

# 소위 ‘헌법관’의 비판적 고찰\*

- ‘생활’ 규범으로서의 헌법공간의 구축을 위하여 -

韓 尙 熙

(建國大學校 法科大學 法學科)

## 목 차

- |                   |                        |
|-------------------|------------------------|
| I. 서론             | 3. 정리                  |
| II. 소위 헌법관의 문제    | III. 통합과 결단            |
| 1. 소위 동화적 통합론의 검토 | IV. ‘헌법관’의 정리 - 헌법의 의의 |
| 2. 결단주의의 의미       |                        |

## I. 서론

헌법의 생활규범성은 허영교수의 제안<sup>1)</sup>에 이어 우리 헌법학계에서 점차 받아들여지고 있는 헌법의 특성이다. 하지만, 그럼에도 불구하고 그 제안자라 할 허영교수의 설명에서도 그 생활의 개념 자체가 구체적으로 특정되지 못하고 단순히 인간행동의 지도 내지는 규율규범으로서의 헌법이라는 관념하에 “국민의 생활 속에 존재하면서, 국민의 일상생활에 의해서 실현되고 발전되는 규범”이라는 표현에서 나타나듯이 헌법의 규율대상으로서의 생활과 개개의 인간의 생존의 터전이자 장으로서의 생활의 관념 자체가 구분되지 못하고 있다.<sup>2)</sup> 일종의 개념상의 혼란이 야기되고 있는 것이다.

통상적으로 헌법의 특성으로 받아들여지고 있는 정치성이나 역사성등의 것에 부가하여 새로운 관념으로서의 생활규범성이 그 의미를 지니기 위하여는 그에 부응하는 이론 즉, 정치나 경

\* 이 논문은 1997학년도 건국대학교 신입교원 연구비 지원에 의하여 연구되었음.

1) 허영, 한국헌법론, 28면 이하 참조.

2) 이 점은 허영교수의 서술에서 헌법의 생활규범성이 헌법실천 또는 헌법현실에 관한 논의와 혼재(intermingled and confused)되어 있음에서도 나타난다. 실제 헌법의 실천문제는 헌법현실과 헌법규범의 관계에 관한 것이며, 그것은 헌법의 정치성에서도 나타나듯이 종래의 우리 헌법학계의 논의에 의하자면 주로 정치세계 및 경제영역에서 논의될 성질의 것이다. 본고는 이러한 헌법실천의 문제를 보다 확대하여 그것이 생활세계의 영역까지도 포괄되어야 함을 강조하기 위하여서 저술되었다.

제영역에 관한 헌법적 논의들과는 다른 별개의 이론구성이 전제되어야 한다. 개인의 공공생활 영역의 규범이자 그 규준으로서의 헌법을, 개인의 사적 생활영역 또는 이로써 형성되는 시민사회의 구성원리로서 재구성하기 위하여는 헌법의 외연을 확장하는 작업과 더불어 그렇게 확장된 헌법개념이 규율하여야 할 대상을 특정하고, 그 대상과 헌법규범과의 관계 및 헌법규범의 새로운 실천을 위한 전략이 동시에 거론되어야 한다. 기존의 헌법학적 서술들이 결여하고 있는 점이 바로 이 부분인 것이다. 예컨대, 대다수의 헌법학교과서에서 헌법의 본질요소로 들고 있는 국가와 국민의 관계에 관한 기본적 규정이라는 논의는, 소위 '헌법관'<sup>3)</sup>이 어떠한 관계없이 국가와 사회의 단순한 이원적 개념화에만 근거하여 인간생활의 공적 영역중에서 경제영역과 시민사회영역의 대립에 관한 헌법적 규율의 요청에 대하여는 별다른 증거를 마련하지 못한다. 이 부분에 관한 소위 기본권의 제3자적 효력론이나, 객관적 법질서론은 그 한정된 설명력으로 인하여 헌법이 그대로 시민사회영역의 준거규범으로 자리잡을 수 있는 계기의 마련에는 별다른 도움을 주지 못하고 있는 것이다.<sup>4)</sup>

이 글은 기존의 헌법연구-특히 '헌법관'을 중심으로-에 대한 비판을 바탕으로, 우리 헌법질서 속에서 시민사회가 차지하고 있는 또는 있어야 할 독자적인 위상을 검토하면서, 우리 헌법의 최고의 이념이라 할 인간성의 요청(헌법 제10조상의 인간의 존엄과 인격의 가치의 실현이라는 의미에서)이 전사회적으로 '삶'의 공간속에서 실현될 수 있는 헌법이론적 바탕을 재구성함을 목적으로 한다. 그래서 여기서는 기존의 '헌법관' 논쟁이 가지는 한계를 비판하면서 헌법과 정치, 헌법과 삶의 공간으로서의 사회의 관계에 대한 새로운 이해의 가능성을 모색해 보고자 한다.

- 3) 이 개념은 학문적 의미보다는 우리 헌법학계의 '민중언어'라는 관점에서 허영교수가 사용하고 있는 개념을 원용한다. 또한 앞으로 서술하게 되는 '통합론' 또는 "등화적 통합론"의 개념도 마찬가지이다. 이렇게 모호한 개념을 사용하는 이유는 그것이 학문적 내지는 이론적인 의미를 가지기 때문이 아니라 그러한 용어법이 아무런 검증이나 비판의 과정보다 거치지 않은 채 마치 어떠한 특정한 학문유형을 암시하는 듯이 우리 헌법학계나 강단에서 20년 가까이 사용되고 있고 또 헌법재판소에서도 비록 표현은 달리 하지만 유사한 언급들을 내어놓고 있기 때문이다. 따라서 이하에서는 이러한 용어들이 제시될 경우 그것은 우리나라에서 독특한 의미를 가지는 일련의 주장들이라는 의미에서 이해하기 바란다.
- 4) 부연하자면, 헌법상의 국가공동체의 구성원리를 국가와 사회의 이원론에 두게 될 경우 실제 수많은 생활영역이 펼쳐지는 시민사회부분은 단순히 사적 영역 또는 사법적 영역으로 치환되어 버리고, 이 점에서 시민사회의 탈정치화 현상이 가속되는 것이다. 이 점에 관하여는 줄고, 헌법재판소의 판결례에서 본 국가성격, 韓國公法學會, 國家란 무엇인가, 第41回 學術發表會, 1994, 219; 사법판단의 준거로서의 권력현상, 법과 사회 제9호, 1994 등 참조. 이 점과 관련하여 헌법의 생활규범성을 강조하는 허영교수의 경우에도 자유주의와 민주주의의 작동영역에 대한 명확한 이해가 부족하여 정치적 이념에 의하여 필연적으로 지배되는 민주적 *ethos*를 자유주의적 개인주의에 입각한 대의제적 의회민주주의와 결합해 버림으로써 연대가치의 형성과정으로서의 민주적 생활영역을 단순히 대표와 책임의 논리로 해결하고자 하는 한계를 보이고 있다. 보기 나름으로는 이러한 맥락에서는 자유주의와 민주주의를 엄격히 구분하여(심지어 상호모순적인 것으로까지 파악하였다) 후자를 정치영역 즉, 통치기구의 영역내에서만 파악하고 그 속에서 치자와 피치자의 동일성을 확보하고자 노력하였던 C. Schmitt식의 사고가 보다 논리적으로는 정연하다 할 것이다.

## II. 소위 헌법관의 문제

### 1. 소위 동화적 통합론의 검토

R. Smend의 이론을 바탕으로 제시된 소위 동화적 통합론의 헌법관에 의하면, 헌법이란 국가 사회의 동화적 통합을 실현시키고 촉진시키기 위한 하나의 정치규범으로서, 부단한 연대가치의 형성과정 그 자체이며, 따라서 그것은 전체로서의 통일성을 이루는, 생활질서의 형성규범이다.<sup>5)</sup> 제4공화국이 시대의 한 획을 마감하고 한국 자본주의의 재편단계라 할 제5공화국이 등장할 즈음, 그 당시까지 지배적이었던 인권과 자유입헌주의적 헌법이론에 하나의 대안적 이론으로 등장한 소위 동화적 통합론은 과대국가에 의한 시민사회의 압도현상을 극복하고 새로운 민주주의의 태동을 암시하는 복선적 의미를 가진 것이었다. 그것은 헌법의 이해에 있어서의 시민사회 특히 가치의 형성과 발전의 기반으로서의 대중사회의 정치·사회적 의미를 새로이 평가할 수 있는 기회를 마련하였다는 점에서 더욱 그러하다. 하지만, 이 이론화(theorization)는 그 시의성이나 참신성에도 불구하고 상당한 이론적, 논리적 문제를 안고 있다.

먼저 동화적 통합론의 기본적 전제라고 해야 할 연대가치의 형성과정 그 자체에 대한 설명이 존재하지 않는다. 사회내에 다양하게 존재하는 각종의 이해관계나 가치관들이 어떻게 하여 하나의 연대가치로 '통합'될 수 있는지에 대한 서술이 결여되어 있는 것이다. 실제 Dilthey를 비롯한 정신과학적 관점에서 체험과 표현, 추체험을 통한 이해 등으로 이어지는 일련의 해석학적 관점이 스멘트의 원용을 통하여 간접적으로 유추될 수는 있지만, 만일 이러한 패러다임에 바탕을 둔 논리의 전개라고 한다면 그것은 독일의 이론적어도 거대이론의 차원에서-이 한국적 상황에 적용될 수 있다는 암묵적인 전제 자체를 위태롭게 만든다. 왜냐하면 이러한 보편적 이해는 일정한 정신적, 문화적 공동체내에서 의사소통의 무수한 반복을 통하여 이루어지는 것인 만큼, 어떠한 공동체에서 형성되고 발전된 '문화적' 법관념들이 그대로 우리나라와 같이 전혀 기반이 다른 공동체에 타당할 수는 없는 것이다. 특히 우리나라의 경우 전통적인 생활양식으로 부터 급격한 근대화의 과정을 거치면서 봉건과 근대, 나아가 탈현대의 사조와 관념이 혼재하는 상황에서는 항상 새로이 등장하는 가치들을 이와 같은 정신과학적 통합의 과정에 편입시키는 것 자체가 무리를 야기한다.

뿐만 아니라, 여기서는 정신과학을 무리하게 유기체론과 결합시키고 이를 다시 국가와 동일

5) 허영, 헌법이론과 헌법(상), 박영사, 1980, 25-30면

6) 이에 관하여는, 최종욱, 딜타이 해석의 내재적 비판을 위한 서론, 강돈구 외, 해석학과 사회철학의 제문제, 일월서각, 1990; 김의수, 딜타이의 「역사이성비판」-그 기본사상, 전개서: R. Palmer, 이한우역, 해석학이란 무엇인가, 문예출판사, 1995 등 참조.

시하는 무리가 드러난다. 즉, 이에 의하면 국가는 생체험의 현상이자 그의 보편적 표현양태로서 개인의 전생활을 포괄하는 객관정신으로서의 실질을 가진다. “국가적 세계는 개인에 대해서는 정신적인 성취를 의미하는 동시에 인격적 자기형성을 의미한다”<sup>7)</sup>고 하는 Smend의 언급은 또다시 유기체론을 정신과학에 결합함으로써 Dilthey의 객관정신이 그대로 사회의 유기체적 조직 내지는 구조의 정당화로 이어진다. 이 점에 관하여 실제 그가 인용하고 있는 T. Litt의 명제를 살펴보자.

자아를 개인이 정신적으로 생활하고 자신을 표현하고 정신적 세계에 참여하고 타인과 목적적으로 관련되는 한, 어떤 가장 일반적 의미에서 공동체의 구성원으로만 이해된다. 자아의 본질충족과 본질형성은 그 구조상 사회적인 정신적 생활에서만 완성된다.<sup>8)</sup>

Smend는 “자아의 생체험은 정신생활의 영역에서 공동체와 변증법적으로 정돈, 발전하면서 숙명적으로 객관화되고 실제화되는 것”이라고 하면서, 그럼으로써 “개인은 정신적 공동체의 자극을 통해서만 정신적 및 사회적 생활에 참여할 자격을 얻게” 되는 일종의 “구조”화의 과정을 거치게 됨을 강조한다.<sup>9)</sup> 문제는 이러한 구조화가 가지는 권력의 정당화이데올로기적 측면이다. 자아의 생체험은 그 자체로서 존재의미를 가지지 못하고 그것이 전체 즉, 유기체의 한 부분으로 편입되고 또 포섭됨으로써만 객관화되고 실제화된다. 따라서 그가 말하는 공동체는 현실적, 실존적 삶의 공간이 아니라, 관념적, 정신사적 추상체로서 형성된다. 그리고 이러한 개인의 삶을 지배하는 것은 개인이라기 보다는 그를 초월한 어떠한 ‘실체’ 즉, “인격적 자기형성”을 의미하는 국가생활속으로 포섭되어 버리는 논리의 비약이 나타난다. 여기서는 T. Litt가 말하는 국가를 ‘현실적 의사결합체’로 단정(이 또한 논거를 제시하지 않고 있다)하는 외에는 사회적·정신적 공동체와 자신이 말하는 국가와의 관계가 어떻게 규정되는가에 관한 별다른 언급도 없이 그대로 양자를 동일시하면서 오로지 국가/법현상을 사회학적으로 바라보아야 한다는 방법론상의 제안만으로 그 설명을 대체하고 있을 따름이다.<sup>10)</sup> 환언하자면 여기는 두 가지의 심각한 논리비약현상이 나타난다. 그 하나는 Litt에 의하여 이루어지는 것으로 정신과학에서 말하는 생체험의 총체적·객관적 표현과 사회적 공동체의 관계가 명확하지 않은 점이며, 또다른 비약은 이 사회적 공동체가 어떻게 국가로 대체되는가에 대한 Smend의 침묵이다. 이 점은 아래에서 지적하는 두 번째의 문제로 이어진다.

둘째, 이 헌법관에서는, 사회내의 생활관계로부터 형성·발전되는 연대가치가 어떻게 정치권

7) R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (김승조 역, 국가와 헌법, 교육과학사, 1994), 28-29면.

8) 전개서, 20면.

9) 전개서, 24, 26-7면.

10) 전개서, 30면 이하.

력으로 변이되며 그로부터 어떠한 과정을 거쳐 일정한 헌법상의 권리나 권한이 구축되는가에 관한 설명이 존재하지 않는다. 허영교수는 R. Smend의 동화적 통합이 “일정한 가치세계를 축대로 한 일체감 내지 연대의식의 조성에 의한 동화적 통합”<sup>11)</sup>을 의미하며, 이는 “새로운 전체의 구성”을 뜻한다고 이해하면서, 이러한 “동화적 통합과정의 생활형식 내지는 법질서”를 헌법이라고 규정하는 R. Smend의 헌법이해가 “정치발전과정을 조정하고 이끄는 헌법규범의 능동적 측면 즉 헌법실현의 측면이 다소 가볍게 다루어졌다”고 비판한다. 하지만 그 대안으로 제시하는 헌법의 규범적 성격은 그것이 “공존을 위한 타협의 결과”로서 “그 사회에 있어서의 '최고의 가치'로 존중되어야 하며, 이 점에서 헌법은 “하나의 '과제적 질서의 문제'”를 의미한다는 점, 그리고 헌법의 구심점형성의 기능을 수행하기 때문에 필연적으로 요구되는 것이라고만 제시할 뿐이다.<sup>12)</sup> 따라서 이 부분에서 C. Schmitt가 말하는 '정치적인 것'(Das Politische)의 관념은 소멸해 버린다.

실제 Smend에 의하자면, “국내적 정치투쟁의 해결은 본질적으로 공동체의 통합적인 생존의 행위”이자 “개인이 생존하고 있다는 느낌을 고양시키는 것”이 되어 버리고 만다.<sup>13)</sup> 그것은 원칙적으로 敵의 극복을 통한 友軍의 지배와는 무관하게 국가로 상징되는 공동체로의 편입을 위한 몸부림이자 동시에 공동체가 설정하는 ‘연대가치’의 실현행위에 불과하게 된다. 그래서 다수결의 원리는 “공통의 가치소유를 통하여 … 싸움속에서 긴장의 해결과 승화된 통일체를 이룩”하려고 하는 목적으로 이루어지는 “유쾌한 긴장해소의 체험”이자 “카타르시스의 체험”으로 규정된다.<sup>14)</sup> 환언하자면, 사회공동체를 국가로 조직하고 구성하는 가장 중요한 변수로서의 ‘정치적인 것’에 대한 개념화가, 단순히 이해관계의 갈등·대립을 완화 내지 조정시키는 부단한 노력으로만 서술되어 있을 따름이다.<sup>15)</sup> 그래서 “통치행위는 언제나 목표를 향한 지배적 의사의 형성과 표현”이며 따라서 “기능적 통합의 가장 일반적인 형태”가 된다.<sup>16)</sup>

이러한 논의는, 먼저 근본규범으로부터 논리필연적으로 그 규범적 타당성을 도출하는 소위

11) 허영, 헌법이론과 헌법(상), 박영사, 1980, 21면.

12) 전계서, 25-29면. 이 논리는 동화적 통합론을 기반으로 규범주의과 결단주의를 보완한 일종의 절충적 의견이라 할 수 있다. 즉, 헌법의 본질적 요소로서 사람에게 의한 결정의 요소와 규범적 요소를 통합과정적 요소에 부가하여 설명하고 있는 것이다. 하지만, 그럼에도 불구하고 자못 직관론적인 이러한 절충은 규범주의나 결단주의가 어떻게 통합과정론과 결합 내지 보완할 수 있는가의 필연성을 제시할 수 있는 어떠한 이론적 근거도 제시되지 않고 있다. 실제 헌법학계에서 마치 유행처럼 사용되고 있는 절충적 입장 또는 종합적 입장들은 다양한 이론들을 그때 그때 상황에 따라 적절히 취사선택하는 방법을 사용하고 있으나, 이러한 방법론은 필연적으로 일종의 메타방법론에 의하여 뒷받침되어야만 설득력이 있다. 허영교수의 절충적 입장도 예외는 아니어서, 결정의 요소와 규범의 요소, 그리고 통합과정의 요소가 보기 나름으로는 상극적 관계에 있음에도 불구하고(예컨대, 정치적 결정은 규범보다 선재할 수도 있고 또는 그 산물일 수도 있다), 이들을 일관하여 아우를 수 있는 어떠한 메타이론을 제시하지 못함으로써 임시방편적 이론구성이라는 비판을 면키 어렵다.

13) R. Smend, 전계역서, 61면.

14) 전계역서, 61면.

15) 허영, 헌법이론과 헌법(상), 박영사, 1980, 15면.

16) 전계역서, 71면.

규범주의적 헌법관이나, 또는 정치적 투쟁의 결과로서 나타나는 일정한 의지 또는 결단의 규범화로서의 헌법개념을 말하는 C. Schmitt류의 헌법개념화와는 달리, 사회내에 “실존”하는 일정한 공유가치가 하등의 논리적 또는 의지적 전환을 거치지 않고 그냥 그대로 최고규범으로서의 헌법으로 전이된다는 논리비약의 약점을 안고 있다. 실제 동화적 통합론에서 말하는 연대가치는 시민사회내에서의 생활관계로부터 자연스럽게 형성되고 또 유지되는 것으로 전제되고 있는 바, 이는 국가와 사회의 2원적 구분에 입각하고 있는 허영교수의 논리<sup>17)</sup>에 따르자면, 권력을 바탕으로 형성되는, 타자에 대한 지배의 관계인 정치(또는 국가)영역은 ‘가치의 연대’를 기반으로 영위되는 시민사회의 생활영역과는 독자적인 실체로 구성되어 있는 만큼(“국민과는 별도로 독립한 국가기관이 존재”<sup>18)</sup>) 후자의 연대가치가 그대로 전자의 작동원리로 작용할 수 있기 위해서는 상당한 이론적 조작이 필요하다는 점을 간과하고 있는 것이다. 이에 대하여 허영교수는 국가와 사회간의 교호적 상호작용 관계를 거론하면서 사회로부터 국가영역으로의 input기능을 근거로 설명하고자 하나, 후술하는 바와 같이 C. Schmitt류의 의지적 결단을 부인하는 논자의 입장에서는 국가영역에 투입된 시민사회의 연대가치가 헌법제정 또는 입법의 메카니즘을 통하면서 어떻게 강제력 즉, 헌법적 규범력을 획득하고 그것이 다시 국민에 대하여 부과(imposed)되는지에 대하여는 여전히 침묵하고 있는 것이다.<sup>19)</sup> 환언하자면 input의 내용과 output의 내용이 대립되거나 모순될 경우 후자의 정당성의 저감 내지는 상실의 현상은 설명되지만, 문제는 사실(sein)로서의 input이 어떻게 하여 「당위적 규범」으로서의 output으로 전이되는지 알 수 없는 것이다.

오히려 이러한 서술방식은 마치 M. Weber의 법사회학이 결국에는 지배의 사회학 내지는 권력을 정당화시키는 메카니즘에 대한 ‘객관적’ 연구에 그쳤던 것과 마찬가지로, 현재의 지배를 정당화하는 또 다른 메카니즘의 구축이라는 비판을 면하기 어렵다. 여기서는 ‘정치적인 것’ 또는 적나라한 의지작용인 권력현상의 실질이 은폐되어 버린다. 위의 다수결에 대한 설명에서 보듯, 오늘날의 정책학에서 심도있게 검토되고 있는 Arrow의 불확정성의 원리나, agenda setting과 관련한 의사결정의 왜곡현상 등은 전혀 고려의 대상이 되지 못하고, 오히려 다수자는 그가 다수라는 이유 하나만으로 언제나 공통의 가치를 반영하며, 따라서 언제나 정당하며 소수자에 대한 객관적 우월성을 주장할 수 있게 된다. 물론 이 때의 다수도 사회구성원들이 일반적으로 추상적 차원에서 동의하고 있는 이념이나 원칙들을 벗어나지는 못할 것이다. 그러나 그것이 보

17) 전계서, 177-180면.

18) 전계서, 171면.

19) 이 점은 오히려 허영교수가 국가의 독자성을 주장하면서 배척하고 있는 Smend, Ehmke나 Hesse류의 국가-사회일원론으로 설명하는 것이 보다 논리정합적이다. 왜냐하면 ‘사회의 자기조직’ 또는 ‘치자와 피치자의 동일성’ 논리는 헌법의 본질적 요소로서의 사회의 연대가치가 그대로 국가생활의 조직원리이자 행위준거로 작용할 수 있음을 설명할 수 있기 때문이다.

다 구체화되는 단계에서는 언제든지 자신들만의 이념이나 신념을 새로이 공식적으로 재건되는 공동체의 전인격과 동일시할 수 있으며, 그것을 소수자에게 강요할 수 있게 된다. 결국 다수자로 대표되는 일단의 지배자들은 그의 결정이 국가의 생활현실로 투영되면서, "정신의 가치법칙성에 상응하여 그 스스로를 항상 새롭게 자동적으로 통일적 전체작용으로 결합시키는 모든 통합요소의 통일체적 작용으로서의 통합과정"<sup>20)</sup>을 주도하고 또 타인에 강요할 수 있는 것이다.

뿐만 아니라, 이 헌법관에서는 다수자로 되기 위하여 투쟁하는 과정(소위 정치적인 것)과 국가의사의 결정과정(통합과정)이 전혀 구분되지 않는다. 부연하자면, 낱낱의 개인적 체험이라고 하여야 할 전자가 그대로 전체체험으로서의 국가로 전이되어 버리는 것이다. 만일 그 다수자와는 다른 가치소유를 하고 있는 자가 있다면, 그는 단순히 개인들의 집합체로서의 다수자에 대립하는 개인이 아니라, 오히려 국가에 대립하는 - 따라서 국가로 표현되는 생활의 총체성을 위배하고 있는 고립자 내지는 국외자로서의 지위만이 부여될 따름이다. 이 점은 의미는 개인과 객관적 「정신」이 해석학적 순환 속에서 상호작용하는 과정속에서 획득된다고 하는 Dilthey의 본래적 명제로부터도 벗어나 있다. 이 객관적 정신을 국가에 동일시하고, 그 국가는 정치적인 것에 의하여 규정된다고 하는 구성에서는 모든 생체함에 부여되는 의미라는 것은 결국 정치적 지배권을 획득하는 또 다른 개인의 집단 - 승리한 정치인집단에 의하여 규정되고 또 결정되기 때문이다. 뿐만 아니라, 그러한 과정으로 인하여 인간의 생체함은 그 자체 전인격적인 것이 되지 못하고 주체가 아닌 단순한 객체의 지위로 전락, 단순한 대상성만 지니게 될 뿐인 것이다.<sup>21)</sup>

따라서 여기서 명확히 할 것은 어떠한 국가의사가 예컨대 여론을 충실히 반영하였기 때문에 규범으로 전이되는 것인지, 아니면 다른 어떤 요소와의 결합에 의하여 규범으로 전이되고 단지 그것의 정당성이라는 평가적 요소가 여론과의 부합여부에 달리게 되는지의 문제인 것이다.

셋째, 결국 이 헌법관은 정신과학에서 말하는 이해와 헌법판단에 필요한 가치는 그 준거의 차원을 달리한다는 점을 몰각하고 있다. 헌법판단 또는 법판단은 법 본래의 속성상 강제력을 요구한다. 일종의 권력현상-일방의 의지로서 타방의 의지를 강제하는 현상-을 요구하는 것이다. 헌법은 분명히 일정한 정치권력에 대한 정당성의 근거를 규정하고 있다. 그러나 그와 동시에

20) 전개서, 90면.

21) R. Smend의 국가관에서 나타나는 이러한 전체주의적 지향은 독일에서의 국가론의 의미를 서술하는 다음의 인용에서 그 배경을 읽을 수 있다.

국가론에 있어서 프랑스, 영국 및 합중국에서는 민족국가적 통일성에 대한 기본적인 단순한 자각이 있다. 독일에서는 이 전체가 결여되어 있다. ... 모든 국가적 질서의 통합적 의미에 대한 신념은 ... 자각적인 민족국가적 폐쇄성이 없는 국민에 있어 더욱 더 잘 발달되어 있는 것이다.

제1차세계대전 전의 패전국으로서의 바이마르공화국이 가지는 허무적 신비주의가 이와 같은 국민국가적 통합에의 요청으로 변이하고 있는 것이다. 요컨대, 그에 있어서의 국가학은 아래로부터 형성되는 즉, 개별적인 생체함의 역사적 총체성으로 이루어지는 전체로서의 문화현상을 반영하는 것이 아니라, 오히려 위로부터 부과되는 통일되고 안정된 강력한 지도력과 지도이념의 구축이었던 것이다.

또는 그것보다 더욱 중요하게 그러한 정치권력이 일정한 경계설정을 통하여 행사되고 또 실천 되는 것을 가장 기본적인 전제로 삼고 있다. 근대이래 서구의 공법이론이 적법성의 요청과 더불어 합목적성의 요청을 바탕으로 하고 있음도 이 때문이다. 국가는 그 존재와 작동의 정당성 확보라는 이념에 봉사하여야 함과 더불어 일정한 권력을 바탕으로 사회질서를 유지하고 그 국가공동체 자체의 존속을 보장하여야 할 의무를 지고 또 결과의 여하를 떠나 실제 모든 국가들이 그러한 노력을 기울여 왔음은 두말할 나위도 없다. 이 경우 연대가치로의 통합과정은 필연적으로 일정한 분할의지가 필요하게 된다. 부연하자면, 사회구성원들을 어떠한 기본적 가치로의 통합하는 것은 부단한 동태적 과정을 통하여 이루어지겠지만, 그러한 과정이 통합의 어느 순간에는 내부자(insiders)와 국외자(strangers)의 구분을 위한 이항분립적 재단의 과정으로 연속되지 않을 수 없는 것이다<sup>22)</sup> 아직도 계속하여 문제제기되고 있는 미국의 인종통합판결이나, 낙태에 대한 판결과 같은 것은 이의 좋은 예를 보여준다. R. Smend가 말하는 헌법의 통합적 기능은 그 어떠한 성격의 것이건 일순간 순간 제기되는 각종의 법문제에 대한 판단에 있어 거시적인 관점에서 방치하고 자연적으로 통합되는 순간까지 기다림을 의미하지 않는다. 오히려 구체적인 사건에서 나타나는 가치의 대립은 구체적인 판결에 의하여 선과 악으로 구분하는 작업이 필요한 것이다. 이 경우 패자 즉 패소자로 하여금 그러한 판결에 승복하게 하는 것은 판단준거의 '정당성'이나 절차의 '정당성'과 뿐 아니라 그와는 별개의 요인 - 권력의 실현을 통한 강제를 요구하게 된다.<sup>23)</sup>

넷째, 소위 동화적 통합론의 기본권론 역시 마찬가지로의 논리적 한계에 부딪히게 된다. 기본권이 연대가치의 결과 또는 그 반영으로 규정된다면, 서구의 근대이래 일관되게 제기되어 왔던 기본권의 항의적 성격을 설명할 방법이 없어진다. 위에서도 언급하였듯이 헌법상의 국가와 시민사회가 구분되지 않은 채 그대로 自同의 것이 되기 때문이다. 허영교수는 이 점을 의식한 듯,

22) 이 점은 미국헌법의 제정과정에서도 잘 나타난다. 영국의 식민지로부터 독립된 국가의 건설이라는 이념이 고도로 추상화되면서 국민 전반의 지지를 받았지만, 그럼에도 불구하고 그러한 '통합의 이념적 상징'의 가치 아래, 흑인이거나 이주노동자, 채무자, 여성 등 사회적, 경제적 약자들은 국가건설의 과정에서 총체적으로 배제되어 19세기 중엽까지도 정상적인 시민권을 행사하지 못하는 '배척'의 통합이 이루어졌던 것이다. 이에 관하여는 R. B. Morris, "The People of the Constitution: Persons Remembered and Persons Forgotten," in: J. A. Moore, Jr., and J. E. Murphy, A Grand Experiment: The Constitution at 2000(Delaware: Scholarly Resources Inc., 1987) 참조. 이러한 예가 허영교수의 대외제도에 대한 설명에서도 나타난다. 그는 민주주의를 "가장 어려운 통치형태로 평가하는 인식의 밑바탕에는 국민의 정치적인 자결력에 대한 깊은 회의가 깔려 있다"는 점을 지적하면서 그러한 인식이 대외제도의 "발생근거"이자 "정당성근거"라고 한다(헌법이론과 헌법(하), 박영사, 1980, 61면). 결국 그의 대외제도는 "대중인간(Massenmenschen)"의 외부에서 그를 위하여 행위하는 엘리트지배를 암시하고 있는 것이다.

23) 이 점과 관련하여 헌법학원론, 16-7면에서는 결단주의적 헌법관이 헌법을 "완성물인 국가의 기능 또는 조직에 관한 단순한 조직규범"으로만 파악하고 있다고 비판한다. 그래서, 통합과정론은, 헌법의 가치지향적 통합추진의 요소를 강조하면서, 이념적 정당성, 민주적 정당성, 절차적 정당성을 바탕으로 국가사회를 통합시키는 기능을 중심으로 헌법이론을 전개하고 있다. 그러나 정당성과 통합의 두 개념은 상호 결합된 유사개념인 것으로 이러한 정당성을 판단하는 기준, 즉 사회내의 연대가치에 부합하는 행위를 도출하는 것이 곧 통합이며, 통합이 이루어져야만 어떠한 정당성의 판단준거가 형성된다는 점에서 오히려 순환논법의 오류를 자아내고 있을 따름이다.

국가와 사회의 교호적 2원론을 주장하면서 기본권의, 국가권력통제적 기능을 서술하고 나아가 기본권과 통치기구간의 상호 유기적 관련성을 지적하고 있지만, 그럼에도 불구하고 앞서 지적한 바와 같이 결단의 요소와 규범의 요소를 과도하게 통합과정적 요소에 결합시킴으로써 나타나는 문제점으로 인하여 상당히 자의적인 해석이라 하지 않을 수 없다. 여기서 무엇보다 먼저 지적하여야 할 점은, 통치기구는 필연적으로 일정한 정치현상-즉, 권력현상을 그 본질로 한다는 점이다. 즉, 권력을 획득하기 위한 수단으로서 「현대사회에서는」 다수의 지지를 확보하는 과정에서 사회의 일반적 이해관계들을 되도록 최대한으로 반영하고자 하는 노력은 정치과정에서 필수적인 현상이지만, 역으로 정치적 이해득실에 따라서 소위 principal-agent이론에서 말하듯이 정치인들이 의제설정권 등을 바탕으로 '여론'을 조작/동원하고 편집(articulate)하는 현상은 통치구조의 작동준거로서의 세가지 정당성의 확보 자체가 소수의 의도에 의하여 왜곡될 수 있는 가능성을 암시하고 있다.<sup>24)</sup> 특히 헌법의 문언상의 의미불확정성(즉 애매성과 모호성)으로 인하여 예컨대, 인간의 존엄성과 같이 그 추상적 수준에서는 모두가 동의하고 합의하는 이념이라 할지라도 그것이 구체화되는 개개의 사건에서의 의미가 다양하게 분지하는 상황에서는 어떠한 의미내용으로써 통치구조작동의 준거로 규정하여야 할 것인지는 이미 법추론의 문제가 아니라, 사실상의 분파적 이해(comprehension)의 문제인 것이다.<sup>25)</sup> 부연하자면, 통치권력을 구속하고 그것의 헌법적 의미를 설정해 주는 제반의 정당성의 논리들도 기본적으로 추상적이고 일반적인 수준에서만 규정되어 있는 만큼, 그의 구체적 내용에 대한 이견들의 존재는 합의의 대상일 수도 있겠지만, 그 보다는 더 자주 대립과 투쟁의 문제로 전이되어 버리고 말며, 그 과정에서 다양한 정치전략과 전술에 의하여 일방의 이해가 타방의 그것을 압도한 채 단지 「사회적 지지의 동원전략에 의하여」 전체의 이름으로 정당화되는 외관만을 갖추기 일쑤라는 것이다.<sup>26)</sup> 이렇게 볼 경우 통치기구의 작동원리와 기본권이념의 양자를 동일한 체계속에서 일관성있게 해석하여야 한

24) 이와 유사한 유형의 오류를 보이고 있는 글로서 강경근, 정보화사회와 대의정, 그리고 헌법의 개정, 한국공법학회 제69회 학술발표회, 1997.6을 들 수 있다. 강경근교수는 전자민주주의의 도래를 예상하면서도 그것을 국회의원 개개인을 국가기관화함으로써 정책결정의 중심단위로 형성할 것을 말하고 있는 바, 이는 실제 사이버민주주의의 가장 큰 우려점이 국가 또는 권력담당자가 국민의 여론을 조작하고 동원하는 기제로 이용될 수 있다는 점이라는 것을 간과하고 있는 셈이다. 현실적으로 우리나라에서 더러 실시된 적이 있는 전자의회, 토론회가 상당부분이 정치인의 의제설정에 의하여 일방적으로 진행되고 따라서 민의를 반영하기 보다는 그것을 주도하는 형태로 진행되었던 것도 사실이다.

25) 오늘날 고전적 자유주의 즉, 보호적 민주주의가 비판의 대상이 되고 있는 이유 중의 하나도 바로 이 점이다. 이 점에 관하여 Schumpeter는 공동선에 관한 추상적,일반적 수준에서의 합의가 곧 모든 구체적,개별적 사건에 대한 판단 준거의 합의를 의미하는 것은 아니라고 하면서, 상호모순적인 복수의 의견이 하나의 추상개념으로부터 얼마든지 도출될 수 있다는 점을 지적하고 있다.

26) 논의를 분명히 하기 위하여 예를 들어 보자면, 뉴딜기의 사회개혁입법에 대한 Taft Court의 형식주의적 법이론과 Roosevelt정부의 실용주의적 법이론의 대립은 양자가 모두 헌법적 정당성의 주장하에 이루어지고 있으며, 그 해결 또한 헌법적 진실의 발견이나 쌍방간의 합의에 의하여 이루어지는 것이 아니라, 연방대법원의 구성의 변화(소위 자연적 법원natural court의 변화)와 행정부의 court packing의 협박속에서 이루어진 가장 정치적인 것이었다.

다는 통합론의 입장은 헌법규정의 추상성, 일반성으로 인하여 오히려 정치권력으로 하여금 상당한 재량의 여지만을 인정하는 결과를 야기할 따름이다.

마지막으로 통합론의 입장에서는 그 전제로서 국가학과 국법학의 구분 즉, 국가(Verfassung)와 헌법(Verfassungsrecht)의 구분을 선언하고 있다. 보기 나름으로 사실에 관한 과학과 규범과학을 분리시키는 것이다. 그러나 그러면서도 동시에 헌법의 통합촉진적 '기능'(이는 철저히 존재명제이다!)을 헌법이해의 키워드로 삼고 있는 체계모순을 드러낸다. 엄밀히 살펴보면, 통합론에서 말하는 연대가치는 그 내용의 여하 보다는 그것의 존재여부 또는 형성여부에 보다 많은 관심을 기울이고 있으며, 이러한 점에서 「그 자체 개방적 특성을 가지는」 헌법은 실체라기 보다는 형식의 의미가 보다 무겁게 나타난다. 하지만, 그럼에도 불구하고 헌법의 추상적·일반적 개념의 내용을 채워 줄 수 있는 실체는 사회생활의 현실 속에서 태동하고 또 성장하는 것이다. 따라서 통합론적 견지에 보다 부합하기 위하여는 Kelsen의 규범주의적 헌법관에 대한 비판의 정신을 그대로 견지할 필요가 있다. 즉, 국가학과 국법학의 구분 자체는 오히려 무의미하거나, 또는 괜한 논쟁거리만 제공할 따름인 것이다.

## 2. 결단주의의 의미<sup>27)</sup>

헌법은 개념필연적으로 국가라는 현실태와 규범이라는 당위태를 연결하고 있다. 정치와 이념의 교차점에서 헌법의 진정한 위상을 찾을 수 있다는 것이다. 이러한 관점에서 C. Schmitt의 결단주의는 그 역사적 행적과 통합론적 관점에서의 신랄한 비판에도 불구하고 나름의 의미를 가진다. 주지하다시피 그의 정치학 및 헌법학적 열정은 세기말적 혼돈과 바이마르공화국의 정치, 경제, 사회적 혼란의 극복을 위한 번민의 과정으로부터 연유한다. 그러나 그와 동시에 19세기로부터 이어지는 자유주의적 전통이 가져다 주는 혼란으로부터도 격리되지 못하였다. 바로 이 점이 그로 하여금 나찌의 옹호자 또는 나찌의 극복자라는 상반된 평가들을 가능하게 한 것으로 보이기도 한다. 하지만 분명한 것은 그의 사고체계의 중심에는 무엇보다도 실천(Praxis)의 문제가 자리하고 있었으며, 그것이야말로 오성적이며 지적인 것으로 상정되고 있었다는 점이다.<sup>28)</sup>

규범은 현실로부터 독립하여 있고, 따라서 현실화 및 강제가능성으로부터 독립되어 있으며, 바로 여기에 규범의 정당성 내지 가치가 있다. …… 법은 의지가 아니라 규범이며, 명령이 아니라 계율이다. …… 그러므로 법이 세상의 현실에 특별한 관계를 가지려면 …… 이것은 다른 맥락에서 설명되어야

27) 필자는, 앞 절에서 언급한 통합론의 문제점들은 그것이 C. Schmitt의 독해에 있어서의 약간의 오류에서부터 출발한다고 본다. 필자의 견해로는 C. Schmitt의 결단주의는 -비록 그 구체적인 오류와 독단에도 불구하고- 현대 헌법을 분석하고 재구성함에 필요한 가장 기본적인 구도를 제시하고 있다고 생각한다. 이 절에서는 결단주의의 비판적 검토를 통하여 결단주의와 통합론의 결절점 및 접점을 찾아 보기로 한다.

28) 이에 관하여는 배성동, 해제; C. 슈미트, 배성동 역, 정치적 낭만, 삼성출판사, 1977 참조.

한다. 법은 사실로부터 추론되는 것이 아니며, 마찬가지로 사실에 작용하지 않는 추상적 사고의 산물이다. 법을 실천에 옮기고자 하는 의욕의 주체는 어떤 실재에 한다. 문제는 두 개의 영역을 서로 결합하여, 그로부터 - 실력에 대한 법의 우위를 유지하면서 - 현존재와 법적 규범을 다 같이 다스릴 수 있는 주요점을 확인하는데 있다.<sup>29)</sup>

확실히 이 인용에서는 신칸트주의적인 방법이원론을 원용하면서도 법실천에 있어서의 문제점 - 실력과 규범의 갈등의 문제 -을 정확하게 지적하고 있다. 여기서 C. Schmitt는 이 이원적 대립을 주권과 정당성의 문제로 처리하고자 하였다. 그래서 그는 헌법제정권력의 본질을 정치적 의지(politische Wille)로 파악<sup>30)</sup>하면서 이 주권적 권력의 발동-이는 비상시에만 나타난다-을 통하여 관념(즉, 규범)과 실제(즉, 현실과 실력)의 통합을 추구한다. 헌법률이 정당성을 획득하는 것도 바로 이 관념과 실제의 통합으로부터 그것이 근거지워지기 때문이다.

그래서 그가 말하는 정치는 그 자체 국가로 전이된다. 국가의 개념은 정치적인 것의 개념을 전제로 하는 것이다. 그러나 개인주의적 자유주의는 이러한 정치적인 것의 형성 내지는 국가적인 것의 실천을 방해한다. '적'으로부터 '우리'를 구별하고 우리를 하나의 유효한 실체로 구성하기 위한 일련의 집단적 동일성의 형성과정으로서의 정치는, 사적인 이기심을 충족하기 위한 도구로서의 의미를 함축하고 있는 자유주의적 개인주의가 가져다 주는 원심적, 분파적 성향, 즉 국가회피적 경향성을 인내하지 못하는 것이다. 이 개인주의는 국가적인 것을 배제하면서 오히려 국가의 중립성과 보호적 성격만을 강조한 채, 사회를 국가의 외부에 존재하는 것 또는 국가로부터의 이탈을 요구하는 것으로 규정해 버린다. 시민사회에 대한 일종의 탈정치화의 경향을 야기하는 것이다. 그래서 이것은 "정치를 경제로 환원하며 모든 윤리적 요소들은 제거되"는 현상만을 결과한다.<sup>31)</sup>

왜곡되지 않은 합리적 의사소통과 합리적 동의를 기초로 한 사회적 통합을 열망하는 합리주의자들의 열망은 정치 내에 존재하는 열정과 정서의 위상을 무시하므로 심도 깊게 반정치적이다. 엄밀하게 정치는 합리성의 한계를 노정시키기 때문에 합리성으로 환원될 수 없다.

29) Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, 1914. 배성동, 31-2면에서 재인용.

30) 실제 C. Schmitt가 헌법학에서 강조하고자 하는 헌법관은 의지적 결단으로 이루어지는 헌법을 통하여 사회를 헌법, 즉 정치적 결단에 의하여 특유하게 규정되는 제도의 특정한 양식을 매개로 하여 존재하도록 하는 것. 부연하자면 사회의 정치화를 추구하는 것을 지향하고 있다. 그래서 그에 있어서의 기본권의 보장과 같은 일정한 정치적 이념 내지 지향들은 사회를 정치화하고 질서를 부여함으로써 하나의 국가로 통합함에 본질적으로 필요한 가치정향을 의미하게 된다. 이렇게 보면, C. Schmitt에 있어서의 통합의 요소로서의 가치는 그것이 정치적인 것으로 규정됨으로써 적에 대한 우리의 동질성을 확보하는 기준을 이루며, 이 점에서 통합적 가치 그 자체를 법 내지는 법과정으로 보는 단순한 환원론의 입장에서 서 있는 통합론과는 달리 정치권력의 정당성의 근거로서 파악하고 있음에서 그 이론의 독특성을 발견할 수 있다.

31) C. Mouffe, "자유민주주의 이념의 포스트모던적 재정립," 안승국 등 편역, 민주주의론 강의, 인간사랑, 1995, 76면. 한마디로 통합론적 헌법관에서 헌법을 정치규범으로 개념화하는 것은 정치에 관한 지나친 일면적 해석에 집착하거나 그렇지 않으면 오도된 논리에 입각한 것이 된다.

이 논의는 결론적으로 의회주의의 위기에까지 이어진다. 그에 있어 의회주의는 자유주의적 개인주의를 바탕으로 하는 대의제적 민주주의의 체제이다. 하지만, 그로서는 민주주의란 동질성에 기반하는 일종의 (치자와 피치자의) 동일성의 기반위에서 이루어져야 하는 것인 만큼, 그 동질성 자체를 배제하게 되는 자유주의적 개체성의 이념과 조화될 수 없음은 물론이다. 현대의 대중사회에서 자유주의의 탈정치화적 경향은 고전적 의회주의의 본질을 이루었던 공개와 토론의 원칙 조차도 무의미한 것으로 만든다. 물론 C. Schmitt의 이러한 논의는 혼란이 극에 달하였던 바이마르공화국의 다당제적 정치현실을 바탕으로 서술된 것이기는 하지만, 그럼에도 불구하고 실질적 평등이 보장되지 못한 현실에서 개체화와 분편화를 바탕으로 경제적 자유만을 내세웠던 종래의 정치사상 및 헌법이론에 대한 심각한 회의를 제기하고 있는 것이다.

통합론의, C. Schmitt에 대한 비판은 이 점을 직시하지 못하고 있다. C. Schmitt는 자유를 평등 특히 결과에 있어서의 평등이라는 자유주의적 개념화와 대립시키고 그로부터 자유주의와 민주주의의 조화불가능성을 말하고 있는 것이 아니라, 자유주의의 기반을 이루고 있는 개인주의보다 엄밀히 말하자면 개체중심주의와 동질성을 기반으로 통합적 가치를 형성해 나가는 '정치적 과정'으로서의 민주주의의 대립을 논증하고 있는 것이다. 부연하자면, C. Schmitt를 비판함에 있어 통합론에서 개념화하고 있는 민주주의는 오늘날 인성의 발전과 인격의 실현을 위한 개념화로서의 자유주의가 아닌, 개인의 사적 이기심의 극대화 즉, 경제적 의미에서의 자유를 바탕으로 하는 보호적·도구적<sup>32)</sup> 민주주의의 관념일 따름인 것이다. 하지만 바로 이러한 획일적 평등을 기반으로 삼는 민주주의의 관념은 C. Schmitt가 진정으로 극복하고자 하였던 것중의 하나였다. 이 점에서 무폐가 "C. Schmitt가 거세게 반대한 것은 자유주의적 다원주의였다"고 지적한 것은 정당하다. 그래서 무폐는 C. Schmitt로부터 "실체적인 공동선의 제거와 단일하고 동질적인 집단<sup>33)</sup>의지"가 존재할 수 없는 현대적 상황에서조차 "민주주의가 치자와 피치자의 동일성의 고전적 모델에 기초해서 인식될 수 없다는 것은 인정하려 하지 않았다"고 비판한다.<sup>33)</sup>

실제 전체주의적 정치체제를 인정하지 않을 수 없었던 C. Schmitt에 대한 비판은 이 점에서 출발하여야 한다. 그는 자유주의와 민주주의의 불가양립성이라는 관점에서 다양한 의견들이 진지하고 지속적으로 경쟁하고 교환됨으로써 진리를 추구할 수 있다는 자유주의의 본질을 굳이 부인한 채 의회민주주의를 국민투표제 민주주의로 대체하고자 노력하였다. 하지만, 이러한 인식의 한계는 자유주의의 개념을 개인적 이기주의의 표현형태라는 방식으로 좁게 해석할 경우 필연적으로 도출될 수밖에 없는 것이다. 그에 있어서의 자유는 전술한 바와 같이 경제적 자유이며 시장에서의 자유를 의미한다. 따라서 이러한 자유주의하에서는 대의제로써 발현하는, 치자와

32) 여기서 도구적이란, 민주주의가 그 어떠한 가치지향도 갖지 않은 채 단순히 정부를 구성하고 그에 헌법상의 권력과 권위를 부여하는 가치행목적인 절차로서만 파악한다는 의미에서 사용한 개념이다.

33) 전게서, 72-3면.

피치자의 왜곡현상 및 대중의 탈정치화현상을 피할 수 없으며, 중국에는 전체국가(total state)의 출현에 의하여 대중들이 오히려 과도하게 정치화되는-실제 이는 엄밀히 말하자면 국가체제에 대중들이 식민화되는 현상이라고 하여야 할 것이다. 문제를 야기하게 된다.

이 점은 통합론적 입장에서도 마찬가지이다. 헌법에 있어서의 인적·결단적 요소와 통합촉진적 요소의 절충을 통하여 그 본질을 추구하고자 하는 통합론에서도 여전히 이러한 시민적 자유주의 즉 이기적 개인주의를 바탕으로 하는 자유주의의 관념을 그대로 견지하고 있고 나아가 대의제에 대한 강조 또한 이러한 경향을 강화한다. 더불어 더욱 더 큰 문제는 헌법의 통합기능을 강조하면서 연대가치 내지는 공동선의 개념이나 그 절차를 특정하지 않은 채 그대로 input-output의 모델과 접합함으로써 인적 결단으로서의 output이 그대로 통합된 연대가치로부터 투입되는 input과 연계되는, 일종의 전도된 정당화의 기제로 작용할 가능성이 많아진다. 부연하자면 output은 그것이 input으로부터 출발하고 또 그에 기하여 도출되었다는 사실 하나 만으로 모든 정당성을 획득할 수도 있는 일종의 전체국가현상이 나타날 수도 있는 것이다.

### 3. 정 리

이렇게 고찰해 볼 때, 결국은 소위 결단주의와 동화적 통합론의 대립은 오히려 無化되어 버리고 만다. 국가와 시민사회의 관계, 결단과 변환과정(conversion process), 정치적 다원성과 input, 제도보장과 객관적 법질서 등 1:1의 대비관계에서 그 적용의 결과라는 관점에서 그 어느 것도 타자에 비하여 절대적인 논리적 우월성을 확보하지 못하게 되는 것이다. 예를 들어 어떠한 가치에 입각한 특정한 헌법해석도 그것이 연대가치에 기반하고 체계정당성의 원리에 충실한 것이냐의 논의는 그대로 '우리'의 동질적 가치에 의하여 다양한 정치적 투쟁과정에서 확보한 하나의 결단에 합치되는가의 논의로 전이된다. 법치국가원리와 사회국가원리의 관계에 대한 모순설과 양립가능설의 대립<sup>34)</sup> 역시 자유를 개념화하는 방법상의 문제는 차치하고서라도 국가의 후견적 역할에 대한 대중의 지위라는 점에서 마찬가지로 동일시-대중의 식민화-가 가능한 것이다. 그렇다면 이러한 두 입장의 한계는 어디서부터 연유하는가?

## Ⅲ. 통합과 결단

요컨대, 소위 '헌법관'의 논쟁이 가지는 한계는 헌법-국가의 중핵에 기본권이라는 가치에서도 나타난다. 현대 민주주의에 있어서의 기본권이란 「사회적 공동체에서의 인간적 인격과 그 존엄의 자유로운 발전」이라는 가치에 의하여 지배된다. 그러나 이러한 가치체계와 그것이 헌법에

34) 참고, 社會國家의 意義, 慶星法學, 제1호, 1991 참조.

“의하여 보장”되는 기본권은 반드시 일치하는 것은 아니다. 물론 이 가치는 Smend학파의 일관된 주장처럼 헌법전체를 “지배”하는 가치체계임에는 틀림없다. 하지만, 이들 양자를 아무런 여과나 전제도 없이 동일시하는 것은 상당한 문제를 야기한다. 이 점이 잘 드러나는 것이 기본권의 충돌에 관한 이들의 설명이다.

사회주체들간의 기본권의 충돌이 있는 경우 이 헌법관에서는 각종의 이론을 들어가며 그의 극복방안을 마련한다. 그런데 문제는, 여기서 어떠한 이론이나 어떠한 방편에 의하여 설명하건간에 그 기본권의 충돌-이는 엄밀히 말하자면 이해관계의 대립을 의미한다-은 헌법의 궤도 속에서 적절히 조화될 수 있다는 결론을 지향하고 있다. 사회적 갈등이 그대로 헌법속에 융합되어 버리는 것이다. 하지만, 이 때의 통합이란 상당히 많은 경우 「의제된 평화」만을 의미하고 있다. 예를 들어 소비자주권으로 표현되는 일단의 이익과 생산자의 비용절감을 통한 생산성 및 경쟁력강화라는 일단의 또다른 이익이 충돌할 경우 여기서는 어떠한 기준에 의하여 어떠한 과정을 통하여 이 문제를 처리할 것인가? 환언하자면 이 경우에 누가 옳고 누가 그르다는 판단이 과연 가능한가? 분명히 이 부분에서의 이해의 충돌은 각기 다른 준거에서 연유한다. 시민사회에서 “자유로운” 생활영역의 확보라는 요청이 제기하는 평등과 사회적 정의를 향한 파토스는, 경제영역에서의 지배적 판단준거인 경제적 합리성의 요청과는 어떠한 통합이나 결합의 계기를 찾아 보기 힘들다. 단지 여기서는 합리성에 기반한 조정이나 정치적 결단의 문제만이 남을 따름이다.

서로 다른 헌법가치의 대립이 발생하는 경우 과연 어떠한 기본권이 다른 요청보다 더 강한 헌법적 보호를 받고 있는 것이라는 판단은 어떻게 하여 가능한 것인가? 국민들의 「연대가치」는 과연 어떠한 방법으로 어디로 향하고 있다고 「인식」하고 「판단」할 수 있을 것인가? 국가영역에서의 가치판단의 준거와 개인으로 표징되는 시민사회영역에서의 가치판단의 준거가 어떻게 동일선상에서 융합될 수 있겠는가? 독일연방헌법재판소의 결정과 같이 태아의 생명권이 모체의 기본권보다 더 강한 보호를 받아야 한다는 국민적 합의-통합된 연대가치가 있다고 어떻게 말할 수 있는가?

국가는 그것이 국민국가의 형태를 취하는 한에 있어서는 사회생활의 모든 부분에 침투하고 개입하기 마련이다. 일종의 Super-Institution으로 사회내의 모든 거래행위들-즉, 인간관계들을 규율하고 규제하는 기능을 수행하는 것이다.<sup>35)</sup> 요즈음 주목의 대상이 되고 있는 신제도주의에서 제도의 기능을 거래행위들에 향하고 있는 것으로 보는 것도 바로 이 때문이다. 사회생활인들은 자신의 행위를 주어진 제도속에서 인식하고 결정하며, 그 결과를 예측한다. 이 때 그 제도의 근원이 동화적 통합에 의하였건, 아니면, 주권자의 위대한 정치적 결단에 의하였건간에 그것이 권력-행위자 자신의 의지에 지배되지 아니하는 외부적인 힘-에 의하여 뒷받침될 때에는 언제나 그

35) 이 점에 관하여는 줄고, 제도와 인간행동, 법사회학의 이론과 방법, 일신사, 1995 참조.

것이 인간행동의 지침으로서, 또는 준거로서 작용하는 것이다. 물론 이 현상을 두고 동화적 통합론에서는 객관적 법질서로서의 기본권개념을 구성하고 있는 것이겠지만, 모더니티의 관념을 따라 모든 인간관계들을 인격 대 인격의 도식으로 구조화시킬 경우, 그 인격의 경계와 내용에 대하여는 항상 명확한 개념규정이 있어야 하고 그것이 일종의 사회규범으로 헌법의 궤내에 포섭되기 때문이다.

이러한 관점에 설 때, 헌법의 개념화나 기본권과 통치구조와의 관계에 대한 구조화가 어떻게 진행되건 간에, 명확한 것은 사회생활인들의 일상적 거래행위에 대한 헌법의 기능과 위상은 변함이 없다는 것이다. 즉, 헌법은 시민사회의 형성 이전부터 또는 그 시민사회의 실질에 이르기까지 헌법 나름의 결단을 내리고 있는 것이다. 그것이 역사적으로 점진적 과정을 통하여 암묵적으로 그렇게 되었건, 아니면, 주권자의 의지나 또는 어떠한 혁명의 과정을 통하여 폭발적으로 압축되어 나타났건 간에 현존하고 있는 시민사회에 대하여는 엄연히 「주어진 것(Gegebenheit)」으로서 부과되는 것이다. 물론 그러한 「주어진 것」도 시대의 흐름에 따라 그 내용상의 변화<sup>36)</sup>를 겪게 되는 것은 당연한 것이다. 하지만 그럼에도 불구하고 분명히 헌법이란 많은 부분이 확인이 아닌, 결단과 의지적 창조에 의거하고 있다. 그렇지 않고서는 시장의 실패에 대한 정부의 개입-헌법의 개입이란 설명할 틀을 잃어 버리게 되기 때문이다. 앞서 제기한 예들에서 분명히 우리는 시장의 실패를 본다. 이들의 기본권들의 충돌은 오로지 그 당사자간의 "합의"에 의하여 처리되기가 어렵다. 많은 경우에 공범의 딜렘마(prisoner's dilemma)나 비겁자게임(chicken game)의 딜레마에 빠져 버린다. 종래의 헌법이론들이 하나의(einige) 인격으로 파악하고 있는 개체로서의 인간은 그의 모든 이해관계들을 동일방향으로 작동시키는 것이 아니라, 그때 그때의 특수한 상황을 개별적으로 해석하고 그 구체적 이해(Verstehende)로부터 자신의 행위<sup>37)</sup>로 나아가기 때문이다. 국가는 이 딜렘마의 상황에서 공공재의 형성을 위하여, 즉 「사회적 후생」의 극대화를 실현함에 적합하다고 생각되는 대안을 발견하고 선택하며 그를 집행한다. 비록 당사자들간에 도덕률이나 또는 합리적 고려에 의하여 효용의 극대화를 실현시킬 수 있는 대안에 대한 명확한 인식이 있다고 하더라도, 그리고 국가의 선택이 그것과 일치한다 하더라도 그것이 사회적 연대가치나 국민의 통합에의 의지로부터 근원하는 것은 결코 아니다. 오로지 그것은 「국가」의 「선택」인 것이다.

36) 이 내용상의 변화는 동화적 통합론이 연원하고 있는 Dilthey류의 해석학에 의거할 경우 소여에 대한 주체의 역사적 해석의 결과로써 야기된다. 하지만 문제는 이러한 변화의 발생 그 자체의 존재여하가 아니라 그것이 일정한 보편적 해석으로 통합되어 나타나는가 하는 점이다. 즉, 주어진 헌법상징에 대한 일정한 시간,공간적 배경하에서의 의미부여행위를 낱말의 단위라는 관점에서 볼 것인가 아니면 그것을 통합, 조정하는 또 다른 힘이나 이념의 존재를 전제로 할 것인가의 문제는 여전히 남는 것이다. Dilthey의 해석학 내지 정신과학이 그의 해석성에도 불구하고 Hegel식의 절대정신으로부터 자유롭지는 않다고 하는 비판은 이 점에서 암시하는 바가 적지 않다.

37) Dilthey에 의하면 이 행위란 목적적 행위를 말하는 것이고 따라서 당연히 의지가 내포되지 않을 수 없다.

이 점에 대하여 허영교수는 “헌법의 ‘가치지향적인 통합축진의 요소’를 도외시킬 수 없다”고 하면서 기본적으로는 R. Smend의 증거들을 승인하면서 “헌법적본질에서 ‘사람에 의한 결정의 요소’ 역시 무시할 수 없는 것으로 설명하고 있다.<sup>38)</sup> 즉, 그에 의하면 헌법이란 “국가사회의 동화적 통합을 실현시키고 촉진시키기 위한 정치규범”이라고 정의되는 것이다. 하지만 헌법에 이렇게 정치적 요소를 가미하는 것은 우선 R. Smend의 규정과는 자못 어긋나는 것이며, 동시에 두 가지의 논리적 모순을 야기하게 된다.

먼저 R. Smend에 의하면, 통합이란 개인들의 생체험의 종합이나 그의 귀납이 아니라, 오히려 헌법으로 상징되는 각종의 국가제도-인적, 기능적, 사물적 통합의 요소에 의한 ‘위로부터의 통합’을 의미한다. 그에게는 다양한 이해관계의 대립이나, 그를 바탕으로 하는 갈등-분쟁의 조정 과정 및 그 수렴과정을 통한 연대의식의 발전이 아니라, 오히려 헌법-국가에 의하여 설정되고 또 그에 의하여 형성, 규제되는 생활공동체의 관념이 가장 중요한 증거를 이루고 있다. 그는 국가와 대비되는 행위주체로서 개인만을 상정하되 단체나 결사와 같은 개인의 집합체의 의미를 애써 축소하고 있는 것도 이 점의 두드러진 예시를 이룬다. 원래 다원적인 이해관계를 전제로 하는 국가론을 설정할 때에는 빼 놓을 수 없는 것이 사회구성원들간의 힘의 강화 또는 과시를 위한 집단형성의 과정이다. 그럼에도 불구하고 R. Smend의 경우에는 오로지 국가-개인의 관계에서 전자가 후자를 지도하고 향도하는 일방적이고 획일적인 지배의 관계만을 설정하고 있을 뿐, 개인이 하나의 유력한 사회적 집단을 형성하고 그것을 바탕으로 대립자나 국의자들을 포섭하는 과정에 대하여는 회의적인 반응을 보이거나 기껏해야 무시하는 태도를 취한다. 즉, 그에 의하면 조정과 지배라는 정치적 과정은 적어도 R. Smend에 있어서는 고려대상이 아니거나 또는 부정해야 할 대상일 따름이다.

이러한 R. Smend의 선입견은 집단이 가지는 파당적 의미나 반헌법적/반통합적 성격만에 연유하는 것은 아닌 것으로 보아야 할 것이다. 그것은 그의 논리 속에 당연히 전제되어 있기 때문이다. Dilthey나 Litt류의 정신과학에 의하면, 생체험이란 원래적으로는 현존재로서의 개인의 생활 속에서 모든 것을 판단증지한 채 직관적으로 언어지는 것일 따름이다. 따라서 모든 인식이나 판단은 개인적인 지향성만을 가진다. 다만 이것이 생활공동체속에서는 일종의 객관정신으로 승화되고 바로 이 객관정신의 작용속에서 생체험의 총체성이 이해될 수 있고 또 구성원들간의 의사소통도 가능하게 되는 것이다. 그리고 개별적이고 구체적인 생체험과 생활공동체의 객관정신을 매개하는 존재 - 즉 단체나 결사와 같은 중간적인, 인간의 집합체는 존재할 여지가 없어진다. 여기서 R. Smend는 단지 이 객관정신의 담지자를 국가로 대체해 놓은 것에 불과하다. 만일 허영교수의 말처럼 이 객관정신의 구체적 표현으로서의 헌법에 정치성을 가미한다면, 헌법은

38) 전게서(상), 25면.

이미 객관정신이 아니거나 또는 개인으로서의 국민의 생체험을 해석, 이해하기 위한 메타규준으로서의 의미를 상실하게 된다. 한마디로 R. Smend의 구상과는 전혀 동떨어진, 새로운 이론에 불과할 따름인 것이다. 물론 Smend의 논의는 상당한 부분 이 정치적인 것에 대한 고려를 행하고 있기는 하다. 하지만 그것은 통합이라는 단일하고 객관적인 가치를 향하여 - 또는 보다 정확히는 그의 지배를 받으면서 이루어진다. “국가적 세계는 개인에 있어서는 정신적 작용입과 동시에 인격적 자기형성의 가능성을 의미한다”는 명제하에 “국가에 의하여 윤리적으로 의무지워진 시민(Bürger)”으로서의 개인의 위상설정은 필연적으로 개인으로 하여금 “신의 의지에 기초를 둔 공동체를 향한 자유로운 지향 속에서 자기를 정치적 세계로 통합하지 않으면 아니되”<sup>39)</sup>는 존재로 규정해 버린다. 여기서 “지향”의 관념은 자못 정신철학적이다. 미래에 대한 일정한 전망에 의한 이끌림을 의미하는 이 개념이 바로 공동체에 의하여 주어짐을 명시적으로 선언하고 있는 것이다. 따라서 개인은 국민공동체에 내재하는 국가가 수행하여야 할 역사적 과제라고 하는 가치원리를 실현할 것이 의무지워지고 바로 이러한 구속이 통합과정으로 규정되어 버리는 것이다. 이 점에서 Smend의 논의는 정치적인 것을 단순히 개인과 개인의 의견의 차이를 조정하고 국가의 가치질서속에 통합하는 정태적이고 국가우선적인 발상을 드러낸다.<sup>40)</sup>

두 번째의 문제는 통합과 결단의 개념적 차이에 관한 것이다. 정신과학의 창시자라 할 수 있는 Dilthey의 생각들은 Descartes적인 객관주의, 과학주의에 지나치게 경도되어 있다는 비난을 받고 있지만, 그를 차치하더라도 그의 생체험의 세계는 문화의 영역에서 총체적으로 표현되고 이해된다는 점이 R. Smend의 논의에서는 자못 의도적으로 간과되고 있다.

그에 의하면 단순한 사고내용으로서의 관념이나, 일정한 목적에 의하여 나아가는 행위(법률도 이에 속한다)과는 달리, 내면적 삶의 자발적인 표현으로부터 예술작품 등으로 구체화되어 나타나는 의식적으로 통제된 표현들까지 이르는 체험표현(Erlebnisausdrücke)이야말로 삶 자체에 깊이 관련되어 있고 또 그럼으로써 객관적인 이해가 성립될 수 있는 역사적 여지를 마련하는 것이다 - 그에 의하면 바로 여기서 타자 속에서 스스로를 재발견할 수 있는, 타자의 세계에 대한 체험의 전위를 통해 추체험할 수 있는 가능성을 발견하게 되는 것이다.

이러한 논술 속에서 우리는 과연 이 체험표현의 진정한 무대를 어디서 찾아야 할까? 환언하자면, 통합과 결단이 이루어지는 진정한 헌법공간을 어디서 찾아야 할 것인가의 문제이다. 그것은 두 말할 것도 없이 인간의 삶이 본격적으로 이루어지는 생활공간이어야 한다. 물론 이때의

39) R. Smend, Integrationslehre, in: ders., Staatsrechtlich Abhandlungen und andere Aufsätze, 2Aufl., 1968, S.486

40) 이 점이 Litt나 Smend 그리고 허영교수의 체계이론(Systems Thoery)적 분석이 가지는 결함이다. 전체로서의 체계와 부분요소의 기능을 중심으로 분석하는 이 방법론은 체계가 스스로의 목표를 설정하고 이 목표의 달성을 위하여 부분을 통제한다는 - 이는 진정한 유기체만이 가능하다 - 잘 못 된 의제를 바탕으로 부분요소간의 갈등이나 대립의 관계를 무리하게 무화시키거나 역기능의 측면에서만 바라본다. 또는 모든 요소의 행위는 체계내에서 기능적이라는 비현실적인 명제를 내어 놓게 된다. Giddens, 이윤희 등 역, 포스트모더니티, 민영사, 1995 참조.

생활공간이란 사회공동체 전반으로까지 확대할 수도 있으며 그에는 정치생활 또한 포함될 수 있음은 두말할 나위도 없다. 하지만, R. Smend의 그것은 아쉽게도 이 생활공간을 오로지 국가 생활 또는 헌법적 통합이라는 단일한 그러나 결코 유일하다고는 할 수는 없는 공간으로 대체해 버리고 만다. 그의 논의들이 문화라는 요소를 헌법논의에 혼입하였다는 것을 장점으로 거론하고 있는 학자들도 적지는 않지만, 헌법의 해석이나 이해에 문화의 산물로서의 가치를 반영하는 것은 나름의 의미는 있을지나, 헌법 그 자체가 문화를 대체하거나 또는 문화의 "통합"의 결과로서 간주되어 버리는 것은 적지 않은 문제를 안게 된다.

#### IV. '헌법관'의 정리 — 헌법의 의의

자유주의적 헌법관으로서의 결단주의가 취하는 전제가 국가와 사회의 2원적 분리라고 한다면, 동화적 통합론이 말하는 국가/사회 교호적 관계론 역시 헌법이 저변하고 있는 사회구조와의 일단의 구분을 전제로 한다. 단지 전자는 국가의 일방적 행위를 중심으로 보고 있는 반면, 후자는 시민사회에 의한 국가기능의 통제 내지는 규율의 가능성을 예상하고 있다는 점에서 차이가 있을 뿐이다. 하지만, 그럼에도 불구하고 시장의 실패를 판단하는 기준이나, 국가의 시장 개입의 성패 여부를 판단하는 기준, 그리고 두 판단의 주체에 대한 고찰은 존재하지 않는다. 능동적 시민이니, 사회의 개별적 구성원이니 하는 용어들은 동화적 통합론이 전제하고 있는 유기체설의 입장과 오히려 모순된다. 유기체에서는 부분의 집합을 가지고 전체라고 하는 것은 결코 가능치 못하기 때문이다.<sup>41)</sup> 환언하자면, 동화적 통합론에서는 그 주장의 여하를 막론하고 전체로서 의제되는 집합이 존재하기 마련이라는 것이다. 연대가치로 대변되는 이 의제된 전체는 「통합과정」의 틀을 빌어 시민사회를 규율하고 강제하는 유효한 힘을 가지고 있다. 그리고 이 힘의 존재가 동화적 통합론으로 하여금 그 현실과 실질에 있어서는 소위 결단주의적 논의들과 별다른 차이를 야기하지 못하게 하는 요인을 이루는 것이다. 환언하자면, 기본권의 이중적 성격에 관한 이론적 논거를 밝힘으로써 시민사회내에서의 기본권의 효력에 관하여 두드러진 설명력을 가진다고 주장하는 동화적 통합론 역시, 국가와 시민사회의 본질적 관계를 제대로 규명해 내지 못 함으로써 여전히 시민사회에 대한 국가의지의 부과라고 하는 소위 결단주의에서 노정되었던

41) 이 점에서 소위 해석론적 환원이라는 정신과학에서의 가장 기본적인 명제조차도 실천할 수 없게 된다. 바로 여기서 생체학을 증시하는 Dilthey의 정신과학이 이 부분에서 왜곡되고 있음을 알 수 있다. 분명히 그는 체험-표현-이해로 이어지는 정신과학의 흐름속에서 Hegel의 객관정신에 비금가는 일반화가능한 "설명"을 구하고자 하나, 그것은 법률과 같은 목적지향적 행위에서가 아니라 생의 총체적 표현으로서의 예술작품에서 이를 추구하였던 것이다. 하지만 이러한 정신과학적인 입장이 유기체론과 결합하면서 개별적, 구체적 표현으로서의 법률이 사회구성원의 전체를 포괄하는 "보편의지"로서의 표현으로 승화 내지는 그를 발견하기 위한 하나의 과정으로 전이하게 된다. 이 점이 R. Smend류의 소위 동화적 통합론이 가지는 보수적 이데올로기성을 반영하고 있는 것이다.

문제점들을 그대로 안고 있는 셈이 된다. 특히 우리나라에서의 그 대표적이라 할 수 있는 허영교수의 투입-변환-산출-환원의 도식은 상술한 몇 단계의 논리의 비약을 거쳐 선택과 결단의 과정을 통합과 연대가치라고 하는 「객관화된 시대정신」에 의한 시민사회의 통제의 도식으로 전환시키기 십상이다. 그의 이론에서 능동적 시민의 참여와 헌법의지가 강조되고 있기는 하지만, 그럼에도 불구하고 후기산업사회에서 나타나는 궁극적 목표의 결정불가능성(undecidability of ultimate ends)이라는 특성들을 고려해 놓지 못함으로써 이 참여는 분절화된 집단이익의 주장이나 대표가 아니라 전체목표에의 융합 내지는 그에의 복속만을 의미하는 셈이 되어 버리고 만다. 한 마디로 지나친 낙관주의적 분석으로 인하여 오히려 가장 비관적 결과를 초래할 가능성을 포태하고 있는 것이다.

즉, 이 양자는 국가와 시민사회의 관계를 지나치게 일반화하는 과정속에서 이 두 사회부분을 완전히 이질화(결단주의의 경우)시키거나 또는 중첩적인 시각속에서만 파악함(동화적 통합론의 경우)으로써 기본권이 가지는 사회적 의미를 현대적 상황 속에서 이해하고 설명함에 상당한 난점만을 제공하고 있을 따름인 것이다.

시장에서 살펴 보았던 '헌법관'의 문제는 앞장의 분석에서 그 정리의 틀을 모색할 수 있을 것이다. 한 마디로 규범과 의지와 통합은 상호 모순적일 수가 없다. 그것들은 하나로서의 전체를 이룬다. 헌법의 이념이 정치적 통일체로서의 공동체의 확장을 도모하는 것을 지향한다고 보는 경우 그것은 통합의 축이 되지 않을 수 없다. 동시에 그때 그때 '우리'와 '非我' 간의 소통과 이해의 의지와 결단(분명히 이것은 순간적인 관심의 대립과 모순을 극복하고자 하는 결단이다!)을 필요로 한다는 점에서는 정치의 요소 또한 무시할 수 없다. 그리고 헌법이 인간의 인격의 발현을 요청한다는 점에서는 그것은 분명히 당위이며, 또 그 한도내에서 국가권력의 행사를 담보로 모든 국가사회구성원의 행위를 규율한다는 점에서 의연히 법규범을 이룬다.

우선, 규범주의의 입장은 주로 H. Kelsen류의 순수법학이 이를 대변하고 있는 바, 그것은 그들의 주장 그대로 헌법의 실질을 언급한 것이라기 보다는 헌법의 형식적 측면, 즉 그 효력의 보편성을 설명하는 틀을 제시하고 있다. 이 입장에서 말하는 근본규범(Grundnorm)의 존재는 이 점을 대변한다. 실제 이들의 입장에 의하면 이 근본규범의 내용은 그 어떠한 것이라도 좋다. 단지 그러한 규범이 결정된다면 그에 따른 제반의 국가권력이 나름의 (법적) 정당성을 획득하는 준거를 구축하는 셈이 되는 것이다. K. Hesse가 헌법의 규범력을 강조한다든지, 또는 허영교수가 "주어진 현실 여건에 입각해서 공존을 가능케 하는 생활질서를 형성(gestalten)하는 힘"<sup>42)</sup>으로서의 헌법의 규범력을 인정하는 것은 이 점에서 타당하다. 하지만, 이 때의 규범력은 그 의미가 고정된 것으로서의 규범력은 결코 아니다. 그것은 생활의 바람직한 모습을 그 이념의 형태로 제시하고는 있지만, 허영교수의 규정처럼 "일정한 인간적인 행동을 촉구하는 무수한 규범"<sup>43)</sup>으로 생활의 실질을 造型하고자 하는 것은 아니기 때문이다. 오히려 그것은 인간생활 특히

공공영역에서 나타나는 또는 나타날 가능성이 있는 대립과 분쟁을 그때 그때의 문제의식속에서 처리하고 해결할 수 있는 기본적인 절차와 판단의 준거만을 제시하고 있을 따름이다.

환언하자면, 헌법의 규범력이란 법실증주의자들이 말하는 바와 같이 헌법규범 그 자체의 타당성으로부터 당연히 도출되는 “주어진 것”은 아니다. 그것은 일종의 담론적 수준에서 국가의 권력을 정당화하고 그 ‘효력’을 제공하는 기반을 이루는 문자 그대로 힘을 의미한다. 국가가 국민들위에 군림하면서 그들에 대하여 ‘국가의지’를 부과하는 권력현상은 궁극적으로 국가사회내의 질서나 공공복리와 같은 공동선을 실현하기 위한 도구로서 인식된다 - 또는 그렇게 주장된다. 여기서 이러한 인식이나 주장에 대한 담론적 수준에서의 동의 - 국민의 동의는 헌법을 하나의 규범으로 승화시킨다. 그러나 이 때의 동의는 Locke가 화폐에 대하여 주장한 것과 같은 묵시적 내지는 암묵적 동의를 의미하는 것은 아니다. 그것은 오히려 그 개방된 담론의 내용을 충족시키는 국민 개개인들의 참여를 통하여 확인될 따름이다. 헌법상의 다양한 법용어 또는 법규정들의 의미내용에 대하여 개인들은 그때 그때의 생활과정 중에 자신의 처지(Gelegen)에 따르는 나름의 헌법해석 또는 헌법발견의 행위로 나아간다. 물론 실질적으로는 국가에 의하여 공식적으로 부과되는 헌법해석에 그대로 순응하는 경우가 대부분이겠지만, 그러나 그러한 경우에조차 개인들은 자신의 생활과정을 통하여 그에 대응하여 나간다. 제도 즉 공식적 헌법해석과 그에 상응하는 헌법이란 적어도 개인의 생활속에서는 하나의 상황을 이룰 따름이기 때문이다. 개인은 이 상황을 자신의 생활영역속에 포섭하여 그로부터 행위준거를 발견하는 동시에 그를 통하여 자신을 실현하고자 한다. 바로 이 과정에서 개인적, ‘사적’ 헌법해석이 이루어지는 것이다. 한 마디로 제도의 구속력 - 규범력은 그 자체 구조로서 개인의 생활을 통제하지만, 동시에 개인의 학습능력 및 상황적응능력은 이러한 제도의 규정성을 항상 변개시켜 나가는 것이며 이 점에서 헌법의 규범력은 언제나 담론적인 수준을 벗어나지 못한다.

그래서 ‘생활규범으로서의’ 헌법은 운동선수들의 행위를 규정하는 게임규칙의 성격을 탈피한다. 게임규칙은 운동선수들의 위에서 군림하기 때문이다. 그것은 단지 게임의 목적과 게임의 형식만을 정할 뿐이다. 마치 골목에서 아이들이 축구를 하다가 지루해지면 럭비와 같이 진흙탕속을 뒹굴 듯, 그 무엇이 되기 위한 인간들의 생활을 방임하고 그 자체로서의 생활에 권위-정당성을 부여한다. 또는 그들이 다른 어떤 재미있는 놀이를 할 수 있도록 새로운 장을 마련해 주기도 한다. 헌법이 ‘실질적 규범력’을 가지는 것은 오로지 이 대목일 따름이다. 그리고 바로 이 점에서 즉, 개인의 자율적 공간 내지는 ‘자유’ 공간-법실증주의적 의미에서의 고정된 헌법규범이나 그 하위 권력에 의하여 외부적으로 강요되는 통제로부터 스스로 생활공간을 형성하고 그에 상응하는 놀이규칙 즉 법규칙을 발견할 수 있고 또 그렇게 한다는 의미에서-을 마련하여야 할 당

42) 허영, 전계서(상), 28면.

43) 전계서, 35면.(강조는 인용자)

위적 요청이 나타나게 되고 그것은 국가를 지향한다. 헌법이 조직규범이자 수권규범이라고 하는 것은 이와 관련된 것이다.

정치규범으로서의 헌법은 그 형식적 성격에 실력을 부가한다. 국가는 헌법적 이념의 실천을 위하여 현실적으로 물질적·인적 자원을 동원하고 배분한다. 따라서 헌법은 일정한 의지적 결단을 바탕으로 경제영역과 생활세계영역을 연계시킨다. 위에서 말한 방임과 권위부여의 기능에 더하여 조정과 유도의 기능은 바로 여기서 나온다. 연대로서의 생활세계는 다원적이며 다층적으로 존재하는 만큼 미시적으로는 순간적인 경합 또는 경우에 따라서는 대립과 충돌이 불가피하다. 헌법은 이 경우에 개입하면서 그 당사자들의 입장들을 헌법규범의 틀속으로 포섭한다. 하지만 헌법규범은 형식적 규범력을 가지고 있는 Text에 불과하기 때문에 구체적인 경우의 구체적인 해결책을 마련하지는 않는다. 여기서 국가적 권위로써 대안을 제시하여야 할 필요가 나타난다. 그리고 그 대안이 바로 의지적 결단을 구성하는 것이다. 사회내에 존재하는 질서의 요청과 급부의 필요성을 감당하는 것이 바로 이 점을 말한다.

뿐만 아니라, 앞 장에서 자유의 개념에 항의적 요소를 삽입한 것과 마찬가지로, 개인의 생활영역의 자율성보장의 요청은 필연적으로 헌법의 보호적 성격을 강조하게 한다. 정치규범으로서의 헌법은 질서의 유지를 위하여 일정한 행위강제를 행한다. 문제는 여기서 어떠한 행위유형을 강제하고 또 허용할 것이냐의 가치판단의 주체와 방법과 절차이다. 이 점은 후술하기로 하거니와 여기서 지적해 두어야 할 것은 담론적 수준에서 논의되는 헌법규범의 실질을 규정하고 그에 일정한 권력이라는 외연적 통제장치를 획득하는 것 즉 정치의 문제는 항상 제기될 수밖에 없다는 것이다. 물론 이러한 정치는 반드시 그것이 전국적으로 획일적이거나 통일적일 필요는 없다. 하지만, 그럼에도 불구하고 적어도 분쟁의 당사자들의 힘을 넘어서는 권위의 존재는 국가사회의 유지와 형성을 위해서도 불가피하다. 또한 분쟁의 해결을 위한 안정적이고 예측가능한 제도의 마련 역시 없어서는 아니될 존재이다. 바로 이 점에서 헌법의 수권규범성의 기반을 발견하게 되며 나아가 법치주의의 필요성이 대두된다.

그러나 무엇보다도 중요한 것은 헌법의 통합적 성격이다. 하지만 이 때의 통합은 허영교수나 독일의 통합론과는 달리 전체·보다 정확히는 총체성을 지향하지 않는다. 그것은 인간생활의 자율성을 바탕으로 차이를 승인하고 그 자체로서 존중한다는 의미에서의 통합을 말한다. 이 점에서 통합은 “다양한 이해관계의 갈등·대립이 어느 형식으로부터든 완화 내지 해소되지 않는 한 사회공동체는 정치적인 일원체(politische Einheit)로 기능할 수 없게”<sup>44)</sup> 된다는 의미에서의 통합이 아니라, 다양한 이해관계의 갈등·대립이라는 관점 자체를 부인하고 오히려 다양한 생활관계의 존재와 그 차이성을 조성함을 의미한다. 그래서 그에 상응하는 다원적인 가치와 규율을 허용하게 된다. 이렇게 주장할 경우 일견하여 개념모순적인 것처럼 보이지만, 실질적으로 이러한 다원·다층성의 인정이야말로 생활세계에서 구체적인 삶을 영위하는 인간들의 본래적 존재의미를

구현하는 것이기 때문에 오히려 보다 진정한 의미의 통합으로 나아갈 수 있다. 환언하자면, 이때의 통합의 궁극목표는 일정한 단일의 정치체의 구성이 아니라, 인간성의 구현을 지향하는 것이기 때문에 그러한 것이다.

이러한 관련망속에서 우리는 '헌법관'의 상호모순(Antinomie)을 다극성(Polarität)으로 해결하였다. 이 3자는 서로 대립하고 불가양립적인 관계에 서는 것이 아니라, 헌법이 가지는 다양한 속성을 나름의 관점에 따라 각각 별개의 강조점을 부여한 결과물에 다름이 아니라는 것이다. 특히 헌법의 규율대상이 국가영역 뿐 아니라, 경제영역 및 시민사회영역을 총괄하여 아우른다는 점에서 더욱 그러하다. 헌법은 이들 3자를 하나의 국가공동체로 조직하고 구성하는 법규범이다. 관점을 달리 하여 표현하자면, 헌법은 일정한 정치세력이 그 권력을 바탕으로 여타의 정치세력과 경제영역 및 시민사회영역을 지배하는 준거틀을 제공한다. 그러나 동시에 이러한 권력이 지속적이고 포괄적이기 위해서는 그의 정당성의 기반은 피지배자격인 경제영역과 시민사회영역의 동의 또는 복종으로부터 나올 수밖에 없다. 헌법의 제1차적 성격은 여기서 나온다. 그것은 이 지배와 동의·복종의 관계를 제도화하고 구조화하는 기능을 담당하는 것이다. 반면에 경제영역과 시민사회영역은 그러한 정당성의 제공능력을 바탕으로 헌법적 담론들을 자신들에 유리하게 또는 자신들의 상황에 부합하게 해석·적용하고자 한다. 이들은 각각 다른 영역으로부터의 자율성을 주장하는 한편, 그 헌법적 담론들을 통하여 국가영역에 대한 항의와 청구를 행하게 되는 것이다. 근대 입헌주의적 의미의 헌법이 시장민주주의를 바탕으로 형식적인 자유에만 그치고 있음은 앞에서 살펴 보았지만, 바로 그 헌법을 통하여 산업혁명이후의 노동자들과 농민들의 자신의 몫을 쟁취해 낼 수 있었음은 그 단적인 예이다.

위에서 헌법의 통합적 성격을 논위하는 것도 바로 이 때문이다. 헌법이 정치권력의 정당성의 기반으로 작동하는 한, 그것은 그대로 당해 정치권력에 대한 항의와 항변의 도구로 이용될 수 있고, 이러한 헌법실천의 과정이 전체로서의 사회통합에 이바지하는 것이다. 환언하자면, 하나의 헌법담론으로부터 구현되는 헌법현실에 대한 반대세력들이 자신들의 주장을 바로 그 헌법담론에서 정당화시키면서 정치세력화하게 될 때, 정치적 투쟁과 결단은 그 내연을 이루게 되고 헌법변천을 통한 통합의 과정은 그 외연으로서 나타나는 것이다. 그리고 바로 여기서 헌법의 개방성이나 역사성의 문제가 처리될 수 있다. 헌법의 통합기능은 그 헌법의 의미내용이 일의적이거나 명백하고 그에 대한 국민들의 확고한 의지가 작동하기 때문에 이루어지는 것은 결코 아니다. 오히려 그것은 다의적이어서 해석의 여지가 있고, 또 애매모호하기 때문에 모든 가치와 주장들을 담을 수 있다는 점에서 국가사회의 구성원들을 그 틀 속에 아우를 수가 있는 것이다.<sup>45)</sup>

44) 전계서, 15면.

45) 바로 이 점에서 헌법재판은 체제의 분열을 막는 가장 유효한 장치로서 기능하게 된다. 정치적 갈등 또는 사회적 갈등이 적나라한 세력의 대립으로 나아가기 이전에 기존의 헌법적 담론의 틀 속에서 각각 자신들의 헌법이해(understandings)로서 다투는 기회를 마련하기 때문이다.

요컨대, 허영교수가 제기하였던 세 가지의 헌법관들은 결국에는 하나의 현상에 대한 다면적 이해에 불과한 셈이 된다. 담론으로서의 헌법, 또는 Text로서의 헌법은 결코 일의적인 의미내용으로 국가사회구성원들의 행위를 통제하는 프로크루테스의 침대가 아니다. 오히려 그것은 다양하고도 다층적인 독해(readings)를 가능케 한다는 점에서 정치적이며, 그러한 독해의 준거를 이룬다는 점에서 규범적이며, 또 그러한 독해들간의 대립을 조정할 수 있는 여지를 마련한다는 점에서 통합적이다. 그리고 바로 이 뿐이다.

### 參 考 文 獻

- Schmitt, C., *Verfassungslehre*, Berlin, 1928.
- C. 슈미트, 배성동 역, *정치적 낭만*, 삼성출판사, 1977.
- Mouffe, C., "자유민주주의 이념의 포스트모던적 재정립," 안승국 등 편역, *민주주의론 강의*, 인간사랑, 1995.
- Giddens, 이윤희 등 역, *포스트모더니티*, 민영사, 1995.
- Morris, R. B., "The People of the Constitution: Persons remembered and Persons Forgotten," in: J. A. Moore, Jr., and J. E. Murphy, *A Grand Experiment: The Constitution at 2000*(Delaware: Scholarly Resources Inc., 1987).
- Palmer, R., 이한우역, *해석학이란 무엇인가*, 문예출판사, 1995.
- Smend, R., 김승조 역, *국가와 헌법*, 교육과학사, 1994.
- Smend, R., *Intergationlehre*, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*.
- 강경근, *정보화사회와 대의정, 그리고 헌법의 개정*, 한국공법학회 제69회 학술발표회, 1997.6.
- 권영성, *헌법학원론*, 법문사, 1997.
- 김의수, 딜타이의 「역사이성비판」-그 기본사상, 강돈구 외, *해석학과 사회철학의 제문제*, 일월서각, 1990.
- 西浦公, *스メント-統合理論の問題點とその現代的意義*, 小林孝輔, *ドイツ公法理論-その今日的意義*, 一粒社, 1992.
- 田中浩, *シュミット-その今日的意義*, 小林孝輔, *ドイツ公法理論-その今日的意義*, 一粒社, 1992.
- 줄고, *사법판단의 준거로서의 권력현상*, 법과 사회 제9호, 1994.
- 줄고, *社會國家의 意義*, 慶星法學, 제1호, 1991.
- 줄고, *제도와 인간행동, 법사회학의 이론과 방법*, 일신사, 1995.
- 줄고, *헌법재판소의 판결례에서 본 국가성격*, 韓國公法學會, 國家란 무엇인가, 第41回 學術發表會, 1994. 2.19.
- 최종욱, *딜타이 해석의 내재적 비판을 위한 서론*, 강돈구 외, *해석학과 사회철학의 제문제*, 일월서각, 1990.
- 한태연, *스멘트학파에 있어서의 기본권이론*, 백남억박사 환력기념논문집, 법문사, 1975.
- 허영, *한국헌법론*, 박영사, 1996.
- 허영, *헌법이론과 헌법(상)*, 박영사, 1980.

## SUMMARY

### A Critical Analysis on the Conceptions of Constitutional Law in Korea

Han, Sang-Hie

(Department of Law, College of Law, Kon-Kuk University)

Since 1980, there have been so many debates on the nature and concept of constitutional law, which were initially posited by prof. Huh who published remarkable series titled "Constitutional Theory and the Consitution". These books argue and criticize the prevailing conceptions of the constitution, which were, according to them, defined as "Decisionalistic Perspectives". For more than 30 years, Korean Constitutional theorists have tried to explain and interpret the Constitution along with such perspectives. They define the constitutional law as outcomes of political struggles after C. Schmitt's theses "the constitution as the expression of wills to constitute a political entity." Prof. Huh has seriously criticized this conception as too microscopic. He argued that such a decision could not exist without any pre-existing conditions, which would determine the contents and contexts of it. According to him, such perspectives have resulted the totalitarian regime in Germany before the W.W.II.

His alternative is Intergration Theory. As did R. Smend, he defines the constitution as "life-form and/or legal order of integration processes", with which so many interests in society can be continuously integrated into a politically unified state. The Constitution shall, according to this perspective, be responsive to changes of the shared values integrated in the civil society and be equipped with reasonable state mechanisms to match these changes. It should, however, be noted that so many problems posed on this thesis are unanswered and unsolved. Who and how can identify those shared values? How can the state mechanisms carry on its intergrating function without any suppression nor domination, in the battle-place of so many political controversies in a society? What is, if any, the difference between the Interpretation in the meaning of the Hermeneutics and Intergration?

This paper tries to solve these problems partly from the perspectives of Hermeneutics and partly from that of C. Schmitt's conception of "the Political." It sets the Constitution as one of

text, which needs to 'be read' by relevant political groups and fill with any lists of meanings set by those groups. To interpret the constitution means to be political. Finding out the concrete meaning of the constitution is quarrelling for solidarity - quarrelling for enlarging "Self". This is no other than a process of finding out the Others inherent in the Subject. "The Political" shall be conceptualized to include such a process to solidarity to embrass and respect all the Others.