

의회민주주의, 법치주의¹⁾, 그리고 거버넌스적 참여

차 동욱
연세대학교

◆ 논문 요약 ◆

거버넌스는 국가가 정해놓은 법률과 행정적 절차에 의해 보호받지만 국가로부터 독립적인 자율조직적 시민사회에 구축되는 운영 모델을 의미하는 것이다. 거버넌스는 대의민주주의에서 강조되었던 국가와 시민사회의 명백한 분리를 전제로 하는 통치를 거부한다. 의회민주주의는 국민에 의해 선출된 대표자들의 공론장인 의회의 자율성과 의회를 구성하는 대표들의 민주적 책임성의 조화에 기반하고 있는 반면에, 거버넌스는 시민사회의 직접적인 국정 참여의 한 형태인 '결사체 민주주의(Associative Democracy)'에 기반하고

있다. 거버넌스 체제의 특징이라 할 수 있는 권력의 분산화 과정에서는 어느 한 세력이 절대다수의 의사임을 의제하여 정책결정 및 집행을 주도할 수 없기 때문에, 여전히 전통적 공공기관으로서의 성격을 보유하고 있는 사법부가 가장 신뢰받는 합법성 통제 기관으로 인식될 가능성이 크다. 사법부가 탈근대적인 거버넌스의 시대에 가장 중추적인 기관으로 부상할 수 있는 가능성이 있는 것이다.

※ 주제어: 거버넌스, 의회민주주의, 법치주의, 사법부, 참여민주주의

I. 문제 제기

오늘날 '정부(government)'를 대체하며 등장한 '거버넌스(governance)' 개념은 공적 행위와 사적 행위의 경계선을 분명치 않게 만들고 있다. 오늘날 선출직 공무원, 임명직 공무원, NGO들, 정당들, 이익단체들, 정책개발업자들, 지식층들, 그리고 다양한 네트워크 그룹들이 정책결정과정에 참여하고 사실상 정책집행까지도 담당하고 있다. 정책결정에 사적 부문의 행위자들이 외부에서 영향을 미치는 것이

1) 이 글에서 '법치'와 '법의 지배'는 동일한 의미로 쓰인다. 역사적으로는 '법치'가 '법의 지배(rule of law)'와 '법을 사용한 통치(rule by law)', 두 가지 의미로 사용된 적이 있다. 중세 봉건제에서 근대 시민사회로 이행하는 과정에서 후발 주자들이 후자를 '법치'와 동일시했던 것이 그 예이다.

아니라 직접 참여하게 되는 것이다. 우리는 단일의 주권체(single sovereign authority)가 사라지고, 규제메커니즘이 작동하기 위해 공식 권위체가 효율적으로 작동할 필요도 없는, 미완성의 탈근대화 시대에 살고 있다.

이러한 탈근대적 거버넌스로의 이행은 공·사 구분의 경계선을 무너뜨리며 다양한 주체들이 위계적으로나 무정부적으로 연결되지 않고, 네트워크적으로 연결되어 정치질서를 탄생시키고 있다. 정치질서가 '사람에 의한 통치(rule by man)'에서 '법의 지배(rule of law)'로 발전하여온 것이 근대적 이행이라면, 이후 '네트워크를 통한 통치(rule through network)'로 발전되는 탈근대적 이행을 우리는 목격하고 있는 것이다.

거버넌스의 개념을 탄생시킨 '네트워크를 통한 통치'는 한 단계 업그레이드된 민주주의를 의미하게 된다. 근대적 의미의 민주주의는 한 정치공동체의 구성원이 그들이 갖고 있는 권력을 국가에 위임함으로써 자발적으로 국가권력의 통치에 복종하기로 동의하였다는 위임민주주의론에 근거하고 있는 반면에, '네트워크를 통한 통치'는 그들이 직접 국가권력의 행사과정에 참여하게 되는 것이다. 여기서의 직접 참여는 루소 식의 직접 민주주의와는 다르다. '일반의지(general will)'를 표출한다는 의제된 단일체로서의 집단의 구성원으로서 참여되는 것이 아니라, 특정한 목적의식에 의해 형성되었지만 개별적 이익을 동시에 추구하는, 다소 느슨한 조직망을 통해 국가의 부분적 통치에 참여하기 때문이다. 그렇다면 '네트워크를 통한 통치'는 대의제 민주주의의 한계와 전체주의로 흐를 수 있는 가상적(virtual) 직접민주주의 환상을 동시에 극복하는, 실질적인 참여를 보장하는 현실적인 직접 민주주의라 할 수 있다.

그렇다면 '네트워크를 통한 통치(rule through network)'는 진정으로 '법의 지배(rule of law)'를 극복하였는가? 민주주의와 법의 지배는 본질적으로 연결되어 있다. 왜냐하면 합법성은 정당성을 기반으로 하고, 법의 정당성은 민주주의에 의존하고 있기 때문이다. 그렇다면 법의 정당성은 오직 위임민주주의에만 의존하고 있었다는 것인가? 근대적 의미의 법치는 참여민주주의 하에서는 그 존재의미를 상실하게 되는가? 본 연구는 '네트워크를 통한 통치'가 '법에 의한 지배'를 대체하고 있으며, 대체할 수 있는가에 대해 의문을 제기한다. 그리고 그러한 의문에 대한 해답을 찾아가는 과정을 네 단계로 나눈다. 첫째, 거버넌스의 의미와 현황, 그리고 '거버넌스'와 의회민주주의의 관계는 어떠한가? 둘째, '법치주의'의 의미와 기능은 무엇인가? 셋째, 근대 시민 사회의 '통치'의 정당성의 원천인 '의회민주주의'와 법치주의의 관계는 어떻게 되는가? 상호 조화로운 것인가? 아니면 갈등의 관계인가? 넷째, 법치는 '법의 지배'이므로, 시민 다수의 지배, 즉 민주주의의 확대는 법치를 약화시키는 요인이 되는가? 즉 국회에서의 법제정뿐만 아니라 법집행

에도 시민들이 적극 참여하는 참여민주주의의 확대는 법치주의와는 공존할 수 없는가?

Ⅱ. 거버넌스의 의미와 현황

1. 거버넌스의 의미

국가의 위상에 대한 고전적 접근은 공공재의 산출에 있어서 공공의 이익이라는 목표에 도달하기 위해서 대중(public)을 안내(guide)하는 역할자라는 인식으로부터 출발한다. 그러나 다원주의적 사회에서 공공의 이익이란 개별 이익의 단순한 집합이 아닌 그 사회의 지배적인 사회·경제 그룹의 이익을 반영하는 것으로 귀결되어 왔다. 즉 고전적 의미의 국가는 사회 전체의 이익을 산출한다는 논리의 허구성이 입증되어 온 것이다. 따라서 국가와 사회를 총체적으로 인식하고 국가를 정치과정의 정당성을 제공하는 실체로서 인식하는 전통적 제도주의적 입장은 한 사회 내의 지배엘리트의 이익을 실현시키는 통치방식에 도전하는 시민사회의 성장과 더불어 한계를 보였다는 비판을 받아왔다. 시민사회의 급속한 성장에 초점을 맞추어 새로운 국가 운영의 현상을 설명하기 위해 탄생된 개념이 거버넌스(governance)이다.

거버넌스는 국가가 정해놓은 법률과 행정적 절차에 의해 보호받지만 국가로부터 독립적인 자율조직적 시민사회에 구축되는 운영모델을 의미하는 것이다. 거버넌스는 대의민주주의에서 강조되었던 국가와 시민사회의 명백한 분리를 전제로 하는 통치를 거부한다. 즉, 국가의 사적 영역에 대한 통제나 권위주의적 대중정당을 매개로 해서만 국가운영에 간접적으로 참여하는 메커니즘을 거부하는 것이다. 거버넌스적 국가운영은 국가권력이 분권화되는 과정에서 공공문제의 해결을 다양한 민간조직과 중간 매개조직들 간의 연결망에 의거한 협의적 정책결정과 수행에 의해서 행함을 의미하게 되는 것이다. 연결망에 의거한 협의적 정책결정과 그 수행 과정을 네트워크로서의 거버넌스라 부르는데, 이러한 거버넌스의 특징으로는 다음과 같은 네 가지가 거론된다.(Rhodes 2000, 61; Kickert 1993, 275)

첫째, 네트워크에 자발적으로 참여하고 있는 주체들 간의 상호의존성이다. 거버넌스란 국가운영 방식에서는 공적 영역, 사적 영역, 자발적 영역 등의 경계가 약화되거나 무너지면서 각 영역의 다양한 조직들간의 상호의존성에 근거한 새로운 운영모델이 등장하게 된다.

둘째, 참여하는 주체들간의 지속적인 상호교류이다. 다양한 영역의 다양한 조직

들은 동일한 목적을 공유할 때에 거버넌스를 위한 네트워크가 구성되는데, 그 네트워크는 단발적인 것이 아니라 서로 간의 이견을 타협을 통해 조정하며 필요한 자원을 상호 교환할 수 있을 정도의 지속성이 필요하게 된다.

셋째, 상호간의 신뢰에 근거한 규칙의 존재이다. 앞에서 언급한 지속적 상호교류는 네트워크에 참여하고 있는 주체들이 동의한 게임의 규칙에 의해 보존되고 이는 상호간의 신뢰에 근거해서만 가능하다.

넷째, 국가로부터의 높은 수준의 자율성 확보이다. 국가는 특권적이고 유일한 주권자로서의 지위를 점유하지 않고, 간접적 또는 부분적으로 네트워크를 존중해 나가게 된다.

2. 거버넌스의 현황

현재 한국사회에 등장하고 있는 거버넌스의 형태는 다음과 같다.(김석준 2002)

첫째, 정부 자체와 관련된 거버넌스는 고객지향정부, 전자정부, 민영화, 민간화, 제3섹터, 그리고 규제조정 등을 주된 내용으로 한다. 이러한 정부 자체의 거버넌스는 공공부문 효율성 제고를 위한 정부의 역할과 기능 재조정을 위한 노력의 일환으로 진행되어 왔다. 구체적으로는 중앙 및 지방 정부조직의 통폐합, 민영화와 재정 및 인력 감축 등을 통한 정부 규모의 축소 노력이 계속되어 왔고, 중앙 정부 간 또는 중앙과 지방정부 간의 갈등 조정 및 기능 이양을 통한 정부 혁신도 계속되어 왔다.

둘째, 정부와 시민단체와의 관계 정립이 거버넌스적 형태의 발전 방향으로 이루어져 왔다. 그 예로는 김영삼 정부의 세계화 추진위원회, 행정쇄신위원회, 부패추방위원회, 김대중 정부의 규제개혁위원회, 정부혁신위원회, 그리고 노무현 정부 하에서의 여러 민관합동회의 등을 들 수 있는데, 이 기구들에 참여한 인사들이 개인 자격으로 참여했다는 점에서 거버넌스적 네트워크와는 엄밀히 구분되나, 과거에는 정부가 해야 할 일들을 민간이 분담했다는 점에서는 거버넌스로의 발전을 위한 과도기적 형태로 볼 수 있다. 경실련, 참여연대, 민주노총, 환경운동연합 등도 정부와 관계 형성에 있어서 거버넌스적 발전 가능성을 보여주고 있다.

3. 의회민주주의와 거버넌스의 관계

의회민주주의는 국민에 의해 선출된 대표자들의 공론장인 의회의 자율성과 의회를 구성하는 대표들의 민주적 책임성의 조화에 기반하고 있는 반면에, 거버넌스는 시민사회의 직접적인 국정 참여의 한 형태인 '결사체 민주주의(Associative

Democracy)에 기반하고 있다. '결사체 민주주의'는 '조직된 시민사회'를 전제로 한다. '조직된 시민사회'가 참여민주주의와 결합되기 위해서는 다음과 같은 두 조건을 충족하여야 한다.(Hirst 2000, 19)

첫째, 시민사회내의 조직들 간의 수평적 상호의존성이 충족되어야 한다. 즉, 정치·경제적 지배세력의 이해관계를 대변하는 공·사조직과 그 영향력으로부터 독립된 자발적 시민조직의 관계는 수평적으로 형성되어야 한다. 그러한 고려 없이 네트워크가 형성될 경우, 후자의 조직이 자원이 풍부한 전자의 조직에 일방적으로 의존하게 될 수 있으며, 네트워크 구성 주체들간의 자발적 통제가 위계적 관계 형성에 의해 불가능해 질 수 있기 때문이다.

둘째, 국가권력의 충분한 분권화이다. 거버넌스는 참여하는 주체들이 위에서 언급한대로 대등한 관계에서 자발적 조종을 이루어 나가는 것을 그 본질로 하기 때문에, 전통적인 top-down 방식의 관료적 정책결정 및 수행방식과 그에 수반하는 하향식 커뮤니케이션 방식은 청산되어야 하는 것이다.

그런데 위의 두 조건을 충족시킨다고 해서 거버넌스의 원활한 작동이 보장되는 것은 아니다. 국가가 네트워크를 통한 정책결정과정의 조정자(coordinator)로서의 역할을 해 주어야 한다는 또 하나의 조건이 충족되어야 한다. 이 점에서 법원의 역할은 중요하며, 의회민주주의·거버넌스·법치주의의 3개를 종합적으로 고려해야만 하는 필요성은 바로 그러한 국가의 조정자로서의 역할에서 기인한다.

Ⅲ. 법치주의의 의미

1. 법치를 구성하는 기본원리

일반적으로 거론되는 법치주의의 기본원리들은 다음과 같다.(Raz 1983, 214; Moore 1985)

- ① 모든 법률은 장래의 행위를 규율하여야 하며, 공개적이고 명확하여야 한다.
- ② 모든 법률은 가능한 한 안정적이어야 한다.
- ③ 법 제정은 공개적이고, 안정적이며, 명확하며 일반적인 규칙에 따라 이루어져야 한다.
- ④ '법은 공평무사하게 적용되어야 한다'는 자연적 정의의 원리들이 지켜져야 한다.
- ⑤ 사법부의 독립이 보장되어야 한다.
- ⑥ 사법부는 입법부의 입법작용과 행정부의 행정작용에 대하여 심사할 수 있는

권한을 보유하여야 한다.

⑦ 시민들이 법원에 쉽게 접근할 수 있어야 한다.

⑧ 범죄예방 및 처벌기관의 재량은 법을 왜곡할 정도로까지 인정되어서는 안 된다.

①~③과 ⑧의 원리는 입법부에 중심을 두는 원리들로서 입법의 기술과 관련하여 실정법의 정당성을 보장하기 위한 것들이다. 이러한 의미의 법치는 사실적인 구성요건들과 그 구성요건이 충족되면 발생할 법률효과가 명확하게 실정적으로 규정되어 있는 법규범들에 의한 지배(the rule of law as rules)를 의미하게 된다.(Scalia 1989, 1175) 이러한 이해에 따르면 법의 지배란 '좋은 법의 지배'가 아니라, '실정법률의 지배'일 뿐이다.

반면에 ④~⑦의 원리들은 법의 지배를 '상위법(high law)'의 지배로 이해하는 입장에서 요청되는 것들이다. 이 입장에 따른 '법의 지배'란 '일정한 도덕적 요청들과 정의의 요청을 충족하는 상위법'의 지배(the rule of law as higher law)를 의미한다. 따라서 실정법률로 표현되지 않은 법 가치나 원리가 국가권력작용을 지도하고 규제한다는 '입헌주의'로 발전하게 된다.

위의 두 그룹의 원리들은 과거에는 양 극단을 대표하는 듯 분리되어 인식되었으나, 이제는 통일적으로 법치주의란 하나의 개념의 여러 요소로 인식되고 있다. 궁극적으로는 법치주의의 핵심 이념이 통치 권력은 법에 따라서 행사되어야 한다는 것이기 때문에 두 그룹이 하나로 합쳐지는 것은 당연하다고 볼 수 있다. 그러나 그 발전 과정을 보면 원칙적 차원에서 합의가 쉽게 이루어지지도 않았으며, 당연한 결합인 듯 보이나 당위적 요청과 정치 현실 및 전통의 문제와 관련되면서 그 정확한 의미에 있어서는 여전히 논란이 진행되고 있다.

그 논란의 핵심은 사법심사와 대의제 민주주의의 갈등이라 할 수 있다. 왜냐하면, 실질적 법치주의에서 법치주의의 수호자는 사법부가 되나, 선출되지 않은 법관들이 국가의 운영의 원리에 관한 최종 판단권한을 갖게 될 경우, 이것이 대의제 민주주의의 본질과 모순된다는 것이다. 이 논의를 진행하기 위해서는 먼저 현재의 통합적 법치주의의 개념이 형성되는 과정과 그것을 구성하고 있는 핵심적 원리들을 검토한 뒤 본격적으로 그 논란의 핵심에 접근함이 타당하다 할 것이다.

2. 법치주의의 역사적 발전

현재 우리의 헌법학계에서 일반적으로 설명되는 근대적 '법치'의 형성과정을 간략히 기술하면 다음과 같다.

영국의 법치주의는 영국 정치의 두 근본원리인 '의회주권'과 '법의 지배'의 원

리를 토대로 형성된다. 주권이 국왕으로부터 의회로 이전되는 과정에서 의회의 군주권력에 대한 우위는 'common law'에 의해 뒷받침되는데, 의회주권의 원리를 지탱해 주는 대가로 영국의 법원은 'common law'의 구체적 내용을 확정할 수 있는 독자적 영역을 보장받게 되었다.

프랑스에서의 법치주의는 법률을 일반의지의 표현으로 규정하면서 '법률 주권'의 형태로 발전한다. 법관들에 대한 전통적 불신이 법원을 상상 레짐의 일부로서 인식하게 만들고, 이로 인해 법은 의회의 의사로서만 정의되고 법원은 그것을 기계적으로 해석하는 권한만을 부여받게 된다. 이렇게 의회만이 국민의 일반의지를 표현할 수 있게 되므로, 국민의 주권은 헌법제정권력으로서 헌법제정 당시에만 사용하고 그 외에는 의회가 주권을 위임받아 법률제정을 통해 주권을 행사하게 된다.

독일의 경우는 법치주의가 '법치국가'의 이념으로 발달되는데, 행정 권력의 작용 차원에서의 법률 우위의 원칙으로 그 의미가 다른 국가에 비해서 협소해진다. 이는 독일이 근대시민사회로 이행하는 과정을 그대로 반영하는 것으로 기존의 체제를 전복함이 없이 기존의 사회지배 계층이 그 지위를 계속 존속시키기 위해 '법의 지배'를 이념적인 측면은 무시한 채, 기능적인 면만을 받아들임으로서 나타난 결과이다.

미국의 법치주의는 헌정주의의 형태로 나타난다. 즉, 법률에 대한 헌법의 우위성에 기초하여 연방대법원에 의한 위헌법률심사제도의 확립으로 나타나게 된다. 그리고 행정권력과 관계에 있어서는 '적법절차의 원리(due process)'로 사법부의 행정작용에 대한 끊임없는 통제로 나타난다. 위에서 언급한 세 가지의 법치주의의 발전 방향은 미국에서 통합되어 전 세계로 전파되기 때문에, 현재의 법치주의는 헌정주의와 동일 의미로 쓰일 수 있다.

법치주의의 출발점은 '상위법의 지배'를 인정함으로써 가능한 것이었다. 이 경우에 '상위법의 지배'란 개념은 영국의 경우는 고래법(古來法)을 전제로 하지만, 프랑스의 경우는 자연법론을 그 전제로 하였다. 자연법은 인간의 이성애 내제하는 근본원리들에 직접적 근원을 두고 있으며, 자연법의 원리들은 인간에게 좋은 것(basic human good)과 본질적으로 나쁜 것(harm)을 규명함으로써 구체화된다.(Finnis 1998, 132) 따라서 자연법의 원리들은 도덕적인 근본 원리이기도 하다.

그렇다면 이러한 '상위법의 지배'의 개념은 결국 국가 권력의 제한이 그 일차적 목표임을 말해준다. 국가권력이 법에 따라 행사되어야 한다는 사상은 실정법에 따라서 행사되어야 한다는 요청으로도 파악될 수 있지만, 실정법을 넘어서는 상위법에 따라서 행사되어야 한다는 요청도 되기 때문이다. 정치권력을 제한하려는 법률적 노력은 그 역사를 보면 개인의 권리에 관한 사상의 발전과 불가분의 관계에 놓

여있다. 최고통치권자는 실정법에 구속되지 않을 뿐이지 자연법에는 구속된다는 원칙을 천명하였던 초기의 자연법론자들은 현실적으로 자연법적 규범들이 최고통치권자들에 의해서 위반되는 것을 보면서 자연법에 근거한 권리들 - 예를 들면, 재산권, 계약의 자유 등 - 의 목록을 구체화 하는 노력을 한다.(Tiemey, 1989)

이러한 자연법적 전제를 토대로 한 대륙식 상위법 사상이 영국의 고래법을 전제로 상위법 사상과 결합하여 미국의 헌정주의를 탄생시킨다. 영국에서는 재판절차에서 소송당사자들이 가지는 권리들을 최고통치권자의 간섭으로부터 반드시 보호되어야 할 권리들로서 인정하려는 이론적·실천적 작업이 진행되었다. 형사절차에서 영장 없이 체포·구금되지 않을 권리라든가 공정한 재판을 받을 권리와 같은 소송상의 권리들이 왕의 제정법에 의해서도 침해되어서는 안 되는 지위를 가진 권리임을 논증하려는 법률적 논의가 이루어졌고, 이것이 적법절차의 논리로 발전하여 미국의 헌정주의의 기반이 되었다. 적법절차는 미국 헌법이 갖고 있는 자유주의적 법치주의의 요소이다.

자유주의적 법치관은 법의 예측가능성을 무엇보다도 중시한다. 왜냐하면 그것이 전제되어야만 개인의 자유가 보장되기 때문이다.(Waldron 1989, 84) 법의 예측가능성은 법의 보편성으로부터 온다. 법은 보편적이어야 한다. 따라서 어느 특정한 개인이나 그룹을 특별히 처벌하거나, 이득을 주어서는 안 된다. 법은 모든 사람에게 동일한 의미로 동일하게 적용되어야 한다. 이러한 법의 보편성은 예측가능성을 보장하지만, 완벽하게 하지는 못한다. 예측가능성은 사회구성원들이 자신들의 삶을 계획함에 있어서 법에 의존할 수 있어야 함을 뜻한다. 그렇기 위해서는 법의 내용은 규칙적인 절차를 통해서 공적인 방식으로 공포되어 있어야 한다. 소급입법은 원칙적으로 금지된다. 이러한 보편성과 예측가능성은 결국 국가와 법의 중립성을 전제로만 가능하게 되는데, 여기에서 사법부 독립의 필요성이 나타나게 된다.

그런데 영국에서 미국으로 전수되는 자유주의적 법치관은 그 자체로서 완전한 것은 아니다. 개개인이 일상생활에서 부딪치는 것은 자연법이나 고래법 등의 상위법이 아니라 실정법들이다. 이 실정법들은 입법자의 재량에 따라 다양하게 정해지며, 바로 입법자가 제정하였다는 점에서 법으로서의 구속력을 가진다는 점에 주의하여야 한다. 즉, 이러한 법들은 이성으로부터 뿐만 아니라 제정되었다는 사실로부터 구속력을 가지게 되는 것이다. 따라서 실정법의 경우에는 입법자의 입법재량이 충분히 인정되어야 한다. 물론 입법재량이 인정되기 위해서는 최소한 보편성(generality), 예측가능성(predictability), 그리고 규칙적인 과정(regular process)이라는 세 가지 요건이 지켜져야 하지만 그 요건은 형식적인 것이고, 입법재량은 결국은 민주적 선출과정과 연결된 대표성에 의해서 정당성을 부여받는다.(Richardson 1999, 309)

미국 헌법이 연방의회에게 광범위한 입법권을 부여한 것으로 연방대법원이 해석해 온 것은 미국 헌법에 녹아내려 있는 공화주의적 요소 때문이라 할 수 있다. 공화주의는 시민으로서의 개인들이 중요한 공공적 사안의 논의에 적극적으로 참여하는 것이 필요하며 이를 위한 자치적 통치구조와 제도들이 갖추어져야 한다고 주장하는 정치철학적 견해들의 집합을 말한다.(Pettit 1997, 6) 공화주의적 전통에서는 시민은, 개인으로서이건 집합체로서이건, 신탁자(trustor)이며, 국가는 자유를 최대한 보호할 권한을 위임받고 그러한 책무를 지는 수탁자(trustee)이다. 그리고 법은 그러한 자유를 실현하고 보호하는 주요한 수단이 된다. 따라서 권력분립, 형식적 법치, 사법부의 독립 등이 중요한 원리가 된다.

이처럼 자유의 실현과 보호에 법치가 하는 역할을 크게 강조하는 공화주의적 법치관은 공화정이 자유를 보호하기 위하여 사용하는 수단들 자체가 권력자나, 당파적 이해관계나 다수의 자의에 의해서 휘둘리는 것을 방지하고자 한다. 만일 그러한 방지장치가 없다면 시민이 타인의 자의적 지배에 놓이게 되는 결과를 낳기 때문이다. 이러한 사태를 미연에 방지하기 위해 공화주의 법치론은 다음의 세 가지 조건을 설정한다.(Pettit, 173-9) '권력분산,' '다수결 견제,' 그리고 '형식적 합법성'이다. 공화주의적 전통에서 권력의 집중에 대한 우려는 지속적으로 이루어져 왔다. '형식적 합법성'은 입법권력이 시민의 대표기관인 입법부 외의 어떤 기관이나 인물에게도 양도되어서는 안 된다는 점을 강조한다. '다수결 견제'는 좋은 법은 변하는 다수의 의사에 의해 쉽게 변경되지 않도록 하는 제도적 장치의 필요성을 지적하고 있다. 따라서 변동하는 여론을 반영하는 특정한 시기의 입법부의 의지가 법의 궁극적 원천이라고 주장하는 민주주의적 법률관은 공화주의 하에서는 용납되지 않는다.

공화주의적 법치론에서는 시민 전체의 공동의 이익을 실현을 위해 특정한 개인들의 자유를 제한하는 국가의 강제력은 정당화된다. 단 그 강제력의 행사가 자의적인 기반 위에서 행사되어서는 안 되고, 반드시 그 정당성이 민주적인 절차를 따른 공공적 논의에 의해서 인정받아야만 한다. 미국 헌법의 자유주의적 요소 또한 그러한 공화주의적 법치관이 미시적 차원에서의 사적 자치가 개인의 행복과 안전에서 차지하는 비중을 소홀히 할 위험을 방지하는 역할을 한다.

지금까지의 논의를 정리하자면 다음과 같다. 미국으로부터 세계로 퍼져나간 헌정주의는 두 개의 요소가 혼합된 것이라 할 수 있다. 그 두 가지는 공화주의적 요소와 자유주의적 요소이다. 공화주의적 요소는 권력분립을 전제로 하지만 입법부에 일단 큰 재량권을 준다. 입법부는 공익을 위한 법률을 만든다. 그런데 공익을 위해서라면 행정부 역시 기계적으로만 법률을 집행하는 것이 아니라 독자적인 재량권으로 입법기능을 수행할 수도 있다. 이 경우공화주의의 본질적 요소가 공화주

의가 배척하려는 방향, 즉 행정부로의 권력 집중이라는 함정에 정치공동체를 빠뜨리게 된다. 이것을 방지하는 역할을 하는 것이 사법부이고 이러한 사법부의 역할은 자유주의적 법치관에 의해서 더욱 강화된다. 그렇다면 미국식 헌정주의에서 가장 중요한 기관은 사법부가 될 가능성이 생기는데, 이 경우 대의제 민주주의와는 어떠한 관계를 형성하게 되는가?

Ⅳ. 의회민주주의와 법치주의

1. 사법심사와 의회민주주의의 갈등

앞에서도 논의한 바와 같이, 현재의 법치주의를 미국식 헌정주의와 동일시한다면, 사법부 독립은 민주주의 체제에서 가장 중요한 제도적 요청이라 할 수 있다. 일반적으로 사법부 독립의 지표로 받아들여지는 법관의 소신 있는 판결은 규범논리적으로 분쟁 당사자들의 충돌하는 권리의 근거가 되는 규범보다 우월한 고차원의 규범을 전제로 할 때에만 가능할 것이다. 왜냐하면 법관의 소신은 단순한 개인적 가치가 아닌 법적 정의에 관한 시대정신을 반영할 때에만 그 중립성과 공평타당성을 인정받기 때문이다. 그렇다면 헌법재판의 단계에 이르렀을 때는, 헌법에 상위하는 고차원의 규범에 법관의 판결이 근거해야 하고, 이렇게 될 경우 그러한 고차원의 규범의 존재, 내용, 그리고 그 효력여부가 문제될 수밖에 없다. 이 문제는 모호하고 추상적인 헌법의 내용을 최종적으로 결정할 권한을 사법부에 부여하는 것이 민주주의의 원칙상 당연한 것인가의 문제로 연결된다. 대의민주주의 체제에서 사법부가 위헌법률심사권을 행사하는 것이 타당한가의 문제제기는 사법심사의 원조인 미국에서도 끊임없이 제기되어 왔다.

그 특수한 정치적·법적 전통에 의해 기존의 관습이나 실정법체계에 얽매이지 않는 사법 권력으로 이미지가 형성된 미국의 연방법원은 미합중국의 탄생 시부터 그 평가에 있어서 두려움과 찬양이 혼재되어 왔다. 건국 초기에 제퍼슨(Thomas Jefferson)을 중심으로 연방법원의 설립에 반대하던 세력은 연방법원의 설립이 존재이유가 불투명한 연방정부에 사법부를 설치함으로써 모든 주의 권한들을 합쳐 놓은 것과 맞먹는 거대권력을 연방정부에 부여하려는 연방주의자들의 음모임을 경고하였다.(Horwitz 1977, 10) 반면에, 해밀턴(Alexander Hamilton)을 중심으로 연방법원의 설치를 옹호하던 세력들은, 연방법원은 스스로의 독자적 판단을 집행할 만한 하루 관료 조직을 갖고 있는 행정부나, 스스로의 정책집행을 위한 자체적 예산 확보의 능력을 보유한 입법부("having the power of neither purse nor

sword”)와 비교해 볼 때, 가장 약한 府(“the least dangerous branch”)이기 때문에 제퍼슨 그룹의 문제제기는 기우에 불과하며, 오히려 민주적 정당성에 근거를 둔 통치 기구가 비민주적으로 변하려 할 때, 이를 통제할 수 있는 유일한 기관은 사법부이기 때문에 연방정부에도 사법부가 필요하다는 논리를 폈다.

실제로 사법심사권을 사용하여 법관들이 다른 헌법상 기관들의 결정을 자신들의 판단으로 대체한다면, 그러한 사법적 판단이 다른 기관에 의해 번복될 가능성은 희박하며 따라서 일정정도의 영구성을 가지게 된다. 물론 사법부의 판결을 부당하다고 생각하는 입법부가 그 판결의 효력을 부정하기 위해 여러 수단 - 단순한 불복으로부터 위헌 선언된 법률을 재입법하거나, 더 나아가 사법심사권한을 축소하거나 없애는 입법안 또는 헌법개정안을 통과시키는 등 - 들을 사용할 수 있지만, 그러한 수단을 사용하기 위해서는 치명적인 정치적 역풍을 맞을 위험성에 노출되면서, 이를 극복할 수 있을 정도의 정치적 동원(mobilization)을 이루어내야 하기 때문에 그 정치적 부담이 상당히 된다. 따라서 법원의 사법심사 권한은 반민주적이라는 비난을 들을 정도로 강하다고 할 수 있다.

이렇게 제도의 본질상 민주적 정당성이 다른 기관에 비해 떨어지는 사법부가 정책결정 과정에서 주도적 역할을 하는 것이 미국 헌정사의 특징으로 인식되면서 이에 대한 끊임없는 문제제기가 있어 왔다. 비켈(Alexander Bickel)은, “사법심사 제도는 미국의 정치체제 내의 반(反)다수지배(counter-majoritarian)적 요소이다”라고 했는데, 그 이유는 “사법심사는 의회에 대한 불신을 제도화”한 것이라고 하였다.(Bickel 1986, 21)

2. 반론: 사법심사제도의 의회민주주의에서의 순기능

그렇다면 선출된 대표자들이 국가구성 원리의 내용에 대한 가장 권위 있는 결정자가 되어야 한다는 민주주의 원리와, 헌법에 상위하는 고차원의 규범의 존재를 인정하며 그에 대한 최종적 해석권한을 선출되지 않은 법관에게 부여하는 것은 모순일 수밖에 없는가? 그렇게 단정적으로 결론지을 수만은 없다. 정치현실에서 희소한 자원을 순위를 정해 선택적으로 분배할 수밖에 없는 것이 정치권력의 속성이다. 그렇다면 편의성에 근거한 정치적 거래를 세련된 방식으로 행하는 대의제 기관의 권위를 넘어서는 정치적 평등에 대한 고차원의 사회적 합의에 의한 자원배분의 방식은 굳이 ‘자연법(natural law)’이란 이름으로 포장하지 않더라도, 성문화되지 않았다는 이유만으로 그 존재와 내용을 부인할 수는 없을 것이다.

게다가 입법을 위한 정보의 불완전성 또한 대의기관의 입법권에 대한 헌법적 통제를 정당화한다. 불완전한 입법은 바람직하지 못한 결과를 가져올 수 있고, 단기

적으로 의도한 결과를 낳지만 장기적으로는 사회의 변화를 반영하지 못하고 오히려 바람직한 방향으로의 변화에 대한 장애가 될 수 있다. 따라서 대의기관의 입법에 대한 독립적인 사후 통제(ex post check) 기관이 필요하게 된다. 실제로 이러한 입법에 대한 독립적인 사후 통제가 얼마나 효과적이었는가에 대한 경험적 연구는 부족하지만, 위헌법률심판제도를 갖고 있는 국가들은 위협을 감수하면서 사법부로 하여금 예상되는 입법의 바람직하지 못한 효과를 단기간에 효율적으로 차단하도록 할 수 있는 권한을 부여하였다.(Rogers, 2001) 여기서 감수된 위협은 법관들이 공공의 이익의 범위를 넘어서 자신의 목적을 위한 판결을 소신 있게 하지만 무책임하게 내릴 경우를 말한다.

대의민주주의체제에서는 시민들이 정치인들을 대표로 선출함에 의해서 간접적으로만 국가정책결정과정에서 영향을 미칠 수 있다. 선출된 정치인들은 시민들보다 많은 정보를 갖고 있을 뿐만 아니라 직접 국가 공권력이 뒷받침되는 결정들을 할 수 있게 되어, 시민들보다 우월한 지위에서 권력을 남용할 수 있는 기회를 갖게 된다. 선출된 정치인들의 권력남용을 막고 시민들의 권리를 보호하기 위해 고안된 장치가 권력분립에 의한 견제와 균형이라 할 수 있다. 특히 사법심사권한을 부여받은 독립된 사법부는 능동적이고 적극적으로 대의기관을 견제할 수 있게 된다.

대의민주주의원리와 사법심사권의 반다수제적(countermajoritarian) 성격이 충돌을 일으킨다는 논리에 대한 또 하나의 반론은 헌법제정권력자들이 사법심사권한을 성문헌법에 명문규정으로 법원에 부여해 놓는다면, 이는 대의기관인 의회의 의사가 절대적인 우위에 있지 않다는 것이고, 따라서 법원의 사법심사권한 행사가 대의민주주의의 본질을 침해하여 그 제도적 정당성이 의심된다는 논리는 타당하지 않게 된다.

'법의 지배'에 의거한 사법심사의 활성화는 양 방향의 결과를 가져왔다고 볼 수 있다. 정책을 결정, 집행하는 과정에서 심사숙고(deliberation)하는 관행을 뿌리내리게 한 반면에, 소모적인 절차를 창출해 냄으로서 행정의 효율성을 감소시켰다는 비난 또한 받아왔다. 지나친 사법적 개입에 대한 우려가 심화되어가고는 있지만, 실제로 사법적극주의가 정도를 넘어서서 정책결정과정을 전적으로 좌지우지할 가능성은 그다지 크지 않다. 왜냐하면 법관들 스스로 전통적 권력분립원리하에서 법원의 권한의 한계를 잘 인식하고 있기 때문이다. 우려와는 달리 법관들은 자신들의 결정이 정치기관의 결정을 대체하는 것이 고유의 영역 침범이라 판단하고 있다. 사법부가 적극적으로 개입하게 되는 경우는 대표되지 않는 사회의 일부의 목소리가 정책결정에 반영되도록 도움을 요청받았을 경우이다. 이 경우 사법부가 적극적인 개입을 하더라도, 이는 대의민주주의에 흠결을 내는 것이라기보다는 대의민주주의에 참여민주주의적 요소가 가미되도록 사법부가 틀을 마련하는 것이라는 점에서

공정적으로 평가될 수 있다.

V. 거버넌스와 법치주의

1. 거버넌스와 사법심사

민주적 결정과정에 심사숙고성과 시민의 참여를 강화하도록 적극적으로 개입하는 경우를 제외하고는 사법적 개입을 회피하는 법관들의 사법자제의 경향은 '거버넌스' 개념의 등장과 더불어 변화의 계기를 갖게 된다. 왜냐하면 거버넌스 체제에서는 공적영역과 사적영역의 경계선이 무너지게 되고 모든 사회구성원이 동업자(partner)로서 정책결정과정에 참여하게 되므로 전통적 의미의 국가기관은 그 입지를 잃게 된다. 그리고 이렇게 참여민주주의적 성격이 강화되면, 정책결정과정과 그 집행과정을 규율하는 방식도 사후적 통제방식에서 사전적 통제방식으로 변하게 된다.

정책결정과정과 집행과정에 대한 합법성 통제의 새로운 원리로 등장한 사전주의 원칙은, 외부적 권위(입법부)에 의해 형성된 법규칙에 의한 외부로부터의 통제가 아니라 정책결정자들이 정책을 수립하고 집행함에 있어 적용하기 위해 내부적으로 고안하여 합의를 본 원칙 내지 지침을 규율의 근간으로 삼는 것이다. 이렇게 강제적 권력이 아닌 조정과 협력, 그리고 설득과 유인을 통해 정책결정과 집행의 합법성을 확보하는 과정에서 연성법(soft law)의 역할이 증가하게 된다.

연성법은 실증주의적 법이 창조되는 중요한 전단계로서 '응고과정에 있는 법' 또는 '발전 과정에 있는 법'으로 정의된다. 이러한 연성법에 의한 합법성 통제는 자발적으로 형성한 행동규칙, 지침, 권고 등에 의거하여 당사자의 자발적인 승인과 수용을 전제로 한 접근방식이다. 문제는 연성법이 전통적인 법실증주의적 의미의 법적 구속력을 결여하기 때문에 이를 위반하는 개별 행위나 집단적 정책결정 및 집행에 대해 어떠한 제재를 가할 것인가에 대한 권위적 결정이 요구된다. 그리고 제재의 내용, 정도, 효력 등을 확정하기 위해서는 연성법 자체의 효력을 확정해야 한다. 즉 문제의 연성법이 충분한 일반관행의 축적을 반영하고 있으며, 따라서 법적 확신으로까지 인정되어 확립된 관습법규칙(hard law)에 해당한다고 말할 수 있을 것인가에 대한 권위적 해석이 요청되는데, 이러한 임무를 부여받게 되는 기관이 사법부가 될 가능성은 높다 할 수 있다.

특히 '거버넌스' 체제의 특징이라 할 수 있는 권력의 분산화 과정에서는 어느 한 세력이 절대다수의 의사임을 의제하여 정책결정 및 집행을 주도할 수 없기 때문에,

여전히 전통적 공공기관으로서의 성격을 보유하고 있는 사법부가 가장 신뢰받는 합법성 통제 기관으로 인식될 가능성이 크다. 이러한 사법부에 대한 접근은 20세기 말 세계적인 민주화의 물결과 함께 탄생한 신생 민주주의 국가들의 사법부의 기능과 역할을 해석하는데 있어서 그 타당성이 입증되고 있다. 왜냐하면, 그러한 국가들에 있어서는 민주적 절차라는 새로운 통치의 원칙에 관하여 제 정치세력간의 완전한 합의가 이루어지지 못한 경우가 일반적이다. 게다가 민주적 이행(democratic transition)의 방향성과 속도에 대한 합의마저 불완전한 상황이기 때문에 제 정치 세력들은 제도화된 행위의 준칙을 갈구함으로써 예측치 못한 비용의 발생을 줄이려 노력하게 된다. 이러한 과정에서 사법부가 사법심사권을 행사하여 민주적 가치 규범의 한계 내에서 허용되는 정치적 행위의 범위를 명확히 규정하는 기능을 하게 된다. 따라서 법원은 민주화 이행기에 그 구성의 민주적 정당성 없이도 변화의 중심을 잡는 역할을 하게 되는 것이다. 따라서 권력분립원리하에서 가장 근대적인 국가기관인 사법부가 탈근대적인 '거버넌스'의 시대에 가장 중추적인 기관으로 부상할 수 있는 가능성이 있다고 할 수 있다.

2. 행정국가, 거버넌스, 그리고 법치주의

사법심사의 의미는 행정기관에 의해 양산되는 행정법규가 전통적인 권력분립원리 하에서의 대의제 민주주의의 틀을 뒤흔들 수 있다는 우려에서도 찾을 수 있다. 만약 행정기관들이 단지 의회에서 통과된 법률들을 기계적으로 집행하는 기능만을 한다면, 행정권력은 법의 지배에 종속하게 될 것이다. 그러나 현대의 행정권력은 단순한 기계적 기능만을 담당하지는 않는다. 행정기관들이 의회가 공식적으로 입법권의 일부를 그들에게 위임하거나, 아니면 법률규정이 모호하여 행정기관이 직접 정책의 내용을 구체적으로 설정해야만 하는 상황에 놓이는 경우가 빈번해지고 있다. 이러한 경우에 행정기관들은 실질적 권력을 보유하고 행사하게 되는 것이다. 이러한 경우에 행정기관의 확대된 권한과 기능에 대해 사법부에 의한 합법성 통제가 요청되게 되는 것이다.

그런데 이러한 사법부의 기능과 의미는 거버넌스라는 새로운 현상의 등장으로 그 중요성이 퇴색될 수 있다. 그 현상은 바로 행정권한의 행사에 있어서의 비정부 행위자들의 역할이 증가하고 있다는 것이다. 오직 전통적인 관료적 행정기관의 재량권 행사의 문제에만 초점을 맞추면, 증가하고 있는 사적 영역의 거버넌스에의 참여를 간과하게 될 수 있는 것이다. 물론 적지 않은 법학자들이 오랫동안 로비나 소송 등을 통해서 사적 주체들이 행정기관의 공적 행위에 영향을 미치는 과정을 관찰하여 왔지만, 그러한 사적 주체로서의 비정부행위자들은 여전히 행정법관계에서

중요하지 않은 요소로서 취급되어 왔다. 그러나 급속하게 확산되어 가는 거버넌스적 행정 방식은 비정부행위자들이 행정 또는 규제 과정의 모든 단계에서 중요한 역할을 하고 있음을 보여주고 있고, 때로는 전통적으로는 행정 기관이 해야 할 업무 까지도 담당하는 양상까지 포착하고 있다.

사적 주체들이 거버넌스에 참여하는 양태는 다양하다. 정부 밖의 전문가들로 구성된 위원회가 인가권한을 배타적으로 행사하는 경우는 빈번하게 관찰된다. 기업체들이 자발적인 규율사항들을 만들고 그 규율에 따라 일탈자들에게 제재를 가하는 경우도 있다. 또한 사적 영역에서 이익집단들끼리 자신들의 행위를 제약하는 규율들의 내용을 직접 협상하는 경우도 있다. 비영리단체와 영리단체들이 다양한 공공사업을 계약에 의해 제공하는 사례는 허다하다. 따라서 행정관계를 형성하는 과정에서 행정주체로서의 행정기관에만 초점을 맞추는 것은 현재 확산되어 가고 있는 거버넌스의 책임분담적 본질에 대한 적절한 법적 그리고 제도적 반응을 혼란스럽게 만든다.(Smith and Lipsky, 1993) 왜냐하면 실제로 행정은 공적 주체와 사적 주체의 공동참여에 의해 이루어지는데, 오직 행정기관에 대한 통제수단만을 강구하는 것은 그 실효성이 감소함으로써 자원의 낭비를 초래하기 때문이다.

행정기관의 재량권 행사가 문제되는 이유로서 무책임성이 일반적으로 거론되는데, 사적 주체들은 그러한 문제를 더 악화시킨다고 믿어진다. 사실 행정관료들이나 사적 행위자들이나 선출되지 않기는 마찬가지이다. 그러나 행정관료들과는 달리 사적 행위자들은 공익에 봉사할 것으로 기대되지도 않으며, 전문성과 공공성 등 공무담당자로서 지켜야 할 행위규범에 구속되지 않는다. 사익을 추구하는 것이 허용된다는 말이다. 더욱이 사적 행위자들은 입법, 행정, 그리고 사법, 어느 기관의 통제로부터도 자유롭다. 따라서 공권력 행사에 일반적으로 수반되는 감독·견제 수단이 마련되지 않은 채, 사적 행위자들이 공적 기능을 수행한다면, 책임성과 관련하여 행정기관이 멋대로 재량권을 행사하는 것만큼의 문제를 일으킬 수도 있다. 이러한 관점에서 볼 때는 사적 행위자의 공공기능에의 참여가 새로운 민주주의의 문제점을 초래한 다기보다는 기존의 문제를 더 악화시키는 결과를 낳게 된다. 사적 행위자들은 또한 공법관계에서 추구되는 책임성 이외의 가치들까지도 위협할 수 있다. 예를 들면, 투명성(openness), 공정성(fairness), 참여성(participation), 일관성(consistency), 합리성(rationality), 그리고 공평성(impartiality) 등이다.(Freeman 1999, 335)

위에서 언급한 가치들을 사익을 추구하는 행위자들의 적극적 행정 참여라는 위협으로부터 보호하는 수단으로는 행정기관에 대한 기존의 감독 메커니즘이나 절차적 통제를 사적 행위자에게도 확대하는 방안이 논의된다.(Freeman, 335) 그러나 사적 행위자들이 공공정책 형성과정에 참여함으로써 얻게 되는 이득에 대한 충분

한 고려 없이 모조건 그들을 통제하려는 시도에 대한 반론도 만만치 않다. 특히 새로운 사적 행위자들이 이미 기존의 행정법관계의 규율 대상에는 포함되지 않는 다른 방식의 책임 추궁 메커니즘에 의해서 통제되고 있다는 반론도 있다. 내부적 절차에 의한 통제, 시장의 압력, 순응을 요구하는 비공식적인 규범, 그리고 제3자에 의한 감시·감독 등이 예로서 거론된다.(Freeman, 335)

그렇다면 사적 행위자들이 공공정책 형성 및 집행과정에 광범위하게 참여할수록 사법심사의 기능은 축소되는가 아니면 확대되는가? 일부의 학자들은 거버넌스의 형태가 확대될수록 행정부와 입법부의 공공정책결정에 관한 권한은 줄어드는 반면에 사법부에 의한 감독권한은 오히려 증대된다고 주장한다.(Mullan, 1997) 문제는 이러한 사법부의 권한의 확대가 긍정적으로 평가되는가, 아니면 부정적으로 평가되는가 하는 문제이다. 전문성, 혁신성, 효율성 등 사적 영역과 공적 영역이 결합되는 거버넌스의 장점들을 고려할 때, 선출된 기관에게 요구되는 형식적 책임성이나 법절차에 대한 순응과 같은 전통적인 제도적 제약을 부과하는 것은 적절치 않을 수 있다.(Lawrence 1986, 651-8)

문제는 거버넌스의 형태가 규제에 관한 협상이라면, 참가자들이 그 과정에서 자신들의 이익을 추구하는 것은 자연스러운 것이므로 광범위한 참여와 적절한 대표성만이 문제되지, 협상과정에서 도출된 합의가 얼마나 공평타당하고 중립적인 것인가는 문제가 되지 않을 것이다. 그러나 사적 행위자가 게임의 규칙을 정하는 과정에 참여하는 것과 그 규칙의 내용을 집행할 때에는 사정이 달라진다. 사적 행위자가 집행자로서의 역할을 할 때, 게임의 규칙에는 동의했지만, 그 집행방식이 규칙에 어긋난다고 주장하는 반대자가 나타난다면, 이 분쟁은 어떻게 해결되어야 하는가? 사전 합의된 내용을 사후에 이율배반적으로 거부하는 것이 아니라 사전 합의 내용의 구체적 의미 규정에 대해 문제제기를 하게 된다면, 이러한 분쟁은 어떻게 해결되어야만 하는가?

근대적 의미에서의 행정법규의 기능은 내부적으로는 행정기관간의 관계를 규율하고 외부적으로는 행정기관과 시민들 간의 관계를 규율하는 것이다. 특히 시민들과의 관계에 있어서는 행정기관이 절차적으로나 실질적으로 적법한 공권력 행사를 할 것이 요구된다. 그러나 기존의 행정법규들이 특수이익들을 대변하고 이를 위해 때로는 권한을 남용하는 행정권력의 본질을 은폐하는 기능을 한다는 비판이 줄곧 제기되어 왔었다. 행정기관들이 정책을 입안하면서 그것을 공개적으로 공포되는 규칙의 형태로 만들지 않는다면, 민주적으로 구성된 의회의 감시·감독의 보장 없는 민주주의는 사기극에 불과하게 될 것이다. 따라서 통제되지 않는 행정기관의 재량권이 확대되는 현상은 민주주의라는 틀 안에서의 행정국가의 정당성에 대한 끊임없는 위협으로 존재해 왔다. 문제를 더욱 심각하게 하는 것은 법률이 모호한

경우이다. 법의 지배를 형식적·기능적 법치로 좁게 해석하면, 한편으로는 법률의 명확성이라는 기본 원칙에 위배되지만, 다른 한편으로는 행정기관에게 무한한 권력을 부여하게 된다. 하이에크(Hayek)는 이미 현대 국가들에게서 법률의 모호성의 경향을 목격하고, 법의 지배는 적극적 개입국가의 경향과 양립할 수 없게 될 것이라 경고하였다.(Hayek 1971, 149-50)

하이에크의 비판은 법의 지배를 형식적 법치주의로 이해했을 때 타당성을 가진다. 그러나 법의 지배를 실질적 법치주의로 이해했을 때, 즉 헌정주의로 해석했을 때는 법치주의의 수호기관으로서 사법기관이 부상하게 된다. 이러한 경우 사법부가 적극적 개입국가의 문제점에 대한 완충기능을 수행할 것이고, 따라서 사법부 주도의 법치주의가 의회민주주의의 현대적 위기를 극복하는 기능을 수행하게 된다. 부연설명하자면, 행정법은 공적 영역과 사적 영역의 구분을 전제로 하는데, 사적 영역에서 개인의 이익들과 기업의 이익들이 결합되어 지배적 이익으로 나타남으로 인해 대표되지 못하는 시민들과 그들의 이해를 대변하려는 시민조직들이 정책결정 과정에 참여할 수 있는 가능성을 열어주는 방향으로 행정법규의 목적이 수정되어 왔다. 이렇게 수정되는 과정에서 '법의 지배'에 입각한 사법심사의 중요성이 강조되게 되었다. 권력분립의 원리 하에서 행정부는 입법부와 사법부 양 쪽으로부터 견제를 받게 되지만, 현실적으로 일선 행정기관에 대한 관리 감독은 시민의 권리와 사적 이익을 보호하는 임무를 전담하는 기관으로 인식되는 법원에 의하여 이루어지게 된다.

Ⅵ. 결론

한 정치공동체에서의 사법부의 핵심적 기능은 다음의 두 가지 사회적 요청으로부터 기인한다. 첫째, 시민사회의 구성원들은 그들 간의 관계 및 그들과 정부와의 관계가 상호간의 권리와 의무를 합리적으로 정립해 놓은 법에 의해 규율되기를 바란다. 둘째, 만약 그러한 법적 권리와 의무의 내용과 그 효력에 관해 분쟁이 발생하였을 경우 분쟁당사자 모두가 신뢰하는 제3의 중재자가 그 분쟁을 해결하여야 한다는 것이다.

법원에 의해서 해결되는 법적 권리·의무에 관한 분쟁이 오직 사인(私人)들 간의 분쟁만이라면 이는 자유민주주의의 정체 하에서의 사법부 독립의 필요성에 관한 충분한 설명이 될 수 없다. 왜냐하면 권위주의 체제 하에서도 시민들 간의 법적 분쟁을 해결하는 법원의 기능은 존속하기 때문이다. 단 권위주의 정부는 시민과 정부 간에 법적 분쟁이 일어났을 경우에는 정부에 종속되지 않는 법원의 판단에 구속되

고 싶어 하지는 않을 것이다. 따라서 자유민주주의체제에서의 사법부 독립을 논할 때, 정부가 법적 분쟁의 당사자가 되는 경우를 반드시 고려해야 한다.

그렇다면 법원은 시민사회의 자발적 조직들이 네트워크의 형태로 국가운영에 참여하는 거버넌스가 확대되면 그 존재 의미를 상실하게 되는 것인가? 그렇지 않다. 서론에서도 언급했고, 본문에서도 논의했듯이 거버넌스의 원활한 작동이 보장되기 위해서는 국가가 네트워크를 통한 정책결정과정의 조정자(coordinator)로서의 역할을 해 주어야 하며, 국가기관 중에서도 법원이 이러한 역할을 떠맡게 된다. 거버넌스 이상론을 펼치는 학자들은 전 사회가 상호신뢰를 토대로 한 네트워크로 구성된다면 국가의 강제력에 의해 그 효력이 보장되는 근대적 의미의 법은 더 이상 존재할 이유가 없다고 주장할 수 있다. 그러나 '법 없이도 살 수 있는 사회'는 이상론에 불과함을 더 논할 필요는 없을 것이다.

결론적으로 의회민주주의, 거버넌스, 그리고 법치주의의 상호관계 속에서 사법부의 의미를 정의하자면 다음과 같다. 한 정치공동체에서 법관이 그 독립성과 자율성을 보장받는다든 전제하에, 그 공동체의 구성원 상호간 또는 구성원과 공권력 간에 권리·의무에 관한 분쟁이 발생하고 이를 당사자 간의 합의에 의해 해결하지 못했을 경우, 법관이 분쟁을 해결하는 최종적 권위를 갖게 된다는 것이다. 왜냐하면 독립된 법관이 분쟁에 대한 해결장안을 제시할 때에만, 분쟁사안을 그들 자신만의 법해석에 따라, 보복에 대한 두려움이나 보상에 대한 기대 없이, 공정하게 판단할 수 있다는 신뢰가 형성되기 때문이다.

사법부 독립의 요청은 궁극적으로는 헌법의 본질로부터도 기인하게 된다. 헌법은 국가라는 정치공동체의 기본 운영 원칙, 운영을 위한 최고 권력기관들의 구성과 권한, 그리고 공동체 개별 구성원들의 기본적 권리와 의무를 그 내용으로 한다. 그러나 헌법제정 당시에 미래를 형성해 나갈 변화들을 완벽하게 예측하여 그 모든 사항을 규정할 수 없기 때문에 유연성 있는 사후 해석의 여지를 남겨놓아야 하는 불완전한 사회계약이라 할 수 있다. 불명확한 사회계약의 내용을 사회적 신뢰를 토대로 해석할 공적 권위체가 필요하게 되고, 이 권위체가 바로 독립된 사법부인 것이다.

〈참고문헌〉

- 김석준. 2002. "거버넌스의 분석 틀: 21세기 한국사회와 정치의 뉴 거버넌스 모색." 김석준의 13인 편. 『거버넌스의 정치학』 서울: 법문사, pp. 35-72.
- Bickel, Alexander M. 1986. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2nd ed. New Heaven: Yale University Press.
- Finnis, J. 1998. *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Freeman, Jody. 1999. "Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law" in D. Dyzenhaus ed. *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. Oxford: Hart Publishing.
- Hayek, F. A. 1971. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press.
- Hirst, Paul. 2000. "Democracy and Governance," in Jon Pierre ed. *Debating Governance*. Oxford: Oxford University Press
- Horwitz, Morton J. 1977. *The Transformation of American Law, 1780-1860*. Cambridge, Massachusettes: Havard University Press
- Kickert, W. 1993. "Autopoiesis and the Science of Public Administration: Essence, Sense and Nonsense." *Organization Studies* 14: 275.
- Lawrence, David M. 1986. "The Private Exercise of Governmental Power." *Indiana Law Journal* 61: 651-658.
- M. Moore, 1985. "A Natural Law Theory of Interpretation." *Southern California Law Review* 58: 313-318.
- Mullan, David. 1997. "Administrative Law at the Margins," in Michael Taggart ed. *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Pettit, Ph. 1997. *Republicanism*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. 1983. *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Rhodes, R. A. W. 2000. "Governance and Public Administration," in John Pierre ed. *Debating Governance*. Oxford: Oxford University Press
- Richardson, H. 1999. "Administrative Policy-making: Rule of Law or Bureaucracy?" in D. Dyzenhaus ed. *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*. Oxford: Hart Publishing.
- Rogers, James. 2001. "Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction." *American Journal of Political Science*. 45: 84-

99.

Scalia, A. 1989. "The Rule of Law as a Law of Rules." *University of Chicago Law Review* 56: 1175.

Smith, Steven Rathgeb, and Michael Lipsky. 1993. *Non-Profits for Hire: The Welfare State in the Age of Contracting*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press

Tiemey, B. 1989. "Origins of Natural Rights Language: Texts and Contents, 1150-1250." *History of Political Thought* 10: 615-646.

Waldron, J. 1989. "The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory." *Ratio Juris* 2: 84.

Representative Democracy, Rule of Law and Governance Participation

Cha, Dong Wsook

Governance is a management model controlled by an autonomous civil society independent from the state while it is protected by rules and administrative procedures provided by the state in part. Governance rejects the ruling based on the premise that the state and the civil society are separate, which is the theoretical foundation of representative democracy. Representative democracy is built on the ground that the autonomy of a parliament as a public forum composed of elected agents and the democratic accountability of the members of the parliament are successfully combined. On the contrary, governance is based on associative democracy, a system where the civil society participate directly in national decision making. Power decentralization, by which governance is distinguished, does not allow any one group to dominate in policy-making and its implementation alleging that they represent the will of supermajority. Therefore, courts are very likely to be perceived as the most trusted institution in charge of comprehensive legal control. It is highly probable that courts emerge as a key institution in a postmodern era.

**Key words: Governance, Representative Democracy, Rule of Law, Judiciary,
Participatory Democracy**