

韓國 憲法學 50年の 成果와 21세기적 課題

權 寧 高*

I.

그 동안 憲法書誌學에 있어 독보적인 노력과 성과를 이루어 온 金孝全 교수의 발제논문은 우리 헌법학 50년의 지나온 발자취를 놀라울 정도로 잘 정리하여 종합화하였다고 본다. 물론 한국 헌법학 50년에 대한 회고를 함에 있어 그 출발점을 이루는 것은 헌법 및 헌법학에 관련된 여러 사실들의 체계화가 아닐 수 없다. 그러나 지난 반세기 동안 축적된 여러 잡다한 사실들의 단순한 記述과 집대성 그 자체가 憲法學史일 수 없듯이 그 성과를 점검하고 앞으로의 과제를 가늠해 봄에 있어서는 헌법학에 관한 뚜렷한 인식과 방향설정이 전제되어야 할 것으로 보인다.

따라서 헌법학 50년의 성과를 단순히 취합하고 종합화함보다는 진정한 「韓國憲法學」이 과연 존재하였는가에 대한 진지한 성찰로부터 비롯되지 않으면 안될 것이다. 왜냐하면 그 같은 반성의 토대 위에서만 비로소 우리가 안고 있는 과제와 전망의 지향성에 대한 논의가 시작될 수 있을 것이기 때문이다. 결론적으로 미리 지적한다면 지난 50년간의 우리 헌법학에 대한 평가는 결국 한국적 헌법학의 正體性 결여 내지 미흡으로 요약된다고 하여도 지나침이 없을 것이다. 이는 헌법학이 바로 그 인식의 대상으로 삼게 마련인 우리 헌법의 지난 반세기간 변화를 개정을 중심으로 하여 몇 단계로 나누어 살펴 보더라도 어김없이 검증될 것임은 분명하다.

다시 말해서 제헌헌법의 경우도 그러하였으나 그 뒤 아홉 번의 헌법 개정을 거치면서 외국헌법의 繼受와 의존은 날이 갈수록 더욱 심화되어 왔다 할 것이다. 그 결과 자생적인 우리의 헌법현실 내지 정치문화와는 동떨어진 憲法典의 내용이 그 주류를 이루고 있다고 보아 크게 틀림이 없을 것이며, 이에 대한 헌법해석학의 기본내용과 논리구성 또한 외국의 것에 의존해 오고 있는바, 1970년대 이후 歐美의 유학과 헌법이론가들이 집중적으로 귀국해 음에 따라 그 같은 경향은 더욱 더 심화되어 오고 있다 할 것이다. 바로 이같은 점에 비추어 발표자의 논문은 지난 50년간의 우리 헌법학에 대한 단순한 회고의 측면에 지나치게 치우쳐 있는 나머지 우리 헌법학의 正體性 결여의 원인과 문제점에 대한 분석이 균형있는 수준으로 심도있게 다루어지지 못하지 않았는가 하는 점이 지적되지 않을 수 없겠다.

* 中央大學校 法大 教授

II.

헌법학에 대한 평가의 또 다른 출발점은 헌법이 갖는 본질적 특성에 관한 이해로부터 비롯되지 않을 수 없다. 우선 헌법규범이 갖는 강력한 정치성에 비추어 헌법학 연구는 단순히 법학적인 접근으로써만 국한될 수 없다는 점이다. 이렇게 볼 때 정치학·사회학을 비롯한 다양한 사회과학적 접근방법이 적어도 우리 헌법학에서는 크게 소외되어 왔지 않는가 하는 반성이 당연히 지적되어야 하겠다. 보기에 따라 이것은 단순히 헌법학에 국한되는 문제라기 보다는 우리나라 법학 일반에 타당한 과제가 아닐 수 없을 것이다. 무엇보다 독자적 학문성을 갖기 위하여서는 독립된 인식대상과 더불어 독립된 방법론이 그 전제를 이루어야 됨은 너무도 당연하다고 할 것이다. 우리 헌법학 교과서가 그러하듯이 헌법학 방법론을 다룬 논문이 별로 눈에 띄지 않음은 물론이고, 한국공법학회나 한국 헌법학회가 방법론을 주제로 논의한 적이 없었던 바 이는 인접 사회과학분야의 경우에 비추어 보더라도 그 낙후성이 뚜렷하다고 하겠다. 이것의 연장선상에 나타나는 현상으로 지적될 것은 헌법학 분야에서 微視的 연구는 지난 반세기를 거친 결과 이제 상당한 수준으로 그 성과가 축적되고 있으나 巨視的 분석의 성과는 거의 찾아보기 힘들어 사실이다. 굳이 따진다면 이는 방법론상의 취약성에 귀결된다고 할 것이다.

다음으로 헌법이 갖는 강력한 역사성과 가치성에 비추어 볼 때 우리 헌법학은 법철학적, 법사상적, 법사학적 측면의 연구 또한 풍부하게 이루어내 오지는 못함이 사실이다. 세 번째로 지적될 수 있는 것은, 어느 경우에도 공통적이지만 특히 후진국의 경우에 의례껏 더욱 두드러지게 마련인 헌법규범과 헌법현실 사이의 엄청난 괴리는 사실 헌법사회학의 寶庫가 아닐 수 없음에도 불구하고, 그 같은 접근방법 내지 연구 또한 미흡하였다고 하겠다. 그 결과 지난 50년간 우리 헌법학은 한마디로 요약할 때, 憲法典에 대한 단순한 헌법 해석학의 낮은 수준에 머물러 왔으며, 그나마도 헌법의 개정이 거의 대부분의 경우 정치적 파행의 반영이었다. 그 결과 이 파행의 헌법에 대한 헌법해석학은 기성적 정치변화와 그 체제를 단순히 합리화하는 논리구성에 급급한 나머지 官邊憲法學의 수준에 머물러 왔다고 해도 과언이 아니다.

1970년대 이후 본격화되고, 특히 1980년대 이후 歐美에서 -주로 독일에서- 수학한 헌법학자들이 대거 귀국하면서 외국의 문헌과 이론들이 홍수처럼 소개되기 시작하였다. 그 결과 외견상으로는 우리 헌법학의 양과 질에 있어 새로운 지평을 열면서 내용 또한 풍부하게 소개되는 듯하여 왔고, 90년대 이후 현재까지 그같은 경향은 지속되고 있음이 분명하다. 다만 여기서 지적되어야 할 것은 앞에서 이미 전제하였듯이 그 같은 외국 헌법학, 특히 독일 헌법학의 소개와 우리 헌법현실에의 적용은 한국 헌법학의 正體性을 확립하는데 기여했다기 보다는 오히려 한국 헌법학의 정체성을 낮은 수준 내지는 아예 없는 수준

으로 까지 낮추어 외국 헌법학에 예속화시키는 결과를 초래하였다고 하겠다.

한마디로 헌법교과서 내지 헌법학 관련 몇몇 논문집들이 반드시 한국 헌법학의 현주소를 가장 정확히 반영하는 것이냐 하는 점에 대하여서는 사실 異論이 있을 수 있다. 굳이 따진다면 教科書憲法學이라고까지 부를 수도 있겠으나 교과서가 갖는 자기 한계성, 이를테면 추상적 명제를 단순히 합리화하거나 또는 지나치게 일반화하거나 논리의 일관성에 불필요하게 집착하는 등의 병폐를 낳는 결과, 그 내용에 있어 오늘날 거의 시대반동적이라 할 이론들을 아직도 교과서의 기본틀로 삼고 있는 등의 여러 문제점들은 경우에 따라 우리의 헌법학을 오도하고 있음도 결코 지나칠 수 없다고 하겠다.

요컨대 대표적인 우리 헌법학의 몇몇 교과서들에 있어 한국 헌법학에의 기여도를 가늠해 볼 때 功과 過나 明暗이 교차함도 지적되어야 하리라 본다. 그러나 대표적인 몇몇 헌법학 교과서들이 그래도 한국 헌법학의 현재까지의 성과를 대표한다는 점에 있어서는 아무도 이론을 제기할 수 없을 것이다. 이렇게 볼 때 헌법학 이론서, 체계서, 수험서, 비교헌법학서, 헌법판례평석서 등의 내용을 종합적으로 수록하고 있다 할 이들 교과서의 내용은 굳이 따진다면 우리 헌법학의 독자성과 독자적 체계성을 구축하고 있다기보다 독일 헌법학의 이론적 성과를 큰 반성과 분석 및 시대적 검증이 결여된 가운데 단순한 요약·정리를 거쳐 집중적으로 수용한 것이 아닌가 하는 의심을 떨구칠 수 없다.

더구나 같은 독일의 국가이론, 헌법이론 및 헌법제도의 경우에도 독일 특유한 연방국가성과 시대상을 반영하고 있거나 적어도 그에 크게 채색된 것임에도 불구하고 그들을 단순히 조립한 측면이 없지 않는바, 그 결과 이념적 適實性이 크게 문제된다고 할 것이다. 뿐만 아니라 후발 산업국가, 후발 국민국가, 지연된 국가통합, 이념적 방향과 혼란 등으로 점철된 독일적 이론이 비록 그 논리적 정교성에도 불구하고 그것이 20세기 후반 신생 한국의 조건에 수평적으로 응용될 수 없는 경우 또한 많음에 눈을 돌려야 할 것이다. 더구나 같은 독일 헌법이론이라 하더라도 엘리네크, 라반트, 안슈츠, 켈젠, 슈미트, 스펜트, 헷세 등 이념적 定向이나 법학적 자리매김에 있어 상호 크게 편차가 있음에도 우리 헌법학 교과서적인 이론 구성의 틀을 이룸에 있어 다소 무분별한 수준으로 활용되고 있음은 크게 문제라 할 것이며, 앞에서 지적한 바와 같이 한국 헌법학의 정립에 긍정적 기여와 害惡을 교차시키고 있음을 보게 된다. 물론 정치제도와 기본권 영역의 일부분에 있어 미국의 헌법학, 특히 헌법 판례들이 소개되고 법제화되는 사례도 적지 않음을 부인하는 것은 아니다. 다만 우리 헌법학의 전체적 체계를 구성함에 있어 그것이 골격을 이룬다고 할 수는 없다고 하겠다.

마지막으로 독일이론의 왜곡된 한국적 적용이 갖는 대표적 문제점 하나만을 예로 들기로 한다. 우리 헌법을 제정하던 1948년에 있어 헌법 입법자의 안목과 판단을 당시의 여러 제약에 비추어 볼 때 오늘날 반드시 탓할 수는 물론 없다고 하겠다. 다시 말해서 유진오

박사의 학문적 수련과 이론적 안목 및 시대적 조건에 비추어 19세기말적 독일국가학에 풍미하였던 엘리네크류의 이른바 국가 3요소설은 우리 제헌헌법 제1조, 2조, 3조에 그대로 반영되었던 것이다.

그 뒤 9차례의 헌법개정이 있었음에도 불구하고 47년이 지난 오늘날까지 헌법학계에서 이에 대한 논의가 크게 미흡하였거나 아예 없었음은 분명 문제로 지적하지 않을 수 없다. 그 결과 국민조항과 영토조항은 남북한 관계에서 끊임없는 갈등의 진원지였으며 급기야 제9차 개헌에서 현행의 제4조를 삽입하는 식의 편법을 낳게 하였다. 이는 같은 분단국의 헌법으로서 「본」 기본법이 이를 통찰력 있게 처리하여 헌법화한 사례에 비추어 보면 충분히 확인된다고 할 것이다. 뿐만 아니라 헌법의 개념, 주권이론, 헌법제정·개정이론, 특별권력관계이론, 기본권제한이론, 정부제도관련이론 등 술한 영역에서 시대착오적이고 무분별한 외국이론의 수용과 그에 따른 한국적 適實性의 문제가 지적될 수 있을 것이다.

III.

발제자가 지적한 우리 헌법학의 당면과제 및 21세기적 과제 가운데는 통일헌법의 준비와 같이 한국의 경우에 특수한 헌법학과제와 더불어 비단 한국에만 국한될 수 없는 일반적 과제도 있을 것인바, 특히 그 후자의 경우에 대한 논의가 다소 미흡하게 여겨진다. 흔히 “급격하고도 항상적인 변화(rapid and constant change)”야말로 지난 1세기를 특징지운다고 하나, 세계역사의 바로 이 시점이야말로 그같은 변화의 질과 양에 있어 중심기를 의미하지 않을 수 없는바 오늘의 변화는 이미 사회질서의 떼어낼 수 없는 한 부분으로 내재되어 있다고 할 것이다. 이 같은 변화의 動因 중 그 정점을 차지하는 것으로서는 「과학·기술혁명」을 당연히 꼽지 않을 수 없을 것이다.

이 같은 과학·기술혁명은 우리에게 실로 엄청난 헌법적 과제를 안겨주고 있음이 분명하다. 이를테면 유전자의 상업적 이용에 따른 개인의 유전적 정체성 상실과 인간복제의 헌법문제, 정보통신의 경이적인 발달에 따른 여러 헌법문제—음란규제불능, 정보조작, 사생활의 비밀과 자유, 정보공개, 개인신용정보—, 정보에 대한 배분적 정의의 문제, 정보주권의 문제 등이 이에 해당된다.

오늘날 국가목적, 국가성격과 기능은 엄청난 속도로 변화를 겪고 있음이 분명하다. 알타체제의 해체와 사회주의 이념국가의 붕괴 및 WTO체제의 등장은 국가성격의 변화를 예고함과 더불어 헌법학의 전통적 토대에도 근원적 변화를 초래하는 하나의 전주곡이기도 하다. 이미 1970년대 이후 「비판법학」, 법경제학, 포스트모더니즘법학 등으로 대표되는 변화의 조짐이 일어났었고, 미국의 경우도 「The 21st Century Constitution」 등을 통하여 21세기적 요청에 따른 헌법적 대응이 다각적으로 연구되어 오고 있음에 눈을 돌려야 할 것

이다.

발표논문은 “서구의 입헌민주주의가 정착되지 못하고” 있음을 지적하고 있는바, 과연 우리의 정치 전통 속에서 기성적인 서구의 입헌민주주의 제도가 정착되는 것이 가능한 것인가에 대하여서도 이제는 진지한 의문과 논의를 전개하여야 되리라 본다. 다시 말해서 그같은 서구적 연원의 제도를 작동시키는 이념이나 문화가 600여 년의 뿌리를 가진 한국의 유교적 ethos와 어떻게 조화될 수 있는가에 논의의 초점이 모아져야 되리라 본다. 특히 서구의 입헌민주주의는 과연 얼마만큼 보편적이고, 과학적이며, 객관적인가? 결국 “개인적”, “자유”, “권리”, “민주주의” 등의 개념들이야말로 보편적 타당성과 보편적 적용가능성을 당연히 지니게 마련인 개념이라기 보다는 특수한 문화적, 역사적 및 규범적 내용을 담고 있는 문화계약적 개념으로 보지 않을 수 없다. 비록 한국 헌법학의 지난 반세기는 앞에서 본 바와 같이 괄목할 만한 외형적 발전에도 불구하고 이같은 근원적 과제를 안고 또 다른 새로운 반세기로 발전적 출발을 하여야 함은 너무도 분명하다.