

법의 지배와 좋은 정부*

임 현**

이 논문은 좋은 정부와 법의 지배 논의에 있어 민주주의의 의미를 중점적으로 검토한다. 논문은 크게 세단계로 진행되는데, 먼저 법의 지배와 민주주의의 관련성에 대해 검토한다. 이를 통해 좋은 정부에서의 법의 지배와 민주주의가 갖는 상호관련성의 함의를 찾아본다. 다음으로는 법의 지배에서의 법의 본질 및 내용과 민주주의의 관계에 대해 검토한다. 이를 통해 좋은 정부에서의 법은 어떠한 법이어야 하며, 이것이 민주주의와는 어떠한 관계를 갖는지 알아본다. 마지막으로 좋은 정부를 평가하기 위한 유의미한 지표로서 법의 지배는 어떻게 이해되고 어떠한 내용으로 구성되어야 하는지를 결론으로서 제시한다. 이러한 논의를 통해 좋은 정부 또는 정부의 질 연구에 있어 법의 지배 논의의 방향성을 찾아가고 논의의 내용을 보다 풍부하게 하는데 이 연구의 의의가 있다.

주제어: 법의 지배, 법, 좋은 정부, 정부의 질, 민주주의

I. 시작하는 말

‘법의 지배(rule of law)’¹⁾는 서양 근대에서 형성되고 발전된 내용으로 주로 이해

* 이 논문의 초고는 2012년 한국행정학회 하계학술대회에서 발표되었음을 밝힙니다. 토론을 맡아 유익한 논평을 해주신 이현수 교수님과 많은 조언을 해주신 고려대학교 행정학과 교수님들, 그리고 익명의 심사위원님들께 깊이 감사드립니다.

** 독일 레겐스부르크대학교에서 법학박사학위를 취득하고, 현재 고려대학교 행정학과 조교수로 있다. 주요 관심분야는 지방자치, 행정계획 등이다(hyuntree2@korea.ac.kr).

1) 이 글에서의 법의 지배의 개념은 원칙적으로 영미법적 법의 지배에 한정되지 않고, 법의 독자성을 강조하는 보편적인 의미로 이해함을 미리 밝혀두고자 한다. 법의 지배에 대한 최근 국내의 연구들은 영미법적 법의 지배와 독일법적 법치주의 개념이 그 역사적 형성과정과 담고 있는 요소가 다르지만 20세기 후반에 이르러 서로 수렴하는 현상을 보이고 있다는 점에서, 그 발

되고 있으며, 법의 지배 원리의 발전은 각 국의 특수한 역사적·정치적 배경에서 유래하고 있다. 각 국의 다양한 발전과정을 거쳐 현대에 있어 법의 지배는 일반적으로 국민의 기본권 보장을 목적으로 국가권력을 제한하기 위한 법률기속의 원리로서 이해되고 있다. 그러나 법의 지배의 개념과 내용은 완결되고 고정되어 있지 않다. 법과 민주주의, 법과 정치 등 법의 지배에 관련되고 영향을 주는 다양한 요인들이 끊임없이 변화하기 때문이다. 이러한 측면에서 법의 지배는 완성된 개념이 아니라 ‘형성중인 개념’이면서 ‘불확정적인 개념’이라고 할 수 있다. Böckenförde (1969: 66)는 법의 지배(법치국가)는 그 자체로서 객관적이고 완결적으로 정의될 수 없으며, 오히려 변천하는 국가이론과 헌법이론에 대하여 개방되어 있다고 보았다.²⁾ ‘좋은 정부(good government)’의 개념 역시 법의 지배만큼 일반적이고 완결적인 정의가 어려운 개념일 것이다. 어떤 정부가 좋은 정부이고, 좋은 정부의 귀결은 무엇이며, 그것을 이루기 위한 토대와 조건은 무엇인지 규명하는 것은 행정학의 궁극적인 목표라고 할 수 있다(김선혁, 2011: 50). 그러나 좋은 정부의 목표와 가치는 계속하여 변화하고 있고, 따라서 그 개념과 내용 역시 고정되어 있지 않다고 할 수 있다. 또한 좋은 정부와 관련되는 정치적, 경제적, 법적 문제 등 다양한 요인들 역시 좋은 정부의 개념과 내용의 확정에 어려움을 준다. 좋은 정부에 대한 논의를 대상으로 하는 ‘정부의 질(quality of government)’ 연구에서 어떠한 연구자나 전문가도 표준적인 정부의 질 개념 규명에 이르지 못했다고 언급하고 있는 점은(QoG Institute, 2010: 57) 이러한 점을 잘 설명해주고 있다.

이처럼 법의 지배, 좋은 정부 각각의 개념과 논의의 동태적인 불확정성은 ‘법의 지배와 좋은 정부’ 논의의 어려움을 암시한다. 정부의 질 연구에서는 ‘좋은 정부란 어떤 정부인가?’라는 질문을 필두로 이를 평가하는 지표를 개발하거나 이미 개발된 지표를 기준으로 하여 여러 정부에 대한 비교연구를 주로 수행하고 있다(김희

생사적 차이에도 불구하고 동일한 담론으로 받아들이는 경향을 보이고 있다(김연미, 2011: 244; 한상수, 2009: 255; 김도균 외, 2006: 3; 전광석, 2011: 3 등). 이 글에서도 두 가지 개념의 구분이 필요한 경우에는 구분하되, 원칙적으로는 보다 보편적인 의미로 사용되었음을 밝혀둔다.

2) 독일의 형식적 법치국가시대의 학자이긴 하지만 독일 행정법의 체계를 확립한 Otto Mayer가 ‘법치국가(Rechtsstaat)’라는 표현은 아직 없는 것, 완결되지 않은 것, 그러나 형성되어야 하는 그 무엇을 나타내는 것이며, 이 개념에 대해서는 누구나 자신의 법률적 이상을 포함시키는 경향이 있기 때문에 매우 혼란스러운 것’이라고 언급하였던 것도 법의 지배 개념의 불확정성을 잘 나타내준다(Mayer, 1895: 61).

강, 2011: 4). 그리고 정부의 질 논의에서 법의 지배는 정부의 질을 측정하기 위한 지표로서 논의되고 있다(QoG Institute, 2010). 그런데 그동안의 정치적·역사적 발전과정과 법학을 비롯한 학문적 성과를 통해 얻어진 법의 지배의 개념과 내용이 정부의 질을 측정하기 위한 지표로서 그대로 적용되는 것이 가능하고, 유의미한 것인지에 대해서는 의문이 있다. 이러한 의문의 원인은 법의 지배는 역사적 발전 과정을 거쳐 현대에 있어서는 민주주의체제를 전제한 내용으로 일반적으로 이해되고 있는 반면에, 정부의 질 연구는 지구상의 모든 정부에 대한 가치중립적인 비교연구를 추구한다는 점에서 기인한다. 필연적으로 동태적 불확정성을 전제로 하는 개념임에도 불구하고, 각국의 역사적 발전과정과 학문적 성과를 통해 얻어진 법의 지배의 개념은 일정한 가치를 전제하고 있고, 법의 지배와 민주주의는 서로 결합된 내용으로 이해되고 있다. 그럼에도 불구하고 가치중립적인 비교연구의 지표로서 법의 지배가 유의미할 수 있는지, 그리고 정부의 질의 유의미한 지표로서 기능할 수 있기 위해 법의 지배의 내용과 요소가 어떻게 재구성되어야 하는지에 대한 고민이 필요하게 되었다.

나아가 이러한 문제의식은 좋은 정부와 법의 지배 논의에 있어 민주주의 내지 민주주의적 가치를 포섭할 것인가 배제할 것인가의 문제로 이어진다. 지금까지의 오랜 역사적 경험과 학문적 성과를 통해 얻어진 좋은 정부와 법의 지배의 내용은 민주주의 내지 민주주의적 가치와 결합된 또는 그것을 지향하는 내용으로 이해되고 있기 때문이다. 즉 이러한 점은 좋은 정부의 주된 가치로서 효율성과 함께 민주성이 추구되는 것, 법의 지배의 목적이 국민의 기본권 보장과 민주주의의 실현에 있다는 것 등에서 쉽게 이해될 수 있다. 그렇다면 결국 정부의 질 연구는 민주주의를 직접 언급하고 있지는 않지만 법의 지배, 불편부당성³⁾ 등의 지표를 통하여 결

3) 불편부당성은 정부의 질 논의의 대표적 또는 본질적 요소로 이해되고 있는데, Rothstein and Teorell의 연구에 의하면 불편부당성은 정치제도를 평가하는 기본규범으로 파악된다. 정치제도의 불편부당성은 정치제도로의 투입과 정치제도로부터의 산출의 두 가지 측면으로 나뉘며, 전자는 정치적 평등이 실질적으로 보장되는 민주주의를, 후자는 공직자에 의한 불편부당한 법과 정책의 적용과 집행을 의미한다(Rothstein and Teorell, 2008: 180; Rothstein and Teorell의 정부의 질과 불편부당성에 대한 자세한 내용은 김희강, 2011). 즉 불편부당성의 이해에 있어서도 민주주의가 관련되고 있는데, Rothstein and Teorell은 민주주의는 통치의 주체에만 관련되고 통치의 집행에는 관련되지 않기 때문에 불편부당성이 민주주의보다 확장된 개념이라고 설명하고 있다(Rothstein and Teorell, 2008: 179~180).

국 각 국의 민주주의를 평가하게 되는 것인지에 대한 의문이 생긴다. 만약 그렇지 않다면 민주주의를 선택하지 않은 국가까지 포함하여 정부의 질을 평가하기 위한 유의미한 지표로서 법의 지배 논의의 재구성이 가능할 것인지의 문제가 남게 된다. 이 논문은 이러한 의문점에 주목하며, 법의 지배와 민주주의의 관계에 대한 분석을 중심으로 좋은 정부와 법의 지배 논의를 전개해보고자 한다. 논문은 크게 세 단계로 진행되는데, 먼저 역사적 경험과 학문적 성과를 통해 정의되고 논의되는 법의 지배와 민주주의의 관련성에 대한 검토이다. 이를 통해 법의 지배와 민주주의의 관계에 대해 분석하고 좋은 정부에서의 법의 지배와 민주주의가 갖는 상호 관련성의 함의를 찾아보고자 한다. 다음으로는 법의 지배에서의 법의 본질 및 내용과 민주주의의 관계에 대한 고찰을 시도해보고자 한다. 이를 통해 좋은 정부에서의 법은 어떠한 법이어야 하며 이것이 민주주의와는 어떠한 관계를 갖는지 알아보고자 한다. 마지막으로 좋은 정부를 평가하기 위한 유의미한 지표로서 법의 지배는 어떻게 이해되고 어떠한 내용으로 구성되어야 하는지를 결론을 같음하여 제시해보고자 한다. 이러한 논의를 통해 좋은 정부 또는 정부의 질 연구에 있어 법의 지배 논의의 방향성을 찾아가고 논의의 내용을 보다 풍부하게 하는데 이 연구의 의의를 두고자 한다.

Ⅱ. 좋은 정부의 법의 지배는 법의 ‘어떠한 지배’ 인가?: 법의 지배와 민주주의

1. 논의의 전제

법의 지배에 대한 논의는 여러 차원에서 접근될 수 있다. 논의의 초점을 ‘법’이란 무엇인가에 둘 경우 주로 자연법과 법실증주의를 둘러싼 법본질론의 차원에서 논의하게 된다(Neumann, 1986; Fletcher, 1996; Raz, 2009; 박은정, 2010). 그리고 법의 ‘지배’라는 관점에 집중하는 경우에는 민주주의와의 관계로 접근할 수 있다 (Maravall and Przeworski, 2003, 안규남·송호창 역, 2008; Dahl, 1989, 조기제 역, 1999). 법의 지배와 좋은 정부를 논의의 주제로 하는 이 논문에서는 먼저 법의 지배와 민주주의의

관계에 대해 분석하고, 좋은 정부에서의 법의 지배와 민주주의가 갖는 상호관련성의 함의를 찾아보고자 한다. 이를 위해 먼저 자유주의, 민주주의, 및 자유민주주의와 법의 지배의 관계에 대한 내용을 정리하고 논의를 전개해보고자 한다.

주지하는 바와 같이 자유주의(Liberalism)와 민주주의(Democracy)는 다른 원리이다. 자유주의는 (다양하게 정의될 수 있지만) 법의 지배 아래에서 개인의 자유를 보장하는 정치이념을 의미한다. 이에 비해 민주주의는 자유와 평등의 기본가치를 실현하고자 국민이 주인이어야 하는 통치원리를 말한다. 즉 자유주의는 권력을 제한하고 자유를 보장하는데 중점을 두는 반면(소극적 제한원리), 민주주의는 권력을 자신의 것으로 하고자 한다(적극적 구성원리). 그러나 민주주의와 자유주의가 동일한 것은 아니라고 하더라도 양립할 수 없는 것은 아니며 오히려 서로 결합되어 논의되어야만 하는 필요성이 있다. 민주주의의 핵심적 가치인 국민주권은 자유와 권리의 출발점이자 토대이어야 하기 때문이다. 즉 소극적이고 방어적인 자유주의의 정치적 질서화는 국가구성의 적극적 원리인 민주주의를 통해서만 가능하다. 또한 주인인 국민에게 자유가 없다는 것은 의미가 없기에 민주주의는 당연히 자유주의를 그 내용으로 하여야 하기 때문이다. 서양 근대에서 주로 자유주의 사상을 배경으로 법의 지배가 성립·발전하였으나 민주주의와의 결합, 민주주의의 보안을 통해 실질화되었다는 점도 이러한 측면에서 이해할 수 있다.

이 글에서 언급되는 민주주의 역시 때로는 자유주의와 구별되는 민주주의이고 때로는 자유민주주의를 의미하게 될 것이나, II장에서 살펴보고자 하는 내용은 좋은 정부의 법의 지배와 자유민주주의와의 관련성이다. 이를 알아보기 위해 먼저 서양 근대로부터 법의 지배가 성립·발전된 과정에 대해 검토하고,⁴⁾ 법의 지배와 민주주의의 관계에 대해 논의해보고자 한다.

4) 서양근대에서의 법의 지배원리의 성립·발전과정을 검토의 대상으로 삼은 이유는 그동안 법의 지배와 관련하여 영미법적 법의 지배와 독일법적 법치주의가 주된 연구의 대상이 되어 왔고, 법의 지배 원리의 역사적·정치적 발전과정을 가장 잘 나타내준다고 생각했기 때문이다. 법의 지배의 또 다른 정치적·역사적·문화적 발전과정을 살펴볼 수 있는 서구의 다른 국가, 아시아 국가들에 관한 검토는 이 글에서는 다루지 못하고 추후의 연구과제로 남겨두겠다.

2. 법의 지배의 성립과 발전

1) 법의 지배의 성립과 발전

근대의 법의 지배는 영국의 법의 지배(rule of law)와 독일의 법치국가(Rechtsstaat)로 대표된다. 1215년 영국의 대헌장(Great Charter, Magna Carta)은 영국에서의 법의 지배의 기원이라고 설명될 수 있다. 그러나 *Magna Carta*는 국왕과 귀족 간의 계약이었으며 그들의 이해관계를 기반으로 형성되었고, 이러한 특정목적이 국가권력을 제한하는 내용이었다. 또한 이 때의 법은 규범이 아니라 사실로서의 실체를 가졌는데, 국왕과 귀족간의 합의가 곧 법이었던 것이다. 이처럼 *Magna Carta*의 목적적·규범형식적 한계에도 불구하고, 또한 *Magna Carta*의 내용이 실제 국가권력을 구속했는지 여부에도 불구하고 대헌장이 법 앞의 평등,⁵⁾ 권리보호⁶⁾ 등을 인식하고 있었다는 점에서 이후 법질서의 발전에 중요한 계기를 제공할 수 있었다. 그 후 13세기 말 사법제도의 정비와 더불어 판례법을 중심으로 하는 보통법(common law)이 발전되었고, 보통법이 국왕까지도 구속한다는 사상이 등장하면서 보통법의 지배라는 의미로 ‘법의 지배’가 주장되었다. 영국의 법의 지배의 선구자인 Coke는 국왕도 보통법에 구속되어야 하며, 보통법이 의회 제정법에 우선한다고 주장하였다.⁷⁾ 이후 17세기에 권리청원(Petition of Right), 청교도혁명(Puritan Revolution), 인신보호법(Habeas Corpus Act), 명예혁명(Glorious Revolution), 권리장전(Bill of Rights), 왕위계승법(Act of Settlement) 등을 거치며 영국에서는 군주세력의 약화와 의회권한의 강화가 나타나게 되었다. 이러한 정치적 발전은 민주주의 사상과 결합하여 의회주권의 형태로 나타나게 되었으며, 보통법의 지배에서 의회

5) *Magna Carta*가 국왕과 귀족사이의 합의를 내용으로 한다는 점에서 보편성의 한계가 있었지만, 국왕과 귀족이 함께 대헌장의 내용에 구속된다는 측면은 (제한된 범위이지만)법의 보편성, 법 앞의 평등이라는 인식의 계기를 제공하였다고 평가할 수 있다.

6) 일반 평의회 승인없이 군역대납금·공과금을 부과하지 못한다고 정한 *Magna Carta* 제12조는 조세법률주의의 기원으로, 자유인은 같은 신분을 가진 사람에 의한 재판이나 국법에 의하지 않으면 체포·감금할 수 없다고 정한 제39조는 죄형법정주의의 기원으로 평가될 수 있다.

7) Coke는 “국회의 제정법이 보편적 정의와 이성에 반하거나 보통법에 반하는 경우 또는 그 자체가 모순되거나 집행이 불가능할 경우, 보통법은 그것을 억제하고 이러한 법률을 무효라고 판단할 수 있다.”라고 주장하였다. 이러한 Coke의 주장은 미국의 위헌법률심사제의 이론적 근거가 된 것이라고 평가되기도 한다(Coke, 2003; Fletcher, 1996: 35에서 재인용).

제정법의 우위로 그 내용이 변화되었다. 영국의 법의 지배는 19세기 말 자유주의 사상과의 관련 속에서 발전하였고 Dicey는 그의 저서를 통해 이러한 내용을 정리하였다. Dicey(1952)는 그의 헌법학입문에서 영국헌법의 3가지 지침원리를 제시하였는데, 첫째는 의회주권(Part I. The Sovereignty of Parliament),⁸⁾ 둘째는 법의 지배(Part II. The Rule of Law), 셋째는 법규범 형식으로서의 헌법과 관행으로서의 헌법의 관계(Part III. The Connection between the Law of the Constitution and the Conventions of the Constitution)를 내용으로 하고 있다. 이 중 법의 지배는 의회법의 우위, 법 앞의 평등, 영국 헌법의 특수성의 세 가지 내용으로 요약될 수 있다. 의회법의 우위는 왕권에 대한 의회법(ordinary law)의 절대적 우위를 뜻하며, 자의적 권력으로부터 국민의 자유를 보장하는 의미를 갖는다. 법 앞의 평등은 모든 계층에 평등하게 일반법원에서 일반법의 적용을 받는다는 의미이며, 국가에 대한 소송도 특별재판소(예컨대 행정법원)가 아닌 일반법원의 심판을 받아야 한다는 내용이다(Dicey, 1952: 183~205). 영국 헌법의 특수성은 영국 헌법의 원칙들은 법원 판례의 결과라는 것이다. 즉 영국의 법의 지배는 절차법적 내용을 강조하면서 그 실질적·내용적 보장은 법원을 통해 이루어진다는 의미이다. 그러나 행정국가화의 경향이 나타나는 오늘날 Dicey의 정리는 그대로 적용되기는 어렵고, EU헌법의 국내이행을 위해 영국인권법(Human Rights Act)이 제정됨으로써 상황이 많이 달라지게 되었다. 즉 앞서 언급한 것처럼 영국에서는 의회주권의 원칙에 따라 의회가 아무런 제약없이 입법권을 행사할 수 있었는데, 이러한 사정은 영국이 “유럽인권보호조약(European Convention on Human Rights)”에 가입하고 이 규약의 국내이행을 위한 인권법을 제정·시행하면서 달라지게 되었다. 인권법에 의하면 영국의 법원은 의회입법이 유럽인권규약에 합치되지 않는 경우 ‘불합치선언(declaration of incompatibility)’을 할 수 있다. 또한 이러한 불합치선언이 있는 후에는 의회입법의 개정이 뒤따라야 한다. 즉 현재의 영국에는 의회입법에 대한 성문화된 상위법이 존재하게 되었고, 법원을 통한 권리보호가 강화되게 되었다.

독일 법치국가(Rechtsstaat)사상의 형성은 근대 시민사회의 이성적 질서에 관한

8) 의회주권은 영국 정치제도를 특징짓는 원리로서, 의회가 어떠한 법이든 제정하거나 폐지할 권리를 갖는다는 것과 어떠한 개인이나 기관도 의회입법을 무효화하거나 배제할 권리를 갖지 않는다는 것을 의미한다(Dicey, 2010: 1~35).

모델을 제시하였던 Kant까지도 소급될 수 있으나, 근대 자유주의사상에 기초한 독일 특유의 법치국가사상은 19세기 이후 대두되었다. 개인의 자유보장이라는 가치를 지향하는 계몽주의의 영향을 받아 당시의 독일의 법치국가는 집행권을 억제하는 입법과 사법의 활동이라는 관념이 개인의 자유의 보호라는 국가목적과 결합되어 나타났다. 그러나 19세기 말 독일의 법치국가사상은 정치적인 상황으로 인해 형식화되기에 이르렀고, 더 이상 국가원리로 이해되지 않았다. 법치국가의 입법에 대해서는 도덕적 한계만이 부과되고 위헌심사가 부정되었으며, 행정활동은 사법적 통제 하에 있어야 한다고 이해되었다. Gneist(2005: 270)는 “법치국가는 행정재판에 의해 행정에 대한 사법적 통제를 가하는 국가”라고 정의하였다. 즉 형식적 법치국가는 입헌군주정 하에서 국가원리, 헌법원리가 되지 못하고 법치행정의 원리로 축소되어 이해되었다. 구체적으로는 행정권의 행사를 위해서는 법률의 근거가 있어야 하며(법률유보의 원칙), 또 행정권의 행사가 법률에 위반되어서는 안 된다(법률우위의 원칙)는 것이다. 이후 입헌군주제가 붕괴되고 바이마르 공화국 하에서 국가활동의 단순한 형식적 합법성 외에 국가질서의 내용적 정당성까지도 묻는 실질적 법치국가를 구성하려는 노력이 전개되었다. 즉 내용적으로 정당한 법, 정의로운 법에 대한 요청이 높아지면서 법치주의에 대한 실질적 요청으로서 자유와 평등 및 그 구체화로서의 기본권 보장을 강조하며 헌법재판소에 의한 법률의 위헌심사제도를 두는 등 민주주의와 법치주의의 확립을 위한 노력이 행해졌다. 즉 독일에서는 민주주의가 전개되면서 비로소 법치주의가 헌법원리로 포섭될 수 있었던 것이다. 또한 1919년 바이마르헌법은 러시아혁명의 영향 하에 사회주의적 주장의 일부를 수용해서 경제적·사회적 약자에 대한 보호를 규정하였고, 2차 세계대전 후 1949년 제정된 독일 기본법은 사회적 법치국가(sozialer Rechtsstaat)라는 표현을 명문화하고(독일기본법 제28조) 전통적 법치주의의 형식적·실질적 요소 외에 사회적 정의 내지 연대성이 함께 고려되는 법치주의를 지향하고 있다.⁹⁾

9) 실질적 법치주의와 사회적 법치주의에 대해서 독일과 우리 학계는 엄격한 구별을 하고 있지 않다. 경제적 약자의 보호 없이는 정의의 실현은 불가능하므로 실질적 법치국가와 사회적 법치국가는 상당부분 그 내용이 중복되는 측면이 있지만 양자의 개념은 구별될 수 있다. 즉 양자 모두 법률내용의 정당성을 요구한다는 점에서는 동일하지만 정당성의 내용에 차이가 나타나게 되는데, 실질적 법치국가에서는 법률의 내용이 인간의 존엄 등 객관적 가치에 위반되지 않는 것에 중점을 둔다면 사회적 법치국가는 실질적 평등실현에 더 비중을 두게 된다.

미국에서의 법의 지배는 ‘적법절차(due process of law)’로 주로 표현된다. 미국의 법질서와 사법제도는 영국의 전통과 밀접하게 관련되어 있으면서도, 의회주권을 중심으로 한 법의 지배 논의를 구성하지 않았다. 미국은 엄격한 권력분립을 통한 국가권력의 제한을 시도하였는데, 1787년 미국연방헌법은 Montesquieu의 이론에 기초한 철저한 권력분립을 전제하고 이를 바탕으로 제한된 정부(limited government)의 구성을 규정하였다. 국가기관의 권력분립과 상호견제, 연방과 주의 입법권 배분 등을 통해 구성되는 복잡하고 엄격한 권력분립체계를 도입하여 시민의 자유를 보호하고자 한 것이다. 특히 다수에 의해 구성되는 의회의 독재로부터 시민의 자유를 보호하려는 목적이 컸으며, 이러한 미국헌법의 특징으로 말미암아 미국 연방 대법원은 19세기 초부터 의회가 제정한 법률에 대해 위헌심사권을 가지게 되었다. 연방대법원은 특히 인권보장과 관련하여 의회의 활동이 헌법규정에 명백히 반하는 경우가 아니더라도, 자연법적 논거 내지 영국법에 의해 발전해 온 공정하고 합리적인 절차를 기준으로 판단하기도 하였다. 이러한 점 때문에 미국연방헌법상 규정되어 있는 ‘적법절차’의 의미에 대해 관심이 집중되었다. 적법절차는 국가권력의 자의적인 행사를 절차적인 측면에서 규제한다는 의미로 시작하여 실제적인 사항에까지 확대하여 적용되는 내용으로 발전하였다(권영철, 1990: 154).

프랑스의 경우 법의 지배는 일반의사(volonté générale, general will)의 표현으로서 법률주권으로 나타나게 되었다. 즉 프랑스에서는 Rousseau의 국민주권론을 바탕으로 주권의 불가양이라는 성격에 기초하여 대의제를 비판하고 일반의사의 지배를 강조하였다. 미국의 자유주의적 권력분립과는 다른 민주적 권력분립을 전제로 민주적 다수 및 그에 의해 제정된 법률의 절대적 우위를 인정하였다. 그러나 대혁명 이후 프랑스에서는 이데올로기적 대립이 두드러지게 나타나게 되었다. 급진적 민주주의를 실현하려는 노력과 기득권 보호를 위해 급진적인 개혁을 위협시키는 경향이 함께 존재하였고 이러한 경향은 프랑스의 사법제도에도 영향을 미쳐 20세기 중반까지 의회의 입법에 대한 심사제도가 존재하지 않았다. 즉 극심한 정치적 대립과 국민주권에 기초한 민주주의의 전능성이 법의 지배가 갖는 형식적 기능성을 압도하였던 것이다. 프랑스에서는 국민주권의 결정체인 의회, 즉 입법권을 구속하는 법의 지배의 이념은 관철될 수 없었던 것이다. 따라서 프랑스에서는 영국의 법의 지배, 독일의 법치국가, 미국의 적법절차에 비교할만한 ‘법의 지배(régne de la loi)’의 법이론적 발전은 나타나지 않았다.

2) 현대의 법의 지배의 일반적 경향

지금까지 살펴본 바와 같이 각 국의 법의 지배는 상이한 역사적·정치적 배경과 발전방향을 나타내고 있다. 그럼에도 불구하고 나타나는 기본적인 공통점은 근대 시민사회의 성립과 발달, 민주주의의 발전이 법의 지배의 발전과 밀접한 관련이 있다는 점이다. 시민세력의 성장과 더불어 군주의 절대적 권력을 제한함으로써 국민의 자유와 권리를 보호하려는 움직임은 정치이념의 측면에서는 국민주권의 관철로, 또 국가권력의 행사라는 측면에서는 법의 지배의 실현으로 나타나게 되었던 것이다.

오늘날 법의 지배는 각 국의 역사적 배경과 발전과정의 차이에도 불구하고 동일한 이념의 실현에 봉사하는 것으로 이해되고 있다. 법의 지배는 국가권력의 전 과정, 즉 입법-행정-사법의 모든 국가권력의 행사를 객관적이고 공정한 법에 구속 되도록 함으로써 인간존엄의 이념 하에 자유롭고 평등한 국가 법질서의 형성과 유지를 과제로 삼고 있는 것이다. 즉 오늘날의 법의 지배는 형식적 요소에만 국한되지 않는 실질적 내용으로 일반적으로 이해되게 되었다. 그러나 이러한 바람직하다고도 할 수 있는 발전은 법의 지배 논의를 더욱 어렵게 하는 측면이 있다. 법, 헌법적 가치, 정의 등의 실체에 대한 질문이 구체적으로 제기되었고, 규범에 관한 문제와 사실에 관한 문제가 동시에 제기된 것이다. 법은 민주주의적 결정의 대상이 되었지만 그럼에도 불구하고 법으로서의 독자성을 가져야 한다. 실질적 가치들을 지향한다는 점에서 법의 지배원리는 실질화되었지만 국가목적 실현하는 민주주의적 과정에 정당한 제도적·절차적 기준을 형성하고 적용하는 규범으로서의 형식성 역시 여전히 보유하여야 한다는 점이다(Zacher, 1997: 393). 또한 법의 지배는 독자적인 헌법원리이지만 헌법질서 속에서 또 다른 헌법원리인 민주주의와의 상호관련 속에서 비로소 실현될 수 있다는 구조를 갖게 되었다는 점이다(전광석, 2011: 12).

3. 법의 지배와 민주주의

1) 법의 지배와 민주주의의 상호관련성의 계기

앞서 살펴 본 대로 서양 근대에 있어서 모든 법의 지배가 처음부터 민주주의와 관련성을 가지고 성립되었던 것은 아니다. 법의 지배는 오히려 역사적으로 보면 군주정을 배경으로 기원하였으며, 이때의 법의 지배가 이념적·제도적으로 민주주의와 연관성을 가졌던 것은 아니다. 각 국의 차이는 있지만 17-18세기에 형성된 법의 지배 원리는 군주권력의 제한과 권력분립, 국민의 권리보호와 사법부의 독립이라는 특징으로 요약될 수 있을 것이다. 이처럼 통치방법으로서 인식되던 법의 지배가 법원리로서 확립되는 시기는 독일의 경우에는 형식적 법치국가를 배경으로 하는 19세기 후반부터(Schmidt-Abmann, 1987: 987~1043), 영국의 경우에는 Dickey의 저서를 통해 그 내용이 체계화된 때로부터라고 할 수 있다(Allan, 1995: 1; 김도균, 2005: 485). 그러나 이 시기에도 법의 지배의 형식성은 극복되지 못하였고 법의 지배 원리가 헌법원리로서 인식되지는 않았다. 그 후 계속되는 정치적 변화 속에서 헌법구조적 요소가 보충되었고, 법을 기준으로 국가행위를 심사하는 보편적인 가능성이 인정되었다. 이와 함께 법의 지배에 있어서 지배의 기준인 법의 내용을 결정하는 권한이 누구에게 귀속되는가 하는 문제와 더불어 이러한 결정은 어떠한 절차를 통하여 이루어지는가 하는 문제가 제기되었다. 이것이 법의 지배가 민주주의와 연관성을 갖게 되는 계기가 된 것이다(전광석, 2011: 5).

2) 법의 지배와 민주주의 그리고 좋은 정부

그렇다면 법의 지배와 정부의 질을 논의함에 있어 민주주의를 배제하고 접근하는 것이 과연 가능하고 의미있는 것일까? 우리 헌법은 제1조에서 대한민국이 민주공화국임을 선언하고, 침해되어서는 안 될 민주주의의 핵심이자 헌법질서를 구성하는 가치로서 ‘자유민주적 기본질서’를 전문과 제4조에 규정하였다.¹⁰⁾ 그러나 자유민주적 기본질서는 민주주의가 실현해야 할 가치들을 적극적으로 규정하고 있는 것이 아니라 민주주의의 실현을 위해서 침해되어서는 안 될 최소한의 핵심요소들을 소극적으로 담고 있다. 우리 헌법재판소는 자유민주적 기본질서에 대해 다음과 같은 판시를 하였다.

10) 헌법 전문: “우리 대한민국은 …… 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 ……” 헌법 제4조 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다.”

“자유민주적 기본질서에 위해를 준다 함은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배, 즉 반 국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것으로서 구체적으로는 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부 체제를 파괴·변형시키려는 것이다.”¹¹⁾

독일연방헌법재판소도 자유민주적 기본질서(freiheitlich-demokratische Grundordnung)에 대해 다음과 같이 정의하였다.

“자유민주적 기본질서란 모든 형태의 폭력적·자의적 지배를 배제하고 국민의 자주적 결정에 기초하는, 그 때 그 때의 다수에 따라 그리고 자유와 평등에 따라 구성된 법치국가적 통치질서를 말한다. 이러한 질서의 기본적 원리에 속하는 것으로는 최소한 다음과 같은 것들을 들 수 있다. 헌법에 의해 구체화된 인권, 특히 생명과 인격의 자유로운 발현에 관한 개인의 권리의 존중, 국민주권, 권력분립, 책임정치, 행정의 합법성, 법원의 독립, 복수정당제와 야당의 합헌적 형성과 활동에 관한 권한을 포함한 모든 정당의 기회균등.”¹²⁾

최대한의 자유와 평등이라는 민주주의의 이념은 가능한 한 폭넓게 인정되는 다원성 속에서만 실현될 수 있으며, 자유민주적 기본질서는 다원성을 부인하거나 이를 일정한 가치 속에 구속시키는 것이 아니라 다원성이 실질적으로 가능하게 하기 위한 공동의 기초를 확보하는 의미를 갖는다. 따라서 이러한 의미에서 본다면 민주주의를 배제한 법의 지배 논의, 정부의 질 논의는 다원성이 부정된 국가의 법의 지배, 좋은 정부에 관한 논의라고 할 수 있을 것이다. 현실적으로 국가 전체가 하나의 이념을 지향하여 실질적으로 정치적 다원성이 결여되어 있는 경우에는 민주주의의 실현가능성은 낮다. 또한 특정한 가치가 규범적으로 독점적 지위를 갖는 경우에는 이러한 가치 아래에서 법의 지배원리 역시 형식적이고 무력하다. 즉 사실적 또는 규범적으로 특정한 가치가 독점적이고 지배적인 위치를 갖는 경우 이는 본질적으로 민주주의와 조화될 수 없으며 법의 지배원리를 형식화시킨

11) 헌법재판소 1990. 4. 2, 89헌가113 결정.

12) BVerfGE 2,1(12f.).

다. 통상적으로 전체주의에서의 법의 지배를 대표적인 예로 들 수 있는데, 이러한 국가에서는 법의 지배가 아닌 가치의 독재가 나타나게 된다. 사실상 단일 가치가 지배하거나 혹은 규범적으로 단일 가치가 지배하여야 하는 상황이라면 조정이 필요한 갈등, 그 당연한 결과로서 이를 조정하는 과정에 적용될 헌법원리가 존재할 필요가 없기 때문이다(전광석, 2011: 17). 법의 지배의 원리와 정치적 결정이 충돌하는 경우 전체주의국가에서는 후자가 전자에 우선하게 된다. 법은 정치의 산물이라고 할 수 있지만 동시에 정치에 대한 구속력을 가져야 한다. 정치(또는 종교 등 그 국가의 절대적 가치)와 법의 갈등에 있어서 정치가 명확히 우월한 지위를 갖는다면 법의 지배는 실현될 수 없다. 이러한 상황에서 법의 지배의 원리는 개인에게 예측가능성을 부여하는 기능, 즉 법적 안정성마저 보장할 수 없다.¹³⁾ 법적 안정성은 법의 지배의 가장 기본적인 내용이라고 할 수 있는데, 다원성이 인정되지 않는 국가에서 법적 안정성은 법의 내용이 정치적 가치와 충돌하지 않는 범위 내에서만 보장될 수 있을 뿐이다(전광석, 2011: 16). 또한 이러한 국가에서의 법은 특정 가치의 지배를 담보하는 기능만을 가질 것이다.¹⁴⁾

그렇다면 좋은 정부에서의 법의 지배와 민주주의는 어떠한 관계로 설정되어야 하는지의 문제가 남게 된다. 법의 지배라는 지표를 통하여 정부의 질을 측정하려고 하는 경우 앞서 서론에서도 언급한 것처럼 자유민주주의체제하에서 역사적·학문적 발전을 거쳐 성립된 현대의 법의 지배 논의가 그대로 적용되어야 할 것인지, 법의 지배를 민주주의와 분리된 또는 분리될 수 있는 독자적이고 객관적인 내용

13) Fuller는 법의 내적 도덕성의 중요성과 함께 다음의 여덟 가지 원리, 즉 ① 일반성, ② 공표, ③ 비소급성, ④ 명료성, ⑤ 비모순성, ⑥ 순응의 가능성, ⑦ 일관성(법적 안정성), ⑧ 제정된 법률과 그 적용 사이의 일치성이 충족되지 못하면 법의 지배는 구현될 수 없다고 보았다. Fuller의 이러한 설명은 법의 지배의 보편적 요건으로서 많은 학자들에 의해 지지되고 있다(Fuller, 1963: 52). 그러나 우리 헌법재판소가 법의 지배(법치주의)를 구성하는 원리들로서 ① 인간의 존엄과 자유·평등, ② 법의 우위, ③ 기본권의 보장(적법절차에 따른 국민의 자유와 권리의 보장), ④ 권력분립(권력분립의 요청과 그에 따른 포괄적 위임입법의 금지요청), ⑤ 법규범간의 위계질서와 그에 대응하는 법규범 통제 및 권리구제제도, ⑥ 행정의 법률적합성과 행정작용에 대한 사법적 통제, ⑦ 법적 안정성의 요청(법률의 명확성과 구체성을 통한 예측가능성 및 신뢰보호), ⑧ 죄형법정주의의 요청과 진정소급입법의 엄격한 제한 등을 들고 있는 점(김도균 외, 2005: 22~23)과 비교해볼 때 Fuller의 법의 지배는 형식적이고 낮은 수준에 그친다고도 할 수 있다.

14) 예를 들어 사회주의국가에서는 사회주의적 가치들을 법의 지배의 실질적 조건으로 설정할 것이기 때문이다(김도균 외, 2005: 44).

으로 재구성하여 검토를 시도할 것인지, 어떠한 민주적 가치는 반영하고 어떠한 민주적 가치는 배제하여 판단할 것인지를 문제가 남게 된다. 그러나 민주주의와 충분히 결합되지 않은 법의 지배, 민주주의적 요소를 충분히 인식하지 않은 정부의 질 논의는 한계 내지 모순을 가질 수밖에 없다고 생각된다. 지금까지 살펴 본 것처럼 좋은 법의 지배, 좋은 정부는 민주주의 내지 민주주의적 가치를 전제로 하고 있기 때문이다. 실제로 '민주주의의 질(Quality of Democracy)' 논의는¹⁵⁾ 정부의 질 논의와 상당히 중첩성을 보이는데, 특히 법의 지배와 책임성은 양자 모두 공통적으로 강조하고 있는 요소들이며(김선혁, 2011: 62), 이러한 점은 민주주의와 법의 지배, 민주주의와 좋은 정부가 분리되기 힘든 관계에 있음을 재차 확인할 수 있게 해준다. 세계의 대부분의 국가들이 민주주의체제를 취하고 있거나 자칭 민주주의를 표방하고 있는 상황에서 민주주의인가 아닌가라는 질문은 더 이상 큰 의미를 갖지 못하며 오히려 '어떠한 민주주의인가?'라는 질문이 정부의 질을 파악하는데 보다 의미가 있다는 견해도(김선혁, 2011: 53) 이러한 문제의식과 닿아 있다고 할 것이다.

앞서 살펴 본 것처럼 법의 지배의 성립 당시에는 민주주의가 전제되지 않았으며, 현재에도 자칭 민주주의를 표방하고 있지만 하나의 절대적 가치에 의해 이끌어지는 국가도 존재한다. 법의 지배와 관련하여 현재 세계의 이러한 다양한 민주주의의 구현형태를 권위주의인지 민주주의인지 단절적으로 구분하는 것이 아니라 한 스펙트럼상의 연속선상에서 이해할 필요가 있다. 이것이 정부의 질 연구에서 지표로서의 법의 지배를 이해하는 방법이라고 할 수 있다. 최장집은(2008: 16~17) 법의 지배와 민주주의의 이해에 있어 양자가 서로 다른 수준에서의 독자성을 갖지만 상호 밀접한 연관성을 가지는 것으로 하나의 '대위법적(contrapuntual) 관계'로 접근할 수 있다고 보았다.¹⁶⁾ 즉 그에 의하면 민주주의가 잘 작동할 때 법

15) 민주주의의 질은 법의 지배, 참여, 경쟁, 책임성, 자유, 평등 등의 지표로 개념화되고 측정된다는 것이 학계의 일반적인 입장이다(김선혁, 2011: 61).

16) 그에 의하면 이때의 대위법은 음악 작곡의 한 기법으로서 대위법을 의미하며, 그것은 두 개 이상의 주제 또는 음률이 각기 독립적인 특색을 가지면서도 동시에 결합해 하나의 음악을 만들어내는 것을 의미한다. 음악적 대위법을 법의 지배와 민주주의의 관계에 적용하고자 하는 이유는 양자는 독립된 것으로서 어느 하나로 환원될 수 있는 문제는 아니지만 서로 영향을 미치면서 상호관계를 갖는다는 의미를 강조하고자 한 것이라고 한다(Maravall and Przeworski, 2003, 안규남·송호창 역, 2008: 17 각주 4).

의 지배에 근접할 수 있고, 그렇지 못할 때 그것은 법을 앞세운 지배로 퇴행할 수 있으며, 역으로 좋은 법의 지배가 관철될 때 그것은 좋은 민주주의를 가져올 수 있다는 것이다(최장집, 2008: 17).

필자는 정부의 질 연구가 앞서 언급한 것처럼 권위주의와 민주주의 등 다양한 민주주의의 구현정도를 갖는 지구상의 모든 정부를 하나의 긴 연속선상에 놓고 비교연구를 시도하는 것을 지지하되, 민주주의에 대한 가치중립적인 연구가 전제될 필요는 없다고 생각한다. 오히려 민주주의를 전면에 내세우지는 않더라도 평가지표로서의 법의 지배의 내용에는 정부의 질을 평가할 수 있을 만큼의 민주주의적 요소가 수용되어 있어야 할 것이라고 생각한다. 그렇지 않다면 ‘좋은’ 정부의 평가는 왜곡될 수 있고 공허해질 수 있기 때문이다. 형식적인 준법성, 절차적 투명성 등이 준수된다고 하여 법의 지배가 잘 이루어지는 좋은 정부라고 할 수는 없기 때문이다. 다원적 가치가 인정될 수 있어야 하고 법의 내용이 정당하여야 하며, 민주주의와 권력분립에 근거하여 정당하지 못한 법에 대한 통제를 할 수 있어야 한다. ‘민주주의의 이상에서 법의 지배를 어떻게 파악할 것인가?’라는 물음이 법의 지배 논의의 핵심적 논점이라는 설명 역시 법의 지배와 민주주의와의 관련성, 민주주의가 없는 법의 지배의 공허함을 잘 나타내주고 있는 지적이다(Heller, 1930, 김효전 역, 1996: 20).¹⁷⁾

Ⅲ. 좋은 정부의 법의 지배는 ‘어떠한 법’의 지배인가?: 법의 지배에서의 법

1. 법률주의와 입헌주의

지금까지 정부의 질과 법의 지배 논의와 민주주의의 상호관련성에 대해 살펴보

17) “인권의 부정, 만연한 빈곤, 인종차별, 성적 불평등, 종교적 억압에 기초하는 비민주적 법체제가 민주정체의 법체제보다도 원칙적으로는 더 잘 법치의 요청들에 부합할 수 있다. 법치의 요청을 충족시키면서도 법을 나쁜 목적에 봉사하게 할 수도 있는 법체계가 존재할 수 있는 것이다.”라는 Raz의 설명에서도 이러한 점은 잘 나타난다(Raz, 2009: 212~213).

았다. 이제 연속되는 논의로서 법의 지배에서의 ‘법’이라는 것에 집중한 검토를 해 보고자 한다. 법에 집중하여 법의 지배를 논의할 때 두 가지로 관점을 나누어 설명할 수 있다. 먼저 법실증주의적 관점에서 본 법의 지배이다. 현대의 법실증주의 법학자인 Raz(2009: 210)는 가장 명확하고 권위있는 법의 지배의 개념을 Hayek에서 찾았는데, Hayek(1944: 54)는 법의 지배를 다음과 같이 정의하였다. “법의 지배란 국가권력의 모든 행사가 미리 확정되고 공포된 규범(rules)에 의하여 구속되는 원리인데, 이때의 규범은 국가가 일정한 상황에서 자신의 강제력을 어떻게 행사할 것인지 각 개인이 타당한 확실성(fair certainty)을 가지고 예측할 수 있도록 하여야 하며 이러한 지식을 바탕으로 개인의 자신의 일을 계획할 수 있도록 하는 것이어야 한다.” 즉 법실증주의적 입장에서 법의 지배는 구성요건과 그 구성요건이 충족되면 발생할 법률효과가 명확하게 실정적으로 규정되어 있는 법규범에 의한 지배로 설명될 수 있다. 이 때의 법의 지배란 ‘좋은 법’의 지배가 아니라 ‘실정법률’의 지배이며(Fletcher, 1996: 32~33; 김도균 외, 2005: 30), 이러한 견해는 법률주의(legalism)라고 표현될 수 있다.

다음은 자연법론의 관점에서 법의 지배를 ‘상위법(higher law)’¹⁸⁾의 지배로 이해하는 견해이다. 이 입장에 따르면 법의 지배란 ‘일정한 도덕적 요청들과 정의의 요청을 충족하는 법’의 지배를 의미한다(Fletcher, 1996: 34). 이러한 입장은 곧 법률의 목적과 내용이 헌법이념에 부합되어야 한다는 입헌주의(constitutionalism)와 관련될 수 있으며, 이때의 법의 지배는 ‘헌법과 법률의 지배’를 의미하게 된다. 독일 기본법과 헌법재판소의 결정은 상위법의 지배, 입헌주의에 대한 좋은 설명을 해주고 있다(김도균 외, 2005: 31). 먼저 독일 기본법은 제20조 3항에서 “입법부는 합헌적 질서(verfassungsmäßige Ordnung)에, 행정부와 사법부는 법률과 법(Gesetz und Recht)에 구속된다”라고 규정하고 있으며, 이에 대해 독일헌법재판소는 다음과 같은 입장을 천명하였다.

“권력분립 및 법치국가의 핵심적 요소로서 법관은 법률에 따라 재판하여야 한다는

18) 'higher law'는 법실증주의에서의 도덕과 분리된 법이 아닌 도덕적 요청과 정의의 요청에 부합하는 내용을 가진 법을 의미한다(Fletcher, 1996: 34). 따라서 이때의 higher law는 실정법률보다 상위에 있는 도덕률과 결합된 법을 의미하며, 우리말 번역이 다소 오해의 소지가 있을 수 있으나 그대로 상위법으로 표현하고자 함을 밝혀둔다.

전통적인 법률기속원칙은 독일 입헌민주주의 법체계에서는 '법원의 판결은 법(Rechts)과 법률(Gesetz)에 구속된다'는 원칙으로 변화되었다. 이는 독일 법체계가 협소한 법률실증주의적(ein enger Gesetzespositivismus) 입장을 거부하고 있음을 나타낸다. 법과 법률이라는 표현은 실정법과 법이 실제에서는 대체로 일치하지만 법이 실정적으로 환원될 수는 없다는 일반적인 인식에 근거하고 있다. 즉 법은 실정법규의 총합 이상의 무엇을 포함하고 있다는 것이다. 입헌적 법질서 내에 그 근원을 두고 있는 법에 있어서 실정법을 넘어서는 무엇(ein Mehr an Recht)이 존재할 수 있고, 이것은 국가권력이 제정한 실정법규에 대해서 교정자로서의 역할을 한다. 법에 있어서 실정법 이상의 무엇을 찾아내어 판결에서 구체화하는 것이 바로 법원의 과제이다. 다시 말하면 법원의 과제는 입헌적 법질서에 내재해 있지만, 실정법의 문언으로 표현되지 않고 있거나 불충분하게 표현된 가치들 및 규범들을 가치평가적 활동을 통하여 분명하게 드러내어서 판결에서 구체화하는 것이다. 법관은 이 때 자신의 개인적인 자의적인 견해로부터 벗어나서 합리적인 논증에 자신의 판결을 근거지어야 한다. 법원의 결정은 실천이성의 기준과 사회에서 타당하다고 인정된 일반적 정의관념에 따라서 법률의 흠결을 보충하여야 한다는 것이다.¹⁹⁾

이처럼 법의 지배를 상위법의 지배, 입헌주의로 이해하는 경우에는 국가가 제정한 실정법 이상의 것으로 입헌적 법질서 내에 근원을 두고 있는 법의 지배로 이해하게 된다.

김도균 외(2005: 32)는 법률주의와 입헌주의를 다시 법실증주의와 자연법론과 관련지어 보다 세분화하여 정리하였다. 권위적 법실증주의와 민주적 법실증주의, 비합리적 자연법론과 민주적 자연법론의 구분이 그것이다. 그에 따르면 '권위적 법실증주의'는 국가지상주의와 법실증주의가 결합되어 형식적인 절차에 따라서 국가가 제정한 실정법이라면 그 내용을 불문하고 그에 따른 통치가 정당하다고 보는 것이다. '민주적 법실증주의'는 시민들이 적극적으로 공공적 결정에 참여하는 공화주의와 법실증주의가 결합되어 국민주권 원리를 중심으로 하여 이루어진 의회에서의 심의와 결정을 법치의 근본구조로 보는 것이다. '비합리적 자연법론'은 인종주의, 성차별주의, 인습주의 등의 비합리적 원리에 근거한 자연법을 상위법으로 이해하고 그러한 법의 지배를 강조하는 것이다. '민주적 자연법론'은 민주

19) BVerfGE 34, 269(288).

주의적 가치와 도덕적 기본권들에 의해 걸러진 자연법 원리들을 상위의 법으로 보고, 의회에서 심의되고 결정된 것을 법원이 다시 한 번 상위법의 내용에 비추어 심사할 수 있는 헌법재판제도를 민주주의의 중요한 장치로 이해하고 있다. 앞서 살펴 본 법률주의는 일반적으로 민주적 법실증주의에 바탕을 둔 민주적 법치국가(demokratischer Rechtsstaat)로, 입헌주의는 민주적 자연법론에 근거한 민주적 입헌국가(demokratischer Verfassungsstaat)로 독일 헌법학계에서는 이해되고 있다(Alexy, 1995: 7; 김도균 외 32-33).

법률주의와 입헌주의, 실정법률의 지배와 상위법의 지배 논의는 법의 지배의 목적을 달성하는데 어떤 유형의 법의 지배가 나은가 하는 문제와 관련되게 된다. 나아가 정부의 질을 평가하는 지표로서 어떠한 유형의 법의 지배가 나은가 하는 논의도 가능할 것이다. 이러한 논의에 있어서도 역시 민주주의와의 관련성이 핵심적인 논점이 되게 된다. 즉 국민의 절차참여, 국민의 기본권 보장을 위한 내용적으로 정당한 법, 권력분립에 근거한 입법에 대한 통제제도 등이 법의 지배에서의 ‘법’의 정당성을 담보하게 되며, 이는 곧 민주주의의 가치와 직결되는 것이기 때문이다.

2. 형식적 법의 지배와 실질적 법의 지배

지금까지 살펴본 내용들은 형식적 법의 지배와 실질적 법의 지배라는 표현으로 정리할 수도 있을 것이다. 형식적인 법의 지배는 표현 그대로 형식적 요건들을 법의 지배의 주된 요소로 다룬다. 앞서 언급했던(각주 9) Fuller의 법의 지배의 구현요소에 따르면, 정당한 권한있는 기관에 의해 법률이 제정되고 공포되는 것, 소급효가 금지되는 것, 법적 안정성이 보장되는 것 등이 법의 지배의 형식적 요소에 해당한다고 할 것이다. 즉 형식적 법의 지배는 법 그 자체의 내용에 대한 판단은 하지 않는다. 법의 정당성이나 정의에 대한 판단은 유보하고 권력행사가 법률에 근거하여 또는 법률이 정한 절차에 따라 이루어졌는지에 관심을 가지는 것이다(김도균 외, 2005: 33). 법의 지배에 대한 형식적 이해는 정의에 맹목적이라는 점, 나치의 경우처럼 법률적 불법(Gesetzliches Unrecht)을 낳을 수 있다는 점에서 한계를 가진다.

이에 비해 실질적 법의 지배는 법의 형식적 요건들을 고려하면서도 일정한 실질적 권리들이나 정의 또는 도덕적 원리들이 법치의 기반을 이룬다고 본다. 법의 지배에 대한 형식적 이해는 ‘법에 의한 지배(rule by law)’라고도 할 수 있을 것인데, (실질적인) 법의 지배(rule of law)는 법에 의한 지배를 포함하지만 법에 의한 지배는 법의 지배를 반드시 포함하지는 않는다. 법에 의한 지배는 통치와 통제의 도구로서의 법의 속성에 중심을 두지만, 법의 지배는 국가권력에게 법이 부여하는 권한의 측면과 미리 존재하는 법에 의해서 확립된 한계 내에서의 통치측면(권력의 제한)을 강조한다.

그러나 법에 의한 지배와 법의 지배, 형식적 법의 지배와 실질적 법의 지배는 완전히 대립되는 개념이기보다는 연속선상에 있으며 서로 배타적인 선택지가 아니다(Maravall and Przeworski, 2003, 안규남·송호창 역, 2008: 50). 모든 법의 지배에 있어 ‘형식적 합법성’은 최소한의 공통되는 요소가 되기 때문이다. 폭력과 자의에 의한 지배보다는 법에 의한 지배가, 법에 의한 지배보다는 실질적인 법의 지배가 어찌면 더 나은 것이라는 점에서 이들은 비교의 선상에 있는 연속적인 개념이라고 보아야 할 것이다. 우리 헌법재판소도 법의 지배를 형식적 법의 지배와 실질적 법의 지배로 구분하고 양자를 모두 요청하고 있는데, 다음의 판시는 이러한 점을 잘 나타내고 있다.

“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 적법절차를 요구하는 법치주의를 의미하며, 헌법 제38조, 제59조가 선언하는 조세법률주의도 이러한 실질적 적법절차가 지배하는 법치주의를 뜻하므로, 비록 과세요건이 법률로 명확히 정해진 것일지라도 그것만으로 충분한 것은 아니고 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상 요구되는 제 원칙에 합치되어야 한다.”²⁰⁾

따라서 앞서 II장에서 언급하였던 것처럼 정부의 질 연구가 다양한 민주주의의 구현정도를 갖는 지구상의 모든 정부를 하나의 긴 연속선상에 놓고 비교연구를 시도하되, 정부의 질을 측정하기 위한 지표로서의 법의 지배의 내용에는 민주주

20) 헌법재판소 1994. 6. 30, 93헌바9 결정.

의적 요소가 수용되어 있어야 할 것이라는 필자의 견해는 여기에서도 동일하게 적용된다.

김도균 외(2005: 42~46)는 형식적 법의 지배와 실질적 법의 지배를 기본으로 하여 법의 지배의 유형을 보다 세분화하였다. 그에 따르면 법의 지배는 형식적 권위주의적 법의 지배, 형식적 중립주의적 법의 지배, 형식적 민주주의적 법의 지배, 실질적 자유시장주의적 법의 지배, 실질적 자유주의적 법의 지배, 실질적 복지주의적(사회주의적) 법의 지배로 구분될 수 있다. ‘형식적 권위주의적 법의 지배’는 대체로 독재국가에서 나타나며 법에 의한 지배가 행해지게 된다. 즉 법의 제정주체, 근원을 묻지 않고 주어진 법을 준수하느냐의 문제가 주된 법의 지배의 내용이 되는 것이다.²¹⁾ ‘형식적 중립주의적 법의 지배’에 대해서는 Hayek(1978: 653)의 견해가 대표적이데, 법의 지배의 목적을 자유의 보장으로 이해하고 법규범의 일반성, 법의 평등성, 법적 안정성의 요구가 충족된다면 법의 지배가 실현된다고 보았다. 더 나아가 법이 실질적 정의를 실현하기 위해 법을 이용하게 되면 반드시 앞서 언급한 법의 지배를 위한 세 가지 요건 중 하나를 침해하게 되고 따라서 자유도 제약되게 되므로 바람직하지 않다고 보았다. 형식적 중립주의적 법의 지배는 상위 법의 지배, 즉 입헌주의와는 모순되는 측면이 있다. ‘형식적 민주주의적 법의 지배’에서는 형식적 법의 지배와 민주주의의 결합이 나타나는데, 이때의 민주주의 역시 형식적으로 이해된다. 즉 법의 제정에 참여한 구성원들의 합의가 적절한 절차에 따라 이루어진 것이라면 그 합의에 의해 제정된 법은 내용과 상관없이 정당하다고 본다(Tamahan, 2004: 3). ‘실질적 자유시장주의적 법의 지배’는 민주적으로 구성되었고 다수의 합의에 의해 정해진 법률이라고 하더라도 개인의 재산과 자유를 제약하는 내용을 담고 있으면 정당하지 않다고 본다. 자유시장주의적 법치관이라고 할 수 있다. ‘실질적 자유주의적 법의 지배’는 평등지향적 자유주의의 법치관이라고 할 수 있으며, Dworkin(1985: 205~213)의 견해가 이러한 법의 지배의 유형에 해당한다 하겠다. ‘실질적 복지주의적 법의 지배’는 법의 실질적 가치들을 매우 중요하게 인식하고 있는데, 실질적 평등, 사회보장의 문제 등을 중요한 가치로

21) 이러한 유형의 법의 지배의 예로 Hobbes의 법치관, 현재 중국의 법의 지배가 자주 언급된다. 중국의 법의 지배를 依法治國, 형식적 법치주의, 법제주의라고 표현하기도 한다(정연부, 2009: 456; Tamahan, 2004: 3).

강조하고 있다.

이상의 분류를 검토한다면 형식적 법의 지배의 유형들은 법의 내용적 정당성에 대한 판단을 하지 않음으로써 법률적 불법이 행해질 수 있는 한계가 지적될 수 있다. 그러나 법의 지배를 실질적으로 이해한다고 해서 반드시 좋은 법의 지배인가 하는 것에는 의문이 있다. 법의 지배의 실질적 조건을 이룰 그 국가나 사회의 가치가 무엇인가가 중요하기 때문이다. 즉 앞서 본 ‘실질적 자유지상주의적 법의 지배’에서처럼 무제한적인 자유의 보장이라는 가치는 좋은 법의 지배를 형성할 수 없다. 전체주의나 특정 종교적 가치를 법의 지배의 실질적 조건으로 하는 경우에도 마찬가지이다. 결국 이러한 문제는 자연법론, 상위법의 지배, 실질적 법의 지배가 정당한 내용을 담고 있는지로부터 출발되며, 결국 민주주의와 결합되어 온전한 의미를 갖는 것이라 하겠다. 형식적 법의 지배의 한계를 극복한 실질적 법의 지배가 좋은 법의 지배가 되기 위해서는 법의 지배의 실질적 조건인 사회정의의 내용이 무엇인가가 핵심이 될 것이며, 이것은 민주주의의 구현을 통해서만 해결될 수 있는 문제일 것이다.

VI. 맺는 말

정부의 질 연구가 가치중립적 비교연구를 추구하여 지구상의 모든 정부에 적용시킬 수 있는 비교의 기준을 모색한다는 점은 그 의의가 매우 높고 평가된다. 또한 정부의 질 연구가 다양한 민주주의의 구현정도를 갖는 지구상의 모든 정부를 하나의 긴 연속선상에 놓고 비교연구를 시도하는 것을 필자는 지지한다. 그러나 민주주의에 대한 가치중립적 연구가 전제될 필요는 없다고 생각한다. 이러한 가치중립성의 추구는 정부의 질 연구에서 법의 지배의 개념을 불편부당성(Impartiality)이나 부패(Corruption) 등의 경우보다 더욱 형식적으로 이해하도록 하고 있다. 법의 지배는 공직자가 법과 정책에 규정된 것을 기계적으로 단순히 따르는 것을 의미하는 반면, 불편부당성은 공직자가 법과 정책에 규정된 것을 원칙적으로 따르지만 상황에 따라 공직자의 전문성과 유연성이 발휘될 수 있는 여지를 부여하는 것이라고 본 Rothstein and Teorell(2008: 203)의 설명은 이러한 인식을 잘 나타내주

는 것이라고 할 수 있다. 부패에 대한 통제제도 역시 민주주의원리를 근간으로 구성되어야 하는 것으로 이해되고 있다. 그러나 이러한 법의 지배의 형식화는 좋은 정부 연구에 유의미한 좌표를 제시해줄 수 없다.

이 논문에서 살펴본 것처럼 정부의 질을 평가하기 위한 지표로서 법의 지배는 민주주의 내지 민주주의적 가치와 완전히 분리될 수 없다. 민주주의적 요소와 충분히 결합되지 않은 법의 지배는 형식화되며 이를 통해 정부의 질을 측정하더라도 좋은 정부의 척도라고 하기에는 많은 한계점과 왜곡의 가능성을 갖게 된다. 따라서 법의 지배라는 지표의 구체화에 있어 필요한 민주적 요소들을 충분히 인식하는 것이 정부의 질 연구를 유의미하게 하고 공허하게 하지 않고 왜곡시키지 않을 수 있을 것이라 생각된다. 나아가 정부의 질 연구가 현상의 분석에 그치지 않고, 의도했던 의도하지 않았든 연구의 과정과 결과를 통해 좋은 정부의 모범과 방향을 보여주게 되는 것이라면, 더더욱 법의 지배의 구성요소가 진정한 내용들로 이루어져야 할 것이다.

■ 참고문헌

- 권영철. 1990. “미국 헌법상의 적법절차의 법리와 그 전개.” 《미국헌법연구》 1: 147~190.
- 김도균·최병조·최종고. 2005. 《법치주의의 기초-역사와 이념》. 서울: 서울대학교 출판부.
- 김도균. 2005. “북한법체계에서의 법개념론과 법치주의론.” 《서울대학교 법학》 46(1): 446~451.
- 김동훈. 2011. 《한국 헌법과 공화주의》. 서울: 경인문화사.
- 김선혁. 2011. “정부의 질과 시민사회: 비판적 검토와 지표개발을 위한 시론.” 《정부학연구》 17(3): 49~78.
- 김연미. 2011. “법의 지배 -권리와 권력의 관점에서.” 《법학논고》 36: 243~272.
- 김희강. 2011. “정부의 질과 불편부당성.” 《정부학연구》 17(3): 3~18.
- 박은정. 2010. 《왜 법의 지배인가》. 서울: 돌베개.
- 전광석. 2011. “법의 지배와 민주주의 -역사적 및 이론적 단상-.” 《연세 공공거버넌스와 법》 2(1): 1~24.

- 정연부. 2009. “법치주의 기준에서 바라본 依法治国의 의미 -중국 依法治国의 형성배경과 의미를 중심으로-.” 《헌법학연구》 5(4): 455~486.
- 최장집. 2008. “한국어판 서문”. 안규남·송호창(역). 《민주주의와 법의 지배》, 16~17. 서울: 후마니타스.
- 한상수. 2009. “법의 지배에 관한 연구.” 《법철학연구》 12(1): 255~280.
- 홍준형. 2000. “제도화된 행정국가와 법치주의.” 《행정논총》 38(2): 301~318.
- Alexy, Robert. 1995. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Allan, T. R. S. 1995. *Law, Liberty, and Justice- The Legal Foundations of British Constitutionalism*. Oxford: Clarendon Press.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. 1969. Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsprinzip. in: *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*: 53~76. Frankfurt am Main: Europäische Verl.-Anst.
- Dahl, Robert A. 1989. *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press. [조기제(역). 1999. 《민주주의와 그 비판자들》. 서울: 문학과 지성사].
- Diamond, Larry and Morlino, Leonardo. 2004. "The Quality of Democracy." *Journal of Democracy* 15(4): 20~31.
- Dicey, Albert Venn. 1952. *Introduction to the study of the law of the constitution (reprinted)*. London: Macmillian and Co. Limited.
- Dworkin, Ronald. 1985. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fletcher, George P. 1996. *Basic Concepts of Legal Thought*. New York: Oxford University Press.
- Fuller, Lon. 1963. *The Morality of Law*. New York: Yale University Press.
- Gneist, Rudolph. 2005. *Der Rechtsstaat*. United States: Elibron Classics.
- Heller, Hermann. 1930. "Rechtsstaat oder Diktatur?." *Recht u. Staat in Geschichte u. Gegenwart. Bd. 68.*, Tübingen: J. C. B. Mohr [김효전(역). 1996. 《법치국가의 원리》, 20. 서울: 법원사].
- Maravall, José Maria and Przeworski, Adam. 2003. *Democracy and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press. [안규남·송호창(역). 2008. 《민주주의와 법의 지배》, 서울: 후마니타스].

- Mayer, Otto. 1895. *Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I*. München: Duncker & Humblot.
- Neumann, Franz Leopold. 1986. *The rule of law: political theory and the legal system in modern society*. UK; Dover, N. H.
- QoG Institute. 2010. Measuring the Quality of Government and Subnational Variation. Report for the European Commission Directorate-General Regional Policy Directorate Policy Development. Sweden: Quality of Government Institute.
- Raz, Joseph. 2009. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*(2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Rothstein, Bo and Teorell. 2008. "What is Quality of Government? A Theory of Impartial Government Institutions." *Governance* 21(2)(January): 165~190.
- Rothstein, Bo and Teorell. 2008. "Impartiality as a Basic Norm for the Quality of Government: A Replay to Francisco Longo and Graham Wilsom." *Governance* 21(2)(January): 201~204.
- Scalia, Antonin. 1989. "The Rule of Law as a Law of Rules." *University of Chicago Law Review* 56: 1175~1181.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard. 1987. Der Rechtsstaat. in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*: 987~1043. Heidelberg: C. F. Müller.
- Tamanaha, Brian Z. 2004. *On the rule of law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Von Hayek, Friedrich A. 1944. *The Road to serfdom*. Chicago: University of Chicago Press.
- Von Hayek, Friedrich A. 1978. *The Constitution of liberty*. Chicago: University of Chicago Press.
- Zacher, Hans F. 1997. Was kann der Rechtsstaat leisten?. in: *Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*: 394~406. München: C. H. Beck.