

## 토마스 홉스의 국가철학에서 법의 목적\*

박 성 호\*\*

### 【목 차】

- |                            |                      |
|----------------------------|----------------------|
| I. 들어가는 말                  | III. 법의 사유화와 법치주의 위기 |
| II. 권력과 법의 목적은 누구를 위한 것인가? | 1. 입법권력 행사의 불법성      |
| 1. 무질서와 혼란들                | 2. 형벌권력 남용과 합법적 폭력   |
| 2. 국가와 권력의 한계              | 3. 권력의 제한과 한계        |
| 3. 공동체와 권력                 | IV. 결 론              |
| 4. 법치주의의 목적과 한계            |                      |

### 【국 문 요 약】

토마스 홉스(Thomas Hobbes)는 개인들의 자유, 생명, 안전을 위해 주권의 일부를 ‘리바이어던(Leviathan)’에게 양도 한 것이라고 한다. 개인들이 주권 일부를 ‘리바이어던’에게 양도한 것은 개인들의 자유, 생명, 안전이 보장되고 보호될 것이라는 신뢰를 바탕으로 한 것이다, 따라서 리바이어던의 권력은 양도자인 개인들을 위한 것이고 개인들을 위해 행사가 되어야만 한다. 이점에서 토마스 홉스는 절대권력자 ‘리바이어던’의 권력과 법에 개인들이 복종할 것을 강조한 것이다. 그런데 ‘리바이어던’이 개인들로부터 양도받은 권력의 목적을 벗어나 자신을 위해

\* 부족한 글에 엄격한 심사를 해 주신 익명의 심사위원분들께 진심으로 감사드립니다. 또한 리바이어던 형법 논문을 통해 토마스 홉스를 공부할 계기를 주신 성균관대학교 김성돈 교수님께 감사드립니다.

\*\* 인하대학교 대학원 박사과정

권력을 행사하는 경우에도 개인들의 ‘리바이어던’에 대한 복종의무가 인정될 것인가? 토마스 홉스는 개인들의 자유, 생명, 안전에 대한 권리는 누구에도 양도할 수 없고 이에 대한 침해에 대해 개인들은 저항과 투쟁을 할 수 있다고 하였다.

토마스 홉스가 ‘리바이어던’의 권력과 법에 개인들이 복종할 것을 강조한 것은 ‘리바이어던’의 권력이 주권의 양도자인 개인들을 위한 것이어야 한다는 점을 강조한 것이라고 할 수 있다. 따라서 ‘리바이어던’의 권력은 ① 전체 구성원을 위한 것이어야 하고(권력 행사의 목적) ② 주권 양도자를 위한 것이라는 일정한 한계와 범위 내에서만 인정되어야 하며 (권력 행사의 한계) ③ 권력 행사를 위한 근거로서 법이 존재(권력 행사의 근거로서 법)해야만 한다. 토마스 홉스의 주장은 권력의 행사가 법에 근거할 것을 요구하고 있는 점에서 ‘법치주의’라고 할 수 있을 것이다. 토마스 홉스가 법치주의를 말한 것이라면 토마스 홉스의 법치주의에서 ‘법’은 ‘리바이어던’을 위한 것이 아니라 개인들을 위한 목적을 가져야 함은 분명하다. 따라서 권력자의 권력은 주권의 일부를 양도한 개인들을 위해 행사되는 경우에 한하여 권력 행사의 정당성이 인정할 수 있을 것이다.

## I. 들어가는 말

공동체의 법과 제도에 의한 질서는 과거로부터 계속되었던 현재에 대해 새로운 변화를 주는 것이고 미래를 향하기 위한 것이라고 할 수 있다 1). 따라서 법과 제도는 과거의 무질서한 혼란을 제거하고 미래로 향하기 위한 질서 유지를 위해 필요하다고 할 수 있다 2). 그런데 개인들은 무질서에 대해 혼란을 제거하고 질서의 유지를 원하는 것일까? 필자는 이 같은 의문에 대한 답을 찾지 못하였고 현재도 분명한 답을 얻지 못하고 있다. 하지만 무질서 즉 혼란한 상황으로부터 질서 유지로의 변화는 자연적인 것이 아니라 개인 또는 집단에 의해 인위적으로 형성된다는 점은 분명해 보인다. 더욱이 무질서와 혼란을 질서로 변화시키는 밑바탕은 법

1) 윤재왕, “개인주의적 절대주의-토마스 홉스의 국가철학과 법철학에 관하여-”, 원광법학 제 28권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2012, 8면.

2) 송기춘, “국가의 기본권 보장 의무에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1999, 2, 1면.

과 제도에 의한 것이라는 점이다. 법과 제도는 권력자 개인이나 권력 집단에 의해 운영되는 것 또한 주지의 사실이다.

권력은 무질서와 혼란을 제거하고 법과 제도에 의해 강제력을 행사하여 공동체를 운영하기 위한 것이다. 그런데 권력은 누구에 의해서 형성된 것이고, 무엇 때문에 필요한 것이며, 사회 구성원들이 권력에 복종하는 이유나 근거는 과연 무엇인가? 또한 권력의 목적은 사회 질서 유지를 위한 것인지, 사회 구성원들의 이익을 위해서도 강제력을 행사할 수 있는 것인지는 항상 의문이다. 만약 사회 권력이 존재하지 않거나 권력의 강제력이 인정되지 않는다면 무질서한 사회가 되고 말 것인가? 마지막으로 사회 질서 유지는 구성원들의 이익을 위한 것인가 아니면 권력을 위한 것인가? 언제나 항상 고민되는 주제들이다. 즉 권력의 주체와 목적은 무엇이고 권력은 어떻게 형성되고 사용되어야 하는 것인가 하는 점이다.

법치주의는 권력자의 자의에 의한 국가 형벌권의 확장과 행사로부터 시민의 자유와 권리를 보호하고 보장<sup>3)</sup>하며 구성원들의 이익<sup>4)</sup>을 위해 법에 근거하여 권력이 행사될 것을 요구하고 있다.<sup>5)</sup> 여기서 개인들의 자유와 권리의 보장이라고 함은 권력의 형벌권 행사 등 권력 행사를 제한하여 개인들의 자유와 권리가 확장될 수 있음을 의미하는 것<sup>6)</sup>이고, 개인들의 자유와 권리의 보호라고 함은 권력의 행사에 의해 공동체 질서가 유지됨으로써 개인들의 자유와 권리의 행사 등이 가능하고 인간의 존엄과 가치가 유지됨을 의미한다<sup>7)</sup>. 그런데 권력자의 권력의 행사는 절대 권력

3) 문영식, “법의 양면성-형법과 자유, 본질과 현상”, 본질과 현상 제19호, 본질과 현상사, 2010, 111면; 이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2011, 9면; 임웅, 형법총론(개정증보판), 법문사, 2007, 17면.

4) 前田雅英, 刑法總論講義[第4版], 東京大學出版會, 2006, 62面.

5) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 755면; 박성호, “법의 정당성에 관한 연구”, 중앙법학 제22집 제4호, 중앙법학회, 2020. 12. 199면; 임종훈, “한국사회에서의 법치주의에 대한 재조명”, 홍익법학 제9권 제3호, 홍익대학교, 2008, 93면.

6) 김성돈, 형법총론(제5판), 성균관대학교출판부, 2018, 45면-46면; 김일수·서보학, 새로운 형법총론(제11판), 박영사, 2008, 30면~31면; 박성호, “권력에 의한 국가 폭력에 관하여”, 고려법학 제108호, 고려대학교 법학연구원, 2023. 3, 8면.

7) 김성돈, 위의 책, 42면-45면; 김일수·서보학, 앞의 책, 30면; 이재상·장영민·강동범, 형법총론 제10판, 박영사, 2020, 7면~9면.

자의 주관적 자의에 의한 것이 아니라, 구성원들로부터 보편성을 인정받거나 승인될 수 있는 법<sup>8)</sup>에 근거한 경우에 한하여 그 정당성을 인정받을 수 있을 것이다. 따라서 권력 행사의 정당성은 권력을 위한 목적의 법에 근거한 것이 아니라, 국가 구성원 개인들을 위한 목적의 법에 근거하여 행사될 때 그 정당성<sup>9)</sup>을 인정받을 수 있을 것이다.

법치주의가 확립되기 이전 공동체의 법과 제도는 절대권력자의 주관적 의지에 의해 결정되었다. 공동체의 법과 제도가 권력자의 주관적 의지에 의해 결정되고 행사된다는 것은 전단적 권력<sup>10)</sup>에 해당할 뿐이다. 따라서 법에 근거한 권력의 행사라고 할지라도 그것은 권력자와 권력자 주변의 목적을 위한 것일 뿐 공동체 구성원들을 위한 목적이 아니다. 그런데 전단적 권력 행사는 과거만의 사실이 아니라 20세기 현대사에서도 경험하였던 역사적 사실들이다.<sup>11)12)</sup> 20세기 초 신흥 권력 집단의 특징은 군사 정변 등에 의한 권력으로, 그 정당성을 인정받기 어렵다는 점이었다<sup>13)</sup>. 또한 그들 권력은 권력자와 권력집단의 권력 연장과 유지의 목적으로 권력의 대부분을 이용하였다. 그 과정에서 권력집단은 법과 제도를 자신들의 권력 연장 목적을 위한 수단으로 도구화하였던 것이다<sup>14)</sup>. 하지만 권력의 정당성은 공동체 구성원들로부터 보편성을 인정받을 수 있는 법과 절차에 근거한 경우<sup>15)</sup>만이 인정받을 수 있다. 따라서 권력 행사의 정당성은 절대권력자의 주관적 의지에 의한 것이 아니라, 구성원들로부터 보

8) J.Rawls 지음(황경식 옮김), 정의론, 이학사, 2013, 37면.

9) 김도균·최병조·최종고, 법치주의의 기초, 서울대학교출판부, 2008, 101면; 박성호, 앞의 논문(각주 5), 198면; 박성호, “입법권의 남용과 제한에 관한 연구”, 중앙법학 제24권 제2호, 2022. 6, 136면; 박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사(2007), 42면; 홍영기, “죄형법정주의의 근본적 의미”, 형사법연구 제24권, 한국형사법학회, 2005, 21면.

10) 유주성, “프랑스 형법의 죄형법정주의”, 법학논총 제31권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2014, 119면; 이기현, “죄형법정주의에 관한 판례 고찰”, 사회과학논총, 명지대학교 사회과학연구소, 1994, 135면.

11) 심재우, “권력자와 법치주의”, 동아법학 제21호, 동아대학교 법학연구소, 1996, 275면.

12) 법치주의는 법에 근거한 권력의 행사를 요구하고 있지만, 법이라는 형식에 의한 권력의 행사가 언제나 그 정당성이 인정될 수 없다.

13) 김윤태, 사회학의 발견, 새로운사람들, 2007, 323면.

14) 박성호, 앞의 논문(각주 5), 198면; 이재승, “대청성법학”, 민주법학 통권61호, 민주주의법학연구회, 2016, 7, 13면.

15) 박성호, 앞의 논문(각주 9), 143면; 박성호, 앞의 논문(각주 6), 9면; 홍영기, 앞의 논문(각주 9), 21면.

편성을 인정받거나 승인될 수 있는 법<sup>16)17)</sup>과 구성원 개인들을 위한 목적의 법에 근거한 경우에 한하여 인정될 수 있을 것이다.

본 논문은 필자가 토마스 홉스의 ‘리바이어던’을 연구하는 과정에서 ‘리바이어던’에 나타난 권력의 근거와 목적, 법(시민법)의 목적이 무엇인지, 법에 근거한 권력의 행사가 정당한 것인지 등에 대한 문제 중 법의 목적에 관한 것이다. 즉 ‘리바이어던’에 의한 법은 어떤 것이고 법의 목적은 무엇인지에 대해 탐구하고자 하는 것이다. 이에 본 논문은 제2장에서 토마스 홉스의 ‘리바이어던’에 나타난 개인들의 국가 구성에 따른 지위와 개인들의 국가 구성의 목적은 과연 무엇인지, 개인들이 인공적으로 구성한 국가의 권력과 법의 목적은 무엇인지를 살펴보고(II), 제3장에서 법이 권력을 위한 목적이 아니라는 점과 권력을 위한 목적의 법에 근거한 권력의 행사는 권력의 남용일 뿐이라는 점을 중심으로 논의를 이어가고자 한다(III). 필자가 논의한 바와 같이, 권력은 자연적인 것이 아니라 자연 상태 개인들 또는 국가를 포함한 공동체 구성원들에 의해 만들어진 인공적인 것이다. 따라서 권력이 인공적인 것이라면 권력은 권력을 만들거나 창조한 개인들 또는 구성원들의 의도와 목적을 가지고 있어야 하는 것은 분명한 사실이다.

## II. 권력과 법의 목적은 누구를 위한 것인가?

### 1. 무질서와 혼란들

공동체가 성립되기 이전의 자연 상태는 개인들의 자기보존의 욕구가 가장 우선적이고, 개인들의 주관적인 욕구 실현만이 그 목적 이었다<sup>18)</sup>. 따라서 공동체가 성립되지 않은 자연 상태는 법과 제도가 전혀 존재하지 않기 때문에 자기보존을 위한 욕구 충족을 목적으로 타인을 공격한다는

16) J.Rawls 지음(황경식 옮김), 앞의 책, 37면.

17) 본 논문은 법의 목적과 관련한 논문인바, 법의 보편성, 법의 승인 등에 대해서는 별도로 논의하지 않기로 한다. 따라서 본 논문에서 ‘법’은 공동체 사회에서 강제력을 가지는 법을 기준으로 논의를 이어간다.

18) 이송호, “토마스 홉스의 사회질서관에 관한 분석 평가”, 경찰학연구 제15권 제4호(통권 제44호), 경찰대학 경찰학연구 편집위원회, 148면.

것은 자연스러운 것이었다<sup>19)</sup>. 또한 법과 제도가 존재하지 않는 무법 상태라는 것은 개인들의 주관적 목적과 욕구 충족을 위해 타인을 공격하는 등 어떠한 행위를 한다고 하더라도 그것이 용인될 수 있다는 것을 의미한다. 결국 개인들은 타인의 주관적 목적에 의한 공격과 행위에 대해 언제나 방어를 해야만 하는 불안한 상황에 놓여 있는 것이다.

토마스 홉스는 자연상태에서 자기보존을 위한 무질서, 혼란과 항시적인 상호간의 투쟁의 상태를 ‘만인의 만인에 투쟁 상태’라고 말하였다<sup>20)</sup>. 항시적인 투쟁 상태라는 것은 개인들이 타인과 투쟁을 하지 않은 경우 결국 자신을 보존할 수 없다는 것과 무질서와 혼란으로 안정적이거나 평화롭지 못한 상태가 계속될 것이라는 점이다. 따라서 자연상태는 자기보존을 위한 욕구 충족이 최우선적이고 타인에 대한 배려, 양보, 합의 등은 전혀 존재하지 않고 상상하기도 어렵다. 또한 자연상태의 개인들은 타인과 항시적인 투쟁 상태<sup>21)</sup>에 있기 때문에 스스로가 스스로를 보존 할 수 있을 뿐 타인이나 누군가에 의해 보존되는 것이 어려운 상태일 수밖에 없다. 게다가 자기보존을 위한 주관적 욕구를 충족하는 자연상태의 개인들에게 타인과의 합의나 타인에 대한 인정은 자신의 자유, 권리에 대한 포기를 의미하기 때문에 전혀 인정될 수 없는 것이다.

그런데 자연상태를 벗어나 공동체를 구성하였다는 점만으로 개인들의 안전, 평화가 이루어진다고 볼 수는 없다. 즉 자연상태에서 개인들의 자기보존이 가장 중요하였다면 공동체에서는 자기보존 이외 타인으로부터 존중을 받거나 높은 평가를 받기를 바라는 주관적 명예욕<sup>22)</sup> 등의 또 다른 주관적 욕구에 의해 공동체 역시 무질서와 혼란이 계속될 수 있다는 것이다<sup>23)</sup>. 공동체 개인들의 주관적 욕구는 종교, 재산, 학문 등 다양한 방면과 분야에서 발생하는 것이어서 타인이 가지거나 의욕하고 있는 주

19) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.84.

20) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.84.

21) 토마스 홉스(진석용 역), 리바이어던 I, 나남, 2022. 12(7쇄), 170면-171면.

22) 우리가 서로 상대를 평가하는 가치 표명은 주관적인 관점에서 명예를 부여하거나 혹은 불명예를 부여하는 것으로 나타난다. 상대를 높게 평가하는 것은 그에게 ‘명예를 부여하는 것’이며, 낮게 평가하는 것은 그에게 ‘불명예를 부여하는 것’이다(토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 각주 5) 책, 124면).

23) 이송호, 앞의 논문, 148면.

관적 욕구와 충돌로 이어질 수 있을 것이다.

토마스 홉스가 1651년 ‘리바이어던’을 출간할 당시 유럽은 카톨릭과 기독교 간의 종교 전쟁, 국왕과 귀족, 귀족 간의 전쟁 등 계속되는 전쟁과 투쟁으로 살인, 방화, 절도, 강간 등 말로 표현하기 힘들 정도의 혼란과 무질서의 상황이었다<sup>24)</sup>. 아무런 관련이 없는 개인들은 전쟁으로 인한 기아, 질병, 범죄 등으로 비참한 생활을 해야만 하는 상황이었다. 종교, 신념 등에 의한 공동체 일부 개인과 집단의 주관적 명예욕은 공동체 전체를 혼란과 무질서, 공포의 도가니로 만들어 버린 것<sup>25)</sup>이다.

따라서 공동체의 무질서와 혼란의 원인은 개인과 집단의 주관적 욕구 충족을 위해 타인, 타집단을 희생의 대상으로 삼는 것에 비롯된 것이다. 다시 말해 개인과 집단은 주관적 욕구 충족을 목적으로 타인과 타집단에 대한 전쟁 등을 당연시하는 점이 공동체 무질서와 혼란의 원인이 된다는 의미이다. 이와 같은 상황에서 토마스 홉스는 자기보존과 명예욕에 의해 공동체에서 발생하는 무질서와 혼란을 자연상태 개인들의 투쟁과 같은 것으로 보았던 것이다<sup>26)</sup>.

공동체가 국가가 구성되었다고 하더라도 무질서와 혼란이 종식되고 공동체의 평화가 유지되는 것은 아니다. 오히려 공동체 내부에서 어떠한 이유로 발생하는 주관적 욕구의 충돌로 인한 전쟁과 투쟁의 상황은 공동체 전체를 파멸로 이끌 수 있다. 게다가 공동체에서 권력욕에 의한 투쟁과 전쟁으로 인한 피해와 폐해는 자연상태의 개인들 간의 투쟁과 전쟁의 경우에 비하여 말로 표현할 수 없을 정도로 크다<sup>27)</sup>. 따라서 자연상태를 벗어나 공동체가 구성되었다고

24) 이송호, 앞의 논문, 156면.

25) 현대에 있어서도 정치권력 집단 간의 투쟁은 권력있는 집단의 주관적 목적의 충족을 위해 다른 정치집단에 대한 공격을 한다는 점에서 자연상태와 같은 무질서와 혼란은 계속되고 있다고 할 수 있다.

26) 강유빈, “홉스의 법사상에 대한 현대적 이해”, 한양대학교 대학원 석사학위 논문, 한양대학교 대학원, 2017. 2. 1면; 이송호, 앞의 논문, 149면.

27) 세계1차 대전과 세계2차 대전은 권력집단의 권력욕구 충족을 위해 수천만명의 무고한 개인들이 희생당하게 하였던 20세기 최대의 흑역사라고 할 수 있다. 2번의 세계 대전으로 권력과 전혀 상관이 없는 개인들이 전쟁에 참여하거나 전쟁의 과정에서 희생을 당하도록 강요를 당하였던 점은 20세기 무질서와 혼란의 대표적인 경우에 해당한다고 할 수 있다. 또한 현재도 계속되고 있는 세계 곳곳의 전쟁은 종교적인 문제, 경제적인 문제 등에 의한 것이라는 점에서 주관적인 욕구를 위한 대표적인 현대적 투쟁의 한 단면을 보여주는 것이다.

하더라도 자연상태의 자기보존과는 또 다른 형태의 주관적 욕구 등은 공동체 전체를 파멸로 이끌고 혼란과 무질서로 이끌 것이라는 점은 분명하다<sup>28)</sup>.

## 2. 국가와 권력의 한계

토마스 홉스는 ‘리바이어던’에서 법과 제도가 존재하지 않는 자연 상태에서 개인들이 주관적 욕구 충족 등 자신의 목적을 위해 타인을 공격하는 것은 권리의 행사이기 때문에 정당하다고 하였다<sup>29)</sup>. 이것은 무질서한 자연 상태 각 개인들 스스로 권력의 주체 및 행사자가 되어 개인들의 주관적 목적만을 위해 권력을 행사할 수 있다는 것을 의미한다. 다시 말해서 자연 상태 개인들은 주관적 욕구 충족의 목적만을 위해 권력을 행사한다는 점에서 자연 상태 개인들이 행사하는 권력은 개인의 주관적 이익과 자신의 욕구 충족만을 위해 권력을 행사한다는 것이다. 따라서 자연 상태의 각 권력의 주체인 개인들은 주관적 목적의 실현을 위한 과정에서 타인과 항시적 투쟁을 이어갈 것<sup>30)</sup>인바, 이점에 대해 토마스 홉스는 ‘리바이어던’에서 ‘만인의 만인에 대한 투쟁 상태’<sup>31)</sup>라고 하였다. 그런데 자연 상태의 개인들은 자신의 주관적 욕구 충족을 위해 타인을 공격해야만 하는 상황에서 자신 역시 타인으로부터 공격을 받을 수 있다는 두려움과 공포가 항시적으로 존재할 수밖에 없는 불안한 상황<sup>32)</sup>이 계속된다. 결국 각 개인들은 항시적 공포와 두려움에서 벗어나 항구적 평화를 유지하기 위한 목적으로 타인과 합의에 이른 것이다<sup>33)</sup>. 즉 각 개인들은 자신의 자유, 생명, 안전, 평화의 욕구 충족을 위해 타인 권력을 인정하고 자신 권력의 일부를 포기하여 타인으로부터 자신의 나머지 권력을 인정받아 상호 존중함으로써 평화를 유하려는 합의에 이르게 된 것<sup>34)</sup>이다.

하지만 두려움과 공포의 대상인 타인과 합의를 통해 평화를 유지하는

28) 고봉진, “사회계약론의 역사적 의의”, 법과 정책 제20집 제1호, 제주대학교 법과 정책 연구소, 2014. 3. 30, 61면.

29) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.82~p.84.

30) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.84.

31) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.84..

32) 박성호, 앞의 논문(각주 9), 145면.

33) 박성호, 앞의 논문(각주 9), 145면.

34) 이송호, 앞의 논문, 150면.



것은 영구적일 수 없다. 자신 또는 타인이 합의를 이행하지 않거나 합의를 통해 포기했던 주관적 욕구 충족을 위해 개인들이 권력을 행사하는 경우 합의는 깨지고 자연 상태로 복귀하고 말 것이다. 토마스 홉스가 ‘리바이어던’의 절대 권력과 법에 복종하라고 한 것은 개인들 간의 합의 이행을 강제하여 평화를 유지하고자 하였다는 것이 필자의 생각이다.

토마스 홉스는 자연 상태 개인들이 필요에 의해 국가를 인위적으로 구성한 것<sup>35)</sup>이라고 한다<sup>36)</sup>. 토마스 홉스는 국가 공동체의 인공적 구성과 관련하여 자연 상태 개인들의 신의계약에 의한 점, 모든 사람에게 강제력을 행사할 수 있는 공동의 힘이 없다면 만인의 만인에 대한 전쟁상태의 파괴를 안전하게 막아 낼 수 없다는 점을 강조하고 있다. 따라서 토마스 홉스는 국가는 자연 상태 개인들 간의 신의 계약에 의해 구성되었고, 신의 계약의 목적은 국가 공동의 힘과 강제력에 의해 개인들의 자유, 평화, 안전이 유지될 수 있다는 목적을 가진다는 점을 강조한 것이다<sup>37)</sup>. 즉 강제력을 가진 공동의 힘이 존재하지 않는 경우 주관적 목적을 가진 자연 상태 개인들의 만인의 만인에 대한 전쟁 상태의 파괴는 계속될 것이기 때문에 강제력을 가진 공동의 힘에 의지할 수밖에 없다는 것이다<sup>38)</sup>. 이것은 자연 상태 개인들이 신의 계약에 따라 주권을 이양한 목적인바, 공동의 강제적 권력에 의해 개인들의 자유, 권리, 안전을 유지하기 위한 목적을 가지는 것이다<sup>39)</sup>. 따라서 개인들 간에 신의 계약을 맺고 공동의 강제력과 힘을 인공적으로 구성한 이상, 개인은 타인의 자유, 권리, 안전을 침해할 수 없다는 한계를 가진다는 점<sup>40)</sup>, 공동의 강제적 힘에 복종해야 한다는 것이다. 그렇지 않고, 개인들이 자신의 주관적 목적을 위해 신의 계약을 파괴하는 경우 자연 상태의 만인에 대한 만인의 전쟁상태와 파괴 상태는 계속될 수밖에 없는 것<sup>41)</sup>이다. 이것은 개인들이 신의

35) 유정갑, “토마스 홉스의 국가론과 평화사상”, 박사학위논문, 중앙대학교 대학원, 2003, 25면.

36) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.94~p.98.

37) 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 198면.

38) 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 199면.

39) 토마스 홉스(김용환 옮김), 법의 기초(자연과 정치), 아카넷, 2023, 7, 255면; 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 187면, 190면.

40) 베르너 마이호프(심재우·윤재왕 옮김), 법치국가와 인간의 존엄, 세창출판사, 2019, 35면.

41) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.98; 토마스 홉스(김용환 옮김), 앞의 책, 326면-328면; 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 235쪽 이하; Thomas Hobbes,

계약에 따라 타인의 자유, 권리, 안전 등을 침해하지 않음으로써 인간의 존엄이 유지<sup>42)</sup>될 수 있다는 주장인바, 결국 개인의 주관적 목적은 공동의 강제적 힘에 의해 만들어진 법에 복종할 의무가 인정될 수 있는 것이다<sup>43)</sup>.

위와 같은 점에서 토마스 홉스에 의하면, 국가는 자연적인 것이 아니라 인위적으로 구성된 인공의 가공물<sup>44)</sup>에 불과하다. 다시 말해 자연 상태의 각 개인들 스스로가 권력의 주체이었다고 한다면, 자연 상태 개인들의 필요에 의해 구성된 국가 내부의 권력은 국가라는 범위에서 존재한다는 점과 국가 내부에서만 행사될 수 있다는 점 등의 한계와 제한이 따르는 인공적인 것이라는 점이다. 게다가 자연상태 개인들 간의 합의에 의해 신의 계약을 맺기 이전에 공동의 강제적 힘은 존재하지 않았고, 국가 역시 존재하였다는 점에서, 국가가 성립된 이후 공동의 강제적 힘이 존재할 수 있었다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 국가가 존재하기 이전에 권력은 존재하기 어렵기 때문에 권력은 일정한 한계가 존재한다. 또한 개인들의 필요에 의해 국가를 구성한 것이라고 한다면, 국가 내부의 권력은 합의 당사자라고 할 수 있는 개인들의 이익과 목적에 따라야 한다.

### 3. 공동체와 권력

토마스 홉스는 ‘리바이어던’에서 개인들의 주권을 ‘리바이어던’의 절대 권력에 양도함으로써 ‘리바이어던’에게 절대적으로 복종할 것과 ‘리바이어던’의 입법에 의한 법<sup>45)</sup>에 절대적으로 복종할 것을 요구한다<sup>46)</sup>. 토마

---

*Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.115; 토마스 홉스는 개인들 간에 신의 계약을 맺은 이상, 이전에 다른 신의 계약을 맺은 사실이 있더라도 신의 계약에 배치된다면 무효이어서 복종의 의무가 없다고 한다.

42) 베르너 마이호프(심재우·윤재왕 옮김), 위의 책, 124면.

43) 토마스 홉스(김용환 옮김), 위의 책, 326면.

44) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.94~p.98; 유정갑, 위의 논문, 25면; 최천식, “토마스 홉스의 자연법 사상에 관한 연구”, 조선대학교 대학원 석사학위 논문, 조선대학교 대학원, 1989, 31면.

45) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.115~p.122; 토마스 홉스(김용환 옮김), 앞의 책, 326면 이하; 토마스 홉스는 ‘리바이어던’의 입법에 의해 시민법이 제정되고 시민법의 강제력만을 인정하면서, 시민법에 규정되지 않은 사항으로 개인들의 자유와 권리를 제한하거나 개인들을 처벌할 수 없다는 점을 강조한다(이송호, 앞의 논문, 154

스 홉스는 개인들로부터 주권을 양도받은 ‘리바이어던’만이 권력을 행사할 수 있고 입법을 할 수 있으며, ‘리바이어던’만의 권력과 입법권의 행사가 정당하기 때문에 복종할 것을 요구한다는 것으로 이해할 수 있을 것이다<sup>47)</sup>. 토마스 홉스는 공동체 전체 구성원들 개개인들의 의사와 목적에 의한 것이 아니라 공동의 힘과 강제력을 가진 권력자에 의해 공동체가 운영되는 경우 공동체의 자유, 평화, 안전 등이 유지될 수 있는 것으로 보았다고 볼 수 있을 것이다. 이것은 개인들의 의사에 의해 공동체가 운영되는 경우 개인들의 주관적 목적이 공동체 전체의 이익을 위한 목적에 보다 우선할 수 있다는 점에서 결국 자연 상태와 같은 투쟁의 혼란한 공동체가 될 것이라는 우려에 의한 것으로 판단할 수 있다. 또한 개인들이 주권의 일부를 양도하여 권력을 위임하였다라는 것은 권력집단의 행위에 대한 효력이 공동체 구성원인 개인들에게 미친다는 것이다. 개인들로부터 주권을 양도받은 권력자의 권력 행위가 곧 개인들의 행위로 인정될 수 있다는 것이어서 개인들의 복종할 의무를 강조한 것으로 볼 수 있다. 토마스 홉스는 개인들 간의 의견 충돌로 공동체가 무질서와 혼란의 상황이 지속되기보다는 절대적 권력을 가진 누군가에 의해 운영되도록 함으로써 공동체가 평화로울 수 있다고 판단한 것이다<sup>48)</sup>. 개인들이 주권을 절대 권력자에게 양도하는 목적은 절대권력을 통해 개인들의 자유, 생명 등 자기보존과 평화로운 상태를 위한 것이었다.

토마스 홉스는 공동체에서 구성원 개인들의 자유, 생명에 대한 안전을 보장하고 평화로운 공동체를 유지하기 위해 권력을 양도하였기 때문에 절대권력에 대한 절대적 복종을 요구한 것으로 볼 수 있다<sup>49)</sup>. 이는 공동체가 각 개인들의 주관적 욕구 실현을 위한 투쟁과 정쟁의 공간이라기보다는 개인들의 자유, 생명이 보장되고 평화로운 공간이 되기를 염원한

---

면). 이 같은 토마스 홉스의 시민법에 대한 주장은 죄형법정주의 ‘법률없으면 범죄없다’는 원칙의 근간이 되었을 뿐 아니라 개인들의 인권과 신체의 자유와 관련한 기본권의 근간이 되었다고 할 수 있다.

46) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.175 이하; 시민법이란, 내가 이해하는 바로는, 인간이 코먼웰스 -어느 특정한 코먼웰스가 아니라 일반법(a com-monwaelth)-의 구성원이기 때문에 반드시 지켜져야 하는 법률이다(토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 347면).

47) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.115.

48) 강유빈, 앞의 논문, 27면.

49) 강유빈, 앞의 논문, 30면; 이송호, 앞의 논문, 152면.

것에서 비롯된 것으로 볼 수 있다<sup>50)</sup>. 또한 토마스 홉스는 절대자 ‘리바이어던’이 현재의 혼란과 무질서를 해결주기를 바라는 희망을 가지고 있었다.

그런데 개인들이 안전과 평화를 위해 주권을 절대권력에 양도하는 것에 동의하였음에도 불구하고, 개인들의 권리나 자기보존을 위한 행위를 계속한다면 공동체를 무질서와 혼란 상태로 되돌아 갈 것<sup>51)</sup>이다. 개인들이 주권을 절대권력자에게 양도한 이상, 개인들 스스로 주관적 욕구 충족을 위한 행위를 절제하고 절대권력자에게 절대적으로 복종하는 것은 반드시 필요하다. 이것은 개인들이 투쟁 상태를 종식하고 평화를 추구함은 물론, 자연상태의 자기보존을 위한 권리를 포기하고 타인과 합의에 의해 절대권력자에게 주권을 양도하는 것에 동의한 이상 절대권력자에 대한 복종 의무가 반드시 있다는 것이다<sup>52)</sup>. 따라서 ‘리바이어던’의 절대권력과 법에 대한 복종의 의무는 공동체 전체의 평화를 위한 범위에 한정되는 것이다.

#### 4. 법치주의의 목적과 한계

법치주의는 입법, 사법, 행정을 포함한 모든 국가 기관의 권력 작용이 입법부가 제정한 법에 근거할 것<sup>53)</sup>을 요구한다. 그런데 권력의 행사가 법에 근거할 것을 요구하는 법치주의의 목적은 권력을 제한하고 권력 행사의 한계를 위한 목적만을 가진 것은 아니라는 점이다. 법치주의에 의

50) 이송호, 앞의 논문, 150면.

51) 고봉진, 앞의 논문, 61면.

52) 권리의 포기는 두가지 방식 중 하나로 이루어 질 수 있을 것이다. 하나는 권리를 폐기하는 것이고, 또 하는 권리를 다른 사람에게 양도하는 것이다. 폐기는 결과적으로 누구에게 이익이 되느냐와 상관없이 ‘일방적으로’ 자기의 권리를 버리는 것을 말한다. 양도는 어느 특정인(들)에게 이익이 될 것을 염두에 두고 자기의 권리를 버리는 것을 말한다. 그 두가지 중 어느 방식으로 권리를 포기하고, 그로부터 이익을 얻을 사람의 권리행사를 방해하지 않을 의무를 가지거나, 혹은 방해하지 않도록 속박된다. 그는 (권리를 포기한) 자신의 자발적 행동을 무효화하지 ‘말아야 한다’. 그것이 바로 책무이다(토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 179면).

53) 권영성, 앞의 책, 755면; 박균성, 앞의 책, 19면; 박성호, “제주 4.3항쟁과 국가 폭력에 대하여-계엄선포와 형벌권 행사의 불법성을 중심으로-”, 고려법학 제111호, 고려대학교 법학연구원, 2023, 12, 29면; 임종훈, 앞의 논문, 93면.

한 개인의 자유, 권리, 안전의 보장과 보호 목적은 개인의 자기 의사결정권이 타인의 권리 침해로 나타나는 경우 권력은 타인의 권리 침해 행위를 보호하여 자유의 남용을 방지할 의무로 전환 될 수도 있다. 따라서 법치국가에서 의한 권력의 의무는 개인과 타인의 자유의 보호를 위한 의무, 타인의 개인에 대한 자유, 권리 침해의 보호로 전환될 수 있다는 것이다<sup>54)</sup>.

토마스 홉스의 자연 상태는 개인의 주관적 목적에 의해 타인에 대한 권리와 자유의 침해가 가능한 무법의 상태 이었고, 타인의 권리가 침해가 오히려 정당한 권리의 행사이었다는 점에서 만인의 만인에 대한 투쟁 상태이었던 것이다<sup>55)</sup>. 하지만 개인들 간의 신의 계약에 의해 공동의 강제력과 힘을 가진 권력자에 의해 입법, 사법, 행정의 지배되어 공동체의 자유, 권리, 평화가 유지된다는 것은 개인들의 인간으로서의 존엄과 가치가 유지될 수 있다는 것을 의미할 수 있게 되었다. 따라서 개인들은 공동의 힘과 강제력을 가진 권력자의 입법권에 의해 성립된 시민법에 복종할 의무가 있게 되었는데, 이것은 개인들의 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 보호받으며 보장되기 위한 목 것에 의한 것이다<sup>56)</sup>. 권력의 행사가 법에 근거할 것을 요구하는 법치주의에 대해 토마스 홉스는 ‘그의 정의로운 행동은 시민법에 달려 있고, 그 시민법에 따라 처벌이 이루어져야 하며, 만일 그렇지 않다면 처벌의 근원인 「시민법」에 따라 자연상태에서 처벌하는 것은 부당한 것이 되고 만다<sup>57)</sup>’라고 하면서 법에 근거한 형벌권의 행사에 한하여 그 정당성이 인정될 수 있는 것이고 그렇지 않은 경우 정당하지 못하다고 하였다<sup>58)</sup>. 토마스 홉스의 법치주의 또는 형벌권 행사와 관련한 죄형법정주의의 견해에 의하더라도, 권력의 행사가 법에 근거해야 한다는 것은 주지의 사실임은 분명하다.

위와 같은 점에 의한다면, 권력의 행사가 법에 근거할 것을 요구하는 법치주의의 실질적인 목적은 자연상태의 개인들과 달리 개인들의 인간으

54) 베르너 마이호프(심재우·윤재왕 옮김), 앞의 책, 91면.

55) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.84; 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 170면-171면; 토마스 홉스(김용환 옮김), 앞의 책, 352면.

56) 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 347면; 토마스 홉스(김용환 옮김), 앞의 책, 326면.

57) 토마스 홉스(김용환 옮김), 앞의 책, 213면-214면 인용.

58) 토마스 홉스(김용환 옮김), 앞의 책, 214면.

로서의 존엄과 가치를 위해 공동체가 구성된 이상 법치주의는 개인들의 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하기 위한 목적을 가지고 있는 것이다<sup>59)</sup>. 또한 권력의 행사가 법에 근거할 것을 요구함으로써 권력 행사의 한계를 설정하여 권력 행사에 의한 개인들의 인간으로서의 존엄과 가치가 침해되지 않도록 권력에 의무를 부과하고 있는 것이다. 따라서 법치주의의 실질적이고 진정한 목적은 개인들의 자유, 권리를 보호하고 보장할 의무를 부과함은 물론 권력에 의해 침해되지 않도록 의무를 부과하고 있다고 볼 수 있을 것이다. 결국 법치주의가 국가 기관의 모든 권력 행위에 대해 법적 근거를 요구한다는 것은 자의적이고, 주관적인 권력 행사를 제한하고 구성원들의 자유와 권리를 보호하고 보장하기 위한 의무를 부과하여 인간으로서의 존엄과 가치를 유지할 의무를 부과하고 있는 것이다.

법치주의는 프랑스 대혁명 이후 시민들의 자유와 권리를 보호하고 보장하기 위한 자유주의적 요청에 부합하기 위해 태동<sup>60)</sup>을 하였다. 따라서 법치주의는 권력자 개인 또는 권력집단 소수의 자의적이고 주관적인 목적의 전단적인 권력행사를 지양하고 제한함으로써 공동체 구성원들의 자유와 권리를 보호하고 보장하고자 하는 목적<sup>61)</sup>을 가지고 있다. 하지만 법에 근거한 권력 행위가 언제나 정당성이 인정된다는 것은 문제가 있다.

한나 아렌트는 전체주의의 기원에서 “한 사람이 아니라 복수의 사람들이 지구에 거주한다” 이것이 우리가 자유의 공동체를 가꾸어가면서 잊어서는 안되는 인간조건이며 자유의 전제조건이라고 하였다<sup>62)</sup>. 인간 공동체가 획일적인 것이 아니라 다원주의적인 성격을 가지는 것이어서 공동체 구성원들 상호간의 타협과 인정은 공동체 전체의 자유를 위한 조건이라는 점을 의미한다고 할 수 있을 것이다. 따라서 어떤 형태이건 공동체의 획일화를 추구한다는 것은 구성원들의 다양성을 인정하지 않고 구성원 개인을 쓸모가 없는 잉여적 존재 또는 도구화로 전락 시킬 뿐이다<sup>63)</sup>.

59) 베르너 마이호프(심재우·윤재왕 옮김), 앞의 책, 139면.

60) 박균성, 앞의 책, 19면.

61) 김비환, 민주주의와 법치주의, 박영사, 2016, 4면; 박성호, 앞의 논문(각주 9), 209면.

62) 한나 아렌트(이진우 박미애 옮김), 전체주의의 기원 1, 한길사, 2014, 제1판 6쇄, 28면.

63) 한나 아렌트(이진우 박미애 옮김), 위의 책, 27면-28면.

공동체 구성원들의 다원주의를 인정하지 않고 획일화 시키는 가장 대표적인 경우가 입법권에 의한 법이라는 점은 부정할 수 없는 사실이다. 법에 근거한 구성원 개인들을 권력을 위한 도구화로 전락 시키는 것은 법에 근거한 공동체 구성원 개인들을 획일화 시키고 그들의 자유를 부정하는 대표적인 경우에 해당한다. 이점에서 법에 근거한 권력의 행사라고 하더라도, 해당 법이 권력과 권력집단을 위한 목적만을 가진 것이라면, 법에 근거한 권력 행사의 정당성이 인정될 수 있기 보다는 공동체 구성원들의 자유와 다양성을 억압하는 도구로 전락할 수 있을 것이다.

20세기 현대사에서 형식적 법에 근거한 권력 행사로 인한 폐단과 문제가 있었던 것은 주지의 사실이다<sup>64)</sup><sup>65)</sup>. 20세기 초 신홍 권력 집단은 권력의 연장, 유지의 목적으로 법의 제정, 개정을 빈번히 하였던바, 이것은 공동체 전체를 위한 것이 아니라 권력 집단만을 위한 것이었다. 따라서 소수 권력집단이 권력의 연장과 유지를 목적으로 법을 이용하였을 뿐이어서 그것을 법치주의라고 할 수는 없다. 게다가 권력집단이 권력의 연장과 유지를 목적으로 법을 이용하였다는 점에서 법에 대해 부정적 인식이 만연해 있었던 것이다<sup>66)</sup>. 그 이면에는 권력집단들이 법을 자신들만의 이익을 위한 도구로 전락시킨 원인에 의한 것이라고 할 수 있다.

위 같은 점에서 권력집단의 법을 빙자한 행위는 법을 이용한 가해행위에 불과할 뿐이다. 권력집단의 법을 통한 가해행위의 특징은 ① 공동체 구성원들의 이익에서 괴리되어 권력 집단의 주관적 의지만을 위한 것이고(권력자의 주관적 의지) ② 권력 집단의 이익과 권력 유지를 위해 공동체 구성원들에 대한 대단위의 가해가 이루어져 왔다는 것(권력자의 법을 이용한 가해행위) ③ 그럼에도 불구하고 가해자를 특정하거나 가해자를 처벌하는 것이 매우 어렵다는 점(피해의 광범위성과 가해자의 특정에 대한 어려움)이다.

또한 권력 행사의 대부분이 법에 근거하는 합법성과 정당성을 가지고 있다는 점에서 법에 근거한 권력 행사가 공동체에 대한 가해행위인지 여

64) 임중훈, 앞의 논문, 93면.

65) 히틀러의 입법과 박정희의 유신헌법, 긴급조치는 법에 근거한 공동체 구성원들을 획일화 도구와 시키고 구성원들의 자유와 다양성을 억압한 대표적인 경우에 해당한다.

66) 임중훈, 앞의 논문, 93면.

부를 밝히거나 확인하는 것은 매우 어려운 것이 사실이다<sup>67)</sup>. 공동체 구성원 어느 누구도 납득할 수 없는 잔혹한 가해행위와 회복불능의 피해가 구성원들에게 초래되었는데도, 그것이 권력집단의 합법적인 행위로 치부되는 상황이다<sup>68)</sup>. 심지어 권력집단의 가해행위가 합법적인 행위로 인정되는 상황은 법치주의가 존재하는 것인지 여부에 대해 의문을 가지게 한다. 입법권의 행사에 있어서 공동체 구성원들을 위한 것이기 보다는 입법권력자 및 권력 집단 소수만을 위한 것은 권력자 자신들을 위한 것이라는 점에서 악법의 개정으로 치부 할 수밖에 없을 것이다. 이와 같이 권력 목적만을 가지는 법은 형식적 정당성은 인정될 수 있을지라도, 법 내용의 실질적 정당성은 인정될 수 없다는 점에서 권력 행사의 근거인 법으로 인정될 수 없다고 하는 것이 옳을 것이다.

### III. 법의 사유화와 법치주의 위기

#### 1. 입법권력 행사의 불법성

공동체 구성원들이 권력자 또는 권력 집단에 입법에 관한 권한을 위임한 것은 공동체의 질서를 유지하고 구성원들의 자유, 권리, 생명을 보장 받고 보호받기 위한 목적에 의한 것이다<sup>69)</sup>. 토마스 홉스는 절대 권력자에게 개인들의 자유, 생명, 안전, 평화를 위해 주권의 일부를 양도한 것이라고 하면서 개인들의 자유, 생명 등의 절대적 권리는 절대 양도될 수 없다고 한 점<sup>70)</sup>은 절대권력자의 권력 행사의 범위가 분명하게 제한되어야 함을 의미하고 있다. 토마스 홉스는 신의 계약과 관련하여 자기 방어의 권리를 포기하는 신의 계약이 폭력에 의해 이루어 졌다면 그것은 무효라고 하면서, 어느 누구도 죽음, 상해, 투옥으로부터 자신을 보호할 권리를 양도하거나 포기할 수 없다고 한다<sup>71)</sup>. 또한 자기보존 및 자기보호

67) 김성돈, “형법의 과제, 형법의 한계 그리고 리바이어던 형법”, 형사법연구 제28권 제4호, 한국형사법학회, 2016, 12, 7면.

68) 박성호, 앞의 논문(각주 9), 209면; 박성호, 앞의 논문(각주 53), 28면.

69) 박성호, 앞의 논문(각주 5), 209면.

70) 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 190면.

71) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.93.



의 목적으로 개인들이 주권을 절대 권력자에게 양도한 것이라는 점에서 폭력에 대한 저항을 포기하겠다는 목적의 신의 계약은 무효로서 어떤 주권의 양도도 인정될 수 없다고 한다<sup>72)</sup>.

토마스 홉스는 개인들이 절대 권력자에게 주권을 양도한 목적은 자기 보존 및 자기보호를 목적으로 하는 것이기 때문에, 개인들의 자기보존 및 자기보호 목적을 침해하여 인간으로서의 존엄과 가치를 유지할 수 없다면 절대 권력자 ‘리바이어던’에 대한 주권의 양도가 인정될 수 없다는 것이다<sup>73)</sup>. 또한 개인들의 주권 양도에 의한 절대 권력자의 입법권 행사는 개인들의 보존과 보호를 목적으로 해야 하는바, 절대 권력자의 입법권에 의해 개인들의 주권 양도 목적이 달성될 수 없다면 그 경우 주권 양도와 관련한 신의 계약은 계약으로써 인정되기 어려울 것이다. 이와 같은 점에서, 토마스 홉스는 죽음, 상해, 투옥으로 자신을 보호할 권리를 양도할 수 없다고 함은 물론 ‘나는 당신이 나를 죽이려 할 때 저항하지 않겠다’고 계약을 맺을 수 없다고 한 것이다<sup>74)</sup>. 게다가 폭력에 대한 자기 방어를 포기하는 신의 계약이 폭력에 의해 이루어진 것이라면, 이 신의계약은 무효다라고 하면서, 절대 권력자의 입법권은 개인들의 자기보존과 자기보호를 위한 것이어야 한다는 점을 분명하게 말하고 있다.

따라서 권력자의 입법권 행사는 권력자 자신을 위한 것이 아니라 구성원들의 자유, 생명, 안전을 위한 것이어야 한다. 그럼에도 불구하고 권력자가 권력자 자신을 위한 입법권을 행사하고 권력자를 위한 법에 근거하여 구성원들의 자유, 생명, 안전을 위협하는 것은 오히려 폭력적 불법행위에 해당할 뿐이라고 하겠다.

대한민국 헌법 제1조 제2항은 ‘대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다’라고 규정하고 있다. 우리 헌법 제1조 제2항은 국민주권의 원칙을 규정한 것이다. 또한 제1조 제2항 전단의 ‘대한민국의 주권은 국민에게 있고’ 규정은 국민이 주권의 주체라는 점을 규정한 것이고, 제1조 제2항 후단의 ‘모든 권력은 국민으로부터 나온다’는 규정은 대한민국 권력은 대한민국 국민에게 있음을 분명하게 규정<sup>75)</sup>

72) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.93.

73) 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 190면; 토마스 홉스(김용환 옮김), 앞의 책, 326면.

74) Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, 2008, p.93.

한 것이다.

우리 헌법 제1조 제2항은 대한민국의 권력은 대한민국 구성원인 국민에 의해 만들어 진다는 것으로 대한민국 권력의 기원을 국민에게 두고 있는 규정이다. 따라서 대한민국 국민은 대한민국 권력의 창조, 변경, 폐지 등에 대한 모든 권력의 주체라는 점과 대한민국 권력의 기원이라는 것을 우리 헌법 제1조 제2항은 분명하게 규정하고 있다.

헌법 제1조 제2항은 대한민국의 모든 권력의 구성, 변경의 주체가 대한민국 국민임을 천명하고 있다. 따라서 대한민국 권력은 대한민국 국민 이외의 누구도 형성, 변경할 수 없다는 점을 분명히 규정하고 있는 것이다. 더욱이 대한민국 권력의 주체인 개인들의 권력 행사에 대해서는 누구도 관여나 간섭을 절대 할 수 없는 절대적인 것이다. 개인들의 주권 일부를 양도받아 권력이 형성된 것이라면 권력의 행사는 권력의 양도자들을 위한 목적으로 행사되어야 함은 분명하다. 즉 입법권력이 권력을 위한 목적의 법을 제·개정한다면, 그것은 권력을 위한 목적의 법에 불과하여, 권력의 위임자인 개인들의 이익을 위한 목적의 법이라고 할 수 없을 것이다. 더욱이 입법권력의 행사에 의해 법이 제정, 개정되는 경우 해당 법은 폐기되거나 헌법재판소의 위헌 판결을 받을 때까지는 형식적 효력이 존재하고 공동체 전체에 강제력을 행사할 근거가 된다.<sup>76)</sup> 법의 형식적 효력에 의한 강제력은 위반 행위에 대한 처벌이 가능하다는 점이다. 게다가 권력자 개인이나 권력 집단 일부가 입법, 행정, 사법권 모두를 장악하고 권력을 위해 입법권력을 행사하는 경우 사법 권력은 독재 권력의 권력 남용 및 합법적 살인 행위<sup>77)</sup>에 대한 동조자로서의 역할을 할 뿐이라는 점은 분명하다. 형식적 법에 의한 사법살인은 대한민국 현대사에서도 역사적 사실로 확인된 바가 있다<sup>78)</sup>.

75) 유명철, “헌법 제1조 제2항의 의미”, 21세기정치학회보 제24집 제1호, 21세기정치학회, 2014, 5, 196면.

76) 권경휘, “법의 규범적 성격에 관한 연구:법은 수범자의 행위를 어떠한 방식으로 지도하는가?”, 법학논문집 제36집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2012, 6면-7면.

77) 엄순영, “사법적 폭력과 법치주의”, 민주법학 통권61호, 민주주의법학연구회, 2016년 7월 65면.

78) 이룸트루트 모야크(공동번역 : 혼다 미노루, 박보석), “프리즈 바우어 그리고 194년 이후 나치범죄의 극복”, 민주법학 제48호, 민주주의법학연구회, 2012, 3.

박정희 유신 독재 권력은 공산세력으로부터 대한민국을 보호하고 평화 통일을 이룬다는 미명하에 1972년 10월 17일 유신을 선포하고 유신헌법을 제정하였다. 그런데 유신 헌법 제53조 제2항은 유신 헌법 제1항 규정에 의해 대통령이 긴급조치를 발령한 경우 ‘국민의 자유와 권리에 대한 잠정적으로 정지하는 긴급조치’할 수 있다고 규정하고 있으며, 유신 헌법 제54조 제3항은 계엄이 선포된 경우 ‘영장주의’의 예외가 인정될 수 있다고 구체적으로 규정하고 있다. 따라서 유신헌법은 대한민국을 보호한다는 미명하에, 대통령 긴급조치에 의해 유신헌법 제10조 규정의 신체의 자유 규정을 침해하고 영장주의의 예외를 규정하여 개인들의 신체의 자유에 대해 심각한 제한을 가하였다.

게다가 유신 헌법 제53조 제2항은 ‘국민의 자유와 권리에 대해 잠정적으로 정지하는 긴급조치’를 할 수 있다고 규정할 뿐 구체적인 범위가 규정되어 있지 않아 문제이다. 유신헌법 제53조 제2항의 경우 개인들의 자유와 권리의 잠정적 조치에 대한 구체적 범위를 규정하지 않은 점은 포괄적 위임의 경우에 해당한다. 따라서 박정희 권력은 포괄위임 규정인 유신 헌법 제53조 제2항 규정에 의해 구체적 범위를 정하지 않은 규정을 근거로 대한민국 공동체 구성원들의 자유와 권리를 잠정적으로 제한하는 ‘긴급조치’를 선포한 것이다. 따라서 박정희 정권이 유신헌법 제53조 제2항 규정에 의해 긴급조치를 선포한 것은 포괄적 위임금지의 원칙에 위배되는 행위에 해당할 뿐이라 하겠다.

헌법재판소는 ‘포괄위임’은 헌법 규정에 위반하는 것으로 금지된다는 입장이다.<sup>79)</sup> 현대 사회의 복잡성으로 헌법규정에 의해 행정명령에 대한 위임 입법이 인정된다고 하더라도 그 한계로서 백지위임 또는 포괄위임은 금지된다.<sup>80)</sup> 헌법 규정에 의해 ‘포괄위임’이 금지되는 것은 헌법 규정에 의한 포괄적 규정으로 행정입법에 의해 개인의 자유, 권리가 침해되는 것을 방지하고 법에 대한 예측가능성을 담보하고자 하는 것이다.<sup>81)</sup>

79) 헌법재판소, 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정.

80) 정극원, “헌법재판에서 포괄 위임입법금지 원칙의 적용”, 헌법학연구 제15권 제3호, 한국헌법학회, 2009, 9, 463면-464면.

81) 전종익, “포괄 위임 금지 원칙의 심사기준”, 아주법학 제7권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2013, 12, 14면-15면.

따라서 헌법재판소는 헌법 규정에 의해 위임 입법이 불가피하다고 하더라도 포괄적 위임은 금지되며 그 범위와 한계를 구체적이고 명확히 하여 위임해야 한다는 것이다.<sup>82)</sup> 유신 헌법 제10조는 ‘신체의 자유’와 관련한 조항으로 법률에 의한 영장주의를 규정하면서 예외 규정을 두지 않고 있음에도 불구하고, 유신 헌법 제54조 제3항만이 대통령 긴급조치에 의한 영장주의의 예외를 인정하고 있는 것이다. 더욱이 유신 헌법 제32조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”고 규정하고 제2항은 “국민의 자유와 권리를 제한하는 법률의 제정은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한다”라고 규정하고 있다. 따라서 인간의 본질적 기본권인 ‘신체의 자유’에 대한 제한은 어떠한 경우에도 금지되어야 하고 유신 헌법 제32조 제2항 규정에 의해 기본권의 제한이 가능하다고 하더라도 그 본질적 권리는 제한할 수 없다. 그럼에도 불구하고, 박정희 정권이 유신헌법 제53조 제2항 규정을 근거로 대통령 긴급조치를 선포하고 영장주의 예외 규정을 두어 개인들의 자유와 권리에 대해 잠정적으로 포괄적으로 제한할 수 있도록 한 것은 그 자체가 포괄위임 금지 원칙의 위반이다.

박정희는 유신 헌법 제53조를 근거로 ‘긴급조치’를 선포하였고 사법부는 이를 근거로 ‘긴급조치’ 위반 행위에 대해 유죄의 판단을 하였다. 그러나 유신 헌법 제53조에 의한 긴급조치 및 제53조 제2항 규정은 ‘포괄위임 금지의 원칙’에 위반될 뿐 아니라 유신 헌법 제10조 규정의 신체의 자유 규정에도 위반하는 것이다. 대법원은 “긴급조치는 목적상 한계를 벗어나 민주주의의 본질적 요소인 표현의 자유를 침해하고, 영장주의에 위배되며, 법관에 의한 재판받을 권리와 학문의 자유 및 대학의 자율성 등 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것이므로, 그것이 폐지되기 이전부터 유신헌법은 물론 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌·무효라 할 것이다”라고 판단하면서 위 대법원 판결에 배치되는 다른 판결들을 모두 폐기 하였다<sup>83)</sup>.

82) 김춘환, “위임 입법의 한계와 국회에 의한 통제”, 공법연구 제34집 제3호, 한국공법학회, 2006, 2, 62면.

83) 대법원 2013.05.16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결.

## 2. 형벌권력 남용과 합법적 폭력

국가는 법 위반 행위자에 대한 처벌이라는 형벌을 통하여 위반 행위로 부터 공동체 구성원의 권리를 보호함은 물론 공동체의 질서를 유지한다.<sup>84)</sup> 따라서 법의 목적은 소수자나 권력 유지를 위한 목적이 존재하는 것이 아니라 공동체 전체의 이익과 유지를 위한 목적을 가져야 하는 것이다. 토마스 홉스가 절대권력자인 리바이어던에게 개인들이 주권의 일부를 위임하였다는 것<sup>85)</sup>의 의미는 공동체 구성원으로서의 자유와 권리의 보존을 위한 한정된 범위에서 주권을 위임하였다는 의미이다.

법과 권력의 행사는 공동체 질서 유지라는 목적을 위한 경우에 한하여 개인들의 위임 범위에 따른 입법권의 행사에 해당하고 한정된 범위의 권력 행사가 될 것이다. 그런데 국가 권력만이 공동체 질서 유지를 위한 법의 위반에 대한 형벌권을 가지는 까닭에 법을 통한 형벌권의 행사에 대한 제한 뿐 아니라 형벌권 행사의 근거가 되는 작위, 부작위의 위반 행위에 대한 규정 역시 공동체 질서 유지를 위한 범위에 한정되어야 한다. 따라서 형벌권의 행사자인 국가의 형벌권 행사에 대해서는 상대방이 공동체 구성원들인 까닭에 형벌권 행사에 대한 제한을 통하여 남용을 방지해야만 한다.

형벌의 의미에 대해 고대 그리스 철학자 프로타고라스는 ‘범죄에 대해 처벌을 하는 것은 과거의 행위에 대한 것이 아니라 미래에 같은 행위를 반복하여 잘못하지 않도록 하는 것에 있다’라고 하였다.<sup>86)</sup> 이는 어떤 행위를 범죄로 규정하여 처벌하는 경우 처벌될 행위는 행위 이전에 사전적 예방을 위하여 처벌을 할 수 없을 뿐 아니라 범죄로 규정된 행위를 위반한 자에 대해 처벌함에 있어서도 미래에 같은 행위를 하지 않도록 하는 예방적 차원에 머물러야 한다는 의미이다. 또한 범죄를 처벌한다는 것은 과거의 행위에 대해서만 처벌할 수 있을 뿐 미래의 행위를 예상하여 방어적인 차원에서 처벌할 수 있다는 것을 의미하지는 않을 것이다. 따라서 어떤 경우에도 행위 이전에 어떤 행위를 미래 예방을 위한다는 목적

84) 홍영기, “국가 권력의 한계, 어디에서 비롯되는가”, 법철학연구 제8집 제1호, 한국법철학회, 2005, 201면.

85) 토마스 홉스(진석용 옮김), 앞의 책, 176면 이하.

86) 박종현 역주, 플라톤의 프리타고라스 라케스·메논, 서광사, 2010, 86면.

으로 처벌을 할 수 없고, 행위가 발생한 이후에 처벌을 함에 있어서도 미래 예방적 차원에 머물러야 한다.

이 경우 범죄로 규정하는 근거는 법이어야 함은 물론 범죄로 규정한다에 대한 처벌의 근거 역시 법인 경우에 한하여 국가 형벌권의 정당성이 인정된다는 것이 법치주의의 요청이면서<sup>87)</sup> 죄형법정주의의 원칙이라 할 수 있다.<sup>88)</sup> 그런데 법이라는 형식에 의해 어떤 행위를 범죄로 규정하고 처벌한다고 할지라도 그 것이 전체의 이익을 위한 것이 아니라면 그에 대한 공공성<sup>89)</sup>은 부정되어야 하고 정당하지 못한 법으로 폐지되는 것이 마땅하다.<sup>90)</sup>

여기서 국가 권력의 자기 구속적 원리를 법의 정당성의 문제와 연결하여 생각해 볼 수 있다. 즉 법의 공공성과 전체 이익을 위한 법만이 국가 권력 행사를 위한 근거가 되는 법으로 인정되고 이 같은 법에 근거한 국가 권력의 행사만이 법치주의나 죄형법정주의의 원칙에 위배되지 않는다. 따라서 국가는 입법권을 행사함에 있어서 국가 자신의 권력을 위한 입법을 할 것이 아니라 개인의 자유와 권리를 신장하기 위한 입법을 하고 그에 근거하여 실질적으로 개인의 자유와 권리를 보장할 경우만이 국가 권력 행사의 정당성으로 인정될 수 있다. 근대 계몽주의 철학에서 법치주의나 죄형법정주의는 국가 권력의 행사에 대한 근거를 법에 의할 것으로 요구하는 법의 형식성을 의미하였다. 그러나 이 경우 국가 권력의 행사가 법에 근거하기만 하면 되는 것이 아니라 행사를 위한 근거인 법의 객관적 정당성 문제가 대두되었고 여기서 국가의 자기 구속적 원리에 입각한 입법 행위가 필요한 것이다.

이와 같이 입법 행위에 대한 국가의 자기 구속적 원리가 요구되는 것은 (1) 법에 근거한 국가 권력의 행사에 대해서는 입법 절차와 그 내용의 문제점에도 불구하고 법이 존재하는 경우 국가의 권력 행사를 제한하

87) Theo J. Anglis and Jonathan H. Harison, History and Importance of Rule of Law, World Justics Project, p1~p2.

88) 허일태, “죄형법정주의의 연혁과 그 사상적 배경에 관한 연구”, 법학논고 제35집, 경북대학교 법학연구원, 2011, 116면.

89) 원상철, “자연법론의 흐름과 법실증주의 비교검토(A Comparative on the Natural Law Thought and Law Actualism)”, 한국법학회, 법학연구, 한국법학회, 2004, 623면.

90) J. Rawls 지음(황경식 옮김), 앞의 책, 36면

기 어려운 점 (2) 법에 근거한 국가 권력의 행사가 오히려 법을 통한 권력 확장과 개인의 권리와 자유에 대한 억압이나 축소가 될 수 있는 문제점이 있기 때문이다. 따라서 국가 권력 행사에 대한 제한을 통하여 개인의 자유와 권리가 확장되고 보장되기 위해서는 법으로 인정될 수 있는 부분의 한계가 필요하다. 법치주의나 죄형법정주의 원칙이 국가 권력 행사의 한계를 의미한다고 하려면 법에 의해 국가 권력의 행사가 인정될 수 있는 부분에 대한 제한이 일정 부분 필요하다는 것이다. 이는 개인들의 국가에 대한 요구에 의해 이루어질 수 있는 것이 아니라 국가 스스로의 자기 구속에 의해 이루어질 수 있는 것으로 이를 국가 권력의 자기 제한 원리라고 말할 수 있을 것이다.<sup>91)</sup> 이 같은 제한 원리가 지켜지는 경우 국가 스스로 입법에 대한 자제를 통해 개인의 자유와 권리가 확장될 수 있을 것이다.<sup>92)</sup>

법은 공동체 사회 구성원들의 동의를 바탕으로 그 실효성이 인정되고 공동체 구성원들의 동의를 얻을 수 없는 경우 법은 실효성이 상실되어 형식적 법의 효력마저 부정되어야 한다. 고대부터 현대 사회까지 각 사회마다 지배하는 가치관이 존재하였고 각 사회를 구성하던 가치관은 공동체 사회의 구성원리가 되었다.<sup>93)</sup> 고대, 중세 사회의 종교적 영향은 그것이 공동체 구성원들의 생활과 연결되면서 공동체 사회를 지배하던 도덕에 영향을 주었다.<sup>94)</sup> 이점은 공동체 사회를 지배하는 당시의 사상적, 종교적 영향은 구성원들의 생활과 도덕적 판단에 영향을 주는 것으로 볼 수 있다. 따라서 공동체 사회에 강제력을 행사하는 법은 법 적용 당시의 공동체 사회를 지배하고 있던 종교, 도덕, 관습, 문화 등에 영향을 받고 있다고 할 수 있다.<sup>95)</sup> 따라서 법의 공동체 사회에 대한 객관성은 법의 내용이 당시 사회의 종교, 도덕, 관습, 문화 등과 관련되는 경우에 인정될 수 있는바, 이 경우에 한하여 법의 실효성이 인정될 수 있을 것이다.

91) 홍영기, 앞의 논문(각주 84), 226면.

92) 홍영기, 앞의 논문(각주 84), 227면.

93) 이종근, “고대 메소포타미아의 수메르 우르-남부 법의 도덕성에 관한 연구”, 법학연구 제 32집, 한국법학회, 2008, 1면-2면.

94) 이종근, 위의 논문, 16면.

95) ALLEN W-WOOD, Hegel's Ethics Thought, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, NWE YORK PORT CHESTER MELBOURNE SYDNEY, 154면.

법은 개인의 자유와 권리를 제한함으로써 국가 권력의 확장을 가져오는바 법은 입법 과정의 법에 의한 제한과 법의 객관성이 요청된다. 이와 같은 경우 법에 대한 입법 과정의 제한은 헌법의 법 개정 절차에 따르는 절차적 정당성과 공동체 구성원들의 이익과 의견이 반영된 실질적 정당성이 인정되는 경우에 한하여 법의 객관성이 인정된다. 여기서 법의 정당성 및 공공성이라고 함은 공동체 구성원인 수범자들의 동의나 합의가 요구됨을 의미한다. 따라서 법에 대한 입법과정의 제한과 객관성의 요청은 법에 대한 공공성과 전체 이익을 위한 요청과 같은 맥락이라고 볼 수 있다. 다수를 위한 법이라는 점에 의해 소수의 권리를 침해할 수 없는 것은 법의 실질적 요청이다. 또한 국가 권력에 의해 법이나 제도가 제정 또는 개정되었고 그것이 효율적이라고 하더라도 수범자들인 국민들의 동의나 합의를 얻을 수 없다면 해당 법의 실질적 정당성이 부정되어 해당 법은 폐기되어야만 한다.<sup>96)</sup>

그런데 법의 정당성의 근거로 제시되고 있는 객관성의 기준은 무엇으로 결정될 수 있을 것인가? 그것은 해당 법 규범의 수범자들이 동의와 합의의 존재 여부일 것이다. 즉 법 규범의 수범자의 동의와 합의 여부에 의한 기준 및 해당 법을 통하여 권리와 자유의 신장이 가능한가 여부에 의해 법의 객관성 여부를 판단할 수 있다. 이 경우 법의 객관성으로 요구되는 법 규범 수범자들의 동의와 합의는 수범자인 국민들의 자율적인 의사에 의한 경우에 인정될 수 있다. 따라서 법의 수범자들에 의한 자발적인 동의나 합의를 이끌어 내는 경우만이 실질적으로 해당 법에 대한 객관성이 인정됨은 물론 국가 권력 행사를 위한 근거 법으로서의 성격이 인정될 것이다.

20세기 대한민국 현대사에서 형식적 규범주의에 의한 법 만능주의는 국가 권력의 행사 편의를 위해 기여를 했을 뿐 개인의 권리나 자유의 확장을 위한 기여를 하지 못한 점은 분명한 사실이다. 따라서 형식적 법에 의한 개인의 자유와 권리의 제한 또는 억압은 결국 국가 권력 행사 범위의 확장으로 이어질 뿐이다. 법의 입법과정에서의 제한과 객관성이 담보되지 않는 경우 형식적인 면에서 법으로서의 성격이 인정된다고 하더라

96) J.Rawls 지음(황경식 옮김), 앞의 책, 36면.



도 유신헌법에서 보는바와 같이 실질적으로 개인과 자유와 권리를 억압하기 위한 것이라면 이는 국가 권력을 확장을 의미할 뿐이어서 법치주의에 있어서 법으로 인정될 수 없다.

### 3. 권력의 제한과 한계(소위 저항권)

개인들이 안전과 평화를 위해 주권을 절대권력에 양도했다고 하더라도 개인들은 모든 주권을 절대권력에게 양도한 것이 아니다. 또한 개인들이 절대권력에 주권을 양도하는 것에 동의할 당시 발생하지 않은 개인들의 권리를 양도할 수 없다. 게다가 주권을 양도받은 절대권력은 개인들의 자유, 생명, 재산, 안전을 보장하고 무질서로 인한 혼란과 투쟁 상태를 방지할 의무가 존재한다<sup>97)</sup>. 따라서 개인들이 자유, 생명, 안전이 보호받지 못한다면 개인들의 주권의 일부를 절대권력에게 양도할 이유는 전혀 없다<sup>98)</sup>. 개인들이 자유, 생명을 보장받기 위해 주권을 양도하였다는 점에서 개인들의 자유, 생명이 보장되지 않거나 자유, 생명에 대한 위협이 된다면 굳이 주권을 절대권력자에게 양도할 이유가 전혀 없기 때문이다<sup>99)</sup>. 이점에 대해 토마스 홉스는 ‘리바이어던’ 제1부 인간에 대하여 ‘제14장 제1 및 제2의 자연법과 계약에 대하여’에서 ‘개인들이 주권을 양도한 것은 개인들의 이익을 목적으로 한다’라는 점과 ‘폭력적 공격으로부터

97) 강유빈, 앞의 논문, 33면.

98) 모든 자발적 행위는 ‘자신의 이익’을 목적으로 한다. 그러므로 어떤 서약과 어떤 표시에 의해서도 결코 폐기 혹은 양도된 것으로 볼 수 없는 권리들이 존재한다. 첫째, 폭력적 공격으로부터 생명을 빼앗으려는 자들에 대하여 저항할 권리는 누구라도 포기할 수 없다. 그러한 권리의 포기가 어떤 경우에도 그에게 이익이 된다고 생각할 수 없기 때문이다. 상해, 구금, 투옥의 경우에도 마찬가지이다. 구금이나 투옥의 경우, 그것을 견뎌냄으로써 생길 수 있는 이익은 아무것도 없다. 상해의 경우에도 폭력적 공격자가 살해할 의무가 있는지 어떤지 알 수 없기 때문에 살해의 초기 단계로 간주할 수 밖에 없다<sup>98)</sup>. 둘째 모든 인간의 삶의 목적은 자신의 생명을 보존하고, 또한 생명보존의 수단들을 안전하게 확보하여 삶이 고단해지지 않도록 하는 것이기 때문에, 권리를 폐가하거나 양도할 때에도 바로 그러한 동기 목적을 지닌 것으로 보아야 한다. 따라서 말이나 혹은 다른 표시로 그러한 목적에 위배되는 의사표시를 한 경우에는 의사와 표시가 일치하지 않는 의사표시, 혹은 진의가 아닌 의사표시로 보아야 하며, 표의자가 자신의 내심의 이사가 그 표시[행위]를 통하여 추측되는 [효과] 의사가 일치하지 않는다는 것을 모르고 있는 것으로 보아야 한다 (토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 180면-181면).

99) 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 180면.

생명을 빼앗으려는 자들에 대하여 저항할 권리는 누구라도 포기할 수 없다'고 하였다<sup>100)</sup>.

또한, 토마스 홉스는 개인들의 신체에 대한 구금, 투옥, 상해의 경우에도 개인들의 생명을 빼앗으려는 자들에 대한 저항할 권리와 같은 권리가 있다고 한다<sup>101)</sup>. 토마스 홉스에 의하면, 개인들의 자유, 생명에 대한 권리 침해는 저항할 권리가 있다는 것으로, 개인들의 생명, 자유에 대한 침해는 그 누구로부터의 공격이라도 저항이 가능하다는 것이다<sup>102)</sup>.

일부 견해는 토마스 홉스가 절대권력에 대한 복종의무를 강조한 점에서 '절대주의의 원조'<sup>103)</sup>라고 하거나 전체주의 또는 독재주의의 이론이라고 비판을 한다<sup>104)</sup>. 하지만 토마스 홉스가 개인들의 신체에 대한 구금과 투옥을 생명의 침해와 같이 보면서 저항하도록 한 것은 구금과 투옥의 주체가 절대권력이라는 점에서 절대권력에 대한 저항의 권리를 인정하는 것으로 보아야 한다. 토마스 홉스는 절대권력이 정당한 권력을 행사하는 경우에 한하여 주권 양도에 의한 위임계약의 효력을 인정하고, 절대권력이 개인들로부터 양도받은 주권의 위임 범위를 넘어서 신체의 자유 또는 생명을 침해한 경우에 절대권력에 대해 저항할 권리를 인정하는 것이라고 할 수 있을 것이다. 따라서 절대권력은 개인들로부터 양도받은 주권을 개인들의 자유, 생명 등 안전과 공동체 평화를 위해 행사할 의무가 있다.

위와 같은 점에 의하면, 개인들은 자유, 생명, 안전과 평화로운 공동체를 염원하며 주권의 일부를 절대권력에게 양도한 것이고, 개인들이 처분권을 가진다고 할 수 있는 자유, 생명에 대한 권리는 양도한 것이 아니

100) 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 180면.

101) 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 180면.

102) 이점에 대해 필자는 주권을 양도받은 절대권력에 의한 자유, 신체의 침해에 대한 저항 역시 가능하다는 생각이다. 토마스 홉스가 '구금', '투옥'의 경우에도 생명 침해의 경우와 마찬가지로 한점(토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 180면)에서 토마스 홉스는 개인들에 대한 구금과 투옥의 권리를 행사할 수 있는 절대권력에 대해서도 저항이 가능하다고 한 것이다. 따라서 토마스 홉스가 '리바이어던'에서 전체주의를 옹호한 것이라는 의견은 문제가 있다.

103) L.Stephen, *Hobbes*, London:Maxmillan, 1904, p.198.

104) Gabriella Slomp, *The liberal slip of Thomas Hobbes's authoritarian pen*, *Critical Review of International Social and Political Philosophy* Vol.13, 2010, p.359.

고 양도될 수도 없을 것이다<sup>105)</sup>. 또한 절대권력에 대한 개인들의 복종의 의무는 절대권력이 개인들이 양도한 권력에 따른 권력의 행사의 경우에 한정되는 것이고, 개인들이 양도한 권력에 의해 개인들의 생명, 자유를 위협하거나 신체에 대한 자유를 침해한다면 그것은 개인들에게 저항의 권리가 인정될 뿐이다<sup>106)</sup>.

절대권력은 개인들이 양도한 범위에서 권력을 행사할 수 있다는 한계와 권력 행사의 제한이 가능하다. 즉 개인들이 모든 주권을 양도하거나 양도한 사실이 없고 절대권력은 개인들을 위해 행사할 수 있다는 한계와 목적이 존재한다는 점이다. 더욱이 절대권력은 권력을 위한 목적으로 권력을 행사할 수 없다는 것과 절대권력이 권력의 목적을 위해 개인들로부터 양도받은 권력을 위임자인 개인들의 자유, 안전, 생명의 위협으로부터의 해방을 위해 행사되어야 한다. 개인들이 주권의 일부를 양도함으로써 절대권력이 탄생한다는 점에서 개인들이 주권을 양도하지 않거나 주권 양도를 회복하고자 하는 경우 절대권력은 존재할 수 없다. 이 같은 점에서 권력은 개인들의 자유, 생명, 재산권 등의 절대적 권리를 제한할 수 없을 뿐만 아니라, 개인들의 생명과 안전을 목적으로 행사되어야 한다는 한계가 분명히 존재하는 것이다.

#### IV. 결론

개인들은 무질서와 혼란의 자연 상태를 종료하고 평화와 자신들의 자유, 생명, 안전을 보장받고, 보호받을 목적으로 주권의 일부를 ‘리바이어던’에게 양도하여 절대 권력이 탄생을 한 것이다. 따라서 ‘리바이어던’의 권력은 천부적인 것이 아니고 개인들에 의한 인공적인 권력에 불과할 뿐이다. 그렇다면, 인공적인 ‘리바이어던’은 권력을 위임한 개인들을 위한 목적을 가져야 하고, 권력의 행사는 자신을 위해 행사하는 등으로 남용할 수 없을 뿐만 아니라 반드시 법에 근거하여 제한적으로 행사할 의무가 있다. ‘리바이어던’이 법에 근거하여 권력을 행사할 것을 요구하는 것

105) 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 180면.

106) 토마스 홉스(진석용 역), 앞의 책, 180면.

은 법적인 근거 없는 권력 행사로 인한 권력의 남용을 방지하고 권력 행사를 제한하여 개인들의 자유, 권리를 보장하고 보호하기 위한 목적에 의한 것이다<sup>107)</sup>. 또한 권력의 남용과 제한에 의해 개인들의 자유, 권리가 확정됨으로써 개인들의 인간으로써 존엄과 가치는 유지될 수 있을 것이다. 이와 같이 권력의 행사 특히 권력의 형벌권 행사가 법에 근거하여 행사될 것을 요구함으로써 개인들의 자유, 권리를 보장하고 보호하기 위한 것이 법치주의와 죄형법정주의의 원칙이다. 그렇다면 법치주의와 죄형법정주의의 본래 목적은 개인들이 인간으로써 존엄과 가치를 유지하도록 하려는데 있다고 할 수 있다. 이와 같은 점에서 법치주의와 죄형법정주의에 있어서의 법의 목적은 개인들의 자유, 권리를 제한하기 위한 목적이 아니라 권력자의 권력 제한의 근거로서 의미를 가지고 있어야 한다. 따라서 법은 권력자를 위한 것이 아니라 공동체 구성원 전체를 위한 것이라는 점이 법의 1차적인 목적이다. 1차적 목적을 공동체 구성원의 권리, 자유에 대한 보호와 보장으로 하는 경우만이 법이 권력의 도구나 폭력적 도구로 변질이 되는 상황을 미연에 방지할 수 있는 것이다. 또한 법치주의에 있어서 법은 그 목적이 권력자나 권력 집단을 위한 것이 아니라 권력을 양도한 권력의 주체인 개인들을 위한 것이어야 한다. 그것이 법의 본래의 기능이라고 할 수 있을 것이다.

토마스 홉스가 개인들이 ‘리바이어던’에게 복종할 것을 강조한 것은 리바이어던에 의해 무질서와 혼란을 극복하고 개인들의 자유, 생명, 안전, 재산에 대한 권리가 보장되고 보호될 것이라는 것에 의한 것이었다. 더욱이 개인들은 ‘리바이어던’의 권력이 자신을 위한 것이 아니라 권력의 위임자이자 양도자인 개인들을 위해 행사될 것이라는 권력의 의무에 대한 신뢰를 가지는 경우에 ‘리바이어던’의 권력에 복종을 할 것이다. 따라서 리바이어던의 권력과 법의 목적은 권력의 양도자인 개인들을 위한 것이어야 함은 분명하다. 하지만 절대 권력이 개인들로부터 양도받은 주권의 위임 범위를 넘어서 신체의 자유 또는 생명을 침해한 경우 개인들의 ‘리바이어던’에 대한 복종의무가 아닌 저항할 권리만이 존재할 것임은 분명하다. 이것은 개인들이 자유, 생명의 보존을 위해 권력을 위임한 점

107) 문영식, 앞의 논문, 111면; 임웅, 앞의 책, 17면.

에서 권력에 의한 개인들의 자유, 생명 등의 보존을 위협하는 침해에 대해 저항과 대항을 하는 것은 인간으로써 당연한 권리의 행사이기 때문이다. 권력에 의해 개인들의 자유, 생명 등 보존을 위협하거나 침해하는 경우에도 개인들의 권력에 대한 복종의무만이 인정되어야 한다면 개인들이 주권의 일부를 권력에 에게 위임할 이유가 전혀 없는 것이다.

그렇다면 권력자의 절대 권력은 개인들로부터 양도받은 주권을 개인들의 자유, 생명 등 안전과 공동체 평화를 위해 행사할 의무가 있다. 따라서 법의 1차적 목적이 공동체 구성원들의 자유, 권리의 보장과 보호에 있다면 법 만능주의로 인한 법의 도구화나 법적 폭력이 아닌 공동체 구성원들의 자유, 권리가 보장되고 보호될 수 있을 것이다. 개인들은 무질서, 혼란의 상태를 극복하고 인간의 존엄을 유지하고 자유, 생명, 안전을 보장과 보호받을 목적으로 인공의 권력을 구성한 사실에서 권력은 개인들의 자유, 생명, 안전을 보장하고 보호할 수 있도록 실질적으로 정당한 법에 근거하여 권력을 행사할 의무가 반드시 있는 것이다.

(논문투고일: 2023.11.26., 심사개시일: 2023.12.4., 게재확정일: 2023.12.27.)



▶ 박 성 호

토마스 홉스, 리바이어던, 법치주의, 법의 목적, 법의 한계

## 【참 고 문 헌】

### I. 단행본

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2008.
- 김성돈, 「형법총론(제5판)」, 성균관대학교출판부, 2018.
- 김일수서보학, 「새로쓴 형법총론(제11판)」, 박영사, 2008.
- 김비환, 「민주주의와 법치주의」, 박영사, 2016.
- 김윤태, 「사회학의 발견, 새로운사람들」, 2007.
- 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2021.
- 베르너 마이호퍼(심재우·윤재왕 옮김), 법치국가와 인간의 존엄, 세창출판사, 2019.
- 이재상·장영민·강동범, 「형법총론(제10판)」, 박영사, 2020.
- 임 용, 「형법총론(개정증보판)」, 법문사, 2007.
- 최병조, 로마법 향연, 도서출판 길, 2018.
- 토마스 홉스(진석용 역), 「리바이어던 I」, 나남, 2022. 12(7쇄).
- 토마스 홉스(김용환 옮김), 법의 기초(자연과 정치), 아카넷, 2023, 7.
- 한나 아렌트·이진우 박미애 옮김, 「전체주의의 기원 1」, 한길사, 2014.
- J.Rawls 지음(황경식 옮김), 「정의론」, 이학사, 2013.
- Jean-Jacques Rousseau(이환 역), 「사회계약론」, 서울대학교 출판부, 1999.

### II. 논문

- 권경휘, “법의 규범적 성격에 관한 연구: 법은 수범자의 행위를 어떠한 방식으로 지도하는가?”, 법학논문집 제36집 제1호, 중앙대학교 법학연구원, 2012.
- 고봉진, “사회계약론의 역사적 의의”, 법과 정책 제20집 제1호, 제주대학교 법과 정책 연구소, 2014. 3.
- 강유빈, “홉스의 법사상에 대한 현대적 이해”, 한양대학교 대학원 석사학위 논문, 한양대학교 대학원, 2017.
- 김성돈, “형법의 과제, 형법의 한계 그리고 리바이어던 형법”, 형사법연구 제28권 제4호, 한국형사법학회, 2016, 12.

- 김춘환, “위임 입법의 한계와 국회에 의한 통제”, 공법연구제34집 제3호, 한국공법학회, 2006, 2.
- 문영식, “법의 양면성-형법과 자유, 본질과 현상”, 본질과 현상 제19호, 본질과 현상사, 2010.
- 박성호, “법의 정당성에 관한 연구”, 중앙법학 제22집 제4호, 중앙법학회, 2020. 12.
- \_\_\_\_\_, “입법권의 남용과 제한에 대한 연구”, 중앙법학 제24집 제2호, 중앙법학회, 2022, 6.
- \_\_\_\_\_, “권력에 의한 국가 폭력에 관하여”, 고려법학 제108호, 고려대학교 법학연구원, 2023, 3.
- \_\_\_\_\_, “제주4.3항쟁과 국가 폭력에 대하여-계엄선포와 형벌권 행사의 불법성을 중심으로-”, 고려법학 제111호, 고려대학교 법학연구원, 2023, 3.
- 송기춘 “국가의 기본권 보장 의무에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1999, 2.
- 심재우, “권력자와 법치주의”, 「동아법학」, 동아대학교 법학연구소, 1996.
- 엄순영, “사법적 폭력과 법치주의”, 민주법학 통권61호, 민주주의법학연구회, 2016. 7.
- 원상철, “자연법론의 흐름과 법실증주의 비교검토(A Comparative on the Natural Law Thought and Law Actualism)”, 한국법학회, 법학연구, 한국법학회, 2004.
- 윤재왕, “개인주의적 절대주의-토마스 홉스의 국가철학과 법철학에 관하여-”, 원광법학 제28권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2012.
- 유주성, “프랑스 형법의 죄형법정주의, 법학논총”, 법학논총 제31권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2014.
- 유명철, “헌법 제1조 제2항의 의미”, 21세기정치학회보 제24집 제1호, 21세기 정치학회, 2014. 5.
- 유정갑, “토마스 홉스의 국가론과 평화사상”, 중앙대학교 대학원 박사논문, 중앙대학교 대학원, 2003.
- 이기현, “죄형법정주의에 관한 판례 고찰”, 사회과학논총, 명지대학교 사회과학연구소, 1994.

- 이송호, “토마스 홉스의 사회질서관에 관한 분석 평가”, 경찰학연구 제15권 제4호(통권 제44호), 경찰대학 경찰학연구 편집위원회, 2015.
- 이종근, “고대 메소포타미아의 수메르 우르-남무 법의 도덕성에 관한 연구”, 법학연구 제32집, 한국법학회, 2008.
- 임중훈, “한국사회에서의 법치주의에 대한 재조명”, 홍익법학 제9권 제3호, 홍익대학교, 2008.
- 전종익, “포괄 위임 금지 원칙의 심사기준”, 아주법학 제7권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2013, 12.
- 정극원, “헌법재판에서 포괄 위임입법금지 원칙의 적용”, 헌법학연구 제15권 제3호, 한국헌법학회, 2009, 9.
- 최자영, “아렌트와 소렐의 폭력론 비판:대안으로서의 고대 그리스 시민사회”, 「서양고대사연구」, 한국고대서양역사문화학회, 2016.
- 허일태, “죄형법정주의의 연혁과 그 사상적 배경에 관한 연구”, 법학논고 35집, 경북대학교 법학연구원, 2011.
- 홍영기, “죄형법정주의의 근본적 의미”, 형사법연구 제24권, 한국형사법학회, 2005
- \_\_\_\_\_, “국가 권력의 한계, 어디에서 비롯되는가”, 법철학연구 제8집 제1호, 한국법철학회, 법철학연구, 2005
- 前田雅英, 刑法總論講義[第4版], 東京大學出版會, 2006.
- Thomas Hobbes, Leviathan, Oxford University Press, 2008.
- Gabriella Slomp, The liberal slip of Thomas Hobbes’s authoritarian pen, Critical Review of International Social and Political Philosophy Vol.13, 2010.
- L.Stephen, Hobbes, London:Maxmillan, 1904.



Abstract

## The purpose of law in Thomas Hobbes' national philosophy

Park Sung Ho\*

Thomas Hobbes said that part of the sovereignty was transferred to Leviathan for the freedom, life, and safety of individuals. Individuals' transfer of some of their sovereignty to Leviathan was based on the belief that individuals' freedom, lives, and safety would be protected by Leviathan, so Leviathan's power was for individuals who were transferors and should be exercised for individuals. In this regard, Thomas Hobbes emphasized that individuals should obey the power and law of Leviathan, the absolute power. However, even if the Leviathan exercises power for its own sake, beyond the purpose of the power delegated by individuals, will the obligation of individuals to obey the Leviathan be recognized? Thomas Hobbes said that individuals' rights to freedom, life, and safety cannot be transferred to anyone, and individuals can resist and fight against infringement. Thomas Hobbes' emphasis on "Leviathan" power and on individuals' obedience to the law can be said to be an emphasis on the fact that "Leviathan" power should be for individuals who are transferring sovereignty. Therefore, 'Leviathan' power should be recognized only within a certain limit and extent that it is for all members (for the purpose of exercising power), and the law must exist (for the purpose of exercising power). Thomas Hobbes can be said to be "legalism" in that he demands that the exercise of power be based on the law. If Thomas Hobbes was talking about the rule

---

\* Ph.D. program at Inha University Graduate School.

of law, it is clear that in Thomas Hobbes' rule of law, the "law" should have a purpose for individuals, not for Leviathan. Therefore, it is clear that the legitimacy of the exercise of power is recognized only when the power of the person in power is exercised for individuals who have transferred part of their sovereignty.



---

▶ **Park Sung Ho**

Thomas Hobbes, Leviathan, Rule of Law, Purpose of Law, Limitations of Law