

法에 대한 理解

Understanding of Law  
and Legal Philosophy

시리즈 제3권

# 法에 대한 理解

제1권 法知識과 法體系의 기원: 로마법 이야기

제2권 民主主義와 새로운 법철학:  
세속의 법과학 법실증주의

제3권 民主主義와 새로운 법철학:  
자연법론과 시스템 빌딩

제4권 法哲學의 재발견

제5권 社會哲學으로서의 法哲學

# 제3권

## 民主主義와 새로운 법철학: 자연법론과 시스템 빌딩



## 머리말

지방대 학자로 어언 30년, 정년이 가까워 오면서 지나온 생을 반추하는 시간이 많아지고 있다. 대학 시절 법은 예측가능성과 법적 안정성이라는 라드부르크를 소개해 준 은사님, 법은 위계와 권위라는 한스 켈젠과 하트의 법사상에 심취하던 학부 시절, 대학원에 진학하여 옐리네크의 법과 사회과학의 큰 세상을 느껴 보고, 교수로 일하면서 정치와 헌법을 받아 칼쉬미츠의 결단주의 헌법관의 현실과 통합주의 헌법관의 이상에 갈등하던 시절, 노년이 되어 법은 결국 사람이고 철학이라는 칸트나 뒤기의 법사상에 이상주의와 현실주의에 젖어 보기도 한 지난 시절들이 아련하다.

헌법과 국제법을 주제로 분석법학과 규범법학의 이차원 세상에서 진리를 구해보려는 작은 몸짓들, 개인적 게으름과 무능으로 인하여 태부족인 현실에 자괴감과 함께 부끄러운 마음이 가득하다. 그러나 뭔가 의미를 세워 보려는 욕심이 불현듯 뇌리에 스치면서, 아직은 건강이 남아 있어 천학비재한 주제에도 지나온 글들을 모아 책을 펴내게 되었다. 모든 학자들이 그렇듯이, 비판과 질책을 감수하고 졸저를 출간하게 된 작은 보람을 맛보게 된 데에는 이웃 동학의 길을 걷는 선생님들의 도움이 적지 않았다.

권영성 김철수 서울대 법과대학 은사님들은 물론이고, 전남대 로스쿨 로마법과 민법 담당 성승현 교수님, 법철학회 회장을 지내시고, 선뜻 구하기 힘든 하트의 책을 건네주신 전남대 김연미 교수님, 항상 학자의 자세로 연구자의 모범을 상기시키던 이영록 교수님들은 지울 수 없는 인상으로 남아 있다. 여기에 더하여 외국의 훌륭한 학자들을 포함, 수 많은 동학 제현들로 알게 모르게 도움

을 받고 자극을 받았던 지난 시간들은 필설로 다하기 어렵다.

본서를 출간하면서, 빼놓을 수 없는 선생님은 얼마전 작고한 고 최홍엽 교수님이다. 막 부임하자, “국제거래법은 사법이고 국제통상법은 공법이죠?” 하면서 같이 웃던 시절, 만산홍엽의 홍엽이라면서 환경운동 노동자의 삶과 함께 한 평생, 동기 조국은 남한 북한 다 된다고 동포애와 노년의 정서를 일깨워 주던 후배들, 나날히 발전하는 대한민국의 물질적 풍요 속에서도 남북의 창 복한 주민들과 함께 한 우리들의 소박한 시간들, 돌아보니 가슴 속 깊이 슬픔이 저러온다. 광주 출신이면서도 오래 서울에 유학하고 많은 선택지 속에서도 “고향에서 후학들을 기르자!” 조선대에 귀향하여 일생 학인의 길을 걸어 온 숭고한 정신, 학생들의 존경의 대상 사표가 되고 동료 교수들의 본보기가 되었던 최 교수님은 필자의 길잡이가 되었다.

본서는 영성하지만 망라적이다. 관련 주제에 관한 다른 영향력 있는 학자들이 많음에도, 2-3년이라는 길지 않은 시간 필자가 접한 일부 학자들을 통하여 주제에 접근했다는 한계를 가진다. 또한 제 1장 로마법 이야기처럼 방대한 로마법과 그 영향에 관한 주제를 선택적이면서 요점 정리식으로 다루었다는 한계를 갖는다. 그럼에도 본서는 법을 쉽게 이해하는데 도움이 되도록 망라적이고 전체적 관점에서 쓰여졌다. 예컨대, 공법학자들은 민주주의 정치나 법치주의에 집중하지만, 로마법에 관하여 관심을 거의 가지지 않는다. 그렇지만, 로마법은 근 현대 법지식과 법체계의 기원이 된다. 공법학자들의 경우 영미 민주주의와 정치철학, 또는 법철학에 매몰되어 로마법을 돌아 볼 기회가 적는데, 영국 프랑스의 법학자들, 특히 신성로마제국의 후예인 독일 중심으로 발전되어 온 로마법의 유산은 법학자들의 오롯한 유산이 아닐 수 없다.

모든 학문이 그렇지만 법을 이해하는데, 법철학은 필수불가결하다. 그리고 가장 주된 법철학적 접근방식은 법실증주의와 자연법론으로 나뉘어 진다. 두 철학 사조는 멀리 소크라테스의 독배론에 기원을 둘 수도 있지만, 대체로 근대 민주주의의 발전과 함께 주장되어온 법철학 사조라고 보는 것이 학자들의 인식이다. 법실증주의는 법의 과학화에 기여하였고, 자연법론은 정치와 법 사이에서 정의와 민주주의적 가치의 발전에 기여하였다. 본서가 양 법철학 사조의 소개를 넘어, 민주주의 법제도의 시스템 구축과 관련하여, 미국의 성문헌법제도와 영국의 불문헌법제도를 같이 편제한 것은 망라적이면서도 법제도의 전체적 이해를 도모하려는 의도가 깔려 있다.

특히 강조하고 싶은 것은 몽테스키외의 법의 정신과 동 저술의 영향을 받은 신대륙 법률가들의 위대함이다. 제도의 고안은 법학자들의 미감이기도 하지만, 책 제목이 상징하듯이 어떤 법철학자들보다 정치와 법, 그리고 법이 무엇인가를 극명하게 보여 주는 훌륭한 저술이다. 가장 첨예하게 법제도의 도안 문제에 천착하여, 가장 보수적인 사상가로 분류되지만, 새로운 민주주의와 법학자, 법률가들에게 미친 영향은 심대하다. 몽테스키외는 법은 제도보다는 인격이라는 영국의 헌법철학자 알버트 다이스와 대비된다고 할 수 있다.

한편 전문적 천착으로는 태부족이지만, 제 5장에서 간단하게나마 인접 사회과학자들의 법철학에 대하여 논급한 것 또한 본서의 전체적이고 망라적 단면이라 할 수 있다. 따라서 본서는 법학 전문서적이라기 보다는 법학분야의 전문교양서적이라고 분류될 수 있겠다.

제 1장 로마법 이야기 편에서 성승현 교수님에게 진 빚은 매우 크다. 닭백숙 맛집 광일식당의 디너 디베이트(Dinner debate)와 로마법 이야기를 통하여 천부인권론과 권리 중심적 민주주의 법철학에 매몰되어 살아 온 공법학 교수의 인생에서 법의 또 다른 단면인 기술적·중립적 차원의 세계를 접하는 즐거움을 가지게 되었다는 것을 고백하지 않을 수 없다. 데카르트 같은 기분에서 비코 같은 기분이 되었다고나 할까? 팩타 준트 세르반다(Pacta sunt servanda), 판텍텐 시스템(Pandect system), 그리고 수많은 로마법 격언들은 법학자들의 영혼을 일깨우는 것 같았다.

본서 제 2장 법실증주의 편에서는 일상의 나날 속에 함께 해온 이웃 변호사들의 소박성과 실용성에 영향을 받았다. 중세 시대를 지배해 온 종교나 철학 같은 속박에서 자유로운 인간 내면의 본성, 기쁨(Pleasure)과 고통(Pain)에 기반한 벤담의 유용성 기준은 보통 법 세상의 이웃들과 법률가들의 생활철학이다. 본문에서도 언급되지만, 하트는 제레미 벤담을 칼 마르크스와 대비시킨다. 특별 날 것 없는 영국 점포 상점주인 생각 같다는 칼 마르크스의 벤담에 대한 혹평은 평범한 이웃 변호사들을 연상시킨다. 그럼에도 불구하고, 점포 같은 작은 오피스 이미지의 법률가 제레미 벤담은 법치주의의 일상을 통하여, 중요한 철학적 잣대를 제공하고 있다. 제레미 벤담의 법에 관한 소박한 진리는 앙상 레짐(ancien regime) 같은 당시 기득권 체제의 붕괴를 예언하였고, 또한 그의 말처럼 세기를 뛰어 넘어 미래에도 사회비평과 제도개혁의 기준을 제공할 것이다.

그것은 물론 그의 철학이 인간 중심적 철학이라는데에 있는 것이고, 실제 그는 영국 형사법 개혁에 많은 영향을 끼쳤다. 그러나 그가 미국의 독립에 철저히 비판적이었다는 사실은 그가 위대한

철학자, 형사법학자이면서도 결국 영국의 한 시민이었다는 것을 알 수 있게 한다. 요컨대 그는 미국의 독립과 프랑스 대혁명이라는 새로운 민주주의 시기와 함께 한 사람으로서, 형사법 철학을 통한 그의 인간 본성에 대한 혜안은 공리주의와 혁명적 사고, 개혁정신을 깊게 각인 시키면서 AI 시대에도 이어질 것이다. 그의 위대함은 방대한 양의 저술을 통하여서도 느낄 수 있지만, 밀과 하트라는 민주주의와 법치주의를 둘러싼 대표적 두 후학들이 그를 평가하고, 극복하려는 노력에서도 알 수 있다. 이러한 맥락하에, 제2장은 존 스튜어트 밀과 허버트 하트의 벤담평전을 통하여 민주주의와 법치주의의 정체를 맛보게 하려는 의도에서 구성되었다.

본서 제3장은 자연법론과 민주주의 시스템 문제를 다루었다. 전술한 바와 같이 근대 민주주의 시스템은 영국의 명예혁명, 미국의 독립전쟁, 프랑스 대혁명을 기폭제로 건설되었다. 영국의 전통주의와 불문헌법은 다이시(A. Dicey)를 통하여 살펴 볼 수 있다. 프랑스 대혁명의 법철학적 의의는 여러 차원에서 중요한 의미를 갖지만, 그 한 단면으로 나폴레옹 성문5법, 최고행정법원의 설치와 행정 중심적 전통 등을 들 수 있다.

이러한 프랑스 근대법 제도의 단면들은 특히 민주주의 법제도와 시스템빌딩(System building)의 관점에서 큰 의미를 가지는데, 불문헌법 전통의 찬미자이자, 헌법의 정치적 가치를 대변하는 헌법학자라 할 수 있는 알버트 다이시와 당연히 대비된다. 그의 영국 자유주의와 의회정치 전통의 찬미, 그리고 프랑스 행정국가 체제에 대한 비판을 통하여 음미해 보기로 한다. 이는 헌법과 헌법의 구체화로서의 행정법 간 또는 자유주의 이상을 담은 영미 헌법국가 사상과 사회주의적 가치를 구체화하고 지향하는 행정법의 실용성 문제로 치환할 수도 있어 공법학자들에게 철학의 시간을 가질 수

있게 할 것이다.

한편 미국의 독립과 연방헌법 제정은 세계 민주주의 역사에 있어 또 하나의 중요한 족적을 남겼다. 특히 대통령제 헌법의 국가들에게 미국은 민주주의의 모국이다. 미 연방헌법에는 통합과 배제를 특징으로 하는 정치권력과 분립과 견제를 특징으로 하는 몽테스티외적 권력 분립의 정신이 깃들어 있다. 그 사상적 배경은 연방주의자의 보고서(Federalist Paper)에 잘 나타나 있는데, 일부분이지만, 새로운 대륙의 건설자들, 그들의 법철학을 음미해 보기로 한다.

본서 제 4장에서는 법철학의 재발견이란 제목으로 영국과 미국의 대표적 법철학자들 중 한 사람인 글래스고우 대학의 션 코일(Sean Coyle), 예일대 로스쿨의 스콧 샤피로(Scott Shapiro)의 법철학에 대한 단상들을 담아 보았다. 션 코일의 저서 현대 법학(Modern Jurisprudence), 스콧 샤피로의 합법성(Legality)이라는 책 제목이 시사하듯이 법실증주의와 자연법론, 분석법학과 규범법학을 중심으로 현대의 법철학은 전문화되어 가고 있다. 최근 로스쿨이 변호사 시험 준비기관으로 전락하면서, 법철학 같은 비주류 과목들이 소외된다는 소식에, 모든 학문이 그렇듯이 철학이 전제되지 않는 한, 미래의 법률가들은 법률기술자나 법꾸라지가 될 수 밖에 없다는 현실에 걱정이 앞서기도 한다. 법조문에 얽매여 정치적 문제의 원칙에는 철저히 눈을 감는 현실, 탄핵 조항이 있다는 이유로 단기간 수십건의 탄핵을 남발하는 현실에 닥쳐, 우리는 법이 정치권력의 이무기로 전락한 것은 아닌가 돌아볼 필요가 있다.

마지막 장인 제 5장은 사회과학자들과 포스트모더니즘 시대의 법철학과 법문제들을 생각해 보았다. 선별적이고 수박 겉핥기 식이

지만, 제 2차 세계대전 이후의 법철학의 발전을 느낄 수 있는 좋은 기회로 삼았으면 좋겠다. 롤즈나 노직 등은 여전히 "권리 중심적 민주주의 정치철학(right-based democracy)"이 서구 민주주의 국가들의 민주주의관이라는 것을 보여 준다. 또한 왈쩌와 샌델은 대표적 민주주의 국가인 미국의 자유주의와 공동체 철학을 이해할 수 있게 하면서, 법적 사고에도 많은 영향을 미치고 있다. 독일의 옐리네크는 법학의 완고함과 사회과학으로서의 과학성을 융합한 탁월한 업적을 남겼다. 또한 라드부르크는 가치법학을 기치로 법의 절대성에서 법의 상대성과 법적 안정성 · 예측가능성이라는 법의 고유한 사회적 기능을 제시하였다. 이는 남부 유럽과 남미의 법학에 많은 영향을 미쳤고, WTO 통상법치의 기치아래 세계 모든 법률가들의 길잡이가 되고 있다. 필자의 작은 소망은 모쪼록 본서가 법과 법철학을 이해하는데 유용한 등불이 되었으면 하는 것이다.

2025. 8. 26. 분당 우거에서

## Introduction to Understanding Law

It's been 30 years since I began my career as a scholar at one local university in South Korea. As I approach an age of retirement, I've been spending more time reflecting on my life. Over the reflections, it was impressive that a professor of commercial law ogled the audience of big classrom about German legal philosopher, who proposed that the ultimate objective of law is presumed to pursue a predictability and legal stability. An experience on my undergraduate days had been stupendous within the legal thought of Hans Kelsen and Hart, who adduced that the inherent nature of law is about hierarchy and authority. The years of graduate studies had exposed me to the prodigious world of Jellinek's law and social sciences. As a professor, I studied the politics and constitutional law, grappling with a churning of Karl Schmitz's determinism and the ideals of integrationist view propounded by Rudolf Smend. Later in the professional career, it had been hyped with a realistic meaning squinnied with such utopian thought of Kant and Dugui's, who asserted that law should be supreme about people and philosophy. These days, I am unfeigned to find a self filled with a sense of remoteness and self-loathing. My career life as a law professor had been devoted to seek a veracity of law in the two-dimensional world of analytical and normative jurisprudence concerning the constitutional and international laws. Whike I regret if I had been dilatory and less talented over thirty years of law professorship, a desire to construct a bit of meaning suddenly struck me. It is solely due to a grace of

god on health and family consort that I recollected past writings into a book despite a sense of shallow knowlegde and modest abilities. As common with the scholars, this amazing reward of publishing a piece of work had also been indebted to the precious comment and criticism as well as, in no small part, ascribed to the support of fellow scholars on the faculty of law and juridical science

Not only the great teachers of law at Seoul National University Law School, especially Kwon Young-seong and Kim Cheol-soo, but also Professor Seong Seung-hyeon on the Roman and Civil Laws at Chonnam National University Law School; Professor Kim Yeon-mi, president of the Korean Society of Legal Philosophy, who generously provided me with a hard-to-find copy of Herbert Hart; and Professor Lee Yeong-rok, who always had been kind and adamant as a paragon of scholarship and a model for researchers. It is difficult to mention in this book, a countless number of thankful scholars, notwithstanding distinguished international pundits, who had assisted, inspired and influenced squarely over the years of professional career.

In publishing this book, one teacher who cannot be left out is the late Professor Choi Hong-yeop, who passed away recently. When I first took office, we laughed together, saying, "International trade law is private law, but international trade law is public law, right?" My juniors, who shared my lifelong journey as environmental activists, reminded me of the red leaves of a mountain full of crimson leaves, reminding me of the love of my fellow countrymen

and the sentiments of old age, saying, "Our homeland is both South and North Korea." Even amidst the material abundance of the ever-growing South Korea, our humble moments spent with the North Korean people, the window between the two Koreas. Looking back, a deep sorrow pierces my heart. Professor Choi, a native of Gwangju, studied abroad in Seoul for many years, and despite numerous choices, returned to Chosun University with a noble spirit of "Let's nurture future generations in our hometown!" He became a lifelong scholar, a figure of respect for his students, and a role model for his fellow professors.

This book is sparse but comprehensive. While there are many influential scholars on the subject, it is limited in that I approached the topic through the lens of a limited number of scholars I encountered over a short period of two or three years. Furthermore, like Chapter 1, "Roman Law," this book has limitations in that it selectively and concisely covers the vast topic of Roman law and its influence. Nevertheless, this book is written from a comprehensive and holistic perspective to facilitate an easy understanding of law. For example, public law scholars focus on democratic politics and the rule of law, but rarely pay attention to Roman law. Nevertheless, Roman law serves as the origin of modern legal knowledge and legal systems. Public law scholars, preoccupied with Anglo-American democracy, political philosophy, or legal philosophy, rarely have the opportunity to reflect on Roman law. However, the legacy of Roman law, developed by British and French jurists, and particularly in Germany, the successor to the Holy Roman Empire, is undeniably the sole legacy

of jurists.

As with all disciplines, legal philosophy is essential to understanding law. The two most prominent legal philosophical approaches are legal positivism and natural law theory. While these two philosophical schools of thought can trace their origins back to Socrates's Hemitera, scholars generally view them as philosophical schools of law that emerged alongside the development of modern democracy. Legal positivism contributed to the scientificization of law, while natural law theory contributed to the development of justice and democratic values within the framework of politics and law. This book goes beyond simply introducing these two philosophical schools of law. Its inclusion of the American written constitution and the British unwritten constitution, in relation to the establishment of a democratic legal system, is intended to be comprehensive and promote a holistic understanding of legal systems.

Particularly noteworthy is Montesquieu's *The Spirit of Law* and the greatness of the New World jurists who were influenced by his work. While the design of institutions is a matter of the aesthetics of legal scholars, as the title suggests, this book is a remarkable work that vividly illustrates the relationship between politics and law, and what law is, more than any other legal philosopher. While he is often categorized as a conservative thinker due to his sharp focus on the design of legal systems, his influence on emerging democracies, legal scholars, and jurists has been profound. Montesquieu can be contrasted with the British constitutional

philosopher Albert Dicey, who believed that law is about personality rather than institutions. While it falls short of specialized expertise, Chapter 5's brief discussion of the legal philosophies of neighboring social scientists serves as a comprehensive and comprehensive overview of the book. Therefore, this book could be classified as a specialized textbook on law rather than a specialized legal text.

I owe a great debt to Professor Sung Seung-hyun for Chapter 1, "Roman Law." Through the dinner debate at the famous chicken stew restaurant Gwangil Restaurant and the discussion of Roman law, I, a public law professor immersed in the theory of natural rights and rights-centered democratic legal philosophy, have found the joy of encountering another facet of law: the world of technical and neutral dimensions. Perhaps I felt like I was moving from Descartes to Vico. *Pacta sunt servanda*, the Pantec system, and countless other Roman law maxims seemed to awaken the souls of legal scholars.

Chapter 2, Legal Positivism, was influenced by the simplicity and practicality of the neighborhood lawyers I encountered in my daily life. Bentham's criteria of utility, based on the inner nature of human beings and pleasure and pain, free from the constraints of religion and philosophy that dominated the Middle Ages, serve as a philosophy of life for neighbors and lawyers in the world of common law. As mentioned in the text, Hart contrasts Jeremy Bentham with Karl Marx. Marx's harsh criticism of Bentham, saying he resembled an ordinary, unassuming English shopkeeper,

evokes the image of ordinary neighborhood lawyers. Nevertheless, Jeremy Bentham, a lawyer with a small, store-like office, offers a crucial philosophical yardstick through the everyday life of the rule of law. Jeremy Bentham's simple truths about law predicted the collapse of the established system of the time, like the ancien regime, and, as he himself said, will continue to serve as a benchmark for social criticism and institutional reform for generations to come. This, of course, stems from his human-centered philosophy, and he had a significant influence on British criminal law reform. However, the fact that he was so staunchly critical of American independence demonstrates that, despite being a great philosopher and criminal law scholar, he was ultimately a British citizen. In short, as someone who lived through the new democratic eras of American independence and the French Revolution, his insight into human nature through his criminal law philosophy deeply imprinted utilitarianism, revolutionary thinking, and reformist spirit, and will continue into the AI era. His greatness is evident not only through his extensive writings, but also in the efforts of Mill and Hart, two leading scholars of democracy and the rule of law, to evaluate and overcome him. Within this context, Chapter 2 is designed to provide a glimpse into the true nature of democracy and the rule of law through biographies of John Stuart Mill and Herbert Hart.

Chapter 3 of this book addresses the issues of natural law theory and the democratic system. As mentioned earlier, the modern democratic system was built on the foundations of the Glorious Revolution in England, the American War of Independence, and the

French Revolution. British traditionalism and the unwritten constitution can be examined through the lens of Albert Dicey. The legal philosophy of the French Revolution is significant in many ways, but examples include the Napoleonic Five Codes, the establishment of the Supreme Administrative Court, and the tradition of administrative centrality.

These aspects of the modern French legal system are particularly significant from the perspective of democratic legal systems and system building. They naturally contrast with Albert Dicey, a constitutional scholar who championed the unwritten constitutional tradition and championed the political value of the constitution. This chapter will examine his praise for British liberalism and the parliamentary tradition, as well as his critique of the French administrative state. This can be translated into the practicality of administrative law, embodying the ideals of the Constitution and its implementation, or the Anglo-American constitutional state, embodying liberal ideals, and the practicality of administrative law, embodying and pursuing socialist values. This will provide public law scholars with a philosophical opportunity.

Meanwhile, the American independence and the enactment of the Federal Constitution left another significant mark on the history of global democracy. Particularly for countries with presidential constitutions, the United States is the motherland of democracy. The US Constitution embodies the spirit of the Montesquieu-style separation of powers, characterized by political power integration and exclusion, and separation and checks. This ideological

background is well-articulated in the Federalist Papers. Although only a small portion of this ideological background is explored, we will delve into the legal philosophy of the founders of this new continent.

Chapter 4 of this book, titled "Rediscovering Legal Philosophy," includes reflections on the legal philosophy of Sean Coyle of the University of Glasgow and Scott Shapiro of Yale Law School, two leading British and American legal philosophers. As Sean Coyle's book "Modern Jurisprudence" and Scott Shapiro's book "Legality" suggest, modern legal philosophy is becoming specialized, centered around legal positivism, natural law theory, analytical law, and normative law. With law schools recently being reduced to bar exam preparation institutions, and with the marginalization of non-mainstream subjects like legal philosophy, I worry that, as with all academic disciplines, unless philosophy is predicated, future lawyers will inevitably become legal technicians or legal idiots. Faced with a reality where lawmakers are blind to political principles and entrenched in legal texts, and where impeachment clauses are used to impose dozens of impeachments in a short period of time, we need to reflect on whether law has become a tool of political power.

The final chapter, Chapter 5, examines the philosophy of law and legal issues in the postmodern era, focusing on social scientists. Although selective and superficial, I hope this book provides a valuable opportunity to appreciate the developments in legal philosophy since World War II. Rawls, Nozick, and others

demonstrate that "rights-based democracy" remains the dominant political philosophy in Western democracies. Furthermore, Walzer and Sandel have significantly influenced legal thought, facilitating an understanding of the liberal and communitarian philosophies of the United States, a leading democracy. In Germany, Jellinek achieved remarkable success by integrating the rigidity of legal scholarship with the scientific nature of social science. Furthermore, Radburg, under the banner of value jurisprudence, shifted from the absoluteness of law to the relativity of law and presented the inherent social function of law as legal certainty and predictability. This approach has had a profound impact on jurisprudence in Southern Europe and South America, and under the banner of the WTO's rule of law, it serves as a guide for lawyers worldwide. My humble hope is that this book will serve as a useful beacon for understanding law and legal philosophy.

## <제목 차례>

제 3권 민주주의와 새로운 법철학: 자연법론과 시스템 빌딩 .....	23
Chapter 1. 종교와 철학에서 자연법론으로 .....	23
제 1. 자연법론 역사 .....	23
제 2. 블랙스톤과 영국법에 관한 평석 .....	27
제 3. 블랙스톤과 어록 .....	31
제 4. 블랙스톤의 비율(Blackstone's Ratio) .....	33
제 5. 칸트의 법철학을 돌아 보며 .....	38
제 6. 임마누엘 칸트와 제레미 월드론.1 .....	61
제 7. 임마누엘 칸트와 제레미 월드론.2 .....	66
제 8. 로널드 드워킨의 자연법 사상 .....	75
제 9. 풀러의 자연법론 .....	82
Chapter 2. 근대 민주주의 법철학: 성문법 시대의 시작 .....	91
제 1. 몽테스키외와 법의 정신 .....	91
제 2. 몽테스키외와 자연법 .....	99
제 3. 몽테스키외와 실증주의 법 .....	102
제 4. 몽테스키외와 정부의 본질 .....	107
제 5. 몽테스키외와 헌법이론 .....	115
제 6. 신제도주의와 연방시스템 .....	120
제 7. 존 제이의 법사상 .....	128
제 8. 연방주의와 삼권분립 .....	139

제 9. 연방주의와 양원제 .....	144
Chapter 3. 법은 인격이다: 불문법 전통의 계승 .....	155
제 1. 알버트 다이스 알기.1 .....	155
제 2. 알버트 다이스 알기.2 .....	161
제 3. 알버트 다이스 알기.3 .....	176
제 4. 알버트 다이스 알기.4 .....	180
제 5. 알버트 다이스 알기.5 .....	186
제 6. 알버트 다이스 알기.6 .....	197
제 7. 알버트 다이스 알기.7 .....	206
제 8. 알버트 다이스 알기.8 .....	210
제 9. 알버트 다이스 알기.9 .....	219
저자 소개 .....	231

# 제 3권 민주주의와 새로운 법철학: 자연법론과 시스템 빌딩

## Chapter 1. 종교와 철학에서 자연법론으로

### 제 1. 자연법론 역사

토마스 아퀴나스, 풀러, 드워킨은 모두 자연법론에 관한 중요한 입장을 제시한 학자들이다. 자연법론은 인간이 자연적으로 지닌 도덕적 법칙이나 규범이 있다는 주장으로, 법과 도덕의 관계를 설명하는 이론적 틀을 제공한다. 이 세 사람은 각기 다른 방식으로 자연법론을 다루었고, 그들의 주장은 법의 본질과 도덕의 역할에 대한 깊은 통찰을 제공하고 있다.

#### 1. 토마스 아퀴나스 (Thomas Aquinas)

토마스 아퀴나스는 자연법론의 고전적 이론을 체계적으로 발전시킨 철학자이다. 그는 중세 시대의 신학자이자 철학자로, 그의 자연법론은 신학적 기초를 두고 있다. 아퀴나스의 자연법론의 핵심은 다음과 같다:

자연법의 기원에 관하여 아퀴나스는 자연법이 신의 법에서 비롯된다고 주장하였다. 그는 신이 세운 창조 질서 안에서 인간이 올바른 행동을 할 수 있는 규범을 자연법을 통해 알 수 있다고 보았다. 이 자연법은 신의 이성적인 계획을 반영하며, 인간이 이성적

으로 접근할 수 있는 도덕적 법칙들이라고 할 수 있다.

인간의 이성과 도덕에 관하여 아퀴나스는 인간이 이성을 통해 자연법을 인식할 수 있다고 믿었다. 이성은 인간에게 주어진 신의 선물로, 자연법을 이해하고 따를 수 있게 해준다는 것이다. 이 법은 모든 인간에게 보편적이며, 인간은 이를 따를 의무가 있다고 본 것이다.

자연법의 구체적인 내용에는 있어 아퀴나스는 자연법의 기본 원칙으로 "선한 일을 하고 악한 일을 피하라"는 명제를 제시한다. 이 기본 원칙을 바탕으로 다양한 도덕적 규범들이 파생된다고 본 것이다.

## 2. 로널드 드워킨 (Ronald Dworkin)

로널드 드워킨은 20세기 법철학자로, 그의 자연법론은 전통적인 아퀴나스의 신학적 접근과는 다르다. 드워킨은 법이 인간의 도덕적 원칙을 반영해야 한다고 주장하면서도, 법과 도덕을 반드시 동일시할 필요는 없다고 보았다. 드워킨의 자연법론은 다음과 같다.

법과 도덕의 관계에 있어 드워킨은 법이 도덕적 원칙을 반영하지만, 법 자체가 도덕의 완전한 구현은 아니라고 주장하였다. 그는 법이 도덕적 원칙에 부합해야 하지만, 법이 반드시 도덕적 규범을 그대로 반영하는 것은 아니며, 때로는 법적 해석을 통해 도덕을 실현해야 한다고 강조하였다.

법적 해석에 있어 드워킨은 법을 해석할 때, 단순히 규칙을 적용하는 것이 아니라 법의 내러티브와 원칙을 이해하고 그에 따라 도덕적 판단을 내리는 과정이 필요하다고 주장하였다. 그는 법적 판결이 도덕적 관점에서 "최선의 해석"을 제시해야 한다고 본 것이다.

자유와 권리에 관하여 드워킨은 개인의 권리와 자유를 매우 중요시하였다. 그는 법의 목적이 개인의 자율성을 존중하고, 개인이 자신의 삶을 살아갈 수 있도록 보장하는 것이라고 본 것이다. 그의 자연법론은 법이 단지 공공의 질서를 유지하는 것에 그치지 않고, 개인의 도덕적 권리를 보호해야 한다는 점에서 중요한 의미를 갖는다.

### 3. 론 풀러 (Lon L. Fuller)

풀러는 법의 내재적인 도덕성을 강조하며, 자연법론을 현대적인 맥락에서 설명한 철학자이다. 그는 법과 도덕을 분리하지 않고, 법이 자연법적 원칙에 부합해야 한다고 주장하였다. 풀러의 자연법론의 핵심은 다음과 같다:

법의 도덕적 가치에 관하여 풀러는 법이 정당성과 도덕성을 갖추기 위해 반드시 일정한 도덕적 기준을 따라야 한다고 주장하였다. 그는 법이 단지 권력의 행사에 그쳐서는 안 되며, 법은 사회에서 정의롭고 합리적인 원칙을 따르는 것이어야 한다고 보았다.

법의 내부 도덕성에 관하여 풀러는 법을 단순히 외부의 도덕적 규범에 따라 정립하는 것이 아니라, 법이 자체적으로 도덕적 가치를 내재해야 한다고 주장하였다. 또한 그는 법의 규칙들이 적절한 절차에 따라 공개적이고 일관되게 적용될 때만 법이 도덕적으로 정당화될 수 있다고 보았다.

법의 8가지 원칙에 관하여, 풀러는 법이 도덕적 가치를 갖추기 위한 8가지 원칙을 제시하였다. 그 원칙들은 예를 들어, 법이 명확하고 예측 가능하며, 적용의 일관성이 있어야 한다는 등의 내용이다. 이 원칙들은 법이 인간 사회에서 정의롭고 공정하게 작동하기 위한 최소한의 조건을 제시하고 있다.

#### 4. 결론

토마스 아퀴나스는 자연법을 신의 법으로 보고, 인간 이성을 통해 그 법을 인식할 수 있다고 주장하며 도덕적 법의 근원을 신에 두었다.

반면에 로널드 드워킨은 자연법이 법적 해석과 밀접하게 연관되어 있지만, 법과 도덕은 반드시 동일하지 않다고 보았다. 그는 법이 도덕적 원칙을 반영해야 한다고 주장했으며, 특히 개인의 권리와 자유를 중요시하였다.

론 풀러는 법이 도덕적 원칙에 따라 제대로 작동해야 한다고 강조하며, 법 자체가 도덕성을 내포해야 한다고 주장하였다. 또한 그는 법이 정당성을 가지려면 일정한 도덕적 기준을 충족해야 한다고 보았다.

이 세 사람의 자연법론은 법과 도덕, 그리고 인간의 이성에 대한 깊은 이해를 바탕으로 법철학에 중요한 기여를 하였다. 각자의 입장에서 법의 목적과 도덕적 정당성에 대해 논의했으며, 오늘날에도 여전히 법과 도덕, 인간의 자유에 관한 중요한 논의의 출발점을 제공하고 있다.

## 제 2. 블랙스톤과 영국법에 관한 평석

### 1. 약력

윌리엄 블랙스톤(10 July 1723 - 14 February 1780)은 영국의 법률가이자 대법관이며 영국 보수전통을 상징하는 토리(Tory)당의 정치가이다. 그는 그의 저서인 영국법에 대한 평석으로 유명하다. 동 저서는 영국보통법의 법원칙들을 기술한 것으로 널리 읽히고 있다.

런던의 중류가정에서 태어난 블랙스톤은 차터하우스 학교를 졸업하고 1738년 옥스포드 팸브로크(Pembroke)에 입학하여 공부하였다. 그는 1743년 11월 2일 옥스포드 올소울즈 칼리지의 교수가 되어 법률가 양성소인 미들템플(Middle Temple)에 입학하여 공부하다 1746년 변호사가 되었다.

바리스터 변호사로서 비교적 늦은 나이에 법률실무가로 활동하다가 대학행정에 전업하였다. 1746년 11월 28일 계리사 재무관리인 대학 회계담당자 일을 맡다 1750년 경력 회계담당자가 되었다. 블랙스톤은 코드링톤 도서관과 워튼 빌딩의 건축에 관한 책임자로서 지위에 있었고, 대학이 사용하던 복잡한 회계제도를 쉽게 단순화하였다.

1753년 7월 3일 그는 공식적으로 자신의 변호사업에서 은퇴하였으며, 영국법에 대한 강의 시리즈를 시작하였다. 이는 당시 영국에서 최초의 강의 시리즈였다. 그의 강의 시리즈는 열광적 성공을

거두었고, 453 파운드(2023년 화폐가치로 환산하여 89,000 파운드)의 수입을 그에게 안겨 주었다. 그리고 이 성공은 1756년 "영국법에 대한 분석(Analysis of English law)"이라는 책의 출간으로 이어졌다. 영국법에 대한 분석이라는 책은 잘 팔려 여러번 품절을 겪고 재판본을 찍게 된다. 또한 그의 여러 저작물의 서문을 장식하게 된다.

## 2. 인간들에 관한 권리(The Rights of Persons)

인간들에 관한 권리는 윌리엄 블랙스톤의 총 4권의 시리즈로 구성된 "영국법에 대한 평석(Commentaries on the English Law)"의 제 1권이다. 18개의 장으로 구성된 제1권은 대부분 인간들에 관한 권리(Rights of Persons)에 관한 설명과 함께 여러 부분으로 구성되어 있다. 다루고 있는 주제들을 간추려 보면, 인간의 권리외에도 i) 의회의 권리, 왕의 권리와 지위, 왕족의 지위, 왕의 위원회, 왕의 의무, 왕의 대권, 왕의 재정수입, 하급재판관의 지위, 외국인, 공민, 원주민 등 시민의 유형과 지위, 목회자의 권리, 시민국가, 군대와 해군 국가, 주인과 종의 관계(현대법상 고용주와 피고용인의 관계), 혼인으로 결합한 배우자, 부와 자녀, 법정대리인(guardian and ward), 회사 조직 등이다.

## 3. 물건들에 관한 권리(The Rights of Things)

물건들에 관한 권리(Rights of Things)는 블랙스톤의 영국법에 대한 평석 중 가장 방대한 부분을 차지하고 있는데, 그 주요내용은 물건에 대한 권리를 설명하고 있다. 특히 내용의 대부분이 부동산에 대한 물권의 설명에 할애되어 있는데, 이는 영국 토지부동산법의 근간을 구성하는 봉건시대 물권법에 관한 가장 중요한 자

료의 하나로 평가되고 있다.

동산에 관한 물권법은 이미 토지에 대한 물권법 보다 중요시 되기 시작했지만, 토지에 대한 물권법은 여전히 복잡하고 중세시대에서 기원한 보통법에 대한 설명이 완전하지 않다. 이러한 현실에서 블랙스톤의 물건들에 관한 권리는 다른 어떤 법서보다도 방대한 체계로 중세시대 이후 영국의 토지에 관한 권리를 설명하고 있다.

#### 4. 사적 불법행위(Of Private Wrongs)

제 3권은 사적 불법행위에 관한 내용을 담고 있는데, 블랙스톤 당시의 불법행위법을 있는 그대로 설명하고 있다. 사법 분쟁에 적용되는 다양한 재판 방식에 대한 내용 역시 다루어지고 있는데, 여러 법원들의 재판관할권에 관하여 최하급법원에서 최상급법원까지 자세한 설명이 담겨 있다. 블랙스톤은 또한 당시 영국법 제도의 하나로 존재하고 있던 병행적 사법시스템인 형평법에 관하여 간략한 장을 두어 설명하고 있다. 형평법 장에서는 보통법이 취급하지 않는 불법행위들의 문제를 다루고 있다.

#### 5. 공적 불법행위(Of Public Wrongs)

공적 불법행위란 형사법에 관한 블랙스톤의 저서이다. 여기에서 체제의 옹호자(Apologist)로서 블랙스톤은 자신의 학문활동의 절정에 이른다. 그는 제4권에서 영국의 형사법들이 얼마나 정당하고 얼마나 자애로운가를 설명하는데 초점을 맞춘다. 그러나 그의 사후 영국 형사법은 잔혹하다는 평가와 함께 "피의 코드(Bloody Code)"로 알려지게 된다.

블랙스톤 자신도 말년에 인간이 매일 책임을 져야하는 다양한 행위 중에 영국의회 제정법에 따라 변호인이나 목사의 도움을 받지 못하고 최소한 160여명이 중범죄인, 환언하면 즉시 사형을 언도받아도 뭐라 항의할 수 없는 범죄인들 취급을 받고 있다.

블랙스톤은 여러 곳에서 성문 제정법은 항상 그대로 실행되는 것은 아니라는 점을 독자들에게 강조하였다(이는 다른 한편 그가 불문법 판례법 전통의 영국 법률가라는 것을 방증한다). 또한 왕의 은사권은 어떠한 보통법상의 장애나 근본적 부정의를 교정하기 위하여 행사될 수 있다고 설명한다.

### 제 3. 블랙스톤과 어록

I. 공적 차원에서 가장 중요한 것은 개인의 자유를 보호하는 것이다. 만약 가장 높은 권력자에게 그나 그의 공무원들이 생각하기에 적절한 사람들을 자의적으로 감옥에 처 넣는 권한이 주어진다면 (프랑스에서와 같이 이러한 일은 일상적으로 발생한다), 얼마 안가 다른 모든 권리와 면제가 종식될 것이다.

사람들은 지배자의 자의적 의사에 따라 심지어 생명과 재산에 대한 부당한 공격들이 시민 개인의 자유에 대하여 행하여지는 공격보다 영연방 국가들에게 덜 위험하다고 생각하기도 한다.

공소의 제기나 재판절차를 거치지 않고 인간의 생명을 박탈하거나 그의 재산을 폭력에 의하여 몰수하는 행위들은 전제주의행태가 가장 심각하고 대표적인 경우인데, 이때에는 영연방의 전 영역에 걸쳐 독재의 경고음을 즉시 울려야 하는 것이다. 그러나 인간을 감금하거나 은밀하고 급하게 수감함으로써 그의 고통이 알려지지 않고 잊혀지게 하는 것은 덜 공개적이고 비정통적이어서 전제정부를 작동하게 하는 훨씬 위험한 엔진이 된다.

사회의 중요한 목적의 하나는 시민들이 자신에게 부여된 절대적 권리를 향유할 수 있도록 보호하는 것이다. 이러한 권리들은 영구 불변한 자연법에 따라 부여되지만, 우호적이고 사회적인 정치공동체에 의하여 제도적 혜택인 상호 부조와 교류 없이는 평화적으로 보장받을 수 없는 것이다.

II. "왕은 불법을 행하지 않는다"라는 법언은 영국 헌법상 중요하

고 근본적인 헌법원칙의 하나이다. 한사람의 무고한 시민을 별하기 보다는 10명의 죄인들을 놓치는게 낫다.

III. 물건에 대한 소유권처럼 보편적으로 인간의 상상력을 자극하고 인간의 감정에 관련되는 것은 없다. 또한 물건에 대한 권리는 지구상 다른 모든 인간의 권리에 대하여 배타적 성격을 갖는 유일한 전제적 지배권이라 할 수 있다. 물권자들은 외부 세계에 존재하고 자신의 권리의 대상이 되는 모든 것들에 대하여 자신의 권리를 주장하고 행사할 수 있다. 또한 이러한 물권의 기원이나 근본에 대하여 스스로 문제가 있다고 여겨지는 경우란 현실에서 거의 존재하지 않는다.

## 제 4. 블랙스톤의 비율(Blackstone's Ratio)

### I. 블랙스톤의 비율

법학 이론 중 블랙스톤의 가장 많이 알려진 공헌이라 하면 "열명의 범인을 놓치더라도 한사람의 무고한 시민을 벌해서는 안된다"는 그의 법언이라 할 수 있다.

그의 법언과 형사법에 대한 철학은 물론 성경 18:23-32 제네시스(천지창조)장이나 매모니데스(Maimonides)와 존 포테스큐(John Fortescue)의 설명 등으로 거슬러 올라가지만, 블랙스톤의 분석은 벤자민 프랭클린과 여러 학자들에 의하여 인용된 바 있고, 그로 인하여 이는 "블랙스톤의 비율(Blackstone's Ratio)" 또는 "블랙스톤의 공식(Blackstone's Formulation)"이라고 알려져 있다.

블랙스톤에 관하여 많은 연구를 한 존 아담스는 다음과 같이 기술하고 있다.

"범죄인을 처벌하는 것보다 무고한 시민을 보호하는 것이 보다 중요하다. 그것은 유죄나 범죄는 세상에서 매우 빈발할 뿐만 아니라 그들 모두를 처벌할 수 있는 완벽한 형사제도는 존재하지 않기 때문이다. 반면에 무고한 시민이 법정에서 불려와 심판받거나, 사형에까지 이를 수 있고, 무고한 시민은 내가 선하게 또는 악하게 생각하는 것은 나에게 아무런 의미가 없고 공적 미덕이란 나의 개인적 안전과는 아무런 관계가 없다고 생각할 것이기 때문이다. 이러한 윤리 부재의 내심이 시민들 마음에 깃들고 그러한 사회적 정서가 확산되는 경우 이는 개인과 사회 모두에게 있어 결국 안전은 사라지게 된다는 것을 의미한다."

블랙스톤의 비율은 영국법의 유명한 격언이 되어 그의 작품이 출

간되고 몇 세기가 지나지 않아 형사법 분야의 지도 원리로 자리잡게 된다.

## II. 비판

영국의 제레미 벤담은 블랙스톤의 비율에 대하여 비판한 대표적 법학자 중 한 사람이다. 그외 여러 법학자들이 블랙스톤의 이 말을 영국법에 대한 부정확한 설명이라고 지적한 바 있다. 이들 비판적 입장에 있는 학자들은 클라렌돈 헌법들(Clsrendon Constitutions), 글랜빌 트랙타투스(Glanville Tractatus), 그리고 1689년 권리장전(Bill of Rights)을 블랙스톤이 간과한 대표적 예들로 적시하고 있다.

블랙스톤의 사상은 이후 영국 보통법에서 파생된 사법제도를 가진 많은 나라들에서 주된 법원칙으로 기능하고 있다. 또한 이 경구가 내뿜는 정서는 수세기전 여러 법문화권에서도 이미 인정된 바 있다. 미국의 경우 개별 주 상급법원들은 보통 10대 1은 아니지만 구체적 수식 비율을 계속 채택 유지하고 있다. 2018년 기준으로 38개 주 법원들이 그러한 입장에 있다.

블랙스톤의 이 문장은 널리 반복되고 통상 그 문장만 인용되고 있지만, 보다 긴 문단에서 나온 문구이다. 블랙스톤의 추정의 원칙(rules of presumption)에 관한 연속된 5가지 논의 중 아래와 같은 4번째 설명이 그것이다.

"4번째로 중범죄인에 대한 모든 추정적 증거는 쉽게 인정해서는 안된다. 왜냐하면 10명의 범인을 놓치더라도 한명의 무고한 시민을 잡아 가두어서는 안되기 때문이다."

매튜 헤일(Sir Mattew Hale)경은 보다 구체적으로 가장 사려깊고 단연코 지켜야 할 2가지 원칙을 강조하고 있다: (i) 실제 범인이

물건을 절취하였다는 것이 증명되기까지는 단지 그가 어떻게 물건을 소지하게 되었는지를 설명하지 못한다는 이유만으로 알지 못하는 사람의 물건을 절취했다는 죄목을 씌어 사람을 유죄로 몰아서는 안된다 (ii) 최소한 살해된 자의 시체가 발견되기까지는 살인죄 또는 과실치사죄로 사람을 유죄로 몰아서는 안된다.

헤일경이 예로 든 이러한 2가지 사례에 미루어 보아 두번째 경우는 사형집행시에 살아 있었지만 실종된 모종의 사람들을 살해한 죄로 사형이 집행된 사람들에 관하여 언급하고 있는 것으로 보인다.

블랙스톤의 문장은 영국 사법시스템에 의하여 수용되고 19세기 전반 유명한 법언의 하나로 자리잡게 된다. 동 문장은 또한 미국의 보통법에 수용되어 건국의 아버지(Founding Fathers)들에 의하여 여러번 인용되면서 이후 로스쿨 학생들에게 중요한 법문구의 하나로 교육되다가 21세기까지 형사법의 지도 원리로 인식되게 된다.

다른 비평가들 역시 동 문장에 대하여 자신의 의견을 부기하는데, 예컨대 벤자민 프랭클린은 숫자를 달리 하여 "100명의 범죄인을 놓치더라도 한명의 무고한 시민을 감옥에 가두어서는 안된다"고 말하기도 하였다.

보스톤 학살 사건에서 자신들의 행위로 인하여 살인죄로 기소된 영국 군인들을 변호하는 과정에서 존 아담즈는 블랙스톤의 공식 뒤에 숨은 이면의 이치를 확장 강조하였다. 즉 그는 "인류 역사상 가장 명민하고 가장 위대한 영국 법관에 의하여 밝혀진 법원칙을 이제 우리들이 발견해 내었다"고 말한 바 있다.

또한 그는 "우리는 그가 말한 법원칙이 가진 많은 혜택에 주목한다. 즉 수많은 범죄인이 처벌받지 않고 도망한다 하더라도 한사람

의 무고한 시민을 벌해서는 안되는 것이다. 그 이유는 무고한 시민이 보호되어야 하는 것은 죄가 있는 자는 처벌받아야 한다는 것보다 공동체에 대하여 보다 더 가치있는 일이다.

범죄인과 범죄는 이 세상에서 빈번히 발생하지만 그들 모두가 처벌받는 것은 아니다. 범죄가 발생할 때마다 그들이 처벌받는가 아닌가 하는가는 일반 대중에 대하여 그리 중요한 일이 아니다."라고 말하기도 하였다.

1746년 부터 1779년 까지 K.B와 C.P. 보고서들은 블랙스톤경이 작성한 보고서들을 모은 책의 제목이다. 동 보고서들은 대략 1746년부터 1780년 까지 행해진 법원판결들을 담고 있다. 인용을 위한 목적상 그들의 이름은 Black W 또는 BI W 라고 축약하여 지칭되고 있다. 그것들은 2권의 책으로 되어 있다. 그리고 영국보고서 96권으로 再版本이 나와 있다.

1847년 존 게이지 마빈(John Gage Marvin)은 블랙스톤의 보고서들에 관하여 다음과 같이 혹평하였다. "그것들은 성실하고 정확하다는 것외에 아무런 장점이라고는 찾아 볼 수 없다. 따라서 그것들은 다른 보고서들 보다 훨씬 훌륭하다고 할 수 없고 또한 훨씬 잘못된 것이라고도 말할 수 없다."

제 1권에 담겨있는 사건들은 보고자의 변호사회 입회로부터 시작하지만, 그가 사건을 위하여 법원에 출석하는 것은 이후 그가 옥스포드에 불려가면서 심각한 장애를 겪는다.

제2권은 저자가 법관중 한명으로 법원에 봉직하면서 민사법원의 판결들을 시리즈로 담고 있어 현재까지 가장 가치있고 귀중한 부분으로 취급되고 있다. 그러나 이러한 책들의 출간은 블랙스톤의 문학적 명성에 아무런 도움을 주지 못한 것으로 널리 알려져 있다.

"제 1권은 버로스(Burrows)보다 열등하며, 제2권은 윌슨보다 우수하지 않다"라고 말하면서 맨스필드경은 그것들의 정확성을 탄핵하고 있고, 루이스(Lewis) 대법관은 그것들에 관하여 평하기를 "능력 있는 법관의 산품이긴 하지만 최고의 권위를 가지는 것이라고는 할 수 없다"라고 하였다.

동 보고서들의 최종판은 엘스리(Elsley)에 의하여 능란하게 편집되었고, 보고서들은 현재 상당히 호의적이고 존경을 받으면서 인용되고 있다. 최종판은 2권으로 1780년 런던, 1789년 더블린에서 출간되었다.

## 제 5. 칸트의 법철학을 돌아 보며

### 부제: 법과 정치, 도덕에 관한 소고(小考)

#### I. 법의 본질(本質)에 관한 서설

법을 학문적으로 연구하는 우리들에게 인접 사회과학과 법학과의 관계는 법학이라는 학문의 정체성(正體性)을 돌아 보는 계기가 된다.

우리가 일상적으로 법을 연구하고 강단에서 법을 강론하지만 그것이 학문적으로 가능하게 된 것은 아마도 실증주의와 근대학문의 발전과 관련이 있다.

실증주의는 법학 영역에 있어 법실증주의(legal positivism)로 발전하여 이전 종교적 · 인문적 성격의 자연법론을 사회 속 실재하는 문화현상의 하나로 발전시키게 된다.

법실증주의의 효시가 되는 오스틴에 따르면 법은 주권자의 명령이다. 따라서 그 본질은 강제력과 구속력이 된다. 즉 법은 사회에서 강제력과 구속력을 가질 때 법이라 할 수 있으며, 그것이 법의 본질(本質)이 된다.

따라서 법실증주의 법철학은 법이 효력을 갖는 근거가 무엇인가를 논리적으로 성찰하며, 법학을 과학의 한 분과로 격상시킨다.

섬나라 영국은 법이 별로 인위적일 필요가 없었는데, 그것은 자연의 축복으로 특별히 의회가 법을 제정할 필요가 없었기 때문이었다.

영국은 철학적으로 경험론(empiricism)으로 발전할 수 있는 풍요로운 토양을 제공한다. 경험론은 또한 지적으로 귀납법적 방식에

의한 진리 탐구로 이어진다.

따라서 법은 보통법 법원을 통하여 구현되며, 군주나 의회같은 정치기관은 정치와 행정을 전문으로 하는 토양이 성숙한다.

다만 역사적으로 인식되어진 헌법관행(憲法慣行)은 불문헌법으로서 영국의 헌법이 되고, 18세기 벤담의 공리주의 철학의 융성으로 의회가 공법을 통하여 시장에 개입하면서 법원 중심의 법 관념은 수정을 겪게 된다.

헌법관행이나 부분적으로 필요한 경우 제정되던 헌법적 성격의 법들 외에 법이라 할 수 있는 것은 법원의 판례법이라는 고정관념이 흔들리게 되는 것이다. 판례법 중심의 사법(私法)에 시장을 규제하는 의회의 공법들이 18세기 이후 유행하게 된다.

반면에 대륙법 계통 국가들의 경우 법은 정치기관에 의하여 생산된다. 나폴레옹 근대 5법 이래 1000여조 넘는 체계적이고 방대한 민법은 성문법(成文法)전통을 대변한다.

대륙법계 법실증주의의 대표적 학자라 할 수 있는 켈젠(Hans Kelsen)은 성문법 체계에 근거하여 법단계설을 주장하고 모든 법의 효력의 근거는 상위법에서 연원한다고 주장하였다.

상위법 중 국가의 최고법을 헌법이라 했을 때 그는 헌법의 효력은 근본규범에서 연유한다고 주장한다. 이때에 근본규범(根本規範)이 사회의 관습이라는 본질을 갖는다고 설명하였다.

광대한 유럽대륙의 법철학자는 사회와 관습을 법 효력의 연원으로 보았고, 섬나라 영국의 법철학자는 주권적 존재에서 연원한다고 하였으니, 학자들의 배경이 되는 사회적 토양이 중요하다는 것을 알 수 있게 한다.

사회나 관습이 대인적 감성(感性)이라면 고립된 섬나라는 왕이라

는 절대군주에 어울린다고 할 수 있다. 오스틴의 법실증주의를 계승 발전시킨 하트(H.L.A. Hart)는 법은 여전히 강제력 구속력을 그 본질로 하는 사회 현상이고, 켈젠과 유사하게 법규범을 차원화하여 법효력의 근거에 관한 철학체계를 제시한다.

다만 주권적 존재는 시대에 따라 변하는 정치적 관념이 되어 보다 민주주의적 시대를 살다간 하트는 주권적 존재를 시민으로 보고, 법은 시민사회의 명령(命令)이라고 주장한다.

이러한 법철학적 구조하에서 우리는 강의실에서 법전과 법조문을 해석해 놓은 해석법학적 교과서를 펴들거나, 법원 판례에 코멘트를 달고 분석 비판한 법서(法書)를 중심으로 학생들을 가르친다.

법은 사회생활 관계 중 법률관계, 즉 권리의무 관계를 연구하는데 이러한 권리의무 관계는 사회의 실증적 현상이고 법원의 판례나 성문 제정법의 형태로 존재한다.

그리고 구속력 · 강제력에 의하여 그 실현이 보장된다. 그리고 법은 정당성을 가져야 한다는 자연법론의 전통은 로날드 드워킨(Ronald Dworkin)과 존 피시(John Fish)등 현대 자연법론으로 이어진다.

이로써 법의 본질에 관한 법실증주의는 법 존재론 · 법 당위론과 함께 3개의 중요한 법철학적 주제가 되는 것이다.

영미법 문화의 전통을 이어받은 미국에 있어 법실증주의는 하트를 미국에 수입함으로써 유행하게 된다. 켈젠과 같은 대륙의 법실증주의는 미국의 법률가들에게는 익숙치 않다.

미국은 세계 최초로 성문헌법을 제정하고 신대륙의 민주주의에 헌법국가 사상을 싹 틔운다. 그리고 광대한 신대륙은 법사회학(Legal sociology)발전의 풍토를 제공한다.

연방시스템과 새로운 이원적(二元的)주권체계는 오스틴(John Austin)이나 하트의 주권자의 명령 이론이 독창적으로 헌법에 구현되는 법실증주의의 계기가 된다.

그래서 성문헌법은 나폴레옹의 근대 5법과 함께 성문법의 기원을 이루고, 마아부리 대 매디슨(Marbury v. Madidon)사건을 통하여 위헌법률심사제도가 판례법에 의하여 탄생되게 된다.

여전히 법은 법원에서 발견할 수 있다는 영미법계 국가 특유의 경험론적 전통과 귀납법적 사고방식을 확인할 수 있게 한다.

미국 법사회학의 전통은 법철학적으로 법현실주의(Legal realism)이라 부를 수 있다. 법은 법원에서 법관이 말하는 것이며, 법관의 판결이 사회에 미치는 파장을 학문적으로 궁구하는 것이 법학의 사명이라는 것이다.

따라서 법은 사회학과 결합되기 쉽고, 이는 켈젠이 법의 궁극적 효력의 근거를 사회와 관습에서 구하였듯이 1960-1970년대 독일의 사회학적 법학 연구방법의 융성과 궤를 같이 한다.

그러나 법현실주의는 법사회학보다 넓은 의미로 사용될 수 있는데, 미국의 리차드 포스너(Richard Posner)를 필두로 여러 법경제학자들의 법 분석방법 또는 접근방식 등에서도 볼 수 있다.

또한 법실증주의가 켈젠의 순수법학이나 하트의 규범 분류론 같이 법형식론을 통하여 법학의 순수함을 방어하고자 하였다면, 법과 정치(政治)는 사회학이나 경제학 만큼 서로 융합하고 소통할 가능성이 크다.

슈미트(Carl Schmitt)의 결단주의적 헌법관은 정치와 법의 융합현상 속에서 권력 중심의 헌법관이라 할 수 있다.

이는 마키아벨리의 군주론에서 볼 수 있듯이 권력의 본질적 속성은 권력지향적이며, 그것이 법형식론(法形式論)과 결합하면 법의 도덕적 정당성이 도외시 되어 법을 핑계 삼은 전제정의 가능성이 상존한다.

이러한 결단주의적 헌법관은 민주주의가 가장 발달하였다는 미국에서는 흔히 볼 수 없다.

특히 미국의 경우 판례법 문화가 발달하여 개량주의적·점진주의적 전통이 강고한 관계로 1회의 결단으로 모든 것을 엮는다는 결단주의적 헌법관은 그 지적 입지가 미미하다.

다만 국제사회에서 미국의 소외와 WTO와의 갈등, 트럼프 같은 강한 대통령의 등장으로 미국에서도 간혹 파시즘(Fascism)이 지적되고, 루벤스타인(David Rubenstein)같은 일부 헌법학자들의 헌법이론을 통하여 논의되고 있다.

요컨대 법의 본질을 주권자(主權者)의 명령으로 보는 것은 법철학의 역사에서 매우 중요한 의미를 갖는다. 따라서 우리는 보통 법은 주권과 국가를 전제로 하는 것으로 이해한다.

헌법을 필두로 법률·명령 등 국내법은 당연히 주권자인 국민이나 국민을 정치적으로 대표하고 선거에 의하여 선출된 자들로 구성된 정치기관에 의하여 생산된다.

또한 전술한 바와 같이 경험론적 전통에 따른다면, 법원의 법관에 의하여 법이 만들어진다. 국제법(國際法)역시 주권과 국가를 전제로 한다.

아니 국내법보다도 더욱 주권과 국가가 생생하게 각인되는 법분과가 국제법 영역이다.

다만 국제사회에는 국가보다도 높은 실체(實體)가 존재하지 않으며, 주권평등의 원칙이 지배하고, 국제기구는 국가들이 자신들의 필요에 따라 합의하여 조직한 부수적 조직이라는 인식이 국제연맹이나 국제연합이 탄생하기전 근대 국제법 시대의 지배적 국제법관이었다.

따라서 비록 소수이지만 국제사회에 강행규범(erga omnes)같은 규범은 존재할 수 없었다. 근현대 국가의 일반적 법현상인 최고법사상이나 헌법규범은 국제법 체계로 설명할 수 없다. 또한 법의 강제력이 뚜렷한 형사법 성격의 강행규범이 존재한다는 것에 다수(多數)의 국제법 학자들은 회의적이다.

그러나 유엔의 탄생 이후 국제화의 현실은 국제헌법주의 발전의 계기가 된다. 국제헌법주의(International constitutionalism)는 기존의 법실증주의나 법현실주의와 쉽게 어울리지 못한다.

주권자의 명령이나 사회 또는 관습에 관한 법실증주의 사고는 정치권력을 전제로 하거나, 공통적 기반을 전제로 한 동질적(同質的)사회에서 가능하기 때문이다.

따라서 본고의 주제가 되는 법, 정치, 도덕에 관한 칸트(Emanuel Kant)의 접근방식은 매우 이상적이고 철학적 영역의 논리에서 가능한 법철학이라 할 수 있다. 기존의 국가를 중심으로 한 강고(強固)한 법체계의 현실을 설명하기에 부족한 면이 있다.

## II. 법철학(法哲學)속의 국제법과 국내법

우리는 국제법과 국내법의 관계에 관하여 이원론적 또는 일원론적 사고를 한다.

본고는 국제법과 국내법을 일원론적 체계로 이해하는 유럽 대륙법계의 법철학자들의 시각(視覺)을 전제로 그것이 실무에서 어떻게

반영되는지를 공부하기로 한다.

특히 국내사회와 국제사회는 국제법과 국내법의 관계를 이해 함에 있어 중요한 전제가 된다. 국내사회와 국제사회는 여러 이질적(異質的)성격으로 대비되고, 그것이 국제법과 국내법을 특징지운다.

국내법을 이해하는 법철학적 테제는 크게 법현실주의와 법실증주의로 구별될 수 있다. 국제법을 이해하는 법철학적 테제는 전술한 바와 같이 이원론과 일원론적 사고에서 연원(淵源)할 수 있다.

아직 국제법을 법현실주의나 법실증주의 관점에서 논하는 국제법 학자들은 그다지 많지 않다.

법철학보다는 국제정치의 현실과 외교사, 국제법원의 판례와 전통 국제법 체계에 기초하여 지적·역사적 서술이 국제법 연구의 주류를 이루고 이를 깊게 철학적으로 천착하는 논문들은 극히 일부이다.

그것은 법현실주의가 기반하는 보통법 전통 법원(法院)중심의 법문화가 국제법 토양에서는 발전하기 어렵기 때문이다.

다만 전통 국제법 체계의 철칙인 의사주의적 국제법 주권중심적 국제법의 관점에서 볼 때 법의 효력과 그 근거를 천착하는 법실증주의는 국제법에도 공통된다 할 수 있다.

따라서 법실증주의는 대륙법계는 물론 영미법계 법철학의 전통적 주제였다.

다만 법현실주의는 미국법(美国法)이 체계화 되고 발전되면서 미국을 중심으로 융성하였고 독일의 법사회학으로 이어져 유럽 대륙은 물론 현대 문명국가들의 법연구 방법론의 한 분과(分科)가 되고 있다.

본고는 국제법과 국내법을 이해함에 있어 여전히 일원론적 이상주의는 한계를 갖는 한편 이원론적 법의 진화는 현실이 되고 있다는 것을 주장한다.

칸트와 켈젠의 이상주의 일원론적 법철학과 법실증주의 및 법현실주의 법철학을 알아보고, 국제법 상 국가행위의 원칙(Act of state doctrine)과 국내법 상 국가행위이론(State action theory)을 통하여 이러한 법철학들이 현실사회에 미치는 영향을 살펴본다.

이러한 법철학과 현실사회의 법은 어떠한 상관관계(相關關係)에 있는가? 국제법과 국내법 영역은 법 진보에 있어 법철학자들의 주장과 얼마나 괴리되어 있는가?

문헌조사와 질적 연구를 통하여 이러한 의문에 답해 보려 한다.

### III. 칸트의 인문적 법철학

본고는 칸트의 영구평화론을 배경으로 하는 국제헌법주의의 가능성을 살펴본다. 그리고 미국을 필두로 현대의 지배적 법사상인 법현실주의와 법실증주의하에서 칸트 법철학의 특성을 간추려 본다.

국제헌법주의(國際憲法主義)는 국제사회와 국내사회가 도덕과 의무에 바탕한 동질적 사회라는 것을 가정하고 일원적 국제법체계의 가능성과 당위성을 제공한다.

그러나 영미법 문화의 대표적 국가인 미국과 영국은 초강대국의 하나이다.

따라서 비록 켈젠과 로스코 파운드(Roscoe Pound)는 법을 통한 협력이 유엔을 탄생하는데 기여하였지만, 여전히 이들은 엄격한 국제법 · 국내법 이원론 체계하에서 법을 인식하고 실행하고 있

다.

한편 칸트의 이상론이 구현되는데 가장 강력한 장애는 국가 주권과 국가간 법문화의 차이로 인하여 발생하는 기존 법체계나 이론의 차이라 할 수 있다.

따라서 칸트나 뒤기(Leon Duguit)같은 법을 궁극적으로 인간과 인간의 권리에 연결지우는 경우 국제법상 국가행위의 원칙이나 헌법상 국가행위이론은 법과 인간의 권리에 관한 법원의 인식(認識)을 들여다 볼 수 있는 좋은 계기가 된다.

본고는 다음의 질문에 답하려 한다. 칸트의 법철학의 본질은 무엇인가? 칸트의 법철학이 이상론적 법철학이라면 기존의 법현실주의나 법실증주의 법철학과 어떻게 다른가?

국제법상 국가행위의 원칙은 칸트의 관점에서 어떻게 이해될 수 있는가? 국내법상 헌법이론인 국가행위이론과 칸트의 법관념은 어떻게 관련되는가? 칸트의 이상론적 법관념은 구현될 수 있는가?

임마누엘 칸트의 헤안은 우리 법학도를 일깨운다. 국제법적 정의와 국내법적 정의는 근원적(根源的)으로 같은 뿌리라 할 수 있다.

소위 현실주의가 국제사회를 정치적으로 바라본다면 우리 법학도에게 국제사회는 이상적인 것이어야 한다.

최근 국제인권법(國際人權法)영역의 괄목할만한 성장에도 불구하고 국제법의 주류는 국제사회에서 개인의 규범적 지위를 무시해왔다.

국제사회에서 개인은 법인격자가 아니라거나 개나 소와 같은 짐승에 다름없다는 고정관념이 지배해 왔던 것이다.

전통적 국제법이론은 국가의 권리와 의무에 초점을 맞추어 왔고 국가의 권리란 것은 국가 내에 존재하는 수 많은 개인들의 권리나 이해관계로부터 파생된다는 것을 간과한 것이다.

이러한 관점은 국제법을 형식적 법으로 전락시키고 그 규범력을 감쇄시킨다.

국제사회의 불란(不亂)을 국제법으로 해결하겠다는 것이 어찌면 무리인지 모르지만, 이러한 이분법적 사고방식은 현 국제사회가 화합하지 못하고 반목하는 원인이 된다.

즉 국제법 상 정통성과 주권의 최고성은 정부가 자신의 국민을 실효적으로 통제하는 것을 기준으로 한다. 문제의 국가나 정부가 자신의 국민을 정당하게 대표하는가는 문제가 되지 않는다.

이러한 국가 중심적 국제법관은 로마 제국 시대의 만민법(萬民法)과 시민법(市民法)의 이분법처럼 국제사회에 존재하는 개인을 이분화 한다.

즉 자국민과 외국민의 준별이 그것이고 국제법 교과서 장별을 달리하여 설명되곤 한다. 이러한 이분법은 다른 차원 다른 성격의 정의(正義)와 정통성을 결과한다.

국내 시스템은 정의를 진작시키고 사회를 이상적 방향으로 나아가게 하는데 적절한 시스템이다. 그러나 국제법 시스템은 오직 질서와 준수만을 강조한다.

따라서 시스템의 정향성(定向性)관점에서 단일국가, 연방국가, 국제기구 순이 된다고 할 수 있다.

예컨대 단일국가라면 낙태의죄나 총기의 소지 관련하여 미 연방대법원 같은 고뇌에 빠지지 않아도 될 것이다. 국제사회와 국제기구

적 차원에서는 아예 우리 전쟁에 속수무책일 수 밖에 없는 시스템이다.

국제사회의 평화와 안전보장을 위하여 유일하게 강제조치를 할 수 있는 기관인 안보리 상임이사국 중 하나가 러시아이기 때문이다. 국제사법재판소의 관할권도 국가가 재판소협정(Statute of the International Court of Justice)에 가입하지 않으면 무력하다.

우리는 독도를 지키기 위하여 군사적 시위를 하고, 법원은 윤리 선생처럼 위안부 문제에 대하여 전범국가가 행한 불법적 행위를 규탄하고 있을 뿐이다.

따라서 국제법은 현재와 미래의 정치적 현실을 위한 규범체계로 기능하기엔 미흡하다. 사회적으로 가치를 공유할 수 있는 체계, 배분적(配分的)정의를 산출하는 체계적 시스템을 결하고 있기 때문이다.

법률가들이 고전적 국제법 체계내의 국가 중심적 이론들을 희생시킨다는 것은 상상하기 어렵다. 그렇지만 최소한 칸트식 새로운 개념론적 · 윤리적 수사들이 요청되는 시기이다.

제 2차 세계대전이 막을 내리고 1945년 로스코 파운드와 한스 켈젠의 법실증주의가 유엔을 창설하는데 기여하였다. 이로써 국제사회의 평화와 안전을 위하여 유엔이 기능하고 또한 브레튼 우즈(Breton Woods)체제가 더하여져 새로운 세계적 차원의 정치경제적 질서가 놓인 것은 중요한 계기가 된다.

국가와 정부의 목적은 자신들의 구성원인 시민들의 이익을 위하여 그들을 보호하고 그들에 봉사하는 역할을 한다.

국제법의 목적 역시 궁극적(窮極的)으로는 인간의 이익을 위하고 인간에 봉사하며, 인간을 보호하기 위하여 존재한다. 그 구성원인

국가나 정부를 보호하기 위한 것이 아니다.

국가나 정부는 대등하게 협상하고 국제법을 만드는 규범창출자(law giver)이자 수범자(受範者)이다. 국가는 국제법상 권리와 의무의 주체가 되지만, 그것은 국내법처럼 완전하지 않은 것이 사실이다.

국제사회의 불안전은 국제법을 완전하지 못한 법으로 만들지만, 우리는 국제법이나 국내법이나 법이 지향하는 이상은 궁극적으로 인간과 사람을 향한다는데 동의(同意)할 필요가 있다.

레온 뒤기나 프랑스 법사회학적 입장은 어찌면 유럽의 불행과 외교적 노력속에 싹튼 값진 것인지 모른다.

이러한 인간중심적 국제법관은 파리의 유네스코를 통하여 가깝게 되고 그들이 보는 세계는 마치 르느와르의 인상주의풍의 인간적 모습의 세계인지 모른다.

딱딱한 법적 주체론, 의사주의적 국제법관, 주권중심적 국제법관은 대양(大洋)의 균함과 참혹한 전쟁 속에서 그리는 국제사회의 국제법관일 것이다.

국가에 대한 존경은 개인에 대한 존경에서 파생하는 것이다. 이러한 관점에서 국가 주권 관념은 새롭게 정의될 필요가 있다.

즉 국가주권은 국가의 국내적 정통성에서 연원하는 것이다.

20세기 중엽이후 국제사회가 국가로서 자격(資格)을 갖추는데 있어 전통적인 3 요소, 영역, 국민, 통치권에 더하여, 민족자결을 요하는 것처럼-남아프리카 소수 백인 정권이나 퀘벡, 터어키의 북사이프러스 등은 민족자결의 관점에서 국제사회에서 국가로서 승인을 받지 못하는 대표적 경우들이다 - 국내법적 요소가 국가주권의 정통성(正統性)을 판단하는 새로운 기준이 되어야 한다.

임마누엘 칸트는 그의 저서 영구평화론을 통하여 국제법과 국내법을 체계적으로 연계지운 최초의 학자이다.

칸트는 동 저서에서 단순한 현실 정치적 전형을 넘어 국제법의 규범적 철학체계를 제시하였으며, 국가에 대한 존경(尊敬)은 국가가 전체적으로 도덕을 대표하는 실체라는 헤겔식 사고와 달리 개인의 자유에 대한 우려에서 연원한다고 주장하였다.

칸트는 또한 두가지 관점에서 국제 인권법의 절대적 중요성을 강조하였다.

즉 정당하고 민주적인 국가들은 국제사회의 평화를 보장하려 하는데, 그것은 국내 정치에서 확립된 내부적 자유는 국가 밖에서 평화로운 행동을 보이는 것과 인과적(因果的)으로 연계되어 있기 때문이다.

둘째로, 정당한 시민사회는 모든 정치 체계에 있어 궁극적 이상이므로 국제법은 인간의 기본권을 존중하게 된다는 것이다.

인권의 중요성에 대한 그의 주장은 국제법과 인권, 개인의 자율권(自律權)등을 연결지우게 되고, 국가이익, 정부의 권리, 기타 이와 유사한 전통 국제법체계내의 관념은 기실 국제법의 궁극적 이상과는 관련이 없다.

따라서 칸트 주장에 따르면 법은 인간을 전제로 가치가 있으며, 국가는 비록 법형식적으로 국제법의 주체가 되고 국제법체계를 설명하는 핵심 개념이 되지만, 그 자체로 어떠한 법적 가치가 있다고 할 수 없고, 이는 국제사회의 불확실성으로 인하여 국제법의 법으로서의 불완전성(不完全性)과 장애를 결과한다고 할 수 있다.

나아가 칸트는 자유주의 진영의 연맹을 제안하는데, 칸트에게 국제사회는 권위와 집행권의 분권적 배분 시스템이 적절하게 된다.

다만 칸트 이론내에서 전쟁지(戰爭地)에 관한 부분은 일관되지 못하여 약간의 수정을 요한다.

한편 정의는 국제적 정통성의 한 구성요소라는 주장에 대한 최근의 반론이 있지만, 정의와 인권을 축으로 하는 칸트의 국제법 이론은 아직도 정당성을 갖는다.

물론 칸트의 주장은 단순히 이론의 차원에 머무른다. 따라서 우리는 그의 이론에 따라 현실적 차원에서 개선 가능한 것들을 찾아보아야 한다.

따라서 우리는 칸트를 이해함에 있어 교조주의적(教條主義的) 엄밀성을 넘어 그의 이론의 현대적 의미를 재건해 볼 필요가 있다.

임마뉴엘 칸트는 국제법 학자들에 의하여 자주 인용된다.

일반적으로 그는 국제기구의 창설을 옹호한 개척자이고 국제기구를 통하여 영구한 평화를 보장하여야 한다는 영구평화론자(永久平和論者)로 알려져 있다.

학자들은 그가 국가는 전쟁을 수행할 절대적 권리가 있다는 주장에 반론을 제기한 유일한 학자로 유엔 창설과 연결되는 현대 국제법 개념의 초석을 놓았다고 평가되고 있다.

그의 주장은 국제법을 소거(消去)하고 국제사회와 인권을 직접적으로 연결시키게 되는 독창성을 갖는데, 이는 국제연합에 대한 정치적 후원자로서 평화로운 세계질서의 주창자로서 그의 공적을 높이 평가하는 계기가 된다.

현실주의 비평가들은 국가를 국제사회의 핵심적 행위자로서 간주하는데, 따라서 칸트의 예비논문을 찬양한다. 실제 칸트는 예비논문에서 친 국가적 규범, 국내문제 불간섭 원칙 등을 주장하고

있다.

더욱이 칸트는 명백하게 국가라는 행위자를 도덕적(道德的) 존재로 보았고, 이러한 차원에서 국제법을 바라보는 현실주의 학자들과 같은 궤를 같이 한다.

그러나 다른 세가지 결정적 논문에는 개인의 기본권의 중요성과 국제법과 국내법의 일원적 체계와 이상적(理想的) 공동 목적을 강조한다.

따라서 칸트의 영구 평화론은 2부분이 다른 성격의 주장을 하게 되는데, 예비 논문은 현실주의 내지 국가 중심적 국제법관으로 연결되어 국가의 개인에 대한 우위를 주장하였다.

한편 3가지 결정적 논문은 국제법 체계의 근간이라 할 수 있는 국가 또는 주권에 대하여 개인의 인권을 우선하여야 한다는 주제를 담고 있다.

그러나 현실주의적 국제법관은 의문이다. 칸트에 따르면 영구적 평화의 이상은 국가가 내부적(内部的) 자유 국가이고 국제적 연대에 동의하는 것을 전제로 한다.

따라서 예비 논문에 집착하는 것은 영구 평화에 대한 필요조건이긴 하지만 충분조건은 아니며, 그것만으로 18세기 유럽 열강들 사이에 평화를 유지하는데도 미흡한 것이다.

그의 예비 논문의 진정한 의미는 국가들이 자연 상태에서 국제적(國際的) 연맹으로 나아가는데 동의하는 것이 절대적으로 중요하다.

이는 시민 민주주의 헌법국가를 구성하는데 있어 자연상태의 인간이 사회계약을 맺는 것에 비견될 수 있다. 다만 국가와 인간은 자연상태에서 현실적으로 다른 면이 없지 않다.

사회계약론에서 인간은 모두 선(善)한 존재로 간주되지만 현실적으로 모든 국가가 선하다고 할 수 없다. 따라서 칸트의 국제헌법주의나 국제법·국내법 일원론적 사고체계는 국가가 자유롭고 선한 존재이어야 한다.

즉 국내 정치는 민주적(民主的)이어야 하고 그 시스템은 자유국가이어야 한다.

정치가 권력을 본질로 하는 가치 중립적인 것이라면 칸트는 도덕론에 바탕하여 이상적 국제사회 인간의 권리가 보장되는 영구 평화체제를 논리화(論理化)함으로써 법의 발전에 기여하였다고 할 수 있다.

#### IV. 법실증주의와 법현실주의

미국에 있어 법현실주의와 법실증주의간 교유의 시원은 순탄하지 않았다. 20세기 전반 법현실주의는 미국 법학계의 지배적(支配的) 사조였다.

비록 법현실주의자들은 법실증주의자들과 닮은 점이 많았지만, 법실증주의자들은 법현실주의자들이 인정하기를 거부하는 많은 형식론적 설명들을 담고 있었기 때문이다.

켈젠식 법실증주의(Legal positivism)는 심하게 배척되었고, 하트식 법실증주의는 법률실무가의 배출을 목적으로 하는 미국 로스쿨의 주요과목(主要裸目)에서 제외되었다.

그러나 켈젠과 하트 같은 법실증주의는 국제사회와 국내사회에 얽혀 있는 수많은 법과 법체계간 관계를 철학적으로 분석하여 법의 효력을 체계적으로 설명하는데 기여하였다.

법의 이념이나 도덕적 정당성(正當性)같은 자연법적 정의를 넘어

법의 효력 근거를 체계적으로 설명한다는 것은 대단한 일이다. 즉 법은 법실증주의를 통하여 하나의 과학으로서 등장할 수 있게 되는 것이다.

켈젠의 법단계설과 법의 효력관계는 유엔 창설에 공헌하였고, 하트의 법실증주의는 1차 규범 2차 규범론을 통하여 복잡한 법체계에 공통적으로 적용될 수 있는 철학적 논거를 제공하였다.

여기에 칸트의 의무론(義務論)과 도덕철학이 결부되면 앞서 본 바와 같이 독일식 합리주의와 이상론적 세계관에 기초한 법관념의 체계가 완성된다.

인간의 권리와 영구 평화론을 실현할 수 있는 국제기구, 그러한 국제기구는 법의 효력을 실증적으로 담보하는 국제체제를 구축하게 되고, 영성하지만 하나의 체계적 정당성을 갖추게 된다.

헌법은 국가라는 정치세력의 정치적 결단이라는 결단주의적(決斷主義的)헌법관이 국내헌법주의라면, 칸트와 켈젠, 그리고 하트에 의하여 얽혀진 법이론 체계는 국제헌법주의의 배경이 되는 것이다.

20세기의 법현실주의는 미국에서 싹트고 유행하였으며, 독일에서는 법사회학적 방법으로 꽃 피운다.

시초의 법현실주의자들은 사회적 · 과학적 접근방법을 희구하였으나 적절한 실증적 · 방법론적 방법들을 찾지 못하였다.

지난 십년, 새로운 법현실주의가 등장하였고, 새로운 법현실주의자들은 원형(原型)법현실주의자들보다도 철학적으로 보다 심오하였으며, 실증적 · 사회적 · 과학적 방식에 친근하였다.

세계화 현상의 불가피한 부산물로 어떤 미국 학자들은 새로운 법현실주의를 국제법에 적용하려 하였다.

실증주의는 국내법과 달리 국제법과 연관된 학문의 세계에서 매우 강력한 영향력을 가지고 있으므로, 국제법은 불가피하게도 새로운 법현실주의와 법실증주의가 교유(交遊)하고 대화하는 장이 되어 버렸다.

그러나 한편 이는 학문의 발전을 위하여 필요한 것이다.

법이 현실 사회에서 어떠한 의미를 갖는가라는 법현실주의는 법학을 법사회학적 성격으로 발전시키고, 법의 효력(效力)의 근원은 무엇인가 또는 법을 학문적으로 실증하고 증명하는 것은 법과 법학의 뼈대를 이룬다는 점에서 양자는 끊임없는 대화가 필요한 것이다.

따라서 우리는 미국의 국제법을 철학적으로 이해함에 있어 법현실주의와 법실증주의를 살펴볼 필요가 있다.

나아가 신 법현실주의의 구성요소를 살펴보고 국제법을 이해하는데 있어 신 현실주의적 관점과 그 예가 갖는 의미를 알아 본다.

또한 신 국제법 현실주의는 국제규범의 본질을 설명하기 위하여 중대한 비전을 제시한다. 그러나 그러한 규범의 효력에는 일정한 한계(限界)가 존재한다.

국제사회에서 법의 불확실성은 피할 수 없는 숙명인데, 그러한 숙명을 안고 새로운 국제법 현실주의자들은 법현실주의자들과 매우 유사한 입장을 취한다. 이는 학문적 회의로 연결될 수 밖에 없다.

그럼에도 불구하고 신 국제법현실주의자들은 불완전한 자신들의 주장을 보완하고, 국제법과 국제사회의 비법적(非法的)요소들간의 상호작용에 대한 보다 완전한 설명을 하려 노력한다.

이로써 국제관예에 있어 행위자들의 행위를 설명하고, 예측하며,

분석하는데 도움을 주려 한다.

신 국제법 현실주의자들은 모호했던 원래의 경향에서 신 국제법 실증주의자들에 의하여 발전된 법의 연원(淵源)에 관한 체계로 접근하고 있다.

마치 사회과학 연구방법론의 한 분과인 그라운드 이론(Ground theory)접근방식이 사회의 바닥에서 시작하여 거대한 이론으로 발전하듯이, 사회 속 파편화된 법현상과 현실의 딜레마 속에서 불안정하게 법을 인식하던 것이 기존의 법실증주의 체계에 포섭되고

이해될 수 있는 하나의 법철학 분과가 되는 것이다. 이는 귀납법 연역법의 전통에 대비된다 할 수 있고, 경험주의와 합리주의적 관점에서 이해할 수도 있겠다.

또한 판례법을 대륙법식으로 정리해논 판례법의 리스테이트먼트(Restatement)관점에서 생각해 볼 수도 있다.

이러한 두가지 사조(思潮)를 보다 자세하게 들여다 보면 매우 신비하고 조화로운 것이다.

그러나 부분적 발전과 진화에도 불구하고 포스트 모던 이론(Post-modernism)과 포스트 모던 세계공동체의 현실을 포스트 모던 세계의 체계적인 국제법이론으로 발전시키는 데에까지는 이르지 못하고 있다.

다시 말하면 현재의 새로운 국제법 현실주의나 국제법 실증주의의 역량은 우울한 수준이라 할 수 있다.

미국은 법현실주의의 모국(母國)이라 할 수 있는데, 법실증주의의 전통은 하트의 저작과 그 저작들에 대한 다양한 반응을 통하여 대변된다 할 수 있다.

우리 법학계를 비롯하여 법실증주의적 경향이 강한 대륙법계 국가들은 미국식 법현실주의가 그다지 뿌리 내리지 못하였다.

그리고 오스틴과 하트로 대변되는 영국의 법실증주의와 달리 대륙법계 법실증주의는 제정법 만능사상으로 관방사법적(官房司法的) 요소들이 중요한 의미를 갖는다.

법의 효력의 근거를 사회의 관습이나 성문법을 제정하는 정치권력에 두는 것으로 오스틴식 법실증주의 법은 주권자의 명령이라는 차원에 머물고 있다.

하트의 법실증주의는 영국의 국제화, 세계패권에 대응하는 법실증주의로 규범의 단계적 분류를 통하여 국제법과 국내법의 이원적 모순 등을 극복하고 일원적으로 법의 효력의 근거를 궁구(窮究)하였다.

하트의 “법의 개념”이나 켈젠의 “규범의 일반이론(General theory of norm)”이라는 저작은 다른 사회과학으로부터 법의 학문분과로서의 정체성을 제시하기 위한 두 학자의 처절한 몸부림이라 할 수 있다.

순수하게 사회와 사회과학으로부터 법과 법학을 추출해려는 노력은 당연히 하트의 “단계별 규범론” 켈젠의 순수법학(Pure theory of law)을 결과한다.

또한 그들에게 법의 순수성은 자유와 민주주의를 위하여 필요한 것이기도 하였다. 하트의 법학은 미국 법학계의 법실증주의를 대변하였고, 켈젠의 순수법학은 로스코 파운드와 함께 유엔 창설의 기초를 마련한다.

당연한 것이지만 법현실주의 전통이 강하고 영미법계 국가인 미국의 경우 로스쿨 학생이나 실무 변호사는 물론이고 대부분의 법학

교수들은 하트에 비하여 켈젠에 대하여는 무지한 경향이 있다.

다만 세복(Sebok)에 따르면 법과정론자들, 특히 허버트 웨슬러(Herbert Wechsler)의 중립적 원칙이나 그에서 파생한 고전적 해석 운동 등은 법실증주의의 한 변형으로 이해되고 있다.

따라서 이상주의 국제법관이 미국 법학계에서 왜 인기가 없었는지, 그 이유를 살펴본다.

이러한 논의는 먼저 미 법학계의 주류적(主流的)경향이라 할 수 있는 법현실주의가 어떠한 요소를 갖는지 살펴보고, 하트의 이론이 미국에 계수되는 과정을 음미함으로써 켈젠의 경우와 대비해 본다.

브라이언 라이터(Brian Leiter)가 말하듯이 법현실주의 학자들은 특별히 핵심적인 사조나 운동으로서의 특징을 갖는 것을 거부한다.

법현실주의 사조는 그러한 사조가 존재한다면 다양한 그룹의 법학자들로 구성될 것이다.

이러한 법학자들은 그 다양성에도 불구하고 대체로 법적(法的)결정이란 실정법, 법적 규칙, 법적 원칙 또는 법적 논리 아닌 다른 어떤 것에 의존하여 내려진다는 믿음을 가지고 있다.

다만 그 다른 어떤 것이 무엇인가에 관하여는 합의가 이루어지지 않고 있다. 그럼에도 불구하고 라이터를 비롯하여 다수의 학자들은 법현실주의의 두가지 징표로 두가지를 회의(懷疑)한다.

첫째, 판례법 국가에서 법은 오직 법원의 판결로 창출되므로 법규범 또는 법적 규칙이라는 것은 신화(神話)에 불과하다는 것이다.

둘째, 성문 제정법률이나 다른 입법부 제정규범들은 법관을 구속

하거나 그들이 판결을 내리는데 있어 너무 추상적이라는 것이다.

이러한 인식은 제정법 국가의 법률가나 법학자들, 판례법 국가의 법률가·법학자들의 기본적 접근방식인데, 미국사회와 미국법에 그대로 적용되기 어렵고, 이로 인하여 미국에서 법현실주의가 주류적 사조일 수 밖에 없다는 것이다.

한편 한국을 비롯하여 성문법의 해석을 통하여 구체적 사건에 법을 적용하고 정의를 구현하는 대륙법계 국가를 판례법 국가의 법률가들은 법을 기계적으로 적용하는 법문화로 인식하는 경향이 강하다.

대표적으로 프랑스의 경우 법률가들은 판결 등에 적용되는 해당 법조문과 결과만을 간략히 기재하는 관행이 없지 않는데, 이는 사법(司法)과 행정(行政)간 별 차이가 없게 만든다.

반면에 미국이나 영국의 판결문은 기다란 문단의 사실관계, 선례의 검토 등으로 구성된다는 차이가 있다.

무엇보다도 경험론적·귀납법적 전통이 강한 영미의 경우 실제 자신이 피부로 법을 느낄 수 있는 공간인 코트 하우스(court house), 즉 법원을 법의 모태로 본다.

국회 같은 정치기관이 아니라 사회의 민초(民草)들의 송사를 통하여 판결이 내려지고 여러 판결들이 모여 판례법이 만들어진다. 그리고 선례구속성의 원칙에 따라 법으로 법적 안정성과 예측 가능성을 본질로 하는 법의 이념이 실현된다.

반면에 합리론적·연역법적 전통이 강한 유럽 대륙국가들은 정치기관인 국회나 국민 전체를 법의 모태로 본다고 순수하게 생각해 볼 수 있다.

법현실주의자들이 성문법은 구체적 사건에서 법관을 기속(羈束)하

지 못한다고 보는 것은 별반 틀리지 않는 말이다.

그 이유는 개별적 규칙들은 추상적인데도 적용가능한 규칙들은 다양하고, 법적 결정을 내리는 법률가들은 그 중에서 어떠한 규칙을 적용할 것인가에 관하여 기속받지 않기 때문이다.

브라이언 타마나(Brian Tamana)는 법현실주의의 특징을 다음과 같이 추린다; (i) 법은 법간 간극과 모순으로 가득차 있고, 따라서 확실한 법이란 존재하지 않는다

(ii) 모든 법적 규칙과 원칙들은 예외가 존재하며, 따라서 선례는 다른 결과를 도출할 수 있다 (iii) 법관들은 바람직한 결론을 도출하기 위하여 법을 건설적으로 분석하지 않고 자신의 개인적(個人的)취향에 따라 판결한다.

브라이언 라이터는 법현실주의를 사법적(司法的)결정에 관한 핵심적 주장, 즉 법관은 기본적으로 사실에 자극받는 자들이고, 이를 기초로 하여 발전한 것이 법현실주의라는 것이다.

앞서 말한 긴 사실관계로 구성된 영미법(英國法)판결문 이야기가 다시 상기된다.

## 제 6. 임마누엘 칸트와 제레미 월드론.1

임마누엘 칸트(Immanuel Kant)와 제레미 월드론(Jeremy Waldron)은 각각 독일과 영국의 철학자이며, 둘 모두 정치 철학에 중요한 기여를 했지만, 그들의 철학적 관점은 여러 면에서 다르다. 아래에서는 두 철학자의 주요 사상과 그 차이점에 대해 비교해 본다.

### 1. 기본 철학적 배경과 방법론

임마누엘 칸트:

칸트는 근대 철학에서 중요한 전환점을 이룬 철학자로, 인식론과 윤리학에서 독창적인 이론을 발전시켰다. 그는 인간의 경험이 어떻게 형성되는지에 대해 깊이 탐구하며, 선형적(a priori) 조건들이 인간 경험을 어떻게 가능하게 하는지를 설명했다. 칸트의 대표적인 이론은 선형적 종합 판단(a priori synthetic judgment)과 범주론(categories)이다. 윤리학에서 그는 정언명령(categorical imperative)을 통해 인간이 스스로 정하는 보편적 도덕법칙을 주장했다. 이 법칙은 "자신의 행위가 보편적 법칙으로서 적용될 수 있도록 행동하라"는 원리를 따른다.

제레미 월드론:

월드론은 법 철학과 정치 철학 분야에서 주로 활동한 현대 철학자이다. 그는 법의 권위와 정치적 공동체에 관한 이론을 발전시켰으며, 특히 법이 민주적이고 공정한 방식으로 해석되고 적용되어야

한다는 점을 강조한다. 월드론은 공정성(fairness)과 법의 일반성(generality)에 큰 관심을 가지고 있으며, 민주적 절차와 법의 해석에 대해 깊이 탐구한다. 그에게 법은 단지 규칙의 집합이 아니라 사회적 계약을 통해 형성된 도덕적 기초를 갖추어야 한다고 본다. 특히 그는 법과 정치 공동체가 그 구성원들의 합의와 존중을 기반으로 해야 한다는 점을 강조한다.

## 2. 정치 철학과 사회 계약

칸트의 정치 철학:

칸트의 정치 철학은 그의 윤리학과 밀접하게 연결된다. 그는 인간이 자유롭고 평등한 존재로서 상호 존중의 원칙을 따르는 사회를 형성해야 한다고 보았다. 칸트는 정치 체제의 정당성을 국민의 자발적 합의(social contract)에 두고, 특히 자유주의적 민주주의를 옹호했다. 칸트는 공적 영역에서의 법의 지배(rule of law)를 중시했으며, 정치 공동체는 개인의 자유와 권리를 존중하는 방식으로 구성되어야 한다고 주장했다. 그는 또한, 평화와 법치주의의 원칙을 중요하게 여겼으며, 특히 국제적으로 평화의 연합을 통해 국가 간 전쟁을 방지하고자 했다. 이를 위해 그는 영구 평화(Perpetual Peace)라는 개념을 제시하며, 국제적 협력을 강조했다.

월드론의 정치 철학:

월드론은 특히 법의 권위와 정치적 권력의 정당성을 다루며, 정치적 의사결정의 공정성을 강조한다. 그는 법적 절차와 공정한 대화를 중심으로 한 정치 공동체를 주장하며, 소수자의 권리 보호와

다양성 존중을 중요하게 여긴다. 월드론은 법의 해석에서 정치적 고려가 반드시 반영되어야 한다고 본다. 그는 법이 단지 기계적으로 적용되는 것이 아니라, 사회적 합의와 대화를 통해 발전해야 한다고 주장한다. 월드론의 정치 철학은 공정한 사회를 만드는 데 필요한 정치적 절차에 집중하며, 다수결의 원칙을 존중하되, 소수자의 권리와 다양성도 보호해야 한다는 입장을 취한다.

### 3. 자유와 평등

칸트:

칸트에게 자유는 단순한 개인의 자율성을 의미하지 않는다. 그는 자유의 원칙이 보편적 법칙에 부합해야 한다고 보았으며, 법적 평등을 중요한 가치로 삼았다. 칸트의 윤리적 자유는 단지 외부적인 구속에서 벗어난 자유가 아니라, 이성에 따른 자율적인 선택을 의미한다. 칸트는 자유와 평등을 보편적 도덕법칙에 의한 요구로 보았으며, 따라서 모든 사람은 인간으로서 동등한 존엄성을 지닌다고 주장했다.

월드론:

월드론은 자유와 평등을 중요한 가치로 보지만, 특히 이 두 가지가 법적 절차와 사회적 합의에 의해 균형을 이루어야 한다고 강조한다. 그는 정치적 자유와 법적 평등을 동시에 고려하며, 다수와 소수 간의 권력 균형을 중요하게 다룬다. 월드론은 자유를 사회적 맥락 안에서, 특히 공정한 법적 절차 속에서 이해하고, 평등은 모든 시민이 동등하게 법 앞에서 다뤄져야 한다는 점을 강조한다.

#### 4. 윤리학의 차이

##### 칸트의 윤리학:

칸트의 윤리학은 의무론적 윤리학(Deontological Ethics)으로, 도덕적 행동은 결과에 관계없이 의무와 보편적 법칙에 따라야 한다고 주장한다. 칸트는 인간의 이성에 기반한 도덕적 법칙을 따를 때, 인간은 그 자체로 목적이 되어야 하며, 타인을 수단으로 대하지 말아야 한다고 했다.

##### 월드론의 윤리학:

월드론은 주로 법적 도덕성(legal morality)을 다루지만, 그는 칸트와 달리 윤리적 판단이 법적, 정치적 맥락에서 어떻게 형성되는지에 대해 더 중점을 둔다. 그는 인간의 권리와 자유를 보호하는 법적 절차와 규범이 도덕적 가치와 일치하도록 보장해야 한다고 주장한다.

#### II. 결어

칸트와 월드론은 모두 정치 철학과 윤리학에서 중요한 사상가들이지만, 그들의 접근 방식과 강조점은 다르다. 칸트는 보편적인 도덕 법칙과 자유를 중시하는 윤리적 의무론을 강조하며, 법과 정치 체제를 자유와 평등의 원칙에 따라 구성해야 한다고 주장한다. 반면, 월드론은 법적 절차와 공정성을 강조하며, 민주적 절차와 법의 해석에서 발생하는 문제들을 다루고, 법적 권위와 공정성의 중요성을 강조한다. 칸트는 이성적 도덕법칙과 보편성을, 월드론은 사회적 합의와 법적 공정성을 중심에 둔다. 따라서 두 철학자는

각각의 정치 및 법적 문제에 접근하는 방식에서 차이를 보이게 된다.

## 제 7. 임마누엘 칸트와 제레미 월드론.2

### I. 거짓말의 해악

역사상 많은 학자들은 거짓말이 인간 소통체계에 대한 구조적 피해를 통하여 인류에게 가져다 주는 해악의 문제를 제기하곤 하였다. 이미 1574년 몽테뉴는 저주받을 거짓말(damned lies)이라는 표현을 사용하지 않았지만, 저주받은 악(accursed vice)에 대한 거짓말에 대하여 말하였다.

우리는 언어 없이는 인간이라 할 수 없으며, 상호간 아무런 유대 관계를 가질 수 없다. 우리는 말을 하는 존재(speaking beings)이며, 거짓말은 거짓말을 하는 자를 인간이라는 종자들이 구축해 놓은 협력과 노력 체계로부터 구축하거나, 최소한 그 자를 언어와 소통의 세계에서 무임승차라는 문제적 관계(problematic free-riding relation)로 떨어뜨리게 된다.

이마누엘 칸트 역시 유사한 입장을 보이고 있다. 칸트와 우리가 사람을 단순히 수단으로 취급하면서 그 자의 존엄성을 비하하는 문제에 대하여 논의하고 생각하는 것과 마찬가지로, 우리는 거짓말이 소통의 중핵적 가정(central presupposition of communication)과 어떻게 저촉·모순되는가에 흥미를 가지게 된다.

칸트는 그의 윤리에 관한 강의(Lectures on Ethics)에서 진실이 없는 한, 사회적 관계와 대화는 무의미하고 무가치한 것이 되어 버린다고 말하였다. 칸트에 따르면 거짓말은 아마도 대화에서 얻을 수 있는 어떠한 혜택도 얻을 수 없게 할 것이다. 칸트의 이 말은 그다지 심각한 경고로 들리지 않는다. 아마도 대화라는 것이

너무 과대평가된(overrated) 것 아닌가 생각된다.

그러나 월드론이 보기에 칸트의 거짓말에 대한 생각은 우리가 상대방으로부터 얻으려는 정보의 확실성을 위하여 필요한 모든 것들을 말하였다고 본다. 인생의 목적에 대한 단편들에서 칸트는 거짓말이 가지는 해악의 본질적인 것들과 구체적 해악의 문제 또는 직접적으로 당사자들에게 영향을 미치고 효과를 발생시키는 혜택을 준별하고 있다.

거짓말은 거짓말의 대상이 된 자에게 해악을 끼칠 수도 있고 끼치지 않을 수도 있다; 그것, 즉 누구에 관한 거짓말은, 거짓말의 대상이 된 자(liee)를 그 또는 그녀의 자기 속에서 목적으로 대하지 못했다는 것을 그 자체로 대변하게 된다; 그러나 다른 한편 거짓말은 살인에 의한 피해자를 구제할 수 있기도 한다.

거짓말은 거짓을 말함으로써 일반적으로 진술이나 선언들이 제대로 신뢰를 얻지 못한다는 사실을 드러내는 것이 된다. 따라서 거짓말은 일반적으로 인류에 대하여 해악을 가하는 그 무엇이 된다.

거짓말에 대한 칸트의 생각을 밝힌 1797년 에세이는 널리 알려진 바 있는데, 그 주장은 한마디로 도덕철학의 절대주의에 대한 반증법(reductio ad absurdum of moral absolutism)으로 구성되어 있다.

## II. 거짓을 말할 수 있는 권리

선한 목적을 가진 거짓을 말할 수 있는 권리에 관하여(On a Supposed Right to Lie from Benevolent Motives)란 제목의 이 에세이에서 칸트는 벤자민 콩스탄트라는 프랑스 철학자의 사례에 대하여 답하였다. 그 답에서 칸트는 정치 영역에서 거짓말의 긍정적 효과는 보통의 경우 거짓말이 가져다 주는 해악에 비하여

큰 경우가 많고 - 정치인의 선한 목적의 거짓말이 국민을 통합하고 국가적 위기를 구한다면 그 효과는 다른 무엇에 비길바가 아닐 것이다 - 항상 진실만을 말하는 사회는 제대로 기능하지 못할 가능성이 크다고 주장하였다.

칸트는 답을 하면서 살인사건의 무고한 피해자의 흔적이 남아 의심받는 살인자에 관하여 진실을 말하는 문제에 관한 고사를 다시 꺼내 이야기 하는데(riffing), 이는 칸트의 절대적 진리론을 지지하거나 보강하는 것으로 비추어진다.

M은 잠재적 피해자인 V를 추적하고 있는데, 그의 손에는 도끼가 들려 있었다. 물론 V는 아무런 죄가 없는 무고한 시민이다. 저 도끼를 든 미친 놈이 나를 쫓아 오고 있어요. 저 도끼를 든 미친 놈이 나를 쫓아오고 있어요.

옆에 있는 가옥으로 뛰어들면서 연신 소리치고 있다. 옆집 사람은 벽장 속에 그를 숨겨 주었는데, 살인자가 따라 들어오면서 그가 어디 있느냐고 물었다. 아마도 그 옆집 사람은 아무 말도 할 필요가 없는 상황이었을 것이다.

만일에 무엇인가를 말해야 한다고 가정했을 때에 옆집 사람은 피해자가 벽장 속에 있다고 말하여야 할까? 아니면 추적자인 M에게 그는 자신의 집에서 멀리 도망가버렸다고 거짓말 하는 것이 허용될까? 진실인 것처럼 손으로 방향까지 보여주기도 할 수 있을까?

칸트는 아마도 살인자에게 진실을 말해야 한다고 고집하였을 것이다. 그에게 있어 모든 진술들이나 표현은 진실되어야 하는데, 칸트는 이를 무조건적이고 선형적인(prescribing unconditionally) 이성의 명령(command of reason)이라고 말하였다.

많은 사람들은 이 사례를 칸트의 이상주의, 즉 인간을 목적으로

대해야 한다는 절대론적 철학의 합리적 설득력(mental powers)이 감쇄되는 바보같은 사례라고 생각할 것이다.

칸트는 그러한 바보 같은(idiocy) 절대론적 사고에 대하여 다음과 같이 반대의 경우를 이야기 한 것으로 알려져 있다. 당신이 만약 거짓말을 함으로써 타인의 행위를 막으려 하고...살인의 문제에 사로잡혀 어떻게든 살인행위를 막으려 한다면...당신의 거짓말로 인하여 발생하는 모든 결과에 대하여 법적으로 책임을 져야 할 것이다....예컨대 당신이 그가 도망쳐 집에 있지 않다고 거짓말을 하였는데, 당신이 모르는 사이에 실제로 그가 도망쳤다고 하자. 실망하고 집을 나가던 도끼맨이 우연히 그와 마주쳤고 결국 도끼맨이 그를 살해하였다고 하면, 당신은 당연히 법적으로(by right) 살해의 원인자(author of death)로서 기소될 수도 있다.

물론 수사를 받거나 상황에 따라 기소될 수 있다는 것이지만 현재의 법실무상 유죄가 나올 가능성은 희박한 가정적 철학적 문제로서, 매우 우화같은 비현실적인(preposterous) 이야기이다. 나아가 도덕적 주장의 관점에서도 바보같은 경우이다.

왜냐하면 결정을 하는 사람들이 자신의 결정이 가져올 수 있는 결과를 생각하여야 하고 실제 발생한 결과에 대하여 어떠한 형태의 책임을 져야만 한다고 그럴듯하지만 고집스럽게 주장하고 있기 때문이다.

스토펜 홈즈(Stephen Holmes)는 이러한 우화에 대하여 매우 현명한 평가를 한다. 칸트의 생각은 한쪽만 생각한 일방적인 것이다. 이러한 상황에서 우리는 일반적으로 도덕철학에서 요구하는 진실을 말해야 한다는 의무외에도, 무고한 이웃 친구인 V를 구해야 한다는 의무를 가지기 때문이다.

홈즈는 칸트는 어떠한 상황에서 인간이 부담하는 의무의 반쪽만을

생각하고, 이러한 규범적 갈등과 모순을 해결할 수 있는 것이 무엇인가 - 이는 전술한 바와 같이 칸트에게 있어 선하고 유용한 거짓말이다 - 라는 문제에 해답을 제시하였을 뿐이다. 따라서 도끼맨의 우화는 다른 반쪽의 문제를 법 영역에 남겨 놓음으로써, 도덕철학과 법철학이 분기될 수 있는 사례라 할 수 있다. 우리는 흄즈의 말에 동의한다.

그러나 칸트의 말이 한쪽 차원의 것에 불과하다면, 우리는 칸트가 무엇을 생각하고 그러한 한쪽에 관하여 말하였을까를 생각해 볼 필요가 있다.

잠재적 살인자는 진실을 들을 수 있는 자격이나 권리가 없으며, 집주인의 거짓말은 잠재적 피해자의 생명을 구할 수 있을 것이다. 반대로 이러한 상황에서 거짓말을 하지 않고 다른 행위를 하여야 한다는 윤리적 의무의 가능성이 있는 경우를 상상할 수 있을까? 칸트의 입장은 앞 사례의 발생가능성이 거의 없는 경우를 통하여, 거짓말은 모든 경우에 - 그것이 최선의 동기에서 나온 경우라 하더라도 - 진술의 일반적 진실성으로부터 일탈하여(detracts from), 그것의 신뢰성 및 신빙성을 해친다고 보는 것이다.

여기에서 "일탈하여"란 말은 모호한 의미를 가진다. 우리를 철학하게 하는 것이다. 그 말은 (i) 만약 매번 거짓말이 가져오는 충격을 계산할 수 있다면, 인간의 소통이라는 거대한 소통체계 (enterprises of human communication) - 이는 인간은 지적 존재이므로 세상 그 자체라 할 수 있다 - 에 실제적 충격을 가하는 현실의 결과를 지칭할 수 있을 것이다.

아니면 둘째로 (ii) 인간이 의도하는 것과 인간이 신뢰하고 의존하는 것 사이에 모순과 저촉(contradiction)을 의미하는 것일 수도 있다. 이는 이성에 대한 암묵적 공격과 대면(implicit affront)이

라 할 수 있다.

씨나 쉬프린(Seana Shiffrin)은 다음과 같이 말하였다. "거짓말의 해악은 만약 거짓말이 사회에서 보편적으로 받아 들여지고, 허용 가능한 행위로서 공적 규칙(public rule)을 구성하게 되면, 중요한 진실체계에 대하여 신뢰를 가지고 접근할 수 있는 우리들의 귀중한 기회를 박탈하게 되며, 우리는 거짓으로부터 진실을 구별해 낼 수 없게 된다."

아니면 그것은 거짓말에 관한 세번째 범주, 즉 (iii) 일종의 무임승차를 강조한 것이라고 볼 수 있다. 우리는 사실 대부분의 사람들은 진실을 말할 것이며, 진실을 말할 것이라고 기대하는 편파적인 혜택을 누리고 있다. 사상의 안정(state of affairs)을 위하여 우리가 해야 할 부분을 하지 않고 남의 말은 거짓말이라고 생각하면서 냉소적 태도를 가지고 있을 뿐이다.

따라서 "일탈하여"라는 의미의 첫번째 경우 거짓말은 일반적 차원에서 해악이 된다. 두번째 경우 거짓말은 개인의 이성에 대한 도전이자 해악이 된다. 세번째 경우 거짓말은 사람들의 무사안일과 정치적 무관심 같은 현실에서 횡행하는 중독현상의 하나가 된다.

### III. 트럼프의 거짓말

언론 방송들은 트럼프의 거짓말을 밝혀 내는데 있어 큰 성공을 거두고 있다. 30,000 여회 이상의 신나는 문제적 발언(gleeful gotchas)들을 대중에게 까발리고 있다. 인간들에게 있어 거짓말은 전술한 바와 같이 모두 같은게 아니다. 마찬가지로 트럼프의 거짓말 모두가 동일한 것 역시 아니다.

트럼프의 거짓말 중 대부분은 세속적이고 헛된(banal) 것들이다. 따라서 거짓말 총계를 내보는 일은 아마도 아무런 의미를 가지지

못할 것이다. 다만 어떠한 성격학의 관점(characterological purposes)에서 의미를 가질 수는 있을 것이다.

이때 분류학(taxonomy)은 의미를 갖는다. 우리는 거짓말의 해악(wrongness of lying)에 대하여 수많은 설명들을 알고 있으며, 그중 상당수는 전술한 바와 같이 고전적으로 칸트 철학에서 많이 주장되고 있다. 거짓말의 해악에 대한 여러 주장들은 서로 경쟁하거나 갈등하는 관계가 아니다.

거짓말의 해악은 살인이나 강도와 같은 심각한 해악들과 마찬가지로 다면적이고 중층적(multi-faceted)이며, 선한 삶을 위한 도덕적 설교 차원에서 거짓말의 모든 측면에 정의를 부여하기 위한 노력들이 있어 왔다. 또한 우리가 쉽게 거짓말이라고 말하지만, 거짓말에는 다양한 유형의 거짓말이 있는 것은 물론 거짓말을 하게 된 다양한 상황이 존재한다.

월드론 교수는 일반적인 거짓말과 거짓말 중에도 다른 성격의 거짓말이 있다는 느낌과 생각을 유발하는 심각한 거짓말(damned lies)이 있고, 그 둘 사이에 어떤 차이점이 있다는 것을 주장한다. 그리고 후자의 경우에 우리는 다양한 해악을 만나게 된다고 설명한다.

거짓말에 관하여 생각해 본다는 것은 결국 문제에 접근하고 사상을 문제화함에 있어 매우 흥미로운 접근방식이다. 심각한 거짓말(damned lie)이라는 것은 법적으로 의미가 있거나 법적 범주(legal category)에 속하는 말이 아니다. 나아가 그 말은 경멸과 비하의 뉘앙스를 가지고 있을 뿐, 잘 정의된 도덕적 범주의 말이라고 할 수도 없다.

심각한 거짓말이란 말은 결국 거짓말에 "심각한" 또는 말 그대로 "저주받을" 이라는 형용사가 붙은 단순한 강조용 말에 불과한 것으로

로 거짓말들을 차별화하지 못하는 무의미한 것이라 할 수도 있다. 여기에서 월드론 교수는 거짓말에 대하여 생각해야 할 세가지 방법을 제안한다. 이러한 방법을 통하여 우리는 그것이 보통의 거짓말이 아닌 심각한 거짓말의 부류라고 정당하게 인식할 수 있다는 것이다.

첫째, 비록 언어 그 자체에 의한 저주(literal damnation)라는 핵심요소가 위증의 법리에 더이상 아무런 관계를 가지지 않지만, 우리는 심각한 거짓말을 위증과 동일한 것으로 간주할 수 있다. 근자에 있어 선서를 한다는 것이 과거와 달리 마법과 같이 선서자에게 경외감을 불러 일으키는 일이 아니게 되었다.

선서는 진실성(veracity)을 위한 절대적이고 제한적인 특별한 설명의 영역으로 들어서기 위한 공식적 의식(formal marker)이라는 전통관념과 달리 그것과 한참 동떨어진 것으로 전락해 버리고 말았다.

둘째, 우리는 저주를 받아야 할 심각한 거짓말을 다른 사람의 생각을 조종함으로써 다른 사람에게 심각한 해악을 미칠 의도를 목적으로 하는 일종의 사기극(mendacity)의 한 부류와 동일시 할 수 있다. 이는 데스데모나의 이야거나 오델로 등이 악의를 가지고 타인에 대한 심각한 해악을 가하려는 사례에서 볼 수 있다. 왜냐하면 이러한 부류의 거짓말은 거짓말로 인하여 피해를 받는 자의 신뢰나 믿음을 파괴하여 그들에게 잔인한 해악을 가하기 때문이다.

셋째, 우리는 저주받아야 할 심각한 거짓말을 기망과 동일시 할 수 있다. 이러한 거짓말은 그것이 "특별히 중요한 영역에서" 주장과 그를 뒷받침하는 논리(logic of assertion)를 파괴한다. 월드론은 거짓말, 그리고 그에 따르는 비하와 해악의 말들이 "일반적으

로" 무엇을 주장하는 경우에는 적용되지 않을 개연성이 크다고 할 수 있다.

반대로 "특별한 영역(particular domains)"에 있어서는 그것이 적용되는 것을 목도하는 것은 어렵지 않다. 또한 그러한 거짓말이 그로부터 외각으로 뻗치면서 그것이 과녁로 삼는 것들 중 어떤 공통적인 인식에 기반한 세계(any shared sense of common world)가 있다면, 그것을 종식시키는 것을 보는 것 역시 어렵지 않다.

트럼프의 거짓말이 바로 이 세번째 부류에 해당한다는 것은 의문의 여지가 없다. 그러나 이러한 부류의 거짓말이 가지는 효과나 충격에 대하여 우리는 보다 신중하게 고려할 필요가 있다는 것을 살펴 보았다. 정치 영역에서 소통의 중요성이 폄하되고 훼손되는 수많은 경우들에 관하여 마음을 열고 진지하게 생각하는 태도를 가질 필요가 있다.

## 제 8. 로널드 드워킨의 자연법 사상

### I. 서언

로널드 드워킨(Ronald Dworkin)은 법철학과 정의론에 관한 중요한 기여를 한 현대의 법학자이자 철학자로, 그의 정의론은 주로 법의 해석과 도덕적 가치에 대한 논의에서 중요한 역할을 한다. 드워킨의 정의론은 법과 도덕의 관계, 개인의 권리, 그리고 법의 해석에 대한 윤리적 책임에 관한 철학적 논의에서 매우 중요한 위치를 차지하고 있다. 그는 법해석학(jurisprudence)에서 법의 실질적 정의와 법적 권리의 보호를 강조했으며, 법이 정의롭고 공정하게 작용하려면 법적 절차를 넘어서서 정의의 개념을 근본적으로 고려해야 한다고 주장하였다.

### I. 드워킨 정의론의 핵심 개념

드워킨 정의론의 첫번째 핵심 개념은 법관의 윤리적 책임이다. 드워킨은 법을 해석하는 과정에서 법관이 윤리적 책임을 가진다고 보았다. 그는 법적 해석이 단순히 규정이나 규칙을 기계적으로 적용하는 것이 아니라, 법적 문제를 도덕적이고 윤리적인 기준에 따라 해석해야 한다고 주장한다. 법관은 법을 해석할 때 기존의 법과 판례를 존중하면서도, 정의롭고 도덕적으로 바람직한 결과를 도출하려 해야 한다고 강조한 것이다.

드워킨의 정의론에서 중요한 두번째 개념은 "통합적 해석(Integrative Interpretation)"이다. 그는 법을 해석할 때 단순히 법률 조항의 문자적 의미를 넘어서서, 그 법이 속한 사회와 문화에서 어떤 의미를 가지고 있는지, 그리고 법이 인간의 기본적인 도덕적 권리와 자유를 어떻게 보호하는지까지 고려해야 한다고 주

장하였다. 그는 법을 하나의 통합적인 체계로 보고, 법적 해석에서 일관성과 연속성을 중시한 것이다.

드워킨의 세번째 중요한 주장은 법과 도덕의 통합이다. 그는 법과 도덕이 분리될 수 없다고 보았는데, 따라서 법적 규칙만으로 정의가 구현될 수 없다고 보고, 법의 해석과 적용에서 도덕적 가치와 윤리적 원칙이 중요한 역할을 해야 한다고 주장하였다. 그의 법사상에 따르면, 법은 그 자체로 도덕적이어야 하고, 도덕적 원칙에 의해 안내되어야 하며, 따라서 법의 해석은 단순히 법적 규칙을 적용하는 것이 아니라, 도덕적 기준을 반영해야 한다고 보았다.

### III. 드워킨의 정의론의 주요 주장

#### 1. "법적 권리" 개념

드워킨은 법의 해석에 있어 "법적 권리"를 강조하였다. 그는 법을 해석할 때, 개인의 기본적인 권리와 자유를 보호하는 것이 중요한 법적 기준이라고 본 것이다. 드워킨은 법이 개인의 권리를 침해하지 않도록 해석되고 적용되어야 한다고 주장했으며, 법적 권리는 개인의 자유와 존엄을 지키기 위한 중요한 도구가 되어야 한다고 믿었다.

#### 2. 정의에 대한 '한 가지 올바른 해석'

드워킨의 정의론에서 중요한 점은 "정의에 대한 하나의 올바른 해석"이 존재한다는 것이다. 그는 법적 문제에 대해 법관이 여러 해석 중 가장 정의롭고 합리적인 해석을 선택해야 한다고 주장하였다. 이는 법관이 자신이 내리는 판결이 단순히 법적 규칙을 기계적으로 적용하는 것이 아니라, 사회적으로 합리적이고 도덕적으로 정당화할 수 있는 방식이어야 한다는 의미를 갖는다. 따라서 드워킨은 법의 해석에서 "정의의 최적 해석"을 찾는 것이 중요하다고

강조하였다.

### 3. "전제와 대화"의 개념

드워킨은 또한 "전제와 대화"라는 개념을 통해 정의를 설명하였다. 법관이 법을 해석할 때, 그 해석이 사회적 대화의 연장선상에 있어야 한다고 본 것이다. 이는 법이 단지 법적 권위에 의해서만 적용되는 것이 아니라, 법적 해석이 사회와의 대화를 통해 발전해야 한다는 의미를 갖는다. 즉 드워킨은 법의 존재의의와 법의 발전은 사회적 대화를 통해 합리적인 해석을 통하여 가능하다고 주장하였다.

## IV. 드워킨의 정의론과 관련된 주요 이론들

### 1. 법 해석학

드워킨의 법철학은 법의 해석학(jurisprudence)으로 잘 알려져 있다. 그는 법을 해석하는 과정에서 도덕적 원칙을 고려해야 한다고 주장했으며, 법적 문제를 정의롭고 합리적인 방식으로 해결해야 한다는 점을 강조하였다. 특히 판례법과 헌법적 해석에서 이러한 접근을 중요하게 여겼다.

### 2. '해석적 실용주의'

드워킨은 해석적 실용주의(interpretivism)이론을 발전시켰다. 이 이론은 법이 단순한 규칙의 집합이 아니라, 지속적으로 해석되고 발전해야 하는 체계라는 주장을 전제로 한다. 그는 법이 과거의 판례와 사회적 맥락에 따라 해석되어야 한다고 보았으며, 법적 권리와 사회적 가치가 서로 조화롭게 해석될 수 있어야 한다고 믿었다.

### 4. 드워킨의 정의론과 법의 실천

드워킨의 정의론은 법관이 판결을 내릴 때 정의와 도덕을 고려해야 한다고 주장하는 철학적 관점을 제공한다. 그는 법관이 법적 해석을 할 때 법의 문언뿐만 아니라 도덕적 가치와 사회적 맥락을 반영해야 한다고 보았다. 또한, 그는 법이 인간의 기본적인 권리와 자유를 보호하는 데 중점을 두어야 한다고 주장했으며, 법관이 사회적 합의에 따라 법을 해석하고 적용할 책임이 있다고 주장하였다.

## 5. 드워킨의 정의론의 영향

드워킨의 정의론은 법철학과 법적 해석에 큰 영향을 미쳤다. 그는 법을 단순히 규칙과 명령의 집합으로 보는 전통적인 시각에 반대하면서, 법의 도덕적 해석을 중시하였다. 그의 이론은 법관의 역할에 대한 이해를 새롭게 하였고, 인권과 기본적인 자유의 보호에 있어 법이 어떻게 작용해야 하는지에 대한 논의의 중요한 토대를 마련하였다.

## V. 자연법 사상과 드워킨의 입장

전통적인 자연법 이론은 법의 정당성이 도덕적 원칙과 연결되어 있다는 관점에서 출발한다. 드워킨은 법이 단순히 형식적인 규칙의 집합이 아니라, 도덕적 원칙에 뿌리를 두고 있다는 점을 강조하였다. 그는 법을 도덕적 해석의 과정을 통해 이해해야 한다고 주장하였으며, 이를 통해 법이 자유, 평등, 정의와 같은 중요한 가치들을 실현하는 수단이 될 수 있다고 보았다.

한편, 드워킨은 자연법 사상과 관련하여 도덕적 해석을 강화하는 입장을 취하였다. 그는 법이 규범적 기준을 바탕으로 해석되어야 하며, 법적 규칙과 도덕적 원칙이 결합되어야 한다고 보았다. 그는 법관이 도덕적 책임을 지고 판결을 내려야 한다고 주장했으며,

법을 해석하는 과정에서 법적 규칙뿐만 아니라 도덕적 원칙을 동시에 고려해야 한다고 강조하였다.

## VI. 드워킨의 법적 해석과 도덕

드워킨은 법적 해석에 있어 도덕적 판단이 중요하다고 보았다. 또한, 그는 법을 해석할 때 단순히 규정과 절차를 따르는 것을 넘어, 그 법이 도덕적으로 정당화될 수 있는 방식으로 해석되어야 한다고 주장하였다. 즉, 법관은 법을 적용하는 과정에서 사회적 가치와 도덕적 원칙을 고려해야 하며, 법의 내용이 정의롭고 도덕적이어야 한다는 입장을 취하였다.

그의 법해석학적 접근을 보면, 법의 해석에 있어 "최적의 해석"을 도출하려는 접근방식을 강조하였다. 그는 법을 사회적 맥락에서 해석해야 하며, 법의 도덕적 가치를 실현하는 방식으로 해석해야 한다고 주장하였다. 법이 실제로 도덕적 원칙에 맞게 해석될 때, 그것은 단순한 법적 규칙을 넘어 정의를 구현할 수 있다고 본 것이다.

### 2) 법의 내재적 도덕성

그의 법의 내재적 도덕성을 강조하였는데, 그에 따르면, 법은 자체적으로 도덕적 기준을 내포하고 있다고 한다. 이는 법이 단지 기계적 규칙의 집합이 아니라, 법의 내용과 목적이 도덕적인 가치를 반영해야 한다는 것을 의미한다. 드워킨은 결국 법의 내용은 사회적 가치와 도덕적 책임을 포함하여야 하며, 또한 법은 기본적인 인권과 사회적 정의를 보호해야 한다고 관념하였다.

## VII. 드워킨의 정의론과 자연법

드워킨은 법을 자연법적으로 해석해야 한다고 주장한 현대적인 자연법 이론가 중 한명이다. 그의 정의론은 법이 도덕적 가치를 실

현하는 중요한 도구라는 관점에서 출발하는데, 그는 법을 단순히 규칙의 적용에 그치지 않고, 도덕적 해석을 통해 정의롭고 공정한 법을 만드는 과정이라고 보았다.

첫째, "최적의 해석"과 자연법 개념이다. 드워킨은 법의 해석에 있어 "최적의 해석"을 도출하려는 접근을 강조하였다. 이는 법이 그 자체로 도덕적 가치와 정의로운 원칙을 실현해야 한다는 의미를 갖는다. 법적 권리와 기본적인 자유를 보호하고, 사회적 정의를 실현하기 위해, 법관은 법을 도덕적 기준에 따라 해석하고 적용해야 한다는 것이다. 결국 드워킨은 법이 자연법적 원칙을 통해 도덕적 정당성을 얻어야 한다고 보았다.

둘째, 도덕적 해석과 법의 본질이다. 드워킨의 자연법적 관점은 법의 본질이 도덕적이어야 한다는 주장으로 요약될 수 있는데, 그는 법이 도덕적 기초 위에서 형성되어야 하며, 법의 해석과 적용에서 도덕적 판단이 필수적이라고 보았다. 따라서, 드워킨은 법이 자연법적 원칙을 내포하여야 한다고 믿었고, 법의 해석은 반드시 도덕적 기준을 반영해야 한다고 주장하였다.

#### 4. 다른 자연법 이론가들과의 차이점

드워킨은 전통적인 자연법 이론과 몇 가지 점에서 차별화된 입장을 취하였다. 전통적인 자연법 이론가들이 법과 도덕을 분명히 연결하려고 했다면, 드워킨은 법이 도덕적 해석을 통해 실현되는 원칙에 의해 존재한다고 주장하였다. 전통적인 자연법 이론에서는 도덕적 원칙이 법의 정당성을 결정하는 중요한 요소였지만, 드워킨은 법을 해석하는 과정에서 도덕적 원칙이 내재적으로 존재해야 한다고 본 것이다. 따라서 드워킨은 법과 도덕의 추상적 준별론을 넘어 법의 해석을 통하여 도덕적 법을 구체화할 수 있는 계기를 마련하였다. 이는 론 플러의 실체적 자연권론(substantive

natural right)이나 절차적 자연권론(procedural natural right) 같은 개념들과 조율될 수 있다.

또한, 드워킨은 법의 해석에서 법적 권리와 기본적인 자유를 중요한 가치로 삼았으며, 법을 통해 이러한 권리와 자유가 보장되어야 한다고 주장하였다. 나아가 법관은 법을 해석할 때 도덕적 해석을 고려해야 하며, 정의로운 결과를 도출해야 한다고 강조하였다.

## V. 결어

로널드 드워킨의 정의론은 법의 해석에 도덕적 가치와 윤리적 기준을 중요하게 여긴다는 점에서 다른 법철학적 접근들과 차별화된다. 그는 법이 단순히 규칙을 따르는 것이 아니라, 정의롭고 도덕적인 해석을 통해 사회와 개인의 권리를 보호하는 역할을 해야 한다고 주장하였다. 드워킨의 이론은 법관의 해석 책임과 도덕적 원칙이 법의 실천에 어떻게 적용되어야 하는지에 대한 중요한 논의를 제시하고 있는 것이다. 드워킨의 자연법 사상은 법이 도덕적 원칙에 따라 해석되어야 한다는 점에서 전통적인 자연법 이론을 계승하면서도 법의 해석학적 접근에 중점을 두고, 도덕적 책임을 강조하는 현대적 자연법 이론으로 발전하였다.

## 제 9. 풀러의 자연법론

### I. 론 풀러의 자연법론

론 풀러(L. Fuller)의 자연법론은 법의 내적 도덕성과 법의 효율성을 강조한 이론이다. 그는 법이 단순히 규칙의 집합체가 아니라, 인간 사회에서 특정한 목적을 가지고 존재해야 한다고 보았다. 풀러는 "법의 내적 도덕성" 또는 "법의 윤리적 기능"에 대해 깊이 고민했으며, 이를 "법의 8가지 원칙"으로 구체화하였다. 이 원칙들은 법이 제대로 작동하기 위한 기본적인 조건들을 정의한다.

#### 1. 풀러의 자연법론

풀러의 자연법론의 핵심은 다음과 같다.

- 법의 일반성 (Generality): 법은 특정 개인이나 집단을 대상으로 하지 않고, 일반적인 규칙이어야 한다.
- 법의 공개성 (Publicity): 법은 사람들이 알 수 있도록 공개되어야 한다.
- 법의 미래성 (Prospectivity): 법은 미래에 대해 적용되는 규칙이어야 하며, 과거의 행위에 대해 소급적으로 적용되지 않아야 한다.
- 법의 명확성 (Clarity): 법은 사람들이 이해할 수 있을 정도로 명확해야 한다.
- 법의 일관성 (Consistency): 법은 내부적으로 일관되어야 하며, 서로 상충하지 않아야 한다.
- 법의 가능성 (Possibility of Compliance): 법은 사람들이 실제

로 따를 수 있는 규칙이어야 한다.

- 법의 안정성 (Stability): 법은 시간이 지나면서 불안정하지 않도록 일정한 수준의 안정성을 가져야 한다.

- 법의 실현 가능성 (Congruence between official action and declared rule): 법은 공식적인 행동과 선언된 규칙이 일치해야 한다.

## 2. 결어

풀러는 법이 도덕적으로 올바르려면 이러한 조건들을 충족해야 하며, 이는 법의 실효성과 정당성을 보장하는데 필수적이라고 주장하였다. 그의 이론은 법이 단순히 권위적인 지시가 아니라 사회적 협력의 중요한 도구로 작용해야 한다는 점에서 중요한 의미를 가진다.

풀러(Fuller)의 자연법론은 법의 내적 도덕성과 법의 효율성을 강조한 이론이다. 그는 법이 단순히 규칙의 집합체가 아니라, 인간 사회에서 특정한 목적을 가지고 존재해야 한다고 보았다. 풀러는 "법의 내적 도덕성" 또는 "법의 윤리적 기능"에 대해 깊이 고민했으며, 이를 "법의 8가지 원칙"으로 구체화하였다. 이 원칙들은 법이 제대로 작동하기 위한 기본적인 조건들을 정의하고 있다.

## II. 절차적 자연법론과 내재적 도덕성의 원칙

절차적 자연법론(Procedural Natural Law)과 내재적 도덕성의 원칙(Intrinsic Morality of Law)은 풀러(Fuller)의 법 이론에서 매우 중요한 개념들이다. 풀러는 법을 단순히 규칙의 집합체로 보지 않고, 법의 효율성과 도덕성을 강조하며, 법이 인간 사회에서 올바르게 작용하기 위한 원칙들을 제시하였다. 특히, 그는 법이 내재적으로 도덕적이어야 한다고 주장하였다. 이를 통해 풀러는

법이 단순히 권위적 명령에 그치지 않고, 일정한 도덕적 기준을 따르며 작용해야 한다고 본 것이다.

그가 법은 단순히 권위적 명령이 아니라 내재적 도덕성을 갖추어야 한다고 주장한 것은 그가 법을 자연법론적 관점에서 바라 본다는 것을 알 수 있게 한다. 또한 법의 도덕성과 함께 법의 효율성을 강조한 것은 엘리네크의 법의 효과성 개념에서 영향을 받은 것으로 보이고 법과 사회과학이 접목될 수 있다는 것을 시사한다.

### 1. 절차적 자연법론 (Procedural Natural Law)

절차적 자연법론은 법의 정당성을 절차적인 차원에서 접근하는 이론이다. 이는 법이 어떤 구체적인 결과를 가져오는 것이 아니라, 어떤 절차를 통해 법이 만들어지고 실행되는지에 초점을 맞춘다. 풀러는 법이 도덕적으로 정당한가를 판단할 때, 법을 만드는 과정과 법이 시행되는 절차가 도덕적인 기준에 부합하여야 한다고 주장했다.

풀러는 법이 내재적 도덕성을 가지고 있기 위해서는, 법이 제대로 형성되고 집행되는 과정이 중요하다고 보았다. 이 절차적 측면에서 법은 그 자체의 공정성과 합리성을 갖추어야 하며, 법이 규정한 대로 공정하게 집행될 수 있도록 해야 한다고 하였다. 즉, 법의 형성 과정과 시행 과정이 도덕적이어야 한다는 것이다.

### 2. 내재적 도덕성의 원칙 (Principles of Internal Morality)

- 풀러는 법의 내재적 도덕성(internal morality)을 강하게 주장하였다. 그는 법이 단순히 규칙의 집합체가 아니라, 법을 구성하는 규칙들이 도덕적 기준에 부합해야 한다고 본 것이다. 이러한 내재적 도덕성의 원칙은 법의 목적과 기능이 도덕적으로 정당한 방향으로 흐르도록 하기 위한 기준들을 제시한다.

- 풀러의 내재적 도덕성의 원칙은 앞서 언급한 법의 8가지 원칙에서 잘 드러나고 있다. 이 원칙들은 법이 효과적으로 기능하기 위한 절차적인 기준을 넘어, 법이 도덕적으로 올바르게 작용하도록 하는 조건들을 설명한다. 이러한 원칙들은 법이 만들어지고 집행되는 방식에서 도덕성을 중요하게 여기는 지침을 제공한다. 다시 말해, 풀러는 법이 도덕적으로 정당하려면, 그 법이 충족해야 할 조건들이 있다는 입장이다.

- 풀러의 이론에서 중요한 점은, 법이 도덕적으로 정당화하려면, 그 법이 어떤 결과를 낳는지가 아니라, 법을 만드는 과정과 집행되는 과정이 도덕적인지가 중요한 평가 기준이 된다는 것이다.

### 3. 결어

절차적 자연법론은 법의 도덕성에 대한 기준이 법을 만드는 절차에 있다는 주장이다. 법의 효율성과 정당성은 법이 어떤 절차를 통해 형성되고 실행되는지에 따라 달라진다는 것이다.

내재적 도덕성의 원칙은 법이 단순히 규칙의 집합체가 아니라, 법의 규칙이 도덕적으로 정당한 기준을 충족해야 한다는 원칙이다. 풀러는 법이 효과적으로 기능하려면, 법을 만드는 과정과 집행 과정에서 도덕성이 포함되어야 한다고 주장하였다. 결국, 풀러의 자연법론은 법의 절차적 정당성과 도덕적 기준을 동시에 강조하는 이론이라 할 수 있다.

### III. 사악한 지배와 합법성의 원칙

풀러(Fuller)가 주장한 사악한 지배 (Evil Rule)와 합법성의 원칙 (Principle of Legality)은 법의 효율성과 도덕성을 이해하는 중요한 요소이다. 풀러는 법의 정당성이나 합법성을 단순히 법이 만들어졌다는 사실에만 의존하는 것이 아니라, 법이 도덕적 절차와 목

적을 따라야 한다는 점을 강조하였다. 이를 통해 법의 합법성과 도덕성을 구별하는 중요한 논점을 제시한다.

### 1. 사악한 지배 (Evil Rule)

사악한 지배는 풀러가 법의 정당성과 도덕성에 대해 설명할 때, 법이 도덕적으로 악한 목적을 가지고 있거나 불공정한 방식으로 시행될 경우를 지칭하는 개념이다. 풀러는 법이 그 자체로 정당한 결과를 낳기 위해서는 도덕적 기반이 필요하다고 주장한다. 풀러에게 있어 사악한 지배는 도덕적으로 부당하거나 불공정하게 법이 집행되는 것을 의미한다.

따라서 사악한 지배는 법의 형성과 집행이 올바른 절차를 따르지 않거나, 의도적으로 불평등하고 부도덕한 결과를 낳는 경우를 포함한다. 예를 들어, 특정 집단을 차별하거나 인간의 기본적인 권리를 침해하는 법이 시행될 때, 그 법은 사악한 지배로 간주될 수 있다. 풀러는 법이 이러한 방식으로 기능하는 것은 법의 내재적 도덕성을 위반하는 것이며, 이는 법의 정당성을 결여하게 만든다고 본 것이다.

### 2. 합법성의 원칙 (Principle of Legality)

- 합법성의 원칙은 법이 정당하게 적용되기 위해서는 법이 명확하고 예측 가능해야 한다는 원칙이다. 풀러는 법이 올바르게 작동하기 위해서는 법의 예측 가능성, 일관성, 명확성을 보장해야 한다고 강조하였다. 즉, 법은 사람들이 법을 따를 수 있고, 법이 공정하고 일관되게 적용될 수 있도록 만들어져야 한다.

- 풀러는 합법성의 원칙을 강조하며, 법의 절차와 규칙이 공정한 방식으로 형성되고 시행되어야 한다고 주장하였다. 즉, 법의 집행이 공정하고 불편부당하게 이루어져야 하며, 법의 규정이 명확하

고 불합리하지 않아야 한다는 것이다. 합법성의 원칙은 법이 예측 가능하고 일관되게 적용될 수 있도록 하는 핵심적인 법원칙이라 할 수 있다.

### 3. 사악한 지배와 합법성의 원칙의 관계

풀러는 사악한 지배가 법의 도덕성을 침해하는 사례라고 설명한다. 사악한 지배는 법의 정당성을 잃게 만들며, 그것이 법을 만든 절차나 집행 방식에서 발생하는 경우, 합법성의 원칙에도 위배된다. 법이 명확하고 일관되게 적용되는 것이 중요하지만, 그 법이 악의적이고 부도덕한 목적으로 사용된다면, 법의 합법성 자체가 의미를 잃게 되는 것이다.

즉, 풀러는 법의 합법성(법이 제대로 형성되고 시행되는 것)과 도덕성(법의 목적이 공정하고 올바른 것) 두 가지 모두가 충족되어야 비로소 법이 진정한 의미에서 합법적이고 정당한 것으로 간주된다고 보았다. 사악한 지배는 법의 합법성 원칙을 지키지 않으며, 법의 내재적 도덕성을 훼손할 수 있기 때문에, 이는 법의 정당성을 위협하는 요소가 된다.

### 4. 양 개념의 요약

- 사악한 지배 (Evil Rule): 법이 도덕적 기준에 맞지 않게 집행되거나 불공정하고 부당한 결과를 낳을 때, 그것은 사악한 지배라고 볼 수 있다. 이는 법의 도덕성과 정당성을 해치는 행위로 간주된다.
- 합법성의 원칙 (Principle of Legality): 법이 정당하게 작용하려면, 명확성, 예측 가능성, 일관성이 필요하며, 법이 공정하고 불편부당하게 집행되어야 한다.
- 풀러는 법이 정당하고 도덕적인 기반 위에서 형성되고 집행되

어야 한다고 주장하며, 사악한 지배가 법의 정당성을 훼손하고, 합법성의 원칙이 제대로 지켜져야 법이 사회에서 제대로 기능할 수 있다고 보았다.

#### IV. 절차적 자연법론의 평가

풀러(Fuller)의 절차적 자연법론은 법의 도덕성, 법의 형성 과정, 그리고 법의 실행 과정에 중점을 두는 법 이론이다. 풀러는 법이 도덕적으로 정당화되기 위해서는 단순히 규칙이 존재하는 것만으로는 충분하지 않으며, 법이 그 자체로서 공정하고 도덕적인 절차를 따르며, 이를 통해 사회의 공익을 증진하는 방향으로 작동해야 한다고 주장하였다. 그의 이론은 법과 도덕을 밀접하게 연결하고, 법의 효율성과 공정성에 대한 중요한 논의를 제공한다.

##### 1. 법의 내재적 도덕성 강조

풀러는 법의 도덕적 측면을 중요한 요소로 삼았다. 그는 법이 단순히 권위적인 명령이 아니라, 도덕적 기준을 충족해야 한다고 주장한 것이다. 또한 법이 도덕적으로 올바른 절차를 따를 때, 그 법은 사회에서 실제로 공정하게 작용할 수 있다고 보았다. 이는 법의 정당성을 확보하는 데 필수적이라는 점에서 긍정적인 평가를 받을 수 있다.

##### 2. 법의 절차적 정당성

풀러는 법이 도덕적으로 정당화되려면 절차적 정당성이 필수적이라고 보았다. 즉, 법이 제대로 작동하려면 법이 명확하고 예측 가능하며, 공정하게 집행되어야 한다는 점에서 그의 이론은 법이 실질적으로 기능하는 방식에 대한 중요한 기준을 제시하고 있는 것이다. 또한 법을 만드는 절차가 공정하고, 그 결과가 사회적 협력에 기여할 수 있어야 한다는 주장 역시 법치주의와 민주주의의 핵

심적 가치와 일치한다.

### 3. 법의 유효성과 그 중요성

풀러는 법이 합법적이고 효율적으로 집행되는 것이 중요하다고 주장했는데, 법이 이론상 존재한다고 해도 그것이 현실에서 제대로 시행되지 않으면 의미가 없다고 보았다. 이는 법의 실효성에 대한 중요한 통찰을 제공한다. 법이 실제로 사회에 영향을 미치기 위해서는 집행과정에서의 실천적 고려가 중요하다는 점을 강조한 셈이다.

### 4. 법과 도덕의 분리 문제

풀러의 절차적 자연법론에서 중요한 논란 중 하나는 법과 도덕의 관계이다. 그는 법이 도덕적 기준을 따를 필요가 있다고 주장했지만, 법이 반드시 도덕적으로 선한 결과를 낳는다고 보지는 않았다. 그러나, 풀러가 제시한 법의 절차적 정당성은 도덕적인 내용을 반드시 포함하지 않아도 법이 일정한 규칙을 따른다면 정당화될 수 있다는 점에서 법과 도덕의 관계에 대한 명확한 구분이 부족하다는 비판이 제기되기도 한다. 그리고 법이 도덕적으로 부당한 결과를 낳을 수 있다는 가능성도 풀러의 이론이 도덕적 기준에 너무 의존한다는 점에서 문제가 될 수 있다.

### 5. 비극적 사례에 대한 한계

풀러의 절차적 자연법론은 법이 제대로 기능하고, 그 법의 시행이 공정하다는 가정을 전제로 한다. 그러나 실제 역사에서 사악한 법(예: 나치 독일의 법시스템)이나 법적 절차가 악용된 사례가 있음을 고려할 때, 풀러의 이론은 극단적인 사례에서는 그 한계가 드러날 수 있다. 법이 악의적인 목적을 위해 절차적으로 잘 작동한다면, 풀러의 이론은 이러한 법을 정당화할 위험이 있을 수 있는

것이다. 이 경우 법의 도덕적 판단 기준이 명확히 작용해야 하는데, 그러한 관점에서 풀러 이론의 한계가 발생한다.

## 6. 절차적 자연법론의 현대적 적용

현대의 법치주의와 민주주의 시스템에서는 풀러의 절차적 자연법론이 많은 영향을 미쳤다. 법이 어떻게 형성되고 집행되는지, 그리고 그 과정에서 시민의 권리와 자유가 어떻게 보장되는지에 대한 논의에서 풀러의 이론은 중요한 가치를 지니고 있는 것이다. 특히 법의 투명성과 법을 따르는 시민들의 신뢰를 중시하는 현대의 법 체계에 적합한 접근법을 제시한다고 볼 수 있다.

### • 종합적인 평가

풀러의 절차적 자연법론은 법의 도덕성과 효율성을 강조하는 이론으로, 법이 형성되고 실행되는 과정에서 도덕적 기준을 적용해야 한다는 중요한 관점을 제시하고 있다. 이는 법치주의, 민주주의, 공정한 절차의 중요성을 강조하는 현대 법이론에 많은 영향을 미쳤다.

그러나 그의 이론은 사악한 지배나 법의 악용에 대해 충분히 대응하지 못하는 한계가 있으며, 법과 도덕을 어떻게 조화시킬 것인가에 대한 명확한 기준이 부족하다는 비판을 받을 수 있다. 그럼에도 불구하고 풀러의 이론은 법이 단순히 규칙의 집합체가 아니라, 사회적 목적과 도덕적 기준을 반영하는 중요한 수단임을 일깨워주는 중요한 법 이론으로 평가되고 있다.

## Chapter 2. 근대 민주주의 법철학: 성문법 시대의 시작

### 제 1. 몽테스키외와 법의 정신

#### I. 법의 정신

법의 정신(De l'esprit des lois or loix)은 1748년 몽테스키외가 출간한 정치이론과 비교법에 관한 책이다. 원 저작물은 당시의 관례대로 익명으로 출판되었는데, 프랑스 이외 국가들에서의 그 영향력은 빠르게 다른 언어로 번역되어 커지게 되었다.

1750년 토마스 누전트는 영문번역본을 출간하였는데, 수 많은 개정판 재출판을 거쳐 그 판수는 수를 헤아리기 어렵다. 1751년 로마 카톨릭 교회는 "법의정신" 책을 금서목록(Librorum Prohibitorum)의 하나로 지정하였다.

몽테스키외의 저술은 이미 널리 보급되었는데, 다른 학자들의 사상세계에 심대한 영향을 미쳤다. 이중 대표적인 예가 캐서린 더그레이트의 나카즈 서문과 미 건국의 아버지들의 저작들이다. 또한 알렉시스 토크빌 역시 미국의 민주주의와 미국 사회에 관한 그의 연구에서 몽테스키외의 방법론을 이용하였다.

맥콜레이는 1827년 "마키아벨리"라는 그의 에세이집에서 "몽테스키외는 아마도 현대 유럽의 다른 어떠한 정치비평가들보다 널리 그 영향력이 알려져 있다"고 하면서 시간이 가도 변하지 않는 몽테스키외의 중요성을 찬양하였다.

몽테스키외는 10년 가까이 사색에 몰두하면서 법, 사회생활과 인

류학 같은 광범위한 내용을 담은 법의 정신이란 주제를 연구하고 책을 저술하였다. 몽테스키외는 정치제도들은 그 성공을 위하여 특정 공동체의 사회적 지리적 특수성을 반영하여야 한다고 주장하였다. 그는 나아가 합법성과 시민의 자유를 지키기 위하여 권력분립에 기반한 헌법상 정부형태의 필요성을 강력히 제안하였다.

## II. 몽테스키외 법철학의 의의

이러한 그의 주장들은 미 연방헌법, 프랑스의 근대 성문 5법의 제정과 관련한 필자가 주장하는 시스템빌딩 법철학에서 볼 수 있는 성격의 것이다. 법에 관한 보편적 원리적 법철학이 오랜 역사에서 자연법론과 법실증주의의 두 축으로 발전해 왔고 발전하고 있다면 19세기와 동 세기 유럽의 법철학은 특수적이고 분과적 특질을 가지게 된다.

법은 특정 공동체의 사회적 지리적 특수성에 기반한다는 몽테스키외의 이 말은 어떤 법철학자들 보다도 동 시대 법철학의 특질을 함축적으로 보여 주는 것이다. 또한 성문헌법과 근대 5법은 분과별 법철학의 시작을 알려 주는 것이며, 법철학의 공법성 보편성과 조화하여 미국에서는 우드로 윌슨에 의한 행정국가 적극국가의 태동 이전까지를 특징지우는 헌법국가를 배경으로 헌법철학이 융성하게 된다.

이때의 헌법철학은 공적 영역과 사적 영역을 준별하는 자유국가 시장 중심의 시민민주주의 사상의 영향으로 지리적 사회적 특수성과 함께 공통 변수를 갖게 된다. 다이시의 공법화 경향을 경계하는 사법 중심의 헌법철학이나 나폴레옹의 공법과 사법에 대응하는 이원적 최고법원 체계 등이 그러하다.

미국에서의 19세기 헌법국가가 소극국가 자유국가라면 연방대법원을 중심으로 한 헌법철학은 같은 판례법 국가로서 다이시의 경

우와 별반 차이가 없을 것이다. 다만 미국의 경우 성문헌법 국가이므로 공법적 문제에 있어 보다 적극적으로 정치적 성격의 사법 기능을 수행하고 있다. 이는 불문헌법 국가인 영국이 법과 사법기능은 법원이, 정치적 성격이 있고 공법적 문제들은 정치기관인 의회가 중심이 되는 것과 차이를 보이고 있다.

따라서 미국이나 프랑스와 달리 영국의 경우 권리청원이나 권리장전처럼 일부 예외에도 불구하고 프랑스의 국참사원이나 미국의 성문헌법 제정처럼 뚜렷한 공법시스템으로 가시화되지 않은 결과, 점진주의와 시장 중심의 보수적 법철학이 중요한 특징이 된다.

이는 다이시의 영국헌법과 그의 법사상에 고스란히 깃들여 있다. 또한 그의 대비처럼 미국과 프랑스는 영국과 달리 시민의 국가배상청구의 권리를 오랜 기간 부인하면서 공적 영역에 대한 특권적 지위를 인정하여 왔다. 반면에 영국의 경우 법의 지배의 전통에 따라 불법행위와 관련하여 시민과 정부를 평등하게 취급하여 왔는데, 어찌면 이는 미국이나 프랑스보다 근대 시민민주주의의 정신을 보다 적나라하게 반영하고 있는 것이라 할 수 있다.

### III. 법의 정신 책 1권: 법에 관한 일반론

법은 사물의 본성에서 연원하는 필연적인 관계를 그 가장 일반적인 특징으로 한다. 이러한 차원에서 모든 존재하는 것들에는 법이 존재한다. 신성 영역, 세속 세계, 짐승들, 사람들 모두 그 영역과 존재에 관련하여 법이 존재한다.

인간이 알 수 없는 어떤 운명이라는 실체가 이 세상에서 우리가 믿고 행동하는 다양한 결과들을 낳는다고 주장하는 자들은 통명스럽고 불친절하다. 그들은 불가사지의 운명이 지적 존재들을 생산할 수 있다고 가정하는 것보다 비합리적인 것은 없기 때문이라고 말한다.

그렇다면 거기에는 원초적 이유가 있다. 그리고 법들은 그러한 이유와 서로 다른 존재간에 기생하는 관계들이라 할 수 있다. 그리고 이러한 관계들이 서로 얽혀 있는 것이다. 신은 우주의 창조자이자 관리자로서 관련을 맺는다. 그가 우주의 삼라만상을 창조하기 위한 도구로서의 법은 우주의 삼라만상을 보존하기 위한 것이기도 하다. 신은 자신이 법을 알고 있기 때문에 자신이 알고 있는 법에 따라 행위한다.

그는 자신이 창조하였기 때문에 법에 대하여 안다. 법들은 그의 지혜와 권력에 관한 것이기 때문에 신은 그것을 창조하였다. 우리는 우리가 인식할 수 없는 어떤 불가사의한 운동에 의하여 만들어진 이 세상이 그 장구한 시간과 함께 존재하여 왔다는 사실을 알고 있으므로, 세상을 창조한 운동이란 불변의 법들에 의하여 지배되는 것이 확실하다. 또한 우리가 다른 세상을 상상할 수 있다면, 그 다른 세계는 틀림없이 항구적인 법을 가지고 있을 것이고 또한 영원히 멸망하지 않을 것이다.

따라서 새로운 세상의 창조란 신의 자의적인 행위의 결과일 것이고 무신론자들의 운명적인 법들처럼 불변하는 법들의 존재를 전제한다. 따라서 창조주가 이러한 법들 없이 세상을 지배할 것이라고 말하는 것은 터무니 없는 것이다. 왜냐하면 법이 존재하지 않으면 세상이란 존재할 수 없기 때문이다.

이러한 법들은 고정적이고 불변하는 관계이다. 운동하는 객체의 내부를 통하여 운동을 받고, 증대 또는 축소하고 이를 상실한다. 이러한 운동의 순환은 사물의 양과 그 속도의 관계들에 따르게 된다. 운동을 지배하는 법을 통하여 각자의 다양성은 통일성이 되고 개개의 변화는 항구성이 된다.

개별적 지적 존재들은 자신 스스로 창제한 그들만의 법을 가질 수

있다. 그러나 같은 차원에서 그들이 전혀 창제에 관여하지 않는 어떠한 법들이 존재하고 그들은 이러한 법들을 소유하는 경우가 있다. 이러한 그들의 존재는 가능하다. 따라서 그들은 가능한 관계를 가질 수 있으며, 그에 따라 가능한 법들을 가질 수 있다.

법들이 만들어지기 전에는 법들은 가능한 정의(possible justice)로 엮인 관계들이다. 세상에는 정의로운 것과 부정의한 것이라는 이분법은 존재하지 않으며, 오직 실증주의적 법(positivism law)들에 따라 명령되어진 것과 금지되어진 것만 존재한다고 말하는 것은 어떠한 원(circle)을 설명하기 전에 모든 반지름(radii)은 똑같지 않다고 말하는 것과 똑같다.

따라서 우리는 정의의 관계를 창출한 실증주의 법 以前の 정의의 관계를 먼저 알아야 한다. 예를 들어 만약 인간 사회가 존재하였다면, 그들의 법을 따르는 것은 정당한 일이다. 만약 다른 존재로부터 혜택을 얻은 지적인 존재들이 있었다면, 자신들의 감사함을 표하는 것은 당연한 의무이다.

만약 한 지적 존재가 다른 지적 존재를 창조하였다면, 창조된 존재는 원래의 종속상태를 계속 유지하는 것이 당연한 의무이다. 만약 한 지적 존재가 다른 지적 존재에게 상처를 입혔다면 그에 대해 보복하는 것은 정당하다. 이러한 관계들은 다양하게 계속 발현된다(이 부분 몽테스키외의 설명은 자연법론자들의 정의 또는 법에 대한 인식이라 할 수 있다).

그러나 지적인 세계는 육체적이고 물리적인 세계처럼 질서정연한 법칙에 따르는 세계와는 판이하게 다른 세계이다. 전자의 지적 세계는 그들만의 법을 가지고 있고 그들만의 본질에 따라 불변하는 것이지만 지적 세계의 법은 육체적 물리적 세계의 법들과 달리 정확하게 세계의 현실과 법이 부합하는 것은 아니다(따라서 몽테스

키외 설명에 기반하여 볼 때 지적 세계의 법은 자연법론 철학에 육체적 물리적 세계의 법은 실증주의 법철학에 가깝다. 우리가 알고 있고 있는 저항권 이론이나 천부인권론 등이 자연법론에서 연원하고 현실에서 지적 세계의 법으로서 현실적 물리적 세계의 법과 모순 갈등한다. 역사적으로 대표적인 예가 소크라테스의 독배 사건이다).

이러한 차이는 한편으로 특수적인 지적 존재들은 유한한 존재들이고 따라서 오류에 대하여 책임을 부담하며, 다른 한편 그들의 본성은 그들에게 자유로운 대리인일 것을 요구하기 때문이다(이 부분도 법실증주의와 자연법론의 대비를 연상시킨다). 이러한 이유로 그들은 그들의 시원적 법들을 꾸준히 준수하지 않게 된다. 심지어 자신이 만든 법들마저 빈번하게 어기게 된다(따라서 실증주의 법은 인위적이지만 보다 고차원적이고 근대적이고 과학적이다).

짐승(brutes)은 운동의 일반법칙에 따르는지 아니면 특별한 동작의 지배를 받는지 우리는 결정할 수 없다. 그 답이 무엇이든지 간에 그들은 세속세계의 그외 존재들 보다 신과 보다 친밀한 관계를 가질 수 없다. 어떠한 영적 감정은 다른 특수한 존재들 또는 자기 자신들과 유지하던 관계외에는 이제 그들에게 더 이상 소용이 안된다.

기쁨의 유인을 통하여 그들은 개인을 보호 유지하고 동일한 유인을 통하여 종족을 보존한다. 그들은 어떠한 영적 감정(sensation)으로 연합되어 있으므로 자연법을 가지고 있다. 그들은 어떠한 지식체계와 연계되어 있지 않으므로 실증주의적 성격의 법을 가지고 있지 않다.

따라서, 몽테스키외의 법철학은 콩트의 실증주의 철학이 과학적

아카데미 세계의 기원을 열었다면 몽테스키외의 법철학은 법 현상에 대하여 법학을 근대 학문으로 발전시키는 법실증주의의 기원을 연 것으로 평가될 수 있다). 그러나 그들은 영구히 자연법을 존중하고 지키는 것은 아니다. 이러한 현실은 식물세계에서 보다 잘 관찰되는데, 식물들은 무엇을 이해한다거나 느낄 수 없기 때문이다.

짐승들은 우리들이 가지고 있는 고도의 혜택을 박탈당하고 있다. 그러나 그들은 우리가 가지지 못하는 약간의 무엇을 가지고 있다. 그들은 우리와 같이 어떤 희망을 가지지 못한다. 그러나 그들은 또한 우리가 느끼는 두려움을 가지고 있지 않다. 그들은 우리와 똑같이 죽음을 맞이할 수 밖에 없는 존재이지만 그것을 알지 못한다. 그들의 대부분은 우리들 보다 자기보존 욕구를 가지고 있지만, 그들은 인간과 달리 어떤 "심한 수준의 정열"을 가지지 못한다.

사람은 다른 동물들처럼 육체적 존재로서 불변하는 법에 지배당한다. 그는 지적인 존재로서 신에 의하여 만들어진 법을 끈임없이 위반한다. 그리고 자신 스스로 만든 법을 바꾸기도 한다.

그는 유한한 존재이지만 자신의 私的 方針에 따라 생을 영위하며, 다른 모든 유한한 지적 존재들처럼 무관심과 오류에 예속된다. 심지어 그의 완전하지 못한 지식마저 잃어 버리고, 그는 영적 생명체로서 수천의 충동적인 열정에 의하여 급하게 사라진다.

그러한 생명체는 매 순간마다 자신의 창조주를 잊을 것이다. 이에 신은 종교의 법에 따라 그가 자신의 의무를 다하도록 상기시킬 것이다. 그러한 생명체는 매 순간 자신 스스로를 잊는데 대하여 책임을 져야 한다(수도원이나 인동초 같은 사람의 본성과 그 이미지를 연상 시킨다. 이 문단을 통하여 몽테스키외가 중세 교부철학이

나 스콜라 철학의 영향을 받은 것을 알 수 있다). 철학은 도덕의 규범에 의하여 이러한 모순이 발생하지 않도록 돕는다.

사회에 적응하고 살도록 운명지어진 생명체는 그의 동료 생명체를 잊을 수 있다. 따라서 입법자들은 정치적 민사적 법들을 통하여 그가 자신의 의무를 다하도록 규제하여야 한다(법실증주의의 시작을 알리는 말 같기도 하다. 요컨대 몽테스키외와 법의 정신이란 그의 대작은 가히 법학의 아리스토텔레스로 자리매김 지워질 수 있다).

## 제 2. 몽테스키외와 자연법

앞에서 언급한 법들 이전에 자연 상태에서의 법들이 존재한다. 자연상태의 법이란 의미는 그것이 전적으로 인간의 사고들과 존재에서 그 원천적 힘을 끌어 올리기 때문이다. 이러한 법들에 대하여 완전하게 알기 전에 우리는 먼저 사회의 형성 이전에 존재하는 사람이라는 존재에 대하여 생각할 필요가 있다. 사회 이전 사람과 자연상태에서 인간이 가지는 법이란 자연상태의 법인 것이다.

벤담 역시 후세대의 정치 철학자이자 법률가 사회 사상가로서 도덕과 입법에 관한 생각이라는 책을 저술하였는데, 그는 여기에서 12 pains 14 pleasures 라는 인간의 본성에 대하여 언급하였다. 몽테스키외의 접근방식이 벤담에서 보다 자세히 취급된 것으로 이해할 수 있겠다.

우리의 마음에 창조주의 생각을 심는 것이 법이라 할 때, 법은 우리를 신으로 이끌고, 이는 제 1의 법으로서 어떠한 질서가 부재하지만 자연법으로서 중요한 의미를 갖는다.

사람은 자연상태에서 그가 지식을 취득하기 전에 알려고 하는 습벽이 있다. 그의 첫번째 생각은 어떠한 상량의 성격을 가지지 않는다는 것은 그 자체로 자명하다(중세시대 교주철학이나 스콜라 철학의 신의 존재에 대한 증명이나 데카르트의 나는 생각한다 고로 나는 존재한다 같은 제 1원칙의 문제를 연상시킨다).

그는 그 근원을 알아 보기 전에 자신이라는 존재의 유지와 보존을 생각할 것이다. 그러한 본질의 인간은 처음에는 자신에게서 아무

것도 느끼지 못한다. 다만 힘이 소거되고 연약한 자신만을 느낄 뿐이다. 그의 두려움과 경외로움은 절제하기 어렵다. 마치 흔들리는 나뭇잎이나 숲속 그늘 이디에선가 날아 오를지 모르는 물체들로 인하여 떠는 숲속의 야생동물처럼 보일 것이다. 이는 증명을 요할 필요가 없는 것 아닐까?

이러한 상황에서 모든 인간은 자신이 평등한 존재라는 것을 느끼는 대신에 자신 스스로 열등하다는 착각과 환희에 빠진다. 그러므로 그들 상호간 서로 공격하거나 그로 인하여 위험에 빠지는 일은 없을 것이다. 평화는 자연상태의 제 1법칙이다.

홉즈가 인간이라는 종의 특질이라고 말한 상대방에 대한 정복욕과 같은 자연적 충동과 본능은 사실 인간의 본성에 깊이 뿌리 박혀 있는 것은 아니다(자연상태에서의 인간의 본능을 "만인의 만인에 대한 투쟁"이라고 말한 홉즈와 달리 몽테스키외는 공자나 맹자와 같은 성선설적 입장이다). 제국이나 속방 같은 개념은 매우 복잡하여 다른 많은 개념들에 종속되는 측면이 있다.

확실한 것은 그러한 개념들이 인간 인식을 향하는 제1의 원초적 아이디어라고는 할 수 없다는 것이다(필자의 시스템빌딩 법철학, 예컨대 미 연방헌법의 제정이나 EU의 복잡한 국제법 체계, 다이시의 간명하면서도 복잡한 제국의 법문제 등은 법 영역의 고도화라고 할 수 있다. 그러나 몽테스키외나 소크라테스에서 자연법과 법실증주의 또는 실정법간 변증법적 관계를 보다 여실히 느낄 수 있다).

홉즈는 "만약 자연상태에서 인간이 자연스럽게 전쟁상황으로 나아가지 않는다면, 인간은 무슨 이유로 무장을 하고 자신의 집 문을

걸어 잠그는 열쇠와 자물쇠를 필요로 하는가?"라고 질문한다. 그러나 그의 이러한 생각이 사회의 구성 이전 인간에게 어떤 일이 일어나는가, 그에게 내재해 있는 고유한 본성이 무엇인가에 관한 질문인지 여부는 확실히 알 수 없다. 아니면 사회의 구성으로 인하여 인간에게 적의와 공격 본능 또는 자위 본능이 생겨난 것으로 본 것인지 홉즈의 질문은 의문을 남기고 있다.

그의 연약함의 느낌 다음에 오는 것은 그러한 느낌을 가진 후 얼마 되지 않아 사람은 자신에게 부족한 그 무엇을 발견한다는 것이다. 따라서 다른 자연법이 그에게 자신을 위한 보충을 할 것을 강요할 것이다.

나의 관찰에 따르면 두려움은 사람들을 서로 피하게 하는 마력을 가지고 있다. 이러한 두려움의 징표들은 상호적이어서 곧바로 그들을 상호 연대하려는 충동으로 바꾸어 버리고 만다. 그리고 이러한 연대감은 한 동물이 자신과 동종의 다른 동물의 접근에 안도감과 기쁨을 느끼듯이 똑같은 감정상태에 빠지게 된다.

다른 성별에서 우러나오는 매력감과 안도감 같은 것이 다시 한번 이들에게 기쁨과 환희를 증대시킨다. 그들이 상호 공유하는 자연적인 끌림 현상은 세번째 법을 창제하는데 기여한다. 인간이 짐승과 공유하는 공통의 감정 또는 본능외에, 그가 가지는 이점이란 인간에게는 이미 체득한 지식이 있다는 사실이다. 이로 인하여 그들은 짐승이 할 수 없는 제 2의 연대가 가능하다. 따라서 인간은 당연히 연합하려는 새로운 동기를 가지게 되고, 자연상태에서의 4번째 법은 사회 속에서 생존하려는 인간의 욕구로부터 결과하는 것이다.

### 제 3. 몽테스키외와 실증주의 법

인간이 자연상태에서 사회상태로 이행하면, 그들은 자신이 약한 존재라는 느낌을 가지지 않게 된다. 이때에 평등을 갈망하는 마음은 사라지고 전쟁상태가 시작된다.

각개 개별적인 사회는 스스로 자신이 강하다고 느끼기 시작하고, 따라서 서로 다른 국가들 사이에 전쟁이 발생한다. 이때에 개인들은 자신들이 속한 사회와 마찬가지로 자신들의 힘에 대하여 예민해지기 시작한다. 이러한 측면은 그들이 자신들의 소득을 증대하기 위하여 개혁하려고 노력하는, 사회라는 존재로부터 바랄 수 있는 가장 중요한 장점이자 혜택이다. 이로써 구성된 사회는 개인들 사이에 새로운 전쟁상태를 촉발한다.

이러한 두 차원의 서로 다른 상태는 인간의 법(human laws)을 창조하는 動因이 된다. 이 위대한 지구라는 존재의 거주민으로서의 인간을 생각해 볼 때, 그들은 우리가 통상 국제법이라 부르는 그들 사이의 관계와 교류에 상응하는 법을 갖게 된다(국제법 law of nations는 일반적으로 제레미 벤담이 처음 사용하였다고 알려져 있는데, 이는 영어에 의한 표현일 때로 한정할 필요가 있다. 사실 국제법이란 말은 그 이전 몽테스키외가 자신의 저서 법의 정신에서 처음 사용하였다).

사회의 구성원으로서 정당하게 보호받아야 하므로 그들은 지배자와 피지배자에 상응하는 법들을 가지게 된다. 우리는 이를 정치적 법(politic law)이란 이름으로 다른 법들과 구별한다(몽테스키외에 있어 정치적 법이란 지금의 공법에 해당한다). 그들은 상호 일정한 관계와 입장이 있는 존재이므로 또한 다른 종류의 법들을 가지게 된다. 이때 다른 종류의 법이란 사법 또는 민사법(civil law)이

라 부를 수 있다.

국제법은 이러한 기본적 원칙 위에 자연스럽게 형성되었다. 국제법에 따라 서로 다른 국가들은 세가지 의무를 부담하게 된다. 하나는 평화시의 법으로 평화시 국가들은 다른 나라에 대하여 자신들이 할 수 있는 모든 선한 일을 다하여야 한다. 다른 하나는 전쟁시의 법으로 국가들은 전시에 다른 국가들에 대하여 가능한 범위에서 가장 피해가 적게 발생하도록 행동하여야 할 의무가 있다. 마지막으로 국가들은 국제법을 통하여 위와 같은 자신들의 의무를 이행하는 한편, 자신들의 진정한 이해(real interests)를 보존하고 손상하지 않을 수 있다.

전쟁의 목적은 승리이다. 승리의 목적은 점령이다. 점령의 목적은 유지 보존이다. 이러한 자명의 진리와 전술한 원칙으로부터 모든 법규칙들이 도출되고 이는 국제법을 구성하는 기본 요소가 된다.

모든 나라들은 국제법을 가지고 있다. 이로쿼이(Iroquois) 부족 그 자체도 마찬가지이다. 왜냐하면 그들은 외국에 대하여 대사를 파견하기도 하고 외국으로부터 대사를 접수하기도 하기 때문이다. 또한 그들은 전쟁과 평화에 관한 법과 권리를 알고 있다. 문제는 그들의 국제법이 진정한 원칙에 기초하여 세워진 것이 아니라는 점이다.

모든 사회들에 관련되는 국제법 외에도, 세계에는 정치 공동체나 시민들이 만든 헌법에 기초하고 있는 공동체가 있다. 이들에 대하여는 각개 특수한 상황에 따라 살펴 볼 필요가 있다. 어떠한 사회도 정부를 구상하지 않고는 존재할 수 없다. 그라비나(Gravina)의 예시대로 개인들의 단합된 힘은 우리가 흔히 말하는 "실체가 있는 정치(body politic)"를 구성한다.

공공의 일반적 힘은 단일의 한 사람 또는 많은 자들의 수중에 있

을 수 있다. 혹자는 자연의 원리는 부권적 전통을 확립케 하였으므로 가장 자연적인 정부는 단일의 한 사람에게 통치권이 귀속되는 형태를 띠어야 한다고 생각한다.

그러나 부권적 권위 체제의 사례들을 보면 아무런 가치를 찾아 볼 수 없다. 부의 권력이 단일인의 정부에 관련되는 것이라면, 부의 사후 형제들의 정부와 형제들 사후 사촌관계 독일인 조카들의 정부는 많은 자들이 권력을 분점하는 정부라 할 수 있다.

보다 정확하게 말하자면 자연과 가장 잘 조화되는 정부는 그 정부가 선호하는 사람들의 유머와 성향에 가장 잘 어울리는 정부라 할 수 있다.

개인들의 힘은 모든 그들의 의지의 결합없이는 단결할 수 없다. 그들 의지의 결합은, 그레비나가 다시 한번 매우 정확하게 표현한 바와 같이 우리가 흔히 부르는 시민국가인 것이다.

법은 일반적으로 인간의 이성이다. 그 이성의 범위와 그에 기초하고 있는 법은 그 이성이 지구상의 모든 거주민들을 지배하는 범위까지 의미와 효력을 발휘한다. 개별 국가의 정치적 민사적 법들은 인간의 이성이 적용되는 특별한 경우에 한하여야 한다.

그러한 법들은 당연히 자신이 대상으로 하는 사람들에게 이성에 따라 잘 조율되어야 한다. 이때에 한 나라의 법들이 다른 나라에도 잘 어울린다면 이는 좋은 기회를 창출할 수 있다.

그러한 법들은 개별 정부의 본질이나 원칙과 상관성을 가져야 한다. 그러한 상관성은 정치적 법이어서 정부를 형성하는 기반이 되거나 법들이 시민사회와 시장에 관한 것이어서 정부와 사회를 지탱하는 것이거나 무관하게 요구된다.

실증주의의 법은 개별 각 국가의 기후, 토양의 질, 처한 상황, 정

도와 한계, 주민들의 주된 경제활동, 즉 농부, 사냥꾼, 양치기들 같은 그 나라의 특수성과 상관된다. 그러한 법들은 헌법이 규정하는 자유의 정도, 거주민들의 종교, 그들의 성향, 부, 인구수, 교역, 양식과 관습 등과 상관성을 갖는다.

결국에 그러한 법들은 상호 관련성을 갖는다. 또한 자신들의 기원이나 입법자의 의사, 그리고 그들이 기반하고 있는 사물의 질서와 상관성을 갖는다. 이러한 모든 관련 요소들은 나라마다 다르고 실증주의 법을 생각하고 철학함에 있어 고려되어야 한다

얼마 후 제레미 벤담의 도덕과 입법이라는 제목의 책이 나오게 되는데, 이들 두 학자는 법실증주의 철학의 기원을 이룬다. 일반적으로 존 오스틴을 법실증주의 철학의 시조로 보는데, 이는 법의 효력과 사회에서 갖는 법의 본질에 천착한 것이라 할 수 있다. 반면에 몽테스키외는 인류학적 사회학적 실증주의 법 제레미 벤담은 인문학적 윤리학적 실증주의 법을 생각하였다는 점에서 아직 사회과학이나 인문학으로부터 완전하게 법을 준별하지 않고 있는 원시적 법실증주의라고 할 수 있다.

이러한 실증주의적 법들은 계속해서 내가 다루게 될 주제가 된다. 내가 살펴 볼 이러한 관계들은 모두 결합되어 내가 말하려 하는 법의 정신을 구성한다.

나는 시민법과 민사법제도로 부터 정치적 법 또는 공법을 분리하고 싶지 않다. 나는 법들 자체를 다룬다고 주장하지는 않겠다. 다만 법의 정신에 관하여 다루려 한다. 법에 깃들여 있는 정신은 법들이 외부의 다른 것들에 대하여 가지는 다양한 관계로 구성되어 있으므로 실증주의 법을 논함에 있어 법에 깃들여 있는 자연적 질서를 논하는 것은 무의미하다. 중요한 것은 법과 외부적 존재들과의 관계와 목적들이다.

나는 먼저 법들이 자연 질서에 대하여 가지는 관계들과 개별 국가의 정부에 관련된 원칙에 대하여 살펴 보려 한다. 정부에 관련된 원칙은 현실의 법들에 강력한 영향력을 미치게 되므로 나의 연구 주제는 그러한 원칙과 법들의 문제를 철저히 이해하는 것이다.

나는 이미 언젠가 주장한 바 있지만, 법들은 곧바로 원천에서 흐르기 시작하는 것처럼 보이듯이, 또한 거기(thence)에서 흐르기 시작하는 것처럼 보이기도 한다. 나는 다음 장에서 다른 보다 구체적 관계들에 관하여 설명하겠다.

## 제 4. 몽테스키외와 정부의 본질

세상에는 세 종류의 정부가 있다. 공화정, 군주정, 전제정이 그것이다. 그 본질을 알기 위해서는 그 세가지 것에 관한 정의들 또는 사실들을 상기하여 우리가 가지고 있는 통상의 인식을 되돌려 보면 충분하다. "공화제 정부란 인민의 총체 또는 그 일부가 최고의 권력을 가지고 있는 형태의 정부이다. 군주제란 고정되고 기득적인 법에 따라 한 사람이 통치하는 정부형태를 말하고, 전제정이란 한 사람이 자신의 뜻과 그때 그때의 기분에 따라 모든 것을 지시하고 지배하는 정부형태이다."

이는 세가지 정부형태의 본질이라 부를 수 있다. 우리는 이제 그러한 본질에 직접적으로 부합하고 따라서 근본적인 제도를 구성하는 소위 법이라고 하는 것에 대하여 탐문하고 알아 보아야 한다.

인민의 총체가 최고의 권력을 보유하는 경우에는 우리는 이를 민주정이라고 부를 수 있다. 최고의 권력이 인민의 일부에 의하여 보유되는 경우 우리는 이를 귀족정이라고 부를 수 있다. 민주정에 있어서 인민은 어떤 관점에서는 주권적 존재이지만 다른 관점에서는 지배를 받는 객체이기도 하다. 그러나 주권은 운동할 수 없고 다만 투표를 통하여 운동할 뿐이고 투표는 그들의 의사이다. 그러므로 주권의 의사는 주권 그 자체이다. 그러므로 법은 선거제도와 선거 관련 권리를 규정하므로 정부를 근거지우는 근본이라 할 수 있다.

공화국에 있어 선거제도와 선거권은 어떠한 방식으로 누구에 의하여 누구를 향하여 무엇에 관하여 선거권을 부여할 것인가를 규율하게 되므로 그 중요함은 재언을 요하지 않는다. 또한 군주제에 있어서는 누구 군주인가, 또한 어떠한 방식으로 그가 통치권을 행

사하여야 하는가를 알아야 하므로 또한 매우 중요하다.

리바니우스(Libanius)는 인민 공회당의 회합을 방해하는 아테네의 이방인들은 사형의 형벌에 처해졌다고 말한다. 그 이유는 그러한 자는 주권적 권리를 침탈하는 죄를 범한 것으로 간주되기 때문이었다. 공적 의회를 구성할 시민들의 숫자를 정하는 것은 매우 중요한 문제이다. 그렇지 않으면 인민의 총체 아니면 인민의 일부가 투표에 참여하여야 하는가 여부가 불확실하게 된다.

스파르타에서는 그 숫자가 10,000명으로 고정되어 있었다. 그러나 로마에서는 프로비던스에 의하여 가장 약한 시작으로 부터 가장 높은 강도의 그랜저를 향하여 융기하도록 도안되어 있다. 로마는 모든 복들의 부침들을 경험하도록 운명지어지고, 때때로 자신의 경계선을 넘어 만민법 사상에 따라 모든 거주민들을 로마의 주민으로 여기며, 역시 때때로 이탈리아와 세계의 광대한 영역을 자신의 영토로 삼았다. 따라서 로마는 내가 보기에 투표권을 갖는 시민이나 거주민의 수를 고정하지 않은 것으로 보인다. 이러한 유동하는 투표권자의 수는 로마 멸망의 주요한 원인 중 하나라 할 수 있다.

국가를 다스릴 최고의 권력이 소재하는 인민들은 모든 것들을 자신의 능력안에서 유지 관리하여야 한다. 자신들의 능력을 벗어나는 권력은 자신들의 대리인인 장관들에 의하여 행사되어야 한다.

다만 자신들의 장관(ministers)에 대한 지명권을 가지지 않는 한 자신들을 위한 장관을 가지고 있다고 말할 수 없다. 따라서 이러한 형태의 정부에서는 인민들이 자신들의 장관, 즉 자신들을 위한 심판관(magistrates)을 선임할 수 있어야 한다는 사실은 근본적으로 중요한 원칙이라 할 수 있다.

그들은 군주제에서와 마찬가지로 또는 그 이상으로 위원회나 원로

원의 지시를 받고 그들에 의하여 지배를 받을 수 있다. 그러나 이러한 관계에 대한 적절한 신뢰를 가지기 위하여 그들은 그러한 기관의 구성원을 선정할 수 있어야 한다. 예컨대 아테네와 같이 그들 스스로 선거제도를 가지는 것과 같은 것이다. 또는 다른 경우들과 마찬가지로 그러한 목적을 위하여 선임된 심판관에 의하여 만들어진 선거제도들은 로마에서는 관습적인 것이었다.

인민들은 그들이 자신들의 권한의 일부를 신탁할 자들을 선출함에 있어 매우 잘 훈련되어 있다. 그들은 오직 그들이 이방인이 될 수 없다는 사실 또는 그들에게 감각적으로 명백한 사실들에 의하여 규정지워져야 한다.

인간이 많은 전장에서 싸우고 승리하여 왕관을 쓸때 비로서 말할 수 있다. 따라서 그들은 자신들의 장군을 선출하는데 있어 매우 유능한 촉각을 가지고 있다. 법관이 자신의 사무실에서 열심히 일함으로써(assiduous), 그들에게 공민으로서의 만족감을 주고, 뇌물로 부터 결백할 때만이 그들은 비로서 말할 수 있다. 이로써 그들은 초인(preter)을 선정하기에 충분한 조건을 갖추게 된다.

이러한 몽테스키외의 설명은 역사적으로 반복되어 온 전쟁과 군사법정을 연상시키는 한편, 인간과 정치공동체의 인문사회적 진실에 매우 부합하는 설명이다. 따라서 몽테스키외는 법철학자이면서 인류학자이고 정치철학자라 할 수 있다.

그들은 동료 시민의 위대함과 풍성한 부에 충격을 받게 된다.공동체의 조영관(aedile)을 뽑는데 있어 달리 다른 요소들이 필요하지 않다. 이러한 요소들은 궁전에 처박혀 있는 군주보다 인민들이 공적 토론장에서 보다 많고 정확한 정보를 가질 수 있다는 것을 시사한다. 그러나 인민들이 복잡한 공적 사무를 수행할 수 있는 능력을 가지고 있을까? 물론 그렇지 않다. 그러한 책임은 자신들의

능력으로 감당하기 어려운 것들이다.

우리가 인간의 장점을 평가함에 있어 인간의 자연적 능력을 의심한다면, 우리는 단지 아테네나 로마 시민들이 행한 수 많은 놀라운 선택들에 시선이 고정될 뿐이다. 아무도 선뜻 위험의 문제를 들고 나오지 않은 것이다.

우리는 로마 시민들이 공직에 대하여 무지와 비리를 이유로 탄핵할 권리(right of raising plebeians)가 자신들에게 있다고 생각하였지만, 실제 그들이 이러한 권리를 행사한 적은 한번도 없다는 것을 알고 있다. 또한 아테네에서 수사법에 따라 집행관은 어떠한 계급의 거주민으로부터도 선출될 수 있지만, 보통사람들이 공직에 지원함으로써 자신들의 안전과 영광을 위협할 수 있는 경우는 한 차례도 없었다고 제너폰(Xenophon)은 말한다.

요컨대 시민들은 피선될 자격은 없었지만, 최소한 선출권을 행사할 능력은 충분하였다. 따라서 시민들은 자신의 공무수행에 관하여 책임을 지도록 다른 사람들을 소환할 능력은 있었지만, 그들 스스로 공무를 수행할 능력은 가지고 있지 않았다.

공적 업무는 너무 빨라서도 안되고 너무 느려서도 안되는 일정한 동작처럼 수행되어야 한다. 인간들의 동작은 항상 너무 태만하거나 또는 너무 사납다. 때때로 수십만의 무기와 함께 그들은 자신들 앞의 모든 것을 뒤집어 었는다. 때때로 수십만 피트의 거리를 벌레처럼 기기도 한다.

시민들이 운집해 사는 국가에는 거주민들이 일정한 계급으로 분류된다. 위대한 입법자들이 자신들을 돋보이게 하는 한 방법이 바로 이러한 시민 그룹의 계급 분류를 잘 하는 것이다.

서비루스 툴루스(Servius Tullus)는 그의 계급 분류와 배분을 귀

속정의 정신에 따랐다. 리비(Livy)와 디오니시우스 할리카나수루스(Halicarnasseus)는 우리는 그들이 어떻게 투표에의 권리를 주요 시민들 손에 귀속시켰는지 알 수 있다. 그는 로마의 시민들을 193개의 100점 단위 그룹으로 나누어 6개 계급을 창설하였다.

숫자에서 소수인 부유한 자들을 처음 백점에, 보다 숫자가 많은 가운데에 위치하는 자들은 다음 100점에, 그리고 다수의 가난한 자들은 맨 마지막 그룹에 위치시켰다. 그리고 각개의 100점 그룹은 하나의 투표권만을 가지게 하므로, 선거의 결과를 결정하는 것은 시민의 수보다도 재산액에 따르게 된다.

솔론은 아테네의 시민들을 4개의 계급으로 분류하였다. 이러한 작업에서 그는 민주주의 정신을 관찰시켰다. 그의 의도는 선거에 참여하여 공직자를 선출할 수 있는 자의 수를 정하는 것보다는 선거에 참여할 수 있는 자격을 정하는 것에 모아졌다. 그리고 모든 시민들에게 선거에 참여할 수 있는 권리를 부여하면서 개별 4개의 어떤 계급에서도 판사(judges)가 나올 수 있도록 하였다. 그러나 그는 공직 중 집행관(magistrates)은 쉽게 부를 축적한 처음 3개의 계급에서만 선출되도록 하였다.

투표권을 가진 사람들의 분류는 공화국의 가장 근본적인 법이 되므로, 이러한 투표권을 배분하는 방식은 또 다른 근본법이라 할 수 있다. 재산에 비례한 투표권은 민주주의 체제에 당연한 것이듯이 선별적인 투표권 배분은 귀족정에 당연한 것이다. 재산에 비례한 투표권은 누구도 해하지 않는 무해한 선거방법이다. 다만 자신들이 나라에 봉사한다는 기쁨과 희망으로 모든 개인들을 흥분시킨다.

그러나 이 방법도 그 자체로 결함이 있다. 재산에 비례한 선거제도는 가장 명망있는 입법자가 그에 관한 규범을 제정하고 개정함

에 있어 많은 노력을 기울여 왔다. 아테네의 솔론은 군인으로의 취업기회들이 선별적으로 주어져야 한다는 법을 만든 바 있다. 그러나 그 법에는 원로원 의원이나 법관들은 재산에 비례하여 선출되어야 한다고 되어 있다.

솔론과 같은 입법자는 시민 문제에 대한 행정은 많은 비용이 소요되는데, 그 집행관이 될 수 있는 기회는 선별적으로 주어질 수 밖에 없고, 기타 다른 공직은 재산에 비례하여 기회가 주어져야 한다고 보았다.

그러나 재산에 따른 투표권과 선거제도를 수정하기 위하여 솔론은 자기 자신을 공개한 자들이 아니면 선출될 수 없다는 법을 만들었다. 그리고 선출된 자는 최종적으로 법관들에 의한 심사를 통과하여야 한다. 또한 만약 선출된 자가 선출된 직의 수행에 부적절한 경우에는 누구라도 그를 고발할 권리를 가지게 된다.

이러한 탄핵제도 등은 모든자에 대하여 재산에 비례한 투표권을 인정하는 민주주의 선거제도와 일부의 자들에게만 투표권이 인정되는 귀족성 선별적 투표권 제도 모두에 적용된다.

투표권을 부여하는 방식에 관한 법은 민주주의에서도 똑같이 근본적 규칙을 구성한다. 이러한 방식은 중요한 의문을 제기하게 되는데, 그것은 공개선거이어야 하는가 아니면 비밀선거이어야 하는가 하는 것이다.

키케로(Cicero)는 투표행위를 비밀로 하여야 한다는 법들은 공화국을 종말로 이끌 수 있고 쇠락의 원인들을 제공한다고 보았다. 그러나 이는 공화국마다 다른 관행을 가지고 있으므로, 여기에서는 이 문제에 관한 나의 생각을 밝히려 한다.

인민의 투표권과 선거제도는 공개적 성격을 가져야 한다는데에 의

문을 제기할 수 없다. 공개선거의 원칙은 민주주의를 구성하는 근본적 원칙으로 이해되어야 한다. 하위계급은 상위계급의 지시에 따라야 하며, 명망있는 인물들의 권위에 복종하여야 하는 사회적 한계를 가질 수 밖에 없다.

따라서 로마 공화국이 비밀선거제도를 채택함으로써 모든 것을 잃게 되었다. 수많은 로마의 인구는 로마의 멸망을 희구하였고, 그들에게 어떠한 지시를 한다는 것은 불가능하게 되었다. 그러나 귀족들의 선거인단이 귀족정 또는 민주정에서 투표하는 경우, 원로원의 유일한 책무는 내적 분규를 막는 것이 되므로 선거가 비밀선거로 치루어질 수 없다.

원로원에서 내분을 일으키는 것은 매우 위험한 일이다. 귀족들 선거인단 내에서 내분을 일으키는 것 역시 위험하다. 그러나 인민이나 대중들 속에서 내분을 일으키는 것은 위험한 일이 아니다. 그들의 본성은 이성보다는 정열에 따라 행위하기 때문이다.

공화국의 불행은 내분이 종식을 고할 시점에 발생한다. 인민들이 뇌물과 부패로 얼룩질 때에 불행은 발생하는 것이다. 이러한 경우에 그들은 공적 문제들과 완전히 무관하게 성장하고 생활한다. 그리고 그들의 내적 정렬은 탐욕(avarice)으로 가득차게 된다. 정부나 정부에 속한 어떠한 것에도 관심을 가지지 않은 채, 그들은 조용히 취업하기만을 기다린다.

마찬가지로 민주정에서는 인민이 법을 제정할 유일한 권력이어야 한다는 근본적 법원칙이 존재한다. 다른 한편 원로원이 칙령을 반포할 수 있는 권한을 가질 필요가 있다는 것을 인정할 수 있는 수천의 많은 사례가 있다. 반면에 법이 제정되기 이전에 법을 시험해 볼 기회를 갖는 것이 적절하다는 여러 사례 역시 존재한다.

로마와 아테네의 헌법들은 매우 우수한 것들이다. 원로원의 칙령

들은 일년의 여유를 두고 법으로서의 효력을 발생한다. 그러나 칙령들이 인민의 동의를 얻어 승인 비준되기까지는 법으로서 영구하고 확정적인 효력을 갖는 것이 아니다.

## 제 5. 몽테스키외와 헌법이론

### I. 세가지 유형의 정부

몽테스키외는 정치시스템의 분류에서 주된 정부형태로 세가지 유형의 정부를 예로 들었다. 공화정, 군주정, 전제정이 그것이다. 그의 정의에 의하면, 공화정 정부시스템은 얼마나 폭넓게 시민의 권리를 확대 인정하는가에 따라 다시 세분화될 수 있다. 상대적으로 광범위하게 시민으로서의 지위를 인정하는 경우 이를 민주공화국(democratic republics)이라 부를 수 있다. 시민권의 범위를 보다 좁게 제한적으로 보는 경우 이를 귀족공화국(aristocratic republics)이라 부를 수 있다.

군주정과 전제정 사이의 차이는 통치자의 권력을 제한하는 고정된 세트의 법들이 존재하는가 여부에 따른다. 그러한 법들이 존재하는 경우 그 체제는 군주정이라 할 수 있다. 그렇지 않는 경우 그것은 전제정이라 할 수 있다.

몽테스키외에 따를 때에 시민의 행동에 동기를 촉발하는 원칙들이 있다. 정치시스템을 개별적으로 분류하는 일은 몽테스키외가 "원칙(Principles)"이라 부르는 것에 따라야 한다. 이러한 원칙은 시민들이 자신들이 속한 체제를 지지하는 방향으로 행위하도록 시민들에게 동기를 유발하고 그러한 태도를 지속하도록 보조한다. 이로 인하여 시민들이 속한 체제는 부드럽게 기능하고 유지된다.

민주주의 공화국은 물론, 약간 약하다 할 수 있지만 귀족공화국에서도 이러한 촉발제가 존재하는데, 그것은 미덕에 대한 사랑(love of virtue)이다. 이때에 미덕이란 물론 자신의 개인적 이해관계에 앞서 공동체의 이해를 우선하려는 마음자세이다.

군주정에 있어 이러한 촉발제는 명예에 대한 사랑(love of honor)이다. 이때에 명예란 높은 계급과 특권을 향하는 마음자세라 할 수 있다. 마지막으로 전제정의 경우, 체제를 발전시키고 유지하는 촉발제는 지배자에 대한 두려움(fear of the ruler)이다. 전제자에게 가지는 자신의 행위로 인한 결과에 대한 두려움이라 할 수 있다. 만약 체제를 유지하는 적절한 원칙이 부재하는 경우 정치시스템은 오래 지속되지 못한다. 예를 들어 영국은 내전(Civil War: 1642-1651)이후 공화국을 창설하는데 실패하는데, 그 주된 원인은 체제창설에 필요한 미덕에 대한 사랑이 부재하였기 때문이라고 몽테스키외는 설명한다.

## II. 자유와 권력분립의 원칙

법의 정신의 2번째 주제는 정치적 자유와 그 자유를 보장받기 위한 최선의 방법에 관한 것이다. 몽테스키외가 말하는 정치적 자유(political liberty)란 오늘날 우리가 흔히 알고 있는 개인적 안전(personal security)이라고 부르는 개념이다. 특히 방어 가능하고 온건한 법들을 통하여 개인적 안전이 보장되는 경우를 몽테스키외는 정치적 자유라고 부르고 있다. 그는 이러한 개념의 자유와 2가지 다른 정치적 자유를 구별하여 사용하고 있다.

첫번째는 공동의 자치 정부에서 존재하는 자유이다. 다시 말하면 자유와 민주주의는 같다는 것이다. 두번째로 인간이 아무런 제약 없이 원하는 것을 할 수 있을 때에 존재하는 자유가 있다. 자유에 대한 전자의 정의와 달리 자유에 대한 후자의 두가지 정의는 진정한 정치적 자유라 할 수 없고, 전자와 후자의 두가지 정치적 자유는 상호 적대적이 될 수 있다고 그는 주장한다.

첫번째 차원의 정치적 자유는 전제적 정치시스템에서는 가능하지 않다. 그러나 완전한 보장은 아니지만, 공화국과 군주정에서는 그

것이 가능하다. 일반적으로 말했을 때에 건전한 인식하에 정치적 자유를 확보하기 위해서는 2가지 전제가 요구된다.

### III. 권력분립의 원칙

존 로크의 市民政府二論에 기초하여 이를 수정하기도 하면서, 몽테스키외는 정부의 집행권, 입법권, 사법권은 각각 다른 기관에 분속되어야 한하며, 이로써 정부의 한 기관이 인민의 정치적 자유를 침범하는 경우 다른 기관에 의하여 견제·제한되어야 한다고 주장하였다.

인신보호영장은 사법부가 정부의 집행부에 대하여 견제하는 한 예가 된다. 영국의 정치시스템에 대한 긴 논의를 통하여 그는 심지어 군주정에서 마저 권력분립의 원칙이 어떻게 이루어지고 자유가 보장될 수 있는가를 설명하려 하고 있다.

몽테스케외는 나아가 공화국이라 할지라도 권력분립의 원칙이 없는 경우 자유가 확보될 수 없다고 하였다.

### IV. 개인의 안전을 위한 민사법·형사법 체계의 적절성

몽테스키외는 현대의 법학자들이 주장하는 엄격한 절차적 적법절차(procedural due process)에의 권리의 필요성에 대하여 많은 논증을 제공하였다. 그가 강조한 권리들은 공정한 재판을 받을 권리, 무죄추정의 원칙, 그리고 형벌부과에 있어 비례의 원칙들이 포함된다.

정치적 자유, 즉 개인의 안전을 보호받기 위하여 적절한 민사법 및 형사법이 갖추어야 할 요건에 따라, 몽테스키외는 또한 노예제를 반대하였을 뿐만 아니라 사상과 표현의 자유 및 집회의 자유를 극력 옹호하였다.

그가 저술한 법의 정신은 주로 명시적 법률(explicit laws)에 관한

것이다. 그러나 또한 동일한 목적을 지지하는 문화적 규범(cultural norm)에 대하여 상당한 지면을 할애하여 논하고 있다. "몽테스키외는 정치제도들의 更性的 도안으로 폭압적 권력을 제한할 수 있다고 보았다." 그의 견해에 따르면 레빗스키(Levitsky)와 씨블랫(Zibblatt)이 말한 바와 같이 "헌법적 디자인은 공학적 문제와 별반 차이가 없게 된다."

## V. 정치사회학

법의 정신이란 저술의 세번째 주요 공헌은 정치사회학(political sociology)분야와 관련된다. 이 분야에 있어 몽테스키외는 창조적 기여자로 송배를 받고 있다. 동 저작물의 상당 부분이 사실 지리와 기후가 어떻게 상호 작용하는가 하는 문제를 다루고 있다. 그리고 지리와 기후는 특별한 문화를 형성하고 그에 걸맞는 인간의 정신을 생산한다.

이러한 특정 문화 속 인민들의 정신은 이후 특별한 정치적·사회적 제도를 지향하는 定向性을 보이는 한편 외부의 다른 이질적 제도로부터 멀어지게 된다. 후대 저술가들은 몽테스키외가 창조자로부터 동떨어진 공동체의 특별함과 법의 다양성이나 법의 변천 등을 설명하기 위하여 수 많은 논증에 이른 것이라고 그의 이론을 희화화 하기도 한다. 요컨대 비판론자들은 그의 연구가 보편적 원리를 담은 독창적 연구가 아니라는 점을 부각하여 그의 이론들을 폄하하기도 하였다.

법의 정신이라는 대저에 담긴 여러 논의와 분석들은 후대 저술가들의 일방적 평가절하와 무관하게 매우 예리한 지혜를 담고 있다. 다른 한편 풍자적 성격을 가지고 있기도 하다. 그의 구체적 주장을 보면 현대의 독자들 수준에 어필할 수 있는 체계성과 정밀성을 결하고 있는 것이 사실이다. 그럼에도 불구하고 그의 자연적이면

서도 과학적인 포인트와 독특한 관점에서 바라 본 그의 정치에 대한 접근방식은 매우 독창적이고 시사하는 바가 크다. 요컨대 법의 정신이라는 그의 저술은 정치학, 사회학, 인류학 등 현대 여러 인문·사회과학 분야에 직간접적으로 많은 영감을 불러 일으키고 있는 것이 사실이다.

## 제 6. 신제도주의와 연방시스템

신제도주의란 다양한 의미로 이해될 수 있지만, 미시경제학, 게임 이론, 의사결정규칙의 효력이나 결과에 기반한 기구의 구조에 관련한 사회적 선택 등에 관한 분석을 행하는 철학의 경향을 의미한다고 정의해 볼 수 있다.

신제도주의의 가장 중요한 특질은 사회적 선호는 제도가 생산하는 인센티브, 선택을 구성지우는 제도의 디자인에 있어 가능한 대안들과 같은 시스템 빌딩에 관련한 요소와 상호간 맥락에서 이해될 수 있다는 것이다.

존 페레존의 간명하지만 명쾌한 코멘트에서 알수 있듯이 결과에 대한 선호도가 제도나 시스템 빌딩에 있어 선호도를 결정한다는 관념이 신제도주의 철학의 핵심이 되는데, 우리는 연방주의자의 보고서를 통하여 시스템 빌딩의 법철학을 이해하고 신제도주의적 분석이 가능하다. 미국의 독립과 성문헌법의 제정은 민주주의와 법치주의 역사에 있어 매우 중요한 의미를 갖는다.

미국보다 먼저 민주주의 혁명을 성공시킨 영국이 전술한 바와 같이 다이시의 의회주권과 보통법의 지배로 요약된다면, 미국에서의 독립혁명은 대중민주주의와 법치주의 또는 성문헌법의 지배 같은 제도상의 대변혁으로 이어진다.

다이시의 사법 중심의 공법 체계 또는 정치보다는 시장과 경제, 자연적 질서에 대한 경배 같은 보통법이나 보통법 숭배 사상은 같

은 영국계 지성이지만 신대륙의 변호사들의 성문헌법을 향한 고뇌를 깔고 있는 신대륙에서의 시스템빌딩 법철학과는 현격한 대비를 이룬다.

다이시가 스스로 인정한 바와 같이 프랑스의 공법 사법 이원론적 시스템 빌딩의 접근방식과는 정 반대(contradistibction)라 할 수 있다. 또한 19세기 미국의 시스템과 법체계 그리고 그 뿌리를 제공하는 법에 대한 기본 관념과도 구별된다.

공무원의 직무상 불법행위를 예로 보다 시장중심적인 영국과 정부나 공무원의 특권과 면책을 인정하면서 공법체계와 사법체계를 준별하는 미국이나 프랑스의 이원론적 법철학은 다이시의 말처럼 실제 현실에서 별 차이가 없다 하더라도 최소한 관념론적으로는 구별되는 것이다.

같은 19세기 시스템빌딩 법철학자들이었지만, 다이시의 법철학이 사법중심적, 법원중심적, 자연법적, 보수적, 시민중심적, 보텀업(bottom-up) 성격이라면, 미국과 프랑스의 법치주의 또는 시스템빌딩 법철학은 공법중심적, 기관간 권력의 분립과 균형, 제정법적, 진보적, 정부중심적, 탑다운(top-down)식 성격이 강하다 할 수 있다.

이러한 법철학의 차이는 영국의 경우 아담 스미스 같은 극단적 시장 중심적 사상세계와 통하게 되고 벤담 같은 공리주의자를 통하여 의회중심적 사상세계로 발전하기도 한다. 그리고 19세기 다이시에 이르러 아담스미스와 보통법법원의 역할이 중시되기에 이른다.

아담스미스가 경제, 벤담이 정치적 세계로 이어지는 스타 철학자라면, 다이스는 시스템빌딩의 시대의 스타 철학자로서 보통법과 보통법법원을 이상으로 하였던 법철학자라 할 수 있다. 그리고 그의 법사상의 제도주의론적 의의는 시장의 우위, 정치와 법의 최소화와 보통법과 보통법법원의 지배라는 칸트식의 경험적 이상주의를 지향하였다.

이러한 차이들은 지금도 영국이 신자유주의 철학의 모국으로서 역할하고 최소정부 기업정부 같은 개념의 원천이 되는 현실과 무관하지 않다. 어쩌면 공적 영역에 대한 시장의 수요는 고액의 법원 인지대를 거론하지 않더라도 분쟁과 해결이라는 사법권 영역에서 가장 시장적이다.

따라서 다이스가 의회주권을 말하면서도 정부와 사인간 평등을 주창한 것은 영국 민주주의와 그의 법철학 세계를 이해할 수 있게 한다. 마르크스가 노동자계급의 독재를 통하여 소유제도의 부인에 바탕한 해방과 자유를 그렸다면, 다이스는 상식에 기반한 보통법과 보통법 법원을 통하여 계약 관념에 바탕한 해방과 자유를 유토피아로 보았던 것이다.

다이스가 영국헌법의 4가지 요소에 대하여 설명한 것처럼 신제도주의 철학에서는 18세기 말 미국헌법의 건국 과정에서 남겨진 연방주의자들의 보고서를 6가지 요소를 중심으로 분석한다.

그 6가지 요소란 효율과 거래비용(efficiency and transaction costs), 안정(stability), 조정(coordination), 권력과 자원의 배분(distribution of powers or other resources), 대표제(representation)와 대리제 (agency), 절차적 공정성(procedural

fairness) 등이 그것이다.

경제학에서 얘기하는 효율성이란 교환을 통하여 더 이상 효용을 증대시킬 수 없는 자원의 최적 배분상태를 의미한다. 다시 말하면 다른 사람의 복지를 축소시키지 않고는 더 이상 한 사람의 복지를 증대시킬 수 없는 파레토 최적점 개념이 경제학적 효율성의 개념이라 할 수 있다.

이러한 개념에 대하여는 포스너, 코어스, 부캐넌과 터럭 등 제도경제학 또는 법경제학자들에 의하여 많이 연구된 바 있다. 포스너 같은 법경제학자들은 각본 없는 환경(fictionless environment)에서 보통법, 특히 불법행위법의 효율성에 관하여 논하였고, 코어스 같은 제도경제학자들은 거래비용의 중요성에 관하여 설명하였다.

위트맨은 연방주의자의 보고서에 대한 분석에서 거래비용에 대한 이론과 보고서의 가설들을 상관지어 검토하였다. 안정이란 관행적으로 사회적 선택에 관한 연구물에서 사용되는데, 이는 다수의 연합이나 힘에 의해서도 훼손할 수 없는 균형상태(equilibrium outcome)에 이르는 것을 의미한다.

안정과 평형에 관하여는 그것이 요구되는 조건에 관한 문제 등을 포함하여 수많은 연구업적들이 있다. 연방주의와 신제도주의 또는 시스템 법철학의 관점에서 밀러와 하몽드는 미 헌법의 양원제가 안정이라는 제도의 가치에 얼마나 기여하는가에 관하여 설명한다.

신제도주의에서 말하는 조정이라는 개념은 산재한 개인들이 상호 보완적이고 장기의 관점에서 서로에게 순이익을 가져다 줄 수 있는 행위를 선택할 수 있는 능력을 의미한다. 조정에 관한 가장 비

근한 예로 도로 규칙을 들 수 있다.

다른 전통적 예로 대화를 통한 순번화(conversational turn-taking), 제네바협약처럼 전시 범죄인들의 처리에 관한 합의 노사간 분류에 관한 협상과 합이 등을 들 수 있다. 신제도주의에 있어 규제에 관련한 연구들은 대개 조정의 문제를 다루게 된다. 조정에 관련하여 제기되는 전형적 문제는 죄수들의 딜레마로 상징되는 집단적 조치(collective action)에 관한 것이다.

한 사람 또는 그룹에 이익이 되는 조치가 다른 사람 또는 다른 그룹에게 해가 되는 선택의 딜레마는 조정의 문제를 야기한다. 합의된 규칙과 그 위반에 대한 제재는 그 결정이 1인 이상의 합의에 기초하는 상황에서 보다 효율적 결과를 가져올 수 있다. 하아딩은 주들이 합의하여 제정한 미국의 헌법이 외부의 제재없이도 이러한 조정의 문제를 해결할 수 있는 해결책의 하나라고 주장한다.

거래비용 관념에 따라 평형을 이룬 안정은 대안이 되는 제도를 창출하는 문제를 배태하고 있다. 더욱이 죄수의 딜레마 같은 개별적 문제와 그 해답을 넘어, 연방헌법은 그 제정시는 물론 미래에도 집단적 선택의 문제에 관한 구체적 법규칙들을 담고 있다. 자원의 배분이나 재분배에 관한 결정의 절차에 깃들어 있는 일반적 문제들은 경제학에서 널리 연구되고 있는 주제이다.

그러나 게임이론 문헌들에서 관행적으로 사용되는 권력(power)이라는 말은 모호하지 않고 정확한 의미를 가지고 있다. 이 말은 행위자가 결정함에 있어 확신을 가지고 선택할 수 있는 능력을 의미한다. 행위자는 자신의 선택을 바꾸는 것이 결과를 바꾸게 될 때에 결정적 상태가 된다.

따라서 게임이론에서 권력을 측정하는 방법은 행위자가 결정적 상태에 도달하는 상황의 비율을 기준으로 권력의 정도를 측정한다. 신제도주의의 입장에서 중요한 이슈의 하나는 제도의 디자인이 다른 행위자들간 상대적 권력에 어떻게 영향을 미치는가 하는 것이다.

연방주의 시스템과 관련하여 브람스(Brams)는 보고서 제 58호와 제63호의 문제인 상원과 하원간 권력의 배분, 의회와 대통령간 권력의 문제 등에 관하여 설명한다. 대표제는 공공선택이론과 관련하여 밀접하지만 다른 두가지 의미로 사용된다.

법경제학 영역에서는 주인과 대리인 관계로 이 문제에 접근한다. 이때에 중요한 이슈는 대리인에게 주어지는 인센티브가 어떻게 주인의 희망이나 이익으로부터 괴리된 선택에 이르도록 하는가 하는 것이다.

반면에 정치학 영역에서 대표 문제는 시민을 대표하는 의원의 선택과 그의 선거구민의 선호간 일치성(concordance)의 문제가 중요하게 논의된다. 이와 관련한 초창기 대표 학자가 Downs이다. 그런데 정치학 문헌에서 유권자 또는 유권자들과 주권자인 시민, 즉 주인간의 관계는 명확하지 않다. 때때로 주인은 중간성향 유권자(median voter)를 의미하는 것으로 의제되기도 한다.

그러나 정치학 영역에서도 두가지 의미의 대표제에 관한 논의가 활발해지고 있다. 그러나 이중 오직 일부 문헌들만이 전통적인 공공선택이론과 관련하여 의미를 가지고 있다. 많은 현대 저술가들은 대표제 이슈의 문제를 제임스 매디슨 시각에서 접근하거나 현

대적 공공선택이론의 관점에서 논의하고 있다.

예컨대 케인과 존스는 대표제에 관한 매디슨의 생각을 자세하게 설명하고 있다. 예를 들어 그들은 즉응성과 신중성, 다수주의와 만당일치제, 시민의 대표와 이해의 대표 같은 상호 저촉되는 희망 사항간 균형의 문제를 내포하고 있는 것으로 보았다. 채플과 키치는 특별히 헌법적 타협이라는 관점에서 의회의 양원간 다른 임기의 문제를 다루고 있다.

페이지와 샤피로는 공적 의견의 근원 문제 그리고 갑작스런 공적 변화와 열정에 무력한 공적 의견의 특성에 관하여 설명한다. 쉬바르쯔는 주인과 대리인 관계의 문제를 의회와 연방관료제에 연계하여 논의한다. 이러한 여러 주제들은 당시와 현대 이론간 차이로 인하여 사용되는 용어의 의미가 다르지만, 연방주의자의 보고서의 논의에 상응하는 것이다.

건국의 아버지들은 위대한 정치적 엔지니어이자 헌법의 디자이너였다. 새로운 정치과학에 대한 믿음을 가진 법철학자들이기도 하다. 다이엘 패트릭 모니한에 따르면 연방주의자의 보고서에 깃든 근본적 질문은 주들의 비준에 관한 장점과 단점의 문제가 아니라 정치과학의 문제라 할 수 있다.

통치권을 행사하는 정부가 과학적 논문에 기초하여 수립될 수 있는가? 공공선택이론을 연구하는 학자들 역시 스스로를 정치에 관한 새로운 과학의 실무가들이라고 보는 것은 이를 반증한다. 미 헌법제도를 디자인 함에 있어 매디소니안 접근방식과 신제도주의 접근방식의 유사점과 차이점에 관한 연구는 의미가 있다.

현재의 신제도주의자들은 양원제, 공직의 정년, 사법권 등 연방주의자의 보고서에서 다루는 제도 디자인 문제에 대하여 현대적 분석틀을 적용하여 설명하고 있다. 연방헌법 비준을 둘러싼 분규 또는 결과에 대한 특정 선호가 제도에 대한 선호를 조건지우는 방법에 대한 연구들이 많이 있다.

연방주의자의 법철학과 미학은 현대 신제도주의자들의 이론과 어떠한 커넥션이 존재하고 있다. 18세기 말 이후 19세기에 걸쳐 연방주의자의 보고서, 연방헌법의 제정과 헌법에 의미를 부여하려는 대법원과 대법관은 시스템빌딩의 법철학 또는 제도주의적 법철학의 정향을 갖는 것이다.

## 제 7. 존 제이의 법사상

### I. 개관

존 제이(John Jay)는 미국 독립 혁명 시기와 이후의 초기 미국 역사에서 중요한 역할을 한 인물로, 미국의 첫 번째 대법원장이었으며, 미국 헌법을 지지하고 설명한 연방주의자 중 한 명이다. 그의 법철학과 관련된 주요 관점들을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 헌법국가와 법치주의 사상이다. 존 제이는 헌법의 중요성과 법치주의의 원칙을 강하게 믿은 법률가였다. 그는 헌법이 단순한 문서가 아니라 국가의 법적 근간이며, 모든 법률과 정부 행위의 근거가 되어야 한다고 보았고, 이는 그가 초대 대법원장으로서 헌법의 해석과 적용에 중대한 역할을 했음을 반영한다.

둘째, 연방주의이다. 존 제이는 연방주의(Federalism)의 강력한 지지자로서, 알렉산더 해밀턴(Alexander Hamilton), 제임스 매디슨(James Madison)과 함께 연방주의자 보고서(The Federalist Papers)를 작성했는데, 이 논집은 헌법을 지지하고 그 중요성을 설명하는 글들로 구성되어 있다. 존 제이는 연방주의 보고서에서 주로 국가의 단결과 강력한 중앙정부의 필요성을 강조했다.

셋째, 법과 정의의 연관성에 관한 많은 생각을 남겼다. 존 제이는 법이 정의를 구현해야 하며, 법을 집행하는 과정에서 공정성과 형평성을 유지해야 한다고 보았고, 법은 단순히 형식적인 규칙이 아니라, 사회적 정의를 실현하는 도구여야 한다고 주장했다.

다음으로 국제법과 외교관계의 중요성이다. 존 제이는 외교 문제에도 깊은 관심을 가졌으며, 국제법의 중요성을 강조했다. 그는 미국의 외교 정책이 국제법에 근거해야 하며, 다른 국가들과의 관계에서도 법적 원칙을 준수해야 한다고 보았다. 이는 그가 파리조약(Treaty of Paris) 체결과 같은 국제 협상에서 중요한 역할을 했음을 보여준다.

다섯째, 독립적 사법부의 필요성을 강조하였다. 존 제이는 독립적인 사법부가 법치주의를 유지하고, 정부의 다른 부서로부터의 압력에 저항하며, 개인의 권리를 보호하는 데 필수적이라고 믿었다. 그는 사법부가 정치적 영향을 받지 않고 공정하게 법을 집행할 수 있어야 한다고 주장했다.

여섯째, 연방주의자 보고서의 필자 중 한 사람으로 연방헌법의 탄생에 기여하였다. 존 제이는 연방주의자 보고서에서 총 5편의 에세이를 작성했는데, 주요 내용은 다음과 같다.

연방주의자 논집 2~5편에서 존 제이는 강력하고 통합된 국가 정부의 필요성을 강조하면서, 분열된 주들로 이루어진 국가보다는 중앙집권적인 정부가 더 나은 안전과 번영을 가져올 수 있다고 주장하였다.

연방주의자 논집 64편에서는 상원의 조약 비준 권한에 대해 논의하며, 상원이 조약을 비준하는 과정에서의 중요성을 설명했다. 존 제이는 상원의 조약 비준 권한이 국가의 외교정책에 있어 중요한 역할을 하며, 이를 통해 외교의 연속성과 일관성을 유지할 수 있다고 보았다.

존 제이의 법철학과 사상은 오늘날에도 중요한 의미를 가지며, 그의 연방주의자 논집에의 기여는 미국 헌법의 이해와 해석에 큰 영향을 미쳤다.

## II. 존 제이와 헌법상 국제관계

존 제이는 미국의 헌법상 국제관계에서 중요한 역할을 했으며, 그의 관점과 활동은 미국 외교 정책과 국제 관계에 큰 영향을 미쳤다. 존 제이의 헌법상 국제관계에 대한 생각을 정리해 보기로 한다.

헌법상 국제관계에서 존 제이는 많은 역할을 하면서 기여하였다. 존 제이는 1783년 파리 조약(Treaty of Paris) 협상에서 중요한 역할을 했는데, 이 조약은 미국 독립 전쟁을 공식적으로 종결시키고 영국이 미국의 독립을 인정하는 내용이 담겨 있다.

제이는 협상에서 미국의 권리와 이익을 보호하기 위해 노력했으며, 이는 미국이 독립된 주권 국가로서 국제 사회에서 자리를 잡는 데 중요한 기초를 마련하였다. 존 제이는 연방주의자 논집(The Federalist Papers)에서 주로 국제관계와 관련된 논의를 담당하였는데, 그는 특히 다음과 같은 주제에 관하여 시스템 빌딩의 법률가이자 법사상가로서 그의 생각을 피력하였다.

존 제이는 강력한 중앙 정부가 있어야만 국가가 외부의 위협으로부터 자신을 방어하고 국제 무대에서 효과적으로 행동할 수 있다고 주장하였는데, 이는 미국이 통합된 주권 국가로서 국제 사회에서 더 큰 영향력을 발휘할 수 있는 기초가 되었다.

한편 존 제이는 국제조약을 체결하고 외교 관계를 관리하는 데 있어서 상원의 역할을 강조하였다. 그는 상원이 조약을 비준하는 과정에서 신중하고 공정한 결정을 내려야 한다고 보았다. 존 제이는 1789년 초대 대법원장으로 임명되어 헌법의 해석과 적용에 중요한 역할을 하였는데, 그의 법률적 판단은 종종 국제법과 관련된 문제를 포함했으며, 이를 통해 미국의 국제법 체계와 국내 법 체계 간의 관계를 명확히 하는 데 기여하였다.

존 제이는 1794년 제이 조약(Jay Treaty)을 체결하여 미국과 영국 간의 무역과 관련된 문제들을 해결하려고 노력하였다. 이 조약은 미국이 영국과의 전쟁을 피하고 평화적인 무역 관계를 유지하는 데 기여하였고, 비록 이 조약이 국내에서 많은 논란을 불러일으켰지만, 국제 관계에서 미국의 입지를 강화하는 데 중요한 역할을 하였다고 평가된다.

### III. 존 제이의 국제관계 철학

첫째, 법과 외교의 중요성이다. 존 제이는 국제 관계에서 법과 외교의 중요성을 강조하였는데, 그는 국제법을 준수하는 것이 국가 간의 평화를 유지하고 정의를 실현하는 데 필수적이라고 보았다. 이러한 그의 생각은 그가 파리 조약과 제이 조약을 체결하는 과정에서 여실히 드러나고 있다.

둘째, 강력한 중앙 정부와 단결의 중요성이다. 존 제이는 강력한 중앙 정부가 국제 무대에서 미국의 입지를 강화하는 데 중요하다고 믿었고, 이는 그의 연방주의자 논집 기고문에 잘 나타나 있다. 주들이 분열된 상태로는 국제 사회에서 효과적으로 대응할 수 없

다고 보았다.

셋째, 연방주의자의 보고서에는 조약기 신중한 비준에 관한 그의 생각이 피력되어 있다. 존 제이는 상원이 조약을 비준할 때 신중하고 공정하게 판단해야 한다고 강조하였는데, 이는 조약이 국가의 장기적인 이익을 보장하고 국제 관계에서 신뢰를 쌓는 데 중요하다는 그의 신념을 반영하고 있다.

요컨대, 존 제이는 헌법상 국제관계에서 중요한 역할을 했으며, 그의 활동과 법철학은 오늘날 미국의 외교 정책과 국제 관계에 큰 영향을 미쳤다. 그의 기여는 미국이 독립된 주권 국가로서 국제 무대에서 자리를 잡는 데 중요한 역할을 했으며, 국제법과 외교의 중요성을 강조한 그의 철학은 현재에도 유효하다고 할 수 있다.

#### 4. 국제관계에 관한 보고서 논집 제2편

민주주의가 발전하면서 다른 세계 어느나라 시민들도 자신들의 이해관계에 관하여 잘못된 의견을 채택하거나 그대로 묵과하지 않고 있는 현실은 새로운 현상이 아니다. 미국인들이 그렇게 오랜 기간 한 목소리로 주장해온 고귀한 의견들은 모든 일반적 국가적 목적을 위하여 그에 상응한 권력이 충분히 부여된 하나의 연방정부 체제로 굳건히 단결하여야 한다는 것이다.

그리고 이러한 의견들에 대하여 양식있는 미국인들은 자연스럽게 존경과 경외감을 품고 있다. 하나의 연방정부라는 아이디어에 대하여 그 필요성이나 이유에 대하여 더 자세하게 생각하고 조사하는 과정에서 존 제이는 그러한 생각들이 매우 체계적이고 결정적 의미를 갖는다는 것에 대한 확신한다.

현명하고 자유로운 시민들이 자신들이 관심을 가질 필요가 있다고 생각하는 많은 주제들 중 자신들의 안전의 문제는 무엇보다 중요하다. 시민들의 안전은 다양한 상황에서 다양한 변수들이 얽혀 있는 관계임이 틀림없다. 따라서 안전의 문제를 정확하게 포괄적으로 정의하려는 사람들에게 재량의 여지가 매우 큰 주제라 할 수 있다.

지금의 처지에서 존 제이는 평화와 안정(peace and tranquillity)의 유지, 외국의 군대와 영향력, 국내적 원인으로부터 발생하는 유사한 성격의 위험으로부터의 안전이라는 관점에서 이해하는 것이 중요하다고 본다. 논리상 첫번째 유형의 문제가 선행되므로 이를 먼저 논의할 필요가 있다.

따라서 효과적인 하나의 민족국가로 단결한 우호적인 연합체가 외국의 적대적 행위로부터 자신들의 안전을 가장 효과적으로 보호할 수 있을 것이라고 생각하는 현재 시민들의 의견이 틀린 것인가를 살펴 볼 필요가 있다.

세상에서 발생하거나 발생할 전쟁의 수는 그것이 실제로 발생하던 아니면 발생할 것이 확실하던 건에 항상 전쟁을 촉발하거나 전쟁으로 유도하는 전쟁의 원인의 수와 중대성에 비례한다는 것이 정설이다. 이러한 정설이 옳다면 그 많은 정당한 전쟁의 원인이 연합된 미 합중국의 경우에 연합하지 못하고 산재한 주정부 상태로 있는 경우보다 더 많이 발생할 것인가를 자문해 보는 것은 매우 유용하다. 이때에 미 합중국의 경우에 전쟁 발발의 가능성이 가장 적을 것이고, 따라서 이러한 관점에서 보면 미 합중국이 다른 나라와의 관계에서 신대륙 시민의 평화를 가장 확실하게 보장할 수

있다.

전쟁 발발의 정당한 원인은 국제조약의 위반이나 직접적 무력행사로 부터 제공된다. 미국은 이미 최소한 6개국 이상의 외국과 국제조약을 체결한 바 있다. 프리시아를 제외한 조약 상대국들은 모두 해상 강국으로서 언제든지 미국을 괴롭히거나 피해를 가할 수 있다.

미국은 스페인 포르투갈 영국 등과 폭넓은 교역상태를 유지하고 있으며, 다른 두나라와의 관계에서는 더욱이 주의를 기울려야 할 선린우호 관계를 맺고 있다. 미국이 이러한 나라들과 맺은 국제조약을 준수하는 것은 미국의 평화에 매우 중요하다.

따라서 존 제이가 보기에 국제조약의 준수는 하나의 민족국가를 이룬 연방정부에 의하여 완전하고 최종적으로 준수될 수 있다는 사실은 명백해 보인다. 하나의 연방정부가 개별적으로 산재해 있는 13개 주정부나 3 혹은 4개의 독립된 연합체 보다도 국제조약의 준수와 미국의 평화에 유리하다는 것이다.

효과적인 연방정부가 수립되는 경우 가장 능력있는 자가 미국을 위하여 봉사하겠다고 동의할 뿐만 아니라 일반적으로 미국을 경영 관리하는 직에 임명될 것이기 때문이다. 비록 도시 또는 나라 아니면 기타 공통의 영향력이 미치는 지역에서 주 의회 또는 주 상원, 사법재판소, 행정부처에 인물을 천거하겠지만, 연방정부의 공직에 인력을 천거하기 위하여는 재능이나 기타 자격에 관하여 보다 일반적 또는 강고한 명예가 필요하다 할 것이다.

특히 후자의 경우에는 선택지가 가장 넓을 것이고, 일부 주에서

많이 볼 수 있듯이 적절한 인물의 부족 같은 문제는 발생하지 않을 것이다. 따라서 연방정부의 행정부처, 정치적 자문회의, 사법적 결정들은 보다 개별 주 정부들의 그것보다 현명하고, 체계적이고, 사려깊은 결과로 이어질 것이다.

이로써 다른 국가들에 비하여 보다 만족할 수 있을 것이고, 우리들에게는 보다 안전을 보장하게 될 것이다. 하나의 민족국가 그리고 연방정부 하에서는 조약이나 조약 조항 또는 국제법은 항상 하나의 의미로 이해될 것이고 일원적으로 집행될 것이다.

반면에 13개주 또는 3-4개 단위의 연합체 형태에서 동일한 관점 또는 질문에 대한 재판은 항상 일치하기 어렵고 일관되지도 않을 것이다. 그것은 다른 개별적 정부에 의하여 임명된 다양하게 독립된 법원과 재판관들과 그들에게 영향을 미치거나 영향력을 행사하는 서로 다른 법들과 다른 이해관계로 인한 것이다.

공적 문제들을 연방정부에 의하여 임명되고 오직 연방정부에만 책임을 지는 관할권 있는 법원의 재판관들에게 위탁함에 있어 연방회의 지혜가 필요하다는 것은 특별히 재언을 요하지 않는다. 현재의 손해나 이득에의 전망이 하나 또는 두개 주들에 있어 집권당에게 선의와 공정을 외면하도록 하기 쉽다.

그러나 그러한 충동은 다른 주들에게 도달하지 않을 것이고 따라서 연방정부에는 아무런 영향을 미치지 않거나 작은 영향만을 미칠 것이다. 따라서 그러한 충동은 결과로 이어지지 못하고 선의와 공정은 유지 보존될 수 있다. 영국과의 평화조약의 경우에는 이러한 논리의 설득력에 더욱 무게가 더해진다.

한 주의 집권 여당이 그러한 충동을 스스로 제어해야 하는 경우에도, 그러한 충동은 주의 특별한 상황에서 결과할 수 있고, 사실 보통 그러하며, 주의 대부분의 주민들에게 영향을 미치게 되므로, 주의 집권여당은 의욕이 있는 경우에도 자신들이 생각하는 부정의를 항상 막을 수 없거나 침략자를 징치할 수 있는 것은 아니다.

그러나 하나의 민족 연방국가는 그러한 세세한 지역 사정에 영향을 받지 않으며 스스로 불법을 향하도록 유인당하지 않고, 다른 자들의 불법행위에 대하여 이를 방지할 수 있는 힘과 조직력이 달리 필요하지 않다.

그러므로 현재까지는 의도된 또는 우연한 조약이나 국제법의 위반은 정당한 전쟁의 원인을 제공한다는 것이 정설이므로, 전쟁은 여러개의 작은 주들의 신대륙보다 하나의 민족국가 하나의 연방정부 체제하에서 훨씬 가능성이 적다고 인식된다. 따라서 연방정부 시스템이 시민들의 안전의 보장에 훨씬 유리한 것이다.

직접적이고 불법적인 도발에서 발전한 정당한 전쟁이 가능한 원인에 관하여 생각해 볼 때, 단일의 효과적인 정부가 다른 지역에서 연원하는 전쟁의 위험으로부터 훨씬 안전을 보장하기 쉬운 것이다. 그러한 도발은 대부분 전체가 아닌 일부, 연방이 아닌 하나 또는 둘의 주들의 열정이나 이익을 위한 동기에서 발생한다. 인디안과의 전쟁 중 단 하나의 전쟁도 현 연방정부의 침공에서 시작하지 않았다.

물론 이는 연방정부가 약한 것도 한 이유가 된다고 할 수 있기는 하다. 반면에 주들의 부적절한 행동으로 인디안이 적대적으로 돌아 선 사례들은 상당수 있다. 이러한 주들은 무고한 주민들을

제압할 능력이 없거나 제압할 의사를 가지고 있지 않는 경우가 대부분이다.

스페인과 영국의 영역과 경계하는 이웃들은 일부 주들과 경계하면서 다른 주들과는 경계하지 않는 경우가 많은데, 이들은 분쟁의 원인을 자연스럽게 직접적으로 경계지역에 한정시킬 수 있다. 경계에 있는 주들, 만약 그러한 주들이 있다면, 갑작스런 총동과 명백하게 감지할 수 있는 이익 또는 손실의 감각에 따라 그러한 나라들과 직접적인 도발을 감행하여 전쟁을 도발할 가능성이 가장 농후하다.

그리고 그 어떤 것도 하나의 연방정부처럼 전쟁의 위험을 제거하기 어렵다. 연방정부의 지혜와 신중함은 직접적으로 이해관계에 있는 당사자들에게 행동을 유발하는 열정에도 감퇴하지 않을 것이다. 하나의 연방정부 하에서 정당한 전쟁의 원인 제공이 줄어들 뿐만 아니라 우호적으로 전쟁을 수용하고 해결할 수 있는 자력이 더욱 배가된다.

그들은 보다 조절력이 강하고 냉철할 수 있다. 그러한 관점에 다른 관점을 더해 볼 때 연방정부는 도발하는 다른 주에 비하여 보다 조연적으로 행동할 수 있는 여지와 능력이 큰 것이 자명하다. 주들이나 사람들은 자신들의 자부심으로 인하여 자연스럽게 자신들의 행동 모두를 정당화시키려는 경향이 있으며 자신들의 실수와 도발행위를 인정하고 교정하거나 복구하려는 것을 싫어하고 반대하는 태도를 보이기 쉽다.

동일한 경우에 단일의 연방정부라면 주들의 자부심에 영향 받지 않고, 절제와 용기를 가지고 나아갈 것이며 자신들을 위협하는 난

관으로부터 자신들을 구제하기 위한 가장 적절한 수단을 숙고하고 결정할 것이다. 이밖에도 인정, 설명 또는 보상 등은 대부분 강력한 하나의 연방정부로부터 만족스러운 해결책으로 수용될 수 있다는 것은 잘 알려진 사실이다.

이는 고려의 대상으로 경시되고 거부되는 주 또는 과거의 연맹(confedracy)이 제안하는 경우에 불만과 함께 제안이 거부되었던 경우에 대비되는 것이다. 1685년 제노아라는 나라가 루이 14세를 공격한 후, 그와 강화하기를 희망하고 노력하였다.

루이 14세는 제노아의 도계와 수석 재판관을 4인의 상원의원과 함께 프랑스로 송치하여 그의 용서를 구하고 화해조건을 받도록 요구하였다. 그들은 강화를 위하여 루이 14세의 요구를 들어줄 수 밖에 없었다. 루이 14세는 스페인이나 영국 아니면 다른 강력한 나라에게 그러한 강압적 조건을 요구하거나 수모를 받은적이 있었을까?

## 제 8. 연방주의와 삼권분립

"가장 많이 때리고 가장 많이 맞은 경기" 유튜브 썸네일과 함께 우연히 스친 장면, 눈은 퐁퐁 부은 얼굴에 멍이 잔뜩 난채로 심판에 이끌려 오른팔을 맥 없이 들고 있는 박종팔이나 잔인한 이종격투기의 최형만을 느끼면서 좌절감과 함께 여자 치마폭으로 쏙 들어갈 수 밖에 없는 우리들. 시민들과 피터지게 싸울 수 밖에 없는 독재로 인한 독재자와 시민들의 좌절이 그러한 것이리라.

전제적 권력의 출현을 방지하기 위하여 3권분립이 필요하고 시민들은 양식과 공적 의견을 가질 수 있다. 왜 의회는 예산 편성절차에서 삭감은 하여도 증액은 할 수 없는가? 왜 법원은 행정처분을 취소할 수 있어도 어떠한 행정처분을 하라고 할 수는 없는가? 3권이 갖는 권력의 개별적 본래적 특질때문인 것이다.

법이 무엇인가를 확인하고 선언하는 것이 사법권의 본래적 내용이다. 법을 집행하는 것은 집행권력 즉 행정작용으로서의 본질을 가지며, 법원이 법을 안다고 하여 적극적으로 행정처분을 강제하는 것은 자신의 사법권능을 넘어 행정청의 상급기관인 행정청이 되어 버리는 결과로 이어져 삼권분립에 반한다.

의회가 예산편성 관련 예산을 증액하고 그에 따른 행정처분을 현실적으로 강제하는 결과가 되는 것 역시 의회가 행정청의 상급기관이 되는 결과로 이어져 입법권과 집행권을 분립하여 입법부에 입법권과 예산 심의 의결권을, 대통령 그리고 행정각부에 집행권을 분립하여 귀속시키고 상호 견제케 하려는 헌법원리에 반한다.

따라서 국회는 정부가 제출한 예산안을 삭감할 수는 있어도 예산을 증액하여 의결할 수는 없다.

또한 이러한 맥락에서 의회가 의결한 법률안은 집행권의 수장인 대통령에게 회부되어 대통령이 서명함으로써 법률로서 효력을 발생하고 집행이 불가능하거나 곤란한 법률안 또는 대통령이 판단하기에 위헌적인 법률안들에 대하여 대통령은 법률안에 대한 서명을 거부하고 국회의 재의결을 요구할 수 있다.

본예산이든 추가경정예산이든 이러한 권력분립의 원리에 따라 의회는 정부가 제출한 예산에 대하여 이를 증액할 수 없는 것이 헌법제정권자의 의사인 것이다. 이렇게 볼 때에 우연히 보게 된 유튜브 썰전들이 이해된다. 큰 정부를 지향하는 더민주당의 입장에 있는 것으로 보이는 참고 진술인의 소극적 답변 태도가 이해가 간단할 수 있고, 더민주당의 입장을 비판하는 국민의 힘당 김상욱 의원의 추궁 역시 마땅한 것이다.

양식과 공적 의견의 차원 문제를 넘어 권력의 분립과 견제없이는 우리의 생명과 자유 그리고 재산을 보장 받을 수 없었던 역사의 교훈을 잊어서는 안된다. 인간의 본성으로 인하여 절대권력은 절대적으로 부패한다는 것이 선인들의 지혜이다. 권력의 분립은 주권자인 시민들이 정부를 구성하고 통치권을 위임하면서 개인이 하늘로부터 부여받은 천부인권을 보장받기 위한 지혜의 하나이다. 이는 헌법을 해석하는 중요한 원리적 기준을 제공한다.

법을 생각함에 있어 인간의 본성과 자연의 질서를 중시하는 입장이 있다. 이를 자연법론이라 하며 법의 도덕적 정당성 문제가 핵심적 화두가 된다. 자연법론에 대하여 왜 법이 법으로서 우리를

기속하고 강제력을 갖는가 하는 문제를 생각하는 사람들이 있다. 이를 우리는 법실증주의자들이라고 부른다. 법실증주의 철학의 도움으로 법은 근대 학문으로서의 체계를 가지게 된다.

다만 민주주의의 발전과 함께 법실증주의(legal positivism)가 다수주의적 도그마에 굴복하게 되면 법형식주의(legal formalism)가 되어 공산주의 유사한 우파적 독재로 이어질 수 있다. 법형식주의 하에서는 다수의 합의와 그 산물인 법은 공산주의 이론하에서 정당화되는 노동자계급의 독재처럼 무소불위의 권력을 지탱하는 도구로 전락할 수 있게 되는 것이다. 따라서 법치주의는 또한 소수자의 정당한 이익을 보호함으로써 그 정통성을 유지할 수 있다.

시민이 국가의 주인이 되어 자신으로부터 통치권을 위임받아 행사할 수 있는 정부를 구성한다는 소위 사회계약론이라는 픽션은 근대 시민민주주의와 법치주의 시대를 열게 한다. 그리고 주권자인 시민들은 전술한 바와 같이 절대권력으로부터 자신들의 인권을 보호받기 위하여 권력을 분립시키고 상호견제토록 하고 있다. 환언하면 왕의 권력은 신이 내린 것이라는 왕권신수설의 전통이 시민의 생명과 자유, 그리고 재산에의 권리는 하늘이 내린 것이라는 천부인권설의 신화로 대체되게 되는 것이다.

새로운 민주주의 시대의 법철학은 시스템 빌딩의 시기와 함께 한 칸트의 초월적 관념론 또는 윤리적 이상주의 법철학이라고 할 수 있다. 이 시기의 법철학은 외부의 현상과 인간의 경험이 중요한 축을 이룬다. 도덕적 정당성이라는 주제와 사회에서의 법의 효력과 그 본질을 순수법학적으로 천착하는 법실증주의와 대비될 수 있다.

악법도 법이라는 소크라테스의 법언이 시사하듯이 자연법론과 법실증주의의 전통은 먼 고대 철학자들에서 시작하였다. 이러한 전통은 수도원이나 교회를 중심으로 한 중세 자연법의 융성 시대를 거치게 된다. 한편 존 오스틴의 "법은 주권자의 명령"이라는 근대 법실증주의의 시작은 하트와 한스켈젠에 이르러 보다 체계화된다.

이에 비하여 필자가 명명한 시스템빌딩의 법철학은 신대륙의 발견, 근대 과학혁명, 르네상스 같은 계몽주의와 인문혁명, 민주주의 혁명, 자본주의의 발전 등과 같은 외부적 현상에 융합되어 전개된다는 특징을 갖는다.

시스템빌딩의 법철학은 홉즈 로크 루소 등 사회계약론자들, 법의 정신이라는 책을 저술하고 삼권의 본질과 분립의 필요성을 역설한 몽테스키외 같은 권력분립론자들에서 시작하여 미국의 건국과 최초의 성문헌법의 제정, 프랑스의 이원적 사법체계 및 근대 성문 5법, 영국의 다이시 등을 통하여 18세기 말에서 20세기 초에 걸쳐 법률가들의 정신세계를 대변한다고 할 수 있다.

알렉산더 해밀톤, 존 제이, 제임스 매디슨 등의 연방주의자의 보고서는 바다로 갈라진 느슨한 제국의 시스템의 본질을 논한 다이시나 육지로 연합 유럽대륙 단일국가에 걸맞는 행정법과 사법의 이원론적 법체계를 세운 나폴레옹 및 일단의 법학자들과 준별되는 헌법국가의 기원을 열게 한다.

위 보고서는 연방과 주간의 권력분립, 상원과 하원간 권력분립, 입법 집행 사법이라는 연방정부 차원의 삼권분립 등 절대권력의 출현을 경계하는 주제에 많은 지면이 할애되어 있다. 정치만능 다수주의 만능 대중의 무분별한 열정으로부터 인지와 이성이라는 최

후의 보루를 생각하는 철학자들 그것이 시스템빌딩 법철학의 본질이다.

트럼프의 피격이 미 대선의 큰 변수로 떠오르면서 그의 당선가능성이 높아지고 있다고 한다. 70 퍼센트 80퍼센트 지지를 받을 것 같은 느낌이지만, 여론 조사 결과는 다시 또 균형에 가까워지고 있다는 보도이다. 보수 주는 보수 주 진보 주는 진보 주라는 연방 시스템의 특성이 다시 그대로 재현되고 있다.

만약 한국이나 다른 작은 단일국가라면 그러할까? 시스템은 우리의 즉흥적 열정으로부터 우리에게 숙려의 기회를 제공한다. 나쁜 시스템은 개선해 나갈 대상이지 위반하고 파괴할 대상이 아니다.

'먹사니즘'의 절실한 구호와 함께 더민주당이 정권을 향한 전의를 다지고 있다. 그동안 원내 절대 다수의 더민주당은 특검법을 필두로 수많은 특별법을 만들고 복지정책을 위한 큰 정부를 지향해 왔다. 그 과정에서 대통령의 과도한 거부권 행사 문제, 노란봉투법이나 중대재해처벌법, 국회예산의 위헌적 증액 시도 같은 문제들이 논란거리가 되어왔다. 이제 대한민국의 세계적 위상이 국민소득으로 따져 머지 않아 일본을 추월할 수준이 되었다. 못살던 시절, 못사는 나라를 연상시키는 먹사니즘, 대중에 어필할 수 있을지는 몰라도 뭔가 멋을 잃어버린 씹쓸한 맛이 남는다.

## 제 9. 연방주의와 양원제

하원의 구성에 관한 의견을 검토하고 그에 대한 여러 반대 의견들에 대하여 알아 두어야 할 것들을 담아 답을 하였으니 이제 상원의 문제로 넘어 가기로 한다. 정부의 한 축을 구성하는 상원에 관한 논의의 주제들은 i) 상원의원의 자격 ii) 주 입법부에 의한 상원의원의 임명 iii) 상원의 대표에 관한 평등의 문제 iv) 상원의원의 수 및 상원의원의 임기 v) 상원의원의 권한 문제 등이다. 상원에 관한 논의는 Federalist No. 62에 담겨 있다.

i) 하원의원과 달리 상원의원의 자격에 관련한 제안들은 보다 높은 연령요건과 장기의 시민권 보유기간을 담고 있다. 하원의원이 최소한 25세 이상이어야 하듯이, 상원의원은 최소한 30세 이상이어야 한다. 하원의원의 최소한 시민권 보유 기간이 7년인 것 처럼 상원의원은 최소한 9년 이상의 시민권 보유기간이 요구된다.

양원 의원들에 관한 이러한 차이의 적절함은 상원에 대한 보다 큰 신뢰에 기반하고 있으며, 이는 보다 안정되고 지적인 상원의원이 필요하다는 것을 의미한다. 즉 상원의원이 되기 위하여는 그러한 장점들을 발휘할 수 있는 연령 수준에 도달하여야 한다. 또한 곧바로 외국과 교섭에 참여할 수 있어야 하고 외국에서 출생하여 외국에서 교육받아 편견과 습벽에서 완전히 자유롭지 못한 그 누구에 의해서도 그러한 외국과의 교섭 행위가 이루어져서는 안된다. 9년이라는 시민권 보유 요건은 후천적으로 미국의 시민이 되어 자신의 장점과 재능에 관하여 공적인 신뢰가 어느 정도 쌓인 자까지 완전히 배제 하는 안과 분별없이 급하게 국사를 결정하는 기

관이 외국의 영향력 하에 놓이게 하는 안 사이에서 신중하게 절충된 안(prudent mediocrity)이라고 할 수 있다.

ii) 주 입법부가 상원의원을 임명하여 그 수를 확대하는 것 역시 똑 같이 불필요한 일이다. 상원이라는 정부의 한 부서를 구성함에 있어 생각할 수 있는 여러 방안들 중에 전국회의가 제안한 안이 아마도 가장 여론에 부합하는 것처럼 보인다. 동 안은 선별적인 임명(select appointment)과 주 정부의 권한을 확실히 하는 차원에서 주 정부에 연방정부 구성에 있어 그러한 대리권을 행사토록 하는 것과 같은 2가지 장점을 살리는 것은 물론이고, 주와 연방이라는 두가지 시스템 사이에 "편리한 연결점(convenient link)"을 창조할 수 있는 안이다.

iii) 상원에서의 평등한 대표권은 또 다른 쟁점이 된다. 평등한 대표권 문제는 많은 토론을 불러 오지 않았는데, 이는 큰 주와 작은 주간의 타협의 결과인 것이 명확하다. 만약 안이 진정 올바른 것이기 위하여는 철저하게 한나라를 구성하는 시민들 중 모든 지역들은 정부를 구성함에 있어 비율에 따라 대표되어야 할 것이다.

단일의 연맹으로 묶이고 독립과 주권을 보유하는 주들 사이에 구성주들은 주들의 크기에 무관하게 상원이라는 공통의 숙려기관을 구성함에 있어 평등한 비율의 대표권을 보장받아야 한다. 연방이라는 복합적 공화국(compound republic)에 있어 합리적 연방적 성격의 정부는 비례성과 평등성에 기반한 대표제 원칙들이 혼합 절충된 기반 위에 반석이 놓여져야 한다는 사실은 전혀 이유가 없는 것이 아니다.

그러나 이론에 따른 기준에서 보면 모든 면에서 단순히 결과에 따

라 인정될 뿐이고 이론과는 전혀 상관없이 우리 헌법의 일부를 구성해 보려는 시도는 피상적이라는 비판을 면할 수 없다. 그러나 다른 한편 이러한 시도는 우호의 정신(spirit of amity), 상호 존중과 예양의 정신과 같이 신대륙 미국 처지의 특수성으로 인하여 불가피하게 필요한 그 무엇들이라는 것을 부인할 수 없다.

연방정부와 그 대상 모두에게 평등한 권력 분배는 숫자에 따를 것을 요구하는 것은 물론 더 나아가 미 신대륙의 정치적 상황으로 인하여 더욱 절실하게 요구되고 있다. 보다 큰 주의 바람과 공조를 이룰 수 있는 원칙에 기반하여 구성된 정부는 보다 작은 주들로부터 얻을 수 없을 것이다.

그렇다면 보다 큰 주를 위한 유일한 대안은 제안된 안의 정부이거나 여전히 반대에 봉착할 수 밖에 없는 안 사이에 존재할 수 밖에 없을 것이다. 이러한 대안들 중에서 보다 사려 깊은 조언은 보다 적은 단점을 가진 안을 선택하는 것이다. 그리고 선택 후 발생할 수 있는 여러 오류들에 대한 무의미한 걱정과 탐닉하는 것 대신 선택으로 인한 희생에 상응하는 대가와 정기능적 효과에 대하여 보다 신중하게 좋은 점수를 주는 자세가 바람직하다고 보인다.

이러한 차원에서 개별 주에 인정되는 평등한 투표권은 그 자체로 즉시 개별 주들에 남겨진 주권에 대한 헌법적 승인을 의미하며, 연방 구성 후 주에 남겨진 주권을 보존하는 수단이 되는 것이다. 현재까지 주들간 평등한 투표권은 작은 주들 못지 않게 큰 주들에 의하여 수용되고 있다.

이들은 하나의 연방을 구성하기 위하여 부적절한 단결에 대하여 가능한 모든 수단을 통하여 누구보다도 경계하고 걱정하여 왔다

(이들의 생각은 가우스의 비례의 원칙이나 현대의 과학적 대안탐색의 방법에 이르고 있다). 상원의 구성과 관련한 요소에서 발생하는 이러한 이익들은 부적절한 입법에 대항하고 이를 방지하는 이중의 장애를 칠 수 있다는 것이다.

어떠한 법이나 의결도 이제는 먼저 시민 다수의 동의를 얻어야 하고 또한 다수의 주의 동의를 얻어야 한다. 이러한 의회 입법에 대한 복잡한 견제는 어떠한 경우에는 유익한 것일 수도 있고, 유해한 것일 수도 있다는 점을 인식하여야 한다. 보다 작은 주들을 위한 독특한 대항 기제는 그들에 공통되고 다른 주들과는 차별적인 어떠한 이익도 달리 독특한 위험(peculiar danger)에 노출되는 경우에 보다 합리적이게 된다.

그러나 보다 큰 주들이 공급에 대한 자신들의 우월한 권력에 의하여 항상 그러한 작은 주들에 의한 특권의 비합리적 행사를 저지할 수 있을 것이다. 입법 유전자와 입법과잉이 미 신대륙 정부가 책임져야 할 이제까지의 병리현상이라면, 이러한 헌법 부분은 사려깊은 많은 사람들에게 알려진 것보다 실제 더욱 편리하게 되리라는 것은 불가능한 현실이 아닌 것이다.

iv) 상원 의원의 수와 임기는 우리가 고려하여야 할 다음 주제이다. 이러한 두 문제에 관하여 보다 정확한 판단에 이르기 위하여는 상원이 책임져야 할 국가의 목적이 무엇인가를 질문해 보는 것이 적절하다. 그리고 이러한 문제들을 확실하게 하기 위하여 새로운 공화국이 전술한 상원 제도를 채택하지 않는 경우에 감수해야 할 여러 불편한 현실들을 검토해 보는 것이 필요하다.

첫째, 상원의 결손은 공화정 정부에 대하여 심각한 불행을 가져올

것이다. 비록 다른 국가의 정부들에 비하여 심하지 않을 수는 있어도 상원의 역할을 하는 자들은 자신들의 지역구민들에 대한 자신들의 의무를 망각하거나 양자간 중요한 신뢰관계에 충성을 다하지 않게 될 것이다.

이러한 관점에서 첫번째 지부와 구별되고 권한을 분점하게 되는 입법기관의 두번째 지부인 상원은 모든 경우에 정부와 관련한 경의로운 견제의 역할을 담당하여야 한다. 상원제도는 시민의 참탈과 배신(usurpation or perfidy)을 마다 않는 의회내 두개의 지부, 즉 상원과 하원의 공동의 의결을 요하게 하여 시민의 안정을 두배로 증대시킬 것이다.

하나의 의회가 있는 경우 이는 야심과 부패가 횡행할 수 있고, 양원제를 통하여 국정의 안정을 기할 수 있다. 양원제의 장점에 관한 이러한 원칙들은 우리에게 교훈을 남기고 있으며, 미국인들은 이를 잘 알고 있다. 따라서 이에 대하여 계속 확대하여 이야기 하는 것은 피상적인 것이 되어 별 의미가 없을 것이다.

해로운 조합의 가능성은 당연히 적을 것이다. 이는 두개의 지부가 그 본질에 있어 유사하지 않을수록 그에 비례하여 해로운 조합은 가능성이 적어진다. 따라서 모든 가능한 상황을 전제로 두개의 지부를 갈라 생각하는 것은 매우 정치적인 것이다. 이로써 모든 국가적 문제와 그에 대한 적절한 대응에 있어 필요한 조화를 이룰 수 있고 공화정 정부의 원칙에 일치할 수 있게 될 것이다.

둘째, 상원의 필요는 모든 단일의 수많은 의회들이 일시적인 폭력적 열정에 넘어가기 쉬울 뿐 아니라 분파적 지도자들로 인하여 무분별하고 가혹한(intemperate and pernicious) 의결을 강요당할

수 있는 성향을 가지므로 이를 방지하기 위한 시스템으로서 의의가 크다. 이러한 문제들의 예는 그동안 미국에서 발생한 사례나 다른 나라들의 역사를 통해 볼 때 수를 헤아리기 어려울 정도로 많다.

이에 대한 반대의 입장이 아닌 경우에 대하여는 더이상 상원의 필요를 증명할 필요는 없을 것이다. 다만 다시 한번 재언할 필요가 있는 것은 단원제 의회의 연약함을 교정할 기관은 연약함이라는 결점이 없어야 하고, 따라서 그 수는 적어야 한다. 또한 그 기관은 강고함이라는 특성을 가져야 하고, 따라서 그 기관 구성원이 헌법상 권한을 행사할 수 있는 임기는 상당한 기간 보장될 필요가 있다.

셋째, 상원제도로 인하여 보완될 수 있는 다른 결점으로는 의회의 구성원들이 입법의 대상과 원칙들에 대하여 숙지하지 못한다는 점이다. 의회 의원들은 법률안 대부분의 내용이 자신들의 사익을 담은 것이고, 자신들의 임기는 짧으며, 자신들의 공적 직업의 시간들을 법이나 공공 문제들, 또는 자신의 조국에게 필요한 전체적 관점에서의 이익 등을 학습하는데 사용하려는 영생의 동기는 전혀 존재하지 않고 있다.

이러한 상황을 오직 의회의원들 자신에게 맡겨 놓는 것은 자신들을 신뢰하여 위임된 입법권력의 행사에 있어 수많은 오류와 실수들을 피할 수 있게 될 가능성은 전무해질 것이다. 여러 확실한 근거를 통하여 볼 때, 현재 미국이 당면한 많은 공적 비리들은 정부 구성에 있어 사려 깊지 못한 우리의 과오로 인한 것이다.

우리의 정부가 저지른 실수(blunders of governments)들은 정부

의 도안이나 정책의 추진이 정부를 도안하고 운영한 사람들의 가슴이 아닌 그들의 머리에서 나왔기 때문이다. 실수로 인하여 수많은 수정 설명 개정 법률이 제정되었고, 영예롭지 못하게도 지혜라는 이름으로 흠이 많은 법들을 제 · 개정하면서 법령집을 빼곡하게 채웠을 뿐이다.

한 회기에서 다음 회기로 시간이 이행되면서 현실화되던 수많은 비방과 탄핵 역시 정부의 실수라 할 수 있다. 시민에게 남겨진 잘 구성된 상원에서 기대해 볼 수 있는 여러 조력의 가치에 대한 수많은 훈계들 역시 정부의 실수가 원인이 되고 있다. 훌륭한 정부란 두가지 의미를 품고 있어야 한다.

그 하나는 정부의 목적에 대한 충성으로서 이는 시민들의 행복을 의미한다. 다른 하나는 그러한 목적을 달성할 수 있게 하는 수단에 대한 지식이다. 일부의 정부들은 이러한 두가지 관점에서 결손과 단점을 보이고 있다. 대부분의 정부들은 첫번째 의미에서 살펴보면 부족하다 할 수 있다.

나는 미국의 정부들이 두번째 의미에 관하여 너무 관심을 기울이고 있지 않다고 주장하고 싶지 않다. 연방헌법은 이러한 차원의 오류를 피할 수 있게 한다. 특히 우리가 주목하여야 할 점은 헌법은 처음의 의미에 대한 안정을 증대할 수 있는 방식으로 두번째 의미에 대하여 규정을 두고 있다는 사실이다.

네째로, 활발한 구성원의 교체를 통한 공적 회의체의 변동성은 그것이 아무리 고상한 의미를 갖는다 하여도 매우 절실하게 정부 내에 있어 어떠한 안정된 기관의 필요성을 요구하고 있다. 여러 주들에 있어 매번의 새로운 선거를 통하여 미국인들은 기존 의원들

의 반 수 이상을 교체하고 있다. 이러한 의원들의 교체는 당연히 그들의 의견을 변경하는 것으로 나아간다.

의견의 변경은 또한 당연히 수단의 변경으로 이어진다. 심지어 선량한 의견마저 변경하는 것은 모든 신중함의 원칙과 모든 성공의 가능성에 배반되는 것이다. 이러한 논리는 우리의 사적 생활을 통하여서도 증명될 수 있는데, 국가적 대사를 다룸에 있어서 당연히 중요한 것은 물론이고 정당한 주장이 되는 것이다.

변동하는 정부의 오류 투성이 효과들을 돌이켜 보는 것은 책을 한 권 쓰고도 남을 지경이지만, 나는 단지 그 일부만을 적시하겠다. 이들 오류들은 수많은 다른 실수들의 원인을 제공하는 것으로 느껴지기도 한다. 무엇보다도 먼저 변동하는 정부는 다른 외국들의 존경과 신뢰를 박탈하여 갔으며, 미국이 하나의 단일 민족국가의 성격을 가지는데서 유래하는 모든 징점들을 빼앗아 갔다.

신중하고 양식있는 사람들은 자신의 계획에 충실하지 못한 (inconstant) 것으로 보이거나 아무런 계획이 없이 자신의 일들을 꾸려가는 개인은 결국 그 자신의 방종과 우매함으로 인하여 처절한 희생양이 될 수 밖에 없을 것이라고 말하고 있다. 그에게 동정적인 이웃들은 그를 불쌍하게 생각할 것이지만, 결국 그들의 행운과 그의 불행을 연관짓는 것을 거절할 것이다.

또한 아무도 그 자의 처지로 부터 자신들의 행운을 만들 기회를 잡으려 하지 않을 것이다. 일국의 다른 나라에 대한 관계는 한 개인의 다른 이웃과의 관계와 동일하다. 이러한 우울한 구별은 변동하는 불안정한 정부는 안정된 양원제 정부보다 자애로운 감정이 훨씬 적을 것이고, 상호 무분별한 상태를 이용하여 부당한 이득을

얻으려는 악의를 제한할 수 있는 수단이 또한 훨씬 적을 것이다.

따라서 자신들의 공공정책으로 지혜와 안정의 부족을 타파하려는 모든 민족국가는 자신들의 보다 현명한 국가들의 효과적인 시스템과 정책으로 인하여 발생 지속되는 자신들의 손해에 대하여 계산하게 될 것이다. 이러한 주제에 대한 가장 중요한 교훈은 불행하게도 미국 스스로의 처지에서 발생한 불행한 사례들을 통하여 미국을 각성케 하고 있다.

미국은 자신들의 우방에 의하여 아무런 존경을 얻지 못한 상태에서 피지배적 지위가 되어 있다. 미국은 미국의 적들에 의하여 농락되고 있는 상태이다. 미국은 견실하지 못한 미국의 회의체 기관과 곤혹스러운 공적 문제들에 편승하여 자신들의 이익만을 도모하고 있는 나라들의 먹이감으로 전락해 있다. 변동하는 정부 정책의 국내적 효과는 그야말로 재앙 수준(calamitous)이다.

이는 그야말로 자유의 축복 그 자체에 해악을 드리우고 있다. 그러한 정책은 시민에게 별다른 소용이 되지 않고, 법은 입법자에 의하여 자의적으로 만들어지고 있다. 법의 분량이 많은 경우에는 법을 읽기 어려운 문제가 발생하고, 이해하기 어렵고 일관성이 없는 법 역시 많은 현실이다. 만약 그러한 법들이 공포되기 이전에 수정되거나 재편되는 경우 끊임없는 빈번한 개정으로 오늘의 법이 무엇인지를 아는 양식있는 자가 내일의 법이 어떻게 바뀔 것인가를 전혀 알 수 없는 지경에 이르고 있다.

법이란 행위의 기준이라고 정의할 수 있다. 그러나 그 내용에 대하여 거의 알려져 있지 않고 확실하게 고정되지 않고 있는 지금과 같은 상황에서 법이 어떻게 행위의 기준이 될 수 있겠는가? 공적

영역의 불안정으로 인한 또 다른 부작용은 공부를 많이 한 지식인(the sagacious), 기업가(the enterprising), 돈 많은 소수(moneyed few)에게 이로운 반면, 근면하고 통일된 시민 다수에게는 불리하고 가혹한 현실에서 찾을 수 있다.

상업과 소득에 관한 모든 새로운 법규들과 다양한 종류의 재산권과 그 가치에 영향을 미치는 정책들은 변화를 지켜보고 있는 사람들에게 새로운 수확을 가져다 주고 있으며, 그 원인과 결과에 대한 추적이 가능하다. 그러한 수확은 수익자 스스로 창출한 것이 아니고, 절대 다수의 동료시민들의 피와 땀(tolls and cares), 즉 그들의 기여로 인한 것이다.

이러한 현실은 자명한 진리(state of things)처럼 되어 법은 다수를 위한 그 무엇이 아니라 일부 소수를 위한 그 무엇이 되어 버렸다. 또 다른 관점에서 미국은 불안한 정부로 인하여 심각한 피해를 입은 것이 사실이다. 공적 회의체 기관에 대한 불신으로 모든 새로운 사업들, 기존의 여러 계약과 프로젝트들로 부터 얻을 수 있는 성공과 수익들이 잠겨 버리고(damps)있다.

신중한 상인이라면 어느 누가 자신의 계획이 실행되기 전에 그것이 불법적인 것이 된다는 것 외에 아무것도 모르는 경우, 새로운 상업분야에서 발생하는 자신의 재산을 위험에 빠지게 하려 할 것인가? 그의 사전 준비 노동 및 금원의 투자가 불안정한 정부에 의하여 인정되지 못하고 희생될 우려가 있음에도 그에 대한 아무런 보장이 없다면, 어떤 농부나 제조업자가 정부의 경작사업이나 제조시설 투자를 권유하는 정부의 정책에 선뜻 나서 투자로 나아가려 할 것인가?

단언컨대, 이러한 상황이 계속된다면 안정된 정부정책과 시스템에 의한 보장이 필요한 경우 국가 경제의 발전이나 갈채를 받을만한 기업의 성공은 무망할 것이다. 그러나 많은 문제들 중 가장 통탄할 것은 수 많은 연약함의 징표들을 제거하고 그러한 징표들의 피상적인 희망들을 끌어 내릴 수 있는 시민들의 진정한 심장에 스며든 소속감과 경외감이 나날이 작아지고 있다는 점이다.

개인과 마찬가지로 어떤 정부도 진정 존경할만한 점이 없는 경우 그 존경은 오래 갈 수 없다. 또한 일정 수준의 질서와 안정이 없이는 그 정부에 존경할만한 점이 있다고 할 수 없을 것이다.

## Chapter 3. 법은 인격이다: 불문법 전통의 계승

### 제 1. 알버트 다이시 알기.1

#### I. 서언

다이시는 19세기 영국의 공법학자로서 헌법학은 물론 행정법, 비교공법, 법철학 분야에 많은 업적을 남겼다. 그가 살던 19세기는 미국의 독립과 발전이 진행되면서, 국제정치적 관점에서 유럽의 지배력이 여전한 시대라 할 수 있다. 우리가 살고 있는 현재의 국제정치경제질서는 두차례의 세계대전으로 정치적으로는 유엔 중심의 5대 강대국에 의한 안전보장체제, 경제적으로는 브레튼우즈 체제를 통하여 이루어지게 된다.

필자가 알버트 다이시에 관심을 갖게 된 것은 국제정치와 법학은 무관하지 않다는 필자의 소신에서 연유한다. 다른 또 하나의 이유는 첫번째 이유와도 관련이 있지만, 우리의 공법학계에 영국의 공법학에 대한 소개가 미천하다는 현실에 있다. 2차 세계대전으로 인한 새로운 국제정치경제질서는 수 많은 신생독립국들을 탄생시켰다.

이러한 나라들은 대부분 미국식 대통령제나 영국식 의원내각제 또는 유럽대륙의 이원집정부제 정부형태를 취하게 된다. 유럽 강대국들에 의한 제국주의 시대로부터 새로운 5자 세력균형 집단안전보장체제에 중국과 러시아의 사회주의 법체제를 더하면 이러한 법문화의 확산을 이해할 수 있다.

법은 정치적 정서와 함께 사회 문화적 요소가 짊어므로 패전국으로 비난받는 독일이지만, 프랑스와 함께 대표적 대륙법계 국가로서 바이마르 헌법 또는 본 기본법 및 성문 민법 등이 수 많은 독립국가들에게 모범법 비슷하게 영향력을 행사한 것은 당연하다.

그런데 불행하게도 영국식 의원내각제 정부형태에 대한 연구는 산더미 같이 많아도 다이시의 학술세계를 알 수 있는 번역서 하나가 없는 것이 우리의 현실이다. 법이나 그 배경이 되는 법철학에 대한 이해는 단순한 정부형태론을 넘어 보다 심원적이고 다원적인 성격의 것이다.

국제정치는 칸트식 이상주의 전통에 따라 이데아 같은 세계정부를 그리기도 하지만, 권력과 주권국가 개념에 바탕하여 강고한 현실주의 체계가 뿌리 깊고 그 중핵적 원리는 메테르니히식 세력균형 정책이라 할 수 있다. 그리고 미국의 독립전쟁은 신대륙에서의 프랑스와 유럽 강국의 세력균형 정책이 발현된 케이스라 할 수 있다.

국제정치는 이념이나 경제적 사회적 역학관계와 무관하지 않다. 따라서 순수 국제정치학자들은 독립전쟁이라 부르지만, 이념이나 경제적 갈등에 포커스를 맞추는 경우 독립혁명이라 부르게 된다. 프랑스 등 유럽 국가들의 지원을 받은 식민지국은 결국 당시 세계 최강대국인 영국군을 격퇴하고 독립을 이루어 내게 된다.

미국의 독립은 세계사적으로 중요한 의미를 갖는다. 지금도 강고한 영국식 의회주권으로부터 명실상부한 대중 민주주의 즉 국민주권이 신대륙에서 실현되게 된

다. 법학적 관점에서는 최초의 성문헌법이 탄생되면서 헌법에 의한 지배가 명확해졌다는 점을 들 수 있다. 불문법에 대한 성문법의 장점이 명확성에 있는 것은 주지의 사실이다.

미국의 독립은 다이스가 활동하던 19세기 국제정치를 새로운 세력균형체제로 만들게 된다. 19세기 초 루이지아나 퍼처스로 프랑스는 신대륙에서 퇴각하게 되고, 19세기 중엽과 말엽에 이르게 되면 독일이 하나의 민족국가로 통일을 이루면서 영국 프랑스와 함께 제국주의 쟁탈전에 합류한다.

아직은 유럽에 대하여 강대국이라 할 수 없었던 미국은 남부의 농업중심 경제 북부 상공업 중심 주들간의 갈등이 깊어지고 그 틈새에서 노예무역을 이용한 영국 등 유럽국가들의 세력균형 정책으로 남북전쟁이 발생하게 된다. 링컨에 의한 남북전쟁의 승리는 제 2의 건국이라 할 수 있고, 미국 역시 독일 비슷하게 국제정치 무대에 하나의 민족국가로 등장하면서 제국주의 쟁탈전에 합류하게 된다.

## II. 다이스의 법철학 세계

그의 영국헌법에 관한 주장은 세가지로 간추려 볼 수 있다. 첫째는 의회주권(Sovereignty of parliament)이고, 둘째는 법치주의(Rule of law), 셋째는 헌법관행(Convention of parliament)이다.

### 1. 의회주권

그는 의회주권과 관련하여 "영연방 제국 의회와 연방의 식민지국

예컨대 1884년 뉴질랜드와 같은 자치 식민지국 의회와의 관계는 어떠한가?" 마찬가지로 "제국의회와 영연방 자치령(Dominion)이 된 1914년 뉴질랜드 의회와의 관계는 어떠한가?"라는 첫번째 질문을 던진다.

질문에 대한 답을 위하여 그는 속국 시절이나 자치령으로 독립한 시절이나 제국의회와 뉴질랜드 의회와의 관계는 변하지 않았다는 사실을 알아야 한다고 주장한다. 그 주장은 제국의회의 입장이 변하지 않았다는 현실과 부합한다.

그는 법원칙 1에서 제국의 이해(imperial interest)에 관련된 문제에 관하여 제국의회는 속국(colony)이 자치령(dominion)이 된 이후에도 여전히 자치령에 적용될 법을 제정하거나 자치령에 대하여 기타 주권적 권한을 행사할 수 있다고 한다. 법원칙 1은 거의 대부분 직접적으로 또는 간접적으로 제국의 이해에 관련된 문제에 국한되어 효력을 발휘한다고 보았다.

그의 법원칙 2는 영연방은 제국의회가 제정한 제국의 법을 수정하거나 개정할 수 있는 권한을 새로운 자치령들에 대하여 부여하지 않았다고 기술하고 있다. 또한 자치령 스스로 국제조약을 체결할 수 있는 권한 역시 부여하지 않았다고 판단한다.

마지막으로 자치령이라 하더라도 영연방과 외국과의 전쟁에서 중립적 지위에 있을 수 없으며, 통상의 경우 영연방 국가 전체에 대하여 지원되지 않는 외국정부의 은전을 수령하여서는 안된다는 법원칙은 여전히 효력을 보유하고 있다고 한다.

그의 법원칙 1과 2는 미 연방헌법이 채택하고 있는 연방시스템

즉 연방과 주간의 관계를 그대로 복사해 논 것 같다. 연방정부와 주정부간의 핵심적 연결고리가 연방의 이해(federal interest)인 것은 주지의 사실이다.

19세기 헌법학자이자 공법철학자라 할 수 있는 다이시가 미 연방 헌법과 연방주의자의 보고서 같은 미국의 시스템에 영향을 받은 것으로 볼 수 있다. 그는 법원칙 3에서 미국의 주정부와 같은 자치령의 자치권을 인정하고 있다.

그에 따르면 제국의회는 기존 자치령 및 새로운 자치령에 대하여 자치권과 신성한 독립에 걸맞는 도덕적 권리를 인정하였다고 보았다. 따라서 자치령 정부는 자신의 영역내에 관련된 모든 문제에 대하여 모든 수준의 통치권을 자유롭게 행사할 수 있으며, 영연방의 일원으로서의 지위를 보유하면서 자연법칙(nature of things)에 따라 자치령에 인정되어야 할 모든 통치권을 행사할 수 있다는 것이다.

그는 법원칙 4에서 1907년 이후 이전에 볼 수 없었던 영연방회의(Conferences)의 국제적 성장을 지적하고 있다. 그리고 뉴질랜드(New zeal land)라는 국가 이름이 시사하듯이 19세기 이후 느슨해져가는 영연방 제국주의 시스템이 새로운 열정의 자치령에 의하여 일신되고 있는 현실에 주목하였다.

19세기 말 20세기 초 뉴질랜드와 같은 여러 식민 피지배국들은 자신들의 자율적 통치권을 확대하고 싶어 하였고, 이는 자치령들의 영연방회의 소집권을 인정하기에 이른다. 미국의 헌법회의가 연방헌법의 제개정을 위하여 소집되는 것과 비견될 수 있다.

이전 체제가 불문헌법에 기반하고 있어 제국과 식민지 또는 자치령과의 관계가 모호할 수 있고, 대부분의 영역이 바다로 인하여 산재되어 있는 현실에서 제국과 이들과의 관계가 실질적 견련성이 희박한 느슨한 시스템이라면 이는 새로운 발전이라 할 수 있다.

식민지로부터 새로운 자치령이 된 나라들은 이제 실제적으로는 프랑코포니아 같은 외교적 결합체이면서 법제도적으로는 미국과 비슷하면서 약한 연방시스템으로 한단계 도약 발전하는 계기가 된다.

## 제 2. 알버트 다이스 알기.2

### I. 서언

그는 두번째 질문을 던진다. 영연방과 그 자치령 간의 관계를 변경 시키는 영연방 의회의 입장 변화는 어떠한 의미를 갖는가? 이에 대한 답을 위하여 빅토리아 여왕 시대 한 정치가의 소위 "식민지 문제(colonial problem)"에 관한 코멘트를 인용한다.

식민지 문제는 두가지 차원에서 검토될 필요가 있는데, 그 하나는 "집권화(centralization)"로 인하여 사소한 문제를 제외하고 모든 정부의 권한이 다우닝가에 집중되고 있다는 것이다. 다른 하나는 "해체화(disintegration)" 문제로 이제 정치적으로 성숙한(political manhood)식민지들은 미주의 식민지들 처럼 벌처럼 독립하여 (hivings off)사라져야 할 당위성의 문제이다.

이는 정치적 군사적으로 위험(hazards)하거나 쓰디 쓴 강압(embitterments of coercion)이 요구될 수 있으므로 이를 항상 경계하여야 한다. 빅토리아 시대 정치가의 코멘트는 매우 명백하고 사실에 바탕하고 있다. 그러나 정치가의 코멘트와 달리 다이스가 보기에 영연방과 식민지국의 제국에 대한 통치체계와 헌법적 관계에 대한 서로의 의중은 일견 외관상 명백히 보이는 것과 달리 훨씬 복잡한 문제를 배태하고 있다.

Asquith 같은 영국의 정치가들은 공적 차원에서 여전히 영연방 속국들에 대한 활발한 통제권 행사를 주장하지만, 내심 그 필요에

대하여 회의하고 있는 것이 사실이다. 한편으로 활발한 통제권 행사가 진정한 영연방의 이익을 창출할지, 다른 한편 신중한 대처(course of prudence)가 영연방과 속국이 우호적 분리 독립(friendly separation)을 이룰 때까지 양자의 복잡한 문제들을 현재 상태로 유지하는데 기여할 수 있을지 의문을 품고 있다.

## II. 법의 지배

법의 지배는 영국헌법에 있어 가장 중요하고 본질적 요소라 할 수 있다. 영국에서는 어떠한 자라도 법에 따라 명확히 금지된 행위로 나아가지 않는 한 형사적 제재를 받거나 민사 손해배상의 책임을 부담하지 않는다. 모든 사람들의 권리와 책임이 헌법에 따라 정해지는 것은 극히 일부분이다. 그들의 권리와 책임을 정하는 것은 보통법 법원(ordinary court of realm)이며, 헌법이 기초하고 있는 자연적 질서이다. 따라서 영국에서의 법의 지배는 보통법 법원의 전통과 불문헌법의 전통에 뿌리를 두고 있다.

다이시는 법의 지배에 대한 오랜 전통은 속국의 자치령화 등 본국과 식민지국 간의 정치적 역학관계 속에서 법과 법관들에 대한 불신을 담은 실제 입법을 통하여 법 아닌 다른 방법을 통하여 영연방의 사회적 정치적 목적을 달성하려는 과정에서 현격하게 약화되어 가고 있다고 주장한다.

당시 영국은 입법을 통하여 사법적 준사법적 권한을 정치적 영향력으로부터 자유로울 수 없는 집권당 공무원들에게 부여하였다. 대표적 입법으로 1911, 1913년 보험법(National Insurance Act), 국내세위원회(Commissioners of Inland Revenue Act), 1910 재정법(Finance Act), 1911 의회법 s.3 등을 들 수 있다.

특히 1911 의회법은 하원의장의 결정에 대한 공인인증서에 관하여 그것은 영연방의 "모든 목적상 최종적(conclusive for all purposes)"이며 인증서에 대한 법원의 사법심사권을 원천적으로 박탈하고 있다.

1911 의회법을 엄격하게 해석하는 경우 하원 의장인 수상이 자신의 당파를 위하여 또는 자신의 개인적 사익을 위하여 인증(certificate)에 서명하는 경우 어떠한 법원도 그를 처벌하거나 감옥에 보낼 수 없게 된다. 역사적으로 영국의 하원이 하원의 수권하에 권한을 행사하는 자들에 대하여 사법적 간섭을 행하는 사법부를 질시해 왔던 것은 의심의 여지가 없다.

의회가 우려하고 관심을 갖는 문제에 대하여 계획적으로 법을 적용하는 사법부를 배제하였다면, 의회는 더 이상 사법적 결정을 사랑하지 않는다는 것을 쉽게 알 수 있다. 사람은 누구나 자신의 본능에 따라 자신과 자신이 속한 계급에 유리한 정의를 욕망하리라는 것은 자명한 진리이다. 그러나 다른 한편 이웃을 위하여 자신의 이익을 초월한 뭔가 다른 결정을 내리려는 욕망 또한 인간의 본성이다. 노동조합은 이타적 본성이 발현될 수 있는 대표적 경우이다.

영국 법치주의에 있어 중요한 한 부분인 법에 대한 존경은 이제 반대로 법과 법관에 대한 불신과 법의 부존재(lawlessness)를 선호하는 사회적 인식이 확산됨으로써 붕괴하고 있다. 법에 따라 처벌받는 경우 범죄자들은 과거와 달리 법의 위반은 부도덕한 행위(act of immorality)라고 인식하지 않는다. 이제 부정행위자(cheats), 소매치기(pick-pockets), 강도(burglars) 등 범죄자들은 자신이 잘못을 반성하지 않는 경향을 보이며, 시민들은 법보다는

정치에 의한 해결을 정당시한다.

20세기로의 전환기 전후 30년 동안 영국 공법(official law of England)과 프랑스 행정법은 정도는 약하지만 상호 접근하는 양상을 뚜렷하게 느낄 수 있다. 오늘날 영국에 있어 공무원들의 권한과 책임을 확대하는 성격의 법들은 많은 책과 논문에서 학자들이 지적하듯이 정부와 관료들에 관한 법 영역에서 희미하게나마 프랑스 행정법의 면모를 가진 법들을 생산하고 있다.

사법 중심의 보수적 법체계의 특성을 가지고 있던 영국법 체계에 변화가 일어 나고 있는 것이다. 전통적으로 영국에서 행정공무원(civil servants)은 법원에 의한 사법적 통제 위에 균림할 수 없다. 그러나 최근의 법, 예컨대 보험법 같은 경우 정부와 밀접한 관련이 있는 행정공무원에게 준 사법적 권한을 부여하고 있다.

나아가 영국법 일부 영역에서는 사회주의 아이디어에 영향을 받은 공법화 현상(officialized)이 현저하게 나타나고 있다. 이는 최근 프랑스 행정법에서 볼 수 있는 사법화 현상(judicialized)에 역행하는 것이라 할 수 있다. 역사적으로 보다 사적 영역과 공적 영역을 엄격하게 가르고 불문헌법과 사법 중심의 사법 체계와 법철학을 발전시켜 온 보수적 성격의 영국이 프랑스 보다도 더 사회주의적 길로 나아 가고 있다고 다이시는 지적한다.

이제 프랑스의 경우 공법법원인 국참사원의 권한 절대적이던 시대는 지났다. 공적 문제에 대하여 갈등법원(Conflict Court)의 개입으로 사적 영역에 관한 법, 즉 민사 및 형사 문제를 다루는 최고 법원인 파기원(cour de cassation)과 공동으로 중요한 결정을 하여야 한다.

### III. 법의 지배와 프랑스 국참사원

프랑스 국참사원은 최근의 개혁으로 인하여 사법적 결정을 위하여 행위하는 경우 과거와 달리 관련 행정부처인 법무부가 회의를 주관하지 못한다. 여기서 주목할 점은 최근의 경향 즉 영국에 있어 행정관련 법(official law)이 발전하고 프랑스의 경우 반대로 국참사원이 사법화(judicialization)되고 있다고 하여 영국에 행정법원 체계가 들어서고 있다거나 진정한 행정법이 존재하게 되었다고 오해하여서는 안된다는 점이다.

당연히 프랑스의 경우 여전히 국참사원과 갈등법원은 행정에 관한 최고의 권위를 부여 받고 있다. 국참사원과 갈등법원의 구성원들은 여전히 영국의 고등법원(High Court)이나 프랑스의 보통법원(French Common law)의 재판관처럼 헌법이나 법률에 따라 정년보장을 받지 못하고 있다.

국참사원의 구성원은 일반적으로 해임되지 않는다. 그러나 법상 여전히 해임될 수 있으며, 실제 회의를 주재하는 경우는 적지만 법상 행정기관인 법무부 장관이 기구의 의장이 된다. 예컨대 갈등법원의 의견이 갈리는 경우에는 법무부장관이 회의를 주재하고 결정권도 행사한다. 실제로 복잡하고 어려운 사건의 경우 대부분 법무부 장관이 주도하여 결정권을 행사한다고 하여도 과언이 아니다.

프랑스 사법제도에 대하여 잘 알지 못하는 외국인의 경우 국참사원이나 갈등법원이 실제 행정청인 법무부의 희망과 의견으로부터 얼마나 독립되었는가 하는가를 알아 보고 어떤 의견을 말해야 한

다면 매우 놀라고 당황할 수 밖에 없을 것이다. 나아가 갈등법원이 더욱 사법적 성격이 되어야 하는가의 문제를 두고 국외자인 외국 비평가와 프랑스인들 사이의 인식차는 매우 크다.

외국 비평가가 보기에 국참사원이나 갈등법원 조직을 위한 기본법에 따르면 법무부 같은 행정청으로부터의 독립이 보장되어 있지만, 실제 운용의 현실은 영국의 법원과 달리 행정청의 영향력하에 있다. 대부분 행정청의 희망이나 의견을 대변하는 결정을 내리고 있는 것이 현실이다.

정부와 긴밀하게 밀착된 국참사원이나 갈등법원은 국가에게 부여된 기능을 수행하고 권한을 행사함에 있어 영국의 어떤 공무원들보다 막강하며 그 권위와 명성을 인정받고 있다. 특히 프랑스의 경우 형사절차는 엄격히 정부 즉 행정부의 영향력하에 통제되고 있는 현실이다.

행정법과 관련 분쟁은 매우 빈발하므로 국참사원의 최근의 성공으로 인한 국민의 신망은 더욱 커지고 있다. 그에 따라 국가는 고의 및 착오 또는 과실에 의한 불법행위로 인하여 발생한 손해에 대하여 개인에게 배상하는 것은 물론 그러한 주관적 귀책사유가 인정되지 않는 경우에도 법의 집행으로 인하여 타인보다 더 많은 손해를 피몽한 개인, 즉 특별손해(special damages) 역시 배상하여야 한다는 국가배상에 관한 법원칙을 확대 적용하고 있다.

또한 국참사원은 공무원의 어떠한 불법행위도 그것이 위법임이 입증되면 국참사원에 의하여 무효임이 선언된다는 법원칙을 널리 확대하였다. 그런데 국가의 개인에 대한 배상책임의 확대는 새로운 법적 효과를 가져 오게 되는데, 바로 공무원을 보다 두텁게 보호

한다는 것이다.

다시 말하면 국가가 공무원의 불법행위에 대한 책임을 스스로 인정하는 경우, 피해를 입은 개인들은 자신에 대한 직접적 불법행위자인 우편배달부나 경찰관에 대하여 손해를 추궁하는 것이 아니라 국가에 대하여 자신의 피해에 대한 배상을 구하게 되는 것이다. 프랑스 행정법의 영향력에 대한 한가지 사실은 영국인들에게 교훈을 준다.

헌법에 관한 책들을 통하여 배울 수 있는 것은 행정청의 독립과 자율성이 개별적으로 여러 행정부서에 부여되어 있는 것이다. 예컨대, 우편행정 사무는 우편행정사무를 처리하는 공무원들이 독립적이고 자율적으로 처리할 수 있게 되어 있다. 영국의 경우 의회 중심적이고 중앙집권적인 정부 시스템이 개별 공무원 노조를 통하여 분권화되는 것과 달리 프랑스의 경우 의원내각제 정부형태의 부진한 전통을 행정청의 분권화와 다원화를 통하여 해답을 찾으려 하고 있는 것이다.

따라서 영국이 의회주권과 불문헌법 관행을 통하여 정치 중심적이면서 노동조합을 중심으로 보다 시장과 경제의 자율을 강조하는 체계라면, 프랑스는 행정법을 중심으로 권위적이고 관료적이며 경제에 있어 시장보다는 정부가 중심에 서게 된다. 이러한 다이시 시대의 전통은 지금까지도 이어져 영국과 미국의 경우 80년대 신자유주의로 인한 기업의 사영화와 공무원의 감축, 프랑스는 연금 개혁과 관료제의 문제 같은 고질적 병폐를 노정하고 있다.

요컨대 다이시 시대 프랑스의 행정법과 관료제는 독립채산제 같은 형태로 발전한다. 환언하면 행정부처 공무원 집단의 전문지식 경

영과 자율경영, 자율경영에 대한 책임 등의 원리가 도입된다. 그리고 양질의 경영으로 인한 수익은 사고나 불법행위로 인한 배상 책임의 재원이 된다. 이들은 국가에 의무를 부담하는 공무원의 지위를 가지므로 영국의 경우와 달리 노동조합을 조직하거나 어떠한 방법으로든 우체국의 경영을 파탄나게 하는 파업 등을 할 수 없다.

#### IV. 불문헌법의 전통과 헌법관행

다이시는 의회주권과 법치주의와 함께 그의 세번째 주제인 헌법관행, 즉 영국의 불문헌법 전통에 관하여 논한다. 물론 이때 지난 30년이란 뉴질랜드 자치령 운동이 상징하는 제국과 식민지국 간의 새로운 헌법관계가 문제되면서 세계사적으로 제국주의가 치열한 시험대에 오르게 되는 제1차세계대전 발발전까지 아직은 3차 세력 균형체제하에 있던 시절을 의미한다.

다이시는 세가지 질문을 던지는데, 그 첫번째 질문은 영국 불문헌법의 전통에 관하여 지난 30년간 어떠한 특별한 변화가 있는가 하는 질문이다. 그는 두가지 차원에서 중대한 변화가 있었다고 주장한다. 그 하나는 기존 불문헌법의 묵인(Mere conventions)이라 할 수 있는데, 이는 새로운 식민지국들의 자치령 요구에도 기존 불문헌법의 전통과 내용이 영연방과 자치령의 현실에 조율되어 그대로 효력을 유지하는 경우이다.

이렇게 유지되는 불문헌법의 관행은 주위에서 쉽게 볼 수 있는데, 글래드스톤이나 디즈레일리 같은 보수당 정부의 수상들이 하원의원 선거에서 패하는 경우 의회의 회합과 토론 없이 수살직에서 물러나는 불문헌법 관행이다. 이러한 관행은 1868, 1874, 1880, 1886년 네번에 걸쳐 그대로 준수되었다.

다른 하나는 성문화된 헌법(Enacted constitutions)이라 할 수 있는데, 대표적 예가 1911년 의회법(Parliamentary act)이라 할 수 있다. 대중민주주의 헌법인 미국 등 기타 성문헌법 국가들의 경우 헌법의 경성성으로 인하여 헌법의 제정이나 개정은 일반 의회제정 법률보다 복잡하고 어렵다.

그러나 의회주권과 의회민주주의 전통을 발전시켜 온 영국의 경우 의회가 헌법사항에 관하여 입법권을 행사한 경우 다른 국가의 성문헌법과 같은 성격의 법이 만들어진다. 1911년 의회법이 그러한 경우에 해당한다. 1911년 의회법은 여러 의미를 던지고 있다.

첫째, 입법절차에 있어 상원과 하원간 관계가 불문헌법에 기초하여 모호했던 관행에서 성문법 형태로 명확하게 규정되었다. 둘째, 의회법으로 인하여 하원 다수에 의하여 거부된 입법안을 왕이 자신의 특권을 이용하여 상원을 매수하고 법률로 성안할 수 있는 여지를 완전히 철폐하지는 않더라도 결정적으로 제한할 수 있게 되었다.

의회주권과 의회민주주의를 실행하는 영국이지만, 모호할 수 밖에 없는 불문헌법 관행으로 인하여 역사적으로 왕이 상원을 이용하여 민주주의를 훼손할 사례가 역사상 한번 있었다. 1712년 앤 여왕의 사례가 그것이다.

그 이전 1689년 의회는 명예혁명을 통하여 왕정으로부터 확실한 의회정을 수립하였고, 앤 여왕 사례 이후 왕과 의회간의 모호한 절차와 기관간 권한 획정에 대하여 무엇이 헌법관행인가를 확실하게 했던(certainty) 몇가지 성문 입법례가 있다.

윌리엄 4세의 기도는 1832년 "위대한 개혁법(The Great Reform Act)"에 의하여 꺾였고, 조지 5세의 상원과의 연루 시도는 1911년 의회법 제정으로 이어졌다. 의회법 제정으로 왕은 상원을 강박하여 영국민의 뜻에 따른 입법을 하도록 할 수 있는 왕의 특권을 무력화 하였다.

왕은 "상원이 거부한 법률안 통과를 희망하는 경우 2년 이내에 입법안을 의회에 제안하여야 하고 상원이 반대하는 경우 이를 무력화할 수 있는 권한"까지도 인정하였다. 양원제 국가인 영국에서 법이 제정되는 절차는 실질적으로 하원에게 있고, 형식적으로 상원의 추인을 거쳐 왕이 최종적으로 재가하는 과정을 거친다.

이때에 왕이나 상원, 특히 왕이 법률안에 반대하거나 상원에 의하여 거부된 법률안을 국민의 뜻이라는 이유로 법으로 재가하려는 의사를 가질 수 있다. 그런데 1911년 의회법으로 인하여 왕과 상원은 상호 견제 관계가 되어 독자적으로 어떠한 결정권도 행사할 수 없게 되고 입법에 대한 최종적 결정권은 결국 의회 즉 하원에 집중될 수 있게 된 것이다.

셋째, 의회법 제정으로 인하여 의회는 자신의 임기 동안 해산되지 않고 계속 헌법상 권한과 책임을 유지할 수 있게 된다. 왕이 필요로 하는 경우 의회를 해산할 수 있는 왕의 불문헌법상 특권이 의회법으로 인하여 명문으로 부인되게 되고, 의회는 통상의 임기인 5년동안 유효하게 존속될 수 있게 된다.

프랑스의 경우 4년 임기의 하원은 상원의 동의 하에 대통령에 의하여 해산될 수 있다. 대통령의 의회해산권이라는 헌법상 대권은

역사상 오직 한번 행사된 적이 있는데, 이러한 선례는 그 희귀성만큼이나 프랑스 사람들이 따르기 싫어하는 선례가 되고 있다.

요컨대 역사적으로 왕의 의회해산권은 자신을 승인한 하원을 부인하고 정치적 결정을 다시 영국민의 의사에 맡기게 되어 의회민주주의의 중요한 가치를 이루고 있으며, Bagehot 같은 학자는 미국 헌법에 대하여 영국 헌법이 우수한 한 예가 된다고 설명하기도 한다.

넷째, 의회법은 하원에게 국민 다수의 의사에 반하는 결정을 할 수 있도록 광범위한 권한을 의회에 수권하였다. 이는 의회법 체계와 내용에 비추어 볼 때 명백하고 다툼의 여지가 없다. 예산을 수반하는 법률안에 선거구민이나 국민이 반대할 수 있다는 것은 부인할 수 없다. 그러한 법률안에 소수이지만 발언권이 강한 아이리쉬 사람들이 반대할 가능성도 배제할 수 없다.

하원에 의해 거부당한 법률안이 지난 30년 동안 2번에 걸쳐 국민의 승인을 받은 것 역시 역사적 사실이다. 국민에게 물어 보아야 한다는 다수 여론에도 하원이 냉엄하게 관심을 두지 않은 것 역시 역사적 사실이다. 따라서 이러한 모든 사실을 알고 있는 중립적 관찰자라면 영국의 의회민주주의는 국민의 뜻에 반할 수 있다는 것을 쉽게 인정할 수 있다.

다섯째, 영국의 의회법은 하원의장의 지위와 성격에 중대한 변화를 가져 오게 되었다. 종래의 하원 전체를 대표하고 이끄는 중립적이고 사법적 성격의 위상은 영국 의회민주주의 역사를 통하여 영국에서의 명예로 여겨져 왔다. 또한 대부분의 위대한 하원 의장은 그러한 위상에 걸맞게 행동한 자들이었다.

환언하면 역사적으로 하원의장은 단순한 다수당의 당수나 봉사자가 아니었던 것이다. 이는 영국이 세계사적으로 다른 나라가 이룰 수 없었던 많은 업적을 이룰 수 있었던 원인의 하나이다. 이러한 헌법관행은 도덕적 승리로 인식되고 있으며, 한 회기에 선출된 하원 의장은 다음 임기 의회의 정치적 성격과 무관하게 새로운 의회 임기 개시와 함께 계속하여 재선출되는 불문헌법 관행을 창출하였다.

자유당이 다수 의석을 차지하여 자유당의 당수가 보수적 의회에 의하여 하원의장으로 선출된 경우 보수당이 선거에서 계속 집권한다면 이전 선출된 하원 의장은 국민의 신임 하에 관례적으로 연임한다. 새로운 의회법은 법률안의 통과에 있어 하원의장의 권한을 확대 강화하였다.

불문헌법과 헌법관행에 대한 다이시의 두번째 질문은 이러한 최근 변화의 기본 특징은 무엇인가라는 것이다. 그의 이에 대한 답은 하원 다수당의 권한을 확대 강화하는데 그 기본적 특징이 있다는 것이다.

즉 의회의 다수당이 입법에 관한 통제권을 완전히 장악하고 국가 전체를 장악하는 모든 정부기관 즉 의회와 내각을 통하여 통치권을 행사하는데 제약이 없게 하는 것이다. 다이시의 설명에 따르면 미국과 같은 권력분립주의 정부형태와 달리 권력융합형 정부형태인 의원내각제에 철저한 개혁이 최근 이루어진 것이다.

이는 정당정치의 경직성과 강점(rigidity and strength of the party system) 지지하고 강화하는 것이다. 이러한 최근 개혁은 거의 전적으로 동일한 한방향을 향하고 있는데, 그것은 의회의 지

도자들은 자신들의 정당내 정치과정을 통제하고 내각은 다수당을 지도하는 지위의 자들에 의하여 채워진다는 것이다.

반대당의 지도자들은 이후 선거에서 승리하여 의회 다수당이 되고 내각을 구성하겠다는 희망을 가진 자들로 구성된 당이 된다. 미국과 같은 국민주권주의 국가와 달리 선거구민들은 주권자로서 형식적으로 최고성(nominally supreme)을 가질 뿐이다. 선거를 통한 정권교체를 이루는 과정에서 역할할 뿐 모든 것이 의회와 내각 중심적 정치과정이다.

과거와 달리 다수당 의원이라 하여 당연히 하원에서 연설하는 경우는 찾아볼 수 없다. 최근의 개혁으로 다수당의 지도급 인사들, 즉 하원의장이나 내각의 구성원들에게 권력이 집중되는 경향을 보이고 있다.

히틀러의 수권법에 버금가는 권력집중이 이루어지고 있다고 보이지만, 총통제와 달리 수상과 내각이라는 과두제와 의원들간 평등한 동료의식, 상징적 군주의 존재, 일찍 개혁한 식민제국주의로 인하여 영국정부는 전전 독일 정부와 달리 전체주의로 발전하지는 않는다. 다만 다이시 시절 의회법 개혁으로 전통적 융합형 의원내각제 정부는 수상과 내각에 권력이 집중되는 권력집중적 의원내각제 정부형태로 개혁이 이루어지는 것이다.

60년전 크리미아 전쟁 당시의 영국 정치 경험을 회상할 수 있는 사람이라면, 정부나 야당 같은 정치 행위자들이 주의를 기울여야 할 로벅(Roebuck), 라운델 파머(Roundell Parmer), 콕덴(Cobden)등의 경구가 현실로 나타난 사례들을 기억할 것이다. 입법과 통치행위는 실제 내각의 주도적 산물이 되어야 한다.

하원의 화려하고 장엄한 의식 같은 정치과정은 헌법적 관점에서 말한다면 더이상 과장되거나 재확인되어서는 안된다. 진실한 국민의 관심과 입법의 필요성은 하원과 의회보다는 내각에 의하여 확인되고 주도되어야 한다.

그의 세번째 질문은 다음과 같다. 지난 30년의 경험이 영국 불문헌법의 관행에 대한 준수를 강요하고 위반시 제재를 가하는 것이 영국의 불문헌법과 법치주의간 긴밀한 관련성이 있다는 우리의 이론을 증명하는가 하는 물음이다.

불문헌법 관행과 법치주의와의 관계에 대하여 다이시는 예와 함께 많은 설명을 부가하였다. 왜 의회는 반란법(Muntiny act)을 유지하고, 왜 매년 의회가 웨스트민스터에 소환되지 않으면 안되는가 라는 물음에 대한 답은 간단하다.

이러한 헌법관행을 준수하지 않는 경우 공직에 있는 모든 자는 영국의 법을 위반하게 되는 위험 또는 위반의 필요성을 감수하여야 하기 때문이다. 군대를 규율하는 법이 매년 국회를 통과하지 않으면, 이는 불문헌법 관행을 위반하는 것이 되고 군대에 대한 통제는 불가능하게 된다. 의회가 매년 웨스트민스터에 소환되지 않으면, 왕의 재정에 필요한 세금 재원의 확보는 법적으로 불가능하게 된다.

최근의 경우를 상기하면 정부의 관행이 법적 근거를 결하여 헌법 관행에 위반되거나 영국법을 침해하는 불편과 위험을 적나라하게 보여준다. 상원은 1909년 의회를 해산하기 위하여 관련예산안 의결을 거부하였다.

이러한 상원의 행동은 당시 상원의 법적 권한내에서 이루어졌지만, 그로 인한 정부과정에 미친 불편함은 새로운 의회가 구성되고 서야 잦아 들었다. 국내 소득세의 경우 오랜기간 법상 근거없이 하원의 의결에 기반하여 부과되어 왔다.

이러한 소득세 부과관행에 의하여 불이익을 입은 한 개인의 사례는 헌법관행과 법의 지배 원칙간의 긴밀한 관계를 여실히 보여 준다. 그는 은행을 통하여 그에게 지급된 소득액에서 영국은행이 이미 공제한 소득세액이 법상 권한 없이 부과되었다고 주장하면소 그 환급을 주장하는 소송을 제기하여 승소하였다.

승소한 깁스 보올리 사례는 법치주의 원리가 파워풀하게 작동한 대표적 사례로 손꼽히고 있다.

### 제 3. 알버트 다이스 알기.3

다이스의 프랑스 공법체계에 대한 비교 분석은 정부와 시장 공적 영역과 사적 영역이라는 이분법적 구도에 천착하고 있다. 가정과 같은 사적 영역은 신성하고 법도 함부로 할 수 없다거나 민주 정부의 시작을 사회계약론이라는 사법적 계약에서 구하는 사고방식, 법원과 사법 중심의 법인식, 공법 영역은 법보다 정치와 의회 영역이라는 17세기 이후 영국인의 독특한 근대법사상이 다이스의 사상세계에 그대로 반영되어 있는 것이다.

유럽대륙으로 부터 자유로운 섬나라라는 독특한 자연적 배경은 인간과 철학 세계에 영향을 미친다. 차알스 다아윈의 진화론 같은 것은 자연에 대한 관찰에서 시작하여 사회사상 까지도 영향을 미치게 되고, 지적 학문적 방법도 귀납법적 특성을 가지게 된다. 이는 데카르트식 연역법에 대비된다. 이러한 지적 전통은 사적 영역에 대한 믿음과 시장중심적 사회과학으로 이어지게 되고, 정치 영역에서는 유럽대륙의 중앙집권적 정치전통이나 영국의 분권적 플뿌리 민주주의 사상을 낳기도 한다.

서양사의 기원을 이루는 영국과 유럽대륙 국가간의 이러한 차이는 보통법과 시민법, 판례법과 제정법, 불문헌법과 성문헌법 또는 불문법과 성문법, 영미법과 대륙법 등 법학 영역에서도 그대로 발현되고 있다. 다이스에게 있어 의회주권과 식민지국 문제, 프랑스 공법체계와 영국의 보통법의 지배(rule of law), 불문헌법 관행과 제국회의 등의 문제는 영국의 전통적 보텀 업(bottom up) 사고체계와 관련되는 것이다.

친구와 같은 식민지국, 정치기관이 제정하는 법이 아니라 보통사람들이 공감할 수 있는 상식에 기반한 보통법, 수상인 하원의장은 동료들 중 1인자에 불과하다는 소박한 인식, 위엄과 권위를 상징하는 국가자문기관이자 정치적 영역이라 할 수 있는 행정 문제를 좌지 우지하는 국참사원 보다는 사법 중심의 보통법 법원과 사법부의 독립, 지금까지도 성문헌법을 가지지 않고 불문헌법 관행을 유지하고 있는 것 등은 황제에 오른 나폴레옹이나 뢰벤스타인이 말한 현대판 황제 미국의 대통령 또는 대통령제 헌법시스템과는 차이를 가지는 것이다.

이미 7년전쟁으로 인하여 유럽국가들의 제국주의 쟁패는 영국의 승리로 일단락 되지만, 그후 미국의 독립전쟁으로 제국주의 쟁패는 또 한번 시험대에 오르게 된다. 프랑스 스페인 등 유럽국가들의 지원하에 미국이 승리함으로써 국제관계는 새로운 세력균형체제를 이루게 된다. 두차례의 혁명으로 의회주권과 입헌군주제 형태의 민주주의를 이루었다고는 하지만, 영국의 민주주의는 아직까지 세계화에 이르지 못하는 못하였다.

미국의 독립과 성문헌법의 제정으로 시민주권과 대중민주주의가 새롭게 등장한 것은 세계사적으로나 민주주의 역사에 있어 가히 혁명적인 것이다. 19세기 말부터 20세기 초 제1차세계대전 발발 전까지의 국제관계는 이러한 역사적 배경 하에 법학과 법철학에도 영향을 미치게 된다.

그 이전의 원시적 법실증주의와 자연법론, 그 이후의 현대적 법실증주의와 새로운 자연법론 또는 법의 도덕적 정당성에 관한 법철학이라는 이분법에서 시스템 디자인의 문제에 천착하는 보수적 법

철학이 융성하는 계기를 제공한다.

그리고 이는 이분법적 법철학 전통이 원리적이고 이념적인데 비하여 비교법적 접근방식의 성격을 보다 강하게 가지면서 국제정치나 지적 전통에 영향을 받는 현실적인 법철학이라 특징지을 수 있는 것이다. 따라서 이때의 법철학자들은 현실정치에 참여하거나 밀접하게 관련된 자들이다.

미국의 경우 연방주의자의 보고서를 작성하고 성문헌법 제정을 주도한 건국의 아버지들과 연방대법관들, 프랑스의 경우 나폴레옹의 이원적 최고법원 체계와 포탈리 등 성문 5법 제정을 주도한 4인의 법학자들을 그 예로 들 수 있다. 이에 비견되는 법철학자가 영국의 경우 알버트 다이시라 할 수 있으니, 다이시의 법철학자로서의 위상은 알려진 것에 비하여 매우 큰 비중을 갖는다고 보아야 한다.

후발 자본주의국으로서 뒤늦게 제국주의 경쟁에 뛰어든 국가들로 인하여 촉발된 두차례의 세계대전으로 유엔과 브레튼우즈 체제의 등장은 보편주의와 국제평화의 이상을 담은 새로운 세계정치경제 질서의 기초를 마련하였다.

세계적 차원의 치열한 두차례의 전쟁은 법과 현실정치의 갈등을 극명하게 노정하였다. 민주주의가 막 태동할 무렵 절대 왕권과 법의 도덕적 정당성 또는 보편적 가치를 둘러싼 법실증주의와 자연법론의 대립과 갈등이라는 이분법적 법철학 체계가 다시 새롭게 재연된다. 다른 한편 다이시 시대의 시스템 디자인에 초점을 맞춘 법철학 전통 역시 살아 남아 있다고 보아야 한다.

다만 다이시 시대의 법철학이 신대륙 미국, 영연방과 제국, 프랑스와 유럽대륙이라는 3분법적 체계를 통하여 비교법적 법철학의 특성을 보인다면, 새로운 국제정치경제질서 하의 시스템 디자인 관련 법철학은 유엔을 중심으로 한 국제관습법의 성문화 현상과 다양한 국제기구 창설로 국제법적 법철학이 융성하는 계기가 제공되고 있다.

전술한 바와 같이 법철학에 대한 새로운 이해, 즉 법학 분과별로 다양한 법철학, 즉 법철학의 전문화 다기화 현상을 필요로 하는 법환경이 발전하고 있는 것이다.

## 제 4. 알버트 다이스 알기.4

법철학의 사적 전개를 개관함에 있어 법실증주의와 자연법론은 중요한 이분법적 구도라 할 수 있다. 19세기 이전 근대적 법철학은 홉스의 근대적 성격의 법실증주의 이론 또는 로크나 루소의 자연법론에 의하여 대표된다.

이들의 법철학은 사회계약론에 바탕하여 입헌군주제의 정당성을 주장하거나 시민민주주의와 자유주의 헌법을 옹호하는 성격의 것이라 할 수 있다. 한편 로크와 몽테스키외는 권력의 분립과 정부형태 또는 권력간 견제를 주장한다.

로크는 그의 시민정부 이론에서 이권 또는 사권 분립론을 주장하면서 영국 헌정 시스템의 밑그림을 제공한다. 권력의 분립과 권력간 견제를 통하여 시민의 자유를 보장하자는 몽테스키외의 삼권분립론은 그것이 헌법과 정부형태를 도안하는 정태적 성격을 띠기 때문에 가장 보수적인 법철학이라 평가할 수 있다.

법의 정신이라는 저작을 통하여 19세기 미국 헌법을 디자인 하는데 결정적 영향을 미친 몽테스키외와 페더럴리스트 페이퍼를 저술하고 실제 미국헌법을 기초한 건국의 아버지들은 에드워드 코크경 또는 윌리엄 블랙스톤 같은 진보적 이념적 법철학에 기반하면서도 법철학적 디자인이더라 할 수 있다.

19세기에서 제1차세계대전까지의 시기는 이러한 시스템의 디자인에 초점을 맞추는 보수적 법철학의 전성기라 평가할 수 있다. 신

대륙의 발견과 자본주의 시민민주주의의 성장은 영국의 청교도 혁명과 이어지는 명예혁명, 미국의 독립과 프랑스 대혁명으로 그 이념적 혁명적 역정에 종지부를 찍는다. 이제는 민주주의와 커풀을 이루는 법치주의와 이를 뒷받침하는 법철학이 필요하게 된다.

19세기 이전의 법철학이 시민민주주의의 정당성을 뒷받침하는 이념적 진보적 성격의 것이라면 19세기 이후의 법철학은 미국헌법의 제정과 남북전쟁을 계기로 한 연방시스템의 보완 다이시의 보통법의 지배와 영연방 시스템 문제, 프랑스 포탈리(Portalis)의 근대 5법 성문법체계와 행정법을 중심으로 한 이원적 사법체계 등 제도와 시스템에 관한 법철학이 중심이 된 시기로 평가할 수 있다.

이러한 19세기 법철학은 스펙트럼 상 새로운 시민민주주의 이념과 새로운 국제적 역학관계 속에서 피어난 보수적 성격의 법철학이라 할 수 있다. 대표적 서방 3개국의 법철학이 보수적 성격의 것이라면, 민족국가의 통합이 늦어 뒤늦게 제국주의 쟁탈전에 뛰어들어 독일의 법철학은 급진적일 수 밖에 없다.

민족국가 이전 독일 지역은 유럽의 후진국가로 남아 있어 게르만 관습법이 지배하던 시기가 오래 지속된다. 일부 지역에 원시적 형태의 헌법이 존재하였지만, 독일 성문 민법은 비스마르크에 의한 독일 통일이 이루어진 이후 19세기 말경에나 가능하였다. 프랑스보다 80여년 이후 근대 민법이 만들어진 것이다.

다이시의 법철학은 19세기 중엽 이후 20세기 초 제1차 세계대전이 발발하기 이전 시기를 특징지운다. 환언하면 그의 법철학은 1860년대 대영제국이 전성기를 이루던 빅토리아 여왕 시절 부터

2014년 제1차 세계대전이 발발하기 바로 전 제국의 쇠락기를 설명하고 있다.

현실주의 국제정치학자들은 영국이나 프랑스, 즉 구세계의 세계패권은 두차례의 세계대전으로 실질적으로 와해되었지만, 승전국으로서 유엔 안보리 체제를 통하여 명목적 이념적 패권국가로 남게 되었다고 설명하고 있다. 국제정치를 바라 보는 관점에서 유엔을 중심으로 한 이상주의와 강대국을 중심으로 한 현실주의 이분법은 국제정치를 분석하는 기본적 패러다임이다.

이들은 수에즈 국유화 사태와 함께 미국과 소련의 압력으로 영국과 프랑스가 군대를 철수한 것을 구세계패권과 제국주의 국제정치가 막을 내린 상징적 사건으로 보고 있다. 영국과 프랑스의 제국주의 국제정치가 막을 내린 1956년 이전 이미 제1차세계대전 발발과 함께 이들 국가의 법철학과 법문화는 그 영향력을 상실하기 시작한다.

"법은 전쟁시에는 침묵한다"는 로마 황제 키케로의 명언도 있지만, 양차 세계대전은 제국주의에 종언을 고하고 새로운 세계정치경제 질서의 초석을 놓게 되는 계기가 되었다. 이는 그 질서에 걸맞는 새로운 법철학 법문화를 필요로 하게 된다. 그것은 홉즈나 존 오스틴 같은 법실증주의와 로크식 자연법론의 부활로 이어지고, 이 시기는 독일의 한스켈젠 영국의 하트 같은 대표적 법실증주의 철학자들이 활발하게 활동하게 되는 시기로 특징 지어진다.

켈젠과 하트로 대변되는 현대적 법실증주의는 로널드 드워킨 같은 현대적 자연법론자나 론 풀러 같은 제도주의 자연법론자들을 반력 삼아 20세기 법철학을 대변하게 된다. 영국과 미국의 법철학이 근

현대 법철학의 주류를 이루면서 헌법과 행정법의 발전은 전술한 바와 같이 헌법의 디자인 같은 보수적 성격의 법철학으로 이어지는 계기가 된다.

여기서 상기해 볼 점은 법학의 분화와 전문화로 인하여 법철학도 그에 부응하여 법학 분야별로 세분화될 필요가 있다는 주장이 제기되고 있다는 점이다. 경북대 법전원 양천수 교수가 그 한 예이다. 19세기 국제관계와 법철학은 홉스나 존 오스틴 같이 법과학으로서 법의 효력을 탐구하는 원시적 법실증주의 철학의 발전이 이루어지는 한편, 몽테스키외의 전통을 계승한 헌법 디자인이나 시스템 빌딩에 초점을 맞춘 보수적 법철학이 지배하던 시기라 평가해 볼 수 있다.

이는 법철학자들이 헌법과 행정법 같은 기본 공법의 문제에 관한 전문화된 법철학을 발전 시키는 계기가 된다. 미 건국의 아버지들, 다이시나 링컨 또는 미국의 대법관들이 이러한 부류의 법철학을 대변한다. 아쉬운 점은 우리 법학계에 이러한 성격의 법철학에 대한 부분이 그동안 가려져 있었다. 요컨대 19세기 이후 20세기 초에 걸쳐 대표적 공법 영역으로 헌법과 행정법의 발전과 양자의 관계는 민주주의 법치주의에 밀접하게 관련된다.

이는 미국과 같은 성문헌법 국가의 경우 헌법국가 또는 헌법의 지배 원칙과 대비될 수 있다. 성문헌법이 존재하지 않는 영국의 경우 공법에 대한 인식은 행정법에 초점이 맞춰진다. 이러한 맥락에서 그가 자신의 법철학에 프랑스 행정법과 참사원 시스템을 초대 한 것은 어찌면 당연한 것이다.

여기에서 필자의 연구 주제의 단서가 존재한다. 현재 서방 4대 주요 선진국이라 할 수 있는 미국 영국 프랑스 독일의 19세기에서

제1차 세계대전 발발 이전까지의 국제관계와 법철학자들의 인식 세계는 어떤 관련성이 있지 않을까? 당시 국제관계에 있어 최강국이라 할 수 있는 영국의 경우 좌우 스펙트럼 상 가장 우파적이라 할 수 있다. 필자는 우파적 특징을 공적 영역이나 국가의 개입보다 사적 영역이나 자연적 질서를 존중하는 것을 척도로 전제한다.

보수 철학의 기원이라 할 수 있는 에드먼드 버크 경의 입장인 프랑스 대혁명의 스펙트럼 반대편 봉건 왕정과 다르다. 현재도 좌우 척도의 기본이 되는 자본주의와 사회주의, 최소국가와 적극국가, 자유국가와 사회국가 같은 차원의 좌우로 이해할 수 있겠다. 필자는 좌우 스펙트럼에서 보다 보수적 성격으로 영국을 가장 진보적 혁명적 성격으로 독일을 중도적 성격으로 미국과 프랑스를 위치지운다.

독일의 경우 오랜 역사에도 불구하고 민족국가로서의 통일을 19세기 중엽이후에야 이루었다. 따라서 19세기 독일의 법철학은 시장과 국가 즉 사적 영역과 공적 영역 같은 이분법과는 무관하다. 피히테나 헤겔식의 국가이성을 강조하거나 독일 제국의 흥기를 추구하는 국가 철학이 융성할 수 밖에 없는 현실이라 할 수 있다. 마르크스는 다이시와 마찬가지로 19세기에 활동한 철학자이다.

다이시가 변호사로서 대학에서 법학을 가르친 법학자라면, 마르크스는 법을 공부하였지만 결국 예나 대학에서 철학박사 학위를 취득하고, 자본론 등 사회비판철학자로 활동하였다. 그의 법철학 사상에 따르면 법은 기득권 체제를 옹호하는 상부구조이므로 노동자 지배가 확립되면 궁극적으로 사라져야 할 그 무엇에 불과하다.

따라서 궁극적으로 사적 소유권을 부정하는 입장이므로 존 로크나 아담 스미스 같이 사적 소유권의 정의를 논하고 권력분립적 시민 정부를 주장하는 자유주의 법철학자의 반대편 극단에 위치한다고 할 수 있다. 즉 사유재산제나 계약의 자유 같은 자유시장의 원리는 완전히 부인되고 노동당의 독재를 통하여 공의 사에 대한 완전한 승리가 구현된다. 환언하면 법에 대한 노동자 정치의 완전한 우위가 실현되는 것이다.

전술한 바와 같이 불문헌법 국가로서 영국은 보다 사적이고 보다 보수적 우파적이다. 이에 비하여 19세기와 20세기 전환 시점에서 미국은 헌법 중도적 프랑스는 행정법 중도적인 성격으로 좌우 스펙트럼에 있어 영국과 독일의 중간에 위치하는 중도적 법철학 국가로 자리매김할 수 있다.

## 제 5. 알버트 다이스 알기.5

### I. 시스템 빌딩의 법철학

20세기 전후 30년의 세계는 자유국가 최소국가를 넘어 복지국가 적극국가로 나아가던 시대, 즉 지난 100년의 초창기 자본주의 시민민주주의가 한단계 도약하는 계기를 맞는 시대사적 배경을 갖는다. 자유와 해방에서 시작한 영국 미국 프랑스의 민주주의 자본주의는 영국에서는 왕의 의회주권에 대한 간헐적 도전, 미국의 경우 대법원을 중심으로 한 연방시스템의 강화, 프랑스의 경우 헌정체제의 혼란 등 기본적 시스템의 문제가 공법학과 법철학자들의 주제가 된다.

영국의 경우 시스템의 위기는 국가 주권의 소재를 둘러싼 왕과 의회간의 갈등과 불문헌법의 전통을 둘러싸고 발생한다. 민주주의의 역사가 두 나라에 비하여 100년 정도 일찍 시작되었으므로 시스템의 위기는 18세기 초 앤 여왕과 의회간 갈등에서 시작하여, 19세기 초 윌리엄 4세, 20세기 초 조지 5세로 인하여 촉발되고 이는 모호한 불문헌법으로 인한 갈등과 분쟁을 의회제정법을 통하여 확실하게 성문화 하는 것으로 이어진다. 한편 다수당과 의회 선거를 통한 정권 교체 등에 관한 불문헌법 관행 역시 19세기 4차례에 걸쳐 위대한 수상들에 의하여 확인되고 준수된다.

미국에서는 기봉스 사건과 맥그로우 사건으로 주 정부에 대한 연방정부의 우위가 판례를 통하여 확인된다. 한편 존 마아샬 대법원장은 마라부리 매디슨 사건에서 헌법에 위반되는 의회제정법률은

국법으로서 효력을 가질 수 없다고 판시함으로써 판례법을 통하여 위헌법률심사제도의 기원을 열었다. 위헌법률심사제도는 민주주의와 법치주의를 실행하는 대부분의 국가들이 이를 자신들의 헌법상 제도로 수용함으로써 우리 헌법재판소가 실시하듯이 법치주의의 핵심적 한 요소를 구성한다.

미국의 경우 연방시스템으로 인하여 연방대법원은 국가의 시스템과 중요한 정치적 의미를 갖는 문제들에 관하여 사건과 논쟁을 전제로 판결을 통하여 중요한 역할을 한다. 영국의 경우 중요한 공법적 결정은 의회가 토론과 다수결을 통하여 정치적으로 다루면서 앞서 든 국가배상 문제나 깃스 보올리 사례처럼 법원은 첨예한 사법 문제를 통하여 불문헌법의 전통을 법의 지배 원리를 통하여 보완하고 확인하는 체제와는 차이를 보인다.

미국의 대법원이 삼권분립의 원칙에 따라 두 정치기관으로 부터 독립하여 대등한 지위를 가지는 것에 비하여 영국의 대법원은 오랜 동안 상원에 부속된 법사위원회가 그 권한과 책임을 가지고 있었던 것은 이러한 양국의 시스템 차이를 상징적으로 시사한다.

프랑스의 경우 의회주의 시스템에도 불구하고 영국에 비하여 의회의 공법상 지위는 국참사원 제도로 인하여 상당부분 잠식되고 있다. 따라서 국참사원은 미국의 연방대법원 같이 정치적으로 중요한 의미를 가진다 할 수 있고, 국가의 공법적 결정에 대한 법적 자문을 주는 한편 사전적 위헌법률심사제도를 통하여 보다 정치적이고 권력적인 위상을 갖는다.

정치적 공동체와 시스템의 도안이나 발전에 있어 가장 본래적인 접근방식은 영국의 경우처럼 정치적 대표성을 가지는 회의체 기구

가 중심이 된다. 그러나 정치적 공동체가 단일국가처럼 밀집성과 연대성이 강하지 않은 연방국가나 초국가기구 또는 국제공동체인 경우에는 정치적 대표성은 없지만 소수의 전문가 집단에 의한 사법적 성격의 기관이 중요한 역할을 할 수 있다.

미국의 대법원이나 20세기 중엽 이후 새로운 국제정치경제질서 하에서 탄생한 유엔의 국제사법재판소나 EU의 유럽사법재판소 등이 이러한 역할을 하고 있다. 예컨대 국제사법재판소는 사건과 쟁송을 전제하는 사법권의 본래적 성격과 무관하게 의회와 같이 권고적 의견을 통하여 가상적이지만 추상적이고 정치적 의미를 갖는 역할을 한다.

이러한 차원의 법철학은 켈젠이나 하트 같이 원리적 법실증주의 법철학의 성격과 함께 비교법적 방식에 중점을 둔 현실적 법실증주의 법철학으로서의 성격이 강하다 할 수 있다. 한편 프랑스의 경우 민주주의 혁명과 시스템 디자인 또는 그와 관련된 법학 세계는 보다 많은 혼란을 겪는다. 프랑스 대혁명으로 만들어진 최초의 헌법은 의회주의 정부로 상징적 군주제 또는 입헌군주정의 정부형태를 채택하였다.

이후 1793년 헌법은 산악당 또는 자코뱅당이라 불리는 급진 세력이 루이 16세를 처단하고 프랑스에 최초의 공화정 정부를 수립한다. 그러나 1793년 헌법은 효력을 발생하지 못하고 소멸하였다. 이후 나폴레옹의 5인 회의체의 총재정부(French directory)와 나폴레옹 1인 체제의 통령정부(French consulate)가 각 4년 및 5년에 걸쳐 프랑스를 통치하게 된다.

나폴레옹의 제정 시대를 거쳐 다시 부르봉 왕조의 부활하는 등 북

고정치 시대가 계속되다가 제 2 공화국 헌법, 제3 공화국 헌법 시대가 지속된다. 제2차 세계대전으로 제3공화국 시대는 막을 내리고 1940년 독일의 지배하에 비시정권(Vichy government)이라 불리우는 제 4공화국 시대가 열리게 된다.

프랑스의 1세기 걸친 혁명과 반혁명 공화정과 제정의 반복과 혼란은 시스템 디자인이나 관련된 법철학은 현실정치에 종속될 수밖에 없는 한 단면을 여실히 보여 준다. 후발 자본주의 국으로서 늦게 국제정치에 등장한 19세기 독일의 법철학이 정치에 예속된 관방사법적 법학의 성격을 가질 수 밖에 없었던 것도 이러한 측면에서 이해할 수 있다.

다이시의 법철학이 영국 신사도의 민주적 지도자로 인하여 민주적 시스템 빌딩 보수적이지만 민주적인 헌법 디자이너로서 법과 정치를 바라 볼 수 있었던 것은 법철학자로서 그의 사상 세계가 분권적 전통의 영국 민주정을 배경으로 한 행운이라 할 수 있다. 미국의 경우에도 연방시스템으로 인한 분권화와 연성적 중앙집권이 필요한 연방 국가에 독특한 법환경으로 인한 것으로 평가할 수 있다.

민주혁명과 분권화 전통을 바탕으로 한 의회정치 또는 주 정부의 전통에 기반한 연방의 구성 같은 권력의 다원화로 이어질 수 있는 계기가 결한 상태에서 나폴레옹의 군부 독재로 이어져 버린 민주화 이후 프랑스 정치 전통은 전술한 바와 같이 의회 정치를 약화시키는 한편 통령이나 정부 그리고 이를 공법적으로 보장하는 국참사원 정치를 결과하였다.

19세기에 걸쳐 지속되어온 경직적 시스템 디자인 법학과 법철학

은 남북 전쟁으로 인하여 자유와 해방을 넘어 미 독립 이전 주 정부 차원에서 인정되어 온 천부인권 사상이나 인권장전 체계가 시스템의 확대로 연방헌법을 통하여 두텁게 보장되게 된다. 또한 노예제도가 폐지되면서 보편적 인권 관념에 따라 인종 성별 등에 따라 차별 받지 아니하고 법 앞에 평등한 존재로 인정받게 되는 것이다.

미국이나 영국의 민주주의 발달사가 시사하듯이 민주혁명은 무엇보다도 먼저 권리청원이나 권리장전 같이 천부인권의 보장을 요구하는 특징을 보인다. 미국이 독립하고 연방헌법이 제정되기 이전 버지니아 권리장전처럼 식민지 주정부에서 이미 천부인권 사상 및 인권의 헌법적 차원의 보장이 주장된 것은 이를 시사한다.

프랑스 역시 1789년 대혁명이 성공을 거두자 가장 먼저 세상에 외친 것이 인간의 권리에 관한 선언(French declaration of human rights)인 것도 이러한 차원에서 이해할 수 있다. 다만 미국의 경우 연방차원에서는 전문 7개조의 본문에 통치구조에 관한 사항이 먼저 규정되고, 이후 1년 여가 지난 후 수정헌법 제1조에서 10조까지 소위 인권장전(Bill of Rights)이 증보식으로 더해지게 되는데 이는 연방시스템 빌딩이라는 차원에서 이해할 수 있다.

환언하면 천부인권의 헌법적 보장 문제보다도 영국이나 프랑스의 단일국가와 달리 이미 주정부가 국가로 정부를 구성하고 통치권을 행사하고 있는 상황에서 연방시스템 즉 연방정부의 구성 문제 예컨대 새로운 연방의 군주제적 성격의 대통령제, 주정부를 대표하는 상원과 미국시민을 대표하는 하원의 양원제, 연방과 주간의 관계, 이주 시민의 권리 등등 기본적 국사 문제와 시스템 빌딩의 문

제가 민주주의의 핵심 원리인 천부인권의 보장 문제에 앞서 논의되고 헌법에 수용되게 된다.

이 과정에서 제임스 매디슨 알렉산더 해밀톤 존 제이 같이 법학 공부를 한 자들 또는 신대륙의 법률가들의 법사상이 연방주의자의 보고서를 통하여 집대성 되고 연방헌법의 제정에 결정적 역할을 하게 된다.

## II. 새로운 주제들과 다이시의 법철학

### 1. 서언

19세기에 걸쳐 국제관계에서 지도적 지위에 있게 된 당시 주요 국가들의 보수적 경직적 시스템 빌딩의 법철학은 19세기 말 20세기 초엽 무렵에 이르게 되면 진보적 연성적 시스템 빌딩의 법철학을 요하는 정치적 경제적 사회적 변화 소위 새로운 법환경이 대두된다.

1865년 남북전쟁과 보편적 인권 사상의 확대는 여성의 참정권 문제로 이어지고, 자유국가 헌법국가 패러다임의 국가관은 사회국가 행정국가 패러다임의 국가관으로 발전하게 된다. 행정학의 창시자이자 진보주의 정치인인 미국의 우드로 윌슨 대통령은 윌슨 19개조를 발표하고 민족자결주의를 제창한다.

이는 국제정치에 있어 서방세계의 지도적 지위와 주종관계적 제국주의에서 탈식민지화와 사적 영역보다는 국가나 공적 영역을 중시하는 현대적 적극국가 복지국가로의 패러다임을 전환하는 계기가 된다. 20세기 초에 걸쳐 현대 복지국가의 비전을 담은 비버리지

보고서가 채택되고, 시장의 정의를 담은 뉴딜 입법, 주권의 평등과 새로운 민족국가들의 국가로서의 위상을 담은 몬테비데오 협약 등은 이러한 국제정세의 흐름에 상응하는 것이다.

이 시대 국제정치의 새로운 동향을 반영하여 영국의 입헌주의 의회주의 전통에도 새로운 헌법적 이상들이 정치적 이슈화하고 진보적 연성적 시스템 철학의 주제를 제공한다.

## 2. 다이시의 2차원적 검토

다이시에 따르면 새로운 헌법적 주제는 4가지로 요약될 수 있는데, (i) 여성의 참정권(Woman's suffrage) (ii) 비례대표제(Proportional representation) (iii) 연방주의(Federalism) (iv) 국민투표제(The Referendum)가 그것이다. 이러한 4가지 새로운 헌법적 이상에 대하여는 두가지 차원에서 약소하지만 비판을 가할 수 있다. 그리고 이러한 기본적 비판은 알게 모르게 4가지 개별 쟁점에도 적용될 수 있을 것이다.

첫번째 차원의 검토와 비판(The First Observations)은 정치적 창의성(Political inventiveness)은 다른 분야의 독창성에 비하면 매우 미미한 것이다. 그러나 이는 다른 분야의 독창성에 비할 때 미미하다는 것이진보적 또는 문명국의 시민들의 정치 영역에서는 꼭 미미한 것이 아니다.

현대 사상가들에 의하여 찬양되어 온 대표제 정부형태의 중요성은 아테네와 로마의 시민에게는 알려지지 않은 독특한 헌법적 발견물이라는 사실에 의하여 부분적으로 설명되어질 수 있다. 또한 역사상 실재해 온 대표제 정부형태, 로마 제국 또는 중요한 헌법적 변

천은 사실 엄밀히 말했을 때에 발명 또는 발견이라고 하기에는 부적절하다.

이러한 헌법제도나 정부형태는 모방 수입되는 경우가 아니라면, 대개 자연적으로 성장하는 것이며 인위적으로 만들어지는 것이 아니다. 이러한 것들은 인간이 어떤 창의적 이상에 효력을 부여하려고 의도함으로써 만들어진 산품이 아니며, 실제 당대의 어려운 문제들이나 시대의 요구에 부응하기 위한 노력의 과정에서 만들어진 것이다.

영국 역사상 새로운 헌법 제도들의 발전이 빅토리아 여왕시대(1837-1902)보다 지지 부진한 시대는 없었다. 빅토리아 여왕시대는 지적 활동이 만개하고 무수한 성과가 있던 시기였다. 상상력과 과학의 세계가 풍성하게 전개되고, 모든 분야에서 괄목할 만한 도약이 성공을 이룬 시기라 할 수 있다.

그러나 헌법의 변천과 발전을 가져올 수 있는 새로운 아이디어들은 쉽게 만개하지 못하였다. 다이스가 말하는 새로운 헌법적 아이디어들은 창의적이고 새로운 것이 아니다. 그들의 독창성은 지적이거나 과학적 성격의 것이 아니다. 새로운 사회적 정치적 이해관계의 발전으로 인하여 제도적으로 주장되고 요구된다는 차원의 의미에 불과하다.

두번째 차원의 관찰을 통하여 알 수 있는 것은 이러한 새로운 아이디어들은 새로운 입법을 통하여 얻을 수 있는 목적들 중 작은 하나와도 관계가 적거나 없는 것들이라는 점이다. 이점에 관하여는 부연 설명이 필요하다. 어떤 형태의 대중 민주주의 정부는 물론 어느 정도 민주화된 정부를 운영하고 있는 영국의 경우에 의회

가 입법을 통하여 달성하려는 목적은 최소한 두가지 다른 형태의 것이다.

그 하나는 국민들 전체의 행복과 복지를 진작시키는 것으로서 이는 그 자체로 의미를 가질뿐만 아니라 사물의 본성(nature of things)에도 부합한다. 그러한 법률들은 당연히 추구되어야 한다는 점에 관하여 정상적인 사람이라면 누구도 이의를 제기하지 않을 것이다.

따라서 자유 무역의 보장이 영국 소비자가 물품을 쉽게 구입할 수 있고 값싼 음식을 취할 수 있는 반면 아무런 반대의 해악이 없다면 상식이 있는 사람이라면 옥수수법(Corn law)의 개정은 당연히 이루어져야 하는데에 반대하지 않을 것이다. 백신이 천연두를 예방하는 효과가 있는 반면 아무런 해악이 없다면 심지어 레이시스터 시민들도 백신을 강제하는 법은 현명한 법이라고 생각할 것이다.

이렇듯 법에 정기능과 역기능 두가지 상반되는 결과 발생이 가능하고 영국민이 역기능을 이유로 법 통과에 반대하는 경우 그 법은 통과되어서는 안된다. 따라서 전적으로 영국의 거주민들의 바람과 감성에 반하는 법, 모든 자가 혐오하고 준수하지 않으려는 법규칙들은 사실 당연 무효이며 결국 법으로 인정되어서는 안된다.

따라서 영국민의 바람에 반하는 법을 제정하려는 군주의 권력으로 인하여 그러한 법이 어느 정도 집행가능한 경우에도, 그 집행으로 인한 해악은 그 법에 내재하는 선한 효과에도 불구하고 훨씬 크다고 할 수 있다. 이러한 사고방식은 영국정부가 인도인들에 의하여 지지받지만, 영국민들의 공적 의견 또는 양식있는 자의 의견에 따

르면 철폐되어야 할 카스트 같은 인도의 제도에 대하여 이를 묵인하는 것을 충분히 정당화할 수 있다.

그러므로 상식인이라면 건전한 입법(sound legislation)이기 위하여는 최소한 사물의 본성에 부합하거나 현명하거나 대중의 인기를 얻을 수 있어야 한데 이의를 달지 않을 것이다. 최소한 대중에게 인기가 없어서는(unpopular) 안된다.

그런데 이러한 상반된 두 목적이 항상 실현될 수 없는 것은 아니라는 사실을 충분히 인식하고 있는 영국인들은 거의 없다. 그리고 두 목적이 똑같이 달성되는 경우는 거의 발생하지 않는다는 사실 역시 충분히 인식하지 못하고 있다.

긴 영국 역사상 실제로 어려운 난관을 뚫고 입법에 성공한 사례들이 많다는 사실은 강조될 필요가 있다. 1832년 개혁법이 그러한 사례로 이는 영국의 역사학자나 사상가의 평판에 따르면 지혜로운 법으로 평가될 수 있다. 개혁법은 입법시 이미 대중의 인기를 얻고 있었다.

휘그당은 아마도 그 법의 양을 저평가하고 있었지만, 시민 일반의 열화 같은 지지 속에 동법이 통과된 것은 현대사의 대표적인 실험적 성공작이라 평해도 과장된 것이 아니다. 1707년의 연방결성법(The Act of Union) 역시 제정법 목록 역사상 가장 지혜로운 법 중 하나라는 것이 증명되었다.

동법은 영국과 스코트랜드 거주민에게 중요한 혜택을 부여하였다. 동법으로 영연방(Great Britain)이 탄생할 수 있었고 국권의 강화로 한 시대 루이 16세의 위협으로부터 저항할 수 있었으며, 나폴

레옹의 막강한 권력에 저항하고 결국 몰락시킬 수 있었다. 동법의 완전한 성공은 1832년 국가 위기시 휘그나 토리 또는 급진당으로부터 아무런 법개정 제안 요구가 없었다는 사실에서 충분히 증명되었다.

여기서 주목할 점은 동법 제정 당시 연방결성법은 스코트랜드 대중으로부터 아무런 인기를 얻지 못하였다는 점이다. 또한 영국의 선거민으로부터도 결정적 인기를 얻지 못하였다. 1834년 신빈민법(The New Poor Law)은 영국의 빈민지역을 몰락으로 부터 구제하였다.

## 제 6. 알버트 다이스 알기.6

1814년 헌법 개혁자들과 창안자들에게 가장 귀중한 아이디어들은 의회가 통과시키는 법들이 시민에 의하여 지지되거나 최소한 반대에 봉착하고 있지는 않는다는 것을 확실히 하기 위하여 필요한 입법절차를 마련하고 시민들의 여론 조성을 위하여 충분하게 설명할 수 있도록 하는 계획들이었다.

그러나 이러한 대중과의 소통은 사실 새로운 아이디어들이 지혜롭다거나 실제 국민의 복지를 증진할 것이라는 신념을 심는데 별 도움이 되지 않는 것이다. "민심이 천심(vox populi vox Dei)"이라는 고언은 미신적인 측면이 있고, 지금과 같은 과학의 세기 어울리지 않으며, 예상하지 못한 과거로의 회귀라 할 수 있다.

역사적으로 증명된 시민들의 지혜에 대한 새로운 확신은 아마도 민주주의의 향수, 그리고 축적된 정서와 조화를 이룰때 만이 신선한 동력을 얻을 수 있는 것이다. 대중의 착각과 오류에 대한 새로운 생명의 주입은 이미 부분적 간접적으로 벤담과 그 제자들에 의하여 비난받고 배척된 바 있다.

이 세기 공리주의의 점진적 쇠락이 있었지만, 새로운 헌법 주제들의 대두로 그들의 주장이 새롭게 힘을 얻고 있다. 그렇지만 사람들은 불행하게도 자연권(natural rights)사상의 도그마적 주장이 이미 공리주의에 의하여 배척된바 있고, 공리주의를 지지하지 않는 18, 19세기 유력한 철학자 그룹들에 의하여 거부되고 있다는 사실에 주목하지 않고 있다.

남성과 여성간 하원의원 선거에서 평등하게 투표권을 행사하고, 정치적으로 남녀간 절대적 평등을 보장하자는 주장, 즉 여성의 참정권의 문제는 최근 새롭게 제기된 헌법 아이디어가 아니다. 이미 18세기 말 이전 제기된 바 있다.

이 문제가 공론화 된 것은 존 스튜어트 밀이 1866-1867 하원에서 동일한 주장을 하기 이전으로 거슬러 올라간다. 먼저 1866년의 남녀 평등 선거권 운동에 비하여 최근 이에 대한 여론이 강하게 주장되고 있는 원인이 무엇이며, 이를 지지하는 그룹과 여성의 평등한 투표권에 반대하는 자들의 논거를 살펴보도록 한다.

여성의 평등한 참정권의 문제가 불거진 이유는 19세기 들어 결혼하지 않고 독립 생계를 영위하는 여성의 수가 급속히 증가하였기 때문이다. 이러한 여성들은 해마다 문필 활동을 비롯한 여러 분야에서 사회에서 큰 영향력을 얻어 가고 있다.

그리고 그 숫자는 남성보다 다수를 향하고 있다. 반면에 남성은 새로운 생활을 개척하기 위하여 식민지를 위시한 세계 여러 곳으로 이주하는 추세이다. 남성과 여성이 등가의 노동에 종사함에도 남성에 비하여 열악한 보수를 받는 여성들은 의회에서의 발언권을 평등하게 하지 않는 경우 이는 자신들의 심각한 경제적 손실(pecuniary loss)로 이어진다는 것을 알고 있다.

의회에서는 여성들의 개인적 이해에 영향을 미치는 사회개혁입법(social legislatiob)이 매일 제 개정되고 있는 현실이다. 물론 이는 전술한 행정국가 복지국가의 국가적 패러다임의 전환과 궤를 같이한다. 장기간의 평화와 사회개혁 시대에 있어 선거인들은 기

회 있을 때마다 여성을 동정하고 여성의 협력이 필요하다는 것을 강조해 왔다.

최소한 정당인들은 여성의 문제에 대하여 어떤 대책이 필요하다고 주장하면서 심각한 도덕적 종교적 문제화 하고 있다. 이러한 이유로 여성의 참정권을 보장하여야 한다고 선동하는 것은 결국 종교계 인사나 목회자들을 설득하는 문제가 된다. 이전 다이시의 책들을 접한 자들은 여성 참정권 문제와 이에 대한 진보적 시각이 얼마나 중요하고 절실한 문제인 것을 충분히 알 수 있을 것이다.

여성 참정권 문제의 주요 쟁점은 두가지 기본적 대비를 통하여 가장 투명하고 명료하게 설명될 수 있을 것이다. 다시 말하면 현명한 접근방식은 평등한 참정권을 지지하는 자(Suffragist)들과 그에 반대하는 자(Anti-suffragist)들의 논지를 살펴보는 것이다.

첫번째 주장은 영국에서 세금을 납부하는 자들은 당연히 자신을 대표하는 의원들을 선출할 투표권을 가져야 하며, 여성들도 납세자인 이상 일견(prima facie) 투표권을 보유하는 것은 당연한 권리라는 것이다. 이러한 주장은 너무 당연시 되어 왔으며, 자명한 진리로서 이러한 논리는 모든 시민민주주의 정부는 엄격하게 보편적 선거권(universal suffrage)을 보장하여야 한다는 결론에 이르게 된다.

그러나 양식있는 영국민들(sensible Englishmen and Englishwomen)은 심지어 남성의 평등한 선거권을 도입하여야 한다는 주장에도 이의를 제기하는 자들이 적지 않은 현실이다. 이들은 남성이나 여성이 성인이 되었다고 하여 모든 영국인들이 하원 의회 선거에서 투표권을 행사하여야 한다는 주장에 어떤 합리적이

고 설득력 있는 이유가 있다는데에 동의하지 않는다.

이들의 주장은 사물의 본성에 비추어 보다 신중하게 생각해 보지 않으면 비현실적이고 설득력이 없다. 양 주장에 대하여 공정하다면(fair-minded man) 반대론에도 귀를 기울일 필요가 있다. 납세의무는 당연히 여성의 참정권 인정으로 이어진다는 주장은 하나의 구호처럼 자명하다.

극단적 여성참정권 운동가들은 여성참정권 인정은 절대적이며 그 반대 논리를 증명함으로써, 소위 귀류법(reductio ad absurdum)을 이용하여 부인할 일이 아니라고 주장한다. 반대론자들의 진실은 우리가 민주주의 원칙 또는 보수주의 원칙 같이 원칙이라고 인정하는 것들은 사실 원칙이 아니며, 전쟁의 단말마(war-cries) 또는 퀘퀘묵은 관습들(shibboreths)에 불과하다는 것이다.

이러한 것들은 임시적이거나 상대적일 뿐만 아니라 무수한 오류를 내포하고 있다. 반대론자들은 현실에서 선거권이 개인적 권리가 되었다는 것은 환각이라고 본다. 여성의 참정권 문제는 공적 의무(public duty)의 수행이며, 이를 인정할 것인가의 문제는 권리로 접근할 일이 아니라 영국민들의 전체적 복지 차원에서 바라보아야 한다.

이러한 논리와 접근방식은 다이시의 철학세계가 영국인들의 역사주의에 바탕하고 있으며, 그가 세계패권의 현실에 기반한 현실주의에서 역사를 접목한 영국의 신현실주의 철학이 발아하기 시작한 19세기 말 20세기 초 과도기 사상가라는 것을 시사한다.

따라서 반대론자들은 여성에게 참정권을 인정할 것인가 보류할 것

인가의 문제에 있어 지지론자들의 주장은 잘못 소환된 권리론(miscalled right)에 불과하다고 본다. 그러나 지지론자들의 주장을 무시하기 어렵다. 이들의 주장은 다음과 같은 질문에 모든게 함축되어 있다.

"플로렌스 나이팅게일의 이력들을 볼 때 그녀는 그녀의 분야에 있어 대부분의 의원들보다 정치적 파위가 월등하고 권한을 행사함에 있어 중립적이고(disinterestedly) 국가에 이익이 되는 방향으로 행사된다(generally exercised)고 가정하자. 그리고 그의 남편(footman or coachman)이 가난하여 10파운드 집에 살면서 40실링의 용돈을 쓰는 처지에서 하루를 지낸다고 했을 때 인정될 수도 있는 그녀의 선거권이 부인되는 것이 이성에 합당한가?"

이러한 주장들은 세를 얻어 선거권자 다수 그리고 의원들 중 상당수가 지지하고 있다. 이러한 지지론자들의 주장에는 다른 답이 있을 수 없으며 그들에게 절대적이고, 결국 남성과 여성에게 정치적 평등을 보장하여야 한다는데에 귀결한다.

이러한 주장이 논리적인가 문제를 떠나 결국 지지론자들은 여성의 원이나 내각의 여성 장관이 필요하다는 것을 주장하는 것이 된다. 또한 여성이 배심원단의 일원이 되어야 하고 법관이 되어야 한다는 것을 의미한다. 남성과 여성의 선천적인 신체상 차이는 이러한 공법 목적상 어떤 의미를 가진다고 할 수 없다는 것이다.

그러나 평등한 여성 참정권에 반대하는 자들은 이러한 주장은 사물의 본성에 비추어 남성과 여성이라는 가장 근원적이고 중요한 차이를 가리고 위장하는 것이다. 보수적 철학에서 연유하는 반대론자들의 주장의 강점은 그들의 주장이 사물의 본성(nature of

things)에 근거를 둔다는 점이다.

그리고 그들의 주장은 대표적 보수주의자인 버크경의 말을 인용하여 다시 살아난다. 100년전 버크경 시대와 달라져 버린 현실에서도 보수주의자들의 진실은 달라지지 않는다는 확신을 그들은 가지고 있다.

공적 영역과 사적 영역을 막론하고 휘그와 토리, 스튜어트와 브룬스위크(현재는 여성 참정권 주창자, 지지자, 반대자)에 상관없이 잠시 존재하던 그 모든 불쌍한 거품과 놀이기구들이 꺼지면서 존재와 우리의 기억으로 부터 사라진 후에도 태양과 달과 함께 영원히 불명하는 사물의 본성과 요소에 "적응하는(moulded into)"것이 우리를 이끄는 원칙이 되어야 한다. "인간의 인위적 각본(our devising)"이 우리를 이끄는 원칙이 되어서는 안된다.

다이시는 앞서 원칙은 역사와 시대의 산물이고 어떤 경우에는 전쟁의 참혹함을 통하여 만들어지는 상대적인 성격의 것이라고 하였다. 그러나 남성과 여성의 차이에 관하여는 버크 경의 정서처럼 우리를 지도하는 절대적인 것으로 여기고 있다.

19세기 구렛나루를 기른 전통복 의상의 보수적 변호사 상이 느껴지는 대목이다. 이러한 보수적 철학은 흑백 같은 인종의 차이보다도 더 강고한 것인지 모른다. 고령화저출산사회로 국가적 위기를 맞고 있는 우리들, 여성의 권리 주장의 목소리가 커지고 지위가 신장될 수록 출산에의 흥미가 줄어 드는 것은 특권층 남아들이 병역을 기피하는 것과 무슨 차이가 있을까?

이전 미국 대통령 선거에서 흑인인 오바마는 대통령이 될 수 있어

도 여성인 힐러리 클린턴은 대통령이 될 수 없다는 다수 미국인들의 사고방식은 버크경이나 다이시 같은 보수주의 철학이 서구인들에게 깊게 각인되어 있다는 한 증좌가 될 수 있을 것이다.

다이시가 보기에 로마 시대 군사 자원을 보존하기 위한 생명 존중 사상, 노예 같은 노동력을 재산으로 보는 사고 방식 등은 버크의 남녀간 진정한 차이와 사회적 재생산 문제는 공공정책과 관련하여 시대를 초월한 절대적 원칙의 문제라 할 수 있다. 지금도 낙태죄와 여성의 사생활 보호의 문제가 법원에서 치열하게 다투어지고 있는 것은 이를 시사한다.

다음으로 다이시는 비례대표제의 도입에 관한 주장에 대하여 논한다. 비례대표제의 도입을 주장하는 자들은 세가지 논거(three propositions)를 제시한다.

첫번째는 영국 의회의 하원은 예컨대 앞서 본 여성의 평등한 참정권 문제와 같은 국가적 이슈에 있어 국민의 의사를 적절히 대표하고 있지 않다는 주장이다. 두번째는 일정한 비례대표제의 도입을 통하여 국민과 선거민의 의사를 보다 정확히 대변할 수 있다는 주장이다. 세번째는 아무리 소수의 의견이라도 그것이 선의이고 양심적이라면(bona fide) 국가 내에서 우리와 같은 언어를 사용하는 동포의 의견으로 이를 정치에 반영하여야 한다는 주장이다.

이중 첫번째와 두번째의 주장은 현실적으로 매우 타당하다. 예컨대 여성참정권 문제의 경우만 하더라도 선거민 전체를 기준으로 하면 소수만이 지지하지만, 깨어 있는 공적 마인드의 의원들로 가득한 하원을 기준으로 하면 다수의 지지를 얻을 가능성을 부인할 수 없다.

반대로 하원의 지지를 얻지 못하는 경우에 선거민 전체의 기준으로 다수의 지지를 얻는 경우의 수도 배제할 수 없다. 특히 다이시는 하원의 지지를 얻지 못하는 후자의 경우 여러 유형의 비례대표제 대안들 중 하나를 도입한다면, 일부 비례대표위원들이 현재와 같은 순수한 지역대표제 하원 보다 국민의 의사를 거울처럼 보다 완전하게 대표할 것이라고 합리적 근거를 대면서 논박하리라고 생각하지 않는다.

요컨대 다이시에 따르면 어떠한 시스템도 영국민 전체의 의사를 완벽하게 거울처럼 정확하게 대표한다는 것은 신화이거나 허구인 것이다. 따라서 비례대표제가 영국민의 의사를 완전하고 정확하게 대표할 수 있다는 주장에는 많은 유보가 가능한 것이 사실이다. 그러나 논의의 필요상 다이시는 첫째와 둘째 주장을 일단 진실로 간주한다.

다이시의 비례대표제에 대한 반대론은 세번째 주장에 대한 그의 심각한 의문에서 연유한다. 다이시의 심각한 의문은 규모가 큰 선거인단들이 가지고 있는 공적 의견은 그것이 실제 선거인단에 존재하는 비율을 수적으로 정확하게 하원의 구성에 반영되어야 한다는 그들의 수학적 엄밀성에 관한 주장과 관련된다.

다이시는 먼저 영국의 의사(national mind)라고 할 수 있다면 그것이 아무리 소수이라 할지라도 하원에서 그 목소리를 들을 수 있어야 한다는 주장에 회의적이다. 로크나 벤담 밀등의 가르침을 받은 영국인들은 소수의 의견이라 할지라도 그것이 악하거나 바보같은 아이디어라 하더라도 영국 입법부에 알려져야 한단데에 쉽게 동의할 것이다.

다이시는 자신의 생각을 가장 효과적으로 보여주는 한 예를 든다. 이 땅의 영국인들 중 유대인이나 유대교를 혐오하는 자들이 존재한다면 그들의 그러한 끔찍한 편견을 의회에서 대변해 줄 자신의 대변자를 발견할 수 있어야 한다. 대중의 오류나 착각을 정부나 알아야 하는 것은 정당한 정부 또는 현명한 행정을 위하여 절대적이고 필수적이기 때문이다.

무시와 오만은 사실 지혜나 정의의 원천이 될 수 없다. 하원에서 의견이 알려져야 한다는 비례대표제 주창자들의 또 다른 의미는 어떠한 의견을 주장하는 자들의 수와 비율만큼 의회 투표에 반영 되어야 한다는 데에 있다. 이들은 자신의 의견이 하원에서 청문 되는 것이 의회주의의 관점에서 바람직하다(desirability)는 주장과 함께 때때로 이와 같은 주장을 한다.

"의회가 공적 문제를 인지하고 토론하는 것(mouthpiece)을 넘어 영국민의 의사를 반영하기 위하여 한단계 더 나아가야 한다는 것은 우리 공공정책에 관하여 필수적이면서도 통합적 성격의 그 무엇이라 할 수 있다."

이제 비례대표제의 주장은 공정하고 양식있는 자라면 선뜻 자신의 동의를 주기를 거부하는 하나의 도그마에 불과하다는 것을 알 수 있다. 비례대표제의 주장은 어느모로 보아도 진리라 할 수 없다. 다이시는 세가지 차원에서 비례대표제에 대하여 반대한다.

## 제 7. 알버트 다이시 알기.7

첫번째, 선거제도가 복잡해질수록 선거제도는 보다 강력한 권력을 창출하는 기반이 된다. 그리고 복잡한 선거제도로 인한 정의의 위기는 정당과정에서 비합리적인 영향력(inordinate influence of party mechanism)이 강해진다는 것이다. 앞서 여성의 참정권 문제도 그렇지만 비례대표제에 대한 다이시의 진단 역시 현재의 한국정치에 시사하는 바가 크다.

법률전문가도 알기 어려운 복잡한 선거법과 비례대표 순번을 거머쥔 정당의 실력자에 의한 독재로 정당 민주주의가 위협받을 수 있는 것이다. 이러한 다이시의 반대론은 이미 Bagehot에 의하여 끈질기게 주장된 바 있고, 존 브라이트에 의하여 환상적 선거제도들(fancy franchises)은 대개 정의롭지 못하다고 배척된 바 있다.

그의 두번째 반대 이유는 다음과 같다. 하원은 단순한 공적 토론의 장이 아니다. 하원은 직접적이지 않지만 신성하고 위대한 집행기능의 일부를 수임받은 기관이다. 하원은 내각 구성원의 임명을 걱정하여야 하고 잘못된 임명에 대하여 비난을 받는 것은 물론 책임을 져야 한다. 논의의 목적상 모든 대단한 의견들은 하원에서 청문의 기회가 주어져야 한다고 가정하자.

이러한 가정은 하원에 오직 2명 또는 한명의 의원만이 있는 경우 가능하다. 그러할 때에 1 또는 2인의 의원은 어떠한 소수의 생경한 의견도 청취하는 것을 가능하게 할 수 있기 때문이다. 여성의 평등한 참정권이라는 특이한 주제에 관하여 밀이 의회 아닌 왕을

대변할 때에 의회에 가장 강력하게 어필하였다. 이러한 권력과정은 의회중심 시스템의 영국이 미국식 대통령제 같이 기능한다는 것을 의미한다.

웨스트민스터가 유력한 학자의 지지를 받아 공적 주장이 행해진다면 이는 미국의 대통령이나 대법원의 주장과 같은 효과를 갖는 것이다. 이때에 다수주의에 기반한 의회와 달리 소수자 보호나 소수의 독특한 의견까지 청문이 가능하게 될 것이다.

여성의 평등한 참정권을 인정하여야 한다는 주장은 밀의 의견을 공유하기 위하여 다수 의원이 출석한 의사당에서는 별로 관심과 주의를 끌지 못할 것이다. 거대한 의사당은 밀의 주장의 논리적 힘이나 표현의 명확함을 제대로 알 수 있는 기회를 제공하지 못하는 것이 사실이다.

그러나 실제 다수 의원들이 정부의 일에 대하여 걱정하고 관여하는 장에서 의견의 다양성 보다는 행동의 통일성(unity of action)이 보다 중요한 의미를 갖는다. 사실 정치적 대표의 문제는 너무 치열하게 전개되었다.

정치적 대표의 문제에 관련된 모든 논쟁점들은 전혀 행동할 수 없는 내각 부서에 그 책임이 귀속되어 있다. 정상적인 상황이라면 여당과 야당이 완전한 균형을 이루는 경우 정부가 구성될 수 있다고 생각하는 사람은 거의 없다. 또한 내각의 3분의 1을 구성하는 정당이 지지하는 의견이 결국 승인을 받는 것이 대개의 경우바람직한 것은 아니다.

1834년 빈민개혁법 주요 원칙의 초석을 놓은 위원회는 영국에 엄

청난 공헌을 하였다. 그러한 위원회에 기존 빈민법에 어떠한 수정을 가하는 것에 극력 반대하는 자를 위원으로 앉히는 것이 어떠한 실제 이득을 가져다 줄 수 있을까?

다이시는 새롭게 제기된 비례대표제에 반대하고 기존 지역대표제의 유지를 주장하면서 다수주의에 기반한 철저한 의회주의자로서의 소신을 보이고 있다. 비례대표제를 통하여 소수의 의견이 반영될 수 있다는데에 회의적인 것이다.

다이시가 비례대표제에 반대하는 세번째 이유를 본다. 비례대표제에 찬성하는 자들은 비례대표제는 사람에게 초점을 맞추는 것이 아니라 의견에 초점을 맞추는 것이므로 하원 내에 다양한 정당이 존재할 수 있도록 조장하며, 로그 롤링 같이 여당과 야당이 정치적 야합을 이룰 수 있게 한다고 주장한다. 역사적으로 의회가 기능함에 있어 성공한 이유의 반은 전통적 양당제에서 찾을 수 있다.

약간 시대에 뒤떨어지지만 지적으로 어필하는 용어를 사용한다면 보수와 자유라 부를 수도 있겠다. 민주정부가 다스리는 나라에 있어 정치의 성공은 국민의 비난과 지지 속에서 보수 진영과 자유 진영이 각자 자신이 맡은 역할을 다하고 국민의 복지 진작에 노력할 때 가능한 것이다.

그러나 지금에 이르러 전통 양당제가 영국의 입헌주의 발전에 기여하였다고 주장하는 것은 과거에 대한 부정이 되어 버렸다. 19세기에 걸쳐 양당제 전통의 이면에는 하원 내 전통 휘그나 토리당과 상대적으로 다른 성격의 이질적이고 독특한 그룹들이 상겨나 영국인의 공적 생활에 변화가 일어났다.

이들은 특정 주제에 몰입하여 그 변화와 개혁에 전적으로 몰입하는 그룹들도 있다. 오코넬이 이끄는 개혁당(Repealers), 콥브덴의 자유교역당(Free Traders) 등이 그 예라 할 수 있다.

## 제 8. 알버트 다이스 알기.8

이러한 그룹들은 공공연히 자신들은 현상유지적인 휘그나 토리당보다 더 의미 있는 대의를 위한다고 주장한다. 1845년 그들은 우리 헌정의 원활한 기능에 장애를 야기하였다. 그들은 정당이 자신들의 정당정책을 의회가 영국의 정책이나 법으로 채택하도록 하기 위하여는 공직을 맡으려는 준비를 하는 한편 그러한 정책이 효력을 가질 수 있도록 노력하여야 한다는 의회주의의 가장 가치있는 원칙이 기능하는 것을 제약하였다.

자유무역당은 최초의 사례라 할 수는 없지만, 사실 그 정당이 추구하는 공적 의견, 원칙, 또는 이론 등을 의회가 채택할 것을 설득하는 가장 대표적인 사례라 할 수 있다. 지난 60년간 영국의 의정을 주의 깊게 관찰한 자라면 자유무역당 같은 그룹이 하원에 다수 증가한 사실을 알 수 있을 것이다.

오늘날 우리는 구 휘그와 토리에 상응하는 사제당(Ministrialists)과 노동당(Unionists)의 양당 체제하에 있다. 그러나 우리는 또한 금주운동가(temperance movement), 여성 참정권론자, 교회해체주의자들 같이 자신들의 사회운동이나 대의에 당운을 걸고 있는 다수의 소수 정파들을 쉽게 발견할 수 있다.

그러나 비례대표제라는 공정한 대표제를 통하여 의회내 정파 그룹들을 다양하게 증가시켜야 한다는 정책에 쉽게 의문을 제기하기 어렵다. 그것은 비례대표제 주창자들(Proportionalists)은 투표를 통하여 얻은 지지율 비율에 따라 식별 가능한 영국 유권자 수 비

울만큼 그들의 모든 공적 의견이 의회내에서 의원들의 지지를 얻을 수 있어야 한다는 비율적 합리성에 기반하고 있기 때문이다.

예컨대 반백신주의자들이 영국 선거인단 전체의 10분의 1을 차지하고 있다고 가정하자. 그런 가정하에 그들의 의석 수는 67석이 될 것이고, 나머지는 보수당 또는 자유당 의원들로 구성될 것이다. 비례대표제에 따라 의원이 되고 필히 반백신법오로의 개정에 올인하는 67인과 나머지 두 거대 양당의 의원은 매우 다른 성격을 갖는 그룹이 된다.

양당의 반백신주의자들은 백신에 반대하면서도 그보다 더 중요한 공적 문제들이 있다는 인식하에 있지만, 비례대표선거에 따라 선출된 반백신주의 의원들은 반백신법오로의 법개정이 절대적 목적이 된다. 따라서 양당제에서 다당제가 될 수 밖에 없는 소수 그룹들의 증식을 결과하는 비례대표제는 우리의 의회정치의 전통을 약화시킨다.

이는 시스템의 지체와 혼란을 확대하는데 기여할 가능성이 크다. 67명의 반백신주의자들이 이미 의회에 존재한다고 가정하자. 또한 이는 개연성이 매우 크겠지만, 그들이 그들의 지위나 신조에 비추어 반백신에 대한 그들의 확고한 신념 덕으로 당선되었기 때문에 백신법을 폐기시키는 것이 양식있는 자의 가장 중요한 목적이라고 가정해 보자.

그들은 얼마가지 않아 67표는 중요한 의미를 가짐에도 불구하고 목적을 달성하는데 현저히 부족한 숫자라는 것을 깨닫게 될 것이다. 이러한 부류의 애국자들이 취할 방도는 어렵지 않게 추단할 수 있다. 그들은 상대적으로 의회규칙(Home rule)이나 교회해체

주의 또는 노동당의 정책들에 대하여 무지하다. 그러나 이들 각 그룹들에 대하여 종두법에 대한 무지에 연유한 자신들의 반백신주의 정책에 대한 지지의 대가로 이들 각 그룹들의 각 개별정책에 대하여 지지를 약속하였다고 가정하자.

이때에 정치적 기적(Political miracle)이 발생한다. 이러한 정치적 기적을 통하여 백신과 종두법 같은 국가의 상식이 무너질 수 있게 되는 것이다. 나의 주장을 뒷받침하기 위하여 이제는 잊혀진 과거의 사례를 들어 보도록 하자. 약 40년전 희미한 기억 속에 아서 오튼(Arthur Orton)이라는 이름의 청구인은 대중의 영웅이었다.

그의 14년에서 15년 기간의 수감생활은 그의 명예감정에 큰 상처를 주었다. 그는 자신의 억울함을 호소하기 위하여 한 하원의원을 선택하였다. 오직 한명의 의원만을 자신의 억울함을 풀 수 있는 해결사로 선택한 것이다. 적절하고 공정한 비례대표제였다면 지금의 가구 기준 선거권제도와 결합하여 넉넉히 20인의 의원의 지원을 받을 수 있었다.

의원의 집권당의 비호 아래 이러한 20인의 의원들이 중요한 역할을 할 수 있다는 사실에 누가 의문을 제기할 수 있는가? 만약 재심 절차가 인정되지 않는 경우 의원들의 지원에도 불구하고 그는 감형을 받을 수 없게 되지만, 그것이 100% 확실하다고 단련할 수 있는가?

보다 신중하고 깊은 성찰을 통하여서도 비례대표제 지지론은 불가하다는 것을 주장하고 싶지는 않다. 다만 비례대표제론은 심각한 반대론에 봉착해 있으며, 그에 대한 해답과 대안은 아직 보이지

않는 현실인 것만은 틀림없다.

1884년 생경하기도 하지만 장점이 있다고 알려진 연방제 정부형태는 영국인의 관심을 얻지 못하였다. 세계에 산재한 정치인들은 영국과 식민지국간의 관계를 진지하게 생각하기 시작하였고 이들은 자치령 정부들이 연방제 헌법을 채택하는 것이 그들에게 이익이 될것이라고 보고 있다.

1867년 영연방 의회는 캐나다 자치령(Canadian Dominion)의 창설에 동의하였고, 신대륙 식민지에 있던 영국의 속국을 연방국가 형태로 이행하게 하였다. 그 즈음 신대륙 미국에서 발생한 남북전쟁은 영국의 정치가들에게 민주주의를 실행하는 연방국가가 연방의 일부로부터 탈퇴하려는 자신의 권리를 주장하는 주정부들과의 내전을 통하여 성공할 수 있다는 매우 인상적인 믿음을 심었다.

1884년 까지만 해도 여전히 영국인들에게 무게감 있는 정치인이 라면 그것이 어떠한 결함인가에 상관없이 영국 헌법에 내재하는 결함을 치유할 수 있는 대안으로 연방제도를 생각하지 않았다. 또한 대영제국을 구성하는 국가들을 단합시키기 위한 방안으로도 연방제도는 대안이 아니었다.

월터 베이지햇(Walter Bagehot)은 그의 전성기때에는 물론 지금 까지도 가장 명망있는영국 헌법주의자(English constitutionalists)였다. 그는 영국과 미국의 헌법을 비교하고 연구하였다. 그러한 비교 연구의 결과는 모든 경우를 막론하고 지금까지 알려지지 않은 영국헌법의 장점을 열거하는 것에 불과하였다.

이러한 장점들은 물론 미국 헌법에서는 발견되지 않는 것이다. 핸리 메인 경 역시 당대 가장 유명한 저술가로서 우연히 자신의 관심을 영국 헌법의 문제로 돌린 바 있다. 메인은 1885년 그의 민주정부론이라는 저서에서 미국 연방제도의 위대한 보수성에 대하여 극찬한 바 있다.

그러나 그는 영국이나 대영제국이 연방제도로 돌아선다 하여 어떤 이득이 발생할 것이라는 아무런 믿음을 표시하지 않았다. 또한 영국의 연방주의 채택을 주장하거나 선호하지 않았다. 30년전 연방제도는 영국인들에게 매우 부적절하게 인식되고 알려진 바 있다. 이러한 상황에서 1914년과 1884년은 매우 이상한 대조를 보이고 있다.

이제와 연방제도는 영국의 정상적 정치를 위협하는 모든 문제에 대한 해결책으로 인식되고 있다. 우리는 인식하기를 왜 영국과 식민지국들 사이에 평화와 번영을 유지할 수 있는 상호 연대를 보다 연방제도를 통하여 긴밀하게 하려 하지 않는가? 영국의 왕을 정점으로 영국을 포함한 모든 구성국을 대표하는 진정한 제국 의회에 의하여 지배되는 새롭고 위대한 제국연방을 건설하려 하지 않는가?

우리는 또한 질문 받는다. 왜 영연방을 연방화된 왕국으로 전환하여 영국과 아일랜드 간 영원한 화해를 구축하고 영국 스코트랜드 아일랜드 웨일즈 - 그리고 내가 알기에 - 채널 아일랜드와 맨 오브 아일랜드 등이 독립된 국가를 이루도록 하지 않는가? 연방제도에 본질적으로 내재하는 우수성은 새로운 헌법적 아이디어라 할 수 있는데, 이는 우리의 신념이 될 수도 있고 환상에 머무를 수도 있다.

따라서 신중한 검토가 필요한 것이 사실이다. 이러한 맥락하에 다이시는 두가지 차원에서 문제를 검토한다. 첫째 연방주의를 구성하는 이반적 성격과 요소들; 둘째, 연방헌법에 영국과 5개의 식민지국들을 포함시키기 위한 제국 연방주의로 일반적으로 알려져 있는 제안들에 적용될 수 있는 연방주의의 일반적 성격과 요소들이 그것이다. 영연방의 연방화를 위한 제안-일반적으로 훌륭로 알려져 있는 - 에 적용될 수 있는 연방주의의 일반적 성격과 요소들 역시 검토를 요한다.

헌법을 공부하는 현 시대 미국의 학자들은 먼저 다음의 3가지 점을 알 필요가 있다. 영연방은 미국과 달리 정부의 통치구조를 자세히 규정하는 성문헌법을 가지고 있지 않다. 보다 엄밀하게 생각해 보면 미국에서의 헌법에 대한 지식이란 헌법 문언에 친숙해지거나 대법원의 판례를 통하여 드러난 성문헌법의 해석에 관한 현 수준의 이해를 통하여 얻어지게 된다.

영국의 경우 단일의 성문헌법전이 부재한 현실이므로 헌법지식을 획득하기 위하여 미국과 같은 접근방식을 취하는 것은 현실적으로 불가능하다. 두번째 포인트는 이러한 첫번째 문제에서 자연스럽게 도출된다. 다시 말하면 "실제로 또는 개념론적으로 헌법학도는 어떻게 영국의 헌법에 대하여 알 수 있는가?" 하는 문제이다.

헌법학이라는 그의 저술에서 다이시는 세가지 기술적 법원칙을 자신의 책 구성에 따라 서술하면서 이러한 질문에 답하고 있다. 전술한 바와 같이 의회주권의 원칙, 법의 지배, 헌법에 대한 최후의 보루(in the last resort)로서 불문헌법예의 의존 등이 그것이다. 그는 매우 강력하고 명료하게 주장하고 있는데, 이러한 3원칙은 헌정에 대한 논의와 정부 권력의 제한 문제들에 관하여 기본적인 출

발점으로 여겨지고 있다.

여기에서 생각해 볼 점은 영국은 불문헌법 국가이므로 대부분의 헌법적 사항이 불문헌법에 따라 정해진다고 오해하기 쉽다는 점이다. 다이시의 의회주권은 의회 입법의 최고성(Legislative sovereignty)를 의미하므로 의회가 법률의 형태로 헌법적 사항을 정할 수 있고 역사의 발전과 함께 그러한 경우가 잦아진다.

따라서 영국의 불문헌법은 전술한 다이시의 불문헌법에 관한 설명에서도 알 수 있듯이 헌법사항을 담은 성문법률이 존재하지 않는 경우 최후의 보루로서의 성격을 가질 뿐이다. 다이시는 직접적으로 영국의 헌법에 대하여 논하였지만, 영국과 미국과의 이례적인 유사성으로 그의 영국헌법에 대한 기술은 미국의 경우에도 그대로 들어 맞는다.

요컨대 다이시는 민주주의 정부의 정치적 법적 헌법에 대한 개념적 정의에 대하여 많은 논의를 발전시키고 있다. 다이시의 영국헌법이라는 책을 이해함에 있어서는 그가 부가한 조건에 대하여 이해할 필요가 있다. 다이시의 책은 1885년 처음 출간되었다.

그가 설명하듯이 동 저술은 1908년 7판을 내면서 그 중요한 내용들이 책에 확정적으로 담겨지게 된다. 제7판은 다이시가 그때까지 영국헌법에서 발전하고 변화한 내용들을 반영하여 수정판으로 낸 것이다. 제8판은 다이시가 80세가 되면서 출간되었는데, 최종판으로서 현재 시점에서 구입이 가능하다.

제8판은 1908년의 7판을 재출간한 것인데, 주목할 점은 제8판에서 다이시는 그가 1908년부터 1915년까지 관찰해온 영국헌법의

변화를 100페이지에 달하는 서문에서 자세하게 기술하고 있다는 점이다. 그런데 서문의 구성은 본문의 구성을 따르고 있어 본문의 주장과 논의를 먼저 읽고 이해하지 않는 경우 서문 부분을 쉽게 이해할 수 없다는 사실에 주의해야 한다.

또 현대의 독자들에게 하고 싶은 또 하나의 조언은 본문을 읽고 서문에 들어가기 전에 노트 XIII 리스트에 열거된 1911년 의회법을 읽으라는 것이다. 다이시는 1885년에서 1908년 사이에 자신의 정의 범주 내에서 발생한 영국헌법에 관한 실제로 존재하는 진정한 상태와 조건(state and conditions)에 관하여 설명하려 한다.

그가 만일 1980년에 이 책을 썼다면, 책의 내용은 많이 다를 것이다. 그의 1915년 서문 부분의 중요한 가치는 그가 헌법에 발생한 실제의 변화를 넘어 그러한 변화가 헌법의 기본적 원칙의 변화에 어떠한 영향을 끼쳤는가에 관한 다이시의 인식을 담고 있다는 점이다.

다이시의 가치를 폄하하는 자는 장문의 서문 부분을 단지 생명에 실망한 피곤하고도 기이한 노인네의 낫두리라고 깎아내리기도 한다. 그러나 우리는 서문 부분에서 많은 것을 배울 수 있다. 예를 들어 다이시는 1915년 당시 사회적으로 첨예한 이슈인 여성의 참정권 문제에 냉담하였다.

그러나 1860년 당시만 하더라도 여성의 참정권 운동의 열렬한 주창자였고, 그는 여성의 참정권을 인정하여야 한다는 존 스튜어트 밀에 대하여 지지를 표하였다. 1867년 그의 유명한 에세이집 "개혁에 관하여(On the Reform)"에서 그는 보수주의자들의 주장에 반대하여 개인의 선택권을 인정하여야 한다는 내용의 "계급간 균

형(The Balances of Classes)"이라는 글을 발표한 바 있다.

1870년 미국을 유람한 후 그는 다음과 같은 글을 쓴 바 있다. "미국에서 여성의 참정권 논란이 비교적 적은 것은 미국의 경우 영국보다 불법을 저지르는 여성의 수가 훨씬 적기 때문이다. 미국의 경우 여성들은 결혼 후 자신의 명의로 재산을 소유할 수 있으며, 자신들의 수입에 대하여 전적으로 법적 보호를 받는다.

미국의 경우 여성들이 유럽보다 높은 수준의 교육을 받지 않는다고 결론 내리는 것은 불가능하다. 따라서 여성들은 경력직에 보다 자유롭게 진출할 수 있다. 미국의 경우 여성들은 실제로 전통적으로 남성에게만 인정되어 온 정치적 특권을 향유하고 있다." 이러한 그의 글을 통해 보면 다이시는 명백하게 여성 참정권 지지자라는 것을 알 수 있다.

## 제 9. 알버트 다이스 알기.9

어쨌거나 여성의 참정권이라는 정치적으로 예민한 문제는 이제 잦아 들었다. 그러나 그 문제에 대하여 헌법 원칙이나 헌법이 보장하는 개인의 기본권에 관한 사회 정치 운동의 효력에 대한 저명한 헌법학자의 생각을 읽으려는 독자들의 마음은 사라지지 않았다.

다이스의 말처럼 영국에서 사용되고 있는 헌법이란 용어는 직접 또는 간접적으로 국가 권력의 배분과 행사에 영향을 미치는 모든 법규칙을 포함하는 것이다. 이러한 법규칙은 2차원의 넓은 범주로 구분될 수 있다.

첫번째 범주의 그것은 엄격한 의미에서의 법(law strictly understood) 그것이다. 이러한 법들은 성문법 혹은 불문법, 제정법 또는 관습법의 형태로 존재하며, 보통 보통법이라고 불리운다. 이러한 법들은 수범자에게 법으로 알려지고 인식되는데, 그것은 이러한 법은 법원에 의하여 강제력을 가지기 때문이다. 법의 강제력은 법이 법이기 위한 가장 결정적 요소이다.

다른 광범위한 범주라 하는 것은 헌법관행(conventions of the constitution)이라 불리우는 것이다. 이러한 두번째 범주의 헌법은 엄격한 의미(in strictness)에서 법이 아니다. 왜냐하면 그것은 법원에 의하여 강제되거나 강제될 수 없기 때문이다. 그러나 두번째 범주에 해당하는 헌법관행은 정치가들과 공무원들에 의하여 일상적이고 관습적으로 준수되는 관행이 되며, 다이스가 말하는 사회적 정치적 도덕성을 대표한다.

그렇다면 영국에서 헌법이라는 법은 두가지의 것으로 구성된다. 하나는 법원에 의하여 인식되어지는 보통법이고, 다른 하나는 상대적으로 모호하고 대체적으로 묵시적인 관행으로 정치적 관행과 도덕의 일부를 구성하며 공적 의견의 차원에 이른 헌법관행이 그것이다. 다이시는 제정법과 정치적 도덕성간의 관계에 대하여 살펴 보려 하였다.

그러한 검토를 통하여 법과 정치에 있어 영속성과 변화를 명확하게 할 의도를 가지고 있었다. 그에 따르면 최고성의 주권은 법적 주권(legal sovereign)과 정치적 주권(political sovereign)으로 구성되어 있다. 영국의 헌법이라는 그의 저술에서 다이시는 엄밀한 법적 관점에서 어떻게 정치적 도덕성이 법에 복속하여야 하는가를 설명하고 있다. 1905년 출간된 그의 "19세기 영국의 법과 공적 의견에 관한 강의"에서는 이와 반대로 엄밀한 법적 관점 이외의 시각에서 어떻게 정치적 도덕성이 법에 대하여 최종적인 제재를 가하는가를 설명하였다.

현대의 그 어떤 저술가도 법과 민주정체에서의 지배적 신념(mores maiorum)간 관계를 다이시처럼 철저하게 천착한 경우는 없었다. 다이시는 또한 독자들에게 정치적 도덕성이라는 그 중요한 그 무엇에 관하여 이야기 한다. 법과 도덕간 커져만 가는 괴리를 비난함으로써 정부는 반사회적이라 하지만 시민들은 비도덕적이라고 하지 않는 제정법이나 형사법을 무제한하게 제정하고 있는 현실을 통하여 다이시는 우리에게 중대한 교훈을 주고 있다.

이러한 지속적 국가 현실은 법의 지배에 대한 사회적 존중이 쇠락하는 것을 의미할 뿐이다. 다이시는 이러한 법의 지배라는 원칙을

영국 헌법의 한 원칙으로 구체화 하였다. 다이시가 이러한 용어를 처음 사용한 것은 아니다. 그렇지만 그로 인하여 법의 지배라는 용어는 광범위하게 퍼지게 된다.

법의 지배라는 용어를 통하여 다이시는 세가지 요소를 간추린다. 첫째 정부에 관하여 보면 법의 지배이기 위하여는 전제적 재량적 권력이 부재해야 한다. 둘째, 모든 사람은 보통의 그리고 통상적 재판소에서 이땅의 보통법(ordinary law)에 복종한다. 셋째, 법의 일반원칙 또는 헌법상의 보통법 같이 유럽 시민법 국가들과 반대되는 특징들(contradistinction)은 시민들의 권리의 결과이고 그러한 권리들의 연원이 아니다.

이러한 다이시의 주장은 영미법 상 자연권 사상에 부합한다. 예컨대 개인의 소유권은 성문 제정법에 의하여 창출되고 부동산 등기소가 물권의 창설이나 변동에 있어 중요한 우리나라와 같은 대륙법계 국가들과 달리 영미법 국가들은 소유권은 법 제정이나 부동산 등기와 무관하게 선존하고 다만 보통법 법원에서 보통법에 따라 확인되거나 부동산 등기제도에 따라 권리간 우선순위가 정해질 뿐이라고 본다.

이러한 양 법계간의 차이를 설명하기 위하여 프랑스 행정법과 법의 지배의 원리를 대항 개념으로 대비시킨다. 영국인이 인식하는 법(law)란 보통법을 의미하고 이것이 법원에서 확인되면 판례법이 되고 이는 제정법과 대비된다.

법원의 판례는 법이지만 이는 정치기관이 미리 성문으로 선언해 놓은 성문법이 아니고 법원에서 개별 사건을 전제로 확인할 뿐이므로 성문법이라 할 수 없고 불문법으로 불리운다. 미리 정하여지

지 않고, 즉 선형적이지 않고 경험적이라는 점에서 불문법이 되고, 법의 확인은 개별 사건을 전제로 할 뿐이이므로 완전하지 않다는 의미에서 아직 성문법이 아니고 법은 여전히 불문법이다.

다만 수정법 소위 리스테이트먼트를 통하여 개별사건을 초월하여 법이 추상적으로 선언되고 정리되지만, 이는 국가기관인 법원이 아닌 학자들에 의하여 창출되므로 여전히 성문법이라 할 수 없다. 다만 권위있는 참고자료가 된다는 점은 전술한 바 있다.

요컨대 영미법 국가인 영국에 있어 법은 보통법이고 이는 민심은 천심이라는 동양사상과 상통한다. 앞서 본 버크경의 일월 성신 같은 인식처럼 동양과 서양인들의 인식이 통할 수 있다는 것을 시사한다. 영국이나 프랑스 같은 대륙법계 국가 모두 사법권은 법을 제정하는 정치적 성격의 권력이 아니고 구체적 사건과 논쟁을 전제로 법을 확인 선언하는 권력이라는 점에 대하여는 인식이 공통된다.

다만 영미법 국가에서는 그것이 보통인들의 법 즉 보통법이 되고 대륙법 국가에서는 구것이 행정 즉 영어의 시빌 서비스(civil service)와 연결하여 시민들의 법(civil law) 또는 공무원들의 법이 되게 된다. 이는 유럽 지성들의 창조론적 사고와 영미계 지성들의 진화론적 사고와도 비교하여 생각해 볼 수 있다.

선례 구속성의 원칙에 따라 영미법의 경우 보다 보수적이고 변화나 진보를 거부할 것처럼 보이지만 사실 구체적 사건과 논쟁을 통하여 살아 있는 생물처럼 판례법이 진화 발전 되기 쉽다. 판례법 역시 제정법처럼 법원은 그 의미를 해석하여야 하고, 다양한 사안에서 사안에 적절한 다양한 결론이 도출될 수 있어 법은 다아윈의

진화론처럼 변화 발전할 수 있는 것이다.

반대로 제정된지 오래된 법이 사회 현실에 조율되지 못하고 수구적이고 폐쇄적으로 전락할 수 있다. 다아윈은 자신의 주장을 뒷받침하기 위하여 일찌기 2원적 최고재판소 제도를 통하여 공법체계와 사법체계를 준별하고 프랑스와 달리 1885년 까지만 해도 영국에서는 사법과 공법을 가르지 않았다고 지적한다.

법 체계를 통한 개념론적 구별마저 존재하지 않았거나 희미할 뿐이었다는 것이다. 시스템빌딩의 법철학이라는 본고의 주제에 있어 프랑스 행정법원이나 미국의 독립 같은 사건은 중요한 의미를 갖는 현상이라는 칸트 철학의 한 요소가 된다. 현상과 그에 대한 경험, 그리고 초월적 관념론 같은 칸트식 철학이 시스템빌딩 법철학에 영향을 미쳤다고 볼 수 있다.

요컨대 오랜 기간 영국에서는 하나의 법체계가 모든 공법 및 사법 분쟁을 규율하고 하나의 재판소 체계가 모든 법적 분쟁을 해결하였다. 그러나 1885년 이후 수십년에 걸쳐 이러한 인식은 불식되었고 더 이상 유효하지 않게 되었다. 영국에서 정부의 공무원은 일반 시민과 똑같이 보통의 법원에 의하여 강제력을 갖는 보통법에 복종하여야 한다.

프랑스의 경우에는 국가의 행정법에 따라 정부와 공무원은 일반 사인에 대하여 특별한 권리를 보유하며, 상당한 정도로 일반 법원의 관할권으로 부터 자유롭다. 프랑스와 영국의 사법시스템이 실제에 있어 얼마나 유사한가에 상관없이 그들을 지배하는 법원칙들은 서로 다른 것이 사실이다.

영국의 경우 위법한 행정청의 처분에 대하여 법상 구제수단이 인정되고 있는 반면에 프랑스의 경우에는 행위규준을 제정하고 법적 구제가 원천적으로 필요하지 않도록 예방적 조치를 취함으로써 위법을 원천적으로 차단하기를 희망한다. 다이시는 시민의 권리가 공무원들의 재량행위에 의하여 잠재적으로 위협받을 수 있다고 보았다.

이러한 그의 생각은 재량(discretion)과 자의(arbitrariness)를 동일시하는 것에 연유하는데, 따라서 재량의 경우에도 법의 지배 원칙을 일탈하는 것으로 보게 되기 때문이다. 그가 보기에 정부 입장에서 재량행위라는 것은 그 시민에게는 법적 자유로부터 안전하지 않다는 것을 의미하는 것이다. 이러한 입장에서 법의 지배란 광범위하고 자의적 재량적 권한을 행사하는 자들에 의하여 자유가 제약받는 모든 정부 시스템과 대조를 이룬다.

현대 프랑스 행정법에 관한 가장 유명한 저술가의 한 사람인 르투르너(Letourneur) 역시 비슷한 점을 지적하고 있다. "행정법은 그 본질상 불평등에 기초하고 있는 법이다. 사적 이익만을 추구하는 사인은 일반적 이익을 대표하는 공적 서비스를 책임지는 행정부처와 평등한 지위에 놓여질 수 없다."

그는 "행정처분은 결정과 책임의 일원성을 요구하고 있으므로 행정은 권한의 원칙(Principles of authority)에 기반하고 있다." 이러한 논의에 있어 다이시의 핵심적 통찰은 이원적 관할제도가 정부로 하여금 사적 문제에 대하여 광범위한 간섭을 할 수 있도록 허용할 수 있게 하는 프랑스 행정법의 본질적 요소를 구성한다는 것이다.

이러한 특질로 인하여 프랑스 행정법은 보통법이 보장하는 자유의 가치에 위배되는 것이다. 미국의 경우에도 공무원은 시민에 대한 불법행위로 인한 배상책임에서 면제받는 전통은 매우 강고하다. 어떤 면에서는 다이스의 프랑스 행정법 예보다도 영국의 경우와 더욱 대조를 이루는 예가 될 수 있기도 하다.

연방정부, 주정부, 지방공사 등 모든 종류의 공기관은 물론 심지어 사적 트러스트나 자선단체 등은 18세기 영국법에 따라 군주로부터 불법행위 책임에 대하여 면책의 특권을 받듯이 책임을 면제받고 있다. 겨우 최근에 와서야 법원은 지방공사의 비정부적 성격의 행위에 대하여 책임을 인정하게 되었을 뿐이다.

더욱이 미국의 경우 전통적으로 입법부와 법원은 정부 공무원의 행위에 대한 책임의 인정에 소극적 태도를 보여 왔다. 이는 착오나 상당한 이유가 존재하여 명백하게 불법적인 경우에도 마찬가지였다. 그러한 경우에 행위를 한 공무원은 물론 그가 소속한 기관 역시 민사상 불법행위 책임을 지지 않는 것이다.

결론적으로 최근까지도 공무원 개인의 불법행위 책임의 면제는 행정청의 책임부담과 균형을 이루지 못해 왔다. 법치주의는 기본적으로 4가지 요소로 구성된다. 모든 시민의 법 앞의 평등, 일원적 법원 체계, 불법행위에 대한 면책의 근거로 국가의 이성(raison d'etat), 오래된 법격언인 법률없이 형벌없다는 죄형법정주의 등이 그것이다.

다이스는 자신은 예를 들어 특허 문제를 다루는 특허법원 처럼 기술적 문제를 특별히 다루는 특별재판소에 반대한다고 말하지 않았다. 그러나 행정기관에 준사법적 권한 또는 광범위한 행정적 권한

을 부여하는 것에 대하여 결단코 이를 부적절한 것으로 거부하였다.

그는 최근 영국에서 진전되고 있는 행정규제기관이나 행정법 재판관들에게 부여한 광범위한 재량권에 대하여 놀라고 경악한 듯이 생각된다. 다이시는 이러한 재량권들이 자의적이거나 상당한 정도로 이 땅의 보통법에 반하는 것으로 생각한 것으로 보인다.

그가 법관, 감사관, 기타 정부 공무원들이 노사문제, 산업안전 문제, 공교육 문제 같은 기술적 범영역외에 수백의 다른 공적 문제들에 닥쳐 행사하는 권한에 대하여 반대하였다는 것은 명백하다. 다이시는 입법부가 자신의 권한을 남용하지 못하도록 제한할 수 있는 실제적 도덕적 외부적 내부적 견제의 방법이 있을 것이라고 생각하였다.

집단적으로 법의 지배를 구성하는 시민들의 권리는 이론적으로 변화무쌍하고 불안정한 것이 사실이지만, 입법부가 변심하지 않는 한 실무상 시민들의 권리는 확실하게 보호받는다. 다이시는 관료제 정부나 행정재판소에서는 권리가 보장될 것이라고 확언할 수 없다고 생각하였다.

실제 이러한 기관들은 광범위한 재량권을 행사하는데 기관의 공무원이 정치적 이유에서 임명된 경우에는 더욱 시민의 권리 보호에 열악할 수 있다. 다이시가 재량권은 권력의 선택적이고 자의적인 행사라고 생각한 것은 절대적으로 옳은 것이다. 재량권 행사에 있어 정부는 정치적 충성을 육성하고 정치적 지지그룹을 발전시키기 위하여 이를 이용할 가능성이 큰 것은 부인할 수 없는 현실이다.

이러한 이유로 보통법의 지배 및 그와 행정부의 재량 및 사법적 통제간 관계에 관한 다이스의 논의는 19세기 미국 헌법과 행정법 관계의 발전을 이해하는데 있어 매우 적절한 것이라 사료된다.

다이스나 19세기 시스템빌딩 법철학자들은 지리상의 발견, 문명과 과학의 진보 시대, 민주주의의 정착을 위한 법체계의 구축을 위하여 노력하였다. 이들은 18세기 19세기에 걸쳐 영국의 경험론과 대륙의 합리론을 종합하여 근대 과학 문명과 민주화의 대세에 부합하려는 칸트의 경험론적 관념론 철학에 많은 영향을 받은 것으로 보인다.

칸트는 그의 순수이성비판에서 세상에 존재하는 객관적인 것들을 무시하는 합리론은 비판되어야 한다고 주장한다. 그는 세상에 존재하는 것들은 바른 인식을 위한 전제가 되며, 이는 객관적으로 존재하지만 인간의 감성과 경험을 통하여 인식되어지는 것에 불과하다.

이러한 그의 주장은 자연과학을 넘어 새로운 인문철학과 보편적 윤리관 새로운 이상적 민주주의 정부와 보편적 법사상 같은 근현대 사회의 형이상학의 발전에 영향을 미치게 된다. 칸트 이전 흄스식 법실증주의나 사회계약론 또는 자연법론이 선형적 합리론의 성격을 가진다면 미국 헌법의 기초자들이나 다이스 또는 19세기 프랑스의 행정법 중심의 이원적 법체계는 칸트식 경험론적 관념론의 법철학으로 풀어볼 수 있다.

칸트에게 있어 존재란 그 자체로 존재하지만, 중요한 것은 우리의 지각을 통해 우리에게 나타난다는 것이다. 따라서 지식은 경험의 해석을 통해 생성되며 우리는 이를 초월적 관념론이라 할 수 있

다. 버크의 보수주의와 프랑스 대혁명 미국의 독립과 헌법국가의 시작 같은 시대사적 배경은 이러한 정치와 현실에 대한 초월적 관념론이 유행하는 시대 풍토를 이룬다.

그리고 그러한 인식에 걸맞는 국가와 최고법에 대한 이해와 제언을 위한 법철학에 계기를 제공한다. 이러한 맥락에서 19세기 미대법원의 법사상을 이해할 수 있다. 또한 19세기 말 아직 민족국가를 이루지 못한 독일의 경우 옐리네크의 국가의 3요소나 국가에 대한 일반적 이해를 위한 법철학이 발전한다.

한편 대영제국의 전성기를 경험하고 균열이 시작되는 시기 다이시의 의회주권, 법의 지배, 불문헌법 전통 등에 대한 고뇌와 건전한 시스템의 탐색 역시 경험에 바탕하면서도 보편적 가치를 담은 시스템의 법철학으로서의 본질을 갖는 것이다. 이러한 법철학은 칸트가 말한 초월적 관념론의 정향을 정치 현실과 국제관계 그리고 시스템 빌딩으로서의 법체계에 대하여 적용하게 된다.

이는 칸트가 말한 초월적 이상주의와 시스템 빌딩의 형이상학으로 이어진다. 주체와 객관적 세계가 완전히 동일하다는 지적 오만 또는 절대적 이상주의나 외부세계는 우리 마음의 산물이며 우리와 독립적으로 존재하지 않는다는 주관적 이상주의에 대하여 시스템 빌딩의 법철학자들은 우리 마음의 구조가 세계에 대한 우리의 경험을 생성한다는 초월적 이상주의를 법철학의 방법론으로 한다.

이때 세계는 세력균형의 국제관계, 전쟁과 외교사, 정치 문화와 역사, 민주주의 전통 등 법체계와 시스템을 둘러싼 법환경이 된다. 그리고 마음의 구조는 천부인권, 상위법 사상, 보통법의 지배, 정의와 형평 같이 법률가가 품고 있는 법적 양심과 가치로 형성된

다.

오랜 경험의 법률가들이 경험에 대한 해석을 통하여 지식이 형성되고 다이시를 위시하여 미국과 프랑스에서 19세기 법철학이 발전하게 되는데, 이는 칸트의 초월적 이상주의 수사학에 그대로 부합하는 것이다.

칸트의 존재론은 현상과 누메나라는 두가지 종류의 대상을 구별하는데 칸트에게 중요한 것은 우리의 지각을 통하여 존재하는 현상이다. 누메나는 우리의 지각이나 경험과 무관하게 존재하는데, 따라서 인간은 누메나에 대하여 알 수 없다.

반면에 현상은 외부의 사물일 뿐만 아니라 그 사물에 대한 우리의 경험을 형성하는 마음의 구조이기도 하다. 대표적인 마음의 구조로 공간 시간 인과관계 등을 들 수 있는데, 공간과 시간은 우리가 사물을 인식하는 방법이며, 인과성은 사물간의 관계를 이해하는 방식이 된다.

시스템 빌딩 이전의 법철학은 홉즈나 존 오스틴 같은 법은 주권자의 명령이다 같은 명제에서 보듯이 절대적이거나 주관적이다. 또한 로크나 루소의 사회계약론에서 보듯이 이상주의적이지만 그 대상은 외부에 존재하는 사물처럼 우리의 지각과 경험 그리고 그에 대한 해석을 통하여 형성된 지식이 아니라 선형적이고 추상적이며 원리적이고 가상적이다.

19세기 이후 한스켈젠이나 하트가 주장한 법실증주의 역시 선형적이고 원리적 성격을 보이고 있다. 드워킨과 그 학파들의 신도덕주의, 즉 법의 도덕적 정당성을 궁구하는 신자연법론 역시 선형적이고 원리적이다. 따라서 19세기 시스템 빌딩 법철학 시대는 라세

스 페어(laissez faire), 즉 세력균형과 인류의 역량이 축적될 수 있는 시대사적 의미를 갖는다.

신자연법론이나 20세기 신 법실증주의와 함께 UN이나 EU 같은 새로운 국제정치경제질서를 배경으로 관습국제법의 성문화 또는 입법창설적 성격의 다자조약과 국제기구나 초국가기구는 신 시스템빌딩 법철학이 융성할 수 있는 계기를 제공한다.

UN 창설의 초석을 놓은 한스켈젠의 접근방식을 시작으로 하트와 그의 제자인 요셉 라즈, 베네딕트 킹스베리 같은 법철학 또는 국제법 학자들은 다이시의 사법중심의 세계관을 새로운 시대에도 그대로 고수하고 있다.

다만 다이시 시대의 초월적 이상주의 또는 보편주의가 유럽 미국 영연방 간의 세력 균형체제하에서 전개된 것과 달리 신 시스템 빌딩 법철학자들은 UN을 중심으로 현상과 경험에 바탕한다는 점에서 선형적 원리적인 한스 켈젠과 구별될 수 있으며, 세계적 일원적이라는 점에서 다이시의 법철학과도 차이가 있다고 할 수 있다.

## 저자 소개

### 학력

대한민국 조선대학교 일반대학원 경영학과 경영학 박사 (2017-2020)  
미국 미네아폴리스 월든대학교  
공공정책대학 공공정책 및 행정학 박사 ( 2012-2018)  
프랑스 파리학술원 외교전략연구소 (그랑제콜)  
국제관계 및 외교학박사 (2000-2003)  
미국 매디슨 위스콘신대학교 로스쿨 대학원과정 법과학박사 (1994-1995)  
미국 매디슨 위스콘신대학교 로스쿨 대학원과정 법학석사 (1993-1994)  
미국 듀크대학교 로스쿨 대학원과정 법학석사과정 수료 (1992-1993)  
대한민국 사법연수원 diplom e (1985-1987)  
서울대학교 법과대학 사법학과 졸업 (1981-1985)

### 경력

사법시험 7위 합격 (1983)  
행정고시 7위 합격 (1984)  
외무고시 8위 합격 (1986)  
대한민국 공군 법무관 (1987-1990)  
서울민사지방법원 판사 (1990-1991/임관 서열 1위)  
대한민국 변호사회 변호사 (1987)  
미 뉴욕주 변호사회 변호사 (1997)  
미 연방 제 9 항소법원 변호사회 (2015)  
헌법학회 이사  
법이론 실천학회 이사  
사법시험 위원  
법과대학 교수평의회 대표  
대외협력처 자문위원  
전남 수자원관리 위원  
지방고시 면접위원

법학논총 등 다수 저널 심사위원  
[현] 조선대학교 법과대학 교수  
연구논문 및 저서

## ○ 저서

[헌법강의], 박영사. 2000  
[헌법학], 박영사. 2000  
[국제거래법사례연습], 조선대학교 출판부. 2006  
[로스쿨가이드북], 솔트웍스, 2007  
[미국법강독]. 조선대학교 출판부. 2009  
[A Rout of Experience in the Qualitative Method:  
Tackles and Reflections],  
Createspace Independent Publishing. 2017  
[Piece to Text on the Monument and One:  
Letters with the International Body  
Managers], Createspapce Independent Publishing. 2018

## ○ 연구논문

헌법강의, 서울: 박영사. 2009  
조선산업에 대한 보조금지급과 관련한 대한민국과 EU간의 통상분쟁에 관한  
WTO 결정, 인권과 정의 제 350호. 2005  
국제통상질서상 다국적기업의 인권보장에 관한 소론, 법조 제 589집. 2005  
국제통상에서의 법치주의: 세계무역기구 (WTO) 항소기구의 몇가지 문제점,  
인권과 정의 제 357호. 2006  
이상과 현실, 그리고 개혁: 세계적 차원의 민주주의와 법치주의,  
법조 제 599집. 2006  
문화상품에 대한 국제규범체계와 문제점에 관한 소고,  
국제거래법연구 16호 1권. 2007  
버드법에 대한 사법심사의 의의와 시사점, 법조 제 610집. 2007  
국제통상법의 발전과 헌법국가의 전형: 미합중국

헌법원칙과 법제사를 중심으로, 법학논총 14권 2호. 2007

美國憲法상 北美自由貿易協定 (FTA) 紛爭解決節次의 違憲性에 관한 약간의  
 考察, 법학논총 16(1), 221-252. 2009

국제정치와 법철학: 헌법과 국제법의 접점에서, 유럽헌법연구 제 5호. 2009

사법의 통일과 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 (CISG),  
 인권과 정의 제407호, 2011

효율성의 관점에서 본 비엔나협약 상 구제수단의 문제, 인권과 정의 제 422호  
 28-45. 2011

CISG 의 국제거래법적 함의, 법학논총 23(1) 73-112. 2016

국제통상법에 있어 세계적 정의의 개념에 관한 소고,  
 법학논총 16권 2호, 2011

사법관임용제도에 관한 소고-차선의 대안으로서 프랑스식  
 사법관제도를 제안하며, 법학논총 29호 3호. 2017

민주헌법관과 촛불시위 사이에서: 민주주의에 대한 두 유형의  
 실험실을 돌아보며, 법학논총 24권 3호. 2017

파리기후협약의 法社會學-경제, 환경, 그리고 협약의規範적 실효성을 위한  
 약간의 검토,  
 법학논총 26(1), 41-90. 2019

국제통상법과 인권법의 교착, 법학논총 29(3), 135-191. 2022

신국제협정: 세 가지 패러다임에 관한 검토와 시사점, 법학논총 30(2), 3-56.  
 2023

시민민주주의와 보편적 법체계의 발전: 헌법과 국제법을 대체하는 세계법의  
 수사학, 법학논총 31(2), 3-42. 2024

그외 국제학술지 논문 다수