

자본주의와 민주주의의 공존(불)가능성에 대하여

- 공법적 논의를 중심으로 -

이계수

건국대학교 법학전문대학원 교수

민주주의와 노동연구소 창립3주년 심포지엄 발제문

2026. 6. 27.

I. 자본주의에 순응하는 민주주의?

1. 선관위 사태와 ‘입헌민주주의’ 혹은 자유-민주주의

선관위 사태 앞에서 민주주의는 그 한계를 드러내고 있다. 가령, 중앙선거관리위원회를 민주적으로 통제해야 하는가, 라고 물으면 동 위원회는 ‘헌법기관’이므로 ‘민주적’ 통제가 불가능하다고 답한다. 국민이 의사가 이 기관에 직접 ‘침투’할 수 없으며, 국회 입법권을 통한 제도 재설계에도 한계가 있다는 얘기를 하는 이들도 있다. 왜 그런가 물으면 그게 입헌민주주의이기 때문이라고 말한다.

권력분립의 관점에서, 또한 선거관리기구의 독립성을 보장하기 위하여, 중앙선거관리위원회를 ‘헌법기구’로 만들어놓았으므로, 그렇다는 것이다. 어떤 제도 혹은 기구가 헌법에 명시되어 있다는 이유만으로 그에 대한 ‘국민/민중 통제’가 불가능하다면 이런 민주주의는 과연 무엇이란 말인가?

그런데 이것을 공법학에서는 입헌민주주의라고 정당화한다. 즉, 우리헌법의 민주주의는 ‘단순한 다수자 지배 민주주의’(majoritarian democracy)가 아니고 인권 혹은 자유의 보장이라는 실체적 가치를 전제로 하는 입헌민주주의(constitutional democracy)이고, 민주주의를 이와 같이 해석하는 한 중앙선거관리위원회에 대한 감시와 통제를 그와 같이 설계해놓더라도, 혹은 사법행정(司法行政)에 대한 민중참여/통제가 없더라도, 중앙선거관리위원회나 법원을 비민주적 국가기관으로 볼 수는 없다는 것이다. 오히려 인권보장이라는 (입헌) 민주주의를 실현하는 기관이라는 점에서 이들 기구를 민주적 기관으로 보기도 한다.

그러나 이것은 자유주의에 의한 민주주의의 포획으로 평가해야 한다. 민주주의는 원래 자유주의와는 별개의 원리이며, 양자는 용이하게 결합되지 않는다. 또한 양자의 안이한 결합은 위험하기도 하다.

부르주아 계급은 자본의 이해관계에 충실한 자신만의 헌법개념을 구축하려고 하지만 (Idealbegriff der Verfassung, 가령 방금 언급한 입헌민주주의의 헌법개념), 프랑스 혁명 이래 근대 자본주의 하에서 헌법이란 하나의 잠정타협(modus vivendi) (문서)일 뿐이다.

칼 슈미트는 헌법개념을 4개의 카테고리 나누어 설명한다. 그것이 절대적 헌법개념, 상대적 헌법개념, 실정적 헌법개념, 헌법의 이상적 개념이다. 먼저 실정적 헌법개념(Der positive Verfassungsbegriff)이다. 그는 이것을 정치적 통일체의 모습과 형식에 관한 전체결단으로서의 헌법이

라고 정의내린다. 이 결단을 내리는 자가 헌법제정권력자이다. 그런데 군주가 사라진 자본주의 사회에서 이 결단은 (계급간 및 계급 내 분파간) 타협을 전제로 하지 않을 수 없다. 그러므로 실정적 헌법은 결국 (잠정적) 타협을 통해 내려진 정치적 통일체의 모습(법치국가)과 형식(민주주의)에 관한 전국민적 결정이다.

이 결정이 잠정적인 이상, 이후 벌어지는 일은 실정헌법을 둘러싼 밀고당기기의 투쟁이 되지 않을 수 없다. 타협에 참가한 각 주체들은 자신들이 생각하는 ‘헌법의 이상적 개념’ (Idealbegriff der Verfassung)을 두고 대립한다. “자유 민주적 기본질서” 하에서 자유주의자들은 ‘부르주아적 자유의 헌법적 보장’이 헌법의 이상적 개념이라고 하고, (사회) 민주주의자들은 평등의 실질적 실현이 헌법의 이상적 개념이라고 주장한다. 그 과정에서 필요하다면 반드시 헌법에 들어가야 할 내용이 아니어도 그것을 헌법전에 집어넣는다. 가령 바이마르 헌법 제149조 제3항은 “대학의 신학부는 이를 존치한다”고 규정하였다. 이런 것은 헌법(Verfassung)이 아니라 헌법률(Verfassungsgesetz)에 불과하다. 슈미트는 이것을 상대적 헌법개념이라고 하여 절대적 헌법개념과 구별한다.

그 타협의 두 축을 형성하고 있는 것이 바로 자유주의와 민주주의이며, 양자는 자유 민주주의라는 형식으로 접합되어 있다. 다만, 그 접합은 필연적인 것이 아니며 우연적인 것이다. 즉, 근대 자본주의 헌법에는 법의 지배, 개인적 자유에 대한 존중 등의 가치로 구성되는 자유주의적 전통과, 평등과 치자와 피치자의 동일시, 그리고 인민주권 등의 사상으로 구성되는 민주주의적 전통이 우연하게 역사적으로 절합(a contingent historical articulation) 되어 있다.¹⁾ 양자의 절합은 결코 순탄한 과정이 아니라 치열한 투쟁의 결과라는 점을 상기하는 것이 중요하다.

헌법이 하나의 잠정타협이고, 자유 민주주의의 구성요소인 자유주의와 민주주의의 결합 자체가 19세기의 부르주아 민주주의라는 역사적 상황의 우연성에 기인한 것임을 상기한다면 자유주의와 민주주의 사이에는 자유 민주주의 내에서의 우위를 차지하기 위한 치열한 투쟁이 벌어지게 될 것임은 어렵지 않게 짐작할 수 있다.²⁾ 자유민주주의(liberal democracy)가 liberalism과 democracy라는 상이한 원리의 복합체인 이상 그 내부에는 심각한 균열이 포함되어 있다. 슈미트는 이 개념을 절단하고, 자유주의와 민주주의라는 양원리의 이질성을 강조하였다. 그러므로 자유주의로 환원될 수 없는 민주주의의 가능성을 탐구하는 논자도, 민주주의로부터 독립한 자유주의 원리를 옹호하는 논자도 모두 슈미트를 언급하면서, 자기 견해를 정당화하거나 아니면 반박을 시도한다. 샹탈 무페는 주로 전자의 관점에서 민주주의의 가능성을 탐색하면서, 양자의 관계를 절합(節合, articulation)의 관점에서 설명한다.³⁾

한편, 이 글에서 나는 자유 민주주의의 두 구성 요소 중 하나인 자유주의를 자본주의와 거의 같은 의미로 사용하였다. 자본주의를 이해하는 방식, 개념화는 논자에 따라 차이가 있다. 다만, 주류 경제학은 ‘자본주의’를 시장경제의 동의어로 사용한다. 민간 기업들이 시장에서 벌이는 영리 활동이 경제생활을 지배하는 체제가 곧 자본주의라 여긴다. 시장에서 기업들이 자유롭게 경쟁하고 여기에서 살아남은 기업들이 부를 계속 축적한다. 그 결과, 사회 전체적으로

1) 샹탈 무페, 이보경 옮김, 『정치적인 것의 귀환』, 후마니타스, 2007, 15-16쪽 참조. 이 책의 원제목은 다음과 같다. Chantal Mouffe, *The Return of the Political*, Verso, 1993.

2) 그 투쟁의 한 양상이 헌법해석투쟁이다. 국순옥은 헌법해석투쟁을 일반적 추상적 규범명제인 헌법상의 특정조항을 놓고 대립관계에 있는 개인이나 집단 또는 계급이 자신의 의사를 국가의 공적 의사로 관철시키기 위하여 서로 각축을 벌이는 일종의 진지전으로 이해한다. 국순옥, 『헌법해석의 기본시각』, 『민주법학』, 제6호, 12-24쪽.

3) articulation은 접합으로도 번역된다. 특정한 조건 하에서 2개의 다른 요소를 통합할 수 있는 연결의 형태이다. 그러나 그 연결은 항상 비필연적이고, 비결정적이며, 비절대적이며 비본질적인 것이다. 87년 민주화 운동을 자유화 운동으로 ‘평가’하는 나의 입장도 무페의 견해에 가깝다.

는 소득과 일자리가 늘어나고 기술이 진보하며 국가가 번창한다. 고등학교 정치경제 교과서나 대학교 경제학 개론이 설파하는 이런 이상화된 시장경제의 모습이 일상어에서 ‘자본주의’가 뜻하는 바다.⁴⁾

숨페터는 자본주의의 이 자유주의적 색채를 <자본주의, 사회주의, 민주주의>에서 묘사했다. 그것은 봉건제에서 벗어난 자유로운 주체가 자본을 내부에서부터 혁신하는, 즉 “낡은 것을 파괴하고 새로운 것을 창조”하는 창조적 파괴의 과정으로 표현되었다.⁵⁾ 최근의 위기 국면에서 자본주의의 혁신을 주장하는 이른바 ‘새로운 자본주의론’도 넓게 보면 숨페터의 논지를 벗어나지 않는다.

새로운 자본주의론자들도 크게 세 그룹으로 나눌 수 있다. ① 기업의 목적과 사명의 쇄신에 주안점을 두는 입장들, ② 국가·기업·시민에게 응분의 (의식) 변혁을 압박하는 입장들, ③ 제도의 대담한 변혁을 설파하는 입장들이 그것이다.

①번 입장에 속하는 논자에는 기업을 변혁의 중심에 놓고, 자본주의를 안에서부터 혁신할 것을 주장하는 리베카 헨더슨,⁶⁾ 사회적 자본주의를 설파하는 제러미 리프킨,⁷⁾ ‘협동조합’이라는 오래된 유산이 21세기 디지털 경제의 위기를 돌파할 가장 혁신적인 대안임을 주장하는 네이션 슈나이더⁸⁾ 등이 있다.

②번 입장에 속하는 논자로는 윤리적인 자본주의를 찾아나서는, 구체적으로 윤리적인 집단(국가·기업·가족·세계)의 필요성, 포괄적인 사회, 포괄적인 정치의 중요성으로 돌아감을 주장하는 폴 콜리어,⁹⁾ 국가·시장·공동체라는 3자의 균형을 회복하고, 진행 중인 사회변화에 어떻게 대응할 것인가가 가장 중요하다고 보는 라구람 라잔,¹⁰⁾ 1971년에 기업을 중심으로, 기업과 이해관계자의 밀접한 관계를 묘사한 이래, 이해관계자 자본주의(Stakeholder Capitalism)를 다듬어 온 클라우스 슈밥(Klaus Schwab),¹¹⁾ 도넛 경제학자 케이트 레이워스¹²⁾ 등이 있다.

새로운 자본주의론의 세 번째 흐름에서는(③), 대담한 제도개혁을 설파하는 모습이 두드러진다. 시장의 효율성을 최대한으로 끌어올리려면 기존의 제도 - 특히 1인1표의 민주주의, 절대적인 사유제도 - 를 대담하게 변형해야 한다고 논하는 에릭 포즈너/글렌 웨일,¹³⁾ 책 제목 상으로는 사회주의를 표방하고 있으나, 시장원리를 수정하여 사회민주주의적 정책의 시행을 주된 골자로 주장하는 브렛 킹/리처드 페티¹⁴⁾ 등을 주목할 만하다.¹⁵⁾

4) 장석준, “자본주의를 넘어”, 황해문화 통권 120호, 2023, 154-155쪽.

5) 요제프 숨페터, 이종인 옮김, 자본주의 사회주의 민주주의, 북길드, 2016, 126쪽.

6) 리베카 헨더슨, 임상훈 옮김, 자본주의 대전환 - 하버드 ESG 경영 수업, 어크로스, 2021.

7) 제러미 리프킨, 안진환 옮김, 글로벌 그린 뉴딜 - 2028년 화석연료 문명의 종말, 그리고 지구 생명체를 구하기 위한 대담한 경제 계획, 민음사, 2020.

8) 네이션 슈나이더, 김재우/이재민/한동승/허문경 옮김, 모두에게 모든, - AI 플랫폼 경제를 향한 새로운 도전, 기억(ㄱ), 2026.

9) 폴 콜리어, 김홍식 옮김, 자본주의의 미래 - 새로운 불안에 맞서다, 까치, 2020.

10) Raghuram G. Rajan, The Third Pillar, Harper Collins Publishers, 2020.

11) Klaus Schwab/Peter Vanham, Stakeholder Capitalism - A Global Economy that Works for Progress, People and Planet, Wiley, 2021.

12) 케이트 레이워스, 홍기빈 옮김, 도넛 경제학 - 폴 새뮤얼슨의 20세기 경제학을 박물관으로 보내버린 21세기 경제학 교과서, 학고재, 2018.

13) 에릭 포즈너/글렌 웨일, 박기영/하상웅 옮김, 래디컬 마켓 - 공정한 사회를 위한 근본적 개혁, 부기, 2019.

14) Brett King/Richard Petty, The Rise of Technosocialism - How Inequality, AI and Climate will Usher in a New World, Marshall Cavendish International, 2021.

15) 이상의 요약은 다음 문헌을 정리한 것임. 小峯敦, “「新しい資本主義論」の勃興 - その構造変化、環境負荷、「脱資本主義論」を参照に”, 2022, 20-27쪽. 출처: https://www.econ.ryukoku.ac.jp/about/activity/discussion_paper.html

따라서 자유민주주의 논의를 자본주의와 민주주의의 공존(불)가능성 논의로 치환해도 무방 하리라고 본다. 이하에서는 자유주의적 전통의 권력분립원리, 법치국가원리, 민주주의적 전통의 사회국가원리, 민주주의원리를 중심으로 자유주의와 민주주의가 공법해석의 국면에서 어떻게 상호 투쟁하며 절합하고 있는지, 혹은 나아가 어떠한 절합을 위해 투쟁해야 하는지를 살펴 보기로 한다. 필자는 여기서 자유주의, 민주주의라고 단정하지 않고 ‘전통’이라는 표현을 사용 했다. 가령 권력분립원리, 법치국가원리가 자유주의적 전통 위에서 작동하고 있지만, ‘항상, 오로지’ 그래야 한다는 법은 없다. 권력분립원리도 얼마든지 민주주의적 전통 쪽으로 끌어들 수 있다. 또한 사회국가는 자유주의적 전통과 민주주의적 전통이 경합하는 영역이다. 가령 사회국가- 급부행정의 예를 생각해보자. 관료주의 권력, 관료제 권력과 ‘관료 권력’은 다르므로, 독단적인 관료주의 권력을 견제하려면 사회국가에 법치국가적 보장이 가미될 필요가 있다. 반면, 관료 권력은 국가의 ‘정당한 일’과 연결되므로 사회의 위임을 받아 관료 권력이 시장과 자본을 규제해야 하는 경우에는 사회국가와 민주주의의 절합이 중요하다. 이제 본격적으로 이 쟁점을 살펴보자.

2. 공법의 기본원리 - 의의, 근거, 원리 상호 간의 투쟁과 접합

권력분리원리, 법치국가원리, 사회국가원리, 민주주의원리를 흔히 행정법의 기본원리라고 한다.¹⁶⁾ 그런데 우리 행정법학 혹은 공법학에서는 이들 원리 상호 간의 투쟁과 접합 문제에 무관심한채, 앞서 말한 입헌민주주의적 관점에서 원리들을 고찰하고 있으며, 자유주의원리가 민주주의원리를 압도하는 방향으로 법해석을 전개한다. 이것은 독일 공법학의 주류적 입장이기도 하다.

한국헌법과 달리 독일 헌법은 위의 원리들 - 특히 사회국가, 법치국가 - 의 헌법적 근거가 분명하다. 기본법 제20조 제1항에 따르면 “독일 연방공화국은 민주적이고 사회적인 연방국가이다.” 또한 제28조 제1항에 따르면 “각 주의 합헌적 질서는 기본법이 담고 있는 공화적이며 민주적이고 사회적인 법치국가의 기본원리에 상응하여야 한다.” 사회국가를 지칭하는 “사회적”이라는 형용사는 제정사의 측면에서 보면 헤르만 헬러의 사회적 법치국가 개념을 수용하려고 한 사회민주당 출신 카를로 슈미트(Carlo Schmid)의 제안에 의해 기본법에 들어온 것이지만, 경제생활과 사회적 기본권에 관하여 비교적 상세한 규정을 둔 바이마르 헌법과 달리 극히 소략하면서도 함축적이기 때문에 이것의 해석을 둘러싸고 곧바로 이데올로기적 투쟁이 벌어졌다.¹⁷⁾ 논쟁을 단순하게 설명하면, 사회국가를 가운데 두고 **민주주의적 해석모델**(좌파)과 **법치국가적 해석 모델**(우파)이 대립하는 양상이었다.¹⁸⁾

예컨대 전후 보수파 공법학의 대표자였던 포르스토프는 기본법상의 민주주의, 법치국가, 사회국가 원리 간의 상호 공존구조를 법치국가원리를 우선시키는 결단 쪽으로 해석하였다. 그는 (뒤에서 보게 될 헤르만 헬러의) 사회적 법치국가 개념을 법치국가와 사회국가로 분해한 뒤, 법치국가가 사회국가보다 우위에 있다는 식으로 주장함으로써 시민적 법치국가에서 사회적 법치국가로의 발전을 저지하려고 했다.¹⁹⁾ 포르스토프는 “법치국가와 사회국가는 헌법적 차원에서 하나로 융합하지

16) 프랑스 행정법학자 앙드레 드미셸은 국가의 단일성, 권력분립, 국가기능의 구별 및 법의 이원성을 4개의 기본원리로 둔다. André Demichel, *Le Droit Administratif - essai de réflexion théorique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978, 33-69쪽.

17) Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, 171쪽. 국순옥, “본 기본법과 사회국가”, 국순옥, 민주주의 헌법론, 아카넷, 2015, 285쪽.

18) 국순옥, 위의 논문, 287쪽 이하.

않는다”고 보았다.²⁰⁾ 그는 사회국가원리를 탈정치화시켜 사회국가가 감당해야 할 역할을 행정에 넘겨버리므로 공동결정권이나 독점(카르텔)금지와 같은 내용을 사회국가원리로부터 도출할 수 없다고 단언했다.²¹⁾ 이 해석에 따르면 신생 독일 연방공화국에서 사회국가원리는 아무런 의미가 없는, 기껏해야 “규모가 커진 연금금고”(überdimensionierte Pensionskasse)에 불과하게 된다.²²⁾ 포르스토프와는 결이 다르지만, 에른스트 루돌프 후버는 자유주의적 법치국가의 사회국가적 전환을 일정한 테두리 안에서 용인하지만 사회국가의 민주적 효과는 철저히 저지하려고 했다. 그는 사회국가원리를 경제질서와 사회질서의 민주화라는 방향으로 확대해석하는 그 어떠한 견해도 결단코 거부하였다.²³⁾

사회국가에 대한 포르스토프의 독자적 견해는 외견상 국법학자 다수의 지지를 얻지는 못했지만, 사실상 전후 독일의 이론과 실무를 지배했다. ‘사회국가는 개별 사회정책을 수정·보완할 수는 있지만, 결코 현재의 경제적 권력관계를 개편하는 원리가 되지 않는다.’²⁴⁾ 사회국가원리는 연방헌법재판소의 재판실무에서도 이렇다 할 역할을 하지 못했다.²⁵⁾ 반면, 독일 공법학의 주류적 견해는 포르스토프 같은 보수파 이론가의 논지에 따라, 의회를 구속하는 부분을 포함하여 하위원리로 다채롭게 무장한 법치국가원리를 모든 원리의 상위에 놓인, 공법해석의 중심으로 대우해왔다.

왜 그랬을까? 사회국가라는 개념이 모호하고 헌법 체계적 위상도 분명하지 않아서 그런 것일까? 주류적 해석은 그래서 그렇다고 말하기는 한다. 그러나 그것만이 전부는 아니다. 사회국가원리, 민주주의원리가 공법학에서 규범적으로 힘을 발휘하지 못하고 있는 것은 **공법해석 투쟁**에서 피지배계급의 헌법학-행정법학이 충분히 승리하거나 개진되지 못했기 까닭이다. 또한 주류적 해석이 실무와 법제도를 통해 물질적으로 구체화되었기 때문이다.

사정이 이러하므로, 기본원리를 대할 때에는 어떠한 원리가 지배적 역할을 하고 있는지를 면밀하게 살펴볼 필요가 있다. 그러면서 한국 행정법학이 기본원리 중에서도 유독 (주관적-자유주의적) 법치국가원리를 강조하는 이유 그리고 그것이 행정법 해석 전반에 어떠한 영향을 미치고 있는지도 생각해보아야 한다(독일에서의 법치국가-사회국가 이해는 한국 공법학의 주류적 견해도 자리잡았다).

II. 권력분립원리, 법치국가원리

칼 슈미트는 1923년에 출간한 <현대 의회주의의 정신사적 상황>에서 바이마르 공화국의 의회제가 직면하고 있는 위기를 분석하면서, 자유주의와 민주주의 원리의 구별을 주장하였다. 나아가 그는 이 분석 틀을 사용하여 그의 <헌법론>을 썼다. 자유주의와 민주주의의 구별은 **부르주아적 법치국가** 헌법 상의 이원적 구조, 즉 법치국가적 구성부분과 정치적 구성부분의 구별로 부연된다. 슈미트는, 양 원리의 구별을 제창한 것은 자신의 학문적 공헌임을 분명히하면서,²⁶⁾ 그 구별을 소홀히하는 논자를 비판하기도 했다.²⁷⁾ 또한 권력분립원리와 법치국가원리는

19) Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, 172쪽.

20) Ernst Forsthoft, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, 49쪽.

21) Ernst Forsthoft, 위의 논문, 47쪽.

22) Ingeborg Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, 73쪽.

23) 국순옥, 위의 논문, 308, 315쪽.

24) John Philipp Thurn, *Welcher Sozialstaat? - Ideologie und Wissenschaftsverständnis in den Debatten der bundesdeutschen Staatsrechtslehre 1949-1990*, Mohr Siebeck, 2013, 85, 444쪽.

25) John Philipp Thurn, 위의 책, 2-3쪽.

26) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 201쪽.

자유주의이념에 속함을 분명히 했다. 슈미트 『헌법학』 제15장의 제목은 “권력의 구분(이른바 분리)”인데, 그는 이 제15장을 제2부 법치국가적 구성부분에 배치하였다.²⁸⁾

1. 권력분립원리

행정법의 기본원리 중에서도 먼저 설명해야 하는 것은 권력분립원리, 법치국가원리이다. 권력분립이 없으면 행정법도 성립할 수 없다. 실제로 권력을 나눈다는 생각은 자본주의 소유권 이론의 태두라 할 수 있는 로크에서부터 출발하며, 자본주의의 발전과 함께 제도화하였다. 또한 사람의 지배에서 법의 지배로의 변화는 전(前) 자본주의적 지배가 자본주의적 지배로 이행하는 모습을 반영한다.

권력분립원리는 행정법의 생성과 발전을 가능케 하는 원리이다. 행정이 입법, 사법과 분리되어 독자적으로 존재할 수 있을 때 행정법도 생성·발전할 수 있다는 의미에서 그러하다. 다만, 권력분립원리에 따라 입법, 사법, 행정에 각각 어떤 역할을 부여할 것인가는 나라마다 다르다. 이러한 차이는 (행정)법의 역할 혹은 행정법 내 개별 제도의 해석에도 영향을 미친다. 예컨대 영국의 공법학자(헌법학자)인 다이시는 ‘영국에는 프랑스적 의미의 행정법(공권력의 우위를 인정한 행정법)이 없다’고 주장하였다.²⁹⁾ 그는 프랑스 행정법은 영국인으로서 잘 이해가 안 되는 관념, 즉 입법, 행정, 사법은 각각 타 부처의 영역을 침범해서는 안 된다는 권력분립 원리에 기반하고 있다고 지적한 뒤 이러한 관념은 행정활동에 대한 일반법원의 통제를 차단하는 프랑스 행정법의 기초가 되었다고 한다. 반면 영국은 프랑스식으로 권력분립원리를 이해하지는 않으므로 영국에 프랑스류의 대륙형 행정법은 존재하지 않는다고 주장하였다. 좀 길지만 그의 주장을 인용해보자.

“영국의 법률 용어에는 *droit administratif*라는 말에 적절히 대응할 만한 것이 존재하지 않는다. 가장 적절한 번역어에 해당할 행정법이라는 개념은 영국의 법관이나 변호사들에게 생소하며, 자세한 설명 없이는 이해하기가 매우 어려운 것이다. 우리말에 *droit administratif* 개념에 상응하는 만족할 만한 대체어가 없다는 사실은 의미심장하다. 명칭이 없다는 것은 결국 우리가 그 대상 자체를 승인하지 않았음을 의미한다.”³⁰⁾

“누구라도 프랑스의 *droit administratif*, 특히 그것의 적용영역을 주의깊게 살펴본다면 행정법이 오늘날의 영국인은 전혀 알지 못하는 두 개의 주요한 관념에 토대를 두고 있음을 금방 알아챌 수 있다. (...) 두 번째 관념은 소위 ‘권력분립’(*séparation des pouvoirs*)을 유지하는 것의 불가피성이다. 즉, 행정부, 입법부, 사법부는 각각 다른 권력에 개입하는 것을 하지 말아야 한다는 것이다. 그런데 프랑스인들이 행정부와 사법부의

27) Carl Schmitt, GLP, 30쪽.

28) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 182-199쪽.

29) 다이시의 주장의 당부(當否)를 떠나 실제로 영국에서 행정법의 발전은 상대적으로 늦었다. 영국 행정법은 1950년대부터 대학교육과 실무 모두에서 비로소 독자의 법분야로 발전했다고 한다. Erk Volkmar Heyen(Hrsg.), *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa - Stand und Probleme der Forschung*, 1982, 55, 60-61쪽(J. F. Garner의 영국집필 부분).

30) A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Eighth Editon, 1915, 326쪽; 알버트 다이시, 안경환/김종철 공역, 헌법학입문, 경세원 1993, 222-223쪽. 본문의 인용은 한국어역을 토대로, 원서 및 독일어번역본(*Einführung in das Studium des Verfassungsrechts*, Nomos, 2002)을 참고하여 필자가 대폭 수정한 것이다. 이하 인용은 ‘326/222-223쪽’ 형식으로 한다. 다이시의 원저는 편집본이 여럿 있으나 인용은 그가 생전에 마지막 간행한 제8판을 따랐다.

관계 - 지금 우리의 초미의 관심사인 - 를 설명할 때 사용하는 표현인 권력분립은 쉽게 우리를 홀릴 수 있다. 프랑스 정치인이나 법률가들이 이 말을 내뱉으면, 그것은 영국에서 말하는 ‘법관의 독립’ 혹은 이와 유사한 표현과는 다른 의미로 이해된다. 프랑스의 역사, 프랑스의 입법 그리고 프랑스 제(諸) 법원의 판결들에 의해 해석되는 그런 권력분립이란 일반법원의 법관은 아무 이유 없이 그 직에서 해임되지 않으며, 따라서 행정부로부터 독립되어 있다는 것, 또한 다른 한편으로 행정부와 그 직무담당자는 (그 직무상의 지위에서) 독립적이며 널리 일반법원(the ordinary Courts)³¹⁾의 관할로부터 배제되어 있다는 원칙을 말하며, 그 이상도 그 이하도 아니다. (...) 권력분립을 실행할 때 프랑스 정치가들은 일정한 편견에 사로잡혀 있었다. 그도 그럴 것이 이미 그들은 프랑스의 ‘고등법원들’(Parliaments)이 국가적 사안에 개입함으로써 촉발했던 크나큰 해악과 그로 인해 야기된 불쾌한 감정을 잘 알고 있었다. 또한 그들은 고등법원들이 과거에 그렇게 했던 것처럼 당면한 근본적인 개혁을 방해할지도 모른다는 생각을 하고 있었다. 게다가 프랑스의 여론 주도층은 전제 군주만 큼이나 **전제적 민주주의자들**의 특징이기도 했던, 법원의 권한에 재갈을 물림으로써 중앙정부의 권한을 강화하려는 오래된 염원으로부터도 완전히 자유롭지 못했다. (프랑스의 경험이 영국의 그것과 이렇게나 다르다는 것에 주목하여) 이제 대서양의 양안에서 서로 다른 발전을 경험한 이 도그마의 변화무쌍한 운명까지 조사하는 것은 우리의 주제에서 너무 벗어나는 일이 될 것이다.”³²⁾

다이시의 진술은 여전히 그 분석적 가치를 지니고 있다. 나는 무엇보다도 다이시가 그의 책을 저술할 때 미처 다루지 못한 “대서양의 양안(미국과 프랑스 - 필자 추가)에서 서로 다른 발전을 경험한 이 도그마의 변화무쌍한 운명까지” 조사하고 비교하는 작업을 공법학자들이 해야 한다고 생각한다. 이를 통해 얻을 수 있는 교훈은 이런 것이다: 누군가가 혹은 어떤 정치세력이 특정 기관의 설립, 특정 기관의 권한 확장 혹은 축소에 대해 논평하면서 입법권, 행정권 혹은 사법권의 모습 혹은 본질은 ‘선형적’으로 이러저러 해야하므로, 그와 같은 제도 설계는 권력분립원칙 위반으로서 위헌이라고 단정한다면, - 혹은 ‘자신들이 생각하는’ 견제와 균형에 맞지 않으므로 위헌이라고 공격한다면 - 이는 규범해석을 가장한 정치적 비평이 되고 만다는 사실을 분명히 인식해야 한다. 다이시가 비판했듯이 프랑스인들은 (일반)법원이 행정부를 통제할 수 없게 한 뒤 행정부 내에 별도의 기관(콩세유데타)에게 그 역할을 맡기면서도 이를 권력분립원리로 정당화했으니 말이다. 그러므로 헤겔과 슈미트의 표현을 빌리자면 자본주의 사회에서 현실권력은 “**분립/분리**”(Teilung)되는 것이 아니라 필요에 따라 이런저런 방식으로 “**구분/구별**”(Unterscheidung)될 뿐이다.³³⁾ 그 점에서 우리가 권력분립을 사고할 때에는 권력이 상황에 따라 이러저러하게 구분되고 결합하는 방식, 즉 “제도적 앙상블로서의 국가의 수직적·수평적·횡단적 접합(절합)”에 유념해야 하며, 이런 “국가적 제도적 아키텍처”³⁴⁾가 행정법 해석에 어떤 영향을 주는지를 검토해야 한다.

31) 보통법원, 통상법원 등으로도 번역된다. 여기서는 이해하기 쉽게 일반법원으로 옮겼다.

32) A. V. Dicey, 앞의 책, 332-334/227-229쪽. 다이시가 사용한 “전제적 민주주의”라는 표현은 토크 빌이 『미국의 민주주의』에서 프랑스 혁명 이후 프랑스 정치체제를 비판하기 위해 쓴 것이다. 존 스튜어트 밀도 바로 이 전제적 민주주의 비판을 『자유론』의 출발점으로 삼았다.

33) 헤겔에 따르면 삼권분립의 핵심은 ‘삼권’의 분립에 있는 것이 아니라 그것의 ‘구별’에 있으며, 그러한 구별에도 불구하고 여전히 국가라는 ‘통일체’를 이룬다는 사실 자체에 있다. 그는 오직 ‘부정적인 오성(悟性)’이나 ‘천민(賤民)의 사고방식’을 지닌 이들이나 삼권분립을 견제와 균형으로만 파악한다고 비판한다. 헤겔, 임석진 옮김, 법철학강요, 지식산업사, 1989, 428쪽.

34) 밥 제솅, 지주형 옮김, 국가론, 여문책, 2024, 123, 136쪽.

권력분립원리와 관련하여 이런 인식에 도달했다면, 다음 단계는 (고전적) 권력분립론의 자유주의적 한계를 인식하면서 권력분립의 민주주의적 방향성을 모색하는 일이 되어야 한다. 구체적으로 ① 중앙행정과 지방자치행정 사이의 견제와 균형,³⁵⁾ ② 공무원에게 (특히 인사행정 영역에서의) 공동결정권을 부여하는 길 같은 것을 생각해볼 수 있다. 권력분립원리 때문에 못하고 말할 것은 아니다. 다만, 정치적으로 중요한 사항에 관한 공동결정권을 공무원에게 부여하는 것은 민주주의 원리에 반한다는 반론도 제기된다.³⁶⁾ 이와 관련해서는 공동결정권을 행사하는 공무원단의 구성방식이 민주적이고, 그들에 대한 민주적 통제장치가 마련된다면 다른 판단도 가능할 것이다. ③ 공무원 노동조합을 인정하고 공무원에게 정치적 활동을 보장한다면 정치적으로 논쟁적인 사안에서 장관과 같은 정무직 공무원(특수경력직 공무원)과 일반직 공무원(경력직 공무원) 사이의 ‘정치’와 ‘행정’의 대립을 가시화할 수 있다.³⁷⁾ 공무원은 “국민 전체에 대한 봉사자”(헌법 제7조)이지, 정부에 봉사하는 존재가 아니다. 이 정도 여건만 보장해도 사안에 대한 최종적 결정은 더욱더 신중해질 수 있다.

나아가, 권력분립원리가 국가기관에 대한 국민의 민주적 통제를 차단하는 방어막이 되어서는 안 된다. 즉, 중앙선거관리위원회는 헌법기관이므로 정부나 국회 등과의 관계에서 수평적 독립성을 가져야 한다고 해서, 이것이 국민으로부터의 견제를 의미하는 수직적 독립성까지 보장하는 것은 아니라는 의미다. 그러므로 권력분립을 사고하면서는 “제도적 양상블로서의 국가의 수직적·수평적·횡단적 접합(절합)”과 “국가의 제도적 아키텍처”를 조금 더 민주주의적 방향으로 재구조화하는 일이 매우 중요하다는 사실을 분명히 할 필요가 있다.

2. 법치국가원리

법치국가원리란 국가권력의 행사는 권력자의 자의(恣意)가 아니라 국민을 대표하는 의회가 제정한 법률에 근거하여 이루어져야 한다는 원리이다. 인치가 아니라 법치이다. 법률은 국민과 국가기관 모두를 구속한다(법률의 양면 구속성). 법률에 의해 국민의 권리가 제약되고, 법률에 의해 행정기관 등 국가기관의 권한행사가 규제된다. 여기까지만 설명하면 법치국가원리는 무언가 보편적 원리처럼 보인다. 그러나 법치국가 개념이나 원리는 결코 보편적인 것이 아니다.

흔히 법치국가와 법의 지배를 같은 개념으로 생각하는 이들이 적지 않지만, 엄격히 말하면 법치국가(Rechtsstaat)는 **특수 독일적 개념**이자 창조물이다. 영어에는 법치‘국가’라는 말이 아예 없다. 법치국가(État de droit)라는 표현이 프랑스에도 있지만, 그것이 독일식 법치국가를 지칭하는 것은 아니다. 독일의 법치국가는 입헌군주권력과 부르주아-시민계급의 타협의 산물로 평가된다. 19세기 당시 독일의 시민계급은 국가권력에 대한 정치적·민주적 통제 - 이것을 영국인들은 법의 지배라고 표현했다 - 를 포기하는 대신 국가권력에 대한 행정적·법률적 통제장치인 법치국가를 쟁취하기 위해

35) 헌법재판소는 이를 ‘기능적 권력분립’의 관점에서 정당화하고 있다. 헌법재판소 2014. 1. 28. 선고 2012헌바216 결정.

36) 독일 연방헌법재판소는 1959년에 이미 이런 취지의 판결(BVerfGE 9, 268)을 하였다. 다만, 이 판결의 취지가 공무원에게 공동결정권을 인정할 수 없다는 것은 아니었다. 따라서 문제는 그 범위와 사항일 것이다. 현행 「공무원의 노동조합설립 및 운영 등에 관한 법률」 제8조 제1항 단서 및 동법 시행령 제4조 제2호는 “공무원의 채용·승진 및 전보 등 임용권의 행사에 관한 사항”은 비교섭사항으로 정하고 있다.

37) “도지사의 부시장 ‘낙하산 임명’ 중단하라 - 공무원노조 지방자치법 위반 지적”, 한겨레신문 2024. 1. 11. 자, 13면.

투쟁했다.

법치국가를 고안해내고 법치국가를 위해 투쟁할 때 독일의 자유주의 부르주아계급은 자신들을 국민(Nation)과 동일시했을 뿐만 아니라 자신들이 생각하는 국가를 ‘국가 그 자체’와 동일시해버렸다.³⁸⁾ 이것은 자본가계급이 자본주의 국가를 국가 그 자체, 국가 일반과 동일시하는 것과 똑같은 이치다. 19세기 독일 부르주아계급의 법치국가 개념은 이후 독일 공법학은 물론 한국 공법학에도 너무나 강력하게 뿌리내렸기 때문에 오늘날 우리는 법치국가를 부정하면 국가와 헌정 자체를 부정하는 듯한 느낌을 받는다. 그러나 다시 말하지만 법치국가는 역사적으로 조건지어져 있을 뿐만 아니라,³⁹⁾ 자유주의의 경제적·정치적·철학적 체계와 연계되어 있다. 따라서 우리는 **법치주의와 자유주의의 관계**를 항상 명확하게 인식할 필요가 있다.⁴⁰⁾ 자유주의라고 하면 자유방임 혹은 아나키(Anarchie)를 떠올리지만, 자세히 들여다보면 자유주의란 하나의 특정한 질서임을 알 수 있다. 자유주의 체제의 법적 질서원리는 법적 자유이다. 즉, 재산의 자유, 계약의 자유, 영업의 자유이다. 이 질서는 경제적 경쟁에 의해 만들어지며, 질서의 본질은 파레토의 경제학책에서 가장 분명하게 표현된 균형이다.⁴¹⁾ 자유주의 단계의 법치국가를 권력분립적 부르주아적 법치국가로 달리 부르는 까닭도 이러한 균형과 관련되어 있다.⁴²⁾

그런데 이 19세기 독일의 형식적/부르주아적 법치국가론은 20세기 이후 ‘변질’되기 시작한다. 그 이론적 출발점에 헤르만 헬러가 있다. 1930년에 헬러는 “법치국가나 독재냐”라는 제목의 소논문을 발표했다.⁴³⁾ 이 글에서 그는 시민적(부르주아적) 또는 자유주의적 법치국가에서 **사회적 법치국가로의 연속적 발전**만이 법치국가가 독재로 전화(轉化)하는 것을 막을 수 있다는 테제를 제시하였다. 헬러는 양 법치국가의 차이를 특히 평등원칙에 대한 서로 다른 이해에서 찾았다. 시민적(부르주아적) 법치국가에서 평등은 단순히 형식적 평등에 불과하다. 모든 사람의 평등한 권리를 인정하지만, 각인이 그것을 실제로 행사할 수 있는 상황에 있는가에 관해서는 무관심하다. 입법자는 사회적 권력관계는 내 알 바가 아니라고 생각한다. 이로써 모든 이의 형식적으로 평등한 자유는 자신의 사회적 우위를 가차없이 이용할 수 있는 강자의 권리로 전화한다.⁴⁴⁾

이에 반해 사회적 법치국가에서는 형식적 의미의 법적 평등이 아니라 실질적인 자유의 평등이 문제가 된다. 입법자는 사회적 강자와 비교했을 때 사회적 약자가 실질적 자유의 향유와 권리보호에서 뒤떨어지지 않도록 배려할 의무를 진다. 예컨대 일자리를 구하는 실직자가 있으면 국가는 최저 노동조건의 확보, 강행법인 노동보호법을 통하여 적절히(angemessen) 보호해야 한다. 그 밖에 임차인보호법, 청소년보호법을 생각해볼 수 있다. 이들 규범은 계약의 자유를 현격히 제한하지만, 이 제한은 그 효과면에서 대다수 사람에게 자유의 감소가 아니라 자유의 증대이다. 이로써 (소수의) 사회적 강자에 의한 자유의 남용을 방지하고, 자기의 이익을 자기 힘으로 관철할 수 없는 (다수의) 사회적 약자의 실질적 자유를 확대한다.⁴⁵⁾ 민주주의적 입법자가 실질적 자유와 평등의 보장을 주도하는 현상을 두고 **법치국가의 (사회)민주주의적 경**

38) Franz L. Neumann, “Rechtsstaat, Gewaltenteilung und Sozialismus”, 125-126쪽.

39) 프로이센 독일에서 법치국가 개념의 핵심 내용인 행정의 법률적합성 원칙, 즉 행정의 법적 구속이 마침내 관철된 것은 1870년대이다. 데이비드 블랙번/제프 일리, 최용찬/정용숙 옮김, 독일 역사의 신화 깨뜨리기, 푸른역사, 2007, 151쪽.

40) Franz L. Neumann, 앞의 글, 125-126쪽.

41) Franz L. Neumann, 위의 글, 126쪽.

42) Franz L. Neumann, 위의 글, 127쪽 참고.

43) 헤르만 헬러, “법치국가나 독재냐”, 헤르만 헬러, 김효전 옮김, 바이마르 헌법과 정치사상, 산지니, 2016, 224-237쪽.

44) Ekkehart Stein, Staatsrecht, 170-171쪽.

45) Ekkehart Stein, Staatsrecht, 171쪽.

로'라고 표현할 수 있다.

그러나 부르주아 법률가들은 이 정도의 온건하고 개량적 해석조차도 허용하지 않으려 한다. 앞서 보았듯이 포르스토프는 자신의 독특한 법치국가 해석을 통해 시민적(부르주아적) 법치국가에서 사회적 법치국가로의 전환을 저지하려고 했다. 더더욱 심각한 것은 한국 행정법학에서의 사회적 법치국가 논의이다. 한국 행정법학은 헬러의 사회적 법치국가 개념을 거의 연구하지 않았고, 이 국가론이 말하는 '사회적 성격'도 제대로 규명하지 않았다.

한국 공법학이 헬러의 개념을 소극적으로 수용하는 역사에서 보인 '편향적 해석'의 핵심은 이런 것이다. 형식적 법치국가의 대립물로 사회적 법치국가를 내세우는 것이 아니라 실질적 법치국가를 대치시킨다. 그런 후에 그 실질적 법치국가란 형식적 법률의 평등을 넘어 그 법률의 위헌 여부까지 따지는 법치국가라는 식으로 이해한다.⁴⁶⁾ 이것은 실질적 법치국가의 '형식적' 이해에 불과하며, 그 과정에서 헬러가 말한 또다른 실질적 법치국가인 사회적 법치국가가 무엇인지는 논의되지 못했다.

그렇다면 사회적 법치국가와 사회국가의 관계는 어떻게 될까? 이미 살펴보았듯이 포르스토프식으로 사회국가를 좁게 파악하면 양자는 동일한 개념으로 볼 수 있다. 혹은 사회국가는 법치국가 속에 녹아들어버리고 그 독자적인 존재감을 상실한다. 그러나 사회국가를 넓게 파악하면 사회국가는 법치국가뿐만 아니라 민주주의도 포섭하는 원리가 된다. 헬무트 리더의 헌법학은 그 점을 잘 보여준다.

III. 사회국가원리, 민주주의원리

1. 사회국가원리

헬무트 리더에 따르면 사회국가원리에는 3개의 차원이 있다. 첫번째 차원은 **국가의 사회적 의무성**이다. 이것은 모든 국가기관의 의무를 지칭한다. 즉, 입법, 행정 및 사법기관은 사회권적 제 제도가 그때그때의 사회적 요청에 부합하게 형성, 실현될 수 있도록 해야 한다. 국가는 물질적 재화의 배분과 관련하여 배려와 배분 그리고 균형조치를 취해야 할 뿐 아니라 그러한 조치들이 문화적 재화(예컨대 학교제도)에의 정신적 참가 면에서도 실현될 수 있도록 해야 한다.⁴⁷⁾

사회국가원리의 두번째 차원은 기본권적 지위에 이 원리가 영향을 미치는 것이다. 이른바 **기본권의 사회적 구속성**이다. 이것은 기본권 해석을 할 때는 모든 사람이 가능한 한 동일한 정도로 실질적 자유를 보장받을 수 있도록 유의해야 함을 의미한다.⁴⁸⁾ 1975년의 '주택 전용(轉用) 금지법' 사례에서 독일 연방헌법재판소는 다음과 같이 판시했다. "사적 소유권은 공공의 복리를 위해 행사되어야 한다는 헌법적 요청은 그 소유권의 객체에 의존하여 생활하는 동료시민(Mitbürger)의 이익을 배려해야 한다는 명령도 포함한다." 그러므로 주택을 마음대로 전용하고 "소유권을 현재보다 더 유리하게 활용할 수 있는 기회"만 있으면 그것을 "최대한 이용해 되는 것", 그런 것은 인정할 수 없다. 특히 그와 같은 이용가능성은 "주택의 공급이 불충분한 경

46) "오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항은 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 법치주의를 의미(한다)." 헌법재판소 1992. 2. 25. 선고 90헌가69, 91헌가5, 90헌바3(병합) 결정.

47) Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, 172쪽.

48) Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, 172쪽.

우에는 헌법상 보호되지 않는다.” 건물주를 ‘조물주’ 위의 존재로 만들어 그에게 자기 능력껏 최대한 많은 돈을 벌 기회를 주는 것이 헌법의 명령은 아니라고 말하는 것이다.⁴⁹⁾ 정확히 사회국가 원리로부터 기본권의 사회적 구속성을 끌어내보여준 판결이었다.

헬무트 리더는 사회국가원리의 세번째 차원을 전개하면서 사회국가원리를 민주주의원리와 연결한 뒤, 아주 중요한 요구를 제기한다. 그에 따르면 국가는 사회를 민주주의적 반석 위에 확고하게 올려놓아야 할 의무가 있다. 민주주의가 실천되어야 할 영역이라는 점에서 국가와 사회는 차이가 없다. 이를 ‘국가와 사회의 동질화’(Homogenisierung von Staat und Gesellschaft)라고 한다. 그런데 사회국가원리의 첫 번째와 두 번째 차원이 이미 판례에서도 관철되고 학계에서도 폭넓은 지지를 받아왔지만, 이 세 번째 차원만큼은 그렇지 못했다.⁵⁰⁾ 여기에는 다 이유가 있다. 19세기 부르주아 자유주의 헌정질서 내에서 확고히 자리잡은 국가와 사회(정확히는 경제)를 분리한다는 생각(국가와 사회의 이원론)이 경제영역으로의 국가의 개입을 차단해왔기 때문이다.

부르주아 운동은 모든 사람을 위한 자유와 정의의 실현을 요구사항으로 내걸며 봉건제와 군주제에 맞서 투쟁했다. 자유주의적 의회주의 헌정체계는 이론적으로는 이 요청을 확고히 붙들고 나갔으나, 실제로는 이를 대폭 제한하였다. 이 체제는 시간이 갈수록 더 많은 계층이 참여하기 시작한 정치적 의사형성 영역과 여전히 사적인 처분권에 맡겨진 경제 영역의 근본적인 분리 위에서 작동했다. 여기서 인민주권은 그 한계에 봉착한다. 정치적으로 이미 타도된 세습 군주제가 경제영역에서는 상당부분 그대로 유지되었다. 기업가는 예전에 절대군주가 자신의 토지를 지배했듯이 자기 기업에 대해 제한없는 처분권을 행사할 수 있었다. 자유주의 이론과 부르주아 국가는 오늘날까지 바로 이러한 권력분립, 즉 정치영역에서 결정을 내릴 수 있는 인민과 경제영역에서 그 권한을 행사할 수 있는 기업가 사이의 분립을 원칙적으로 확고히 유지해왔다. 그러나 이런 식의 권력 양분은 권력을 제한당한 다수 민중이나 경제적으로 지배권을 가진 소수세력이나 그 어느 쪽도 완전히 만족시키지 못하는 - 상충계급은 그들의 사회적 지배는 정치적으로 확실하게 보장되지 않는다는 점에서 그리고 민중은 그들의 정치적 민주주의가 사회적 토대를 갖추지 못하고 있다는 점에서 불만을 가질 수밖에 없다 - 잠정적인 해결책에 불과하므로, 갈등은 언제든지 표출될 수 있다.⁵¹⁾ 이 갈등을 해소할 대안으로 전후 독일 우파들이 생각한 해결책은 경제에 대한 국가 개입을 부분적으로 허용함으로써 권력 양분을 재조정하는 모델이었다. 이런 ‘사회국가’를 그들은 **사회적 시장경제**라 불렀고, 이를 통해 사회적 불평등을 어느 정도 시정할 수 있다고 보았다. 반면 헬무트 리더는 국가의 개입을 사회의 전영역으로 확장해나가려는 좌파적 비전을 제시했는데, 반대파들이 이를 쉽게 수용할리는 만무하다.⁵²⁾ 그러므로 헬무트 리더가 말하는 사회국가원리의 세 번째 차원은 그가 활동하던 1960년대, 70년대는 물론이었고 지금도 많은 저항에 부딪힐 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 나는 오늘날 사회국가원리의 이 세 번째 차원이 한층 더 중요해지고 있다는 점을 부인하기 어렵다고 생각한다. 이 점은 이

49) BVerfGE 38, 348(370f). 재산권과 주거권의 관계에 관한 자세한 검토는 필자의 다음 책을 참고할 것. 이계수, 반란의 도시, 베를린, 스리체어스, 2023.

50) Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, 172쪽.

51) Reinhard Kühnl, *Formen bürgerlicher Herrschaft*, 74-75쪽.

52) Reinhard Kühnl, 위의 책, 75쪽 참고. 한편 이 갈등을 전혀 다른 방식으로 해결하려고 하는 세 번째의 길이 있다. 그것은 헬무트 리더와 같은 시도, 즉 정치적 민주주의를 사회 영역에까지 확장하려고 할 때, 이에 대해 두려움을 느낀 경제적 지배세력이 선택하는 길로서, 정치적 의사형성에서의 민주주의를 재차 폐기하고, 명령과 복종의 원칙을 사회 전체의 조직원리로 만든다. 이로써 경제적 권력은 보존·강화되지만, 정치적 민주주의는 소멸한다. 정치권력과 경제권력의 분립이 파국적으로 해소(解消)되어 버리는 이러한 체제를 라인하르트 쿨너는 파시즘이라고 부른다. Reinhard Kühnl, 위의 책, 같은 곳.

제 항을 바꾸어 살펴보도록 하자.

2. 민주주의원리

“오늘날 민주주의는 역사상 전례 없는 인기를 누리고 있지만 개념적으로는 더할 나위 없이 모호하고 실질적으로 빈약하기까지 하다. (...) 민주주의라는 말은 누구나, 그리고 모두가 자신의 꿈과 힘을 싣는 텅 빈 기표이다.”⁵³⁾ 행정법에서 민주주의의 의미는 모호하고 그 역할은 빈약하다.

왜 그런가? “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.” 헌법 제1조 제2항에서 말하는 모든 권력(복수의 권력)은 주권에 의하여 조직되고 주권이 위임한 현실적 국가권력인 통치권을 의미한다고 보는 것이 헌법학계의 다수설이다.⁵⁴⁾ 이러한 해석은 “모든 국가권력은 국민으로부터 나온다(Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus)”고 규정하고 있는 독일 헌법 제20조 제1항 제1문과 그에 대한 독일 헌법학계의 주류적 견해를 수용한 것이다.⁵⁵⁾

민주주의원리가 통용되는 영역은 이로써 국가권력에 한정되고 여기에는 당연히 행정권력도 포함된다. 그러나 대의제 민주주의하에서 국민은 행정권을 직접민주주의적으로 통제할 수 없다. 통제는 자신의 대표를 통해서만 가능하다. 따라서 행정의 민주화 정도는 행정이 국회의 의사에 얼마나 종속되어 있는가에 따라 측정된다.⁵⁶⁾ 국회의 의사라 하면 통상 법률을 생각하지만, 꼭 그것에 국한할 필요는 없다. 예컨대 행정부가 대통령령과 부령을 제정하거나 개정하는 방식으로 입법기관의 의사(법률)를 정면으로 혹은 우회적으로 무시하는 경우 국회는 이를 직접 통제할 수 있다. 다만, 우리의 경우 영국, 독일 등과 달리 이런 통제 수단이 없다.

그 외에도 국회에서 실시하는 인사청문회에 법적 구속력을 부여한다거나 국회가 행정부의 인사정책에 지침을 제시하는 방안도 있고, 국회의 결의안을 통해 행정부를 통제하는 길도 생각해 볼 수 있지만, 그 어느 것이나 현행법에는 존재하지 않는 수단들이다. 앞으로는 행정입법에 대한 의회 통제를 강화하는 등 행정법에서 민주주의 원리를 관철하는 방법을 깊이 있게 검토해야 한다. 그러나 이것과 별개로 ‘민주주의 원리와 행정법’에서 논의해야 할 쟁점이 하나 더 있다. 바로 **사회권력**(예컨대 사립학교)에 대한 민주주의적 통제 문제이다. “사회 있는 곳에 권력이 있다.” 그리고 “권력이 있는 곳에는 권력을 통제하는 민주주의적 메커니즘이 작동해야 한다.” 권력을 가진 자가 국가권력이든 아니면 사회권력이든 그 권력이 국민을 억압하는 데 동원되지 않게 하려면 어떠한 권력이든 민주주의적으로 통제되어야 한다. 그러한 통제의 정당화 근거를 헌법 제1조 제2항에서 끌어올 수 있다면 말이다.

얼마 전만 해도 사회권력이라 하면 주로 재벌기업이나 노동조합을 떠올리는 것이 보통이었다. 그러나 우리 사회도 각 부문의 분화가 빠르게 진행되면서 구조적 복잡성이나 기능적 복잡성이 크게 증대하였다. 우리 사회의 이같은 역동화 과정에서 각종 사회단체, 예컨대 공공 서비스 관련 영리 조직들이 분출하고, 이들이 저마다의 활동 영역에서 일정한 영향력을 행사하는 사회권력으로 떠오르고 있다. 이로써 경제·노동·교육·문화 등 사회의 거의 모든 부문이 크고 작은 사회권력에 의하여 포위되었다고 해도 과언이 아니다. 하지만 더 큰 문제는 사회권력의 국가권력화

53) 웬디 브라운, “오늘날 우리는 모두 민주주의자이다 ...”, 슬라보예 지젝 외, 김상운/양창렬/홍철기 옮김, 민주주의는 죽었는가? 난장, 2010, 85쪽.

54) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2004, 120쪽. 허영, 한국헌법론, 박영사, 2002, 137쪽.

55) 독일 연방헌법재판소는 민주주의를 “국민의 자기결정”(Selbstbestimmung des Volkes)으로 이해하고 있지만, 민주주의원리가 관철될 수 있는 영역은 국가로 한정하였다. BVerfGE 83, 72.

56) Heiko Faber, *Verwaltungsrecht*, 42쪽.

와 이에 따른 사회의 재봉건화 현상이다. 사회권력 가운데 특히 경제력이 막강한 재벌기업은 이미 국가권력에 버금가거나 국가권력을 능가하는 영향력을 행사하고 있다.⁵⁷⁾ **사기업이 공용수용의 주체가 되어 수용권을 행사하는 사례** 같은 것이 쉬운 예이다.⁵⁸⁾

혹자는 **테크노 봉건주의(technofeudalism)**를 말하기도 한다. 아마존과 같은 플랫폼이 마치 디지털 영지처럼 세상을 지배한다.⁵⁹⁾ 사정이 이러한 데도 공법학의 민주주의 담론은 아직도 국가와 사회를 엄격히 구분하는 부르주아 자유주의의 이분법적 분단 논리에 갇혀 민주주의를 국가영역의 문제로 축소한다. 이래서야 행정법이 해방적 역할을 제대로 수행할 수 있을까? 권력, 특히 그 중에서도 사회권력을 제어하는 것을 규제라고 하며, 규제를 가능하게 하는 법이 바로 행정법인데, 오늘날처럼 탈규제, 규제철폐가 애기되는 상황이라면 행정법의 공익보호적 기능은 약화될 수밖에 없다. 규제되지 않은 권력은, 그것이 어떠한 권력이든 부패하게 되어 있다. 시장이 제대로 돌아가지 않게 하기 위해서라도 규제는 필요하다. 그 점에서 가령 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」을 2011년 이후 「개인정보보호법」으로 전면 개편하면서 그 규제 대상을 사회 영역으로까지 넓힌 것은 사적 영역으로 민주주의를 확장한 한 사례로 평가할 수 있다.

1991년에는 「교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법」, 줄여서 교원지위법이 제정되었다. 교육현장에서의 투쟁의 성과물이자 국가의 ‘보호’조치였다. 1987년 이후 사립학교 교원들이 노동조합 설립운동을 강력히 펼치자 국가는 노동조합 설립의 길을 원천봉쇄하면서도 사립학교 교원의 신분을 더욱더 강력히 보장하는 방식의 유화책을 선택했고, 이것이 교원지위법의 제정으로 이어졌다.⁶⁰⁾ 이 법의 제정 이후에도 대법원은 학교법인의 사립학교 교원에 대한 징계 등 불리한 처분을 여전히 사법상의 법률행위로 보았다. 그러므로 사립학교 교원은 계속해서 민사소송으로 불리한 처분의 효력을 다룰 수 있다.⁶¹⁾ 교원지위법은 여기에 더해 추가적인 권리구제수단을 보장했다. 즉, 사립학교 교원도 교원소청심사위원회의 결정을 거쳐 행정소송으로 불리한 처분을 다룰 수 있게 하였다(교원소청심사위원회의 결정은 국공립학교 교원의 경우 행정심판의 재결의 성질을 갖지만, 사립학교 교원의 경우에는 새로운 행정처분에 해당한다. 따라서 국공립학교 교원은 원처분주의에 따라 교원지위법 제10조 제4항에도 불구하고 원처분인 징계처분을 다투어야 하지만 사립학교 교원과 학교법인은 위 조항에 따라 교원소청심사위원회의 결정을 다투어야 한다). 이 부분은 사적 권력 규제법으로서의 행정법의 순기능을 보여준다.

왜냐하면 교원지위법의 권리구제절차가 만들어지기 전 사립학교교원이 징계 등 불리한 처분에 불복하려면 각 학교 법인이 그 산하에 설치하는 재심위원회에 재심청구를 하거나(1991. 5. 31. 법률 4376호로 개정되기 전의 「사립학교법」 제67조) 민사소송을 하거나 하는 수밖에 없었는데, 이 재심위원회라는 것이 결국 사립학교 법인의 영향력 하에 놓일 수밖에 없었기 때문이다.⁶²⁾ 이제는 사립학교 교원도 사적 권력의 지배 하에 있는 재심위원회가 아니라 교원소청심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있으므로 그들이 학교법인에 철저히 종속되는 현실은 어느 정도 제어할 수 있게 되었다. 다만, 교원지위법의 민주주의적 의미는 교원소청심사위원회의 결정을 사립학교법인도 다룰 수 있게 되면서 상당히 퇴색하였다.⁶³⁾

57) 국순옥, “제3회 대한헌법이론 2”, 민주법학 제27호, 2005, 342-343쪽.

58) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2007헌바114 결정.

59) 야니스 바루파키스, 노정태 옮김, 테크노퓨달리즘, 21세기북스, 2024.

60) 김용, “학교 법인의 재판 청구권 보장과 사립학교 교원의 권리 구제”, 교육법학연구 18권 1호, 2006, 74쪽.

61) 이승환, “사립학교 교원 소청심사제도에 대한 소고”, 일감법학 38호, 2017, 381-408쪽. 특히 382-399쪽.

62) 실제로 사립학교 교원에 대한 재심에서 교원의 재심 청구가 인용된 사례는 거의 없었다. 김용, 앞의 논문, 74쪽.

사회권력에 대한 민주주의적 통제는 자유의 개념을 확장함으로써 자유주의를 변형하고 확충하는 공화주의의 관점에서도 정당화가 가능하다. 필립 페팅은 비지배로서의 자유(liberty as non-domination)를 강조한다. 즉, 자유를 단순히 간섭의 회피(liberty as non-interference)와 동일시하는 지금의 관행, 즉 자유주의적 자유개념에서 탈피해야 한다고 본다.

후자는 문자 그대로 타자로부터의 간섭의 결여이지만, 전자는 지배의 결여(타자의 의지에 의존하는 것의 결여, 타자의 의식적 간섭에 의해 상처받기 쉬운 것의 결여, 타자의 자의적인 간섭에 휘둘리지 않는 것)로 표현된다. 자유롭지 않다는 것은 자의적 영향력, 다시 말해 잠재적으로 변덕스러운 의지 혹은 잠재적으로 타인의 특수한 판단에 종속되는 것을 의미하며, 자유는 이러한 종속과 의존으로부터의 해방을 요구한다.⁶⁴⁾

비롤리는 아내에 대한 남편의 지배, 노동자에 대한 경영자의 지배, 퇴직자에 대한 연금담당 공무원의 지배, 환자에 대한 의사의 지배, 젊은 학자에 대한 원로교수의 지배, 시민에 대한 검사의 지배를 예로 들면서 아내, 노동자, 퇴직자, 환자, 젊은 학자, 시민은 반드시 간섭을 받지 않아도, 상대가 그러하고자 하면 간섭받는 위험이 항상 있는 일종의 예속 상태에 놓여 있다고 보았다. 비지배로서의 자유는 이러한 지배로부터 그들이 언제나 보호되고 있는 상태를 가리키는 것이라고 할 수 있다.⁶⁵⁾

이것은 자유를 민주주의의 방향으로 더욱더 긴밀하게 끌고 가는 것이다. 반면에 자유주의 이념을 통해 민주주의에 한계를 설정하는 것도 가능하다. 차별금지법과 같은 법치국가의 도구가 정치적 자유의 한계일탈을 제약하는 수단이 되는 것이 그 예일 것이다. 폭력과 차별과 혐오를 말하면서, 그것을 민주주의적 기본권 행사라고 주장하는 이들에게 맞서려면 자유개념의 재해석이 도움이 될 것이다. ‘자유는 적에게는 자유가 없다는 식’의 전투적 민주주의론이 아니어도, 개인과 공동체의 상생을 강조하는 자유주의-공화주의적 자유를 통해 민주주의를 참칭하는 이들을 제어할 도구를 얻을 수 있는 것이 아닐까?⁶⁶⁾

IV. 탈자본주의-민주주의 행정법을 위한 자유주의와 민주주의의 절합 전략

탈자본주의-민주주의 행정법을 위해서라면 민주주의 진영에게 유리한 고지를 제공할 자유주의와 민주주의의 절합을 끊임없이 시도해야 한다. 자유주의를 포섭한 민주주의라고는 하나, 실상은 자유주의에 압도된 입헌민주주의의 담론에 하릴 없이 끌려다닐 것이 아니라, 자유주의를 견인해내고, 민주주의의 수직적, 수평적 확장을 가능케 하는 자유주의와 민주주의의 절합은 무엇인지 이론적·실천적으로 탐구해야 한다. 그리고 이것은 구체적으로 법률가들의 과제이기도 하다.

필자는 <자본주의와 행정법 1, 2>에서 이런 관점 하에서 행정법을 분석해보았다. 자본주의

63) 헌법재판소는 ‘헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 95헌바19 결정(합헌·각하)’을 거쳐 ‘헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2005헌가7, 2005헌마1163(병합) 결정’에서 사립학교법인에게 교원징계재심위원회(현 교원소청심사위원회)의 재심결정에 불복할 제소권한을 부여하지 않는 교원지위법 제10조 제3항을 위헌으로 판단했다.

64) 필립 페팅, 박준혁 옮김, 신공화주의: 비지배자유와 공화주의 정부, 나남, 2012, 42쪽.

65) 모리치오 비롤리, 김경희/김동규 옮김, 공화주의, 인간사랑, 2006, 92-93쪽.

66) 네오나치가 주장하는 집회의 자유에 대해 어떻게 대응할 것인가를 두고 독일의 좌파-리버럴 공법학 진영은 두 개의 입장 - 자유민주적 기본질서를 근거로 원천 금지를 주장하는 견해와 민주적 공론장을 통한 제어(법적 규제 반대)를 주장하는 견해 - 으로 나뉘어 논쟁했다.

사회에서 법의 지배는 곧 (사실상 마음대로 할) 자유의 지배이다. 자유주의법학-자유주의자들은 이것에 대해 하등의 의문을 제기하지 않는다. 그러면서 국가와 관료에 대해서도 그들의 자유에 개입하지 말 것을 요구한다. 나는 이런 ‘입헌’민주주의적 발상이 주류-우파 법률가에 의한 민주주의의 순치 혹은 민주주의의 항쟁성 제거라고 평가한다. 그들이 그렇게 한다면, 우리는 ‘다른 방향으로’ 민주주의(그리고 자유주의)의 실체화를 위해 노력해야 하는 것이 아닌가, 나의 관점은 대략 이렇게 정리된다. 공법의 영역에서 자본주의와 민주주의의 공존(불)가능성은 이런 이론적 성찰이 이루어질 때 비로소 가시화될 것이다.