

민주주의와노동연구소 창립 2주년
& 민주주의법학연구회
공동 심포지엄

2025. 6. 14.(토)
오후2시

서울 강북노동자복지관 5층 강당
(충정로역 6번출구)

대주제 : 법과 정치

그리고

공화국의 미래

공동주최



민주주의와노동 연구소
Institute of Democracy and Labor (IDL)

Since 1989. 01. 05.

민주주의법학연구회

Democratic Legal Studies Association

민주주의와노동연구소 창립 2주년
& 민주주의법학연구회
공동 심포지엄

2025. 6. 14.(토)
오후 2시

서울 강북노동자복지관 5층 강당
(충정로역 6번출구)

대주제: 법과 정치

그리고

공화국의 미래

개회사 권영숙 민주주의와노동연구소 소장

축사 문병효 민주주의법학연구회 회장

좌장 이호중 (민주주의와노동연구소 연구위원, 서강대 법대)

기조 발제 "법과 정치, 그리고 공화국의 미래" / 권영숙 (민주주의와노동연구소)

1부

발제1. "국가와 행정" / 이계수 (건국대 법대)

토론 오동석 (아주대 법대), 박상인 (서울대 행정대학원)

2부

발제2. "사법권력의 민주적 통제" / 김종서 (민주법연)

발제3. "헌법 개정의 역사와 공화국" / 윤현식 (민주법연)

토론 권영숙 (민주주의와노동연구소장), 한상희 (민주법연, 전 건국대 법대)

3부

종합토론

주최 | 민주주의와노동연구소, 민주주의법학연구회

행사 프로그램 안내

오후1:30~오후2:10 참가등록

오후2:00~오후2:30 - 민중의례

- 개회사 권영숙 (민주주의와노동 연구소 소장)
- 축사 문병호 (민주주의법학연구회 회장)

좌장 이호중 (민주주의와노동 연구소 연구위원, 서강대 법대)

오후2:30~오후3:30 1부

- 기조발제, “법과 정치, 그리고 공화국의 미래”
/ 권영숙 (민주주의와노동연구소 소장)
- 토론 : 오동석 (아주대 법대)
- 발제1, “자본주의 국가와 행정”/ 이계수 (건국대 법대)
- 토론 : 박상인 (서울대 행정대학원)

오후3:30~오후3:40 휴식 10분

오후3:40~오후4:40 2부

- 발제2, “사법권력의 민주적 통제”/ 김종서 (전 배재대 법대)
- 토론 : 권영숙 (민주주의와노동연구소)
- 발제3, “헌법 개정의 역사와 공화국”/ 윤현식 (민주법연)
- 토론 : 한상희 (전 건국대 법대)

오후4:40~오후5:30 3부 종합토론

자료집 목차

1부

- 기 조 발 제 -

“법과 정치, 그리고 공화국의 미래” 5쪽
/ 권영숙 (민주주의와노동 연구소 소장)

- 토 론 / 오동석 (아주대 법대) 19쪽
* 토론문 2 (보충)

- 발 제 1 -

“자본주의 국가와 행정법” / 이계수 (건국대 법대) 23쪽

- 토 론 / 박상인 (서울대 행정대학원) 39쪽
“국가와 행정 토론문:재정 및 금융부문 중심으로”

2부

- 발 제 2 -

“사법권력의 민주적 통제”/ 김중서 (전 배제대 법대) 57쪽

- 토 론 / 권영숙 (민주주의와노동 연구소 소장) 85쪽
“중립의 환상과 독립의 신화:사법권력의 민주적 통제”

- 발 제 3 -

“헌법 개정과 공화국”/ 윤현식 (민주법연) 89쪽

- 토 론 - / 한상희 (민주법연, 전 건국대 법대)105쪽
“우리 헌법의 역사”

<별지> 헌법상 경제조항의 변천114쪽

법과 정치, 그리고 공화국의 미래

권영숙 (민주주의와노동연구소 소장)

1. 87년 체제와 6공화국 - 헌법적 힘과 헌법의 분리

윤석열 계엄-탄핵 사태에서 두드러지는 점 중의 하나는 '87년체제'라는 용어가 광범위하게 대중적으로까지 쓰였다는 점이다. 과거에는 87년 체제라는 표현보다는 6공화국이라는 용어가 더 자주 등장했지만, 계엄 이후에는 정당을 막론하고, 그리고 이 체제 수호파나 혹은 체제 전환을 요구하는 쪽 모두 87년체제라는 용어를 쓰기 시작했다. 그러나 이같은 표현을 쓰는 사람들이 정치인이든 학자든 상관없이, 엄밀한 개념적 정의를 전제하고 쓰는 경우는 드물다. 이같은 표현의 교체는 과거의 용법이 단순히 6공화국의 헌법적 측면만을 지시하고 있다면, 87년 체제는 보다 넓은 의미에서 법적인 측면보다는 그것을 둘러싼 정치적 측면들을 포괄하고 있다는 점에서 다르다고는 할 수 있다.

이른바 87년 체제는 '체제 전환'(regime change)이라는 측면에서는, 정치적 거래(political compromise)에 해당한다("윤석열 탄핵과 '촛불의 운동정치와 87년 체제의 이중전환'(2018)의 현재성" <https://dem-labor.org/?p=15654>).

따라서 우리는 분석적 차원에서 6공화국(헌법) 그 자체와 그것을 탄생시킨 정치적 힘(constitutional forces: 제헌권력)을 구분할 필요가 있다. 문제는 이 정치적 힘이 단일하지 않았으며, 그 힘들 사이의 우열도 명확하지도 않다는데 있었다.

현재의 헌법(6공화국)을 탄생시킨 정치적 힘은 넓게 보았을 때, 다음 두 가지였다; 5공화국의 주축이었던 독재 권력과 이에 대항했던 야당들이다. 그리고 이 두 힘은 각각 여러가지 정치적/사회적/경제적 세력들을 자기 구성 요소로 포괄하고 있었다. 부분적으로는 87 민주화 운동의 주축이었던 학생운동이 존재하지만, 그러나 이들은 사실상 헌법수립 과정에서는 배제되었다.

정치적 기원에 있어서 흔히 '군부독재'로 불리는 5공의 정치 세력들은 실은 단순한 '군부'만으로 구축된 것은 아니었다. 전두환 군부의 헌법 기초 기구였던 국가보위비상입법회의의 인적 구성을 살펴보면 유신 정권의 일부 구정치인들과 매우 흥미롭게도 초기적인 '신자유주의자'(시장주의자)들을 포함하고 있다. 유신과 5공은 정치적으로는 동일한 독재(군사독재) 형태라고 할지라도 근본적으로 서로 다르며, 심지어는 서로 대립적이기까지 한 체제였다.

경제정책에 있어서 출범 초기 직후를 제외하고는(출범 초기는 강제적으로 자본통폐합이 국가 주도에 의해 이루어졌다), 전두환 정권은 시장자유주의 정책을 지향했으며(심지어는 유신의 가격 통제 정책은 82년을 전후해서 폐기된다), 나아가 사회자유주의 정책(학원 자유화, 통금 폐지 등)을 수행했다.

즉 한국에서 자유주의의 형성 과정에서 전두환 정권은 매우 중요한 역할을 했으며 이들이 역설적으로 보이겠지만, 오늘날의 한국의 신자유주의자들의 한 축을 여전히 이루고 있다. 그러므로 한국의 민족주의와 신자유주의(나아가 자유주의 일반)의 뿌리 중의 중요한 하나는 바로 파시즘이었다. 그리고 이것이 한국의 민주주의(또는 민주화)에 있어서 여전히 '반민주적' 혹은 '파시즘'적 성격을 온존시키는 중요한 힘으로 작용하고 있다.

제 6공화국의 헌법은 이같은 세력들 사이의 충돌의 결과, 혹은 그 중에 누구도 결정적인 우위를 점하지

못한채, 이 정치적 대립이 전쟁(내전, civil war)로 전화되는 것을 막기 위한 타협의 문서화(정치적 타협의 법률화)라고 볼 수 있다. 즉 6공의 헌법을 만든 세력들(constitutional forces) 사이의 '기본 계약'이었던 것이다. 따라서 헌법의 정신은 헌법의 전문에 있는 것이 아니라, 이 헌법을 만들 당시의 정치적 상황과 그 세력의 담지자들, 그리고 그 세력들이 기반하고 있는 물질적 조건들을 유지시키는데, 그리고 이 타협을 제도적으로 재생산하는데 있었다.

그러므로 이 헌법은 다른 모든 헌법들과 마찬가지로, '정치적'이며, 동시에 그 정치를 구성하고 있던 세력들의 이념과 이해관계를 반영하는 '정파적'(특수성)인 것이기도 하다. 그러나 동시에 법률적 언어(헌법)은 보편성을 지향하는 법적인 언어로 쓰여졌기 때문에, 이 언어의 배후에 존재하는 정치적인 힘들과 그 정치적 파당성을 은폐하면서도 지향하는 이중적 과제를 안게된다.

이것이 법적인 언어 일반, 혹은 헌법이 '뒤틀리는' 근본적인 이유라고 할 수 있다. 이같은 내적 모순은 언어적 차원에서는, 즉 법적 언어의 곡예만으로는 해소되지 않는다. 이는 오직 그 실현과정, 즉 검찰이나 법원에서 이 법들을 해석하고 적용하는 과정(enforcement)에서의 '인간적' 정향이 침윤되어야만 가능해진다. 즉 보편적 문법으로서의 헌법은 그 적용에서 이 헌법을 탄생시킨 정치적, 인간적 편향성을 가미함으로써 비로소 이 헌법의 안정성, 즉 정치적 타협이 보존될 수 있으며, 따라서 전쟁으로 다시 회귀하지 않고 정치로서 기능하게 된다.

그런데 법은 그 적용에 있어서는 각기 다른 상이한 해석을 낳게 된다. 이는 단지 법률적, 문법적 해석의 차이뿐만이 아니라, 법 언어의 보편성과 정치적 힘 사이의 모순 때문에, 그리고 법을 해석하고 적용하는 단위에서 태초의 약속, 즉 헌법을 탄생시킨 제한권력의 타협을 간과하거나 무시하는 일들이 벌어졌을 때에도 발생하는 '위반'(transgress)이라고 할 수 있다. 이 위반을 저지하기 위해서, 혹은 해소하기 위해서는 헌법의 문법적 기능을 뛰어넘는 정치적 힘이 요구된다.

이처럼 헌법이 정치적으로 기능하기 위해서는 헌법은 '보증자'(guarantor)를 내재적으로 요구한다. 칼 슈미트는 이를 '헌법의 수호자'라고 불렀다. 문제는 누구에게 이같은 수호자의 기능, 즉 헌법을 최종적으로 해석하고 적용할 권한이 있는가 하는 것이다. 슈미트의 대답은 '대통령'(직선으로 인민이 선출한 정치인)에게 있다는 것이었다.

그의 '비상'(emergency)과 '정상'(normalcy)의 구분과 이 구분을 결정할 수 있는 권능을 가진 대통령이라는 존재는 바로 이같은 헌법적 최초의 타협, 또는 최초의 계약을 유지하기 위한 이론적 장치라고 볼 수 있다. 그가 파시즘에 동의한 것은 독일을 이루고 있는 최초의 정치적 힘, 즉 1차 대전 뒤 내전을 회피하기 위한 방책으로서의 기득권과 인민들 사이의 타협 계약과 이 계약을 수호하기 위한 단일한 존재(대통령, 총통)에 대한 절대 긍정 때문이었다.

그리고 동시에 이것이 파시즘의 법률적, 헌법적 기초이기도 했다. 왜냐하면 주권자(헌법의 수호자)는 '자의적으로' 제한권력을 강제로 존속시키는 조처를 취할 수 있으며, 이 조처는 제한권력을 침해하는 당대의 인민들의 민주적 의사를 근본적으로 묵살할 수 있는 권한을 가진 존재로 상정되어 있기 때문이다.

파시즘 헌법 이론의 기초를 놓았던 칼 슈미트는 2차 대전 뒤 자신의 이론의 한계를 인정하면서 50년대에는 '민주주의화'된 독일 헌법(기본법)을 긍정하고 찬양하기에 이른다. 특히 독일 헌법의 헌법재판소의 존재를 높이 평가했다. 2차 대전 이후의 독일 기본법의 인정과 단일한 권력 주체인 대통령 개인이 아닌 복수의 재판관들로 구성된 헌법재판소에 대한 긍정은 비록 권력의 '인간적 요소'(단일한 권력 의지를 가진 존재)는 기각될지라도 여전히 국가를 수립한 힘들(제한권력)의 계약 관계를 보존할 수 있는 장치(헌법재판소)가 존재한다면 이를 인정할 수 있다는 것이었다.

한국의 경우를 보면, 개발독재+신자유주의+민주화 세력들 사이의 어정쩡한 타협의 결과물인 6공화국 헌법, 또는 87년 체제는 해결되지 못한 정치적 갈등을 사법적 권위(헌법재판소)에 기대어 봉쇄하려는 정치적 타협의 결과(비선출 권력에게 민주주의를 위임하는 것)였다. 87년 헌법에서 헌법재판소가 새로운 헌법 수호자로서 신설된 것은 단지 우연이 아니었다. 이에 대해선 아래 헌법과 헌정주의에 대한 장에서 좀더 논의하도록 하겠다.

그러나 이같은 태초의 정치적 힘(제한 권력)은 헌법 내에는 어떠한 방식으로든 명문화되어 있지 않았으며 이 타협에 참여한 각 세력들은 자신들의 지위가 영구적으로 유지되거나 혹은 더 발전되거나 최소한 지위

상실의 위험에 빠지지 않는 것이라는 기대를 갖거나, 더 극단적으로는 헌법이 갖는 이같은 정치적 성격은 간과한 채 단지 민주주의적 요구를 반영(직선제 개헌)했다는 안도감을 갖는데 그쳤다.¹⁾

따라서 모두가 자신들의 승리, 혹은 자신들의 성과라고 주장할 근거와 역사적 배경이 있었으며 이것이 그 뒤의 정치적 투쟁 뿐만 아니라, 역사를 둘러싼 투쟁으로 이어졌다(예컨대 뉴라이트 논쟁으로 촉발된 식민지 논쟁이나 김영삼 정권 초기의 국시 논쟁).

오늘날 87년체제라고 불리는 일련의 시스템과 그 동학에 대한 해석은 이같은 일련의 역사들을 사실상 거의 간과하거나 잊고 있을 뿐만 아니라 고의적으로 왜곡되어 있기조차 하다.²⁾

2. 87년체제 하 제한권력의 약화

6공화국 헌법은 문자적으로만 해석한다면 대통령 중심제이기는 하지만, 제왕적 대통령 권력과는 거리가 멀다. 왜냐하면 가장 중요하게도, 대통령의 의회 해산권이 없을 뿐만 아니라, 비록 헌법재판소에 최종적 해석 권한이 주어지기는 하지만 의회의 대통령 탄핵 권한은 존재하는 비대칭적 권력 분점 구도를 가지고 있기 때문이다. 동시에 대통령의 비상대권 권한(비상계엄 및 긴급조치권한)은 의회에 의해 제한된다. 따라서 슈미트적 ‘헌법의 수호자’ 권능과는 거리가 먼 대통령제라고 할 수 있다.

그리고 이같은 성격은 이미 6공화국 설립 초기에 극명하게 드러났다. 6공 출범 뒤 비록 대통령은 군부 출신의 노태우가 당선되었지만, 그러나 곧 이은 의회 선거에 여소야대 정국이 펼쳐짐으로써 노태우 정권은 정국 운영에 극도의 어려움을 겪었으며, 결국 민주화의 한 축이던 김영삼 민주당에게 후계 자리를 사실상 약속한 3당 합당이라는 과정을 거치고 나서야 권력을 공고히 할 수 있었다. 즉 6공화국 헌법에서의 대통령은 처음부터 ‘제왕적 권력’이 아니었으며, 이 과정은 그들 스스로가 가장 잘 알고 있었다.

이처럼 대통령(행정부)의 권력이 약한 상태에서는 행정은 ‘공안’에 의해 유지되는 통로가 열린다. 검찰 권력이 극단적으로 비대해진 것도 이 시기를 거치면서부터였다. 대통령과 의회 사이에 그 누구도 일방적인 우위를 점하지 못하자 검찰을 포함한 사법이 독자적으로 ‘조정자’의 역할을 자임하거나 혹은 상황에 의해 결과적으로 그같은 역할이 주어지게 되었다. 이것이 87년 체제의 특징적 성격 중의 하나라고 할 수 있다; 즉 검찰 및 법원을 포함한 전문가 집단, 나아가 기술관료 일반을 포괄하는 ‘테크노크라트’의 영향력의 강화가 발생했다.³⁾

이들은 통칭 테크노크라트로 불리거나 혹은 서구적 의미에서의 PMC(Professional Managerial Class; 전문 관리-경영직 계급)에 해당한다. 이들은 국가 기구를 중심으로 한 서비스부문 고위직과 기업의 위탁받은 전문경영인으로 구성되며 학계 및 연구직 등을 포괄한다.

이들은 자본주의에 복무하지만 개별 자본의 직접적인 이해관계의 대항보다는 국가를 중심으로 한 전체 자본주의의 유지 관리에 더 큰 중점을 둔다. 이들의 이데올로기는 이들이 가진 전문적 지식에 의해 보강되기 때문에 마치 ‘중립적’이거나 혹은 ‘고도로 선진적’인 것처럼 보이며 미시적인 조작을 통해 전체 프레임을 변화시킬 수 있다고 사고하는 집단이다.

이들이 가진 기술적 지식과 표면적인 중립적 지위 때문에, 그리고 특히 국가 관료직의 경우에는 고용이 장기간 안정적으로 보장되기 때문에 이들을 민주적으로 통제하는 것은 사실상 매우 어렵다. 그리고 이런 어려움 때문에 이들은 자신들의 고유한 특성을 온존하는 것이 가능해지며 유일하게 이들을 규율하는 것은 이들 집단 내부의 자체적 기율뿐이다.

동시에 87년 이후의 한국 자본주의의 변화는 제한 세력의 균형에도 변화를 가져왔다. 97년 IMF 구제금융

1) 한국 헌법의 개정사와 쟁점에 대해서는 한상희, 2013. “헌법과 정치: 정치의 재구성을 위한 제언”, 민주주의법학연구회(2013년 가을 학술대회 발표) 참조.

3) 예컨대 윤석열이 검찰총장 청문회에서 해서 유명해진 발언, “개인에 충성하지 않고 조직에 충성한다”는 이들의 세계관을 가장 정확하게 보여주는 말이기도 하다. 흥미롭게도 이 기율관계(조직에 대한 충성)은 조직폭력단의 기본적인 규율이기도 하다. 80년대 말, 90년 대 초의 ‘범죄와의 전쟁’ 시기 조직폭력단 중범죄는 대부분 외부의 민간인을 상대로 한 것이 아니라, 각 조직폭력단 사이의 영역 투쟁이거나 혹은 내부이탈자에 대한 처단이었다. 사회 최상층에 있는 가장 고학력의 전문직들과 사회 밑바닥의 조직폭력배 사이의 권력 관계의 상동성은 매우 흥미로운 현상이다.

을 고비로 한국에서는 수출 경쟁력을 가진 독점대기업의 지배적 위치가 강화되고 IT 중심의 신산업(신흥자본가)이 부상하면서 여기에 종사하는 새로운 노동자 계층이 탄생했다.

반면 기존의 내수 및 중소기업은 낮은 생산성과 시장개방으로 인한 외부로부터의 상품 유입으로 낮은 이윤율에 경쟁력을 상실해가고 따라서 노동자들에게 줄 수 있는 잉여가 감소하여 이것이 이른바 노동시장 이중화의 경제적 배경이 되었으며 이는 노동의 조직화나 노동의 투쟁에 심각한 부정적 영향을 미쳤다. 그리고 이는 한국의 정치 과정에서 이미 탄생기에 배제된 것도 부족하여 이후의 전개 과정에서도 노동이 독자적인 정치적 세력으로 성장하거나 심지어는 하위 파트너로 참여하는 것조차도 봉쇄되는 요인으로 작용했다.

한국에서 산업화에 따른 광범위한 프롤레타리아 계급의 형성에도 불구하고 이른바 자유주의-노동 동맹(Lib-Lab 동맹)이 부재한 것은 바로 한국의 산업화는 서구에서 비교적 장기간에 걸친 안정적 계급형성의 과정을 밟지 않고 급속한 성장 과정을 거친데다가 그나마도 외부적 영향에 좌우되는 경제적 특성을 가졌기 때문이라고 할 수 있다.

이같은 과정을 거치면서 기존의 제한권력들의 힘의 균형에도 변화가 초래되었다. 무엇보다도 87년 주역의 하나인(6.29 선언의 주역들) 구5공 세력 및 이들과 이해관계를 함께한 대자본가 계급의 힘이 약화되기 시작했다. 비록 이명박, 박근혜 정권을 출범시키는데 성공하기는 했지만, 이들의 재임 과정 중에는 격렬한 대중반발이 뒤따랐고(광우병 시위, 세월호 시위), 의회 선거와 지방자치단체 선거에서는 조금씩 영토를 상실해갔다.

결국 안철수의 정치행보가 보여주듯 중도는 보수와 통합했으며, 한국 사회에서 신자유주의의 폐해가 심화되고 한국적 모델의 진화 가능성이 약화되자 기존 체제에 대한 불만 세력들이 독자적인 '진보' 정당으로 뭉치지 못하고 민주주의 리버럴 세력에 흡수됨으로써 보수 세력의 입지는 점진적으로 약화되었으며, 2020년 총선과 2018년 지방선거에서는 충격적인 성적표를 받아들었다.

동시에 한국 경제의 부진으로 인한 잉여의 감소는 이들의 물질 기반을 위협했으며 따라서 계엄 이전까지, 비록 윤석열 정권은 들어섰지만, 87년 체제의 기원으로서의 반민주 엘리트 지배층의 정치적 힘은 약화될로를 걷게 되었다.

그러나 계엄 이후 탄핵 인용에 이르는 과정은 오히려 PMC의 '기술적 능력'이 십분 발휘된 상황이라고 볼 수 있다. 비록 패전처리 투수의 역할에서 근본적으로 벗어나지는 못한다고 할지라도, 이들은 법 능력을 최대한 활용하여 정치적 무질서, 또는 헌정 위기(constitutional crisis)를 만들어냈다. 그리고 이같은 인위적으로 야기된 헌정 위기의 진정한 목적은 제한 권력의 복귀, 또는 제한권력을 만들어낸 태초의 무질서 상태(준 내전)의 복귀를 끊임없이 환기하여 위협함으로써 제한권력을 온존시키는데 있다.

이같은 일련의 과정을 Lawfare(한국어로 마땅한 번역어가 없다)라고 볼 수 있는데, 이는 법을 둘러싼, 법을 이용한 정치라고 할 수 있다. 이는 단지 '합법'적 수단을 동원하는 것을 의미하지 않고, 정치적 목적을 달성하기 위하여 모든 비법적, 탈법적 수단을 법의 이름으로 동원하는 것을 뜻한다.

3. 헌정 위기는 어떻게 오는가?

: 법정치(Lawfare), 제한권력, 그리고 전쟁(내전)

19세기 독일의 유명한 법언(法諺) 중의 하나는 “정치가 시작되는 곳에서 공법은 끝난다”는 것이었다. 이는 법은 정치적 의지를 실현하는, 또는 정당화하는 수단이거나 통로일 뿐이지 법이 정치를 규율하는 것은 아니라는 뜻을 담고 있다(당시 독일은 민주주의가 아닌 입헌 군주제였음에도 불구하고).

법을 결정하는 정치적 의지는 일상적으로는 의회(혹은 궁중정치)에서 나온다. 그렇다면, 가장 최상위법인 헌법을 결정하는 정치적 의지는 어디에서 나오는가? 여기에는 단계에 따라 두 가지 각기 다른 힘의 형태가 존재한다. 하나는 최초의 계약(헌법)을 만드는 힘이며, 다른 하나는 이처럼 이미 존재한 헌법 체제 내에서 그것을 준수하도록 요구하고 관철시키는 힘, 즉 '헌법의 수호자'로서의 힘이다.

최초의 헌법을 만드는 힘, 이른바 제한권력(constitutional forces)은 제도적으로는 제헌의회를 뜻하지만, 그러나 이 제헌의회조차도 그 이전에 그 제헌의회를 만든 힘들의 반영물일 뿐이다.

이 최초의 시원적 권력으로서의 제헌권력은 평화로운 타협과 계약의 산물이 아니었다. 역사적으로 이 힘은 전쟁(국제전, 내전)의 산물이었으며, 따라서 이 투쟁의 결과에 의해 만들어진 제헌의회는 그 제헌의회가 통치하려고 하는 공동체 내의 불평등한 세력 균형을 반영한다. 즉, 헌법이라는 최상위의, 그리고 최초의 계약은 '불평등한'(또는 흡스의 표현을 빌자면, 승자와 패자가 존재하는) 계약이었다.

결국 전쟁의 결과물로서의 헌법은 전쟁의 대립세력들 사이의 불평등한 적대관계를 은폐하고 최초의 원계약을 보존하는데 맞춰진다. 이같은 적대를 은폐하고 무화시키는 일련의 과정이 근대의 정치라고 할 수 있다. 그리고 여기서 헌법은 정치가 다시 전쟁의 상태로 돌아가지 않도록 저지하고 은폐하는 정치 외부에 존재하는 힘으로 자리잡고 있다.

하지만 이같은 근대적 정치는 불평등한 계약 관계에 놓인 피지배자의 입장에서 본다면, '불공평'하며 자신들의 정치적 의지에 가로막은 족쇄에 작용한다. 따라서 지배계급의 '일상'은 이들에게는 '비상'적인 것이 된다.

칼 슈미트와 동시대인이었던 공산주의자 발터 벤야민이 "우리에게는 낯이 '비상'이다"라고 비판한 것은 바로 이를 가리킨 것이기도 했다. 피지배세력은 '정치'를 통해 기존의 헌법을 돌파하려 하며, 헌법의 수호자(원계약을 만든 정치적 힘의 보존을 주장하는 세력들)는 이를 '비상' 사태로 간주한다.

왜 헌법(법치)과 민주주의가 충돌하는가, 또는 헌정위기가 발생하는가에 대한 대답은 여기에 있다. 즉 (제도화된)정치가 각 사회세력들 사이의 이해관계의 대립을 더 이상 완충하지 못하는 순간, 문서화된 형태로 정치를 규율하던, 정치의 외부에 존재하던 최초의 계약(헌법)은 정치와 충돌한다. 이것이 헌정위기(constitutional crisis)의 본질이다.⁴⁾

이 점에서 Chris Thornhill의 "입헌민주주의와 전쟁" (Constitutionalism and Warfare)은 헌법과 그 헌법을 탄생시킨 힘으로서의 '전쟁(warfare)의 역사'를 개관하면서 흥미로운 논지를 제기했다. 그는 특히 근대 국민국가와 헌법적 질서의 형성과 달리, 1980년대 이후의 제 3세계 민주화 과정에서 탄생한 헌법들은 전쟁을 통하지 않고 국내 엘리트들이 국제적 시민적/인권적 규범들을 추종하여 약한 정치적 토대 위에서 입헌민주주의를 탄생시켰으며, 따라서 전쟁의 대체제로서의 정치적 규범력이 약하고 따라서 헌법적 퇴행의 경향이 생겨날 수 있다고 지적한다.

이는 현재의 한국 상황에 비추어서도 매우 시사적인 연구라고 할 수 있다. 왜냐하면, 한국(남한)은 최초의 헌법(1948년 제헌의회와 제1공화국)은 2차 대전의 결과에 따른 외국 군대(미군정)의 힘에 의해 탄생했으며, 그 이후 수차례의 개헌과 공화국 변천을 거치면서 이같은 근본적 성격이 제거되지 않은 채 어중간한 정치적 흥정을 통해 87년 체제를 형성했기 때문이다.

한국에서의 '제도정치'는 그 정치적 공간에서 탄생한 부르주아 자유주의자들의 헤게모니 공고화에도 불구하고 여전히 한국이라는 국가를 탄생시킨 힘으로서의 전쟁의 영향에서 자유롭지 않을 뿐만 아니라, 그로 인해 정치의 취약성도 함께 노출될 잠재성도 매우 높으며, 지난해 12월 3일 계엄 이후의 일련의 정치적 과정들은 이같은 정치적, 헌법적 한계들을 정확히 보여주고 있기도 하다. --> 48년체제로의 복귀. 제헌헌법에 국가보안법과 정당법. 87년체제를 유지해온 양대축/ & 이중전환. 자유주의적 정치경제질서. 자유주의적 질서 속에서 헌법주의 외양을 유지하고 '민주주의'. 각각의 정도, 교합의 수준은 다르다.

한국 사회에서 이같은 lawfare가 가능한 것은 단지 사법귀족의 존재 때문만은 아니다. 법적, 제도적 관점에서 87년 헌법의 특징 중 하나인 '민주주의의 외부에 있는' 헌법재판소의 존재는, 즉 사법권력의 강화는 같은 lawfare의 확산을 불러온 조건 중의 하나라고 할 수 있다. 적어도 헌법상으로는 헌법재판소는 현 헌법 체제의 최종 수호자이며, 해석자이다. 그리고 현재는 지난 박근혜 탄핵 사건 때나 이번 윤석열 탄핵 사건에서 보이듯이 중요 사건 특히 정치적 변동을 초래하는 사건에 대해서는 '전원일치' 판결을 목표로 한다.

즉 현재는 구성에 있어서 기득권 정치 세력의 분점(각 정치 세력이 분할해서 임명)일 뿐만 아니라, 이 분점이 반드시 전원합의라는 틀을 통과해야 하기 때문에 정치적으로는 타협을 강요하는 법적인 잣대가 되는 것이다. 따라서 문서상으로는 아니라, 현실 정치에 있어서는 현재는 가장 반민주적인 기관이지만 동시에

4) 4) 본문의 내용은 주로 권영숙, "헌정위기(constitutional crisis)는 왜, 언제 어떻게 일어나는가?", 민주주의와노동연주소. https://dem-labor.org/?page_id=5383 (2025년 05월 07일자)에 기초함.

민주주의의 최종 수호자로서 자신을 내세우며 제헌권력을 온존시키는 제약적 기능을 하고 있다.

이런 측면에서, 12.3 대통령의 계엄 시도와 이후 탄핵국면은 Lawfare의 대표적인 사례라고 할만하다. 인위적으로 야기된 헌정 위기의 진정한 목적은 제헌 권력의 복귀, 또는 제헌권력을 만들어낸 태초의 무질서 상태(준 내전)의 복귀를 끊임없이 환기하여 위협함으로써 제헌권력을 온존시키는데 있다.

그 예가 한덕수 대통령 권한대행의 헌법재판관 지명이다. 물론 이는 법적인 관점에서는 말이 되지 않는다. 그러나 기술적으로는 한덕수의 헌재재판관 임명을 막을 방도가 없다. 대통령 직무대행의 권한을 벗어날 뿐만 아니라, 심지어는 내란 동조범으로 의심받고 있는(특히 이완규 법제처장) 인물들이 헌재재판관으로 임명되어 차기 정권에서 합법적인 정치 행위들을 위헌으로 판정하더라도 이를 막을 방도가 없다. 이를 '알박기'라고 정치적으로 부를 수는 있지만, 법적으로는 제어하지 못한다. 그리고 이는 87년체제의 제헌권력들 중 하나가, 나아가서는 그동안 권력을 공고히해 온 PMC의 지위가 완전히 제거되거나 소멸되는 것을 막는 장치로 작동할 수 있다. 동시에 이는 친위 쿠데타에 대한 법적 처벌을 저지하는 기제로도 작동할 수 있다. 그러나 이정도로까지 궁색한 기술적 조치가 나온다는 것은 정치적으로는 이들이 정말로 위협한 소멸 지경에 이르렀다는 것을, 즉 절박하다는 것을 보여주는 증표이기도 하다.⁵⁾

또한 이번 쿠데타의 자기 모순적 성격과 마찬가지로 이 쿠데타에 대한 저항, 단지 광장에서 저항만이 아니라, 이 쿠데타를 처벌하고 이후의 정치를 구성하는 일련의 과정들 역시 자기모순적이었다. 왜냐하면 근본적으로 이 쿠데타가 전복하려고 획책했던 헌법으로 표상되는 제6공화국(87년 체제)는 적어도 노동자 계급에게는 반드시 우호적인 것은 아니었을 뿐만 아니라, 상층부 정치 과정에서도 헌법의 자기모순적 조항들을 기술적으로 원용한 Lawfare가 가능하다는 것이 폭로되어 실제로 이 헌법이 지킬만한 가치가 있는 것인가를 의심케 만들기에 충분했기 때문이다.

지킬만한 가치가 없는 헌법을 수호해야 하는 것이 이들이 처한 역설이었으며, 일부는 '개헌'을 주장하기는 했지만, 이 개헌은 제헌권력(헌법제정세력)에 대해서는 제대로 제시하지 못했다. 심지어는 현재의 법적 조건에서의 개헌은 쿠데타를 주도한 세력과의 담합이 아니면 가능하지 않다는 것조차 의식하지 못했다. 따라서 헌법적 절차 내에서의 쿠데타의 완전한 해소, 또는 새로운 헌법이나 제헌권력의 생성은 오직 '민주주의'(형식적, 절차적 민주주의)라는 협소한 틀에 갇혀버리게 되었으며 오직 이것만이 현재의 교착상태를 돌파할 수 있는 유일한 출구로 제시되었다.

4. 법과 정치, 그리고 민주주의

2025년 계엄이후 탄핵국면에서 헌법재판소의 탄핵인용 결정이 나오길 기다리면서 광장의 대중이 수없이 외치고 들은 구호가 “민주주의 지키자”였을 것이다. 그렇다면 민주주의를 수호할 때 우리는 과연 무엇을 수호하는 것일까?

이 질문에는 숨은 질문이 하나 더 달려있다. 즉 “무엇이 민주주의인지 누가 결정하는가?라는 문제다. 지킬만한 가치가 없는 헌법을 수호해야 하는 역설을 면하려면, 수호해야 할 민주주의를 정의해야 한다. 즉 무엇이 민주주의인지, 그리고 누가 그것을 결정하는지 말이다.

5) 그런데 이를 '법적'으로 제지하는데는 예상치 못한 어려움이 따른다. 첫째, 이는 권한쟁의 심판 대상인데 이를 결정하는 것은 헌법재판소다. 그러나 관례적으로 임기 만료 주일 남은 두 명의 헌법 재판관은 더 이상 소송 업무를 담당하지 않는다. 따라서 한덕수가 국회의 요구를 받아들여 임명한 국회 몫 헌법재판관 마은혁을 포함해도 7명이 권한쟁의 심판 업무를 취급하게 된다. 문제는 지난 한덕수 탄핵 기각 판결문에서 보이듯이 이 가운데 2명의 재판관은 대통령 직무 대행의 탄핵 요건을 국회 의결정족수의 2/3로 확정하고 있다는 점이다. 따라서 이들은 잠재적으로 한덕수의 헌법재판관 임명을 인용하거나 혹은 설사 부인하더라도 이로 인해 한덕수가 탄핵될 가능성이 현재의 국회 의석수 구도상으로는 불가능하게 만든다(한덕수가 임명한 2명을 제외한 7명이 탄핵 소추 업무를 취급하더라도 5:2로 기각이 나온다). 만일 현재가 결론을 못내고 결국 한덕수가 임명한 2명이 헌재재판관으로 들어와서 9명이 되더라도, 그리고 이들이 자신들의 이해관계가 걸린 사안이라 제척(스스로 재판에서 빠지는 것)하더라도 여전히 판결은 5:2가 된다. 즉, 기술적으로는 한덕수의 헌재재판관 임명을 막을 방도가 없다. 따라서 대통령 직무대행의 권한을 벗어날 뿐만 아니라, 심지어는 내란 동조범으로 의심받고 있는(특히 이완규 법제처장) 인물들이 헌재재판관으로 임명되어 차기 정권에서 합법적인 정치 행위들을 위헌으로 판정하더라도 이를 막을 방도가 없다.

이와 관련 정치학자 아담 세보르스키는 흥미롭게도 필자의 질문과 동일한 제목의 논문 “Who decides what is democratic?”(2024)에서 이를 제기하였다. 그는 이 질문에 대한 답을 구성하는 것은 “특정 사회에서 발생할 수 있는 모든 갈등을 처리하는 방법으로서의 민주주의와, 다양한 집단이 민주주의를 통해 실현되기를 바라는 가치, 이상, 또는 이해관계의 구현체로서의 민주주의 사이의 구분”이라고 말한다. 이는 최소주의적(minimalist) 개념과 최대주의적(maximalist) 개념 사이의 구분이다.

민주주의에 대한 최소주의적 개념으로서는, 시민들이 자유롭게 정부를 선택할 수 있는 모든 전제 조건이 충족되고 정치적 결정이 정해진 절차에 따라 내려지는 한, 유권자들이 내리는 결정은 무엇이든 민주적이다. 물론 유권자들은 입법부를 선출함으로써 간접적으로만 결정을 내리고, 법은 유권자가 아니라 입법부에 의해 채택된다. 하지만 입법부가 자유롭게 선출되고 법률을 공포하는 절차를 따르며, 법이 정당하게 집행된다면 민주주의는 의심의 여지가 없다는 것이다. 반면 최대주의적 개념에서 민주주의는 특정한 외재적 가치를 실현하는 방법이다. 민주주의 그 자체가 아니라, 자신이 바람직하다고 생각하는 우월한 가치, 이상, 또는 이익을 실현해 줄 것이라는 희망 때문에 민주주의를 중시하는 것이 민주주의에 대한 최대주의적 개념이라고 세보르스키는 구분한다.

하지만 이렇듯 최소한의 기준은 개념적으로 명확하지만, 실제 운영 측면에서는 의견 차이가 발생한다. 또 선거 경쟁이 지속되려면 최소한의 법적·제도적 장치 이상의 무언가가 필요하다. 세보르스키는 따라서 민주주의를 자유롭고 공정한 선거로 축소하는 개념, 때로는 “선거주의”라는 비판을 받는 개념조차 그렇게 “최소한의” 것이 아니라고 말한다. 운영 측면에서 겉보기에 민주적인 조치들이면서도 현직자의 선거 우위를 강화하기 위한 장치가 대표적이다. 이에 따라 작동하는 민주주의에 대한 척도, 측정, 질에 대한 논란이 끊이지 않게 된다.

이를 표현한 개념이 바로 ‘민주주의 퇴행’(backsliding)이다. 하지만 퇴행은 독재가 아니다. 심지어는 독재라는 표현조차도 과거의 dictatorship이 아닌, autocracy를 쓴다. 2000년대 초반까지만 해도, 민주주의에 대립되는 개념은 독재(dictatorship)였거나 또는 전체주의(totalitarianism), 파시즘이었다. 그리고 80년대 제3세계를 휩쓴 세계적인 제3의 민주화 물결 이후에 부가된 ‘권위주의’(authoritarianism) 정도가 민주주의 반댓말이었다.

하지만 2016년 영국의 유럽연합 탈퇴 투표(브렉시트)와 트럼프의 미국 대통령 당선 이후 민주주의 위기론이 확산되면서 민주주의를 뒤흔드는 위험은 과거와는 전혀 다른 이름을 갖게 되었다. 가장 널리 쓰이는 표현이 ‘민주주의의 퇴행(backsliding)이다. 왜냐하면, 이 민주주의에 대한 위협은 매우 민주적인 방식으로, 민주주의적 과정을 거쳐, 민주적으로 제기되었기 때문이다.⁶⁾

그러나 여기에는 함정이 있다. 우리가 퇴행이라고 부르기 위해서는 그 이전에 전진의 상태가 존재해야 한다. 그렇다면 민주주의 퇴행은 어느 시점에 비해서, 그리고 어떤 상태에 대해서 퇴행인가? 마찬가지로 헌법적 퇴행은 그 퇴행 이전의 상태의 헌법적 상태를 전제로 한다. 그것은 언제인가? 그리고 그 전진은 어떻게 이뤄졌는가?

이같은 질문은 한국에 대해서도 그대로 적용할 수 있다. 이재명 정권은 사법개혁 및 국정운영과 관련하여 ‘정상화’를 표방한다. 그런데, 이 정상화는 어떤 시기를 말하는 것인가? 윤석열의 계엄 이전이 정상화 시기인가? 아니면 윤석열 이전의 정권 시절(문재인 정권)이 정상화 상태인가? 그것을 정상화라고 부를 수 있는가? 행여, 지난 87년 6공화국 출범 이래 그같은 ‘정상’이 존재하기라도 했는가? 이재명 정권이 정상(normalcy)이라고 말하는 상태는 어떤 것인가? 동시에 분석적으로, 그것이 어떤 시기를 지칭하든, 어떤 상태를 지칭하든 간에, 이재명이 정상이라면, 비정상 상태, 즉 예외(exception) 혹은 비상상태(emergency)는 어떤 것이었는가? 그것은 불법적이었는가? 혹은 반민주적이었는가? 혹은 반헌법적이었는가?

만일 우리가 ‘정상’이라고 부를 수 있는 상태가 과거 어떤 시점에 존재했었다면, 이재명 정권은 굳이 개헌을 할 필요가 없다. 왜냐하면 단지 헌법과 민주주의를 ‘위반’한 몇몇 인물들을 제거해 버린다면, 이

6) 민주주의의 위협을 정식화하는 최초의 반응은 ‘포퓰리즘’이라는 명명이었다. 왜냐하면 그것이 무엇이든 간에, 민주주의를 위협하는 것은 대중의 자유로운 선택이었기 때문이었다. 따라서 포퓰리즘이라는 명칭 아래에는 ‘대중이 잘 못했다’는 비난이 담겨있다. 그러나 동시에, 민주주의의 대중적 요소를 포퓰리즘으로 치부하고 나면, 이 포퓰리즘으로부터 민주주의를 수호하는 것의 이름이 새롭게 필요하게 된다.

체제는 ‘정상적으로’ 돌아갈 것이기 때문이다.⁷⁾

최근 전세계적인 정치적 변동의 특징은 민주주의의 위기로 요약할 수 있으며, 이는 흔히 민주주의 퇴행(democracy backsliding)으로 불리지만 지금은 이같은 변동의 내용보다 어쩌면 이 명칭이 더 중요할지도 모른다. 왜냐하면, 과거 민주주의와 독재를 대립시켜 사고하던 것과는 달리, 이제 이런 변화를 퇴행으로 부를 수밖에 없기 때문이다.

즉 정치적 변동의 내용은 민주주의를 위협하지만, 그 방식, 주체, 경로 그리고 이를 추동하는 사회집단의 목표는 민주주의에 대립되는 것으로서의 독재가 아니다. 따라서 현재의 거대한 흐름을 민주주의/독재라는 과거의 도식에다 놓고 사고할 수 없다. 이것이 퇴행이라고 불린 근본적인 이유라고 할 수 있다.

이와 관련 필자는 민주화를 ‘결정적인 순간(critical moment)에서의 이행(transition)이 아니라 ‘장기적인 정치과정(long-term political process)’의 전환(transformation)으로 파악해야한다는 논지를 제출한 바 있다.

이 시각에 따르면 우선 민주화는 단일한 사건이 아니라 일련의 제도적 중층 변화들이며, 일회적이고 균일한 변화가 아니라 복수의 요인들이 작동하며, 각기 동일하지 않고 차별적인 진전을 보이는, ‘전체적인’ 정치과정이다.

한국의 민주화를 예로 든다면, 한국의 민주화는 1987년 ‘6월항쟁’으로 이행의 한 지점을 통과했지만 그것으로 이행이 완성된 것이 아니다. 따라서 1987년 민주화 이행은 민주화라는 장기적인 정치과정에서 하나의 ‘critical moment’이었으며 이를 초기조건으로 하여 87년 6월 항쟁이후 일련의 연속적인 사건들, 그리고 정치적 기회구조의 변화 속에서 행위자들의 동맹정치가 전개되면서 민주화 이행 이후 민주주의의 성격이 형성되고 전환되었다고 본다.

둘째, 민주화는 직선적인 궤도를 따라 일직선의 한방향으로만 나아가지 않는다는 점이다. 민주화는 속도에서 점진적일 수도 있고 급진적으로 진행될 수 있으며, 방향에서 전진과 후퇴, 진보와 퇴행이 다양하게 나타날 수 있다. 그러므로 민주화는 탈민주화(de-democratization), 반민주화(anti-democratization), 재민주화(re-democratization)등의 과정을 모두 포함한 정치적 궤적인 것이다.⁸⁾

마지막으로 필자는 민주화는 정치적 전환뿐 아니라 경제적인 전환을 포함하는 이중전환(double transformation)이라고 이해하고자 한다. 한국에서 87년 정치적인 이행은 97년 신자유주의적 경제질서로의 전환과 하나의 정치경제학적 이중전환으로 보고 있다. 이런 시각에서 87년체제와 6공화국의 정치적 경제적인 기초와 토대를 분석하였다.

결론적으로 우리는 민주화를 장기적인 정치적 과정의 시각에서 바라볼 필요가 있다. 이행이라는 초기조건을 바탕으로, 정치체제로서 민주주의하에 등장하는 새로운 ‘민주적인’ 요소들의 상호작용과 행위자들의 상호동학 속에서 갈수록 축적적인 효과들이 강화되면서 민주화의 경로와 궤적은 변해가는 것이다.

그리고 그것은 자본주의라는 경제질서하에서 법정치, 그리고 입헌민주주의의 결합으로서 ‘입헌적 자유민주주의’의 모습으로 대체로 공고화되어간다. 물론 이 민주주의는 다시 탈민주화되거나, 권위주의로 회귀하거나, 재민주화되기도 할 것이다. 한국의 경우 1987년 민주화이행 이후 군사계엄을 시도한 것 역시 이런 관점에서 보면 가능한 것이다. 문제는 그것을 어떻게 해석하고 분석할 것인가이다.

이와 관련 셰보르스키는 곤혹스러움을 토로하면서, 민주주의적 방식(자유로운 선거)을 거쳐 선택된 방향이 민주주의 그 자체를 위협한다는 점을 주목하면서도 “극우 정당의 부상은 반민주적이지 않다. 극우에 대한 두려움은 이러한 정당들이 민주주의를 훼손하려 할지도 모른다는 우려에서 정당하게 부추겨진다. 그러나 이러한 정당들이 자신들의 권력 박탈 가능성을 약화시키려 하지 않고, 정책 결정을 통제하는 제도적 규칙을 준수하는 한, 그들의 정부 참여는 반민주주의적이지 않다”고 인정한다.

Huq와 Ginsburg는 이같은 민주주의의 퇴행을 두 개의 별개의 범주로 구분한다. 하나는 과거와 같이

7) 정상성담론, 그리고 ‘정상국가’ 및 ‘국가정상화’ 담론에 대한 맥락적 비판은 권영숙, 2018. “촛불의 운동정치와 87년 체제의 ‘이중 전환’”, <경제와사회> 117호) 참조.

8) 권영숙, 2017. “민주화 이행이후 한국 노동운동의 역사적 전환과 시기구분, 1987-2006, <사회와역사> 115집 여름호.

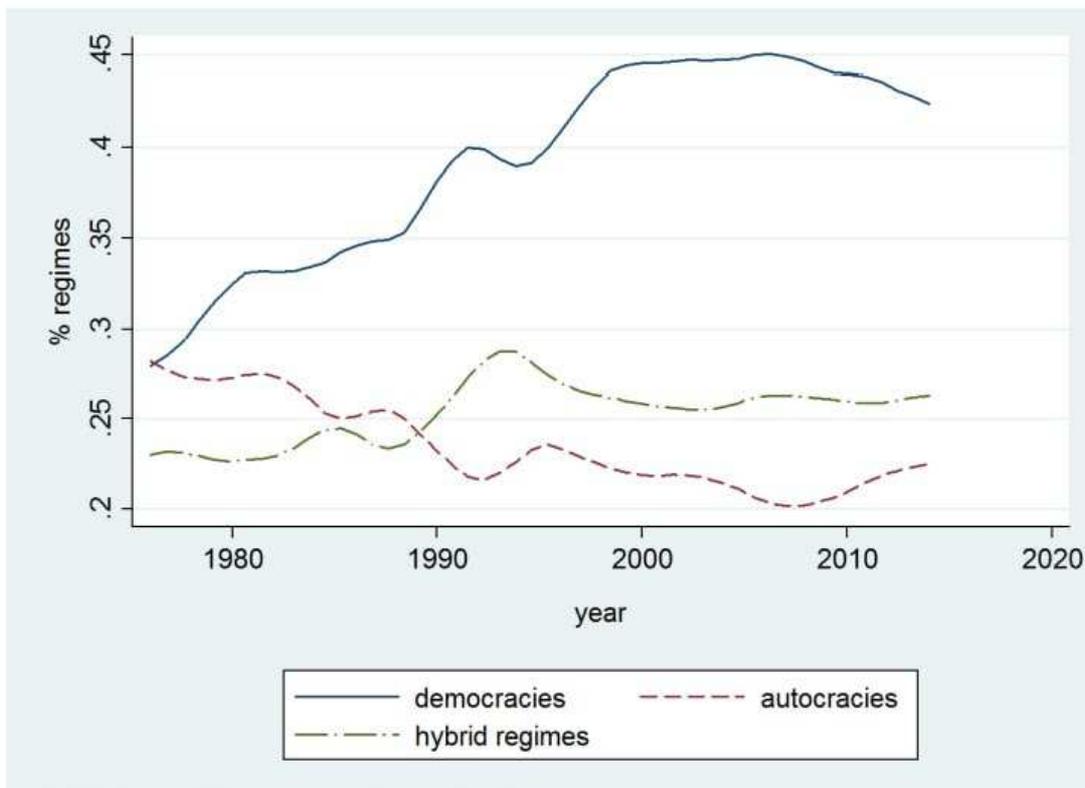
민주정부를 전복하는 쿠데타와 같은 전면적인 민주주의의 부정 혹은 붕괴를 의미하는 ‘권위주의적 역전’(Authoritarian reversion)이다.

다른 하나는 세보르스키가 고민한 것과 같이 민주적인, 그러나 동시에 비민주적인 점진적인 마모(erosion)다. Huq와 Ginsburg는 이를 ‘헌법적 퇴보’(constitutional retrogression)라고 부른다(Aziz Huq and Tom Ginsburg, 2019). 비교법학자들인 이들이 유형학적으로 분류한 민주주의 퇴행의 두가지 형태는 민주화에 대해 정치과정론적 관점에서 민주화뿐 아니라 탈민주화, 반민주화, 재민주화등이 가능하다는 필자의 주장과 맞닿아있다.

민주주의가 확립된 후에도 항상 지속되는 것은 아니며, 독재로 회귀할 수도 있다. 이들에 따르면, 2005년 기준으로 약 75개국의 민주주의 국가가 이러한 사건, 즉 권위주의 역전을 경험했다.

이 개념들은 현재의 정치 상황이 갖는 난점들을 그대로 반영한 것이기도 하다. 과거에는 당파화된 정치세력은 ‘반민주주의자’로 치부하는 것이 손쉽게 가능했다. 그리고 이 당파화된 세력들이 법을 편의적으로 변경하거나 혹은 법의 수행 과정에서 정치적 영향력을 노골적으로 행사하는 것을 ‘법치’ 혹은 사법권 독립이라는 이름으로 비난할 수 있었다. 그러나 ‘퇴행’의 관점에서는 이것이 불가능하다. 왜냐하면, 민주주의에 대한 위협이 민주적이었던 것만큼이나, 법에 대한 정파적 개입 역시 합법적이었기 때문이다. 따라서 법의 관점에서든, 정치적 관점에서든, 퇴행이라는 표현 이외에는 과거와 같은 민주주의에 반하는 개념들(독재)을 거론할 수가 없게 되었다.

<표: 1970년대이후 제3차 민주주의 웨이브하 체제유형들>



Source: Adapted from Freedom House data 2016

특히 흥미로운 유형은 ‘권위주의 역전(회귀)’이 아니라 ‘헌법적 퇴보’다. 이것이야말로 쿠데타나 비상사태 선언과 같은 급격한 외부 충격과는 대조적으로, 느리고 점진적이며 내생적인 쇠퇴가 민주주의에 미치는 위험이다. 헌법적 퇴보는 민주주의의 세 가지 제도적 전제, 즉 경쟁적 선거, 정치적 표현 및 결사의 자유, 그리고 행정적 사법적 법치(rule of law)에 동시에 발생하는 더욱 미묘하고 점진적인 침식으로 일어난다. 자유민주주의의 제도적, 사회적 전제가 점진적으로 침식되면서 일반적으로 민주적 감독으로부터 면제되는 집중된 국가 권력 형태가 나타나고, 자유민주주의 제도가 "유동적이고 불분명한" 방식으로 변질되는 것을

수반할 수 있으며, 이러한 상황에서는 진단과 해결책 모두에 대한 불확실성이 만연하다(272쪽).

고로 입헌적 자유민주주의는 붕괴되지 않고도 쇠퇴할 수 있는 것이다. 그리고 지난 25년동안 군사쿠데타와 같은 권위주의의 역전의 위험과 빈도는 감소한 반면, 헌법적 퇴보의 위험은 급증하고 있다고 이들은 논증하고 있다. 지금은 군사 투데타가 아니라 헌법과 제도, 권리에 있어서 민주주의적 퇴보를 통한 민주주의의 '침식'이 더 큰 문제로 부상하고 있다.

세보르스키(2024)도 이들과 유사한 정치적 양상을 민주주의 퇴행 요인으로 보고 있다. 다만 그는 지도자 개인의 특성을 좀 더 강조한다. 예컨대 그는 민주주의 퇴행은 (1) 현직 권력자의 지지자들이 민주주의에 대한 침해를 용인하여 권력자가 대중적 지지를 등에 업고 퇴행을 가져오거나 (2) 권력자가 관용의 한계를 넘어 오직 퇴행이 발생할 경우에만 권력을 유지할 수 있을 때 민주주의 퇴행은 일어난다고 주장한다. 그러나 이는 정치적 현상을 개인적 특성에 귀속시키는 오류를 범하고 있다. 설사 지도자 개인이 그같은 행동을 하더라도 왜 그것이 지지자들에게 용인이 되는지, 그리고 제도 내에서 관철되는지 설명하지 못한다.

계엄국면에서 한국에 소개돼 주목을 받은 레비츠키 & 지블렛도 세보르스키와 비슷한 입장을 취하고 있다. 하지만 이들 역시 동일한 오류를 범하고 있다고 보인다. 그들은 <어떻게 민주주의는 무너지는가>(2018)에서 '민주주의 충성도'의 측면에서 선거결과에 승복하고, 폭력 전략을 거부하며, 반민주적 극단주의자(극우)와 명확하게 거리두기를 하는 이로 '충직한 민주주의자'를 정의하고, 이로부터 잠재적 독재자를 가려낸다. 결국 반민주적 극단주의자와 보수 정치세력이 동맹을 맺을 때 민주주의는 무너지고 독재로 바뀐다는 것이다. 이는 Huq & Ginsberg가 말하는 '권위주의적 회귀'와 유사하다.

특히 이들은 민주주의를 지지한다면서도 반민주적 극단주의에 눈감고 심지어 협력하는 '회색분자들'을 '절반 충직한 민주주의자'로 분류하고, 이런 양면적 태도야말로 가장 위험하다고 말한다. 이 지점은 Huq & Ginsberg가 말하는 두 번째 유형, 즉 '민주주의의 퇴행'과 비슷하다. 그리고 이들은 절반 충직한 민주주의자들에 대해서 이념이 아니라 단지 사익추구 욕망, 권력을 수호하고 증식시킬 목적지향을 가졌다는 점에서, 한나 아렌트의 개념에 빗대 '권위주의적 평범성'이라고 개념짓는다. 하지만 이는 파시즘과 극우파의 준동을 특정한 인물, 기질, 욕망의 문제로 환원한 점에서 세보르스키와 동일한 개인화의 오류를 보인다.

파시즘은 '사익 추구 욕망'만으로는 하나의 체제로 등장할 수 없다. 나아가 하나의 사조로서도 사적 이익을 향한 욕망만으로 구성되지 않을 것이다. 사회계급 세력관계, 그리고 사회적 토대와 정치적 '동맹'을 구축할 가능성 속에서 파시즘은 등장한다.

역사적으로 보면 이 사실을 강조해야만 한다. 첫째 유럽에서 처음 등장한 파시즘은 무에서 창조된 것이 아니라, 19세기-20세기의 민주주의로부터 태동했다.

또한 파시즘이 극우파만의 행동의 결과가 아니었다. 서유럽에서 태동한 민주주의는 서유럽 자본주의의 이윤추구적인 운동속에서 도래한 자신의 정치적 위기 앞에서 스스로 '자기 전화'하며 파시즘이라는 하위체제로 변화하였던 것이다. 혹은 더 정확히는 자본주의가 계급투쟁, 그리고 지배계급내의 경쟁과 분열 속에서 만들어진 정치적 운동이었고, 급기야 자본주의의 하위 정치체제로 부상하였다.

비교사적으로 종합하면, 파시즘은 자유주의가 약하거나 비자유주의적인 민주주의라는 조건, 그리고 노동계급내 조직화된 노동이 좌파계급정치와 멀어지거나 절연된 상태에서 조합주의와 우익 사민주의로 경도되는 조건하에서 가능했다(Luebbert G.M. 1987). 한국에서 극우파의 준동 역시 윤석열이라는 인물과 그들 집단의 사적 욕망의 추구가 빚어냈다는 표면적인 양상 아래로, 한국 자본주의 축적의 곤경과 기존 발전주의 전략의 한계가 빚어낸 정치적인 사변이라고 할 수 있다.

따라서 극우파의 준동이 민주주의를 위기에 빠뜨린 것이 아니라, 민주주의의 위기 나아가 민주주의의 한계가 극우파를 낳았다는 것이 문제의 핵심이다. 더구나 이렇게 미묘하게 민주주의 내부의 점진적인 변화, 퇴행이라는 정치현실을 포착하는데 있어서 권위주의적 회귀보다는 '민주적 퇴행'이라는 개념은 유용하다.

결국 파시즘이 자본주의적 민주주의의 내적인 구조와 모순 속에서 등장하듯이, 파시즘의 한 구성요소로 전화할 가능성이 높은 극우파의 확산 역시 민주주의가 스스로 '민주주의를 침식'하도록 만들게 만드는 두 번째 유형인 '민주주의의 퇴행'하에서 심각하게 나타날 가능성이 높다. 그렇다면 왜 민주주의는 스스로 그 자체 '변질'되고, 어떻게 스스로 퇴행하며, 어느 나라들에서 그렇게 될 가능성이 높을까?

Huq와 Ginsburg의 주장과는 정반대로, Aziz Rana(2025)는 이미 미국의 헌법이 붕괴된 상태라고 주장한다. 미국은 권위주의(독재)로 회귀는 아니지만 '헌법적 퇴보'의 사례인데, 그는 이미 헌법적 위기가 붕괴에

이르렀다고 지적한다. 그리고 그것은 단지 지난 10여년 사이에 일어난 일도 아니며, 정치권의 일방적인 영향력에 의해 발생한 것도 아니다.

Rana는 미국 헌법의 가치들이 대법원 스스로에 의해 약화되고 파괴된 것은 이미 수십년 전부터 진행된 사태라고 지적한다. 지금의 트럼프는 단지 것처럼 이미 파괴된 헌정 상황에서 자유로워진 정치일 뿐이다 (물론 그같은 정치로 인해 헌법은 최종적으로 완전 형해화한다).

그리고 그 후폭풍은 단지 트럼프의 정치에만 그치는 것은 아니다. 다음에 민주당이 들어서더라도 똑같이 이들은 트럼프가 만들어 놓은 법과 정치를 다시 바로 잡는다는 명분 하에 동일한 권위주의적 - 즉 덜 민주적- 조처들을 취할 수밖에 없다. 그것이 얼마나 선의인가는 중요하지 않다. 여기서 중요한 것은 민주주의가 스스로를 구원할 수 있는가 하는 문제이다. 그리고 만약 민주주의가 민주적으로 폐기된다면, 이를 비민주적으로 저지하는 것은 용인될 수 있는가? 그리고 왜 민주주의는 그 한계를 내장하고 있고 노정하게 되는가? 이것이 최종적인 질문이다.

5. 공화국의 미래

칼 마르크스를 끌어오지 않아도, 현대 자유주의 헌법 이론의 빈곤함은 명백하다. 자유주의 헌법이론은 삼권분립이라는 이미 작동하지 않은 원칙을 적용하면서 정치현실을 왜곡하고, 대중동원을 최대한 순화하며 정부권력의 제도적 활용등 제한된 범위의 제도화에 집중하고 안을 제시한다. 하지만 개혁에 대한 이런 소심함은 사실상 민주주의에 대한 두려움이다. 그리고 이는 법과 정치의 관계를 넘어서, 법과 경제, 법과 사회의 관계, 부의 집중, 계급기반의 불평등과 특권의 존재, 빈곤층의 법적인 무력감등 이른바 '사회문제'를 자유주의 헌법이론이 적절하게 다루지 못하는 것에서 기인한다.

헌법논쟁은 사회문제를 사법적으로 집행되는 '사회권'의 문제로 축소하고, 이러한 권리를 완전히 보장하기 위한 정치의 민주화, 그리고 헌법의 민주화를 향하여 나아가지 못한다. 진보적인 헌법해석학자들마저 종종 헌법이론을 헌법 해석으로 국한하면서, 헌법과 헌법 밖의 현실을 잇는 노력을 기울이지 않고, 법현실의 법적 구조화에 대해 소극적인 이론을 제시하고 있다.

더구나 자본주의가 세계적 자본주의로 공고화되고, 국민국가의 법태두리를 이미 벗어난 초국적 법질서를 만들어내고, 국내 헌법을 우회하는 '초헌법주의'가 등장하는 현실임을 고려한다면, 국민국가의 틀과 자본주의로부터 '고립'된 법을 상징하는 자유주의적 법이론, 헌법주의의 한계는 더욱 크다. 이것이 가장 잘 드러나는 것이 헌법, 헌정주의, 헌정위기와 극복을 위한 공화국 담론일 것이다.

헌법 해석, 나아가 헌법 개정조차도 인민주권에 반한다고 보았던 마르크스에 있어서 법은 추상성과 보편성이라는 허구적 장치다. 사회적 관계망에 깊숙이 연계되어야 하는 정치는 헌법의 물신화와 신비화를 통해서, 사회적 관계망으로부터 더욱 멀어진다.

또한 마르크스는 소유적 개인주의보다는 정치적 정당성을 인민주권에 기반하고 시민들의 정치참여를 장려한 공화주의 전통에서 있다. 하지만 공화주의 역시 입헌민주주의와 정치에서 엘리트의 지배라는 현실에 주의를 기울이지 않은 점에 대해서 비판적이었다. 사법권에 대한 강화론자나 비판론자 모두 자본주의 법정치체제에서 불평등과 부의 영향을 간과하고 있다는 것이다.

결국 비판적 헌법이론은, 단순한 입헌적 자유민주주의의 가치와 규범을 재내면화하자고 요구하는 것이 아니다. 혹은 단순히 입헌주의, 법치주의에 대한 내재적 비판인 것도 아니다. 그것은 헌법이야말로 정치의 외부에 있는 최초의 계약을, 전쟁으로서 정치를 환기하는 정치적 서약이자 문서임을 드러내야 하는 것이다.

최초의 전쟁의 결과물로서의 헌법은 전쟁의 대립세력들 사이의 불평등한 적대관계를 은폐하고 최초의 원계약을 보존하는데 맞춰지지만, 그러나 불평등한 계약 관계에 놓인 피지배자의 입장에서 본다면, '불공평'하며 자신들의 정치적 의지에 가로막은 족쇄에 작용하기 때문이다.

그리고 문서화된 형태로 정치를 규율하던, 정치의 외부에 존재하던 최초의 계약(헌법)은 정치와 충돌할 때 헌정 위기(constitutional crisis)가 발생한다(헤겔은 이를 헌법과 의회의 대립이라고 불렀다).

헌정 위기를 해소하는 방법은 둘 중 하나다.

하나는 법안정성과 헌법적 정당성을 추구하면서 새로운 헌법 해석을 통해서 기존의 헌법적 질서로 회귀 (나아가 퇴행)하는 것이다.

아니면 헌법을 생성하는 정치적 혁명, 제헌적 권력에 대해서 환기하고 정치를 최초의 시원적 계약의 상태로 되돌리는 것이다. 그렇게 하여 인민주권에 기반한 공화국의 가능성을 제헌적인 권력의 형성과 강화로 나아가는 것이다. 결국 이는 윤석열 계엄사태에서도 드러났듯이, 헌정위기를 어떻게 이해하는가에 달려있다.

현재의 상태를 '비상'이라고 주장하는 세력들(계엄 찬성파)은 기존의 민주주의가 자신들의 정치적 경제적 기반을 위협한다고 판단한다. 따라서 자신들이 소멸되지 않는 체제, 즉 자신들의 이해관계를 온존시키는 체제로 돌아가려고 한다. 그리고 그 극단적인 정치행위가 '계엄'이었다. 하지만 계엄이 아니라 헌법재판소라는 헌법 수호자의 힘에 의탁해 '예외상태'의 정상화를 꾀하는 것 역시 크게 다르지 않다. 한편으로 이번 계엄은 '비상'적이며 '예외'를 전제하고 이를 선포할 수 있는 권한은 대통령에게 있기 때문에(칼 슈미트의 해석에 따라) 계엄은 너무나도 당연한, 가능한 사건이라고 본다. 이에 반해 반계엄 세력은 계엄의 내용이 헌법을 위배했기 때문에(놀랍게도 민주주의에 반한다는 주장은 2차적이었다) 이 비정상 상태를 다시 정상으로 되돌려야 한다고 주장한다.

그리고 대선의 결과는 승자와 패자가 존재하기는 하지만, 여전히 여전히 반반이었다. 한국의 계엄 이후 대선까지의 과정은 이 땅에서는 유권자라는 이름 하에 동질성이 없으며, 대화가 불가능한, 결국은 표로만 승부가 가능한 두 집단이 공존한다는 것을 보여주었다. 그리고 명백한 승자가 없기 때문에 사태는 더욱 꼬였다.

전통적인 의미에서의 '정치'를 수행하기를 원하는 절반들(헌법 수호자들, 보수파)과 정치를 전쟁으로 인식하는 절반들(이들에게는 자신들이 승리할 수 없는 민주주의는 민주주의가 아니다. 왜냐하면 정치는 전쟁이며, 전쟁의 승패의 결과가 민주주의이기 때문이다)은 서로를 '독재', 혹은 '광신도'라고 비난한다. 헌법도 민주주의도 이들을 화해시킬 수는 없다.

세보르스키의 글의 제목을 다시 한번 상기해 보라; "무엇이 민주적인지 누가 결정하는가?". 오직 승자만이 결정한다. 만일 내전을 피하고 싶다면, 결국 남은 길은 양대 집단의 정치적 대표자들 사이의 밀실 타협 밖에 없을 것이며, 그렇게 해서 자신들이 대표한다고 말하는 각기 절반씩의 국민들을 배반할 것이다.

참고문헌

권영숙, 2014, 「민주화이행이후 민주주의의 노동에 대한 사법적 통제」, 비판사회학회 정기학술대회 발표논문.

-----, 2017. 「민주화 이행이후 한국 노동운동의 역사적 전환과 시기구분, 1987-2006」, 『사회와역사』, 115집 여름호.

-----, 2018. "촛불의 운동정치와 87년 체제의 '이중 전환'", 『경제와사회』, 2018년 봄호(통권 제117호)

-----, 2025.4.9. "2025년 국내정세 전망- 한반도 지정학과 지경학, 그리고 위기의 징후와 폭발들: 계엄 탄핵국면의 의미와 탄핵후 한국 정치경제, 지배계급의 선택", 민주주의와노동연구소, <전망과 실천>19호, <https://dem-labor.org/?p=17583>

-----, 2025.5.07. "헌정위기(constitutional crisis)는 왜, 언제 어떻게 일어나는가?", 민주주의와노동연구소. 2025년 05월 07일자 2025년 05월 07일"https://dem-labor.org/?page_id=5383

Kweon, Young-Sook(2008), *Liberal Democracy without a Working Class?: Democratization, Coalition Politics, and the Labor Movement in South Korea, 1987-2006*. Columbia Univ. Diss.

티븐 레비츠키, 대니얼 지블렛, 『어떻게 민주주의는 무너지는가 - 우리가 놓치는 민주주의 위기 신호』, 박세연 역, 어크로스 (원제: How Democracies Die).

슬라보예 지젝, 알랭 바디우, 다니엘 벤사이드, 장-뤽 낭시, 자크 랑시에르, 조르조 아감벤, 웬디 브라운,

2010. 『민주주의는 죽었는가? 새로운 논쟁을 위하여』., 김상운 양창열 홍철기 역, 난장 자크 랑시에르, 2011(2005). 『민주주의는 왜 증오의 대상인가』. 허경 옮김. 인간사랑.
콜린 크라우치, 2008. 『포스트 민주주의: 민주주의 시대의 종말』. 이한 옮김. 미지박스.
한상희, 2013. “헌법과 정치: 정치의 재구성을 위한 제언”, 민주주의법학연구회, 2013년 가을 학술대회 발표.

Huber, Evelyne, Dietrich Rueschmeyer and John D. Stephens. 1997. “The Paradoxes of Contemporary Democracy: Formal, Participatory, and Social Dimensions.” *Comparative Politics*, 29(3).

Huq, Aziz and Tom Ginsburg, 2018. How to Lose a Constitutional Democracy, <https://www.democratic-erosion.com/wp-content/uploads/2018/03/Huq-and-Ginsberg-2018.pdf>

Levitsky, Steven & Lucan Way, "The Path to American Authoritarianism: What comes after democratic breakdown", *Foreign Affairs*,

Luebbert, Gregory M. 1987. “Social Foundations of Political Order in Interwar Europe.” *World Politics*, 39-4. pp.449~478.

O'Donnell, Guillermo(1992), “Transitions, Continuities, and Paradoxes”, Scott Mainwaring, Guillermo O'Donnell and J. Samuel Valenzuela, eds., *Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective*, pp.17-56, University of Notre Dame Press.

Przeworski, Adam, 2024. "Who decides what is democratic?", *Journal of Democracy*, July 2024, Vol 35-3

Rana, Aziz, 2025, “Constitutional Collapse”, *New Left Review*, March 2025 <https://newleftreview.org/sidecar/posts/constitutional-collapse>

Slater, Dan, 2025, “The Authoritarian Origins of the Third Wave”, *Journal of Democracy*, Volume 36, Number 2, April. pp. 118-129 <https://muse.jhu.edu/pub/1/article/954568>

Tilly, Charles(1995), “Globalization Threatens Labor’s Rights”, *International Labor and Working Class History* 47, pp.1-23.

Thornhill, Chris, 2022. "Constitutionalism and Warfare". *Direito Publico*, vol.102, 343-366.

[토론문] 법과 정치, 그리고 공화국의 미래*

오동석

(아주대 교수, 헌법학)

1) 토론자가 이해한 발제자의 논지

발제자는 ‘정세’에서 출발한다. 정세는 전망이고 전술이며 주체적이다. 윤석열의 12·3 비상계엄 이후 탄핵 그리고 이재명 대통령의 등장 과정에서 나온 담론들, 전술들, 구호들 비판이 정세 분석의 바탕이다. 윤석열 퇴진 운동에서 중심은 아무 조건이나 성격 규정 없는 민주주의 그 자체였다. 계급적 불평등, 노동 탄압, 소수자 차별 금지, 페미니즘 등의 모든 의제는 ‘다음’의 ‘부차적’인 사안이 되었다. 그 귀결점은 ‘항쟁’이 아니라 체제 보수적인 ‘헌정질서 수호’다. ‘사회 대개혁’도 체제 전환도 87년 체제의 수복으로 흡수되었다. 문제는 정치적 경로에 대한 대안 제시 없이 헌법재판소를 통한 제도적인 절차에 너무 쉽게 동의한 것의 한계다. 대중의 혁명적인 또는 전복적인 새로운 힘의 발산으로 나가는 다른 트랙을 실현하거나 구체화하지 않음으로써 ‘이중의 정치 과정’이 실종되었다.¹⁾

발제자는 12·3 계엄을 정치적인 위기, 87년 헌법의 한계, 그리고 87년 체제의 문제와 연관하여 분석한다. 헌법과 헌법재판소를 중심으로 한 ‘제도의 실패’다. 발제자는 개헌론을 비판하고 ‘제한적인 힘’의 형성을 대안적인 실천 전략으로 제시한다. 발제자의 주장을 요약하면, ‘현 정세에서 민중의 제한적인 힘을 만들어 개헌이 아니라 제한을 향해 나아가야 한다’라고 주장한다. 실천적인 제안으로는, 헌법적 힘으로서 인민주권을 민중 중심으로 구체화하고, 제한권력의 형성을 통해서 헌법 제정 과정을 시작하여야 하며, 기존의 헌법적 질서와 헌법기관들의 권한을 정지하여야 하고, 헌법제정의회를 통해서 제한헌법을 구성하고 인민적 투표를 통해서 헌법을 제정해야 한다는 것이 있다.²⁾

2) 87년 체제 분석에 관한 토론

87년 헌법이 ‘당시 정치적 대립이 전쟁(내전, civil war)으로 진화하는 것을 막기 위한 타협의 문서화(정치적 타협의 법률화)’로 보는 것이 적절할지 의문이다. 87년 체제는 유신 헌법 또는 그 아류로서 80년 헌법의 극복이 아니라 대통령 직선제를 통한 대통령 선출 또는 교체라는, 누구를 지배자로 할 것인가 문제로 축소된 헌법 체제다. 일제 식민지 시대부터 이어진 일방적인 (지배) 폭력(지배)이 온존한 채 헌법만 바뀌었다고 보아야 할 것이다.

발제자의 지적처럼 ‘법률적 언어(헌법)는 보편성을 지향하는 법적인 언어로 쓰기 때문에, 이 언어의 배후에 존재하는 정치적인 힘들과 그 정치적 정당성을 은폐하면서도 지향하는 이중적 과제’가 있다. 헌법은 성문화한 내용과 달리 언어 또는 문자

* 이 글은 발제자의 발표문만이 아니라 그동안 그가 발표한 글과 그의 강연을 소개하는 글 등을 바탕으로 썼다. 발제문에서 논의하지 않은 내용이 있을 수 있다.

1) <전망과 실천> 편집부, “[강연 요지] 현 시대 정치경제학적 전환, 체제적 위기의 성격, 그리고 체현적 주체의 형성: 권영숙 민주주의 와노동 연구소 소장 2025년 정세 전망”, <전망과 실천>(웹진), 2025. 5. 8., <<https://dem-labor.org/?p=18535>>, 검색일: 2025. 6. 13.

2) 위의 글.

또는 규범의 취약성을 드러내면서 명목적 또는 장식적 헌법에 머무른다. 내란으로 집권한 세력은 언제나 독재의 칼날과 함께 새로운 기본권 조항을 신설하지만, 성문헌법 아닌 헌법 체제 또는 정치적 힘의 우위를 확보할 법적 또는 법 내·외적 장치를 구비하고 있다. 그것은 오랜 법의 전통을 통해 법의 내재적 한계든 외재적 한계든 국가긴급권이든 권력 분립의 한계든 권력 간 상호 존중에 따른 자제이든 다양한 형태로 내장되어 있다.

칼 슈미트가 헌법 수호자로 대통령을 내세우고 그의 국가긴급권으로써 성문헌법과 달리 헌법 체제 자체를 뒤엎은 것은 성문헌법 또는 해석이라는 문자 조작법이 가지는 취약성/자의성을 이용해서 ‘힘’을 합법화하고 정당화한 것이다. 마찬가지로 헌법재판소는 직접 폭력을 동원하지 않지만, 권력의 행사 관련 헌법 해석을 통해 폭력을 합헌화하거나 폭력을 방관한다. 법조인들이 정의로운 척하면서 규범과 폭력을 넘나드는 방식이다. 모든 일이 법의 이름으로 정당화되기 때문이다. 개별적이거나 구체적인 오류가 지적되기는 하지만, 법 자체는 수많은 남용과 오류에도 불구하고 굳건하게 지켜야 할 그 무엇이라는 신념으로 수호된다. 개헌의 이유 또는 근거로 제약적 대통령을 말하지만, 대통령의 제약적 권력 자체를 축소하거나 그 일부를 폐지하기보다는 그 권력을 나눠 먹는 방식 또한 같은 궤도에 있다. 검찰의 권력을 통제하는 방식도 마찬가지다.

사실 헌정의 위기는 착시 현상일 수 있다. 우리가 꿈꾸는 이상적인 헌법 또는 당위로서 규범은 이미 망가질 대로 망가졌는데도, 비상계엄이라는 과거의 초헌법적 수단과 마주하고서야 헌정의 위기라고 느끼는 것이다. 그러다 보니 발제자가 지적하듯이 그 위기를 극복하는 길이 헌법을 수호하는 일로 돌아가는 것이다. 제헌의 힘은 이러한 헌법 또는 법에 대한 착시에서 벗어나는 일에서 시작해야 한다. 발제자가 강조하는 ‘정세’의 밑그림에 이러한 점이 있을 듯하고, 그것이 발제자에게 개헌과 제헌 또는 법과 정치적 힘의 관계로 설명되었다고 생각한다.

3) 새로운 헌법 체제로의 전환에 관한 토론

두서없지만 몇 가지 질문을 할 수 있다. 첫째, ‘제헌’ 또는 ‘헌법 제정’으로 말하는 ‘헌법’은 무엇인가 하는 문제가 있다. 둘째, 제헌헌법이 새로운 법과 정치, 그리고 공화국을 포함한다면, 새로운 헌법의 내용과 형식은 무엇인가 하는 문제도 있다. 셋째, 현실적인 힘으로서 제헌권력을 어떻게 구성할 것인가 하는 문제도 있다.

먼저 발제자가 실천적인 제언에서 말하는 헌법은 성문헌법으로서 형식적인 헌법을 말하는 동시에 실질적인 헌법까지 포괄하는 ‘헌법 체제’라고 이해할 수 있다. 발제문에서는 87년 헌법[“6공화국(헌법) 그 자체”]과 “그것을 탄생시킨 정치적 힘(constitutional forces; 제헌권력)”으로 구분한다. “이 정치적 힘이 단일하지 않았으며, 그 힘들 사이의 우열도 명확하지도 않았”다면, 87년 헌법을 유지하는 정치적 힘은 또 다른 차원의 헌법이다.

성문헌법은 인민적 투표를 통해 제정하는 민중 중심의 인민주권을 비롯한 새로운 헌법 원칙 등을 구현한 헌법이고, 제헌권력과 헌법유지 권력은 그 헌법을 생성하거나 그 헌법이 작동하는 체제로서 새로운 헌법기관과 정치 제도, 정치적·경제적·사회적·문화적 영역을 아우르는 역동적 관계, 그리고 그것을 보증하는 관련 법률까지 포괄하는 헌정 체제다. 양자는 ‘이중의 정치 과정’으로 진행되고, 전자는 후자의 과정을 통해서만 제헌에 이를 수 있으며, 전자의 과정이 일단락되더라도 후자의 과정은 지속해서 이뤄진다. 개헌과 차별적인 새로운 ‘헌법 제정’은 후자의 과정이고, 기존의 방식 아닌 새로운 방식의 과정이어야 한다. 토론자가 생각하기에 그것은 인민 발안제, 인민 투표제, 인민 소환·파면제만으로 부족하고, 그것이 잘 작동하기 위한 필요조건과 발제자가 말한 ‘정치적 경로’가 어떠한 것이어야 할지가 중요한 과제다.

다음으로 법과 정치 그리고 공화국의 미래를 담아내는 형식과 내용은 무엇인가 하는 문제다. 탄핵 관련 정세 평가에 따르면 87년 체제는 헌법재판 중심의 법치 체제라고 볼 수 있는데, 그 체제 전환은 일시적인 헌법 질서의 중단까지도 가능하게 하는 정치를 살리는 것이다. 그것은 한편으로 촛불 집회에서 그리고 여러 광장에 모였던 다양한 사람들의 의사와 이익을 어떻게 총괄해 낼 것인가 하는 문제다. 그 역동성을 살리면서 수렴하고, 그 과정을 현재와 다른 방식으로 제도화해야 한다. 다른 한편으로는 대의민주주의를 명분 삼아 정치와 입법을 독점하면서 민중을 ‘민원인’ 또는 ‘청원인’으로 축소하는 여의도 정치를 넘어서야 한다. 그들은 현재의 헌법 질서에 기대어 자신들의 특권을 한치도 줄이지 않으려 할 것이다. 과연 ‘공화

국' 이 새로운 헌정 체제를 담아내는 국가형태인지

4) 맺으면서

한국 사회는 여전히 전쟁 중이다. 지배계급과 피지배계급이 전쟁 중이지만, 지배계급이 피지배계급을 대량 학살하는 전쟁이다. 한국 전쟁 때 집단으로 학살당한 사람들은 여전히 학살당할 만하다고 다시 살해한다. 노동자들은 매일 사망함으로써 시차적으로 집단학살을 당한다. 제왕적 대통령이 아니라 복수의 제왕이 국회의원 또는 법관이라는 타이틀을 가지고 지배한다.

대통령의 '제왕적 권한' 은 계엄선포권에만 있지 않다. 군과 경찰 그리고 국가정보원 등 지나치게 비대해진 공안 권력에 있다. 법문(法文)만으로 권력을 통제할 수 있다면, 12·3 내란은 일어나지 않았을 것이다. 국가정보원, 군대, 경찰, 검찰 간에 권력을 순환 또는 돌려막기가 아니라 그 인력과 예산 축소 그리고 권한 축소가 관건이다. 한국 사회는 퇴직 권력자들이 현직보다 더 강하게 자본 아래 복속하면서 시민사회의 영역까지 지배하는 전체주의적 사회다.

비상계엄 같은 가시적인 초헌법적 수단 외에도 87년 체제는 법조인들이 감춰놓은 장치가 있다. 때로는 법을 넘나들며 때로는 예외적 권력을 언제든 동원할 수 있는 장치가 재량 권력이다. 헌법재판으로 상징되는 사법 심사는 그것을 합법화하고 정당화한다. 법 권력과 자의적 권력은 동전의 양면이다. 빈번하게 무리한 법 해석과 적용이 난무하는데도, 폭력과 법이 다르다는 잘못된 인식에서 그것을 구별하지 못한다. 가끔 당연한 법 해석과 적용이 법의 권위를 유지하는 방책이 된다.

사법부의 독립은 법관들의 사법권이라는 재량 권력의 호위 무사다. 대표민주주의는 국회의원들의 입법권이라는 재량 권력의 호위 무사다. 법관과 국회의원의 재량에 따라 행정 관료에 대한 행정권 통제의 공백이 생기면서 그것은 행정 권력이 언제든 폭력화할 수 있는 재량 권력의 숙주가 된다.

이제 진보적인 또는 급진적인 정치를 살리려면 헌법재판소와 대결해야 한다. 헌법재판소의 폐지가 아니라 헌법재판소를 살려두면서 계속 싸워야 한다. 인민이 직접 나서야 하지만, 다른 한편 인민을 대변하는 정치를 하도록 인민의 소리 없는 목소리를 들을 수 있는 공청 또는 청문의 역량이 있으면서 과감하게 실천하며 인민의 소리를 통역 또는 번역의 정치력에 따라 입법화할 수 있어야 한다.

헌법은 보편의 외관을 갖추더라도 역사적이고 정치적이며 당파적인 관점에서 법의 예측 가능성과 법적 안정성보다 진보적이고 급진적인 입법의 정치적 탄력성을 보증해야 한다. 그것은 한편으로 새로운 헌법인면서 다른 한편으로 과거의 부정의와 불법을 청산하는 이행기 정의를 실현하는 헌법이어야 한다. 새로운 헌법은 공권력 또는 공직자의 과거를 문제 삼아 법적·경제적·정치적·경제적·사회적·문화적 책임을 물을 수 있어야 한다. 법이 다할 수 없는 공백을 줄이는 일이다.

새로운 헌법은 형식 논리로는 모순이다. 현재의 헌법 또는 헌법 체제의 예외로서 공직자의 불법과 부정의에 대해서는 소급 처벌이 원칙이다. 오로지 헌법은 공권력 담당자가 아니라 인민의 인권만을 보장한다. 성문헌법의 규범과 헌법 체제의 폭력적 현실이 이중 전략이라면, 이것이 인민의 이중적 헌법 전략이다. 근대적 헌법 규범의 분열을 통해 헌정을 위기로 몰아갈 때 제헌의 정치적 힘과 새로운 헌법이 잉태되어 탄생할 수 있다. 즉, 권력자를 단죄하는 데 공화국의 예외적 권력을 행사하고, 그 과정에서 그 예외적 권력을 삭제하는 다시 예외적 권력을 통해 새로운 헌법 규범을 강화하고 헌법 체제를 재구성하는 것이다. 이것이 비로소 한국 사회에서 근대의 규범 또는 규범적 근대의 시작일 수 있다고 생각한다. 헌법 체제의 이원적이면서 이중적인 전복을 통해 인민의 자기 지배에 가까이 갈 수 있을 것이다.

참고 문헌

권영숙, “노동계급정치와 좌파의 진로”, 「레프트 대구」, 11호, 민중행동, 2016.

- _____, “촛불의 운동정치와 87년 체제의 ‘이중 전환’ ”, 『경제와사회』, 제117호, 2018.
- _____, “헌정위기(Constitutional Crisis)는 왜, 언제 어떻게 일어나는가?”, 『Review & Preview』, 2025. 5. 8., 민주주의와노동 연구소, <<https://dem-labor.org/?p=18459>>, 검색일: 2025. 6. 13.
- 오동석, “이행기 정의 관점에서 본 12·3 내란”, 『민주법학』, 제87호, 2025.
- <전망과 실천> 편집부, “민주주의 시스템은 작동하고, 위기는 봉합되고: 윤석열 탄핵과 “촛불의 운동정치와 87년 체제의 이중전환”(2018)의 현재성”, 『Review & Preview』, 2025. 1. 31., <<https://dem-labor.org/?p=15654>>, 검색일: 2025. 6. 13.
- _____, “[강연 요지] 현 시대 정치경제학적 전환, 체제적 위기의 성격, 그리고 제헌적 주체의 형성: 권영숙 민주주의와노동 연구소 소장 2025년 정세 전망”, 『전망과 실천(웹진)』, 2025. 5. 8., <<https://dem-labor.org/?p=18535>>, 검색일: 2025. 6. 13.
- 조정환, 『공통도시: 광주민중항쟁과 제헌권력』, 갈무리, 2010.

[토론문] 법과 정치, 그리고 공화국의 미래*

오동석

아주대 교수, 헌법학

1. 토론자가 이해한 발제자의 논지

발제자는 '정세'에서 출발한다. 정세는 전망이고 전술이며 주체적이다. 발제자가 개헌 아닌 제헌을 말하는 까닭이 여기에 있다고 생각한다. 윤석열의 12.3 비상계엄 이후 탄핵 그리고 이재명 대통령의 등장 과정에서 나온 담론들, 전술들, 구호들 비판이 정세 분석의 바탕이다. 윤석열 퇴진 운동에서 중심은 아무 조건이나 성격 규정 없는 민주주의의 그 자체였다.

정세분석을 하는데도 기본적으로 민주주의자처럼 이야기해요. 정부에 대한 반정부 담론만 잔뜩 이야기하죠. 그래서 결론은 항상 박근혜 정권 퇴진인가? 하여튼 끝은 정권 퇴진이에요. 퇴진이 무슨 의미가 있어요? 전 아무 의미가 없다고 생각해요. 박근혜 퇴진이 노동자계급과 좌파 운동과 무슨 관련이 있어요? 그게 사실상 보면 자유주의자들의 선거에만 도움이 되죠. 왜 그 짓을 계속합니까? 어떻게 퇴진을 주장하는가가 중요한 것이지, 퇴진 주장 그 자체는 급진적이지 않아요. 그런데 한국 사회에서 좌파는 여전히 민주주의자의 담론에 굴종하거나 복속하고 스스로의 사고가 바뀌지 않았는데, 어떻게 계급운동을 합니까?!)

계급적 불평등, 노동 탄압, 소수자 차별 금지, 페미니즘 등의 모든 의제는 '다음'의 '부차적'인 사안이 되었다. 그 귀결점은 '항쟁'이 아니라 체제 보수적인 '헌정질서 수호'다. '사회 대개혁'도 체제 전환도 87년 체제의 수복으로 흡수되었다. 발제자는 '87년 체제'를, 1987년 6월항쟁으로 만들어진 1987년 헌법과 그에 따른 헌정질서를 중심으로 한 '정치 체제'로 정의한다.²⁾

문제는 정치적 경로에 대한 대안 제시 없이 헌법재판소를 통한 제도적인 절차에 너무 쉽게 동의한 것의 한계다. 대중의 혁명적인 또는 전복적인 새로운 힘의 발산으로 나가는 다른 트랙을 실현하거나 구체화하지 않음으로써 '이중의 정치 과정'이 실종되었다.³⁾ 아예 말도 꺼내지 못하게 하는, 아예 꿈도 꾸지 못하게 할 정도다. 토론자는 박근혜 탄핵 정국에서는 이른바 '비평화(非平和)', 윤석열 탄핵 정국에서는 이른바 '비법(非法)'의 금기가 매우 강했다고 생각한다. 마치 누군가의 심기를 건드리면 안 되는 분위기였다.

발제자는 12.3 계엄을 정치적인 위기, 87년 헌법의 한계, 그리고 87년 체제의 문제와 연관하여 분석한다.

87년 민주주의 체제의 위기는 한편으로 민주화 이행 이후 30년 동안 있었던 정치적 민주화의 불철저함, 배제적 민주주의와 대의되지 못하는 대의적 민주주의로 나타났다. 하지만 그것은 또한 한국의 민주화 이행 이후 민주주의, 즉 배제적이고 협소한 자유주의적 민주주의 안에 내장된 한계의 폭발이기도 했다. 한국의 민주화 이행 이후 자유주의적 민주주의는 수출주도 발전국가전략을 수정하지 않은 채 신자유주의적 세계화로 경제적인 전환을 감행했다. 그 결과 발생했던 자본주의적 불평등과 빈부격차, 계급적인 양극화 등에 대해서 교정이나 억제하기는커녕, 신자유주의적 경제정책을

* 이 글은 발제자의 발표문만이 아니라 그동안 그가 발표한 글과 그의 강연을 소개하는 글 등을 바탕으로 썼다. 발제문에서 논의하지 않은 내용이 있을 수 있다.

1) 권영숙, “자본주의 위기 정세와 좌파운동의 진로”, 레프트 대구, 10호, 2015. 12., 58쪽.

2) 권영숙, “촛불의 운동정치와 87년 체제의 ‘이중 전환’”, 경제와 사회, 117호, 2018. 3., 68쪽.

3) <전망과 실천> 편집부, “[강연 요지] 현 시대 정치경제학적 전환, 체제적 위기의 성격, 그리고 제헌적 주체의 형성: 권영숙 민주주의와노동 연구소 소장 2025년 정세 전망”, <전망과 실천>(웹진), 2025. 5. 8., <<https://dem-labor.org/?p=18535>>, 검색일: 2025. 6. 13.

펼치는 정치적 외파나 통치의 정당성 장치로 기능했다. 정치적 민주주의로 모든 것을 환원하고 민주 대 반민주의 구도로 고착되면서 민주주의의 심화로 나아가는 문제의식과 대안을 봉쇄하였다. 그 점에서 이는 '87년 체제'의 위기로 말할 수 있는 것이다.⁴⁾

87년 체제의 한계는 헌법과 헌법재판소를 중심으로 한 '체제의 실패'다. 발제자는 개헌론을 비판하고 '제한적인 힘'의 형성을 대안적인 실천 전략으로 제시한다. 발제자의 주장을 요약하면, '현 정세에서 민중의 제한적인 힘을 만들어 개헌이 아니라 제한을 향해 나아가야 한다'라고 주장한다. 실천적인 제안으로는, 헌법적 힘으로서 인민주권을 민중 중심으로 구체화하고, 제한권력의 형성을 통해서 헌법 제정 과정을 시작하여야 하며, 기존의 헌법적 질서와 헌법기관들의 권한을 정지하여야 하고, 헌법제정의회를 통해서 제한헌법을 구성하고 인민적 투표를 통해서 헌법을 제정해야 한다는 것이 있다.⁵⁾

2. 87년 체제 분석에 관한 토론

87년 헌법이 '당시 정치적 대립이 전쟁(내전, civil war)으로 전화하는 것을 막기 위한 타협의 문서화(정치적 타협의 법률화)'로 보는 것이 적절할지 의문이다. 87년 체제는 유신 헌법 또는 그 아류로서 80년 헌법의 극복이 아니라 대통령 직선제를 통한 대통령 선출 또는 교체라는, 누구를 지배자로 할 것인가 문제로 축소된 헌법 체제다. 그것은 직선의 대통령에 대한 매우 포괄적이고 긍정적이며 이상적인 환상을 담고 있다. 박근혜 탄핵 이후 문재인에 대한 기대가 바로 그랬다. 직선은 간선보다 절차적 정의 차원에서 나올 뿐 그 결과까지 담보하는 것은 아니다. 또 다른 무엇인가가 필요하다. 지금 개헌의 논리에 대해서도 마찬가지다. 또 다른 무엇인가를 말하지 않는 침묵이 문제다. 발제자는 뭔가 누락한 것 또는 놓치고 있는 것이 무엇인지 그런 얘기들을 말해야 하는가 하는 문제를 제기하고 있다고 생각한다.

일제 식민지 시대부터 이어진 일방적인 (지배) 폭력(지배)이 온존한 채 헌법만 바뀌었다고 보아야 할 것이다. 토론자는 87년 헌법 체제만이 아니라 87년 헌법이 문제 삼지 않았던, 80년 헌법, 72년 헌법, 62년 헌법까지는 거슬러 올라가야 한다고 생각한다. 그리고 4.19혁명이 미완이라면, 48년 헌법이 이루지 못한 '반민특위' 또는 경제 조항의 취지를 살려야 한다. 예를 들면, 제84조 대한민국의 경제질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형 있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로 삼는다. 각인의 경제상 자유는 이 한계 내에서 보장된다. 또는 제87조 중요한 운수, 통신, 금융, 보험, 전기, 수리, 수도, 가스 및 공공성을 가진 기업은 국영 또는 공영으로 한다. 제88조 국방상 또는 국민생활상 긴절한 필요에 의하여 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 또는 그 경영을 통제, 관리함은 법률이 정하는 바에 의하여 행한다.

발제자의 지적처럼 '법률적 언어(헌법)는 보편성을 지향하는 법적인 언어로 쓰기 때문에, 이 언어의 배후에 존재하는 정치적인 힘들과 그 정치적 파당성을 은폐하면서도 지향하는 이중적 과제'가 있다. 헌법은 성문화한 내용과 달리 언어 또는 문자 또는 규범의 취약성을 드러내면서 명목적 또는 장식적 헌법에 머무른다. 내란으로 집권한 세력은 언제나 독재의 칼날과 함께 새로운 기본권 조항을 신설하지만, 성문헌법 아닌 헌법 체제 또는 정치적 힘의 우위를 확보할 법적 또는 법 내·외적 장치를 구비하고 있다. 그것은 오랜 법의 전통을 통해 법의 내재적 한계든 외재적 한계든 국가긴급권이든 권력 분립의 한계든 권력 간 상호 존중에 따른 자제이든 다양한 형태로 내장되어 있다. 개헌은 헌법의 보편적 언어 뒤에 감춰진 국가의 전모를 밝히는 게 아니라 그것을 드러내지 않은, 내부 구조를 알 수 없는 '블랙박스'로 만든다.

칼 슈미트가 헌법 수호자로 대통령을 내세우고 그의 국가긴급권으로써 성문헌법과 달리 헌법 체제 자체를 뒤엎은 것은 성문헌법 또는 해석이라는 문자 조각법이 가지는 취약성/자의성을 이용해서 '힘'을 합법화하고 정당화한 것이다. 마찬가지로 헌법재판소는 직접 폭력을 동원하지 않지만, 권력의 행사 관련 헌법 해석을 통해 폭력을 합헌화하거나 폭력을 방관한다.

… 헌법수호자를 자임하는 연방헌법재판소가 자의적 헌법해석방법을 동원하여 본기본법을 자신의 가치철학을 포장하기 위한 일종의 이데올로기적

4) 권영숙, “촛불의 운동정치와 87년 체제의 ‘이중 전환’”, 69쪽.

5) <전망과 실천> 편집부, “[강연 요지] 현 시대 정치경제학적 전환, 체제적 위기의 성격, 그리고 제한적 주체의 형성.

겉가죽으로 다루게 되면, 헌법은 교부신학적 독단의 체계, 다시 말하면 가치철학적 신앙개조의 목록으로 탈바꿈하게 된다. 이렇게 되면 연방헌법재판소는 헌법수호자에서 헌법지배자로 자리바꿈을 하게 된다.⁶⁾

법조인들이 정의로운 척하면서 규범과 폭력을 넘나드는 방식이다. 모든 일이 법의 이름으로 정당화되기 때문이다. 개별적이거나 구체적인 오류가 지적되기는 하지만, 법 자체는 수많은 남용과 오류에도 불구하고 굳건하게 지켜야 할 그 무엇이라는 신념으로 수호된다. 개헌의 이유 또는 근거로 제약적 대통령을 말하지만, 대통령의 제약적 권력 자체를 축소하거나 그 일부를 폐지하기 보다는 그 권력을 나눠 먹는 방식 또한 같은 궤도에 있다. 검찰의 권력을 통제하는 방식도 마찬가지다.

사실 헌정의 위기는 착시 현상일 수 있다. 우리가 꿈꾸는 이상적인 헌법 또는 당위로서 규범은 이미 망가질 대로 망가졌는데도, 비상계엄이라는 과거의 초헌법적 수단과 마주하고서야 헌정의 위기라고 느끼는 것이다. 그러다 보니 발제자가 지적하듯이 그 위기를 극복하는 길이 헌법을 수호하는 일로 돌아가는 것이다. 제헌의 힘은 이러한 헌법 또는 법에 대한 착시에서 벗어나는 일에서 시작해야 한다. 발제자가 강조하는 ‘정세’의 밑그림에 이러한 점이 있을 듯하고, 그것이 발제자에게 개헌과 제헌 또는 법과 정치적 힘의 관계로 설명되었다고 생각한다.

3. 새로운 헌법 체제로의 전환에 관한 토론

두서없지만 몇 가지 질문을 할 수 있다. 첫째, ‘제헌’ 또는 ‘헌법 제정’으로 말하는 ‘헌법’은 무엇인가 하는 문제가 있다. 둘째, 제헌헌법이 새로운 법과 정치, 그리고 공화국을 포함한다면, 새로운 헌법의 내용과 형식은 무엇인가 하는 문제도 있다. 셋째, 현실적인 힘으로서 제헌권력을 어떻게 구성할 것인가 하는 문제도 있다.

먼저 발제자가 실천적인 제언에서 말하는 헌법은 성문헌법으로서 형식적인 헌법을 말하는 동시에 실질적인 헌법까지 포괄하는 ‘헌법 체제’라고 이해할 수 있다. 발제문에서는 87년 헌법[“6공화국(헌법) 그 자체”]과 “그것을 탄생시킨 정치적 힘(constitutional forces: 제헌권력)”으로 구분한다. “이 정치적 힘이 단일하지 않았으며, 그 힘들 사이의 우열도 명확하지도 않았”다면, 87년 헌법을 유지하는 정치적 힘은 또 다른 차원의 헌법이다. 개헌 아닌 제헌의 문제는 87년 헌법 탄생의 정치적 힘과 87년 헌법유지의 정치적 힘의 양자를 향해야 한다. 어쩌면 87년 헌법 탄생을 참여하지 않았던, 또는 오늘날 ‘진보’로 자리 잡고 있는 세력도 87년 헌법유지의 정치적 힘에 가세한 것은 아닌지 들여다봐야 할 것이다. 그것은 정세에 기반한 전망 그리고 전술을 말하기 위함이다.

발제자의 의견에 따라 토론자가 이해한 것을 정리하면, 성문헌법은 인민적 투표를 통해 제정하는 민중 중심의 인민주권을 비롯한 새로운 헌법 원칙 등을 구현한 헌법이고, 제헌권력과 헌법유지 권력은 그 헌법을 생성하거나 그 헌법이 작동하는 체제로서 새로운 헌법기관과 정치 제도, 정치적.경제적.사회적.문화적 영역을 아우르는 역동적 관계, 그리고 그것을 보증하는 관련 법률까지 포괄하는 헌정 체제를 움직이는 정치적 힘이다. 양자는 ‘이중의 정치 과정’으로 진행되고, 전자는 후자의 과정을 통해서만 제헌에 이를 수 있으며, 전자의 과정이 일단락되더라도 후자의 과정은 지속해서 이뤄진다. 전통적인 개헌과 차별적인 새로운 ‘헌법 제정’은 후자의 과정이고, 기존의 방식 아닌 ‘새로운 방식의 과정’이어야 한다. 토론자가 생각하기에 그것은 인민 발안제, 인민 투표제, 인민 소환.파면제만으로 부족하고(몇 개의 제도 또는 정책으로 정리되는 문제점을 지적하는 의미에서), 그것이 잘 작동하기 위한 필요조건과 발제자가 말한 ‘정치적 경로’가 어떠한 것이어야 할지가 중요한 과제다.

다음으로 법과 정치 그리고 공화국의 미래를 담아내는 형식과 내용은 무엇인가 하는 문제다. 발제자의 탄핵 관련 정세 평가에 따르면 87년 체제는 헌법재판 중심의 법치 체제라고 볼 수 있는데, 그 체제 전환은 일시적인 헌법 질서의 중단까지도 가능하게 하는 정치를 살리는 것이다. 그것은 한편으로 촛불 집회에서 그리고 여러 광장에 모였던 다양한 사람들의 의사와 이익을 어떻게 총괄해 낼 것인가 하는 문제다. 그 역동성을 살리면서 수렴하고, 그 과정을 현재와 다른 방식으로 제도화해야 한다(일이 터질 때마다 광장에 모였다가 다시 집으로 돌아가는 일의 반복을 막으려면).

6) 국순옥, “법치국가의 신화와 현실: 분기본법체제 아래의 법치국가이데올로기”, 민주법학, 제18호, 2000, 109쪽.

결과를 놓고 보면, “박근혜 퇴진”이라는 단 하나의 공동의 프레임으로 운동의 구호를 좁힘으로써 촛불시위의 폭발적인 확대와 박근혜 퇴진(사실은 탄핵에 대한 시민적 합의)이 가능하게 된 것도 사실이다. 하지만 이런 좁혀진 프레임은, 촛불을 구성하고 있던 다양하고 이질적인 사회행위자들과 사회집단들 간에 퇴진 운동을 넘어서 사회적 대안을 추구할 사회적 동맹의 구성 가능성도 차단했다. 박근혜 퇴진 이후 촛불은 뿔뿔이 흩어지는 모래알 같은, ‘성긴’ 주체였던 것이다.⁷⁾

다른 한편으로는 대의민주주의를 명분 삼아 정치와 입법을 독점하면서 민중을 ‘민원인’ 또는 ‘청원인’으로 축소하는 여의도 정치를 넘어서야 한다. 그들은 현재의 헌법 질서에 기대어 자신들의 특권을 한치도 줄이지 않으려 할 것이다. 과연 ‘공화국’이 어떤 의미에서 새로운 헌정 체제를 담아내는 국가형태인지 질문이 필요하다.

그리고 다른 한편으로 문제의 진단에 있어서 가장 큰 위력을 떨친 구호는 “이게 나라냐”였고, 세월호 참사 때로부터 외치기 시작한 “국가는 없었다”라는 구호가 다시 등장하였다. 한마디로 비정상적인 국가의 정상성의 회복을 통해서 정상국가를 지향하는 것이다. 국가의 변혁과 전복을 피하지는 것이 아니라 실종된 국가 기능을 회복해 달라는 시민적 요청이고, 적극적으로는 시민의 부름에 국가답게 답하라는 계시이다. 국가와 시민 사이의 사회적 계약적인 관계를 근대 국가의 모습이라고 보는 것이다. 이것이 ‘민주공화국’을 건설하자는 담론으로 응집되었다. 그런 점에서 2016년 퇴진 촛불의 구호들은 국가 전복이나 국가 해체적인 담론이 아니라 오히려 강한 국가주의적 담론이라고 할 수 있다.⁸⁾

… 과연 87년 체제의 정치적 자유화와 경제적 자유화를 넘어서는 새로운 전환은 무엇일까? 이에 답하기 위해서는 먼저 국가의 정상화를 주장하기 보다 국가의 존재를 더욱 근원적으로 질문하고, 둘째 대의제의 실패에만 초점을 두고 그것의 절차적 보안을 통해 대의제와 일반의지 사이의 부조응과 괴리의 문제를 해소하려 하지 말고, 사회적 배제와 통합의 정치 동학에서 배제되는 것들과 차별의 문제를 질문하는 것이 더욱 중요하다. 촛불 이후 문제인 정부하에서도 여전히 배제와 통합의 정치동학은 작동하고 있고, 신자유주의와 한국 자유주의의 친연성은 잠복하고 있는 가장 큰 문제가 될 것이며, 안보와 자본의 두 축은 ‘실패한 국가’가 아니라 사실은 ‘강한 국가’를 계속 작동해 왔기 때문이다. 그리고 이 질문에 대한 답 역시 실천적으로, 즉 사회적인 힘의 분기와 이해들의 동맹에 의해서 가능할 것이다. ‘촛불’이라는 공통 분모 하에 가려졌던 소문자 시민들, 다양한 사회적 범주들과 집단들의 목소리가 촛불 이후에 어떻게 터져 나올지 사회운동 정치와 이에 대한 정치사회의 움직임이 주목된다.⁹⁾

4. 맺으면서

한국 사회는 여전히 전쟁 중이다. 지배계급과 피지배계급이 전쟁 중이지만, 지배계급이 피지배계급을 대량 학살하는 전쟁이다. 한국 전쟁 때 집단으로 학살당한 사람들은 여전히 학살당할 만하다고 다시 살해한다. 노동자들은 매일 사망함으로써 시차적으로 집단학살을 당한다.

결국 정치권력을 보수세력이 잡든 자유주의 세력이 잡든간에 민주화이후 한국의 정치적 민주주의는 국가-자본 개발동맹을 해체하지 않은 채, 노동 정책과 노동권 체제를 경제 및 산업정책의 하위 범주로 두고, 자본의 입장에서 필요한 노동 개혁과 노동법 개정을 계속 진행해왔다. 특히 김대중, 노무현 정권등 자유주의 정치세력은 신자유주의적 세계화를 선진국에 이르는 필연적인 경로라고 강조하고 노동법을 신자유주의적 노사관계를 전폭적으로 수용하는 방식으로 개정했고 이를 ‘선진화’라고 표현하였다.¹⁰⁾

제왕적 대통령이 아니라 복수(複數)의 제왕이 국회의원 또는 법관이라는 타이틀을 가지고 지배한다. 대통령의 ‘제왕적 권한’은

7) 권영숙, “촛불의 운동정치와 87년 체제의 ‘이중 전환’”, 86쪽.

8) 권영숙, “촛불의 운동정치와 87년 체제의 ‘이중 전환’”, 89쪽.

9) 권영숙, “촛불의 운동정치와 87년 체제의 ‘이중 전환’”, 98쪽.

10) 권영숙, “한국 노동권의 현실과 역사: ‘노동존중’ 과 노동인권에서 노동의 시민권으로”, 산업노동연구, 제26권 1호, 2020, 250쪽.

계엄선포권에만 있지 않다. 군과 경찰 그리고 국가정보원 등 지나치게 비대해진 공안 권력에 있다. 법문(法文)만으로 권력을 통제할 수 있다면, 12·3 내란은 일어나지 않았을 것이다. 국가정보원, 군대, 경찰, 검찰 간에 권력을 순환 또는 돌려막기가 아니라 그 인력과 예산 축소 그리고 권한 축소가 관건이다. 한국 사회는 퇴직 권력자들이 현직보다 더 강하게 자본 아래 복속하면서 시민사회의 영역까지 지배하는 전체주의적 사회다.

비상계엄 같은 가시적인 초헌법적 수단 외에도 87년 체제는 법조인들이 감춰놓은 장치가 있다. 때로는 법을 넘나들며 때로는 예외적 권력을 언제든지 동원할 수 있는 장치가 재량 권력이다. 헌법재판으로 상징되는 사법 심사는 그것을 합법화하고 정당화한다. 법 권력과 자의적 권력은 동전의 양면이다. 빈번하게 무리한 법 해석과 적용이 난무하는데도, 폭력과 법이 다르다는 잘못된 인식에서 그것을 구별하지 못한다. 가끔 당연한 법 해석과 적용이 법의 권위를 유지하는 방책이 된다.

사법부의 독립은 법관들의 사법권이라는 재량 권력의 호위 무사다. 대표민주주의는 국회의원들의 입법권이라는 재량 권력의 호위 무사다. 법관과 국회의원의 재량에 따라 행정 관료에 대한 행정권 통제의 공백이 생기면서 그것은 행정 권력이 언제든지 폭력화할 수 있는 재량 권력의 숙주가 된다.

이제 진보적인 또는 급진적인 정치를 살리려면 헌법재판소와 대결해야 한다. 헌법재판소의 폐지가 아니라 헌법재판소를 살려 두면서 계속 싸워야 한다. 인민이 직접 나서야 하지만, 다른 한편 인민을 대변하는 정치를 하도록 인민의 소리 없는 목소리를 들을 수 있는 공청 또는 청문의 역량이 있으면서 과감하게 실천하며 인민의 소리를 통역 또는 번역의 정치력에 따라 입법화할 수 있어야 한다. **인민의 의사에 따른 민주주의 정치가 만드는 입법 중심의 법치주의가 전제되어야 한다.**

헌법은 보편의 외관을 갖추더라도 역사적이고 정치적이며 당파적인 관점에서 법의 예측 가능성과 법적 안정성보다 진보적이고 급진적인 입법의 정치적 탄력성을 보증해야 한다. 그것은 한편으로 새로운 헌법인면서 다른 한편으로 과거의 부정의와 불법을 청산하는 이행기 정의를 실현하는 헌법이어야 한다. **그동안의 개헌 논의는 현재 상태를 확인하여 유지하면서 장식적 또는 명목적 기본권으로 꾸미고 지배계급의 정치 권력을 재편하는 것이 주요 목표다.** 새로운 헌법은 공권력 또는 공직자의 과거를 문제 삼아 법적·징계적·정치적·경제적·사회적·문화적 책임을 물을 수 있어야 한다. 법이 다할 수 없는 공백을 줄이는 일이다.

새로운 헌법은 형식 논리로는 모순이다. 현재의 헌법 또는 헌법 체제의 예외로서 공직자의 불법과 부정의에 대해서는 소급 처벌이 원칙이다. 오로지 헌법은 공권력 담당자가 아니라 인민의 인권만을 보장한다. 성문헌법의 규범과 헌법 체제의 폭력적 현실이 이중 전략이라면, 이것이 인민의 이중적 헌법 전략이다. 근대적 헌법 규범의 분열을 통해 헌정을 위기로 몰아갈 때 제한의 정치적 힘과 새로운 헌법이 잉태되어 탄생할 수 있다. 즉, 권력자를 단죄하는 데 공화국의 예외적 권력을 행사하고, 그 과정에서 그 예외적 권력을 삭제하는 다시 예외적 권력을 통해 새로운 헌법 규범을 강화하고 헌법 체제를 재구성하는 것이다. 이것이 바로 소 한국 사회에서 근대의 규범 또는 규범적 근대의 시작일 수 있다고 생각한다. 헌법 체제의 이원적이면서 이중적인 전복을 통해 인민의 자기 지배에 가까이 갈 수 있을 것이다.

노동권을 확보하기 위해 투쟁하는 노동자들을 응원하고 지지하는 것, 그리고 사회적 바람막이가 돼주는 것이 필요하다. 노동의 사회적 고립을 넘어서는 연대의 정치가 필요하다.¹¹⁾

지난 박근혜 탄핵 이후 한국의 정치·시민사회는 자기 민원을 국회 또는 대통령에게 들이밀었다. 청와대 민원 창구는 박근혜 탄핵 이후 민주주의의 '본질'이다. 국회를 향한 청원도 붓물 터진다. 법원을 향한 탄원도 계속해서 이어진다. 민주주의가 작동하지 않는데, 끊임없이 지배 권력자에게 결정을 구한다. 과연 누가 어떻게 결정해야 하는가? 지금도 사회 개혁을 말하지만, 그 민원 또는 청원 행태는 유사하다. 각자도생의 생리를 이겨내서, 발제자가 말하는 연대의 정치가 절실하게 필요하다.

싸움이 망하는 이유는 다 있어요 원칙을 자주 말하면, 사람들은 "네 말은 원칙적이지만" 이렇게 조건부로 말하죠. 그런데 제 생각에는 원칙만큼 정확하게 싸우는 방법이 없어요. 길게 돌아보면 많은 싸움이 그래요. 원칙은 유연성 부족이 아니죠. 원칙은 유연하기 때문에 원칙적일 수도 있는 거예요

11) 권영숙, "한국 노동권의 현실과 역사", 263쪽.

진보정당 운동이 투표, 선거를 통해 지지율이 낮아지고, 자기들은 갈기갈기 찢어져 있는 상태니까 멍치자라고 하는 게 일부의 정당운동론자들이고, 좌파는 정치 프로그램이 부재하거나 아주 소수의 정파이거나 아니면 여전히 과거의 구호와 아주 우경화된 구호와 같이 멍쳐있는 형태로 지금 가고 있는데, 저는 이 상태에서는 한국사회에 있어서 좌파의 새로운 구성이 필요하다고 봅니다. 노동계급과 좌파의 결합에 대한 문제의식을 가지는 좌파의 새로운 구성이 필요하고, 그들 구성된 좌파가 새로운 정치 프로그램을 만들어야죠. 더 이상 이런 상태로 있을 수는 없다고 봅니다. 그리고 정치프로그램은 산별의 어떤 조직화를 통해서 경제적인 노동계급의 통일성을 달성하는 것이 아니라 달라야죠. 앞서의 경제적 분배투쟁에 성공적이었던 산별 그 부분은 이미 끝났다거나, 노동조합 운동 자체도 매우 배타적인 조직운동으로 변한 상황에서, 그러면 그 기제에서 배제된 더 많은 노동대중이 있죠. 그들이 엄청난 자원입니다. 노동조합의 자원이기도 하지만 정치의 자원이기도 하다고 생각해요. 그들을 안아내는 정치적 프로그램을 만들어야 한다고 생각해요. 그 기제로 움직여야 하고, 그 안에서 중요한 것은 전 노동계급적 관점에서 지금 배제되고 있는 노동자 대중을 포함하는 그리고 정규직 운동을 조금 더 계급적으로 각성할 수 있는 방식으로 추동할 수 있는, 그래서 정치적인 통일성을 만들어낼 수 있는 그런 사회 정치 프로그램들을 만들어내야 한다고 생각해요.¹³⁾

<참고문헌>

국순옥, “법치국가의 신화와 현실: 분기본법체제 아래의 법치국가이데올로기”, 『민주법학』, 제18호, 2000, 97-118쪽.
 권영숙, “자본주의 위기 정세와 좌파운동의 진로”, 『레프트 대구』, 10호, 민중행동, 2015. 12., 52-113쪽.
 -----, “노동계급정치와 좌파의 진로”, 『레프트 대구』, 11호, 민중행동, 2016.
 -----, “촛불의 운동정치와 87년 체제의 ‘이중 전환’”, 『경제와사회』, 제117호, 2018.
 -----, “한국 노동권의 현실과 역사: ‘노동존중’과 노동인권에서 노동의 시민권으로”, 『산업노동연구』, 제26권 1호, 2020, 217-269쪽.
 -----, “헌정위기(Constitutional Crisis)는 왜, 언제 어떻게 일어나는가?”, <Review & Preview>, 2025. 5. 8., 민주주의와노동연구소, <<https://dem-labor.org/?p=18459>>, 검색일: 2025. 6. 13.
 오동석, “이행기 정의 관점에서 본 12.3 내란”, 『민주법학』, 제87호, 2025.
 <전망과 실천> 편집부, “민주주의 시스템은 작동하고, 위기는 봉합되고: 윤석열 탄핵과 “촛불의 운동정치와 87년 체제의 이중전환”(2018)의 현재성”, <Review & Preview>, 2025. 1. 31., <<https://dem-labor.org/?p=15654>>, 검색일: 2025. 6. 13.
 -----, “[강연 요지] 현 시대 정치경제학적 전환, 체제적 위기의 성격, 그리고 제한적 주체의 형성: 권영숙 민주주의와노동 연구소 소장 2025년 정세 전망”, <전망과 실천>(웹진), 2025. 5. 8., <<https://dem-labor.org/?p=18535>>, 검색일: 2025. 6. 13.
 조정환, 『공통도시: 광주민중항쟁과 제한권력』, 갈무리, 2010.

12) 권영숙, “자본주의 위기 정세와 좌파운동의 진로”, 66쪽.

13) 권영숙, “자본주의 위기 정세와 좌파운동의 진로”, 93-94쪽.

자본주의 국가와 행정법

이계수

건국대학교 법학전문대학원

(이 글은 <이계수, 자본주의와 행정법 I, II, 박영사, 근간> 중 일부를 토론을 위하여 발췌한 것이다.)

1. 자본주의 국가와 행정법

1.1. 당도한 행정법의 시간

오토 마이어는 생애 마지막에 출간한 자신의 독일 행정법학 제3판(1924년) 서문에서 이렇게 말했다. "Verfassung vergeht, Verwaltung besteht." 헌법은 가도 행정법은 남는다. 이제 윤석열은 갔다. 그러나 '윤석열들'이 남았다. 헌법의 시간이 가도, 행정법의 시간은 남는다. 사회적 약자에게는 무지막지한 권력을 휘두르고, 경제적 강자에게는 무한히 온순한 행정권력과 싸워야 하는 시간이 눈앞에 당도했다.

우리는 이 행정법을 앞으로 어떻게 재구성해 나가야 하는가? 나는 세 가지 과제를 제시하고 싶다.

첫째, 행정법을 자본주의와 연계해서 사고해야 한다.

둘째, 독일식 후발자본주의 국가의 국가-관료중심적 행정법에 문제제기를 해야 한다. 대안으로는 커먼즈의 행정법이다.

셋째, 개인주의적 권리담론에서 벗어나야 한다. 이를 위해 보수주의 레짐의 두 대표국가인 프랑스와 독일의 행정법을 비교해 볼 필요가 있다. 특히 전자의 공역무 이론과 객관법론을 현재의 사회개혁과제와 어떻게 연계할지 고민해야 한다.

1.2. 왜 자본주의와 행정법인가?

자본주의를 전제하지 않고는 행정법의 제도와 개념을 이해할 수 없다. 두 가지 이유를 들겠다.

첫째, 행정법의 탄생 및 발전은 자본주의의 탄생 및 발전과 함께 해왔기 때문이다.

둘째, 행정법이 자본주의와 결합해 있다는 것은 현실 사회주의 혹은 공산주의가 증명한 바 있다.

자본주의 이전과 마찬가지로, 자본주의 이후에도 행정법이 존재할 수 있는 기반은 없다.³⁾ 정상 자본주의의 궤도 이탈이라고 할 수 있는 나치즘 체제하에서도 마찬가지였다. "나치스 시대에 민족동포(Volksgenosse)는 지도집단과 일치를 이루었으므로 기본권도, 공권도 필요하지 않았다."⁴⁾

물론, 이런 논리에 대해서는 반론도 가능하다. 행정법을 자유주의적으로 이해할 때만 위와 같은 논지는 유지되는 것이므로 행정법의 기초를 '공동체를 모르는 분절화된 이기주의적 개인'⁵⁾이 아니라 공동체에 둔

3) 이것은 이론적으로 그렇다는 의미이다. 실제 러시아에서 사회주의 혁명 이후 소비에트 공화국을 건설하는 과정에서 벌어진 논쟁들, 즉 사회주의적 합법성 논쟁들은 여기서 더 다루지 않겠다.

4) Michael Stolleis, "Verwaltungswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland", Dieter Simon(Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Suhrkamp Verlag, 1994, 242쪽.

5) 홉스는 바로 이 "이기심의 주제로 해방된 부르주아적 인간"의 "부르주아적 주체성"을 이론적으로 확립한 최초의 사상가이다. 국순옥, 위의 논문, 23, 26쪽.

다면 사회주의, 공산주의 행정법도 얼마든지 가능하다는 식이다.⁶⁾

마르크스가 말한 것은 **사적** 소유의 폐지이지 **개인적** 소유의 폐지는 아니다. 사멸하는 것은 자본주의적 착취 수단으로서의 행정법이지 ‘자유롭고 평등한 개인/생산자의 연합(association)’의 상호 관계를 규율할 행정법은 아니다. 즉, “계급과 계급대립이 있는 낡은 부르주아 사회 대신 각인의 자유로운 발전이 모두의 자유로운 발전을 위한 조건이 되는 결사체”⁷⁾에서는 “자기 능력껏 생산하고, 자기 필요만큼 소비할 권능 (Befugnis)”이 “최후의 주관적 권리”로 남게 될 것이며, “이러한 권능은 객관법의 최후의 규범인 연대에 의해 보증된다”고 보면서, 바로 이러한 사회주의적 기획이 성공할 때에 비로소, 객관법과의 관계에서 주관적 권리가 누려왔던 우월성(자유주의 모델)도 성공적인 종말을 맞게 될 것이라고 주장하는 것이다.⁸⁾

한편, 자본주의라고 하더라도, 국가와 사회(시민사회, 경제사회)의 관계에 따라, 그 안에는 여러 유형과 발전단계가 있다. 그러므로 자본주의와 행정법의 관계도 시간과 장소에 따라 달라질 수밖에 없다. 이것은 부분적으로는 행정법의 역사적 맥락의 문제이기도 한데, 이를 이해하려면 학설이나 판결이 나온 시기와 시대를 정확히 알아야 한다. 가령 독일에서의 손실보상법과 관련한 논의들은 독일 내의 헌법 해석 투쟁 - 특히 바이마르공화국 시기 - 을 배경으로 해서만 비로소 그 전체적인 윤곽과 의의가 그려질 수 있다. 이런 검토에 더해 철학의 차이 - 예컨대 대륙식 관념론과 영미식 경험론의 차이는 법학에도 영향을 미친다. 앞서 보았듯이 독일의 판덕텐법학은 관념론의 영향을 받았다 - , 국가 운영을 떠맡은 세력 혹은 공무원 집단의 (정치적) 역량과 직업윤리, 근무환경을 따져보는 것도 비교(행정법)를 위해 중요하다.

1.3. 자본주의란 무엇인가?

자본주의란 무엇인가?⁹⁾ 많은 이가 ‘자본주의’를 시장경제의 동의어로 사용한다. 민간 기업들이 시장에서 벌이는 영리 활동이 경제생활을 지배하는 체제가 곧 자본주의라 여긴다. 시장에서 기업들이 자유롭게 경쟁하고 여기에서 살아남은 기업들이 부를 계속 축적한다. 그 결과, 사회 전체적으로는 소득과 일자리가 늘어나고 기술이 진보하며 국가가 번창한다. 고등학교 정치경제 교과서나 대학교 경제학 개론이 설파하는 이런 이상화된 시장경제의 모습이 일상어에서 ‘자본주의’가 뜻하는 바다.¹⁰⁾ 그러나 같은 말을 전혀 다르게 사용하는 논자도 있다. 예컨대 아날학과 역사학자인 페르낭 브로델은 자본주의의 역사적 탐구를 천명한 대작 <물질문명과 자본주의>의 결론에서 자본주의와 시장경제를 명확히 구별한다.¹¹⁾ 또한 통상적인 견해에 따르면 자본주의의 본질은 ‘생산’이겠지만 브로델은 이를 비판한다. 브로델은 자본주의의 고유한 영역을 상업 또는 유통으로 보았기에 그의 자본주의를 ‘상업자본주의론’이라 한다.¹²⁾

자본주의와 시장경제를 구별하려는 시각의 기원을 역사적으로 추적하다 보면 당대 정치경제학의 상식과는 다른 시각에서 자본을 재정의하려 한 마르크스의 고전적 시도와 마주하게 된다. 마르크스는 등가 교환이 이뤄지는 평등한 시민들의 영역이라는 시장에서 어떻게 이윤이 생겨나고 축적이 이뤄지는지 보여주기 위해 시장 이면의 ‘감춰진 장소’를 파고든다. 그곳은 자본가와 노동자 사이에서 임금-노동(시간) 교환이라

6) 공산주의(communism)와 공동체주의(communitarianism)는 둘다 자유주의에 맞서 공동체를 강조한다. 그러나 양자는 근본적으로 다르다.

7) 하인리히 하이네, 카를 마르크스, 프리드리히 엥겔스, 독일. 어느 겨울동화, 공산당선언, 연암서가, 2014, 275쪽.

8) Ernst Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp Verlag, 1983, 252쪽.

9) 자본주의라는 말은 1860년대에 세계 정치·경제의 새로운 용어로 등장했다. 에릭 홉스봄, 정도영 옮김, 자본의 시대, 한길사, 1998, 73쪽.

10) 장석준, “자본주의를 넘어”, 황해문화 통권 120호, 2023, 154-155쪽.

11) 페르낭 브로델, 주경철 옮김, 물질문명과 자본주의 III-2: 세계의 시간(하), 까치, 1997, 864-879쪽. 장석준, 위의 글, 155쪽.

12) 백승욱, 자본주의 역사강의, 그린비, 2006, 53쪽.

는 특수한 계약이 작동하는 생산 영역이다.¹³⁾ 이런 논의는 행정법을 위해서도 매우 중요하다. 자본주의의 본질을 생산이라고 보는 한, 행정법이 생산영역에 개입하는 것은 불가피하다. 따라서 행정법의 기본원리(제5장) 중 하나인 사회국가 혹은 사회적 법치국가는 분배국가인 동시에 생산영역에 개입하는 국가라고 해석해야 한다.¹⁴⁾

자본주의의 본질이 생산이면, 생산 영역을 떠난 자본주의는 불가능하고 자본주의는 반드시 생산에서만 발생해야 하는가?¹⁵⁾ 지금처럼 신자유주의 금융 세계화 시기에 이윤이 가장 많이 축적되는 부문은 생산이 아니라 금융이다.¹⁶⁾ 그렇다면 이것은 자본주의가 아닌가? 이런 질문에 답하는 것이 이 교재의 목표는 아니다. 다만, 자본주의가 (생산뿐 아니라 유통과 금융의 영역까지) 여러 영역을 옮겨 다닌다는 사실을 받아들인다면,¹⁷⁾ 자본주의와 행정법의 관계를 다루는 이 책도 금융공법 혹은 금융행정법(학)을 체계적 연구와 서술의 대상으로 삼아야 한다(이 책에서는 아직 여기까지 나아가지 못했다. 그러나 향후 계속 관심을 갖고 연구할 생각이다).

한편, 자본주의와 시장경제를 구별해야 한다고 말하게 되면, 그 시장경제를 (질서있게) 움직이게 하는 힘은 무엇인가 하는 다음 질문이 자연스럽게 나올 수밖에 없다. 자본주의와 국가 혹은 자본주의 국가를 탐구하는 것은 이 질문에 답을 찾는 작업이 될 것이다. 시장경제와 국가는 어떻게 협력하고 갈등하는가? 그리고 그것이 (행정)법에는 어떤 영향을 미치고 있는가? 이것은 행정법 공부를 시작하면서 제일 먼저 던져야 할 질문이기도 하다.

2. 자본주의 행정법의 유형에 관한 고찰

2.1. 자본주의 국가론 각론으로서의 행정법

(1) 국가는 갖가지 법률을 통해 자본주의적 사회관계를 생산하고 유지한다. 법률에는 다음과 같은 사항이 포함된다. 첫째, 자본주의 사회의 행위자들(자본가와 노동자, 소비자, 주주 등) 각각에게 법적 권리들을 배정한다. 둘째, 행위자들의 관계를 규율하는 절차적 규칙과 규범들을 정한다.¹⁸⁾ 행정법은 이 법률군(群) 중에서도 가장 중요한 법이다. 따라서 행정법을 공부할 때는 항상 국가의 의의, 국가와 사회 사이에서 행정의 역할을 염두에 두어야 한다. 국가의 성격이 바뀌면 혹은 국가가 자본주의적 사회관계를 생산하고 유지하는 방식을 바꾸면 행정작용의 양상도 달라지고, 이것은 행정법에도 영향을 준다.

국가가 사회구성체의 전체 구조와 역학(dynamic)에서 중요한 역할을 한다는 것은 분명하다. 문제는 국가란 무엇인가 하는 질문에 대한 답변이 그리 간단한 일이 아니라는 사실이다. 일상용어에서 국가는 주체가 되기도 하고, 사물이 되기도 한다. 또한 경제계급, 사회층, 정당이 혹은 관료층이 국가를 이용하여 자기들의 의도나 이익을 추구한다는 식으로 말해지기도 한다. 그러나 국가는 통일적인 주체도 아니고 마음대로 주무를 수 있는 사물도 아니다.¹⁹⁾

13) 장석준, 앞의 글, 156쪽.

14) 국순옥, “본 기본법과 사회국가”, 국순옥, 민주주의 헌법론, 아가넷, 2015, 295쪽 참고. 반면 포르스토프는 ‘사회적인 것’(das Soziale)은 개념적으로 단지 “나누고 배분하고 분배하는 과정”에만 관여한다고 해석하여 사회국가원리의 실체를 왜소화한다. Ernst Forsthoff, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, 186쪽. 국순옥, 위의 논문, 304-305쪽에서 재인용.

15) 백승욱, 앞의 책, 51쪽.

16) 백승욱, 위의 책, 53쪽.

17) 백승욱, 위의 책, 89쪽 참고.

18) 제프리 잉햄, 홍기빈 옮김, 자본주의 특강, 삼천리, 2013, 279쪽(표현은 필자가 수정).

19) 밥 제슈, 남상백 옮김, 국가권력, 이매진, 2021, 16-18쪽.

국가는 현실의 활동 안에서 형태와 외양을 바꾼다. 더 정확하게는 국가를 움직이게 만드는 정치적 제 세력과 국가의 관계 안에서, 국가와 사회 제 세력이 활동하는 환경 안에서 형태와 외양을 달리한다.²⁰⁾ 국가(및 국가에 의해 대표된 사회 제 세력)는 새로운 과제에 직면하면서, 자신이 해야 할 일의 우선순위를 재규정하고, 활동을 확대하거나 축소하며, 혹은 새롭게 이해관계를 형성하고 활동의 규모를 조정하는 것을 되풀이하는 방식으로 자율성을 높인다. 국가는 사회구성체 안의 하나의 구성요소이면서도, 그 사회구성체의 응집성을 유지해야 할 책임을 지고 있는 모순적 존재이다.²¹⁾ 국가와 상층 자본가계급은 상속세 폐지가 자본주의에 대한 다수 대중의 지지를 약화할 우려가 있으므로 이에 반대하거나(2000년대 초 미국 사례), 필요하다면 누진적 과세도 지지할 수 있다.²²⁾ 부유세를 도입하는 것이 자신들을 부유하게 만든 이 체제를 유지하는데 도움이 된다고 주장하기도 한다.

이 모순을 간파해내면서 국가 장치들이 공동의 이익, 혹은 일반의사의 이름으로 국민 혹은 주민 전체를 구속하는 결정을 내리고 집행하는 경로와 방식을 알아내는 것, 이것을 나는 국가론 각론으로서의 행정법학의 역할이라고 생각한다. 즉, 행정법학에서 국가는 국법학적으로 접근해야 할 일반이론적 문제라기보다는 사회 전체와의 관계에서 국가의 범위를 실질적으로 확정(劃定)하고, - 가령 주택공급이라는 공적인 임무를 수행하는 재개발조합과 같은 사적 주체들을 공법상의 권한을 가진 ‘국가’로 볼 수 있는가 하는 문제 등 - 그 국가의 행위와 작동방식이 자본주의적 생산과 재생산에서 수행하는 정치적 의미 내용을 개별 구체적으로 검토해야 할 문제이다.

(2) 우리는 상부구조의 한 부분인 행정법의 작동방식에서 자본주의적 보편성을 밝혀냄과 동시에, 나라별 행정법의 특수한 양상도 읽어낼 수 있어야 한다. 단적으로, 미국 행정법에는 독일식 행정행위 개념 자체가 없다.²³⁾ 중앙집권 권력 혹은 연방 행정기구가 의회 제정법(Parlamentsgesetz)에 근거하여 엇나가는 방식으로 전국적으로 통일된 규율 내용을 일방적-고권적으로 결정하는 식의 체계가 미국(연방)행정에는 결여되어 있기 때문이다. 이점에서 미국의 정치·행정구조는 확실히 ‘분권적’이다.

과태료나 과징금과 같은 금전적 제재 사례만 보아도 행정행위가 없는 미국행정법의 한 단면이 보인다. 미국의 대다수(연방) 행정기관은 일방의 당사자로서 소송을 제기할 수 있을 뿐, 스스로 종국적인 납부 명령을 내리는 것은 예외에 속한다(후술할 이른바 사법적 집행방식). 프랑스식 행정법을 갖지 않은 영국적 전통과 그것에 영향을 받은, 미국법에 뿌리 깊게 자리하고 있는 ‘당사자주의(adversarialism)’적 사고가 이런 식의 제도 형성에 영향을 주었다.²⁴⁾ 반면 후발 자본주의 국가 독일에서는 일방적-고권적 결정 방식이 오랫동안 선호되어왔다.²⁵⁾

20) 미국에서 이른바 “국가의 연장된 팔”(Jan Hirsch)로서의 NGO 혹은 시민단체의 활동이 1980년대 이후 눈에 띄게 늘어난 것은 레이건 대통령 이후 정부의 업무를 민간에 위탁(outsourcing)하는 경향이 강화되었기 때문이다.

21) 밥 제츨, 남상백 옮김, 앞의 책, 23쪽.

22) 피케티에 따르면 프랑스 혁명으로 도입된 상속세는 1791년부터 1901년까지 엄격한 비례세였다. 그러다가 자본가계급은 제1차 대전과 1917년의 볼셰비키 혁명 등 임박한 위기에 대응하기 위해 누진세의 도입을 지지하지 않을 수 없었다. 토마 피케티, 21세기 자본, 글항아리, 2014, 406, 598-600쪽.

23) Winfried Brugger, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, 2. Auflage, C. H. Beck, 2001, 232쪽. 다이시는 명칭이 없다는 것은 결국 우리가 그 대상 자체를 승인하지 않았음을 의미한다.”고 말했다. 알버트 다이시, 안경환·김종철 공역, 헌법학입문, 경세원 1993, 223쪽(번역은 필자가 수정).

24) 정인영, “미국 행정법의 금전적 제재(Civil Penalty)”, 행정법연구 제69호, 2022, 74쪽.

25) 통상 일방적-고권적 결정방식이 효율성 및 속도에서 상대적으로 유리했던 것은 사실이다. 그러나 이런 ‘장점’도 독과점 기업에 대한 과징금 부과와 같은 사례에서 점점 더 상대화되고 있다. 예컨대 한국의 공정거래위원회가 구글에게 과징금 421억을 부과하는 데는 조사시점을 기준으로 5년(2018-2023)이 걸렸다. 독과점 플랫폼 기업에 대한 제재는 반드시 행정소송까지를 염두에 두어야 하므로 행정결정은 엄격한 행정절차를 지킨 조사와 의견청취를 거치게 된다. 이로써 독일식 시스템 하에서도 최종결정까지는 점점 더 많은 시간이 걸리고 있다.

2.2. 복지 자본주의의 세 가지 세계와 행정법의 해석

“국가는 사회구성체 안의 하나의 구성요소이면서도, 그 사회구성체의 응집성을 유지해야 할 책임을 지고 있는 모순적 존재”라는 것, 그 “모순을 간파해내면서” 국가가 “자본주의적 생산과 재생산에서 수행하는 정치적” 행위 및 그 작동방식을 알아내는 것이 국가론 각론으로서의 행정법의 역할이라고 했다. 나는 이 작업을 수행하는데 에스핑앤더슨의 <복지 자본주의의 세 가지 세계>가 일정한 도움을 줄 수 있다고 생각한다.

에스핑앤더슨은 18개국 데이터를 꼼꼼히 분석한 뒤 자본주의를 세 개의 복지국가 레짐(자유주의레짐, 보수주의레짐, 사회민주주의레짐)으로 유형화했다. 레짐(regime)이란 말을 사용한다는 것은 국가와 경제 간에는 법적·조직적 관계가 체계적으로 뒤얽혀있음을 지시한다.²⁶⁾ 이는 국가만이 아니라 널리 사회전체를 시야에 넣고 복지의 생산·공급주체를 검토하겠다는 의미이기도 하다. 복지가 생산되고, 그것이 국가, 시장, 가족 사이에서 배분되는 종합적인 방식으로서의 복지레짐의 차이가 복지국가의 유형을 결정한다. 이런 접근은 복지를 생산·공급하는 주체가 국가(정부)만이 아니라는 사실, 시장과 공동체(가족과 지역)도 그러한 주체가 될 수 있다는 사실, 그리고 복지의 생산·공급과 관련하여 이 세 주체의 특징과 기능을 어떻게 살려나갈 것인가가 매우 중요하다는 것을 시사한다. 물론 여기서 말하는 복지 혹은 복지국가는 좁은 의미의 그것이 아니라, 정치경제전반에 관련된 것을 의미한다.²⁷⁾

나는 행정법 또한 경제를 관리하고 조직화하는 국가의 광범위한 역할과 관련되어 있다는 점에서 에스핑앤더슨이 유형화한 세 개의 복지국가 레짐이 ‘비교행정법’을 위한 도구로 유용하다고 생각한다. 가령 그는 독일을 보수주의레짐으로 분류하는데, 이 레짐은 조합주의적(코포라티즘적), 국가주의적 역사적 유산을 물려받고 있으며, 보수주의적 혹은 강도가 높은 ‘코포라티즘적’ 복지국가의 모습을 보인다.²⁸⁾

예컨대 독일과 같은 보수주의 레짐에서는 단체소송을 예외적으로 인정하더라도 그 허용범위는 조합주의(코포라티즘)의 성격을 충실히 따른다. 단체소송에도 크게 보아 두 유형이 있다. 하나는 미국식이다. 대표당사자소송(class action)이 이에 해당한다. 다른 하나는 독일식 등 대륙법의 방식이다.

미국은 국가법의 집행에 사인을 개입시키는 사인에 의한 법집행(private law enforcement)이 발달한 나라다. 경쟁법, 자본시장법, 제조물책임법이 이러한 법집행을 허용하며, 나아가 환경법이나 차별금지법의 영역에서도 사인에 의한 법집행이 법을 집행하는 방법 중의 하나로 중요한 역할을 한다. 그 핵심적 수단이 소송인데, 그중에서도 연방민사소송규칙 규정 23(Federal Rules of Civil Procedure Rule 23)에 따른 대표당사자소송이 중요하다.²⁹⁾ 또한 다수의 환경법률이 규정의 준수를 소송으로 다룰 수 있는 권한을 모든 사람에게 부여한다. 시민들은 누군가가 환경법상의 의무를 지키지 않는다면, 그가 환경침해적 기업이든 아니면 행정청이든 그들을 상대로 소로서 다룰 수 있다. 행정규범의 발령을 소를 통해 주장하는 것도 가능하다.³⁰⁾ 사인에 의한 법집행은 자유주의 레짐의 미국에서는 아주 오래된 전통이자, 미국의 법집행에서 불가결한 요소이다. 그러나 사인에 의한 법집행은 국가법의 집행과 관련한 민주적 책임성의 문제를 발생시킨

26) G. 에스핑앤더슨, 박시종 옮김, 복지 자본주의의 세 가지 세계, 성균관대학교출판부, 2007, 18쪽.

27) G. 에스핑앤더슨, 박시종 옮김, 위의 책, 17쪽.

28) G. 에스핑앤더슨, 박시종 옮김, 위의 책, 63쪽.

29) 미국은 1842년 형평규칙(Equity Rule) 제48조에 처음으로 연방대표당사자소송을 규정하였다. 이 규정은 형평법 관련 소송절차에만 한정적으로 적용되었다. 그 이후 1938년 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure) 제23조에서 일반민사소송 전반에 적용되는 대표당사자소송을 규정하였다. 현재의 연방민사소송규칙 제23조는 1966년 개정된 내용을 바탕으로 한다. 최광선, “현행 단체소송 제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구 - 공익소송의 활성화를 중심으로 -”, 인권법평론 제28호, 2022, 365쪽.

30) Schmidt-Assmann, *Das Verwaltungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*, Nomos, 2021, 136쪽.

다. 또한 이런 식의 법집행을 통제하는 것은 제한된 범위 내에서만 가능하다는 점, 그래서 그 가치를 지나치게 과대평가하면 안 된다는 점도 유의해야 한다.³¹⁾

반면, 독일법은 미국법의 방식을 흔쾌히 수용하지는 않는다. 나아가, 환경법과 소비자법 영역에서 부분적으로 단체소송을 도입한다고 하더라도, 그것의 원고적격은 제한된 단체에게만 인정하였다. 예컨대 자연보호법상 단체소송이 그러했다. 이 단체소송은 각 주(州) 자연보호법에 먼저 도입되었고(시초는 1979년 브레멘주의 자업보호법), 2002년에는 연방자연보호법도 이를 수용했다. 그런데 이들 단체소송은 일정한 요건을 충족하는 승인단체에게만 일정한 행정절차 참가권을 부여한 후, 이 단체들만 공익적 단체소송을 제기할 수 있게끔 제도설계가 되어 있다.³²⁾ 개인주의적 주관적 공권 체계를 조합주의(코포라티즘)의 관점에서 국가가 허용한 단체에 한해서만 부분적으로 해제하는 방식을 취하는 것이다. 이처럼 단체소송의 의의 및 운용 실태 하나에도 각국이 (광의의) 복지(welfare)를 실현하는 방식, 이를 실현하기 위해 개인과 단체를 활용 혹은 조직하는 방식이 다르게 전개되고 있음을 확인할 수 있다.

3. 대륙형 행정법의 모체인 프랑스 행정법의 보편성과 특수성

3.1. 대혁명 이후 재판제도의 변화와 프랑스 행정법

프랑스는 근대 유럽 행정법의 모국이라 불리고 있다. 행정법은 프랑스에서 탄생하고 발전했다고 평가된다. 프랑스 행정법은 대혁명 이후 1세기 내내 발전하여 현재와 같은 모습을 갖추게 되었지만, 그 과정이 순탄하지만은 않았다. 100년이 넘는 시간동안 지속된 혁명적, 헌법적 갈등이 그 내용형성에 중요하게 작용하였다.³³⁾

1789년 이후 프랑스에서 행정법이 등장한 데에는 대혁명 이후 단행된 재판제도상의 근본적인 변혁이 결정적이었다. 특히 ‘고등법원’(parlement)으로 번역되기도 하는 사법(司法)재판소=‘일반법원’에 대해 취해진 조치가 중요하다.

사법재판소의 월권에 대한 두려움은 이미 몽테스키외의 저 유명한 말 - “재판관은 법률의 단어들을 발화하는 입이어야 한다” - 을 통해 표현된 바 있지만, 혁명 이후 로베스피에르는 이렇게 요구하고 나섰다. “법정이 법률을 해석한다는 말은 (...) 이제 우리의 언어에서 삭제되어야 마땅하다. 헌법과 입법부가 존재하는 국가에서는 법정에서 논의하는 법률이란 오직 의회에서 제정한 법률에 지나지 않기 때문이다. 만일 법률의 해석에 대하여 의문이 있다면, (그들은) 의회의 입법자에게 조회해야 할 것이다.”³⁴⁾ 혁명 후에 곧바로 입법조치에 의하여(1790. 8. 16-24 법률, Loi des 16-24 Août 1790) 모든 행정사건에 대한 사법재판소의 재판권을 배제하는 조치가 취해진(Tit. II, Art. 11-13) 배경에는 이런 논리도 가세했다.³⁵⁾

아무튼 위 법률에 따르면 일반법원은 어떤 방식으로든 입법부의 행위에 관여하는 것이 금지된다. 또한 법원의 기능은 행정임무와 엄격히 분리해야 한다고 못박고 있다. 판사들은 어떤 경우에도 행정청의 행위를

31) Schmidt-Assmann, 위의 책, 136-137쪽.

32) 조태제, “독일 환경법에서의 단체소송 입법의 현황과 전망”, 한양법학, 제27권 제2집, 2016, 5쪽. 다만, 유럽연합의 통합과 유럽법의 통합과정에서 이런 방식이 점차 비판받고 있다. 향후 귀추가 주목된다. 김용민, “유럽연합 환경행정법과 독일 환경행정법의 갈등과 융합 - 단체소송을 중심으로 -”, 환경법연구, 42권 3호, 2020, 89-122쪽.

33) A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Eighth Edition, 1915, 330쪽; 알버트 다이스, 안경환/김종철 공역, 헌법학입문, 경세원 1993, 225쪽. 이하 인용은 한국어 번역본을 필자가 대폭 수정한 것이다. 이하 각주표기시 원저는 Dicey로 번역본은 다이스로 했다.

34) Archives Parlementaires, 1re serie, Bd. 20, p. 516. 라이하르트 퀴넬, 서사연 옮김, 부르주아 지배체제론, 학문과사상사, 1987, 49쪽.

35) 김동희/최계영, 행정법1, 2023, 27쪽은 1789년이라고 표기하고 있으나 1790년이 맞다.

방해하거나 그것에 개입하거나 혹은 직무상의 행위를 이유로 행정공무원을 소환하면 안 된다.³⁶⁾ 이로써 국가나 지방자치단체에 의한 공기업 경영, 모든 작위와 부작위, 모든 행위 및 계약은 이제 일반법원의 관할에서 제외된다.

다이시는 이 법률을 진정한 혁명정신을 은연 중에 드러낸 여러 사례 중의 하나로 평가했다.³⁷⁾ 1789년 프랑스 대혁명 이후 새정부는 혁명적 입법조치 및 그 법률의 집행을 옹호하고 지켜내려면 법복귀족들의 개입에서 자유로운 제도를 설계해야 한다고 생각했다. 물론 이런 것이 만들어진다면 일반법원의 판결이 쌓여 만들어진 법체계와는 독립한 새로운 법체계가 형성될 수 있을 것이라고 처음부터 예상하지는 않았을 것이다. 그러나 결과적으로 그렇게 되었다. 1790년의 법률이 이 길을 처음 열었고, 나폴레옹은 그 길을 정식의 대로로 만드는 데 기여하였다. 그는 브뤼메르 18일의 쿠데타 이후 제정한 헌법(the consular constitution of the Year VIII, 1799)에 의거 콩세유 데타(Conseil d'Etat)를 설립했다.³⁸⁾

나폴레옹에 의해 창설된 혹은 부활한 콩세유 데타는 모든 통치구조의 중심에서 있었다. 콩세유 데타는 나폴레옹이 찾아낼 수 있었던 최고의 행정전문가들로 구성되어 있었고, 그 위원들은 최고통치자에게 조언할 수 있는 권한과 의무를 지니고 있었다. 콩세유 데타 혹은 다수의 위원이 온갖 종류의 국사에 관여했다. 이 기관과 위원들은 정치, 행정, 행정법의 문제를 다루었다. 콩세유 데타는 모든 일에 대해 국가에 자문을 할 권한을 갖고 있었으므로 행정활동에서 생기는 분쟁에 대해서도 자문을 했다. 이것은 콩세유 데타의 운영에서 재판절차를 늘리는 계기로 작용했다.

1800년의 시점에서 행정소송과 행정업무가 명확히 구분되었다고 말하기는 힘들 것이다. 그러나 콩세유 데타가 재판업무를 수행하는 경우에서조차도, 이 기관은 스스로를 법원이 아니라 (장관급) 행정부서로 생각했다. 또한 법원으로 기능하는 콩세유 데타가 판결을 내리거나 자문을 할 경우에도 행정부를 상대로 그 결정을 강제할 아무런 수단이 없었다. 사실 행정부 스스로 콩세유 데타의 판결의 집행을 이의없이 받아들이기까지는 상당한 시일이 걸렸다. 1872년에 와서야 비로소 콩세유 데타의 결정들은 법적으로 진정한 판결의 지위를 획득하게 된다.³⁹⁾ 즉, 행정법적 사건에 대한 콩세유 데타의 결정들은 1872년 5월 24일의 법률에 의해 처음으로 판결의 강제력(the obligatory force of judgements)을 갖게 되었다. 그 이전까지 이들 결정은 국가원수에게 주는 자문의견에 불과하다는 것이 이론과 실무 양쪽의 견해였다.⁴⁰⁾

프랑스 행정법의 발전은 이 콩세유 데타의 자문의견, 판례에 힘입은 바가 크다.⁴¹⁾ 1789년 이후 100년이 넘는 세월 동안의 갈등과 투쟁, 그 과정에서 제정된 법률들 - 특히 콩세유 데타의 결정에 판결의 강제력을 부여하고 콩세유 데타의 관할권을 축소한 위의 1872년 법률과 같은 1870년 이후의 '개혁' 입법들 - 이 행정법의 발전을 이끌어왔고, 행정실무의 자의성을 확고한 행정법 체계로 변모시켰다. 그러나 이런 외형적인 모습이 모든 것을 설명하지는 못한다. 우리가 동시에 보아야 할 것은 프랑스 여론상의 느리지만 지속적인 변화, 프랑스의 법학과 논리학의 영향을 받은 콩세유 데타 법률가들의 강단있는 태도이다.⁴²⁾ 구체적으로, ① 1800-1818년 시기에 콩세유 데타는 재판전례의 길을 통하여 일련의 원칙들을 만들어냈는데, 콩세유 데타는 이에 의거하여 행정법적 분쟁을 실무적으로 해결했다. ② 42년에 걸친 1818-1860년 시기 동안에는 수

36) Dicey, 337쪽; 다이시, 231쪽.

37) Dicey, 337쪽; 다이시, 231쪽.

38) 콩세유 데타는 국사원, 국참사원으로 번역되기도 한다. 그러나 최고행정재판소로서의 이 기관의 지위를 강조하려면 위와 같은 번역어는 적합하지 않다. 이에 법학에서는 원어 그대로 표기하는 경우가 많다. 김동희/최계영, 행정법 1, 28쪽 참고.

39) Dicey, 344-345쪽; 다이시, 236쪽.

40) Dicey, 360쪽; 다이시, 248쪽.

41) 김동희/최계영, 행정법1, 2023, 28쪽 참고.

42) Dicey, 362쪽; 다이시, 250쪽.

많은 개혁이 진행되었다. 부분적으로 이는 입법의 길을 통한 것이었으나 대다수는 재판실무에 의한 법형성에 의한 것이다. 콩세유 데타의 재판기능은 동 기관의 행정업무와 다소간 분리되었다. ③ 48년에 걸친 1860-1908년 시기에 행정법의 발전은 안정된 경로로 접어들었다.⁴³⁾ 또한 콩세유 데타의 법률가로 활동하다가 대학으로 유입된 혹은 그 반대의 경로로 행정법을 연구한 학자들도 프랑스행정법의 발전에 매우 중요한 역할을 했다.

3.2. 평등주의적이고 법률주의적인 자코뱅 이데올로기

콩세유 데타 법률가들, 학자들의 공동체와 그들 사이의 논쟁과 대립에 대해 본격적으로 얘기하기 전에 프랑스 행정법의 경제적 토대에 관해서도 잠시 언급하고 넘어가야 한다. 하필 프랑스는 이런 나라가 되었을까? 프랑스는 어떻게 해서 다이스가 비판한 ‘대륙식 행정법’의 모국이 되었을까? 혁명적 입법조치 및 그 법률의 집행을 옹호하고 지켜내려면 법복귀족들의 개입에서 자유로운 제도를 설계할 필요가 있었다고 말했는데 진작 빠뜨린 설명은 그 혁명적 입법조치가 추구했던 목적이 무엇이었는가 하는 것이다. 이것을 사회경제사적으로 설명할 수 있어야 한다. 그리고 사실 이것이 콩세유 데타라는 제도적 장치보다 더 중요한 (초기) 프랑스 행정법의 토대이다. 이미 필자는 행정법=뿌띠 부르주아지의 법이라는 얘기를 여러 차례 했다. 그러한 행정법의 성격은 1789년 이후 프랑스에서부터 나타나기 시작했다. 앙드레 드미셀은 이런 비평을 한 적이 있다. “대혁명 이후의 뿌띠 부르주아지(petite bourgeoisie)의 **평등주의적이고 법률주의적인 자코뱅 이데올로기**(d'une idéologie jacobine égalitariste et légaliste)가 콩세유데타(Conseil d'Etat)의 판례를 통해 구축된 것”, 이것이 프랑스행정법이다.⁴⁴⁾

자코뱅주의는 자코뱅 그룹(로베스피에르)의 원리를 말한다. 소유권의 제한에 기초하여 소(小)소유자의 평등사회를 이상으로 삼고, 그 실현을 위해 혁명독재를 한다. 이 이데올로기는 19세기 뿌띠(소) 부르주아 급진파에 의해 계승되었는데,⁴⁵⁾ 그 이유를 설명하려면 1793년-94년의 급진적인 자코뱅=산악당(montagnard)의 독재 하에서 농민대중의 요구에 가장 적합하게 변형되고, 나폴레옹 체제 하에서 그 이상의 급진화가 저지되면서 고정된, 토지변혁의 역사적 성격에 주목해야 한다.⁴⁶⁾ 프랑스행정법이 뿌띠 부르주아지의 법이라는 것은 이 새로운 법의 성격이 대토지분할 이후 토지를 불하받은 소농 및 자영업자들의 이해관계에 의해 크게 결정되었음을 의미한다. 자본주의 초기단계에서 행정법 분쟁의 상당 부분은 ‘자유와 재산’ 즉 영업의 자유와 소유권 등 뿌띠 부르주아지의 관심사와 관련된다.⁴⁷⁾ 이런 문제에 온 힘을 다해 나설 수 있는 주체가 존재하고 그들이 (계급)투쟁을 통해 자기 주장을 지속할 수 있어야 (행정)법은 만들어지고 발전할 수 있다. 농민적 농업혁명을 통해 소농민경제의 고전적인 나라가 된 프랑스는 그런 최적의 사회경제적 토대를 갖춘 국가였다.

부르주아 혁명기의 농민적 농업혁명은 그것을 추진하는 농민층의 역사적 성격으로 보아 철저하게 반(反)봉건적임과 동시에 또한 뿌띠 부르주아적이었다. 특히 반봉건적인 평등·민주주의의 이념이 절대적이면 절대적일수록 세분(細分)된 분할지소유제 체제의 유지에 매달리게 된다. 절대적 권리로서의 소유권을 기반으

43) Dicey, 362-364쪽; 다이스, 250-252쪽.

44) André Demichel, *Le Droit Administratif*, 1978, 13쪽.

45) 世界史小辞典, 山川出版社, 2011, Jacobinisme 항목.

46) 芝原拓自, 김홍식/이영훈 공역, 소유와 생산양식의 역사이론, 비봉출판사, 1990, 234쪽.

47) 1789년의 ‘인간과 시민의 권리선언’ 제17조는 “소유권은 불가침의 신성한 권리이므로, 누구도 합법적으로 확인된 공공의 필요성이 명백히 요구하는 경우가 아니고서는, 그리고 정당한 사전 보상의 조건이 이루어지지 않고서는 그 소유권을 빼앗길 수 없다.”고 명시했다. 영업의 자유 혹은 상공업의 자유(liberte du commerce et de l'industrie)는 1789년의 선언에는 직접적·명시적으로 나타나지 않았지만 혁명기(1791년 3월 2-17일)의 입법에서 실정법화되었다(Décret d'Allarde).

로 시민사회의 제 관계를 규정한 나폴레옹 법전은 평등원칙의 관철형태의 하나로 분할지의 균분상속제마저 법적으로 승인하고 고정하여, 점점 더 분할지적 토지소유가 고정화·세분화되는 데 기여했다. 이런 과정을 거쳐 근대 프랑스는 소농민경제의 고전적인 나라가 되었다.⁴⁸⁾

실제로 왕정복고기 당시 프랑스 자유주의자들은 국참사원의 자의적 권한 행사와 행정법의 확장에 저항했지만, 부르봉 왕가의 축출 이후에도 - 비록 그 시도는 했지만 - 행정법원(the tribunaux administratifs)을 폐지하지도 않았고, 행정법을 완전히 지워버리지도 않았다.⁴⁹⁾ 행정법에 대한 공격은 성공하지 못했고, 일반법원과 행정법원의 관할 분리는 그대로 유지되었다.⁵⁰⁾ 왜 이런 결과가 나왔을까? 행정법상의 모든 특별한 내용(국가와 그 공복의 특권적 지위 인정 등), 행정법원에 내재한 제 결함에도 불구하고, 전체적으로 볼 때 자신들에게 유리하다고 생각한 이 체제를 프랑스인들이 수용하기로 마음 먹었기 때문이다.⁵¹⁾ 특히 ‘국유재산매각소송’에서 공세유 데타가 취한 입장 - “공세유 데타는 1789년과 1814년 사이에 단행된 국유지 매각을 확정하는 등 혁명과 나폴레옹 제정기에 행정기관이 내린 결정을 무효화하려는 모든 시도에 저항하였다.”⁵²⁾ - 은 중 소농민, 독립자영농민 및 자영업자들이 새롭게 등장한 행정법을 지지하는데 결정적으로 작용했다. 그러나 나폴레옹이 확립한 이 소유형태는 19세기 중반을 넘어가면서 대다수 프랑스 국민 대중에게 질곡으로 변하기 시작했다. 이런 토대의 변화는 위에서 말한 ①,② 단계를 지나 ③단계의 행정법과 논쟁이 발생할 조건을 형성했다.

19세기 중후반기에 레옹 뒤기 등을 필두로 하는 공역무 학파가 본격적으로 등장하는 배경은 칼 마르크스가 <루이 보나파르트의 브뤼메르 18일>위에서 기록한 대로 자본의 승리와 함께 확인된 사회 유대(紐帶)의 해체이다. 분할지 소유는 평등한 사람들로 이루어진 사회의 승리를 보여주는 것 같았다. 그러나 대공업의 체제가 노동자의 유대와 전문지식을 점진적으로 파괴한 것과 꼭 마찬가지로 자유경쟁체제는 토지를 부르주아 자본이 ‘자신의 이권·이익을 위해 경쟁하는 장소’로 만들어버렸다.⁵³⁾

3.3. 레옹 뒤기의 공역무이론과 프랑스 행정법

프랑스 행정법은 오랫동안 공권력(puissance publique)과 공역무(le service public)라는 두 중심개념을 두고 각축해왔다. 양자는 행정의 임무 영역, 즉 경찰행정과 급부행정을 지칭하는 것이기도 하지만,⁵⁴⁾ 조금 깊이 있게 들여다보면 행정이 담당해야 할 국가 임무의 중점을 경찰작용에 놓을 것인지(공권력, 경찰국가) 아니면 사회(보장)행정작용(공역무, 사회국가)에 놓을지의 차이를 담고 있다.⁵⁵⁾ 그러다보니 학파들은 양 개념 중 어느 하나를 행정법의 중심개념으로 만들기 위해 논쟁해왔다. 물론 오늘날 양자는 더 이상 두 개의 모순하는 개념으로 이해되지 않는다. 공역무는 행정작용의 목적, 공권력은 그 목적을 실현하는 수단이라는 식으로 양 개념은 내적으로 결합되어 있다고 본다.⁵⁶⁾ 그럼에도 불구하고 우리는 19세기 내내 프랑스 행정법의 핵심 개념의 지위를 놓고 각축했던 두 개념 중 공역무에 관해, 그리고 이 개념을 중심으로 행정법을 구축하려고 한 공역무 학파에 관해 살펴볼 필요가 있다.

1789년 대혁명 이후 국가나 지방자치단체에 의한 공기업 경영, 모든 작위와 부작위, 모든 행위 및 계약

48) 芝原拓自, 김홍식/이영훈 공역, 앞의 책, 237-238쪽.

49) Dicey, 373-375쪽; 다이시, 260-261쪽.

50) Dicey, 377쪽; 다이시, 263쪽.

51) Dicey, 377쪽; 다이시, 263쪽.

52) Dicey, 373쪽; 다이시, 260쪽.

53) 자크 동즐로, 주형일, 사회보장의 발명, 동문선, 2005, 57쪽.

54) Hübner/Constantinesco, *Einführung in das französische Recht*, 79쪽 참고.

55) Hübner/Constantinesco, 위의 책, 67쪽.

56) Hübner/Constantinesco, 위의 책, 68쪽.

이 일반법원의 관할에서 제외되고, 1800년 이후에는 위 영역에서의 분쟁도 콩세유 데타가 처리하게 되었다는 점은 이미 살펴보았다. 문제는 콩세유 데타가 설립되었고 이 기관에게 행정법 분쟁의 처리를 맡겼다고 해서 모든 사태가 종결된 것은 아니라는 점이다. 나폴레옹 시대가 끝난 뒤에는 왕정복고기를 거쳤고 루이 필립 ‘시민왕’ 시대 이후 공화국이 들어섰다가 나폴레옹 3세의 제2제정이 재차 등장하는 식의 정치적 격변이 되풀이 되었고, 그럴 때마다 콩세유 데타의 권한과 권한행사 방식에 관한 논의와 논쟁이 되풀이 되었다. 즉, 콩세유 데타가 관할할 수 있는 범위가 어디까지인지, 나아가 그런 기관이 재판업무까지 맡는 것이 정당한지, 콩세유 데타의 조직개편을 통한 행정재판의 독립성을 향상시켜야 하는 것은 아닌지에 관한 논쟁은 피할 수 없는 일이었다. 예컨대 왕정복고기(1815-1830)에는 대혁명 이후 귀족·사제로부터 몰수한 국유재산(biens nationaux)을 시민(대표적으로 농민)에게 매각한 행위들을 다투는 ‘국유재산매각소송’을 어느 법원의 재판관할권에 복속시켜야 하는가 하는 문제를 두고 해석상의 다툼이 벌어졌다.⁵⁷⁾ 이 관할권 분쟁에서 중요한 역할을 한 것이 바로 공역무 개념이다. 공권력보다 훨씬 넓게 설정된 공역무는 당연히 행정법원, 즉 콩세유 데타의 관할을 확장하는 데 기여했다.

물론 행정법을 독일 행정법의 그것처럼 공권력의 관점에서 파악하려는 견해와 학파도 계속해서 프랑스 행정법학의 한축을 형성해왔지만,⁵⁸⁾ 오늘날까지도 프랑스 행정법학을 주도하며 그 영향력을 행사하고 있는 것은 공역무학파의 공역무행정법이론이라고 평가할 수 있다. 특히 뒤기의 공역무이론은 19세기 중엽까지 유력했던 자유주의 사조 - 행정은 사적 영역이 감당하지 못하는 예외적 상황에서만 공권력을 사용해 개입해야한다(공권력학파) - 를 극복하고 행정의 적극적 역할을 요구하던 시대적 상황에 응답한 것이었다. 자본주의의 폐해가 본격적으로 가시화한 19세기 후반이 되자 국가는 더 이상 자유주의적 사회 및 경제질서의 보장자로만 남아 있을 수 없게 되었다. 국가는 개인이 제대로 해결하기 힘든 과제들을 적극적으로 떠안아야 했다.⁵⁹⁾ 뒤기는 이런 상황이 국가를 “거대한 기업”으로 만든다고 보고, 이를 정당화했다. 즉, “국가는 제반 공역무를 행하는 공동경영체(coopération)이다. 국가는 은행, 운수(運輸), 조명, 우편·전신에 의한 커뮤니케이션 등 모든 종류의 작용을 행한다.”⁶⁰⁾

그런데 국가의 이러한 역할 증대는 그냥 이루어지는 게 아니다. 공공시설을 정비하려면 그 전제로 토지 수용, 그리고 우발적 손해에 대한 행정의 의무와 책임 배분을 둘러싼 일련의 계쟁(係爭)문제를 발생시킨다. 이를 해결하려면 종래의 공법이나 사법 그 어디에서도 찾을 수 없었던, 명확한 원칙을 손에 넣는 것이 급선무였다. 특히 국가의 행정적·사회적 개입은 그 규모가 컸기 때문에 자유주의자들의 불신을 불러일으키고 있었다. 그러므로 이론(異論)의 여지가 없는 개입정책의 근거를 발견하는 일이 시급했다. 국가의 행동범위를 제한할 수 있는 원칙이 해당임무를 수행하는 행정에 의해 준수된다는 것을 과연 어떻게 논증하면 좋을 것인가? 행정기구의 발달이 서서히 부지불식간에 국가관리사회로 나아가는 포석이 되지 않게 하려면 어떻게 해야할까?⁶¹⁾ 이것은 결국 국가의 사회개입, 국가권력의 확장에 충분히 용인할 수 있을 정도의 명확한 제한을 마련한 바탕 위에, 어떤 식으로 행정에게 법적으로 유효한 수단을 제공할 것인가 하는 문제로 귀결된다.⁶²⁾

바로 이러한 질문에 답하기 위해 두 명의 법이론가, 즉 레옹 뒤기와 모리스 오류가 ‘연대의 관념’⁶³⁾이라

57) 兼子仁, 앞의 논문, 7쪽.

58) 오토 마이어가 프랑스 행정법학의 연구를 통해 독일 행정법학 체계 구축의 기초를 닦은 것은 익히 알려져 있다. 그런데 오토 마이어는 프랑스 행정법학 내부의 논쟁, 즉 공권력학파와 공역무학파의 대립 중 전자에 집중하여 이를 독일 관헌국가 체제에 맞도록 절충하였다는 비판을 받는다. 兼子仁, 앞의 논문, 24쪽.

59) Hübner/Constantinesco, 앞의 책, 67쪽.

60) 레옹 뒤기, 이광윤 옮김, 일반 공법학 강의, 민음사, 1995, 258쪽.

61) 자크 동즐로, 주형일 옮김, 앞의 책, 78쪽.

62) 자크 동즐로, 주형일 옮김, 위의 책, 79-80쪽.

는 새로운 이론적 도구를 갖고 법철학 전반을 재정식화하는 길에 나섰다. 그러면서 그들은 공사(公私) 그 어느 차원에서건, 주체의 관념을 법의 기초로 삼는 관례를 더 이상 수용하지 않으려고 했다.⁶⁴⁾ 쉽게 말해 주권의 주체(국가), 권리의 주체(개인)라는 개념을 배척하고, 양자의 대립으로 법관계를 설명하는 방식을 지양하려고 했다. 이 사실은 중요하다. 임노동자는 자기의 노동력을 자유롭게 구매하는 시장에 나타나고, 계약이라는 법적 형태에 의해 매개되어야 하므로, 주체라는 카테고리(카테고리)는 자본주의 사회에서 결정적 의의를 갖는다. 이 주체 개념을 관념적 법이론은 자유(G. F. Puchta, 1798-1846)와 인격(G. W. F. Hegel, 1770-1831)의 이념 일반으로부터 연역해내었다.⁶⁵⁾ 그러나 자본주의 사회에서 주체, 즉 법-권리적(rechtlich)으로 평등하고 자유로운 사적 소유자라는 관념이 얼마나 기만적인지는 이미 살펴보았다(5장 생각해보기 2번). 또한 주권자로서의 국가는 언제나 전횡(專橫)을 휘두르는 권력으로 나타날 수 있다.⁶⁶⁾

바로 이 지점에서 두 사람은 연대라는 주제를 출발점 삼아, 한 사람은 공역무(service public)의 관념을 다른 한 사람은 제도의 관념을 기초로, 유사하면서도 대립하는 두 개의 사회철학을 전개해나갔다.⁶⁷⁾ 당시 통용되던 주관적 법철학은 주체의 왕국, 즉 주체가 일종의 절대군주로 군림하는 체제를 만들어냈다. 이러한 세계에서는 국가와 개인 사이의 분쟁은 불가피하다. 이 분쟁/대립의 결과물은 무엇인가? 정치적 평등을 창조해냈지만 경제적 평등은 만들어내지 못했다. 정치적 특권은 제거했으나 경제적 특권은 폐기하지 못했다.⁶⁸⁾ 이것이 마르크스가 비판한 ‘흡혈귀’와 같은 ‘부르주아 질서’이다.

국가는 지고의 주체가 아니다. 일개(一個)의 권력이다. 공역무로서의 자기실현에 전념하면 할수록 그에 따라 전횡도 감퇴해갈 것이다.⁶⁹⁾ 개인도 마찬가지로 지고의 주체라고 보아서는 안 된다. 개인은 구체적인 인간집단이라는 틀 안에서 각자가 짊어질 실질적 역할의 수행을 통해서 고찰될 필요가 있다. 연대의 관점에서 볼 때 개인은 하나의 역할에 불과하다. 개인은 수행해야 할 임무를 갖고 있을 뿐 고유하게 갖는 권리 같은 것은 존재하지 않는다. 객관법의 관점에서 보면 가령 소유권은 그 자체로는 정당성을 갖지 않는다. 뒤기는 말한다. “자본가 계급에게는 해야 할 역할이 있다. 자본을 모으고 그것을 기업의 자유재량에 맡기는 것, 그것이 이 계급의 사회적 역할이므로. 그러나 나는 소유에 대한 이 계급의 주관적 권리는 부인한다. 그 사회적 의무만을 나는 긍정한다.”⁷⁰⁾ 따라서 “자본가계급은 그들에게 주어진 사명을 완수하는 한 존속할 것이다. 귀족과 성직자가 1789년에 소거(消去)되었듯이, 이 계급도 자기의 사명을 소홀히하는 날, 그 날부터 소거될 것이다.” 뒤기는 마르크스가 비판한 저 부르주아 질서를 ‘개혁’하지 않으면 자본가계급과 그들의 사회는 존속할 수 없을 것이라고 본 것이다. 그래서 뒤기와 같은 제3공화국의 부르주아 계급은 경제적 불평등이 초래하는 공화국의 위기 - 이미 그들은 제3공화국 출범 직전에 파리코뮌을 경험했다 - 를 “사회적인 것의 발명”(L'Invention du Social)을 통해 넘어서보려고 했다. 이것이 비스마르크 체제(귀족계급과

63) “혁명기부터 19세기 중반까지 우애가 맡아 하던 일을 연대가 이어받으면서 (...) 법의 공화국에서 법적 승인을 받게 되었다.” 노서경, 의회의 조레스, 장의 조레스, 노동자의 조레스, 미농지, 311쪽. 동즐로에 의하면 1891년 푸르미(Fourmie) 학살(1891년 푸르미 지역에서 파업 중인 노동자들에게 군대가 발포하여 9명을 숨지게 한 사건) 이후에 우애(박애, 형제애)는 입 밖에 내기 힘든 단어가 되었다고 한다. 자크 동즐로, 주형일 옮김, 위의 책, 77쪽.

64) 자크 동즐로, 주형일 옮김, 위의 책, 80쪽. 뒤기와 오류 이론의 차이에 대해서는 여기서 더 설명하지 않는다. 다만 양자는 학문적 동료로서 서로를 존중하면서도 상대를 각각 ‘강단의 무정부주의자’(오류가 뒤기에게), ‘염치없는 유심론자’(뒤기가 오류에게)라고 비판했다. 자유주의적이고 전통적인 우파, 카톨릭 계층과 고용주들은 오류의 이론을 더 선호했다. 자크 동즐로, 주형일 옮김, 위의 책, 89, 92쪽.

65) 오이겐 파슈카니스, 박대원 옮김, 법의 일반이론과 맑스주의, 신서원, 2008 107쪽.

66) 자크 동즐로, 주형일 옮김, 위의 책, 84, 88쪽.

67) 자크 동즐로, 주형일 옮김, 위의 책, 80쪽.

68) 자크 동즐로, 주형일 옮김, 위의 책, 81-82쪽.

69) Léon Duguit, *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat: conférences faites à l'Ecole des hautes études sociales*, 1908. 자크 동즐로, 주형일 옮김, 위의 책, 84쪽.

70) Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901. 자크 동즐로, 주형일 옮김, 위의 책, 84-85쪽에서 재인용.

부르주아 계급의 타협체제가 취했던 방식, 즉 사회적 위기를 위에서부터 아래로 ‘사회보장을 급부’하는 식으로 돌파하려고 했던 방식과 구별되는 점이다.⁷¹⁾

뒤기의 법이론은 아주 수미일관하다. 사회적 연대(la solidarité sociale)의 법칙에 따른 객관적인 권한·의무만이 참된 법이라는 일종의 자연주의적 입장에서, 국가법인의 주권·공권력이든 개인의 권리든 둘다 주관적인 것이므로 법적으로 인정할 수 없다는 견해를 제시했다(공권력부인론 및 권리부인론). 이러한 그의 입장이 잘 정리되어 있는 문헌이 뒤기의 ‘행정법총론’으로 평가받는 <공법변천론, *Les transformations du droit public*, 1913>이다.⁷²⁾

이 책에 따르면 “공법은 공역무의 법이다. (...) 공법도 이제는 국가의 권리 및 주권에 그 바탕을 두지 않고, 공역무의 조직 및 운영을 대상으로 하는 통치자의 사회적 작용이라는 관념에 기초해 있다(52-53).” 행정행위도 바로 “공역무의 목적으로 행해진 개별적 행위”(147)이며, 행정계약과 달리 “일방적 행위이다(158-159).” “행정소송은 공역무의 운영(fontionnement d’un service public)에 관한 문제를 제시하는 모든 소송이다(167).” 행정행위는 대체로 개인의 주관적 법률상태가 아니라 “객관적 혹은 법정(法定)의 관계”(une situation objective ou légale)를 만들어내는 것에 불과하므로 그것을 취소하는 월권소송(越權訴訟)도 “객관소송”(un contentieux objectif)의 성질을 갖고(189-190), 원고국민은 이른바 권리를 원용할 필요 없이 특별한 이익(un intérêt spécial)만 갖고 있어도 된다(191). 또한 공역무의 운영이 개인에게 손해를 초래하는 “행정적 위험”에 대해 국가는 일반적으로 위험책임(responsabilité pour risque)을 져야 한다.⁷³⁾ 뒤기의 이런 주장은 지금도 프랑스 행정법의 사상적, 제도적 기반으로 자리잡고 있다. 앞에서 신뢰보호원칙을 설명할 때 이런 점을 간략히 언급했다(7.1.1). 뒤의 공권 부분에서는 프랑스 월권소송(취소소송)의 객관법적 특징을 설명할 것이다(13.2.1.). ‘모든 사람의 이익, 사회의 이익을 위해 개인이 받는 손해를 개인이 부담해서는 안 되기에 그에 대해서는 단체, 특히 국가라는 단체의 회계(會計)로 배상해야 한다’⁷⁴⁾는 그의 위험책임 사상은 독일식 과실책임주의를 이른바 과실의 객관화론으로 수정하는 우리 판례와 학설에도 반영되어 있다(23.2.1.). ‘공적 부담 및 불행한 사건 앞에서의 만인의 평등 이념(22.1.2.)도 사회적 연대의 정신을 구현한다.’⁷⁵⁾

3.4. 뒤기 행정법학의 시사점

(1) 뒤기의 행정법학은 게르버-라반트, 그리고 그의 비판적 계승자인 게오르크 옐리네크 류의 국가학/국법학에 기초한 행정법학과는 확실히 다르다. 뒤기는 독일식 국가법인설을 배척한다. 그는 그런 식의 생각은 형이상학적이고 주관주의적인 허구, 관념에 불과할 뿐이고, 실제 현실에서 단체는 그저 사람들의 집합체일 뿐이고, 주관적 의사를 가질 수 없다고 보았다.⁷⁶⁾ 그러나 19세기 내내 독일인들은 허구(의제, fiction)와 관념의 세계에 머물러 있었다. 그들은 눈에 보이는 사실을 기본 개념이나 본질에 관한 포괄적인 정의로부터 도출할 뿐, 현실의 정치·사회 문제를 논의하지 않았다고 비판받아왔다. 헤르만 헬러는 이점을 재삼재사 비판했다.⁷⁷⁾ 왜 그랬겠는가? 독일의 부르주아 계급은 관념 속에서만 새로운 현실의 ‘정신적 주

71) 자크 동즐로의 원저(Jacques Donzelot, *L’Invention du Social*, Fayard, 1984)를 우리말 번역은 “사회보장의 발명”으로 일본어번역은 “사회적인 것의 발명”으로 각각 옮겼다.

72) 兼子仁, 앞의 논문, 27쪽.

73) 이상 兼子仁, 위의 논문, 28쪽에서 재인용.

74) 레옹 뒤기, 이광운 옮김, 앞의 책, 257쪽.

75) 레옹 뒤기, 이광운 옮김, 앞의 책, 270쪽 참고.

76) 장운영, 앞의 책, 30쪽.

77) “게르버에 의해서 기초가 닦이고 라반트가 완성한 국법학, 법실증주의적으로 해석된 로마 사법학을 도구로 작업하는 국법학은 정치적·심리학적 무관심을 특징으로 하는 자연적 질서(ordre naturel)를 결국 일견 흠결없어 보이는

체'가 될 수 있었기 때문이다.

프랑스인들이 혁명을 통해 일거에 일반법원의 개입으로부터 벗어난 “활동적 행정”(통상의 행정작용)과 행정재판제도를 만들어내고 그로부터 행정법을 구축해나갔다면, 독일인들은 행정의 영역에도 영국식 법의 지배를 관철하기 위해 일반법원을 두는 헌법안(1849년의 프랑크푸르트 헌법안)이 좌절하자, 행정재판의 구성방식을 둘러싸고 19세기 후반 내내 논쟁하다가 결국 전통적으로 영주의 손에 있었던 행정사법을 행정재판소로 ‘발전’시키는 차원에서 논의를 봉합했다(타협). 이곳에서도 그후 권리구제제도는 본격적으로 가동되었지만, 프랑스와 달리, 그 권리는 철저히 주관적 개인적인 의미로 한정되고, 객관법의 존재, 즉 법질서에 대한 국가의 객관적인 기속은 단지 공권체계의 전제에 불과할 뿐 공권의 필연적 원인이 되지 못했다(반사적 이익론).⁷⁸⁾

뒤기는 주관적 권리를 위한 ‘개인의’ 투쟁이 동시에 객관법의 성취로 자연스럽게 발전할 것이라는 예링식의 사고도 믿지 않았다.⁷⁹⁾ 국가공권력에 맞서는 개인의 주관적 권리를 행정법의 중심에 놓는다고 한들 사회적 약자의 구제라는 객관법적 보장은 저절로 관철될 거라고는 생각하지 않았던 것이다. 권리는 항상 개인적-주관적 투쟁을 통해서만 쟁취되어야 하는가? 그렇다면 투쟁력이 없는 이들의 권리는 어떻게 되는가? 흑인, 여성, 장애인의 뒤쳐진 혹은 미완의 권리쟁취는 그들의 무능 때문인가? 예링식의 논리는 사회적 약자에게 ‘투쟁책임’을 전가함으로써 정의를 지연시키고 있는 것이 아닌가? 이처럼 ‘권리는 개인의 투쟁을 통해 쟁취되어 왔다’는 사실명제가 타당하다 해서 ‘권리는 개인의 투쟁을 통해 쟁취되어야 한다’는 규범명제까지 타당하다고 단언할 수는 없다.⁸⁰⁾ 그래서 뒤기는 사회의 질서를 유지하기 위한 사회적 연대 개념을 근본규범으로 삼고 있다는 점에서, 사회의 질서를 유지하고 모든 사람들이 사회 속에서 최소한의 삶을 보장받을 수 있는 정도는 국가가 개입해야 하는 것으로 생각했을 것이다.⁸¹⁾

뒤기의 객관법론이 항상 명쾌한 것은 아니다. 오히려 그 반대이다.⁸²⁾ 그럼에도 불구하고 그의 객관법론은 주관적 공권 중심의 독일행정법학에 터잡고 있는 한국행정법학에도 시사하는 바가 많다. 한국의 행정법 분쟁 - 꼭 행정소송의 형식으로 전개되지 않는다 하더라도 - 에서 권리의 이름으로 다투어지는 것은 더 이상 **권리일반(객관법)**이 아니다. 그것은 우리의 제(諸) 권리, 즉 사회적 분업 때문에 발생하는 것으로 간주되는 특이한 손해를 고려하면서, 이런 저런 사회계층에 부여된 종별적(種別的) 특권과 국소적(局所的) 보상을 내용으로 하는, 그러한 사회적 제 권리를 목표로 한 투쟁이 되고 있다.⁸³⁾ 이러한 상황에서 우리는 ‘사회적 연대 규칙으로서의 법’의 재생 혹은 귀환을 위해 뒤기의 객관법론을 우리 현실에 맞게 새롭게 다듬고 발전시켜나갈 필요가 있다. 또한 그의 객관법론은 “사회라는 것은 하나의 거대한 공역무이고, 공무원이야말로 주역(主役)”⁸⁴⁾이라는 사실을 환기하므로 그의 논지를 매개로 행정법의 발전에서 공무원의 역할을 강조할 수 있을 것이다.

(2) 나는 일본과 한국의 소시민적 행정법학의 기초에도 ‘평등주의적이고 법률주의적인 자코뱅 이데올로

폐쇄적인 법체계 내에서 발견해냈다고 믿었다.” 헤르만 헬러, 김효전 옮김, 바이마르 헌법과 정치사상, 산지니, 2016, 132쪽(번역은 필자 수정).

78) 게오르크 옐리네크, 김효전 옮김, 일반국가학, 법문사, 2005, 320-328쪽 참고.

79) 로스코 파운드는 “사회적 공리주의의 창시자이자 지도적 인물인 예링은 넓은 의미의 공리주의자였다”고 평가한다. Roscoe Pound, *Jurisprudence*, 1권, West Publishing Company, 1959, 130쪽.

80) 김진수, “권리를 위한 투쟁은 저주인가 축복인가? - 투쟁 의무의 소수자 억압 정당화 메커니즘을 중심으로 -”, 연세 공공거버넌스와 법 제12권 제1호, 2021, 119-120쪽.

81) 장운영, 앞의 책, 69쪽.

82) 장운영, 위의 책, 85쪽 참고.

83) 자크 동즐로, 주형일 옮김, 앞의 책, 9쪽.

84) 자크 동즐로, 주형일 옮김, 앞의 책, 91쪽.

기가 자리잡고 있다고 생각한다. 그리고 그 기원은 한국자본주의의 본원적 축적기인 1945년 이후의 농지 개혁에서 찾는다. 농지개혁은 소농, 즉 **뿌띠 부르주아지**라는 고전적 행정법의 주체를 탄생시켰고, 그들이 주장할 수 있는 가치(자유와 재산)를 형성했다(‘동아시아 소농사회와 한국행정법’).⁸⁵⁾ 그러나 **뿌띠 부르주아지의 주관적 권리 중심의 질서**는 19세기 중후반 프랑스공화국이 그러했듯 우리의 경우에도 그 한계를 고스란히 노정하고 있다. 19세기 말 뒤기가 사회적 연대를 기초로 한 객관법적 질서를 주장하고 이를 프랑스행정법의 기초로 삼았듯이, 우리 행정법의 이론과 실무도 혁신이 필요하다. 나는 이 점이 프랑스행정법에 대한 비교법적 고찰에서 반드시 고민해야 할 지점이라고 생각한다.

3.5. 소결

사법국가(Justizstaat)를 가장 선호하는 계급은 중산층 및 소부르주아 계급이라 할 수 있다. 권리구제형 재판작용의 **뿌띠 부르주아적 성격**은 여러 경제적 자유권의 현실적 적용례를 분석한 논문을 통해서도 확인된다. 직업의 자유의 이름으로 자신들의 경제적 자유를 법원에 현실적으로 호소하는 이들은 주로 소부르주아계급(자유직 종사자, 변호사, 의사 등)이라는 연구결과도 있다. 사실 독점자본은 법원에 호소하기보다는 예전처럼 입법부에 직접 로비를 하거나 오늘날 일반적인 것처럼 곧바로 집행권력과 결탁한다.

행정법상의 중요개념인 허가와 특허 개념을 공부할 때도, 이를 자본가계급 및 **뿌띠(소) 부르주아지**의 경제적 자유, 특히 재산보호의 관점에서, 즉 생산수단에 대한 사적 소유와 영업권(재산권) 보장이라는 관점에서 바라볼 수 있다면 행정법에 대한 이해는 조금 더 입체적인 것이 될 것이다. 예컨대 공적 주체(국영 혹은 공영)가 공공재화나 서비스를 공급할 여력이 부족했던 한국 자본주의에서는 교육과 주택, 공공교통 등이 널리 사적 주체에 의해 제공되었다.⁸⁶⁾ 그 결과 허가와 특허 개념을 가르는 가장 중요한 징표는 재산권 보장이 되어버렸다. 허가는 ‘허가를 받은 자에게 어떤 새로운 권리나 능력을 부여하지 않는다’.⁸⁷⁾ 반면 특허는 특정인에게 권리나 그 밖의 법상의 힘을 설정한다. 시내버스의 공공성 증대를 위한 개혁적 시도에 발목을 잡는 것도 바로 운송사업면허(특허)를 받은 ‘업자’의 ‘권리’나 법상의 힘이다.⁸⁸⁾ 구체적으로 그것은 시내버스 경영자의 재산권으로 ‘이해되고’ 있다. 우리 판례는 특허에 의해서 부여되는 권리를 재산권이라고 명시하지는 않지만, 학설은 적극적으로 “재산권적 성질이 있어 제3자에 대하여도 주장할 수 있다.”⁸⁹⁾고 해석한다.

그러나 독일에서의 법적 논의는 다르다. 학설 중에는 ‘설립되고 가동중에 있는 영업에 대한 권리’를 기본법 제14조에 의해 보호되는 재산권으로 보는 견해가 있고, 또한 독일의 민형사 최고법원인 연방대법원(BGH)도 이런 취지의 판결을 내놓고 있지만, 독일 연방헌법재판소는 ‘설립되고 가동 중에 있는 영업’(der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb)이 기업의 재산에 속하는 물건 및 권리로서 헌법상의 재산권으로 보호되는지, 이를 긍정한다면 어느 범위까지 보호되는지와 관련하여 아직까지 명시적 판단을 하

85) 유용태 엮음, 동아시아의 농지개혁과 토지혁명, 서울대학교출판문화원, 2014 참고.

86) 일례로 1962년 제정된 자동차운수사업법(현행 여객자동차운수사업법)은 1935년 조선자동차교통사업령(조선총독부령)을 계승한 것인데, 일본제국주의 식민지 시대에 형성된 사업독점구조를 그대로 이어받았다. 조선총독부령과 이를 이어받은 자동차운수사업법은 면허절차의 갱신조항을 두지 않는 방식으로 공공서비스의 공급책임을 사인에게 넘기는 대신 그들의 독점사업을 보장했다.

87) 대법원 2002. 4. 26. 2000다16350 판결. 김철용, 행정법, 2024, 255쪽.

88) 2004년 서울시의 준공영제 이후 노선 신설에 대한 협의의무가 적용됨에 따라 여객자동차 운수사업자의 노선권의 특허권적 요소가 약화되었지만 입법은 물론 행정과 사법의 실무는 “자동차운수사업법에 의한 자동차운송사업면허는 특정인에게 특정한 권리를 설정하여 주는 행위”라고 판시한 ‘대법원 1992. 4. 28. 선고 91누13526 판결’을 여전히 추종하고 있다. 김상철, “행정의 무능을 감추고 민간사업자 기득권을 보호하는 수단으로 전략한 ‘여객자동차 운수사업법’”, 여객자동차 운수사업법 문제점 토론회 발제문, 2023. 11. 9, 8-9쪽.

89) 김철용, 2024, 251쪽.

지 않았다.⁹⁰⁾ 오히려 우리 학설과는 반대로, 임의시온방지법상의 허가과 같은 예방적 감독허가(=허가를 받을 청구권이 인정되는 허가)는 재산권보장의 대상이 되지만(BVerfGE, NVwZ 2010, 771, 772), 원자로설치허가는 사업자의 고유한 기여(eigene Leistung)에 의한 것이 아니라 국가가 부여한 것이므로 사업자측에 청구권이 없고, 헌법상 보호된 재산권에 해당하지 않는다고 본 것이 있다.⁹¹⁾

시내버스뿐만 아니라 교육과 주택 문제에서의 상황도 유사하다. 이처럼 자유와 소유에 대한 관심은 큰 반면, 버스공영제, 교육공공성, 주택사회화에 대한 관심은 왜 미미할까? 사실 이것은 뾰뚜 부르주아지의 이해관심을 반영하는 자본주의 행정법의 특징(“개인주의”⁹²⁾)이기도 하다. 이 행정법은 국가가 자본의 축적과 발전을 위해 행하는 인프라(사회기반시설) 투자와 같은, “(각개전투가 벌어지는 국가-국민 사이의 법률관계 안 개인의 운명이 아니라) 전체로서 ‘경제와 사회’와 관련된 사안”에 무관심하다. 뾰뚜 부르주아적 자본주의 행정법이 보여주는 이해관심은 ‘선택적’이다. 현재의 행정법 교과서의 이론과 사례가 침익행정 중심으로 점철되어 있는 것도 이와 무관하지 않다. 이 행정법하에서는 당연하게도 “해당 사안의 사회적 중요성이 커질수록 그 문제를 법치국가적 행정법이론을 통해 대응하려는 시도는 줄어든다.”⁹³⁾

버스공영제, 교육공공성, 주택 사회화, 이런 것을 정당화하는 법리가 뒤기의 공역무이론이다. 앞으로 더 깊은 논의가 이루어지면 좋겠다.

90) Andreas Fisahn/Martin Kutscha, *Verfassungsrecht konkret*, 3. überarbeitete Auflage, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2018, 174쪽.

91) Joachim Wieland, “Verfassungsfragen der Beendigung der Nutzung der Kernenergie”, *EnWZ* 2013, 255쪽.

92) Heiko Faber, 30쪽.

93) Heiko Faber, 36-37쪽.

[토론 1]

국가와 행정 토론문: 재정 및 금융부문 중심으로

박상인
서울대학교 행정대학원 교수

2025.6.

I. 문제 제기

2

문제의 제기 (1)

- ◆ 기재부가 **경제정책 총괄 및 조종, 예산편성, 공공기관 평가** 등의 기능을 수행하면서, “**기재부 정부**” 현상이 발생.
 - 관료에게 정책 권한의 지나친 위임으로 **대통령의 권한과 책임의 투명성과 책무성 저하**.
 - 청와대 정책실장과 경제부총리인 기재부 장관 을 동시에 두는 것은 문제임.
 - 예산 편성을 통한 중장기 정책과 **경제-사회 정책 조율**을 관료들이 주도.
 - **관료의 정치화**를 조장해 오히려 **직업공무원의 독립성과 객관성을 저하**.
- ◆ 금융위원회가 금융정책과 감독 관련 법령을 제정을 사실 상 주도하고 있으며, 금융감독원은 건전성 감독, 영업행위 감독 및 소비자 보호 기능을 수행.
 - 금융감독원의 **독립성 저해**.
 - 금융 **감독과 금융 산업 정책의 이해상충 발생**.
 - 금융 감독 중에서 **건전성 감독, 영업행위 감독 및 소비자 보호 간에 이해상충 발생**.

3

문제의 제기 (2)

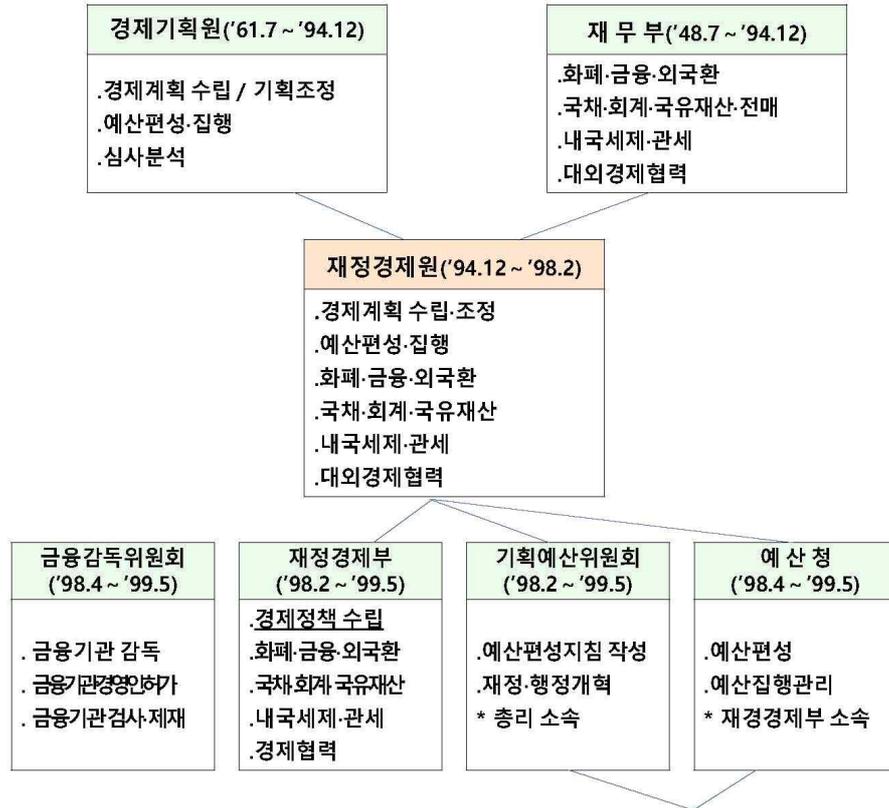
- ◆ **재정운영이 지나치게 행정부 중심**으로 이뤄지고 있으므로, 예산 및 결산 업무 프로세스에서 행정부와 입법부의 역할 분담의 필요성도 대두.
- ◆ 정부는 예산안을 **편성**할 권한을 가지고 있고, 국회는 국가의 예산안을 **심의·확정**하는 권한을 지니고 있음 (헌법 제54조). 또한 헌법 제57조는 “국회는 정부의 동의없이 정부가 제출한 지출예산 각항의 **금액을 증가하거나 새 비목을 설치**할 수 없다”고 명시함으로써 정부가 국회의 예산 확정을 사실상 견제하는 **동의권**을 행사.
- ◆ 그러나 헌법 어디를 봐도 **기재부장관**이라는 국무위원이 헌법 제54조의 예산 편성권과 제57조의 동의권을 행사하는 **주체**라고 명시되어 **있지도 않고** 그렇게 해석할 수 있는 조항도 없음.
- ◆ 예산의 **편성** 및 **심의 확정** 그리고 **결산** 보고에 이르는 재정운영 거버넌스의 합리적 개선을 위해서는 **예산부서의 조직개편과 재정 업무 프로세스**에서 행정부와 입법부의 역할 분담의 새로운 틀을 마련하는 것이 필요.

4

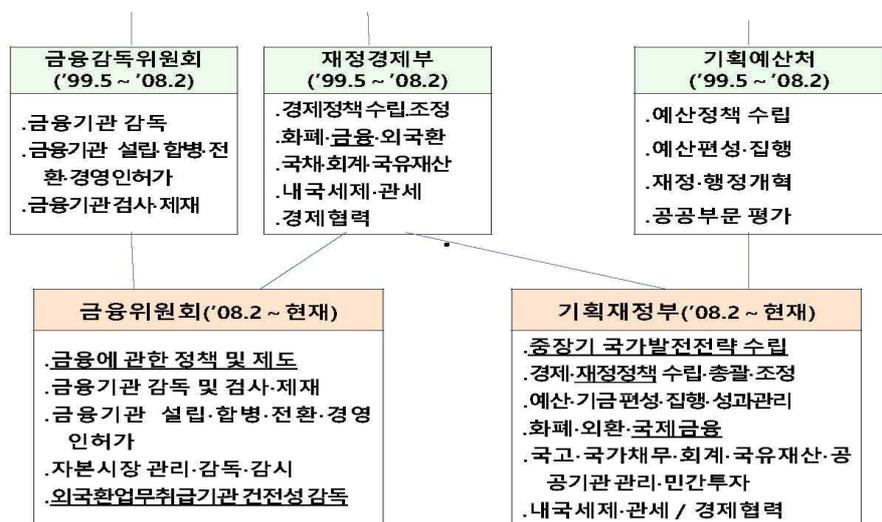
II. 조직 변천 및 현황

5

재정·금융 부처 변천 (1)



재정·금융 부처 변천 (2)



III. 조직 개편 및 가버넌스 원칙과 방향

8

원칙과 방향

- ◆ 경제-사회 정책에서 **대통령의 권한과 책임의 투명성과 책무성 제고.**
- ◆ **직업공무원의 독립성과 정치적 중립성 제고**
- ◆ **행정부와 입법부의 균형과 견제 제고**
- ◆ **금융 산업 정책과 금융 감독 사이의 이해상충 해소**
- ◆ **금융 건정성 규제와 영업행위 감독 및 소비자 보호 사이에 이해상충 해소**

9

재정 운영의 거버넌스 (1)

- ◆ 경제-사회 정책에서 대통령의 권한과 책임의 투명성과 책무성 제고를 위해서는 **대통령비서실에서 정책실을 독립시킴.**
 - 대통령비서실-대통령정책실-국가안보실 병렬적 3실체제
 - 정책실장은 경제-사회 정책을 총괄하고 조정
- ◆ 예산 편성은 국정운영의 핵심 수단으로서 국정운영의 궁극적인 책임을 지는 대통령 직속으로 편제함으로써 정책 운영의 실효성을 제고하는 것이 필요.
 - 정책실장 산하 재정기획관을 **재정예산수석**으로 변경해 중장기 재정 정책과 예산 편성을 총괄.
 - 재정예산수석 산하에 **예산·재정의 수립과 조정**을 실무적으로 뒷받침할 수 있는 **관리예산국(OMB)** 신설.

재정 운영의 거버넌스 (2)

- ◆ 대통령의 **국정 어젠다를 실천하고, 예산을 통한 정책조정** 기능을 실제로 대통령실에서 수행.
 - 이 경우에 **대통령실이 비대화** 된다는 비판을 받을 수 있는데, 당연히 대통령제하에서 대통령실이 권한도 행사하고 책임도 지는 것이 책무성과 투명성을 강화하는 것.
- ◆ 전략적으로나 정책적으로 중요한 대통령 어젠더 외의 예산에 대해서는 **각 부처의 예산 편성 자율성이 더 커질 수 있음.**
 - 현재 기획재정부 예산실은 각 부처에 예산 담당관들이 있음에도 불구하고 각 부처의 예산을 사실상 직접적으로 통제하는 부분이 많고 따라서 예산편성에서 부처의 자율성도 제한적.
- ◆ 국회의 행정부에 대한 견제와 감시 역할을 강화하기 위해서, **결산을 국회의 예산정책처가 수행**

공공기관 관리 및 평가

◆ 공공기관 관리 및 평가의 독립성과 객관성을 제고하기 위해서 국무총리 산하에 “공공기관 운영위원회”를 설치.

- 주무 부처와 공공기관의 유착관계를 감안할 때 **관리와 평가 기능을 주무 부처로부터 분리.**
- 공공기관 조직·인사 운영 및 경영에 관한 주요 사항 심·의결.
- 국무총리실 **국무조정실장과 민간위원이 공동 위원장**을 맡음.
- 위원은 각 부처 차관들과 민간 위원으로 구성.
- 현 기재부 **공공정책국을 위원회의 사무국** 조직으로 전환.

금융 정책 및 감독

◆ 금융 감독과 금융 산업 정책의 이해상충 방지

- 금융위원회 폐지 및 **금융감독위원회** 신설.
- **금융감독을 제외한 국내외 금융정책 총괄 기능 및 금융공기업**은 신설되는 재무부로 이관.
- **거시건전성 감독**은 재무부가 주무부처가 됨.

◆ 금융 건전성 감독, 영업행위 감독 및 소비자 보호 간에 이해상충 방지

- 금융감독위원회 산하에 **금융건전성감독원과 금융시장감독원**을 신설
- 금융감독위원회는 장관급 위원장과 당연직으로 **금융건전성감독원장과 금융시장감독원장** 그리고 2명의 차관급 상임위원으로 구성.
- 금융감독 관련 법령
- 금융기관설립·합병·전환·경영인허가
- 증권선물위원회는 금융감독위원회 산하 위원회로 됨.

조직과 가버넌스 개편 주요 제언

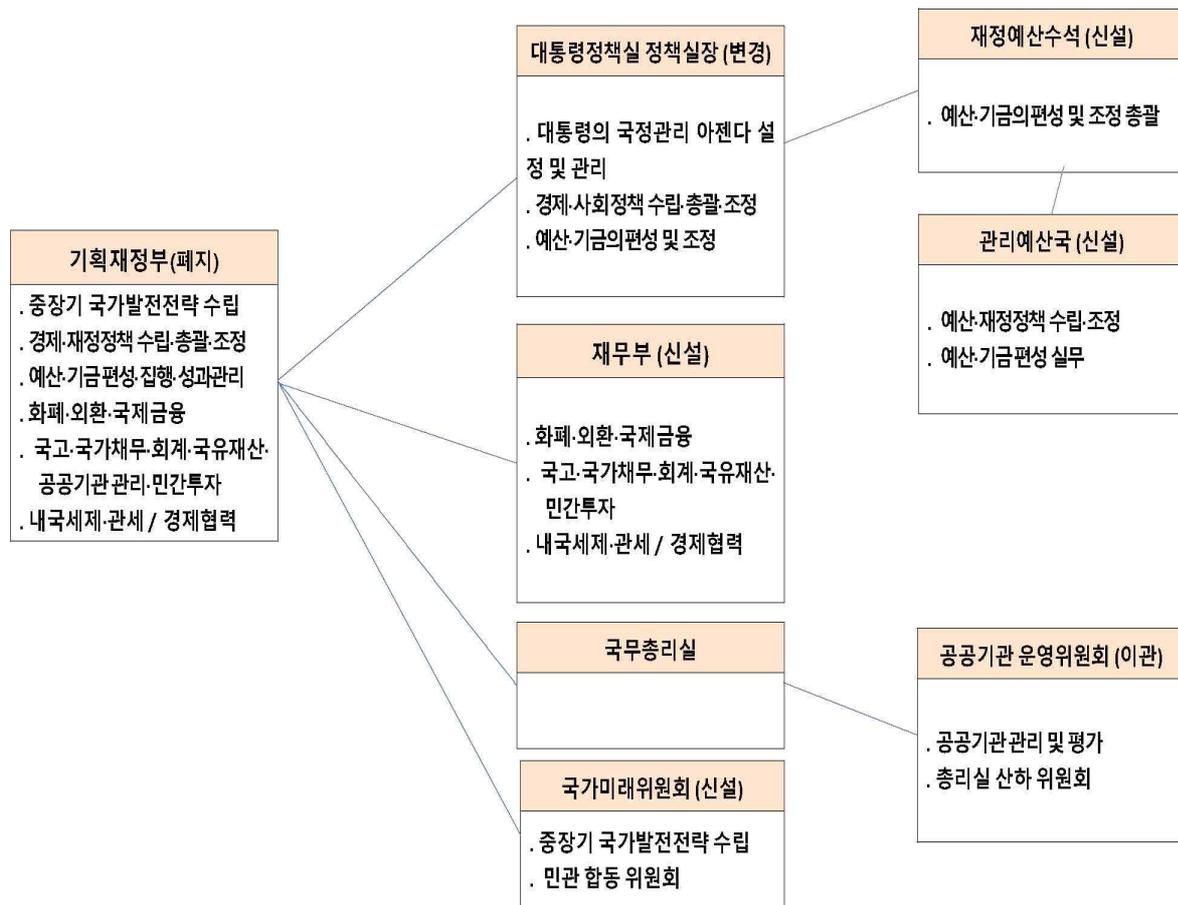
◆ 기재부는 발전적 해체

- 중장기 국가발전전략 수립은 대통령 직속의 **국가미래위원회**(신설)로 이관.
- **경제부총리는 폐지**하고, 경제·재정정책 수립·총괄·조정 기능은 대통령정책실 정책실장이 수행.
- 예산·기금 편성 기능은 대통령비서실 **재정예산수석** 및 **관리예산국**로 이관
- 공공기관운영위원회는 국무총리실로 이관
- 나머지 기재부 기능은 신설되는 **재무부**로 이관

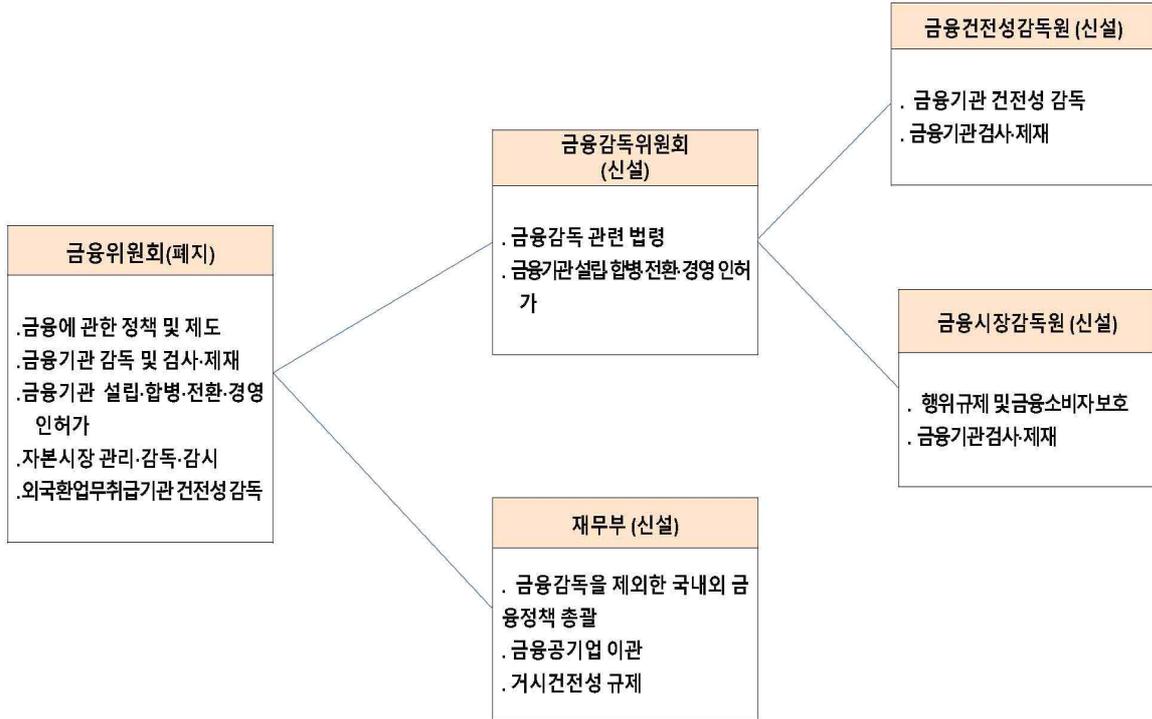
◆ 금융위원회 폐지, 금융감독위원회 신설, 금융감독원 분리.

- 신설 금융감독위원회는 금융감독 관련 법령 제·개정 등을 담당.
- 금융감독을 제외한 국내외 금융정책은 재무부가 총괄, 금융공기업도 재무부로 이관.
- 금융감독원은 **금융건전성감독원**과 **금융시장감독원**으로 분리.

재정 예산 정책 조직 개편안



금융 감독 조직 개편



감사합니다

사법권력의 민주적 통제

김중서

전 배재대 교수, 민주주의법학연구회

kjsminju@gmail.com

< 차례 >

- I. 들어가며
- II. 사법권 독립 이데올로기 비판
- III. 헌법의 장벽과 극복 방안
 - 1. 제27조: ‘공정한 재판’ 없는 재판을 받을 권리
 - 2. 제104조: 제왕적 대법원장
 - 3. 제103조: 양심 \geq 헌법과 법률에 따른 심판
- IV. 사법권력의 민주적 통제를 위한 방안들
 - 1. 사법 주체의 민주화
 - 2. 사법 과정의 민주화
 - 3. 사법 책임성의 강화
 - 4. 사법 접근의 민주화
- V. 결론을 대신하여: 계급사법의 극복을 위하여

I. 들어가며

사법개혁이란 말은 매우 익숙하다. 거의 모든 정부에서 사법개혁을 추진해 왔기 때문이기도 하지만, 사법에 대한 국민의 불신이 그만큼 컸기 때문이기도 하다. 사법과 관련하여 수많은 폐단이 드러났다는 뜻이다. ‘유전무죄 무전유죄’라는 표현은 수많은 사법 폐단 중 빙산의 일각을 가리키는 말일 뿐이다. 그만큼 사법 폐단은 우리 사회에 넓고도 깊게 퍼져 있다. 파면된 대통령 윤석열은 재직 중 틈만 나면 카르텔 타령을 해댔지만, 자신도 몸담았던 사법카르텔만큼 거대하고 뿌리 깊은 것은 없었다. 이제 대다수 국민은 이 뿌리 깊은 사법카르텔을 해체 또는 파괴하지 않고는 사법에 대한 신뢰는 회복할 수 없다고 믿는 것 같다. 그런데도 그동안 사법개혁의 의제들은 이런 폐단들을 시민들의 능동적 참여라는 민주주의의 관점에서 해결하고자 하지 않고, 사법의 독립이라는 자유주의적 관점에서만 처리하고자 하였다.¹⁾ 오늘 발표자에게 주어진 주제가 ‘사법권력의 민주적 통제’라는 것은 사법독립이라는 자유주의적 관점을 근본적으로 탈피해야 하고 민주주의적 관점에서 접근하라는 요청이라고 이해한다. 그리고 <법과 정치 그리고 공화국의 미래>라는 전체 주제를 보면 사법권력을 민주적으로 통제하는 것은 공화국의 미래를 위해 필수 불가결이라는 의

1) 한상희, “사법개혁, 좌절과 실패의 역사”, 민주법학 제50호(민주주의법학연구회, 2012), 292쪽. 자유주의적 관점이란 사법권의 독립성을 보장하여 자율성이 강화되고 나면 개인의 자유와 권리는 저절로 보장된다는 믿음을 말한다.

미인 것 같다.

좀 더 부연하자면 우선 사법도 하나의 권력이라는 것을 분명히 했다. 단순히 사법권이 아니라 사법권력이라고 한 것은 기능적 측면이 아니라 권력적 측면에서 접근하라는 의미일 터이다. 또 하나 이번 주제는 사법권의 ‘독립’이 아니라 그것의 ‘통제’를 전면화했다. ‘사법권의 독립을 확보하기 위하여 어떤 제도적 방안이 모색되어야 할까’가 아니라 ‘사법이라는 기능을 수행하는 권력을 어떻게 감시하고 통제해야 할까’라는 질문을 던진다. 이는 사법권 독립에 고유한 가치를 인정하지 않겠다는 의미가 아닐까?

이러한 문제의식에 기본적으로 동의하면서, 발표자는 다음과 같은 순서로 이야기를 펼쳐 보려고 한다. II장에서는 사법개혁이나 사법 민주화와 관련된 중요개념인 법의 지배 그리고 사법권 독립을 비판적으로 검토하면서 사법권의 민주적 통제 필요성을 제시한다. III장은 헌법 수준에서 사법권의 민주적 통제를 가로막고 있는 요소들을 확인하고 약간의 방향을 제시한다. IV장은 사법권의 민주적 통제 또는 사법 민주화를 위한 방안을 사법의 주체·과정·책임·접근이라는 4가지 차원에서 전개한다. V장에서 사법의 민주화에도 불구하고 여전히 남아 있는 과제인 계급사법의 문제를 살펴 보는 것으로 결론을 대신한다.

II. 사법권 독립 이데올로기 비판

사법권 독립의 개념은 권력분립의 원칙에서 유래한 것이다.²⁾ 권력분립의 원칙은 근대 국가의 성립을 가져온 시민혁명의 핵심 이론이었던 주권론, 특히 시민혁명에서 최종적 승자가 된 부르주아계급의 주권론인 국민주권론의 논리적 모순을 해결하기 위한 이론이다. 국민주권론에 따르면 최고권력인 주권의 보유자와 행사자를 분리하고, 주권행사자인 국민대표(의회)는 전체국민을 위하여, 전체국민을 대신하여 주권을 행사하며, 이들 국민대표는 선거에 의해 구성되지만 이들은 언제나 전체국민의 일부(유권자)를 대표하는 것에 불과하므로 이들은 그 권력 행사에 있어 유권자의 의사에 구속되지 않는다(무기속위임). 즉 국민대표는 주권자인 전체국민을 대신하여 주권을 행사하지만 유권자의 구속은 받지 않고 그렇다고 실체가 없는 전체국민이 통제할 수도 없으므로 필연적으로 국민대표에 의한 권력 남용의 우려가 생겨난다. 바로 이러한 국민대표의 권력남용 우려를 체제내적으로 해소하기 위한 장치가 권력분립이다. 즉 국가권력을 몇 개의 권력으로 나누고(권력의 분리), 이렇게 나누어진 권력들(입법권, 집행권과 사법권)을 서로 다른 방식으로 조직되는 서로 다른 기관들에 나누어준다(권력의 분산)는 것이다. 그러면 서로 다른 권력을 가진 서로 다른 기관들이 서로를 감시하고 견제함으로써 어떤 권력도 그 권력을 남용하지 못하는 상태, 즉 권력균형상태를 끌어낼 수 있다는 것이다(견제와 균형). 역설적이게도 권력분립 원리는 권력에 대한 불신에서 비롯된 것이면서도, 권력을 분리 분산시켜 놓기만 하면 권력남용은 없어지리라는 근거 없는 낙관을 바탕으로 하고 있다는 것이다.

그러나 이러한 권력분립 구상은 현실정치에서는 작동하지 않았다. 오히려 드물지 않게 나타나는 모습은 입법, 집행, 사법의 세 권력이 각각 일정한 권력남용을 하는 경우에도 상대 권력의 독립성을 존중한다는 미명하에 권력남용을 방치하는 것이었다. 통상 권력분립의 원리는 개인의 자유와 권리 보장을 위하여 권력남용을 막기 위한 자유주의 원리로 이해하는데, 권력분립을 하더라도 권력남용은 제어되지 않은 채 개인의 자유와 권리 침해가 방치되거나 정당화되는 역설이 생겨나는 것이었다. 이를 나는 ‘권력 간 자율적 상호방임’이라고 부른다. 이것은 권력분립 원리의 치명적 약점이며,³⁾ 이를 극복할 수 있는 유일한 방안은 권력에 대한 시민(유권자)의 직접통제장치를 두는 것이다. 그러나 이는 국민주권론의 구상과는 배치된다.

2) 사법권력의 독립은 법의 지배와 권력분립의 원칙을 실현하기 위한 수단적 개념이라고 한다. 최선, 사법권력에 대한 통제의 변화에 관한 연구 (연세대학교 정치학 박사학위논문, 2012), 40쪽. 권력분립과 사법권 독립의 관계에 관해서는 최선, “권력분립 원리와 사법권 독립”, 법과 사회 제60호 (법과사회이론학회, 2019), 67-95쪽 참조.

3) 물론 권력분립 원리의 또 다른 약점은 정당을 통하여 입법권과 집행권의 융합 현상이 일어날 수 있다는 것이며 속칭 ‘여대야소’ 국회 상황에서라면 이런 모습은 매우 흔한 일이다. 박근혜 정권과 문재인 정권 후반부가 가장 최근의 사례라 할 수 있다.

시민에 의한 직접적 권력 통제를 하지 않음으로써 권력남용을 결코 치유할 수 없다는 권력분립의 약점은 사법권 독립에서도 여실히 드러난다. 사법권은 구체적 분쟁에서 법이 무엇인지를 확인하고 선언하는 작용이므로, 이는 단순히 법을 집행하는 작용인 집행권과는 차이가 있다. 특히 사법작용은 분쟁해결을 핵심적인 사명으로 하므로 분쟁의 공정한 해결을 위하여 사법권은 입법권이나 집행권과는 달리 잠재적 분쟁당사자인 유권자의 영향을 받지 않는 방식으로 조직되어야 하고, 그 올바른 기능 행사, 즉 공정한 재판을 위해서는 외부(입법권이나 집행권 등)로부터의 독립은 물론 사법권 내부나 분쟁당사자로부터의 독립도 보장되어야 한다고 보게 되고, 이것이 사법권 독립의 요구로 정립된다.⁴⁾ 이런 이유로 사법권력은 선거로 구성되지 않음으로써 인민의 직접통제로부터 자유롭게 되며, 사법권 행사, 즉 재판에 있어서는 내외부로부터의 독립성을 최고의 가치로 내세우게 된다. 그러나 사법권이 그러한 독립성을 가져야 한다고 하더라도 국민주권의 원리 아래에서는 최소한의 민주적 정당성은 확보되어야 하는 것이므로 사법권력의 구성에서는 선거를 통해 인민으로부터의 직접적 정당성을 갖는 기구인 입법권과 집행권의 협력이라는 방식이 동원된다. 연방대법관을 포함한 연방법관 전원(약 890명)을 상원의 조언과 동의를 얻어서 대통령이 임명하도록 한 미국 헌법은 그 전형적인 사례이다. 그리고 이러한 간접적인 민주적 정당성을 통해 구성된 사법권, 즉 법원은 재판과 관련해서는 거의 절대적인 독립성을 보장받으며, 이를 위해서 재판상의 독립뿐만 아니라 재판을 수행하는 법관의 신분상 독립을 위한 장치가 만들어진다. 미국의 예를 따르자면 연방법관은 종신재직권을 가지며 헌법과 법률을 위반하는 등 특별한 사유가 없는 한 그 직을 보장받는다.

법관에게 이처럼 강력한 신분 보장을 하는 이유는 그것이 없이는 입법권이나 집행권은 물론 강력한 힘을 가진 사회적 권력(대기업이나 이익단체들)으로부터도 독립성을 유지하기 어렵다고 보기 때문이다. 즉 신분상 독립이 확보되어야만 사법관, 즉 법관들이 공정한 재판이라는 그 사명을 온전히 수행할 수 있다고 보는 것이다. 한상희 교수가 말한 자유주의적 함정이 바로 이것으로 보인다. 이 함정은 법관의 신분을 보장하여 재판의 독립성을 확보하게 되면 바로 공정한 재판이 이루어져서 개인의 자유와 권리가 보장된다고 보는 것이다. 그러나 이런 자유주의적 가정은 현실에서는 작동하지 않는 경우가 많다. 신분상으로는나 직무상으로나 독립성을 확보한 자율적 법관이 특정한 정파적 흐름에 동조하거나 결코 중립적이지 않은 세계관을 가지고 있다면, 과연 공정한 재판이 확보될 수 있을까? 성장을 최우선시하고 분배를 후순위로 미루는 경제철학을 신봉하는 법관이 사용자와 노동자가 기업 이익의 분배를 둘러싸고 다투는 분쟁에서 과연 중립적인 판단을 할 수 있을까? 더구나 그 법관이 평생 노동자의 삶이 어떤 것인지 직접적이건 간접적이건 경험해볼 기회가 없었다면, 과연 그 법관의 판단은 공평해질 수 있는 것일까? 재산 소유자로 사는 삶에만 익숙해 있는 법관이라면 과연 주택임대차 관련 분쟁에서 임차인들의 어려움을 헤아려서 법이 허용하는 범위 내에서 가장 정의로운 판단을 해낼 수 있을까?⁵⁾

이런 점에서 사법권 독립은 원칙이라기보다는 하나의 이데올로기에 가깝다. 사법권 독립이라는 자유주의적 함정에 빠지게 될 경우 나타나는 결과는 “법률가의 지배”(rule by lawyer)다.⁶⁾ 동의하지 않을 수 없다. 더 심하게 말하면 법률가들의 거대한 카르텔이 사법을, 나아가 이른바 정치의 사법화가 만연한 상황에서는 국가 전체를 지배한다.⁷⁾⁸⁾

4) 사법부가 예산권을 가진 입법부나 집행권을 가진 행정부에 비하여 약한 기관이라는 점도 사법권 독립 주장의 근거로 제시된다. 최선, “권력분립 원리와 사법권 독립”, 72쪽.

5) 법관과 검사가 그들의 직업, 경력, 사회경제적 지위와 관련되어 형성되는 일반적 편견으로부터 자유롭다고 할 수 없다는 견해로 김병록, “정치의 과도한 사법화와 사법국가의 문제”, 법학논총 제28집 제1호 (조선대학교 법학연구소, 2021), 138쪽.

6) 한상희, “사법개혁, 좌절과 실패의 역사”, 292-293쪽.

7) 정치의 사법화가 민주주의의 위기를 초래하는지 반대로 민주화의 진전을 의미하는지에 관한 논의로는 이영재, “정치적 사법화”, 민주주의의 위기인가?: 허버마스의 민주법치국가 원리를 중심으로, 고려대학교 평화연구논집 제20권 제1호(고려대학교 평화와 민주주의연구소, 2012), 71-103쪽.

8) 법률가의 지배라는 말이 나왔으니 ‘법의 지배’에 대해서도 잠시 짚고 넘어가자. 사법개혁의 목표가 흔히 법의 지배(rule of law)가 자리를 잡도록 하는 것으로 여겨졌기 때문이다. 이 용어는 권위주의적 통치의 일종인 ‘법에 의한 지배’(rule by law)와 대비되어 사용되고, 일상적 용어로는 법치주의가 더 빈번하게 사용된다. 법치주의든 법의 지배든 핵심은 ‘국민이 아니라 (국가)권력이 법의 규율에 따라야 한다’는 것이지만, 한국어로 ‘법의 지배’ 또는 ‘법치주의’라고 할 때 이를 ‘법에 의한 지배’와 구분할 수 있는 사람이 얼마나 될지는 의문이다. 뿐만 아니라 ‘법의 지배’

요컨대, 한국 사회에서 거의 모든 정권에서 추진되었던 사법개혁이 늘 실패할 수밖에 없었던 것은 그 최고의 목표 또는 토대가 '사법권의 독립'이었기 때문이다.⁹⁾ 그러므로 이제 '공화국의 미래'가 걸려 있는 사법 시스템을 모색해야 할 시점에서는 '사법권의 독립'이 아니라 그것을 훨씬 더 상회하는 최상의 가치를 발견해야만 문제를 해결할 수 있다는 생각이 든다. 필자가 보기에 그 가치는 '공정한 재판'이다.¹⁰⁾

근대 이후 각국은 분쟁해결의 최종적 수단으로 재판, 즉 사법을 선택했다. 현대사회에서는 시간과 비용이 많이 드는 재판 이외의 대안적 분쟁해결 수단이 각광받기는 하지만 여전히 분쟁해결의 핵심적 수단은 재판, 즉 사법이다. 자력구제나 협상, 관용과 회피 등에 의존하던¹¹⁾ 분쟁해결을 위해 제3자개입의 일종인 사법에 기대게 되는 가장 중요한 요인은 형식적으로는 국가사법이 갖는 공적 권위(=강제력)이다. 그러나 권위는 재판에 대한 분쟁당사자, 즉 국민들의 신뢰가 없다면 사상누각이기에, 사법을 가장 중요한 분쟁해결 장치로 자리잡게 하는 일등공신은 국민들의 신뢰라고 해야 할 것이다. 그런데 사법을 통하더라도 자신의 분쟁에 대한 공정한 해결을 기대할 수 없다고 국민들이 인식하게 되면, 국민들은 더 이상 분쟁해결을 위하여 사법에 의존하지 않게 되고 남는 것은 자력구제 아니면 각자도생의 정치적 해법밖에 없게 된다. 분쟁해결을 위하여 현대국가에서 원칙적으로 금지되어 있는 자력구제에 의존할 수밖에 없거나 구할 수 있는 모든 자원을 다 동원해서 유리한 결과를 사적으로 모색할 수밖에 없는 상황이라면 그것은 흡스가 말했던 자연상태, 생존을 위한 '만인의 만인에 대한 투쟁상태'나 다름없고, 그런 상태가 만연한 공동체는 중국에는 붕괴되고 말 것이다. 공화국의 최소한의 의미가 공동체 구성원들의 평화로운 공존이라면 사법에 대한 불신은 그것을 위태롭게 한다.

이처럼 '함께 살자'가 아니라 '나만 살면 돼'가 지배적인, 나아가 절대적인 생활철학이 되어버린 사회는 더 이상 '공동체'라고 할 수 없다. 어떻게 보면 지금 한국사회가 처한 상황이 이런 상태, 공동체 부재의 상황에 가깝지 않은가 하는 생각이 든다. '유전무죄 무전유죄'라거나 '각자도생'이라는 말이 공공연하게 거론되고 누구도 그것을 이상하다고 생각하지 않는 사회가 지금 한국사회이다. 이런 상황을 가져온 것은 사회 각 부분에서 팽배해진 극도의 불평등이라고 할 수 있지만, 불평등을 확인·시정하여 법앞의 평등을 구현해야 할 사명을 띤 사법이 오히려 이러한 불평등을 최종적으로 정당화해 왔던 것은 아닌지 의문이다. 헌법이 노동3권을 기본권으로 명시하고 있는 나라에서 헌법에도 없는 경영권을 노동3권에 버금가는, 또는 노동3권보다 우월한 기본권으로 승인해 버리는 대법원, 터무니없는 관습헌법을 내세워 여야합의로 결정된 신행정수도특별법을 위헌이라고 결판내는가 하면, 국회의원의 몇 마디 말을 문제삼아 소속정당을 해산시켜버리고 의원직을 박탈해버리기까지 하는 헌법재판소를 보면서, 나는 이 나라의 사법(기관)에 대해 언제나 또는 대체로 공정한 판단을 할 것이라는 기대는 접게 되었다. 결국 사법은 강자의 편이고, 오로지 강자만이 사법권 독립의 수혜자가 될 수 있다는 것은 더 이상 부정할 수 없는 일이 되었다. 그래서 나는 법원이 공정한 판단을 내리는 경우는 다양한 요인들에 의하여 그러한 판단을 내리지 않을 수 없는 경우, 즉 법관들에게 공정한 판단이 강제되는 경우뿐이라고 생각한다.

더 큰 문제는 시민이 납득할 수 있는 이런 일들이 이런저런 법원에서, 헌법재판소에서 계속해서 일어난다는 것이다. 즉 그것은 운영상의 문제가 아니라 시스템 자체의 결함이며, 이 결함의 근원은 사법권 독립이 데올로기다. 이런 시스템 결함은 헌법 수준의 것과 법률 수준의 것이 혼재되어 있다. 이런 문제가 되풀이되고 있는 것으로 보아서 이들 문제는 헌법이나 법률의 개정없이 해소되거나 극복될 수 없다.

를 '법규칙'으로 번역하는 사회과학자들도 적지 않은데, 정치학자나 사회학자들이 '법의 지배'를 '법규칙'으로 번역할 정도라면 일반인들이 이 개념을 '법에 의한 지배'와 구분할 수 있다고 생각하는 건 억지에 가까울 것이다. 사법개혁이 목표로 삼은 법치주의나 법의 지배가 우리 사회에 자리잡지 못하고 있는 데에는 이처럼 명확한 개념 정립에 실패한 것도 한 몫을 했다고 생각한다. 한국 헌정사에서 실제로 이러한 용어의 혼란을 가장 사악하게 이용했던 것이 이명박이었다. 이명박은 늘 국민들이 법을 존중하고 준수해야 한다면서 법치주의를 내세웠고, 집회 시위 등 국민들의 집단적 의사표시를 '떼법'으로 매도했다. 즉 이명박의 법치주의는 준법주의였고 법에 의한 지배였다.

9) 사법개혁 요청의 실현을 위해서는 사법개혁 담론을 이끄는 주체의 자기변혁이 절실하다고 한다. 한상희, "사법민주화—그 과제와 전망", 문화과학 제44호(문화과학사, 2005), 77쪽.

10) 최선, "권력분립과 사법권 독립", 75쪽.

11) 분쟁해결의 수단에는 자력구제, 회피, 관용, 협상, 제3자개입(조정, 중재, 재판) 등이 있다고 한다. 이상영/김도현, 법과 사회(제2판)(한국방송통신대학교출판부, 2017), 제7장.

III. 헌법의 사법 장벽과 극복방안

나는 1987년 헌법이 이런 상황을 예정하고 있었다고 본다. 즉 87년 체제는 민주사법적 요청, 즉 사법권력에 대한 민주적 통제의 요청을 의도적으로 외면했다. 민주사법에 대한 헌법적 장벽은 세 가지 수준에 걸쳐 있다. 먼저 기본권 수준이다. 제27조는 재판청구권을 “법관에 의한 재판을 받을 권리” 등으로 한정하면서 ‘민주적 사법에 의한 공정한 재판’ 요구를 외면한다. 둘째는 사법권 조직 차원이다. 사법과 관련한 모든 결정권을 사법권 자체, 아니 대법원장 1인에게 독점시키고 있는 제104조가 대표적이다. 셋째는 재판 차원이다. ‘헌법과 법률에 의한 재판’을 ‘법관의 양심에 따른 재판’과 나란히 규정함으로써 법에 의한 재판이라는 민주사법의 최소한의 요구마저 사법권 독립의 하위 가치로 격하시킨 제103조가 그것이다.

1. 제27조: ‘공정한 재판’ 없는 재판을 받을 권리

보통의 시민들이 재판을 받을 권리를 생각할 때 떠올리는 것은 공정한 재판을 받을 권리이다. 그리고 사법권 독립은 공정한 재판을 위한 필수적인 장치라고 생각한다. 그러나 적어도 대한민국헌법과 관련되는 한 이는 대단한 오해이다. 우리 헌법에는 ‘공정한 재판’을 규정한 조항은 없다.

헌법 제27조를 보면 제1항은 법관에 의한 재판을 받을 권리를, 제2항은 원칙적으로 군사재판을 받지 않을 권리를, 제3항은 신속한 재판과 공개재판을 받을 권리를, 제4항은 형사피고인의 무죄추정 원칙을, 제5항은 형사피해자의 재판절차진술권을 규정하고 있을 뿐 어디에서도 공정한 재판은 언급되고 있지 않다. 선의로 해석하자면, 우리 헌법 제27조는 제1-5항에서 규정한 내용이 보장된다면 그로써 공정한 재판은 확보된다고 보는 듯하다.¹²⁾ 그런 요소들이 공정한 재판을 구성하는 필수적인 부분들임은 말할 필요도 없지만, 그런 요소들이 보장된다고 해서 자동적으로 공정한 재판이 확보되는 것은 아니라는 데 문제가 있다.¹³⁾

이를 문제 삼는 이유는 현재와 같이 규정된 헌법 제27조가 재판을 주재하는 법관에게 공정한 재판과 관련하여 대단히 왜곡된 인식을 심어줄 수 있기 때문이다. 법관들은 자신은 헌법 제27조가 정한 내용에 따라 재판을 주재, 진행하기 때문에 아무런 문제도 없다고 생각할 것이다. 즉 법관으로서는 이들 요소에 더하여 자신이 주재하는 재판과 그 판결이 실체적으로나 절차적으로 공정해야 한다는 생각을 할 필요가 없다. 극단적으로 말하자면, 신속한 공개재판, 무죄추정 원칙과 재판절차진술권이 보장된 민간법원에서 재판이 이루어지기만 했다면, 그 재판의 내용이 아무리 편파적이고 불공정하게 이루어졌다고 하더라도 이를 헌법 제

12) 사실 헌법 제27조를 선의로만 이해할 수는 없다. 첫째, 법관에 의한 재판을 받을 권리 규정은 민중/시민의 재판참여라는 민주사법의 근본적 요청을 배제한 것이라고 해도 전혀 이상하지 않다. 이는 배심제나 참심제의 어떤 가능성도 인정하지 않고 있는 법원조직법의 태도에서도 분명하게 드러난다. 이로 미루어볼 때 시민의 재판참여 거부는 1948년 이래 우리 헌법의 일관된 입장이라고 하는 것이 맞을 것이다. 둘째, 제27조 제2항은 형식적으로는 군사재판을 받지 않을 권리로 규정되어 있지만, 오히려 일정한 사유에 해당하면 민간인도 군사재판을 받도록 강제하는 규정이기도 하다. 군인 역시 제복입은 시민으로서 일반법원의 재판을 받아야 한다는 주장과 이를 뒷받침하는 제도들이 강조되고 있는 추세에 비추어보면, 민간인의 군사재판까지 정당화하고 있는 제27조 제2항은 어떤 이유로도 민주사법의 원칙과 양립할 수 없다. 제27조 제2항은 87년 헌법에 남아 있는 군부독재의 잔재 중 하나로 볼 수 있다. 셋째, 무죄추정의 원칙을 정한 제27조 제4항은 형사피고인이란 용어를 사용한다. 물론 이런 용어에도 불구하고 이 원칙이 형사피의자에게도 적용된다는 점에 대해 학설은 일치한다. 그러나 학설의 태도와는 달리 수사와 공판 절차를 모두 정하고 있는 형사소송법에서도 헌법과 마찬가지로 무죄추정의 원칙은 형사피고인에 대해서만 규정되고 있다(제275조의2). 형사소송법 제275조의2는 1980년 헌법에서 무죄추정의 원칙이 신설되어 현행 헌법에도 유지되고 있는 것이지만, 1987년 헌법 개정 이후만 보더라도 형사소송법이 10차례 이상 개정되었음을 고려할 때, 아직까지 피의자의 무죄추정 원칙을 정한 법률이 없음은 매우 이상하다. 넷째, 해고노동자의 해고무효 확인 소송이 8년 8개월이나 걸려서야 확정되고, 5년을 넘겨서야 종국결정이 선고되는 경우가 허다한 헌법재판소 앞에서 제27조 제3항의 신속한 재판 규정은 참으로 공허하다.

13) 국제사면위원회가 국제인권규범과 각국의 법령을 참고하여 펴낸 <공정한 재판 매뉴얼>은 공정한 재판을 확보하기 위해서는 우리 헌법이 정한 것보다 훨씬 더 많은 제도적 장치들이 필요함을 보여준다. Amnesty International, *Fair Trial Manual*(second edition, 2014). 특히 이 매뉴얼 13장은 공정한 심리의 핵심 요소로서 ‘무기 평등의 원칙’을 명기하고 있다.

27조가 정한 재판받을 권리를 침해한 것이라고 할 수는 없고 해당 재판을 담당한 법관에게 어떤 책임도 물을 수 없다는 것이다.

이와는 달리 만약 헌법 제27조에 “공정한 재판”을 받을 권리가 명기되어 있다면, 재판에 임하는 법관의 자세는 매우 달라질 것이다. 즉 이제 법관은 신속한 재판과 공개재판을, 무죄추정의 원칙과 재판절차진술권을 보장했다고 하더라도 헌법의 요청에 부응하기 위해서는 자신의 재판 진행 과정과 결과가 재판 당사자와 시민들에 의해 “공정한 재판”으로 인정되도록 할 추가적 임무를 이행해야 한다. 즉 절차적 요청을 모두 이행했다고 하더라도 법관은 재판의 내용과 외관 모두에 있어서 공정성을 확보하기 위하여 추가적인 노력을 기울이지 않으면 안 된다. 이처럼 헌법에 “공정한 재판”을 받을 권리가 명시되어 있는지는 국민이 받을 재판의 모습과 내용에서 엄청난 차이를 초래하게 되는데, 우리 헌법 제27조가 그런 문구를 포함하고 있지 않은 것은 매우 아쉬운 부분이 아닐 수 없다.

물론 이런 주장이 헌법 규정의 문구에 매몰되어 재판과 법관의 현실을 무시한다는 비판, 즉 헌법에 ‘공정한 재판’을 요구하는 명문 규정이 없다고 하더라도 헌법과 각종 소송법의 엄밀한 요청을 준수함으로써 법관들은 공정한 재판을 하기 위하여 최선을 다한다는 주장도 있을 수 있겠다. 그러나 그렇게 보기에는 각종 소송법의 규정 역시 공정한 재판을 외면하고 있기는 마찬가지다.¹⁴⁾

헌법의 이런 결함 때문에 국민이 “공정한 재판”을 받지 못할 것이라는 우려는 그저 기우에 그치는 것이 아니다. 실제 민사재판이든 형사재판이든 행정재판이든 여러 종류의 재판에 있어서 법관들은 자신이 주재한 재판의 결과로 선고된 판결에 대해서는 어떤 비판도 허용되지 않는다고 생각하는 경우가 많다. 미성년자를 강간한 자에 대해 무죄나 경미한 형을 선고하거나 재벌기업의 회장과 그 기업의 노동자에 대하여 전혀 다른 태도로 재판을 진행하고 판결을 선고하면서도 어떤 문제의식도 느끼지 못하는 경우를 많은 법관들에게서 발견할 수 있다. 심지어 그런 판사가 대법관이 되기도 한다. 이것이 “공정한 재판”이 누락된 우리 헌법상 재판받을 권리 조항의 결함에서 비롯되었다고 하면 지나칠까?

그런데 더욱 놀라운 것은 1948년 첫 헌법이 제정된 이후 9차례의 개정을 거치면서도 공정한 재판에 대한 요청은 단 한 번도 헌법에 등장하지 않았다는 점이다. 물론 모든 국가의 헌법에서 ‘공정한 재판’을 언급하고 있는 것은 아니다. 그럼에도 세계인권선언이나 자유권규약 등 중요한 국제인권규범¹⁵⁾과 주요 국가의 헌법들¹⁶⁾이 “공정한 재판”을 강조하고 있음에 비추어보면 10번의 헌법을 가지면서 단 한 번도 이에 주목한 적이 없다는 것은 아쉬움을 넘어서, 헌법의 제·개정에 관여한 이들 간에 “공정한 재판”의 원칙을 명기하는 것에 대한 강한 거부감의 연대가 있었던 것은 아닌가 하는 의심마저 든다.

이런 진단이 타당하다면 사법권의 독립은 공정한 재판을 외면하는 법원과 법관의 도피처가 되고 만다. 어느 나라에서든 사법권의 독립을 헌법에서 보장하는 가장 중요한 이유는 그것이 공정한 재판을 위한 필수 불가결인 전제조건이기 때문이다. 그러므로 우리는 사법권의 독립을 생각할 때 늘 공정한 재판에 복무하는 사법이 전제되고 있음을 잊어서는 안 된다. 공정한 재판을 희생하면서 보장해야 할 사법권의 독립이란 존재하지 않으며, 법원과 법관이 공정한 재판을 외면하거나 침해할 때 사법권은 통제의 대상이 될 뿐 독립성

14) 현행 법령 가운데 “공정한 재판”이란 문구를 포함하고 있는 것은 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’ 제9조, 민사소송법 제43조와 통계법시행령 제39조뿐이다. “공정한 심판”이란 용어를 사용하고 있는 법령은 국제기본법 제74조, 디자인보호법 제137조, 상표법 제136조, 특허법 제150조와 헌법재판소법 제24조이다. ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’과 통계법시행령은 비공개대상 정보를 규정한 것이고 나머지 법령조항들은 모두 기피신청과 관련된 것들이다. 간접적으로 그리고 추상적으로나마 공정한 재판의 원칙을 선언한 것으로 보이는 유일한 법조항은 “법원은 소송절차가 공정하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 한다.”고 규정한 민사소송법 제1조 제1항인데, 이 역시 절차의 공정성을 말할 뿐 실제로 공정한 재판을 위한 노력을 언급하지는 않고 있다.

15) 세계인권선언 제10조는 “공평하고 공개적인 심문을 받을 권리”를, 자유권규약 제14조 제1항은 “법률에 따라 설치된 권한 있는 독립적이고 공평한 법원에 의한 공정한 공개심리를 받을 권리”를, 유럽인권협약 제6조는 “법률에 따라 설치된 독립적이고 공평한 법원에 의하여, 상당한 기간 내에 공정하고 공개적인 심리를 받을 권리”를 각각 규정하고 있다.

16) 미국헌법 수정 제6조는 공평한 배심에 의한 재판을 받을 권리를, 일본국헌법 제37조 제1항은 형사피고인의 “공평하고 신속하게 공개 재판을 받을 권리”를 명시하고 있다. 독일이나 프랑스의 헌법이나 소송법에서는 ‘공정한 재판’이라는 문구가 등장하지 않지만, 이들은 유럽인권협약을 국내법에 준하는 효력규범으로 받아들이고 있고, 앞서 보았듯이 유럽인권협약 제6조는 “공정하고 공개적인 심리를 받을 권리”를 명시하고 있다.

을 주장할 자격조차 없다. 사법의 민주화를 논할 때 이 점은 알파요 오메가다.

2. 제104조: 제왕적 대법원장

다음으로 내가 주목하는 것은 대법원장의 제왕적 권력이다. 헌법과 법률에 따른 재판을 해야 할 사법부가 해석을 빙자한 입법이나 개헌까지 감행하는 상황은 ‘사법의 정치화’라고 하기도 부끄러울 정도의 사법왕국이라 할 만하다. 이런 왕국을 가능케 하는 것이 대법원장의 제왕적 권력이다. 대통령제 국가에서 권력분립의 요체가 제왕적 대통령의 권한을 어떻게 견제하느냐 하는 것이라면 민주적 사법통제의 핵심은 제왕적 대법원장의 문제를 해결하는 것이다. 대법원장이 행사하는 제왕적 권력의 요체는 대법관 임명제청권과 일반법관 임명권이다.

헌법상 대법원장은 대법관 전원에 대한 임명제청권을 가진다(제104조 제2항). 이론적으로 대법원장은 합의체로 구성되는 대법원의 구성원 중 1명에 불과하고 재판에서 다른 대법관들과 대등한 지위를 갖지만, 대법관 전원의 임명에 대한 제청권을 행사함으로써 현실적으로는 다른 대법관의 상급자로 군림할 가능성이 매우 크다. 대법원장의 제청을 위한 대법관후보추천위원회의 구성을 어떻게 하든 마찬가지다.

대법원장이 갖는 대법관 임명제청권의 폐해는 헌법재판관 3인 지명권보다 훨씬 더 심각하다(물론 이 역시 폐지되어야 한다). 대법원장 몫으로 되어 있는 헌법재판관 3인은 다른 방법으로 임명 또는 선출되는 헌법재판관과 함께 재판부를 구성하여 그중 3분의 1을 차지하는 데 불과하지만, 대법관은 전원이 대법원장의 영향력 아래에 있게 되므로 결국 소부의 재판이건 전원합의체 재판이건 대법원장은 대법원의 재판 전체를 지배할 수 있게 되기 때문이다. 나아가 이러한 임명제청권은 대통령의 임명권을 대법원장의 제청 범위 내로 축소함으로써 대통령이 갖는 민주적 정당성을 대법원장이 갖는 간접적 정당성보다 하위에 두는 것이어서 민주주의적 요청을 배신한다는 더욱 치명적인 문제를 가지고 있다. 요컨대 대법원장의 대법관 임명제청권 폐지는 사법 영역에서 민주주의적 요청을 구현하기 위한 최소한의 요청이다.

다음으로 문제되는 것은 대법관을 제외한 나머지 일반 법관은 다른 기관의 어떤 관여도 받지 않은 채 대법원장이 자신이 지배하는 대법관회의의 동의를 얻어 임명하도록 하고 있는 부분이다. 대법원장의 일반 법관 임명권은 흔히 사법부의 독립성을 보여주는 것으로 설명되지만, 대법원장 한 사람이 전체 법관의 인사를 좌우하고 그 결과 궁극적으로 재판 결과를 좌우하는 그런 모습을 양승태의 사법농단을 통해 분명히 봤다.¹⁷⁾ 나아가 대법원을 제외한 모든 법원의 법관임명권을 전적으로 대법원장에게 맡겨두는 것은 사법부 구성을 국민과 의회의 감시로부터 멀리 떨어지게 한다는 결정적 문제점을 가지고 있다. 사법권의 힘이 매우 강한 미국도 연방법원의 판사들은 모두 상원의 조언과 동의를 얻어 대통령이 임명하고 있는 것은 바로 이런 이유 때문일 것이다.

이처럼 민주주의적 요청에 따라 대법원장의 대법관 임명제청권을 폐지하고 대법원장의 일반 법관 임명권도 부인할 경우, 대법원장 및 대법관과 일반 법관을 어떻게 임명할 것인지가 정해져야 한다.

현재처럼 대법원장과 대법관 및 일반 법관의 선임방식을 달리할 것인가? 우선 대법원장의 대법관 임명제청권을 폐지한다면 합의체를 구성하는 대법원장과 대법관의 선임방식이 다를 이유도 없고 달라서도 안 된다. 또한 대법관과 일반 법관들도 심급을 달리할 뿐 그 본질적 직무는 동일하다(재판의 수행)는 점에서 경력이나 자격의 차이를 고려할 수는 있겠지만 그 선임방식을 달리 해야 할 이유는 없다.

그렇다면 미국의 연방법관 임명방식처럼 대통령이 모든 법관을 국회의 동의를 얻어 임명하는 방식은 적절한가? 미국의 임명방식은 민주적 정당성을 가진 두 기관의 협력에 의해 법관을 선임하는 것으로 민주주의적 요청에는 부합할 수 있다. 전국적 대표성을 갖는 대통령과 지역대표들의 합의체인 상원의 협력으로 연방법원을 구성한다는 모양새를 갖기 때문이다. 또한 이런 방식이 가능한 것은 대통령이 재임 중 임명하는 연방법관의 수가 연간 40-60명 정도이기 때문이다.¹⁸⁾ 그러므로 연방제를 취하지 않고 모든 법관을 동일한

17) 뿐만 아니라 대통령이 대법원장 한 사람만 자기 입맛에 맞는 사람으로 임명하게 되면 대통령이 사법부 전체를 지배할 수도 있다.

18) 8년을 재임한 부시와 오바마는 각각 325명과 320명을, 트럼프 제1기때는 234명(연간 60명)을, 바이든은 190명(연

방식으로 선임하는 한국에서는 매년 100명 이상의 신입법관을 일시에 선임해야 하는데¹⁹⁾ 단원제를 취하고 있는 국회에서 이런 방식이 가능할지는 의문이다. 이런 점을 고려할 때 법관 임명은 영국처럼 법관직에 지원한 경력 법조인들 중 일정수 이상의 비법률가가 참여하는 사법임명위원회(Judicial Appointments Commission, JAC)의 심사를 거쳐 임명하거나, 독일과 같이 의회와 지역대표로 구성되는 법관선출위원회(Richterwahlausschuss)²⁰⁾의 심의·추천으로 임명하는 방법에 의하는 것이 어떨까 한다.²¹⁾ 대법원장은 대법관들이 호선하는 방식이 바람직할 것이다.

미국이나 독일의 연방법관 선출방식은 해당법원에서 정년까지 또는 임기동안 재직할 것을 전제로 한다. 그러나 한국의 경우 대법관을 제외한 모든 법관은 임기는 10년이지만 임기 중 거의 2년마다 근무지가 바뀌는 순환근무를 한다. 이런 법관 인사이동 체제를 유지할 것인가? 이런 체제가 유지되는 이유는 모든 법관들이 서울 근무를 선호하기 때문인데, 사실 이런 체제를 유지할 필요는 없다. 현재의 법원구조와 임기를 전제로 한다면 고등법원 관할구역별로 지원을 받아서 심사를 거쳐 선임하고 임기동안(10년)(임기를 없앤다면 정년까지 10년 주기로) 그 관할법원에서 재직하도록 하고, 임기 후에 타 지역으로 이동을 원하는 경우 다시 지원-심사-선임의 과정을 거치도록 하는 게 바람직하지 않을까 싶다.

나아가 소수의 법관으로 구성되는 단 하나의 최고법원=대법원을 두는 현재의 체제가 적절한 것인지도 검토되어야 한다. 전 세계적으로 볼 때 최고법원의 성격을 헌법적으로 중요한 의미를 갖는 사건에 한정하여 심리 판단하는 정책법원으로 정하는 경우와 하급심법원의 판단에 불복하는 경우 최종적 권리구제법원으로 정하는 경우가 있다. 전자는 소수의 법관으로 구성되며(소인수대법원이라 함) 엄격한 상고허가제에 의해 연간 50건 내외의 사건만 심리하는 미국 연방대법원이 그 전형이다. 반면 유럽 대륙의 많은 국가들은 최고법원의 성격을 최종적 권리구제기관으로 정하여 모든 상고심을 관할하여 심판할 수 있도록 복수의 재판부를 두고 각 재판부를 영역별로 전문화하여 재판부마다 3-9명의 법관을 두며(이에 따라 최고법원의 법관 수는 적게는 80명(프랑스), 많게는 300명 이상(독일)이며, 이러한 대법원을 다인수대법원이라 한다) 각 재판부는 5인합의(독일)에 의한 재판을 하는 것으로 하고 있다. 독일기본법은 헌법재판을 담당하는 연방헌법재판소 외에 일반, 행정, 재정, 노동, 사회 사건을 각각 다루는 다섯 종류의 최고법원(연방사법재판소, 연방행정재판소, 연방재정재판소, 연방노동재판소 및 연방사회재판소)을 두고 있으며,²²⁾ 이들 최고법원에 재직중인 직업법관은 2025년 기준으로 330명이다.

생각건대 우리나라에서도 상고허가제를 도입했던 적이 있지만 다른 나라에 비하여 소송건수가 유난히 많은 사정을 고려한다면 최고법원을 정책법원으로 하고 상고허가를 최소한에 그치게 하는 것은 국민의 사법감정상 허용되기 어려울 것이다. 대법관 14명이 1년에 담당하는 사건이 5만 건이 넘는 사건부담, 지나치게 많은 심리불속행, 과도한 재판지연, 사실상 주심 단독제로 운영되는 소부 재판과 오로지 예외적으로만 운영되는 전원합의체 등 대법원 재판의 문제²³⁾를 시정하여 국민의 권리구제 욕구에 대응할 수 있는 최고

간 47명)을 임명한 것으로 알려졌다.

19) 2024년의 경우 신입법관은 111명이었다.

20) 법관선출위원회는 연방법무부장관을 위원장으로 하고 각주대표(보통 주 법무부장관) 16인과 연방의회의원 16인으로 구성된다.

21) 법원을 선거로 구성하는 방식도 처음부터 배제할 필요는 없다. 보통 사법부는 정치적 영향력때문에 선거로 구성하기는 곤란하다고 주장되지만, 대법원이나 헌법재판소에서 판결이 이루어지는 과정은 대법관이나 헌법재판관들 사이에 이루어지는 고도의 정치적 행위라고 볼 수 있다. 게다가 대법원 전원합의체 판결이나 헌법재판소의 다수 결정들은 정치영역의 의사결정방법인 다수결에 의하고 있다. 그 과정에서 대법관들이 어떤 정치적 영향도 받지 않고 오로지 헌법과 법률에 따라서만 판단할 것이라고 자신할 수 있을까? 복수의 대법관이나 헌법재판관을 어떻게 선거로 뽑을 것인가는 많은 고민이 필요한 문제지만, 처음부터 선거를 배제할 이유는 없다고 생각한다.

22) 연방사법재판소의 경우 27개 재판부(민사 13, 형사 6, 특별 8)를, 연방행정재판소는 14개(정상항고 11, 군관련 2, 비공개회의 1), 연방재정법원은 11개 전문재판부를, 연방노동법원은 10개 항소전담재판부를, 연방사회법원은 12개의 전문재판부를 두고 있고, 각 최고법원에는 각 1개 이상의 확대합의체가 필수적으로 구성되고 그밖에도 판례의 통일 등을 기하기 위하여 공동확대합의체(Vereinigte Große Senate)와 최상위 합의체가 구성되기도 한다. 한편 각 최고법원의 전문재판부는 보통 5인의 합의체를 이루어 재판을 하며 대면합의가 아니라 주심의 의견에 대하여 동의 여부를 표명하는 서면합의를 도입하여 재판의 효율성을 기하는 한편, 요건을 갖추지 못한 상고를 걸러내기 위하여 3인 재판부의 사전심사제도를 두고 있다.

법원 체제를 만들기 위해서는 다인수대법원 체제로 전환하여 국민들이 전문재판부에서 진정한 합의체에 의한 재판을 받을 수 있도록 하는 것이 절실하다.²⁴⁾ 물론 이처럼 다인수대법원 체제를 도입하기 위해서는 당연히 일반 법관의 수도 획기적으로 늘어나야 하고, 이를 위해서는 변호사시험의 자격시험화를 통한 변호사 대폭 증원이 필수적이다.

한편 헌법개정을 요하는 문제는 아니지만 사법권력, 특히 법원의 권력을 통제하기 위한 중요한 수단으로 재판소원의 도입이 필요하다. 재판소원 도입은 헌법재판소 창설때부터 논란되어 왔지만 대법원의 강력한 반대로 최종적으로는 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하는 것으로 입법되고 말았다. 그러나 보충성 원칙이 적용되는 헌법소원 사건에서 행정처분에 대한 헌법소원이 불가능하다는 문제는 물론 변형결정의 효력 등과 관련한 대법원과 헌법재판소 간의 해소불가능한 갈등 등을 고려하면 민주주의적 관점에서 법원의 재판 역시 헌법소원의 대상에서 제외할 이유는 없다. 아울러 재판소원의 도입은 법원의 재판에서 충분한 헌법적 고려가 이루어지지 못했던 잘못된 관행을 바로잡고 진정으로 ‘헌법과 법률에 의한 재판’이 이루어지도록 하는 계기가 될 것이다. 물론 독일 연방헌법재판소에 제기되는 사건의 90% 정도가 재판소원사건이라는 점에서 재판소원의 도입을 위해서는 헌법재판소의 재판관 수도 대폭 늘어나야 할 것이다.²⁵⁾

3. 제103조: 양심 ≥ 헌법과 법률에 따른 심판

세번째 문제로 제103조를 보자. 헌법 제103조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”고 심판의 독립을 규정하고 있는데, “헌법과 법률에 의하여” “그 양심에 따라” 심판한다고 하여 법관의 양심을 헌법이나 법률과 대등한 지위에 둔 것은 법관에게 과도한 권력을 부여한 것으로 보인다. 앞서 본 바와 같이 헌법 제27조가 재판을 받을 권리를 “법관에 의한 재판을 받을 권리”로 한정함으로써 법관에게 재판에 대한 과도한 권력이 귀속되도록 한 것과 일맥상통하는 부분이다. 대법원장의 권한이나 법관 임명방식이 사법권력의 조직과 관련된 것이라면 헌법 제27조나 제103조와 관련된 문제는 재판운영과 관련된 것이라고 할 수 있다. 그리고 이 모든 것을 뒷받침하는 논리가 바로 사법권 독립 이론이다.

법관이 재판과정이나 결론에 있어서 공정성을 상실한 경우라면 마땅히 통제가 가능해야 하지만, 법관의 범죄나 개인적 일탈이 문제되는 경우가 아니라면 사실상 통제가 불가능하다. 이처럼 재판 통제를 불가능하게 만드는 핵심적 장치는 ‘자유심증주의’이다. 민사소송법은 “법원은 변론의 전취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장의 진실여부를 판단한다.”고 규정하고(제202조), 형사소송법은 “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다.”고 규정하고 있다(제308조). 이 두 규정의 취지는 증거의 취사선택에 관하여는 아무런 법적인 구속 없이 법원의 자유판단에 맡긴다는 것이다.²⁶⁾ 헌법 제103조가 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 심판한다고 규정할 때 ‘그 양심에 따라’가 아마 자유심증주의의 근거가 될 것이다.

나는 솔직히 헌법 제103조의 양심에 관한 규정은 불필요할 뿐만 아니라 매우 위험한 문구라고 생각한다. 헌법과 법률에 의한 재판 이외에 양심에 따른 재판이 왜 필요한지 이해하기 어렵다. 그러기에 헌법 제103

23) 대법원 재판의 문제점에 대해서는 대법관을 역임했던 박시환의 빛나는 분석을 참고하라. 박시환, “대법원 상고사건 처리의 실제 모습과 문제점”, 민주법학 제62호 (민주주의법학연구회, 2016), 289-329쪽.

24) 전대법원장 양승태가 추구했던 고등법원 상고부 설치안은 끔찍한 사법농단으로 인하여 대안으로서의 자격을 잃었다고 한다. 광노현, “대법관 100명도 과하지 않다”, 시민연론 민들레(2025.6.2.자), <<https://www.mindlenews.com/news/articleView.html?idxno=13800>>, 검색일: 2025. 6. 11.

25) 독일의 연방헌법재판소는 연방의회와 연방참의원이 동수로 임명하는 임기 12년의 재판관 16명으로 구성되며, 기본권을 담당하는 제1부와 국가기관을 담당하는 제2부에 각 8명의 재판관이 소속되어 있다.

26) 이에 반하여 증거방법과 증명력에 관하여 미리 법령에서 그 한계를 정하여놓는 주의를 법정증거주의라 한다. 이러한 법정증거주의가 채택된 것은 법관에게 너무 자유를 허용하면 적절한 재판은 보장하기 곤란하다고 생각한 데서 유래된 것이다. 즉, 법관의 불신에서 출발한 것이다. 프랑스혁명 이후 근대국가들은 모두 법정증거주의를 버리고 법관에게 양심적인 자유를 인정하는, 이른바 자유심증주의를 허용하기에 이르렀다. 그러나 민사소송에서 대리권 등의 증명방법, 조서의 증명력, 소명의 방법, 공·사 문서의 진정의 추정 등에 관한 것 등과 형사소송에서 “피고인의 자백이 불이익한 유일의 증거이면 이것만으로는 유죄의 증거로 삼지 못한다.”라고 규정하는 등 법정증거주의의 흔적이 남아 있다.

조의 양심은 제19조 양심의 자유에서 말하는 양심과는 다른 ‘객관적 법조적’ 양심이라는 헌법교과서의 설명에도 동의하지 않는다. 그런 식의 구분은 제103조에 양심이라는 말이 있으니 굳이 의미를 부여하기 위해서 만들어낸 말 이상이 아니다. 소위 양심적 병역거부와 관련된 사건들에서 담당법관들의 판단이 상이한 경우나 국가보안법 제7조 위반 사건에서 내려지는 상이한 판단들, 안마사 자격을 시각장애인에게만 인정할 법률은 직업의 자유 침해로 위헌이라고 하면서 사법시험을 정원제로 운영한 것에 대해서는 본안 판단(직업의 자유 침해 여부)조차 거부한 채 각하시키는 헌법재판소의 판단 등 모순된 재판들이 어떻게 정당화될 수 있는가? 이를 설명할 수 있는 유일한 방법은 헌법 제103조의 양심에 호소하는 것이다. 그러나 헌법교과서들에 따르면이라도 이들 상반된 판단이 모두 객관적 법조적 양심에 따른 것이라고 볼 수는 없다. 두 법관(재판관) 중 한 쪽의 판단이 객관적 법조적 양심에 따른 판단이라면 나머지 한 쪽의 판단은 객관성이 없는 개인적 주관적 판단에 지나지 않을 것이기 때문이다. 결국 헌법 제103조가 말하는 “양심에 따라 … 심판한다”는 말은 판사 ‘마음대로’ ‘자의적으로’ 심판해도 된다는 말이나 다름없다. 법관의 재판에 대한 최고의 면죄부가 아닐 수 없다. 그 결과 공정한 판단을 기대하고 법원을 찾은 국민의 권리는 속절없이 스러진다. 이런 맥락에서 보자면, 법관은 헌법과 법률에 따라 심판해야 하고 그것으로 충분하지 더 이상 양심을 거론할 필요도 이유도 없다. 오히려 양심과 같은 문구를 포함하는 것은 법관으로 하여금 헌법과 법률로부터 이탈할 것을 허용하는 것이나 다름없다.²⁷⁾ 이런 점에서 자유심증주의 역시 ‘헌법과 법률’이라는 한계를 넘어설 수 없음은 명백하다. 즉 자유심증주의의 이름으로 위법한 재판을 정당화할 수는 없다.

서울중앙지법의 지귀현 판사가 윤석열의 구속을 취소한 것은 구속기간 산정을 ‘날’로 하라는 형사소송법의 명문 규정을 위반하여 기간 산정을 ‘시·분’단위로 한 것이므로, 이 재판은 법률을 위반한 재판이었다. 즉 이는 법률 해석의 범주에 속하는 것이 아니었으므로 지귀현 판사는 사실 형사소송법을 개정하고 그 개정법을 적용한 셈이었다. 입법권과 사법권이 엄격히 분리되는 권력분립의 원칙을 고려할 때 이러한 행위는 명백히 헌법에도 위반되는 것이었다. 지귀현 판사가 자신의 주장처럼 구속기간을 ‘날’로 정한 형사소송법 규정이 헌법 위반이라고 생각했다면 해당 조항에 대한 위헌법률심판 제청을 할 수는 있지만 명문의 법률 규정을 마음대로 뜯어고쳐서 적용할 수는 없다. 그런데도 이러한 위헌 위법의 재판을 자행한 지귀현 판사에 대한 어떤 제재도 현실적으로는 가능하지 않다. 만약 어떤 제재가 이루어진다면 그것은 재판의 내용을 이유로 법관을 제재하는 것이어서 ‘양심에 따른 독립적 심판’을 보장한 사법권 독립 원칙에 반한다는 주장이 빚발칠 것이다. 이처럼 사실상 위법한 재판조차 서슴없이 이루어지는 것은 ‘헌법과 법률’을 법관의 ‘양심’과 동렬에 놓은 헌법 제103조때문이고, 당연히 제103조에서 “그 양심에 따라”라는 구절은 삭제되어야 한다.

IV. 사법권력의 민주적 통제를 위한 방안들

헌법은 주권이 국민에게 있음을 선언하고 있지만, 사법 영역에는 주권자인 국민의 참여와 통제가 침투하지 못하고 있다. 사법 영역에 대한 국민의 참여와 통제를 확보하는 것은 국민주권의 실질화를 의미하는 것임은 물론 사법제도 전반에 대한 국민의 신뢰를 제고하여 법적 안정성을 높이는데 이바지할 것이다. 또한 시민의 상식에 부합하는 사법을 통해 사법정의의 구현에도 기여할 것이다. 역대 정부에서 사법개혁을 시도해왔지만 전반적인 청사진 없이 극히 지엽적이고 대중적인 해법의 모색에 치중해 온 결과 사법의 민주화란 이상은 여전히 멀리 떨어져 있다. 사법의 민주화가 이루어지지 않으면 극히 낮아진 사법에 대한 신뢰의 회

27) 이런 사례와 연결하여 생각해 볼 문제가 있다. 대통령이나 장관 등 고위공직자뿐만 아니라 대학이나 각종 기관의 장을 맡게 되는 사람들이 취임 일성으로 하는 말 중의 하나가 자신은 앞으로 “법(규정)과 원칙에 따라” 직무를 수행하겠다는 것이다. 나는 이런 말을 들을 때마다 왜 저들은 저 대목에서 ‘원칙’을 들고 나오는 것일까 의문이 들었다. 내가 내린 결론은 결국 저들은 상황에 따라서는 법(규정)을 위반할 수도 있다고 선언하는 것이구나 하는 것이었다. 법(규정)은 객관적으로 존재하는 공동체의 규범인 반면 원칙은 합의된 규범이 아니라 개인적으로 수립하거나 수용하는 신념에 불과하여 사람마다 다 다른데, 이들이 ‘법과 원칙에 따라’ 직무를 수행하겠다고 말하는 것은 ‘법과 원칙이 충돌할 때에는 원칙에 따라’ 행동하겠다는 선언이라고 볼 수 있겠다는 생각이 든다.

복이 불가능해지고 이는 사법은 물론 법 제도 전반에 대한 시민의 불신으로 이어져 사회의 불안정을 초래할 것이다.

이런 관점에서 이 장에서는 사법의 민주화를 위하여 4가지 차원에서 방안을 모색한다.²⁸⁾ 첫째, 사법 주체 수준의 민주화이다. 재판절차는 물론 수사 및 기소절차에서의 시민참여의 필요성과 개혁방안을 다룬다. 둘째, 사법과정 또는 사법절차 차원의 민주화이다. 재판절차에서 증거에 대한 평등한 접근 문제와 판결문을 비롯한 각종 재판자료의 공개 필요성을 밝히고 그 실현 방안을 모색한다. 셋째, 사법의 통제 또는 책임 수준의 민주화이다. 이는 크게 재판 운영과 관련한 법관의 책임 문제와 수사 및 기소와 관련한 수사기관의 책임 문제로 나누어진다. 마지막으로 넷째, 사법에 대한 접근 차원의 민주화이다. 사법에 대한 접근을 가로막는 각종 장벽의 문제점을 지적하고 이를 제거 또는 극복할 방안을 제시한다.

1. 사법 주체의 민주화

사법권력의 민주적 통제와 관련하여 가장 직접적으로 요청되는 것은 사법 주체의 민주화이다. 즉 판결의 형성권을 법관에 독점시키지 않고 일반 시민이 재판과정에 참여하도록 하는 것으로 배심제나 참심제의 도입 등이 이에 해당한다. 다른 하나는 수사기관의 불기소 또는 수사 해태로 인하여 사법절차의 개시 자체가 이루어지지 않는 상황에 대응하여 시민이 직접 소 제기를 하거나 기소 여부를 결정하는 사인소추제나 기소배심제 등도 사법 주체 민주화의 범주에 포함된다.

(1) 법관만의 재판에서 시민참여형 재판으로

국군통수권자이자 행정권의 수반인 대통령도, 법률제정권을 갖는 국회의원도 국민이 직접 선거로 뽑지만, 일상 생활에서 국민에게 직접 영향을 미치는 재판을 수행하는 법관은 국민이 직접 선출하지도, 그렇다고 국민의 통제를 받지도 않는다. 그렇다고 재판과정에 국민이 직접 주체로 참여할 수도 없다. 말하자면 법원의 재판에서는 직접민주주의도 대의제도 작동하지 않아 국민주권의 원리에 대한 중대한 예외를 이루고 있다. 국민주권의 원리를 인정하는 한 이와 같은 예외는 헌법적으로 그 정당성을 의심받기에 충분하다. 따라서 국민주권주의가 실효성을 가지려면 비록 국민이 법관을 직접 선거로 뽑거나 통제하지는 못하더라도 최소한 재판과정에 국민이 판단의 주체로서(소송당사자나 방청객으로서가 아니라) 참여할 수 있어야 한다.

이런 이유로 세계 각국에서는 배심제와 참심제, 치안판사제 등 재판과정에 국민이 주체로서 참여할 수 있는 다양한 제도를 설립하여 운영하고 있다. 한 가지 명심해야 할 것은 전 세계적으로 볼 때 직업법관만이 재판의 주체가 되는 방식을 취하고 있는 경우는 한국과 일본 등 극히 예외적이라는 점이다.²⁹⁾

영국과 미국에서 발달한 배심제의 기본원리는 분업이다. 즉 전문자격을 가진 직업법관과 일반 국민 중에서 선발되는 배심원들이 재판과정에 주체로서 함께 참여하되 그 역할이 철저히 분리되어 있는 것이다. 형사재판의 경우 배심은 사실확정과 유무죄 판단을 수행하며, 직업법관은 배심판단을 위한 법률적 조언, 절차의 진행, 배심판단에 따른 이행(형량의 결정)의 작업을 수행하며, 이 양자의 작업은 철저한 독립성의 원칙하에서 수행된다. 성문헌법이 없는 영국과는 달리 미국에서는 헌법이 직접 배심재판을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있다.³⁰⁾

이와는 달리 독일 등에서 발달한 참심제는 협업에 입각한 재판방식이다. 전문자격을 가진 직업법관과 일반 국민 중에서 선발되는 참심원이 재판과정에 주체로서 함께 참여하되, 사실판단과 유무죄 판단, 형량 결정 등이 모두 법관과 참심원의 합의에 의하여 결정되는 방식이다. 배심제보다 참심원의 독립성 보장이 약하고 직업법관이 주도하게 될 우려가 있지만 시종일관 참여가 가능하다는 장점이 있다. 참심제의 실제 운영방식

28) 통상 사법 민주화 또는 사법개혁을 이야기할 때 보통 수사기관이나 절차를 포함하지만, 이 글에서는 초점을 재판 절차에 두고 수사절차와 관련해서는 매우 한정된 영역에서만 다룬다.

29) 한국에서도 2008년부터 '국민의 형사재판 참여에 관한 법률' 시행에 따라 국민참여재판이 도입되었지만, 배심제와 유사한 외관에도 불구하고 배심원의 판단에 법적 구속력이 인정되지 않는다는 점에서 실질적인 국민참여재판이라고 할 수는 없다.

30) 미국 연방헌법 수정 제6조는 형사배심을, 수정 제7조는 민사배심을 규정하고 있다.

을 보면 국가별로 차이가 있지만 직업법관의 2배 수준의 참심원이 심리 및 판결에 참여하여 법관과 대등한 발언권 및 표결권을 가진다.³¹⁾ 생각건대 일반 시민 참심원이 직업법관에 비하여 법률지식이 얇을 수밖에 없음에도 불구하고 수적 우세로 법관에 대하여 상대적 우월성을 가질 수 있도록 하는 것이 참심제 설계의 핵심으로 보인다.

한편 영국(웨일스와 잉글랜드)의 경우 치안판사(Magistrates)가 있어 형사재판의 상당 부분을 담당하고 있다. 법률교육을 받지 않은 일반 시민이 치안판사로 활동하며 2025년 기준 11,500명 정도이고 일부 수당과 교통비만 지급할 뿐 정규급여는 없는 자원봉사자들이다. 치안판사 2-3명이 법률고문의 자문을 받아서 절도, 음주운전, 폭력 등 경범죄의 재판을 맡으며 1년 이하 금고형이나 벌금형을 선고할 수 있고 형사사건의 95%를 처리한다. 미국에도 일부 주와 연방에 치안판사 제도가 있으나 대부분 법률교육을 받은 변호사가 담당한다는 점에서 일반 시민에 의한 영국의 치안판사와는 구분된다.

배심제나 참심제 또는 치안판사제의 도입에 있어서 가장 큰 걸림돌로 작용하는 것이 헌법 제27조 제1항이 정한 “법관에 의한 재판을 받을 권리”이다. 즉 배심원이나 참심원이 법관의 판단을 구속하거나 법관 없이 치안판사가 재판을 할 경우 법관이 아닌 사람에 의한 재판이므로 헌법이 보장하는 “법관에 의한 재판을 받을 권리”를 침해하는 것이라고 이해할 여지가 있기 때문이다. 노무현 정부 때 포괄적인 사법개혁을 시도하면서 그 일환으로 도입했던 국민참여재판에서 배심제를 도입하면서도 권고적 효력만 인정했던 것도 바로 헌법 제27조 제1항에 대한 이런 해석에 따랐기 때문이라고 할 수 있다.³²⁾

그러나 이러한 해석이 과연 올바른 것인지는 의문이다. 그것은 제27조 제1항이 보장하는 것이 “법관만에 의한 재판”을 받을 권리가 아니라 “법관에 의한 재판”을 받을 권리가기 때문이다. 즉 판결의 형성 과정에서 법관의 관여가 전적으로 배제되는 것이 아닌 한 법관의 재판을 받을 권리가 침해되었다고 볼 수는 없다는 해석도 가능하다. 형사재판에서 유무죄에 대한 전적인 판단권을 갖고 있는 것처럼 보이는 배심원들도 사실 인정 및 증거채택의 방법이나 한계등에 대해서는 법관의 설명을 따라야 하기 때문에 배심원의 평결도 전적으로 배심원들만에 의한 것은 아니며, 그러한 평결 형성에는 분명히 법관의 역할이 개입되고 있다. 따라서 배심이든 참심이든 일정한 형식으로 법관의 관여가 이루어지고 있는 한 그러한 재판을 “법관에 의한 재판”이라고 못 볼 이유는 없다. 그러므로 배심제나 참심제의 도입이 헌법 위반이라는 해석에 따라 관련 입법을 회피하는 것은 타당하지 않다. 배심제나 참심제와는 달리 치안판사제는 직업법관이 전혀 관여하지 않은 채 시민치안판사가 판결을 내리는 것이어서 위헌이라는 의심은 더욱 커진다. 그러나 이 문제 역시 제27조 제1항의 “법관에 의한 재판을 받을 권리”에 대한 또 다른 해석을 통하여 해소될 여지가 있다. 즉 제27조에서 규정한 “법관에 의한 재판을 받을 권리”가 모든 심급에서 적용되어야 할 이유는 없다는 해석이다. 비록 제1심에서는 법관의 관여가 없는 치안판사에게 재판을 받았다고 하더라도 상급심에서는 법관에 의한 재판을 받을 수 있다면 이런 경우까지 “법관에 의한 재판을 받을 권리” 침해라고 할 수는 없다는 것이다. 이런 논리는 배심제나 참심제의 도입과 관련해서도 적용될 수 있다.³³⁾

또한 나는 “법관에 의한 재판을 받을 권리”가 기본권, 즉 하나의 권리로 규정되어 있다는 점에 주목해야 한다고 본다. 민사소송이든 형사소송이든 기본권 주체가 직업법관만이 관여해서 절차를 진행하고 판결을 선고하는 재판을 선택할 수 있으면 그것으로 이 권리는 충족된다는 것이다. 그러니 1심 재판으로 치안판사제나 배심제 또는 참심제를 도입하더라도 그것이 기본권주체의 선택에 맡겨져 있는 경우는 물론이고 하

31) 독일의 경우 1심과 2심은 직업법관 1명과 참심원 2명, 상소심은 직업법관 2-3명과 참심원 2명이 함께 유무죄와 형량 결정을 한다. 반면 프랑스의 경우 1심은 직업법관 3명과 배심원 6명, 항소심은 직업법관 3명과 배심원 9명이 유무죄와 형량을 협의하여 결정한다. 항소심 기준으로 유무죄 평결에는 12명 중 8명의 찬성이 필요하다. 한편 프랑스의 경우 배심원이라는 명칭을 사용하고 있지만 배심원들이 직업법관과 함께 유무죄판단과 형량 결정에 모두 참여한다는 점에서 참심제로 분류한다.

32) 국민참여재판의 도입과정에 관해서는 최선, “국민참여재판 도입과정 및 운영 분석”, 의정논총 제16권 제2호 (한국 의정연구회, 2021), 127-153쪽 참조.

33) 사실판단에만 관여하고 법률판단에는 개입하지 않는 배심제는 합헌이지만 법률판단에도 개입하는 참심제는 위헌이라는 견해가 헌법학계의 다수설이라고 한다. 그러나 과연 배심원의 유무죄판단이 순수한 사실판단인지도 의문이고 법관에 의한 재판을 받을 권리가 법률판단에만 적용되는지도 의문이라는 점에서 다수설에도 별반 설득력이 있어 보이지 않는다.

급심에서는 그런 선택권이 없이 일반 시민이 관여하는 재판은 피할 수 없다고 하더라도 상급심에서 ‘법관만에 의한 재판’을 선택할 권리가 인정된다면 헌법 위반이라고 할 수는 없다고 생각한다.

만약 필자의 이런 해석이 받아들여질 수 없고 현행 헌법하에서는 오로지 ‘법관만에 의한 재판’이 허용될 뿐이어서 시민이 참여하는 재판 모델 일체가 의회입법으로는 도입될 수 없는 것이라면, 헌법을 개정해서라도 배심제나 참심제의 도입은 반드시 이루어내야 한다. 이것이야말로 사법 민주화의 핵심 중의 핵심이며, 국민주권주의의 실현을 위해 필수적이기 때문이다.

(2) 불기소 또는 수사 해태에 대한 대응

재판에 대한 시민의 참여 문제와는 달리, 범죄 혐의가 있음에도 기소가 이루어지지 않거나 수사 자체가 이루어지지 않는 경우에는 아예 재판이 열리지 않으므로 시민의 입장에서는 사법제도를 이용할 수 있는 길 자체가 막히고 만다. 따라서 통상의 사법권과 관련된 문제는 아니지만 이런 문제에 대한 대응도 사법 민주화를 논할 때 빠뜨릴 수는 없는 부분이다.

일부 국가에서는 사인기소 제도를 통해 검찰이 기소하지 않거나 기소를 유보하는 경우에도 피해자나 제3자가 독립적으로 법원에 소를 제기할 수 있도록 허용한다. 일반 사인이 범죄에 대해 기소할 수 있는 제도를 도입한 나라는 소수에 불과하지만, 특정 법적 체계에서는 이런 제도가 존재한다. 이러한 제도는 사인기소권(private prosecution) 또는 사적 기소권(private lawsuit)이라고 불리며, 범죄의 피해자 또는 제3자가 공공기관(검찰)에 의존하지 않고 독립적으로 기소할 수 있도록 허용하는 시스템이다. 이를 도입한 나라는 영국, 프랑스, 독일, 일본 등이 있다.

이들 국가에서 사인기소의 대상은 주로 경미한 범죄에 국한되고 있지만, 기소권 남용을 방지하는 차원에서 중대범죄에 대해서도 사인소추를 확대할 수 있을 것이다. 특히 공소기관이 수사기관의 의견을 무시하고 공소 제기를 하지 않기로 결정하는 경우에는 부족하나마 재정신청 등의 대응방법이 있는데 반해서 범죄 혐의가 명백함에도 수사기관이 아예 수사를 하지 않는 경우에는 사인소추가 유일한 해결책이라고 할 수 있다. 수사기관이나 소추기관에 대한 신뢰가 극도로 낮은 현실을 고려하면 사인소추제도의 도입은 더 이상 미룰 수 없다고 생각한다. 이 경우 비용의 문제가 발생하게 되는데, 유죄판결이 내려지는 경우는 물론 유죄판결은 선고되지 않더라도 명백히 부당한 소추라고 판단되지 않는 한 형사소송의 성격상 그 비용은 국가가 부담하는 것이 옳을 것이다.

그런가 하면 많은 국가에서 기소 여부에 대한 검찰의 결정을 감독하거나 검찰의 기소 거부를 재검토하는 제도가 존재한다.³⁴⁾ 이러한 제도 중 가장 근본적인 것은 기소배심제다. 기소배심제는 공소기관의 불기소는 물론 자의적인 기소도 통제할 수 있는 제도로서, 기소배심을 도입한 대표적인 나라는 미국이다. 물론 미국에서도 그 효용성에 대한 논란이 있는 것은 사실이다. 즉 기소배심의 결과가 검사에 의해 좌우되는 경우가 대부분이라는 비판이 그것이다. 그러나 검사의 영향을 받더라도 시민들이 직접 기소 여부를 결정한다는 점에서 검사 단독으로 기소 여부를 결정하는 것과는 차원이 다르며, 민주주의적 입장에서 기소권 남용을 통제할 수 있는 가장 근본적인 대안이 기소배심제라는 것은 부정할 수 없다. 특히 사인소추가 주로 경미한 범죄를 대상으로 하는 것과는 달리 기소배심은 중대범죄에 대한 기소 여부를 시민의 뜻에 따라 결정짓는 것이라는 점에서 그 의의는 매우 크다. 현재 사회적 논란이 되는 사안의 경우 검찰수사심의회의 심의를 받도록 하는 제도가 있지만 심의 주체가 일반시민들로 구성되는 기소배심과는 근본적으로 차이가 있다. 특히 최근 민주당이 추진하는 검찰개혁을 통해 검찰이 수사권 없는 공소기관으로만 남는다 하더라도 기소권 자체의 통제를 위해서 기소배심제의 도입이 적극적으로 검토될 필요가 있다.³⁵⁾

34) 고소인의 재정신청제도가 그런 기능을 하기도 하지만, 법원이나 기타 독립기구에서 독자적으로 심사하여 기소를 명령하거나 불기소결정의 재고를 요구하는 기소의견 제출(Prosecutorial Oversight) 등의 제도를 두는 나라가 있다.

35) 미국의 기소배심제에 관해서는 박형관, “미국 대배심 제도의 현황 및 개선 논의”, 형사소송 이론과 실무 제15권 제2호 (한국형사소송법학회, 2023.6) 75-115쪽; 오경식, “미국의 기소대배심운영과 한국의 도입방안”, 형사법의 신동향 통권 제28호 (대검찰청, 2010), 1-30쪽.

(3) 영장 신청 주체의 다양화

형사재판의 시작을 위해서는 기소가 있어야 하고, 기소를 위해서는 상당 수준의 증거 확보를 위한 수사가 필요하며, 이런 수사에 매우 유용한 수단이 되는 것이 체포 구속 압수 수색 등 강제수사이다. 그런데 이런 강제수사를 위해서는 법관이 발부한 영장이 필요한데, 현재 한국에서는 헌법상 영장 발부를 신청할 수 있는 주체가 검사로 한정되어 있다. 12.3내란사건의 수사과정에서 보았듯이 수사기관의 요청에도 불구하고 검사가 영장 신청 자체를 하지 않음으로써 수사방해를 하는 듯한 광경이 드물지 않게 벌어진다. 인권 보호의 관점에서는 강제수사가 아니라 임의수사가 원칙임은 너무나 당연하지만, 범죄의 성격이나 수사의 상황에 비추어 강제수사가 필수적으로 요청되는 경우라면 자의적인 영장 미청구는 범죄 피해자의 권리나 형사사법적 정의의 요청에 반한다.

이런 부정의를 극복하기 위해서는 크게 두 가지 방법이 있을 수 있다. 헌법상의 제한을 전제로 하여 범죄 수사를 담당하는 모든 기관(경찰청, 국가정보원 등)에 검사를 두고 검찰청 소속의 검사가 아니라 개별 수사기관 소속의 검사로 하여금 영장을 신청하도록 하는 방법이다. 현재 이런 예는 공수처밖에 없지만 이를 모든 수사기관으로 확대하는 것이다. 그러나 이렇게 될 경우 수사기관 소속의 검사가 공소권까지 행사하게 되므로 설사 검사가 수사를 하지 않는다고 하더라도 공소권과 수사권의 분리라는 차원에서 보면 편법에 불과하다는 비판을 피하기 어렵다. 다른 하나의 방법은 헌법의 개정을 전제로 모든 범죄 수사기관에 강제수사를 위한 영장 청구권을 부여하는 것이다. 이런 제도를 취하고 있는 대표적인 나라는 영국이다. 헌법상 영장 신청권을 검사에게만 부여하고 있는 취지를 수사기관의 자의적인 영장 신청에 대한 통제 내지 억제 장치로 이해한다면 이런 방식은 바람직하지 않다. 그러나 강제수사의 인정 여부는 최종적으로 법원에 의해 결정된다는 점에서 굳이 강제수사에 대한 사법외적 통제를 인정할 필요가 있는지는 의문이다. 검사가 보기에 영장 청구가 적절치 않은 경우라면, 당연히 중립적 입장에서 공정한 판단을 해야 할 법관의 입장에서 영장 발부를 허용할 리는 없을 것이므로, 굳이 미리 검사의 판단을 받도록 할 이유는 없기 때문이다. 이런 점을 고려한다면 법원에 영장 발부를 신청할 수 있는 기관을 범죄에 대한 수사권을 가진 모든 기관으로 확대하는 것이 타당하며, 체포 구속 압수 수색 등 강제수사에 대한 통제는 전적으로 법원에 맡겨져야 할 것이다. 연혁적으로 보면 헌법상 영장 신청권이 검사(검찰관)에게 한정된 것은 5.16군사 쿠데타 후 만들어진 1962년의 5차개정헌법 이후이다. 제5차개정헌법이 영장 신청 주체를 검사로 한정된 이유에 대해 헌법재판소는 “검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다”고 평가했지만, 검찰의 수사지휘권에서 오는 인권유린이 더욱 문제되는 현실을 감안하면 크게 설득력이 있어 보이지 않는다. 그보다는 오히려 쿠데타로 정권을 찬탈한 집권세력이 권력의 효율적 유지·강화를 위하여 검찰이 지휘하는 일원적 수사 체계를 원했기 때문이라고 보는 것이 옳을 것이다.

이 점에서 군사독재의 잔재를 청산한다는 차원에서도 영장 신청 주체를 검사로 한정하고 있는 헌법 제12조 등은 개정되어야 할 것이다. 그렇다고 굳이 헌법에 영장 신청 주체를 명기할 필요는 없으며, 형사소송법 등에서 범죄 수사권을 갖는 기관은 모두 영장 청구권을 갖는 것으로 정하면 될 것이다. 물론 영장 청구의 남용을 막기 위해 법원의 영장 심사는 더욱 강화해야 할 것이다.

(4) 헌법재판소 구성방식과 재판관 자격 및 권한의 적정화

사법권의 민주적 통제와 관련하여 헌법재판소를 빠뜨릴 수 없다. 선출되지 않은 9명의 헌법재판관이 의회주의를 유린하고(신행정수도특별법 위헌결정) 정당정치를 질식시키는(통합진보당 해산결정) 결정들은 ‘사법 쿠데타’가 가능하다는 것을 절감케 했다.³⁶⁾

헌법재판소의 구성과 관련해서 늘 비판되어 온 것은 재판관 자격의 획일성과 임명 주체의 민주적 정당성 문제이다. 헌법재판소가 관장하는 대부분의 사건들은 그 성격 자체가 정치적이며 그 판단을 둘러싸고 매우

36) 일찍이 국순옥 교수는 관습헌법 위반을 이유로 한 헌법재판소의 신행정수도특별법 위헌결정에 대하여 ‘사법쿠데타’라는 1인성명을 발표한 바 있다. 국순옥, “헌법재판관들의 사법 쿠데타”, 민주법학 제27호 (민주주의법학연구회, 2005), 457-461쪽.

다양한 견해가 존재하는 문제들과 관련된 것이다. 이런 문제들에 대하여 최종적인 유권적 판단을 내릴 권한과 책임이 주어진 헌법재판소라면, 현실 사회에 존재하는 것과 필적할 정도의 다양성을 확보할 수 있는 방식으로 재판관들이 구성되어야 함은 지극히 당연하다. 그런데 현행 헌법은 헌법재판관이 될 수 있는 자격을 오로지 법관자격자로 한정하고 있다(제111조 제2항). 그렇다고 법관 자격을 정하고 있는 법원조직법에서 법관이 될 수 있는 자격을 폭넓게 규정하고 있는 것도 아니다. 일반 재판을 담당하는 법관이 될 자격이 있는 사람만이 헌법재판도 담당할 수 있도록 함으로써 헌법재판을 일반 재판과 동일한 관점과 시각에서 규정되도록 하고 있는 셈이다. 이처럼 법관 자격자들만으로 구성된 기관이 내놓는 헌법판단에 무슨 다양성을 기대할 수 있을 것인가? 다양한 분야에서 상당 기간 활동해 온 다양한 경력을 가진 이들로 헌법재판소가 구성될 때에만 진정한 의미의 민주주의적 헌법재판이 가능해질 것이다.

이런 점을 고려한다면 헌법재판관의 자격을 굳이 헌법에서 정할 필요는 없으나, 법관자격자가 아닌 일반 시민의 헌법재판관 선임을 확보하기 위하여 법관자격자와 비법관시민으로 이원화할 것을 명문화할 필요는 있을 것이다. 바람직하게는 독일이나 프랑스의 중죄법원(Cour d'assises)처럼 시민재판관이 법률가재판관의 2배수가 되도록 헌법재판소를 구성해야 할 것이다. 이 정도의 요구가 너무 파격적이어서 수용할 수 없다면, 최소한 법률가자격자가 재판관 전체의 절반을 넘지 않도록 해야 할 것이다. 아울러 현재 국회에서 논의되고 있는 재판소원이 도입된다면 헌법소원사건의 폭증에 대비하여 헌법재판관의 수도 현재의 2배 이상으로 확대해야 할 것이다.

헌법재판소 구성과 관련한 또 다른 문제는 대법원장이 재판관 3인을 지명할 수 있도록 해 놓은 부분이다. 국민으로부터 직접적인 민주적 정당성을 부여받지 못한 대법원장이 최고헌법재판기관 재판관의 3분의 1을 지명하도록 한 것이 정당화될 수 없다는 것은 새삼 이야기하기조차 진부할 정도로 엄청난 비판을 받아왔다.³⁷⁾ 헌법재판소 결정이 갖는 파괴력을 생각하면 헌법재판소 구성에 있어서 민주주의적 정당성과 다양성의 확보는 제도의 성패를 좌우할 핵심적 관건이다. 이제는 이런 취지에 부합하는 방식이 모색되어야 한다. 즉 국민으로부터 직접적 정당성을 부여받는 두 기관이 합동으로, 즉 대통령이 국회의 동의를 얻어 헌법재판관을 임명하거나(미국) 국회에서 헌법재판관 전원을 선출하도록 해야 할 것이다(독일). 그러나 어느 경우에도 정파적 치우침을 최소화하기 위하여 모든 재판관의 임명 또는 선출에 국회의 가중다수결을 요구하여야 할 것이다(참고로 독일의 경우 각 원의 3분의 2 이상의 찬성을 요구하고 있다).

이처럼 헌법재판관의 자격과 선임방식이 정해진다고 하더라도 여전히 남는 문제는 헌법재판소에 부여된 과도한 권한의 문제이다. 도대체 선출되지 않는 9인에게 정당의 운명을 맡기고, 법률의 개폐를 결정하게 하는 것은, 그 근거를 어디에서 찾든 간에 현대 민주주의의 핵심에 있는 의회정치나 정당정치와 조화되기 어려운 것임에 틀림없다. 그렇다면 헌법재판소를 폐지할 것인가? 헌법재판소의 높은 신뢰도를 고려하면 폐지는 어렵겠지만 현재의 시스템이 불완전함은 분명하므로 대안을 모색해 보아야 한다.

발표자의 생각은 헌법재판소의 권한을 개인의 권리, 즉 기본권의 침해 구제하기 위한 기능, 즉 위헌법률심판과 헌법소원심판에 국한시키자는 것이다.³⁸⁾ 이렇게 될 경우 현행법상의 정당해산심판과 권한쟁의심판은 국민의 선택이나 정치과정을 통하여 해소되어야 할 문제로서 더 이상 헌법재판소의 권한 사항이 아니게 된다. 남는 것은 탄핵심판인데, 그 구성원이 탄핵의 대상이 되는 법원이나 헌법재판소가 심판기구가 되는 것은 비논리적이다. 탄핵과 관련하여 소추권과 심판권 모두를 완전히 의회에 맡기거나(미국) 추첨을 통해 일반시민들로 구성되는 시민의회 또는 시민배심을 도입할 수 있다면 대통령과 기타 공직자를 구분하지 않고 의결정족수만을 달리하여 탄핵심판을 맡기는 것이 민주적 요청에 부합할 것이다. 어느 쪽이든 국민들

37) 아울러 대법원장이 갖는 중앙선거관리위원회 위원 3인 지명권 역시 폐지되어야 한다.

38) 물론 선거로 구성된 의회가 만든 법률의 운명을 직접적인 국민대표성을 갖고 있지 않은 헌법재판소의 결정에 맡기는 것은 민주주의 원칙과 양립하기 어렵지만, 법률에 의한 기본권 침해가 문제될 경우 이를 무조건 배척하는 것도 적절치 않아 보인다. 이 양자의 조화를 위해 헌법재판소의 결정에서 구속력을 제거하고 권고적 효력만 인정하거나, 잠정적 구속력을 인정하면서 국회가 가중다수결로 판결을 번복할 수 있도록 하거나, 프랑스처럼 사전적 위헌심사제로 전환하거나, 헌법재판을 일종의 배심제로 운영함으로써 속의민주주의와 헌법재판을 결합하는 방법 등을 생각해 볼 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 앞서 제시한 헌법재판소의 구성과 재판관의 자격 문제 등이 적절한 방식으로 재편된다면 위헌법률심사에 관한 민주주의적 우려는 상당 정도 해소될 수 있을 것이다.

이 기약없는 헌법재판소의 선고를 기다리면서 거리에서 밤을 지새는 일은 없어야 할 것이다.

2. 사법 과정의 민주화

세 번째 수준의 사법 민주화는 사법 과정에서 요구된다. 사법 과정에서 확보되어야 할 민주적 요청의 핵심은 무기평등의 원칙이다. 원고와 피고 사이 또는 검사와 피고인 사이의 대등성을 확보하는 것이 공정한 재판이 갖추어야 할 가장 중요한 요소이고 그것을 전제로 했을 때에만 사법을 통한 분쟁해결이 가능하기 때문이다.

또 하나 사법과정과 관련된 요청은 사법과정의 모든 요소들이 소송 당사자는 물론 그것에 관심이 있는 모든 시민들에게 공개되어야 한다는 것이다. 사법과정의 최종적 결과물인 판결이나 심리 과정의 공개는 너무나 당연한 것이지만, 이것을 넘어서서 사법과정에서 제시되거나 제출되는 모든 주장과 자료들이 공개되는 것은 사법 과정 자체를 투명하게 만드는 가장 중요한 방법이다.

(1) 무기평등의 원칙 실현: 증거에 대한 접근 평등

무기평등의 원칙은 공정한 재판을 위하여 소송법상 요구되는 가장 중요한 원칙이다. 그러나 이러한 원칙이 실제 사법과정에서는 실현되지 않는 것이 엄연한 현실이다. 소송 당사자가 동원할 수 있는 자원의 차이가 소송의 결과마저 좌우하는 경우가 많기에 '유전무죄 무전유죄'라는 말이 여전히 울림을 가지는 것이다. 이런 문제를 조금이라도 완화하여 공정한 재판을 확보할 수 있는 방법이 모색되어야 한다.

우선 민사소송에서는 법적 분쟁을 해결하는 과정에서 당사자들이 서로에게 증거를 제공하고 상대방의 주장을 검토할 수 있는 기회를 주는 제도인 영미법상의 디스커버리(discovery) 제도의 도입이 적극 검토되어야 한다. 비용이나 전략적 남용 등 우려가 없는 것은 아니지만, 그 장점이 더욱 크다고 생각된다. 즉 디스커버리 제도는 사건의 핵심적인 사실과 증거를 미리 파악할 수 있어 소송 전략을 효과적으로 수립할 수 있고, 상대방의 주장과 증거를 미리 알게 되므로, 재판 중 예기치 못한 상황을 방지하고 공정한 심리가 가능하며, 디스커버리를 통해 필요한 정보를 미리 확보함으로써 법정에서 불필요한 논란을 줄이고 소송 비용을 절감할 수 있으며, 중요한 정보가 미리 공개되면 당사자들이 사실을 인정하거나 합의할 가능성이 높아져 소송을 조기에 종결할 수 있다는 장점이 있다.³⁹⁾

한편 형사절차에서는 디스클로저(disclosure)라고 불리는 증거개시 제도의 도입이 요구된다. 형사재판에서의 디스클로저 제도는 검찰과 피고인 또는 변호인이 사건과 관련된 증거나 정보를 서로에게 제공하는 절차를 의미하지만 피고인의 진술거부권이 보장된다는 점을 고려하면 그 핵심은 검찰의 증거개시이다. 즉 검찰은 사건에 대한 증거를 피고인 또는 피고인의 변호인에게 미리 공개해야 하고, 공개하는 증거에는 경찰의 수사기록, 증인의 진술서, 물리적 증거, 전문가의 의견서 등이 포함되며, 특히 검찰은 피고인에게 불리한 증거뿐만 아니라 피고인에게 유리한 증거도 공개해야 하는 경우가 많다. 특히 미국에서는 검사는 피고인에게 유리한 증거나 무죄를 뒷받침할 수 있는 증거를 반드시 공개해야 한다는 브래디 규칙 (Brady Rule)이 판례로 확립되어 있다.⁴⁰⁾ 검찰이 법원의 문서제출 명령을 거부했음에도 불구하고 검찰이 제출한 증거를 인정하여 유죄판결을 선고했던 용산참사사건 재판 같은 사례가 반복되지 않도록 하기 위해서는 디스클로저 제도의 도입이 시급해 보인다.

이와 같은 민사상 디스커버리 제도나 형사상 디스클로저 제도의 도입은 사법과정, 즉 소송절차에서 무기평등의 원칙을 실현하기 위한 것이고, 이는 공정한 재판을 위한 최소보장이자 사법과정 민주화의 토대라고 할 수 있다.

39) 디스커버리를 포함한 민사상 증거개시제도에 관해서는 사법정책연구원, 효율적인 증거개시·수집을 위한 제도 개선 방안에 관한 연구 (2015) 참조.

40) *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963): 형사사건에서 검찰이 피고인의 무죄를 입증하거나 형량에 영향을 줄 수 있는 유리한 증거를 고의로 숨기는 것은 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것으로, 미국 수정헌법 제14조의 적법절차 조항 위반이라고 판시한 사건. 이 판결로 다시 재판이 열렸고 원심에서 살인 혐의로 사형을 선고받았던 Brady의 형은 종신형으로 감형되었다.

(2) 재판 공개의 원칙 확립

모든 부패를 막기 위한 최선의 방책은 투명성을 확보하는 것이고 이는 관련 정보의 공개로 달성된다. 사법과정 역시 신뢰받기 위해서는 당연히 투명성이 확보되어야 하는 것이고, 헌법은 심리와 판결의 공개 원칙을 천명함으로써 이를 확인하고 있다(제109조). 그러나 심리가 공개되고 판결이 공개되는 것만으로 자동적으로 사법과정의 투명성이 충분히 확보되는 것은 아니다. 심리와 판결이 소송 당사자와 일반 시민들에게 공개되는 것은 당연하고 또 중요하지만, 재판의 모든 진행과정이 일반 시민들에게 생중계되는 것이 아닌 이상 시민들의 입장에서는 재판이 어떻게 진행되었는지 또는 진행되고 있는지를 확인할 수 있는 방도가 마련되어야만 사법과정의 투명성은 확보된다고 할 수 있다. 따라서 사법과정의 민주화를 위한 재판 공개 원칙의 확립에 필요한 요소는 무엇인지 확인할 필요가 있다.

무엇보다도 중요한 것은 판결문(법률상 판결서) 자체의 공개이다. 다행스럽게도 비용 문제 등을 이유로 판결문 공개에 소극적이었던 대법원이 입장을 바꾸면서 2013년부터 판결서 공개가 제도화되었다(형사소송법 제59조의3, 민사소송법 제163조의2). 그러나 현재 판결서 공개의 대상은 형사재판의 경우 확정판결에 국한되며(민사판결은 2023년부터 미확정판결도 공개하고 있다) 판결서에 나오는 개인정보를 비실명처리해서 공개할 뿐 아니라 판결서 1건당 1000원의 수수료를 받고 있다. 그러니 현재도 일반 시민들은 극히 제한된 판결에만 접근할 수 있을 뿐이고, 비실명처리로 인하여 가장 손쉬운 검색방법이라 할 수 있는 실명검색은 거의 불가능하다.

이처럼 판결문을 매우 제한적으로만 공개하는 현 체제는 투명성, 공정성, 공공의 알 권리 보장에 역행하는 것으로 사법과정에 대한 신뢰를 떨어뜨리는 요인이 된다. 이처럼 판결문 자체가 제대로 공개되지 않는 상황이니 다른 재판자료의 공개는 거의 기대할 수 없는 것이 현실이다. 이런 한국의 실태와는 대조적으로 거의 모든 재판 자료가 공개되고 있는 미국이나 영국의 재판 공개 시스템은 참고할 만하다.

판결문 공개는 미국 연방정부와 주 법원 모두에서 법적 의무로 규정되어 있는데, 정보자유법과 연방 민사소송규칙에 따라, 연방 법원은 판결문을 공개해야 하며, 공공의 이익을 위해 재판 자료는 대체로 접근 가능하다. 연방 법원의 경우, 판결문은 PACER(Public Access to Court Electronic Records) 시스템⁴¹⁾을 통해 온라인으로 공개되며, 이를 통해 일반 시민도 판결문은 물론 판결문 형성에 기여하는 공판 녹취록을 포함한 다양한 재판 자료에 접근할 수 있다. 주 법원의 판결 등에 대해서는 각주의 법원 웹사이트에서 열람 및 검색이 가능하다. 또한 유료 사설검색서비스인 Westlaw나 LexisNexis를 통해서도 연방 및 주법원의 판결을 검색할 수 있다. 영국의 경우에는 National Archives에서 운영하는 Find Case Law 시스템⁴²⁾을 이용하여 누구나 무료로 판결문을 전문 검색할 수 있다.

이처럼 판결문 등 재판 자료를 공개하는 것은 법적 투명성의 보장에 기여하고 시민의 알 권리를 충족시킬 수 있을 뿐 아니라 연구자들이 법적 패턴을 분석하거나 법원의 판결을 분석하는 데도 유용하다. 또한 모든 재판 자료와 판결문이 공개된다는 것은, 판결을 선고하는 법원과 법관은 물론 검사 등 국가기관이나 소송 당사자 및 그 변호인들이 자신의 주장이나 역할에 대한 강한 책임감을 느끼도록 하는 데도 도움이 된다. 요컨대 이러한 재판자료의 공개는 사법과정에 대한 전반적 신뢰를 제고하는데 매우 중요한 역할을 한다. 따라서 성범죄나 아동범죄 등 개인의 인권 보호를 위하여 필요한 아주 예외적인 경우를 제외하고는 판결문은 공문서로 취급되어 확정 여부를 떠나 비실명처리되지 않은 전문이 무상으로 공개되어야 할 것이다.

3. 사법 책임성의 강화

사법권력의 민주적 통제라는 관점에서 마지막으로 살펴볼 부분은 사법기능 담당자들, 즉 판사와 검사의 책임성을 강화하는 것이다. 이는 민주적 통제의 실효성 확보 차원에서 볼 때 가장 중요한 요구이기도 하다.

41) <<https://pacer.uscourts.gov/>>.

42) <<https://caselaw.nationalarchives.gov.uk/>>.

(1) 법관 책무성의 강화

진행 중인 내란사건의 재판에 담당할 지귀연 판사는 70년 사법사상 최초로 구속기간의 계산을 '날'이 아니라 '시분'으로 하는 사실상의 입법을 감행하는 법 위반을 통하여 내란우두머리 윤석열의 구속을 취소하는 결정을 하였다. 지귀연 판사의 이러한 행위는 법관이 갖는 권한이나 재량의 범위를 넘어선 것이었고 경우에 따라서는 직권남용죄를 구성할 수도 있는 것이지만, 이러한 위법을 저지른 판사에 대해서도 책임을 물을 수 있는 뚜렷한 수단이 없는 것이 우리 사법의 현실이다. 외국에서 법률가로 활동한 경험이 있는 사람들은 이런 사태를 보면서 미국이나 영국에서 판사가 저렇게 행동했다면 파면되는 것은 물론 형사처벌을 받고 변호사자격까지 박탈당했을 거라는 이야기를 쏟아냈다. 이는 법관의 위법 부당한 재판에 대한 한국의 태도가 결코 일반적인 것이 아님을 웅변한다. 사법에 대한 신뢰를 회복하기 위해서는 재판을 담당할 법관의 위법 부당한 행위에 대하여 엄중한 책임을 물을 수 있는 제도의 도입과 정비가 필수적이다.

물론 우리나라에도 법관의 책임을 물을 수 있는 장치가 전혀 없는 것은 아니다. 국회는 법관이 직무상 헌법과 법률을 위반했을 때 탄핵소추를 할 수 있고, 대법원은 법관에 대한 징계를 할 수도 있다. 그러나 법관에 대한 국회의 탄핵소추는 일시적으로 법관의 직무를 정지시킬 수 있을 뿐 법관의 파면 여부는 거의 전원이 법관 출신으로 구성되는 헌법재판소에 의해 결정되므로, 법관이 탄핵심판에 의해 파면될 가능성은 거의 없다고 봐도 좋을 것이다. 이 점은 다수의 법관들이 탄핵으로 파면된 미국과는 결정적으로 다른 부분이다.⁴³⁾ 국민의 직접 선택에 의해 선출되는 대통령이나 국회의원과 달리 법관은 민주적 정당성을 갖고 있지 않으므로 그에 대한 탄핵심판은 민주적 정당성을 가진 국회의 권한으로 하는 것이 타당하다. 그러나 탄핵심판까지 국회의 권한으로 할 경우 상원을 별도로 두지 않고 있는 단원제 국회시스템에서는 소추기관과 심판기관이 동일하다는 문제점을 피할 수 없다.⁴⁴⁾ 따라서 단원제 국회를 유지한다면, 앞서 본 바와 같이 국회의 탄핵소추와 추첨에 의한 다수의 시민들로 구성되는 가칭 '시민의회'가 탄핵 여부를 결정하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

이처럼 탄핵제도를 더욱 강화하여 법관의 파면을 가능하게 할 수 있지만, 국회와 시민의회가 동원되지 않더라도 위법 부당한 재판을 한 법관에 대해서는 법관징계제도에 의해서도 충분히 그 책임을 물을 수 있어야 한다. 그러나 현재 법관징계법에 따르면 법관에 대한 최고의 징계는 정직 1년에 불과하다. 이처럼 징계 조치로는 헌법상 금지된 파면은 물론 해임조차도 할 수 없기 때문에, 현재의 징계제도로는 위법 부당한 재판을 한 법관에게 충분한 책임을 물을 수 없다. 더구나 법관징계를 청구할 수 있는 것은 대법원장과 대법관, 법원행정처장, 사법연수원장, 각급 법원장, 법원도서관장뿐이다. 재판의 위법 부당성은 그 재판을 받은 당사자나 변호인들이 가장 직접적으로 인지하게 될 것인데도 이들에게는 징계청구권이 없는 것이다. 뿐만 아니라 징계청구가 이루어질 경우에 징계 여부를 결정할 징계위원회 임명권한은 전적으로 대법원장에게 맡겨져 있다. 따라서 법관인사권을 가진 대법원장과의 교감하에 위법부당한 재판이 이루어지는 경우나 대법원장이 원하지 않는 법관 징계는 사실상 불가능한 구조라고 말할 수 있다.

그러므로 징계조치를 통해 위법 부당한 법관을 사법권에서 물러나게 하기 위해서는 법관징계제도의 전면 재편이 불가피하다. 대법원장의 인사권으로부터 독립된 법관징계전담기구의 설치, 징계의 종류에 해임 추가, 재판 당사자 및 일반 시민의 징계 청구권 인정 등은 필수적인 요소가 될 것이다. 경우에 따라서는 법관 등 고위공직자 징계를 위한 특수법원의 설치도 고려되어야 한다. 그리고 징계의 종류로 파면을 규정하지 않는 한 이런 정도의 제도 정비는 법관징계법과 법원조직법⁴⁵⁾의 개정만으로도 가능하다.⁴⁶⁾

(2) 수사기관 책무성의 강화

수사기관의 책임을 묻기 위해서는 무엇보다도 법원의 태도가 중요하다. 문서제출명령조차 거부한 검찰의

43) 미국에서 탄핵소추를 당한 연방법관은 15명이고, 그 중 8명이 상원의 심판에 의해 파면되었다고 한다.

44) 탄핵소추의결정족수와 탄핵심판의결정족수를 달리 한다고 하더라도 문제는 남는다.

45) 법관징계를 담당할 특수법원의 설치를 위해서는 법원조직법 개정이 필요하다.

46) 법왜곡죄의 신설이 필요한지도 논란이 되고 있는데, 독일의 경우에서 보듯이 실제 적용이 매우 어렵다고 하더라도 재판에 임하는 법관들에 대한 심리적 제어장치로서 상징적으로라도 이런 규정은 필요하다고 생각한다.

손을 들어준 용산참사재판 같은 사례가 반복되는 한 수사기관의 통제는 요원하다. 상황이 이렇기에 언제까지나 법관의 선의에 모든 것을 맡길 수는 없고, 수사기관의 위법 부당한 행위가 있을 때 법원이 취할 수 있는 장치를 제도화 명문화하는 것이 필요하다. 그 중의 하나는 형사소송에서 수사기관의 절차상 위법이 있을 때 이를 이유로 법원이 사건을 조기에 각하할 수 있도록 하는 것이다. 즉 수사기관의 절차상 위법을 이유로 한 조기각하제도의 도입이 필요하다. 이러한 제도는 불필요한 재판 진행을 막고, 부당한 수사의 결과를 예방하며, 수사의 적법성을 확보하려는 취지로 도입되며, 대부분의 국가에서는 이 제도를 사건의 초기 단계에서 재판부가 판단하는 방식으로 규정하고 있다(미국과 영국). 국가에 따라서는 수사기관이 사건을 처리하는 과정에서 수사절차의 위법성이나 증거 부족 등을 이유로 사건을 조기에 각하할 수 있는 “기소 전 각하”제도를 두기도 한다(독일과 프랑스). 이는 수사기관의 위법한 절차나 부당한 수사 진행으로 사건이 불필요하게 진행되지 않도록 하는 장치이지만, 수사권과 기소권이 완전히 분리되어 있지 않은 상태에서는 기소기관에 의하기보다는 법원에 의한 조기각하가 바람직할 것이다.

한편 수사절차가 위법한 정도에 이르지 않더라도 무리하거나 부당한 기소 역시 통제되어야 하는데, 앞서 본 기소배심제와 같이 기소단계에서 통제할 수 있는 방안도 있지만, 일단 기소가 이루어진 후에는 법원에 의해 통제가 이루어져야 한다. 조기각하의 대상이 아니지만 부당하거나 무리한 기소에 대해 법원은 무죄판결이나 공소기각 판결로 강력하게 대응해야 한다. 이를 위해서는 무죄추정의 원칙과 증거재판주의, 공판중심주의 등이 철저히 준수되도록 하는 법관의 엄정한 태도가 가장 중요하다. 이는 배심제나 참심제가 도입되더라도 재판의 진행을 책임지는 법관이 반드시 명심해야 할 사항이다. 나아가 검사의 무리한 기소가 만연한 경우 이를 타파하기 위해서는 공소권 남용 판결 등도 적극 동원할 필요가 있으며, 특히 법관이 검찰의 기소에 대해 공소권 남용을 인정하는 경우 해당 검사에 대해서는 징계절차 개시를 의무화하는 것도 가능할 것이다.

(3) 전관예우 문제

원래 전관예우란 ‘전직 관리에 대한 예우’를 말하지만 오늘날 한국사회에서 전관예우란 곧 전관비리를 가리킨다. 특히 법조계에서 전관예우는 ‘전직 판사 또는 검사(특히 부장 이상, 지청장 및 지원장 포함) 퇴직한 뒤 변호사 일을 할 경우 현직 판·검사가 재판이나 수사에서 전관 출신 변호사에게 특혜를 주는 것’을 말한다. 오늘날 한국에서 전관예우는 모든 국민이 다 아는 단어가 되었다. 변호사들에 대한 설문조사 결과 변호사의 91%가 전관예우가 존재한다고 응답했다고 한다. 이쯤 되면 전관예우는 K-culture, 특히 K-legal culture라 할 만하다. 부끄럽게도, 전관예우, 전관비리는 한국 법조계의 문화이다.

전관 변호사를 동원하면 수사 자체를 백지화 또는 중단시키거나 기소될 사건을 불기소로, 구속될 사건을 불구속으로, 구속이 된 후에는 보석을, 재판에서는 무죄판결을 얻어내거나 유죄이더라도 벌금형이나 집행유예형을 받을 수 있다고 한다. 수사 단계에서는 검찰 출신 전관이, 영장심사 및 공판 과정에서는 판사 출신 전관이, 사건이 대법원이나 헌법재판소에 가 있다면 대법관이나 헌법재판관 출신 전관들이 이런 활약을 해 낸다. 그 대가는 엄청난 수입료이다. 판사나 검사로 재직하다가 퇴임 후 개업한 변호사가 개업한 지 6개월 또는 1년만에 수십억원을 벌었다는 이야기는 전혀 낯설지 않다. 결국 전관예우라는 비뚤어진 법률문화는 돈으로 사법을 살 수 있도록 만들었다. 유전무죄 무전유죄의 법칙이 지금도 엄연히 작동 중이다.

돈으로 사법을 살 수 있다는 것은 공정한 재판이 불가능하다는 것을 의미한다. 공정한 재판이 불가능하다면 사법은 존재할 이유가 없으니, 전관예우는 사법 자체를 위해서라도 제거되어야 하는 악이다. 그런데 전관예우 근절을 위하여 그간 마련되었던 대책은 고작 1년 동안 전관출신 변호사의 개업지를 제한하는 것이 고작이다(변호사법 제31조 제3항). 법무부는 개업지 제한을 최대 3년까지 확대하는 변호사법개정안을 제출하기도 했으나 국회는 이를 외면했고 해당 법안은 21대 국회의원 임기만료로 폐기되었다. 개업지 제한이 도입된지 10여년이 지났지만 전관예우가 사라졌다는 이야기는 들리지 않는다. 별 성과가 없었다는 이야기다.

어떻게 이를 근절할 수 있을까? 우선 법관 외에 재판에 관여하는 주체를 다양화해야 한다. 즉 배심제나 참심제의 도입으로 법관과 함께 재판을 진행하는 시민들의 개입을 제도화하는 것이다. 보는 눈이 많을수록

비리의 가능성은 줄어들기 때문이다. 다음으로는 전관변호사에 대한 제한을 촘촘하고 강하게 설정해야 한다.⁴⁷⁾ 2년 순환근무의 실태에 비추어볼 때 퇴직 전 1년간 재직한 법원이라는 제한은 거의 의미가 없을 수 있으므로 그 기간을 5-6년 또는 재직기간 전체로 늘여야 한다. 법관 수준별로 금지 범위를 달리해야 하고 특히 대법관이나 헌법재판관 및 검찰총장과 검사장 출신은 개업 또는 소송대리의 영구금지도 적극 고려해야 한다.⁴⁸⁾ 전관변호사가 근무했던 법원과 동급 또는 하급의 법원에서는 모든 소송대리(변론)를 금지하지만 재직했던 법원보다 상급법원에서는 소송대리가 가능하도록 한 아일랜드의 경우도 참고할 만하다. 시니어판사제도를 확충한다든가 대법관의 임기를 연장하거나 종신제로 하여 법관의 재직기간을 늘리면서 퇴임 후 변호사개업을 금지한다든가 소송대리를 금지하는 등의 조치가 병행될 필요도 있을 것이다. 일본에서 하듯이 전관 출신 변호사들의 모든 수임사건 내역을 공개하는 것도 한 방법이다. 일본은 대법원 공식 웹사이트(<https://www.courts.go.jp>)에 ‘전직 판사 수임 사건 공표’ 섹션을 두어 내역을 공개하고 주기적으로 업데이트하고 있다.⁴⁹⁾

그런데 전관예우라고 부르는 이 비뚤어진 관행은 사실 엄밀히 말하면 전관들을 부당하게 예우해 주는 현직 판검사들의 비리다. 따라서 전관예우 근절 대책에는 반드시 현직 판검사들에 대한 규제가 포함되어야 한다. 전관변호사와 함께 근무한 경력이 있는 판사들은 전관변호사가 대리하는 사건에서는 제척되어야 한다. 제척사유로 정하는 것이 과도하다면 최소한 법관윤리강령에 회피를 권고하기라도 해야 한다. 법관윤리강령에 전관변호사 대리 사건에 대한 회피의무를 포함할 경우 이를 위반하여 사건을 담당하는 것은 상당한 의심을 가질 충분한 이유가 있다고 봐야 할 것이므로 간접적인 억제 효과는 있을 것이다.

사실 현직 판사들이 전관변호사에 대한 예우를 하는 것은 자신도 퇴임 후에 그런 예우를 받으리라는 기대 때문이라고 봐야 할 것이다. 그렇다면 이러한 퇴임 후의 기대를 사라지게 만드는 것이야말로 전관예우를 근절할 근본적 대책이라고 할 수 있을 것이다. 이런 대책으로는 독일과 같은 수임료법정제도를 들 수 있다. 독일의 경우 변호사보수법(Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, RVG)이라는 법률을 통해 변호사의 수임료를 법적으로 규율하는데, 법정요율 외에 특별계약의 예외를 인정하지만 그 경우에도 법정한도나 서면동의 원칙이 적용되고 독일변호사협회의 감독을 받도록 하는 등의 제한을 받게 된다.⁵⁰⁾ 우리나라에서도 수임료 규제를 내용으로 하는 법안이 제출된 적이 있지만,⁵¹⁾ 변호사업계의 강력한 반발 등에 부딪혀 국회에서 개업지 제한만 채택되었다. 퇴임 후 높은 수입에 대한 기대가 전관예우라는 비리를 온존시키는 주된 원인이라는 점을 고려할 때 이러한 수임료 규제는 상당한 효과를 볼 수 있을 것으로 보이므로 서둘러 도입할 필요가 있다.

이런 규제 시도에 대해 전관변호사의 개업이나 소송대리 금지에 대해 ‘법관 경력을 가진 유능한 변호사를 의뢰인이 활용할 기회를 차단한다’는 비판이 나오기도 하지만, 한국에서는 전관변호사의 개업을 정당화하는 이런 논리가 해외에서는 오히려 규제를 정당화하는 논리가 되고 있다.

47) 현재 한국의 전관변호사 규제는 외국의 사례와 비교하면 매우 약하다고 한다. 외국의 경우 개업 제한이나 소송대리 제한은 3-5년, 또는 영구 금지도 있고, 한국에서는 거의 작동하지 않는 회피제도도 1-2년간 권고하는가 하면(미국), 전화변론 관선변론 등 비정상적 변론 규제도 외국에 비해 훨씬 약하다고 한다. 차성안, “해외의 퇴직법관 전관예우 규제사례와 한국에의 시사점”, 법조 제69권 제1호 (법조협회, 2020), 407-408쪽.

48) 최근에는 전관예우의 중심이 대법관 출신 전관에 집중되는 현상이 나타나고 있는만큼 대법관의 개업 자체를 억제할 필요가 있다고 한다.

49) 하나의 사례로 전직 판사 宇賀克也(우가 가츠야)가 최고재판소에 관여한 사례는 다음을 참조하라. <https://www.courts.go.jp/saikosai/about/saibankan/uga_02/index.html>, 검색일: 2025. 6. 9.

50) 변호사보수법에 따르면 민사사건의 경우 청구가액이나 시간당요율에 따라 정하도록 하는 등 수임료에 제한을 두고 있고 형사사건의 경우 단계별로 단위요율(정액수수료)이나 범의요율(최저-최고)을 적용하여 수임료를 정하도록 하고 있다. 물론 사건의 난이도 등에 따라 특별계약을 할 수도 있지만 특별계약을 하는 경우에도 법정한도와 서면동의를 하는 제약 받고 독일변호사협회의 감독을 받는다.

51) 2010년 한나라당 손범규 의원의 대표발의로 제출된 변호사법개정안 제27조의2는 변호사 수임료의 기준을 대한변호사협회의 의견을 들어 법무부장관이 고시하도록 하고, 기준을 초과하여 보수를 받은 변호사에 대해서는 대한변호사협회가 징계할 수 있도록 하는 내용을 담고 있었다. [1807945] 변호사법 일부개정법률안(손범규의원등 10인), <https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_D1HOA0Z3S2X3T1A7P0K2N4U0G4J5U3>, 검색일: 2025. 6. 10.

4. 사법에 대한 접근의 민주화: 장벽의 제거

(1) 비용 장벽의 해체·완화

소송비용 부담 때문에 소송을 하지 못하거나 소송에 적극 대응하지 못하는 사람들이 많은데, 이런 소송비용 부담은 공정한 재판을 받을 권리에 부정적 영향을 미친다. 소송비용을 패소자가 부담하는 원칙은 일반적으로 법적 분쟁에서 법원에서 승소한 당사자의 권리를 보호하고 소송 남용을 방지하기 위한 기본적인 규칙으로 자리잡고 있다. 하지만 이 원칙에 대한 반론도 존재한다. 우선, 패소자가 소송비용을 부담하게 되면, 소송을 제기한 당사자가 경제적 부담을 크게 느낄 수 있다. 특히 법적 자원이 부족한 사람에게는 소송을 제기하는 것이 금전적으로 부담이 되어 소송을 포기하게 만들 수 있다. 또한 이러한 원칙이 소수의 권리를 침해하거나 정당한 권리 행사를 막을 수도 있다. 특히, 사회적 약자나 소규모 사업자에게는 소송비용 부담이 불리한 상황을 초래할 수 있다. 나아가 소송비용을 전적으로 패소자가 부담하는 원칙이 적용될 경우, 금전적으로 강한 상대방이 소송비용을 이용해 압박을 가하거나, 부유한 측이 불공정한 이점을 가질 수 있다는 비판도 있다. 특히 대기업이나 정부와 같은 강력한 상대방과의 소송에서 패소자의 부담이 과도해질 수 있다. 한편 소송비용 부담 원칙은 경제적 능력에 따라 법적 접근을 제한하는 결과를 초래할 수 있다. 이는 소송을 통한 권리 구제의 평등성을 해칠 수 있어, 경제적 여건이 부족한 사람들은 소송 자체를 피하거나, 소송에서 중도 포기할 가능성이 높다.

소송비용(변호사비 포함)을 감당하기 어려운 저소득층의 재판청구권을 실현하거나 재판대응능력을 제고하기 위하여 법률구조를 실질화하는 방안과 근본적으로 소송비용을 낮추는 방안을 모색할 필요가 있다. 전자에는 소송비용 지원 뿐만 아니라 일정한 조건에 해당할 경우 소송비용 면제 등이 포함된다. 후자의 방안으로는 집단소송의 전면화, 변호사 선임시 수임료 계약의 등록 및 공개, 사후 소송비용 보험(After-the-event, ATE)의 도입, 온라인 분쟁해결(ODR, Online Dispute Resolution)의 도입·확대 등이 모색되어야 한다.

(2) 시간 장벽의 해소

사법에 접근하는데 걸림돌이 되는 또 다른 장벽은 시간적인 것이다. 형사소송에서 공소시효 문제와 민사소송에서 소멸시효 문제가 대표적이다.

형사사법에서 공소시효를 두는 이유로는 시간의 경과에 따른 증거 확보의 어려움, 피의자의 장시간 고통, 수사 해태의 책임, 기소의 무한 연장 등을 들 수 있다. 그러나 시간이 경과하면서 기술발전에 따라 증거 확보가 쉬워질 수도 있고, 모든 피의자가 범행으로 괴로워하는 것은 아니며, 수사기관의 수사 해태(의도적인 경우는 물론 비의도적인 경우에도)의 책임을 피해자에게 전가할 수는 없다는 등의 반론도 얼마든지 가능하다. 이에 비추어보면 공소시효제도를 유지해야 할 뚜렷한 이유는 발견하기 힘들다. 공소시효는 전면 폐지하는 것이 바람직하다. 이미 헌정파괴범죄나 살인죄에 대한 공소시효는 입법에 의해 폐지되었는데, 다른 범죄는 왜 공소시효를 유지해야 하는지도 불분명하다. 차제에 모든 범죄에 대한 공소시효를 폐지해야 할 것이다.

그럼에도 수사기관의 남용을 방지하기 위해서 전면폐지는 어렵고 부분폐지를 고려해야 한다는 견해가 많다.⁵²⁾ 부분폐지론에 따라야 한다면, 사안별로 공소시효의 적용을 배제하거나 유연화할 수 있는 다양한 기준과 방안이 마련되어야 할 것이다. 좀 더 구체적으로 살펴보자면 공무원범죄나 국가범죄에 해당하는 사건은 공소시효를 배제해야 할 것이다. 또한 개인적 범익에 관한 죄 즉 피해자가 있는 범죄 일반의 경우에는 피해자가 공소시효가 만료되면 더 이상 처벌을 원하지 않는다는 명백한 의사를 밝히지 않는 한 공소시효의 적용은 배제되어야 할 것이다. 특히 성범죄의 경우에는 피해자의 불처벌 의사와 관계없이 공소시효 적용은 배제되어야 할 것이다. 만약 이런 종류의 사건에서 공소시효 배제가 여의치 않다면 차선책으로는 범

52) 이런 저런 사건에서 검찰과 경찰 캐비닛에 들어있다는 수많은 사건 파일 이야기가 나오는 것을 보면 수사기관의 공소시효 악용을 기우라고만 할 수는 없다.

죄의 성격과 중요성을 고려하여 공소시효 기간을 확장하거나 공소시효 기산점을 유연하게 판단할 수 있는 법적 근거의 마련도 필요하다. 예컨대 아동성범죄의 경우 아동이 성인연령에 달한 시점부터 공소시효를 기산하거나 2차 가해가 문제되는 성범죄 일반의 경우 피해자가 수사기관에 최초로 진술한 시점을 공소시효의 기산점으로 삼을 필요가 있다.

한편 민사소송에서 소멸시효가 특히 문제되는 경우는 국가배상청구에서이다. 공무원의 불법행위로 인하여 발생한 손해에 대한 국가배상청구에서는 소멸시효의 전면 폐지도 고려할 수 있다. 그러나 소멸시효의 일반적 폐지는 현실적 가능성이 없으므로 부분적 폐지 또는 소멸시효 기산점의 조정들을 고려할 수 있다. 우선 '국가범죄'를 원인으로 하는 국가배상청구에는 소멸시효의 적용을 배제해야 한다. 설령 국가범죄에 대한 형사상 공소시효 배제가 현실화되지 않더라도 국가범죄를 원인으로 하는 국가배상청구의 소멸시효를 폐지하는 것은 충분히 가능하다. 그밖의 경우에는 국가배상의 원인이 되는 사실과 가해자를 피해자가 인지한 시점을 원칙적 기산점으로 하되, 개별적 상황에 따라 구체적으로는 피해자가 법률상으로는 물론 사실상으로도 국가배상을 청구할 수 있게 된 시점부터 기산하도록 해야 한다. 특히 국가범죄로 인한 국가배상청구에서는 여러 법원의 판단이 엇갈려왔고 대법원의 판결조차 변경되어 왔던 점을 고려하면, 이러한 국가배상청구의 소멸시효 폐지나 예외적 기산점 적용은 모두 국가배상법이나 국가범죄와 관련된 각종 특별법에 명문으로 규정되어야 한다.

(3) 법원과 변호사에 대한 접근 장벽

대법원과 고등법원은 물론 제1심을 담당하는 지방법원이나 시군법원조차도 지역민들이 접근하기에는 상당한 어려움을 초래할 정도로 그 수가 부족한 것이 현실이다. 이러한 법원 접근에서의 어려움은 거주지역에 따라 재판받을 권리에 있어서의 차별이라는 결과로 이어질 수 있다. 이를 극복하기 위해서는 일정수의 인구 규모마다 법원을 설치하는 것이 근본적인 해결책이다. 예컨대 독일의 경우 앞서 말한 연방최고법원 외에 24개의 고등법원(Oberlandesgericht)과 115개의 지방법원(Landgericht), 그리고 640개의 일반지방법원(Amtsgericht)이 설치되어 있는데, 독일의 인구가 한국의 1.6배 정도인 약 8400만명인데 고등법원 및 특허법원은 3.5배, 지방법원 3.5배, 지원은 4.5배가 설치되어 있는 셈이다. 아무리 재정, 기술, 소송경제 등을 한다고 하더라도 법원 수가 이 정도로 부족한 것은 재판청구권을 사실상 유명무실하게 만들려는 것이 아니라면 설명이 되지 않는다. 획기적인 법원 증설이 요구된다.

설사 재정적으로나 기술적으로 또 소송경제적으로 충분한 수의 법원 증설이 가능하지 않다면 소송방식의 변경이라는 소프트웨어적 접근으로 대응할 필요가 있다. 즉 기본적으로 형사소송 이외의 소송에서는 전자소송이 전면적으로 이루어질 필요가 있다. 전자소송의 전면화는 소송비용의 절감과 재판 공개의 실질화라는 또 다른 효과를 수반할 수도 있다.

한편 사법에 대한 접근을 어렵게 만드는 또 다른 요인으로는 법적 조력을 제공할 변호사를 찾을 수 없는 지역, 즉 이른바 '무변촌'이 엄연히 존재한다는 것이다. 2023년 현재 개업한 변호사가 한 명도 없거나 모두 휴업 상태인 시·군은 총 53곳에 이른다. 무변촌 문제의 어려움은 변호사 수의 증대만으로는 해결되지 않는다는 점에 있다. 즉 이는 변호사의 도시 집중, 특히 수도권 집중(서울 75%, 수도권 83%)에 원인이 있으므로, 근본적으로는 균형발전에 의해서만 해소될 수 있는 문제다. 그러나 국가와 변호사단체의 적절한 역할 분담이 있다면 어려움을 상당수 덜 수는 있다. 2008년에 변호사 제로인 지역을 없애고 2011년에는 변호사가 1명인 지역도 사라지게 한 일본의 사례는 벤치마킹해 볼만하다. 일본의 경우 일본변호사연합회(일본련)가 마련한 해바라기기금으로 젊은 변호사를 약간의 교육을 거쳐 유급으로 무변촌 지역에 파견하여 2-3년씩 근무하게 하는 방법을 취했고, 곧 일본사법지원센터(대한법률구조공단에 해당함)도 유사한 정책을 시행하고 있다고 한다. 우리나라의 경우에도 법무부의 마을변호사제도가 있고 전국에 67개의 대한법률구조공단 지소가 있지만, 마을변호사는 소송지원이 불가능하고 상주 변호사가 없어 원격 법률상담만 가능하며, 대한법률구조공단 지소는 소송지원까지 가능하지만 변호사가 상주하거나 출장형식으로 방문하는 곳이 각 3곳에 불과하다. 연 6500만원의 최저소득을 보장하면서 변호사를 파견하여 무변촌을 제로로 만든 일본의 사례를 따른다면 53곳의 무변촌에 변호사 2명씩을 파견하는데 드는 예산은 최대 69억원 정도이다. 이

정도의 예산으로 사법에 대한 전국민의 접근이 가능해진다면 하지 않을 이유가 없다. 물론 변호사 파견이나 법률구조공단 현실화를 위해서는 국가에 충분한 수의 변호사가 있어야 한다. 이를 위해서라도 변호사시험에서 정원제는 폐지되어야 하고 완전 자격시험으로 변경되어야 한다. 뿐만 아니라 2000명으로 총정원을 억제하고 있는 법학전문대학원 체제도 개방적으로 확대되어야 할 것이다. 이런 확대를 위해서는 현재 25개의 법학전문대학원 외에 형식을 달리하는 야간로스쿨과 통신로스쿨을 도입하고 로스쿨의 추가인가나 기존 로스쿨의 입학정원을 늘리는 방안도 필요할 것이다.

V. 결론을 대신하여: 계급사법의 극복을 위하여

사법권력을 민주주의적 관점에서 적절하게 통제한다면 우리 사법의 문제는 해결될까? 유감스럽게도 아니라고 답할 수밖에 없다. 계급사법의 문제가 해결되지 않기 때문이다.

계급사법은 법률용어도 학술적 용어도 아니다. 사회비평이나 비판적 담론, 언론 보도, 시민운동에서 사용되곤 하는 비공식 용어이다. 굳이 정의를 해 보자면 ‘법이 사회적 지위, 계급, 재력에 따라 다르게 적용되는 현상’ 정도가 될 것이다. 혹은 사법이 자본과 경제권력으로부터 독립하지 못하고 계급편향적 내지 자본편향적 결과로 이어지는 상태라고 할 수도 있을 것이다.⁵³⁾ 정의를 어떻게 하든 우리는 한국사회에 계급사법이 엄존하고 있음을 매순간 체험한다.

계급사법을 가능케하는 일차적 요인은 물론 계급입법이다. 계급입법의 전형은 노동관계법이다. 노동자가 이른바 준법투쟁을 해도 ‘불법’이 되는데, 사용자가 정당한 사유 없이 근로자를 해고하면 ‘부당’해고가 된다. 노동자가 회사 탕비실에서 마시던 커피믹스 한 봉지를 집에 가지고 가면 ‘횡령’ 또는 ‘절도’가 되는데, 사용자가 대놓고 노동자의 임금을 훔쳐도(몇 달 치 임금 지급을 하지 않아도) 그냥 ‘체불’일 뿐이다. 이처럼 사적 소유의 강화에 기여하고 궁극적으로 자본의 이익에 복무하는 헌법과 법률의 존재는 노동자와 사회적 약자에게는 거대한 장벽이다. 이런 법이 행정과정을 거쳐 적용되고 마침내 사법과정을 통해 최종적으로 확인된다. 만일 계급입법의 결함(?)으로 사법과정을 통해서도 자본의 이익을 충분히 확보할 수 없게 되면 이를 보완할 더 충실한 계급입법이 행해진다. 법에 의한 계급지배는 이런 순환구조를 가지는 듯하다.

지금도 진행중인 노동자들의 고공농성은 오래 전부터 있었다. 노동자들이 고공농성까지 벌였지만 끝도 희망도 보이지 않아 세상을 등지는 일도 여러 차례 벌어졌다. 그런데도 불법을 저질러서 고공농성의 원인을 제공한 사용자, 즉 자본가는 결코 사법에 의해 심판받는 법이 없다. 산재사망자수가 세계 최고이며 사업장에서 정규직과 비정규직, 남성과 여성 사이에 임금 등 차별이 공공연히 이루어지고 있음에도, 이를 문제삼는 법도 이런 차별을 해소해줄 법도 없다. 그저 있는 법이라고는 노동탄압법밖에 없다. 보수주의 정부도 자유주의 정부도 하나같이 이런 법률들을 만들고 또 개악해 왔다. 계급입법은 계급지배의 가장 중요한 도구이다. 적나라한 권력과 폭력에 의한 지배보다 이러한 ‘법에 의한 지배’는 더 강력한 힘을 갖는다.⁵⁴⁾

계급지배의 또 다른 중요한 축은 계급사법이다. 노동관련법에는 노동자를 억압하는 장치가 대부분이지만, 드물게 노동자(계급)에게 유리한, 또는 노동자가 활용할 만한 저항의 무기들도 있다. 이 저항의 무기를 무디게 만들고, 노동자에 유리한 몇 안 되는 조항들을 무의미하게 만드는 데 결정적인 공헌을 하는 것이 바로 사법이다. 객관성이나 법의 일반성의 요청때문에 계급입법에서 미처 담지 못한 내용을 사법이 수행하는 것이다. 합법적으로 결성된 노동조합을 법외노조로 만든 정부의 결정을 정당화하고, 헌법상 보장된 단체행동권의 행사를 업무방해라는 범죄로 만드는 것도 모자라 천문학적 손해배상에 가압류의 압박까지 가중

53) 이종수, “사법부의 과거청산과 새로운 출발을 위한 소고”, 법률신문, 2008.10.27.

54) 법체계를 통제하는 자는 다섯가지 권력을 누린다고 한다. 첫째, 법은 피지배자들에게서 물리적, 즉 폭력을 사용할 수 있는 권력을 빼앗는다(형법). 둘째, 법을 통제하는 자는 경제적 권력도 가지게 된다(세법과 재산법). 셋째, 법체계는 정치적 권력도 가져다준다(헌법 등). 넷째, 법체계는 복종을 이끌어내는 이데올로기 환경을 만들어낸다(준법 이데올로기). 다섯째, 법은 저항을 분산시키고 사람들이 특정행위유형(소송이나 법개정운동)에 집중하도록 만든다. 이상영/김도현, 법과 사회, 77쪽.

시키는 것은 사법이다. 보상없는 철거에 항의 농성중이던 철거민들을 무리한 경찰특공대 투입으로 죽음으로 몰아넣고서도 그 죽음의 책임을 오히려 철거민들에게 덮어씌우는 것 역시 사법이다. 중대재해처벌법이 있음에도 중대재해가 발생한 사업장의 사업주가 아무런 책임을 지지 않아도 되게 만드는 것 역시 사법이다. 그래서 7년전에는 김용균이 죽었고 오늘은 김충현이 죽었지만 어떤 사업주도 처벌받지 않는다. 취업규칙의 불이익변경에는 반드시 노동조합 또는 근로자 과반수의 동의가 필요하다는 명문의 규정에도 불구하고 해고요건을 완화한 취업규칙 불이익변경에 대해 사회통념 운운하면서 근로자의 동의가 없어도 무효는 아니라고 강변함으로써 결국 자본의 손을 들어주는 것이 사법이다. 일하는 수많은 노동자들을 결코 근로기준법상 또는 노동조합법상 근로자가 아니라고 외면하는 것도 사법이고, 조작된 회계장부를 근거로 자행한 정리해고도 유효하다는 망언을 지껄이는 것도 사법이다. 제3자개입금지도 직권중재도 모조리 합헌이라고 한 것도 사법이다.

반면 힘있는 자들, 돈있는 자들에게는 한없이 관대하고 자애로운 것 또한 사법이다. 제일모직의 주가는 올리고 삼성물산의 주가는 내려서 두 회사를 합병을 한 결과 삼성물산 주주들에게 엄청난 손실을 끼쳤던 삼성그룹 부회장 이재용은 무죄라는 것이 사법이다. 삼성바이오로직스 분식회계사건에서 검찰이 압수수색을 나왔는데도 서류를 땅에 묻고 컴퓨터를 파괴하여 증거를 인멸하도록 했음에도 불구하고 이렇게 압수한 증거물의 증거능력을 일체 인정하지 않음으로써 삼성그룹 이재용 회장 등 13명의 임직원 전원에 대하여 무죄를 선고한 것 역시 사법이다. 재벌회장이 중한 죄를 범하여 1심에서 중한 실형이 선고되더라도 항소심만 가면 기적같은 집행유예형을 만들어내는 것도 사법이다. 이랬던 사법이 버스기사가 착오로 현금으로 받은 버스요금 800원을 회사에 납입하지 않았다는 이유로 해고한 것이 정당하다고 판결했던 판사가 대법관이 되는 곳이 바로 사법이다. 의대생이 여자친구를 폭행 강간해도 성범죄 전과가 없다는 이유로 집행유예의 관대함을 베푸는 것도, 후배 검사를 성추행하고 문제를 제기하자 인사보복을 한 검사에게 무죄를 하사하는 것도 사법이다.

이게 바로 계급사법이다. 가진 자와 힘 있는 자에게는 한없이 관대하지만, 노동자와 사회적 약자들에게는 냉혹하기 이를 데 없는 사법, 자본을 옹호하고 노동을 억압하기 위해서는 어떤 논리도 동원할 수 있고 어떤 모순도 덮어버릴 수 있으며, 이 모든 것을 사법권 독립의 이름으로 해 내는 사법, 그것이 계급사법이다. 노동조합에 대한 자본의 직접 제소에는 천문학적 손해배상과 가압류 인정으로,⁵⁵⁾ 노동조합을 끄떡이도 싫어하는 자본을 대리하여 검사가 노조원들을 업무방해로 기소하면 정상적 노조활동임에도 기꺼이 유죄판결로 화답하는 사법, 법률이 정한 절차를 명백히 위반하여 토건자본에 이익을 안긴 정부의 조치에 대해서도 사정판결의 마법으로 기어코 자본의 이익을 확인해 주는 사법, 이것이 바로 계급사법이다. 유전무죄 무전유죄는 이제 ‘노동유죄 자본무죄’로 변신한다. 이런 현실을 보면 ‘법률은 노동자들에 대하여 부르주아지가 마련한 채찍이란 것을 잘 알고 있는 노동자들은, 꼭 필요한 경우가 아니면 결코 법률에 호소하지 않는다’던 엥겔스의 언급에 동의하지 않을 수 없지만, 법률과 사법에 호소하지 않고서는 달리 뚜렷한 방법도 없는 상황임을 인정하지 않을 수도 없다. ‘노동유죄 자본무죄’라는 결론이 내려질 것을 뻔히 짐작하면서도 계급사법에라도 기댈 수밖에 없는 것이 또 현실이다.

계급사법을 어떻게 극복할 수 있을까? 노동사건을 주로 변호하던 한 변호사는 판사들이 도저히 납득할 수 없는 논리로 노동자에게 불리한 판결을 계속 선고하는 이유를 궁금해 하다가 판사들이 살아온 삶의 과정에 눈을 돌리게 되었다고 한다. 주로 법과대학 출신인 판사들은 대학시절을 타인과의 교류나 사회문제에 대한 관심 없이 사법시험 합격을 위한 법률공부에만 매달렸고, 합격한 후에는 유사한 배경을 가진 합격자들과 연수원 생활을 함께 하면서 판사가 되기 위해 성적을 올리는 데만 전념했으며, 판사가 된 후에는 일찍부터 ‘영감님’ 대접을 받는 엘리트로서 동일한 과정을 거친 선후배 동료들과만 교류하면서 기록에 파묻혀 사는 삶을 즐겼을 것이라는 생각이 들었다고 한다. 그들의 삶에서, 노동자나 기타 사회적 약자들이 어

55) 나는 이를 노동자들의 기본권 행사를 무력화하기 위하여 자본이 제기하는 ‘전략적 봉쇄소송’의 일종으로 본다. 전략적 봉쇄소송에 관해서는 김종서, “쟁의행위를 이유로 한 손해배상청구 비판: 헌법적 관점에서”, 민주법학 제60호 (민주주의법학연구회, 2016), 181-225쪽; 김종서, “전략적 봉쇄소송 제어 방안: 비교법적 연구”, 민주법학 제70호 (민주주의법학연구회, 2019), 241-283쪽 참조.

떻게 사는지, 작업환경이나 근로조건이나 임금수준은 어떤지는 관심의 대상도 아니었지만 관심을 둘 틈도 없었다는 것이다. 그러나 자신들이 접해 온 세계와는 전혀 다른 세계에 대한 이해가 전혀 없고 그것을 이해하려는 생각도 전혀 없으니 사적 소유와 사적 자치만 강조하는 18-9세기식 민법 논리에만 사로잡혀서 노동법 등 사회법이라는 제3의 법영역이 어떤 취지로 형성된 것이고 어떤 판단이 그런 법 취지에 가장 부합하는 것인지에는 완전히 무지하다는 것이다. 그러나 그들의 판단에서는 오로지 “계약을 했으면 지켜야지!”라는 도그마만 살아남게 된다는 것이다. 이런 판사들이 모여서 권력을 행사하는 영역이 재판이요 사법이니, 이런 계급사법을 극복하는 길은 노동자들이나 그들의 대변자가 사법의 주체로 참여하는 것밖에 없다는 결론에 이르게 된다. 그래서 나오는 주장들이 독일식의 전문법원인 노동법원과 사회법원 등이 필요하고, 이들 법원에는 직업법관뿐만 아니라 노동자나 사회적 약자들의 이익을 대변하는 시민명예법관도 재판에 참여해야 한다는 것이었다. 최근 퇴임한 김선수 대법관은 강력한 노동법원 지지자였다.

그러나 직업법관 대부분이 앞서 언급한 것과 같은 의식을 가지고 있다면 노동법원을 도입한다고 해도 노사 각 1명과 직업법관 1명이 함께 심리 판단하는 재판에서 결론이 그리 쉽게 달라질 것 같지는 않다. 물론 이 법원은 노동사건만을 전담하게 되므로 전문성은 매우 높아질 것이지만, 높은 전문성이 재판의 계급성을 해소시키지는 못한다(사실 모든 판사들은 민형사사건에는 전문성이 높다). 그러므로 근본적인 방법은 사법을 담당하는 법관들을 사회 구성원들만큼이나 다양성이 보장되는 방식으로 선발하는 것, 그리고 적어도 제1심 경우에는 반드시 시민이 참여하는 재판이 이루어져야 한다고 생각한다.

첫째 요소인 법관의 다양화 요청은 사법시험 시절보다는 많이 개선되었다고 생각한다. 일부에서는 고액의 학비가 소요되는 로스쿨을 나와서 거대로펌에서 경력을 쌓은 변호사들만이 5-10년 후 판사가 될 수 있는 현재의 상태는 오로지 부자들을 위해서만 일하는 SKY 출신 판사만 양산하는 구조여서 차라리 사법시험과 연수원 성적만 좋으면 출신대학과 관계없이 판사가 될 수 있었던 사법시험 시절이 더 나으니 이런 식으로 계속할 거면 로스쿨 제도는 폐지하는 게 낫다고 주장한다. 그러나 2024년 신임법관 임용 실태를 보면 로스쿨 제도를 그리 단순화시켜서 폼하할 것은 아니라는 생각이 든다. 신임법관 111명 중 로스쿨 출신은 89명이며 로스쿨 기준으로 SKY 출신은 39명, 성균관대를 합쳐도 52명에 그치며, 나머지 16개 로스쿨에서 각 1-6명의 판사가 배출되었다. 학부 기준으로 보면 SKY 출신은 111명 중 72명이고, 나머지 17개 대학에서 각 1-8명이 배출되었다. 경력으로 보면 로펌출신이 60명으로 가장 많기는 하나 재판연구관, 서울대학교, 국세청, 경찰청 등과 사내변호사 출신도 적지 않았다.⁵⁶⁾ 이러한 분포는 사법시험 시절보다 출신대학(학부 및 로스쿨)이나 경력면에서 훨씬 다양하다고 평가할 수 있다.

그러나 이들 판사 임용자들이 속한 가구의 소득수준이 어느 정도 되는지는 알 수 없으나, 로스쿨의 비싼 등록금을 고려한다면 중저소득층에 속하는 사람은 거의 없을 것으로 추측된다. 이런 추측이 맞다면 이 부분이 계급사법의 극복에 가장 걸림돌이 될 것으로 보인다. 로스쿨을 다니는 데 소요되는 비용이 줄어들 수 있다면 법관의 다양성 확보에 훨씬 유리한 결과를 얻을 수 있을 것이다. 그러므로 계급사법의 극복을 위해서는 비용이 적게 드는 로스쿨시스템을 고민할 필요가 있고, 이는 금융지원 등의 학비 지원 방법보다는 전임교원 요건 완화, 실무경력교원의 겸임교원화 등을 통하여 비용 자체를 낮추는 방법에 의하는 것이 바람직하다. 또한 반드시 현재와 같은 형식의 로스쿨만을 고집할 이유도 없고, 통신로스쿨이나 야간로스쿨, 심지어 모든 전임교원을 순수한 자원봉사자만으로 구성하여 비용을 획기적으로 낮추는 로스쿨도 외면할 이유가 없다.⁵⁷⁾ 소득수준과 배경이 다양한 사람들이 로스쿨로 진학하여 가급적 비용 부담에 어려움을 겪지 않으면서 법을 공부하고 변호사가 되어 활동한다면 계급사법화 가능성은 다소라도 줄어들 수 있을 것이다. 다음으로 계급사법의 극복을 위한 방안은 시민참여재판인데, 사안의 성격상 배심재판보다는 참심재판이 적절해 보인다. 노동사건은 사실 확정을 통한 유무죄 판단이라는 단순구조로 이루어진 형사배심재판과는 달

56) 법률저널, “대법원, 신임법관 111명 임명...서울대 출신 33%”(2024. 10. 4).

57) 미국 캘리포니아주에 있는 PEOPLE'S College of Law는 전임교원은 물론 직원들도 무급자원봉사자로 구성되어 있고 4년제 야간로스쿨로 운영하며 노동이나 사회보장 분야를 전공할 변호사를 양성하는 것을 목표로 1974년에 설립된 사립학교이다. 모든 교직원들이 자원봉사자여서 등록금은 연간 5,000달러에 불과했고, 2010-2015년 사이 32명의 졸업생이 변호사시험에 응시했고 그 중 6명이 합격했다(18%). 그러나 안타깝게도 재정 문제 등으로 2024년 5월 말 문을 닫았다.

리 민사법과 행정법 체제가 결합되어 있는 구조를 가지고 있고 노사자치의 원칙이 적용되는 데다가 적용되는 법원(法源)도 매우 다양한 복잡성을 가지므로 완전히 독립된 배심원이 담당하기는 어려워 보인다. 따라서 배심재판보다는 직업법관 1명과 시민법관 2명(노사대표 각 1명)이 사실인정과 판결 형성을 함께 하는 참심제⁵⁸⁾가 더 적절할 것으로 보인다.

그러나 이렇게 말해 놓고서도 의문은 남는다. 예컨대 독일처럼, 법학교육을 포함하여 대학교육까지 모두 무상으로 이루어져서 매우 다양한 배경을 가진 사람들이 판사가 되고, 형사재판에서는 시민참심원이 직접 법관과 함께 재판을 하는 참심재판을, 노동 및 사회보장 사건에서는 노사대표인 시민명예법관이 직업법관과 함께 재판을 하는 제도가 정착된다 해도, 자본주의 체제 자체에 균열을 가하지 못하는 이상 그것이 더 이상 계급사법이 아니라고 할 수는 없을 것이다. 오히려 그런 판사와 시민참여적 사법제도를 통해서도 사법의 계급성은 극복되기는커녕 더욱 세련되고 정교해져 체제에 대한 저항을 더욱 힘들게 하고 계급지배를 더욱 탄탄하게 만드는 것일지도 모른다.

그러나 설사 독일식의 제도개선이 세련된 계급사법, 정교한 계급지배의 도구로 기능한다고 할지라도 한국 사회에서는 그 정도의 사법도 절실하다. 솔직히 말하자면 한국사회는 지금까지 그 정도의 세련된 사법도 허용하지 않았다. 사실 사법권력의 민주적 통제 방안을 비롯하여 앞서 제시한 여러 가지 방안들이 한국사회에서 구현될 가능성은 극히 낮다. 사회민주당과 녹색당이 연정을 구성해 집권하고 좌파당이 상당한 지지를 얻고 있는 독일과는 달리 한국에는 이런 방안들을 관철해낼 정치세력이 없다. 그렇다고 사회양극화는 물론 정치양극화도 심각한 상황이어서, 시민들의 정치역량을 키운 민주시민교육의 근거가 되었던 보이텔스바흐협약 같은 것을 기대하기도 어렵다. 자유주의적 민주주의(liberal democracy)의 요청조차도 좀처럼 허용되지 않는 강력한 국가안보 이데올로기가 여전히 한국사회를 지배하고 있기 때문이다. 11년 전의 일이지만 통합진보당의 강제해산은 이런 안보법체제의 건재를 생생하게 보여주었다. 이 체제를 위협하는 어떤 정당도, 어떤 선거제도도 용인되지 않는 것이 솔직한 현실이다. 그 결과 이런 척박한 정치현실을 타개하기 위하여 활동할 강건한 계급정당도 지역정당도 설 자리조차 없다. 계엄정국에서 내란종식을 외치던 소위 진보정당들이 대선 국면에서 거의 대부분 중도보수를 천명한 민주당에 휩쓸려 들어가고 그나마 민주노동당 이름으로 나온 독자후보가 얻은 지지는 1%에도 미치지 못했던 것은 이런 현실을 가감없이 보여주었다.

이처럼 오늘 이 심포지엄의 기획과는 달리 현재 대한민국은 ‘달힌’ 공화국이다. 민주공화국은 헌법 제1조에만 있을 뿐 한국사회 어디에도 없다. 그렇다고 이 ‘달힌’ 공화국에 갇혀 있으면서 호흡 곤란으로 헉헉대고 있을 수만은 없다. 철옹성같이 ‘달혀 있는’ 공화국에 작은 균열이라도 내기 위한 시도들을 계속하는 것, 문제를 계속 폭로하여 사법을 통한 계급지배에 작은 생채기라도 내는 것, 보잘것없어 보이는 진전이라도 쟁취해내기 위해 힘든 싸움을 계속해 나가는 것, 민주시민교육이든 계급정당이나 지역정당 운동이든 이 체제에 도전하는 움직임들을 계속하는 것, 답은 그것밖에 없지 않을까? 이렇게 계급사법을 어떻게 극복할 것인지 함께 고민해보자는 제안을 드리며 발표를 마친다.

58) 독일의 경우 1심 노동법원(Arbeitsgericht)과 2심 노동법원(Landesarbeitsgericht)은 직업법관 1명과 시민법관 2명(노사 대표 각 1명)으로 동일하게 구성되며, 연방노동법원은 직업법관 3명과 시민법관 2명(노사 대표 각 1명)으로 구성된다.

참고문헌

- 곽노현, “대법관 100명도 과하지 않다”, 시민언론 민들레(2025.6.2.자)
- 국순옥, “헌법재판관들의 사법 쿠데타”, 민주법학 제27호 (민주주의법학연구회, 2005), 457-461쪽.
- 김병록, “정치의 과도한 사법화와 사법국가의 문제”, 법학논총 제28집 제1호 (조선대학교 법학연구소, 2021), 105-148쪽.
- 김중서, “‘신속한 재판을 받을 권리’와 사법개혁: 민사소송을 중심으로”, 비교법연구 제2권 (배재대학교 비교법연구소, 2007), 53-81쪽.
- _____, “쟁의행위를 이유로 한 손해배상청구 비판: 헌법적 관점에서”, 민주법학 제60호 (민주주의법학연구회, 2016), 181-225쪽.
- _____, “전략적 봉쇄소송 제어 방안: 비교법적 연구”, 민주법학 제70호 (민주주의법학연구회, 2019), 241-283쪽.
- 김종철, “‘정치의 사법화’의 의의와 한계: 노무현정부 전반기의 상황을 중심으로”, 공법연구 제33집 제3호 (한국공법학회, 2005), 229-251쪽.
- 김창록/박경신/임지봉/조국/차병직/하태훈/한상희, 때법은 없다: 벼랑 끝에 몰린 법치와 인권 구하기 (해피스토리, 2009).
- 모린 케인, 알란 헌트 편저, 민주주의 법학연구회 옮김, 맑스와 엥겔스는 법을 어떻게 보았는가 (도서출판 터, 1991).
- 박시환, “대법원 상고사건 처리의 실제 모습과 문제점”, 민주법학 제62호 (민주주의법학연구회, 2016), 289-329쪽.
- 박형관, “미국 대배심 제도의 현황 및 개선 논의”, 형사소송 이론과 실무 제15권 제2호 (한국형사소송법학회, 2023.6) 75-115쪽.
- 사법정책연구원, 효율적인 증거개시 수집을 위한 제도 개선 방안에 관한 연구(2015).
- 송기춘, “‘군사재판을 받지 않을 권리’에 관한 소고”, 공법연구 제37집 제4호 (한국공법학회, 2009), 193-227쪽.
- _____, “참심제 도입 여부와 실시에 관한 헌법학적 논의”, 법과 사회 제28호 (법과사회이론학회, 2005), 179-210쪽.
- 오경식, “미국의 기소대배심운영과 한국의 도입방안”, 형사법의 신동향 통권 제28호 (대검찰청, 2010), 1-30쪽.
- 이상영, 김도현, 법과 사회(제2판) (한국방송통신대학교출판부, 2017).
- 이영재, “‘정치의 사법화’, 민주주의의 위기인가?: 하버마스의 민주법치국가 원리를 중심으로”, 고려대학교 평화연구소집 제20권 제1호 (고려대학교 평화와 민주주의연구소, 2012), 71-103쪽.
- 이종수, “사법부의 과거청산과 새로운 출발을 위한 소고”, 법률신문 (2008.10.27).
- 차성안, “해외의 퇴직법관 전관예우 규제사례와 한국에의 시사점”, 법조 제69권 제1호 (법조협회, 2020), 388-435쪽.
- 최 선, “국민참여재판 도입과정 및 운영 분석”, 의정논총 제16권 제2호 (한국의정연구회, 2021), 127-153쪽.
- _____, “권력분립 원리와 사법권 독립”, 법과 사회 제60호(법과사회이론학회, 2019), 67-95쪽.
- _____, 사법권력에 대한 통제의 변화에 관한 연구(연세대학교 정치학 박사학위논문, 2012).
- 한상희, “사법개혁, 좌절과 실패의 역사”, 민주법학 제50호(민주주의법학연구회, 2012), 271-303쪽.
- _____, “사법민주화—그 과제와 전망”, 문화과학 제44호(문화과학사, 2005), 60-77쪽.
- 황성기, “한국에서의 참심제와 배심제의 헌법적합성”, 법과사회 제26호(법과사회이론학회, 2004), 123-143쪽.

Amnesty International, *Fair Trial Manual*, second edition(2014).

중립의 환상과 독립의 신화 : 사법권력의 민주적 통제

권영숙 (민주주의와노동연구소)

1.

초대 헌법재판관을 지낸 변정수 판사는 퇴임 1년전인 1993년 공개적인 발언을 통해서, 8:1로 자신이 유일하게 소수 위헌을 주장했던 지난 1990년 국가보안법 7조 5항(고무 찬양죄)에 대한 헌재 합헌 결정에 대해 “법리의 문제가 아니라, 국어의 문제”라고 비판한 적이 있다. 그래도 최소한 이 심판은 헌법상에 존재하는 문구를 억지로 비틀어 쓰여지기라도 했다.

2005년의 행정수도 이전 위헌 심판은 근거를 댈 수 있는 어떠한 헌법 구절도 없었기 때문에 아예 ‘관습 헌법’이라는 새로운 헌법을 창조해냈다. 이를 국순옥 교수가 ‘사법 쿠데타’라고 비판한 것은 당연한 일이었다. 하지만 이 쿠데타는 거의 어떤 도전도 처벌도 받지 않았으며, 지금까지도 유효하게 작동한다.

그러므로 이른바 제6공화국의 헌법은 87년의 국회(그것도 5공화국에서부터 넘어온 국회: 제정의회가 아님)에서 ‘문자’로 쓰여진 조항들만을 지칭하는 것일 수는 없다. 거기에 덧붙여, 아니, 그보다 더 높은 곳에 위치하는 보이지 않는 헌법이 존재한다. 그것을 관습헌법이라고 부르든, ‘정치적 고려’라고 부르든, 또는 ‘헌법의 수호’라고 부르든 그저 표현의 차이일뿐이다.

87년 헌법은 87년의 헌법조문 속에 고정되어 있는 어떤 것이 아니라, 지난 수십년간의 ‘변용’ 속에, 그 안에서 이뤄진 수많은 정치적, 계급적 갈등 속에서 낱알이 개정되고 있는 어떤 것이다.

2.

한국에서 ‘사법권력’의 문제점을 논할 때, 가장 흔히 말해지는 것은 역설적으로 사법권의 독립과 중립성이다. 이는 사법권의 오남용을 지적하는 쪽에서나, 사법권력을 행사하고 향유하면서 사법권력을 옹호하는 쪽에서 모두 주장하는 논리이기도 하다.

이는 역설적으로, 법원, 검찰권력의 비대화는 이들 기관의 중립성과 ‘독립’을 이유로 건국 이래 사실상 어떠한 정치적 영향에서도 벗어나 자신들만의 독자적인 이해관계를 가지고 있는 독자적 네트워크를 형성했기 때문이다. 따라서 ‘독립’이 오히려 정치공동체에 해가 되었고 이제는 정반대로 사법권력에 대한 ‘민주적 통제’의 필요성을 거론한다. 그러나 이는 어쩌면 동일한 오류의 방향만 뒤바뀐 반복에 불과하다.

기존의 사법권력의 독립성과 중립성 논리는 사법이 외부의 정치적 영향에서 자유로워야 한다는 것을 주장한다. 따라서 외부의 정치적 사회적 영향으로부터 ‘독립’적이며, 그 독립성은 ‘중립성’을 담보한다고 주장한다. 즉, 독립은 중립의 전제다.

그러나 이는 현실에서 두 가지 문제를 야기한다. 하나는 위에서 언급했듯이, 외부로부터 독립된 결과, 누적적으로 법률가 집단은 자신들만의 고유한 이해관계를 키워왔으며, 심지어는 외부로부터의 감시에서도 자유로운 채, 자신들의 이해를 위하여 ‘흥정’이 가능한 단계까지 발전했다는 점이다. 이는 제도주의적 관점에서 충분히 해석 가능한 역사적 전개라고 할 수 있다.

다른 하나는 ‘중립성’에 대한 신화라고 할 수 있다. 설사 사법권력이 자신들이 이해관계를 추구하지 않는

‘순수한 양심적’ 권력이라고 할지라도 그것이 ‘중립성’을 담보하지는 않는다. 왜냐하면 현실은 기울어진 운동장이기 때문에, 경사로에서의 중립은 늘 어느 한 쪽 방향을 선택할 것을 가리키고 있기 때문이다.

발표자는 이에 대한 대안으로서 ‘공정성’(fairness)를 제안한다. 즉 사회적 불균형(에 대한 해소)을 적극적으로 법원이 반영하는 새로운 잣대를 제시하고 있다.

당연히 법 권력은 공정성을 목표로 해야 하지만, 그러나 여기에는 기술적인 문제가 있다. 무엇보다도 공정성을 기술적으로 담보할 수 있는 장치를 마련하는 것은 현실적으로 매우 어렵다.

발표자는 이를 위해 대법원장의 권한 축소(대법관 임명제청권 축소), ‘공정한 재판’ 권리의 헌법 명시, 시민참여형 재판(배심원제)과 시민기소권, 헌법재판소 권한 축소 등 사법 주체의 민주화와 사법과정의 민주화 및 사법 책임성 강화, 사법 접근권 강화 등을 제안하고 있다.

이는 기술적으로나 원칙적으로 매우 중요한 논의임에는 틀림이 없다. 그러나 동시에 이같은 개혁과 기술적 장치의 보완은 ‘공정성’을 위한 보완적 장치가 될 수는 있을지언정, ‘민주적 통제’를 충족하기에는 거리가 멀다.

발표자가 제시한 대부분의 개혁안들은 기존의 사법권력을 해체하고 사법에 대한 접근권과 주체 구성, 사법 과정을 다원화하는 것으로 요약할 수 있다. 그리고 이같은 다원화는 실은 자유주의적 틀에서 벗어나기 힘들다.

또한 다원화가 참여의 폭을 넓힐 수는 있지만, 그것이 공정성과 어떻게 연관되는지는 설명하기 쉽지 않다. 또한 이같은 다원화가 곧 ‘민주적’이라고 반드시 연결시킬 수 없다. 왜냐하면, 아담 세보르스키가 지적했듯이, “무엇이 민주적인지 누가 결정하는가?”라는 질문은 법이라는 제도의 바깥에서 결정되며 여전히 논쟁 중인 사안이기 때문이다.

즉 ‘민주적 통제’는 ‘공정성’과 일치하는 개념이 아니며, 민주적 통제에서 연역적으로 공정성이 도출되지도 않는다. 왜냐하면, 공정성이라는 프레임, 그리고 그 공정성의 내용은 ‘정치적’으로 즉 민주적으로 결정되며 그것들은 당대의 사회적 관계를 반영한 특수한 이해관계 및 도덕, 정의감 등을 표명한다. 따라서 표면적 공정성은 실은 각 시기별 정치적 합의로 귀결된다. 즉 정치적 공정성은 ‘특수한’ specific 것이다.

엄격하게 말하자면, 발표자가 제안한 ‘민주적 통제’는 실은 ‘정치적 통제’이며 현실에서의 정치를 반영하는 것을 넘어설 수 없다. 따라서 정치적 통제는 사법권력의 중립성과 독립성 논리에 대한 대척점에 서있는 해법이기도 하지만, 그것을 완전히 무화시키거나 분쇄하기는 어렵다. 왜냐하면, 한국의 경우, 21대 대선결과에서 대략 드러났듯이, 적어도 유권자의 41%는 현 시점에서 사법권력에 대한 ‘민주적 통제’를 특정 정당의 ‘정략적 이해’라고 간주할 것이기 때문이며, 정치화된 사법권력에서는 아무도 ‘공정성’을 믿지 않는다. 따라서 사법권력의 원천이라고 발표자가 지적하는 ‘법원에 대한 신뢰’도 마찬가지로 존재하지 않는다.

그보다도, ‘법원에 대한 신뢰’가 사법적 힘의 원천이라는 사고 자체가 실은 허구일지도 모른다. 발표자가 제시한 대부분의 ‘참여적’ 개혁안을 가지고 있는 미국 법원에 대한 대중의 신뢰도(confidence in the court)는 35%에 불과하다(2024년 말 기준, 갤럽조사. 한국의 행정연구원 조사에 따르면 한국의 법원에 대한 신뢰도는 24년 기준 49%다). 물론 미국에서 대통령직과 언론에 대한 신뢰도는 30%를 밑돌고, 의회에 대한 신뢰도는 고작해야 15%도 안되지만, 그러나 이들 기관들이 자신의 권력을 행사하는데는 아무런 지장도 없다. 즉 권력의 행사에 있어서 신뢰도는 효율성의 문제일 뿐이지, 결정적인 장애가 되지 못한다. 심지어는 공정성 논란이나 조직 이해관계조차도 신뢰도에 결정적인 영향을 미치지 못하는 못한다. 사법권력의 ‘권력’은 기존 엘리트 기득권층의 담합에 근거하는 것이지, 대중에 근거하지 않는다.

3.

발표자가 미완으로 문제제기하고 있는 계급 사법은 매우 흥미롭고 중요한, 그러나 거의 논의되지 않고 있는 주제다. 필자의 기억으로는 80년 말, 90년 대 초에 몇 편의 논문(번역 논문을 포함해서) 본 것이 전부였던 것 같다.

기본적으로 계급 사법은 포괄적 의미에서 법 자체의 계급적 성격을 말한다. 마르크스는 단지 법을 자본주

의 상부구조로 보았을 뿐만 아니라, 법이 구성되고 작동되는 방식까지도 계급적이라고 보았다.

그는 자본주의 하에서 노동력이 판매/구매되는 시장에서 판매자(프롤레타리아)와 구매자(부르조아) 사이에는 불균등한 조건이 선재하며, 노동력의 교환은 부등가 교환이라고 지적한다. 그러나 법은 이들 개인들의 구체적 조건을 사상(추상)하고 이들을 동등한 법적 주체(legal individual)로 상정함으로써(그 대표적인 표현이 '만인은 법 앞에 평등하다'는 것이다), 부등가 교환을 등가교환으로 치환시키는 역할을 한다.

따라서 법은 자본주의 사회의 임노동 관계에서 필연적인 것이며, 동시에 실제적인 계급 관계를 은폐하고 정당화하는 기능을 한다. 즉, 자본주의 사회에서는 이런 저런 법이 계급적인 것이 아니라 법, 그리고 법 체계 전체가 계급적이다.

동시에 이렇게 개인은 추상화되는 반면에, 법은 구체화되며 그 총체는 국가로 표현된다(마르크스는 이를 '전도'라고 부른다). 총체로서의 국가는 분열된 사회(계급 사회)를 보존하고 유지시키며 그 내부에서 이 충돌이 폭발하지 않도록 억압하는 역할을 한다. 따라서 국가와 법(사법권력은 근본적으로 그리고 원칙적으로 (계급)차별'을 해소할 수 없으며, '공정'할 수도 없다. 왜냐하면, 아예 처음부터 그같은 차별과 불공정을 유지할 목표로, 그리고 그 기반 하에서 탄생한 제도이기 때문이다.

따라서 마르크스는 이를 해소하기 위해서는 (주권을 가진)인민은 '제한권력'을 일상적으로 가져야 한다고 주장했다(헤겔 법철학 비판). 그래서 그는 아예 '헌법의 운동이 진보'라고 주장했으며, 자본론에서는 '사회주의 하에서는 여론이 곧 법'이라고 말하기도 한다. 그러므로 '공정'을 말하기 위해서는 법정에서 공정이 실현되는 방도를 찾기보다는, 사회에서 불공정을 제거하는 방안을 먼저 말해야 하며, 아마도 그것은, 법에게도 그리고 공정한 법을 원하는 이들에게도 매우 위험한 일이 될 것이다.

헌법 개정과 공화국

윤현식(노동·정치·사람 정책위원, 민주주의법학연구회)

1. 서론

12·3 내란⁵⁹⁾ 사태를 경유하면서 벌어진 탄핵정국은 결국 조기대선으로 이어졌다. 2025년 6월 3일 치러진 제21대 대통령 선거는 내란으로 촉발된 국가적 위기를 해소해야 할 막중한 책임을 차기 대통령에게 부여하였다. 이 책임에는 내란 세력의 척결과 같은 구정권의 적폐청산은 물론이고, 구정권의 실정으로 인한 경제, 사회적 문제의 해결 등이 포함되어 있다. 일각에서는 내란의 원인이 구태의연한 87체제의 한계에서 비롯되었다고 주장하면서, 따라서 국가체제의 일신을 담보하는 개헌을 차기 정권의 책임에 포함시키기도 한다.

일부 개헌론자들은 현행 헌정체제를 제6공화국으로 규정하면서 제7공화국 헌법을 개헌의 기치로 내걸기도 한다. 진보진영은 제법 이른 시기에 제7공화국 개헌론을 제시했던 바가 있으며,⁶⁰⁾ 최근에는 중도 및 보수진영에서도 제7공화국 개헌을 주장하고 있다.⁶¹⁾ 제7공화국 개헌론은 여러 측면에서 논쟁 지점을 노출하고 있다. 형식적 측면에서는 공화국 순차의 적정성 논란과 개헌 시기 같은 문제가 있지만, 실질적으로 어떤 나라를 헌법에 담을 것인가, 누가 개헌을 주도할 것인가 등의 문제가 첨예한 쟁점이 되고 있다.

이 와중에 오히려 근본적인 문제로 제기되는 질문은 도대체 공화국이 무엇인가이다. 현행 헌법은 제1조 제1항에 “대한민국은 민주공화국이다”라고 규정하고 있지만, 사회 전반에 걸쳐 “공화국”에 대한 이해는 그다지 보편적이지 않은 것이 사실이다. 주권의 발원지인 국민이 스스로가 선언한 국체의 실체에 대하여 이해하지 못하고 있는 모순을 안고 있는 상태에서 논의되는 공화국론은 공화국의 내용과 주체를 주권자가 결단하지 못하는 상황으로 이어지면서 식자들의 지적 허영을 만족하는 담론으로 전락한다.

이미 공화주의, 공화정, 공화국에 대한 학계의 논의는 이미 상당한 수준으로 전개되고 있다. 따라서 새로운 공화국 헌법을 논의하는 단계에서 기존의 학문적 성과들과 이에 따른 각종의 논쟁적 사안들을 대중과 소통하면서 교육하고 판단할 수 있는 기회를 마련한다면 한계로 지적된 공화국에 대한 대중적 이해의 부족은 충분히 해결될 수 있을 것이다. 결국 개헌을 이야기하면서 시급히 확인되어야 할 사안은 공화국 시

59) 형법 제87조에 따르면 ‘내란’은 대한민국 영토의 전부 또는 일부에서 국가권력을 배제하거나 국헌을 문란하게 할 목적으로 폭동하는 행위를 말한다. 12·3 내란은 현직 대통령 윤석열이 권력을 유지 강화하기 위해 일컫은 친위쿠데타로서, 무장병력을 동원해 국회를 침탈하고 그 기능을 마비시키려 한 것이므로 내란죄의 구성요건을 충족한다.

60) 2007년 제17대 대통령 선거를 앞두고 진행된 민주노동당 대선후보 경선과정에서 노회찬 후보는 제7공화국 11개 테제를 발표하였다. 노회찬 아카이브 https://archives.hcroh.org/hcroh/archive/collection/ArchiveCollectionView.do?con_id=294 (최종검색일, 2025.6.9.)

61) 대표적으로 “제7공화국을 여는 사람들”은 제7공화국 개헌을 주제로 국회 내외에서 다양한 활동을 펼치고 있다. 이 단체의 대표 제안자는 조준호 사단법인 ESG코리아 이사장, 이철우 전 의원, 김동진 시민이만드는헌법본부 공동집행위원장, 윤희상 연구교수, 김의겸 비전플랫폼 대표, 장상화 사단법인 미래전환정책연구원 이사장 등 6명이다. 전 북일보 기사, 2025.2.3. <https://www.jjan.kr/article/20250203580257> (최종 검색일 2025.6.9.)

민됨을 각성하게 될 이러한 기회의 장에서 공화주의에 대한 어떤 이해와 방향이 제시되어야 하느냐이다.

공화주의를 생동하게 만들고 공화국을 유지하는 원동력은 덕성(virtue)을 갖춘 시민의 참여이다. 그런데 공화주의에 필요한 시민의 덕성은 이미 존재하고 있는 공화국의 일원으로서 갖춰야 할 자질일 뿐만 아니라 공화국을 건설하기 위해 필요한 자질이기도 하다. 개헌론과 결부하여 환언하자면, 새로운 공화국을 구성하기 위해 필요한 시민의 덕성과 기존 공화국의 질서를 유지하기 위해 필요한 시민의 덕성은 대립과 충돌의 위치에 설 수 있으며, 따라서 이 문제는 새로운 공화국이 누구의 공화국인가를 결정하는 문제로 이어진다는 것이다.

이하에서는 헌법규범 안에 존재하는 관계의 원리로서 공화주의를 살펴보고, 우리 헌정사에서 공화국 시민의 덕성이 어떤 의미를 가지는지 짚어보면서, 향후 개헌 정국에서 가져야 할 시민적 덕성에 대하여 개괄한다.

2. 왜 지금 공화국인가?

(1) ‘공화국’론 개관

헌법은 관계의 선언이다. 헌법은 주권이 미치는 시공간에 존재하는 모든 관계를 규정한다. 국가와 국민의 관계, 국가와 국가의 관계, 세대 간의 관계, 젠더 간의 관계는 물론 인간과 자연의 관계에 이르기까지, 삶이 이루어지는 모든 영역에 존재하는 일체의 관계가 헌법의 자장 안에 포섭된다. 그런데 이 모든 관계는 절대적 평형상태에 놓여 있지 않다. 헌법이 규정하고 있는 모든 관계는 언제나 상호 긴장의 상태에 놓여 있고, 경쟁과 투쟁의 촉발이 잠재되어 있다. 바로 여기에 헌법이 존재하는 이유가 있다. 관계가 완벽하게 물리적 균형을 이루고 있는 곳에서는 규율이나 제도가 필요하지 않으며, 따라서 헌법이 존재할 이유가 없기 때문이다.

헌법은 국가의 존립을 위한 구성원 간의 합의문이다. 이 합의는 관계에서 도출된다. 하지만 합의를 구성하는 관계는 언제나 평등하지 않다. 강약과 우열의 편차가 관계 속에 있는 당사자들 간에 존재한다. 결국 체제의 실체를 결정하는 것은 힘의 논리이며, 그런 의미에서 헌법은 체제의 헤게모니를 장악하고 있는 계급의 승리 선언이기도 하다. 헌법의 구조는 헤게모니를 반영한다. 헌법은 그 안에 체제의 설계자를 명확하게 규정한다. 그럼에도 합의를 만들어내는 것은 당사자들 간에 이루어지는 이해관계의 양보와 절충이다. 체제를 유지하기 위한 합의는 추상성과 보편성을 외피로 두르고 나타난다.

관계 안의 긴장을 내포하고 있지만, 그 외피는 일정한 힘을 발휘한다. 추상성과 보편성의 외연이 실질을 성립시킨다. 이로써 헌정질서 안의 모든 관계가 형성된다. 형성된 관계가 유지된다는 것은 관계된 구성원들의 상호 양보와 절충이 일정하게 유지되고 있음을 의미한다. 비록 당사자 사이에는 손익의 편차가 존재할지라도, 어느 일방에게 편향된 이익의 독점이 아니어서 손해를 보는 측에서조차 수용할 수 있는 상태가 유지되는 것이다.

우리 헌법에서 그 관계를 작동시키는 이념이 민주주의와 공화주의이며, 이 두 이념이 결합하여 “민주공화국”이 선언된다⁶²⁾. 우리 헌정사에서 “민주공화국”이라는 용어는 1919년 3·1혁명⁶³⁾ 이후 건립된 대한민

62) 민주주의와 공화주의를 결합한 ‘민주공화’라는 조어는 임시정부 수립 전후에 한국에서 독창적으로 발생했다고 한다. 이에 대해서는 이영록, “한국에서의 ‘민주공화국’의 개념사”, 법사학연구 제42호(한국법사학회, 2009), 59쪽.; 한인섭, “대한민국은 민주공화제로 함: 대한민국 임시헌장(1919.4.11.) 제정의 역사적 의의”, 서울대학교 법학 제50권 제3호(서울대학교 법학연구소, 2009), 186쪽.

63) 대한민국 임시정부는 3·1운동을 밖으로는 일제로부터의 독립, 안으로는 계급으로부터의 독립으로 이해했으며, 이때

국 임시정부의 「대한민국 임시헌장」에 등장한 이래 해방이전의 주요 임시 헌법 또는 약헌에서 지속되었으며,⁶⁴⁾ 제헌 이래 현행 헌법에 이르기까지 헌법 제1조 제1항의 자리를 고수하고 있다. 그런데 공화정 혹은 공화주의는 민주정 혹은 민주주의에 비해 상대적으로 사회적 인지와 이해가 높지 않은 것으로 보인다. 한국 헌정사에서 ‘공화’라는 단어가 좌우 양측으로부터 경원시 되어왔던 역사를 감안하더라도, 공화국을 살아가는 시민이 공화주의에 낯설어하는 현상이 만연해 있음은 부정할 수 없는 현실이다.⁶⁵⁾ 비록 2008년 미국산 쇠고기 수입반대 시위를 기점으로 헌법 제1조 제1항이 광장의 들머리에 깃대처럼 세워지게 되었고, “대한민국은 민주공화국이다”라는 노래와 구호를 통해 민주공화국 시민으로서 주체의 각성이 이루어지게 된 것처럼 보일지라도 말이다.

현행 헌법은 국가의 정체를 명확하게 “민주공화국”이라고 선언하고 있지만, 헌법의 규정을 통해 민주주의/민주정, 공화주의/공화정의 의의 또는 내용을 정하고 있지 않다.⁶⁶⁾ **민주공화국의 의미와 내용에 대해서는 전적으로 헌법해석에 의존할 수밖에 없다.** 그런데 헌법학 교과서에서는 ‘민주공화국’이라는 규정에 대하여 헌법개정 대상이 될 수 없는 핵심원리, 모든 국민의 절대적 합의에 기한 기본적 결단, 기본적인 지도원리이자 근본 규범 등으로 설명해 왔다.⁶⁷⁾ 이때 민주공화국에 대하여 이를 민주정과 공화정의 혼용 혹은 국가형태는 공화국이고 공화국의 작동양식이 민주주의라⁶⁸⁾는 등의 견해가 제시되어 왔다.⁶⁹⁾ 또한 상당한 견해는 공화국을 비군주국의 한 형식으로 보는 입장을 제시하기도 한다.⁷⁰⁾ 더 나가 공화주의의 원리 등에 관한 내용 대부분이 이미 현대 헌법의 민주주의의 이념 및 원리와 내용, 제도 등에 포섭되어 있어 공화주의에 대한 별다른 헌법학적 논의는 실익이 없다는 입장도 있다.⁷¹⁾

헌법재판소의 판례에서도 공화주의에 관해서는 별반 언급되지 않았는데, **통합진보당 정당해산심판에서 헌법재판소는** “민주주의 체제는, 특정인이나 특정세력에 의한 전제적 지배를 배제하고 공동체 전체의 동등한 구성원들에 의한 통치를 이상으로 하는 **공화주의 이념과, 개인의 자유와 권리를 강조하는 자유주의 이념으로부터 큰 영향을 받았다**”고 하면서, 특히 공화주의는 “공민으로서 시민이 가지는 지위를 강조하고 이들에 의해서 자율적으로 이루어지는 공적 의사결정을 중시한다. 따라서 이것은 시민들의 정치적 동등성, 국민주권, 정치적 참여 등의 관념을 내포하고, 우리 헌법상 ‘민주주의 원리’로 표현되고 있다”⁷²⁾고 실시한

독립의 주체를 군주가 아닌 ‘민족’과 ‘인민’으로 상정했다고 한다. 서희경, 『대한민국 헌법의 탄생』, 창비, 2018. 72쪽. 이러한 주체의 전환은 군주제 부활을 꾀했던 복벽주의에 대하여 공화주의가 승리함으로써 가능했다. 서희경, 같은 책, 78쪽. 따라서 체제 자체가 군주제에서 공화제로 바뀌고 주권의 소재가 군주에서 인민으로 전환된 계기가 된 3·1운동을 ‘혁명’으로 명명하는 것이 타당하다.

64) 서희경, 위의 책, 114쪽.

65) ‘공화국’이라는 말에 우익은 ‘조선민주주의인민공화국’을 떠올리며 “빨갱이”를 연상하는 반면, 좌익은 박정희 군부의 ‘민주공화당’을 회고하며 전체주의를 연상한다. 후자의 경우는 근래 들어 찾아보기 어렵게 되었지만, 전자의 경우는 **공화주의와 공산주의를 혼동하는 상태로 지속되고 있다.** 제21대 대통령으로 당선된 이재명이 취임사에서 “모든 국가역량이 국민을 위해 온전히 쓰여지는 진정한 민주공화국을 만들시다.”라고 하자 관련 기사에 공화국을 공산주의국가로 오인하는 댓글들이 달리는 현상이 이러한 상태가 지속되고 있음을 실증한다.

66) 현행 헌법에 ‘민주’는 11번 언급되지만, ‘공화’는 제1조 제1항에서 단 한 번 언급될 뿐이다.

67) 김철수, 『한국헌법』, 법원사, 2003, 59쪽; 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2002, 115쪽; 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2006, 173쪽.; 김학성, 『헌법학원론』, 피엔씨미디어, 2015, 48쪽.

68) 이러한 분류는 제헌안을 기초한 유진오의 해설에서 기원을 찾아볼 수 있다. 유진오는 “국체는 ‘공화국’이며 정체는 ‘민주국’인데 그를 합하여 ‘민주공화국’이라 한 것이다”라고 설명하였다. 김선택, “공화국 원리와 한국 헌법의 해석”, 헌법학연구 제15권 제3호(한국헌법학회, 2009.1.), 228쪽. 각주 35) 참조.

69) 한편 이러한 국체·정체 구별론은 오늘날 국가형태구분론으로서는 실익이 없다는 데에 다수가 의견을 같이 하고 있다. 김선택, 위 논문, 230쪽.; 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 111쪽.

70) 권영성, 위의 책, 2008, 109쪽; 계희열, 『헌법학(상)』, 박영사, 2005, 209쪽; 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2008, 196쪽. 이에 대해 김철수는 공화국에는 독재공화국이나 전제공화국도 있을 수 있다고 하면서, 단지 군주가 지배하지 않는 것만으로 공화국이라고 하기 어렵다는 논리를 제시한다. 김철수, 『(학설판례) 헌법학』, 박영사 2009, 356쪽.

71) 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2014. 75쪽.

72) 2014.12.19. 2013헌다1

바 있다.

(2) 진보적 혹은 보수적 ‘공화국’론

교과서적인 설명의 한계를 넘어 공화주의의 심원에 담긴 의미를 추구하는 연구는 2000년대 이후 꾸준히 확장되고 있다. 공화주의의 연원, 계보 개념에 대한 연구에 이어⁷³⁾ 정치적 및 헌법적 차원의 이론과 원리에 대한 연구가 이루어지고 있다. 공화주의의 정치철학적 함의를 헌법해석론에 적용함으로써 민주공화국의 의미를 재해석하거나, 헌법 제1조 제1항의 공화국 규정을 헌정질서를 구성하고 이를 유지하기 위한 근본이념으로 이해하면서, 헌법의 제 규정들을 공화주의적 시각에서 조명하는 견해들이 등장했다.

2000년대를 전후해 정치적 및 헌법적 차원에서 공화주의에 관한 담론이 활발해진 데에는 몇 가지 요인이 있을 것으로 생각된다. 먼저 1997년 IMF 사태로 체감하게 된 신자유주의 체제의 현실에 대한 대응이다. 1997년은 1987년 현행 헌법이 개정된 후 만 10년째 되던 해이다. 1987년 6월 항쟁과 7·8·9 노동자 대투쟁을 거치면서 군사정권을 종식시키고 경제발전과 동시에 민주화를 이루어낸 국가라는 자타의 평가를 받던 시기에 맞은 국란은 국민들로 하여금 국가의 존재이유에 대하여 회의하게 만든 일대 사건이었다. 경제적 위기를 초래한 민주정부는 무능했고, 정부에 대한 불신은 그대로 민주주의에 대한 불만으로 이어졌다. 개인은 무력한 존재였고 “부자 되세요”라는 구호 아래 각자도생의 생존경쟁이 삶의 방식이 되었다. 파편화된 개인의 무한경쟁이 사회 자체를 붕괴시키는 상황에서 이에 대응하기 위한 사회적 원리 중 하나로서 공화주의가 기능할 수 있지 않겠냐는 기대가 작동했다는 견해가 있다.⁷⁴⁾

다른 한편으로, 정치적 측면에서 민주화 이후 일시 유예되던 군부의 잔재가 1997년 대통령 선거를 통해 형식적으로 청산되면서 자유주의 정당의 집권이 이루어졌지만⁷⁵⁾, 민주화의 성과가 정부와 의회를 비롯한 제도권 내부의 합의구조로 수렴되면서 시민사회의 민주적 역동성이 정치세력 간 이해관계의 충돌에 동원되는 수준으로 전략해 버렸다. 이러한 현상은 사회의 변화를 기대했던 측에게는 민주화가 되고 정권이 바뀌어도 실질적으로 바뀌는 것이 없다는 무력감을 심어준 반면, 정권의 향배에 따라 기득권의 상실을 우려하던 자본과 권력에게는 지금까지와 같이 기득권을 행사해도 무리가 없다는 안도감을 심어주었다. 이러한 상황에서 민주주의는 극단적 갈등을 희화화하는 비아냥으로 전략하고, 진보와 보수, 좌파와 우파의 대립을 해소하는데 민주주의가 기능하지 못한다는 불신을 고조시켰다. 이러한 부조리를 해소하기 위한 대안으로 공화주의가 부각되기도 했다.⁷⁶⁾

이러한 현상은 공화주의에 대한 관심이 단순히 도그마틱에 대한 학구열에 국한된 것이 아니라는 점을 보여준다. 즉, 2000년을 전후해 최근까지 이어지고 있는 공화주의에 대한 논의는 한국의 현상황을 이해하

73) 공화주의의 의의, 연원과 역사, 유형에 대한 연구는 열거하기 어려울 정도로 많은데, 본 발제문은 주로 박준혁, “민주주의와 공화주의: 헌정체제의 두 가지 원칙”, 한국정치학회보 39집 3호(한국정치학회, 2005.9.); 박준혁, “공화주의”, 한국정치학회 편, 『정치학 이해의 길잡이: 정치학 핸드북 Vol. 1』, 법문사, 2008.; 이계일, “공화국 원리의 함의에 대한 이념사적 고찰 - 고전적 공화주의 이론의 유형화와 그 법적 구체화의 상관관계를 중심으로”, 법학연구 Vol.21 no2 통권 50호(연세대학교 법학연구원, 2011); 이양수, “[마이클 샌들 논단] 공화주의 공공 철학과 삶의 가치”, 철학과 현실 2005.12.(철학문화연구소); 김용민, “루소와 공화주의”, 한국정치연구 제25집 제1호(서울대학교 사회과학연구원, 2016); 김경희, 『공화주의』, 책세상, 2009.; 모리치오 비롤리 지음, 김경희·김동규 옮김, 『공화주의』, 인간사랑, 2012.; 조승래, 『공화국을 위하여』, 도서출판 길, 2010.; 세실 라보르드·존 메이너 지음, 박준혁·조계원·홍승헌 옮김, 『공화주의와 정치이론』, 까치, 2009.를 참조하였다.

74) 박준혁, “왜 그리고 어떤 공화주의인가”, 아세아연구 51(1)(고려대학교 아세아문제연구소, 2008.3.). 137쪽.

75) 1987년 개헌으로 신군부 헌법체제가 종식되었지만, 1987년 헌법 하에 치러진 최초의 대통령 선거에서 군부독재의 심장이었던 노태우가 대통령이 되었고, 1992년 대선은 신군부의 민주정의당, 구군부의 맥을 잇는 신민주공화당, 김영삼 총재의 통일민주당이 3당 합당으로 만든 민주자유당의 후보 김영삼이 대통령에 당선되었기에 김영삼의 민주화 운동 경력이나 대통령 당선 이후 하나회의 숙청 등과는 별개로 실질적인 문민화가 이루어졌다고 보기는 어렵다.

76) 한겨레, 2019.2.28., [페딤-박명림 대담②] “민주정은 결코 조용할 수 없다”, <https://www.hani.co.kr/arti/culture/book/884086.htm> (최종 검색일, 2025.6.9.)

고, 위기에 처한 민주주의의 재구성과 사회적 난제를 해결하기 위한 정치적 원리를 재구축하기 위한 실천 노선의 모색이었다는 것이다. 헌법학과 정치학에서 이러한 지향을 나타내는 다수 선행연구들이 있다.

IMF 직후 한상희는 기존 강단에서 이루어지고 있던 헌법 제1조의 해석이 미국식 자유주의에 경도된 상태에 머물러 있음을 지적하면서, 그간 주류 헌법학계에서 이데올로기적 설명을 위한 허구적 전제로 치부되어 오던 주권자에 대한 논의를 공화주의의 이론을 적용하여 정치공동체로서의 국가를 실제로 누가 형성하고 어떻게 지속하는가를 밝히는 논의로 전환할 것을 제시한다. 이 과정에서 그는 헌법 제1조 제1항이 헌법 전문과 함께 엮여 대한민국의 조직원리와 그 작동의 이념적 지표를 형성하며, 제2항은 이렇게 형성된 “제1항의 민주공화국을 내연적으로 재규정하는 의미를 가지면서 정치생활의 전과정을 통하여 부단한 화해와 조정의 과정을 거쳐 공동선을 발견하고 이로써 국가의 존재의의와 목표를 설정”한다고 설명한다.⁷⁷⁾

이국운은 “체제와 반(反)체제의 경계선까지 내려가 (특정) 법체계의 정당성을 재확인하도록 법률가들을 강제하는” “헌법(학)의 비판적 정당화 기능”을 상기한다.⁷⁸⁾ 이 “헌법(학)의 비판적 정당화 기능”은 “헌법이론의 계발과 그에 기초한 헌법적 실천에서 단적으로 드러”나는데, “현재의 헌법(학)이 체제의 근본문제에서 비껴나 있”기 때문에 “헌법 이론의 빈곤”이라는 현상이 나타난다고 질타한다.⁷⁹⁾ 그는 이 난망한 현실을 타개하는 방책으로 ‘공화주의 헌법이론’의 구상을 시도하면서, 자유주의적 법치주의에 결박된 약한 민주주의를 극복하고 “공동체적 참여와 사법의 균형 및 책임과 덕성(德性, virtue)의 이론에 의존하는 강한 민주주의”로서 공화주의 정치사상을 제시한다.⁸⁰⁾

곽준혁은 ① 민주적 시민으로 기업적 인간을 대체 또는 보완 ② 정치적 과정을 통해 갈등을 조정하는 민주주의와 국가의 제 기능 복원 ③ 다문화 공존을 위한 정치사회적 원칙 수립이라는 정치사회적 요구가 공화주의에 대한 관심을 촉발했다고 본다.⁸¹⁾ 각각의 문제에 대하여 그는 “후기 산업사회의 병리적 원인들을 근본적으로 개선할 수 있는 공화주의에 내재하는 정치적 원칙에 주목”하면서, ① 비지배적 상호성을 공화주의의 내재적 원칙으로 하고 ② 이러한 원칙을 구축하고 유지하는 공화주의 국가의 적극적 역할을 제시하며 ③ 공화주의 국가에서 형성되는 민주적 시민성을 갖춘 책임 있는 시민을 상정한다.⁸²⁾

이처럼 공화주의를 다룬 다수의 선행연구는 공화주의를 역동적인 사회구성원리이자 헌정질서를 형성하는 동인으로 이해한다. 즉, 공화주의를 주권론에 결합함으로써 헌법의 민주공화국 원리가 국가적 삶과 개인적 삶의 유기적 결합을 통해 인민들의 삶을 구성하면서 동시에 인민들의 삶에 의해 재구성되는 것임을 밝히거나⁸³⁾, 자유주의적 법치주의가 오도되어 사법의 전제, 자본의 전제, 개인의 전제, 권리의 전제로 이어지는 것에 대응하기 위한 정치적 참여와 헌법적 실천을 위해 공화주의 헌법이론이 필요하다는 주장이 그것이다.⁸⁴⁾ 또한 이념 또는 원리로서의 공화국은 헌법을 구성하는 다른 원리들인 민주주의, 법치국가 원리, 사회국가 원리 등과 모순을 일으킬 수 있지만, 구체적 상황에서 다른 헌법원리들과 ‘실제적 조화’를 통한 최적의 실현이 가능한 원리라거나,⁸⁵⁾ 자유진영의 몰락, 권위주의적 포퓰리즘의 득세, 냉전 보수의 부활 등 퇴행에 대한 가장 효과적인 대응으로서 공화주의가 ‘정치적인 것’의 힘을 부활시킬 것이라는 희망이 제시되기도 한다.⁸⁶⁾ 공화주의가 고정된 일종의 이데올로리가 아니라 구체적인 상황과 문제에 대응하는 ‘운

77) 한상희, 『민주공화국』의 헌법적 함의, 일감법학 제3권(건국대학교 법학연구소, 1998), 17쪽.

78) 이국운, “공화주의 헌법이론의 구상”, 법과사회 제20호(법과사회이론학회, 2001), 150쪽.

79) 이국운, 위 논문, 131쪽.

80) 이국운, 위 논문, 136쪽.

81) 곽준혁, 위 논문(2008.3.), 147쪽.

82) 곽준혁, 위 논문(2008.3.), 157-8쪽.

83) 한상희, 위 논문, 139쪽.

84) 이국운, 위 논문, 149-150쪽.

85) 김선택, “공화국 원리와 한국 헌법의 해석”, 헌법학연구 제15권 제3호(한국헌법학회, 2009.1.), 237-238쪽.

86) 안병진, “민주화 이후 민주주의의 역설에 대한 공화주의자의 시각”, 아세아연구 51(1)(고려대학교 아세아문제연구

동'이며,⁸⁷⁾ 현재 필요한 공화주의의 역할은 통합과 조화보다는 갈등의 표출이라는 견해도 있다.⁸⁸⁾ 이러한 공화주의 이론은 공화국이 '공공의 것'이며, 사적 이익 앞에 시민의 의무조차 부차적으로 되기 쉬운 불안정한 인간조건에 대한 자기 고발로서 공화주의가 의미를 갖는다는⁸⁹⁾ 주장에 이르기까지 한다.

그러나 공화주의 이론은 이처럼 일견 진보적인 의미에서만 사회적 가치를 가진 원리로 등장하지는 않는다. 공화주의의 해석과 이해방식에 따라 독재자가 공화주의자로 부각되기도 하고, 중도 보수의 이념으로 공화주의를 채택하기도 한다. 예를 들어 '세계 시민주의를 염원한 자유주의자'로서 이승만의 공화주의가 제헌헌법에 영향을 미쳤다가,⁹⁰⁾ 해방정국의 좌우 대립이 공화주의의 해석방식에 따른 것으로서 이때 이승만이 '자유민주적 공화제'의 입장에 있었다는⁹¹⁾ 주장이 있다. 또한 이승만이 한민족이 공산주의가 아닌 공화주의로 단결하여 독립을 달성해야 한다고 주장한 공화주의의 수호자라거나,⁹²⁾ 이승만이 독립운동의 여러 과정에서 백성의 권리와 법치를 핵심으로 공화제를 추구한 "1세대 민주공화주의자"였다는 평가가 있다.⁹³⁾ 유신체제 이전의 박정희를 '민족적 공화주의자'로 평가하거나⁹⁴⁾ 박정희가 자유주의적 권리보다 공화주의적 책임과 의무를 더 강조했다는 주장도 있다.⁹⁵⁾

최근 중도 보수적 경향의 공화주의론이 등장하는 것은 주목할 만한 경향이다. 특히 이러한 경향을 주도하는 연구는 일정하게 조직화된 연구 그룹에 의해 제공되고 있다. 대표적인 단체가 '플랫폼 자유와 공화'다. 2019년 4월 1일 창립총회를 개최한 '플랫폼 자유와 공화'는 박인제 변호사와 박형준 동아대 교수, 주대환 죽산조봉암기념사업회 부회장을 공동의장으로 하고, 김대호 사회디자인연구소 소장과 신용한 전 충북지사 후보가 상임운영위원장이 되어 결성되었다.⁹⁶⁾ '플랫폼 자유와 공화'는 "자유공화주의"라는 공화주의 정치이념을 자신의 방향으로 설정하였다. "자유공화주의"는 자유주의와 공화주의, 민주주의를 합친 의미이다.⁹⁷⁾ '플랫폼 자유와 공화'는 합리적 보수와 중도를 아우르는 정치적 결사를 목표로 하며, △경제와 노동 개혁 △정부와 공공부문 개혁 △교육개혁 △정치의 정상화 △북핵의 완전한 폐기와 한반도의 항구적 평화와 공영을 핵심과제로 제출했다.⁹⁸⁾ 이들은 "새로운 보수는 ... 시민 공화주의를 장착해야 한다. 큰 국가가 아니라 큰 시민 사회를 지향해야 한다"고 주장한다.⁹⁹⁾

또 다른 그룹으로는 '21세기 공화주의 클럽'(상임대표 강경선, 한면희, 조민)이 있다. '21세기 공화주의 클럽'은 만연한 한국사회의 좌우 대립, 적대적 진영논리를 해소하기 위한 방안으로서 공화주의를 제시한다. 이들은 "산업화 진영이 간과한 지배 없는 자유의 삶을 중시하고, 민주화 진영이 놓치고 있는 시민의

소, 2008.3.), 190쪽.

87) 김경희, 위의 책, 19쪽.

88) 김경희, 위의 책, 123쪽.

89) 조승래, 위의 책, 53쪽.

90) 조맹기, "이승만의 공화주의 제헌헌법 정신", 한국출판학연구 40권 1호(한국출판학회, 2014), 190쪽.

91) 장명학, "해방정국과 민주공화주의의 분열: 좌우 이념대립과 민족통일론을 중심으로", 동양정치사상사 8권 1호(한국동양정치사상사학회, 2009), 쪽.

92) 오영섭, "1910-20년대 『태평양잡지』에 나타난 이승만의 정치사상", 한국민족운동사연구 70집(한국민족운동사학회, 2012), 쪽.

93) 서희경, "이승만의 민주공화주의 정치운동 연구(1895~1899)", 한국정치연구 28권 2호(서울대학교 한국정치연구소, 2019), 32쪽.

94) 박현모, "박정희의 '민주공화주의'관 변화 연구: 『박정희 대통령 연설문집』을 중심으로", 동양정치사상사 6권 2호(한국동양정치사상사학회, 2007), 쪽.

95) 유광호, "탄생 100주년 맞는 박정희는 우리에게 누구였나?", 월간조선 2017.11. <https://m.monthly.chosun.co/m/client/news/viw.asp?ctcd=&nNewsNumb=201711100019> (최종 검색일: 2025.6.9.)

96) 연합뉴스, 2019.4.1. 기사. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190401134500001> (최종 검색일: 2025.5.9.)

97) 박형준·권기돈 지음, 『보수의 재구성: 새로운 정치를 위한 자유공화주의 선언』, 메디치, 2019, 8쪽.

98) 신동아, 2019.4.21. 기사, <https://shindonga.donga.com/politics/article/all/13/1703398/1> (최종 검색일: 2025.5.9.)

99) 박형준·권기돈 지음, 위의 책, 127쪽.

미덕 함양이 사회를 건강하게” 만들 것이며, “현대 공화주의의 공적 조화의 성취가 적대적 소모성의 정치를 극복하게 할 것”이라고 주장한다.¹⁰⁰⁾

‘21세기 공화주의 클럽’은 진영논리가 사회를 파탄에 이르게 할 것이며(강경선)¹⁰¹⁾ 흑백논리, 선악논리, 진보좌파 대 보수우파의 진영논리를 시대의 자화상이라고 지적한다(조민).¹⁰²⁾ 이에 대한 대안으로 정치적 중간지대인 중도와 중산층 강화, 중용을 근간으로 한 견제와 균형, 법치주의를 통해 공공선에 도달하려는 공화주의적 처방을 제시한다.¹⁰³⁾

‘플랫폼 자유와 공화’나 ‘21세기 공화주의 클럽’은 “운동으로서의 공화주의”를 가장 실천적으로 보여주는 조직이라고 할 수 있지만, 그들이 내세우는 중도는 실질적으로는 우편향적 경향을 보이고 있다. 민중 민주주의와 좌파적 시민운동이 시민사회를 정치화하면서 “대의제의 원리가 아니라 촛불 혁명과 광장의 원리, 즉 민중 민주주의를 불러들이고” 있다는 관점이나¹⁰⁴⁾ 진보정당들이 상위 소득 10%의 상층 노동계급을 과대 대표하면서 그 기득권을 보호하는데 치우쳐 있다는 지적¹⁰⁵⁾ 등은 표면상으로는 사회적으로 과잉된 진보적 경향에 대한 경고와 중도를 향해야 한다는 당위를 제시하는 것처럼 보이지만, 공화주의가 체제유지의 원리로 해석될 수 있는 만큼 보수적 성격을 가진다는 지적이 가능하다.

이처럼 도저한 사회의 제반 문제들, 특히 이해관계의 첨예한 대립과 진보 대 보수, 좌파 대 우파의 이념 갈등, 대의제의 혼탁으로 인한 정치과정에서 시민의 소외 또는 배제라는 국가 공동체 자체의 위기상황에 직면하여 이를 해결하기 위한 원리로서 좌우 양측으로부터 공화주의가 제시된다는 점을 주목할 필요가 있다. 다양한 공화주의의 해석과 이해가 상호 경쟁하면서 시너지를 만들어낼 수 있다는 기대도 있지만, 진영의 편익에 따라 특정한 공화개념이 부각되거나 자의적이고 선택적으로 공화주의의 일부 개념을 편취하는 등의 부작용에 대한 우려도 있다. 이러한 현상이 이론의 각축장 안에서 벌어지는 학문적 분화 발전이나 인정투쟁으로 그치지 않고, 헌정질서가 작동하는 현실세계의 실천노선을 두고 벌어지는 정치투쟁으로 이어지기 전에 촉각을 곤두세우지 않을 수 없다. 공화주의 원리에 대한 각양각색의 이해와 해석이 개헌정국을 거치면서 각각 다른 ‘공화국’의 상을 만들어낼 수도 있기 때문이다.

물론 중도 보수적 입장에서 공화주의를 내세우는 경우에도, 공화주의 자체의 역동성을 부정하지는 않는다. 그럼에도 헌법해석의 단계에서 공화주의를 사회적 갈등의 중재를 위한 기준으로 설정하면서 중립적 태도를 취하는 것은 헌법 그 자체가 가지고 있는 동학, 즉 공화국을 건설하고 그 내용을 채워나가는 공화주의 자체의 운동성을 사장시킬 수 있다. 즉 실정헌법을 기준으로 그 헌법 규범이 역사적 및 정치적으로 형성되고 적용된 맥락을 간과한 채, 지금 이곳이라는 고정된 시공간을 해석과 적용의 기준으로 할 때 자칫 체제유지의 목적을 은폐한 중재자로 공화주의가 이용될 수 있는 것이다. 이것은 향후 전개될 개헌정국에서도 주의해야 할 지점이다. 결국 공화주의의 해석과 이해를 두고 전개되는 이론의 경합은 누구의 공화국을 만드느냐, 또는 공화국의 내용을 어떻게 채워야 하느냐의 논의로 이어지게 될 것이다.

3. 한국 헌정사의 굴곡과 시민의 덕성

100) 21세기 공화주의 클럽, 『21세기 공화주의 클럽』, 인간사랑, 2019, 10쪽.

101) 21세기 공화주의 클럽, 위의 책, 60-61쪽.

102) 21세기 공화주의 클럽, 위의 책, 92쪽.

103) 채진원, “민주주의, 민족(국가)주의, 세계시민주의 그리고 공화주의”, 한국정치평론학회 편, 『공화주의의 이론과 실재』, 인간사랑, 2019, 123쪽.

104) 박형준·권기돈, 위의 책, 141-142쪽.

105) 채진원, 위의 책, 134쪽.

(1) 공화국 시민의 덕성

공화국을 움직이는 힘은 시민의 덕성(civic virtue)이다. 공화주의가 필요로 하는 시민의 덕성은 책임 있는 시민(responsible citizenship)으로 실체화된다.¹⁰⁶⁾ 시민적 덕성은 공화주의의 근간을 이루는 개념으로서 개인적 이익보다는 공공선(common good)을 지향하는 자세이며,¹⁰⁷⁾ “현대 공화주의에서 이 덕성은 개인의 권리와 책임 공동체의 공공선 사이의 조화를 모색하려는 시도로 나타난다.”¹⁰⁸⁾ 여기서 이야기되는 공화주의적 시민성은 다음의 네 가지 차원에서 조망될 수 있다고 한다.

- (i) 법적 차원 : 공동체 구성원으로서 법적 권리와 의무의 담지자로서 법의 지배를 받는 시민의 차원
- (ii) 윤리적 차원 : 개인의 이익보다 공동체의 이익을 우선시하는 공적 심성을 지닌 시민의 차원
- (iii) 통합적 차원 : 다양한 역할의 활동을 일반적인 관점에서 조망하고 정체성에 대해 안정된 의식을 갖게 하는 시민의 차원
- (iv) 교육적 차원 : 잠재된 능력을 이끌어내는 능동적 시민성, 공적인 삶에 참여하여 ‘적절히 이해된 자기 이익’으로 이끄는 시민의 차원¹⁰⁹⁾

이러한 조망을 통해 확인한 시민적 덕성은 공화주의의 이론 사이에서 유동한다. 어떤 공화주의를 전제하느냐에 따라 덕성의 발현 양태가 달라지는 것이다. 공화주의에서 시민적 덕성의 실천은 공적인 일에 대한 참여와 지배에 대한 견제로 나타난다. 발현한 시민적 덕성은 본래적으로 보유하고 있는 두 가지 기능, 즉 체제 형성적 기능과 체제 유지적 기능에 따라 두 가지 방향으로 전개될 수 있다. 즉, 정치참여와 연대를 통해 사회적 구성요소의 재배치 또는 새로운 요소를 통한 사회의 형성을 수행하는 동력으로써 시민적 덕성이 전개되거나, 공화국에 대한 애국심을 공화국을 유지하기 위한 핵심적 요소로서 시민적 덕성이 소요되는 것이 그것이다.¹¹⁰⁾

앞서 살펴본 중도 보수주의 그룹의 공화주의 이론에 따르면, 비록 형식적으로는 사회적 갈등 해소와 극단적 대립의 중재를 공화주의 이론을 적용하여 해소할 수 있다고는 하지만, 실질적으로 그 내용은 공화주의를 보수적 체제 유지 원리로 활용한다. 이 안에서 시민적 덕성은 자유주의적 헌정주의의 원리¹¹¹⁾를 그대로 따르면서 실재하는 체제를 유지하는 기능을 발휘한다.

공화주의적 헌정주의 원리를 따를 때에도 시민적 덕성의 체제 유지 기능이 작용한다. 비록 공화주의적 헌정주의가 민주주의의 원리와 결합함으로써 “시민의 참여와 심의를 통한 공공이익이라는 현대 민주주의의 일반적 요구”에 부합한다고 할지라도,¹¹²⁾ 기본적으로는 정치적 권위를 시민적 견제력을 통해 통제하는

106) 곽준혁, 위 논문(2008.3.), 157-8쪽.

107) 공동선을 위해 기꺼이 헌신하려는 시민들의 품성이 시민적 덕성이라면, 공동선을 희생해서라도 사익 또는 파당적 이익을 도모하는 것은 ‘부패’다. 김상범, “공화주의적 시민성의 윤리교육적 함의”, 윤리연구 제87호(한국윤리학회, 2012), 34쪽.

108) 김대근, “덕 윤리의 역사적 전개와 규범화 - 좋은 삶의 규범화 가능성을 위한 시론”, 법철학연구 제28권 제1호(한국법철학회, 2005), 292쪽.

109) 김상범, 위 논문, 41-3쪽.

110) 이러한 현상은 공화주의의 수단적 의미만이 강조되는 것으로서, 이때 공화주의는 현재적 필요에 의해 왜곡될 수 있다고 한다. 곽준혁, 위 논문(2008.3.), 147-8쪽.

111) 자유주의적 헌정주의의 특징은 ‘법의 지배’로 정의되는 정부 권한의 제한을 중시하면서, 헌법의 주요한 기능을 국가 행위의 억제에 맞춘다. 이때 국가는 중립적 국가로 상정되며, 정치에 대한 법의 우위를 확보하는 제도를 선호한다. 이러한 헌정주의에서 헌법은 시원적 계약에 의한 질서이자 초월적으로 인민을 제약하는 서약적 기능을 하며, 따라서 개정이 어렵다고 한다. 곽준혁, 위 논문(2005.9), 39쪽.

112) 곽준혁, 위 논문(2005.9), 40쪽.

데 초점이 맞춰져 있기에¹¹³⁾ 현상태를 ‘보다 민주적’으로 ‘유지’하는데 기능하는 것이다. 다만, 공화주의적 헌정주의는 국가를 공공선의 표현으로 간주하며, 정치가 법을 형성한다고 전제한다. 따라서 공화주의적 헌정주의는 현실의 시공간적 한계를 넘어서서 기존의 절차와 방법을 바꿀 수도 있다는 가능성을 내포하고 있다.¹¹⁴⁾ 이러한 공화주의적 헌정주의에 걸맞은 시민적 덕성은 새로운 체제를 형성하는 기능을 작동할 수 있다.

아리스토텔레스가 인간을 정치적 동물로 설정할 때, 정치적 참여는 자기실현의 기제가 된다. 한나 아렌트는 정치참여는 인간의 본성 중 가장 고차원적 능력을 공적으로 표현하는 유일한 길이며, 공적인 장에서 타인들에게 인정받는 것을 통해서만 자신의 공적 실재를 구현하게 되고, 따라서 정치참여는 인간의 실존에서 중요한 의미를 지닌다고 주장한다. 타인들과 소통함으로써 인간은 “공적인 행복”을 획득한다.¹¹⁵⁾ 참여의 목적적 가치를 중시하는 이러한 태도와 달리 참여의 수단성을 강조하는 조류가 있다. 즉 정치적 참여는 타인으로부터 예속 받지 않는 비지배의 자유를 실현하는 수단으로서, 비지배의 자유를 제도화하는 것에 중점을 둔 신로마공화주의 경향이다. 여기서 공화주의는 ① ‘비지배의 자유’를 내용으로 하는 철학적 이상 ② 사적 지배, 공적 지배로부터 시민을 보호하는 제도를 구상하는 ‘헌정적 이상’, ③ 비지배의 자유를 실현하기 위해 시민들을 정치과정에 참여하게 하는 ‘민주적 이상’이라는 세 가지 특징을 가진다.¹¹⁶⁾ 이러한 공화주의적 특성은 대의제의 한계를 극복하는 현실적 방안이 된다.

결국 정치참여를 목적적 측면에서 보든 수단적 측면에서 보든, 시민적 덕성은 공화주의 체제를 유지하는 동력이며, 공화국의 시민으로서 개인이 자아를 실현하는 핵심적 행동양식이다. 개인적 성향을 극복하고 공중의 이해에 최선을 다하는 공적 시민의 자세가 요구된다. 그런데 여기서 공화주의적 시민의 태도를 현상 유지의 기제로 고착시키지 않기 위한 노력이 필요하다. 다시 말해, 공화국 시민의 덕성이 단지 공중에 대한 책임과 의무만으로 강제된다면, 개인은 공중을 유지하기 위한 부속에 지나지 않게 된다. 그렇다면 굳이 공중을 들먹이거나 공화주의를 언급할 이유가 사라진다. 공화주의에서 강조하는 공공성은 시민들의 집합체인 공중에 의하여 유지되는데, 이는 단지 사람들이 모여 있다는 것을 의미하는 것이 아니라 그 안에 모인 사람들이 공유하고 지켜야 할 가치가 있음을 의미한다. 공적 임무로서 정치를 수행하는 시민은 공중 안에서 공중을 위한 정치적 태도를 견지하지만, 그 이전에 공중을 구성하기 위한 정치적 행위를 수행해야 한다. 시민은 공중 안에서 공적인 삶을 살며 타인과 연대하며 충돌하기도 하지만,¹¹⁷⁾ 그보다 먼저 자신이 속한 공중을 구성하기 위한 투쟁과 연대를 수행함으로써 타인을 규합하여 공동체로 끌어내야 하는 것이다. 이러한 속성이 담보될 때에야 비로소 공화주의적 시민은 자신의 법을 만들고 그 법에 따라 행동하게 된다.

(2) 헌정사의 공화국 문제

그러므로 적어도 ‘공화국’이라는 정치체제로 한 국가의 정체성을 규정할 때, 그 국가가 시민의 덕성을 갖춘 공중에 의해 만들어진 법, 즉 공화주의적 헌법을 간직하면서 그 헌법에 따른 헌정질서를 유지하고 있는지가 기준이 되어야 한다. 성문 헌법의 규정으로 국체가 공화국임을 선언한다고 한들, 그 규범을 만든 이가 시민의 덕성을 가진 공중이 아니라면, 그 규범을 시민이 자발적으로 승인하고 복종하는 것이 아니라면 그 규범이 공화국의 공중을 규율하는 것이라고 할 수 없게 된다.

113) 곽준혁, 위 논문(2005.9), 39쪽.

114) 곽준혁, 위 논문(2005.9), 40쪽.

115) 서유경, “한나 아렌트의 정치사상에 비춰본 1987년 이후 한국의 참여민주주의”, 국제정치총론 제52집 제3호(한국국제정치학회, 2019.9.), 231쪽.

116) 곽준혁, “공화주의와 한국 사회: 필립 페터 교수와의 대담,” 아세아 연구 제52권 제1호(고려대학교 아세아문제연구소, 2009), 120면.

117) 김상범, 위 논문, 31-2쪽.

이 기준에 따라 한국 헌정사를 돌이켜 보면, 한국의 시민들이 공화국의 국적을 가진 기간은 불연속적이다. 임시정부의 「대한민국 임시헌장」 이래 현행 헌법에 이르기까지, 특히 1948년 제헌 이래 아홉 차례의 개정을 거치는 동안에도, “대한민국은 민주공화국이다”라는 국체의 선언은 그 표현조차 바뀌지 않은 채 이어졌다. 그러나 헌정사의 기간 동안, 민주공화국에 걸맞은 권력의 행사와 시민의 정치참여를 소거한 상태가 상당 기간 존재한다.

제헌으로부터 지금까지 ‘공화국’의 역사를 간략히 짚어보자. 한반도 이남에서 영토를 확보한 채 출범한 공화국은 1948년 헌법 제정을 통해 공식화되었다. 비록 미군정이라는 식민지적 상황이 지속되고 있었고, 헌법 제정이 주요 정치세력에 의해 이루어졌다고 해도, 제정 헌법은 일제 식민지로부터 독립을 열망한 인민의 염원을 정당성과 합법성의 근거로 하면서, 1919년 3·1 혁명이래 제정을 부정하며 민주공화국을 추구하던 사상을 반영한 헌법이었다. 공화국 시민의 덕성이 헌법을 추동하고 이렇게 하여 구성된 헌법에 따라 국민의 정치참여가 이루어지게 되었음을 긍정할 수 있음으로써 적어도 제헌헌법 당시의 국체가 민주공화국이었다고 수긍할 수 있을 것이다.

그런데 이후의 헌정사는 피로 얼룩진 굴곡의 역사였다. 형식상 한국의 헌법은 1948년 제정된 이래 지금까지 개정을 거듭해 왔다. 친위쿠데타, 쿠데타, 친위쿠데타, 신군부 쿠데타가 연이어 벌어지면서 각 쿠데타 세력이 집권의 정당화를 위해 ‘헌법’을 만들었지만, 단 한 번도 헌법을 제정한 바가 없다. 이것은 쿠데타 정권이 체제 전복세력임을 드러내면서까지 스스로의 존립 근거를 구태여 새로 창설한 것이 아니라, 구체제와의 연속성 속에서 군사정권 체제를 합리화하는 형식적 근거로 헌법을 이용했기 때문이다.

헌정사의 첫 친위쿠데타는 1952년 부산 정치파동이다. 이승만 정권은 군경은 물론 백색 테러까지 동원하면서 재집권에 성공했다. 남북전쟁이라는 초유의 국가적 변란 상태에서, 이승만 정권은 야당 의원들을 공산주의자로 몰아 군경을 동원해 체포하고, 비상계엄을 선포하여 기본권 행사를 전면적으로 방해하면서 백색테러를 자행했다. 이처럼 “국헌을 문란하게 할 목적으로 폭동을 일으킨”(형법 제87조 내란죄) 후 직선제 개헌에 성공한 이승만은 장기집권의 길을 마련했다. 바로 여기서 공화국의 단절이 기원한다.

1960년 4·19 혁명의 결과 출범한 장면 정부는 단절되었던 공화국의 명맥을 부활하는 사건이었다. 종신 집권을 획책하던 3·15 부정선거를 무효화하고, 민주정부를 수립하고자 봉기한 시민의 혁명에 의해 출범하게 된 장면 정부는 내각제를 중심으로 하는 개헌을 수행했다. 체제 형성적인 시민의 덕성이 발현한 현상이라고 할 수 있을 것이다. 의회중심의 정치체제가 등장했고, 지방의회와 단체장을 시민이 직접 선출하는 등 시민의 참여와 권력에 대한 견제가 보장되었다. 그러나 이렇게 공화주의적 국가형성의 과정은 오래 이어지지 못했다. 1961년 박정희 군부가 쿠데타를 일으키면서 공화국의 맥이 끊긴 것이다.

1963년 출범한 박정희 정권은 1972년 유신이라는 친위쿠데타를 통해 장기집권에 성공했다. 이 기간은 공화주의적 시민의 덕성이 체제를 구성한 것도 아니고, 그 체제의 유지에 기여한 것도 아니었다. 군부의 이해로부터 출발한 정권은 장기집권 기간 동안 권력자의 안위를 국가의 안보와 동일시 했고, 이를 위해 참여와 견제를 내용으로 하는 공화국 시민의 덕성은 철저히 억압되었다. 이러한 상황은 1979년 벌어진 박정희 사망과 뒤이어 전개된 신군부의 쿠데타를 통해 1987년까지 지속되었다. 1961년 5월 16일의 쿠데타로부터 87년 6월 항쟁과 7·8·9 노동자 대투쟁이 전개되기까지 이론적 측면에서 시민적 덕성이 발현할 여지는 많지 않았다.

이 과정에서도 헌법은 계속 만들어졌고, 헌정질서의 명분으로 국가는 존속해왔다. 각각의 쿠데타 정권은 나름의 헌법을 만들었고, 그 헌법은 여전히 그들의 국가를 민주공화국이라고 강변했다. 제정이 아닌 개정으로 각 헌법은 존재를 드러냈지만, 사실상 전 정권과 후속 정권의 연속성이라는 것은 시민적 덕성의 개입을 원천 차단한 군부독재라는 공통점 외에 그 근거를 찾을 수 없었다. 사정이 이렇다보니, 당시의 헌법을

명목적 헌법, 유사헌법, 장식적헌법이라고 멸칭하기에 이른다.

제9차 개정헌법인 현행헌법이 한국 헌정사에서 차지하는 독창적 지위는 이러한 구 헌법과의 차별성 때문인데, 그 차별성은 현행 헌법이 출현하게 된 계기에 공화국 시민의 덕성이 발휘되었기 때문이다. 현행 헌법이 지금까지 38년에 걸쳐 온갖 문제제기 속에서도 생명력을 이어가고 있는 이유는, 이 헌법이 공화국 시민의 덕성이 가진 체제 형성적 기능이 고도로 발휘되어 성립된 헌법이며, 민주정을 구성하기 위한 투쟁과 연대를 수행하여 시민이 스스로 만든 규범을 시민이 따르는 구조가 작동하기 때문이다. 헌법의 주체들이 헌법현실에 대한 판단과 헌법 규범의 가치에 대한 해석을 통해 참여하고 도전할 때, 즉 시민적 덕성이 발휘될 때, 비로소 이들 헌법 주체의 삶을 구성하는 가치질서가 형성될 수 있고,¹¹⁸⁾ 이러한 기준에 현행 헌법이 상당히 부합한다.

기실 제헌헌법에서 현행 헌법에 이르기까지, 주권자인 국민이 직접적으로 주권을 행사하여 성립한 헌법은 제헌헌법, 1960년 헌법, 그리고 현행 헌법 정도에 불과하다. 다른 헌법들은 그 실질적 구성이 정권에 의해 추동되었다.¹¹⁹⁾ 이 가운데에서도 현행 헌법은 주권자의 직접적 의사개진과 참여를 통해 만들어지게 되었고, 동시에 헌정질서의 유지에 필요한 시민사회의 동력이 계속해서 제공됨으로써 그 생명력을 이어오게 되었다는 점에서 의미를 가진다.¹²⁰⁾

이처럼 한국 헌정사에 한 획을 그은 현행 헌법 역시 많은 문제점이 지적되고 있다. 특히 12·3 내란을 경유하면서 더욱 강하게 제기된 “제왕적 대통령제”를 극복하는 방향의 개헌론이 강하게 주장되는 상황이다. 문제는 이러한 문제 해결을 위해 개헌의 절차를 밟는다고 할 때, 그 개헌의 주체가 누구이며 어떤 내용의 개헌이어야 하느냐이다.

87년 헌법이 등장할 때부터 헌법 개정의 필요성은 계속 제기되어왔다. 이러한 개헌 요청은 87년 헌법이 가진 태생의 한계로 인해 피할 수 없는 과제가 되었는데, ① 민주화의 성과를 상층 정치 엘리트로 구성된 국가권력과 이에 연합한 자본권력에게 탈취 ② 국가주의의 잔재 극복 실패 ③ 신자유주의의 헌법화가 그 한계로 지적된다.¹²¹⁾ 이러한 한계는 중요한 시기에 헌정질서의 위기를 표출하는데, 그 대표적인 예가 박근혜 정부의 국정파탄과 윤석열 정권의 내란이다. 이 두 사건은 공히 헌정질서의 위기를 유발한 사건이라기 보다는 헌정질서의 위기가 가시화된 사건이라고 보아야 할 것이다. 왜냐하면, 87년 헌법은 태생의 한계로 인해 출발에서부터 위기상태를 감수하지 않을 수 없었기 때문이다. 그럼에도 불구하고, 이 헌법이 주권자 시민의 참여와 요구를 근간에 두고 있기에 한국 헌정사에서 최장수 헌법으로 자리를 지킬 수 있는 것이다. 여기서 두 가지 사항을 검토해 보자.

하나는 박근혜 정권의 촛불과 윤석열 정권의 응원봉에서 확인할 수 있는 시민의 참여와 견제의 성격이다. 즉 두 번의 정치적 시기에 나타난 민의가 새로운 공화국을 창출하자는 시민적 덕성의 발현으로 볼 수 있느냐이다. 박근혜 탄핵 당시에 촛불이 쏟아져 나온 배경은 정당정치의 실종과 이로 인한 대의민주주의의 난맥상이었다.¹²²⁾ 한편 12·3 내란이 터지자 광장으로 나온 소위 ‘응원봉’의 기저에는 87년 체제 이전으로의 퇴행에 대한 불안과 공포가 있었다. 문제는 이 두 차례에 걸친 시민의 광장 점령이 새로운 헌정질서의

118) 김동하, “한국헌법의 비서구적 발전과 자기정체성 형성의 동학”, 21세기정치학회보 제24집 1호(21세기 정치학회, 2014.5.), 224쪽.

119) 주권자의 적극적 국가형성권력이 제헌헌법에도 작용했는지에 대한 검토의 여지가 있다. 제헌헌법의 성립 과정에서 민의가 어떻게 배제되고 배척되었는지에 대한, 윤현식, “헌법 주체와 개헌의 관계”, 민주법학 67권(민주주의 법학연구회, 2018.7.), 17-9쪽.

120) 윤현식, 위 논문, 25쪽.

121) 한상희, “87년 헌법의 헌정사적 의미와 과제”, 헌법재판연구 제9권 제1호(헌법재판연구회, 2022.6.), 15-20쪽.

122) 이에 대해서는, 김윤철, “2016-2017년 촛불집회의 역사적 맥락과 ‘마지노선 민주주의’”, 21세기정치학회보 제28집 제1호(21세기정치학회, 2018) 참조.

창출이 아니라 헌정질서의 '회복'을 공동의 지향으로 삼고 있었다는 점이다. 그러다보니 박근혜를 탄핵한 후 새로운 헌정질서의 구상은 대중적 동력을 받지 못한 채 정치권 일각과 학계 등 전문가 집단 사이의 탁상공론으로 그쳤다. 윤석열 탄핵 후 치러진 조기대선을 통해 집권한 이재명 정권 역시 지난 시기 문재인 정권의 한계를 극복하고 새로운 헌정질서를 태동시킬 수 있을지는 의문이다. 이러한 회의는 새로운 공화국을 누가 만들 것이며 어떤 내용을 만들 것이냐는 논의로 들어갈 때 더 강해진다.

또 하나 살펴볼 것은, 새로운 헌정질서를 요구하면서 빈번하게 등장하는 '제7공화국'이다. 공화국에 차수를 부여하고, 이 차수에 따라 현행 헌법 체제를 제6공화국으로 명명하면서, 새로운 헌정질서를 제7공화국이라 명명하는 것이다. 그러나 이러한 공화국 차수 부여는 특히 한국의 상황에서 공화국의 본원적 의미를 퇴색하게 하며, 새로운 정치질서를 형성하는 시민의 덕성을 오도할 우려가 있다.

한국 헌정사에서 공화국 차수를 헌법에 명명한 사례는 전두환의 1980년 헌법이 유일하다. 제8차 개헌을 통해 등장한 1980년 헌법은 그 전문에 "제5공화국의 출발에 즈음하여"라는 문장을 삽입하고 있었다. 이것은 전두환 군부가 이전 박정희 유신체제와 절연하면서 스스로 유신독재와는 다른 민주적 정당성을 부여하기 위해 전개한 프로파간다였다. 그런데 1980년 헌법 역시 '개정' 헌법이었고, 헌법의 차수를 정권의 실체에 따라 부여하는 관행 아닌 관행이 대중화되면서 현재의 헌법을 제6공화국 헌법이라 칭하는 현상이 만연하였다.

그런데 앞서 살펴본 것처럼, 헌정사에서 공화국 시민의 덕성이 발휘된 헌법은 크게 보아도 세 차례(1949년 제헌헌법, 1960년 헌법, 1987년 헌법)에 불과하다. 헌법에 차수를 부여하는 프랑스는 왕정복고와 공화국 재건의 역사가 반복되는 과정에서 왕정에 의해 단절되었던 공화국이 건설된 순차를 따져 차수를 부여한다. 이런 사례를 가져오더라도, 왕정이 들어선 적은 없지만 실제 공화정이 독재정권과 군부에 의해 단절되었던 점을 감안하여 굳이 차수를 매긴다면, 현행 헌정체제는 기껏해야 3공화국 정도에 불과하다. 냉정히 말하자면 차수의 부여는 공화국의 역사를 일별하는데 오히려 방해가 되며, 기껏해야 정치적 상품화이자 "상징조작"에 불과하다. 이에 대해 국순옥은 민주공화국을 정치적 투기의 대상으로 전략시키는 행위에 대해 공화국 모독죄로 처벌하면 어떤가라는 아이디어를 내기까지 한다.¹²³⁾

4. 개헌, 누구의, 누구에 의한, 누구를 위한?

새 정부가 들어서고, 내란세력 척결을 비롯 산적한 정치적 난제를 해결하는 장도가 시작되었다. 이 난제 해결의 방법 중 하나로 강력하게 대두되는 것이 바로 개헌이다. 현재 논의되는 방대한 개헌론을 일별하는 것은 본 발제문의 역량으로 가능한 것이 아니므로, 개헌론 각각의 실제 파악과 분석은 차후의 과제로 남겨 놓겠지만, 다만 여기서 개헌의 주체로서 공화국 시민의 덕성이 어떻게 발현되어야 할 것인가라는 의제를 간단하게 제시하고자 한다.

개헌은 현행 헌법의 일부에 수정을 가하는 정치적 법적 절차이다. 매우 강력한 경성헌법체계인 우리 헌법에서는 국체의 본질을 해치지 않는 정부기관에 대한 간단한 개헌조차도 국회의 동의를 거쳐 국민투표에 부치는 절차를 밟아야 한다. 이러한 상황에서는 원포인트 개헌을 할 지라도 개헌에 대한 국민적 이해와 동의를 이끌어 내는 과정이 필요하다. 헌법 개정의 범위가 넓어질수록, 그리고 그 내용이 기본권이나 국체 등 헌정질서의 본질적 내용에 가까워질수록 당연히 헌법 개정은 어려워진다. 헌법 명문 규정 하나를 바꾸

123) 국순옥 지음, 『민주주의 헌법론』, 아카넷, 2015. 486쪽.

는 것은 실로 장구한 시간과 온갖 노력을 필요로 한다.

헌법의 규정 자체를 바꾸지 않지만, 개헌은 일상적으로 이루어지고 있다. 시민사회, 정관계에서 진행되는 헌법해석투쟁이 그것이다. 비록 명문의 규정에는 변함이 없더라도, 시대의 흐름 속에 변화된 정치, 사회, 경제, 문화 각 분야의 헌법현실에 부합하는 헌법 해석이 이루어지고 있으며, 이것이 바로 일상적이면서도 실질적인 개헌이다. 바로 이러한 일상적 개헌이야말로 공화국 시민의 덕성이 발휘되는 중요한 시공간이라는 점이다. 물론 일상적 개헌의 과정 역시 많은 시간과 노력을 필요로 한다. 또는 명문의 규정을 바꾸는 것이 훨씬 더 효과적이고 신속할 정도로 법률의 합헌적 재구성이나 정책과 제도의 개선이 지지부진할 수도 있다. 이런 차원에서, 개혁의 결과로써 개헌이 아니라 개혁의 출발로써 개헌을 요구할 수도 있다. 문제는 명문의 개헌이든 일상적 개헌이든 어떤 경우라도 이를 추동해낼 수 있는 주권자의 힘을 만들어낼 수 있느냐이다.

향후 개헌에 대한 요구는 정치권 안팎에서 계속될 것이다. 집권세력 역시 전방위적으로 제기되는 개헌 요구를 무시할 수는 없을 것이며, 오히려 정권의 재창출과 안정적 집권을 위해서라도 개헌 카드를 언제든지 활용할 수밖에 없다. 기득권 엘리트의 이해관계와는 별개로, 박근혜 정권과 윤석열 정권을 패퇴시킨 시민의 입장에서든, 광장에서 제안한 지금과는 다른 나라에 대한 열망의 실체를 만드는데 개헌은 중요한 도구가 될 수 있다. 개헌 과정에서 양자는 연대할 수도 있고 충돌할 수도 있다. 누구의 공화국이 되어야 하는가, 어떤 공화국이 되어야 하는가, 어떤 방식으로 그 공화국을 만들어 가야 하는가를 두고 양자의 입장은 일치될 수도 있고 갈릴 수도 있다.

분명한 것은 87년 헌법이 가지고 있는 문제를 해결하고자 하는 것이 개헌의 주 목적 중 하나라면, 87년 체제의 한계를 만든 원인을 제거하는 것이 우선이라는 점이다. 즉, 앞서 확인한 ① 민주화의 성과를 상층 정치 엘리트로 구성된 국가권력과 이에 연합한 자본권력에게 탈취 ② 국가주의의 잔재 극복 실패 ③ 신자유주의의 헌법화라는 87년 헌법의 한계가 새로운 헌법을 만드는 과정에서는 극복되어야 한다. 그렇다면 이 한계를 극복할 주체가 기득권 엘리트층이 아니라는 점은 부연의 필요가 없을 정도로 명확하다. 환언하자면, 새로운 헌법의 주체는 광장의 한복판에서 새로운 세계의 밑그림을 그렸던 시민들이어야 한다는 것이다. 특히 “민주공화국”이라는 헌법의 원칙이 그 실질을 갖추기 위해서라면, 공화국 시민의 덕성이 새로운 헌법을 창출하는 원동력으로 작용해야 한다.

이러한 도식을 염두에 둔다면 개헌의 방향 역시 명확해진다. 새로운 헌정질서는 단지 정부구조 일부를 변경하는 것에 머물러서는 안 된다는 점이다. 새로운 정부형태는 새로운 세계를 더 합리적이고 체계적으로 유지 발전시키는데 가장 적합한 방식이 무엇이어야 하는지에 대한 고민에서 출발해야 한다. 제왕적 대통령제를 대체하기 위해 4년 중임제 대통령제를 채택할 것이냐, 내각제를 채택할 것이냐가 정부구조 개헌의 내용이 되어야 하는 것이 아니라, 독재체제의 잔재를 청산하고, 기본권의 확장과 실질적 보장을 수행하며, 헌정질서 안의 수많은 관계를 조율하고, 신자유주의 무한 경쟁 체제와 정치·사회·경제·문화 전 분야에 형성된 양극단의 대립을 해소하는데 가장 적합한 정부체제가 무엇이어야 하는지가 검토되어야 한다는 것이다. 문제는 이러한 과정이 짧은 기간 안에 진척되기 어렵다는 점이다.

현재 논의되는 개헌론은 규모와 시기에 따라 크게 두 가지 범주로 구분해볼 수 있다. 하나는 정부구조 변경을 핵심으로 하는 소규모 개헌을 빠르게 추진하자는 주장이며, 다른 하나는 기본권을 포함한 헌법 전반의 개헌을 충분한 시간과 사회적 합의를 거쳐 진행하자는 주장이다. 전자는 당장 12·3 내란을 획책한 윤석열 정부와 같은 반민주적 권력의 재등장부터 막아야 한다는 취지에서 당위성을 가지지만, 그것이 곧 87년 체제를 넘어서는 새로운 공화국의 건설로 형상화될 수는 없다. 달리 말하자면, 그러한 개헌은 오히려 87년 헌정질서의 영속을 위한 산소호흡기 부착의 의미 외에 별다른 헌정사적 의의가 없을뿐더러, 오히려

자칫하면 개헌 주체인 일부 권력 엘리트의 집권 편의를 보장하는 퇴행적 헌정질서를 야기할 위험성까지도 간직한다.

반면 후자는 명문의 헌법개정이 실질적으로 가능할지에 대한 회의를 낳는다. 일각에서는 아이슬랜드나 아일랜드, 실패에 그쳤지만 칠레 등 최근 전면적 개헌에 성공하거나 시도한 사례들을 언급하면서 그 가능성을 높이 치곤 하지만, 현실은 그다지 녹록하지 않다. 왜냐하면, 헌정질서의 위기에 대응한 시민이 헌정질서의 회복을 요구하며 광장에 나온 우리의 사례와는 달리, 사례로 언급한 각국의 경우 체제 자체에 대한 분노와 이에 기반한 새로운 체제로의 전환을 요구하며 시민들이 광장에 나왔음을 염두에 뒀어야 하기 때문이다.

특히 칠레의 사례를 보면, 1980년 제정된 피노체트 군부의 헌법이 장기화되면서 국민들의 누적된 분노는 2021년 불과 35세의 가브리엘 보리치를 대통령으로 당선시켰고, 이에 강력한 개헌 드라이브를 가능하게 했다. 기실 칠레에서 헌법 개정에 대한 요구는 그 이전부터 강하게 제기되어 왔고, 특히 2019년 산티아고 지하철 요금 인상을 계기로 대대적으로 전개된 반정부시위에서부터 구체적으로 공론화되었다. 이때 개헌위원회가 구성되었고 개헌안도 마련하였으나 코로나19 팬데믹으로 인해 2020년 예정이던 국민총투표가 연기되면서 불발에 그치고 말았다.

보리치가 대통령에 취임한 후 개헌위원회가 구성되었고, 2022년 9월, 약 1,300만 명이 참여한 1차 국민총투표에서는 유권자의 62%가 새 헌법에 반대했다. 첫 개헌안은 현행 칠레 헌법과 비교했을 때보건, 교육, 의식주 등의 기초 인권을 비롯해 동물 생명권까지 보장하도록 명문화하는 등 파격적인 조항을 많이 담고 있었으며, 헌법은 ‘세계에서 가장 긴 헌법’이라는 타이틀을 얻기까지 했지만, 너무 복잡하다는 비판 속에 칠레 국민의 지지를 얻지 못했다. 2023년 12월 17일, 칠레는 새 헌법 채택 여부를 묻는 제2차 국민총투표를 실시했다. 이번에도 유권자 중 약 1,300만 명 정도가 참여했는데, 개표 결과 전체 유효표의 56%가 반대였고, 개헌안은 또다시 부결되었다.

첫 개헌시도가 좌절된 후 두 번째 개헌을 위해 구성된 개헌위원회에는 보수 우파 의원들이 대거 참여했고, 그 결과 복지와 평등을 크게 강조했던 1차 개헌안과는 달리 2차 개헌안은 크게 우경화했다. 신자유주의 이념을 그대로 노정했고, ‘태아 생명권 존중 규정’을 포함하여 여성단체의 강한 반발에 부딪칠 정도로 전반적으로 보수 색채가 강하게 드러났다. 그 결과 피노체트 헌법을 바꾸기 위해 개헌을 요구하며 보리치에게 기대했던 칠레 국민 중 다수는 실망하지 않을 수 없었다. 자연스럽게 개헌 투표에 대한 열의가 식었고 2차 개헌 국민총투표에 참석한 한 유권자는 “새 헌법과 지금 헌법이 뭐가 다른지 모르겠다”며, “솔직히 의무 투표를 아니었다면 참여하지도 않았을 것”이라고 말할 지경에 이르렀다.¹²⁴⁾

이처럼 주권자인 시민의 참여를 광범위하게 보장하여 시민의 덕성이 새로운 체제를 창설하도록 보장하는 과정을 열어 개헌을 한다는 것은 그 결과를 담보하기 어려울 수도 있다. 더 직설적으로 말하자면, 체제 자체를 전환해야 한다는 대중의 광범위한 운동이 없이는 제헌 혹은 제헌에 준하는 전면개헌은 거의 가능성이 없다고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 기득권 정치엘리트가 중심이 되어 단기간에 정부형태의 변경을 중심으로 하는 일부 개헌보다도, 시민의 참여를 보장하며 헌법 원리의 본질적 내용에서부터 그 개헌의 방향을 수립하고 내용을 만들어 가는 개헌의 과정이 열려야 한다는 것을 부정할 수는 없다. 왜냐하면 바로 이 과정이 상시적 헌법 투쟁을 통한 일상의 개헌을 이루어가는 절차이며, 형식적인 명문의 규정 수정을 넘어 실질적으로 새로운 헌정질서를 구현해 나가는 과정이 될 수 있기 때문이다.

124) 칠레 개헌의 경과와 내용에 대해서는, 장석준, “칠레 개헌의 실패와 그 교훈”, 녹색평론 189호(녹색평론, 2025.3-4.) 참조.

그 구성 형식은 다양할 수 있지만,¹²⁵⁾ 이 과정 안에서는 **시민적 덕성이 체제 형성적 기능을 할 수 있도록 보장되어야 한다.** 즉 현재의 체제를 유지하는데 시민적 덕성을 묶어두는 것이 아니라 구체제의 전복과 신체제의 구성을 도모하는 갈등과 투쟁의 기반으로서 시민적 덕성이 발휘될 수 있도록 해야 한다는 것이다. 이 과정에서 공감과 유대로 형성된 관계가 공적 공동체를 구성하고 그 공동체가 공화국 질서를 체계화하는 시민의 참여와 자발적 승인으로 채워질 수 있을 때, 새로운 ‘공화국’이 건설될 수 있을 것이며, 그 공화국의 헌법이야말로 그 헌법을 만든 시민과 지키는 시민이 동일한 시민일 수 있을 것이다. 여기에는 공화국의 본질을 희석시키는 상징조작으로서 ‘제7공화국’이니 하는 수사는 필요하지 않을 것이다.

125) 예컨대 한상희, “87년 헌법의 한계와 대전환의 헌법과제”, 시민권력진보개혁을 위한 제안자모임(준), 『개헌 긴급 토론회-내란 없는 나라, 내가 만드는 첫 번째 나라』 자료집, 2025.5.26. 31-3쪽.

우리 헌법의 역사

그 과정에서 네가 이해할 수 없었던 한가지 일은, 입관을 마친 뒤 약식으로 치르는 짧은 추도식에서 유족들이 애국가를 부른다는 것이었다. 관 위에 태극기를 반듯이 펴고 친친 끈으로 묶어놓는 것도 이상했다. 군인들이 죽인 사람들에게 왜 애국가를 불러주는 걸까. 왜 태극기로 관을 감싸는 걸까. 마치 나라가 그들을 죽인 게 아니라는 듯이. (...) 그 사람들을 어떻게 나라라고 부를 수 있어.¹⁾

한상희(건국대 명예교수)

우리는 1948년 헌법이 제정된 이래 지금까지 9차의 헌법개정을 경험하였다. 그런데 그 개정들은 헌법규범과 헌법현실간의 간극을 해소하기 위한 것이라기보다는 국가권력의 찬탈이나 그 연장을 위한 편법적 헌법 개정으로 점철되기 일쑤였다. 4.19민주혁명에 따라 주권재민과 민주주의의 원칙을 재확립한 제3차개정헌법과, 그에 이은 반민주행위자의 소급처벌을 위한 제4차개정헌법, 1987년의 6월민주항쟁을 바탕으로 철차적 민주주의를 제대로 구현하고자 하였던 제9차개정헌법 등 3차의 개정헌법을 제외한 나머지 헌법개정은 하나같이 정권의 찬탈 혹은 그 연장을 위한 수단으로 이루어졌던 것이다.

우리 헌법의 역사는 일반적으로 1899년의 대한제국 국제(國制)로부터 시작된다고 본다. 성리학에 의거한 종법제와 경국대전을 바탕으로 했던 조선도 “유교적 입헌주의”에 터잡았다는 주장²⁾도 있지만, 그 입헌주의는 국가의 세속화(혹은 탈인격화)와 주권의 최고독립성을 전제로 하는 서구적 국민국가의 틀에는 완벽하게 부합하지 않는다. 일제에 의해 국권을 상실한 이후 1919년 3·1운동³⁾의 산물로 이루어진 대한민국임시정부는 같은 해 4월 11일 민주공화제에 입각한 대한민국임시헌장을 선포하고 이에 기하여 주권재민의 원리와 삼권분립과 의회주의, 기본권의 보장과 법치주의 등을 내용으로 하는 임시헌법(9. 11.)을 공포하였다. 1948년의 제헌헌법⁴⁾은 이렇게 창건된 대한민국을 재건하는 헌법으로 그의 법통을 이어받으면서 본격적인 헌정사의 길을 열었다.

대체로 우리 헌정사는 3기로 구분된다. 제헌헌법으로부터 제2공화국헌법으로 지칭되는 1960년의 두 개정

1) 한강, 소년이 온다, 창작과비평사, 2014, 17면.

2) 함재학, 유교적 입헌주의와 한국의 헌정사, 법제 제609호, 2008; 김비환, “경국대전체제에 나타난 유교적 법치주의의 구조와 성격 : 『조선왕조실록』 기사를 중심으로,” 성균관법학, 제20권제1호, 2008

3) 이는 대한제국의 군주제를 폐제하고 인민이 주권을 가지는 민주공화제를 선포하면서 “대한민국”의 토대를 구축하였다는 점에서 3·1운동이라기보다는 3·1혁명으로서의 성격을 가진다. 자세한 것은 한인섭, 참조.

4) 제헌헌법이란 문자 그대로 해석할 경우 “헌법을 제정하는 헌법”이라는 의미로 1948년 최초로 제정된 헌법의 명칭으로는 적절하지 않다. 그러나 이를 유진오처럼 건국헌법이라고 명명할 경우에는 “기미 삼일운동으로 대한민국을 건립하여 세계에 선포한 위대한 위대한 독립정신을 계승하여 이제 민주독립국가를 재건함”이라는 1948년 헌법 전문의 취지에 어긋나게 된다. “건국”이란 새로운 국가의 창설을 의미하는 반면 1948년 헌법은 3.1운동으로 건립된 대한민국을 “재건”한다는 것을 강조하고 있으며, 이는 엄밀히 말하자면 국가창설(Nation-Building)이라기 보다는 3.1운동과 상해임시정부등에 의해 이미 국가의 정당성과 주권의 소재가 결정되고 일반적 의미에서의 권력에 대한 국민적 지지가 확보되어 있는 상황에서 구체적인 통치권력을 구성하는 행위 즉 정부창설(State-Building)에 해당한다. 따라서 이 책에서는 어법상의 하자에도 불구하고 헌법학계에서 관례적으로 사용해온 제헌헌법이라는 용어를 사용하고자 한다.

헌법에 이르는 국가재건기(1945-60), 5·16군사정변에 의하여 왜곡된 헌정사가 1987년 6월 민주항쟁에 의해 청산되는 때까지 지속된 군사정권기(1961-1987), 그리고 헌법의 규범력이 확보되면서 최소한의 민주화가 실현된 헌정회복기(1987~ 현재)가 그것이다. 이하에서는 이런 구분에 따라 간략하게 헌정사를 소개하기로 한다.

1. 국가재건기

1) 제헌헌법

해방 이후 새 정부의 수립과정에서 우리 민족이 풀어야 할 가장 중대한 과제는 세 가지였다: ①38선을 기준으로 미·소가 분점한 상태에서 새 정부는 이를 통합한 통일정부여야 하는가 아니면 남한만의 단독정부여야 하는가, ②새 정부의 경제질서는 자본주의체제인가 아니면 사회주의체제인가, 그리고 ③친일부역자의 청산이 먼저인가 아니면 새 정부의 수립이 먼저인가. 하지만, 당시 가장 큰 영향력을 가지고 있었던 미국 국무성과 미군정은 자국의 세계체제 정책에 따라 이 문제를 처리하였다. 대소(對蘇) 방어선을 일본으로 후퇴하면서 한국을 서태평양지역의 전초지대로 삼고자 했던 미국은 한반도에 우익정부를 수립하기를 원했다. 특히 미·소공동위원회가 실패로 끝나자 이들은 대대적인 좌파탄압에 나서면서 이승만 및 그 추종세력과 함께 남한에서의 단독정부를 수립할 것을 공식화하였다. 김구 등 민족진영과 좌익진영의 반대에도 불구하고 일방적으로 결정된 이 방침은, 새로운 정부와 헌법을 만들기 위해 무엇보다 우선하여 국민적 합의에 이르러야 할 이 세 의제를 그대로 수면 아래 잠재워버리고 말았다. 5·10선거에 의한 제헌의회가 보수우익진영을 중심으로 구성되면서 위의 세 과제에 대한 국민적 합의를 형성할 수 없는 구도로 제헌의 과정이 진행되었던 것이다. 해방 이후 제헌의 과정에서 정부형성의 움직임은 있었지만 합의와 통합을 바탕으로 하는 국민국가의 모습은 이렇게 분절되고 또 왜곡되었던 셈이다.¹³⁰⁾

제헌헌법은 이런 상황에서 일방적으로 제정되었다. 해방 직후 우리 사회는 좌익에서 민족주의, 보수우익 등 다양한 정치이념들이 펼쳐져 있었다. 제대로 된 헌법제정의 과정이라면 이 모든 이념들이 헌법의 이념으로 수렴되고 통합되는 절차들이 존재했어야 했다. 하지만, 그절차가 시작되지도 못한 채 미군정이 유도하는 냉전체제가 한 편의 이데올로기만을 공식적인 것으로 편입하면서 국가의 새로운 정치이념은 반공과 자유민주주의라는 두 축을 중심으로 결정되어 버렸다. 소위 48년체제 혹은 반공국가체제가 형성되는 것은 이 지점에서이다. 그것은 미군정과 보수우익진영이 합의할 수 있는 최대공약수였으며 동시에 우익진영이 반공 혹은 냉전을 이유로 자유민주주의를 형식적인 적으로 만들고 자신들의 권력기반을 확충할 수 있는 최적의 체제였다.

우리 헌정사가 이념이나 체제에 대한 고민보다는 정치권력의 향배에만 치중하여 헌법개정의 과정을 거쳤던 것은 이런 역사에 연유한다. 다양한 이념과 지향들을 헌법에 포섭하기보다는 어느 하나의 이념만을 선택하여 그것으로써 다른 이념을 축출해 버린 형태로 헌법질서가 구성되다 보니 오로지 권력구조만이 정치적 논쟁의 대상으로 남게 되는 것이다.

제헌헌법의 제정과정은 이를 잘 보여준다. 당시 제시되었던 유진오안, 권승렬안 등 수많은 헌법안들이 있었지만 이는 국민들의 의사나 의견과는 무관하게 성안된 것들이었다. 뿐만 아니라 이 안들은 하나같이 의원내각제 내지는 책임내각제를 채택한 것이었으나, 실제 헌법은 이승만의 요구에 의해 일순간에 의원내각제적 요소를 절충한, 간선에 의한 대통령제로 변형되어 통과되었다. 역동적인 시민사회가 먼저 존재하고

130) 이런 일방적 과정은 제헌의회를 구성하기 위한 선거법을 기초하였던 과도입법위원회의 회의과정에서 단적으로 드러난다. 우익의 민선의원들과 중도의 관선의원들은 정도의 차이는 있으나 이 선거법을 좌익이 제헌의회에 진출하지 못하도록 하는 수단으로 이용하고자 하였다. 선거연령을 25세 이상으로 한다든지 투표도 기표방식이 아니라 자서(自書)방식을 채용하여 문맹인의 참여를 곤란케 하며 월남인들을 위한 특별선거구를 설치하는 등의 제한선거의 장치를 모색하였다. 물론 이는 미 국무성이 선거를 미소공동위원회체제가 아니라 UN의 감시하에 실시하는 것으로 결정하고 이 UN감시단이 보다 보편적인 선거제로 변경할 것을 요구함으로써 상당부분 포기되기는 했으나 그럼에도 불구하고 좌익과 민족진영이 선거에 불참함으로써 그 소기의 성과는 거두었다고도 할 수 있다.(박찬표, 322-351)

이 시민사회가 구성하는 공적영역 속에서 헌법이 구축된 것이 아니라, 그것과는 전혀 무관하게 혹은 그것을 무시한 채 정치권력이 먼저 구성되고 이 정치권력이 대중을 동원하는 체제 속에서 헌법이 만들어진 것이다.

그러다보니 권력과 시민, 시민사회의 관계를 어떻게 할 것인가라는 근본문제보다는, 권력을 누가 어떻게 관장하는가가 최대의 관심사일 수밖에 없었다. 좌익이나 민족진영이 아예 배제된 상태에서 구성된 제헌의회가 이승만의 요구에 따라 내각제를 대통령제로 쉽사리 바꾸어줄 수 있었던 것도 이런 구조 때문이었다. 당시 제헌의회를 지배하였던 한국민주당은 대통령제로 하더라도 총리를 자신의 정파에서 지명하여 내각제식으로 운영하면 된다는 생각에서 이승만의 요구에 응했고, 이 과정에서 시민사회의 의견을 수렴하거나 질의하는 과정은 전혀 없었다. 한마디로 당시 시민사회는 제헌의 과정에서 철저히 배제되었다. 그리고 이렇게 초기부터 왜곡되었던 헌정사는 지금까지도 계속되어 헌법의 개정은 권력구조의 문제에만 집중되게끔 하였고 그 결과 대부분의 경우 장기집권을 위한 수단으로 전용되어 왔다.

하지만 그럼에도 당시 지배적인 사회민주주의적 이념지향은 헌법에서도 그대로 반영되어 있다. 헌법안의 기초 당시 가장 많은 참조가 되었던 바이마르공화국 헌법 자체가 사회민주주의적 색채를 분명히 하고 있었을 뿐 아니라, 대부분의 기업이나 자본들이 적산의 형태로 한민족의 소유가 되어 있었고 무역이나 천연자원 역시 공적 관리의 대상이었기 때문이었다. 제헌헌법에서 재산권행사의 공공복리적합성을 강조하고(제15조 제3문), 영리기업에 대한 노동자의 이익균점권을 인정하는(제18조 제2문) 한편, 경제질서를 “모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형 있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로” 구성하면서 “각인의 경제상 자유는 이 한계내에서 보장된다.”(제84조)고 하는 것은 제헌헌법이 자본주의적 시장경제질서와는 상당히 떨어져 있는 것을 예시한다. 특히 천연자원의 국유화, 중요기업의 국공유화, 대외무역의 통제, 경자유전의 원칙에 입각한 농지개혁 및 분배 등에 관한 규정들은 기본적으로 제헌헌법이 사회민주주의의 틀에 머물러 있음을 잘 보여준다.

2) 제1차 및 제2차 개헌헌법

하지만 이러한 제헌헌법은 곧 개정의 요구에 부딪히게 된다. 초대 총리의 임명에서부터 국회 다수파의 기대를 저버린 이승만대통령은 그 이후 매 사안마다 국회와 대립하면서 자신의 권한을 국회의와의 협력에 의해 수행하기보다는 오히려 국회를 외면한 채 국민들을 직접 조직하고 동원하는 방식으로 사용하였다. 하지만 문제는 그의 제1차 임기가 종료할 즈음에 나왔다. 제헌헌법은 대통령을 국회에서 선출하는 간선제를 취하고 있었는데, 가뜩이나 사이가 벌어져버린 국회가 자신의 재임을 보장하지 않을 것라고 판단하였던 것이다. 이에 대통령은 대통령과 부통령을 직선제로 하여 그동안 확보한 국민동원체제를 통해 정권을 재창출하는 한편, 국회를 양원제로 바꾸어 그 지위와 권한을 약화시키고자 하였다. 간선제를 위한 정부의 개헌안과 내각제를 지향하는 국회의 개헌안을 절충하였다고 해서 “발췌개헌”이라 불리는 개정헌법은 1952년 7월 4일 이루어졌다. 하지만 이 헌법개정은 한번 부결된 안을 다시 의결에 회부했다는 점에서 일사부재의 원칙에 위반되고 개헌안에 대한 공고절차도 지키지 않았으며, 헌법개정권을 가진 국회에서 제대로 된 심의도 하지 않고 의결이 강제되었다는 점에서 위헌적인 것으로 평가된다.¹³¹⁾

1954년 11월 27일의 제2차개정헌법은 이승만대통령의 집권욕이 그대로 드러난 것이자 그 개정 자체도 무효의 것이었다. 한국전쟁 직후 이루어진 이 헌법개정은 초대대통령에 한하여 3선제한규정을 적용하지 않음을 주된 내용으로 하였다. 이에 대해 국회에서 표결한 결과 재적의원 203명 중 135명의 찬성을 얻음으로써 헌법개정안에 대한 의결정족수(재적의원 2/3 이상의 찬성)를 채우지 못하여 일단 부결된 것으로 선언되었다. 하지만, 그 다음날 헌법이 정한 203석의 2/3은 135.333인 만큼 이를 반올림한 135석이 의결정족수라고 보아야 한다는 이상한 논리로 가결되었음이 선포되었다.¹³²⁾ 소위 사사오입개헌이 이루어진 것이다.

131) 4월혁명 이후에 열린 국회 본회의에서도 이 헌법을 무효로 선언하여야 할 것이 아닌가라는 논의를 한 기록이 있다. 국회사무처, 제34차 본회의 회의록, 제35회 국회임시회의속기록(1960.6.11.), 13면.

132) 이 주장은 2/3 “이상”이라는 헌법의 문언을 정면에서 위반한다. 135는 2/3인 135.333보다 적은 숫자이지 어떤 의미에서도 그보다 큰 즉 “이상”인 숫자에 해당하지 않기 때문이다.

이 개정헌법은 주권제약이나 영토변경에 대한 국민투표제를 도입하고 국무총리제를 폐지하며 국무위원에 대한 개별적인 불신임을 가능하도록 하였다.

하지만 이 제2차개정헌법의 또 다른 헌정사적 의의는 경제조항에 있다. 제헌헌법은 경제에 대한 강력한 국가개입 및 통제에 입각한 체제를 마련하였으나, 이 개정헌법에서는 이를 완화하여 자유시장경제체제로 전환하는 계기를 마련하였다. 즉, 지하자원 등의 천연자원을 국유로 한다는 문구를 삭제하는 한편.(제85조) 운수·통신·금융 등 주요기업을 국, 공유제로 하던 규정 또한 삭제하였다.(제87조) 뿐만 아니라 긴급한 국가적 필요에 의해 사영기업을 국유화할 수 있도록 한 종전의 규정을 “법률로써 특히 규정한 경우를 제외하고는” 국·공유화할 수 없도록 바꾸어 원칙으로 국유화를 금지하였다(제88조). 사유재산제를 보다 확대하여 자유시장경제로의 길을 열어둔 것이다.

하지만, 이 개정은 실제로는 이승만정권이 귀속재산인 적산기업을 본격적으로 민간에 불하하기 위한 헌법적 기반을 마련하기 위한 것이라는 해석도 가능하다. 이 헌법개정 이후 주요한 적산기업들이 시가와는 비교할 수도 없는 헐값으로 특혜 불하되었기 때문이다. 이는 이승만정권이 자행한 주요한 부정부패의 대표적인 경우로, 우리나라에서 재벌과 같은 소수자의 손에 경제력이 집중되는 계기를 마련함으로써 자유시장의 형성을 애초부터 불가능하게 만드는 악법이 되고 말았다.

3) 제3차개정헌법: 4·19혁명헌법

이승만의 장기집권을 위한 부정선거로 점철된 1960년 3월 15일의 정·부통령선거는 이런 파행에 대한 국민적 분노를 촉발하는 계기가 되었다. 학생들의 시위로부터 확산된 4월혁명은 이승만정권을 무너뜨리고 새로운 헌법을 만들게 하였다. 1960년 5월 2일 허정을 수반으로 하는 과도정부가 구성되고, 국회는 국회대로 헌법개정기초위원회를 구성하여 새 헌법을 구성하는 작업을 진행하여 6월 15일 제3차개헌헌법을 공포하기에 이르렀다.

내각책임제 개헌으로 알려진 이 제3차개헌헌법은 여러가지 면에서 우리 헌정사에 의미를 남긴다. 그것은 기본권보장에 중점을 두어 이승만 및 자유당체제에서 유린되었던 국민의 권리와 자유를 대폭 확대하고 그 본질적 내용은 법률로써도 침해할 수 없도록 하였다. 특히 이승만정권에서 불법과 폭력으로 억압당했던 정치적 자유를 대폭 강화하여 언론·출판·집회·결사의 자유에 사전허가나 검열제를 도입하지 못하도록 하였다. 또한 조봉암의 진보당에 대한 이승만정권의 탄압사례를 반성하면서 정당을 함부로 해산할 수 없도록 하는 특별한 보호조항을 설치, 복수정당제를 실질적으로 보장하고자 하였다.

통치기구의 면에서도 민주적 절차를 대폭 도입하였다. 법관의 선출은 법관선거인단이 하도록 하여 사법의 민주화를 도모하는 한편, 지방자치를 강화하여 지방자치단체의 장은 직선하도록 하였다. 또 지난 정권에서 정치권력에 종속되었던 경찰의 정치적 중립성을 강조하기도 하였다. 정치적 기본권을 강화하여 보다 많은 민주주의를 실현하고자 한 것이다. 우리 헌법사에서 “민주적 기본질서”라는 말이 처음 등장한 것도 이 때 문이었다. 이는 이탈리아와 독일의 헌법을 참조하여 “자유롭고 민주적인 사회질서와 정치질서”를 마련하기 위한 목적으로 헌법에 도입되었으며, 독일에서와 마찬가지로 경제질서와는 무관한 개념으로 여겨졌다.¹³³⁾

이 헌법은 1960년 1월 제정된 민법과 함께 1948년부터 진행되어 온 대한민국이 국가로서의 기본적인 틀을 확보하고 시민사회와의 관계를 정비한 것이라 할 수 있다. 즉, 그것은 좌익척결과 민족진영배제의 과정에서부터 시작하여 한국전쟁에 이은 냉전체제와 확립과 사실상의 국경의 확정, 정치권력에 의한 국민동원체제의 구축과 그에 대한 국민적 반발, 그리고 그 결과로 국민의 저항권행사와 국민주권의 틀을 제도적으로 정비하는 일련의 과정을 일단락 짓는 의미를 가진다. 1960년 11월 29일의 제4차개정헌법은 과거 부정선거관련자 및 부정축재자를 처벌하기 위한 소급입법의 헌법적 근거를 마련하기 위한 것이었다.

133) 위 회의록, 17면.

2. 군사정권기

1) 제5차개정헌법

하지만, 이렇게 정비된 국가체제는 1961년 5월 16일에 발생한 군사쿠데타에 의해 무너지고 만다. 군정보장교출신의 박정희소장을 비롯한 일단의 군인들은 전국에 비상계엄령을 선포하고 모든 정치활동을 정지시키며 군사혁명위원회(이후 국가재건최고회의로 개편)를 설치하여 모든 국가권력을 장악하였다. 제5차개정헌법은 이런 비상군사독재 체제하에서 만들어졌다. 국가재건최고회의 산하의 헌법심의회위원회에서 검사들이 중심이 되어 만든 헌법개정안은 1962년 12월 6일 의결을 거쳐 두 주일도 지나지 않은 12월 17일 국민투표에 부의하여 확정하였다. 확정된 개헌안은 12월 26일 공포되어 이듬해 12월 17일자로 시행하였다.

이 개정헌법은 국민투표로 확정되었으며, 비교적 삼권분립에 틀에 충실한 대통령제를 채택하고 기본권보장에서도 나름 충실한 규정들을 두었다는 평가를 받기도 한다. 하지만 그럼에도 헌법적 정당성은 미약하다. 국민들이 헌법개정안을 논의할 충분한 시간도 주어지지 않은 터에 정치인들의 정치활동까지 정지된 상태에서 이루어졌을 뿐 아니라 기존 헌법이 정한 헌법개정절차를 완전히 무시한 채 이루어졌기 때문이다. 더구나 이 개정헌법은 극단적인 정당제국가를 지향함¹³⁴⁾으로써 정당을 통하여 대통령이 행정과 입법을 모두 장악하는 방식을 취하였다. 또한 대법원장과 대법원판사(대법관)을 대통령이 임명하도록 하고 영장의 발부에 검찰관의 신청을 요하도록 함으로써 사법권의 독립성을 약화시키고 검찰의 권력성을 강화하였다. 이러한 일련의 조치들은 향후 이어지는 권위주의적 군사정권의 법적 기반을 마련하였다.

하지만 대부분의 야당정치인들은 이 헌법에 정한 절차에 따라 실시된 대통령선거에 참여하였고 애초의 민정이양 약속을 저버린 채 선거에 나선 박정희가 대통령으로 당선되었다. 제5차개정헌법은 경제질서를 종래의 사회주의적 국가통제경제체제로부터 본격적으로 시장경제체제로 이행시켜 박정희 정권이 성장중심의 개발독재체제를 마련할 수 있도록 하였다. 부동산가격을 비롯한 물가의 급격한 상승과 대의원조·차관, 그리고 혹독한 노동착취와 재벌·대기업에 대한 특혜 등으로 특징지워지는 그 시기의 경제체제는, 비밀경찰기관으로서의 중앙정보부와 관료적 형식주의에 집착하는 관료행정체제가 결합하여 국민의 자유와 권리를 억압하던 정치행정체제와 함께 박정희 정권의 특징을 이루었다.

1969년의 소위 3선개헌은 이런 체제가 만들어낸 결과이기도 하다. 1962년 10월 17일 국민투표에 의해 확정된 이 개헌안은 대통령의 3선금지규정을 완화하여 정권을 연장할 수 있도록 하였고, 대통령에 대한 탄핵소추의 의결정족수까지 가중시켜 대통령의 권한과 지위를 강화하였다. 굴욕협상이라는 비판을 받았던 한일협정의 체결(1965년 6월 22일)에 대한 야당과 학생 등 시민들의 격렬한 반대가 있는 이래, 이 헌법개정 과정은 박정희 정권에 대해 거의 저항권 수준의 대대적인 반대운동을 촉발하였다. 그러나 결국 그 이후의 약 20년에 걸친 권위주의적 억압체제의 출발점을 이루었다.¹³⁵⁾

2) 제7차개정헌법: 유신헌법

1972년의 제7차개정헌법은 이러한 권력집중의 극단을 보여준다. 박정희 정권은 기존의 헌법체계로서는 재집권이 힘들게 되자 1972년 10월 17일 전국에 비상계엄을 선포하고 국회해산, 정당의 정치활동중지, 비상국무회의의 설치 등 헌법의 대부분을 정지시키는 한편 새로운 헌법을 만들도록 하는 일종의 친위쿠데타를 일으켰다. 우리 헌법사에 최악의 헌법으로 기록되는 소위 유신헌법은 이런 불법적인 상황에서 1972년 10월 27일의 국민투표에 의해 확정되었다.

이 헌법은 기본권의 본질적 내용은 어떠한 이유에서도 침해할 수 없도록 한 조항을 삭제하고 노동3권을 제한하는 등 기본권보장을 현저히 약화시켰다. 또한 국민주권의 원리를 선언하면서도 국민은 그 주권을 대

134) 정당조항을 별도로 설치하는 한편, 국회의원선거에 무소속출마를 하지 못하도록 하고 위헌정당으로 해산결정을 받으면 그 소속의원은 의원직을 상실하도록 하였다.

135) 이 제6차개정헌법도 그 타당성이 결여되어 있다. 개헌안의 발의요건인 국회의 의결을 위해 당시 여당이었던 공화당은 개헌반대에 나선 신민당 의원들을 피하여 일요일 새벽 2시에 국회제3별관에 비밀스럽게 모여 불과 2분만에 헌법개정안을 통과시켰다. 이는 명백한 위헌이나 대법원은 헌법개정안과 같이 번칙통과된 국민투표법을 무효라 할 수 없다고 하는 판결(대법원 1972.1.18. 대판 71도·845 판결)을 내림으로써 이 부분에 대한 판단을 비껴가고 있다.

표자나 국민투표를 통하는 방법 외에는 행사할 수단을 없애버렸고, 실질적으로는 통일주체국민회의가 주권적 기관으로 행세할 수 있게 하였다. 이 통일주체국민회의는 대통령을 선출하고 국회의원 정수 1/3에 달하는 국회의원을 선출하는 권한을 부여받은 것이다. 게다가 대통령은 국회의 동의나 승인을 받지 않고 긴급조치를 선포할 수 있으며, 통일주체국민회의가 선출하는 국회의원을 추천하고 또 경우에 따라 국회를 해산시킬 수 있을 뿐 아니라 대법원장을 비롯한 모든 법관을 임명하거나 파면시킬 수 있는 권한을 가짐으로써 명실상부하게 3권을 장악한 절대적 권력으로 자리잡게 하였다.

이러한 개정헌법도 위법성을 벗어나지 못 한다. 종전 헌법에서 정한 헌법개정절차를 준수하지 않았거나와 모든 정치활동을 정지시킨 가운데 국민적 토론과 합의의 기회도 제공하지 않고 국민투표에 회부된 만큼 그 개정의 시기도 위법하다. 뿐만 아니라 국민주권의 원칙을 파기하고 모든 권력을 대통령에 집중하는 한편 종신집권까지 가능케 함으로써 민주적 기본질서 자체를 파괴하는 반헌법적인 것이기도 하다. 이런 불법성은 그 이후 9차레나 이루어진 긴급조치에서 확대재생산된다. 총 9번이나 행사된 이 긴급조치는 정치활동제한, 표현의 자유제한, 심지어 유신헌법에 대한 비판이나 반대까지도 금지함으로써 박정희 정권을 극단적인 권위주의체제로 몰아갔다. 실제 대법원은 긴급조치 1호에 관한 재심사건에서 그 긴급조치는 발동요건을 갖추지도 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한한 것으로 현행헌법은 물론 유신헌법 그 자체에도 위반된 무효의 것이라고 선고한 바도 있다.(대판 2010.12.16. 2010도5986)¹³⁶⁾

3) 제8차개정헌법

하지만 이렇게 절대권력을 누렸던 유신정권도 1979년 10월 26일 박정희 대통령의 피살로 종국을 맞이하였다. 대통령직무대행이 된 최규하 국무총리는 제주도를 제외한 전국에 비상계엄을 선포하고 전두환 소장을 계엄사령관으로 임명하였다. 그러나 전두환 계엄사령관은 12월 12일 정승화 참모총장등을 축출하고 1980년 5월 17일 비상계엄을 전국으로 확대하면서 정부의 실권을 장악하였다. 5월 18일에는 광주에서 민주화를 요구하는 시민들을 무차별적인 폭력으로 진압하면서 수많은 희생자를 낳았다. 그는 유신헌법에 따라 통일주체국민회의에 의해 대통령으로 선출되어 9월 1일 취임하였고, 10월 22일에는 정부의 주도로 마련된 헌법개정안을 국민투표에 의해 확정하고 10월 27일부터 시행하였다.

이 제8차개정헌법은 한편으로는 국민적 지탄을 받았던 박정희 정권의 유산을 척결하고 다른 한편으로는 또 다른 군사정권인 전두환정권의 권력기반을 공고히 하여야 한다는 두 가지의 임무를 수행하여야 하였다. 통치기구의 면에서는 통일주체국민회의를 폐지하는 등 유신헌법상의 독소조항들을 대부분 제거하고 7년 단임의 체제를 마련하여 장기집권의 가능성을 없앴고, 기본권의 면에서는 행복추구권을 신설하고 기본적인 인권의 불가침을 강조하는 한편 사생활의 비밀과 자유와 같은 새로운 권리목록들을 새로이 추가하였다.

하지만 동시에 대통령의 선거는 간선제로 하고 국회의 권한은 여전히 한정된 수준에 머무르게 하는 등 대통령이 사실상 국정을 장악하는데 충분한 권력을 남겨 두었다. 그리고 이렇게 성립된 전두환 정권도 과거 박정희 정권의 구태를 벗어나기는 어려웠다. 중앙정보부를 계승한 안전기획부나 군국기무사와 같은 비밀(군사)경찰과 정치종속적인 검찰과 법원, 형식적 합리성의 틀 속에서 상명하복에 충실하였던 관료체제, 그리고 이들과 유착되었던 기업과 자본이 두 정권의 공통된 기반들이었기 때문이다. 특히 전두환 정권의 모태였던 신군부세력이 권력을 장악하는 과정에서 발생하였던 광주민주화항쟁은 계속하여 이 정권의 정당성이 부정당하는 요인으로 작용하였다.

그러던 중에 폴란드를 비롯한 세계적인 민주화열풍 속에서 대통령을 국민이 직접 선거하는 직선제 개헌을 비롯한 민주화에 대한 국민적 요구가 거세지고 이에 대한 전두환 정권의 호헌선언에 대한 전사회적인 반발이 일어났다. 국민의 정부선택권 보장을 요구하였던 6.10민주항쟁은 실질적으로는 권위주의적 군사정부 체제에 대한 저항권의 행사였고 국민의 기본권보장과 민주적 정치질서의 확립을 향한 일종의 시민혁명적 성격의 외침이었다. 그리고 전두환 정권은 이에 굴복하여 대통령직선제를 중심으로 하는 개헌작업에 나설 수 밖에 없었다.

136) 헌법재판소도 긴급조치는 현행 헌법에 위반하여 무효라고 판단하였다.(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132 등)

3. 헌정회복기: 민주화기

1987년 10월 27일의 제9차 개정헌법 즉 현행헌법은 4.19민주혁명에 의한 제3차개정헌법과 더불어 국민들이 헌법의 주제로 등장했다는 점에서 큰 의미를 가진다. 그것은 “평화적이고 민주적인 절차에 따라 국민적 여망을 최대한으로 수용한 합의개헌의 형태로 이루어진”¹³⁷⁾ 헌법으로 대통령의 직선제와 국회의 권한 보완 등 과거 권위주의적인 헌법침해의 현실을 극복하기 위한 제반의 장치를 마련하였다. 비록 이 헌법에 의해 처음 실시된 대통령선거에서 과거 신군부의 일원이었던 노태우씨가 당선되었지만, 그럼에도 어느 정도 절차적 민주주의가 실현되는 모습을 띠기는 했다. 물론 노태우정권은 서울 구로구등에서 부정선거의 시비가 있었고 냉전이데올로기를 이용한 보혁구도 속에서 국가권력을 운용하여 여전히 권위주의적 정권이라는 비판을 받기도 하였다. 하지만 이 시기에 정착된 헌법재판소는 과거의 사법심사제도와는 달리 법률이나 국가의 공권력행사에 대한 과감한 위헌선언을 통해 헌법의 규범력을 확보하는데 큰 역할을 수행하였다.

그러나 곧 이어 들어선 김영삼정부는 군사정권을 털어버리고 “문민정부”의 시대를 열었다는 시대사적 의미에도 불구하고 과거의 권위주의적 법제나 관행들을 과감하게 폐기하지 못 하였다. 오히려 세계화선언등으로 신자유주의가 횡행하는 세계체제에 선불리 뛰어들어 IMF사태와 같은 국가위기상황을 야기하기도 하였다. 김대중정부는 선거라는 방식에 의해 최초로 평화적인 정치권력의 교체를 가져왔다. 87년체제로 불리는 제9차개정헌법의 체제가 지향하였던 절차적 민주주의가 비로소 확고한 틀을 구축하게 된 것이다. 하지만 이 “국민의 정부”와 그에 이른 노무현정부(“참여정부”)는 IMF체제라는 비상적인 상황으로부터 촉발되는 신자유주의적 세계화의 압박에 휩쓸려 버림으로써 한미FTA등 우리 헌법이 국제통상조약이나 국제경제법이 종속되거나 국민의 기본권들이 경제논리에 휩쓸려 버리는 등 헌법의 규범력이 약화될 수 있는 여지를 조성하기도 하였다.

한편 이 제9차개정헌법에서 특징적인 것은 제5차 개정헌법에 의하여 본격적으로 자본주의적 시장경제체제로 들어선 경제질서를 더욱 강화하는 한편 그 시장주의체제를 은폐하는 수단으로 경제의 민주화에 관한 규정을 두고 경제에 대한 규제와 조정을 할 수 있게끔 하는 헌법적 근거를 마련하였다는 점이다. 먼저, 그것은 제헌헌법 이래 우선순위의 차이(제헌~4차개정헌법은 본문이었으나 5차개정헌법 이래 2항으로 부차화되었다는)는 있지만 경제질서의 기본적 목적조항을 두고 있던 것을 과감히 삭제하였다. “모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전”(80년개정헌법 제120조제2항)이라고 하는 조항이 소위 경제민주화조항으로 대체되어버린 것이다. 하지만 이 경제민주화조항 조차 50년의 적산기업의 특혜적 불하와 6-70년대 이래 차관경제 등 정경유착과 노동착취, 그리고 이에 의하여 재벌·대기업 등 편향되게 집중된 경제구조 등에 대한 반성에서 나온 처방은 아니었다. 오히려 87년의 6월 항쟁에 이어 터져나왔던 노동자, 농민들의 항쟁은 이 헌법에 담기지 못하였다. 그러다보니 이 조항은 우리 경제의 구조적 문제들이 야기하는 문제들을 주변적으로 미봉하는 수준의 대안에 불과하였다.

실제 이 시기는 시민사회의 요청과 경제계 및 관료들의 주장이 서로 대립하면서 헌법이 운영되어 왔다. 전자는 과거의 권위주의적 행태들을 척결하고 민주화와 인권보장을 내용으로 하는 법의 지배를 실현하기를 원하였고, 후자는 신자유주의적 세계체제 속에서 재산권과 계약의 자유를 최우선적 고려대상으로 보면서 시장중심적 국정운영을 주장하였다. 이런 대립의 과정에서 국가보안법이나 집회및시위에관한법률, 노동규제법 등 권위주의적 법제는 여전히 위력을 발하였다. 그래서 이 시기가 확보하였다고 평가되는 절차적 민주주의라는 것고 엄밀히 보자면 정권교체의 가능성만 열어놓았을 뿐, 정치적 명망가들로 구성되는 양대정당과 그들이 산출한 국회나 대통령이 국민위에 군림하는 체제는 크게 바꾸지는 못하였다. 오히려 보기 나름으로는 사회의 법화(legalization)가 급속도로 진행되면서 법률전쟁(lawfare)의 기반으로서의 법치가 강화되어 있다.

그러다보니 48년체제로 불리는 반공체제와 그로부터 파생되는 국가중심주의적 억압요소들을 제거하는 것,

137) 권영성, 101

절차적 민주화를 넘어서는 실질적 민주화를 공고히 하는 것, 최근의 복지국가론에서 드러나듯 불균형성장과 개발독재의 폐해를 극복하고 사회안전망을 구축하며 기본생활을 보장하는 것, 이를 바탕으로 미래세대의 자유권을 포함하여 모든 사람들의 인간다운 생활을 보장하고 사회정의를 실현하는 것, 그리고 국내외적 평화체제를 구축함으로써 우리들과 우리들의 후손의 안전과 자유와 행복을 보장하는 것 등은 여전히 현재 시행중인 제9차개정헌법이 추구해야 할 주요한 과제로 남아 있다.

<별지> 헌법상 경제조항의 변천

제헌-1차	2차개헌	3차-4차개헌	5차-6차개헌	7차개헌	8차개헌	9차개헌
제84조대한민국의 경제질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로 삼는다. 각인의 경제상 자유는 이 한계내에서 보장된다.	<좌동>	<좌동>	제111조①대한민국의 경제질서는 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. ②국가는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 위하여 필요한 범위안에서 경제에 관한 규제와 조정을 한다.	<좌동>	제120조 <좌동> ③독과점의 폐단은 적절히 규제·조정한다.	제119조①대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. ②국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.
제85조광물 기타 중요한 지하자원, 수산자원, 수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 국유로 한다. 공공필요에 의하여 일정한 기간 그 개발 또는 이용을 특허하거나 또는 특허를 취소함은 법률의 정하는 바에 의하여 행한다.	제85조 광물 기타 중요한 지하자원, 수산자원, 수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취, 개발 또는 이용을 특허할 수 있다.	제85조 <좌동>	제112조 <좌동>	제117조 <좌동> ②국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형있는 개발과 이용을 위한 계획을 수립한다.	제121조 <좌동>	제120조①광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다. ②국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형있는 개발과 이용

						을 위하여 필요한 계획을 수립한다.
제86조농지는 농민에게 분배하며 그 분배의 방법, 소유의 한도, 소유권의 내용과 한계는 법률로써 정한다.	제86조 <좌동>	제86조 <좌동>	제113조 농지의 소작 제도는 법률이 정하는 바에 의하여 금지된다.	제118조 <좌동>	제122조 농지의 소작 제도는 법률이 정하는 바에 의하여 금지된다. 다만, 농업생산성의 제고와 농지의 합리적인 이용을 위한 임대차 및 위탁경영은 법률이 정하는 바에 의하여 인정된다.	제121조①국가는 농지에 관하여 경자유전의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다. ②농업생산성의 제고와 농지의 합리적인 이용을 위하여거나 불가피한 사정으로 발생하는 농지의 임대차와 위탁경영은 법률이 정하는 바에 의하여 인정된다.
			제114조 국가는 농지와 산지의 효율적 이용을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.	제119조국가는 농지와 산지 기타 국토의 효율적인 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다	제123조 <좌동>	제122조국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.

제헌-1차	2차개헌	3차-4차개헌	5차-6차개헌	7차개헌	8차개헌	9차개헌
			제115조국가는 농민·어민과 중소기업자의 자조를 기반으로 하는 협동조합을 육성하고 그 정치적 중립성을 보장한다.	제120조①국가는 농민·어민의 자조를 기반으로 하는 농어촌개발을 위하여 계획을 수립하며, 지역사회의 균형있는 발전을 기한다. ②농민·어민과 중소기업자의 자조조직은 육성된다.	제124조①<좌동> ②국가는 중소기업의 사업활동을 보호·육성하여야 한다. ③국가는 농민·어민과 중소기업의 자조조직을 육성하여야 하며, 그 정치적 중립성을 보장한다.	제123조①국가는 농업 및 어업을 보호·육성하기 위하여 농·어촌종합개발과 그 지원등 필요한 계획을 수립·시행하여야 한다. ②국가는 지역간의 균형있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무를 진다. ③국가는 중소기업을 보호·육성하여야 한다. ④국가는 농수산물의 수급균형과 유통구조의 개선에 노력하여 가격안정을 도모함으로써 농·어민의 이익을 보호한다. ⑤국가는 농·어민과 중소기업의 자조조직을 육성하여야 하며, 그 자율적 활동과 발전을 보장한다.
					제125조 국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소	제124조 국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운

					비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.	등을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.
제87조 중요한 운수, 통신, 금융, 보험, 전기, 수리, 수도, 가스 및 공공성을 가진 기업은 국영 또는 공영으로 한다. 공공필요에 의하여 사영을 특허하거나 또는 그 특허를 취소함은 법률의 정하는 바에 의하여 행한다. 대외무역은 국가의 통제하에 둔다.	제87조 대외무역은 법률의 정하는 바에 의하여 국가의 통제하에 둔다.	제87조 <좌동>	제116조 국가는 대외무역을 육성하며 이를 규제·조정할 수 있다.	제121조 <좌동>	제126조 <좌동>	제125조 <좌동>
제88조 국방상 또는 국민생활상 긴절한 필요에 의하여 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 또는 그 경영을 통제, 관리함은 법률이 정하는 바에 의하여	제88조 국방상 또는 국민생활상 긴절한 필요로 인하여 법률로써 특히 규정한 경우를 제외하고는 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.	<좌동>	제117조 국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률에 정한 경우를 제외하고는, 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.	122조 <좌동>	제127조 <좌동>	제126조 <좌동>

제헌-1차	2차개헌	3차-4차개헌	5차-6차개헌	7차개헌	8차개헌	9차개헌
			제118조 ①국민경제의 발전과 이를 위한 과학진흥에 관련되는 중요한 정책수립에 관하여 국무회의의 심의에 앞서 대통령의 자문에 응하기 위하여 경제·과학심의회의를 둔다. ②경제·과학심의회회는 대통령이 주재한다. ③경제·과학심의회회의 조직·직무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.	제123조 ①국민경제의 발전과 이를 위한 과학기술은 창달·진흥되어야 한다. ②대통령은 경제·과학기술의 창달·진흥을 위하여 필요한 자문기구를 둘 수 있다.	제128조 ①국가는 국민경제의 발전에 노력하고 과학기술을 창달·진흥하여야 한다. ②국가는 국가표준제도를 확립한다. ③대통령은 제1항의 목적을 달성하기 위하여 필요한 자문기구를 둘 수 있다.	제127조 ①국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다. ②국가는 국가표준제도를 확립한다. ③대통령은 제1항의 목적을 달성하기 위하여 필요한 자문기구를 둘 수 있다.
제89조제85조 내지 제88조에 의하여 특허를 취소하거나 권리를 수용 사용 또는 제한하는 때에는 제15조제3항의 규정을 준용한다	<좌동>	<좌동>	<삭제>	<삭제>	<삭제>	<삭제>

▶ 민주주의와노동 연구소를 소개합니다 ◀



* 민주주의와노동연구소의 홈페이지와 웹진 <전망과 실천>은 때로는 국내 언론보다 더 발빠르게 사실과 사건들을 드러내면서 동시에 깊이있는 사회적 계급적 시각으로 분석한 글들로 채워질 것입니다. 모든 글들은 가능하면 연구소의 역량으로 집필합니다.

홈페이지: <http://dem-labor.org>

구독신청: http://dem-labor.org/?page_id=6848

후원: <https://bit.ly/민주주의와노동연구소>



◀ 웹진 [전망과 실천] 구독신청하기
QR로 바로 신청하기



◀ 사회적파업연대기금/
민주주의와노동 연구소 후원
QR로 바로 신청하기

