

# 법치국가와 법치행정\*

임재홍\*\*

## I. 서론

법치행정은 행정법의 가장 중요한 원리의 하나로 공히 인정되고 있다. 그리고 이렇게 법치행정이 이루어지는 국가 즉 법률의 기속을 받는 국가를 법치국가라 부른다. 그러나 실제 헌법이론이나 행정법이론에서 법치국가 또는 법치행정은 상당히 수정되거나 아니면 수정을 넘어 변질되었다고 평가하지 않을 수 없는 영역이 적지 않다. 이러한 현상은 대개의 경우 다수설과 판례에 의하여 지지되고 있다. 그런가하면 법치행정의 근간이 되는 법률의 제정권한을 갖는 의회가 과연 입법권의 수권자로서의 위치를 갖는지 의심이 가는 부분도 많다.

이 글은 이러한 법치행정의 왜곡되고 굴절된 모습이 우리 공법학에 어떻게 반영되고 있는지를 검토하고 그 이론적 문제점을 지적하고자 한다. 이러한 작업은 우리나라에서 나타나고 있는 많은 법학자들의 고민 즉 법치주의가 정착되고 있지 않다는 현실을 어떤 방식으로 해결해 나갈 것인지에 대한 하나의 방향을 제시해 보고자 함이다.

## II. 법치국가와 법치행정에 대한 다수입장

---

\* 이 논문은 2001학년도 영남대학교 학술연구조성비 지원에 의한 것임.

\*\* 영남대학교 법과대학 조교수

## 1. 형식적 법치국가에서 실질적 법치국가로

우리 공법이론에서 법치국가를 통상 정의하면, “법치국가란 일반적으로 사람이나 폭력이 지배하는 국가가 아니라 법이 지배하는 국가”를 의미한다. 그래서 “법치국가의 원리란 모든 국가적 활동과 국가적 생활은 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률에 따라 이루어지는 것이어야 한다는 헌법이념”으로 새기고 있다.<sup>1)</sup> 다른 학자들의 표현상의 차이는 있지만 거의 이와 대동소이한 결론에 이르고 있다.<sup>2)</sup> 이러한 한국에서의 논의는 독일의 그것과 별반 차이가 없으며, 실제 독일의 이론을 거의 그대로 수용한 결과이기도 하다.<sup>3)</sup>

그래서 우리 교과서에서 통상 법치국가를 설명할 때에는 영국의 법치주의(Rule of Law)와 독일의 법치국가(Rechtsstaat)를 비교하여 소개하면서 영국의 그것보다는 독일에서 법치주의의 변천을 중시하여 설명하고 있다. 학자들이 설명하는 독일에서 법치국가의 발전이란 실은 형식적 법치국가에서 실질적 법치국가로의 발전이다. 그리고 그 내용은 다음과 같다.

근대적 의미의 법치국가는 경찰국가나 관료국가에 대립하는 개념으로서, 오토 마이에에 의하면, 법치국가는 법률우위의 원칙, 특히 행정의 법률적합성을 기반으로 하는 국가이다. 이러한 견해가 그 후 칼 슈미트에 의하여 법치국가는 국가권력의 제한과 통제의 원리로서 시민적 자유의 보장과 국가권력의 상대화체계를 그 구성요소로 한다는 이론으로 발전하였다.<sup>4)</sup>

이러한 근대적 의미의 법치국가의 목적은 국민의 자유와 권리의 보장이고, 그 제도적 기초는 권력의 분립이며 그 내용은 법률의 우위·법률에 의한 행정·법률에 의한 재판이다. 다시 말하면 국민의 자유와 권리를 제한하거나 국민에게 새로운 의무를 부과하려 할 때에는 반드시 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률로서 하여야 하며(의회

1) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1999, 142쪽

2) 허영 교수는 “법우선의 원칙에 따라 국가공동생활에서 지켜야 할 법규범을 마련하고 국가작용을 이에 따르게 함으로써 인간생활의 기초가 되는 자유 평등 정의를 실현시키는 국가”로 이해하고 있고, 최대권 교수는 “정부가 행사하는 국가권력의 근거가 법에 의해서 설정되며 법에 의하여 그 범위가 한계지워지는 국가”로 이해하고 있다. 허영, 한국헌법론, 박영사, 1994, 143쪽; 최대권, 헌법학강의, 박영사, 1998, 315쪽

3) 김상겸교수의 표현이 적절한 것 같다. 그는 한국과 독일의 법치국가론은 “본질적 내용에 있어서는 독일과 별 차이가 없다”고 쓰고 있다. 김상겸, “법치국가의 실현가능성에 관한 고찰”, 공법연구 제28집 제4권 제2호, 2000, 137쪽

4) Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, 126쪽/김기범역, 헌법이론, 200쪽

주의와 법률의 우위), 행정은 법률의 존재를 전제로 그에 의하여 행해져야 하고(법률에 의한 행정=행정의 합법률성), 사법도 법률의 존재를 전제한다.<sup>5)</sup>

이러한 평가는 독일의 관료적 법치국가에 대한 상당히 우호적인 평가이다. 이러한 법치주의의 이념과 원칙들이 독일의 입헌군주제하에서 지켜질 수는 없는 것이었다. 그리고 그것은 현실에서 그대로 드러났다. 통상 슈탈이 사용하였다는 독일식 법치국가개념은 19세기말에는 국가목적 실현수단의 표시개념으로 고착되었으며 그에 있어서는 경제적 정치적 자유는 법치국가의 개념에서 배제되고 수단으로서 법률에 의한 행정 및 그 보장제도로써 행정재판제도가 법치국가관념의 내용을 이루고 있었다는 평가로 가지 않을 수 없다.<sup>6)</sup>

이러한 법치국가의 극단적 모습은 히틀러 하의 국가사회주의에서 극단으로 치닫는다. 이런 상황에서 나온 이론이 실질적 법치국가이론이다. 우리 학계에서 이해하는 실질적 법치국가란 1945년 이전의 독일식 법치주의를 형식적 법치주의로 이해하여 이를 부정하는 기반 위에서 출발한다. 즉 앞서 보았던 것처럼 법치주의를 형식적으로 파악하여 이에 대한 반성 속에서 실질적 법치국가를 주창하는 것이다.<sup>7)</sup>

우리 공법학계의 이해하는 실질적 법치국가란, 인간의 존엄성 존중과 실질적 평등 그리고 법적 안정성의 유지와 같은 정의의 실현을 그 내용으로 하는 법에 의거한 통치원리를 기반으로 하는 국가를 말한다. 바꾸어 말하면 형식적 법치국가가 통치의 합법성을 특징으로 하는 국가였다면 실질적 법치국가는 통치의 정당성을 특징으로 하는 국가라고 한다. 그리고 이러한 법치국가의 구현요소로 성문헌법주의, 기본권과 적법절차의 보장, 권력분립의 확립, 위헌법률심사제의 채택, 포괄적 위임입법의 금지, 행정의 합법률성과 사법적 통제, 공권력행사의 예측가능성의 보장과 신뢰보호의 원칙 등을 들고 있다.<sup>8)</sup>

5) 권영성, 앞의 책, 143쪽; 그리고 법치국가원리의 구성요소로는 성문헌법주의, 헌법에 있어서 기본권과 적법절차의 보장 그리고 사법적 권리구제제도의 완비, 권력의 분립, 위헌법률심사제의 채택, 집행부에 대한 포괄적 위임입법의 금지, 행정의 합법률성과 그에 대한 사법적 통제, 공권력행사에 대한 예측가능성의 보장과 신뢰보호의 원칙 등을 든다. 권영성, 앞의 책, 144쪽

6) 김동희, 행정법총론, 박영사, 2002, 31쪽

7) 김동희, 앞의 책, 33쪽.; 권영성, 앞의 책, 144쪽

8) 권영성, 앞의 책, 145-7쪽

## 2. 사회적 법치국가

우리 공법학계의 위와 같은 설명은 너무 단순하고 도식화된 이해이고 보다 풍부한 이해를 위해서는 독일에서의 법치국가론의 변천사를 들여다 볼 필요가 있다. 김상겸 교수는 “법치국가는 19세기 독일에서 시민적 법치국가로부터 출발하여 20세기에 들어오면서 민주주의원리와 사회국가원리를 받아들이면서 민주적·사회적 법치국가로 변천발전하게 되었다”<sup>9)</sup>고 평가한다. 물론 이러한 정의는 독일의 다수입장을 그대로 반영한 것이므로 여기서의 민주적·사회적 법치국가란 소위 실질적 법치국가를 지칭한 개념이라 할 수 있다.

이러한 법치국가의 전환의 근본배경을 크리스티안 프리드리히 멩거는 1953년 그의 한 논문에서 다음과 같이 쓰고 있다.

1945년의 붕괴 이후 ... 독일 사람들은 ... 다시 소생하는 공동체를 “사회적 법치국가”라고 불렀다. ... “사회적 법치국가”라는 정식은 무엇보다도 정치적인 고려에서 나온 것이다. 연방공화국을 법의 토대 위에 확고하게 정착시키려는 것은, 실로 아주 최근의 국가사회주의 시대에 독일 인민의 이름으로 감행되었던 각종의 불법에 직면하여 요구된 것이었다.<sup>10)</sup>

멩거는 법치주의라는 형식적 틀을 전혀 침해함도 없이 불법국가가 성립될 수 있다는 사실로부터 형식적 법치국가로는 안된다는 결론을 이끌어 낸 것이다. 그래서 본기 본법의 제정자들은 19세기의 관념으로 특징되는 전래된 법치국가 개념을 받아들이는 것에 결코 만족할 수 없었다는 것이다. 그래서 나온 것이 사회적 법치국가인데, 이

9) 김상겸, 앞의 논문, 133-134쪽

10) Christian-Friedrich Menger, “Der Begriff des sozialen Rechtsstaates in Bonner Grundgesetz”, Ernst Forsthoff(Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, Darmstadt, 42-43쪽. 다음 표현도 동일한 맥락에서 이해할 수 있다. 1933년에 인격화된 불법이 권력을 강탈하자 독일국민은 극단적으로 내적으로 속수무책으로 되어 저항할 수가 없었다. 헌법적으로 보장된 형식적 법치국가제도는 그럼에도 불구하고 거의 침해될 필요가 없었다. 행정은 1933년 이후에도 법규적으로 구속되어 있었고, 형식적 행정행위라는 수단으로 관리되었으며, 법원은 행정관청으로부터 독립되어 있었다. 그러나 공포에 질린 공공은 이러한 형식의 도움을 받은 국가지도가 범죄적 목적을 추구한다면 국가활동의 형식이라는 구속은 충분하지 못하다는 것을 알고 있었음이 틀림없다. Christian-Friedrich Menger, 앞의 글, 56쪽

사회적 법치국가의 핵심으로 그가 드는 것이 '사회적 정의'이다.

쿠니히에 의하면 멩거의 이 같은 명제는 사회적 법치국가 곧 정의국가, 정의국가 즉 실질적 법치국가라는 등식이 보편화하는 결정적 계기가 된다고 한다.<sup>11)</sup> 독일의 다수설이 되는 사회국가의 헌법적 위치를 정립시킨 바호프는 본기본법은 사회국가라고 하는 국가목적규정에서 사회적 질서형성을 위한 국가의 과제를 긍정하면서 이를 통하여 법치국가가 단순한 법률국가로 추락하는 것을 막고 있으며, 정의국가 즉 실질적 법치국가가 되게끔 하는 것이라고 주장한다.<sup>12)</sup>

멩거와 바호프의 입장에 따르는 다수설에 따르면, 법치국가란 반전체주의(반나치즘, 반인민민주주의)를 의미하는 것으로, 포괄적 국가계획의 저지를 위하여 예컨대 현행 소유질서의 유지와 생산수단의 사회화의 저지를 위해서 채택되었다. 그 최대 이유는 인격의 자유를 지키기 위함이라는 요청이었다. 또한 사회적이라는 형용사는 반 시민적 법치국가를 의미하는 것으로, 사적 소유질서의 유지를 전제한 위에서 이 질서에서 발생하는 문제에 국가가 대처하기 위한 형식으로 채택되었다.<sup>13)</sup> 이 점에서 사적 소유라는 권리영역과 사회적 정의라는 두 개념은 상호 어떠한 위치 하에 있게 되는지를 교통신리할 필요가 있게 된다.<sup>14)</sup> 결론적으로 말한다면 사회적 정의는 부차적 개념으로 전락하고 제1차적이고 우위적인 위치를 점하는 것은 사적 소유질서이며, 이를 전제로 하여 입법자의 입법의 내용과 한계가 설정된다.

그리고 이 원리에 기타의 헌법원리가 무원칙적으로 결합되어 나타난다. 즉 사회적 법치국가란 국가와 사회생활의 형성을 위하여 헌법의 구속력·권력분립·행정의 법률적합성·절차적 보장·신뢰보호 등 요소를 함께 법이란 수단과 기준으로 국가권력의

11) Philip Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen, 1986, 333쪽 이하 참조. 국순옥 교수도 같은 입장이다. 국순옥, "법치국가의 신화와 현실," 민주법학 제18호, 2000, 103쪽

12) Otto Bachof, "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaat", Ernst Forsthoff 편, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, 302쪽

13) 김민규, "나치스법치국가와 사회적 법치국가(II)", 동아법학 제14호, 1992, 71쪽

14) 김민규는 이 사적 소유질서와 사회적 정의의 관계를 정립하는 이론을 다음 세 가지를 들고 있다. 하나는 포르스트호프처럼 자유를 먼저 강조해서 사회국가조항에 법개념으로서의 의미를 인정할 수 없다는 방향이며, 둘째는 자유 그 자체의 초헌법적 가치를 부정하고 사회국가의 내용을 입법자에게 위임하는 것이다. 여기서는 소유질서의 개편 즉 사회화를 전망하는 아벤트루트의 방향과, 마지막으로 앞의 두 입장을 배척하면서 소유질서를 공동사회(Gemeinwesen, 국가와 사회를 포괄한 개념)의 질서에 합치한다는 것을 전제로 하여 그 내용을 형성하는 것이 입법자의 임무라고 생각하는 통합이론의 방향 등을 유형화하여 제시하고 있다. 김민규, 앞의 글, 72쪽

자의적 행사를 통제함으로써 정치적 통일과 법적 평화, 나아가 사회적 정의의 실현을 목표로 하는 국가로 정의되는 것이 그것이다. 나아가 오늘날 법치국가의 개념은 그 역사에서 보듯이 민주주의의 원리와 사회국가의 원리가 각각 분리된 것이 아니라 법치국가의 원리에 결합되어 기능하고 있다는 것을 보여 주고 있다는 표현도 그렇다.<sup>15)</sup>

사회적 법치국가에 관한 논쟁은 본기본법상 '사회적'이라고 지칭되는 형용사의 의미 설정에 있어서 사회적 정의의 중요성을 인정했다기보다는 오히려 개인의 소유권을 중심으로 하는 경제적 자유권에 대해서 그 우위성을 확인했다는 의미로 받아들이는 것이 더 타당하다고 할 것이다.

### 3. 실질적 법치국가

이렇게 사회적 법치국가라는 개념을 정의하고 나면 남는 것은 이러한 사회적 법치국가가 어떻게 실질적 법치국가개념과 연관성을 갖는 것인가를 설명하는 것이리라. 사회적 정의실현이 국가의 실질적 목적으로 되었다 하여 바로 사회적 법치국가가 실질적 법치국가로 단순 환원되는 것은 아닐 것이다. 뢰켄회르데의 지적처럼 사회적 법치국가가 자유주의적 법치국가를 대체하는 개념이라면 실질적 법치국가란 형식적 법치국가를 대체하는 개념이 되기 때문이다.<sup>16)</sup>

뢰켄회르데에 의하면 형식적 법치국가에서 실질적 법치국가로의 전환은 시기적으로는 바이마르공화국 말기 그리고 법이론으로는 법실증주의와 밀접한 연관을 갖는다고 한다. 그리고 나치스정권기의 법남용에 의하여 강화되었다고 한다. 그 결과로서 나타난 실질적 법치국가개념은 다음과 같다.

실질적 법치국가개념은 국가권력이 최상의 법원칙이나 법가치에 결부되고 있고, 국가활동의 중심은 형식적인 자유의 보장이 아니라 실질적으로 정당한 법

15) Ernst Benda, "Der soziale Rechtsstaat", Benda/Maihöfer/Vogel(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, 720쪽 이하.; Konrad Hesse/계희열 역, 서독헌법원론(제15판), 삼영사, 1987, 126쪽 이하.; Lipphardt, Grundrechte und Rechtsstaat, EuGRZ 1986, 149ff.; Eberhard Schmidt-Aßmann, "Der Rechtsstaat", HdbStR I, 1987, § 24 Rn. 1.; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl., 1984, 781쪽 이하

16) Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs", Staat, Gesellschaft, Freiheit, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1976, 76쪽

적 상태의 창출에 그 특징이 있다. ... 헌법은 공동체 생활질서의 기본적인 가치를 법적으로 실정화한 것이다. ... 실질적이고 법치국가적으로 개념화된 헌법은, 가치사고와 정당성사고의 논리에 따라, 사회생활의 모든 영역에서 무조건적인 타당성을 요청한다.<sup>17)</sup>

보켄호르데에게서 보이는 실질적 법치국가의 요점은 헌법 규범력의 강화이다. 그리고 이 헌법은 일정한 법원칙과 법가치로 구성되어 있으며, 이 헌법은 모근 국가권력 즉 집행과 법원을 넘어 입법부에도 그대로 적용되는 효력을 갖는 것이다. 여기서 헌법국가의 논리가 도출되고 있다. 독일 기본법에서 헌법국가의 논리를 전혀 도출할 수 없는 것은 아니다. 국민대표기관인 의회의 주권적 지위를 부정하고 헌법의 최고 규범성을 간접으로 규정한 기본법 제20조 제3항 전단과 제1조 제3항을 보면, 입법은 헌법질서에 기속된다는 것과 기본권은 입법을 구속한다고 규정하고 있다.

헌법규범력에 대한 강조라는 실질적 법치국가론은 법치국가에 대한 헌법해석과 독일연방헌법재판소 판례를 통해 이론적으로 정착된다. 이에 따라 실질적 법치국가는 헌법의 최고 규범성을 꼭지점으로 한 중층적 구조의 이념적 복합체로 우리 앞에 저장한 모습을 드러낸다.<sup>18)</sup> 독일 공법학계가 내놓은 비교적 최근의 표준 헌법판람들과 표준 헌법교과서들에서 하나씩을 뽑아 실질적 법치국가의 이념적 복합체를 재구성하면, 실질적 법치국가는 헌법의 최고 규범성→인간의 존엄→자유권적 기본권→법 앞의 평등→권력분립으로 이어지는 위계질서를 이루고 있다.<sup>19)</sup>

이 위계질서의 헌법원리를 최종적이고 독점적인 해석권을 지니고 있는 독일연방헌법재판소는 법치국가론에 대한 다수의 판결을 내고 있다. 헌법재판소는 집행과 사법은 법률과 법(Gesetz und Recht)에 구속된다는 기본법 제20조 3항을 근거로, 헌법의 기본명제나 기본 결단을 존중해야 한다<sup>20)</sup>고 하면서 이를 실질적 법치국가의 핵심요소로 구성한다. 이 실질적 법치국가는 헌법의 최고규범성을 극단화하는 헌법국가로 이어지고 헌법해석의 최종적 결정권을 휘두르는 헌법재판소에 의한 권위적 지배의 국가로 발전한다.<sup>21)</sup>

17) Ernst-Wolfgang Böckenförde, 앞의 글, 81-82쪽

18) 국순옥, 앞의 글, 105쪽

19) Josef Isensee/ Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik, Bd. 1, 1987, 999쪽 이하; Klaus Stern, 앞의 책, 784쪽

20) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 1. Bd., 15쪽

21) 국순옥, 앞의 글, 116-117쪽

실질적 법치국가의 논리적 연장선상에서 정착된 헌법국가는 정치적 통일을 구체화하는 적합한 형태가 국가라는 의식을 바탕으로 하여 그 내용과 작용을 헌법에 규정하고 있는 국가를 말하며,<sup>22)</sup> 헌법에 기본권보장과 권력분립을 축으로 하여 국민주권, 의회민주주의, 법률의 우위와 유보, 사회적 국가목표 등을 규정하고 자유민주적 기본 질서와 함께 헌법의 우위(Vorrang der Verfassung)를 통하여 법의 지배를 확보하고 있는 국가이다.<sup>23)</sup>

이 헌법국가는 종래의 법치국가와 질적으로 구별되는 새로운 국가형태를 이룬다. 한스 휴고 클라인은 다음과 같이 그 차이를 설명한다.

법치국가는 행정의 법률합치성과 민형사 재판의 독립성을 보장한다. 그러나 헌법국가는 이에 그치지 않고, 입법권 집행권 사법권의 합헌성을 보장한다. 법치국가에서 법원이 사안에 기초한 점진적인 발전 속에서 법률내용의 해석을 통하여 내용을 통하여 자세히 규정하듯이 헌법국가에서도 같은 일이 헌법에도 발생한다. ... 모든 다른 법률처럼 헌법 역시 해석의 대상이 된다. 해석의 과정은 분화와 치밀화의 과정이다.<sup>24)</sup>

클라인에 의하면 이러한 발전에서 헌법재판제도는 결정적인 몫을 하였고 그 결과 헌법의 사법적 해석과 발전의 불가피한 결과는 입법자의 자유로운 결정과 행위공간을 축감시켜 버렸다는 것이다. 그것은 민주적 헌법국가의 구조에서 모든 국가권력의 정당성이 국민으로부터 도출된다는 것뿐만 아니라, 전문지식·효율성 그리고 모든 국가적 결정의 법적 관철에서 기인한다는 점을 본질적인 특징중의 하나는 볼 수 있기 때문이다.<sup>25)</sup>

위에서 본 것처럼 독일 나치즘의 반성 속에서 출발한 본기본법과 헌법해석의 결론은 헌법우위와 헌법재판소의 법률심판권으로 최종 낙착된다. 그리고 이러한 헌법국가의 목적규정은 소유권을 중심으로 하는 자유주의적 색채로 물들여져 있다. 다만 전통적인 자유주의와 다른 점은 의회의 중심축을 인정하지 않고 그 상위에 헌법재판소라

22) Klaus Stern, 앞의 책, 50쪽 이하

23) 김상겸, "현대법치국가에 있어서 권리보호에 관한 고찰", 권영성교수정년기념논문집, 1999, 150쪽

24) Hans Hugo Klein, 헌법재판과 헌법구조: 법치국가에서헌법국가로, KAS-Schriftenreihe Konrad Adenauer Stiftung, 1996, 8-9쪽

25) Hans Hugo Klein, 앞의 책, 9쪽, 12쪽



는 권위적 기구를 두어 의회의 입법권을 감시 견제할 뿐만 아니라 헌법재판소가 임의적으로 설정한 헌법의 지도원리가 집행과 사법을 지도하는 권위주의적 법치국가라는 점이다.

그런데 이러한 독일학계나 이를 이어받고 있는 우리 학계나 공통적으로 보고 있지 못한 점이 하나 있다. 정확히 표현하면 의도적으로 보기를 거부한 것인지 아니면 실수로 보지 못한 것인지는 정확히 판단하기 힘들다. 전후 독일의 지적 전통을 볼 때 의도적으로 은폐한 측면이 강하다고 하지 않을 수 없다.

실질적 법치국가는 본질적으로 형식적 법치국가에 대한 항의개념이다. 형식적 법치국가에 대한 실질적 법치국가의 이 같은 대항관계는 형식적 법치국가에 대한 오해와 불신에서 비롯된다. 대표적인 것이 나치스 불법국가는 바이마르헌법체제, 다시 말하면 형식적 법치국가의 필연적 귀결이라는 인식은 잘못되었으며 그 근거도 역사적 사실에 반한다는 점이다.<sup>26)</sup>

### III. 반의회주의를 전제로 하는 법치주의이론의 역사

#### 1. 관료적 법치주의와 반의회주의

독일의 입헌군주제하에서 받아들였다는 고전적 법치주의는 시민적 법치주의라고 말하기는 힘들다. 왜냐하면 시민적 법치주의란 절대왕정과의 투쟁속에서 형성된 제3신분 즉 부르주아계급의 이해관계를 대변하는 정치적 메카니즘이 의회주권과 의회가 만든 법률에 의한 지배이었다. 이럼으로써 국민주권-민주주의-의회주의-법치주의라는 일련의 연쇄를 통해 근대부르주아계급의 경제와 정치 양면에 걸친 지배시스템이 완성된다고 평가할 수 있다. 그리고 그 전형은 영국을 들 수 있으며 영국의 의회주권과 법치주의(Rule of Law)는 이를 단적으로 보여주는 개념들이다.

그러나 이러한 영국의 전형적인 정치제도의 발전은 독일에서 상당부분 변형되어서 수용된다. 칸트 이래 제기된 법치국가론은 상당히 자유주의적인 이념을 내포하고 있었다.<sup>27)</sup> 그러나 1848년 혁명의 실패로 인하여 독일의 자유주의운동은 쇠락하고 그 이

26) 국순옥, 앞의 글, 105쪽

념적 표현인 법치주의는 변질된다. Stahl의 명제가 그 예이다. 역사적 내용과 기능을 지녔던 법치주의 이념이 국가의 법적 형태표식 내지 비정치적 형식으로 전화하였던 것이다. 여기서 독일에 독특한 법치국가이념이 형성되는 것이다.<sup>27)</sup>

물론 슈탈도 법치국가이어야 한다는 점에 있어서는 동의하고 있다.

국가는 법치국가가 되어야 한다: 그것은 슬로전이며, 무엇이 실제로 현대 발전 경향인가를 표현하고 있다. 그것은 법에 의한 국가의 시민들의 자유의 영역뿐만 아니라 국가작용들의 방향과 한계들을 정확히 설정하고 불가침적으로 확실하게 한다: 따라서 국가가 법영역에 속한 것만을 직접적으로 실현시킬 것이다. 이것이 법치국가 개념이고, 국가가 행정적 목적들 없이 법질서를 단지 적용할 것이라든가, 심지어 개인들의 권리들을 확고하게 할 것이라는 것은 아니다. 그것이 국가의 목적과 내용을 무엇보다도 의미하는 것은 아니라 국가의 목적과 내용의 현실화의 방식과 본질만을 의미할 뿐이다.<sup>29)</sup>

그는 그 개념규정을 국가목적(Staatszweck)으로부터 분리하여 “활동의 내용과 목표에 의해서가 아니라, 그 종류와 성격(Art und Charakter)에 의하여 특징지어지는 국가”를 법치국가로 부를 것을 제창했다. 이것은 공통된 이해에 의하면 입법자 즉 법의 창조자로서 나타난 국가가 형식적으로 만능이라는 것을 보여주는 개념규정이어서, 유럽의 법관념상 성립된 법치주의의 관념을 환골탈태하고, 그것을 초실정법인가치와 결부시킨 것으로 이해되는 것이었다. 본래 슈탈 혼자만의 힘으로 법치국가이념이 일거에 형식화된 것은 아니다. 그러나 어찌되었든 그를 효시로 하여 19세기말까지 법치국가라는 것은 형식적 의미의 법률과 행정의 관계를 지시하는 것 혹은 기껏

27) 칸트의 철학사상에서 국가목적의 확정, 국가의 법아래에서의 복종, 국가의 기초로서 시민의 자유와 평등의 강조, 전제에 대한 권력분립적 국가상의 대치를 볼 수 있다. 철학적 자유의 이념은 특히, 국가를 법 목적의 추구만으로 제한하려는 이론을 생성시켰다. 그 전회 가운데에서 법치주의 개념이 처음으로 등장하게 된다. 초기 자유주의의 일반적 입헌운동에서 유래하는 R. v. Mohl의 이론이나 R. v. Stein의 이론도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 민주주의법학연구회 공법분과, “법치주의의 원리와 그 현실”(민주법학 5 (1992), 82-128쪽 수록), 84-85쪽

28) Klaus Stern, 앞의 책, 764쪽

29) Friedrich Julius Stahl, Philosophie des Rechts, vol. II, 137쪽. Franz Neumann, The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society, Berg Publishers, 1986, 180쪽에서 재인용

양자의 관계를 보장하기 위한 각종 기구의 정비를 경향적으로 요구하는 것 정도이외에는 아무 것도 아니었다.

“헌법에 따른 행정이 재판소에 의하여 실현”되는 것을 법치국가의 본질로서 이해한 로렌츠 폰 슈타인, 법률과 행정행위라는 형식을 사용하는 정도에 부응하여 국가가 법치국가라는 성질을 획득했다고 본 오토 마이어의 견해는 서로 차이는 있지만 공히 법치국론의 형식화를 여실히 보여주는 것이다. 그리하여 입헌군주제말기에는 슈탈과 연계된 법치국가 원리가 “법률에 의한 행정”의 원리와 서로 같은 것으로 등치되었다는 것 즉 법률의 우위, 법률의 유보, 행정재판의 보장이 그 본질적인 내용이라는 것이 확립되기에 이른다.<sup>30)</sup>

이러한 독일적 법치국가의 형성은 당시의 독일의 정치상황에서 찾아야 할 것이다. 1848년 혁명의 실패로 자유주의는 막을 내린다. 이 혁명의 실패와 더불어 나타난 1871년 독일제국의 형성은 부르주아계급으로 하여금 정치적 권력을 포기하고 경제적 자유에 안주토록 한다. 다른 말로 한다면 부르주아계급이 의회주권을 공고히 할 만한 정치적 세력으로 조직되지 못했다는 점이다. 이것은 독일자본주의 발전의 특수성에 기인한다.

독일에 있어서 시민적 변혁은 기본적으로는 1807년 이후 독일의 각주에서 진행된 ‘위로부터의 혁명’에 의하여 전개되었다. 그것은 봉건적 기반이 극히 강했기 때문에 그 시민적 변혁이 파행적인 형태를 취하지 않을 수 없었다. 또한 독일의 경우 이같은 봉건제의 파괴와 자본주의의 형성이 국가의 적극적인 활동을 통하여 행해졌다는 사실이 중요하다. 시민층의 미성숙 때문에 프랑스처럼 이들이 변혁의 주체로 되지 못하고 국가권력이 개혁에서 항상 주도적인 역할을 담당했다.<sup>31)</sup>

위와 같은 자본주의화의 과정에 대한 저항으로서 생겨난 것이 1848년 혁명이었으나, 이 혁명은 경제적으로는 자본주의적 발전을 촉진시키기는 했지만, 부르주아적 정치변혁으로서는 실패한 혁명이었다. 그래서 봉건적 군주제(입헌군주제)와 타협을 하게 되었다. 이러한 자유주의를 기반으로 하는 부르주아세력과 봉건적 군주제와의 타협의 결과는 정치적 자유주의의 포기와 그에 대한 보상으로 경제적 자유주의의 획득이었다. 이리하여 군주제와 그 정치적 이해의 집행자인 국가관료제와의 타협과 그 비호 하에 독일에서 부르주아지의 경제적 발전은 진행된다.

30) 玉井克哉, “ドイツ法治國思想の歴史的展開(1)”, 國家學會雜誌 第103卷 第9-10號, 1990, 511-512쪽

31) 天野和夫 外 編, マルクス主義法學講座4, 國家・法の歴史理論, 日本評論社, 1978, 146쪽

독일자본주의 발전의 특수성은 정치성이 강한 국법학의 발전에 결정적 영향을 미친다. 국가법인설로 표현되듯이 국가는 법적 인격체로서 국가적 제권리의 귀속주체로서 파악되고, 국가와 시민의 관계는 인격과 인격의 법적 관계로서 규정된다. 군주의 인격성이 법적 범주로서의 국가인격으로 등치된다. 법치주의의 전제조건이라 할 수 있는 의회의 주권성은 부정된다. 1871년 제국헌법에서 상하원적인 연방참의원과 제국의회에서 행사했으나, 그 구성의 이질성과 복잡성으로 인하여 입법기관의 역할을 수행하는 것은 원래 불가능한 상황이었다.

이러한 정치상황에서 법치주의란 내용상으로는 군주권의 명령에 따른 행사이며, 다만 그 형식상 법률의 외관을 취했다는 것 이상의 의미를 부여하기 힘들다. 다만 부르주아계급의 입장에서 본다면, 부르주아계급의 미성숙으로 의회주권이 아직 역사적 일정에 오르지 못한 정치적 계몽 이전의 단계에서 의회주권의 길은 일단 접어두고 법률의 지배를 통하여 의회주의원리를 간접적으로 실현하기 위한 일종의 정치적 방어개념<sup>32)</sup>으로 이해할 수 있을 것이다.

입헌군주제하의 독일 법치국가의 특징을 가장 단적으로 보여주는 것이 오토 마이어의 '법률에 의한 법규창조력'일 것이다. 여기서의 법규란 인격간의 관계 내지 자유나 재산권에 관한 사항으로 정의된다. 즉 주권의 담지자인 국가는 법인으로 표상되고 사인인 자연인의 인격적 관계, 특히 그 중에서도 정치적 부분을 제외한 경제적 자유와 소유권에 한정되는 권리사항이 법규사항으로 인식되고 이 법규사항만 의회의 법률영역으로 국한된다.<sup>33)</sup> 이것은 정치적 권리를 포기하고 경제적 자유권에 집착한 독일 부르주아계급의 탈정치적 경향이 여기에 반영되어 나타나고 있는 것이다.

문제는 법규사항이 아닌 사항 즉 비법규사항은 법률에 근거할 필요가 없게 된다.

32) Ingeborg Maus, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, 1986, 13쪽, 17쪽

33) 라반트는 법규를 "개별주체의 권리 및 의무를 확정하는 것"으로 보았다. 안쉬츠는 법규개념을 "개인의 자유, 특히 사유재산에 대하여 기준을 설정하고 제한을 가하는 것"으로 파악한다. 이러한 법규개념은 국가법인설을 전제로 한다. Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 4. Bd. 5. Aufl., Tübingen 1911, 181쪽; 이러한 법의 이해는 게오르크 엘리네크에게도 인정되고 있다. 즉 엘리네크는 "제인격의 자유로운 활동영역을 경계지우는 것"을 법률로 보았다. Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, Neudruck der Ausgabe Freiburg 1887, Tübingen 1964, 240쪽. Gerhard Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umgang des königlichen Verordnungsrecht nach preußischem Staatsrecht, 2. Aufl., Tübingen/Leipzig, 1901, 97쪽

즉 군주의 명령으로 집행이 되고, 행정규칙에 의한 규율이 인정된다. 이 국가의 내부 영역에 관한 이론은 오토 마이어에 의하여 특별권력관계이론으로 체계화되고, 일반권력관계의 법규와 행정행위는 특별권력관계에서 행정규칙과 명령에 의해 대체된다.<sup>34)</sup>

오토 마이어의 법규개념은 의회와 행정권사이의 규범정립권한을 배분하는 기능 및 규범의 법적구속성의 유무를 결정하는 기능을 가진다. 그러므로 오토 마이어의 법치주의는 법규사항에 한정해서만 적용이 이루어지고 비법규사항은 법률로부터 자유로운 행정영역으로 남게 된다. 그 만큼 의회의 입법권한의 제한되는 것이고 이것이 독일 법치국가와 법치행정의 후진적이고 특수한 모습이라고 말할 수 있다.

이를 형식적 법치국가라고 부른다면 그것은 실질적 법치국가를 도출하기 위한 의도적 측면이 강한 것이고, 엄밀히 보면 개념적 정의가 쉽지 않고 당시의 정치경제적 상황과 관련시켜 이해한다면 입헌군주제하의 관료적 법치주의라고 부를 수 있을 것이다. 물론 그럼에도 독일제국의 정치체제는 자본주의의 지속적인 발전을 가능하게 했다고 평가할 수 있을 것이다.

프란츠 노이만이 지적하듯 근대법체계의 실질적 구조는 경제적으로 자유경쟁과 밀접한 연관을 맺고 있으며, 부수적으로 사유재산의 보장, 계약 및 기업자유로 표출된다. 이러한 근대법의 지배는 형식적이고 합리적인 법, 즉 일반법과 독립된 법관에 의한 그 엄격한 적용, 그리고 사법권에 의한 법창조의 금지와 일반조항의 부정에 의해 보장되었다.<sup>35)</sup>

여기서의 일반법이란 소위 법치주의에 있어서의 법의 일반성으로 법의 일반성이 갖는 3가지 기능 즉 부르주아지의 지배를 은폐하는 것, 경제시스템을 계산가능하게 만드는 것, 자유와 평등의 최소한을 보장하는 것 등은 모두 결정적으로 중요한 것이다. 물론 영국과 독일의 경우가 달라 독일의 경우에는 위의 기능 중 두 번째의 기능만이 중요한 의미를 현실적으로 갖게 된다.<sup>36)</sup> 독일의 법치국가가 여러 지배적인 계급의 제휴를 대표하는 국가이기는 했지만, 결코 독재는 아니었다.<sup>37)</sup>

34) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl., Berlin 1969, 103쪽

35) Franz Neumann, "Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft", Demokratischer und autoritärer Staat, 31쪽

36) 만약 칼 슈미트처럼 법의 일반성을 자유경쟁에 필요한 수단 정도로 간주한다면, 자유경쟁이 종료하고 조직화된 국가자본주의가 이를 대체함으로써 일반법, 법관의 독립성 및 권력분립이 소멸되어야 하며, 동시에 독재자의 명령(Führerbefehl) 혹은 일반조항이 진정한 법이 될 것이라는 결론에 도달하는 것은 자연스러운 일이다. Franz Neumann, 앞의 논문, 26-27쪽

37) 법의 일반성과 재판의 독립성은 권력은폐기능과 자본주의적인 계산가능성을 유지하는 기능을 뛰

## 2. 파시즘과 본기본법 하의 실질적 법치주의와 반의회주의

이러한 독일의 법치주의는 그 전제조건인 의회주의의 미확립으로 인해 특수한 모습을 띠게 된다. 그나마 법률의 지배를 통하여 의회주의원리를 간접적으로 실현하기 위한 개념장치와 기본원칙이 실질적 법률의 개념과 형식적 법률의 개념 그리고 법치행정 의 원칙과 법치사법의 원칙이라고 말할 수 있다.<sup>38)</sup> 이러한 불완전한 법치주의는 의회주의가 확립된다면 민주주의적 법치국가로 발전될 가능성이 있지만, 만약 의회주의가 더 약화된다면 정반대의 모습을 취할 수도 있다. 바이마르공화국이 전자의 예라면 후자의 예로 들 수 있는 것이 제2제정기의 입헌군주제와 히틀러하의 나치즘이다.

독일 제국의 성립으로 자유주의적 발전의 번성기를 맞은 독일 자본주의는 1873년의 세계적 대불황을 계기로 그 변질과정에 들어선다. 그리하여 '전환' 후의 제국은 근대국가로의 부르조아적 진화의 길을 거부한다. 비스마르크는 의회를 회피하고 사회 내부의 경제적 이익집단과 집행권력의 직접적 제휴를 통치의 원리로서 추구하였다. 이로 인하여 제국의회는 약화되고, 제1차대전 발발과 함께 의회의 기능을 행정부가 대신함으로써 그나마 형식상의 제국의회는 유명무실해지고, 기존의 자유주의적 사법 원리마저도 중단된다.<sup>39)</sup>

1914년 8월 독일의 제국의회는 소위 '수권법'(Ermächtigungsgesetz)을 제정함으로써 집행권력이 입법권력을 대체하게 된다. 전체 체제의 기초로서 국가계획이 출현하고, 생산통제, 노동통제(임금통제)가 전개되었다. 긴급상태를 근거로 '전시 사회주의'(Kriegssozialismus)라고도 불리는 국가와 경제의 재편성이 진행되는데, 이를 매개하는 정책적 수단으로 이용된 법령들은 시민법질서의 외부에 그 부정태로서 존재하게 되고 의회주의와 법치주의는 중단된다. 이러한 중단의 경험은 바이마르공화국 말기 수권법 제정에 의하여 되풀이된다.

독일역사에서 보이는 민주주의에 반하고 의회주의에도 반하는 법치주의 역사는 1918년 부르주아민주주의혁명으로 소생의 기미가 보인다. 바이마르 헌법은 의회주의

어념은 요소도 포함했다. 권력분립은 분명히 조직상의 권력 분리(Gewaltenunterscheidung)이었을 뿐만 아니라 동시에 그것은 서로 제휴하고 있는 집단 내부의 국가권력의 배분(Verteilung der Staatsgewalt)이기도 하였다. 그러나 이러한 계급지배(Klassenherrschaft)는 계산가능하고 예측가능한 것이었으며, 자의적인 것은 아니었다. Franz Neumann, 앞의 논문, 30쪽

38) 국순옥, 앞의 글, 115쪽

39) 天野和夫 外 編, 297쪽 이하 참조

원리를 특징으로 한다.<sup>40)</sup> 의회주권이 확립됨으로써 민주주의적 법치국가의 역사적 조건이 충족되면, 법치국가의 기능도 달라진다. 법치국가는 이제 법률의 지배를 통하여 의회주의원리를 간접적으로 실현하기 위한 정치적 방어개념이 아니다. 그것은 의회주의원리를 확인하고 보완하는 법기술적 장치에 지나지 않는다. 이에 따라 형식적 법치국가와 실질적 법치국가의 구별은 존립기반을 잃게 되고, 법치행정의 원칙과 법치사법의 원칙이 법치국가의 결정적 징표가 된다. 의회주권에 터잡고 있는 바이마르헌법체제 아래의 민주주의적 법치국가가 지니고 있는 민주주의적 잠재력을 평가할 때, 바이마르헌법체제 아래의 민주주의적 법치국가는 기본구조나 기본정향이 영국의 rule of law나 프랑스의 règne de la loi의 독일 복제판이라 하여도 과언이 아니다.<sup>41)</sup>

그러나 이러한 바이마르의 가치상대주의에 입각한 민주주의, 의원내각제를 골간으로 하는 의회주의 그리고 이들 원리의 형식적 집행으로서의 민주적 법치주의는 파시즘에 의해 부정된다. 독일의 다수 입장이 문제시하고 있는 역사적 대목이다. 즉 파시즘이 합법적으로 권력을 장악할 수 있었던 원인이 바로 이러한 바이마르 제도들의 형식성에 기인한다는 부분이다. 우리의 다수입장도 이러한 해석에 동조하고 있다.

독재는 의견상 합법적 수단으로 형성될 수 있었고 헌법상 보장된 형식적 법치국가의 제도 그 자체는 거의 침해될 필요가 없었다. 형식적 합법성의 원칙과 법실증주의 세계관에 따라 형식적 법치국가는 마침내 불법국가가 되고 만 것이다.<sup>42)</sup>

그러나 이러한 해석은 상당히 문제점이 많다. 왜냐하면 파시즘이 합법적으로 권력을 장악했다는 것은 사실적 근거가 없으며, 불법에 의한 지배가 형식적 법치주의의 결과이며 그 책임이 의회에 있다는 것 역시 더욱이 근거가 없다. 또한 다수입장이 당시의 사회경제적 배경에 대한 연구 없이 이루어졌다는 것 역시 문제점으로 지적할 수 있을 것이다. 오히려 나치즘의 지배는 형식적인 법에 의해서 이루어졌다고보다는 이 법에 실질적 가치를 부여함으로써 즉 실질적 법치주의를 근간으로 해서 민주주의와 의회주의를 부정했다고 평가해야 타당할 것이다.

40) 바이마르의회주의란 제2제정기의 정치적 쟁점이었던 내각책임제를 말한다.

41) 국순옥, 앞의 글, 115-116쪽

42) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1988, 173쪽

노이만의 연구에 의하면, 바이마르공화국의 관료(특히 사법부 관료)들이 공공연히 혹은 은밀히 정치적 중립원칙을 파기하고 보수단체를 원조하여 법의 지배를 내부로부터 공허화시켰으면 나치스 독재에 최초의 결정적인 법적 근거를 제공하여준 수권법의 성립과 그 이후의 과정을 보면 합법적인 나치스 권력의 장악이란 사실무근이라고 한다.

수권법이 바이마르헌법 제76조에 따라 출석의원 2/3이상의 동의를 받아 의회를 통과한 것은 분명히 사실이다. 그러나 그 전에 공산당은 소위 국회방화사건이라는 조작된 사건으로 실질적으로 비합법화되었으며, 1933년 3월 의회가 열리기 전에 공산당원 전체(81명)와 사회민주당원 일부가 예비 검속당했다. 그뿐만 아니라 수권법 제5조에서 이 법은 내각의 경질과 함께 그 효력을 상실당한다고 규정하고 있었다.(최초의 히틀러 내각의 각료 12명 중에서 나치스당원은 겨우 3명에 불과했다는 사실도 기억해 둘 필요가 있다. 힌덴부르크대통령은 자신의 심복인 파펜, 후겐베르크와 겔레케 등을 보내 나치스의 독재화를 방지하기 위해 제5조를 삽입하도록 요구했다.) 그러나 얼마후 후겐베르크는 사임하고, 겔레케는 공금유용죄로 체포되었다. 그래서 나치 당원인 발터 달레가 농업장관이 되고, 헤스는 각료가 아니면서도 각료회의에 참석하게 되었다. 이리하여 제5조 규정은 백지화되었다. 게다가 수권법 제2조는 국회와 참의원의 지위를 움직일 수 없게 못박아 두고 대통령의 권리를 보증하는 등 전체적으로 임시입법의 정신으로 일관되어 있었다. 수권법이라는 전면적인 권력위임 입법자체의 위헌성 여부에 대한 논의는 차치하더라도 나치스의 독재는 이런 수권법조차 유린함으로써 가능했다. 사회민주당이 합법성에 지나치게 집착한 결과 파시즘이 독일을 제패한 것이지 나치스가 합법적 절차를 밟아 정권을 장악한 것은 아니다.<sup>43)</sup>

나치즘은 불법적인 것과 법적인 것의 적절한 혼합을 통해 권력을 장악했다. 그런데 나치즘의 권력장악을 확고히 하기 위해서는 의회주의를 무력화시킬 필요가 있었다. 그것은 의회제의 원칙이 실현되고 헌법이 보장하는 법의 지배가 비교적 온건하게 유지되는 한, 반혁명의 효과적인 조직화는 어려움과 저항에 맞닥뜨리게 된다. 따라서

43) Franz Neumann, Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, Oxford University, 1944, 52-54쪽



현실적으로 근대입헌제가 원래의 형태대로 보존되면서 파시즘이 발전하기란 원칙적으로 불가능하게 된다.<sup>44)</sup>

이러한 반의회주의의 선봉을 이룬 것이 대중선동이데올로기이다. 독일의 나치즘에서 대중선동의 무기는 반마르크스주의로서 인종주의와 민족주의 이데올로기이었다. 나치즘은 인종주의가 세계관의 중심이 되고 인종적, 민족적 사상에서 필연적으로 사회적 사상이 발생한다고 주장한다. 민족공동체의 원리는 국민전체의 이익이 개인이익에 우선한다는 것이다. 이 '민족공동체'의 논리를 매개범주로 하여 형성된 나치스의 법이데올로기는 '일원화주의'이었다. 이원적 또는 다원적 사고는 나치이데올로기에 의하여 이제야 극복되어야 할 근대주의적·개인주의적 사고로서 탄핵된다. 입법·행정·사법의 삼권분립적 구조, 국가와 시민사회의 이원적 파악, 전체와 개인의 대치, 나아가 공법과 사법의 이원론, 법과 도덕의 준별의 논리에 이르기까지, 모두가 다 나치의 일원적 사고에 의하여 분쇄된다.<sup>45)</sup>

제3제국에서 새로운 법이데올로기의 생산을 담당한 것은 키일학파로 불리는 젊은 법학자 집단이었는데, 그 대표자의 한 사람인 후버는 민족을 핵심개념으로 국가와 법에 다음과 같은 규정을 내린다. "국가는 민족의 정치적 형태, 바꾸어 말하면, 국가란 정치적 형태에서의 민족"이며, "법은 민족의 존재와 활동의 질서"이다. 따라서 '지배 질서로서의 국가'와 '사회질서로서의 민족'의 분리를 전제로 하는 공법-사법의 이원적 체계는 "공동체의 본질적인 통일성에 의하여 극복된다. 민족공동체에서는 본질적으로 동질의 질서가 존재할 뿐이다."<sup>46)</sup> 이 '동질의 질서'야말로 공법-사법의 대립을 극복한 '공동체법'이라는 것으로 된다.

칼 라렌츠는 이러한 공동체법을 전개시켜 법인격, 권리능력 및 주관적 공권이라는 종래의 범주에 대치하여 'Rechtsgenosse'(법동포), 'Fähigkeit, im Rechte zu stehen'(법에서 위치를 차지할 능력) 및 'Rechtsstellung'(법적 지위)이라는 범주를 제시한다. 법인격·권리능력의 부정 뒤에 계속되는 것은 말할 필요도 없이 '권리' 개념의 말살이다. 라렌츠에 의하면, '권리'에 대신하는 '법적 지위'라는 범주는 민족동포가 민족공동체의 분기(Glied)로서 민족에 대하여 담당할 과제를 내용적 핵심으로 하며, 과제를 이행할 의무와 책임, 이행을 위한 권한(Befugnis) 및 과제를 부여

44) 丸山眞男, "파시즘의 본질", 서동만편역, 파시즘연구, 거름, 1983, 18-19쪽

45) 天野和夫 外 編, 앞의 책, 347쪽 이하 참조

46) Ernst Rudolf Huber, Die Rechtsstellung der Volksgenossen, Zeitschrift für die gesamtes Staatswissenschaft Bd. 96, 1936, 448쪽

받고 또한 그것을 성취하는 명예(Ehre)의 통일인 것이다. 법적 지위는 주관적 의사력이 아니라 객관적 공동체 질서가 구체화되는 방법인 것이다.<sup>47)</sup> 단적으로 말하자면, '법적 지위란 과제와 의무'일 뿐이다. 권리의 체제로서의 시민법은 이제 의무의 체제로서의 공동체법으로 '지양'된 것이다. '권리'의 부정은 말할 필요도 없이 부르주아 법질서의 핵심인 소유권개념의 재정의를 가져와 소유권이라는 명의로 소유권자가 보유하는 내실은, 물질 재화를 자기책임하에 그리고 사리에 합당하게 취급해야 할 민족 공동체에 대한 '수탁자'(Treuhänder)의 지위에 불과하게 된다.

이상의 이데올로기를 이념으로 하는 법치주의란 형식적 법치주의라기보다는 실질적 법치주의이다. 실제 나치스법학자들은 자기들의 체제를 실질적 법치국가라고 부른다. 예컨대 슈바이니헨은 법치국가란 국가와 법현실과의 유형적 관계를 나타내는 것으로 "역사상 법을 자기고유의 방법으로서 통용되는 국가의 수만큼 법치국가는 존재하는 것이다. 이렇게 생각하면 19세기의 법치국가는 전형적인 제정법국가로 나타난 데 대하여 나치스국가는 진정한 의미의 법치국가인 것이다"라고 한다. 그는 국가활동의 기준을 형식적인 법률로부터 실질적인 법으로 전환함으로써 법치국가의 의미의 확대를 정당화한다.<sup>48)</sup>

나치스당국도 국내외에서의 많은 정치적 배려에서 나치스국가는 (실질적) 법치국가인 것을 선언하고 있다. 이것으로서 나치스체제하에서도 실질적 법치국가론이 어느 정도 수용되고 있다는 것을 알 수 있다.<sup>49)</sup> 이 경우 법치국가에서의 법이란 의회제정 법률(Gesetz)뿐만 아니라 고차원적인 법(Recht)을 의미한다. 이 법은 법률의 집합체 개념이 아니라 국가가 추구하는 목적이 법의 영역으로 침투하는 통로기능을 하게 된다. 그리고 이 국가목적이 개별 법률에서 작동할 수 있는 근거는 법의 일반조항이었다. 노이만은 일반조항이 파시즘하에서 수행한 역할을 다음과 같이 기술하고 있다.

나치스 이행기에, 나치스 이전의 실정법과 나치스의 요구가 모순되었을 때 일반조항은 그 애매함에 의해 법과 그 요구, 형식적으로는 지도자의 명령을 조화시키는 것에 도움이 되었다. 어떤 종류의 의견의 상위는 있었지만 나치스는 재판관이란 법에 의해 절대적으로 구속되는 존재로 간주했다. 그러나 일반조항은 실정법이 나치스의 정치적 의견과 모순되는 경우에도 법에 의한 판결이

47) Karl Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, Berlin, 1935, 9쪽

48) 김민규, 나치스법치국가와 사회적 법치국가(I), 동아법학 제12호, 1991, 29-30쪽

49) 김민규, 앞의 글, 33쪽

그러한 정치적 의견과 합치되는 것을 가능하게 만든다. 왜냐하면 일반조항을 적용함에 있어서는 나치스의 원칙이 재판관, 변호사, 법률가에 의한 일반조항의 적용과 운용에 직접적이고 배타적인 권위이므로 재판관은 그 자유재량에 의존할 수 없기 때문이다. 그리하여 일반조항은 지도자의 정치적인 명령과 모순되는 실정법에 대하여 그 명령을 실현하기 위한 수단이 된다. 따라서 권위적인 국가의 법이론은 결정론적인 것이 되고, 법은 아르카나 arcana 지배, 즉 권력의 안정화를 위하여 봉사하는 수단에 불과하게 된다.<sup>50)</sup>

노이만이 말한 권위주의적인 국가는 파시즘을 지칭하는 것인데 이것은 바이마르민주주의에 대비되는 것이다. 노이만은 이 권위주의국가의 법이데올로기는 제도주의 또는 칼 슈미트가 불렀듯이 구체적인 질서와 공동체이론에 의해 대표된다고 한다. 제도주의의 내용은 앞서 본 후버나 라렌츠의 입장과 같은 것인데, 이로 인해 법실증주의는 파시즘의 법이론에서 완전히 제외된다.

이러한 파시즘의 실질적 법치주의를 불법국가로 이해하여 이를 부정하고 이에 대한 대안을 찾으려면 그것은 독일의 다수입장이나 연방헌법재판소가 취하고 있는 식의 실질적 법치국가는 아니다. 오히려 민주주의와 의회주의 그리고 그 형식으로서 법치주의가 되어야 할 것이다.

본기본법하에서 독일의 다수입장이나 연방헌법재판소가 취하는 실질적 법치국가는 파시즘하의 실질적 법치국가와 다른 점도 물론 있지만 유사한 점도 많다고 할 수 있다. 그 내용이 다르기는 하지만 국가의 목적이 설정되고 있다는 점, 법치국가에서의 '법'을 의회제정의 법률보다 오히려 이에 선행하는 고차원적인 법 예컨대 '헌법제정자를 구속하는 초실정법적', '실정법 질서에 선행하는 기초적 가치'라는 실질적 법개념으로 이해한다는 점<sup>51)</sup> 등은 상당히 유사하다.

다른 점이 있다면 헌법국가에 관한 것인데, 헌법해석을 통한 입법의 한계 설정이나

50) Franz Neumann, "Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft", Demokratischer und autoritärer Staat, 43쪽

51) Konrad Hesse, "Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes", Ernst Forsthoff(Hrsg), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968/ 제희열 역, "기본법의 헌법체계에 있어서의 법치국가"(같은이 편역, 헌법의 기초이론, 제2판, 삼영사 1988, 146쪽 이하 참조. Ulrich Scheuner, "Die neue Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland"(Joseph List / Wolfgang Rübner(Hrsg.), Ulrich Scheuner Gesammelte Schriften, Berlin, 1978, 207쪽

헌법재판소에 의한 법률위헌심사는 바이마르공화국이나 파시즘 하에서 시행된 적은 없다. 그러나 정확히 말한다면 본기본법의 위헌법률심사제의 기원은 미국의 제도에서 유래한다기보다는 바이마르공화국에서 사법부의 의회견제의 산물이라고 말할 수 있다. 앞서도 본 것처럼 바이마르공화국의 법치주의는 내적으로 붕괴되기 시작했는데, 그 책임의 일부는 앞서 본 것처럼 보수적인 사법부에 있었다.

근대헌법체제의 의회우위는 당연히 법률에 대한 사법부의 엄격한 종속을 요청했다. 법의 최고성은 의회에 의해 제정된 법의 최고성을 의미하며, 즉, 제정법의 최고성이며, 제정법은 역사적으로 정치적으로 보통법의 최고성과 대립되어 있다. 제정법의 최고성은 역사적으로 보통법의 창조적 권력이 거절되었던 바로 그 기간에 발생하였다. 부르주아의 승리가 일어난 17세기에 의회의 우월성과 의회입법의 최고성의 동시에 발생한다. 그때부터 제정법은 지배적이 것이 되었다.<sup>52)</sup>

그러나 자유경쟁이 끝나고 독점이 진행되는 현대국가에서 변화된 경제구조는 의회에 대한 행정부의 힘을 강화시킨다. 의회가 형식적으로는 주권자일지라도 정부의 영향력 또는 사법부의 영향력이 증가하는 크기에 따라 의회의 영향력은 점진적으로 줄어든다.<sup>53)</sup> 이것은 모든 국가에서 공통적인 현상이라 말할 수 있는데, 독일의 경우 이러한 현상은 눈에 띄게 현저했다. 그것은 바이마르헌법의 현대 헌법적인 성격에 그 이유가 있으며, 이 대항하는 것으로 반자유주의적인 헌법이론을 형성했던 칼 슈미트의 이론과 다른 하나로 사법부의 법률위헌심사제도를 들 수 있다.

바이마르헌법은 현대헌법으로서의 특성을 가지고 있다. 사적 소유를 규정한 바이마르헌법 제153조 제1항은 "소유권은 헌법이 보장한다. 그 내용과 한계는 법률이 정한다"고 하고 있다. 그러나 다른 한편으로 제3항은 "소유권에는 의무가 따른다. 소유권의 행사도 공익을 최우선으로 해야 한다"라고 규정되어 있고, 제157조 1항은 "노동력은 제국의 특별한 보호를 받는다"라고 선언하고, 제165조 제1항은 "노동자 및 직원은 임금·노동조건의 규제 및 생산력의 전경제적 발전에 기업가와 공동하여 동권적으로 관여할 자격을 가진다"고 하고 있다. 여기에 사회화규정인 제156조<sup>54)</sup>까지 포함시켜

52) Franz Neumann, *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Berg Publishers, 1986, 184쪽

53) 해롤드 라스키(Harold Laski)는 이를 민주주의의 위기라고 진단하였다. Harold J. Laski, *Democracy in Crisis*, London 1932; 또한 그의 *The State in Theory and Practice*, London, 1935 참조

54) 제156조 ① 라이히는 법률에 의하여 공용수용에 적용되는 규정을 준거로 하여 사회화에 적합한 사적 기업의 보상을 지급하고 공공화할 수 있다. 란트 또는 공공단체는 기업과 경

보면 바이마르헌법은 사회주의화는 아니지만 사회화에 대한 내용을 담고 있다고 볼 수 있다.<sup>55)</sup>

칼 슈미트의 제도보장론에 따르면, 사적소유제도는 역사적 발전의 산물인 만큼 그것은 역사의 한 부분으로서 입법기마다 인적 구성을 달리하는 의회가 관여할 사항이 아니며, 이에 대한 정치적 결단은 주권자인 국민의 몫으로 남게 된다. 따라서 의회가 바이마르헌법 제153조에 따라 자본주의적 소유질서에 제한입법의 형식으로 개입하는 경우에도, 그 대상은 개별소유권에 국한되며 사적소유제도는 여기에서 제외된다. 개별소유권과는 달리 사적소유제도는 헌법사항에 속하며, 이의 폐지나 변경은 헌법개정 의 절차를 통하여만 가능하기 때문이다.<sup>56)</sup> 이같은 논리적 맥락에서 볼 때, 제도적 보장론의 의도는 자본주의적 소유질서의 핵심인 사적소유제도를 의회의 손길이 닿지 않는 안전지대에 옮겨 놓음으로써 합법적 체제변혁의 가능성을 사전에 봉쇄하려는 데 있었던 것이다.<sup>57)</sup>

이러한 제도보장론이 의도하는 것은 의회의 민주적인 법률의 형성가능성을 사전에 헌법이론을 통해 차단하는 것이라면, 의회가 만약 진보적인 법률을 제정하는 경우 이에 대한 또 다른 대항축을 형성하는 것이 법률위헌심사제라 할 것이다. 바이마르헌법은 법률위헌심사에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그 결과 그 가능성을 놓고 논쟁이 벌어진 가운데 독일라이히최고법원이 인정하기에 이른다.

독일라이히최고법원은 1921년 4월 28일의 결정에서 갑자기 라이히최고법원은 법률의 합헌성 여부를 심사할 권한이 언제나 라이히최고법원에 있었다는 견해를 밝혔

제단체의 관리에 참여하고 또는 그들에 대해 다른 방법으로 결정적인 영향력을 확보할 수가 있다. ② 라이히는 긴급한 필요가 있을 때 모든 생산에 종사하는 국민층의 협력을 확보하고 사용자와 피용자를 관리에 참가시키며, 경제적 재화의 생산·제조·분배·소비·가격형성 및 수출입을 공공경제의 원칙의 기초위에 경제적 기업과 그 단체를 통합할 수 있다.

③ 협동조합 및 연합체는 그 청구에 따라 규약과 특색을 고려하여 공공경제에 편입된다.

55) '사회화'의 형태는 ① 제국에 의한 '공유화' ② 혼합경제기업 ③ 공공경제의 원칙에 따른 기업·경제단체의 통합의 세 가지 유형이다. 그런데 '사회화'에 관해서는 헌법을 앞질러서 이미 1919년 3월 23일에 바이마르 제헌의회가 '사회화법'을 사회화의 기본법으로서, '석탄경제 규제에 관한 법률' 및 '비료경제 규제에 관한 법률'을 그 집행법으로서 성립시켰다. 사회화법은 그 '사회화'의 형태로서, ① '공공경제로의 이관', ② '공공경제적 규제'를 지시하고 있고, 석탄경제·비료경제의 '사회화'는 '공공경제적 규제'의 방법으로 행해지고 있었다. 헌법규범으로서 정착된 사회화 조항은 그 규범적 의의에 있어서 노동자 계급이 그 정치적 해방을 사회적 해방으로 진전시키는 법적 단서로 될 가능성이 있었다.

56) Carl Schmitt, "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien", Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin, 1958, 166쪽 참조

57) 국순옥, "헌법재판의 본질과 기능", 민주법학 제11호, 1996, 14-15쪽

다.<sup>58)</sup> 그 이후의 결정에서도 이러한 견해는 견지되었다.<sup>59)</sup> 이러한 것은 바이마르공화국의 권력 약화와 함께 진행되는 것이다. 바이마르헌법은 다원주의와 각기 다른 사회계층의 동권(동등성)이념에 의해 형성된 것이다. 그런데 법원에 대한 법률심사권 부여는 이러한 바이마르헌법의 사회화 규정에 대항해서 기존의 소유질서를 존속시키려는 노력의 일환이었다. 이것이 얼마만큼 들어맞는지는 사법심사가 청구된 결정들의 분석을 통해 증명될 수 있을 것이다.<sup>60)</sup>

그 후에도 라이히최고법원은 평등원칙이 입법부에 대해서도 적용되므로 “자의적인” 의회결의가 헌법위반이라는 이론을 취했다.<sup>61)</sup> 바이마르헌법의 기본권과 법률의 사법심사는 헌법이론과 라이히최고법원의 판결에서 정치적, 문화적 및 경제적 생활에서 현상유지를 견지하기 위한 수단이 되었다. 독일의 사법부는 빠른 속도로 미국식 모델에 가까워졌다. 사법부와 의회 사이의 이러한 투쟁에 대한 중국적 판결은 바이마르민주주의의 붕괴로 인하여 내려지지 않았다.<sup>62)</sup> 그러나 법원의 법률위헌심사는 본기본법 하에서 자리잡게 된다.

바이마르헌법기의 헌법수호자 논쟁을 통해서도 볼 수 있듯이 (법원이든 아니면 연방헌법재판소이든) 법률의 위헌심사제도는 의회주의부정론에 기원을 두고 있다. 그럼에도 본기본법이후 독일이나 우리나라에서 민주적이고 사회적인 법치국가의 핵심에 헌법재판소의 법률의 위헌심사제도가 자리잡고 있다는 것은 상당히 역설적인 것이다.

여하튼 바이마르기를 제외하고 독일의 입헌군주제-히틀러의 나치즘-독일의 본기본법으로 이어지는 역사에서 법치주의이론은 그 명칭을 형식적 법치주의로 규정하든 아

58) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 102, 161쪽

59) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 107, 139쪽; Bd. 111, 323쪽; Entscheidungen des Reichsgerichtshof, Bd. 5, 333쪽. 또한 Franz Neumann, "Gegen ein Gesetz fuer Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen", Die Gesellschaft, Jg. 6, 1929, 517쪽 이하

60) 더 자세한 것은 오토 키르크하이머(Otto Kirchheimer)의 탁월한 분석을 참조할 수 있다. Otto Kirchheimer, Grenzen der Enteignung, Berlin-Leipzig, 1930. Otto Kirchheimer, Funktionen des Staates und der Verfassung, Frankfurt, 1972

61) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 111, 329쪽

62) 이상의 내용은 다음을 참조하라. Franz Neumann, "Die Gesetzesherrschaft unter der Weimarer Verfassung - Die Epoche des Monopolkapitalismus", Die Herrschaft des Gesetzes: Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft, Frankfurt am Main, 1980. 이 부분의 번역은 다음을 참조하라. 오동석 옮김, "독점 자본주의에서 법의 지배", 민주법학 제9호, 1995, 245-272쪽 수록

니면 실질적 법치주의로 규정하든, 단절의 역사라기보다는 연속성을 가지고 있으며 그 나름의 정치적 의도와 후진성을 반영하고 있다고 말할 수 있다.

#### IV. 결론

독일에서 현재 진행되고 있는 법치주의의 이론적 왜곡은 일정한 정치적 의도 하에 서 진행되고 있다고 판단할 수밖에 없다. 그것은 독일의 정치적 후진성의 반영일 뿐 이며 그 후진성을 이론적으로 완성시킨 것에 불과하다.

독일의 법치국가는 의회주의를 통한 시민계급의 국가를 형성하는 운동에 대한 방어 벽이었다. 그래서 정치적 권력은 종래의 봉건적 지배계층이 계속 유지했다. 이것은 근대국가형성이라는 측면에서 보면 분명히 후진적인 현상이다. 이러한 형상에 대한 향의가 바이마르공화국이었다. 바이마르공화국은 의회주의를 확립함으로써 민주적 법치주의를 확립시켰다. 그러나 그것은 역사적으로 한순간에 그치는 잠깐의 미완성에 그치고 말았다.

바이마르공화국은 독일 국가사회주의정권에 의해 부정되고 만다. 독일의 다수설이 문제삼는 것은 바로 이 시기이다. 의회주의와 법치주의라는 바이마르공화국의 형식에서 파시즘이 출현할 수 있었는가 하는 것이다. 다수 학자는 그 이유를 법치주의가 형식화되다 보니 이를 이용하여 파시즘이 출현하였다는 것이고 이러한 역사적 현상의 재발을 막기 위해서는 즉 다른 말로 하면 법치주의 하에서 불법국가의 출현을 막기 위해서는 법치주의에 내용성을 부여하여야 한다는 것이다. 그리고 그와 더불어 발견한 것이 헌법상의 기본권이었다. 즉 소유권을 중심으로 하는 경제적 자유권의 무한한 실현이다. 그 내용이 앞서 보았던 헌법국가의 출현으로 설명되고 있다. 헌법국가는 기본적으로 반의회주의를 특징적인 요소로 하고 있다.

독일의 다수입장이 그렇게 혐오스러워 하는 파시즘은 법치국가라 부를 수 없다. 법률지배의 형태만 취했지 법치국가라 부를 수 있는 국민주권이나 민주주의 그리고 의회주의의 실 내용이 전혀 보장되지 못한 상황이었다. 실령 법률을 통한 지배라는 외형을 인정하더라도 그것은 형식적 법치주의라 부르는 힘들다. 오히려 민족동일성을 내세운 실질적 법치국가에 가까운 것이었다. 이 실질적 법치국가 아니 불법국가는 반의회

주의 전통이 만든 부산물이다. 바르마르공화국 당시 의회는 주권적 지위에 있었지만 여러 정당의 난립으로 혼란스러웠다. 정치적 민주주의를 경험하지 못한 독일에서 처음 시도되는 의회주의는 경험 미숙으로 인한 혼란이 필수적이었고 정치·경제적으로도 패전에 뒤이은 전후처리로 인해 민주주의를 실현할 역량이 절대적으로 부족했었다.

이러한 상황이 민주주의를 부정하고 파시즘의 출현을 초래한 요인들이다. 실제 독일의 파시즘은 민주주의대신 독재를 (의회우위의 민주적) 법치주의 대신 (지배이념을 강조하는 형해화된 단지 수단으로만 전락된) 법치주의를 요구했던 것이다. 이 파시즘의 법치주의야말로 국가공동체의 목적규정 내지 이념형을 전제로 하는 절대적인 민주주의요 실질적 법치주의였던 것이다. 독일 다수이론이 혼란스러워한 것은 바이마르공화국의 혼란을 혐오하였던 것이며 이 혼란의 주원인으로 의회주의를 지목한 것이다. 그것은 헌법국가의 집행원리인 헌법재판소 제도가 사실은 반의회주의의 제도적 산물이라는 것을 통해서 충분히 확인할 수 있는 것이다.