

헌법의 몇 가지 법치주의 모델

— 개념과 구조 —

남 중 권*

目 次

I. 서론	IV. 형식적 법치주의와 실질적 법치주의
II. 법치주의에 관한 표현과 그 사상의 기원	V. 법치주의의 보완
III. 법치주의 개념과 사용상의 문제점	VI. 법치주의의 예외(?)
	VII. 결론

I. 서론

막강한 권한을 부여 받은 공직자를 발탁하고 임명할 때 자주 언급되는 결정적 이유는 '법치주의에 대한 확고한 신념'이다. 정치적 수사(rhetoric)로 보이는 법치주의를 향한 신념, 그것도 확고한 신념이라니 그 믿음의 대상이 궁금해진다. 법치주의를 강조하는 것은 시민의 입장에서 종종 시민을 향해 법을 지키라는 준법의 요청으로 다가온다. 정부가 높이 평가한 공직자의 신념 속에 있는 법치주의의 모습이 시민들의 생각 속에 있

▮ 투고일자 : 2018년 7월 8일, 심사일자 : 2018년 8월 15일, 게재확정일자 : 2018년 8월 24일.

* 고려대학교 법학연구원 연구원.

는 그것과 같은 것인지는 공직자의 마음(minds)이나 정신상태(mentality)를 분석해 보지 않는 한 쉽게 알 수 없다. 시민들이 취할 수 있는 태도는 그 신념에 대한 보증을 그대로 신뢰하거나 공권력의 집행자가 가지고 있는 생각이 시민들의 것과 꼭 같지만은 않을 것이라는 의심에 따라 신념의 대상이 되는 법치주의의 몇 가지 가능한 상(像)을 추론해 볼 수 있을 뿐이다.

법치주의의 개념과 구조를 중심으로 펼쳐질 논의는 법치주의 개념에 어떤 내용이 담길 수 있는지 대강의 윤곽을 잡아볼 수 있게 하고, 나아가 특정한 헌법의 법치주의 모델에 대한 주장이 그 이면에 어떤 내용을 담고 있는지 역으로 추론해 볼 수 있는 이론적 틀을 제공해 줄 수 있을 것이다. 이를 위해 먼저 '법치주의'라는 표현이 어디서 어떤 사상을 바탕으로 유래하게 됐는지 기원을 간략히 살펴본다(II). 그리고 법치주의 개념이 불확정적이어 보이는 이유를 밝히면서 추가적인 문제점을 찾아 제시한다(III). 이를 바탕으로 법치주의가 '법 개념' 및 '법이념'과 맺는 연관성 속에서 의미 있는 법치주의 모델들을 추출하면서 법치주의의 내용도 확인한다(IV). 이러한 과정에서 드러나는 법치주의 모델별 한계를 밝히고, 이러한 한계는 다른 헌법의 기본원리에 의해 어떻게 보완될 수 있는지 검토한다(V). 마지막으로 법치주의는 언제 어디에서도 예외가 없이 적용될 수 있는 것인지 국가 차원과 국가관계 차원의 관점에서 간략히 언급하도록 한다(VI).

II. 법치주의에 관한 표현과 그 사상의 기원

우리 헌법에는 법치주의에 관한 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 법치주의는 헌법의 기본원리로 이해되고 있다.¹⁾ 그러나 '법치'란 용어는 각각의 사용자가 취하고 있는 정치적 입장, 철학적 견해, 사회문화적 틀에 따라 다르게 해석되며, 그에 따라서 그 개념 및 목적, 기능과 구성원리들 역시 각각 다르게 파악된다. 그만큼 법치는 그것이 지칭하는 바가 무엇인지, 그 정의(definition)가 무엇인지에 관하여 논란이 많은 개념(contested concept)이다.²⁾ 설령 법치의 개념을 포착하고, 공통의 요소들이 무엇인지 추출한다고 해

1) 다른 헌법학 저서들의 서술 방식과 다르게 법치주의를 우리 헌법의 기본원리로 다루지 않고 대한민국의 기본질서 중 행정질서 아래에서 논의하면서, 한국헌법의 기본원리로 권력분립주의와 기본권존중주의를 언급한 예로 김철수, 헌법학개론, 2007, 137면 이하 및 182면 이하 참조.

2) 김도균, "근대 법치주의의 사상적 기초: 권력제한, 권리보호, 민주주의 실현", 김도균·최병조·최

도 이를 구체화하는 과정에서 다양한 종류와 형태의 법치관이 발생하기 때문에 법치는 일종의 이념이자 메타-언어적(meta-linguistic) 기능을 수행하기도 한다. 먼저 법치로 통용되는 표현의 연원을 사상적 기원과 함께 살펴보자.

1. 법의 지배(the rule of law)

일반적으로 법치에 대응시킬 수 있는 영어권의 표현으로는 '법의 지배(the rule of law)'³⁾가 있다. 특히 법의 지배 사상을 본격적으로 발전시킨 영국에서는 13세기 말 사법제도의 정비와 함께 판례법을 중심으로 하는 보통법(common law)이 발전하면서 이러한 보통법이 국왕까지도 구속한다는 사상이 발달하여 보통법의 지배라는 의미에서 법의 지배 원리가 싹트게 되었다. '법의 지배(the rule of law)'라는 표현은 이러한 사상 내지 원리를 나타내기 위한 용어로 옥스퍼드 대학에서 영국법을 가르치던 앨버트 다이시(Albert V. Dicey)가 "헌법학입문"⁴⁾에서 처음 사용한 것으로 알려져 있다.⁵⁾ 다이시는 영국의 정치제도를 크게 두 가지로 특징지을 수 있다고 하면서 첫 번째는 중앙 정부가 국가 전체에 대한 권한의 우위를 갖는다는 점을,⁶⁾ 두 번째는 첫 번째 특징과 밀접하게 연결된 "법의 지배 또는 우위(the rule or supremacy of law)"⁷⁾를 꼽는다. 그러면서 '법의 지배'라는 하나의 표현에 일반적으로 세 가지 다른 의미가 담겨있다고 주장한다. 첫째 보통법원이 통상의 법적 절차에 따라 확립한 판결에 의하지 아니하고는 누구도 처벌받거나 신체를 훼손당하거나 재산을 박탈당하지 않는다. 둘째 누구도 법 위에 있지 않고 법 앞에 평등하

중고, 법치주의의 기초 : 역사와 이념, 서울대학교출판부, 2006, 3면 이하.

- 3) 특정 법규(legal rule)를 언급하기 위해 전형적으로 사용되는 'a rule of law'와 구분하기 위해 "the Rule of Law"로 표기하는 경우도 있다. J. Waldron, "The Concept and the Rule of Law", Georgia Law Review 43(1), 2008, pp. 1 - 61; 'the rule of law' 대신에 "principles of legality"를 사용하는 경우로 H. L. A. Hart, The Concept of Law, 3rd ed., Oxford University Press, 2012[1., 1961], p. 206 참조; 하트에 따라 '법의 지배(the rule of law)'를 합법성의 이상(the ideal of legality)과 동일하게 보면서 '법(law)', '합법성(legality)', '정의(justice)' 그리고 '도덕(morality)'와의 관계에서 개념적으로 단절되는 지점이 어디인지 세밀하게 분석한 글로 J. Gardner, "Hart on Legality, Justice and Morality", Jurisprudence 1(2), 2010, pp. 253~265 참조.
- 4) A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th ed., E. C. S. Wade(ed.), 1959 참조. 이 책은 다이시가 1885년 옥스퍼드에서 출간했다. 다이시는 1908년의 제7판까지 관여했다.
- 5) T. Bingham, The Rule of Law, Penguin, 2011, p. 3.
- 6) A. V. Dicey, 앞의 책(각주 4), p. 183.
- 7) A. V. Dicey, 위의 책, p. 184.

며, 지위나 처한 상황에 상관없이 보통법과 보통법원의 재판권에 복속된다. 셋째 '법의 지배' 또는 법적 정신의 우위는 영국 제도의 특별한 속성이다. 다이시는 이 특수성을 개인의 권리가 헌법의 일반원리로부터 도출되는 것이 아니라 구체적 사건에서 법원이 결정하는 사법적 결정의 결과라는 점에서 찾는다.⁸⁾

역사적으로 볼 때 국가권력의 제한에 대한 요청은 무엇보다도 자유권의 보장과 권력 분립에 대한 요청에서 표현되고 있다. 17세기 영국의 로크(J. Locke)는 자유권의 보장과 국가권력의 분할을 통한 국가권력의 제한 필요성을 역설하였고,⁹⁾ 프랑스의 몽테스키외(Montesquieu)는 "법의 정신(De l'esprit des loix)"¹⁰⁾에서 영국의 제도를 살펴보는 가운데, 입법부와 행정부, 특히 사법부가 독립성을 갖춘 권력분립의 필요성을 강조하였다. '법의 지배'로 표현하고자 했던 사상의 근원을 찾기 위해 기원 전 6세기 고대 그리스 아테네에서 '모든 공민(자유인 남성들)에게 법이 평등하게 적용되며, 공적으로 알려진 법규범들에 따라서 지배되는 법적 안정성이 보장되는 정체'를 묘사하는 개념으로 사용된 '이소노미아(isonomia)'로까지 거슬러 올라가기도 한다.¹¹⁾ 기원 전 5세기 시민들에 의해 직접 통치되는 민주주의 체제를 가진 아테네에서는 30세 이상의 모든 남성 시민은 계급과 부에 상관없이, 법적 사건을 결정하는 배심원으로서 유료로 일할 자격이 있었고, 또한 돌아가며 장을 맡는 통치평의회, 추천으로 충원되는 지위를 갖는 입법의회 등에서 집행관으로 일하면서 법률을 위반할 경우 시민들의 고소로 기소될 수 있었기 때문에, 아테네인들에게 '민주주의'와 '법의 지배'는 동의어로 여겨졌다.¹²⁾ 법치주의는 민주주의를 비롯하여 헌법의 다른 기본원리와의 관련 속에서 보완되고 재구성되기도 하는데,¹³⁾ 특히 법

8) A. V. Dicey, 위의 책, pp. 187~203 참조.

9) J. Locke, *Second Treatise of Government*, C. B Macpherson(ed.), Indianapolis, Ind.: Hackett Pub. Co., 1980 참조. 로크는 이 책을 1690년에 처음 출판했다.

10) Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, Anne M. Cohler · Basia Carolyn Miller · Harold Samuel Stone(ed.), Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1989 참조. 이 책은 몽테스키외(Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brede et de Montesquieu)가 1748년 출판한 "De l'esprit des loix"를 1777년 런던에서 에반스(T. Evans)가 영어로 번역하여 네 권의 책으로 출간한 판본의 제1권과 제2권을 묶은 것이다.

11) 평등과 관련을 맺기 때문에 이소노미아(isonomia) 개념은 법치주의이론뿐만 아니라 평등이론에서도 중요한 개념으로 다루어진다. 이에 관해서 박호성, 평등론, 창작과비평사, 1994, 25~27면 참조.

12) B. Z. Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2004, p. 7; J. W. Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks: An Introduction*, Clarendon Press, 1956, p. 90.

13) 이러한 논증의 예로 이준일, "세 가지 국가원리의 관계 -이성법적 국가원리로서 민주적·사회적 헌법국가-", *안암법학* 제23호, 2006, 1~31면 및 같은 이, *헌법학강의*, 제6판, 홍문사, 2015, 115~

치주의의 민주주의와의 관련성은 그 사상적 기원에서부터 매우 밀접한 관계를 맺고 있다는 점을 확인할 수 있다.

2. 법치국가(Rechtsstaat)

독일어권에 고유한 복합어로서 '법치국가(Rechtsstaat)'는 불확정개념으로 여겨지기도 한다. 그래서 '객관적'으로 그 자체로부터 결코 완결하게 정의되지 않고, 오히려 변천하는 국가이론의 관념 및 헌법이론의 관념들이 유입하는 것에 대해 개방된 것으로 이해된다.¹⁴⁾ 이 개념은 독일의 국가사상으로부터 나오는 것을 표현하기 위한 것으로서 이성법에서 형성된 독일의 초기자유주의 국가사상에서 유래하였다. 법치국가라는 용어는 1829년 로베르트 폰 몰(Robert von Mohl)이 발간한 "뷔르템베르크 왕국 국법(Staatsrecht des Königreichs Württemberg)"에서 일반국법학 및 정치적 논의에 도입한 것으로 알려져 있다. 그러나 '법치국가(Rechtsstaat)'라는 신조어 자체는 명백히 말하면 몰(Mohl)이 사용하기 이전인 1798년 플라키두스(Johen Wilhelm Placidus)가 국가학 문헌(Literatur der Staatlehre. Ein Versuch)에서 사용한 뒤에 몰이 대중화했다는 지적¹⁵⁾에 따르면 그 시기는 좀 더 앞서게 된다. 아무튼 이때의 법치국가 개념은 다양한 요구의 집합개념으로서 입헌국가의 실현을 요구한다든가 절대주의적 구행정체제의 개혁을 요구하는 등 정치적 성격이 강하게 나타난 막연한 개념이었다.¹⁶⁾

한편, 법치국가는 어떤 혼합상태라는 의미에서의 특수한 국가형태나 통치형태가 아니라 고유한 국가종류(유형)로 이해되었고, 법치국가는 이성법국가이며 이 국가는 인간의 공동생활 속에서 그리고 인간의 공동생활을 위하여 이성법론의 전통 속에 나타난 이성의 원리들을 실현하는 국가로 설명된다.¹⁷⁾ 이는 국가를 더 이상 신에 의한 창설이나 신의 질서가 아니라 모든 개개인의 복지에 관심을 두는 공동체로 보는 것이며, 또한 국가의 조직과 활동은 이성의 원칙에 따라 기본적인 국민의 권리를 승인함으로써 규제된

118면 참조.

14) 비켄회르데(E. W. Böckenförde), "법치국가 개념의 성립과 변천[Einstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, 1969]", 김효전 편역, 법치국가의 원리, 법원사, 2001, 205~232면.

15) L. Pech, "Rule of Law in France", R. Peerenboom(ed.), Asian Discourses of Rule of Law: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and the U. S., Routledge, 2004, p. 77.

16) 계희열, 헌법학(上), 박영사, 2004, 338면.

17) 비켄회르데(E. W. Böckenförde), 앞의 논문(각주 14), 207면.

다는 의미를 담고 있다. 기본적인 국민의 권리를 승인한다는 것은 국민의 자격을 인정한다는 것으로서 시민의 자유와 법적 평등, 재산권을 보장하는 것에서 나아가 법관의 독립(사법의 안전, 배심재판), 책임을 지는 입헌적 정부, 법률의 지배, 국민대표의 존재와 입법권에 대한 그들의 참여 등을 인정한다는 것이다.

계몽주의의 영향으로 군주가 직접 재판권을 행사하지 못하도록 하는 것 등을 통해 국가권력을 완화하는 것이 이상적 국가라는 사상이 발전하여 18세기 말에 국가권력의 법적 제한의 시초가 나타났다. 즉 프로이센보통법은 국가의 목적을 안전보장과 권리보호라는 좁은 영역에 제한하였고, 형사사건에서 엄격한 법적 절차의 적용을 강조했으며, 이는 '법률 없으면 형벌 없다(nulla poena sine lege)'는 죄형법정주의를 탄생시켰다.¹⁸⁾ 이러한 사상적 기초는 법질서를 이성의 원리로 보아, 국가를 '법질서 아래 결합된 인간의 집단'으로 규정한 칸트(Immanuel Kant)에게서 찾을 수 있다.¹⁹⁾

3. '법률의 지배(règne de la loi)' 또는 '법치국가(État de droit)'

프랑스의 경우에 법치이념은 일반의지의 표현으로서 '법률의 지배(règne de la loi)'로 나타나며, '법률주권(la suprématie de la règle de droit)'으로도 표현된다. 독일의 법치국가(Rechtsstaat)에 비교할 만한 언어나 개념 형성이 이루어진 것은 20세기 초에 이르러서이다. 구체적으로는 1907년 레옹 뒤기(Léon Duguit)에 의해 '법치국가(État de droit)' 개념이 소개되었고,²⁰⁾ 1920년에 레이몽 카레 드 말베르그(Raymond Carré de Malberg)가 독일의 원리를 프랑스의 요구에 맞게 적용하였다.²¹⁾

프랑스에서 법치국가원리는 1789년 프랑스 인권선언에서도 그 뿌리를 찾을 수 있다.²²⁾ 인권선언 제16조가 "권리가 보장되지 아니하고 권력분립이 정해지지 않은 사회는

18) 쇼이너(U. Scheuner), "독일에 있어서의 법치국가의 근대적 전개[Die Neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, 1960]", 김효전 번역, 앞의 책(각주 14), 161~203면.

19) 독일의 법치국가사상의 기원은 17세기의 푸펜도르프(Samuel Freiherr von Pufendorf)까지 소급하기도 하지만, 독일의 법치국가사상의 발전에 커다란 영향은 칸트(Immanuel Kant)의 관념론적 국가철학으로 이해되고 있다(홍성방, 헌법학(上), 제2판, 박영사, 2013, 188~189면). 이러한 이유로 칸트는 "법치국가의 정신적 아버지"로 불리기도 한다. L. Pech, 앞의 논문(각주 15), p. 77 참조.

20) Léon Duguit, Manuel de droit constitutionnel. Théorie générale de l'Etat-Organisation politique, Paris: Fontemoig, 1907.

21) Raymond Carré de Malberg, Contribution a la théorie générale de l'Etat, 2 vols., 1920-1922.

22) 전학선, "프랑스의 법령체계 및 법치주의에 관한 연구", 공법학연구 제12권 제1호, 2011, 221면 이

헌법을 가진 것이 아니다."라고 하고 있어 적어도 근대 입헌주의 국가에서의 법치주의는 나타나고 있는 것으로 볼 수 있다. 또한 인권선언 제6조에서 "법률은 일반의지의 표현이다. 모든 시민은 누구나 자신이 직접 혹은 그 대표자를 통하여 법률의 제정에 참여할 권리를 가진다."라고 밝히고 있듯이, 프랑스에서는 과거 루소(J-J Rousseau)가 법률은 '일반의지의 표현(expression de la volonté générale)'이라고 하여 법률을 절대화한 것에 영향을 받아 법률이라는 것은 잘못 만들어질 수 없다는 사상이 지배적이었다. 따라서 법률이 국민들의 기본권을 침해한다는 것을 생각할 수 없었는데, 법률이란 국민들의 대표기관인 의회가 제정하는 규범이므로 국민들에게 해를 끼치는 내용, 즉 위헌적인 요소를 가지고 있다는 것은 생각할 수 없었던 것이다. 특히 1789년 프랑스 시민혁명이 성공을 거두고 국민들의 대표기관인 의회를 구성하게 되자 의회는 그 전성기를 맞이하게 되어 '의회주권주의(souveraineté parlementaire)'라고 불릴 만큼 의회의 전성시대를 구가하게 된다. 따라서 1958년 제5공화국 이전까지는 입법권의 작용은 곧 국민주권의 표현으로 인식되었고, 이러한 법률은 어떠한 위헌심사도 받지 아니하였다. 제5공화국에 접어들어 위헌법률심판제도를 도입하고 집행권의 자치입법권을 제도화하면서 의회주권은 제약되고 법치국가원리는 강화되었다.

III. 법치주의의 개념과 사용상의 문제점

1. 법치주의의 개념

법치주의는 "인간이 아니라 법이 통치해야 한다는 말"²³⁾, "모든 국가적 활동과 국가 공동체적 생활은 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률에 근거를 두고 법률에 따라 이루어져야 한다는 헌법원리"²⁴⁾, "법에 따른 통치"²⁵⁾, "인간에 대한 불신을 근거로 자의적·폭력적 지배를 배제하고 국민의 의사에 따라 제정된 법에 의한 '이성적 지배'를 요구

하 참조.

23) 계희열, 앞의 책(각주 16), 332면.

24) 권영성, 헌법학원론, 박영사, 2009, 146면; "법치국가라 함은 일반적으로 사람이나 폭력이 지배하는 국가가 아니라 '법이 지배'하는 국가를 말한다."

25) 김철수, 헌법학신론, 제19전정신판, 박영사, 2009. 219면 이하.

하는 통치원리²⁶⁾, “법에 의한 통치(지배)의 원리²⁷⁾, “‘법에 의한 통치’를 내용으로 하며 ... 법이라는 객관적인 제도에 따른 통치를 의미하는 것²⁸⁾, “법에 의한 통치²⁹⁾, “법이 국가·국가작용 및 국가 내의 전체생활 등에 기준을 제공하는 국가의 구조적 원리³⁰⁾, “법우선의 원칙에 따라 국가공동생활에서 지켜야 할 법규범을 마련하고 국가작용을 이에 따르게 함으로써 인간생활의 기초가 되는 자유·평등·정의 실현하려는 국가의 구조적 원리³¹⁾ 등으로 정의된다.

주로 국가를 염두에 두고 있기는 하지만 법치주의의 개념에서 공통적인 요소로 확인할 수 있는 것은 결국 ‘법’과 ‘통치’이다.³²⁾ 그렇다면 각각의 개념에 대한 이해방식, 양자 간의 구체적인 관계의 설정, 그리고 이를 통해 실현하려는 목적이 무엇인지에 따라 법치주의의 개념은 매우 다양하게 변형될 수 있다. 이 과정에는 법치관, 즉 법치주의를 바라보는 관점이 투영되기도 하고, 반대로 그 과정을 역으로 추적해 봄으로써 은폐된 관점이 드러나기도 한다. 법치주의의 개념을 달리 구성하게 할 수 있는 법치관의 유형을 살펴보기에 앞서 ‘법치’라는 용어 사용에 혼란을 줄이기 위해 법과 통치의 결합이 갖는 의미를 파악할 필요가 있다.

2. ‘법의 지배’와 ‘법에 의한 지배’

법치의 개념을 이해하는 방법 중 대표적인 것은 ‘법’의 자리에 다른 ‘누구’ 혹은 ‘무엇’을 위치시켜 생성되는 개념과 비교해 봄으로써 그 의미를 밝히는 것이다. 법의 지배(rule of law)와 인간의 지배(rule of men)³³⁾를 비교한다거나, 법의 지배(rule of law)와 도덕의 지

26) 성낙인, 헌법학, 제15판, 2015, 법문사, 261면.

27) 이준일, 앞의 책(각주 13), 119면.

28) 장영수, 헌법학, 제9판, 홍문사, 2015, 180면.

29) 한수웅, 헌법학, 제5판, 법문사, 2015, 226면.

30) 홍성방, 헌법학(上), 제2판, 박영사, 2013, 185면 이하; K. Hesse, “Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes”, Staatsverfassung und Kirchenordnung: Festgabe für R. Smend zum 80. Geburtstag, Mohr, 1962, S. 71ff. 및 S. 92 참조.

31) 허영, 한국헌법론, 전정11판, 박영사, 2015, 155면.

32) 법의 필요성에 대한 논증을 대화이론(diskurstheorie)의 관점에서 시도한 예로 이준일, “법의 필요성에 대한 논증”, 법철학연구 제4권 제2호, 2001, 195면 이하 참조.

33) 다른 표현으로 ‘rule of human’이나 보다 다양한 지배 주체를 담을 수 있는 ‘rule of person’을 생각해 볼 수 있다. 그러나 ‘men’, ‘human’, ‘person’ 그 어떤 것이 됐든 인간의 자리를 법이 대신하게 하는 구조에는 변함이 없다.

배(rule of morality)를 비교하는 것 등이 그 예이다. 법치는 우리말로 '법의 지배' 또는 '법에 의한 지배'로 사용될 수 있다. 법치의 개념에 포착될 수 있는 것이 무엇인지 살펴보기 위해서는 먼저 법치, 법의 지배, 법에 의한 지배 등의 용어가 동일한 의미를 갖는 것인지가 밝혀져야 하는데, 이를 위해서는 사용상의 맥락을 고려한 접근이 유용해 보인다. 이때 법치를 표현하는 두 가지 용법, 즉 '법의 지배'와 '법에 의한 지배'를 각각의 의미에 대한 차이를 두지 않고 사용하는 경우와 각각의 의미를 살려 두 가지 용법 사이에 의미상의 차이를 두고 사용하는 경우를 나누어 검토해 본다.

(1) 두 가지 용법을 혼용하는 경우

두 가지 용법 사이에 별다른 의미상의 차이를 두지 않는 경우(이하 '용법①')에는 두 가지 용어를 혼용하거나 어느 한 가지를 선택하여 일관되게 사용할 수 있을 것이다. 법치주의 개념에 대해 설명하는 예 하나를 살펴보자. "진정한 법과 법치의 의미는 지배자의 통치수단이라는 의미에 있는 것은 아니다. 법치주의는 '사람에 의한 통치', '힘에 의한 통치', '폭력에 의한 통치' 또는 '덕에 의한 통치'가 아닌 '법에 의한 통치'를 내용으로 한다. 그것은 단순히 법을 수단으로 하는 통치를 의미하는 것이 아니라 -개인적恣意에 의한 통치가 아닌- 법이라는 객관적인 제도에 따른 통치를 의미하는 것이다."³⁴⁾ 이를 다시 써보면 법치주의는 '법에 의한 통치(지배)'로서 법은 통치행위(작용)의 기준이나 방법의 역할을 하게 되는데, 그 기준이나 방법의 자리에 사람이나, 폭력, 도덕 등이 위치해서는 안 되고, 특히 법이 지배자의 단순한 통치수단으로 전락되는 경우는 법치주의의 개념에 포함될 수 없다는 취지로 이해된다.

여기서 해명되어야 할 두 가지 의문점이 발견되는데, 하나는 왜 하필 '법'이어야 하는지에 관한 것이고, 다른 하나는 왜 법을 단순히 통치수단으로 삼는 것이 법에 의한 지배에서 배제되어야 하는지에 관한 것이다. 전자는 다른 기준이나 방법과는 다른 법만의 특성에 대한 해명을 요구하는데, 이는 법의 특성에 기초한 법 개념을 조망함으로써 법치주의의 개념이 다른 개념과 외적으로 구별될 수 있기 때문이다. 이에 대해서는 서양의 오랜 역사 속에 나타난 법실증주의와 자연법론 사이의 법 개념 이해방식에 대한 추가적 설명이 필요하므로 항을 달리하여 별도로 논의하기로 한다.³⁵⁾ 후자와 관련해서는

34) 장영수, "헌법의 기본원리로서의 법치주의", 안암법학 제2호, 1994, 136면 및 같은 이, 앞의 책(각주 28), 180면.

‘법에 의한 지배’에서 법은 오로지 목적 또는 주체의 지위에 있는 것에 한정되는 것인 법의 역할 또는 지위에 대한 설명이 요구되는데, 그에 따라 ‘법에 의한 지배’에서 일정한 경우가 법치주의의 내용에서 제거됨으로써 법치주의의 개념이 축소될 수 있기 때문이다. 뿐만 아니라 의미에 차이를 두고 ‘법에 의한 지배’를 ‘법의 지배’와 구분하여 사용한다면 다른 결론이 도출될 수 있는 것은 아닌지에 관해서도 주목해 볼 필요가 있다.

(2) 두 가지 용법을 구별하는 경우

‘법의 지배’와 ‘법에 의한 지배’의 용어에 의미상의 차이를 두어 사용할 경우(이하 ‘용법②’), 위의 ‘용법①’에서 예로 든 설명은 그대로 유효한가? ‘법의 지배(the rule of law)’가 ‘법에 의한 통치/지배(rule by law)’와 구별되는 개념으로 보는 견해³⁶⁾에 따르면, ‘법에 의한 통치’에서 법은 주권자 즉, 그 어떤 권위에 의해서 그리고 자신이 만든 법에 의해서 구속되지 않는 자의 통치 수단이 된다. 여기서는 권력이 일인 또는 소수집단의 사람들에게 독점되어 있고, 법 외적 명령들이 법과 마찬가지로의 위력을 갖게 된다. 이에 반해서 ‘법의 지배’에서는 국가권력 또는 정치권력의 보유자가 자신의 자의보다는 법에 따라서 통치하고, 법 아래에 있다. 각각의 용어를 이러한 의미를 살려 우리말로 되살리면, ‘법의 지배’는 ‘법에 따르는’ 지배를 하는 것이고, ‘법에 의한 지배’는 ‘법으로’ 지배하는 것이다.

1) ‘용법①’의 예문에 관하여

이를 기초로 ‘법의 지배’와 ‘법에 의한 지배’를 구분하지 않고 ‘법에 의한 지배’만을 사용한 ‘용법①’의 예문³⁷⁾에서 다른 수단에 의한 지배와 구별하면서 사용된 ‘법에 의한 지배’에는 ‘법으로 하는 지배’와 ‘법에 따르는 지배’의 의미가 구별 없이 모두 담겨 있는 것으로 보인다. 이어지는 설명에서 ‘법(을 수단)으로 하는 지배’의 의미를 제거함으로써 ‘법에 의한 지배’라는 표현에는 ‘법에 따르는 지배’의 의미만 최종적으로 남기고, 이것이 곧 법치주의의 개념을 이루게 된다. ‘용법②’에서 ‘법에 의한 지배’가 갖는 의미, 즉 ‘법을 수단으로 하는 지배’가 예문에서는 제거되어야 할 의미인 것이다. 그런데 제거되어야 할 내용인 ‘법에 의한 지배’가 곧 법치주의라고 하니 ‘용법②’를 사용하는 입장에서 예문과 같은 설명 방식은 모순처럼 보일 수 있는 것이다. 일단 여기에서는 일단 ‘용법②’에 따를 때 ‘용법①’로 사

35) 본 논문의 ‘IV. 1. 법 개념과 법치주의’ 참조.

36) 김도균, 앞의 책(각주 2), 9면.

37) 본 논문의 ‘III. 2. (1) 두 가지 용법을 혼용하는 경우’ 참조.

용되는 법치주의 개념은 이중적인 의미를 담을 수 있다는 점만을 확인하기로 한다.

2) '법으로' 하는 지배에 관하여

다음으로 법을 단순히 통치수단으로 삼는 경우를 법치주의 개념에서 제외할 경우 법치주의 개념에는 법에 '따르는' 지배의 의미만이 남게 되는데, 그렇다면 '법으로' 하는 지배는 법치주의의 개념에서 배제될 만큼 무의미한 것인가? 그렇다고 볼 수 없는 것은 '법의 지배'(법에 따르는, 구속받는 지배)와 '법에 의한 지배'(법으로 하는, 구속받지 않는 지배)를 완전히 대립되는, 종류가 다른 개념이라기보다는 비교의 선상에 있는 연속적인 개념들이라고 본다면, '폭력과 자의적 명령에 의한 지배'보다는 '법에 의한 지배'가 낫고, '법에 의한 지배'보다는 '법의 지배'가 나올 수 있기 때문이다.³⁸⁾ 또한 법의 지배는 반드시 법에 의한 지배를 포함하지만, 법에 의한 지배는 법의 지배를 반드시 포함하지는 않는다.³⁹⁾ 그렇다면 '용법②'에 따라 법치주의 개념을 구성할 경우 단순히 법을 통치수단으로 삼는 경우까지 포함하는 '법에 의한 지배'도 법치주의 개념에 포함될 수 있다. 그렇다면 '법에 의한 지배'는 보다 넓은 의미가 담긴 법치주의 개념이 된다. 이를 '넓은 의미의 법치주의'로 부른다면 '법에 의한 지배' 중에 통치자가 법에 따르는 구속을 받는 '법의 지배'는 '좁은 의미의 법치주의'라고 부를 수 있을 것이다.

3. 법치 개념의 중의성과 사용상의 문제점

법치 개념을 법 아닌 다른 매체와의 단순 비교를 위한 '법에 의한 지배'와 권력 배분이나 권력 통제의 관점을 고려한 '법의 지배'로 구분하더라도 일상의 언어사용에서는 '법치', '법의 지배', '법에 의한 지배'가 명확하게 구분하지 않는 경향이 있기 때문에, 결국 어떤 의미를 염두에 두고 그와 같은 용어들을 사용하는지 알기 위해서는 맥락에 따른 해석이 필요하다. 이는 앞에서 확인한 중의적 법치 개념에 주된 원인이 있고, 이러한 중의성은 법치 개념을 이해하고 포착하는데 혼선을 빚게 함과 동시에 용어 사용의 복잡성을 증가시킨다. 통치(지배)작용과 관련되어 있는 법치의 개념은 그 대상을 누구로 삼

38) S. Holmes, "Lineages of the Rule of Law", J. Maravall · A. Przeworski(ed.), Democracy and the Rule of Law, Cambridge, 2003, p. 49.: "법의 지배와 법에 의한 지배는 여전히 구분할 수 있는데, 그 이유는 스스로의 목적 때문에 자신의 행동을 다소간 예측 가능하게 만드는 쪽을 택하는 정부도 있고 역시 스스로의 목적 때문에 그렇게 하지 않는 정부도 있기 때문이다."

39) 김도균, 앞의 책(각주 2), 9면.

느냐에 따라 그 의미가 달라질 수 있다. 그런데 일반적으로 '피치자'가 대상이 되기 때문에 법치는 종종 통치자(지배자)의 시선에서 넓은 의미를 갖는 '법에 의한 지배'로 이해되는 것이다. 그러나 통치자(지배자)가 그 대상이 될 경우, 다시 말해 피지배자의 관점에서 바라볼 경우 법치는 좁은 의미를 갖는 '법의 지배'로 이해될 수 있다. 이는 법치라는 용어는 발화자나 청자의 입장에 따라 용어의 의미가 다르게 이해될 수 있고, 이로써 발생할 수 있는 의미의 혼선은 같은 '법치'를 다르게 쓰고 또 다르게 읽을 수 있는 계기가 된다. 예를 들어, 국가권력을 행사하는 지위에 있는 사람이나 기관이 표명하는 "법치가 확립되었다."는 언명은 피치자의 입장에서는 화자가 의도한 것과 다른 의미로 받아들여질 수 있다. 즉, 통치자가 "통치권력 행사의 수단인 법이 잘 지켜지고 있다."는 의미로 사용한 것을, 피치자는 "통치 권력의 행사가 법의 구속을 잘 받고 있다."는 의미로 받아들일 수 있는 것이다. 그렇기 때문에 실령 통치자가 좁은 의미의 법치 개념을 염두에 두고 사용함으로써 피치자가 이해하는 의미와 일치한다고 해도 통치자의 발언은 종종 의심의 대상이 될 수밖에 없다. 공직자의 '법치주의에 대한 확고한 신념'에 대해서 의심을 갖게 되는 것도 바로 이러한 이유 때문이다. 만약 피치자가 통치자의 법치 관련 발언이 피치자의 입장을 대변하는 것이라고 곧이곧대로 수용할 경우 '법치'라는 표현은 관계적 용어로 전락될 수 있다. 더구나 이렇게 사용되는 법치 개념이 독립적이지 않은 사법 권력을 만나는 경우는 물론이고, 독립적이지만 공정하지 않은 사법 권력을 만나게 될 경우에도 그로 인한 비극의 흔적은 역사 속에 고스란히 남게 된다.⁴⁰⁾

IV. 형식적 법치주의와 실질적 법치주의

1. 법 개념과 법치주의

(1) 법실증주의와 자연법론의 법치주의 이해

법치주의는 법의 '형식'을 갖춘 규범에 따른 통치는 그 법적 정당성이 인정된다고 보

40) 정치인들이 민주주의에 맞서 법의 지배를 이용한 대표적인 사례는 20세기의 바이마르 공화국과 아옌데 치하의 칠레에서 찾아볼 수 있고, 이러한 법치의 오용은 종종 정적(政敵) 제거 등으로 나타난다. 자세한 내용은 J. Maravall, "The Rule of Law as a Political Weapon", 앞의 책(각주 38), pp. 261~301 참조.

는 형식적 법치주의와 법의 '내용'을 고려하여 '어떤' 법은 불법(Unrecht) 즉, 부당한 법이어서 그에 따른 통치는 법적 정당성을 상실한다고 보는 실질적 법치주의로 구분할 수 있다. 형식적 법치주의는 법실증주의의 법 개념 이해와,⁴¹⁾ 실질적 법치주의는 자연법론의 법 개념 이해와 긴밀한 관련을 맺고 있다.⁴²⁾ 법실증주의에서는 대체로 규정에 맞게 제정되고 사회적으로 어느 정도의 실효성이 있으면 법규범이 된다고 본다. 즉, 어떤 규범이 권한을 가진 기관에 의하여 규정된 절차에 따라 제정되고, 상위법에 위반되지 않으며, 사회구성원들에 의해 준수됨과 동시에 준수되지 않을 경우에 제재가 가해지면 법규범으로 본다. 반면에, 자연법론은 내용이 도덕적인 정당성을 갖춰야 법규범이 된다고 보아 도덕적으로 정당하지 못한 법은 불법이 된다. '불법적인 법률'의 문제에서 법실증주의는 '나쁜 날씨'도 '날씨'이듯이 불법적인 법률도 법률로 보는 반면, 자연법론은 '부정의에 기초한 법'은 법이 아니라고 본다. 물론 불법에 관해서 극단적인 불법과 그렇지 않은 불법을 나누어 극단적인 불법에 대해서만 법적 성격이 박탈되는 것으로 보는 경우도 있다. 예를 들어 라드브루흐(G. Radbruch)는 나치(Nazi)를 경험하고 나서 법관은 법적 안정성을 위해 단지 법률을 적용만 해서는 안 되고 부당하거나 불공정한 법률과 정의의를 의도하지 않은 법률을 구별해야 한다고 보았다.⁴³⁾ 이러한 법 개념에 대한 입장을 고려할 때, 형식적 법치주의의 관점에서는 법치국가인 것이 일정한 가치판단에 구속을 받는 실질적 법치주의의 관점에서는 불법국가가 될 수 있는 것이다. 이러한 법 개념의 차이는 법이 도덕과 분리되어야 하는지(Trennungsthese) 아니면 결합되어야 하는지(Verbindungsthese)에 대해서 입장을 달리하는 것과 연관을 맺고 있다.⁴⁴⁾

41) 법실증주의의 관점에서 바라본 법 개념은 N. Hoerster, Was ist Recht?: Grundfragen der Rechtsphilosophie, C. H. Beck, 2006; H. L. A. Hart, 앞의 책(각주 3), pp. 185~212 참조.

42) 법실증주의적 법 개념에 대한 비판으로 R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 4. Aufl., Verlag Karl Alber, 2005[1., 1992] 참조. 다만, 알렉시는 자신을 비실증주의 입장에 있다고 하면서 법의 개념을 이루는 세 가지 표지, 즉 규정에 맞는 제정성, 사회적 실효성, 내용적 정당성(도덕성) 중 법실증주의적 법 개념의 요소라 할 수 있는 제정성과 실효성을 배제하는 입장에 대해서 극단적인 자연법론이라고 부르며 그러한 입장과는 거리를 둔다.

43) S. L. Paulson, "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?", Oxford Journal of Legal Studies 15(3), 1995, pp. 489~500 참조; 라드브루흐의 이율배반적(antinomian) 법 개념에 대해서 M. Hildebrandt, "Radbruch's Rechtsstaat and Schmitt's Legal Order: Legalism, Legality, and the Institution of Law", Critical Analysis of Law 2(1), 2015, pp. 49~54 참조.

44) 알렉시(R. Alexy)는 라드브루흐 공식을 법과 도덕을 동일시하지 않는 '약한 결합 이론'으로 보면서, 약한 연관성 이론은 "법은 어떤 것이 되었든 하나의 도덕과 필수적으로 연관성을 갖는 것"이라고 한다(R. Alexy, 위의 책, S. 86 및 S. 127 참조); 라드브루흐 공식과 법치국가에 관해서는 프

(2) 상위법의 실정성과 법치주의 모델

실정법 우위와 상위법 우위를 바탕으로 하는 형식적 법치주의에 기초하여 상위법인 실정법을 법률에 국한시킬 경우 원칙적으로 입법권에 대한 통제는 배제된다. 이 경우 가능한 통제는 권력을 분리하는 방식으로 이루어질 수 있을 뿐이다. 그러나 '권력의 분리(separation of powers)' 역시 '법의 지배'처럼 한 가지 표현이 여러 가지 의미를 담고 있다. 첫째 정치 조직체의 다른 부분들을 조직적으로 분할할 것을 요구한다는 의미, 둘째 모든 기관이나 부처에 대한 교차적인 견제와 균형의 일반적 규칙을 밝힌다는 의미, 셋째 권력에 특별한 업무나 기능을 할당하고 다른 권력들을 통해 이 기능을 행사하는 것을 방지한다는 의미이다.⁴⁵⁾ 어쨌든 이러한 상태에서 조직된 국가권력은 집행부와 사법부가 법률에 구속될 뿐 입법부에 대한 법적 구속은 이루어지기 어렵다. 집행부의 법률 구속은 '행정의 합법률성'으로, 사법부의 법률 구속은 '사법부의 독립'으로 나타날 뿐이다. 이러한 경우를 '형식적 법률주의'라고 부를 수 있다. 그리고 헌법이 상위법인 실정법이 될 경우 입법권에 대한 통제는 헌법의 우위에 따라 가능해진다.⁴⁶⁾ 이때 법률에 대한 통제는 우선 법률이 실정헌법이 부여한 형식에 따라 제정되고 실효성을 갖는지를 중심으로 이루어질 것이다. 이 상태에서 조직된 국가권력은 활동의 근거나 범위와 관련하여 적어도 형식적으로는 헌법에 구속된다. 이를 '형식적 (실정)헌법주의'로 부르기로 하자. 이 상태에서 실정헌법에 특정한 내용이 편입되어 있다면 그러한 내용을 하위법인 법률이 갖추고 있는지 내용에 대한 통제도 가능하다. 이는 '실질적 (실정)헌법주의'로 부를 수 있다. 이제 문제가 되는 것은 실정헌법으로 실정화하지 않은 것으로서 도덕적인 요구만으로 혹은 정의의 요청만으로 그 내용을 기준으로 법률을 통제할 수 있는지 여부이다. 이것이 가능한 경우를 '실질적 초실정헌법주의'로 부르기로 한다. 정리하면 입법권의 통제, 즉 법률에 대한 통제와 관련하여 법치주의에 담을 수 있는 의미 있는 유형은 형식적 법률주의, 형식적 (실정)헌법주의, 실질적 (실정)헌법주의, 실질적 초실정헌법주

랑크 잘리거(F. Saliger), 라드브루흐 공식과 법치국가[Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, C. F. Müller, 1995], 제2판, 윤재왕 역, 세창출판사, 2011 참조.

45) C. Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Power*, Oxford University Press, 2013, pp. 43~49.

46) 헤르스터(N. Hoerster)에 따르면 "헌법은 한 국가의 최상위 법규범의 총체로서, 국가의 권위에 근거하여 제정된 모든 하위의 법규범들은 헌법 때문에 법규범으로서 존재하게 된다. ... 헌법은 특정한 지역 내에서 원칙적으로 헌법에 따라 국민에 대해 강제를 행사하는 사람들(공직자)의 인정에 기초한다."(N. Hoerster, 앞의 책(각주 41), S. 35.)

의가 된다. 비교를 위해 형식성 여부를 기준으로 상위법의 종류 및 실정성을 변수로 고려하면 여덟 가지의 법치주의 모델을 만들 수 있다(아래 [표 1] 참조).

[표 1] 상위법의 종류 및 실정성에 따른 법치주의 모델⁴⁷⁾

형식적	(실정)법률주의*	초실정법률주의
	(실정)헌법주의*	초실정헌법주의
실질적	(실정)법률주의	초실정법률주의
	(실정)헌법주의*	초실정헌법주의*

여기에서 주목할 것은 형식적 법치주의와 밀접한 관련을 맺고 있다고 하는 법실증주의 입장에서 '실질적 (실정)헌법주의'는 그 실정성(제정성과 실효성)으로 인해 받아들여질 수 있다는 점이다. 인권이 실정화 단계를 거쳐 기본권으로서 헌법체계에 편입될 경우 입법권은 기본권의 구속을 받게 된다. 우선적으로 법의 실정성을 고려하는 것은 국가가 객관적이고 확정적인 기준에 따라 통치하게 되면 통치자의 주관적이고 자의적인 기준에 따라 통치하는 것보다 국민의 인권에 대한 보장을 확고하게 할 수 있기 때문이다. 다만 법실증주의와 자연법론의 차이는 이러한 인권이 법체계에서 보장되지 않는 경우 이를 법이라고 볼 수 있는지에 대해서 극단적 대비이기는 하나 법실증주의는 여전히 그렇다고 하는 것이고 자연법론은 그렇지 않다고 하는 것이다. 형식적 법률주의에서는 '행정의 합법률성'이 중요한 위치를 차지하게 되고 행정재판을 통해 행정권력이 통제될 수 있다. 형식적·실질적 헌법주의에서는 '법률의 합헌성'이 중요하게 되고, 이는 헌법재판제도로 표현된다.

2. 법이념과 결합된 법치주의의 내용

(1) 법적 안정성과 형식적 법치주의의 내용

법은 규범문장으로 이루어져 우리에게 어떻게 행동하여야 하는지를 알려주는 지식체계일 뿐만 아니라 우리로 하여금 특정한 방식으로 행동하게끔 하는 행동의 직접적 근거

47) '*'표시가 있는 음영부분은 법률의 통제(입법권의 통제)와 관련하여 의미 있는 모델이다.

가 되는 행동체계로서,⁴⁸⁾ 법은 법조문 및 그 해석들로 이루어진 텍스트이면서 동시에 행위규제의 복합체라 할 수 있다. "행위체계로서 법 안에는 동기와 가치지향이 서로 교차하기 때문에 법규범은 도덕적 판단과는 달리 직접 행위의 실현에 이르게 한다."⁴⁹⁾ 특히 법규범은 공동체 구성원의 외적 행위와 구성원 상호간의 관계를 확정적이고 객관적이며 고정적으로 규율함으로써 공동체에 질서를 만들어내고 평화를 실현하고 이들을 유지하는데 기여할 수 있다. 법에 의한 통치, 즉 형식적 법치주의에는 이러한 '법적 안정성'이 중요한 이념으로 자리 잡고 있다.

1) 법률의 명확성과 포괄위임법의 금지

법적 안정성을 실현하기 위해서는 법규범의 수신자가 어떤 행위를 요청 받고 있는지 알 수 있도록, 그럼으로써 자신이 어떤 행위를 해야 하는지 예측할 수 있도록 그 의미가 명확해야 한다(의미의 명확성원칙).⁵⁰⁾ 특히 형벌과 조세는 생명권(사형), 신체의 자유(체포, 구속, 징역형, 금고형, 구류형), 명예권(자격상실, 자격정지), 재산권(벌금형, 과료형, 몰수형, 납세의무) 등의 기본권과 밀접한 관계가 있어 명확성원칙은 보다 중요하게 다루어진다. 명확성원칙은 법률문언의 의미가 확정적이고 고정적이지 않으면서 해석규칙도 명확한 결정을 제시하지 못하는 경우 법적 안정성이 훼손될 수 있다.

의미의 명확성을 다른 관점에서 접근해 보면 법규범이 피치자(또는 국민)에게 직접 행위요청을 하는 명령규범으로 작용하는 경우 제재의 위협을 받는 피치자의 행동반경(행위의 범위)을 설정하는 것이고, 명령규범이 실현될 수 있도록 강제를 집행하는 공직자에게 권한을 부여하는 수권규범은 권한 행사의 범위를 설정하는 것이기도 하다(범위의 명확성원칙). 특히 입법자가 자신의 권한(입법권한)을 수권규범을 통해 다른 권력(예컨대, 행정 권력)에 위임하는 경우(법률유보)에 그 범위에 대한 명확성 요구는 구체성 요구(포괄위임금지원칙)와도 같다. 또한 수권을 통해 규율하려는 것이 피치자(국민)의

48) 심현섭, 분석과 비판의 법철학, 법문사, 2001, 60면 이하.

49) J. Habermas, Faktizität und Geltung, 4. Aufl., Suhrkamp, 1994[1.,1992] S. 106; 하버마스는 법의 패러다임을 자유주의적, 사회적, 절차적 법의 패러다임으로 구분하며, 절차적 법패러다임이 사회국가 모델의 곤경에서 벗어나게 해 줄 수 있을 것으로 본다. J. Habermas, 같은 책, S. 468 이하, 특히 S. 493 참조.

50) 명확성원칙에 대해서는 이준일, 헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성, 헌법학연구 제7권 제1호, 2001, 267~306면; 윤재왕, 권력분립과 언어-명확성원칙, 의미론 그리고 규범적 화용론, 강원법학 제44권, 2015, 427~476면 참조.

기본권에 영향을 미치는 것이라면 입법자는 피치자(기본권 주체)가 그 범위를 알 수 있도록 중요한 내용을 직접 규율하여 위임하라고(의회유보) 요청 받을 수 있다.

2) 소급입법금지

법규범을 통한 행위요청은 장래의 행위에 대한 것이어야지 과거에 대한 것이어서는 안 된다(소급입법금지원칙). 행위 당시에 그러한 법규범의 요청을 받지 못했기 때문에 그에 대한 책임을 묻는 것은 법적 안정성의 이념을 훼손시킬 수 있다. 연속적인 행위이고 법규범의 효력 발생 당시에도 진행 중이라는 이유로 그 전체를 규율대상으로 한다든가(부진정소급), 이미 종료된 행위를 규율대상으로 하는 경우(진정소급) 효력 발생 시점 이전의 행위에 대한 것은 모두 법적 안정성을 훼손시킬 수 있다.

3) 법률에 대한 신뢰의 보호

법규범이 '폐지'되거나 '개정'되는 경우 기존의 규범에 근거하여 행위를 한 행위자는 변경된 법규범의 행위요청에 부응하여 자신의 행위를 수정해야 하는 부담을 안게 된다. 이때 발생하는 손해에 대한 보상이 이루어지지 않는다면 새로운 법규범의 행위요청을 행위자가 행위설계의 근거로 삼을 수 없게 된다. 따라서 법규범이 법적 안정성을 유지하기 위해서는 기존의 법규범에 따른 행위자의 정당한 신뢰가 보장되어야 한다(신뢰보호원칙). 법규범이 '제정'되는 경우라면 법규범이 없던 상태에 대한 정당한 신뢰가 보호되어야 한다. 소급적인 규율은 이러한 신뢰를 침해하므로 금지된다. 이로써 소급금지원칙은 법규범 제정과 관련한 신뢰보호원칙의 내용으로서 이를 포함하면 '넓은 의미의 신뢰보호원칙'이 구성된다. 반대로 넓은 의미의 신뢰보호원칙이 소급입법금지원칙으로 분화한 것으로 구성할 수도 있다.

(2) 정의 및 합목적성과 실질적 법치주의의 내용

1) 법적 안정성과 정의의 관계

법적 안정성이 훼손되는 경우는 법규범이 명확하지 않은 경우와 법규범에 대한 정당한 신뢰가 보호되지 않는 경우이다. 법규범이 명확하지 않은 경우 이를 집행하고 적용하는 공직자에 대해서 형식적 법치주의의 관점에서는 재량상태에 놓였다고 볼 수 있는 반면, 실질적 법치주의의 관점에서는 여전히 보다 명확한 법 원리에 구속된다고 볼 수

있다. 국가안전, 질서유지, 공공복리 등과 같은 공익상의 이유로 법규범에 대한 신뢰를 훼손해야 할 경우 법적 안정성에 우위를 둔다면 그러한 훼손은 정당성을 상실하겠지만, 그럼에도 불구하고 달성해야할 정의의 요청에 우위를 둔다면 법적 안정성은 물러서게 된다. 이처럼 법적 안정성은 정의와 종종 충돌하는 이념으로 이해되고, 법적 안정성의 훼손하는 방법이 정의의 목적에 부합하는지를 고려하는 방식으로 이념들 사이의 관계를 정립하곤 한다. 그러나 한 번 더 생각해 볼 수 있는 것은 정말 법적 안정성과 정의는 대립 관계 내지 상호제약 관계에 놓여 있느냐는 것이다. 정의에 대한 고전적인 설명 방식에 따르면 정의의 핵심은 평등이라 할 수 있다. 이미 논의해 온 대로 법적 안정성의 이념에 봉사하는 것이 형식적 법치주의라면 법에 의해 적용 대상자 모두를 동등하게 대우하는 법 앞의 평등을 통해 정의의 핵심인 평등에 기여하게 된다. 즉, 법적 안정성도 정의의 한 부분을 차지할 수 있다.⁵¹⁾ 그렇다면 법적 안정성과 정의 사이를 형량(balancing, Abwägung)하여 합목적성을 실현하는 과정은 대립하는 이념 간 형량이라기보다는 내적 연관성을 갖는 이념 간 형량으로 볼 여지가 생긴다. 또한 법 앞의 평등도 구체적인 차별 문제를 고려함으로써 법적 안정성과 정의, 나아가 합목적성이 교차하는 보다 입체적이고 실질적인 이해의 지평이 확장될 수 있다.⁵²⁾

2) 비례성원칙을 통한 법이념의 실현과 기본권보장

정의 또는 법적 안정성이라는 목적에 지향된 법규범의 내용(수단)은 목적에 적합하고(적합성원칙), 다른 가치(목적)인 개인의 자유(기본권) 등을 덜 침해하는 다른 방법이 없어서 꼭 필요한 것(필요성원칙)이라고 경험적으로 확인되고, 목적이 된 두 이념을 실현하는 것과 그로 인해 침해되는 다른 가치(목적) 간에 적절한 균형을 이루고 있다는 규범적 평가(좁은 의미의 비례성원칙)를 받을 경우(비례성원칙)⁵³⁾ 목적에 부합한다고 할 수

51) 라트브루흐 공식에 나타나는 법적 안정성과 정의의 모순적 관계에 대해서 잘리거(F. Saliger), 앞의 책(각주 44), 10~20면 참조.

52) 차별에 관한 법적 문제를 차별의 유형별로 다루는 글로 정인섭 편, 사회적 차별과 법의 지배, 박영사, 2004 참조; 보다 일반적이고 체계적인 관점에서 차별에 관한 각국의 법체계를 비교하여 서술한 글로 이준일, 차별없는 세상과 법, 홍문사, 2012 참조.

53) 비례성원칙에 대해서는 이준일, 헌법상 비례성원칙, 공법연구 제37권 제4호, 2009, 25~44면 참조; 형사법 분야에서 비례성원칙을 법치국가적 기능의 수행 원리로 다룬 예로 배종대, "보안처분과 비례성원칙", 김일수·배종대 편, 법치국가와 형법, 세창출판사, 1998, 38면 이하 참조; 독일을 중심으로 전개된 비례성 원칙이 세계적으로 확산되고 수용되는 현상을 반영한 논의로 V. C. Jackson, "Constitutional Law in an Age of Proportionality", Yale Law Journal 124(8), 2015, pp. 3094~3196 참조;

있다. 이와 같이 범규범의 내용에 대한 정당성을 함목적적으로 고려하는 실질적 법치주의는 그 자체로 '함목적성'의 이념을 실현하는 것이면서 또 다른 목적인 '정의', '법적 안정성', 나아가 '기본권 보장'을 실현하는 것과 깊은 관계를 맺는다.

3. 실질적 법치주의와 적법절차의 원리

(1) 적법절차 원리의 도입과 일반화

법치주의를 형식적 법치주의와 실질적 법치주의로 구분하려는 발상은 법치주의와 자의적 지배의 양립 가능성 때문이다.⁵⁴⁾ 근대 법치주의를 대륙형과 영미형으로 구분할 때, 지금까지 논의했던 법치주의의 내용은 주로 대륙형의 방식이라고 할 수 있다. 그런데 영미형의 경우 적법절차(due process) 개념을 통해 인권보장의 절차를 강조하고 그 실질적 보장을 법원을 통하여 이루어지도록 함으로써 대륙형보다는 실질적 법치주의의 모델에 근접하고 있다. 적법절차에 관한 사항이 규정된 헌법 제12조 제3항 본문과 관련하여 우리 헌법재판소는 "헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것"⁵⁵⁾이라고 보는가 하면, "오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 적법절

헌법에서 비례성원칙을 만병통치약(panacea)으로 보려는 관점에 대한 비판으로 K. Ladeur, "A Critique of Balancing and the Principle of Proportionality in Constitutional Law - A Case for 'Impersonal Rights'?", *Transnational Legal Theory* 7(2), 2016, pp. 228~256 참조.

54) 김도균, 앞의 책(각주 2), 20면.

55) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853; 헌법재판소는 "헌법 제12조 제3항에 규정된 영장주의는 구속의 개시시점에 한하지 않고, 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 취소 또는 실효시킬 것인지의 여부도 사법권독립의 원칙에 의하여 신분이 보장되고 있는 법관의 판단에 의하여 결정되어야 한다."는 이유로 "무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다. 단, 검사로부터 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형에 해당한다는 취지의 의견진술이 있는 사건에 대하여는 예외로 한다."고 한 구 형사소송법[1987. 11. 28. 개정, 법률 제3955호] 제331조 중에서 구속영장의 실효 여부를 검사의 의견에 좌우되도록 한 단서 규정을 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배되는 것으로 보았다.

차를 요구하는 법치주의를 의미"⁵⁶⁾한다고 하여 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 본다.

(2) 두 원리 사이의 관계

그렇다면 실질적 법치주의와 우리 헌법재판소가 이해하는 방식의 적법절차의 원칙, 즉 절차적 적법성에 한정하지 않고 법률의 내용도 정당성을 갖춘 실제적 적법성까지 요구하는 원칙은 같은 내용을 달리 표현한 것에 불과한 것인지, 아니면 구체적 내용들 사이에서 무시할 수 없는 차이점이 있는 것이지 두 원칙 간의 관계 정립이 문제된다. 이에 대해서 헌법재판소는 적법절차 규정이 현행 헌법에 새롭게 도입된 배경에 주목하면서,⁵⁷⁾ 적법절차의 원리는 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉금지원칙과는 다른 독자적 의미가 있는 것으로 본다.⁵⁸⁾ 이에 대해서 한국헌법상 기본권체계가 완비되어 있고 기본원리에 대해서는 체계적인 기본권의 보장과 제한에 관한 틀이 마련되어 있으므로 굳이 적법절차원리를 일반원리로까지 고양시킬 필요는 없다는 반론을 상정해 볼 수 있다. 실제로 헌법재판소는 적법절차원리의 독자적 의미를 이론상 구분하는 것과 달리 개별사건에서 그 독자적인 의미를 부각시켜 심사하는 데에는 소극적인 측면이 있기도 하다. 그러나 실질적 법치주의와 결합하여 이해될 수 있는 정의의 이념을 실제적인 것이 아닌 절차적인 것으로 이해할 경우 적법절차의 원리는 실질적 법치주의와 포괄 관계에

56) 헌재 1994. 6. 30. 93헌바9, 판례집 6-1, 631; 헌법재판소는 이러한 전제에서 조세법률주의에도 "실질적 적법절차가 지배하는 법치주의"라고 판시한다.

57) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876면: "개정전의 헌법 제11조 제1항의 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수·수색·처벌·보안처분 또는 강제노역을 당하지 아니한다."라는 규정을 1987. 10. 29. 제9차 개정헌법에서 처음으로 영미법계의 국가에서 국민의 인권을 보장하기 위한 기본원리의 하나로 발달되어 온 적법절차의 원칙을 도입하여 헌법에 명문화한 것이며, 이 적법절차의 원칙은 역사적으로 볼 때 영국의 마그나 카르타(대헌장) 제39조, 1335년의 에드워드 3세 제정법률, 1628년 권리청원 제4조를 거쳐 1791년 미국 수정헌법 제5조 제3문과 1868년 미국 수정헌법 제14조에 명문화되어 미국헌법의 기본원리의 하나로 자리잡고 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로 해석·적용되는 중요한 원칙으로서, 오늘날에는 독일 등 대륙법계의 국가에서도 이에 상응하여 일반적인 법치국가원리 또는 기본제한의 법률유보원리로 정립되게 되었다."

58) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 877면: "현행 헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다."

있거나 이를 보완하는 것으로 볼 수 있으며,⁵⁹⁾ 이러한 이해는 개별사건의 심사에서 적법절차원리가 소극적으로 적용되는 것처럼 보이는 이유를 설명해 줄 수 있을 것이다.

(3) 사법적 권리구제절차

실체적인 의미에서 국가작용이 헌법과 법률에 구속되어야 한다는 요청이 절차적 의미에서도 실현된다는 것은 위헌적이거나 위법적인 국가작용 뿐만 아니라 합법적인 국가작용도 헌법과 법률이 보장하는 국민의 자유와 권리를 침해했을 때 효과적인 권리구제의 길이 마련되어야 한다는 것이다.⁶⁰⁾ 예를 들어 헌법은 국민의 재판청구권(제27조)을 규정하여 “헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리”를 보장하는 한편(동조 제1항), 법관에게 “헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판”하도록 의무를 부과하고 있다.(제103조). 또한 국가작용으로 인한 손해나 손실에 대해 배상 또는 보상을 청구할 수 있는 근거를 마련해 두고 있다. 국가배상청구권을 규정하여(제29조 제1항) 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 “배상”을 청구할 수 있도록 하고 있고, 재산권을 보장하면서(제23조) 공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 “보상”은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하도록 규정하고 있다. 또한 형사피의자 또는 형사피고인의 보상청구권을 규정하여(제28조) 형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 “보상”을 청구할 수 있도록 하고 있다.

V. 법치주의의 보완

1. 민주주의에 의한 보완

형식적 법치주의에서 시작한 법치주의 개념은 다른 헌법의 기본원리들에 의해 보완될 수 있다. 법의 일반성과 법의 평등성, 법적 안정성을 요청하는 것이 모든 법치주의

59) 성낙인, “헌법상 적법절차에 관한 연구”, 이창희·장승화 편, 절차적 정의와 법의 지배, 박영사, 2003, 43면 이하 참조.

60) 이준일, 앞의 책(각주 13), 154면.

유형에 공통되는 특징이라고 할 때, 이러한 요청들이 좀 더 많이 실현될수록 그만큼 자유를 보장하게 된다고 주장할 수 있다.⁶¹⁾ 이때 앞서 법의 이념과 결합하여 이해한 형식적 법치주의의 내용으로서 법적 안정성의 기반이 되는 명확성의 요청이 충족되지 않을 경우 그 내용을 결정하는 권한은 입법부에서 사법부나 집행부로 넘어가게 된다. 비록 사법부와 집행부가 헌법과 법률에 구속된다고는 하나 결국은 사법국가나 행정국가의 포문이 열리는 것이기도 하다. 이 경우 법의 지배는 법관의 지배, 또는 행정관의 지배로 둔갑할 수 있다. 민주적 정당성을 가진 입법부와 헌법주의적 정당성을 가진 헌법재판소의 권한분배와 같은 문제는 이러한 상황에서 발생한다. 이를 보완하는 방법은 민주적 정당성을 제고하는 것인데, 형식적인 차원에서는 명확한 실정법의 효력이 상위법에 의존한다는 발상을 거부하여 헌법 역시 명확성 요건을 충족해야 하는 확정적 법규의 성격을 지니도록 하는 것이다. 이는 의회의 우월성 원칙과 형식적 법치국가가 결합된 산물로서 독일에서 '민주적 법치국가'를 강조하는 입장이라고 한다.⁶²⁾ 법치를 정치와 분리하는 사고에서 벗어난다면 형식적 법치주의를 민주주의와 결합하는 것이 가능하고 그 방법은 입헌민주주의의 정치 과정을 활성화하는 것이다.⁶³⁾ 민주주의가 있어야 비로소 정치적 지배는 국민들의 자기 규율이 되며, 지배의 원칙인 법은 국민들의 자기 약속이 될 수 있는 것이기 때문이다. 이러한 견해는 법치주의가 일정한 정치적 조건이 마련되어 있지 않으면 성립할 수 없음을 전제한다. 즉, 법치주의는 선행하는 정치 질서 혹은 상위 질서를 전제로 한다.⁶⁴⁾ 그리고 법치주의가 지켜내야 할 것은 바로 공공성의 영역이 되는 것이다. 이와 같이 민주주의의 관점에서 법의 지배를 재구성해 볼 때 형식적 법치주의에서 법의 지배(통치)를 받는 자로서 법의 준수를 요구받는 피치자, 즉 법의 '수신자'는 민주주의의 보안을 통해 법의 '저자'로서 역할을 수행할 수 있게 된다.⁶⁵⁾

61) 이러한 주장의 대변자로 하이에크(F. Hayek)를 꼽기도 한다. B. Z. Tamanaha, 앞의 책(각주 12), p. 93 이하 참조.

62) 이와 유사한 입장으로 국순옥, 법치국가의 신화와 현실 -본기본법체제 아래의 법치국가이데올로기-, 민주법학 제18권 제1호, 2000, 97면 이하 참조.

63) 이처럼 입헌민주주의의 정치 과정을 활성화하는 것이 실질적 법치주의의 본질이라고 보는 견해로 정태욱, 정치와 법치, 책세상, 2002, 79면 참조.

64) 정태욱, 위의 책, 76면: "법치주의자들의 편견, 즉 법은 정치와 분리되어 있다는 생각, 그리고 정치로부터 초연함을 미덕으로 삼는 법치주의자들의 태도는 탐미적 법치이거나 아니면 우매한 법치로서 모두 민주공화국에 득이 되지 못한다."

65) 법과 정치의 관계에 관해서 J. Habermas, 앞의 책(각주 49), SS. 167~187 및 N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft. 6. Aufl., Suhrkamp, 2013[1., 1995], S. 407 이하 참조.

2. 사회복지주의에 의한 보완

실질적 법치주의의 관점에서는 민주적으로 구성된 의회의 다수결에 의해 통과된 법률이라고 할지라도 개인의 재산과 자유를 제약하는 내용을 담고 있다면 정당하지 않다고 본다. 나아가 이러한 국민의 기본권에 대한 보장이 법적 형식의 차원을 넘어선다면, 자유와 평등에 대한 형식적 보장뿐만 아니라 내용적 보장을 요구할 수 있다. 자유와 평등의 내용적 보장은 형식적 법치주의에 기초한 '법적용'에서 자유와 평등이 아니라 '법제정'에서부터 자유와 평등을 보장한다는 의미를 갖는다. 그러나 이러한 자유와 평등을 실질적으로 이해할 경우 그 내용이 실제 결과로 실현되기 위한 조건은 사회복지주의(또는 사회국가원리)에 의해서 비로소 보장된다.⁶⁶⁾ 이러한 맥락에서 사회복지주의는 형식적 법치주의를 보완하고 실질적 법치주의를 강화한다. 하지만 이러한 자유와 평등의 내용을 실제로 보장하기 위한 국가작용이 법치주의가 보장하려는 법적 형식의 자유와 평등에 대한 침해로 이어지기 때문에 법치주의와 사회복지주의는 충돌하고 상호 제한적인 관계에 놓이기도 한다. 따라서 사회복지주의에 의한 보완은 법치주의와 조화를 이룰 것이 요구된다.

3. 소결: 법치주의 모델의 정리

보완된 법치주의를 포함하면 지금까지 논의된 법치주의에 관한 이론들은 여섯 가지 관점에서 유형별로 모델화할 수 있다(아래 [표 2] 참조). 형식적 법치주의 모델은 법을 단지 통치행위의 수단으로만 사용하는 넓은 의미의 법치주의 모델('법에 의한 지배')에서부터 통치자가 법의 구속을 받는 모델('법의 지배')과 민주주의에 의해 보완된 모델('민주적 법치')로 일별되고, 실질적 법치주의 모델은 개인의 권리 보호를 법의 내용으로 염두에 둔 법치주의 모델('자유지상주의적 법치')이 정의의 요청에 부응하는 모델('평등지향의 자유주의적 법치')을 거쳐 사회복지주의에 의해 보완된 모델('사회적 법치')로 변형될 수 있다. 이로써 법치주의는 다양한 관점에 바탕을 둔 여러 가지 모델을 염두에 두고 사용할 수 있는 구조적으로 개방된 개념으로서 복잡성을 함축하고 있다는 점이 다시 한 번 확인된다. 법치주의 모델을 여섯 가지로 유형화한 것 역시 하나의 예시일 뿐 또 다른 변수를 추가함으로써 다양하고 복잡한 모델이 만들어질 수 있다.⁶⁷⁾ 헌법의 다

66) 이준일, 앞의 책(각주 13), 156면.

른 기본원리나 기본적 권리를 하나의 변수로 고려하는 것은 법치주의 모델을 만들기 위한 불가피한 단순화의 결과일 뿐, 이들 변수에 대한 다른 방식의 이해는 새로운 변수를 창출함으로써 또 다른 법치주의 모델을 고안하는 데에 얼마든지 기여할 수 있다.

[표 2] 이론적 관점에 따른 법치주의 모델⁶⁸⁾

법치 모델	얕고 약함	→ 중간 →	두껍고 강함
형식적	1. 법에 '의한' 지배 - 법은 통치행위의 도구 또는 수단	2. 형식적 합법성 - 통치도 법으로 제한 - 일반성, 명확성, 안정성, 장래효(소급효금지)	3. 민주주의 + 합법성 - 합의(동의)로 제정한 법의 지배
실질적	4. 개인의 권리 - 신체, 재산, 계약, 사생활, 자율성 보호	5. 동등한 존엄권 및/혹은 정의 - 형식적 평등	6. 사회복지 - 실질적 평등, 복지권(사회권), 공동체의 보호, 권리 실현의 사회경제적 기반 보장

VI. 법치주의의 예외(?)

마지막으로 살펴볼 문제는 과연 법치주의가 통용되지 않는 상황, 즉 법치주의의 예외 상태가 있을 수 있는지 여부이다. 국가적 차원에서는 국가 내에서 긴급상황 또는 비상 사태가 발생한 경우 이를 법치주의의 예외상태로 볼 수 있는지, 그리고 국제적 차원에서는 전 지구적인 질서(국제적 질서)에도 법치주의가 보편적인 기본원리로서 적용될 수 없는 것인지 간략하게 언급해 본다.

67) 법 개념에 대한 이해에 따라 상위법의 종류 및 실정성 여부만을 고려해도 여덟 가지 모델이 만들어질 수 있다는 점은 앞에서 이미 확인했다. 본 논문 'IV. 1. (2) 상위법의 실정성과 법치주의 모델' 참조.

68) B. Z. Tamanaha, 앞의 책(각주 12), p. 91에 있는 "대안적 법의 지배 공식(alternative rule of law formulation)"을 수정 보완했다.

1. 국가비상사태와 법치주의

헌법은 전쟁이나 자연재해 또는 경제위기 등과 같은 국가의 긴급사태 또는 비상사태를 예정하여 대통령에게 긴급명령권(제76조 제2항)과 긴급재정·경제처분 및 명령권(동조 제1항), 그리고 계엄선포권(제77조 제1항)을 부여한다. 이처럼 헌법이 대통령에게 긴급한 국가적 비상상황을 극복하기 위한 특별한 권한을 부여하고 있으므로 이러한 경우가 법치주의가 적용될 수 없는 예외상태⁶⁹⁾로 볼 수 있는지 문제가 된다. “예외상태에 관해 결정하는 자”를 주권자로 본다면,⁷⁰⁾ 일단 대통령은 권력적 지배자로서 주권자와는 구별되고, 그러한 대통령이 결정하는 국가긴급사태 또는 비상사태를 법치국가의 예외상태로 보는 것은 규범적으로 타당하지 않다. 또한 최고 권력자의 지위는 임의로 예외상태를 선언하고 그것을 권력적으로 관철하는 권한의 주체가 아니라, 국가의 예외상태를 예방하고 또 예외상태에서 국가의 통일성을 유지하는 책임의 주체가 되어야 한다.⁷¹⁾ 이러한 권한들은 헌법에 근거한 것이고, 헌법이 허용하는 범위 안에서만 행사되어야 하기 때문에 더욱 그러하다. 헌법은 명시적으로 긴급명령권과 긴급재정·경제처분권 및 명령권의 경우에 국회의 사후적 승인을 요구하고 있고(제76조 제3항), 계엄선포권의 경우에도 국회의 계엄해제요구권을 보장하고 있다(제77조 제5항). 이는 법치주의의 예외가 될 수 있는 상황마저 체계 안으로 편입시킴으로써 법치주의의 예외를 만들지 않겠다는 자율적 법체계의 발로인 것처럼 보이기도 한다. 그러나 초실정적 법치주의 모델은 법관에게 (헌)법률을 법이 아니라고 결정해 적용을 거부하도록 요구함으로써 예외를 결정할 수 있는 상황을 규범적 차원에서도 가능한 영역에 놓을 수 있는 길을 만든다.⁷²⁾

2. 국제 질서에서 법치주의의 실현 가능성

전 지구적 차원에서의 법은 국민국가의 맥락에서 통용되는 법치주의로 유추하는 것을 혼란스럽게 하는 독특한 특성을 가진다.⁷³⁾ 국제공법체계는 개념적으로 주권적인 국

69) G. Agamben, 예외상태[Stato di eccezione, 2003], 김항 역, 새물결, 2009, 14면: “예외상태는 ‘공법과 정치적 사실 사이의 불균형점’을 구성하며, 이 불균형점은 - 내전, 봉기, 레지스탕스와 같이 - ‘법률적인 것과 정치적인 것이 교차하는 모호하고 불확정적인 경계선’에 자리한다.”

70) 이러한 정의는 C. Schmitt, 정치신학: 주권론에 관한 네 개의 장[Politische Theologie, 1922], 김항 역, 그린비출판사, 2010 참조.

71) 정태욱, 앞의 책(각주 63), 38면 이하 참조.

72) M. Hildebrandt, 앞의 논문(각주 43), pp. 54~62 참조.

가들의 관계에 의해 구성되기 때문에 입법부나 행정부가 없고,⁷⁴⁾ 비록 국가가 반대하지 않았던 보편적인 원칙이나 국제관습법 등의 몇 가지 예외가 있지만 특정의 주권국가에 적용되는 법제도는 그 국가가 적용될 수 있는 것으로 선택하여 수용한 것들뿐이다.⁷⁵⁾ 이는 지구 공동체를 스스로의 권리를 갖는 모든 군주인 개인들의 공동체로 그려보면 보다 선명해 진다. 즉, 국제공법에 기속되기로 동의하는 개인에게만 특정의 여러 법체들이 적용됨으로써 어떤 개인에게는 적용되고 다른 어떤 개인에게는 적용되지 않는 서로 다른 법체계들이 있고, 어느 특정 개인은 재판소에 제소되기를 거부할 수 있고, 그 재소가 관할을 행사하더라도 그 결정을 나중에 무시할 수 있는 것과 같은 이치다. 그럼에도 불구하고 법적 제한을 받아들인다면 그 이유는 전 지구적으로 경제가 연결되어 있는 오늘날의 상황에서 찾을 수 있다. 물론 이러한 경우에도 경제적 강국은 어느 정도 그러한 법적 제한을 심각하게 받아들이지 않을 여지는 충분히 있다.

법치주의의 전 지구적 적용이 어려움은 각국이 처한 상황, 즉 종교, 역사, 문화, 지역 등의 특수성에 기인하는 바가 크다. 예컨대, '샤리아(Sharia)'라는 법체계는 중동의 거의 모든 국가에 영향을 끼쳐왔는데, 이슬람 전통 아래에서 '법'은 서양의 법 개념과 근본적으로 다르기 때문에⁷⁶⁾ 서구의 '법의 지배'가 그대로 적용되기 어려운 점이 있다. 또한

73) B. Z. Tamanaha, 앞의 책(각주 12), p. 127 이하 참조.

74) 국제 사회에는 민주적으로 구성된 입법기구가 없어 국제법에 민주적 정당성이 없다는 지적에 대해, 국제법상 어떤 의무가 국가를 구속하게 되는 법적 근거는 국내의 입법부가 통과시키는 법령에 결코 뒤지지 않는 권위를 가진다는 반론으로 T. Bingham, 앞의 책(각주 5), pp. 110~129 참조.

75) 예컨대, 헌법 제6조 제1항("헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.") 및 제60조 제1항("국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.")

76) H. Esmaili, "The Rule of The Law in the Middle East", Silkenat, J. R. et al.(ed.), The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State(Rechtsstaat), Springer International Publishing, 2014, p. 315 이하 참조: 중동의 법이 서양의 법과 근본적으로 다른 차이는 네 가지로 요약된다. 첫째, 서양 전통에서 법은 사회계약이나 정치과정의 산물이지만, 이슬람 전통에서 법은 예언자 마호메트의 말과 전통을 모은 고전적 종교 텍스트인 쿠란(Quran)과 수나(Sunnah)에 의지하고 법의 해석은 자격을 갖춘 무슬림 법학자들에 의해 이루어진다. 둘째, 서양법은 정치과정이나 주권에 의해 제정되지만, 무슬림 법학자들의 지배적인 견해는 신성한 영감에 의한 것이라 여겨진다. 셋째, 서양의 법은 종종 학자나 법조인을 비롯해 대중으로부터 비판되지만, 신성성에 기초한 이슬람법은 법원칙에 관한 비판적 분석에 대해서 신성모독이나 종교배신으로 형사적 처벌을 한다. 넷째, 서양의 법 전통은 공적 영역과 사적 영역에 적용될 법의 명확한 구별이 있어 국가나 권력자의 자의적 영향으로부터

물이 부족한 기후적 특성으로 인해 국가나 부족장, 권력자들에 의해 물이 통제되고, 개인들은 그러한 지배자에게 종속될 수밖에 없는 상황이어서 서양의 법체계가 적용되기 어렵다는 논거도 제시된다. 비록 국민국가에서 실현된 법의 지배의 역사에 비교하여 전 지구적 법치주의의 확립을 점쳐볼 수도 있겠지만, 국제적인 법제도는 세계의 '나머지' 나라들에게, 서구에 의해 유지된 이익을 영구화하는 데에 우선적으로 기여하는 서구의 발명품이자 도구로 인식된다면 그 실현은 더욱 요원해질 수 있다.

VII. 결론

법치주의 개념은 하나의 용어에 다양한 관점들이 녹아들어 있기 때문에 그 의미를 일의적으로 파악하기가 어려운 불확정 개념 중 하나로서 메타-언어적 기능을 수행한다. 국가를 이루는 공동체의 질서마다 각각의 역사와 문화 속에서 길항작용을 통해 형성되어 온 사상을 표현한 것이기 때문에 사상의 변화 가능성만큼 시대에 따라 구체적 조건이나 상황에 따라 의미 변화에 개방되어 있는 개념이다. '법의 지배'와 '법에 의한 지배'는 의미의 차이를 두고 사용될 수 있다. '법에 의한 통치'는 국가의 이념형으로 제시되기에는 바람직하지 않을지는 몰라도 통치자가 법의 구속을 받지 않는 경우까지 담을 수 있어야 한다.

내용의 포괄성과 의미의 이중성으로 인해 법치주의 개념의 이해는 맥락적 상황에 의존한다. 법 개념에 대해서도 법실증주의와 자연법론의 이해는 다르고 이러한 점이 법치주의에 반영되면 형식적인 것과 실질적인 것으로 구별된다. 법실증주의의 법 개념이 법적 안정성에 기여하는 바가 있고, 자연법론의 법 개념이 정의의 요청을 담아낼 수 있다는 점에서 법이념에 따라서도 형식적 법치주의와 실질적 법치주의의 구분이 가능하다. 이 과정에서 법치주의의 기본원칙들을 확인할 수 있는데, 법적 안정성은 명확성원칙과 신뢰보호원칙으로 구체화된다. 명확성원칙은 의미의 명확성이 행동범위나 권한의 집행 범위와 밀접하게 연관되어 있으므로 이는 범위의 명확성으로 이해될 수 있다. 그렇기 때문에 포괄위임금지도 명확성원칙과 밀접한 관련이 있다. 신뢰보호원칙은 법의 제정,

터 개인의 권리를 보호할 수 있는 법체계를 갖출 수 있지만, 이슬람에는 생활영역에서 공적인 것과 사적인 것의 구별이 별로 중요하지 않다.

개정, 폐지 중 범규범이 없던 상태의 행위를 사후적으로 규정하는 결과를 낳는 법률 제정에 대해서는 소급금지원칙으로 별도로 구별할 수 있다. 정의의 요청으로 법적 안정성을 훼손시켜야 하는 상황에서 법적 안정성과 정의의 관계는 반드시 대립적인 것은 아니고 법적 안정성도 정의의 한 내용이 될 수 있다는 점이 고려되어야 하고 법 내용의 합목적성은 비례성원칙으로 구체화된다. 영미법계의 영향을 받은 적법절차의 원칙은 정의 이념에 관한 절차적 이해와 결합시킬 경우 실질적 법치주의와 포리 관계에 있거나 이를 보완하는 것으로 이해될 수 있다.

형식적 법치주의와 실질적 법치주의는 민주주의와 사회복지주의로 보완될 수 있고 이를 통해 법치주의 모델의 유형은 더욱 풍부해지고 그만큼 복잡해진다. 형식적 법치주의는 통치자가 법의 구속을 받지 않는 것과 구속되는 것 그리고 피치자가 법 제정의 과정에 절차적으로 참여하는 민주적 법치주의로 세분화될 수 있고, 실질적 법치주의는 자유 중심 모델, 평등 중심 모델, 복지 중심 모델로 나누어 볼 수 있다. 헌법의 법치주의 모델에서 대통령의 긴급권 행사는 예외로 남지 않고, 법치주의의 지구화는 주권국으로서 각국이 처한 상황, 즉 종교, 역사, 문화, 지역 등의 특수성에 대한 고려가 뒷받침 되지 않으면 각국의 저항에 부딪힐 우려가 높기 때문에 법치주의가 보편적인 하나의 모델로 수렴하여 자리 잡기 어려운 측면이 있다. 이러한 측면은 법치주의를 특정한 헌법의 수준에서 다룬다고 하여 크게 나아지지 않는다. 특정 헌법의 법치주의는 법 개념 자체에 대한 특정한 이해, 법이념이나 헌법의 다른 기본원리와 맺는 특수한 관계설정 등에 따라 합의되거나 귀일되기 어려운 몇 가지 가능한 모델이 경쟁할 수 있는 토대가 될 뿐, 법치주의 개념 자체가 법치주의 모델의 확정성을 보장해 주지는 못한다.

이제 시민들은 다시 묻는다. 법치주의에 대한 신념은 어떤 모델에 대한 믿음인가?

참 고 문 헌

1. 단행본

- 계희열, 헌법학(上), 신정판, 박영사, 2004.
국순옥, 민주주의 헌법론, 아카넷, 2015.
권영성, 헌법학원론, 개정판, 박영사, 2009.
김도균·최병조·최종고, 법치주의의 기초, 서울대학교출판부, 2006.
김일수·배종대 편, 법치국가와 형법, 세창출판사, 1998.
김철수, 헌법학신론, 제19전정신판, 박영사, 2009.
김효전 편역, 법치국가의 원리, 재판, 법원사, 2001.
박호성, 평등론, 창작과비평사, 1994.
성낙인, 헌법학, 제15판, 법문사, 2015.
심현섭, 분석과 비판의 법철학, 법문사, 2001.
이준일, 차별없는 세상과 법, 홍문사, 2012.
이준일, 헌법학강의, 제6판, 홍문사, 2015.
이창희·장승화 편, 절차적 정의와 법의 지배, 박영사, 2003.
장영수, 헌법학, 제9판, 홍문사, 2015.
정인섭 편, 사회적 차별과 법의 지배, 박영사, 2004.
정태욱, 정치와 법치, 책세상, 2002.
한수웅, 헌법학, 제5판, 법문사, 2015.
허 영, 한국헌법론, 전정11판, 박영사, 2015.
홍성방, 헌법학(上), 제2판, 박영사, 2013.
Agamben, Giorgio, 김항 역, 예외상태[Stato di eccezione, 2003], 새물결, 2009.
Alexy, Robert, Begriff und Geltung des Rechts, 4. Aufl., Verlag Karl Alber, 2005[1., 1992].
Bingham, Tom, The Rule of Law, Penguin, 2011.
Dicey, Albert Venn, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th ed., E. C. S. Wade(ed.), 1959[1., 1885].
Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung, 4. Aufl., Suhrkamp, 1994[1.,1992].
Hart, Herbert L. A., The Concept of Law, 3rd ed., Oxford University Press, 2012[1., 1961].

- Hesse, Konrad, 헌법의 기초이론, 계획열 역, 박영사, 2001.
- Hoerster, Nobert, Was ist Recht?: Grundfragen der Rechtsphilosophie, C. H. Beck, 2006.
- Jones, John Walter, The Law and Legal Theory of the Greeks: An Introduction, Clarendon Press, 1956[1., 1690].
- Locke, John, Second Treatise of Government, C. B Macpherson(ed.), Indianapolis, Ind.: Hackett Pub. Co., 1980.
- Luhmann, Niklas, Das Recht der Gesellschaft. 6. Aufl., Suhrkamp, 2013[1., 1995].
- Maravall, José María · Adam Przeworski(ed.), Democracy and the Rule of Law, Cambridge, 2003.
- Montesquieu, The Spirit of the Laws, Anne M. Cohler · Basia Carolyn Miller · Harold Samuel Stone(ed.), Cambridge University Press, 1989[1., 1748].
- Möllers, Christoph, The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Power, Oxford University Press, 2013.
- Peerenboom, Randall P.(ed.), Asian Discourses of Rule of Law : Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and the U.S., Routledge, 2004.
- Saliger, Frank, 라드브루흐 공식과 법치국가[Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, C. F. Müller, 1995], 제2판, 윤재왕 역, 세창출판사, 2011.
- Schmitt, Carl, 정치신학: 주권론에 관한 네 개의 장[Politische Theologie, 1922], 김항 역, 그린비출판사, 2010.
- Silkenat, James R · James E. Hickey Jr. · Peter D. Barenboim(ed.), The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State(Rechtsstaat), Springer International Publishing, 2014.
- Tamanaha, Brian Z., On the Rule of Law, Cambridge University Press, 2004.

2. 논문

- 국순옥, "법치국가의 신화와 현실 -본기본법체제 아래의 법치국가이데올로기-", 민주법학 제18권 제1호, 2000, 97~118면.
- 김상겸, "법치국가원리의 역사와 구성요소에 관한 고찰", 아·태공법연구 제5권, 1998, 173~218면.
- 배종대, "보안처분과 비례성원칙", 김일수 · 배종대 편, 법치국가와 형법, 세창출판사, 1998, 38~82면.

- 성낙인, "헌법상 적법절차에 관한 연구", 이창희·장승화 편, *절차적 정의와 법의 지배*, 박영사, 2003, 3~47면.
- 윤재왕, "권력분립과 언어-명확성원칙, 의미론 그리고 규범적 화용론", *강원법학* 제44권, 427~476면.
- 이준일, "법의 필요성에 대한 논증", *법철학연구* 제4권 제2호, 2001, 195~226면.
- 이준일, "헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성", *헌법학연구* 제7권 제1호, 2001, 267~306면.
- 이준일, "세 가지 국가원리의 관계 -이성법적 국가원리로서 민주적·사회적 헌법국가-", *안암법학* 제23호, 2006, 1~31면.
- 이준일, "헌법상 비례성원칙", *공법연구* 제37권 제4호, 2009, 25~44면.
- 장영수, "헌법의 기본원리로서의 법치주의", *안암법학* 제2호, 1994, 133~180면.
- 전학선, "프랑스의 법령체계 및 법치주의에 관한 연구", *공법학연구* 제12권 제1호, 2011, 199~229면.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "Einstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs", *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Europäische Verlagsanstalt, 1969, SS. 53~76.
- Esmaili, Hossein, "The Rule of Law in the Middle East", Silkenat, James R. · James E. Hickey Jr. · Peter D. Barenboim(ed.), *The Legal Doctrines of The Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Springer, 2014, pp. 315~329.
- Gardner, John, "Hart on Legality, Justice and Morality", *Jurisprudence* 1(2), 2010, pp. 253~265.
- Hesse, Konrad, "Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes", *Staatsverfassung und Kirchenordnung: Festgabe für R. Smend zum 80. Geburtstag*, Mohr, 1962, SS. 71~95.
- Hildebrandt, Mireille, "Radbruch's Rechtsstaat and Schmitt's Legal Order: Legalism, Legality, and the Institution of Law", *Critical Analysis of Law* 2(1), 2015, pp. 42~63.
- Holmes, Stephen, "Lineage of the Rule of Law", José María Maravall · Adam Przeworski(ed.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, 2003, pp. 19~61.
- Jackson, Vicki C., "Constitutional Law in an Age of Proportionality", *Yale Law Journal* 124(8), 2015, pp. 3094~3196.
- Ladeur, Karl-Heinz, "A Critique of Balancing and the Principle of Proportionality in Constitutional Law - A Case for 'Impersonal Rights?'", *Transnational Legal Theory* 7(2),

2016, pp. 228~256.

Maravall, José María, "The Rule of Law as a Political Weapon", José María Maravall · Adam Przeworski(ed.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, 2003, pp. 261~301.

Paulson, Stanley L., "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?", *Oxford Journal of Legal Studies* 15(3), 1995, pp. 489~500.

Pech, Laurent, "Rule of Law in France", Randall Peerenboom(ed.), *Asian Discourses of Rule of Law: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France, and the U. S.*, Routledge, 2004, pp. 76~108.

Scheuner, Ulrich, "Die Neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland", *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860~1960*, Bd. II, C. F. Müller, 1960, SS. 229~262.

Waldron, Jeremy, "The Concept and the Rule of Law", *Georgia Law Review* 43(1), 2008, pp. 1~61.

<국문요약>

법치주의는 보편적인 용어이지만 그 개념 자체로부터 일의적 의미를 찾아내기 어려운 불확정 개념이다. 구체적 조건이나 상황에 따라 의미 변화에 개방되어 있는, 일종의 메타-언어로 기능한다. '법의 지배'와 '법에 의한 지배'는 의미의 차이를 두고 사용될 수 있다. '법에 의한 통치'는 관점에 따라 바람직하지 않을지는 몰라도 법치주의 개념 그 자체로부터 배제되지 않는다. 법 개념에 대한 이해는 법치주의 모델을 한 차원 복잡하게 만든다. 법실증주의와 자연법론의 대립이라는 오래된 법철학적 논쟁이 이를 뒷받침해준다. 또한 단편적으로 법실증주의의 법 개념이 법적 안정성에, 자연법론의 법 개념이 정의에 기여할 수 있다는 점에서 법이념에 따라서도 법치주의 모델을 구분한다.

이 과정에서 법치주의의 기본원칙들을 확인할 수 있다. 법적 안정성은 구체적으로 명확성원칙과 신뢰보호원칙으로 나타난다. 법의 명확성이 규율 범위의 명확성으로 이해될 수 있다면 명확성원칙은 포괄위임금지과 긴밀한 관련을 맺는다. 신뢰보호원칙의 일부는 분화하여 소급금지원칙을 구성하기도 한다. 정의의 요청이 법적 안정성을 훼손시켜야 하는 상황에서도 법적 안정성과 정의의 관계가 반드시 대립적인 것은 아니다. 법적 안정성 그 자체가 정의의 한 내용으로 이해될 수 있기 때문이다. 그리고 법 내용의 합목적성은 비례성원칙으로 구체화된다. 영미법계의 영향을 받은 적법절차의 원칙은 정의이념에 관한 절차적 이해와 결합하여 실질적 법치주의 모델과 표리 관계에 있거나 이를 보완하는 요소로 애매하게 자리매김한다.

형식적 법치주의와 실질적 법치주의는 그 내용을 채우고 더해주는 민주주의와 사회 복지주의로 보완될 수 있고 이를 통해 법치주의 모델의 유형은 풍부해지는 만큼 복잡해진다. 형식적 법치주의는 통치자의 법적 구속 여부와 법 제정에 피치자의 참여가 있는냐에 따라서 다른 모델로 발전한다. 실질적 법치주의는 그 안에 담으려는 가치에 따라 자유 중심, 평등 중심, 복지 중심으로 모델이 달라질 수 있다. 헌법의 법치주의 모델은 대통령의 긴급권 행사도 예외상태에 두려 하지 않고, 법치주의의 지구화 모델은 주권국으로서 각국이 처한 상황의 특수성에 대한 고려가 뒷받침 되지 않으면 저항에 부딪힐 우려가 높기 때문에 하나로 수렴된 실천적 모델로 자리 잡기 어려운 측면이 있다.

주제어 : 법치주의, 법의 지배, 법에 의한 지배, 법치국가, 법의 개념, 메타-언어 기능

<Abstract>

Several Constitutional Models of the Rule of Law
- On the Concept and Structure -

*Nam, Joong Kweon**

'The rule of law' is a universal term, but it is an uncertain concept that is difficult to find one meaning from the concept itself. It functions as a kind of meta-language that is open to changes in meaning depending on specific conditions and circumstances. The rule of law and rule 'by' law can be used with different meanings. Understanding the concept of law complicates the rule of law. In addition, models on the rule of law can be distinguished according to the ideas of law.

Legal stability is manifested concretely in the principles of clarity and trust. The principle of trust protection are differentiated to retroactive prohibition principle. The relationship between legal stability and justice is not necessarily contradictory, as legal stability as such constitutes a part of justice. And the rationality of the law is specified in proportionality principle. Lastly the principle of due process under the influence of the Anglo-American system is confusing whether it to replace or complement the substantive legal models in conjunction with a procedural justice.

The granular types of the rule of law multiply by combining with democracy and social welfare. In a formal sense each of those depends on whether the ruler is legally bound and whether the citizen participates in the legislation, while in a substantive sense depending on the values, e. g. freedom, equality or welfare. Furthermore, it is difficult to recognize 'a state of exception' separately and explicitly in the constitutional models on the rule of law, and to make one universal model of that applied to every sovereign country.

Keywords : Principles of Legality, the Rule of Law, Rule by Law, Rechtsstaat, the Concept of Law, Meta-linguistic Function

* Researcher, Legal Research Institute of Korea University