creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사학위논문

칼 슈미트의 '헌법의 수호자'론에 관한 비판적 연구

- '행정국가'의 요청과 '반의회주의'를 중심으로 -

2023 년 8 월

서울대학교 대학원

법학과 헌법전공

김 학 진

칼 슈미트의 ‘헌법의 수호자’론에 관한 비판적 연구

– ‘행정국가’의 요청과 ‘반의회주의’를 중심으로 –

지도교수 송 석 윤

이 논문을 법학박사학위논문으로 제출함

2023 년 5 월

서울대학교 대학원

법학과 헌법전공

김 학 진

김학진의 박사학위논문을 인준함

2023 년 7 월

위 원 장	이 효 원	(인)
부 위 원 장	전 종 익	(인)
위 원	이 계 수	(인)
위 원	조 동 은	(인)
위 원	송 석 윤	(인)

국문초록

칼 슈미트에 관한 논의는 그의 생전뿐만 아니라 사후에도 계속되고 있다. 이를 반영한 '슈미트 르네상스'라는 표현이 현재에는 관용구처럼 사용되고 있으며 여러 학문 영역에서 그의 작업을 거듭하여 재조명하고 있다. 다만, 법학에서만큼은 '나치의 계관법학자'로서의 경력을 가진 그와 여전히 거리를 두고 있다.

그러나 슈미트는 줄곧 자신을 '헌법과 유럽공법의 교수자이자 연구자'로 정의했다. 슈미트 르네상스 경향에서 반복적으로 다루어지는 것도 그가 정체성을 두었던 '헌법'과 직결된 주제들이다. 헌법학의 관점에서 슈미트의 논리 구조와 이 안에서 활용되는 개념들의 취지를 먼저 면밀히 파악해 놓지 않는다면, 그의 주장에 대한 수용은 피상적인 방향으로 이루어질 수밖에 없다.

헌법에 관한 슈미트의 입장은『헌법론』과 '헌법의 수호자'에 체계적으로 기술되어 있다. 그렇지만 이들 저작에 대한 입체적인 분석은 아직 충분하게 이루어지지 않은 상황이다. 특히 '헌법의 수호자'는 주제 자체는 익숙한 데 비해서 그 취지에 대한 이해가 많이 부족하다. 대부분의 헌법학 이론서들은 이를 헌법보장의 역할을 대통령에게 맡기는 것이 적합한가 아니면 사법심사기관에 일임하는 것이 적합한가를 따졌던 문제로 다루고 있다. 그러나 슈미트의 '헌법의 수호자'론의 목적은 여기에서 그친 것이 아니다. 엄밀하게 따져보면 이에 관한 현재의 헌법학 이론서들의 태도가 바로 슈미트의 주장을 피상적으로 받아들인 전형에 해당한다. '헌법의 수호자'의 논리 구조를 분석해 보았을 때, 이는 헌법 기술적이나 제도적인 수준보다는 '국가'에 관한 도그마의 문제라는 것이 드러난다.

'헌법의 수호자'의 구조상의 특징은 19세기적인 이원주의를 조명하면서 사회와 국가를 분리하여 사고하는 양식을 현재에 다시 정착시키고자 한 데 있다. 이로부터 슈미트는 사회의 '위'에 자리하여 조정자의 역할을 할 수 있는 것으로서 이상적인 국가의 위상을 정립시키려 했다. '강한 질적 전체국가'는 그 구체화된 표현이며, 이와 대립되는 상태는 '약한 양적 전체국가'로 묘사된다. 이렇게 '전체국가'는 슈미트의 논리에서 비판을 위한 도구이자 모델과 같이 사용되는 개념으로 도출된다.

더불어 슈미트는 헌법현실에서 영위되는 국가의 성질을 국가권력의 핵심, 국가권력의 소재, 특히 비상사태에서 권력이 행사되는 양식을 범례로 삼아 입법국

가, 행정국가, 사법국가로 준별했다. 이를 '전체국가'개념과 연결하면서 그는 입법국가를 문제적인 양적 전체국가의 전형으로, 그리고 행정국가를 이상적인 질적 전체국가의 전형으로 제시한다.

슈미트가 부각시키려는 행정국가는 교양 있고 도덕적으로 청렴한 관료집단에 의해 통치되는 '객관성'이 보장된 국가로서, 보통 의회(제)민주주의를 기반으로 하는 입법국가와 이율배반적으로 대치된다. 그의 논리 구조에서 행정국가의 우위는 그 자체의 장점을 통해 설파되는 것이 아니라 대립항에 놓여 있는 입법국가의 문제점이 강조됨에 따라 반사적으로 확보된다. 환언하면 '문제적'인 상태인 의회(제)민주주의와 대비되는 것만으로도 행정국가는 '구제책'으로서의 위상을 충분히 획득할 수 있는 것이다. 단, 행정국가에서의 통치의 주체인 관료집단은 특성상 스스로 정치적인 결단을 할 '권위'를 보유할 수 없다. 이에 따라 슈미트는 바이마르의 헌법현실 아래에서는 라이히대통령의 권위가 자신이 논구하려는 이상적인 국가개념과 결합이 가능하다고 간주하면서 특히 대통령의 '초당파성'을 강조하는 방향으로 논의를 집중시켰다.

이러한 논리 구조를 갖춘 '헌법의 수호자'는 다음과 같은 도그마적 요소를 포함한다. 첫째, 국가의 조정자적인 역할 부각. 둘째, 관료제의 객관성 강조. 셋째, 국가와 사회의 영역이 분리되어 있음을 전제로 하여 국가가 적극적으로 개입할 수 있는 부문과 그렇지 않은 부문을 논자의 목적에 따라 합리화하기에 용이한 논리 구조 제시.

'헌법의 수호자'론은 국가의 위상과 역할에 관한 고민의 산물로서 '보수적인 관점에서의 행정국가론'의 원형을 보여주고 있다. 하지만 명확한 '근거 없이' 의회(제)를 행정국가의 대립항에 놓고서 그 가치를 깎아 내리기만 한 결과 논의의 합리성이 크게 저하된 측면도 있다. 그럼에도 그러한 측면에 충분히 주의를 기울이지 않은 채 이와 같은 도그마로서의 '헌법의 수호자'의 취지를 의식적으로 계승하려는 시도가 현 시점에도 여전히 발견되고 있다. 슈미트의 작업이 수명을 다한 것이 아닌 만큼, '헌법의 수호자'를 포함하는 슈미트의 국가 및 헌법이론 전반에 관하여 헌법학의 관점에서의 입체적인 검토 및 그 도그마적인 요소들에 대한 비판 또한 계속 이루어질 필요가 있다.

주요어 : 칼 슈미트, 헌법론, 헌법의 수호자, 이원주의, 행정국가, 반의회주의
학 번 : 2016-30332

목 차

국문초록 ····· *i*
목 차 ····· *iii*
일러두기 ····· *vii*

제1장 서론 ····· 1

제1절 연구의 필요성 ····· 1
제2절 연구 현황의 검토 ····· 7
제3절 연구의 목적과 논문의 구성 ····· 13

제2장 '헌법의 수호자'론의 이념적·헌정사적 배경 ····· 17

제1절 독일 보수주의의 전개와 슈미트의 반응 ····· 18
Ⅰ. '1914년의 이념'의 영향 ····· 18
Ⅱ. '반혁명'의 이념화 ····· 21
1. 독일제국의 전쟁 수행의 역사적 특수성 ····· 21
2. 역사적 특수성에 대한 보수주의의 반응 ····· 25
Ⅲ. 보수혁명론으로의 발전 및 슈미트와의 연관 ····· 30
1. 보수혁명론의 취지 ····· 30
2. 슈미트의 보수혁명론의 소재인 '결단'과 '반바이마르' ····· 32
제2절 '헌법의 수호자'론을 둘러싼 헌정사의 경과 ····· 38
Ⅰ. '수단화'된 바이마르헌법 제48조 ····· 38
Ⅱ. '헌법 밖' 권력과 슈미트의 '반바이마르' 기획 ····· 42
Ⅲ. '반바이마르'의 실제인 프로이센쿠데타의 전개와 의의 ····· 52
1. 사건의 직접적인 배경과 전개 ····· 52
2. 대통령의 비상조치권한에 대한 슈미트의 입장 변화의 공식화 ····· 58

제3장 ‘행정국가’의 부각을 목표로 하는 ‘헌법의 수호자’론의 구조 ····· 65

제1절 전제로서의 『헌법론』상의 국가 및 헌법개념 ····· 67

Ⅰ. 『헌법론』에서의 작업과 목적 ····· 67

1. 개요 ····· 67

2. 『헌법론』에서 절대화되는 국가 및 헌법개념의 특징들 ····· 71

1) 독일 관념론에서의 ‘절대적 동일성’의 원용 ····· 71

2) 인격으로 환원된 ‘대표’와의 결부 및 재구성된 민주주의원리의 전제 ····· 76

3) 국가와 헌법에 대한 실존적, 배타적 성격의 부여 ····· 81

4) 국가 그 자체의 ‘주체성’의 확보 ····· 84

3. 『헌법론』에서의 절대화 작업의 의도 ····· 86

Ⅱ. 슈미트가 강조하는 ‘국가(성)’의 의미 ····· 87

제2절 『헌법의 수호자』를 통한 ‘행정국가’의 부각 ····· 93

Ⅰ. 개요 ····· 93

Ⅱ. ‘이원주의’의 의도적인 조명과 국가의 성질의 준별 ····· 95

1. 전제로서의 ‘국가(성)’의 부각을 위한 19세기 이원주의의 환기 ····· 95

2. 국가의 성질의 준별을 통한 ‘입법국가(화)’ 현상의 비판 ····· 99

Ⅲ. 비판의 도구로서 제시되는 ‘전체국가’개념 ····· 102

1. 국가의 ‘중심영역’ 변천에 따른 시대 구분을 통한 개념의 도출 ··· 102

2. 국가양식과의 연관을 통한 ‘전체국가’의 활용 ····· 106

1) ‘입법국가(화)’ 현상과 결부되는 ‘양적’ 전체국가 ····· 106

2) ‘질적’ 전체국가의 제시를 통한 대비 및 ‘행정국가’와의 결부 ·· 111

제3절 소결 ····· 115

제4장 ‘헌법의 수호자’론의 의도와 함의 ····· 119

제1절 ‘국가(성)’을 방어하는 중립적인 권력으로서의 대통령의 위상 정립 ····· 120

Ⅰ. ‘중립성’의 활용에 대한 코페르니쿠스적 전환 ····· 120
1. ‘중립성’의 개념사 ····· 120
2. 의미 분별과 콩스탕의 원용을 통한 슈미트 식 ‘중립성’의 구성 ··· 122
3. 국가원수(라이히대통령)의 위상 및 그 기능과의 연결 ····· 127
1) 대통령만이 가능한 중립성 = ‘초당파성’과 ‘방어적’ 역할의 도출 ····· 127
2) 대통령의 권위를 통하여 방어되어야 할 ‘국가(성)’의 실질 ····· 129
(1) 『헌법론』에서의 단서 ····· 129
(2) 자유주의적 관점을 거부하는 슈미트의 국가 구성 ····· 130
(3) ‘진정한 기본권’ 및 ‘제도적 보장’과의 연결 ····· 134
Ⅱ. 도그마화로서의 『헌법의 수호자』 작업의 취지 ····· 136
1. ‘의회(제)민주주의’의 상대화 ····· 136
2. 관료국가로의 구체화와 그 성격 ····· 140
제2절 ‘헌법의 수호자’론의 기조로서의 ‘반의회주의’ ····· 145
Ⅰ. 개요 및 전제 ····· 145
1. 『헌법의 수호자』의 논리 구조의 표층과 심층 ····· 145
1) 이원적 대립의 연장선 위에서의 ‘사법형식성’ 부인 ····· 145
2) 새로운 장의 추가를 통한 비판의 중점 이동 ····· 148
2. 비판적 검토를 위한 전제로서의 ‘한스 켈젠’ ····· 150
Ⅱ. ‘헌법의 수호자 논쟁’을 통한 『헌법의 수호자』의 비판적 검토 ····· 158
1. 『헌법의 수호자』에서의 문제 제기 방식의 목적 ····· 158
2. 『헌법의 수호자』가 설파하려는 이데올로기로서의 반의회주의 ····· 163
1) 의회(제)민주주의를 문제시하기 위한 논리 구조의 설계 ····· 163
2) 근거 없는 이원적 대립의 구성 ····· 165
3) 반의회주의 ‘이데올로기 형성’의 전형으로서의 『헌법의 수호자』 · 167
Ⅲ. 소결 ····· 169
제3절 ‘헌법의 수호자’론의 수용과 그 전망 ····· 175
Ⅰ. ‘법치국가’개념과 전후의 도그마로의 연결 ····· 175

1. ‘법치국가’개념과의 연결 ····· 175
2. 전후의 도그마로의 연결 ····· 179
Ⅱ. ‘권위주의적 민주주의’의 전형으로서의 ‘헌법의 수호자’론 ··· 181
1. 정치적 자유주의를 거부하는 민주주의론의 구성 ····· 181
2. 슈미트의 기조의 유지와 그에 따른 유의점 ····· 184

제5장 결론 ····· 187

참고문헌 ····· 193

Abstract ····· 209

【그림 및 표 목차】

<그림 3-1> 슈미트의 국가 성질의 준별 ····· 98
<표 3-1> 중심영역의 변천에 따른 국가양식의 변화 및 국가의 중립화 정도 · 105
<표 4-1> 국가의 ‘국내정치적 중립성’에 관한 슈미트의 의미 분별 ····· 123

일러두기

1. 본문에서 약어(略語)로 표시된 칼 슈미트 (관련) 저서는 다음을 가리킨다.

BP *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*(9. korrigierte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2015).

㉮ 김효전・정태호 옮김, 정치적인 것의 개념: 서문과 세 개의 계론을 수록한 1932년 판, 살림출판사 (2012).

D *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*(8. korrigierte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2015).

㉮ 김효전 옮김, 독재론: 근대 주권사상의 기원에서 프롤레타리아 계급투쟁까지, 법원사 (1996).

DRD *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*(3. Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2006).

㉮ 김효전 옮김, "법학적 사고방식의 세 유형 (1934)", 헌법과 정치, 산지니 (2020), 319-353.

GP *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*(10. Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2017).

㉮ 나종석 옮김, 현대 의회주의의 정신사적 상황, 도서출판 길 (2012).

HP "Hugo Preuß: Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre", in: ***HV***, 161-184.

㉮ 김효전 옮김, "후고 프로이스 (1930): 그 국가개념과 독일 국가학상의 지위", 헌법과 정치, 산지니 (2020), 231-248.

HV *Der Hüter der Verfassung*(5. Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2016).

㉮ 김효전 옮김, 헌법의 수호자, 법문사 (2000).

1929 HV "Der Hüter der Verfassung", *Archiv des öffentlichen Rechts* Band 55 (Band 16 der neuen Folge), Heft 2, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG (1929), 161-237.

㉮ 김효전 옮김, "헌법의 수호자 (1929)", 헌법과 정치, 산지니 (2020), 186-230.

LL *Legalität und Legitimität*(8. korrigierte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2012).

㉮ 김도균 옮김, 합법성과 정당성, 도서출판 길 (2015).

PB *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar - Genf - Versailles 1923-1939*(4. korrigierte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2014).

㊫ 김효전 옮김, 입장과 개념들: 바이마르 - 제네바 - 베르사유와의 투쟁에 있어서 1923-1939, 세종출판사 (2001).

PR *Politische Romantik*(6. Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (1998).
㊫ 조효원 옮김, 정치적 낭만주의, 에디투스 (2020).

PT *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*(10. Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2015).
㊫ 김항 옮김, 정치신학: 주권론에 관한 네 개의 장, 그린비출판사 (2010).

PT Ⅱ *Politische Theologie Ⅱ. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*(6. korrigierte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2017).
㊫ 조효원 옮김, 정치신학・2: 모든 정치신학이 처리되었다는 전설에 대하여, 그린비출판사 (2019).

RHV "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929)", in: ***VA***, 63-100 및 추록은 100-109.
㊫ 정태호 옮김, "헌법의 수호자인 라이히재판소", 동아법학 제37호, 동아대학교 법학연구소 (2005. 12.), 419-467.

SGN Günter Maschke(Hrsg.), *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin: Duncker & Humblot (1995).

SI Frank Hertweck・Dimitrios Kisoudis(Hrsg.) in Zusammenarbeit mit Gerd Giesler; mit einem Nachwort von Dieter Groh, *„Solange das Imperium da ist". Carl Schmitt im Gespräch mit Klaus Figge und Dieter Groh 1971*, Berlin: Duncker & Humblot (2010).

VA *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*(4. Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2003).

VL *Verfassungslehre*(11. Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2017).
㊫ 김기범 옮김, 憲法理論, 교문사 (1976).

ZNE "Das Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen", in: ***BP***, 73-87.
㊫ 김효전・정태호 옮김, "중립화와 탈정치화의 시대: 1929년 10월 29일 바르셀로나의 유럽문화연맹회의에서의 연설", 정치적인 것의 개념: 서문과 세 개의 계론을 수록한 1932년 판, 살림출판사 (2012), 107-130.

2. 슈미트의 저서 외의 다른 외국어 문헌을 직접 인용할 때에는 우리말 번역본의 내용을 최대한 존중하여 반영하되, 부득이한 경우에는 수정을 거쳤다. 아울러 원서의 해당 쪽수를 병기할 때에는 서지사항 후미의 대괄호([ ]) 안에 이를 표기했다.

3. 본문에서 독일어 약어로 표시된 것은 다음을 가리킨다.

Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
Bearb.	Bearbeiter
ders.	derselbe[-n]
ebd.	ebenda
Hrsg.	Herausgeber
Jg.	Jahrgang
MEW	*Karl Marx・Friedrich Engels Werke*(Berlin: Dietz Verlag)
Nr.	Nummer
RGBl	*Reichsgesetzblatt*
RGZ	*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*
Rn.	Randnummer
VVDStRL	*Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Berlin: Walter de Gruyter)
WHV	Hans Kelsen, "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?", in: Robert Chr. van Ooyen(Hrsg.), *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?. Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, Tübingen: Mohr Siebeck (2008), 58-105. ㊫ 김효전 옮김, "누가 헌법의 수호자이어야 하는가?", 독일 헌법학의 원천, 산지니 (2018), 988-1027.

4. 《Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919》는 이하 '바이마르헌법'으로 통일하여 표기했다.

5. 인용 시 원저자가 강조하는 부분이 있는 경우에는 *이탤릭체*로 이를 표기하고, 인용문 및 본문에서 필자에 의한 강조는 모두 강조점을 사용하여 표기했다.

6. 본문에서 단행본・정기간행물 등의 표제는 겹낫표(『 』), 논문・단편・예술 작품 등의 표제는 홑낫표(「 」), 법령 등의 표제는 겹화살괄호(《 》) 안에 이를 표기했다.

7. 인용양식은 대법원 사법정책연구원에서 2017년에 발행한 『법률문헌의 인용방법 표준안(증보판)』을 따르는 것을 원칙으로 하였다.

제1장 서론

제1절 연구의 필요성

오늘날 '슈미트 르네상스'라는 표현이 관용구처럼 사용되고 있다.[1] 이에 걸맞게 칼 슈미트(1888~1985)에 관한 논의는 그의 생전뿐 아니라 사후에도 계속되고 있다.[2] 슈미트의 작업은 그의 사망과 함께 수명을 다한 것이 아니다. 오히려 여러 학문 영역에서 이를 재조명하는 경우가 반복되고 있다. 그중에서도 현재 슈미트에 관한 연구 활동이 매우 활발한 분야는 영어권의 정치철학이다.

그에 대한 평가와는 별개로 슈미트는 꾸준하게 자신을 '헌법과 유럽공법의 교수자(Lehrer)이자 연구자(Forscher)'로 정의하여 왔다.[3] 그가 남긴 작업은 기본적으로 국가학과 헌법학의 범위를 벗어나지 않는다. 자신의 입장을 대표하는 저서로 직접 꼽은 것이 『헌법론』(헌법)과 『대지의 노모스』(유럽공법질서), 그리고 『토마스 홉스의 국가론에서의 리바이어던』(국가 구성)이다.[4] 이들 저서를 살펴보면, 법학자로서의 그의 정체성이 일생에 걸쳐 일관되어 있었다는 점이 드러난다. 하지만 '나치의 계관법학자'로서의 경력은 법학에서 슈미트의 작업을 취급하는 데 부담으로 작용한다.

인접 분야에서의 '슈미트 르네상스' 현상은 그와 거리를 두고 있는 법학에

---

1) 언급의 예로 古賀敬太, シュミット・ルネッサンス: カール・シュミットの概念的思考に即して, 東京: 風行社 (2007), 4-5; 표광민, "'정치의 귀환'의 구조: 세계와 국가 사이의 대립에 관하여", 국제정치논총 제59집 제3호, 한국국제정치학회 (2019. 9.), 59-60; 탈냉전 이후의 상황과 관련하여서는 이해영, "칼 슈미트의 정치사상: '정치적인 것'의 개념을 중심으로", 21세기정치학회보 제14집 제2호, 21세기정치학회 (2004. 9.), 1-3 등.

2) Matthias Jestaedt, "Carl Schmitt (1888-1985)", in: Peter Häberle・Michael Kilian・Heinrich Wolff(Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Deutschland — Österreich — Schweiz* (2. Aufl.), Berlin; Boston: Walter de Gruyter (2018), 391.

3) Carl Schmitt, *Ex Captivitate Salus*(4. erweiterte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2015), 55・㉾ 김효전 옮김, "구원은 옥중에서 (1950): 1945-47년 시대의 경험들", 헌법과 정치, 산지니 (2020), 636.

4) ***SI***, 82.

서의 분위기와 대조적이다. 전문적인 연구뿐만 아니라 수사적으로 슈미트의 작업이 언급되는 경우도 있다. 그러나 법학자로서의 정체성을 가진 슈미트의 저작은 모두 법적 개념과 법학의 논리로 구성되어 있다. 무엇보다 '헌법학'의 관점에서 그의 논리 구조와 이로부터 도출되는 개념들의 취지를 먼저 면밀하게 파악해 놓지 않는다면, 슈미트의 주장에 대한 수용은 피상적인 방향으로 이루어질 수밖에 없다. 이때 그의 담론에 내재되어 있는 '위험성'이 문제가 된다. 슈미트는 같은 주장이더라도 상황에 따라 쉽게 전혀 다른 맥락에서 적용될 수 있게끔 논리를 구성해 두었다.[5] '슈미트 르네상스' 현상이 우려되는 것은 이에 대한 법학적 관점에서의 비판적인 접근이 보통 결여되어 있기 때문이다.

『헌법론』과 더불어 '헌법'을 표제에 직접 드러내고 있는 슈미트의 저작으로 '헌법의 수호자'(1929년의 논문과 1931년의 단행본을 함께 지칭함)가 있다. 그에 걸맞게 여기에서는 헌법 문제가 직접 다루어지고 있다. 우리 헌법학에서도 전문서로서 이를 종종 참조하고 있기도 하다. 사실 그의 저작 중 제목에 '헌법'이 직접 표출되어 있는 사례는 드물다. 『헌법론』과 '헌법의 수호자' 외에는 없다고 보아도 무방하다. 몇몇 다른 경우들에는 '바이마르헌법(특정 조항)'이나 '기본법'이라고 꼭 한정되어 있다. 『헌법론』은 슈미트의 헌법이론이 종합적으로 '체계화'된 결과물이다.[6] 그리고 '헌법의 수호자'는 바이마르의 헌법현실에 맞게끔 그의 헌법이론이 '적용'된 사례로 여겨진다.[7] 양자 사이에는 '연속성'이 뚜렷하게 존재한다.

인접 분야의 '슈미트 르네상스' 현상 아래에서는 주권, 비상사태, 헌법제정

---

5) 칼 뢰비트(1897~1973)는 같은 주장이더라도 상황에 따라 쉽게 전혀 다른 맥락에서 인용될 수 있게끔 구성된 슈미트의 작업을 놓고서 '기회원인적(okkasionell)'인 서술 방식이라고 비판한 바 있다. 이에 관하여서는 Karl Löwith, "Der okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt (1935)", in: Klaus Stichweh · Marc B. de Launay(Hrsg.), *Karl Löwith Sämtliche Schriften Band 8. Heidegger – Denker in dürftiger Zeit: Zur Stellung der Philosophie im 20. Jahrhundert*, Stuttgart: J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung (1984), 32-71.

6) ***SI***, 83.

7) Ellen Kennedy, *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*, Durham; London: Duke University Press (2004), 144.

권력, 민주주의, 합법성, 정당성 등의 주제가 반복적으로 다루어지고 있다. 국가와 사회, 국가와 인민, 국가와 자유 사이의 관계가 직간접적으로 언급되는 것은 물론이다. 이는 모두 슈미트가 정체성을 두고 있던 헌법학의 소재들이기도 하다. 하지만 '슈미트 르네상스' 경향을 보이는 논의에서는 슈미트의 특정 저작들만이 고정적으로 참조되고 있고,『헌법론』은 거의 조명되지 않거나 취급되더라도 전체 맥락은 고려되지 않은 채 문장만 따로 떼어져 인용되는 경우가 많다. 더구나 '헌법의 수호자'는 찾아보기도 어렵다. 슈미트의 '헌법'에 대한 입장이 전체적으로 기술되어 있는『헌법론』과 '헌법의 수호자'를 충분히 참고하지 않고서, 이들 저작에서의 입장이 전제되어 있는 개념 및 논리구조를 원용하고 있는 상황이다. 뿐만 아니라『헌법론』과 '헌법의 수호자'를 전문 분야의 문헌으로 참고하고 있는 헌법학에서도 헌법에 대한 슈미트의 총론에 해당되는 두 저작의 입체적인 분석은 여전히 결여되어 있다. 그렇기 때문에 예를 들어 슈미트의 헌법이론을 놓고 "기본권이론에서 인권옹호적 측면을 강조한 점 등은 그의 커다란 공적"[8]이라는 불완전한 평가가 이루어지기도 하고, 실제 취지와 맞지 않는 범주 아래에서 그의 주장이 요약되어 있는 경우도 발견된다.

슈미트의 작업은 기본적으로 전문성을 띠고 있다. 이에 따라 그 취지를 정확하게 검토하는 일은 그가 자신의 전문 영역이라고 여겼던 헌법학에 기대할 수밖에 없다.『헌법론』과 '헌법의 수호자'에 대한 헌법학에서의 면밀하고도 비판적인 검토가 필요한 것은 이 안에서 체계화되어 있는 슈미트의 주장이 생전에는 그 스스로의 활동을 통해, 그리고 사후에는 '슈미트 르네상스'와 같은 현상을 계기로 계속해서 유지 및 전파되고 있기 때문이다.

'헌법의 수호자'는 헌법학에서 슈미트의 이름을 바로 떠올리게 만들 정도로 이미 잘 알려진 주제로서, 보통 헌법보장의 역할을 대통령에게 맡기는 것이 적합한가 아니면 사법심사기관에 일임하는 것이 적합한가를 따졌던 문제로 그에 대한 내용이 요약되어 있다. 이와 함께 한스 켈젠(1881~1973)과의 논쟁까지 언급되고 있는 경우가 일반적이다. 그러나 '헌법의 수호자'를 통해 슈미트가 논구하려는 취지는 여기에서 그친 것이 아니다. 엄밀하게 따져보면, '헌

8) 권영성, 개정판 헌법학원론, 법문사 (2010), 41.

법의 수호자'에 관한 대부분의 헌법학 이론서들의 서술 양식이 바로 슈미트의 주장을 피상적으로 다루는 전형에 해당한다. 슈미트가 '헌법의 수호자'론을 착안하고『헌법론』에서 먼저 전제가 되는 작업을 수행했던 과정을 살펴보면, '헌법의 수호자'는 헌법 기술적이나 제도적인 수준보다는 입헌주의와 '국가'에 관한 도그마의 문제라는 것이 드러난다.

요컨대, 바이마르의 헌법현실로부터 '헌법의 수호자'론을 착안하는 과정에서 슈미트에게 영향을 미쳤던 것은 헌법이 라이히대통령의 위상을 의회에 대한 강력한 '균형추(Gegengewicht)'로서 규정한 점이었다.[9] 이를 그는 19세기의 입헌군주적인 권력 구조가 헌법의 변경에도 불구하고 유지되어 있고 단지 그 표현 양식만이 바뀌어 있는 것으로 받아들였다. 다시 말해 슈미트는 방점을 '입헌(주의)'에 찍음으로써 국가형태가 군주정이든지 민주정이든지 간에 19세기적인 입헌주의의 기조는 현재까지 변경되지 않았다고 해석한 것이다.[10] 그러므로 슈미트의 '헌법의 수호자'론은 19세기적인 전제를 환기하려는 데에서 큰 특징을 보이게 된다. 국가와 사회의 대립이라는 '이원주의'를 조명하면서부터 '헌법의 수호자'가 의도한 논의가 전개되고, 사회와 분리되어 그 '위'에서 조정자의 역할을 하는 국가가 이상적인 국가 모델로 도출되는 것이다. 이와 함께 슈미트는 헌법현실에서 영위되는 국가의 성질을 입법국가, 통치국가 내지 행정국가, 그리고 사법국가로 준별하고서는 이를 이상적인 모델로서의 국가와 그렇지 않은 국가에 결부시킨다. 그 결과로서 보통 의회(제)민주주의를 기반으로 하는 입법국가는 슈미트의 논리에서는 문제적인 국가로, 그리고 이에 대한 '해결책'처럼 행정국가가 이상적인 모델로서의 국가와 결합되어 제시된다.

---

9) 바이마르헌법상 의회와 라이히대통령의 관계에 대한 설명은 Hans Boldt, "Der Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung: Sein historischer Hintergrund und seine politische Funktion", in: Michael Stürmer(Hrsg.), *Die Weimarer Republik. Belagerte Civitas*(2. erweiterte Aufl.), Königstein/TS: Athenäum (1985), 300; 헌법의 기초자인 프로이스의 언급은 Hugo Preuß, "Das Verfassungswerk von Weimar (1919)", in: Detlef Lehnert(Hrsg.), *Hugo Preuß Gesammelte Schriften Band 4. Politik und Verfassung in der Weimarer Republik*, Tübingen: Mohr Siebeck (2008), 91 등.

10) 전형적으로 Carl Schmitt, "Der bürgerliche Rechtsstaat", in: ***SGN***, 특히 44 · ㊥ 김효전 옮김, "시민적 법치국가 (1928)", 앞의 책, 179.

슈미트의 행정국가는 교양 있고 도덕적으로 청렴한 관료집단에 의해 통치되는 국가이다.[11] 다만, 그는 특성상 관료집단이 스스로 정치적 결단을 할 수 없다고 보았다.[12] 따라서 바이마르의 헌법현실에 부합하면서 관료제와 결합되고, 여기에 결핍된 '정치적 결단'을 충족시켜줄 수 있는 '권위'가 있는 기관인 라이히대통령이 부각되는 것은 슈미트의 관점에서 당연한 귀결이었다. 이와 같은 '헌법의 수호자'론의 구조를 감안한다면 헌법의 도그마로서의 요소를 다음과 같이 추려볼 수 있다.

① '국가'의 조정자적인 역할을 부각.
② 관료제의 객관성을 강조.
③ 국가와 사회의 영역이 분리되어 있음을 전제로, 국가가 적극적으로 개입할 수 있는 부문과 그렇지 않은 부문을 논자의 목적에 따라 합리화하기에 용이한 논리 구조 제시.

슈미트의 헌법이론의 총론이라 할 수 있는『헌법론』과 '헌법의 수호자'론을 통하여 위와 같은 입헌주의와 '국가'에 관한 도그마적인 요소들이 도출된다는 것을 그동안의 헌법학에서는 주목하지 않고 있었다.『헌법론』과 '헌법의 수호자'에서 체계적으로 종합되는 슈미트의 1921~27년(특히 교수로서 자리를 잡았던 시기) 사이의 저작들이 공통적으로 강조하려는 점 또한 여기에 있다. 이 시기의 저작을 파편적으로 인용하여 왔던 인접 분야의 '슈미트 르네상스' 현상이 그 취지와 슈미트의 논리에 잠재된 '위험성'을 충분히 의식하고 있었는지는 별론으로 하더라도, 전문 분야인 헌법학에서 이 도그마적인 요소를 확실하게 지적하지 아니하여 왔고 무엇보다 슈미트의 주장이 취급되고 있는 범주조차 정확하게 구분하지 못한 상황은 분명 문제적이다.

한편으로 도그마적인 차원에서 '헌법의 수호자'론을 의식적으로 계승하려는 시도도 있었다. 에른스트 포르스토프(1902~74)를 위시한 전후(戰後) 독일 공법학의 법치국가원리와 사회국가원리에 관한 해석론이 여기에 해당된다.[13] 이

---

11) ***HP***, 182・㉮ 247.
12) ***HV***, 102・㉮ 142.
13) 이에 대한 상세는 이계수, "의회주의와 행정법: 칼 슈미트 학설과 그에 대한 비판을 중심으로", 법학박사학위논문, 서울대학교 (1997), 184 이하.

는 아직 독일에서 지배적인 해석모델로 자리하고 있으며, 그 영향을 받았던 우리 법학에서의 주류적인 해석 또한 같은 수준을 유지하고 있다.[14] 슈미트가 변화된 현실에 맞게 이원주의를 취급하면서 '국가'의 위상과 관련하여 정립한 내용 역시 특히 국가의 임무를 강조하려는 의도와 결합하여 재조명되기도 한다.[15] 슈미트의 작업이 수명을 다한 것이 아닌 이상, 반복적으로 환기되고 있는 그의 주장의 의도를 체계적으로 파악할 수 있는 『헌법론』과 '헌법의 수호자'론을 전문 분야의 관점에서 면밀하게 검토할 필요 또한 계속 남아 있다.

이 논문은 헌법학 연구에서 아직 공백이라고 할 수 있는 슈미트의 '헌법의 수호자'론에 관한 입체적 검토와 그 도그마적인 요소들에 대한 비판을 시도한다. 이를 통해 의도적으로 슈미트의 도그마를 계승하려는 시도에 대하여서는 정확한 비판이 가능해질 것이고, 유행처럼 그의 작업이 환기되는 현상의 원인을 파악하는 데에도 도움이 될 수 있을 것이다. '헌법의 수호자'론은 그 전제가 되는 저작인 『헌법론』과 함께 슈미트의 헌법이론체계의 '총론'을 담고 있다. 따라서 법적 개념과 법학의 논리로 무장된 그의 담론 전체를 분석하기 위한 선행적인 작업으로서도 이 논문은 역할을 할 수 있을 것이다.

---

14) 김학진, "법정에 선 헤르만 헬러: '사회적 법치국가'로 귀결되는 헬러의 헌법이론과 헌법해석에 관한 의의의 검토", 민주법학 통권 제82호, 민주주의법학연구회 (2023. 7.), 163.

15) 전형적인 사례로는 Ernst-Wolfgang Böckenförde (김효전 옮김), "현재의 민주적 사회국가에 있어서의 국가와 사회의 구별의 의미", 헌법・국가・자유: 헌법이론과 국가이론에 관한 연구, 법문사 (1992), 131-168 ["Die Bedeutung der Unterscheidung zon Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart", in: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*(2. Aufl.), Frankfurt am Main: Suhrkamp (1992), 209-243].

제2절 연구 현황의 검토

본격적인 논의로 들어가기에 앞서 슈미트와 '헌법의 수호자'론에 관한 연구의 현황을 먼저 살펴본다. "학문의 경계를 넘어서는 20세기의 가장 유명하고도 양극화되어 있는 국법학자"[16]라는 묘사와 어울리게 슈미트의 작업에 대한 반응은 이를 고전(Klassiker)으로 상찬하는 흐름과[17] 도외시하는 분위기가 공존하고 있다. 연구의 수행 역시 다양한 영역에 걸쳐 있으면서도 그 진행 정도에는 편차가 있는 것으로 판단된다.[18]

우리 법학의 경우 슈미트에 관한 연구는 아직 그 수를 꼽을 수 있을 정도이며 다루어지고 있는 소재도 편중되어 있다. 좌종흔(1989),[19] 문종욱(1990),[20] 이계수(1997),[21] 김태홍(1998)[22] 등 1990년대의 연구들은 주제와 관련된 슈미트의 저작들을 직접 꼼꼼하게 정리하면서 각론을 다루고 있다. 다만, 이 다음의 연구는 그 양에서부터 시차에 비례하지조차 못하고 있는 상황이다. 김세진(2005)[23]과 구자완(2020)[24]의 연구는 빈번하게 취급되어 왔던 제도적 보장에 한정하여 슈미트를 다루고 있다. 이호영(2013)[25]의 연구 또한 고정적으로

---

16) Matthias Jestaedt, 앞의 글, 391.

17) 전형적인 사례로는 Bernard Willms, "Carl Schmitt - jüngster Klassiker des politischen Denkens?", in: Helmut Quaritsch(Hrsg.), 앞의 책, 577 이하·㊀ 김효전 옮김, 반대물의 복합체: 20세기 법학과 정신과학에서 카를 슈미트의 위상, 산지니 (2014), 363 이하.

18) 슈미트에 관한 연구의 세계적인 동향은 다음 홈페이지에서 개관이 가능하다: <http://www.carl-schmitt.de/forschung/literatur-zu-carl-schmitt/> (2023. 5. 1. 9:00).

19) 좌종흔, "Carl Schmitt의 決斷主義와 Thomas Hobbes", 법학박사학위논문, 고려대학교 (1989).

20) 문종욱, "칼 슈미트 法思想과 現代法學에 미친 그 影響", 법학박사학위논문, 충남대학교 (1990).

21) 이계수, 앞의 논문.

22) 김태홍, "칼 슈미트 헌법이론의 가톨릭적 기초", 법학박사학위논문, 동아대학교 (1998).

23) 김세진, "憲法과 制度: 基本權과 制度保障에 관한 解釋論을 중심으로", 법학박사학위논문, 숙명여자대학교 (2005).

24) 구자완, "제도적 보장 이론의 헌법적 의미에 관한 연구: 칼 슈미트적 입장에서의 모색", 법학박사학위논문, 강원대학교 (2020).

25) 이호영, "칼 슈미트 헌법이론 분석과 비판: 예외상태와 정치적인 것의 개념을 중심으로", 법학박사학위논문, 건국대학교 (2013).

참조되어 왔던 슈미트의 일부 저작을 반복하여 다른 분석의 틀을 원용하면서 검토하고 있다.

아울러 법학석사학위논문의 경우에도 사정은 마찬가지라고 볼 수 있다. 양적으로 부족할뿐더러 소재 역시 제도적 보장 또는 일부 저서들에 대한 상투적인 요약에 치우쳐져 있다. 자료 접근에 관한 시기상의 한계나 논의의 성격을 감안한다면 문헌의 정리와 관련하여서는 정종섭(1986)[26]의 연구, 소재에의 접근과 관련하여서는 최미향(2003),[27] 최지영(2009)[28]의 연구가 눈에 띄는 정도이다.

학술논문도 사정은 크게 다르지 아니하다. 학위논문보다 축적된 양이 많기는 하지만 2000년대 이전의 연구 성과들이 슈미트가 부각한 개념 일부를 자세하게 분석했던 것에 비하여 2000년대 이후의 우리 법학은 오히려 슈미트의 작업을 상투적으로 취급하고 있는 정도에 그치고 있다. 슈미트의 몇몇 개념 사용과 관련하여 원전을 중심으로 상세하게 검토한 연구가 근래까지 수행된 경우가 있기는 하였다.[29] 그렇지만 그밖에 이 정도 수준에 이르는 연구는 찾아보기 힘들어진 것이 현황이다.

한편, 대부분의 헌법학 이론서들은 제도적 보장, 헌법의 수호자 논쟁, 헌법제정권력 및 헌법개정권력, 결단주의와 같은 슈미트 관련 소재들을 거의 빠뜨리지 않고 서술하고 있다. 다만, 서로 참조하는 과정에서 일정한 시기에 몇 문단에 걸친 '교과서적' 서술 양식이 정립된 이래로, 오늘까지 슈미트에 관하

---

26) 정종섭, "憲法의 正當性에 關한 硏究: C. Schmitt理論에 대한 批判을 中心으로", 법학석사학위논문, 경희대학교 (1986).

27) 최미향, "Renato Cristi의 Carl Schmitt 해석: 권위주의적 자유주의", 법학석사학위논문, 인하대학교 (2003).

28) 최지영, "관개체적인 민주주의와 주권: 칼 슈미트와 스피노자를 중심으로", 법학석사학위논문, 건국대학교 (2009).

29) 성정엽의 일련의 연구가 해당된다: 성정엽, "칼 슈미트의 '정치적인 것'의 개념", 민주법학 통권 제72호, 민주주의법학연구회 (2020. 3.), 49-79; 같은 저자, "칼 슈미트의 법개념", 동아법학 제85호, 동아대학교 법학연구소 (2019. 11.), 51-81; 같은 저자, "칼 슈미트의 주권개념", 법학연구 통권 제60집, 전북대학교 법학연구소 (2019. 9.), 1-23; 같은 저자, "칼 슈미트의 자유주의국가 비판", 서울법학 제27권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소 (2019. 5), 1-33; 같은 저자, "칼 슈미트의 국가개념", 공법연구 제27집 제1호, 한국공법학회 (1998. 6), 229-244 등.

여서는 비슷한 내용이 반복되어 서술되고 있는 상황이다.

이 논문이 연구의 대상으로 삼고자 하는 슈미트의 '헌법의 수호자'론에 한정하여 보면 다음과 같다. 현 시점에 자주 참조 및 인용되고 있는 국내의 저명한 헌법학자들의 이론서 대부분은 간략하게라도 슈미트의 주장을 켈젠과의 논쟁과 함께 묶어서 거론하고 있다. 언급 초기부터 헌법 규범의 실효성 확보를 위한 헌법기관들 간의 역할 배분 문제와 함께, 헌법보장에 대한 최종적인 권한의 소재를 실제로 따져보려 했던 대표적인 사례로 '헌법의 수호자'의 내용이 소개되었다.[30] 다만, 이에 대한 서술은 점차 논의가 전개되는 과정과 그 의의가 대폭 생략되는 양상을 보이면서 정형화되어 나갔다. 더불어 슈미트와 켈젠이 활동했던 바이마르 국법학에서의 논의는 과거의 '낙후된' 사례와 같이 취급되면서, 이는 모든 헌법기관 및 최종적으로는 국민의 저항권 행사가 헌법의 수호자로서 기능할 수 있어야 한다는 오늘날의 '발전된' 주장을 부각시키기 위한 소재처럼 원용되는 것으로 정착되었다.[31] 일정 시점 이후 헌법의 수호자에 관하여 정립된 '교과서적' 서술 양식이 거의 변경 없이 대다수의 이론서 사이에서 상호 참조되어 오고 있다. 현 시점에서의 각 서술들은 슈미트의 주장의 의도나 논쟁의 경과에 대해서는 거의 상술하지 않고 있고, 그 차이는 바이마르의 경험을 오늘날의 발전된 입장을 도출하기 위한 재료로서 취급하느냐[32] 그렇지 않으면 순차상 이론사적인 평가를 위해 지금에는 시대성

---

30) 초기 서술의 모델로는 김철수, 헌법학연구, 지학사 (1969), 특히 65-67.

31) 헌법의 수호자를 다루었던 이론서들의 경향은 헌법의 보장이라는 표제 하에서 이를 취급하고 있는 김철수의 서술 양식을 주로 참조하는 데에 있었다고 판단된다. 출처에 관하여 직접적으로 밝히고 있는 사례는 구병삭, 한국헌법론, 일신사 (1985), 695-주 1 등; 한편, 이와 대조적으로 한태연의 서술에서 두드러지는 것과 같이 슈미트의 주장을 거의 그대로 수용하려는 사례가 위의 흐름과 크게 구분되는 서술 양식으로서 또한 동시에 정립되어 있었던 것으로 파악된다. 예컨대 한태연, 헌법학, 법문사 (1973), 특히 439-442, 541; 같은 저자, 헌법학(2정판), 법문사 (1979), 특히 501-504, 616; 역시 기조를 유지하는 서술로 같은 저자, 헌법학: 근대헌법의 일반이론, 법문사 (1983), 특히 527-534, 748-750 등.

32) 추정 상 1984년에 출간된 김철수의『헌법학신론』이 오늘에까지 대부분의 이론서들이 참조하고 있는 헌법의 수호자에 관한 '교과서적' 서술 양식을 정립시킨 것으로 파악된다. 김철수, 헌법학신론, 박영사 (1984), 특히 658-659. 최근의 서술은 같은 저자, 헌법학신론(제21전정신판), 박영사 (2013), 특히 60-61; 이로부터 이어지는 주류적인 서술 유형으로 구병삭, 신헌법원론(제2전정판), 박영사 (1995), 특히 1131-1132; 권영성, 앞의 책, 특히 62-63; 성낙인, 헌법학(제22판), 법문사 (2022), 특히 69; 양건, 헌법강의(제11

을 상실한 문제 제기라는 취지로 이를 언급하느냐의[33] 정도에서 다소 간 나타나고 있을 뿐이다. 더구나 헌법재판제도의 정착에 따라 '헌법의 수호자'에 대한 우리 법학의 태도 역시 사법제도적인 측면에 모든 관심을 두는 방향으로 수렴되어 간 것으로 짐작된다.[34]

요컨대 우리 법학에서 슈미트의 '헌법의 수호자'론 및 이에 관한 바이마르 국법학에서의 논쟁은 성공적으로 정착한 헌법재판제도에 비추어 현실성 내지는 시사성을 상실한 것이라거나 현행 제도의 우위를 뒷받침할 수 있는 과거의 '낙후'된 사례 정도로 처리되는 것으로 보인다. 다른 소재들 또한 크게 다르지 않은 맥락에서 언급되고 있다.

따라서 우리 법학에서 슈미트에 대한 연구는 '익숙한' 인상에 비하여 그 내실은 이에 크게 미치지 못하였다고 하여도 과언이 아닐 것이라고 판단된다. 우리 법학은 슈미트에 대해 비판적이기는커녕 외면이나 무관심에 가까운 태도를 보이고 있다. 인접 분야나 특정한 정치 문화에서의 분위기와 매우 대조적이다.

슈미트의 구상은 그가 활발하게 저작 활동을 했던 시기뿐 아니라 그의 사후에도 영향력을 잃지 않고서 정치적 입장차나 학문 영역의 구분 등과 크게 상관없이 그 영향력을 미치고 있다는 것이 대체적인 평가이다. 특히 보수주의적인 흐름에 무게가 실릴 때마다 슈미트의 이름은 활발하게 언급되었고,[35]

판), 법문사 (2022), 특히 77-78; 정재황, 헌법학, 박영사 (2021), 특히 106-107; 정종섭, 제13판(전면개정판) 헌법학원론, 박영사 (2022), 특히 63-64 등. 각 서술은 판이 거듭되어도 '헌법의 수호자'에 관해서는 그 내용을 거의 변경하지 아니하여 왔다.

33) 예컨대 장영수, 헌법학(제14판), 홍문사 (2022), 특히 395-396; 한수웅, 헌법학(제12판), 법문사 (2022), 특히 63-주 4; 허영, 전정18판 한국헌법론, 박영사 (2022), 특히 83-84 등.

34) 대표적으로 '헌법의 수호자'와 관련된 저술 전체를 우리말로 옮겼던 김효전의 서술상의 태도에서 이러한 추이가 두드러지게 나타난다. 과거의 서술(예로 "헌법의 보장", 헌법의 수호자 논쟁, 교육과학사 (1991), 특히 233-235)이 다분히 의식적으로 슈미트와 켈젠의 관점 모두로부터 거리를 두려고 하는 태도를 보이며 사안의 요약 및 이에 대한 이론사적 평가를 수행하고 있었던 것에 비해, 근래에 발표된 "카를 슈미트의 헌법이론과 한국", 학술원논문집(인문・사회과학편) 제58집 제1호, 대한민국학술원 (2019. 7.), 특히 246-259를 통해서는 헌법재판제도의 성공적인 정착을 부각하려는 데로 관심의 대부분이 옮겨졌다는 점이 드러나고 있는 것이다.

그의 구상에 잠재되어 있는 '위험성'에도 불구하고 기존의 이론들을 보완하기 위하여 슈미트의 통찰력을 '이용'하려는 시도들도 이루어져 왔다.[36] '이데올로기'의 문제를 다룰 때에는 마르크스의 이름을 피할 수 없는 것처럼, 슈미트의 경우에도 현 시점에까지 건재한 보수주의적인 경향의 주장 속에서 그 흔적이 계속 나타나고 있다. 슈미트와 입장을 달리하는 관점들에서도 그의 사상과의 '친화성'이 어렵지 않게 발견된다. 자유주의에 대한 비판에서 나타나는 일정한 유사성을 놓고, 초기 발터 벤야민(1892~1940)에서부터 2세대로 분류되는 위르겐 하버마스(1929~)에 이르는 프랑크푸르트학파가 사실은 슈미트의 계보 위에 있는 것이 아닌가 하는 설전이 벌어졌던 것은 이와 관련하여 유명한 사례이다.[37] 현재 활발히 인용되는 샹탈 무페(1943~), 조르조 아감벤(1942~), 안토니오 네그리(1933~), 에티엔 발리바르(1942~), 슬라보예 지젝(1949~) 등 유력 학자들의 주장에 직간접적으로 슈미트의 영향이 반영되어 있는 것이 인접 분야에서의 동향이다.[38]

영향력만 놓고 본다면 법학에서도 사정은 다르지는 않다. 우리나라를 포함한 여러 나라의 구체적인 사례를 일일이 언급하는 것보다, 그의 헌법이론이 일반화・체계화되었던『헌법론』이 아직도 판을 거듭하면서 발행되고 있고 더구나 그 내용은 1928년의 초판에서 변경된 것이 없음에도 불구하고 꾸준하게 읽히고 있다는 사실만으로도 법학에서 그의 영향력이 여전히 남아 있음이 방증된다. 슈미트 자신도 이미 일반화된 수준의 논의로서의『헌법론』이 그 전제가 되는 법적 환경 자체가 변하지 않는 한 계속 유효하게 작용할 것이라는 점을 의식하고 있었다.

---

35) 나종석, "옮긴이 해제: 문제적 정치철학자 카를 슈미트, 어떻게 볼 것인가", 현대 의회주의의 정신사적 상황, 도서출판 길 (2012), 205.

36) 전형적으로 샹탈 무페 (이행 옮김), 민주주의의 역설, 인간사랑 (2006), 특히 63-주 2; 본문과 유사한 취지에서의 언급으로 Jean-François Kervégan, "Recht und Politik in der Zeit der Demokratiekrise: Soll man Carl Schmitt heute lesen, und wie?", *Rechtsphilosophie. Zeitschrift für Grundlagen des Recht* 7. Jg., Heft 2, Nomos Verlag (2021), 122.

37) 나종석, 앞의 글, 206; 엘렌 케네디의 의혹 제기로부터 진행된 논쟁의 경과에 대하여서는 국순옥, "위르겐 하버마스와 좌파 슈미트주의", 민주주의 헌법론, 아카넷 (2015), 123-167.

38) 나종석, 앞의 글, 특히 205-209.

> "(…) [『헌법론』에서의 주장들은] 법치국가적이면서 민주주의에 기초한 헌법 유형이 실정적으로 효력이 있는 한, 여기서 예로 인용한 헌법규정들의 효력의 존부와는 관계없이 그 실천적 및 이론적 가치를 지니고 있는 것이다. (…) 이로써 1928년에 처음 출판되어 국내외적으로 오늘날까지 인정을 받고 있던 본서를 개정하지 않고 출간하는 것이 해명될 것이다."[39]

법학이야말로 현 시점에서 슈미트에 관한 연구가 활발하게 이루어질 필요가 있는 분야이다. 슈미트는 자신을 법학자로 인식하면서 그 작업 또한 줄곧 법학에서의 문법을 가지고 수행했다.[40] 그가 남긴 저작들은 법학의 관점에서 면밀하게 검토되어야 그 의도 또는 진정한 취지가 파악될 수 있다. 그렇기에 다른 분야에서와 크게 대비되는 법학에서의 슈미트에 관한 연구 수준을 간과하기가 어려운 것이다. 그러므로 이 논문은 일차적으로 슈미트의 작업에 관한 연구의 필요성을 환기하려는 데 목표를 두었다. 그중에서도 헌법학의 관점에서 '헌법의 수호자'론이 정확하게 검토될 필요가 있다고 판단한다. 슈미트와 관련하여 대부분의 헌법학 이론서에서는 이 주제를 빠짐없이 취급하고 있음에도 불구하고, 아직 그 서술의 정도는 '헌법의 수호자'론이 포함하고 있는 여러 층위의 논의 중 하나만을 불충분하게 다루고 있을 뿐이다. 슈미트가 '헌법'을 표제에 직접 노출시키면서 많은 지면을 할애하여 이에 관한 논의를 전개하고 있는 드문 사례 중 하나인 만큼, 헌법을 직접 다루는 전문 영역에서 '헌법의 수호자'론의 진의를 최대한 파악하려는 작업이 수행되어야 한다. 연구의 동향과 관련하여 이 논문의 위치를 여기에 놓고자 한다.

---

39) 1954년 3월의 서문. ***VL***, IX・㉰ 7.

40) Giorgio Agamben, "A Jurist Confronting Himself: Carl Schmitt's Jurisprudential Thought", in: Jens Meierhenrich・Oliver Simons(eds.), *The Oxford handbook of Carl Schmitt*, New York: Oxford University Press (2016), 특히 458; Jean-François Kervégan, 앞의 논문, 특히 123; 성정엽, "칼 슈미트의 법개념", 특히 52 등.

제3절 연구의 목적과 논문의 구성

연구의 필요성 및 현황의 검토에 따라 이 논문은 다음의 부분에 초점을 맞추어서 논의를 전개한다. 먼저, 슈미트의 저작을 직접 분석하고 있는 우리 법학에서의 연구 성과가 여전히 충분하지 않은 상황에서 이 논문은 일차적으로는 슈미트의 작업에 관한 연구의 필요성을 환기하는 데 목표를 둔다. 이유는 앞의 절에서 상술했다.

분야 및 소재의 전문성의 측면에서 이 논문은 슈미트의 '헌법의 수호자'론이 '국가'의 위상에 관한 헌법 도그마적인 요소, 곧 ① '국가'의 조정자적 역할 부각, ② 관료제의 객관성 강조, ③ 국가와 사회 영역이 분리되어 있음을 전제로, 국가가 적극적으로 개입할 수 있는 부문과 그렇지 않은 부문을 논자의 목적에 따라 합리화하기에 용이한 논리 구조를 제시하고 있다는 점에 논의의 초점을 맞춘다. 이를 통해 '보수적인 관점에서의 행정국가론'의 범주로 묶일 수 있는 공법학 이론의 초기 사유의 형태가 어떠하였는지를 비판적으로 검토하는 데 그 목표를 둔다.

'헌법의 수호자'론은 결론으로 사회 위에서 조정자로서의 역할을 하는 '국가'를 요청하고, 이 국가의 구체적인 형태로 행정국가(관료국가)를 제시한다. 이러한 논의의 흐름상 필연적으로 의회(제)에 대한 가치 폄하가 수반된다. 이 점에 또한 주목하여 이 논문은 '헌법의 수호자'론이 관철하려는 반의회주의적인 이데올로기의 성격과 그 의도를 드러내는 데 목표를 둔다.

연구의 수행과 관련하여서는 주요 저자의 저술과 대면하였을 경우에 권장되는 '수칙(precept)'을 유념하고자 한다. 즉, 저자가 직면한 문제부터 먼저 정확하게 파악하고 나서 그의 의도를 최선으로 구성하여 이로부터 필요한 통찰을 얻을 수 있어야 한다는 것이다.[41] 비판하려는 목적에서 독해하는 경우에도 이는 마찬가지로 적용될 것이다. 그러므로 이 논문은 슈미트의 주장을 최대한 정밀하게 '복원'하면서 그의 의도를 정확하게 파악하는 것을 주요 과제

---

41) Samuel Freeman(eds.), John Rawls, *Lectures on the History of Political Philosophy*, Cambridge: Harvard University Press (2007), 251.

로 삼고자 한다. 이렇게 재구성되는 슈미트의 논의에 뒤이어 필자의 관점에서의 비판이 바로바로 수행될 것이다. 더불어 슈미트의 작업에 잠재되어 있는 위험성의 확산을 경계하기 위해 개념사와 정치철학적인 차원에서의 소재들 또한 필요한 범위 내에서 검토될 것이다.

슈미트의 작업을 분석하는 데에는 또한 그가 "진단"처럼 내세우는 주장이 "처방"을 예비하는 것이기도 하였다는 지적에 주목할 필요가 있다.[42] '헌법의 수호자'론에서 부각되는 이율배반적인 대립의 논리 구조가 여기에 꼭 들어맞는다. 이러한 구조로부터 여러 개념의 의미와 관계가 자신의 의도에 맞게 규정된다. 요컨대 슈미트는 특정 개념을 개별 구성 요소로 분해하고 나서는 이를 역사적인 맥락으로부터 완전하게 분리시킨다. 그러고서 이항 대립의 한쪽에 문제시하려는 현상과 연결 지은 개념을 놓고, 바로 맞은편에 '해결책'처럼 반대 개념을 제시하는 식의 논리를 전개한다.[43] 전형적인 예가 의회와 정부의 대립이다. 슈미트는 의회를 거래, 타협, 무차별적인 평등과 결부시킨 뒤에 이해관계에 따른 의사의 분할과 각 당파 간의 이해만이 관철되는 장으로 현대 의회의 성격이 변질되었다고 '진단'하면서, 그에 대한 '처방'으로 현존 의지, 정치적 결단, 실질적인 평등과 연결 지은 정부를 제시했던 것이다. 이 논문은 위의 지적을 충분히 감안하면서 '헌법의 수호자'론의 전개 과정을 점검한다.

한편, 저서로서의 『헌법의 수호자』는 슈미트 자신이 유일한 체계적 작업으로 꼽았던 『헌법론』[44]과 특히 뚜렷한 '연속성'을 보여주고 있다. 곧, 『헌법론』이 슈미트의 헌법이론을 체계화한 산물이라면 『헌법의 수호자』는 바이마르의 헌법현실에 따라 『헌법론』을 '적용'한 결과물이다.[45] 이에 착안하여 이 논문

---

42) 슈미트의 사고 및 서술 방법과 관련하여서 벤틴은 '상황에 구속되는 진단에 대한 처방의 수단들을 함께 제시하는 이중적인 진술 구조(die mit der Diagnose gleichsam die therapeutischen Mittel liefernde, dualistische Aussagestruktur)'로서 그 특징을 규정하였다. Lutz-Arwed Bentin, *Johannes Popitz und Carl Schmitt. Zur wirtschaftlichen Theorie des totalen Staates in Deutschland*, München: C. H. Beck (1972), 86-87: 이계수, 앞의 논문, 94-주 21에서 재인용.

43) 국순옥, 앞의 글, 140.

44) ***SI***, 83.

45) Ellen Kennedy, 앞의 책, 144.

은『헌법론』을 바로 참고하면서『헌법의 수호자』의 내용을 입체적으로 검토한다. 더불어 그간의 연구에서 제대로 다루어지지 않았던『헌법론』에서의 국가 및 헌법개념의 '절대화'된 특징 또한 이 논문에서 본격적으로 살펴본다.

논문은 이 장 및 결론을 포함하여 전체 5장으로 구성되어 있다. 본론에 해당하는 제2장부터 제4장까지의 개요는 다음과 같다.

제2장에서는 슈미트가 '헌법의 수호자'론을 구상하게 되었을 배경이면서 동시에 다시 이 주제가 현실에 미쳤을 영향과 관련된 역사적 사실들을 선별적으로 살펴본다. 독일 보수주의의 영향을 받은 슈미트가 특히 제1차 세계대전의 경험 이후 이른바 '보수혁명'의 흐름에 편승했던 사실은 제1절에, 그리고 '헌법의 수호자'론과 상호 직접적으로 연결되어 발생했던 사건들에 관하여서는 제2절에 그 의의와 함께 정리한다.

제3장과 제4장에서 슈미트의 '헌법의 수호자'론을 집중적으로 검토한다. 제3장의 제1절에서는『헌법론』이 이론적으로 국가개념과 헌법개념을 독일 관념론적 자기인식의 특징인 '절대적 동일성'을 원용하여 절대화했으며, 그 과정에서 국가학적으로 절대주의의 특징과 결부시키고 이에 부합하도록 민주주의 원리를 재구성했음을 짚어본다. 또한 국가와 헌법에 대하여서는 실존적, 배타적인 성격이 부여되었으며 국가 그 자체에 '주체성'까지 부여되었음을 살펴본다. 이를 바탕으로 슈미트가 일단 헌법이 변경될지라도 '존속'할 수 있는 '국가(성)'을 도출하기 위해『헌법론』의 논리를 구성한 것임을 비판적으로 점검한다. 바로 다음에 바이마르헌법과 관련하여 슈미트의 이 의도가 어떻게 적용되었는지를 검토한다. 이를 통해서 그가 바이마르헌법의 성립에도 불구하고 '1871년'에 한 번 독일 국민이 '자각적'으로 결정한 '국가(성)'은 변경되지 않았다는 점을『헌법론』에서 부각시키려 하였음을 확인한다. 여기에서 슈미트가 산발적으로 강조하여 왔던 '프로이센 헤게모니'가 함께 취급될 것이다.

제2절에서는 '프로이센 헤게모니'를 연결고리로『헌법의 수호자』가『헌법론』에서의 작업을 바이마르의 헌법현실에 맞게 구체화한 과정을 살펴본다. 이에 따라 슈미트가 국가와 사회의 대립이라고 하는 19세기의 이원주의를 재조명한 것이 군인국가이자 관료국가인 프로이센의 '국가(성)'을 고취하기 위한

것임을, 그리고 결론적으로는『헌법의 수호자』의 지향점이 된다는 사실을 확인한다. 이어 헌법의 수호자에 관한 1929년의 논문 발표 이후 1931년의 단행본 발표 전까지 슈미트가 발표했던 연관 저작을 같이 참고하면서, 그가 수행한 국가 성질의 준별과 비판의 틀로서 제시한 '전체국가'개념이 어떻게 상호 결합되어 문제적인 상태로서의 '입법국가' 대 그에 대한 구제책으로서의 '행정국가'의 대립으로 제시되는지를 비판적으로 검토한다.

제3장에서 국가개념을 중심으로 '헌법의 수호자'론을 살펴본다면, 제4장에서는 '중립성'개념의 슈미트 식 활용에 착안하여 동 논의를 점검한다. 제1절에서는 슈미트가 '중립성'의 의미 범주를 분별하면서 뱅자맹 콩스탕의 이른바 '중립적 권력'개념 또한 원용하여, 라이히대통령과 관료제를 '중립성'의 적극적인 의미 범주 안으로 포함시키고 이에 반비례하게 당파적 의회를 상대화시켰던 점을 검토한다. 이와 함께 특히 대통령에게 부여된 '초당파적'인 위상과 방어적인 역할의 의의에 대하여 비판적으로 살펴볼 것이다.

제2절에서는 특히『헌법의 수호자』가 슈미트의 '반의회주의'의 기조 위에 있는 작업임을 확인한다. 이를 위해 1931년의 단행본에서 제2장으로 '현재의 구체적인 헌법상태'에 관한 상세한 서술이 추가된 의미를 짚어본다. 이는 사법제도적인 차원에서 '국가' 및 국가권력에 관한 문제로 그 논의의 중심을 옮기려는 의도에 의한 것으로 결국 단행본에서는 의회(제)민주주의가 가장 문제시되기에 이르렀음이 밝혀질 것이다. 한편, '헌법의 수호자'론에서의 슈미트의 반의회주의적인 논술을 비판적으로 검토하기 위해 이 논문은 헌법의 수호자 논쟁을 촉발시킨 켈젠의 논평을 중요하게 참고했다. '이데올로기'를 비판함과 동시에 민주주의를 강력하게 옹호한 측면에서도 재조명되고 있는 켈젠의 이론체계의 특성에 초점을 두고서, 이와 대조되는 슈미트의 논의를 비판적으로 검토할 것이다.

제3절에서는 '헌법의 수호자'론의 수용에 관한 전망으로서 특히 전후 독일 공법학에 이것이 받아들여졌던 사례의 의의를 검토하고, '권위주의적 민주주의'의 측면에서 수용될 여지에 대하여서도 살펴볼 것이다. 무엇보다 표현만이 상황에 맞게 약간씩 바뀌었을 뿐, '헌법의 수호자'론의 기조는 현재까지 유지 및 전파되어 오고 있다는 점을 분명하게 지적하고자 한다.

제2장 ‘헌법의 수호자’론의 이념적·헌정사적 배경

‘상황 구속성’이 슈미트의 작업이 지닌 고유한 특징으로 바로 꼽히고 있듯이, 그의 사고는 보통 특정한 상황과 밀접하게 결부되어 있다.[1] 그가 ‘개념실재론자(Begriffsrealist)’로서 분류되는 것도 마찬가지의 맥락이다.[2] ‘헌법의 수호자’와 관련된 소논문과 팸플릿을 수록한 『입장과 개념들』의 서문은 “사람은 같은 강물에 두 번 발을 담글 수 없다”라는 헤라클레이토스의 격언을 인용하고 있다.[3] 개념의 사용은 입장과 분리될 수 없고, 다시 입장은 발을 담그고 있는 상황의 ‘일회성’에 좌우된다는 점을 슈미트는 줄곧 강조하여 왔다.[4]

문제는 이와 같은 이론적 접근 방식이 논리의 조작과 이에 대한 합리화를 용이하게 만든다는 데 있다. 슈미트가 ‘일회성’을 부각시키는 맥락 안에는 하나의 진리나 개념이 획득한 역사적·사상적인 성취와 관련 없이, 논자의 의도에 ‘따라’ 이를 충분히 사용할 수도 있다는 태도가 포함되어 있다. 슈미트의 방법론은 실제로도 현상을 일반화·추상화하여 진리나 개념의 형태로 도출하는 것이 아니라, 거꾸로 자신의 입장에 ‘맞게끔’ 이들의 의미를 특정하여 현실에 대입한다.[5] ‘일회성’의 강조는 결국 ‘반역사주의적’인 자신의 이론 및 이에 따른 실천이 가져올 결과를 합리화하기 위한 구실에 가깝다.[6]

---

1) Matthias Jestaedt, “Carl Schmitt (1888-1985)”, in: Peter Häberle·Michael Kilian·Heinrich Wolff(Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Deutschland – Österreich – Schweiz* (2. Aufl.), Berlin; Boston: Walter de Gruyter (2018), 398-399.

2) 위와 같은 곳.

3) ***PB***, 7·㊀ v.

4) 아르민 몰러(1920~2003)에 따르면 슈미트는 “진리는 단지 일회적으로만 참이다”라는 헤라클레이토스의 말을 즐겨 언급하였다고 한다. Armin Mohler, “Carl Schmitt und die „Konservative Revolution“”, in: Helmut Quaritsch(Hrsg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin: Duncker & Humblot (1988), 특히 145·㊀ 김효전 옮김, 반대물의 복합체: 20세기 법학과 정신과학에서 카를 슈미트의 위상, 산지니 (2014), 특히 90. 이로부터 슈미트가 줄곧 강조했던 “역사적인 진리도 단지 일회적으로만 참”이라는 표어도 나왔을 것이라 짐작된다. 예컨대 ***VA***, 415; ***SGN***, 531 등.

5) 국순옥, “위르겐 하버마스와 좌파 슈미트주의”, 민주주의 헌법론, 아카넷 (2015), 140.

6) 유사한 취지에서의 언급으로 大竹弘二 (윤인로 옮김), 정전과 내전: 카를 슈미트의 국제질서사상, 산지니 (2020), 특히 252-259 [正戦と内戦: カール・シュミットの国際秩序思

슈미트의 주장의 의도와 특히 전후에 시도되었던 합리화의 취지를 파악하기 위해서는 그가 사용한 개념들의 의미를 좌우했던 '입장'과 '상황'을 먼저 확인할 필요가 있다. 이 장에서는 '헌법의 수호자'론과 관련하여 미리 점검해야 할 사항으로서 '보수혁명'으로 이어지는 독일 보수주의의 전개 및 이와 직결되어 있는 바이마르공화국의 헌정사의 경과를 상세하게 살펴보기로 한다.

제1절 독일 보수주의의 전개와 슈미트의 반응

Ⅰ. '1914년의 이념'의 영향

바이마르공화국이 해체되는 과정에서 슈미트나 마르틴 하이데거(1889~1976)와 같은 이들의 행적을 설명하는 가장 간편한 방식은 비이성적인 '광기'로 그 원인을 돌리는 것이다. 하지만 슈미트나 하이데거 본인은 이에 즉각 항변할 것이라 생각된다.[7] 이들의 이력은 오히려 자신의 논리의 '일관성' 위에서 채워진 것으로 보이기 때문이다.[8] 그렇다면 이 논리적인 일관성의 의미를 파악하기 위하여 주목해 보아야 할 것은 무엇일까? 슈미트는 스스로가 구분한 시대별 특징 중 1919~32년, 곧 바이마르공화국이 존속했던 시기를 '성인(Mann)'이라고 이름 붙이고는 다음과 같이 부연하고 있었다.

> "바이마르의 리버럴=민주주의 양식과 확고한 민족주의적 반작용들을 통하여 프로이센을 딛고 나아간 독일 정신(베르사유에 대한 반발)"[9]

想, 東京: 以文社 (2009), 246-251].

7) 유사한 취지에서의 문제 제기로 박찬국, 니체와 하이데거, 그린비출판사 (2016), 261.

8) 하이데거의 이력에 대하여 유사한 취지에서 접근하고 있는 것으로 위의 책, 262 이하; 루카치 역시 제국주의의 시대에서 국제적인 현상이라 할 수 있었던 비합리주의가 적어도 독일에서는 끝까지 일관된 형식을 유지하면서 "독일적인 발전의 헤게모니"로서 지속되고 있는 것 같다고 지적한 바 있다. Georg Lukács (한기상 외 옮김), 이성의 파괴 1, 심설당 (1997), 24 [*Die Zerstörung der Vernunft*, Darmstadt: Luchterhand (1962), 21].

9) "entpreußtes Deutschtum mit Liberal=Demokratie Weimarer Art und stark nationalen Reaktionen (Anti-Versailles)" in: Gerd Giesler · Martin Tielke(Hrsg.), Carl Schmitt, *Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947 bis 1958*(Erweiterte, berichtigte und kommentierte

여기서 주목해야 할 부분은 '민족주의적 반작용들'과 (프로이센을 딛고 나아간) '독일 정신'이다. 후자는 '풋내기(Jüngling)'라고 명명하였던 1907~18년까지의 시기가 "헤겔을 딛고 나아간, 빌헬름적인 특징과 신칸트주의의 위대한=프로이센 정신"[10]이라 부연되어 있는 것과도 연결된다. 다만, '위대한 프로이센 정신'은 하인리히 폰 트라이치케(1834~96)로 대표되는 '권력국가'의 영향을 그대로 받은 것이 아니었다.[11] 오히려 가톨릭 이주민임을 자각했던 슈미트의 유년기의 경험을 생각해 보았을 때, '프로이센'에 대한 그의 관점은 트라이치케 부류의 권력국가론과 거리를 두고 있었던 것이라고 보아야 한다.[12]

즉, 융성하였던 프로이센으로부터 슈미트가 취하고자 한 '이상적'인 요소는 그 강력한 물리력이 아니었다. 이것은 다른 한편으로 자신을 디아스포라적인 상황에 처하게 만들었기 때문이다. 따라서 슈미트가 프로이센에 주목했던 부분은 나중에 자신의 헌법이론에서 시종일관 강조하는 '정치적 통일'의 현현으로서의 특성에 한정된다고 판단된다.[13] 이 특성이 '리버럴=민주주의 양식'이 지배하는 바이마르공화국에서 하나의 '독일 정신'으로 발전하여 나가려면 확고한 '민족주의적 반작용'이 불가결하다. 위의 인용문을 감안할 때, 현실에 대한 슈미트의 '진단'은 이와 같았을 것으로 짐작된다.

이 '반작용'의 원형이 바로 당대 독일인, 특히 보수주의 지식인에 의해 끊임없이 환기되었던 이른바 '1914년의 이념(Ideen von 1914)'이다.[14] 이 이념의 정중앙을 꿰뚫는 소재는 전쟁이었다. 제1차 세계대전을 전후로 독일(지식)인들은 전쟁에 열광하고 있었다.[15] 그렇지만 이것은 비이성적인 광기의 표출보

Neuausgabe), Berlin: Duncker & Humblot (2015), 370; Helmut Quaritsch(Hrsg.), 앞의 책, 105.

10) "enthegelisiertes Groß=Preußentum wilhelminischer Prägung und Neu-Kantianismus" *ebd.*

11) 이와 같은 지적은 大竹弘二 (윤인로 옮김), 앞의 책, 41 [39].

12) 위와 같은 곳; 가톨릭 이주민(디아스포라)로서 자신의 유년기를 특징짓고 있는 슈미트의 회고로는 ***SI***, 특히 30-31.

13) 예컨대 ***VL***, 95·㊥ 118.

14) 전진성, 보수 혁명: 독일 지식인들의 허무주의적 이상, 책세상 (2001), 특히 39-41, 슈미트와 관련하여서는 59 이하.

15) 전형적인 묘사로는 Georg Lukács (반성완 옮김), 소설의 이론(중판), 심설당 (1998), 7-8 [*Die Theorie des Romans. Ein geschichtsphilosophischer Versuch über die Formen der großen Epik*(Sonderausg., 9. Aufl.), Darmstadt: Luchterhand (1984), 5(1962년의 서문)].

다는 정신적인 '고양'의 귀결에 더 가까운 것이었다고 여겨진다.

제1차 세계대전을 놓고서 전형적으로 "정화이며, 해방이[고], 우리가 느껴왔던 바이며, 하나의 강렬한 희망"[16]이라고 찬미하며 적극적으로 참전에 동조하는 움직임은 당시 독일 보수주의 지식인들 사이에서 공통적이었다.[17] 이들이 정신적으로 '고양'된 과정을 다시 구성하여 보면 이렇다. 독일 특유의, 그리고 부르주아지에 대한 비판을 앞세우며 독일의 보수주의적 사조를 이끌었던 주역인 소위 '교양시민(Bildungsbürgertum)'은 서구 '문명'과 독일 '문화'의 구분을 선호하였다.[18] 이는 서구 강대국들에 대한 적대감을 저 두 개념 간의 대립에 투영한 것이었다.[19] '독일 문화'의 사용은 초기에는 유럽 내지 다른 민족의 문화에 대한 평가 절하보다는 시대의 발전 과정에 뒤쳐져 있던 독일인들의 '방어'에 가까운 것이었다고 평가된다. 그렇지만 1900년대로 진입하게 되면서 이는 민족주의적인 맥락과 강하게 결합되어 나타나기에 이른다(특히 '반서구주의'로의 확대).[20] 저 문명과 문화라는 개념의 대립이 사유 과정에 투영되면 독일의 용례에서 보통 전자에는 물질적인 면이, 그리고 후자에는 정

---

16) 토마스 만(1875~1955)의 표현으로 첫 출전은 Thomas Mann, "Gedanken im Krige", in: *Die neue Rundschau* 25. Jg., Heft 11, S. Fischer Verlag (1914), 1475: 이성주, "토마스 만의 「전쟁 속의 사념」", 독일문학 제142집, 한국독어독문학회 (2017. 6.), 138에서 재인용.

17) 시대의 분위기와 대중의 반응에 대한 묘사로는 Joachim C. Fest (안인희 옮김), 히틀러 평전 Ⅰ, 도서출판 푸른숲, (1998), 130-132 [*Hitler. Eine Biographie*(2. Aufl.), Berlin: Ullstein (1999), 111-112]; 예술계 및 학계의 반응에 대한 부분적인 지적으로는 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Band 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, München: Verlag C. H. Beck (1999), 50, 54 등.

18) Jörg Fisch(Bearb.) (안삼환 옮김), 코젤렉의 개념사 사전 1: 문명과 문화, 푸른역사 (2010), 166 ["Zivilisation, Kultur", in: Otto Brunner · Werner Conze · Reinhart Koselleck(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*(Unveränd. Nachdruck, 1. Aufl.) *Band 7*, Stuttgart: Klett-Cotta (1997), 750].

19) 위의 책, 186 [760]; 한편, 문명에 대한 회의는 범 유럽적으로 나타난 세기말의 현상이기도 하였으나, 독일은 다른 곳에서는 찾아보기 어려울 정도로 매우 강한 적의 및 자기 민족에 대한 열광적인 태도와 결부되어 있다는 점에서 특이성을 보여주고 있다고 한다. 전진성, 앞의 책, 26.

20) 상세는 Jörg Fisch(Bearb.) (안삼환 옮김), 위의 책, 169 [751] 이하; '반서구주의'에 관하여서는 특히 김동하, "독일 바이마르 시기 '보수혁명'과 반서구주의", 유럽연구 제32권 제2호, 한국유럽학회 (2014. 6.), 327 이하.

신적인 면이 결부되는 특징을 보였다. ‘병든’ 문명에 독일 정신의 ‘건전성’이 대비되는 것이 전형적이다.[21] ‘독일적인 것’의 훌륭함에 열광하게 되었던 교양시민은 그 담지자인 독일 민족의 정신적인 가치와 관련된 사명감까지 도출하기에 이르기도 하였다.[22]

이와 같은 경향이 적어도 독일 보수주의 지식인 사이에서는 1914년까지 뚜렷하게 형성되었다고 여겨진다.[23] 당대의 저명한 철학자 루돌프 오이켄(1846~1926)이나 막스 셸러(1874~1928), 사회학자 베르너 좀바르트(1863~1941)와 같은 명망가들이 공조하면서 정신적인 고양은 체계화되었다. ‘1914년의 이념’이 얻게 된 특유의 방향성은 이를 배경으로 한다.[24] 거기서 “분열되어 있던 모습을 쇄신하여 오랜만에 다시 한 번 일치단결”[25]하게 만든 전쟁이 결정적 자극제가 되었다.[26]

II. ‘반혁명’의 이념화

1. 독일제국의 전쟁 수행의 역사적 특수성

보수주의 지식인뿐만 아니라 독일인 다수를 고무시켰던 독일의 참전은 이른바 8월의 경험으로 회자된다.[27] 그런데 전쟁을 동기로 하는 이러한 정신적인 ‘고양’은 이미 칸트(1724~1804)나 피히테(1762~1814)에게서부터 ‘전쟁주의(Bellizismus)’의 싹을 틔우려는 것과 같은 양상으로 발견되었다.[28] 독일 이상

---

21) 이에 대한 언급은 위의 책, 165 [749]; 특히 본문에서의 예시는 박찬국, 앞의 책, 268.
22) 이와 같은 지적은 박찬국, 위의 책, 270-271; Michael Stolleis, 앞의 책, 49 등.
23) Jörg Fisch(Bearb.) (안삼환 옮김), 앞의 책, 165 [749].
24) 전진성, 앞의 책, 40-41.
25) 위의 책, 38.
26) Jörg Fisch(Bearb.) (안삼환 옮김), 앞의 책, 167-168 [750]; 다시 말해 세계대전의 발발은 “독일 이상주의의 르네상스”와도 연결된다는 것이다. Michael Stolleis, 앞의 책, 93.
27) 이에 대한 언급은 전진성, 앞의 책, 39; 이성주, 앞의 논문, 143 등.
28) 이와 같은 지적은 Wilhelm Janssen(Bearb.) (권선형 옮김), 코젤렉의 개념사 사전 4: 전쟁, 푸른역사 (2010), 59 [“Krieg”, in: Otto Brunner · Werner Conze · Reinhart Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe* (Unveränd. Nachdruck, 1. Aufl.) *Band 3*, Stuttgart:

주의는 전쟁을 "인류의 동력"과 같이 정당화하려는 태도를 함께 보였던 것이다.[29] 여기에 '낭만주의적'[30] 역사관과 권력국가론이 결합되면서 국가를 위한 희생이 찬미의 대상으로 자리 잡았다.[31] 1870/71년 프랑스와의 전쟁을 계기로 이 정신적인 '고양'은 한 차례 정점에 이른다.

독일제국의 성립이라는 독일 민족의 "집단기억",[32] 슈미트의 '위대한 프로이센 정신'이라는 표현에 반영되어 있을 이 사건이 1914년의 이념에서도 중요하게 환기되어야 할 (해석된) 역사이자 민족의 '신화'가 되었던 것은 자명한 귀결이었다.[33] 독일 이상주의와 1870/71년의 경험, 그리고 1914년의 이념에 대한 사전상의 정식화는 이 정도에서 일단락될 수 있다.[34] 그렇지만 "[적절한] 전쟁은 내적인 불안을 막아주고 [국가권력]을 확고하게 했다"[35]라는 헤

Klett-Cotta (1995), 592] 이하.

29) 위의 책, 70 [600].

30) 낭만주의는 독일 특유의 정서가 형성되는 데 지대한 영향을 미쳤다고 평가된다. 곧, 다른 유럽 국가에 비하여 유독 오래 지속된 독일의 낭만주의는 "모든 계급에 영향을 끼쳤고 독일인의 생활 속에 침투하여 성격을 개조하였으며 선행한 종교개혁과 같은 숙명적인 사상(事象)이 되었다"라는 평가가 무리가 아닐 정도로, 특히 19세기의 독일을 이해하는 데 있어서 중요한 키워드가 된다. Ferdinand Lion, *Romantik als deutsches Schicksal*, Stuttgart: Rowohlt Verlag (1947), 9-10: 지명렬, 독일 낭만주의 총설, 서울대학교출판부 (2000), 23에서 재인용. 이러한 낭만주의는 독일인들에게 민족정신과 통일된 국가관 등을 '부여'하였으며, 과거를 희구하면서 동시에 미래에 이 과거의 재건을 기약하는 것을 특징으로 한다. 같은 책, 494 이하; 같은 저자, 독일낭만주의연구, 일지사 (1975), 5-6, 13, 97 등.

31) 이와 같은 지적은 Wilhelm Janssen(Bearb.) (권선형 옮김), 앞의 책, 71 [601-602].

32) 박상욱, "1차 대전 시기 독일의 '1914년의 이념들'에 나타나는 역사 해석과 정체성", 코기토 제91호, 부산대학교 인문학연구소 (2020. 6.), 154.

33) 이에 관하여 상세는 위의 논문, 160 이하.

34) 필자가 참고한 것으로는 Hermann Zeltner, "Idealismus, Deutscher", in: Joachim Ritter · Karlfried Gründer(Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie Band 4*, Stuttgart: Schwabe & Co · Basel (1976), 35-37.

35) "(…) daß glückliche Kriege innere Unruhen verhindert und die innere Staatsmacht befestigt haben." Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, §324의 Anm.: Wilhelm Janssen (Bearb.) (권선형 옮김), 앞의 책, 74 [604]에서 재인용; 헤겔의 『법철학』을 우리말로 옮겼던 임석진(2008)과 서정혁(2020)은 'glücklicher Krieg'를 공히 승리로 장식된 전쟁 내지는 성공한 전쟁이라는 뉘앙스로, 또 권선형은 이를 행복한 전쟁으로 옮기고 있으나 필자는 이 절에서 다루어지고 있는 '전쟁'의 용례가 그 수행 목적까지 아울러 고려되고 있는 것이라고 판단하여 본문과 같이 옮겼음을 밝혀둔다.

겔(1770~1831)의 명제를 여기서 함께 감안할 필요가 있다. 이는 혁명과 같은 내전 상태에 대한 공포를 국가 간의 전쟁을 통하여 해소하려는 전쟁 수행의 '은폐된[*arcana imperii*]' 동기를 지적하고 있다.[36)]

'공적(*hostis*)'을 상대로 하는 전쟁과 관련된 이와 같은 의도 내지 기대는 적어도 보불전쟁 무렵의 독일 보수주의의 관심을 확실히 끌었던 것이라고 생각된다. 프로이센 귀족계급과 부르주아의 타협을 거쳐 왔던 비스마르크의 '현실정치'[37)]는 승전을 통하여 혁명(정신)에 대한 나름의 결산(Abrechnung)을 할 수 있었기 때문이다.[38)] 민족 단위의 통일된 사상과 성공의 경험에서 더욱더 강한 인상을 받게 된 시민계층의 자의식은 안에서 붕괴되기 시작하였다. 이에 반비례하여 "민주적 장식물로 치장한", 비스마르크를 필두로 하는 입헌군주정의 독일제국은 시민들을 본격적으로 길들일 수 있게 되었다.[39)]

그러나 비스마르크가 독일제국 내부의 정치적 문제(특히 부상하는 도시 프롤레타리아와의 충돌)를 부르주아계급과의 결탁으로 억누르면서 군비 확장이나 경제적인 번영이라고 하는 외부적인 성공들에 주력하였어도, 이러한 '민족적'인 성공의 경험이 제국 내부의 문제를 바로 해결하여 줄 수는 없는 일이

---

36) Wilhelm Janssen(Bearb.) (권선형 옮김), 위와 같은 곳.

37) Arthur Rosenberg (박호성 옮김), 프랑스대혁명 이후의 유럽정치사: 사회주의와 민주주의, 역사비평사 (1990), 213 [*Demokratie und Sozialismus. Zur politischen Geschichte der letzten 150 Jahre*, Amsterdam: Verlag Allert de Lange (1938), 214]; 비스마르크가 전통적인 지배층의 대표자로서만이 아니라 "부르주아적 질서를 유지하고자 하는 사람들의 구조자"로도 여겨졌다고 보는 벨러의 평가는 '현실정치'의 맥락에서 과장이 아니었다. Hans-Ulrich Wehler (이대헌 옮김), 독일 제2제국, 도서출판 신서원 (1996), 124 [*Das Deutsche Kaiserreich, 1871-1918*(6., bibliogr. erneuerte Aufl.), Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht (1988), 66]; 다시금 그 목적이 더 두드러지게 나타날 수 있도록 요약한다면, "확산되는 민주주의 이념에 대항한 왕권과 부르주아지의 목적적 연대" 이계수, "의회주의와 행정법: 칼 슈미트 학설과 그에 대한 비판을 중심으로", 법학박사학위논문, 서울대학교 (1997), 67의 에르하르트 데닝거(1932~)의 표현을 재인용.

38) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 바이마르공화국의 해체 ①: 민주주의에서 권력붕괴 문제에 관한 연구, 나남 (2011), 50 [*Die Auflösung der Weimarer Republik*, Düsseldorf: Droste (1984), 8]; 벨러가 비스마르크로 대표되는 권력 엘리트들의 전쟁 수행 동기를 "은폐된 권력 속에서 작용한" 것으로 진단했던 것도 이러한 부분을 포함하는 것이다. 이와 관련된 언급으로 Hans-Ulrich Wehler (이대헌 옮김), 위의 책, 79 [35] 이하, 349 [207] 이하 등.

39) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 위의 책, 51 [8].

었다.[40] "비스마르크적 헌법은 비스마르크 없이 존재할 수 없었"다는 평가처럼,[41] 비스마르크에게는 유효했을 성과의 이면으로 독일의 '자유주의'와 독일 제국의 '중간'이라고 할 수 있을 만한 영역은 회복되기 어려울 정도로 약화되고 말았다.[42] 게다가 그의 실각 이후에는 그동안 억지로 덮여 있었던[43] 분열 및 불확실성의 문제가 가시화되기 시작했다. 그야말로 "옛 권력들 하에서 민족적 사상의 승리가 앞으로의 민주주의적 해결을 더욱더 복잡하게"[44] 만들었다는 평가가 가능한 상황이 되었다.

다만 이 무렵 '제국주의'라는 저 새로운 현상 속에서 제국이 야기하는 불확실성은 독일만의 문제는 아니었다.[45] 대개 팽창하는 제국의 주변부뿐만 아니라 중심부에서도 지배상의 모순이 해결되지 않는 한, 불확실성의 문제는 지속될 수밖에 없었다.[46] 그 안에서 기성의 정치세력은 '민족'개념을 하나의 이데올로기로서 확보하려 했다.[47] 반면, 민주화의 문제가 부상하면서 정치적으로 부르주아의 영향력은 축소되었다.[48] 이와 함께 이미 혁명의 열정이 제거된 부르주아적 자유주의는 쇠퇴했다.[49] 비스마르크는 이러한 시대상을 '철혈'의 연설을 통해 의도적으로 가시화했을 뿐이었다. 이로써 이 연설 안에서 폄하되고 있었던 자유주의[50] 따위는 민족적 정서가 확장되고 있던 독일의 현실

---

40) 이와 같은 지적은 위의 책, 51-53 [8-9].

41) 위의 책, 53 [9].

42) 이와 같은 지적은 위의 책, 48 [6] 이하; 송석윤, 위기시대의 헌법학: 바이마르 헌법학이 본 정당과 단체, 정우사 (2002), 41-42 등.

43) 곧, 비스마르크적인 통일의 "피상성". Ian Kershaw (이희재 옮김), 히틀러: 의지 1889~1936, 교양인 (2009), 136 [*Hitler, 1889-1936: Hubris*(1st American ed.), New York: W. W. Norton & Company (1999), 76]; 정치적인 지배기술의 측면으로는 "부정적 통합(negative Integration)". 상세로는 Hans-Ulrich Wehler (이대헌 옮김), 앞의 책, 173 [96] 이하.

44) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책, 52 [8].

45) Eric J. Hobsbawm (김동택 옮김), 제국의 시대, 도서출판 한길사 (1998), 159 [*The Age of Empire. 1875-1914*, New York: Vintage Books (1989), 60].

46) 위의 책, 192-193 [82].

47) 위의 책, 286 [144].

48) 위의 책, 323-324 [168].

49) 이에 관하여 상세는 위의 책, 354 [188] 이하; 본문에서의 표현을 차용한 곳은 Rudolf Vierhaus・Rudolf Walther(Bearb.) (공진성 옮김), 코젤렉의 개념사 사전 7: 자유주의, 푸른역사 (2014), 35 ["Liberalismus", in: Otto Brunner・Werner Conze・Reinhart Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe Band 3*, 749].

과는 더욱 조화될 수 없는 것처럼 되었다.[51] 여기에 애초에 정의하기도 어렵고, 사회적 동질성 또한 불분명한 부르주아의 '취약성'[52]을 비스마르크는 하나의 방편처럼 이용할 수가 있었던 것이다.

2. 역사적 특수성에 대한 보수주의의 반응

앞의 배경에 비추어 보았을 때 "우리는 반혁명을 원하는 것이 아니라 혁명과의 대립을 원한다"[53]라는 드 메스트르(1753~1821)의 말은 의미심장하게 들린다. 혁명의 경험에 대한 독일 보수주의의 반응 역시 단순한 반동이라기보다는 이와 같은 주장이 함축하고 있는 것과 같은 '혁명(정신)과의 단절'에 그 무게 중심이 놓여 있었던 것으로 생각되기 때문이다. 1848년의 경험 이후 이것은 "밀고 들어오는 프롤레타리아"[54]를 공포와 함께 지켜보았을 독일 시민계층의 관심사로 확장되기까지 한 것으로 보인다. 비스마르크의 '현실정치'가 가능했던 것도 이러한 배경 덕분이었다.

법적 문제와 관련하여서도 가령 보수주의자들이 "헌법의 개선"[55]에 구호를 맞추었다거나 국법학이 전(前)입헌주의적인 국법과의 완전한 단절을 직접적으로 부정하면서 국가의 우위를 유지하려고 나서는 태도를 보였던 것[56] 등에서

---

50) 연설에 대한 이와 같은 평가는 Rudolf Vierhaus · Rudolf Walther(Bearb.) (공진성 옮김), 위의 책, 116 [780]; 곧 '제국의 적'으로서 규정된 자유주의. Hans-Ulrich Wehler (이대헌 옮김), 앞의 책, 175-176 [97].

51) 이와 같은 지적은 Eric J. Hobsbawm (김동택 옮김), 앞의 책, 356-357 [189-190].

52) 이에 대한 지적은 위의 책, 326-327 [170]; 송석윤, 앞의 책, 41-42 등.

53) "Nous ne voulons pas la contrerévolution, mais le contraire de la révolution." Rudolf Vierhaus(Bearb.) (이진일 옮김), 코젤렉의 개념사 사전 14: 보수, 보수주의, 푸른역사 (2019), 46 ["Konservativ, Konservatismus", in: Otto Brunner · Werner Conze · Reinhart Koselleck(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe Band 3*, 542].

54) Heinz Mohnhaupt · Dieter Grimm(Bearb.) (송석윤 옮김), 코젤렉의 개념사 사전 20: 헌법, 푸른역사 (2021), 160 ["Verfassung(Ⅰ.·Ⅱ.)", in: Otto Brunner · Werner Conze · Reinhart Koselleck(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*(Unveränd. Nachdr., 1. Aufl.) *Band 6*(Unveränd. Nachdr., 1. Aufl.), Stuttgart: Klett-Cotta (1997), 892].

55) 위의 책, 156 [889].

56) 이에 대하여서는 위의 책, 158-161 [891-892].

이와 같은 면모가 엿보이고 있었다. 여기에 '한때'는 진보의 이데올로기를 강력하게 대변하였다는 자유주의가[57] 그 안에 온갖 부정적인 것들만 남겨진 채로 비판을 위한 개념, 부르주아적 세계관에 귀속되어 있는 계급 이데올로기(Klassenideologie)처럼 축소되었던 것[58] 역시 마찬가지였다. '혁명의 시대'에도 고전적인 부르주아적 자유주의를 제외한 다른 입장 모두는 부르주아적 자유주의가 만인의 만인에 대한 경쟁이라는 견디기 어려운 '아나키'[59] 상태를, 그리고 시장의 인간성 말살을 그것이 파괴한 제도나 질서의 자리에 대신 앉히려 한다는 식으로 비판하는 데에 입을 모았다.[60] 결국 혁명과 같은 내전 상태를 두려워했던 보수주의의 '자유주의' 폄하는 당연한 귀결이었다.

'역사적인 운동'이라는 인식 아래에서도 다음과 같은 관찰이 가능하다. '자유주의적인 강령'이라고 할 수 있을 부르주아적 법치국가의 요점,[61] 곧 법률 앞의 평등, 부르주아적인 자유 및 재산권 중심의 기본권 보장은 특정 계급의 사회적 예속의 심각화라는 문제를 수반했다고 여겨진다.[62] 19세기 독일 보수파들의 판단 속에서도 이 독일의 '비참함(Elend)'에 대한 책임은 경제적, 정치적 자유주의에 명백히 귀속되어 있었다.[63] 이로부터 보수주의의 반문명(반서

---

57) 이와 같은 지적은 Eric J. Hobsbawm (정도영・차명수 옮김), 혁명의 시대, 도서출판 한길사 (1998), 438 [*The Age of Revolution. 1789-1848*, New York: Vintage Books (1996), 235].

58) 이와 같은 지적은 Rudolf Vierhaus・Rudolf Walther(Bearb.) (공진성 옮김), 앞의 책, 14 [742], 103 [776] 이하.

59) '부르주아적인 사회의 상태'와 관련지어진 아나키 개념의 역사화 과정은 Peter Christian Ludz・Christian Meier(Bearb.) (송재우 옮김), 코젤렉의 개념사 사전 15: 아나키/아나키즘/아나키스트, 푸른역사 (2019), 43 ["Anarchie, Anarchismus, Anarchist", in: Otto Brunner・Werner Conze・Reinhart Koselleck(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe* (Unveränd. Nachdr., 5. Aufl.) *Band 1*, Stuttgart: Klett-Cotta (1997), 67] 이하 및 106-112 [102-106].

60) Eric J. Hobsbawm (정도영・차명수 옮김), 앞의 책, 456 [245].

61) 이에 대한 언급으로 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Band 2: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, München: Verlag C. H. Beck (1992), 382.

62) Ernst-Wolfgang Böckenförde (김효전 옮김), "법치국가 개념의 성립과 변천", 헌법・국가・자유: 헌법이론과 국가이론에 관한 연구, 법문사 (1992), 특히 82 ["Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs", in: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*(2. Aufl.), Frankfurt am Main: Suhrkamp (1992), 158-159].

63) 이와 같은 지적은 Christian-Friedrich Menger (김효전・김태홍 옮김), 근대 독일헌법사,

구, 반자본주의) 내지 국가사회주의에로의 흐름은 혁명에 대한 거부감이나 민족주의적인 동기가 강하게 나타남에 따라서 자유주의에 대한 비판이 함께 증가하는 양상을 보이며 전개되어 갔다.[64]

이러한 흐름에서 부르주아적 세계관에 '귀속'된 자유주의에 대한 비판은 마치 보수주의의 돌파구처럼 보인다. 전쟁 역시 마찬가지이다. 이들의 '집단기억' 속에서 전쟁은 자유주의에 책임을 돌리고 있던 불만족스러운 상황과 내전에 대한 불안을 타개할 수 있는 긍정적인 계기처럼 형성되어 있었다. 8월의 경험은 보수주의의 '추동'이라는 맥락에서 이해될 수 있는 것이었다. 만약에 '1933년', 곧 히틀러가 정권을 장악하기에 이르기까지 보수주의가 그 동력을 잃지 않을 수 있었다고 한다면, 당시의 선택의 문제는 비이성적인 광기가 아니라 지금까지 서술한 맥락에서의 '논리적 일관성'에 입각한 것으로 볼 수 있게 될 것이다.

그렇다면 이제 살펴보아야 할 남은 문제는 1870/71년을 전후로 하는 경험들과 확실한 '차이'가 있었던 제1차 세계대전 이후의 양상이다. 제1차 세계대전의 발발은 고전적 전쟁 – 헤겔식으로 표현하면 '적절한(glücklich)' 전쟁의 외양을 띠고 있었어도, 그 규모는 미증유의 '총력전'으로 치달았다. 총력전은 단순히 적을 제압하려는 수준을 넘어서, 도덕적인 이유를 들어 상대를 '섬멸'하려는 방향으로 수행되었다.[65] 이념이 유혈과 함께 교체되는 현장에서 야만성은 강하게 표출될 수밖에 없었다.[66]

8월의 경험에 극렬한 자극을 받고서 전장에 자원하여 나갔던 독일의 '청년들'[67]은 총력전에 대한 강렬한 공포의 기억과 함께 패배의 수모를 업고 돌아

교육과학사 (1992) 333-334 (Rn. 321) [*Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Eine Einführung in die Grundlagen*(8., überarbeitete Aufl.), Heidelberg: C. F. Müller (1993), 160].

64) 김동하, "19세기 독일 자유주의의 정치적 초상: 반서구주의의 독일적 기원", 유럽연구 제33권 제2호, 한국유럽학회 (2015. 6.), 68-69; Joachim C. Fest (안인희 옮김), 앞의 책, 169 [145] 이하; 국가사회주의와 관련해서는 Ian Kershaw (이희재 옮김), 앞의 책, 219-222 [134-136] 등.

65) 이와 같은 지적은 Wilhelm Janssen(Bearb.) (권선형 옮김), 앞의 책, 90 [613-614].

66) 위와 같은 곳 [613].

67) 전진성, 앞의 책, 41.

왔다. 그렇다면 이들을 고무시킨 독일 보수주의에는 이제 쇠퇴의 길만이 예정될 뿐이었을까? 시대의 응답은 그렇지 않았다. 오히려 독일 보수주의는 "새롭게 발전할 수 있는 호경기"[68]로 진입하게 된 것이다.[69] 독일의 이 '새로운' 보수주의는 1914년의 이념에까지 이어져 왔던 보수주의적인 가치를 선택적으로 수용하고 또 변용하면서,[70] 전쟁을 통해 경험한 기술 문명의 현실과 전쟁의 부산물 같은 '불가피한'[71] 혁명의 흐름 앞에 그 자신 역시 혁명적으로 보이기까지 할 정도로 적극적으로 나서기에 이르렀다.[72]

한편, 바이마르공화국 수립 전부터 분열된 양상을 보였던 혁명세력은 스파르타쿠스 봉기와 같은 사건들을 거치면서 악화일로를 걷고 있었다.[73] 분열된 혁명세력은 기득권과 손을 잡거나 '방관자'로 남았다.[74] 행정기구의 인적 구성에는 거의 변화가 없었다.[75] 구 제국의 관헌국가적인 전통은 직업공무원을 통해 강하게 남아 있었으며, 이들의 입장은 민주주의에 대한 완강한 '르상티망(Ressentiment)' 위에 서 있는 것이었다.[76] '민주주의 없이' 형성된 부르주아

---

68) 위의 책, 47.

69) 이 지점에서 구지의 언술은 당대 독일의 응답이 본문에서와 같이 이어지게 되었던 이유를 적절하게 압축하고 있는 것이라고 생각된다. 곧, 현실이 "이상적으로 과장된" 과거와 비교될 때마다 그 결과는 후자에 확실히 유리한 것으로서 나타났다는 것이다. Christoph Gusy, "Selbstmord oder Tod? Die Verfasssungsreformdiskussion der Jahre 1930-1932", *Zeitschrift für Politik*, Neue Folge, 40. Jg., Heft 4, Nomos Verlag (1993), 399.

70) 이와 같은 지적은 전진성, 앞의 책, 54-55.

71) 이에 관한 언급은 Eric J. Hobsbawm (이용우 옮김), 극단의 시대: 20세기 역사 ㉠, 까치글방 (1997), 82-83 [*The Age of Extremes. 1914-1991*, New York: Vintage Books (1996), 54-55].

72) 이와 같은 지적은 전진성, 앞의 책, 52, 54; 김동하, "독일 바이마르 시기 '보수혁명'과 반서구주의", 325 등; 특히 오스발트 슈펭글러(1880~1936)의 예를 중심으로 '새로운' 보수주의의 반응에 관한 서술로는 Roger Woods, *The Conservative Revolution in the Weimar Republic*, Basingstoke: Palgrave Macmillan (1996), 65 이하; 전파시즘적인(präfaschistisch) 사회학이 보이는 피상적인 '급진성'과 그 의도에 관한 비판적인 지적으로는 Georg Lukács (한기상 외 옮김), 이성의 파괴 3, 695-696 [561-562].

73) 언급은 Arthur Rosenberg (박호성 옮김), 앞의 책, 308-309 [323-324].

74) 언급 및 표현의 차용은 각각 Ian Kershaw (이희재 옮김), 앞의 책, 186 [111] 및 송석윤, 앞의 책, 87.

75) Karl Dietrich Bracher, (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책, 70 [19]; 곧, 구질서와의 '외적인 연속성'. 이에 대하여서는 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Band 3*, 77-79.

적 법치국가라고 할 수 있을 만한 단면은 독일식 입헌군주제를 통해서만 아니라[77] 바이마르공화국의 수립 과정으로부터도 읽어낼 수 있는 것이었다.[78] 이러한 분위기 속에서 제정된 바이마르헌법은 '불만족스러운 타협'으로 여겨졌다.[79] 거기에다 베르사유 조약까지 독일인들을 민족의 '수치심' 안으로 몰았다.[80]

그 사이에 보수반동세력은 호흡을 가다듬을 수가 있었다. 베르사유 조약의 영향은 특히 민족의식을 앞세운 '반혁명'의 기반으로 작동하기에 충분했다.[81] 패전 후의 독일 보수주의는 일관하여 현재의 상황에 대한 책임의 소재를 모두 "인간성과 공동체의 파괴"[82]를 가져온 부르주아적 세계관으로부터 찾으려 했다. 더불어 보수적인 입장을 표방하면서도 태세 면에서는 적극성까지 갖추었다. 이 '새로운' 보수주의의 기획 안에서 슈미트의 자취 또한 어렵지 않게 찾을 수 있다.[83]

---

76) 이와 같은 지적은 Martin Broszat, (김학이 옮김), 히틀러국가: 나치 정치혁명의 이념과 현실, 문학과지성사 (2011), 30 [*Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung*(14. Aufl.), München: Deutscher Taschenbuch Verlag (1995), 27].

77) 표현은 독일식 입헌군주제를 대상으로 이와 같이 평가하고 있는 송석윤, 앞의 책, 30 으로부터 차용한 것임.

78) 이와 같은 지적은 Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책, 65 [16].

79) 이에 대한 슈미트의 언급으로 ***VL***, 161-162・㊫ 183-184 및 이를 문제의 출발점으로 삼고 있는 저술로는 "Der bürgerliche Rechtsstaat", in: ***SGN***, 특히 44・㊫ 김효전 옮김, "시민적 법치국가 (1928), 헌법과 정치, 산지니 (2020), 179 등; 한편 다른 각도에서 본다면, 바이마르헌법에 대하여 특징지어졌던 이러한 성격은 당시의 사람들로 하여금 "공화국의 법적 기초이면서 동시에 공화국의 비참함(Misere)의 근원이자 그 표현"이기도 한 것처럼 헌법을 받아들이게 만들었을 소지를 충분히 제공했을 것이다. 직접 인용은 Christoph Gusy, 앞의 논문, 400.

80) 이에 대한 언급은 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Band 3*, 74; Ian Kershaw (이희재 옮김), 앞의 책, 223 [136-137]; 김동하, "독일 바이마르 시기 '보수혁명'과 반서구주의", 329 등.

81) 이와 같은 지적은 Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책, 65 [16].

82) 김동하, "독일 바이마르 시기 '보수혁명'과 반서구주의", 334.

83) 이와 같은 지적은 Georg Lukács (한기상 외 옮김), 이성의 파괴 3, 702 [567-568].

Ⅲ. 보수혁명론으로의 발전 및 슈미트와의 연관

1. 보수혁명론의 취지

바이마르공화국의 역사는 각 이념들 사이의 "적대적인 동거관계"[84]의 잠정적인 연속이었다고 평가할 수 있다. 이에 걸맞게 특히 성립 초기의 바이마르공화국에서는 한쪽에 민족적인 제국주의 세력의 공세가, 다른 한쪽으로 급진적 프롤레타리아계급의 공격이 그 양극단에 자리한 채 혼란이 계속되고 있었다.[85] 거기서 급성장하고 있던 나치당과 공산당이 토대를 둔 '대중운동'에 공감하지 아니하면서 바이마르공화국에 대립했던 세력들은 현실 상황의 정신적 극복에 주안점을 두고 이합집산을 반복하며 다양한 분파로 흩어져 있었다.[86]

이 복잡다단한 분파들의 공통점을 나름대로 추려보려는 입장에서는 다음과 같이 설명한다. 곧, 이들의 주장은 좌파/우파나 진보/보수와 같은 전통적인 이분법으로부터는 이해되기 어렵고, 좌/우로부터 '환멸'을 느낀 결과 제3의 무언가를 창출하려 했던 측면에서 검토할 필요가 있다. 또한 이들이 논구했던 '유지할 가치가 있는 상태'는 새로운 것이 마냥 생산되는 상태뿐만 아니라 기존의 것이 단순하게 보존되는 상태와도 거리가 있다. 따라서 이 분파들은 낡은 보수주의와도 구분되는 '새로운' 보수주의로 분류되어야 한다.[87] 이는 '보수혁명'이라는 역설적인 조어로 정식화된 바 있다.

'보수혁명'은 슈미트 서클의 일원으로 분류되는 아르민 몰러에 의해서 본격적으로 논의되기 시작한 개념이다.[88] 그의 주장에는 불충분한 요약과 추상화에 의지한 가설처럼 보이는 측면이 다분하다는 약점이 있다. 하지만 공통점

---

84) 국순옥, "헌법재판의 본질과 기능", 앞의 책, 336.

85) 언급은 Arthur Rosenberg (박호성 옮김), 앞의 책, 311 [326].

86) 언급은 전진성, 앞의 책, 66, 74-75.

87) 여기까지 Armin Mohler, 앞의 글, 130・㊫ 65.

88) 1949년 6월에 헤르만 슈말렌바흐(1885~1950)와 칼 야스퍼스(1883~1969)의 지도로 발표되었던 몰러의 박사학위논문에서부터 '보수혁명'이 본격적으로 취급되기 시작했다. 출판본은 Armin Mohler, *Die Konservative Revolution in Deutschland 1918-1932*(4. Aufl.), Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (1994).

을 추려내기가 매우 곤란하게 느껴질 정도로 복잡다단한 양상을 드러내고 있는 바이마르공화국에서의 보수적 분파들의 성격을 특히 다음과 같은 점에서 어느 정도 합당하게 포착하고 있다는 장점도 있다. 먼저, 용어상으로 보수'혁명'은 진보(Evolution)와 구별된다. 몰러는 '반혁명'의 인상을 '보수혁명'개념에 반영하고자 한 것이다.[89] 전쟁을 수행하는 목적과 관련하여서도 '보수혁명'은 앞서 살펴보았던 것과 같은 맥락에서의 내용을 전제로 하고 있다. 몰러의 이 개념이 정치사상사에 안착되었다 하더라도 하나의 독립된 학설로서의 의미를 부여하려는 것은 지나친 반응이라는 이의도 제기되어 왔다.[90] 다만, 바이마르공화국에서의 보수파들을 대상으로 하는 분류적인 설명이 아예 불가능한 것도 아니기 때문에,[91] 이 논문에서도 일정한 장점을 가지고 있는 '보수혁명'을 설명의 수단으로서 원용하고자 한다. 무엇보다 슈미트 서클의 일원인 몰러가 슈미트를 보수혁명론자의 목록 안에 바로 열거하고 있다는 점은 확실히 주목해 보아야 할 부분이라 판단된다.[92]

더욱이 슈미트의 주장은 '보수혁명'의 일부로서 간주되는 다른 저자들에 의해 자주 원용되거나 참조되었다.[93] 이러한 부분들을 염두에 두고서 바이마르공화국 말기의 슈미트의 행적을 살펴본다면, 분명히 그는 나치의 정권 획득을 피하려는 입장에서 권위주의 국가를 추구했다고 볼 수 있다.[94] 그렇지만 나치에 동의할 수 없었던, 슈미트를 포함한 보수주의자들이 결국에는 불만족스러운 바이마르공화국의 '리버럴 = 민주주의 양식'을 권위주의적인 양식으로 이전하는 과정에서 나치의 '고용'을 의도했던 것은 가감 없는 사실이다.[95] 슈

---

89) 위의 책, 특히 116-117.

90) 예컨대 Stefan Breuer, "Die 'Konservative Revolution': Kritik eines Mythos", *Politische Vierteljahresschrift* 31. Jg., Heft 4, Springer (1990), 585 이하.

91) 같은 취지로 Roger Woods, 앞의 책, 60.

92) 1986년의 세미나에서도 몰러는 이 부분을 강조하고 있었다. Armin Mohler, 앞의 글, 특히 151・㊀ 99.

93) Joseph W. Bendersky, "Carl Schmitt and the Conservative Revolution", *TELOS* 72, Telos Press (Summer 1987), 39; 독일 문헌을 전거로 들어서 평가하는 것으로 山下威士, カール・シュミット研究, 東京: 南窓社 (1986), 135-136 등.

94) 언급으로 Reinhard Mehring, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*(2., überarbeitete, aktualisierte und gekürzte Aufl.), München: C. H. Beck (2022), 302; Paul Noack, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Frankfurt am Main; Berlin: Ullstein (1996), 146-147 등.

미트와 보수혁명론자들은 종국에는 비이성적인 '광기'에 사로잡혀 버린 채로 그릇된 판단을 하고 말았던 것일까?

이 시기를 다룬 종래의 서술 중 일부는 그들을 광기에 현혹되었던 것처럼 처리한다. 비합리주의적인 결단주의에 도취되어 나치의 전략에 동조하고 말았다는 것이다.[96] 혹은 분별없는 대중을 올바로 지도하지 못한 무책임한 지식인의 전형으로 묘사하는 데 그치기도 한다.[97] 그러나 보수혁명 담론은 보수혁명론자들이 그동안 일관하게 전개하여 왔던 논리가 그때의 시대상과 결부되어 도출된 것이다. 이들의 행적의 의의를 파악하기 위해서는 그에 관한 담론을 구성하고 있는 소재들을 면밀히 검토할 필요가 있다. 슈미트와 관련하여서는 '결단'과 '반바이마르'가 이에 해당된다.

2. 슈미트의 보수혁명론의 소재인 '결단'과 '반바이마르'

『정치신학』에서 슈미트는 '드 메스트르'를 인용하면서 "매우 중요한 사안에 관해서는 어떻게 결정되는지보다도 결정되었다는 사실이 가치 있는 일"임을 언급한다.[98] '결단'에 있어 결단한다고 하는 '행위 그 자체'의 중요성을 역설하고 있는 것이다. 이는 1919년에 초판을 발표했던『정치적 낭만주의』에서의 서술을 부연한 것과 같다.『정치적 낭만주의』에서 그는 "미학을 빙자하며 자신의 주관으로 후퇴하는" 낭만주의자보다는 어처구니없어 보일지라도 '결행' 할 능력이 있었던 '돈키호테'의 행적이 차라리 더 유의미한 것이라고 피력했다.[99]

이러한 생각은 1910년대 전반기에 '의제론(Fiktionalismus)'을 유행시켰던 한

---

95) 대표적인 예로서 이른바 '횡단전선 계획(Querfront-Plänen)'과 '헌법 밖'에서의 파펜의 행보를 지적하고 있는 것으로 송석윤, 앞의 책, 124-126.

96) 문제 제기로 박찬국, 앞의 책, 261.

97) 문제 제기로 전진성, 앞의 책, 115.

98) ***PT***, 61・㊫ 78: Christian Graf von Krockow, *Die Entscheidung. Einer Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger*, Frankfurt am Main: Campus (1990), 65에서 재인용.

99) ***PR***, 특히 153・㊫ 226.

스 파이잉거(1852~1933)의 『'가정'의 철학(*Die Philosophie des Als Ob*)』(1911)으로부터 영향을 받은 것이다.[100] 이와 함께 리하르트 바그너(1813~83)의 작품과 세르반테스(1547~1616)의 『돈키호테』가 초창기의 슈미트에게 영향을 주었다. 그 흔적은 바그너의 「뉘른베르크의 명가수(Die Meistersinger von Nürnberg)」에서의 등장인물인 작스가 '미망(Wahn)'에 관하여 독백한 부분 및 돈키호테를 소재로 슈미트가 논평했던 사실에서 발견할 수 있다.[101]

요컨대 이들 소재를 통해 슈미트의 초창기의 사고는 다음의 방향으로 이루어졌다고 할 수 있다. 즉, "*의식적 허위*이면서도 인간의 사고와 행위 양면에 걸쳐 불가결한 의의를 갖는 *의제*"[102]라는 파이잉거의 구상에서 슈미트는 사실성으로부터 '규범'의 영역으로 넘어가게 할 자신의 '법적 의제'를 착상했다. 이 점은 그의 초창기의 사고가 파이잉거의 신칸트주의적 이해로부터 영향을 받았다는 것을 의미한다. 하지만 슈미트는 여기에서 다시 "실재물과의 대응에 기초한 진위 판단을 보류"[103]할 것을 요구하면서, 파이잉거의 개념을 한층 더 급진적으로 수용하여 신칸트학파의 일반적인 경향으로부터 차이를 드러내기 시작했다. 다시 말해 슈미트는 신칸트주의적인 전제에서부터 법적 사고를 형성하여 나갔음에도 불구하고, 자신이 구상한 '법적 의제'의 강조점을 신칸트주의가 주목하는 이성의 영역이 아니라 '신념'의 영역으로 옮긴 것이다.[104]

여기에 영향을 미쳤던 것이 바로 바그너의 작품과 돈키호테였다. 슈미트가 「뉘른베르크의 명가수」에서의 작스의 독백으로부터 '미망'을, 그리고 돈키호테의 '결행'을 강조하는 것은 자신의 관심이 '행위(Tat)' 그 자체에 있음을 표현하는 것이었다.[105] 특히 희구하는 바가 일종의 '망상(Wahn)'과 같이 보이더

---

100) 大竹弘二 (윤인로 옮김), 앞의 책, 57 [53-54].

101) 이에 관한 초창기의 슈미트의 논의는 각각 Carl Schmitt, "Richard Wagner und eine neue 'Lehre vom Wahn'", *Bayreuther Blätter* 35 (1912), 239-241; ders. "Don Quijote und das Publikum", *Die Rheinlande* 22. Jg., Heft 10 (1912), 348-350; ders. "Juristische Fiktionen", *Deutsche Juristen-Zeitung* 18. Jg., Nr. 12 (1913), 804-806.

102) 竹峰義和, "迷妄の教え: シュミット/ヴァーグナー/カント", 仲正昌樹(編), 美のポリティクス, 東京: 御茶の水書房, (2003), 138.

103) 大竹弘二 (윤인로 옮김), 앞의 책, 59 [55].

104) 위의 책, 60 [56].

105) 위의 책, 59-61 [55-56].

라도, 자신의 신념에 따라서 행동하고야 마는 돈키호테는 슈미트에게 하나의 표상처럼 자리했다. 『정치적 낭만주의』를 중심으로 하는 부르주아적 자유주의에 대한 슈미트의 비판에서부터 후에는 정확하게 인식되어야 할 '적'의 구별의 필요성을 강조하는 '정치적인 것'의 개념에 관한 논의에 이르기까지, 위와 같은 사고의 내용은 유효하게 작용했다고 여겨진다.[106] 결국 '결단'은 초창기의 슈미트가 가치를 두었던 결행 그 자체를 보수혁명에 이르기까지 일관하게 추진한 귀결이었다.

슈미트를 포함한 보수혁명론자들의 1933년까지의 판단과 이에 따른 행보는 결과적으로 슈미트의 『정치적 낭만주의』에서의 표현을 빌리자면 "애먼 기연점(ein occasioneller Punkt)만 있는 힘껏 때린"[107] 셈이 되었다. "역설적으로 만약 보수주의가 건강했다면 파시즘은 오지 않았을 것"이라는 평가가 함축하고 있듯이,[108] 이들의 목표는 바이마르의 헌법현실을 수정하려는 데 있었지 나치에 힘을 실어주려는 데 있었던 것은 아니기 때문이다. 오히려 보수혁명론자들의 실패는 나치가 정권을 장악할 수 있는 기반을 마련하는 데 일조한 것처럼 작용했다.[109] 이들의 입장에서 변명의 여지도 있었다. 다시 슈미트의 과거의 표현을 빌리면, 하필 나치가 그 무렵 "정치적 에너지가 집중되는 지점"[110] 이었기 때문에 사건의 진행이 그쪽으로 나아갔을 뿐이라는 것이다.

나중에 이들 보수주의자가 1933년까지의 행적을 놓고 당시의 상황이 '개혁'의 결행을 불가피한 것처럼 느끼게 만들었다는 취지에서 강변했던 것도 이를 배경으로 한다. 전형적인 사례가 바로 하이데거의 인터뷰이다. 여기에서 그는

---

106) 언급으로는 竹峰義和, 앞의 글, 143-147; Reinhard Mehring, *Pathetisches Denken. Carl Schmitts Denkweg am Leitfaden Hegels: Katholische Grundstellung und antimarxistische Hegelstrategie*, Berlin: Duncker & Humblot (1989), 29-30; Günter Meuter, *Der Katechon. Zu Carl Schmitts fundamentalistischer Kritik der Zeit*, Berlin: Duncker & Humblot (1994), 75-77; Alexander Schmitz, "Legitimacy of the Modern Age?: Hans Blumenberg and Carl Schmitt", in: Jens Meierhenrich · Oliver Simons(eds.), *The Oxford handbook of Carl Schmitt*, New York: Oxford University Press (2016), 722 등.

107) ***PR***, 153 · ㊥ 226.

108) 이진일, "바이마르 의회주의의 위기와 보수주의의 헌법정책적 대응", 서양사연구 제40집, 한국서양사연구회 (2009. 5.), 120.

109) 위의 논문, 120-121.

110) ***PR***, 152 · ㊥ 226.

1933년의 시점이 하나의 '기회'였음을 강조하며 그때의 나치운동의 성격은 아직 유동적이었다고 언급하고 있다.[111] 이는 물론 단순한 변명일 수도 있겠지만 당시의 보수적인 지식인들 사이에서 상황에 관한 판단이 어떠했는지 또한 보여주고 있는 것이라고 생각된다. 곧, 당 내부에서는 이미 히틀러의 매개 없이 현실성을 확보할 수는 없는 것처럼 받아들여지게 된[112] 나치의 세계관을 밖에서는 "*세심한 숙고의 결과물*인 이데올로기와 혼동"[113]하고 있었던 것이 아니었을까? 다시 말해 그때 보수적인 지식인들은 '반혁명'에 활력을 불어넣고 있는 것처럼 보였던[114] 나치운동의 근본적인 성격을 용의주도하게 파악하지는 못한 채로, '반혁명'이 확대될 가능성만을 보고서 일단은 여기에 접근했던 것이 아니었을까?

하이데거의 인터뷰를 감안할 때, 추측이 가능한 사실이 하나 더 있다. 즉, 1932년 하반기부터 프로이센에 대한 비상조치를 계기로 무르익어간 의회민주주의의 약체화의 기회를 놓치지 않기 위해[115] 보수주의자들은 '1914년'의 연장선에 있다고 본 나치운동에[116] '내키지는 않지만'[117] 일단 편승한 것이다. 초래될 결과에 대한 당시의 인식이 '미필적'이었든지[118] '의도적'이었든지[119] 간에, 여기까지의 검토 속에서 "바이마르민주주의의 붕괴는 피할 수 없는 일종의 운명적인 결과가 아니"[120]었다는 것은 분명해진다.

---

111) 이에 대하여서는 박찬국, 앞의 책, 264-266.

112) 이와 같은 지적은 Martin Broszat, (김학이 옮김), 앞의 책, 56-57 [48-49].

113) 위의 책, 57 [49].

114) 이와 같은 지적은 Eric J. Hobsbawm (이용우 옮김), 앞의 책, 168 [117], 177 [124].

115) 이에 대하여서는 아래 '프로이센 대 라이히 사건'에 관한 서술을 참고.

116) 이와 같은 지적은 Martin Broszat, (김학이 옮김), 앞의 책, 46 [40].

117) 주요한 파시스트 운동은 본질적으로는 종래의 보수반동적인 세력들이 회피하고자 하였던 '민주적' 운동, 곧 '대중화'에 속했던 것이었다. Eric J. Hobsbawm (이용우 옮김), 앞의 책, 168 [117]. 이를 감안하여 본문에서 '내키지는 않지만'이라는 표현을 사용했음을 밝혀둔다; 비슷한 취지에서의 지적으로 Georg Lukács (한기상 외 옮김), 이성의 파괴 3, 910 [728-729].

118) 비슷한 취지에서 접근하는 것으로 Christian-Friedrich Menger (김효전・김태홍 옮김), 앞의 책, 383-385 (Rn. 373) [183-184].

119) 가령, 나치와 히틀러에 대한 '속물적 과소평가'. Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책, 207-208 [99].

120) 송석윤, 앞의 책, 125; 더욱이 오늘날의 연구에서는 바이마르공화국의 붕괴 및 히틀러의 집권이 독일의 구조적인 결함에 따른 '필연적' 결과였거나 '불가피한' 사건과 같

이 경과가 어찌되었든 논리적인 일관성에 입각한 것이라고 믿었던 보수혁명론자들에게는 '책임'에 관한 인식 또한 희박했다. 전후에 슈미트가 즐겨 사용했던 '기독교적 에피메테우스'라고 하는 합리화의 표현이 그 전형이다. 요컨대 에피메테우스의 신화는 헤르메스와 판도라가 에피메테우스를 '기만'하는 이야기이고 자신들에게도 히틀러 및 나치와 관련하여 이 신화의 구조와 꼭 같은 사건이 벌어졌다는 것이다.[121] 슈미트가 자신의 경험을 "기독교적 에피메테우스의 진정한 사례"라고 말하였을 때,[122] 여기에는 "누구든 뛰어들고 나서야 무슨 일이 일어나는지를 알게 된다"라는 식의,[123] 다시 말해 '결단의 순간에 결과까지 내다볼 수는 없다'는 구색을 갖춘 변명만이 남아 있을 뿐이다.[124] 히틀러의 집권까지의 경과를 두고 자신들 또한 역사의 전개로부터 기만을 당했던 것이라고 회고하는 그 속내에는 '참회'의 의사는 발견되지 않는다. 단지 자신의 의지와는 '다르게' "애먼 기연점만 있는 힘껏 때린"[125] 결과를 맞이한 것에 대한 개탄만이 들어 있다.[126] 오히려 종전 이후 과거의 보수혁명론자들은 피해자처럼 행세하며 회생의 기회를 얻었다.[127] 공공연하게 '계관법학자'로 여겨졌던 슈미트에게도 마찬가지였다. 약간의 변주만으로도 이들은 과거의 사유의 본령과 그 논리적인 연속성을 유지할 수 있었다.[128]

이 취급되지는 않는다고 한다. 이진일, 앞의 논문, 95-96.

121) '기독교적 에피메테우스'는 콘라드 바이스(1880~1940)의 조어를 원용한 것이다. Carl Schmitt, "Drei Möglichkeiten eines christlichen Geschichtsbildes", in: Alexander Schmitz · Marcel Lepper(Hrsg.), *Hans Blumenberg Carl Schmitt Briefwechsel 1971-1978. und weitere Materialien*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (2007), 165. 슈미트가 이와 같은 표현을 사용했던 의도와 관련하여 본문에서의 언급의 근거가 되는 서술은 Ruth Groh, *Arbeit an der Heillosigkeit der Welt. Zur politisch-theologischen Mythologie und Anthropologie Carl Schmitts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (1998), 특히 115-125.

122) Carl Schmitt, *Ex Captivitate Salus*(4. erweiterte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2015), 특히 12 · ㊫ 김효전 옮김, "구원은 옥중에서 (1950): 1945-47년 시대의 경험들", 앞의 책, 617.

123) "On s'engage, puis on voit: Man engagiert sich und dann erst sieht man, was los ist." ***SI***, 107.

124) 표현의 차용은 大竹弘二 (윤인로 옮김), 앞의 책, 257 [249].

125) ***PR***, 153 · ㊫ 226.

126) 이와 같은 지적은 大竹弘二 (윤인로 옮김), 앞의 책, 257-259 [249-251]; 또한 비판적인 언급으로 Georg Lukács (한기상 외 옮김), 이성의 파괴 3, 906-907 [726].

127) 이에 대하여서는 전진성, 앞의 책, 139-141.

128) 이에 대하여서는 위의 책, 144 이하; 같은 취지로 송석윤, "독일 바이마르헌법에서

결론적으로 슈미트의 '결단'으로 대표되는 작업은 보수주의의 기획을 그대로 반영한 것이었다. 민족의식 속에서 집단의 신화로 구성된 1870/71년의 경험, 여기에 "카리스마적인 사명의식"[129]이 더해진 1914년의 이념, 그리고 "수많은 자유가 동반된 진정한 다원주의"[130] 안에서의 보수혁명에 이르기까지, 보수주의가 일관하게 기획하여 온 것은 '혁명(정신)과의 단절'에 방점을 찍은 '반혁명'이었다.[131] 이는 부정적으로 정식화된 부르주아적 세계관에 대해 '독일적인 것'을 대치시키는 과정이기도 했다. 거기에서 한 명의 '이데올로그'와도 같았던[132] 슈미트는 입장에 맞게 구성한 논리들을 통해 자신의 정치적 의도를 암시했고, 이는 다른 동료들에 의해 적극적으로 참조되었다. 일생의 한 가운데에서 그는 '결단'을 부각시켰다. 이 "특정한 순간"[133]을 이미 그는 스스로 '반바이마르(im Kampf mit Weimar)'라는 범주로 표현했다. 이하 절을 바꾸어 특히 헌법의 특정 조항을 하나의 도구처럼 삼았던 슈미트의 '반바이마르' 기획의 전개 과정을 구체적으로 살펴보기로 한다.

의 연방대통령: 바이마르헌법 제정 백주년에 즈음하여", 세계헌법연구 제28권 제1호, 세계헌법학회한국학회 (2022. 4.), 3-4 등.

129) 이계수, 앞의 논문, 116.

130) "echter Pluralismus mit viel Freiheit" Gerd Giesler・Martin Tielke(Hrsg.), 앞의 책, 370; Helmut Quaritsch(Hrsg.), 앞의 책, 105.

131) 본문의 흐름과 유사하게 국순옥은 슈미트의 제도적 보장을 사례로 하여 이미 슈미트의 개념형성을 '반혁명'의 전략으로서 특징짓고 있었다. 국순옥, "헌법재판의 본질과 기능", 특히 338.

132) 이데올로그로서의 슈미트에 관한 상세한 논구로 和仁 陽, 教会・公法学・国家: 初期カール=シュミットの公法学, 東京: 東京大学出版会 (1990), 129-140.

133) ***PB***, 7・㊥ v.

제2절 '헌법의 수호자'론을 둘러싼 헌정사의 경과

Ⅰ. '수단화'된 바이마르헌법 제48조

히틀러의 정권 장악(1933)이 피할 수 없는 운명이 아니었다고 한다면, 바이마르공화국의 해체와 위의 사건을 가능하게 한 여러 복합적 요인들이 당시에 이루어졌던 논의들을 분석하는 데 충분히 고려되어야 한다. 이에 대한 그동안의 연구들을 종합하고 있는 콜브는 참작될 사항을 다음과 같이 열거하고 있다. ① 제도상의 한정적인 조건(institutionelle Rahmenbedingung), ② 경제적인 발전과 그에 따라 정치적·사회적인 권력 관계가 받아온 영향, ③ 독일의 정치 문화적인 특수성으로서 특히 정당국가에 대해 적대적이었던 엘리트의 태도,[134] ④ '중간층'의 구조 변동, ⑤ 권위주의, 혹은 패전 및 이와 관계된 프로파간다로 인해 강화된 민족주의, 강력한 지도자에 대한 열망 등과 같은 이데올로기적인 영향, ⑥ 대중 심리 기제, ⑦ 힌덴부르크(1847~1934), 슐라이허(1882~1934), 그리고 파펜(1879~1969)의 영향.[135] 여기에서 헌법적 문제와 직결되어 있는 것은 제도상의 한정적인 조건으로서의 라이히대통령의 지위 및 '바이마르헌법 제48조'이다.

바이마르헌법은 '의회절대주의(Parlamentsabsolutismus)'에 대한 '균형추'의 역할이 가능하도록 라이히대통령에게 강력한 권한을 부여했다.[136] 즉, 7년마다

---

134) 특히 이와 관련하여 바이마르공화국의 상황을 상세히 정리하고 있는 것으로 송석윤, 앞의 책, 105 이하.

135) Eberhard Kolb·Dirk Schumann, *Die Weimarer Republik*(8., überarbeitete und erweiterte Aufl.), München: Oldenbourg Verlag (2013), 277; 한편, 이 절에서 다루는 역사적 사실들에 관한 개관으로는 디트릭 올로 (문수현 옮김), 독일 현대사, 미지북스 (2019), 특히 187-349를 참고.

136) 언급으로 Hans Boldt, "Der Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung: Sein historischer Hintergrund und seine politische Funktion", in: Michael Stürmer(Hrsg.), *Die Weimarer Republik. Belagerte Civitas*(2. erweiterte Aufl.), Königstein/TS: Athenäum (1985), 300; Eberhard Kolb·Dirk Schumann, 위의 책, 19; 헌법의 기초자인 프로이스의 언급으로는 Hugo Preuß, "Das Verfassungswerk von Weimar (1919)", in: Detlef Lehnert(Hrsg.), *Hugo Preuß Gesammelte Schriften Band 4. Politik und Verfassung in der Weimarer Republik*, Tübingen: Mohr Siebeck (2008), 91 등; 한편, 슈미트가 구분 내지 분립된 권력들이 상

국민에 의해 '직접' 선출되는 독립적 기관인 라이히대통령에게 라이히의회의 해산(제25조), 법률의 공포(제70조), 국민투표 회부(제73조) 등에 관한 권한을 부여하여 '대중민주주의의 관점'에서 대의민주주의에 대한 '통제'가 가능하게 한 것이다.[137] 이 대중민주주의적인 관점에서의 권한과 더불어 국제법상 라이히의 대표(제45조), 라이히공무원 및 장교의 임면(제46조), 국방군의 통수(제47조), 비상조치(제48조), 사면(제49조)과 같은 전통적인 국가원수로서의 권한을 라이히대통령에게도 인정한 것이 바로 바이마르공화국에서의 '제도상의 한정적 조건'과 등치될 수 있는 것이었다.

그중에서도 무엇보다 바이마르공화국이 존속하는 동안 계속해서 문제가 된 부분은 계엄 상태에 관한 라이히대통령의 고유 권한이었다.[138] 이는 특히 공화국의 후기에 이르면 소위 '군사적 포위상태(Belagerungszustand)'에 대한 대처로부터 점차 그 의미의 범주가 확대되는 양상을 보인다.[139] 앵글로색슨적인 계엄 제도(martial law) 및 프랑스의 계엄령(état de siège)과 비교해 보았을 때, 라이히대통령의 계엄 상태에 대한 권한은 의회의 통제로부터 더욱더 자유로운 것이었다고 평가되기까지 한다.[140] 이에 관한 내용을 바이마르헌법은 제48조에서 다음과 같이 규정하고 있었다.

> "【제48조】 어떤 주가 라이히헌법과 라이히법률에 의해 부여된 의무를 이행하지 않을 때에는 라이히대통령은 병력을 사용하여 이를 행하게 할 수 있다.

호 견제하는 '균형의 도식'을 제시하는 데 있어서도 그 방점은 입법부의 절대주의화를 예방하는 데 찍혀 있었던 것으로 생각된다. 그에 따른다면 "법률의 지배의 결과로써, 법치국가적 법률개념을 유지함에도 불구하고 입법부는 저절로 우위(Übergewicht)에 놓이게 되기" 때문이다. ***VL***, 196・㉰ 216.

137) 송석윤, 앞의 책, 90; 이는 아울러 "현실 권력정치가 결정한 것"이기도 하였다. 같은 저자, 앞의 논문, 15.

138) 이는 바이마르공화국이 존속한 약 14년 중에서 9년 이상의 시기에 비상조치에 대해 규정하고 있었던 헌법 제48조가 적용되었기 때문이다. Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Band 6*, Stuttgart; Berlin; Köln; Mainz: Kohlhammer (1981), 689.

139) 볼트는 헌법 제48조의 의미 범주가 '최소한'의 군사적 위기상태(즉, 적에 의해 '포위'된 상태)에서 대공황을 전후해서는 경제적 위기상태에 대한 대처로, 다시 대연정의 붕괴(1930)를 계기로 하여 정치적 및 헌법적 위기상태에 대한 대처로까지 넘어간 것으로 보고 있다. 이에 대한 간명한 정리는 송석윤, 앞의 논문, 24-25, 29.

140) Hans Boldt, 앞의 글, 289-290.

라이히대통령은 독일라이히의 공적 안전과 질서에 중대한 장애가 발생했거나 발생할 위험이 있을 때에는 공적 안전과 질서의 회복을 위한 조치를 취할 수 있고, 필요한 경우에는 병력을 사용할 수 있다. 그는 이를 위해 일시적으로 제114조, 제115조, 제117조, 제118조, 제123조, 제124조 및 제153조에 정한 기본권을[141] 전부 또는 일부 정지시킬 수 있다.

라이히대통령은 본조 제1항과 제2항에 의해 행해진 모든 조치에 대해서 이를 즉시 라이히의회에 알려야 한다. 이러한 조치는 라이히의회의 요구가 있으면 그 효력을 상실한다.

각 주정부(필자 주: 이하 본문에서는 '란트정부'라고 한다)는 급박한 위험의 경우 그 영역 내에서 제2항에서 정한 임시조치를 취할 수 있다. 이러한 조치는 라이히대통령이나 라이히의회의 요구가 있으면 그 효력을 상실한다.

자세한 내용은 라이히법률로 정한다."[142]

제1항의 규정은 란트정부에 대한 라이히정부의 이른바 '라이히집행(Reichsexekution)'[143]의 근거가 되고, 제2항의 규정은 라이히대통령의 '독재적'[144] 개입(Einschreiten mit der Diktaturgewalt)과 관련되어 있다. 곧, 각 조항은 독자적인 헌법 규정으로서 그 의미를 가지고 있는 것이었다. 그렇지만 실제로는 구성요건 및 적용에 있어서 양자가 밀접하게 연관되었기 때문에, 라이히대통령

---

141) 인격의 자유(제114조), 주거의 자유(제115조), 신서의 비밀 및 우편, 전신, 전화의 비밀(제117조), 의견 표현의 자유(제118조), 집회의 자유(제123조), 결사와 단체의 자유(제124조), 재산권(제153조). 이들 기본권 목록은 열거적인 것(enumeratio)으로 해석되었다. Ernst Rudolf Huber, 앞의 책, 716.

142) 인용한 우리말 번역은 송석윤, 앞의 책, 362-363.

143) 강제적이고 즉각적이며 직접적인 '라이히집행'은 국사재판소의 결정을 라이히대통령이 집행하는 경우(예컨대 바이마르헌법 제19조 제2항)와 법적 의미가 다른 독립적인 행정행위로서, 독일연방(Deutscher Bund)의 헌법적인 전통이 바이마르공화국에서도 채택된 것이었다. 오히려 헌법 제48조 제1항에 기한 바이마르공화국의 라이히집행은 독일연방의 사례보다도 관련된 권한을 라이히대통령에 더욱더 집중시킴으로써, 집행의 효율성을 제고시키기까지 한 것이라고 평가된다. Ernst Rudolf Huber, 앞의 책, 731-732.

144) 단, 헌법보장의 수단으로서 '독재'로 이해되었던 것이므로, 이는 자의금지로부터 면제되는 것이 아니라 오히려 제한된 범위 내에서 영위할 수 있었던 권한이었다. 위의 책, 688, 692 등; 일례로 프로이스는 1925년에 발표한 글에서 당시 독재 조항의 운용에 대하여 비판적으로 언급하면서, 해당 조항의 취지는 엄격하게 제한된 조건 하에서 헌법보장의 수단으로서만 운용되어야 하는 것임을 강조하고 있었다. Hugo Preuß, "Die Bedeutung des Artikel 48 der Reichsverfassung (1925)", in: Detlef Lehnert(Hrsg.), 앞의 책, 571-575.

의 개입에 관한 두 권한은 '누적적'(kumulativ)으로 수행되었다.[145] 이어 제3항은 라이히대통령의 제1항과 제2항의 비상조치에 관한 라이히의회의 통제를, 제4항은 란트정부의 제한적 임시조치권한을 각각 규정하고 있고, 제5항은 법률유보에 대하여 규정하고 있었다. 다만 제48조는 일종의 입법적 강령(Gesetzgebungsprogramm) 조항이 아니라 직접적으로 적용이 가능한 것으로서 받아들여졌던 측면이 있었기 때문에, 시행법이나 시행령 없이도 라이히대통령의 권한이 행사되는 데는 이의의 여지가 크지 않았다.[146]

제48조의 적용의 실제와 관련하여서는 두 인물에 대한 평가가 선명히 대조된다. 곧, '같은 수단'을 가지고서 프리드리히 에버트(1871~1925)가 공화국을 '구출'해 내었다면, 힌덴부르크는 공화국을 '파멸'에 이르게 했다는 것이다.[147] 확실히 공화국의 초기에 에버트가 제48조를 적용했던 사례들은 공화국의 안정기를 가져오는 데 기여한 측면이 컸다. 하지만 이를 공화국의 후기의 사례와 극명하게 대비시켜서, 전자를 마냥 긍정적으로 평가하려는 데에는 신중할 필요가 있다. 이런 식으로 한번 형성된 관행(Praxis)은 쉽게 철회될 수가 없기 때문이다.[148]

물론 위와 같이 일반론적인 관점에서 선해하더라도, 이미 '등에 꽂은 비수(Dolchstoß)'의 전설을 충분히 활용하며 정치 무대에 섰던 힌덴부르크와[149] 그

---

145) Ernst Rudolf Huber, 위의 책, 738-739. 바이마르공화국이 존속하는 동안 이루어진 네 차례의 라이히집행(튀링겐(1920)과 고타(1920), 작센(1923), 프로이센(1932))에서 제2항에 따른 권한 행사도 동시에 이루어졌다.

146) 위의 책, 694-695.

147) Christoph Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen: Mohe Siebeck (1997) 113: Eberhard Kolb · Dirk Schumann, 앞의 책, 183에서 재인용.

148) 이와 같은 지적은 Hans Boldt, 앞의 글, 294-295; 岩間昭道, 憲法破毀の概念, 東京: 尚学社 (2002), 77, 93 등.

149) Eberhard Kolb · Dirk Schumann, 앞의 책, 38-39; 세칭 '등에 꽂은 비수' 전설은 우익세력이 패전의 책임을 특히 유대인과 공산주의자에게 돌리기 위해 날조한 것이다. 나치 또한 이를 핵심 선전 수단으로 줄곧 활용하기까지 했다. 교과서적으로도 '등에 꽂은 비수' 전설의 형성과 확산 과정에서 힌덴부르크가 '기여'했던 점이 분명하게 지적되고 있다. Helmut M. Müller, *Schlaglichter der deutschen Geschichte*(2. aktualisierte und erweiterte Aufl.), Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung (1994), 236, 248; 이에 관한 상세는 또한 Anna von der Goltz, *Hindenburg: Power, Myth, and the Rise of the Nazis*, Oxford: Oxford University Press (2009), 66 이하 등.

를 향한 신뢰 위에서 각자의 권한을 행사하고 있었던 주변 인사들, 특히 슐라이허와 같은 "권위주의적 대통령제 국가의 옹호자들"[150]은 공화국의 안정 유지에만 한정했던 에버트와는 다른 의도에서 분명하게 제48조의 적용이라는 카드를 꺼내들었다. 특히 의회의 영향으로부터 자유로운 '대통령내각'이 현실화된 것이 계기였다. 이때부터 힌덴부르크와 그 주변 인사들은 "직접적으로는 분명치 않았던"[151] 제48조를 특정한 의도와 바로 결부시키기 시작했다.

II. '헌법 밖' 권력과 슈미트의 '반바이마르' 기획

브라허가 타당하게 입증하고 있는 것과 같이 바이마르공화국 말기에 계속되었던 "*권력공백*(Machtvakuum)"[152]은 1933년 1월 30일에 '해결'되었다. 그전까지의 정부 교체는 '권력공백'이라는 표현에 걸맞게 "법적으로 정치적 책임을 지고 있었던 심급들(Instanzen)"이 아니라, 오히려 이들을 기만하고 배제시켰던 "헌법 밖(außerverfassungsmäßig)"의 "완전히 무책임한" 권력들에 의해 이루어졌다. 그야말로 "헌법의 의미와 전적으로 배치된" 사건의 연속이었던 것이다.[153] 이러한 사건의 추이를 관찰하였을 때, 그 중심에 군부의 실력자였던 '슐라이허'가 자리하고 있음을 바로 발견할 수 있다. 즉, 공화국 말기의 일련의 사건은 "항상 뚜렷이 알아채기 힘든 의도"[154]를 가진 슐라이허의 '실험대' 위에서 전개되었고, 그가 수세에 몰렸을 때 비로소 히틀러에 의해 권력공백의 상태가 '해결'되었던 것이다.

이러한 슐라이허의 정치적인 입장에 근접하였던 청년보수집단은 한스 체러(1899~1966)가 편집을 맡고 있었던 『행동(*Die Tat*)』 지 주변에서 하나의 그룹

150) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ②, 45 [274].

151) Hans Boldt, 앞의 글, 290; 슈미트의 표현을 빌리면, 특히 독재 조항은 '의도적으로 열린 채 있는 잠정적 조항(ein absichtlich offengelassenes Provisorium)'으로서의 성격을 가지고 있는 것으로 이해되고 있었다. Carl Schmitt, "Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung", *VVDStRL* Heft 1 (1924), 102; 또한 ***D***, 256・㊫ 291-292.

152) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ③, 321 [632].

153) 위의 책, 333 [638].

154) 위의 책, 261 [601].

을 형성하고서는 1932년까지 점차 그 세력을 확장하여 오고 있었다. 이 청년보수세력, 행동파(Tat-Kreis)는『반지(*Der Ring*)』지를 중심으로 하였던 독일인 귀족회(Deutscher Herrenklub)와 더불어 광범위한 저작들을 통해 자신들의 표어를 선전하여 왔다.[155] 슈미트는 이들 분파에 직접 관여하지는 않고 어느 정도 거리를 둔 채 독립적으로 활동한 인물로 분류되기는 한다. 하지만『반지』에 기고하거나 행동파의 인물들과 접촉하는 등의 행보를 통해 한 명의 '이데올로그'로서 청년보수집단에 영향을 주었던 것은 분명하다.[156] 1932년에 주도권을 잡은 것은 확실히 슐라이허와 그의 입장에 근접한 행동파였다.[157] 의회민주주의를 의도적으로 배제하고 정당의 영향에서 자유로운 내각을 구성했다고 하는 파펜도 슐라이허의 후보 중 하나였고, 파펜내각을 채웠던 전문가들의 목록 또한 슐라이허가 제시했던 것이다.[158]

---

155) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ②, 125-126 [315]; 비교적 보수주의 원형에 근접하였던 청년보수주의 분파에 대한 우리말 개관은 전진성, 보수 혁명: 독일 지식인들의 허무주의적 이상, 책세상 (2001), 68-71.

156) Paul Noack, 앞의 책, 137; 특히 체러를 위시한 행동파의 정치적인 구상과 관련하여 슈미트의 반의회주의적인 작업이 미친 영향을 지적하는 것으로 Kurt Sontheimer, "Der Tatkreis", *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* 7. Jg., Heft 3, Deutsche Verlags-Anstalt GmbH (1959), 233, 244, 248 등.

157) 이 무렵 슐라이허는 소위 4월의 '돌격대 금지' 문제를 계기로 빌헬름 그뢰너(1867~1939)와 하인리히 브뤼닝(1885~1970)을 실각시키고는 직접 권력의 전면에 나서고 있었다. 이에 대한 상세는 Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ②, 337 [424] 이하; 1932. 8. 27. 자로 베르너 좀바르트가 슈미트에게 보냈던 편지에서 좀바르트는 체러의 국가 구성에 관한 계획(Programm)과 함께 "매우 교활한(très rusé)" 슐라이허의 역할에 대해 언급하고 있었다. 이때까지도 이 '초당파' 지향의 전략가들은 나치를 정치적으로 충분히 이용하고 또 길들일 수 있을 것이라고 판단했다. 그렇지만 "순진하고, 우둔(treuherzig, dumm)"했던 것은 오히려 이 전략가들 쪽이었다. 그뢰너와 브뤼닝을 넘어섰던 나치 지도부는 이제 권력의 쟁취를 위해 슐라이허를 제친다고 하는 계획을 착실히 진행시키고 있었기 때문이다. 나치 지도부의 당시 계획에 비추어보면, 확실히 슐라이허는 나치가 정권을 장악하기 전까지의 권력 구조에서 주도권을 쥐고 있었던 것이 분명하다. 직접 인용은 "Werner Sombart an Carl Schmitt: Hahnenklee, 28. 8. 1932", in: Martin Tielke(Hrsg.), *Schmitt und Sombart. Der Briefwechsel von Carl Schmitt mit Nicolaus, Corina und Werner Sombart*, Berlin: Duncker & Humblot (2015), 180; 부연과 관련하여 참고한 곳은 Anton Golecki(Bearb.), *Das Kabinett von Schleicher. 3. Dezember 1932 bis 30. Januar 1933*, Boppard am Rhein: Harald Boldt Verlag (1986), XXII-XXIII 및 Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 같은 책, 259-260 [384], 297-주 50 [403-주 50] 등.

158) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 위의 책, 391 [455] 및 우리말 번역본으로 제3권의 16 [465]; 특히 후단의 내용과 관련하여서는 Ernst Rudolf Huber,

권력공백의 마지막 국면에 총리로서 무대 위에 선 사람도 "막후의 실력자(Königsmacher)"[159] 슐라이허였다. 슈미트는 '물 밑에서' 그의 내각에 관여했다.[160] 이들 "힌덴부르크를 둘러싼 소규모 집단"은 '대통령내각'을 헌법현실로 만들었다고 하더라도 "의회민주주의적 작업방식을 확고히 지켰"던 브뤼닝과는 확실하게 다른 태도로 헌법현실을 변경하고자 했다.[161] 의도와 '다르게' "바이마르헌법은 더 이상 통용되지 아니한다"[162]라고 선언할 수밖에 없는 결과를 맞이하고 말았지만, 여하튼 그들은 공화국과 헌법 자체를 전복하지 '않는' 범위 내에서의 개혁을 시도했다.[163]

사실상 바이마르공화국이 존속한 약 14년의 기간 동안 라이히대통령의 엄격히 '초당파적'인 중립이 충족된 적은 '없다'는 지적은 과언이 아니다.[164] 하지만 이 기간 내내 '초당파성'의 가능성에 대한 믿음은 현실을 왜곡하면서까지 국가와 국민의 '통일'이라고 하는 표어를 통해 뻗어 나오고 있었고 거기에서 슈미트의 이론은 하나의 귀결점처럼 자리하고 있었다.[165] 이러한 맥락에서

Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Band 7, Stuttgart; Berlin; Köln; Mainz: Kohlhammer (1984), 981; Karl-Heinz Minuth(Bearb.), *Das Kabinett von Papen. 1. Juni bis 3. Dezember 1932 Band 1. Juni bis September 1932 Dokumente Nr. 1 bis 129*, Boppard am Rhein: Harald Boldt Verlag (1989), XX 등.

159) Anton Golecki(Bearb.), 앞의 책, XXIX.

160) Ellen Kennedy, *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*, Durham; London: Duke University Press (2004), 13-14; Gabriel Seiberth, *Anwalt des Reichs. Carl Schmitt und der Prozess „Preußen contra Reich" vor dem Staatsgerichtshof*, Berlin: Duncker & Humblot (2001), 260; 특히 슈미트는 '장래'의 정치와 관련하여 슐라이허를 필연적으로 고려한 것으로 보인다. 가령 Carl Schmitt, "Sonntag, 27. 11. 32.", in: Wolfgang Schuller(Hrsg.) in Zusammenarbeit mit Gerd Giesler, *Tagebücher 1930-1934*, Berlin: Akademie Verlag (2010), 239.

161) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ③, 15 [465].

162) Carl Schmitt, "Staat, Bewegung, Volk: Die Dreigliederung der politischen Einheit", in: *Gesammelte Schriften 1933-1936 mit ergänzenden Beiträgen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs*, Berlin: Duncker & Humblot (2021), 76・㊫ 김효전 옮김, "국가・운동・민족(1933): 정치적 통일체의 세 요소", 앞의 책, 271.

163) 슈미트에 따르면『헌법의 수호자』와『합법성과 정당성』에서 강조되고 있었던 일련의 내용은 '그에게는' 거의 죽어가고 있는 공화국을 '구출'하려는 의도에서 비롯한 것이었다. Jean-François Kervégan, "Recht und Politik in der Zeit der Demokratiekrise: Soll man Carl Schmitt heute lesen, und wie?", *Rechtsphilosophie. Zeitschrift für Grundlagen des Recht* 7. Jg., Heft 2, Nomos Verlag (2021), 121; 슈미트의 언급으로는 ***VA***, 345.

164) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ①, 112 [44].

‘탄넨베르크의 영웅’ 힌덴부르크는 신화적인 존재처럼 되어 있었다. 1925년에 라이히대통령으로 취임한 이후 1932년에 재선될 때까지 그 스스로 헌법적 권한과 의무의 틀 내에 머무르면서 비당파적 입장을 보인 것도 자신의 ‘신화화’에 기여한 측면이 있었다.[166] 그렇지만 무엇보다 힌덴부르크가 결코 그 영향으로부터 완전히 벗어날 수 없었던 “특정한 정치집단”이 권위주의 국가로 나아가기 위하여 그를 하나의 상징처럼 앞세우고 있었다.[167]

처음에는 길겐부르크(Gilgenburg)[168]에서의 승리로 언급되다 이후 줄곧 ‘탄넨베르크’로 회자되었던, 러시아 군을 상대로 대승을 거둔 1914년 8월의 전투는 퇴역한 힌덴부르크를 다시 전장으로 불러들였고 끝내 그를 영웅으로 만들었다. 이미 탄넨베르크라는 이름은 폴란드 군과 리투아니아 군이 독일기사단을 상대로 승리를 거머쥐었던 1410년의 전투에서 한 번 등장한 바 있다. 역사적으로 독일제국에게는 굴욕적인 기억과 연관되어 있었던 탄넨베르크가 제1차 세계대전에서의 성과와 ‘의도적으로’ 연결되면서 대중의 기억 속 이미지는 반전되고, 힌덴부르크는 전쟁을 통틀어서 및 향후에 수립된 공화국에서도 ‘상징’의 측면에서 최대의 수혜자가 되었다.[169]

탄넨베르크에서 연원하였던 힌덴부르크 신화는[170] 반바이마르적인 “신화들의 네트워크(mythical network)”로 묶일 만한 다양한 서사의 가닥들을 연결하는 데 핵심적인 역할을 하였다고 평가된다. 다시 말해 강력한 지도자에 대한 열망, 독일에게 “거짓으로” 전쟁에 대한 책임을 뒤집어씌운 수치스러운 평화(shameful peace)로서의 베르사유 체제에 대한 반발, 그리고 1914년의 이념과도 연관된 사회적·정치적인 통일에 대한 요구가 바로 “비스마르크적인 자질을 띤” 힌덴부르크라는 상징 안에서 결합되었던 것이다.[171] 힌덴부르크가 거둔 탄넨베르크에서의 승리는 1914년에 러시아의 침략으로부터 독일을 “구원”

---

165) 이와 같은 지적은 위의 책, 104-105 [39-40].
166) 이에 대한 언급은 위의 책, 115 [46].
167) 위와 같은 곳.
168) 길겐부르크는 독일식 표기로서 현재 폴란드의 북부에 위치한 지역이다.
169) 이에 대한 상세는 Anna von der Goltz, 앞의 책, 18 이하.
170) 이와 같은 지적은 Helmut M. Müller, 앞의 책, 213.
171) 여기까지의 인용은 모두 Anna von der Goltz, 앞의 책, 65-66.

하였고, 독일의 결백과 악명 높은 베르사유 조약 제231조(이른바 전쟁에 관한 유책 조항)의 부당함을 확인시켜 준 사건처럼 회자되었다.[172] 또한 힌덴부르크 신화는 '등에 꽂은 비수'가 보여주는 것과 같은 반바이마르적인 선동의 필수적 재료로 활용되었다. 이러한 경향은 공화국의 초창기부터 형성되어 계속하여 공화국에 부담으로 작용한 것으로 여겨진다. 1925년의 대통령 선거에서 힌덴부르크가 '라이히진영(Reichsblock)'이 지지하는 후보로 나선 것은 "1919년 이래로 연습해 온 우익의 전략에 따른 논리적인 결과"였다.[173]

임기를 얼마 남기지 않은 채 에버트가 사망하였어도 대중의 대부분은 선거전에 대한 준비가 되어 있지 않은 상태였다. 이러한 분위기에서 맞이한 1925년의 대통령 선거는 우익 세력에게 중요한 국면으로 받아들여졌다. 헌법상의 권한에 비추어 볼 때, 공화국의 틀 내에서 '비스마르크적'인 맥락을 유지하는데 대통령이 열쇠가 될 것이라 판단했기 때문이다.[174] 빌헬름 마르크스(1863~1946)를 후보로 앞세운 중앙당과 사회민주당의 이른바 '인민진영(Volksblock)'에 대항하기 위한 핵심은 힌덴부르크의 신화적 지위를 활용하는 것이었다.[175] 선거전을 위해 굳이 "부활시킬 필요 없이", 이미 바이마르공화국과 베르사유 체제에 대한 '안티테제'로서 힌덴부르크라는 상징은 정착되어 있었다.[176] 선거전에서 이 노년의 '국민적 영웅'은 자신의 생애 후반에 세상에 큰 영향을 미쳤던 위인들, "미켈란젤로, 빌헬름 1세, 블뤼허 장군, 드 마크 마옹, 그리고 괴테"에 빗대어지기도 했다.[177]

신화의 선전은 힌덴부르크의 당선으로 그친 것이 아니었다. 재임 내내 공고하게 다져진 힌덴부르크 신화는[178] 1932년의 선거에서 거듭하여 주요한 도구가 되었다. 더구나 이때의 힌덴부르크는 "철학적으로 이상화된"[179] 존재가

---

172) 위와 같은 곳.
173) 여기까지의 인용은 모두 위의 책, 82-83.
174) 여기까지의 인용은 모두 위의 책, 84.
175) 위의 책, 87.
176) 위의 책, 83.
177) 위의 책, 89. 특히 필자가 재인용한 내용의 출처는 1925. 4. 16. 자로 발행된 독일민족인민당의 선전물(*Korrespondenz der DNVP*)이라고 한다. 같은 책, 247-주 33.
178) 이에 대한 상세는 위의 책, 105 이하.
179) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ②, 316 [413].

되어 있었다. 그 사이에 헌법현실적으로는 ① 대연정의 붕괴(1930) 이후 브뤼닝내각에 의해 라이히의회의 신임으로부터 영향을 받지 않는 '대통령내각'이 현실화되었다.[180] ② 그 과정에서 헌법 제48조는 제25조(라이히대통령의 라이히의회 해산권)와 "숙명적"으로 결합되어, 라이히의회의 불신임 앞에 대통령내각이 대항할 수 있는 결정적인 수단이 되었다.[181] ③ 한편으로는 대중운동에 기반을 둔 나치의 영향력이 확대되었다. ④ 이러한 정세 하에서 공화국의 틀 안에 대통령내각 체제를 유지한다는 과업과 더불어 나치를 견제하기 위한 "특정의 담지자"로 슐라이허가 횡보하고 있었다.[182]

바이마르공화국의 상황을 '위기'의 수사로써 묘사하면서 나름대로의 대안적인 체제를 내세우려 했던 세력들은 공교롭게도 모두 공화국을 적대시하고 있었다고 평가된다.[183] 대연정의 붕괴가 이들에게 중요한 계기가 되었는데, 이는 "꾸준히 선동되었던 의회 연립정부들의 무능(Unfähigkeit)에 대한 인식"[184]을 강력하게 추동했다.

이미 의회의 권력을 박탈하고서 그 위로 부르주아 우파 정부의 수립을 기도하고 있었던 보수 세력은[185] 헌법 차원의 보다 더 근본적인 방안을 모색하게 되었다.[186] 그 중심에 '초당파'를 지향하며 힌덴부르크를 기둥으로 삼으려

---

180) 위의 책, 229 [368]; '권위주의적 민주주의'로 공화국을 '개혁'하는 데 있어서 핵심적이었던 대통령내각은 1930년에 수면 위로 드러나 브뤼닝내각에서의 정치적인 실험을 거쳐 1932년에 이르면 거의 완전하게 현실화되기에 이른다. 대통령내각의 의의에 관하여 상세는 Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Band 7*, 736 이하.

181) 직접 인용은 Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 위의 책, 100-주 31 [302-주 29]; 지적으로는 또한 Ernst Rudolf Huber, 위의 책, 738; 송석윤, 앞의 논문, 27-28 등.

182) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 위의 책, 245 [377].

183) 이에 대한 언급은 이진일, 앞의 논문, 97.

184) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ②, 15 [257].

185) 당시 보수 세력의 정치적 목적에 대한 이와 같은 평가는 이진일, 앞의 논문, 101.

186) 위의 논문, 97에서 "1930년 이후에는 주로 공화국 헌법의 변형과 폐기를 통한 보다 근본적인 해결책이 모색된다"라고 서술한 것은 이 시기 보수 세력들의 반응의 큰 흐름의 묘사라고 판단된다. 바이마르공화국의 헌정사를 관통했던 과제는 라이히와 프로이센 사이의 '이원성'을 처리하는 것이었고, 헌법의 개혁과 결부된 '라이히 개혁' 내지 '라이히 재편'이라는 표현이 이와 관련된 다양한 입장에서의 방안을 담고 있었다;

한 전략가 슐라이허가 있었다.[187] 슈미트의 관심도 슐라이허의 행보와 일치하고 있었다.[188] 의회의 신임 및 정당의 기속으로부터 자유로운, 아울러 라이히대통령에 대한 통제 장치로서의 '부서'를 사실상 무의미하게 만들기 위한[189] '독립적인 관료내각'의 구성은 이들의 기획에서 중요한 의미를 가지고 있었다.[190] 대연정의 위기 속에서 구상되었던 이 독립적인 관료내각은 비상조치의 관행과 더불어 대통령내각으로 현실화되었다.[191]

헌법 제48조가 결과적으로는 이러한 '발전'의 길을 바로 열어주었다.[192] 라이히대통령의 "의사군주적(pseudomonarchisch)"[193] 기능을 가능하게 한 이 조

다만, 이에 대한 슈미트의 접근은 "근본적인 헌법개혁과 간접적인 조직개혁(sekundäre Organisationsreformen) 사이에" 있었다. 곧, '합법적'인 라이히정부가 가능한 '헌법합치적' 수단을 모두 동원한다면, 공화국에 대한 본질적인 개혁 및 보수주의적인 강령의 이행이 성취될 수 있을 것이라고 생각하였던 것이다. 슈미트의 이와 같은 구상은 헌법의 수정이 아닌 '해석'을 통한 상황의 해결이다. 1932년의 『합법성과 정당성』은 헌법 변경 '없이' 그 해석을 통하여 헌법을 '재건(Verfassungsumbau)'하겠다는 목표를 드러낸 서술이었다는 평가는 이러한 맥락 위에 있다. 이를 감안한다면, 슈미트가 생각할 수 있었던 라이히 개혁의 수단은 헌법 제48조의 적용이었고, 그의 방안은 표면적으로는 헌법합치적인 것이었다. Gabriel Seiberth, 앞의 책, 220, 223, 249 등; 슈미트의 개혁 구상의 의의는 다음과 같은 표현에 압축되어 있다고 생각된다. 곧, "(…) 이러한 의미에서 나는 독일 법학에서 가장 오래된 학파의 일원입니다. 나는 우리 시대에, 특히 오늘날의 이 상황에서는 독일 인민이 헌법을 형성할 사명을 가지고 있다고 생각하지 않습니다." "Konstruktive Verfassungsprobleme (1932)", in: ***SGN***, 62.

187) 위의 논문, 101; 브라허는 슐라이허를 공화국 순치 구상(Zähmungskonzept)의 지도적인 인물(*spiritus rector*)로서 평가하고 있다. Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ②, 258 [384].

188) 이와 같은 지적은 Gabriel Seiberth, 앞의 책, 97, 238 등.

189) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ①, 123 [52]; 특히 라이히의회의 신임에 종속되었던 라이히총리나 주무 라이히장관의 부서는 헌법 제48조의 권한과 관련하여 중요한 통제수단으로서 작용할 수 있는 것이었다. 岩間昭道, 앞의 책, 23; 부서에 대한 슈미트의 비판적인 언급으로는 "Reichspräsident und Weimarer Verfassung", in: ***SGN***, 25・㊫ 김효전 옮김, "라이히 대통령과 바이마르 헌법 (1925)", 앞의 책, 74.

190) 이진일, 앞의 논문, 101; Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ②, 41 [271]. 물론 힌덴부르크 자신도 애초부터 정당들로부터 독립되어 있는 전문가들로 구성된 내각을 기도한 것 또한 분명한 사실이다. 같은 책, 395 [457].

191) 위의 책, 229 [368].

192) 위의 책, 41 [271].

193) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ①, 118 [48].

항은 라이히정부의 직무수행이 라이히의회의 신임에 구속되어 있음을 규정한 제54조와 함께 공화국 초기에는 긍정적으로 평가받을 여지가 컸다.[194] 에버트는 "헌법의 온존한 보존과 헌법적 질서의 재건을 위한 수단"이라는 제48조의 의도에[195] 부합하게 라이히대통령으로서의 권한을 행사했다고 평가할 수 있기 때문이다.[196] "결정적 전환점"은 힌덴부르크의 대통령 선출이었다.[197]

특히 1925년에 비하면, 1932년에는 힌덴부르크의 인기가 유지되고 있는 상황 아래에서 우익 세력의 내분으로 그만이 정치적 급진주의로부터 정부를 보호할 수 있다는 인식이 두드러졌다.[198] 힌덴부르크 또한 자신을 '입헌군주'와 같이 생각하는 경향이 커졌다.[199] 그와 관계가 틀어져가고 있던 브뤼닝도 히틀러의 선전 앞에서 힌덴부르크의 재선이라는 '차악'의 달성을 위해 움직여야 했다.[200]

---

194) 이와 같은 지적은 이진일, 앞의 논문, 111.

195) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ①, 117 [47-48].

196) 예로 이진일, 앞의 논문, 112; William L. Patch, "German Liberalism and the Origins of Presidential Government in the Weimar Republic", *The Journal of Modern History* 92, The University of Chicago (December 2020), 780 등; 한편, 岩間昭道, 앞의 책, 26-42에서와 같이 '헌법침훼(Verfassungsdurchbrechung)'라는 개념을 견인했다는 점에 착목하여 공화국 초기의 비상조치권한의 빈번한 행사를 다소 비판적으로 바라보는 입장도 존재한다; 확장적인 적용과 그 빈도를 놓고 본다면 에버트 시기에 비상조치권한의 사용은 이미 절정에 이르렀다. 이 항목의 서두에서 언급했듯이 '관행'의 차원에서 이와 같은 빈번한 권한의 행사는 비판의 소지가 다분하지만, 그럼에도 최소한 에버트 스스로가 일정한 한계 내에서 그 권한을 행사했음을 모두 부정할 수 없다. Eberhard Kolb・Dirk Schumann, 앞의 책, 182-183; 송석윤, 앞의 논문, 24, 30-31.

197) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ①, 118 [48].

198) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ②, 279 [394].

199) 위의 책, 275 [392].

200) 위의 책, 320 [415]; 히틀러가 힌덴부르크의 경쟁 후보로 나선 가운데, 이를 견제하면서 동시에 힌덴부르크의 재선에 반대하는 우익 세력을 가능한 포섭할 필요가 있었던 1932년 선거 진행에 관한 상세는 Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Band 7*, 925 이하; 이러한 사정으로 당시 키르히하이머는 1932년의 선거가 단지 급박한 정치적 상황에 대해 전술적으로 태도를 결정(Stellungnahme)한 것에 지나지 않은 것이라 비평하기도 했다. Otto Kirchheimer, "Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikts [1932]", in: Hubertus Buchstein(Hrsg.), *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften Band 1. Recht und Politik in der Weimarer Republik*, Baden-Baden: Nomos (2017), 409.

결과적으로 탄넨베르크의 신화로부터 연원하는 '힌덴부르크'와 전적으로 결부되었던 보수주의의 기획은 위기의 상황에서 에버트와 같이 '구원자'의 역할을 할 것이라 믿었던[201] 힌덴부르크가 공화국의 "장의사(undertaker)"[202]가 되어버리는 상황 앞에 종말을 고하게 되었다. 히틀러가 총리에 임명되는 과정은 '형식적으로' 쿠데타는 아니었다.[203] 하지만 '형식적으로는 합법적인 정권교대'라는 식의 표현은 단지 결과의 합리화, 특히 히틀러의 새로운 대통령내각이 들어서는 데 일조한 '헌법 밖' 세력들의 책임 회피에 지나지 않은 것이다.[204]

한편, 슐라이허는 라이히의회의 해산을 목적으로 공화국의 마지막 국면에 총리로서의 역할을 맡았다.[205] 비어 있는 슐라이허의 과거 고문역으로서의 자리는 다시 히틀러와 소수의 인물이 채웠다.[206] 슐라이허 및 그에게 동조했던 슈미트 모두의 기회와 평판을 잃게 만든 것은[207] 이미 한 차례 실각한 "명예

---

201) 이와 같은 언급은 William L. Patch, 앞의 논문, 815.

202) Anna von der Goltz, 앞의 책, 170.

203) Eberhard Kolb · Dirk Schumann, 앞의 책, 150; '좁은' 합법성의 문을 개선문으로 바꾸는 데 성공한 히틀러는 이 문을 완전히 닫아버리고, 그 후에는 정적을 합법적인 방법으로 불법성(Illegalität) 안에 가둘 수 있었다는 취지로 요약하며 슈미트가 히틀러의 권력 장악의 형식적 합법성에 대하여 언급했던 부분으로는 "Die legale Weltrevolution: Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität [1978]", in: Günter Maschke(Hrsg.), *Frieden oder Pazifismus?. Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*(2. unveränderte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2019), 특히 930-931 · ㉮ 김효전 옮김, "합법적 세계혁명: 법적 합법성과 초합법성을 얻기 위한 프리미엄으로서의 정치적 잉여가치 (1978)", 앞의 책, 814-815.

204) 일부 표현의 차용은 Anton Golecki(Bearb.), 앞의 책, LXV; Karl Dietrich Bracher (이병련 · 이대헌 · 한운석 옮김), 앞의 책 ③, 333 [638]. 바이마르공화국의 해체라는 결과에 대한 브라허의 비판적인 고찰은 '국가'와 '의회민주주의'를 대립적으로 인식하면서 정당과 의회를 통한 위기 해결의 가능성 자체를 배제하고, 권위주의적 체제를 불가피한 것으로 합리화하려는 것처럼 보이는 당시의 인식을 극복하기 위한 것이기도 하였다. 곧, '헌법기관'을 통한 위기 해결의 대안은 마지막까지 존재하였지만 역사는 이를 고려하지 않았고 그에 대한 '해석'조차도 이를 고려하지 않으려고 한다는 것이다. 이와 관련하여서는 베르너 콘체(1910~86)와의 논쟁을 중심으로 브라허의 관점에 대하여 정리한 옮긴이의 해제를 참조할 것. 한운석, "옮긴이 해제: 칼 디트리히 브라허의 학문과 생애", 같은 책, 특히 363 이하.

205) Paul Noack, 앞의 책, 150; 슈미트의 회고는 ***SI***, 71, 72.

206) Karl Dietrich Bracher (이병련 · 이대헌 · 한운석 옮김), 앞의 책 ③, 331 [637].

207) 이와 같은 지적은 Paul Noack, 앞의 책, 151-152.

욕 강한 귀족회의 음모가" 파펜이었다.[208] 여기에 힌덴부르크의 비서 오토 마이스너(1880~1953)와 힌덴부르크의 아들 오스카 폰 힌덴부르크(1883~1960)가 '헌법 밖'의 '무책임'한 대표자로서 히틀러의 총리 취임을 가능하게 했다.[209] 주도권이 히틀러에게 넘어갔을 때, '초당파'적 권력의 확보를 기대하고 있었던 힌덴부르크뿐 아니라[210] 이미 비상조치를 통한 "실질적인 권력배분의 개조"로 더 많은 권력을 확보하고 있었던 전문가 관료들에게도[211] 특별한 저항의 의지는 보이지 않았다.[212]

슐라이허와 그의 의도에 부응했던 슈미트의 행보에 어떤 잘못된 계산이 있었는지를 찾아본다면, ① 힌덴부르크가 '초당파'에 부합하고 또 그렇게 행동할 것이라고 믿었던 것, ② 나치를 충분히 이용할 수 있다고 판단했던 것,[213] 그리고 ③ 슐라이허 자신 또한 암약했던 '헌법 밖'에서의 영향력에 대하여 무방비한 자세였던 것에서 찾아볼 수 있다.[214] 더구나 힌덴부르크를 움직인 '헌법 밖'의 초당파적인 전략가들 모두 힌덴부르크와 나치에 대해 오판한 것은 마찬가지였다. 특히 이들이 우리가 "채용한 것이다"[215]라고 믿었던 사람인 히

---

208) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ③, 318-319 [631].

209) 위의 책, 331 [637].

210) 힌덴부르크가 히틀러를 총리로 임명한 것은 이제 나치의 협력 없이는 불가능한 의회제로의 복귀 요구에 응한 것이라는 해석도 있다. 1933. 1. 26. 자로 당시 중앙당 당수 카아스가 힌덴부르크 앞으로 부친 편지에는 이와 같은 내용이 담겨 있었고, 그 이후의 정황상 힌덴부르크도 이를 받아들였기 때문에 '1933년 1월 30일'이 가능할 수가 있었다는 것이다. Paul Noack, 앞의 책, 151-152; Gabriel Seiberth, 앞의 책, 257 등; 비슷한 취지에서의 슈미트의 회고로는 ***SI***, 특히 72, 74 등. 슈미트는 어찌되었든 헌법에 '선서'하였던(곧, 헌법합치적인 선택지를 우선 고려해야 한다고 믿었을) 힌덴부르크가 따를 수 있었을 거의 유일한 길을 히틀러가 바로 자신에게 유리한 것으로 만든 결과가 1933년 1월 30일이었다고 회상한다.

211) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ②, 239 [374].

212) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ③, 329 [636].

213) 이에 대하여서는 위의 책, 236-237 [589], 252 [597]; Anton Golecki(Bearb.), 앞의 책, LXVI; Paul Noack, 앞의 책, 150-151 등. 특히 이들은 비교적 온건하면서도 유연하게 행보했던 그레고어 슈트라서(1892~1934)를 나치와의 연결고리로 삼았으나, 슐라이허와의 접촉 이후 슈트라서의 당 내 입지는 급격히 좁아졌고 이후 숙청되고 말았다.

214) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 위의 책, 313 [628].

215) "(…) wir haben ihn uns engagiert." Lutz Graf Schwerin von Krosigk, *Es geschah in Deutschland. Menschenbilder unseres Jahrhunderts*, Tübingen: Rainer Wunderlich Verlag Hermann Leins (1951), 147: 위의 책, 328 [636]에서 재인용.

틀러는 자신들이 보수주의적인 기획에 따라 수행했던 쿠데타(Teilputsch)에서 보다도 '국가이성'이나 '국가이익' 따위의 수사를 능수능란하게 활용하며 공화국을 파괴한, 이 부문에서는 명수(Meister)라고 불릴 인물이었다.[216]

파펜 또한 자신이 '고용'했다고 믿었던 히틀러가 권력을 장악해 가는 과정을 히틀러내각의 부총리의 신분으로 지켜볼 수밖에 없었다. 그런데 이로부터 반년 전에 이미 파펜은 '결과적으로' 히틀러의 집권에 도움이 된 세칭 '프로이센쿠데타(Preußenschlag)'를 단행했다.[217] 이 무렵에 거의 독점적으로 고문역의 위치에 있던 슐라이허가 그 뒤편에 있었음은 물론이다.[218] 그리고 슈미트와 관련하여서도 이 사건은 1932년 하반기에 그가 실행했던 모든 일들의 '열쇠'가 되는 것이었다고 평가된다.[219] 프로이센쿠데타는 공화국의 '개혁'을 위해서는 먼저 "힌덴부르크를 통해 프로이센에서의 권력쟁취의 길이 놓여야"[220] 한다는 믿음에 따라 착수된 것이었다.

III. '반바이마르'의 실제인 프로이센쿠데타의 전개와 의의

1. 사건의 직접적인 배경과 전개

구 제국헌법(《Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871》)은 프로이센의 패권적 지위를 인정하고 있었다.[221] 비스마르크는 역사적으로 형성되어 온 독일의 '영방분권주의(Partikularismus)'[222]와 함께 특히 당시 제국의 '7분의 4'를 차지하고 있었던 프로이센의 영향력을 고려해야만 했다. 이에 따라 헌법도 '패권적이며 연방적(hegemonial-föderativ)'인 구조를 가질 수밖에 없

---

216) 위의 책, 100-101 [513]에서의 평가 및 표현을 그대로 가져온 것임.
217) 위의 책, 331 [637]; Martin Broszat, (김학이 옮김), 앞의 책, 94 [82] 등.
218) 이와 같은 지적은 Karl-Heinz Minuth(Bearb.), 앞의 책, XXIII.
219) Paul Noack, 앞의 책, 153.
220) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ③, 77 [500].
221) Hans Bolt(Hrsg.), *Reich und Länder. Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, München: Deutscher Taschenbuch Verlag (1987), 452.
222) 언급은 Christian-Friedrich Menger (김효전・김태홍 옮김), 앞의 책, 353 (Rn. 341) [169].

었다.[223] 그러나 공화국이 성립되면서 이는 그 근거를 상실한 것으로 간주되었다.[224] 프로이센의 패권적 지위 또한 공화국의 헌법에서 배제되어야 할 필요성이 대두했다.

그러나 독일의 헌정사에서 프로이센의 영향력을 배제한다는 것은 현실적으로 "실현 불가능한 일(Unmöglichkeit)"을 의미했다.[225] 라이히의 편성과 관련하여 프로이센을 어떻게 처리하는가에 관한 문제는 헌법 심의에서부터 그 이후에도 줄곧 처리하기 까다로운 일로 남아 있었다.[226] 바이마르헌법의 기초자인 프로이스는 기존의 란트들에 자치행정권만을 인정하는 지방분권적 통일국가의 건설을 의도했으나, 결과적으로 이는 좌초되고 말았다. 잔존하게 된 라이히와 프로이센의 '이원주의(Dualismus)'[227]는 분권주의라는 역사적 조건에만 기인한 것은 아니었다. 당시의 라이히정부 자체가 공화국이 성립되는 와중의 혼란 속에서도 변함없이 안정된 구조를 유지하고 있었던 프로이센의 해체를 바라지 않았기 때문이다.[228]

---

223) 이와 같은 지적은 Hermann Heller (김효전 옮김) "라이히-란트 관계의 재편성 (1932)", 바이마르 헌법과 정치사상, 산지니 (2016), 107 ["Die Neuordnung des Reiches im Verhältnis zu seinen Ländern" in: Christoph Müller(Hrsg.), *Gesammelte Schriften*(2. Aufl., durchges., um ein Nachw. erw.) *Band 2*, Tübingen: J. C. B. Mohr (1992), 395].

224) 바이마르헌법의 기초자였던 프로이스의 언급으로는 Hugo Preuß, "Oberschlesien und Artikel 18 der Reichsverfassung (1920)", in: Detlef Lehnert · Christoph Müller · Dian Schefold(Hrsg.), *Hugo Preuß Gesammelte Schriften Band 3. Das Verfassungswerk von Weimar*, Tübingen: Mohr Siebeck (2015), 295.

225) 프로이스의 언급으로 Hugo Preuß, "Reich und Länder. Bruchstücke eines Kommentars zur Verfassung des Deutschen Reiches (1928)", 위의 책, 398.

226) 언급은 Christian-Friedrich Menger (김효전 · 김태홍 옮김), 앞의 책, 353 (Rn. 341) [169]; 이에 관한 헌법위원회 단계에서의 상세한 회고 및 논평은 위의 글, 특히 411 이하를, 또한 이후의 사정과 관련하여서는 특히 1928~30년에 진행되었던 라이히 편성 문제를 위한 '란트 간 협의(Länderkonferenz)'의 전후 내용을 비판적으로 다루고 있는 Hermann Heller, 앞의 글, 특히 110 [399] 이하를 참고할 것.

227) 곧, 베를린에 라이히의회와 프로이센 란트의회, 그리고 라이히정부와 프로이센 란트정부가 상호 영향을 미치며 양립하고 있는 것을 가리킨다. Hugo Preuß, "„Republik und Monarchie" — „Reich und Preußen" (1921)", in: Detlef Lehnert(Hrsg.), 앞의 책, 188 및 Karl-Heinz Minuth(Bearb.), 앞의 책, XLVI 등; 바이마르공화국에 계속하여 부담이 되었던 이 '이원주의'의 문제는 라이히의 '개혁 혹은 재편'이라는 표현으로 묶여서 공화국의 헌정사를 관통하는 논쟁 대상이 되었다고 여겨진다. Gabriel Seiberth, 앞의 책, 206, 207, 214 등.

228) 프리츠 하르퉁(1883~1967)의 평가를 타당한 것으로 인용하고 있는 멩거의 지적임.

하나의 '공화국'으로서 1919년 이후의 독일 헌정사는 헌법전 속의 문장이나 개정된 내용만으로는 읽을 수 없는 '중앙집권적(unitarich)'이라는 하나의 일관된 흐름을 보이고 있었다.[229] 하지만 단일국가화를 향한 라이히정부의 정책은 바이에른 란트가 선봉으로 나섰던 분권주의의 경향과 충돌했다. 특히 바이에른은 에르츠베르거(1875~1921) 피살에 따른 1921년 8월 29일 자의 라이히대통령령과 라테나우(1867~1922) 피살에 의한 1922년 7월 21일 자의 《공화국보호법》을 구실로 삼아[230] 헌법 제48조 제4항을 근거로 독자적인 명령을 발포했다.[231] 이와 같이 고권에 간섭하려는 라이히정부를 상대로 란트정부가 복종 거부를 강력하게 표방하면서, 단일국가화와 분권주의 간의 대립은 심화되었다. 이어 1923년에는 작센에서, 그리고 위 사건을 타협으로 일단락 짓는 것처럼 보였던 바이에른에서 재차 라이히정부의 정책은 반발에 부딪혔다.[232] 그럼에도 공화국의 정책은 계속해서 단일국가화를 추구했다.[233]

이러한 배경에서 프로이센의 해체가 라이히 편성의 최대 난점이 되었던 것이다. 프로이센 란트는 여전히 하나의 연방국가 안에서 "3분의 2를 차지하는 단일국가"로서의 위상을 가지고 있었다. 따라서 프로이센은 계속하여 정치적으로 높은 비중을 차지하는 요소(Faktor)로서 작용할 수밖에 없었다. 단, 라이히와 프로이센에서 거의 동일한 연립 정부가 정권을 잡는 경우라면 심각하게

Christian-Friedrich Menger (김효전・김태홍 옮김), 앞의 책, 354 (Rn. 341) [169].

229) 헌법상의 프로그램적 내지는 수권규정의 집행을 위하여 제정된 다수의 개별적 법률로부터 이와 같은 경향을 인정할 수 있다고 한다. 위의 책, 367 (Rn. 360) [175].

230) 1921. 8. 29. 자의 라이히대통령령은 《Verordnung des Reichspräsidenten auf Grund des Artikels 48 der Reichsverfassung vom 29. August 1921》, *RGBl* (1921), Nr. 90, 1239 이하; 1922. 7. 21. 자의 공화국보호법은 *RGBl*, Teil. 1 (1922), Nr. 52, 585 이하.

231) 헌법 제48조 제4항은 급박한 위험이 있는 경우 각 란트정부는 그 영역 내에서 제2항에서 정한 임시조치를 취할 수 있으며, 이러한 조치는 라이히대통령이나 라이히의회의 요구가 있으면 그 효력을 상실한다고 규정하고 있다. 송석윤, 앞의 책, 363.

232) 특히 라이히의회와 라이히상원(곧, 란트의 대표들로 구성된 기관)에서 의결되고 라이히대통령이 공포한 법률에 대해 라이히의 구성국이 복종 거부를 표명한 것은 미증유의 사례였다. Christian-Friedrich Menger (김효전・김태홍 옮김), 앞의 책, 368-371 (Rn. 361) [176-178]; 경과에 대하여서는 山田 晟, ドイツ近代憲法史, 東京: 東京大学出版会 (1963), 111-114.

233) 이와 같은 지적은 Christian-Friedrich Menger (김효전・김태홍 옮김), 위의 책, 371 (Rn. 361) [178].

곤란한 상황이 발생할 가능성 또한 크지 않았다. '이원주의'가 공화국의 존속 기간 대부분 크게 문제되지 않았던 것도 이 때문이다.[234]

상황은 '국가집중내각(Regierung der nationalen Konzentration)'[235]을 구성하도록 위임받은 파펜에 의해 급변하게 되었다. 파펜은 중앙당 소속으로 프로이센 란트의회에서부터 정치 경력을 쌓았지만, 그 입장은 중도 우익의 가장 바깥쪽을 향해 있었다고 여겨진다. 브뤼닝내각 시기가 되면 그는 의회주의로부터 완전하게 등을 돌려 권위주의적인 국가를 지향하기에 이른다.[236] 브뤼닝에 이어 총리가 된 파펜은 자신의 내각이 "조국의 역사상 가장 힘든 시기"[237]에 출범한 것이라고 천명하면서, 그 어려움의 원인을 다음과 같이 지적했다.

> "(…) 전후의 내각들은 국가사회주의(Staatssozialismus)의 지속적인 강화를 통하여 사용자에게 실질적인 불안을 덜어줄 수 있는 만큼 노동자에게도 그럴 것이라고 믿었습니다. 국가를 하나의 복지의 영조물(Wohlfahrtsanstalt)처럼 만들려 하면서 동시에 민족의 정신력을 약화시켰던 것입니다. 국가의 본질상 결코 이행될 수 없는 과업들이 부과되고 있었습니다. (…) 공동체 생활의 진실함은 동등(Parität)을 위한 타협으로 유지되거나 회복될 수는 없습니다. 불변하는 기독교적 세계관의 원칙들 위에서 새로운 독일을 구성하는 데 어떠한 세력이 도움이 될 것인지에 대하여 분명하게 결정이 이루어져야 합니다. 이 순간, 신과 국민 앞에서 국가의 운명을 지도할 무거운 책임 의식으로 가득 채운 우리 내각은 그 직무를 진정으로 자각하고서 그 위에 서 있습니다. 우리는 대중, 특히 도시와 농촌 노동인구의 생계를 유지하기 위한 투쟁에 나서는 데 주저하지 않을 것입니다. (…) 내각은 정당들과는 무관하게 국가의 정신적, 그리고 경제적 회복과 새로운 독일의 중흥을 위한 투쟁을 주도하여 나갈 것입니다."[238]

파펜내각이 구성되었던 시점인 1932년 6월에도 프로이센은 아직 사회민주주의 세력의 교두보처럼 남아 있었다.[239] 4월의 란트의회 선거에서 나치당과

---

234) 직접 인용을 포함하여 여기까지의 부연은 Gabriel Seiberth, 앞의 책, 206; 언급은 또한 위의 책, 372 (Rn. 362) [178].

235) 이에 대하여서는 Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Band 7*, 982; Karl-Heinz Minuth(Bearb.), 앞의 책, XX 등.

236) 파펜에 대한 평가는 Karl-Heinz Minuth(Bearb.), 위의 책, XXI-XXII.

237) "Nr. 7 Regierungserklärung vom 4. Juni 1932", 위의 책, 13.

238) 위의 문서, 13-14.

239) 곧, 1932년까지 베를린에는 두 개의 큰 의회가 서로 다른 방향을 향하면서 자리하

공산주의 정당이 선전하며 중앙당과 사회민주당의 연정에 타격을 주었음에도 불구하고 말이다. 다만, 어느 정파도 새로운 정부를 구성하기 위한 다수를 확보하지 못한 상태였기 때문에 새로운 내각이 구성되기 전까지 프로이센 란트에서는 사임한 구 연정내각이 임시로 정부의 기능을 담당하고 있었다.[240]

파펜내각의 위와 같은 '출사표'가 독일의 정신적·경제적인 회복을 위한 투쟁을 주도하겠다고 강조한 것은 과시가 아니었다. 이는 자신의 내각이 정당의 기속이나 의회의 신임과는 무관한 완전한 '대통령내각'임을 표명한 것이다. 그리고 어떠한 어려움이 있더라도 '새로운 독일', 곧 대통령 중심의 권위주의적인 '새 국가'[241]를 관철할 것임을 분명히 한 것이다.[242] 이러한 파펜내각의 눈에 프로이센 임시내각은 처리되어야 할 장애물이었다.[243] 다만 파펜내각은 란트정부의 권한에 직접적으로 개입하는 것이 불가능하다고 판단했다. 이에 라이히대통령에게 헌법상 비상조치권한을 행사할 것을 제안하기로 결정하면서, 이 조치가 국사재판소에서 다투어지는 경우까지도 예상하며 계획을 수립하기 시작했다.[244] 프로이센과 함께 일부 다른 란트들, 특히 바이에른과 바덴에서 란트정부의 권한을 대신할 라이히전권위원(Reichskommissar)의 임명에 관한 징후도 점차 나타났다.[245]

고 있었던 것이다. Reinhard Mehring, *Carl Schmitt*, 289; 아울러 공화국이 존속한 내내 프로이센에서만큼은 의회민주주의가 정상적으로 기능해 왔기에, 이를 두고서 "바이마르공화국 민주헌정질서의 최후의 보루"였다고 충분히 말할 수 있었다. 송석윤, 앞의 논문, 19.

240) 이에 대하여 상세로는 Henning Grund, *»Preußenschlag« und Staatsgerichtshof im Jahre 1932*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft (1976), 37 이하. 프로이센 임시내각은 프로이센 란트의회의 협조를 기대할 수 없는 상황 하에서 정부 기능을 담당해야 했다.

241) 사회가 신분적 기초로 환원되고 또한 혁명의 업적들이 제거된 국가로 특징지을 수 있는 파펜 부류의 '새 국가 이데올로기'는 '신이 보낸' 인물로 여겨졌던 힌덴부르크로부터 발전되었다. 이는 당시 '초당파성'을 지향했던 엘리트들의 보수적인 강령으로 여겨지며, 그 목적은 민주주의와 나치 식의 독재 사이 '제3의' 처리방안으로서의 새로운 독일을 건설하는 데에 있었다. 이에 대한 상세는 Karl Dietrich Bracher (이병련·이대헌·한운석 옮김), 앞의 책 ③, 26 [471] 이하.

242) 같은 취지로 위의 책, 114 [520]; Karl-Heinz Minuth(Bearb.), 앞의 책, XLVIII 등.

243) 이와 같은 지적은 Reinhard Mehring, *Carl Schmitt*, 289.

244) "Nr. 31 Ministerbesprechung vom 18. Juni 1932, 11. 30 Uhr", Karl-Heinz Minuth(Bearb.), 앞의 책, 103.

245) "Nr. 33 Ministerbesprechung vom 21. Juni 1932, 18 Uhr", 위의 책, 113-114; Henning

계획은 당시 권력의 핵심에 있었던 빌헬름 폰 가일(1879~1945)과 슐라이허의 지지 아래에 있었다.[246] 비밀리에 구체화된 계획은[247] 두 지지자와의 사전 토의와 내각 안에서의 합의를 거쳤다. 이제 "라이히정부가 개입할 심리적 계기"[248]에 이르렀다고 판단한 파펜내각은 프로이센 란트정부의 권한을 대신할 라이히전권위원을 임명하기 위한 법안을 라이히대통령에게 제출했다. 힌덴부르크의 '백지위임'이 있기까지[249] 이와 같은 조치를 설득력 있게 정당화해야 한다는 문제가 남아 있었다. 파펜내각은 프로이센 란트정부가 공산주의 세력의 개입에 제대로 대처하지 못하고 있고, 이로 인해 프로이센 내에서 공적인 안전이 유지될 수 없는 상황임을 이유로 삼았다.[250] 마침내 라이히의회 선거를 눈앞에 둔 1932년 7월 20일, 《프로이센 란트 영역에서의 공적 안전과 질서를 회복하기 위한 라이히대통령령》[251]이 발포되면서 파펜이 라이히전권위원으로 나섰다. 이와 함께 프로이센 임시내각의 총리 오토 브라운(1872~1955) 이하 관료들이 차례로 파면되었다.[252]

헌법 제48조에 기한 파펜내각의 일련의 요청과 이에 대한 라이히대통령의 응답은 결코 헌법 조항의 취지에 부합하는 조치, 곧 '비상사태를 해결하기 위

Grund, 앞의 책, 60-61.

246) 특히 파펜의 진술에 의하면 비상조치의 근거 마련과 관련된 '사전작업'에 슐라이허가 깊이 관여한 것으로 전해지고 있다. Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ③, 91 [508].

247) 가일이 회고한 내용에 따른 것이다. "Nr. 57 Ministerbesprechung vom 11. Juli 1932, 16. 30 Uhr", Karl-Heinz Minuth(Bearb.), 앞의 책, 206-주 9; Henning Grund, 앞의 책, 64.

248) 위의 문서, 205.

249) "Nr. 63 Ministerbesprechung vom 16. Juli 1932, 11 Uhr", Karl-Heinz Minuth(Bearb.), 위의 책, 240; 힌덴부르크의 희망이 파펜내각의 의도와 궤를 같이 하고 있었다고 하더라도 위임에 이르기까지의 힌덴부르크의 태도는 다소 소극적이었으며 이 과정에서 특히 마이스너가 영향을 미쳤다고 한다. 결국 회의를 통해 우려를 해소한 힌덴부르크는 구체적인 일자를 비워두고서 내각과 합의에 이르게 되었다. Henning Grund, 위의 책, 63-66; 한편, 힌덴부르크를 설득하기 위하여 조치의 근거들을 평가하는 데 있어서는 슈미트의 주장이 활용되었던 것으로 추정된다고 한다. Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ③, 94 [509].

250) Karl-Heinz Minuth(Bearb.), 위의 책, XLV; Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 위의 책, 89 [507].

251) *RGBl* Teil. 1 (1932), Nr. 48, 377.

252) 프로이센 임시내각의 관료 및 일부 개인을 상대로 하는 두 건의 조치에 관한 상세는 Henning Grund, 앞의 책, 67-71.

한 임시적' 조치가 아니었다. 이는 권위주의 국가를 추구했던 세력에게도 점차 부담으로 작용한 라이히와 프로이센의 이원주의를 상황에 맞춘 "유사합법성"[253]을 이용하여 제거하려 한 것이며, 공화국의 '개혁'을 위한 예비 단계로서 의도되었던 조치였다.[254] 이에 대하여 프로이센 란트정부는 무력행사 대신 헌법과 법률의 규정을 근거로 하는 법적 절차를 통해 대항하고자 했다. 하지만 이미 모든 계산을 마쳤던 파펜내각에게 걸림돌이 될 만한 것은 없었다.[255] 그리하여 국사재판소에 제소가 이루어졌고, 여기에서 피고 측인 라이히정부의 대리인으로 슈미트가 나섰다.[256] 이미 슈미트는 슐라이허의 중개인을 매개로 해당 조치와 관련하여서는 헌법 제48조에 대한 법률자문역으로서의 역할을 하고 있었다.[257] 즉, 이렇게 수행된 보수주의의 기획에서 슈미트의 입장도 확실하게 노정되고 있었던 것이다.

2. 대통령의 비상조치권한에 대한 슈미트의 입장 변화의 공식화

공화국 말기에 슈미트를 법적으로 행동하게 한 보수주의의 기획은 한편으로 법학자로서 슈미트가 쌓은 경력의 '정점'을 상징하는 것이기도 하였다.[258]

---

253) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ③, 116 [521].

254) 언급은 Karl-Heinz Minuth(Bearb.), 앞의 책, XLVI-XLVII.

255) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책 ③, 117 [522]. 여기서 당해 조치에 대한 프로이센의 저항을 브라허는 비판적으로 보고 있다. 특히 "합헌적이며 평화적"으로 국사재판소를 통해 문제를 해결하고자 하였던 프로이센 정부의 판단을 상황의 오인에 의한 것으로 분석하면서, 헌법파괴 행위에 대한 "정당한 저항의 마지막 기회"를 놓쳤던 것으로 당시 프로이센의 대응을 평가하고 있는 것이다. 이와 같은 프로이센의 반응을 놓고서 합법성으로 '가장된' 단념 내지는 "합법성 환상"이라고까지 표현하는 것은 결과적으로 볼 때 과도하게 평가 절하한 것은 아니라고 생각된다. 같은 책, 111 [518] 이하; 한편, 이와 같은 전후의 비판적 평가와 관련하여 그것이 유의미하다고 보면서도, 1932년 당시 프로이센의 상황에서 국사재판소에 제소한 것은 '최선'의 대항이었음을 어느 정도 인정할 필요가 있음을 지적하고 있는 것으로는 Henning Grund, 앞의 책, 71-73.

256) Henning Grund, 위의 책, 83.

257) 언급은 Gabriel Seiberth, 앞의 책, 97-98, 101; 한편, 슈미트와 슐라이허를 연결하는 중개인으로서의 역할을 하고 있었던 것은 군인 오이겐 오트(1889~1977)와 에리히 마르크스(1891~1944)였다. Paul Noack, 앞의 책, 138, 148.

258) Paul Noack, 위의 책, 154; Reinhard Mehring, *Carl Schmitt*, 293 등; 다만, 1932년 7월

특히 그 기세를 한눈에 내보인 무대가 된 곳은 1932년 10월의 국사재판소였다. 이는 그때까지 슈미트가 내세웠던 주장들이 인용되고 '공식화'된 공간이었다.[259] 더욱이 이곳은 독일의 헌정사와 관련하여서도 다음과 같은 점에서 의의가 있었다. 곧, 당대의 주요 국법학자들이 한데 모여 각자의 저작을 인용하며 상호 공방을 벌였던 장으로서,[260] 1932년 10월의 국사재판소는 바이마르 국법학의 방법론 및 방향성의 분포를 일목요연하게 보여주고 있었던 것이다.[261] 당시 원고 측(프로이센, 바이에른, 바덴 란트정부)과 피고 측(라이히정부)을 각각 대리하고 나섰던 국법학자들은 다음과 같다.[262] 게르하르트 안쉬츠(1867~1948), 프리드리히 기제(1882~1958), 한스 페터스(1896~1966), 헤르만 헬러(1891~1933), 한스 나비아스키(1880~1961), 테오도어 마운츠(1901~93, 이상 원고 측). 에르빈 야코비(1884~1965), 칼 빌핑거(1879~1958), 그리고 칼 슈미트(이상 피고 측).

"제국이 수립된 이래의 독일에서 가장 중요한 의미를 지니고 있는 헌법분

20일의 조치 자체와 관련하여서는 슈미트가 관여한 흔적을 찾아보기 어렵다고 할 수 있다. 슈미트 또한 언론을 통해 비상조치가 시행된 사실을 인지할 수 있었기 때문이다. Reinhard Mehring, 같은 책, 290; Gabriel Seiberth, 위의 책, 96 등. 당해 조치에 관한 슈미트의 영향은 이후 반년 간의 후속 작업에서 그 비중이 높아졌던 것으로 생각된다. 이를 크게 보면 하나는 국사재판소에서의 법적 다툼에 대응하는 것이었고, 다른 하나는 후버의 증언을 고려할 때 라이히의회를 무력화시킬 '헌법합치적'인 방법을 찾아내는 것이었다. 전자에 대한 상세는 Gabriel Seiberth, 같은 책, 99 이하, 후자에 대한 언급은 Paul Noack, 같은 책, 149.

259) Paul Noack, 위의 책, 142.

260) 위의 책, 138-139; 山下威士, "一九三二年国事裁判所におけるヘルマン・ヘラー", 時岡 弘 先生古稀記念論文集刊行会(編), 人権と憲法裁判, 東京: 成文堂 (1992), 342 등.

261) 바이마르의 국법학은 방법론과 방향성(곧, 정치적 입장) 사이에 다양한 조합의 가능성이 존재하고 있었다고 한다. 그렇지만 이것은 상호 무관하게 조합되었던 것이 아니라 오히려 방법론이 지닌 일종의 전략으로서의 성격을 당시 국법학자들은 인지하고 있었고, 이를 정치적 입장과 연결하고자 하였던 것으로 평가되고 있다. 송석윤, 앞의 책, 215.

262) 1932년 7월 20일의 조치에 의한 침해의 직접성이 인정되는 프로이센 란트와 더불어 장래 마찬가지의 입장에 처할 가능성이 높았던 바이에른 및 바덴 란트가 국사재판소에 함께 제소를 하였기 때문에, 이 사건에서 원고 측의 대리인으로 나섰던 이들은 프로이센 란트를 대표하는 프로이센 란트정부와 프로이센 란트의회의 중앙당 및 사회민주당파, 그리고 바이에른 란트와 바덴 란트를 대표하는 각 란트정부를 대리하였다. Henning Grund, 앞의 책, 83.

쟁"[263]이라는 평가에 걸맞게, 당대 국법학의 흐름을 주도하였던 위와 같은 학자들이 대리인으로 참여한 1932년 10월의 국사재판소에서는 그동안 전개되어 왔던 국법학 이론들에 기초한 헌법해석이 현실적으로는 어떻게 표명될 수 있는지 분명하게 나타났다. 대리인들은 쟁송 자체와 학문적·이념적인 논쟁을 오가면서 속기록상으로 많은 분량의 공방을 진행했다. 하지만 기본적으로는 1932년 7월의 라이히대통령령이 심리의 직접적인 대상이었으므로 방대한 변론 내용은 이와 직결되는 헌법 제48조의 해석에 집중되어 있다.

다만, 슈미트는 자신이 여태껏 이론적으로 합리화하려 했던 주제를 바이마르헌법의 보장(광의로는 바이마르공화국의 보장)이 취지가 되어야 할 이 사건의 심리를 계기로 하여 공식적으로 현실에 관철시키고자 했다. 이하 상술하게 될 '헌법의 수호자'론의 강조점은 이 사건에서 슈미트가 수행했던 변론의 요지에도 해당된다. 결론을 미리 언급하자면, 슈미트는 바이마르헌법 및 이에 기초하여 성립된 바이마르공화국의 성격과 거리가 있는 자신의 이상적인 국가개념과 헌법개념을 심리에서 부각시켰다. 다시 말해 바이마르헌법 제48조를 수단으로 삼아 의회(제)민주주의의 바이마르공화국이 아닌 '다른 국가(성)'을 강조한 것이다.

이 사건에서의 슈미트의 변론은 "실효적인 비상사태"[264]를 정식화하는 데 그 목적이 있었다. 여기에서 그는 대통령의 독재적인 개입이 '법적(*de jure*)'인 것과 '사실적(*de facto*)'인 것의 구별이라는 단순한 전제 아래에서는 그 이례적인(außerordentlich) 성격을 포착할 수 없는 것이므로, 이와 완전히 다른 영역인 '법의 범위 내(*quoad jus*)'와 '집행의 범위 내(*quoad exercitium*)'의 관점에서 대통령의 비상조치권한의 성격이 파악되어야 한다고 주장한다.[265] 이 경우 슈미트에 따르면 대통령의 독재를 법과 사실의 단순한 양립에 근거하여 '사실적인 것(das Faktische; das Tatsächliche)'으로서만 취급하는 것은 부당한 일이

---

263) Paul Noack, 앞의 책, 138.

264) 岩間昭道, 앞의 책, 62.

265) 사건 이전에 특히 헌법(규정)의 불가침설과 관련지어 언급한 것으로는 Carl Schmitt, "Grundsätzliches zur heutigen Notverordnungspraxis", Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt Band 53, Nr. 9, Carl Heymanns (1932. 2. 27.), 특히 164·㉮ 김효전 옮김, "오늘날의 긴급명령의 실제에 대한 기본 논점 (1932)", 앞의 책, 260-261.

된다. 법규범이 '무화(Vernichtung)'된 상태인 '비상사태'[266]에서 이루어지는 대통령의 조치는 법의 흠결 내지 공백의 영역, 곧 법의 범위 밖 혹은 법과 무관한(rechtsleerer; rechtsfreier) 영역에서 이루어지는 것이므로 사실적인 것으로서만 영위될 수밖에 없기 때문이다.

이에 따라 슈미트는 앵글로색슨적인 관념까지 동원하면서 법적인 것과 사실적인 것의 양립이라는 단순한 전제로부터 대통령의 비상조치권한의 성격, 범위, 위법성 등에 대하여 논하는 것은 부당하다고 강조한다.[267] 이러한 논리구조에서는 비상사태와 대통령의 독재적 개입에 대한 법치국가적 한계가 취급될 여지가 없다. 거꾸로 사물의 본성상 '법과 무관한 상황'에 구속될 수밖에 없는 것이라는 이유에서 비상사태 및 이에 대한 대통령의 비상조치권한에 '법적 의미가 부여'되어야 함이 결론으로 부각될 뿐이다.

이와 같은 1932년의 슈미트의 입장은 1921년에 처음 나온 그의『독재』및 1924년 4월 예나에서 진행했던 독일국법학자대회에서의 발표 태도와 많이 달라져 있는 것이다.『독재』에서 슈미트는 제48조 제2항을 '위임적 독재'의 전형이라고 결론지었다. 여기서의 논증에 따르면, 이는 "무조건적인 조치를 위한 이례적인 전권 위임(ungewöhnliche Ermächtigung zu unbedingter Aktion)"이 법치국가적 발전 안으로 편입된 결과이다.[268] 곧, 그 배경이나 편입되는 과정까지 살펴보았을 때, 동 조항은 라이히대통령이 상황에 필요한 '한에서' 수권된 재량에 따라 어떤 조치라도 취할 수 있음을 표현하고 있다는 것이다.[269]

이를 바탕으로 1924년의 발표에서 슈미트는 라이히대통령의 독재와 관련된 문제를 다음과 같이 환기한다. 곧, 일반국법학의 관점에서는 제48조 제2항이

---

266) 이에 대한 언급은 ***PT***, 특히 18-19 · ㊥ 24-25.

267) 여기까지의 내용과 관련하여서는 Arnold Brecht(Mitwirkender), *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Berlin: Verlag J. H. W. Dietz Nachf. (1933), 311 이하. 특히 이러한 논리는 헌법(규정)의 불가침설을 들어 제48조의 확장적인 운용을 제한하려 했던 – 위의 사건에서는 라이히의 동질성과 란트의 내정에 관한 규정인 제17조와 라이히상원에서의 란트의 대표권에 관한 규정인 제63조가 거론되었다 – 상대측의 주장에 맞서는 과정에서 두드러지게 나타난다.

268) ***D***, 198 · ㊥ 241.

269) 위와 같은 곳.

특이한 것으로 보일 수밖에 없다. 부르주아적 법치국가원리에 근거한 지배적 인식에 따른다면 라이히대통령의 권한에는 상시 한계가 존재하고 있어야 함에도 불구하고, 당해 조항은 '예외적'으로 제1문의 조건 아래 포괄적인 권한을 대통령에게 부여하고 있기 때문이다. 따라서 이 경우 그 '특이성', '예외성'을 정당하게 인식하는 것이 중요하다. 이 '특이성'의 배경은 바이마르국민회의를 지배하고 있었던 시대에 대한 위기의식에 있다. 이로 인해 제48조 제2항의 성격은 잠정적으로[Provisorium] 형성되었고, 그 권한의 주체가 라이히대통령에게 한정되었던 것이다. 더욱이 헌법 자체의 전복 또는 변경을 수반하는 정변의 여지도 처음부터 배제되어 있었다. 따라서 제48조 제2항에서 규정하는 권한은 국가의 정당방위로 받아들여질 여지가 있는 국가긴급권(Staatsnotrecht)과도 구별된다는 것이다. 이와 함께 슈미트는 라이히대통령의 지위에 대해서 ① 헌법상 분할되지 않은 권한 내지는 정규를 벗어난 권한 행사의 가능성이 인정되지 아니한다는 점에서 대통령은 군주와 같은 '주권자'와 구별되고, ② 헌법의 발효로 권력 구성이 달성되는 한에서까지만 '주권적 독재'로서의 전권이 지속되는 국민회의의 지위와도 구분되는 것으로 보았다.[270]

이를 종합하여 슈미트는 제48조 제2항이 '위임적 독재'의 전형으로서, 기존 헌법과는 상호 배타적인 관계에 있는 주권적 독재와 분별되어야 하는 것이라고 주장했다.[271] 특히 대통령의 비상조치권한은 '전체로서의 헌법 자체'[272]를 보존하기 위한 수단의 전형이라는 것이다.[273] 하지만 그는 현재의 제48조 제2항이 실제로는 바이마르국민회의의 주권적 독재가 잔존한 것과 같은 효력을 가지고 있다고 보았다. 헌법 발효와 함께 국민회의의 주권적 독재는 종료되

---

270) 여기까지 *VVDStRL* Heft 1, 특히 81-87; ***D***, 특히 234-241 · ㊫ 268-275. *VVDStRL* Heft 1에 실렸던 내용은 약간의 수정을 거쳐 『독재』 제2판(1928)의 부록에 게재되었다.

271) 기본적으로 『독재』에서 위임적 독재는 앙시앵레짐 이후의 체제에 대응하는 것으로, 혁명 이데올로기에 호응하는 주권적 독재에 대립하는 개념이었다. "위임적 독재자는 헌법에 의하여 조직된 권력의 무조건적 행위 수임자이고, 주권적 독재는 헌법제정권력의 무조건적인 행위 위임이다(Der kommissarische Diktator ist der unbedingte Aktionskommissar eines pouvoir constitué, die souveräne Diktatur die unbedingte Aktionskommission eines pouvoir constituant)." ***D***, 143 · ㊫ 182.

272) 발표를 거쳐 특히 『헌법론』에 이르러 정립되었던 '전체로서의 헌법'에 대하여서는 다음 장에 바로 후술한다.

273) *VVDStRL* Heft 1, 91; ***D***, 245 · ㊫ 280.

었지만, 같은 조 제5항에 따른 세목의 규정이 유보되어 있다는 사실에서 제2항은 아직 완결된 하나의 확정적 규정으로는 있지 않은 상태이기 때문이라는 것이 슈미트가 붙인 이유였다. 이에 따라 그는 제48조 제2항이 '독자성(Eigenart)'을 띠고 있는 조항이라고 강조하기에 이른다. 요컨대 대통령의 비상조치권한의 성격은 헌법이 발효되었기에 필연적으로 위임적 독재이기는 하나, 그 범위가 확정되지는 않았으므로 국민회의의 주권적 독재가 잔존한 것과 같은 효력이 있는 상황이라고 해석되어야 한다는 것이다. 만약 제5항에 따른 입법을 통해 이루어져야 할 제2항의 성격 확정이 지연된다면, 이에 따른 권한은 그 성격이 충분히 변할 수 있는 것이라고 슈미트는 '단서'를 달아 놓았다.[274]

적어도 1924년의 발표까지 슈미트는 제48조 제2항의 '독자성'이 해결될 필요성을 환기하고, 그 방향 또한 어느 정도 제시하려는 입장에 있었던 것으로 생각된다. 이는 "잠정상태에 종지부를 찍고, 법치국가적인 개념들에 대응하는 비상사태의 형태를 만들어 내는"[275] 쪽으로 향해 있었다. 1932년의 변론과 다르게, 그전의 슈미트는 법치국가적 한계를 의식하면서 비상사태와 대통령의 비상조치권한을 취급하고 있었던 것이다.

1932년에 이르러 슈미트의 관점은 과거에 자신이 달아 두었던 '단서'인 제2항의 성격 변경으로 이동한 셈이다. 법치국가적 전제로부터 대통령의 독재적인 개입을 규정한 헌법 조항의 의의를 해석하려는 것이 아니라, 이와 상관없이 실제 조치에 '법적 의미를 부여'하려는 방향으로 슈미트는 논리의 구조를 완전하게 전환했다. 이 점에서 1932년의 사건은 '헌법의 수호자'론에 관한 슈미트의 이론 구성 및 현실에서의 적용 과정의 '절정'을 상징하는 것이라고 볼 수 있다. 직전까지 발전시켜 왔던 '헌법의 수호자'론을 현실에 관철하려는 슈미트에게 대통령의 비상조치권한에 관한 헌법 규정은 더 이상 법치국가적인 개념에 대응하도록 그 의미가 확정되어야 하는 문제가 아니게 되었다. 자신의 작업의 의도에 부합하면서 동시에 효율적으로 활용될 수 있는 법적 수단으로서의 성격만이 확보되면 충분한 것이었다. 슈미트의 '최후 변론'은 7월에 발포된 라이히대통령령의 합법성에 관한 내용을 환기하지 않고, 직전까지 '헌

---

274) 여기까지 *VVDStRL* Heft 1, 87-90; ***D***, 241-244 · ㊥ 275-279.
275) ***D***, 261 · ㊥ 298.

법의 수호자'론을 통해 부각시키고 있던 소재들을 거론하고 있다. 이는 그의 관심이 사건에서 직접적으로 문제가 되었던 헌법 규정을 법치국가적으로 해석하는 데 있는 것이 아니라 자신이 특유하게 발전시켜 왔던 '헌법의 수호자'론의 취지를 관철시키려는 데 있는 것임을 암시한다.

> "(…) 1866년에 있었던 일이 무엇이겠습니까? 프로이센을 상대로 한 독일연방의 연방집행을 가리키는 것 아니겠습니까. 라이히대통령은 프로이센 장교로서 프로이센 편에 서 있었고, 저 연방집행에 대항하여 프로이센을 옹호했습니다. 그 당시 프로이센을 옹호하였던 바로 그 사람이, 이제는 바로 그 프로이센을 상대로 하는 라이히집행을 스스로 결정하여야 했습니다. 이는 실로 의미심장하고 놀라운 사건이며, 주목해 보아야 할 문제일 것입니다. 여기서의 집행의 의미는 란트의 부정, 곧 란트의 존재 자체를 파괴시키려는 데 있는 것이 아니라 오히려 프로이센을, 바로 이 국가를, 바로 이 란트를 위험으로부터 보호하고자 하려는 데 있는 것이기 때문입니다. (…) 프로이센의 품위(Dignität) 및 영예와 같은 이 모든 것들은 누구의 손에서 더욱 보호받을 수 있겠습니까? 4월 12일의 간책으로 지위만 유지하고 있었던 것에 지나지 않아 보이는, (외침 소리: 상황법학!) 7월 20일에 그 직무가 모두 박탈된 대신들입니까 아니면 라이히대통령 힌덴부르크입니까? 이 질문은 저에게는 간단한 것입니다. 프로이센은 실로 명망과 위엄을 지니고 있습니다. 그리고 현재로서는 다름 아닌 라이히가 바로 이 명예의 수탁자(Treuhänder)이자 수호자인 것입니다."[276]

결론에 해당될 내용을 미리 언급하자면, 위와 같은 슈미트의 최후 변론의 내용은 이 사건 발생까지의 반바이마르적인 그의 이론 작업 및 이에 따른 행동의 초록(Zusammenfassung)과도 같은 것이었다. 여기에서 강조되고 있는 소재는 '프로이센' '국가'의 '품위, 영예, 명망, 위엄, 명예, (…)'의 '수호'이다. 이하 이를 열쇠로 삼아서 슈미트가 구성했던 반바이마르적인 헌법이론의 취지를 비판적으로 검토하기로 한다.

---

276) Arnold Brecht(Mitwirkender), 앞의 책, 469; ***PB***, 209-210・㉮ 263-264.

제3장 '행정국가'의 부각을 목표로 하는 '헌법의 수호자'론의 구조

슈미트가 교수로서 온전하게 자리를 잡았던 1921년에서 1927년까지(그라이프스발트 대학과 본 대학)의 작업들은 일정한 방향성을 보이고 있다. 예로 슈미트는『독재』에서 독재를 '공화국의 보장'을 위한 수단으로서 헌정사적으로 재조명한다. 이렇게 특정된 '독재'의 특성은 1924년의 독일국법학자대회 발표를 통해 라이히대통령의 비상조치권한과 긴밀하게 결부되기에 이른다.『정치신학』에서는 당대 지배적이었던 법실증주의가 '주권'을 고려하지 않고 있음을 지적하면서, 결론적으로는 국가가 주권적일 수 있음을 암시하는 방향으로 논의를 전개한다.『현대 의회주의의 정신사적 상황』에서는 새로운 계급의 진출로 구성원 사이의 '동질성'이 희석되고 점차 당파적인 이해의 관철만이 목표가 되어 가는 의회를 문제 삼으면서 그 가치를 깎아 내리는 데 논의를 집중한다.『로마 가톨릭주의와 정치형태』를 통해서는 로마 가톨릭주의에서 드러나는 '절대성'을 부각하면서 가톨릭교회를 유비로 국가개념과 이를 연결한다.『국민투표와 국민발안』에서는 '인민'과 민주적 의사형성의 의미를 자신의 의도 내에서 재구성한다. 그 외에 슈미트는 논문을 통해 '반혁명'의 국가철학을 조명하거나 국법학(헌법학)에서 '대표'와 '민주주의'의 의미가 어떻게 파악되어야 하는지를 계속해서 화제로 제시하고, 정치적 '결정'의 문제를 또한 헌법학에서 논의되어야 할 주제로 끌어왔다.[1)]

슈미트의 작업은 이와 같이 국가와 헌법학의 범위를 크게 벗어나지 않았다. 1928년에 발표된『헌법론』에서는 이들 논의가 체계화되며, 1929년의 논문과 1931년의 단행본을 통해 표명된 '헌법의 수호자'론은 바이마르의 헌법현실에 따라서『헌법론』을 구체적으로 적용한 결과물로 평가된다.[2)] 이들 작업 또

---

1) 이 시기의 작업과 관련하여 서지사항의 상세로는 Piet Tommissen, "CARL-SCHMITT-BIBLIOGRAPHIE", in: Hans Barion · Ernst Forsthoff · Werner Weber(Hrsg,), *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern*(Dritte, unveränderte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (1994), 275-277(저서), 283-285(논문).

2) Ellen Kennedy, *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*, Durham; London: Duke

한 국가개념을 집중적으로 다루는 것이었으며 '헌법의 수호자'론의 결론에 이르러 강조되는 국가개념이 바이마르공화국 시기의 슈미트의 작업이 추구하고 또 현실에 관철하고자 했던 목표와 바로 등치되는 것이다. 슈미트는 단행본 『헌법의 수호자』의 마지막 부분에서 행정국가와 관료제의 독립성을 강조하고 있고, 이듬해 '굳이' 1932년 7월 10일에 탈고되었음을 명시하여 출간한 『합법성과 정당성』에서는 오늘날의 경향이 행정국가로의 전환이라는 특징을 보이고 있으며 이를 지탱하고 있는 것이 관료제임을 재차 부각시키고 있다.

이를 감안할 때, 체계화된 저작인 『헌법론』과 함께 바이마르공화국 시기의 슈미트가 마지막으로 지식에 대해 객관적인 태도를 보여주었던[3] 『헌법의 수호자』가 어떠한 논리 구조로 '행정국가'의 요청을 합리화하였는지를 면밀하게 분석해 볼 필요가 있다. 무엇보다 슈미트의 작업은 행정국가의 장점을 통하여 그 우수성을 설파했던 것이 아니다. 그는 이항 대립의 구조를 설계한 뒤에 행정국가의 대립항으로 놓이는 입법국가의 문제점을 부각시키기만 하여도 반사적으로 행정국가가 돋보이도록 하는 전략을 취하고 있다. 이와 같은 구조에서는 행정국가의 우수성 자체가 곧바로 입증 내지 논증될 수 없다. 오히려 이 과정이 생략되어도 '문제적' 상태인 대립항과 대비되는 것만으로 행정국가는 '구제책(Abhilfe)'으로서의 위상을 충분히 얻을 수 있게 된다.

따라서 논리 구조의 분석을 중심으로 하여 '헌법의 수호자'론을 구성하는 『헌법의 수호자』의 서술 및 그 전제가 되는 작업이 수행되었던 『헌법론』의 내용을 이 장에서 비판적으로 검토하고자 한다. 결론을 미리 언급하자면, 이에 관한 슈미트의 작업의 핵심은 19세기적 이원주의의 조명을 통해 '사회'와 '국가'를 분리하여서 사고하는 양식을 현대적으로 다시 정착시키려는 데 있었다. 이와 같은 양식이 '국가'의 역할이나 임무 등을 강조하려는 맥락에서 오늘날의 공법학의 논의에서도 종종 환기되고 있다. 슈미트의 작업은 이에 대한 원형으로서의 면모를 보인다.

University Press (2004), 144.

3) Reinhard Mehring, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*(2., überarbeitete, aktualisierte und gekürzte Aufl.), München: C. H. Beck (2022), 287.

제1절 전제로서의 『헌법론』상의 국가 및 헌법개념

Ⅰ. 『헌법론』에서의 작업과 목적

1. 개요

슈미트는 『헌법론』을 놓고서 자신의 유일한 '체계적' 작업의 소산이라고 회고한 바 있다.[4] 이에 걸맞게 동 저작에서는 이전의 논술들에 산재되어 있었던 그의 입장에 관한 단서들이 종합 및 구체화되어 있다. 그 전체의 내용은 "이미 조직 이전에 존재하는"[5] '국가(성)'[6]의 관철을 목표로 하고 있는 것으로서, 아래와 같이 슈미트의 주장을 요약하여 볼 수 있다.

① 1919년 8월 11일의 바이마르헌법 전문은 "독일 국민이 이 헌법을 제정하였다"라고 하고 있고, 제1조 제2항은 "국가권력은 국민으로부터 나온다"라고 하면서 가장 중요한 정치적 결정이 '정치적 실존'으로서의 인민(국민)에 의해 이루어진 것을 의식하고 있음을 암시하고 있다.[7]

② 정치적 실존으로서의 인민이 '행위능력(Handlungsfähigkeit)'이 있는 존재가 되기 위해서는 '정치적 통일'이 전제되어야 한다.[8] 정치적으로 통일된 인민

---

4) ***SI***, 83.

5) Margit Kraft-Fuchs (김효전 옮김), "칼 슈미트의 헌법이론에 대한 원리적 비평", 칼 슈미트 연구, 세종출판사 (2001), 54 ["Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre", *Zeitschrift für öffentliches Recht* Band 9, Heft 4, Julius Springer (1930), 534].

6) 이 절에서 이하 '국가(성)'이라고 표기한 경우는 슈미트가 부각시키려 했던 국가개념을 곧바로 지칭하는 것이다. 이는 영토와 주권을 표지로 하는 '국가'에 더하여 '절대적인 상태'까지 포함하고 있는 것이기 때문에, 국가 뒤에 괄호를 붙여 '-성'을 병기하는 방식을 채택했다.

7) ***VL***, 특히 60・㉮ 80.

8) ***VL***, 특히 61・㉮ 81; 슈미트가 사용하는 'politische Einheit'는 물리적인 국가(통일체)를 가리키기도 하고, 국가를 성립 가능하게 만드는 상태로서의 '(구성원 간의) 정치적 통일'을 가리키기도 한다. 『헌법론』에서 슈미트는 이를 엄밀하게 구별하여 사용하지는 않고, 경우에 따라서는 의도적으로 통일된 상태와 물리적 통일체라는 뜻이 중첩되게끔 사용하고 있기도 하다. 이 논문에서는 슈미트가 절대화한 국가개념이 절대적이고 구체적인 '상태'를 가리키고 있다는 점을 감안하여, 'politische Einheit'를 '정치적 통일'로 표기하였음을 밝혀둔다.

의 구체적인 '실존'은 모든 규범에 우선하며, 헌법에 그에 관한 구체적 형식(Existenzform)이 포함될 수 있다.[9)]

③ 자유주의적인 부르주아적 법질서와 사회질서의 맥락에서 국가의 형성을 설명하려고 하는 사회계약은 그 계약의 당사자를 개개인으로 전제하고 있다. 하지만 이는 '인격(Person)'을 '전체'로서 파악할 수 없게 한다. 따라서 자유주의적인 관점에서의 사회계약과는 구분되는 '진정한 헌법계약', 전체로서의 인격을 계약의 당사자로 전제하는 '상태계약(Statusvertrag)'의 관점을 의식하는 것이 필요하다.[10)]

④ 행위능력이 있는 인민은 민주정에서는 '헌법제정권력'의 주체가 된다. 모든 민주정적인 헌법은 이 행위능력 있는 인민을 전제로 한다.[11)]

⑤ 독일에서 행위능력 있는 인민은 '1871년'의 헌법 성립 과정에서 이미 한번 등장했다. '새로운' 민주정 헌법, 곧 바이마르헌법은 전문의 해석상 1871년 헌법을 성립하게 한 인민의 의사의 '연속성(Kontinuität)' 위에 있다는 점을 부정하지 않았다. 다시 말해 독일 인민은 자신들의 국가를 '쇄신하려고(erneuern)'[12)] 한 것이지 아예 새로운 국가를 건립하고자 한 것은 아니다. 새 헌법이 민주정의 헌법이기 때문에 새롭게 국가가 형성되었다고 보는 것은 부당하다. 군주정이든 민주정이든 어떠한 원리에서든지 간에, 인민이 이미 한번 '스스로' 결정한 정치적 실존형식의 '유지'가 헌법의 해석에서 더 중요하게 고려되어야 한다.[13)]

⑥ 자유만으로는 아무 것도 구성할 수 없다. 따라서 모든 근대 부르주아적 법치국가의 헌법은 자유의 문제를 다루는 법치국가적인 구성 부분에 정치적인 구성 원리가 결합되는 혼합 헌법으로서 존재한다.[14)] 성질상 '정치적 통일'을 전제하는 헌법제정권력은 항상 법치국가적인 구성 부분의 '외부'에 머물러 있을 수밖에 없다. 그러므로 헌법이나 국가양식에 관한 문제는 법치국가원리의 차원에서는 답을 할 수가 없는 것으로서, 이 경우 정치적인 구

---

9) ***VL***, 특히 121 · ㉮ 144.
10) ***VL***, 특히 67-68 · ㉮ 87-88.
11) ***VL***, 특히 238 · ㉮ 261.
12) 사전 상 'erneuern'에는 회복 또는 복구하다의 의미도 있다.
13) ***VL***, 특히 97 · ㉮ 120.
14) ***VL***, 특히 200 · ㉮ 220.

성 원리가 중요하게 고려될 수밖에 없다.[15]

⑦ 모든 정치형태에 관한 구성의 원리는 상호 대립하는 '동일성'과 '대표'의 원리 간의 결합으로 소급된다.[16]

⑧ 동일성의 원리에 합치되는 민주정을 표방하는 공화국에서도 입헌군주정에서의 이원주의, 곧 국민의 두 대표로서의 군주(통일된 전체 상태의 대표)와 의회(자유주의적 관점에서의 대표)의 양립이 다시 나타나기도 한다. 바이마르헌법 또한 제41조,[17] 제45조[18] 등의 규정에 따라 라이히대통령이 대표의 성격을 가지게 되었다는 점에서 [이원주의적인 경향이 발견된다.][19] 다시 말해 라이히대통령은 "공화국화 된 의회(제)군주정의 군주(republikanisierter Monarch der parlamentarischen Monarchie)"[20]와 같다.

⑨ '동일성'의 원리는 국가 내부에서의 국가권력의 활동 및 통치의 영향을 받는 모든 것은 '동질성'의 내부에서 머물고 있다는 사상에 그 기초를 두고 있다.[21] 이 동질성에 근거를 두고 있다는 점은 독일의 연방주의 또한 마찬가지이다.[22]

⑩ 바이마르헌법은 독일을 단일 국가(Einheitsstaat)로 변하게 하는 권능을 부여하고 있지 않다. 그런데 특히 제18조를[23] 단일화(unitarisch)의 귀결의 근거처럼 삼으려고 한다면, 이것은 이른바 '균형을 이루는 연방주의(Gleichgewichts-föderalismus)' 부류의 태도와 같은 것으로서 그에 대립하는 것은 [프로이센이] '헤게모니를 쥔 연방주의'가 될 것이다.[24]

---

15) ***VL***, 특히 204 · ㊥ 224.
16) 상세는 ***VL***, 특히 204-216 · ㊥ 224-237.
17) 특히 "라이히대통령은 전체 독일 국민이 선출한다." 송석윤, 위기시대의 헌법학: 바이마르 헌법학이 본 정당과 단체, 정우사 (2002), 361.
18) 특히 "라이히대통령은 국제법상 라이히를 대표한다." 위의 책, 362.
19) ***VL***, 특히 220, 292 · ㊥ 240-241, 319. 대괄호 안은 필자의 부연임. 이하 동일.
20) ***VL***, 291 · ㊥ 318.
21) ***VL***, 특히 237-238 · ㊥ 260.
22) ***VL***, 특히 388 · ㊥ 416.
23) "라이히를 각 주로 분할하는 데 있어서는 관련 주민의 의사를 최대한 고려하면서 국민의 경제적, 문화적 최고성과에 기여해야 한다. 주의 경계를 변경하거나 라이히 내부에서 주를 신설하는 것은 헌법개정라이히법률에 의한다."를 제1항의 내용으로 하는 제18조의 규정은 라이히를 재편하는 문제와 결부되어 있는 것이었다. 조항의 번역은 송석윤, 앞의 책, 357.

요컨대 슈미트는『헌법론』에서 ① '하나'의 상태, ② '전체'로서의 상태, ③ 실존에 관한 구체적인 형식을 갖춘 상태와 직결되는 '국가(성)'을 부각시키고 있다. 이로부터 헌법, 행위능력 있는 인민, 그리고 이에 의해 구성되는 국가조직 모두가 '국가(성)'과 절대적인 동일성의 맥락 위에 있는 것으로 서술되고, '새로운' 헌법현실로서의 바이마르공화국도 이를 폐기하지 않았음을 결론으로 도출한다. 따라서 바이마르헌법에서도 이어지고 있다고 강조되는 '국가(성)'의 성격이 무엇인지가 결국『헌법론』의 내용을 파악하는 데 문제가 된다.

슈미트는 종종 서문을 활용하여 자신의 논리 구성에 관한 입장을 밝혔다.『입장과 개념들』의 서문이 특히 유의미한데, 곧 "모든 해답은 문제를 어떻게 제기하는가에 달려 있다"[25]라는 것이다.『헌법론』의 구성과 관련하여서도『입장과 개념들』에서 밝혔던 태도를 참고하는 것이 이해에 도움이 된다. 문제제기에 해당될『헌법론』의 첫 문단은 결론에 해당되는 내용을 선언하듯이 바로 제시하고 있다.

> "'Verfassung'은 다양한 의미를 품고 있는 말이다. 그 일반적인 어의에서 본다면 모든 사람, 모든 사정(Ding), 모든 운영(Betrieb), 그리고 모든 결합(Verein)등 여하튼지 간에 모든 것은 하나의 'Verfassung[조직]' 안에 존재하고, 하나의 가능한 'Verfassung[조직]'을 갖는다. 하지만 이로부터는 특수한 개념이 도출될 수 없다. 이때 'Verfassung'이라는 말이 *국가* 곧 인민의 정치적 통일의 Verfassung에 국한된다면, 하나의 합의(Verständigung)가 가능할 지도 모르겠다. 이러한 한정에서 'Verfassung[헌법]'이라는 말은 국가 그 자체를, 더 정확하게 말하자면 개개의 구체적인 국가를 정치적 통일 내지 국가적인 실존에 대한 하나의 특수하고 구체적인 양식과 형식(Art und Form)으로 묘사할 수 있고, 그런 때에 'Verfassung[헌법]'이라는 말은 정치적 *통일*과 *질서*의 *전체 상태*(*Gesamtzustand*)를 [함께] 의미하게 된다."[26]

이 절의 결론에 해당될 내용을 미리 언급하자면『헌법론』은 '헌법'을 이름에 붙여두고서 '국가(성)'의 방어를 전개한 것이었다.[27]『헌법론』에서의 헌법

---

24) ***VL***, 특히 390-391・㊫ 418-419.

25) ***PB***, 7・㊫ v.

26) ***VL***, 3・㊫ 21. 대괄호 안은 필자의 부연임.

27) 和仁 陽, 教会・公法学・国家: 初期カール=シュミットの公法学, 東京: 東京大学出版会 (1990), 285.

은 전체 상태를 표시하는 하나의 '양식'으로서, 슈미트는 이를 '국가(성)'과 동일한 맥락 위에서 이해되어야 하는 것으로 관철하였다. 다만, 국가가 아니라 '헌법'이 굳이 제목으로 붙은 이유는 그가 무엇보다 국가양식을 결정하는 헌법상의 '정치적'인 구성 원리를 부각시키고 싶었기 때문이었다.[28]

한편으로 『헌법론』에서의 '국가(성)'은 하나의 '상태'로서 천명되고 이에 관한 부연을 슈미트는 구태여 시도하지 않는 것처럼 보인다. 오히려 그는 '헌법' 또한 마찬가지로 하나의 '상태'로서, 다시 말해 당위의 영역에 있는 것으로서가 아니라 사실의 영역에 있는 것으로서 위치 지으려고 노력한다. 이는 제1부에서의 서술에서 두드러진다. 여기서는 헌법개념이 '절대적(absolut)', '상대적(relativ)', 그리고 '실정적(positiv)' 범주에서 각각 정의되고 있다. 슈미트는 개개 헌법률(Verfassungsgesetz)의 집합으로서의 헌법과는 구분되는 하나의 상태로서의 헌법을 '절대적' 헌법으로 특징짓고, 이것이 서두에 이미 표명되어 있는 '국가(성)'과 절대적 동일선 상에 있다고 주장한 것이다.

2. 『헌법론』에서 절대화되는 국가 및 헌법개념의 특징들

1) 독일 관념론에서의 '절대적 동일성'의 원용

절대적 헌법개념의 첫 번째 정의로 슈미트는 절대적 의미에서의 헌법개념은 "한 특정 국가의 정치적 통일과 사회 질서의 구체적인 전체 상태"[29]와 등치되는 것이라고 표명한다. 이와 같은 슈미트의 언명은 앞서 인용한 『헌법론』의 첫 문단을 반복한 것에 지나지 않는다. 다른 부연이 없기 때문에, '절대적 의미에서의 헌법개념'과 등치되어 있다는 점에서 『헌법론』에서 논의될 국가개념 또한 '절대적 의미에서의 상태(*status* in einem absoluten Sinne)'로서 다루어지게 될 것이라는 추측만을 가능하게 한다. 여기서 언급되는 "(한 특정) 국가"의 의미를 가늠하기 위해서는 독일에서 국가개념의 용례가 발전되어 온

28) 슈미트는 자신의 시대의 국법학에서 정치적 구성 원리가 법치국가원리에 비해 등한시되고 있는 점을 특히 문제시하기 위하여 '헌법이론'을 부각하게 되었다고 언급하고 있다. ***VL***, 특히 XIII-XIV · ㊥ 5-6.

29) ***VL***, 4 · ㊥ 22.

과정을 감안할 필요가 있다.

개념사적으로 유럽에서 근대국가의 발전은 동시적으로 균형 있게 이루어졌던 것이 아니기 때문에, 국가라는 용어가 정착되기 이전에 '국가적(staatlich)'인 것을 지칭하는 용례는 다소 넓은 영역에 걸쳐 다양한 양식으로 나타나 있었다. 이를 사례를 통해 대별하여 보면 다음과 같이 정리할 수 있다.

① '지배(Herrschaft)' 및 '정부/공권력(Obrigkeit)': *dominium*, *imperium*, *regimen*, Regierung, Regiment, *rex*, *regnum*, *princeps*, *principatus* 등.
② 언제나 군주에게 귀속되어 있었으며, 특히 13/14세기 이후에는 흔히 신체를 통한 비유로 표현되던 '인민(Volk)': *populus*, *status*, Stände, Landschaft(공간적 의미가 내재된 상태) 등.
③ 일정한 사람들이 군집해 있고 그들의 특정한 법이 영향을 미치는 공간으로서의 '영토(Land, die Landschaft des populus)': *terra*, *territorium*, *provincia* 등.
④ 공적·법적으로 승인된 공동체 전체에서 발생하는 '구체적으로 경험할 수 있는 상호의 이익(der konkret erfahrbare wechselseitige Nutzen, der Gemeinnutz, der gemeine Stand, das allgemeine Beste, das gemeine Wesen)': *res publica*(공물), *bonum commune*, *utilitas publica*, Policey 등.[30]

앞의 개요에 정리되어 있는 것처럼 슈미트는 『헌법론』에서 인민이 정치적으로 통일된 상태 및 '전체로서의 인격'을 강조하는 방향에서 자신의 국가 및 헌법개념을 발전시키고 있다. 이를 고려한다면 슈미트의 국가개념은 개념사적으로 ②의 범주에서의 용례를 염두에 두고 있었던 것이라 짐작된다.

이 경우 ②의 범주로 분류되어 있는 사례인 '*status*'의 독일화 과정을 함께 감안해 볼 필요가 있다. 독일에서는 '*status*', 'Stand'개념이 같은 뿌리를 두고 있던 로망스 어계에서의 용례와는 다르게 'Staat'와 점차 그 의미의 범주가 분리되기에 이르렀다고 여겨진다. 특히 독일어 'Staat'는 정치 영역에 한정되어 독자적인 의미를 획득하게 되었으며, 그에 따라 독일에서는 '*status*', 'Stand'가 '사회'에 귀속되고, 이와 구분되어 'Staat'의 의미 범주가 형성된 것으로 설명

30) Reinhart Koselleck · Werner Conze · Görg Haverkate · Diethelm Klippel · Hans Boldt(Bearb.), "Staat und Souveränität", in: Otto Brunner · Werner Conze · Reinhart Koselleck(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*(Unveränd. Nachdr., 1. Aufl.) *Band 6*, Stuttgart: Klett-Cotta (1997), 7-8의 내용을 요약하여 인용함.

된다. 이러한 개념사의 경향은 19세기 중반 이후 자유주의적인 요청을 불완전하게라도 포함시켜 국가개념을 실증주의적으로 정의하려는 흐름이 주류가 되기 전까지 계속 이어졌다.[31]

이와 같은 과정에서 눈에 띄는 단계는 푸펜도르프(1632~94)에 의해 독일적인 조건에 따라 '*status*'와 'Staat'개념 양쪽에서 의미의 변용이 나타난 것이다. 이는 '절대주의'의 강조로 귀결되었던 것으로 이해되고 있다.[32] 슈미트가 '절대적 상태'라는 의미에서의 헌법에 대한 역사적 개관에서 다름 아닌 이 푸펜도르프를 적극적으로 환기하고 있는 것은 유의미한 부분이다.[33]

〈절대적 의미에서의 헌법개념은 한 특정 국가의 정치적 통일과 사회 질서의 구체적인 전체 상태이다〉라는 슈미트의 명제는『헌법론』의 첫 문단과 의도적으로 순환되게끔 구성되어 있는 것이었다. 따라서 이 경우 헌법은 근본규범 내지 기본법(*lex fundamentalis*)으로서가 아니라 '상태'로서의 국가와 동일한 맥락에서 그 성질이 정의되는 것으로 나타나게 된다.[34] 다시 말해 슈미트의 절대적 헌법개념은 규범이 아니라 사실의 영역에 있는 것으로서, 그 자체가 하나의 실재성을 갖는 것처럼 간주된다.

여기서 절대적 헌법을 국가와 등치하는 논리 구조는 '절대자(das Absolute)'의 현시로서 특징지을 수 있을 독일 관념론에서의 '자기의식'이라고 하는 인식론상의 원리를 원용한 결과로 보인다.[35] 이 인식론은 다음과 같은 과정을 거치며 발전하여 온 것이다.[36] 먼저 칸트가 자아의 단일성에 관한 의식의 원리이자 모든 인식의 근원으로서 전제한 이른바 선험론적 통각(Apperzeption)개

---

31) 여기까지의 상세는 위의 글, 특히 53 이하.

32) 위의 글, 특히 22; Otto Gerhard Oexle · Werner Conze · Rudolf Walther(Bearb.), "Stand, Klasse", 같은 책, 특히 211-212 등.

33) ***VL***, 특히 47-49 · ㉥ 68-70.

34) Martin Pilch, *System des transcendentalen Etatismus. Staat und Verfassung bei Carl Schmitt*, Wien; Leipzig: Karolinger (1994), 15.

35) 언급은 위의 책, 15-17.

36) 독일 관념론에서의 인식론에 관하여 개관은 Hans Jörg Sandkühler · Maciej Potępa · Lothar Knatz(Bearb.), "Die Erkenntnis und das Wissen", in: Hans Jörg Sandkühler(Hrsg.), *Handbuch Deutscher Idealismus*, Stuttgart: Verlag J. B. Metzler (2005), 특히 86-116. 이하 이에 관한 내용은 선별된 우리말 문헌을 중심으로 정리하였다.

념을 제시한 이래,[37] 피히테가 『학문론』에서 이를 비판적으로 수용하면서 '자기동일성'의 원리로서 인식론이 한 차례 체계화되었다.[38] 셸링(1775~1854) 또한 초기에는 피히테와 유사한 방향에서 칸트를 비판적으로 수용하였으면서도 나중에는 피히테의 작업이 주관적인 지적 직관의 영역에 머물러 있다고 보았다.[39] 그리하여 처음에는 '절대적 자아'개념으로부터 동일성을 인식하려는 논의를 전개하다가, 후에 절대자를 전제하고 그것의 해명으로부터 동일성의 인식을 지향하는 '철학함'으로 인식론의 방향을 확장한다. 다시 말해 주관적 영역에서 셸링은 객관적 실재의 영역에로 인식론의 범위를 변증법적으로 확대한 것이다.[40] 이 인식론은 헤겔에 이르면 '절대적 이념'의 단계로까지 고양되는 것으로 평가된다.[41]

이를 구성하고 있는 표지 중 하나인 '절대적 동일성'이 슈미트의 서술의 기저에서도 발견되고 있다.[42] 독일 관념론이 해명하는 위의 '자기의식'의 경로는 동일성의 유무를 확신하게 하는 현상의 단서들을 통해서 각 인식 대상들 간의 동일성을 연역하려는 것이 아니다. 오히려 본질로서의 '절대자'를 전제하고서[43] 이로부터 동일성의 표상을 인식 대상에 '투사'시키려는 것에 가깝다("절대자 자체의 자기전개과정"[44]). 즉, '절대자'를 자기의식의 원천으로 전제하고서 그 스스로가 자신이 무엇인지를 "현시(Auslegung)"[45]한다는 식으로 인

37) 남정우, "칸트의 선험론적 자기의식에 대한 비판적 수용: 피히테와 셸링의 경우", 철학・사상・문화 제9호, 동국대학교 동서사상연구소 (2010. 1.), 22 및 선험론적 통각의 의미에 관한 상세는 특히 23-31.

38) 위의 논문, 특히 38-40; 피히테의 자기동일성의 원리 및 피히테와 셸링 사이의 대립에 관하여 상세로 또한 이재성, "피히테의 후기 선험철학의 관점에서 본 헤겔의 논리학", 철학논총 제79집 제1권, 새한철학회 (2015. 1.), 201 이하.

39) 남정우, 위의 논문, 특히 42;

40) 여기까지 상세는 황준필, "셸링의 절대자 개념과 '철학함'의 문제", 헤겔연구 제43호, 한국헤겔학회 (2018. 6.), 139 이하.

41) 절대자의 자기현시에 관한 헤겔의 이념화에 대한 언급은 김옥경, "헤겔에서 절대자의 자기현시", 헤겔연구 제46호, 한국헤겔학회 (2019. 12.), 특히 38.

42) Martin Pilch, 앞의 책, 15.

43) 김옥경, 앞의 논문, 33.

44) 위의 논문, 38.

45) 'Auslegung'은 '해명'으로도 번역되지만 위의 논문, 33-주 18의 설명이 합당하다고 판단되어 이 논문에서도 '스스로를 내어보인다'라는 의미의 강조를 위하여 같은 저자가 채택한 단어인 '현시'를 인용했음을 밝혀둔다.

식론을 구성한 것이다. 이 경우 인식의 내용은 절대자의 자기현시 또는 자기의 존재 증명 과정과 동일시되는 것이기에, 인간의 활동 너머에 있는 것처럼 간주된다. 하지만 '인식한다'는 것은 결국 인간의 활동이다. 따라서 헤겔을 위시하는 독일 관념론이 해명하려는 인간의 인식 과정은 절대자 자체의 '실존'을 적극적으로 구성하는 방향으로 나타나게 된다.[46]

앞에서 인용한 첫 문단에서와 같이 슈미트는 '정치적 통일', 곧 자신의 국가개념을 하나의 '실존'으로 바로 선언하고 있다. 이로부터 절대자의 자기현시라는 인식론의 단면이 그대로 드러난다. 따라서 헌법개념 또한 이와 '절대적 동일성'의 맥락에서, 하나의 실존하는 '상태'인 국가의 위상과 마찬가지로 사실의 영역에 있는 것으로서 정의되어야 한다는 것이 슈미트에게는 당연한 귀결이었을 것이다. 다음 표현은 이를 압축적으로 보여준다. 곧 "헌법은 [국가]의 '혼(Seele)'이고, 그 구체적인 생명이고, 또 그 개별적인 실존이다."[47] 다만, 이러한 순환 논증 속에서 부각되는 '실존'은 '투사'의 원천으로 상정되는 '절대자'의 실존만을 고려한 것이다. 이에 반해 관심의 대상이 아닌 개개인은 가치를 가지지 않는 것처럼 취급된다.[48] 슈미트가 다루는 실존에는 인간 개개의 실존이 '없다.'

---

46) 위의 논문, 특히 44.

47) ***VL***, 4・㉮ 22; 이와 같은 슈미트의 개념형성의 의도를 파악하는 데 있어서는 아울러 다음과 같은 사실도 염두에 둘 필요가 있다. 곧, 그가 보기에는 여태까지 한 번도 중단되었던 적 없고, 백지상태(*tabula rasa*)였던 적도 없었다고 하는 독일 질서의 구체적인 전체 상태와 결부하여 독일 관념론을 취급하였다는 점이다. 이 경우 독일 관념론은 슈미트의 표현을 빌리자면 독일의 전체 상태를 규범 및 개인주의적인 계약관계로 해체하려 했던 특히 18세기 이후의 조류에 대한 하나의 '저항'의 사례처럼 나타난다. 이에 관한 슈미트의 언급은 ***DRD***, 35-39・㉮ 339-342. 다만, 이러한 맥락에서 칸트에 대한 평가만큼은 부정적이다. 슈미트는 칸트의 이성법을 추상적, 규범주의적인 것으로 간주하였던 바, 그에게서 칸트는 규범주의의 문을 열었던 사람 중 하나가 될 수밖에 없었기 때문이다. 같은 곳.

48) 국가개념의 구성과 관련하여 슈미트가 빌헬름시대에서부터 줄곧 개인은 가치를 가지지 않는 것으로 간주했음을 지적하는 것으로 中道寿一 (김효전 옮김), "칼 슈미트의 「전체국가」의 개념", 독일헌법학설사, 법문사 (1982), 182, 184-185, 186 등 ["C・シュミットの『全体国家』の概念について", ワイマルの崩壊とC・シュミット, 東京: 三嶺書房 (1989), 228, 231-232, 234].

2) 인격으로 환원된 '대표'와의 결부 및 재구성된 민주주의원리의 전제

슈미트는 절대적 헌법개념에 대한 제2의 의미로서 헌법은 "정치적·사회적 질서의 개별적인 양식", "우위와 종속에 관한 구체적인 양식"을 의미하는 것이라고 표명한다.[49] 이쯤에서부터 『헌법론』에서는 국가가 헌법보다 우선시되며, 헌법은 하나의 구체적인 '상태'로 정의되는 슈미트 식의 국가 안에서 발현되는 하나의 구체적 '양식' 내지 '형식'으로 여겨지게 된다. 한편, 구체적인 '상태'라든가 이에 대한 '양식' 혹은 '형식'의 문제 모두 슈미트는 '사실'의 영역에서 영위되는 것이라고 간주한다. 따라서 헌법이론에 관한 그의 논술에서는 자신이 보기에 결코 '구성적(또는 형성적)'일 수 없는 규범적인 원리 부분보다 '정치적'인 원리 부분에 더욱 큰 비중이 실리게 된다.[50]

특히나 슈미트는 구체적인 형식으로서의 헌법을 "제 형식의 형식(Form der Formen, *forma formarum*)"[51]으로 표현하기도 한다. 이는 '현시(Darstellung)'의 방식으로 이루어지는 대표(Repräsentatiton)의 성격이 두드러진 절대주의국가의 '형식성'을 부각하는 것으로서 이해된다.[52] 부연하자면, 대표는 그 방식 차원에서 대표자의 자율성 유무가 문제가 되는 '대리(Vertretung)'와 대표자에 의해 제시되는 표상과 재현의 대상 및 그에 대하여 판단하게 될 피대표자 사이의 복합적이고 불확실한 관계가 문제가 되는 '현시(재현전[53])'가 상호 구별되는 두 축으로 나타날 수 있다.[54] 슈미트가 부각시키는 '대표'의 경우에는 그 본질이 "이미 현존하는 어떤 것의 그림"을 그리려고 하는 데에,[55] 즉 현시처럼

---

49) ***VL***, 4-5·㊥ 23.

50) Martin Pilch, 앞의 책, 17-18.

51) ***VL***, 5·㊥ 23.

52) 和仁 陽, 앞의 책, 특히 286.

53) '재현전(再現前)'은 'Darstellung'의 방식에서의 대표를 가리키기 위해 일본에서 주로 채택하고 있는 표현이다.

54) 이에 대한 언급은 홍철기, "'대표의 허구'에 관한 연구: 토마스 홉스, 칼 슈미트, 한스 켈젠에게 있어서의 대리와 현시의 대표 이론", 정치학박사학위논문, 서울대학교 (2016), 17, 89.

55) Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts", *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*(2. Aufl.), Frankfurt am Main: Suhrkamp (1992), 364: 위의 논문, 88에서 재인용.

보이는 것이다. 슈미트는 대리와 현시 사이에서 균형을 유지하려 하기는커녕 전자에 대하여 후자를 특권화하며 심지어는 후자와 비교해서 전자를 공적·정치적이지 않은 대표방식으로 위치 짓기까지 한다고 평가된다.[56] 거기에서 대리는 의회에 귀속되며, 현시는 바이마르헌법 체제 아래에서는 라이히대통령에게 '배타적'으로 '부여'되듯이 나타나기에 이른다는 것이다.[57]

슈미트의 논리는 현시로서의 대표에 강조점을 두고 있다. 이와 관련하여 『헌법론』의 '제16장'이 유의미하다는 지적이 있다. 이에 따르면, 제16장은 '부르주아적 법치국가와 정치형태'라는 표제 아래 대표를 '동일성(Identität)'과 함께 '정치형태(politische Form)'에 관한 두 원리로 대립시키면서 그 특징을 서술하고 있다. 그리고 결론에서는 라이히대통령을 의회의 대항물로 특정하면서 '이미' 현존하는 특정 대상에 대한 '표상'을 제시하는 자로 정립시킨다. 이와 같은 제16장의 표제는 전에 발표했던 『로마 가톨릭주의와 정치형태』를 떠올리게 하며, 그 내용을 병렬로 연결하고 있는 것처럼 보인다. 실제 『헌법론』 제16장의 내용은 슈미트가 로마 가톨릭 교회를 분석하면서 강조했던 '절대주의적인 형식성'을 세속화된 국가에도 요구하는 것으로 해석된다는 것이다.[58]

슈미트는 로마 가톨릭 교회의 구조를 "교황에게 결단 능력을 집중시킨" 것으로 포착하면서도 이를 단순하게 군주정이 아니라 "[현시]의 질서로 규정"하였다.[59] 이렇게 함으로써 그는 "강도 높은 결단주의적, 권력집중적인 구조를 갖는" 교회의 이미지를 유지하는 한편으로 가톨릭의 독자성을 군주정·귀족정·민주정과 같은 고전적인 정치체제들과 양립할 수 있는 하나의 질서원리(='*complexio oppositorum*: 대립물의 복합체')로서 정립해 내었다.[60]

> "(…) 로마 가톨릭 교회가 품지 아니하는 대립물은 존재하지 않는 것 같다. 오랫동안 교회는 모든 국가형태와 통치형태를 그 안에서 통합한 점을 치켜세워 왔고, 그 수장이 추기경들의 귀족제로부터 선출되면서도 — 뒤팡루가 명확하게 말하고 있는 것처럼 — 아브루첸의 목동 또한 그 신분과 상관없이 저 전

56) 이와 같은 지적은 위의 논문, 90.
57) 이와 같은 지적은 위의 논문, 91.
58) 여기까지의 지적은 和仁 陽, 앞의 책, 274.
59) 위의 책, 252.
60) 위의 책, 253.

제적 주권자가 될 수 있을 만큼 민주적이기도 한 전제적 군주제임을 내세워왔다. (…) 가톨릭의 무궁무진한 모호성은 다른 한편으로는 매우 엄밀한 교의에, 그리고 교황의 무류성에서 정점에 달한 결단에 대한 의지에 결합한다."[61]

슈미트에 따르면 이 '대립물의 복합체'는 현시로서의 대표의 원리를 엄격하게 관철하는 것에 근거를 둔다.[62] 이러한 개념형성을 토대로 슈미트는 민주정의 형태를 인정하면서 동시에 자신의 '대표'이념의 가치를 유지할 수 있는 길을 열었던 것이다. 다른 한편으로 그는 받아들일 수밖에 없었을 혁명 이후의 상태를 대표와 대립하는 개념인 '동일성' 안에서 포착했다.[63] 그러면서 이들 관계를 단순히 배타적으로 두지 않고, '공존'이 가능할 정도로 그 대립을 완화시키려 했다.『헌법론』제16장의 의도는 바로 여기에 있다. 이는 '동일성' 개념이 대폭 자신의 자리를 '양보'하여 만들어 낸 공존이었다. 현실적 동일성(현실에 존재하는 인간의 무리와 일치하는 형태라는 의미에서)만으로는 결코 정치적 통일이 '현시'될 수 없고, 이는 반드시 (구체적) '인격(Person)'[64]을 통하여야 가능하다는 것이 슈미트의 결론이기 때문이다.[65]

슈미트는 의회주의가 발전하는 과정에 반비례하게 법학은 '대표' 그 자체와 대표개념을 구성하는 요소들에 대한 이해로부터 멀어지게 되었다고 주장하였다.[66] 그러므로 의회는 슈미트 식의 '인격'으로 환원된 대표개념에 부합할 수 없는 것이었다. 그의 헌정사에 관한 설명에서 의회(제)는 정치적 통일의 유일한 '대표자'였던 절대군주의 대립물로 등장한다.[67]『헌법론』의 특히 제16장에서 슈미트는 이 발전의 방향을 뒤집는다. 이에 따라 바이마르헌법이 라이히 대통령의 지위를 의회에 대한 강력한 '균형추'로서 규정하고 있음을 강조하는

---

61) Carl Schmitt, *Römischer Katholizismus und politische Form*(7. Aufl.), Stuttgart: Klett-Cotta (2019), 11-12, 14・㊫ 김효전 옮김, "로마 가톨릭주의와 정치형태 (1925)", 헌법과 정치, 산지니 (2020), 50, 51.

62) 위의 책, 14・㊫ 51.

63) 이와 같은 지적은 和仁 陽, 앞의 책, 265.

64) 언급은 Carl Schmitt, 앞의 책, 35-36・㊫ 60.

65) 이와 같은 지적은 和仁 陽, 앞의 책, 276; 유사한 취지로 Martin Pilch, 앞의 책, 139-144.

66) Carl Schmitt, 앞의 책, 43・㊫ 63.

67) ***VL***, 218-219・㊫ 239.

동시에, '전체를 대표하는 인격'으로서의 대통령의 위상을 부각시킨다.[68]

더불어 슈미트는 로마 가톨릭 교회가 "절대주의국가의 전형"[69]에 해당되는 것으로서 취급했다. 여기까지의 서술을 종합하면, 국가를 '절대적 의미에서의 상태'라고 하였을 때 슈미트가 염두에 두었던 것은 '절대주의(국가)'의 표징이었을 것임이 충분히 짐작 가능하게 된다.

한편, 이미 언급한 것처럼 슈미트는 '동일성'이 대표와 함께 정치형태를 구성하는 다른 한 원리라고 거론하면서 그 의의를 대표에 대립시켰다.[70] 따라서 위와 같은 대표의 의의에 관한 구성과의 정합성을 위해 그는 동일성의 원리에 합치된다는 '민주주의'[71]의 의미를 그 역사적·사상적 성취와 분리시켜 재구성하는 작업을 빼놓지 않았다.[72] 이는 특히 '갈채(*acclamatio*)'[73] 민주주의로 요약될 수 있다.

『헌법론』에서의 민주주의에 관한 서술은『현대 의회주의의 정신사적 상황』에서 단서가 제시되고『국민투표와 국민발안』에서 한 차례 정리된 정식을 그대로 가져온 것이다. 재구성은 '인민(Volk)'의 구별로부터 출발한다. 슈미트는 '인민'이 '자연적으로 현존하는 인민(natürliches Vorhandensein)'과 '정치적으로 통일된 상태에 있는 인민'으로 구별된다고 보았다.[74] 후자는 '국민(Nation)'과 바꾸어 쓰여도 무방하다. 그에게서는 이른바 '동질성(Homogenität)'을 발견할 수 있는 통일체 내에 존재하는 인민만이 '민주주의'와 관련하여 고려될 수 있

---

68) ***VL***, 특히 220·㊫ 240-241.

69) 和仁 陽, 앞의 책, 258.

70) ***VL***, 특히 204-206·㊫ 224-226.

71) ***VL***, 223·㊫ 245.

72) 이에 관하여서는 ***VL***, 223 이하·㊫ 245 이하.

73) ***VL***, 특히 243-244·㊫ 266.『헌법론』에서 거론되는 '갈채'는『국민투표와 국민청원』에서 이미 한 번 강조되었던 것으로, 슈미트는 신학자 에릭 페터존(1890~1960)의 연구와 루소에 대한 해석으로부터 "민주주의의 근원적 현상"으로서의 갈채에 주목하게 되었다고 밝히고 있다. Carl Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie* (Neuausgabe mit Korrekturen), Berlin: Duncker & Humblot (2014), 특히 51-53·㊫ 김효전 옮김, "국민표결과 국민발안 (1927): 바이마르 헌법의 해석과 직접 민주주의론에 관한 기고", 앞의 책, 161-162.

74) ***VL***, 212·㊫ 233.

는 대상이었다.

『현대 의회주의의 정신사적 상황』에서 슈미트는 "이질적인 것의 배제 또는 절멸"이 민주주의가 필연적으로 필요로 하는 것임을 특히 강조한다.[75] '동질성'은 이로부터 구성될 수 있는데, 그 과정에서 슈미트가 원용하는 것은 루소의 '일반의지'이다. 그렇지만 슈미트가 루소에게서 받아들이는 것은 의제로서의 '추상화된 인민의 의지'를 합리화하기 위한 부분뿐이다. 슈미트의 논리에서는 '이미' 존재하는 의사의 일치를 들어, 오히려 사회계약이 무소용하다는 결론으로 나아가게 되기 때문이다.[76] 루소의 개념을 필요한 만큼만 원용하면서 슈미트가 '실질적' 동질성을 도출하는 과정은 사실 '통치자와 피치자의 동일성'이라는 의제를 충족시키기 위한 동일'화'의 논리와 다르지 않다.[77] 질적인 차이가 없는 '동종성(Gleichartig)'도 같은 맥락에서 언급된다. 이미 뢰비트는 슈미트가 구성한 동질성 혹은 동종성이 '주권적으로 결정하는 자(지도적인 위치에 있는 자)'와 그에 '종속되는 자' 사이의 분리가 불가피하다는 데에 따라 발생할 '평등의 요구'를 회피하려는 시도에 불과할 뿐이라고 지적한 바 있다. '평등(성)'을 대체하려는 개념처럼 '실질적' 동질성이 고안되었다는 것이다.[78]

따라서 슈미트 식으로 구성된 '민주주의'에서는 평등의 의미도 보통 민족에 한정되는 단위적 차원에서의 평등에 한정될 뿐 누구든지 다수파가 될 수 있는 기회의 평등이나 당파적 평등까지 모두 포함될 수 있는 것이 아니었다.[79]

---

75) ***GP***, 14・㉮ 24.

76) 이에 관하여서는 ***GP***, 19-23・㉮ 31-38.

77) 동일'화'에 강조점을 두는 방향으로 슈미트의 민주주의이론이 구성되는 과정에 관하여 상세는 松本彩花, "カールシュミットにおける民主主義論の成立過程: 第二帝政期からヴァイマル共和政中期まで", 법학박사학위논문, 北海道大学 (2017), 76 이하.

78) Karl Löwith, "Der okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt (1935)", in: Klaus Stichweh・Marc B. de Launay(Hrsg.), *Karl Löwith Sämtliche Schriften Band 8. Heidegger – Denker in dürftiger Zeit: Zur Stellung der Philosophie im 20. Jahrhundert*, Stuttgart: J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung (1984), 특히 54-55.

79) Otto Kirchheimer, "Bemerkungen zu Carl Schmitts »Legalität und Legitimität«", in: Wolfgang Luthardt(Hrsg.), *Otto Kirchheimer. Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*(2. Aufl.), Frankfurt am Main: Suhrkamp (1981), 114, 116; 평등에 있어서는 평등의 '실질', 곧 민족적 동질성이 문제가 될 뿐이

'인민'에 의한 정치적인 의사 형성도 슈미트의 논리 내에서는 '아래에서부터 위로'의 방향으로 이루어지는 것이 아니다. 그는 이미 일치된 의사가 존재하고 있음을 전제하며, "공공성의 영역에서만 존재할 수 있는 인민"[80]이 '갈채'를 통해 이에 대한 가부만을 표시할 수 있을 뿐이라고 주장한다.[81] 『헌법론』에서 강조되고 있는 '국가(성)'은 이와 같이 재구성한 '민주주의'를 전제로 하면서, 인격으로 환원된 '대표'원리에 결부되어 있다.

3) 국가와 헌법에 대한 실존적, 배타적 성격의 부여

절대적 헌법개념에 대한 제1, 2의 의미는 하나의 '상태'를 가리키는 것으로서 정태적인 성격을 띤다. 이어서 슈미트는 제3의 의미로 헌법은 "정치적 통일의 동적 형성(dynamisches Werden) 원리"[82]를 또한 의미할 수 있다고 정의하여 절대적 헌법개념에 동태적인 성격을 부여한다. 단, 헌법의 위상은 여전히 사실의 영역 내에 있다. 제3의 의미만을 놓고 본다면, 슈미트의 태도가 겉

라는 취지가 드러나는 슈미트의 대표적인 언급으로는 ***GP***, 특히 13 이하·㉮ 23 이하.

80) ***VL***, 243·㉮ 266.

81) 특히 '인민'의 의사형성 및 그 표시를 문제 삼았던 『국민투표와 국민청원』에서 슈미트는 인민이 ① 특정한 정치적 범주에서의 정치적 생활의 표준적 담지자(maßgebender Träger)로서, ② 적과 동지의 구별을 인식하는 한에서 인민의 결정은 항상 옳은 것으로서 추정되고, ③ 관계 당국으로서의 기능을 가지지도, 통치하지도 않으며("Volk sind eben diejenigen, die *keine* behördlichen Funktionen haben, die *nicht* regieren"), ④ 인민의 의사는 '갈채'를 통해 진정으로 표시될 수 있으므로 이를 포기하는 국가는 존재할 수 없다("국민 없는 국가란 없듯이, 갈채 없는 국민도 없다")고 강조하고 있다. 이와 같은 정치적 의사 형성의 주체로서의 '인민'에 대한 슈미트 식의 징표는 바이마르헌법 제73조 내지 제76조에 들어 있는 표현인 '국민'에 대한 반발을 의미하는 것이다. 슈미트가 보기에 헌법 규정상 투표하는 '국민'은 "집에 머무르고 있는 그러한 국민"을 의미하는 것이고, 청원하는 '국민'은 "각 당국 조직 및 편성되어 있는 주무기관과 대립"하고 있는 상황에 놓이게 되므로 이들이 조직적으로 그 요구를 관철하는 때 국민에 관한 고전적 관념으로부터는 오히려 멀어지게 된다는 것이다("지체 없이 국민으로 있는 상태가 중단된다"). 더불어 ④는 비밀투표 및 표결 절차에 대한 반발의 귀결로서, 슈미트는 소집된 국민으로부터의 특수한 가능성(예컨대 공공의 심의에서의 동의 또는 거부 의사의 표시)을 파기한다는 점에서 동 절차는 전형적으로 자유주의적인, 그 때문에 민주주의적인 인식에서는 오류가 나타날 수밖에 없는 것이라 주장하며 그 대항개념으로 '갈채'를 제시했다. Carl Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren,* 49-60·㉮ 160-165.

82) ***VL***, 5·㉮ 24.

보기에는 예컨대 한 국가의 헌법을 "그 조직[과 함께] (…) 인간의 의사 행위를 통하여 끊임없이 갱신되는 정치적 존재 상태의 형상 또는 구조"[83]로서 파악하였던 헤르만 헬러의 그것과 유사하게 느껴질 수도 있다. 하지만 슈미트가 구성한 국가개념의 특징은 헬러와 전적으로 대치된다. 즉, 헬러는 국가를 '기능적'인 차원에서만 정의하고자 하고 여기에 그 어떤 메타적인 성격을 부여하려고 하지 않으며 따라서 사회를 조직하는 구체적인 개개인을 넘어서는 하나의 실재(Realität)로서의 국가개념을 결코 인정하지 않지만, 슈미트는 역으로 '위에서부터' 실존적인 국가개념을 형성했던 것이다.[84] 그가 '사회계약'[85]과는 다른 국가형성의 원리를 강조했던 이유 또한 이러한 대조로부터 발견된다.[86]

위의 세 의미 모두는 헌법을 사실의 영역 내에 있는 것으로서 정립하고 있다. 이에 더해 슈미트는 제4의 의미로 "헌법은 한 덩어리의 순전한 당위(ein bloßes Sollen)"[87]라고 천명한다. 이렇게 하여 절대적 헌법개념의 실존적 성격을 유지하면서, '규범성'을 그 구성 요소 안에 포함시키려 한 것이다.[88] 이러한 의미에서 절대적 헌법개념은 그 자체로 '완결되어 있는 하나의 통일체'로서의 헌법, 곧 '전체'로서의 헌법과 등치된다.[89] 이는 규범성을 띠며 실재하는 헌법으로서, 개개의 (헌)법률과 구분되는 것이다.[90]

---

83) Hermann Heller (홍성방 옮김), 국가론, 민음사 (1997), 353 [*Staatslehre*, in: Christoph Müller(Hrsg.), *Gesammelte Schriften*(2. Aufl., durchges., um ein Nachw. erw.) *Band 3*, Tübingen: J. C. B. Mohr (1992), 361]: Martin Pilch, 앞의 책, 19-20에서 재인용 및 일부 구절을 생략하여 인용함; 그러나 겉으로는 유사하게 보여도 두 사람은 정치의 '형성적'인 성격을 받아들이는 데에서 극명하게 대립하였다. 김학진, "법정에 선 헤르만 헬러: '사회적 법치국가'로 귀결되는 헬러의 헌법이론과 헌법해석에 관한 의의의 검토", 민주법학 통권 제82호, 민주주의법학연구회 (2023. 7.), 특히 168-169, 176-177.

84) 여기까지의 부연은 Martin Pilch, 위의 책, 18-20.

85) 곧, 슈미트가 보기에는 하나의 '백지상태', 질서 내지는 공동체가 전혀 존재하지 아니하는 상태로부터 국가의 성립을 해명하고 있는 것. ***DRD***, 34-35・㊫ 339.

86) Martin Pilch, 앞의 책, 20. 앞의 개요의 ③의 내용도 이와 같은 맥락에 있는 것이다.

87) ***VL***, 7・㊫ 26.

88) Martin Pilch, 앞의 책, 21-22.

89) ***VL***, 7・㊫ 26.

90) 위와 같은 곳.

특히 절대적 헌법개념에 대한 제4의 의미에서 주목할 부분은 설명의 '방향'이다. 여태까지 '절대적 동일성'의 관점에서 국가개념으로부터 헌법개념이 연역되고 있었다면('국가 = 헌법'), 제4의 의미에서는 그 방향이 반대가 되어 '헌법 = 국가'라는 등식이 제시된다.[91] 이로써 슈미트가 도출하려는 것은 "이러한 의미에서 헌법을 '주권적(souverän)'이라고 부를 수도 있다"[92]라는 점이다. 이 경우에 절대적 헌법개념은 국가에 법적 성격을 '부여'하는 계기처럼 작용하는 것으로 특징지어진다.[93] 이 과정을 통하여 슈미트는 규범성을 띠며 실재하는 헌법이 국가와 더불어 사실의 영역에 존재하면서도, 국가를 당위의 영역으로 견인할 수 있는 것과 같이 만든다. 이로써 헌법의 실존적인 성격을 폐기하지 않은 채 여기에 '법'으로서의 규범성까지 부여할 수 있게 되었던 것이다.

슈미트는 위와 같은 취지로 절대적 헌법개념을 설명하면서 같은 문단 안에서 이것을 "근본규범(Grundnorm)", "제 규범의 규범(Norm der Normen)"이라고 지칭하기도 한다.[94] 이는 다분히 켈젠을 의식한 표현이다. 켈젠은 이론의 '순수성'을 유지하기 위하여 그 안에서 실정법 체계에 대한 인식의 출발점으로 근본규범을 제시하였으며, 특별한 부연 없이 이 근본규범은 순수법학의 "가설적 근거(hypothetische Grundlage)"[95]이자 "전제된 규범(vorausgesetzte Norm)"[96]이라고만 기술하였다. 슈미트는 '근본규범'을 켈젠의 용례와 반대되는 맥락에서, 게다가 "헌법을 주권적이라고 부를 수도 있다"라고 천명하고 있는 문단 안에서 언급한다. 이렇게 하여 켈젠 유파의 국법학 이론이 특히 헌법의 주권적 성질이나 그 발현의 계기를 배제하고 있는 온당치 못한 측면이 있는 이론이라고 간접적으로 비판한 것이다.[97] 이러한 슈미트의 논의에 따라, 한 덩어리의 전체로서의 '헌법'이 헌법 규정을 포함한 여타의 규범들로부터 구분되기

---

91) 위와 같은 곳.
92) 위와 같은 곳.
93) 위와 같은 곳.
94) 위와 같은 곳.
95) Hans Kelsen (윤재왕 옮김), 순수법학: 법학의 문제점에 대한 서론, 박영사 (2018), 89 [in: Matthias Jestaedt(Hrsg.), *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*(Studienausgabe der 1. Aufl.), Tübingen: Mohr Siebeck (2008), 77].
96) 위의 책, 94 [82].
97) 같은 취지로 Martin Pilch, 앞의 책, 22; ***VL***, 7-9・㉯ 26-28에 걸쳐 있는 주석에서는 아예 켈젠을 직접 언급하면서 비판하고 있다.

에 이른다. 즉, 헌법개정라이히법률에 의해 개폐가 가능한 개개의 헌법률로부터 실존적인 '헌법'이 개념적으로 완전하게 분리되는 것이다.

슈미트는 헌법개정라이히법률에 의해 개폐가 가능한 헌법률을 절대적 헌법개념과 엄격하게 구별하면서, 이를 "상대적 의미에 있어서의 헌법"으로 단정한다.[98] 그의 논리에서 이는 '헌법'이 내포한 모든 규정을 무차별적으로 동일하게 형식화·상대화시키는 것으로, 소극적인 개념으로 특정된다. 이러한 헌법률들을 일반화·추상화하거나 헌법률의 단순한 집합을 가지고서 헌법개념의 체계가 구성되는 것을 슈미트는 결코 허용하지 않았다. 따라서 상대적 헌법개념은 '수직적'으로 절대적 헌법개념의 '하위'에 놓이게 된다.[99]

이와 함께 일반적 입법과 유사하지만 가중다수결과 같은 특정한 요건에 의해 구별되는 헌법개정입법은 저 전체로서의 '헌법'의 무차별적인 형식화·상대화와 결부된다. 아무 제한 없이 헌법개정입법을 용납함에 따라, 헌법 그 자체는 정당정치적인 타협 앞에 그대로 방치되고 말았다는 것이다.[100] 슈미트는 이 의회의 헌법개정입법을 "위작적 주권행위(apokryphe Souveränitätsakte)"라고 비판적으로 취급하면서 『헌법론』의 문제의식의 큰 줄기로 삼고 있었다.[101] 실존적이며 주권적이라고 부를 수도 있다고까지 천명되었던 절대적 헌법개념과는 다르게, 상대적 헌법개념은 국가 또는 국가적인 차원에서만 영위 가능한 주권 작용으로부터 완전하게 이격되어 있는 것처럼 파악된다.

4) 국가 그 자체의 '주체성'의 확보

슈미트는 실정적 헌법개념을 절대적 및 상대적 헌법개념과 구별하며, 이를 "정치적 통일의 양식과 형식에 관한 전체 결정으로서의 헌법"[102]이라고 부연

---

98) ***VL***, 11·㊫ 31.

99) 여기까지의 부연은 Martin Pilch, 앞의 책, 24-27.

100) ***VL***, 특히 16-20·㊫ 35-40.

101) 특히 순수한 주권행위와 구별되어야 하는 것으로서, 입법의 방식으로 헌법을 개정할 수 있음을 규정한 바이마르헌법 제76조와 결부하여 의회의 '위작적 주권행위'의 문제를 직접 언급하는 부분으로 ***VL***, 106-109·㊫ 130-132.

102) ***VL***, 20·㊫ 41.

한다. 결정이라는 '행위'의 측면이 강조되어 있다는 점에서 이는 의회의 위작적 주권행위에 대비되는 개념으로 판단된다.

실정적 헌법개념은 특수한 성질을 띠고 있다. 슈미트에 따르면 이는 "*헌법제정권력의 행위*에 의해 성립"[103]되며 기초적이고 정치적인 결정(grundlegende politische Entscheidung) 그 자체와 등치된다.[104] 실정적 헌법개념은 헌법을 형성하는 '행위'의 관점에서 다루어지고 있으므로, 논리적으로 다른 헌법개념의 하위 범주에 놓이게 되는 것이 아니다. 오히려 절대적 헌법개념과 상대적 헌법개념을 '매개'한다고 하는 수준의 위상을 갖고 있는 것으로서 실정적 헌법개념의 성질이 파악된다.[105] 또한 앞의 절대적 헌법개념의 제4의 의미가 국가에 법적인 성격을 부여하는 계기로서의 헌법을 의미하는 것에 비하여 실정적 헌법개념은 '스스로 제정될 수 없는'[106] 헌법이 생성 및 통용될 수 있는 계기를 가리키는 것으로 이해된다.

피히테 이래 스스로(를) 생성할 수 있는 능력을 가진 모든 것은 단순한 실체로서만이 아니라 '주체(Subjekt)'로서 간주되어 왔다.[107] 슈미트가 행위능력 있는 인민의 전제로 삼았던 '정치적 통일'[108]은 『헌법론』의 첫 문단에서 또한 국가와 등치하고 있는 것으로서도 선언되어 있다. 이에 따라 실정적 헌법개념의 구성으로부터 국가의 '주체성' 곧 행위능력 있는 국가도 부각되고, 스스로(를) 창출할 수 있는 국가가 주권적이라는 주장까지 도출될 여지가 생긴다. 이렇게 행위능력 있는 '주체'라는 측면이 강조되는 국가는 그 자신의 발생이나 작용에 관한 범위 등을 스스로 결정할 수 있는 이른바 능산적 자연(*natura naturans*)으로서도 묘사될 수 있다. 소산적 자연(*natura naturata*)에 유비될 '하나의 법인격으로서의 자기 자신'을 창출하는 능산적 자연으로서의 국가개념이 도출 가능하게 되는 것이다.[109]

---

103) ***VL***, 21 · ㊥ 41.
104) ***VL***, 23 · ㊥ 43.
105) Martin Pilch, 앞의 책, 특히 27-29.
106) 언급은 ***VL***, 특히 22 · ㊥ 42.
107) Martin Pilch, 앞의 책, 28-29.
108) 앞의 개요의 ② 참고.
109) 여기까지의 부연은 Martin Pilch, 앞의 책, 특히 28-34.

환언하면 실정적 헌법개념은 바로 '주권적'일 수 있는 '국가'가 자신의 발생 및 그 작용 범위를 스스로 결정하는 순간을 논리적으로 표현한 것이다.[110] 슈미트는 이와 같은 의식적인 "실존적 결정"이 먼저 이루어진 후에야 비로소 결정된 구체적 상태로부터 후속 (헌)법률들에서 사용될 개념의 내용이나 의의가 또한 정해질 수 있다고 주장한다.[111] 이러한 맥락에서 실정적 헌법개념의 '매개'에 의하여 절대적 헌법개념이 상대적 헌법개념과 연결되는 것처럼 나타나고 있는 것이다.

3. 『헌법론』에서의 절대화 작업의 의도

『헌법론』에서 절대화된 국가 및 헌법개념의 특징들을 감안하여 본다면, 이에 관한 슈미트의 의도를 다음과 같이 판단할 수 있다. 즉, 슈미트는 혁명 이데올로기가 강렬하게 표출된 이후에 하나의 관행처럼 나타났던 '인민'의 이름을 앞세우는 헌법 성립의 경향에 수긍한다.[112] 그러면서도 바로 이 인민의 의미를 자신의 의도에 맞게끔 한정하여, '혁명 이전'의 조건이나 양식을 변화된 현상에 적극적으로 끌어올 수 있게 만드는 "도관(導管)"[113]처럼 작용할 수 있는 국가와 헌법개념을 구성한 것이다.

『헌법론』이 '헌법'을 이름에 붙여두고서 '국가(성)'의 방어를 전개한 것이었다는 평가처럼,[114] 민주정이라는 변화된 헌법현실에서도 슈미트의 논리 안에서는 이미 존재하여 왔던 하나의 특수하고 구체적인 '상태'로서의 국가, 무엇보다 "한 번도 중단된 적 없었던"[115] 독일의 '전체 상태'[116]는 폐지되지 않고 오히려 본질처럼 강조되고 있다. 슈미트에게 "정치적 통일은 하나의 '헌법이

---

110) 위의 책, 특히 32-33.
111) ***VL***, 특히 23・㊫ 43.
112) 和仁 陽, 앞의 책, 281.
113) 위와 같은 곳.
114) 위의 책, 285.
115) ***DRD***, 35・㊫ 339.
116) 슈미트가 취급했을 독일의 '전체 상태'의 의미에 관하여서는 바로 다음 항에서 부연한다.

제정'되어서야 비로소 나타나는 것이 아니"었다.[117] 오히려 "국가, 곧 인민의 정치적 통일이 계속되고 있는 상태에서 기초적으로 새로운 형식[헌법]도 도입될 수 있는 것이다."[118] 바이마르헌법이 제정됨에 따라 '새로운' 국가가 성립된 것이 아니라, '국가(성)'이 존속하고 있는 상태에서 현재는 바이마르헌법이라는 한 양식이 채택된 것일 뿐이라는 이야기이다. 국가 및 헌법개념에 대한 『헌법론』의 귀결점은 바로 여기에 있다.[119]

이러한 논리 구성에서는 헌법에 어떠한 변동이 발생하더라도, 계속되는 '국가(성)'은 항상 자명한 것으로서 전제할 수 있게 된다.[120] 슈미트의 방점은 의식적으로 이어져 오는 '국가(성)'에 찍혀 있었고, 헌법은 이와 '절대적 동일성'의 맥락 위에서 포착되(어야 하)는 것이자 그 이념을 유지하게 하는 형식으로서 정의되었던 것이다. 다만, 슈미트가 부각하는 '국가(성)', 특히 독일에 이미 존재하여 왔다고 하는 특수하고 구체적인 '상태'가 무엇을 의미하는지는 아직 분명하지 않다. 이를 파악하기 위해서는 『헌법론』의 마지막 장에서 강조되고 있는 '연방'개념으로부터 그 단서를 찾아서 다른 작업과 대조할 필요가 있다.

Ⅱ. 슈미트가 강조하는 '국가(성)'의 의미

『헌법론』은 다음과 같이 매듭짓고 있다. 곧, 헌법개정라이히법률에 의한 연방국가적인 구성부분의 제거는 위헌적이고, 이는 '헌법제정권력'의 행위에 의해서만 가능하다는 것이다.[121] 마지막 문단은 『헌법론』의 기점이 되었던 앞의 국가개념과 헌법개념에 대한 정의로부터 수미일관하게 자신의 논리를 밀어붙인 결과였다. 환언하자면, 슈미트는 독일이 가지고 있다고 생각하는 (특수하고 구체적인) '전체 상태'의 '계속'을 종국에까지 부각하였던 것이다.

슈미트는 ① 역사상으로 독일에서의 '연방'개념은 통일된 국가의 보장을 위

117) ***VL***, 21・㉮ 41.
118) 위와 같은 곳・㉮ 42.
119) 전형적으로 ***VL***, 95-97・㉮ 118-120. 이에 관하여서는 바로 다음 항에서 부연한다.
120) 유사한 취지로 和仁 陽, 앞의 책, 특히 283-286.
121) ***VL***, 390-391・㉮ 418-419.

한 장치와 다르지 않은 것이었고, ② 특히 오스트리아와 문제되었던 외부적인 이원주의를 1866년에 일단 제거하면서 '프로이센'은 하나의 완결된 국가의 전형과 같이 자리매김하였으며, ③ 그럼에도 여전히 내부적으로는 극복하기 어려웠던 헌법구성상의 이원주의에 맞서 프로이센은 바로 '연방'의 어법을 가지고 독일의 '전체적인 표상'을 유지할 수 있었다고 일관되게 주장하여 왔다. 바이마르헌법은 프로이센이 사용한 연방의 어법을 제거하려는 데에서 출발한 것처럼 보이나 슈미트가 느끼기에 헌법현실에서 '연방'개념은 아직도 자신의 존재감을 그대로 드러내고 있었다.[122] 이러한 주장은 '국가(성)'의 '계속'이라는 관점에서 당연하게 도출될 것이었다. 따라서 슈미트에게 있어 '국가(성)'을 보장하는 연방에 관한 내용은 헌법개정라이히법률, 곧 주권을 보유하는 하나의 실체[Souverän]가 '아닌' 의회의 행위에 의하여 변경/폐지되어서는 안 되고 또한 그렇게 될 수 있는 것도 아니었다.

이미 언급한 바와 같이 『헌법론』에서는 의회의 '위작적 주권행위'가 전체로서의 헌법을 무차별적으로 '상대화'하고 있다고 기술하면서 이를 강력하게 비판하고 있었다. 이러한 태도는 '(헌법개정)입법자'에 의한 헌법의 침훼를 무조건적으로 긍정했던 바이마르 국법학의 지배적인 학설에 맞서서, 슈미트가 헌법침훼의 권능을 곧바로 "주권의 소재를 결정하는 식별 기준"으로서 위치 지으려 했던 것과도 연관된다.[123]

제2장에서 살펴보았던 1932년 10월의 헌법쟁송에서 원고 측은 바이마르 국법학의 지배적인 학설의 연장선에서 입법자 외의 기관이 임의로 헌법(규정)을 침훼할 수 없다고 주장하였다.[124] 이와 정반대의 입장에서 슈미트는 입법자의

---

122) 여기까지 인용한 전형적인 서술은 ***PB***, 218-222・㊫ 275-280; 『헌법의 수호자』에서의 서술의 전형으로는 ***HV***, 특히 94-96・㊫ 131-134 등. 아울러 국사재판소의 운용은 (불가피하게) '연방주의적인 기초' 위에 이루어졌고, 이는 다원주의의 도구처럼 국사재판소가 이용되는 것을 회피하려고 했던 것으로서 이해된다고 하는 슈미트의 판단 또한 본문에서의 맥락과 같이 강조되는 '연방'개념과 관련되는 것이다. ***HV***, 특히 62, 69-70・㊫ 88, 97.

123) 岩間昭道, 憲法破毀の概念, 東京: 尚学社 (2002), 162. 헌법개정입법자에 의한 헌법침훼를 쟁점으로 삼았던 학설들의 전개에 관한 상세는 같은 책, 159 이하.

124) 곧, 헌법(규정)의 불가침설(Unantastbarkeitslehre). 이에 대한 사건에서의 공방은 Arnold Brecht(Mitwirkender), *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17.*

'위작적 주권행위'를 들어 의회에 의한 무제한적인 헌법침훼의 가능성을 비판하여 왔던 것이다.

슈미트에게 바이마르의 헌법현실에서 정치적 통일을 '가시화'할 수 있는 기관은 사적 이익에 종속된 바이마르의 의회가 아니었다.[125] 의회에 대한 강력한 균형추이자 민주적 정당성에 기초하고 있는 라이히대통령만이 자신의 주장에 부합하는 '국가(성)'의 담지자가 될 수 있었다. 무엇보다 슈미트에게 "주권의 진정한 표지(Kriterium)"[126]와도 같았던 헌법 제48조는 그 권한의 진정한 주체로서 라이히대통령만을 규정하고 있다. 따라서 그의 입장에서는 헌법침훼의 권능이 입법자가 아니라 라이히대통령에게만 인정될 수 있는 것이었다.

한편, 제48조를 놓고 슈미트는 "기존 헌법을 보호하고 방어하는 목적에 봉사"[127]하는 조항이라고 해석하였다. 다만 지금까지의 부연을 통해서도 짐작할 수 있듯이 보호와 방어의 대상이 되는 '기존 헌법'은 개개 헌법률적 규정들의 종합이 아니라 전체로서의 '헌법'이다.[128] 그리고 이 '헌법'과 절대적 동일성의 맥락 위에 있는 '국가(성)'만이 동 조항에 대한 슈미트의 해석에서 고려될 수 있는 문제였다.

그렇다면 슈미트가 관심을 둔 '국가(성)'은 어디에 있는가? 그것은 앞서 '연방'개념에 관한 서술에서 줄곧 강조되고 있는 '프로이센', 곧 구 제국과 직결된다. 그에 따르면 1871년에 이미 독일 국민이라는 자각 안에서 정치적인 실존에 관해 의식적인 결정이 한 번 이루어졌다. 이렇게 승인된 '1871년'의 상태를 바이마르헌법은 부정하지 않았고, 그 의사의 '연속성'이 현 시점에도 유지되고 있다는 것이다.[129] 국법학적으로 아무 변경 없이 다만 프로이센이 특

Oktober 1932, Berlin: Verlag J. H. W. Dietz Nachf. (1933), 특히 311 이하.

125) 같은 취지로 이계수, "의회주의와 행정법: 칼 슈미트 학설과 그에 대한 비판을 중심으로", 법학박사학위논문, 서울대학교 (1997), 139.

126) Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Band 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, München: Verlag C. H. Beck (1999), 116.

127) ***VL***, 112 · ㊥ 135.

128) 위와 같은 곳.

129) ***VL***, 95-97 · ㊥ 118-120; 이와 관련하여 1871년의 구 제국과 오늘날의 라이히가 '입헌주의'라는 점에서 본질적인 연속성을 지니고 있고 그것이 군주정인지 민주정인지는

히 비스마르크의 실각 이후 더 이상은 지도적이지 못하게 되면서 구 제국이 임계점을 맞이하게 되었다는[kritisch] 슈미트의 역사관에서,[130] 그리고 바이마르헌법이 제거했던 것은 "프로이센 헤게모니"[131]라는 슈미트의 지적 등에서 '프로이센'이 하나의 상징처럼 그의 논의 안에서 취급되고 있음을 발견할 수 있다.

이와 같은 결론으로 이어지는 논리는 이미 『독재』에서 슈미트가 로마 독재관을 '공화국의 보장'을 위한 위임적 독재의 전형으로 검토하면서부터 예정되어 있던 것이다. 이때 그는 "로마 공화국의 현명한 발명"인 독재관이 19세기에 이르기까지 국가 기술적으로 "거의 변함없는" 전통을 이루고 있다고 하면서, 그 의의를 "위기적인 상황[의] 제거"에서 찾았다.[132] 독재란 폭군(Tyrann)도 아니고 절대적인 지배의 한 형태도 아닌, "공화제에 특유한" 자유 보장의 수단이라는 것이다.[133] 이 점에서 주권자로서의 군주의 위상과 독재관의 위상이 구분된다. 문제는 18세기 이후의 국가론 및 특히 프랑스의 헌정사로부터 독재의 성격에 변화가 감지된다는 데 있었다. 슈미트는 이를 '주권적 독재'로 파악한다. 그에 따르면 이러한 변화도 "사물의 본성(Natur der Sache)에 기인"하는 것으로서, 이미 로마 공화정의 정치적 발전 자체로부터 암시되어 있었다는 것이다.[134]

주권적 독재는 '기존 질서' 전체를 제거의 대상으로 본다.[135] 이 점에서 위

문제되는 것이 아니라고 — 곧, "엄밀하게 법적 의미에서 옛 국가양식과 새 국가양식 사이에는 단절도 혁명도 없었다. 이는 입헌주의가 군주정에서 민주정으로 교대된 것으로, 독일제국은 전형적인 민주주의가 아니라(keine Demokratie schlechthin) 입헌 민주주의인 것이다" — 선언하고 있는 것으로는 "Der bürgerliche Rechtsstaat", in: ***SGN***, 특히 44 · ㊀ 김효전 옮김, "시민적 법치국가 (1928), 앞의 책, 179; 바이마르국민회의의 성격에 관해 부연하면서 같은 맥락을 언급하고 있는 것은 Martin Pilch, 앞의 책, 36.

130) Günter Maschke(Hrsg.), Carl Schmitt, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches. Der Sieg des Bürgers über den Soldaten*, Berlin: Duncker & Humblot (2011), 특히 24 · ㊀ 김효전 옮김, "제2제국의 국가구조와 붕괴 (1934): 병사에 대한 시민의 승리", 위의 책, 371.

131) ***PB***, 221 · ㊀ 279.

132) ***D***, 1 · ㊀ 23.

133) ***D***, 6 · ㊀ 29.

134) ***D***, 3 · ㊀ 26.

135) ***D***, 134 · ㊀ 172.

기적인 상황의 제거에만 한정되는 위임적 독재와 그 의의가 구분된다.[136] 그러나 공화국을 보장한다는 독재의 기능 그 자체가 달라지는 것은 아니다. 다시 말해 주권적 독재는 현행 헌법에 근거하여 현행법을 '정지(suspendieren)'하는 것이 아니라, 헌법이 진정한 헌법으로서의 모습으로 있을 수 있는 상태를 만들려고 노력하는 것이다.[137] 슈미트는 독일의 헌정사에서 주권적 독재가 등장하였던 사례가 바이마르국민회의라고 주장했다.[138]

여기서 그는 '주권적' 독재의 위상을 실제 주권을 행사하는 주체인 주권자나 '헌법제정권력'으로부터 재차 구별한다. 특히 후자의 통용을 위하여 시에예스(1748~1836)의 이론이 환기되고, '능산적 자연(산출하는 권력)'과 '소산적 자연(산출된 권력)'에 비유되어 그 내용이 언급된다. 슈미트의 구분에 따르면 주권적 독재는 '헌법제정권력'의 위임에 의해 산출된 권력이고, 이 경우 헌법제정권력의 실력 행사에 방해가 되는 상황을 제거한다는 목적에 따라 주권적 독재가 기능하게 된다.[139]

이렇게 실제 주권을 행사하는 주체와 독재의 위상을 구분하고 다시 독재의 의의를 위임적 독재와 주권적 독재로 나누는 슈미트의 논리 구조에서, '바이마르국민회의'가 주권적 독재로 특정되는 것은 의도를 내포하고 있는 것이었다. 이에 따르게 되면, 이미 1871년 이후 '독일 국민'으로서 자각하고 있는 헌법제정권력의 위임에 의하여 바이마르국민회의는 있어야 할 상태를 보장하는 역할을 수행한 것이 된다. 헌법은 변경되었지만 국가적 상태에는 어떠한 변화도 일어나지 않았다는 주장을 『독재』에서의 작업이 가능하게 만드는 것이다.[140] 그리하여 슈미트가 바이마르헌법이 '프로이센 헤게모니'를 제거한 데에서 출발하였더라도, 현실에서는 구질서의 어법이 자신의 존재감을 여전히 드러내고 있다고 강조할 수도 있었던 것이다.[141]

---

136) 한편으로, 슈미트가 위임적 독재의 전형으로서 헌법 제48조 제2항을 거론했던 사실은 제2장에서 살펴본 바 있다.

137) ***D***, 134 · ㊥ 172.

138) ***D***, 특히 240 · ㊥ 274(1924년의 발표).

139) 이에 관하여서는 ***D***, 특히 139-143 · ㊥ 177-182.

140) 유사한 취지에서의 언급으로 Martin Pilch, 앞의 책, 특히 35-36.

141) ***PB***, 221-222 · ㊥ 279-280.

이때 슈미트가 부각시키는 '프로이센 헤게모니'의 의의는 '카이저(Kaiser)'와 '라이히(Reich)'의 개념사를 감안하였을 때 다음과 같이 파악될 수 있다. 1871년에 새롭게 형성된 두 개념은 의도적으로 '모호성'을 띠고 있었다.[142] 곧, 내용적으로 모호한 덕분에 이른바 '보루시아주의(Borussianismus)'라 할 수 있을 보수적인 입장에서의 프로이센 중심주의도, 국가에 대한 민족적 자유주의의 입장도, 더욱이 남부 독일적인 영방분권주의까지도 모두 아우르면서 이들 개념이 영향을 확대할 수 있었다는 것이다.[143] 보수적인 지도층은 모호성을 전략적으로 활용하면서 결과적으로 여기에 프로이센이 주도권을 갖는 연방주의의 성격만을 남겼다고 평가된다.[144] 1871년 이후 단일한 연방국가로서 전개되어 나간 독일제국의 발전은 "보루시아적인 라이히이데올로기"에 따른 것이었고, 이에 병행하여 카이저의 헌법적인 지위 또한 형식적 헌법 변경 없이 가시화된 주권의 상징으로 확립될 수 있었다.[145]

결국 '라이히'개념은 처음부터 모호성을 의도하고 있었던 것이어서 어떤 방향으로든지 그 성격이 정립될 가능성을 보였다. 슈미트가 제국(라이히)을 언급하면서 그 역사성을 상기시키는 경우에, 이는 앞 문단에서 언급한 여러 방향 중에서도 '보루시아주의'적인 발전을 지시하는 것임이 분명하다. 특히 이러한 발전에서 슈미트에게 중요하게 포착되었던 것은 '가시화된 주권'을 정점에 두는 특정한 질서 구조였을 것이라고 짐작된다. 이는 '헌법의 수호자'론에서 특징적인 슈미트 식의 국가 모델의 도출과 연결되어 있다.

---

142) Matthias Stickler, "Reichsvorstellungen in Preußen-Deutschland und der Habsburgermonarchie in der Bismarckzeit", in: Franz Bosbach · Hermann Hieiy(Hrsg.), *Imperium - Empire - Reich. ein Konzept politischer Herrschaft im deutsch-britischen Vergleich*, München: Saur (1999), 144.

143) 위의 글, 특히 148.

144) 이에 관하여 상세는 위의 글, 148-153.

145) 위의 글, 특히 152-153.

제2절 『헌법의 수호자』를 통한 '행정국가'의 부각

Ⅰ. 개요

슈미트는 1928년 8월에 탈고되었던 「헌법의 수호자인 라이히재판소」의 추록에서 '헌법의 수호자'라는 주제를 1929년 3월에 다시 다루고(***1929HV***), 여기에 '현재의 구체적인 헌법상태(Die konkrete Verfassungslage der Gegenwart)'라는 장을 추가한 단행본을 1931년에 출판했다고 밝혔다. 이에 따르면 '헌법의 수호자로서의 라이히대통령'이라는 테제는 ***1929HV***에서 처음으로 개발된 것이며, 단행본에서는 다원주의에 대한 '저항수단'으로서의 연방주의 및 '전체국가(totaler Staat)'개념을 내세우려는 서술이 추가되었다.[146)]

사실 『헌법론』에서도 나중에 '헌법의 수호자'로 구체화되는 단서들 및 이와 얽혀 있는 헌법재판권에 관한 논평이 산재되어 있다. 그림의 지적처럼, 이 문제에 관한 슈미트의 관심이 갑작스러운 것은 아니었다. 1928년 4월에 빈에서 있었던 켈젠의 국사재판권에 관한 발표가 계기가 되어 '헌법의 수호자'에 대한 슈미트의 입장이 이 다음에 집중적으로 표명되었던 것이다. 이 시기의 슈미트의 논의가 켈젠의 이론을 곧바로 겨냥하고 있고, 그에 따라 양자 사이에 논쟁까지 발생했던 사실 또한 위의 계기에서 비롯한다.[147)]

『헌법의 수호자』의 성격은 『헌법론』에서 하나의 체계를 갖추며 제시되었던 슈미트의 헌법이론이 여기에 대치되는 특정한 주장에 '대응'한 것으로 파악할 수 있다. 또한 '현재의 구체적인 헌법상태'라는 새 장이 추가된 사실을 감안한다면 『헌법의 수호자』는 '변화된' 바이마르의 헌법현실에 대한 슈미트의 반응을 그대로 담고 있는 것이라고 특징지을 수 있다. '헌법의 수호자'론이 구성된 시기를 고려할 때, 헌법현실의 변화와 관련하여 결정적인 사건은 대공황 및 1930년 3월 27일의 대연정의 붕괴라고 생각된다.

---

146) ***VA***, 100.

147) Dieter Grimm, *Recht oder Politik?. Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*, Berlin: Duncker & Humblot (2020), 9-11.

영 안(Young Plan)으로의 수정으로 '배상국가'로서의 부담이 어느 정도 경감될 것이라는 기대가 채 현실화되기도 전에 대공황의 타격에 직면한 독일은 끝내 "사민당과 독일 민주주의 전체의 암흑의 날"[148]을 맞이하게 되었다. 이 대연정의 붕괴를 기점으로 독일 내의 모든 이익투쟁은 체제 자체에 대한 공격으로 확대되기에 이르렀다. 즉, 그전까지는 최소한의 군사적 위기상태에 한정되어 있었던 '비상사태'에 관한 헌법 규정의 해석과 적용의 문제는 대공황을 전후로 경제적 위기상태로 확대되었고, 대연정의 붕괴와 대통령내각의 현실화를 계기로 정치적・헌법적 위기상태의 범주까지 포괄하게 된 것이다.[149] 그동안에 꾸준히 선동되어 왔던 의회 연립정부들의 무능에 대한 인식은 대연정의 붕괴를 계기로 강력하게 추동되었다.[150]

슈미트의 작업 또한 이와 같은 현실의 상황을 더욱 비판적으로 '진단'하고 그에 따라 구체화되는 '구제책'을 직접 제시하기 위한 변화의 국면에 접어들게 되었다. 이를 위해 『헌법의 수호자』에서 슈미트는 분석의 '틀'로서 활용될 국가 모델을 구성한다. 이로써 두 개의 대립하는 국가개념, 곧 절대화된 국가개념의 구체화된 표현으로서의 '강한 질적 전체국가'와 함께 의미상으로 상대화되는 '약한 양적 전체국가'개념이 등장한다.

'전체국가'개념은 이념형에 가까운 것이었으므로, 다른 한편에서 슈미트는 현실적으로 나타나는 국가적 활동과 결부하여 국가의 성질을 준별했다. 이에 따라 '입법국가'와 '사법국가', 그리고 '통치국가 또는 행정국가'가 구분되었으며, 이들 준별된 개념들을 슈미트는 '전체국가'와 연결하여 활용했다. 특히 그는 다원주의를 바탕으로 한 의회(제)민주주의의 바이마르공화국을 '입법국가'로 분류하고서는 이를 '약한 양적 전체국가'와 연결하여 '문제적'인 현상처럼 특징지었다. 또한 이와 대조되게 '강한 질적 전체국가'를 '구제책'으로 제시하

---

148) Julius Leber, von seinen Freunden(Hrsg.), *Ein Mann geht seinen Weg. Schriften, Reden und Briefe*, Berlin-Schöneberg: Mosaik Verlag (1952), 220: Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 바이마르공화국의 해체 ②: 민주주의에서 권력붕괴 문제에 관한 연구, 나남 (2011), 39 [*Die Auflösung der Weimarer Republik*, Düsseldorf: Droste (1984), 270]에서 재인용.

149) 송석윤, "독일 바이마르헌법에서의 연방대통령: 바이마르헌법 제정 백주년에 즈음하여", 세계헌법연구 제28권 제1호, 세계헌법학회한국학회 (2022. 4.), 특히 27-28, 29.

150) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 앞의 책, 15 [257].

면서 여기에 관료제와 이것이 필요로 하는 권위의 소재를 특징으로 하는 '통치국가 또는 행정국가'를 바로 연결한다.

II. '이원주의'의 의도적인 조명과 국가의 성질의 준별

1. 전제로서의 '국가(성)'의 부각을 위한 19세기 이원주의의 환기

> "19세기의 무수한 제도들과 규범화(Einrichtungen und Normierungen)는 변하지 않고 그대로 있는 반면, 오늘날의 상황은 이전의 그것에 비해 완전하게 변모하였다는 것이 바로 현재의 헌법상황(Verfassungssituation)이다."[151]

단행본『헌법의 수호자』에서 새로 추가되었던 내용의 전제를 그대로 함축하고 있는 위의 인용문과 같이 슈미트는 19세기 독일의 지배적 공리였던 국가와 사회의 '이원주의'로부터 단서를 얻어 현재의 헌법상태(Verfassungslage) 혹은 헌법현실의 문제를 다루고자 하였다. 이에 관한 슈미트의 '진단'은 그에 따르면 구별 가능한 세 유형의 전개 현상(Entwicklungserscheinung)인 '다원주의'와 '다두권력', 그리고 '연방주의'를 요소로 하여 착수된다.[152] 각 현상들은 공통적으로 하나의 완결되고 빈틈없는 국가적 통일과 '대립'되는 상태를 표현하고 있는 것이며,[153] 다음의 점에서 차이를 보이는 것으로 설명된다.

슈미트에 따르면 다원주의(Pluralismus)는 구체적으로 조직된 '사회적(비국가적)'인 권력복합체들이 "국가적인 활동의 다양한 영역 및 국가의 구석구석에 뻗어 있는" 상태를 표현한다. 특히 이 다수의 권력복합체들은 국가적 의사형성에 영향을 미치면서까지 그 자신의 성격을 사회적인 것으로서 유지하려고 한다.[154] 다두권력(Polykratie)은 경제 수준의 팽창에 따라 필연적으로 이에 대한 보다 더 견고한 통일적 방침, 통일적인 재정이나 경제 계획이 요청됨에도

---

151) ***HV***, 73 · ㊥ 101-102. 또한 "Die Wendung zum totalen Staat (1931)" in: ***PB***, 166 · ㊥ 210.

152) ***HV***, 71 · ㊥ 99.

153) 위와 같은 곳.

154) 위와 같은 곳.

불구하고, 오히려 자율적인 '다수'의 기관이 공공경제를 담당하고 있는 상태를 가리킨다. 이 경우 국가의사는 공공경제의 자립의 정도에 따라 제한될 수 있다.[155] 한편 외양상으로는 앞의 두 현상과 마찬가지로 빈틈없는 국가적 통일과 대립되어 있는 것 같은 연방주의(Föderalismus)는 슈미트의 논의 안에서 "*국가성을 띠는* 구성물에 관한 다양성이 *국가*에 근거"[156]하고 있는 것으로 특정된다. 슈미트 식의 연방주의는 '국가' 영역에 밀접하게 정립된 것이다.[157]

슈미트는 세 현상이 그 자체로 독립된 표현이라 하더라도 현실에서는 대체로 상호 결합되어 나타난다고 보았다. 각각의 층위는 약간씩 다르기 때문이다. 그에 따르면 다원주의는 국가적 의사형성에 대한 '사회적 세력의 지배력'의 강도와, 다두권력은 국가의사에 대한 '자율적인 담당자들의 독립'의 여지와, 그리고 연방주의는 '연방정부로부터의 자유'의 정도와 관련하여 문제시된다.[158] 슈미트는 이 중에서 다원주의를 가장 문제시하며, 이는 의회(제) 비판과도 직결되어 있다("다원주의적 체계의 무대로서 전개되는 의회"[159]). 효과적인 비판을 위하여 슈미트는 선결적으로 19세기적인 이원주의를 환기한다.

슈미트에 의하면 19세기 당시 "국가는 사회와 구별될 수 있었다."[160] 이 경우의 '국가'는 "구체적으로 명료성과 구별 가능성을 띠고 있던" 군주제적 군인국가와 관료국가(monarchischer Militär- und Beamtenstaat)에 한정된다. 곧, 관료집단에 의해 지배되는 영역 외의 나머지 모두는 사회 영역에 있는 것으로

---

155) ***HV***, 71 및 91-94 · ㊥ 99-100 및 127-131; 한편, 다두권력은 슈미트 식의 다원주의의 영향을 받은 요하네스 포피츠(1884~1945)에 의해 고안된 것이다. 포피츠는 라이히, 란트, 게마인데(Gemeinde) 및 게마인데연합, 사회보험, 공공경제에서의 제 영조물 등으로 열거되는 '담당자의 다수성'으로 인하여 경제 영역에서 발생하는 혼란을 문제시하기 위해 다두권력을 언급하였다. 슈미트는『헌법의 수호자』에서 자신의 영향에 의해 도출되었던 이 포피츠의 개념을 인용하여 새로 추가된 장에서의 입론을 구성한 것이다. 슈미트와 포피츠의 상호 영향에 관한 요약으로는 長野 晃, カール・シュミットと国家学の黄昏, 東京: 風行社 (2021), 189-191.

156) ***HV***, 71 · ㊥ 99.

157) 이와 같이 정립된 성격에 따라 슈미트는 나중에 연방주의를 특히 다원주의적 권력에 대한 "저항의 수단(Gegenmittel)"으로까지 간주할 수 있는 것이라고 하면서, 그 위상을 끌어올리기까지 하였다. ***HV***, 특히 95-96 · ㊥ 133-134.

158) ***HV***, 71 · ㊥ 100.

159) ***HV***, 73 · ㊥ 101.

160) 위와 같은 곳 · ㊥ 102.

분류된다.[161] 슈미트는 이와 같이 사회와 구별될 수 있었던 '국가'[162]를 독자적으로 사회적 세력들에 대항할 수 있으며, 스스로 집단화를 결정할 수 있을 정도로 '강력한 것'이었다고 평가한다. 따라서 19세기적인 인식에서는 사회가 '국가'로부터 아무리 자유롭다고 하더라도, '국가'의 의지에 의해 언제든 '상대화'될 수 있었다는 것이다. 이와 함께 이 시기의 '국가'는 사회의 영역 중에서도 특히 '종교'와 '경제'에 대해 광범위한 중립과 불개입의 태도를 유지하려 했다. 이렇게 하여 국가와 사회 사이의 균형이 가능하였다는 것이 슈미트가 환기한 이원주의적인 양식의 의의이다.[163]

> "(…) 헤겔에 기초를 둔 19세기의 독일 국가학도 정신에 대한 신뢰를 공유하면서 처음부터 끝까지 전 유럽적인 전통에 서 있었다. 하지만 이 국가학은 국가를 사회 위에 수평적으로 뻗은 객관적 정신이라는 특별한 영역으로 구성하고, 이와 함께 정신을 사회에 대립시키고 질적으로 보다 더 높은 층위로 분리하여 사회 *위에* 놓았다. 구체적인 사회적 현실 안에서 이것은 교양 있고 도덕적으로 청렴결백한 국가 관료의 지배를 의미할 수 있었을 뿐이다. 국가와 정신과의 이와 같은 독특한 결합은 19세기의 프로이센 국가에서는 가능하였고 당연한 사실이기도 하였다."[164]

슈미트는 적어도 19세기의 '프로이센 국가'는 이원주의가 적절하게 작용하여, 그 의사에 '따라' 사회를 상대화하는 것이 가능한 상태였다고 보고 있었다. 자신의 의지에 의해서 19세기의 프로이센은 '국가'가 아닌 부분이 사회로 총괄되는 것을 방해하지 않으면서도, 사회 '위'에 서 있을 수 있었다는 것이다. 이 항의 서두에서의 인용문에 따른다면, 현실에서의 제도화·규범화, 그리고 국법학 이론이 발전하게 되는 바탕으로서의 이원주의는 "군주와 국민, 왕실과 의회, 행정부와 인민대표가 대립하는"[165] 독일식 입헌군주제를 통해서

---

161) 위와 같은 곳; 이에 따라 슈미트는 '자치(Selbstverwaltung)' 또한 국가 및 그 관료제에 대립하는 사회 영역의 일부로 규정한다. ***HV***, 특히 75·㊀ 104.

162) 이 항에서 이하 작은따옴표 안에 국가를 표기한 경우는 슈미트가 유일하게 국가의 영역에 속하는 것으로 간주했던 관료제 중심의 정부, 특히 19세기의 군주제 관료국가(프로이센)를 지칭하는 것이다. 이는 앞의 절에서 살펴본 슈미트의 '국가(성)'과도 연결되어 있는 것임은 물론이다.

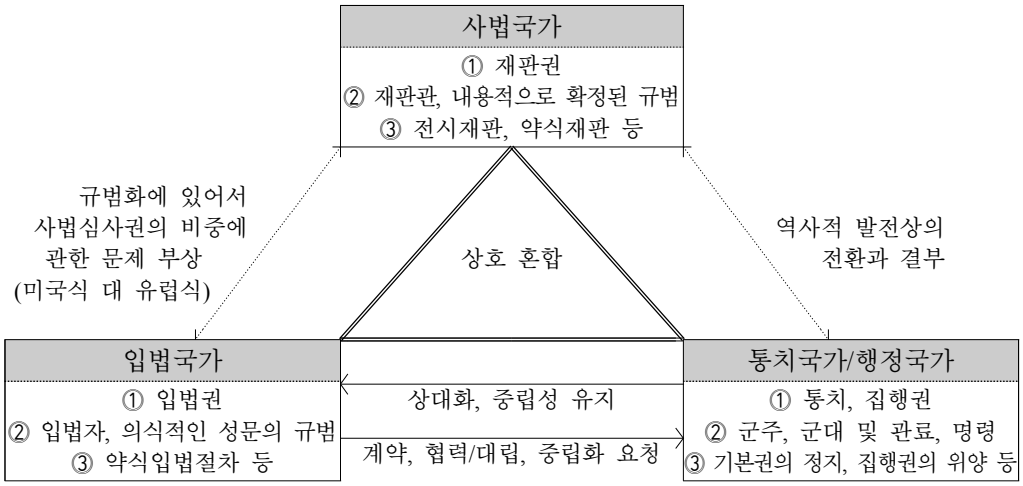
163) 여기까지의 부연은 ***HV***, 73-74·㊀ 102-103.

164) ***HP***, 182·㊀ 246-247.

165) ***HV***, 74·㊀ 103.

구체적으로 표현되어 온 것이었다. 그러므로 인민대표, 의회, 입법기관 등은 "국가와 대립하는 무대"로서 나타나며,[166] 행정부를 상대로 하였던 이들 세력의 이후의 "정치적인 성공"[167]은 슈미트에게 군주제 관료국가에 대한 사회의 '우세화'의 표현과 다르지 않게 들리는 것이었다.

이렇게 하여 슈미트는 '통치국가/행정국가(Regierungsstaat/Verwaltungsstaat)'와 '입법국가(Gesetzgebungsstaat)'를 이원적으로 균형을 이루는 두 개의 상이한 국가의 성질로 구분하고, 후자를 국가에 대한 사회의 우세가 반영된 결과로 정립시켰다. 다른 한편, 통치국가/행정국가는 16세기 이래 그 형태가 완성된 절대주의국가를 통해 특징지을 수 있는 것으로서 규정되었다. 여기에 슈미트는 중세적이고 앵글로색슨적인 전통이 반영된 '사법국가(Justizstaat)'가 해체되었다는 역사적 사정을 통치국가/행정국가가 나타날 수 있었던 배경과 결부시켰다. 더불어 사법국가는 규범화를 놓고 입법국가와 다시금 연관되었다.[168] 이와 같이 슈미트가 준별했던 현실에서의 국가의 성질에 따른 유형은 ① 국가권력의 핵심, ② 국가권력의 소재, ③ 비상사태에서 권력이 행사되는 양식을 범례로 하여 다음과 같이 도식화될 수 있다.



<그림 3-1> 슈미트의 국가 성질의 준별

166) 위와 같은 곳.
167) ***HV***, 75・㊫ 104.
168) ***HV***, 75-76・㊫ 104-105.

2. 국가의 성질의 준별을 통한 '입법국가(화)' 현상의 비판

슈미트는 현실적으로 '혼합정체(*status mixtus*)'로서 나타나고 있는 모든 국가들의 성질은 국가적인 활동의 중심영역을 기준으로 <그림 3-1>과 같이 유형화될 수 있고, 이에 따라 19세기에 발달한 부르주아적 법치국가와 입헌주의국가를 "입법국가로서 특징짓는 것은 정당"한 것이라고 단언한다.[169] '헌법의 수호자'도 국가의 성질의 준별로부터 문제시되기 시작한다. 슈미트가 보기에 입법국가에서는 헌법의 수호자로서의 헌법재판 내지 국사재판권이 성립될 수 없는 것이다. 이러한 유형의 국가에서 입법자의 권위는 재판관보다 아래에 놓일 수 없기 때문이다. 더구나 19세기 국법학의 전형적 입장은 입법기관이 "자신 안에서 고유하게 헌법보장"[170]의 짐을 부담하고 있다고 하면서, 이를 강력하게 신뢰하고 있다. 19세기의 자유주의적 관점에서 의회가 "헌법의 진정한 수호자이자 보증인"으로서 간주되는 것은 당연한 귀결이었다고 슈미트는 평가한다.[171]

그렇지만 이쯤에서 슈미트는 의회의 지위에 관한 위와 같은 (19세기적) 관념(Vorstellung)이 "일정한 상황에서만 가능"한 것이라고 단정한다. 곧, 의회의 헌법계약의 '상대'로서의 정부(19세기의 군주제 관료국가), 다시 말해 슈미트의 논리 내에서는 유일하게 국가의 영역에 속한 것이자 "단지 마지못해 [사회에 귀속되는 의회와] 계약을 체결하였을 뿐"인 관료제 중심의 정부가 반드시 전제되어야만[172] 의식적인 성문의 규범을 수단으로 정부의 활동을 견제하면서도 그 자신의 권한을 헌법에 반해 행사하지 않는 신뢰 가능한 의회라는 관념도 유지될 수가 있다는 것이다.[173]

슈미트에 따른다면 사회 '위'에 있는 관료제 중심의 정부,[174] 곧 그의 논리

---

169) ***HV***, 76 · ㊀ 106. 같은 맥락의 지적은 中道寿一 (김효전 옮김), 앞의 글, 188 [235].

170) 이것은 슈미트가 19세기 국가학의 전형이라고 평가하면서 상세하게 인용하고 있는 블룬츨리(1808~81)의 언명 중 강조되어 있는 부분을 재인용한 것이다.

171) 위의 블룬츨리의 인용을 포함하여 여기까지의 부연은 ***HV***, 76-78 · ㊀ 106-108.

172) ***HV***, 78 · ㊀ 108.

173) 이와 같은 판단의 초기적 양상으로 짐작되는 것은 ***VL***, 특히 218-219 · ㊀ 239-240; 헌법의 수호자 문제와 관련하여서는 ***RHV***, 특히 66 · ㊀ 423.

안에서 '국가'와 등치되는 강력한 정부를 헌법계약의 상대방으로 두었을 때, 신뢰할 수 있는 의회 또한 성립될 수 있는 것이었다. 다만, 이 경우의 의회는 그 합리화의 바탕이 되었던 자유주의적 관점에 따라 가능한 한 (19세기의 군주제 관료)국가의 영향력을 '최소한도'에서 견제하는 것을 목적으로 했던 것을 가리킨다. 특히 이 의회는 '국가'가 순전히 사회에 귀속되는 자유로운 '경제' 영역에 개입하거나 간섭하는 것을 최대한 저지하고, 사회적인 이익에 대해서 '국가'의 '중립화'를 요구하는 정도에서만 그 영향력을 행사했다는 것이다.[175] 이와 같은 슈미트의 부연은 강력한 상대방으로서의 '국가'가 전제되어야, 의회를 구성하는 사회 세력 또한 '국가' 속으로 빈틈없이 침투하지 않고 이와 거리를 둘 수 있다는 점을 강조하려는 것이다.[176]

'사회의 우세화'를 반영하고 있는 입법국가화의 경향이 19세기의 여건과 대치되는 상태를 야기하는 것으로서 문제시된다. 입법국가화의 진행에 따라 '국가'와 사회 사이의 긴장이 상실되고, 나아가서는 사회적 세력이 "스스로를 국가에까지 조직화"함으로써, 현재의 국가는 "사회의 자기조직(Selbstorganisation der Gesellschaft)"처럼 되었기 때문이다.[177] 앞 항목의 서두의 인용문에서 언급된 완전하게 변모한 헌법상황은 바로 이를 지칭하는 것이라 생각된다.

슈미트가 보기에 자유주의적 관점에서 '국가'에 '중립화'를 요청하는 것은 '국가'와 사회의 분리가 전제되어야만 유의미하다.[178] 의회에 대해 신뢰를 표현하는 19세기적인 관념 또한 마찬가지이다. 이 19세기적인 요구에 따른 '국가'는 "원칙적으로 비간섭적이고, 기껏해야 교란된 자유경쟁의 조건들을 회복하기 위해서 개입하는 중립적 국가(neutraler Staat)"[179]이다. 바이마르헌법 아

---

174) ***HP***, 182 · ㊥ 247.

175) 여기까지의 부연은 ***HV***, 78 · ㊥ 108.

176) 유사한 맥락의 지적은 中道寿一 (김효전 옮김), 앞의 글, 188 [236].

177) ***HV***, 78-79 · ㊥ 109.

178) ***HV***, 78 · ㊥ 108-109.

179) ***HV***, 78 · ㊥ 109; 한편, 이와 같이 슈미트의 작업에서 '자유주의적'인 관점이 강조되는 경우 이는 '경제적' 자유주의에 한정되는 것임을 감안할 필요가 있다. 여기에는 정치적 자유주의, 특히 자유주의적 다원주의가 철저하게 배제되어 있다. 헬러는 슈미트의 입장을 '권위주의적 자유주의(autoritärer Liberalismus)'라고 이미 비판적으로 규정한 바 있다. 즉, 슈미트는 정치적으로는 권위주의적이면서도 경제적으로는 자유(지상)주

래에서도 "국내정치적으로 *중립적인 국가*(innerpolitisch *neutraler Staat*)"[180]가 요구되고 있다. 그러나 슈미트에 따르면 바이마르헌법 아래에서 실현되는 중립국가는 19세기의 중립적 '국가'와 '질적'으로 다른 것이다.[181] 그는 "자유주의와 민주주의의 혼동"[182]의 결과로 오늘날의 중립국가라는 국가상이 제시된 것이라고 주장한다. 그의 입장에서 '자유주의적'인 관념에 따른 중립적 '국가'는 적어도 자유로운 사회적 영역에 개입도 간섭도 하지 않는 불가지론의 국가로 나타나야 한다.[183] 하지만 바이마르헌법이 요청하는 중립국가는 민주주의를 향해 있는 '법률 앞의 평등(헌법 제109조)'을 원칙처럼 삼아 "다양한 정치적 방향과 경향들 앞에 길을 개방하고, 입법에 필요한 다수, 나아가 헌법개정을 위한 다수를 획득할 수 있는 기회의 균등을 각자에게 준다는 의미에서 중립적"[184]인 국가이다. 자유경쟁의 조건들을 보장하기 위한 일종의 '조정자로서의 의미에서 중립적인 국가'가 아니라, 모든 요청 앞에 개방적이라는 의미에서 오늘날의 중립국가가 등장했다는 것이다.

이원주의의 해소를 수반하고 '국가'의 위상을 크게 위축시키고 있는 입법국가화는 오늘날의 중립국가, 국가가 사회의 자기조직처럼 변질되고 있는 현상을 가속화한다. 이러한 국가는 약체여서 사회 세력의 요구를 거부할 수 없고, 이들이 국가를 향해 쇄도하여도 저항할 수 없다. 오늘날의 중립국가는 모두

의적인 태도를 보이고 있다는 것이다. Hermann Heller (김효전 옮김), "권위적 자유주의?", 바이마르 헌법과 정치사상, 산지니 (2016), 377-384 ["Autoritärer Liberalismus?" in: Christoph Müller(Hrsg.), *Gesammelte Schriften*(2. Aufl., durchges., um ein Nachw. erw.) *Band 2*, Tübingen: J. C. B. Mohr (1992), 645-653]; 나중에 크리스티는 헬러의 규정을 원용하여 슈미트를 '권위주의적 자유주의자'로 재조명하였다. 크리스티는 하이에크(1899~1992)와 결부하여 슈미트의 작업의 성격을 분석하였는데, 이를 통해 특히 1990년대 이후 영어권의 정치적 환경에서 슈미트의 작업이 폭넓게 수용될 수 있었던 이유 또한 짐작할 수 있다. 이에 관하여서는 Renato Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism. Strong State, Free Economy*, Cardiff: University of Wales Press (1998), 특히 149 이하. 크리스티가 '권위주의적 자유주의'를 차용한 배경에 대해 부연하고 있는 곳으로는 같은 책, 특히 7-주 8.

180) ***HP***, 177 · ㊥ 243.

181) ***HV***, 78 · ㊥ 109.

182) ***HP***, 179 · ㊥ 244.

183) 위와 같은 곳.

184) ***HP***, 177-178 · ㊥ 243.

앞에 열려 있고, 모든 것의 요구에 응하고, 모든 것에 보조를 맞추고, 동시에 상반되는 여러 이해들의 비위를 맞추어야 한다.[185] 이렇게 슈미트는 입법국가(화)를 문제적인 상태인 것으로 묘사한다. 그의 논리는 상황에 구속되는 '진단'에 대하여 '처방'의 수단들을 함께 제시하는 이중적 진술 구조로 되어 있다.[186] 따라서 문제적 상태에 대한 답안은 현상의 진단처럼 제시한 해소된 이원주의와 위축된 '국가'의 위상을 회복시키는 데 있다. 단, 국가를 둘러싼 상황 또한 19세기에서도 그러했듯이 20세기에도 전과는 질적으로 달라졌다. 슈미트가 제시하려는 '처방'의 성패는 '이원주의'와 '국가'의 강력한 위상을 어떻게 하여 현재의 상황에 부합하도록 합리화할 것인가에 달리게 되었다. 이에 관한 설득력의 확보를 위하여 슈미트는 비판의 틀로서의 '전체국가'개념을 제시하게 된 것으로 생각된다.

III . 비판의 도구로서 제시되는 '전체국가'개념

1. 국가의 '중심영역' 변천에 따른 시대 구분을 통한 개념의 도출

1929년 10월 12일, 바르셀로나에서 슈미트는 "19세기의 유럽을 사상적으로 이해했고, 그 핵심을 알았으며 그 문화적 전제들로부터 궁극적인 결론을 도출"해 낸 러시아의 현상을 부각시키는 것으로써 국가의 '중립화'에 관한 문제를 다룬 연설을 시작했다.[187] 최근 수 세기 동안 전개된 유럽의 발전의 핵심을 이해하고 있는 것처럼 보였던 러시아는 마치 그에 관한 최신의 대답을 내보이려 한 듯이 "기술주의(Technizität)라는 반종교주의"의 진지한 수용과 함께

---

185) 여기까지의 묘사는 "Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland (Januar 1933)", in: ***PB***, 213・㊫ 268.

186) Lutz-Arwed Bentin, *Johannes Popitz und Carl Schmitt. Zur wirtschaftlichen Theorie des totalen Staates in Deutschland*, München: C. H. Beck (1972), 86-87: 이계수, 앞의 논문, 94-주 21에서 재인용.

187) 동 연설의 내용은 「중립화의 한 가운데에 놓인 유럽 문화(Die europäische Kultur im Zwischenstadium der Neutralisierung)」라는 제목으로 *Europäischen Revue* 5. Jg., Heft 8, Kurt Vowinckel (November 1929), 517-530에 처음 공간되었으며, 나중에 「중립화와 탈정치화의 시대」로 표제가 바뀌어서 ***BP***와 ***PB***에 실렸다.

“절대군주시대의 국가보다도 더욱 국가적이고 더 강도 높은 하나의 국가”를 성립시켰다는 것이다.[188] 이렇게 슈미트는 20세기에는 ‘국가’와 관련하여 ‘기술’과의 결합이 문제가 되고 있다고 진단하고 있었다. 이와 더불어 그는 근대 유럽의 발전 과정을 ‘중심영역(Zentralgebiet)’의 변천을 중심으로 부연하고 있다. 슈미트가 거론한 중심영역은 각 시기마다 지도적인 엘리트들 사이에 공유되고 있었던 신념과 이에 대한 주장이 집중되어 있는 방향을 의미한다.[189] 중심영역의 변천에 따라 슈미트의 논의에서는 근대 유럽의 발전 과정이 다음과 같이 정리된다. 곧, ‘신학’(16세기) → ‘형이상학(17세기)’ → ‘도덕주의’(18세기) → ‘경제’(19세기) → ‘기술의 신앙화’의 시대로의 전개.[190]

슈미트에 따른다면 중심영역은 구체적인 사실과 관계가 있으며, 서로 다른 시대의 개념들을 이해하기 위한 조건으로서의 역할을 한다. 또한 그 변천은 ‘진보’의 진로를 의미하는 것이 아니고, 각 세기마다 이 중심영역만이 유일하게 존재하고 있었던 것도 아니다. 그렇지만 잠바티스타 비코(1668~1744)나 오귀스트 콩트(1798~1857)는 “일회적인 경과(einmaliger Vorgang)”와 다르지 않을 중심영역의 변천을 인류의 발전의 보편적 법칙처럼, 예컨대 ‘3단계 발전 법칙(Drei-Stadien-Gesetz)’과 같이 일반화했고 이는 “진부화(Banalisierung) 및 통속화(Vulgarisierung)”와 함께 유포되었다.”[191] 이러한 비판적 관점에서 슈미트는 어떤 역사철학적인 법칙이라는 의미에서 각 시대마다의 중심 이동을 취급한 것이 아니라, 역사적 전환 과정에서 특별히 명료하게 나타나는 ‘사실’을 근거로 하여 ‘중심영역’을 다루겠다고 하면서 그 변천상의 특징을 다음과 같이 묘사했다.

먼저 16세기의 신학으로부터 17세기의 형이상학으로의 변천은 “과학적으로도 위대한 유럽의 시대로의 변천, 서양 합리주의의 진정한 영웅시대로의 변천”[192]으로 묘사된다. 이어서 18세기 인간주의, 도덕주의로의 변천은 “대규모의 통속화, 계몽”, “인간화와 합리화”[193]로 이동한 것으로 묘사된다. 그 다음

188) ***ZNE***, 74 · ㊥ 111.
189) 같은 맥락의 지적은 長野 晃, 앞의 책, 171.
190) 이에 관하여서는 ***ZNE***, 특히 75 이하 · ㊥ 113 이하.
191) 여기까지의 부연은 ***ZNE***, 74-75 · ㊥ 111-113.
192) ***ZNE***, 75-76 · ㊥ 113.

19세기는 슈미트의 표현에 따른다면 “일견 잡종의, 당치않은 조합의 시대(ein Säkulum scheinbar hybrider und unmöglicher Verbindung)”처럼 특정되며, 이때에는 ‘낭만주의’의 유행이라는 “미학적인 중간단계”를 거쳐 ‘산업주의’로 대표되는 경제로 그 중심영역이 옮겨진 것으로 묘사된다.[194] 특히 슈미트는 낭만주의가 가장 확실하고도 용이하게 “정신적인 생활의 일반적인 경제화”[195]를 달성하게 함으로써, 인간을 경제적으로 사고하게 하고 또 경제적인 것에 머무르게 만들었다고 지적한다.

한편, 슈미트는 중심영역이 각 시대의 개념들에 특징적인 의미를 불어넣고, 다른 영역의 문제 해결에 관한 기준이 되었다고 보았다. 즉, 16세기는 신학적 문제들이, 17세기에는 형이상학적 문제들이 풀리게 되면 “모든 것이 저절로 해명”되었다는 것이다.[196] 마찬가지로 계몽의 시대, 합리화의 세기인 18세기에는 “합리화의 관념인 진보의 관념”이 지배적이었으며 무엇보다 이 진보는 계몽, 교양, 자율, 교육, 도덕적인 완성 등에 있어서의 진보를 의미하는 것이었다.[197] 이러한 인도적인 진보는 19세기가 되면 ‘경제적’ 진보의 부산물처럼 의식되기에 이르며, 모든 도덕적·사회적인 문제 또한 경제적 문제에 ‘부수’하는 것이 되었다. 더구나 점차 현저해진 기술적 진보는 경제적인 문제를 포함한 다른 모든 사태를 그 안에서 포착할 수밖에 없게 만들었다고 슈미트는 설명한다.[198] 따라서 이제 모든 것이 “기술적인 진보라는 과제로 환원”[199]되고 있는 20세기는 더 이상 정신적인 지도자라는 것도 나오지 않을 것 같은, 압도적 기술에 대한 믿음에로 그 중심영역이 이동해 가고 있는 시대로서 ‘잠정적(vorläufig)’으로 특징지을 수 있다는 것이다.[200]

20세기까지의 현상에 대한 슈미트의 ‘진단’은 유럽의 정신사와 관련된 위와

---

193) ***ZNE***, 76·㊫ 114.
194) ***ZNE***, 76-77·㊫ 114-115.
195) ***ZNE***, 76·㊫ 115.
196) ***ZNE***, 78-79·㊫ 117-118.
197) ***ZNE***, 78·㊫ 117.
198) ***ZNE***, 77, 79·㊫ 115, 118.
199) ***ZNE***, 79·㊫ 118.
200) ***ZNE***, 77, 79·㊫ 116, 118.

같은 특유의 역사 인식에 근거하고 있었다.[201] 한편, 슈미트는 "*국가* 역시 그 현실성과 힘을 중심영역으로부터 가져온다"[202]라고 하면서, 이 중심영역에서 국가개념이 '전제'하고 있다고 하는 '정치적인 것'의 개념(= 적과 동지의 판가름)[203]에 관한 결정적인 동기를 찾으려고 하였다. 그러므로 그가 현실의 특정한 국가양식을 비판의 대상으로 삼으면서 이와 대비되는 이념적인 국가의 모델을 제시하게 되는 과정은 위의 유럽의 정신사적 발전에 관한 고유한 인식과 바로 호응한다. 중심영역의 변천에 따라 슈미트는 현실에서의 국가양식의 변화를 다음과 같이 파악하였던 것으로 정리할 수 있다.

	중심영역	투쟁동기	국가양식	원칙	국가의 중립화 정도
16C	신학	(종교적인 사고계열로부터 법률적, 국가적 사고계열로의 이행)*	절대주의국가	"영토를 지배하는 자가 종교도 지배한다(*cujus regio ejus religio*)."	연속적으로 그 범위가 확장
17C	형이상학	민족적・문화적인 것		"영토를 지배하는 자가 민족도 지배한다(*cujus regio ejus natio*)."	
18C	도덕주의				
19C	경제	자본주의 대 공산주의적 경제질서	중립국가	"영토를 지배하는 자가 경제도 지배한다(*cujus regio ejus oeconomia*)."	
20C	기술 ⇔ 산업**	특수한 경제적-산업적 구조**	(양적)전체국가	"산업을 지배하는 자가 영토도 지배한다(*cujus industria, ejus regio*)" 혹은 "영토를 지배하는 자가 산업도 지배한다"**	전제와 상황 간에 모순 발생

<표 3-1> 중심영역의 변천에 따른 국가양식의 변화 및 국가의 중립화 정도

슈미트의 이해에서 중심영역의 변천에 조응하는 국가양식의 변화는 곧 "일련의 진보적인 중립화"를 의미하는 것으로 "중립적인 영역에 대한 추구"야말로 수세기 동안의 유럽적 발전을 견인한 결정적인 동기라고 여겨진다.[204] 따

201) 이와 같은 지적은 中道寿一 (김효전 옮김), 앞의 글, 186 [234].

202) ***ZNE***, 79・㊫ 119.

203) 위와 같은 곳 및 ***BP***, 19, 25・㊫ 31, 39.

* 표현의 차용 및 특히 이에 관하여 유럽공법질서와 결부시킨 부연은 Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*(5. Aufl.), Berlin: Duncker &

라서 슈미트가 인식하는 국가의 '중립화'는 전통적인 기독교 신학으로부터 자연적인 학문성의 체계로 인간이 발걸음을 옮긴 이래에 점차 그 정도가 강해져 간 연속적 과정이었다. 그에 따르면 '신'이 현실 생활의 대립에 대하여 중립화되었고, 그 다음 '군주'가 중립화된 뒤 곧이어 국가개념 자체의 중립화가 "자유주의적 이론 안에서 실현되었다."[205] 다시 말해 현실의 국가양식은 절대적인 국가에서 19세기에 중립적 국가로 "격렬하게 전환"되었고, 20세기 현재 '전체국가'로 이행하는[206] "발전의 변증법"[207]의 도중에 있는 것이라고 슈미트는 파악하고 있었던 것이다.

2. 국가양식과의 연관을 통한 '전체국가'의 활용

1) '입법국가(화)' 현상과 결부되는 '양적' 전체국가

여기까지의 내용을 종합하면, 20세기의 현상으로서의 '전체국가'는 곧 국가를 '사회의 자기조직'처럼 변질시키고 있는 급진적인 입법국가화의 경향 아래에서의 국가양식이 된다. 입법국가(화)에서는 국가와 사회, 정부와 의회 간의 긴장이 소멸된다. 슈미트가 보기에, 어떤 개념에 관한 역사적 발전 과정에서

Humblot (2011), 91, 96 이하・㊫ 최재훈 옮김, 大地의 노모스: 유럽 公法의 국제법, 민음사 (1995), 124, 131 이하.

** 나중에 슈미트는 「합법적 세계혁명」(1978)에서 기술적인 진보를 산업사회의 정치적인 전진(Fortschritt)과 결부시키며 이를 개별국가의 합법성(einzelstaatliche Legalität)과는 대립되는 것으로 취급하고 아울러 독자적인 공간개념을 수반하는 것으로서 문제시하기에 이른다. Carl Schmitt, "Die legale Weltrevolution: Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität [1978]", in: Günter Maschke(Hrsg.), *Frieden oder Pazifismus?. Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*(2. unveränderte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2019), 특히 923-926・㊫ 김효전 옮김, "합법적 세계혁명: 법적 합법성과 초합법성을 얻기 위한 프리미엄으로서의 정치적 잉여가치 (1978)", 앞의 책, 807-810. 바이마르공화국에서의 슈미트의 작업들은 이와 같은 점을 분명하게 기술하지 않은 채 아직 '잠정적'인 상태라고 표현했다. 따라서 표에서는 후기의 언급을 함께 반영하면서 이를 흐리게 처리했다.

204) ***ZNE***, 81・㊫ 121.

205) ***ZNE***, 82・㊫ 122.

206) 언급은 ***HV***, 79・㊫ 110-111

207) ***ZNE***, 82・㊫ 122.

“그 상대가 사라질 때 [당해 개념은] 위태로운 순간을 맞이하게 된다.”[208] 개념 간의 긴장이 사라진 입법국가(화)의 상태는 그에게 매우 문제적이고, 여기에 조응하는 국가양식으로서의 ‘전체국가’ 또한 그의 논의에서 문제적인 양식으로 나타나게 된다.

이원주의적인 긴장 관계가 해소되고, 원칙적으로 ‘비간섭적’인 의미에서 중립화를 요구받았던 국가는 오늘날에는 사회와 완전히 구별될 수 없는 상태에 놓이게 되었다. 사회가 ‘빈틈없이’ 자신을 국가 안에서 조직화한 현상 아래에서는 영역의 구분이 무의미하다. 이제 다양한 사회적 이해와 경향을 내재한 ‘정당’만이 유의미하게 남고, 각 정당 세력은 국가 속으로 철저하게 침투하며, 국가는 모든 것을 포괄하게 된다.[209] 이와 같은 의미에서 슈미트는 현재의 국가양식을 ‘전체국가’로 표현하기에 이른다.

> “입법국가의 담지자이며 중심점인 의회, 즉 입법기관은 자신이 승리한 것처럼 보였던 그 순간에 내부가 모순으로 가득 찬 – 자기 존재의 전제와 승리의 전제를 부정하는 – 조직이 되었다. 그때까지의 자신의 지위와 우세, 행정부에 대한 자기 확장의 요구, 인민의 이름 아래에서의 행위, 이 모든 것들은 국가와 사회의 구별을 전제로 하였지만 의회가 승리한 후에 이것들은 여하튼 이러한 양식으로는 더 이상 존속하지 않았다. (…) 경쟁 상대가 없어졌을 때 의회는 말하자면 스스로 분열하였다. 국가는 이제 사회의 자기조직이라고 불린다. 그렇지만 어떻게 자기 자신을 조직하는 사회가 통일에 이르는 것인가 (…)”[210]

위의 슈미트의 언명은 ① 과거의 자유주의원리가 더 이상 통용될 수 없는 변화된 상황의 인식과 ② 국가의 통일을 저해하는 다원주의를 현실적으로 표출하는 의회 및 현재 상태에 다원주의의 경향을 확산시키고 있는 정당에 대한[211] 비판적인 태도를 함축하고 있다. 헌법보장까지 부담시킬 수 있는 신뢰 가능한 입법기관이라는 관념이 유효하기 위해서는 국가(특히 슈미트의 논리 내에서는 여기에 유일하게 속할 수 있었던 19세기적 관료국가)와 사회의 구별이 반드시 전제되어야 함을 슈미트가 지적한 사실은 앞서 살펴보았다. 국

---

208) ***HP***, 176 · ㊀ 242.
209) 여기까지의 부연은 ***HV***, 78-79 · ㊀ 109-110.
210) ***HV***, 82 · ㊀ 114-115.
211) ***HV***, 특히 82-83 · ㊀ 위와 같은 곳.

가에 대한 '중립화'의 요구도 마찬가지로 이원주의를 불가피하게 만들었던 19세기적인 자유주의의 경제원리, 곧 "자유경제, 자유시장의 자기규제의 메커니즘"[212]의 작동을 전제로 하는 것이었다. 그런데 인용문이 암시하는 것처럼 슈미트에게 입법국가적인 관념과 국가에 대한 중립화의 요구를 가능하게 하는 전제는 오히려 '입법국가화가 불러들인' 전체국가에서 더 이상 존속할 수 없는 것처럼 보였던 것이다. 그의 논리에 따르면 결국 입법국가화의 경향이 초래한 상태에서 '적절하게' 기능할 수 있는 국가유형에 도리어 입법국가가 부합할 수 없게 된다는 결론이 나온다.[213]

'자기조직'의 담당자인 정당에 대한 인식도 바이마르헌법이 성립되었을 때까지의 그것, 곧 헌법에 전제되어 있는 정당에 대한 관념과 비교한다면 변질되었음이 분명하다고 슈미트는 판단하고 있었다.[214] 특히 그가 하나의 계기로 언급하고 있는 사례는 1928년 7월 7일의 국사재판소의 결정 이유이다. 여기서는 비례대표선거제의 실시와 그 참여의 가능성에 관한 고려가 정당을 정의하는 데 있어 결정적인 표지로 나타나고 있었다. 슈미트가 보기에 이는 정당뿐만 아니라 선거의 개념도 근본적으로 변하였다는 것을 의미했다.[215]

슈미트는 입헌군주제 하에서의 의회가 인민으로부터 '선거된' 대표들로 구성된 단체라는 점을 근거로 들어서, 군주 및 정부에 대항하여 우세한 지위를 점할 수 있었다고 생각했다. 더불어 선거에 패한 소수파가 특별히 다른 대표를 조직하지 않았다는 점에서 의회와 선거, 그리고 대표에 관한 전통적인 관념이 "완전히 민주적"일 수 있었다고 파악했다.[216] 그런데 '명부식' 비례대표선거제는 이를 변질시켰다는 것이 현재 헌법상태에서 특히 대표와 정당에 대해 슈미트가 가졌던 문제의식의 핵심이었다. 오늘날의 제도는 '대중'이 더 이상 의원을 '선거하지 않는다'는 결과에 이르도록 만든다는 것이다. 명부식 비례대표선거제로 인하여 이제 선거는 다수의 정당 명부를 기준으로 하는 대중의 '통계적'인 분할 외에 다른 의미를 가지지 못하게 되었다. 즉, 국가가 다원

212) 中道寿一 (김효전 옮김), 앞의 글, 189 [236].
213) 표현의 차용은 위와 같은 곳 [237].
214) 이에 관하여서는 ***HV***, 83 이하 · ㊀ 115 이하.
215) ***HV***, 85 · ㊀ 119.
216) 여기까지의 부연은 ***HV***, 86-87 · ㊀ 120-121.

주의적으로 분열되어 있음을 단순히 확인하는 부분과 '인민투표'라는 두 개의 부분으로서만 선거가 작동하게 되었다는 것이다.[217] '인민'의 이름을 내세워서 주장할 수 있었던 과거의 '의회주권'과 같은 인식도 대중의 통계적 분할에 따라 그 의미가 사라졌다.[218] 이것이 바로 슈미트가 문제시하는 의회(제)민주주의의 현실이었다.

슈미트는 헌법에 '전제'되어 있다고 본 정당의 관념에 의한 정당국가를 "자유로운, 즉 견고하게 조직되지 않은 정당들을 동반한 의회주의적 정당국가"에 대입한다.[219] 이와 구별하여 "국가의사의 담당자로서 견고하게 조직된 조직을 동반한 다원주의적 정당국가"를 바이마르의 현실적인 전개 양상에 대입함으로써,[220] 그는 자신이 비판하려는 '상태'를 보다 더 뚜렷하게 제시하기에 이른다. 전자에는 입법국가적 관념이 유지될 수 있는 전제 아래 정당에 "사회의 제 이해관계를 의회에 반영하여 거기서 초당파적인 의사의 형성에 참여하는 것을 목표로 하는" 예컨대 '명망가정당'과 같은 성격을 기대하는 생각이 반영되어 있다. 반면, 후자는 "사회의 자기조직의 결과로 나타난" 현존의 당파적 정당을 그대로 가리키는 것이다.[221] 슈미트가 보기에 바이마르헌법에서의 의회는 전자의 정당을 전제로 하여 구성된 것이었기 때문에, 여기에 후자의 정당이 진출한다면 "의회로부터는 국가 자체의 다원주의적 분할의 단순한 묘사"[222]만이 나타날 뿐이다. "이러한 상황에서 정당과 이해관계자에 대한 엄격한 구속을 해소하고 융해시키는 통일은 도대체 어디에서 생겨난다는 말인가?"[223] 이 경향의 예상되는 끝에 슈미트의 비판의 강조점이 놓여 있다. 곧, 국가와 헌법에 대한 충성은 사회 조직, 특히 다원주의를 담당하는 조직에 대한 충성으로 대체되고 "도덕적 구속과 충성 의무의 다원주의(plurality of loyalties)"가 나타남으로써 다원주의적인 분할은 점차 강하게 고정된다. 이에 따라 '국가'의 통일 형성은 더욱 요원해지며, 필연적으로 관료제 또한 사회 영

217) ***HV***, 87 · ㊫ 121.
218) 언급은 ***HV***, 특히 91 · ㊫ 127.
219) ***HV***, 89 · ㊫ 123-124.
220) 위와 같은 곳 · ㊫ 124.
221) 여기까지의 지적은 中道寿一 (김효전 옮김), 앞의 글, 190 [237].
222) ***HV***, 89 · ㊫ 124.
223) 위와 같은 곳.

역과의 긴장이 상실되고 사회적 세력이 모든 부문에 빈틈없이 침투함에 따라 그 작용이 불가능하게 된다는 것이다.[224]

> "[이러한 양식의] 전체국가는 순수하게 양적인 의미에서, 단순히 부피의 측면에서 전체적인 것이며, 강도와 정치적인 에너지라는 의미에서 전체적인 것은 아니다. 오늘날 독일의 다원주의적 정당국가는 이와 같은 양식의 전체국가를 발전시켰으며, 그 부피는 놀라울 정도로 확대되고 있다. 이 전체국가는 모든 문제에 간섭하고 인간 실존의 모든 영역에 걸쳐 있다. (…) 그것은 물론 단순히 부피란 의미에서의 전체성일 뿐이고, 위력이나 강함(Stärke)의 대칭점에 위치하고 있는 것이다. 오늘날의 독일 국가는 약체여서 요구를 거부할 수 없기 때문에 전체적인 것이며, 정당과 조직적인 이해관계자들이 쇄도하는 데도 저항할 수 없기 때문에 전체적인 것이다. 이 국가는 모든 것에 굴복하고, 모든 것의 요구에 응하고, 모든 것에 보조금을 지출하고, 동시에 상반되는 여러 이해들의 비위를 맞추지 않으면 안 된다. 이 국가의 팽창은 전술하였듯이, 그 강함의 결과가 아니라 약함의 결과이다."[225]

결국 20세기의 전체국가로의 전환은 독일의 현상에서는 국가의 약화로 기인한 '약한 양적 전체국가'라는 의미에 지나지 않으며, 독일에서는 사실 '국가'가 아니라 자신의 내부에서 전체성을 실현하려는 대중 정당만이 존재한다. 이 약간의 정당들이 다원적인 형태로 존립하여 현재 정치를 독점하고 있을 뿐이다. 현실에 대한 슈미트의 진단의 내용은 이렇게 도출된다.

부연하자면 그는 현실 문제를 다음과 같이 묘사하고 있다. 즉, 과거의 자유주의적인 원리에 의거하고 있는 기성 정당은 끼어들 틈마저 잃고, '후보자명부'의 작성을 고유한 수단으로 삼은 다섯 개의 대중 정당이 정치를 독점하고 있다. 이렇게 약한 양적 전체국가가 된 오늘날의 독일은 각각 그 자체로 일관되어 있고 전체적인 체계를 갖춘 다섯 개의 세계관으로 나뉘어 있다. 그러나 이들 체계는 "서로를 부정하고 파괴"하려 하는 것이다. 크게 다섯 유형으로 '분할'된 세계관 사이에서 대중은 단지 통계적인 확인이라는 의미에 그치는 선택을 반복하여 강요받는다. 그 결과로 나타나는 의사는 이미 분열되어 있고, 다른 방향으로 인도되며, 마침내는 결코 합류하지 아니한다. 더구나 이

---

224) ***HV***, 90 · ㊫ 125.
225) ***PB***, 213 · ㊫ 268.

들 분할된 세계관은 "맥락 없이, 적대적으로 병존하는 상태에서 서로 이기려고 들거나 속이려 하고, 적극적인 일에서는 쓸모없이 늘 부정적인 데에서만 만나는" 것처럼 보일 뿐이라는 것이다.[226]

2) '질적' 전체국가의 제시를 통한 대비 및 '행정국가'와의 결부

여기까지의 진단에 대한 슈미트의 '처방'은 약한 양적 전체국가에 대비되는 '강한 질적 전체국가'개념을 제시하는 것이었다. 이제 비판의 틀인 '전체국가'는 하나의 이념적인 국가 모델로서도 나타난다. 질적 전체국가는 "그 내부에서 국가에 대적하고 국가적 활동을 저지하거나 국가를 분열시키려는 어떠한 세력의 대두도 허용하지 않는" 질적·에너지적 차원에서 전체적인 국가로 정의된다. 또한 이는『정치적인 것의 개념』에서의 작업과 부합하게 적과 동지를 구별할 수 있는 '강력한' 국가로도 특정된다.[227] 이와 같은 강한 질적 전체국가의 제시는 "사회에 약탈된 정치를 다시 탈취하여" 정치의 영역에 있는 국가와 그 밖의 영역에 귀속되는 사회의 '이원적' 구조를 회복하려는 시도로 이해된다.[228] 더불어 슈미트는 강한 질적 전체국가에 "세계에서 최선의 것은 명령이다"[229]라는 명제가 통용된다고 하는 '통치국가 내지 행정국가'를 결부

---

226) 여기까지의 부연은 ***PB***, 215-216·㊫ 270-271.

227) ***PB***, 212-213·㊫ 267.

228) 이와 같은 지적은 中道寿一 (김효전 옮김), 앞의 글, 192 [239].

229) 1949. 10. 2. 자 슈미트의 메모에 관한 주석에 따르면, 이는 홉스의 "우리가 명령할 수 있고 명령을 이해할 수 있다는 것이야말로 말의 유익이자 참으로 최선의 것이다(*Quod imperare et imperata intelligere possimus, beneficium sermonis est, et quidem maximum*)"라는 명제를 슈미트가 의역한 것이다. 출처는 Thomas Hobbes, "De Homine", in: *Thomae Hobbes Malmesburiensis opera philosophica quae latine scripsit omnia: in unum corpus nunc primum collecta Vol. 2*, Londini: Joannem Bohn (1839), Caput X: 91: Gerd Giesler·Martin Tielke(Hrsg.), Carl Schmitt, *Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947 bis 1958*(Erweiterte, berichtigte und kommentierte Neuausgabe), Berlin: Duncker & Humblot (2015), 478(Kommentar)에서 재인용; 이 명제를 같은 메모에 인용된 홉스의 다른 언명의 맥락, 특히 "De Cive", 같은 책, Caput XV: 332-333과 함께 비추어보면 슈미트가 메모에서 'sprechen'과 병렬하여 'befehlen'으로 옮긴 '*imperō*'를 그는 다음과 같이 이해하였던 것이 명확해진다. 즉, 이는 '*praeceptum*(=Gebot: 권위에 기한 명령)'과 더불어 '*mina*(=Drohung: 강제)'를 가지고서 관철되는 통치를 의미하고, 그 조건으로는 인지 내지 인식의 가능성 및 경외와 같은 감정이 요구된다는 것이다. 슈미

시킨다.

그에 따르면, 통치국가와 행정국가는 최종 결정이 표현되는 방식에서만 차이가 있을 뿐 기제는 다르지 않은 국가의 성질이다. 최종 결정의 표현이 통치국가에서는 최고 통치자 개인의 의사와 통치 수반의 권위적인 명령의 양상으로 나타난다면, 행정국가에서는 "오로지 객관적 사태(사물)에 따른 명령"의 형태로 나타난다는 점에서 차이가 있다. 이러한 행정국가에서는 인격에 의해 통치되는 것도 아니고 통치자보다 상위에 있는 규범이 단순하게 적용되는 것도 아니라는 것이 슈미트의 부연이다. "사물(사태) 스스로가 다스린다"라는 점이 행정국가의 특징이며, 이는 '합목적성'의 관점에서 전적으로 개별적 상황에 맞춰진 명령에 따라서 영위되는 국가의 성질이라는 것이다.[230]

슈미트는 강한 질적 전체국가로의 전환(Wendung)이 오늘날에는 불가항력적인 흐름으로 의식되기 시작하였으며 이는 행정국가로의 전환이라는 구체화된 양상으로 확실하게 나타나고 있다고 선언한다.[231] 『헌법론』과 『헌법의 수호자』의 논리 구조를 일관하게 반영한 『합법성과 정당성』은 행정국가의 우수성을 처음부터 부각시키면서 논의의 초점을 여기에 고정하는 데에서 출발한다.

> "(…) 행정국가의 토대를 현실의 필요, 사물의 상황, 긴박함, 신속한 결정의 필요성, 그밖에도 [일반]규범이 아닌 개별상황에 따른 정당화 요구들에서 찾을 수 있다. (…) 통치국가와 행정국가는 사법국가에 따르기 마련인 법률가들의 변론과 의회제 입법국가의 끝도 없는 논쟁에 종언을 고하고, 즉시 집행 가능한 명령이라는 결단주의 자체에서 적극적인 법적 가치를 인식한다. "세계에서 최선의 것은 명령이다"라는 표현이 통치국가와 행정국가에서 통용되는 명제이다."[232]

트는 이러한 명제를 원용하는 것이 다음의 점에서 유용하다고 판단했을 것이라 짐작된다. 바로 법의 성질은 특정 의사를 담고 있는 언사들의 단순한 종합이 아니라 하나의 기제로서 인간에게 직접적으로 작용하는 언사라는 점에 있으며, 이를 위의 의역된 명제가 압축적으로 전달할 수 있을 것이라고 말이다. 1949. 10. 2. 자 슈미트의 메모는 Gerd Giesler · Martin Tielke(Hrsg.), 같은 책, 208.

230) 여기까지의 부연은 ***LL***, 9 · ㊫ 14-15.

231) ***LL***, 특히 10-11 · ㊫ 17-18.

232) ***LL***, 13 · ㊫ 21.

그동안의 입법국가적인 현실에 대한 비판과 함께 행정국가로의 요청과 관련하여 본문을 채워 나간 후, 결론에서 슈미트는 행정국가를 '지탱하는' 관료제의 의의를 강조하는 데 초점을 맞춘다.[233] 다만, 관료집단은 그 성질상 스스로 정치적 결단을 할 수는 없다.[234] 따라서 이에 의한 통치의 정당화 과정에서 불가결한 '권위'의 소재가 슈미트에게 중요한 문제가 될 수밖에 없었던 것이다.[235]

슈미트가 천착하였던 개념과 그 형성에 관한 방식이 상황에 의거하는 것, 곧 "변화하는 투쟁전선에 따라 신축성 있게 대응"하면서 보수적인 관점을 견지하기 위한 의도를 저변에 깔아두고 있는 것이었다고 한다면,[236] '강한 질적 전체국가'의 제시 및 부각은 바로 이러한 슈미트의 논의의 성격을 그대로 드러내는 사례라고 결론지을 수 있다. "아직 존재하지 않는 비전"[237]에 가까운 구상을 먼저 강한 질적 전체국가로 표현하고서 슈미트는 이탈리아의 파쇼 국가,[238] 혁명 후의 러시아,[239] 관헌국가적인 교리인 '우월적인 제3자'로서의 국가론,[240] 그리고 "관료제와 군대를 기둥으로"[241] 삼아 객관적 사태에 따른 명령이 합목적성의 관점에서 수행된다고 하는 행정국가 등을 들어 그 성격을 묘사했다.

다만, '바이마르헌법이 효력을 유지하고 있는 경우'의 해결책으로서 슈미트가 인정할 수 있었을 '강한 질적 전체국가'의 전형은 결국 사회에 대하여 우월적인 국가나 행정국가에 한정된다는 점에 유의해야 한다. 혁명 후의 러시

---

233) ***LL***, 특히 87 이하・㊫ 158 이하.

234) ***HV***, 102・㊫ 141-142: 슈미트의 관점에서 직업관료는 결코 '대표'할 수 있는 지위에는 있을 수 없는 개념이었기 때문에(가령 ***VL***, 212-213・㊫ 233), 그의 논의 속에서 관료의 중립적 권력은 라이히대통령의 권위에 완전하게 의존하는 구조로 나타날 수밖에 없는 것이었다. 이에 대한 지적은 長野 晃, 앞의 책, 특히 165.

235) ***LL***, 특히 88-89・㊫ 161-162.

236) 이와 같은 지적은 이계수, 앞의 논문, 94.

237) 中道寿一 (김효전 옮김), 앞의 글, 193 [240].

238) 언급은 ***PB***, 212-213・㊫ 267.

239) 언급은 ***ZNE***, 74・㊫ 111.

240) 언급은 "Wesen und Werden des faschistischen Staates (1929)", in: ***PB***, 128・㊫ 161.

241) 中道寿一 (김효전 옮김), 앞의 글, 193 [240]. 아울러 위의 주 238, 239, 240의 지시 또한 같은 곳으로부터 재인용한 것임을 밝혀둔다.

아는 물론이고, 슈미트가 조합국가(stato corporativo)인 이탈리아를 질적 전체국가의 사례로 언급하기는 했지만 이는 국가에 관한 고전적 사고(=눈에 보이는 권력의 담당자와 대표를 가진 국가)와의 연관[242] 및 특히 이탈리아의 파시즘이 민주주의를 자유주의로부터 '해방'시켰다는 판단에[243] 따른 것이었을 뿐이다. 그에게 이들 사례처럼 일당독재를 통하여 다원주의적인 분할을 저지하고 있는 대책은 '정치적 평의회제도(Rätesystem)'를 거부한 것으로 해석되는 바이마르헌법과 양립하기 어려운 것이었다.[244]

게다가 헌법해석의 문제를 차치하더라도, 국가와 사회의 대립을 전제로 하는 슈미트의 논리 구조상 혁명 후의 러시아 및 이탈리아의 사례는 적합하지 않은 측면이 있었다. 사회와 분리되어 이 '위'에서 조정자로서의 역할이 가능한 국가를 슈미트는 변화된 현실에 맞게 '질적 전체국가'로 표현한 것이기에, 그 전제로서의 '이원주의'를 성립 가능하게 하는 조건인 종교와 경제에 대한 국가의 광범위한 중립 내지 불개입의 태도[245] 역시 질적 전체국가에서도 유지되어야 했다. 그러므로 슈미트가 제시하는 질적 전체국가는 '이러한 의미에서' 내정상 무제한하게 절대적이거나 권위적인 국가는 아니다.[246] 이는 특히 '자유로운 경제 영역'과 엄격하게 분리되어 있어야 하고 경제적·당파적인 이해관계로부터 초연하며 불편부당한 것이어야 한다.[247] 이 점에서 사회주의 혁명 후의 러시아는 당연히 슈미트에게 질적 전체국가의 전형이 되기에는 부적절한 측면이 있었다. 이탈리아의 경우 또한 그것이 "자본주의 사회에 일치하는 독재의 형식"[248]을 유지하는 한에서만 슈미트에게 유의미했을 것이었다.

---

242) ***PB***, 130·㊫ 163-164.

243) 위의 "Wesen und Werden des faschistischen Staates (1929)"의 내용을 근거로 하는 언급은 Reinhard Mehring, 앞의 책, 특히 242-243.

244) 이에 대하여서는 ***HV***, 97, 99-100·㊫ 135, 138.

245) ***HV***, 73·㊫ 102.

246) 마찬가지의 지적으로 Hermann Heller (김효전 옮김), 앞의 글, 380 [648].

247) 위의 글, 381-384 [650-653].

248) Hermann Heller (김효전 옮김), "유럽과 파시즘", 앞의 책, 334 ["Europa und der Fascismus", in: Christoph Müller(Hrsg.), 앞의 책, 585].

제3절 소결

칼 슐테스는 통치국가/행정국가와 결부되어 있는 슈미트의 전체국가개념의 성격을 파악하기 위하여, 슈미트가 『현대 의회주의의 정신사적 상황』의 서론에서 인용하였던 이탈리아의 정치학자 가에타노 모스카(1858~1941)의 연설에 주목한다. 슈미트가 "동감의 뜻을 가지고 인용"[249]한 것처럼 보인 해당 연설에서는 의회주의의 결점에 대한 구제책으로서 세 가지의 '급진적'인 해결책이 제시되어 있다. 그것은 ① 마르크스주의적 의미에서의 소위 프롤레타리아 독재, ② 관료적 절대주의(un assolutismo burocratico)로의 복귀, ③ 생디칼리슴적인 지배 형태인데,[250] 슈미트가 이를 인용한 맥락은 그중에서 ②가 가장 타당한 방안임을 강조하려는 것이었다. 이를 슐테스는 다음과 같이 해석한다. 즉, 슈미트의 서술은 의문의 여지없이 '관료적 절대주의'에 대한 신념을 고백하는 것이고, 이를 근거로 한다면 그가 제시하는 이념적 국가 모델은 17, 18세기의 절대주의국가와 의심스러운 '유사성'을 가지고 있다는 것이다.[251]

'인용'을 통해 자신의 '소신'을 고백하는 방식은 『정치신학』의 마지막 장에서도 나타나고 있는 것으로 생각된다. 특히 여기에서는 '반혁명'의 국가철학자인 도노소 코르테스(1809~53)의 혁명의 시대에 관한 인식이 인용되어 있다. 슈미트가 보기에, 코르테스의 사고 전개는 군주제의 시대가 끝났음을 의식하고서 정치적 '독재'를 요청하기에 이른 것과 같았다.[252]. 다만, 이때 코르테스가 요청한 독재는 "실용적인 미봉책(pragmatischer Notbehelf)"[253] 혹은 고육지책이다. 이는 코르테스의 사고의 기점인 '왕조의 정통성'과 그 연관성이 발견

---

249) Karl Schultes (김효전 옮김), "파시즘에 있어서의 헌법사상의 몰락", 칼 슈미트 연구, 88 [*Der Niedergang des staatsrechtlichen Denkens im Faschismus. Die Lehren des Herrn Professor Carl Schmitt, Kronjurist der Gegenrevolution*, Weimar: Verlag Werden und Wirken (1947), 26].

250) ***GP***, 27・㊥ 42: 위와 같은 곳에서 재인용.

251) Karl Schultes (김효전 옮김), 위와 같은 곳.

252) ***PT***, 69・㊥ 89: Ruth Groh, *Arbeit an der Heillosigkeit der Welt. Zur politisch-theologischen Mythologie und Anthropologie Carl Schmitts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (1998), 149에서 재인용.

253) Ruth Groh, 위와 같은 곳.

되지 않기 때문이다. '악의 급진성(Das radikal Böse)'이 폭발하는 상태인 혁명의 한가운데에서 정통성을 고집하는 것은 공염불일 뿐임을 코르테스는 알고 있었다.[254] 따라서 고육책과 같은 그의 정치적 독재의 요청은 '순수 결단(= 무(Nichts)에서 이루어지는 절대적 결단)이 가능한 계기'로 '국가'의 의의를 환원하려는 시도 외에 다른 것을 의미하지 않는다는 것이다. 다시 말해 코르테스를 포함한 반혁명의 사상가들은 자신의 사고의 출발점인 정통성을 폐기하면서까지 '결단'과 이에 결부되는 '권위'만은 포기하지 않았다는 것이다.[255] 슈미트는 반혁명의 국가철학자들로부터 힌트를 얻어서 『정치신학』에서의 작업을 수행했다. 곧, 내용과는 무관하게 '형식' 그 자체에 독자적인 가치를 부여하여, '진리가 아니라 권위가 법률을 만든다(*Autoritas, non veritas facit legem*)'라는 고전적인 정식을 '결단주의'의 형태로 현대에 다시 정착시켰던 것이다. 여기에 따르면 (내용의) 올바름과는 상관없이 '권위'에 기한 결단이라면 이는 유효하다.[256] 바이마르공화국 시기 슈미트의 작업들은 이로부터 '권위'의 소재가 어디에 있느냐를 중시하는 방향으로 집중하게 되었다.

이들 인용의 사례는 모두 『헌법론』에서의 국가개념 및 헌법개념 형성의 특징과 일관된 맥락 위에 있는 것으로 판단된다. 의회주의의 결점에 대한 대책으로서의 관료적 절대주의에 대한 지지나 '반혁명'의 국가철학 등, 여러 저작들에 산재되어 있던 슈미트의 현실 인식과 이에 대한 구제책의 단서는 『헌법론』을 계기로 나름의 체계성을 갖추며 '종합'되었고, 『헌법론』을 현실에 적용시켰던 『헌법의 수호자』를 통하여 '구체화'되었던 것이다.

---

254) ***PT***, 69 · ㊥ 90.

255) 여기까지의 부연은 위와 같은 곳 · ㊥ 89.

256) '진리가 아니라 권위가 법률을 만든다'라는 홉스 정식의 인용은 ***PT***, 39 · ㊥ 50; 특히 『정치신학』에서 슈미트는 내용과는 독자적인 가치를 갖는 '형식(성)'을 그 핵심으로 부각시킨다. 이에 따라 『정치신학』에서는 법이 내용의 올바름과는 무관하게 그것이 '법'으로서의 '형식'을 갖추고 있기 때문에 유효하다는 주장이 도출된다. 법으로서의 형식이 부여되는 계기는 '권위'를 가진 주체가 그것을 법으로서 통용하도록 결단하는 것이다. 이 과정에서 바로 위의 홉스 정식이 재조명되면서, '결단주의'라는 조어가 등장한다. 따라서 슈미트의 작업에서는 '결단'과 이를 유효하게 하는 '권위'의 소재가 중요한 문제가 된다. 『정치신학』 및 이 논문의 지금까지의 내용을 통해 짐작 가능하듯이 슈미트는 이를 '국가'가 독점하는 것으로(***PT***, 특히 19 · ㊥ 25-26) 수렴될 수 있도록 그 논리를 구성하였다.

지금까지 살펴보았듯이 '질적 전체국가'개념의 형성은 정치 영역인 국가와 그 밖의 영역인 사회의 '이원적'인 구조를 회복하려는 시도로서 이해할 수 있다. 다만, 19세기적인 구조를 환기하면서도 슈미트는 헌법보장의 부담까지 짊어질 수 있는 의회, 곧 헌법의 수호자로서의 의회라고 하는 19세기의 관념은 현실의 변화에 따라 계속 가능할 수 없다고 단정한다. 슈미트의 관점에서는 계약의 상대방으로서 강력한 정부(그의 논리 내에서는 유일하게 '국가'의 영역에 속하는 관료제 중심의 정부, 특히 19세기의 관료국가)가 전제되어 있어야만 의회는 헌법의 수호자로서 기능할 수 있다고 나설 수 있고 '의회주권'을 내세울 수도 있는 것이었다. 19세기의 자유주의적 관점과 이것이 유의미했던 환경 아래에서는 유효했을 위의 관념은 입법국가화의 결과로 국가가 '사회의 자기조직'처럼 질적으로 변모한 상태에서는 적용하기 어렵게 되었다. 이제 슈미트의 작업에서는 더 이상 가능하지 않은 헌법의 수호자로서의 의회나 의회주권과 같은 관념을 무엇으로 대체할 것인가가 문제가 된다. 이에 대한 답안은 '질적 전체국가'와 긴밀하게 연관된다.

한편, 입법국가(화)에 대한 슈미트의 강력한 비판은 이에 관한 경험적 현실이 바이마르공화국의 헌정 전개와 일치하고 있었기 때문에 '반바이마르'로 일괄된다. 또한 슈미트는 바이마르공화국을 포함한 대부분의 산업 국가의 현실이 '다원론'과도 상응하고 있다고 보았다.[257] 따라서 다원론에도 그의 비판이 집중되는 것은 당연한 귀결이었다. 현실의 국가양식이 '양적 전체국가'로 나타나면서, 슈미트에게 국가의 통일성은 그 내부에서 다원적으로 해소[분열]되고 있는 것처럼 보였다. 물론, 정치적 세계는 본질적으로 다원적이다. 하지만 이 경우의 '다원성'의 담지자는 16/17세기 보편주의의 해체로부터 생겨난 정치적 통일(체) = 근대국가여야 한다는 것이 슈미트의 입장이다.[258] 그러나 라스키(1893~1950)를 위시한 오늘날의 '다원론'은 오히려 국가의 정치적 통일성을 비판의 대상으로 삼고서 이를 상대화하려고 한다.[259] 슈미트의 비판의 이유는 여기에 있다. 다원성의 담지자를 '제대로' 배치하지 못하는[260] 다원론과

257) ***PB***, 특히 154 · ㊀ 194.
258) 여기까지의 부연은 ***PB***, 160 · ㊀ 203.
259) ***PB***, 156 · ㊀ 197.
260) 표현의 차용은 ***PB***, 160 · ㊀ 203.

일치하고 있던 경험적인 현실에서, 슈미트가 문제시했던 것이 '다원론의 담지자'처럼 기능하고 있는 당파적 의회였다.[261] 슈미트의 작업에서 '반의회주의'는 필연적으로 수반될 수밖에 없는 것이었다.

이렇게 절대화 및 구체화까지 거친 슈미트의 국가개념은 '라이히대통령'의 '독재'와 접속할 때 바이마르의 헌법현실에서 유의미할 수 있을 것이었다. "주권의 진정한 표지"[262]와도 같아 보였을 헌법 제48조의 권한을 '유일하게' 행사할 수 있었던 라이히대통령은 전통적인 관료제와 군대, 곧 슈미트의 입장에서 '초당파적'인 세력(단, 스스로는 정치적 결단을 내릴 수 없는)이 계속하여 안정적으로 기능할 수 있게 하는 기둥으로서의 위상에 있는 것이었다.[263] 이제 슈미트의 논술이 당연하게 다음으로 예정한 수순은 더 이상 의회에 기대할 수 없는 역할과 지위가 라이히대통령에게로 그대로 넘어가게 하는 것이다. 이에 앞서 슈미트가 다의적인 '중립성'개념에 대해 개관하는 것은 주목할 만한 부분이다.[264] 이 개관에서 그는 바이마르헌법 아래 요구되고 있는 국가의 '중립성'을 소극적인(negativ) 의미에 놓고, 라이히대통령의 위상과 결부하게 될 '중립성'을 적극적인(positiv) 의미 안에 미리 제시하고 있다.[265] 이렇게 하여 '헌법의 수호자로서의 라이히대통령'에 관한 논의 역시 국가양식에서와 같은 구조 및 맥락 위에 있음을 암시하고 있다.

---

261) 전형적인 표현으로 ***LL***, 84・㊫ 153.

262) Michael Stolleis, 앞의 책, 116.

263) 이와 같은 지적은 中道寿一 (김효전 옮김), 앞의 글, 특히 201 [249-250].

264) 곧, "Übersicht über die verschiedenen Bedeutungen und Funktionen des Begriffes der innerpolitischen Neutralität des Staates(1931)", in: ***HV***, 111-115・㊫ 154-160. 아울러 ***BP***, 89-93 (Corollarium 1)・㊫ 137-145 및 ***PB***, 179-183・㊫ 226-231에도 수록됨.

265) ***HV***, 특히 114-115・㊫ 159.

제4장 ‘헌법의 수호자’론의 의도와 함의

앞서 살펴본 것처럼 ‘헌법의 수호자’의 논리 구조는 19세기의 ‘이원주의’를 환기하고 있다. 즉, ‘헌법의 수호자’론은 국가와 사회의 대립을 전제로 하면서 전개되는 것으로, 이로부터 비판의 틀로서 제시되는 ‘전체국가’개념의 성격도 규정되는 것이다. 슈미트가 제시하는 ‘강한 질적 전체국가’는 결국 국가가 사회와 분리되어 그 ‘위’에서 조정자로서의 역할을 할 수 있는 상태를 가리킨다. 현실적으로는 이원주의를 전제로 작용했던 국가, 구체적으로 군인국가이자 관료국가(Militär- und Beamtenstaat)였던 프로이센이 바로 이 강한 질적 전체국가의 전형 중 하나가 된다.

반면에 현재의 상황(*status quo*)을 놓고서 슈미트는 입법국가화의 경향에 따른 ‘약한 양적 전체국가’의 상태가 되었다고 진단한다. ‘사회의 우세화’, 사회가 빈틈없이 국가 안으로 ‘침투’한 결과 모든 영역의 구분이 무의미하게 되고 국가의 위상이 ‘사회의 자기조직’처럼 약화되었다는 것이다. 슈미트가 보기에 이러한 상태에서의 국가는 단순히 양과 부피의 측면에서 전체적인 것일 뿐이다. 그 안은 정당을 위시하는 사회적 세력에 의해 당파적으로 분할되어 있으므로, 국가는 조정자로서가 아니라 당파적 요구들에 굴복하며 이에 호응해야 하는 기구처럼 그 위상이 변하게 되었다는 것이다.

슈미트는 이와 같은 상태를 국가의 통일성이 유지되고 있는 상태, 교양 있고 도덕적으로 청렴결백한 국가 관료가 지배하는 상태와 동떨어져 있는 것이라는 이유를 들어 비판적으로 진단한다. 그러면서 이에 대한 ‘처방’처럼 이원주의를 전제하는 논의를 발전시켰던 것이다. 따라서 ‘헌법의 수호자’론이 요청하는 것은 조정자로서의 국가이며, 이는 변화된 헌법현실에 맞도록 ‘행정국가’로 구체화되었다고 할 수 있다.

이렇게 이원주의를 새삼 조명하는 과정은 프로이센의 ‘국가(성)’을 조명하는 것과 다르지 않다. 더불어 이원주의를 성립 가능하게 했던, 종교와 경제에 대해 광범위하게 중립 내지 불개입의 태도를 보였던 프로이센의 상태를 또한 부각시키는 것이기도 했다. 단, 19세기의 상황과 제1차 세계대전을 겪은 이후

의 상황에는 질적 차이가 있다. 바이마르의 헌법현실에서 '프로이센적인' 상태를 어떻게 관철할 수 있을까? 이에 대한 슈미트의 답안은 '헌법의 수호자' 론의 다른 특징인 '중립성'개념의 활용에도 내포되어 있었다.

제1절 '국가(성)'을 방어하는 중립적인 권력으로서의 대통령의 위상 정립

Ⅰ. '중립성'의 활용에 대한 코페르니쿠스적 전환

1. '중립성'의 개념사

> "(…) 중립적이라는 말은 새로운 전기를 맞이한다. 소극적이고 불가지론적인 국가의 중립성은 사회·경제정책을 수행하는 오늘날의 국가 — 독일의 경우에는 배상국가이기도 하다 — 에서는 더 이상 가능하지 않기 때문이다. 이제 불편부당하고 정당한 결정을 가능하게 하는 일종의 중립성만이 문제가 되며, 그것의 사회학적 전제는 정당에 구속되지 않는 이성적 존재이다. 이것 없이 오늘날의 법치국가는 생각할 수 없을 것이다."[1]

입헌주의의 확대와 함께 그 활용의 범위 또한 넓게 확장되는 경향을 보이고 있었던 '중립성'개념,[2] 특히 뱅자맹 콩스탕(1767~1830)의 논술에서 두드러지는 '국내정치적인(innerstaatlich; innenpolitisch) 중립성'에 관한 문제는[3] 독일에서는 전후에 새로운 의미, 곧 '초당파성'을 얻게 되었다고 여겨진다. 여기에는 위와 같은 슈미트의 논의가 하나의 분기점처럼 작용하고 있는 것으로 간주된다.[4]

---

1) ***HP***, 183-184·㉮ 248.
2) 이에 대한 언급은 Heinhard Steiger·Michael Schweitzer(Bearb.), "Neutralität", in: Otto Brunner·Werner Conze·Reinhart Koselleck(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*(2. Aufl.) *Band 4*, Stuttgart: Klett-Cotta (1997), 316.
3) 위의 글, 360.
4) 위의 글, 366-367.

그 어원이 이쪽도 저쪽도 아니라는 의미의 라틴어 형용사 '*neuter*'로 소급될 독일어의 'neutral; Neutralität'은 전쟁개념의 반영이라고 할 수 있을 만큼 이와 밀접하게 연관되어 국제법과 국제정치 영역에서 사용되기 시작하였다.[5] 국가 간 영역에서 '중립성'의 전개의 역사는 그 내용이 비교적 견고하게 유지되었다는 특징을 보인다. 곧, 출현에서부터 20세기에 이르기까지 국제법과 국제정치 영역에서 '중립성'의 의미는 큰 변동 없이 둘 이상의 국가 사이의 전쟁에 참여하지 않는 상태를 가리키는 것이었다.[6] 한편으로 '중립성'은 11~15세기의 교회의 분열(Schisma)이라는 상황 속에서 교회 내의 중립성의 맥락으로 등장하여 종교 영역에서 또한 중요하게 언급되어 왔다. 이는 종교개혁을 거쳐 19세기에 이르게 되면 초교파적(überkonfessionell) 또는 국가와 사회 내의 정신적인 중립성으로 그 의미가 확립되어, 정치권력이 종교권력으로부터 분리되는 것을 가리키게 되었다.[7]

이처럼 본래는 국가 간 및 국가와 교회 사이의 관계와 관련되어 있던 '중립성'개념은 입헌주의의 확대와 함께 '국내정치적'으로도 그 범위를 확장하기에 이른다. 다만, 오래된 개념인 전쟁에서의 중립이 그 사용에 있어서 일정함을 보이고 있는 것과는 다르게 국가의 '국내정치적인 중립성'은 고정된 내용으로 굳어지지는 않았다.[8] 적극적인 지배나 지도가 아니라 '균형', '중재', 어느 한 쪽의 우세(Übermacht)의 '저지', 분쟁의 '조정'이라는 역할로서 이해되는 콩스탕의 '중립적 권력(pouvoir neutre)'개념이 바로 이 확장된 의미에서의 '중립성'개념과 연관된다.[9]

그렇지만 19세기 독일의 입헌군주제에서는 군주가 국가권력 및 권위의 유일한 보유자이자 담당자로서 이해되었기에 콩스탕의 개념이 받아들여질 여지는 없었다.[10] 일단 개념의 활용 범위가 확대된 것으로서 이해될 국가의 '국내정치적인 중립성'과 관련하여 독일에서는 국가와 사회의 분리에 기초한 중립

---

5) 위의 글, 315, 317.
6) 위의 글, 320.
7) 위의 글, 337.
8) 위의 글, 316.
9) 위의 글, 361.
10) 위와 같은 곳.

성이라는 의미로 사용되는 것으로 그 흐름이 보편화되었으며 프란츠 폰 홀첸도르프(1829~89)로부터 초기의 사례가 발견된다.[11] 그에게서는 사회 집단 사이의 분쟁으로부터 국가가 사회의 평화를 '보호'하기 위한 역할을 해야 하는 것으로 나타나며, 이와 같은 과업을 수행하는 국가는 모든 사회 집단의 외부에 존재하고 있는 것으로서 구성된다.

사회의 이해관계로부터의 중립이라는 의미에서 홀첸도르프의 '국가의 중립성'은 일면으로 소극적인 성격을 띠고 있었다. 그러나 그의 개념은 사회로부터 국가가 완전하게 '물러나는 것(Rückzug)'을 의미하지 않았다. 오히려 그는 개인의 자유를 보호하기 위하여 국가가 필요에 따라서는 사회 분쟁에 개입하고 이를 조정할 의무가 있다고 보았다. 이 점에서 홀첸토르프의 '국가의 중립성'에는 적극적인 의미가 분명하게 포함되어 있었다. 이후 논자에 따라 독일에서 국가의 '국내정치적인 중립성'은 국가와 사회의 '분리'를 전제로, 사회에 대한 국가의 중립성이라는 소극적인 의미 범주와 국가가 보장하는 중립성이라는 적극적인 의미 범주 사이에서 정도의 차이를 보이며 활용되었다.[12] 슈미트가 주목한 것이 바로 이 의미의 차이였다.

2. 의미 분별과 콩스탕의 원용을 통한 슈미트 식 '중립성'의 구성

슈미트는 아래 <표 4-1>과 같이 국가의 '국내정치적인 중립성'에 관한 의미의 분별만을 단독 주제로 삼아 논술한 바 있다.[13] 그는 여기에서 의미가 구별되게 하는 기준에 바이마르헌법에 대한 자신의 해석의 핵심적인 부분을 결부시켰다. 곧, '독일 인민 전체의 정치적 결단으로서의 국가의 통일(성)'이 국가의 '국내정치적인 중립성'의 성격을 소극적인 범주와 적극적인 범주로 나뉘게 하는 계기로 적용되었던 것이다.[14]

---

11) 위의 글, 362.
12) 여기까지와 관련하여 상세는 위의 글, 362-365.
13) 앞의 118-주 264가 지시하는 내용을 참고. <표 4-1> 또한 이를 근거로 작성되었다.
14) ***HV***, 70・㉮ 98.

<table>
<tr><th></th><th>의미</th><th>용례</th><th colspan="2">비고</th></tr>
<tr><td rowspan="4">소극적</td><td>국가의 불간섭, 불개입, 무관심, 소극적 관용</td><td>• 종교와 종파에 대한 국가의 중립성
• 경제 또는 계약의 자유라는 의미에서의 경제 영역에 대한 헌법의 불간섭</td><td>더 이상 어떤 것도 구별하지 않는 중립적이고 불가지론적인 국가(stato neutrale ed agnostico), 특정한 이념이 없거나(inhaltlos) 최소한으로 한정된 국가</td><td>19세기의 관점과 결부</td></tr>
<tr><td>각자에게 동등한 이용의 기회를 부여하기 위한 도구로서의 국가</td><td>• 객관적인 예측가능성을 가지고 작동하는 기술적 수단으로서의 국가
• 사법기구, 행정기구, 통치기계, 국가의 관료적인 경영 등</td><td>이는 탈정치화된, 곧 ‘스스로는 적과 동지를 구별할 수 없는’ 국가로 귀결됨</td><td rowspan="3">오늘날 ‘질적’으로 그 의미의 범주가 변경된 중립성</td></tr>
<tr><td>국가적 의사형성에 있어서의 기회 균등</td><td>• 법률 앞의 평등, 보통선거, 평등선거
• 누구에게든지 부여되어 있는 다수 획득의 기회</td><td>특정한 자유주의적 정의관의 기초이자 특히 헌법 제76조에 대한 지배적인 견해와 관련됨</td></tr>
<tr><td>동등(Parität)</td><td>• 모든 집단과 경향을 동등한 조건 아래에서 동등하게 배려 또는 허용하는 것</td><td>이는 필연적으로 결단의 부재 또는 결단 불능의 균형(산술적 평등이나 부분화(itio in partes))의 결과를 야기함</td></tr>
<tr><td rowspan="4">적극적</td><td>규범을 근거로 하는 객관성, 사실성</td><td>• 법률에 구속되어 있고 이에 근거하여 결정하는 재판관의 중립성</td><td>재판관의 결단은 정치적 결단에 이르는 것은 아님</td><td rowspan="2">권위는 발견되나 정치적 결단과는 거리가 있음</td></tr>
<tr><td>이해관계로부터의 면제</td><td>• 이해관계 또는 다원주의적인 체계의 대표자나 당사자가 아닌 한에서의 전문지식 보유자(전문위원 내지 감정인)의 중립성</td><td>대체로 이와 같은 전문지식 보유자의 권위는 결단에 정치적 현실성을 부여하기에 충분치 아니함</td></tr>
<tr><td>대립된 집단 모두를 그 내부에서 상대화하는 통일성, 전체성의 표현</td><td>• 당파나 특정한 이해관계에 의한 국가의 분열을 방지하기 위한 국가적 결단</td><td colspan="2">콩스탕의 ‘중립적 권력’개념과도 연관되며, 슈미트의 논의에서는 라이히대통령의 위상 및 역할과 결부</td></tr>
<tr><td>제3자의 객관성</td><td>• 보호령 아래에 있는 국가와 그 국가의 국내정치적인 대립들에 대한 보호자의 객관성
• 식민지 내의 다양한 집단들에 대한 정복자의 객관성
• 예컨대 빌라도의 객관성(요한복음 18:37-38)</td><td colspan="2">외부로부터의 중립성 (Neutralität des außenstehenden Fremden)</td></tr>
</table>

<표 4-1> 국가의 ‘국내정치적 중립성’에 관한 슈미트의 의미 분별

국가의 '국내정치적 중립성'에 관한 이와 같은 슈미트 식의 개관은 일단 소극적인 범주에 있는 '중립성'과 관련하여서도 19세기의 중립적 국가와 결부되는 국가의 중립성과[15] 완전하게 '탈정치화'된 바이마르 헌법현실 아래에서의 중립성을 구분한다. 슈미트의 입장에서 본다면, 바이마르헌법 아래에서는 19세기의 자유주의적인 관점에 따르는 국가의 중립성은 무의미하게 되었고 이는 기회 균등, 당파 간의 동등, 산술적 평등 등을 보장한다는 의미로(민주주의와의 혼동의 결과) '변질'되었다.[16] 더불어 국가적인 의사형성에서의 기회균등 내지 동등성과 결부되는 중립성은 슈미트가 특히 『합법성과 정당성』에서 문제시하는 '내용 공허한 기능주의(inhaltsleerer Funktionalismus)', 곧 단순한 산술적 다수결에 의해 '합법성'과 그 외의 '정치적 잉여가치'가 획득될 수 있다고 하는 문제와 직결된다('51퍼센트'의 다수파의 정치적 프리미엄).[17] 이는 슈미트에게는 오히려 '중립성'이나 '객관성'과는 반대가 되는 상황을 야기하는 것으로서 취급된다.[18] 그의 논의에서 정치적 자유에 의미를 부여할 수 있는 '평등에 대한 요구(Gleichheitsforderung)'는 구성원 사이의 '동질성'과 연결되는 것이지, 누구든지 다수파가 될 수 있는 기회의 평등이나 당파적 평등을 요구하는 것이 아니기 때문이다.[19]

슈미트는 여기까지의 중립성을 정치적 결정으로부터 멀어지는 소극적인 의미 범주에서의 중립성으로 묶고 있다. 이들 유형은 문제적인 현상, 즉 입법국가화 경향, 국가의 통일성을 상대화하는 "다원주의 체계의 쇼 무대"[20]인 당파적 의회, 그리고 의회(제)민주주의 등의 현실과 결부되어 있다.

---

15) ***BP***, 90・㊀ 139; ***HV***, 112・㊀ 155-156; ***PB***, 180・㊀ 227. 한편, 불간섭・불개입・무관심・소극적 관용과 같은 '정신적인 중립성'이 불가능하다고 생각하는 사람들이 19세기적인 국가양식 아래에서는 '적'으로서 구별될 수 있었다는 점에서, 슈미트는 여기에 아직 정치적인 성격이 유지되고 있었다고 간주했다.

16) 앞의 100-101을 참고.

17) 이에 관하여서는 ***LL***, 특히 28 이하・㊀ 51 이하.

18) ***LL***, 29・㊀ 53.

19) 이에 대한 언급으로는 Otto Kirchheimer, "Bemerkungen zu Carl Schmitts »Legalität und Legitimität«", in: Wolfgang Luthardt(Hrsg.), *Otto Kirchheimer. Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*(2. Aufl.), Frankfurt am Main: Suhrkamp (1981), 114, 116.

20) ***LL***, 84・㊀ 153.

이에 대한 '구제책'의 단서는 슈미트의 논리 구조 및 '중립성'에 대한 의미의 분류상 적극적인 의미로서의 중립성으로부터 도출될 것이다. 슈미트 식의 개관에서 적극적인 의미 범주로 분류되어 있는 중립성의 유형들은 공통적으로 '권위'의 존재에 기초한다. 그렇지만 형식이나 위상 또는 심급의 차원에서 사법형식적인 결단은 정치적 결단과 바로 이어지지 않고, 전문지식을 보유한 중재자 및 조정자의 권위 또한 결단에 정치적 현실성을 충분히 부여할 수 없다는 것이 슈미트의 분명한 인식이었다.[21] 따라서 슈미트는 여기에 결여되어 있는 요소를 갖춘 적극적인 의미 범주에서의 '중립성'을 콩스탕으로부터 힌트를 얻어 형성하기에 이른다.[22]

19세기 독일의 입헌군주정의 상황에서는 받아들여질 여지가 충분하지 않았던 콩스탕의 '중립적 권력'개념은 특히 군주의 위상을 다른 국가권력들의 위에 있는 것이 아니라 이들과 병립하고 있는 것으로 놓았다. 그러면서도 이는 독자적 기능과 영향력을 갖춘 '중개적(intermédiaire)'이고 '방어적(préservateur)'인 권력으로 정립되어 있다.[23] 슈미트는 '중립적 권력'개념을 원용하면서 후자의 특징을 부각시킨다.[24] 그렇다면 바이마르헌법 아래에서 중개적이고 방어적인 권력에 부합할 수 있는 것은 무엇인가? 그의 논리상 다수로의 분열의 가능성이 항상 존재하고 있는 기관인 의회는 여기에 결코 부합될 수 없었다.

---

21) 가령 ***HV***, 132・㊫ 183; 전문위원 내지 감정인의 중립성과 관련해서는 "Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates (1930)", in: ***VA***, 51・㊫ 김효전 옮김, "국가의 국내정치적 중립성의 문제 (1930)", 로마 가톨릭주의와 정치형태・홉스 국가론에서의 리바이아턴, 교육과학사 (1992), 218.

22) 콩스탕의 '중립적 권력'개념은 이미 슈미트의 서술에서 '에버트'의 사례(특히 바이에른 란트와의 분쟁이 계속되었던 1922년의 여름)와 연결되어 호의적으로 묘사되었던 것이었다. 예컨대 "Reichspräsident und Weimarer Verfassung", in: ***SGN***, 26-27・㊫ 김효전 옮김, "라이히 대통령과 바이마르 헌법 (1925)", 헌법과 정치, 산지니 (2020), 75-76; ***VL***, 351・㊫ 379 등; 한편, 후버에 따르면 에버트는 1922년 여름에 당시 바이에른 란트정부의 총리였던 후고 그라프 폰 레르헨펠드(1871~1944) 앞으로 부친 편지에서 라이히대통령을 "라이히헌법과 라이히사상의 수호자"로 지칭한 바 있었다고 한다. 슈미트는 이러한 사례에 주목하여 '중립적 권력'개념과 결부된 헌법의 수호자로서의 라이히 대통령이라는 테제를 구상한 것으로 짐작된다. Ernst Rudolf Huber, "Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit", in: Helmut Quaritsch(Hrsg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin: Duncker & Humblot (1988), 36-37.

23) ***HV***, 132・㊫ 183; 또한 Heinhard Steiger・Michael Schweitzer(Bearb.), 앞의 글, 360.

24) ***HV***, 135 이하・㊫ 187 이하.

사법의 권위는 정치적 현실과 거리가 있다. 전문위원이나 감정인 또는 기관 역시 마찬가지이다. 결국 남는 것은 그 선출에서부터 이미 인민의 의지의 통일성을 강한 정도로 '표상'하고 있는[25] 라이히대통령뿐이다.[26]

한편, 콩스탕은 '중립적 권력'개념을 1815년 판『정치학의 원리』에서 중요하게 언급하고 있었다.[27] 이와 함께 권력의 엄격한 분할 및 '입헌군주정으로 귀결되는 대의제'를 강조한다. 이는 에세이가 작성될 무렵의 프랑스에 의회에 대한 우려가 확산되어 있었다는 사실이 반영된 것이다. 혁명 기간에 의회는 비정상적으로 강력해졌고, 사회의 다른 어떠한 세력으로부터도 독립되어 있었다. 이에 따라 시에예스는 강력한 행정부의 창설을 목적으로 세칭 브뤼메르 18일의 쿠데타를 기도하여 의회에 대한 통제권을 되찾으려 했다. 콩스탕도 이를 지지하는 입장이었다.[28]

이와 같은 콩스탕의 시대적 배경으로 미루어 보았을 때, 그의 개념은 슈미트가 추측하고 있는 것처럼 "권력분립에 근거하는 군주제에 대한 온건한 자유주의적 이론에 일치"[29]하고 있다. 특히 행정부가 시대 변화에 크게 상관없

---

25) 이에 대한 언급으로 Otto Kirchheimer, 앞의 글, 149.

26) 이 점과 관련하여서 슈미트는 특히 헌법위원회에서 개진되었던 프리드리히 나우만(1860~1919)의 의견을 직접 인용하며 자신의 관점을 분명하게 드러내고 있다. 곧, 예견되는 '다원주의적인 연립정당국가'의 현실에서는 "*전체*에 주목하는 *한 인물*의 필요성은 특히 강하게 주장될 것이다"라고 말이다. ***HV***, 138・㊫ 191-192.

27) 콩스탕의『정치학의 원리(*Principes de politique*)』1806년 판은 근대인의 자유의 문제를 주로 다루었다면, 1815년 판은 루소의 인민주권론을 비판적으로 고찰하면서 근대인의 자유의 보장을 위해서는 인민의 일반의지를 대표에게 위임하는 것이 타당한 것임을 주로 논하고 있다. 이 1815년 판에서도 슈미트가 참고하였던 일종의 초안인『입헌군주제에서의 헌법, 권력의 분배 및 보장에 대한 고찰(*Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, 1814)』(***1929HV***, 213-주 98・㊫ 216-주 98; ***HV***, 132-주 1・㊫ 184-주 1)과 같은 맥락에서 '중립적 권력'개념이 다루어지고 있으므로 이 논문에서는『정치학의 원리』1815년 판의 영역을 주로 참고하여 당해 개념에 대해 파악하였음을 밝혀둔다; 여기에서 언급한『정치학의 원리』1806년 판과 1815년 판 간의 차이에 관한 지적은 장세룡, "콩스탕의 자유주의: 고대인의 자유와 근대인의 자유", 프랑스사 연구 제2호, 한국프랑스사학회(1999. 12.), 10-주 18, 아울러 1815년 판에서의 핵심적 주장에 대하여서는 16 이하; 참고한 영역본은 Benjamin Constant, "Principles of Politics Applicable to all Representative Governments" in: Biancamaria Fontana(trans.), *The Political Writings of Benjamin Constant*, Cambridge: Cambridge University Press (1988), 특히 183-193.

28) 여기까지 "Introduction" in: Biancamaria Fontana(trans.), 위의 책, 37.

이 연속성과 안정성을 유지하면서 교대될 수 있게끔 하는 데[30] 관심을 두고 있는 것이다. '중립적 권력'개념의 구성을 위해 콩스탕이 참조하였던 것은 영국의 입헌군주제이다.[31] 여기에서 그가 특히 주목했던 부분은 군주와 행정부의 권한이 구분 가능하다는 점이었다.[32] 이로부터 콩스탕은 입헌군주제에서의 권력의 분립을 각각 '군주'의 권한과 '행정부'의 집행권, '장기적 대표'의 권한(세습의회)과 '여론에 따른 대표'의 권한(선출의회), 그리고 '사법권'으로 나누었다.[33] 이를 전제하면, 의회의 권한과 행정부의 권한 그리고 의회 대표들 사이에 극단적인 대립이 발생하는 경우 '독립적'인 군주(국가원수)는 '중재자'로서의 고유한 역할을 할 수 있는 것으로 그 위상이 정립된다.[34]

3. 국가원수(라이히대통령)의 위상 및 그 기능과의 연결

1) 대통령만이 가능한 중립성 = '초당파성'과 '방어적' 역할의 도출

슈미트는 마찬가지로 위의 콩스탕적인 맥락에서 극단적인 대립이나 분열에 대해 '방어적'인 권력으로서 국가원수의 지위를 포착하고 또한 부각시키려 했다. 다만, 영국의 입헌군주제에서는 상정하기 어렵지 않았을 중재자로서의 국가원수라는 위상은 국가원수가 현실적으로 군림하면서 통치하는 독일식 입헌군주제에서는[35] 받아들여질 여지가 충분하지 않았다. 그렇다면 이와 같은 국가원수의 위상이 부르주아적 법치국가 자체, 곧 그 형식이 입헌군주정이든지

---

29) ***HV***, 132-주 1・㊥ 184-주 1.

30) 이에 대한 언급으로 Heinhard Steiger・Michael Schweitzer(Bearb.), 앞의 글, 361.

31) Benjamin Constant, 앞의 글, 185.

32) 위의 글, 188.

33) 위의 글, 184-185; 우리말 번역의 차용은 장세룡, 앞의 논문, 27.

34) 위의 글, 188; 장세룡은 '중립적 권력'개념이 입헌군주를 중재자로서 상정하는 데에서 수사적으로는 군주 권력의 강화를 지향하는 것 같아 보이지만, 실은 영국처럼 명목상의 군주로 축소시키려는 의도가 있었다고 보고 있다. 위의 논문, 28. 필자가 보기에도 이와 같은 판단은 콩스탕의 의도와 부합하는 것이라 생각한다; 또한 이에 대한 언급으로 홍태영, "근대인의 자유와 대의제 정부: 시에이예스와 콩스탕의 논의를 중심으로", 한국정치연구 제13권 제1호, 서울대학교 한국정치연구소 (2004. 4.), 278 등.

35) 언급은 ***HV***, 135・㊥ 187.

입헌민주정이든지 간에 법치국가원리에 의하여 정치적인 원리의 결과나 효과가 제한 내지 조정되고 있는 상황에서도 과연 의의를 가질 수 있는지가 문제로 남는다.[36] 이 부분이 해결된다면 부르주아적 법치국가원리 위에 있는 바이마르공화국에서 대통령에게 중개적이고 '방어적'인 위상을 부여할 수 있을 것이었다.

슈미트는 이것을 '권위'와 '권력'을 구별하는 것으로부터 풀어내었다. 슈미트에게는 콩스탕의 논의에서 권위와 권력의 사용이 일관되지 않더라도 '중요한' 곳에서는 구분되어 나타나고 있는 것처럼 보였다. 양자의 분별이 아직 크게 문제시되지 않았던 당시의 배경에도 불구하고 콩스탕이 마치 양자의 차이를 의식하고 있는 것처럼 "군주의 권한은 다른 네 권한의 가운데에 있으면서도 그들 너머에 있는, 우세하면서 동시에 중개적인 권위이다"[37]와 같이 표현하였던 것을 슈미트는 유의미한 것으로서 포착했던 것이다.[38]

만약 법치국가가 군림(régner)으로부터 통치(gouverner)를 제거한다면 — '국가원수는 군림하되 통치하지 않는다(il règne et ne gouverne pas)' —, 국가원수의 군림에 관하여 무엇이 남는가? 슈미트는 이런 경우에도 국가원수의 '권위'는 상실되지 않는다는 것을,[39] 특히 이 점을 인지하는 국가원수야말로 권력을 분할하는 법치국가의 체계에서 분쟁에 대한 조정과 '방어'의 임무를 수행할 수 있다는 것을[40] 콩스탕의 개념을 전거로 들어 주장하는 것이다. 소실되지 않을 국가원수의 권위는 그렇다면 무엇인가 하는 마지막 질문에 슈미트는 익히 추측할 수 있듯 "국가적 통일과 그 통일적 작용의 *계속성*과 *항상성*"[41]을 직결시켰다.

---

36) 언급은 ***VL***, 216 · ㉮ 237.

37) 본문의 예시는 Benjamin Constant, 앞의 글, 185. 여기서는 본문에서 다루었던 바와 같이 크게 다섯 권한으로 입헌군주제에서의 권력의 분립을 정립했던 것을 바탕으로 하고 있기에 슈미트가 인용했던 초안에서의 표현과는 약간 차이가 있다.

38) ***HV***, 136-주 2 · ㉮ 189-주 13.

39) ***HV***, 137 · ㉮ 190.

40) ***HV***, 137, 139 · ㉮ 190, 192.

41) ***HV***, 136 · ㉮ 188.

2) 대통령의 권위를 통하여 방어되어야 할 '국가(성)'의 실질

(1) 『헌법론』에서의 단서

대통령의 권위를 통하여 '방어'되어야 할 국가(성)이 무엇인가가 독자의 입장에서 여전히 문제가 된다. 이에 대하여 슈미트는 명확하게 입장을 드러낸다거나 부연하고 있지 않고, '국가적 통일성'만을 언급하고 있기 때문이다. 결국 이를 파악하기 위하여서는『헌법론』의 단서들로부터 출발할 필요가 있다.

앞에서 슈미트의 '실정적 헌법개념'을 검토하면서 국가의 '주체성', 곧 국가의 행위능력이 부각되는 과정을 살펴보았다.[42] 이와 같이 행위능력 있는 주체라는 측면이 강조되는 국가는 그 자신의 발생이나 이에 관한 범위 등을 스스로 결정할 수 있게 되는 '능산적 자연'에 비유될 수 있다. 능산적 자연으로서의 국가는 이와 대비되는 '소산적 자연'으로서의 국가를 창출하는 것이다. 슈미트의 '국가(성)'은 결론적으로는 소산적 자연을 포괄하는 능산적 자연에 있다. 소산적 자연으로서의 국가는 슈미트의 논리에서는 하나의 법인격으로서 취급된다.[43]

『헌법론』의 제3장 실정적 헌법개념의 바로 다음 장에서 슈미트는 부르주아적 법치국가의 구성 원리가 여전히 헌법의 '이상적'인 개념으로서 다루어지고 있음을 부정적으로 언급하고 있다(제4장). 부르주아적 법치국가원리는 국가에 대한 '제한'을 목적으로 하는 자유주의적 관점이다.『헌법론』은 이와 대조하면서 국가의 주체성을 앞에서 부각하고 있는 것이다. 이 경우 기본권의 보장의 관점에서 국가에 대한 '제한'을 주장하는 자유주의적 관점과는 다르게 슈미트의 관점에서 국가에 대한 제한은 다음과 같이 해석되는 것으로 드러나게 된다. 곧, '제한'은 능산적 자연으로서의 국가에 대한 것이 아니라, 이것이 창출한 하나의 법인격으로서의 국가에만 해당됨을 의미한다는 것이다. 다시 말해 슈미트의 관점에서 '법치국가'는 국가의 '자기 제한'이고, 자유주의적 관점

---

42) 앞의 제3장 제1절의 Ⅰ.-2.-4)를 참고.

43) 여기까지의 설명과 관련하여 이 논문이 전거로 삼은 서술은 Martin Pilch, *System des transcendentalen Etatismus. Staat und Verfassung bei Carl Schmitt*, Wien; Leipzig: Karolinger (1994), 특히 30-32.

에서 언급하는 국가에 대한 제한은 소산적 자연에 유비될 국가에서 문제가 될 뿐이라는 것이다. 이러한 슈미트의 논리에서는 자유주의적 관점에서처럼 기본권의 보장을 이유로 국가권력을 제한할 수 있는 것이 아니다. 기본권은 단지 '법인격'으로서의 국가를 향하여 호소될 수 있을 뿐이다. 즉, 법인격으로서의 국가가 구성된 다음에야 '법적으로' 다툴 수 있는 문제가 된다는 것이다.[44]

결국 대통령의 권위를 통해 방어되어야 할 '국가(성)'은 사회계약적으로 혹은 국가와 자유의 변증법으로서의 법치국가이념으로부터 이해되는 국가에 있는 것이 아니다. 그것은 '능산적 자연'으로서 선험적으로 존재하는 것이다. 이 국가가 소산적 자연으로서의 국가를 창출하는 단순한 '점(Punkt)'의 위치에 있는 것이 아니라면, 이를 구성하는 실질이 있을 것이다. 여기에 슈미트의 법치국가원리에 관한 논의에서 특유하게 포함되어 있는 '제도적 보장'이 연결된다.

(2) 자유주의적 관점을 거부하는 슈미트의 국가 구성

슈미트 자신이 『토마스 홉스의 국가론에서의 리바이어던』을 그의 입장을 대표할 저서로 꼽았던 것처럼[45] 국가의 구성과 관련하여 슈미트는 홉스의 구상으로부터 많은 영향을 받았다. 홉스의 '국가'는 서로에게 '늑대'가 된 각 개인의 영역에서의 문제를 해결하기 위한 방안이었으므로 그 구성은 전쟁상태(*status belli*)에 해당되는 '자연상태'로부터 출발한다. 슈미트 또한 계속하여 존립하는 국가(성)의 파악을 위한 논리적 장치로 '비상사태'를 제시한다.[46]

슈미트도 비상사태를 '전쟁상태'와 나란하게 보고 있다.[47] 이를 두고서 레오 스트라우스(1899~1973)는 슈미트가 '강력한 국가'를 논구했던 홉스의 전쟁상태에 관한 용례를 그 자신의 논의 안으로 끌어온 것이라고 주해했다.[48] 다

---

44) 여기까지의 부연은 위와 같은 곳 및 같은 책, 특히 42-43.
45) ***SI***, 82.
46) 이에 대한 언급은 ***PT***, 18-19 · ㊥ 24-25.
47) ***BP***, 특히 33 · ㊥ 48.

만 슈미트가 정치적인 구별의 특성을 '공적(*hostis*)'과 동지의 구별로 정립하는 한,[49] 그에게 비상사태는 서로에게 '늑대'가 된 각 개인의 영역에서의 문제인 홉스 식의 '가설적인 구성물(hypothetische gedachte Konstruktion)'로서의 자연상태[50] 곧 개개인이 명백하게 투쟁의 성향에 놓여 있는 상태이기보다는 "집단들의 전쟁상태"에 한정될 것이다.[51]

홉스는 저 전쟁상태를 '자연상태'와 등치시키고 있고 그의 논의에서는 투쟁의 성향에 놓인 개개인이 바로 '자연상태'의 가치의 원점으로서 전제된다.[52] 그렇지만 슈미트가 자신의 개념 및 명제를 정립하는 데 홉스를 원용했음에도 불구하고, 그의 자연상태는 가설적인 구성물로서 파악했던 홉스의 그것과는 근본적으로 '다르게' 정의되기에 이른 것으로 보인다.[53] 슈미트에게서 개개인은 가치를 가지지 않는 것처럼 취급되는 단위이기 때문이다.[54] 따라서 홉스가 부각시켰던 개인의 가치에서 유래할 다른 가능성은 전혀 언급하지 않고

---

48) Leo Strauss (김효전・정태호 옮김), "카를 슈미트의『정치적인 것의 개념』에 대한 주해", 정치적인 것의 개념: 서문과 세 개의 계론을 수록한 1932년 판, 살림출판사 (2012), 198 ["Anmerkungen zu Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen", in: Heinrich Meier, *Carl Schmitt, Leo Strauss und »Der Begriff des Politischen«. Zu einem Dialog unter Abwesenden*, Stuttgart: Metzler (1988), 106]; 이에 관하여 본문과 마찬가지의 취지에서 스트라우스의 언급을 독해하고 있는 것으로 김항, "20세기 보편주의와 '정치적인 것'의 개념: '적(敵)'을 둘러싼 정치사상의 계보학을 중심으로", 사회와 철학 제30집, 사회와철학연구회 (2015. 10.), 175.

49) ***BP***, 27・㊥ 42; 이는 슈미트에게 16세기부터 20세기까지 '전쟁의 제한'을 달성한 유럽공법질서의 출발점이기도 하였다. Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*(5. Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2011), 91・㊥ 최재훈 옮김, 大地의 노모스: 유럽 公法의 국제법, 민음사 (1995), 124.

50) 슈미트는 개개 위력의 대치 상태, 각 개인들 간의 전쟁상태로 묘사되는 홉스 식의 '자연상태'는 "종교전쟁의 인상 아래"에 있고 결코 "무공간적인 유토피아"가 아니라 "장소를 정할 수 있는" 가설적인 상태를 가리킨다고 본다. Carl Schmitt, 위의 책, 64-65・㊥ 86-87.

51) Leo Strauss (김효전・정태호 옮김), 앞의 글, 198-199 [106-107].

52) 이와 같은 지적은 中道寿一 (김효전 옮김), "칼 슈미트의「전체국가」의 개념", 독일헌법학설사, 법문사 (1982), 185 ["C・シュミットの『全体国家』の概念について", ワイマルの崩壊とC・シュミット, 東京: 三嶺書房 (1989), 232]; 가치의 원점으로서의 개인과 관련지어 홉스의 자연권적인 요구에 대하여 언급하고 있는 부분으로는 또한 위의 글, 200-201 [107-108].

53) 이와 같은 지적은 Leo Strauss (김효전・정태호 옮김), 위의 글, 199 [107].

54) 中道寿一 (김효전 옮김), 앞의 글, 182, 184-185, 186 등 [228, 231-232, 234 등].

서[55] 슈미트는 그로부터 인간에게 "운명 그 자체"[56]로서의 의미를 갖는 '정치', 즉 홉스가 극복하려 했던 인간의 속성만을 원용한다.[57]

"홉스가 비자유주의적인 세계 내에서 자유주의의 기초를 쌓았다면, 슈미트는 자유주의적인 세계 내에서 자유주의 비판을 계획한 것이다"[58]라는 스트라우스의 논평은 여기서 특히 유의미하다. 이는 홉스가 '자연상태'에 대항해 이를 가능한 부정(극복)하려 함으로써 '자유주의'[59]의 사상의 토대를 다지는 데 기여하였다는 점을 언급한다.[60] 동시에 슈미트를 두고서는 이와 같은 홉스의 시도에 근거하여 '자유주의'를 이해하면서도 개개인을 원점으로 하는 '자연상태'와 그 부정이라는 부분을 비틀어 자신의 자유주의 '비판'을 위한 논리적인 장치를 구성하였다고 지적하는 것이다.[61] 홉스의 시도가 '자연상태'를 문제시하면서 그 부정(극복)을 목표로 하는 것(Hobbes' polemische Beschreibung des Naturstandes)이라면, 여기에 슈미트는 정치적인 것에 대해 '부정하지 않는' 서술(*unpolemische* Beschreibung des Politischen)을 부각시킴으로써[62] 자신의 자연상태로서의 '비상사태'를 구체화한 것이다. 이 경우 개개인은 나설 수 없고,[63]

---

55) 같은 취지로는 남기호 "칼 슈미트의 국가론에서의 리바이어던: 그 정치적 상징의 오용과 홉스의 정치철학적 의의", 시대와 철학 제26권 제4호(통권 제73호), 한국철학사상연구회 (2015. 12.), 19.

56) Leo Strauss (김효전・정태호 옮김), 앞의 글, 205 [111].

57) 같은 취지로는 中道寿一 (김효전 옮김), 앞의 글, 185 [232].

58) Leo Strauss (김효전・정태호 옮김), 앞의 글, 202 [109].

59) 퀜틴 스키너의 서술은 홉스가 방어적・수동적인 성격에서의 자유를 옹호하고, 이러한 사적 자유에 근거하는 자유주의의 기틀을 닦은 사상가임을 보여주고 있다. 곧, 홉스는 '신로마'적 이론(the neo-roman theory)이라 부를 수 있을, 혁명적이고 체제전복적인 이데올로기로 발전할 가능성이 있는 자유론을 비판하고 또한 공적인 자유와 사적인 자유 사이의 연결을 거부하려 했던 '반혁명'적인 자유주의 사상의 선구자로서 후에도 큰 영향력을 행사하였다는 것이다. 이에 대하여서는 Quentin Skinner (조승래 옮김), 퀜틴 스키너의 자유주의 이전의 자유, 푸른역사 (2007), 특히 111 [*Liberty before Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press (1998), 59] 이하. 홉스 식 '자유주의'는 이와 같이 반혁명적인 성격, '자유' 그 자체를 개인의 방어적 권리로서 한정하려 한 맥락에서 파악되어야 할 것으로 생각되며, 슈미트가 이해하고서 자신의 논의에 활용했던 '자유'개념 역시 그 맥락은 홉스의 그것과 마찬가지였던 것이라 짐작된다.

60) 부연은 Leo Strauss (김효전・정태호 옮김), 앞의 글, 201 [108-109].

61) 이는 위의 글, 202 [109]의 지적을 바탕으로 필자가 풀어쓴 것임; 같은 취지의 독해로 김항, 앞의 논문, 특히 176.

62) 이와 같은 지적 및 강조는 Leo Strauss (김효전・정태호 옮김), 위의 글, 203 [110].

교전권(*jus belli*)을 독점하는[64] 국가만이 가치를 갖는 대상이 된다.

요컨대 슈미트는 홉스의 논리 전개의 방향을 완전히 뒤집어서 자신의 국가 개념을 구성한 것이다. 홉스가 '개인 간의 대립 = 전쟁상태 = 자연상태'로부터 이를 극복 가능하게 하기 위한 국가의 단계로 이론을 상승적으로 구성한 것에 대치하여, 슈미트는 '국가 간의 대립 = 전쟁상태 = 자연상태 = 비상사태 = 인간의 운명 그 자체로서의 정치의 속성만이 문제되는 상태'를 극복의 대상으로 삼지 않고 오히려 적극적으로 취급하면서 정치적 통일로서의 '국가'의 존속으로부터 개인으로 '하강'하는 이론을 구성했다.[65] 이러한 관점에서 국가의 위상은 결단을 '독점'하는[66] 어떤 강력한 실체로, 곧 주권적일 수 있는 하나의 존재[Souverän]와 같이 고양된다. 이는 개개인을 가치의 원점으로 전제하는 사회계약의 관점을 뒤집은 것이다.

슈미트에게 있어 개개인은 가치의 원점으로서 고려되지 않는 단위이다. 그렇기 때문에 '자유주의적인 강령'[67]으로서의 법치국가이념과 비교한다면 슈미트가 『헌법론』에서 논하는 부르주아적 법치국가원리는 '국가의 자기 제한'의 원리와 같이 나타난다. 따라서 개인이 적극적으로 청구할 수 있는 성격의 권리들이나 특히 바이마르헌법의 특색인 사회권적 기본권은 거부되고, 국가를 향해서 방해 배제만을 요구하는 정도인 방어적 성격의 자유권적 기본권이 슈미트의 기본권체계의 중심축이 되는 것이다.[68]

---

63) 그렇지 않다면, 슈미트가 문제시하는 '내란'(특히 ***BP***, 30-31 · ㊫ 45-46)이나 '비정치적'인 것이기에 그 자체로서는 전쟁을 수행할 수 없는 '인류'의 이름을 내세운 '정전'(특히 ***BP***, 51-52 · ㊫ 72-73)의 상황이 벌어질 것이기 때문이다.

64) 언급은 ***BP***, 42-43 · ㊫ 60-61.

65) 여기까지의 부연은 中道寿一 (김효전 옮김), 앞의 글, 185 [232].

66) ***PT***, 19 · ㊫ 25.

67) Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Band 2: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, München: Verlag C. H. Beck (1992), 382.

68) 국순옥, "미영 문화권과 칼 슈미트", 민주주의 헌법론, 아카넷 (2015), 116.

(3) '진정한 기본권' 및 '제도적 보장'과의 연결

자신의 기본권체계에서 강조되는 기본권을 슈미트는 모두 '진정한' 기본권, '절대적' 기본권이라고 특징짓는다.[69] 이는 "헌법률적으로 보장·보호된 기타의 권리와 구별"[70]된다는 것이다. 따라서 민주주의적인 참정권이나 국가에 적극적 이행을 요구할 수 있는 "사회주의적인 권리"가 이로부터 구별된다.[71] 이러한 슈미트에게 바이마르헌법의 기본권 규정과 관련하여 문제가 되는 것은 절대적 기본권으로서의 '재산권(사적소유권)'을 헌법이 보장한다고 하면서 "그 내용과 한계는 법률에 의한다"[72]라고 선언한 데 있었다.[73] 이와 같은 표현은 슈미트에게 받아들여지기 어려운 것이었다. 바이마르헌법에 의해 재산권이 상대화된 것인가? 혹은 신체의 자유와 같은 진정한 기본권의 불가침성과 다르게 취급되는 것인가? 바이마르헌법상의 재산권의 성격을 어떻게 해석하는가, 더 정확하게 표현하자면 헌법 규정에도 불구하고 재산권의 불가침성(특히 의회의 입법을 통한 사용·수익·처분에 관한 통제로부터)을 관철시킬 수 있는가가 슈미트의 『헌법론』에서의 과제가 되었다.

이를 타개하기 위하여 슈미트는 모리스 오류(1856~1929)가 한 차례 체계화한 이론을 끌어왔다.[74] '제도적 보장'이 『헌법론』에서 다시 활성화되면서 슈미트의 기본권체계의 특유한 표지처럼 자리한다.

> "(…) 그러한 보장의 구조가 이론적으로나 또 법적으로나 자유권의 구조와는 성격을 달리함에도 불구하고 기본권이라고 말할 때가 때때로 있다."[75]

본질적으로는 제약되어 있는 제도적 보장의 기타의 예에 슈미트는 위의 바

---

69) ***VL***, 166·㉮ 187.
70) ***VL***, 163·㉮ 184.
71) ***VL***, 168-170·㉮ 190-191.
72) 바이마르헌법 제153조 제1항 제2문. 송석윤, 위기시대의 헌법학: 바이마르 헌법학이 본 정당과 단체, 정우사 (2002), 381.
73) 슈미트는 제153조 제1항 제1문도 "소유권은 헌법에 의해서(!) 보장된다."라는 형태로 인용하고 있다. ***VL***, 166·㉮ 188.
74) 국순옥, "헌법재판의 본질과 기능", 앞의 책, 338.
75) ***VL***, 170·㉮ 192.

이마르헌법 제153조 제1항을 포함시킨다. 이에 관한 그의 논리는 요컨대 다음과 같이 전개된다. 곧, 제2문의 내용은 제1문과 모순되는데 재산권은 이미 (헌)법률 이전에 확립되어 있는 '진정한 기본권'이기 때문이다. 더구나 사적소유권의 보장 없이 부르주아적 법치국가원리는 성립될 수 없고, 바이마르헌법은 이 원리에 충실한 헌법이 되기를 의도했다. 따라서 제1문은 내용이 없는 선언이 아니라 "하나의 원리의 승인으로서" 계획되어 있는 것으로, 기본권의 의미를 가지는 제도적 보장의 예에 해당된다는 것이다.[76] 여기서 '제도적 보장'의 쓰임과 관련하여 눈여겨보아야 할 점은 이미 정립되어 있기 때문에 (의회의 활동과 직결되어 있는) 법률뿐만 아니라 헌법률을 통해서도 그 본질적 내용이 변경 또는 폐지될 수 없다는 것을 강조한다는 데 있다.[77] 바로 이 제도적 보장의 '진정한' 예로서 거론되는 것이 직업관료제(바이마르헌법상의 규정과 관련한 표현으로는 직업공무원제(Berufsbeamtentum))였다.[78]

> "(…) 바이마르헌법의 공무원법적인 규정들은 하나의 진정한 제도적 보장의 예를 내포한다. 그 규정들은 '한 당파가 아니라, 전체의 봉사자이어야 하는'(제130조), 다시 말해 의회제적 엽관제와 추종제(Beute- und Gefolgschaftspraxis)에 따른 국가해체적인 영향으로부터 보호되어야 하는 직업공무원제의 유지를 보장하고 있는 것이다. (…) 따라서 원리적으로 직업공무원제를 폐지하는 법률은 지방자치, 가족제도 또는 상속권을 폐지하는 법률과 꼭 같이 위헌이 되지 않을 수 없을 것이다."[79]

슈미트가 '진정한 기본권'과 '제도적 보장'을 들어 열거한 바이마르헌법상의 조항들이 '이미' (헌)법률 이전에 '확립'되어 있는 성격의 것으로서, 그가 인정하였던 권리 및 제도에 해당되는 것이다. 거기에서 관료제가 제도적 보장의 '진정한' 예로 언급됨과 함께 부기되는 이유에 주목할 필요가 있다. 관료제는 슈미트의 관점에서는 헌법률 혹은 법률의 변경과는 상관없이 이미 확립되어 있는 '국가(성)'의 실질인 것이었다. 그 근거를 슈미트는 독일 고유의 역사적인 배경에서 또한 찾았다.[80] 제도적 보장은『헌법론』이후 수정을 거

---

76) ***VL***, 171-172 · ㊥ 193-194.
77) 유사한 취지에서의 지적으로 국순옥, "헌법재판의 본질과 기능", 특히 339.
78) ***VL***, 172 · ㊥ 194.
79) 위와 같은 곳.

치지만 그 '진정한' 예로서 거론한 관료제에 대한 관점은 일관되어 있다고 하며,[81] 특히 '헌법의 수호자'론의 주창자로서의 관심은 『헌법론』에서 제도적 보장의 '진정한' 예로 언급한 바이마르헌법 규정들에 놓여 있었다고 여겨진다.[82]

제3장에서 살펴본 것처럼 '헌법의 수호자'론이 '행정국가'와 이를 지탱하는 관료제를 요청하는 것은 『헌법론』과의 수미일관한 귀결이었다. '진정한 기본권'과 '제도적 보장'을 통해 언급되는 내용들이 슈미트의 주장에서 특히 (헌)법률로 표현되는 의회의 영향에 맞서 '방어'되어야 하는 '국가(성)'의 실질을 암시한다. '중립성'의 의미 분별과 콩스탕의 주장을 원용하는 것을 계기로 그 위상을 정립시켰던 라이히대통령을 슈미트는 '방어'의 담당자로 위치 지었다. 바이마르헌법상의 기관이 헌법에 '앞서서' 확립되었다고 하는 '국가(성)'을 보장하는 담당자로 자리하게 된 것이다.

II. 도그마화로서의 『헌법의 수호자』 작업의 취지

1. '의회(제)민주주의'의 상대화

스스로가 '국가'의 통일성을 표상하면서 또한 이를 존속하게 하는 방어적인 권력으로서의 국가원수. 이 '처방'적인 개념의 구성은 마치 콩스탕의 '중립적 권력'개념이 고안되었던 시대적인 분위기마저 떠올릴 수 있도록 기획한 듯이 문제적인 의회주권 및 '국가(성)'을 상대화하는 다원주의의 무대처럼 보이고 있었던 당파적 의회민주주의를 그대로 겨냥하고 있었다. 『헌법론』을 위시한 슈미트의 국가학 내지 헌법학은 사실상 대통령제의 정당화와 관련되어 있었으며 국가와 사회의 '구분'을 '재구성'하는 데 전적으로 초점을 맞추고 있었다.[83] 바이마르공화국의 상대적 안정기에 발표되었던 『헌법론』에서는 그때까

---

80) 이와 같은 지적은 石川健治, 自由と特権の距離: カール・シュミット「制度体保障」論・再考, 東京: 日本評論社 (1999), 19.

81) 이와 같은 지적은 위의 책, 22-주 50.

82) 이와 같은 지적은 위의 책, 19-20.

83) Reinhard Mehring, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*(2., überarbeitete, aktualisierte und gekürzte Aufl.), München: C. H. Beck (2022), 263-264.

지 슈미트의 저서 여기저기에 산재되어 있었던 '이원주의'를 전제한 이념적인 국가상에 대한 단서들이 통일성 있는 '전체 상태'로서의 국가 및 이와 절대적 동일성의 맥락 위에 있는 헌법개념 안으로 종합되었다. 공화국 말기의 "괴로운 상황(*res dura*)"[84] 속에서 집필된 『헌법의 수호자』에서는 『헌법론』에서 상세하게 묘사되지 않은 실정법질서에 관한 슈미트의 인식이 통치국가 또는 행정국가로의 전환을 의도하는 작업을 통해 보다 더 '구체적'으로 제시되었다. 이는 전면적인 라이히의 개혁 및 헌법개혁이라는 범주로 묶일 수 있을 당시 국법학의 관심과는 다르게, 헌법의 충실한 해석을 통한 위기관리라는 시각에서 비롯한 귀결이었다.[85]

슈미트의 관심은 어디까지나 현행 바이마르헌법, 특히 그에게는 1871년 헌법상의 독일제국과의 '연속성' 위에 있는 것으로서[86] 직전의 헌법적인 전제가 부정되지 않은 채로 있는 것처럼 보였던 바이마르헌법을 합목적적으로 해석하는 데 놓여 있었다. 그가 보기에 입법국가화의 경향 아래에서의 바이마르 의회는 바이마르헌법이 전제했을 '시민계급(Bürgertum)을 통합하는 기능을 하는 기관'으로서의 의회로부터 멀어져 있는 것이었다.[87] 거기에 헌법의 수호자로서의 의회라고 하는 입법국가적 관념을 가능하게 하는 대립물인 군주와 강력한 행정부가 소멸되면서 의회는 공회전(Leerlauf)밖에 할 수 없는[88] '위태로운 시기'로 들어섰다[89]. 슈미트의 논리대로라면 "즉시 새로운 대립이 나타나지 않는 한" 의회개념의 역사적인 생명 또한 사라지게 될 것이었다.[90] 결국

---

84) ***HV***, V・㊥ 4.

85) 이와 같은 지적은 Reinhard Mehring, 앞의 책, 260 및 長野 晃, カール・シュミットと国家学の黄昏, 東京: 風行社 (2021), 193-194; 앞의 47-주 186을 참고.

86) 언급은 ***VL***, 95-97・㊥ 118-120.

87) 예로 "Der bürgerliche Rechtsstaat", in: ***SGN***, 특히 47・㊥ 김효전 옮김, "시민적 법치국가 (1928), 헌법과 정치, 182.

88) 언급은 위의 글, 47・㊥ 182.

89) 표현의 인용은 ***HP***, 176・㊥ 242.

90) 논리의 인용은 위와 같은 곳; 한편, ***VL***, 216-220・㊥ 237-240을 살펴보면 "대표의 성격을 가지는 귀족제적 의회의 의의"를 인식하는 한에서 슈미트가 '수긍'할 수 있는 의회(= 민주주의원리와 엄격하게 분리되어 있는 의회; 귀족제적 원리가 부르주아적 법치국가의 헌법에 응용된 결과로서의 의회. 송석윤, 앞의 책, 285)의 기능이 도출될 수 있는 것으로 파악된다. 이러한 경우 의회제는 동일성의 원리에 의거하는 민주정과는 반대로 대표에 의거하고 있기 때문에 민주정과 분리되고, 동시에 절대적・극단적・흡

슈미트가 수긍할 수 있는 범위 안에서 의회가 기능하고 무엇보다도 헌법상의 정치적 구성원리가 현실에서 제대로 작용되게 하기 위하여서는 '이원주의적인 대립'을 제도상으로 다시 구현할 필요가 있었던 것이다.

이제 의회의 대립물이었던 대표자로서의 군주의 자리는 마찬가지로 "대표적인 성격을 갖는" 라이히대통령이 대신하게 된다.[91] '헌법의 수호자'라는 구체적인 외피를 두르고서 말이다. 『헌법의 수호자』에 이르기까지의 슈미트의 논술은 조직 원리(Organisationsprinzip)에 대해 이와 같은 '상황에 따른' 해석을 충실하게 담아내고 있었다.[92] 그 다음 『정치적인 것의 개념』의 새로운 판을 출간한 이후로 지식에 대한 객관화의 태도로부터 점차 멀어지게 되었다고 여겨지는[93] 슈미트는 라이히대통령의 위상에 관한 문제에 대하여서도 이전보다

수적인 대표의 원리에 기하는 군주정과도 분별되는 '중간적'이고 '절제적(moderation)'인 제도로 위치 지어지게 된다. 슈미트의 입장에서는 '의회(제)민주정'을 혼합 및 타협의 전형으로서가 아니라 민주정의 한 아종으로서 취급하는 것은 오류이다. 의회가 '인민의 대표'로서 정립되는 한 동일성에 의거하는 민주정과 대립될 수밖에 없기 때문이다. 슈미트가 보기에 역사적으로 의회는 절대군주정에 대항하여 '인민의 대표'를 자임하고 나선 것이다. 이에 따라 그는 '인민의 대표'로서의 의회개념이 지속 가능하기 위해서는 귀족제적 국가형식, 다시 말해 극단적인 대표성과 직접적인 동일성을 회피하는 '중간적'인 정치형태를 의식하는 것이 전제로 되어야 한다고 생각했다. 절대적인 대표체로서의 군주라는 대립물이 소멸되면 의회의 '인민의 대표'라고 하는 '대표성' 또한 점차 소멸되고, 대표성이 몰락된 의회는 다시 선거제도의 설계와 정당조직의 영향에 따라 직접민주주의의 결과에 복종하게 될 수도 있다고 하는 슈미트의 문제의식은 위와 같은 태도에서 비롯한다; 한편으로 슈미트가 오류라고 비판하는 민주주의의 한 아종으로서의 의회(제)민주주의, 즉 의회제와 민주주의가 더 이상 상호 배척하는 것이 아니라고 보는 이해는 에스망(1848~1913)에 의해 정식화된 이른바 '반대표제(半代表制)'적인 관점 아래에서 나타날 수 있었던 것이라고 한다. 이를 통해 슈미트는 반대표제와 대치하는 '순수대표제'에 입각해 있었다는 것을 확인할 수 있다. 樋口陽一, "憲法 ー 議会制論", 鵜飼信成・長尾龍一(編), ハンス・ケルゼン, 東京: 東京大学出版会 (1974), 74-79.

91) ***VL***, 220・㊥ 240.

92) 이미 크라프트-푹스는 슈미트가 『헌법론』을 통해 부르주아적 법치국가의 헌법에 관한 자신의 이론 구성을 시도했으면서도 이를 전통적인 정식(überlieferte Formel)이 아니라 그 "시대에 맞춘(zeitgemäß)" 개념들을 가지고서 수행하였던 것으로 평가하고 있었다. Margit Kraft-Fuchs (김효전 옮김), "칼 슈미트의 헌법이론에 대한 원리적 비평", 칼 슈미트 연구, 세종출판사 (2001), 특히 64 ["Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre", *Zeitschrift für öffentliches Recht* Band 9, Heft 4, Julius Springer (1930), 540].

93) 이와 같은 지적은 Reinhard Mehring, 앞의 책, 281.

더 강렬하고 논쟁적인 어조로 언급하고 있다.

1932년 7월 10일에 탈고되었음을 '굳이' 부각한 『합법성과 정당성』에서는 헌법의 수호자로서의 의회를 가능하게 하는 전제가 소멸되고 국가와 헌법에 대한 충성을 정당에 대한 충성이 대체하는 방향으로 전개되어 온 입법국가화 현상[94] 및 그때그때의 다수파가 단순다수결로써 '합법성'과 함께 정치적 프리미엄을 얻을 수 있는 제도적 문제에 대항하여, 다음과 같이 '정당성'을 표현한다는 '특별입법자'개념을 내세운다. ① '실질'에 기초한 특별입법자로서 정규입법자의 단순다수결적 기능주의를 제한하는 가중다수결(특히 바이마르헌법 제2장의 특별보장규정, 보장규정, 불가침선언규정, 보호규정, 헌법 제76조의 해석을 통해 도출할 수 있는 특별 의결 요건 등). ② '주권'에 기초한 특별입법자로서 입법국가의 합법성을 정당성으로 대체할 수 있는 국민투표. ③ '필요'에 기초한 특별입법자로서 입법국가의 법률을 대체할 수 있는 행정국가의 조치.[95]

슈미트는 이 단계에 이르러 "기초적인 법률개념(tragender Gesetzesbegriff)"의 차원에서[96] 당파적 정당국가, 의회주권의 민주주의가 드러내고 있던 "다수결 기능주의라는 허구"[97]에 문제를 제기했던 것이고, 위와 같이 헌법의 해석을 통해서 도출될 수 있다고 하는 '특별입법자'에 '헌법의 수호자로서의 라이히 대통령'의 위상과 그의 독재를 접속시킴으로써[98] 문제 제기와 유사한 차원에서 자신의 대책을 합리화했던 것이다. 이쯤에서 슈미트는 일전에 "19세기의 자유주의적 정신성 전체의 시조"[99]로서 묘사했던 콩스탕의 입을 빌려 자신이 부각시키려는 대책의 타당함을 강조하기 위한 현상의 '진단'을 새삼 반복한다. 즉, "약한 자들과 평범한 자들이 자신들에게 우연히 주어진 권력을 진정한 힘을 가진 자보다 (…) 오히려 훨씬 필사적이고도 악질적으로 행사한다"[100]라

94) 언급은 ***HV***, 90 · ㉮ 125.
95) 이에 관하여서는 ***LL***, 38 이하 · ㉮ 73 이하.
96) 표현의 인용은 Reinhard Mehring, 앞의 책, 239.
97) ***LL***, 91 · ㉮ 166.
98) 특히 ③의 특별입법자와 결부시킨다. ***LL***, 64 이하 · ㉮ 119 이하.
99) ***BP***, 68 · ㉮ 100.
100) ***LL***, 89 · ㉮ 163.

고 말이다.

2. 관료국가로의 구체화와 그 성격

이쯤에서 슈미트의 작업이 내포하고 있는 다음의 맥락 또한 분명하게 짚어 둘 필요가 있다. 먼저 강력한 국가개념을 향하여 논구하는 과정에서는 관료국가가 '중립적이며 중개적인 권력'으로서 간주되고 있었다.[101] 거기에 국가의 '국내정치적인 중립성'의 문제와 관련하여서는 관료국가의 제도 및 방법이 "독일의 역사적 전통에 일치"하는 구제책으로서 거론되고,[102] 자명한 귀결처럼 『헌법의 수호자』는 '전체'에 봉사하는 관료의 독립성과 함께 '전체'를 대표하는 라이히대통령의 위상을 강조하는 것으로 논의를 마무리한다.[103] 더욱 두드러지게 『합법성과 정당성』의 결론은 현재의 상황이 "*권위(주의)국가*를 향한 경향"을 보이고 있음을 강조하고,[104] 이와 더불어 '오늘날의 전환의 방향이 되고 있는 행정국가'[105]를 '지탱하는' 관료제가[106] 통치의 합리화를 위해 필요로 하는 권위의 소재를 라이히대통령의 그것에 그대로 결부시킨다.[107] 그리고 나중에(1939) 국가의 중립화에 관한 역사를 개관하면서 슈미트는 독일제국과 비스마르크의 실패를 제국정부 '자체'의 관료조직과 군대의 부재에서 찾으려고 하였다.[108] 이러한 사례들을 감안하면, 그의 작업이 다름 아닌 직업관

---

101) "Wesen und Werden des faschistischen Staates (1929)", in: ***PB***, 특히 125・㊫ 157.

102) ***HV***, 특히 101 이하・㊫ 140 이하. 같은 맥락을 지적하는 것으로 Reinhard Mehring, 앞의 책, 259.

103) ***HV***, 특히 149 이하・㊫ 206 이하.

104) 슈미트가 당시에 권위(주의)국가를 향한 경향이 확실하게 존재한다고 단언하고 있었던 것은 단순한 과장은 아니었다. 실제로 제1차 세계대전의 종결과 함께 새롭게 탄생하였던 중부・동부 유럽의 입헌민주주의 국가들은 1920/30년대에 들어서면 대부분 권위주의 내지 극우적인 전체주의로 회귀하는 모습을 보여주었기 때문이다. 이에 대하여서는 송석윤, "독일 바이마르헌법에서의 연방대통령: 바이마르헌법 제정 백주년에 즈음하여", 세계헌법연구 제28권 제1호, 세계헌법학회한국학회 (2022. 4.), 8.

105) ***LL***, 11・㊫ 17.

106) 관료제와 직결된 행정국가화 추세에 대한 이와 같은 슈미트의 기조는 "고전적 법률개념을 복구시키려고 한" 본 기본법 체계 아래에서도 큰 변동 없이 유지되었던 것으로 보인다. 인용 및 이에 대해서는 ***VA***, 특히 347-348(『합법성과 정당성』의 추록).

107) ***LL***, 특히 87 이하・㊫ 158 이하.

료제와 이에 의한 지배를 "의회민주주의, 의회, 정당들 및 그 직할 기관들과 잠재적 대립 위치에 고착"[109]시키고자 한 목적에서 비롯한 것이었다고 결론지을 수 있게 된다.

관료제는 정당과 마찬가지로 그 속성이 '헌법상 인정되지 않았으나' 바이마르공화국의 헌법현실에서는 의회, 정당과 더불어 '제3의 국가기구'처럼 이용되고 있었다.[110] 슈미트의 작업은 이러한 관료제를 헌법적으로 자리매김하고 '초당파성'을 그 특성으로서 부여하려 했던 시도라고 보아야 한다. 이는 당시 보수적인 집단에서 공감을 얻고 있었던 '사법심사권의 확대'[111]를 오히려 슈미트는 부정적으로 여기고 있었다는 사실을 통해서도 표출되고 있는 것이다. 다만, 슈미트의 부정은 초반에 사법심사권을 위한 '선구적인 투사'와도 같아 보였던 자유주의와 사회주의 세력이 나중에는 이에 대한 우려의 목소리를 내게 되는 맥락과 전혀 다른 의도에서 비롯했던 것임은 물론이다. 군주정에서 사법심사권은 민주적인 통제 기제로서 작용할 여지가 있었으나 바이마르공화국에서의 변화된 정치 관계 아래에서는 도리어 민주적인 의사 과정과 대립할 수도 있는 경향을 드러내었다. 이러한 점에서 자유주의 및 사회주의 세력이 사법심사권의 자의적 확대를 어느 정도 경계하게 되었다면,[112] 이와 상관없이

---

108) 이에 대한 언급은 "Neutralität und Neutralisierungen (1939)", in: ***PB***, 특히 316・㊫ 402.

109) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 바이마르공화국의 해체 ①: 민주주의에서 권력붕괴 문제에 관한 연구, 나남 (2011), 335 [*Die Auflösung der Weimarer Republik*, Düsseldorf: Droste (1984), 165].

110) 이와 같은 지적은 위의 책, 341 [168]; 국가 활동 영역의 지속적인 확장에 따라 의회 및 정당의 영향과는 반비례하게 관료제의 중요성이 증가하고 있다는 취지의 당시의 지적으로는 Otto Kirchheimer, "Die Verfassungslehre des Preußen-Konflikts [1932]", in: Hubertus Buchstein(Hrsg.), *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften Band 1. Recht und Politik in der Weimarer Republik*, Baden-Baden: Nomos (2017), 409.

111) 언급은 Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 위의 책, 351 [173]; 보수적인 집단에서의 이와 같은 경향의 함의와 관련하여 권력 관계에 있어서의 사법부의 위치 변화가 법률을 마치 무기처럼 내세워서 독일 부르주아지의 권리를 관철하려는 것과 결부되어 있는 것임을 비판적하고 있는 것으로 Otto Kirchheimer, "Artikel 48 und die Wandlungen des Verfassungssystems. Auch ein Beitrag zum Verfassungstag", in: Wolfgang Luthardt(Hrsg.), 앞의 책, 92.

112) 여기까지의 인용은 Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 위의 책, 351-352 [173]; 특히 1926년 3월 독일국법학자대회의 제1주제에서의 논의는 본문에 서술된 흐름을 여실하게 보여주고 있는 사례로서 참고할 만하다: Die Gleichheit vor dem

슈미트는 "관료제적 관점에서 *독립적인* 사법부의 재량권에 필요한 통제를 제대로 할 수 있기 위[한]"[113] 생각으로 '사법부의 독립성'을 언급했던 것이다.

여기에 헤겔의 이데올로기를 대상으로 하였던 마르크스의 비판적인 독해를 나란히 놓아 보자. 마르크스는 통치권에 대한 헤겔의 논술을 다음과 같이 읽고 있다. 곧, 헤겔은 ① 행정권과 재판권을 대립되는 것으로 취급하고,[114] ② 관료집단을 시민사회와 병립하는 "*참된 '국가의 대표자들'*(die *wahre „Staatsrepräsentation*")"로서 특징짓고 있으며,[115] ③ 이 국가의 '대리자(Abgeordnete)'인 관료를 조건으로 시민사회와 국가 간의 분리를 '적법'하고 '고정된' 것으로서 전제할 수 있게 하는 논리를 전개한다는 것이다.[116] 또한 마르크스에 의하면 헤겔에게서 통치권은 "그가 *관료제*로 설명한 행정부와 마찬가지인 것"[117]이며, 거기에서 관료제는 "형식주의로서의 국가"[118]의 다른 표현이자 "군주에게 내재하는 주권의 *객관적인* 측면"[119]에 바로 접속하는 것이다.

Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung(Erster Beratungsgegenstand), *VVDStRL* Heft 3 (1927), 2-62 및 이에 대한 간명한 논평으로 Werner Heun, "Der staatsrechtliche Positivismus in der Weimarer Republik: Eine Konzeption im Widerstreit", *Der Staat* Band 28, Heft 3, Duncker & Humblot (1989), 393-395; 또한 1928년 4월 빈에서의 국법학자대회에서 사법심사권은 다시금 '국사재판권의 본질과 전개'라는 표제 아래 직접적으로 다루어졌다. 슈톨라이스의 지적처럼 문제 자체에 관한 학자들 사이의 입장보다도 방법론에 대한 차이가 더욱 확연하게 드러났던 당 대회에서, 결론적으로는 '정치적' 의도를 배경에 두고 사법심사권의 확장을 두둔하였던 트리펠 등과는 다르게 켈젠은 어디까지나 국사재판소의 '법적' 성격을 강조하며 그에 부합하는 범위 안에서 사법심사권을 인정하고자 하는 입장을 보이고 있었다고 한다. 이 역시 본문에서의 서술을 뒷받침할 사례로서 참고할 만하다. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit(Erster Beratungsgegenstand), *VVDStRL* Heft 5 (1929), 2-123 및 이에 대한 슈톨라이스의 간결한 논평으로 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Band 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, München: Verlag C. H. Beck (1999), 117-118.

113) Karl Dietrich Bracher (이병련・이대헌・한운석 옮김), 위의 책, 357 [176].

114) Karl Marx (강유원 옮김), 헤겔 법철학 비판, 이론과 실천 (2011), 103 ["Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung", *MEW* 1 (1956), 242].

115) 위의 책, 119 [252].

116) 위와 같은 곳.

117) 위의 책, 110 [246].

118) 위의 책, 113 [248].

119) 위의 책, 116 [250]; 헤겔은 군주가 관할기관에 위임한 특수한 국가업무들은 군주에게 내재하는 주권의 객관적인 측면의 일부를 구성한다고 하는데, 이는 관료의 활동의

슈미트의 '헌법의 수호자'는 바이마르공화국의 현실에 적용한 헤겔적인 관료제의 이해라고 하여도 무방할 정도로 위의 지적들과 꼭 들어맞는다. 먼저 ①과 관련하여서는 슈미트가 국가의 성질을 준별한 경우에도 재판권이 역사적으로 통치권과 상호 대체되는 관계에 있었다는 전제로부터 사법국가와 통치국가/행정국가 간의 위치가 정립된다(<그림 3-1> 참고). ②와 관련하여서는 슈미트의 논의에서도 '전체'에 봉사하는 관료의 독립성이 강조되어 있다. ③과 관련하여서는 슈미트 또한 논의를 가능하게 하는 조건으로서 국가와 사회의 이원적 대립의 재구성을 우선의 과제로 삼았다.

더구나 슈미트의 헌법이론이 바이마르공화국의 말기의 구체적인 상황 앞에 내세웠던 모델로서의 강한 질적 전체국가는 '행정국가'로의 전환으로 특징지어진다는 점,[120] 관료제가 이 행정국가의 실질로서 취급된다는 점,[121] 그리고 헌법 제48조 규정상의 유일한 주체인 라이히대통령의 권위가 관료제적 통치양식과 긴밀히 결부되게 된다는 점 모두 헤겔적인 관념을 바로 떠올릴 수 있게 할 정도로 유사성을 보이고 있다. 다른 개념의 원용 역시 슈미트는 허투루 하지 않았다고 짐작된다. 특히 콩스탕의 개념이 군주(국가원수)와 행정부의 권한을 재차 분리하여 후자에 연속성과 안정성을 확보하게 하려는[122] 것을 암시한다는 점에서 그러하다.

바이마르공화국의 말기에 이르러 "민주주의와 의회주의의 위기"라는 표어가 특히 전통적인 정당의 본질과 기능을 겨냥하여 거의 모든 공공생활에서의 논의를 지배했다고 한다면,[123] 이와 같은 경향에 대하여 슈미트는 헌법(이론)적으로 지대한 '기여'를 한 인물이라고 말할 수 있다. 의회주권의 입법국가에는 더 이상의 회복의 가능성이 없다고 판단했던 1932년 6월 이후부터,[124] 슈

근거에 대하여 언급하고 있는 것으로 독해된다. Georg Wilhelm Friedrich Hegel (서정혁 옮김), 법철학(베를린, 1821년), 지식을만드는지식 (2020), 528-529: §293 [*Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse,* Frankfurt am Main: Suhrkamp (1986), 461].

120) ***LL***, 11 · ㊀ 17.

121) ***LL***, 특히 88 · ㊀ 161.

122) 이와 같은 지적은 Heinhard Steiger · Michael Schweitzer(Bearb.), 앞의 글, 361.

123) 언급은 Karl Dietrich Bracher (이병련 · 이대헌 · 한운석 옮김), 앞의 책, 239 [116].

124) 언급은 Reinhard Mehring, 앞의 책, 287.

미트의 ‘반바이마르’는 지식에 대한 객관화의 태도로부터 더더욱 멀어지면서 자신이 부각해 왔던 ‘정치적인 것의 개념’에서의 표어와 마찬가지로 모든 논점을 이원적 대립으로 환원시키고는 그 양자 사이에서의 택일을 강력하게 요구하는 것으로 나아갔다.[125)]

125) 슈미트를 위시하는 결단주의에 대해 본문에서와 유사한 취지로 문제의 철저한 단순화와 일면화, 그리고 변증법적 순환 구조의 채택을 그 특징으로 열거하고 있는 것은 Christian Graf von Krockow, *Die Entscheidung. Einer Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger*, Frankfurt am Main: Campus (1990), 특히 152.

제2절 '헌법의 수호자'론의 기조로서의 '반의회주의'

Ⅰ. 개요 및 전제

1. 『헌법의 수호자』의 논리 구조의 표층과 심층

1) 이원적 대립의 연장선 위에서의 '사법형식성' 부인

텍스트에서 언급되고 있는 빈도만을 먼저 놓고 본다면, 1928년 8월에 탈고되었던 「헌법의 수호자인 라이히재판소」와 이듬해 발표된 ***1929HV***에서의 주된 비판의 대상은 그때 헌법의 수호자임을 '자처'하고 있었던 재판소인 것처럼 느껴진다. 더 정확하게 표현하자면, 이른바 헌법재판권 내지 국사재판권이 여기서 슈미트가 크게 문제시하려 했던 부분처럼 보이는 것이다.[126] 슈미트의 관점에서 이는 "현대국가의 특수성"[127]을 제대로 의식하지 못한 것이다. 국가권력의 본질은 "르네상스와 더불어 시작되고 오늘날 현대화를 멈춘 근대 유럽의 국가"[128]에서는 사법부에서 행정부로 이행되었고, 19세기에 들어서는 행정부가 법률에 복종하게 됨으로써 입법부로 그 핵심이 재차 옮겨지기에 이르렀다고 슈미트는 이해하고 있었기 때문이다.[129]

무엇보다 슈미트에게는 본질적으로 헌법의 수호자 기능이 '사법형식적'으로 가능한 것인가, 혹은 설사 외견이 사법형식성을 띠고 있다 하더라도 그 실질은 여전히 사법일 수 있는가라는 점이 의문으로 남아 있었다.[130] 그가 보기에 헌법률적인 규정들을 위반한 결과가 소송의 대상이 되는 경우 이들 소송에서는 ① 통상의 관할권으로부터의 일탈이 발생하게 되고 ② 그 의의는 사후 수

---

126) 특히 1925년 11월 4일 민사 제5부의 판결(*RGZ Band 111* (1925), 320 이하) 이래 소위 재판관의 실질적인 사법심사권이 하나의 경향으로 확립되고, 학설상으로도 포괄적인 헌법재판권 내지 국사재판권이 빈번하게 언급되기 시작하였던 것을 문제 삼는 것으로부터 슈미트의 헌법의 수호자에 관한 논술들은 출발하고 있다.

127) ***RHV***, 99 · ㊫ 454.

128) ***RHV***, 98 · ㊫ 453.

129) ***RHV***, 98-99 · ㊫ 453.

130) ***1929HV***, 176-177 · ㊫ 195.

정, 곧 이미 완결된 과거의 사태에 한정되는 헌법의 보호 외에 다른 것을 의미할 수 없는 것이었다.[131] 이쯤에서부터 "다양한 권력의 사실적 구별 위에 서 있는"[132] 부르주아적 법치국가가 맞닥뜨릴 수밖에 없다고 하는 '정치적인 재판'에 관한 곤란(Schwierigkeit)이 부각되며,[133] 슈미트는 앵글로색슨적인 '적법절차'에 비견할 만하다고 보았던 바이마르헌법에서의 '법률에 근거하여(auf Grund eines Gesetzes)'라는 표현을 거론하면서 다음과 같이 주장하기에 이른다. 즉, 사법은 법률에 근거하여 판결로서 존재할 수 있는데, 이는 법률과 판결이 구분됨을 전제하는 것이므로 입법자와 재판관의 위상 또한 반드시 구별되어야만 한다는 것이다.[134]

이러한 「헌법의 수호자인 라이히재판소」와 ***1929HV***의 논의, 곧 그때 "정치적 결정의 영역에까지 뻗어 가는" 것처럼 보인 "사법작용에 내포된 위험"[135] 및 부르주아적 법치국가원리에 부합하지 '않는' 포괄적인 헌법재판권에 대한 지적은 단행본에서도 그대로 유지되고 있었다(『헌법의 수호자』 제1장). 더욱이 단행본 제1장의 도입부는 전의 서술에 비하여 두드러지게, 그 무렵 독일의 많은 법률가들에게 "일종의 신화로까지 된 것처럼"[136] 여겨지고 있던 미국의 사법을 유럽의 그것과 다른 것으로 특징짓고 독일에서는 재판관의 심사권이 헌법의 수호자를 구성하지 않는다고 단언하고 있다.

이는 「헌법의 수호자인 라이히재판소」가 헌법이론의 관점에서 현행법상 재판소가 점하고 있던 특이한 지위를 특히 문제 삼기 시작하였고, ***1929HV***에서는 헌법의 수호자에 관해서 거의 언급하지 아니하여 왔던 그간의 국법학이나

---

131) ***1929HV***, 177-178 · ㊫ 195-196.

132) ***1929HV***, 186 · ㊫ 200.

133) ***1929HV***, 179 · ㊫ 196.

134) ***1929HV***, 187 · ㊫ 201. 이러한 사고의 초기적 양상으로 짐작되는 것은 ***RHV***, 특히 77 · ㊫ 433.

135) ***RHV***, 96 · ㊫ 450. 슈미트는 같은 글의 마지막에 "부르주아적 법치국가사상의 순연하고 전형적인 대변자"로서 평가하고 있던 기조(1787~1874)의 언명을 인용하면서 이에 관한 자신의 입장을 효과적으로 압축하여 보여주고 있었다. 즉, 입법형식의 남용을 막기 위해 사법형식의 남용을 조직하는 것은 위험한데, 이를 시도한다면 "사법은 모든 것을 잃을 수밖에 없고 또 정치는 아무 것도 얻을 수 없을 것"이기 때문이라는 것이다. 같은 글, 100 · ㊫ 454.

136) ***HV***, 12 · ㊫ 24.

"많이 생각하지 않고서" 이를 사법의 영역에서 구하려는 것처럼 보였던 대다수의 법조법률가들(Justiz-Juristen)을 문제시한 것을[137] 한층 더 구체화하여 표현한 것이라 생각된다. 거기에서 슈미트는 이른바 재판(관)의 '창설적' 성격이라는 소재를 우선적으로 헌법문제라고 취급하게 되었고,[138] 단행본에서는 더욱 뚜렷하게 이를 전면에 배치함으로써 비판의 대부분의 초점을 '원리적'인 차원, 다시 말해 하나의 의제로서의 법치국가(원리)와 헌법재판권을 결부시키려 했던 그간의 학설들의 경과에 맞추었던 것이다. 이 경우 활동의 '자유'가 인정된다 하더라도 재판(관)의 창설적인 성격은 부르주아적 법치국가의 틀 안에서 제한될 수밖에 없다는 인식이 논의의 전반에 걸쳐서 강조되게 된다.[139]

이로써 슈미트는 '법률에 근거하여' 존재할 수 있는 사법의 영역에서는 판결의 자유 또한 '법률의 구속'을 통하여서만 정당화될 수 있다는 취지로 자신의 주장을 관철한다. 슈미트의 논리 안에서 '법치국가원리와 헌법재판권 사이의 연결'은 '위작적인(apokryph)' 이론 구성으로 그 성격이 규정되기에 이르는 것이다. 정리하자면 앞에서 다루었던 것처럼 헌법의 진정한 수호자이자 보증인으로서의 의회라는 관념을 가능하게 하는 전제가 소멸되었다고 하는 현상 '진단'으로부터, 슈미트의 논술에서는 헌법의 수호자가 숙고되어야 할 과제로 부상한다. 그동안의 흐름은 이에 관하여 법치국가원리와 헌법재판권의 연결, 곧 '사법형식성'으로부터 그 답을 구하고자 하였으나 이는 슈미트에게는 '허구적(fiktiv)'인 것에 불과할 뿐이었다.[140] ***1929HV***에서 슈미트는 이와 같은 문제의식에서의 서술에 뒤이어 바이마르헌법에 부합하는 진정한 해답이 모색되어야 함을 지적하면서, 라이히대통령이 헌법의 수호자의 지위에 더 부합한다는 취지의 서술을 덧붙인다. 여기까지만 놓고 보면 '헌법의 수호자'에 관하여

---

137) ***1929HV***, 특히 163-164・㉯ 187-188.

138) ***1929HV***, 167・㉯ 189; 같은 취지에서 ***HV***, 19・㉯ 33.

139) 이와 같은 인식의 초기적 양상으로 짐작되는 것이며 동시에 전거의 목록으로 ***RHV***, 84-주 47・㉯ 439-주 47; 단행본에서의 언급은 ***HV***, 19-주 2・㉯ 33-주 19.

140) ***1929HV***, 212・㉯ 215; 같은 취지에서 ***HV***, 70・㉯ 98; 슈미트는 헌법의 수호자에 대한 관심은 대부분의 경우 "위기적인 헌법상황의 징표"(***1929HV***, 161-주 1・㉯ 186-주 1; 같은 취지로 ***HV***, 1・㉯ 9)라고 하면서 이에 관한 자신의 논술을 마치 '국법이 끝난 시점'에서부터 시작하는 것처럼 보이게 구성하고 있다. 슈미트는 '현상(유지)'라는 상황뿐만 아니라 이와 관련되어 있다고 보는 이론에까지 '위기'의 수사를 가져다 붙이면서 자신의 문제 제기를 합리화하고 있었던 것이다.

주지되고 있는 내용과 거의 동일하다. 그러나 단행본의 출판에 따라 논의의 초점은 사법제도적인 문제로부터 다른 차원으로 이동하게 되었다.

2) 새로운 장의 추가를 통한 비판의 중점 이동

'현재의 구체적인 헌법상태'라는 표제의 새 장이 추가되고 이 뒤로 '헌법의 수호자로서의 라이히대통령'이 배치되면서, 단행본『헌법의 수호자』는 집중적으로 '국가'와 특히 국가권력에 관한 문제를 취급하게 된다. ***1929HV***의 내용 대부분은 '헌법의 수호자로서의 사법'이라는 제목으로 묶여서 제1장에 할당되었다. 이렇게 하여 ***1929HV***에서는 눈에 바로 들어오지 않았던 "국가[가] 이질적인 요소들의 타협에로 다원론적으로 해소"[141]되고 있다고 하는 슈미트의 헌법현실에 대한 짤막한 비판이 단행본에서는 편제상 두드러질 수 있게 되었다. 『헌법의 수호자』의 논의의 초점은 새로운 장의 추가를 통해 사법제도적인 문제에서 '국가'의 차원으로, '입법국가(화)'에 대한 비판과 이에 대비하는 '행정국가(관료국가)'의 요구로 옮겨지게 되었다.

이에 따라 단행본에서의 '헌법의 수호자로서의 라이히대통령'이라는 테제로 향하는 서술에서는 다음과 같은 비판의 대상으로서의 조건이 직접적으로 부각된다. ① 슈미트의 입장에서 헌법의 수호자로서의 의회('인민의 대표')라는 입법국가적인 관념이 계속가능하기 위해서는 이와 대립하는 '절대적 대표체'인 군주와 그를 수반하는 행정부가 소멸되지 않아야 한다. 그러므로 그가 보기에 변경된 바이마르공화국의 현실에서는 의회가 헌법의 수호자로서 제대로 기능하리라는 것을 기대할 수 없었다.[142] ② 슈미트에 따르면 입법국가화 경향의 급진적인 전개는 국가와 헌법에 대한 충성을 정당에 대한 충성으로 대체하도록 만들었고, 그때그때의 의회 다수파가 단순다수결로써 합법성과 함께 정치적 프리미엄을 어렵지 않게 얻을 수 있게 하는 제도적으로도 문제적인 현상을 야기하고 있었다.[143]

---

141) ***1929HV***, 211 · ㊫ 215.

142) ***HV***, 특히 76-78 · ㊫ 106-108.

143) ***HV***, 특히 90-91 · ㊫ 125-126; 정치적 프리미엄과 관련하여 상세는 ***LL***, 특히 28 이하 · ㊫ 51 이하.

이렇게 ***1929HV***에서와는 달라진 논의 및 비판의 층위에서 슈미트는 바이마르헌법의 이성적인 해석을 내세우며 특히 "주권의 진정한 표지"[144]로 간주하였던 헌법 제48조에 주의를 환기시키고 이로부터 국가의 정치적 통일성에 대해 '방어적'인 역할을 할 수 있는 대표로서의 라이히대통령의 위상을 구성하기에 이르렀던 것이다. 결론적으로 이와 같이 수정·증보된 슈미트의 논의에서 '헌법의 수호자로서의 라이히대통령'은 입법국가, 곧 다원주의를 바탕으로 하는 의회(제)민주주의, 정당국가의 '대립물'처럼 정립되는 것이다.

이와 함께 '중립성'개념을 문제시하면서 슈미트는 '중립적이며 중개적인 권력'으로서 취급될 수 있는 관료제를 마찬가지로 부각시키기에 이른다. 『헌법의 수호자』는 논의를 마무리하는 단계에서 나란히 직업관료제와 라이히대통령을 다루면서 "공무원은 *전체*의 봉사자이며, 한 정당의 봉사자가 아니다"(제130조), "의원은 *전체*국민의 대표자이다"(제21조), "라이히대통령은 *전체* 독일국민이 선출한다"(제41조), "라이히대통령은 국제법상 라이히를 대표한다"(제45조)를 열거 및 강조한다.[145] 이를 통해 슈미트의 단행본에서의 작업의 목표가 어디에 있었는지를 파악할 수 있게 된다. 즉, 스스로 정치적 결정을 할 수 없는 관료제가 필요로 하게 되는 권위의 소재라는 문제를 '전체성', '통일성'을 표상하는 라이히대통령의 위상과의 결부를 통해 풀어내고, 당파적 의회는 결코 그 위상에 놓일 수 없음을 역설하려는 것이다.

결국 '반바이마르'로 종합될 슈미트의 작업에서의 문제 제기가 특히 '중립화'를 표지로 하는 현상에 집중되었던 것은, 그가 보기에 이것이 관료제를 기둥으로 하는 국가 영역이 유지되기 어렵게 만드는 원인이었기 때문이다. 그의 시대에 이르러서는 이에 관한 경험적 현실이 또한 '다원론'과 일치하고 있었으므로, 결국 슈미트의 대립적인 개념의 형성은 세계관적인 저항의 수준에서도 시도된 것이라고도 할 수 있게 된다.

슈미트도 본질적으로는 정치적 세계가 다원적이라고 보았다. 그러나 이 경우 '다원성'의 담지자는 16, 17세기 보편주의의 해체로부터 생겨난 정치적 통

---

144) Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Band 3*, 116.

145) ***HV***, 157-158·㊥ 216. 바이마르헌법 각 조항의 우리말 번역은 송석윤, 앞의 책, 358, 361, 362, 376.

일(체)=근대국가여야 했다. 하지만 그의 시대의 다원론은 오히려 국가의 정치적 통일성을 비판의 대상으로 삼고서 이를 상대화하려고 하는 것처럼 보였다. 슈미트의 문제의식은 현대의 다원론이 개념을 '제대로' 배치하지 못하고 있다고 판단한 데에서 비롯한다.[146] 이에 대한 효과적인 비판을 위해 그는 표적을 오늘날 '다원주의 무대'가 되어버리고 있는 것으로서 특징지은 당파적인 의회로 구체화한 것이다.[147] 따라서 슈미트의 『헌법의 수호자』의 심층은 현대 다원주의의 전개에 의해 변화하는 입헌민주주의와 그 담지자인 의회를 상대화하는 내용을 담고 있다. '헌법의 수호자'론 역시 그의 '반의회주의'의 기조에서 벗어나지 않은 산물이었다.

2. 비판적 검토를 위한 전제로서의 '한스 켈젠'

슈미트는 자신의 '대척점(Antipode)'에 켈젠의 헌법이론이 자리하고 있다고 여겨왔다.[148] 1928년 8월에 탈고된 「헌법의 수호자인 라이히재판소」에 가서는 그전 4월에 있었던 켈젠의 독일국법학자대회에서의 발표가 비판의 대상으로서 그대로 특정되기에 이르는데,[149] 이 발표의 내용은 슈미트로 하여금 '헌법의 수호자로서의 라이히대통령'의 논구를 촉진하게 만든 것으로 평가된다.[150] 켈젠 또한 슈미트의 반응에 곧바로 대응하면서 슈미트가 구체화한 주제를 논쟁에 붙이게 된다.[151]

헬러와 마찬가지로 켈젠이 자타가 공인하는 슈미트의 논적이 된 것은 필연이었다. 자신이 주로 몸담았던 법학에서 '금기의 파괴(Tabu-Bruch)를 범했다'

---

146) 여기까지 ***PB***, 특히 154-156, 160・㉮ 194-197, 203.

147) 단정적인 서술로 ***LL***, 특히 84・㉮ 153.

148) Reinhard Mehring, *Carl Schmitts Gegenrevolution*, Hamburg: Europäische Verlagsanstalt (2021), 149.

149) 특히 ***RHV***, 76-주 31, 80-주 39・㉮ 432-주 31, 435-주 39. 특정된 켈젠의 발표 내용이 수록되어 있는 곳은 Hans Kelsen, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", *VVDStRL* Heft 5 (1929), 30-88.

150) Dieter Grimm, *Recht oder Politik?. Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*, Berlin: Duncker & Humblot (2020), 특히 11.

151) 언급은 Reinhard Mehring, *Carl Schmitt*, 240.

고 여겨지는[152] 켈젠의 행보는 법이론적인 수준에만 그쳤던 것이 아니다. 민주주의를 '내면화하지 못한'[153] 시대적 분위기 속에서 그의 궤적은 정치적·실천적으로도 독자성을 보이는 것이었고,[154] 이는 또한 슈미트와 대부분 대치되는 곳에서 발현되고 있었기 때문이다.

기본적으로는 슈미트의 작업이 가진 성격으로 인해 그가 '이데올로그'로서 특정될 여지가 다분하기 때문에,[155] '이데올로기 비판'에 주안점을 두었던 켈젠의 작업의 특성상 양자가 함께 언급될 가능성이 높다.[156] 다만, 현 시점에서 『헌법의 수호자』의 비판적인 검토를 위하여 켈젠을 다루려는 경우에는 다음과 같은 켈젠에 관한 평가의 동향 변화가 충분히 고려되어야 한다. 즉, '민주주의의 옹호자'로서의 한스 켈젠이다.

오늘날 "민주주의의 기초에 관한 위대한 저작"[157]이라 평가되고 있는 『민주주의의 본질과 가치』를 위시하여 켈젠은 다원주의를 뿌리로 두는 정당 및 의회(제)민주주의를 옹호하고 설파하고자 한 '민주주의자'로서도 다시금 조명받기에 이르렀다.[158] 이와 같은 재조명은 곧 켈젠에 대해서도 "객관적 사실의

---

152) 이와 같은 지적은 Matthias Jestaedt (심헌섭 옮김), "서문", 켈젠의 자기증언, 법문사 (2009), 2 ["Einleitung", in: Matthias Jestaedt(Hrsg.) in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, *Hans Kelsen im Selbstzeugnis. Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstages von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006*, Tübingen: Mohr Siebeck (2006), 2].

153) 바이마르공화국 시기를 포함하여 독일의 민주주의의 현주소에 관한 이와 같은 지적은 Arthur Kaufmann (김영환 옮김), 법철학, 나남 (2007), 620-621 [*Rechtsphilosophie*(2., überarb. und erw. Aufl.), München: C. H. Beck (1997), 298].

154) 유사한 취지에서의 지적으로는 Horst Dreier, "Kelsens Demokratietheorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme", in: Matthias Jestaedt・Stanley L. Paulson(Hrsg.), *Kelsen im Kontext. Beiträge zum Werk Hans Kelsens und geistesverwandter Autoren*, Tübingen: Mohr Siebeck (2019), 67-68.

155) 이데올로그로서의 슈미트에 관한 상세한 논구로 和仁 陽, 教会・公法学・国家: 初期カール=シュミットの公法学, 東京: 東京大学出版会 (1990), 129-140.

156) 髙田 篤, "シュミットとケルゼン: 民主制論における相反とその意義", 初宿正典・古賀敬太(編), カール・シュミットとその時代: シュミットをめぐる友・敵の座標, 東京: 風行社 (1997), 특히 3-11, 슈미트를 '이데올로그'로서 특징짓는 곳은 같은 글, 28.

157) Horst Dreier, "Hans Kelsen (1881-1973)", in: Peter Häberle・Michael Kilian・Heinrich Wolff(Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Deutschland — Österreich — Schweiz*(2. Aufl.), Berlin; Boston: Walter de Gruyter (2018), 297.

158) 민주주의에 관한 1920년대의 켈젠의 작업을 본문과 유사한 취지에서 특징짓는 것

맑은 하늘"[159]이 드러나게 되었음을 의미한다. 그동안 바이마르의 법실증주의에 관하여서는 부정적인 '신화'가 덧씌워져 왔고[160] 그중에서도 방법론적으로 가장 '순화'되어 있었다고 하는 켈젠의 이론체계에 대하여서는 "무지와 격리(Ignoranz und Abschottung)"[161]의 태도가 더더욱 지배적이었다. 더구나 이러한 분위기는 동시대에도 유사하였던 것으로 보이는데, 켈젠의 방법론은 바이마르의 법실증주의 안에서도 충분한 이해를 얻지는 못하였고 이에 대한 반감이 아닌 경우에도 다른 동기로 인해 그의 독자적인 궤적은 계속해서 도마 위에 올랐기 때문이다. 전후에도 위의 '신화'로 인해 켈젠은 문제적인 인물인 것처럼 묘사되었지만, 정작 그에게는 어떠한 변호의 기회도 주어지지 않았다. 켈젠과 그의 작업에 대한 '객관화', '정상화'의 계기는 그가 세상을 떠난 후 다시 여러 해가 지나고 나서야 마련될 수 있었다.[162]

1920년에 제1판이, 1929년에 제2판이 출간된 『민주주의의 본질과 가치』와 1925년에 발표된 『일반국가학』을 통해 켈젠은 민주주의와 의회제에 대한 '객관적'인 의의의 도출을 시도하였다. 이때 그의 방법론상 엄밀하게 '구분'[163]될

으로 Oliver Lepsius, "Kelsens Demokratietheorie", in: Tamara Ehs(Hrsg.), *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*, Wien: facultas.wuv; Baden-Baden: Nomos (2009), 67-68.

159) 송석윤, 앞의 책, 4.

160) 비판적 조감으로 송석윤, 앞의 논문, 3-9.

161) Horst Dreier, "Hans Kelsen (1881-1973)", 301; 마찬가지로 전후의 이른바 자연법 르네상스의 분위기 하에서, 나중에는 이에 대한 비판적인 재평가가 약간 시도되었음에도 불구하고 서독에서의 켈젠에 대한 태도는 거부와 무시로 일관되어 있었음을 요약하여 언급하고 있는 것으로 高田 篤, 앞의 글, 5-6.

162) 언급은 모두 Horst Dreier, 위와 같은 곳. 특히나 드라이어는 "1960년대 말에 [켈젠을 인정하려는 것은] 여전히 불쾌감을 노골적으로 불러왔고 일종의 학문적 모험의 감수(ein akademisches Risiko)를 표현하는 것이었다"라고 하는 슈톨라이스의 언급을 인용하면서 이 시기의 독일 법학과 정치학이 켈젠에게 드러내고 있었던 반감을 전달하고 있다.

163) 특히 국가론에 관한 문제를 법이론의 통합적인 구성부분으로서 다루면서도 이를 사회윤리적인 측면과는 엄밀하게 구분하여 고찰했던 이유에 대하여서는 켈젠의 다음과 같은 회고가 그 답을 제시하고 있다고 생각된다. 곧, 개인들의 다양성을 통일체(국가)로 구성시키는 것이 무엇인가라는 문제에 대한 유일한 학문적인 대답은 특수한 법질서로부터만 찾을 수 있는 것이며, 이를 "초-법률적으로, 즉 사회학적으로 근거지우려는 모든 시도는 실패한다고 보아야 [하기]" 때문에 방법론상의 엄격한 구별이 불가결했다는 것이다. Hans Kelsen (심헌섭 옮김), 켈젠의 자기증언, 85-86 ["Autobiographie

필요가 있었던 '사회윤리적'인 측면에서의 양자의 의미 내지 이에 관한 실천적인 제언은『민주주의의 본질과 가치』에서, 그리고 '법학적 인식'의 대상으로서의 양자에 관한 규명은『일반국가학』에서 주로 다루어지고 있었다.[164]

『일반국가학』은 법학의 대상으로서의 '국가'(헌법을 포함하여)에 관한 체계적인 서술과 함께 통설에 대한 비판을 의도한 것이므로 민주주의와 의회제는 '국가질서의 창설'과 결부되어 취급되고 있었다. 또한 양 소재는 법질서 내지 국가질서 자체를 과학적으로 분석하고자 했던 '정태론(Statik)'[165]의 범주와 구분되어, 이들 질서가 성립 및 적용되기까지의 과정과 그 안에서의 타당성에 관하여 논구하려는 '동태론(Dynamik)'[166] 안으로 묶여 언급되고 있었다.[167] 이 경우 켈젠의 진정한 목표는 민주주의를 법/국가질서의 타당성을 보장하는 원리로서 위치 지으려 한 데 있었다고 판단된다. 질서에 '복종'하여야 하는 인민(Untertan)을 "국가와 본질관계에 있는 한 가장 넓은 의미에 있어서의 국가기관"으로 정립하려는[168] 본문의 시도는 이들이 각 단계별 질서를 창설할 수 있는 주체로서도 인식되어야 함을 설파하려는 것으로 독해될 수 있기 때문이

(1947)", in: Matthias Jestaedt(Hrsg.) in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, *Hans Kelsen Werke Band 1. Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse*, Tübingen: Mohr Siebeck (2007), 59].

164) 인용은 樋口陽一, 앞의 글, 특히 63-65; 양자와 관련하여 함께 문제가 될 '대표'개념에 대하여서도 이들 저서는 하나의 뚜렷한 방향성을 보이고 있다고 평가된다. 곧,『민주주의의 본질과 가치』의 제1판은 이른바 자유위임을 중심으로 통설의 대표개념을 비판하고,『일반국가학』에서는 이를 더 가다듬어 통설을 이데올로기적 차원에서 분석하면서 의회제 그 자체의 유지가 이제 하나의 목적이 되어버린 변화된 상황 아래 민주주의의 성숙이 이 통설로 인하여 저해되고 있다는 문제의식을 분명하게 하며,『민주주의의 본질과 가치』의 제2판에서는 '대표'를 보다 더 민주주의를 지향하는 것으로서 발전시키기 위한 실천적 제언이 포함되는 방향으로 일련의 서술이 전개되어 왔다는 것이다. 더욱이 1945년에 영문으로 발표된『법과 국가의 일반 이론(*General Theory of Law and State*)』은 민주주의원리와 결부하여 재구성된 기속위임을 취급함으로써 대표개념에 대한 위의 방향성을 유지하고 있는 면모를 보여주고 있다. 이에 대한 상세는 홍철기, "'대표의 허구'에 관한 연구: 토마스 홉스, 칼 슈미트, 한스 켈젠에게 있어서의 대리와 현시의 대표 이론", 정치학박사학위논문, 서울대학교 (2016), 128-147.

165) 특히『일반국가학』의 제2편 제4~6장.

166) 특히『일반국가학』의 제3편 제7~9장.

167) 표현의 차용은 高田 篤, 앞의 글, 특히 14.

168) Hans Kelsen (민준기 옮김), 일반 국가학, 민음사 (1990), 373 [*Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Verlag von Julius Springer (1925), 264].

다.

그러므로 켈젠이 정의하려 했던 민주주의는 '인민에 의한 지배(government by the people)'라는 '형식'만을 의미하는 것으로서 다른 정치형태와 결합될 수 있는 특정한 내용('인민을 위한 지배(government for the people)')을 포함하는 것이 결코 아니었다.[169] 의회제 역시 이러한 맥락 위에 있다. 곧, '민주주의가 없어도 의회는 기능할 수 있다'는 것이 슈미트가 표방하려는 의회주의였다고 한다면,[170] '의제'로서의 대표제와 관련하여 '자유위임'이라는 통설을 정면으로 비판하고 나섰던[171] 켈젠은 "민주적 구성주의의 관점"에서 구성되는 비례대표제와 기속위임에 따른[172] 의회제를 강조함으로써 슈미트 식의 그것과는 뚜렷하게 대비되는 위상에 있는 의회주의를 역설하였던 것이다.[173] 이렇게 민주주의와 의회제 모두 하나의 '형식'으로 인식하는 경우, 불필요한 가치는 전부 배척되고서 '인민에 의한 지배'와 직결될 "자기결정의 자유"[174]만이 고려

---

169) 長尾龍一, "民主制論", 鵜飼信成・長尾龍一(編), 앞의 책, 43-44; 이에 대한 켈젠의 상세한 언급은 특히 Hans Kelsen (한용희 옮김), 민주주의의 기본사상, 숙명여자대학교 출판부 (1981), 12-19 ["Foundations of Democracy (1955)", in: Matthias Jestaedt・Oliver Lepsius(Hrsg.), *Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie,* Tübingen: Mohr Siebeck (2006), 251-255].

170) 이와 같은 지적은 樋口陽一, 앞의 글, 72.

171) 가령 Hans Kelsen (민준기 옮김), 앞의 책, 484 [344-345].

172) 인용은 홍철기, 앞의 논문, 152.

173) 이와 관련하여 樋口陽一, 앞의 글, 특히 71 이하의 서술을 감안한다면 다음과 같은 언명이 가능할 것이다. 즉, 켈젠이 설파하려는 의회제는 슈미트가 표방했던 의회주의의 '안티테제'라기보다는 이에 대한 20세기 이후의 달라진 인식을 종합한 결론으로서 이해되어야 한다는 것이다. 오히려 슈미트가 변화되어 가는 의회제에 대한 객관적인 의의를 거부하고서 기조로 대표되는 '19세기적'인 인식을 고수 내지 이로 회귀하고자 하였던 것이라고 이해하는 편이 더 타당한 처사라고 생각된다; 유사한 취지에서 슈미트가 의회주의의 '정신사적 기초'에 관한 개념들을 의도적으로 취사선택하고서 그에 대한 의의를 특정 시대의 관념 안으로 묶어두려는 작업을 수행했던 것임을 지적하고 있는 것으로 이계수, "의회주의와 행정법: 칼 슈미트 학설과 그에 대한 비판을 중심으로", 법학박사학위논문, 서울대학교 (1997), 특히 149-153; 울리히 클라우스 프로이스를 원용하면서 비슷한 취지로 지적하고 있는 것은 국순옥, "위르겐 하버마스와 좌파 슈미트주의", 앞의 책, 특히 136-138;『현대 의회주의의 정신사적 상황』에서 슈미트가 의회와 정당에 대해 전제하고 있는 내용을 변화된 헌법관에 비추어 비판적으로 검토하고 있는 것으로는 Dominique Leydet, "Pluralism and the Crisis of Parliamentary Democracy", in: David Dyzenhaus(eds.), *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Durham; London: Duke University Press (1998), 특히 120 이하 등.

할 수 있는 대상으로 남게 될 것이다.

『민주주의의 본질과 가치』에서 켈젠은 논의의 출발점으로 삼고 있는 '자유' 개념을 위의 자기결정의 자유, 곧 복종하되 "다른 사람의 의사가 아닌 자기 자신의 의사에만 복종"한다는 의미에서의 자유,[175] 재삼 환언하면 자연적 자유를 '대체'하는 사회적 내지 정치적인 자유로서 정립한다.[176] 따라서 논리의 전개상 전제정의 세계관과 등치되는 형이상학적·절대주의적인 세계관은 거부되고 비판적·상대적인 세계관이 켈젠에게는 민주적인 것으로서 귀결되게 된다.[177] 이 세계관에서는 찬반의 토론을 통해 규범을 창설하려는 (특히 의회에서의) '변증법적'인 절차가 민주주의와 나란히 놓이게 되며, '타협'이 바로 민주주의에 부합하는 정치적 양식으로 강조되기에 이르는 것이다.[178] 또한 켈젠에게는 '다수결 원리', 즉 소수파의 존재와 그에 대한 보호를 전제로 하는 다수 지배의 양식이[179] 바로 상대주의적 세계관 — 더 정확하게는 정치적 자유를 끝까지 확신하며 이에 불필요한 가치들의 절대화를 거부하려는 상대주

---

174) 高田 篤, 앞의 글, 22.

175) Hans Kelsen (한태연 옮김), 민주주의의 본질과 가치, 융우사 (1958), 3 ["Vom Wesen und Wert der Demokratrie (2. Aufl. 1929)", in: Matthias Jestaedt·Oliver Lepsius(Hrsg.), 앞의 책, 155]. 이는 인용구를 중심으로 제1판에서의 서술이 더 보강된 것이다. 제1판의 서술은 "Vom Wesen und Wert der Demokratie (1. Auflage 1920)", 같은 책, 3; 『민주주의의 본질과 가치』의 초고라고 볼 수 있을 1919년 11월 5일의 빈 법률가협회에서의 강연 내용과 그 요약은 각각 *Gerichtshalle* 63 (1919), 292-294, 304-308; *Juristische Blätter* 48 (1919), 378-380에 실렸으며, 여기서도 인용구와 같은 맥락의 구절이 그대로 포함되어 있는 것을 찾아볼 수 있다. "Vom Wesen und Werte der Demokratie. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft am 5. November 1919", in: Matthias Jestaedt (Hrsg.) in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, *Hans Kelsen Werke Band 4. Veroffentlichte Schriften 1918-1920*, Tübingen: Mohr Siebeck (2013), 176과 같은 책에 수록된 "Wesen und Wert der Demokratie", 200-201에서의 "[Diese] Freiheit durch politische Selbstbestimmung (…)"에 관한 전후 문장을 참고할 것.

176) Hans Kelsen (한태연 옮김), 위와 같은 곳: 특히 이 부연은 제2판에서 보강된 서술임.

177) Hans Kelsen (민준기 옮김), 앞의 책, 518 [370]; Hans Kelsen (심헌섭 옮김), 앞의 책, 39 ["Selbstdarstellung (1927)", in: Matthias Jestaedt(Hrsg.) in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, 앞의 책, 26]; 이에 관한 더 상세한 서술은 Hans Kelsen (한태연 옮김), 위의 책, 113-120 (제10장) [223-228].

178) Hans Kelsen (민준기 옮김), 위의 책, 518-519 [370].

179) 위의 책, 519 [370]. 더 풀어 쓴 것은 ders. (한태연 옮김), 앞의 책, 65 [193-194].

의 ― 을 바탕으로 하는 타협의 절차의 구체화된 표현과 같은 것이었다고 생각된다.

이와 같이 정립한 개념들을 가지고서 켈젠은 "정치적인 자유를 위한 투쟁"의 결과로서 성취한 의회제의[180] '객관적'인 의의를 "*보통 및 평등 선거권을 기초로, 다시 말해서 인민으로부터 민주적으로 선출된 합의 기관을 통해 다수결의 원리에 따라 구속력 있는 국가의사를 형성하는 것*"[181]으로 천명함으로써, 자유주의가 민주주의와 연결되는 것을 배척하고자 하였던 슈미트와는 다르게 양자를 적극적으로 결합시키려 했다.[182] 더 나아가 켈젠에게 의회제는 현대의 조건에서 민주주의의 이념을 실현하게 할 "유일한 현실태(einzige reale Form)"[183]이므로, 그의 논리 안에서 민주주의와 의회제는 그 운명을 함께 할 수밖에 없었던 것이다. 의회제에 대한 그의 실천적인 제언이 민주적인 요소의 강화를 의도하고 있었던 것은 당연한 결과였다.[184]

제1차 세계대전 후 이른바 '의회제의 위기'가, 독일에서는 이에 대한 "전면적인 파산"까지 언급되고 있었던 분위기에서[185] 위와 같이 민주주의와 의회제에 대한 '객관적' 의의의 도출을 시도했던 켈젠의 궤적은 특히 오스트리아공화국 및 바이마르공화국에서의 그의 행보를 검토하는 데 분명하게 고려되어야 한다. 그의 상대주의적 ― 가치 '다원주의'라고 해도 무방할[186] ― 세계관에 기초하는 하나의 형식으로서의 민주주의는 라스키를 위시하는 다원론과 유사하면서도 지배와 피지배의 관계 형성이 불가피함을 전제로 하고 있다는

---

180) Hans Kelsen (한태연 옮김), 위의 책, 34 [175].

181) "*Bildung des maßgeblichen staatlichen Willens durch ein vom Volke auf Grund des allgemeinen und gleichen Wahlrechtes, also demokratisch gewähltes Kollegialorgan, nach dem Mehrheitsprinzipe*" 위의 책, 33 [175]: 長尾龍一, 앞의 글, 67-68에서 재인용.

182) 이와 같은 지적은 長尾龍一, 위의 글, 68.

183) Hans Kelsen (한태연 옮김), 앞의 책, 33 [175]: Horst Dreier, "Hans Kelsen (1881-1973)", 297 및 298-주 81에서 재인용.

184) 이에 대하여서는 Hans Kelsen (한태연 옮김), 위의 책, 45-55 (제4장) [182-189].

185) 인용은 長尾龍一, 앞의 글, 65; 이에 관한 켈젠의 언급으로는 위의 책, 31-32 [174].

186) Ulrich Wagrandl, "Kelsen was no Relativist: Reading Hans Kelsen in the Light of Isaiah Berlin's Value Pluralism", in: Matthias Jestaedt · Ralf Poscher · Jörg Kammerhofer (Hrsg.), *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag (2020), 특히 390.

점에서 이와 차이를 보이는 것이라고 한다. 이 전제는 슈미트에게서도 발견되고 있다고 지적되는데 '국법학자'의 관심의 측면에서 양자는 일치하는 면도 있었다.[187]

하지만 두 사람은 무엇보다도 바로 이 주제에서 서로에게 완전한 '대척자'로서 자리하고 있다. 지금까지의 내용을 감안한다면, 켈젠이 끝까지 그에 대한 신념을 놓지 않으려 했던 정치적인 자유에서의 '정치'는 '형성적'인 것이었고 아래에서 위를 향하는 것이었기 때문이다. 켈젠이 과업처럼 '간파'하고자 했던 '가면'[Von-den-Masken-Absehen][188]을 현실에 씌우고 있었던 이는 다름 아닌 슈미트였다. 세칭 '헌법의 수호자 논쟁'은 학문과 정치의 (의도적인) '착종(Vermengung)'을 전형으로 하는[189] 저 슈미트의 '가면 씌우기'에 대한 켈젠의 문제 제기의 과정이었다.[190]

헌법의 수호자 논쟁과 직결되는 「누가 헌법의 수호자이어야 하는가?」라는 표제의 켈젠의 논평은 구성부터 이를 방증하고 있는데, 그 강조점은 슈미트식으로 해석되는 다원주의와 전체국가개념(Ⅷ.), 이원적인 대립으로 환원되는 의회와 정부(Ⅸ.), 의제된 정치적 통일(체)의 형상화로서의 헌법의 수호자(Ⅹ.), 의회의 대립물로서 규명되는 국가원수의 지위(Ⅺ.), 결과적으로는 "*근대 이데올로기 형성*의 전형적인 *방법*"[191]과 다르지 아니할 슈미트의 개념형성(Ⅻ.)을

---

187) 인용은 모두 高田 篤, 앞의 글, 24.

188) 환언하자면, 의인화 내지는 인격화를 전형으로 하여 형성되는 사회적 이데올로기에 대한 비판적인 분석의 수행. 방법론 및 대상과 관련하여 필자가 본문에서 인용한 부분이 언급되는 곳으로 Hans Kelsen, "Gott und Staat (1922/1923)", in: Matthias Jestaedt (Hrsg.) in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, *Hans Kelsen Werke Band 7. Veröffentlichte Schriften 1921-1923*, Tübingen: Mohr Siebeck (2022), 특히 443-444: 長尾龍一, 앞의 글, 49에서 재인용; *WHV*, 104・㊫ 1026에 등장하는 "국법적으로 분식(粉飾)한 선의 신과 악의 신에 관한 신화"라는 묘사는 위의 '가면'을 가리키는 다른 표현의 한 예라고 생각된다.

189) *WHV*, 105・㊫ 1027.

190) 이미 '이데올로기의 비판자'이자 '민주주의의 옹호자'로서의 켈젠에 착목하여 슈미트와의 논쟁을 필자와 같은 관점에서 간명하게 소개한 사례로는 Klaus Günther, "Hans Kelsen (1881-1973): Das nüchterne Pathos der Demokratie", in: Kritische Justiz(Hrsg.), *Streitbare Juristen. Eine andere Tradition*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft (1988), 373 이하.

191) *WHV*, 105・㊫ 1027.

조목조목 뜯어보는 데 놓여 있다. 이른바 사법형식성을 '거부'하는 슈미트의 입장에 관한 켈젠의 비판적인 검토(특히 Ⅲ.~Ⅶ.) 역시 "특정한 국가질서의 형성"의 "정당화"[192]가 거부의 논리 뒤로 내포되어 있다는 판단에서 이루어진 면모를 뚜렷하게 보이고 있었다.

Ⅱ. '헌법의 수호자 논쟁'을 통한 『헌법의 수호자』의 비판적 검토

1. 『헌법의 수호자』에서의 문제 제기 방식의 목적

사법형식성(Justizförmigkeit)을 띠는 헌법의 보장을 문제시하면서 '헌법의 수호자로서의 라이히대통령'을 부각하려는 슈미트의 논변을 놓고 켈젠은 "법*이론*과 법*정책*의 전형적인 착종"[193]이라고 지적하였다. 즉, 켈젠에게 헌법의 수호자에 대한 슈미트의 논증은 자신이 바람직하다고 생각하는 법정책 상의 방향이 먼저 결정되어 있는 상태에서 그것의 전제라고 내세울 법이론을 추론하고 있는 것처럼 비치고 있었던 것이다. 슈미트가 정당하다고 믿는 법정책적인 결론이 연역될 전제는 결국 켈젠이 보기에는 특정한 의도에 따라서 '확보'된 조건들에 지나지 아니하였던 것이다.[194] 「누가 헌법의 수호자이어야 하는가?」는 '법률에 근거하여' 존재할 수 있는 사법이라고 하는 슈미트의 논의 조건, 이에 대한 켈젠의 표현을 빌리자면 사법의 위상 내지 기능을 "법의 자동판매기(Justiz als Rechtsautomat)"[195]와 같이 한정하려고 했던 슈미트의 시도를 먼저 문제 삼는 것으로부터 그 비판의 목소리를 높여 나가고 있었다.

1928년 4월의 독일국법학자대회에서 켈젠은 '국사재판권의 본질과 전개'라는 표제 아래 국사재판은 국가 기능의 '적법성(Rechtmäßigkeit)'을 보장하기 위한 것임을 역설하였다. 그에 따르면 이는 본질상 진압적(repressiv)이자 실체적(sachlich)인 성격을 띠며 위법한 [국가] 행위(rechtswidriger Akt)의 폐기를 목표

---

192) *WHV*, 81 · ㊫ 1007.
193) "typische Vermengung von Rechts*theorie* und Rechts*politik*" *WHV*, 74 · ㊫ 1002.
194) *WHV*, 특히 72-73 · ㊫ 1001.
195) *WHV*, 72 · ㊫ 1001.

로 하는 것이다. 오스트리아의 헌법재판권과 연관지어 켈젠이 국사재판권에 대해 설명했던 취지는 현재의 이해와도 그대로 부합한다.[196] 여기에서의 내용은 칼 레너(1870~1950)의 요청에 응하여 오스트리아공화국의 헌법 기초 작업에 참여하였던 자신의 경험과도 깊이 결부되어 있는 것으로 짐작된다. 이때를 켈젠은 "주어진 정치적 원리들을 법기술적으로 가능한 한 완벽하게 법전화(zu kodifizieren)"하는 한편, "국가 기능의 헌법합치성에 대한 실효적 보장을 구축"[197]하는 데 주안점을 두었던 시점으로 회고한다. 이에 새 헌법 초안의 요점에 부합될 수 있게끔 구 왕국의 제국법원을 헌법재판소로 개조하기에 이르렀다는 것이다.[198]

켈젠의 '자기증언'은 특히 헌법재판소의 구성과 그 의의에 관해 다음과 같이 강조하고 있었다. 즉, 구성원들이 정부의 임명이 아니라 의회에서 종신으로 선출되도록 설계하였다는 사실을 강조함으로써 "[그 자신의] 개인적 작품으로 고찰했던"[199] 헌법재판 기능이 의회와 연결되어 있었던 것임을 분명히 한 것이다.[200] 켈젠이 구상한 헌법재판제도는 어디까지나 의회를 통한 민주적 통제로부터 벗어나지 않는 사법심사제도로서,[201] "다종다양하게 대답할 수 있[는]" 헌법의 보장의 최선의 형태에 관한 법기술적인(rechtstechnisch) 해답[202] 중 하나라고 할 수 있었다. 거기서 켈젠은 "누구도 *자신의 사건의 재판관*이 되어서는 안 된다(niemand *Richter in eigener Sache* sein soll)"[203]라고 하는 널리 합의된 법기술적 원칙을 충분히 감안하여, 의회와 정부의 행위의 적법성을 심사하는 독립된 기관으로서의 헌법재판소를 고안한 것이다.

따라서 켈젠의 입장에서는 위와 같은 헌법재판소와 관련하여 그 자체의 합

---

196) 요약은 *VVDStRL* Heft 5, 85-88.

197) Hans Kelsen (심헌섭 옮김), 앞의 책, 96 ["Autobiographie (1947)", in: Matthias Jestaedt (Hrsg.) in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, 앞의 책, 66].

198) 위와 같은 곳.

199) 위의 책, 97 [67].

200) 위의 책, 특히 108-110 [75-76]. 여기서 헌법재판소의 구성이 당파적인 영향으로부터는 면제되어야 한다고 보았던 것은 물론이다.

201) 같은 취지의 지적으로 Horst Dreier, "Hans Kelsen (1881-1973)", 293.

202) *WHV*, 58 · ㊫ 989.

203) *WHV*, 59 · ㊫ 990.

목적성(Zweckmäßigkeit)에 대한 이론(異論), 즉 그것이 어떤 사정 하에서도 절대적으로 효과적인 보장의 수단일 수 있는가라는 질문은 충분히 제기가 가능하고 논의할 수 있을 만한 것이었다.[204] 그렇지만 헌법재판소가 '재판소'인지 혹은 그 기능이 '진정한' 사법인지를 따지고자 하는 것은 헌법 보장의 법기술적 혹은 법정책적인 답안으로서의 헌법재판소의 유효성을 판단하는 데 어떠한 도움도 되지 않는 것이다.[205] 다시 말해 켈젠에게 이는 법이론상으로 중요하게 고찰해야 할 문제가 될 수는 있어도, 그로부터 현실적으로는 아무런 결론도 도출해 낼 수 없는 '개념법학(Begriffsjurisprudenz)'에서의 문제 설정과 같은 성격을 띠는 것처럼 보였던 것이다.[206]

슈미트는 헌법재판소를 반대하려 하지만, 그 주장에 관하여서는 적절한 전제가 될 수 없을 '사법은 헌법의 수호자로서의 역할을 할 수 있는가'와 같은 형식의 법이론적 외양의 문제 제기를 하고 있다. 이로써 그는 헌법재판소의 합목적성에 대한 부분은 처음부터 고민할 필요도 없이 또 '헌법의 수호자'의

---

204) *WHV*, 특히 64 · ㊥ 994.

205) *WHV*, 64-65 · ㊥ 994-995.

206) *WHV*, 65 · ㊥ 995; 예링(1818~92)의 1884년의 저작에서부터 발견되는 표현인 '개념법학'은 경멸적인(pejorativ) 의미로서 정착하게 된 용어라고 한다. 다만 그동안에 매우 상이한 관점들마다 이 표현을 모두 비판의 도구처럼 원용하여 왔기 때문에 개념법학이 함축하는 내용은 표적이 되는 대상의 이미지에 따라서 다양하게 나타나는 경향을 보이고 있다고 하며, 일반적으로는 개념법학에 법과 사회 혹은 법과 현실 사이의 소외(Entfremdung) 내지는 법률 외적인 평가(außerjuristische Wertung)로부터의 면제, 법학의 '순수주의' 등의 의미가 내포되어 있다고 여겨지고 있다. 조어의 장본인인 예링도 초반의 방법론은 개념법학으로 분류될 여지를 보였으나 나중에는 관점을 전환하면서 당시 주류였던 이른바 판덱텐 법학을 비판하기 위한 의도에서 저 용어를 고안한 것으로 알려져 있다. 게르버(1823~91)나 라반트(1838~1918)의 방법론은 특히 공법 영역에서 개념법학의 의미에 충실하였던 사례로 분류되고 있다. 하지만 켈젠과 빈 학파는 개념법학의 순수주의와는 다른 방향에서 법학의 순수성을 탐구하고자 한 것이었으므로 이와는 구별되어야 하는 것으로서 취급되고 있다. 이와 같은 맥락을 감안한다면 켈젠의 언급은 19세기적인 국법학의 방법론을 비판적으로 환기하기 위한 것이었다고 파악할 수 있을 것이다. 이상으로 개념법학의 조어, 예링의 사례, 그리고 판덱텐 법학의 이해와 관련하여서 주로 참고한 것으로는 Hans-Peter Haferkamp, "Die sogenannte Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert – „reines" Recht?", in: Otto Depenheuer(Hrsg.), *Reinheit des Rechts. Kategorisches Prinzip oder regulative Idee?*, Wiesbaden: VS Verlag (2010), 79-99, 인용은 특히 79-81, 96-97; 프란츠 비아커 (김형석 옮김), "판덱텐 법학과 産業革命", 서울대학교 법학 제47권 제1호, 서울대학교 법학연구소 (2006. 3.), 341-366 등.

의미를 엄밀하게 논구하지 않아도 그저 '법원은 헌법의 수호자로서는 생각되지 아니한다'라고 표명하면 그것으로 만족할 수 있는 하나의 논증을 완성하였다.[207] 이것이 바로 켈젠이 파악하는 슈미트의 논증 형식, 곧 사법형식성을 띠는 헌법의 보장의 '거부'를 전제로 한 논변 양식의 의도였다. 서두에서 인용한 표현인 '착종'은 이러한 맥락에서 도출될 수가 있었던 것이다.

켈젠의 위와 같은 비판을 감안하면 '헌법의 수호자'에 대한 슈미트의 주장은 '자기완결적'이라고 볼 수 있다. 곧, 문제 제기에서부터 이미 해답에 제시될 '정식'에 따라 그 표현 양식이 결정되어 있는 논증인 것이다. '이데올로기'의 이론적인 생산양식에 관하여 비판적으로 논구했던 마르크스는 이러한 양식을 질문 자체에서부터 벌써 '신비화(Mystifikation)'가 이루어진 사변으로 포착한 바 있다.[208] 켈젠 역시 마찬가지의 맥락에서 슈미트의 논리를 이해했던 것으로 생각된다.[209] 그의 표현을 빌리자면 슈미트의 주장은 특정한 "의제(als ob)의 정치적 이론만을 문제 삼는" 것으로서,[210] 이데올로기를 형성하는 하나의 전형적인 사례와 다르지 아니했던 것이다.[211]

이와 같이 논변 양식의 함의를 파악했던 켈젠은 슈미트의 전제와 이로부터 연역되는 내용을 다음과 같이 논파한다. 즉, 사법과 정치적 기능 간에 본질적인 대립이 존재한다고 보는 슈미트의 전제는 잘못되었다는 것이다. 슈미트는 특히 사법심사를 사법의 기능에 부합하지 않는 정치적인 행위로서 특징짓고 있지만, 켈젠이 보기에 여기서의 '정치적'은 모호하며 어떤 기준 없이 남용되고 있는 표현으로 이에 대해 합리적으로 그 의미를 확정할 필요가 있는 것이었다. 켈젠은 이 경우를 '권력의 행사(Machtausübung)'의 범주에서 고려할 문제라고 하면서 재판권은 입법권 및 행정권과 마찬가지로 권력 행사의 요소를 가지고 있기 때문에 슈미트의 전제는 본질을 오히려 호도할 수 있는 변형된 표현에 지나지 않은 것이라 단정한다.

---

207) *WHV*, 65-66 · ㊥ 995.

208) 대표적으로는 Karl Marx (이병창 옮김), 독일 이데올로기 1권, 먼빛으로 (2019), 45 ["Deutsche Ideologie Ⅰ. Feuerbach", *MEW* 3, 18-19].

209) *WHV*, 특히 103-주 13 · ㊥ 1026-주 12.

210) *WHV*, 64 · ㊥ 994.

211) *WHV*, 105 · ㊥ 1027.

더욱이 켈젠은 입법자가 법관에게 일정 한도 내에서 이익형량에 따라 결정할 수 있는 '법창설(Rechtschöpfung)'적인 권한을 수권하였다는 중대한 진전을 슈미트가 외면하고 있다고 언급하기까지 한다. 그에 따르면, 이 진전을 계기로 사법은 입법권과 마찬가지로 정치적 성격을 드러내게 되었다. 이제 사법과 입법 사이에는 "양적 차이가 존재할 뿐 질적 차이는 결코 존재하지 아니"하며,[212] 본질적으로 동일성을 띠는 정치적 요소를 가지고 있다는 것이다. 절차적 내지 형식적인 측면에 있어서도 사정은 다르지 아니하다고 켈젠은 부연한다. 이해관계자 혹은 이익집단 등 당사자 사이의 '변증법적'인 절차는 근대 의회의 입법 과정(심의・의결)에서, 그리고 법원의 이익형량과 판단에서 기본적으로 동일하게 작동하는 것이기 때문이다. 켈젠은 더불어 헌법의 수호자로서 결정을 내리는 과정에서도 '변증법적' 절차와의 관련성이 부인되어서는 안 된다고 강조한다.[213]

그럼에도 슈미트의 전제는 ― 더구나 그의 이론의 '결단'의 측면에서 본다면 법률과 판결은 본질적으로 동일하다는 결론이 도출될 수 있음에도 불구하고 ― 자신의 이론과 '모순'되게 질적 차이가 실재하고 있음을 전제하고 있다고 켈젠은 지적한다.[214] 이와 같은 맥락 위에서 그는 슈미트 식의 전제가 자신이 연역하려는 결론의 다른 표현에 불과할 뿐, 사법의 본질에 관하여 규명하는 것이 거의 없다고 평가한 것이다.[215] 이러한 비판은 필자에게 매우 타당하게 들린다. "비범한(außerordentlich) 정신의" 슈미트가 "누구나 알 수 있는 명백한 모순에 휘말려 들어가는"[216] 것은 다분하게 '의도적'이라고 볼 수밖에 없는데, 이쯤에서 켈젠은 '모순' 자체의 쓰임에 대해 문제시하기에 이른다. 그가 합당하게 의심하고 있는 것과 같이, 슈미트는 모순을 해소하려고 하기는

212) *WHV*, 66-67(직접 인용은 67)・㊥ 996-997.

213) 여기까지의 부연은 *WHV*, 79-81・㊥ 1006-1007.

214) 이에 따라 켈젠이 보기에 입법과 사법의 본질적인 동일성을 인식하고 있는 자신의 이른바 법단계설을 저 전제로부터 비판하려는 슈미트의 논의는 의도적으로 양적 차이와 관련하여 필요한 논술을 누락하고 감정적으로 강조된 가치판단에 의해 수행된 것으로서, 방법론상의 인식은 크게 다르지 않음에도 결국에는 켈젠 자신의 주장과 거의 관계가 없는 논의와 같이 되어버린 것이었다. *WHV*, 74-주 8・㊥ 특히 1002-주 8.

215) *WHV*, 68・㊥ 998. 특히 이 이하에 서술되어 있는 켈젠의 비판은 위와 같은 평가에 충실한 것이다.

216) *WHV*, 73・㊥ 1001.

커녕 도리어 자신이 결론짓고자 하는 방향에 맞게 이를 수사적으로 사용했던 것처럼 보인다. 이를 켈젠은 그럴듯한 학설의 형태로 '특정한 (정치적) 목적'을 은폐하려는 것이라고 파악한다.[217]

2. 『헌법의 수호자』가 설파하려는 이데올로기로서의 반의회주의

1) 의회(제)민주주의를 문제시하기 위한 논리 구조의 설계

켈젠이 「누가 헌법의 수호자이어야 하는가?」의 전반부에서 '헌법의 수호자'에 대한 슈미트의 논변 양식의 함의를 파악하려는 데 중점을 두었다면, 후반부에서는 이를 통해 합리화되는 개념을 직접 비판하려는 방향으로 논의를 이어 나간다. 이 논문에서 주로 활용되었던 단어로 표현하면 Ⅷ. 이하는 완전하게 슈미트의 '진단'과 '처방'의 내용을 표적으로 삼은 논술인 것이다. 따라서 이쯤에서부터 슈미트 식으로 서술되는 '다원주의'와 '전체국가'개념이 직접적으로 언급되기에 이른다.

켈젠은 슈미트가 취급하는 다원주의를 "무엇보다 지금까지 '정당국가'라 불리어 온 상태로 특징지어지는"[218] 것으로서 국가와 사회의 이원적인 대립을 그 '결정적'인 전제로 삼고 있는 것으로 이해하였다. 또한 슈미트가 말하는 전체국가로의 전환은 이러한 대립이 소멸되는 자리에 놓여 있는 것이라고 보았다.[219] 다원주의와 함께 '전체국가'개념을 가지고서 당시의 구체적인 헌법 상태를 묘사하고자 했던 슈미트의 전략은 켈젠에게 "오늘날 정치적인 저작들에서 자주 활용되고 또한 널리 퍼져 있는 방법", 곧 "주지의 사실에 새로이 이름을 붙이려는"[220] 사례에 지나지 않은 것이었다. 그가 보기에 슈미트가 새삼 새로운 현상(Neuerscheinung)이라고 믿는 것 같은 20세기의 전체국가는 18세기의 절대국가(경찰국가)의 상황과 그 특징이 크게 다르지 않은 것이었기

---

217) 켈젠은 첫 장에서부터 이에 대한 문제의식을 분명하게 드러내고 있다. *WHV*, 특히 59・㉮ 990.

218) *WHV*, 82・㉮ 1008.

219) 위와 같은 곳.

220) 위와 같은 곳・㉮ 1008-1009.

때문이다. 19세기적 자유주의 국가(liberaler Staat)가 18세기의 반동이라고 한다면 슈미트가 '새로' 명명하려는 20세기의 전체국가는 19세기의 경험에 대한 반작용이 아닐까? 이는 켈젠에게는 지금까지의 사정에 대한 어떤 "새로운 통찰(Einsicht) 같은 것은 없는"[221] 작업으로 보였다. 오히려 이에 따른다면 독일의 현재의 헌법상태는 다원주의의 정점과 전체국가로의 전환이 동시에 존재하고 있는 '모순'의 상태로 그려지게 된다.

특히 슈미트의 논의 내의 정당의 위상을 통해 이 모순이 두드러지게 된다. 그의 논리대로라면 국가가 "사회의 자기조직"이 된[222] 전체국가로의 전환점에서는 정당이 더 이상 사회적 조직(soziales Gebilde)으로 머물러 있을 수 없다.[223] 그런데 슈미트 식의 다원주의에서는 문제의 단위로서의 정당이 "사회적(비국가적) 조직으로서만 존속하려 하는"[224] 것으로 특정되어 있다. 슈미트는 이 "사소하지 않은 난점"을 사회의 자기조직화의 과정에서 주된 담당자인 정당들이 전체성을 "분할하여(parzelliert)" 그 자신 내에서 그리고 자기를 위해 실현하려고 한 것이라는 식으로 단순하게 해소한다.[225] 즉, "*분할된 전체성*"이라는 "형용 모순(*contradictio in adjecto*)"으로 현상을 비판하면서 논의를 특정한 방향으로 유도한다는 것이다.[226]

슈미트의 작업에 대한 켈젠의 비판의 초점은 여기에 놓여 있다. 이와 같은 수사법이 슈미트의 의도를 은폐하고 있다고 켈젠은 강력하게 의심하고 있었기 때문이다. 즉, "서로 관련이 없는 두 쌍"인 '(국가적) 의사형성'과 국가와 사회의 이원적인 대립이라는 공리를 슈미트는 '억지로' 결부시켜, 자신의 의도에 맞는 범주로 다원주의와 '전체국가'개념을 형성하고 있다는 것이다.[227]

이와 같은 켈젠의 문제 제기는 타당하다. 그의 지적처럼, 국가적인 의사형성의 과정에서는 전제적이고 중앙집중적(autokratisch-zentralistisch)인 경향이든

---

221) 위와 같은 곳 · ㊥ 1008.
222) 슈미트의 언급은 ***HV***, 특히 78 · ㊥ 109.
223) *WHV* 83 · ㊥ 1009.
224) ***HV***, 71 · ㊥ 99
225) ***HV***, 84 · ㊥ 117.
226) 인용은 모두 *WHV*, 83 · ㊥ 1009.
227) *WHV*, 83-84 · ㊥ 1009-1010.

지 민주적이고 분산적인(demokratisch-dezentralistisch) 경향이든지 간에 어느 한 쪽으로만 치우치는 것은 아니며, 또한 각각의 경향이 전체국가나 다원주의에 일대일로 대응하는 것도 아니다.[228] 슈미트는 확실히 다른 층위의 문제를, 특히 다원주의의 일반적인 이해와 관련하여서는 큰 의미를 가지고 있지 아니할 국가와 사회의 대립을 자신의 '다원주의'의 정의에 구태여 접붙이려고 하였을 뿐이다.[229] 이는 "강조점을 두려는 가치(Wertbetonung)"[230]의 부각을 위해 다원주의를 의식적으로 평가 절하하고자 하는 일종의 논리적 조작에 지나지 아니하다.

2) 근거 없는 이원적 대립의 구성

> "(…) 입법부가 다원적으로 분열되어 있는 헌법상의 입법국가를 헌법에 위반하는 다원주의에 대항하여 구제하려고 한다."[231]

이와 같은 슈미트의 서술에 이르게 되면 다원주의는 헌법에 위반하는 것으로까지 간주된다.[232] 당연하게도 이 경우의 "구제책의 강구(Abhilfe schaffen)"를 슈미트는 정부에게서와 다르게 사법에게서는 확실히 기대할 수 '없는' 것이라고 단언한다.[233] 켈젠은 이러한 슈미트의 표현을 특히 문제 삼는다. 여기에는 ① 국가와 사회의 이원적인 대립이 소멸된 전체국가에서는 더 이상 헌법의 수호자로서의 의회라고 하는 입법국가적인 관념이 유지될 수 없다는 전제와 함께[234] ② "순전히 근거 없이"[235] 헌법재판권을 국가개념의 다원주의적인 해체와 연결시키려고 하는[236] 슈미트의 의도가 반영되어 있기 때문이다.

---

228) 위와 같은 곳 · ㊀ 1009.
229) *WHV*, 84 · ㊀ 1010.
230) *WHV*, 85 · ㊀ 1011.
231) ***HV***, 131 · ㊀ 182.
232) 지적은 *WHV*, 86 · ㊀ 1011.
233) ***HV***, 82 · ㊀ 114.
234) 앞의 99-100을 참고; 이에 대한 켈젠의 직접적이면서 비판적인 언급은 *WHV*, 특히 103-주 13 · ㊀ 1026-주 12.
235) *WHV*, 86 · ㊀ 1012.
236) 언급은 ***HV***, 68 · ㊀ 96.

켈젠은 이에 대하여 다음과 같이 적절하게 반박하고 있다고 생각된다. 곧, ①과 관련하여서는 슈미트가 국가와 사회의 대립을 그 대표적 예로 열거하고 있는 "이율배반적 분리(antithetische Trennung)"[237]라는 자신의 표현의 범주 안으로 정부와 의회 사이의 대립을 '부적절하게' 포함시키고 있다는 것이다.[238] 이로부터 슈미트는 전체국가에서 이원적 대립이 갖는 의미가 상실되었기 때문에 이를 조건으로 하는 의회의 헌법의 수호자로서의 기능은 바이마르의 헌법현실에서는 온당치 아니한 것이라고 결론짓는다. 그러나 사실 현상에서의 정부와 의회의 대립은 [모종의 '유일한'] 의미를 상실하는 수준의 문제가 아니라 [여러 가지 가능한 역학 관계 속에서 그] "의미가 변화되는 것"이다.[239] 슈미트의 논술은 자신의 결론에 부합할 하나의 방향만을 특정하려는 것에 지나지 않을 뿐이라는 것이다.[240]

②도 마찬가지의 의도에 따르고 있다. 슈미트는 자신의 주장에서 국가개념의 해체로까지 연결되는 헌법재판권의 다원주의적 성격을 이른바 '주관적 공권'을 하나의 바탕으로 삼는 쟁송이라는 점에서 찾으면서 이를 문제 삼는다. 그렇지만 켈젠이 보기에 이 주관적 공권은 위법한 [국가] 행위의 폐기를 위한 기술적 방편이자 '절차적 정당성(Prozeßlegitimation)'을 보충하는 것 외에 다른 의의를 가지는 것은 아니었다.[241] 따라서 이로부터 국가개념의 해체에까지 나아가는 주장은 충분한 근거 없이 오도된 이야기라는 것이다.[242] 거기에 슈미트는 사법이 '입법자에 대한 대립물'로서 자리한 적도 있었으나 입법자를 능가하는 권위를 얻을 수는 없고, '입법기능의 확장(legislative Expansion)'에 대한 구제책들을 사법에서는 구할 수 없다고까지 주장한다. 이것이 바로 "정부를 헌법의 수호자로 만들려는 자신의 요구를 예비"[243]한 주장이라고 켈젠은 분명하게 지적한다.

---

237) ***HV***, 79 · ㊥ 110.
238) 켈젠의 인용 및 지적은 *WHV*, 90 · ㊥ 1014.
239) 위와 같은 곳. 대괄호 안의 표현은 필자의 이해에 따라 첨가된 것임.
240) 위와 같은 곳 · ㊥ 1014-1015.
241) *WHV*, 87 · ㊥ 1012(켈젠이 비판하는 슈미트의 언급은 ***HV***, 특히 67-70 · ㊥ 94-98).
242) 위와 같은 곳.
243) *WHV*, 88 · ㊥ 1013.

바이마르의 헌법현실에서 입법기능의 확대는 정부의 활동을 통해서도 상당 부분 발현되고 있었고, 다름 아닌 슈미트에 의해 적극적으로 옹호된 바이마르헌법 제48조 제2항의 해석에 따라 정부의 입법적 활동[Verordnungstätigkeit]은 의회의 입법권을 대신할 수도 있었다. 슈미트는 입법기능의 신장과 관련하여서 이러한 부분은 표명을 달리하고, 의회와 헌법재판권에 자신이 문제시하려는 현상의 원인을 모두 돌리고 있다.[244] 이것이 바로 켈젠이 파악하는 슈미트의 논술의 본지였다.

3) 반의회주의 '이데올로기 형성'의 전형으로서의『헌법의 수호자』

켈젠이 확언하고 있는 것과 같이, 슈미트가 자신의 다원주의와 전체국가개념으로부터 '헌법의 수호자로서의 라이히대통령'을 부각시켜 나가는 과정에는 "매우 사려 깊은 독자에게마저도 쉽게 이해될 수 없는"[245] 부분이 적지 않다. 확실히 필자에게도 슈미트는 충분한 논거를 제시하지 아니한 채 자신이 '강조점을 두려는 가치'로 바로 향하는 '자기완결적'인 논리를 구성하고 있는 것처럼 보인다. 이로부터 예비된 '처방'에 부합하는 '진단'이 수행되었다.

켈젠의 비판처럼 슈미트에 의해 어떠한 개념에 결부되는 고유한 의미는 이에 관한 일반적인 이해에 있어서는 큰 역할을 하지 못한다. 슈미트는 특정한 방향을 향해 개념의 범주를 특정할 뿐이다.[246] 예컨대 '중립성'도 '독립성'도 고도의 '전문성'도 "직접 국가원수[와 그의 권위에 수반하는 직업관료들의 정부]를 향해" 있지만 그 본질에 대하여 철저하게 규명한다거나 자신의 방향의 타당성을 구체적으로 논증하지 않고 단지 표명하기만 한다.[247]

헌법재판권의 거부 역시 같은 맥락 위에서의 귀결이었다. 즉, 라이히대통령을 헌법의 수호자로서 선언할 경우에, 이 기관을 통제할 여지가 '있는'[248] 헌

---

244) 위와 같은 곳.
245) *WHV*, 90 · ㊥ 1015.
246) 이 점과 관련하여 유사한 취지에서 비판하고 있는 것으로 국순옥, "위르겐 하버마스와 좌파 슈미트주의", 140-141.
247) 인용 및 지적은 *WHV*, 특히 95-96 · ㊥ 1019-1020.
248) *WHV*, 101 · ㊥ 1024.

법재판제도의 부인을 슈미트는 마치 법이론적 수준에서의 문제 제기인 것처럼 보이게 하고서 '여하튼 사법이 그러한 역할을 수행할 수 있다는 주장은 적절치 못하다'라는 식으로 그저 천명할 뿐이다. 이와 함께 슈미트는 자신이 특정한 '민주주의'로부터 헌법재판소를 중심으로 하는 헌법재판제도는 비민주적인 것이라고 주장한다. 이를 관철하기 위해 그는 근거 없이 헌법재판을 국가개념의 다원주의적인 해체와 연결한다. 한편으로 헌법재판소의 구성은 의회와 '의회의 신임'에 의해 좌우될 수 있다.[249] 슈미트는 이러한 경우에도 헌법재판이 비민주적임을 관철하기 위해 다음과 같이 주장한다. 곧, "민주적인 견지에서 볼 때 *법복을 입은 귀족*에게 [헌법의 수호자로서의] 기능을 맡기는 일은 거의 불가능할 것"[250]이라고 말이다. 이처럼 슈미트는 자신의 편의대로 '민주주의'와 직업관료로서의 재판관의 '독립성' 등을 따로 취급하고 있다.[251]

이렇게 슈미트는 다원주의와 전체국가개념을 국가와 사회의 '이율배반적 분리'라는 다른 층위의 문제와 한데 엮고서, 그 범주 안으로 정부와 의회의 대립까지 '부적절하게' 포함시키려 했다. 이는 소위 "적대 관계의 전면 체계(ein ganzes System des Antagonismus)"를 들어 마르크스가 '프루동의 논리 구조'를 비판하였던 사례를 떠올리게 한다.[252] 이에 따르면, '적대 관계의 체계' 안에서의 논리적 귀결은 종합하는 과정에서 단지 "좋은 면만이 부상"하는 데 그치게 된다. 즉, 나쁜 측면이 좋은 측면에 의하여 제거된다고 하는 '자명한' 논리적 순환 속에서 좋은 측면만이 부각되는 결론이 도출될 뿐이라는 것이다. 마르크스는 이를 현 상태의 난점들을 제거하기는커녕 더 혼란한 상태만을 야

---

249) ***HV***, 153 · ㊥ 210.

250) ***HV***, 156 · ㊥ 214.

251) 이에 대한 지적은 특히 *WHV*, 99-100 · ㊥ 1022-1023.

252) 적대 관계의 체계에 관한 언급은 Karl Marx (최병연 옮김), "맑스가 빠리의 파벨 바실리예비치 안넨코프에게", 칼 맑스/프리드리히 엥겔스 저작 선집 제1권, 박종철출판사 (1991), 특히 593 ["Brief an P. W. Annenkow vom 28. Dez. 1846", *MEW* 4 (1959), 552-553]; 켈젠뿐만 아니라 뢰비트 또한 이 무렵의 슈미트의 논술들이 마르크스적 의미에서 '이데올로기'화 된 면모를 보여주는 것이 아닌가 지적하고 있다. Karl Löwith, "Der okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt (1935)", in: Klaus Stichweh · Marc B. de Launay(Hrsg.), *Karl Löwith Sämtliche Schriften Band 8. Heidegger — Denker in dürftiger Zeit: Zur Stellung der Philosophie im 20. Jahrhundert*, Stuttgart: J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung (1984), 특히 57. 이와 같은 사례들을 바탕으로 필자 역시 마르크스를 참고했음을 밝혀둔다.

기하는 “비밀스러운 구상(geheimer Gedanke)”, “은폐된 종합의 공식(verborgene Formel der Synthese)”으로 파악했다.[253] 켈젠 또한 다음과 같이 지적한다.

> “[슈미트 식의 해석에서] 헌법에 의해 설치된 두 개의 국가권력의 담당 기관은 국가의 적이 되기도 하고 동지가 되기도 한다. 한 쪽은 국가를, 곧 국가의 ‘통일성’을 파괴하려고 하는 자이고 다른 한 편은 그로부터 국가를 방어하려고 하는 자이다. 다시 말하면 헌법을 위반하는 자(Verletzer)와 헌법을 수호하는 자가 되는 것이다. 하지만 여기서 그 어떤 것도 헌법의 실정법적 해석과는 아무런 관련이 없다. 이는 국법적으로 분식한(in staatsrechtlichem Gewande) 선의 신(Ormuzd)과 악의 신(Ahriman)에 관한 신화인 것이다.”[254]

이는 프루동에 대한 마르크스의 논평에서 시도되었던 것처럼 켈젠 또한 슈미트의 “비밀스러운 변증법(mystische Dialektik)”[255]을 “이데올로기 형성의 전형적인 방법”[256]으로서 분명하게 포착하고 있는 것이다. 거기에서 의회는 어디까지나 슈미트가 ‘예비’하고 있었던 처방에 따라 부정적으로만 묘사되어 있었을 뿐이었고, 그에 대한 ‘구제책으로서의 라이히대통령’이 마치 국법(학)적으로 숙고된 대안인 것과 같이 분식되어 제시되었던 것이다. 켈젠 또한 바로 이러한 점을 강력히 고발하려 했다. 슈미트에 대한 그의 비판은 명확히 ‘의회의 대립물’로서 예비된 헌법의 수호자를 겨냥하고 있었고, 그렇기 때문에 그의 논박은 ‘의회(제)’에 대한 옹호로서 이해된다. 그 ‘극점’에 서 있던 슈미트의 『헌법의 수호자』는 ‘반의회주의’의 이데올로기를 설파하려는 작업의 전형을 보여주고 있다.

Ⅲ. 소결

슈미트의 『헌법의 수호자』와 이에 대한 켈젠의 비판을 검토하는 데 있어서 이 논문은 특히 ‘이데올로기의 비판자’이자 ‘민주주의의 옹호자’로서 평가되

---

253) Karl Marx (최병연 옮김), 위와 같은 곳.
254) *WHV*, 104 · ㊀ 1026.
255) *WHV*, 103-주 13 · ㊀ 1026-주 12.
256) *WHV*, 105 · ㊀ 1027.

고 있는 켈젠의 궤적을 전제로 하여 그의 논평인 「누가 헌법의 수호자이어야 하는가?」의 내용을 참고하고, 이와 교차하면서 슈미트의 작업을 점검했다. 켈젠의 지적은 서로 긴밀하게 연결되어 있는 다음의 두 부분으로 구성되어 있다.

먼저 켈젠은 사법형식성을 띠는 헌법의 보장을 거부하는 외양으로써 마치 법이론적인 차원에서의 문제를 제기하는 것처럼 보였던 슈미트의 논변 양식을 법이론과 법정책의 의도적인 '착종'으로 특징짓고, 그 뒤로 은폐되어 있었을 특정한 목적을 가늠하고자 했다. 그는 슈미트가 '결단'으로 대표될 자신의 기존의 주장과는 일부러 모순되는 방향으로 이 주제의 논의를 전개하고 있는 것이라고 파악했다. 이어 슈미트 식으로 해석되는 다원주의와 전체국가개념 또한 다분히 의식적으로 모순을 활용하고 있는 수사임을 지적하고서는 이로부터 라이히대통령에 대한 슈미트의 테제가 '의회의 대립물'로서 예비된 것임을 밝혔다. 슈미트의 작업은 결과적으로 근대 '이데올로기' 형성의 전형에 지나지 않은 것임을 켈젠은 분명히 하고 있다.

이러한 켈젠의 비판의 의의를 보다 더 분명하게 이해하기 위해서는 오스트리아공화국의 헌법 기초 작업에 참여했던 그의 경험을 감안할 필요가 있다. 켈젠은 구 왕국의 제국법원을 헌법재판소로 개조하는 데 크게 기여했는데 여기에서의 그의 주안점은 어디까지나 의회를 통한 민주적인 통제로부터 벗어나지 않는 사법심사제도를 마련하려는 것에 있었다. 켈젠에게 헌법재판소는 다종다양하게 대답할 수 있는 헌법의 보장의 최선의 형태에 관한 법기술적인 해답 중 하나에 지나지 않았던 것이다. 누구도 자신의 사건의 재판관이 되어서는 안 된다고 하는 널리 합의된 법기술적인 원칙을 고려하여 켈젠은 의회와 정부의 행위에 대한 적법성을 심사하는 독립된 기관으로서의 헌법재판소를 고안했다. 따라서 헌법재판소가 재판소인지 아니면 그 기능이 진정한 사법인지를 따지고자 하는 슈미트 식의 문제 제기는 그의 입장에서 보면 헌법보장의 법기술적 혹은 법정책적인 답안으로서의 헌법재판소의 유효성을 판단하는 데 어떠한 도움도 되지 않는 것이었다. 더욱이 슈미트는 이와 같이 문제의 방향을 설정함으로써 헌법재판소의 합목적성에 대한 부분은 처음부터 고민할 필요도 없이 또 '헌법의 수호자'의 의미를 엄밀하게 논구하지 않아도

그저 '법원은 헌법의 수호자로서는 생각되지 아니한다'라고 표명하면 그것으로 만족할 수 있는 하나의 논증을 완성할 수 있었다. 켈젠의 비판 내에서도 슈미트의 논변은 문제 제기 그 자체에 이미 자신이 제시하려는 해답이 내포되어 있는 하나의 '자기완결적'인 논증일 뿐이라는 점이 분명히 지적되었다.

「누가 헌법의 수호자이어야 하는가?」의 후반부에서 켈젠은 이 자기완결적인 논증을 통하여 슈미트가 합리화하려고 하는 개념들에 비판의 초점을 맞춘다. 그는 특히 슈미트의 '전체국가'개념이 지금까지의 사정에 대한 어떤 새로운 통찰은 결코 반영되어 있지 않은 것으로서 19세기의 자유주의적인 경향에 대한 하나의 반응처럼 보이는 개념이라고 지적한다. 더불어 다원주의를 문제시하는 슈미트의 논리 속에서는 다원주의의 일반적인 이해와 관련하여 큰 의미를 가지고 있지 아니할 '국가와 사회의 대립'이 구태여 부각되고 있다. 이러한 양식은 슈미트 자신이 강조점을 두려는 가치를 강조하기 위해 다원주의를 의식적으로 평가 절하하는 일종의 논리적 조작과 다르지 않은 것이다.

슈미트의 논의에서 헌법에 위반하는 것으로까지 선언되기에 이르는 다원주의는 의회 및 헌법재판소에서의 활동의 성격과 직결되어 있다. 전자는 바이마르의 헌법현실과, 그리고 후자는 국사재판권을 헌법재판권으로서 특징짓고 무엇보다 의회와 연결되어 있는 헌법재판 기능을 강조하려 했던 켈젠의 주장과 연결될 수 있었다. 따라서 슈미트의 비판의 칼끝이 곧바로 이들을 향하는 것은 당연한 귀결이었다. 헌법에 위반되는 경향인 다원주의에 대항하는 개념으로서 슈미트가 내세운 것은 자신이 구성한 '민주주의'를 전제로 하는 '헌법의 수호자로서의 라이히대통령'이었다. 슈미트는 다원주의에 귀속시킨 의회와 헌법재판소를 라이히대통령 및 그의 권위에 수반하는 정부에 전적으로 적대하는 것으로 설정하고서, 후자의 좋은 측면만을 부각시키는 종합(Synthese)의 공식을 고안한 것이다. 켈젠이 슈미트의 논의를 두고서 "국법적으로 분식한 선의 신과 악의 신에 관한 신화"[257]라고 촌평한 것은 위와 같은 부분을 그대로 포착하고 있다. 켈젠의 비판은 명확히 '의회(제)의 대립물'로서 예비된 슈미트의 '헌법의 수호자'를 겨냥하고 있었다. 그렇기에 「누가 헌법의 수호자이어야 하는가?」는 '의회(제)'에 대한 옹호로 이해되고, '헌법의 수호자 논쟁'은

257) *WHV*, 104 · ㉮ 1026.

'반의회주의' 이데올로기의 설파와 이에 대한 저항의 대표적이고 결정적인 사례로서 파악되어야 함을 필자는 이 절의 결론으로서 강조하고자 한다.

슈미트의 『헌법의 수호자』에 관하여 동시대의 주목할 만한 다른 비판의 시선들 역시 위에서의 요약과 그 방향을 같이 하고 있다. 예컨대, 사법형식성을 띠는 헌법의 보장 그 자체에 켈젠보다 더 집중하여 슈미트를 논평했던 프리츠 모르슈타인 마르크스(1900~69)의 비판의 눈길은 슈미트가 자신의 편의대로 사법심사기관의 구성이나 기능 면에서의 비민주성을 운운하면서 그 헌법보장의 역할을 거부하는 근거처럼 삼고 있었던 점에 바로 향하여 있었다. 곧, 슈미트 식으로 원용되는 '민주주의'가 크게 문제시된 것이다.[258]

이미 슈티어-조믈로(1873~1932)는 라이히대통령의 법적 지위의 문제에 관하여 논하면서(1931) 여기에 헌법의 수호자로서의 역할까지 포함시키려는 것은 그의 헌법적 지위와 양립하기 어려운 "약간 수정된 군주제적 발상(ein etwas abgewandelter monarchischer Gedanke)"[259]의 반영이라고 지적했다. 동 논의에서는 이와 함께 슈미트의 '헌법의 수호자로서의 라이히대통령'을 강력하게 뒷받침하였던 논거인 의회의 불충분한 기능 수행에 대한 논박을 비롯하여,[260] '헌법의 수호자로서의 라이히대통령'만이 바이마르헌법의 기초로서의 민주주의원리에 상응할 수 있는 것이라는 맥락을 확실히 문제 삼고 있다.[261] 이듬해에 슈미트의 『헌법의 수호자』를 직접 비평했을 때에도 슈티어-조믈로는 '헌법의 수호자'의 의도가 반다원주의적인 사고에 있음을 분명하게 지적했다.[262]

고트프리드 잘로몬(1892~1964)의 논평 역시 '민주주의'를 원용하여 '헌법의

---

258) Fritz Morstein Marx, "Der Schutz der Verfassung (Rezension)", *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* Band 92, Heft 2, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG (1932), 특히 256-261.

259) Fritz Stier-Somlo, "Die Reform des Reichsrats und die Problematik der rechtlichen Stellung des Reichspräsidenten", *Archiv des öffentlichen Rechts* Band 59 (Band 20 der neuen Folge), Heft 1, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG (1931), 15.

260) 위의 논문, 특히 22-26.

261) 위의 논문, 특히 20.

262) Fritz Stier-Somlo, "Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (Rezension)", *Archiv des öffentlichen Rechts* Band 60 (Band 21 der neuen Folge), Heft 3, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG (1932), 특히 451-453.

수호자로서의 라이히대통령' 테제를 정당화하고 있는 슈미트의 주장은 오히려 민주주의원리에 부합하지 않는 것으로 보인다고 지적했다. 그러면서 슈미트의 작업의 반다원주의적 및 반의회주의적인 성격에 일관하여 이의를 제기하는 방향으로 평가를 수행했다. 슈미트의 의도를 따르면 종국에는 "대중의 갈채(Massenzustimmung)에 의거하는 '군인국가(stato armata)'[263]로서의 독재"[264] 라는 결론에 이르게 될 것이라는 점에 특히 주목하면서 말이다.

이쯤에서 국순옥의 다음과 같은 평가 또한 재발견할 필요가 있음을 필자는 필히 언급하고자 한다. 그는 슈미트와 켈젠이 '의회주의의 위기'에 대한 인식을 같이 하면서도 이에 대한 "처방은 현격한 차이를 보이고 있다"[265]라는 점을 정확히 짚고 있다. 그러면서 그들의 이론에 관한 하나의 귀결점으로서만이 아니라 당시의 에피스테메를 나름대로 체계화하여 제시한 전형으로서『헌법의 수호자』및 그에 대한 논쟁을 조명할 필요가 있다고 지적한다.[266]『헌법의 수호자』는 결국 아래의 인용문의 맥락에서처럼 계속하여 곱씹어볼 수밖에 없는 주제로서 진지하게 받아들여져야 한다.

---

263) 명시하지 않았지만 잘로몬은 군주제 국가에로 시민을 통합하는 의미에서 의회의 역할을 파악했고 현재는 그 기능이 부전(不全)의 상태에 빠졌다는 점을 부각했던 슈미트의「시민적 법치국가」의 내용을 함께 염두에 두고서 이와 같이 논평했을 것으로 짐작된다. 후에 슈미트는 이들을 종합한 것이라 생각되는『제2제국의 국가구조와 붕괴』를 발표하는데, 여기에서 시민적 법치국가의 전개는 "참된 국가적 실제(eigentliche staatliche Wirklichkeit)"였던 '군인국가이자 관료국가'인 프로이센의 국가구조가 붕괴되는 과정과 긴밀히 결부되어 비판적으로 서술되었다. "Der bürgerliche Rechtsstaat", in: ***SGN***, 44-50, 부연과 관련하여서는 47・㊥ 김효전 옮김, "시민적 법치국가 (1928), 헌법과 정치, 179-185, 182(부연 관련); Günter Maschke(Hrsg.), Carl Schmitt, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches. Der Sieg des Bürgers über den Soldaten*, Berlin: Duncker & Humblot (2011), 직접 인용은 10・㊥ 김효전 옮김, "제2제국의 국가구조와 붕괴 (1934): 병사에 대한 시민의 승리", 같은 책, 359. 이 기조는 보통 슈미트의 후기의 분기점으로서 거론되는『토마스 홉스의 국가론에서의 리바이어던』에서도 그대로 유지되고 있다. Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*(7. Aufl.), Stuttgart: Klett-Cotta (2018), 특히 106-110・㊥ 김효전 옮김, "홉스 국가론에서의 리바이어던 (1938): 정치적 상징의 의미와 좌절", 같은 책, 532-533.

264) Gottfried Salomon, "Schmitt, Carl, Der Hüter der Verfassung (Rezension)", *Weltwirtschaftliches Archiv* Band 36, Springer (1932), 256.

265) 국순옥, "헌법재판의 본질과 기능", 350.

266) 위의 글, 특히 350-356.

"(…) 이들 두 주장은 이른바 의회주의의 위기, 좀 더 정확히 말하면 바이마르헌법 체제의 위기에 대한 그들 나름의 대응방안이었다. 차이가 있다면, 그것은 켈젠이 의회제 민주주의의 틀 안에서 비교적 온건한 해결 형태를 모색한데 반하여, 슈미트는 자신의 반혁명이론전략에 따라 극히 반동적인 해결 형태를 택하였다는 점이다. 아무튼 켈젠과 슈미트의 헌법수호자 논쟁은 단순한 의미의 헌법수호자 논쟁이 아니라, 그 이상의 깊은 뜻을 갖는다. 그것은 근대부르주아 헌법의 내부에서 불가역적으로 진행되어온 통치구조의 변화 구도를 확인하고, 이를 바탕으로 앞으로의 변화 방향을 예시하고 있다는 점에서 일종의 묵시론적 의미를 담고 있다고 하여도 과언이 아닐 것이다."[267]

267) 위의 글, 356.

제3절 '헌법의 수호자'론의 수용과 그 전망

Ⅰ. '법치국가'개념과 전후의 도그마로의 연결

1. '법치국가'개념과의 연결

1932년 11월 23일 뒤셀도르프에서 슈미트는 다음과 같은 내용으로 강연하였다.[268] 순차상 '헌법의 수호자'론에 관한 이론 및 현실(프로이센 대 라이히 사건 이후) 양면에서의 구체화 작업을 거친 후였으므로, 여기에서는 그 초록(Zusammenfassung)에 해당될 내용과 함께 그가 강조하려는 점이 그대로 반영되어 있었다.

강연은 ① 사법형식성을 띤 헌법의 수호자는 인정될 수 없고 따라서 1932년 7월 20일의 조치에 대한 라이프치히에서의 재판은 '전체국가'로의 발전상에서 부정적인 사건으로 평가될 수밖에 없다는 지적으로 시작한다. ② 그러면서 7월의 조치를 헌법이 지닌 최악의 결함을 수정할 수 있는 결정적 계기였다고 평가하면서, 그 의미를 '훼손'한 국사재판소의 결정과 함께 그간 국가를 향해 급진적으로 요구되어 온 특정한 유형의 '탈정치화(Entpolitisierung)'는 앞으로의 대처와 관련하여 맞지 않는 것으로서 거부되어야 한다고 언술한다. ③ 이 맥락 위에서 특히 정당명부식 비례대표제에 기초한 독일의 정당국가화의 경향과 "더 이상 의회가 아니게 된"[269] 라이히의회를 약한 양적 전체국가로의 전개를 초래하는 원인으로 지목하면서, 슈미트는 자신의 주안점이 합법성의 가치를 과잉하게 이용하는 의회의 '대립물'로서의 강력한 정부와 질적 전체국가에 대한 신념에 있음을 재차 분명히 한다. ④ 결론적으로 슈미트는 '합법성'이 근대 관료제의 기능 방식이라고 하는 그 '객관적'인 의의에 걸맞게 작용될 수 있어야 하고[270] 헌법의 '상황에 따른 해석'에 의해 정부는 가능

---

268) "Starker Staat und gesunde Wirtschaft", in: ***SGN***, 71-91.

269) 위의 글, 76.

270) 슈미트는 자신의 작업에서 의식적으로 베버를 원용하면서, '합법성'을 복종과 규율의 형식으로서 근대국가와 근대적인 산업의 양식에 맞게 발전된 관료제의 기능 방식(Funktionsmodus)으로 '몰가치적(wertfrei)'이게 한정하였던 것이라 짐작된다. 이 합법성

한 한 모든 헌법적 수단을 활용할 수 있어야 한다고 주장한다.

이 짧은 강연에서 슈미트는 시종일관 "실제적인 유용성과 위력"[271]을 지닌 바이마르헌법 제48조가 '강력한 정부'의 불가결한 도구로서 인식되어야 함을 강조하고 있다. 다시 말해 끝까지 바이마르헌법 제48조를 수단처럼 삼아, '헌법의 수호자'론의 귀결점이 되었던 '행정국가(관료국가)'의 요청을 입법국가로서의 바이마르공화국에 관철하려 한 것이다. 이를 공화국의 '강화' 혹은 위기 상황에 봉착한 공화국을 구출하려는 시도로 합리화하면서 말이다.[272] 이 점은 바꾸어 말하면 슈미트가 그 목표를 공화국 자체의 해체가 아니라, 민주적인 공화국을 권위주의적인 공화국으로 탈바꿈하려는 데 두었음을 의미하기도 한다. 바이마르공화국에 관철되도록 할 권위주의적인 공화국의 면모를 그는 프로이센적인 상태가 유지되는 '국가(성)', 이를 구체화한 관료국가, 그리고 이 '국가(성)'을 '방어'하는 기능이 부각된 라이히대통령의 위상을 통하여 묘사한 것이다.

다른 한편으로 슈미트는 '헌법의 수호자'의 논리 구조를 통해 요청되는 '행정국가'를 다음과 같은 맥락에서 '법치국가'와 연결하기 시작한다. 이는 그의 태도가 지식에 대한 객관화로부터 점차 멀어지는 면모를 보일 무렵,[273] 하나

과 관련하여 무엇보다 슈미트에게 문제시되었던 경우는 다원적 세계관 아래에서 국가적인 합법성의 획득에 불가피하게 따르게 될 '정치적 프리미엄'과 결부되는 때였다. 『합법성과 정당성』은 이를 중심 소재로 한 작업이었다. 이 경우에 합법성은 단순 다수가 어렵지 않게 '복종을 강제할 계기(Gehorsamerzwingungschance)'를 장악할 수 있게 하는 하나의 도구처럼, 또 몰가치적이어야 할 저 복종 강제의 계기를 특정한 정치적 의식의 실현을 위한 수단과 같이 전락하게 만들 수 있다는 점에서 슈미트에게 문제적이었다. 부연의 근거로 "Die legale Weltrevolution: Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität [1978]", in: Günter Maschke(Hrsg.), *Frieden oder Pazifismus?. Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*(2. unveränderte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2019), 특히 920-921, 927-928 등・㉮ 김효전 옮김, "합법적 세계혁명: 법적 합법성과 초합법성을 얻기 위한 프리미엄으로서의 정치적 잉여가치 (1978)", 헌법과 정치, 804-805, 811-812 등; 한편, 편집자의 지적처럼 이쯤에서부터 슈미트는 문제 제기의 성격을 띤 『합법성과 정당성』에서 부각되었던 '정당성'에서 다시 '합법성'으로 자신의 논의의 중점을 돌리려는 것 같은 양상을 보이고 있다. 위의 글(Anhang des Herausgebers), 90.

271) "Starker Staat und gesunde Wirtschaft", 71.

272) ***VA***, 345.

273) Reinhard Mehring, *Carl Schmitt*, 281.

의 '강령'을 담아낸[Programmschrift] 팸플릿처럼[274] 출판된『합법성과 정당성』의 서설에서 전형적으로 나타나고 있었다.

> "(…) 입법국가와 사법국가는 별다른 어려움 없이 스스로를 법치국가로 칭할 수 있다. 그러나 그 어떤 통치국가도, 그 어떤 행정국가도 실제로 법을 실현하고, 부당한 구법을 정당한 신법으로 대체하고, 그 무엇보다도 정상상황 — 이것 없이는 그 어떤 규범주의도 일종의 기만이 되고 만다 — 을 창출해낸다고 자임하는 한에서는 법치국가로 자처할 수 있다. '법치국가'라는 용어는 '법'이라는 용어의 다양성에 비례해서 그만큼 다양한 의미를 가질 수 있으며, '국가'라는 용어에서 함축되는 조직들의 다양성에 비례해서 그만큼 여러 가지 의미를 가질 수 있다. 즉, 봉건적·신분적·부르주아적·국민적·사회적 법치국가가 있고, 더 나아가 자연법적·이성법적·역사법적 법치국가도 존재하는 것이다. 그래서 선전가나 옹호자라면 누구나가 상대측을 법치국가의 적으로 매도하기 위하여 법치국가라는 용어를 기꺼이 독점하는 것도 납득이 가는 일이다. 이들의 법치국가와 법 개념에 통용되는 법언은 "법이란 무엇보다도 나와 내 혈족이 좋다고 보는 것이다"이다. 국가이론과 헌법이론에서 중요한 것은 입법국가, 사법국가, 통치국가, 행정국가라는 구분을 수단으로 하여 합법성 체계의 구체적 특성과 현재 상태를 보다 낫게, 보다 명백하게 인식할 수 있는 특수한 징표들을 추출하는 것이다."[275]

요컨대 슈미트는 부르주아적 법치국가가 '법치국가'라는 용어 그 자체를 독점하여 왔던 것이라고 주장하면서 '헌법의 수호자'론의 결론인 자신의 행정국가(관료국가) 또한 합법성의 체계에 걸맞은 징표들을 갖추고 있는 법치국가임을 표명하고 있는 것이다. 역사적으로 '전체주의' 국가로서 현실에 나타났던 나치 독일에서도 '합법성'은 유효하게 작용한 표징이었다고 강조한 전후의 슈미트의 회고는 이와 관련하여 시사하는 바가 크다.[276] 이는 자신의 행적의 합

---

274) 표현의 차용은 Gabriel Seiberth, *Anwalt des Reichs. Carl Schmitt und der Prozess „Preußen contra Reich" vor dem Staatsgerichtshof*, Berlin: Duncker & Humblot (2001), 249. 자이베르트는 여기에서 Wolfram Pyta, "Verfassungsumbau, Staatsnotstand und Querfront: Schleichers Versuche zur Fernhaltung Hitlers von der Reichskanzlerschaft August 1932 bis Januar 1933", in: Wolfram Pyta · Ludwig Richter(Hrsg.), *Gestaltungskraft des Politischen. Festschrift für Eberhard Kolb*, Berlin: Duncker & Humblot (1998), 173-198의 내용을 원용하면서『합법성과 정당성』을 위와 같이 평가하고 있다.

275) ***LL***, 18 · ㊥ 30-31.

276) ***SI***, 특히 93.

리화이면서 동시에 위와 같은 법치국가개념에 대한 의미의 변용을 수정할 생각이 없음을 또한 표현했던 것으로 보이기 때문이다.

바이마르공화국이 해체된 이후 슈미트의 활동의 초점은 자신이 새롭게 구성한 의미에서의 '법치국가'개념을 관철시키려는 데 주로 맞추어졌다.[277] "*아돌프 히틀러의 독일(적) 법치국가*(*der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers*)"[278]의 강변이 그 전형이다. 곧, 이는 부르주아적 법치국가가 '독점'했던[279] "법치국가라는 말과 개념의 정신적인 극복"[280]의 결과라는 것이다. 상술했던 『헌법론』에서의 '국가(성)' 및 한 번도 중단된 적이 없었다는 독일의 '전체 상태'[281]에 부합하는 '독일적인 법치국가'가 "[입법국가적인] 법률국가(Gesetzesstaat)를 정복한 국가사회주의 혁명"[282]을 계기로 성립되었다고 정당화하려는 것이 나치 독일에서의 슈미트의 작업의 대부분이 되었다.

전후에 슈미트는 처지(플레텐베르크에서의 은둔생활)와 환경의 변화(냉전으로 인한 미국과 소련 중심의 국제질서 재편, 과학 기술의 발전에 반비례하는 '국가'와 '법'의 위상 저하의 가속화 등)를 의식하여[283] 권력의 '일반적'인 차

---

277) 이에 대하여 상세는 大竹弘二 (윤인로 옮김), 정전과 내전: 카를 슈미트의 국제질서 사상, 산지니 (2020), 82 이하 [正戦と内戦: カール・シュミットの国際秩序思想, 東京: 以文社 (2009), 75 이하].

278) Carl Schmitt, "Der Rechtsstaat", in: *Gesammelte Schriften 1933-1936 mit ergänzenden Beiträgen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs*, Berlin: Duncker & Humblot (2021), 295・㊫ 김효전 옮김, "법치국가 (1935)", 헌법과 정치, 462.

279) 즉, "'법치국가'라는 말은 항상 자유주의적인 암시를 가장 효과적으로 전달하는 수단(Vehikel) 중 하나였다." Carl Schmitt, "Was bedeutet der Streit um den „Rechtsstaat"?", 위의 책, 304・㊫ 김효전 옮김, "법치국가를 둘러싼 논쟁의 의의 (1935)", 위의 책, 450.

280) 위와 같은 곳; 더욱이 슈미트는 이와 같은 '극복'이 "입헌주의 이전의 유럽 정신사의 전통 위에 있는 개념들에" 다시 연결되는 것이라고 하면서 "입법을 통치(내지 행정: Regierung)의 사항으로 파악하는" 것, "법률은 본질적으로 통치(내지 행정)행위에 속한다"라는 점을 인식하는 것이 법치국가의 의의가 공동체마다 "근본적으로 다른 어떤 것(etwas Grundverschieden)"으로서 나타날 수밖에 없는 사정을 이해할 수 있게 만든다고 강조하고 있다. 여기에서의 토마스 아퀴나스의 인용은 자신의 주장의 요지를 함축하고 있는 것이다: "법률은 "어떤 인간의 이성이 아니라, 오히려 특정한 양식으로 공동체를 이끌어가고 통치하는 사람의 실제적인(praktisch) 이성""이다. ***PB***, 260・㊫ 328-329.

281) ***DRD***, 35・㊫ 339.

282) Carl Schmitt, "Was bedeutet der Streit um den „Rechtsstaat"?", 302・㊫ 448.

원에서 문제를 다루는 방식으로 자신의 영향력을 이어나갔다. 그의 논의에서 '법치국가'는 위의 인용문에서 나타나고 있는 것처럼 '합법성의 체계'에 대한 인식과 결부되어 있다. 1978년에 자신의 이름으로 마지막으로 공간한 「합법적 세계혁명」에 이르기까지 슈미트는 의회에 의한 국가적 '합법성'을 계속 도마 위에 올렸으며, 이와 더불어 독일연방헌법재판소의 성공적인 정착으로 그에게 가시화되고 있었던 '사법국가화'까지 문제 삼으면서 바이마르공화국 시기의 자신의 주장을 환기했다. 법치국가개념에 대한 인식을 변경하지 않고서 이에 관한 주장 또한 바이마르에서와 일관된 방향으로 표명하고 있었던 것이다. 다만, 전후의 처지상 슈미트는 "막후의 실력자[graue Eminenz]"[284]로 만족하여야 했다. 그가 '헌법의 수호자'론을 통해 도그마화했던 행정국가(관료국가)론의 골자는 본 기본법 체제에서의 도그마로서도 표출되었는데, 이는 슈미트의 제자 에른스트 포르스토프에 의하여 가능하게 된 것이었다.

2. 전후의 도그마로의 연결

슈미트가 법치국가개념의 의의를 다시 정립하면서까지 행정국가(관료국가)를 부각시키려 했던 의도 자체는 본 기본법 체제 이후에도 크게 변하지 않은 것으로 보인다.[285] 역사적 경험으로 인해 "적어도 통치구조에 관한 한, 선택의 폭이 처음부터 극히 제한되어 있었"던 독일연방공화국에서는 연방헌법재판소 중심의 정치적 통합 형태가 남아 있는 유일한 선택지였다.[286] 이 재판소의 기능의 확대를 놓고 슈미트는 '가치들의 전제(Tyrannei)'[287]와 같은 표현을 쓰면서 문제시했다. 헌법재판제도의 정착과 맞물려서 '헌법의 수호자'론의 표층에서의 주장이 이제 외양 그대로 들어맞게 된 모양새가 되었지만, 논의의

---

283) 이에 대하여 상세는 大竹弘二 (윤인로 옮김), 앞의 책, 225 이하; 375 이하 [225 이하; 377 이하].

284) Matthias Jestaedt, "Carl Schmitt (1888-1985)", in: Peter Häberle · Michael Kilian · Heinrich Wolff(Hrsg.), 앞의 책, 391.

285) ***VA***, 특히 347-348.

286) 국순옥, "헌법재판의 본질과 기능", 356.

287) 이를 다루는 작업의 최신의 서지사항으로는 Carl Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*(3., korrigierte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2011). 초판은 1967년에 출판되었다.

심층에서 강조되었던 내용의 영향은 계속해서 유효했다고 할 수 있다. 이에 관하여서는 슈미트의 작업을 수용했던 포르스토프의 사례를 통해 분명히 확인된다. 포르스토프는 헌법재판제도의 우세화에 따라 기본권(만)이 가치의 척도로서 작용하게 되는 경우, 국가와 변증법적 관계에 있는 기본권 체계가 절대적인 가치 체계처럼 변질되어 버릴 것이라고 주장한다. 이로부터 '국가(성)'과 함께 모든 정치적 관련성이 결여될 수밖에 없을 것이라는 점을 문제 삼으면서 슈미트의 작업이 긍정적으로 환기될 수 있는 길을 열어 놓은 것이다.[288]

슈미트는 행정국가에 대한 요청뿐만 아니라 현대의 경향이 바로 "행정국가로의 전환"[289]으로 나타나고 있다고 강조했다. 주지하는 바와 같이 전후에는 위의 포르스토프의 활동을 위시하여 슈미트의 작업이 독일연방공화국 공법학의 논의 구조 안으로 포함되기에 이른다. 특히 포르스토프는 슈미트의 정치이론 및 헌법론을 행정법의 차원에서 구체화한 것으로 잘 알려져 있다.[290] 포르스토프의 행정법 이론은 본 기본법 체제 아래 법치국가원리가 사회국가원리와 함께 논의되어야 하는 분위기에서 "법치국가적 해석모델"[291]을 주도한

---

288) 작업의 전형으로 Ernst Forsthoff, "Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung", *Der Staat* Band 2, Heft 4, Duncker & Humblot (1963), 385-398, 본문에서의 서술과 관련하여서는 특히 394.

289) ***LL***, 11 · ㊥ 17.

290) 집행권 중심의 독일 행정법 이론, 무엇보다 포르스토프의 이른바 급부행정론이 전개되는 과정에서의 슈미트의 영향에 대한 상세로는 이계수, 앞의 논문, 특히 182-197; 법치국가에 관한 논의와 관련하여 상세는 Ingeborg Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts* (2. erweiterte Aufl.), München: Wilhelm Fink Verlag (1980), 특히 71-80. 마우스는 여기에서 나타나는 포르스토프의 관점을 '사이비 법실증주의(Pseudopositivismus)'라고 비판적으로 평가하고 있다.

291) 국순옥, "본 기본법과 사회국가: 전후 서독 공법학계의 사회국가 논쟁", 앞의 책, 302; 국순옥에 의하면 전후 서독 공법학계에서 법치국가원리와 사회국가원리 간의 해석과 관련하여서는 헤르만 헬러의 '사회적 법치국가'를 계승한 좌파 진보 진영의 '민주주의적 해석모델'과 보수 우파 진영의 '법치국가적 해석모델', 그리고 절충적인 '자유우선주의적 해석모델'로 그 경향이 크게 나뉘어져 있었다고 한다. 여기에서 법치국가적 해석모델은 사회국가원리의 사회민주화 효과에 "자유주의적 법치국가의 이름으로 일정한 한계를 설정하려"는 것을 특징으로 하면서, 사회국가원리를 사회정책적 급부행정으로 그 의미를 축소시키고, 본래 입헌군주주의 국가의 법적 형태였던 법치국가의 "전통적인 국가 정체성"을 보존하려는 데 크게 비중을 두는 방향으로 해석론을 발전시켜 나간 것을 가리킨다. 같은 글, 특히 303, 305, 307.

것이었다. 여기에서 포르스토프의 법치국가에 대한 이해는 슈미트의 『헌법론』에서 나타나고 있는 그것과 유사하게 귀결되고 있으며,[292] 그의 이론은 "법치국가의 개념을 자의적으로 해석"하여 법치국가에 대한 사회국가원리의 영향을 차단하려는 시도로 평가되고 있다.[293] 포르스토프를 포함한 법치국가적 해석모델은 정도의 차이가 있더라도 '관료제 행정국가', 사회국가의 관점에서 문제시되는 부분을 행정기술적으로 조작 가능케 하는 논리의 형성을 그 지향점으로 삼고 있다.[294] 법치국가원리와 사회국가원리의 관계에 관한 우리 법학에서의 지배적 해석 또한 위의 '법치국가적 해석모델'과 마찬가지의 맥락 위에 있다.[295] 이와 같은 전후 공법학의 한 도그마의 원형(Prototyp)에 해당되는 면모가 슈미트의 '헌법의 수호자'에 대한 작업에 포함되어 있으므로 공법학의 관점에서 그 논리의 귀결과 수용의 과정을 놓고 계속 고민해야 하는 이유를 여기에서 찾아볼 수 있다.

II. '권위주의적 민주주의'의 전형으로서의 '헌법의 수호자'론

1. 정치적 자유주의를 거부하는 민주주의론의 구성

슈미트의 '헌법의 수호자'론 및 그 요지를 그대로 드러내고 있는 앞의 뒤셀도르프의 강연을 헤르만 헬러는 바로 꼬집어서 비판했던 바 있다. 요컨대 이로부터 표명되고 있는 슈미트의 입장은 '권위주의적 자유주의'에 가까워 보인다는 것이다. 헬러의 조어는 정치적으로는 권위주의적이면서도 경제적으로는 자유(지상)주의를 지향하는 입장을 의미한다.

앞에서 살펴보았던 것처럼 '헌법의 수호자'론은 19세기의 이원주의를 환기

---

292) 국순옥, "법치국가의 신화와 현실: 본 기본법체제 아래의 법치국가이데올로기", 위의 책, 265.

293) 국순옥, "본 기본법과 사회국가", 310.

294) 이에 대하여서는 위의 글, 302-317.

295) 김학진, "법정에 선 헤르만 헬러: '사회적 법치국가'로 귀결되는 헬러의 헌법이론과 헌법해석에 관한 의의의 검토", 민주법학 통권 제82호, 민주주의법학연구회 (2023. 7.), 163.

한다는 데에서 큰 특징을 보인다. 이와 같은 논리 구조에서 슈미트가 도출하는 결론은 사회와 분리되어 그 '위'에서 조정자로서의 역할을 할 수 있는 국가를 요청하는 것이다. 그러나 헬러에 따르면 이 국가는 "90%를 차지하는 사람들의 욕구", 곧 4인 가족 평균 연 1,500마르크가 채 안 되는 수입으로 살아야 하는 90%의 국민들의 생계를 보장하는 국가가 아니다.[296] 다시 말해 슈미트가 논구하는 국가는 '복지국가'로부터 오히려 거리를 두고 있는 것으로, 사회에 귀속되는 '자유로운 경제 영역'과 "완벽하게(sauber)"[297] 분리되어 있다는 것이다.

한편, 헌법의 수호자 논쟁을 통해 켈젠은 특히 슈미트의 개념 구성과 관련하여 다음과 같이 지적한 바 있다. 곧, 슈미트가 개념에 결부시키는 특정한 의미는 그에 관한 일반적인 이해에 큰 역할을 하지 아니한다는 것이다.[298] 이 전형에 해당되는 사례가 슈미트의 '민주주의'이다. 요컨대 슈미트가 활용하는 '민주주의'는 '동일화'의 방향으로 재구성된 것이었다.[299] 이는 통치자와 피치자의 동일성이라는 고전적 모델에 천착한 결과였다. 이 모델을 부각하는 슈미트의 의도는 '민주주의'를 '첨예화'하려는 데 있다. 무페의 지적처럼, 고전적 모델을 환기하면서 슈미트는 결국 민주주의가 다원성에 기초하는 정치적 자유주의와 접합될 수 있다는 점을 부정하고, 양자가 이율배반적으로 대립하는 관계에 놓이도록 했다.[300]

『헌법론』과 '헌법의 수호자'론에서 드러나고 있듯이 슈미트는 민주주의 자체를 표적으로 삼은 것은 아니다. 오히려 역행할 수 없는 민주주의의 흐름을 의식하고, 이를 자신의 작업에 부합할 수 있도록 재구성하고 있다. 이러한 점

---

296) Hermann Heller (김효전 옮김), "권위적 자유주의?", 바이마르 헌법과 정치사상, 산지니 (2016), 384 ["Autoritärer Liberalismus?" in: Christoph Müller(Hrsg.), *Gesammelte Schriften*(2. Aufl., durchges., um ein Nachw. erw.) *Band 2*, Tübingen: J. C. B. Mohr (1992), 653].

297) 위의 글, 382 [651].

298) *WHV*, 99・㊥ 1022.

299) 松本彩花, "カールシュミットにおける民主主義論の成立過程: 第二帝政期からヴァイマル共和政中期まで", 법학박사학위논문, 北海道大学 (2017), 76 이하.

300) 이에 관한 언급으로는 샹탈 무페 (이보경 옮김), 정치적인 것의 귀환, 후마니타스 (2007), 특히 173-175, 188.

에서 슈미트의 적수는 경제적 자유주의와 분리된 '정치적' 자유주의, 특히 자유주의적 '다원주의'라는 것이 분명해진다.[301] 그의 의회(제)와 의회주의 비판도 "다원주의 체계의 쇼 무대"[302]로서 특징지어지는, 특히 20세기 이후 정당국가화의 방향으로 전개되었던 헌법현실을 배경으로 한다. 단행본에 새로 추가된 장에 처음부터 다원주의가 언급되는 것도 이러한 맥락과 무관하지 않다.[303] 슈미트는 이를 '정치적 통일(체)'를 부정하면서 "성실의무와 충성의 다원성" 안으로 개인을 구속하는 것처럼 묘사한다.[304]

『헌법론』과 '헌법의 수호자'론에서의 민주주의론과 관련하여서는 다음의 표현이 그 핵심을 여과 없이 보여주고 있는 것이라 생각된다. 곧, "독재는 민주주의에 기초하여서만 가능하다."[305] 이와 관련하여 파시즘의 형태를 참고했던 슈미트의 관심은 그것이 "자본주의 사회에 일치하는 독재의 형식"[306]이라는 점에 있었을 것이라 짐작된다. 슈미트는 경제적 자유(지상)주의와 양립할 수 있는 정치적 입장을 '권위주의'의 형태로 부각하고서 이에 부합할 수 있도록 '민주주의'를 그 어원에 소급하는 것처럼 순화시킨 것이다. 이러한 '급진화'된 슈미트의 민주주의 구상이 (정치적 스탠스에 크게 구애되지 않고) 특히 의회비판과 결부되어 취사선택되어 왔던 경향이 이미 보고된 바 있다.[307] 정치적 자유주의와의 접합 가능성을 거부하고서 민주주의를 첨예화한 슈미트의 민주주의론은 '권위주의적 민주주의'라고 부를 수 있을 만한 것이다. 이는 자유주의를 문제시하는 입장은 물론이고 민주주의 그 자체를 실체적으로 이해하려는 입장에서도 충분히 받아들여질 여지가 있다.[308] 슈미트의 의도에 대한 고

---

301) 위의 책, 173.

302) ***LL***, 84 · ㊀ 153.

303) ***HV***, 71 · ㊀ 99; 슈미트는 다원주의를 독일에 처음으로 논쟁의 대상으로서 거론하였던 이로 여겨지고 있다. Helmut Quaritsch, "Zur Entstehung der Theorie des Pluralismus", *Der Staat* Band 19, Heft 1, Duncker & Humblot (1980), 29.

304) ***BP***, 38 · ㊀ 55.

305) ***VL***, 237 · ㊀ 259.

306) Hermann Heller (김효전 옮김), "유럽과 파시즘", 앞의 책, 334 ["Europa und der Fascismus", in: Christoph Müller(Hrsg.), 앞의 책, 585].

307) 이에 관하여 상세는 Jan-Werner Müller, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven; London: Yale University Press (2003), 169 이하.

308) 유사한 취지로 샹탈 무페 (이보경 옮김), 앞의 책, 특히 175.

민이 결여된 채 받아들여진다면 문제적인 상황이 나타날 수 있다.

2. 슈미트의 기조의 유지와 그에 따른 유의점

『헌법론』과 '헌법의 수호자'론의 기조가 되는 '권위주의적 민주주의'는 다원주의와 정치적 타협의 장으로서의 의회의 가치를 인정하지 않으려는 '반의회주의'를 수반한다. 이는 슈미트가 민주적인 원리로 내세웠던 '동일성'을 '대표'와 이항 대립의 관계에 있는 것으로 내세웠던 귀결이기도 하였다. 전후에도 슈미트는 이와 같은 민주주의 구상 및 반의회주의의 입장을 그대로 유지해 나갔다. 단지 그 표현만이 자신의 처지와 변화된 주변 상황에 따라 바뀌었을 뿐이다. 권력의 '상대화'를 지속적으로 문제 삼았던 전후의 슈미트의 작업이 그 전형에 해당한다. 이는 특히 1954년에 진행되었던 라디오 대담인 『권력과 권력자에의 길에 관한 대화』[309]에서부터 본격화되었다.

나치의 경험 이후 "국가주의라는 것에 대한 신뢰[가] 두드러지게 저하"[310] 되고 또한 관심이 권력의 일반적 속성으로 옮겨감에 따라 슈미트는 권력자의 권력의 증대와 비례하여 나타나게 된다는 소위 '간접권력(*potestas indirecta*)', 권력의 상대화, "공개성으로부터 달아나려는 간접권력이 발호되는 장"으로서의 권력의 '대기실(Vorraum, antichambre)'[311]과 같은 소재들을 전후에 주로 문제시하게 되었다. 이는 "주권적 결단의 직접성[의] 침식"[312]과도 관련되어 있는 것으로서 이미 『현대 의회주의의 정신사적 상황』에서 그 모티브가 의회(la Chambre)와 결부되어 표출되어 있었다. 즉, 제2판 서문(1926)에서 인용한 "최악의 방이라도 최상의 대기실보다는 훨씬 낫다(La plus mauvaise des Chambres est encore préférable à la meilleure des Antichambres)"[313]라는 카보우르(1810~

---

309) 그 내용이 정리되어 있는 출판본의 최신의 서지사항은 Carl Schmitt, *Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber*(3., korrigierte Aufl.), Stuttgart: Klett-Cotta (2017).

310) 大竹弘二 (윤인로 옮김), 앞의 책, 399 [397].

311) 위의 책, 402-403 [400-401].

312) 위의 책, 402 [400].

313) ***GP***, 12・㊫ 20: 위와 같은 곳에서 재인용.

61)의 말은 의원의 독립과 회의의 공개성, 그리고 이익의 관철이 아닌 '본래적인 의미'에서의 토론의 보장이라고 하는 조건이 갖추어진 하에서만[314] 유효한 것이라고 하면서, 슈미트는 오늘날 의회는 그렇지 못한 상황이라고 진단했다. 이제는 회의장으로 들어가기 전의 '대기실/예비 단계(antichambre)'에서 이루어질 (특히 정당들 사이의) 협상이 더 강력하게 영향을 미치고 있다고 본 것이다. 바로 여기에서의 모티브가 전후에 슈미트를 사로잡은 문제의식과 그대로 연결되어 있다.[315] 다시 말해 표현은 다소 변화되었어도 그 기저에 있는 반의회주의적인 의식은 계속하여 유지되고 있는 것이다.

'정치적' 자유주의, 특히 자유주의적 '다원주의'에 대한 슈미트의 거부의 기조가 유지되었던 것 또한 마찬가지이다. 전후에 『대지의 노모스』[316]나 『파르티잔론』[317] 등을 통해서 두드러지는 유럽공법질서의 형해화에 대한 슈미트의 문제 제기는 『정치적인 것의 개념』에서 주로 취급되었던 '적'개념 및 다원주의의 문제와 직결되어 있는 국가의 정치적인 통일성의 '상대화'를 겨냥한 그의 문제의식의 연장선 위에 있는 것이었다. 슈미트가 스스로 자신의 주요 저작 중 하나로 손꼽았던[318] 『대지의 노모스』는 "질서의 표지"로서 법이 현현할 수 있는 "*justissima tellus*(가장 정의로운 대지)"[319]를 전제로 했다는 유럽공법질서가 '중립화'의 경향 및 '중심영역'의 변천과 비례하여 그 본래의 의의를 상실해 가는 과정을 '역사적'으로 재구한 것이다. 더불어 여기에서는 현대의 기술 발달에 따라 전쟁 또한 공간의 구별이 없는 섬멸전의 양상으로 심화되고, 자유주의적 다원주의 세계관에 의하여 '질서'의 상대화 역시 가속되고 있다는 점도 크게 문제시되고 있다. 이로부터 슈미트의 '반다원주의'적인 인식이 후에는 어떠한 표현 양식을 얻게 되었는지가 나타나게 된다. "세계사

---

314) ***GP***, 10-11・㊫ 18-19.

315) 大竹弘二 (윤인로 옮김), 앞의 책, 402 [400].

316) 앞에서 몇 차례 인용되었던 출판본의 서지사항은 Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*(5. Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2011).

317) 최신 서지사항은 Carl Schmitt, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*(8., korrigierte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2017).

318) ***SI***, 83-84.

319) Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde*, 13・㊫ 최재훈 옮김, 大地의 노모스: 유럽 公法의 국제법, 민음사 (1995), 14.

의 결정적 요소"[320]가 된 '파르티잔'을 통해 전쟁 및 '적'개념의 급진화의 문제를 지적했던 『파르티잔론』에서 슈미트는 자신이 적대시하는 '세계관'이 맞닥뜨리게 된 현상을 다음과 같은 맥락에서 냉소적으로 비판하기까지 하고 있다. 즉, 스스로 표방하는 이념과 상충하여 이제는 이들 세계관이 '(보편적) 인도주의'라는 표어로써 특정의 가치를 강요하고 있는 이율배반적인 상황을 초래하고 있다는 것이다.[321]

헌법재판제도의 전 세계적 확산 및 성공적인 정착에 따라 '헌법의 수호자'론이 그 표층에서 문제시했던 내용이 반복적으로 환기되고 있다. 그런데 이는 심층의 차원에서도 마찬가지라고 생각된다. 앞서 켈젠의 비판을 참고하면서 점검했던 것처럼 '헌법의 수호자'론은 반의회주의적인 사고를 구체화한 결과물이었다. 그 기조를 슈미트는 끝까지 견지하면서 상황에 맞게 표현 양식을 바꾸어 나갔다. 논리적인 작업의 외양이 어떠하든지 간에 슈미트의 목적은 '헌법의 수호자'론으로부터 크게 벗어나지 않았다고 판단된다. 슈미트가 저작 활동을 하던 시기뿐만 아니라, 사후에도 그의 사고와 연관되어 있는 논의들이 이루어지고 있다.[322] 슈미트의 작업의 성격이나 그의 취지를 감안했을 때, 이들 논의에 대한 비판적인 검토 역시 계속 병행될 필요가 있다. 이를 효과적으로 수행하기 위해서는 슈미트적인 사고의 원형인 '헌법의 수호자'론의 의도 또한 지속적으로 조명될 수 있어야 한다.

---

320) Carl Schmitt, *Theorie des Partisanen*, 80・㊫ 김효전 옮김, 파르티잔: 그 존재와 의미, 문학과지성사 (1998), 127.

321) 같은 취지로 김항, "내전과 현대 민주주의의 상황: 슈미트의 리바이어던 해석을 중심으로", 인문학연구 제56집, 조선대학교 인문학연구원 (2018. 8.), 32-35; 다음과 같은 슈미트의 표현 속에는 본문에서의 서술이 함축되어 있는 것 같다. 곧, "온갖 인도주의의 배후에는 '누가 인간인지는 내가 결정한다'라는 요구가 놓여 있다." Gerd Giesler・Martin Tielke(Hrsg.), Carl Schmitt, *Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947 bis 1958*(Erweiterte, berichtigte und kommentierte Neuausgabe), Berlin: Duncker & Humblot (2015), 144(1948. 8. 17.): 大竹弘二 (윤인로 옮김), 앞의 책, 15 [12]에서 재인용.

322) Matthias Jestaedt, 앞의 글, 391.

제5장 결론

일생에 걸쳐서 자신을 헌법학자로 인식했던 칼 슈미트는 '헌법의 수호자'론을 통해 헌법에 대한 입장을 체계적이면서도 구체적으로 천명했다. 이미 그의 대표적인 테제로도 잘 알려져 있는 '헌법의 수호자'를 대부분의 헌법학 이론서는 헌법보장의 역할을 대통령에게 맡기는 것이 적합한가 아니면 사법심사기관에 일임하는 것이 적합한가를 따졌던 문제로 분류하여 취급하고 있다. 하지만 슈미트의 의도는 여기에서 그친 것이 아니다. 그 논리 구조를 분석해 보았을 때, '헌법의 수호자'는 헌법 기술적이나 제도적인 수준보다는 '국가'에 관한 도그마의 문제라는 것이 드러난다.

'헌법의 수호자'의 특징은 19세기적인 이원주의를 환기하는 데 있다. 사회와 국가를 분리하여 사고하는 양식을 현재적으로 재정립하려는 것이다. 이로부터 슈미트는 사회의 '위'에 자리하여 조정자의 역할을 하는 국가를 이상적인 모델로 도출한다. '강한 질적 전체국가'는 그 구체화된 표현이며, 이와 대립되는 '약한 양적 전체국가'를 함께 제시하면서 슈미트는 '전체국가'개념을 비판을 위한 도구처럼 활용한다. 이에 더해 그는 현실적으로 영위되는 국가의 성질을 크게 국가권력의 핵심, 국가권력의 소재, 비상사태에서 권력이 행사되는 양식을 범례로 하여 각각 입법국가, 행정국가, 사법국가로 준별한다. 이를 '전체국가'개념에 결부시키면서 슈미트는 입법국가를 문제적인 양적 전체국가의 전형으로, 그리고 행정국가를 이상적인 질적 전체국가의 전형으로 정립한다.

슈미트가 부각시키는 행정국가는 교양 있고 도덕적으로 청렴한 관료집단에 의해 통치되는 '객관성'이 보장된 국가로서, 보통 의회(제)민주주의를 기반으로 하는 입법국가와 이율배반적으로 대치된다. 그의 논리 구조에서 행정국가의 우위는 그 자체의 장점을 통해 설파되는 것이 아니라 대립항에 놓여 있는 입법국가의 문제점이 강조됨에 따라 반사적으로 확보된다. 다시 말해 '문제적'인 상태인 의회(제)민주주의와 대비되는 것만으로도 행정국가는 '구제책'으로서의 위상을 충분히 획득할 수 있는 것이다. 단, 행정국가에서의 통치 주체

인 관료집단은 특성상 스스로 정치적인 결단을 할 '권위'를 보유할 수 없다. 이에 따라 슈미트는 바이마르의 헌법현실에서는 라이히대통령의 권위가 자신이 논구하려는 이상적인 국가개념과 결합이 가능하다고 보고서 특히 대통령의 '초당파성'을 강조하는 방향으로 논의를 집중시켰다.

이와 같은 논리의 전개상 필연적으로 '헌법의 수호자'론은 '반의회주의'를 수반한다. 1929년에 발표된 논문에는 상세하지 않았던 '현재의 구체적인 헌법상태'에 관한 서술이 1931년의 단행본에 제2장으로 길게 추가되면서 논의의 중심은 사법제도적인 차원에서 '국가' 및 특히 국가권력의 문제로 확실히 옮겨졌다. 이는 단행본이 입법국가(화)의 경향과 그 중심인 의회(제)를 가장 문제시했음을 의미한다.

'헌법의 수호자 논쟁'을 촉발시킨 한스 켈젠의 논평에 비추어 보면, 슈미트의 '헌법의 수호자'론에서의 반의회주의적인 논술이 구체적으로 어떠한 의도를 내포하고 있는지가 드러난다. 곧, 슈미트의 주장은 반의회주의의 '이데올로기'를 형성 및 설파하려는 전형에 해당되는 것으로서, 의회와 정부를 명확한 근거 없이 적대적 관계로 대립시키고서는 의회의 나쁜 측면이 정부의 좋은 측면에 의하여 제거된다고 하는 식으로 일방적인 논리를 전개했던 것이다.

한편, 19세기적인 이원주의를 '환기'하는 슈미트의 위와 같은 논리 구조는 일반화된다면 다음과 같이 활용될 여지가 있다. 즉, 국가와 사회의 영역이 분리되어 있음을 전제로, 국가가 적극적으로 개입할 수 있는 부문과 그렇지 않은 부문을 논자의 목적에 따라 합리화하기에 용이한 논리적 장치로서 원용될 수 있는 것이다. 이러한 도그마적인 요소는 현 시점에도 특히 국가의 역할이나 임무를 강조하려는 의도와 결합하여 충분히 수용될 가능성이 있다.

결론적으로 '헌법의 수호자'는 국가의 위상과 역할에 관한 고민의 산물로서 '보수적인 관점에서의 행정국가론'의 원형을 보여주고 있다. 그렇지만 분명한 근거 없이 의회(제)를 행정국가의 대립항에 놓고서 그 가치를 깎아 내리기만 한 결과 논의의 합리성이 크게 저하된 측면도 있다. 그가 '입법국가'를 구별하여 여기에 온갖 부정적인 의미를 결부시킨 것은 의회(제)와 연결되는 역사

적・사상적인 성취에 대항하기 위해서였다고 판단된다.

헌법에 관한 슈미트의 논의는 일단 혁명 이데올로기가 강렬하게 표출된 이후의 헌법성립의 관행에는 수긍한다. 하지만 그의 입장은 보수주의 세력이 전통적으로 대중의 정치적인 영향력의 확대를 가장 경계했던 것과 그 궤를 같이 한다. 보수주의자들이 '자유주의'에 크게 반발했던 이유는 이것이 민주주의로 향하는 일종의 '통과역(Durchgangsstation)'과 같은 성격이 있다고 보았기 때문이다.[1] 슈미트는 '현대'의 의회를 두고 위기에 처해 있다고 진단한다.[2] 이 경우에 문제의 대상이 되는 의회는 '자의식에 눈을 뜬 프롤레타리아트'가 참여한 대중민주주의의 의회이다.[3] 그는 이를 "다원주의 체계의 쇼 무대"[4]에 지나지 않는 것이라고까지 혹평한다. 정치적 자유주의와 결부되는 의회가 대중민주주의와 '결합'하는 것에 비례하여 이에 대한 슈미트의 비판적 인식도 첨예화된 것이다.

슈미트가 "자유주의와 민주주의의 혼동"[5]을 지적하고, 19세기의 자유주의적 관점에 따라 영위된 현상들이 그의 당대에 이르러서는 무의미하게 되었다고 강조하는 취지도 여기에 있다. 그러면서 그는 '헌법의 수호자'론에서 시도했던 대로 19세기의 이원주의를 '경제적 자유주의'의 관점에서 환기한다.[6] 자신의 시대에서 민주주의와 강하게 결합되고 있었던 정치적 자유주의, 특히 자유주의적 다원주의는 철저하게 거부된다. 이는 오히려 '정치적 통일', 곧 국가를 분열된 상태로 변질시키고, 다원적으로 분할된 세계관마다 개개인이 분파적으로 구속되게 만드는 원인과 같이 간주된다.[7] 이처럼 슈미트가 자유주

---

1) Arthur Rosenberg (박호성 옮김), 프랑스대혁명 이후의 유럽정치사: 사회주의와 민주주의, 역사비평사 (1990), 77 [*Demokratie und Sozialismus. Zur politischen Geschichte der letzten 150 Jahre*, Amsterdam: Verlag Allert de Lange (1938), 70-71].

2) ***GP***, 10・㊫ 18.

3) 김학진, "법정에 선 헤르만 헬러: '사회적 법치국가'로 귀결되는 헬러의 헌법이론과 헌법해석에 관한 의의의 검토", 민주법학 통권 제82호, 민주주의법학연구회 (2023. 7.), 176.

4) ***LL***, 84・㊫ 153.

5) ***HP***, 179・㊫ 244.

6) ***HV***, 특히 77-78・㊫ 108-109.

7) ***BP***, 특히 38・㊫ 55.

의적 관점을 취급할 때, 여기에는 민주주의의 통과역으로서의 정치적 자유주의는 배제되어 있다는 점에 유의해야 한다. 그의 민주주의가 '동일성'으로 소급되는 것 역시 이러한 맥락 위에서 이해된다.[8)]

따라서 '헌법의 수호자'론은 사회의 '위'에 있는 조정자로서의 국가와 관료제의 객관성을 강조하는 도그마임과 동시에, 사상적으로는 경제적 자유주의만을 관철하고 민주주의를 정치적 자유주의와 완전히 분리시키려는 이론이기도 하다. 앞서 언급했듯이 헤르만 헬러는 이와 같이 드러나는 슈미트의 입장을 두고 '권위주의적 자유주의'라고 규정했다. '헌법의 수호자'는 특히 "독재는 민주주의에 기초하여서만 가능하다"[9)]라는 슈미트의 언명과도 직결되어 있으므로, '권위주의적 민주주의'의 이데올로기로서도 파악될 수 있다. '헌법의 수호자'는 도그마의 측면에서도 이념적 측면에서도 모두 '혁명의 시대'의 역사적·사상적인 성취에 대립하는 '반혁명'의 이론으로서 구성되었다. 혁명의 시대에 자유주의에 대항하며 반혁명의 국가철학을 궁리했던 도노소 코르테스나 드 메스트르처럼,[10)] 슈미트 또한 자신이 인용했던 이들과 마찬가지로 정치적 자유주의와 민주주의의 "불명확한 결합"[11)]에 대항하는 반혁명의 헌법이론을 논구했다.

이와 같은 슈미트의 입장은 본 기본법 체제 하에서도 그 기조를 유지했다. 예로 '헌법의 수호자'의 전제가 되는 체계화된 이론서인 1928년의 『헌법론』이 내용 변경 없이 전후에 그대로 다시 출판된 것도[12)] 그의 '행정국가'를 요청하는 도그마와 이에 비례하는 '반의회주의'의 이데올로기가 단 하나도 수정되지 않았음을 방증한다. 『합법성과 정당성』의 추록(1958)에서도 행정국가(화)가 본 기본법 체제 하에서 여전히 자신의 관심사이고 이는 '사회국가적인 발전'과도 관련되는 것이라는 관점이 피력되어 있다.[13)]

---

8) 슈미트의 전형적인 서술로 ***GP***, 13 이하·㊫ 23 이하.
9) ***VL***, 237·㊫ 259.
10) 이에 관한 슈미트의 언급은 ***PT***, 59 이하 ㊫ 74 이하.
11) ***GP***, 18·㊫ 31.
12) 1954년 3월의 서문. ***VL***, IX·㊫ 7.
13) ***VA***, 특히 347-348.

그동안 국내외에서는 다양한 방식으로 도그마로서의 '헌법의 수호자'의 취지를 의식적으로 계승하려는 시도가 있어 왔다. 그리고 유사하게 그의 반의회주의적, 권위주의적 민주주의의 이데올로기가 그 부정적인 측면을 충분히 떨어내지 못한 채로 계속하여 조명될 여지도 충분하다. 이처럼 '헌법의 수호자'를 포함하여 법적인 개념과 논리로 무장한 슈미트의 작업이 수명을 다한 것이 아닌 만큼, 이에 대한 헌법학의 관점에서의 입체적인 검토 및 그 도그마적인 요소들에 대한 비판이 지속적으로 이루어져야 한다. 이 논문의 작업을 통해 '헌법의 수호자'의 취지에 관하여서는 일정 수준 파악되었다 볼 수 있더라도, 헌법학의 관점에서 면밀하게 분석되어야 할 슈미트의 다른 저작이 아직 방대하게 남아 있다. 그의 입장에서 드러나는 문제를 합리적으로 비판할 수 있기 위해서는 특히 연구의 음영 부분인 나치 집권 시기 및 본 기본법 체제 하에서의 그의 활동에 대한 연구가 함께 착수될 필요가 있다. 이는 추후의 과제가 될 것이다. 더불어 슈미트의 작업은 현대 헌법학의 관점에서 볼 때 긍정적인 측면 못지않게 부정적인 요소가 심각하게 작용할 수 있는 양가적인 특성을 항상 보이기 때문에, 그간 이를 도외시하려는 분위기 속에서도 그 취지를 수용하여 왔던 일련의 사례들에 대한 비판적인 검토 역시 본격적으로 시도되어야 할 것이다.

참고문헌

일러두기에서 정리한 것 이외의 칼 슈미트 (관련) 저서

Schmitt, Carl, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*(7. Aufl.), Stuttgart: Klett-Cotta (2018).

㉮ 김효전 옮김, "홉스 국가론에서의 리바이어던 (1938): 정치적 상징의 의미와 좌절", 헌법과 정치, 산지니 (2020), 497-541.

_____, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*(5. Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2011).

㉮ 최재훈 옮김, 大地의 노모스: 유럽 公法의 국제법, 민음사 (1995).

_____, *Ex Captivitate Salus*(4. erweiterte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2015).

㉮ 김효전 옮김, "구원은 옥중에서 (1950): 1945-47년 시대의 경험들", 헌법과 정치, 산지니 (2020), 615-653.

_____, Maschke, Günter(Hrsg.), *Frieden oder Pazifismus?. Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*(2. unveränderte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2019).

_____, *Gesammelte Schriften 1933-1936 mit ergänzenden Beiträgen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs*, Berlin: Duncker & Humblot (2021).

_____, Giesler, Gerd・Tielke, Martin(Hrsg.), *Glossarium. Aufzeichnungen aus den Jahren 1947 bis 1958*(Erweiterte, berichtigte und kommentierte Neuausgabe), Berlin: Duncker & Humblot (2015).

_____, *Römischer Katholizismus und politische Form*(7. Aufl.), Stuttgart: Klett-Cotta (2019).

㉮ 김효전 옮김, "로마 가톨릭주의와 정치형태 (1925)", 헌법과 정치, 산지니 (2020), 48-72.

_____, Maschke, Günter(Hrsg.), *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches. Der Sieg des Bürgers über den Soldaten*, Berlin: Duncker & Humblot (2011).

㉮ 김효전 옮김, "제2제국의 국가구조와 붕괴 (1934): 병사에 대한 시민의 승리", 헌법과 정치, 산지니 (2020), 354-389.

_____, Schuller, Wolfgang(Hrsg.) in Zusammenarbeit mit Giesler, Gerd, *Tagebücher*

1930-1934, Berlin: Akademie Verlag (2010).

_____, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*(8., korrigierte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (2017).

㊫ 김효전 옮김, 파르티잔: 그 존재와 의미, 문학과지성사 (1998).

_____, *Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie*(Neuausgabe mit Korrekturen), Berlin: Duncker & Humblot (2014).

㊫ 김효전 옮김, "국민표결과 국민발안 (1927): 바이마르 헌법의 해석과 직접 민주주의론에 관한 기고", 헌법과 정치, 산지니 (2020), 143-174.

_____, "Grundsätzliches zur heutigen Notverordnungspraxis", Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt Band 53, Nr. 9, Carl Heymanns (1932. 2. 27.), 161-165.

㊫ 김효전 옮김, "오늘날의 긴급명령의 실제에 대한 기본 논점 (1932)", 헌법과 정치, 산지니 (2020), 254-262.

Quaritsch, Helmut(Hrsg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlin: Duncker & Humblot (1988).

㊫ 김효전 옮김, 반대물의 복합체: 20세기 법학과 정신과학에서 카를 슈미트의 위상, 산지니 (2014).

Schmitz, Alexander・Lepper, Marcel(Hrsg.), *Hans Blumenberg Carl Schmitt Briefwechsel 1971-1978. und weitere Materialien*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (2007).

Tielke, Martin(Hrsg.), *Schmitt und Sombart. Der Briefwechsel von Carl Schmitt mit Nicolaus, Corina und Werner Sombart*, Berlin: Duncker & Humblot (2015).

번역본

무페, 샹탈 (이행 옮김), 민주주의의 역설, 인간사랑 (2006).

_____ (이보경 옮김), 정치적인 것의 귀환, 후마니타스 (2007).

슈미트, 칼 (김효전 옮김), 로마 가톨릭주의와 정치형태・홉스 국가론에서의 리바이아턴, 교육과학사 (1992).

슈미트, 칼・켈젠, 한스 (김효전 옮김), 헌법의 수호자 논쟁, 교육과학사 (1991).

: 김효전, “헌법의 보장”, 201-241.
올로, 디트릭 (문수현 옮김), 독일 현대사, 미지북스 (2019).
켈젠, 한스 (심헌섭 옮김), 켈젠의 자기증언, 법문사 (2009).

비아커, 프란츠 (김형석 옮김), “판덱텐 법학과 産業革命”, 서울대학교 법학 제47권 제1호, 서울대학교 법학연구소 (2006. 3.), 341-367.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (김효전 옮김), 헌법・국가・자유: 헌법이론과 국가이론에 관한 연구, 법문사 (1992) [*Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*(2. Aufl.), Frankfurt am Main: Suhrkamp (1992)].

Bracher, Karl Dietrich (이병련・이대헌・한운석 옮김), 바이마르공화국의 해체 ①~③: 민주주의에서 권력붕괴 문제에 관한 연구, 나남 (2011) [*Die Auflösung der Weimarer Republik*, Düsseldorf: Droste (1984)].

Broszat, Martin (김학이 옮김), 히틀러국가: 나치 정치혁명의 이념과 현실, 문학과지성사 (2011) [*Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung*(14. Aufl.), München: Deutscher Taschenbuch Verlag (1995)].

Brunner, Otto・Conze, Werner・Koselleck, Reinhart(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe* (Unveränd. Nachdr., 5. Aufl.) *Band 1*, Stuttgart: Klett-Cotta (1997).
: Ludz, Peter Christian・Meier, Christian(Bearb.) (송재우 옮김), 코젤렉의 개념사 사전 15: 아나키/아나키즘/아나키스트, 푸른역사 (2019) [“Anarchie, Anarchismus, Anarchist”, 49-109].

_____(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*(Unveränd. Nachdruck, 1. Aufl.) *Band 3*, Stuttgart: Klett-Cotta (1995).
: Janssen, Wilhelm(Bearb.) (권선형 옮김), 코젤렉의 개념사 사전 4: 전쟁, 푸른역사 (2010) [“Krieg”, 567-615].
: Vierhaus, Rudolf(Bearb.) (이진일 옮김), 코젤렉의 개념사 사전 14: 보수, 보수주의, 푸른역사 (2019) [“Konservativ, Konservatismus”, 531-565].
: Vierhaus, Rudolf・Walther, Rudolf(Bearb.) (공진성 옮김), 코젤렉의 개념사 사전 7: 자유주의, 푸른역사 (2014) [“Liberalismus”, 741-815].

_____(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*(Unveränd. Nachdr., 1. Aufl.) *Band 6*, Stuttgart: Klett-Cotta (1997).

: Mohnhaupt, Heinz・Grimm, Dieter(Bearb.) (송석윤 옮김), 코젤렉의 개념사 사전 20: 헌법, 푸른역사 (2021) ["Verfassung(Ⅰ.・Ⅱ.)", 831-899].

_____(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe* (Unveränd. Nachdruck, 1. Aufl.) *Band 7*, Stuttgart: Klett-Cotta (1997).

: Fisch, Jörg(Bearb.) (안삼환 옮김), 코젤렉의 개념사 사전 1: 문명과 문화, 푸른역사 (2010) ["Zivilisation, Kultur", 679-774].

Constant, Benjamin (Fontana, Biancamaria(trans.)), *The Political Writings of Benjamin Constant*, Cambridge: Cambridge University Press (1988).

Fest, Joachim C. (안인희 옮김), 히틀러 평전 Ⅰ, 도서출판 푸른숲, (1998) [*Hitler. Eine Biographie*(2. Aufl.), Berlin: Ullstein (1999)].

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (서정혁 옮김), 법철학(베를린, 1821년), 지식을만드는지식 (2020), 445 [*Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. mit Hegels eigenhändigen Notizen u. d. mündl. Zusätzen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (1986)].

Hobsbawm, Eric J. (김동택 옮김), 제국의 시대, 도서출판 한길사 (1998) [*The Age of Empire. 1875-1914*, New York: Vintage Books (1989)].

_____ (이용우 옮김), 극단의 시대: 20세기 역사 ㊤, 까치글방 (1997) [*The Age of Extremes. 1914-1991*, New York: Vintage Books (1996)].

_____ (정도영・차명수 옮김), 혁명의 시대, 도서출판 한길사 (1998) [*The Age of Revolution. 1789-1848*, New York: Vintage Books (1996)].

Kaufmann, Arthur (김영환 옮김), 법철학, 나남 (2007) [*Rechtsphilosophie*(2., überarb. und erw. Aufl.), München: C. H. Beck (1997)].

Kelsen, Hans (민준기 옮김), 일반 국가학, 민음사 (1990) [*Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Verlag von Julius Springer (1925)].

_____ (윤재왕 옮김), 순수법학: 법학의 문제점에 대한 서론, 박영사 (2018) [in: Jestaedt, Matthias(Hrsg.), *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*(Studienausgabe der 1. Aufl.), Tübingen: Mohr Siebeck (2008)].

_____ (한용희 옮김), 민주주의의 기본사상, 숙명여자대학교 출판부 (1981) ["Foundations of Democracy (1955)", in: Jestaedt, Matthias・Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie*, 248-385].

_____ (한태연 옮김), 민주주의의 본질과 가치, 융우사 (1958) ["Vom Wesen und

Wert der Demokratrie (2. Aufl. 1929)", in: Jestaedt, Matthias・Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck (2006), 149-228].

Kershaw, Ian (이희재 옮김), 히틀러: 의지 1889~1936, 교양인 (2009) [*Hitler, 1889-1936: Hubris*(1st American ed.), New York: W. W. Norton & Company (1999)].

Kraft-Fuchs, Margit (김효전 옮김), "칼 슈미트의 헌법이론에 대한 원리적 비평", 칼 슈미트 연구, 세종출판사 (2001), 21-66 ["Prinzipielle Bemerkungen zu Carl Schmitts Verfassungslehre", *Zeitschrift für öffentliches Recht* Band 9, Heft 4, Julius Springer (1930), 511-541].

Lukács, Georg (반성완 옮김), 소설의 이론(중판), 심설당 (1998) [*Die Theorie des Romans. Ein geschichtsphilosophischer Versuch über die Formen der großen Epik*(Sonderausg., 9. Aufl.), Darmstadt: Luchterhand (1984)].

_____ (한기상 외 옮김), 이성의 파괴 1~3, 심설당 (1997), [*Die Zerstörung der Vernunft*, Darmstadt: Luchterhand (1962)].

Marx, Karl (강유원 옮김), 헤겔 법철학 비판, 이론과 실천 (2011) [in: *MEW* 1 (1956), 201-333, 378-391].

_____ (이병창 옮김), 독일 이데올로기 1권, 먼빛으로 (2019) [in: *MEW* 3 (1958), V-438].

_____ (최병연 옮김), "맑스가 빠리의 파벨 바실리예비치 안넨코프에게", 칼 맑스/프리드리히 엥겔스 저작 선집 제1권, 박종철출판사 (1991), 586-599 ["Brief an P. W. Annenkow vom 28. Dez. 1846", in: *MEW* 4 (1959), 547-557].

Menger, Christian-Friedrich (김효전・김태홍 옮김), 근대 독일헌법사, 교육과학사 (1992) [*Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Eine Einführung in die Grundlagen*(8., überarbeitete Aufl.), Heidelberg: C. F. Müller (1993)].

Müller, Christoph(Hrsg.), Heller, Hermann (김효전 옮김), 바이마르 헌법과 정치사상, 산지니 (2016) [*Gesammelte Schriften*(2. Aufl., durchges., um ein Nachw. erw.) *Band 2*, Tübingen: J. C. B. Mohr (1992)].

_____ (홍성방 옮김), 국가론, 민음사 (1997) [*Staatslehre*, in: *Gesammelte Schriften*(2. Aufl., durchges., um ein Nachw. erw.) *Band 3*, Tübingen: J. C. B. Mohr (1992), 79 이하].

Rosenberg, Arthur (박호성 옮김), 프랑스대혁명 이후의 유럽정치사: 사회주의와 민주주의, 역사비평사 (1990) [*Demokratie und Sozialismus. Zur politischen*

Geschichte der letzten 150 Jahre, Amsterdam: Verlag Allert de Lange (1938)].

Schultes, Karl (김효전 옮김), "파시즘에 있어서의 헌법사상의 몰락", 칼 슈미트 연구, 세종출판사 (2001), 67-103 [*Der Niedergang des staatsrechtlichen Denkens im Faschismus. Die Lehren des Herrn Professor Carl Schmitt, Kronjurist der Gegenrevolution*, Weimar: Verlag Werden und Wirken (1947)].

Skinner, Quentin (조승래 옮김), 퀜틴 스키너의 자유주의 이전의 자유, 푸른역사 (2007) [*Liberty before Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press (1998)].

Strauss, Leo (김효전・정태호 옮김), "카를 슈미트의『정치적인 것의 개념』에 대한 주해", 정치적인 것의 개념: 서문과 세 개의 계론을 수록한 1932년 판, 살림출판사 (2012), 187-223 ["Anmerkungen zu Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen", in: Meier, Heinrich, *Carl Schmitt, Leo Strauss und »Der Begriff des Politischen«. Zu einem Dialog unter Abwesenden*, Stuttgart: Metzler (1988), 97-125].

Wehler, Hans-Ulrich (이대헌 옮김), 독일 제2제국, 도서출판 신서원 (1996) [*Das Deutsche Kaiserreich, 1871-1918*(6., bibliogr. erneuerte Aufl.), Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht (1988)].

大竹弘二 (윤인로 옮김), 정전과 내전: 카를 슈미트의 국제질서사상, 산지니 (2020) [正戦と内戦: カール・シュミットの国際秩序思想, 東京: 以文社 (2009)].

中道寿一 (김효전 옮김), "칼 슈미트의「전체국가」의 개념", 독일헌법학설사, 법문사 (1982), 175-212 ["C・シュミットの『全体国家』の概念について", ワイマルの崩壊とC・シュミット, 東京: 三嶺書房 (1989), 221-263].

국내 단행본

구병삭, 한국헌법론, 일신사 (1985).

_____, 신헌법원론(제2전정판), 박영사 (1995).

국순옥, 민주주의 헌법론, 아카넷 (2015).

권영성, 개정판 헌법학원론, 법문사 (2010).

김철수, 헌법학연구, 지학사 (1969).

_____, 헌법학신론, 박영사 (1984).
_____, 헌법학신론(제21전정신판), 박영사 (2013).
박찬국, 니체와 하이데거, 그린비출판사 (2016).
성낙인, 헌법학(제22판), 법문사 (2022).
송석윤, 위기시대의 헌법학: 바이마르 헌법학이 본 정당과 단체, 정우사 (2002).
양 건, 헌법강의(제11판), 법문사 (2022).
장영수, 헌법학(제14판), 홍문사 (2022).
전진성, 보수 혁명: 독일 지식인들의 허무주의적 이상, 책세상 (2001).
정재황, 헌법학, 박영사 (2021).
정종섭, 제13판(전면개정판) 헌법학원론, 박영사 (2022).
지명렬, 독일낭만주의연구, 일지사 (1975).
_____, 독일 낭만주의 총설, 서울대학교출판부 (2000).
한수웅, 헌법학(제12판), 법문사 (2022).
한태연, 헌법학, 법문사 (1973).
_____, 헌법학(2정판), 법문사 (1979).
_____, 헌법학: 근대헌법의 일반이론, 법문사 (1983).
허 영, 전정18판 한국헌법론, 박영사 (2022).

해외 단행본

VVDStRL Heft 1 (1924).
VVDStRL Heft 3 (1927).
VVDStRL Heft 5 (1929).

Barion, Hans・Forsthoff, Ernst・Weber, Werner(Hrsg,), *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern*(Dritte, unveränderte Aufl.), Berlin: Duncker & Humblot (1994).
: Tommissen, Piet, "CARL-SCHMITT-BIBLIOGRAPHIE", 273-330.
Bolt, Hans(Hrsg.), *Reich und Länder. Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte im 19.*

und 20. Jahrhundert, München: Deutscher Taschenbuch Verlag (1987).

Bosbach, Franz · Hieiy, Hermann(Hrsg.), *Imperium - Empire - Reich. ein Konzept politischer Herrschaft im deutsch-britischen Vergleich*, München: Saur (1999).

: Stickler, Matthias, "Reichsvorstellungen in Preußen-Deutschland und der Habsburgermonarchie in der Bismarckzeit", 133-154.

Brecht, Arnold(Mitwirkender), *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Berlin: Verlag J. H. W. Dietz Nachf. (1933).

Brunner, Otto · Conze, Werner · Koselleck, Reinhart(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe* (2. Aufl.) *Band 4*, Stuttgart: Klett-Cotta (1997).

: Steiger, Heinhard · Schweitzer, Michael(Bearb.), "Neutralität", 315-370.

_____(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*(Unveränd. Nachdr., 1. Aufl.) *Band 6*, Stuttgart: Klett-Cotta (1997).

: Koselleck, Reinhart · Conze, Werner · Haverkate, Görg · Klippel, Diethelm · Boldt, Hans(Bearb.), "Staat und Souveränität", 1-154.

: Oexle, Otto Gerhard · Conze, Werner · Walther, Rudolf(Bearb.), "Stand, Klasse", 155-284.

Buchstein, Hubertus(Hrsg.), Kirchheimer, Otto, *Otto Kirchheimer — Gesammelte Schriften Band 1. Recht und Politik in der Weimarer Republik*, Baden-Baden: Nomos (2017).

Cristi, Renato, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism. Strong State, Free Economy*, Cardiff: University of Wales Press (1998).

Depenheuer, Otto(Hrsg.), *Reinheit des Rechts. Kategorisches Prinzip oder regulative Idee?*, Wiesbaden: VS Verlag (2010).

: Haferkamp, Hans-Peter, "Die sogenannte Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert — „reines" Recht?", 79-99.

Dyzenhaus, David(eds.), *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Durham; London: Duke University Press (1998).

: Leydet, Dominique, "Pluralism and the Crisis of Parliamentary Democracy", 109-130.

Ehs, Tamara(Hrsg.), *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*, Wien:

facultas.wuv; Baden-Baden: Nomos (2009).
: Lepsius, Oliver, "Kelsens Demokratietheorie", 67-89.

Freeman, Samuel(eds.), Rawls, John, *Lectures on the History of Political Philosophy*, Cambridge: Harvard University Press (2007).

Golecki, Anton(Bearb.), *Das Kabinett von Schleicher. 3. Dezember 1932 bis 30. Januar 1933*, Boppard am Rhein: Harald Boldt Verlag (1986).

von der Goltz, Anna, *Hindenburg: Power, Myth, and the Rise of the Nazis*, Oxford: Oxford University Press (2009).

Grimm, Dieter, *Recht oder Politik?. Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*, Berlin: Duncker & Humblot (2020).

Groh, Ruth, *Arbeit an der Heillosigkeit der Welt. Zur politisch-theologischen Mythologie und Anthropologie Carl Schmitts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp (1998).

Grund, Henning, *»Preußenschlag« und Staatsgerichtshof im Jahre 1932*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft (1976).

Häberle, Peter · Kilian, Michael · Wolff, Heinrich(Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Deutschland — Österreich — Schweiz*(2. Aufl.), Berlin; Boston: Walter de Gruyter (2018).
: Dreier, Horst, "Hans Kelsen (1881-1973)", 281-303.
: Jestaedt, Matthias, "Carl Schmitt (1888-1985)", 391-414.

Huber, Ernst Rudolf, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Band 6*, Stuttgart; Berlin; Köln; Mainz: Kohlhammer (1981).

_____, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Band 7*, Stuttgart; Berlin; Köln; Mainz: Kohlhammer (1984).

Jestaedt, Matthias(Hrsg.) in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, *Hans Kelsen Werke Band 1. Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse*, Tübingen: Mohr Siebeck (2007).

_____, *Hans Kelsen Werke Band 4. Veroffentlichte Schriften 1918-1920*, Tübingen: Mohr Siebeck (2013).

_____, *Hans Kelsen Werke Band 7. Veröffentlichte Schriften 1921-1923*, Tübingen: Mohr Siebeck (2022).

Jestaedt, Matthias · Paulson, Stanley L.(Hrsg.), Dreier, Horst, *Kelsen im Kontext.*

Beiträge zum Werk Hans Kelsens und geistesverwandter Autoren, Tübingen: Mohr Siebeck (2019).

Jestaedt, Matthias · Poscher, Ralf · Kammerhofer, Jörg(Hrsg.), *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag (2020).

: Wagrandl, Ulrich, "Kelsen was no Relativist: Reading Hans Kelsen in the Light of Isaiah Berlin's Value Pluralism", 373-391.

Kennedy, Ellen, *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*, Durham; London: Duke University Press (2004).

Kolb, Eberhard · Schumann, Dirk, *Die Weimarer Republik*(8., überarbeitete und erweiterte Aufl.), München: Oldenbourg Verlag (2013).

Kritische Justiz(Hrsg.), *Streitbare Juristen. Eine andere Tradition*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft (1988).

: Günther, Klaus, "Hans Kelsen (1881-1973): Das nüchterne Pathos der Demokratie", 367-379.

Krockow, Christian Graf von, *Die Entscheidung. Einer Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger*, Frankfurt am Main: Campus (1990).

Lehnert, Detlef(Hrsg.), *Hugo Preuß Gesammelte Schriften Band 4. Politik und Verfassung in der Weimarer Republik*, Tübingen: Mohr Siebeck (2008).

Lehnert, Detlef · Müller, Christoph · Schefold, Dian(Hrsg.), *Hugo Preuß Gesammelte Schriften Band 3. Das Verfassungswerk von Weimar*, Tübingen: Mohr Siebeck (2015).

Luthardt, Wolfgang(Hrsg.), Kirchheimer, Otto, *Otto Kirchheimer. Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*(2. Aufl.), Frankfurt am Main: Suhrkamp (1981).

Maus, Ingeborg, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*(2. erweiterte Aufl.), München: Wilhelm Fink Verlag (1980).

Mehring, Reinhard, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*(2., überarbeitete, aktualisierte und gekürzte Aufl.), München: C. H. Beck (2022).

_____, *Carl Schmitts Gegenrevolution*, Hamburg: Europäische Verlagsanstalt (2021).

_____, *Pathetisches Denken. Carl Schmitts Denkweg am Leitfaden Hegels: Katholische*

Grundstellung und antimarxistische Hegelstrategie, Berlin: Duncker & Humblot (1989).

Meierhenrich, Jens · Simons, Oliver(eds.), *The Oxford handbook of Carl Schmitt*, New York: Oxford University Press (2016).

: Agamben, Giorgio, "A Jurist Confronting Himself: Carl Schmitt's Jurisprudential Thought", 457-470.

: Schmitz, Alexander, "Legitimacy of the Modern Age?: Hans Blumenberg and Carl Schmitt", 705-730.

Meuter, Günter, *Der Katechon. Zu Carl Schmitts fundamentalistischer Kritik der Zeit*, Berlin: Duncker & Humblot (1994).

Minuth, Karl-Heinz(Bearb.), *Das Kabinett von Papen. 1. Juni bis 3. Dezember 1932 Band 1. Juni bis September 1932 Dokumente Nr. 1 bis 129*, Boppard am Rhein: Harald Boldt Verlag (1989).

Mohler, Armin, *Die Konservative Revolution in Deutschland 1918-1932*(4. Aufl.), Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (1994).

Müller, Helmut M., *Schlaglichter der deutschen Geschichte*(2. aktualisierte und erweiterte Aufl.), Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung (1994).

Müller, Jan-Werner, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven; London: Yale University Press (2003).

Noack, Paul, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Frankfurt am Main; Berlin: Ullstein (1996).

Pilch, Martin, *System des transcendentalen Etatismus. Staat und Verfassung bei Carl Schmitt*, Wien; Leipzig: Karolinger (1994).

Ritter, Joachim · Gründer, Karlfried(Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie Band 4*, Stuttgart: Schwabe & Co · Basel (1976).

: Zeltner, Hermann, "Idealismus, Deutscher", 35-37.

Sandkühler, Hans Jörg(Hrsg.), *Handbuch Deutscher Idealismus*, Stuttgart: Verlag J. B. Metzler (2005).

: Sandkühler, Hans Jörg · Potępa, Maciej · Knatz, Lothar(Bearb.), "Die Erkenntnis und das Wissen", 80-120.

Seiberth, Gabriel, *Anwalt des Reichs. Carl Schmitt und der Prozess „Preußen contra Reich" vor dem Staatsgerichtshof*, Berlin: Duncker & Humblot (2001).

Stichweh, Klaus・de Launay, Marc B.(Hrsg.), Löwith, Karl, *Karl Löwith Sämtliche Schriften Band 8. Heidegger － Denker in dürftiger Zeit: Zur Stellung der Philosophie im 20. Jahrhundert*, Stuttgart: J. B. Metzlersche Verlagsbuchhandlung (1984).

Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Band 2: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, München: Verlag C. H. Beck (1992).

_____, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Band 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, München: Verlag C. H. Beck (1999).

Stürmer, Michael(Hrsg.), *Die Weimarer Republik. Belagerte Civitas*(2. erweiterte Aufl.) Königstein/TS: Athenäum (1985).

: Boldt, Hans, "Der Artikel 48 der Weimarer Reichsverfassung: Sein historischer Hintergrund und seine politische Funktion", 288-309.

Woods, Roger, *The Conservative Revolution in the Weimar Republic*, Basingstoke: Palgrave Macmillan (1996).

石川健治, 自由と特権の距離: カール・シュミット「制度体保障」論・再考, 東京: 日本評論社 (1999).

岩間昭道, 憲法破毀の概念, 東京: 尚学社 (2002).

鵜飼信成・長尾龍一(編), ハンス・ケルゼン, 東京: 東京大学出版会 (1974).

: 長尾龍一, "民主制論", 43-62.

: 樋口陽一, "憲法 － 議会制論", 63-87.

古賀敬太, シュミット・ルネッサンス: カール・シュミットの概念的思考に即して, 東京: 風行社 (2007).

初宿正典・古賀敬太(編), カール・シュミットとその時代: シュミットをめぐる友・敵の座標, 東京: 風行社 (1997).

: 髙田 篤, "シュミットとケルゼン: 民主制論における相反とその意義", 3-47.

仲正昌樹(編), 美のポリティクス, 東京: 御茶の水書房, (2003).

: 竹峰義和, "迷妄の教え: シュミット/ヴァーグナー/カント", 133-167.

長野 晃, カール・シュミットと国家学の黄昏, 東京: 風行社 (2021).

山下威士, カール・シュミット研究, 東京: 南窓社 (1986).

山田　晟, ドイツ近代憲法史, 東京: 東京大学出版会 (1963).

和仁　陽, 教会・公法学・国家: 初期カール=シュミットの公法学, 東京: 東京大学出版会 (1990).

국내 논문

구자완, “제도적 보장 이론의 헌법적 의미에 관한 연구: 칼 슈미트적 입장에서의 모색”, 법학박사학위논문, 강원대학교 (2020).

김세진, “憲法과 制度: 基本權과 制度保障에 관한 解釋論을 중심으로”, 법학박사학위논문, 숙명여자대학교 (2005).

김태홍, “칼 슈미트 헌법이론의 가톨릭적 기초”, 법학박사학위논문, 동아대학교 (1998).

문종욱, “칼 슈미트 法思想과 現代法學에 미친 그 影響”, 법학박사학위논문, 충남대학교 (1990).

이계수, “의회주의와 행정법: 칼 슈미트 학설과 그에 대한 비판을 중심으로”, 법학박사학위논문, 서울대학교 (1997).

이호영, “칼 슈미트 헌법이론 분석과 비판: 예외상태와 정치적인 것의 개념을 중심으로”, 법학박사학위논문, 건국대학교 (2013).

정종섭, “憲法의 正當性에 關한 硏究: C. Schmitt理論에 대한 批判을 中心으로”, 법학석사학위논문, 경희대학교 (1986).

좌종흔, “Carl Schmitt의 決斷主義와 Thomas Hobbes”, 법학박사학위논문, 고려대학교 (1989).

최미향, “Renato Cristi의 Carl Schmitt 해석: 권위주의적 자유주의”, 법학석사학위논문, 인하대학교 (2003).

최지영, “관개체적인 민주주의와 주권: 칼 슈미트와 스피노자를 중심으로”, 법학석사학위논문, 건국대학교 (2009).

홍철기, “‘대표의 허구’에 관한 연구: 토마스 홉스, 칼 슈미트, 한스 켈젠에게 있어서의 대리와 현시의 대표 이론”, 정치학박사학위논문, 서울대학교 (2016).

김동하, “독일 바이마르 시기 ‘보수혁명’과 반서구주의”, 유럽연구 제32권 제2호,

한국유럽학회 (2014. 6.), 317-348.

_____, “19세기 독일 자유주의의 정치적 초상: 반서구주의의 독일적 기원”, 유럽연구 제33권 제2호, 한국유럽학회 (2015. 6.), 49-76.

김옥경, “헤겔에서 절대자의 자기현시”, 헤겔연구 제46호, 한국헤겔학회 (2019. 12.), 25-49.

김학진, “법정에 선 헤르만 헬러: ‘사회적 법치국가’로 귀결되는 헬러의 헌법이론과 헌법해석에 관한 의의의 검토”, 민주법학 통권 제82호, 민주주의법학연구회 (2023. 7.), 159-201.

김 항, “20세기 보편주의와 ‘정치적인 것’의 개념: ‘적(敵)’을 둘러싼 정치사상의 계보학을 중심으로”, 사회와 철학 제30집, 사회와철학연구회 (2015. 10.), 169- 198.

_____, “내전과 현대 민주주의의 상황: 슈미트의 리바이어던 해석을 중심으로”, 인문학연구 제56집, 조선대학교 인문학연구원 (2018. 8.), 7-39.

김효전, “카를 슈미트의 헌법이론과 한국”, 학술원논문집(인문・사회과학편) 제58집 제1호, 대한민국학술원 (2019. 7.), 151-409.

남기호, “칼 슈미트의 국가론에서의 리바이어던: 그 정치적 상징의 오용과 홉스의 정치철학적 의의”, 시대와 철학 제26권 제4호(통권 제73호), 한국철학사상연구회 (2015. 12.), 7-54.

남정우, “칸트의 선험론적 자기의식에 대한 비판적 수용: 피히테와 셸링의 경우”, 철학・사상・문화 제9호, 동국대학교 동서사상연구소 (2010. 1.), 21-49.

박상욱, “1차 대전 시기 독일의 ‘1914년의 이념들’에 나타나는 역사 해석과 정체성”, 코기토 제91호, 부산대학교 인문학연구소 (2020. 6.), 147-174.

성정엽, “칼 슈미트의 ‘정치적인 것’의 개념”, 민주법학 통권 제72호, 민주주의법학연구회 (2020. 3.), 49-79.

_____, “칼 슈미트의 국가개념”, 공법연구 제27집 제1호, 한국공법학회 (1998. 6.), 229-244.

_____, “칼 슈미트의 법개념”, 동아법학 제85호, 동아대학교 법학연구소 (2019. 11.), 51-81.

_____, “칼 슈미트의 자유주의국가 비판”, 서울법학 제27권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소 (2019. 5.), 1-33.

_____, “칼 슈미트의 주권개념”, 법학연구 통권 제60집, 전북대학교 법학연구소, (2019. 9.), 1-23.

송석윤, “독일 바이마르헌법에서의 연방대통령: 바이마르헌법 제정 백주년에 즈음하여”, 세계헌법연구 제28권 제1호, 세계헌법학회한국학회 (2022. 4.), 1-39.

이성주, “토마스 만의 「전쟁 속의 사념」”, 독일문학 제142집, 한국독어독문학회 (2017. 6.), 137-159.

이재성, “피히테의 후기 선험철학의 관점에서 본 헤겔의 논리학”, 철학논총 제79집 제1권, 새한철학회 (2015. 1.), 197-219.

이진일, “바이마르 의회주의의 위기와 보수주의의 헌법정책적 대응”, 서양사연구 제40집, 한국서양사연구회 (2009. 5.), 95-123.

이해영, “칼 슈미트의 정치사상: ‘정치적인 것’의 개념을 중심으로”, 21세기정치학회보 제14집 제2호, 21세기정치학회 (2004. 9.), 1-25.

장세룡, “콩스탕의 자유주의: 고대인의 자유와 근대인의 자유”, 프랑스사 연구 제2호, 한국프랑스사학회 (1999. 12.), 5-31.

표광민, “‘정치의 귀환’의 구조: 세계와 국가 사이의 대립에 관하여”, 국제정치논총 제59집 제3호, 한국국제정치학회 (2019. 9.), 55-88.

홍태영, “근대인의 자유와 대의제 정부: 시에이예스와 콩스탕의 논의를 중심으로”, 한국정치연구 제13권 제1호, 서울대학교 한국정치연구소 (2004. 4.), 259-285.

황준필, “셸링의 절대자 개념과 ‘철학함’의 문제”, 헤겔연구 제43호, 한국헤겔학회 (2018. 6.), 133-166.

해외 논문

松本彩花, “カールシュミットにおける民主主義論の成立過程: 第二帝政期からヴァイマル共和政中期まで”, 법학박사학위논문, 北海道大学 (2017).

Bendersky, Joseph W., “Carl Schmitt and the Conservative Revolution”, *TELOS* 72, Telos Press (Summer 1987), 27-42.

Breuer, Stefan, “Die ‘Konservative Revolution’: Kritik eines Mythos”, *Politische Vierteljahresschrift* 31. Jg., Heft 4, Springer (1990), 585-607.

Forsthoff, Ernst, “Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung”, *Der Staat* Band 2, Heft 4, Duncker & Humblot (1963), 385-398.

Gusy, Christoph, "Selbstmord oder Tod? Die Verfasssungsreformdiskussion der Jahre 1930-1932", *Zeitschrift für Politik*, Neue Folge, 40. Jg., Heft 4, Nomos Verlag (1993), 393-417.

Heun, Werner, "Der staatsrechtliche Positivismus in der Weimarer Republik: Eine Konzeption im Widerstreit", *Der Staat* Band 28, Heft 3, Duncker & Humblot (1989), 377-403.

Kervégan, Jean-François, "Recht und Politik in der Zeit der Demokratiekrise: Soll man Carl Schmitt heute lesen, und wie?", *Rechtsphilosophie. Zeitschrift für Grundlagen des Recht* 7. Jg., Heft 2, Nomos Verlag (2021), 120-130.

Marx, Fritz Morstein, "Der Schutz der Verfassung (Rezension)", *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* Band 92, Heft 2, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG (1932), 253-262.

Patch, William L., "German Liberalism and the Origins of Presidential Government in the Weimar Republic", *The Journal of Modern History* 92, The University of Chicago (December 2020), 774-816.

Quaritsch, Helmut, "Zur Entstehung der Theorie des Pluralismus", *Der Staat* Band 19, Heft 1, Duncker & Humblot (1980), 29-56.

Salomon, Gottfried, "Schmitt, Carl, Der Hüter der Verfassung (Rezension)", *Weltwirtschaftliches Archiv* Band 36, Springer (1932), 252-256.

Sontheimer, Kurt, "Der Tatkreis", *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* 7. Jg., Heft 3 Deutsche Verlags-Anstalt GmbH (1959), 229-260.

Stier-Somlo, Fritz, "Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (Rezension)", *Archiv des öffentlichen Rechts* Band 60 (Band 21 der neuen Folge), Heft 3, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG (1932), 447-453.

_____, "Die Reform des Reichsrats und die Problematik der rechtlichen Stellung des Reichspräsidenten", *Archiv des öffentlichen Rechts* Band 59 (Band 20 der neuen Folge), Heft 1, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG (1931), 7-67.

山下威士, "一九三二年国事裁判所におけるヘルマン・ヘラー", 時岡 弘 先生古稀記念論文集刊行会(編), 人権と憲法裁判, 東京: 成文堂 (1992), 321-369.

Abstract

A Critical Study of Carl Schmitt's *The Guardian of the Constitution*

: Focusing on Schmitt's Conceptions of the State and the Anti-parliamentarism

KIM Hak Jin

Dept. of Law, Major in Constitutional Law

The Graduate School

Seoul National University

Discussions about Carl Schmitt continue not only during his lifetime but also after his death. Reflecting this, the so-called "Schmitt Renaissance" is now being used as an idiom, and his works are repeatedly reviewed in various academic fields. In the field of law, however, there is still a distance from him because of his career as a "crown jurist of the Third Reich."

However, Schmitt had continually defined himself as "a teacher and researcher of the constitution and the European public law." The subjects frequently dealt with in "Schmitt Renaissance" tendencies are also directly related to the field of "the constitution" that he had a sense of belonging. Unless Schmitt's logical structure and the intentions of the concepts used in it are thoroughly figured out from the perspective of constitutional studies first, receiving his arguments would inevitably be superficial.

Schmitt's position on the constitution is systematically described in his works,

Verfassungslehre (Constitutional Theory) and *Der Hüter der Verfassung* (The Guardian of the Constitution). However, an overall analysis of these works has not yet been sufficiently conducted. In particular, while the theme of the guardian of the constitution itself is familiar, there is a lack of understanding of its intention. Most constitutional teaching materials deal with this as a case of whether it is appropriate to assign the role of guaranteeing the constitution to the president or a judicial review institution. The focus of attention of Schmitt's the guardian of the constitution theory did not end up in this matter. Strictly speaking, the description of those teaching materials is a typical example of superficially accepting Schmitt's argument. Analyzing the logical structure of the guardian of the constitution, it turns out that this is a matter of dogma about the state rather than the technical or institutional level of the constitution.

The structural feature of the guardian of the constitution theory is that it reestablished the pattern of thought which separates the state from society in the present while highlighting 19th-century dualism. From this, Schmitt tried to establish the status of an ideal type of the state as a director by being placed "on top of society." The "strong qualitative total state" is its concrete expression, and the opposite state is described as the "weak quantitative total state." In this way, the "total state" is derived from Schmitt's logic like a concept used as a tool and model for criticism.

In addition, Schmitt categorized the types of states that exist in actualities into legislative, administrative, and judicial states, respectively, taking the core of state power, the whereabouts of state power, and the modality of exercising power in emergencies as a criterion. Connecting these with the concept of the "total state," he presented the legislative state as a model of a "problematic" quantitative total state, and the administrative state as a model of an "ideal" qualitative total state.

The administrative state which Schmitt emphasized is a guaranteed "objectivity" state that is ruled by a high-educated and morally upright bureaucracy and is in contradiction to the legislative state which is usually a state based on parliamentary democracy. In his logical structure, the superiority of the administrative state is not established through its advantages but reflexively gained by emphasizing the prob-

lems of the legislative state in opposition. In other words, by contrasting with the parliamentary democracy which is the "problematic" state, the administrative state is simply able to gain the title of a "solution." The bureaucracy, however, which is the main agent of governance in the administrative state, does not have the "authority" to make political decisions on its own due to its nature. Accordingly, Schmitt considered that in the actualities under the Weimar Constitution, the authority of the president could be combined with the ideal type of the state he was discussing, and focused the discussion in the direction of emphasizing the "super-partisanship" of the president.

With this logical structure, the guardian of the constitution theory includes the following dogmatic elements. Firstly, it highlights the role of the state as a director. Secondly, it emphasizes the objectivity of the bureaucracy. Thirdly, on the premise that the state and society are separated, it makes a logical structure that is easy to rationalize the domains where the state can actively intervene and those where it does not, according to the intention of the arguer.

The guardian of the constitution theory is a product of consideration of the status and role of the state and shows the prototype of the "administrative state theory from a conservative point of view." However, there is also an aspect in which the rationality of the discussion has greatly deteriorated as a result of only denouncing scathingly the value of the parliament democracy by placing it as the opposite side of the administrative state "without a clear ground." It is still proceeding that attempts to consciously accept the intention of the guardian of the constitution theory as a dogma without paying enough attention to such aspects. As Schmitt's works still stand, an overall analysis of the guardian of the constitution theory as well as his constitutional theory in general from the perspective of constitutional studies and a critical review of its dogmatic elements should continue.

Key Words **: Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (Constitutional Theory), *Der Hüter der Verfassung* (The Guardian of the Constitution), Dualism, Administrative State, Anti-parliamentarism**

Student Number **: 2016-30332**