

## 韓國 法治主義의 意義 및 限界\*

金 富 燦\*\*

### 目 次

- I. 序 論
- II. 現代 法治主義의 意義
  1. 法治主義의 理念 및 歷史
  2. 法治主義의 現代的 意義
- III. 韓國 法治主義의 意義 및 限界
  1. 韓國 法治主義의 意義
  2. 韓國 法治主義의 현실 및 限界
- IV. 結 論 - 韓國 法治主義의 強化를 위한 提言 -
  1. 法實證主義的 思考의 극복
  2. 德治主義 내지 禮治主義 전통과 法治主義의 조화
  3. 法曹民主化 및 法曹專門化
  4. 法治主義에 대한 新념의 提高

### I. 序 論

韓國<sup>1)</sup>은 自由民主主義 국가이며 그 민주적 헌정질서의 기초로서 '法治主義'(rule of law)를 지향하고 있다. 한국 헌법에 법치주의에 관한 명문의 규정은 없으나, 법치주의는 헌법의 기초에 흐르고 있는 지도이념이자 기본원리이며 市民社會의 보편적인 운영원리이기도 하다. 현대적 의미에 있어서 법치주의는 곧 정의로운 법의 정립과 준수를 통하여 통치의 정당성을 확보할 수 있도록 한다는 의미에서 '社會的·實質的 法治主義'를 의미한다. 사회적·실질적 법치주의는 法과 正義의 지배를 의미하며, 사람에게 의한 자의적 지배를 의미하는 '人治主

\* 이 논문은 1998년 10월 29일에 열린 '法 및 社會哲學會 아시아大會'에서 발표한 것임.

\*\* 濟州大學校 法學科 教授

1) 전통적인 法意識과 法文化를 기초로 하여 한국의 법치주의를 논하기 위해서는 韓國의 범주에 北韓도 포함하여 설명하여야 되지만, 여기서는 南韓의 경우에 한정하여 논의하기로 한다.

義<sup>2)</sup>와 힘에 의한 지배를 정당화하는 '政治主義' 또는 '權力政治' 모두를 배격한다.

爲政者들은 言必稱 한국이 법치국가임을 주장하고 기회 있을 때마다 법치주의를 내세우지만, 우리의 憲政史를 보면 권력정치와 人治主義가 판을 치고 법치주의는 그 규범적 의의를 상실한 채 교과서의 한 구석이나 채우고 있는 모습이 안타깝게 목격되고 있다. 한국에 있어서 법치주의는 아직 헌법상 추상적 원리로만 존재할 뿐 현실에 있어서는 국가 권력이나 국민의 행동에 대하여 실효성을 갖지 못한 채 不具의 상태를 벗어나지 못하고 있다. 우리 국민들은 오랫동안 권력국가의 桎梏에서 벗어나 본 적이 거의 없다. 근대화 이전 500여 년 동안의 權威主義的 朝鮮王朝와 主權이 침탈되었던 日帝強占期 동안은 물론, 現代 的 法治主義를 기초로 하는 成文憲法 제정 이후의 憲政史를 보더라도 그 사정은 크게 다르지 않다.

현행 헌법에 따르면 우리 국가체제는 정의로운 통치에 입각한 社會的 法治國家로 설정되고 있음에도 불구하고, 우리의 현실은 여전히 이와는 상반된 권력국가의 범주에 머무르고 있다고 해도 과언이 아니다. 법은 여전히 권력의 侍女로 봉사하고 있으며 검찰과 사법부도 권력자의 눈치를 살피는 데 급급하고 있다. 국민들은 법의 권위를 제대로 인정하지 않으려 하며 違法은 곧 손해라는 인식 하에 필요에 따라 違法과 脫法을 일삼고 있다. 우리는 현재 총체적인 '韓國 法治主義의 危機'에 직면하여 그 극복을 위한 至難한 과제를 안고 있다.

본 논문에서는 현대의 모든 民主國家들이 지향하고 있는 法治主義의 이념에 대하여 살펴보고, 이를 토대로 韓國 法治主義의 意義 및 그 限界를 규명한 다음, 올바른 한국 법치주의의 定着을 위한 과제 및 방안에 대해서 언급하기로 한다.

## II. 現代 法治主義의 意義

### 1. 法治主義의 理念 및 歷史

#### 1) 法治主義의 理念

칸트(Kant)에 의하면 理性的 存在로서의 인간은 그 本性에 기초한 인격을 가지는 까닭에 스스로 당위적 의무를 인식하고 행하며 또한 자신의 선택과 행동의 결과에 대하여 책임을 지는 존재이다.<sup>3)</sup> 인간의 존엄성은 바로 인간이 자율적이고 도덕적인 존재라는 데 있다.

2) 法治主義는 人治主義와의 대립 속에서만 비로소 그 뜻을 발휘한다고 한다. 왜냐 하면 法=客觀的, 人=主觀的·恣意的이라는 사고가 바탕에 깔려 있기 때문이다. 姜眞哲, "法에서의 客觀性과 主觀性 問題 - 法治主義나 人治主義나 -", 『강원법학』, 제7권, 1995. pp. 153-171 참조.

3) 沈在宇, "法治主義와 啓蒙의 自然法.", 『法哲學研究』, 제1권, pp. 19-25 참조.

인간들은 理性에 바탕을 두고 타인의 人格的 尊嚴性 및 그 不可侵的 地位를 인정하게 되며, 또한 이를 기초로 相互尊重의 기본원리를 터득하게 된다. 이러한 상호존중의 기본원리가 사회공동체를 형성하는 개인들 상호관계의 바탕이 되며, 또한 사회규범으로서의 법의 존재근거이자 그 내용적 한계로 인정되고 있다. 그리고 인간상호간의 존중을 바탕으로 하여 성립되는 국가는 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하는 法治國家로서 존재하게 된다.

철학적 의미로 보면 '法治主義' 내지 '法の 지배'는 곧 '理性의 지배'(rule of reason)를 의미한다.<sup>4)</sup> 법치주의는 곧 인간 공동체에 있어서 恣意的인 '인간의 지배' 또는 '힘의 지배'를 배제하고 모든 사람들로 하여금 '이성의 법칙'에 근거한 합리적인 법규에 의하여 통치되도록 한다는 점에서 '人間本性'(human nature) 또는 '인간의 尊嚴性'(human dignity, Würde des Menschen) 존중의 요청과 부합되는 것이다.<sup>5)</sup> 인간에 대한 '支配'는 그 어느 경우에도 인간에 대한 '奉仕'를 의미한다는 점에서 그 정당성을 찾아야 한다는 것이 법치주의의 이념적·철학적 근거이다.<sup>6)</sup> 다시 말하면, 법의 지배 또는 法治主義란 어떠한 사회든지 그것이 인간 사회인 한 人間本性에 적합한 통치 원리만이 正當性을 갖게 된다는 원리로 이해할 수 있을 것이다.

그 동안 인간 사회는 國家를 중심으로 조직되어 왔으며, 오랫동안 국가만이 법적 공동체로 인식되어 온 것이 사실이다. 따라서 법치주의의 개념도 그 동안 국가 및 국가권력의 존재를 전제로 하여 성립되어 왔다. 그러나 본래 법치주의 원리는 개인의 자유와 권리를 보장하기 위하여 이미 존재하는 국가 또는 사회의 권력을 제한하거나 억제하는 소극적 기능을 수행하는 것이 아니라, 보다 적극적이고 능동적 차원에서 국가의 조직 및 구성원리로서 기능을 수행하는 것으로 이해되고 있다. 법치주의 원리는 국가 공동생활에서 지켜야 할 법규범을 마련하고 국가의 권력 작용을 이에 따르게 함으로써 인간 생활의 기초가 되는 自由·平等·正義를 실현시키려는 국가의 구조적 원리를 의미하는 것으로 간주되고 있다.<sup>7)</sup>

法治主義는 법을 통하여 無政府狀態(anarchy)를 배제하고 질서를 확립하며 또한 사람들

4) Ian Shapiro ed., *The Rule of Law*(New York: New York University, 1994), p. 64, 65, 122, 149, pp. 328-330; Richard H. Fallon, Jr., "The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse," 97 *Columbia Law Review*, 1997, pp. 1-2.

5) 키케로(Cicero)는 "법이란 人間本性에 내재하고 있는 最高理性이며, 인간이 마땅히 해야 할 바를 명하고 해서는 안 되는 것을 금지하는 것"(Law is the highest reason, implanted in nature, which commands what ought to be done and forbids the opposite)이라고 정의하였으며(De Legibus, Bk. I.), 아리스토텔레스(Aristoteles)는 "법이란 공동체를 다스리는 자에 의하여 제정·공포되는 公共善을 위한 理性의 法則"(Law is an ordinance of reason for the common good, made by him who has care of the community, and promulgated)으로 정의하였다(Summa Theologica, Part II, First Part, Qu. 90, Art. 4.).

6) Werner Maihofer, *Rechtsstaat und Menschliche Würde*, 沈在宇 譯, 『法治國家와 人間の 尊嚴』(서울: 三英社, 1994), p. 55.

7) 許營, 『韓國憲法論』(서울: 博英社, 1990), p. 143.

로 하여금 예측 가능한 사회생활을 가능하게 하고 자의적인 권력 행사로부터 보호를 받을 수 있도록 하는 것을 목표로 하고 있다. 때문에 헌법상 법치주의는 흔히 국가가 국민의 기본권을 제한하거나 의무를 부과할 때는 議會가 제정한 법률에 근거해야 한다는 원리를 의미하며, 그 목적은 국민의 기본權保障에 있고 또 그 수단은 기본적으로 權力分立이라고 설명되고 있다.<sup>8)</sup> 法治主義는 모든 자유민주주의 사회의 기본적 징표가 되고 있으며, 民主主義와 獨裁를 구별하는 기준이 되고 있다. 법치주의는 支配者의 억압으로부터 被治者의 자유와 權利를 보호하며 强者의 억압적 간섭과 지배로부터 弱者를 후원하는 역할을 수행하고 있다.<sup>9)</sup>

## 2) 法治主義의 制度的 歷史

이러한 法治主義는 그 制度的 起源을 보면, 영국의 '法の 支配'(rule of law)의 원리와 독일의 '法治國家'(Rechtsstaat)의 이론에 바탕을 두고 있다. 영국의 '법의 지배' 원리는 중세 이래 영국의 헌정 하에서 개인의 자유와 권리를 보장하기 위한 '法の 優位' 내지 '議會의 優位' 사상으로 발전해 왔으며, 다이시(Dicey)에 의하여 이론적으로 정립되어진 것이다. 다이시는 영국 헌법의 기본원리로서 議會主義, 憲法的 慣習, 그리고 法の 지배를 들면서, 이러한 요소들이 영국 헌법 하에서 개인의 자유와 권리를 보장하는 원리라고 설명하였다.<sup>10)</sup> 반면에 법치국가의 개념은 독일에서 형성된 것으로 처음에는 법기술적인 차원에서 단지 국가의 통치가 法律(Gesetz)에 근거를 두고 있기만 하다면 그 정당성이 인정된다는 의미를 갖는 것으로 규정되고 있었다. 즉, 民主主義는 獨裁의 방식이든 법률에 의하여 통치를 하는 국가는 모두가 형식적 의미에서 法治國家라고 규정될 수도 있었던 것이다.<sup>11)</sup> 그러나 이러

8) 이와 관련하여 라렌츠(Larenz)는 실질적 의미에서 法治國家란 正當性을 지향하는 질서로서의 법의 창조, 발전 및 실현, 그리고 法的 平和의 보장을 중요시하며, 나아가 어떠한 임무를 스스로에게 부과한 상관없이 그의 전 활동에 있어서 자기 자신의 法과 그 기초를 이루는 '정당한 법의 諸原理'에 구속되는 국가를 의미한다고 한다. 나아가서 그는 정당한 법의 원리로서 相互尊重의 원리, 人間尊嚴의 보장 및 그로부터 도출되는 人權尊重의 원리, 그리고 공동체 영역에 있어서의 諸原理, 즉 참여의 원리, 平等 待遇와 比例性의 원리, 社會的 填補의 원리 등을 지적하고 있다. 그는 또한 법치국가의 원리란 국가 권력을 행사하도록 임무를 띠고 있는 사람들이 법의 근거 및 의미와는 다르게 이를 행사하는 것을 방지하도록 하는 원리들을 의미한다고 하면서, 그 기본적인 구성원리로서, 권력의 限界設定과 牽制의 원리, 遡及立法의 금지, 모든 국가 기관의 법에의 羈束原理, 포괄적인 권리보호, 그리고 法治國家의 절차의 諸原理 등을 들고 있다. 그는 또한 법치국가의 절차적 원리로서 法官의 不偏不黨性, 즉 公正性의 원리 및 모든 당사자의 裁判上 辯論의 원리를 들고 있다. K. Larenz, 梁彰洙 역, 『정당한 法の 原理』(서울: 博英社, 1986), pp. 137-178.

9) The Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*(Oxford: Oxford University Press, 1995), p. 303; Allan C. Hutchinson · Patrick Manahan eds., *The Rule of Law — Ideal or Ideology —* (Toronto: Carswell, 1987), p. 100.

10) A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Indianapolis, 1982).

한 형식적 법치국가의 개념은 점차 시민적 자유를 보장하기 위한 법률의 우위 및 국가 권력의 제한 내지 통제의 원리로 발전해 왔다. 이러한 의미의 법치국가는 곧 社會的·實質的 法治國家이자 벨커(Welcker)가 말하는 '理性國家'(Staat der Vernunft)로서 이성적인 전체 의사에 의하여 통치되며 '公共의 福利'만을 그 목적으로 하는 것이다.<sup>12)</sup>

## 2. 法治主義의 現代的 意義

### 1) 社會的·實質的 法治主義

근대적 의미에 있어서 법치주의는 법의 내용보다는 節次的 合法性을 중시하는 '市民的·形式的 法治主義'에 머무르고 있었다. 그러나 형식적 법치주의는 法律萬能主義로 흘러 헌법상 보장된 형식적 법치국가의 제도 그 자체를 거의 침해할 필요 없이 독재가 가능해지는 결과를 초래하게 되었다. 결국 형식적 법치국가는 형식적 합법성의 원칙과, 법률의 내용과는 관계없이 법률의 형식만 갖추면 된다는 法實證主義的 世界觀에 의하여 실질적인 不法國家가 되고 말았던 것이다. 이러한 경험을 교훈 삼아 20세기 후반에 들어와서는 인간의 가치 및 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국가의 적극적인 社會政策의 실시를 촉구하는 새로운 법치국가 개념이 요구되어졌다.<sup>13)</sup>

이로써 시민적·형식적 법치주의는 법의 목적과 내용 또한 正義에 합치하지 않으면 안 된다고 하는 '社會的·實質的 法治主義'로 전환되어졌다. 사회적·실질적 법치주의는 법적 안정성의 유지와 더불어 인간의 존엄성 존중 내지 실질적 평등의 확보를 국가의 존립 근거 및 통치 원리로 삼고 있다. 오늘날 社會正義의 실현을 위한 실질적 법치주의를 그 통치 원리로 삼고 있는 국가를 '社會的 法治國家'(sozialer Rechtsstaat)라고 한다. 사회적 법치국가는 그 정당성을 통하여 정치적 통일의 근거를 재판적으로 마련하고 이를 공고하게 한다. 사회적 법치국가는 개인의 자유와 안전을 보장할 뿐만 아니라 社會正義와 人間福祉의 실현을 목표로 하고 있는 것이다. 다시 말하면 社會的 法治國家는 '국가로부터의 자유로운 개인의 영역' 설정을 통해서가 아니라 오히려 공동체의 '자유롭고도 정의로운 전체 질서'의 설정을 통하여 개인의 자유와 권리를 보장하는 것을 의미하는 것이다.

### 2) 法治主義의 世界化

법치주의는 개인의 自由와 安全 및 社會正義를 보장하기 위하여 요청되는 통치원리라

11) Franz Neumann, *The Rule of Law*(Heidelberg: Berg Publishers, 1986), pp. 179-180; Hermann Heller, "法治國家나 獨裁나?" 金孝全 編譯, 『法治國家의 原理』(서울: 法元社, 1996), p.5. 法治國家의 개념과 그 성립과정에 관해서는, 金孝全 編譯, 上揭書 참조.

12) Ernst-Wolfgang Böckenförde, 金孝全 譯, 『憲法·國家·自由』(서울: 法元社, 1994), pp. 66-94 참조.

13) 金哲洙, 『憲法學概論』(서울: 博英社, 1996), p. 178 참조.

고 할 수 있다. 이러한 통치원리는 곧 국가의 구성 및 작용 원리를 의미하는 것으로서, 법치주의는 곧 국가구조와 통치권력을 바탕으로 한다는 점이 일반적으로 승인되어 왔던 것이 사실이다. 그러나 오늘날 오로지 國家만이 法的 共同體(legal community)로 존재하는 것은 아니며 法과 國家가 동일한 개념도 아니다. 국가는 자신의 목적 달성을 위하여 필요한 법을 제정하여 보유하고 있을 뿐이다. 국가의 구성원인 사람들은 법적 단체로서의 국가의 구성원일 뿐만 아니라 이미 '自然的 法秩序'에 바탕을 두고 있으면서 또한 그에 의하여 규율되고 있는 '人類共同體'의 구성원이기도 하다. 국가는 이러한 인류공동체의 '하나의 특수한 형태'로서 존재하면서 그 구체적인 목적 달성을 위하여 필요한 범위에서 '自然法'에 근거하여 '實定的 法秩序', 즉 實定法을 정립·시행하고 있는 것이다.<sup>14)</sup>

그렇다면 사람들은 이제 국가의 구성원으로서만이 아니라 보다 넓은 범위에서 국제사회의 구성원으로도 존재하고 있다. 국제사회도 '人類共同體'(community of human beings)로서<sup>15)</sup> 자신의 독자적인 실정적 법질서를 보유하고 있는 것이다. 따라서 法治主義의 문제는 국가의 범주를 벗어나서 국제사회의 차원으로까지 확장할 필요가 있는 것이다. 법치국가의 이념은 본래 '國家的' 市民社會와 더불어 '世界的' 市民社會의 형성을 목표로 하는 것이었다. 즉, 법치주의는 소극적으로는 한 개인에 의한 인간의 예속과 사회나 국가에 의한 인간의 예속을 가능한 한 최대한으로 배제하며, 적극적으로는 '個人과 國家社會, 나아가서 人類全體' 등 모든 사람의 개인적, 국가적 자유와 안전을 최대한으로 그리고 평등하게 보장하는 질서의 수립을 목표로 하는 것이다.<sup>16)</sup>

이제 법치주의 이념은 특정 국가의 國內問題(domestic affairs)로서만 존재하는 것이 아니라 國際社會의 문제(international affairs)로 등장하고 있으며, 나아가서 인류공동체의 普遍의 問題(universal affairs)로 부각되어지고 있다. 국내법과 마찬가지로 국제사회의 규범인 국제법의 경우에도 法治主義의 이념을 배제할 수는 없다고 본다. 특히 오늘날 법치주의가 사회적·실질적 법치주의로서 규정되고 있음에 비추어 국제사회도 自由·人權·環境·福祉와 같은 인류 공동의 가치 및 과제의 해결을 위하여 보다 적극적인 역할을 수행해야 한다는 의미에서 國際法과 法治主義의 관련성이 보다 강조되어야 한다. 이제 개별국가의 영역을 벗어나 인류사회의 共同利益 및 價値의 증진을 위한 이념적 기초로서 '法治主義의 世界化'가 이루어지고 있는 것이다.<sup>17)</sup>

14) 金富燦, 『法學의 基礎理論』(서울: 東玄出版社, 1994), pp. 292-294 참조.

15) 李太載, 『法哲學史와 自然法論』(서울: 法文社, 1984), p. 345.

16) Werner Maihofer, *op. cit.*, pp. 179-184 참조.

17) '法治主義의 世界化' 또는 '國際的 法治主義'(International Rule of Law)에 대해서는, 金富燦, "國際法上 法治主義에 관한 學理적 考察," 『法과 政策』, 제2호, 1996, pp. 115-139; Boo Chan Kim, "The United Nations and the International Rule of Law," 1 *Korean Yearbook of International Law*, Dec., 1997, pp. 79-110 참조.

### Ⅲ. 韓國 法治主義의 意義 및 限界

#### 1. 韓國 法治主義의 意義

한국의 법치주의를 논할 때 많은 論者들은 1948년 정부수립 이후를 기점으로 하거나 아니면 길어야 서구의 법제도가 도입된 1895년 이후를 기점으로 하여 설명하고 있다. 물론 서구의 법제도 및 법치주의 이념은 특히 20세기 중반 대한민국 정부 수립을 계기로 한국 사회가 국가 체제를 새롭게 정비하고 자유민주주의 및 자본주의적 법 제도를 구축하는 데 많은 영향을 미쳐 온 것이 사실이다. 그러나 한국 법치주의의 역사적·공간적 범주로서의 한국의 國家的 實體 및 그 憲政秩序의 역사를 100년 정도로 보는 것은 우리 國史 및 法制史의 전통을 단절시키고 스스로 韓國 法治主義를 서구적 觀點으로만 평가하는 결과를 초래하는 것이다. 한국, 즉 대한민국은 일제 강점기 동안에 대한민국 臨時政府에 의하여 대표되었던 국가는 물론, 그 이전의 大韓帝國과도 동일한 국가적 正體性(identity)을 갖고 있다. 그리고 대한제국은 곧 朝鮮王朝과 동일한 국가이기 때문에 대한민국은 朝鮮王朝로부터 그 法統性이 계승되어지고 있다고 볼 수 있다.<sup>18)</sup> 따라서 한국의 법치주의에 대한 역사적 고찰은 최소한 조선시대, 아니면 그 위로까지 소급해 올라가야만 하는 것이다.

##### 1) 德治主義 내지 禮治主義의 전통과 法治主義

전통적으로 한국 사회에는 서구의 '法治主義' 이념과 비교되는 '德治主義' 내지 '禮治主義'의 이념이 존재하고 있었다.<sup>19)</sup> 이는 대체로 조선시대에 중국으로부터 전수 받은 朱子學에 입각한 국가의 통치원리로서, 法보다는 禮와 道德을 양반과 관리들의 행동 및 통치원리로 삼고 이를 기초로 백성을 가르치고 교화하는 중심 원리로 삼는 것을 의미한다. 양반과 관리들은 三綱五倫을 중시하고 人·義·禮·智를 사회윤리의 기본으로 생각하였으며, 법은 주로 국민들에 대한 刑의 수단으로서만 간주되고 있었다. 법의 내용은 단지 그것을 집행하는 관리와 양반들에게만 알려지고 있었을 뿐 백성들이 직접적으로 그것을 인식하기는 매우 힘들었다. 때문에 법은 지배계층에 의하여 恣意的으로 적용될 여지가 많았으며, 백성들에게는 두려움의 대상으로만 인식되어졌던 것이 사실이다.<sup>20)</sup>

지배계층인 양반과 관리들은 禮와 德에 따라 행동할 의무를 지는 것을 당연한 것으로

18) 國際法上 國號의 변경, 主權者의 변동, 정부수립의 合憲性 여하 등이 國家의 同一性을 변경하지는 않는다고 본다. 그리고 朝鮮과 大韓帝國, 臨時政府에 의하여 대표된 大韓民國 그리고 현재의 대한민국이 동일한 法統性을 갖고 있다는 데 대해서는 金明基·劉夏榮, "大韓民國臨時政府의 正統性에 관한 연구," 『國際法學會論叢』, 제38권 제1호, pp. 1-18 참조.

19) 崔鍾庫, "法治主義와 德治主義: 韓中比較," 『中國研究』, 제2권 제3호, pp. 7-27 참조.

20) 梁承斗, "국민들의 法生活과 法意識의 변천 50년," 『시민과 변호사』, 제19호, pp. 75-76 참조.

여겼지만 法은 오로지 통치의 수단에 불과하며 스스로 法에 의하여 구속을 당한다고는 생각하지 않았던 것이다.<sup>21)</sup> 이러한 의미에서 한국인의 法意識과 法文化 속에 자리잡고 있는 '法治'의 의미는 매우 편협하면서도 부정적인 것이 될 수밖에 없었으며, 서구적 개념으로서의 법치주의와 유사한 것은 이러한 '法治'의 형태보다는 오히려 德治主義 내지 禮治主義 원리인 것이다. 서양에서는 오래 전부터 사람에게 의하여 제정되지 않고도 법 및 국가기관, 그 중에서도 특히 立法者를 구속하는 이념으로서의 法이 존재한다고 하는 自然法論(natural-law doctrine)이 성립되어 왔다. 自然法論에 의하면 自然法(natural law)은 超實定的인 것으로서 입법자에 의하여 제정된 實定法의 내용이 이에 합당하도록 요청하고 자연법에 어긋나는 실정법과 국가권력에 대해서는 正當性을 부여하지 않음으로써 그 효력을 상실하게 하는 권위를 갖는다고 설명되고 있다.<sup>22)</sup> 이러한 관점에서 한국 사회의 전통적인 德治主義 내지 禮治主義는 '儒教的 人間觀에 입각한 自然法論'이라고 할 수도 있고 또는 '儒教的 法治主義'라고도 할 수 있을 것이다.<sup>23)</sup>

한국 사회는 19세기말 西勢東漸의 역사적 추세에 못 이겨 서양에 대한 문호 개방을 단행하게 되었으며, 우리의 法文化 및 法制度를 자주적으로 계승·발전시키기보다는 서구의 문물과 법 제도를 도입함으로써 국가 체제를 개혁하도록 강요당하게 되었다.<sup>24)</sup> 그러나 이러한 타율적인 문호 개방과 개혁 작업은 실패로 끝나고 곧 이어 日帝의 강압적인 수단에 의하여 국가의 主權이 침탈되는 결과를 초래하고 말았다. 반세기에 걸쳐 大韓帝國과 日帝 強占期, 그리고 美軍政을 거치는 동안 한국의 법제도 및 국가체제는 점차 서구적으로 변모하였지만, 이는 전통적인 한국 사회의 法意識 및 法文化의 변화를 기초로 하는 진정한 변화라고 할 수는 없는 것이다.

日帝의 강압적 통치 및 수탈에 의해 법은 支配·榨取·抑壓의 수단으로서 인식되어졌으며, 미군정 시기에도 법 개념 및 법치주의 이념에 대한 긍정적인 인식을 기대할 만한 상황이 전개되었다고 보기는 어려운 것이 사실이다.<sup>25)</sup> 사실 그 동안 한국 사회의 法意識과 法文化는 전통적인 법의식과 법문화에 바탕을 두어 발전해 왔던 것이다. 그러나 近代法의 수용 이후 적어도 법 제도는 전통적인 법의식과 법문화와는 유리된 상태에서 운용되어 왔

21) 중국에서는 管仲, 荀子, 韓非子 등과 같이 人間本性에 관한 性惡說에 입각한 法治主義를 주장한 경우도 있었으나, 이 法治主義는 인간의 性惡을 이유로 사회질서를 유지하기 위해서는 오로지 준엄한 法律과 刑罰로 통치해야 한다는 주장을 의미하는 것으로서 '서구의 法治主義'와는 그 의미가 다르다. 李太載, 前掲書, pp. 47-48 참조.

22) 金富燦, 前掲書, p. 147 참조.

23) 崔鍾庫, 前掲論文, pp. 22-23 참조.

24) 甲午改革이 시작된 다음 해인 1895년 당시 法務大臣인 서광범이 근대적인 법제도의 도입을 高宗皇帝에게 요청하고 이에 따라 漢城裁判所와 法官養成所가 개설되었다. 梁承斗, 前掲論文, p. 75 참조.

25) 특히 1948년에 발생한 제주도 4·3 사태와 관련하여 이루어진 정부의 과도한 진압작전이 美軍政下에서 이루어짐으로써 미군정하의 法治主義에 대하여 회의적인 시각을 갖게 만들었다. 濟民日報 4·3 취재반, 『4·3은 말한다』(서울: 도서출판 전예원, 1997) 참조.

다. 이와 같이 20세기에 들어와서 우리의 국가 체제 및 헌정 질서는 전통적인 德治主義 내지 禮治主義의 이념과는 단절된 상태에서 타율적으로 형성되어 왔으며, 우리의 전통과 단절된 법치주의 이념은 본래의 실질적 법치주의보다는 강압적인 '法治' 개념을 바탕으로 하는 形式的 法治主義 수준으로 왜곡된 채 부정적인 의미로 인식되어 온 것이 사실이다. 때문에 한국민들은 전통적인 法意識을 견지하며 法은 古法이자 良法·美意여야 한다고 주장하는 한편 현재의 法 및 裁判의 公正性·妥當性에 대한 懷疑로 인하여 法治主義에 대한 부정적인 입장이 여전히 강한 것으로 나타나고 있다.<sup>26)</sup>

## 2) 韓國 憲法과 法治主義

전통적인 한국 사회에는 15세기에 「經國大典」, 18세기에 「續大典」과 「大典通編」 등과 같은 法典이 편찬되어 시행되어 왔으며 이들은 바로 실질적인 憲法에 해당되는 것이다. 이들에 의하여 한국 법치주의의 기초가 확실하게 수립되었다고 보기는 힘들지만, 儒敎的 德治主義 내지 禮治主義와 같은 일종의 憲法的 統治原理가 이들과 같은 法典에 기초하여 朝鮮王朝의 국가 이데올로기로 성립·발전해 왔다고 보는 것이 타당하다고 본다.<sup>27)</sup>

한국 사회만이 아니라 일반적으로 동양 사회는 法治主義보다는 德治主義 내지 禮治主義가 지배해 온 사회로 이해된다. 그러나 德과 禮는 넓은 의미에서 法을 포함하거나 아니면 법의 근거로 원용되고 있는 개념이기 때문에 德治主義 내지 禮治主義와 法治主義를 상반된 것으로 보는 것은 잘못이라고 생각된다. 따라서 儒敎的 德治主義 내지 禮治主義는 곧 오늘날의 實質的 法治主義와 그 의미가 통하는 개념으로 이해하는 것이 온당하지 않을까 생각된다.

1948년 7월에 제정된 憲法은 보다 체계적으로 현대적인 법치주의 원리를 규정하고 있다.<sup>28)</sup> 우리 헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 尊嚴과 價値를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 基本的人權을 확인하고 이를 최대한 보장할 의무를 진다"고 함으로써, 인간의 존엄성을 불가침의 가치로 규정하는 한편 이를 최대한 존중하고 보호하는 것을 국가의 責務로 규정하고 있다. 그리고 우리 헌법은 이러한 국가적 책무를 달성하기 위한 기초로서 법치주의 원리를 채택하고 있다. 즉, 헌법은 법치주의의 실질적 요소로서 人間의 尊嚴性과 自由·平等을 규정하고 있으며 형식적 요소로서 成文憲法主義(法의 最高性), 基本權의 보장, 權力分立의 원칙, 法治行政의 원칙, 包括的 立

26) 朴秉濠, "傳統的 法·法意識과 現代法의 課題," 『歷史的 脈絡에서 본 現代韓國文化의 方向』, 한국정신문화연구원, 1979, pp. 178-198 참조.

27) 崔鍾庫, 前揭論文, p. 17 참조.

28) 일반적으로 이 憲法典을 한국 최초의 成文憲法으로 규정하고 있다. 그러나 한국의 국가적 실체를 과거로 소급해서 논의해야 한다면 이 憲法典이 한국 최초의 成文憲法이 아닐 수도 있다. 이와 관련하여 權寧星 교수는 "1899년에 공포된 '大韓國制 9個條'가 한국 최초의 成文憲法"이라고 설명하다가 다시 1948년 7월에 제정된 憲法을 '建國憲法'으로 명명함으로써 이를 한국 최초의 成文憲法으로 규정하고 있다. 權寧星, 『헌법학원론』 (서울: 法文社, 1998), p. 90 참조.

法の 금지, 司法的 權利保障 등을 규정하고 있는 것이다.<sup>29)</sup>

이러한 법치주의 원리는 법으로 하여금 단순히 국가권력의 발동 근거로서의 기능을 수행하도록 하는 범주를 벗어나서 국가권력을 제한하고 통제하도록 한다는 의미에서 自由民主主義的 原理의 기초로 설정되고 있다. 그리고 헌법의 법치주의 원리는 보다 적극적·공정적인 측면에서 국가구성의 본질적 요소, 즉 構成原理로 이해되고 있다. 많은 문제점이 있었음에도 불구하고 한국 헌법의 법치주의 원리는 실질적으로 정치적 통일 및 조직의 근거를 마련하고 이를 통하여 국가조직이 안정적으로 활동할 수 있도록 하며 국가 활동을 合理化·正當化하는 역할을 수행해 온 것이 사실이다.<sup>30)</sup>

그러나 우리가 한국의 법치주의를 논할 때, 단지 헌법상 규정되고 있는 법치주의 원리를 설명하는 것으로 그쳐서는 안 된다. 무릇 헌법은 국가의 구성과 통치의 기본을 규정하는 최고의 규범으로서 반드시 현실적으로 실천되어야만 그 의미가 있는 것이기 때문이다. 이러한 관점에서 우리 헌법의 법치주의 원리가 現實的·實效的으로 모든 헌법 규범의 受範者들에 의하여 성실하게 준수되고 있는가를 살펴볼 필요가 있을 것이다.

뢰벤슈타인(K. Loewenstein)은 '헌법의 存在論的 分類'(die ontologische Klassifizierung)의 방법을 제시하면서, 헌법은 그 존재론적 분석을 통하여 '規範的'(normativ) 憲法, '名目的'(nominalistisch) 憲法, 그리고 '意味論的'(semantisch) 憲法 등으로 분류될 수 있다고 한다.<sup>31)</sup> 뢰벤슈타인에 의하면 規範的 憲法이란 헌법이 모든 受範者들에 대하여 현실적·실효적으로 준수됨으로써 규범과 현실 사이에 乖離가 없는 것을 말하며, 名目的 憲法이란 헌법 규범이 법적으로는 유효하지만 정치 과정이 그에 의거하여 진행되지 않고 있기 때문에 그 實存的 存在性을 결여한 헌법을 의미한다. 한편 意味論的 憲法은 완전히 적용되고 또 활용되어지고는 있으나 헌법 규범의 내용이 권력 담당자의 배타적 이익을 위해서 현재의 정치적 권력 상황을 그대로 文書化한 것에 지나지 않는 헌법을 말하는 것이다.<sup>32)</sup> 이와 같이 存在論的 觀點에서 권력 및 정치과정의 현실과 헌법 규범과의 일치 여부를 기준으로 하여 헌법을 분류하는 경우 우리 헌법을 '規範的 憲法'(die normative Verfassung)에 속하는 것으로 평가하는 것은 어렵지 않나 생각된다. 따라서 한국의 법치주의에 관하여 현실을 무시하고 단지 헌법 규정에 의해서만 설명하는 것은 많은 문제점이 있다.

## 2. 韓國 法治主義의 현실 및 限界

우리 헌정사에 있어서 서구의 民主主義 및 法治主義原理에 입각한 헌법이 제정되고 법

29) 金哲洙, 前掲書, pp. 179-181; 權寧星, 前掲書, pp. 145-147 참조.

30) 桂禧悅, "韓國憲法の 기본원리로서의 法治主義," 『法學論集』, 제30집, pp. 14-17 참조.

31) K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, S. 151.

32) 權寧星, 『比較憲法學』(서울: 法文社, 1982), pp. 85-88 참조.

치주의의 구현을 위한 조항이 마련된 것은 그 역사가 매우 日淺하다. 아직도 우리는 민주주의와 법치주의에 대한 훈련과 경험이 부족하다고 하는 점을 인정하지 않을 수 없다. 국가에 있어서 法과 正義가 실현되어야 한다는 법치주의의 이념은 사실상 고대 그리스 시대부터 존재해 왔던 것임에 반하여, 민주주의와 법치주의를 우리 헌정 질서의 기초로 선언한 것은 겨우 50년밖에 안 된다. 아울러 法治主義 원리는 우리 민족의 토착적인 法制度 및 法思想과 더불어 발전해 온 개념이 아니라 서양의 법제도 및 법문화에 뿌리를 둔 外來的 概念으로서 우리 민족의 의지와는 관계 없이 타율적으로 수용된 것임도 부정할 수 없다. 게다가 日帝의 강압적 지배와 미군정 시대를 거치면서 法概念과 法治主義에 대한 왜곡된 인식을 할 수밖에 없었던 쓰라린 歷史를 우리는 갖고 있다.<sup>33)</sup>

1948년 정부 수립 이후에도 불법적인 수단으로 정권 획득을 시도하는 세력에 의하여 憲政이 단절되고 民主主義와 法治主義가 유린되는 역사를 되풀이하여 왔으며, 경제 개발을 명분으로 하여 자유와 평등보다는 功利主義(utilitarianism)가 앞서고 이를 빌미로 법의 定立·適用·執行이 자의적이고 편의적으로 이루어진 경우도 非一非再하였던 것이 사실이다. 특히 5·16 이후에 장기간 집권했던 군사정권들은 經濟發展·産業化·近代化라는 국가 목적을 내걸고 소위 開發獨裁의 수단으로 법을 크게 활용하였으며, 그 때문에 국민의 자유와 인권이 크게 침해되는 결과가 초래되었다.

여러 가지 명분에 의하여 法治主義가 유린되는 양상은 民主化가 달성되었다고 자부했던 과거 소위 '文民政府' 시절에 있어서나 지금의 '國民의 政府'에 들어와서도 근본적으로 달라지지 않고 있다. 문민정부 시절에는 政治改革과 司正作業이 법에 의거하여 엄정하게 이루어지지 못 하였다는 평가를 받았으며, 특히 12·12 사건과 5·18의 주모자에 대한 기소 결정 및 처벌 과정이 法治의 차원보다는 정치적 차원에서 당리·당략적으로 처리됨으로써 법의 권위가 크게 훼손되었으며 法治主義에 대한 국민의 거부감이 더욱 심화되는 계기가 되었다.<sup>34)</sup> 犯罪者에 대한 처벌이 정치보복이나 경쟁자에 대한 탄압의 차원에서 이루어지고 엄정하게 법을 집행해야 할 검찰당국이 임명권자나 정치권의 눈치를 살피면서 무 원칙하게 일을 처리하는 것을 보면서 이 나라가 과연 法治國家인가에 관하여 의문을 제기하지 않을 수 없었던 것이 사실이다.

현재 국민의 정부의 주도로 시행되고 있는 개혁작업과 기업체의 구조 조정, 그리고 정치권에 대한 사정 활동의 과정을 보면 실패한 정부로 규정되고 있는 문민정부 시절과 아무런

33) 日帝가 남긴 法意識의 弊害로서, ① 日帝의 군과 경찰에 의하여 조장된 위협과 공포, ② 법에 대한 불신과 피해의식, ③ 法擔當者에 대한 부정적인 인식, ④ 法適用 또는 執行者에 대한 불신, ⑤ 기회주의적 법의식, ⑥ 법에 대한 도전적 의식, ⑦ 法專門家에 대한 불신, ⑧ 法律用語의 難解性과 권위 의식, ⑨ 法專門家의 政治侍女化, 그리고 ⑩ 權威主義的 官僚의 문제 등을 들 수 있다. 崔鐘庫, "日帝 殘滓清算의 법적 의의," 『시민과 변호사』, 제19호, p. 86 참조.

34) 許營, "法治主義 없이 「名譽革命」 없다." 『新東亞』, 1월호, 1996, pp. 130-136 참조.

본질적인 차이를 느낄 수 없는 것이 사실이다. 국민의 정부가 출범하면서 이루어진 '國務總理 署理' 임명은 署理任命的 違憲성을 둘러싼 첨예한 논쟁을 야기하였으며 法治主義의 危機를 초래하였다. 최근 들어 정치권이 다시 한번 司正의 회오리에 휩싸이고 있다. 많은 정치인과 관료들이 조사를 받고 처벌되고 있지만, 많은 국민들이 그 偏頗성과 標的性에 대하여 비판적인 느낌을 가지고 있으며, 檢察과 司法當局에 의하여 법이 공정하고 평등하게 시행되고 있다고 믿는 사람은 거의 없다. 우리 나라가 엄연히 法治國家임에도 法治主義의 요체인 법 적용의 平等성과 법 집행의 嚴正성을 자신 있게 증명할 수 있는 사람이 없다.

정의로운 법에 의한 정당한 지배가 이루어지지 않고 권력을 등에 업은 자들에 의한 부당한 지배가 이루어짐으로써 매우 안타깝게도 법의 권위는 물론 국가의 권위마저도 크게 실추되는 결과를 피할 수 없게 되었다. 법이 국가의 존립 및 국민의 기본권을 보장하는 것으로 그 正當성을 인정받을 수 있는 것임에 반하여, 오히려 법이 지배와 억압의 도구가 되고 強者の 論理를 뒷받침하여 법치주의 이념이 좌절되고 실종되는 경우가 너무나 많다. 言必稱 민주주의를 부르짖고 법치주의를 외치지만, 우리의 민주주의가 좀처럼 제 자리를 잡지 못하고 비틀거리는 것은 법치주의 이념과 원리가 제대로 실현되지 못하는 데서 나타나는 필연적인 결과인 것이다. 法治主義의 成敗는 정치 권력의 行態와 분리해서 논할 수 없다. '法治의 論理'와 '政治의 論理'가 혼동되고 정치권력이 스스로 법을 무시할 때 법치주의는 아무런 힘도 얻을 수 없게 된다.

법치주의가 국가권력에 대한 制限原理가 아니라 오히려 국가권력에 대한 正當化原理로 악용되고 법의 내용이 '正當性'을 외면하고 '功利性'을 강조할 때, 법치주의는 독재의 충실한 도구로 전락하게 되는 것이다. 과거 法律萬能主義的 思考와 形式的 法治主義가 급속한 경제성장을 주도하고 국가의 존립과 안전의 유지를 위해서 나름대로 기여한 측면도 있었지만, 보다 중요한 基本的人權과 自由에 대한 침해와 社會正義의 실종에 대하여 침묵을 강요하는 경우도 비일비재하였던 것이 사실이다. 때문에 1948년 정부수립 이후 民主主義와 法治主義를 金科玉條와도 같이 내세워 왔지만 그 후 반세기가 지난 오늘날 한국에서 民主主義가 제대로 실천되고 法治主義가 정착해 가고 있다고 믿는 사람은 별로 없는 듯 하다.

#### IV. 結論 - 韓國 法治主義의 強化를 위한 提言 -

##### 1. 法實證主義的 思考의 극복

법의 개념 및 본질을 비롯한 법학 내지 법철학의 근본 문제에 대한 접근에 있어서, '自然法論'의 입장에서는 先驗的·客觀的 規範으로서의 自然法의 존재를 인정하는 바탕에서 문제 해결을 시도하지만, '法實證主義'(legal positivism)는 자연법의 존재를 부정하고 실정

법만을 법의 전부로 보는 입장을 전제로 하고 있다. 한 마디로 법실증주의는, 법은 '實定化'(Positivierung)를 통해서만 현존할 수 있다고 하며, 實定性(Positivität)이 법의 현존을 위한 필수적 요소라고 한다. 법실증주의는 법질서가 안정되고 법과 사회의 乖離가 거의 없는 상황에서는 나름대로 바람직한 역할을 수행하기도 했으며, 시민적 자유를 중시하는 市民的 法治國家에 있어서 법치주의의 기초로 원용되기도 하였다. 특히 近代資本主義의 형성기에 있어서 法實證主義的 思考는 거래의 安定性 또는 法的 安定性이 요구되는 상황에서 나름대로 그 存在根據를 확보하고 있었다고 할 수도 있다.

이러한 의미에서 한국 사회의 안정과 근대화가 요구되던 시절에 이와 같은 法實證主義的 思考는 어느 정도 그 역할을 수행했다고 볼 수도 있는 것이다. 그러나 形式的 合法性만으로 법의 타당성을 판단하게 되는 法實證主義 또는 形式的 法治主義는 기존의 법질서의 개혁이나 사회적 현실에 대한 개선이 요구되는 시점에 있어서, 오히려 정의롭지 못한 법질서나 사회 현실을 옹호하는 保守·反動的 기능을 수행하게 되거나, 不義한 법질서의 강요를 정당화함으로써 독재를 합리화하는 수단으로 전락하게 되었던 것이다.

法實證主義는 실정법만을 법이라고 함으로써, 우리로 하여금 절대적으로 타당하고 보편적인 법을 찾는 것을 포기케 한다. 가장 완벽한 法實證主義者로 자부했던 켈젠(H. Kelsen)의 純粹法學(reine Rechtslehre)은 根本規範(Grundnorm)을 순수한 논리적 규범으로만 전제함으로써 결국 立法者로 하여금 실정법의 내용을 정의롭게 규정하고 법의 내용적 정당성을 추구하도록 요구할 수 있는 가능성을 부정하는 결과가 되고 말았다. 일반적으로 모든 法實證主義的 思考 및 理論은, 법은 일반적으로 현재에 필요한 구성적 요소인 實定性 이외에 본질적 요소, 즉 價値性 또는 正當性을 필요로 한다는 점을 간과하고 있다. 법실증주의는 어떠한 내용도 법이 될 수 있다는 주장과 함께 우리로 하여금 '正法'(richtiges Recht)을 추구할 수 있도록 해주는 이론적 근거를 부정함으로써 오히려 立法者를 전능한 존재로 만들어 버리는 결과를 가져 왔던 것이다.

그 實例는 제 2차 대전 이전의 독일에서 이루어진 나치스(Nazis) 독재와 우리 나라의 제 4공화국 시절 소위 維新憲法下에서 이루어진 독재에서 찾아볼 수 있다. 維新憲法은 국민의 기본적 인권과 자유를 침해하고 강압적인 방법으로 국민들을 통제할 수 있는 근거를 제공했던 惡法(evil law)의 대표적인 경우였으나, 일부 법실증주의적 법학자들은 維新憲法이 외형상 국민의 同意를 획득했다는 이유로 그 타당성을 옹호하는 데 앞장서기도 하였다. 독일의 경우도 나치스 독재가 이루어지고 있던 동안에 그에 대한 抵抗의 이론적 근거를 제공했던 法哲學者는 거의 없었던 데 대하여 戰後에 많은 반성을 하게 되었으며, 그러한 풍조에 대한 중요한 책임을 당시 독일 법철학계의 주류를 이루고 있었던 法實證主義的 思考에서 찾으려 하였다. 때문에 戰後 유럽에서는 독일을 중심으로 법사상 내지 법철학의 방향을 재정립하고 '自然法의 再生'(renaissance of natural law)이 이루어지게 되었다.<sup>35)</sup>

이제 우리도 法實證主義的 思考를 극복함으로써 법치주의를 정당하게 구현할 수 있도록

록 해야만 한다. 형식적으로 법의 요건을 갖추었다고 모두 법으로서의 효력을 갖는다고 할 수는 없다. 實定法은 내용적으로 正義를 실현하고 국민들의 자유와 권리를 보장하는 데서 그 타당성의 근거가 인정된다고 하여야 한다. 이러한 관점에 의해서만 통치의 合法性은 물론 正當性도 확보할 수 있게 되는 것이며, 이를 통하여 實質的 法治主義를 실천해 나갈 수 있게 된다.<sup>36)</sup>

## 2. 德治主義 내지 禮治主義 전통과 法治主義의 조화

法治主義가 아직도 한국사회에 뿌리를 내리지 못하고 있는 주요한 이유 가운데 하나는, 우리 헌법의 법치주의 원리가 서구로부터 유래된 것이어서 아직도 한국 사회의 內面的 秩序 原理로 자리잡지 못하고 있기 때문이다. 다시 말하면 현대적 법치주의 원리가 아직 우리의 전통적인 '德治主義' 내지 '禮治主義'와 조화를 이루지 못하고 있기 때문이라는 것이다. 덕치주의 내지 예치주의는 한국사회의 전통적인 유교의 전통에 입각한 禮와 德에 입각한 통치를 주장하는 것으로서 지배 계층에 관한 한 서양의 自然法思想에 입각한 實質的 法治主義와 유사한 의미를 갖는 것이었다. 舊韓末 이래 서양의 법제도가 도입되면서 덕치주의 또는 예치주의를 대신하여 법치주의가 통치원리로 자리잡게 되었으나, 이러한 법치주의는 실질적 법치주의와는 달리 法을 단지 강압적 통치 수단으로 인식하고 있던 中國 法家의 法治主義 또는 形式的 法治主義와 동일한 것으로 간주하는 풍조가 조성되기에 이르렀던 것이다.

따라서 왜곡된 법치주의를 극복하기 위한 하나의 방안으로서 전통적인 德治主義 내지 禮治主義 이념과 法治主義 원리의 결합을 모색할 필요가 있다고 본다. 본래 서구의 실질적 법치주의 이념은 인간 공동체의 보편적인 원리를 의미하는 것으로서 이미 한국 사회의 전통적인 덕치주의 내지 예치주의 이념을 내포하고 있는 개념이기 때문에, 덕치주의나 예치주의 이념을 낡은 것으로 보고 배제하는 것은, 우리의 귀중한 法意識과 法文化의 유산을 포기하는 것을 의미하며 實質的 法治主義 이념을 한국 사회에 內在化하는 데 많은 어려움을 초래할 것이다. 이제 덕치주의를 기본 바탕으로 하여 서구의 실질적 법치주의 이념을 수용하고 이를 조화롭게 발전시킴으로써 새로운 법치주의 이념을 정립하는 한편 한국 사회에 적응력을 갖는 법치주의의 전통으로 발전시켜 나가도록 해야만 할 것이다.

## 3. 法曹民主化 및 法曹專門化

아직 성숙 단계에 이르지 못하고 있는 한국 법치주의의 발전을 위해서 반드시 이루어

35) 金富燦, 前掲書, pp. 115-116, 171-172 참조.

36) Richard H. Fallon, Jr., *op. cit.*, pp. 1-2 참조.

야 할 과제가 바로 司法制度의 개혁을 통한 法曹(legal profession)의 民主化와 法學教育의 개선을 통한 法曹人力의 專門化 및 증원이다. 우선 법조민주화의 문제는 지금까지 주로 法曹一元化를 둘러싸고 논의되어 왔다. 법조일원화는 현재 司法研修院을 수료하고 검사 또는 변호사 등 다른 法曹經歷을 가지고 있는 사람 중에서 법관을 임명하는 것을 의미하는 것으로 '職業法官制'(career system)의 반대 개념이다.<sup>37)</sup> 이는 법조경험과 사회적 식견이 풍부한 사람을 법관으로 임명함으로써 在朝와 在野를 통합하는 것을 의미하며, 이를 통하여 裁判 및 司法府에 대한 국민의 신뢰를 확보할 수 있을 것이다.

法曹民主化와 法曹專門化를 위해서 시급히 요청되는 과제가 법조인력의 증원이다. 현재의 한정된 法曹人力과 專門性만으로 국제통상, 산업재산권, 우주공학, 컴퓨터·정보산업, 유전공학 등 국제화·세계화 시대에 새로이 나타나고 있는 법적 영역에 있어서 필요한 법조 수요를 충족시킬 수 없을 뿐만 아니라 다양한 법률 분야의 專門家를 양성할 수 없게 된다. 전문적 지식과 경험을 갖춘 법조 인력이 부족한 상황에서 필요한 법 제도를 생성·발전시켜 나가는 한편 관련된 전문적·기술적인 분쟁을 합리적으로 해결하는 것은 불가능하게 된다.

법치주의 이념은 司法正義와 아울러 法治行政을 요구한다고 할 때, 한국 사회는 아직 法曹人力은 물론 전문적 법률 지식을 가지고 있는 행정 관리들도 매우 부족한 형편이다. 법학교육의 개선을 통하여 유능한 법률 전문가를 양성함으로써 이러한 행정 관리의 부족 현상을 완화시키는 데도 많은 효과를 거둘 수 있으리라고 본다. 법조인력의 증원 및 전문성을 강화함으로써 법조 전문화를 가능케 하는 외에도 법 생활의 보편화와 법률 서비스의 제고 등 司法制度의 개혁을 통한 法曹民主化에 많은 효과가 있으리라고 본다.

法曹人力의 증원 및 專門化는 法學 및 法曹教育 등 법조인력양성제도의 개선을 통해서 실현되어질 수 있는 과제이다. 특히 法治主義를 기본이념으로 하고 있는 법치국가에서는 法學教育이 매우 중요한 역할을 담당하고 있다. 그러나 유감스럽게도 우리의 법학교육이나 법조교육의 현실은 法治主義의 素養을 가진 法曹人力과 法律專門家를 양성하는 데 많은 어려움을 안고 있다. 그 이유로서 다른 무엇보다도 법학교육과 법조인 자격시험의 체계적인 연계가 이루어지지 못하고 있다는 점을 들 수 있다. 법조인 자격시험인 司法試驗은 대학 또는 대학원에서의 法學教育課程의 履修와는 상관없이 모든 사람들에게 개방되고 있다. 사법시험 응시자격이 체계적인 법학교육과정의 이수율 전제로 하지 않고 있다는 사실이 법학교육을 파행적으로 이끄는 중요한 원인이 되고 있다. 법조인과 법률전문가가 단순한 기능인이 아니라고 할 때, 도대체 法治主義의 理念에 대한 체계적 교육을 받지 않고 단지 사법시험 과목만을 제한적으로 공부함으로써 법조인의 자격을 획득하는 경우, 이들에게 法治主義는 어떠한 의미를 가질 수 있을지 상당히 의문스럽다. 따라서 사법시험의 응시자격을 대학에서의 法學專攻者(副專攻 또는 複數專攻者 포함)에 한정하는 것이 필요하다고 본다.

37) 이공현, "法曹一元化," 『21세기를 위한 法曹人力 養成方案』, 法院行政處, 1995, p. 115.

#### 4. 法治主義에 대한 신념의 提高

法治主義의 강화를 위해서 무엇보다도 중요한 것은 법치주의에 대한 信念을 提고하는 것이다. 法治主義는 국가의 통치원리인 동시에 市民社會의 民主的 運營原理이기 때문에 헌법의 기초로 설정되고 있는 법치주의 원리가 모든 국민의 신념으로 內面化되도록 해야만 한다. 법치주의는 곧 국민들 자신의 가치와 존엄성을 보장하기 위하여 요청되어지고 있는 이념적 원리이기 때문에 스스로 법을 지키며 違法과 脫法을 행하지 않는 것이 무엇보다도 요구된다.

국민의 違法意識이 고양되고 法の 생활화가 가능해지기 위해서는 무엇보다도 爲政者와 法曹人들이 法과 국민 위에 君臨하는 特權意識을 버려야만 한다. 韓國 法治主義의 위기가 도래한 가장 큰 이유는 무엇보다도 국민들이 政治人과 司法當局은 물론 法을 불신하고 그 권위를 인정하지 않는다는 데 있다. 국민들이 법에 대하여 신뢰를 표시하며 긍정적으로 인식할 수 있도록 하기 위해서는 직접 법을 정립하고 적용·집행하는 위치에 있는 사람들부터 법을 엄정히 준수하는 모습을 보이지 않으면 안 된다. 법이 누구에게나 예외 없이 엄정하게 적용·집행되어질 때 일반 국민의 違法意識은 크게 提고될 것이다.

국민들 스스로 立法過程과 紛爭解決過程에 참여할 수 있도록 하는 것도 법을 생활화하며 法治主義 理念을 내면화하는 데 많은 도움을 줄 수 있을 것이다. 입법을 위한 公聽會節次나 분쟁해결을 위한 調停節次에 국민들이 직접 참여할 수 있도록 함으로써 法の 권위를 확립하는 데 스스로 기여할 수 있도록 할 필요가 있다. 장기적인 관점에서 陪審制度(Jury system)의 도입을 통한 국민의 司法參與方案 등 국민 스스로에 의한 법 운용 방안도 적극적으로 모색해야만 한다. 實質的 法治主義가 국민의 自由와 權利의 보장을 목적으로 하고 民主主義를 그 불가결의 전제로 하고 있다면, 法治主義, 즉 法の 지배는 바로 '국민'의 지배로 연결되는 것이기 때문이다.