

라반트는 국가의 법적 성격을 정의함에 있어서 사법적 개념에 기초를 두고 국가를 법인이며 권리주체로 보았다. 그는 국가가 국가 고유의 통치권과 자주적 통치 의사를 가지는 것으로 보았다. 여기에서 국가의 의사는 국가구성원의 개별 의사의 전제로서의 의사가 아니라 법인격을 지닌 국가의 자주적 의사라고 하였다. 라반트는 국가를 일종의 법적 조직으로 간주하였다. 그에 의하면 이 조직은 인민들이 어떤 토지에서 정착한 뒤 형성되었지만 여기에 정착한 국민들만으로 구성된 것은 국가라고 하였다. 여기의 인민들은 반드시 어떤 동일한 권력 아래 있으면서 공통적인 생활의 단체를 이루어야만 비로소 국가라 할 수 있었다. 국가를 명령을 내리는 존재로 보면서 법에 법적 기속력을 부여한다는 것이다. 그는 “근대 문명국가의 주권은 독단적인 권력이 아니라 법적 규정에 따른 일종의 제한적인 권력이다. 법 규정에 근거하지 않으면 그 신민에 대해 아무런 요구도 강요할 수 없을 뿐만 아니라 어떠한 제한도 가할 수 없다. 이것은 바로 법치국가의 특징이다”라고 밝히며 형식적인 법치주의의 틀을 정비하였다.

기르케는 단체주의적 국가이론을 주장하며 사회단체와 유기체 간에 유사성을 갖고 있다고 생각하였다. 이 유사성은 바로 단체에 근거한 ‘개인을 초월한 생활의 통일성’이다. 다시 말해, 단체는 개인에 의해 구성되지만 단체에 나타난 수많은 현상들이 개인의 모임만으로 해석할 수 없다. 이는 서로 다른 국가개념을 통해서 집권국가와 인민국가 이 두 국가이론 간의 대립이 이루어지게 되었다. 전자는 국가를 국민을 초월한 통치집권으로 간주하고 이러한 통치집권과 인민 사이에는 군주와 신민간의 관계를 갖고면서 동시에 인민을 대표한다는 것이다. 이에 반해 후자는 국가가 인민에 의해서 구성되고 인민을 초월한 지도자는 존재하지 않는다고 지적하였다. 국민의 법의식이 국가 의지의 당위적 존재로서 규범이 완전히 국가 의지에서 근원되지 않는 것을 보장해 주기 때문에 국가 주권이 왜 법의 규율을 받는지를 설명할 수 있으며, 나아가 국가 주권과 법 사이의 갈등 관계를 피할 수 있었다. 이러한 견해에 입각하여 단체주의적 국가이론은 국가와 법에 대한 인식이 반드시 국민 자신의 법의식으로 되돌아가는 것을 거듭 강조하였다. 또한 단체주의적 국가이론은 오직 법을 국가의 지배 수단으로만 간주하고 법의 명령과 강제 성격의 성격을 강조하며, 법에 있어서 법의식의 중요성을 간과하였던 라반트의 이론을 비판하였다. 국가와 법 관계에는 법의식이 갖는 중요한 지위를 간과한 라반트의 이론에서 ‘국가가 왜 법을 지켜야 되는가’라는 문제를 설명할 수 없을 뿐만 아니라 국가를 법의 기속에서 완전히 벗어나도록 하기도 하였다. 즉, 기르케는 법이라고 해서 모두 국가를 통해서 창출되는 것이 아니라 법의식을 통해서 인민단체가 지속적인 실행으로 법을 만들어 낼 수 있다고 보았다.

두 국가이론은 엘리네크가 법을 논증하는 이론에 있어 큰 영향을 미쳤다. 엘리네크는 신칸트주의에 입각한 인식론적 관점을 바탕으로 국가양면설을 주장하였다. 존재로서의 국가와 법, 그리고 당위로서의 국가와 법을 논의하면서 이 두 가지는 서로 다른 ‘국가와 법 개념’ 간의 관계를 지적하여 국가와 법 간의 복잡한 갈등 관계를 논의하였다. 그는 존재로서의 국가가 이미 존재하고 있지만 오직 법적 질서를 통해서만 실존으로서의 국가를 당위로서의 법인으로 전환시킬 수 있다고 하였다. 이에 따라 국가는 법에 비해 일찍 존재하였고 국가는 법에 근거하여 생겨났으며, 또한 국가는 그의 목적에 따라 국가의 자기기속의무에 근거하여 법을 준수한다는 것이다. 그는 한편으로 단체주의적 국가이론의 유기체론이 자연계에서의 유기체 모형을 사회현상에 대한 연구에 잘못 활용하였다고 보고 있는 동시에, 인간의 목적적 행위를 중요시하게 여기기도 하였다. 엘리네크는 목적적 통일성을 국민과 국가가 결합하는 기반으로 간주하였으며 단체주의적 국가이론에서의 국가와 법 관계에 대한 인식을 받아들이지 않았다. 기르케와 마찬가지로 그는 국가 의지만으로 법적 기속력을 이룰 수 있다고 생각하지 않았으나 기르케와 달리 그는 법과 국가가 서로 독립된 영역이라고 생각하였다.

엘리네크가 국민을 국가개념에 포함시킬 수 있다는 점을 지적하였기 때문에 국민이 국가권력의 구성에 참여할 수 있으며, 나아가 법에 대한 국민들의 확신 또한 국가가 고려해야 할 대상이 되었던 것이다. 이와 같은 논의에 의하여 엘리네크는 한편으로 법의 최종 효력의 근원을 국민에게서 찾는 동시에 법실증주의적 관점을 그대로 보존시켰다. 이외에 그 또한 ‘국가와 법 양자가 평등한 지위에 있다’는 사유방식을 통해서 국가의 법적 의무를 증명해야 하는 수요를 피하도록 하였다. 엘리네크가 라반트의 국가법실증주의적 국가집권으로 입법의 견해를 받아들여 법을 국가 지배의 수단으로 간주하였으며, 법의 명령과 강제의 특질을 강조하였기 때문에 법치국가의 이념 아래 국가가 왜 법에 복종하는 것이어야 되는지의 문제를 보다 적극적으로 해결했다.

1. 윗글을 통해 답을 추론할 수 없는 것은?

- ① 라반트에 의하면 1인 국가는 성립할 수 있다.
- ② 기르케는 다원주의를 통해 지방 자치 제도를 수립할 수 있었다.
- ③ 단체주의적 국가이론이 법에 있어서 국가의 작용을 완전히 부정하는 것을 의미하지 않는다.
- ④ 법 효력의 최종 근원에 대해서 엘리네크는 법의 효력이 당위로서의 기초규범의 효력 부여로부터 근원된다고 생각하였다.
- ⑤ 국가양면설에서 존재로서의 국가가 이미 존재하고 있지만 법적 질서를 통해서만 실존으로서의 국가를 당위로서의 법인으로 전환시킬 수 있다고 하였다.

2. ㉠과 관계된 것으로 옳은 것은?

- ① 존재와 당위가 구별되어야 한다고 생각하지 않았다.
- ② 유기체론의 표본이 잘못되었다고 생각하지 않았다.
- ③ 임마누엘 칸트의 영향을 받아 인간을 목적이 아닌 수단으로서만 대하여야 한다고 생각하였다.
- ④ 국가와 법의 관계는 서로 독립된다고 생각하지 않았다.
- ⑤ 법규범성을 강조하면서 정당성과 합법성을 인정하지 않는다.

3. ㉡의 입장에서 ㉢을 비판한 것으로 옳지 않은 것은?

- ① 국가는 유일한 법의 근원이 아닐 수 있기에 관습법을 인정할 수 있다고 지적하였다.
- ② 국가 의지만으로 법적 기속력을 이룰 수 없다고 지적하였다.
- ③ 국민의 다양성을 국가의 통일성에 포함시키고 나아가 그 국가와 법의 개념에도 포함시켜야 된다고 지적하였다.
- ④ 조선 시대 법전인 <경국대전>을 통하여 조선의 정책에 법적 기속력을 부여함으로써 인민단체의 법의식 성장에 역제를 가하였다고 지적하였다.
- ⑤ 국가와 법에 대한 인식이 반드시 국민 자신의 법의식으로 되돌아 갈 수 있기 때문에 법에 있어서 법의식의 중요성을 간과하였다고 지적하였다.