

【연구논문】

근대 법치주의에 대한 이해 — 시민 법치주의 —

황 도 수*

目 次

- I. 서론
- II. 근대 이전의 법치주의
- III. 근대 시민 법치주의
- IV. 영미법계에서의 근대 시민 법치주의
- V. 대륙법계에서의 근대 시민 법치주의
- VI. 결론

I. 서론

법치주의란 일반적으로 ‘사람의 지배’ 또는 ‘자의적 지배’에 대비되어 객관적 준칙으로서의 법에 의한 지배를 추구하는 개념으로 이해되고 있다. 국가작용이 객관적인 법에 근거를 두고 법에 따라 행하여져야 한다는 법원칙이라는 것이다.¹⁾ 우리 헌법전(憲法典)에는 법치주의에 관하여 명문의 규정을 두고 있지 아니하나, 우리 헌법이 법치주의를 헌법의 기본이념으로 하고 있다²⁾는 점에 대하여 의문을 제기하는 사람은 없다.

문제는 개념의 다양성에 있다. 자유주의적 법치주의, 사회적 법치주의, 형식적 법치주의, 실질적 법치주의 등 학문적으로 수많은 수식어가 법치주의에 부가되면서 다양한 법치주의 개념이 사용되고 있으며, 일상생활에서는 법치주의 개념이 일반국민의 법의식 또는 준법의식을 의미하는 것으로 사용되기도 한다.³⁾ 법치주의의 정착을 위하여 국민의 준법의식 강화를 당부한

* 건국대학교 교수, 변호사

1) 양전, 헌법강의, 법문사, 2009, 189.

2) 헌재 1992. 4. 28, 90헌바24 결정.

3) 송기춘, 참여정부에서의 법치주의의 발전: 헌법적 평가와 전망, 공법연구, Vol.35 No.4, 2007, 300.

다거나, 법을 존중하지 않거나 준법의식이 약한 것을 법치주의의 문제로 파악하는 것 등이 그 예이다.

개념의 다양성은 법치주의가 정치적 구호로 남용되는 현상으로 이어지고 있다. 특히, 현 정부가 들어서고 나서 ‘법의 지배’ 내지 ‘법치주의’라는 용어가 학계는 물론 언론계, 정치계 등 사회 각 분야에서 자주 사용되고 있는데, 흥미롭게도 법치주의 개념이 정치적 성향과 결합하여 각자의 의미로 다양하게 사용되고 있음을 볼 수 있다.

예들 들어, 지난 2008. 5.경 미국과의 쇄고기협상을 반대하던 촛불집회에 대하여 정부는 법치주의를 전면에 내세우고 공권력을 행사하였는데, 이에 대하여 법치주의의 실현이라고 평가하는 학자가 있었던 반면,⁴⁾ ‘퇴행적 법치주의’를 우려하거나, ‘법치주의의 후퇴’라고 강하게 비판하는 학자들도 있었다.⁵⁾

여기에서 우리 국민들이 공유하여야 할 법치주의 개념이 무엇인가 라는 문제가 제기된다. 법치주의를 60년을 이어왔는데, 아직도 국민들이 공유하는 법치주의 개념이 없다는 것은 법치주의가 우리 사회에 제대로 실현되지 못하고 있다는 것을 반증한다고 하겠기 때문이다.

법치주의의 역사를 살펴보면, 원래 법치의 이념이 어느 특정한 사상 틀에서 생겨난 것이 아니라 법치의 목적, 기능, 구성 원리들을 어떻게 볼 것인가는 각각의 견해에 따라서 달라질 수도 있겠지만,⁶⁾ 적어도 우리 헌법이 시행하고 있는 법치주의가 무엇을 의미하는가에 대하여는 주권자 국민들 사이에 공유하는 개념이 있어야 할 것으로 생각된다.

이 글은 이러한 문제의식을 가지고 우리 헌법이 규정하는 법치주의의 의미가 무엇인가를 찾는 것을 목적으로 하고 있다.

이 글은 철학적이거나, 이념적인 관점에서 법치주의 개념을 모색하는 것이 아니라, 역사적인 흐름 속에서 전개되는 오늘날 우리나라의 법치주의 개념을 모색한다. 법치주의 개념은 ‘객관적’으로 그 자체로부터 완결되어 정의되기보다는, 오히려 변천하는 국가이론적 및 헌법이론적 관념 등의 유입에 대하여 역사적으로 개방되어 있다고 보기 때문이다.⁷⁾ 이 글에서는 법치주의가 역사적으로 담당해 왔던 기능과 역할, 그로 인하여 파생된 문제점, 그에 대한 대응으로서의 변화 등을 검토함으로써 최종적으로는 오늘날 법치주의를 이해하려고 한다.

아쉽게 오늘날 우리나라의 법치주의는 우리나라 역사를 기초로 하고 있지 아니다. 우리나라라는 고조선 이래 조선시대, 일제시대까지 군주주권 국가를 이어왔고, 1945년 해방에 이어 대한민국이 수립되면서 서양의 법치주의를 그대로 도입하기에 이르렀기 때문이다. 이에 이 글은

4) 허영, 합법정부, 결단의 시간이다, 동아일보, 2008. 6. 27.

5) 민주주의법학연구회공법분과, 법치주의의 원리와 그 현실, 민주법학, Vol.5 No.1, 1992, 125.

6) 김도균, 근대 법치주의의 사상적 기초 : 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현, in : 김도균, 최병조, 최종고, 법치주의의 기초 : 역사와 이념, 서울대학교 출판부, 2006(2008 2쇄), 서문.

7) Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 김효전 역, 법치국가 개념의 성립과 변천(Entstehung und Wandel des Rechtsstaats-begriffs, in : 김효전, 법치국가의 원리, 1996, 206.

결국 서양의 법치주의 역사를 검토하게 된다.

그리고 이 글은 지면관계로 우선 근대 법치주의를 연구대상으로 한다. 오늘날 법치주의는 근대 법치주의를 근간으로 하면서 그 한계를 극복하는 과정에서 성립된 개념이다. 따라서 근대 법치주의를 어떻게 이해하는가의 문제는 오늘날 법치주의를 어떻게 이해할 것인가에 대한 문제의식을 좌우하게 되고, 그에 따라 오늘날 법치주의에 대한 이해의 내용에 직접적인 영향을 미치게 된다.

지금까지 이 주제를 가지고 논한 논문들이 많이 있었음은 물론이다. 그러나 이들 논문들은 대개 근대 영미법계의 법치주의로서의 ‘법의 지배’와 근대 대륙법계의 법치주의로서의 ‘법률의 지배’를 평면적으로 설명하는 방식을 취하였다. 그리고 근대 법치주의에 대한 문제의식을 대륙법계에서의 ‘법률의 지배’에서 파생된 “형식적 법치주의”에서 찾고, 형식적 법치주의를 극복하는 것이 현대 법치주의의 과제라고 설명하는 것이 일반적인 방법이었다. 이에 따라 현대의 법치주의를 ‘실질적 법치주의’ 및 ‘사회적 법치주의’로 이해하되, 특히 실질적 법치주의에 중점을 두어 설명하고 있음을 볼 수 있다.

이 글은 뒤에서 살펴보는 바와 같이 근대 법치주의의 본질이 ‘형식적 법치주의’에 있는 것이 아니라, ‘시민계층을 위한, 시민계층에 의한, 시민계층의 법치주의’, 즉 시민 법치주의에 있다고 보는 것이 올바른 이해라는 관점을 가지고 있다. 형식적 법치주의는 근대 시민 법치주의의 파생물의 하나에 불과하다는 생각이다.

이 글에서는 근대 시민 법치주의를 이해하기 위하여 근대 이전의 법치주의와 근대 법치주의를 비교하는 방법을 사용한다. 이들 각 법치주의에 대하여 그 성립배경, 법의 기능, 법의 성립, 법의 내용, 법의 효력, 사법제도의 관점에서 분석하여 비교 설명함으로써, 근대 시민 법치주의의 개념과 한계가 무엇인지를 드러내고자 하였다. 이로써 근대 시민 법치주의를 극복하고자 규정된 오늘날 우리나라 법치주의 개념에 대한 이해를 돕고자 하는 것이다.

대개 역사를 이해함에 있어서는 시대구분을 고대, 중세, 근세절대왕정, 근대, 현대로의 시대적 구분을 기준으로 한다. 그러나 여기에서는 오늘날 우리의 법치주의를 이해하는데 필요한 범위 내에서 역사적 전개를 이해하는 것을 목적으로 하므로, 근대이전 법치주의와 근대 시민 법치주의로 간략히 구분하여 살펴본다.

II. 근대 이전의 법치주의

서론

역사학적으로는 근대 이전의 세계는 고대, 중세, 절대왕정으로 시대구분을 해 볼 수 있다. 그리고 각 시대마다 지배체제의 독자적인 특징을 가지는 것으로 설명되고 있다. 그러나 법치주

의의 관점에서 볼 때, 근대이전의 국가체제는 결국 군주주권 체제로 정의될 수 있다는 공통점을 가지고 있다. 시대에 따라 주권자의 지위가 조금씩 다른 특징을 가질 수는 있으나, 절대자로서의 군주(역사 상황에 따라서 국왕, 황제, 영주, 교황 등)는 ‘주권자’로서 군림하였고, 국가의 모든 권력은 “군주 내지 권력자”에게 집중되어 있었으며, 군주가 주권 내지 국가권력을 행사하는 데에 대하여 실질적 통제수단은 존재하지 않았다. 절대왕정 당시의 루이14세가 언급하였듯이 “짐(朕)은 곧 국가이었다.” 국민들은 신민(臣民)이었고, 국가의사의 객체에 불과하였고, 독자적인 주체성은 인정받을 수 없었다.

동양에서는 중국의 청나라 때까지, 우리나라에서는 조선시대, 일제시대까지, 서양에서는 로마, 중세를 지나서 절대왕정시대까지(프랑스대혁명 이전까지)가 여기에 해당된다.

이러한 절대주의 시대에도 법은 존재하였고, 그러한 의미에서 법치주의가 시행되었다고 일컬을 수 있다. 그러나 근대 이전의 법치주의는 군주의 주관적 의사에 의하여 제정·개정된 법이 신민들에 대하여 강제되고 준수된다는 의미에서의 법치주의이었으므로, 그 실질은 군주의 ‘인치주의’이었다.

법의 기능

근대이전의 법은 군주가 국민에 대하여 가진 강제수단이었다. 법은 지배자의 피지배자에 대한 복종강요수단이었다. 주권 내지 모든 국가권력은 절대군주의 수중에 있었으며 행정기관 내지 집행기관은 그에게 종속되어 있었다. 오로지 군주만이 주체자로서의 의지적 자유를 향유할 수 있었고, 군주 자신이 공익 내지 복지라고 생각하는 것을 위하여 임의로 국가권력을 행사할 수 있었다.⁸⁾ 국민의 육체적·정신적 수요와 경제적·문화적 행위는 군주가 결정할 사항이었다. 무엇이 국민의 복지를 위하여 필요한가는 군주가 결정하였다.⁹⁾

국민은 국가권력의 절대적인 객체에 불과하였다. 국민은 국가에 대하여 아무런 청구권도 가질 수 없었다. 국가가 국민에게 청구권을 부여하였다고 하더라도 군주는 필요한 경우 언제든지 그 청구권을 소멸시킬 수 있었다. 군주는 청구권의 주체를 사형에 처하는 방법으로도 청구권에 기한 의무에서 해방될 수 있었다.

국민은 법에 지배될 뿐, 법에 의한 보호는 생각할 수 없었다. 군주로부터 총애를 받아 부귀영화를 누리던 ‘총리대신’도 언제든지 능지처참을 처해질 수 있었다. 인간의 존엄과 가치는 군주 한 사람에게만 인정되었고, 나머지 모든 국민은 결국 신민(臣民)에 불과하였다.

법의 성립

근대 이전의 법에 대한 제정권한은 실질적으로 군주에게 귀속되어 있었다. 예를 들어 로마

8) 김철수, 비교헌법론(상), 박영사, 1980, 278.

9) 김철수, 같은 책, 279.

시대에 각종의 민회는 자기의 권한 내에서(법률, 평민회 의결), 또 원로원은 자기의 권한 내에서(원로원 의결), 또는 황제는 황제대로(각종의 칙법) 절차를 거쳐서 입법을 행할 수 있었다.¹⁰⁾ 그러나 그 모든 것 위에는 황제의 절대권력이 자리 잡고 있었다. 최종적인 결재권자는 황제였고, 그는 법률로부터 자유로웠으므로(princeps legibus solutus) 그의 결정은 법적·행정적 형식을 불문하고 구속력이 있었다. 그 결정의 내용 여하에 따라서는 해당 사건의 범위를 넘는 법적인 효력이 인정되었다.¹¹⁾

통상 ‘군주’라고 번역되는 개념은 원래 일정한 영토에 정치적 권력뿐만 아니라 입법의 법적 권능까지 행사하는 최고통치자를 지칭하였다고 해석되는데,¹²⁾ 이는 군주가 법을 제정하고 변경하는 권한을 실질적으로 보유하였음을 의미한다.

법은 언제든지 군주에 의하여 변경될 수 있었다. 군주의 의사는 국가의 의사로 의제되었고, 법은 그의 의사에 의하여 좌우되었다.¹³⁾ 여기서 법이란 바로 군주의 의사를 의제(擬制)화한 것을 의미하게 되어 법의 지배는 결국 군주의 인격적 지배를 의미할 뿐이었다.¹⁴⁾

법의 내용

군주주권 아래에서 법의 내용을 주권자 군주가 실질적으로 결정하는 것은 당연한 것이었다. 법의 내용은 군주의 의사에 의한 일방적 지배를 의미하였다.¹⁵⁾

법은 전체 인민의 의사와는 유리된 것이었다.¹⁶⁾ 법에 있어서의 이성은 특정 인간으로서의 군주의 전유물에 지나지 않았으므로 특정 인간의 주관적 이성을 의미하였다. 군주의 인격은 이성적인 것이므로, 군주가 제정한 법은 완전한 인격자의 명령이고, 이성적인 법으로 인식되었다.¹⁷⁾

따라서 법에 있어서 보편적 인간의 ‘보편적 이성’은 확립될 수 없었다. 그러므로 군주만이 온전한 명령을 내릴 수 있고, 법은 곧 주권자의 명령으로서 정당성을 확보하게 되었다. 이른바 ‘짐이 국가다’라는 명제는 군주의 인격을 국가와 동일시한 것이었고, 국가‘법’도 군주의 전유물이 되어 법의 이념이나 가치는 군주 개인의 인격적 요소에 의하여 결정되고, 좌우되었다.¹⁸⁾ 법

10) 최병조, 서양 고대 로마의 법치 : 이념과 현실, in : 김도균, 최병조, 최종고, 법치주의의 기초 : 역사와 이념, 서울대학교 출판부, 2006(2008 2쇄), 162.

11) 최병조, 같은 글, 169.

12) 김도균, 같은 글, 52,53.

13) 류시조 법치주의의 전개와 현대적 과제, 비교법학, Vol.11, 2000, ‘법치주의의 전개’부분.

14) 류시조, 같은 글, ‘머리말’부분.

15) 류시조, 같은 글, ‘법치주의의 전개’부분.

16) 류시조, 같은 글, ‘법치주의의 전개’부분.

17) 류시조, 같은 글, ‘법치주의의 전개’부분.

18) 류시조, 같은 글, ‘법치주의의 전개’부분.

의 내용은 주권자의 결정재량 아래에 놓여 있었다.

법에 의하여 실현되는 가치는 군주의 주권확립이었다. 군주의 주권확립은 대외적으로 독립되고, 대내적으로 최고를 확보하는 것이므로, 대외적 평화와 대내적 질서가 최고의 공공가치이었다. 이러한 점에서 근대 이전의 법치주의는 “질서”가치의 실현을 의미하였다. 군주의 의사를 초월하는 특정한 가치가 법의 내용에 관하여 구속력을 가질 수 없었고, 군주가 법을 통하여 규정하는 질서가 ‘강제’된다는 점에서 질서가치, 평화가치가 실현되었을 뿐이었다.

법의 효력

근대 이전의 법은 군주의 통치수단이었으므로 법치주의는 법의 강제, 준수를 의미하였다. 이때 법의 준수는 피지배자에게만 강제되었고, 주권자로서의 군주는 물론 대부분의 법집행자들에 대하여는 법의 준수가 강제되지 아니하였다. 군주와 집행자들은 법을 집행할 권력만을 가지고 있었을 뿐이었다. 군주는 법률의 구속을 벗어난 절대적 주권자였고, ‘국부(國父)’이었다. ‘법률에의 자발적인 기속’ 운운하는 것 자체마저도 군주가 외부적으로는 법률에 기속되지 않는다는 사실에 대한 확인일 따름이었다.¹⁹⁾

법의 강제와 관련하여 법치주의의 구현을 담당하였던 경찰이 법치주의의 중요한 역할을 담당하였다. 법은 그 성격상 억압적(repressive)이었고, 이러한 성격으로 인하여 법은 손쉽게 관료의 자의나 부패와 친할 수 있었다.²⁰⁾

사법제도

근대 이전의 사법제도는 공권력 행사에 대한 권리보장제도로서의 기능보다는 분쟁해결을 통한 국가질서의 확립수단으로서의 기능만이 강조되었다. 군주의 공권력에 대항하는 수단으로서의 ‘독립된 사법제도’는 설치될 여지가 없었다.

재판제도는 민사재판제도, 형사재판제도만으로도 충분하였다. 민사재판제도는 국민들 사이의 분쟁해결과 그에 따른 질서유지를 위해서 필요하였고, 형사재판제도는 국민에 대한 국가의 통제와 그에 따른 질서유지를 위하여 사용되었다.²¹⁾

사법제도는 관방사법으로 운영되었다. 관방사법으로서의 사법기관은 사인간의 분쟁 또는 정부와 사인간의 분쟁을 군주가 그렇게 허용하는 방법으로 재판함으로써 분쟁을 해결하였다.²²⁾

따라서 공권력을 다투는 재판제도로서의 ‘행정재판, 헌법재판’은 존재할 수 없었다. 법은 통치수단이었을 뿐, ‘국왕의 권한’을 통제하는 수단이 아니었으므로, 국왕을 통제하는 사법(司法)

19) 최병조, 같은 글, 152.

20) 최대권, 우리나라 법치주의 및 의회주의의 회고와 전망, 서울대학교 법학, Vol.49 No.4, 200, 215.

21) 로마시대의 사법제도에 관하여는 최병조, 같은 글, 164 이하 참조.

22) Bradley, A. W. Constitutional and administrative law, Pearson, 2007, 99.

은 허용될 수 없었기 때문이다. 절대왕정 시대에 사법재판소의 권력이 강대해져(양상 레짐 아래에서의 사법부 구성원의 부패를 상상해 보라) 국왕의 행정사무, 입법사무에 간섭하게 되는 상황이 전개되어 왕실과 사법재판소의 대립과 반목이 계속되기도 하였으나, 이때에도 왕실은 국왕고문회의(Counsel du Roi)를 두어 행정활동에 대한 국민의 불복을 자율적으로 심판하도록 함으로써, 행정사건에 대한 사법기관의 관여를 배제시켰다.²³⁾

따라서 군주가 일정한 상황 아래에서 신민과의 사이에 법적인 약속이 체결되었다고 하더라도, 그 ‘군주의 약속’이 실현될 가능성은 군주의 의사에 달려 있었고, “법적인 강제수단으로서의 사법제도”를 통하여 강제될 가능성은 보장될 수 없었다.

평가

근대 이전의 법치주의에 있어서도 사회에 법규범이 존재하였고, 법규범에 의하여 사회가 규율되었다는 점에서 법치주의라고 일컬어지고 있다. 법과 질서를 유지한다는 의미에서의 법치주의이었다. 법에 의한 통치(rule by law)의 의미로 쓸 때의 법치주의이었다.²⁴⁾

근대 이전의 법치주의는 위에서 살펴본 바와 같이 법의 제·개정, 해석·적용의 일련의 과정에 군주의 주관적인 요소가 결정적 요소이었고, 법의 내용과 효력에 있어서 객관성과 합리성을 보장할 수 없었다. 결국 법은 군주의 통치수단이었고, 인치의 도구이었다. 결국 인치 내지 자의의 지배로 귀결되었다.²⁵⁾

인치의 폐해와 관련하여, 로마제정 초기의 병적인 심리상태와 광적인 행태를 지녔던 황제들의 권력남용 사례는 군주제의 헌법적 측면이 군주 개인의 인적 측면과 분리되지 못하고, 얼마나 황당하고 처참한 결과를 초래할 수 있는지를 극명하게 입증해 주고 있다. 이것은 다시 절대권력이 인간과 사회를 얼마나 타락시킬 수 있는가에 대한 100% 확실한 증거이며, 절대권력은 필연적으로 부패할 수밖에 없다는 몸서리쳐지는 진실의 생생한 증거이다.²⁶⁾

가장 두드러지는 예 중의 하나는 로마 티베리우스 황제 때의 세이아누스의 처형이다. 황제의 총애를 받으며 승승장구하던 이 황제의 근위장관은 카르리 섬에 은둔하던 중, 황제의 편지한 통에 원로원에 의하여 체포되고 그날로 처형당하였다.²⁷⁾

이러한 군주에 의한 자의적 지배는 프랑스 절대왕정 시대에도 그대로 지속되었다. 자크 케르는 중부 프랑스의 부르크라는 곳에서 평범한 수공업자의 아들로 태어나, 관직을 돈으로 산 뒤 이를 이용하여 재산을 모아, 백년전쟁의 마지막 전투에 필요한 돈을 국왕에게 제공하였다.

23) 김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1992. 97쪽.

24) 최대권, 민주, 법치 및 선진화의 과제, 공법연구, Vol.37 N.1-1, 2008, 62.

25) 류시조, 같은 글, ‘법치주의의 전개’부분.

26) 최병조, 같은 글, 153.

27) 최병조, 같은 글, 154.

그 대가로 광산개발권과 직조작업장을 획득하고, 고리대금업을 하여 궁전과 같은 호화로운 저택에서 살 수 있었다. 그러나 케르에게서 많은 돈을 빌린 사를르 7세는 제약을 꾸며 국왕의 충신을 독살하였다는 이유로 그를 체포한 뒤 케르의 재산을 몰수하고 파산시켰다.²⁸⁾

위와 같은 군주의 자의적 지배에 대하여 근대 이전의 수많은 학자들은 인간의 지배가 아닌 ‘합리적인 지배’로서의 ‘법의 지배’를 위하여 여러 가지 법치주의 이론을 제시하였다. 이러한 이론적 논의는 고대 그리스 시대부터 찾아볼 수 있는데, 아리스토텔레스는 ‘무조건적으로 좋은 것은 자기 자신이 너무 많이 취하고 무조건적으로 나쁜 것은 너무 적게 취한다는 것이 문제이다. 이런 까닭에 우리는 “어떤 사람”으로 하여금 지배하게 하지 않고, “옳은 이치”로 하여금 지배하게 하여야 한다’²⁹⁾고 함으로써 인간의 지배가 아닌 객관적 기준으로서의 로고스에 의한 지배를 이론화하였다.

중세에는 스콜라철학적 질서사상에 따라 인간과 인간의 사회생활 조직체는 신이 만든 영원한 질서에 포함되기 때문에 군주도 ‘신의 법’을 지켜야 할 의무를 진다는 사상이 전개되었다. 13세기 중후반에서 14세기에 이르게 되면, 최고통치권자와 법치 사이의 관계에 관하여 좀 더 분명한 입장이 제시되었는데, ‘황제인 것보다 정당한 법을 선포하고 이를 준수하는 것이 더 훌륭한 일이다’라는 견해가 테오도시우스 2세 및 발렌티니아누스 3세의 ‘칙법집’(Codex)에서 나타난 원칙에 입각하여 나타났다.³⁰⁾

그 즈음 마르실리우스는 세속 군주의 주권의 정당성은 신민들의 자유와 신민들의 민주적 권리의 승인에 바탕을 두고 있다는 입장을 취하면서, 입법자로서의 위임은 주권자임을 주장하는 권리를 보유하며 이는 양도될 수 없다는 이론을 제시하였다.³¹⁾

이러한 수많은 이론들은 군주주권 아래에서는 이론으로 그칠 수밖에 없었다. ‘군주권력 내지 국가권력에 대한 법의 우위성’이라는 관념은 군주주권 아래에서 본질적으로 다음과 같은 난점에 처해 있었다. 만일 어떤 군주의 권력이 그 자신과 다른 주권적 지배자의 의지에 복속된다면 그 군주의 최고통치 주권이라는 것이 어떻게 행사될 수 있을까? 보다 현실적으로 말하자면, 그 누구도 교황이나 군주의 의지에 도전할 수 있는 권능이 부여되지 않은 상황에서 법의 지배라는 것을 누가 운위할 수 있겠는가? 교황이나 군주가 법을 지키지 않는다면 폐위되어야 한다고 하는 하지만, 과연 누가 교황이나 군주가 법을 위반하였다고 권위있게 선언할 수 있겠는가?³²⁾

결국 법치주의 개념이 국가권력 행사에 대하여 우위성을 확보하기 위해서는, 이론이 아니라, 군주주권이라는 굴레적 사슬을 끊어버릴 수 있는 현실적 힘을 필요로 하였다.

28) 김경목, 우종의 편지, 이야기세계사1, 청아출판사, 2004, 417, 418.

29) Aristoteles, 최명관 역, 니코마코스 윤리학, 서광사, 1990, 159.

30) 김도균, 같은 글, 56.

31) 김도균, 같은 글, 72.

32) 김도균, 같은 글, 52.

III. 근대 시민 법치주의

시민의 성장

군주주권의 사슬에 대항할 수 있는 현실적 힘이 절대적인 군주주권의 지배 아래에서 형성되는 것은 사실상 상상하기 어려운 현상이다. 역사적으로 군주주권 아래에서 객체로서의 신민들이 기존 군주를 폐위하기도 하였지만, 새로 등장한 국가체제는 또 다른 군주주권 체제이었을 뿐이었다. 군주주권 체제에서의 변동은 새로운 군주의 탄생과 몰락을 의미할 뿐, 군주주권 체제 자체가 ‘국민주권’ 체제로 변동되는 것은 현실적으로 거의 상상할 수 없는 현상이었다. 동양에서 수많은 국가가 발생하였다가 소멸하였지만 청나라에 이르기까지 군주체제가 지속되어 왔고, 오늘날에도 민주화 물결이 미치지 아니한 국가 대부분의 국가체제가 실질적으로는 군주주권 체제(독재체제)를 유지하고 있는 것을 보면 그러하다고 아니할 수 없다.

이러한 점에서 인류 역사에 있어서 군주주권의 굴레적 사슬을 끊고 국민주권 체제로의 전환을 형성한 미국독립선언, 프랑스 대혁명 등 근대 시민혁명은 인류사적 기적이라고 아니할 수 없다.

이는 군주주권에 대항할 수 있었던 현실적 힘이 ‘집단적으로’ 축적될 수 있었던 데에 따른 것이라고 볼 수 있는데, 그 시작은 멀리 로마에서 찾을 수 있다. 로마에서 있었던 정치와 종교의 분리, 즉 하늘 아래 두 개의 태양이 뜨는 현상이 그 시작이었다. 자카리아(Zakaria)의 표현을 빌리면 다음과 같다.

로마 콘스탄틴 대제가 천도를 결심하면서 모든 일이 시작되었다. 324년에 대제가 로마의 수도를 비잔티움으로 옮겼다. 콘스탄틴은 궁정의 모든 것을 천도시켰으나, 로마의 비숍(추기경)은 그대로 로마에 남겨놓았다. 국가와 교회의 분리라는 이 역사적 사건은 인류에게 숙명적이면서도 유익한 결과를 품에 안고 있었다.

이후 로마교회는 번성하였고, 결국에는 기독교인에 대하여 정신적 지주라고 주장할 수 있는 독립성을 갖추기에 이르렀다. 콘스탄틴의 천도 이후 1,500년 동안 유럽의 역사는 교회와 국가의 갈등의 역사로 점철되었고, 그 갈등의 불뚝 속에서, 인간의 자유의 첫 불길의 점화되었던 것이다.³³⁾

이후, 만일 어떤 한 군주가 유럽대륙 전체를 휩쓸었다면, 교회의 독립성을 혁파하여 국가의 시녀로 만들었을 것이다. 그러나 다행스럽게도 그 어떤 지배권력도 유럽 전체는 물론 유럽의 대부분을 점령해 보지도 못하였다(유럽은 강과 산으로 나뉘어져 있었다). 1,500년경 유럽에는 대략 500개의 국가가 있었는데, 대부분 하나의 도시 정도에 불과하

³³⁾ Zakaria, Fareed, The future of freedom : Illiberal democracy at home and abroad, W. W. Norton & Company, 2003. 29,30.

였다.³⁴⁾

정치의 최고권력으로서의 국왕이라는 태양과 종교의 최고권력으로서의 법황이라는 두 개의 이글대는 태양의 빛을 받으면서, 영업과 거래에 능통한 경제권력이 무럭무럭 자라나고 있었다. 중세 11세기부터 13세기에 이르기까지 사회는 안정되어 ‘활발한 상업활동’이 꽃피기 시작하였다. 이탈리아를 중심으로 하는 지중해 무역은 물론 플랑드르(벨기에 북부 북해연안)를 중심으로 한 새로운 모직물 무역이 점차로 내륙에 전파되어 유럽 전역에 경제적 활기가 감돌았다. 상인들을 중심으로 한 경제권력은 법황이나 국왕의 통제를 피하여 성곽 외부에 거주지를 건설하여 도시를 형성하였다. 처음에는 거울을 나기 위한 일시적인 주거지였으나 점차로 상인들의 생활터전으로 변하였다.

점점 상업인구가 증가하고 경제력이 커지자 상인들은 스스로를 지키기 위해 그들 거주지 주변에 새로운 성벽을 쌓기 시작하였다.³⁵⁾ 그리고 상인과 수공업자들은 돈을 주고 도시의 자치권을 사거나 힘으로 밀어붙여 자유와 자치권을 얻어내기도 하였다. 12세기 중엽까지는 대부분의 도시가 자유를 획득하여 누구든지 자유로운 신분을 가지게 됨으로써 도시의 “시민”은 “자유민”을 뜻하는 말이 되었다.³⁶⁾

상공업의 발달에 따라 도시민은 12, 13세기경부터 계층이 나뉘어 있었다. 먼저 자본가라고 할 수 있는 상층 부르주아와 중산계급 또는 소시민적 부르주아 그리고 그 밑에 임금노동자 또는 프롤레타리아라고 부르는 계층이 나타나게 되었다.³⁷⁾

자본가 계급은 주로 외국무역이나 도매상에 종사하여 부유해진 대상인들로 구성되었다. 이러한 부를 배경으로 자본가 계급은 절대왕정시절에 이르러 절대군주와 쉽게 결탁할 수 있었다. 당시 유럽 대부분의 국왕들은 봉건 영주들의 세력을 약화시키고 통일국가로서의 왕권을 강화시키는 길을 찾고 있었다. 군대를 키우고 관료제도를 정비하기 위해서는 막대한 돈이 필요하였고, 그 돈은 자연히 도시의 부를 쥐고 있는 자본가에게서 빌려오지 않을 수 없었다. 국왕은 그 대가로 그들에게 많은 특권을 주었다.³⁸⁾

그러나 위에서 살펴본 바와 같이 절대왕정 시대에서의 ‘군주와의 계약’은 군주주권의 자의적 지배를 벗어날 수 없는 것이었다. 자본가들은 막대한 돈을 전쟁비용으로 국왕에 빌려주었다가 전세(戰勢)가 어려워지면 돈을 떼이면서 파산당하는 경우가 속출하였다.³⁹⁾ 위에서 살펴본 프랑

³⁴⁾ Zakaria, Fareed, 같은 책, 35, 36.

³⁵⁾ 김경목, 우종익 편저, 같은 책, 341.

³⁶⁾ 김경목, 우종익 편저, 같은 책, 342.

³⁷⁾ 김경목, 우종익 편저, 같은 책, 416.

³⁸⁾ 김경목, 우종익 편저, 같은 책, 417.

³⁹⁾ 김경목, 우종익 편저, 같은 책, 417.

스의 자크 케르의 사례는 군주주권 아래에서의 시민의 지위가 얼마나 취약한 것인지를 여실히 보여주는 것이었다.

시민계급은 더 이상 군주를 믿고 있을 수만은 없었다. 군주의 약속을 믿고 그 주권 아래 살아간다는 것은 시민계급이 아무리 능력이 출중하고, 축적한 재산이 많아도 ‘보장 없는 삶’을 살아가는 것을 의미하였다. 시민계급은 이미 절대왕정의 군주와의 계약 체결과정을 통하여 자신의 힘을 확인하였고, 절대왕정 시대를 지내면서 국왕의 비호 아래 막강한 부를 축적하였으며, 지리상 발견 이후 해외상권을 형성하면서 국왕의 권력을 넘볼 수 있는 현실적 힘도 축적한 상태이었다. 이제 부르주아 시민계급이 경제권력으로 등극함에 있어서 군주주권의 사슬은 썩은 밧줄에 불과하였다.

미국 식민지 시민계급에 대한 영국국왕의 배신행위, 프랑스 시민계급에 대한 루이 14세의 배신행위에 대하여 부르주아 시민들은 분노와 실망감을 감출 수 없었고, 자신들이 축적한 현실적 힘을 바탕으로 군주주권 체제를 한방에 무너뜨릴 수 있었다. 1776년 미국독립선언, 1789년 프랑스대혁명은 군주주권이라는 굴레적 사실을 끊어내는 순간이었고, 시민계급의 경제권력이 주권을 쟁취하는 순간이었다.

근대 시민혁명의 결과

시민혁명은 시민계급에 의하여 주도되었고, 프롤레타리아 대중계층이 이에 따랐다. 대중계층은 시민계층이 제시한 이념에 시민계층과 함께 혁명에 참여하였고, 혁명의 전방에 나섰다. 프랑스혁명 당시 국민의회가 선포한 인권 선언에는 ‘인간은 자유롭게 그리고 평등하게 태어났으며 늘 그렇게 존속한다. 모든 정치적 결합의 목적은 인간의 양도할 수 없는 자연권의 보존에 있다. 모든 시민은 직접 또는 대표를 통하여 법의 제정에 참여할 권리를 가진다’라고 규정하고 있었다. 그 이념에는 인간이 있을 뿐, 시민계층과 대중계층의 구분은 없었다.

그러나 근대 시민혁명의 열매는 모두 시민계층의 몫이었다. 이때의 시민계층 개념에는 노동자 일반 대중계층은 포함되지 않았다. 오로지 부르주아 자본가로서의 시민을 의미할 뿐이다.

프롤레타리아 대중계층은 시민혁명 이후 건설되는 국가체제의 구상에서 철저히 배제되었다. 시민혁명 직후 행해진 국유화한 교회재산의 매각과정부터 그러했다. 토지를 소규모로 잘라 매각하지 않고 거대한 규모로 경매를 붙인 결과, 부유한 시민계층은 새로이 토지를 얻을 수 있었으나, 빈농이나 농촌의 품팔이 등 대중계층은 자영농으로 안정될 기회를 얻을 수 없었다.⁴⁰⁾

참정권에서는 더욱 철저하였다. 국민의회가 제정한 헌법에 의하면 상당한 금액을 납세할 수 있는 부유한 시민계층만이 선거권과 피선거권을 가질 수 있었다. 400만의 시민만이 이에 해당되었다. 더구나 관리와 법관, 의원을 선출할 수 있는 2차 선거에 참여할 수 있는 선거권은 불과 5만의 소수 시민계급에만 부여되었다. 당시 민중을 대표하였다는 자코뱅 클럽도 투표권에

40) 구학서 편저, 이야기세계서2, 청아출판사, 2002, 137.

관하여는 일정액 이상의 세금납부자에게만 부여할 것을 주장하였다.⁴¹⁾

결국 혁명은 시민과 대중이 협력하여 이루어졌으나, 혁명의 열매는 부유한 시민층이 모두 거두어갔고, 부르주아 시민주권 시대를 열었을 뿐이었다. 프롤레타리아 대중들이 실질적 주권자로 참여하기 위해서는 다시 100년을 기다려야 했다.

시민 법치주의의 성립

혁명을 주도한 사람들이 시민계층인 것처럼 혁명의 이념을 뒷받침한 사람들 또한 시민계층이었다. 따라서 근대 법치주의는 시민계층을 위한, 시민계층에 의한, 시민계층의 법치주의로 구성될 수밖에 없었다. 근대 법치주의는 철저하게 시민계층의 이해관계를 위하여 구성되었다.

당시 시민계층은 개인의 능력에 의하여 사회적으로 성공한 자들이었다. 개인의 능력을 최대한 발휘하는데 국가의 간섭이나 방해만 없으면 무엇이든 성취할 수 있다는 자신감을 가진 자들이었다. 법치주의 최고이념, 인간이 가질 수 있는 최고의 가치는 “자유”와 “소유권”으로 집약되었다. 시민들에게 있어서 자유란 결국 재산을 축적할 수 있는 자유를 의미하였고, 그러한 자유를 바탕으로 축적한 재산은 절대적으로 보장되는 것이어야 했다. 재산의 보장을 향유하기 위하여 필요한 생명과 신체에 대한 보장은 당연한 전제이었다.

이러한 보장에 대하여 가장 위협적인 존재는 과거의 군주주권이었다. 시민계층이 축적한 재산을 과거 군주시대처럼 국가권력이 좌우할 수 있도록 놓아둘 수는 없었다. 이에 시민계층은 과거 ‘군주와의 약속’과 같이 변덕을 가져올 수 있는 국가권력을 통제할 수 있는 제도를 찾아야만 했다. 시민계층은 ‘국가권력자에 의하여 좌우됨이 없는 객관적인 보장 장치’를 ‘객관적인 법’에서 찾았다. 법에 의한 통치로서의 법치주의는 국가의 기초이념이 되었다. 이러한 점에서 근대 시민 법치주의는 전근대적 법으로부터 군주나 신분의 자의적 의사를 배제하여 법에 있어서의 인격적 요소를 제거함을 그 첫째 의미로 가지고 있었다. 법에 있어서의 인격성을 탈화(脫化)함은 법에 있어서 주관성을 배제하고 객관성을 회복함을 뜻했다.⁴²⁾

‘객관적인 법’을 어떻게 수립할 것인가에 관하여 대륙법계와 영미법계는 생각을 달리하였다. 영미법계에서는 ‘보통법(판례법)’에서 객관적인 법을 찾은 반면, 대륙법계에서는 ‘의회입법’에서 객관적인 법을 찾았다. 아래에서는 영미법계와 대륙법계를 나누어서 근대 시민 법치주의의 내용을 살펴본다.

시민계층이 찾은 객관적인 법의 형태는 달랐어도, 법을 통해서 실현하였던 것은 시민계층의 이해관계이었다. 영미법계의 ‘보통법’은 시민들이 그 동안 형성하여 축적한 판례법이었고, 대륙법계의 ‘의회’는 시민들이 장악하고 있었다. 근대 시민 법치주의에 있어서의 법은 시민계층을 위한, 시민계층에 의한, 시민계층의 법으로 귀결될 수밖에 없었다.

41) 구학서 편저, 같은 책, 140.

42) 류시조, 같은 글, ‘머리말’부분.

IV. 영미법계에서의 근대 시민 법치주의

서론

영국에서는 시민들의 신체와 재산을 보장할 수 있는 ‘객관적인 법’을 보통법이라는 ‘판례법’에서 찾았다.⁴³⁾ 13세기말 사법제도의 정비와 재판을 통한 축적된 보통법(common law)은 그 동안 사인(私人)의 권리와 관련하여 법원에서 수행된 분쟁해결의 결과로서, 영국 국왕이나 의회의 한 순간의 결단이나 입법의 결과와는 달리, 사인의 권리보장의 안정성을 보장하고 있었다. 영국의 시민계층은 이 보통법을 통하여 군주에 의하여 좌우됨이 없는 ‘객관적인 법’을 찾을 수 있었다.

17세기경 군주와 의회와의 싸움은 군주의 권력을 배제하고 보통법과 의회의 연합을 가져다 주었고, 결국 Star Chamber법원이 1640년 폐지되기에 이르렀다. 이로써 보통법이 의회에 의하여 변경되지 않는 한, 사법적(私法的) 행위뿐만 아니라 공법적 행위에도 적용되게 되었다.⁴⁴⁾ 당시 명예혁명에 군주가 법에 종속된다는 것을 확인한 것이었다.

영국에서의 법치주의는 절대권력에 대신하는 보통법의 절대적 우위를 의미하였고, 이 보통법에 시민뿐만 아니라 법을 집행하는 모든 계층이 공히 평등하게 종속된다는 것을 의미하였다. 다이시(Dicey, Albert Venn, 1835~1922)는 그의 저서 “헌법론서설”(Introduction to the Study of the Law of the Constitution)에서 ‘법의 지배’를 ‘보통법의 절대적 우위’, ‘영국의 헌법은 보통법의 산물’, ‘법 앞의 평등’으로 정리하였다.

보통법의 내용은 ‘사적 자치’가 중심을 이루었고, 결국은 ‘시민계층이 능력을 발휘할 수 있는 자유’를 보장하고 있었다. 보통법은 시민계층을 위한 ‘객관적인 법’으로서의 역할을 수행하기에 충분하였던 것이다.

법의 성립

영국의 근대 법치주의에서 법의 원천은 판례법이었다. ‘영국 헌법은 보통법의 산물’이라고 표현되고 있다. 영국 헌법은 법원(法源)이 아니라, 법원(法院)에 의하여 규정되고 실현되는 개인들 권리의 결과물이었다.⁴⁵⁾ 헌법상의 일반원칙(예를 들어, 신체의 자유, 집회의 자유)은 결국 법원에 제기된 개개 사건에서 개인들의 권리를 결정한 사법판결의 결과물이었다.⁴⁶⁾ 한 마디로, 영국 헌법은 법관들에 의해서 만들어진 헌법이며, 그 표명에 판례법의 특징 - 좋은 나쁜 -

43) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2009, 155, 156.

44) Bradley, A. W., 같은 책, 95.

45) Dicey, A. V. Introduction to the study of the law of the constitution, Macmillan 1956, 203., Dicey, Albert Venn, 안경환, 김종철 공역, 헌법학입문, 경세원 1993, 121.

46) Dicey, A. V, 같은 책, 195., Dicey, Albert Venn, 안경환, 김종철 공역, 같은 책, 115.

이 배어있는 것이었다.⁴⁷⁾

근대 시민계층이 주목했던 것은, 개인의 자유권이 실정헌법으로부터 도출될 경우 권리가 유보되거나 삭제될 가능성이 쉽게 발생할 위험성이 있는데 반하여, 개인의 자유권이 보통법에 고유한 것이라는 이유로 헌법의 일부가 될 경우에는 국가의 생활양식이나 정치체도를 혁명적으로 변화시키지 않고서는 이 권리를 파괴할 수 없을 것이라는 점이었다.⁴⁸⁾

이러한 점에서 영국 헌법의 다른 기본 원칙인 의회주권이론은 ‘불문헌법’ 아래에서 허용되는 원칙에 불과하였다. 즉, 의회의 절차 등에 관한 불문헌법이 존재하였고, 이는 ‘보통법’에 의하여 형성되어 내려온 것이었다.

또한 의회는 선거민의 의사를 대변하는 인물들로 구성되었다. 물론 선거권은 시민계층에 한정되어 있었다. 법은 그들에 의해 제정되었고, 뿐만 아니라 국민의 기본권의 보장에 대하여는 불문헌법에 의하여 의회의 법제정이 자의적인 것이 되지 못하도록 하였다. 그리고 국가 내의 어떤 집단도 정당하지 못한 방법으로 법률상의 특권적 지위를 부여받을 수 없도록 하여 법의 지배의 실질적인 기능을 담보하였다.⁴⁹⁾ 이로써 실질적으로 시민계층에게 필요하였던 ‘재산형성의 자유’는 절대적으로 보장될 수 있었다.

법의 내용

보통법을 통하여 보장받는 것은 헌법상의 일반원칙들로서 오늘날 자유권에 해당되는 권리들이었다. 영국의 보통재판소에서 통상의 법적인 방법으로 확정된 명백한 법의 위반의 경우를 제외하면 어느 누구도 처벌되지 않고 또는 법적으로 신체와 재산을 침해받지 않을 것이 보장되었다.⁵⁰⁾ 이로써 시민계층은 자신들이 생명, 신체 그리고 재산을 형성하기 위한 거래와 경쟁의 자유를 보장받을 수 있었고, 그러한 자유를 통하여 자신들이 축적한 재산을 절대적으로 보장받을 수 있었다.

이러한 자유권의 보장은 미국에서는 1939년 대공황 이후의 뉴딜정책이 수립되기까지 철저하게 지속되었다. 미국 연방대법원이 최초로 규범통제권을 행사한 1803년 *Mabury v. Medison* 사건으로부터 1955년에 이르기까지 총 78건의 위헌판결이 있었는데, 이 가운데 75건의 법률이 법적으로 보장된 경제적 자유와 이익을 침해하였다는 이유로 행해진 위헌판결이었고, 인격권 등을 침해하였다는 이유로 위헌판결을 받은 법률은 3건에 불과하였다.⁵¹⁾ *Pollock v. Farmers*

47) Dicey, A. V, 같은 책, 196., Dicey, Albert Venn, 안경환, 김종철 공역, 같은 책, 116.

48) Dicey, A. V, 같은 책, 201., Dicey, Albert Venn, 안경환, 김종철 공역, 같은 책, 120., 김강운, 근대의 법의 지배와 법치주의, 법학연구, Vol.19, 2005, 3.

49) 장영수, 헌법의 기본원리로서의 법치주의, 안암법학(제2집), 1994, 143.

50) 김강운, 같은 글, 1,2.

51) Rodell, Fred. Nine men : a political history of the Supreme Court from 1790 to 1955, Random House 1955, 25,26.

Loan and Trust Co.판결⁵²⁾에서 누진 소득세에 대하여 위헌판결을 선고하였고, Hammer v. Dagenhart 판결⁵³⁾에서 14세 미만의 연소자를 고용하여 공장 또는 광산에서 생산한 상품의 교역을 주간(州間) 통상에서 제외시키는 법률을 연방이 제정할 수 없다고 판시하였고, Lochner v. N. Y.판결⁵⁴⁾에서는 제빵업소 종업원의 주당 노동시간을 60시간으로, 일당 노동시간을 10시간으로 제한한 법률은 계약의 자유를 침해한 것이라고 판시하였다. 그리고 Dred Scott v. Sandford 판결⁵⁵⁾에서는 북부 주에서 노예제도를 폐지할 것을 규정한 연방 법률은 ‘누구도 적법 절차에 의하지 아니하고는 자기의 생명, 자유 또는 소유권을 박탈당하지 않는다’는 연방수정헌법 제5조에 위반된다고 판시하였다.

영미의 근대 법치주의에서의 법의 내용은 ‘경쟁과 독점을 위한 계약의 자유’를 보장하는 것이었고, 근로자 대중계층의 빈곤과 비인간적 대우는 ‘계약의 자유’라는 이름으로 짓밟을 수 있는 것이었다.

법의 효력

다이시는 ‘보통법의 절대적 우위’, ‘법 앞의 평등’으로 법이 국가권력에 대하여 우월한 효력을 가진다는 점을 설명하였다.

‘보통법의 절대적 우위’는 근대 이전의 절대권력에 대신하여 보통법이 절대적으로 우월성을 가진다는 것을 의미하였다.⁵⁶⁾ 보통법이 절대적으로 우월하다는 것은 자의적 결정, 특권적 권력, 과다한 재량권력의 존재를 배제한다는 것을 의미하였다.⁵⁷⁾ 일반법원에 의한 일반적인 법적 절차에 의하여 정립된 법을 위반하지 아니하고는 누구도 형사처벌이나 신체 혹은 재산상의 손해를 받지 아니한다는 것이었다. 이런 의미의 법의 지배는 광범위하고, 자의적이며, 가변적인 통치권력을 권력자가 행사하는 통치체제와 대비되는 것이었다.⁵⁸⁾

‘법 앞의 평등’은 법의 우월적 효력을 강조하는 다른 명칭이었다. 실제로 18세기 말까지 국가발전단계에 있어 귀족, 성직자 기타 특권자들이 법으로부터 자유로웠던 시기를 거쳐 왔었다.⁵⁹⁾ 그러나 법의 지배에 의한 ‘법 앞의 평등’에 따라 일반법원에서 적용되는 보통법에 모든 계층이 공히 평등하게 종속되었다. 이는 공무원 등이 보통 시민들을 규율하는 법으로부터 면제되거나, 보통 시민들의 사법관할로부터 면책될 수 있다는 과거의 사고를 배제시켰다.⁶⁰⁾

52) 158 US 601(1895)

53) 247 US 251(1918)

54) 198 US 45(1905)

55) 60 US 393(1856)

56) 김철수, 같은 책, 285.

57) Dicey, A. V, 같은 책, 202. Dicey, Albert Venn, 안경환, 김종철 공역, 같은 책, 121.

58) Dicey, A. V, 같은 책, 188. Dicey, Albert Venn, 안경환, 김종철 공역, 같은 책, 109.

59) Dicey, A. V, 같은 책, 194. Dicey, Albert Venn, 안경환, 김종철 공역, 같은 책, 115.

사법제도

‘법 앞의 평등’에 따른 법의 지배는 위에서 살펴본 바와 같이 공무원 등이 보통 시민들을 규율하는 법으로부터 면제되거나, 보통 시민들의 사법관할로부터 면책될 수 있다는 과거의 사고를 배제시켰다. 따라서 영국에서는 프랑스의 ‘행정법’이나 ‘행정법원’에 상응하는 개념이 존재할 수 없었다.⁶¹⁾ 보통법 위에 존재하는 사람은 없고, 사인(私人)도 관리(官吏)도 모두가 동일한 법에 복종할 의무가 있으며, 국가나 그의 관리에 대한 시민의 소송이 심리되는 특별재판소로서의 행정재판소는 존재할 수 없다는 것을 의미하였다.⁶²⁾ 관리의 일반재판소에 대한 예속이었다.⁶³⁾

이러한 점에서 영미법계에서의 재판은 대륙에 있어서와 같이 법률에 의한 행정을 담보하는 것으로 이해되는 것이 아니라, ‘권리보장수단’으로 이해되고 있었다.⁶⁴⁾

평가

영미의 시민 법치주의는 보통법에서 ‘객관적인 법’을 찾았고, 영국헌법에 대한 보통법의 절대적 우위를 보장함으로써 ‘국왕에 의한 시민계층의 권익 침해가능성’을 최소화하였다. 이는 법이 개인의 자유와 권리를 보장하는 수단이라는 점과 국가가 법 아래에 있다는 법리를 확립하였다는 점에서 중요한 의미를 가진다.⁶⁵⁾

그러나 객관적인 법으로서의 ‘보통법’은 “시민계층의 이해관계”를 반영하는 주관성을 갖는 것이었다. 보통법에서 프롤레타리아 대중의 이해관계는 전혀 도외시되었다. 따라서 근대 법치주의 아래에서 시민계층이 재산과 능력을 바탕으로 재산과 명성을 축적해 가는 동안, 시장경쟁에 참여할만한 여력을 갖지 못한 노동자들 내지 시장경쟁에서 패배한 사업가들은 인간으로서의 삶을 유지하기조차 어려웠다. 시민 법치주의는 ‘계약의 자유’라는 이름 아래 저임금, 어린노동, 수자원 및 공기의 오염, 날림공사 건축물 기타 19세기 산업사회의 폐해를 양산하였다. 이들 결과에 대하여 패배자들의 무능만이 비판의 대상이 될 뿐이었다. 패배자들은 자신의 자유를 잘못 행사한 책임을 져야 한다는 것이었다. 시민계층의 이해관계만을 반영하고 있는 시민 법치주의에 내재된 구조적 모순은 문제의 대상이 되지 않았다. 결국 영미법계의 시민 법치주의는 시민계층의 이기적인 이익추구의 도구로 전락하였다.

이러한 점에서 근대 영국의 시민 법치주의는 오늘날 법치주의의 관점에서 다양한 비판을 받고 있음을 볼 수 있다.

60) Dicey, A. V, 같은 책, 202,203., Dicey, Albert Venn, 안경환, 김종철 공역, 같은 책, 121.

61) Dicey, A. V, 같은 책, 202,203., Dicey, Albert Venn, 안경환, 김종철 공역, 같은 책, 121.

62) 김철수, 같은 책, 285., 김강운, 같은 글, 5.

63) 김철수, 같은 책, 285.

64) 김강운, 같은 글, 5.

65) 정종섭, 같은 책, 156.

첫째, ‘보통법’에서 객관적인 법을 착안한 것 자체부터 비판되고 있다. 민주주의를 반영할 수 없다는 점이다. 영미의 ‘법의 지배’는 결국 재판기관이 형성한 법을 법의 원천으로서의 헌법으로 인정한다는 것인데, 재판기관의 판단이 국민의 의사를 직접적으로 대표하고 있다고 볼 수 없다는 이론적 한계를 가지고 있기 때문이다.

둘째, 판례법은 법적 안정성의 관점에서는 탁월한 우위성을 가질 수 있었지만, 사회의 변화에 대한 탄력성의 관점에서는 심각한 문제점을 야기할 수밖에 없었다. 이러한 약점은 근대 법치주의에 내재된 사회문제를 해결하는데 한계성을 보일 수밖에 없었다. 근대 시민 법치주의는 위에서 살펴본 바와 같이 저임금, 어린이노동, 수자원 및 공기의 오염, 날림공사 건축물 기타 19세기 산업사회의 폐해 문제를 야기할 수밖에 없는데, 보통법은 이러한 문제에 대하여 아무런 해결책을 제시하지 않았다. 이들 문제의 해결을 위하여 국가의 적극적인 기능이 불가피하다고 볼 수 있는데, 이러한 복지 및 사회서비스에 관한 국가의 기능에 부여되는 ‘국가 권력 행사의 재량’에 대하여 보통법은 오히려 장애가 되고 있었다.

셋째, ‘영국 헌법은 보통법의 산물’이라는 표현은 보통법이 오늘날 헌법상의 기본권 보장기능과 같은 역할을 하는 것이라고 이해할 수도 있겠는데, 위헌법률심판제도가 인권보장을 위한 중요한 제도로 받아들여지고 있는 오늘날의 관점에서 볼 때, 보통법이론만으로는 인권보장에 부족하다는 비판을 감당해내기 어렵다고 하겠다. 오히려 개인의 기본권을 권리장전으로 헌법적으로 선언하는 것의 가치가 크다는 것이 널리 받아들여지고 있다.⁶⁶⁾

결론적으로 영미의 시민 법치주의는 시민제충을 위한 이념적 도구로서의 역할에 한정되었고, 근대 법치주의에 내재된 사회문제를 해결하는 데에는 걸림돌이 되고 있을 뿐이라는 근본적인 문제점을 가지고 있다고 하겠다.

V. 대륙법계에서의 근대 시민 법치주의

서론

한편, 대륙법계에서의 시민들은 자신들의 자유와 재산을 보장하기 수단으로서의 ‘객관적인 법’을 ‘의회법률’에서 찾았다. 군주가 ‘법’을 자의적으로 개폐, 변경하는 방법으로 주관화하였던 절대왕정시대와는 달리, 이제 ‘주권자가 된 시민들’이 직접 법을 제정할 수 있게 되었으므로, 그 ‘시민들에 의하여 제정된 법’에 의하여 통치된다면, 시민의 권익이 침해될 이유가 없으리라는 생각이었다.

이에 법치주의는 집행권의 주체인 군주로부터 입법기능을 빼앗아 이를 의회에 부여하였고,

⁶⁶⁾ Bradley, A. W., 같은 책, 98.

의회의 우위를 정당화하였다.⁶⁷⁾ Thoma는 ‘법치국의 이상은 입법자를 구속하는 것이 아니고, 사법과 행정을 그 최고위를 포함하여 구속하는 것이다. 사법과 행정은 법률에 복종하여야 한다. 법창설적 주권은 입법부 내에 인퇴(引退)하여야 한다’고 말했다.⁶⁸⁾

이러한 점에서 대륙법계에서의 근대 법치주의는 의회에서 제정된 “법률의 지배”로 요약될 수 있는데, ‘법률의 지배’에 관하여 오토 마이어[Mayer, Otto, 1846.3.29~1924.8.8]는 법률의 우위(Vorrang des Gesetzes), 법률의 유보(Vorbehalt des Gesetzes), 법률의 법규창조력(Rechtssatzschaffende Kraft des Gesetzes)로 정리하였다.

이러한 의회 중심의 법치주의 개념은 이념적으로는 국민주권에 기초한 민주주의 이념에도 부합하는 것이었다. 주권자 국민의 의사를 직접적으로 반영하는 국가기관으로서의 의회가 국가의 최고의사로서의 법률을 제정하고 국가의 모든 공권력을 이에 복속시키는 것은 민주주의의 실현 그 자체라고 볼 수 있기 때문이다.

그러나 위에서 살펴본 바와 같이 근대 국가에서의 의회는 시민계층만이 선거권과 피선거권을 가질 것을 전제로 하고 있었다. 프롤레타리아 대중계층은 의회의 구성과 의결과정에 참여할 수 없었다. ‘의회의 법률’은 “시민계층의 법률”을 의미할 뿐이었다. 결국 대륙법계에서의 근대 시민 법치주의도 ‘국민을 위한, 국민에 의한 국민의 법치주의’라는 이념과는 달리 ‘시민계층을 위한, 시민계층에 의한, 시민계층의 법치주의’라는 본질을 벗어날 수 없었다.

법의 성립

대륙법계의 근대 법치주의는 입법부가 모든 국가활동을 규정하는 최고의 권력이라는 것에서 출발하였다. 의회는 국민으로부터 위임을 받은 국가기관이었고, 조직적으로도 사법부와 국왕 및 그 휘하의 행정부로부터 분리되어 있었다. 법률을 국민의 대표기관인 의회에서 제정한다는 것은 시민들이 자신의 생명, 신체 및 자유를 스스로 보장한다는 것을 의미하였다.

J. Locke는 국가의 전횡으로부터 개인의 자유를 보장하기 위해 인간에 의한 통치가 아니라 법에 의한 통치(government of laws, not of men)를 주장하면서 ‘모든 통치는 단지 제한된 위임에 지나지 않으며 이 위임된 통치는 실정법(promulgated standing law)에 따라 수행되어야 한다’고 했다.⁶⁹⁾ 이때 로크는 법이 법으로 존재하는 데에는 사회동의가 절대적으로 필요하고, 인민의 동의와 인민에 의하여 수여된 권위 이외에는 어떠한 기관도 법을 제정할 수 없다고 하여 ‘의회에서 제정된 법’에 의한 통치를 정당화하였다.⁷⁰⁾

67) 민주주의법학연구회공법분과, 같은 글, 86.

68) 김철수, 같은 책, 286.

69) Locke, §136,139.(계회열, 한국헌법의 기본원리로서의 법치주의, 법학논집, Vol.30, 1994, 5에서 재인용)

70) J. Locke, The second Treatise of Government, 3rd. ed., Blackwell, 1976, p.67f(류시조, 같은 글, ‘법치주의의 전개’부분에서 재인용)

루소는 인민의 일반의사(general will)가 합법적인 정부의 기본규범이고, 법률은 일반의사의의 하나로서 전체 인민에 관한 전체 인민의 행위라고 이해하였다. 군주는 국가의 한 구성원에 지나지 아니하기 때문에 법 위에 존재할 수 없고, 군주의 명령은 관리 개인의 행위일 뿐 주권행위로 볼 수 없다고 하였다.⁷¹⁾

오토 마이어는 ‘법률의 법규창조력’ 개념을 통하여 법규가 ‘의회’의 법률’을 통하여 성립된다고 설명하였다. 이때의 법규라 함은 일반인에게 지켜야 할 법이 무엇인가를 규정하는 것을 말하는데,⁷²⁾ 의회에서 제정된 법률만이 법규창조력을 가질 뿐, 다른 종류의 국가기관은 그러한 힘을 가지지 아니한다는 것이었다.

이러한 국민주권적, 민주주의적 이념과는 달리 근대 시민 법치주의의 입법현실은 ‘시민계층에 의한 법규창조력’을 실현하고 있었다. 일반 근로자 대중계층은 의회의 구성이나 의결절차에서 철저히 배제되었기 때문이다. 근로자 대중계층이 의회를 구성하기 위한 선거권을 획득하기까지는 1900년대를 기다려야 했으므로, 그 이전까지의 의회는 시민계층에 의한, 시민계층의 의회이었다. 그러한 의회에서 제정한 법은 시민계층을 위한 법일 수밖에 없었다. 근대 법치주의에서 프롤레타리아 대중의 이해관계는 법에 반영될 여지가 없었다.

법의 내용

시민 법치주의는 봉건적 소유제를 폐지하고 시민들의 자유와 재산을 기본권의 본질로서 제도화하였음을 뜻했다.⁷³⁾ 법적 평등, 시민적 영업의 자유, 그리고 기득한 재산권의 보장이라는 세 화음은 법치국가적 보장의 핵심으로서 이념적으로 국민들을 신분적·봉건적 및 단체적인 구속으로부터 해방시켰다.⁷⁴⁾

그러나 ‘법적 평등(기회의 균등을 의미했다), 시민적 영업의 자유, 그리고 기득한 재산권의 보장’이라는 이념은 실질적으로는 시민들, 부르주아 자본가들의 이해관계를 반영할 뿐, 프롤레타리아 대중의 이해관계는 도외시한 것이었다. 시민계층은 출신신분으로는 전통 귀족층보다 낮은 신분이었으나 재능으로는 귀족층보다 높은 능력과 지식을 갖추고 있었다고 자부하는 자들이었고,⁷⁵⁾ 프랑스혁명, 미국 독립전쟁, 영국 명예혁명에서 모두 승리한 사람들이었다. 그들의 말대로 ‘자유롭게 경쟁’하면, 사회의 재화를 독점할 수 있는 능력과 재력을 갖춘 자들이었다. 그들에게 정부의 간섭은 자유로운 경제활동을 방해하여 시민들에게 돌아올 몫을 정부나 그와

71) J.J. Rousseau, The social Contract and The Discourses, (Trans. by G.D.H.Cole) Knopf, 1993, p.134ff. 202ff. 209ff.(류시조, 같은 글, ‘법치주의의 전개’부분에서 재인용)

72) Mayer, Otto. Deutsches Verwaltungsrecht, b.1, Duncker & Humblot 1969, 66. (김규하, 현대국가에서의 법치주의, 논문집, Vol.22, 1988, 185에서 재인용)

73) 민주주의법학연구회공법분과, 같은 글, 86.

74) Kriele, Martin, 국순옥 역, 헌법학입문, 종로서적, 1983, 251, 252.

75) 구학서 편저, 같은 책, 164.

관련된 다른 계층에게 재분배하는 것을 의미할 뿐이었다. 따라서 시민 법치주의에서는 ‘형식적 평등과 자유’를 규제하는 법률은 허용될 수 없었다. 국가의 역할은 자유를 규제하는 것이 아니라, 자유를 통하여 축적한 ‘재산권’이 폭력에 의하여 탈취될 것을 방지하기 위하여 야경을 행하는 것으로 충분하였다.⁷⁶⁾

시민 법치주의에 의하여 보장된 자유는 비약적인 국가발전의 원동력이 되었다. 개개 사람들이 각기 자기의 이윤을 최대화한다는 욕구 충족을 위하여 무한한 창의성, 환상력, 근면 그리고 예지를 동원하기 때문이다.⁷⁷⁾ 실제로 창의성, 예지 그리고 근면성을 자극하는 데에는 자유경쟁이 보장되는 시장경제보다 나은 경제 형태를 찾을 수 없다. 욕구 충족의 기회가 시장 경제의 경우처럼 적절하게 보장되는 경제 형태란 존재하지 않기 때문이다.⁷⁸⁾

그러나 경쟁의 자유, 이윤창출의 자유 속에는 본질적으로 자기 지양의, 즉 독과점의 형태로 경제적 권력을 형성하려는 힘이 내재되어 있다.⁷⁹⁾ 이로 인하여 빈민 빈부 현상과 그에 따른 사회문제는 시민 법치주의의 필연적 현상이었다.⁸⁰⁾ 대중은 결국 극도의 빈궁에 시달릴 수밖에 없었다.

종합하면, 대륙법계의 시민 법치주의는 ‘시민계층을 위한, 시민계층에 의한, 시민계층의 법치주의’라는 ‘실질적’ 내용을 가진 것이었다.

이에 대하여 근대 대륙법계의 법치주의는 법의 실질적 내용·권리의 실체적인 보장을 문제로 하지 않았다는 점에서 ‘형식적 법치주의’로 보아야 하고,⁸¹⁾ 이러한 ‘형식적 법치주의’가 근대 법치주의의 핵심이었다고 논하는 견해를 찾아볼 수 있다. 논의의 요지는 다음과 같다.

실질적 법치국가이론은 Stahl에 이르러 완전히 포기되고, 형식적 법치국가이론이 지배적으로 되었다.⁸²⁾ Stahl은 ‘법치국가는 전혀 국가의 목적 또는 내용을 의미하는 것이 아니며, 오히려 그것을 실현하기 위한 방법과 성격을 의미하는데 불과하다’고 정의하였다.⁸³⁾ 법치주의 개념 속에는 ‘자유나 평등, 복지’ 등의 내용적인 요소가 포함될 수 없는 것이었다. 이러한 Stahl의 견해는 Mayer⁸⁴⁾, Fleiner⁸⁵⁾에 이어 바이마르 공화국 시절의 법

76) Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 김효전 역, 같은 글, 221.

77) Kriele, Martin, 국순옥 역, 같은 책, 251, 252.

78) Kriele, Martin, 국순옥 역, 같은 책, 253.

79) Kriele, Martin, 국순옥 역, 같은 책, 253.

80) Jowell, Jeffrey, 같은 책, 16.

81) 김규하, 같은 글, 186.

82) 김강운, 같은 글, 1, 12-14.

83) 김철수, 학설판례 헌법학(상), 박영사, 2009, 276.

84) Mayer, Otto. 같은 책, 65. (김규하, 같은 글, 188에서 재인용)

실증주의자들에게 이어졌고 그리하여 대륙법계에서의 근대 법치주의는 ‘형식적 법치주의’로 귀결되게 되었다. 그리고 이러한 형식적 법치주의는 바이마르 공화국에서 나치스에 의하여 의회가 점령당하자, 파시즘에 의한 독재로 이어졌고, 결국 인류의 비극을 초래하였다. 근대 법치주의를 극복하는 과제는 ‘형식적 법치주의’를 극복하는 것으로 이해되어야 한다.

그러나 형식적 법치주의를 근대 대륙법계 법치주의로 이해하는 것은 본말을 전도하는 것이라고 아니할 수 없다. 위에서 설명하였듯이 근대 시민 법치주의에서의 법의 내용은 철저하게 ‘시민계층을 위한, 시민계층의 자유’를 보장하는 것에 집중되어 있었으므로, “실질적 내용”을 가진 법치주의이었기 때문이다. 독일에서 19세기 중후반에 성립된 ‘형식적 법치주의’이론도 결국은 시민계층이 자신의 독점적 자유와 재산을 시대상황적으로 보전하기 위하여 도출한 파생이론에 불과하다고 보는 것이 타당하겠기 때문이다. 형식적 법치주의이론이 발생한 당시의 상황은 이를 잘 설명하고 있다.

즉, 형식적 법치주의 개념이 태동한 19세기 후반 독일에서는 서서히 정치세력화하기 시작한 프롤레타리아 대중의 요구가, 당시 의회를 장악하고 있던 부르주아 시민계층을 위협하기 시작하였다. 그런데 시민계층의 입장에서 볼 때, 대중계층이 요구하는 실질적인 자유와 평등의 보장은 반드시 유리한 것이 아니었다. 이에 의회를 장악하고 있던 시민계층은 ‘이념적으로, 그리고 형식적으로는’ 자유·평등을 보장하면서도, 그 법률의 실질적 내용에서는 ‘시민계층’의 이해관계를 충실하게 반영하면서, 대중들이 요구하는 실질적인 자유와 평등을 배척할 수 있는 이론을 생각하게 되었다. 의회의 형식적 결정에 무조건 순종할 것을 강조하는 ‘형식적 법치주의’이론은 의회를 장악하고 있었던 시민계층의 이해관계에 가장 적절한 것이었다. 슈탈의 형식적 법치주의 이론이 프롤레타리아 대중의 힘을 강하게 인식시킨 1848년 3월 혁명을 직후하여 제기된 것은 우연이 아니었다고 본다.⁸⁵⁾

결국, ‘형식적 법치주의’이론도 당시 독일의 부르주아 시민계층의 이해관계를 반영하는 이론에 불과한 것이라고 보아야 한다. 근대 대륙법계 법치주의는 시민 법치주의라는 “실질”을 가진 법치주의이었다.

법의 효력

대륙법계 시민 법치주의에서의 법의 효력은 시민들이 제정한 법률이 국가의 최고의사라는 것을 관철하는 것이었다. 이를 오토 마이어는 ‘법률의 우위’와 ‘법률의 유보’로 요약하였다.

‘법률의 우위’는 법률이 국가의사 중에서 법적으로 최강의 것이므로, 법률의 형식으로 표시

⁸⁵⁾ Fleiner, Fritz. Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Scientia 1963, 125.

⁸⁶⁾ 김규하, 같은 글, 195.

된 국가의사가 모든 다른 국가기관의 의사표시(집행권, 즉 사법권 및 행정권의 의사표시)에 우선한다는 것이었다.⁸⁷⁾ 모든 행정활동은 기존의 법률에 위반할 수 없다는 것이다. 여기에서 행정활동이라 함은, 일반·추상적 행정입법 제정행위인가, 개별·구체적인 처분인가 또는 국민의 권리·의무에 직접적으로 영향을 미치는가의 여부에 관계없으며, 나아가 권력적·비권력적 행정활동을 구별하지 않는 포괄적인 모든 행정활동을 지칭한다.⁸⁸⁾

‘법률의 유보’는 법률이 일정한, 특히 중요한 사항에 대해서는 모든 국가작용의 필수조건이 된다는 것이다. 이 특정사항에 관하여 집행권의 독자적인 행동을 배제하는 것이 법률유보이다. 그러나 법률의 유보는 반대해석을 통하여 오히려 법의 지배가 미치지 않는 ‘법으로부터 자유로운 영역’(내부문제, 재량행위, 통치행위, 특별권력관계 등 이론)을 광범위하게 인정하는 결과를 초래하여⁸⁹⁾ 법의 효력을 약화시키기도 하였다. 법률유보의 원칙에 있어서 침해유보설이 통설이었으므로 국민의 자유와 재산에 대한 침해를 가져오지 않는 영역에 있어서는 행정권이 전권을 갖는다고 해석하고 있었다.

사법제도

대륙법계 근대 시민 법치주의에서의 사법제도의 전개는 시민의 자유를 보장하기 위하여 과거의 관방사법을 철폐하고, 국왕이나 집행부로부터 독립된 사법기관을 수립하는 여정이었다.

프랑스의 경우, 대혁명 후 국왕고문회의제도는 폐지되었지만, 사법권에 대한 불신이라는 전통적인 유래와, 대혁명 이래 프랑스 특유의 ‘사법권으로부터의 행정권 독립’이라는 권력분립적 원리를 배경으로, 1799년에 행정권의 자율적 통제기관으로서 최고행정재판소인 국참사원(Conceil d'Etat)과 각 도참사원(Conceil du préfecture)의 창설을 보게 되었다.⁹⁰⁾

국참사원은, 처음에는 행정기관의 성격이 많아서 독립한 재판소라고 하기는 어려워 행정기관의 장에게 판결을 제의하는데 그친 시기도 없지 않았으나, 차츰 그 사법적 기능을 확대하여 1872년경에는 독립적인 고유의 재판권, 즉 ‘위임된 사법’(justice déléguée)을 행하게 됨으로써, 오늘날 독립성을 갖춘 국참사원의 조직적 기초를 확립하였다.⁹¹⁾

독일의 경우 근대 법치주의의 성립과 더불어 공권력 작용에 대하여도 법적 규율이 미치게 되었으나, 다만 행정권에 대하여는 종래의 특수한 우월적 지위를 유지하기 위하여 사인에게 적

87) Mayer, Otto. 같은 책, 68. (김규하, 같은 글, 185에서 재인용)

88) 김규하, 행정법상의 법치주의에 관한 현대적 고찰, 공법연구, Vol.27 No.1, 1998, 337.

89) 박균성, 행정법론(상,하), 박영사, 2009, 19.

90) 김도창, 같은 책, 97쪽, 98쪽

91) 김도창, 같은 책, 100쪽. 1945. 7. 31. 개편법률 이후의 법률개정으로, 오늘날의 국참사원은 국최고행정재판소 겸 내각법제처와 같은 지위에 있고, 국최고행정재판소의 지위에서는 거의 완전한 독립성과 전문성이 보장되어 사법재판소 못지 않으며, 2세기에 가까운 연륜을 쌓으면서 특수, 고유한 자율적 법체제로서의 행정법원리를 판례를 통하여 발전시켜 오고 있다.

용되는 보통의 법과는 다른 특수한 법에 의하여 규율될 것이 요청되었다. 그리하여 독일에서는, 행정권을 규율하는 ‘특수한 법’이 발달하게 되었고, 프랑스의 예를 참조하여 1860년대 이후 각주마다 ‘행정재판소’가 설치되기 시작하였다. 독일은 이처럼 행정에 특수한 법과 행정재판소라는 두 가지 요소를 중심으로 한 행정제도를 기초로 하여, 행정법체계가 발달하게 되었다.⁹²⁾

평가

대륙법계의 근대 법치주의가 군주의 권력행사를 통제하는 수단으로서의 ‘객관적인 법’을 의회의 법률에서 찾은 것은 이념적으로 국민주권 및 민주주의 이념에 부합하는 것이었다. 그리고 군주에 대한 관계에서 국민의 주권을 확립하는데 이념적으로나 실질적으로 기여하였음은 물론이다.

그러나 대륙법계의 근대 법치주의도 영미법계의 근대 법치주의와 마찬가지로 ‘시민 법치주의’라는 한계를 벗어날 수는 없었다. 시민계층만이 ‘의회 입법(법률)’의 제정과 개정 참여할 수 있었으므로, 법의 내용은 자연스럽게 시민계층의 이해관계만을 반영하였던 것이다. 법치주의의 실현과정에서 프롤레타리아 대중의 이해관계는 도외시되었다.

이로 인하여 시민 법치주의는 시민계층과 대중계층이 공존할 수 있는 공동체로서의 국가를 뒷받침하는 이론이 될 수 없었고, 결국 시민계층의 이기적인 이익추구의 도구로 전락할 수밖에 없었다. 그 결과로써 시민계층의 이기적인 이익추구를 막지 않고 방치해 두었던 시민 법치주의는, 흡스의 리바이어던에서 - 급진적·개인주의적으로 기초지워진 정치적 지배의 모델에서 - 모범적인 명료함을 가지고 분석된, 전면적인 공포의 아미노를 산출하기에 이르렀던 것이다.⁹³⁾

이러한 결과는 필연적인 것이라고 보아야 한다. 법치주의가 국민의 자유를 보장하는 기능을 가지는 한, 법치주의⁹⁴⁾는 빈익빈 부익부라는 양극화로 귀결될 수밖에 없는 논리적 필연성을 가지고 있기 때문이다. 법치주의에서 보장하는 ‘자유’개념 속에는 ‘독과점의 자유’를 내재적 본질로 포함하고 있기 때문이다. 논리적으로 완전경쟁시장에서의 이윤은 ‘영(0)’이므로, ‘자유와 창의’를 가진 시장 참여자들의 이윤의 창출을 보장하기 위해서는 ‘독과점을 형성할 수 있는 자유’를 보장하는 것은 당연한 이치인 것이다. 따라서 법치주의에서의 ‘경제적 자유’는 ‘독과점의 자유’를 의미할 수밖에 없는 것이다.⁹⁵⁾ 우리 헌법 제119조 제1항에서 ‘대한민국의 경제질서는

92) 김도창, 같은 책, 102, 103쪽. 각주의 행정재판소는 나치스 치하인 1939년 이래 부분적으로 폐지상태에 있었으나, 1946년 이후 각각 새로운 행정재판소법을 제정하여 다시 기능을 발휘하게 되었고, 2심제를 취하고 있다. 1949. 5. 23. 독일연방공화국기본법에 따라 설립된 연방행정재판소는 연방최고재판소의 하나로서 주의 해당 고등재판소의 상급심의 지위에 있을 뿐만 아니라, 연방의 최고심재판소의 역할을 하고 있다.

93) Klaus, Ulrich Preuß, 김효전 역, 같은 글, 245.

94) 근대이후의 법치주의를 널리 지칭한다.

95) 이에 관한 자세한 논증은 곧 새로운 글로 발표할 예정이다.

개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.’라고 규정할 때, 이때의 ‘경제상의 자유와 창위’는 ‘독과점을 형성할 수 있는 자유와 창위’를 포함하는 것이라고 보아야 한다.⁹⁶⁾ 이처럼 법치주의에서의 ‘자유’의 개념이 ‘독과점의 자유’를 의미할 수밖에 없다면, 법치주의 사회는 ‘빈익빈 부익부’ 양극화로 귀결될 수밖에 없는 것이다.

이러한 양극화의 사회현상을 바라보는 시민계층적 시각적 편향성이 시민 법치주의의 본질이고 그 한계이었다. 시민 법치주의는 철저히 시장경쟁을 통하여 독과점을 형성한 시민계층의 최대이익 추구만을 반영하였다. 애초부터 시장경쟁에 참여할 능력을 갖지 못하거나 시장경쟁에서 패배한 대중계층의 문제는 그 개인의 개인적 책임문제에 불과할 뿐이었다. 대중계층이 발생하는 구조적 배경, 대중계층의 개인적 사정이나 사회적 상황은 전혀 고려의 대상이 되지 아니하였다.

이러한 시민 법치주의의 한계는 빈익빈 부익부의 양극화를 극단적인 형태로 진행시켰다. 극소수 시민계층으로서의 재벌에 의한 독점시장과 대다수의 빈민 계층으로서의 프롤레타리아 대중계층이 계급적으로 분리되는 상태로의 귀결이다.

이러한 사회상태에서 대륙법계 시민 법치주의 사회는 영미의 시민 법치주의 사회와는 다른 사회현상을 전개하게 된다. 대륙법계에서는 “국민의 대표로 구성되는 의회”가 제정하는 법률에 의한 지배를 법치주의로 정의하고 있었기 때문이다. 즉 1900년을 전후하여 전개된 선거권의 확대는 대중에 의한 의회 지배를 가능하게 하였는데, 이는 법률의 내용에 시민계층이 아닌 대중계층의 이해관계를 반영할 수 있는 계기가 되었던 것이다.

극심하게 양극화된 법치주의 사회에서 전개될 수 있는 최악의 사회변동현상은 두 종류로 귀결될 것이다. 첫째는 시민계층의 독과점이 완전히 승리(?)하여 프롤레타리아 대중 계층을 시민계층의 지배 아래로 종속시키는 경우이다. 이러한 경우 국가체제는 실질적으로 귀족사회로 전이되게 된다. 대중계층은 국가권력을 장악한 시민계층의 우민(愚民)정책에 따라 국민으로서의 기초교육을 받지 못하여 자신이 주권자라는 생각조차 할 수 없게 된다. 시민계층의 지배정책에 따라 생활할 뿐이고, 시민계급에 대한 새로운 경쟁자로 시장에 진입할 엄두를 낼 수 없게 된다.

이러한 대중계층은 새로운 경쟁자로 시장에 진입할 수도 없지만, 더 이상 ‘자유와 창위’를 가진 고급 경제 인력으로서도 역할을 수행할 수 없게 된다. 결국 시민계층이 운영하는 기업은 인력부족으로 피폐하게 될 것이고, 국가발전은 더 이상 기대할 수 없게 된다. 필리핀이 대표적인 예라고 볼 수 있다.

96) 다만, 우리나라 헌법의 경우에는 같은 조 제2항에서 ‘국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.’라고 규정하여 ‘독과점의 자유’를 통하여 발생하는 폐해를 방지할 수 있는 국가권력 행사를 허용한다는 점에서 시민 법치주의와 근본적인 차이가 있는 것이다.

둘째는 대중계층이 대중의 힘을 바탕으로 의회를 점령하여 대중계층의 이해관계를 극단적으로 반영하는 법치주의를 실현하는 경우이다. 이 경우 대중계층은 시민계층으로부터 착취를 당하였다는 사회의식을 공유하고 있으므로, 착취당한 재산을 환수받기 위한 법률을 의회를 통하여 제정할 것이다. 시민계층은 그 동안 축적한 재산을 한 순간에 잃게 될 것이다. 오늘날 많이 발생하는 포퓰리즘 국가가 이에 해당된다. 그 극단적인 형태가 독일 나치즘, 이탈리아 파시즘에서 보여주었던 파시즘 국가라고 볼 수 있다.⁹⁷⁾ 프롤레타리아 대중계층이 합법적으로 의회를 점령하지 아니하고 혁명으로 국가권력을 점령하는 경우 공산주의 독재체제를 초래할 수도 있다.

결론적으로 대륙법계의 시민 법치주의도 영미 시민 법치주의와 마찬가지로 이념과는 달리 현실에서는 시민계층을 위한 도구에 불과하였다. 다만, 대륙법계의 시민 법치주의는 영미 시민 법치주의와 달리 민주주의 이념에 따른 ‘법률의 지배’를 법치주의의 내용으로 하고 있었으므로, 1900년경 이후 ‘의회’에 대한 지배형태에 따라 법치주의 형태가 다양하게 전개되는 현상을 볼 수 있다. 경우에 따라서는 극단적 국가형태로 진전될 위험성을 가진 법원칙이라고 하겠다. 여기에서 오늘날 법치주의의 과제가 제기된다고 볼 수 있다.

VI. 결론

근대 법치주의의 문제점을 극복하고 정립된 오늘날 우리나라의 법치주의를 올바르게 이해하기 위해서는 근본적으로 근대 법치주의의 문제점을 정확하게 파악하는 것에서부터 시작되어야 한다. 이러한 관점에서 이 글은 근대 법치주의를 살펴보았다.

근대 법치주의는 영미법계나 대륙법계에서 모두 군주주권을 폐기하고, 국민주권을 실현하는데 기여하였으나, 근대 법치주의가 실현한 법치는 시민계층과 대중계층이 모두 실질적인 주권을 행사하는 것을 의미하지는 않았다는 결론에 이르렀다. 근대 법치주의는 결국 시민계층을 위한, 시민계층에 의한, 시민계층의 법치주의를 의미하는 것이었고, 프롤레타리아 대중계층은 철저히 소외될 수밖에 없었음을 확인하였다.

이러한 관점에서 보면, 근대 법치주의의 문제점을 극복하고자 하는 현대 법치주의의 과제는 시민계층과 프롤레타리아 대중계층이 모두 주권자로서의 자유를 향유하는 법치주의를 어떻게 건설할 것인가 라는 문제의식이라는 결론이 자연스럽게 도출된다. 이때 근대 법치주의 속에 내재된 극단적 형태의 법치주의로서의 ‘형식적 법치주의’가 발생하지 않도록 하는 점도 중요한 고려사항임은 물론이다.

97) 이러한 의미에서 ‘형식적 법치주의’는 근대 시민 법치주의의 파생물에 불과할 뿐, 근대 법치주의의 본질이라고는 볼 수 없다고 하겠다.

이에 대하여 종래의 이론에서는 근대 법치주의를 설명함에 있어서 나치즘의 ‘형식적 법치주의’를 지나치게 강조하였다는 문제점을 발견할 수 있다. 종래 이론은 현대 법치주의의 과제의 초점을 시민 법치주의의 극복보다는 ‘형식적 법치주의’의 극복에 맞추고 있었던 것이다. 따라서 현대 법치주의 과제의 초점을 대중민주주의에서 발생한 ‘독재’의 위험성에 맞추게 되었고, 그 대안으로서 다시 ‘자유주의’ 중심의 시민 법치주의로의 회귀를 결론으로 주장하게 되는 문제점을 보였던 것이다. 물론 ‘사회적 법치주의’가 현대 법치주의의 한 내용이라고 설명하기는 하나, 그것이 핵심적인 위치를 차지하는 것은 아니었다. 이러한 설명은 자칫 자유와 평등의 대립 구조, 보수와 진보의 대립구조를 당연시하는 경향으로 이어질 수도 있다.

그러나 현대 법치주의는 근대 “시민 법치주의”를 극복하는 과정이라고 보아야 한다. 그 극복에는 ‘시민계층과 대중계층’이 공존할 수 있는 대안을 찾는 것을 본질적인 요소로 하여야 한다. 가능한 많은 국민들이 시장의 경쟁구조에 참여할 수 있도록 함으로써 최대의 자유와 창의를 이끌어 내는 것이 그 과제라고 할 수 있다. 물론 소극적으로는 법치주의가 양극화로 진행되어 귀족사회나 전제주의(포퓰리즘, 파시즘, 공산주의)로 전락되는 것을 막아야 하는 할 것임은 당연한 전제이다.

근대 법치주의의 한계와 그 극복에 관한 보다 자세한 논의는 추후로 미루면서 글을 맺는다.

주제어: 법치주의, 근대 법치주의, 시민 법치주의, 현대 법치주의, 법의 지배, 법률의 지배

참고문헌

- 계희열, 한국헌법의 기본원리로서의 법치주의, 법학논집, Vol.30, 1994.
- 곽노현, 한국사회의 법치주의와 인권보장 - 역사, 현안, 과제, 헌법학연구, Vol.13 No.3(1), 2007.
- 구학서 편저, 이야기세계사2, 청아출판사, 2002.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009.
- 김강운, 근대의 법의 지배와 법치주의, 법학연구, Vol.19, 2005.
- 김경목, 우종의 편저, 이야기세계사1, 청아출판사, 2004.
- 김규하, 행정법상의 법치주의에 관한 현대적 고찰, 공법연구, Vol.27 No.1, 1998.
- 김규하, 현대국가에서의 법치주의, 논문집, Vol.22, 1988.
- 김도균, 근대 법치주의의 사상적 기초 : 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현, in : 김도균, 최병조, 최종고, 법치주의의 기초 : 역사와 이념, 서울대학교 출판부, 2006(2008 2쇄).
- 김도창, (일반)행정법론(상,하), 청운사, 1999.
- 김민배, 독일에 있어서의 법치주의원리와 그 역사적 전개에 관한 연구, 인하대학교 대학원, 1983.
- 김용준, 창간 17주년 기념호 특집 ; 한국 민주주의의 시련 : 3부 전 수장들의 한국 민주주의 평가, 분석: 법치주의의 확립이 무엇보다 중요하다 경찰관들이 범법자들한테 쫓기고 대통령 불법 선거 부추기는 나라, 한국, 한국논단, Vol.203, 2006.
- 김철수, 비교헌법론(상), 박영사, 1980.
- 김철수, 학설판례 헌법학(상하), 박영사, 2009.
- 김효전 역, 법치국가의 원리, 法元社, 1996.
- 류시조, 법치주의의 전개와 현대적 과제, 비교법학, Vol.11, 2000.
- 민경국, 법치주의, 자유 그리고 번영, 자유와 시장, Vol.1, 2009.
- 민주주의법학연구회공법분과, 법치주의의 원리와 그 현실, 민주법학, Vol.5 No.1, 1992.
- 박규환, 기본권 기능의 발전과정 분석을 통한 법치주의 이론의 재구성, 공법학연구, Vol.5 N.1, 2004.
- 박균성, 행정법론(상,하), 박영사, 2009.
- 박철, 경제발전을 위한 법치주의 경제발전을 위한 법치주의, 저스티스, Vol.- No.106, 2008.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2009.
- 송기춘, 참여정부에서의 법치주의의 발전: 헌법적 평가와 전망, 공법연구, Vol.35 No.4, 2007.
- 심재우, 법치주의와 계몽적 자연법, 법철학연구, Vol.1 No.1, 1998.
- 양건, 헌법강의, 법문사, 2009.
- 양창수, 법치주의의 저편, 본질과 현상, Vol.1, 2005.

塩野宏, 法治主義の諸相, 有斐閣, 2001.

이대훈, 시민불복종과 법치주의적 상상력, 시민과세계, Vol.- No.3, 2003.

이재승, 법치주의의 전도, 민주법학, Vol.- No.22, 2002.

이종수, 이명박 정부의 “법질서 정책” 평가, 법과 사회, Vol.36, 2009.

장용근, 선진화를 위한 법치주의 선진화를 위한 법치주의, 선진화 정책연구, Vol.1 No.2, 2008.

정성진, 한국의 법치주의 왜 어려운가, 저스티스, Vol.- No.106, 2008.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2009.

최대권, 민주, 법치 및 선진화의 과제, 공법연구, Vol.37 N.1-1, 2008.

최대권, 선한 사회의 조건: 법치주의를 위한 담론, 서울대학교 법학, Vol.40 No.3, 2000.

최대권, 우리나라 법치주의 및 의회주의의 회고와 전망, 서울대학교 법학, Vol.49 No.4, 2008.

최대권, 헌법학강의, 박영사, 2001.

최병조, 서양 고대 로마의 법치 : 이념과 현실, in : 김도균, 최병조, 최종고, 법치주의의 기초 : 역사와 이념, 서울대학교 출판부, 2006(2008 2쇄).

최봉철, 법치주의의 개념에 관한 서설, 성균관법학, Vol.13 No.1, 2001.

최송화, 한국에서의 민주주의와 법치주의의 역사적 전개, 공법연구, Vol.36 No.1, 2007.

쿠어트제엘만, 법치국가와 민주주의 -법철학적 관점에서 본 역사 및 체계적 문제들-, 서울대학교 법학, Vol.49 No.3, 2008.

한태연, 헌법학, 법문사, 1985.

허영, 촛불집회, 통치의 패러다임 변화인가 선거불복종 운동인가, 고시제, Vol.53 No.8, 2008.

허영, 한국헌법론, 박영사, 2009.

Abendroth, Wolfgang, 김효전 역, 독일 연방공화국 기본법에 있어서의 민주적·사회적 법치국가의 개념(Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland), in : 김효전, 법치국가의 원리, 1996.

Allen, Michael John, Cases and materials on constitutional and administrative law, Oxford University Press, 2008.

Aristoteles, 나종일 역, 정치학, 삼성출판사, 1992.

Aristoteles, 최명관 역, 니코마코스 윤리학, 서광사, 1990.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 김효전 역, 법치국가 개념의 성립과 변천(Entstehung und Wandel des Rechtsstaats-begriffs, in : 김효전, 법치국가의 원리, 1996.

Bradley, A. W. Constitutional and administrative law, Pearson, 2007.

Chemerinsky, Erwin. Constitutional law, Aspen Publishers, 2009

Cooper, Phillip J. Public law and public administration, Thomson Wadsworth, 2007.

Dicey, A. V. Introduction to the study of the law of the constitution, Macmillan 1956.

- Dicey, Albert Venn(다이시, 알버트 벤), 안경환, 김종철 공역, 憲法學入門, 經世院 1993.
- Dreier, Horst, Grundgesetz : Kommentar, Mohr Siebeck, 2006.
- Feldman, David, English public law, Oxford University Press. 2004.
- Fisher, Louis. American constitutional law, Carolina Academic Press, 2007.
- Fleiner, Fritz. Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Scientia 1963(초판 1919).
- Heller, Hermann, 김효전 역, 법치국가냐 독재냐?(Rechtsstaat oder Diktatur? 1930), in : 김효전, 법치국가의 원리, 1996.
- Hesse, Konrad, 계희열 역, (통일)독일헌법원론, 博英社, 2001.
- Jennings, W. Ivor, 박일경 역, 法과 憲法 民協出版社 1961.
- Jowell, Jeffrey, The rule of law and its underlying values, in : Jowell, Jeffrey L. The Changing Constitution, Oxford University Press, 2007
- Klaus, Ulrich Preuß, 김효전 역, 법치국가와 민주주의의 시각(Perspektiven von Rechtsstaat und Demokratie), in : 김효전, 법치국가의 원리, 1996.
- Kriele, Martin, 국순옥 역, 헌법학입문, 종로서적, 1983.(1975)
- Loveland, Ian, Constitutional law, administrative law, and human rights, Oxford University Press, 2006.
- Marx, 김수행 역, 자본론(상,하), 비봉출판사, 1989.(1867)
- Mayer, Otto. Deutsches Verwaltungsrecht, b.1, Duncker & Humblot 1969.
- Platon, 최현 역, 국가론, 집문당, 1990.
- Rodell, Fred. Nine men : a political history of the Supreme Court from 1790 to 1955, Random House 1955,
- Sachs, Michael, Grundgesetz : Kommentar, Verlag C.H. Beck, 2007.
- Scheuner, Ulrich, 독일에 있어서의 법치국가의 근대적 전개(Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland), in : 김효전, 법치국가의 원리, 1996.
- Stone, Geoffrey R. Constitutional law, Aspen Publishers 2009.
- Zakaria, Fareed, The future of freedom : Illiberal democracy at home and abroad, W. W. Norton & Company, 2003.
- Zippelius, Reinhold. Deutsches Staatsrecht : ein Studienbuch, Verlag C.H. Beck 2005.

<Abstract>

A historical Study on the 'rule of law'

Hwang, Do Ssu^{*}

The 'rule of law' necessarily means different things to different people according to their particular moral or political position. It relates to the substance of the relationship between citizens and government, fundamentally, between citizens themselves.

The rule of law in the pre-welfare state were shaped by the experience of living in a society which permitted few citizens to vote in parliamentary elections, and in which government performed only a limited number of functions. It opposed the increased government intervention in social and economic affairs.

Nowadays government has assumed a significant role in managing economic and social affairs. Government ought to play an extensive role in economic affairs and individuals must accept quite restrictive limits on their autonomy, if the legislature deems such restraints to be in the public interest.

The change of the rule of law is due to the substantial change of political sovereignty. In order to understand the contemporary rule of law, we should take the proper concept of the rule of law in the pre-welfare state. this article deals with the concepts of the rule of law in the pre-welfare state. It reveals that the rule of law according to legal positivism cannot represent the rule of law in the pre-welfare state.

Key words: rule of law, rule of law in the pre-welfare state, government intervention, The change of the rule of law, the contemporary rule of law

(투고일: 2010. 04. 15, 심사완료일: 2010. 04. 20, 게재 확정일: 2010. 04. 25.)

* Professor, School of Law, Konkuk University