

「민주공화국」의 헌법적 함의

- 공화주의논쟁과 동태적 주권론 -

韓 尙 熙

(建國大學校 法科大學 法學科)

〈目 次〉

I. 헌법 제1조의 의미	2. 비판
II. 미국의 공화주의 논쟁	III. 민주공화국과 주권론
1. 주권론 없는 국가론	IV. 결론

I. 헌법 제1조의 의미

우리 헌법 제1조 제1항은, “대한민국은 민주공화국이다”라고 선언하면서, 헌법의 전문과 그 이후의 모든 헌법규정을 연계하는 위치에서 대한민국이라는 정치공동체의 성립·형성과 더불어 그의 발전지표까지 함의하고 있는 가장 포괄적인 규정이자 동시에 모든 헌법규정을 해석하고 이해함에 필요한 근거로서의 의미를 가진다. 하지만, 그럼에도 불구하고 그것이 가지는 실천적 의미에 대하여는 우리 헌법학계의 거의 무관심과 몰인식으로 일관하였다. 프랑스 혁명 당시 혁명주체였던 대중들이 획일적 지배권력을 확보하는데 혈안이 되었던 부르조아들의 이데올로기조작과 대항하는 가운데서 제기되었던 인민주권론과 국민주권론의 대립을 200년이 지나 후기산업화사회론이 제기되고 있는 오늘날에도 여전히 답습하고 있는 것이 우리 헌법학계의 실정인 것이다. 특히 헌법재판소가 실질적 국민주권론이라는 새로운 담론을 제기하고 이에 의하여 의회입법까지 위헌선언하고 있는 실정에서도 그 실질적 국민주권의 관념이 어떻게 재구성되어야 하는지에 대하여도 별다른 작업이 이루어지고 있지 않은 실정이다. 뿐만 아니라, 헌법 제1조 제1항의 민주공화국이라는 개념과 제2항의 주권조항이 어떻게 연

계될 수 있으며, 그것들이 복합하여 우리 헌법에 어떠한 의미를 생성하고 있는지에 대하여는 아무런 언급 조차도 없다.

이 글은 이러한 현실에서 하나의 시론적 성격을 가지고 쓰여진 것이다. 후기산업화사회가 제시하는 정치적 과제들을 하나의 헌법이론으로 통합하고자 하였던 미국의 공화주의의 논쟁을 우선의 말괄기 도구로 삼아 우리 헌법 제1조의 유기적이고 동태적인 의미를 도출하면서 기존의 헌법이론의 주창자들로 하여금 나름의 의견제시와 비판을 유도한다는 자못 도전적인 의도에서 쓰여졌다는 의미이다.

실제 미국의 헌법제정과정에서 나타났던 연방파와 반연방파간의 치열한 논쟁은, 그 기본이념에 있어 공화주의의 원리를 어떠한 방식으로 제도화하고 확보할 것인가에 관한 견해의 차이에서부터 연유한다. 국가연합의 느슨한 동맹체제를 通商에 관한 규율권과 행정·사법권을 가지는 연방정부로 대체하고자 하는 연방파¹⁾에 대하여 반연방파들이 시민적 미덕(civic virtue)과 공적 교육, 그리고 Town Meeting식의 참여적 민주주의에 입각한 분권적·자율적 정치구조를 주장하면서 저항하였던 것이나, 이에 대하여 파당의 폐해를 교정하기 위한 거대 국가의 논리와 대의제의 장점, 권력분립의 통치구조 등으로써 변호하였다. 소위 반연방파의 고전적 공화주의와 연방파의 자유주의적 공화주의의 대립이었던 것이다.²⁾

이러한 역사적 배경에 비추어 본다면, 헌법 제1조 제1항의 “민주공화국”의 의미포착에 있어 ‘공화국’의 개념을 단순히 비교정치체제론의 관점으로 치환하면서³⁾ ‘민주공화국’의 의미를 국민주권원리, 자유민주주의, 권력분립, 의회주의 및 법치주의에 의한 정치과정의 통제, 상대주의적 세계관, 그리고 국가/사회의 2원론 등으로써 충당하고자 하는 권영성의 논의⁴⁾는 아무런 사전의 설명이나 근거제시도 없이 단순히 연방파들의 주장만을 그대로 답습하고 있음에

1) 연방파를 대변하였던 J. Madison는 연방헌법 제4조 4항에서 말하는 공화적 정부형태 (Republican form of government)를 다음과 같이 개념화하고 있다:

그 모든 권력을 인민의 집합(a body of the people)으로부터 직접 또는 간접적으로 부여받으며, 한정된 기간동안 또는 그 직무에 충실한 동안(during good behavior) [인민들이] 원하는 기간동안 관직을 가지게 되는 공직자에 의하여 관리되는 정부라면 우리는 그것을 공화적이라고 규정할 수 있거나 또는 최소한 그 이름을 부여할 수 있다.(The Federalist No.39)

2) 이에 관하여 자세한 것은 Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet, *Constitutional Law*(Boston: Little, Brown and Company, 1991), pp.5-21 참조.

3) 이의 대표적인 예가, 허영, 한국헌법론, 박영사, 1998, 185-95, 특히 191면 이하이다. 여기서는 국가형태를 “사회공동체가 정치적 일원체로 조직되고 통일되는 형식”을 말한다고 하면서, 국가와 사회의 input-output의 교호관계를 어떻게 조직하는가에 따른 구분을 중요한 분류기준으로 제시하고 있다. 하지만, 그의 논의는 그 국가형태에 관한 개념화가 가지는 당위론적 의미를 오로지 분류론으로 전환시켜 버림으로써 결국 헌법학적 수준에서는 아무 것도 말하지 않는 셈이 되어 버렸다. 그의 분류에 의하자면, 국가형태는 전체주의적 모델, 자유민주주의적 모델, 권위주의적 모델, 그리고 제도적 모델로 4분되지만, 이 것이 단순한 비교정치학적 수준을 넘어서 과연 헌법적 차원에서 어떠한 의미를 가지는지, 그리고 국가형태에 관한 헌법적 규율을 “헌법정책적”인 것으로 의미부여하면서도 그 정책이 지향하는 궁극적 이념이나 정책수단의 가치관련성에 대하여는 아무런 언급조차도 하지 않고 있다. 더욱이 그의 특유한 input-output모델이 의미하는 “사회의 자율기능준중”과 “사회의 국가지향적 활동영역의 확대”라는 두 요소가 가지는 ‘공화국’적 의미는 무엇인지 등에 관하여는 하등의 부연설명도 하고 있지 않다.

4) 허영, 전제서, 107면.

지나지 않는다.⁵⁾ 환언하자면, 헌법 전문에서 말하는 자유민주적 기본질서나 제8조의 민주적 기본질서와의 아무런 연계도 없이 그냥 “민주공화국”이라는 관념을 연방파식의 공화국관념 즉, 자유주의적 관념으로 대체하고 있을 뿐이다. 물론 그렇다고 해서 헌법 전문에서의 자유민주적 기본질서가 전적으로 자유주의적 민주주의를 의미한다고 보기는 어렵다. 단언하거니와, 헌법 제1조 제1항은 한민족의 생활공동체를 정치공동체로 재구성하면서 그 이념과 지향점을 제시하고 있는 규정이다. 따라서 그것은 당위론적·규범론적으로 이해되어야 하며 단순히 현상을 기술하기 위한 인식론적 명제로 치환되어서는 아니된다. 그렇다면 거기서 말하는 “민주공화국”의 개념은 어떻게 이해되어야 하는가? 일반적 헌법을 속에서 바라보자면, 공화국의 관념은 인민들의 자기지배(self-rule)의 원칙을 바탕으로, 민주국가의 원리, 그리고 법치국가 등의 제반의 원리들이 복합된 것으로 이해할 수 있다. 그것은 이러한 내연적 구성요소들을 나름의 이념적 정향에 따라 복합적으로 조합하고 정서하는 관념인 것이다. 미국의 헌법 제정과정이나, 1980년 후반기에 미국에서 활발하게 제기되었던 공화주의의 논쟁들은 바로 이 점을 암시하고 있다. 국가형성과 관련하여, 또는 국가운영모델의 설정과 관련하여 어떠한 이념적 지표를 헌법체계의 기반으로 삼입할 것인가에 관한 논의들이었기 때문이다. 이하에서는 이 논쟁을 중심으로 헌법 제1조의 해석과 우리 헌법상의 통치구조의 기본적인 틀을 모색하기로 한다.

II. 미국의 공화주의논쟁 - C. R. Sunstein을 중심으로

1. 주권론 없는 국가론

미국의 연방헌법의 제정과정에서 나타났던 연방파와 반연방파의 대립이나 근래에 제기되

5) 실제 이 부분에 대한 우리 헌법학계의 논의는 전혀 없다. 공화국개념의 등장과 관련하여 Platon부터 C. Jellinek나 H. Rehm의 주장들을 소개하고 있는 글들은 적지 않지만, 그것들마저도 단순한 분류법만 제시되고 있을 뿐, 그 논의들이 어떠한 의미를 가지고 어떠한 논리적·이념적 기반위에서 형성되고 있는지에 대하여는 하나같이 침묵하고 있다. 전술하였듯이 국가형태에 관한 논의는 일정한 역사적 배경속에서 나름의 이념적 정향에 의거하여 형성되는 것임을 전혀 고려하지 않고 있는 것이다. 대표적인 서술이 허영(전게서, 1993면)이다. 그는 주권재민 사상의 보편화와, 군주제의 형식화현상에 따라 주권의 소재 내지 국가권력의 보유자를 기준으로 하는 국체의 분류는 무의미하다고 보면서 현행헌법의 구조적 원리 내지 통치질서에서 나타나는 input/output의 시스템을 바라보라고 제의하고 있다. 물론 그의 주장과 같이 국체와 정체의 구분 자체는 무의미할 수 있다. 하지만, 오늘날 이 주권개념의 당부여하부터 그 의미 내용 자체에 대한 논의들이 집중하고 있고, 나아가 주권의 형성이나 행사과정에 대한 심각한 논의들이 규범론적 차원에서 제기되고 있는 만큼, 적어도 현대헌법학의 입장에서는 그것이 단순히 국체/정체의 구분론을 떠나 국가와 사회, 개인간의 상호관계를 규명하기 위한 중심개념의 한 축을 이루고 있는 것이다. 예를 들어, *Yale Law Journal*, vol.89(1988)에서는 공화주의의 복귀와 관련한 Symposium(이하 Symposium이라 한다)을 게재하고 있고, F. Mickelman, C. Sunstein, M. Tushnet 등을 중심으로 공화주의적 이념을 현대적 시각에서 재조명하고자 하는 노력이 계속되고 있다. 요컨대, 이 문제는 국가의 존재의미와 그 근거 자체에 대한 일련의 반성적 재구성의 노력으로 이어지고 있는 것이다.

있던 공화주의논쟁⁶⁾은 한마디로 자유주의와 공화주의의 대립이라고 볼 수 있다. M. Tushnet⁷⁾은 이들의 특징을 세 가지의 중심요소-인간관, 정치도덕(political morality)론, 및 심판의 준거-에 의하여 구분한다.⁸⁾ 그에 의하면 자유주의는, ①인간의 본성을 반사회적(asocial), 이기적인 것으로 파악하면서 그의 욕구나 요구들은 정치이전(pre-political)에 결정된다고 보며, ② 정치도덕과 관련하여서는, 개개인이 가지는 권리의 침해를 억제하는 것을 지향하고 있으며, 이를 위하여 권리의 범위와 한계는 미리 추상적으로 규정되어 있어야 할 것을 요구하며,⁹⁾ 나아가 ③ 개인의 권리를 규정하는 법은 그 집행자(주로 법관을 의미한다)의 자의를 배제할 수 있을 정도로 충분한 명확성을 확보하고 있어야 한다는 것을 주된 내용으로 한다. 바로 이러한 전제로부터 공적(정치적) 영역과 사적(시민사회) 영역의 2분법적 구획이 이루어지고, 법치국가의 원리나, 권력분립의 원리 등과 같은 국가조직·운영원리들이 도출되는 것이다. 반면에 공화주의는 ① 인간은 사회적이며 다른 사람들과의 공동생활에의 참여를 통하여 자신의 삶의 의미를 도출하는 연대적 인간이며, ② 권리는 정치적 대화를 통하여 규정되며 따라서 정치적 토론(deliberation)의 과정을 거쳐 개인적 선과 공동선을 결합시키게 되고, ③ 나아가 규범의 의미는 추상적 이론을 통하여 결정되는 것이 아니라, 모든 사람의 理解에 의하여 부여되는 것이라고 본다. 따라서 여기서는 자기지배라는 공화국의 본래의 이념이 그대로 참여의 형태로 구현되며, 대화와 토론 즉, 의사소통의 방식에 의하여 사회적 선을 발견하고 그 속에서 개인적 선과 사회적 선을 일치시키는 일련의 공동체적 생활방식이 지배하게 된다.

여기서 문제는 R. H. Fallon¹⁰⁾이 지적하는 것처럼 이 시민적 공화주의(civic republicanism)의 주장들이 자유주의적 준거들에 대한 비판에 일관하고 그 나름의 논리적 정합성을 결여한 채 별다른 대안을 제시하지 못하고 있는가라는 점이다. 실제 Tushnet의 공화주의는 자유주의에 대한 비판적 준거로서만 기능하면서 “가지 않은 길(road not taken)”¹¹⁾ 정도에 머무르고 있다. 하지만, 그렇다고 해서 이 공화주의적 관점들이 헌법의 이해에 있어 대안이 되지 않는다는 논증은 받아들이기 어렵다. 통상 공화주의에 대한 자유주의적 반론은 크게 두 가지로 압축된다. 첫째, 전통적인 공화주의는 현대의, 다양하고도 자유로운 사회에서는 찾아 볼 수 없는 상당한 정도의 도덕적 합의를 전제로 연대노선(solidaristic doctrine)을

6) 이는 B. Bailyn, J. G. A. Pocock, G. Wood등을 시발점으로 하여 미국연방헌법의 제정과정에서 논란이 되었던 공화주의의 이념을 현대적 상황에 복원하여 참여적 시민공화주의(civic republicanism)를 구축하고자 하는 일련의 시도와 그에 대한 자유주의의 반론을 말한다. 간략한 소개로는 M. J. Horwitz, History and Theory, "Yale Law Journal", vol.96, 1987 참조.

7) M. Tushnet, Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law (Cambridge, Ma.: Harvard University Press, 1988)

8) 이는 R. H. Fallon, Jr., "What is Republicanism, and Is It Worth Reviving," Harvard Law Review, vol.102, 1989를 참조하여 다시 정리한 것임.

9) 따라서 이 지점에서 국가는 중립적이어야 한다는 중립성(neutrality)의 원칙이 확립된다.

10) ibid.

11) ibid., p. 1701.

취하고 있어 현실성이 결여된다는 비판이 그것이며, 둘째, 정치권력으로부터 개인의 권리를 보호하고자 하는 현대헌법의 기본적 이념에 비추어, 인민들에 의하여 이루어지는 입법에 우월권을 부여하는 일종의 인민다수주의(majoritarian doctrine of popular legislative supremacy)를 내세우는 것은 용납될 수 없다고 하는 법치국가적 자유주의의 관점이 부가된다. 그래서 인간의 지배를 극복하고자 하는 법의 지배라는 이념을 간과하고 있다는 것이다.¹²⁾ 이 점은 Symposium에서 가장 격렬하게 공화주의를 비판하고 있는 R. A. Epstein의 경우에도 마찬가지이다. 그는 Michelman이나 Sunstein의 발제에 대하여 고전적 공화주의로부터 실체(substance)를 제거하고 오로지 절차와 토론만을 강조하고 있음을 지적한다. 그는, 공화주의의 주장들은 상당부분 자유주의적 모델로서 설명가능하거나(예컨대, Privacy의 문제) 또는 지나치게 협소한 관점을 취하는 바람에 거시적 분석이 결여되어 있다는 점(선거운동비용제한문제) 등을 들면서 강렬하게 비판한다. 그에 의하면, 공화주의자가 "이익단체다원주의(interest group pluralism)"를 주된 타겟으로 삼고 Locke적인 자유주의(소유권중심의 법관념과 제한정부론)를 비판하고 있지만, 그것은 규범론적 측면과 기술적(descriptive)인 측면을 혼동하고 있음에 불과하다고 한다. 즉, 현실(자유주의가 성취한 성과)에 대한 인식이 적절치 못함으로써 대안(공화주의적 규범체계)의 실현가능성이 오류에 빠져 있다는 것이다.¹³⁾

하지만 이러한 비판은 (물론 공화주의의 시각 자체의 협소성에서부터도 연유하는 것이기는 하지만) 마찬가지로의 관점에서 논리적 하자가 발생한다. 먼저, 연대주의에 입각하고 있는 공화주의는 현대의 다양하게 분화되어 있는 사회상황을 고려할 때 이상에만 치우치고 있다는 주장은, 대의제에 관한 일반적 논의¹⁴⁾들이 늘 그러하듯이, 이렇게 다양한 이해관계들이 유기적이고 동태적인 과정을 통하여 상호 협력과 공조할 수 있는 가능성을 간과하고 있다. 인간

12) F. Michelman, "Law's Republic," *Yale Law Journal*, vol. 97, 1998. 그는 이러한 비판에 대하여 자기지배와 법의 지배(Law-rule)를 조화시키는 방법으로서, 입법과정과 사법절차(특히 헌법재판)의 재조정을 제시한다. 그래서 그는, 이론의 대립에 바탕을 두는 사법과정보다는 대화적-공화적(dialogic-republican: 여기서 대화적이라는 것은 자기성찰에 기반하는 규범적 토론을 의미한다) 헌법논리에 근거하는 사법과정이 개인적 권리를 보장하는데 보다 강력한 힘을 발휘할 것이라고 주장한다. 그러나 이러한 논의는 오히려 정태적 고찰이라는 점에서 한계가 있다. 엄밀히 보아 공화주의적 논의들은 그때 그때의 상황에 따른 살아있는 의미와 가치들이 정치과정에 투입될 수 있는 유기적 과정을 확보하는 것을 그 이념으로 하고 있으며, 따라서 그것은 정치과정 특히 입법적 결정과정 자체에 대한 참여의 가능성을 확대하여야 하는 것이며, 이 점에서 C. R. Sunstein("Beyond the Republican Revival," *Yale Law Journal*, vol. 97, 1998)과 같은 이는 비례대표제나 집단대표제 등과 같은 선거제도개혁논의들에 의미를 두고자 하는 것이다.

13) R. A. Epstein, "Modern Republicanism: Or the Flight From Substance," *Yale Law Journal*, vol. 102, 1989. 그러나 실제 Epstein자신도 이러한 오류를 범하고 있다. 그는 공화주의를 반박하기 위하여 공공선택론(public choice theory)에 입각하여 시장의 합리성, 시장의 실패와 국가개입 등을 말하고 있으나, 이 또한 '자유'시장의 존재(이는 규범적이다)를 현실로서 포착하고 있으며, 시장의 왜곡은 병리현상에 불과하지 자유주의의 常態는 아니라는 전체를 강력히 내세움으로써 인간의 본질에 대한 인식을 바탕으로 전개되는 공화주의의 논리를 전혀 다른 기반에서 비판하는 논리적 오류에 빠지고 있다. 즉, 공화주의가 가장 강력하게 비판하고자 하는 대상을 Epstein은 가장 당연한 전제로 삼고 다시 공화주의를 비판하는 형태를 취하고 있는 것이다.

14) 이의 대표적인 예로는, H. Eulau, "Changing Views of Representation," in: H. Eulau, and J. C. Wahlke, *The Politics of Representation: Continuities in Theory and Research*(Beverly Hills: Sage Publications, 1978) 참조.

의 선호나 그에 기반한 이해관계들은 그것이 시장적 경쟁질서 속에서 보이지 않는 손에 의하여 통제되고 또 하나의 시장적 균형으로 나아갈 수 있다고 하는 것이 이 주장의 기반을 이루고 있다. 하지만, 그러한 시장의 형성 자체 또는 그 전제가 되는 권리-소유권을 중심으로 한-자체가 어떠한 합의-고전적 사회계약-에 의하여 도출되는 것이라고 한다면, 결국 자유주의의 논의나 공화주의의 논의는 모두 근거가 없는 이상론으로 그쳐버리고 만다. 자유주의가 그토록 강력하게 문제제기를 할 수 있는 것은 다름 아니라 시장 그것이 이미 기존의 상태 즉, 이미 주어진 것으로 간주되고 있다는 점에서 연유한다. 그러나 이러한 시장의 개념은 마르크시즘은 차치하고서라도 지금까지 수많은 논의에 의하여 도전받아 왔으며, 현실적으로도 국가독점자본주의등 수많은 국가개입의 징표들을 뒷받침으로 할 때에만 존재할 수 있었다는 점을 고려한다면, 문제는 또다시 자유주의에서 말하는 “시장”의 개념과 현실을 재구성 하여야만 그 주장의 정당화가능성을 모색할 수 있다는 결론이 나오게 된다.

뿐만 아니라, 이들 논의는 시장의 영역과 시민사회의 영역을 혼탁시키는 가운데에서만 가능하게 된다. 교환과 경쟁의 원리에 입각한 시장과 의사소통과 연대의 과정으로써 형성되는 시민사회를 동일선상에 놓고 전자의 논리에 의하여 후자를 일반화시키는 우를 범하고 있는 것이다. 실제 자유주의의 정치구조를 기반하고 있던 대의제 조차도 처음에는 이해관계의 대표라는 개념으로부터 선거권확대와 더불어 의견의 대표로 전이하는 역사적 경험을 감안할 때, 이런 식으로 이해관계의 다양성을 전제로 하는 다원주의적 관점은 현실적으로도 상당한 문제를 안고 있다고 할 수 있다. 그 전형적인 예가, 자유주의의 논의들은, 특정한 주체개념-이미 주어진 것으로 간주되는 선호, 고도의 개인주의, 합리성의 의제 등-만을 취하면서 그와는 다른 모든 가능성-일상생활 내지는 라이프스타일, 의사소통, 주체에 내재된 타자 등을 별단의 논거제시도 없이 논의의 대상에서 제외하고 있는, 가장 협소한 개념을 취하고 있다. 인간의 행위를 형성하고 또 그에 영향을 미치는 일련의 생활관계들을 고려에 넣지 않고 있는 것이다. 그래서 부단히 재형성, 재규정의 과정을 거치는 선호의 문제를 기성의 것으로 고착시키고, 생활과 의사소통의 관계망속에서 구현되는 자기정체성의 문제를 이해관계라는 개념 도구로써 인간과 분리시키며, 나아가 사적 생활영역과 국가적 규율의 영역을 공·사법 2분론을 통하여 상호 차단시킴으로써 생활관계들을 탈정치화시켜 버린다.¹⁵⁾

첫 번째의 비판점에서 파생되는 것이기는 하지만, 법치주의에 입각한 반론 역시 마찬가지이다. 자유주의에서는 권리와 법의 개념을 그 자체의 논리에 의하여 범주화하면서 생활과정으로부터 유리시키고 그에 독자적이고 독립적인 지위를 부여함으로써 법규범과 인간의 부단한 상호작용과정들을 무시하고 있는 것이다.¹⁶⁾ 특히 공화주의가 의회과정-보다 엄밀히 말하

15) 이에 대하여는 C. R. Sunstein, "Beyond the Republican Revival," op.cit., pp.1539-1547 참조.

16) 바로 이것이 자유주의자들이 말하는 실체에 해당하는 것으로 공화주의에서는 존재하지 않는 것이라고 비판한다. 그러나 그것이 인간들의 구체적이고 현실적인 생활관계와는 유리된 상황에서 범주화된다는 점에서 오히려 보다 형식적인 것이다. 공화주의가 지향하고자 하는 바는, 어떤 관념화되고 범주화된 권리의 실천이 아니라, 개개의 삶의

자면 정치과정-에 지나친 비중을 둠으로써 인민들에 의한 다수자우선의 입법과정이 형성될 우려가 있다는 비판에 있어서는 더욱 그러하다. 이미 대의제에 관한 부분에서 설명하였듯이 다수결의 원칙이 가지는 동태적, 과정적 규범요청을 간과하고 있을 뿐 아니라, 법을 생활과정과 무관하게 존재하는 일단의 자생적 존재로 전제함으로써 법치주의와 민주주의의 공존을 지향하는 헌법이념 자체를 무시하고 있다는 비판이 가능한 것이다.

오히려 자유주의가 근거하고자 하는 규범형식주의에 입각하자면, 미국헌법의 경우 그 제정과정에서부터 다원주의에 대한 나름의 회의를 바탕으로 하고 있음은 명확하다. 물론 그것이 Rousseau식의 소규모공동체를 지향¹⁷⁾하는 관념은 아니지만, 그리고 이 점에서 한계를 가지는 것이기는 하지만, 헌법의 제정과정에서 개인들이 가지는 이해관계가 파당으로 확산되고 그것이 이합집산하는 가운데 공동체적 선이 개별이익에 압도되는 현상을 막고자 하였던 시도들이 적지 않게 발견되기 때문이다. 연방주의나 견제와 균형을 바탕으로 하는 권력분립의 통치구조, 국민대표개념, 사법심사 등은 이의 대표적인 예이다.¹⁸⁾ 문제는 이 공화주의의 이념을 현대적 상황에 부합하게 실천적인 것으로 재구성하는 작업의 여하이다.

C. R. Sunstein에 의하면, 자유주의적 공화주의(Liberal Republicanism)를 구성하는 최대의 이념적 요소는 정치토론(political deliberation)에 대한 신념이다.¹⁹⁾ 그것은 집단이기주의에 입각한 다원주의적 경쟁의 원리를 구조화하는 것이 아니라, “토론과 숙고의 과정이 개방되어 있는 상태, 그리고 그속에서 새로운 정보와 새로운 관점이 형성되는 상태”²⁰⁾를 지향한다. 그래서 개개인들의 선호라는 것은 정태적인 것이 아니라 대화와 토의의 대상이며, 정치 는 이렇게 부단히 형성되는 선호를 단순히 집행하는 데에 머무르는 것이 아니라, 경우에 따라서는 그것을 계발하고 형성하며 변경하는 일련의 과정을 의미하게 된다.²¹⁾

시민권(citizenship)은 이러한 토의과정으로서의 정치를 담보하는, 공화주의의 두 번째 내포요소가 된다. 정치과정에서 광범위하게 참여할 수 있는 지위 내지 권리로서의 이 시민권은 참여 그 자체를 하나의 “취향(taste)”-즉, 독립된 권리-으로 파악하는 자유주의적 관점과는 달

과정속에서 자유와 변명을 구가할 수 있는 공동선의 실천이다. 따라서 여기서의 권리나 자유는 생활이라는 실재를 가능케 하는 일련의 인간관계를 의미하게 되며, 이 점에서 공화주의는 절차나 과정을 중시하게 되는 것이다.(C. R. Sunstein의 공화주의논의가 엄밀히 논증하고 있지 않은 부분이 바로 이 점이기도 하다)

17) J. J. Rousseau, 사회계약론, 354면에서는 “국가를 온당한 한도로 축소시킬” 것을 요구하면서 그 방법론으로 수도를 정기적으로 이동할 것을 주장한다.

18) 이 부분에 관하여 자세한 것은 C. R. Sunstein, *The Partial Constitution* (Cambridge, Ma.: Harvard University Press, 1993), ch.1 참조.

19) 그는 공화주의의 기본이념은 개인적 자율성(individual autonomy)이란 목표의 획득에 있는 것이 아니라 목표의 선택 [또는 그 선택의 과정]에 놓여져 있다고 하면서, 여기서 정치적 자유는 집단적 자기결정(collective self-determination)을 향한다고 한다. C. R. Sunstein, “Beyond the Republican Revival,” op.cit., p.1548. 이하의 서술은 별다른 언급이 없는 한, C. R. Sunstein, *The Partial Constitution*, ch.5, 특히 pp.133ff를 정리한 것임.

20) *ibid.*, p.134

21) 그래서 이 정치적 토론은 “시민적 덕(civic virtue)”을 지향한다. “토론과정에서 사적 이익은 중요한 요소로서 정치에 투입된다; 그러나 그것은 정치이전에 존재하는 것 또는 외생적인 것으로 간주되는 것이 아니라, 비판적 성찰(critical scrutiny)의 대상이 된다”고 정리한다. C. R. Sunstein, “Beyond the Republican Revival,” p.1541

리, 민주주의의 본질적 요소로서 간주되면서 어떠한 정치적 결과물들을 형성해 내는 일련의 자기지배의 과정을 이룬다. 그리고 이를 위하여 개인의 국가로부터의 독립을 통한 그 자율성의 확보라는 것도 중요한 의미를 가진다. 재산권의 보장과 사회보장프로그램의 존재·이는 경제적 종속을 막아준다., 인신의 자유(수정헌법 제5조), 노예제의 폐지(수정헌법 제13조), 속주주의의 원칙에 의한 시민권의 보장(수정헌법 제14조), 인종차별금지(수정헌법 제15조)등은 바로 이러한 개인의 국가(또는 여타의 사회권력)으로부터의 독립을 보장하는, 그럼으로써 시민권을 담보하는 전제요소로서 규정되어 있는 것이다.²²⁾

자유주의적 공화주의를 담보하는 또다른 요소는 합의의 원칙이다. 이에 의하면, 자유주의적 다원주의에서처럼 관점이나 상황, 또는 취향에 의한 정치적 차이를 강조하는 입장에서 벗어나, 어떠한 정치문제에 대한 나름의 해결책의 존재를 확신한다. 이 점에서 공화주의는 상이한 정치적 견해들이나 공공선에 대한 상이한 개념들이 토론과 대화를 통하여 조정될 수 있다는 보편주의적 신념을 바탕으로 하며, 바로 이렇게 평등한 시민들이 진지한 토론의 과정을 거쳐 합의에 이르는 것 그 자체가 하나의 제한이념(regulative ideal)으로 등장하게 된다.²³⁾ 마지막으로 요청되는 요소는 정치적 평등이다. 여기서 평등의 관념은 각각의 사회적 집단들이 행사하는 영향력들이 상호간에 어느 일방이 다른 집단을 압도할 만큼 격차가 커서 아니된다는 의미에서의 평등을 말한다. 따라서 어느 정도의 불평등은 불가피한 현상으로 용인된다. 다만, 그러한 불평등이 세습되거나 고착되는 것은 바람직하지 않으며, 이의 시정을 위하여 최소한의 생활수준의 유지, 교육기회의 평등에 대한 국가적 배려와, 신분(caste)제도의 폐지가 심각하게 요청된다.²⁴⁾

단지 그에 있어서 이러한 정치적 토론을 바탕으로 하는 공화주의의 이념을 실천함에 있어 한 가지 제약조건이 가해진다. 그것은 그러한 토론을 근거지우는 이성적 원칙이다. 모든 토론이나 합의가 다 사회적·정치적 규율로서 정의로운 것이 아니라, 이성에 의하여 뒷받침될 때 즉 다른 모든 반박이나 대안에 대하여 방어(defence)가 가능할 때 그러한 것이다. 바로 이 점이 보수주의로 규정되는 Sunstein으로 하여금 Rehnquist Court의 보수주의와 구별짓는 표지이다. 그는 특히 사법과정에서 現狀(status quo)에 중점을 두는 결정방식²⁵⁾은 일반인들에게 예측가능성을 부여한다는 점에서 의미를 가진다고 한다. 하지만, 그것이 Burke나

22) 그에 있어서 법의 지배라는 원칙은 이러한 독립적 개인에 대하여 안정성을 확보해 준다는 점에서 의미를 가진다.

23) 그러나 그렇다고 해서 모든 정치문제가 이러한 합의에 의하여 해결된다고 주장하는 것은 아니다. 경우에 따라서는 타협이나 승부결정이 이루어질 수도 있고 또 어떤 문제는 합의의 대상으로부터 제외될 수도 있다고 본다. C. R. Sunstein, "Beyond the Republican Revival," op.cit., p.1555

24) 이 점에서 평등은 경제적 요인에 의하여 정치영역이 침해되지 않는 상태, 즉 빈부의 차이가 정치과정에서의 참여를 방해할 정도로 심각하지 않아야 하며, 이러한 의미에서 정치영역은 사적 영역으로부터 어느 정도 자율적이어야 한다고 주장한다. "Beyond the Republican Revival," op.cit., p.1541.

25) 그는 이를 현상중립성(status quo neutrality)의 원칙이라고 하면서, 어떠한 (사법을 포함하는) 정책결정에 있어 현상이나 기존의 분배상태를 주어진 것으로 간주하고 그것을 판단의 출발점(baseline)으로 삼는 태도를 말한다. ibid., p.3.

Rehnquist Court의 보수주의처럼 전통이나 현상에서부터 정의의 존재를 추출하고 이를 바탕으로 어떠한 결정에 이르는 것은 현재 존재하고 있는 사회적 부정의, 즉 비이성적 현상을 치유할 가능성을 배제한다는 점에서 반대하고 있다. 한마디로, “오늘날의 Burke주의자들은 현재의 관행들에 대하여 너무 낙관적이고 동시에 이성의 능력에 대하여는 너무 비관적”²⁶⁾이라는 것이다. 오히려 전통이나 과거로부터 오랫동안 이루어져 온 현상에서 무엇을 취하고 무엇을 회피할 것인가는 정치적 토론의 과정에서 도출되는 이성의 힘에 의하며 변별하고 또 판단하여야 한다고 보고 있다. 그가 연방대법원은 여러 정치기구중의 하나라고 하면서 사법적극주의에 대하여 뚜렷한 반대의 태도를 보이면서도, 일면에 있어서 언론의 자유나 privacy 권, 평등권(정치적 배제, 인종차별, 노예제 등) 등과 같은 일련의 사건들에 대하여는 연방대법원이 적극적으로 개입하여 보호할 것을 주장하는 것도 이 때문이다.²⁷⁾

2. 비 판

그러나 이러한 Sunstein의 공화주의는, 헌법논의의 중점을 사법부로부터 정치기관·의회나 대통령, 지방자치단체·으로 옮겨간다는 점에서, 즉 헌‘법’의 논의가 아니라 일종의 입헌‘정치’의 논의로 변질시킨다는 점에서 상당한 비판이 가해지고 있다. 물론 그의 주장은 작금의 자유주의적 법학의 ‘사법부중심주의(court-centeredness)’에 대한 비판적 시각이 우세한 것이며, 그 나름으로 비판적 의미를 가지지만, 그럼에도 불구하고 자신의 논리구조 속에서 일관성이 약화된다는 문제점을 가지고 있다는 점에서 교정을 요한다. 그는 정치의 복원을 주장하면서 공화주의의 이념이 각성된(또는 각성되고 있는) 시민들의 사려깊은 토론을 통하여 정치적 결정을 획득함을 지향한다고 보고, 사법부는 바로 이러한 토론의 장이 결여되어 있기 때문에 사법적극주의적 정책결정은 바람직하지 않다고 한다. 하지만, 그럼에도 불구하고 헌법조문들은 전체로서의 통일성 보다는 각각의 조문 내지 사항별로 분리시켜 해석하여야 하며, 이 점에서 위에서 말한 일정한 헌법문제에 관하여만큼은 사법부의 적극적 역할이 기대된다고 주장한다. 그리고 그 이유로서 언론의 자유 등과 같은 것은 정치적 토론을 기반하고 구성하는 필수적 요소이기 때문이라고 한다.²⁸⁾

그러나 이 주장에 있어 무엇보다도 먼저 제기되는 문제는 왜 그러한 헌법문제에 한해서만 사법적극주의가 기대되며, 나머지 영역에서는 그렇지 아니한가에 대한 명확한 논거가 제시되지 않고 있다는 점이다. 예컨대, 그는 낙태사건에 관하여, 그것은 성별에 의한 차별의 문제이

26) *ibid.*, p.131

27) *ibid.*, p.136

28) 이 점에서 그의 입장은 反多數主義(countermajoritarian)적 입장을 노정한다. 사법부는 특정한 헌법문제에 있어서는 정치적 다수자를 제한하고 통제하는 기능을 수행하여야 하며, 이것이 공화주의의 한 요소를 이루는 권력분립의 원칙에 합치한다는 것이다. 환언하자면, 통치기구들간의 억제와 균형의 원리가 바로 정치적 토론을 가능케 하는 한 요소를 이룬다고 보는 것이다.

며, 따라서 남성중심주의적 現狀에서부터 헌법적 해결을 모색할 것이 아니라, 여성의 사회적 생활지위의 평가를 바탕으로 하는 평등의 원칙에 따라 해결하여야 할 것이라고 하면서 낙태 찬성론으로 기울고 있다.²⁹⁾ 하지만, 이 사건은 미국사회에서 수십년간 극렬한 논쟁거리가 되고 있었던 것이며, 수많은 논거와 검증의 반복을 통하여 적어도 정치세력이라는 관점에서는 명확히 구분될 수 있을 만큼 시민적 논의가 성숙되어 있는 문제이다. 그럼에도 불구하고 이 부분에 관하여 사법부가 (평등의 원칙이라는) 논점을 제기하면서 그 찬·반 세력의 어느 한 부분에 찬성표를 던지도록 요구하는 것은, 비록 그것이 시민권의 한 부분으로서의 여성의 지위에 관한 것이기는 하지만, 상당한 문제를 야기한다. 가장 정치적인 문제를 가장 법적 특히 사법적인 방법을 통하여 처리하고자 하는 것의 근거가 명확하지 않는 것이다.³⁰⁾

헌법판단은 현상을 준거로 할 것이 아니라, 정치적 토론에 일임하되, 일부의 문제만 사법적으로 처리되어야 한다는 그의 주장은 한 마디로 정치와 법의 준별에 기인한다. 그는 의회와 사법부, 또는 의원과 법관의 역할분화(role-differentiation)의 논의들을 지지하면서 후자의 법판단에 전념할 것을 주장한다.³¹⁾ 바로 이 점에서 그 주장의 문제가 도출된다: 법과 정치의 구별기준은 과연 무엇인가? 특히 현상유지라는 것이 법판단의 준거가 되지 못한다고 한다면, 기존의 법/정치 2분법에서 말하는 구별기준조차도 방기하는 셈이 된다. 뿐만 아니라, 헌법의 해석에 있어서도 개별조문별로 해석에 임할 것은 주장하는 수준에 이르게 되면, 더욱 헌법적인 것과 정치적인 것의 구별이 모호해진다.

이와 같은 문제점은 무엇보다도 그가 사법부의 기능을 법해석을 중심으로 하는 법발견에만 경도시키고 있다는 점에서 도출된다. 그가 정치적 토론을 말하면서도 오로지 그것을 의회와 집행부에만 집중시키고 사법부는 일종의 후견적 기능만을 수행하도록 하는 데서 오히려 그가 말하는 인민주권(popular sovereignty)의 이념이 귀족주의적, 친권적 제도와 혼탁되는 요소가 나타나는 것이다. 또한 그에 있어서의 권리 역시 마찬가지로 자유주의적 성향을 벗어나지 못하고 있다. 정치적 토론의 수반물로서의 권리개념에서는 별다른 이의가 있을 수 없지만, 그 권리의 내용과 실질이 개개인의 생활과정속에서 형성되고 나날이 재규정된다는 점에까지는 이르지 못하는 한계를 가지기 때문이다.

적어도 그가 말하는 바와 같이 Privacy, 평등 등의 권리는 일정한 이념적 지향하에서 고착되고 또 賢者의 숙고에 의하여 발견될 수 있는 실체적인 것이 아니라, 그 개념 자체가 시대적·상황적 관련속에서 역사적으로 형성되는 것이다. privacy의 내용으로서의 life style이라든가, 평등의 판별준거로서의 차이성 등은 생활과정을 통하여 사회문화적으로 규정되고 또 발

29) C. R. Sunstein, op.cit., pp.270-285, 특히, pp.284-5 참조.

30) 이에 관한 자세한 설명은 D. F. B. Tucker, *The Rehnquist Court and Civil Rights*(Brookfield, Vermont: Dartmouth Publishing Co., 1995), pp.166-171 참조.

31) 물론 그렇다고 해서 그러한 법판단이 현상유지를 기반으로 하여서는 아니된다고 하는 점에서 기존의 법/정치 이분법적 사고와 구별된다. 자세한 것은 ibid., pp.131-132 참조.

전한다. 그래서 이러한 권리들은 미국의 전역사를 통하여 여성운동, 흑인운동, 민권운동과 같은 정치적 세력화의 틀을 통하여 헌법적 수준으로까지 고양된 것이다. 환언하자면, 그것들은 9명의 대법관들의 내면적 성찰에 의하여 획득된 것이 아니라, 무수한 정치과정에서 형성되는 여러 사회세력 내지 정치세력중의 하나를 선택하는 결과로서 등장한다. Sunstein이 연방대법원의 판결로서 현상이 변경되는 것은 아니라고 하면서 Brown사건이 집행되기에는 10년의 세월이 소요되어야 했다는 예를 들고 있는 것도 엄밀히 보자면 사법적 결정이라는 것이 순수한 의미에서 법선언작용이 아니라, 사법외적으로 형성되고 발전되는 사회적·정치적 세력들을 헌법질서속에 수용하고 편입하는 일련의 과정중의 하나임을 반영한다. 사법결정 역시 정치적 토론의 결과로서 형성되는 것이라고 보아야 할 필요성이 바로 여기서 나타난다. 그리고 이러한 점을 감안할 때, 그의 공화주의이념은 오히려 사법부까지도 정치적 '토론'의 범주내에 삽입하는 것이 더욱 논리적이며 또 그 이념에 부합하는 것이 될 것이다.³²⁾

이 점은 그의 공화주의가 그 이념이나 논리적 기반에서 파생되는 것이라기 보다는 오히려 그가 공화주의를 성급하게 자유주의와 결합하고자 하는 욕망으로부터 연유하는 것처럼 보인다. 그는 자유주의 특히 다원주의의 논의를 자신의 공화주의와 구별하면서도 동시에 그 공통점을 찾고자 노력한다. 그래서 이 양자는 정치적 토론에 우선권을 두며, 공적 권력 뿐 아니라 사적 권력에 대한 거부감에서도 공통됨을 지적한다. 뿐만 아니라, J. Rawls의 "무지의 베일(veil of ignorance)"이라는 가설까지도 이기심이 정치적 판단의 동력임을 배제하고 정치적 평등과 보편주의를 확보하는 장치를 이루며 나아가 이익단체다원주의를 노골적으로 배제하는 틀이라고 간주한다.³³⁾ 그러다보니 그가 공화주의적 관점에서 제안하는 각종의 헌법(제도)해석과 개선방안들-선거자금제한, 연방주의의 공화주의적 의미, 합리성심사, Lochner판결의 의미, 소수집단보호, 입법과정, 비례대표제 등-이 모두가 다원주의적 틀 속에서 해명가능한 것이며 오히려 이 다원주의에 의거할 때 보다 설득력과 정합성이 있다는 비판³⁴⁾에 직면하게 된다. 그래서 예컨대, 비례대표제는 다양한 정치세력을 의회과정에 편입시킴으로써 토론과 숙고를 가능케 한다는 점에서 의미가 있지만 동시에 그 정치세력이 오히려 이익단체화함으로써 사익을 관철시키는 통로로 작용할 가능성 또한 공존함을 굳이 간과하고 있다는 것이다.³⁵⁾

32) 실제 미국사법과정을 지배하는 대립당사자주의에 입각한 합법성의 추구(adversarial legality)라는 이념은 사법과정 자체가 가장 긴밀하고도 제도화된 토론의 메카니즘을 구축하고 있음을 반영한다. 한상희, 미국통상정책과정에서의 변호사의 역할, 미국학 17집, 1994.12 참조. 이에 관하여는 후술함.

33) C. R. Sunstein, "Beyond the Republican Revival," op.cit., pp.1566-1571.

34) J. R. Macey, "The Missing Element in the Republican Revival," Yale Law Journal, vol.97, 1988 참조. 여기서는 사익에 대한 공익의 우선성을 주장하는 Sunstein의 논의들이 헌법제정자들의 의사도, 오늘날의 정치현실도 제대로 반영하고 있지 못하다고 하면서, 물론 그의 주장이 항상 틀린 것은 아니지만, 항상 옳바른 것도 아니며, 그것은 정치이론의 목적이 선정치적(prepolitical)인 이해관계를 공적으로 전환하는 것임을 간과하고 오직 공화주의만이 이 목적을 지향하는 것인양 주장하고 있음에서 나온다고 본다.

35) ibid, p. 1682.

실제 자유주의적 헌법이론과 공화주의적 헌법이론은 그 전제에서부터 커다란 간극을 안고 있다. Sunstein이 받아들이고자 하는 Rawls의 이론틀에 의하자면, 모든 사회적 기본재(social primary goods) 즉, 자유와 기회, 소득과 부, 자긍심(self-respect)등은 적어도 가장 하위에 있는 사람에 대하여 불이익을 가하지 않는 한도내에서 배분되어야 한다는 것이 정의의 기본원칙이라고 한다. 그리고 개인은 이러한 자원들을 이용하여 다른 사람의 권리를 존중하는 범위내에서 자기의 이익을 추구할 수 있는 자유를 가진다고 본다. 문제는 이러한 자유주의적 요소들은 자유주의적 공화주의라는 이름으로 그대로 편입하거나 절충할 수 있는 성질의 것이 아니라는 점이다. 이 논의들은 공화주의가 전제하고 있는 기본적인 인간관-공동체적 인간관-과 판이한 성질의 것이다. 부연하자면, 개인의 선호나 취향, 또는 그를 바탕으로 하는 이해관계 등의 형성과 변화, 유지의 과정에 대한 뚜렷한 입장의 차이가 존재하는 것이다. 그래서 자유주의의 관점에서는 공동체가 가지는 형성적(constitutive) 측면이 아니라, 오히려 공동체는 개인의 목적의 실현을 위한 하나의 수단으로 보는 도구적(instrumental) 공동체관-이미 존재하는 이해관계와 자기정체성을 가지고 있는 개인이 이 이해관계를 실현시키거나 증진하기 위하여 가입하게 되는 공동체-이 앞서 존재하게 된다.

Sunstein이 간과하고 있는 것은 바로 이 점이다. 그가 비례대표제나 선거자금제한의 제도 개선방안을 제시하면서 특정한 정치세력 특히 집단들의 정치적 역량을 고양시키고 그것이 정치적 토론을 조성하게 된다는 낙관적 견해를 말함에 있어서도 다원주의의 비판점을 제공 하는 것은 여기서 연유한다. 그에 있어서의 제도개혁방안은 공동체의 형성이나 발전을 바탕으로 그것이 스스로 정치화되거나 그러한 정치화를 조성한다는 관점에서가 아니라, 오히려 기존의 정치세력들-비록 그는 흑인, 여성, 동성연애자 등을 들고는 있지만-이 그대로 공식적 정치과정에 편입될 수 있는 방안만을 모색하고 있는 것이다.³⁶⁾ 위에서 언급한 사법과정에 대한 논의 역시 바로 이러한 논리적 누락에서부터 Tucker의 글과 같은 비판을 허용하게 된다. 이미 주어진 이해관계나 선호로 구성된 사회집단들을 그대로 공화주의의 논의속에 투입함으로써 그 당위적 측면이 가지는 설득력에도 불구하고 그것을 주어진 현실속에서만 근거지우고자 함으로써 현실적인 괴리현상을 야기하고 그로 인하여 더욱 설득력을 상실하게 되는 것이다.

III. 민주공화국과 주권론

미국의 공화주의논쟁에서 헌법상의 정치과정을 기존의 정태적인 분석에서부터 동태적이고

36) 이는 그의 논의에서 암묵적으로 고정되어 버린 공적 영역과 사적 영역의 구분에서부터 야기된다. 그는 정치적 토론을 말하면서 동시에 그 정치영역 자체에만 비중을 둬으로써 '사적인' 생활관계에서 형성되는 의미와 가치의 문제는 별다른 주의를 기울이지 않는다. 그러다보니 '사적' 생활공동체의 정치화문제에 대하여는 자못 소홀해 지는 것이다.

과정적인 분석으로 초점을 옮겨간 것은 정당한 일이다. 그것은 마치 독일국법학에 있어서 통일적 인격 내지는 통일적 주체로서의 주권개념으로부터 국가의 사회적 기능 또는 정치적 통일을 향하여 이루어지는 조직화과정으로서의 주권개념을 구축하고자 한 H. Heller의 논의와도 상통한다.³⁷⁾ 정치적 통일을 이미 주어진 것으로 간주하고 이를 바탕으로 주권을 국가조직의 객관적 권력 내지는 국가의 포괄적 의사능력으로 개념화하는 종래의 관점은 국가=정부 또는 주권=지배권력의 형해화된 도식만을 의미하게 된다. 따라서 그것은 우리나라 헌법학계에서 흔히 말하는 국민주권론/인민주권론(또는 nation주권론/people주권론)이나, 조병훈이나 헌법재판소가 제시하는 형식적 국민주권론/실질적 국민주권론 그 어떠한 논의를 취하더라도 주권이라는 것은 단순히 하나의 개념적·관념적 징표에 불과하게 되고 그로부터 정치사회에 타당한 그 어떠한 행위준칙도 도출해 낼 수 없는 공허한 것이 되고 만다.³⁸⁾ 오히려 허영이나 정종섭이 말하는 정당화기제로서의 주권론 정도에 머무를 따름이다. 그런데 전체국민을 '인식론상 관념적으로 파악되는 것에 불과'하다고 보는 후자의 견해는 비록 종래의 주권개념이 가지는 허구적 성격을 비판적으로 지적하고 있다는 점에서는 나름의 의미가 있지만, 그 역시 마찬가지로 헌법학을 형해화시키는 의제적·허구적 성격을 공유하고 있다는 점에서 문제적이다.

국민이 헌법을 만드는 것은 국민이 주권을 가지고 있기 때문이 아니라, 국민주권원리(이는 민주적 정당화이데올로기이다) 실현의 요청상 나라의 주인인 국민이 헌법을 만드는 것이 당연하기 때문이다. 이 때 그 당연함이란 헌법의 민주적 정당성확보라는 측면에서 그렇다는 것이다. (……) 국가권력을 실제로 누가 행사하여야 하는가 하는 것은 국민주권원리에서 직접 결정되는 것이 아니라 이를 보다 구체화시키는 하위원리인 통치기관의 구성원리에 의해 결정되는 것이다.³⁹⁾

37) 그의 주권개념에 대하여는, 廣澤民生, 「主權論-その構成視座の轉換に向けて」, 小林孝輔 編, ドイツ公法の理論, 一粒社, 1992, 222-5면 참조.

38) 참고로 이러한 이론에 대하여 김철수(헌법학개론, 박영사, 1998, 128면)는 "주권자를 국민 개개인으로 보아 주권을 분유하고 있다는 이론은 주권의 유일불가분성에 위배되는 이론"으로 비판하고 있지만, 이는 주권의 본질에 관한 논의를 오히려 주권의 외연, 즉 그 속성에 관한 논의로 대체하는 논리상의 오류를 보인다.

39) 정종섭, 헌법연구(1) : 대의민주주의의 형성과 원리, 철학과 현실사, 1994, 291-2면. 이 명제에 대하여 박병섭("대의제에 관한 비판적 연구", 민주법학 제14호, 1998)은 "전형적인 엘리트주의적인 접근방법이자 민주주의를 형해화할 위험을 안고 있는 논리"라고 비판하면서 국민주권원리의 의미는 "국민이 주권자로서 (당연히) 주권=국가권력을 행사한다는 것"이며, 다만 "그 행사방법은 하위원리인 통치기관의 구성원리에 따라 결정된다"고 한다. 박병섭의 이러한 비판은 "민주주의=국민주권주의=국민의 자기결정"의 통식을 선언한 독일연방헌법재판소의 결정(BVerfGE 2,1(12f))을 인용하는 것이지만, 정종섭의 명제가 통치원리라는 하위의 법준칙에 의하여 보다 상위의 민주주의의 이념을 설명하고자 한다는 지적이라는 점에서는 타당하다. 그러나 박병섭의 설명에 있어서도 선거제에도 "여론형성의 지속적인 과정"에 의하여 국민이 영향력을 행사한다는 것 즉, 평상시에도 국민이 "자기결정의 원리에 따라 주권을 행사한다는 것"의 실체가 무엇인지는 밝히고 있지 않다. 특히 그가 대안으로서 제시하는 참여민주주의를 "일반시민들의 정책결정과정에서의 직접적인 참여기회를 최대한으로 확대·보장"하는, 직접민주주의적 요소를 대폭 도입한 민주주의의 한 유형으로 규정하고 있는 점에서 더욱 그러하다. 참여민주주의에서 중심에 놓여져 있는 공개와 토론의 자기실현적 요소가 박병섭의 대안에서는 오히려 어떠한 결정을 향한 수단적 지위로 전락하고 있는 것이다. 뿐만

위의 인용에서는 주권론에서와 마찬가지로 실체가 존재하지 않는다. 오로지 존재하는 것은 권력으로서의 다수자 뿐이다. “국민이 헌법을 만드는 것”이라고 할 때의 국민은 여전히 관념적 존재일 따름이다. 실제 헌법을 만드는 것은 국민이 아니라, 국민의 한 부분에 불과한 정치적 다수자일 뿐이기 때문이다. 여기서 “나라의 주인인 국민”이라는 개념이 단순한 이데올로기에 불과한 것이라고 한다면, 그리고 그것이 논자의 말처럼 허구적인 것으로 실체를 반영하는 것이 아니라면, 헌법이라는 것은 “사실”의 문제에 있어서는 다수자의 지배의지일 따름이며, “규범”으로서의 헌법은 이 다수자의 형성이나 그 지배의지의 내용에 대하여는 눈을 감을 수밖에 없는 무기력한 존재가 되어 버리고 만다. 이 상황에서 “헌법의 민주적 정당성 확보”라는 것은 어떻게 담보할 수 있으며, 또 그것을 평가할 수 있을 것인가? 한마디로 “국가를 주권자로 해소”⁴⁰⁾하고 다시 그것에서 “주권자를 지배자로 해소”하는, 가장 정치적인 의미에서 지지의 동원수단으로서의 정당화원리에 불과한 것이 되어 버린다.⁴¹⁾

과연 이렇게 주권이라는 것이 단순한 정당화이데올로기로서 실체를 상실한 것인가? 그것의 헌법적 의미는 다수자의 결단이라면 모든 것을 수용하는 공허한 형식적 개념에 불과한 것인가? 이 점을 살피기 위하여 우선 여기서 주권론의 시초라고 할 J. Bodin의 논의를 간략히 살펴보자. 통상적으로 Bodin의 주권이론은 군주주권론을 제창하면서 주권이론을 지배자이론으로 대체한 것으로 이해되고 있다. 하지만, 그에 있어서의 주권이론은 두 가지로 나뉜

아니라, 동일성과 대의성이 가지는 이율배반적 측면에 관하여도 별다른 해결의 모색이 없다. 그래서 “민주주의=국민주권주의=국민의 자기결정”의 통식을 그 자체로서만 이해하면서, 공화국의 이념, 즉 치자와 피치자의 구분(그는 이를 동일성이론에 기초한 민주주의이론과 조화될 수 없는 것이라고 단언한다)이 분명히 존재하고 있는 우리 헌법의 기본적인 틀을 상대적으로 소홀히 취급하고 있다.

40) 廣澤民生, 전거서, 218-20면.

41) 실제 “민주적 정당성”을 말하고 있는 허영의 경우 이 용어의 실체적 개념에 대하여는 전혀 언급하고 있지 않다. 따라서 주권개념이 단순히 “민주적 정당성”(demokratische Legitimation)으로 대체되는 것인지, 아니면 그것이 주권개념과 별개의 수준에서 무엇인가를 설명할 수 있는 실체인지 여하도 분명하지 않다. 대체로 정당성(legitimacy)이라고 할 때 그것은 어떠한 통치권력이 그 통치할 수 있는 권리를 가지고 있으며, 또한 피치자의 입장에서 그러한 통치자의 권리를 인정하고 있다는 의식을 말한다. D. Sternberger, “legitimacy,” in: *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 1976 참조. 그리고 이 정당성을 획득하는 기반은 神(神政god-king, 신의 아들godly origin, 신탁 divine vocation, 또는 계시inspiration - D. Sternberger는 Bolshevik의 전위대로서의 정당론도 유사과학적 계이론에 해당한다고 본다)이나 피치자로부터 획득된다. 여기서 오늘날 보편적 정당성이라고 할 수 있는 시민적 정당성(civic legitimacy)의 경우, 그것은 어떠한 공동선을 향하여 서로 협력하고 조정된 평등하고도 자율적인 시민들(constituents)의 합의에 기반을 두고 있음을 의미한다. 이 때 합의의 주체는 누구이며 어떻게 도출해내는가의 문제는 여전히 공백으로 남아있다. 환원하자면, 어떠한 통치권의 행사가 시민적 내지는 민주적 정당성을 획득하기 위하여는 누구의 동의를 받아야 하는지의 문제는 여전히 현대헌법이론이나 정치이론에서 미해결의 상태로 잔존하고 있는 것이다. 이렇게 볼 때, 허영이 말하는 민주적 정당성은 통치권이 이 합의에 기반을 둔 것을 의미하는지 불명확하며, 만일 그렇다고 한다면, 그것은 결국 또다시 동의권자의 문제 즉, 주권의 문제로 환원하는 셈이 된다. 이 점은 주권론을 헌법외적인 것으로 간주하면서 그것을 정당성이론으로 환원하고 있는 M. Kriele와는 달리 허영은 주권을 헌법적 범주로 파악하면서도 동시에 그것을空洞化하고 있다. 그래서 한마디로 허영의 논의는 동어반복에 불과하며, 그가 말하는 “민주적 정당성”의 개념으로는 아무것도 해결되지 못하는, 외비우스의 띠에 치나지 않는 셈이 된다. M. Kriele, 국순옥 역, 헌법학입문, 종로서적, 1983 참조.

다. 먼저 주권의 일반이론이라 할 주권의 일반원칙에 있어서는 “주권이란 국가에 부여된 절대적이며 영속적인 권력”이라고 하면서 그것을 *majestas*라고 표기한다. 그리고 이러한 의미에서의 주권은 법을 제정하고 강제하는 힘이 본질적으로 (신이 아니라) 국가에 귀속되며, 이러한 힘이 없는 국가는 국가가 아니라는 점에서 주권 즉 절대적 권위와 권력이 국가의 요체라고 단언한다.⁴²⁾ 반면에 주권의 실재론부분에서는 주권의 소재 즉 담지자의 문제를 풀어나간다. 즉, 주권이란 군주에게 귀속되지만, 모든 군주는 신법, 자연법 그리고 모든 국가에 공통되는 인간법에 구속되기 때문에 그들은 최고 독립적인 존재는 아니라고 하는 것이다. 이 부분에서 Bodin의 주권론이 가지는 규범적 성격이 드러난다. 그것은 이 두 개의 주권-현대적 관념으로 엄밀히 구분하자면, 주권과 통치권-개념을 통하여 현실적인 정치권력이 가지는 지배력을 정당화할 뿐 아니라, 더 나아가 그 정치권력의 한계를 설정하는 일종의 중세적 자연법관념의 연장선상에 있는 것이다. 이러한 관념은 Hobbes에 있어서도 마찬가지여서 국가 또는 군주의 권력은 절대적일 수는 있어도 전체적(*totalitarian*)인 것은 결코 아니었다.⁴³⁾ Bodin의 군주권이 군주와 신하간에 체결된 계약을 넘어서 수 없었던 것이나, Hobbes의 그것이 신민의 사적인 사항-생명권을 포함하여-에 대하여는 한계를 가질 수밖에 없었던 것도 바로 이 점을 말한다.

이렇게 주권론의 초기에 나타나는 2원적 논의들은 무엇을 의미하는가? 그것은 한 마디로 주권이라는 개념 자체가 국가의 존재 즉, 국민국가의 형성과정에서 절대적으로 요청되는 국가적 통일과 독립을 향한 일련의 과정을 중심으로 형성되어 왔음을 의미한다. Bodin이 주권론의 본질을 형식적 법률론으로서가 아니라, 주권의 형성과 유지를 중심으로 하는 정치학상의 이론으로 제시하였다고 보는 해석이나,⁴⁴⁾ Hobbes에 있어서의 국가의 권위는 국가 스스로의 의무를 완수하고 신민들의 생명을 보호하는 실제의 힘에 달려 있다고 보는⁴⁵⁾ 논의들은 모두 이러한 주권론의 동태적 측면에 주목한다. 한편으로는 대외적으로 중세적 지배체제를 극복하면서 또 한편으로는 대내적인 국민적 통일을 이루어야 하는 상황에서 주권론은 “국가를 주권자로 해소”하는 기성의 권력에 관한 논의였다기 보다는 오히려, 대내외적으로 편재하고 있는 분파적 권력들을 하나의 권력으로 편입하기 위한 부단한 노력의 일환으로 전개되었다고 보아야 한다는 것이다. 이 점에서 주권론의 본래의 의미를 도출할 수 있다. 그것은 정당화원리로서의 주권개념을 말하는 일부의 견해와는 달리, 비록 실재하는 것은 아니라 할지라도 공허한 허구나 가식에 그치는 것은 결코 아니었다. 오히려 그것은 그 당시의 맥락에서 국가적 통일을 이루어내는 일련의 신념체계였고, 모든 정치적 행위들을 규율하는 “살아있

42) R. N. Birki, 권용림·신연재 역, 정치사상사, 녹두, 1985, 187면.

43) Birki, 전제서, 204면; M. Kriele는 Bodin의 주권론을 불특정의 일반위임이 아니라, 지배자가 가지는 개별적 권리의 집합체로 파악하였다고 하면서 국가목적과 자연법, 왕위계승법, 계약, 신분적 체계급의 저항권에 각각 복종하는 한정된 권력이라고 설명하고 있다. 전제서, 55-8면.

44) 蠟山正道, 比較政治機構論, 岩波書店, 1950, 46-7면; 廣澤民生, 전제서, 228면에서 재인용.

45) Birki, 전제서, 203면.

는” 규범체계를 이루었던 것이다.

이러한 논의는 주권론의 역사에서도 잘 나타난다. Bodin이나 Hobbes 또는 Machiavelli에 서의 주권론은 주로 중세적인 분권체제에서 통일된 국가의 형성을 지향하면서 비국가적 세 력 내지는 반국가적 세력에 대한 대립의 과정 속에서 나타난 것들이다. 내부적 분열이나 외 부의 침략으로부터 국가를 형성하고 유지하기 위한 하나의 비상권력의 존재에 관한 것들이 었다.⁴⁶⁾ 하지만, 국민국가의 형성이 어느 정도 마무리되고 산업혁명이 진행되면서 이 주권론 의 실질이 최고의 권력 또는 절대적 권위라는 관념 보다는 오히려 동의(consent)에서부터 그 근원을 찾는 방향으로 선회하게 된다.⁴⁷⁾ 주권이 비상상황에서 나타나는 예외적 권력현상이 아니라, 항시적 존재로서 상정되기 시작한 것이다. J. Austin이나 Blackstone, Burke 등의 주권론은 모두 주권의 본질론보다는 오히려 주권의 소재-군주나 의회-에 관한 것들이었고 그 것은 언제나 편재적으로 행사할 수 있는 국가권력의 문제를 지향하고 있었다. 물론 주권이라 는 것이 어떠한 명령이나 규율에 반대하는 자에 대하여도 그 강제의 효력을 발생하게 하는 궁극적인 힘이라고 규정될 수 있고 또 그러한 맥락에서는 언제나 불복종이나 분열적 성향을 전제로 하고 있는 것이기는 하지만, 그래서 고전적 주권론에서 나타나는 비상적 성격이 완전 히 불식된 것은 아니지만, 그럼에도 불구하고 이 때부터의 주권론은 국가권력이나 국가의사 가 어떻게, 그리고 누구에 의하여 결정되고 또 집행되는가에 집중되게 된다. 우리가 주목하 여야 할 점도 바로 이 부분이다.

주권론에서 그 관심의 대상이 주권의 소재 즉 누가 주권을 가지는가에 집중한다면, 우리 헌법학계에서 말하는 바와 같이 실체가 아닌 것을 실제로 가정하는 의제된 주권론으로 형태 화되고 만다.⁴⁸⁾ 반면에 주권을 국가사회내에서 현실적으로 활동하는 주체-그것이 국가이건, 정치기관이건 또는 ‘국민’이건간에-의 행위를 중심을 파악할 때에는, 주권개념 자체가 그 주 체의 행위에 대하여 일정한 헌법적 명령을 가하는 명실상부한 법규범으로서의 지위를 획득 하게 된다. 하나의 당위적, 지시적(prescriptive) 명령으로서 기능하게 되는 것이다. 그래서 주권은 국가내의 권력기관들을 정당화하는 원리로서 존재하기 보다는 그것을 통제하고 제어 함으로써 국가이성(raison d'état) 또는 국가목적(Staatsziel)의 범위내에 존재하게 하는 행위

46) 바로 이 점에서 주권(sovereignty)이라는 개념과 국가라는 개념은 상당 부분 동어반복적으로 사용되기도 하였다. M. Kriele가 헌정국가(Verfassungsstaat)의 개념으로부터 주권을 삭제하고 이를 정당성의 논의로 대체하고자 한 것도 이 때문이다. 그에 의하면 주권이 국민에게 있다고 할 경우 그것은 헌법제정권력을 의미하게 되는데, 이는 헌 정국가에 선행하는 것이며 따라서 헌정국가내에는 주권자가 존재하지 않는 셈이 되어 버린다는 것이다. M. Kriele, 국순옥 역, 헌법학입문, 종로서적, 1983, 126면 참조.

47) B. Crick, "Sovereignty," in: *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 1976 참조.

48) 실제, 주권의 보유자와 주권의 행사자를 구분하고 있는 이론(권영성, 헌법학원론, 법문사, 1998, 118면; 김철수, 전 계서, 128-9면)은 “정치적·이념적 통일체로서의 국민”이라는 관념이 가지는 실체적 의미를 전혀 도출해내고 있지 않 기 때문에 전자 즉 주권의 보유자에 관한 논의는 오로지 국가권력의 정당화기제 내지 허위위식 이상의 의미를 획득하지 못하고 있다. 도대체 그것은 ‘모든 국가권력은 그 자체로서 정당하다’라는 논의 이외에 무엇을 말하는지를 설명하지 못하고 있는 것이다.

규범으로서의 성격을 띠게 된다. 그것은 국가와 국가권력, 또는 주권과 통치권의 2원적 구분을 전제로 후자에 대한 전자의 절대적 우월을 선언하면서, 국가권력이 그때 그때의 당리당락에 의하여 결정되고 또 행사되는, 적나라한 힘에 의한 정치의 장으로 화하는 것을 방지하고, 공동선이라는 한계에서 통제될 수 있도록 하는 기반을 형성한다. 주권의 소재에 관한 논의는 이 공동선의 발견과 해석, 또는 그것의 형성을 어떻게, 누가 할 것이냐에 관한 것일 따름이다. 환언하자면, 정치공동체로서의 국가라는 범주를 설정하고 이 공동체내에서 그 구성원들이 형성하게 되는 제반의 관계들 특히 지배와 복종의 관계들을 어떻게 조화하며, 어떻게 정서하는가에 관한 논의가 주권소재론의 핵심이라 할 것이다. 반면에 주권본질론은 국가이성, 또는 국가목적 내지는 정치공동체의 공동선이라는 일련의 규범적 기본명제를 전제로 하면서 그것의 실천을 향한 정치공동체의 조직 그 자체를 지향하고 있는 것이라 할 수 있다.

이렇게 본다면 우리 헌법 제1조 제1항과 제2항의 규정은 아주 면밀한 의미관련속에서 주권과 국가권력, 그리고 그것들의 행사방법을 정교하게 설정하고 있는 것이 된다. 우리 헌법 제1조는 “①대한민국은 민주공화국이다. ②대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”라고 한다. 이 규정은 단순히 국가의 형태와 주권의 소재만 규정하고 있는 것이 아니라, 헌법 전문에서 말하는 “자유와 조화를 바탕으로 하는 자유민주적 기본질서”와 서술의 주격을 이루는 “대한국민”, “정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히” 함, “국민생활의 균등한 향상”, “항구적인 세계평화와 인류공영” 등의 이념적 지표와 관련하여서 대한민국의 조직원리와 그 작동의 이념적 지표를 형성한다. 그래서 제1항 “공화국”의 실질적 내용을 제2항의 규정에 의하여 충당하고, 이 모든 국가과정의 작동을 “민주”의 틀속에서 규제하고자 하는 것이다. 부연하자면, 제1조 제2항의 규정은 제1항의 민주공화국을 내연적으로 재규정하는 의미를 가지면서 정치생활의 전과정을 통하여 부단한 화해와 조정의 과정을 거쳐 공동선을 발견하고 이로써 국가의 존재의의와 목표를 설정하고 나아가 그에 기인한 권력의 행사를 ‘국가적’ 권력으로 편입하고자 함을 말한다.

환언하자면, 제2항 전단은 국민주권의 원리를 정태적으로 규정한 것에서 더 나아가, 국가의 존재목적 내지는 그 작동목표가 국민에 두어져 있음을 규정하고 이것은 공화국의 이념과 결합하여, 모든 국민을 하나의 정치공동체로 통일시킴과 더불어 그 통일의 기반을 국민의 이익 즉, 공동선에 두고 있음을 알 수 있다. 반면, 후단의 규정은 제1항의 “민주”라는 관념과 결합하면서, 이러한 국가적 공동선의 발견과 실천(집행)은 부단히 이루어지는(또는 이루어져야 하는) 국민적 합의를 바탕으로 이루어져야 할 것을 규정한다. “국민으로부터 ‘나온다.’”라는 규정 자체가 두 가지의 의미를 가지고 있기 때문이다. 첫째, 그것은 국민적 합의에 의하여 국가권력의 실질이 제어되어야 할 것을 의미하고 있을 뿐 아니라, 둘째, 그것은 주권이나 국가권력이라는 것은 명사적인 것이 아니라 동사적인 것, 즉 부단한 정치과정을 통하여 계속적으로 형성되고 재규정되는 동태적 관념을 말하고 있다. 바로 이 때문에 여기서 말하는 국

민은 관념적 통일체와 같은 형식화된 허상이 아니라, 현실적으로 획득될 수 있는 실체로서 존재한다. 환언하자면, 이 때의 국민은 전체로서의 관념이나 개체로서의 개개의 인간을 의미하는 것이 아니라, 그 때 그 때의 정치과정에서 의미와 가치의 교환에 참여하고 의견과 이해를 조정하며 궁극적으로는 합의와 결정에 이르게 되는, 그리고 그 결정을 다시 자신의 행위 조건으로 삼아 자신의 생활을 재조정·재규정하는 일단의 정치공동체를 말하는 것이다. 따라서 그것은 전체주의적 개념이나 개인주의적 개념 또는 관념론적 보편이성의 개념 그 어느 것보다도 직접 연결될 수 없는 것이다. 오히려 그것은 하나의 정치공동체가 화합과 통일을 향하여 부단하게 재구성되는 과정 또는 그러한 과정을 통하여 형성되거나 발견되는 합의를 의미하게 된다.

이 점에서 한태연의 인민주권에 관한 논의는 논리적 비약을 가진다. 한태연의 경우, Rousseau가 말하는 인민주권의 원리는 “정치적 통일과 전체의사에 절대적 우위성을 둘 때에는, 그것은 경우에 따라서 개인의 자유와 민주주의를 부정하는 무서운 독재주의로 귀착”되고 만다고 비판하고 있지만⁴⁹⁾, 그의 인식과는 달리 Rousseau의 인민주권은 정태적으로 인민이 실체로서의 어떠한 권력을 가진다고 전제하는 것이 아니다. Rousseau는, ‘도덕적이며 집단적인 기구’로서의 국가는 자연인을 도덕적인 존재, 즉 법적 권리와 의무뿐만 아니라 적절한 도덕적 관념 및 감정을 갖춘 시민으로 전환시킨다⁵⁰⁾. 그래서 그의 인민주권론은 국가생활속에서 부단히 그리고 유기적으로 형성되는 공동체적 삶을 지향한다. 인민이 모든 법을 인준하여야 한다는 그의 주장속에는 바로 이렇게 이루어지는 공동체적 삶에의 끊임없는 참여와 교육과 형성의 과정을 전제로 하고 있는 것이다. 바로 여기서 한태연이 말하는 ‘개인의 자유와 민주주의’는 그것이 재산권이나 육체의 안전만을 의미하기 보다는 오히려 공동체적 삶속에서 자신의 지위를 획득하고자 하는 권리, 즉 시민권으로서의 권리와 자유를 의미하게 되는 것이다. 한마디로 한태연의 경우, 사회적, 구조적 관점에서 설명하고 있는 Rousseau의 견해를 개인주의적 관점에서 비판하는 논리적 오류를 범하고 있는 셈이다.

「……각 개인을 전체와 결합되어 있으나 자기 자신에게만 복종하는, 그래서 종전과 마찬가지로 자유롭게 남아 있을 수 있는 그러한 연합형태를 발견할 것」 이것이 사회계약론이 그 답을 주어야 하는 근본 문제다. (……) 우리는 각자 자신의 신체와 모든 힘을 공동의 것으로 만들어, 전체의사(la volonté générale)의 최고 감독하에 둔다. 그리고 우리는 모두 함께 각 성원을 전체와 불가분의 한 부분으로 대접한다.⁵¹⁾

바로 이것이 “그 결합행위로부터 자신의 통일성과 공동 <자아>, 그리고 자신의 생명과 의

49) 한태연, 헌법학·근대헌법의 일반이론, 법문사, 1985, 153면

50) Birki, 전제서, 239면.

51) J. J. Rousseau, 전제서, 290-1면

사를 받게 되는”, “수동적으로는 국가”이며 “능동적으로는 주권자”를 형성하게 된다.⁵²⁾ 여기서 비중이 주어지는 것은 지배와 권력이 아니라, 소극적으로는 안전과 자유이며 적극적으로는 참여와 형성이다. 부단한 노력과 숙고의 행위가 뒷받침되는 공동의 의사결정과정의 필연적으로 향존하고 있어야 하는 것이다.

전체의사에게는 사물을 있는 그대로, 때로는 당위적인 형태로 보여 주어야 하고, 자기가 찾고 있는 바른 길을 가리켜 주어야 하며, (……) 시간과 공간의 대비에 눈을 뜨게 하여 목전에 바로 보이는 이익의 유혹과 지금은 보이지 않지만 먼 뒷날에 닥쳐올 재난의 위험을 비교할 수 있도록 해주어야 한다. (……) 그렇게 되면 공중은 각성하여 사회단체 속에서 자신의 배움과 의사를 결합시킬 수 있을 것이고, 따라서 각 부분간의 정확한 협력이 이루어져, 결국 전체는 자신의 최대의 역량을 발휘하게 될 것이다.⁵³⁾

Rousseau가 “사회가 발생하는 당초에는 공화국의 통치자들이 제도를 만들어 내지만, 이후부터는 제도가 통치자들을 만들어 낸다”고 말하는 Montesquieu를 인용하고 있는 것⁵⁴⁾도 이 부분에서이다. 개개의 구성원들을 전체로서의 정치공동체내에 편입하고, 그 속에서 개인이 자신의 생명과 존재양식을 부여받으면서 동시에 그 진정한 구성원으로서의 지위를 확보하여 나아가는 일련의 과정을 그는 일반의사(la volonté générale)로 규정하고 또 이를 주권의 지위에까지 고양하고 있는 것이다. 따라서 여기서의 주권자는 한태연이 염려하는 바와 같이 전체주의나 독재로 향하지 않는다. 아니면, 단순히 정치권력의 정당화기제로서 형해화된 주권론에 머물지 않는다. 오히려 우리 헌법에서 말하는 바와 같이, “모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게” 하는 국가의 의무가 보다 부각될 따름이다.

여기서 약간의 낭비적 요소가 있지만, 논의의 편의를 위하여 허영의 논의를 다시 한번 거론하기로 한다.

[C. Schmitt에 의하면] 대의정치사상은 본질적으로 치자=피치자의 ‘동일성의 원리’에 반한다고 보면서도 또 한편 이 두 ‘정치적인 형성원리’의 조화를 모색하는 C. Schmitt의 노력에서 우리는 (……) 문제점을 느낄 수 있다. (……) 진정한 민주주의적 통치구조는 결코 자기통치적인 통치구조가 아니고 국가권력의 민주적 정당성이 ‘부단한 정당성의 신진대사’에 의해 확보될 수 있는 통치구조라 보아야 할 것이다.⁵⁵⁾

52) 전제서, 291면.

53) 전제서, 310면.

54) 전제서, 311면.

55) 허영, 전제서, 23-4면.

실제 C. Schmitt의 대의제는 군주제 또는 귀족제에서 순수하게 나타난다. 그것은 인민의 특정한 상태를 의미하는 국가⁵⁶⁾에 있어 이 인민 일반을 특정한 인격이 대표한다는 의미에서 사용되고 있는 것이며, 따라서 인민의 자기지배를 의미하는 민주제와는 대립하는 것은 너무도 당연하다. 이 점에서 C. Schmitt는 “대의제를 갖지 않는 국가는 없다”고 단언한다. 하지만, 그럼에도 불구하고 허영이 놓치고 있는 것은 지배의 현실에 있어서 “동일성원리의 구조적 요소를 갖지 않는 국가도 없다”⁵⁷⁾라고 하는 C. Schmitt의 발언이다. 그에 있어서의 동일성의 원리와 대의제의 원리는 하나의 이념형적 성격을 가지는 것이며, 현실국가영역에서는 언제나 이 양자가 혼재되어 있다는 것이 그의 기본적 전제이다. 그가 민주제적 요소와 군주제적 요소의 혼재로서의 공화국을 말하고, 그 틀위에서 의회제⁵⁸⁾를 논의하는 것이나, 또는 시민(bürger)과 공민(citoyen)을 구분⁵⁹⁾하여 말하는 것도 이 때문이다. 그에 있어서의 관심사는 어떻게 이 두 요소를 적절히 조합함으로써 Aristoteles가 말하는 공화국을 형성해 나갈 것이냐에 있지, 순수한 형태의 동일성 또는 인민의 자기지배를 실천하는 것은 아니었다.

이 점은 그의 다수결의 원칙 내지 다수의 지배 원칙에 대한 비판에서 잘 드러난다. 그는 다수결이란, 문제된 사안에 관하여 적극적인 관심을 가진 자만의 지배를 의미하고, 이슈설정자의 의도에 좌우되며, 그 밑바닥에는 공민이 아닌 사인들 즉 개체로서 존재하는 시민(bürger)들만을 전제로 하고 있으며, 찬반 양론이 팽팽한 경우에는 불과 얼마되지 않는 casting vote group들이 실질적으로 결정권을 갖게 된다는 이유로 반대한다. 그래서 그는 이러한 다수결의 원칙에 의할 것이 아니라, 그것은 오로지 정치적 결정을 위한 참고사항, 또는 공민들을 정치의 장으로 유인하는 하나의 수단으로서만 남겨두고 ‘미결정의 정치’를 실천할 것을 요구한다. 그리고 그 대안으로서 ‘공개와 토론을 바탕으로 하는 의회제민주주의’를 주장하는 것이다.⁶⁰⁾

이것은 무엇을 의미하는가? C. Schmitt가 말하는 “정치적인 형성원리”가 바로 이에 해당한다.

헌법=정치적 통일의 동태적인 생성원리. 이 통일이 그 기초를 가로지르는, 또는 그 기초에서 작용하고 있는 힘 내지 에너지로부터 부단히 갱신되는 형성과 성립의 과정의 원리이

56) C. Schmitt, Verfassungslehre(Berlin: Dunker & Humblot, 198(19700), S. 205.

57) C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 206, S. 208.

58) 그의 의회제는 같이 대의성을 바탕으로 하는 군주제는 본질적인 차이를 가진다. 군주제에 있어서의 군주는 전체인민을 대표하는 존재라는 점에서 의회제의 의회 또는 의원과 동일한 지위를 가지지만, 그 군주는 인민위에 군림하는, 즉 인민과는 다른 층위에 속하는 특별신분이라는 점에서 동일성의 원리로부터 벗어나 있다. 반면, 의회나 의원은 정치적 평등의 이념을 바탕으로 일반적인 인민들과 동일한 층위의 사람 즉 동등자중의 하나로서 선출되는 것이며 이 점에서 동일성의 원리와 조화되는 것으로 파악된다. 허영이 23면에서 상호 모순적이라고 보는 대의제와 동일성의 문제는 C. Schmitt에서는 이렇게 처리되고 있는 것이다.

59) C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 253.

60) C. Schmitt, Verfassungslehre, SS. 278-282 참조.

다. 여기서는 국가는 단순히 존재하고 있는 것 휴지하고 있는 정태적인 것이 아니라, 생성 과정에 있는 것, 항상 새로이 생기는 것으로 파악된다. 정치적 통일은, 각종의 대립되는 이해관계, 의견 및 운동을 통하여 나날이 형성되는 것이며, R. Smend의 표현에 따르자면, 「통합되는 것」이다.⁶¹⁾

C. Schmitt는 이 점에서 Lassalle의, “그리하여 헌법이 국가의 근본법률을 형성한다면, 헌법은 ... 활력이다”⁶²⁾라는 명제를 인용한다. 그는 민주주의의 본질요소로 언급하고 있는 동일성의 원리를, 허영이 파악하는 것처럼 정태적이고 인식론적인 수준에서 파악하려고 하지 않는다. 오히려 그것은 동태적 정치과정을 통하여 형성되고 생성되는 것으로 이해되고 있는 것이다. 대의제 역시 마찬가지이다. 그가, R. Smend가 의회제를 “국가가 항상 새로이 여론, 선거, 의회의 토론 및 표결을 통하여 통합되는 것”으로 규정하고 이를 국가형태로 파악하고자 하는 논의를 일면 받아들이면서도 그것을 “통합이란 특별한 국가형태원리가 아니”라고 하면서 대표란 그 효과에 있어서 통합과정의 본질적 요소에 불과한 것이라고 하여 기능적 수준으로 전환하고 있는 것⁶³⁾도 이 때문이다. 그에 있어서의 대의제 특히 의회제는 부단한 공개와 토론을 통하여 정치적 통일을 “나날이 형성”하게 하는 기제이며 나아가 경험적 국민을 추상적 국민과 일치시키기 위한 현실적인 노력을 의미한다.

단지 C. Schmitt의 문제는 Rousseau의 동일성원칙을 권력관계로 환원하면서 그것을 공적인 정치영역에 국한시키고 있다는 점에 있다. 그가 분배의 원칙과 조직의 원칙을 2원적으로 바라보면서 민주주의 또는 의회제적 민주제는 후자의 정치(권력)원리로 다루고 있음은 이를 말한다. 그래서 자유의 개념을 다른 사람의 의지에 복종하지 않는 소극적인 것으로 규정함으로써 자신의 의지대로 하는 것이 자유라고 하는 Rousseau로부터 이반한다. 또한 갈채에 의하여 확인되는 추상적 국민의 의지 내지는 전체이익을 이러한 2분법적 사고에 의하여 삶의 질서로서의 일반의지를 말하는 Rousseau의 그것과는 차이를 야기한다. Rousseau에 있어서의 자유는 “그 자신과 그 자신의 삶에 대한 주인일 때 비로소 그 삶에 대한 통제를 통해 고양”되는 것이며 그의 법의 지배란 “참여와 ‘그 자신의 주인됨’과 참여의 관련을 통하여 가능”하게 된다.⁶⁴⁾ 그러나 C. Schmitt는 이를 ‘정치화’하는 과정에서 오히려 개인주의적인 차원에서의 법과 개인의 준별 및 대립을 통하여 권력현상화하고 있음으로써 결국에는 友敵論식의 대립과 항쟁, 배제와 배척의 헌법이론을 구상하고 말았던 것이다.

그러나 그렇다고 해서 Rousseau 또한 비판으로부터 완전히 자유로운 것은 아니다. Rousseau가 말하는 일반의지는 참여와 교육의 순환반복적 작용관계에 의하여 고양되는 것

61) C. Schmitt, Verfassungslehre, SS. 5-6.

62) C. Schmitt, Verfassungslehre, S.6.

63) C. Schmitt, Verfassungslehre, SS. 207-208.

64) 이에 관하여 자세한 것은, C. Pateman, 이유돌 역, “참여민주주의,” 한국정치연구회 사상분과 편, 현대민주주의론 II, 창작과비평사, 1992, 126-7면 참조.

이며, 이 속에서 인간은 비로소 자유를 획득하게 된다. 그리고 그 과정에서 개인은 전체와 동일시되는 존재 즉, 다른 사람들의 협조를 얻고자 하는 과정에서 자신의 사적 이익이 공적 이익과 연계되어 있다는 사실을 인지하게 되고 결국 자신의 충동과 자신의 진정한 욕구를 구분할 줄 알게 되는 소위 공적 시민이 되어간다. 따라서 그가 말하는 '자유롭도록 강제된다'는 명제는 의미를 획득하게 된다. 하지만, 이러한 논의의 근저에는 D. Miller가 말하는 인식론적 민주주의의 오류⁶⁵⁾가 깔려 있다. Rousseau는 일반의지라는 것이 현존하는 실재로서 파악하고 그것을 민주적 절차에 의하여 발견한다는 논리에 입각하고 있다는 것이다. 바로 이 점이 Rousseau의 민주주의론이 오늘날과 같은 다원·다층적인 사회구조를 이루고 있는 체제에서 한계를 노정하게 만드는 요인이다. 물론 Rousseau의 경우 소규모의 농업적 소유자들로 구성되어 있는 공동체를 전제로 하여 그 논의를 진행하였고, 이 점에서 나름의 전통적 연대 가치들을 실재하는 것으로 관념할 수는 있었을 것이지만, 그럼에도 불구하고 그것이 산업사회로의 역사적 진행에 부합하는 종합성을 가지기 위하여는 적어도 이 부분에 관한 심각한 수정은 불가피하게 된다.

IV. 결 론

지금까지 살펴본 공화주의논쟁과 주권론을 일람할 때 그것들은 하나의 일관된 흐름을 보여준다. 그것은 일련의 정치과정을 사회적 삶속에 존재하는 다양하고도 다층적인 의견과 이해관계들·보다 정확히는 생활관계에서 나타나는 욕구들·을 하나의 전체적 의견이나 이익 또는 공동선을 향하여 유도하고 조정하는 일련의 과정 즉, 공동선을 향한 형성적이고 생성적 과정의 측면에서 파악하여야 할 헌법적 당위를 내포하고 있는 것이다. 그리고 그것이 치자와 피치자의 구분에 의하여 그렇게 되는 것이 아니라, 각각의 생활단위들을 그 자체 존재의의를 인정하는 가운데 정치과정 속에 편입하고 그럼으로써 그들을 공동체적으로 각성시키고자 하는 교육적 의미 즉, 공민(citizen)으로서의 개개인들의 교화라는 또다른 이념적 지표를 가진다. 그래서 이 공민들은 대의제나 공화주의로 언급되는 공동체적 삶을 통하여 자신의 생활을 둘러싸고 있는 관계망들을 자신의 것으로 받아들이고 또 그에 따라 자신의 삶을 재구성하는 순환적 관계를 이루어내게 된다.

헌법 제1조의 전체적인 의미는 바로 이러한 관점에서 이해되어야 한다. 그것은 하나로서의 전체를 형성하면서 우리 국가의 형성과 정치공동체의 구조를 결정하는 가장 기본적인 체계를 형성하기 위한 것이다. 동시에 이것은, 국가와 개개인의 국민들이 전혀 별개의 차원에서 지배와 복종의 관계에서 이들의 지위를 논의하는 것이 아니라, 국가생활 가운데서 자신의 존

65) D. Miller, "Deliberative Democracy and Public Choice," : in D. Held, *Prospects for Democracy: North, South, East, West* (Oxford: Polity Press, 1993), p.55f.

재를 발견하고 그 인격의 실천과정을 통하여 국가적 선을 형성해 나가는, 상호 증첩적인 관계의 망 속에서 주권의 개념을 설정하고, 이 점으로써 국가권력의 의미와 한계를 규정하고 있는 것이다.

민주공화국에서의 주권은 따라서 흔히 말하는 바와 같이 어떠한 것을 결정짓는 힘이 아니다. 그것은 어떠한 것의 결정과 관련한 성찰의 공간 또는 그 과정에 대한 공화적 과정을 의미한다. 그리고 이 공간과 과정이 공·사의 이분법적 구분에 입각한 정치영역에 한정되는 것이 아니라, 그때 그때의 생활관계에 포섭되어 있는 관계망들에 투여되어 있음을 의미한다. 자가지배의 공화적 원리는 이를 드러내고 있다. 어떠한 결정에 의하여 또는 그 결정에서 도출되는 힘에 의하여 자신의 삶을 구성하여 나가는 것이 아니라, 그 성찰의 공간 내지 과정에서 획득되는 자기 자신의 삶의 지향으로써 자신의 욕구를 형성하고 또 그것을 실천하는 일련의 생활과정의 지도이념으로써 질서지우는 것이 바로 이 자가지배의 원리인 것이다.⁶⁶⁾

이렇게 바라볼 때, 우리 헌법 제1조의 규정방식과 관련하여, 공화주의관점에서 말하는 정치적 토론으로서의 정치 및 그 규율로서의 헌법이라는 명제는 바로 이렇게 동태적인 맥락에서 국가사회의 조직과정 자체를 다루고 있다는 점에서 의미를 가진다. 그것은 기존의 선호나 이해관계를 정치과정을 통하여 권리 또는 법적 규율로 전환한다는 의미에서의 동태성이 아니라, 개개인들이 가지는 선호와 이해관계들이 정치과정 속에서 부단한 조정과 조화의 과정을 거쳐 권리 내지는 법적 규율로 전환하는 동시에 이들이 상호작용하는 가운데 양자가 모두 상대방의 존재로 인하여 변화하게 되는 과정을 그리고 있다는 점에서 동태적이다. 환언하자면, 자유주의나 다윈주의가 말하는 경쟁을 바탕으로 주어진 선호를 일정한 정책이나 법적 장치로서 전환시키는 결과중심적 사고가 아니라, 그러한 선호들이 정책과정에 참여하고 동시에 토론과 숙고를 통하여 스스로를 변화시켜 나가는 일련의 과정으로서의 정치와 헌법을 말하는, 과정중심적 사고를 바탕으로 하는 것이다.

대의제 역시 마찬가지다. 그것은 Madison의 표현처럼 항상 편협하고 부정의로우며 불안정하기 마련인 순수민주주의·직접민주주의와는 달리, 정기적인 선거과정을 통하여 공적 이슈들을 분류하고 선출된 의원들로 하여금 무엇이 진정으로 국민의 이익인지를 판단하게 하는 의사결정의 메카니즘으로, '광역공화국(extended republic)'의 한 구성요소를 이룬다. 또는 Bentham에 있어서의 그것은 사회내에 존재하는 다양한 이해관계의 충돌에 대한 심판관 내지 판정자의 역할이 주어진다.⁶⁷⁾ 여기서 중요한 점은 이들의 대의제는 언제나 결정이라는 목

66) 바로 이 점에서 A. Giddens는 대화민주주의(deliberative democracy)를 말하면서 "대화민주주의는 공적 영역에서의 대화가 개인이든(……) 전기구적 공동체든 상호 관용 관계에 있는 타자와 더불어 살아가는 수단을 제공해 준다는 것을 가정한다"고 하면서 이 개념하에서는 대화민주주의는 반드시 동의의 획득을 지향하는 것은 아니라고 한다. 즉, 민주주의는 타자가 가지는 본연의 모습을 올바로 이해함으로써 능동적 신뢰를 창출하는 과정이며, 나아가 "개인이나 집단으로 하여금 또 다른 타자와의 사회적 관계를 유지하면서 자신의 삶을 영위해 나가도록 하는 '필연적 침묵(necessary silence)'을 지지한다"고 선언하고 있다. A. Giddens, 김현옥 역, 좌파와 우파를 넘어서, 한울, 1997, 133면 참조.

표를 향하여 정서지워진 일련의 권력현상으로 충당된다는 것이다. 그래서 의회의 과정은 다수자의 지배라는 구도로 설정되며, 그 결정의 과정 역시 선거구민들(또는 전체국민)의 의사를 '읽어내는' 소수 의원들의 전권적 판단사항으로 남아 있다. 그러다 보니 결정 자체가 가지는 (소수자) 배제적 성격과 결정과정에서 나타나는 엘리트주의적 권력현상이 중첩되면서 대의제로 하여금 또 다른 지배의 기제로 만들고 있는 현상이 전면에 나서게 된다.

실제 대의제가 민주주의적 정치형태의 한 방편이라면, 그 목표와 기능이 동일한 선상에서 이루어져야 한다. 한 마디로 그것은 국민의 의사와 이해에 반응적(responsive)으로 작동하여야 한다는 것이다. 그러기 위해서는 기존의 대의제의 논의들로서는 불충분할 뿐 아니라, 오히려 역작용적이다. 필요한 것은 대의제를 단순히 정태적인 맥락에서 어떠한 인간(집단)이 실체로서의 국민이나 인민을 대표한다는 논의에서 떠나서 동태적이고 과정적인 층위에서 다수자의 형성과정 또는 부단한 토의와 숙고를 통한 전체의사의 생성 및 재생선의 과정으로 이해하여야 한다. 그리고 그러한 과정들 속에서 평등하게 참여하는 선거구민들·주민들의 정치적 능력을 제고하는 일련의 교육장으로서 기능할 수 있도록 하여야 한다. 여기서 개개의 인간들은 자신의 욕구를 추출하고 그것과 타인의 욕구를 조화시키며 포용할 수 있는, 그럼으로써 자신의 욕구와 전체의 이익을 동일시할 수 있는 능력을 함양하는 장으로서 기능하여야 한다는 것이다.

이 때문에 민주주의를 결정의 방식으로 파악하는 결점에서 불구하고 N. Bobbio의 민주발전의 지표는 의미를 가진다. 그에 의하면 기존 국가의 민주화의 상태를 판단하는 가장 효과적인 기준은 "더 이상 '누가(who)' 투표하느냐를 확립하는 데 있어서는 안 되고, '어디에(where)' 투표할 수 있느냐"⁶⁷⁾에 두어야 한다. 물론 여기서는 투표만을 한정적으로 의미하는 것은 아니다. 어떠한 결정을 형성하는 과정내에서 개개의 인간들이 자신의 의견과 취향과 라이프스타일을 가지고 참여할 수 있는 가능성 그 자체를 의미하는 것이다. 그리고 이러한 참여가능성의 확산 그것이야말로 그 국가사회의 민주화정도를 측량할 수 있는 결정적 지표를 이루게 된다.

이러한 맥락에서, 헌법 제1조의 의미는 하나의 국가공동체를 형성하는 일련의 과정 또는 그 규율로서 규정되어질 수 있다. 우리 헌법에서 말하는 '민주공화국'의 관념이나 그 전체로 되어 있는 국가공동체라는 개념이 의사의 통일이나 생활의 통일을 의미하는 것은 결코 아니

67) 이러한 관점에서의 정리는 D. Held, "From City-States to a Cosmopolitan Order?" D. Held, ed., *Prospects for Democracy: North, South, East, West*(Oxford: Polity Press, 1993), pp.19-20 참조.

68) N. Bobbio, 윤홍근 역, *민주주의의 미래, 인간사상*, 1989, 81-2면. 그는 오늘날의 민주화과정은 우리 헌법학계에서처럼 대의제민주주의를 직접민주주의적 제도가 보완하는 형태로의 진행이 아니라, 보다 정확히는 '정치적 민주주의'에서 '사회적 민주주의'로 즉, 국가적 차원의 정치영역에 한정되었던 상향적인 권력이 "학교에서 공장에 이르는 시민사회의 다양한 영역에까지 확산"되는 과정이었다고 본다. 전제서, 80면. 그리고 그것은 "시민의 이익이 위협에 처하는 지경에 이르면, 시민들은 그들이 대표하는 이익집단에 의해서가 아니라 문제를 아는 방법을 알려주는 각기 다른 개인의 일반적 통찰력에 의해 서로를 구별할 수 있는 시민들로서 대표되어야 한다"(전제서, 76면)는 '부분적 대표'의 원리에 의하여 뒷받침된다.

다. 오히려 그것은 각각의 사회부분들 또는 생활과정들의 독자적인 존재의의를 인정하고 그것의 자율성을 승인하는 가운데 이루어져야 한다. 그것은 지배와 권력의 국가현상을 서술하는 것이 아니라, 유기적인 공동체적 삶을 통하여 개개의 인간들이 자신의 인격을 형성하고 실천하는 일련의 장을 마련한다는 의미에서 그러한 것이며, 또한 이 의미에서 C. Mouffe가 말하는 '구성적(constitutive)' 의미⁶⁹⁾와 규율을 선포하고 있는 것이 된다. 환언하자면, 국가적 삶이 개인적 삶이나 개개의 부분사회에서의 삶과 다른 층위에서 후자들을 통제하고 규율하는 권력관계의 원천 또는 그것의 정당화기제로서의 의미보다는 오히려 이 양자의 유기적인 결합을 통하여 모든 인민들이 자신의 삶을 그때 그때의 관계망속에서 구성하는 기본적인 과정을 생성하고 유지하는 동시에 또 이 과정을 통하여 구성된 인민의 삶에 의하여 다시 스스로가 재구성되는 일련의 생활과정을 규정하고 있는 것이다.⁷⁰⁾

69) C. Mouffe, "Democratic Citizenship and the Political Community," in: C. Mouffe, ed., *Dimension of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship, Community*(New York: Verso, 1992)

70) 부연하자면, -위에서도 잠시 암시되었던 것처럼- 민주주의는 국가적 의사결정만을 지향하는 것은 결코 아니다. 그 보다는 개개의 삶의 방식에 대한 관용과 승인의 전체위에서 민주주의의 본래의 모습이 실현될 수 있다. 그래서 Bobbio의 부분적 대표론이나, A. Giddens의 '필연적 침묵'을 그 내연의 핵심에 넣고 있는 것이다.

SUMMARY

Constitutional Implications of the "Democratic Republic" Clause: with Some Critical Analysis of the Civic Republicanism

Han, Sang-Hie

(Department of Law, College of Law, Konkuk University)

The first clause of the Korean Constitution says "The Republic of Korea shall be democratic republic," which has, however, rarely been analysed in connection with its practical implications. Most studies on this clause concentrate on the meanings of Sovereign: who has the Sovereign? No one has asked how the Sovereign shall be practiced by the people nor asked what relationship shall be construed between the Sovereignty clause (§ 1②) and the Democratic Republic clause (§ 1①). This articles will focus on these two question challenging some dogmatic analyses of the main trad jurisprudence which would deal them formally only to fix those two clauses as dead clauses.

The Democratic Republic clause itself exprerssly suggests so many meaningful rules of construction of a political community in this country. It doesn't presuppose unilateral uniformity of people's will nor superficial entity which 'represents' all the people. Rather, this clause shall be construed to encompass all of everyday-lives as they are and to enable their wishes and wants to be realised in this political community. The idea of self-governance based on self-respect shall be the essence of that clause. The second clause confirms this understanding. That clause says popular sovereignty principle, which shall not be interpreted only to provide democratic legitimacy to governing powers, as main stream jurisprudence says, but be re-constituted to provide salient arena for everyday-life, by which every individual can make his/her own decisions and choices on his/her life-style and with these he/she can constitute his/her own personality to be practiced in every course of living. This implies that the sovereignty shall mean nothing but self-governance.

The civic republicanism arisen resently in United States, has tried to overcome the power centrism of the liberalistic constitutional theory. It assumes that human being as homo societas can accomodate his/her desires with common goods through political paticipation and deliberation. Mutual understanding based on deliberative

communications will, it asserts, be the only and best way to find out the common good, which will promote the realization of the idea of self-governance. This paper analyses these approaches-eps. that of C. Sustein's to find out that two clauses mentioned above shall be construed to include these civic communitarian ideas. They, as combined, pose some normative implications that the sovereignty clause shall require dynamic reconstitution of political process through which all the wishes and wants of the people can communicate each other to find and practice common goods, not the statistical process which assumes existing political majority that dominate over miniorty.

Such interpretation will be of use to understand the fundamental orientation of the Constitution, which poses the dignity and value of human kind as predominant value in this country and based this orientation tries to build a political community to secure eternally security, liberty and happiness of all the people and their posterity.