 위하여, 법은 민주적으로 만들어져야 하고, 그 법의 한도 내에서 공직자는 권한 행사를 해야 하며, 정부에 의해서 절대로 침해될 수 없는 자유의 영역이 보장되어야 하고, 권력분립이 제도적으로 보장되어야 한다고 본다. 자유주의 관점에서 법의 지배를 바라보는 두 가지 접근 방식으로 형식적 방식과 실질적 방식이 있다.

형식적 합법성을 강조하여 개인의 자율성과 존엄을 증진하고자 하는 형식적 법의 지배 이론은 일반성, 명확성, 공개성, 장래효 등의 요건을 갖춘 법이 정당하다고 본다. 법체계의 안정성과 예측가능성을 제공한다는 측면에서 옹호되지만, 형식적 요건을 갖춘 ‘악법’의 가능성이 있다는 점에서 한계가 있다.

이에 반하여 실질적 법의 지배는 형식적 요건 외에도 법의 내용이 인권이나 정의와 같은 가치에 부합할 것을 요구한다. 형식적 법의 지배의 한계를 극복하고자 한 것으로 보이지만, 정의가 무엇인지와 같은 문제는 다원주의 사회에서 논쟁의 여지가 있는 정치의 영역인데, 이를 법관의 임무로 한정하게 된다는 한계를 가진다.

그러나 법사상사에서 등장하는 주요한 관점 중의 하나인 공화주의는 법의 지배를 공화적 자유와 시민의 덕성과 함께 논함으로써 법의 지배를 좀 더 능동적이고 입체적으로 이해할 수 있도록 도와준다. 법과 자유의 관계, 법과 시민의 관계에서 법의 지배를 바라볼 수 있기 때문이다.

법의 지배를 해석하기 위한 관점으로서 공화주의는 법의 지배 하에서 시민적 덕성을 가진 사람들이 자유와 권리를 안전하게 향유하고자 하는 이상을 현실의

공화국에서 실현하고자 하는 사상이다. 고대 로마 공화정이 가졌던 자유로운 공화국의 수호라는 이상은 구체적으로 공화적 자유, 시민의 덕성, 법의 지배라는 핵심 가치로 설명된다.

공화주의에서 자유는 외부적 장애가 없는 상태가 아니라, 종속되지 않은 상태이며, 공화국의 시민으로서 자유를 향유한다는 것은 타인의 의지에 종속되어 있지 않아야 한다는 것을 의미한다. 그리고 공화국 시민은 공화국의 안전과 유지라는 공적 이익을 추구하는 덕성을 가져야 한다. 시민의 덕성은 교육과 경험을 통하여 함양될 수 있다. 마지막으로 공화국은 법의 지배가 이루어지는 국가이다.

공화주의 사상을 현대의 사회 맥락에서 재조명한 필립 페팅은 ‘비지배 자유’ 개념을 중심으로 이론을 구성한다. 그리고 이에 따라공화정부의 헌정적 모델을 제시하면서 법의 지배 논의를 전개한다. 공화정부의 권한 행사에 자의성이 개입하지 못하도록 법의 지배가 요구된다는 것이다. 그가 제시하는 공화국 헌정의 핵심 원리는 ‘조작불가능성’이다. 페팅은 조작불가능성과 관련하여 다음 세 가지 조건을 든다. 법의 제국 조건은 공화정부는 형식적 요건을 갖춘 법에 의하여 권한행사를 해야 하고, 법의 방식으로 의사결정을 해야 한다는 것을 내용으로 한다. 권력분산 조건은 공화정부가 가진 권력이 적절하게 분산되어야 한다는 것을 내용으로 한다. 그리고 반다수결주의 조건은 공화국의 법은 다수의 지배에도 영향을 받지 않아야 하기 때문에 공화국의 근본을 이루는 기본적 법의 내용은 다수결에 의하여 쉽게 변경될 수 없어야 한다는 것을 내용으로 한다.

페팅의 이론은 ‘법의 지배’를 정치철학적으로 이해하는 중요한 관점을 제시해 준다. 법의 지배는 오로지 법적 맥락에서만 이해되어서는 안 된다. 법의 지배는 법적 맥락과 정치적 맥락이 교차하는 지점에 있는 개념이기 때문이다. 페팅이 형식적 법의 존재에 관한 ‘법의 제국’ 조건을 넘어 정치적 함의를 가진 권력 분립과 반다수결주의의 문제까지 아우르고 있는 것은 법의 지배에 대한 포괄적 이론으로서 의의를 가진다고 할 수 있다. 그리고 페팅이 주장하는 ‘조작불가능성 여부’는 법의 지배를 평가하기 위한 좋은 지표가 될 수 있을 것이다.

그러나 페팅은 공화국의 법이 자유를 창조한다는 능동적인 측면보다는 조작불가능성을 중심으로 한 공화정부의 법에 요구되는 제한 조건에 더 관심을 둔다는 점에서 한계를 가진다. 이 논문에서는 그 한계에 대한 대안으로 새로운 공화주의적 법의 지배 이론을 다음과 같이 제안하고자 한다.

공화주의적 법의 지배에서 법은 공화국의 법을 의미한다. 이 법은 단순히 실정법 혹은 법률이 아니라 그 이상을 의미한다. 즉, 실정법의 정당성을 판단하는 근거로서의 법, 실정법과 그에 따른 권력행사에 대한 제한과 견제라는 함의가 중요하다. 법은 본질상 정당성 주장에 관한 것이기 때문이다. 그리고 이러한 정당성 판단에 대하여 공화주의 관점은 법의 형식적 요건 외에 그 기준으로서 ‘공동선’을 제시한다. 특정한 이념을 선택하여 구성원들에게 강요하거나, 가장 가치 있는 삶의 모습을 정하여 모든 구성원들이 그 삶을 영위하도록 하는데 관심을 두는 것은 공화주의에서 말하는 공동선이 아니다. 시민들이 각자의 삶을 추구할 수 있도록 하는 공화국이 존재하는 것, 그것을 공동선으로 보는 것이다.

이러한 공화주의적 법의 지배는 세 가지 원리로 표현할 수 있다. 첫째 법의 지배는 과정의 원리이다. 과정의 의미는 공화국의 법을 정당성 판단으로 이해할 때 더 분명하게 드러난다. 정당하다는 판단, 즉 법이 지배하고 있는지는 일정한 시점에 사법적으로 확인하여 결정하는 것만으로 판단할 수 없다. 오히려 정치과정과 입법절차 과정도 법의 지배의 영역에 포함되어야 한다. 왜냐하면 앞서 언급했듯이 법의 지배는 결과물인 ‘법률’의 지배가 아니고, 그 정당성을 묻는 ‘법’의 지배이기 때문이다. ‘정당하다’라는 판단이 정당성에 관한 물음의 제기, 서로 다른 정당성의 주장과 그 확인, 그리고 정당성에 관한 결정이 모두 포함되는 것이기 때문이다.

두 번째는 견제의 원리이다. 권력분립 혹은 권력분산과 같은 견제의 원리는 공화주의 정부에서 필수적이다. 그러나 권력이 그 내용에 따라 분리되고, 분리된 권력이 적절하게 견제와 균형의 원리로 운영이 되고 있는가에 대해서 평가할 수 있어야 한다. 즉, 법의 지배에서 권력의 제한을 위한 정당성 물음이 지속적으로

이루어져야 한다는 것은 어떠한 법률이나 특정한 정부의 행위에 한정되는 것이 아니라, 정부의 구성과 그 운영도 포함해야 하는 것이다. 이 때, 권력이 적절하게 제한되고 있음을 확인할 수 있는 주체이면서 공화정부와 공화국의 법의 정당성 물음의 주체로서 시민이 등장한다. 공화국의 주인으로서 덕성을 갖춘 시민에 의한 견제가 이루어질 때, 법의 지배가 이루어지고 있다고 판단할 수 있는 것이다. 이러한 시민의 덕성을 ‘공동체의 유지를 지지하면서, 그것을 위해 공적 정당성 물음에 대한 판단을 할 수 있는 능력’이라고 부를 수 있다.

마지막은 책임의 원리이다. 공화주의 관점에서 시민은 공화국의 정부와 대립적인 지위에 있지 않다. 공화정부는 공화국의 시민들로 구성되며, 공화정부의 행위는 공화국의 시민들의 자유를 소극적으로 보호하기도 하지만, 적극적으로 형성하기도 하는 역할도 수행하는 것이다. 공화정부의 권력행사를 하는 공무원도 시민이며, 이들에게도 시민의 덕성을 여전히 요구된다. 게다가 공화국의 시민들에 의하여 공적으로 더 큰 권한을 부여받은 만큼 더 큰 책임을 져야 한다. 이렇듯 심화된 시민의 덕성으로서 ‘책임’을 부담할 때, 그로 인하여 공화국의 법의 지배가 이루어진다고 할 수 있을 것이다.

법의 지배를 구성하고 있는 고전적 관념으로서 법의 최고성, 이성의 원칙, 법 앞의 평등은 공화주의 관점에서 법의 지배를 해석할 때, 더 잘 드러난다. 법의 최고성은 법이 권력자보다 우위에 있다는 관념으로, 권력에 대한 견제를 요구한다. 공화주의는 전통적인 권력으로서 공권력 외에도 현대 사회에 등장하는 모든 종류의 권력관계를 비판적으로 바라볼 수 있는 관점을 제시한다. 이성의 원칙은 실정법의 지배가 되지 않아야 한다는 함의를 가진 관념이다. 실정법률에 대하여 정당성 판단을 할 수 있어야 한다는 것으로서, 법의 형식적 요건과 실질적 요건의 충족여부를 결과적으로만 판단하는 것이 아니라, 과정적으로 법의 정당성 물음을 제기하고 평가할 수 있도록 한다. 마지막으로 법 앞의 평등을 통하여 법은 공적 규범이며, 시민들이 단지 수범자에만 머무르지 않는다는 것을 확인할 수 있다. 공동선의 추구하고 같은 덕성을 가진 시민들이 공적 규범인 법을 법전문가와 같은 특정집단에게만 맡겨두지 않도록 할 수 있는 것이다.

현대 민주공화국을 배경으로 필요한 법의 지배의 모습은 공화주의가 제시하는 자유와 덕성의 가치를 포함해야 한다. 시민이 법의 지배를 통하여 공화국 내에서 자유를 누리는 것은 법과 제도에 대한 지속적인 경계를 통하여 실현된다. 법의 지배는 시민이 공적 논의에 참여할 수 있는 자격을 부여한다. 시민의 자격이 법을 통하여 주어진다는 점에서 법의 지배는 평등의 조건이 된다. 법의 지배에서 법은 공화국의 정당한 법을 의미한다. 공화국의 법은 형식적 요건과 실질적 요건을 모두 갖추어야 하는데, 비지배를 증진해야 한다는 실질적 요건에 대한 심사는 시민에 의하여 지속적으로 이루어져야 한다. 그리고 법이 지배하는 방식이 또 하나의 자의적 간섭이 되지 않도록 시민의 견제가 필요하다. 법의 제정·집행·해석의 과정이 공화국 헌법에 근거하여 이루어지고 있는가에 대한 판단은 법을 담당하는 기관들에 대한 시민의 감시와 견제를 통해 실현된다. 또한 정당한 공화국의 법에 근거하여 시민들의 현실의 삶을 성찰할 수 있어야 한다. 그리고 현실에서 발생하는 사인간 지배관계에 대하여도 경계하는 비판적 시각을 유지해야 한다. 시민의 심사와 감시, 그리고 성찰을 통하여 법의 지배를 지속적으로 확인할 수 있을 때, 공화국의 법의 지배가 이루어지고 있다고 판단할 수 있을 것이다.

[주제어] 공화주의, 법의 지배, 과정의 원리, 견제의 원리, 책임의 원리

I. 서론

A. 문제의 제기

사람이 아닌 법이 다스린다는 사고는 개인의 자유와 권리를 보장하기 위한 근대 국가의 기본적 이념으로 발전하였다. 개인의 자유를 보호하기 위하여 국가는 법의 테두리 안에서만 행동할 수 있고, 국가권력은 법으로 정한 범위 내에서만 행사될 수 있다는 것이다. 근대 서구 법체계를 중심으로 발달한 이 법의 지배 이념은 지금은 대부분의 국가들이 받아들이고 있다. 물론 법의 지배를 채택하는 모든 국가들이 자유와 인권의 가치를 보장하고 있는 것은 아니다. 현실에서는 권위주의 국가도 법의 지배를 채택한다고 주장하고 있기 때문이다. 이처럼 법의 지배라는 개념은 동시대의 여러 국가들 간에 다르게 받아들여지고 있을 뿐 아니라 오랜 사상사 속에서 시대마다 서로 다르게 나타나기도 한다.

법의 지배를 이해하는 방식이 시공간의 맥락에 따라 달라진다는 것은, 법의 지배를 이해하기 위한 접근방식도 다양할 수 있다는 것을 의미한다. 근대 이후 법학에서 법의 지배가 중요한 주제로서 다루어지기 시작한 이래, 법의 지배를 이해하는 지배적인 관점은 자유주의였다.¹⁾ 즉, 법의 지배는 개인의 자유와 권리를 국가의 권력으로부터 보호하고자 하는 자유주의 관점에 의해 공권력의 제한 원리로 이해되었다. 그리고 법학에서는 이 관점에 근거하여, 공권력을 제한하면서 개인의 자유와 권리를 보장하는 법이 갖추어야 할 요건이 무엇인가에 관하여 법의 지배 논의가 집중되었다. 형식적 법의 지배와 실질적 법의 지배에 관한 논의가 그 결과이다.

그런데 국가와 개인의 자유 등에 관한 근대 자유주의 개념에 관한 논의가 본격적으로 등장하지 않은 근대 이전의 법사상사에서도 법의 지배에 관한 논의를 확인할 수 있다. 멀게는 고대 아테네 당시의 문헌들까지 거슬러 올라가는 법의

1) 브라이언 타마나하(이현환 역), 『법치주의란 무엇인가』, 박영사, 2014, 65쪽.

지배 논의는 근대 자유주의와는 다른 관점에서 이루어진다. 그렇다면 법의 지배라는 관념을 법철학적으로 더 풍부하게 이해하기 위해서는 근대 자유주의를 잠시 벗어나서 다시 검토할 필요가 있다. 이러한 관점 중 하나가 공화주의 전통이다. 공화주의 사상사에서 법의 지배는 핵심적인 가치로 나타난다.

뿐만 아니라 공화주의 관점에서 법의 지배를 이해하는 것은 우리 헌법의 해석에도 기여할 수 있다. 대한민국 헌법 제1조 제1항은 대한민국이 민주공화국임을 선언하고 있다. 이어서 제2항은 주권이 국민에게 있으며, 모든 권력이 국민으로부터 나온다고 규정한다. 민주공화국에 대한 고전적 해석은 대한민국이 세습군주제가 아닌 정체를 도입한다는 의미에서 공화국이라 정하고, 민주주의를 기본이념으로 삼았다고 이해한다.²⁾ 이러한 해석은 헌법 제1조를 대한민국이 모든 권력의 원천을 국민으로 인정하는 세습군주가 없는 국가임을 밝힌 것이라고 본다. 그러나 국민주권이 확립되어 있고 민주주의가 실질적으로 보장되는 현대 대한민국에서 세습군주제의 부정이라는 해석은 더 이상 의의를 가지기 어렵다. 공화주의 관점은 국가형태에 관한 논의로서 형식적인 고전적 해석을 벗어나 새로운 해석의 가능성을 제공해 줄 수 있다.³⁾ 그리고 현대 사회에서 공화국의 법에 관한 논의는 헌법에서 출발할 수밖에 없다.

공화주의 관점에서 공화국은 법의 지배와 분리되어 이해할 수 없는 개념이다. 현대 공화주의 이론들은 주로 자유 관념에 관하여 논의를 전개하고 있으며, 법의 지배에 관하여는 깊은 논의가 이루어지지 않고 있다. 그러나 공화국의 자유 역시 공화국의 법의 지배가 없이는 불가능하다는 점에서 법의 지배 관념에 대한 공화주의적 해석을 논의하는 것은 의의가 있을 것이다. 현대 민주주의 공화국의 맥락에서 법의 지배는 공화국을 구성하는 근본적인 원리이면서 동시에, 공화국

2) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2017, 120-123쪽; 김동훈, 『한국 헌법과 공화주의』, 경인문화사, 2011, 249-257쪽 등 참조.

3) 장용근, “공화주의의 헌법적 재검토”, 세계헌법학회 한국학회, 『세계헌법연구』, 16(1), 2010, 303-330쪽; 곽준혁, “민주주의와 공화주의: 헌정체제의 두 가지 원칙”, 한국정치학회, 『한국정치학회보』, 39(3), 2005, 33-57쪽; 김선택, “공화국원리와 한국헌법의 해석”, 법제처, 『법제』 609, 2008, 66-67쪽; 김동훈, 위의 책, 257-263쪽 등 참조.

의 시민들이 민주주의를 이룩할 수 있도록 하는 필수적 제도로 이해되기 때문이다. 이러한 관점에 의하면 헌법 제1조 제1항의 민주공화국은 민주주의를 채택하고 동시에 법의 지배가 이루어지는 국가라는 의미를 획득하게 된다. 그리고 제2항은 공화국의 시민이 공화국의 법과 관련하여 어떠한 역할을 수행할 수 있는지 논의할 수 있는 계기를 제공하게 된다. 그러므로 민주공화국의 개념 혹은 함의에 대하여 연구한다는 것은 민주주의와 법의 지배를 어떻게 이해하고, 그 관계를 어떻게 설정할 것인가에 대한 이론적 탐색을 한다는 것을 의미한다.

본 논문은 현대 민주공화국의 맥락에서 이상적인 법의 지배 모습이 무엇인지를 법의 지배 관념을 법철학적으로 연구함으로써 밝히고자 한다. 이를 위하여 먼저 현재의 지배적인 법의 지배 관념을 자유주의 관점에 따른 법의 지배라고 보고, 이 관념의 의의와 한계를 검토한다. 공화주의 관점이 제시하는 법의 지배 관념이 그 대안으로서 적합한지 확인한다. 이는 “법의 지배란 무엇인가?”라는 전통적인 물음을 “민주공화국에서 법의 지배란 무엇인가?”라는 보다 구체적이고 정치적인 맥락의 물음으로 수정하는 함의를 가질 수 있을 것이다.

B. 공화주의 관점의 필요성

근대 자유주의 이전의 법의 지배 관념을 검토하는 작업은 공화주의 사상을 중심으로 이루어진다. 법의 지배에 관한 대표적인 문헌들이 공화주의자들의 것이었으며, 자유를 보호하는 것도 권력을 제한해야 한다는 것도 모두 자유주의 이전에 공화주의 전통에서 발달한 관념들이기 때문이다. 전통적으로 공화국은 법의 지배의 또 다른 이름으로 여겨질 만큼 자유로운 시민들의 무대로서 법과 공화국은 뗄 수 없는 관계이다.

공화주의는 매우 다양한 스펙트럼을 가진 사상이다. 공화주의라는 명칭에서도 알 수 있듯이, 공화주의는 공화정에 관한 논의이다. 더 정확하게 말하면 공화주의는 고대 로마 공화정의 이상에 관한 논의이다. 이 논의는 고대 그리스의 폴리스에 관한 철학적 논의에 기반하며, 키케로 이후 마키아벨리, 해링턴과 같은 공화주의자들을 거쳐 현대의 스키너와 페팅과 같은 공화주의 이론가들에 의해서 계승되고 있다. 이들 학자들은 서로 다른 정치적 맥락에서 공화정 이론을 다루기 때문에 공화주의 이론들이 다루는 내용은 매우 방대하다. 그럼에도 그들을 모두 공화주의자라고 할 수 있는 것은, 그들의 이론이 고대 로마 공화정의 이상을 추구하고자 했기 때문이다.

고대 로마 공화정이 가졌던 ‘자유로운 공화국의 수호’라는 이상은 구체적으로 공화적 자유, 시민의 덕성, 그리고 법의 지배라는 핵심 가치로 설명될 수 있다. 먼저 공화적 자유는 종속되지 않은 상태이다. 하고자 하는 일에 대한 외부적 장애가 없는 상태와는 다르다. 따라서 공화국의 시민으로서 자유를 향유한다는 것은 타인의 의지에 종속되어 있지 않아야 한다는 것을 의미한다. 그 다음으로 시민적 덕성은 자유로운 공화국의 시민이라면 갖추어야 할 덕성을 의미한다. 공화국 시민은 공화국의 안전과 유지라는 공동선을 추구하는 덕성을 가져야 한다. 시민의 덕성은 교육과 경험을 통하여 함양될 수 있다. 마지막으로 공화국은 법의 지배가 이루어지는 정치공동체를 의미한다. 법의 지배를 통해서만 자유를 보

장하고 시민들의 덕성이 발휘될 수 있다고 보기 때문이다.

다만 본 논문에서 다루는 공화주의 사상은 한정적이라는 점을 밝힌다. 법의 지배를 이해하기 위한 관점으로서 공화주의를 살펴볼 뿐, 공화주의라는 사상 자체에 대한 연구를 직접적으로 수행하지는 않는다. 공화주의는 그 자체로 큰 연구주제이며, 공화주의 전통에 속한 학자들 각각의 이론들도 그러하다. 이들 논의를 본격적으로 다루는 것은 논문의 연구 범위를 벗어난다. 또한 공화주의를 이념으로서 받아들이고 주장하는 것도 논문의 목적에 포함되지 않는다. 최근의 법학을 포함하여 다양한 분야에서 공화주의와 관련한 연구가 이루어지고 있는데, 이러한 연구들도 공화주의를 이념적으로 이해하고 주장하기 위한 것이라 보기는 어렵다. 그보다는 공화주의가 담고 있는 가치들을 통하여 현대 민주주의 국가에서 나타나는 많은 문제들을 새롭게 인식하고 나아가 해결방안을 찾기 위한 노력이라고 보아야 할 것이다. 본 논문도 이러한 경향을 따른다. 그러므로 공화주의에 대한 논의는 공화국의 법과 법의 지배를 이해하기 위하여 필요한 공화주의적 가치와 그 현대적 함의를 검토하는데 한정하기로 한다. 다만 공화주의 가치를 더 명확하게 이해하기 위하여 공화주의 전통의 문헌들과 학자들의 이론을 살펴보는 것은 유익할 것이다.

법의 지배를 새롭게 이해하기 위하여 공화주의 관점이 제시하는 전통적 가치로서 공화적 자유, 시민의 덕성을 살펴볼 것이다. 법의 지배 모습을 자유, 시민, 덕성과 같은 공화주의 핵심 가치들과 함께 검토함으로서, 법의 지배를 좀 더 능동적이고 입체적으로 구성할 수 있을 것이다. 기존의 법의 지배 이론이 헌정원리로서 법의 지배의 위반 여부를 판단하기 위한 형식적 요건이나 실질적 요건 등을 중심으로 논의가 전개되었다면, 법의 지배 하에서 시민적 덕성을 가진 사람들이 자유와 권리를 안전하게 향유하는 공화주의 이상은 그러한 요건들 이상을 요구한다. 공화국의 법은 공화국과 시민 모두가 자유를 누리며 공존할 수 있도록 하는 조건이 되며, 법의 지배는 공화국의 법이 작동하는 모든 곳에서 확인될 수 있어야 한다.

C. 논문의 구성

제2장에서는 법의 지배에 관한 기존의 논의를 정리한다. 제1절은 법의 지배에 관한 일반론으로서 근대 이전의 법의 지배 관념을 살펴본다. 법의 지배 관념을 구성하는 원형적 사고를 확인하고, 이를 통하여 법의 최고성, 이성의 원칙, 법 앞의 평등과 같은 관념이 법의 지배 이론의 내재된 원리임을 확인한다. 그리고 법의 지배를 법학의 이론으로 확립시킨 알버트 다이스의 법의 지배이론을 검토한다. 제2절은 자유주의 관점에서 정리된 법의 지배 이론을 살펴본다. 자유와 법의 관계에 대한 논의를 바탕으로 자유주의 법의 지배 내용을 정리한다. 그리고 접근방식에 따라 형식적 이론과 실질적 이론의 내용과 한계를 검토한다.

제3장은 새로운 관점으로서 공화주의 관점의 가능성을 확인한다. 제1절은 공화주의 일반론을 정리한다. 공화주의 개념이 무엇인지, 그리고 공화주의 사상의 특성이 무엇인지 살펴본다. 제2절에서는 공화주의를 이루는 핵심적인 가치들을 확인한다. 공화적 자유, 시민적 덕성, 법의 지배를 각각 검토하고, 이를 바탕으로 공화주의 관점이 법의 지배를 이해하는 관점으로서 의미가 있음을 확인한다. 그리고 제3절은 공화주의 관점에서 법과 자유의 관계를 검토하고, 공화주의 관점으로 법의 지배를 이해하고자 한 시도들을 살펴본다.

제4장은 필립 페팅의 이론을 중심으로 공화주의적 법의 지배 이론의 가능성을 모색한다. 제1절은 페팅의 ‘비지배 자유’ 개념을 핵심으로 하는 그의 공화주의 이론을 정리한다. 제2절은 그의 비지배 이상을 실현하기 위한 법의 지배 논의를 검토한다. ‘조작불가능성’이라는 개념으로 공화주의 관점에서 법의 지배를 바라보는 그의 이론에 대하여 그 의의와 한계를 비판적으로 검토한다.

제5장은 지금까지의 논의를 토대로 공화주의 관점에서 법의 지배 이론을 구성한다. 제1절은 공화적 법의 지배의 모습이 가지는 세 가지의 특성을 각각 과정, 견제, 책임으로 나누어 살펴본다. 법의 지배를 이들 세 가지 원리로 설명할 때, 법의 지배를 더 역동적으로 확인할 수 있음을 주장한다. 제2절은 공화적 법의

지배의 내용을 좀 더 구체적으로 살펴본다. 그리고 공화적 법의 지배가 가지는 함의를 검토한다.

제6장은 논문의 논의를 정리하고 향후의 연구주제들을 제시한다. 공화적 법의 지배가 민주공화국이라는 우리의 법현실에서 가지는 이론적 장점을 설명하고, 어떻게 적용되는지와 관련하여 후속 연구주제들을 검토한다.

II. 법의 지배⁴⁾

A. 법의 지배 일반론

법의 지배 이론은 법사상사에서 가장 오래된 주제 중 하나이다. 긴 역사만큼이나 법의 지배의 개념이나 그 구성요소를 이해하는 방식도 다양하다. 법의 지배의 개념에 관한 논의가 쉽지 않은 것도 그 때문이다.⁵⁾ 이 절에서는 법의 지배 관념을 역사적으로 이해하기 위하여 고대 그리스와 로마를 중심으로 한 논의들을 검토한 후, 법의 지배를 본격적으로 법학에서 다루기 시작한 다이시의 이론을 검토한다.

1. 법의 지배에 대한 역사적 이해

(1) 고전적 사고

고대 그리스시대에는 법의 지배라는 용어가 직접적으로 사용되지는 않았지만, 그 함의를 담은 논의들은 당대의 학자들의 문헌 속에서 나타난다. 고대 자유로운 폴리스의 이상은 “자의적인 규칙이 아닌 일반적인 법의 통치(sov^{er}eignty)”로 표현되었다.⁶⁾ 법에 의한 통치는 지배자들이 법을 존중하고 법에 복종하는 모습

4) 법학계와 법실무계에서 통용되는 ‘법치주의’라는 용어대신에 본 논문에서는 ‘법의 지배’라는 영어식 번역어를 사용한다. ‘법치주의’가 동아시아의 ‘법치’개념과 혼동될 수 있기 때문이다. 연구의 대상이 되는 법치주의는 서구의 법체계 맥락에서 나타나는 개념으로 통치자의 권력을 제한한다는 의미를 포함하는 개념이다. 반면에 동양의 법가 사상에 근거한 ‘법치’개념은 동양의 법문화를 배경으로 하는 개념으로, 통치자가 법을 이용하여 권력을 행사한다는 의미를 가진다. 그러므로 본 논문에서는 상대적으로 권위적인 동양의 법문화를 연상시킬 수 있는 법치주의라는 용어 대신 ‘법의 지배’라는 용어를 사용하고자 한다. 김정오 외, 『법철학』, 박영사, 2017, 166-167쪽 참조.

5) 톰 빙험(김기창 역), 『법의 지배』, 이음, 2013, 19-20쪽.

6) Kelly, J. M, *A short history of Western legal theory*, Oxford University Press, 1992,

으로 나타났다. 그 결과 지배자들이 법에 복종하는 것은 자유로운 폴리스의 좋은 정부의 필수조건으로 여겨졌다. 플라톤은 이것을 그의 『법률론』에서 “법률의 봉사자”라 불렀다.

법이 휘둘리고 권위를 잃은 곳에서는, 그런 나라에는 과멸이 닥쳐와 있는 게 보이니까요 그러나 법이 통치자들의 주인이고, 통치자들은 법의 종들인 곳에서는 구원이 그리고 신들이 나라들에 주었던 온갖 좋은 것들이 생기는 걸 저는 내다봅니다.⁷⁾

아리스토텔레스는 그의 저서 『윤리학』에서 법이 아닌 사람이 통치하는 정부를 부정적으로 평가하였다. 사람은 자신의 사익을 도모하고자 하는 성향이 있으며, 힘을 가진 개인이 독재가 되는 경향이 있기 때문이다.⁸⁾ 또한 『정치학』에서 그는 올바르게 제정된 법률이 통치자가 되어야 한다고 하면서, 일반적인 법률이 빠짐 없이 다룰 수 없는 세세한 사항에 대해서만 예외적으로 재량이 인정되어야 한다고 주장하였다.⁹⁾

플라톤과 아리스토텔레스는 법에 의한 통치를 최선의 통치로 본 것은 아니다. 가장 훌륭한 사람의 통치가 최선의 통치이지만, 현실적으로 사람이 언제나 이성적 판단만을 할 수 있는 존재가 아니라는 점에서 차선의 통치를 선택할 수밖에 없다고 본 것이다. 도시의 통치자는 도시의 법률에 의하여 통치를 받아야 한다고 받아들여졌다. 사람의 권력을 법에 의하여 제한되어야 한다고 본 것이다.

한편 아테네의 민주주의자들은 법의 지배와 관련하여 위의 두 철학자와는 조금 다르게 이해하고 있었다. 플라톤과 아리스토텔레스는 법이 이성의 원칙이라는 점에서 사람의 열정보다 바람직한 통치자로 받아들였다. 그러나 민주주의자들은 그 법이 폴리스 시민 다수의 참여에 근거하였기 때문에 그 법에 복종해야

p. 25.

7) 플라톤(박종현 역), 『법률』, 서광사, 2002, 325쪽.

8) 아리스토텔레스(천병희 역), 『니코마코스 윤리학』, 숲, 2013, 194쪽.

9) 아리스토텔레스(천병희 역), 『정치학』, 숲, 2013, 183쪽.

한다고 보았다.¹⁰⁾ 플라톤과 아리스토텔레스에게 있어 법은 이성의 원칙이라는 점이 중요하였으나, 민주주의자들에게는 법이 시민들의 참여로 만들어졌다는 점이 중요하였기 때문이다.

고대 로마시기에 법의 지배에 관한 논의는 공화정 시기와 제국 시기로 나누어 살펴볼 수 있다. 공화정주의자였던 키케로는 집정관이 아닌 법이 통치자라고 보았다. 집정관은 법에 복종해야 하고, 로마 공화정이 점차 군주정의 형태로 변해갈 무렵에도 그는 ‘자유로운 공동체의 법’에 의한 통치가 ‘강자로서 왕’의 통치로 대체되고 있다고 평가하였다.¹¹⁾ ‘법에 의한 권력의 제한’이라는 관념이 이어진 것이다.

그러나 로마 제국 시기에는 법과 권력의 관계에 대해 그 이전 시기와 다른 논의가 나타난다. 로마 제국에서는 황제가 정한 황제법과 황제가 다스리는 정부를 정당화하기 위하여 황제에게 절대적인 권력을 인정하였다. 그렇기 때문에 법조차도 황제를 구속할 수 없다는 ‘법률로부터 자유로운(*legibus solutus*)’이라는 원칙이 등장하게 된 것이다. 다만 이를 문자적으로 해석하지 않고 법의 지배와 관련하여 황제에게도 법을 존중해야 할 의무가 있다고 이를 해석하는 입장도 있었다.¹²⁾

10) Kelly, J. M, *A short history of Western legal theory*, Oxford University Press, 1992, p.9-10.

11) Ibid. p.69-70.

12) 이 원칙에 관한 해석에 관하여 크게 두 입장으로 나뉜다. 문자 그대로 황제에게 절대적 권력을 인정하는 입장과, 정당한 통치자로서 황제도 법을 존중해야 하며 자의적인 권력행사가 제한된다고 해석하는 입장이 그것이다. 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력 제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 『법치주의의 기초: 역사와 이념』, 서울대학교출판부, 2006, 55-57쪽 참조.

(2) 법의 지배의 주요 관념

1) 법의 최고성

법의 지배에 관하여 살펴볼 첫 번째 관념은 ‘법의 최고성’이다. 법의 최고성이란 어떠한 권력자도 법보다 우월하지 않다는 것이다. 권력자도 법에 복종해야 한다는 것은 오래된 관념이다. 플라톤은 그의 초기 철학에서 철인통치를 옹호하면서 법이 통치자를 구속하지 않는다고 보았다. 인간이 만들어낸 폴리스의 법은 언제나 ‘완전한 옳음’일 수 없다는 점에서 한계를 가진다는 것이다. 그러나 철인 국가의 이상을 현실에서 실현하는 것에 한계를 인정한 후에는 ‘법이 다스리는 국가’를 구상하였다. 이전에는 철인이 만든 법은 치자로서의 철인을 구속하지 않는다고 보았지만, 이제는 법이 치자와 피치자 모두를 구속한다고 인정하게 된 것이다.¹³⁾ 아리스토텔레스도 지혜로운 한 사람이 통치하는 형태가 최선의 정제라고는 이론적으로 인정하면서도, 현실적으로 어떠한 사람도 욕망으로부터 자유롭지 못하다는 점을 지적하였다. 그러므로 인간은 사익을 추구하는 등 타락할 위험이 언제나 있다는 점에서, 모든 권력자 혹은 통치자가 법의 지배를 받아야 한다고 주장하였다.¹⁴⁾

법의 최고성에 대한 관념은 중세에도 이어졌다. 중세의 게르만 관습법 전통은 법의 최고성, 즉 왕도 법의 구속을 벗어날 수 없다는 점을 강조하였다. 게르만의 법은 오랜 기간 동안 인민의 인정을 받았다는 점에서 정당성을 부여받았다. 따라서 게르만의 제정법은 오랜 기간 동안 법으로서 인정을 받은 관습법의 내용을 확인하거나 선언한 것으로서 정당성을 획득하였다. 그렇기 때문에 제정법을 만드는 왕이라 할지라도 정당성을 인정받은 법으로부터 자유로울 수 없었다. 권력의 정점에 있는 왕도 법의 지배를 받는다는 관념이 강조된 것이다.¹⁵⁾ 법이 왕을

13) 조지 세이빈·토머스 솔슨(성유보·차남희 역), 『정치사상사 1』, 한길사, 1997, 140쪽.

14) 아리스토텔레스(천병희 역), 앞의 책(주9), 183쪽.

15) 법의 최고성이 강조되었기 때문에, 법을 위반한 왕에 대하여 저항할 수 있다는 선언도 문헌에서 찾아 볼 수 있다. 브라이언 타마나하(이현환 역), 『법의 지배란 무엇인가』, 박영사, 2014, 47쪽; 김도균, 앞의 글(주12), 51쪽 참조.

구속한다는 관념은 영국의 대헌장에서도 찾아볼 수 있다. 1215년에 서명된 마그나 카르타는 당시 세금문제에 대하여 존 왕과 귀족의 대립 끝에 나온 문서로서, 후대에 법의 지배와 관련하여 의미가 더해졌다. 영국의 국왕이라 할지라도 국가의 법을 따라야 하며, 법에 위반하여 자유인의 권리에 제한을 가할 수 없다는 상징성을 획득한 것이다.¹⁶⁾

법의 최고성 관념은 법의 지배를 ‘힘의 지배’와 구별해준다. 권력이라는 힘도 법의 제어를 받아야 한다는 점을 드러내기 때문이다. 법의 지배를 받아들인다는 것은 어떠한 권력자 혹은 권력집단도 법의 우위에 설 수 없다는 것을 의미한다. 이 때 법의 최고성 근거는 다르게 나타날 수 있다. 아테네와 같이 시민들의 참여로 만들어진 법이기 때문일 수도 있고, 최고의 권한에 의하여 만들어졌기 때문일 수도 있다.¹⁷⁾ 또는 법이 자연의 이치, 인간의 본성에 부합하는 옳음에 해당하기 때문에 최고성을 인정받을 수도 있다.¹⁸⁾

법이 권력자를 구속한다는 의미는 지금도 유효하다. 법을 만드는 힘과 법에 정당성을 부여하는 힘을 실질적으로 행사하는 현실의 권력자들도 법의 구속을 받을 때, 법의 지배를 받는다고 평가할 수 있다. 그러므로 법을 집행하는 역할을 수행하는 공무원집단에 대하여, 정당한 집행인가를 비판적으로 검토하는 것은 법의 지배와 관련하여 매우 중요하다. 만일 국가 혹은 정부가 법을 위반하여 힘을 행사한다면, 그 권력의 행사는 정당성을 확보하지 못한다. 다시 말해서 법의 지배는 법의 최고성이라는 관념을 통하여, 힘 또는 권력의 행사가 정당한가에 관하여 비판과 견제의 대상이 되어야 한다는 의미를 가지게 된다.

16) 브라이언 타마나타(이현환 역), 앞의 책(주15), 50쪽.

17) 다만 법제정권을 가진 통치자가 그 법에 구속되어야 한다는 것에 대해서는 다른 정당성 문제가 제기된다. 그 법을 개폐하는 권한 역시 그 통치자에게 속해있다고 보는 것이 논리적이기 때문이다. 로마 황제는 법에 구속되지 않는다는 로마법의 언명을 어떻게 이해할 것인가도 이러한 문제의식 안에 있다.

18) Luca Baccelli, “Machiavelli, the republican tradition, and the rule of law”, *The Rule of Law History, Theory and Criticism*, ed. Pietro Costa, Danilo zolo, Springer, 2007, p. 390.

2) 이성의 원칙

법의 지배를 구성하는 두 번째 고전적 관념은 ‘이성의 원칙’이라는 관념이다. 플라톤과 아리스토텔레스는 법의 지배를 ‘인간의 지배’와 대비키시면서, 법은 인간의 욕망에 의한 것이 아니라는 점을 강조하였다. 법은 욕망이 아닌 이성의 산물이라는 것이다. 법이 이성의 산물이라는 이성의 원칙은 키케로의 자연법론에서 더 명확히 드러난다. 키케로에 의하면, 법은 자연이며, 올바른 이성이기 때문에, 세계의 이치에 부합하는 법은 영원하고 변하지 않으며 옳은 것이다. 그리하여 법은 정당한 이성과 동일시되었다.¹⁹⁾ 자연의 이치를 벗어난 법률은 정당성을 얻지 못하고, 따라서 법으로서 자격이 없는 부정의한 법으로 평가되었다. 법률의 정당성을 평가할 수 있는 상위의 규범으로서 정당한 이성이 있다는 관념은 법체계가 위계를 가질 수 있다는 관념으로 발전하였다.

법률 간의 위계를 인정한다는 것은 효력에 있어서 상위의 법과 하위의 법이 다르게 존재하고, 하위의 법이 상위의 법을 위배한 경우에 그 효력을 인정할 수 없다는 것을 의미한다.²⁰⁾ 스토아학파의 자연법론에서 확인할 수 있다. 스토아학파는 자연을 최고의 이성으로 간주하였다. 그리고 법을 영구법, 자연법, 인정법으로 구분하였다. 영구법은 자연의 이치인 이성으로서의 법이다. 자연법은 이성이 인간의 삶과 사회에 적용된 결과로서의 법이다. 인정법은 특정한 문화적 맥락을 가지는 공동체에서 인간이 정한 법률을 말한다.²¹⁾ 인정법에 대하여 영구법과 자연법은 상위법이다. 만일 어떠한 인정법이 자연법에 부합한다면, 그 법은 정당한 법으로서 효력이 인정된다. 그러나 자연법을 위반하거나 넘어서는 인정법은 법으로서의 효력을 인정받지 못한다. 이러한 관념은 인간의 법은 상위규범에 의한 한계를 가질 수 있고, 그 효력의 근거를 상위법에서 찾을 수 있어야 한다는 의미로 발전하였다.

법의 위계를 인정하는 상위법 사상은 중세에 기독교의 영향을 받으며 강화되

19) 키케로(성업 역), 『법률론』, 한길사, 2007, 74쪽.

20) 김정오 외, 앞의 책(주4), 174쪽.

21) 토마스 아퀴나스(최이권 역), 『신학대전』, 법경출판사, 1993, 33-42쪽.

었다. 보편적인 자연의 이치 혹은 이성의 자리는 최고의 가치기준인 신에 의하여 대체되었다. 신법이 신의 이성으로서 최고법이 되었다. 국가의 법은 신법과 자연법의 한계 내에서 정당한 법으로 인정받을 수 있었다. 그러나 16세기에 나타난 종교개혁과 18세기의 계몽운동으로 인하여 기독교의 영향력이 점차 약화되면서, 기독교 세계관 안에서 정립되었던 신법과 자연법의 권위는 이전과 같을 수 없었다.

그럼에도 불구하고 상위법 사상은 법의 지배의 주요한 관념으로서 살아남았다. 실정법의 상위규범으로서 신법이나 자연법을 더 이상 인정하지 않는다고 하더라도, 법의 지배가 실정법률의 지배가 되어서는 안된다는 문제의식은 여전히 남아있었기 때문이다. 근대 이후 입헌주의가 발달하면서 헌법이 실정법의 상위법으로 기능하면서 일부의 정당성 문제는 답을 얻게 되었다. 실정법은 헌법을 넘어서는 경우에는 정당성을 인정받기 어렵게 된 것이다. 예를 들어 헌법에서 정한 절차를 벗어난 경우나, 헌법에서 정한 권리를 침해하는 경우가 있을 것이다. 이와 같이 현실의 실정법이 정당한가에 대한 비판의 대상이 되어야 한다는 관념은 법의 지배를 구성하는 중요한 관념이 된 것이다.

3) 법 앞의 평등

법의 지배가 가진 마지막 고전적 사고는 ‘법 앞의 평등’이다. 법 앞의 평등에 관한 내용은 고대 그리스의 아테네에서 찾아볼 수 있다.²²⁾ 아테네는 시민들의 자치가 이루어지는 민주정체를 가진 도시국가였다. 30세 이상의 남성으로서 아테네의 시민권을 가진 사람들은 공무담당자가 아니더라도 폴리스의 정치에 참여할 수 있었다. 그들은 입법과정에서 동의를 표할 수 있었고, 법적 사건의 배심원으로 활동할 수 있었으며, 집정관을 법률 위반으로 고소할 수 있었다. 아테네의

22) 이를 나타내는 그리스어로 이소노미아가 있다. 이와 관련한 논의로는 김경희, “데모크라티아(Demokratia)를 넘어 이소노미아(Isonomia)로: 아테네 민주정의 전개과정에서 나타난 혼합정의 이념에 대하여”, 한국정치학회, 『한국정치학회보』, 40(5), 2006, 5-25쪽; 김현철, “이소노미아”, 한국법철학회, 『법철학연구』, 21(1), 2018, 81-110쪽 등 참조.

민주주의는 폴리스의 시민들에 의한 법적 자기지배였다고 볼 수 있다. 전문법관이 아닌 일반 시민들에 의하여 법이 만들어지고 적용되었던 것이다. 즉, 아테네 시민들에게 법의 지배는 민주주의와 동의어였다.²³⁾ 시민이라는 자격은 정치적인 평등을 제공하였고, 이를 바탕으로 자기지배를 이룰 수 있었기 때문이다.

아테네의 민주정은 ‘시민들의 참여에 의한’ 법의 지배라고 할 수 있다. 시민의 자격이 매우 제한적으로 주어졌다는 한계가 있으나, 적어도 공공의 일을 정하는 법이 권력자나 법전문가에 일임된 것이 아니라, 시민 모두의 의무에 해당한다는 점에서 의의가 있다. 시민이라면 법에 관하여 평등한 자격을 가질 수 있었던 것이다. 입법과 사법의 결정 모두에 있어서 시민들은 참여할 수 있었다.²⁴⁾ 아테네의 법은 이렇듯 시민들의 참여를 통해 정당성을 확보하였다. 시민들이 입법과 사법의 결정에 대하여 참여할 수 있었다. ‘평등한 시민들의 참여가 전제된’ 법의 지배라 할 것이다.

법 앞의 평등은 법의 지배를 권력자와의 관계에서 그 의미를 탐구하는 것과는 조금 다른 관점을 제시한다. 권력자가 아닌 시민들과의 관계에서 법의 지배를 검토할 수 있도록 해준다. 법의 지배가 ‘힘의 지배’ 혹은 ‘권력자의 지배’와 다르다는 것뿐만 아니라, ‘법관이나 법조인의 전유물로서의 법’의 지배와 다를 수 있다는 인식을 가능하게 한다. 이 관념을 통하여 민주주의를 채택한 국가에서 ‘시민들의 참여가 전제된 법’의 지배가 어떤 방식으로 가능할 수 있는가를 살펴볼 수 있을 것이다.

4) 소결

법의 지배에 관한 원형적 사고로서 법의 최고성, 이성의 원칙, 법 앞의 평등을 검토하였다. 법의 최고성 관념에 의하면, 법의 지배는 힘 또는 힘을 가진 권력자의 지배와 다르다. 법의 지배는 ‘권력에 대한 견제와 제한’이 되어야 하는 것이

23) 브라이언 타마나하(이현환 역), 앞의 책(주15), 16쪽.

24) 김도균, 앞의 글(주12), 48쪽.

다. 이성의 원칙은 실정법의 정당성 근거에 관한 요소이다. 법의 지배가 실정법률의 지배와는 다르다는 점을 강조한다. 실정법은 정당성이라는 한계를 가지고, 법의 지배는 실정법의 정당성을 비판적으로 판단할 수 있을 때 가능하다. 법 앞의 평등은 법이 서로 다른 자원과 운을 타고난 사람들을 규범적으로 평등하게 대우해야 한다는 것을 의미한다. 즉, 법의 지배가 가능하려면 시민을 평등하게 대우하는 법의 제정과 적용이 뒷받침되어야 한다. 이 때 법의 제정과 적용을 법 전문가의 전유영역으로 보아야 할 것인가에 의문이 제기된다. 법 앞의 평등이라는 관념은 법의 지배와 관련하여 시민의 역할을 어느 정도는 기대할 수 있게 한다는 함의를 가진다.

2. 다이시의 법의 지배 이론

(1) 3가지 법의 지배 관념

Rule of Law, 즉 법의 지배라는 용어는 19세기말 영국의 법학자 다이시(Albert Venn Dicey)에 의해 정립되었다. 다이시는 법의 지배가 영국 헌정의 특징이며, 영국 법의 지배는 세 가지의 관념을 내포한다고 설명하였다.²⁵⁾ 다이시는 첫 번째 관념을 다음과 같이 밝혔다.

국가의 일반법원에 의한 일반적인 법적 절차에 의하여 정립된 법을 위반하지 아니하고는 누구도 형사처벌이나 신체 혹은 재산상의 손해를 받지 아니한다는 의미가 내포되어 있다. 이런 의미의 법의 지배원칙은 권력자가 광범위하고 자의적이며 가변적인 속박권을 행사하는 통치체제와 대비되는 개념이다²⁶⁾

25) 다이시는 영국의 역사에서 일관되게 나타나는 영국정치제도의 특징이 두 가지가 있다고 설명한다. 첫 번째 특징이 중앙정부의 절대성 및 최고성이다. 국왕의 권력이 약화되고 의회주권으로 전환된 이후에도 여전히 유지된다고 본다. 두 번째 특징이 법의 지배(법의 최고성)이다. 알버트 다이시(안경환·김종철 역), 『헌법학입문』, 경세원, 1999, 106쪽.

첫 번째 관념은 국민의 자유와 권리에 대한 제한은 미리 정해진 법에 따라야 하고 또한 일반법원의 판단에 따라 이루어질 수 있다는 것을 내용으로 한다. 정부 공직자들의 재량권행사를 매우 제한적으로 인정한 것이다.²⁷⁾ 다이시는 법의 지배를 문명화된 국가라면 통상적으로 법체계를 가지고 있으며, 그에 따른 법의 지배 원칙을 수용하고 있는 것으로 보이지만, 이는 좁은 의미의 법의 지배로서, 영국의 법의 지배는 다르다고 강조하였다. 영국의 법의 지배는 자의적 권력행사, 즉 재량에 따른 정부의 권한 행사 등으로부터 국민의 법적 자유를 보장해주는 것을 의미하기 때문이다.

누구도 법 위에 군림할 수 없다는 의미뿐만 아니라 만인은 그의 지위와 신분에 관계없이 국가의 일반적인 법을 준수하고 일반법원의 관할에 복종할 의무가 있다.²⁸⁾

두 번째 관념은 ‘법 앞에 평등’이라는 사상이 영국 법의 지배 원칙에 중요한 내용임을 밝힌 것이다. 이 관념은 영국 헌정의 맥락에서 이해될 수 있다. 정부 관료는 다른 유럽이 국가들처럼 ‘법으로부터 자유로운 특권’을 누리지 않기 때문에 일반법원의 관할에 복종해야 한다. 그리고 행정부 역시 행정법원이 아니라 일반법원 관할에 복종해야 한다는 것이다.²⁹⁾ 그러므로 여기서 말하는 평등은 ‘영국 보통법’ 앞에서 평등이며, ‘일반법원’ 관할권에 모든 계층의 영국 국민이 포함된다는 의미에서의 평등이다.

마지막으로 다이시는 법원의 판결을 통하여 영국의 헌법이 실현된다고 보았다. 법원의 판결에 의하여 사인의 권리가 규정된다는 것은 영국이 불문헌법국가임을 전제로 한 것이다.

26) 알버트 다이시(안경화·김종철 역), 위의 책, 109쪽.

27) 브라이언 타마나하(이현환 역), 앞의 책(주15), 125쪽.

28) 알버트 다이시(안경화·김종철 역), 앞의 책(주25), 114쪽.

29) 김정오 외, 앞의 책(주4), 171쪽.

헌법상의 일반원칙이란 결국 법원에 제기된 특정한 사건들에서 사인의 권리를 규정하는 사법판결들의 결과물이기 때문이다.³⁰⁾

영국은 입법 활동을 통하여 만들어진 성문의 헌법조항에 의하여 국민의 권리를 보장하는 것은 아니지만, 사법 활동을 통하여 법원이 권리를 확인하고 형성한다는 것이다. 영국은 보통법체계를 가진 국가이다. 다이스는 자유를 보장하는데 있어 성문헌법의 제정보다 보통법의 전통이 더 우월하다고 평가하였다.³¹⁾ 왜냐하면 기본권으로서의 자유를 보호해야 한다는 성문규정보다, 그 기본권이 침해되었을 때의 구제방법과 수단이 법의 영역에서 이루어지는 것이 더 중요하며, 영국의 사법적 입법의 전통이 그러한 역할을 수행하고 있기 때문이다.³²⁾

(2) 다이스의 법의 지배 이론 검토

정리하면, 다이스는 법의 지배는 ① 자의적 전제권력이 아닌 법의 절대적 우위를 인정하고 ② 모든 사람은 계층에 상관없이 보통법 앞에서 평등하며 ③ 사법부의 판결을 통해 기본권이 형성되는 헌법의 일반원칙을 존중하는 원리이다. 그의 법의 지배 이론의 가장 큰 특징은 영국의 헌정이라는 맥락에서 설명한다는 점이다. 영국의 양원제, 입헌군주제라는 배경에서 그의 이론을 이해해야 한다는 것이다. 다이스는 법의 지배를 기본적으로 자의적 권력에 대한 제한으로 보았다.³³⁾ 이는 법의 최고성을 영국의 보통법 전통에 따라 해석하고 적용한 결과이다. 영국의 일반법원을 법의 최고성을 실현하는 제도이면서 동시에 국민의 자유와 권리를 보장하는 최고의 기관이라는 지위를 가진다. 그 결과 개인의 기본권은 헌법의 제정을 통하여 보호되는 것이 아니라, 오히려 그 헌정법률의 기초가

30) 알버트 다이스(안경화·김종철 역), 위의 책, 115쪽.

31) 브라이언 타마나하(이현환 역), 앞의 책(주15), 126쪽.

32) 알버트 다이스(안경화·김종철 역), 앞의 책(주25), 118쪽.

33) 알버트 다이스(안경화·김종철 역), 위의 책, 121쪽.

된다.³⁴⁾

다이스의 이론은 ‘법의 지배’ 개념을 최초로 이론적으로 제시하고 정리한 의의가 있다.³⁵⁾ 법의 최고성, 이성의 원칙과 같은 고전적인 관념을 영국의 19세기라는 현실에 적용하여 설명하였다. 사람보다 법이 통치하는 것이 더 정당한 통치라는 관념은 다이스가 창조해낸 것은 아니다. 다이스 이전에도 법의 지배 관념이 존재했으며, 시대의 흐름에 따라 구체적 내용들이 형성되어 왔다고 보는 것이 더 타당하기 때문이다. 그의 이론은 그러한 관념을 19세기 당시 영국이라는 맥락에서 규정하고 해석함으로써, 영국이라는 현실을 바탕으로 한 하나의 법의 지배 개념을 소개한 것으로 볼 수 있다.

다이스 이후 법의 지배 이론은 개인적 자유를 중시하는 맥락 속에서 더욱 발전하였다. 자의적 권력행사를 제한함으로써 개인의 자유를 보장할 수 있다는 자유주의의 신조가 많은 지지를 얻었기 때문이다. 법의 지배 관념 자체가 개인의 자유와 권리를 옹호할 것을 필연적으로 요청하지는 않는다.³⁶⁾ 그러나 자유주의 입장에서 자연적으로 인정되는 개인의 자유는 법에 의하여 비로소 보호될 수 있다.³⁷⁾ 법에서 자유의 제한의 근거를 명확하게 정하면 그 범위 내에서 개인은 안전하게 자유를 누릴 수 있다. 법은 자유를 보호하기 위한 경우에 한하여 자유를

34) 보통법을 확인하는 사법부를 중심으로 하는 법의 최고성 원칙이 영국의 의회주권과 양립할 수 있는가의 문제가 있다. 다이스는 법의 최고성과 의회주권이 양립가능하다고 주장한다. 영국이 양원제를 채택하여 의회 입법의 과정이 상대적으로 더 숙의적으로 진행될 수 있도록 하였고, 의회는 행정권을 직접적으로 행사하지 않는다는 점을 지적한다. 이런 방식으로 영국의 의회는 행정권을 견제하고 사법부의 독립성을 행정부로부터 보장해 주기 때문에 법의 최고성을 수호한다는 것이다. 알버트 다이스(안경화·김종철 역), 앞의 책(주25), 284쪽.

35) 반면에 그의 이론은 시대적 한계도 지닌다. 보통법 앞에서 모든 영국 국민이 평등하다고 주장하고 있으나, 영국의 헌법은 남성의 소유권을 옹호하기 위한 것이었고, 그의 이론은 유산자의 참정권과 피선거권만이 보장되었던 시대를 배경으로 한 이론이기 때문이다.

36) 자유주의와 법의 지배(법치주의)의 관계를 고찰하면서, 법의 지배 원리 자체도 자유주의를 추동한다는 견해가 있다. 안준홍, “자유주의자들이 법치관”, 한국외국어대학교 법학연구소, 『외법논집』, 38(4), 2014, 75쪽.

37) 타마나하는 이것은 “자유주의 체제는 법의 지배 없이는 존재할 수 없지만 법의 지배는 자유주의 체제가 없이도 존재할 수 있다”로 설명하였다. 브라이언 타마나하(이현환 역), 앞의 책(주15), 67쪽.

제한할 수 있으며, 이것이 법의 지배인 것이다. 그렇다면 이러한 자유주의 관점에서 법의 지배가 구체적으로 어떤 내용을 갖는지 살펴보자.

B. 자유주의와 법의 지배

1. 자유와 법의 관계

자유주의는 다양한 내용과 입장을 포함하는 복잡한 사상이다. 자유주의로 분류되는 관점들에도 상당히 넓은 스펙트럼을 가진 여러 이론들이 있지만, 그들은 적어도 ‘개인의 자유’를 중심으로 사고한다는 점에서 동일성을 가진다.³⁸⁾ 그러므로 자유주의 관점에서 법의 지배를 이해한다는 것은 ‘개인의 자유’와 관련하여 법의 지배를 논의한다는 것을 의미한다. 근대 이후 자유주의는 자유를 보존할 목적으로 법의 지배를 필수적으로 요청한다. 법의 지배를 통하여 개인의 자유를 위협하는 타인의 강요와 국가의 권력행사로부터 벗어날 수 있기 때문이다. 개인의 자유를 보존하기 위한 법의 지배는 어떠한 모습을 보이는가? 이를 알아보기 위해 자유와 법의 관계에 대한 자유주의 관점을 먼저 검토하기로 한다.

(1) 네 가지 테제

자유주의는 법과 국가 등의 제한 없이 자유를 누리던 개인은 많은 사람들이 모인 공동체 안에서 개인은 자유를 보존하면서 살아가기 위하여 ‘자연상태’에서 벗어나 일정한 제한을 받아들여야 한다고 본다. 모든 사람이 자신의 자유를 무제한적이거나 절대적으로 주장할 경우 누구도 자유를 누릴 수 없기 때문이다. 자유의 제한을 받아들이면서도 개인이 자유를 공동체 안에서 여전히 누릴 수 있다는 것의 의미를 타마나하(Brian Z. Tamanaha)는 자유주의를 바탕으로 한 민주주의 관점에서 설명한다. 그는 민주주의 사회에서 ‘자유를 제한하는 법’과 ‘개인의 자유’의 관계에 관하여 네 가지 테제를 제시한다.

38) 안준홍, 앞의 글(주36), 62쪽.

(1) 개인은 법이 민주적으로 만들어지는 한도에서 자유롭다.³⁹⁾

첫 번째 테제는 시민들은 스스로를 보호하기 위하여 법의 창설자여야 한다는 의미를 담고 있다. 민주주의 사회에서 시민들이 스스로를 억압하는 법에 쉽게 동의한다고 볼 수 없기 때문에, 시민들의 자유를 보장하기 위해서 법 제정과 관련한 자기지배가 의미가 있다는 것이다. 타마나하는 이를 ‘정치적 자유(political liberty)’라고 불렀다.⁴⁰⁾ 첫째 테제는 민주주의의 모습이 고대 아테네와 같은 직접민주제이거나 오늘날의 대의제이거나 관계없이 법을 제정하는 권한이 궁극적으로 시민들에게 있다는 점에서 동일하다. 정치적 자유에는 선거권, 피선거권, 공무담임권, 언론·집회·결사의 자유 등이 포함된다.

(2) 개인은 정부공직자가 선존하는 법에 따라 행동하도록 요구하는 한도에서 자유롭다.⁴¹⁾

둘째 테제는 ‘법적 자유(legal liberty)’에 관한 것이다. 시민들은 국가가 어떤 행위를 하든지, 미리 정해진 법에 의하여 그 행위를 예측할 수 있다. 국가의 강제를 미리 예측함으로써 자유를 증진하거나 법적 간섭으로부터 피할 수 있다는 것이다. 시민들은 법을 신뢰하여 자유를 확보할 수 있다. 시민들은 공권력의 자의적 의사결정이 아니라 오로지 법에 복종한다. 이때의 법은 명확성, 공개성 등의 형식적 조건을 갖춘 법을 의미한다. 법으로 정하지 않았다면 자유롭게 할 수 있다는 해석이 가능한데, 타마나하는 이 해석이 현대 자유주의적 민주주의에서 자유와 법의 지배 관계에 대한 가장 지배적인 견해라고 평가한다.⁴²⁾

39) 브라이언 타마나하(이현환 역), 앞의 책(주15), 69쪽.

40) 브라이언 타마나하(이현환 역), 위의 책, 69쪽.

41) 브라이언 타마나하(이현환 역), 위의 책, 70쪽.

42) 브라이언 타마나하(이현환 역), 위의 책, 70쪽.

(3) 개인은 정부가 개인적 자율성의 불가침의 영역을 침해하지 못하게 제한되는 한, 자유롭다.⁴³⁾

세 번째 테제는 권리장전과 인권선언에 포함되는 ‘개인적 자유(personal liberty)’에 관한 것이다. 시민들이 법에 의하여 자유를 제한하는 상황을 받아들이는다고 하더라도, 법률로도 제한되지 않는 불가침의 영역이 있다. 이 테제에 의하여 국가는 적극적으로 특정한 선 관념을 시민들에게 강요할 수 없다는 자유주의의 중립성 원칙이 도출된다. 종교나 양심, 정치적 신념의 자유와 같이 절대적으로 보호를 받아야 하는 영역이 있음을 인정한 결과이다. 불가침 영역에 어떠한 권리들이 포함되며, 그 범위와 강도에 대해서는 견해가 일치하지 않을 수 있지만, 국가로부터 자유로운 개인의 사적 영역이 존재한다는 점에 대해서 대체로 동의한다.⁴⁴⁾

(4) 자유는, 독립된 사법부에게 법의 적용이 위임되어 있는, 정부의 권한이 분리된 구획으로 전형적으로 입법, 행정, 사법(수평적 분리), 때때로 자치제, 주 혹은 지역과 중앙정부(수직적 분리)로 나뉘어 있는 경우에 고양된다.⁴⁵⁾

마지막 테제는 정부의 권력분립에 관한 내용으로, 수평적 분리와 수직적 분리를 모두 포함한다. 권력이 적절히 분리되어 행사될 때, 개인의 자유를 침해할 여지가 줄어들고, 따라서 자유가 증진될 수 있다는 것이다. 타마나하는 이것은 ‘자유 의 제도화된 보존(institutionalized preservation of liberty)’라고 부른다.⁴⁶⁾ 개인의 자유를 보호하기 위하여 국가 권력의 구조적 분립을 제도적으로 보장해야 한다는 것이다.

43) 브라이언 타마나하(이헌환 역), 앞의 책(주15), 70쪽.

44) 브라이언 타마나하(이헌환 역), 위의 책, 71쪽.

45) 브라이언 타마나하(이헌환 역), 위의 책, 71쪽.

46) 브라이언 타마나하(이헌환 역), 위의 책, 72쪽.

정치적 자유, 법적 자유, 개인적 자유, 자유의 제도화된 보존은 법이 있음에도 자유로울 수 있는가에 대한 자유주의적 민주주의의 답이다. 이 네 가지를 조화시킬 때 자유주의 관점에서 바라보는 법, 법의 지배 모습이 나온다. 시민들은 스스로 법을 만들(거나 참여하)고, 정부는 그 법에 따라 권한 행사를 하며, 법으로도 제한할 수 없는 절대적 보호 영역, 불가침의 영역을 통하여 개인의 자율성을 보장하고, 정부권력의 적절한 분리를 통하여 자유를 증진한다. 이와 같이 자유주의 하에서 자유는 법과의 관계에서 안정성을 획득한다.

(2) 소결: 권리보호와 법의 지배

자유주의 관점에서 법의 지배는 개인의 자유를 안정적으로 확보하기 위한 필수적 요소로 이해된다. 법은 사람들이 스스로의 행위의 결과를 예측할 수 있도록 하며, 이를 통하여 스스로가 원하는 삶의 방식을 영위할 수 있도록 해준다.⁴⁷⁾ 그리고 법의 지배는 자유주의 관점 하에서 정부의 자의적 권력에 제한을 가하고, 원칙을 지키는 책임 있는 정부의 지배를 통한 안정적인 사회를 보장한다는 점에서 가치를 가진다.⁴⁸⁾

이와 같이 법의 지배의 목적이 개인의 권리보호라고 한다면, 그 목적을 이루는 수단은 구체적으로 어떤 모습으로 나타나는가에 대한 논의가 필요할 것이다. 어떠한 법의 지배가 ‘더 좋은’ 법의 지배인가에 관한 논의들이 그것이다. 이들은 개인의 권리를 더 충실히 보호하고, 국가의 권력을 더 적절하게 제한하는 법의 지배의 모습이 무엇인지를 탐구한다. 다음에서 이러한 논의들을 접근방식에 따라 분류하여 더 자세하게 살펴보고자 한다.

47) 김도균, 앞의 글(주12), 78쪽.

48) Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, 1994, p 361.

2. 법의 지배에 대한 두 가지 접근방식

자유주의 관점에서 법의 지배의 목적은 개인의 자유 보장이다. 어떠한 법의 지배가 목적을 더 잘 달성할 것인가에 대하여 자유주의 내에서도 다양한 견해가 있다. ‘법의 지배’일 것을 중시하는 견해도 있고, ‘좋은 법의 지배’일 것을 요구하는 견해도 있다.⁴⁹⁾ 이를 법률주의와 헌법주의로 구분하기도 한다.⁵⁰⁾ 전자는 법실증주의 관점에서 보는 법의 지배라 할 것이고, 후자는 비법실증주의 관점에서 보는 법의 지배라 할 수 있다. 또한 최근에는 이론의 요소들을 얼마나 강하게 요구하느냐에 따라 약한(thin) 정도부터 강한(thick) 정도에 이르기까지 강도에 따라 입장을 세분하기도 한다.⁵¹⁾ 가장 일반적인 구분은 ‘자유를 보호하기 위한 법은 어떤 조건을 충족해야 하는가’라는 질문에 대한 접근방식을 두 가지로 나누는 것이다.⁵²⁾ 하나의 접근방식은 형식적 요건에 초점을 맞춘다. 다른 하나의 접근방식은 내용적인 요건을 강조한다. 전자를 형식적 법의 지배, 후자를 실질적 법의 지배로 구분하여 각각 검토한다.

49) Joseph Raz, *The authority of law : essays on law and morality*, Oxford University Press, 2009, p. 210-211.

50) 김도균, 앞의 글(주12), 29-33쪽 참조.

51) 브라이언 타마나하(이현환 역), 앞의 책(주15), 179쪽 참조. 다만 thin과 thick를 각각 형식적 법의 지배와 실질적 법의 지배에 상응하는 것으로 보는 견해도 있다. Peerenboom은 ‘연한 법치주의(thin rule of law)’와 ‘진한 법치주의(thick rule of law)’의 개념을 사용하면서, 전자를 형식적 또는 수단적 측면을 강조하는 것으로서, 당해 국가의 법시스템이 민주주의적이든지 아니든지 상관없이 법체계로서 효율적으로 작동하기 위해 필수적으로 가져야 하는 특질들에 관한 것으로, 후자를 특정의 경제체계, 정부의 형식, 인권의 개념들을 포함하는 개념으로 이해한다. Peerenboom, Randall, Varieties of rule of Law: an Introduction and Provisional Conclusion, in: Peerenboom, Randall ed., *Asian Discourses of Rule of Law*, Routledge, 2004, p. 2; 김대인, “국제개발협력의 관점에서 본 법치주의의 개념”, 동북아법연구, 4(1), 2010, 258-260쪽 참조.

52) 박은정, 『왜 법의 지배인가』, 돌베개, 2010, 167-168쪽; 김도균, 위의 글, 42쪽; 김경오 외, 앞의 책(주4), 179쪽; 브라이언 타마나하(이현환 역), 위의 책, 179쪽 등 참조.

(1) 형식적 법의 지배

법의 지배에 관하여 형식적으로 이해하는 입장이다. 자유를 보장하기 위한 법의 요건을 형식적으로 확인하고, 그 요건을 충족한 법과 그 법에 근거하여 정부가 권한을 행사할 때, 정당하다고 판단하는 것이다. 형식적 접근방식으로 법의 지배를 이해하는 대표적인 학자는 하이에크이다.⁵³⁾ 그는 다음과 같이 법의 지배를 설명하였다.

법의 지배란 정부가 모든 행동에서 미리 고정되고 선포된 규칙들에 의해 제약되는 것을 의미한다. 이 규칙들이 존재하기 때문에 개인들은 상당한 확실성을 가지고 당국이 주어진 상황들 아래에서 자신의 강제력을 어떻게 사용할 것인지에 대해 예측할 수 있게 되고, 이런 지식의 기초 위에서 자신의 일들을 계획할 수 있게 된다.⁵⁴⁾

하이에크는 법의 지배를 통하여 개인이 스스로의 삶을 계획할 수 있고, 활동의 범위를 스스로 정할 수 있다고 본 것이다. 이러한 원리는 법의 집행과 입법을 포함하여 공권력에 대한 제한으로서 작용하게 된다고 설명한다.⁵⁵⁾ 이를 위하여 법이 일반성, 확실성, 평등과 같은 요건을 갖추어야 한다고 주장하였다. 일반성은 법이 모든 행위를 추상적으로 고려해야 한다는 것을 의미한다.⁵⁶⁾ 확실성은 법의 내용과 해석에 대하여 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다.⁵⁷⁾ 그리고 평등은 법이 모든 사람에게 동등하게 적용되어야 한다는 것을 의미한다.⁵⁸⁾

53) 하이에크의 법의 지배 이론은 대체로 형식적 법의 지배로 분류한다. 김도균, 앞의 글(주 12), 44쪽; 김정오 외, 앞의 글(주 4), 180쪽 참조. 그러나 개인의 소극적 자유 보호를 법의 보호 내용으로 주장한다는 점에서 실질적 법의 지배 이론에 해당한다고 보는 견해도 있다. 안준홍, 앞의 글(주 36), 65쪽.

54) 프리드리히 하이에크(김이석 역), 『노예의 길』, 나남출판, 2006, 123쪽.

55) 프리드리히 하이에크(김이석 역), 위의 책, 124쪽.

56) 프리드리히 하이에크(김균 역), 『자유헌정론 II』, 김균 역, 자유기업센터, 1997, 22-25쪽 참조.

57) 프리드리히 하이에크(김균 역), 위의 책, 25-27쪽 참조.

하이에크의 법에 대한 인식은 형식적 접근방식에 의한 것이라 할 수 있다. 법의 지배도 이와 같은 접근방식을 취한 것으로 볼 수 있다. 법제정자가 법이 적용될 개별사건과 구체적 사람에 대하여 알지 못하며, 그렇게 만들어진 법의 한계에서 행정부가 재량을 행사하고, 사법부가 구체적 사건에 대하여 판단하는 것이, 자유를 보호하는 법의 지배가 이루어지는 것이라 본 것이다.⁵⁹⁾

법의 지배를 형식적으로 접근하여 검토하는 입장은 그 정도에 따라 다시 나뉜다.⁶⁰⁾ 약한 형식적 법의 지배와 강한 형식적 법의 지배로 나눌 때, 이 중에서 약한 설명은 법의 지배 자체가 도덕적으로 중립적인 관념이고, 따라서 법의 실질적 내용에 상관없이 형식적 요건을 충족하는 법의 지배도 그 자체로 의미가 있다고 설명한다.⁶¹⁾ 이때의 형식적 요건은 일반성, 명확성, 공개성, 안정성, 장래효 등이 포함된다. 그리고 이러한 법이 작동하는 방식에 대하여 공정하고 독립적인 사법부, 입법부와 행정부의 재량 한계를 인정하는 등, 개인의 자율성을 최대한 보장하기 위한 제도로 법의 지배 이론을 구성한다. 형식적 요건을 갖춘 법의 존재는 시민들로 하여금, 자유의 영역을 미리 예측하여 확인할 수 있게 해준다. 이 견해는 법의 형식적 요건만 관심을 두는데, 실질적 내용에 대해서는 어떠한 제한도 두지 않기 때문이다. 내용적 제한을 두지 않음으로써, 오히려 법의 지배가 더 보편적인 원리로서 기능할 수 있다고 주장한다.⁶²⁾ 권위적인 모습이라도 법의 지배가 있는 것이, 법의 형식적 요건마저 요구하지 않는 것처럼 법의 지배가 없는 경우보다 좋다고 판단하기 때문이다.

형식적 법의 지배 중에서 강한 설명은 형식적 요건으로서 민주주의를 요구한

58) 프리드리히 하이에크(김균 역), 앞의 책(주 56), 27-29쪽 참조.

59) 프리드리히 하이에크(김균 역), 『자유헌정론 II』, 김균 역, 자유기업센터, 1997, 17~43쪽 참조.

60) 형식적 법의 지배를 그 정도에 따라 권위주의적 법치관, 중립주의적 법치관, 민주주의적 법치관으로 구분하는 견해가 있다. 법에 의한 통치를 권위주의적 법치관으로, 형식적 합법성을 강조하는 입장을 중립주의적 법치관으로, 형식적 합법성 외에 민주적 합의를 요구하는 입장을 민주주의적 법치관이라고 이른다. 김도균, 앞의 글(주12), 43쪽 참조.

61) 브라이언 타마나하(이현환 역), 앞의 책(주15), 182-183쪽.

62) 브라이언 타마나하(이현환 역), 위의 책, 185쪽.

다. 법의 실질적 내용 자체의 제한을 두지는 않지만 법의 내용을 정하는 절차에 대한 제한을 추가한 것이다.⁶³⁾ 여전히 법의 내용에 대해서는 직접적으로 요건을 정하지 않았다는 점에서 형식적 접근방식을 유지한다. 민주주의를 통하여 법이 시민들로부터 권위를 획득한다는 점에서는 형식적 합법성에 결정과정에 대한 정당성 요건을 가미한 것이라 할 것이다. 법의 지배를 민주주의와 형식적 합법성으로 설명할 때, 민주적 제도에 의하여 수범자가 될 모든 시민들이 참여할 수 있는 평등한 기회를 보장받고, 그에 따라 동의가 보장된다면, 그 법의 정당성이 확보된다. 시민들의 동의는 법의 내용에 대한 동의가 아니라 법 결정과정 혹은 절차에 관한 동의라는 점에서 여전히 형식적 요건이라 할 것이다. 동의의 성격이나 대상에 의하여 이 입장 내에서도 견해가 나뉘지만, 지배적인 의견은 다수결주의와 대의제를 지지한다.⁶⁴⁾

형식적 합법성을 중시하는 법의 지배에 관한 논의를 하면서 추가적으로 검토해야 할 개념으로 ‘법에 의한 지배(rule by law)’가 있다.⁶⁵⁾ 예를 들어 견제를 받지 않는 강력한 권력이 법을 만들어 통치하는 사회가 있다고 해보자. 강력한 권력에 의하여 만들어진 법에 의한 통치라는 점에서 사회는 더 안정된 것처럼 보일 수 있다. 이 경우 법은 개인의 자유와 권리를 보호하는 수단이 아니라 권력자의 이익을 위하여 이용되는 도구가 될 것이다. 이 사회는 법을 통해 통치한다는 의미에서 일단 법에 의한 지배(rule by law)가 이루어진다고 말할 수 있다. 그러나 법의 지배(rule of law)가 이루어지는 사회라고 판단할 수 있는가에 관하여는 검토가 필요하다. 법의 지배와 법에 의한 지배가 구별되는 지점은 법이 수단인가의 여부가 아니다. 법을 만들고 적용하는 권력이 견제를 받고 제한될 수 있는가의 여부인 것이다.⁶⁶⁾ 법에 의한 지배의 경우 법의 지배의 기본적인

63) 브라이언 타마나하(이현환 역), 앞의 책(주 15), 194쪽.

64) 브라이언 타마나하(이현환 역), 위의 책, 196쪽. 이와는 다르게 만장일치에 가까운 동의를 요구하는 견해도 있다. 위르겐 하버마스(한상진·박영도 역), 『사실성과 타당성』, 나남, 2007, 161쪽 이하 참조.

65) 브라이언 타마나하(이현환 역), 위의 책, 181-182쪽

66) 아담 셰보르스키 외(안규남·송호창 역), 『민주주의와 법의 지배』, 후마니타스, 2008, 51쪽.

관념에 해당하는 ‘법에 의한 권력의 제한’과 양립하기 어렵다. 법이 통치자의 통치수단으로서의 역할만 수행한다면, 그 법에 따른 통치를 법의 지배라고 평가할 수 없을 것이다. 이러한 결론은 자유주의 관점에서 명확히 드러난다. 자유주의는 법의 지배가 자의적 권력의 제한을 통한 개인의 자유 보호를 의미한다고 보기 때문이다. 그러므로 법에 의한 지배는 법의 지배와 구별되어야 하고, 형식적 법의 지배가 아니라 할 것이다.

(2) 실질적 법의 지배

실질적 법의 지배는 법의 지배에 대한 형식적 접근방식의 설명을 기반으로 한다. 형식적 합법성 요건을 충족하는 것을 전제로 하며, 추가적으로 법의 실질적 내용 요건도 갖추어야 한다는 입장이다. 실질적 법의 지배로 분류되는 대표적인 견해는 권리 관념(rights conception)에 따라 법의 지배를 검토한다.

권리 관념은 시민들이 서로에 관하여 도덕적 권리와 의무를 가지면서 국가에 대하여는 정치적 권리를 가진다고 본다. [이 관념은] 이러한 도덕적 정치적 권리가 실정법에서 인정되어야 하며, 따라서 그것들은 각 시민들의 요청에 따라 사법제도를 통하여 집행되어야 한다고 주장한다 법은 도덕적 권리를 확인하고 집행할 수 있어야 한다.⁶⁷⁾

이 견해는 법의 지배에 관하여 시민의 도덕적·정치적 권리를 법에서 확인할 수 있어야 한다고 주장한다. 그리고 권리를 확인하고 실현할 수 있도록 하는 작업을 사법제도, 즉 법관의 임무로 이해한다.⁶⁸⁾ 법의 지배를 이와 같이 실질적으

67) 드워킨은 법의 지배의 관념(conception)에는 rule-book conception과 rights conception이 있다고 설명한다. Ronald Dworkin, “Political Judges and the Rule of Law”, *Proceedings of the British Academy*, 1978, p. 259.

68) *Ibid.* p. 268.

로 이해하는 경우, 법이 실질적 요건을 충족하는지 확인하는 작업이 중요해진다. 법이 그 내용으로 공동체 시민의 권리를 담고 있는지 해석하고 확인하는 작업을 통하여 법의 지배 여부를 확인할 수 있게 되기 때문이다. 따라서 이 입장에서는 사법부의 권리 발견이 법의 지배에 있어서 중요한 부분이 된다. 사법부는 법 내용으로 권리를 확인하여야 하며, 문헌상 드러나지 않는 경우에는 법의 해석을 통하여 보호해야 할 시민의 권리를 확인할 수 있을 것이다.

실질적 요건으로 어떠한 권리를 요구하는가에 따라 실질적 법의 지배 내에서도 유형이 나뉜다.⁶⁹⁾ 가장 약한 유형의 실질적 법의 지배는 개인적 권리를 내용적 요건으로 본다. 어떠한 법이 시민이 갖는 권리와 의무를 그 내용으로 하고 있다면, 그 법에 따른 공권력의 행사가 정당하다고 판단할 수 있다는 것이다. 좀 더 강하게 실질적 요건을 요구하는 유형은 법의 내용이 인간의 존엄성이나 정의와 같은 가치를 담고 있을 것을 요구한다. 인간의 존엄성과 같은 가치를 헌법개정의 한계로 인정하는 등의 방식으로 법의 지배를 실현하고자 하는 입장이다. 실질적 법의 지배 중 가장 강한 유형은, 실질적 요건으로서 사회적 권리를 포함시켜야 한다는 입장이다. 사회복지국가의 관점에서 국가는 분배적 정의를 실현할 의무가 있다고 한다면, 복지국가는 이를 위해 적극적 의무를 부담하게 될 것이다.

실질적 법의 지배는 정당한 법이 되기 위해서, 내용적 요건을 강조하면서도 형식적 법의 지배가 요청하는 형식적 요건들도 충족할 것을 요구한다.⁷⁰⁾ 법의 실질적 내용까지도 법과 법체계 정당성에 중요한 요건이 된다는 것이다. 법 내용으로 무엇을 요구할 것인가에 관하여는 입장이 나뉠 수 있다. 개인의 권리를 확인할 수 있어야 한다는 입장도 있고, 인권이나 정의와 같은 가치가 법의 내용

69) 실질적 법의 지배를 법의 목적이나 법이 근거할 원리들에 따라서 자유지상주의적 법치관, 자유주의적 법치관, 복지주의적 법치관으로 구분하는 견해가 있다. 재산권, 사생활의 보호 등 개인의 권리보호를 법의 목적으로 보는 입장을 자유지상주의적 법치관으로, 동등한 인간존엄성 혹은 정의의 요청을 법의 목적으로 보는 입장은 자유주의적 법치관으로, 실질적 평등, 사회경제적 인권 실현의 기반 까지도 요구하는 입장을 복지주의적 법치관으로 이른다. 김도균, 앞의 글(주12), 43쪽.

70) 브라이언 타마나하(이현환 역), 앞의 책(주15), 216쪽.

이 되어야 한다는 입장도 있다. 실질적 요건에 대하여 보다 강하게 요구하는 입장은 구체적인 복지정책등과 같이 자유와 평등의 실천적 내용까지 법에 포함되어야 한다고 보기도 한다. 이와 같이 정당한 법의 실질적 요건의 구체적인 기준은 다를 수 있으나, 실질적으로 법의 지배를 이해하는 이상, 사법부의 판단을 통하여 내용적 요건을 확인해야한다는 점에서 사법부가 법의 지배와 관련하여 중요한 역할을 담당하게 된다는 것은 동일하게 나타난다.⁷¹⁾

3. 법의 지배 이론의 한계

(1) 접근방식에 따른 한계

1) 형식적 요건의 문제점

법의 지배를 형식적으로 접근하여 이해하는 입장은 기본적으로 형식적 합법성을 강조한다는 것을 살펴보았다. 형식적 합법성은 법이 본질적으로 규범의 문제라는 것을 이해하는 것이 중요하다고 본다.⁷²⁾ 규범은 행위의 준칙으로서, 어떠한 행위를 해야 하는가 혹은 하지 말아야 하는가에 대한 예측가능성을 제공한다. 이를 위하여 법은 사전에 명확하고 일반적으로 규정되어야 한다. 이러한 법이 있다면, 이 법을 신뢰하는 사람은 그 법에 따라 자신의 행위를 결정하고 선택할 수 있을 것이다. 이렇듯 자유주의 관점에서 법의 지배는 분명히 개인의 자유와 권리를 보장하는 법체계를 갖출 것을 정부에 요구하는 원리이고, 형식적 합법성은 이것을 보장하기 위한 요건이다. 그러나 형식적 요건만 갖추면 그 내용은 어떠한데, 심지어 특정한 사람이나 집단의 이익을 위하여 일반 시민의 권리를 침해할 수 있는 내용을 담고 있더라도 이론상 법으로서 용인될 수 있다는

71) 브라이언 타마나하(이현환 역), 앞의 책(주15), 195쪽.

72) 브라이언 타마나하(이현환 역), 위의 책, 190쪽.

결과는 형식적 접근방식으로만 법의 지배를 이해하는 것에 한계가 있음을 드러낸다. 또한 민주주의를 포함하여 강한 형식적 법의 지배를 주장하는 입장에서도 한계가 있다. 민주주의는 절차적 정당성을 확보할 수 있도록 하지만, 그 결과 입법부의 권한이 지나치게 강화될 수 있기 때문이다.

2) 실질적 요건의 문제점

실질적 접근방식으로 법의 지배를 검토할 때에는 형식적 요건을 강조하는 것과는 다른 문제가 발생한다. 형식적 요건 외에 실질적인 내용적 요건도 법의 정당성 판단에 근거가 된다는 점에서 문제가 발생한다. 실질적 가치가 무엇인지 즉, 추상적인 용어인 인권, 정의 등의 개념이 무엇인지에 관하여 일치된 입장이 쉽게 만들어지지 않는다. 다원주의 사회에서 개인들은 서로 다른 선호와 가치관을 가지고 살아가며, 이들의 권리, 정의에 관한 관점 역시 그러하기 때문이다. 내용적 요건을 요구한다는 것은 법의 실질적 요건을 판단함에 있어 정치의 영역에서 구성원들의 합의가 필요하다.⁷³⁾ 그러한 합의에 따른 내용으로서 권리가 무엇이고, 해당 법이 자유와 평등의 실질적 조치를 담고 있는지에 대한 판단은 결국 사법부의 몫이 되었다. 민주주의라는 관점에서 보면 이러한 한계는 더 두드러진다. 법의 해석과 판단이라는 영역에서는 시민의 역할을 적극적으로 인정하기 어렵다. 형식적 합법성만을 요구했던 형식적 법의 지배와 유사한 수준에서 인정된다. 그리고 헌법에 규정된 기본권과 기본원리에 대한 내용에 대한 해석은 법전문가들의 전유물이 되었다. 사법부의 강조가 지나쳐서 법의 지배가 ‘법관의 지배’로 변질될 우려가 있다는 문제가 있다.⁷⁴⁾ 사법부의 민주적 정당성을 확보해야 한다는 새로운 정당화 요건이 필요해진 것이다.

73) 그러므로 법의 지배는 특정 사회나 정치공동체마다 다른 이념으로 나타날 수도 있다는 점에서 법의 지배의 보편성을 약화시킨다는 우려도 있다.

74) 브라이언 타마나하(이현환 역), 앞의 책(주15), 216쪽.

(2) 복지국가와 법의 지배의 문제

1) 복지국가 경향과 법의 지배의 쇠퇴

법의 지배를 법학적 관점에서 분석했던 다이시 이후로 사회적 맥락의 변화함에 따라 법의 지배가 쇠퇴하고 있다는 지적이 나타났다. 다이시는 영국에서 점점 쇠퇴하고 있는 현실에 대하여 우려를 나타내었다.⁷⁵⁾ 영국이 사회복지국가로의 발전이 진행되고, 복지정책이 강조되면서 행정행위가 확대되는 등 행정부의 권한이 강화되고 있었기 때문이다. 이러한 경향은 사법부의 우위를 강조한 다이시의 법의 지배 이론이 당시 상황과 부합하지 않는다는 것을 의미했다.

하이에크도 복지국가의 발달이라는 현상에 비추어 법의 지배가 쇠퇴하고 있다고 판단하였다. 그는 복지국가에서는 행정부의 재량행사를 강화시키고 행정행위가 증대된다고 보았다. 그리고 이로 인하여 그가 강조했던 법의 일반성, 평등, 명확성의 요건을 갖추기 어렵게 된다고 판단하였다. 실질적 평등이나 분배적 정의의 추구하고자 하는 것은 법의 일반성과 명확성을 유지하기가 어렵게 만든다는 것이다. 복지국가의 법의 지배는 오히려 불평등의 문제가 되며, 이를 해결하기 위한 행정행위는 오히려 법의 지배를 더 불안정한 것으로 만들 뿐이라고 본 것이다.⁷⁶⁾

그 또한 복지국가로의 경향은 자유주의 관점의 법의 지배 관념과 잘 맞지 않는다는 문제도 있다. 법의 지배는 개인의 자유를 보호하기 위하여 국가의 강력한 권력이 제한되어야 한다는 기본적 요청에 기초를 두고 있다. 복지국가의 재량권한이 커지는 정부는 이전과 달리 작은 정부보다는 큰 정부, 강한 정부를 인정하게 된다. 이러한 강한 공권력은 개인적 권리와 민주주의의 보호와 같은 가치들과 충돌할 위험이 있다.

75) A. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. iv

76) 프리드리히 하이에크(김이석 역), 앞의 책(주54), 136쪽; 안준홍, “자유주의와 법치주의의 만남: 하이에크의 경우”, 가톨릭대학교 인간학연구소, 『인간연구』, 26, 2014, 173쪽.

2) 사법부의 강화와 법의 지배

법의 지배에 관하여 실질적 요건을 강조하는 경우 복지국가 경향에 대하여 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다. 그러나 이 경우에도 실질적 법의 지배에 대한 비판이 여전히 남는다. 법의 내용은 현실에서 사법부의 해석을 통해 드러난다는 점에서 사법부의 권한과 그 한계 문제가 그것이다. 예를 들어, 미국의 워렌 연방 대법원의 복지국가적인 진보적인 판결에 대해 법의 지배에 반하는 것이 아니냐는 논란이 있었다.⁷⁷⁾ 즉, 헌법에 대한 대법원의 너무 적극적 해석이 가미되었기 때문에 법의 지배에 반한다는 주장이 가능했던 것이다.

이에 대해 법의 지배에 전혀 훼손이 없었다고 보는 하나의 입장이 있다. ‘법’의 개념을 법규정에 한정하여 볼 것이 아니라, 공동체에 공유된 도덕적 관념과 같은 법의 일반원칙도 법에 포함되기 때문에, 헌법 조항에 명시되지 않은 기본권을 확인하는 대법원의 판결이 법의 지배를 위배하는 것이 아니라는 것이다.⁷⁸⁾ 그런데 이 입장에 대해서는 공동체의 관심사에 해당하는 기본적 쟁점에 대하여 공유된 도덕관념을 발견하는 것이 쉽지 않다는 비판이 있다.

두 번째 입장은 같은 판결에 대하여 법의 지배를 수정한 것이라 평가하였다. 이 입장은 법의 발전과정을 억압적 법에서 자율적 법으로, 자율적 법에서 반응적 법으로 이행한다는 주장에 근거한다. 법의 지배 관점에서는 자의적 지배가 형식적 법의 지배로 옮겨가고, 다시 실질적 정의를 고려하는 법의 지배로 발전한다는 것이다.⁷⁹⁾ 따라서 워렌 법원의 판결은 법의 일반성과 평등, 명확성과 같은 요건은 최소한으로 충족한 후, 규정과 정책에 내재된 가치들을 발견하는 반응적 법 단계로 이행한 결과라고 판단되었다. 합법성이 정의에 부합하는 결과를 위하여 때로는 후퇴할 수도 있다는 것이다.

77) 브라이언 타마나하(이현환 역), 앞의 책(주15), 145-146쪽.

78) 로널드 드워킨(장영민 역), 『법의 제국』, 아카넷, 2004; 로널드 드워킨(엄수균 역), 『법과 권리』, 한길사, 2010.

79) 필립 노네·필립 셀즈닉(정동호·신영호 역), 『법과 사회변동』, 나남, 1986.

(3) 소결: 새로운 관점의 부상

20세기 이후 두드러진 복지국가 경향으로 행정행위가 증가하고, 실질적 정의를 고려한 사법부의 판단이 나타나자, 자유주의 관점은 법의 지배가 쇠퇴하고 있다고 평가하였다. 이 문제와 관련하여 법의 지배를 적극적으로 해석하여, 공동체의 의미를 강조하거나, 이타적 돌봄 등의 가치를 법에 담도록 요구하는 등의 움직임도 나타났다. 그러나 그러한 노력들은 법의 지배의 실질적 요건을 변경 혹은 추가하려는 것으로서, 실질적 법의 지배에 대하여 제기되는 문제에 있어서 여전히 자유로울 수 없다는 한계를 가진다.

또한 형식적 요건 혹은 실질적 요건 중 어느 요건을 강조하느냐와 상관없이 자유주의 관점에서 법의 지배를 이해하기 때문에 발생하는 문제가 있다. 자유주의 관점에서 민주주의와 법의 지배는 긴장관계에 놓이게 된다. 민주적 다수의 의견과 법적 판단의 결과가 항상 같지 않을 수 있다. 입법부에서 만든 법에 대하여 사법부의 판단으로 효력을 제한하는 경우가 대표적이라 할 것이다. 이러한 현상은 자유와 법의 관계를 대립적으로 이해하는 자유주의 관점이 가지는 태생적 문제이다. 개인의 기본적 자유의 문제는 다수의 의지만으로는 침해할 수 없다는 법의 지배는 민주주의의 제도가 아니라 자유주의의 제도로 이해되며, 자유주의와 민주주의는 그렇기 때문에 국가와 국민의 관계도 대립적으로 이해하게 된다. 법의 지배는 국가의 자의적인 권력 행사에 맞서 법으로써 시민의 자유를 보장한다는 원리인 것이다. 법이 형식적 요건이나 실질적 요건을 갖추고, 이를 사법부에서 판단하도록 하는 법의 지배 논의는 한계를 가진다. 법의 지배 논의를 개인의 자유에 대한 국가의 간섭을 어디까지 허용할 것인가의 문제로만 보게 만들기 때문이다.

이런 측면에서 자유주의가 아닌 다른 관점에서 법의 지배를 검토하고, 현실에 부합하는 법의 지배 이론을 발견하고자 하는 새로운 시도들은 나름의 의의를 가질 수 있을 것이다. 지금 우리의 현실은 ‘민주공화국’이다. 입헌군주제이며 자유주의를 택하고 있는 영국의 19세기와는 다르다. 따라서 민주주의를 채택하고 있

는 공화국에서 법의 지배는 구체적으로 어떠한 모습을 가지게 되는지 살펴보는 것이 필요할 것이다. 그러므로 다음 절에서는 민주공화국에서의 법의 지배를 확인하기 위하여 공화주의 관점에서는 법의 지배를 어떻게 파악하고 있는지 구체적으로 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 공화주의와 법의 지배

A. 공화주의 일반론

1. 공화주의 정의하기

(1) 일반적인 정의

공화주의라는 용어는 정치사상과 관련하여 일반적으로 “특정한 관심사를 공유 하였던 서구 정치사상사의 일군의 학자들의 사상의 모음”이라는 의미로 쓰인다.⁸⁰⁾ 여기에 포함되는 학자로는 마키아벨리와 15세기의 이탈리아 학자들, 밀턴, 해링턴, 시드니 등 영국 공화주의자들, 몽테스키외와 블랙스톤, 18세기 영국의 공화국주의자들(commonwealthmen), 그리고 제퍼슨, 매디슨과 같은 미국건국기의 저술가 등이 있다. 이들은 주로 키케로와 리비우스 등의 저술을 인용하면서, 시민의 덕성(civic virtue)과 정치적 참여, 부패의 위험성, 혼합정부, 법의 지배 등과 같은 공적 이상과 공공의 관심사들에 관하여 저술하였다는 점에서 유사성을 갖는다.

공화주의를 ‘공화적 제도’를 주장하거나 실현하려는 정치적 이념으로 정의하기도 한다.⁸¹⁾ 공화적 제도는 고대 로마 공화정(기원전 509년부터 기원전 49년까지의 로마)의 정치와 법제도에서 비롯한 제도들을 말한다. 이 입장은 고대 로마 공화정의 이상을 혼합정의 견제와 균형을 통하여 공동선을 실현하는 정부로 보고, 공화주의를 혼합정, 사법부의 독립, 법의 지배라는 제도들을 실현하고자 하는 사상이라고 본다. 공적 자유를 그 전통에 포함시키는 경우에는, 대의제, 권력

80) <https://plato.stanford.edu/entries/republicanism/> 참조.

81) M. N. S. Sellers, *Republican Legal Theory: The History, Constitution and Purposes of Law in a Free State*, Palgrave Macmillan, 2003, p6.

분립, 물적 재산의 평등한 소유를 첨가하기도 한다. 공적 자유는 법에 복종할 뿐 어느 누구도 사적 주인의 의지에 복종하지 않는다는 것을 의미한다. 공적 자유를 보호하기 위해서는 대중독재와 군사폭정을 예방하는 제도가 필요하다는 것이다.

이러한 일반적인 개념정의들을 통해 알 수 있는 것은, 공화주의라는 사상 자체가 매우 다양한 시공간에 걸쳐 형성된 하나의 흐름이라는 것과, 키케로와 리비우스 등의 저술에서 발견되는 고대 로마 공화정의 이상에 관심을 두고 있으며, 따라서 공화주의는 어떤 특정한 핵심 가치를 전면적으로 내세우는 이념이라기보다는 공통적으로 드러나는 몇 가지의 정치적 가치를 공유하고 이를 위한 정치적·법적 제도에 관심을 두는 다수의 이론들의 합이라는 점이다.

이와 같은 다소 느슨해 보이는 일반적인 정의는 공화주의를 이해하고 연구하는데 있어 어려움을 준다. 이러한 정의는 공화주의라는 이름으로 묶을 수 있는 학자들이 누구인지 명확한 기준을 제시하지 못하고, 공화적 제도 혹은 공화적 가치에 관한 태도도 학자별로 매우 다양하기 때문이다. 또한 공화주의와 다른 사상들과의 다른 점을 설명하기도 쉽지 않다. 그래서 학자별로 공화주의를 논의하거나, 다른 정치사상과 비교하기 위한 특정한 한정사를 붙여서 공화주의를 설명하기도 한다.⁸²⁾

(2) 공화주의의 유형

공화주의 내 다양한 입장을 분류하려는 여러 시도들이 있다. 이러한 시도들 중 몇 가지를 간략하게 소개하면 다음과 같다.

82) 시민적 공화주의, 신로마 공화주의, 민중적 공화주의, 보수적 공화주의 등의 공화주의가 소개되기도 하며, 공화주의를 자유주의와 절충하는 관점에서 ‘자유주의적 공화주의’ 혹은 ‘공화주의적 자유주의’라는 이름으로 논의가 이루어지기도 한다. 박준혁, “공화주의”, 『정치학 이해의 길잡이-정치사상』, 한국정치학회 편저, 법문사, 2008, 174-175쪽, 196쪽 참조.

공화주의 유형을 시대에 따라 분류하는 입장이 있다. 이 입장은 마키아벨리를 기준으로 근대 이전의 공화주의와 현대 공화주의로 구분한다.⁸³⁾ 근대 이전의 공화주의를 ‘고전적 공화주의’라고 부르기도 하는데,⁸⁴⁾ 이를 다시 아리스토텔레스와 키케로의 사상을 어떻게 해석하는가에 따라 ‘신로마 공화주의’와 ‘시민적(civic) 공화주의’(또는 ‘신아테네 공화주의’)로 구분하기도 한다. ‘신로마 공화주의’는 아리스토텔레스가 아닌 키케로를 공화주의 기원으로 보며, 마키아벨리의 자유를 개인적 자유로 해석하는 입장이다. 반면 ‘시민적 공화주의’는 아리스토텔레스를 공화주의 전통으로 받아들이고, 마키아벨리의 자유를 시민의 자유로 해석하는 입장이다.⁸⁵⁾ 한편 현대의 공화주의도 다시 ‘자유주의적 공화주의’와 ‘민중주의적 공화주의’로 나누기도 한다. ‘자유주의적 공화주의’는 속의, 정치적 평등 등을 강조하는 입장이고, ‘민중주의적 공화주의’는 시민의 능동적 역할을 강조하는 입장이다.⁸⁶⁾

그리고 자유의 관념을 어떻게 이해하느냐에 따라 공화주의 유형을 분류하기도 한다.⁸⁷⁾ 이 입장은 자유를 ‘자기지배’로 해석하는 ‘강한 유형’과 ‘비지배’로 해석하는 ‘약한 유형’으로 공화주의를 분류한다. 먼저 ‘강한 유형’의 공화주의는 정치적 참여의 자유를 강조하고, 아리스토텔레스의 인간관을 공화주의 기원으로 둔다. 한나 아렌트의 이론을 ‘강한 유형’으로 해석하면서, 아렌트는 아리스토텔레스보다 더 적극적으로 참여를 요구하는 자아실현의 측면에서 자유를 이해한다고 본다. 반면 ‘약한 유형’은 마키아벨리의 사상적 요소를 더 깊이 반영하는 공화주의 유형으로, 이 유형에 해당하는 대표적 학자로 필립 페터, 모리치오 비롤리 등

83) 곽준혁, 앞의 책(주 77), 189-199쪽 참조.

84) <https://plato.stanford.edu/entries/republicanism/> 참조.

85) 이러한 해석상 분류가 가능한 것은, ‘고전적 공화주의’가 자율성과 공공성을 모두 중시하고 있는데, 둘 중 어느 부분을 더 강조할 것인가에 대하여 다른 입장이 가능하기 때문이다. 곽준혁, 위의 책, 191쪽.

86) ‘자유주의적 공화주의’에 속하는 현대 학자로 캐스 선스타인과 리처드 대거를 소개하며, ‘민중주의적 공화주의’에 포함되는 학자로 제레미 월드론과 장 자크 루소를 소개한다. 곽준혁, 위의 책, 197-198쪽 참조.

87) 이명순, “공화주의의 유형과 그 비판: 강한 유형과 약한 유형”, 서울대학교 철학사상연구소, 『철학사상』, 26, 2007, 271쪽.

을 소개한다. ‘악한 유형’은 시민의 적극적 참여보다 자의적 권력 행사를 금지하는 법으로 인하여 자유를 보장할 수 있다는 점을 강조한다고 본다.⁸⁸⁾

때로는 국가의 의사결정에 대하여 비자의성 확보의 수단에 따라 공화주의를 분류하기도 한다. 공화주의는 국가의 의사결정이 자의적 지배가 되지 않아야 한다고 보기 때문에, 비자의성을 확보하는 수단을 중요하다고 본다. 이러한 수단 중 시민의 적극적 참여를 중시하는 공화주의를 ‘계발공화주의(developmental republicanism)’라고 부른다. 그리고 자의적 지배를 억제할 수 있는 제도의 보장을 중시하는 공화주의를 ‘보호공화주의(protective republicanism)’라고 한다.⁸⁹⁾ ‘계발공화주의’는 시민들이 지배를 받지 않고 자유를 누리기 위하여 정치적·경제적 평등이 보장되어야 한다고 주장한다.⁹⁰⁾ 이에 반해 ‘보호공화주의’는 자유를 위하여 혼합정부와 법의 지배를 훨씬 더 강조한다.⁹¹⁾

그런데 시대별·학자별 방대한 내용을 가진 공화주의를 더 잘 이해하기 위하여 공화주의를 분류하려는 이런 시도들은⁹²⁾ 공화주의를 이해하는 데 있어 충분한 방법이 아니다. 학자들이 자신의 이론을 특정한 공화주의로 분류하지 않았음에도, 이후에 특정한 가치를 강조하여 공화주의를 설명하기 위하여 인위적으로 이루어진 경우가 대부분이라 할 것이다. 그러므로 이러한 다양한 분류들은 공화주의 사상을 전체적으로 이해하도록 도와주지 못한다. 또한 사상의 섬세한 갈래를 다 포함시키지 못한다는 점에서 한계를 여전히 가진다. 그러나 이 논문은 공화주의 자체를 연구하는 것이 아니기 때문에, 법의 지배에 초점을 맞추고 논의하

88) 이 유형 분류를 하는 입장은 두 입장 모두 한계가 있으며, 따라서 공화주의가 자유주의를 대체할 만한 정치사상이 될 수 없다고 주장한다. 이명순, 앞의 글(주 82), 292-293쪽.

89) 데이비드 헬드(박찬표 역), 『민주주의의 모델들』, 후마니타스, 2010, 94-105쪽; 이계일, “민주적 헌정국가에 있어 공화적 자유 이념이 가지는 함의와 역할에 관한 연구”, 연세대학교 법학연구원, 『법학연구』, 24(4), 2014, 314-318쪽 참조.

90) 이계일, 위의 글, 315-316쪽 참조.

91) 이계일, 위의 글, 316-318쪽 참조.

92) 이 밖에도 아리스토텔레스, 루소, 아렌트로 이어지는 윤리적·참여적 공화주의 유형과 스킨너, 페팅의 마키아벨리 해석을 중심으로 하는 국제론적·제도론적 공화주의 유형으로 나누는 입장도 있다. 리차드 대거(전정현 역), “신공화주의와 시민경제”, 참여연대 참여사회연구소, 『시민과세계』, 10, 2007, 276-277쪽.

기 위해서는 공화주의를 특정한 분류에 의존하기보다 좀 더 포괄적으로 이해하는 것이 나을 것이다. 그러기 위해서는 공화주의 사상이 가지고 있는 일반적인 특성을 정리하는 것이 필요하다.

2. 공화주의의 사상의 특성

(1) 역사성

공화주의는 역사적으로 다양한 시공간을 배경으로 하는 사상이다. 예를 들어 주요한 저술가로 꼽히는 마키아벨리는 16세기 초반의 피렌체 공화국이라는 상황에서, 제임스 해딩턴은 18세기 후반의 영국 정치 상황을 배경으로 저술을 남겼다. 그리고 이들이 공통적으로 정치적 이상의 모델로 택한 것은 기원전 6세기에 나타났던 로마 공화정이다.⁹³⁾ 공화주의 사상가로 분류되는 저술가들은 각자가 처한 역사적 맥락에서 그들의 정치체를 둘러싼 많은 문제들을 해결하기 위하여 혼합정이나 법치와 같은 고대 로마 공화정의 이상을 되살리고자 하였다. 시대적이고 공간적인 맥락에 좀 더 강하게 연결되어 있다는 것이다.

달리 말하면, 공화주의라는 사상은 현실의 정치체가 가진 문제 상황을 재료로 한다. 공화주의 사상이 먼저 있는 것이 아니라, 현실의 공화국이 존재하고, 그 공화국을 유지하고 발전시키고자 하는 저자들의 노력들이 먼저 존재했다. 대부분의 공화주의 저술가들이 인용하는 키케로의 로마 공화국에 대한 서술을 공화주의 사상의 시작으로 한다면, 공화주의의 역사는 기원전 1세기부터 시작되었다고 볼 수 있다. 그 기간 동안 다양한 시공간을 배경으로 나타났던 다양한 주장들과 그에 따른 제도들은 각 이론이 등장했던 당대의 현실에 단단히 발을 붙이고 있는 것이다. 그리고 이것들이 모여서 공화주의를 이루는 주요 내용이 되었

93) 니콜로 마키아벨리(강정인·안선재 역), 『로마사 논고』, 한길사, 2003, 67-68쪽.

다. 이 안에는 자유와 평등과 같은 정치적 가치를 더 강조하는 입장도 있고 시민의 참여와 덕성을 더 강조하는 입장도 있다. 시민군제도와 토지균분제도를 주장하는 급진적인 입장도 있고, 혼합정체와 법치를 강조하는 온건한 입장도 있다. 그럼에도 하나의 공통점이 발견되는데 그것은 이들 이론들이 고대 로마 공화정의 이상에서 출발한다는 점이다. 이것이 공화주의 사상의 두 번째 특징이다.

(2) 고대 로마 공화정의 이상: res publica

고대 로마 공화정의 이상을 계승한다는 점은 공화주의라는 이름에서 잘 드러난다. 공화주의로 번역되는 Republicanism의 어원은 라틴어 res publica(레스 푸블리카)이다. 로마인들은 왕정 로마와 제정 로마 사이의 정치 공동체의 이름을 스스로 공화정 즉, ‘레스 푸블리카’라고 불렀다. 원래 레스 푸블리카라는 말 자체의 뜻은 ‘공공의 것’ 혹은 ‘공공의 일’이다. 키케로는 레스 푸블리카를 ‘인민의 것(res populi)’이라고 규범적으로 정의하였다. 그에 의하면 ‘인민’은 다수의 집합 혹은 대중이 아니라, ‘법체계에 동의하고 공익을 추구하는 결속한 다수’이다.⁹⁴⁾ 국가는 한 개인의 소유이거나 그 개인의 관심사와 이익을 위한 조직이 아니라, 공공의 소유로서 구성원들이 공적인 일에 관심을 가지는 정치체가 되어야 한다는 이상이 ‘레스 푸블리카’라는 말에 포함된 것이다.⁹⁵⁾

공화주의라는 번역어는 레스 푸블리카가 나타내는 함의 중 국가가 한 개인의 소유가 아니라는 점, 즉 ‘왕정이 아닌 정체’를 강조한 번역어이다.⁹⁶⁾ 그리고 ‘공화’국도 왕국과 대비되는 통치형태를 가진 국가로 이해된다. 그러나 서구에서

94) 마르쿠스 툴리우스 키케로(김창성 역), 『국가론』, 한길사, 2007, 130쪽.

95) 김경희, 『공화주의』, 책세상, 2009, 20쪽.

96) 기원전 841년 중국 주나라(서주)의 제후들이 폭정에 반발하여 려왕에 대항하여 반란을 일으켰는데, 기원전 828년 선왕이 즉위하기 전까지, 공(共)의 제후 화(和)가 통치하였다. 이처럼 왕이 아닌 제후가 통치하였던 시기를 공화라 한 것이다. 김경희, 위의 책, 20쪽; 조승래, 『공화국을 위하여-공화주의의 형성과정과 핵심사상』, 도서출판 길, 2010, 16쪽 참조.

republic은 단순히 ‘국가’를 의미하는 일반적인 명사로 더 많이 사용되었다. ‘왕정이 아닌’ 정체를 가리키는 용어는 공화정이 아니라, 통치자가 누구인지 혹은 통치자의 수에 따라 귀족정, 민주정 등으로 불리었기 때문이다. 그러므로 공화정을 단순히 ‘왕이 없는 정체’라는 의미에 한정하기 보다는, ‘레스 푸블리카의 이상’을 실현하고자 하는 정체라고 해석하는 것이 더 적절할 것이다.⁹⁷⁾

(3) 다른 사상과의 구별

1) 자유주의

자유주의는 간단하게 정리할 수 있는 정치사상이 아니다. 개인의 소유를 보호하는 소유적 개인주의로부터, 자유주의의 한계를 극복하고자 하는 수정적 자유주의와, 시장과 개인의 자유를 절대적 우위에 두는 신자유주의에 이르기까지 방대한 내용이 자유주의 담론 안에서 진행되기 때문이다.⁹⁸⁾ 그럼에도 자유주의는 ‘개인의 자유’를 강조한다. 그리고 자유를 공화주의 입장과는 달리, ‘간섭의 부재’라고 해석한다.⁹⁹⁾ 현대에 이르러 자유주의와 공화주의를 비교하는 연구들이 많이 나타났는데, 자유관의 차이를 중점으로 이루어진다.

자유주의와 공화주의를 비교하는 현대 연구들은 현대 공화주의가 근대 자유주의의 대안이 될 수 있는가에 관심을 가진다. 자유주의가 중시하는 개인의 자유와 인권을 강조할수록 조정이 필요한 사회문제들이 나타났기 때문이다.¹⁰⁰⁾ 이를

97) 장 자크 루소(김중현 역), 『사회계약론』, 펍클래식코리아, 2015, 2부 6장 52쪽.

98) 자유주의는 광범위한 사상체계로서 자유주의 내에서도 다양한 입장들이 존재하지만, 그 입장들이 적어도 자유의 개념을 간섭의 부재로 정의하는 것을 기본적으로 공유하고 있다고 보면서, 이를 공화주의와 대비되는 자유주의 관점으로 본다. 필립 페티(곽준혁 역), 『신공화주의』, 나남, 123쪽; 모리치오 비롤리(김경화·김동규 역), 『공화주의』, 인간사랑, 2006, 45-46쪽 등 참조.

99) 공화주의와 자유주의를 자유의 개념에 대한 이해에서 구분하는 대표적인 학자로는 필립 페티, 스키너 등이 있다.

100) 예를 들어 개인의 자유 간에 충돌이 일어나는 경우가 있다. 근로자의 근로의 자유와 기업가의 직업의 자유가 충돌할 때, 개인의 자유와 권리를 강조하는 것만으로는 충분한 해

해결하기 위하여 자유주의 안에서 정의, 평등과 같은 가치를 통하여 자유주의를 수정하는 이론적 노력도 시도되었다. 그러나 자유주의가 개인적 자유를 소유의 대상으로 파악하고 간섭 받지 않는 영역의 보장으로만 접근하는 한 여전히 한계점을 가진다. 이것이 자유의 관념을 달리 이해하는 공화주의를 대안으로서 검토하는 이유이다.

자유주의와 공화주의는 자유의 개념을 다르게 이해하고 그 결과, 법과 민주주의를 다르게 바라본다.¹⁰¹⁾ 자유를 간섭의 부재로 이해하는 자유주의에 의하면, 법은 일종의 간섭이기 때문에 법이 침묵할 때 자유를 누릴 수 있다. 반면 공화주의는 예속의 부재를 자유로 보기 때문에, 법을 통하여 자유를 누릴 수 있다. 자유를 보존하기 위하여 법의 지배를 요청한다는 점은 동일하지만, 공화주의에서 법과 법의 지배는 자유와 관련하여 더 적극적인 의미를 가지게 된다. 공화주의에서 예속의 부재는 법을 통하여 가능하기 때문이다. 민주주의에 대한 태도도 다르게 나타난다. 민주주의 사회를 전제한다면, 자유주의보다는 공화주의가 시민의 자유와 의무를 더 잘 설명할 수 있다. 자유주의에서 공동체를 위한 시민의 역할을 규정하는 법은 그 자체로 자유를 제한하게 된다는 점에서 그 법의 정당화과정이 필요하다. 그러나 공화주의는 시민의 의무는 자유와 긴밀한 관계를 가진다고 이해한다. 시민의 덕성을 발휘하지 않으면 자유를 누리기 어렵다는 것이다.

2) 공동체주의

공화주의가 역사적 전통이 오래된 사상이라면, 공동체주의는 비교적 최근에 등장한 관점이다.¹⁰²⁾ 공동체주의는 현대 민주주의 사회에서 나타나는 문제들이 자유주의에서 비롯되었다는 문제의식을 가진다. 자유주의에 대해서 크게 두 가

결책을 얻기가 어렵다.

101) 모리치오 비롤리(김경화·김동규 역), 앞의 책(주 98), 125-137쪽 참조.

102) 공동체주의에 대한 일반적인 설명은 공동체주의가 롤즈의 『정의론』 이후에 나타났다고 이해한다. <https://plato.stanford.edu/entries/communitarianism/> 참조.

지 비판을 제시하는데, 하나가 지나치게 개인을 원자화 시키는 인간관을 가지고 있다는 것이고, 다른 하나가 공동체의 정부가 중립성을 지켜야 한다는 믿음이다.¹⁰³⁾ 그래서 공동체주의는 자유주의가 나타나기 이전의 공적 이상을 공유하는 시민들의 공동체를 추구해야 한다고 주장한다.

공화주의와 공동체주의는 시민적 덕성을 강조하고 공동선을 추구하는 공동체를 전제로 하는 사상이라는 점에서 비슷하다. 그럼에도 공화주의를 논의할 때, 공동체주의와 구별하는 것은 중요하다. 공동체주의는 특정 공동체의 도덕적·문화적 동질성을 강화하여 시민의 덕성을 함양하고자 하기 때문이다.¹⁰⁴⁾ 그러나 공화주의는 자치의 문화공동체에 대한 소속감보다 레스 퍼블리카의 이상을 추구하는 것을 강조하는 관점이다. 즉, 한 공동체의 문화를 바탕으로 한 특정한 선 관념을 공유해야 한다고 공동체주의는 주장하지만, 공화주의는 그렇지 않다는 것이다. 배타적인 도덕적 선 관념은 레스 퍼블리카의 이상과 부합하지 않는다. 왜냐하면 공화주의는 다양한 계층의 사람들, 서로 다른 가치관을 가진 사람들이 조화를 이루며 사는 공동체를 이상으로 삼기 때문이다. 배타적인 도덕적 선 관념은 공화국의 구성원들을 동등하게 대우하지 못하게 만들고, 안정적이고 정의로운 공화국을 유지하는 것을 어렵게 할 것이다.

3. 공화국사상

공화주의가 이상으로 바라본 로마 공화정 이후에도 역사에 많은 공화국 혹은 공화정이 등장했다. 그리고 공화국의 존립을 위협하는 대내외적 문제들이 발생할 때마다, 많은 학자들은 레스 퍼블리카의 이상을 계승하여 그 문제를 해결하고자 하였다. 마키아벨리는 키케로와 고대 로마의 저술가들의 영향을 받아서 피

103) 마이클 샌델(안규남 역), 『민주주의의 불만』, 동녘, 2012, 20-21쪽.

104) 모리치오 비롤리(김경화·김동규 역), 앞의 책(주 98), 137쪽.

렌체 공화국을 수호하고자 하였고, 해링턴은 마키아벨리의 영향을 받아 영국의 공화정을 꿈꿨다. 이렇듯 레스 푸블리카의 이상이 후대로 전해지면서 자연스럽게 사상적 흐름을 형성한 것을 공화주의라고 보아야 할 것이다.

물론 역사에 기록된 많은 공화국의 모습은 매우 다양하기 때문에, 레스 푸블리카의 이상을 모두 동일한 방식으로 계승하지는 않았다. 마키아벨리와 당시 이탈리아의 저술가들은 황제국인 신성로마제국과 교황이 다스리는 로마 등에 의해 이탈리아 공화국들의 안전이 위협을 받는 상황에서 피렌체 공화국의 자유와 독립에 관하여 논의를 전개하였다. 해링턴을 비롯한 영국의 공화주의자들은 영국에서 왕당파와 의회파가 대립하는 상황에 있었으며 법의 지배를 통해 자유를 수호하는 공화국이라는 헌정체제를 주장하였다. 미국의 제퍼슨과 매디슨을 비롯한 저술가들은 미국의 독립과 새로운 헌정의 건국이라는 과제를 앞두고 있었다.¹⁰⁵⁾

그럼에도 이들은 레스 푸블리카의 이상과 제도를 옹호하였다는 점, 그리고 이 이상을 자유, 시민적 덕성, 법의 지배 등의 언어를 통하여 주장을 전개하였다는 점에서 공화주의로 묶을 수 있다.¹⁰⁶⁾ 공화국과 그 구성원으로서 시민은 다른 나

105) 미국의 헌법 제정과정에서 그 과제에 관하여 나눈 논쟁에 관한 자세한 내용은 알렉산더 해밀턴·제임스 매디슨·존 제이(김동영 역), 『페더럴리스트 페이퍼』, 한울아카데미, 1995 참조.

106) 언어를 통하여 사상사 연구방법론을 제시한 대표적인 역사학자로는 포각과 스키너가 있다. 포각은 기존의 사상사 연구방법론이 사상이라는 철학적 측면에 그는 사상사를 ‘역사적으로’ 이해하고자 새로운 방법론을 제시하였다. 과거의 문헌들이 쓰여진 당시의 맥락을 기준으로 이해해야 하고, 그러기 위해서는 사용된 ‘언어’에 관심을 가져야 한다는 것이다. 다시 말하면, 정치사상 혹은 법철학의 담론을 제대로 해석하고 이해하려면 그 당시의 정치언어나 법언어의 규칙이라는 ‘언어적 패러다임’을 이해해야 한다. 이러한 방법론을 바탕으로 포각은 미국의 독립과 건국기에 이루어진 수많은 논의들 저변에서 발견되는 사상적 배경에서 공화주의를 발견하고, 덕성 패러다임으로 근대 정치사상사를 재구성하고자 하였다. 스키너는 사상사 연구에서 언어의 중요성을 강조하면서도 한 걸음 더 나아간다. 포각은 그 원전의 본래적 의미를 탐구하는데 중점을 두었다면, 스키너는 원전의 진술들을 당시의 언어관례(convention)와의 관계에서 이해하여 저자의 저술의도를 복원함으로써 사상사를 연구하는 방법론을 제시하였다. 원전의 진술들을 언어 그 자체만을 중심으로 해석하는 것은 한계가 있다. 저자의 숨은 의도를 파악하기 어려울 수도 있고, 같은 언어를 이용한 진술을 하고 있더라도 그 저자의 배경에 따라 상이한 언어과례를 따를 수도 있기 때문이다. 그러므로 스키너는 저자가 저술한 문헌과 그 저자의 생활이나 다양한 작업등도 고려하여 저술의도를 파악해야 한다고 주장한다. J. G. A. 포각(곽차섭 역), 『마키아벨리언 모넨

라 혹은 다른 사람의 숙박으로부터 벗어나는 자유를 주장하였다. 그리고 시민은 공화국의 존립을 위태롭게 하는 부패를 막기 위하여 덕이 요구되었다. 자유로운 공화국은 군주가 아닌 법의 지배를 통해서만 가능한 정체였다. 사람이 아닌 법의 지배라는 이념 없이 공화국은 자유를 누릴 수도, 시민들이 덕을 함양할 수도 없다는 것이다. 공화국의 이상은 다양한 계층의 사람들이 조화롭게 하나의 정부를 수립하고 유지할 수 있는 국가를 추구하는 것을 의미했다.

이와 같이 공화주의자들이 사용하였던 언어에 초점을 맞추어 공화주의에 대한 정의를 시도해보고자 한다. 공화주의는 레스 퍼블리카의 이상을 담은 언어들, 즉 공화국의 자유, 시민의 덕성, 혼합정부, 법치, 공동선 등의 용어를 사용하여 역사적 맥락에 닿아있는 주장들의 모음이다. 레스 퍼블리카의 이상은 사적 이익에 대한 관심만을 가지는 사람이 아니라 덕성을 가진 시민들의 이상이다. 그리고 시민들은 그들의 자유와 권리를 보장받거나 주장하기 위하여 법의 지배라는 틀을 가진 정부를 요구한다. 여기에서 법은 어느 개인이나 권력층의 이익을 위한 수단이 되는 법이 아니다. 공화국의 주인으로서 시민들 모두의 이익과 관심을 반영하는 것이 공화국의 법이다. 이렇듯 공화적 언어로 표현되는 정부를 추구하고 실현하고자 하는 사상을 공화주의라 정의하고자 한다. 즉, 공화주의란 법의 지배 하에서 시민적 덕성을 가진 사람들이 자유와 권리를 안전하게 향유하고자 하는 이상을 현실의 공화국에서 실현하고자 하는 사상이다.

트』 35쪽; 광차섭, “언어와 저술의도-Pocock과 Skinner의 새로운 정치사상사 방법론에 대하여”, 효원사학회, 『역사와 세계』, 18, 1994, 607-614쪽 참조.

B. 공화주의의 가치와 언어

주지하듯이 공화주의자로 분류되는 학자들의 주장은 매우 다양한 내용을 담고 있지만, 공화적 가치를 드러내는 언어를 사용하여 이론을 전개한다는 점에서는 공통적이다. 이들 언어로는 자유, 평등, 시민의 덕과 부패, 혼합정체, 공동선의 추구 등이 있다. 학자들은 공화주의 언어를 공통적으로 사용하지만, 어떤 것을 핵심적 가치로 인정하는가는 서로 또한 다르다.¹⁰⁷⁾ 앞서 공화주의를 정의하면서, 법의 지배 하에서 시민적 덕성을 가진 사람들이 자유와 권리를 안전하게 향유하고자 하는 이상을 추구하는 사상으로 보았기 때문에, 여기에서는 공화주의를 이해하기 위한 주요 개념요소로서 ‘공화적 자유’, ‘시민적 덕성’, ‘법의 지배’를 검토하고자 한다.¹⁰⁸⁾

1. 공화적 자유

(1) 자유의 개념: 예속의 부재

1) 공화적 자유의 맥락: 공화국의 자유

공화주의 전통에서 자유의 개념을 검토할 때, 공화주의가 공화국 중심으로 사

107) 다수의 공화주의 학자들은 공화적 자유가 공화주의의 핵심적 가치라고 주장한다. 대표적인 학자로는 켄틴 스키너, 필립 페팅 등이 있다. 시민의 덕과 적극적 정치참여를 하는 시민체(citizenry)를 핵심적 가치라고 주장하는 학자들도 있다. 한나 아렌트나 모리치오 비롤리도 여기에 포함시키기도 한다. 그 외에도 공동체와 공동선의 가치를 강조하는 경우도 있고(마이클 샌델), 숙의적 민주주의의 가치를 옹호하기 위한 공화주의 논의도 있다(캐스 선스타인). Samantha Besson, Jose Luis Marti, Law and Republicanism: Mapping the Issues, *Legal Republicanism*, Oxford University Press, 2009, pp 11-12 참조.

108) 비롤리도 근대 이탈리아 공화국들이 남긴 유산으로 시민적 존엄에 대한 인식, 독립적인 공화국의 개념, 법의 지배(“전체와 관련되는 것은 주권을 가진 시민단 전체가 법을 준수하면서 법이 정한 절차에 따라 결정하여야 한다”76) 세 가지가 있다고 보았다. 모리치오 비롤리(김경희·김동규 역), 앞의 책(주 98), 71-76쪽.

유하는 전통이었음을 이해할 필요가 있다. 공화주의 자유의 개념은 개인이 아닌 공화국이라는 정치체를 중심으로 검토해야 한다는 것이다. 공화주의 전통에서 개인의 자유도 현대적 의미의 일반 사인이 추구하는 자유와 권리¹⁰⁹⁾라기보다는 정치체 내의 구성원으로서 시민의 자유를 의미하는 것이다. 이것은 자유 개념을 공화주의적으로 분석할 때 두 가지 특징을 가진다는 것을 의미한다. 하나는 ‘개인의 자유’ 이전에 ‘공화국의 자유’를 검토해야 한다는 것이다. 다른 하나는 개인의 자유는 시민의 자유를 의미하므로, 기본적으로 ‘정치적 자유’를 중심으로 논의가 이루어진다는 것이다.¹¹⁰⁾

2) 자유인과 노예의 구분

공화주의 전통에서 자유는 ‘자유를 상실하지 않은 상태’를 의미한다. 자유와 자유를 상실한 상태에 관한 규범적 논의는 리베르(liber)와 세르부스(servus)를 구별하였던 로마의 법적 전통에서 비롯한다. 로마에서 자유는 자유인의 지위를 나타내는 것이었고, 이에 반대되는 자유를 상실한 상태는 노예의 지위였다. 로마 법 『학설회찬』(Digesta)은 ‘인간의 지위’(De statu hominis)편에서 자유로운 인간과 노예의 지위를 대비하여 규정한다.¹¹¹⁾ 자유인은 노예와 구분되며, 노예 상태는 “자연에 반해 다른 인간의 재산이 된” 상태라고 정의된다. 그리고 다음의 ‘직함’(Titulus)편에서 노예가 자유롭지 못하다는 것에 대하여 상술한다.¹¹²⁾ 자유롭지 않다는 것은 “타인의 권력에 예속되어 있다”는 것을 의미하고, 노예의 상

109) 르네상스의 인문주의자들은 ‘자유로운 삶’을 이야기하면서 개인의 권리의 측면에서 논의하지 않았다. 종교개혁 이후에 인류의 자연적 조건이라는 자연권에 관한 논의가 나타났다. 인간에게 부여된 자연권이 정치사상사에서 중요한 개념으로 떠오른 이후에도 공화주의 저술가들은 개인보다는 정치체를 중심으로 자유를 논의하였다. 개인의 자유에 관한 논의를 공동체의 자유로운 상태와의 유비를 통해서 이해하였기 때문이다. 켄틴 스키너(조승래 역), 『자유주의 이전의 자유』, 푸른역사, 2007, 77-78쪽 참조.

110) 켄틴 스키너(조승래 역), 위의 책, 90-91쪽 참조.

111) *Digesta, The digest of Justinian*, translated, edited by Alan Watson, University of Pennsylvania Press, 1985, p. 15

112) *Ibid.* pp. 17-18

태가 그러하다는 것이다.¹¹³⁾ 이러한 구분을 토대로 보면, 키케로가 왕정을 비판하면서 다음과 같이 자유에 대하여 언급한 것을 이해할 수 있다.

그렇지만 왕의 치하에 있는 인민에게는 전체적으로 많은 것들이 결핍되어 있는데, 우선 자유가 없습니다. 그것은 우리에게 정의로운 주인이 있을 때 존재하는 것이 아니라 결코 아무도 없을 때에 존재하는 것입니다.¹¹⁴⁾

3) 공화적 자유: 예속의 부재

공화주의에서 자유는 노예가 아닌 자유로운 인간의 상태 즉, 타인의 권력에 예속되지 않은 상태를 가리키는 언어이다. 자유인은 타인의 예속을 받지 않는 사람이고, 노예는 타인에 예속된 지위에 있는 사람이다. 노예가 권력을 가진 타인(주인)에 의하여 현재 간섭을 받고 있는지 여부는 중요하지 않다. 주인에 의한 간섭을 언제라도 받을 수 있는 지위인 종속(예속)의 상태에 있기 때문이다. 자비로운 주인을 만남으로써 노예의 예속된 상태는 제거되지 않는다. 권력을 가진 타인으로부터 벗어날 때 노예는 자유인이 될 수 있다.

4) 간섭의 부재 vs 예속의 부재

이러한 자유의 개념은 자유주의의 자유 개념과 다르다. 자유주의는 일반적으로 자유를 간섭의 부재라고 규정하고, 간섭이 실재하거나 간섭하겠다는 위협이 있는 경우에 자유를 상실한다고 이해한다.¹¹⁵⁾ 자유로운 상태를 강제나 속박으로부터 벗어난 상태라고 한다면, 벗어나고자 하는 강제를 자유주의는 ‘간섭이나 그

113) 켄틴 스키너(조승래 역), 위의 책, 92-93쪽.

114) 마르쿠스 툴리우스 키케로(김창성 역), 앞의 책(주 89), 187쪽.

115) 이러한 자유주의 자유 개념은 근대 이후 자유개념을 자유주의적으로 정리한 이사야 벌린의 자유론에서 잘 알 수 있다. 토마스 홉스는 ‘외부적 장애의 부재’라고 자유를 정의하였고, 이것은 벌린의 소극적 자유 개념으로 발전되었다. 벌린은 자유의 개념을 ‘간섭의 부재’로 보는 것이 현대 다원주의 사회에서 타당하다고 주장하였다.

위협'으로 이해한다. 반면에 공화주의는 간섭보다는 오히려 '주종관계에 있는 것'을 벗어나야 하는 강제로 인식한다.

‘예속의 부재’를 유일한 공화적 자유의 개념으로 이해하는지에 관하여는 견해가 나뉜다. 스키너는 공화주의자들이 오로지 ‘간섭과 그 위협’ 그 자체만을 벗어나야 할 강제로 이해하는 입장을 비판한 것이라고 주장한다.¹¹⁶⁾ 그에 따르면 자유는 강제의 부재를 의미하는 것이고, 강제의 근원적인 형식은 간섭 보다는 예속이라는 주종관계이다. 자유를 강제의 부재라는 소극적으로 이해하는 방식과 공화적 자유의 개념이 충돌하지 않는다는 것이다. 이에 반하여 페팅은 공화주의는 자유 개념에 관하여 오로지 ‘예속의 부재’에 대해서만 관심을 둔다고 주장한다. 시민들이 선택한 간섭을 받는 것은 벗어나야 할 강제나 속박이 아니기 때문이다. 예속된 지위에 있지 않다면, 스스로 선택한 종류의 간섭을 받고 있다 하더라도 그는 자유로운 사람이다.¹¹⁷⁾

(2) 공화적 자유의 함의

1) 자유로운 공화국

예속의 부재 혹은 지배의 부재로서 자유의 개념을 주장하는 공화주의 사상 안에서 시민들의 자유는 자유로운 공화국을 전제로 한다. 그러므로 공화적 자유는 자유로운 공화국에 관한 논의 없이 이루어질 수 없다. 자유로운 공화국은 스스로가 아닌 다른 것에 의하여 예속되어 있지 않은 정치체이다. 공화국의 자유는 독립과 자치의 모습으로 나타난다. 다른 국가에 의하여 자의적 간섭을 받는 공화국은 자유롭다고 할 수 없다. 예를 들어 식민지배를 받는 국가를 자유로운 정

116) 켄틴 스키너(조승래 역), 앞의 책(주 104), 134쪽.

117) 페팅이 간섭의 여부를 중요하게 보지 않는 까닭은 자유와 법의 관계에 관한 그의 견해 때문이다. 페팅에게 있어 법은 ‘비자의적 간섭’에 해당하고, 따라서 간섭을 받는 경우에도 자유를 상실하지 않을 수 있게 된다. 자유와 법의 관계에 관한 페팅의 논의는 다음 장에서 더 자세히 다룬다(제4장 제1절). 필립 페팅(곽준혁 역), 앞의 책(주 98), 522-526쪽 참조.

치체라 할 수 없다. 또한 다른 국가로부터 독립되어 있음에도, 어느 한 권력자의 의지에 예속되어 있다면 그 정치체 역시 자유롭다고 할 수 없다. 그 정치체는 스스로가 아닌 권력자라는 특정 개인에게 예속된 것이기 때문이다. 이러한 두 가지 측면을 모두 고려할 때, 자유로운 공화국은 구성원인 시민들 전체에 의하여 지배되는 정치체이다. 공화주의 저술가들은 이를 스스로 정한 법에 의하여 지배받는 공화국이 자유롭다고 표현하였다. 법이 없다면 다른 것에 의하여 움직일 수 있기 때문이라는 것이다.¹¹⁸⁾

공화국이 자유를 누리기 위해서는 두 가지 모두를 경계해야 한다. 다른 국가의 침입으로부터도 스스로를 방어할 수 있어야 하고, 공화국 내부에서 법이 아닌 소수의 권력자들의 지배를 받는 상황이 일어나지 않도록 예방할 수 있어야 한다. 공화국과 시민의 관계, 법과 헌정적 제도라는 측면에서 두 번째 예방은 좀 더 중요하게 다루어졌다. 특히 영국의 혁명기의 공화주의자들은 왕정과 자유가 공존할 수 있는지에 관하여 부정적인 의견을 개진하였다. 권력자의 재량권 행사로 인하여 공화국이 자유를 상실할 수도 있다는 점으로 강조하였기 때문에 왕정이 아닌 혼합정의 이상을 지닌 공화정에서 자유로울 수 있다고 주장하였다.¹¹⁹⁾

2) 자유로운 시민

시민은 자유로운 공화국의 구성원일 때 자유롭다. 시민은 타인의 부당한 간섭, 즉 자의적인 간섭 없이 자신의 권리를 행사할 때 자유롭다. 이 때 타인의 자의적인 간섭이 없다는 것은 ‘간섭이 없음’ 보다는 간섭할 능력을 가진 ‘타인이 없음’이 더 중요하다. 이것은 두 가지의 함의를 내포한다. 첫 번째, 나를 지배하는 상위의 타인이 없다면, 즉 시민들이 관계가 평등하다면 공화국 시민으로서 나는

118) 켄틴 스키너(조승래 역), 앞의 책(주 104), 82쪽.

119) 마키아벨리는 왕국도 자치적 정치체가 될 수 있다는 면에서 꼭 혼합정부라는 제도적 형식을 취할 필요는 없다고 보았다. 그러나 영국의 공화주의자들은 강력한 권력을 지닌 왕을 경계하고 그 왕을 자의적 권력 행사가 일어나기 어려운 혼합정부를 옹호하였다. 켄틴 스키너(조승래 역), 위의 책, 104-108쪽 참조.

자유롭다는 것이다. 이때의 평등은 모든 시민들이 각각 독립적인 인격이라는 점에서의 평등을 의미한다. 자유인의 자격은 그가 가진 재산이 아니라 독립적 인격에 해당하는지가 기준이기 때문이다.¹²⁰⁾ 두 번째, 공화국의 시민은 권리를 행사하기 위한 역량이 타인의 의지에 종속되지 않도록 하는 것이 중요하다. 그렇기 때문에 영국의 혁명기에 의회파는 자유를 보장하기 위하여 시민의 역량에 관심을 두어야 한다는 주장을 전개하였다.

나아가 ‘어느 누구에게도 종속되지 않은 자유로운 시민’이라는 개념은 시민의 삶에 있어서 나타나는 다양한 지배의 형태에 대하여 비판적 시각을 가지도록 해준다. 국가는 개개인의 힘을 넘어서는 능력을 가지기 때문에, 시민들은 언제나 국가권력에 예속되지 않을 수 있도록 권력에 대하여 견제를 늦추지 않아야 한다. 현대사회에서는 공권력 못지않게 개인의 삶에 영향을 미치는 다양한 종류의 권력이 존재한다. 권력을 행사하기 위한 자원의 보유는 개개인마다 다르기 때문에, 사적인 관계에서도 자유를 상실할 수 있는 예속 관계가 나타날 위험은 언제나 있다. 그러므로 공화적 자유는 어떠한 모습의 권력에 대해서도 비판적 시각으로 경계해야 한다는 함의를 가진다.

3) 자유와 평등, 그리고 법

시민들간의 불평등은 언제나 자유를 위협할 수 있다는 점에서 공화적 자유는 평등을 전제로 한다. 공화국의 시민이라는 자격을 동등하게 보장될 때 자유가 가능하다. 이 때 자유를 누리기 위한 전제로 요구되는 평등은 정치적 평등 외에 사회경제적 평등까지도 포함하는가 검토할 필요가 있다.¹²¹⁾ 사회경제적 평등을 포함한다고 하여 공화국의 모든 시민이 같은 수준의 부를 누려야 한다는 것은 아니다. 시민의 자격을 잃을 만큼으로 가난하지 않아야 한다는 것이다. 자유로운

120) 조승래, 위의 책(주 91), 68쪽.

121) 공화주의 전통에서 시민이 개인적으로 소유하는 부에 대하여 제한이 필요하다는 주장도 있었다. 니콜로 마키아벨리(강정인·안선재 역), 위의 책(주 88), 238쪽 이하 참조.

시민이라는 자격을 보유하기 위한 독립에 필요한 정도의 부가 보장되어야 한다고 볼 수 있다. 지나친 가난으로 인하여 공적 지위에서 배제되거나, 시민에게 필요한 적절한 공적 지식을 교육받을 수 없다면, 시민들 간의 불평등이 심화될 것이고, 이는 자유롭지 못한 시민의 등장으로 이어질 것이다. 이러한 한도 내에서 공화주의 시민들의 평등이 자유의 전제조건이 된다고 볼 수 있을 것이다.

공화적 자유는 또한 필연적으로 법의 존재를 요구한다. 예속의 부재를 안정적으로 확보하는 것은 공화국의 법으로 통해서만 가능하기 때문이다. 그러므로 예속을 증가시키는 법은 공화국의 법으로서 정당하다고 할 수 없다. 공화국의 법은 이미 존재하는 종속관계를 줄이거나 없애고, 새로운 형태의 종속관계가 나타나지 않도록 하는 수단이 되어야 한다는 것이다.

2. 시민적 덕성

(1) 덕성: *virtus*

덕성은 원어는 라틴어 *virtus*(비르투스)이다. 비르투스의 *vir*(비르)는 남성을 의미하는 것에서 알 수 있듯이, 비르투스는 남성의 능력으로서의 용맹 등을 표현했던 용어이다. 고대의 시민은 모두 남성이었으며, 정치·군사적 능력은 시민들 특히 지배계층에게 요구되는 자질이었기 때문이다.¹²²⁾ 마키아벨리는 그리스어 *arete*(아레테, 탁월함)의 개념의 영향을 비르투스, 즉 덕성의 개념으로 정리하였다. 시민적 덕성은 “어떤 개인이나 집단으로 하여금 시민적 맥락 속에서 효과적으로 행동할 수 있도록 하는 힘”이고, “어떤 인격 혹은 요소를 본래 그대로의 모습으로 만드는 본질적 성질”이며, “도시 혹은 어떤 질서 잡힌 세계 속에서 인간을 마땅히 그렇게 되어야 하는 인간으로 만드는 도덕적 선”이라고 본 것이

122) J. G. A. 포콕(곽차섭 역), 『마키아벨리언 모멘트 1』, 나남, 2011, 97쪽.

다.¹²³⁾

비르투스(virtus)는 포르투나(fortuna)를 이기는 힘이기도 했다. 포르투나는 운명의 여신을 의미하며, 우연적인 운을 의미하는 인문주의자들의 언어였다. 공화국의 존립과 같은 정치상황은 우연적인 사정에 영향을 받을 수밖에 없는데, 포르투나의 강한 힘을 이길 수 있는 것이 비르투스라는 것이다. 운을 이기는 인간의 잠재능력에 대한 낙관론은 인간을 자유의지가 있는 창조적 권능이 있는 존재로 여기게 하였다.¹²⁴⁾

(2) 공동선(common good)의 추구

공화국 시민의 덕성은 ‘공동선에 봉사하겠다는 시민들의 능동적 노력’이다.¹²⁵⁾ 공화국은 아무리 정의로운 법, 공동선을 추구하고, 자유를 만들어내는 법이 있다고 하더라도, 법을 집행하거나 법의 적용을 받는 시민들이 덕을 발휘하지 않는다면 공화국은 유지될 수 없다. 덕성을 잃어버린 것을 공화주의 전통에서 부패했다고 표현하였다. 만일 공화국이 부패하게 되면, 공화국은 독립과 자치를 상실하고, 시민들은 자유를 상실하게 된다고 본 것이다.

공동선을 추구한다는 것이 현실적으로 실현불가능한 덕성을 요구하는 것으로 오해되기도 한다. 사적인 이익보다 공적인 이익을 우선해야 한다는 점을 강조하여 공동선을 이해하는 경우에 그러하다. 몽테스키외는 이와 관련하여 공동선의 추구를 공화국의 일에 적절한 관심을 유지하면서 참여하는 것이라고 하면서, 시민들이 덕성을 가질 수 있도록 시민들이 사적인 이익이 아니라 공적인 이익을 욕망하는 것을 배워야 한다고 주장하였다. 엄격하고 금욕적으로 시민들이 사적 이익 추구를 억누르고 검약한 생활을 해야 한다는 것이다.¹²⁶⁾ 그러나 공화주의

123) J. G. A. 포카(곽차섭 역), 『마키아벨리언 모멘트 2』, 나남, 2011, 98쪽.

124) 켄틴 스키너(박동천 역), 『근대 정치사상의 토대 1』, 한길사, 2004, 232-243쪽.

125) 모리치오 비롤리(김경화·김동규 역), 앞의 책(주 98), 145쪽.

126) 몽테스키외(이재형 역), 『법의 정신』, 문예출판사, 2015, 58-59, 65쪽.

안에서 공동선의 추구는 사생활의 즐거움을 희생해야만 가능한 덕성이라고 보지 않는다. 오히려 공동선을 추구하는 것이 사생활을 안전하고 즐겁게 만들어주는 것이라 주장한다.¹²⁷⁾ 몽테스키외와 같이 덕성의 개념을 강하게 인식하지 않는다. 공화주의에서 공동선을 추구한다는 것은 사익과 공익이 충돌할 때 언제나 사익을 희생하고 공익을 앞세워야 한다는 것이 아니다. 시민들이 덕성을 통하여 사익과 공익을 적절하게 형량하며, 공화국의 법에 따른 의무를 충실히 수행하는 것을 의미한다.¹²⁸⁾

(3) 시민적 덕성의 함의

시민의 덕성에 대한 과거의 공화주의 저술들을 검토할 때 주의할 점은 시민이 모든 구성원을 가리키는 개념이 아니었다는 점이다. 공화주의 전통에서 시민은 특정 계층이나 어느 정도의 지식과 경제력을 갖춘 일부의 사람들만을 의미하였다. 따라서 시민들의 덕성에 의존하여 공화국의 자유와 법을 수호하고자 한다는 주장을, 일반적인 국민 모두 혹은 대중의 요구에 의한 국가의 운영해야 한다고 주장하는 것으로 환원할 수 없을 것이다. 다만 시민에게 덕성이라는 자격을 요구했다는 점에 초점을 맞추어 본다면, 현대사회를 살아가는 공화국 시민들에게 적용가능한 시사점을 찾을 수 있을 것이다.

공화주의 전통에서 공화국의 시민은 공화국을 외부와 내부의 적으로부터 수호할 수 있는 덕성을 가져야 하였다. 우선 외부의 적으로부터 공화국을 지키기 위하여 유사시에는 무기를 들고 전쟁을 수행할 수 있어야 했다. 따라서 평소의 생계와 함께 전쟁 수행을 위하여 필요한 일정 정도의 재산을 소유한 사람이 시민이 될 수 있었다. 또한 내부의 부패로부터 공화국을 지키기 위한 덕성도 요구되었다. 부패는 덕성의 부재로서, 공화국의 일에 있어서 공동선이 아닌 사적 이해관계가 우선시되는 경우를 의미한다. 공적 관심사에 대하여 파벌의 이익과 같은

127) 모리치오 비롤리(김경희, 김동규 역), 앞의 책(주 98), 155쪽.

128) 모리치오 비롤리(김경희, 김동규 역), 위의 책, 156쪽.

사적 이익이 우선시되는 경우 공화국의 존립이 위태롭다고 보았다. 그렇기 때문에 공화국의 시민이라면, 스스로 재산을 소유할 수 있어서 자립을 확보할 수 있어야 하고, 공적 문제에 관한 논의에 참여할 수 있어야 했다. 이러한 자격 요건으로 인하여 일정 이상 재산을 소유한 남성이 시민으로 인정받을 수 있었던 것이다.

현대 민주주의 사회에서는 성별이나 재산의 수준과 같은 기준으로 시민을 규정할 수 없다. 다만 자립과 참여의 가치는 여전히 유효한 가치일 수 있다. 그러므로 시민들의 자립을 보장하기 위한 공화국의 역할을 어디까지 인정할 수 있을지 논의가 필요하다. 특히 덕성은 교육과 경험을 통하여 함양이 가능한 성질이기에 때문에, 시민들이 적절한 덕성을 가지고 증진할 수 있도록 공화국이 시민교육을 제공해야 한다는 점도 고려되어야 한다.

마지막으로 시민의 덕성이라는 가치는 모든 시민들에게 요구되는 것이지만, 모든 시민들에게 동일한 정도로 요구되지 않을 수 있다는 점도 고려해 볼 수 있다. 일반 시민과 공직자인 시민에게 요구되는 덕성의 강도가 다를 수 있다는 것이다. 더 많은 힘이 법에 의해서 부여된다면, 그 힘에 비례하여 책임을 지게 된다. 공직자인 시민은 공적 관심사에 대하여 자신의 사익을 우선시할 기회와 힘이 일반 시민에 비하여 더 많다. 공적 결정이 필요한 과정에 더 많이 노출되어 있기 때문이다. 많은 권력은 공익에 반하는 사익을 추구할 위험을 크게 만들 수 있다. 현대 민주주의 맥락에서 시민의 덕성에 관하여 논의한다는 것은 공직자와 공권력에 대한 감시와 견제에 대한 구체적인 논의를 요구한다.¹²⁹⁾

129) 공화주의 전통에서는 공직자에 대한 견제를 위한 법제도가 있었으며, 공권력에 대한 감시와 견제는 시민들의 의무이기도 하였다. 조지 세이빈·토머스 솔슨(성유보·차남희 역), 『정치사상사 1』, 한길사, 1997, 58-59쪽 참조.

3. 법의 지배

(1) 공화주의 전통과 법의 지배

공화주의 전통에서 법의 지배는 공화정부의 또 다른 이름이었다. 공화주의자들은 역사상 나타났던 정부의 성격을 두 가지로 나누어 이해하였다. 하나는 로마 공화정으로 대변되는 ‘법에 의한 정부’이고 다른 하나는 카이사르 이후 나타나는 ‘사람의 제국’이다. 사람의 제국은 소수의 사람들이 그들의 사적 이익을 추구하는 국가로서 공화국과는 전혀 다르다. 법이 지배하는 공화국은 소수의 사적 이익에 의하여 운영되는 제국이 아니라, 모든 시민이 자유로운 정부를 의미하는 것이기도 했던 것이다.

(2) 공화적 자유와 법의 지배의 관계

공화적 자유는 타인의 의지에 종속되지 않을 때 확보된다. 공동선을 위한 법은 시민들로 하여금 타인의 의지에 종속되지 않을 수 있도록 해주기 때문에, 공화적 자유를 가능하게 한다. 이러한 법은 자의적인 간섭이 아니기 때문이다. 그러므로 공화적 자유를 위한 법은 특정한 개인이나 집단만의 이익을 위하여 만들어지지 않아야 한다. 공화국시민 일반의 이익을 고려하여 법이 만들어지는 한, 특정 개인이나 집단의 자의성이 법에 개입할 가능성도 줄어든다.

공화주의 전통에서 자유로운 공화국은 법의 지배하에 있는 공화국이고, 자유로운 시민은 법의 지배가 있는 공화국의 시민이다. 법이 모든 시민들을 향하는 보편적인 규칙이기 때문에, 법 앞에서 모든 시민은 평등하다. 그리고 법의 지배가 잘 이뤄지는 공화국은 법을 도구로 특정인의 자의적 의지를 타인에게 강요할 수 없다.

국가 권력에 대항하여 시민들이 자유를 주장하는 것은 법의 지배 없이는 무의

미하다. 공화국의 법과 제도 밖에서 자유와 권리를 보호할 수 없기 때문이다. 따라서 법의 지배는 자유를 보호하기 위한 제도적 장치를 포함해야 한다. 권리를 법적으로 보장하고 확인해주는 사법부의 독립, 시민들을 대표하여 권리와 의무를 미리 정할 수 있도록 입법하는 대의제, 시민들이 선출하는 집행권 등을 예로 들 수 있다.

(3) 시민적 덕성과 법의 지배의 관계

시민들의 덕성이 발휘될 때, 공화국이 추구하는 법의 지배가 온전하게 이루어질 수 있다. 법의 지배를 이루는 제도들은 그 제도를 운영하는 시민들의 덕성에 기대고 있기 때문이다. 제도를 직접 운영하는 공직자들이 덕성이 있는가는 중요한 문제이다. 그들이 사적인 이해관계를 고려하여 공적인 의사결정을 하거나, 공적 정책을 집행한다면, 공화국은 법의 지배를 벗어나게 된다. 그러나 일반 시민들의 덕성도 못지않게 중요하다. 현대 민주주의는 입법기관의 구성원들도, 집행기관의 책임자들도 시민들이 선출한다. 시민들은 공동선을 추구할 수 있는 대표자들을 선출할 때, 이와 관련한 덕성이 필요하다. 나아가 공직자들이 법에 근거한 권한 행사를 하는지, 권한 행사의 내용이 공동선에 부합하는지, 감시하고 견제할 덕성 또한 필요하다고 할 것이다.

한편 법의 지배는 시민의 덕성을 함양하기도 한다. 공화국의 법의 지배는 시민들이 공공의 일에 참여하여 만들어진 법의 지배를 의미한다. 법은 공화국의 시민들이 덕성을 발휘하여 만들어낸 결과물이라는 것이다. 시민들은 법이 만들어지는 과정에 직·간접적으로 참여하게 되는데, 그 과정에서 시민들은 공동선을 추구하고, 자신의 사익과 공익을 견주어보는 등 덕성을 발휘할 기회를 갖게 된다. 덕성은 인간에게 주어진 것으로 변하지 않는 성질이 아니다. 덕성은 시민들이 공동체의 삶을 살아가면서 경험을 통하여 함양할 수 있는 자질인 것이다. 공공의 일에 참여하는 등 덕성을 발휘하는 경험 외에도, 시민의 지위와 역할에 대

한 시민교육도 필요하다. 교육을 통하여 시민들은 공화국의 법을 수호하고, 그를 통하여 자유로운 삶을 살아갈 수 있다는 것을 배울 수 있기 때문이다.

C. 공화주의와 법의 지배

1. 자유에 관한 두 가지 입장

(1) 홉스의 주장

1) 루카의 자유

공화주의가 자유와 법의 관계를 어떻게 이해하는지 살펴보기 위해 루카¹³⁰⁾의 자유에 관한 홉스의 서술을 살펴보자. 루카는 홉스 당시 존재했던 이탈리아 도시공화국 중 한 곳이다. 당시 공화국을 이룬다는 것은 자유를 갈구하는 도시들이 제국의 통치로부터 독립하여 자치체제를 만든다는 것을 의미하였다.¹³¹⁾ 홉스는 『리바이어던』에서 루카의 자유에 대하여 다음과 같이 말한다.

오늘날에도 루카 시의 성탑에는 자유(LIBERTAS)라는 말이 큰 글씨로 써여 있다. 그러나 그렇다고 해서 루카의 시민 개개인이 콘스탄티노플의 신민보다 더 많은 자유를 지니고 있다든가, 코먼웰스¹³²⁾에 대한 봉사를 면제받고 있다고 추론할 수는 없다. 군주정이건 민주정(popular)이건 코먼웰스의 자유는 동일한 것이다.¹³³⁾

루카는 군주제를 채택하고 있는 제국과 구별되는 공화국이었으며, 제국이나 교황으로부터 정치적으로 독립된 자치정부가 있는 국가였다. 반면 콘스탄티노플

130) 루카 공화국(Repubblica di Lucca)은 1160년부터 1805년까지 이탈리아 반도 중앙에 있던 국가이다.

131) 켄틴 스키너(박동천 역), 앞의 책(주 117), 79-80쪽 참조.

132) 코먼웰스(commonwealth)는 공공(common)과 부(wealth)를 결합한 단어로, 공공의 부/것을 뜻하는 라틴어 레스 푸블리카(res publica)의 영어식 표현으로서 전통적으로 공화국을 의미하였다. 그러나 홉스는 리바이어던에서 코먼웰스를 일반적인 국가 혹은 정치공동체의 의미로 사용하고 있다. 토마스 홉스(최공웅·최진원 역), 『리바이어던』, 동서문화사, 2009, 2부 17장 참조.

133) 토마스 홉스(최공웅·최진원 역), 위의 책, 218쪽. 여기에서 자유(libertas)는 코먼웰스(commonwealth)로부터 사역을 면제(immunity)받는 것과 동일한 의미이다.

은 당시 제국의 도시로서 최고 통치자인 술탄의 지배를 받고 있었다. 홉스는 공화정의 도시 루카에 살고 있는 시민들과 군주정의 도시 콘스탄티노플에 살고 있는 신민들이 누리는 자유가 다르지 않다고 본 것이다.

2) 홉스의 자유: 저항의 부재

홉스는 루카에 살고 있는 시민들과 콘스탄티노플에 살고 있는 신민들이 각각 누리는 자유의 측면에서는 차이가 없다고 주장한다. 왜냐하면 홉스는 자유를 ‘저항의 부재 즉 외부적 장애의 부재’라고 정의하고, ‘자신의 힘으로 할 수 있는 일에 대하여 자기가 하고자 하는 것을 방해받지 않는 인간’을 자유로운 인간으로 보았기 때문이다.¹³⁴⁾ 누군가가 자유를 누린다는 사실은 그 사람이 공화정의 시민인지 군주정의 신민인지와는 관계가 없다는 것이다. 홉스의 관점에서는 그 사람이 시민이든 신민이든, 공화국에 살든 제국에 살든 관계없이 ‘외부의 장애가 없을 때’ 자유를 누린다. 즉 공화정의 시민이라고 하더라도 그가 스스로의 힘과 지혜로 할 수 있는 일을 외부의 장애로 인해 자신의 의지대로 하지 못한다면, 그 시민은 자유롭지 않다. 반대로 군주정의 신민이라고 하더라도 외부의 장애 없이 스스로의 의지에 따라 할 수 있는 일을 할 수 있다면, 그 신민은 자유를 누리고 있는 것이다.

(2) 해링턴의 반박

1) 법으로부터의 자유

개인의 자유와 그 개인이 속한 정치체제 사이에 관계가 없다는 홉스의 주장에 대하여 당시 공화주의자들은 다른 생각을 가지고 있었다.¹³⁵⁾ 그들은 공화정이라

134) 토마스 홉스(최공웅·최진원 역), 앞의 책(주 125), 213쪽. 홉스의 저항(opposition)은 물체의 운동(motion)을 방해하는 것을 의미한다.

135) 마처몬트 니덤(Marchamont Nedham)은 공화국이 인민의 자유를 가장 잘 보장한다고 주장하였으며, 존 밀턴(John Milton)은 자유로운 공화국 안에서 보다 자유를 누리는 것이

는 자치적 정치체제에서만 시민들의 자유를 보존하고 증진시킬 수 있다고 주장하였다. 그와 같은 맥락에서 해링턴은 홉스의 주장을 다음과 같이 반박하였다.

왜냐하면 루카인들이 콘스탄티노플의 법으로부터 투르크인들이 누리는 자유와 면제 이상으로 루카의 법으로부터 자유와 면제를 갖지 않는다고 말하는 것과, 루카인들이 콘스탄티노플의 법에 의하여 누리는 자유와 면제 이상으로 루카의 법에 의하여 자유와 면제를 갖지 않는다고 말하는 것은 상당히 다른 진술이기 때문이다.¹³⁶⁾

해링턴은 ‘법으로부터(from)’ 자유를 누리는 것과 ‘법에 의하여(by)’ 자유를 누리는 것은 다르며, 홉스의 주장은 이를 혼동한 것이라고 비판하였다. 홉스에 의하면 루카의 법도 콘스탄티노플의 법도 구성원들이 누리는 자유의 측면에서는 모두 ‘외부적 장애’에 해당한다. 이것은 시민들로 구성된 대의체에서 만들어진 공화국의 법이든 군주의 의지에 따라 만들어진 법이든 상관없이 동일하게 적용된다. 따라서 루카인과 투르크인은 모두 법이 없을 때 자유와 면제를 갖는다. 해링턴은 홉스의 이러한 자유는 ‘법에 의하여’ 누리는 자유가 아니라, ‘법으로부터’ 누리는 자유라고 보았다.

2) 법에 의한 자유

공화주의자인 해링턴은 ‘법에 의하여’ 누리는 자유에 주목하였다. 앞서 살펴본 것처럼 공화주의는 노예의 지위를 벗어난 자유인의 상태를 진정한 자유로 이해한다. 타인의 의지에 종속된 지위에 있다면, 그 타인에 의하여 언제든지 간섭이나 강제를 받을 수 있는 상태에 있는 것이다. 그 타인이 실제로 간섭을 하고 있지 않은 경우에도 이 사실은 변하지 않는다. 해링턴은 이러한 공화주의 자유관

더 확실하고 열려져 있는 곳은 없다고 주장하였다. 켄틴 스키너(조승래 역), 앞의 책(주 104), 118쪽 참조.

136) James Harrington, *The Commonwealth of Oceana and A system of Politics*, ed. J. G. A. Pocock, Cambridge, 1992, p. 20. 강조표시(밑줄)는 추가함.

을 바탕으로 다음과 같이 설명을 이어간다.

가장 강력한 군사령관(bashaw)일지라도 그 재산뿐만 아니라 이성의 측면에서 군주의 의지 하에 놓인 고용인인 반면, 토지를 소유한 루카인은 가장 비천한 자라 할지라도 이 둘을 모두 가진 자유인이며 법을 제외하고는 어떤 것에 의해서도 통제받지 않는다는 사실은 잘 알려져 있다.¹³⁷⁾

해링턴은 콘스탄티노플의 신민은 그 사람이 비록 많은 재산을 보유하고 높은 정치적 지위를 가지고 있더라도, 술탄의 의지에 따라 지배를 받고 있기 때문에 자유로울 수 없다고 주장하였다. 자비로운 술탄의 통치를 받고 있는 동안에는 많은 자유를 누리는 것처럼 보여도, 그 자유는 술탄의 의지가 변함에 따라 언제든지 박탈당할 수 있기 때문이다. 반면 루카의 시민은 법에 의하여 간섭을 받는 것을 제외하고는 권력을 가진 타인의 불안정한 의지에 종속되어 있지 않다는 점에서 자유롭다. 부와 명예의 측면에서 콘스탄티노플의 신민에 비하여 훨씬 적게 소유한 루카의 시민이 ‘법에 의한’ 자유를 누릴 수 있다는 것이다.

루카 공화국의 시민들은 시민들의 대의체에 의하여 만들어진 법이 아니고서는 타인의 자의적인 의지에 의하여 간섭을 받지 않기 때문에 자유를 누린다. 만약 자의적 권력을 행사하는 특정인이나 집단이 나타난다면, 시민들은 자유를 상실할 것이다. 시민들이 자의적 권력자의 자비와 선의에 기대야 하기 때문이다. 따라서 루카 공화국의 법은 자의적 권력자의 등장을 방지하여 시민들의 자유를 보장한다. 이것이 해링턴이 말하는 ‘법에 의한’ 자유이다.

137) Ibid. p. 20.

(3) 자유를 보장하는 공화국의 법

1) 자유의 개념과 법의 관계

홉스와 해링턴의 루카의 자유와 법에 관한 논쟁은 자유의 개념을 어떻게 정의할 것인지에 따라 자유와 법의 관계를 바라보는 시각이 달라질 수 있다는 것을 단적으로 보여준다. 자유를 외부적 간섭의 부재로 정의하면, 법은 외부적 간섭에 해당하기 때문에 인간은 법이 침묵할 때 자유롭다. 법의 개입이 적을수록 인간은 더 많은 자유를 누린다. 반대로 법의 개입이 많아질수록 인간의 자유를 침해할 위험도 커진다. 자유와 법의 관계를 이러한 관점으로 보면 인간의 자유를 보장하고 증진하기 위해서 법이 최소화되어야 한다는 결론에 이르게 된다.

반면 자유를 타인 의지의 종속에서 벗어나는 것이라고 정의하면, 법은 그 자체로 인간의 자유를 제약하지 않는다. 오히려 법은 자유를 누리기 위하여 반드시 필요한 수단이 된다. 특정인이나 집단이 권력을 가짐으로써 다른 개인들을 지배하게 하는 것을 방지하는 법이 있음으로 인해서 개인은 자유를 보장받을 수 있다. 이러한 법은 시민들을 자의적으로 간섭하지 않고, 오히려 공동체 전체의 자유를 창조하며 증진시킨다.¹³⁸⁾

2) 근대 이후 공화주의 역사와 법의 지배

해링턴의 공화주의의 관점은 자유주의 사상이 널리 퍼지면서 잊혀졌다. 자유주의자들은 정부가 개인을 간섭하지 않는 것이 가장 중요한 미덕이라고 주장하였다. 정부의 법은 개인을 간섭하기 때문에 적을수록 바람직하다고 평가되었다. 자

138) 법에 의해서만 개인의 자유가 보장된다는 해링턴의 관점은 당대의 다른 공화주의자들의 자유와 법의 관계에 관한 진술에서도 확인할 수 있다. 예를 들어 대의제나 민회가 동의한 법이 아니고서는 지배를 받지 않는 사람이 자유롭다는 내용은 18세기 영국과 미국에서 일반적인 관점이었다. 페팅은 존 로크도 이러한 입장에 서서 자유와 법에 관하여 서술하였다고 본다. 필립 페팅(곽준혁 역), 앞의 책(주 9), 105-106쪽; 켄팅 스키너(조승래 역), 앞의 책(주 104), 82, 85쪽 참조.

유주의자들은 강력한 공화정부가 법을 통하여 시민 개인에 더 많은 간섭을 할 수 있다는 점에서 공화주의 관점을 경계하였다. 공화정부가 법을 운영하는 주체가 되고, 법과 같은 강제력을 독점한다면, 시민 개인의 자유를 지나치게 제한할 수 있다는 점 때문이었다.¹³⁹⁾

이러한 자유주의 관점에 의할 경우, 법의 지배의 주된 관심은 개인의 자유를 보호하기 위한 정부의 권력 제한일 것이다. 근대 이후 국가는 합법적이며 독점적으로 강제력을 행사할 수 있는 기관이 되었고, 그 강제력의 행사는 개인의 자유를 침해하지 않아야만 정당화될 수 있었다. 국가의 권력 행사는 미리 정해지고 공지된 법에 따라 행해져야 한다는 관념이 강조되기 시작했고, 이러한 이상이 헌법에도 담기게 되었다. 최선의 헌법은 국가의 권력이 개인의 자유를 해치는 폭군이 되지 않도록 정하여 ‘자비로운 주인’과 같이 되도록 하는 것이었다. 이에 따라 법의 지배도 국가 권력의 행사는 미리 정해지고 공지된 법에 따라서 행해져야 한다는 관념을 중심으로 발전하게 된 것이다.¹⁴⁰⁾

그러나 공화주의 관점에 따라 법과 자유 관계를 새롭게 본다면 자유주의 관점에서 말하는 최선의 헌법과는 다른 헌정체제와 법에 관한 논의를 할 수 있을 것이다. 가장 두드러지는 차이점은 자유를 창조하는 법으로서 헌법에 관한 논의를 할 수 있다는 것이다. 더 이상 개념적으로 자유와 법이 적대적인 관계에 있지 않다. 그리고 법에 대하여 적극적으로 시민의 자유와 자격을 형성하고 보장하는 역할을 요청할 수 있다. 시민들은 스스로 자유인으로서의 지위와 자격을 보장하는 헌법과 공화국을 적극적으로 형성하는 법을 기대할 수 있는 것이다. 다시 말해서 공화주의 관점에서 헌정체제는 시민들에게 자유인이라는 자격을 부여할 수 있어야 하며, 이러한 체제와 제도를 만드는 것이 공화국 헌법의 목표가 된다는 것이다. 법의 지배는 그러한 공화국 헌법을 기초로 논의가 이루어져야 한다.

139) 영국의 크롬웰의 공화국, 프랑스의 로베스피에르의 혁명정부 등 더 과격한 혁명으로 인하여 왕정보다 더 억압적인 공화국의 경험이 이러한 우려를 강화시켜주었다.

140) Philip pettit, “Law and Liberty”, *Legal Republicanism*, Edited by Samantha Besson and Jose Luis Marti, Oxford University Press, 2009, p. 59.

2. 공화주의 관점과 법의 지배

지금까지 살펴본 공화주의 논의는 자유를 어떻게 이해할 것인가를 중심으로 이루어진다. 간섭의 부재를 자유의 개념으로 이해하는 자유주의 관점과 대비시키면서, 현대 민주주의 사회에서 공화적 자유의 가치를 실현할 방법을 모색한다. 자유를 간섭의 부재로 이해할 때, 법을 바라보는 방식이 가지는 한계를 지적하고자 하였기 때문이다. 자유와 법의 관계를 공화주의 안에서 재정립하고 이를 현대 민주주의 사회에서 적용하고자 하는 것이 현대 공화주의 논의인 것이다. 그러나 이를 위하여 중요한 것은 자유가 무엇인가라는 물음이 아니라, 그 자유를 ‘어떻게 향유할 수 있는가’라는 물음이 되어야 한다. 공화주의 사상을 현대의 맥락에서 논의하는 것의 의의는 공화주의적 자유관의 강조가 아니라, 자유를 가능하게 하는 공화국의 모습, 공화국의 법체계, 공화국의 정당한 법이 무엇인가라는 물음에 대한 답을 찾을 수 있는 관점을 제시해준다는 점이다. 다시 말해서, 공화주의 관점에서 법의 지배가 무엇인가에 관하여 논의를 공화주의 관점에서 법의 지배를 살펴보는 이유인 것이다.

법의 지배를 공화주의 관점으로 해석하는 것을 시도한 견해들이 있다. 그 중 하나의 입장은 법의 지배에 대한 구체적 사상 중 시민주권 사상이 공화주의에서 비롯되었다고 본다.¹⁴¹⁾ 시민주권 사상의 내용은 법이 시민에 의하여 만들어지고 통치자는 시민의 위임을 받기 때문에 법이 통치자를 기속한다는 것이다. 그리고 이 사상과 공화주의 관점간의 밀접한 관련성을 인정한다. 공화국의 진정한 주인을 시민으로 보는 공화주의 관점에서 이를 설명한다. 공화주의 관점에서 시민들이 자유를 누리기 위해서는 통치자의 자의적 권력행사가 아닌 법에 의해 통치되어야 한다는 것이다.¹⁴²⁾ 이 입장은 법의 지배 개념에 공화주의가 영향을 미친 것을 인정하지만, 그럼에도 불구하고 법의 지배 이론은 자유주의 사상과 밀접한 관련을 맺으며 발전하였다고 평가한다는 점에서, 기본적으로 법의 지배를 자유

141) 김정오 외, 『법철학』, 박영사, 2017, 176-177쪽.

142) 김정오 외, 위의 책, 177쪽.

주의 관점에서 이해하는 입장이라고 할 것이다.

공화주의 관점에서 법의 지배를 논의하고자 한 또 다른 입장은 법의 지배 개념을 구성하는데 공화주의가 영향을 미쳤다고 본다.¹⁴³⁾ 이 입장은 법의 지배를 이해하는 세 가지 층위를 각각 권력제한, 자유와 권리보호, 민주주의라고 설명한다. 이 중에서 자유와 권리보호가 공화주의의 영향을 받았다고 본다. 공화주의 전통에서 법의 지배를 자유의 보호와 관련하여 이해한다는 것이다. 법이 예속의 부채로서의 자유를 보호하고 증진시키는 역할을 수행하기 때문이다. 또한 공화주의는 비예속 자유를 증진하기 위하여 권력분립을 제도적으로 보장하는 혼합정부를 옹호한다. 이러한 공화주의 관점은 법의 지배 이론을 구성하는 주요한 관점이라고 평가된다는 것이다. 다만 그 자유의 내용이 소극적 자유와 재산권을 중심으로 이루어진다는 점에서 법의 지배를 “자유공화주의적(liberal republicanism)”이라고 표현한다.¹⁴⁴⁾ 공화주의적 특징이 있음은 인정하지만, 법의 지배를 공화주의 관점에 충실하게 해석한 것으로 보기는 어려울 것이다.

법의 지배와 민주주의의 관계에 관한 다양한 입장을 입헌민주주의 유형으로 분류하는 입장도 하나의 분류를 공화주의적이라고 평가한다.¹⁴⁵⁾ 현대 자유주의에서 이루어지는 법의 지배 논의가 입헌민주주의를 배경으로 한다는 점을 전제로 한 것이다. 이 입장은 법의 지배 형태에 대하여 세 가지로 분류한다. 첫 번째는 ‘형식적 법의 지배에 입각한 입헌민주주의’이다. 형식적 차원을 강조하는 법의 지배 개념으로서, 입헌민주주의 사회라는 맥락을 고려하여 자유주의적 가치를 반영하는 최소한의 실질적 가치를 내포하는 분류이다. 두 번째 분류는 ‘실질

143) 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 『법치주의의 기초: 역사와 이념』, 서울대학교출판부, 2006, 55-57쪽 참조.

144) Cass R. Sunstein, "Beyond the republican revival." *The Yale Law Journal*, 97(8), 1988, p. 1540.

145) 이 입장이 서술된 논문에서, 형식적 법의 지배에 입각한 입헌민주주의는 다이시와 하이에크의 이론을 중심으로, 실질적 법의 지배에 입각한 입헌민주주의는 롤즈와 드워킨의 이론을 중심으로, 공화주의적 혹은 정치적 입헌민주주의는 애커만과 벨라미의 이론을 중심으로 설명한다. 김비환, “현대자유주의에서 법의 지배와 민주주의의 관계: 입헌민주주의의 스펙트럼”, 한국법철학회, 『법철학연구』, 9(2), 2006 참조.

적 법의 지배에 입각한 입헌민주주의'이다. 법의 지배 개념을 형식적인 것뿐만 아니라, 실질적 가치¹⁴⁶⁾를 내포하는 것으로 본다. 세 번째 분류가 공화주의적 혹은 정치적 입헌민주주의이다. 이 분류는 공화주의 관점에 따라 법과 정치의 관계를 대립적이지 않은 것으로 보면서, 사법부의 역할을 강조하는 다른 두 분류에 비하여 민주성을 좀 더 강조한다는 것이다. 이 입장 역시 자유주의 관점 안에서¹⁴⁷⁾ 공화주의 영향을 인정한 것이라는 점에서, 공화주의 관점이 하나의 독립적인 관점으로서 법의 지배 논의를 구성한 것으로 평가하기 어렵다고 볼 것이다.

이와 달리 자유주의가 아닌 공화주의 관점에서 법의 지배를 다루는 입장이 있다. 현대 공화주의 이론에서 가장 영향력 있는 학자 중의 하나인 필립 페티트(Philip Pettit)의 저서에서도 법의 지배와 관련된 주요한 부분을 다루고 있다. 페티트는 법의 지배를 논의하기 위한 하나의 방법론으로 공화주의적 접근을 취한 것은 아니다. 그의 공화주의 이론을 현대적으로 재정립하는 과정에서 법의 지배 논의를 전개한다. 이 논문에서 공화주의적 법의 지배 이론을 새롭게 정립하기 위한 출발점으로서 다음 장에서 페티트의 법의 지배 이론을 먼저 검토하기로 한다.

146) 실질적 가치에 해당하는 내용으로 롤즈의 '공정으로서의 정의관', 또는 드워킨의 '동등한 관심과 존중'을 예로 든다. 김비환, 앞의 글(주 141), 127-134쪽.

147) 이 입장은 세 분류의 입헌민주주의를 모두 '자유주의적 입헌민주주의의 스펙트럼'이라고 묘사한다. 김비환, 위의 글, 142쪽.

IV. 페팅의 법의 지배 이론

A. 페팅의 공화주의

1. 비지배 자유의 발견

(1) 기존의 자유논의: 벌린의 자유론

자유 개념에 관한 논의 중 가장 영향력 있는 것은 이사야 벌린(Isaiah Berlin)의 ‘자유’의 두 개념’이라는 논문¹⁴⁸⁾에서 비롯된 것이다. 벌린은 자유에 관하여 두 가지 대표적인 개념이 있다고 정리하였다. 이 두 가지의 개념은 각각 다른 종류의 질문에 관한 대답이다. 하나는 “누군가가 다른 사람의 간섭 없이 스스로 할 수 있는 일을 할 수 있도록, 또는 스스로 될 수 있는 존재가 될 수 있도록 방임되어야 할 영역은 무엇인가?”라는 질문이고, 다른 하나는 “누군가로 하여금 이것 말고 저것을 하게끔, 이런 사람 말고 저런 사람이 되게끔 결정할 수 있는 통제 및 간섭의 근원이 누구 또는 무엇인가?”라는 질문이다. 전자에 관련한 자유 개념을 ‘소극적(negative)’ 자유라 부르고, 후자에 관한 자유 개념을 ‘적극적(positive)’ 자유라 불렀다.¹⁴⁹⁾

1) 소극적 자유

소극적 자유는 “내가 선택한 행동을 다른 사람 때문에 방해받지 않음을 구성 요소로 하는 자유”이다.¹⁵⁰⁾ 방해를 받지 않는다는 것은 강제가 없다는 것을 의미한다. 여기에서 강제는 모든 형태의 간섭이 아닌 ‘타인의 의도적 간섭’이다.

148) 이 논문은 벌린의 옥스퍼드 대학 교수 취임 강연을 1958년에 논문으로 발표한 것이다.

이사야 벌린(박동천 역), 『이사야 벌린의 자유론』, 아카넷, 2014, 25쪽 참조.

149) 이사야 벌린(박동천 역), 위의 책, 343쪽.

150) 이사야 벌린(박동천 역), 위의 책, 363쪽.

즉, 자유로운 사람은 다른 사람의 의도적인 간섭으로 인하여 스스로의 행위에 영향을 받지 않는 사람이다. 그러나 벌린은 이 개념이 자유를 누리기 위하여 강제의 전적인 부재를 요구하는 것은 아니라고 지적한다. 자유의 영역이 불간섭의 영역에 비례하여 커진다는 점을 강조하고자 한다는 것이다.¹⁵¹⁾

그러므로 이 입장에서 자유를 이해할 때에는 불간섭 영역이 있어야 한다는 점에 관심을 가지면서 그 영역의 범위가 어디까지인가 하는 것이 중요한 논의가 된다. 사람에게서는 강제를 받지 않는 영역으로서 절대적인 보호를 받아야 하는 최소한의 자유 영역이 있어야 한다는 것이다.¹⁵²⁾ 이러한 불가침의 영역을 보호하기 위하여 그 침범을 막는 것을 목표로 한다는 점에서 소극적이며, “~로부터의 자유”이다.¹⁵³⁾

2) 적극적 자유

반면에 적극적 자유는 “스스로 자신이 주인이 됨을 구성요소로 하는 자유”이다.¹⁵⁴⁾ 이 입장에서 자유로운 사람은 스스로의 결정과 행동을 통제할 수 있는 사람이다. 물론 스스로가 주인이 된다는 것이 일체의 예속을 부정하는 것은 아니다. 물리적으로 자연 일반에 대한 예속은 벗어날 수 없기 때문이다. 한 사람이 다른 사람이나 나아가 한 사회에 예속되지 않아야 한다는 점에 관심을 두는 자유 개념이다.¹⁵⁵⁾

이 입장에서 자유로운 사람은 스스로의 삶의 목표를 설정하고 추구하는 사람이다. 적극적 자유 개념은 삶의 주도권을 개인에게 주는 것을 중시한다. 인간의 이성을 신뢰하는 입장에서는 이러한 자유 개념이 더 매력적이다.¹⁵⁶⁾ 이성적인

151) 이사야 벌린(박동천 역), 앞의 책(주 144), 346쪽.

152) 이사야 벌린(박동천 역), 위의 책, 347쪽.

153) 이사야 벌린(박동천 역), 위의 책, 361쪽.

154) 이사야 벌린(박동천 역), 위의 책, 363쪽.

155) 이사야 벌린(박동천 역), 위의 책, 361-362쪽.

156) 벌린은 스콜라 철학자들, 공산주의자들 외에도 스피노자, 헤겔, 맑스 등의 사상가들도 이 매력적 개념의 자유를 옹호한다고 보았다. 그리고 그들은 지배욕과 같은 비합리적 욕

개인은 합리적으로 판단하여 결정을 내릴 수 있기 때문에, 자신의 판단을 신뢰하여 삶을 영위할 수 있다는 점에서 그러하다. 이 자유는 개인에게 적극적으로 스스로의 삶을 추구할 수 있도록 한다는 점에서 “~을 향한 자유”이다.¹⁵⁷⁾ 이 입장의 자유는 스스로의 주인이 되는 것, 즉 자기지배(자율)에 관심을 둔다는 점에서 간섭의 부재에 관심을 두는 소극적 자유와 구별된다.

3) 벌린의 주장: 소극적 자유가 진정한 자유 개념이다

벌린은 적극적 자유 개념보다 소극적 자유 개념이 자유주의 사회에서 더 타당하다고 주장한다. 적극적으로 자유 개념을 사유하는 것이 오히려 개인의 자유를 침해하는 결과를 가져올 수 있기 때문이다.¹⁵⁸⁾ 적극적 자유 개념은 자기지배를 자유의 내용으로 보는데, 자기지배는 한 사람을 스스로를 ‘지배하는 자아’와 그 자아의 ‘지배를 받는 대상’으로 구분한다. 그리고 전자의 자아가 진정한 자아로서, 합리적 혹은 이상적 자아의 지위를 획득한다. 후자는 욕망과 자연에 충실하기 때문에 전자의 진정한 자아를 통해서만 자유를 누릴 수 있게 된다. 여기서 한 사람의 차원을 사회의 차원으로 넓히면, 충분히 이성적이지 않은 사람에 대한 다른 사람이나 사회의 간섭이나 강제가 정당화될 수 있다고 벌린은 경고한다. 한 사람의 진정한 자아를 발견하도록 훈육과 치료를 하는 것이 오히려 그의 자유를 위한 것으로 인식될 수 있기 때문이다. 그러한 강제는 자유를 억압하는 것이 아니라 오히려 그의 진정한 자유를 추구할 수 있도록 도와주는 것으로 정당화된다는 것이다.¹⁵⁹⁾

또한 벌린은 다원주의 사회에서 살아간다면, 적극적 자유 개념보다 소극적 자유 개념이 더 큰 이점을 가진다고 주장한다. 사람들이 추구하는 가치가 다양하

구에서 자유로운 합리적 인간상을 바탕으로 정치적 자유의 문제를 다룬다고 주장하였다.
이사야 벌린(박동천 역), 앞의 책(주 144), 383-385쪽 참조.

157) 이사야 벌린(박동천 역), 위의 책, 361쪽.

158) 이사야 벌린(박동천 역), 위의 책, 394쪽.

159) 이사야 벌린(박동천 역), 위의 책, 364-365쪽.

고 그 중 일부는 타협할 수 없다는 것을 전제하는 이상, 그러한 가치들에 관한 갈등이 해소될 수 있는 통합을 실현한다는 것을 불가능하다. 그러나 적극적 자유 개념은 이성을 강조하는 관점이기 때문에, 합리적 존재인 인간에게 궁극적으로 추구해야 할 하나의 삶의 모습이 있다는 추정에 이르게 된다는 것이다.¹⁶⁰⁾ 그는 이러한 하나의 삶의 방식, 특정한 가치지향을 선호하는 태도는 역사적으로 권위적인 독재와 같은 불행한 경험을 야기하였다는 점을 지적한다.¹⁶¹⁾ 그러므로 개인의 자유를 진정으로 보호하고 실현하기 위하여 다원주의 사회에서 취할 수 있는 자유의 개념은 소극적이어야 한다는 것이다.

소극적 자유 개념을 기초로 하면 법은 자유를 제한하는 것이다. 모든 사람이 소극적 자유를 누리기 위해서, 모든 사람에게 불가침의 영역을 무제한으로 허용할 수 없다. 사람들의 무제한의 자유는 서로 충돌하며 결국 어느 누구도 자유를 안전하게 누리지 못하게 되는 결과가 될 것이기 때문이다.¹⁶²⁾ 따라서 자유를 보호받기 위해서는 자유에 대한 제한이 필요하게 되는데, 그 제한의 역할을 수행하는 것이 법이다. 자유를 제한하는 법은 오로지 자유를 보호하기 위한 목적에서만 정당화된다.

(2) 제3의 자유: 공화적 자유

1) 벌린의 자유론 비판

소극적 자유 개념을 진정한 자유 개념으로 받아들이는 벌린의 자유론은 다양한 비판을 받았다. 그중에서도 자유의 개념 논의를 두 가지로 한정시킨 점과, 소극적 자유가 진정한 자유라는 그의 주장에 대하여 비판이 집중되었다.¹⁶³⁾ 특히

160) 이사야 벌린(박동천 역), 앞의 책(주 144), 418쪽.

161) 이사야 벌린(박동천 역), 위의 책, 419쪽.

162) 홉스는 이와 같은 상태를 사회계약 이전의 자연상태이며, “만인에 대한 만인의 투쟁”이라고 서술하였다. 인간은 자연상태를 벗어나 자신의 생명을 평화롭게 보존하기 위하여 사회계약을 체결하게 된다고 보았다. 토머스 홉스(최공웅, 최진원 역), 『리바이어던』, 동서문화사, 213-215쪽 참조.

현대 공화주의자들은 공화주의 전통에서 발견되는 자유의 개념이 벌린이 제시한 두 가지 개념 중 어디에도 해당하지 않는다고 주장한다.¹⁶⁴⁾ 이 공화적 자유 개념이 오히려 진정한 자유라는 것이다. 이 자유 개념은 예속의 부재, 주종관계의 부재가 자유의 중요한 측면임을 강조한다. 예속관계에서 벗어난 사람이 자유로운 사람이라는 이들의 자유 개념은 간섭의 부재를 자유로 보는 소극적 자유 개념에도, 자기지배(자율)를 자유로 인정하는 적극적 자유 개념에도 포섭되지 않는 제3의 자유 개념인 것이다.¹⁶⁵⁾

2) 제3의 자유

페팅은 벌린의 소극적 자유와 적극적 자유 중 어디에도 해당하지 않는 자유 개념이 있으며, 그 개념은 공화주의 전통에서 발견된다고 설명한다.¹⁶⁶⁾ 근대 초기의 중요한 공화주의 저술가 마키아벨리는 자유를 예속된 노예상태와 대비되는 개념으로 사용하였다. 마키아벨리는 도시에 관하여 설명하면서 자유로운 도시와 노예상태인 도시를 구별하였다. 그리고 어떤 도시가 폭정에 의하여 억압을 받거나 식민지가 된다면 자유를 상실한 노예상태로 전락하였다고 평가하였다.¹⁶⁷⁾ 마키아벨리 이후 공화주의 문헌에서도 자유에 관한 논의들은 노예상태를 벗어나는 것을 주요한 목표로 삼고 있었다. 영국의 대표적인 공화주의 저술가 해링턴은 인간이 자유를 누리기 위해서 경제적 자립을 강조하였는데, 생계를 스스로 책임질 수 없을 경우 타인에 의존하게 됨으로써 자유를 상실하게 될 것이라고 여겼

163) 페팅은 벌린의 자유론이 자유를 이해하는 방식을 두 가지로 한정시키는 결과를 가져왔다고 비판하였고, 비롤리는 벌린의 자유론에 대하여 역사 속에서 지속적으로 언급되고 발전되어 온 자유의 개념이 전혀 고려되지 않았다고 비판하였다. 필립 페팅(곽준혁 역), 『신공화주의』, 나남, 2012, 66쪽; 모리치오 비롤리(김경화·김동규 역), 『공화주의』, 인간사랑, 2006, 100-101쪽 참조.

164) 안준홍, “이사야 벌린의 소극적 자유론과 한국헌법 제10조”, 한국법철학회 『법철학연구』, 13(3), 2010, 91면; 조승래, 『공화국을 위하여—공화주의의 형성과정과 핵심사상』, 도서출판 길, 2010, 104쪽.

165) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 73쪽.

166) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 91-97쪽 참조.

167) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 93쪽.

기 때문이다.¹⁶⁸⁾

페트는 이러한 자유의 언어는 간섭의 부재나 자기지배를 중심개념으로 하지 않는 제3의 형태의 자유 개념이며, 이 자유의 개념을 ‘비지배 자유(liberty as non-domination)’라고 이름하였다.¹⁶⁹⁾ 그의 비지배 자유는 노예와 자유인을 대비시키는 공화주의 전통에 부합한다는 점에서 공화적 자유이다.¹⁷⁰⁾ 노예는 실질적 간섭을 현재 받고 있다는 점에서가 아니라 본질적으로 지배를 받는 지위에 있다는 점에서 자유인과 구별된다. 그리고 페트도 이 점에 주목하여 자유를 간섭이 아닌 지배로부터 벗어나는 것으로 이해한다.¹⁷¹⁾ 페트의 자유 개념은 벌린의 적극적 자유와도 소극적 자유와도 구별되는 개념인 것이다.

3) 비지배 자유와 적극적 자유의 구분

먼저 비지배 자유와 적극적 자유를 비교해보자. 비지배 자유는 적극적 자유가 아니다. 자유를 자기지배라는 능동적 개념으로 이해하는 적극적 자유와 달리 비지배 자유는 지배의 ‘부재’라는 점에서 자유를 소극적으로 개념하고 있기 때문이다. 페트는 비지배를 개념요소로 하는 공화주의 자유가 적극적 자유로 오인될 수 있음을 인정한다. 공화주의 전통에서 시민의 참여라는 능동적 가치가 자유와의 관계에서 강조되기도 한다는 점 때문에 그러하다. 그럼에도 불구하고 그는 정치적 과정에의 참여가 자유의 개념 요소는 아니라고 주장한다.¹⁷²⁾ 정치적 과

168) 페트는 이러한 자유인과 노예의 대조는 영국과 미국의 혁명기를 지나며 공화주의 전통으로 뚜렷해졌다고 평가한다. 혁명기에 나타났던 영국과 미국에서의 독립이나 자유에 관한 논의들은 노예상태에서 벗어나는 것을 주요한 목표로 삼고 있다는 것이다. 해링턴 이후의 공화파의 저작들도 개인의 자립을 강조하는 자유의 개념을 통해 미국의 혁명을 옹호하였다. 영국의 휘그당과 토리당의 논쟁 속에서도 ‘노예화로부터의 해방’이라는 수사가 자유의 의미로 사용되고, 이 언어들을 이용하여 상대방 정부를 비판하였다. 또한 미국 독립의 불씨가 된 영국정부 과세에 대한 저항도 외부의 자의적 강요에 대한 저항으로 이루어졌다. 필립 페트(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 87, 95-97쪽 참조.

169) 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 73쪽.

170) 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 97쪽.

171) 이와 같이 마키아벨리 이후로 나타나는 자유의 언어는 안전을 추구하기 위하여 지배받지 않으려는 욕구에서 기인한다. 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 92쪽.

정의의 시민 참여는 공화주의 자유 그 자체가 아니라, 자유를 위한 수단에 해당한다.¹⁷²⁾ 예를 들어 미국 건국에 관한 헌정 논쟁에서는 대의민주제가 공화국 개념 정의에 포함된 것으로 이해되었는데, 대의제도는 공화국의 자유를 유지하기 위한 수단으로서 중요하였기 때문이다.¹⁷⁴⁾ 민주적 참여와 대표성 등의 제도는 자유를 보장한다는 측면에서 자유와 접점을 가진다. 그러나 페팅은 민주적 통제는 자유의 개념 요소가 아닌 자유의 보호와 증진을 위한 수단으로서 가치를 가질 뿐이라는 것을 분명히 함으로써 적극적 자유와 비지배 자유를 구분한다.¹⁷⁵⁾

4) 비지배 자유와 소극적 자유의 구분

다음으로 비지배 자유와 소극적 자유를 비교해보자. 적극적 자유와의 비교보다는 좀 더 세심한 검토가 필요하다. 왜냐하면 벌린 이후 적극적 자유보다 소극적 자유가 다원적 민주사회에 대하여 더 적절한 자유의 개념이라고 받아들여졌기 때문이다. 그리고 현대 공화주의 논의가 ‘불간섭’과 ‘비지배’의 비교하는 자유의 개념론에서 출발하기 때문이기도 하다.

비지배 자유는 소극적 자유가 아니다. 간섭의 부재를 자유로 보는 소극적 자

172) 페팅은 민주적 통제, 시민의 참여에 대한 강조가 지나쳐서 “민중주의”적 입장에 이른 경우를 그의 공화주의 이론에서 배제시키고 있다. 필립 페팅(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 87-90쪽 참조.

173) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 88쪽.

174) 알렉산더 해밀턴, 제임스 매디슨, 존 제이(김동영 역), 『페더럴리스트 페이퍼』, 한울아카데미, 1995, 236쪽.

175) 스키너도 공화주의 자유가 벌린의 적극적 자유에 해당하지 않는다고 주장하였다. 두 자유를 혼동하는 것은 아리스토텔레스의 인간관을 공화주의 전통의 원형으로 이해하였기 때문에 나타난 결과라고 보았다. 그는 포각이 아리스토텔레스의 목적론적 인간관을 바탕으로 공화주의를 공적 영역에 적극적으로 참여하는 시민의 덕을 강조하는 이론으로 이해하였고, 벌린의 자유 이분론을 전제로 공화주의 자유는 적극적 자유에 해당한다고 보았다는 것이다. 그러나 마키아벨리를 비롯한 공화주의 사상가들은 공적 영역에의 참여는 전제적 지배로부터 해방되는 자유를 얻기 위한 수단으로서 이해하고 있음을 강조하였다. 켄틴 스키너(조승래 역), 『자유주의 이전의 자유』, 푸른역사, 2007, 162-165쪽; J. G. A. 포각(곽차섭 역), 『마키아벨리언 모멘트 2』, 나남, 2011, 369-370쪽; 조승래, 앞의 책(주 164), 105-106쪽 참조.

유와 달리 비지배 자유는 지배의 부재를 자유로 보기 때문이다. 두 개념 모두 강제의 부재라는 소극적 측면을 공유하지만 간섭과 지배는 다른 해악이다.¹⁷⁶⁾ ‘간섭 없는 지배(domination without interference)’와 ‘지배 없는 간섭(interference without domination)’을 비교하면 두 해악의 차이점이 더 잘 드러난다.

‘간섭 없는 지배’는 너그러운 주인에게 속한 노예의 경우를 예로 들 수 있다. 주인이 노예에게 지금 어떠한 간섭행위를 하지 않기 때문에 노예는 스스로 원하는 행위를 할 수 있다. 이 경우 노예는 간섭이 없는 상태에 있다. 그러나 주인이 언제든지 간섭을 할 수 있으며, 노예는 주인의 자의적 간섭에 휘둘릴 상황에 놓여 있는 것이므로 지배받고 있다. 비지배 자유 개념에 의하면, 노예는 간섭을 받지 않고 있더라도 자유롭지 못하다. 자비로운 주인에 의하여 노예가 누리를 불간섭은 불안정적이다. 주인의 자비라는 기대를 가지는 것은 우연적 상황에 자신의 자유를 맡기는 셈이 되기 때문이다.¹⁷⁷⁾

반면 ‘지배 없는 간섭’은 계약에 의하여 대리인을 선임한 경우를 예로 들 수 있다. 자신의 이익을 위하여 일정한 상황에서 대리인으로 하여금 대신 특정 권한을 행사할 수 있도록 계약을 체결한 경우를 가정해보자. 대리인이 계약에 따라 권한을 행사하여 본인의 권리관계에 변경이 생길 수 있다. 이 때 본인은 대리인에 의하여 간섭을 받고 있다. 그러나 그 계약을 체결할 때 본인의 의지가 반영되었고, 대리인이 계약에 따르지 않는 권한을 행사하는 등 남용이나 일탈이 있을 때 본인이 대리계약을 해지하는 등의 권리 행사를 할 수 있다는 점에서, 본인이 대리인의 지배를 받고 있는 것은 아니다. 비지배 자유 개념에 의하면, 본인은 간섭을 받고 있으나 자유롭다.¹⁷⁸⁾

176) 필립 페딧(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 74쪽.

177) 필립 페딧(곽준혁 역), 위의 책, 78쪽.

178) 필립 페딧(곽준혁 역), 위의 책, 75쪽.

(3) 비지배 자유와 법의 관계

1) 비자의적 간섭으로서의 법

간섭과 지배를 구분하는 것으로 자유의 개념에 관한 논의는 자유와 법에 관한 논의로 나아간다. 자유를 바라보는 두 가지 다른 이해 방식은 법을 바라보는 이해 방식에 영향을 미친다. 법은 인간의 행위를 향도하는 규범으로써, 인간의 선택에 영향을 미친다는 점에서 기본적으로 간섭에 해당한다. 간섭이 없어야 자유로울 수 있다는 소극적 자유 개념에 의할 경우 자유는 법이 없는 곳에서 누릴 수 있다. 법이 있어서 준수해야 한다는 것은 그 자체로 간섭을 받고 있다는 의미이며, 간섭을 받는다는 것은 자유가 제한된다는 의미이기 때문이다.¹⁷⁹⁾

그러나 자유를 비지배의 개념으로 정의할 경우, 법 그 자체만으로 자유가 제한되는 것은 아니다. 법이 성질상 간섭에 해당하지만, 그 법이 지배에 해당하는지 여부에 따라 자유의 제한 여부가 달라지기 때문이다. 법이 간섭이면서 동시에 지배에 해당한다면 그 법은 자유를 제한하고 나아가서 침해한다고 볼 수 있다. 반대로 법이 지배가 아닌 간섭이라면, 즉 타인의 자의에 따른 간섭에 해당하지 않는다면, 그 법은 자유를 제한하지 않는 것이다. 페тит에 의하면 특정인이나 특정계층의 이익을 위하여 만들어진 법은 지배의 성질을 갖는다. 특정인이나 특정집단을 제외한 다른 사람들에게 그 법을 적용하는 것이 타인(특정인이나 특정집단)의 자의에 의한 간섭을 받는 것과 동일하게 평가될 수 있다는 것이다. 이와 달리 공화국의 일반 시민들의 공통적 이익을 고려하여 만들어진 법은 비자의적 간섭에 해당한다고 볼 수 있다. 그 법은 공화국 시민들의 자유를 제한하거나 침해하지 않을 것이다.¹⁸⁰⁾ 그러므로 공화국의 법이 지배가 아닌 간섭에 해당한다면, 공화국 시민들의 자유는 법 그 자체만으로 제한받지 않는다.

179) Philip Pettit, "Law and Liberty", ed. Samantha Besson, Jose Luis Marti, *Legal Republicanism*, Oxford University Press, 2009, pp. 44-45.

180) *Ibid.* pp. 46-47.

2) 자유를 창조하는 공화국의 법

페트는 법이 필연적으로 간섭이며 본질상 강압적임을 인정한다. 그러나 특정인이 아닌 공화국 시민의 일반적인 이익과 사고에 체계적으로 응답하는 법은 자유를 훼손하지 않는 간섭이라고 본다.¹⁸¹⁾ 그러한 공화국의 법은 오히려 시민의 자유를 창조한다는 것이다. 그 법이 타인의 자의적 간섭을 벗어나는 것을 보장하기 때문이다. 또한 시민 공통의 이익을 추구하고 시민들의 의견에 반응하는 방식으로 그 법이 집행될 때, 법은 비자의적 간섭으로서의 자격과 능력을 인정받는다.¹⁸²⁾ 다시 말해서 공화국의 법은 비자의적 간섭으로서 정당화되고, 자유를 창출한다.

공화주의 전통에서 발견되는 자유와 법의 관계도 페트는 비지배 자유 개념으로 설명할 수 있다고 본다.¹⁸³⁾ 자유를 노예상태와 대조적인 것으로 이해하고 법의 목적을 자유의 보존과 확장이라고 보았던 공화주의의 영향¹⁸⁴⁾이 18세기 영국과 미국에서 발견된다는 것이다. 그는 정의로운 정부의 목적은 개인의 자유를 보호하는 것이며, 자유는 법 없이 존재할 수 없다는 주장이 당시 상식으로 통하였다고 평가한다.¹⁸⁵⁾ 공화주의 전통에서 공화국과 시민이 자유로울 수 있는 필수적인 조건이 법이었다는 것이다. 이렇듯 법이 자유를 창조한다는 관념은 공화주의 전통에서 발견될 뿐만 아니라, 현대 민주주의 사회를 배경으로 하고 있는 페트의 이론에서도 비지배 이상으로서 드러나고 있다.

181) 필립 페트(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 98쪽.

182) 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 100쪽.

183) 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 99쪽.

184) 로크의 주장이다. 이 주장을 페트는 공화주의 영향을 받은 것으로 평가하였으나, 그에 반대하는 해석도 있다. 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 105-106쪽 참조.

185) 페트는 리처드 프라이스와 윌리엄 블랙스톤 등 영국의 학자들의 글을 인용하여 비지배 자유 개념이 당시 저술가들이 공유하고 있던 자유와 법의 관계에 관한 관념을 설명해준다고 주장한다. 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 106-107쪽 참조.

2. 비지배 개념의 고찰

페트는 소극적 자유 개념을 진정한 자유 개념으로 인식하는 자유주의 관점에 대하여 공화주의 사상에서 발견되는 예속의 부재라는 개념이 더 명확하고 의의가 있는 자유 개념이라고 주장한다. 그리고 노예가 주인에게 예속된 것과 같은 상태와 대비되는 자유의 모습을 ‘타인에 의한 지배의 부재’라고 정의한다.¹⁸⁶⁾ 지배의 부재는 간섭의 부재와 다르다. 지배는 ‘자의적 간섭’만을 의미하기 때문이다. 그러므로 페트에 의하면 사람은 모든 간섭이 없어야 자유로울 수 있는 것이 아니다. 오로지 자의적 간섭을 받지 않을 수 있을 때 자유롭다고 할 수 있다. 페트는 비지배에 대하여 철학적으로 분석을 시도한다. 이를 위하여 지배 즉, 자의적 간섭의 개념요소를 검토하고, 비지배 개념이 이상으로 가지는 함의를 정리한다.

(1) 자의적 간섭이란

1) 자의적 간섭의 개념 요소

비지배 자유는 자유를 누리기 위하여 모든 종류의 간섭으로부터 벗어나는 것이 아니라, 자의적 간섭으로부터 벗어나는 것을 요구한다. 페트는 이 자의적 간섭, 즉 지배가 세 가지 특성을 가진다고 분석한다. 그는 모든 지배관계가 세 가지 특성을 가지며, 기본적으로 이러한 특성을 모두 만족시킬 때 한 당사자가 다른 당사자를 지배하고 예속시킨다고 설명한다. 따라서 이 세 가지 특성은 지배관계의 발생조건이라고 할 수 있을 것이다; ① 간섭할 능력이 있을 것 ② 자의적일 것 ③ 타인의 권한이 있는 특정 선택범위 내일 것.¹⁸⁷⁾

186) 필립 페트(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 125쪽.

187) 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 127쪽.

2) 간섭할 능력이 있을 것(have capacity to interfere)

지배관계가 발생하기 위한 첫 번째 조건은 간섭할 능력이 있어야 한다는 것이다. 지배는 일종의 간섭이다. 그리고 타인의 선택이나 행동에 간섭을 한다는 것은 간섭할 능력을 전제할 때 가능하다. 이 때 능력은 “어느 정도 행사할 준비가 된 능력”이어야 한다.¹⁸⁸⁾ 만약 잠재적 능력만을 가지고 있다면 타인을 실제로 지배하는 것이 아니라 잠재적 지배에 그치게 될 것이다. 타인을 간섭할 수 있는 어떠한 지위가 있다고 가정해보자. 그 지위에 오를 기대만 가지는 사람은 타인을 간섭할 수 있는 잠재적 능력만이 있다고 할 것이다. 그렇다면 이 때 그 사람은 간섭할 능력이 있다고 보기 어려울 것이다. 페팅은 잠재적인 지배의 경우, 미래에 지배의 가능성이 있다는 점에서 역시 위험하다고 판단한다. 다만, 그 자체로 해악인 실제적 지배와는 구별된다고 본다.¹⁸⁹⁾

간섭은 행위이다. 페팅은 간섭이 되는 행위를 신체에 대한 직접적 강제에 국한하여 이해하지 않는다. 그는 직접적인 신체 강제 외에도, 강제의 위협에 의하여 타인을 정신적으로 강제하는 행위와 ‘조작(manipulation)’도 간섭행위에 포함시킨다. 조작은 겉으로 드러나지 않는 행위로서, “사람들의 신념이나 욕망을 기만적 혹은 비합리적으로 형성하거나 사람들의 행위의 결과를 인위적으로 꾸며내면서 의제를 설정하는 형태”의 행위를 말한다.¹⁹⁰⁾

또한 페팅에 의하면 간섭은 “의도적”으로 “타인의 상황을 악화”시키는 경우만을 의미한다.¹⁹¹⁾ 의도적이어야 한다는 것은, 간섭으로 인하여 발생한 사정이 우연이나 운에 의한 것이 아니어야 한다는 것을 의미한다. 왜냐하면 우연이나 운에 의하여 벌어진 상황에 대하여 누군가에게 책임을 물을 수 없기 때문이다. 다시 말해서 책임을 지울 수 있을 정도의 의도성이 있어야 간섭이라고 할 수 있다.

188) 필립 페팅(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 130쪽.

189) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 131쪽.

190) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 128쪽.

191) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 127-128쪽.

그리고 타인의 상황을 악화시켜야 간섭이라 할 수 있기 때문에, 더 나아지게 도움을 제공하는 경우에는 간섭이라고 말할 수 없다.¹⁹²⁾ 예를들어 선택을 하고자 하는 사람의 선택지에 대하여, 그 선택의 범위를 줄이거나 선택가능성 자체를 없애는 것은 간섭이라 할 수 있지만, 선택지를 늘려주는 등의 개입이 이루어지는 것을 간섭이라 할 수 없을 것이다. 그리고 타인의 상황을 악화시키는 행위가 반드시 도덕적으로 문제가 되는 경우만 간섭이 되는 것은 아니다. 예를 들어 충분한 자원을 가진 사람이 다른 사람이 팔고 있는 물건과 동일한 물건을 훨씬 더 싼 값에 매도하는 경우도 다른 사람의 상황을 악화시킨다는 점에서 간섭에 해당한다.¹⁹³⁾

3) 자의적일 것(arbitrary basis)

두 번째 지배관계가 발생하기 위한 조건은 자의성이다. 지배는 자의적인 간섭이다. 타인을 간섭하되 오로지 행위자의 ‘의지(arbitrium)’에 의한 간섭행위는 자의적이라고 평가된다.¹⁹⁴⁾ 이 때 자의성은 행위자가 자신의 행위에 대하여 전적으로 의지를 발현할 수 있을 것을 요구한다. 그러므로 스스로 결정권이 없거나 선택할 수 없는 경우에는 자의적이라고 할 수 없다. 타인의 이익이나 요구에 영향을 받지 않고 행위자가 간섭행위를 할 때 자의성을 인정할 수 있다는 것이다.

페트는 자의성을 강도에 따라 다른 형태를 띌 수 있다고 설명한다. 어떤 행위가 간섭행위가 의도한 결과의 영향을 받는 경우를 본래적 의미에서 자의적인 경우라 할 것이다. 그러나 이 외에도 자의적이라 할 수 있는 경우가 있다. 바로 절차적 의미에서 간섭행위가 자의적인 경우이다. 이것은 행위에 대한 통제가 자의적인 경우를 의미한다.¹⁹⁵⁾ 예를 들어 행위자가 타인의 이익이나 의사에 반하여 타인의 선택가능성을 줄이기 위한 행위를 하는 것은 전자에 해당한다. 그러나

192) 필립 페트(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 127쪽.

193) 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 130쪽.

194) 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 131쪽.

195) 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 132쪽.

행위자가 타인의 이익과 의사를 고려하는 절차가 있음에도 이를 무시하거나 적절하게 거치지 않도록 하는 행위를 하는 것은 후자이다. 이 경우는 타인의 선택지를 직접적으로 제한하는 것은 아니지만, 타인의 이익과 의사보다 행위자의 의지가 우선이 된다는 점에서 자의적이다.¹⁹⁶⁾

이 자의성을 국가의 행위 차원에서 생각해보자. 시민들의 이익과 의사를 전혀 반영하지 않는 국가의 행위는 자의적이다. 반대로 모든 시민들의 이익과 의사를 반영하지 못하더라도 적절한 절차를 통하여 고려한 결과에 따른 국가의 행위는 비자의적이다.¹⁹⁷⁾ 따라서 시민들이 ‘공유하는 이익과 의사’를 고려하여 만들어진 법과 그 법에 의한 간섭은 모두 비자의적이라 할 수 있다. 그러므로 국가가 시민의 선택권을 제한하는 입법을 추진하고자 할 때, 제한의 대상이 되는 시민들 공통의 이익과 의사를 고려하는 절차를 적절히 거친다면, 그 결과 만들어진 법률은 시민의 자유를 손상시키지 않는다.¹⁹⁸⁾

법을 만드는 과정에서 시민들의 이익과 의사가 반영되어야 한다는 것은 무엇을 의미하는가. 공화주의 전통은 시민들의 공유된 이익과 의사가 부합하지 않는 것을 당파적이라고 평가한다. 페팅은 당파적인지에 대한 평가를 권력자나 특정 계층 혹은 집단의 이익과 의사만을 반영한 것인지 공적 토론을 통하여 확인해야 한다고 본다. 즉, 국가의 행위는 모든 시민들과 모든 입장에서부터 도전을 받아야 하고, 이견이 있으면 적절한 조치가 취해져야 한다는 것이다.¹⁹⁹⁾ 또한 자의성을 최대한 줄이기 위하여 당파적이고 분파적인 간섭을 어렵게 만드는 선결조건을 마련함으로써 국가의 행위를 견제할 수도 있을 것이다.²⁰⁰⁾

196) 필립 페팅(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 132쪽.

197) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 132-133쪽.

198) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 133쪽.

199) 페팅은 국가의 행위가 자의성이 있는지의 여부는 기본적으로 정치적 문제에 해당한다고 본다. 다만 이러한 국가의 행위의 자의성을 평가하고 확인하는 작업은 사실의 문제이기 때문이다. 정치는 국가의 행위의 자의성을 판단하는 유용한 도구이지만, 실제로 시민이 그 행위에 의하여 지배를 받고 있는지의 여부가 본질적으로 중요한 것이다. 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 134쪽.

200) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 136쪽.

4) 타인의 권한이 있는 특정 선택범위 내일 것(in certain choices)

페티가 제시하는 세 번째 지배관계의 발생조건은 지배의 범위에 관한 것이다. 지배관계에 있다고 말하기 위하여 행위자가 타인의 모든 선택권에 대하여 자의적으로 간섭할 필요는 없다는 것이다. 특정한 선택영역이나 특정한 기간에 한하여 간섭하는 경우도 지배관계가 발생한다.²⁰¹⁾ 고용주와 피고용인의 관계를 생각해 보자. 고용주는 피고용인 삶의 모든 영역에 대하여 간섭행위를 하지 않는다. 사업장이라는 공간과 영역에 한정하여 간섭할 뿐이다. 이 때 고용주가 피고용인에 대하여 사업장이라는 한정된 영역에 관하여 자의적으로 간섭한다면, 고용주는 피고용인을 지배한다고 할 것이다.²⁰²⁾

비지배 자유를 증진해야 한다고 할 때, 지배의 범위에 관한 논의는 중요한 의미를 가진다. 보다 넓은 영역에서 지배가 이루어지는 것에 비하여 좁은 영역에서 지배가 일어나는 것이 더 좋다는 판단이 가능하기 때문이다. 또한 특정한 영역에서 일어나는 지배가 다른 영역에 비하여 더 해로울 수 있다는 판단 또한 가능하다.²⁰³⁾ 즉, 사람은 자신의 삶의 영역에서 지배의 영역이 좁을수록 더 자유롭다. 그리고 그는 보다 덜 중요한 선택영역에서 지배를 받을 때 더 자유롭다.

5) 소결: 공적 관심사로서의 지배

지배는 간섭할 능력을 가진 사람이 자의적으로 타인의 특정 선택에 관하여 간섭할 때 발생한다. 이렇게 발생한 지배관계는 그 관계의 당사자들만의 문제에 머무르지 않고, 그들이 소속된 사회의 ‘공통적 지식(common knowledge)’이 되는 경향이 있다는 점을 페티는 지적한다.²⁰⁴⁾ 당사자들이 지배의 사실을 인식하

201) 필립 페티(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 137쪽.

202) 필립 페티(곽준혁 역), 위의 책, 137쪽.

203) 필립 페티(곽준혁 역), 위의 책, 137쪽.

204) 필립 페티(곽준혁 역), 위의 책, 138쪽.

고 상대방도 그 사실을 인식하며, 그들 간의 지배관계가 존재한다는 것을 다른 사람도 인식하게 된다는 것이다.

지배관계가 공통적 지식이 된다는 것은 한 사회에서 어떤 사람이 다른 사람에 대하여 지배할 능력 혹은 권력을 가진다는 사실이 그 사회의 모든 사람들에게 주요한 관심사가 된다는 것이다. 이러한 관심은 특히 사회 내 자원의 분배와 관련이 있다. 자원의 분배 측면에서, 지배할 권력은 그 권력을 가지기 위하여 필요한 여러 자원들²⁰⁵⁾이 불균형적으로 분배될 때 발생하기 때문이다.

이렇듯 자신이 약자에 속하는가, 즉 지배권력에 자신이나 타인이 예속되어 있는가에 대한 관심은 공적 관심사이다.²⁰⁶⁾ 지배를 하는 강자는 ‘통제’를 인식하고 지배를 받는 약자는 ‘취약성’을 인식한다. 그리고 양 당사자는 두 가지 인식에 대하여 상호인식을 하고, 사회는 이러한 비대칭구조에 대하여 인식을 한다. 약자가 강자의 지배권력에 노출되어 있다는 점이 사회적으로 인식됨으로써, 지배의 문제는 당사자간의 사적인 문제에 머무는 것이 아니라 공동체의 공적 논의 주제로서 객관성을 확보하게 된다. 그 결과 누군가가 지배를 받고 있다는 사실은 공적으로 해결해야 할 문제가 된다.²⁰⁷⁾ 비지배 자유 개념은 자유를 보호하고 증진하기 위하여 지배를 없애거나 줄여야 한다고 말한다. 지배의 부재를 이상으로 하는 비지배 자유 개념은 자유와 법의 관계에 관하여 풍부한 함의를 제공해준다.

205) 페티에 의하면 이 자원들이 물리적 힘, 기술적 이점, 재정적 영향력, 정치적 권위, 사회적 네트워크, 지역사회에서의 지위, 정보 접근성, 이데올로기적 위치, 문화적 정당성 등에 걸쳐 매우 다양하게 존재한다. 뿐만 아니라 응급의료에 관한 자격 등 긴급상황에서 호의를 베풀 수 있는 역량을 가지는 것, 협상하기 어려울 정도의 완고함 등도 자원에 포함된다. 필립 페티(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 139쪽.

206) 필립 페티(곽준혁 역), 위의 책, 141쪽.

207) 필립 페티(곽준혁 역), 위의 책, 142-143쪽.

(2) 비지배 이상과 그 함의

1) 비지배 = 지배의 부재

비지배의 가장 기본적인 함의는 지배가 없다는 것이다. 나를 지배할 사람이 존재하지 않는다면 나는 언제나 지배를 받지 않는다. 즉, 공동체로부터 고립된 고독한 어느 한 사람은 언제나 자유롭다. 그러나 타인의 부재로 인한 자유는 공화적 자유가 아니다.²⁰⁸⁾ 공화주의는 기본적으로 공화국이라는 공동체를 전제로 자유를 논의하기 때문이다.²⁰⁹⁾ 그러므로 비지배 자유는 타인의 존재를 전제로 그 타인에 의한 지배가 없을 것을 이상으로 하는 자유이다.

지배와 비지배의 문제를 사람 대 사람의 관계가 아니라 집단 혹은 국가와의 관계에서 살펴볼 수 있다. 페팅은 현대 사회에서 나타날 수 있는 지배의 모습을 도미니움(dominium)과 임페리움(imperium)으로 나눈다.²¹⁰⁾ 그에 의하면 도미니움과 임페리움은 각각 사적관계에서 일어나는 지배와 국가가 시민에 대하여 권력행사를 할 때 나타나는 지배를 가리키는 말이다. 국가의 차원에서 비지배 자유에 대한 논의를 할 때 국가와 시민의 관계에 주목하여 논의하기 쉽다. 그러나 페팅의 공화주의에서 비지배는 도미니움의 부재도 포함하는 것이다. 그러므로 비지배를 달성하기 위한 노력은 국가권력에 의한 자의적 간섭을 최소화하는 것과 함께, 사적 권력관계에서 나타날 수 있는 지배를 최소화하는 것도 고려해야 한다.

208) 필립 페팅(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 151쪽.

209) 이는 공화주의 전통에서 자유인과 시민이 동일시되는 지위의 사람이었다는 점에서 잘 드러난다. 고대 로마에서 시민을 의미하는 civitas(키비타스)와 자유인을 의미하는 libertas(리베르타스)는 같은 의미로 사용되었고, 18세기에 자연적 자유와 시민적 자유가 구별하고 공화주의 자유는 시민적 자유로 이해되었다. 페팅은 비지배 자유와 불간섭 자유를 각각 시민적 자유 개념과 자연적 자유 개념에 결부될 수 있다고 본다. 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 151쪽 참조.

210) 도미니움과 임페리움은 로마법체계에서 따온 것으로, 페팅은 특별히 사적 관계에서 나타나는 지배를 도미니움이라 부르고, 국가권력과 시민의 관계에서 나타나는 지배권력을 임페리움이라 부른다. 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 58-59쪽 및 각주 15번 참조.

앞에서 검토했듯이, 지배는 다른 사람들과 함께 살아가면서 특정한 선택범위에 대하여 자의적으로 간섭할 능력을 가진 타인이 존재할 때 발생한다. 그러므로 타인에게 간섭할 능력이 없거나, 간섭이 있더라도 자의적이지 않을 때 지배가 없다고 할 수 있다. 그리고 지배에도 강도와 범위가 다르게 나타나는 것처럼 비지배도 강도와 범위가 다르게 나타날 수 있다. 가장 이상적으로 비지배를 정의한다면, 타인들 사이에서 살아가면서 특정한 선택범위에 대하여 자의적으로 간섭할 능력을 가진 타인이 없는 것이다. 그러나 현실적으로 비지배 이상을 실현하고자 한다면, 지배의 강도나 범위를 줄이거나 지배의 범위를 줄이는 것도 비지배 이상에 부합한다고 볼 수 있을 것이다. 이와 같이 비지배를 실현 혹은 달성해야 할 이상으로 볼 때, 실현하기 위한 방식에 관한 논의가 중요해진다. 그러므로 비지배를 어떻게 증진할 수 있는지 그 방식에 관한 논의가 필요하다.

2) 비지배 달성 방식: 헌정적 법과 제도의 필요성

페릿은 비지배를 달성하기 위한 전략으로 가능한 두 가지 방식을 검토한다. 첫째 방식은 상호권력 전략(strategy of reciprocal power)이다. 이 전략은 자원의 분배가 지배관계 양 당사자에게 불평등하게 이루어지고 있음에 주목하여, 보다 평등한 자원 분배를 통하여 비지배를 달성하고자 하는 방식이다.²¹¹⁾ 만약 지배를 받는 약자가 더 많은 자원을 소유함으로써 지배하는 자와 대등한 관계가 된다면, 스스로를 방어할 수 있게 될 것이다. 이 전략은 타인의 자의적 간섭에 대하여 대항할 수단을 지배 받는 사람이 스스로 확보하고 방어하도록 한다.

그러나 이 전략은 스스로를 방어하지 못한 경우에 적절한 대응방안을 제시하지 못한다는 점에서 한계를 가진다. 타인에 의하여 간섭이 이루어진 후에는 관련 당사자들을 간섭에 대한 처벌로 통제하는 방법 외에는 이 전력을 통하여 비지배를 달성하는 것은 어렵다.²¹²⁾ 이 때 처벌과 처벌에 의한 위협도 일종의 간

211) 필립 페릿(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 152쪽.

212) 필립 페릿(곽준혁 역), 위의 책, 153쪽.

쉽이라 할 것인데, 처벌을 받게 되는 당사자들의 이익과 의사를 반영하지 않는다는 점에서 자의적 간섭에 해당한다. 결과적으로 상호권력 전략은 지배를 일부 줄일 수 있을지는 몰라도 근본적인 비지배를 달성하기는 매우 어렵다.

페티가 제시하는 비지배를 달성하기 위한 두 번째 방식은 헌법규정 전략(strategy of constitutional provision)이다. 이 전략은 지배라는 상황에 대하여 헌법적 권위를 도입함으로써 지배 자체를 없애는 방식으로 비지배를 달성하고자 하는 방식이다.²¹³⁾ 상호권력 전략은 간섭의 예방이나 방어를 지배관계의 당사자들에게 맡기지만, 헌법규정 전략은 집단에 의하여 선출된 대리인과 같은 헌법적 권위가 자의적 간섭이 일어나는 상황을 방지할 역할을 담당하도록 한다. 헌법적 권위가 그 자체로 자의적 간섭을 하는 권력이 되지 않는다면, 헌법규정 전략은 이상적으로 지배를 종식시킬 수 있을 것이다.

페티는 비지배를 달성하기 위하여 헌법규정 전략이 더 타당하다고 주장한다.²¹⁴⁾ 상호권력 전략은 지배관계 당사자 간의 무기대등을 통하여 지배를 줄일 수는 있으나 없애지 못하기 때문이다. 물론 헌법규정 전략도 현재 지배권력을 가진 집단이 이러한 헌법규정을 받아들일 수 있는가에 대하여 우려가 있을 수 있다. 그러나 이론적으로는 현재 어느 집단이 지배권력을 가지고 있다고 해서 영구적으로 권력을 가질 수 있는 것은 아니며, 어떠한 집단도 취약한 소수집단이 될 수 있다는 점을 받아들인다면, 헌법규정을 받아들이고자 할 것이다. 즉, 헌법적 권위를 통하여 지배 자체를 없애기 위한 법과 제도를 마련하고 시행하는 것이 비지배 이상에 더 부합한다.

3) 능동적 비지배 이상

비지배 이상은 지배를 최소화할 것을 공공의 문제로 다루도록 한다. 이 때 지배를 최소화한다는 것은 지배할 권력을 가진 타인으로부터 간섭을 받지 않도록

213) 필립 페티(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 153쪽.

214) 필립 페티(곽준혁 역), 위의 책, 154쪽.

해야 한다는 소극적 의미만을 가지는 것은 아니다. 타인의 자의적인 간섭에 대하여 적극적으로 대항할 수 있어야 한다는 적극적 의미까지도 포함한다.²¹⁵⁾ 이런 점에서 비지배는 그 자체로 권력이다.²¹⁶⁾ 이는 비지배를 증진하기 위하여 상호권력 전략을 취하든 헌법규정 전략을 취하든 관계없이 그러하다. 즉, 지배를 받고 있다면, 그 지위에 머무르지 않고 스스로 방어할 권력을 가질 수 있도록 하여 안정적으로 자유로운 지위를 누려야 한다. 지배와 마찬가지로 비지배 또한 공적 관심사 - 페팅의 언어로는 공통된 지식 - 에 해당하며, 따라서 방어할 권력이 있는가의 문제는 공적으로 승인된 권리를 향유하는가의 문제가 된다.²¹⁷⁾

비지배 자유를 누린다는 것은 단지 지배할 타인이 부재할 것을 요구하는 것이 아니라, 그러한 타인으로부터 안정적인 불간섭을 확보한다는 것을 의미한다. 그리고 안정적인 불간섭은 공적으로 승인된 권리를 향유할 때 확보된다. 즉, 비지배가 공적 관심사에 해당한다는 것은 자유를 누린다는 것이 타인의 자비에 기대거나 우연적으로 불간섭을 받는 것처럼 수동적이지 않다는 것을 의미한다.

비지배 자유는 비지배의 이상을 공동체의 체제를 평가하는 기준으로서 정치적 가치를 가진다.²¹⁸⁾ 비지배가 “다른 사람과 더불어 살아가지만, 누구에게도 좌우되지 않고 살아가는 조건”이기 때문이다.

215) 필립 페팅(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 156쪽.

216) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 155쪽.

217) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 157쪽.

218) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 176쪽.

B. 비지배와 법의 지배

페트는 법의 지배 이론은 그의 비지배 자유 개념에서 출발한다. 이 자유 개념에 따라 자유와 법의 관계가 정립된다. 공화국은 비지배 자유를 보호하고 증진하기 위하여 법과 제도를 필요로 한다는 점에서 법은 자유를 창조한다. 비지배 자유를 증진하고 보호하는 공화적 법과 제도에 관한 논의가 이루어져야 한다. 공화주의 전통에서는 특히 강력한 권력을 행사하는 공화국으로부터 시민의 자유를 수호하기 위한 제도들이 중요했다. 국가 권력이 한 사람이나 기관에 집중되는 것을 방지하기 위한 혼합정부제, 국가 권력이 특정한 사람이나 집단에 의하여 자의적으로 행사되는 것을 막기 위한 법의 지배 등이 대표적인 제도이다. 페트도 자신의 비지배 이상을 실현하기 위하여 필요한 공화적 정부 형태를 제시한다. 비록 법의 지배라는 분명한 용어를 사용하여 논의를 전개하지는 않지만, 그의 헌정주의 논의에서 공화국의 법과 제도에 관하여 다루고 있다는 점, 그리고 공화주의 사상에서 법의 지배가 핵심적 가치를 지닌다고 평가한다²¹⁹⁾는 점에서 그의 헌정주의 논의를 통하여 법의 지배 이론을 검토할 수 있을 것이다.

1. 입헌주의와 조작불가능성

(1) 이상적 공화정부의 형태

공화정부는 지배를 최소화하는 것을 목표로 한다. 그렇기 때문에 공화주의는 한편으로는 지배를 최소화하기 위한 법이나 국가의 작용에 대하여 상대적으로 호의적이지만, 다른 한편으로는 법이나 국가의 힘이 지나치게 강력해져서 또 다른 형태의 지배가 되는 것을 우려한다. 페트는 공화주의가 국가에게 도미니움의 지배적 효과를 줄이는 역할을 부여하면서도, 임페리움의 지배 형태를 불러오지

219) 필립 페트(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 5쪽.

않도록 장치가 필요하다고 말한다. 장치의 일환으로 공화정부는 도미니움을 제거하는 권한에 따른 큰 책임을 부담하고, 독립적인 권력을 가지지 않도록 경계하는 “법적이고 민주적인 통제”를 추구한다.²²⁰⁾

페트는 특히 임페리움과 관련한 지배를 줄이기 위하여 필요한 정부 형태를 제시한다.²²¹⁾ 이를 위하여 입헌주의와 민주주의 두 가지 부분으로 나누어 설명한다. 국가의 권력행사가 자의적으로 이루어지지 않도록 하기 위하여, 헌정적 제도로써 제한되어야 하는 부분과 민주적으로 권력을 통제하는 방식에 관한 부분이 있다는 것이다. 비지배 이상을 실현하는 것을 목적으로 하기 때문에, 그의 입헌주의 논의는 법을 둘러싼 헌정적 제약조건을 다루고, 민주주의 논의는 동의가 아닌 견제를 중심으로 이루어진다.²²²⁾ 이 중에서 법의 지위와 작동방식 등에 관한 입헌주의 논의를 중심으로 그의 법의 지배 이론을 정리하고자 한다.

(2) 조작불가능성

공화국이 임페리움의 형태로 지배하지 않도록 하기 위하여 필요한 것은 국가가 자의적으로 권력 행사할 여지를 최소화하는 것이다. 페트는 국가가 사용하는 수단들이 최대한 조작불가능(non-manipulability)하도록 만들어야 한다고 주장한다.²²³⁾ 공화정부는 비지배 이상을 실현하기 위한 정책을 수립하고 집행할 것이다. 이러한 정책은 공화국 내의 지배를 최소화하는 것을 목표로 한다. 그렇다면 그러한 정책이 공화정부의 목표에 부합하도록 만들고 시행하는 데 있어서 중요한 것은 그 정책이 비자의성을 확보하도록 하는 것이다. 어떠한 정책이나 법

220) 필립 페트(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 286-287쪽.

221) 페트는 임페리움과 관련한 지배를 방지하기 위한 논의로서 공화정부의 모델을 제시하고, 도미니움과 관련한 지배를 줄이는 문제에 대하여는 공화정부의 역할 중 정책에 좀 더 초점을 맞추어 설명한다. 그리고 공화정부가 비지배를 증진하기 위하여 정책을 수립하거나 시행하는 과정에서 시민사회의 역할을 강조한다. 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 283-284쪽 참조.

222) 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 144-145쪽.

223) 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 324쪽.

이 비자의적 간섭으로 인정받기 위해서는 일반 시민의 이익과 의사를 고려해야 한다. 즉, 특정 개인이나 집단이 자신의 이익과 의사를 위하여 정책이나 법을 자의적으로 조작할 수 없도록 만들어야 할 것이다.

페트는 공화정부가 사용하는 수단들이 조작불가능성을 확보하기 위하여 공화국의 헌정적 체계가 세 가지 조건을 충족해야 한다고 주장한다. 이러한 조건들은 공화국이 권력을 자의적으로 행사하거나 더 강력한 정부를 구성하는 것을 어렵게 만드는 제한으로 작용한다. 첫 번째가 법의 지위와 내용에 관계된 ‘법의 제국’ 조건이고, 두 번째가 법의 일상적인 작동방식에 관한 ‘권력분산’ 조건이며, 마지막 조건이 법의 변경과 관련한 것으로 ‘반다수결주의’ 조건이다. 이하에서는 차례로 이 조건들을 검토한다.

2. 헌정적 제약 조건들

(1) 법의 제국 조건

법의 제국 조건(the empire-of-law condition)은 두 가지 측면의 내용으로 구성된다. 공화주의 전통에서 공화국은 “사람의 제국이 아닌 법의 제국”²²⁴⁾이 되어야 한다는 것은 공통적으로 인식하고 있는 바이다. 즉, 공화국과 시민은 특정한 사람이나 집단에 의한 지배를 받지 않도록 보장하는 법의 지배를 받아야 한다. 이를 위해 먼저 공화국의 법이 일정한 제한들을 따라야 한다. 법이 특정한 형태를 지녀야 한다는 것이다. 이것이 법의 제국 조건의 첫 번째 내용이다.²²⁵⁾ 페트는 이러한 제한들이 법학계에서 일반적으로 받아들여지고 있다고 전제하면

224) James Harrington, *The Commonwealth of Oceana and A system of Politics*, ed. J. G. A. Pocock, Cambridge, 1992, p. 81.

225) 필립 페트(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 325쪽.

서, 제한의 요건에 보편성, 일반성, 공지성, 이해가능성, 지속성 등의 내용을 포함시킨다.²²⁶⁾ 법이 이러한 요건들을 위반할 경우에 조작가능성이 높아진다는 것이다. 입법권한이 있는 사람이 스스로를 제정 또는 개정하는 법률의 수범대상에서 제외시킬 수 있다면, 그 사람은 입법의 내용을 자의적으로 조작할 가능성이 높아진다. 또한 시민들이 어떠한 법률이 존재한다는 것을 알지 못하거나 그 법률의 내용을 이해할 수 없다면, 그 법률을 집행하는 공무원들의 자의성이 개입할 여지는 많아질 것이다.²²⁷⁾

공화국의 법이 위의 제한들을 충족한다는 가정 하에, 페티가 제시하는 법의 제국 조건의 두 번째 내용을 보자. 국가기관은 공화국의 법에 따라 권한을 행사해야 한다. 일견 당연해 보이는 이 내용은 공화정부가 필요한 정책을 수립하고 시행할 때 어떠한 의사결정방식으로 이루어져야 하는가에 관한 것이다. 정책결정자들의 자의성을 최대한 배제해야 공화정부의 조작불가능성을 확보할 수 있기 때문이다. 일반적인 의사결정방식은 ‘입법’을 통하는 것이다. 좀 더 특수한 방식으로 ‘재량’도 있다. 페티는 입법이 재량에 비하여 자의적으로 조작되기가 더 어렵기 때문에, 일반적인 의사결정방식으로 입법을 더 선호해야 한다고 주장한다.²²⁸⁾ 다만 모든 정책결정을 입법을 통하여 할 수 없다. 어떤 정책은 그 성격상 모든 전문적인 사항을 입법으로 하기 어려운 경우도 있을 수 있기 때문이다. 그러므로 법의 제국 조건의 두 번째 내용은 공화정부는 원칙적으로 공화국의 법에 의하여 권한행사를 해야 한다는 것이다. 예외적으로만 재량이라는 특수한 의사결정방식에 따라 정책을 결정하고 시행할 수 있다.²²⁹⁾

요컨대 법의 제국 조건은 공화정부로 하여금 미리 정해진 법과 절차에 따라

226) 페티는 이러한 요건들을 풀러를 인용하며 받아들인다. 풀러는 『법의 도덕성』에서 법이 갖추어야 할 법성(legality)에 관하여 일반성, 법률의 공포, 소급법률 금지, 명확성, 모순 금지, 불가능한 요구 금지, 안정성, 그리고 법규와 실제 행위 사이의 일치라는 8가지의 요건이 있음을 설명한다. 론 풀러(박은정 역), 『법의 도덕성』, 서울대학교출판문화원, 2015, 제2장 참조.

227) 필립 페티(곽준혁 역), 앞의 책(주 163) 326쪽.

228) 필립 페티(곽준혁 역), 위의 책, 326-327쪽.

229) 필립 페티(곽준혁 역), 위의 책, 327쪽.

권한 행사할 것을 요구하는 조건이다. 이 조건은 정부의 모든 기관이 법을 준수해야 한다는 것을 강조한다. 입법기관은 헌법으로 정한 절차에 따라 법률을 제정하거나 개정해야 한다. 행정기관도 법에서 정한 절차에 따라 법이 부여한 권한 범위 내에서 집행하여야 한다. 사법기관도 자의적으로 법을 해석하지 않고, 법이 요구하는 바, 즉 미리 법으로 정해진 바에 따라 판단을 해야 한다. 페팅은 여기에 한 가지를 덧붙인다. 예외적으로 인정되는 특수한 의사결절방식으로서 재량을 사용하는 경우에도 조작이 더 어려워질 수 있는 방식으로 사용되어야 한다. 어느 정도의 재량권을 인정하더라도, 공화정부는 그러한 재량권행사에 대하여 견제할 수 있는 장치가 필요하다는 것이다.²³⁰⁾ 법의 제국 조건을 요구하는 근거가 조작불가능성의 확보이기 때문이다.

법의 제국 조건은 법의 형식적이고 절차적인 부분을 강조하는 조건이라고 할 수 있다. 자의적으로 법이 만들어지지 않도록 법이 일반적으로 충족해야 할 형식적 요건을 내용으로 하면서, 정부가 권한을 행사하는 과정에서도 자의성이 최대한으로 개입하지 않도록 미리 정한 절차를 준수할 것을 요구하는 조건이기 때문이다.

(2) 권력분산 조건

공화국의 법이 어떠해야 하는가에 대한 형식적 요건에 관련된 조건이 법의 제국 조건이라면, 국가기관이 어떤 방식으로 법에 따른 권한을 행사해야 하는가에 대한 조건이 권력분산 조건(the dispersion-of-power condition)이다. 페팅은 공화정부의 공직자들에게 주어지는 권한이 반드시 분산되어야 한다고 주장한다.²³¹⁾ 어느 한 사람 혹은 기관에게 권한이 집중될 경우, 그 사람의 자의성이

230) 이러한 방식을 통하여 재량권의 행사가 정당화될 수 있다. 자의성이 발생하지 않도록 제한을 한 재량의 행사이기 때문이다. 필립 페팅(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 328쪽 참조.

231) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 331쪽.

공화정부의 활동에 개입할 여지가 커지기 때문이다. 그래서 공화주의 전통에서 입법, 행정, 사법이라는 기능에 따른 권력분립은 전제를 피하기 위하여 일차적으로 요구되는 조건이었다.²³²⁾

전통적으로 권력분립은 정부의 기능을 입법, 행정, 사법으로 나누고, 그 기능에 따라 권력행사 기관이 분리되어야 한다는 것을 의미한다. 이 때 기능의 분리는, 권한을 서로 다른 기관에 부여해야 한다는 것과 각 기관이 서로 견제적 역할을 담당해야 한다는 것 모두를 포함하는 것이다. 그래서 입법기관이 공화국의 법에 따라 법률을 제정한다면, 그 법률이 공화국의 법에 부합하는지 등에 대한 판단을 입법기관 스스로 하지 않고, 사법기관이 판단하도록 하는 것도 권력분립의 내용이 된다.

페트는 자의적 권력행사를 방지하기 위하여 권력이 분리되어야 한다는 것을 조작불가능성의 관점에서 설명하면서, 중요한 것은 ‘기능’에 따른 힘의 분리가 아니라는 점을 강조한다. 공화정부의 ‘기능분리’가 아니라 ‘권력의 분권화’가 비지배를 증진하기 위하여 더 중요하다는 것이다.²³³⁾ 다른 국가기관이 아니라 오로지 의회와 같은 입법기관만이 입법권한을 행사해야 한다는 것이 페트의 권력분산 조건을 충족하는 것이 아니다. 오히려 입법과 관련하여 권력을 분산하여 조작가능성을 최대한 줄일 수 있어야 한다.²³⁴⁾ 페트는 이를 근거로 미국의 양원제와 연방제를 옹호한다. 나아가 그는 권력이 효율적으로 분산될 수 있다면, 명확하게 기능적으로 분리하는 방식으로 국가기관이 조직되지 않을 수도 있다고 본다.²³⁵⁾ 권력의 자의성을 억제하려는 것이 권력분산 조건의 근거이자 핵심이기 때문이다.

232) 알렉산더 해밀턴, 제임스 매디슨, 존 제이(김동영 역), 앞의 책(주 174), 47번 참조.

233) 필립 페트(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 333쪽.

234) 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 334쪽.

235) 필립 페트(곽준혁 역), 위의 책, 335쪽.

(3) 반다수결주의 조건

페팅이 제시하는 법의 지배의 마지막 조건은 법의 변경과 관련된 내용을 담고 있다. 공화국의 법이 만들어질 때 법의 제국 조건과 권력분산 조건을 충족해야 한다. 이 두 조건은 특정한 이익을 위하여 입법과정이 자의적으로 조작되는 것을 막고자 하는 것이다. 두 조건을 충족하여 만들어진 법이라 하더라도 시대나 환경이 변하면 변경될 수 있어야 하지만, 변경과 관련하여 조작불가능성을 높이기 위한 조건 역시 필요하다. 특히 공화국의 법 중에서도 “비지배라는 관점에서 좀더 기본적이고 중요한” 법의 변경의 경우 더 신중해야 한다는 것이다. 페팅은 이러한 법이 다수의 의지만으로 쉽게 변경될 수 없어야 한다는 것을 내용으로 하는 조건을 ‘반다수결주의 조건’(the counter-majoritarian condition)이라 부른다.²³⁶⁾

반다수결주의 조건은 민주주의 사회를 전제로 한다. 법의 제정과 개정에서 민주적 결정 도구인 다수결원칙을 내용으로 한다는 점에서 그러하다. 의회에서 다수결에 의하여 법이 개정되는 경우를 보자. 페팅은 양원제, 헌법에 의한 법 개정 제한가능성, 권리장전을 반다수결주의 제도로 예시하고 있다.²³⁷⁾ 양원제를 가지는 공화국에서는 법의 개정을 위하여 양원 모두의 지지를 받도록 할 수 있다는 점에서 단원제를 가지는 경우보다 조작가능성이 낮다고 볼 수 있다. 또한 법률이 헌법에 부합할 것을 요구한다면, 위헌적 내용을 담은 법률은 다수의 지지를 받는다는 사실만으로 정당화되기 어렵다. 그리고 권리장전을 도입한 공화국에서는 권리장전에서 정한 기본권을 침해하는 법률로 개정하는 것 또한 정당화되기 어렵다. 이외에도 헌법을 법률에 비하여 개정요건을 엄격하게 하고 있는 것도 반다수결주의 조건에 근거하여 설명할 수 있다. 헌법은 공화국의 가장 근본이 되는 내용을 담고 있는 법으로, 우리나라 헌법을 예로 들면, 국가의 기본질서와 기본권, 국가기관의 조직 등을 담고 있다. 헌법도 필요한 경우에는 개정이

236) 필립 페팅(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 336쪽.

237) 필립 페팅(곽준혁 역), 위의 책, 338쪽.

가능하다고 할 것이지만, 공화국의 정신을 담고 있는 헌법규정의 경우, 일반 법률의 개정에 비하여 더 가중된 개정 요건을 요구하는 것이 반다수결주의 조건에 부합한다고 할 수 있다.

반다수결주의 조건을 설명하면서, 페티트는 다수가 지지한다는 사실 외에 필요한 법 변경 요건이 있음을 인정한다.²³⁸⁾ 그의 이론에서 가장 핵심적인 가치인 비지배 이상을 그 판단 기준이 될 수 있다고 본다. 즉, 이상적인 공화국은 바람직한 법이 무엇인가에 대하여 판단할 수 있는 체계를 갖추고 있으며, 그 체계는 비지배를 얼마나 증진시키는가의 내용으로 이루어져야 한다는 것이다.²³⁹⁾ 그의 이론에서 비지배는 임페리움이든 도미니움이든 그 형태를 불문하고 지배를 줄이는 것을 의미한다. 공화국 시민의 다수가 선호하고 지지한다는 것 외에 법의 정당성을 근거지울 수 있는 것이 있다면 비지배 이상이라는 것이다.

238) 필립 페티트(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 339쪽.

239) 필립 페티트(곽준혁 역), 위의 책, 338쪽.

C. 페ť의 법의 지배 이론에 대한 평가

1. 페ť의 법의 지배 이론의 특징

(1) 비지배 자유와 조작불가능성

페ť의 이상적 공화정부의 헌법적 조건으로서 ‘조작불가능성 제한’은 그의 가장 핵심적인 공화주의이론의 가치인 비지배 이상을 구체화한 것이다. 그의 법의 지배 이론은 비지배 이상을 이론적으로 구현한 것으로 이해해야 한다. 그러므로 페ť의 법의 지배 논의는 조작불가능성을 헌정적으로 보장하는 세 가지 조건에 관한 논의라 할 수 있다. 간단히 정리하면 다음과 같다.

‘법의 제국’ 조건은 법의 지위와 내용에 관계된 조건이다. 법이 만들어지는 과정에서 조작불가능성을 높이려 공화국의 법이 형식적 요건을 갖추 것을 요구한다. 그리고 국가기관은 이러한 법에 따라 의사결정을 한다. 재량방식보다 입법 방식에 의한 의사결정이 자의성 개입여지가 적다.

‘권력분산’ 조건은 법의 일상적인 작동방식에 관한 조건이다. 조작불가능성을 최대화하기 위하여 공화정부의 권력을 분산한다. 전통적인 권력분립 논의와 달리 기능적 권력분립보다 실질적인 권력의 분산을 더 중시한다. 미국의 양원제 연방제 등이 분산의 예이다.

마지막으로 ‘반다수결주의’ 조건은 법의 변경과 관련한 조건이다. 비지배 이상을 증진하는 법은 공화국의 기본적인 법에 해당하고, 이러한 법의 변경은 다수의 지지라는 단순 사실만으로는 부족하다. 다수의 권력 또한 경계가 필요한 지배에 해당하고, 법의 변경은 비지배 이상을 증진하는 방향에서만 정당화되기 때문이다.

페ť이 구상하는 공화정부는 위와 같은 법을 매개로 조직되고 운영된다. 이러한 운영원리를 법의 지배라고도 할 수 있을 것이다. 법의 지배를 구성하는 내용

으로서 자유의 보호나 권력의 분리, 그리고 다수결주의에 대한 경계는 자유주의 관점과 유사하게 보일 수 있다. 그러나 비지배라는 공화적 이상을 위한 조작불가능성 조건이 법의 지배 이론의 중심에 있다는 점에서 구별된다.²⁴⁰⁾ 법은 그 자체로서 간섭에 해당하기 때문에 따라서 법의 지배의 내용이 되는 조건들의 자유주의 관점과 페팅의 관점은 비지배 이상으로 인하여 보호의 대상이 되는 자유의 개념을 달리 본다. 그 결과 두 관점은 권력행사의 성격을 다르게 이해한다. 국가권력의 법에 근거한 행사는 자유주의 관점에서는 그 자체로 자유의 제한이다. 다만 정당화가 가능한 자유의 제한이 된다. 그러나 페팅의 이론에서는 법에 근거한 권력의 행사는 자유의 제한이나 훼손이 아니다. 간섭에 해당하기는 하나 자의적 간섭이라고 보지 않기 때문이다.

(2) 공화국 법의 형식성

법의 제국 조건에서 법이 비자의적 간섭이 되기 위한 요건으로 페팅은 법의 형식적 요건이 필요하다고 본다. 법의 일반성, 명확성, 불소급효 등의 요건을 충족해야 한다고 보는 입장이다. 권력분산 조건과 반다수결주의 조건도 각각 법의 작동방식과 변경에 관하여 헌정 구조에 대한 제한조건으로 설명된다. 이들 조건에 의하면 권력의 분산이 제도적으로 이루어져야 한다. 그리고 다수의 의지에 의한 자의적 영향으로부터 비지배 이상을 수호하기 위한 제도가 필요하다. 이렇듯 페팅의 법의 지배 논의는 법이 구체적으로 어떠한 내용을 담아야 한다는 실질적 접근방식을 따르는 것보다는 형식적 접근방식을 따르는 것으로 보인다.

240) 특히 권력분산 조건에 대하여 페팅의 논의는 자유주의 이론으로 분류되는 몽테스키외의 권력분립론과 다르다. 몽테스키외는 정부의 권력남용을 방지하기 위하여 ‘권력으로 권력을 견제’하고자 하였다. 이에 대하여 자유주의적 관점으로 소개하는 견해는 브라이언 타마나하(이현환 역), 『법치주의란 무엇인가』, 박영사, 2014, 102-104쪽. 그러나 몽테스키외의 자유론을 공화주의적으로 해석하여 그의 권력분립 이론을 자유주의적 공화주의 법치론으로 해석하는 견해는 김도균, “근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현”, 『법치주의의 기초: 역사와 이념』, 서울대학교출판부, 2006, 88-89쪽; 필립 페팅(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 334쪽.

물론 페트는 좋은 법의 기준을 비지배 이상의 증진이라고 하면서 법의 내용에 관한 논의를 하기도 한다.²⁴¹⁾ 그의 이론에서 “전반적인 비지배를 증진시키는 법”이 좋은 법이다. 그 결과 법의 변경이 필요한 경우, 비지배의 증진을 내용으로 하는 공화국의 기본적인 법의 변경은 한계를 인정한다. 다수의 의지만으로 변경이 불가능하다고 보는 것이다. 이것을 법의 지배의 실질적 요건을 요청한 것이라 판단할 수 있는지 검토해야 한다. 페트는 비지배 이상이라는 공화주의 핵심적 가치의 구체적인 내용에 관하여 예를 들어 설명하지만, 그 내용에 관하여 구체적인 목록을 제시하지는 않는다. 오히려 특정한 내용을 비지배를 증진하는 것으로 볼 수 있는지에 관한 논의보다 다수의 힘에 의한 지배를 방지해야 한다는 점에 강조점을 둔다. 비지배의 이상은 시민들의 속의 과정을 거치면서 자의성을 견제해야 한다는 절차적 의미가 더 강하다고 볼 수 있다.²⁴²⁾ 이것을 실질적 내용에 대한 정당성 요건으로 정한 것이라 하기는 어렵다.

한편 법의 지배에 관한 실질적 접근 방식은 상위법 사상과 친하다.²⁴³⁾ 실정법의 정당성 근거를 자연법이나 선재하는 원리에서 찾을 때, 실질적 내용요건을 요구한다고 말한다. 이런 측면에서 본다면 페트의 이론이 실정법의 정당성 근거를 실정법 상위의 어떤 규범에서 찾는다고 보기는 어렵다. 비지배의 이상이 공화국 이전에 선재하는 가치에 해당한다거나 자연적 권리의 내용이라고 보기는 어렵기 때문이다. 따라서 그가 제시하는 좋은 법의 기준은, 다수결원칙에 대한 한계로서 보는 것이 더 타당하다 할 것이다. 법의 지배를 설명하는 두 가지 접근방식로서 형식적 요건을 강조하는 방식과 실질적 요건을 강조하는 방식이 있다고 한다면, 페트의 법의 지배이론은 ‘조작불가능성의 최소화’라는 형식적 요건을 중심으로 살펴본다는 점에서 형식적 접근방식을 취하고 있다고 볼 수 있을 것이다.

241) 필립 페트(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 338쪽.

242) 리처드 벨라미, “공화주의, 민주주의 그리고 헌정주의”, 『공화주의와 정치이론』 세실 라보르드, 존 메이너 편(곽준혁 외 역), 까치, 2009, 240쪽.

243) 김도균, 앞의 글(주 240), 45쪽.

(3) 법의 지배와 민주주의

페딧의 공화정부는 헌정주의와 민주주의라는 두 축으로 이루어진다. 그는 헌정적 제약조건을 다루는 제도만으로는 비지배 이상을 추구하는데 한계가 있다고 인정한다. 헌법에 조작불가능성을 확보하기 위한 제도가 모두 규정되어 있는 공화국이라 하더라도, 그 법의 적용과 운용을 하는 공직자에 의하여 자의적 간섭이 이루어질 가능성이 존재하기 때문이다. 이를 방지하기 위하여 공화정부가 민주주의에 의한 견제를 받아야 한다고 본다.²⁴⁴⁾ 즉, 공화정부는 법의 지배와 함께, 일반 시민들의 이익과 관념에 따라 정부의 활동을 견제할 수 있는 민주주의를 기본으로 할 때 가능하다는 것이다.

법의 지배와 민주주의 모두가 공화정부를 지탱하는 요소이지만 페딧은 두 가지 중에서 시민의 견제를 핵심으로 하는 민주주의 형식을 더 강조한다.²⁴⁵⁾ 특히 민주주의를 다수결주의로 이해하는 것이 아니라 견제의 원리로 이해함으로써 법의 지배와 민주주의를 보완적 관계로 설정한다.²⁴⁶⁾

2. 페딧의 법의 지배 이론의 한계

(1) 법의 능동성에 대한 인식 결여

페딧의 자유와 법의 지배에 관한 모든 이론은 비지배 이상에서 출발한다. 특

244) 필립 페딧(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 368쪽.

245) 필립 페딧(곽준혁 역), 위의 책, 368쪽.

246) 페딧은 민주주의에 있어 동의를 강조하는 기존의 견해들을 비판하고, 동의 대신 견제로서 민주주의를 근거지워야 한다고 주장한다. 이러한 주장에 관하여 벨라미는 페딧의 헌정주의는 법적 헌정주의라고 하면서, 자신의 정치적 헌정주의를 옹호한다. Richard Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, 2007.

히 법에 관하여서는 조작불가능성으로 나타나는 형식적인 요건들을 중심으로 논의를 전개한다는 것을 앞서 확인하였다. 페팅의 이론은 ‘법의 지배’를 정치철학적으로 이해하는 중요한 관점을 제시해 준다. 법의 지배는 법적 맥락과 정치적 맥락이 교차하는 지점에 있는 개념으로서, 두 가지 맥락 모두 논의가 필요하다. 그의 법의 지배 이론이 형식적 법의 존재에 관한 법의 제국 조건 외에도 정치철학의 함의를 가진 권력 분립과 반다수결주의의 문제까지 고려하고 있다는 점에서 정치철학 논의를 하고 있다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 법이 지배가 어떤 구체적인 내용을 갖고 있는지 혹은 가져야 하는지에 대한 설명이 부족하다. 예를 들어 공화주의는 법으로 자유가 구성되고 법에 의해서 자유가 증진될 수 있다는 관점을 가지는데, 이렇게 법으로 자유가 구성되는 과정에 대한 서술이 페팅의 이론에는 충분히 드러나지 않는다.

홉스와 해링턴의 논쟁에서도 알 수 있듯이, 공화주의가 가지는 법에 대한 인식은 능동적이며 형성적이다. 자유를 제한하지 않기 위한 소극적 조건을 정하는 것이 아니라, 법 그 자체로서 비로소 자유가 창조되고, 법에 의해서만 자유가 증진될 수 있다는 것이다. 그러나 페팅의 법의 지배 논의는 공화국의 법이 자유를 창조한다는 능동적인 측면보다는 조작불가능성을 중심으로 한 공화정부의 법에 요구되는 소극적 제한 조건에 더 관심을 둔다.

법의 제국 조건, 권력분산 조건, 반다수결주의 조건을 통하여 헌정체제를 구성하는 것 외에, 공화국의 법과 제도가 비지배를 실질적으로 증진하기 위하여 어떤 내용을 담아야 하는지 구체적이 논의도 중요하다. 페팅은 이러한 일을 민주주의 영역에서 다루고자 한다. 이 영역에서 비지배에 관한 숙의가 이루어지고, 이를 통하여 법의 내용적 요건을 검토할 수 있다는 것이다.²⁴⁷⁾ 그러나 공화국의 법은 모든 시민을 지배로부터 자유롭게 한다는 측면에서 능동성을 갖는다. 공화주의 관점에서는 공화정부를 조직하고, 공화정부가 권한을 행사하고, 공화국 내의 지배와 관련된 문제들에 대하여 해법을 제공할 때, 모두 법에 의하여 이루어

247) 세실 라보르드, 존 메이너(곽준혁외 역), “현대 정치이론에 대한 공화주의의 기여”, 『공화주의와 정치이론』, 까치, 2009, 32-33쪽.

져야 한다. 그렇다면 그 법은 어떠한 내용과 체계를 가져야 할 것인가에 대한 논의는 아주 핵심적인 부분이 될 것이다. ‘조작불가능성’이라는 소극적인 측면이 아니라, ‘공화주의적 자유의 증진’이라는 적극적인 측면에 대한 논의가 필요한 것이다. 법의 능동성을 확인하기 위해서는 법이 공화국 내에서 만들어지고 작용하고 해석되는 모든 과정이 공화국의 법의 지배의 배경이 되어야 한다. 법을 둘러싼 헌정제도가 구성되는 원리도 중요하지만, 그러한 원리를 통하여 실질적으로 작동하는 과정에 대한 논의를 함께 할 수 있어야 법의 지배 이론을 공화주의 관점에서 검토하였다고 할 수 있을 것이다.

(2) 시민의 지위와 정치적 접근성에 대한 내용 결여

공화국의 법의 지배는 공화정부와 공화국의 법에 관한 논의이다. 공화국의 시민들은 이와 관련하여 독특한 지위를 가진다. 시민은 공화국의 주인으로서 공공의 관심사인 공화국의 일에 관심을 기울이고 결정할 권한을 가진다. 이러한 점을 고려하여 법의 지배 논의도 이루어져야 한다.

페팅은 그의 헌정주의 이론을 공화정부의 구성 원리로서 다룬다. 그러므로 공의 법의 지배 논의에서 중심적인 역할을 담당하는 주체는 주로 국가기관이다. 법의 제국 조건은 법의 형식적 요건과 정부의 활동의 근거로서 재량이 아닌 입법방식에 의해야 함을 밝힌다. 법률을 제정 혹은 개정함에 있어서 형식적인 요건들, 법의 일반성, 명확성, 공지성 등의 요건을 갖추어야 한다는 내용은 입법의 기능을 담당하는 국가기관인 의회에 적용가능한 것이다. 또한 재량보다는 입법방식을 선호해야 한다는 것, 재량을 인정하는 예외적인 경우에라도 입법으로 재량의 한계를 부여할 수 있어야 한다는 내용도 의회에 적용가능한 부분이다. 권력 분산 조건은 국가기관 간의 권력이 견제될 수 있어야 한다는 취지에 따라 공화국 정부의 기관을 구성하는 원칙에 관한 내용을 담고 있다. 의회, 행정부, 사법부로 각각 법에 관한 입법, 집행, 해석 기능을 분산시키고, 그 외에도 기관 간

의 견제를 위하여 양원제를 추가적으로 채택하는 경우도 있다. 두 조건에 관한 사항은 시민들에게 직접적으로 적용하기 어려운 조건이다. 마지막으로 반다수결주의 조건에서는 시민이 등장한다. 그러나 이 때 시민은 견제되어야 할 또 다른 힘으로서 ‘다수의 의지’로 표현된다. 다수 시민의 의지가 소수의 시민에게 자의적으로 간섭하지 못하도록 하는 내용을 담고 있는 조건이다. 공화국의 법, 페팅의 용어를 빌리면, 비지배 이상에 관한 법을 개정하려는 다수의 의지는 경계의 대상이다. 다수의 시민의 의지도 법의 지배에서 견제하는 권력이 되어야 한다는 점을 지적하였다는 점은 의의가 있다. 그러나 공화국의 주인으로서 시민들의 지위와 주체적인 역할에 관한 설명은 없다는 점에서 한계가 있다. 즉, 법에 대한 시민의 접근 및 역할에 대한 논의가 충분히 이루어지지 않는다.

공화주의 관점에서 법의 지배와 시민의 덕성은 별도로 논의될 수 없음을 앞에서 살펴보았다. 시민의 덕성이 드러나고 함양시킬 수 있는 법의 지배 논의가 공화주의 관점의 의의라고 한다면, 페팅의 논의에서 더 나아갈 필요가 있다. 그가 헌정주의라는 틀에서 법의 지배를 논의한다는 점에서 시민의 모습이 적극적으로 드러나지 않는다는 것은 이해할 수 있다. 그러나 공화정부의 구성과 그 운영에 있어서 ‘견제’를 중시한다면, 견제자로서 시민의 역할이 설명되지 않는다면 공화주의 관점에서 불충분한 논의가 될 것이다. 이 점에서 헌정주의와 민주주의를 나누어 공화주의 이론을 구성하는 페팅의 이론적 한계가 드러난다.²⁴⁸⁾

법의 지배를 비지배 자유를 가능하게 하는 제도로서, 모든 시민들이 자유를 추구할 수 있는 출발선도 제공해주어야 한다. 즉, 공화주의 법의 지배 논의는 시민의 지위에 관한 내용이나 정치적 접근성 확보 등 시민의 참여조건에 관한 부분이 법과 관련되어 함께 다루어져야 한다. 공화국의 시민이라면 공적 관심사에 대하여 참여할 자격이 동등하게 인정되어야 한다. 자원이나 운의 불평등한 분배가 그러한 자격에 영향을 주지 못하도록 공화적 제도를 마련해야 한다는 논의도

248) 시민의 견제적 역할을 더 강조해야 한다는 페팅의 이론에 대한 비판으로는 다음을 참조. John McCormick, 2003. "Machiavelli against Republicanism: On the Cambridge School's Guicciardinian Moments." *Political Theory* 31(5), 2003, pp. 615-643.

공화국의 조직원리이며 구성원리인 법의 지배 논의에서 확인할 수 있어야 한다.

(3) 공직자의 시민성에 대한 내용 결여

공화주의의 핵심 가치로서 법의 지배와 시민의 덕성을 밀접한 관련을 가진다. 시민의 덕성이 없다면 법의 지배가 이루어지기 어렵고, 법의 지배를 통하여 시민들이 덕성을 발휘하고 함양시킬 수 있다는 점에서 그러하다. 이 때 공화국의 시민에는 정부조직에 소속되지 않은 일반시민도 있으나 공직자인 시민도 있다. 공직자인 시민은 종종 공화정부와 함께 논의되지만, 실질적으로 공화정부를 운영하는 역할을 한다는 점에서 법의 지배와 관련하여 논의를 해야 할 것이다. 즉, 공화국의 시민으로서 덕성을 함양해야 한다는 것은 일반시민의 공화정부와 공화국의 법을 이해하고 견제할 역량을 증진해야 한다는 것만을 의미하는 것이 아니라 시민들이 실질적으로 법의 적용하고 해석하는 지위에 있을 때 요구되는 시민의 덕성에 대한 논의도 필요하다. 그러므로 공화주의 관점에서 법의 지배를 논의할 때, 법의 입법, 집행, 해석, 적용 등과 관련하여 직접적인 역할을 수행하는 시민들인 공직자들의 덕성에 관한 논의도 이루어져야 한다.

공직자의 경우 국가권력에 대한 자의적 행사가능성이 열려있다는 점에서, 일반시민보다 공화시민의 덕성과 관련하여 논의가 더 필요하다고 할 것이다. 입법부와 행정부 사법부에 속하는 공직자 모두에 관하여 그러한 논의가 필요하지만, 특히 법에 근거하여 공적 문제들에 대하여 유권적인 해석을 제시하는 사법부의 공직자, 즉 법관에 관한 논의가 이루어져야 한다. 법의 지배가 아닌 법관의 지배가 될 위험은 공화주의 법의 지배를 통하여 예방할 수 있어야 하는 것이다.

(4) 시민의 적극적 복지권에 대한 내용 결여

자유주의 관점으로 법이 지배를 이해할 때, 적절하게 판단하고 대응하기 어려

있던 문제 중 하나가 복지국가 경향이다. 필연적으로 나타나는 현대사회의 불평등문제에 대응하기 위한 복지정책은 그 특성상 법의 일반성 및 명확성과 같은 형식적 요건을 충족하기가 쉽지 않다. 또한 실질적 가치로서 사회경제적 평등과 같은 복지정책을 적극적으로 인정하지 않는 한, 자유주의 법의 지배는 복지국가 경향과 관련하여 정당화하는 것이 쉽지 않다. 정의 혹은 평등과 같은 가치로 복지국가의 정책을 정당화하고자 하는 논의들이 있으나, 자유 개념을 벌린의 소극적 자유로 이해하는 자유주의 관점에 의하여 이론적인 한계를 여전히 가진다.²⁴⁹⁾

페팅은 자원의 불평등한 분배로 인하여 현대에 나타나는 다양한 문제 상황을 지배관계의 문제 즉, 자유의 문제로 인식한다. 그는 자유의 개념에서 불평등을 제거할 핵심 개념인 ‘비지배’를 도출함으로써, 불평등과 관련하여 제기되는 현대사회의 문제들에 대응하고자 한다. 즉, 자유의 문제로 환원하여 공화적 제도 안에서 문제들에 대응할 수 있도록 하겠다는 것이다. 이러한 자유 개념은 공화주의적 전통에서 발견된다는 점에서 자유개념으로서의 정통성을 확보하며, 현대의 사회 문제를 자유의 이름으로 해결할 수 있다는 점을 보여주고자 한 것이다.

그러나 공화국에서 복지정책은 자유를 추구하다가 발생하는 부수적인 부정의나 불평등을 시정하는 정책이 아니다. 그리고 공화국의 시민은 단순히 복지정책의 혜택을 받는 수혜자가 아니다. 공화국의 시민으로서 보장되어야 하는 기본적인 조건에 관하여 이를 당연한 권리로서 요구할 수 있어야 한다. 예를 들어 공화국의 시민으로서 덕성을 발휘할 수 있는 기회를 박탈당하지 않을 것을 요구할 수 있어야 하는 것이다. 물론 기본적인 조건의 구체적 내용이나 범위에 관한 부분은 공적 숙의가 필요한 부분이다. 이러한 부분들은 시민들의 공적 참여를 통하여 능동적으로 공화국의 법으로 구성될 수 있어야 할 것이다.

249) 롤즈는 ‘정의’의 문제로, 드워킨은 ‘평등’의 문제로 인식하고, 복지정책을 정당화하고자 한다. 그러나 그들이 벌린의 소극적 자유 개념을 토대로 하는 자유주의 관점 안에서 정당화를 시도하는 한 이론적 정합성이 떨어질 수밖에 없다는 비판이 있다. ‘정원규, “정치적 자유의 공화주의적 출구 - 아렌트, 페팅, 루소의 자유론을 중심으로”, 『민족문화연구』 70호, 고려대학교 민족문화연구원, 2016, 41-42쪽.

3. 소결: 페ť의 법의 지배 이론에 대한 대안 모색

법의 지배를 공화주의 관점으로 이해하고자 그 가능성을 페ť의 이론을 중심으로 살펴보았다. 페ť은 공화주의를 ‘비지배’라는 이념을 통하여 정리하면서, 현대 사회의 문제들을 ‘자유’의 언어로 환원하고, ‘자유’를 위한 정치적 해법을 시도한다. 문제가 되는 상황을 ‘지배관계’로 읽어서, 그 지배의 형태를 제거하는 방식으로 현대 사회문제를 해결하고자 한 것이다. 자원이 동일하게 분배되지 않는 사회에서 사람은 불평등한 존재이며, 이러한 차이가 공동체의 존립을 위협한다는 문제를, ‘정의’에 관한 논의보다는 ‘자유’의 논의로 풀어나가자는 새로운 시각을 제시하였다.

그러나 그의 법의 지배 이론이 공화주의 관점이 제시하는 함의를 충분히 담고 있지 않다는 점에서 한계를 보인다. 자유와 법의 관계에 대한 공화주의 관점이 충분히 반영되지 않고 있으며, 시민의 덕성에 관한 논의도 법의 지배 논의에서 본격적으로 다루고 있지 않다. 공화주의 관점에서 법은 자유를 창조하는 능동적인 역할을 수행하고, 그 법에 근거하여 정부는 자유롭지 않은 시민에게 자유를 회복시켜주는 적극적 역할까지 수행할 수 있다.

또한 페ť의 법의 지배 논의는 형식적 요건을 중심으로 논의되고 있다는 점에서 형식적 법의 지배에 대한 일반적인 비판에서 자유로울 수 없다. 그래서 페ť이 제시한 조작불가능성을 확보하는 헌정적 조건들을 모두 갖춘 법이라 하더라도 그 법은 언제나 정당할 수 있는가라는 의문은 여전히 남게 된다. 자유주의 관점에서와 같이 실질적 요건을 추가함으로써 이를 해결할 수 있을 것인지, 아니면 다른 방식으로 법의 정당성을 물을 수 있는 장치를 마련해야 하는지 살펴보아야 할 것이다. 비지배 자유를 적극적으로 실현하고 증진할 수 있다는 능동적인 부분이 잘 드러나면서도, 시민들의 역할이 적절하게 고려되는 법의 지배 이론을 공화주의 관점에서 구성할 수 있는가에 대한 논의가 필요하다. 이에 대해 다음 장에서 논의해 보기로 한다.

V. 공화적 법의 지배

A. 공화주의적 법의 지배 이론의 재구성

공화국의 법은 공동체의 문제에 관한 정당성 판단이며, 정당성 판단은 공동체 문제의 형성, 주장, 결정 등을 모두 포함한다. 법의 지배가 법의 오래된 이상으로서 권력의 제한을 꾀하고, 그 결과 공화국과 시민들의 자유를 보장하고자 한다는 점은 앞에서 확인한 바이다. 법의 지배가 가지는 근본적 함의는 공화국의 실정법과 공화정부의 권력행사에 대한 정당성을 확보하는 것이다. 법의 정당성을 확인하기 위하여 형식과 내용적 측면에서 모두 검토해야 할 것이다. 따라서 공화국의 법은 법의 일반성, 명확성, 소급 금지와 같은 형식적 요건들을 충족하고, 공동선의 추구라는 실질적 목적에도 부합해야 한다. 이러한 ‘공화국의 법’의 지배가 이루어지고 있는 공화국의 모습이 어떻게 드러나는지 검토하여 자유주의 관점과는 구별되는 공화주의 법의 지배의 특징을 확인할 수 있을 것이다.

먼저 민주공화국이라는 맥락에서 나타나는 법의 지배에 관하여 세 가지의 원리를 중심으로 살펴보고자 한다. 첫 번째는 법의 지배가 정당성 판단의 결과가 아닌 정당성 물음에 관한 과정 전체에 대한 판단에 관한 것이어야 한다는 과정의 원리이다. 두 번째는 법의 지배는 최종적 정당성 판단자로서 시민을 설득할 수 있는 과정이 중요하며 이를 제도화할 때 권력에 대한 견제가 가능하다는 견제의 원리이다. 세 번째는 권력을 위임받은 입법부, 행정부, 사법부의 공직자들이 일반 시민들에 비하여 공적인 사안에 관하여 더 큰 권한을 행사한다는 점에서 훨씬 더 큰 책임을 부담할 때 법의 지배가 가능하다는 책임의 원리이다.

1. 공화적 법의 지배의 기본원리

(1) 과정의 원리

법의 지배는 결과의 원리가 아니라 과정의 원리이다. 과정의 의미는 공화국의 법을 정당성 판단으로 이해할 때 더 분명하게 드러난다.²⁵⁰⁾ 정당하다는 판단, 즉 법이 지배하고 있는지 판단하는 것은 일회적인 판단에 의해서 확신할 수 없는 것이기 때문이다. 법의 지배가 이루어지고 있다는 것은 입법절차를 통해 만들어진 결과로서의 실정법이 정당한가에 대한 판단 혹은 공화정부의 공적 활동이 정당한가에 대한 판단이 일정한 시점에 사법적으로 확인하여 결정하는 것 이상의 의미를 가진다. 오히려 정치과정과 입법절차 과정에도 법의 지배의 영역이 확장되어야 한다. 왜냐하면 앞서 언급했듯이 법의 지배는 결과물인 ‘법률’의 지배가 아니고, 그 정당성을 묻는 ‘법’의 지배이기 때문이다. 정당성을 묻는다는 것은 법의 지배를 입법의 결과물인 법률 이상으로 확장하지 않고는 불가능하기 때문이다.

일반적으로 공화국 내에서 입법절차를 거쳐 실정법이 제정되고, 공화정부는 그 법을 적용하며, 사법적 판단이 필요한 경우 그 법과 공화정부의 행위 각각 혹은 모두에 대하여 법원에서 판단을 한다. 이러한 과정을 입법, (행정적) 적용, 사법으로 나누어 볼 수 있다. 하나의 실정법이 입법절차를 거쳐 제정되었다고 가정해보자. 이 실정법은 특정한 공적 문제에 대한 판단을 내포하고 있으며, 정부는 해당 문제에 대하여 이 실정법에 근거하여 활동을 할 것이다. 여기서 법의 지배가 이루어지고 있는가, 즉 이 실정법이 정당한가에 대한 판단을 어떻게 할

250) 알렉시에 의하면 법은 단순히 규칙이 아니다. 법은 규범체계로서 정당성의 효력주장을 제기할 수 있어야 한다는 것이다. 이때의 규범체계는 어느 정도의 실효성을 가진 헌법을 중심으로 이루어진 규범 전체를 의미하며, 정당성 효력주장을 가능하게 하는 법의 절차들이 함께 있어야 한다. 즉, 법의 정당성을 다투는 문제들에 대하여 존재의 의의를 가진다는 의미이다. 법의 지배는 단순히 법의 적용문제가 아니다. 본질상 정당성 주장에 해당하는 법이 법의 지배에서 뜻하는 법이기 때문이다. 로버트 알렉시(이준일 역), 『법의 개념과 효력』, 고려대학교출판부, 2007, 178쪽.

수 있는지 생각해보자. 먼저 입법 과정에서의 정당성 판단을 생각해볼 수 있다. 이 경우에는 그 실정법이 헌법에서 정한 입법절차를 거쳤는지 확인해보아야 한다. 그리고 법으로서 갖추어야 할 형식적 요건을 모두 충족하고 있는지 판단을 한다. 또한 공화국의 법인 이상 공동선의 관점에서도 정당성 확인이 필요하다. 다루고 있는 공적 문제에 대하여 공동체 구성원 중 일부만의 이익을 고려하는 결정을 담고 있거나, 특정인이나 특정집단이 그 문제에 대하여 자의적으로 간섭할 수 있도록 정하고 있다면, 공동선의 추구 요건은 충족한다고 볼 수 없을 것이다. 만약 이 실질적 목적 요건도 충족한다면 입법과 관련된 정당성 판단을 통과하였다고 볼 것이다. 이제는 이 법의 적용 과정에서의 정당성 판단의 문제를 확인해야 한다. 일단 정당하다고 판단된 법을 근거로 공화정부는 행위를 할 것이다. 물론 법은 형식적 요건으로서 명확성 요건을 갖추어야 한다. 그러나 복잡한 현실의 모든 상황을 사전에 법령으로 정한다는 것은 불가능하며, 구체적 상황에 따른 전문적인 판단이 필요한 경우도 있을 수 있다. 결국 법을 적용하면서 정부의 '재량'이 필요한 경우가 있게 된다. 법의 적용과 관련된 대표적인 정당성 판단의 모습이 이 재량에 대한 판단이라 할 것이다. 이러한 정당성 판단의 기준은 공동선을 추구하는 법의 목적에 부합하는 방식으로 재량이 행사되는지, 혹은 재량을 행사하는 공무원으로 인하여 자의적 간섭이 이루어지는지 등을 판단하게 될 것이다. 입법과 적용에 관한 정당성 판단이 현실적으로 나타나는 것이 사법이다. 사법부의 판단에 의하여 실정법은 공화국의 법으로서의 지위를 잃기도 하고, 행정부의 행위가 공화국의 법에 부합하지 않기 때문에 취소되기도 한다. 이러한 판단을 통하여 공화적 자유가 침해된 시민들의 권리가 회복될 수 있고, 공화국의 법의 지배가 이루어지고 있음을 확인할 수 있게 된다. 기존의 법의 지배에 대한 논의는 주로 이 사법과정에 집중되어 있었다. 법의 지배를 위해서 사법부의 독립적 판단은 매우 중요한 지위를 갖는다.

사법부의 판단으로 드러나는 정당성 판단은 법의 지배를 확인하는 중요한 방식이지만 유일한 방식은 아니다. 적어도 공화국에서는 그렇다. 왜냐하면 법이 정당성 판단에 해당하는 이상, 정당성 주장에 관한 현상은 사법의 현장에서만 이

루어지는 것은 아니기 때문이다. 사법부의 판단은 구체적 사건에 대한 하나의 시점에서 이루어지는 것이다. 그러나 정당성은 한 시점을 잘라서 결과적으로 확인할 수 있는 것은 아니다. ‘정당하다’라는 판단이 정당성에 관한 물음의 제기, 서로 다른 정당성의 주장과 그 확인, 그리고 정당성에 관한 결정이 모두 포함되는 것이기 때문이다. 결과가 아니라 과정인 것이다. 그렇다면 하나의 실정법과 관련하여 정당성을 판단할 때에는 시야를 넓힐 필요가 있다. 이 때 판단의 근거가 여전히 ‘공화국의 법’인 것은 분명하다. 시야를 넓힌다는 것은 판단의 근거가 아니라 판단이 이루어지는 시점을 넓게 보아야 한다는 것이다. 법과 정치의 영역을 완전히 분리된 것으로 보지 않는 공화주의에서는 이 부분이 더 잘 설명될 수 있다.

법의 지배는 권력의 지배를 벗어나는 것을 의미한다. 공화주의는 특정인이나 특정집단이 권력화되고, 그 권력을 바탕으로 공적인 결정에 영향을 미침으로써 공화국과 시민의 자유가 상실되는 것을 방지하는데 관심을 기울인다. 이러한 관심은 시간적 요소의 고려 없이 이루어질 수 없다. 법이 권력을 제한하고 있다는 것은 일정한 순간의 판단에 의존할 수 없다는 것이다. 정당성 물음을 통과한 어떠한 법률이나, 그 법률에 의거한 공화정부의 권한 행사가, 통과하는 순간에는 정당하다고 평가될 수 있을 것이다. 그러나 그 평가로 정당성 물음에서 완전히 해방되었다고 볼 수 없다. 시간적 공간적 고려를 통하여 언제든지 그 평가의 결과가 달라질 수 있기 때문이다. 따라서 법률에 대한 정당성 판단은 잠재적인 성격을 갖는다.

만들어진 법의 형식적 요건들과 실질적 요건들이 모두 충족되었는가라는 판단은 법의 지배의 일부분만을 보여주는 것이다. 입법의 과정에서 이루어지는 정당성 주장과 그 주장들에 대한 숙의 혹은 성찰 역시 법의 지배라는 영역에서 예외가 될 수 없다. 정치가 생성적 과정이고 법이 그 결과물인 것이 아니다. 무엇이 공동체의 법이어야 하는가, 무엇에 관하여 정당성 주장을 공유하고 토론해야 하는가와 같은 정당성 물음의 제기에서부터 법의 지배는 시작된다. 그리고 이러한 정당성물음의 제기는 법이 만들어지는 과정, 제정된 후 시행되는 과정, 사후에 유권적 판단이 이루어지는 사법의 과정 어느 시점에서나 제기될 수 있다. 이러

한 모든 과정에서 권력에 의한 자의적 간섭이 이루어지지 않을 때, 법의 지배가 이루어지고 있다고 말할 수 있을 것이다.

(2) 견제의 원리

공화주의 전통에서 시민은 공화국의 실질적 주인이다. 이러한 관점은 법의 지배를 논의할 때 고려되어야 한다. 전통적으로 법의 지배를 통하여 권력을 제한하는 제도 중 혼합정부에 관한 내용은 공화정부의 구성원리에서 언제나 중요하게 언급된다. 키케로는 왕정, 귀족정, 다수정이라는 통치형태가 조화롭게 이루어질 때 공화국의 안녕을 도모할 수 있다고 주장하였다. 이 혼합정의 이념은 권력이 특정인이나 특정집단에게 집중되지 않도록 하는 정부 구성원리로 발전하였다. 법제도를 통해 권력을 제한하고자 하는 공화정부는 기능에 따라 권력을 분리하고 각기 다른 기관에 귀속시켜 기관들 간의 견제와 균형을 통하여 권력을 적절하게 제한하고자 한다는 것이다. 페тит 또한 공화정부의 권력은 분산되어야 한다고 밝히며, 기존의 기능적 분립 외에도 공화정부의 자의성을 방지할 수 있는 권력분산 제도들을 도입해야 한다고 주장하였다.

그렇다면 권력이 그 내용에 따라 분리되고, 분리된 권력이 적절하게 견제와 균형의 원리로 운영이 되고 있는가에 대한 평가를 통하여 법의 지배가 이루어지고 있는가를 확인할 수 있어야 한다. 즉, 법의 지배에서 권력의 제한을 위한 정당성 물음이 지속적으로 제기될 때, 어떠한 법률이나 특정한 정부의 행위의 정당성 외에도 정부의 구성과 그 운영의 관한 사항도 정당성 물음에 포함해야 하는 것이다. 이 때, 권력이 적절하게 제한되고 있음을 확인할 수 있으며 공화정부와 공화국의 법의 정당성물음도 제기할 수 있는 주체가 누구인지 주목하게 된다. 공화국은 시민들의 공유물이라는 키케로의 어원적 해설을 굳이 인용하지 않더라도, 주체가 누구인지는 명백하다. 공화국의 시민이다. 다만 이 시민은 덕성을 갖춘 시민임을 유의해야 한다. 권력간, 정부기관간 견제가 이루어져야 한다는 것에서 더 나아가 공화국의 주인으로서 덕성을 갖춘 시민에 의한 견제가 이루어질 때, 법의 지배가 이

루어지고 있다고 판단할 수 있는 것이다. 이러한 시민의 덕성을 ‘공동체의 유지를 지지하면서, 그것을 위해 공적 정당성 물음에 대한 판단을 할 수 있는 능력’이라고 부를 수 있을 것이다.

덕성을 갖춘 공화국의 시민들은 공화국 공통의 문제에 대하여 관심을 가지고 그에 관하여 정당성을 주장을 하고자 한다. 그리고 이 정당성 주장은 지속적으로 이루어질 것이다. 이것이 공화국의 이상적 모습이라고 할 것이다. 이러한 정당성 주장의 주체로서 시민은 덕성을 갖추어야 한다. 시민의 덕성은 또한 기를 수 있어야 한다. 공동체의 일에 대하여 관심을 가지고 그에 관한 정당성물음을 제기할 수 있다는 것은, 공화정부의 권력에 대한 중요한 견제의 기능을 수행할 수 있다는 것이다. 공화정부와 시민의 관계에서도 정부 내 기관들 간 관계 못지않은 견제가 필요하다. 시민들은 모든 권한을 정부에 위임한 추상적 주권자로서 지위만 가지는 것이 아니라, 정부를 형성하는 주체로서 지위를 가지는 것이 공화주의이기 때문이다.

페트는 이러한 시민들의 역할에 관하여 공화주의 정부가 택해야 할 민주주의가 동의가 아닌 ‘견제(contestability)’에 기초해야 한다고 주장한다.²⁵¹⁾ 그는 공화국 구성원들의 이익이나 관념이 힘이 있는 일부 분파의 이익이나 관념에 의하여 방해받지 않기 위해서 필요한 것은 일반 시민들이 정부의 활동을 견제하는 것이라고 주장한다. 이 때 정부의 활동을 견제한다는 것은 시민들의 적극적 참여를 통하여 그들의 의지를 관철시키는 것을 의미하는 것이 아님을 강조한다. 오히려 공화 정부가 권한을 행사함에 있어 시민들의 견제를 견디어 내어야 한다는 것에 초점이 있다는 것이다. 이를 바탕으로 시민들의 견제를 위한 전제로서 민주주의는 심의적(deliberative)이어야 하며, 다양한 이익과 관념을 가진 구성원들도 제도적으로 보호받을 수 있도록 포용적(inclusive)이어야 하고, 시민들의 견제에 대하여 적절하게 대응할 수 있도록 반응적(responsive)이어야 한다고 주장한다.

페트의 민주주의에 대한 주장은 비지배 공화주의 이론에서 공화국과 시민들이

251) 페트의 견제적 민주주의에 관하 내용은 필립 페트(곽준혁 역), 앞의 책(주 163), 346쪽-359쪽 참조.

비지배의 이상을 달성하기 위한 것이다. 그러므로 그는 헌정적 제약요건을 충족하여 공화정부를 구성한다고 할지라도, 실제로 운영할 때에는 구성에 참여한 시민들의 견제에도 언제나 노출되어야 한다고 본 것이다. 특정인이나 특정집단의 자의적 간섭으로부터 공화국과 시민들이 모두 자유를 누리기 위해서는 그러한 간섭행위가 일어날 수 있는 환경을 사전에 예방하는 것이 필요하기 때문이다. 이러한 사전적 예방에 해당하는 제도들이 공화국에서 요청되는 것이다.

페팅의 민주주의와 관련한 논의를 법의 지배 영역에서 살펴보자. 페팅은 공화국 헌정에 속하는 일과 시민의 영역에 속하는 일을 분리하고자 한다. 다시 말해서 비지배 이상을 달성하기 위하여 필요한 두 가지 요소로서 공화국의 정부구성 조건들과 시민들의 참여와 관련한 요건들을 나누어 논의한다. 그러나 공화국에서 법의 지배는 법과 정치, 정부와 시민을 분절된 것으로 보지 않는 공화주의 관점에서 검토해야 한다. 법의 지배는 공화국의 정당성 주장이 원활히 이루어지고, 새롭게 발전하는 모든 과정에서 확인할 수 있어야 한다. 시민들의 정당성 주장과 관계된 활동은 법의 지배 안에서 중요한 역할이 가진다. 공화국에서 시민들을 배제한 법은 무의미하기 때문이다. 물론 이것이 시민들이 특정한 공화국의 실정법을 승인하거나 사법부의 판단에 대하여 승인해야 한다는 의미는 아니다. 시민들이 그러한 정당성 물음을 제기하고 판단하는 과정에서 배제되지 않아야 한다는 것이다. 이러한 의미에서 시민의 견제는 법의 지배에 있어 필수적인 요소가 된다.

국민이 주권자라는 대한민국 헌법 제1조의 의미도 이렇게 해석할 수 있다. 모든 권력은 국민으로부터 나온다는 것을 추상적 국민 전체가 국가의 주권자라는 표현으로 해석하는 경우도 있다. 그러나 민주공화국의 국민이라는 전제가 있는 이상, 국민을 추상적 일반인으로 상정하는 것은 무리가 있다. 오히려 구체적인 시민들이 권력작용에 대하여 최종적인 견제자로서 지위를 가진다고 해석해야 할 것이다. 모든 국민이라고 한 것은 형식적으로 공화국의 시민으로서 모든 구성원들이라고 할 수 있다. 나아가 좀 더 규범적 의미로 모든 국민들이 덕성을 가진 시민으로서 자격을 갖추도록 해야 한다는 점을 전제하고 있다고 볼 수도 있다. 즉, 모든 국민이 시민으로서 덕성을 갖추 수 있도록 할 의무가 공화국에게 부여된다고 할

것이다.

(3) 책임의 원리

공화국의 구성원들인 시민이 덕성을 발휘하는 것은 법의 지배에 있어서 중요한 동력이 된다는 점을 확인하였다. 공화주의 맥락에서 공화국의 시민은 자유주의적 관점에서의 국가의 구성원인 국민과는 다른 점이 있다. 국가와 국민은 자유에 관하여 서로 대립적인 지위에 놓이게 된다. 개인으로서 국민은 자신의 자유를 보호하기 위하여 국가를 필요로 하지만, 국가와 국가의 법은 그 자체로서 자유의 제한을 의미한다는 점에서 그렇다. 그러나 공화국의 시민은 공화국의 정부와 대립적인 지위에 있지 않는다. 공화정부는 시민들의 자유로운 권리 행사에 관하여 소극적 역할만을 수행하는 것이 아니다. 오히려 공화정부는 공화국의 시민들로 구성되며, 공화정부의 활동은 공화국의 시민들의 자유를 소극적으로 보호하기도 하지만, 적극적으로 형성하는 역할도 수행하는 것이다. 따라서 공화국의 시민의 덕성은 공화정부의 권력행사에 대한 견제 이상의 내용을 담게 된다. 공화정부의 권력행사를 하는 공무원도 시민에 해당하는 이상, 이들에게도 일반적인 시민의 덕성은 여전히 요구된다. 다만 덕성의 정도는 다를 수 있다. 공화국의 시민들에 의하여 공적으로 더 큰 권한을 부여받은 만큼 더 큰 책임을 져야 한다는 것이다. 이렇듯 심화된 공직자들이 시민의 덕성으로서 ‘책임(accountability)’을 부담할 때, 공화국의 법의 지배가 이루어진다고 할 수 있을 것이다. 헌법상 공무원을 국민 전체의 봉사자로 정하면서 일반 국민의 권리 의무와 다른 내용을 정하고 있는 점도 이를 반영한 것이라고 볼 수 있다.

공화정부에서 정당성물음이 제기되고 이것이 잠재적이긴 하지만 제도적으로 해결되는 것은 사법의 영역이다. 그렇기 때문에 법의 지배가 이루어지고 있는가를 판단하는 여러 요건들 중에 사법부의 독립성도 중요하게 다루어진다. 현실에서 법원의 판단은 상당한 권력을 가진다. 단순히 사인 간의 분쟁을 법적으로 해

결할 수 있는 기관이 아니라, 공화국의 법을 해석하고 시민들의 자유를 확인하는 역할을 담당하는 기관이기 때문이다. 사법부가 다른 권력으로부터 독립되어 있어야, 공화국의 법에 근거하여 판단을 내릴 수 있다는 것이다. 공화국 내의 다른 세력에 의하여 사법부의 판단이 영향을 받게 된다면, 그 공화국의 법의 지배는 이루어진다고 할 수 없다.

현대의 복잡한 일상은 정당성 물음의 계기를 더 많이 제공하고, 그만큼 더 많은 정당성 주장들이 나타나게 한다. 정당성 주장이 자유롭게 일어나는 것이 공화국 시민들로 하여금 덕성을 함양하게 하고, 공화국이 특정한 힘, 즉 권력의 지배로부터 자유롭게 하는데 매우 중요하다. 그럼에도 이러한 정당성 주장이 엇갈리는 데 그치는 것이 아니라 하나의 주장이 그 과정에서 힘을 얻게 되고, 또 다른 정당성 물음이 제기될 때까지는 우월적 지위를 누리게 된다. 사회에서 이루어지는 정당성 주장의 차원이 복잡할수록 하나의 주장에 손을 들어 주는 것, 정당성 물음에 대한 답을 제도 안에서 확인할 수 있도록 하는 것, 즉 사법부와 법관의 역할과 권력이 더 커지는 것이다.

권력의 지배를 경계하는 것이 법의 지배라는 점에서 사법부의 권력이 커지는 것은 바람직하지 않다. 공화국의 사법부는 필요 이상의 권력을 누리게 될 경우, 그러한 권력 역시 법의 지배를 방해할 위험이 있는 것이다. 권력의 힘에 비례하여 견제가 필요하다. 이것과 관련하여 살펴볼 수 있는 것이 사법부의 책무성이다. 이때 사법의 책무는 “국민으로부터 사법권을 위임 받아 이를 이행하는 사법 권력의 주체가 그 책임이나 의무를 수행하고 그 과정과 이유, 결과에 대하여 책무요구자인 국민에게 보고 설명 해명하는 의무”이다.²⁵²⁾ 사법의 독립성 외에 책무성이 중요하다고 보는 입장은 책무성이 사법부의 내부와 외부 모두에서 필요하다고 본다. 내부적으로는 사법부 안에 상급법원과 하급법원의 관계에서, 동급법원과 재판부 상호간 관계에서와 같이 법원 내부의 법관 상호간 관계에서 부담해야 한다. 그리고 외부의 경우에는 일차적으로는 소송당사자에 대하여 부담하

252) 최유경, “헌법철학적 가치로서의 사법의 책무성”, 한국법철학회, 「법철학연구」, 18(2), 2015, 65쪽.

지만, 국민 전체에 대하여도 부담해야 한다고 본다. 사법부의 권력이 국민으로부터 위임받은 것이고, 그렇기 때문에 국민의 신뢰가 그 권력의 전제가 된다는 점을 고려해야 한다는 것이다. 국민의 사법에 대한 신뢰는 사법기능의 이행과정과 절차, 결과에 대하여 적극적으로 보고하고 설명하는 과정을 통하여 확보할 수 있다.²⁵³⁾

(4) 소결: 법의 지배의 능동적 구성

자유주의 관점에 의하면 법의 지배는 자유를 보호하기 위한 도구적 개념이며, 법 자체가 자유에 대한 제한의 성격이 있다는 점에서, 법의 지배는 소극적으로 자유를 보장하는 제도이다. 반면에 공화주의 관점에서 법의 지배는 공화국 존속을 위한 근본적인 조건이 된다. 법의 지배가 없다면 자유로운 공화국으로서 유지될 수 없기 때문이다. 공화주의에서도 법의 지배를 통하여 시민들의 자유가 보호되지만 소극적 보장에 머무르지 않고 적극적 형성을 통하여 자유를 보호한다는 점에서 다르다. 공화국 시민들의 자유는 법의 지배를 통해서만 확보될 수 있기 때문이다. 그렇기 때문에 법의 지배를 공화주의 관점에서 해석한다는 것은 능동적이고 형성적일 것을 요한다.

공화주의 전통에서 나타나는 법의 지배 이념은 공화국의 자유를 확보하고 시민들의 덕성을 함양시키는 것이다. 자유를 확보한다는 것은 비지배의 이상을 실현하는 것을 의미한다. 법을 통하여 시민들 간, 혹은 시민들과 공화국의 관계에서 지배관계가 발생하지 않을 수 있도록 해야 한다. 즉, 시민들이 법에 관한 비판적 활동을 해야 한다는 것이다. 한편 시민의 덕성을 함양시킨다는 것은 시민들이 법과 정치의 영역에 참여하여 역할을 담당해야 한다는 것이다. 시민들은 공적 영역에서 공공의 일에 대하여 참여할 수 있어야 한다. 이 참여는 자금지배를 실현하기 위한 것이라기보다, 법에 대하여 그리고 정부에 대하여 감시와 경

253) 최유경, 앞의 글(주 252), 82쪽.

계를 하기 위한 것이다.

공화주의는 다양한 가치관을 가진 많은 사람들의 공동체를 전제한 것으로, 그러한 공동체가 분열되지 않고 구성원들이 스스로의 삶을 운영할 수 있을 것을 이상으로 한다. 법의 지배는 이를 위한 가장 근본적인 조건이 되는 것이다. 공동체의 구성원이라는 자격을 설정해주는 것도 공화국의 법이며, 시민들 간의 갈등을 해소하는 역할을 하는 것도 공화국의 법이다. 결국 현대 공화국의 법의 지배는 시민의 자격으로서 주어진 평등을 유지하면서, 발생하는 갈등에 대한 적절한 대응을 할 수 있어야 할 것이다.

공화국의 법은 모든 시민을 지배로부터 자유롭게 한다는 측면에서 능동성을 갖는다. 공화주의 관점에서는 공화정부를 조직하고, 공화정부가 권한을 행사하고, 공화국 내의 지배와 관련된 문제들에 대하여 해법을 제공하는 모든 과정이, 법에 의하여 이루어져야 한다. 공화주의에서 시민의 참여는 중요한 가치이지만, 참여는 지속성과 안정성이 확보되는 법의 영역 안에서 비로소 의미를 가진다.

2. 자유주의적 법의 지배와의 비교

세 가지 원리를 통하여 공화적 법의 지배의 모습을 살펴보았다. 자유주의 관점에서 법의 지배를 이해하는 것과 어떻게 다른지 비교한다면 공화적 법의 지배 내용이 더 명확하게 드러날 것이다. 자유주의 관점의 법의 지배는 그 유형에 따라 형식적 법의 지배와 실질적 법의 지배를 나누어 검토한다. 그리고 자유주의 법의 지배와 공화적 법의 지배의 다른 점을 법의 지배의 기본적 관념들을 기준으로 검토하고자 한다.

(1) 자유주의적 법의 지배의 모습

1) 형식적 법의 지배

현대 입헌주의 국가에서 나타나는 형식적 법의 지배의 모습은 합법성 요건의 충족여부를 통하여 법의 지배임을 판단한다. 먼저 이 국가는 권력의 자의성을 배제하기 위하여 권력분립의 원칙을 포함하는 헌법에 의하여 정부를 구성한다. 그리고 헌법은 보호받아야 할 국민의 자유를 정하고, 제한의 한계를 정한다. 자유주의 관점에서 법은 그 자체로 자유를 제한하는 것이기 때문에, 헌법에 의하여 정당화되는 제한의 내용이 정해져야 한다. 이렇게 헌법에 근거하여 법의 일반성, 명확성, 공지성 등의 형식적 요건을 갖추고, 헌법에서 정한 절차에 의하여 만들어진 실정법은 정당하다고 평가된다.

국민의 대표로 구성되는 입법부에서 정한 법률에 따라 행정부는 활동할 수 있다. 그 법률을 넘어서는 재량의 행사는 극히 예외적인 경우에만 가능하다. 행정부로 대변되는 공권력을 제한하기 위하여 입법부가 법률을 제정하기 때문이다. 이때 국민은 의회의 구성원을 선출할 때, 그리고 행정부의 대표를 선출할 때에 한정하여 주권자로서 권한을 행사한다. 그리고 입법부가 제정한 법률의 수범자로서 수동적 지위만 가지게 된다.

형식적 요건으로서의 합법성을 갖추면 정당한 법으로 인정되기 때문에, 이 모델에서 법의 지배가 이루어지고 있는가의 판단은 입법에 대한 판단이 주를 이루게 된다. 입법부가 법률을 제정할 때 형식적 요건을 충족하면서 만들었는가가 주 판단대상이 되기 때문이다. 입헌주의를 바탕으로 한다는 면에서, 헌법상 규정된 요건을 기준으로 판단한다. 그러므로 헌법상 정한 절차를 거치면서, 법으로서 필요한 형식적 요건을 갖춘 법으로 확인이 되면, 법의 지배가 이루어지고 있다는 판단이 가능하다.

2) 실질적 법의 지배

실질적 법의 지배도 자유주의와 민주주의를 채택한 입헌주의 국가를 배경으로 한다. 형식적 법의 지배와 달리 실질적 법의 지배는 법의 내용이 정당성 판단에 중요하다는 입장이다. 위의 모형에서 의회와 정부의 관계는 형식적 법의 지배와 동일하다. 즉 의회는 공권력을 제한하기 위한 법률을 제정하고, 공권력은 그 법률에 근거하여서만 권한을 행사할 수 있다. 다만 이 때 법률을 제정하는 작업은 형식적 요건을 갖추는 것에 국한되지 않는다. 실질적으로 그 법률의 내용이 정당해야 한다는 요청을 충족해야 한다. 이것은 헌법에서 열거하고 있는 내용에 한정되지 않는다. 명문으로 인정하고 있지 않더라도 인간의 권리, 정의, 혹은 민주주의와 같은 가치에 반하는 내용을 담은 법률은 형식적 요건을 모두 갖추었다고 하더라도 정당하지 않는 법이다. 결국 형식적 요건과 실질적 요건을 모두 고려하여 입법부는 법률을 제정하게 된다.

국민의 지위나 역할은 형식적 법의 지배 모습과 동일하다. 입법부나 행정부의 구성과 관련하여 선거권을 가질 뿐이다. 선거를 통하여 대표자를 선출하는 것으로 적극적인 역할은 그친다. 그 이후에는 입법부에서 만들어진 법률에 대한 수범자로서의 역할만 수행할 수 있다. 물론 수범자로서 국민은 법률이나 행정부의 처분으로 인하여 권리를 침해받은 경우에 법적으로 문제를 제기할 수 있다. 그리고 이때 제기하는 근거는 형식적 요건의 충족여부 뿐만 아니라 실질적 요건의 충족여부 또한 포함된다.

실질적 법의 지배 모형에서 법의 지배가 이루어지고 있는가의 판단은 법률이 정당한 법인가, 즉 형식적 요건과 실질적 요건을 갖추고 있는가에 대한 판단이다. 다만 형식적 요건에 대한 판단에 비하여 실질적 요건을 해석이라는 작업을 요한다는 점에서 사법부의 역할이 더 중요해진다. 실질적 요건을 갖추지 못하였다는 법적 해석을 사법부에서 한다면 그 법률은 정당한 법이 될 수 없기 때문이다. 실질적 법의 지배가 이루어지고 있다는 판단은 그러므로 사법에 관한 판단이 된다. 형식적 요건 실질적 요건을 해석하여 판단할 수 있는 사법부의 중요성

이 강조된다.

3) 세 가지 관념과 법의 지배

법의 최고성 관념은 힘과 권력에 의한 지배를 비판적으로 바라보게 해주는 관념이다. 자유주의 관점에서 권력에 대한 견제는 매우 중요하게 다루어진다. 권력에 의하여 개인의 자유가 침해받는 경우를 방지하고자 법의 지배를 논의하기 때문이다. 다만 자유주의 관점에서는 국가와 시민의 관계를 중심으로 공권력에 대한 견제를 중심으로 논의한다. 개인의 자유를 침해할 수 있는 사권력에 대한 견제는 법의 지배에서 논의하는 것은 어렵다. 사권력에 의하여 자유를 침해받게 되는 개인뿐만 아니라, 사권력을 행사할 수 있는 개인도 공권력과의 관계에서 자유를 보호받아야 할 개인이기 때문이다.

법률의 정당성 판단에 관한 이성의 원칙 관념의 경우, 자유주의 관점의 법의 지배에서는 법 형식적 요건과 실질적 요건의 충족여부 판단으로 나타난다. 법이 갖추어야 할 형식적 요건과 실질적 요건을 정하고, 그 요건을 충족된 법을 정당하다고 평가한다. 입헌주의 국가에서 이러한 요건들은 헌법의 내용이 된다. 법률은 헌법에서 정하는 입법절차를 준수하고, 헌법상의 기본권을 제한하지 않아야 한다.

자유주의 법의 지배는 시민의 참여 혹은 민주주의와 관련하여 설득력있는 설명을 제시하지 못한다. 시민은 추상적인 동의권한만 행사할 수 있다. 법을 구체적으로 적용하고 해석하는 일들은 법전문가의 영역에서 이루어진다. 입법부와 사법부의 역할이 강조되는 이상, 법에 대하여 이해관계를 가지는 대다수의 일반 시민들은 수동적인 위치에 놓일 수밖에 없다. 시민들은 정치의 영역에서 선거 혹은 여론 형성과 같은 활동을 통하여 간접적으로만 법에 영향을 미칠 수 있다.

(2) 공화적 법의 지배

공화적 법의 지배 모습은 입헌민주주의 국가를 배경으로 한다. 공화주의 관점에서 정부를 구성하고 법을 이해한다는 점에서 자유주의 법의 지배와 구별된다. 가장 크게 구별되는 것은 국가의 모습이다. 자유주의 관점에서 자유는 국가 전에 존재한다. 국가는 개인의 자유를 보호하기 위한 권력을 가지며, 따라서 개인의 자유는 권력의 한계로서 작동한다. 그러나 공화주의 관점에서 자유는 국가 이전에 존재할 수 없다. 자유를 창조하는 법은 국가라는 규범적 주체가 없이는 만들어지기 어렵기 때문이다. 따라서 공화국은 자유를 창조하기 위한 필수적 조건이며, 공화국은 소극적으로 개인의 자유를 침해하지 않는 것에 목표가 있지 않고, 적극적으로 자유를 형성하는 역할을 수행하게 된다. 그러므로 입법부와 행정부의 관계도 자유주의 법의 지배와 다르게 표현된다. 의회는 공권력이 개인의 자유를 제한하지 않아야 한다는 소극적 목적에 따라, 공권력을 제한하는 법률을 제정한다. 입법부는 자유를 제한할 근거로서 법률을 만들고, 행정부는 그 근거에 한정하여 권한을 행사하게 된다. 그러나 공화주의 법의 지배는 입법부와 행정부 모두 공화국 시민의 자유를 창조하고 형성하는 역할을 수행할 수 있다. 공권력이 언제나 자유의 제한으로서만 역할을 하는 것이 아니고, 공화적 자유를 증진하기 위한 적극적 역할 또한 수행할 수 있기 때문이다.

공화국의 법률은 입법부에 의하여 제정된다. 형식적으로 타당한 말이다. 그러나 또한 공화국의 법률이 만들어지는 과정은 입법부내에서 이루어지는 것만은 아니다. 무엇이 공화국의 법인가에 관한 정당성 물음을 제기하고 답하는 모든 속의 과정이 법이 만들어지는 과정에 포함되기 때문이다. 그리고 이러한 과정은 입법에만 한정되지 않는다. 행정부의 권한 행사에 대해서도 동일한 문제제기가 가능하다. 즉 공화국 국가기관 전체에 대하여 이 문제제기를 주체적으로 수행하는 주체로서 시민의 역할이 드러난다.

법의 지배가 담고 있는 세 가지 관념도 공화주의 관점에서 더 잘 설명할 수 있다. 공권력이 아닌 사권력에 대한 견제도 법의 지배로서 논의할 수 있다. 권력

이 행사자를 시민과 대립적인 관계에 놓이는 국가에 한정하지 않기 때문이다. 시민을 중심으로 놓고, 시민에 대하여 그 자유를 박탈할 수 있는 모든 종류의 권력에 대하여 경계할 수 있어야 한다는 것이다. 법의 정당성 판단도 결과가 아닌 과정으로 판단한다는 점에서 법의 지배를 더 역동적으로 이해한다. 법의 형식적 요건과 실질적 요건에 대한 일시적인 판단에서 나아가서 법과 관련된 모든 과정에 관하여 정당성 물음을 제기할 수 있다는 점을 강조하기 때문이다. 정당성 물음을 제기하고 판단을 하는 주체로서 시민이 법의 지배 논의에 등장함으로써, 법 앞의 평등 관념도 더 잘 설명한다고 할 수 있다. 시민의 지위가 법의 수범자에서 법의 주인으로 다르게 나타난다는 것은, 시민의 덕성을 전제로 법의 지배를 논의하기 때문에 의미를 가질 수 있는 것이다.

(3) 소결

자유주의 관점에서 법의 지배를 정리하면 다음과 같다.

(1) 법은 그 자체로 자유를 제한하는 것이며, 개인의 자유와 권리를 보장하기 위해서만 정당화 될 수 있다.

(2) 법의 지배는 개인의 자유를 제한하거나 침해하지 않기 위한 조건들을 만들어 냄으로써 공권력을 제한하는 법에 대한 이론이다.

(3) 국가기관의 권력행사의 근거로서 법이 형식적 요건을 갖추었는지(형식적 법의 지배) 혹은 실질적 정의를 내용으로 하는지(실질적 법의 지배)에 관하여 결과적으로 평가함으로써 법의 지배가 이루어지는지 판단할 수 있다.

공화주의 관점에서 법의 지배는 다음과 같이 다르다.

(1) 법은 자유를 가능하게 하는 것이며, 소극적으로 침해하지 않음으로서가 아니라 적극적으로 형성함으로써 그 역할을 수행한다.

(2) 법의 지배는 공화국의 시민들이 자의적 간섭으로부터 자유로울 수 있도록 모든 지배에 대하여 반성적으로 제한하는 법에 관한 이론이다.

(3) 법의 지배는 시민의 자유를 증진하기 위한 법의 정당성 판단이 과정적으로 이루어지고, 국가기관만이 아닌 시민도 견제라는 방식으로 참여하며, 권한을 부여받은 공직자가 시민으로서 책임을 부담할 때 이루어진다.

B. 공화적 법의 지배의 함의

공화적 법의 지배와 관련하여 공화국의 법과 시민에 대한 논의를 좀 더 할 필요가 있다. 법의 지배가 공화국의 법을 전제한 것이기 때문이다. 공화국의 법은 공동선을 중심으로 살펴볼 것이다. 그리고 시민의 자격에 관한 사항을 좀 더 검토할 것이다.

1. 공동선과 법

(1) 공화주의적 공동선

1) 공동선(common good)의 추구

공화주의에서 공동선은 매우 중요한 관념이다. 공동선은 공화국의 존재의 이유이기도 하고, 공화국의 정부와 법을 구성하는 1차적 원리이기도 하다.²⁵⁴⁾ 따라서 공동선을 추구하지 않는 공화국이라는 말은 그 자체에 모순이 존재하는 셈이다. 공동선의 추구는 공화주의를 자유주의와 구분하는 가치이기도 하다. 자유의 개념을 어떻게 이해하는가라는 주제 보다 자유주의와 공화주의 진영을 더 명확히 구분할 수 있는 공화주의 언어라고 할 수도 있을 것이다. 자유주의 입장에서 어떠한 하나의 선이 존재하고 그것을 공동체 전체가 추구한다는 것은 받아들이기 어려운 관념이다. 자유주의는 사적으로 대항하는 다양한 선이 있음을 인정해야 하고, 이들 간의 합리적인 조정 혹은 타협이 가능한 것이며, 국가는 이에 대하여 중립적 지위를 유지해야 한다고 주장한다. 따라서 공동선의 추구하고 같은 용어는 자유주의 관점에서는 이용하기 어려운 것이다.

공화주의 관점에도 사적 영역을 인정하며, 사적 이익들 간의 합리적인 조정이

254) M. N. S. Sellers, , Republican Legal Theory, Palgrave Macmillan, 2003, pp 27-28.

필요하다고 본다. 그러나 공화주의의 우선적 관심은 사적 이익이 아닌 공적 이익이다. 그 공적 이익이 무엇이며, 공적 이익이 침해되지 않도록 하는 것에 주로 관심을 둔다는 점에서 자유주의 관점과 차이가 있다. 공화주의에서 공화국의 일차적 목적은 그 안에서 시민들이 각자의 이익을 보장받는 것이 아니라 공존하는 것이다. 공존이 가능한 공화국이 사라지면, 시민으로서 권리와 자유는 더 이상 보장받을 수 없기 때문이다.

공동선은 또한 공화주의를 왜곡하거나 오해하기 쉽도록 하기도 한다. 예를 들어 공동선의 추구해야 한다는 것을 특정한 가치나 삶의 모습을 모든 구성원들이 강요받아야 한다는 것으로 오해하는 경우가 그렇다.²⁵⁵⁾ 공화주의 안에서 특정한 삶의 모습을 가치 있는 삶이라고 보고, 그 구성원들이 그러한 삶을 살 수 있도록 하는 것이 공화정부와 법의 역할이라고 주장하는 경우도 있다. 그러나 이러한 경우에도 그러한 삶이 가치 있음을 공화국 내에서 인정할 수 있다는 것이지, 그렇지 못한 삶을 추구하고자 하는 시민 개인을 향하여 국가권력이 개입해야 한다고 주장하지 않는다. 특정한 이념을 선택하여 구성원들에게 강요하거나, 가장 가치 있는 삶의 모습을 정하여 모든 구성원들이 그 삶을 영위하도록 하는데 관심을 두는 것은 공화주의에서 말하는 공동선이 아니다. 모든 구성원들에게 가장 가치 있는 삶을 영위하도록 하는데 관심을 두는 것도 공화주의에서 말하는 공동선이 아니다.

현대 공화주의는 다원주의를 인정한다. 현대 민주주의 사회에서 다원주의는 매우 중요한 가치를 내포한다. 적어도 현대의 시민들은 스스로가 정한 좋은 삶을 추구할 수 있는 기회를 보장받아야 한다는 것이다. 공화주의는 이러한 가치가 공동선의 추구하고 양립할 수 없다고 보지 않는다.²⁵⁶⁾ 오히려 이러한 각자의 삶을 추구할 수 있도록 공화국이 존재하는 것, 그것을 공동선으로 보는 것이다. 대항하는 사적 이익을 합리적이고 효율적으로 조정하는 중립적인 역할을 수행하는 것은 공화국이 아니다. 공화국은 그러한 사적 이익을 가능하게 하는데 필요

255) 몽테스키외(이재형 역), 『법의 정신』, 문예출판사, 2015, 58-59, 65쪽.

256) 모리치오 비롤리(김경화·김동규 역), 『공화주의』, 인간사랑, 2006, 145쪽.

한 공적 조건들을 확인하고 만들어가야 할 역할을 수행해야 한다. 이러한 의미에서 공동선의 추구는 공화국의 존재 목적이기도 하다.

(2) 공동선을 추구하는 법

공화국의 법은 그 정당성의 판단기준으로서 ‘공동선’에 부합해야 한다. 즉, 공화국의 법은 공동선을 추구해야 한다. 공화주의는 시민들 개인이 스스로 삶의 방식을 정하고 이를 추구하는 것을 부정하지 않는다. 그렇기 때문에 공화주의 맥락에서도 다원주의와 관용의 문제는 여전히 중요하다. 사적 이익은 공화국 내에서도 중요하고 보호할 가치가 있다는 것이다. 그러나 이러한 이익들은 공화국이라는 정치체 내에서 특히 시민들 간의 상호작용 안에서 보호받아야 한다. 상호작용을 가능하게 하고 이를 통하여 시민 각자가 스스로의 이익을 도모하기 위한 전제로서 상호작용에 관한 규범이 필요한 것이다. 공화국의 법이 공동선을 추구한다는 것은 이러한 내용을 바탕으로 한다. 상호작용의 방식과 그 내용은 시민들 공동의 관심사이기 때문이다. 상호작용의 방식은 하나일 수 없으며, 가장 좋은 방식을 결정하는 것 역시 시민들의 관심사이다. 다시 말해서 공화국의 시민들에게 공동의 관심사를 논의하고 결정할 방식으로서의 법이 필요하다는 것이다.

그러므로 공동선을 추구하는 법은 시민들의 공통된 관심사를 전제로 한다. 공통의 관심사가 무엇인지를 정하는 것도 공동의 문제이다. 사람들은 선과 옳음에 대하여 항상 같은 관념을 공유하지 않는다. 같은 공화국에 속한 구성원이 되었다고 하여, 선과 옳음에 대하여 같은 관념을 가지게 되는 것도 아니다. 키케로는 같은 정의의 관념을 가진 시민들의 공동체를 공화국이라 정의하였다.²⁵⁷⁾ 공동의 관심사를 공유하는 것이 공화국이라는 규범적 정의를 내린 것이다. 이러한 정의를 공화주의의 이상으로서 받아들인다면, 선과 옳음에 관하여, 공화국의 정의가

257) 마르쿠스 툴리우스 키케로(김창성 역), 『국가론』, 한길사, 2007, 130쪽.

무엇인지에 관하여 논의하는 것은 구성원들의 공통된 관심사가 된다고 볼 것이다.

공동선을 추구하는 것은 시민들이 스스로의 삶의 방식을 개척하고 영위할 수 있도록 하는데 기초가 된다. 다른 누구의 자의에 의하여 삶의 방식이 정해지는 것이 아니고, 스스로 정할 수 있기 위한 조건들을 정하는 것이 공동선을 추구하는 것이기 때문이다. 시민들의 공화적 자유는 공동선을 추구하는 것을 통하여 더 잘 보장받을 수 있다는 것이다. 또한 공동선을 추구하는 활동은 공화국 시민들의 공통의 정의감을 발달시킨다. 공동선에 해당하는 내용이 무엇인지 다루는 것, 공통의 관심사에 대하여 서로 다른 가치관을 가진 시민들 간의 결론을 도출할 수 있는 활동은 시민의 덕성을 발달시킨다. 시민들은 각자의 선과 옳음이 더 좋은 가치임을 주장하고 상대방을 설득시키고자 한다. 시민의 덕성을 공동선을 추구하는 시민의 노력이라고 표현할 수 있는 것도 같은 맥락이다. 공화국의 시민으로서 공동선을 추구하지 않는 것은, 결국 공통된 관심사에 대하여 무관심하다는 것을 의미한다. 시민의 참여 그 자체가 필수적 조건이라고 볼 수는 없다. 그러나 공동선에 무관심한 시민들로 인하여 공화국은 특정인이나 특정 집단의 이익에 의하여 운영될 위험이 커지게 된다. 그러므로 공동선이 무엇인지 다루고 그 정당성 주장을 지속적으로 추적하는 활동은 시민의 덕성을 발휘할 기회를 제 공함과 동시에 덕성을 고취시킨다고 할 수 있다.

이렇듯 공화주의에서 공동선을 추구한다는 것은 공화국의 본질에 속한다. 사적 이익을 추구하는 사람들의 모임이 아니라, 공존을 위하여 공적 관심사를 함께 다루고자 하는 시민들의 법공동체인 것이다. 사적 이익이 권력이 되어 공동선의 추구를 방해하는 경우 공화국은 안정적으로 존립할 수 없다. 법의 지배가 공화국과 시민들의 자유를 보장하는 전제가 되고, 시민들의 덕성이 법의 지배를 통하여 함양될 수 있다고 할 때, 법의 지배에서의 법, 즉 공화국의 법은 공동선을 추구할 때만 의의를 지니게 된다고 할 것이다. 따라서 공화국의 헌법이 비록 명시적으로 밝히고 있지 않다고 할지라도, 공화국의 법인 한, 그 본질상 공동선을 추구해야 한다.

(3) 공화주의적 공동선의 구체적 내용

현대 공화주의가 다원주의를 부정하지 않는 이상 공동선의 구체적 내용 또한 특정한 선이나 옳음과 같은 적극적 내용을 포함한다고 볼 수 없다. 공화국의 시민들이 스스로 선택한 선이나 옳음을 안전하게 추구할 수 있는 공화국을 유지하는 것이 공동선의 내용이 되어야 할 것이다. 그러므로 공화주의적 공동선의 구체적 내용은 소극적으로는 공화국의 자유와 독립을 방해하는 요소들을 제거하는 것으로 이해되어야 한다.

반면에 공동선의 추구 또한 적극적인 내용을 가질 수도 있다. 그것은 공화국 시민에게 적극적으로 시민으로서 평등한 지위를 부여하는 것이다. 이 시민으로서 평등한 자격을 부여하는 공동선의 내용에 대해 다음과 같이 생각해 보자.

공화주의 맥락에서 지배가 없을 때 자유롭다. 어느 누구도 나에게 자의적으로 간섭할 수 없을 때 나의 자유는 안정적으로 보장된다. 공동체를 전제로 다시 말하면, 어느 누구도 타인의 혹은 집단에 의한 자의적 간섭을 받을 수 없을 때, 공화국의 시민들은 자유롭다. 그리고 모든 시민들이 동일하게 비지배 개념에 의하여 자유를 획득한다는 점에서 공화국의 시민들은 평등하다. 복지의 평등이나 자원의 평등이 아니라, 비지배의 평등이 공화주의적 평등인 것이다. 모든 시민들이 동등하게 비지배를 누릴 수 있게 하는 것, 공화국 안에서만 가능한 이 평등의 관념은 따라서 물질적 평등주의가 아니라 구조적 평등주의이다.²⁵⁸⁾

비지배를 동등하게 향유한다는 것은, 도미니움 형태의 비지배에 관하여 국가의 개입이 정당화된다는 것이다. 그리고 이 때 국가의 개입은 임페리움의 형태를 취하면 안 된다. 국가 권력의 자의적 간섭으로 인한 자유의 상실은, 사인 간의 비지배를 조정하고자 하는 이익을 넘어서는 파괴력을 가지기 때문이다. 다시 말해서 공화국 정부는 스스로가 지배자가 되지 않도록 하는 동시에, 지배관계에 놓인 시민들에 대하여 지배자가 지배를 하지 못하도록 하거나, 지배를 받는 자

258) 필립 페티(곽준혁 역), 『신공화주의』, 나남, 2012, 228쪽.

가 지배로부터 벗어날 수 있도록 적극적 의무를 부담한다.

예를 들어 타인의 호의에 기대어 생계를 유지하는 공화국의 구성원이 있다고 가정해보자. 공화정부는 즉각적으로 지배관계를 해소할 수 있는 행위를 할 수 있다. 지배관계에서 지배할 능력이 있는 자가 자의적으로 지배를 받고 있는 자의 생계를 곤란하게 할 결정을 하지 않도록 입법을 하거나, 법에 근거하여 제한을 할 수 있다. 아니면 지배를 받고 있는 자가 생계를 타인에 의존하지 않을 수 있도록 좀 더 적극적인 조치를 취할 수도 있다. 물론 이 때에도 원칙적으로는 법에 근거하여, 근로와 같은 계약관계를 분명하게 하는 방법 등을 이용해야 할 것이다. 그러나 시민 일반의 이익을 고려하고 공동체 전체의 공동선을 추구하는 공화국의 법에 반하는 조치는 정당화될 수 없다. 지배를 받고 있는 자에게는 지배를 제거해주는 일시적 효과가 있을 수 있지만, 당장 지배할 능력이 있는 자에 대하여 정부의 자의적 간섭이 되거나, 공동체에 대하여 유사한 상황에서 정부의 행위가 지배가 될 수 있다는 인식을 심어주게 되기 때문이다.

이와 같이 공화주의적 평등은 단순히 자원의 분배문제에 한정하여 평등의 문제를 다루지 않는다. 오히려 비지배와 같은 시민의 자격과 자유에 있어서 시민들의 평등을 보장할 수 있어야 한다고 주장한다. 그리고 시민들간의 비지배의 평등은 자연적으로 주어지는 것이 아니라 공화국의 법에 의하여 비로소 가능해진다. 공화주의에서 사람의 지배가 아닌 법의 지배는 공화국의 구성원으로서의 평등한 자격을 만들어주는 것이다.

법 앞의 평등은 법의 지배의 고전적 사고에서 가장 근본적인 관념이다. 법 앞의 평등이 의도했던 것은 시민의 참여가 전제된 법의 지배가 다른 어떤 통치형태보다 시민들의 자유를 가장 적극적으로 보장한다는 것이다. 현대의 공화국은 규모가 크고 시민들의 삶의 모습도 고대 아테네 시민들에 비하여 훨씬 더 복잡하다. 시민들의 이해관계도 그 이상으로 다양해서 충돌할 가능성이 언제나 존재한다. 이전의 도시공화국의 시민들은 어느 정도 생활의 동질성이 있었다면, 현대의 복잡한 다원주의 사회를 살아가는 시민들은 타고난 운도 다르고 각자 조건도

다르다. 본질적으로 평등할 수 없는 존재인 것이다. 그러므로 현대의 ‘법 앞의 평등’은 시민들이 법을 통하여 인위적으로 평등한 자격을 가진 존재가 될 수 있다는 의미를 가진다.²⁵⁹⁾ 즉, 시민의 자격을 평등하게 보장하는 법의 지배인 것이다.

이렇게 시민의 자격과 정치적 권력을 평등하게 나눠 가진 공화국의 시민들은 이상적으로 볼 때 서로를 지배하지 않는다. 오히려 자유나 평등과 같은 가치를 타인보다 더 많이 향유하기 위하여 시민들 서로가 경쟁하는 것이 아니라, 함께 공공의 일을 논의하고 결정할 수 있는 동료가 되는 것이다. 시민이 덕성을 발휘하는 정치적 영역에의 참여는 공화국이 분파적 이익으로 인하여 부패하지 않고, 지배관계가 발생하지 않으며, 시민들이 자유를 안정적으로 누리기 위해서 중요하다. 다만 이러한 참여를 법이나 제도로 강제할 수 있는가는 문제가 된다. 그러나 이러한 강제가 자의적 간섭이 된다면, 역시 공화국에서는 강제가 정당화 될 수 없고 보아야 한다. 그러므로 또 다른 형태의 지배가 되지 않는 선에서 함양시킬 수 있어야 할 것이다. 즉, 시민들이 덕성을 발휘할 수 있는 정치 참여를 하지 않을 때 제재를 가하는 방식이 아니라, 참여를 원할 때 제도를 통해 참여의 기회와 그 방법을 보장해야 하는 방식이 타당하다 할 것이다.

(4) 소결: 공화국의 법

공화국의 법은 공적 문제에 대한 정당성 주장체계를 의미한다. 따라서 입법부에서 만들어진 실정법뿐만 아니라, 입법을 위한 정치과정을 포함해야 하는 것이다. 만들어진 법의 실행과 적용, 사법적 판단, 그리고 그에 대한 정당성 확인 전부를 포함하는 것이 공화국의 법인 것이다. 이러한 과정에서 정당성을 판단하기 위해서는 공화주의 사상 안에서 항상 언급되는 공동선에 주목해야 한다. 공화국의 법이 공동선을 추구해야 한다는 것은, 특정한 선이나 옳음을 추구하는 것이

259) 한나 아렌트(홍원표 역), 『혁명론』, 한길사, 2004, 98쪽.

아니라, 공동체의 문제가 무엇인지 결정하는 과정, 그리고 그 문제의 해결방법을 결정하는 과정에서 모든 구성원들의 정당성 주장을 해야 한다는 것이기 때문이다. 그리고 모든 구성원들의 정당성 주장을 위해서는, 구성원들의 시민으로서 평등한 자격이 부여되고 그 자격에 따라 정치과정에 참여할 수 있는 정치적 평등이 보장되어 있어야 한다.

2. 공화적 법의 지배와 시민

공화국의 법에 의한 지배는 어떤 특징을 가지는가? 공화국의 법은 공화국 모든 시민들이 책임을 가지고 견제를 한 결과이며, 또다시 견제의 대상이 될 수도 있다는 점에서 견제적이라 할 수 있다. 법의 영역과 정치의 영역은 완벽하게 구별되지 않는 정당성물음의 영역을 공유하며, 이 영역에서 무엇이 법이어야 하는가와 관련된 숙의가 이루어질 수 있어야 한다.²⁶⁰⁾ 정당성판단이 제대로 이루어지기 위해서 필요한 조건들도 존재한다. 예를 들어 법의 정당성 물음에 참여하는 시민들이 공적 문제들에 대한 적절한 지식과 정보에 접근할 수 있어야 한다. 그리고 시민들이 그 문제들을 이해하고 정당성에 관한 판단을 할 수 있어야 한다. 이와 같이 공화적 법의 지배는 법전문가 혹은 정부권력에 법과 관련한 모든 역할을 떠넘기지 않아야 한다. 이때 시민들의 참여방식과 정도에 대한 논의도 필요할 것이다. 민주공화국은 대의제를 택하고 있으며, 복잡하고 다양한 공적 관심사 모두에 대하여 시민들의 참여를 강제하는 것은 비지배 이상의 공화주의와도 부합하지 않기 때문이다.

(1) 시민의 자격: 동등한 참여자

시민의 공적 영역에서의 활동은 정치적 행위이다. 아렌트는 행위를 인격체의 정체성을 드러내는 활동이며, 이전에 없던 전혀 새로운 것을 창조할 수 있는 자유의 활동이라고 하였다.²⁶¹⁾ 정부기관의 활동이 정치가 아니라, 공적 영역에서

260) 하버마스는 법과 정치가 내적 긴장관계에 있으며, 공적 토론의 장에서 시민들이 자유롭게 의견을 나누고 근거지우는 과정을 통하여 법이 생성되며, 그러한 법에 의하여 공론장의 절차와 조건을 정할 수 있다고 본다. 법과 정치의 영역을 완벽하게 분리하지 않고 시민들의 토론을 적극적으로 평가한다는 점에서 공화적 법의 지배와 유사하게 볼 수 있다. 위르겐 하버마스(한상진 박영도 역), 『사실성과 타당성』, 나남, 2007, 214-220쪽 참조.

261) 한나 아렌트(이진우 역), 『인간의 조건』, 한길사, 2017, 73-74쪽.

이루어지는 시민들의 행위의 총합이 정치인 것이다.²⁶²⁾ 시민들은 이러한 활동을 통하여 자신들의 세계를 창조하고 유지하고 발전시킨다.

시민의 자격은 법에 의하여 주어진다는 점에서 모든 시민은 평등하다. 공적 담론에 참여할 자격이 동등하게 주어진다는 점에서 자격의 평등이고 정치적 평등이다. 사회경제적 평등도 포함해야 하는가 검토해야 한다. 유산자들에게만 정치 참여의 기회를 부여했던 과거와 다르게 현대 공화국에서 시민들은 경제적 능력이나 소유한 재산에 관계없이 동등한 시민이 된다. 그러나 시민이 자유를 포기해야 할 정도, 자신의 생계를 타인의 의지에 종속시켜야 하는 경에 이르기까지 부의 불균형이 심화된다면, 그의 시민으로서의 활동이 그의 정체성을 드러내는 창조적 활동이 될 수 없을 것이다. 따라서 시민의 자격을 논할 때, 일정 수준의 부는 필요하지만, 결정적인 평등의 내용이 되지 않는다. 결론적으로 시민의 평등은 자격의 평등이기 때문에, 독립적인 자격을 보장해주는 일정 수준의 재산에 대한 보장은 필요할 것이지만, 논리적으로 사회경제적 평등을 보장해야 한다는 주장에 이르지 못하는 것이다.

시민은 일반시민과 공직자 모두를 포함한다. 공직자는 공화국의 시민으로서 법에 의하여 특별한 권한을 부여받은 시민이다. 시민의 참여와 역할을 다룰 때에는 일반시민을 중심으로 논의한다. 공직자는 법에 근거하여 이미 주어진 역할을 담당하고 있기 때문이다. 그러나 시민의 책임과 의무에 대하여 논의할 때에는 일반시민과 공직자 모두를 포함한다. 시민으로서, 공직자로서의 공화국에 대한 의무가 모두 있다는 점에서 동일하지만, 그 수준은 조금 다르다.

262) 한나 아렌트(이진우 역), 『인간의 조건』, 한길사, 2017, 94쪽.

(2) 시민의 견제

1) 법과 정책

시민들은 법과 정책에 대하여 정당성을 판단한다. 공화국의 법은 공동선을 추구하고 시민들의 견제를 통하여 효력을 인정받는다. 대의제를 채택하고 있는 현대 민주주의는 시민들에게 직접적으로 실정법을 만들 권한을 부여하지는 않는다. 시민들은 입법기관을 구성할 수 있는 선출권을 가지게 된다. 시민의 대표자들은 공익을 대변하여 법을 제정하거나 개정한다. 법의 정당성은 기본적으로 법이 형식적 요건을 갖추었는지, 실질적 한계를 준수하였는지에 따라 판단할 수 있다. 형식적으로 공화국의 법은 일반성, 명확성, 소급금지, 공지성 등의 요건을 갖춰야 한다. 법이 비자의적 간섭이 되기 위한 요건들이다. 그리고 실질적 한계로서 현실에서 지배를 해소하고 지배의 발생을 억제하는지 검토해야 한다. 구체적으로는 비지배 이상이 규정으로 명문화된 헌법의 기본권 등 요건을 충족해야 한다. 이렇듯 형식적 요건과 실질적 요건의 검토를 통하여 법의 정당성을 입법 과정에서 확인할 수 있다.

이렇듯 적법하고 정당한 입법절차를 거친 법에 대하여 정당성 판단을 추가적으로 이루어져야 한다. 시민들에 의하여 지속적 심사를 받아야 하는 것이다. 법에 대한 숙의는 시간과 공간을 떠나서 추상적으로만 판단될 수 없기 때문이다. 법은 현실과 유리될 수 없다. 상황이 바뀌면 법이 개정되거나 폐지되기도 한다. 이전에 정당성 심사를 통과한 법이라 하더라도, 시민들의 의식이 바뀌거나 사회적 상황이 변하는 등 변화에 따라 정당성 판단의 근거가 달라지거나, 판단의 결과가 달라질 수 있는 것이다. 법에 대한 개정 작업 법에 근거하여 국가기관에서 이루어진다. 그러나 끊임없이 변화하는 정치현실에 유연하게 반응하는 것에는 한계가 있다. 공화국의 시민들은 여기서 일정한 역할을 담당할 수 있다. 시민들은 공적 문제에 해당하는 한, 언제나 법과 정부의 활동에 대한 의견을 제시할 수 있다. 시민으로서 매우 자연스러운 일이다. 법과 정책의 문제는 공적 영역의 문제로서 시민들의 삶과 멀리 떨어져 있지 않다. 시민들은 자신의 삶의 영역에

서 마주하게 되는 많은 문제들에 대하여 의견을 제시하고 행위를 하는 것 중에는 공동의 관심사도 있다. 결국 시민으로서 정치에 참여한다는 것은 일정한 형태의 정치운동에 참여하는 것만을 의미하지는 않는다. 모든 형태의 공적 관심사와 관련한 활동을 의미한다.

시민의 역할을 제외하면, 정당성 요건을 통과하여 만들어진 법에 대해서는 사법부에서 판단의 계기가 일어날 때까지 다시 정당성의 심사를 받는 경우는 생각하기 어렵다. 그러나 법의 배경이 되는 상황이 변하면, 정당성 심사 특히 실질적 요건에 대한 심사는 다시 이루어져야 할 것이다. 법이나 제도가 공화적 자유를 증진하고 있는지, 지배관계를 해소하기 위해 만들어진 법이 새로운 지배관계를 창설한 것은 아닌지 등과 같은 심사는 지속적으로 이루어져야 한다. 시민들은 지배관계의 형성과 변화에 대하여 민감하게 반응할 수 있기 때문이다. 여론을 형성하거나, 입법운동으로 나타날 수도 있다. 시민들의 이러한 심사는 실제로 법을 적용하고 해석하는 기관에 대해서 영향을 미칠 수 있다. 그러나 그렇다고 해서 법적 안정성을 침해하는 것은 아니다. 정치와 법의 영역을 엄격하게 분리되지 않으며, 법을 적극적이고 형성적인 공화적 개념으로 해석한다면, 정치의 영역에 대한 적절한 대응이 법의 정당성을 더 공고히 해줄 수 있다.

2) 국가기관

시민의 역할은 법과 정책뿐만 아니라 그 일을 행하는 국가기관에 대한 견제로 이어진다. 자의적으로 간섭할 능력이 있는 사람이 있다면 지배가 발생할 수 있다. 국가권력도 마찬가지이다. 국가기관은 합법적으로 권력을 행사할 수 있기 때문에 그만큼 자의적 간섭할 능력이 매우 크다고 할 수 있다. 공화국에서 국가기관은 강제력을 행사할 수 있으며, 막대한 예산과 자원을 가지고 있다. 따라서 이들 기관이 권한을 남용하거나, 기관에서 근무하는 공직자들의 자의성이 개입되지 않도록 해야 한다. 이를 위하여 공화국은 국가기관 간에도 서로 견제가 이루어질 수 있도록 권력을 분산시키는 제도를 가지고 있다. 견제와 균형의 원리에

따라 한 기관의 활동에 대하여 다른 기관의 감시를 받기도 한다. 공화국에서는 여기에 시민의 견제가 추가되어야 한다.

법의 지배는 현실에서 구체적으로 국가기관이 법을 집행하고 해석하는 것을 통해 나타난다. 사법부의 판단에 의하여 시민의 권리관계가 결정된다는 것이 그 예이다. 사법부는 공화국의 법에 입각하여 판단을 내리고, 심지어 그 법이 정당하지 않은 경우, 즉 헌법에 위반되는 경우 법의 효력을 없애는 권능도 가진다. 사법부를 권리보호의 최후의 보루라고 하는 이유이다. 이와 같이 시민의 권리관계에 큰 영향을 미치는 사법부의 판단을 신뢰할 근거는 무엇인가. 사법부의 독립과 책임은 강조해도 지나치지 않다.

시민들이 입법부의 법제정 개정활동에 대하여 견제를 하는 것과 행정부의 정책 결정 및 집행에 대하여 견제를 하는 것과 사법부에 대한 견제는 조금 다른 것처럼 보인다. 입법과 관련해서 시민들은 국회의원들이 공동체 전체의 이익과 의사를 고려하는지 감시할 수 있고, 여론을 통하여 적극적인 의사를 제기하기도 한다. 정부의 정책에 대해서도 분파적 이익을 위한 정책에 대하여 비판을 제기할 수 있다. 그러나 이러한 국가기관의 정당성을 최종적으로 판단하는 역할을 수행하는 사법부에 대한 시민의 견제는 어떻게 이루어질 수 있는가가 문제된다. 사법부의 판단은 고도의 전문성을 요하는 판단이다. 단순히 법에 대한 지식만이 필요한 것이 아니라 법의 맥락을 이해하는 현실감각을 통하여 그 안에서 권리관계를 밝혀낼 수 있어야 하기 때문이다. 그럼에도 사법부에 대한 견제는 역시 공화국에서는 필요하다고 보아야 한다. 사법부의 판단은 법적 판단으로서 전문성은 유지되어야 한다. 다만 사법부의 활동이 전문가만을 위한 것이 아니라는 점에 대하여 지적할 수 있다. 사법부는 시민의 권리관계를 확인하는 국가기관으로서 동료 시민들도 그들의 법해석활동에 대하여 이해할 수 있어야 한다. 공화국의 구성원으로서 공적 의식을 가진 일반 시민들을 기준으로 사법부의 정당성 판단이 이루어질 수 있을 때 법관의 지배가 아닌 법의 지배가 이루어지고 있다고 할 수 있을 것이다.

(3) 사적 권력에 대한 경계

법과 정부에 대한 감시와 견제만이 시민 역할의 전부라 할 수 없다. 공화국의 자유를 위협하는 일은 공적 관계에서만 이루어지는 것이 아니기 때문이다. 법의 지배는 권력의 지배가 아닌 것이다. 즉, 힘의 논리로 권리와 의무가 정해지거나, 공적 문제에 대한 정당성 판단이 이루어지지 않을 때, 공화적 법의 지배가 이루어진다고 할 수 있다. 지금까지는 절대적으로 강력한 힘을 가진 국가권력에 대한 견제가 법의 지배에서 견제하는 힘이었다면, 현대 사회에서는 공권력 못지않은 사적 권력이 등장하고 있다는 점을 기억해야 한다. 이들 사적 권력은 공권력보다 시민의 삶에 직접적으로 영향을 미친다. 강제력이나 부, 최근의 정보도 권력이 된다. 공화적 법의 지배의 이상적 모습은 시민으로 하여금, 권력의 모든 형태에 대하여 견제하도록 한다.

자유가 침해되는 지배관계의 발생은 공권력이 아니라 사권력에 의해서 더 많이 발생할 수 있다. 과거부터 인식되었던 공권력에 대한 두려움에 대한 대비는 어느 정도 법의 영역에 편입되었다고도 볼 수 있다. 사적 지배관계에 대한 경계는 두 입장 모두에서도 가능하다. 지배를 받게 되는 입장은 더 명확할 것이다. 타인의 자의적 간섭에 노출된 사람들은 벗어나고자 할 것이기 때문이다. 물론 자신의 지위가 지배를 받고 있는 지위인지 인식하지 못하는 경우도 있다. 이는 공적 영역에서의 지배관계에 대하여 가지는 감수성이 길러져야 하는 경우이다. 공적 영역에서 시민의 역할을 수행할 때 시민의 덕성이 함양될 수 있다는 것은 바로 이 경우이다. 시민들은 공적 문제에 대하여 정당성 물음을 제기하고 지배 권력에 대한 견제를 경험함으로써 지배 자체에 대한 감수성을 높일 수 있다. 반대로 스스로 지배할 능력이 있는 지위에 놓이게 되는지도 비판적으로 성찰해야 한다. 자신이 타인의 선택에 대하여 자의적으로 간섭하는지를 공화국의 법에 근거하여 확인할 수 있어야 한다. 사인간 발생하는 지배관계를 최소화하는 공화국의 법에 의하여 실제로 타인에 대하여 자의적 간섭행위를 하지 않도록 해야 할 것이다. 그러나 아직 법이 없는 경우라면, 지배관계에 대한 시민적 덕성을 발휘

하여, 그러한 지배관계를 만들어내지 않도록 스스로에 대한 경계 또한 해야 할 것이다.

VI. 결 론

지금까지 논의를 통하여 공화주의 관점에서 법의 지배 이론을 구성해보았다. 현대 민주주의 국가에서 필요한 법의 모습과 법의 작용을 설명해줄 수 있는 법의 지배 이론을 구성하기 위하여 법사상사 속에서 끊임없이 등장하고 발전되어 온 관념으로서 법의 지배 논의를 추적하였다. 그 결과 근대 이후 개인의 자유와 권리 보장을 상대적으로 강조하는 자유주의적 이론이 놓친 법의 지배의 관념을 설명해줄 공화주의 관점을 발견하게 된 것이다.

법의 지배는 개인의 자유를 보호하기 위한 제도이기 이전에, 힘의 논리를 경계하고, 공적 판단에 대하여 정당성을 확인하고자 하며, 법이 모든 사람에게 동등하게 적용되어야 한다는 관념을 가진 오래된 이상이다. 이러한 관념들이 공화적 법의 지배에서 잘 드러난다.

법의 최고성이라는 관념에서 비롯된 권력의 제한은 자유주의 관점에서 매우 중요하다. 권력은 개인의 자유를 제한하거나 침해하는 등 직접적으로 영향을 미칠 수 있다. 그러므로 법이라는 형식을 통하여 개인의 자유에 대한 제한을 최소화하는 것이 법의 지배의 목표가 된다. 다만 공권력이 아닌 사적 권력에 대한 제한은 다르게 취급될 것이다. 개인의 자유에 대한 제한을 공권력이 아닌 사적 권력에 의해서도 받을 수 있지만, 기본적으로 사적 영역에 대한 국가권력의 개입은 매우 제한적으로만 인정된다. 자유의 보호를 위한 자유의 제한이 가능하다는 점에서, 한 개인이 다른 개인의 행위로 자유를 부당하게 제한받는 경우에 한하여 다른 개인의 행위가 제한될 수 있다는 것이다.

실정법이나 공권력행사의 정당성 근거를 확인해야 한다는 요청은 자유주의 법의 지배에서 정당성 요건이 충족되었는가의 판단으로 이루어진다. 그 법이 형식적 합법성 요건을 갖추었는지, 실질적 정의에 반하는 내용을 담았는지 등의 요건을 검토함으로써, 정당성을 인정받을 수 있다. 공권력행사도 마찬가지이다. 법

으로 정한 범위에서 행사되었는지, 재량의 한계를 벗어나지 않았는지 등의 판단을 받게 된다. 물론 이러한 판단의 근거는 개인의 자유라는 가치가 될 것이다.

자유주의 법의 지배는 민주주의와의 관계에서 다양한 모습을 드러낸다. 시민들의 역할을 강조하는 것과 사법부의 개인의 권리와 자유를 확인하는 것이 다른 것처럼 보이는 경우가 있을 수 있기 때문이다. 이러한 상황은 실질적 법의 지배에서 두드러진다. 실질적 요건의 내용이나 그 충족여부를 판단하는 사법부의 법 해석작용에 대하여 대부분의 ‘시민’으로서는 수동적인 위치에 놓일 수밖에 없다.

공화적 법의 지배는 어떠한가. 힘과 권력에 대한 경계 차원에서 법의 지배를 살펴보자. 페팅이 주장하는바와 같이 공화주의의 핵심적 기여는 공권력과 사권력을 포함하는 모든 지배에 대한 경계이다. 인간은 불평등한 조건을 가지고 태어나며, 살아간다. 인간의 자연적 삶에 있어서 불평등은 불가피한 조건이다. 이러한 불평등이 사회의 안정을 해치고, 나아가 개인의 삶을 위협하지 않도록 하기 위한 제도로서 정치체가 필요하고 법이 요구되는 것이다. 개인의 자유로운 삶을 위협하는 것은 공권력 외에도 사적 권력이 있을 수 있다. 국가와 법, 법과 자유의 관계를 소극적으로만 보지 않는 공화주의 관점에서는, 사적 권력도 공권력에 대한 경우와 같이 경계의 대상으로서 바라볼 수 있게 된다. 또한 나를 향하여 지배할 능력을 가진 타인을 경계하는 것 외에, 나도 타인에 대하여 지배할 능력을 가질 수 있음을 비판적으로 성찰할 수 있게 된다. 현실에서 모든 지배관계를 없애는 것은 불가능한 이상이다. 그러나 적어도 그러한 지배관계에 대한 경계를 비판적으로 할 수 있다는 점에서, 그러한 덕성을 발휘할 것을 시민들에게 요구할 수 있다는 점에서 공화적 법의 지배는 현대사회에서 의의를 가진다.

실정법과 공권력행사에 대한 정당성물음도 공화적 법의 지배는 자유주의 법의 지배와 다르게 설명할 수 있다. 정당성 판단은 결과가 아니라 과정적 판단이 되어야 한다. 공화국의 법에 대한 정당성 물음은 상시적이어야 한다는 시간적 측면에서 과정적이다. 또한 법과 정치의 영역이 법의 지배를 판단하는데 있어 모두 필요하다는 공간적 측면에서도 과정적이라 할 수 있다. 정치의 영역에서 정

당성 판단과 법의 영역에서 정당성 판단이 별개로 이루어지는 것이 아니다. 법과 정치의 영역을 법의 지배에 관해서 유연하게 인정할 수 있다는 것이다.

공화주의 관점에서 법의 지배를 논의한다는 것은, 공화국의 법이 무엇인가에 대한 탐구를 수반해야 한다는 것을 의미한다. 법의 지배에서 '어떠한 법'의 지배 이어야 하는가에 대한 공화주의 관점이 시사하는 바가 있기 때문이다. 공화주의 관점에서 법은 자유를 창조하는 것이며, 따라서 국가기관의 하나인 의회에서 만들어진 실정법에 한정되지 않는다. 자유를 창조하는 공적 활동 모두가 공화국의 법으로서 지위를 가지게 된다. 이는 법이 성찰과 반성의 산물이라는 법철학적 논의와도 맥을 같이 한다. 법은 공동체 내에서 정당성 물음을 제기하는 것과 관련된 공적 활동이라는 맥락에서 이해할 수 있다. 따라서 무엇이 정당성 물음의 대상이 되어야 하는가와 같은 문제에서 공화국의 법을 발견할 수 있다. 법은 정치활동의 결과인 동시에 정치활동 과정인 것이다.

공화국의 법은 공동선을 추구하기 위한 정당성 물음의 활동이라고 한다면, 법의 지배는 그러한 정당성 물음이 이상적으로 실현되고 있는 것을 의미한다. 정당성 물음과 관련하여 공화주의 관점이 제시하는 또 다른 함의로서 덕성을 갖춘 시민의 지위를 검토할 수 있다. 법의 지배는 어떠한 법률이 정당한가 혹은 국가기관의 특정한 권한 행사가 정당한가와 같은 결과적 판단만을 의미하지 않는다. 정당성 물음은 시간적 요소의 고려 없이 이루어질 수 없기 때문이다. 그리고 이러한 정당성의 물음을 제기하는 주체로서 시민은 역할을 수행하게 된다. 적극적인 역할을 어디까지 수행할 수 있는가에 관한 구체적 내용에 관해서는 논란의 여지가 있을 수 있다. 그러나 이상적으로 보면 덕성을 보유한 공화국의 자유로운 시민은 수동적인 수범자 역할에 한정할 수 없다. 그렇다면 시민의 덕성은 '공동체의 유지를 지지하면서, 그를 위해 공공적 옳음 공적 정당성에 대한 숙고를 할 수 있는 능력/역량'이라고 보아야 할 것이다. 그리고 이러한 덕성을 갖춘 시민은 정당성 물음을 제기하고, 제기된 물음에 대응하는 방식으로 공화국내의 권력을 제한하는 역할을 수행하게 된다. 이를 견제라고 부를 수 있다. 시민의 견제는 지속적으로 이루어져야 하며, 그럴 때 공화국의 자유는 보장된다고 볼 수 있

다. 시민들 중에서 공화정부를 직접 운영하는 역할을 담당하는 시민의 경우에는 일반 시민에 비하여 더 큰 권한을 행사하게 되는데, 그 사람은 이에 비례하여 더 큰 책임을 지도록 해야 한다. 왜냐하면 큰 권한의 행사는 자의적 행사의 위험을 수반하기 때문이다. 나아가 법의 해석과 판단에 관한 역할을 담당하는 사법부도 판단의 결과를 사건 당사자뿐만 아니라 시민사회에 대하여도 책임을 질 수 있어야 한다.

이와 같이 법의 지배가 이루어지고 있는가에 대한 이상적 모습으로서 과정적 원리, 견제의 원리, 책임의 원리에 관한 구체적 내용은 향후 더 연구해야 할 추후의 과제이다. 나아가 법의 지배가 위헌 판단의 근거로서 작동하고 있는 한국의 법현실에서 법의 지배 위반여부를 어떻게 판단할 수 있는가에 대한 구체적인 기준 논의도 필요하다. 그 외에도 한국 법현실에서 필요한 법의 지배는 구체적으로 어떤 헌법상 제도를 요청하는가, 법의 지배를 위한 전제로서 시민의 덕성을 함양하기 위한 국가의 역할과 그 모습은 어떠해야 하는가에 대한 논의도 할 수 있어야 할 것이다.

참 고 문 헌

국내문헌

단행본

- 김경희, 『공화주의』, 책세상, 2009.
- 김도균·최병조·최종고, 『법치주의의 기초』, 서울대학교출판부, 2006.
- 김동훈, 『한국 헌법과 공화주의』, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2010.
- 김비환, 『민주주의와 법의 지배』, 박영사, 2016.
- 김선옥, 『아모르 문디에서 레스 푸블리카로』, 아포리아, 2015.
- 김정오·최봉철·김현철·신동룡·양천수, 『법철학: 이론과 쟁점』, 박영사, 2017.
- 박은정, 『왜 법의 지배인가』, 돌베개, 2011.
- 선우현, 『평등』, 책세상, 2012.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2017.
- 오세혁, 『법철학사』, 세창출판사, 2012.
- 정태욱, 『자유주의 법철학』, 한울아카데미, 2007.
- 조승래, 『공화국을 위하여—공화주의의 형성과정과 핵심사상』, 도서출판 길, 2010.
- _____, 『공공성 담론의 지적 계보』, 서강대학교 출판부, 2014.
- 한국정치학회 편, 『정치학 이해의 길잡이 - 정치사상』, 법문사, 2008.

번역서

- 가라타니 고진(조영일 역), 『철학의 기원』, 도서출판b, 2015.
- 니콜로 마키아벨리(강정인·안선재 역), 『로마사 논고』, 한길사, 2003.

- 데이비드 헬트(박찬표 역), 『민주주의의 모델들』, 후마니타스, 2010.
- 로널드 드워킨(장영민 역), 『법의 제국』, 아카넷, 2004.
- _____ (염수균 역), 『법과 권리』, 한길사, 2010.
- _____ (염수균 역), 『자유주의적 평등』, 한길사, 2005.
- 로버트 달(조기제 역), 『민주주의와 그 비판자들』, 문학과지성사, 1999.
- 로버트 알렉시(이준일 역), 『법의 개념과 효력』, 고려대학교출판부, 2007.
- 로베르토 웅거(김정오 역), 『근대사회에서의 법』, 삼영사, 1994.
- 론 폴러(박은정 역), 『법의 도덕성』, 서울대학교출판문화원, 2015.
- 마르쿠스 툴리우스 키케로(김창성 역), 『국가론』, 한길사, 2007.
- _____ (성 염 역), 『법률론』, 한길사, 2007.
- 마이클 샌델(안규남 역), 『민주주의의 불만』, 동녘, 2012.
- 모리치오 비롤리(김경희, 김동규 역), 『공화주의』, 인간사랑, 2006.
- 몽테스키외(이재형 역), 『법의 정신』, 문예출판사, 2015.
- 브라이언 타마나하(이현환 역), 『법치주의란 무엇인가』, 박영사, 2014.
- 세실 라보르드, 존 메이너 외(곽준혁·조계원·홍승헌 역), 『공화주의와 정치이론』, 까치, 2009.
- 스테판 물홀·애덤 스워프트(김해성·조영달 역), 『자유주의와 공동체주의』, 한울아카데미, 2001.
- 아리스토텔레스(천병희 역), 『니코마코스 윤리학』, 도서출판 숲, 2018.
- _____ (천병희 역), 『정치학』, 도서출판 숲, 2013.
- 아담 쉐보르스키·호세 마리아 마라발 외(안규남·송호창 외 역), 『민주주의와 법의 지배』, 도서출판 후마니타스, 2008.
- 알렉산더 해밀턴·제임스 매디슨·존 제이(김동영 역), 『페더럴리스트 페이퍼』, 한울아카데미, 1995.
- 알렉시스 드 토크빌(임효선·박지동 역), 『미국의 민주주의』, 한길사, 1997.

알버트 다이스(안경환·김종철 역), 『헌법학입문』, 경세원, 1999.

위르겐 하버마스(한상진·박영도 역), 『사실성과 타당성』, 나남, 2007.

이샤야 벌린(박동천 역), 『이샤야 벌린의 자유론』, 아카넷, 2014.

장 자크 루소(김중현 역), 『사회계약론』, 펍킨클래식코리아, 2015.

_____ (김중현 역), 『인간 불평등 기원론』, 펍킨클래식코리아, 2015.

조지 세이빈·토머스 솔슨(성유보·차남희 역), 『정치사상사』, 한길사, 1997.

존 듀이(김진희 역), 『자유주의와 사회적 실천』, 책세상, 2011.

존 롤즈(황경식 역), 『정의론』, 이학사, 2003.

_____ (장동진 역), 『정치적 자유주의』, 동명사, 2016.

존 포카(곽차섭 역), 『마키아벨리언 모멘트』, 나남, 2011.

프리드리히 하이에크(김이석 역), 『노예의 길』, 나남출판, 2006.

_____ (민경국 역), 『법 입법 그리고 자유』, 자유기업센터, 1997.

_____ (양승두·정승훈 역), 『신자유주의와 법』, 연세대학교출판부, 1991.

_____ (김균 역), 『자유헌정론』, 자유기업센터, 1997.

플라톤(박종현 역), 『법률』, 서광사, 2009.

필립 페릿(곽준혁 역), 『신공화주의』, 나남, 2012.

_____ (곽준혁·윤채영 역), 『왜 다시 자유인가』, 한길사, 2019.

토머스 홉스(최공웅·최진원 역), 『리바이어던』, 동서문화사, 2009.

툼 빙험(김기창 역), 『법의 지배』, 이음, 2013.

퀸틴 스키너(박동천 역), 『근대 정치사상의 토대』, 한길사, 2004.

_____ (조승래 역), 『자유주의 이전의 자유』, 푸른 역사, 2007.

한나 아렌트(서유경 역), 『과거와 미래 사이』, 푸른 숲, 2005.

_____ (이진우 역), 『인간의 조건』, 한길사, 2017.

_____ (홍원표 역), 『혁명론』, 한길사, 2004.

논문

- 곽준혁, “키케로의 공화주의”, 한국정치사상학회, 「정치사상연구」, 13(2): 132-154, 2007.
- 곽준혁, “공화주의와 인권”, 한국정치사상학회, 「정치사상연구」, 15(1): 31-53, 2009.
- 곽차섭, “언어와 저술의도-Pocock과 Skinner의 새로운 정치사상사 방법론에 대하여”, 효원사학회, 「역사와 세계」, 18, 597-617, 1994.
- 곽차섭, “어떤 공화주의? 존 애덤스 대(對) 존 테일러”, 『미국사연구』 34: 29-54, 2011.
- 권경희, “법치주의와 민주주의의 관계: 하버마스의 관점에 대한 비판적 고찰”, 연세대학교 법학연구원, 「법학연구」, 24(1), 343-379, 2014.
- 국순옥, “쟁점 : 권력구조 ; 공화제 군주국가와 의회제 민주주의”, 『민주법학』 14(0): 276-286, 1998.
- 김경희, “데모크라티아(Demokratia)를 넘어 이소노미아(Isonomia)로; 아테네 민주정의 전개과정에서 나타난 혼합정의 이념에 대하여”, 한국정치학회, 「한국정치학회보」, 40(5), 5-25, 2006.
- 김경희, “두 개의 공화국 사이에서: 마키아벨리와 귀차르디니 비교연구”, 서울대학교 한국정치연구소, 「한국정치연구」, 25(1), 193-219, 2016.
- 김경희, “자유와 정치학으로서 마키아벨리적 공화주의: 포각의 『마키아벨리언 모멘트』에 대한 일고찰”, 역사학회, 「역사학보」, 210, 11-28, 2011.
- 김비환, “아렌트의 정치사상에서 정치와 법의 관계: 민주공화주의체제에서의 법의 본질을 중심으로”, 한국법철학회, 「법철학연구」, 6(2), 93-118, 2003.
- 김비환, “아렌트의 ‘정치적’ 헌정주의”, 한국정치학회, 「한국정치학회보」, 41(2), 99-120, 2007.

- 김비환, “현대자유주의에서 법의 지배와 민주주의의 관계: 입헌민주주의의 스펙트럼”, 한국법철학회, 「법철학연구」, 9(2), 113-144, 2006.
- 김선욱, “한나 아렌트의 공화주의와 한국 정치”, 사회와철학연구소, 「사회와 철학」, 28, 207-244, 2014.
- 김선택, “공화국원리와 한국헌법의 해석”, 한국헌법학회, 「헌법학연구」, 15(3), 213-250, 2009.
- 김용민, “루소와 공화주의”, 서울대학교 한국정치연구소, 「한국정치연구」, 25(1), 167-192, 2016.
- 김용민, “키케로의 정치철학: 『국가에 관하여』와 『법률에 관하여』를 중심으로”, 서울대학교 한국정치연구소, 「한국정치연구」, 16(1), 1-33, 2007.
- 김용민, “『페더럴리스트 페이퍼』의 정치철학적 이해”, 한국외국어대학교 영미연구소, 「영미연구」, 5, 89-110, 2000.
- 김종철, “공화적 공존의 전제로서의 평등”, 한국헌법학회, 「헌법학연구」, 19(3), 1-38, 2013.
- 김현철, “이소노미야”, 한국법철학회, 「법철학연구」, 21(1), 81-110, 2018.
- 리차드 대거, 전정현, “신공화주의와 시민경제”, 참여연대 참여사회연구소, 「시민과세계」, 10, 276-315, 2007.
- 박은정, “법치주의의 민주적 기획 문제”, 한국법철학회, 「법철학연구」, 13(1), 281-304, 2010.
- 박 혁, “정치 현상으로서의 자유: 한나 아렌트의 ‘정치적 자유’개념”, 사회와철학연구소, 「사회와 철학」, 18, 417-456, 2009.
- 안준홍, “이사야 벌린의 소극적 자유론과 한국헌법 제10조”, 한국법철학회 「법철학연구」, 13(3), 85-106. 2010.
- 안준홍, “자유주의와 법치주의의 만남: 하이에크의 경우”, 가톨릭대학교 인간학연구소, 「인간연구」, 26, 169-202, 2014.

- 안준홍, “자유주의자들의 법치주의관”, 한국외국어대학교 법학연구소, 「외법논집」, 38(4), 61-77, 2014.
- 안준홍, “법의 제국과 법의 지배”, 한국법철학회, 「법철학연구」, 19(1), 35-58, 2016.
- 양해림, “미국공화주의의 현대 정치철학적 수용: “마이클만의 법 생성적 정치” 논의를 중심으로”, 한국미국사학회, 「미국사연구」, 34, 55-84, 2011.
- 엄순영, “현대 법치이념: 법의 형식성과 그 한계의 민주주의적 극복”, 한국법철학회, 「법철학연구」, 10(2), 7-30, 2007.
- 이계일, “공화국 원리의 함의에 대한 이념사적 고찰: 고전적 공화주의 이론의 유형화와 그 법적 구체화의 상관관계를 중심으로”, 연세대학교 법학연구원, 「법학연구」, 21(2), 67-112, 2011.
- 이계일, “민주적 헌정국가에 있어 공화적 자유 이념이 가지는 함의와 역할에 관한 연구”, 연세대학교 법학연구원, 「법학연구」, 24(4), 295-357, 2014.
- 이계일, “헌법상 공화국 원리의 도그마틱적 함의에 관한 연구: 공송선, 공직제를 둘러싼 독일 헌법학계의 논의를 중심으로”, 한국헌법학회, 「헌법학연구」, 17(1), 39-102, 2011.
- 이국운, “한국사회의 변화와 국가기능의 재조명: 공화주의 헌법이론의 구상”, 법과 사회이론학회, 「법과 사회」, 20, 129-152, 2001.
- 이국운, ““헌정적인 것”의 개념”, 법과사회이론학회, 「법과 사회」, 51, 85-109, 2016.
- 이동수, “르네상스기 이태리 도시국가의 정부: 자유와 법치의 공화정”, 서울대학교 한국정치연구소, 「한국정치연구」, 19(2), 255-280, 2010.
- 이동수, “한국 사회에서의 법과 정치: 공화민주주의 관점에서”, 예문동양사상연구원, 「오늘의 동양사상」, 17, 189-204, 2007.
- 이명순, “공화주의의 유형과 그 비판: 강한 유형과 약한 유형”, 서울대학교 철학사상연구소, 「철학사상」, 26: 269-296, 2007.
- 이재희, “정치적 평등의 재검토: 정치적 평등에 의한 기회박탈과 정치적 평등 복

- 원을 위한 시론”, 한국공법학회, 「공법연구」, 44(3), 129-158, 2016.
- 이용재, “자유주의와 공화주의 사이: 토크빌 다시 읽기”, 한국서양사연구회, 「서양사연구」, 40, 63-93, 2009.
- 이현환, “21세기 법치주의의 신경향”, 한국공법학회, 「공법연구」, 44(1), 61-94, 2015.
- 장영수, “헌법 기본질서와 법치주의의 현실”, 한국헌법학회, 「헌법학연구」, 21(2), 229-260, 2015.
- 장용근, “공화주의의 헌법적 재검토”, 세계헌법학회 한국학회, 「세계헌법연구」, 16(1), 303-330, 2010.
- 장춘익, “법과 실천적 합리성: 하버마스의 법 대화이론”, 한국철학회, 「철학」, 51, 247-271, 1997.
- 정원규, “정치적 자유의 공화주의적 출구: 아렌트, 페티, 루소의 자유론을 중심으로”, 고려대학교 민족문화연구원, 「민족문화연구」, 70, 39-70, 2016.
- 정태창, “비지배 자유와 공화주의의 딜레마”, 서울대학교 철학사상연구소, 「철학사상」, 47, 125-160, 2013.
- 조은래, “고대 그리스의 법사상: 플라톤과 아리스토텔레스를 중심으로”, 부산외국어대학교 지중해지역원, 「지중해지역연구」, 11(1), 133-158, 2009.
- 조승래, “마이클 샌델의 공화주의”, 대구사학회, 「대구사학」, 112, 158-177, 2013.
- 최봉철, “법치의 문제에 관한 몇 가지 결론”, 한국법철학회, 「법철학연구」, 15(3), 5-40, 2012.
- 최 선, “사법권력의 증대와 통제: 민주주의와 법치주의의 관계를 중심으로”, 한국헌법학회, 「헌법학연구」, 21(1), 165-197, 2015.
- 최유경, “헌법철학적 가치로서의 사법의 책무성”, 한국법철학회, 「법철학연구」, 18(2), 65-96, 2015.
- 하용삼, “목적의 나라와 이소노미 공동체”, 대동철학회, 「대동철학」, 72, 187-213, 2015.

- 황도수, “근대 법치주의에 대한 이해: 시민 법치주의”, 행정법이론실무학회, 「행정법연구」, 26, 169-198, 2010.
- 홍성구, “숙의민주주의의 이론적 보완: 공화주의적 대안 모색을 중심으로”, 성곡언론문화재단, 「언론과 사회」, 19(2), 152-184, 2011.
- 홍성수, “복지국가에서 법에 의한 자유의 보장과 박탈: 하버마스의 비판과 대안”, 한국법철학회, 「법철학연구」, 18(1), 157-186, 2015.

국외문헌

단행본

Bellamy, Richard, *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2007.

Berlin, Isaiah, *Liberty Incorporating Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 2002

Bingham, Tom, *The rule of law*, Penguin, 2011.

Harrington, James, *The commonwealth of Oceana ; and, A system of politics*, edited by J.G.A. Pocock Cambridge University Press, 1992.

Honohan, Iselt, *Civic Republicanism*, Routledge, 2002.

Kelly, J. M., *A short history of Western legal theory*, Oxford University Press, 2009.

Niederberger, Andreas, Schink, Philipp, *Republican democracy : liberty, law and politics*, Edinburgh University Press, 2013.

Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 2009.

Samantha Besson, Jose Luis Marti, *Legal Republicanism*, Oxford University Press, 2009.

Sellers, M. N. S., *Republican Legal Theory*, Palgrave Macmillan, 2003.

Skinner, Quentin, *Hobbes and Republican liberty*, Cambridge University Press, 2008.

Waldron, Jeremy, *The rule of law and the measure of property*, Cambridge University Press, 2012.

논문

- Abrams, Kathryn. 1988. "Law's republicanism." *The Yale Law Journal*, 97(8): 1591–1608.
- Bell, Derrick and Preeta Bansal. 1988. "The republican revival and racial politics." *The Yale Law Journal*, 97(8): 1609–1621.
- Besson, Samantha, José Luis Martí . 2009. 『Legal Republicanism :National and International Perspectives』 . Oxford ;New York: Oxford University Press.
- Bock, Gisela, Quentin Skinner, Maurizio Viroli, European Culture Research Centre. 1990. 『Machiavelli and Republicanism』 . Cambridge [England]: Cambridge University Press.
- Brest, Paul. 1988. "Further beyond the republican revival: Toward radical republicanism." *The Yale Law Journal*, 97(8): 1623–1631.
- Dagger, Richard. 1997. 『Civic Virtues :Rights, Citizenship, and Republican Liberalism』 . New York: Oxford University Press. ISBN 0195106342 (pbk. : alk. paper).
- Epstein, Richard A. 1988. "Modern republicanism. or the flight from substance." *The Yale Law Journal*, 97(8): 1633–1650.
- Fitts, Michael A. 1988. "Look before you leap: Some cautionary notes on civic republicanism." *The Yale Law Journal*, 97(8): 1651–1662.
- Hodges, Donald Clark,. c2003. 『Deep Republicanism :Prelude to Professionalism』 . Lanham: Lexington Books.
- Kerber, Linda K. 1988. "Making republicanism useful." *The Yale Law Journal*, 97(8): 1663–1672.
- Macey, Jonathan R. 1988. "The missing element in the republican revival." *The Yale Law Journal*, 97(8): 1673–1684.
- Mashaw, Jerry. 1988. "As if republican interpretation." *The Yale Law Journal*, 97(8): 1685–1701.
- Michelman, Frank. 1988. "Law's republic." *The Yale Law Journal*, 97(8): 1493–1537.
- Niederberger, Andreas, Philipp Schink. 2013. 『Republican Democracy :Liberty, Law and Politics』 . Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Petit, Philip. 2009. "Law and Liberty." In *Legal Republicanism* , Edited by

- Samantha Besson and Jose Luis Marti, 39–59. New York: Oxford University Press.
- Pettit, Philip,. 1997. 『Republicanism :A Theory of Freedom and Government』 . Oxford ;New York: Clarendon Press ;Oxford University Press.
- Powell, H. J. 1988. "Reviving republicanism." *The Yale Law Journal*, 97(8): 1703–1711.
- Przeworski, Adam, Jose Maria Maravall, 안규남, and 송호창. 2008. 『민주주의와 법의 지배』 . 서울: 후마니타스.
- Sullivan, Kathleen M. 1988. "Rainbow republicanism." *The Yale Law Journal*, 97(8): 1713–1723.
- Sunstein, Cass R. 1988. "Beyond the republican revival." *The Yale Law Journal*, 97(8): 1539–1590.
- Tomkins, Adam. 2005. 『Our Republican Constitution』 . Oxford ;Portland, Or.: Hart.
- Weinstock, Daniel M., Christian Nadeau. 2012. 『Republicanism :History, Theory and Practice』 . London: Routledge.

ABSTRACT

A republican interpretation of the rule of law

Yoon, Erei

Department of Law

The Graduate School

Ewha Womans University

The purpose of this study is to reconstruct the conception of the rule of law from the republican perspective and identify the ideal aspects of the rule of law in the context of a modern democratic republic.

The rule of law in jurisprudence has been discussed in liberalism since the 19th century. The liberalism understands the rule of law with that in order to protect freedom, the law must be made democratically, the public official must exercise authority within the limits of the law, the area of freedom that can never be violated by the government, and the separation of powers must be systemically guaranteed.

Republicanism, one of the major perspectives in the history of legal philosophy, discuss the rule of law along with republican freedom and civic virtues. Thus it helps to understand it rather in a more active way, because it is capable of looking at it based on relations between law and freedom and those between law and citizens.

Shedding new light on the idea of republicanism in the context of modern society, Philip Pettit develops modern republicanism with “liberty as non-domination” conception. And he discusses about the rule of law by proposing a constitutional model of a republican government. He argues that

the rule of law should be required to keep arbitrariness from intervening in the exercise of power by a republican government. He proposes 'non-manipulability' as a core principle of republican constitution. According to him, there are three conditions related to the principle: the empire-of-law condition, the dispersion-of-power condition, and the counter-majoritarian condition.

The rule of law is a concept at a crossing point between legal and political contexts. Pettit offers an important perspective to understand the rule of law via political philosophy. However his theory of the rule of law has limitations by taking more interest in the restrictive conditions rather than the active aspect of law creating liberty in public.

This study propose that republican rule of law can be expressed in three principles: the first one is the principle of process. A judgment about whether there is rule of law cannot be made only based on a judicial decision at a certain point. Political processes and legislative procedures should be included as a legitimacy decision process. The rule of law is a kind of process to raise questions about legitimacy, check different arguments about it, and make decisions about it.

The second one is the principle of contestability. A republican government should be evaluated for its division of power according to the content and proper management of divided power in the principle of check and balance. That is, on going questions about legitimacy to restrict power under the rule of law should encompass the organization and management of a government in addition to certain laws or government acts. Here, citizens emerge as the subjects to contest whether power is restricted properly and raise questions about the legitimacy of law in publican government. When citizens check based on their virtues as the masters of a republic, it can be said that there is the rule of law. This civic virtue means abilities of supporting the

maintenance of a community and making a judgment about questions about public legitimacy for it.

The last one is the principle of responsibility. In republicanism, citizens are not in an opposing position to the government of a republic. A republican government is comprised of citizens, and acts by a republican government protect the liberty of citizens in a passive way and also create their freedom actively. Public servants exercising the power of a republican government are citizens, as well. The civic virtues are still demanded from them, too. Furthermore, they should take greater responsibilities as they are granted greater power officially by the citizens of a republic. When citizens take responsibility based on their reinforced civic virtues regarding questions about public legitimacy, it can be said that there is the rule of law in the republic.

Such classical conceptions of rule of law as the supreme of the law, principle of reason, and equality before the law become more prominent when the rule of law is interpreted in republicanism. The supreme of the law is a conception that law is above man of power and demands that there should be check for power. Republicanism offers a perspective to look at all types of domination in a modern society in a critical manner. The principle of reason is a conception with an implication that positive laws need to pass the legitimacy test. The last one is equality before the law, which argues that law is a public norm and that citizens who have civic virtue such as pursuit of common good do not leave law to certain groups such as legal experts.

The rule of law required in a modern democratic republic should contain the values of republican liberty and civic virtue. Citizens can enjoy freedom through the rule of law by being vigilant consistently against law and institution. The rule of law grants citizens the qualification of participating in public discussions. Also the rule of law becomes a condition of equality in that the qualification of citizens is granted through law. There can be a

judgment about whether the process of enacting, executing, and interpreting law is based on the constitution when citizens oversee and contest the agencies in charge of law. They should also be able to reflect on their life in reality based on the just law and keep a critical viewpoint of watching ruling relations among citizens in reality. When the rule of law is checked continuously through the evaluation, surveillance and reflection of citizens, a judgment can be made that there is rule of law in a republic.

[key words] republicanism, the rule of law, principle of process, principle of contestability, principle of responsibility