

〈특별기고〉

權寧星 교수의 學問歷程  
— “中庸”과 “批判”의 憲法學을 중심으로 —

申 宇 澈\*

I. 들어가는 말

그 동안 학문적으로나 인격적으로나 우리 헌법학계를 선도해 오셨던 큰 스승 권영성 교수께서 1999년 1학기를 마지막으로 1977년이래 22년 동안 봉직하시었던 서울대학교 법과대학을 떠나게 되었다. 주지하다시피 “권영성 헌법학”은 비단 공법학계뿐만이 아니라 법학계 전반에 있어서 더 이상 일개 “고유명사”에 그치는 단어가 아니다: 그것은 이미 오래 전부터 한국의 “표준적 헌법학”을 의미하는 “보통명사”로서의 지위를 획득하였다. 그러므로 권영성 헌법학의 체계와 구조를 규명하는 작업은 곧 한국헌법학이 생겨나온 역정을 되돌아보는 한 길이 되는 것이며, 그 방법론적 토대와 헌법이론적 한계를 궁구하는 작업은 곧 현재 한국헌법학의 좌표에 대한 비판적·발전적 자기성찰의 한 방편이 되는 것이다. 이런 의미에서 권영성 헌법학의 연구는 단순히 “헌법학설사” 연구의 한 페이지를 정리하는 작업에 그치는 것이 아니다: 이는 그 자체로서 “한국헌법학”의 연구에 값하는 의미심장한 작업이다.

“헌법은 정치에 의해서 만들어지는 ‘정치의 아들’이면서, 동시에 일단 법규범화하면 법규범의 내재논리에 따라 역으로 정치권력·정치과정을 규제하고 통제하는 ‘정치의 아버지’가 되기도 한다. 헌법은 정치의 아들로서 태어나 정치의 아버지 역할을 수행해야 한다는 데 그 본질적 속성이 있으며, 이러한 이율배반적 속성 때문에 헌법의 운명은 기구한 것일 수밖에 없다.”<sup>1)</sup>

하지만 권영성 헌법학을 제대로 이해하기 위해서 우리는 그것이 배경으로 하는 횡적-공간적, 종적-시간적 한계상황을 먼저 이해하여야만 한다. 헌법은 현실에서 나오는 것이지만 역으로 그 모태인 현실을 규제하는 것이기 때문이다: 이미 설파되었

\* 서울대학교 法學博士

1) 권영성, “헌법정신과 헌법현실,” 신동아, 1983. 7, 106쪽.

듯 헌법은 “정치적 아들”이면서 동시에 “정치적 아버지”라고 하는 야누스적 두 얼굴을 가진 존재이기 때문이다 — 이러한 헌법학의 “본질적 속성”상 헌법학자의 운명 또한 늘 “시대와의 불화”에 고민할 수밖에 없는 기구한 것인지도 모른다. 아무튼 권영성 헌법학이 형성되고 확립된 배경은 “동족간 전쟁의 참화, 만성화된 절대빈곤, 개발의 탈을 쓴 군사독재, 분단·대립의 고착화” 등으로 특징지을 수 있는 20세기 중후반의 한국이었다. “전쟁·빈곤·독재·분단”을 아버지로 하여 태어난 이 시대의 한국헌법(학)에게는, 그 태생의 한계를 극복하고 “평화·생존·민주·통일”로 나아갈 것이, 당시의 시대정신에 따라 이율배반적으로 그러나 또한 절대적으로 요청되고 있었다.

1950-60년대의 전후혼란기와 1960-70년대의 개발독재·군사독재기를 거쳐 1980-90년대의 민주화운동·민주회복기에 이르기까지, 한국현대사의 격랑기를 헤쳐온 우리의 선배학자들은 조국의 남루한 현실과 드높은 학문적 이상과의 간극에서 다양한 고민의 모습들을 보여주었다. 혹자는 근대화의 기치에 몸을 던져 현실정치에 적극 참여하기도 하였고, 혹자는 한 발짝 물러서 빛나가는 정치현실에 비판적 입장을 견지하기도 하였다; 혹자는 구미선진국의 제도적 외양에 현혹되어 우리의 현실을 망각하기도 하였고, 혹자는 전통을 방패삼아 국수(國粹)와 고답(高踏)의 성에 스스로를 윤택하기도 하였다. 한국사에 유래가 없던 이데올로기적 대립·극화·혼란의 시대에, 권영성 헌법학은 학문적 중심을 굳게 지키면서 현실에 대한 감시의 시선을 결코 놓치지 아니하는, “중용(中庸)과 비판(批判)”이라는 학문의 전범을 우리에게 직접 실증하여 주고 있다.

“다른 모든 것과 마찬가지로 헌법의 경우에도 절대적인 것, 만인을 만족시키는 헌법이란 가지기 힘든 것이다. 혼란과 무질서의 지난 1년을 회고하면서 이제 우리는 질서와 안정, 그리고 민주와의 조화적 구현이 얼마나 값진 것인가를 깨닫게 되었다. 비단웃이 아니라고 하여 비웃기만 할 것이 아니라 무명웃이라도 기워 입으려고 하는 예지가 아쉽다고나 할까.”<sup>2)</sup>

“헌법이란 우리에게 무엇이었으며 또 무엇이어야 하는가. … 5·16군부쿠데타를 시발로 일부 몰지각한 집단이 반의회주의적 수단으로 정권을 장악한 이후, 그들의 영구 집권을 위한 반자유민주주의적 지배장치가 바로 우리에게 강요된 헌법이었다. 그러기에, 우리는 알 권리도 말할 자유도 박탈당한 채 절곡 속에서 인고의 역사를 견뎌올 수밖에 없었고, 우리의 것이 아닌 그네들의 헌법하에서 민주화への 절규가 무참히 짓밟힐 때마다 우리는 좌절의 쓰라림을 반추할 수밖에 없었다.”<sup>3)</sup>

2) 권영성, 헌법학원론, 신고판 머리말, 1981. 2.

3) 권영성, 헌법학원론, 신정판 서문, 1988. 3. 17.

권영성 헌법학은 개혁과 참여의 미명하에 현실속으로 스스로를 매몰시켜 버리지도 아니하였으며, 그렇다고 눈앞의 현실을 외면한 채 죽림에 은둔하여 이론의 유희만을 농하지도 아니하였다. 남의 “비단옷”에 눈이 팔려 우리의 “무명옷”을 내팽개치지도 아니하였으며, 그렇다고 우리의 반자유민주적 현실을 “우리”의 것으로 체념하거나 왜곡하지도 아니하였다. 그것은 존재와 당위의 비현실적 이분법을 극복하여 현실속에서 “존재하는 당위, 당위적인 존재(Seiendes Sollen, gesolltes Sein)”로서 헌법학의 실상을 탐구하려는 시도였으며, 헌법학의 과도한 추상화·일반화를 지양함으로써 구체적으로 “우리 시대, 우리 자신의 헌법이론(‘die’ Verfassungslehre)”을 확립하려는 노력의 결실이었다. 이하에서는 권영성 헌법학에 대한 이러한 기본적인 이해를 바탕으로 그 구체적 내용들을 분석해보기로 한다.

## II. “權寧星 憲法學”의 토대

“무릇 고인의 어록 문자를 읽을 때, 일문일답과 일염일송(一拈一頌)의, 기봉이 날카롭고 언어가 미묘한 것으로 내 마음에 흡족히 여겨 이야기거리로 삼아서 안 될 것이요, 반드시 저가 어떻게 하여 이렇게 크게 깨달을 수 있었는가 하는 것을 살펴보아야 할 것이다. 그 가운데에는 공부를 지어갈 때의 각고용심한 경위를 스스로 서술한 부분이 있을 것이니, 이를 본 받아 행해야 할 것이다. 만약 그저 표절 모방하기만 한다면 비록 세월이 오래되고 입으로 온갖 언구를 말할 수 있을지라도 고인과는 아득하여, 비단에 새긴 꽃이나 종이에 그린 떡과 같은 것으로서 무슨 일을 이루었다 하겠는가.”  
— 운서주평의 <죽창수필> 중에서

인간이 인간인 것은 “인간이란 무엇인가”를 고민한다는 데 있다(cogito ergo sum). 마찬가지로 헌법학이 헌법학인 것은 “헌법학이란 무엇인가”를 고민한다는 데 있다. 오늘날 우리의 헌법학은 뚜렷한 “위기”의 징후를 보이고 있다: 헌법학의 방법론적 기초에 대한 무관심은 한편으로는 헌법학의 영역을 무한정 확대시키는 결과를 낳았고, 다른 한편으로는 헌법학의 “고유한” 영역을 무화(無化)시켜 버리는 결과를 낳았다. 우리 헌법학에 있어서의 이러한 방법론적 아나키스상황은, “개념지을 수 없는 것은 존재하지도 아니한다”<sup>4)</sup>는 헤겔의 언명에 따를 때, 헌법학 그 자체의 소멸로까지 몰아가고 있다해도 과언이 아니다. 오늘날 마치 고엽과도 같이 나부끼는 “국가부도”의 위기상황에서, “시장”의 매서운 채찍이 우리의 “국가”를 일개 온순한 가축으로 길들이고 있는, 말하자면 “헤게모니국가”에 의하여 강요된 신자유주의의 물결속

4) Hegel, “Die Verfassung Deutschlands (1802),” in: ders., Politische Schriften (1966), 23쪽: “독일은 더이상 국가가 아니다. … 개념지을 수 없는 것은 존재하지 아니한다. … 독일이 하나의 국가이어야 한다면, 현재의 국가해체적 상태는 … 곧 아나키로 지칭될 수밖에 없다.”

에서, 헌법학 내지 국가법학은 과연 그 생명을 부지할 수 있을 것인가. 가까운 실례로 가령 각종 국가고시의 시험과목으로서 헌법학이 포함되어 있다는 현실을 배제할 경우에도, 과연 우리의 헌법학은 학문적 자생력과 방법론적 독자성을 갖추었다고 평가받을 수 있을 것인가.

“헌법학의 방법은 현행의 헌법전과 그밖의 실질적 헌법규범의 객관적 의미내용을 명백히 하는 헌법해석학적 방법을 기본으로 하지 않으면 안 된다. 그러나 그것만으로 끝나는 것이어서는 안 된다. 그 위에 헌법현상의 역사적 고찰과 비교고찰이 동시에 행해지지 않으면 안 된다.”<sup>5)</sup> “특히 헌법학연구는 ‘있는 그대로의’ 헌법만을 대상으로 하는 정태적·미시적·제도적 연구에 머물러서는 아니되고, 당위론적 차원에서 ‘있어야 할’ 헌법 내지 ‘바람직한’ 헌법을 탐구하는 동태적이고 거시적이며 기능적인 연구 방법이어야 한다.”<sup>6)</sup>

“헌법이란 라살레적인 단순한 사실적 권력관계도 스멘트적인 정치적 통합과정 그 자체도 아니며, 슈미트적인 헌법제정권자의 근본적 결단만으로 볼 수도 없다. 헌법은 공동체의 가치질서에 관한 국민적 합의를 법규범체계로 정립한 것이기 때문이다. 따라서 사실적 권력관계를 외면한 헌법규범은 물론이고 헌법의 규범성을 무시한 권력관계도 진정한 의미에서의 헌법이라고 할 수 없다. 헌법의 본질을 정확하게 파악하려면 헌법의 동태적·사실적 측면과 정태적·규범적 측면을 동시에 주목하여야 한다.”<sup>7)</sup>

상술한 헌법학의 위기상황에서 권영성 헌법학이 오늘날의 헌법학도들에게 주는 교훈은 실로 중차대한 것이다: 권영성 헌법학이 지니는 현저한 특징은 무엇보다도 “헌법학 방법론에 대한 천착”과 “헌법본질론·국가본질론의 궁구”에서 찾아볼 수 있기 때문이다. 상단의 인용문에서도 나타나있듯 권영성 헌법학의 방법론은 “헌법해석학적 방법”<sup>8)</sup>을 기본으로 하여, “역사적 연구방법”과 “비교헌법학적 연구방법”을 혼용하는 것이라고 일응 말할 수 있다. 하지만 권영성 헌법학은 어느 하나의 방법만을 독단적으로 전제하지 아니하고, 여러 방법들을 상호보완적으로 결합·활용하는 — 제각각 “병용(Nebeneinander)”하는 것이 아니라 아울러 “공용

5) 권영성, 헌법학원론(상), 1979. 5, 42쪽.

6) 권영성, 헌법학원론, 1999년판, 1999. 2, 22쪽.

7) 권영성 (각주 6), 5쪽.

8) 헌법해석학적 방법론의 문제를 본격적으로 다룬 방대한 논문으로서 권영성, “헌법해석학의 방법론에 관한 연구,” 헌법연구 제3집(1975), 29-80쪽 참조. 여기에서는 헌법해석의 방법에 관하여 ① 형식적 헌법과 실질적 헌법의 종합적 파악, ② “의심스런 때에는 자유 쪽을 위해(in dubio pro libertate)”라는 해석원칙의 도입, ③ 기능적-법적인 해석원리들(헌법합치적 해석론, 정치적 문제의 이론, 자유선호적 이론 등)의 발전, ④ 실질적-법적인 해석원리들(헌법의 통일성의 견지, 기본권 ‘체계’의 견지, 기본권 ‘실효성’의 견지 등)의 발전 등으로 도식화를 시도하였다.

(Miteinander)”하는<sup>9)</sup> — “방법론적 상대주의”<sup>10)</sup>를 그 근간으로 삼고 있다. 한편 “헌법이란 무엇인가”라는 본질론적 의문에 대하여, 권영성 헌법학은 “헌법은 법규범인 동시에 권력적 사실”이라고 하는, “이중적 헌법개념”을 해답으로서 제시하고 있다. 이러한 헌법개념은 “민족”이라는 운명적·공동체적 요소(전통성·가족성·가부장지배·인치)와 “계약”이라는 선택적·이익단체적 요소(근대성·규범성·자기지배·법치)가 대립·공존하는, 오늘날 우리의 국가적 현실을 그대로 투영해주는 대단히 시의적절한 개념규정이라고 할 수 있다.

결론적으로 볼 때 권영성 헌법학은 “존재”와 “당위”간 그리고 “현실”과 “규범”간, 나아가 “보편성·일반성·추상성”과 “특수성·개별성·구체성”간의 변증법적 통합 관계에 그 헌법이론적 토대를 두고 있는 것이다. 권영성 헌법학의 이러한 특징은 ① 국수적 아집과 무비판적 맹종을 다함께 지양하는 “비교헌법학적 방법”의 개척, ② “헌법규범”과 “헌법현실”의 상호대극성(Polarität)에 초점을 맞춘 동태적·기능적 연구, ③ 법을 통한 평화의 실현을 염원하는 “법치주의” 내지 “입헌주의”의 각별한 강조 등에서 구현되고 있다. 이하에서는 이러한 권영성 헌법학의 이론적 토대에 대하여 개별적으로 살펴보기로 한다.

### 1. “比較憲法學” : “我執”과 “盲從”의 극복

“비교헌법학은 ‘세계각국의 헌법 — 과거에 존재하였던 모든 헌법과 현행헌법 — 과 국제적인 제헌장 — 국제연합헌장, 국제노동기구헌장, 세계인권선언, 세계헌법초안 등 — 에 관하여 그 사적 발전과정, 그 법적 구조와 형태 및 그 사회적·정치적인 제기능 등을 비교고찰함으로써 그들에 공통된 일반법칙이나 유형을 발견하고 또 그것들이 지닌 갖가지 보편성과 특수성을 해명하고 이론화하기 위한 헌법학의 일부과이다.”<sup>11)</sup>

“... ‘우리는 시계공의 연장을 가지고 책상을 만들 수 없고, 현미경만으로 Athene의 헌법들을 연구할 수 없다’고 한 ‘프리드리히’의 말을 상기할 때 특정의 문제에 관한 인식과 연구에는 그 고유의 방법·적합한 방법이 반드시 있을 것으로 믿는다. ... 19세기 이래 법학의 연구방법 중의 하나로 인정된 비교적 방법은 비교헌법학의 경우에도 기본적인 인식방법임은 물론이다. ... 주목되는 비교적 방법으로서의 제도적 비교방법, 기능적 비교방법, 법사회학적 비교방법, 역사적 비교방법 등을 들 수 있다.”<sup>12)</sup>

9) Kwon, Young-Sung, “Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit,” Göttingen Diss. 1974, 20쪽 참조.

10) 권영성, “비교헌법학의 영역과 연구방법,” 법학 제20권 2호(1980. 5), 243쪽.

11) 권영성 (각주 10), 223-224쪽.

12) 권영성 (각주 10), 224쪽, 236쪽.

권영성 헌법학은 우선 풍부한 “비교헌법학적 연구성과”로부터 자양분을 흡취하고 있다는 데에서 그 방법론의 핵심을 찾아볼 수 있다. 일찍이 1960년대 말부터 “비교헌법학의 영역확립을 위한 시론”(경기 제4호, 1969), “비교헌법학 방법론의 문제성”(헌법연구 제1집, 1970), “비교헌법학의 영역과 연구방법”(법학 제20권 2호, 1980. 5) 등 일련의 연구성과들을 통하여 권영성 헌법학은 비교헌법학이라는 그 방법론적 기초를 굳건히 다지게 되었으며, 나아가 “헌법형태의 비교연구”(행정논총 제3집, 1969), “정부형태의 비교연구”(법학 제20권 1호, 1979. 8) 등의 저작을 통하여 그의 비교헌법학은 연구의 지평을 가일층 확대하기에 이르렀다. 뿐만 아니라 “바이마르 공화국 후기의 헌법발전에 관한 고찰”(중앙대 법학논문집 제4집, 1975), “바이말공화국 전기의 헌법발전에 관한 고찰”(법학 제18권 2호, 1978. 2) 등의 종적·역사적 비교연구를 통하여 그의 비교헌법학은 제3차원성을 획득하게 되었으며, 이어 “동독의 국법질서와 동·서독의 체제비교”(헌법연구 제4집, 1976), “소련방의 헌법제도에 관한 연구”(한국방송통신대학 논문집 제1집, 1983. 5) 등에서는 사회주의국가의 체제비교론에까지 연구를 심화·발전시키게 되었다. 그리하여 권영성 헌법학이 내포로 하는 비교헌법학적 연구성과들은 마침내 비교헌법학(법문사 1981. 10)이라는 제하의 단행본으로 발간되기에 이른다.

“다만 유의하여야 할 것은 비교법적 연구의 역할이 그와 같이 크다고 해서 현행헌법조항의 해석에 외국헌법의 관계조항이나 그에 관한 외국학자들의 해설이나 해석을 그대로 직수입하여 현행헌법에 관한 정당한 해석의 근거나 기준으로 생각한다면 그것은 과학적인 태도라 할 수 없다. 사실 우리나라의 헌법을 해석하는 경우에 문리해석의 경우를 별도로 한다면, 그 해석을 위한 자료가 없는 때에는 부득이 외국의 헌법이론이나 판례를 참고로 하지 않을 수 없다. 하지만 그것이 외국학자들의 해석이나 해설을 과신한 나머지 맹목적으로 우리 헌법해석의 근거로 하려는 경향, 다시 말하면 외국법해석을 마치 우리헌법의 법원으로 착각하는 것과 같은 ‘수입법학적 경향’은 지양되어야 한다.”<sup>13)</sup>

“그러한 의미에서 외국헌법에 관한 연구는 그것이 우리나라에 있어서 현상의 유지와 개선에 관한 제문제의 해결을 위하여 어떤 이용가능한 경험과 교훈을 제공하여 주는 것이어야 한다. … 비교헌법학이 자국의 헌법학 내지 자국의 법제도의 개선을 위한 불가결한 수단이며, 비교헌법학은 자국법을 보다 더 잘 인식하게 하고 이해하게 한다는 것은 바로 그러한 의미에서이다. 뿐만 아니라 비교헌법학은 자기나라의 헌법과 헌법제도의 조건적·우연적 성격을 보편적·항구적 성격의 것으로 오해할 위험을 방지하여 준다. 헌정운영에 관하여 우리들이 흔히 경험한 독단적·역행적 방식이 아니면

13) 권영성 (각주 10), 232쪽.

그 반대의 단순한 모방·추종이라 볼 수 있는 불합리한 방식을 지양하고, 민주적·순응적인 헌정운영의 방식을 모색하고 구상하여야 한다.”<sup>14)</sup>

이처럼 권영성 헌법학이 기초로 하는 비교헌법학 방법론은 우리 헌법제도에 대한 “아집”과 외국 헌법제도의 “맹목”적 추종을 모두 지양하는 균형잡힌 것이었다.<sup>15)</sup> 그에 있어서 단순히 개별 헌법제도의 형태·구조만을 비교하는 제도적·기술적 비교방법은 “청산”되어야만 하는 것이었으며,<sup>16)</sup> 각국헌법의 역사적·경제적·사회적 배경에 주목하는 법사회학적 비교방법 또한 그 지나친 추구는 비교헌법학적 “실용성”을 경시할 위험이 따르는 것이었다.<sup>17)</sup> 한편, “타자와의 비교”에서 한 차원 더 나아가 “과거와의 비교”를 모색하는 역사과학적 비교방법은 비교헌법학에 있어서 “가장 중요한 것”으로 고평가되었다.<sup>18)</sup> 아무튼 권영성 헌법학의 상술한 비교헌법학적 판단기준은 이후의 저작들에서도 빈틈없이 적용되고 있다: 즉, 비교헌법학이 추구하는 바는 단순히 “비교를 위한 비교”가 아니라 “우리 헌법학을 위한 비교”라는 것이다. 대표적으로 “정부형태의 비교연구”에서는 그 당시 우리의 통치현실을 극복하기 위한 참고로서, 제3세계국가들의 정부형태 특히 군사쿠데타·신대통령제의 분석에 초점을 맞추고 있다.<sup>19)</sup> 마찬가지로 “바이마르공화국의 헌법발전에 관한

14) 권영성 (각주 10), 233쪽.

15) 특히 개별국가의 헌법제도를 연구함에 있어서, 권영성 헌법학은 종합성과 체계성을 철두철미하게 견지하고 있다. 개별국가 헌법학연구의 대표적 성과물로서 권영성, 독일헌법론(상) (법문사 1976)은, 그간 단편적으로 — 그것도 대단히 부정확하게 — 소개·인용되어 온 독일의 헌법이론과 헌법판례들을, 발간 당시의 최신자료들을 직접 수집·활용하여 종합적으로 체계화한 것이다. — 이같은 독일헌법제도에 관한 본격적 연구서는 이전에는 물론 이후에도 찾아보기 어렵다. 하지만 그의 비교헌법학은 결코 독일헌법학에만 편향되지는 아니하였다. 1982년 제1학기 서울대학교 대학원 법학과의 “헌법특수연구” 강좌(권영성 교수 담당)에 참가한 학생들을 주축으로, 제임스 M. 빈즈의 “미국형대통령제 — 리더쉽의 위기를 중심으로 —”(법문사 1983. 7)가 번역·출판되었다는 사실만을 놓고 보더라도, 권영성 헌법학은 구미선진각국의 헌법제도를 우리의 필요에 따라 개방적·실용적으로 다양하게 수용하려는 것이었음을 알 수 있다.

16) 권영성, “비교헌법학 방법론의 문제성,” 헌법연구 제1집(1970), 20쪽.

17) 권영성 (각주 16), 18쪽.

18) 권영성 (각주 16), 18-19쪽. 종적-역사적 비교연구의 한 실례로서 우리 헌정사에 관한 연구 또한 활발하게 이루어졌다. 대표적 논문으로서 권영성, “한국헌법의 제정과 개정과정,” 국회보 1982. 7; 권영성, “건전한 헌법문화의 정립,” 시민과변호사 1998. 7; 권영성, “헌법의 변천 — 그 평가와 전망 —,” 법제연구 제14호(1998) 등을 들 수 있다.

19) 권영성, “정부형태의 비교연구,” 법학 제20권 1호(1979. 8), 131-136쪽. 이와 관련하여 1982년 제2학기 서울대학교 대학원 법학과의 “정부제도론”강좌(권영성 교수 담당)에 참가한 학생들을 주축으로, S. E. 파이너의 “비교정부론”(법문사 1985. 9)이 번역·출판되었다는 사실을 특별히 지적하고 싶다. 동 저서는 무엇보다도 제3세계의 “사이비민주주의” 내지 “준민주주의” 정치체제와 “군부체제”에 대한 상세한 분석을 담고 있다는 점에서, 군화발에 밟힐 땐 당시 한국의 반민주적 정치현실 속에서 조국의 미래를 고민하던 다수 법학도들의 가슴을 사로잡았을 것이다. 동 번역서의 감수자인 권영성 교수와



고찰”에서 나찌독재정권의 등장과정에 대한 정치적·사회경제적 분석을 시도한 것도, 군사독재정권의 장기화라고 하는 그 당시 우리의 헌법현실과 결코 무관하지 아니한 것이다.<sup>20)</sup>

## 2. “憲法規範”과 “憲法現實”의 사이에서

“국가학과 헌법학의 과제는, 헌법규범과 헌법현실과의 대립관계 내지 충돌이, 헌법의 합리적인 해석을 통해서 지양되게끔 규범체계와 헌법현실을 헌법의 영역에서 서로 결합시키는 것이어야 한다. … 나의 주된 관심사는, 여하한 방법과 수단으로써 향후 또 다른 쿠데타발생이 예방될 수 있을 것이며, 또한 그럼으로써 현재의 ‘신대통령주의’가 극복될 수 있을 것인지에 대하여, 가능한 해결책을 제시하려는 데에 있다.”<sup>21)</sup>

“헌법이 제정되어 그것을 열심히 해석하고 연구한다. 그러다가 어느 날 갑자기 쿠데타에 의해 그 헌법이 없어지고 만다. 그러기를 몇 차례 … 때문에 선진국가의 헌법학자와는 달리 우리나라와 같은 제3세계 국가에서는 헌법을 연구하기 이전에 어떻게 하면 군부쿠데타를 예방할 것인가 하는 것이 제1차적인 과제요, 연구과정이다. … 권교수가 박사논문을 쓸 때에도 수없이 많은 자료를 사용했지만 50%가 헌법 내지 법학에 관한 것이었다면 나머지 50%는 군사학·정치학·경제학·사회학에 관한 것이었다.”<sup>22)</sup>

5·16쿠데타로 집권한 군사정권이 유신이란 이름의 친위쿠데타를 거쳐 1인장기 집권체제로 타락해가던, 1970년대 중·후반 한국의 정치상황을 주무대로 하여 권영성 헌법학은 형성·발전되었다. 군부(집권층)의 이해관계에 따라 한낱 휴지처럼 무시당하고 농락당하였던 우리 헌법의 기구한 운명은, 그것을 연구대상으로 하는 헌법학의 향방을 “헌법규범과 헌법현실의 대립·충돌관계” 쪽으로 몰아가지 않을 수 없었던 것이다. 그리하여 목전의 반자유민주적(군사독재적) “헌법현실”을 여하히 극복하여, 자유민주주의적(문민정부적) “헌법규범”의 실효성을 회복할 것이냐 하는 문제에, 권영성 헌법학은 그 관심의 대부분을 집중시켰다. 독일에서 작성된 그의 박사학위논문도 “헌법규범과 헌법현실”이라는 표제 하에서, 결국에는 군사쿠데타의 예

번역에 참가하였던 당시의 대학원생들에게 그 강좌는 “유난히 진지하고 열띤” 것으로 아직까지도 생생하게 회고되고 있다(동 2쪽의 감수자 서문 참조).

20) 이에 관한 상세한 내용은 권영성, “바이마르공화국 후기의 헌법발전에 관한 고찰,” 중앙대 법학논문집 제4집(1975); 권영성, “바이마르공화국 전기의 헌법발전에 관한 고찰,” 법학 제18권 2호(1978. 2); 권영성, “바이마르공화국은 왜 몰락했나,” 월간조선, 1980. 5 등 참조.

21) Kwon (각주 9), 7쪽, 15-16쪽.

22) “헌법학자 권영성: 헌법연구 통한 민주주의 신봉자로 반평생,” 월간 광장, 1988. 8, 116-117쪽.



방 및 이를 통한 자유민주주의의 회복을 모색하려는 노력이었다. 그에 의하면 군사 독재의 정치문화적 배경에는 식민지배의 필요상 방치된 “유교적 가부장제”의 전통과 국가독립이란 과제에 기인한 “강화된 민족주의”의 요청이 자리잡고 있으며, 이러한 헌법현실적 장애요소로 말미암아 “입헌주의·자유민주주의”라는 헌법규범적 목표가 제대로 실현되지 못하는 것으로 분석된다.<sup>23)</sup> 여기서 권영성 헌법학은 ① 적합한 정당제도의 건립, ② 공무원의 중립성과 군의 탈정치화, ③ 지방자치제의 실현, ④ 평화적 정권교체 등 다양한 측면에서 쿠데타예방 및 민주주의회복을 위한 해법들을 제시하고 있다.<sup>24)</sup>

“결론적으로 한국에 있어 1인장기집권의 제한, 즉 평화적 정권교체를 위한 최적의 해결책으로는 전당파통치(Allparteienregierung)(또는 전당파체제[Allparteien Regime])를 들 수 있을 것이다. 1인장기집권의 극복을 위한 해결책으로서 그것은 최소한 다음 세 가지의 장점을 지닌다: a) (행)정부의 안정, b) (행)정부업무·의회업무의 합리화, c) 정당정치적 적대적 대립의 완화.”<sup>25)</sup>

최종적으로 그의 연구에서는 콜롬비아·오스트리아·구아테말라 등지의 경험을 비교법적 견지에서 분석한 후, 여야를 불문하고 모든 정당들이 골고루 집행부에 참여하는 “전당파적 참정·통치”체제를 1인장기집권의 해소책으로서 제안하고 있다. 하지만 서술이 퍼렇던 당시의 유신정권이 순수한 학문차원의 이러한 연구를 용납할 것으로 기대되지는 않았다: 전 독일연방대통령 폰 바이츠제커의 보증하에서 비로소 그는, 그리고 그의 “반군사독재·민주회복의 헌법학”은 빛을 볼 수 있었다. 주지하다시피 우리는 이미 “군사정부에서 문민정부로”의 — 대단한 진통을 동반한 — 이행을 경험하였는바, 그가 제안한 전당파적 참정·통치체제는 이러한 민주화의 과정에서 누구에 의해서도 주장되거나 시도된 바 없었다. 그러나 오늘날 우리의 헌법현실을 냉정하게 평가할 때, ① 우리 정당정치적 실체에 있어 “가부장제적 보스지배”는 여전히 그 위력을 발휘하고 있으며, ② 정경유착·정치자금비리·뇌물수수 등 과거군부체제의 망령은 여전히 정치권을 떠나지 않고 있으며, ③ 무엇보다도 여·야 정당간 정국의 극한대립은 지역감정악화에 편승하여 나날이 격화되어가는 실정이다. 정치제도는 민주화되었으되(헌법규범) 정치문화·정치적식은 여전히 독재적인(헌법현실) 목전의 상황에서, 전당파적 참정·통치체제는 탈당·분당·합당 등 정당간의 이합집산을 막는 안전판으로서 다시 한번 고려해볼만한 해결방안이 아닐까.

23) Kwon (각주 9), 12-13쪽.

24) Kwon (각주 9), 239쪽 이하 참조.

25) Kwon (각주 9), 267쪽.

### 3. “法治主義” : “法을 통한 平和”에의 堯源

“중용적 민주주의론자들은 … 국가공동체에 있어서 구현되어야 할 가치와 목표 … 를 실현하는 방법과 수단은 폭력이 아니라 의회주의적·법치국가적 방식이어야 한다는 자유민주주의를 신봉한다. 1987년 10월 27일에 실시된 헌법개정을 위한 국민투표에서 절대다수 국민(투표자의 93%)은 … 민주주의=반폭력주의로 규정하는 중용적 민주주의를 그 절대가치로서 신봉하고 있다고 할 수 있다. … 폭력은 그 자체로서 악일 뿐 아니라 폭력은 또 다른 폭력을 부르게 된다는 점, 그리고 폭력은 문제해결을 위한 현명한 수단이 될 수 없음을 자각해야 한다. 4·19혁명의 성공도 6·10시민 항쟁의 성공도 비폭력시위의 소산이라는 점을 명심할 필요가 있다.”<sup>26)</sup>

“법치주의라 함은 법이 정치의 준칙이 될 뿐 아니라 법이 정치를 통제하는 원리를 말하고, 정치주의라 함은 정치가 법을 지배할 뿐 아니라 정치의 논리가 법의 논리에 우선하는 원리를 말한다. … 헌법규정상으로는 법치주의가 강조되고 있음에도 불구하고 작금에 볼 수 있는 우리의 헌법현실은 법치주의가 아니라 비이성적인 정치주의가 지배하고 있다는 느낌을 지울 수 없도록 만들고 있다. … 정치주의가 횡행하고 있는 결과 ‘법을 통한 평화와 안정’이라는 법치주의의 이상은 요원한 것이 되고 있으며, 우리의 헌정사는 세계사의 조류에서 동떨어져 오히려 ‘만인의 만인에 대한 투쟁’의 야만상태로 후퇴하고 있는 것이 아닌가 하는 느낌마저 들게 한다.”<sup>27)</sup>

이데올로기에 눈이 멀어 같은 민족간에 살육을 일삼았던 한국전의 참상, 불의에 대한 저항과 민주화의 堯源을 총칼로써 짓밟았던 독재정권의 제도적 야만, 독재와 민주주의 대항구도 속에서 끝없이 확대·재생산되었던 물리력의 탈리오니즘. — 광복 50년여 동안 폭력과 유혈이 끝없이 반복·점철되어 온 우리의 시지푸스적 헌정사를 돌이켜 볼 때, 권영성 헌법학에 부여된 또 한가지 중요한 사명은 이 땅에 “평화와 안정”을 싹틔우고·자라고·열매맺게 하는 것이었다. 또한 그에 있어서 폭력과 극한대립을 극복하고 평화와 안정으로 나아가는 첩경은 다름 아닌 “법치주의”의 확립인 것으로 인식되었다. 그리하여 이 분야에 있어서는 “민주적 질서와 법치국가적 질서에 관한 연구”(중앙대학교 논문집 제20집, 1975-1976), “평화주의의 헌법적 보장”(공동집필)(아카데미 논총 제8집, 1980. 12) 등과 같은 비교헌법학적 학술저작 이외에, 수많은 논설·시론·인터뷰 등에서 반폭력주의·평화주의 및 이의 달성을 위한 법치주의의 회복·확립이 지속적으로 강조되었다.<sup>28)</sup> 즉, 만성화된 독재의 관성

26) 권영성, “폭력의 악순환을 어찌할 것인가,” 신동아, 1991. 6, 150-151쪽.

27) 권영성, “법치주의와 정치주의,” 관례월보, 1996. 7, 5쪽, 6쪽.

28) 대표적으로 권영성, “법이 법다와야 한다,” 월간조선, 1988. 8; 권영성, “법다운 법을 만들어, 법을 잘 지켜야,” 월간 한국인, 1989. 5; 권영성, “악법에 의한 지배는 법치주의가

(慣性)을 차단하고 민주주의를 구현함에 있어, 권영성 헌법학은 수구적 민주주의와 혁명적 민주주의를 다같이 거부하는, “법치주의”를 균형추로 한 “중용”적 민주주의를 추구하고 있는 것이다. — 그와 동시에 법치주의의 균형추를 일탈하여 평화와 안정을 파괴하는, 일체의 폭력행위들에 대해서는 단호한 “비판”의 메스를 들이대고 있는 것이다.

“1972년의 유신시대 이후 1987년까지의 전두환 정권에 이르는 시대는 … 한국 헌정 40년 사상 수치스런 ‘암흑의 헌정시대’라 일컬어지고 있지만, 이 암흑의 16년사는 법의 위기시대 내지 법이 그 권위를 완전히 상실한 시대로도 특징지워질 수 있다. ‘정법’은 자취를 감추고 ‘악법’은 범람함으로써 법체계에 있어서도 ‘그레샴 법칙’이 지배하였고, 정의의 구현과 인권의 수호를 그 사명으로 하는 사법마저 권력의 시너로 전락하여, 불의를 외면하고 인권유린들을 방관하기만 하였다. … 이러한 정법의 위기와 법의 권위상실은 국민 가운데 법에 대한 허무주의와 더불어 법체계에 대한 심각한 회의의를 낳게 함으로써 법적 무질서를 의미하는 법의 아노미(Anomie) 현상을 초래하였다.”<sup>29)</sup>

“우리 법은 국민의 의사와 관계없이 정통성을 갖지 못한 역대 정권과 국민의 대표성을 지니지 못한 국회에서 특정 집단의 이해에 의해 제정되어 온 불행한 역사를 갖고 있어 … 오늘날 무법상태에 가까운 현상들은 국민들의 도덕성 황폐에 따른 준법정신의 결여에도 큰 책임이 있다고 보는 것 … 역대 정권하에서 이루어진 부정부패 척결 작업에 대해서 일반 국민들이 ‘큰 도적이 작은 도적을 벌주는구나’라는 도착된 법 감정을 억누를 수 없었던 것처럼 이기적인 목적으로 법을 운용하면 법에 의한 공권력을 일종의 폭력과 등식화하게 되지요. … 3김은 오늘날 정치적 사회적 불안을 책임져야 할 정치지도자이기 이전에 그들 자체가 불안 요인입니다.”<sup>30)</sup>

하지만 권영성 헌법학이 주창하는 법치주의의 확립은, 단순히 종이 위에 써어진 법조문을 준수하도록 강조하는, 무조건적·1차원적인 것만은 결코 아니다. 상단의 인용문에서도 나타나있듯 그는 우리나라에 있어 법치주의의 실패원인을 대체로 다음 두 가지에서 찾고 있다: 즉, ① 과거 정통성·대표성을 결여한 독재정권이 반민주적·반인권적 악법들을 양산하였다는 점(공권력측)과 ② 국민들의 몰도덕성과 이기주의로 말미암아 준법의식의 크게 약화되었다는 점(국민측)이다. 말하자면 법치주의에 대한 “위로부터의 공격”과 “아래로부터의 공격”을 모두 감안하여 다각도에서의 입체적 분석을 행하고 있는 것이다. 뿐만 아니라 권영성 헌법학이 적극적으로

아닙니다,” 세계와나, 1990. 9; 권영성, “폭력의 악순환을 어찌할 것인가,” 신동아, 1991. 6; 권영성, “법치주의와 정치주의,” 판례월보, 1996. 7. 등등.

29) 권영성, “법이 법다와야 한다,” 월간조선, 1988. 8, 134쪽.

30) 권영성, “악법에 의한 지배는 법치주의가 아닙니다,” 세계와나, 1990. 9, 47-49쪽.

주창·옹호하는 법치주의는 헌법의식의 제고와 입헌주의의 확립문제로까지 확산되고 있다. 근년의 외환위기 및 전직대통령의 사면은 결국 대통령의 헌법의식박약을 의미하는 것이라고 통렬히 비판한다거나,<sup>31)</sup> 작년 총리임명동의안의 통과여부를 둘러싸고 제기되었던 총리서리제의 합헌성공방에서 단호하게 위헌론을 고수했던<sup>32)</sup> 사실은, 권영성 헌법학의 법치주의·입헌주의에 대한 흔들리지 않는 신념을 입증하는 좋은 실례들이다. 권영성 헌법학이 법치주의의 가치를 얼마나 중시하는지는, 현행헌법이 “내용면에서 역대헌법 중 전향적인 헌법임이 분명”<sup>33)</sup>하지만, “자유민주주의의 핵심적 요소인 법치주의에 관한 규정을 발견할 수 없다”<sup>34)</sup>는 점을 첫 번째 오류로 지적하고 있는 데에서도 금방 알 수 있다.

### Ⅲ. “標準的” 憲法理論의 구축

“... ‘표준적인’ 헌법학교과서이기 위해서는 갖추어야 할 조건들이 너무도 많다. 최신의 헌법이론을 남김없이 소개하고 합리적이고 새로운 체계를 확립해야 하며, 모든 문제점에 관한 학설의 경향과 대립을 분석·정리해야 하고, 내외국의 헌법기본관례들을 인용·해석해야 할뿐만 아니라 우리나라의 헌법제도를 비교헌법학의 관점에서 외국의 그것과 비교·검토하지 않으면 안 된다.”

— 권영성, 헌법학원론(상), <머리말> 중에서

“대학원에서 헌법학을 체계적으로 공부하면서 전문서적을 대하다보니 손에서 뗄 수 없을 만큼 경탄할만한 고전들이 상당히 많다는 것을 알았습니다. 그래서 나도 평생 노력하면 죽는 날까지 훌륭한 저서 한 권쯤 남길 수 있지 않겠느냐 하는 막연한 희망이 샘솟더군요.”<sup>35)</sup> — 그의 이러한 소망은 “표준적인 헌법학교과서”의 저술을 통하여 달성되었다. 우리는 “교과서법학”이니 “수험법학”이니 하는 자괴적인 용어들을 우리 법학의 학문적 허약성을 비판하는 표현으로서 흔히 들을 수 있다. 실제로 적지 않은 법학분야에서 교과서 수준의 상호인용으로 말미암아 별로 축적되지도 아니한 지식들이 그나마 공동화(空洞化)되어버리고 마는 현상을 종종 목격하기도 한다(Zitierkartell!). 그러나 이러한 비판은 권영성 헌법학에는 전혀 해당사항이 없는 것이다. — 비록 그가 우리나라에서 거의 유일한 “표준적 헌법학교과서”의

31) 권영성, “공직자와 헌법의식,” 판례월보, 1998. 2, 5-6쪽.

32) 권영성, “총리서리제 공방: 헌법적 판단으로 국민신뢰 쌓아야 한다,” 시민과변호사, 1998. 4, 40-41쪽.

33) 권영성, “새 헌법, 무엇이 어떻게 달라졌나,” 월간 한국인, 1987. 12, 36쪽.

34) 권영성 (각주 33), 35쪽.

35) 각주 22의 인터뷰기사, 112-113쪽.

저자라고 하더라도, 표준적인 헌법학교과서의 저술이 권영성 헌법학에서 상당부분을 차지하고 있다는 점은 부인하기 어려울 것이지만, 그의 교과서는 어디까지나 “연구논문·연구서 ⇔ 강의교재·교과서”의 철저한 유기적 피이드백 관계에서 집필되었고 또 부단히 개고되고 있기 때문이다. 그리하여 교과서의 내용 중에서 별도의 연구논문·연구서를 통하여 세밀한 검증을 거치지 아니한 부분이란 거의 찾아볼 수가 없기 때문이다.

“... 선진각국에서는 법학교육의 기본이 이른바 케이스 메토드(case method) 즉 사례연구와 연습론의 방식으로 행해지고 있다. 그럼에도 불구하고 우리나라의 경우에는 이론적인 측면에 치중한 강의와 학습만이 행해져 헌법학습도 추상적·관념적 헌법강의가 아니면 실천면·응용면을 도외시한 암기 위주의 학습이 되고 있다. ... 헌법학에 있어서 사례연구(케이스문제연구)야말로 헌법에 관련된 응용력을 향상시키는 절경일 뿐 아니라 주관적인 헌법지식을 객관화시켜주는 지름길이다.”<sup>36)</sup>

하지만 권영성 헌법학이 지향했던 바는 교과서의 틀속에 갇힌 사변적(思辨的)·공리공론적 헌법이론이 결코 아니었다. 상당수의 우리 헌법학자들이 헌법의 정치적 추상성에만 경도되어 그 생활규범으로서의 구체성을 몰각하는 우를 범하곤 하였으나, 권영성 헌법학은 현실 속에서 살아 숨쉬는 헌법학·헌법이론을 연구·개발하는 데에 총력을 기울였다. 그 대표적인 증거로서는 “사례연구 헌법학연습”(법문사 1981. 9)이 국내 최초의 사례연구교재로서 발간되었다는 점을 들 수 있다. 종래 여타 헌법학자들의 관련저작이 이름만 “헌법연습·케이스교재”요 “사례연구·판례연구”였을 뿐, 실제로는 국내외 판례들의 망라적 편집에 불과하거나 기껏해야 조잡한 주관식문제집 수준을 벗어나지 못하고 있었을 때, 동 교재는 가상의 사례들에 대한 분석적·체계적인 해설로써 헌법학의 이해에 크게 도움이 되도록 한 것이었다. 특히 수록된 사례들 가운데는 “선거구인구비례와 법 앞의 평등,” “사형제도의 위헌 여부,” “사죄광고의 강제와 양심의 자유,” “국가기밀과 국민의 알 권리” 등등, 후일 헌법재판소에 실재사건으로 제기되어 그 결정에 크게 영향을 미친 경우도 적지 아니하였다. 이렇듯 권영성 헌법학은 “연구(논문)—강의(교과서)—응용(사례교재)”이라는 입체적 3각구도 속에서 형성·확립·발전된 것이었다.

결론적으로 볼 때 권영성 헌법학이 구축한 것은 “표준적 헌법교과서”라기보다는 “표준적 헌법이론”이라고 하여야 마땅하다. 물론, 그의 헌법학을 “교과서집필”이란 틀에 묶어 이를 비판하는 견해들이 전혀 없는 것은 아니다. 하지만 헌법학에 대한

36) 권영성, 사례연구 헌법학연습, 초판 머리말, 1981. 9.

연구가 지속적으로 체계화·심화되지 않았다면 어찌 헌법학교재의 집필이 도대체 가능할 수 있었겠는가. 기껏해야 “안 팔리는” 교과서저자일 뿐인 이들의 질시어린 인신공격으로부터 권영성 헌법학은 마땅히 자유로와야 할 것이다. 아무튼 이하에서는 권영성 헌법학이 구축한 “표준적 헌법이론”을 개별적으로 살펴보기로 한다. 그렇다고 하여 여기서 — 이런 종류의 다른 글들이 흔히 그러하듯 — 권영성 헌법학의 “다이제스트판”을 쓰고픈 생각은 추호도 없다. 단지 중요한 핵심부분만을 골라서 “그 각고용심하여 지어나온 경위”를 분석하는 데 주력할 것이다.

### 1. 原理 · 秩序 · 制度

권영성 헌법학은 우리의 헌법을 이해함에 있어 “기본원리·기본질서·기본제도”의 세 가지 차원에서 그 고유한 체계를 구성하고 있다. 즉, 첫째로 한국헌법의 기본원리로서는 ① 국민주권의 원리, ② 자유민주주의의 원리, ③ 사회국가의 원리, ④ 문화국가의 원리, ⑤ 법치국가의 원리, ⑥ 평화국가의 원리 등을 제시하고 있으며, 둘째로 한국헌법의 기본질서로서는 ① 민주적 기본질서(정치적 공동체), ② 사회적 시장경제질서(경제적 공동체), ③ 평화주의적 국제질서(국제사회 구성국) 등을 제시하고 있으며, 셋째로 한국헌법의 기본제도로서는 ① 정당제도, ② 선거제도, ③ 공무원제도, ④ 지방자치제도, ⑤ 군사제도, ⑥ 교육제도, ⑦ 가족제도 등을 제시하고 있다.

“이와 같이 정당제민주주의하에서는 정당은 국가의사를 적극적으로 형성하고 의회의 운영을 리드하는 등 국정의 실제적 담당자로서 기능한다. 현대국가에서의 이와 같은 정당의 정치적 기능과 헌법상의 지위를 유지하게 하기 위해서는 복수정당제의 확립, 정당의 설립과 그 활동의 자유가 철저히 보장되지 않으면 안 된다. … 이러한 현실을 감안할 때, 정당을 헌법중에 규정하지 아니하고 헌법외적 사실로서 방치해 둔다면, 정당제를 악용하여 민주주의 그 자체가 파괴될 위험조차 없지 아니하다.”<sup>37)</sup>

이 부분에서 특히 지적하고픈 점은 권영성 헌법학이 “정당제도(복수정당제)”의 문제에 그 동안 각별한 관심을 보여왔다는 사실이다. 그의 석사학위논문<sup>38)</sup>에서부터 이후의 수많은 학술논문들<sup>39)</sup>에 이르기까지, 민주정치의 도입·태동기에 건전한 정

37) 권영성, “정당의 헌법상의 지위,” 법철학과 형법(석우황산덕박사학위논문집), 1979, 523쪽.

38) 권영성, “정당조항에 관한 헌법상의 제문제,” 서울대학교 석사학위논문 1961.

39) 대표적으로 권영성, “정당활동의 자유와 그 한계,” 교수자격심사논문(대구대학) 1962. 9; 권영성, “정당조항에 있어서의 문제점,” 법정 제163호(1964); 권영성, “정당의 해산,” 법정 제168호(1964); 권영성, “정당활동의 자유와 그 한계,” 법정 제229호(1969); 권영성,

당제도를 확립하는 문제는 권영성 헌법학의 주테마가 되지 않을 수 없었다. 그의 박사학위논문 또한 주로 “정당·선거제도의 분석”에 집중하고 있을 뿐만 아니라,<sup>40)</sup> 일찍이 헌법형태의 분류에 있어서도 “정당제도의 존재방식”을 기준으로 하도록 제안되었던 바 있다.<sup>41)</sup> 아무튼 권영성 헌법학의 이러한 경향은 “대의제민주주의에서 정당제민주주의로”라는 헌법현실의 변화를 적시에 포착·반영한 결과로 받아들일 수 있을 것이다.

권영성 헌법학은 1960년대 초반에 이미 “정당제도는 헌법상의 제도적 보장”이라는 동어반복적 단순논리에서 탈피하여, 정당의 본질은 곧 “중개적 권력체”인 것으로 파악하고 있었다.<sup>42)</sup> 또한 정당간 기회균등의 보장, 정당 내부조직 특히 후보자추천의 민주화, 당원의 법적 지위보장, 정당재원의 공개 등등 오늘날까지도 문제시되고 있는 정당제관련 제반원칙들을 일찍이 강조하였던 바 있다.<sup>43)</sup>

## 2. 基本的人權論 1

“사실 어떠한 인간적 가치나 이익이 인권 내지 기본권의 하나로 불릴 수 있는가 없는가는 특정의 역사적 단계와 특정의 국가내에서 그 가치나 이익을 둘러싼 공방전, 즉 침해와 방어라는 대항관계가 어떠한가에 따라 결정된다. 다시 말하면 그 공방의 대항관계에서 방어하려는 쪽이 우세할 경우에는 그것이 인권으로 불려지고 또 운이 좋으면 헌법중의 기본권목록에 수록되기도 한다. 이것이 역사적 사실이었다. 요컨대 학문상의 기본권분류가 먼저고 그것에 대응하는 것으로 어떠한 인권규정이 존재하고 있는 것과 같은 해석론은 인권론의 자유로운 전개를 위해서 지양되어야 한다.”<sup>44)</sup>

권영성 헌법학은 인권의 “사회화·자연권화·국제화”라고 하는 20세기적 경향과 “정보화사회·사인간효력확장”이라고 하는 현대의 새로운 상황을 공히 강조함으로써,<sup>45)</sup> 기본권의 인식에 있어서 그 역사성을 최대한으로 중시하고 있다. 또한, 기본권의 주관적 공권성과 자연권성을 인정하면서도, 주관적 권리인 동시에 객관적 질서라고 하는 “기본권의 이중적 성격”을 수용하고 있다.<sup>46)</sup> 한편, 기본권체계론에 있

---

“정당의 헌법상의 지위,” 법철학과 형법(석우황산덕박사화갑기념논문집), 1979. 등을 들 수 있다.

40) Kwon (각주 9), 17쪽.

41) 권영성, “헌법형태의 비교연구,” 행정논총 제3집(1969), 57쪽 이하.

42) “중개적 권력체설”에 대한 상세한 설명으로는 권영성, “정당활동의 자유와 그 한계,” 법정 제229호(1969), 10-11쪽 참조.

43) 권영성 (각주 42), 14-15쪽, 16-18쪽 참조.

44) 권영성 (각주 5), 314-315쪽.

45) 권영성 (각주 5), 289쪽 이하 및 권영성 (각주 6), 268-270쪽 참조.



어서는 “체계를 위한 체계”나 “분류를 위한 분류”를 단호히 거부하면서, 기본권의 역사성이란 관점에서 갖가지 유형의 현대형인권들까지도 그 안에 정착될 수 있는 탄력적인 체계구성을 강조하고 있다. 이렇듯 권영성 헌법학이 파악하는 기본권이란, 단순히 종이 위에 쓰여진 글씨나 법전 속에 규정된 권리에 그치는 것이 아니라, 구체적 인간의 역사 가운데에서 피로써 생생히 새겨진 “투쟁의 산물”이었다. 헌법전의 규정이나 헌법학자의 해석을 통하여 비로소 어떤 기본권이 탄생하고 그 한도에서 국가권력이 창설된다고 하는, “헌법학적 환상”은 적어도 권영성 헌법학에서는 철저히 배격되고 있다.

“기본권이 불가침이라는 것도 타인에게 해악을 끼치지 아니하는 범위 내에서만 그러한 것이다. ‘나의 자유는 남의 자유가 시작하는 곳에서 멎는다’라는 법언이 있으며, 프랑스인권선언도 ‘자유란 다른 사람을 해하지 아니하는 한도 내에서 모든 것을 할 수 있는 자유이다’라고 하여 타인의 존재로 인한 자유의 한계를 명시하고 있다. 그러므로 개인의 자유의 영역은 전국가적이지만 전사회적인 것은 아니며, 순수한 내심의 작용을 제외한 그밖의 자유와 권리는 헌법유보나 법률유보가 없다고 하여 무제한적으로 행사될 수 있는 것이 아니다. 자유와 권리는 그 내재적 한계 내에서만 행사될 수 있고 내재적 한계 내에서만 보장된다.”<sup>47)</sup>

기본권보장사·기본권성격론·기본권분류체계론·기본권주체론·기본권효력론 등등 기본권 일반이론(총론)의 전 분야에 걸쳐서 권영성 헌법학은 괄목할만한 이론적 성과들을 보여주고 있다. 그러나 권영성 헌법학에서 무엇보다도 주목되는 것은 “기본권의 제약(한계와 제한)”이란 중차대한 난제를 놓고, 용어상으로는 체계상으로는 또한 이론상으로는 가장 설득력있는 해결방안을 제시함으로써, 이 문제를 둘러싼 기존의 대단히 혼미스러웠던 논의상황을 일거에 정리하였다는 사실이다. 그에 의할 때 현행헌법에서의 기본권제약은 ① 내재적 한계(타인의 권리, 도덕률, 헌법질서), ② 헌법유보(헌법직접적 기본권제약), ③ 법률유보(헌법간접적 기본권제약)로 분류되며, 이 중에서 법률유보는 다시 ① 일반적 법률유보와 개별적 법률유보, ② 기본권제한적 법률유보와 기본권구체화적 법률유보로 대별된다.<sup>48)</sup> 특히 기본권제약론에 있어서 권영성 헌법학이 기여한 가장 큰 공헌은, 기본권 자체에 내재하는 암묵적 제약성, 즉 기본권의 내재적 한계성을 최초로 인정하였다는 데에 있다.

46) 권영성 (각주 5), 299쪽 이하 및 권영성 (각주 6), 272쪽 이하 참조.

47) 권영성 (각주 6), 314쪽.

48) 상세한 내용은 권영성 (각주 5), 333쪽 이하 및 권영성 (각주 6), 313쪽 이하 참조. 이외에 관련된 단편논문들로서 권영성, “기본권의 한계와 제한,” 고시연구 제29호(1976); 권영성, “기본권의 한계와 제한(I·II·III),” 월간고시 제60·61·62호(1979. 1-3); 권영성, “제5공화국 헌법과 기본권의 제한,” 고시계 제287호(1981. 1) 등 참조.

기본권의 “내재적 한계”라는 논리에 대해서는 현행헌법 제37조 2항의 규정(일반적 법률유보)을 들어 이를 비판하는 견해들이 없지 아니하다. 하지만 오늘날 기본권의 내재적 한계라는 관념은 우리 헌법재판소도 이를 적극 수용하고 있을 뿐만 아니라, 최근에 활발히 논의되고 있는 기본권충돌이론이나 기본권구성요건이론 등과의 관계에서도 그 이론적 가치가 재조명받고 있다. 이 기본권의 내재적 한계론을 통하여 권영성 헌법학은 오로지 법이 일체를 규율하는 “법률국가”를 배격하면서, 사회속에서의 인간행위에 대한 규율을 “타인존중·도덕률·공공질서” 등등의 개인자율의식에 맡기는, 성숙한 “시민사회”의 이상을 헌법학 가운데에서 구현하고자 노력했던 것이다.<sup>49)</sup> 오늘날 기본권주장의 탈을 쓴 이기주의·무책임·자기방종 등등이 만연한 우리의 현실속에서, 그의 이러한 주장은 다시 한번 깊이 음미해볼 가치가 있다고 생각된다.

### 3. 基本的人權論 2

개별적 기본권론(각론)에 있어서도 권영성 헌법학은 수많은 논문들을 통하여 관련 문제들을 빠짐없이 다루고 있으며, 그러한 연구성과들은 그의 헌법학교과서에 압축적으로 수록되었다.<sup>50)</sup> 또한 권영성 헌법학은 시대의 변화(민주화·국제화·정보화 등)가 기본권인식에 가한 변화의 충격들까지 즉각적으로 이론화하여 수용하고 있다. 그런데 기본권이론의 정립에 있어 당시의 시대적 사명은 “반민주에서 민주로, 빈곤에서 생존으로”라는 우리의 헌법현실에 적극적으로 응답하는 것이었고, 이렇게 볼 때 민주정치의 핵심요소로서 “언론·출판(표현)의 자유”와 최소한의 인간다운 생존확보를 위한 “사회적 기본권”의 보장은, 권영성 헌법학의 개별적 기본권론에 있어 정치—경제의 양대축에서 가장 시급히 해결되어야 할 주제가 아닐 수 없었다.

“모든 정신적 활동에 관한 근원적인 권리(Urgrundrecht)를 의미하는 이와 같은 언론·출판의 자유(표현의 자유)는 구체적으로, 개인을 위한 ① 사상 또는 의견의 표명의 자유(발표의 자유), ② 전파(Verbreitung)의 자유(전달의 자유), ③ 정보의 수집

49) 권영성, “법과 도덕의 관계,” 관례월보, 1990. 10, 8쪽: “... 법은 사회구성원의 모든 행위규범을 법의 형태로 강제하고 있는 것은 아니다. 또 모든 행위규범을 법규범화할 수도 없다. 또 모든 법규범을 법규범화하는 것이 바람직한가도 의문이다. 문명된 사회일수록, 그리고 시민의 도덕적 의식수준이 높은 사회일수록 행위규범은 법규범보다 도덕률의 형태로 존재하는 경우가 많아진다. 따라서 갖가지 사회적 행위규범을 최대한 도덕률에 맡겨두는 것이 바람직하다고 할 수 있다. ... 이렇게 본다면 우리 사회의 질서유지는 시민의 자율적 준수에 맡길 수 없는 것이고 강제력을 수반한 법규범적 강요에 의해서만 가능하다는 결론이 나온다. 이러한 결론은 우리 시민의 질서의식 내지 도덕적 자각이 미숙하다는 것을 입증하는 것이기도 하다.”

50) 개별적 기본권분야의 수많은 논문들을 여기서 일일이 매거하지는 않겠다. 그의 저작목록을 참조하기 바란다.

· 처리의 자유(알 권리)와 ④ 신문을 비롯한 라디오·T.V·영화 등 보도기관을 위한 자유를 그 내용으로 한다.”<sup>51)</sup>

권영성 헌법학은 언론·출판(표현)의 자유를 분석함에 있어, 현대국가에서 정보통신의 유통을 “정보원→정보수집→정보처리→정보전달”의 과정으로 단계화한 후, 각 단계별로 “정보수집과정”에 대응하는 취재의 자유·정보공개청구권·알권리, “정보처리과정”에 대응하는 언론기관의 편집권·편성권(내부적자유), “정보전달과정”에 대응하는 액세스권·반론권 등, 현대적 의미의 언론·출판의 자유를 동태적·포괄적으로 분류·체계화하고 있다.<sup>52)</sup> — 그의 이러한 이론체계는 우리 헌법학에서 그 선례를 찾아볼 수 없는 개방적·독창적인 것이다. 아무튼 권영성 헌법학의 언론법제에 대한 각별한 관심은, 단순히 썬어지는 언론·출판에서 나아가 방송·연예에 이르기까지, 다양한 저작들<sup>53)</sup>과 현실참여활동<sup>54)</sup>에서 여실히 표출되고 있다.

“나도 기본적으로는 추상적 권리설에 동조하지만, ① 사회적 기본권은 오늘날에 있어서도 구체적 권리로서의 성격을 부분적으로나마 지니고 있다는 점을 유의해야 하고, ② 또 오늘날 사회적 기본권 특히 인간다운 생활을 할 권리가 정신적 자유 못지않을 정도의 중대한 의미를 갖는다는 점을 감안하여 앞으로 사회적 기본권을 구체적 권리로 파악하는 적극적인 이론구성이 바람직하다는 점을 지적하고 싶다.”<sup>55)</sup>

“저자도 종전에는 추상적 권리설에 동조하였다. 그러나 프로그램권리설과 추상적 권리설은 구체적 입법이 없는 한 사회적 기본권은 현실적 권리로서 사법적 구제를 받을 수 없다는 점에서 일치하고 있으므로 양 설의 실질적 내용에는 차이가 없다. … 이러한 시각에서 저자는 일련의 사회적 기본권을 불완전하나마 구체적인 법적 권리의 범주에 속하는 것으로 해석하려고 한다(불완전한 구체적 권리설).”<sup>56)</sup>

한편 사회적 기본권의 법적 성격문제와 관련하여, 권영성 헌법학은 당시로서는

51) 권영성, “언론·출판의 자유의 법리,” 법학 제19권 2호(1979. 2), 40쪽.

52) 권영성 (각주 6), 443쪽 이하.

53) 대표적 학술논문으로서 권영성, “언론·출판의 자유의 법리,” 법학 제19권 2호(1979. 2); 그밖에 단편논문으로서 권영성, “언론·출판의 자유와 음란문서,” 고시계 제255호(1978. 5); 권영성, “언론의 자유와 반론게재청구권,” 고시계 제273호(1979. 11); 권영성, “영화와 연예에 대한 헌법상의 규제,” 한국연극, 1987. 9; 권영성, “바람직한 언론법제의 구조와 체계,” 판례월보, 1997. 5; 권영성, “방송의 자유와 퇴폐적·선정적 표현,” 고시연구 제285호(1997. 12); 권영성, “헌법과 방송위원회의 위상,” 고시연구 제291호(1998. 5) 등 참조.

54) 한국신문윤리위원회 위원(1995. 4-1999. 8), 한국언론2000년위원회 위원(1996. 6-1999. 8).

55) 권영성 (각주 5), 543-544쪽.

56) 권영성 (각주 6), 555-556쪽.

어쩔 수 없었던 헌법현실상의 한계로 말미암아 추상적 권리설을 취하고 있었지만, 그때에도 사회적 기본권을 구체적 권리로서 파악하는 것이 향후 필요불가결한 과제임을 이미 인식하고 있었다. 그리하여 이 문제에 관한 권영성 헌법학의 “약속”은 10년여의 세월을 격하여 헌법재판제도가 제대로 기능하기 시작하면서 — 사회적 기본권에 관한 사법적 구제가능성이 열리면서 — 비로소 이행되기에 이른다.<sup>57)</sup> 즉, 사회적 기본권의 실현을 위하여 구체적이고 충분한 내용의 입법이 제정되지 아니하는 경우, 당사자의 헌법소원심판청구에 대하여 헌법불합치결정·입법촉구결정·위헌확인결정 등 헌법소송적 구제방법이 인정될 수 있다는 것이다.<sup>58)</sup>

#### 4. 統治構造論

“전통적인 대통령제에서는 전혀 찾아볼 수 없는 위와 같은 여러 가지 이질적인 요인들을 감안할 때, 현행헌법상의 정부형태는 단순히 변형된 대통령제에 해당한다하는 것만으로는 그 특징을 명백히 할 수가 없다. ‘변형된’ 대통령제라 하더라도 어떻게 ‘변형된’ 것이냐가 문제된다. 현행헌법상의 대통령제에 있어서는 ① 대통령에게 대권이 부여됨으로써 권력분립의 원리가 부분적·불균형적으로 채택되었다는 것, ② 대통령의 권한통제와 권력남용을 방지하기 위한 제도가 거의 마련되고 있지 아니하다는 것이 가장 두드러진 특징이다.”<sup>59)</sup>; “... 따라서 현행헌법상의 정부형태를 어떤 것으로 규정해야 한다면, 그것은 권위주의적 대통령제 내지 ‘전제적 혼합정부제’라 부르는 것이 적당할 것이다.”<sup>60)</sup>

“특히 새 헌법에서는 헌법의 본질과 기능을 외면한 채 집권의 편의만을 위한 당리당략(黨利黨略)적 차원의 합의로 의심받을 수 있는 부분이 없지 않다. ... 정부형태를 대통령중심 직선제로 하여야 한다는 점은 그간의 오랜 민주화 투쟁과정에서 국민적 여망임이 거듭 확인된 바 있다. 그렇다면 특별한 사유가 없는 한 그 정부형태는 대통령제의 원리에 충실한 제도와 기구를 최대한 수용하여야 마땅하다. 그럼에도 불구하고 새 헌법에서는 대통령의 임기를 5년으로 하면서 부통령제 대신 국무총리제를 존속시키는 어리석음을 범했다. ... 또한 대통령 선거에 있어서 당선에 필요한 득표율에 관한 규정을 두지 않음으로써 권력의 정통성에 대한 시비의 여지를 남기고 있다.”<sup>61)</sup>

57) 사회적 기본권의 법적 성격문제에 관한 초기저작(추상적 권리설)으로는 권영성, “사회적 기본권,” 월간고시 제68호(1979. 9)를, 최근저작(불완전한 구체적 권리설)으로는 권영성, “사회적 기본권의 헌법규범성고,” 헌법논총 제2권(1991. 12)을 각각 참조할 것.

58) 권영성 (각주 6), 558-559쪽.

59) 권영성 (각주 19), 143쪽.

60) 권영성, 헌법학원론(하), 1980. 2, 69쪽.

61) 권영성 (각주 33), 36쪽.

우리헌법의 통치구조·정부형태를 분석함에 있어 권영성 헌법학은, 그간 집권자의 편의에 따라 권력통합적 “신대통령제·반대통령제”로 변형·왜곡되었던 기구한 과거를 청산하고, 그것이 원형대로의 권력분립적 “순수대통령제”로 기능할 수 있도록 하는 데에 전력을 기울였다. 무엇보다도 그는 유신헌법 이래 우리나라의 대통령제 정부형태가, 권력분립의 원칙으로부터 일탈된 “권위주의적 대통령제” 내지 “전제적 혼합정부제”에 해당하는 것임을, 헌법학자로서의 학문적 양심에 따라 과감하고 솔직하게 표현하였다(상단 인용문 참조).<sup>62)</sup> 이러한 기본입장에서 출발하여 권영성 헌법학은 권력분립의 원칙에 충실한, 국민으로부터 직선되는 민주적·원형적 대통령제를 통치구조·정부형태의 이상으로 판단하고 있다. 그의 대학원강좌를 모태로 제임스 M. 번즈의 미국형대통령제(법문사, 1983. 7)가 번역·출판되었던 사실도 권영성 헌법학의 이러한 경향을 실증하는 한 자료가 된다. 적어도 “의원내각제” — 성공가능성이 의문스러운 헌법적 모형! — 나 “의원집행부제” — 현실과 이상의 몽롱한 조합! — 는 권영성 헌법학이 지향하는 통치구조·정부형태는 아닌 것이다. 1987년의 헌법개정에 대해서도 그는 순수한 대통령제의 확립이라는 차원에서 문제점들을 지적한 것이었고(상단 인용문 참조), 그가 예상한 문제점들은 불행하게도 현실정치에서 그대로 적중하였다(국무총리의 모호한 지위, 30% 남짓의 대통령 등등). 오늘날 우리의 통치구조·정부형태는 정치권의 이해관계에 따라 — 구체적으로는 3김 등 정치보스의 이해관계에 따라 — 의원내각제와 대통령제 사이를 마치 진자와도 같이 오락가락 하고 있다: 통치구조·정부형태를 둘러싼 우리의 불행한 헌정사는 군사독재가 일찌감치 종료된 이 시점에서도 다시금 되풀이될 것인가.

## 5. 憲法裁判論

“특히 민주주의를 위해서는 헌법재판제도를 중시해야 되겠지요. ... 서독의 경우는 헌법재판제도가 제대로 기능을 발휘하기 때문에 여야간의 정치적 투쟁이 과열될 필요가 별로 없는 것입니다. ... 그래서 앞으로 새 헌법에서는 헌법재판제도가 정상적인 기능을 다하도록 큰 배려가 있었으면 합니다. 그리고 또 민주주의가 제대로 운영되려면 법치주의가 확립되어야 합니다. 법치주의는 ... 역시 헌법재판제도에 의해 제도적으로 뒷받침되어야지요.”<sup>63)</sup>

62) 당시 여타 헌법학자들의 명명법과 비교해보면 이점에 관한 권영성 헌법학의 확고한 태도가 여실히 드러난다. 예컨대 “대통령제와 의원내각제의 혼합”(갈봉근 교수); “미국식 대통령제에 속하는 독특한 정부형태”(김기범 교수); “절대적 대통령중심제의 정부형태”(문홍주 교수); “국회에 대한 대통령우위의 대통령제” 내지 “영도적 대통령제”(박일경 교수); “박일경 교수의 명명처럼 영도적 대통령제로 보는 것이 타당”(김철수 교수), “권력융화주의적 대통령제”(한상범 교수), “변형된 대통령제”(한태연 교수) 등등.

63) “민주의 길: 민주주의는 자아의 자각에서 출발한다,” 월간조선, 1980. 4, 60-61쪽.

“법원쪽에서 나오신 분들은 헌법소원의 대상 중에서 법원의 판결은 제외하자는 주장을 하였습니다. 결국 전체적으로 본다면, 법원측은 독립된 기관으로서의 헌법재판소가 설치되고 여기에 광범한 헌법재판권을 부여하는 제도에 대해 별로 호감을 갖고 있지 않았다는 느낌을 갖습니다. 그런데 앞으로도 계속 법원이 헌법재판소의 헌법재판권 행사에 대해 호감을 갖지 않게 된다면 모처럼 법원이 직권으로 위헌법률심사를 할 수 있는 이런 기회를 활용하지 않을 것이 아니냐 하는 우려마저 금할 수 없습니다.”<sup>64)</sup>

민주주의·법치주의실현의 첩경으로서 건전한 헌법재판제도의 확립은 권영성 헌법학에서 일찍부터 관심을 경주하였던 테마였다. 이미 1960년대 중반 “법치국가와 헌법재판제도 — 서독의 경우를 중심으로 —”(대구대학 논문집 제4집, 1964)라는 논문에서 독일식 헌법법원제도를 집중적으로 연구한 바 있을 뿐만 아니라, 짧았던 1980년의 해빙기에는 “헌법재판제도”(월간고시 제79호, 1980. 7)라는 단편논문을 발표함으로써 유신헌법의 개정을 위요하여 헌법재판제도에 대한 관심을 재차 환기시켰다. 이어 1987년헌법에서 헌법재판소제도를 정식으로 도입한 이후 최근에 이르기까지, “한국의 헌법재판제도”(법학 제29권 3·4호, 1988. 12), “헌법재판소의 각하결정에 대한 통계적 분석과 각하사유에 대한 평가”(법학 제31권 3·4호, 1990. 12), “헌법재판제도의 활성화방안에 관한 연구”(법학 제33권 2호, 1992. 8) 등 현행제도의 문제점과 개선방안에 관한 다수의 저작들이 발표되었다. 특히, 헌법재판소제도의 도입 초기에 이미 법원과 헌법재판소의 대립·충돌로 인한 역기능문제를 예견하였다는 사실은, 헌법재판제도를 분석·비판하는 그의 시각이 얼마나 예리한 것인가를 새삼 실감케 한다(상단 인용문 참조).

## 6. 統一憲法論

“... 자유왕래야말로 남북한의 화해분위기 조성을 위해 불가결한 조치이며 통일을 실현하기 위한 최우선적 실천과제가 아닐 수 없다. ‘빌리 브란트’ 서독 전수상의 회고처럼 자유왕래가 아니라도 어차피 간첩의 왕래는 있기 마련이다. ... 자유왕래조차 실현될 전망이 불투명한 현단계에서 통일헌법 기초 운운한다는 것은 약혼조차 하지 아니한 상태에서 태어날 자녀의 작명 운운하는 것만큼이나 넌센스라 하지 않을 수 없다. ... 남북한 당국이 진정 통일에의 의지를 가지고 있다면 ... 무엇이 두려워 자유왕래까지도 이다지도 철저히 봉쇄하는가.”<sup>65)</sup>

“이제 우리가 평화통일의 염원을 하루속히 실현하려면 평화통일에 걸림돌이 되는

64) 권영성, “한국의 헌법재판제도,” 법학 제29권 3·4호(1988. 12), 42쪽.

65) 권영성, “문익환·임수경은 왜 생겨나는가,” 신동아, 1989. 12, 176쪽.

모든 장애요인부터 과감하게 청산하는 작업에 우선 착수하지 않으면 안 된다. … 그러기 위해서는 일련의 국가보안법이 … 우리의 평화통일실현에 결정적인 걸림돌이 될 수 있다는 점을 직시할 필요가 있다.”<sup>66)</sup>; “대한민국의 대북한정책을 헌법정책의 차원에서 관찰한다면 제1단계는 이른바 북진통일정책을 고집한 단계이고 제2단계는 평화적 통일정책을 표방한 단계라고 시대구분할 수 있다. … 비록 우리 헌법의 ‘영토조항’은 1948년이래 줄곧 불변이지만, 현행헌법의 경우에는 새로이 추가된 일련의 ‘통일조항’으로 말미암아 그 본래의 의미를 고집할 수 없게 되었다.”<sup>67)</sup>

분단국이라는 목전의 헌법현실에 비추어 볼 때 통일은 우리의 기본적 헌법정책으로서 항시 지향·추구되어야 할 목표이다. 여기서 권영성 헌법학은 통일의 실현에 장애가 되는 일체의 반통일적 현실과 규범들이 일소되어야만 한다고 본다: 남북간의 자유왕래보장, 국가보안법의 폐지주장, 영토조항의 의미 축소·변천론 등은 그 좋은 실례이다. 남북간의 통일을 실현하기 위한 헌법외적 여건들이 전혀 갖추어져 있지 아니한 상황에서, 통일헌법의 기초를 운위함은 그에게는 “헌법학의 자기기만”에 불과한 것으로 여겨졌기 때문이다. 바로 이러한 이유에서 권영성 헌법학은 100가지 통일방안을 분석하여 101번째의 통일방안을 마련한다는 식의 비현실적 “통일 수사학”에 골몰하기보다, 통일을 하루라도 앞당기기 위하여 분단고착·통일지연의 제반 역기능들을 최대한 제어하고자 하는 “통일환경론”에 집중하고 있는 것이다. 하지만 동시에 그의 통일헌법론은 여기에 그치지 아니하고, 독일·예멘·중국 등 기존 분단국들의 통합유형분석을 통하여, 비교헌법학적·헌법정책론적 대안을 수립하는 데에도 최대한의 노력을 경주하고 있다.<sup>68)</sup>

#### IV. 다시 “우리 憲法現實”과의 관계에서

##### 1. 軍事獨裁와 憲法學者の “對決”

“민주국가에서의 정치지도자는 초인적 권위로 상징되는 영도자여서는 안 된다는 것입니다. 영도자라는 것은 흔히 자신을 일반국민과는 다른 종류의 특권적 존재로 자처합니다. 또 책임을 지지 않으려 하고 일체의 비판에서 초월하고 비공개적으로 행동하고 자기지위를 고정화시키려 하는 이런 정치인을 영도자로 보고 있습니다.”<sup>69)</sup>

66) 권영성, “국가보안법, 왜 개폐를 미루는가,” 신동아, 1989. 10, 189쪽.

67) 권영성, “우리 헌법의 「영토조항」과 「통일조항」,” 판례월보, 1989. 9, 5쪽, 9쪽.

68) 대표적 연구성과로서 권영성, “남북한통합과 국가형태·국가체제문제 — 분단국 통합유형분석을 중심으로 —”(공동집필)(법학 제34권 1호, 1993. 2) 참조.

69) “민주의 길: 민주주의는 자아의 자각에서 출발한다,” 월간조선, 1980. 4, 65쪽. 동 대담은 “民主主義と私の自覺,” 아시아公論, 1980. 7(78-95쪽)에 일역·전재되었다.



짧았던 1980년의 이른바 서울의 봄, “헌법의 아버지” 유진오 박사와 “헌법학의 아버지” 권영성 교수는, 한 월간지의 대담에서 민주주의에의 희망·기대를 적극 토로하였다(상단 인용문 참조). 그러나 우리의 기구한 정치사는 또다시 쿠데타를 거쳐 군사독재의 수렁으로 빠져들었으며, 권영성 헌법학은 여기서 또 한번 굴욕과 좌절을 경험하지 않을 수 없었다. 하지만 이러한 우리 헌정사의 암흑기에서도 그는 결코 “용기”를 잃지 아니하였다. — 일찍이 유신시대 한창 살벌할 때도 그는 “무슨 질문이라도 좋다. 이 강의실 안에 정보부직원이 앉아 있는지 모르지만 강의실에서의 의견 발표는 절대적으로 보장되는 것”이라고 당당히 말하였으며, “우리나라의 국시는 반공이 아니라 통일”이라는 모 의원의 발언으로 촉발된 이른바 “국시논쟁”에서도 “집권자들이 반공국시를 정권유지에 이용했을 뿐 대한민국엔 국시라는 말 자체가 존재할 수 없는 것”이라는 입장을 분명히 하였으며, 광주학살문제에 대해서도 “맨 먼저 진상이 규명되어야 하고 그 다음에 책임을 추궁하고 피해자의 정치적·물질적 보상을 해야 한다”라고 최초로 주장했다가 수난을 당하기도 하였다.<sup>70)</sup> 돌이켜보면 박정희-전두환-노태우로 이어지는 군부통치체제 하에서, 그는 한 순간도 헌법학자로서의 용기와 신념을 잃지 않고 독재와 대결해왔다. 오늘날 우리 사회는 너도나도 박해당한 교수였고 민주투사였노라고 주장하는 사람들로 가득 차있다. — 기껏해야 사이비 교수요 위장정치꾼에 불과한 이들로 넘쳐나는 우리 사회에, 강단과 연구실을 지키면서 군사독재와 대결하였던 그의 헌법학만이 외로이 “진리의 빛”을 던지고 있다.

## 2. 時代와의 不和, 政治와의 不和

“... 그럼에도 아집과 독선과 탐욕에 사로잡힌 우리의 정치인들은 언필칭 ‘눈먼 단세포 동물들’인지 조금도 자성의 기미를 보이지 않고 있다. 이제 우리는 저마다 가슴 속에 묻어둔 마지막 한마디 말을 비명과 절규로 소리치지 않을 수 없게 되었다. ... 오늘날 난국수습의 길은 국민의 뜻에 따라 즉각 민주적 개헌을 단행하는 이외에 달리 방법이 있을 수 없다. 계속된 기만과 호도와 궤변만으로는 사태를 더욱 악화시킬 뿐 문제해결에는 도움이 되지 않는다. ... 무엇이 두려워 국민이 원하는 민주화와 개헌을 유예하려 하는가.”<sup>71)</sup>

정치로부터 생겨 나오지만 역으로 정치를 규율하도록 요구되는 헌법의 속성상, 헌법학자는 정치현실에 대한 관심으로부터 결코 자유로울 수 없다. 하지만 권영성 헌법학이 관심을 두었던 우리의 정치현실은 “독재와 빈곤”이라는 암울한 현실이었으며 이로써 그는 어쩔 수없이 “시대와의 불화, 정치와의 불화”로 나아가게끔 되었

70) 각주 22의 인터뷰기사, 114쪽, 118쪽.

71) 권영성, “제헌절과 헌법국가,” 월간조선, 1987. 6. 18자 게재거부원고.

던 것이다. 6월항쟁 이후 군사독재가 꼬리를 내린 1990년대에 들어서도, 구태를 벗어나지 못하고 있는 현실정치에 대하여, 권영성 헌법학은 비판의 고삐를 늦추지 아니하였다. 대표적 실례로서 일찍이 그는 우리 헌정사를 질곡에 빠뜨린 장본인들이 이른바 “3김”에 대하여, 진정한 민주화의 달성을 위해서는 “3김퇴진”과 “전면적 세대교체”가 불가피함을 여러차례 역설하였다(하단 인용문 참조). 민생입법의 처리를 외면한 채 과행을 거듭하는 국회, 개혁을 명분으로 내세워 정치보복을 일삼는 집권 여당, 부정부패척결을 무기삼은 인위적 정계개편 시도, 지역감정과 대북정책까지 정쟁에 이용하는 후진적 정치행태, 정치지도층의 후안무치한 일련의 부정부패행각 등등. — 기본적으로는 “우리 정치인들의 단세포적 저질성”에서 비롯되는, 이러한 “부패-개혁-부패”의 악순환은 과연 어느 시점에서 그 연쇄고리가 풀릴 것인가.

“... 김대중씨의 경우 ... 야당분열과 군정연장을 못막은 책임을 면할 수가 없지요. 김영삼씨도 차기대권에만 눈이 멀어 있는 듯이 보이고, 김종필씨의 경우 5·16 군사쿠데타의 주역이자 ... 역사의 물결을 반민주로 돌려놓은 장본인입니다. ... 그들이 참신한 인물의 등장을 막고 있는 셈이지요.”<sup>72)</sup>

### 3. 法曹改革 및 法學教育改善問題

“그러나 새 헌법에서도 체계상의 조잡성과 이론상의 미숙성은 발견된다. ... 셋째, 한국적 정치상황에서는 언제나 인권유린이라든가 공무원의 사병화(私兵化)와 함수관계를 가질 수밖에 없는 검찰과 경찰의 정치적 중립성에 무관심하였다는 것도 비판의 대상이 되기에 족하다.”<sup>73)</sup>

“어떠한 개혁이든 개혁의 목표는 국민생활의 질을 향상시키는데 두어야 하며 그러기 위해서는 개혁은 현행제도를 무조건 뒤엎거나 폐지해버리고 전혀 새로운 제도를 도입·채택할 것이 아니라 현행제도의 부정적 요소를 배제하고 긍정적 기능을 발전적으로 보완하고 강화하는 것이어야 함을 유의할 필요가 있다. 검증되지 아니한 즉흥적인 개혁론이 교각살우의 우를 범하는 것이어서는 아닐 것이다.”<sup>74)</sup>

1987년의 헌법개정에 즈음하여 권영성 헌법학은 “검찰과 경찰의 정치적 중립성”을 익히 강조한 바 있다(상단 인용문 참조). — 그로부터 10년여의 세월을 격한 지금 불행하게도 그의 예측은 다시금 적중하였으니, 오늘날 집권당의 일개 사병으로 전락해버린 우리의 검찰은, 일국의 수사·소추기관으로서 도저히 용납하기 어려

72) 권영성 (각주 30), 49쪽.

73) 권영성 (각주 33), 35-36쪽.

74) 권영성, “법조학제개편의 바람직한 방향,” 관례월보, 1995. 6, 8쪽.

운 회귀한 일들을 경험하고 있다. 뿐만 아니라 재야·재조를 불문하고 법조계 전반에 대한 국민의 뿌리깊은 불신은, 민주주의의 고양에 발맞추어 광범한 법조개혁논의로 확산·진전되었으며, 나아가 법학교육전반에 대한 전면적·혁명적 개선론으로 구체화되기에 이르렀다. 하지만 우리는 개혁이 가져올 장미빛 미래의 청사진에 현혹되어, 그것이 수반하는 제반 부작용들을 몰각하는 수가 종종 있음을 유의해야 한다. 법조개혁·법학교육개선의 경우도 여기에서 예외는 아니다: 더구나 법제는 국가를 지탱하는 큰 뼈대요, 교육은 언필칭 국가의 백년대계가 아닌가. 이 분야에 있어서도 제도의 변경은 그것이 가져다주는 “개혁이익”과 급격한 변화가 초래할 “전이비용”을 비교·형량하여 신중하게 이루어져야만 할 것이다. 권영성 헌법학은 법조개혁·법학교육개선에 관하여 바로 이러한 “신중론·점진론”의 연장선상에서 문제에 접근하고 있다(상단 및 하단의 인용문 참조).

“필자는 이 양안 중 법대학제연장안(2+3~4)이 무난한 것이 아닌가 생각한다. 왜냐하면 법대학제연장안은 현행의 4년제 법대학부를 1년 또는 2년 정도 연장하는 방안으로서 낮은 제도의 도입에 따른 예상되는 혼란을 방지하면서도 법학교육에 일대혁신을 가져오게 할 수 있다는 의미에서 가장 바람직한 방안이라 생각하기 때문이다. … 미국식 로스쿨제는 이러한 일련의 점진적 개혁으로도 소기의 성과를 거두지 못할 경우에 그 채택여부를 논의하더라도 늦지 않다고 본다.”<sup>75)</sup>

“(학제)개편안은 대학구성원의 의견을 무시한 비민주주의적 의사결정과정에 의하여 이루어졌다. … 우리나라의 경우 집권자가 바뀔 적마다, 심지어는 교육부장관이 교체될 적마다 거의 언제나 ‘한건주의’의 동기에서 교육제도나 입시제도 또는 학제의 개편안을 들고 나왔다. … 대학사회는 물론이거니와 교육계전반에 미칠 극심한 혼란을 예상하여 신중에 신중을 기할 것을 당부한다.”<sup>76)</sup>

## V. 끝맺을 수 없는 맺음말

“권교수의 학문생활의 좌우명은 ‘문이불화(文而不華)’ … 학문을 하되 어떤 명예나 이(利)를 염두에 두어서는 안된다는 뜻이다. 학문의 경지가 깊어질수록 겸손해야 한다는 뜻으로 가슴에 새기고 있다. … 언제 후배·제자들에 의해 밀려나야 할지도 모르고 또 그렇게 되길 바라는 것이 권교수의 심정이다. 청출어람(靑出於藍)이 되어야 하는 것이다. … 그가 늘 진실로 추구하는 것은 아직도 완성되지 않은 목표를 향하여 끊임없이 노력하는 학자로서의 겸손함을 잃지 않는 것”

— “헌법학자 권영성: 헌법연구 통한 민주주의 신봉자로 반평생” 중에서

75) 권영성 (각주 74), 8쪽.

76) 권영성, “법학교육과 학제개편,” 관례월보, 1998. 10.

이번 학기를 마지막으로 권영성 교수께서는 22년 동안 정든 학원을 떠나게 되었다: 그리하여 아마도 권영성 헌법학은 또 한번의 전환기를 맞이하게 될 것이다. 이쯤에서 권영성 헌법학에 대한 필자의 “거친 소묘” — 한 헌법학자의 학문역정이, 한 인간의 삶이 어찌 필설로써 다 형용되랴만 — 도 마무리되어야만 할 것 같다. 그러나 우리의 헌법학이 세세대대 이어져가야만 하는 것이라면, 권영성 헌법학 역시 여기서 끝나지 아니하고 영원히 계속되어야만 하는 것이며, 바로 그러한 이유에서 이 맺음말 또한 끝맺을 수 없는 것이라야 마땅하다. 더욱이 권영성 헌법학은 그의 수많은 문하생들에 의하여 면면히 계승·발전되고 있다는 점에서, 그것은 단순히 어느 순간에 정지하는 “개체적 존재”가 아니라, 개체간의 상호작용 속에서 독자적 생명력을 유지하는 “군체적 존재”가 되었다. 그의 지도로 박사학위를 취득한 문하생들의 학위논문만을 분석하더라도, 그들과 권영성 헌법학과의 내재적 상호연관성은 매우 뚜렷하게 인식될 수 있다. 우선 그의 비교헌법학적 방법론은 도희근 교수(“소비에트제도에 관한 헌법학적 연구,” 1992. 8), 신우철 박사(“중화인민공화국 국가체제에 관한 헌법학적 연구,” 1996. 8), 강경선 교수(“인도헌법의 형성과 전개,” 1999. 8) 등에 의하여 개별국가의 헌법연구로 계승·확대되고 있다. 의회제도론·정당선거제도론·지방자치제도론 등의 분야에서는 전원배 박사(“의회조사권에 관한 비교헌법적 연구,” 1995. 8), 음선필 박사(“비례대표선거제의 유형과 헌법적 기능에 관한 연구,” 1997. 8), 오동석 박사(“주민참여적 지방자치의 헌법적 정당성,” 1999. 2) 등에 의하여 연구가 심화되고 있다. 또한 사회국가론·사회적기본권론에 대한 관심은 민경식 교수(“서독 기본법에 있어서의 사회화에 관한 연구,” 1987. 2), 한병호 교수(“인간다운 생존의 헌법적 보장에 관한 연구,” 1993. 2), 고문현 박사(“헌법상 환경조항에 관한 연구,” 1999. 2) 등에 의하여 특화·발전되고 있다. 언론법제론·언론기본권론에 있어서는 박선영 교수(“반론권에 관한 비교헌법학적 고찰,” 1995. 8), 황성기 박사(“언론매체규제에 관한 헌법학적 연구,” 1999. 8) 등의 연구성과가 주목된다. 헌법재판제도론과 통일헌법론에 대한 그의 관심은 각각 박종보 교수(“법령에 대한 헌법소원,” 1994. 2)와 김승대 박사(“동서독 통일과정에서의 헌법적 문제에 관한 이론,” 1996. 8)에 의하여 구체화되고 있다.