

韓國 憲法學 50年の 成果와 21세기적 課題

桂 禧 悅*

I. 한국 헌법학 50년의 성과에 대한 斷想—출발점

지난 50년간의 한국 헌법학의 성과에 대하여는 이미 많은 문헌이 나와 있고 방금 김효전교수께서 잘 정리하여 발표했으므로 몇 마디 소감을 덧붙이는데 그치려 한다.

첫째, 지난 50년을 돌이켜 볼 때 우리 헌법학이 발전하기에는 많은 제약이 있었다는 점을 우선 지적하지 않을 수 없다. 우리 헌법은 주지하는 바와 같이 우리 내부에서 자생한 이념에 기초하여 제정된 것이 아닐 뿐만 아니라 쟁취한 것도 아니다. 즉 헌법의 필요성도 고마움도 모르고 해방과 더불어 외세의 영향하에 헌법을 채택하게 되었고 그 내용도 우리 현실과 동떨어진 수입완제품에 가까운 것이었다. 따라서 국민의 헌법의식이 (국민이 헌법을 지키려는 의지가) 결여된 가운데 이러한 헌법이 제대로 운영될 수 없었던 것은 어찌면 당연하다고 할 수 있다. 우리 헌법의 운영이 반복적인 권위주의체제하에서 무수한 파행을 거듭해 온 것은 어찌면 당연히 치러야 할 -비록 그 값이 너무 비쌌다고 할 수 있지만- 대가라고 할 수도 있을지 모르겠다. 어쨌든 이점은 우리 헌법학의 발전을 크게 제약한 요인이라는 점을 지적하지 않을 수 없다.

이런 점을 감안할 때 근대적 헌법을 수용한 지 50년이라는 기간은 (1987년의 미국헌법 200주년, 1989년의 프랑스헌법 200주년과 비교할 때) 결코 긴 기간이 아니다. 이 기간도 우리 헌법학의 발전에 대한 -물론 보기에 따라서는 견해가 다를 수 있겠지만- 또 하나의 제약요인으로 볼 수 있을 것이다.

둘째, 이러한 제약조건하에서 비록 소극적이거나 헌법학이 거둔 성과를 이야기할 수 있다면 그것은 권위주의체제에 대한 반항으로 국민의 헌법의식이 점차 향상되면서 그것이 다시 헌법학의 발전에 영향을 주게 되었다는 점일 것이다. 즉 가혹한 권위주의체제하에서도 국민의 의식 속에 기본적 인권에 대한 인식이 뿌리를 내려왔고 그것이 우리나라의 민주화에 기여했다는 점과 이것이 다시 우리 헌법학에 헌법의 규범력을 제고하는 노력을(기울여 줄 것을) 요청하게 되었다는 점을 지적할 수 있을 것이다.

셋째, 헌법학 자체만을 볼 때 어느 정도 부분적이거나 학문으로서의 체계화가 시도된

* 高麗大學校 法科大學 教授

것은 70년대 이후 외국이론의 본격적인 소개가 이루어지면서부터가 아닌가 한다. 그러나 계속되는 헌정의 왜곡과 탈선으로 헌법학의 정상적 발전은 기대하기 어려웠고 80년대 후반에 와서야 비로소 어느 정도 환경이 조성되기 시작하지 않았나 싶다. 특히 1988년 헌법재판소의 구성은 헌법학 발전에 새로운 전기가 되었다. 문민정부의 출범은 권위주의체제를 청산하였고 헌법학의 자유로운 발전을 보장하였으며 그 활동공간을 넓혀 주었다.

넷째, 이상에서 본 바와 같이 솔직하게 말하자면 지난 50년의 성과를 이야기하기보다는 오히려 지난 50년간 우리 헌법학이 얼마나 비정상적으로 성장해 왔으며 어떠한 문제점을 안고 있는지를 지적하고 이를 개선하여 앞으로 어떻게 발전해 나갈 과제가 있는지를 이야기하는 것이 더 의미가 있지 않나 하는 생각이 든다. 헌법학에 관한 한 50주년은 축하의 해가 아니라 반성의 해로서 더 큰 의미를 가질 것이다.

II. 한국 헌법학의 특성과 문제점

여기에서는 한국 헌법학의 특징을 형성하는 동시에 문제점으로 지적할 수 있는 몇 가지 요소를 들고 이의 개선을 위한 방향을 제시해 보고자 한다.

첫째, 우리 헌법학은 사고의 개방성이 부족한 면이 있다(단한 헌법학의 문제). 그것은 헌법학의 구도가 憲政現實에 의해 제약되어 규정된 데 원인이 있다고 본다. 특히 분단으로 인한 이데올로기적 양극화와 이를 이용하는 독재정권이 계속됨으로써 우리 헌법학은 이에 대한(소극적) 대항수단으로 자연법적 헌법이론에 편향되거나 아니면 이에 야합하는 상황법학적 헌법이론(이른바 ‘생존의 기술’로서의 헌법)으로 타락하여 헌법과 헌법학의 정치도구화에 앞장섰고 또는 도피의 방편으로 외국헌법의 수입과 소개에 치중하여 왔다. 결국 정상적인 학문발전은 심각하게 저해되었다. 공개적인 커뮤니케이션을 전제로 하는 학문의 자유시장은 폐쇄되었고 연구자들은 자기세계로 가라앉았다. 이러한 상황에서 개방적인 자세로 여러 가지 가능한 의견들을 진지하게 생각해 보는 학문적 태도는 길러지기 어려웠다. 오늘날 우리 헌법학은 이념적, 투쟁적 대립의 구도를 벗어나 정상적인 법질서 상황하에서의 헌법수요에 부응하기 위하여 일방적인 주장에 치우치기보다는 균형잡힌 사고, 대안적 사고(Alternativdenken)를 가지기 위해 노력하여야 할 것이다. 즉 ‘열린 헌법학’을 지향해 나아가야 할 것이다.

둘째, 우리 헌법학은 비연속성을 특징으로 한다(斷續的 헌법학의 문제). 우리 헌법학은 그때 그때의 개정헌법을 설명하는데 급급해 온 감이 있다. 미네르바의 부엉이가 날아야 할 밤에 비정상적인 헌법변동이 반복되는 상황에서 헌법학은 때로는 무력감을, 때로는 좌절감을 맛보아야 했다. 우리 헌법학이 강단헌법학 내지 수험헌법학에 머무르고 있는 것도 따지고 보면 현실적으로 불가피한 수요에 부응하는 이상의 역할을 할 공간이 거의 없었던

데도 그 원인이 일부 있다고 본다. 우리 헌법학에서 전개되고 있는 이론이 거의 대부분 외국에서 수입되어 온 데다가 각인각색으로 이해되고 적용되다 보니 그 계보를 읽어낼 수 없게 되었고 전체적으로 짜임새가 없게 되어버린 감이 있다. 앞으로는 헌법학이 이론을 독창적으로 개발한 것이든 외국에서 가져온 것이든 그 전개에 있어서나 수정, 발전에 있어서 연속성을 가짐으로써 선후를 이해할 수 있도록 해야 할 것이다.

셋째, 우리 헌법학은 아직도 현실적·구체적 헌법문제로 관심을 넓혀가지 못하고 헌법 전반의 일반론적 설명을 중심으로 전개되고 있는 실정이다(일반적·추상적 헌법학의 문제). 헌법의 규범력이 사법적 구제절차 특히 헌법재판절차에 의하여 확보되지 못하고 있었을 때에는 헌법학도 추상적인 개념법학적 설명에 쉽게 만족할 수 있었다. 그러나 1988년 9월 구성된 헌법재판소가 제 역할을 하기 시작하면서 우리 헌법학도 '실무'를 염두에 둔 실천과학으로서 법학 본래의 임무를 외면할 수 없게 되었다. 이제 헌법학은 주요한 개별테마에 문제중심적 사고로 접근하는 심화된 연구성과를 내야 할 것이다. '전문화된 헌법학'의 수립이 시급하다고 하겠다.

넷째, 우리 헌법학은 그 동안 학문으로서의 방법론적 성실성, 논리적 일관성, 학문적 체계화에 미흡했다는 점을 고백하지 아니할 수 없다(학문적 헌법인식수준의 문제). 헌법에 대한 이해(헌법관)에 있어서건 기본권이론에 있어서건 분명한 관점에 서서 일관된 논리를 전개하려는 노력이 충분치 않았다. '학문으로서의 헌법학'을 정립하려는 근본적인 반성이 요구된다고 하겠다.

다섯째, 우리 헌법학은 수입헌법학이라고 부를 수 있다(수입헌법학의 문제). 근대법의 계수단계에서 일제에 의한 단절로 자생적 법학, 자생적 헌법학의 성장이 원천적으로 봉쇄되었다. 우리 법학 전반에 있어서의 수입법학현상이 헌법학에 있어서도 예외가 아니다. 해방 이후 오늘날에 이르기까지도 일본법학의 큰 영향을 부인하기 어려운 형편이다. 다만 국가를 전제로 하는 헌법학은 일제하에서 연구될 여지가 없었고 일본헌법학 자체도 외국헌법학의 그늘하에 있는 관계로 다른 법학분야보다는 일본헌법학의 영향에서 비교적 빠르게 벗어나고 있다. 70년대 이후부터는 독일헌법학의 영향이 일단은 압도적이다. 법실증주의 헌법이론(G. Jellinek, H. Kelsen), 자유주의적 시민적 법치국가의 헌법이론(C. Schmitt), 통합론(R. Smend) 등이 오늘날 한국헌법학에 많이 논의되고 있는 것을 보아도 알 수 있다. 유신헌법이 프랑스헌법을 모델로 한다는 생각으로 프랑스헌법에 관심을 기울이게 되면서 시작된 프랑스헌법학 연구도 우리 헌법학에 서서히 영향을 줄 것으로 보인다. 미국헌법학에 대한 관심은 미군정시대에 이미 그 영향의 일단을 볼 수도 있으나 특히 최근에 부쩍 늘어나고 있다.

우리 헌법학이 이러한 수입헌법학의 단계를 벗어날 만큼의 자생력을 이미 확보했는가는 각자의 판단에 맡기겠다. 다만 아직도 외국헌법학에서 입법론적으로나 해석론적으로 여전

히 배워야 할 점이 많다는 것을 부인하기는 어렵다. 그러나 '어떻게'의 문제를 새로이 생각해 볼 단계에 와 있다. 과거 입헌군주국가시대의 헌법이론이라든가 자유주의시대에 형성된 헌법이론을 현대의 민주주의 헌법이론과 함께 뒤섞어서 무비판적으로 받아들이는 태도는 지양되어야 한다. 현대민주주의와 다원적 산업사회에 맞는, 즉 시대에 맞는 헌법이론을 선별하여 수용하여야 할 것이고 나아가 그것을 자기 것으로 소화하여 새로이 발전시키기 위하여 노력할 단계에 왔다고 본다. '우리시대에 맞는 자주적 헌법학'의 수립이 고대된다고 하겠다.

이상에서 살펴 본 것처럼 우리 헌법학은 닫힌 헌법학으로부터 열린 헌법학으로(개방성), 단속적 헌법학으로부터 연속적 헌법학으로(연속성), 일반적 헌법학으로부터 전문적 헌법학으로(전문성), 방법적으로 불충분한 헌법학으로부터 학문성을 확보한 헌법학으로(학문성), 그리고 수입헌법학으로부터 자주적 헌법학으로(자주성) 발전되어 나가야 할 것이다. 물론 여기에 우선순위는 없다. 이 모든 것으로의 동시적 노력없이는 진정한 의미에서의 '학문으로서의 한국 헌법학'을 말하기는 어려울 것이다.

III. 향후 과제 : 당면 과제와 21세기적 과제

우리 헌법학과 이를 담당하는 헌법학자들은 우리 사회가 기대하고 있는 역할을 다해야 할 것이다. 정치적 상황의 변화에 따른 우리나라 자체의 새로운 헌법적 수요에 대응할 필요가 있고 그러면서도 세계사적인 조류에 눈뜨고 있어야 할 필요가 있다. 여기에서는 헌법과 헌법학의 당면 과제와 21세기적 과제를 나누어 보려고 한다.

우선 우리 헌법학과 헌법학자들의 당면 과제는 기본적 인권을 보장하고 권력을 통제하는 헌법 본래의 기능을 회복하는 데 기여하는 것이 아닌가 한다. 기나긴 헌정의 왜곡으로 헌법은 그의 '헌법적 성격'뿐만 아니라 그의 '법적 성격'조차도 지키지 못해왔고 이러한 현실을 헌법학은 숨쉬기도 감감한 상황 속에서 '현실'로서 받아들이는 외의 방법을 알지 못해 왔다. 1987년 국민의 6월항쟁 이후 전개되어 온 새로운 정치적 상황은 우리 헌법학으로 하여금 뼈저린 자기반성과 더불어 헌법에 본래의 존엄성을 돌려주고 이를 지키기 위한 배전의 노력을 요구하고 있다고 본다. 최고법이자 기초법으로서의 헌법의 권위를 회복하기 위하여 헌법에 의한 정치권력의 통제를 실현하고 기본권을 실질적으로 보장하여 국민의 헌법의식을 제고함으로써 과거에로 돌아가지 않기 위한 방과제를 쌓는 데 헌법학은 자기역할을 다해야 할 것이다. 이를 위한 몇 가지 헌법학의 당면 과제를 예시해 보면,

첫째, 권력의 제도화·민주화에 기여하는 헌법이론을 발전시켜야 한다. 역사적 전통이라든가 정치문화로 인해서만이 아니라 일부 헌법학의 권력영합적 태도로 인하여 소위 학문적인 정당화가 시도되기까지 한 '權力의 人格化'를 지양하고 법치국가적으로 제도화된

권력만이 헌법적으로 존재가능하다는 것을 분명히 하여야 한다. 이를 위하여 헌법상의 국가권력구조에 대한, 특히 대통령의 헌법상 지위에 대한 심화된 연구가 필요할 것이다. 이는 특히 헌법의 자기보장성으로 말미암아 권력 스스로의 헌법준수를 강제하는 권력체제를 갖지 않고서는 헌법의 규범력 확보가 어렵다는 점을 상기할 때 시급한 과제라고 볼 수 있다.

둘째, 헌법수호에 기여하는 헌법이론을 발전시켜야 한다. 한국의 헌정사는 사실상의 권력을 정당화하기 위한 헌법개정과 소위 그러한 헌법에 합치하는 또는 때로는 그러한 헌법조차도 무시하는 헌법 파괴적인 초헌법적 권력에 의해 오욕으로 얼룩져 있다. 우리 헌법학은 헌법의 가장 기본적인 관심사인 기본권과 아무런 관련이 없는 오로지 권력지향적인 헌법개정이 불가능하도록 그 한계를 분명히 해야 할 것이고, 권력자에 의한 헌법파괴를 예방할 수 있도록 대통령의 긴급권에 대한 행사요건과 한계를 분명히 밝혀야 할 것이며, 나아가 헌법재판제도가 보다 더 활성화되어 정치적으로 예민한 헌법문제에 대하여도 유보적 태도에서 벗어나도록 이론적 뒷받침을 해주어야 할 것이다.

셋째, 국민주권의 실질화에 기여하는 헌법이론을 발전시켜야 한다. 그 동안 프랑스헌법이론의 영향으로 純粹代表制(régime représentatif pur)와 半代表制(régime semi-représentatif)에 대한 논의라든가 nation주권과 peuple주권에 대한 논의가 있어 왔다. 이러한 논의도 필요하지만 보다 중요한 것은 우리 헌법학계가 그 동안 정치현실로 인하여 국가의 사형성과정에서 격리되다시피 한 국민들에게 진정한 주권행사자로서의 지위를 돌려주기 위하여 노력해야 할 것이다. 국민주권에 대한 논의에 있어서 특히 대의제도, 언론, 출판, 집회, 결사의 자유 등 정치적 기본권의 우위성, 당내 민주주의의 문제 등에 대해 보다 많은 관심을 기울여야 할 것이다.

넷째, 국민의 기본권을 실효성있게 보장하는 데 기여하는 헌법이론을 발전시켜야 한다. 미흡하기 짝이 없는 신체의 자유의 실질적 확보를 위하여 법원·검찰의 실무에 있어서 헌법적 형사소송의 이념이 구현되도록 헌법학이 노력해야 할 것이다. 무엇보다도 구제수단 없는 권리는 그 자체로서는 무의미하다는 점과 권리의 보장은 권리자 스스로가 그 권리를 지킬 수 있는 권리까지 보장함으로써 비로소 완결된다는 점을 명심하여 사법적 권리구제 절차를 절차법적으로 완비해 나가도록 요구해야 할 것이다. 또한 오늘날의 사회국가에 있어서 자유권의 보장만으로는 자유권조차 제대로 보장되기 어려우므로 근로자, 장애인, 생활무능력자 등 사회적 약자에 대한 헌법학적 관심이 요청된다. 경제발전과 그로 인한 전체국민의 생활수준의 향상으로 말미암아 사회보장의 실질화 요청을 개별법률의 차원에, 즉 입법자의 광범한 재량적 판단에만 맡겨두기는 이미 어렵게 되었다. 특히 우리 헌법상의 사회적 기본권목록은 헌법학 연구자들의 개척의 손길을 기다리고 있다고 해도 과언이 아니다.

다섯째, 헌법적 계몽을 위한 노력이 헌법학에 기대된다. 지금까지 헌법은 최고단계의 법

규범으로서 재판상의 法源으로서 응당 누렸어야 할 충분한 규범적 효력을 발휘하지도 못했고 그로 인해 법학교육에 있어서나 법조실무에 있어서나 그 정당한 비중을 확보하지 못해 왔다. 대륙법계 국가이건 영미법계 국가이건 헌법학이 법실무에 있어서도 근간이 된다는 점은 부인할 수 없는 것이고 다만 우리나라의 정치현실이 헌법학을 도구화·수단화 되도록 강요함으로써 근대법의 이념적 바탕인 헌법교육이 소홀히 된 감이 있다. 따라서 헌법 내지 헌법학이 법학교육 및 법조실무자 양성과정에서 정당한 몫을 차지하도록 헌법학은 특별한 노력을 기울여야 할 것이다. 나아가 오늘날의 법치국가는 법치국가를 이해하는 시민 없이는 기대할 수 없는 것이므로 민주시민 교양교육, 즉 정치적 계몽교육의 일환으로서 일반교양교육이나 사회교육의 틀 안에서도 헌법을 교육할 필요가 있고 헌법학이 이를 주도하여야 할 것이다.

다음으로 우리 헌법학과 헌법학자들은 이제 5년 남짓밖에 남지 않은 21세기에 대비하지 않으면 안되는 상황에 처해 있다. 이에 대비하기 위한 몇 가지 과제를 예시해 보면,

첫째, 헌법학은 통일에 대비하지 않으면 안된다. 현재의 상황을 전제로 할 때에도 남북한의 법적 지위 내지는 남북한 관계의 법적 성격과 관련하여 헌법상의 영토조항과 통일조항을 둘러싼 논의가 아직 매듭되지 않은 상태이다. 또한 통일국가의 기초가 되어야 할 헌법원리라든가 통일방법 내지는 통일절차에 대한 헌법적 요청에 대한 숙고가 더 필요하다. 그 밖에도 통일의 구체적 진행에 있어서의 많은 문제에 대한 헌법적 대응(인도적 범죄를 저지른 자에 대한 처벌문제, 재산권 귀속문제, 법질서 통합문제, 司法 통합문제 등등)이 연구·검토되어야 할 것이다.

둘째, 헌법학은 과학기술의 급속한 발전에 대비하여야 한다. 오늘날 우리 사회는 과거 전혀 예상도 하지 못했던 새로운 과학기술의 발전과 그에 수반되는 도전에 직면해 있다. 환경(Umwelt)문제는 이제 새로운 헌법원리의 하나로서 환경보호국가(Umweltschutzstaat)를 논의하지 않을 수 없는 현안이 되어 있다. 유전공학(Gentechnologie)의 발전은 종래의 인간관을 위협하고 있고 인간의 존엄성을 기초로 하는 헌법질서에 어려운 문제를 야기하고 있다. 산업사회를 넘어서 정보화사회로의 발전은 정보보호(Datenschutz)문제를 개별법률의 차원에서 뿐만 아니라 헌법적 차원에서 논의하지 않을 수 없게 하고 있다. 정보혁명은 권력에 집중되는 경향에 있는 정보의 대중화에 성공함으로써 민주주의 논의에 새로운 시각을 요구하고 있는 반면에 개인의 프라이버시가 대책없이 노출되어 인격권에 심각한 위협이 되고 있다.

셋째, 헌법학은 질서의 기본패러다임에 대한 세계적인 변화를 예의 주시하여야 한다. 이러한 변화를 선도까지는 못하더라도 변화의 내용과 방향을 꾸준히 연구·검토해 나감으로써 한국 헌법학의 수준을 유지할 수 있고 세계 헌법학계에 자기 목소리를 낼 수 있을 것이다. 무엇보다도 헌법의 기본인식틀의 변화에 대비해야 하는데, 우리 헌법의 바탕이 되어

있는 근대헌법적 준거틀(reference framework)에 대한 반성이 제기되고 있음을 주목하여야 할 것이다. Nationalism의 극복요청과 Globalization(세계화)의 대두라든가 Modernism의 극복요청과 Postmodernism의 대두('개인'에서 '사회'으로 중점의 이동) 등이 우리를 긴장시키고 있다. 자유주의적·시민적 법치국가의 사고틀이 사회국가의 사고틀에 의하여 광범하게 변화를 겪어 온 것처럼 새로운 생각의 대두가 우리의 국가질서의 장래를 규정하게 될지도 모르므로 젊은 학자들의 관심을 촉구한다.

IV. 마치면서

마지막으로 우리 젊은 헌법학자들에게 한 마디 당부하는 것으로 지평토론을 마치려고 한다. 오늘날 헌법학의 영역에 있어서 연구여건의 질적·양적 변화를 실감할 수 있다. 무엇보다도 과거와 같은 학문의 자유에 대한 침해위협이 거의 제거되고 있다는 점을 특히 강조하지 않을 수 없다. 또 선진제국과의 학문적 교류에 있어서 왕래의 부담도 많이 줄어들었을 뿐만 아니라 정보통신기술의 발전으로 자료입수, 정보교환에 큰 어려움이 없게 되었다. 이러한 상황에서 90년대에 들어와 우리 헌법학계의 세대교체가 활발히 진행중인 것으로 알고 있다. 한 사람의 헌법학자로서 안타깝기 그지없는 학문여정을 걸어 올 수밖에 없었던 선배의 입장에서 후학들이 학문적 에너지를 마음껏 발산하여 미래의 한국 헌법학을 세계적인 수준으로 끌어 올려주길 간절히 바란다.