

민주주의법학연구회 2001 심포지움 <신자유주의와 민주법학> (2001. 11. 24)

【제2주제 발제문】

## 신자유주의의 세계화와 경찰국가의 강화

이 계 수(울산대학교 교수)

— 목 차 —

- I. 출발점
- II. 신자유주의의 진실
- III. 신자유주의와 법치국가의 위기
- IV. 신자유주의와 '자유'투쟁의 방향

고통을 분담하자고 한다  
 저들이 우릴 보고 허리띠를 졸라매라고 한다  
 우리가 유사 이래 어느 시대에  
 고통을 전담하지 않았던 때가 있었느냐  
 - 백무산, 너희들이 손댈 수 없다 중에서 -

### I. 출발점

신자유주의적 이데올로기로 무장하고, 생산시스템, 기업모델을 포함하여 사회체제 전반을 신자유주의적 방식으로 '구조조정'하려는 정부와 신자유주의자들의 시도는 여전히 현재진행형이다. 신자유주의의 친자본, 반노동 이데올로기와 시책에 대해서는 여러 사회과학분야의 '이론가들'이 일찍이 비판을 내어놓았다. 그러면 법학의 상황은 어떠한가? 개별적인 논의 혹은 토론회들이 있었지만 민주주의법학의 관점에 선 '과학적' 연구는 아직 미흡하다.<sup>1)</sup> 민주주의법학연구회가 명석을 깬 <신자유주의와 법>이라는 문제제기가 '과학적' 연구성과로 귀결되기를 기대한다.

쉽게 시작해보자. 무엇이 과학적이란 말인가? 서경석은 “시민사회론과 과학적 헌법학의 원칙”에서 '진보적 헌법학'과 '과학적 헌법학'을 구분한 뒤 후자를 역사발전과정에 관한 사적 유물론과 변증법적 유물론을 인식론적 바탕으로 삼으면서 사회구성체의 분석에서 계급성, 객관성, 총체성, 특수성을 기본범주로 승인하는 헌법학이라 지칭했다. 과거와 같이 그렇게 자주 듣지는 못하는 주장이나 그러한 헌법학은 '민주법학'에게 여전히 타당한 출발점이다. 그러므로 '신자유주의의 역사와 진실'을 밝히는 작업, 그리고 그것을 법학의 관점에서 전개하고자 한다면 우리는 마땅히 그와 같은 과학적 헌법학, 과학적 법학을 그 준거틀로 삼아야 한다.

신자유주의를 분석하는 과학적 법학은 그 무엇보다 “자본주의적 재생산과정에서 국가가 행

1) 공법학회의 제81회 학술발표회(1999. 5. 8)에서 “신자유주의와 공법이론”을 다루었다. 발표문은 『공법연구』, 제27권, 제2호(1999. 6월)에 수록되어 있다.

하는 개입의 계급적 차별성”<sup>2)</sup>을 밝히는 작업에서부터 출발해야 한다. 자본주의 국가는 언제나 친자본, 반노동의 국가였다. 이러한 자본주의 국가의 본질은 중심부에서나 주변부에서나 모두 동일하다. 다만 그 본질이 표출되는 방식, 드러나는 방식에는 차이가 있다. 따라서 논의는 자본주의 국가권력의 본질이 신자유주의의 이데올로기와 체제하에서는 어떤 식으로 표출되고 있는지; 신자유주의의 국가권력은 이전의 자유주의적 법치국가를 어떤 식으로 변질시키고 있는지를 밝히는 방식으로 진행되어야 한다.

## II. 신자유주의의 진실

### 1. 이데올로기로서 신자유주의

흔히 쓰이는 말임에도 불구하고 정작 신자유주의가 어떠한 것인가를 딱히 정의하기는 쉽지 않다. 신자유주의는 어떤 하나의 학파나 하나의 이론을 지칭하는 용어도 아니다.<sup>3)</sup> 영미식 신자유주의와 독일식 신자유주의는 구별해야 한다는 논의도 있고 보면 엄격한 개념정의를 중시하는 법학자들은 ‘신자유주의와 법’이라는 논의자체를 불만스러워할지도 모르겠다. 그러나 신자유주의를 그 이론적 연원으로부터 정의해 나가거나 그것을 엄밀하게 구체적으로 정의하고자 하는 것은 별로 유용하지 못한 듯하다. 어차피 문제가 되는 것은 세계 자본주의의, 그리고 현재 남한 자본주의의 구조변화를 지지·강제하는 이데올로기이므로, 그 이데올로기로 동원되고 있는 신자유주의가 현실을 - 즉 자본과 노동의 관계를 어떻게 변화시키고 있는가를 확인하는 작업이 더 필요하다고 생각하기 때문이다.

신자유주의의 범주 안에 들어가는 각종 이론들을 종합해보면 신자유주의 또한 고전적 자유주의와 마찬가지로 시장의 자유로운 작동이 균형의 달성과 경제의 발전을 가져다 줄 것이라고 파악하고 있음을 알 수 있다. 그러나 신자유주의가 고전적 자유주의 혹은 여타의 자유주의와 차이나는 부분은 그들 사고의 중심에 놓여있는 시장의 결함을 인정하지는 않는다는 점, 설령 결함을 인정하더라도 국가의 개입은 철저히 반대한다는 점, 결함을 고쳐나가는 주체 역시 시장질서 자체가 되어야지 국가가 ‘인위적으로’ 나서서 문제를 오히려 크게 만들뿐이라고 주장하는 점 등에 있다. 차이가 있기는 하지만 신자유주의자들은 대체로 시장은 그 자체로서 가장 진보적인 장치라고 주장한다. 이들은 시장만이 유일한 질서 - 그것도 누가 인위적으로 조작하는 것이 아니고 자발적으로 구성되고 조정되는 질서로 이해한다. 따라서 만약 시장이 완전히 자유롭게 움직일 수만 있다면 경제문제는 생기지 않을 것이라는 게 이들의 주장이다. 시장은 애초에 누가 계획이나 목적을 가지고 만든 질서가 아니기 때문에 실패할 수가 없다고 하는데 실패는 오직 계획을 가지고 움직이는 정부만이 할 수 있다고 주장한다.<sup>4)</sup>

### 2. 신자유주의와 ‘자유’

이러한 신자유주의자들의 주장이 법정책에서는 ‘더 적은 국가, 더 많은 자기책임(Weniger Staat, mehr Selbstverantwortung)’<sup>5)</sup>, ‘국가는 더 적게, 민간은 더 많게(Weniger Staat

2) 서경석, 「시민사회론과 과학적 헌법학의 원칙」, 『민주법학』 제18호, 2000, 59쪽.

3) 강상구, 『신자유주의의 역사와 진실』, 문화과학사, 2000, 92쪽.

4) 강상구, 위의 책, 94-5쪽.

und mehr Privat)'<sup>6)</sup>라는 구호로 정리되고 있다. 그들은 현재의 행정과 행정법이 국가적 조종과 사회의 자기규율 사이의 기로(Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung)에 서 있다고 진단한 뒤 이제 “행정은 경제의 리듬에 맞추어 경제의 수요에 따라 경제계와 협력하며 경제를 지원하는 방향으로 활동해야”<sup>7)</sup> 한다고 지침을 내린다. 그러한 지침에 적합한 행정작용이 되려면 과거와 같은 일방적-규제적 행정법 모델 대신에 협력적 행정법 모델, 협조적 법치국가 모델의 정립이 필요하다고 한다.<sup>8)</sup> 사회국가, 배분국가가 배분이라는 수단을 통해 자기 권력을 대단히 확대한 권력국가, 사회적 관료국가였다면 협조적 법치국가는 국가의 일방적 권력을 해체할 새로운 대안이 될 수 있다는 주장이다.

흥미로운 것은 이러한 주장들이 모두 ‘자유’의 이름으로 옹호되고 있다는 점이다. 그런데 의아하게도 한편에서는 자유가 이처럼 옹호되고 있지만 다른 한편에서는 자유가 오히려 축소된다. 신자유주의적 사회재편전략에 반대하는 대중들의 표현의 자유, 커뮤니케이션의 자유는 위축되고 있으며 노동자들의 자유와 권리는 전래 없는 축소를 경험하고 있다. 왜 이런 일이 벌어지는가?

그 답은 신자유주의의 본질에서 찾을 수 있다. 신자유주의는 사회적 관계의 총체를 시장경제적 관계로 재편하거나 시장경제적 관계에 최대한 종속시킴으로써 자본운동의 자유를 극대화하려고 하는 정치적 이념이자 운동이지, 노동의 자유를 극대화하거나 자본운동의 자유를 비판하는 의사소통의 자유(언론 및 출판의 자유, 집회 및 결사의 자유)를 보장하는 이데올로기는 아니기 때문이다. 신자유주의자들이 말하는 자유는 모든 이들의 모든 자유, 다시 말해 부르주아계급의 자본축적활동과 모순되는 노동계급의 자유, 즉 노동관련기본권과 집회·시위의 자유 등 민주주의실천의 근간이 되는 의사소통의 자유까지를 포함한 ‘자유일반’이 아니라 기껏해야 부르주아 계급의 ‘개인적’, ‘경제적’ 자유에 불과하다. 그들은 자유란 불가분적이라고 말하는 질서자유주의(=독일식 ‘신자유주의’)<sup>9)</sup>의 주장도 배척한다.

결국 신자유주의는 자유의 이름(부르주아적 재산의 자유)으로 자유(노동의 자유, 표현의 자유)를 억압하는, (70년대 이후의 경제위기에 대응하는) 새로운 파시즘국가를 정당화하는 이데올로기에 다름 아니다.

### 3. 약화되면서도 동시에 강화되는 국가

신자유주의 정책은 국가의 역할을 축소시켰지만, 동시에 ‘강화’시켰다. 자본에 대해서는 ‘작은’ 정부, 노동계급에 대해서는 ‘강한’ 정부. 이것이 바로 신자유주의 국가의 진실이다.<sup>10)</sup>

미셸 초스도프스키는 신자유주의란 금융자본의 전세계에 대한 신개입주의를 의미한다고 지적하였다.<sup>11)</sup> 개별국민국가의 입장에서 보면 이는 결국 금융산업 특히 국제금융에 의한 국가

5) 로프 슈토버, 이원우 옮김, 「독일경제행정법상 규제완화」, 『공법연구』 제24집 제5호, 1996, 99쪽.

6) 로프 슈토버/이원우, 위의 논문, 102쪽.

7) 로프 슈토버/이원우, 위의 논문, 128쪽.

8) 김성수, 『일반행정법』, 법문사, 2001, 22쪽 아래. 자세한 것은 III. 1.을 참고하라.

9) Walter Eucken, *Grundzüge der Wirtschaftspolitik*, 6판, Tübingen 1990, 131쪽; 유시민, 「위장자유주의자 공병호의 비극」, 『인물과 사상』 제12호, 1999, 226-227쪽에서 재인용.

10) 강상구, 앞의 책, 116쪽.

11) 미셸 초스도프스키, 『빈곤의 세계화』, 당대, 1998.

의 종속을 의미한다. 개별국민국가는 자본의 자유로운 이동과 투자를 보장하기 위하여 국제 투기자본 등에 대한 국가의 규제권한을 축소하지 않을 수 없다. 전지구적 지배력을 갖고 있는 자본에게 효율적인 투자환경을 보장하는 규제완화는 그러나 필연적으로 노동자들의 생산적·재생산적 안전을 보장하는 각종 안전관련법제 및 사회복지법제의 후퇴를 초래한다. 신자유주의로 인해 시장의 지배, 자본의 안전, 재산의 안전은 강화되지만 대다수 국민의 사회적 안전(social security, 사회복지)은 약화되는 셈이다. 국가는 “자본에 대한 규제를 강화하고 사회적 안전을 확보하라!”는 대다수 국민의 요구를 “우리에게는 다국적 기업들의 횡포나 국제금융기구들의 압력으로부터 자국민을 보호할 만한 힘이 없다.”는 솔직하지 못한 논리를 내세워 무시한다.<sup>12)</sup>

신자유주의자들은 1980년대 이후 끊임없이 작은 정부, 덩치를 줄인 날씬한 국가(der schlanke Staat)를 옹호하였고 상당부분 이를 관철시켰다. 그러나 작은 정부, 날씬한 국가는 경제적 자유 영역에서만 크게 눈에 띈다. 작은 정부가 주장되었음에도 불구하고 비밀정보기관, 공안기관의 기능과 예산은 계속해서 늘어나고 있으며, 경찰의 권한 특히 정보의 탐지·수집 및 처리권한은 확대되고 있다.<sup>13)</sup> 한마디로 말하면 자본에 대한 국가의 규제능력은 약화되었지만 반자본세력을 억압하는 ‘폭력독점체’로서의 국가기능은 강화되었다는 이야기다. 약화되면서도 동시에 강화되는 국가, 이것이 신자유주의 국가권력의 ‘두 얼굴’이다. 이것이 또한 자본주의적 재생산과정에서 국가가 행하는 개입의 계급적 차별성이다. 이러한 신자유주의의 국가권력은 기존의 ‘법치국가’를 어떻게 변모시키고 있는가? 장을 바꾸어 살펴보자.

### III. 신자유주의와 법치국가의 위기

#### 1. 협조적 법치국가?

신자유주의와 공법의 문제를 다룬 기존의 논문들을 읽다보면 ‘신자유주의와 법치국가’의 관계에 대해 강조하는 대목을 어김없이 만나게 된다. 대체로 이런 논의들은 고전적 의미의 법치국가론에서 출발하고 있다. 부르주아적 재산을 보장하는 국가. 경제적 활동의 자유와 사적 소유의 권리를 법적으로 보장하는 국가. 그것을 법치국가라 불러도 좋고 권리국가(Rechtsstaat)<sup>14)</sup>라 불러도 좋다. 중요한 것은 이들 법치국가론은 국가에 대한 시민사회의

12) 국제사면위원회는 2001년 연례보고서에서 경제 세계화라는 미명 아래 인간의 기본적 권리에 대한 침해가 정당화되고 있지만 그러나 누구도 결코 세계화를 핑계로 인권을 침해할 수는 없다고 지적했다. 보고서는 또한 각국 정부는 다국적 기업들의 횡포나 국제 금융기구들의 압력으로부터 자국민을 보호할 수 있는 힘이 없다고 항변하고 있으나 이것은 솔직하지 못한 주장이라고 반박한다. 국제통화기금(IMF)과 같은 국제기구들이 많은 나라에 대해 사회적·경제적·문화적 권리들을 제한하는 경제정책을 강요하고 있는 것은 사실이지만 그들의 압력 앞에서 스스로를 무장해제 할 정도로 개별국가의 힘이 약화되어 있는 것은 아니라고 지적하고 있다. Amnesty International, *Amnesty International Report 2001, Forward*. 이 문서는 국제사면위원회 홈페이지([www.amnesty.org](http://www.amnesty.org))에 접속하면 쉽게 검색할 수 있다.

13) 『경찰백서』, 1997~2001 참고.

14) 흔히 법치국가라고 부르는 19세기 독일의 ‘Rechtsstaat’는 권리국가로 번역할 수 있는데, 그 이유는 그 국가가 부르주아지의 자유와 재산을 그 권리로서 확보해주는데 관심을 가졌기 때문이다. 또한 권리국가로 이해된 Rechtsstaat에서 법규란 “시민의 자유와 권리를 침해하는 규범”만을 의미했으므로 이것은 다른 말로 시민의 권리·의무와 관련된 권리명제라 할 수 있다. 법률행위는 결국 권리와 의무를 확정짓는 행위이므로 권리·의무행위이며 이를 줄여 권리행위

방패막, 국가권력의 침해를 방어하는 논리체계라는 사실이다. 여기서 말하는 시민사회와 시민은 대체로 소유적 개인주의의 관점에서 이해된 ‘부르주아적-자본주의적 상품생산자 사회’와 ‘부르주아지’라고 보면 된다. 그런데 최근에는 이러한 ‘고전적’ 법치국가론에서 한 걸음 더 나아가 협조적 법치국가론을 주장하는 견해가 있다.

시민사회와 개인, 결국 시장의 ‘자유로운’ 경제행위로 인한 폐해를 규제하는 과정에서 근대 행정법이 등장하였다는 사실은 익히 알려져 있다. 그러므로 규제탈피 혹은 규제완화에 대한 신자유주의의 요구에 국가가 순응하게 되면 행정법에도 일정한 변화가 나타나게 될 것은 자명하다. 그러한 변화들이 행정법의 연성화(軟性化)/ 개입국가에서 협력국가로/ 규제적 모델에서 조종적 모델로의 변화 등으로 설명되고 있지만 본질은 신자유주의 시대에 걸맞는 법치국가의 내용수정이다. 슈미트류의 방어적 법치국가론이 민주주의적 ‘입법자’에 대항한 독점 자본주의 단계의 법치국가론이었다면 협조적 법치국가론은 신자유주의의 논리에 부응하는 법치국가론이라는 얘기이다.

협조적 법치국가론은 신자유주의의 원조국인 미국에서 먼저 제기되었고, 이후 독일에도 전파되어 지금과 같은 이름과 내용을 얻게 되었는데 그와 같은 법치국가의 형태변환이 한국에서도 수용되고 있다는 점은 시사하는 바가 많다. 협조적 법치국가론의 대표적 논자인 김성수 교수가 얘기하는 협조적 법치주의 혹은 의사교환적 법치주의론의 몇몇 대목을 읽어보자.

흔히 협조적 또는 의사교환적 법치주의라고 부르는 법치주의의 구조적 변화는 지난 2세기간 성립발전한 법치주의와 법의 기능에 대한 인식의 전환을 조심스럽게 예고하고 있다. ……21세기 법치주의에서의 법의 기능은 행정객체와 주체간의 의사전달의 통로로서 행정의 의사결정과정에서 개인의 협조와 참여를 보장하는 데 그 핵심이 두어진다. 독일의 경우에도 ……새로운 변화에 대하여 비판적인 목소리가 우세하였지만 ……점차로 EU 차원에서 환경심사제와 환경영향평가제의 도입 등과 관련하여 거센 법적 변화의 압력에 굴복하였다. ……(이러한) 환경심사제(Ökoaudit)와 환경영향평가제에서 특징적으로 나타나는 것은 환경보호를 위한 개인의 자발적 노력과 참여라는 요소이다. 이러한 환경법 영역에서의 변화가 독일 행정법의 전 분야로 확산되어 법체계의 근본적인 구조변혁으로 이어질 것인가의 여부에 대해서는 독일 내에서도 진지하고도 격렬한 토론의 대상이 되고 있다.<sup>15)</sup> 지난 2세기간 발전되어 온 법치주의 원리가 이제 동서양을 막론하고 인류의 보편적 법적 문화자산이 되었다면 이제 그 핵심적인 요소로서의 개인의 협력과 주도적 역할은 이러한 문화재의 가치를 한층 격상시키는 계기를 마련할 것으로 기대된다.<sup>16)</sup> 경제행정법 분야에서 오늘날 법치국가는 괄목할 만한 변화를 경험하고 있다. 이러한 변화의 중심에는 경제행정법 분야에서 개인의 지식과 경험, 정보, 노하우, 자본 등을 적극적으로 활용하여 국가의 경제운영의 구조를 바꾸는 작업이 진행되고 있다. 국가와 개인간의 밀접한 협조와 공조체제를 위한 법제도는 이미 우리나라에서도 사회간접자본시설에대한민간투자법 등을 통하여 부분적으로 실현되고 있다. 이러한 법제도들은 지난 2세기간 유럽국가들을 중심으로 성립·발전되어 온 법치주의에 비하여 행정적 의사결정의 구조, 과정, 결과 등에서 현격한 차이를 보이고 있다. 국가와 개인간의 이러한 협조와 공조체제를 중심으로 하는 소위 협조적 법치주의의 개념은 이제 더 이상 국가만이 독점적으로 공동체의 모든 문제를 해결할 수 없다는 현실을 암묵적으로 반영하는 것이기도 하다. ……물론 앞으로의 법치주의도 계속하여 자유주의적 요소와 사회국가적 성격을 유지하겠지만 그 중심이 국가와 동등한 자격과 능력을 가지는 개인과의 협력과 공조체

라고 부를 수 있다. Rechtsstaat를 권리국가(the rights State)로 번역한 예로는 안토니오 네글리, 『디오니소스의 노동: 국가형태의 비판』, 갈무리 1997.

15) 김성수, 앞의 책, 22-24쪽.

16) 김성수, 『개별행정법』, 법문사, 2001, 95쪽. 그러나 협조적 법치국가가 신자유주의의 논리를 수용하고 있다면 그것은 결코 인류의 보편적 가치가 될 수 없다. 복지를 억압하고 국가를 후퇴시키고 사회를 해체하는 신자유주의에 인류의 21세기를 맡겨둘 수 없다. 김대환, “미래 없는 신자유주의”, 한겨레신문, 2001. 4. 24자.

제에 두어진다면 이제 법의 기능은 양자간의 협력과 의사교환을 촉진하는데 두어져야 한다.<sup>17)</sup>

그는 경찰행정작용도 국가의 권력독점을 포기하고 민간부문과의 협력을 통하여 위해방지를 위한 업무의 효율성제고를 위한 방안을 모색해야 할 상황에 처하게 되었다고 지적하며,<sup>18)</sup> 협조적 법치주의가 (규제)행정법의 새로운 패러다임이 되어야 한다고 결론짓는다.<sup>19)</sup> 그가 생각하는 협조적 법치주의에는 민영화정책, 행정절차개혁과 함께 환경심사제와 같은 국가적 규율·규제를 대신하는 자율적 규제수단이 포함되어 있는데 이는 이른바 ‘작은 정부론’에서 공통적으로 지적되고 있는 사항들이다.<sup>20)</sup> 그래서 협조적 법치주의는 효율성과 경제성을 최고의 가치로 생각하는 ‘경제의 논리에 충실한 법치국가’를 의미하고 있는 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 왜냐하면 미국에서건 독일에서건 그런 식의 법치국가론은 오로지 경제를 강화한다는 일차원적인 사고에 붙들려있기 때문이다.<sup>21)</sup>

일반적으로 생산 및 재생산영역에서의 국가규제로 인해 이익을 보는 이들은 대개 사회적 약자들이다. 사회적 강자와 부자들은 국가의 규제를 통한 보호를 원치 않거나 거의 필요로 하지 않는다. 규제완화를<sup>22)</sup> 논의할 때에 사회적 약자들의 지위를 고려해야 하는 이유가 여기에 있다.<sup>23)</sup>

이른바 비정식적 행정작용이 관료주의적 행정의 극복에 도움이 된다는 지적에 대해서도 생각해볼 점이 있다.<sup>24)</sup> 행정당국이 일방적인 결정을 내리기 전에 혹은 내리는 대신에 협의와 협상을 거쳐 일정한 결정을 내리게 된다면 국가와 경제계간의 긴장은 분명 완화될 것이다. 그러나 문제는 그러한 ‘협력적’ 법집행이 경제 및 환경행정법 영역 외에 경찰행정법의 영역에서는 좀처럼 실현되지 않는다는 점이다.<sup>25)</sup> 협력적 법집행 모델이 이른바 ‘행정절차’의 간소화·신속화를 통해 경제계의 이해를 만족시켜 줄지는 모르겠지만 집회 및 시위의 자유의 규제와 같은 전통적인 경찰행정작용에서도 그러한 모델이 관철되지는 않는다. 자유의 분리, 분열의 사례가 시사하듯 이들 영역에서는 ‘자율과 협력’이 아니라 관리와 통제가 오히려 더욱 강화된다.

이렇게 본다면 이른바 협조적 법치국가는 자유를 ‘국가권력으로부터의 자유’라는 전통적인 관념 대신에 ‘국가권력에 참여할 자유’로 확대하여 자유의 지평을 넓히려 하고 있으나 그것은 결국 앞에서 얘기한 자본의 자유를 확대하고자 하는 이론들에 불과하다는 평가를 면하기 어렵다.

17) 김성수, 위의 책, 148-9쪽.

18) 김성수, 위의 책, 533쪽 아래 참고.

19) 김성수, 「규제행정법의 새로운 패러다임을 찾아서」, 『공법연구』 제29권 제2호, 2001, 55쪽 각주 5번.

20) Martin Kutscha, “Schlanker Staat mit Januskopf - Ein Zwischenruf”, *Kritische Justiz*, 1998, 400쪽.

21) M. Kutscha, 위의 논문, 401쪽 참고.

22) 로프 슈토버/이원우, 앞의 논문, 127쪽.

23) 절차적 측면에서 보더라도 규제완화와 절차축진은 행정과정에 대한 이해관계자의 참여를 어렵게 만든다는 지적을 받고 있다. 로프 슈토버/이원우, 앞의 논문, 119쪽 참고.

24) Eberhard Schmidt-Assmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System insbesondere zur Bedeutung von Rechtsform und Verfahren im Verwaltungsrecht*, Heidelberg 1982, 29쪽.

25) 이계수, 『의회주의와 행정법: 칼 슈미트 학설과 그에 대한 비판을 중심으로』, 서울대 박사학위논문, 1997, 266쪽.

## 2. 새로운 형태의 경찰국가

실제로 경찰청이 1999년 12월부터 추진하고 있는 경찰개혁 프로그램을 살펴보면 앞에서 지적한 부분들이 현실과 동떨어진 얘기가 아니라는 사실을 어렵지 않게 확인할 수 있다.

‘경찰은 국민의 친구이자 동반자’라는 자기선언에는 억압하는 경찰이 아니라 국민과 협력하는 경찰과 경찰행정의 모습이 그려지고 있다. 여경기동대원들로 하여금 질서유지선(폴리스라인)을 만들도록 한 신 집회‘관리’(집회를 관리하는 것은 경찰이 아니다!)대책에서는 보다 부드러운 경찰권 집행이라는 이미지가 부각되고 있다. 이것만 보면 협조적 법치국가라는 말도 한번쯤 써 볼 수 있겠다는 생각이 든다.

경찰의 개혁 혹은 새로운 이미지 창출노력은 그러나 끊임없이 보도되는 ‘경찰스캔들’ - 2000년 4월의 대우자동차 노동자에 대한 경찰의 폭력행사가 보여주듯 여전히 반노동적 경찰권 행사,<sup>26)</sup> 외국인노동자에 대한 반인권적 조치들, 도청·감청을 이용한 정보사찰의 강화 등 - 앞에서 여지없이 무너지고 만다.

모든 집회·시위는 ‘합법보장·불법필벌’이라는 기본원칙 아래, 준법집회는 최대한 보장(경찰이 집회·시위를 보장하는 것이 아니다. 집회·시위의 자유는 헌법에 보장되어 있다!)·보호(집회의 주체는 집회주최자이다. 집회가 제대로 진행되도록 질서유지를 담당해야 할 자는 경찰이 아니라 바로 집회주최자이며 경찰은 예외적으로 이들이 보호요청을 할 때에만 개입할 수 있다!)하되, 불법집회는 채증작업을 통해 철저히 가려내고 처벌하여 평화적 집회·시위문화 조성에 노력하였다는 경찰청의 주장을 듣고 있노라면 경찰권의 행사와 ‘협력적 법치국가’를 연결시키기가 쉽지 않다. 경찰은 여전히 무엇이 합법집회이고, 무엇이 불법집회인지 ‘고권적’으로 결정할 권한을 갖고 있으며 집회의 ‘허용여부’(집회의 자유를 행사하는 일은 결코 국가의 ‘허가’를 필요로 하지 않는다!)를 판단하는 단계에서 시민단체와 협력하거나 협의하지 않는다.

경찰이 인권운동단체와 협력하여 ‘공권력’의 위법·부당한 행위를 가려내는 작업을 했다는 얘기를 들은 적은 없다. 반면 감청 등의 방법을 동원해 이들 운동단체들의 활동을 감시하고 있다는 얘기는 자주 듣는다. 전국민에게 주민등록번호를 부여하고, 전국민에게서 강제로 지문을 채취하는 내무행정(경찰행정)의 현실을 앞에 두고 국민을 협력의 주체로 생각하는 협력적 법치국가론을 얘기하기는 어렵다. 국가권력은 국민을 주민등록번호 및 지문으로 관리되는 행정객체로 다룰 뿐이다.

현실에서 경찰은 친구, 동반자이기 이전에 과시즘의 국가체제를 유지·관리하는 합법적인 국가폭력의 모습을 하고 우리에게 다가온다. 신자유주의의 현실에서 경찰은 노동자들의 생존권 투쟁을 억압하는 ‘위기관리자’일 뿐이다. 경찰과 경찰권집행의 현장은 국가와 개인간의 밀접한 협조와 공조가 공존하는 협력의 장이 아니라 노동자 등 사회하층계급에 대한 국가권력의 인권침해가 일상적으로 이루어지는 대결의 장일 뿐이다. 이것이 현실이다. 2001년 4월 10일의 대우자동차 노동자 폭행사건이 있기 나흘 전인 4월 6일 발표된 이른바 ‘화염병 종합대책’을 일별해 보라. 그 어디에 협력적 법집행이 자리잡고 있는가.

화염병 시위자는 ‘전담반’을 투입해 전원 현장에서 검거하고 사후에도 사진촬영과 신원확인을 통해 끝까지

26) 민주노동당의 통계에 따르면 2001년 8월까지 김대중 정부가 구속한 노동자 수는 김영삼 정부시절의 구속노동자수를 넘어서고 있다. 권두섭, 「노동기본권을 부정하는 현 상황에 관한 자료」, 참고 이 문서는 민주노동 홈페이지(www.nodong.org) 자료실/법률자료실/22번에 게시되어 있다.

추적 검거한다. 화염병 시위자는 물론 집회시위 주최자에 대해서도 민사상 손해배상청구를 병행하는 등 불법폭력시위방지 대책을 강화한다. 화염병 시위를 근본적으로 차단하기 위해 「집회 및 시위에 관한 법률」과 「화염병 사용 등 처벌에 관한 법률」을 개정하여 복면착용을 금지하고, 집회신고시 불법·폭력집회 시위를 하지 않겠다는 각서제출을 의무화하며, 화염병 사용행위의 법정형을 대폭 강화하고 화염병시위 관련 형사처벌자 명단을 공개키로 한다.

나아가 화염병 시위로 형사처벌을 받은 학생의 명단을 해당 대학에 통보하는 한편, 화염병 시위 반발 등 학생지도 관리실적에 따라 대학에 대한 정부의 행정·재정적 지원을 차별화하고, 화염병 시위 전력자의 사회적 책임을 강화하기 위해, 공직채용 제한을 검토하고, 신규 취업시 이와 같은 취지가 감안될 수 있도록 한다.<sup>27)</sup>

한편 종합대책에는 포함되어 있지 않지만 대검 공안부가 발표한 자료에 따르면 화염병 사범에 대해서는 통신감청을 하겠다는 방안도 제시되어 있다. 대검 공안부는 2001. 4. 8일 시위현장 등에서의 화염병 사용을 뿌리뽑기 위해 서울지검에 ‘화염병사범 특별수사단’을 설치해 운영한다고 밝혔다. 특별수사단이 이용하려고 하는 수사방법에는 통신감청과 예금계좌 추적, 인터넷 아이피(IP) 추적 등이 포함되어 있다.<sup>28)</sup>

집회·시위와 같은 민주주의의 기본적 자유조차도 준법서약서와 같은 각서를 제출할 때에만 ‘허용’하는 국가, 국민의 일상활동을 감시하기 위해 카메라와 폐쇄회로티브이를 일상적으로 동원하는 국가, 국경을 넘나드는 ‘조직범죄’에 대처하기 위해 합법적인 통신감청의 범위를 넓혀 가는 국가, 그리고 이 모든 일이 법률의 유보 하에 이루어지고 있다고 자부하는 국가, 이 국가를 협조적 법치국가라 명명하기는 어렵다.

이 국가를 우리는 오히려 경찰국가라 불러야 할 것이다. 사회국가를 포기함으로써 날씬해진 뒤 여유자원으로 국민감시기구를 강화하고 있으므로 이 국가는 이전의 경찰국가와도 구별되는 ‘새로운 형태의 경찰국가’라고 명명해야 할 것이다.<sup>29)</sup>

독일적 전통에서 경찰국가는 법치국가와 대립되는 모델이다. 경찰국가는 절대적이며, 법률에 구속되지 않는 군주의 힘을 표현한다. 신민(臣民)들은 경찰국가에 무조건 복종해야 했다. 그러나 동시에 경찰국가는 대중에 대하여 ‘후견 및 복지체제’를 구축한 국가였다. 고전적 형태의 경찰국가에는 국가권력이 질서를 유지하는 방식이 두 가지 차원에서 파악되고 있다.

27) 이상은 2001. 4. 6일 국무총리실 산하 국무조정실에서 발표한 보도자료를 요약한 내용임.

28) 인터넷 한겨레신문, 2001. 4. 8자. 이 조치가 나오게 된 배경은 이렇다. 1998년에 급격히 줄어들었던 화염병 투척시위가 1999년을 기점으로 다시 증가하게 된다. 화염병이 투척되는 시위의 대부분은 노동자들의 집회, 시위, 파업권행사와 관련되어 있었다. 화염병 투척이 이루어지는 이른바 ‘불법시위’의 증가는 김대중 정부가 폭력적 형태로 진행한 구조조정과 대대적인 정리해고로 일자리를 박탈당하고 실업자나 비정규노동자로 전락한 노동자들의 저항이 1999년부터는 조직적으로 이루어지고 있다는 사실을 보여준다. 화염병 투척이라는 ‘과격시위’는 그 본질에서 생존권확보를 위한 노동자들의 마지막 저항의 측면이 강하다. 그러나 국가권력은 이러한 저항이 의미하는 바를 전혀 수용하지 않는다. 저항의 부정적 효과만을 부각시킬 따름이다. ‘화염병 대책’이 나오기 이전인 2001년 3월과 4월초의 신문기사를 읽어보면 이른바 ‘신종화염병’에 대한 정부 당국의 ‘공포심’이 과도하게 선전되고 있음을 쉽사리 알 수 있다. 그 와중에 김대중 대통령은 2001년 경찰대 졸업식에서 화염병 투척이 TV화면을 통해 전 세계에 보도돼 우리 나라에 대한 관광이나 투자유치에 큰 타격을 주고 있다는 이야기를 빈번히 듣는다고 지적한 뒤 화염병과 폭력은 반드시 근절해야 한다고 강조하기에 이른다. 대통령의 말을 받아 각 공안기관들이 대책을 내놓기 시작했고 급기야 관계장관회의를 열어 위에서 말한 종합 대책이 나오게 되었다. ‘노동자들의 생존권 확보 투쟁’을 강화된 물리력과 정보력을 동원해 봉쇄하려는 국가권력의 대응방식이 화염병 대책에 ‘종합’되어 있는 것이다. 화염병 종합대책에 대한 자세한 분석은 이계수, 「신자유주의의 세계화와 경찰국가의 강화」, 『연세』, 57호, 2001, 162쪽 아래.

29) Fredrik Roggan, *Auf legalem Weg in einen Pdizistat*, 2000, 23쪽.

즉 첫째, 국가는 법률의 구속을 받지 않는다. 둘째, 국가는 신민의 물질적 복리에 대해 원칙적으로 책임을 진다. 만약 이러한 고전적 형태의 경찰국가개념을 변형하여 새로운 형태의 경찰국가라는 표현을 쓸 수 있다면 후자는 다음과 같은 방식으로 질서를 유지한다고 정의할 수 있다. 국가는 사회보장과 같은 급부행정을 점차 침해행정으로 대체한다. 국가는 복지의 감축으로 인한 사회적 불안정을 강력한 물리력을 통해 제어한다.

이 새로운 형태의 경찰국가는 두 가지 점에서 절대주의 경찰국가와 구별된다. 하나는 국가행정(침해행정)이 이전과 달리 법률의 근거에 따라 이루어진다는 점이다. 이 점에서 새로운 경찰국가는 법치국가의 계승자인 듯이 보인다. 그러나 현실에서 진행되는 법률유보의 강화(Verrechtlichung)는 실상 국가권력에 고삐를 매려는 원래의 의도와 정반대의 결과를 낳고 있다는 사실에 주목해야 한다. 즉 새로운 법률상의 규정들은 국가에 대한 시민의 자유를 보장해주는 것이 아니라 국가가 더 자유자재로 활동할 수 있게 할 뿐이다.<sup>30)</sup> 이전에는 전혀 법적 규율이 되지 않던 부분들이 법적으로 규율되고 있지만 그렇다고 해서 시민의 정치 문화 사회적 ‘권리’가 강화되는 것은 아니다. 불법도청을 방지하기 위해 제정된 통신비밀보호법이 오히려 합법적인 감청의 가능성을 열어주고 있는 사례가 전형적으로 이에 해당한다.

다른 하나는 사회국가적 보장체제의 폐지와 함께 ‘모든 이들을 위한 복리’의 진작이라는 국가의 목표가 유명무실해진다는 점이다. 물론 절대주의 경찰국가가 목표로 한 모든 이들을 위한 복리는 목표였을 뿐 현실에서 제대로 실현되지 못했으며 결코 20세기 사회국가가 도달한 수준의 사회복지를 실현하지 못했다는 점은 분명하다. 또한 절대주의 경찰국가를 복지국가라 표현할 때, 그 때의 복지국가는 현재의 그것과 달리 ‘후견 및 복지체제’(Vormundschafts- und Beglückungssystem)로서의 복지국가로 이해해야 한다는 점도 유념해야 한다.<sup>31)</sup> 반면 오늘날의 경찰국가는 복지는 국가가 아니라 국민 각자가 책임져야 할 몫이라는 사실을 분명히 하여 개인의 능력과 책임을 강조한다.

그렇기 때문에 새로운 형태의 경찰국가에서는 타인의 자유를 제약하고 유린하는 것을 능력의 발휘로 정당화하는 신자유주의의 냉혹한 시장논리 때문에 도시에서 ‘일상적’인 범죄와 일탈이 증가한다는 사실이 그리 중요하지 않다. 신자유주의로 인한 빈곤의 세계화, 경제적 격차의 증대가 가져오는 계층간의 소통단절, 한 사회를 묶어주는 공통규범의 소멸이 위험과 범죄의 원천이라는 사실도 중요하지 않다. 중요한 것은 범죄로부터 안전한 도시와 사회를 만드는 것이며 그러한 목표를 달성하기 위한 수단을 얻는 일이다. 그러기 위해 일상적인 사회규범을 대신할 법적 규범을 정비하고 강화하고 있다.<sup>32)</sup>

실제로 각국 경찰법제와 사회법제의 변화를 추적해보면 예외 없이 법치국가의 위기(=경찰권한, 경찰의 집행력을 확대·강화하여 사회문제를 해결하려는 새로운 형태의 경찰국가의 득

30) 마르틴 쿠차, 이계수 옮김, 『독일의 비밀정보기관과 민주주의적 사회구조』, 『민주법학』 제12호, 1997, 276쪽.

31) 즉 당시의 복지국가=경찰국가는 “군주인 내가 이 만큼 너희 신민을 위해 배려할 터이니 너희 신민들은 나의 명령에 복종해야 한다”는 권위적, 규제적 형태를 띠고 있었다. 헬라 만트, 심재우 옮김, 『폭정론과 저항권』, 민음사, 1995, 132쪽 아래.

32) 미국에서는 한동안 이야기되던 ‘비범죄화’ 전략, 즉 사소한 범죄행위에 대해서는 되도록 관용하던 태도가 점차 폐기되고(zero-tolerance) ‘깨어진 유리창이론’(brocken window theory)이라는 새로운 형사정책적 논의들이 등장하여 이른바 ‘뉴욕 경찰 모델’을 탄생시키고 있다. 이 모델을 지지하는 사람들은 사회규범의 침식(浸蝕)이 일어나는 원인에 대한 진단이나 대처방안에 대해서는 눈을 감는다. 뉴욕모델에 대한 비판적 연구는 우선 다음 논문을 참고하라. Wolfgang Hecker, “Neue Kriminalpolitik in New York”, *Kritische Justiz* 1997, 395쪽 아래; Henner Hess, “Die New Yorker Polizeistrategie der neunziger Jahre”, *Kritische Justiz* 1999, 32쪽 아래.

세)를 확인할 수 있다. 일례로 일반국민의 권리에 대한 법치국가적 보장이 비교적 발달되어 있는 독일에서도 어느 나라와 마찬가지로 합법적인 감청범위가 넓어지고 있으며, 범죄혐의 없는 자에 대한 불심검문이 각주의 경찰법개정을 통해 도입되고 있다. 핑크족, 부랑인 등 사회문화적, 경제적 소수계급을 도시외곽으로 내몰 수 있는 퇴거명령제가 확대되고 있으며, 도심(都心)에서 편안하게 소비재를 구매하려는 중산계급의 이익을 반영하여 공공장소를 비디오(폐쇄회로티비)로 24시간 감시하는 체제가 정착되고 있다.<sup>33)</sup> 개인을 감시할 정보망의 강화, 경찰과 정보기관간의 협력강화는 비단 독일만의 문제가 아니다.<sup>34)</sup>

한편 경찰력의 강화는 일국 차원을 넘어 (유럽) 지역 혹은 세계적 차원으로까지 확대되고 있다. 최근 이태리의 제노바(주요 8개국 정상회담)에서의 시위와 그 이후의 사태전개가 보여주듯 국가와 자본층의 탄압은 세계적 차원으로 확대되어 ‘경찰권력, 정보권력의 세계적 협력망’이 형성되고 있다.<sup>35)</sup>

### 3. 세계적 공안정국과 자유주의적 법치국가의 몰락

경찰권력·정보권력의 강화와 각국 정보기관의 협력강화를 골자로 하는 경찰국가는 2001년 9월 11일의 뉴욕테러사건 이후 한층 강화되고 있다. 테러는 “국가를 강화시키고 자유권의 가치를 떨어뜨린다.”는 지적이 있는데 미국, 일본, 독일에서 그리고 드디어 한국에서 이러한 우려는 현실로 나타나고 있다. 9.11 테러사건은 국가가 취할 수 있는 안전조치와 국민의 자유권간의 균형을 깨뜨리고 있다. 국내적 안전에 대한 지나친 우려가 한쪽에서 표명되고 있는 사이, 다른 한쪽에서는 국민의 자유를 대단히 제한할 테러방지대책과 법안이 제안되고 통과되고 있다. 권위주의적 안전국가(Sicherheitsstaat), 감시국가(Überwachungsstaat), 경찰국가의 득세로 자유주의적 법치국가는 위기를 맞이하고 있다.

9. 11테러가 대단히 충격인 사건임은 틀림없다. 그리고 대다수 시민들은 언제 어디서건 9.11 테러와 같은 돌발상황이 발생할 수 있지 않을까 불안해하고 있다. 각국의 국가권력은 바로 이 틈을 파고들어 국민의 자유를 대단히 제한하게 될 각종 ‘안전조치’를 강화하고 있는 셈이다.<sup>36)</sup> 테러에 대한 각국 정부의 대응방식은 자유주의적 법치국가를 열망하는 세계 각국의 대다수 국민들에게 테러만큼이나 충격적이다. 확대되고 장기적으로 지속될 ‘테러와의 전쟁’이 테러의 원인을 분석하고 이를 제거하려는 노력 대신에 ‘강공책’만을 예정하고 있기 때문이다. 각국의 국가권력은 뉴욕테러는 특정인에 대한 테러이기 이전에 민주주의와 자유, 그리고 개방사회 그 자체에 대한 테러라고 하지만 현재 각국이 취하고 있고, 또 준비하고 있는 대응책들이야말로 민주주의와 자유, 그리고 시민권을 지속적으로 위협할 중대한 ‘테러’이다.<sup>37)</sup>

33) 독일연방과 각주는 최근 몇 년 사이에 경찰권한을 강화하는 방향으로 경찰법제를 고치고 있다. 기민당/기사련 연립 정부에 의해 추진된 경찰권 강화정책은 1998년에 사민당과 녹색당의 연정이 들어선 뒤에도 지속적으로 추진되고 있다. 자세한 것은 위의 Fredrik Roggan의 책을 참고하라.

34) “탄저균보다 무서운 탄저공포”, 『한겨레21』, 2001. 10. 24자 참고.

35) 제노바 사태 이후의 유럽연합(EU) 내무장관 회담과 그 결과에 대한 간략한 정보는 경향신문, 2001. 8. 20자 참고.

36) 독일의 최근 여론조사에서는 80%가 넘는 국민들이 안전조치의 강화를 위해서라면 개인적 자유의 희생도 기꺼이 받아들일겠다는 응답을 한 것으로 나타나 있다. Rolf Gössner, “Zeit zum Widerspruch”. 위 문건은 아래의 주소에서 검색할 수 있다. <http://www.gruene.de/bag.demokratie>에 들어가 Sonderforum ‘Innere Sicherheit’을 클릭할 것.

37) Rolf Gössner, 위의 글.

독일의 경우 9. 11 테러이후 이른바 반테러법안들과 대책들이 기민련/기사련(CDU/CSU)과 같은 보수정당은 물론 사민당(SPD)의 연방정부에 의해 제출되어 연방의회 심의를 기다리고 있다.<sup>38)</sup> 이들 종합안전대책(Sicherheitspakete 1, 2, 2+)에는 이미 많은 문제점을 안고 있는 테러방지법을 확대하는 방안, 국적인정 및 난민인정시 헌법보호청에 일종의 신원조회를 하는 방안, 각종 신분증에 생물학적 자료를 수록하는 방안(지문날일을 포함하여), 형감면 및 면책을 약속받고 공범에 대해 증언하는 공범증인에 관한 조항, 비밀정보기관과 경찰간의 경계를 허물게 될 정보공유(Datenverbund)를 강화하는 방안, 외국인의 국외추방요건을 완화하고 개인정보보호를 후퇴시킬 조항들이 담겨져 있다.<sup>39)</sup> 이러한 최근의 움직임은 헬무트 콜의 기민련/기사련 정권이래 20여 년간 독일 정부가 일관되게 추진한 ‘경찰국가의 강화’가 그 정점에 이르렀음을 보여준다.

사정은 우리라도 별반 다르지 않다. 현재 독일정부가 추진하고 있는 대부분의 반테러대책방안을 이미 기존 법령을 통해 확보하고 있는 한국에서도 최근(2001. 11. 6/ 11. 12) ‘테러대비 정부종합대책’과 ‘테러방지법안’이 각각 제출되었다.<sup>40)</sup> 특히 국가정보원이 제출한 테러방지법안은 테러방지업무와 관련한 국가정보원의 권한을 대폭 강화시키고 있어 인권과 자유주의적 법치국가에 대한 중대한 위협이 되고 있다.

국민에 대한 안전을 내세워 가쁜 숨을 내쉬며 ‘절대적 안전국가’로 달려가고 있는 각국 정부는 그들이 추구하는 ‘절대적 안전’이 실상은 픽션 - 경찰 및 정보권력을 강화하기 위해 구성된 픽션이자 이데올로기 - 이라는 사실을 애써 외면한다.

국민의 ‘안전’을 보장하는 것은 물론 국가의 중요한 과제중 하나이다. 그것이 국가가 존재하는 이유이기도 하다. 이를 위해 경찰법제를 강화한다는 것은 일견 그럴 듯 해 보인다. 보수적 헌법학자들은 ‘안전권’(Grundrecht auf Sicherheit)을 새롭게 기본권 목록에 추가하여 안전을 헌법적 차원의 권리로 격상시켜야 한다고 주장한다. 이런 주장도 일견 그럴 듯 해 보인다. 그러나 안전이라는 권리는 자유의 희생, 제한 위에서만 확실하게 보장된다는 사실도 잊지 말아야 한다. 어느 한쪽 집단의 안전이 과도하게 강조되면 다른 한쪽 집단의 자유가 희생될 수 있음을 분명하게 자각해야 한다.<sup>41)</sup>

그래서 이제 우리는 이렇게 말할 수 있어야 한다. 위협이 운명처럼 되어버린 ‘위험사회’에서 안전은 다른 방식으로 확보되어야 한다. 대다수 국민의 안전은 국가권력의 강화를 통해서 확보될 수 있는 것이 아니다. 보다 시급한 것은 우리 사회의 ‘사회적 안전’을 높이는 장기적인 구조전환을 지금부터 시작하는 일이다. 테러방지를 위해 원자력 발전소 인근에서는 비행을 금지한다는 식의 명령적, 경찰적 대응이 아니라 엄청난 재앙과 위협을 가져다 줄 수 있는 원자력발전소를 더 이상 짓지 말 것이며, 가동중인 원자력발전소도 점차 폐기해야 한다고 주장해보자.

38) 독일정부가 추진하고 있는 종합안전대책의 정확한 내용과 이에 반대하는 견해들은 각주 36번에 소개된 인터넷 사이트에서 쉽게 찾을 수 있다.

39) Rolf Gössner, 위의 글.

40) 위 대책과 법안은 국무총리실과 국가정보원의 홈페이지에 각각 게시되어 있다.

41) 1999년 5월 24일자 법개정으로 신설된 「집회 및 시위에 관한 법률」(이하 집시법이라 함) 제8조 3항에 따르면 옥외집회 또는 시위에 대한 사전신고를 접수한 관할경찰서장은 주거지역 또는 ‘이와 유사한 장소’에서의 집회 및 시위가 타인의 재산·시설이나 사생활의 평온에 심각한 피해를 초래할 경우 집회 또는 시위의 금지·제한을 통고할 수 있게 되어 있다. 사적 재산권을 ‘자신이 지배하는 영역’(=재산에 불청객이 들어오는 것을 막아낼 수 있는 능력)이라고 정의한다면 위의 범조항은 부르주아계급의 재산과 권리의 안전을 위해 반자본 세력의 자유권이 희생된 사례가 된다.

신자유주의가 초래한 부정적 효과들 - 저소득층의 증가, 중산층의 몰락 - 그리고 그 결과로서 사회적 불안의 증대에 대처하기 위해 새로운 형태의 경찰국가의 등장해야 하는 것은 아니다. 물론 신자유주의적 세계화의 부정적 영향으로 환경범죄, 조직적인 마약범죄, 경제범죄, 부정부패와 조세범죄 등 경찰력을 동원해야 할 상황이 증폭된 것은 사실이다. 그러나 신자유주의적 세계화 자체가 안고 있는 구조적 결함에 대한 해결은 전혀, 혹은 거의 도외시한 채 경찰력과 형법을 강화한다고 해서 달라질 것은 하나도 없다. 경찰권한의 확대가 시민사회에 평화와 안전을 가져다주는 것은 아니다. 그래서 지금부터라도 민주적 구조의 확대, 사회협약적 문제해결과 갈등해소 능력의 강화를 통해 신자유주의의 파고를 넘어서는 방안을 마련하는 일이 시급하다고 주장해보자. 그런데 현재의 국가는 이러한 주장 자체를 감청, 감시, 통제하고 진압한 과거로 회귀하고 있다. 반대자와 소수자, 이방인을 주류질서에서 배제한 과거의 질서가 되살아나고 있다. 자유주의적 법치국가는 이제 우리 눈앞에서 몰락하고 있다.

#### IV. 신자유주의와 ‘자유’투쟁의 방향

포스트포디즘적이고 신자유주의적인 흐름은 결코 일시적인 것이 아니다. 체제경쟁이 끝나자 국가는 사회적 임무의 수행으로부터 점차 손을 떼고 있고 포드주의-케인즈주의적 국가독점자본주의에 걸 맞는 사회국가원리는 변화되고 있다. 오늘날 우리가 직면하고 있는 자본주의의 전세계적 지배, ‘자유시장’에 대한 이상숭배에 맞설 근본적인 대안을 현재로서는 제시하기 어려운 것도 사실이다.

미래에 대한 희망이 전혀 없는 것은 아니지만 당분간은 수세적 전술을 사용하여 신자유주의의 파고를 넘겨야 한다. 특별히 현재와 같이 국가권력의 이중플레이가 횡행하는 현실에서는 민주주의적 헌법의 틀을 보존하는 일이 매우 중요하다. 지금은 신자유주의 세계화에 휩쓸리고 있지만 케인즈주의적 국가독점자본주의를 거쳐온 대개의 국가들은 사회국가원리를 헌법상의 원리로 분명히 못박고 있는 경우가 많다. 사회국가원리가 보편적 이익의 형태로 표현되어 있는 한 이를 실정헌법에서 삭제하기는 쉽지 않을 것이기 때문에 헌법원리와 신자유주의의 헌법현실 사이의 긴장은 점차 심화될 것이다.<sup>42)</sup> 민주주의 운동진영은 바로 그 긴장의 골을 파고들어야 한다. 경제적 이해관계만이 관철되는 상황을 헌법적 차원에서 차단하기 위해 사회국가원리를 이용해야 한다는 얘기다. 그러면서 신자유주의적 세계화에 맞서는 권리수호전술을 마련해야 한다.<sup>43)</sup>

모든 것을 극단적 시장주의에 내맡기는 신자유주의 정책에 반대하기 위해서는 기본권 투쟁에서의 이중 전술 - 즉 ‘자본’의 경제적 자유는 제약하되, 대다수 시민의 정치적 자유는 강화하는 전술-을 적절히 구사할 수 있어야 한다. 이러한 전술은 ‘9.11 테러’ 이후 더욱 가속화되고 있는 자유주의적 법치국가의 몰락이라는 현실 앞에서 더욱 절실한 과제가 되고 있다.

42) 서경석, 앞의 논문, 74쪽 각주 109번.

43) 민주주의와 인권을 위한 유럽법률가협회는 2001년 12월에 “세계화 조건하에서의 인권의 유지방안”이라는 주제로 시민법정(Tribunal)을 개최할 예정이라고 한다. <http://www.ejdm.de/aktivit1.htm>에 시민법정의 일정 등이 게재되어 있다.