

법치주의의 전개와 현대적 과제

- 법치주의에 있어서 법 인격성 문제를 중심으로 -

류 시 조*

<목 차>

- I. 머리말
- II. 법치주의의 전개
- III. 법치주의의 현대적 과제로서 법의 탈인격화와 인간화
- IV. 결론

I. 머리말

법치주의는 법의 지배의 원리를 일컫는다. 이는 종래의 人의 支配에서 法の 支配로 통치 패러다임의 혁명을 의미한다. 人의 지배는 특정한 개인이나 집단의 이익을 극대화하기 위한 지배원리로서 군주나 신분 등 특정한 인간의 의사에 의한 지배로, 비록 의사결정과정에서 제도화되어 있다고 하더라도 그 의사결정은 궁극적으로 개인이나 신분의 이해를 위한 것으로서 인민의 이해와는 유리되어 법은 이들의 지배를 정당화하기 위한 수단에 지나지 않는다. 여기서 법이란 바로 이들의 의사를 擬制化한 것을 의미하게 되어 人의 지배는 결국 이들 인격의 지배로 나타난다. 그리고 이들의 의사는 인민 전체의 의사와 유리된 恣意의 支配를 의미하게 되었다.

* 법학부 교수·법학박사

그러나 법의 지배는 인격화된 전근대적 법으로부터 군주나 신분의 자의적 의사를 배제하여 법에 있어서 인격적 요소를 제거함을 의미한다. 법에 있어서 인격성을 脫化함은 법에 있어서 주관성을 배제하고 객관성을 회복함을 뜻한다. 이는 법의 객관적인 이성의 회복을 의미하여 법의 지배는 이성의 지배를 의미하게 되었다. 이 때 법의 지배는 인민의 의사에 따라 제정된 법의 지배를 의미하였다. 그러나 근대 법치주의는 군주나 신분이 없어진 역사적 공간인 시민사회에서 법을 그 정립과정의 제도화로 자의의 지배를 막을 수 있는 것으로 이해되었다. 이에 따라 법치주의는 일련의 절차를 통해 확립된 법의 형식성을 중요한 나머지 대의제에 의한 일정한 법률제정절차라는 메커니즘만을 강조하는 우를 범하게 되었다.

이는 마치 일련의 생산공정을 통해 생산된 제품인 법(률)을 품질검사도 하지 않은채 고전적 삼권분립의 이데올로기로 합법성이라는 합격판정을 내린 결과가 되어 새로운 도그마인 형식적 법(률)을 새로운 절대적 가치로 간주하게 되어 法物神論으로 까지 발전하기에 이르러 법치주의는 새로운 오류에 빠지게 되었다. 그것은 법률을 만들고 적용 집행 해석하는 일련의 과정이 객관적 인간정신, 즉 理性을 반영하는데 실패한 때문이다. 따라서 법치주의는 법의 제정·해석·적용·집행의 일련의 과정 전체상을 관찰하지 않으면 그 진면목을 파악하기 힘들다. 따라서 법치주의는 법률의 지배의 비이성적 지배가능성을 극복하기 위하여 올바른 이성의 지배로서 법의 지배를 고양하는 것이 그 과제이다.

그러나 법치주의는 종래는 법을 제정 집행하는 과정 일부만을 주로 평가하여 왔으며, 그 이외의 과정은 소홀히 취급되거나 무시되어 왔다고 할 수 있다. 따라서 법이 출현하는 모든 영역에서 모두 법이 갖는 기능을 충분히 검토하여 평가하여야 할 것이다.

법치주의는 근대나 현대나 곧 법에 있어서 人格化(Personifizierung)와 脫人格化(Depersonalisation)의 긴장관계의 연속이었다. 인격화문제는 신분제가 타파된 근대 이후에는 국가·정당·이익집단 등과 일반 시민들 간의 긴장관계로 나타나고 있다. 현대 법치주의의 과제도 법에

있어서 올바른 이성의 회복을 위한 과제가 무엇보다도 중요하다. 특히 이와 관련하여 오늘날 정당정치 내지 이익단체의 등장·통치행위개념의 긍정·법치주의가 가지는 메커니즘 자체의 한계 등으로 인하여 여전히 법치주의에 있어서의 법의 탈인격화는 중요한 과제이다. 여기서는 법치주의의 전개과정에서 법의 인격성문제를 검토하면서 이와 관련한 현대 법치주의 기본적 과제를 살펴보고자 한다.

II. 법치주의의 전개

1. 법에 있어서 인격성의 문제

법이란 사회질서를 유지하고, 구성원 상호간의 관계를 규율하기 위하여 강제적 권능에 의하여 효력이 확보된 규범으로서 내면적·개인적·비강제적인 도덕규범과 구별되는 외면성·사회성·강제성을 가진 규범이다. 근대법은 사회의 요구에 대한 반응을 제일의적으로 하며, 불준수나 위반에 대하여 궁극적으로 조직적 권력을 발휘할 수 있다는 점에서 법적 성격을 가장 선명히 나타내고 있다. 이때 법의 이념과 가치는 결코 一義的이 아니며, 가능한 모든 사회적·경제적·기술적·정책적 요구나 목적의 실현을 매개로 하는 점에서 법은 「목적의 복합체」요, 「사회적 公器」이다. 즉, 법은 개인적 이익을 초월한 사회적 이익, 즉 공익에 봉사하여야 한다는 점에서 사회성을 가지며, 또한 법은 사회 구성원 전체의 公器로서 私物化해서는 아니 된다는 점에서 공공성을 가진다. 법규범이 강제성을 가지는 근거도 바로 사회성·공공성을 가지고 있기 때문이다. 그리고 사회성·공공성은 객관적 규범, 즉 법에 의하여 담보되고, 국가통치권의 발동 또한 권력자의 자의가 아니라 객관적 규범에 근거하여 행해져야한다는 제도적 원리가 법치주의이다.

그러나 근대 이전의 법은 군주(신분제)의 의사를 법이란 형식으로 의제화한 것에 지나지 않았다. 비록 대신회의나 신분제의회 등의 의례

적 협의절차를 거쳐 제정된 것이라 하더라도 군주의 의사나 신분들의 특수 이익을 위한 것으로서 궁극적으로 군주나 신분들의 뜻과 배치될 수 없는 이데올로기적 한계를 지니고 있었다. 당시에 군주의 의사는 국가의 의사로 의제되고, 의사의 내용도 공익성을 가진다고 해도 전체 인민의 의사로 간주할 수 있는 정치시스템을 갖추지 않았으므로 법은 그들의 의사에 의하여 좌우되었다. 따라서 법에 의한 지배는 전체 인민의 의사와는 유리된 그들의 의사에 의한 일방적 지배였으며, 그들 일방적 의사에 의하여 좌우되는 자의적인 법에 의한 지배, 즉 자의의 지배였다. 그러므로 근대 시민혁명 이전의 법은 군주 1인 혹은 신분들의 인격적 요소에 의하여 좌우될 수밖에 없게 되어 법은 인격성을 띠게 되었다. 그리고 이때 군주만이 완전한 인격자요, 귀족은 불완전한 인격자로, 그 이외의 신분의 인격은 더욱 제한적이거나 인격이 부인되었다. 그러므로 완전한 인격자는 완전한 권리를, 불완전한 인격자는 불완전한 권리를 가질 뿐이고, 군주 이외의 신분의 권리는 인정된다 하더라도 군주의 목인 내지 군주의 권위 아래에 터 잡고 있는 것에 지나지 않았다. 따라서 완전한 인격자는 군주이므로 군주가 오로지 한 법은 완전하고 오류가 없는 것으로 여겨졌다. 완전한 인격성을 가진 군주만이 오직 이성을 인식할 수 있고, 깨달을 수 있다고 상정하였다. 즉 이성은 특수한 인간인 군주의 전유물에 지나지 않아 특수한 인간의 특별한 이성이었으며, 아직 보편적 인간의 「보편적 이성」은 확립되지 아니 하였다. 그러므로 군주만이 온전한 명령을 내릴 수 있고, 군주만이 주권을 가지게 되어 법은 곧 주권자의 명령으로서 정당성을 확보하게 되었다. 즉, 군주의 인격은 이성적인 것이요, 군주가 제정한 법은 완전한 인격자의 명령이므로 이성적인 법으로 인식되었다. 이른바 「집이 국가다」라는 명제는 군주의 인격을 국가와 동일시함으로써 국가「법」도 군주의 전유물이 되어 법의 이념이나 가치는 군주 개인의 인격적 요소에 의하여 좌우되고, 법의 인격화는 극대화되었다. 즉, 권력과 법의 인격화는 국가적 권력의 원천과 법의 타당성의 근거를 바로 군주의 개인적 인격에서 구하고, 그의 인격으로 권력과 법의 정통성과 정당성을 논하였다.

이와 같이 법에 있어서 인격성의 문제는 인격자인 인간의 개인적인 사적 의사가 법에 투영됨으로 인하여 법의 규범적 타당성을 왜곡하는 것을 의미하며, 또한 법의 인격화는 인격주의를 부정하여 법의 자의성이 부각되어 법의 공공성이 상실되는 것을 일컫는다. 이에 반하여 법의 인간화는 보편적 인격주의를 긍정하고 법의 공정성과 합헌성을 충족하여 법의 이성적 질서로서 기능함을 의미한다.¹⁾ 따라서 인격적 법에는 법의 제·개정, 해석·적용의 일련의 과정에 개인의 주관적인 요소가 개입됨으로써 법치의 객관성과 합리성을 상실하게 되어 비록 법을 수단을 통치하지만 법치가 아니라 인치 내지 자의의 지배로 특징 지워짐을 말한다. 근대 법치주의는 법치의 과정에서 인격적 요소 내지 자의적 요소를 배제하여 합리적인 지배를 목적으로 하는 이념이다.

2. 근대법치주의와 법의 탈인격화

근대 법치주의는 법치의 도구로서 종래의 인격적 법인 군주의 명령을 불합리하고 비이성적인 법으로 보고, 인민의 명령을 객관적이고 합리적인 「법」으로 간주하여 법치를 인민에 의한 지배의 원리로 이해하였다. 이른바 로크는 법이 법으로 존재하는 데에는 절대적으로 필요한 사회동의를 얻어야 하고, 인민의 동의와 인민에 의하여 수여된 권위 이외에는 어떠한 기관도 법을 제정할 수 없다고 보았다.²⁾ 그리고 루소는 인민의 일반의사(general will)를 자연법의 일부로서 항상 옳으며 합법적인 정부의 기본 규범으로 보아 법률을 일반의사의의 하나로서 전체 인민에 관한 전체 인민의 행위로서 이해하고, 군주는 국가의 한 구성원에 지나지 아니하기 때문에 법 위에 존재할 수 없으므로 군주

1) 법 인격화의 개념은 법의 인간화와 구별되고, 법의 인간화는 인격주의에 바탕을 두고 법을 인간의 존엄의 결과로서 일반적 인격권의 발현과 구체화로 보는 데 반하여(P. Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: J.Isensee · P.Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.1., 1995, S.828.), 법의 인격화는 보편적 인격주의를 부정하고 법을 통치자의 지배수단의 하나로 본다.

2) J. Locke, The second Treatise of Government, 3rd. ed., Blackwell, 1976, p.67f.

와 같은 특정인의 권위로 행하여진 명령은 단지 포고에 불과하여 군주의 명령은 관리의 개인의 행위일 뿐 주권의 행위로는 보지 아니 하였다.³⁾ 그러나 루소가 주권과 일반의사는 대표될 수 없는 것으로 보았으나, 시이에스는 대표제는 일반의사의 표현을 위하여 필요한 제도로 보고, 입법부가 제정한 법률은 참된 일반의사는 아니지만 「대표된 일반의사(the representative general will)」로 봄으로써 비로소 인민의 의사가 법률로 객관화 될 수 있었다.⁴⁾ 이와 같이 근대 법치주의의 근간인 근대법은 개인적 이해, 즉 특수의사(particular will)를 초월하여 인민의 일반적 의사를 반영함으로써 주권적 권위를 유지할 수 있고, 또한 대표제도를 통해 일반적 의사를 법률의 형식으로 제도화함으로써 법으로부터 인격적 요소를 추방하였다.

이렇게 법률을 일반적 의사의 한 표현양식으로 봄으로써 법률은 주권적 권위를 지닌 통치의 수단으로서 사회성과 일반성을 확립하였다. 즉, 인민은 권력분립과 의회제도에 의하여 대표된 일반의사를 법률의 형식으로 발현함으로써, 자연상태는 아니더라도 불가피한 국가생활을 통하여 차선인 이상사회를 실현하고자 하였다는 점이다. 이러한 이상은 합리적인 제도를 통해 획득된 법은 이성적인 법이라는 믿음을 기초하여 이성적인 법에 의하여 규율된 세상은 이상적이라는 것이다. 그리고 법에 대한 이성적 인식은 경험적·감각적 인식을 통해 이제까지 긍정해 오던 전통적 권위나 제도와 법을 부정하고 인간의 사유능력을 통해 인식 가능한 자연법과 같은 법에 있어서의 정의를 인식함을 의미한다. 이는 인간이 먼저 이성적 존재임을 긍정하고, 이성적인 존재이기 때문에 자율적인 인격을 가지는 것은 당연하며, 자율적 인격을 가진 이성적 인민이 만든 법은 개념적으로 의당 정당하다 것을 전제로 하는 것이다. 이러한 전제는 플라톤 이후의 이데아적 관념이 신분제적 요소를 극복하고, 모든 인간은 태어날 때부터 이성을 인식할 수 있는 사유능력을 가지고 태어났음을 가정하여 이성적인 인간이 이성

3) J.J. Rousseau, *The social Contract and The Discourses*, (Trans. by G.D.H.Cole) Knopf, 1993, p.134ff. 202ff. 209ff.

4) 김계수, *구미정치사상사*, 일조각, 1991, 179쪽.

적인 법을 인식할 수 있는 것은 당연하다. 따라서 시민사회에서 세속적인 인민들도 이성적인 법을 제정하고 운영할 수 있는 권력을 가지고 있으며, 세속적인 법도 이성법이라는 것이다. 그러므로 이성적인 인민들이 계약이란 이름으로 만든 근대의 법은 이성적인 절차에 따라 제정되었으므로 당연히 정당한 법이라고 생각하였다. 즉, 근대사회에 있어서 법률은 곧 인간의 합리적 이성의 표현으로 생각되었으며, 인간의 이성을 가장 합리적인 형태로 제도화한 법률에 의한 법률지배의 원리를 내용으로 하는 근대국가는 법률국가이다.⁵⁾ 따라서 근대 법률 국가는 이러한 이성적 법률지배의 이념을 체현하는 이성국가로 이해되었다.⁶⁾ 그러나 이러한 이성에 대한 맹목적 믿음은 법의 내용이나 제정절차의 정당성에 대한 검증이 철저하지 못하였으며, 종래의 전통에 대한 맹종이나 절대체제의 인격화된 법에 대한 맹신과 다름이 아닌 것으로 나타나 근대 시민적 법치국가는 형식적 법치국가로 전락되었다.

그리고 근대 법치주의에 있어서 법은 국민의 대표자가 일정한 법률 제정절차에 따라 만든 형식적 의미의 법률을 의미하며, 그 밖의 규범은 오히려 등한시되거나 중요시하지 않았다. 이는 근대시민혁명의 결과물인 의회주의의 산물이기도 하였다. 따라서 법률입안, 제정의 일련의 과정에서 개인적 인격적 요소를 배제한 객관적 이성적 법에 의한 통치가 시민혁명의 이념인 근대법치주의의 사명이었으며, 법치주의에 있어서 탈인격화는 곧 법 이성의 회복을 의미하였다.

3. 현대법치주의와 법의 인간화

이상에서 본 바와 같이 근대 법치주의는 종래의 인의 지배를 자의의 지배로 보고, 법률의 지배를 이성의 지배라는 도식을 통하여 그 이

5) Vgl., .E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: J.Isensee · P.Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.1., 1995, S.1000f. 법치국가에서 법은 구속력 있고 이성적인 질서의 수단(ein Mittel verbindlicher, rationaler Ordnung)으로서 이해된다.

6) 헤겔(권용호역), 법철학강요, 홍신문화사, 1990, 321쪽 이하 참조. 김계수, 197쪽 참조.; 헤겔은 국가도 정신적인 것이지만 실제적 유기체로 인식하여 국가는 실제적 인격이며, 국가의지는 최고이성의 표현으로 본다.

념적 틀이 완비되었다. 그리고 이 때 이성이라는 것은 많은 인민들이 지지하고 의욕하는 인민의 의사로, 오류의 가능성이 없는 인간의 객관적 정신을 의미하였다.⁷⁾

그러나 법률은 루소의 일반의사의 표현이므로 일반의사는 항상 올바르게 항상 공공의 이익을 목적으로 하나 인민의 결의는 항상 올바르게는 결론은 나오지 않으며, 시이에스에 의하면 전체의사는 개인의 이익을 고려한 것이라 하더라도 국가가 넓어지고 인구가 증가되며 사회가 복잡해지면 대표제는 일반의사의 표현을 위하여 필요한 제도로 봄으로써, 비록 입법부의 결정이 참된 일반의사는 아닐 지라도 대표된 일반의사는 인민의 의사로 보아 국민주권이론을 완성하였다. 따라서 법률은 일반의사의 표현으로서 법률은 항상 올바르게 공공의 이익에 봉사한다는 가정은 현실적으로는 매우 불합리하다는 사실이었다. 예컨대, 인민의 동질성의 약화·법률 제정절차에 있어서의 의회의 무능과 부패, 정당제도의 왜곡, 이익단체의 영향력 증대 등으로 법률로 「표현된 인민의 의사」는 이성으로 인식할 수 없는 딜레마에 빠지게 되었다. 따라서 합법적 법(률)의 지배를 강조함은 곧 새로운 의미의 非理性的 지배를 의미하게 되었다.

이렇게 근대 법치주의의 법률이 그 형식적인 도그마로 전락함으로써 법의 이성을 회복하는 것이 현대 법치주의의 과제로 되었다. 즉 현대 법치주의는 이성적 법률에 의한 지배로의 회귀를 의미하며, 근대 법치주의가 법치과정에 인격적 요소를 제거하는 형식적 틀을 중시한 나머지 잃어버린 인민의 의사의 실질적 의미를 복구하는 것이다. 시이에스에 있어서와 같이 의회에 의하여 대표된 인민의 의사는 참된 인민의 일반의사에 반할 수 있으므로 실질적 인민의 의사를 실질적인 법으로 보고, 합법성만 확보한 법률은 참된 인민의 의사를 충분히 반영할 수 없게 되었다. 따라서 참된 인민의 일반의사를 반영한 법률이 실질적인 법으로서 비로소 이성적이라는 사실이다. 따라서 현대 법치

7) 헤겔(권용호역), 321쪽 이하 참조.; 헤겔의 객관적 정신은 사회적 정신을 말하며, 법·도덕·인륜은 객관적 정신에 의하여 생산되는, 또 생산된 세계인 현실성의 형태로 보았다.

주의는 실질적 법, 즉 인간의 개관적 정신인 이성·정의에 의한 지배 원리를 의미한다.⁸⁾ 실질적 법은 곧 인민의 참된 의사를 의미하며 인민의 의사는 제한권자인 인민의 헌법적 결단으로 나타난다. 이때 헌법은 인류의 객관적 정신, 이성의 표현으로서 보편성을 가지며, 실질적 법은 합헌성을 그의 최소한의 징표로 삼고 있다. 오늘날 인간의 이성은 입헌주의 원리에 따라 합헌성의 원칙으로 나타나고, 실질적인 법은 바로 합헌적인 법을 일컫는다.⁹⁾

현대헌법은 인류의 객관적 정신인 민주화와 인간화를 지향하고 있다. 그리고 실질적인 법치주의는 법에 있어서의 인간의 존엄과 가치를 이상으로 하는 점에서 실질적 법치주의는 법에 있어서 인간화를 의미한다고 할 수 있다.¹⁰⁾ 이는 근대 법치주의가 법의 내용이나 형식, 제정절차에 있어서의 탈인격화를 중시한 결과 법의 이념이나 가치를 형식적인 것으로 이해한 데 반하여 현대 법치주의는 법에 있어서 인간성회복의 과제로서 법의 정당성을 중시하여 인민의 일반의사를 반영하고자 한 점에서 국민주권의 실질화를 목적으로 한다. 즉, 실질적 법치주의는 정당한 법을 실질적 국민의 의사로 이해하여 법의 내용이 헌법의 이념과 가치에 충실할 때 비로소 실질적 법에 의한 법치주의를 구현하는 것으로 이해한다. 이는 종래 법치에서 상실된 법의 이성을 회복하는 것을 의미하고, 법 이성의 회복은 바로 국민주권주의 실질화, 즉 실질적 인민의 의사인 실질적 법에 의한 지배의 원리를 뜻하게 된다. 실질적 국민의 의사인 법은 입법부가 형식적인 일련의 절차를 통해 제정한 형식적인 법률뿐만 아니라 국민의 의사를 반영하는 것이라면 조례, 규칙, 관습 등의 모든 사회규범도 실질적 법으로서 기능하게 된다. 이러한 의미에서 실질적 법치국가는 법의 실질적 요소와 형식적 요소를 결합시킨 국가를 의미한다.¹¹⁾

8) 헤겔(권용호역), 280쪽 이하 참조.

9) Vgl., E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: J.Isensee · P.Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.1., 1995, S.1002f. 실질적 법치주의는 헌법우위의 원칙과 입법자의 정치적 입법형성 자유의 헌법피구속성을 내용으로 한다.

10) Vgl., E. Schmidt-Aßmann, S.1003f.

11) Vgl., E. Schmidt-Aßmann, S.998.

4. 한국에 있어서 법치주의의-도전과 응전

우리 나라는 해방이후 미군정시기를 지나 헌법을 제정하여, 국가의 기틀을 완성함으로써 근대 서구적 민주주의의 제도적 기틀을 완비하였다. 그러나 헌법이 수 차례 개정되고 정권이 교체되는 과정에서 한국의 법치주의의 성격 또한 많이 변전되어 왔다. 즉 처음에는 민주적이고 정통성을 가진 정치권력은 정당제의 과두화화·비민주적인 선거제도·행정권의 자의적 행사·국민의 정치적 무관심·언론의 부패 등으로 국가권력을 사물화하고, 국가권력은 국민의 권리를 압도하였으며, 현급에는 민권의 성장으로 인하여 법치주의는 새로운 전기를 마련하고 있다. 그러나 실로 한국의 법치주의는 국권(국가권력)이 민권(국민의 권리)간의 투쟁과 반목의 역사였으며, 이는 곧 법치주의에서의 탈인격화의 역사라고 할 수 있다.

예컨대, 한국에 있어서 비록 민주적인 절차로 탄생한 정권인 제1공화국은 국내외의 지대한 관심과 지지를 받고 출발한 정통성있는 국민의 정부였으나, 자유당의 부패와 관료주의로 인하여 국권이 민권 위에 군림하고, 독재권력에 의하여 법치주의는 자유당의 의한 자의적 지배로 전락되었다. 제2공화국은 국권에 대한 민권의 승리였으나, 절제하지 못한 민권은 법치주의를 제도화하는데 실패하였으며, 위헌적 법률을 양산하여 법의 탈인격성의 과제를 극복하지 못하고 이성적인 법질서를 회복하지 못하였다. 그리고 3공화국 이후는 국가안보와 사회안정, 행정의 효율성, 경제발전과 안정이라는 이름 아래 군의 정치적 개입이 일상화함으로써 국권은 항상 민권에 우월한 권력으로 나타나고, 법치주의는 정치권력의 이해를 위한 편의적 수단으로 기능함에 따라 국가권력과 법은 인격화하여 법치주의는 형해화 되고 화석화되고 말았다.¹²⁾ 이후의 한국에서의 민주화는 정치권력의 민주화, 법의 탈인격화

12) 소위 유신헌법상의 대통령권력의 인격화는 “헌법적 대혁신의 직접적인 추진력을 국가원수의 인격에서 구현하려는” 것이고, “이 인격이 권위와 책임성과 정통성에 결부될 때, 그리고 이 인격이 국민총화와 유기적으로 연결될 때, 우리 국민은 국난을 헤쳐나갈 수 있다”(갈봉근, 유신헌법론, 한국헌법학회출판부, 1977, 279쪽)고 하여 긴급초치권·의회해산권 및 통일주체국민회의 의장

를 위하여 권가권력과 법의 인격적 요소를 제거하고, 실질적인 법에 의한 민주적인 제도를 법제화하는 과정이었다. 즉, 의견적으로 문민정부의 출범으로 권위주의적이고 인격화된 권력과 법은 폐기되고, 민권과 국권은 균형을 이루어 가고 있다. 특히 헌법재판소의 설치와 함께 헌법재판이 활성화 되어가고, 참여민주주의가 활발해 짐으로 인하여 한국에 있어서 법치주의는 그 어느 때 보다도 좋은 정치적 환경을 맞고 있다. 그러나 법과 제도에 인격적 요소가 개입될 수 있는 많은 재량이나 불확정적 개념이 아직도 많이 상존해 있고, 특히 대통령제의 가부장적 정치제도에 대한 국민들의 인격적 기대의식이 아직 높은 점에서 정치권력의 인격적 요소가 개입될 여지를 많이 남겨 놓고 있다.

이와 같이 한국의 법치주의도 법에 있어서 인격화와 탈인격화의 긴장관계의 역사라 할 수 있다. 실질적 법치주의가 제대로 정착되지 못하는 헌법현실을 생각할 때 법에 있어서 개인이나 특정 이해집단의 사적 이해관계를 반영하는 법은 법 이성의 몰각을 의미하였고, 이러한 현상은 법에 대한 헌신을 등지게 하여 결국 법치주의에 대한 부정적 생각을 깊게 하는 계기가 되게 되었다. 따라서 법에 있어서 올바른 이성을 반영시킬 수 있는 시스템의 구축이 현대 법치주의 중요한 과제이다. 우리 헌법도 제도적으로 법치주의의 기반의 확충을 위한 기반을 마련하고 있지만 아직 만족스럽지 못한 것이 사실이다.

III. 법치주의의 현대적 과제로서 법의 탈인격화와 인간화

1. 법치주의의 과제로서 법의 내용

법치주의에 있어서 통치의 기준인 법의 내용이 무엇보다도 중요하다. 여기서 법은 형식적 법률뿐만 아니라 실질적 의미의 법, 모두를 말한다. 실질적 법은 인류의 객관적 정신을 내용으로 하는 이성적인 법

으로서 통일주체국민회의에서 선거하는 국회의원정수 1/3의 후보자추천권 등으로 구체화되었다.

으로서 개인의 자의를 부정함을 말한다. 그리고 법에 있어서의 이성은 결국 법 내용의 보편성과 합리성을 의미한다. 법의 보편성은 법이 인류의 보편적인 문화규범으로 인류의 사회적 생활규범임을 말하며, 법의 합리성은 법의 내용이 문화적 타당성, 즉 과학성을 갖추고 있음을 뜻한다. 법의 내용에 있어서 보편성 확보의 과제로서 법은 문화규범이요 가치규범으로서 법은 시대적으로 역사적 공간에 있어서 가장 보편적인 가치와 문화를 반영하여야 할 과제를 가지고 있다. 그리고 이러한 명제를 충족할 때 비로소 법은 개인이나 집단의 주관적 인격성을 극복할 수 있다. 법에 있어서 개인적 주관적 요소를 배제하는 것이야말로 법의 보편성을 보장할 수 있는 불가결의 기본적 요소 중의 하나라고 할 수 있고, 법의 공공성을 확보할 수 있는 중요한 단서가 된다고 할 수 있으며, 법의 내용이 개인적 이해관계를 뛰어 넘을 때 객관적 타당성을 확보할 수 있는 최소한의 징표가 될 수 있다. 그리고 이를 판단하는 도구적 개념으로서 법에 있어서 條理性과 법에 있어서 사회적 통념의 개념도 법 내용의 객관성의 확보를 위한 도그마이다. 공법학에서는 공공의 복리란 개념은 개인적·주관적 요소를 배제할 수 있는 중요한 법 개념으로 널리 인식되고 있으며, 법 내용의 공공성을 담보한 것이야말로 정의의 요청을 충족할 수 있는 최소한 기준이 될 수 있다.

그리고 법은 이념적으로 헌법적 가치, 예컨대 기본권적 가치를 충족하여야 할 뿐만 아니라, 실천적 가치로서 공공복리성을 보장할 수 있는 것이어야 한다.¹³⁾ 이러한 조건들을 충족할 때 법의 보편성과 객관적 이성을 인식할 수 있는 중요한 단서가 될 것이다.

따라서 오늘날 법치주의는 「적」법한 법에 의한 지배원리로서 적법한 법은 정당한 법을 의미하며, 합헌성의 원칙을 충족하는 법으로서 법에 있어서 인격적 요소를 배제하는 것에 그치지 아니하고 법의 인격주의적 요청, 법의 인간화를 충족하여야 한다.

13) 류시조, 법과 행정, 법학논고 제1집(경북대학교 법학연구소), 13-14쪽. 「법의 지배」는 복지국가의 실현을 촉진하는 요소 또는 계기를 내재하고, 실질적 자유와 권리의 실현을 이룩하려는 것이다.

그러나 오늘날 입법과정이나 법적용과정에서 법치주의는 정당정치의 발달, 의회의 무능과 부패, 이익단체의 로비, 행정권의 비대화 등으로 인하여 법에 있어서 객관성과 합리성을 결여한 당리당력적·편향적·행정편의적인 법이 양산되고 있어 근대 및 현대의 법치주의의 과제인 법에 있어서의 탈인격화와 인간화의 과제는 위협을 받고 있다.

2. 법치주의의 과제로서 입법절차의 민주화

오늘날 입법절차도 절차적 정의를 충족하여야함은 물론이다. 따라서 삼권분립의 원리에 따라 통치권을 기능적으로 분립함으로써 구조적으로 법에 있어서 전근대적 인격적 요소를 배제하도록 하고 있다.¹⁴⁾ 즉, 입법절차를 기능적으로 의회와 집행부가 나누고, 법원의 사법심사를 통해 법집행의 객관성을 담보함을 내용으로 한다. 그러나 오늘날 전통적인 의회민주주의가 위기를 맞아 의회의 국민대표성이 약화되어 가고 동시에 법치주의 기반을 위협하고 있다. 또한 정당제도의 발달과 정당의 과두화로 인하여 민주주의의 구조적 특징인 권력분립의 이념이 정당에 의하여 국가권력이 통합되는 경향을 띠며, 비민주적 정당제로 인하여 정당의 정강·정책이 소수의 정당지도자의 인격적 요소에 지나치게 의존적이며, 정당의 부패로 정당입법의 정당성이 많이 약화되어 가고 있다. 그리고 이익단체나 로비스트의 활동의 증가와 영향력의 확대로 입법의 객관적 타당성은 위협을 받고 있으며, 동시에 비민주적이 불합리한 선거제도에 의하여 국민의 의사가 왜곡되고 대의제도는 더욱 위협받고 있다. 그리고 대통령의 거부권은 대통령의 자유재량적 판단에 의존하고 있으므로 인하여 입법과정에 대통령 1인의 인격적 요소가 개입하도록 하고 있다. 또한 행정국가화 경향과 더불어 행정입법이 국회입법을 양적으로 훨씬 능가하고 있고, 의회의 부패와 의원의 자질저하로 인하여 행정권에 대한 통제력이 약화되어 감에 따라 법률의 지배가 행정입법에 의한 지배로 성격이 변질되어 가고 있

14) 법치주의의 구조로서 이른바 권력분립, 행정의 합법률성, 법원의 독립성 등을 들 수 있다.

다. 따라서 법치주의 구조인 행정의 합법률성마저도 위협받아 행정부의 관료적 내지 행정편의적인 행정입법, 즉 집행부의 자의에 의한 지배의 여지가 증대되고 있다.

이와 같이 입법과정에서의 국민의 의사가 정당이나 이익단체, 통치권자, 관료 등의 자의적 판단 내지 그들의 인격적 요소가 개입될 수 있는 여지가 아직도 상존하고 있는 현실은 법치주의의 증대한 위협이라 하지 않을 수 없다. 따라서 오늘날 법치주의의 과제 중의 하나로서 의회제도 및 정당제도와 선거제도를 개혁하고, 입법과정의 민주화와 및 민주적 통제원리가 보다 철저히 작동할 수 있도록 의회민주주의가 활성화되어야 하며, 정치권력을 감시할 수 있도록 언론의 자유와 참여민주주의가 더욱 활성화되고, 국민의 정치적 관심과 참여가 확대되어야 한다.

3. 법치주의의 과제로서 재량행위

법의 내용의 객관성과 보편성이 확보되었다 하더라도 그 것이 현실적으로 적용되고, 법적 의미를 가지고 법적 관계로 나타나기 위해서는 법의 적용을 통해 비로소 가능하다. 따라서 이러한 일련의 과정으로서 적법절차가 준수되어야 하며, 동시에 법의 올바른 해석이 필요하다. 법은 원칙적으로 일반성과 추상성 개방성을 가짐에 따라 그때그때 무엇이 법인가를 판단하고 이를 선언하여야 할 여지를 남겨두고 있다. 이른바 재량행위이나 통치행위 등과 같이 처음부터 법의 해석 적용에 있어서 넓은 판단과 선택의 여지를 두고 있는 것 외에도 법개념의 불확정성으로 인하여 법해석을 통하여 그때그때 법을 새로이 창조하지 않으면 아니 된다.

따라서 법제정과정에 있어서나 법해석·적용과정에 공정성 객관성 합리성을 확보하는 것이 무엇보다도 중요하다. 오늘날 각국은 이러한 일련의 과정에 있어서 합리적인 제도적 장치를 마련하여 가능한 한 개인적 주관적 요소를 배제하려는 노력을 기울이고 있다. 예컨대 법제정행위에 있어서는 앞에서 본 바와 같이 삼권분립주의·대의제원리에

따라 적법절차의 원칙을 충족시켜 법제정단계에 있어서 개인적 주관적 요소를 배제하려는 민주적인 절차를 도입하고자 하고 있고, 법해석 적용에 있어서는 대내·외적, 실체적 절차적 통제를 통하여 법해석 적용의 객관성과 합리성을 보장하려고 하고 있다. 예컨대, 행정행위에 있어서는 행정조직의 계서제도 등을 통한 행정적 통제나 행정명령이나 법규명령 등의 입법적 통제를 통해, 법해석 적용의 합리성을 보장하고 있다. 또한 사법심사 등의 사법적 절차를 통하여 법적용의 객관성을 보장하고 있다. 이는 모두 법해석·적용에 있어서 법으로부터 탈인격화를 위한 근대 법치주의 기본적인 제도적 장치들이다.

그러나 근대법치주의 이러한 제도들도 일정한 한계를 가지고 있다. 이른바 자유재량행위를 사법심사로부터 제외하고, 법관의 자유심증주의와 검사의 기소독점주의 등과 같은 것들은 비록 제한된 틀 안에서 라고 할지라도 모두 행정관청이나 법관 검사 등의 그들의 개인적이고 주관적인 판단의 여지를 인정하는 결과, 행정이나 사법절차·판결에 인격적 요소를 투입하게되는 중요한 단서가 된다. 오늘날 이러한 문제를 해결하기 위하여 재량의 여지를 축소하고 재량을 법개념화하여 사법심사의 여지를 넓히고, 사법절차에도 적법절차조항에 의하여 인격적 판단의 여지를 줄여나가고 있는 것도 또한 사실이다.¹⁵⁾

그러나 이러한 것들 모두가 일정한 한계가 있고, 또 그 한계 안에서 법해석·적용의 인격화의 경향을 완전히 배제할 수 없다는 점에서 현대 법치주의의 과제는 법의 해석·적용에 있어서 인격적 요소의 완전 배제의 문제가 아니라 「최소한 인격화원칙」이 존중되어야 할 것이다. 그리고 자유재량적 행위를 법개념화하여 법에 기속화할 수 있도록 권한 행사요건을 보다 구체화하는 작업이 요청된다.

15) 류시조, 헌법상의 인간관에 관한 일고찰, 공법연구 제24집 제2호, 1996, 22쪽 이하 참조.

IV. 결론

이상에서 보는 바와 같이 법치주의 전개과정은 법치에서의 개인의 주관적 인격적 요소를 가능한 배제하여 법의 보편성을 확보하는 과정이었으며, 법의 보편성의 과제는 근대 자연법론자들이 말하는 객관적 이성을 회복하는 것이었다. 그리고 법의 이성성은 법에 있어서의 가능한 자의를 배제하여 개인초월적 혹은 인격초월적인 공정한 내용의 법을 회복하는 것이다. 즉, 투소의 경우에 있어서와 같이 법률을 인민의 일반의사의 발로이므로 법은 보편성을 가지며, 공공의 이익과 합치한다. 따라서 적어도 근대 이후의 법치주의는 이러한 공정한 법치를 회복하는 과정의 하나였으며, 법에 있어서의 탈인격화의 과정이었다. 그러나 근대적 한계로 인해 법치주의는 형해화하여 올바른 이성적 법치를 도모함에는 장애에 부딪치게 되었다. 오늘날 실질적 법치주의는 법치의 형식성을 탈피하고 법치의 인간화를 도모하는 과정이라 할 수 있다. 따라서 법에 있어서 그 기능적 측면을 고려하여 법의 공공성을 확보하여, 법치의 인격화 경향을 지양하고, 오히려 공익적 입장에서 법치의 인간화적 측면을 고려한 법이 요청된다. 즉, 근대법치주의가 탈인격화를 주요 내용으로 하는 형식성과 객관성에 집착하여 법의 이성을 확보하는 데는 결과적으로 실패하였으므로 현대 법치주의는 법의 이념과 가치·법에 있어서 정의를 회복하는 것이 진정한 근대법의 정신으로 보고, 법의 이성의 회복이야말로 법이 가져야 할 객관적 합리성을 담보하는 것이므로 인류의 보편적 가치의 표현으로서 법의 인간화를 지향하고 있다.

그러나 법의 인간화의 과제도 대의민주주의를 채택하고 있는 결과 결국은 법치의 현실적 주체인 구체적 인간의 이해관계, 인격적 요소가 실제로 투영될 수밖에 없는 제도적 한계를 가지고 있다. 오히려 현대 국가가 가지는 특성으로 볼 때, 법치적 영역으로 통치권자의 인격성과 정당국가화 경향과 정당의 과두화로 인한 정강·정책에 있어서 정당 지도자의 인격적 요소의 개입, 자유재량이나 법관의 자유심증주의 등으로 인하여 비록 불가피한 경우라고 할지라도 법치주의에서의 인격

적 요소를 완전히 배제할 수 없는 측면이 있다. 따라서 이러한 경우에 통치권자·행정권·법관 등의 의사의 객관성을 담보하기 위한 적법절차조항에 의거한 제도적 장치가 마련되어 있지만, 결국 중국적인 구체적인 법의 판단·선언은 일정한 재량의 틀 안에서라고 하지만 자연인인 그들의 주관적인 인격적 요소를 반영하고 있음은 부인할 수 없다.

이러한 점에서 법치주의 완성을 위해서는 인격의 완성, 즉 인간의 완성이 필요하다. 이는 법치주의 개념적 토양이 바로 인간성회복에 달려 있는 것이다. 이러한 점에서 헌법학에서의 인간의 존엄과 가치는 법치주의의 불가결의 전제조건으로서 법치주의에 있어서 실질적 법으로서 기능한다.