『서울대학교 法學』 제55권 제4호 2014년 12월 273～312면
Seoul Law Journal Vol. 55 No. 4 December 2014. pp. 273～312

〈논문〉

공동체로서의 국가와 정부*

全 鍾 杙**

요 약

인민들에 의한 헌법의 제정과 정부의 설립을 통하여 영토와 국민 그리고 정부 또는 국가권력의 3요소로 이루어진 국가가 형성된다. 인민은 국가성립 이전 이미 존재하고 있어야 하며, 국가라는 정치공동체를 형성할 목적으로 모여 하나의 공동체를 이룬다. 인민공동체에 동일한 목적에 대한 합의와 의사소통체계 및 의사결정방법에 대한 일정 수준의 동의가 존재한다는 점에서 인민은 단순한 다중과는 구별되며, 국가형성의 목적을 위한 공동체라는 점에서 언어, 종족, 문화적 요소를 개념요소로 하는 민족과는 구별된다. 이러한 공동체가 공동체의 존속과 유지, 구성원의 행복이라는 목표를 실현할 임무를 수행하기 위해 정부를 구성하고 국가를 수립한다. 공동체와 정부의 관계를 민사에서의 신탁관계를 들어 설명하면 국가기관의 信認의무를 인정할 수 있고, 국가를 법인으로 보고 공무원을 그 기관으로 보면 같은 법적 효과를 얻을 수 있다. 넓은 의미에서 보면 국가는 영토의 바탕 위에 인민 또는 국민의 공동체와 법인인 국가, 즉 정부로 구성된다. 대내적인 관계에서 보면 정부는 공동체의 존속과 유지, 구성원의 행복을 목표로 하고, 이를 실현하는 것을 임무로 하여 구성된 법인으로서 필요한 범위에서 독자적인 권리・의무의 주체가 된다. 대외적으로도 정부는 인민공동체 전체를 위하여 대외적인 법률관계를 맺을 권한을 수권 받는다. 영토가 확실히 획정되어 있고 이를 터전으로 살고 있는 인민들이 공동체를 이루고 살고 있는 한 이들은 자신들의 운명을 독자적으로 결정하고 실현할 수 있어야 한다. 일시적으로 정부가 해체된다 하여도 인민공동체가 존속하는 한 국가는 소멸하지 않으며 연속성이 유지된다.

주제어: 공동체, 국가, 정부, 신탁, 법인

---

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2014학년도 학술연구비 지원을 받았음. 이 논문을 작성하는 과정에서 도움을 주신 서울대학교 법과대학의 이근관, 천경훈, 이동진 교수님 그리고 2014. 11. 27. 개최된 헌법재판연구원・강원대학교 비교법학연구소 공동학술대회에서 지정토론을 해주신 헌법재판연구원의 공진성 연구원님을 비롯하여 토론과정에서 좋은 의견을 주신 많은 분들께 감사를 드린다.
** 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수.

Ⅰ. 서

일반적으로 헌법을 '국가의 조직과 구성에 관한 법',[1] '국가와 공동체 및 공동체 구성원들의 생활의 근본과 그 질서를 형성하는 공동체의 근본법',[2] '국가의 근본법으로서 국가의 통치조직과 통치작용의 원리를 정하고 국민의 기본권을 보장하는 최고법'[3] 또는 '국가적 공동체의 존재형태와 기본적 가치질서에 관한 국민적 합의를 법규범적인 논리체계로 정립한 국가의 기본법'[4]으로 정의한다. 따라서 헌법은 국가와 불가분의 관계에 있으며, 헌법의 이해, 해석과 적용은 국가에 대한 이해를 전제로 한다.

현행 헌법은 제1조에서 '대한민국'은 민주공화국이며, '대한민국'의 주권은 국민에게 있다고 선언하고 있다. 이하 제2조에서 제5조까지 헌법은 대한민국의 국민이 되는 요건, 대한민국의 영토, 대한민국의 통일지향성 및 대한민국의 국제평화유지 노력과 침략적 전쟁 부인을 규정하여 '대한민국'을 규정의 대상으로 삼고 있다. 여기서 대한민국은 곧 우리의 '국가'를 지칭하는 용어에 해당한다. 한편 헌법은 제10조에서 '국가'는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정하고 있다. 헌법 제10조의 국가와 대한민국이 같은 의미를 가진다면 대한민국을 구성하는 모든 국민들이 기본권을 보호해야 할 의무가 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 이러한 해석은 국민은 기본권의 주체로서 기본권을 보유하며 행사할 수 있는 지위에 있고 국가는 기본권을 보호 내지 실현할 책임과 의무를 지는 것으로 보는 판례 및 일반적인 해석[5]과 일치하지 않는다. 또한 헌법은 제9조에서 국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다고 규정하고 있다. 마찬가지로 여기서의 국가가 대한민국과 같은 의미라면 전통문화 계승을 위한 노력의무는 그 구성원인 국민들의 헌법상 의무에 해당하는 것으로 보는 것도 가능하다. 그러나 이러한 이해는 헌법 제9조를 헌법 전문과 함께 헌법상 문화국가원리의 근거규정으로 보고, 문화국가원리를 국가의 정신적 기본권 보장과

---

1) 성낙인, **헌법학**(법문사, 2012), p. 3.
2) 정종섭, **헌법학원론**(박영사, 2014), p. 19.
3) 김철수, **학설판례 헌법학**(상)(박영사, 2009), p. 13.
4) 권영성, **헌법학원론**(법문사, 2010), p. 3.
5) 성낙인, *op. cit.*, pp. 387-388; 정종섭, *op. cit.*, p. 393; **헌법소송법**(박영사, 2014), p. 633. 헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477; 헌재 2000. 8. 31. 2000헌마156, 판례집 12-2, 258 참조.

이를 위한 과제 또는 책임을 통하여 실현되는 것으로 이해하는 판례의 입장[6]과는 조화를 이루기 어렵다.[7] 이는 헌법에 규정되어 있는 국가와 대한민국은 서로 다른 의미를 가지고 있음을 의미한다.[8] 그러한 점에서 국가의 개념을 전통적인 국가 3요소설에 따른 영토, 국민, 국가권력의 3요소들이 작용하는 공동체와 이러한 공동체의 존속・유지와 그 구성원의 자유・권리를 실현하는 공적 강제력의 메커니즘으로 파악되는 보다 좁은 의미의 정부(government)로 구분하는 견해[9]나 광의의 국가를 국가와 사회를 포함하는 국가사회 전체로 보아 국가적으로 기초된 일반성, 국민의 결합체, 공동체로서 이해하고 협의의 국가를 사회의 대립물로서 제도 내지 메커니즘으로서의 통치기관에 주목하여 통치조직 내지 국가권력의 행사자로 구분하는 견해[10]는 위와 같은 개념상 구분에 대한 설명으로 유용성을 가진다. '대한민국'은 전자의 공동체로서의 국가에 해당하며, 헌법 제9조와 제10조의 국가는 후자의 정부[11]에 해당하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

이와 같은 헌법상의 국가를 개념적으로 구분한다고 하더라도 공동체로서의 국가란 무엇이고 국가의 3요소의 본질과 상호관계 그리고 이를 토대로 한 국가의 성립은 어떻게 이루어지는가, 공권력 주체로서 정부인 국가의 성립은 어떻게 이루어지며 공동체로서의 국가와 정부의 관계는 무엇인가 등의 문제들은 여전히 해명되어야 할 과제로 남는다. 이를 해결하기 위해서는 먼저 국가의 형성단계에 대한 연구가 이루어져야 한다. 이론적으로 보면 이러한 연구는 국가가 형성된 이후의 기본적인 질서를 규정하고 있는 헌법의 해석과 적용보다 선행되는 단계를 대상으로 한다. 그러나 국가의 창설이 일정한 원리들에 의하여 이루어지는 경우 이들은 국가형성 이후 그 유지와 작용에도 그대로 적용될 수밖에 없고 이는 곧 헌법의 기본원

---

6) 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1 등, 판례집 16-1, 670.

7) 이러한 해석상의 문제는 헌법 제2조 제2항 '국가'는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다, 제8조 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 '국가'의 보호를 받으며, '국가'는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다 등 여러 다른 규정에서도 찾을 수 있다.

8) 헌법규정상 국가개념의 다양한 의미와 구별에 대해서는 김주영, "현행헌법상의 '국가' 개념에 관한 고찰", **숭실대학교 법학논총**, 제20집(2008. 8), pp. 117-124.

9) 정종섭, *op. cit.*(주 2), pp. 11-12.

10) 이승우, **국가론**(도서출판 두남, 2010), pp. 86-87.

11) 헌법은 제4장 정부에서 제1절 대통령, 제2절 행정부를 규정하고 있어 헌법상 정부는 집행부를 의미한다. 여기서 정부는 입법부와 사법부, 행정부는 물론 지방자치단체까지를 포함하는 개념으로 포괄적인 공권력 주체를 의미한다. 이하의 정부는 모두 이러한 의미로 사용한다.

리로 기능하게 되는 점에서, 공동체로서의 국가와 정부에 대한 연구는 우리 헌법의 규정과 기본원리들을 바탕으로 이것들이 전제로 하고 있는 국가의 개념과 법적 관계를 역으로 찾아가는 과정을 통하여 이루어질 수 있다. 예를 들면 우리 헌법은 제1조에서 대한민국이 민주공화국임과 그 주권은 국민에게 있음을 규정하여 국민주권을 헌법의 근본이념으로 선언하고 제10조에서 인간으로서의 존엄과 가치 및 국가의 기본권 보장의무를 규정하여 국민의 기본권 보장을 국가작용의 목적이며 가치판단의 기준으로 선언하고 있다. 이러한 규정들에 의하면 우리 헌법은 각 개인들이 기본권의 보장과 공동체의 유지를 위하여 국가를 형성하고 그것이 개인들의 의사에 따라 운영되는 형태의 국가를 전제로 한다.

따라서 우선 공동체인 국가의 형성을 살펴보기 위해서는 국가의 성립기원에 대한 여러 가지 이론 중 사회계약론을 중심으로 검토한다. 사회계약론은 왕권신수설에 근거한 절대군주의 지배에 대항한 근대시민사회의 형성과 더불어 정립된 것으로 국가를 인민의 동의에 의한 사회계약에 의하여 성립되었다고 보는 입장이므로[12] 개인을 중심으로 국가가 형성된다고 보는 헌법의 국가관을 설명하기에 가장 적합하다. 특히 근대국가의 기본적인 헌정체제가 형성되었던 17, 18세기의 영국과 프랑스 등 국가들에서 이루어졌던 논의들을 중심으로 국가이론을 검토하는 것이 필요하다. 근대적 사회계약론의 기본구조를 완성한 것으로 평가되는 홉스의 이론을 시작으로, 청교도혁명 등 17세기 중반 영국의 정치변동에 대응하여 만들어진 조지 로손의 국가이론과 명예혁명을 거쳐 미국의 독립에 큰 영향을 미친 로크의 이론을 살펴보고 나아가 프랑스 혁명기의 이론이었던 시에예스의 헌법이론도 아울러 검토한다. 이들 일련의 국가이론들에 대한 검토를 토대로 인민과 공동체 등 국가수립의 주체를 살펴보고 이로써 인민, 국가, 주권, 국민 등 국가성립을 설명하기 위한 기본적인 개념들이 어떻게 구별되어 사용되어야 하는지를 본다. 이를 토대로 인민공동체와 정부의 법적 관계를 설명해본다.

검토대상에서 역사적이고 사실적인 근대국가의 형성과정은 제외한다. 국가와 정부의 형성과 법적 관계에 대한 해명은 현행 헌법규정들이 이론적으로 전제하고 있는 국가의 수립과정을 밝혀내는 작업으로서 이는 실제 국가가 형성되어 가는 역사적 과정과는 일치하지 않기 때문이다.

---

12) 성낙인, *op. cit.*, p. 94.

Ⅱ. 사회계약론에 나타난 국가와 공동체

1. 홉스의 국가수립론

홉스는 중세 이래 중심이 되었던 기독교 및 아리스토텔레스의 학문적 전통과 단절하고 기하학을 모델로 하여 새로운 학문체계를 구성하였다. 그는 자유롭고 평등하지만 정념으로 가득한 자연상태의 인간이 합리적이고 이성적인 판단의 결과로서 사회계약을 통하여 국가를 구성하게 된다는 사회계약론의 기본구조를 완성하였다. 그의 사회계약론은 17세기 유럽의 정치사상은 물론 향후 자유주의 정치이론에 지속적으로 영향을 미친 새로운 정치이론의 출발점이라 평가된다.[13] 그러한 점에서 그의 사회계약에 의한 국가수립이론의 검토는 근대국가의 본질을 살펴보는 시작점으로서 의미가 있다.

홉스는 국가형성 이전 인간의 자연상태(the natural condition of mankind)를 공통의 권력이 존재하지 않는 만인에 대한 만인의 전쟁상태로 표현하고, 인간은 평화를 향한 정념과 합의를 위한 이성의 힘으로 이러한 상태로부터 빠져나오게 된다고 보았다.[14] 그에 의하면 인간들이 외적의 침입과 상호간의 권리침해로부터 자신들을 방어하고 스스로의 노동과 대지의 열매로 쾌적한 생활을 할 수 있도록 공통의 권력(Common Power)을 확립하는 유일한 방법은 그들이 가진 모든 권력과 힘을 한 사람 혹은 하나의 합의체에 부여하여 모든 사람의 의지를 다수결에 의해(by plurality of voices) 하나의 의지로 결집하는 것이다. 이는 형식적으로 보면 단순한 동의나 화합(consent or concord) 이상의 것으로서 모든 사람이 모든 사람과 신의계약(Covenant)을 체결함으로써 하나의 동일한 사람으로 결합하는 것에 해당한다. 이를 위해서 모든 사람은 모든 사람에게, 자신을 스스로 다스리는 권리(my right of governing myself)를 포기하고 이 사람 혹은 이 단체에게 부여(authorize)한다고 선언해야 한다. 이로써 다중(Multitude)이 하나의 사람으로 통합되어 국가(Commonwealth)가 성립된다. 이와 같이 다중이 상호 신의계약을 통해 세운 하나의 인격을 국가라고 하며, 그러한 인격을 지니는 자를 주권자(sovereign)라 한다.[15] 모여든 사

---

13) 김병곤, "토머스홉스 – 동의에 의한 절대주의", 강정인 등 엮음, **서양근대정치사상사**(책세상, 2007), pp. 196-197.

14) Hobbes, *Leviathan* reprinted from the edition of 1651 (Clarendon Press, 1965), pp. 96-98. 번역은 토머스 홉스, 진석용 옮김, **리바이어던**(나남, 2008)을 참조하였다.

15) *Ibid.*, pp. 131-132.

람들(the People assembled)[16]의 동의에 의해 주권적 권력을 부여받은 자의 모든 권리와 권능(rights and faculties)들은 이러한 국가의 설립(institution)행위로부터 도출되어 나온다.[17] 이와 같이 주권자에게 권리와 권능이 부여되는 것은 사람들 중 어느 누구와 주권자의 사이가 아닌 만인 상호간의 신의계약에 의한 것이므로 주권자에 의한 신의계약의 위반은 개념상 존재할 수 없다. 나아가 국가의 설립행위, 특히 권한부여(authorization)에 의하여 주권자의 모든 행위와 판단은 신민 본인의 행위와 판단으로 귀결되므로 주권자는 부정의와 권리침해(injustice and injury)를 행할 수 없게 된다.[18] 이에 따라 홉스의 주권자는 절대적 권력을 가진 자로서 그에 대한 저항은 정당화될 수 없다. 심지어 무제한적인 권력에 의한 극심한 불편도 내란에 이어 발생할 재판이나 지배자 없는 자연상태에 비하면 아무것도 아니므로 참을 만한 것으로 평가될 수 있다.[19]

홉스는 국가가 단계적으로 '개인 → 다중 → 국가'의 과정을 거쳐 이루어지는 것으로 보았다. 이러한 체계에서 국가를 수립하는 주체인 '인민(the people)'은 단순히 집합한(assembled) 다수의 사람에 불과하며 그 자체로 어떠한 의사결정체계나 단체성을 가지고 있지 않다. 홉스의 '리바이어던'에서 다중으로부터 결합(unity)을 형성하는 과정은 그 자체가 국가를 형성하는 과정이다. 따라서 홉스의 사회계약은 다중을 위한 공통의 대표로서 하나의 인격(one person)을 세우는 1단계와 공통의 대표에게 권한을 부여(authorization)하는 2단계로 구성되는 것으로 평가되며, 다중에 의하여 형성된 국가의 통치권력(constituted power)이 와해되는 경우 다시 자연상태와 같은 무정부상태로 돌아가는 것으로 본다.[20] 홉스의 체계에 의하면 눈에 보이는 정부, 즉 그들의 의사를 강요할 수 있는 권력을 지닌 자라는 존재를 제거해버리면 국가도 사회도 존재하지 않으며 존재하는 것이라고는 사실상 '머리가 없는' 다중뿐이게 된다.[21]

이러한 홉스의 국가수립론은 우연히 모인 다중이 국가를 설립하는 신의계약에 이르는 과정에 대한 어떠한 설명도 제시하지 않는다. 홉스는 자연상태의 공포와

---

16) 이는 앞서 언급한 Multitude를 지칭하는 것으로 보고 이와 같이 번역하였다.
17) *Ibid.*, p. 133.
18) *Ibid.*, p. 136.
19) *Ibid.*, p. 141.
20) M. Forsyth, "Thomas Hobbes and the Constituent Power of the People", in Preston King (eds.), *Thomas Hobbes: Critical Assessments* (Routledge, 1993), Vol. III, pp. 580, 585.
21) 조지 세이빈・토머스 솔슨, 성유보・차남희 옮김, **정치사상사** 2(한길사, 2005), p. 711.

인간의 평화를 향한 정념 그리고 이성적 판단에 의하여 필연적으로 국가형성의 합의에 도달한다고 주장하지만,[22] 그것만으로 우연히 모인 다중이 아무런 중간단계 없이 의사의 합치에 이를 수 있는 구체적인 절차에 대한 설명이 이루어질 수 없다. 무엇보다도 만인의 만인에 대한 투쟁상태의 개인들이 국가라는 정치공동체의 형성이라는 목적을 위해 모인다는 것 자체가 이미 일정한 단체성을 전제로 하지 않으면 설명되지 않는다. 최소한의 의사결정체계와 일정한 수준의 사전적 합의가 전제되어 있지 않으면 만인간의 투쟁 상태인 개인들이 합의에 이르는 것은 불가능하다. 이러한 문제들은 영국에서 청교도혁명 시기를 거치면서 등장한 새로운 이론들에 의하여 해결책이 제시되었다. 정부가 와해되는 경우 곧바로 자연상태로 돌아가는 것으로 보는 홉스의 입장은 1640년대 영국에서 있었던 의회파와 왕당파 사이의 내전과 국왕의 처형 등 기존 정부가 붕괴되고 새로운 공화국이 성립하는 현상을 설명할 수 없었다. 이와 같은 청교도혁명과 공화국의 성립 그리고 이어진 왕정복고 등 17세기 중반 영국의 정치적 변화는 새로운 국가이론들이 등장하는 기반이 되었다.

2. 로손의 공동체론

16세기부터 17세기까지 영국에 널리 확립되어있던 혼합 또는 제한군주제(mixed or limited monarchy) 헌법이론에 의하면 통치권력은 군주와 상・하원으로 구성된 의회가 분점하고 있었고, 군주에게는 의회와 독립되어 있는 일정한 권한이 보장되어 있었다. 이에 따라 청교도혁명 시기 의회는 국왕에 대항하여 내란을 일으키면서 그 정당성을 주장하기 위해 국민의 대표로서 군사지휘권을 포함한 국왕의 권한을 행사할 수 있다고 주장하면서도, 국왕퇴위권을 부인하는 입장을 취하였다. 국왕을 퇴위하고 그 권한을 모두 의회가 행사하는 것은 그 자체로 제한군주제에서 보장하는 군주의 독립권한을 침해하는 것이었기 때문이다. 따라서 기존의 제한군주제 헌법이론으로는 청교도혁명에 이은 국왕의 퇴위와 공화국의 성립의 정당성을 주장하는 것은 한계가 있었다.[23] 이러한 상황에 대응하여 의회파와 왕당파 헌법이

---

22) 이러한 기본적인 입장에 따라 합리적 이기주의자들이 홉스적 신의계약에 도달하는 필연성을 설명하는 논문으로 I. McLean, “The Social Contract in Leviathan and the Prisoner’s Dilemma Supergame”, in *Thomas Hobbes: Critical Assessments,* Vol. III, p. 591 참조. 이들은 홉스의 신의계약의 도달과정을 게임이론에 따라 설명하고 이를 사회생물학의 연구결과와 비교함으로써 그 필연성을 도출한다.

23) Julian H. Franklin, *John Locke and The Theory of Sovereignty* (Cambridge University Press, 1981), p. 21.

론가들 사이에 많은 논쟁이 있었고, 기존 헌법이론의 문제점을 가장 명쾌하게 해결해낸 것으로 평가되는 것이 바로 1657년 조지 로손(George Lawson)[24]에 의하여 완성된 '신성국가와 시민국가론(*Politica sacra et civilis)*'[25]이다. 로손은 기본적으로 의회의 주장을 받아들여 청교도혁명과 공화정 성립의 정당성을 인정하였고 이후 찰스 2세의 왕정복귀에 대해서 그에 대응하는 새로운 정치체제가 국민들의 동의에 의해 점차적인 현존 정부의 변화로 달성되어야 한다는 입장을 가지고 있었다. 문제는 국왕의 처형에 의한 국왕권의 찬탈을 어떻게 합리화 하는가 하는 것이었고,[26] 그에 따라 공동체의 최고권력이 등장하였다.

로손에 의하면 국가형성 이전 단계에 시민공동체(community civil)가 존재하고 있었다. 다수의 개인들은 우선 가족과 부락(vicinity)을 이루며, 다시 다수의 가족과 부락들은 결합하여 하나의 공동체를 형성한다. 이러한 결합은 이성적이고 정의로운 동의(rational and just consent)에 의하여 이루어지며, 그 배경에는 인간은 사회적 동물이라는 신에 의해 부여된 특성이 존재한다.[27] 로손은 시민사회의 근원이 신으로부터 유래한다고 본다. 신이 인간에게 이성뿐 아니라 언어능력을 부여하였고 혼자가 아닌 복수의 사람들이 존재하도록 하고 서로가 서로를 필요로 하여 서로에게 도움이 되도록 하였다는 것이다. 결국 인간은 생존과 번영을 위해 많은 구성원들로 조직된 단체를 구성하고 단체의 일을 맡아 할 여러 관료들을 임명함으로써 공동체를 구성하게 된다. 물론 신에 의한 공동체의 구성은 직접적으로는 구성원들의 자발적 동의에 의해 이루어진다. 로손은 이러한 동의가 자연법에 의해 부여된 서로에 대한 사랑과 호의에 근거한 것으로서, 신에 의해 우연히 지구의 곳곳

---

24) 조지 로손은 1598년 또는 1600년 영국 요크셔(Yorkshire) 지방에서 출생하여 캠브리지에서 공부한 후 Shropshire 지방에서 성직생활을 시작한 이래 줄곧 성직자로 근무하다가 1678년 사망하였다. 그의 생애에 대하여는 Conal Condren, *George Lawson's Politica and the English Revolution* (Cambridge University Press, 2002), pp. 9-29. 참조.

25) Geroge Lawson, Conal Condren (eds.), *Politica Sacra et Civilis* (Cambridge University Press, 2006). 1657년 집필이 완료되어 1660년 출판된 로손의 이 책은 총 16장으로 되어 있으며 신성국가와 시민국가에 대한 설명이 각 절마다 교대로 서술되어 있다.

26) Julian H. Franklin, *ibid.*, p. 61.

27) 로손의 이러한 공동체형성론은 아리스토텔레스의 '정치학'에서 연원을 찾을 수 있다. 아리스토텔레스는 '정치학'에서 개인들의 결합에서 가정과 마을이 형성되고 여러 부락들이 결합하여 국가가 형성된다고 설명하였다. 아리스토텔레스, 천병희 옮김, **정치학**(도서출판 숲, 2009), pp. 18-20. 로손은 공동체를 설명하면서 Henningus Arnisaeus의 17세기 저작을 인용하고 이것이 아리스토텔레스로부터 나온 주장임을 밝혔으며, '인간은 사회적 동물'이라는 주장과 이로 인한 가족과 부락의 구성을 아리스토텔레스의 '정치학'에서 직접 인용하였다. Geroge Lawson, *op. cit.*, p. 24.

에 위치하게 된 사람들이 서로에게 익숙해지면서 주고받는 상호 편익과 안전 그리고 혜택들이 이들을 결합하게 만들어 하나의 독립된 단체(one body)를 구성하게 된다고 보았다.[28] 이러한 공동체는 재산의 소유, 자유 그리고 구성원들 간의 평등을 특징으로 한다. 개인이 정당하게 획득한 것은 자연법에 의해 자신의 것으로 인정되며 공동체가 이를 빼앗을 수 없고, 각 개인은 온전한 독립체(sui juris)로서 시민적 권력(civil supreme power)에 구속받을 이유가 없다. 공동체는 정부, 주권자, 그리고 신민이 존재하지 않으므로 모든 구성원들은 동료로서 평등하게 된다.[29]

그러나 이러한 공동체가 주는 편익과 안전 등 혜택은 안정적으로 계속될 수 없다. 공동체는 사악한 사람들과 악의 존재로 인하여 그 결합이 정의롭지 않을 수 있다. 따라서 공동체 전체의 평화와 행복을 위해서는 권력의 면에서 우월한 부분과 종속된 부분을 구분하는 일정한 질서(order)가 존재해야 한다. 여기서 권력(power)은 단순한 폭력(force)과는 구별된다. 권력은 신으로부터 유래하여 도출되어야 하므로 그 자체로 물리적이 아닌 도덕적인 것이며 정당한 것이다.[30] 공동체에 그러한 질서를 부여하는 것이 바로 국가이다.

로손은 앞서 살펴본 국왕폐위의 문제를 해결하고 국가의 형성을 설명하기 위해 진정최고권(real majesty)과 개인적 최고권(personal majesty)을 구분한다.[31] 진정최고권은 정부를 형성, 제거하고 정부형태를 변경할 수 있는 권력이며, 개인적 최고권은 대외적 관계에서 평화, 전쟁 및 조약체결 등 외교관계를 맺을 권한과 종교와 세속법을 집행할 권한으로 구성된다. 진정최고권은 국가를 형성하는 힘이므로 언제나 공동체에 내재하며 결코 분리될 수 없다. 반면 개인적 최고권은 이미 국가가 형성된 후에 존재하는 권력으로 진정최고권에 비하면 작을 수밖에 없다. 왜냐하면

---

28) *Ibid.*, pp. 27-28.

29) *Ibid.*, p. 29.

30) *Ibid.*, pp. 41-43.

31) Julian H. Franklin에 의하면 이 용어는 Christopher Besold의 *De magistrate in Genere* (Strasburg, 1625)에서 사용된 것을 로손이 차용한 것이다. 17세기 이미 국왕의 최고권(majesty)이 헌법제정행위(original act of constitution)에 근거한다고 보고, 절대왕정에서도 진정최고권(real majesty)은 인민에게 있고, 국왕의 권력은 단지 개인적(personal)인 것이라고 보는 견해들이 존재하였다. 그러나 이들은 오직 절대왕정과 같은 단순한 형태의 국가에 대한 설명에서만 이러한 개념들을 사용하였고 혼합정체에 대해서는 사용하지 않았다. 예를 들면 Besold는 혼합정체의 경우 하나의 주권 또는 진정최고권을 국왕과 인민 또는 다른 계급들이 공유하는 것으로 생각하였고, 국왕이 근본법을 위반하고 계급들의 권한을 침해했을 때 최종적인 심판자로서의 인민의 존재는 인정하지 않았다. Julian H. Franklin, *op. cit.*, pp. 66-68.

이러한 과정을 통하여 형성된 국가는 공동체에서 이루어진 새로운 동의에 의하여 형성되는 것이기 때문이다.[32] 로손은 이와 같이 공동체의 형성과 정부 또는 국가의 구성을 구분하였고, 정부를 구성하기 위해서는 공동체 구성과는 별도의 또 다른 동의가 필요하다고 보았다.

공동체에 하나의 형태의 정부가 구성된 이후 각 개인은 국가의 구성원으로서 그에 종속되는 신민(subjects)의 지위를 가지나, 여전히 공동체의 구성원으로서 시민(civies)의 지위를 유지하며, 이는 정부의 형태가 변경되거나 심지어 정부가 더 이상 존재하지 않는 경우에도 마찬가지이다.[33] 로손의 이러한 체계에 의하면 정부가 해체되거나 그 승계에 성공하지 못한 경우 최종적이고 최고인 권력은 다시 인민에게 돌아가거나 혹은 그것은 언제나 인민들에게 있었다고 보게 된다. 국가의 구성원인 신민으로서의 지위에서는 복종의 의무로 인하여 국가를 해산할 권한을 가질 수 없다. 그러나 공동체는 아무런 의무에 구속되지 않으며 오직 자연법 또는 신의 법에 의하여만 구속된다. 따라서 진정최고권을 가진 공동체는 필요하고 정당하다고 판단되면 정부의 형태를 변경할 권한을 가진다. 로손은 이와 함께 일반적인 의회(parliament)와 공동체의 직접대표(immediate representative of a community)를 구별하였다. 의회는 사전에 동의되어 구성된 일정한 형태의 정부의 존재를 전제로 한다. 따라서 개인적 최고권을 가질 수는 있다 하더라도 진정최고권을 가질 수 없으므로 정부형태를 변경하거나 새로운 정부를 구성할 수는 없다. 의회가 자신의 존재의 근거인 헌법을 변경하거나 없애는 것은 불가능하며, 오직 이를 집행할 권한만을 가질 뿐이다. 반면 공동체의 직접적인 대표들로 구성된 회의체는 정부를 구성할 수 있다.[34] 이 경우 공동체는 아무런 제약 없이 진정최고권을 부여받으며 오직 신이 부여한 이러한 권력을 적절히 사용할 것이라는 조건에만 구속받는다. 반면 공동체는 개인적 최고권에 일정한 조건을 부여할 수 있는데, 로손은 그것이 시민정부의 목적이며 신이 부여한 목적인 '인민의 이익을 위하여 행사할 것'이 될 것이라고 보았다.[35] 이에 따라 로손은 공동체에 의하여 어떠한 개인 또는 개인들에게 부여된 최고권, 즉 개인적 최고권은 전체 인민의 이익을 위하여 '신탁(trust)'된 것으로 표현하고 그러한 권력의 행사는 그 목적의 추구에 종속된다고 보았다.[36]

---

32) Geroge Lawson, *op. cit.*, p. 47.
33) *Ibid.*, p. 28.
34) *Ibid.*, p. 48.
35) *Ibid.*, p. 72.
36) *Ibid.*, p. 49. 로손은 개인적 최고권이 '개인적(personal)'이라고 불리는 이유가 당해 개

이상에서 살펴본 로손의 국가형성과정은 '개인 → 공동체 → 국가(정부의 구성)'로 이루어지며, 각 단계마다 구성원들의 동의가 있어야 한다.[37] 그는 국가 즉 정부형성 이전 상태를 단절된 개인들로 이루어진 자연상태로 보지 않았다. 그는 개인들이 일정한 질서와 의사결정체계를 가진 공동체를 조직하고, 단체로서의 공동체에 정부를 구성할 수 있는 권력이 존재하며, 정부는 이로부터 신탁 받은 권력을 가지는 것으로 보았다. 또한 그는 정부가 내전 등을 이유로 제대로 기능하지 못하고 와해되는 경우 다시 자연상태로 돌아가는 것이 아니라 공동체가 여전히 남아있어 새로운 정부를 구성하게 된다고 본다. 이에 따라 로손은 1642년 청교도혁명시기 내전으로 말미암아 영국정부가 와해되었으나 여전히 영국공동체(community of England)가 존재하여 진정최고권을 가지고 다시 새로운 정부를 구성하였다고 보았다.[38] 결국 이전의 제한군주제 이론으로는 해결하지 못한 국왕처형과 공화정의 건설, 그리고 다시 왕정복고의 과정을 공동체와 인민의 최고권 이론으로 설명하여 정당성을 부여한 것이다.

3. 로크의 정부해체론

로손의 공동체와 정부의 구별, 국가권력과 국가구성권의 구별, 정부해체와 공동체해산의 구별은 홉스의 이론을 비판하고 로크의 국가이론으로 이어지는 징검다리 역할을 수행한 것으로 평가된다.[39] 로크의 시민정부론에서 로손의 영향을 찾는 것

인들에게 그 행사가 신탁(trusted)되었으며 일정한 경우 그 권력은 신에게 또는 공동체나 인민들에 의해 박탈당할 수 있기 때문이라고 설명하였다.

37) 국가형성에 단계별 협약이 필요하다는 이와 같은 견해는 푸펜도르프에서 찾을 수 있다. 푸펜도르프는 국가의 성립에 두 개의 신의계약(covenant)과 하나의 결정(decree)이 필요하다고 보았다. 그에 의하면 제1계약으로 자연적 자유를 가진 개인들이 모여 시민사회를 구성하며 여기서 구성원들은 동료로서의 지위를 가진다. 이러한 계약 이후 정부의 형태를 결정하는 결정, 즉 헌법이 제정되며, 어떠한 개인이 정부의 일을 담당할지를 결정하는 제2의 계약이 필요하게 된다. Samuel Pufendorf, Andrew Tooke (trans.), *The Whole Duty of Man According to the Law of Nature* (Liberty fund, 2003), p. 195; 정일영, 푸펜도르프의 자연법적 국가론 – De Officio를 중심으로, 석사학위논문, 서울대학교(2013. 2), p. 71.

38) Geroge Lawson, *op. cit.*, p. 237.

39) 로손은 '*Politica sacra et civilis*' 이외에 홉스의 국가이론을 비판하는 "Examination of the Political part of Mr. Hobbes, His Leviathan (1657)"을 집필하였다. 또한 로크 이론과 로손 이론 간의 유사성과 함께 로크와 로손의 직접적인 관계가 그동안의 연구를 통해 확인되었다. 예를 들면 로크는 일기에서 1679년 봄 로손의 '*Politica*'를 빌렸다고 기록했고, 로크의 문헌목록에 의하면 그는 로손의 모든 출간된 저작물들을 소유하고

은 어렵지 않다.[40] 로크는 국가가 공동체의 보전을 위해 존재하며, 최고의 국가권력인 입법권 역시 그러한 목적을 위해 존재하는 하나의 신탁권력(a fiduciary power)에 불과하므로 입법부가 신탁에 반해서 행위하는 경우 이를 제거하거나 변경하는 궁극적인 권력은 인민에게 여전히 남아있다고 보았다. 즉 신탁의 목적이 노골적으로 무시되거나 위반되는 경우, 신탁은 필연적으로 취소되어야 하며 당해 권력은 다시 이를 부여한 자들에게 돌아가고, 다시 이들은 자신들의 안전과 안보를 위해 최선이라 생각하는 곳에 당해 권력을 새롭게 위치시킬 수 있다는 것이다. 따라서 공동체는 신민의 자유와 재산을 침해하는 음모와 시도로부터 자신들을 보호할 최고의 권력(supreme Power)을 영구적으로 보유하고 있게 된다.[41] 로크는 정부의 해체와 사회의 해산이 서로 구별되어야 한다고 명시적으로 주장하였다. 로크는 모든 사람들이 각각 다른 사람들과 하나의 단체를 결성하여 일체로서 행동하기 위해 맺은 계약(Agreement)에 의해 공동체를 구성한다고 보고 이를 통해 인간은 자연상태로부터 빠져나와 하나의 정치사회(political Society)로 나아간다고 설명하였다.[42] 외부의 침략에 의해 이러한 결합이 해체되는 경우 모든 사람은 이전에 처해있던 상태, 즉 스스로 자신을 돌볼 수 있는 자유, 적합하다고 생각하는 바에 따라 자신의 안전을 도모할 자유를 가진 상태인 자연상태로 되돌아가게 되며, 이와 같이 사회가 와해되면 필연적으로 정부 역시 남아있을 수 없음은 분명하다고 한다. 로크는 이를 정복자의 칼이 정부를 뿌리부터 베어내는 것이라 하고 이 경우 정부가 해체되는 것은 너무나도 명확하다고 보았다.[43] 반면, 사회가 아닌 정부가 해체되는

있었다. Conal Condren, *op. cit.*, pp. 21, 181.

40) 로크 이론의 로손과의 유사성 및 영향에 대한 연구로 A.H. Maclean, "Geroge Lawson and John Locke", in Richard Ashcraft (eds.), *John Locke: Critical Assessments* (Routledge, 1991), Vol. I, p 110; Brian Tierney, *Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650* (Cambridge University Press, 1982), p. 97; Julian H. Franklin, *op. cit.,* pp. 93-98 참조. 양자 이론들의 유사성과 차이점을 세밀하게 분석한 것으로는 Conal Condren, *ibid.*, pp. 182-186. 이하 로크 이론의 소개는 Julian H. Franklin의 위 책에 의하였다.

41) John Locke, Peter Laslett (eds.), *Two Treatises of Government* (Cambridge University Press, 2002), pp. 366-367; 번역은 존 로크, 강정인・문지영 옮김, **통치론**(도서출판 까치, 1996), p. 143을 참고하였다.

42) 로크는 "to incorporate and act as one Body"에 이어서 바로 "and so be one distinct Commonwealth"라고 서술하여 여기에서의 공동체 즉 정치사회와 국가를 동일시하고 있다. John Locke, *ibid.*, p. 406. 그에 앞서 정부와 사회를 구분하여야 한다고 하는 점에 비추어 보면, 로크는 공동체로서의 국가와 정부를 구분하고 있는 것으로 볼 수 있다.

43) *Ibid.*, pp. 406-407.

경우 인민은 자신들의 안전과 복지를 위해 최선이라고 판단하는 바에 따라 이전과 구성 및 형태가 다른 새로운 입법부를 구성할 자유를 가진다. 사회는 결코 다른 사람의 잘못으로 자기보존을 위해 가지고 있는 자연적이고 본래의 권리를 상실할 수 없다.[44]

로손과 로크에 의해 발전한 공동체와 국가의 형성이론은 영국 명예혁명기를 거치면서 인민공동체에 의한 헌법제정이론의 형태로 나타났다. 1688년 제임스 2세가 프랑스로 도주하자, 오렌지공 윌리엄은 국가권력을 장악하고 위기를 해결하기 위해 'Convention'을 소집하였다. 'Parliament'가 아닌 'Convention'이 소집된 것은 의회의 소집은 국왕만이 할 수 있는 것이나 당시 윌리엄은 국왕의 지위에 있지 않았던 점과 당해 회의체가 종래의 헌법에 따라 선출된 자들이 아닌 새로운 헌법질서를 만들기 위한 국민의 대표로 구성되었던 점에서 일반적인 의회와 구별되었기 때문이다. 당시 인민주권을 주장하는 많은 익명의 저자들은 Convention을 모든 인민들의 계약(popular contract)으로 정부 이전에 구성된 공동체(community)를 대표하는 것으로 보고, 그러한 대표들을 통해 공동체와 국왕 간에 정부 또는 국가를 구성하는 쌍방계약(rectoral contract)을 체결하여야 한다고 주장하였다. 이들에 의하면 공동체의 권한에 근거하여 체결된 이러한 계약의 명문규정에 따라 새로운 국가의 정부가 작동하게 되므로, 바로 이것이 당해국가의 근본법(fundamental laws)이며 헌법에 해당하게 된다. 의회는 헌법에 의해 권한이 부여되므로 일반적인 입법권은 보유하나 존립근거인 근본법을 제정하지는 못한다. 반면 Convention은 일상적인 의회의 기능을 수행할 수는 없으나, 공동체와 국왕 간의 쌍방계약, 즉 헌법이 국왕에 의해 침해 내지 위반되었는지 여부를 결정하는 기능을 수행할 수 있다.[45]

공동체와 국가의 구별, 그리고 의회와 Convention의 구별은 미국의 독립전쟁 과정에서 다시 독립을 옹호하는 논리로 등장하였다. 식민지 시기 영국은 영국의회가 아메리카 식민지를 실질적으로 대표하고 있으므로 영국의회의 동의에 의한 아메리카 식민지에 대한 과세는 정당한 과세라고 주장하고 있었다. 영국과 식민지가 하나로서 전체의 국가(nation)를 이루고 모든 의원들이 이를 대표하는 것으로 본다면 영국의 과세 정당성을 부인할 수는 없었다. 이에 식민지에서는 모든 의원은 자신

---

44) *Ibid.*, p. 411. 이러한 사회 또는 공동체의 권리와 국가권력자의 제한된 권한 및 양자의 신탁관계로부터 로크는 인민의 국왕에 대한 저항이 일정한 경우 정당할 수 있음을 도출한다. *Ibid.*, p. 419.

45) Edmund S. Morgan, *Inventing the People* (Norton, 1989), pp. 107-110.

을 선출한 자들만을 대표할 수 있으므로 런던의 유권자들이 영국의회에게 식민지에 대한 조세징수권한을 부여할 수 없다고 하면서, 영국과 식민지들이 하나의 공동체를 구성하고 있음을 부정하고 양자는 서로 다른 국가공동체(national community)를 구성하고 있다고 주장하였다.[46] 이와 같이 식민지공동체의 독자성을 주장하고 나면, 식민지 각주에 구성되어 있는 의회와 정부들의 정당성이 문제될 수밖에 없었다. 이들은 종래 영국 국왕의 권한에 의해 만들어진 것이었고, 실제로 상당수의 의원들이 총독이 지명한 자들로 구성되어 있었으므로, 법적으로 그리고 사실상 독립전쟁시 적국의 기관으로 간주되었다. 결국 독립선언으로 말미암아 기존의 각주에 존재하던 정부와 권력의 정당성이 부정되면서 이들이 기능하지 못하는 상황이 도래하였다. 이때 권력공백의 문제를 해결하고 새로운 질서를 만들어낼 정당한 권한을 가지는 것은 식민지 인민들로부터 새로운 정부구성을 목적으로 권한을 위임받은 자들로 구성된 'Convention'이라고 인식되었다.[47] 이러한 인식은 그 이전부터 진행되어 오던 영국식민기관들의 무력화와 식민지 인민들에 의해 조직된 많은 혁명조직들의 성장을 배경으로 하고 있었다. 1760년대 이미 식민지 주정부 외부의 이익단체로서 많은 클럽과 단체들이 조직되어 실질적인 정부의 임무를 수행하고 있었고, 이들은 군중회합에 참여하고 느슨한 대중회의를 조직하는 등의 활동을 하였으며, 이후 각종위원회와 회의들(committees and conventions)에 참여하여 준정부적 정당성(quasi-legitimacy)을 가지고 공적 임무를 수행하고 있었다. 이에 따라 1775년에 이르면 거의 모든 아메리카 식민지역에서 각종 위원회와 회의들이 인민들의 생활의 모든 면을 통제하고 규제하고 있다고 평가되기도 하였다.[48]

4. 시에예스의 헌법제정권력론

로손에서 이어진 로크의 위와 같은 공동체와 정부의 구별, 그리고 공동체가 가지는 최고의 권력과 정부에게 부여된 권력의 구분은 프랑스 시에예스의 헌법이론에서 더욱 체계화된 모습을 찾아볼 수 있다.[49] 시에예스 역시 국가의 수립을 3단

---

46) *Ibid.,* p. 243.

47) Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787* (The University of North Carolina Press, 1998), pp. 335-337.

48) *Ibid.,* pp. 321-322.

49) 이하 시에예스의 헌법이론은 다음을 정리한 것이다. Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est'-ce que le Tiers état?* (Boucher, 2002), pp. 50-57; "What is the Third Estate?" in Sonensher (eds. & tans.), *Political Writings* (Hackett, 2003), pp. 133-140. 번역은 E. J.

계로 설명한다. 1단계는 결합하고자 하는 고립된 개인들이 존재하는 상태로 그들은 국민(nation)[50]으로서의 권리를 모두 보유하나 이를 행사하지 못한다. 이 시기에는 개별의지들(volontés individuelles)이 존재하여 그 작용으로 단체(association)가 생성된다. 이러한 개인적 의사들이 모든 권력의 원천이다. 2단계는 공동의지(volonté commune)가 작동하는 시기이다. 단체의 구성원들은 그들의 결합에 계속성을 부여하려고 하며, 공적 수요와 이를 충족시키는 방법에 대해 협의하고 합의에 이른다. 이로써 종래 개별적으로 보면 형해화하던 개별의지는 결합하여 전체로서 작동하게 된다. 공동체(communauté)에는 필연적으로 공통의지가 존재하며, 이러한 의지의 결합을 통하여 개인들은 전체로서 행위할 수 있게 된다. 3단계는 정부가 구성되는 단계이다. 단체의 구성원들이 다수이며 지역적으로 흩어져 있으면 그들의 공동의지를 쉽게 행사할 수 없다. 그에 따라 전체국민의 의지(volontés nationales)와 권력 중 공적 필요를 살피고 충족시키는 데 필요한 부분을 분리하여 그들 중 몇몇 사람들에게 신탁(confier, entrust)하게 되는데, 이로써 위임에 의한 정부(gouvernement exercé par procuration)가 성립되게 된다. 이 경우에도 공동체는 의지를 행사할 권리(droit de vouloir)를 양도하지 않는다. 이것은 양도불가능한 공동체의 재산으로서, 공동체는 단지 그 행사를 다른 사람에게 위탁할 수 있을 뿐이다. 그 행사를 위임받은 자들이라 하더라도 공동체 권력의 전부를 행사할 수는 없고, 공동체는 오직 질서유지를 위해 필요한 범위에서만 신탁할 수 있다. 또한 위임받은 자들은 위임받은 권력의 제한을 변경할 수 없다. 이러한 제3단계에 작동하는 것은 진정한 공동의지(volonté commune réelle)가 아니며 오직 대표된 공동의지(volonté commune représentative)만인 점에서 2단계와 구별된다.

입법권 또는 공동의지의 행사를 신탁받은 대표자들은 국민이 그들에게 부여하고자 했던 존재방식대로만 존재할 수 있다. 그들은 그것을 구성하는 제도적 형식이 없으면 존재할 수 없으며, 오직 이를 통해서만 작용하고 통제하며 명령한다. 이와 같이 정부를 구성하고 작동하게 할 필요성과 함께, 국민에게는 위임된 공권력이

시에예스, 박인수 옮김, **제3신분이란 무엇인가**(책세상, 2003), pp. 89-101을 참고하였다.

50) 프랑스어의 nation은 17세기 말 '같은 국가와 영토의 거주자들로서 같은 법 아래에 살고 같은 언어를 사용하는 자들'의 의미를 가지고 있었다. 이후 점차 집합성(collectivité)과 법인성(personne morale)을 가지며 국왕과 구별되는 권리와 이익을 가진 존재로 인식되었고, 결정적으로 학자들로부터 1791년 헌법에서 주권이 국왕으로부터 nation에게 넘어간 것으로 평가되었다. Louis Favoreu et al., *Droit Constitutionnel* (Dalloz, 2008), p. 3. 따라서 '민족'보다는 '국민'으로 번역하는 것이 적절하다.

위임한 본인들에게 해가 되지 않도록 할 이익이 존재한다. 이러한 역할을 수행하기 위해 수많은 정치적 견제조항들이 헌법에 규정되게 된다. 여기서 시에예스는 헌법제정권력(pouvoir constituant)과 그에 의해 조직된 권력(pouvoir constitué)을 구분한다. 국민은 모든 것 이전에 존재하며 모든 것의 기원이다. 국민의 의지는 언제나 정당성의 근원이며 그 자체가 법이 된다. 이와 같이 국민의 의지로부터 생성되는 법의 선두에 있는 것이 헌법이다. 헌법은 입법부의 구성과 기능에 대한 부분과 다른 통치기관들의 구성과 기능을 규정하는 부분으로 구성되며, 조직된 권력이 아닌 무엇을 조직하는 권력, 즉 국민의 헌법제정권력에 의해 제정되는 것이다. 어떠한 위임된 권력도 위임의 조건을 변경할 수 없다. 모든 정부의 기관들은 국민에게 종속되고 그 뜻에 응해야 한다. 국민은 오직 자연법에 의해 형성되나 정부는 이와는 달리 실정법에 의해 형성된다. 따라서 국민은 헌법에 종속되지 않으며 종속될 수도 없고, 종속되어서도 안 된다. 국민은 스스로에게 의무를 부과할 수 없으며 자신과의 계약은 언제든지 파기할 수 있다. 국민이 실정법적 제한에 종속되면 되돌릴 수 없는 자유의 상실을 초래할 위험이 있다. 반면 정부는 오직 권력을 합헌적인 범위에서만 행사할 수 있고, 그러한 행위는 부과된 법률에 충실한 한에서만 적법하다. 그렇다면 국민은 헌법제정권력을 어떻게 행사할 수 있는가? 시에예스는 일상적인 업무를 담당하는 일반대표(représentants ordinaires)기관과 직접 국민총회의 뜻을 대신하는 특별대표(représentants extraordinaires)를 구분하여, 후자의 경우 헌법에 규정되어 있는 일상적인 국가기능에는 관여할 수 없으나 기존 헌법규정에 구애받지 않고 국민자체의 지위에서 헌법을 구체화한다고 설명하였다.

이와 같이 '개인의 집합 → 공동의지를 가진 공동체 → 국가(정부의 구성)'로 이루어진 시에예스의 3단계 국가형성과정은 로손의 주장과 유사하며, 헌법제정권력과 그 결과 만들어진 헌법에 의해 조직된 권력의 구별은 진정최고권(real majesty)과 개인적 최고권(personal majesty)의 구별과, 일반대표와 특별대표의 구별은 일반의회와 공동체 직접대표의 구별에서 발전해 나온 것으로 볼 수 있다.[51]

---

51) 반면 루소는 자연상태의 개인들이 사회계약을 통하여 곧바로 하나의 집합적인 법인체를 만들고 개인의 신체와 능력을 일반의지(volonté générale)의 감독 하에 두는 것으로 보았다. 또한 입법은 일반의지의 구현이라 하면서 정부는 이렇게 만들어진 법을 집행하는 기관에 해당하는 것으로 보았다. 장 자크 루소, 이환 옮김, **사회계약론**(서울대학교 출판부, 1999), pp. 20-21, 78. 따라서 루소의 사회계약론은 로손, 로크 및 시에예스의 이론과는 달리 홉스의 국가형성이론과 유사한 것으로 볼 수 있다.

Ⅲ. 정부의 구성과 공동체로서의 국가

1. 인민과 공동체

홉스의 사회계약론에서 인민(the people)은 국가형성의 주체이며 국가권력의 정당성의 원천이기는 하나 일단 국가가 성립된 이후에는 국가권력에 종속된 신민의 지위를 가질 뿐이다. 이러한 홉스의 이론에 대한 비판으로 등장한 로손과 로크의 이론에서 인민은 비상시 최후의 정치권력의 담지자로서 등장하며, 프랑스혁명기 시에예스는 인민에게 헌법제정권력의 주체로서 국가성립시 직접적인 행위자로서의 지위를 부여하였다. 이와 같이 인민들에 의한 헌법의 제정과 정부의 설립과정을 통하여 영토와 국민 그리고 정부 또는 국가권력[52]의 3요소로 이루어진 국가가 형성된다. 따라서 인민은 시간적으로 그리고 논리적으로 국가성립 이전 이미 존재하고 있어야 한다.[53] 이러한 인민은 단순히 개인들이 모인 다중일 수는 없다. 이들은 국가라는 정치공동체를 형성할 목적으로 모여 있는 것이며, 의사결정방법 등에 대한 일정수준 이상의 합의에 도달해있지 않으면 그러한 목적을 달성할 수 없다. 따라서 국가형성이론에서 전제하고 있는 인민은 그 자체로 일정한 수준의 단체를 형성하고 있지 않으면 안 된다.

그런 점에서 '개인 → 다중 → 국가'의 과정으로 국가형성을 설명하는 것보다는 '개인 → 다중 → 공동체(인민) → 국가(정부의 구성)'의 과정으로 설명하고, 정부해체시 곧 공동체 자체가 해체되고 자연상태로 복귀한다고 보는 것보다 여전히 일정한 수준의 공동체가 존재하며 이들이 새로운 정치체제를 구성하는 것으로 보는

---

52) 옐리네크는 국가의 기본적인 구성요소로서 영토, 국민, 국가권력의 3요소를 제시하였고, 국제법적으로는 국민, 영토, 정부를 국가의 3요소로 본다. 게오르크 옐리네크, 김효전 옮김, **일반국가학**(법문사, 2005), pp. 323-354; 정인섭, **新국제법강의**(박영사, 2012), p. 125. 국가의 요소로서 정부가 존재한다는 것이 국내질서를 유지할 수 있는 통치조직을 갖추고 국내법을 자주적으로 제정할 수 있는 능력이 있어야 함, 즉 자국영역에 대한 실효적인 지배권을 행사하는 중앙정부를 가져야 함을 의미한다는 점에서 정부와 국가권력은 같은 의미를 가지는 것으로 볼 수 있다.

53) 그러한 점에서 국가성립 이전의 'the people'을 '국민'이라고 번역하는 것은 적절하지 않다. 국가의 구성원으로서의 국민은 헌법제정으로 인한 국가수립 이후에 존재할 수 있기 때문이다. 예를 들면 미국헌법의 전문에서 미국헌법의 제정 주체로서 등장한 'we the people of the United States'는 독립 이후 북아메리카 대륙에 존재하였던 각 주들의 주민들이 모인 집단으로서 새로운 국가인 'United States of America'를 수립하는 주체를 나타내는 것이다. 그러한 점에서 'the people'은 '국민'이 아닌 '인민'으로 번역하였다.

것이 더욱 설득력을 가진다. 이에 의하면 헌법제정권력자는 주체의 면에서 파악하면 '인민(the people)'이 되고, 존재 상태로 보면 단순한 개인들의 집합이 아닌 일정한 단체성을 가진 존재, 즉 '공동체(community)'라고 할 수 있다. 개인이 모여 다중을 이루고 이들이 일정한 합의를 거쳐 공동체를 형성한 후 다시 한 번의 합의를 거쳐 정부를 구성하고 국가를 완성한다. 정부구성합의 결과 만들어진 규범이 헌법이며, 헌법은 공동체와 정부의 관계 즉, 정부의 권한과 임무, 그리고 정부구성 후 공동체 구성원의 법적 지위 등을 내용으로 한다.

여기서 공동체는 공통된 사회적 관습, 문화적 전통 그리고 공유된 사회적 이해라는 형태로 국가 이전 또는 국가와 별도로 존재하는 것으로 보는 공동체주의에서의 공동체[54]나 국가하부의 각종 지역 또는 혈연적, 문화적 집단(대표적으로 지역사회)들을 나타내는 사회과학에서의 공동체 개념[55]과는 구별되며, 중세의 유기적 공동체에서 나타나는 공동체적 결합과 이익사회적 결합을 구분한 퇴니스의 이론과도 별도로, 일반적 의미에서 '사회적 집단(social Group)'이라는 뜻으로 사용된 베버의 공동체 개념[56] 또는 상당히 높은 우선적 지위를 부여하는 최종목적을 공유하는 구성원들의 사회를 나타내는 롤즈의 공동체 개념[57]에 해당하는 것으로 보는 것이 적절하다. 인민의 존재상태로서의 공동체는 구성원들 사이에 공통된 언어나 문화, 혈연, 역사 등이 존재할 필요가 없다. 오직 이러한 공동체의 구성원들이 공유하는 것은 완성된 정치공동체의 건설, 즉 국가의 수립이라는 목적이다.

---

54) Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy*, (Oxford University Press, 2002), p. 209.

55) Nelson W. Polsby, "Community", *International Encyclopedia of Social Sciences*, Vol. 3 (Macmillan and Free Press, 1974), p. 157.

56) 볼프강 몸젠, "편집자 서론", 막스 베버, 박성환 옮김, **경제와 사회 – 공동체들**(나남, 2009), pp. 98-99, 베버는 위 책에서 정치공동체를 "그 참여자들이 물리적 강제력을 준비해서 어느 영토와 이 영토 위에 지속적 또는 일시적으로도 존재하는 인간들의 행위를 질서 있게 지배하도록 유보하는 방향으로 공동체행위가 진행되는 공동체"라면서 정치적 공동체 행위가 영토와 인간에 대한 강압적 지배 이외에 어떤 종류의 내용을 지향하고 있는지는 관계없다고 설명하여 '정치공동체=국가'로 보고 있다. 이러한 개념규정에 의하면 국가성립 이전의 공동체는 정치공동체에 해당하지 않는다.

57) John Rawls, *Justice as Fairness* (Harvard University Press, 2001), pp. 199-200. 롤즈는 공정으로서의 정의가 구현되는 질서정연한 사회(well-ordered society)를 개념규정하면서 합리적 다원주의를 전제로 모든 구성원들이 정치적 정의에 관한 근본적인 문제해결에 동의할 수 있는 공통된 포괄적인 원칙(comprehensive doctrine)은 존재하지 않는다고 보고, 그러한 사회에서는 구성원들이 서로 다른 종교적, 철학적, 도덕적 관점들을 가졌음에도 불구하고 헌법적 핵심문제를 해결할 수 있는 정치적 관념을 공유하고 있다고 보았다. *Ibid.*, p. 32.

따라서 국가형성의 주체로서의 인민(the people)과 민족(nation)은 구별되어야 한다. 일반적으로 민족은 언어나 종족 같은 단일한 기준 또는 언어, 공통의 역사, 문화적 특성 등 다수 기준들의 조합에 기초를 두고 설명되었고, "언어, 영토, 경제생활 및 문화공동체 내에 구현된 심리구조 등을 지닌 역사적으로 진화한 안정된 공동체"라는 스탈린의 정의가 가장 잘 알려져 있다.[58] 따라서 민족은 시간적으로 구성된 공동체에 해당한다. 민족은 이미 몇 세대에 걸쳐 지나간 과거의 결과 성립된 공동의 유산을 근거로 하며 대개 과거의 일정한 시점에 기원을 두고 미래에도 계속될 것으로 생각된다. 이에 따라 세대를 이어주는 전설과 상징 등이 필요하게 된다.[59] 반면 인민은 일정한 장소에 기반을 두고 그곳에 있는 모든 개인들로 구성된 공동체로서 국가성립 전에는 국가권력을 수립하고 정당성을 부여하며, 국가성립 이후에도 존속하다가 국가의 위기 시에 최후의 권력자이자 심판자로서 다시 헌법제정권력을 행사하는 역할을 한다.[60] 물론 공통된 언어나 종족 등의 특성을 가진 민족으로 이루어진 공동체의 경우 정치공동체 구성에 대한 합의를 이룩하기에 상대적으로 어렵지 않을 수는 있다. 실제로 20세기에 들어와 정치적 단위와 민족적 단위의 일치를 주장하는 민족주의의 영향으로 민족은 식민지로부터 해방된 국가건설의 주체로 인식되기도 하였다.[61] 그러나 국가를 구성하는 공동체로서의 인민이 반드시 민족일 필요는 없다. 구성원들이 서로 다른 언어와 종족, 문화 등의 특성을 가지고 이에 따라 종교적, 철학적, 도덕적 관점들이 일치하지 않는다 하더라도 국가구성과 그 형태에 동의할 수 있다면 하나의 '인민'으로서 정치적 공동체를 형성할 수 있기 때문이다.

물론 정부구성의 과정에서 어떠한 형태의 권력구조를 만들고 각 구성원은 어떤 지위를 가지며, 정부의 권한과 임무는 무엇이어야 하는가에 대한 합의에 이르지

---

58) E. J. 홉스봄, **1780년 이후의 민족과 민족주의**(창비, 2005), pp. 20-21.

59) Bernard Yack, "Popular Sovereignty and Nationalism", *Political Theory*, Vol. 29, No. 4, (2001), pp. 520-521.

60) *Ibid.*, pp. 521-523.

61) 홉스봄은 이에 대해 역사적 민족으로 인정되는 중국, 베트남, 그리고 우리나라 등과 같은 몇몇 경우를 제외하고 민족운동이 독립을 이루려고 애썼던 영토적 단일체들은 압도적으로 제국주의 정복의 실질적 창조물이라고 한다. 많은 경우 영토지향적인 해방운동은 기본적으로 식민권력들이 영토에 부과한 공통요소들을 기초로 하여 이루어졌고, 정복과 식민통치에 의해 부과된 통일성은 장기적으로 스스로 '민족'으로 인식하는 민족집단을 만들어냈다는 것이다. E. J. 홉스봄, *op. cit.*, pp. 179-180. 이러한 설명에 의하면 역사적으로 형성된 민족이라는 개념 자체가 이념으로서의 민족주의의 결과물인 것으로 볼 수 있다.

못하는 경우 공동체 자체가 와해될 수는 있다. 그러나 그와 같은 합의의 실패가 '목적달성의 불능의 확정'이 아닌 경우, 공동체는 해산하기보다 새로운 합의를 위한 협상을 시작할 수 있다. 기존의 합의로 만들어진 정부가 상황의 변화로 더 이상 임무에 적합하지 않은 것으로 확인되는 경우도 마찬가지이다. 그러한 점에서 인민공동체 구성원들 사이에 최소한 일정한 수준의 의사소통체계의 존재와 의사결정에 이르는 방법에 대한 묵시적 또는 명시적 합의는 존재해야만 한다. 유럽헌법의 제정에 대해 전망하면서 '유럽인민(European people)'이 존재하려면 개별 국가 중심이 아닌 '유럽화된 의사소통체계(europeanised communications system)'의 존재가 필수적이나 공통된 언어의 부재로 말미암아 그러한 의사소통체계의 확립이 어렵다는 점을 주장하며 공통된 언어의 부재를 인민형성의 가장 큰 걸림돌로 보고 있는 그림의 지적은[62] 이러한 점을 뒷받침한다.[63]

개별적으로 고립되어 살아가던 개인들이 모여 고립된 생활의 한계를 극복하고 더욱 행복한 생활을 실현하기 위해 국가수립의 단일한 정치목표를 공유하며 일정한 의사소통체계와 의사결정방법에 대한 합의에 이르면 공동체를 형성하게 된다. 이러한 인민의 공동체는 내부에 어떠한 권력자도 존재하지 않으며 대등한 자들의 결합이므로 구성원들 사이의 평등이 보장되고 서로 상대방의 자유에 간섭할 수 없다. 일단 이와 같은 공동체가 형성되면 인민은 어떠한 형태의 정부를 구성하고, 정부의 권한과 임무는 무엇이며, 구성원들의 권리와 의무는 무엇인지 여부를 결정할 권한, 즉 헌법제정권력을 가지게 된다. 아무런 목적이나 의사소통체계도 없이 단순히 개인들이 모여 있는 공동체 이전의 '다중'에게 이를 인정할 수는 없다. 이들은 이러한 권력을 행사하여 국가를 구성할 의사도 없고 필요성도 느끼지 않고 있으므로 이를 인정할 아무런 실익도 없다. 이와 같이 '헌법제정권력자'로서의 인민, 즉 공동체는 시간적으로 국가에 선행하며, 논리적으로 입헌국가의 상위에 위치하게 된다. 인민은 국가를 헌법제정을 통해 창설하거나 폐지하며, 여기에 어떠한 구속도 받지 않는다.[64]

---

62) Dieter Grimm, "Dose Europe Need a Constitution?", *European Law Journal*, Vol. 1, No. 3 (1993), pp. 293-295.

63) 한편 하버마스는 그림과는 달리 현대시민국가의 자발적 특성에 주목하면서 민주적 의사형성 과정 그 자체의 작용으로 단체적 정체성이 확립될 수 있으므로 헌법제정에 유럽지도자들의 정치적 의지가 중요한 요소라고 보았다. 그러나 하버마스도 시민적 연대와 정체성이 현대의 새로운 의사소통형식에 의하여 만들어진 것이라는 점을 분명히 하여 그림의 견해를 부정하고 있지는 않다. Jürgen Habermas, "Why Europe Needs A Constitution?", *New Left Review* 11 (2001), pp. 15-16, 24.

로마시대 이래 전통적으로 인민은 두 가지의 형태로 인식되었다. 하나는 로마공화정의 전통에서 유래한 현실적으로 활동하며 직접 자신의 의사를 결정하고 표시하는 구체적인 시민들의 총체이며, 다른 하나는 로마제정에 기반을 둔 모든 정당한 국가권력의 원천으로서 전체로서의 정치체(polity as a whole)였다. 전자의 경우 왕정이나 과두정과 구별되는 민주정(popular government)의 주체로 인식되었던 반면 후자의 경우 왕정과 과두정 등 모든 정치체제의 정당성을 보장하면서 위기 시 최후의 권력의 유보자(authority left in reserve)의 역할을 하는 것으로 인식되었다.[65] 중세를 지나 17세기 영국의 정치변혁을 거치면서 전자의 시민들의 범위는 점차 전체 일반인(common people)으로 확대되었고, 미국혁명을 거치면서 두 가지 인민의 개념은 결합되었다. 로마공화정 이래 공화정에서 인민은 직접 정치적 권력을 행사하는 주체였다. 이를 후자의 인민과 결합한 결과 미국은 헌법제정권자면서 주권자로서의 '인민'을 고안해냈다. 인민은 모든 국가기관을 대리인(agents)으로 삼아 권력을 행사하며, 동시에 정부의 외부 또는 배후에 잠재적 권력의 유보자로 존재한다. 이는 곧 인민이 투표를 통해 정부를 구성하는 민주정을 전제로 하면서 동시에 인민을 정부로부터 거리를 두도록 하는 것이다.[66] 사실상 인민의 대표자라고는 하지만 실제 권력을 담당하는 자와 그에 복종하는 자의 구별은 생길 수밖에 없고, 이에 따라 주권자로서의 인민의 지위는 소수의 대표자들의 국가권력행사를 정당화하기 위해 고안된 허구(Fiction)라는 평가도 가능하다.[67] 그럼에도 불구하고 입헌국가에서 최초의 국가수립을 위한 헌법제정과정을 볼 때, 헌법이 인민에 의해 제정되고 그러한 헌법에 의해 구성된 정부의 민주적 정당성이 확보된다는 점은 변함이 없다. 이에 따라 인민은 정당성의 원천이면서 제한적이기는 하지만 실제 행위자로서의 지위를 동시에 가지게 된다.

절대군주의 경우와 같이 주권을 구체적인 통치 내지 입법행위를 통하여 실현되는 것으로 보면 주권과 헌법제정권력은 일치하지 않는다. 헌법제정은 현실적으로 기껏해야 헌법제정에 참여하는 대표선출, 그리고 국민투표에 의한 헌법안의 승인의 두 가지 행위로 구현되기 때문이다. 따라서 입헌국가내에는 주권자란 존재하지 않는다는 주장도 가능하다.[68] 일반적으로 주권이란 국가의사를 결정하는 최고의

---

64) 물론 공동체의 유지와 발전을 위한 국가건설이라는 목적에 의해 제한을 받을 수밖에 없다.

65) Margaret Canovan, *The People* (Polity Press, 2005), pp. 12-15.

66) *Ibid.*, pp. 28-29.

67) Edmund S. Morgan, *op. cit.*, pp. 47-50.

권력으로서 모든 국가권력의 원천이며, 대내적으로 최고의 권력이며, 대외적으로 독립된 권력으로 설명된다.[69] 헌법적으로 보면 주권은 구체적인 내용을 가지는 실체적 개념이라기보다 공동체의 의사를 스스로 결정하는 최종적인 지위와 권위로서 헌법 및 국가권력의 정당화를 위한 개념으로 기능한다.[70] 다른 한편 주권개념은 국제관계에서 중요한 역할을 수행한다. 주권은 대외적으로 국가가 대외관계를 독자적으로 처리할 수 있으며, 타국의 의사에 일방적으로 복종하지 않는다는 독립권으로 나타난다. 국가주권의 상호존중은 국제관계의 기본원리면서 국제법이 성립하는 토대이다.[71] 문제는 대외적으로 국가에게 귀속되는 것으로 보는 주권과 대내적으로 국민에게 부여되어 헌법과 국가권력의 정당화 근거로 작용하는 주권을 조화롭게 설명하는 것이다. 종래 군주제에서 군주의 최고 지배권을 정당화하기 위한 개념으로 사용되었던 용례를 보면 주권의 대외적 측면과 대내적 측면은 일관되게 설명될 수 있다. 군주가 국가 내에서 가지는 최종, 최고의 의사결정권은 내부뿐 아니라 외부의 어느 누구로부터도 간섭받지 않고 행사될 수 있는 점에서 하나의 권력의 두 가지 측면에 해당하기 때문이다. 같은 설명이 헌법제정 이전 인민의 공동체의 법적 지위를 보면 가능하다. 인민의 공동체는 자신들의 정치적 운명을 독자적으로 결정할 수 있다. 어떠한 정치체제를 채택하고, 경제적, 사회적 생활에 대한 기본질서를 어떻게 만들어갈지는 공동체 전체의 의사에 따라 결정할 수 있다. 이때 외부의 개인이나 다른 국가 또는 공동체는 간섭할 수 없다. 이와 같이 인민의 공동체의 운명을 결정할 수 있는 권력은 대내적 최고성과 대외적 독립성을 가진다. 정부에게 부여된 국가권력은 공동체로부터 헌법에 의해 수권된 것으로서, 이들은 공동체의 존속과 안전과 유지 그리고 구성원의 행복추구 등을 위해 본래는 공동체에 귀속되어 있는 권력을 대신 행사하는 것이다. 그런 의미에서 대외적으로 정부가 국제법상의 국가주권을 주장하는 것 역시 원래 공동체에 귀속되어 있는 최고의 의사결정권을 외부의 간섭을 배제하고 독립적으로 행사하겠다는 주장에 해당한다.[72]

---

68) 마르틴 크릴레, 국순옥 옮김, **헌법학입문**(종로서적, 1983), pp. 126-127.

69) 성낙인, *op. cit.*, p. 102.

70) 정종섭, *op. cit.*, pp. 124-125.

71) 정인섭, *op. cit.*, p. 137.

72) '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약' 제1조 제1항은 '모든 인민들은 자결권을 가진다(All peoples have the right of self-determination)'라고 규정하고 있다. 자결권은 대내적으로 외부의 간섭 없이 일정한 영역안의 사람들이 경제적, 사회적, 문화적 발전을 추구할 수 있는 권리를 의미하며 대외적으로 국제사회에서 식민주의나 외부의 지배나

2. 공동체와 정부의 법적 관계

개인들이 모여 인민으로서 공동체를 형성하고 헌법을 제정하면 정부가 구성되면서 국가수립이 완성된다. 이로써 공동체의 개별 구성원들은 국민으로서의 지위를 가지며, 종래 이들이 소유하고 사용하면서 지배권을 행사하던 지역을 중심으로 영토의 경계선이 확정된다. 영토에 대한 국가의 지배권은 기본적으로는 개별 구성원들의 재산권을 기초로 하여 성립하나, 단순한 개별 소유권의 총합은 아니다. 영토권은 전체로서의 인민, 즉 공동체가 당해 영역에 대하여 가지는 집합적 권리(collective rights)의 성질을 가진다. 국가의 영토권은 일단 개별재산권을 기반으로 하여 집합적 관할권한(collective jurisdiction)으로 성립되며, 개별 권리들은 그러한 관할권이 형성한 틀 안에서만 존재하며 정당화된다. 따라서 영토권은 구성원 각자가 구분하여 지분만큼 공유하는 것이 아니며, 공동체로서의 국가에 집합적으로 귀속되는 것으로 본다.[73]

우리 헌법이 전제로 하는 국가권력은 개인들이 모여 공동체를 구성하고 그 유지존속과 구성원의 이익을 위해 수립되는 것이다. 모든 국가권력은 개인들로 구성된

착취 없이 자유롭게 자신들의 정치적 지위와 위치를 선택할 수 있는 권리를 의미하는 것으로 설명된다. Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law* (Cambridge University Press, 2002), p. 230. 국제법적으로 자결권의 인정에서 논란이 많은 부분은 자결권의 주체인 인민(people)의 개념, 즉 무엇이 인민으로 인정할 수 있는 지표인가에 대한 해답이 불확실하다는 점이라 한다. 정인섭, *op. cit.,* p. 127. 자결권의 내용과 헌법상 인민에게 부여된 헌법제정권력을 비교해 보면 양자의 유사함을 알 수 있다. 헌법적으로 인민에게 인정되는 헌법제정권력이 국제법적으로 자결권의 형태로 나타나는 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 자결권의 주체인 인민은 단순한 다중을 넘어 위에서 살펴본 공동체로 인정할 수 있는 정도의 단체를 이루는 경우를 말하는 것으로 보는 것이 가능해진다.

73) Tamar Meisels, *Territorial Rights* (Springer, 2005), pp. 20-22. 마이젤은 영토권을 집합적 권리로 설명하면서 라즈의 집합적 권리에 대한 다음의 설명을 원용하였다. Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford University Press, 1986), pp. 207-208. 라즈에 의하면 집합적 권리는 다음의 세 가지 요건을 충족해야 인정할 수 있다. 첫째, 인간 이익의 일정한 측면이 타인에 대한 의무부과를 정당화할 것, 둘째 당해 이익은 공공선(public good)에 대하여 집단의 구성원으로서 개인들이 가지는 이익이어야 하며, 당해 권리는 집단의 구성원으로서의 이익에 기여한다는 점에서 공공선에 대한 권리여야 할 것, 셋째, 공공선에 대한 어떤 한 집단구성원의 이익도 그 자체로 다른 구성원에 대한 의무부과를 정당화할 수 없어야 할 것. 그는 전형적인 집합적 권리의 예로 자결권(right to self-determination)을 제시하였다. 집합적 권리는 집합적 재화(collective goods)에 대한 권리로서, 자결권의 행사는 전체 공동체 구성원의 수요를 충족시키는 것이라는 점에서 자결은 전형적인 집합적 재화에 해당한다는 것이다.

공동체가 가지는 권력으로부터 도출되어 나오는 것으로서 정부는 헌법을 통하여 수권된 범위에서 권한을 행사할 수 있다. 따라서 정부의 구성과 권한부여를 '위임(delegation)'으로 표시하기도 하고 단순한 '권력 또는 권한의 수여(authorization)'로 표시하기도 한다.[74] 이러한 공동체와 정부의 관계를 17세기 이후 영미법에서는 민사법에서 발전한 신탁(trust)관계로 설명하기 시작하였다.[75] 신탁은 영국 형평법에 의하여 인정된 제도로서, 재산법 관계에서 수탁자에게는 보통법상의 소유권이, 수익자에게는 형평법상의 소유권이 속하는 이중소유권을 인정하는 것이다. 수탁자는 신탁재산을 자기를 위하여 사용·수익할 수 없고, 신탁재산의 관리·처분에 따르는 모든 의무와 책임은 수탁자의 것이다. 신탁재산으로부터 생기는 이익은 오로지 수익자의 것으로서 수탁자는 수익자의 이익을 위하여 신탁사무를 처리할 충실의무, 주의의무 등의 의무를 부담하게 된다.[76]

14-15세기를 거쳐 형평법 법원에 의하여 발전한 신탁의 법리는 17세기에는 이미 일반화되어 있었으므로 이러한 민사상의 제도를 적용하여 공법상의 권력관계를 설명하는 것은 어려운 것이 아니었다. 1649년에 있었던 찰스 1세에 대한 재판의 공소장에서 "찰스 스튜어트는 법에 의하여 통치할 제한된 권력을 신탁받음으로써 영국의 왕이 된 자"[77]로 표현하고 있는 것이 대표적인 예이다. 또한 로크는 예를 들면 "정부는 누구의 손에 맡겨지든 간에 사람들이 그들의 재산을 소유하고 보호할 수 있다는 조건으로 그리고 그러한 목적을 위해서 신탁한 것(entrusted)"[78]이라고 하였고, 특히 공동체의 보존을 위해서 활동하는 국가에는 단일의 최고의 권력인 입법권이 있으나 그러한 입법권은 "일정한 목적을 위해서만 활동할 수 있는 단지

---

74) 헌법적으로 국민과 국회의원 및 대통령 등 국민대표와의 관계를 대의 또는 대표(representative)관계로 표현한다. 그러나 대의제 또는 대의국가원리는 일단 국가의 구조원리로서의 민주국가원리를 실현하기 위한 구체적인 국가의사결정의 방식에 해당한다. 정종섭, *op. cit.,* p. 136. 따라서 국가를 수립하는 단계에서의 논의인 공동체와 정부의 관계를 나타내는 분석틀로는 적합하지 않다.

75) 이하 공동체와 정부의 신탁관계에 대한 영국에서의 논의는 J.W. Gough, "Political Trustship", in *John Locke's Political Philosophy* (Oxford University Press, 1973), pp. 154-192에 근거한 것이다.

76) 이연갑, **신탁법상 수익자 보호의 법리**(경인문화사, 2014), pp. 7-9, 71.

77) "That the said Charles Stuart, being admitted king of England, and there in trusted with a limited power to govern by and according to the laws of the land", The Charge against the King (January 20, 1649) in Samuel Rawson Gardiner (eds.), *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660* (Oxford at the Clarendon Press, 1899), p. 371.

78) John Locke, *op. cit.*, p. 361.

신탁적 권력(fiduciary power)"이므로 입법부가 "그들에게 과해진 신탁에 반하여(contrary to the trust reposed in them)" 행동하는 것이 발견될 때 입법부를 폐지하거나 변경할 수 있는 최고의 권력은 인민들에게 있다[79]고 설명하였다. 공동체와 정부의 관계를 이와 같이 신탁으로 설명하는 예는 이후 18세기와 19세기에도 찾아볼 수 있다.[80] 블랙스톤은 1765년 출간된 '영국법주석'에서 국가는 전체구성원의 하나의 일치된 의지에 의하여 성립되는 것으로서 구성원들이 각자의 개인적인 의지들을 한 사람 또는 여러 사람들의 집단의 단일한 의지에 따르고 "그들에게 최고의 권한을 신탁(to whom the supreme authority is entrusted)할 것"에 동의함으로써 정치적 결합이 이루어진다고 하였다.[81] 오스틴은 1869년 출간된 '법철학강의'에서 주권자는 대표자들을 통하여 주권을 행사한다고 하면서 대표들에게 권력을 부여하는 것은 "하나의 또는 복수의 신탁에 의한다(subject to a trust and trusts)"고 하였고, 특히 평민원의 의원들은 단지 유권자들을 위한 수탁자(merely trustees)에 불과한 것으로 설명하였다.[82] 이와 같이 민사재산관계의 신탁이론을 적용하여 공동체와 정부의 관계를 설명하는 예는 초기 미국에서도 찾아볼 수 있다. '연방주의자논집(*The Federalist Papers*)'에서 매디슨은 "연방정부 및 주정부들은 서로 다른 권한을 가지도록 구성되며 서로 다른 목적을 위해 설계된 사실상 별도의 인민의 대리인이며 수탁자(agents and trustees of the people)이다"라고 하였고,[83] 해밀턴은 "정부는 자신에게 부여된 목적의 완전한 성취와 자신이 책임져야 하는 신탁의 실행(execution of the trusts)을 완료하기에 필요한 모든 권력을 보유하여야 한다"고 주장하였다.[84] 연방헌법제정 당시 공권력주체들을 '인민의 종복, 대리, 후견인 또는 수탁자(people's servants, agents, guardians or trustees)'로 보는 관점에 대하여 연방헌법제정회의뿐 아니라 13개의 주헌법회의에서도 이견이 없었다. 특히 연방헌법제정회의에 참석한 각주 대표들의 다수가 법률가들로서 사법상의 信認의무(fiduciary

---

79) *Ibid.*, p. 367.

80) 다른 한편 의회의 무제한적인 입법권과 의회주권을 주장한 다이시가 의회는 선거인들의 대리인도 선거구민의 수탁자도 아니라고 본 것은 논리적으로 당연한 귀결이다. 알버트 다이시, 안경환・김종철 공역, **헌법학입문**(경세원, 1993), pp. 2-9.

81) William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (University of Chicago Press, 1979), Vol. 1, p. 52.

82) John Austin, *Lectures on Jurisprudence,* Vol. 1 (John Murry, 1869), pp. 252-253.

83) Alexander Hamilton, John Jay and James Madison, *The Federalist* (Liberty Fund, 2001), p. 243.

84) *Ibid.*, p. 151.

duty)[85]에 대해 잘 알고 있었고 정부와 그 구성원들에게 그러한 법리를 적용하는 데에 거부감이 없었다.[86]

위와 같이 공동체와 정부의 법적 관계를 신탁관계로 보면, 정부는 자신의 이익이 아닌 수익자인 공동체, 즉 인민의 이익을 위하여 성실하게 자신에게 주어진 제한된 권한을 행사할 信認의무를 부담하는 것으로 보게 된다. 정부의 구성원들이 전체국민의 이익이 아닌 자신들의 사적인 이익을 위하여 국가권력을 행사하거나 또는 국민의 권리를 침해하여 손해를 입히는 것은 용납될 수 없고, 그러한 목적을 위하여 부여된 제한의 범위를 넘어 권력을 남용하는 것 역시 허용되지 않는다.[87] 이에 의하면 헌법은 공동체가 정부에게 권력을 신탁하는 권한부여의 근거이면서 신탁의 각종 조건을 규정한 문서에 해당한다. 이러한 신탁관계에 의한 설명은 군주제의 경우 가장 적확하게 적용될 수 있다. 군주를 수탁자로 하여 모든 권력을 신탁하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 문제는 군주제와는 달리 공화제의 경우 정부구성 이전에는 권한을 부여할 대상 자체가 존재하지 않는 점이다. 공화제의 경

---

85) 영미의 신탁제도에서 연유한 信認의무는 타인의 재산을 맡아 관리하는 사람은 그 타인의 이익을 위해서 재산을 운용해야 하며 자신의 이익을 추구할 수 없다는 것으로서 다시 주의의무와 충실의무로 구분된다. 송옥렬, **상법강의**(홍문사, 2012), p. 992.

86) Robert G. Natelson, “The Constitution and the Public Trust”, *Buffalo Law Review*, Vol. 52 (2004), pp. 1078, 1083-1084, 1124-1125.

87) 최근 영미법국가를 중심으로 공권력주체들의 信認의무를 인정하고 이를 통해 권한행사를 제한하려는 연구들이 활발하게 일어나고 있다. 예를 들면 공권력주체들의 기본적인 신탁관계와 책임에 관한 선구적인 연구로서 Paul Finn, “Public Trust and Public Accountability”, *Griffin Law Review*, Vol. 3, No. 2 (1994), p. 224; 정치적 의사결정과정에 대한 연구로서 David L. Ponet & Ethan J. Leib, “Fiduciary Law’s Lesson for Deliberative Democracy”, *Boston University Law Review,* Vol. 91 (2011), p. 1249; 행정부에 대한 연구로서 Evan J. Criddel, “Fiduciary Foundations of Administrative Law”, *UCLA Law Review*, Vol. 51 (2006), p. 117; *idem*, “Fiduciary Administration: Rethinking Popular Representation in Agency Rulemaking”, *Texas Law Reivew,* Vol. 88, No. 3 (2010), p. 441; 사법부에 대한 연구로서 Ethan J. Leib, David L. Ponet & Michael Serota, “A Fiduciary Theory of Judging”, *California Law Review*, Vol. 101 (2013), p. 699; 정치인의 경우 信認의무를 인정하여 특히 의회의 선거구 획정에 대한 문제제기를 한 연구로서 D. Theodore Rave, “Politician as Fiduciaries”, *Harvard Law Review*, Vol. 126, No. 3 (2013), p. 671; 홉스의 권한부여로부터 信認의무 관계를 도출하여 법의 지배 및 공권력 작용 전반에 대해 적용한 Evan Fox-Decent, *Sovereignty’s Promise-The State as Fiduciary* (Oxford University Press, 2011). Rave의 위 연구에 대한 검토로서 사법상의 법리였던 信認의무의 법리를 정치과정 등 공법관계에 전반적으로 적용하는 것에 대한 문제제기로는 Ethan J. Leib, David L. Ponet & Michael Serota, “Translating Fiduciary Principles into Public Law”, *Harvard Law Forum,* Vol. 126 (2013), p. 91이 있다.

우 전체로서의 권력을 신탁받는 수탁자인 정부가 권리의무의 주체가 되어야 하는데 정부가 구성되기 이전에는 이것이 불가능하다. 대통령 또는 의회의 의원을 선출하여 각 개인에게 개별적으로 권한을 부여하고 이를 신탁하는 것으로 생각할 수도 있다. 그러나 이 경우 권한을 부여받은 개인들이 해임하거나 사임, 사망하는 등의 경우 당해 신탁관계는 소멸되며 극단적인 경우에는 정부가 해산되는 것으로 보게 된다. 나아가 이전의 권한수여 자체는 무효화되며, 입법, 행정, 사법 모든 공권력작용의 연속성은 부정될 수밖에 없다. 또한 정부에 귀속되어 있는 재산 등은 무주물의 상태가 된다. 사실 이와 같은 신탁관계에서 연속성의 측면은 군주제에서도 문제가 될 수 있다. 그러나 군주제의 경우 다음 군주가 이전 군주의 상속인이라고 보면 어렵지 않게 해결될 수 있다. 그러나 공화제에서 대통령과 의회가 권력을 상속하는 것으로 보는 것은 적절하지 않다.

이러한 문제를 해결하는 방법이 인민공동체가 헌법을 통해 국가라는 법인을 설립하고 권력을 부여하는 것으로 보는 것이다.[88] 헌법은 법인설립의 근거이며 당해 법인의 임무와 목적 그리고 권한의 범위 등을 규정해 놓은 문서에 해당한다. 헌법은 법인인 국가의 업무를 수행하기 위해 구성해 놓은 기관으로서 입법부, 사법부, 행정부 등을 설치하고 공무원들로 하여금 이들 기관에 소속되어 임무를 수행하게 한다. 부분적 혹은 전면적으로 기관을 구성하는 개인들이 부재한다고 해도 국가의 계속성은 유지되므로 대통령이나 수상의 임기가 만료되거나 정권이 교체된다고 해도 국가의 권리의무는 당연히 승계된다. 국가를 법인으로 보고 각 공권력 주체들을 그 기관으로 보면, 국가는 법인설립의 목적에 의하여 권한이 제한되며 기관들이 信認의무를 부담하는 것이 자연스럽게 설명될 수 있다.[89]

국가를 법인으로 보는 입장은 중세에 뿌리를 두고 있다. 역사적으로 법인

---

88) 종래 공법학에서 논의되었던 국가법인설은 독일 19세기 후기 입헌주의 국가학에서 논의되던 것으로 국가를 사회와 무관하며 사회 이전에 이미 고유한 활동영역을 갖는 존재로 이해하여 국가를 일종의 고유한 주권적 존재로 이해하려는 것이었다. 이계수, "규범과 행위", **공법연구**, 제29집 제1호(2000), p. 32. 영미법계에서 발달한 국가법인설은 공동체의 주권을 인정하는 바탕에서 이루어지는 것인 점에서 독일의 국가법인설과는 다르다.

89) 메이틀랜드에 의하면 종래 신탁을 중심으로 발전하던 단체들이 수익자들의 법인설립 형태로 발전하였고, 20세기 초반 미국에서 신탁(trust)이라고 하면 대개는 법인을 지칭하였다. F.W. Maitland, 현병철・최현태 역, **신탁과 법인의 역사**(세창출판사, 2007), pp. 114-117. 이에 의하면 국가구성의 법적 관계를 신탁과 법인 어느 것으로 설명하여도 실질적인 효과는 같은 것으로 볼 수 있다.

(artificial person, body politic, body corporate)이라는 개념은 로마법에서 시작된 것으로[90] 중세 교회법과 세속법에 받아들여져 사용되었다. 12세기 수도원과 성당참사회, 평신도회, 대학 등 수많은 새로운 단체들이 등장하면서 개인과 구별되는 단체의 관념이 일반화되었고, 교회법 학자들은 전체교회를 교황과는 분리되는 별도의 법인으로 보기도 하였다. 14세기 교황의 아비뇽 유수에 이은 교회의 대분열(Great Schism)로 2명의 교황이 진정한 교황임을 주장하자, 교회법학자들은 신도 및 공의회(council) 중심의 전체교회를 하나의 법인으로 보고 이를 통해 교황이 없거나 복수가 되더라도 교회의 계속성과 정당성은 인정된다고 주장하였다. 나아가 전체 교회공동체를 대표하는 공의회가 교황을 퇴위시키고 새로운 교황을 임명함으로써 대분열을 종식시킬 수 있다고 하여 법인제도와 인민주권의 원칙을 결합하기 시작하였다.[91] 이러한 교회법의 이론들을 세속법학자들이 받아들임에 따라, 국가를 개인들이 모여 수립한 독립된 단체로서 군주와는 구별되는 법인으로 보는 관점이 형성되었다.[92] 특히 영국의 경우 17세기까지 국왕의 법인인 왕국의 수장으로서의 권한과 개인적인 능력을 구분하고, 하나의 법인(a single corporation)으로 국왕과 귀족, 평민들이 함께 행동할 때만 이들에게 전체 주권이 귀속된다고 하여 법인이론을 적용한 혼합 또는 제한군주제가 기본적인 정치체제로 인식되었다.[93]

이러한 전통을 이어받아 독립 후 초기 미국에서 국가를 법인으로, 헌법을 특허장(charter)으로 보는 입장은 널리 받아들여졌다. 상당수의 아메리카 식민주들은 국왕의 특허장을 통해 회사로서 성립되었고, 이들은 영국의회의 식민지 내부문제 간섭에 대한 법적인 반박으로 특허장에 의하여 내정과 관련된 권한이 식민지들에게 부여되어 있음을 주장하였다.[94] 이와 더불어 식민지 시기와 독립초기 특허장으로 설립된 많은 법인들이 사실상 공적 역할을 수행하고 있었다. 지역의 도시(town)들도 특허장을 받아 법인의 형태로 운영되었고, 민간기관들도 공적 업무의 수행을 위해 특허장을 받기도 하였다. 고아원, 구빈원, 항해회사, 운하회사, 수도회사, 도로

---

90) 블랙스톤에 의하면 사비니족과 로마인 사이의 반목에 대응하여 누마가 이를 여러 직업단체들로 세분하면서 고안된 개념이라 한다. William Blackstone, *op. cit.*, pp. 456-457.

91) Brian Tierney, *op. cit.*, pp. 58-59.

92) F. W. Maitland, “The Crown as Corporation”, *The Law Quarterly Reveiw*, No. 74 (1901), pp. 131, 132-133.

93) William Blackstone, *op. cit.*, p. 149.

94) Eric Enlow, “The Corporate Conception of the State and the Origins of Limited Constitutional Government”, *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 6 (2001), pp. 1, 15-16.

회사, 학교 등이 모두 특허장을 통한 법인의 형태로 운영되었다. 따라서 이 시기 공법인과 사법인의 구분은 법적으로 명확하지 않았고, 헌법을 법인특허장과 같이 생각하는 것에 아무런 거부감이 없었다.[95] 이와 함께 독립선언으로 영국의 식민기관들이 힘을 잃으면서 국왕의 권한수여에 의한 법인설립이 아닌 주민들의 상호 계약과 연합에 의한 자발적 법인설립이 가능하다는 입장이 확립되었다.[96] '마크나카르타' 등을 통하여 영국에서 발전한 통치자와 피통치자 간의 계약이라는 관념은 아메리카 식민지의 당시 상황에서는 설득력이 없었다. 인민들의 계약의 상대방이 존재하지 않았기 때문이다. 따라서 인민들이 자체적으로 법인을 설립하고 정부를 구성하는 것이 가능하다는 입장이 힘을 얻었고, 미합중국은 인민들에 의하여 일정한 목적을 위해 설립된 인공적인 인간, 즉 법인이라는 관념이 받아들여졌다. 미국 헌법의 기초자들은 정부법인(corporation of the government)이 인민공동체(corporation of the people)를 포괄하거나 대표한다고 생각하지 않았다. 미합중국 정부 자체가 미국인민들과 일치할 수는 없었다. 미합중국은 인민들에 의하여 일정한 목적을 위해 설립된 인공적인 인간, 즉 법인이며, 공동체인 인민과는 별도의 그러나 그로부터 파생되는 존재에 불과한 것이기 때문이다.[97]

각 주와 연방정부를 법인으로 보는 입장은 초기 연방법원의 판례들에서 확인할 수 있다.[98] 우선 주정부에 대한 소송이 제기되고 주가 주권면제(state sovereign immunity)를 주장한 Chisholm v. Georgia 사건[99]에서 이르델(Iredell) 대법관은 주를 종속법인(subordinate corporations)에 해당한다[100]고 하면서, 영국 보통법상 광의의 '법인(corporations)'은 일반적으로 인식하는 것보다 더 폭넓은 의미를 가지고 있고 어떤 정치체(body politic)도 권력이 제한되든 아니든 광의의 법인에 해당한다고 하였다. 따라서 광의로 보면 "각 주뿐 아니라 심지어 미합중국조차도 아무런 부적절함 없이 '법인'으로 지칭할 수 있다(In this extensive sense, not only each State singly, but even the United States may without impropriety be termed 'corporations'.)"고

---

95) Geoffrey P. Miller, "The Corporate Law Background of the Necessary and Proper Clause", *The George Washington Law Review*, Vol. 79 (2010), pp. 1, 3-4.

96) New Hampshire 도시들의 그와 같은 법인설립의 예는 Gordon S. Wood, *op. cit.*, pp. 288-289 참조.

97) Eric Enlow, *op. cit.*, pp. 24-26.

98) 이하 미국판례는 *ibid.*, pp. 12-15에 근거한 것이다.

99) 2.U.S.419 (1793).

100) 이르델 대법관은 이어서 종속법인이란 설립과 권한이 법에 의하여 제한된다는 의미라고 설명하였다.

판시하였다.[101] 또한 연방정부발행 채권이 문제되었던 연방순회항소법원의 U.S. v. Maurice 사건[102]에서 마샬 판사는 "미합중국은 정부로서 결론적으로 정치체이면서 법인(a body politic and corporate)이고, 그것이 만들어진 목적을 달성하기 위해 필요한 수단들을 통해 이를 실현할 능력이 있다"고 하고 "이러한 거대한 법인은 미국 국민들에 의해 정해지고 수립되었으며, 그들에 의해 중요한 목적들을 위해 거대한 권력이 부여되었다(This great corporation was ordained and established by the American people, and endowed by them with great powers for important purposes)"고 판시하였다.[103] 그리어(Grier) 대법관이 작성한 연방국유림 나무의 벌목이 문제된 Cotton v. U.S.[104] 사건 판결문에서 연방대법원은 모든 주는 필연적으로 법인으로서 계약을 하거나 재산을 소유할 수 있고, "미합중국 역시 법인 또는 정치체로서 계약을 집행하고 재산권을 보호하기 위해 주법원 또는 같은 법을 다루는 연방법원에 소를 제기할 수 있다(as a corporation or body politic they may bring suits to enforce their contracts and protect their property, in the State courts, or in their own tribunals administering the same laws)"고 판시하였다.[105] 그밖에 연방대법원은 주발행 채권이 문제된 Poindexter v. Greenhow 사건[106]에서 마찬가지로 "주는 정치적 법인(The state is a political corporate body)"임을 선언하였다.[107]

국가 자체가 권리·의무의 주체로서 각종 권리를 행사하고 의무를 부담하도록 하는 현행법 체계[108]는 국가를 법인으로 보는 입장과 일치한다. 다만 여기서 국가는 국민(국가성립 이전의 인민)의 공동체 자체가 아닌 이를 바탕으로 공권력 작용을 맡아 하도록 별개로 만들어진 법인체를 의미하며, 이는 좁은 의미의 국가, 즉 공권력주체로서의 정부에 해당한다. 예를 들면, 헌법 제10조에 규정된 국가의 기본권보장의무는 개별 국민의 의무가 아니다. 이는 법인인 국가, 즉 정부의 의무이며 법인의 기관인 공권력주체로서의 기관들이 실제 이를 시행해야 한다. 국유재산법

---

101) *Ibid.*, p. 447.
102) 26 F.Cas. 1211 (1823).
103) *Ibid.*, p. 1216.
104) 52 U.S. 229 (1850).
105) *Ibid.*, p. 231.
106) 114 U.S. 270.
107) *Ibid.*, p. 288. 이어서 연방대법원은 그에 대하여 "주는 오직 대리인을 통해 행위할 수 있고 법으로만 명령할 수 있다(The state can act only through agents, and can command only by laws)"고 설명하였다.
108) 권영성, *op. cit.,* p. 106.

상의 국유재산은 법인인 국가에 귀속되는 것이며 이러한 국가의 재산권은 모든 국민이 지분을 가지고 공유하는 것과는 다른 소유형태로 보아야 한다.[109] 법인의 법리에 의해 보면, 국가는 설립자들인 개인들이 구성원이고 입법부, 사법부, 행정부 등 기관을 갖춘 사단법인과 흡사하다. 그러나 법인인 국가가 설립된다고 하더라도 이는 인민공동체의 공적인 업무와 관련된 제한적인 측면만을 맡아 하도록 설계된 것이다. 인민공동체는 개별 구성원들이 국가로부터 간섭받지 않고 자유로운 사적인 생활을 전개해 나갈 수 있도록 공적인 분야 외의 가족과 경제, 문화 등의 사적인 분야에서 독자적인 영역을 확보한다. 그런 의미에서 법인인 국가, 즉 정부가 인민과 일치할 수는 없었다. 정부는 인민들에 의하여 일정한 목적을 위해 설립된 단체로서 법인격이 부여된 것이며, 인민공동체와는 구별되는 그로부터 파생된 존재이다.

넓은 의미의 국가인 공동체로서의 국가는 영토의 바탕 위에 인민 또는 국민의 공동체와 법인인 국가, 즉 정부로 구성된다. 대내적인 관계에서 보면 정부는 국민공동체가 공동체의 존속과 유지, 구성원의 행복추구라는 목표를 달성하기 위해 구성한 것으로, 그러한 임무수행을 위해 필요한 범위에서 독자적인 권리・의무의 주체가 된다. 대내적인 최종적인 의사결정의 주체는 국민공동체이며, 궁극적인 권력의 원천 역시 국민이다. 국가가 대외적으로 권리를 행사하고 의무를 부담하는 경우, 즉 국제법상 주권국가 역시 이러한 틀로 설명할 수 있다. 법인인 국가는 인민공동체 전체를 위하여 대외적인 법률관계를 맺을 권한을 수권 받은 것이며, 이에 따라 대외적 행위의 결과는 국민공동체 전체에 귀속된다. 이렇게 보면 넓은 의미의 국가의 3요소인 영토와 국민 그리고 정부 중 핵심적인 것은 국민과 영토이다. 영토가 확실히 획정되어 있고 이를 터전으로 살고 있는 인민들이 공동체를 이루고 살고 있는 한 이들은 자신들의 운명을 독자적으로 결정하고 실현할 수 있어야 한다. 이러한 인민공동체의 지위가 바로 주권자로 표현되며, 주권이 대내적으로 발현된 헌법제정권력에 의하여 법인으로서의 국가, 즉 정부가 구성되는 것이다. 따라서 일시적으로 정부가 해체된다 하여도 인민공동체가 존속하는 한 국가가 소멸한다고 볼 수는 없다. 언제든지 인민공동체는 헌법제정권력을 행사하여 어떤 형태의 정부든 구성할 수 있고, 다시 전체로서의 국가를 완성할 수 있다. 이는 내부적 폭력의 발생으로 국가의 제도・법・질서가 붕괴되고 통상적인 국가로서의 기능이 작동하

109) 물론 국가가 해산하는 경우 국유재산은 구성원들에게 지분에 따라 분배되어야 한다. 그러한 점에서 모든 국유재산은 궁극적으로는 공동체 전체의 재산에 해당한다.

지 않고 있는 “파탄국가(failed states)”의 경우 19세기 이전이면 인접국가에 병합되었을 것이나 현대사회에서는 국제법상 여전히 국가로서의 승인이 유지되어 법주체성이 인정되는 것과[110] 일치한다. 또한 1972년 12월 체결된 ‘독일연방공화국과 독일민주공화국 간의 기본관계에 관한 독일연방공화국과 독일민주공화국 간의 조약(약칭, 동서독기본조약)’의 동의법률에 대한 위헌판결에서, 동서독을 포함한 ‘전체로서의 독일(Deutschland als Ganzes)’이 1945년 패전 후에도 계속 존속하고 있으며, 전승점령국에 의한 독일에서의 외국의 권력행사를 통하여도 소멸되지 않았고, 조직의 흠결, 특히 제도화된 기관이 없기 때문에 행위능력이 없을 뿐 과거처럼 현재도 권리능력을 가지고 있다고 한 독일연방헌법재판소의 판시[111] 역시 국가의 존속이 영토와 인민공동체의 유지에 달려있음을 뒷받침한다.

Ⅳ. 결

홉스는 사회계약론을 체계화하여 개인으로부터 국가가 형성되는 과정을 제시하였고, 이로써 인민은 국가형성의 주체이며, 국가권력의 정당성의 원천의 위치를 가지게 되었다. 로손과 로크에 이르러 인민은 비상시 최후의 권력자로서 국가권력이 작동하지 않는 상황에서 새로운 권력시스템을 만드는 주체로 다시 자리매김 되었고, 프랑스혁명과 미국의 독립전쟁을 거치면서 인민은 국가성립시 헌법제정권력을 가진 직접적인 행위자로서의 지위를 가지게 되었다. 인민들에 의한 헌법의 제정과 정부의 설립과정을 통하여 영토와 국민 그리고 정부 또는 국가권력의 3요소로 이루어진 국가가 형성된다. 인민은 국가성립 이전 이미 존재하고 있어야 하며, 국가라는 정치공동체를 형성할 목적으로 모여 하나의 공동체를 이룬다. 인민공동체에는 동일한 목적에 대한 합의와 의사소통체계 및 의사결정방법에 대한 일정 수준의 동의가 존재하는 면에서 인민은 단순한 다중과는 구별되며, 국가형성의 목적을 위한 공동체라는 점에서 언어, 종족, 문화적 요소를 개념요소로 하는 민족과는 구별된다. 이러한 공동체가 공동체의 존속과 유지, 구성원의 행복이라는 목표를 실현할 임무를 수행하기 위해 정부를 구성하고 국가를 수립한다. 공동체와 정부의 관계를 민사에서의 신탁관계를 들어 설명하면 국가기관의 信認의무를 인정할 수 있고, 국

110) 정인섭, *op. cit.*, pp. 135-136.
111) BVerfGE 36, 1.

가를 법인으로 보고 공무원을 그 기관으로 보면 같은 법적 효과를 얻을 수 있다. 넓은 의미에서 보면 국가는 영토의 바탕 위에 인민 또는 국민의 공동체와 법인인 국가, 즉 정부로 구성된다. 대내적인 관계에서 보면 정부는 공동체의 존속과 유지, 구성원의 행복을 목표로 하고, 이를 실현하는 것을 임무로 하여 구성된 법인으로서 필요한 범위에서 독자적인 권리・의무의 주체가 된다. 대외적으로도 정부는 인민공동체 전체를 위하여 대외적인 법률관계를 맺을 권한을 수권 받는다. 영토가 확실히 획정되어 있고 이를 터전으로 살고 있는 인민들이 공동체를 이루고 살고 있는 한 이들은 자신들의 운명을 독자적으로 결정하고 실현할 수 있어야 한다. 일시적으로 정부가 해체된다 하여도 인민공동체가 존속하는 한 국가는 소멸하지 않으며 연속성이 유지된다. 언제든지 인민공동체는 헌법제정권력을 행사하여 어떤 형태의 정부든 구성할 수 있고, 다시 공동체로서의 국가를 완성할 수 있다. 그러한 점에서 공동체로서의 국가의 3요소인 영토와 국민 그리고 정부 중 핵심적인 것은 국민과 영토이다.

공동체로서의 국가와 정부를 구별하고 국가수립의 주체인 인민의 공동체를 인정하며, 공동체와 정부의 법적 관계를 신탁이나 법인관계로 보는 위와 같은 설명은 다음과 같이 정리할 수 있다. 우선 국가의 수립과정은 다음과 같다.

개인
↓
다중 : 단순한 개인들의 집합
↓→ 공동체수립의 합의(목적, 의사결정방법)
인민(공동체) : 주권자(대내적 헌법제정권력의 보유, 대외적인 독립과 불간섭)
↓→ 헌법제정(신탁 또는 법인의 설립)
국가수립 : 정부의 구성, 인민은 국민의 지위로 변화

이러한 과정을 거쳐 수립된 공동체로서의 국가는 다음과 같은 그림으로 정리된다.

공동체로서의 국가

정부: 공권력 주체, 좁은 의미의 국가
↑ → 신탁 또는 법인설립
인민(공동체)

국가형성과정에 대한 위의 이론에 따라 현행 헌법규정과 제도들을 여러 가지 측면에서 해석해볼 수 있다. 우선 몇 가지 예를 들어보면, 헌법제정의 한계를 설명할 수 있다. 기본적으로 인민공동체는 헌법제정을 통하여 모든 형태의 정치체제를 채택할 수 있고, 수립된 국가 내에서의 인민의 법적 지위와 관련하여 기본권의 목록을 정할 수 있다. 그러나 인민이 헌법제정을 통하여 정부를 구성하는 것은 공동체의 존속과 유지, 구성원의 행복추구를 위한 것이므로 그러한 목적의 제약을 피할 수는 없다. 만약 그러한 제한마저 받지 않는다면 극단적으로 공동체가 그 자체의 해체를 위해 헌법을 제정하고 국가를 수립한다는 모순적인 상황도 가능한데 이것은 허용될 수 없다.

같은 맥락에서 인민은 국가의 본체로서 최종적인 의사결정권자이며, 정부는 일정한 목적을 위해 권한이 부여되고 그에 따라 업무를 수행하는 법인이다. 인민의 권력은 총체적이고 완전한 것이라면 정부의 권한은 그로부터 파생되는 제한적인 것이다. 따라서 헌법제정시 인민공동체의 모든 의사결정권을 정부에게 넘겨버리는 것은 허용될 수 없다. 적어도 공동체 전체의 운명에 대한 최종적이고 최후의 의사결정이 필요한 사항을 제한적인 권한을 가진 대표자들이 정할 수는 없다. 예를 들면 헌법개정과 같은 사항에 대하여는 반드시 인민들이 의사결정을 할 수 있도록 정부와 인민공동체 간에 권한이 배분되어야 한다. 그러한 점에서 헌법 제72조의 대통령의 국민투표 부의 조항은 국가의 의사결정에 대한 권한을 배분하고 있는 규정으로 볼 수 있다. 위 조항은 대통령의 재량에 의한 국민투표 부의와 함께 해당 사안이 공동체 전체의 운명을 좌우하는 등 국민전체의 의사에 따라 결정해야 할 사항으로서 대통령의 재량이 인정되지 않는 경우도 함께 규정하고 있는 것으로 해석하여야 한다.

또한 위의 이론에 의하면 헌법제정 이전의 우리의 상황, 나아가 일제강점기 우리 국가의 존속과 지위에 대한 새로운 설명이 가능해진다. 만약 대한제국기 이후에도 대한인민들 사이에 계속하여 자체적인 국가수립의 목적에 대한 합의가 존재하였고, 식민지정부의 권력기관이 관여된 것 이외에 자생적인 의사소통수단과 의사결정을 위한 자체적인 질서가 형성될 수 있었다면 상층의 정부가 일제에 의하여 운영되었다 하더라도 그것은 일시적인 사고에 불과하고 대한의 국가는 계속하여 존재하고 있었다고 할 수 있다. 대한민국임시정부의 성립 이후의 상황 역시 국가로서의 대한이 존재하며 다만 권리능력이 인정되나 정부가 해외의 망명임시정부의 형태로 존재하였다는 점에서 제한된 행위능력만이 가지고 있었던 것으로 보는 것

이 가능해진다. 다만 이러한 주장이 근거를 가지려면 시간적으로 대한제국기와 일제시대를 아우르는 공동체의 존재에 대한 역사적, 사실적 연구가 이루어져야 하며, 해방이후 일제가 물러나고 미군이 점령하기 이전의 권력진공기의 상황에 대한 면밀한 분석 역시 중요하다. 이들 시기의 한반도 상황에 대한 사실적인 확인과 분석에 따라 국가의 존속여부가 결정될 수 있기 때문이다.

이러한 국가존속에 대한 관점은 남북분단의 상황에 대한 설명과 헌법 제4조 통일규정에 대한 해석에도 적용될 수 있다. 만약 분단 이후 60년이 넘는 시간이 지난 현재의 상태에서 여전히 남북인민들이 하나의 공동체를 형성하고 있다면 통일은 존속하는 국가의 정상화에 해당할 것이나, 만약 남북인민들이 현재로서는 단일한 국가수립의 목표를 공유하는 공동체를 형성하고 있지 않다면 통일은 서로 다른 국가들의 결합에 해당할 것이다. 그러한 점에서 헌법 제4조는 남북인민들이 하나의 공동체를 이루고 있음을 전제로 하고 있는 것이며, 남북한의 관계를 국가 간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계(남북기본합의서 전문, 남북관계 발전에 관한 법률 제3조)로 보는 것은 그러한 기본적인 헌법의 전제와 일치하는 것이라 할 수 있다.

투고일 2014. 11. 2 **심사완료일** 2014. 11. 24 **게재확정일** 2014. 11. 28

참고문헌

강정인 등 엮음, **서양근대정치사상사**(책세상, 2007).

게오르크 옐리네크, 김효전 옮김, **일반국가학**(법문사, 2005).

권영성, **헌법학원론**(법문사, 2010).

김주영, "현행헌법상의 '국가'개념에 관한 고찰", **숭실대학교 법학논총**, 제20집 (2008. 8).

김철수, **학설판례 헌법학**(상)(박영사, 2009).

마르틴 크릴레, 국순옥 옮김, **헌법학입문**(종로서적, 1983).

볼프강 몸젠, "편집자 서론", 막스 베버, 박성환 옮김, **경제와 사회 - 공동체들**(나남, 2009).

성낙인, **헌법학**(법문사, 2012).

송옥렬, **상법강의**(홍문사, 2012).

아리스토텔레스, 천병희 옮김, **정치학**(도서출판 숲, 2009).

알버트 다이시, 안경환・김종철 공역, **헌법학입문**(경세원, 1993).

이계수, "규범과 행위", **공법연구**, 제29집 제1호(2000).

이승우, **국가론**(도서출판 두남, 2010).

이연갑, **신탁법상 수익자 보호의 법리**(경인문화사, 2014).

장 자크 루소, 이환 옮김, **사회계약론**(서울대학교 출판부, 1999).

정인섭, **新국제법강의**(박영사, 2012).

정일영, 푸펜도르프의 자연법적 국가론 – De Officio를 중심으로, 석사학위논문, 서울대학교(2013. 2).

정종섭, **헌법학원론**(박영사, 2014).

조지 세이빈・토머스 솔슨, 성유보・차남희 옮김, **정치사상사** 2(한길사, 2005).

존 로크, 강정인・문지영 옮김, **통치론**(도서출판 까치, 1996).

토머스 홉스, 진석용 옮김, **리바이어던**(나남, 2008).

E. J. 시에예스, 박인수 옮김, **제3신분이란 무엇인가**(책세상, 2003).

E. J. 홉스봄, **1780년 이후의 민족과 민족주의**(창비, 2005).

F. W. Maitland, 현병철・최현태 역, **신탁과 법인의 역사**(세창출판사, 2007).

Austin, John, *Lectures on Jurisprudence,* Vol. 1 (John Murry, 1869).

Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England* (University of Chicago

Press, 1979), Vol. 1.

Canovan, Margaret, *The People* (Polity Press, 2005).

Condren, Conal, *George Lawson's Politica and the English Revolution* (Cambridge University Press, 2002).

Criddel, Evan J., "Fiduciary Administration: Rethinking Popular Representation in Agency Rulemaking", *Texas Law Review,* Vol. 88, No. 3 (2010).

_____, "Fiduciary Foundations of Administrative Law", *UCLA Law Review* (2006), Vol. 51.

Enlow, Eric, "The Corporate Conception of the State and the Origins of Limited Constitutional Government", *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 6 (2001).

Favoreu, Louis et al., *Droit Constitutionnel* (Dalloz, 2008).

Finn, Paul, "Public Trust and Public Accountability", *Griffin Law Review*, Vol. 3, No. 2 (1994).

Forsyth, M., "Thomas Hobbes and the Constituent Power of the People", in Preston King (eds.), *Thomas Hobbes: Critical Assessments* (Routledge, 1993), Vol. III.

Fox-Decent, Evan, *Sovereignty's Promise-The State as Fiduciary* (Oxford University Press, 2011).

Franklin, Julian H., *John Locke and The Theory of Sovereignty* (Cambridge University Press, 1981).

Gough, J. W., "Political Trustship", in *John Locke's Political Philosophy* (Oxford University Press, 1973).

Grimm, Dieter, "Dose Europe Need a Constitution?", *European Law Journal*, Vol. I, No. 3 (1993).

Habermas, Jürgen, "Why Europe Needs A Constitution?", *New Left Review,* Vol. II (2001).

Hamilton, Alexander, John Jay and James Madison, *The Federalist* (Liberty Fund, 2001).

Hobbes, *Leviathan* reprinted from the edition of 1651 (Clarendon Press, 1965).

Jayawickrama, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law* (Cambridge University Press, 2002).

Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy* (Oxford University Press, 2002).

Lawson, Geroge, Conal Condren (eds.), *Politica Sacra et Civilis* (Cambridge University Press, 2006).

Leib, Ethan J., David L. Ponet & Michael Serota, "A Fiduciary Theory of Judging", *California Law Review*, Vol. 101 (2013).

_____, "Translating Fiduciary Principles into Public Law", *Harvard Law Forum,* Vol. 126 (2013).

Locke, John, Peter Laslett (eds.), *Two Treatises of Government* (Cambridge University Press, 2002).

Maclean, A. H., "Geroge Lawson and John Locke", in Richard Ashcraft (eds.), *John Locke: Critical Assessments* (Routledge, 1991), Vol. I.

Maitland, F. W., "The Crown as Corporation", *The Law Quarterly Reveiw*, No. 74 (1901).

McLean, I., "The Social Contract in Leviathan and the Prisoner's Dilemma Supergame", in Preston King (eds.), *Thomas Hobbes: Critical Assessments* (Routledge, 1993), Vol. III.

Meisels, Tamar, *Territorial Rights* (Springer, 2005).

Miller, Geoffrey P., "The Corporate Law Background of the Necessary and Proper Clause", *The George Washington Law Review*, Vol. 79 (2010).

Morgan, Edmund S., *Inventing the People* (Norton, 1989).

Natelson, Robert G., "The Constitution and the Public Trust", *Buffalo Law Review*, Vol. 52 (2004).

Polsby, Nelson W., "Community", *International Encyclopedia of Social Sciences,* Vol. 3 (Macmillan and Free Press, 1974).

Ponet, David L. & Ethan J. Leib, "Fiduciary Law's Lesson for Deliberative Democracy", *Boston University Law Review,* Vol. 91 (2011).

Pufendorf, Samuel, Andrew Tooke (trans.), *The Whole Duty of Man According to the Law of Nature* (Liberty fund, 2003).

Rave, D. Theodore, "Politician as Fiduciaries", *Harvard Law Review*, Vol. 126, No. 3 (2013).

Rawls, John, *Justice as Fairness* (Harvard University Press, 2001).

Raz, Joseph, *The Morality of Freedom* (Oxford University Press, 1986).

Sieyès, Emmanuel Joseph, *Qu'est'-ce que le Tiers état?* (Boucher, 2002).

_____, "What is the Third Estate?" in Sonensher (eds. & tans.), *Political Writings* (Hackett, 2003).

The Charge against the King (January 20, 1649) in Samuel Rawson Gardiner (eds.), *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660* (Oxford at the Clarendon Press, 1899).

Tierney, Brian, *Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650* (Cambridge University Press, 1982).

Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic 1776-1787* (The University of North Carolina Press, 1998).

Yack, Bernard, "Popular Sovereignty and Nationalism", *Political Theory*, Vol. 29, No. 4 (2001).

<Abstract>

State as Community and Government

Chon, Jong-Ik*

A state is established by the people who make the constitution and institute the government. The people should exist earlier and form a community the aim of which is to make a state. The people are different from mere multitute in that there is the common consent about the aim of community and the communication system among the members of the community. The people are also different from the nation in that the people are a community made for the aim of establishment of state but the nation's essential parts are common language, ethnic and cultural characters. The purpose of the community to establish the government is to ensure the happiness of the members and the continuation of the community. The legal relation between the community and the government is explained in the 'trust' or 'corporation'. In the both cases, the government organ must have the fiduciary duties. Usually, it is said that the state consists of people, territory and government. But without government, the state continues to exist if the people forms a community in the defined territory.

Keywords: state, community, government, trust, corporation

* Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.