

안경환 교수의 주제발표(헌정 50년과 자유와 평등의 이념)에 대한 지정토론문

曹 興 植*

전체적으로 보아 이 글은 자유민주주의와 한국사회의 근본 성격에 관련된 논의를 하기 위해 ‘헌법’이라는 공동체의 규범에 초점을 맞추어 지난 50년간 자유와 평등의 이념이 얼마나 헌정에 반영되어 왔는가를 역사적 접근뿐만 아니라 다양한 판결의 예를 통하여 분석한 의미 있는 글이라 하겠다.

특히 발표자는 자유와 평등이 상호 대립되는 가치이지만 평등의 논의가 본격적으로 이루어지기 위한 전제조건으로서 “첫째, 시민적 자유, 정치적 자유가 어느 정도 수준에 올라 있어야만 한다. 둘째, 다양한 사회 계층과 직업의 분화를 전제로 한다. 이를테면 국가에 ‘대하여’ 존재하는 경제영역과 시민사회의 등장이 평등의 문제를 심도 있게 논의하기 위한 전제조건이 된다. 셋째, 실질적 평등은 일정 수준의 경제적 수준의 향상을 전제로 한다. 넷째, 법원의 기능이 정상화된 사회라야만 실질적 평등의 실현이 가능하다.”는 네 가지 사회적 조건을 가설로 제시하였으며, 이러한 가설을 영국과 미국의 예를 통해 검증한 후 한국의 상황에 대입하는 구성을 취함으로써 자칫 대립 구조로 끝날 듯한 자유와 평등의 양대 이념을 조화롭게 다루어 나갔다는 점에서도 의미가 크다고 하겠다.

전반적인 발표자의 글의 내용에 대해 크게 공감을 하면서, 토론자 나름대로의 몇 가지 견해를 다음과 같이 피력하고자 한다.

첫째, 이 글을 전개해 나갈 때 바탕이 되는 발표자의 시각은 과연 무엇일까 하는 의문이 생긴다. 아울러 헌법이라는 공동체 규범의 생성과 변화에 대한 분석을 하기 위해서는 적어도 기본적인 분석 틀의 전제가 되는 사회과학적 이론 토대를 가질 필요가 있는 데, 전체적인 글의 흐름을 볼 때 발표자의 이론적 토대가 분명하지 않다는 아쉬움이 있다.

* 서울대학교 社會科學大學 副教授

“현행 헌법은 오랜 시일에 걸친 국민의 민주항쟁의 산물이다. 이른바 새 헌법의 제정으로 ‘헌법 제정권력’의 소재와 주체에 대한 인식이 더욱 분명해졌고 국민주권의 의미에 대한 현실감도 어느 정도 강화되었다. 평등의 논의도 고전적인 ‘법 앞의 평등’을 넘어선 사회적 권리의 실현의 원리로서의 경제적 평등의 논의를 포함하게 되었다.”는 발표자의 표현을 보면 우리 헌법의 변화를 분석하는 틀로서 단순한 산업화, 자본주의의 발달에 따른 진화의 과정을 설명하는 기능이론을 토대로 하는 것은 아닌 것 같고, 시민계급, 노동계급의 성장에 의한 개선과 악화의 교차과정을 설명하는 갈등이론적 성향이 강하다.

그러나 결론 부분에서 “갖가지 취약점과 흠에도 불구하고 우리의 자유민주주의는 시장경제원리와 더불어 이미 이 시대의 보편적 가치의 틀 속에서 구체적인 좌표를 모색하는 찾는 작업을 계속하고 있다. 국민생활의 모든 영역과 쟁점에서 ‘자유’와 ‘평등’, 두 가지 대립되는 이념 사이에 끊임없는 항해를 계속할 대한민국의 자유민주주의호가 Scylla와 Charybdis 사이에서 난파선이 되지 않도록 균형을 잡을 건실한 조타수가 필요하다. 조타수, 그것이야말로 헌법과 헌법재판이 맡아야 할 역할이다.”라고 끝을 맺는 것을 보면, 다분히 기능이론적 성향을 드러내고 있다. 이론 선택의 일관성이 요구됨을 보여 주는 대목이라 할 수 있다.

또한 발표자는 “입법부가 보수이념을 공유하는 집단 내부의 인적, 지역적 유착과 이합집산에 머무르고 있을 뿐, 대안적 강령을 표방하는 진보정당이 제도권 내에서 의미 있는 활동을 전개할 수 없는 현실에서는 입법을 통한 실질적 평등의 실현은 제약을 받고 있다. 그럴수록 법원의 역할이 더욱 강조된다.”고 진보적 시각을 표명하고 있다. 그러나 “갖가지 취약점과 흠에도 불구하고 우리의 자유민주주의는 시장경제원리와 더불어 이미 이 시대의 보편적 가치의 틀 속에서 구체적인 좌표를 모색하는 찾는 작업을 계속하고 있다.”고 발표자가 언급하면서 자유민주주의를 강조하는 것을 보면, 헌정사에서 국체와 정체의 변화로서 현행 헌법 제1조에 나와 있는 ‘대한민국은 민주공화국이다’ 라는 조문의 변화를 예리하게 관찰하면서, 과거의 ‘자유민주공화국’으로부터 ‘민주공화국’으로 변화된 사실은 우리 나라에서도 사회민주주의의 가능성을 열어놓은 게 아닌가 라고 지적한 김철수 교수의 견해와 비교할 때 상대적으로 보수적 시각을 두둔하는 게 아닌가 여겨진다.

둘째, 연구 방법론을 보면, 발표자는 역사적 방법과 각국의 사례에 대한 비교 방법 연구를 병행하여 시행했음을 알 수 있다. 각국의 사례에 대한 비교 방법 연구에서 불문법적 성향의 미국과 영국의 사례를 중심으로 했는데, 왜 우리의 성문법적 법적 체계에 영향을 끼친 독일, 일본 등 대륙법 국가 사례를 들어 비교 연구하지 않았는지 의문이 생긴다.

토론자의 견해로는 성문법주의, 혹은 불문법주의에 따른 법적 체계의 상이성에 의해 헌정에 반영되는 이념의 실제적 적용이 차이가 날 것으로 보는데, 이에 대한 발표자의 의견을 듣고 싶다.

셋째, 발표자는 자유와 평등이 상호 대립되는 가치이지만 평등의 논의가 본격적으로 이루어지기 위한 전제조건으로서 첫째, 시민적 자유, 정치적 자유가 어느 정도 수준에 올라 있어야만 한다. 둘째, 다양한 사회 계층과 직업의 분화를 전제로 한다. 이를테면 국가에 ‘대하여’ 존재하는 경제영역과 시민사회의 등장이 평등의 문제를 심도 있게 논의하기 위한 전제조건이 된다. 셋째, 실질적 평등은 일정 수준의 경제적 수준의 향상을 전제로 한다. 넷째, 법원의 기능이 정상화된 사회라야만 실질적 평등의 실현이 가능하다는 등 네 가지 사회적 조건을 가설로 제시하였다. 그러나 발표자가 제시한 셋째 조건, 즉 실질적 평등은 일정 수준의 경제적 수준의 향상을 전제로 한다는 조건과, 넷째, 법원의 기능이 정상화된 사회라야만 실질적 평등의 실현이 가능하다는 조건에서 ‘일정 수준의 경제적 수준 향상’과, ‘법원의 기능이 정상화된 사회’란 구체적으로 어느 정도 수준이 되어야 하는 것인지 하는 판단 기준의 문제가 발생한다. 전제조건이 되는 만큼 구체적인 과학적 기준의 제시가 있어야 할 것이다.

아울러 발표자가 제시한 네 가지 사회적 조건은 어느 하나도 충족되지 않는다면 평등의 이념이 헌법에 반영될 수 없는 것인지, 아니면 최소한 한 가지라도 충족되면 평등의 이념이 반영될 수 있는 것인지에 대한 언급이 없어 아쉽다. 왜 이러한 의문이 생기는가 하면 첫째 조건과 둘째 조건, 셋째 조건은 서로 상당히 상관성이 높은 변수 조건인데 반해, 셋째 조건은 이들과 상관성이 거의 없다는 사실 때문이다.

넷째, 발표자가 여러 군데에서 표현한 “경제적 자유와 사회적 평등의 문제”에서 자유와 평등이라는 이념 앞에 수식하는 ‘경제적’, ‘사회적’의 의미는 정확하게 무엇인지 묻고 싶다.

왜냐하면, 경제적(A), 사회적(B), 자유(C), 평등(D) 등 네 가지를 모두 조합하게 되면 혹시 경제적 평등과 사회적 자유도 생각해 볼 수 없는가 하는 점과, 이 네 가지의 성격이 어떻게 상호 구별되는가 하는 점 때문이다.

다섯째, 현행 헌법에서 평등의 이념을 담은 복지를 법제화한 것은 크게 세 가지 부분이다. 즉 인간의 존엄 및 행복추구권(제10조), 평등권(제11조), 생존권 관련 조항으로서 교육권(제31조), 근로권(제32조), 노동3권(제33조), 생활권(제34조), 환경권

(제35조), 건강권(제36조), 법에 없는 것으로 경시되지 않는 국민의 권리와 자유(제37조), 적정분배의 도모(제119조) 등이 그것이다. 그런데 문제는 이러한 헌법에 명시된 복지의 법적 성격이 얼마나 현실의 삶 속에서 적용되고 반영되느냐 하는 점이다.

한 예로서 발표자도 지적한, “최저생계비에 미달하는 생활보호법 제8조상 생계비 지원과 관련하여 국민의 자기기여에 기하지 아니하고 순수히 사회부조의 차원에서 행해지는 생계비보조는 헌법 제34조 제5항이 규정하는 생활무능력자에 대한 국가의 보호의무를 위반한 것이 아니라는 판결을 내렸다. 국가재정의 한계와 입법부, 행정부의 형성적 활동과 사법부의 통제적 기능의 기준을 구별한 사법자제적 판결이다.”에서 나타났듯이 평등의 이념이 반영된 헌법의 조항을 어떻게 해석할 것인가에 대한 명확한 발표자의 입장이 제시되었더라면 좋았을 것이다. 프로그램 권리설, 법적 권리설(추상적/구체적), 복합설, 제도보장설 등 가운데 발표자의 입장은 어느 것을 택하는지를 알고 싶다.