

<서 평>

Constitutionalism in Asia: Asian Views of the American Influence. Ed. by Lawrence Ward Beer.

(Berkeley: University of California Press, 1979, pp.210)

崔 大 權*

이 책은 美國의 아세아研究協會의 아세아法分科委員會(the Committee on Asian Law of the Association for Asian Studies)가 美國獨立 200周年(1976) 行事的 하나로 아세아研究協會 年例學術大會時 3月과 4월에 걸쳐 開催한 「아세아에 있어서의 美國憲法の 影響에 관한 아세아 사람들의 觀點」(Asian Perspectives on the American Constitutional Influence in Asia)이란 主題의 일련의 分科討議 및 세미나에 提出되었던 아세아 여러 나라의 法學者 내지 法律家の 글들을 다듬어 엮은 책으로, 이 책의 表題가 보여주는 바와 같이, 美國憲法이 아세아 여러 나라의 憲法에 미친 影響이란 觀點에서 9個國(즉 Bangladesh, 國府中國, 印度, Indonesia, 日本, Malaysia, The Philippines, Singapore의 순서로)의 憲法을 各各 그 나라의 憲法 專門家가 分析하고 論議를 進行시킨 후치 아니한 比較憲法書이다. 말할 必要도 없이 韓國人의 立場에서, 韓國憲法에 관한 論議가 序論部分 및 제 8 장 등에서 잠시 言及된 것 以外에는 없었다는 不滿이 있고, 또 自由陣營에 속하는 여러 나라(例컨대 泰國 등)를 포함해서 社會主義에 속하는 나라의 憲法에 관한 論議가 없다는 아쉬움이 있지만, 아세아를 東北, 中央, 東南 및 南아세아로 나누어 各 地域을 代表(?)하는 나라를 淸급하고 있다는 點에서 地理的 歷史的 및 政治的으로 多樣하기 짝이 없는 여러 나라를 淸비하려고 한 努力이 엿보이고 있는 책이다. 솔직히 말해서 外國憲法에 관한 거의 모든 知識이나 觀心이 西歐 몇 나라와 美國 등에 傾向되었던 우리의 視野를 넓혀 地理的으로 우리와 가깝고 앞으로 經濟的 交流의 相對國으로 시서히 크게 부각되어 진 아세아 여러 나라의 法制度 특히 憲法에 관하여 좀 더 알게 하며 동시에 이들 나라의 憲法的 經驗에 비추어 우리 자신을 스스로 돌아 보게 하는 契機를 주는 책이라 생각된다.

사실 地理的으로 우리와 가까운 아세아 國家라고 하지만 이 책에서 다루고 있는 나라들이 歷史的·政治·經濟·社會·文化的으로 共通性 보다는 多樣性이 더 많은 나라들이다. 더구나 오늘날의 美國과는 물론 18세기 末의 美國과도 거의 닮은 바가 없는 나라들이다 (p.4). 닮았거나 서로 共通되는 點이 있다면 대부분이 歐美의 植民地였다가 第二次大戰後

* 서울大學校 法科大學 副教授

에 獨立한 나라들이고, 一日本은 敗戰의 결과 美國의 支配를 받은 나라였다— 過去의 찬란했던 文化야 어찌됐든 비교적 最近에 英美法이나 大陸法을 全面的으로 繼受한 나라들이며, 例外없이 新生獨立國으로서의 憲法典을 갖추에 있어서 갖가지 創意力을 발휘한 憲法的實驗을 斷行하고 있다는 點들이다(p.8). 그리고 이러한 憲法的實驗에 있어서 美國憲法이 19세기 歐洲의 立憲主義의 한 모델이었던 것처럼 아세아 여러 나라의 憲法모델의 하나가 되고 있음은 물론이다. 이러한 觀點에서 美國憲法の 影響이라는 主題가 아세아 여러 나라의 憲法現象을 일관성 있게 比較하는 準據가 될 수 있을 것임을 쉽사리 理解할 수 있다.

또 하나의 아이로닉한 共通點은 아세아 여러 나라의 植民地經驗, 이로 인한 아세아 나라의 엘리트들의 植民地上典이였거나 모델로 삼고 있는 나라들의 法制등에 관한 지속적 觀心 때문에, 아세아의 法學者들은 歐美의 法制와 憲法에 대하여 대단히 소상히 잘 알고 있지만 반대로 歐美의 學者들은 아세아 여러 나라의 法, 그리고 憲法에 관하여 거의 아는 바가 없으며, 정작 아세아의 學者間에는 서로에 관해서 無知하거나 學問的 對話가 거의 없다는 點이다(p.7 및 p.9). 이러한 狀況은 經驗을 서로 나눈다는 實利的 側面에서 뿐만 아니라 比較憲法學的인 인스피레이션을 위해서도 바람직하지 아니함은 물론이다. 더 나아가 이 책은 外國制度에 관한 박약한 知識을 基礎로 하여 대답하기 적이 없이 성급한 資料分析과 理論展開를 시도하는 危險性을 경계하고 있다. 法制, 憲法, 政治, 그리고 司法的 行態에 관한 超文化的인 定性的判斷(分析)(transcultural qualitative judgment)에 必要한 理論的 모델은 西歐에 기왕에 存在하며 이러한 모델에 비추어서 다른 나라의 法的, 憲法的 行態를 정확히 判斷할 수 있다는 學者間的 암암리의 霧圍氣가 이러한 危險性을 鼓舞시켜 준다고 지적하고 있다. 그리고 자기 나라의 制度가 文化와 歷史가 각기 다른 남의 나라의 制度를 比較하며 재(測量)는 基準이라고 묵시적으로 前提하는 美國學者가 드물지 않음도 지적하고 있다(p.9). 그런데 美國制度(또는 西歐制度)를 基準으로 하여 餘他 나라, 특히 아세아·아프리카 여러 나라의 制度를 定性的으로 比較判斷하는 態度는 실은 아세아 學者 자신에게도 強하게 存在함을 시인하지 않을 수 없다. 아 물론 外國의 어느 憲法爭點에 관한 生態學(ecology), 즉 그 爭點의 歷史, 社會的 環境, 法的背景, 그 問題에 대한 다른 解決方法의 直接的效果 및 副產物的인 效果 등에 비추어 보지 아니하고 行하는 比較憲法的 危險性을 지적하는가 하면, 동시에 각 制度나 文化의 特殊性을 너무 強調한 나머지 의미있는 比較分析을 不可能하다고 포기하는 態度의 바람직하지 아니함도 지적하고 있다(p.10).

이 책에 실린 論文들이 發表된 分科討議 및 세미나의 主催者인 美國學者의 立場에서는 마침 越南戰으로부터의 敗退와 大統領의 不法的 恣意的 權力行使와 權力濫用으로 얼룩진 Watergate 事件의 直後라 그들의 獨立 200周年을 맞이하여 남다른 감회를 가지고 美國의 憲法的 經驗을 自省하고 동시에 그것이 新生 아세아 國家의 憲法的 經驗에 어떠한 인스피레이션을 주고 있는지 돌아보는 機會를 가지려 하였다는 點을 窺知할 수 있다(pp.1~4 및

pp.10~11). 아문든 序章 10面 以下에서는 이 책의 各章에서 다루고 있는 9個國을 넘어 社會主義國家를 除外한 美國憲法の 影響을 中心으로 한 아세아 國家全般의 比較憲法을 論하고 있어서, 이틀이 序章이지 실은 9章까지의 論述의 結論에 해당하는 部分이라 할 수 있다. 이 部分에서 美國憲法이 아세아의 憲法에 미친 影響의 樣態와 主題(또는 爭點)를 中心으로 敍述을 진행시키고 있다. 樣態의 問題로 憲法典에 어떠한 影響을 미쳤느냐 하는 點과 憲法 制定過程에서 美國憲法專門家의 諮問을 얻은 여부 및 그 程度를 살펴 보고 있다. 이리하여 例컨대 憲法典에 美國의 影響을 받은 나라로 Indonesia, 印度, Bangladesh, 自由中國, the Philippines 및 日本을 들고 있고, 印度의 경우는 스스로 美國人專門家에게 諮問을 求했었으며, 美國文獻을 參照했다는 경우는 더 많은 나라에 해당되지만 英國植民地였던 Bangladesh, Malaysia(나 Singapore) 등은 美國보다는 英國의 影響이 크다는 點을 지적하고 있다.

主題別의 影響을 살펴에 있어서는 爭點 내지 主題로 첫째로 美國獨立宣言文에 闡明된 權利 平等 및 宗教의 自由를 들고, 아세아 學者 가운데 美國憲法은 지나치게 國家와 教會의 分離原則을 強調한 나머지 世俗의 反宗教的 偏見이 美國法에 있다고 批判하면서 國家에 의한 모든 宗教에 대한 平等하고도 友好的인 取扱의 原則을 옹호하는 見解가 있음에 注目하고(예컨대 pp.109~110 참조), 한편 民主憲法의 成功에는 基督教의 基礎가 要請된다는 日本 學者의 見解도 言及하고 있다.

둘째 主題인 平等의 原則에 이르러 아세아 學者들은 平等을 自由보다 더 強調하고 있다고 지적하고 있다. 이들의 눈에는 美國에서는 平等의 희생하에 財產權이 지나치게 保護되고 있다고 비치는 것이다. 產業革命이 進展되지 아니한 아세아 여러 나라에서 自由보다 平等에 대한 要求가 強하게 作用하고 있음을 간파한 것은 중요하고도 재미있는 포인트라 생각된다.

세째로 政治的自由와 經濟的自由·財產權保障이 聯關되어 있다고 보는 美國의 見解를 아세아 學者중 받아들이지 않는 사람이 많으며, 政治的自由는 經濟的自由·財產權保障과 分離될 수 있을 뿐만 아니라 더욱 強力히 保障되어야 한다고 하는 點을 強調하고 있음을 지적하고 있다.

넷째로 言論의 自由에 關하여 아세아 學者中 많은 사람이 美國에서의 言論의 自由가 絕對的自由에 가까운 保護를 받고 있음에 對比하여 政治的 經濟的秩序에 反하지 아니하는 限度에서의 言論自由의 保護 또는 言論의 社會的 責任論에 同調하고 있음을 지적하면서 日本學者만이 絕對的自由에 가까운 言論의 自由保障의 必要性을 역설하고 있음에 言及하고 있다.

다섯째로 든 戒嚴 및 非常措置下의 人權保障에 관하여는 어느 意見의 一致가 없었음을, 그리고 여섯째로 든 立法등에 대한 司法審査의 制度의 日本 印度 및 Malaysia에서의 어느

程度의 成功을, 그리고 Indonesia 같은 大陸法系 나라에서의 限界(내지 失敗)를 言及하는데 그치고 있다.

일곱째로 든 聯邦制度, 여덟째로 든 執行府 組織原理, 그리고 아홉째로 든 憲法改正方式에 관하여는, 필경 아세아 各國에 있어서의 그 多樣性 때문이라 생각되지만, 個個國家의 多様な 制度를 言及하는데 그치고 있다. 다만 憲法改正과 관련하여 日本은 단 한 번의 改正도 없었으나 印度와 Malaysia가 잦은 改正을 實行하고 있는데 이점 흥미롭다.

二

이 책의 結論 또는 綜合的인 部分을 위에서 간략히 소개하였거니와, 이 책의 決定的인 點이 있다면 比較의 焦點을 美國憲法이 아세아 여러 나라에 미친 影響에 限定시켰다는 點일 것이다. 그러므로 美國憲法이라고 하는 모델 以外에는 아무런 比較의 모델이나 理論이 없다. 이 點은 編者 자신이 批判하고 있는 포인트(pp.9~10)일 뿐만 아니라 外國의 特定한 憲法의 爭點의 生態學的 要請(p.10)에도 反한다. 그러므로 「살아있는 憲法」의 問題, 즉 어느 나라가 가지고 있는 特定の 法이나 制度가 얼마나 살아 있어서, 그 法이 作用하며, 그 制度가 本來의 機能을 遂行하고 있는가 하는 質問을 提起하면 이 책에서 行하고 있는 制度的 比較考察만으로는 아무런 答辯을 줄 수 없다. 憲法의 本質이 權力的 制約 내지 合理化에 있다면 아세아 여러 나라에서 憲法이 이에 成功하고 있는가 하는 質問에는 더구나 속주 무책이다. 그러므로 의미심장한 진정한 比較는 憲法社會學에 基礎를 둘 때에 達成될 수 있다는 것이 이 評者의 생각이다. 憲法現象의 背後에 있는, 人間에 의한 政府가 아니고 法에 의한 政府, 法支配의 原理가 社會構造의 한 部分으로 되고 있느냐, 政黨發達の 程度가 어떠한가, 社會諸勢力間의 勢力均衡(즉 多元主義)이 어느 程度 이루어져 있느냐 하는 質問 등이야말로 法制度의 意味있는 理解, 意味 있는 比較를 위하여 반드시 알아야 할 質問중의 하나라고 생각된다.

다만 이러한 심각한 아쉬움 내지 缺點에도 불구하고 위에 든 아홉개의 主題別로 論議한 憲法의 資料의 풍부함에 의하여 어느 程度는 補償된다고 생각한다. 아세아에 관한 限 이제 始作段階인 比較憲法學의 現水準에 비추어 「美國憲法이 아세아에 미친 影響」을 中心으로 한 制度의 比較는 불가피한 唯一의 現實的 接近方法인지도 모르겠다.

또 하나 지적하고 싶은 點은 한 章마다 한 나라를 다룬 그것만 가지고는 憲法社會學의 分析에 관한 욕심을 부리지 아니한 制度的 側面만의 그 나라 憲法의 全部를 보기에 不足하다는 事實이다. 그뿐만 아니라 한 나라를 다룬 各章마다 그 量이나 質에 있어서 상당한 差異를 보이고 있어서 어떤 것(例컨대 Bangladesh나 Indonesia 등에 관한 章)은 皮相的인 分析이다 하는 느낌을 주는가 하면, 어떤 것(例컨대 印度에 관한 章)은 상당히 깊이 있게 그 나라에서 부각되고 있는 問題點(司法審査와 憲法改正과의 關係, 특히 財產權保障과 社會立法과 關

聯하여)을 파헤친 質 높은 것도 있다. 이와 關聯하여 日本에 관한 章에서 著者は 日本 司法府의 消極性을 지적하면서 憲法에 規定된 基本權의 實現을 위하여 司法府의 積極性이 要望된다고 하는 見解는 하나의 卓見일 수 있겠다고 생각되지만, 美國에서의 二重基準의 原則과 國家行爲(state action)의 理論에 관한 著者の 理解 및 國家行爲 理論의 導入이 바람직하다는 見解 등은 너무 皮相의이거나 「나이프」하다는 印象을 받게 한다. 在日僑胞의 差別待遇에 관하여 전혀 言及이 없는 것도 不滿中의 하나이다.

英國植民地였던 나라가 法制度나 憲法에 있어서 英國의 影響을 크게 받았고 또 앞으로도 크게 받으리라는 點은 淸사리 理解가 간다. 그러나 마찬가지로 英國의 法制度 등의 遺産을 물려받고 있는 印度가 憲法制定에 있어서 美國文獻을 參照하고 美國專門家의 見解를 傾聽하였으며, 印度에 관한 章을 쓴 著者가 憲法의 實行에 있어서 美國의 影響이 적어가고 있음을 지적하면서 美國의 憲法的 經驗을 배울 것을 역설하고 있는 것과 대단히 대조가 되게 Malaysia 및 Singapore를 쓴 著者들이 英國 및 英聯邦에 屬하는 나라의 影響을 받았지 美國의 影響을 받지 아니하였다고 단호히 宣言하고 있는 事實(p. 131 및 p. 181)은 흥미롭고, 影響을 받았으며 繼續받고 있는 나라 가운데 印度를 들고 있는 것(p. 131)은 아이로직하게 까지 들린다. 英國의 傳統을 이어받은 것은 榮光이고 美國의 影響을 받은 것은 不名譽이라는 뉴앙스가 풍긴다고 들릴 수도 있기 때문이다.

三

우리나라 憲法教科書들은 거의 例外없이 풍부한 比較憲法的 資料를 포함하고 있어서 比較憲法教科書라고 불려도 손색이 없을 정도이다. 그런데 그 比較憲法的 資料는 英美佛獨 및 日 五個國의 그것이 中心이다. 우리 나라의 憲法學徒치고 이들 五個國의 憲法典, 判決例, 그 밖의 憲法慣行 및 實行(convention and practice)에 관하여 相當한 程度의 知識과 素養을 갖추지 아니한 사람은 없다고 하여도 過言이 아니다. 그러나 한편 이들 나라의 學者나 實務家가 우리 나라 憲法에 관하여 아는 知識은 白紙에 가깝다고 斷言하여도 또한 過言이 아니다.

우리보다 잘 사는 나라(또는 사람) —英國이나 美國과 比較하면 獨逸은 勿論 佛蘭西도 憲法的으로는 그렇게 잘사는 나라라고 할 수는 없을 것이다. —로부터 배울 것이 많다는 點에 관하여는 疑問의 餘地가 없다. 그러나 이에 못지 아니하게 못 사는 나라(또는 사람)로부터 배울 것이 많다는 것이 評者의 생각이다. 잘 사는 나라로부터는 어떠한 理由가 있기에 잘 사는지 그리고 어떻게 잘 사는지 배울 수 있지만, 못 사는 나라로부터는 어떠한 理由로 못 사는지 그리고 어떻게 못 사는지를 배울 수 있기 때문이다.

위에 본 바와 같이 憲法의 本質은 權力의 制約(restraint of power) 또는 制限된 政府(limited government)에 있다고 할 수 있다. 過去 植民地的 擄取의 經驗을 가졌거나 가지

지 아니하였더라도 우리와 비슷하게 또는 우리보다도 더 못 사는 非西歐的인 第三世界の 여러 나라가 憲法的으로 어떻게 하고 있는지 好奇心이 생긴다. 好奇心이야말로 學問的追求的 始發點이라고 믿어진다. 이러한 憲法的인 好奇心은 우리 나라의 憲法現象과 比較하게 되는 생각으로 이어지게 되는 것 같다. 憲法의 好奇心은 더 나아가 憲法現象에 관한 人類普遍的 眞理를 探求하려는 努力으로까지 이어질 수 있을 것이다. 대체 憲法이 무엇이길래 모든 新生獨立國家가 憲法典을 가지려 하고 歐美的 憲法理想을 追求하려고 하는 限에서는 모두 創意力을 發揮하거나 모방에 의하여 權力의 分立, 人權의 保障을 거기에 規定하여 保障하려고 努力하는가? 이러한 일련의 생각은 比較憲法學이란 무엇인가 하는 質問을提起케 하는 것 같다. 比較憲法의 궁극적 目標은 우리 나라 憲法이나 그 밖의 特定 憲法의 研究에서 提起되는 爭點에 대하여 또는 普遍的인 憲法現象의 研究에서 提起되는 爭點에 대하여 하나의 資料를 提供케 하는 데 있으며, 그 以上도 그 以下도 아니다. 比較憲法學을 위한 比較憲法學은 없다는 것이 評者의 생각이다¹⁾.

比較憲法學의 目標이 이러한진대 民族國家의 建設, 產業革命, 社會全般的 民主化, 富의 公平한 分配, 全面戰 등의 民族의 運命을 左右하는 重要한 發展的 및 政治·經濟·社會的 危機가 1世紀 또는 數世紀 以上에 걸쳐서 비교적 서서히 닥쳐 이를 차례로 극복하여 온 歐美 몇 나라의 現在의 憲法現象에서보다는 이같은 重要한 諸危機를 時間적 餘裕없이 한꺼번에 끌어 안고 있는 다른 많은 나라의 憲法的 經驗 — 失敗한 經驗, 成功한 經驗 모두 — 이 우리 나라 憲法 研究를 위하여는 더 價値가 있을 것이라 믿어진다(歐美에 관하여도 現在의 憲法實行보다는 우리와 비슷한 段階에서의 歷史的인 憲法經驗이 우리에게는 더 價値가 있을지 모르겠다).

이러한 觀點에서 이 책에 실린 이세아 여러 나라의 憲法的 經驗은 우리에게 많은 생각을 하게 한다. 가령 몇 世紀의 植民地歷史를 가지고 第二次大戰後에 獨立한 印度, 民主主義를 實行하기에 不利한 여러 政治·經濟·社會 및 文化的 要因들, 즉 우리보다도 經濟的으로 훨씬 못 사는 가난하고 世界에서 두번째로 많은 人口(6억)를 가지고 있으며 多樣的 言語와 民族을 포용하고 있는 印度가 民主的 政府形態를 잘 지켜오고 있는 것을 보면 놀랍다고 할 수 밖에 없다. 그런가 하면 1976年 現在로 42번(Malaysia 19번)의 憲法改正이 있었다는 事實을 알고 나면 그러면 그렇지 하다가도 內閣責任制的 政府形態, 法院의 司法審查權과 같은 큰 줄거리는 그대로 고수하여 오고 있는 事實에 이르게 되면 우리와 比較하여 놀라게 된다. 한편 印度憲政의 重要한 局面의 하나는 議會의 立法, 특히 財產權을 制約하는 社會經濟的立法에 대한 大法院의 違憲判決, 이에 대항하여 法院의 違憲審查權을 制約하는 議會의 憲法改正, 改正된 憲法條文에 대하여까지 司法審查를 斷行하여 그 效力을 否認하는 大法院의 反擊 등으로 이어지는 大法院과 議會와의 對決의 事實에 이르게 되면 그 나라의 憲法的

1) 崔大權, 比較憲法學이란 무엇인가, 月刊考試 1980년 9월호 58-99面(59面 參照).

問題가 그렇게 단순치 아니함을 느끼게 한다. 그리하여 印度의 章을 다룬 著者(Tripathi)는 이러한 狀態가 바람직하지 아니한 것으로 診斷하고 政治過程의 多數가 支配하여야 할 爭點과 司法的 干與가 바람직한 爭點과를 적절히 區別하여 나아가는 美國憲法의 經驗을 배울 것과 美國의 經驗에 비추어 본 司法的自制를 호소하고 있다.

常識적으로 英國의 植民地였던 나라는 獨立후 대개 民主的 政府形態를 지속시키는 政治的 安定을 누리고 있음을 본다. 이러한 一般的陳述은 가령 Bangladesh(나 Pakistan)의 例를 들면 반드시 옳은 것은 아니지만 이 책에서 다룬 나라 가운데 英國植民地였던 印度, Malaysia 및 Singapore의 경우를 보면 위의 常識的인 이야기가 전혀 허무맹랑한 것만은 아닌 것도 같다. 佛蘭西나 和蘭, Belgium 등의 植民地였던 나라가 한결같이 政治的으로 不安定하거나 一人獨裁이거나 左傾한 나라인 경우가 대부분인 것과 대조가 된다. 이 책에서는 다루고 있지 아니하지만, 한 가지 點은 英國植民地였던 나라에서는 英國教育을 받고 英國式政治教養을 쌓은 소수의 유능한 現代人 指導者를 길러 놓아 이들에게 獨立한 後의 政權을 맡기고 英國이 철수하였던 點에 비추어 餘他의 나라의 植民地經營方式은 절저한 愚民政策에 기초를 두었기 때문에 獨立한 後의 訓練받은 民主的인 政治指導者가 없었고 따라서 말하자면 佛蘭西軍 上士였던 사람이 獨立한 新生國의 參謀總長이나 大統領이 되기가 일수였던 事實이다. 植民國家의 愚民政策의 功過와 함께, 民主主義的 政治秩序確立에 있어서만큼 政治指導者의 役割과 그가 남긴 先例가 決定的인 重要性을 가지는 것도 없다고 믿어진다. 新生獨立國의 民主的 政治秩序確立에 있어서 지명한 獨立運動家이기도 하였던 政治指導者(例컨대 Nehru)의 民主的指導力과 그 先例가 가지는 重要性은 아무리 強調하여도 지나침이 없을 것이다. 이같은 政治的 要因의 考案을 포함한 憲法社會學的 接近의 試圖가 전혀 없이 法的 制度的 考察에 그쳤다는 것이 이 책의 아쉬운 점 가운데 하나임은 건술한 바가 있다.