

입헌독재론: 칼 슈미트(Carl Schmitt)의 주권적 독재와 한국의 유신헌법*

최영익 | 한신대 국제관계학부

지금까지 입헌주의에 대한 연구는 입헌주의를 자유민주주의와 등치시키는 식의 공리주의적 방식을 통해 진행돼 왔다. 입헌주의가 자유민주주의 정치 체제와의 선택적 친화성 내지 긴밀한 함수관계를 맺으며 발전해온 것은 사실이지만, 헌법이론의 측면에서는 입헌주의가 자유민주주의적 법치국가 질서와 반드시 동일한 것은 아니다. 왜냐하면, 입헌적 독재 역시 가능할 뿐만 아니라, 자유민주주의적 헌정 질서 또한 그 자체로 입헌 독재의 관점 없이는 서구정치의 핵심을 간과할 수 있기 때문이다. 이러한 측면에서 국가의 존립이 위기에 처했을 때, 독재를 배제해놓고는 그 어떤 정부도 살아남기 힘들며, 그 점에서 서구 입헌민주주의 국가들 역시 예외일 수 없다. 한마디로 현대 민주주의와 독재체제는 입헌주의라는 동일한 모반에서 출생한 이란성 쌍생아에 비유할 수 있다. 이 글은 이러한 문제의식에 입각하여 20세기 초반 바이마르 공화국 헌법에 대한 칼 슈미트의 주권 독재에 관한 논의를 중심으로 입헌주의의 또 다른 일단을 드러내고자 한다. 나아가, 칼 슈미트 헌법이론의 측면에서 1970년대 한국의 유신헌법의 정치원리를 비판적으로 재해석하는데 그 목적이 있다.

주제어: 입헌독재론, 자유주의의 위기, 주권적 독재, 정치신학, 권위결정론, 헌법제정권력, 유신헌법, 통일주체국민회의

I. 서론

인간사회에 헌법은 왜 필요하며 무엇을 의미하는가를 규명하는 일이 입헌주의

* 이 논문은 한신대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

문제에 있어 가장 근본적인 문제이다. 이는 헌법에 입각한 정치체제, 곧 헌정체제가 인간의 정치적 삶에서 차지하는 지위와 그 중요성을 밝혀내는 일이라 하겠다. 홉스, 스피노자, 비교적 최근의 헤르만 헬러에 이르기까지 대부분의 정치 사상가들은 헌정체제의 필요성을 인간의 본성에서 찾고 있지만, 입헌주의가 근대 정치의 산물이라는 점에서 양자 간의 관련성에 대해 보다 심도 깊은 논의가 필요하다.¹⁾ 그런데 지금까지 입헌주의에 대한 연구는 입헌주의를 당연히 자유민주주의와 등치시키는 식의 다소 공리적 방식을 통해 진행돼 왔다고 할 수 있다.

입헌주의가 자유민주주의 정치 체제와의 선택적 친화성 내지 긴밀한 함수관계를 맺으며 발전해온 것은 사실이지만, 헌법이론의 측면에서는 입헌주의가 자유민주주의적 법치국가 질서와 반드시 동일한 것은 아니다. 왜냐하면, 입헌적 독재 역시 가능할 뿐 아니라, 자유민주주의적 헌정 질서 또한 그 자체로 입헌 독재의 관점 없이는 서구정치의 핵심을 간과할 수 있기 때문이다. 이러한 측면에서 국가의 존립이 위기에 처했을 때, 독재를 배제해놓고는 그 어떤 정부도 살아남기 힘들며, 그 점에서 서구 입헌민주주의 국가들 역시 예외일 수 없다는 로시터 교수의 현대적 입헌 독재에 대한 논의는 지금도 시사해 주는 바가 대단히 크다고 할 수 있다 (Rossiter 2004). 요컨대 현대 민주주의와 독재체제는 입헌주의라는 동일한 모반에서 출생한 이란성 쌍생아에 비유할 수 있다. 이 글은 이러한 문제의식에 입각하여 20세기 초반 바이마르 공화국 헌법에 대한 칼 슈미트의 주권 독재에 관한 논의를 중심으로 입헌주의의 또 다른 일단을 드러내고자 한다. 나아가, 칼 슈미트 헌법이론의 측면에서 1970년대 한국의 유신헌법의 핵심 내용을 재해석하는데 그 목적이 있다.

1919년에 성립한 독일 바이마르 헌법을 둘러싸고 전개된 입헌주의 논쟁이 중요한 이유는 무엇보다도 헌법 그 자체를 둘러싸고 벌어진 거의 유일한 정치논쟁이었

1) 입헌주의와 주권의 관계는 이후 분석을 통해서도 밝혀지겠지만, 근대정치체제를 형성하는 알파요 오메가라고 할 수 있다. 그렇다면 주권과 입헌주의의 결합을 통한 국민국가 형성에 실패했을 경우, 그러한 공동체에 속한 사람들에게 어떤 일이 벌어질 것인가? 그것은 무엇보다 근대적 시민권과 안보권의 상실로 나타나며, 아감벤(1998)의 지적대로 소위 '헐벗은 삶'으로 귀결될 것이다. 그런데 문제는 이러한 헐벗은 삶의 문제가 과연 정치공동체의 유력한 구성원리로서의 주권과 입헌주의 공식을 대체할 수 있는 새로운 정치원리를 창안할 수 있는가는 현재로서는 여전히 미지수라고 할 수 밖에 없다. 아감벤의 '헐벗은 삶' 등에 대해서는 유희림 홍철기(2007) 참조.

다는 사실 때문이다. 이러한 논쟁과정에서 칼 슈미트의 이론적 공헌은 헌법을 정치적 텍스트로 인식했다는 점이다.

둘째, 19세기 빅토리아 시대를 지배한 자유주의적 낙관, 영국, 미국 등 주로 앵글로색슨 국가를 통해 만연된 자유민주주의 종합에 대한 근본적인 도전이 파시즘과 볼셰비즘이라는 정치운동의 등장을 통해 개시되었다는 점이다.

셋째, 전쟁과 공황, 혁명으로 점철된 예외적 상황에서 등장한 위기의 정치이론의 의미를 지니고 있다. 입헌주의의 문제를 단순한 법치주의 문제가 아닌 그것의 배경에 깔린 정신적 지위에서 규명하는 식의 논쟁의 극한까지 밀어붙이고 있다는 점에 서 여전히 현재진행형의 논쟁이자 되새겨볼 만한 충분한 가치가 있다고 생각한다.

독일 바이마르 공화국의 입헌주의 논쟁의 한 가운데 바로 칼 슈미트가 있었다. 이러한 입헌주의 논쟁은 이미 그것에 접근하는 방법과 인식의 차이에 따라 거반 결정 나고 있음을 확인할 수 있다. 칼 슈미트는 누구보다 이를 잘 알았고, 민주주의에 대한 자유주의적 종합이라 할 수 있는 이른바 '시민적 법치국가론'에 흡사 외과의사처럼 메스를 들이대며 헌법정치에 대한 나름대로의 개념적 사유를 전개해 나가고 있다.

칼 슈미트의 헌법정치 이론의 방법론적 양대 지주는 권위결정론과 정치신학이다. 이러한 방법론은 두 개의 유럽적 정치현실, 곧 의회주의로 대변되는 자유주의적 입헌이론에 대한 비판과 바이마르 공화국으로 대변되는 독일 식 자유 민주주의적 종합에 대한 전면적 비판을 통해 구체화된다. 전자가 현대의회주의의 정신상황에 대한 비판이라면 후자는 독일 자유주의적 헌법론을 잇는 켈젠 유(類)의 실증주의적 법치국가론에 대한 비판이다.²⁾ 당시 유럽의 정치현실을 관통하고 있는 자유주의에 대한 정신사적 비판을 통해 권위결정론을 새롭게 정초하며, 그것의 정당성을 정치신학과 민주주의에 대한 자신만의 독특한 해석을 통해 마련한다. 바로 이러한 주객관적인 이론적 고찰의 정치적 귀결이 바로 칼 슈미트 헌법이론의 핵심개념

2) 켈젠과 슈미트는 헌법의 수호자는 과연 누구인가를 놓고 일대 논전을 벌였다. 켈젠(1991)은 헌법의 수호자는 의회, 대통령, 군사재판소 등 다원적 권력기관이 모두 해당한다고 주장했던 반면, 슈미트(1991)는 헌법의 수호자는 바로 정치적 위기상황에서 결단을 내릴 수 있는 권력에 해당한다고 하면서 오직 연방대통령만이 그 자격이 있다고 했다. 헌법의 수호자로서 연방대통령을 지목한 슈미트의 이러한 주장이 바로 바이마르 헌법 제48조를 주권독재 조항으로 해석하게 하는 연결고리가 되는 것이다.

이라 할 수 있는 주권독재론이다. 이하에서는 먼저 유럽 정치현실에 대한 슈미트의 비판을 살펴보고, 그의 정치이론의 핵심개념이라 할 수 있는 권위결정론을 정치신학과 주권독재론의 관점에서 고찰한다. 그 다음으로는 칼 슈미트의 헌법정치론이 한국의 정치현실과 무관하지 않음을 유신헌법 사례를 통해 살펴보고자 하며, 결론에서는 칼 슈미트가 제기한 입헌적 독재의 문제의식이 9·11테러 이후 새롭게 조성된 현재의 정치세계를 이해하는 데 있어서 상당한 시사점이 있음을 드러내고자 한다.

II. 자유주의 비판: 현대의회주의 위기론

칼 슈미트의 정치적 입장은 독일 보수주의적 지배층, 곧 독일 근대를 지배해온 용커 계급의 그것과 대체로 유사하다. 세계 1차대전을 통해 독일 제국은 몰락했다. 이와 더불어 용커 계급 또한 오랫동안 누려온 정치적 실권을 상실했다. 전쟁과 혁명이 교차하는 정치적 위기의 한가운데서 바이마르 공화국이라는 입헌 민주주의적 정치 제도가 창설되었다. 하지만 이를 주도한 독일 시민계급은 예의 정치적 무능력을 그대로 노정했다. 독일 시민계급은 단 한번도 정치적으로 독립해 본 적이 없었기 때문이다. 이러한 상황에서 실권은 상실했으나 그간 오랫동안 정치적 지배를 통해 통치 경험을 축적해온 용커계급과 실권은 장악했으나 통치의 한계를 드러내고 있는 부르주아 및 노동자 계급 간의 불신과 격렬한 대립은 정치적 위기 상황을 초래했다. 이는 다르게 표현하여 그 누구도 책임 있게 어떤 정치적 결정도 내리지 못하는 상황을 사실상 야기했다고 할 수 있다. 심지어 위로부터 흑색, 적색, 황색 순으로 층층이 나뉘어 있는 바이마르 공화국의 3색 깃발의 색깔 순서를 어떤 식으로 정해야 할지를 놓고도 정치세력마다 입장이 분분했으며, 독일 상선은 적색이 들어가면 깃발 게양을 거부할 것이라는 식의 해프닝이 야기될 정도였다.

칼 슈미트는 바이마르 공화국의 정치상황을 새로운 헌법구성을 통한 국가형식은 갖추었으나 국가의 본질인 정치적 통일성을 지니지 못한 것으로 간주한다. 결국 독일 시민계급이 준봉하는 자유주의와 대의제를 독일의 정치 환경 및 전통적 국가정신과는 대단히 이질적이며, 따라서 대단히 의제적 형식의 사이비 자유주의라고 파악하는 것이다. 다른 한편으로, 오랜 기간 독일 국가의 정치적 통일성을 유지해온 용커 귀족지배의 관헌국가를 당연하게 여겨온 독일 보수세력들에게 바이마르

공화국의 등장은 일종의 정신적 공황상태를 야기했다고 할 수 있다. 이들은 질서와 총화를 정치적 삶의 불문율로 만들어 왔기 때문이다. 그러므로 민주공화정을 헌법률로 확정한 바이마르 정치질서는 독일 보수세력에서 사회적 무질서와 정치적 혼돈으로 여겨졌음은 불문가지의 일이었다 하겠다(Heller 1996; 이해영 2004).

사정이 이러할 때, 독일의 보수적 지배엘리트들에게 헬러(Heller 1996)의 통찰대로 정치적 독재 이외에는 달리 다른 방도가 없었다고 해도 과언은 아니다. 제1차 대전 이전의 독일의 정치생활을 결정지어 온 군주주권은 이제 더 이상 정당성은 물론 실효성을 지닐 수 없다. 바이마르 헌법을 매개로 하되 궁극적으로 그것의 효력을 정지시키며 성격상 일차 대전 이전의 그것과 동일한, 그러나 그 정치정당성의 원리에 있어 새로운 국가적 통일성을 정치이론적으로 달성하고 보수혁명을 제도화하라는 급진적 주문이 칼 슈미트 앞에 던져졌다. 칼 슈미트는 이러한 물음에 주권독재론을 통해 답한 것이라 하겠다. 당시 상황에 대한 이러한 예비적 이해를 통해 어쩌서 칼 슈미트가 바이마르 공화국 헌법과 현대 자유주의에 대해 그토록 적의를 드러냈는가를 대략 이해 할 수 있을 것으로 여겨진다.

보수혁명의 정치제도화라는 거대한 목표를 위해 그가 맨 먼저 착수한 작업은 서구 자유주의와 의회주의 비판이었다.³⁾ 그렇다면 칼 슈미트가 이해하는 자유주의란 무엇이며 그 비판의 내용은 어떤 것인가? 그는 현대가 세 가지 위기의 시대라는 관점에서 문제를 풀어 간다. 오늘날 세 가지 위기를 구별할 수 있다. 첫째로 민주주의

3) 맥코믹(1997)은 칼 슈미트의 자유주의 비판이 서구계몽주의 이래 정치세계를 지배해온 기술주의 내지 실증주의 전반에 대한 우파적 비판이론의 특성을 지닌 탁월한 견해로 간주한다. 그는 슈미트가 제기한 의회주의 및 법치국가 등 자유주의적 정치기계에 대한 비판이 현재에 있어서도 여전히 논쟁적이라고 간주한다. 하지만, 필자는 개인적으로 그의 자유주의에 대한 비판이 구체적인 정치사회상황에 대한 것이라기보다는 이념정향적인 형이상학적 비판에 치우쳐 있지 않나 생각한다. 그는 자신이 보고 싶은 것만 보려 하며, 무엇보다 자유주의 정치이론이 국가와 사회의 적대와 조화라는 끊임없는 길항작용을 통해 발전해왔다는 것을 간과한다. 서구 자유주의 이론은 국가가 아닌 주로 사회 쪽의 정치적 문제제기였음을 이해한다면, 칼 슈미트에게서 '시민사회론'의 부재는 치명적인 이론적 결함이 아닐 수 없다. 이러한 예를 우리는 기본권을 오직 자유주의적 법치국가적 발전의 산물로만 이해하는 그의 편협한 정치적 관점에서 발견한다. 이에 반해 자유주의가 지닌 가치에 대한 이해가 동시대의 사회주의 이론가였던 그람시나 헬러에게서 나왔다는 사실은 정말이지 아니러니한 일이 아닐 수 없다.

의 위기, 둘째로 근대국가의 위기, 그리고 끝으로 의회주의의 위기 이상 세 개다. 이 가운데 그가 가장 관심을 갖는 주제는 바로 의회주의의 위기이다. 칼 슈미트는 토론과 공개성을 핵심원리로 하는 의회주의의 정신적 기초가 그 발전의 내적 경향에 의해서 변질되었고, 한동안 결합 양상을 띠어 왔던 민주주의와도 대립하게 되었다고 단언한다.

슈미트에 의하면, 의회주의에 특유한 모든 제도와 규범은 토론과 공개성에 의해 비로소 그 의의를 갖게 된다. 자유주의적인 합리주의로부터 파생되는 정치적 주장이란 정치생활의 공개성의 요청 그리고 권력분립의 주장, 더 정직하게 말하면 대립된 세 세력의 균형화에 관한 이론이며 이 균형화에서 평형으로서 정의가 자연스럽게 발생한다.

“의회는 공개적 토론이 진지하게 받아들여져서 실행될 때에만 ‘진실한 것’이다. 하지만 의회주의에 있어서 토론은 특별한 뜻을 가지며 단순한 거래를 뜻하는 것은 아니다. 즉 모든 대의제도에 특징적인 것은 여러 가지 이해투쟁에서 아니고 여러 가지 의견투쟁에서 법률이 제정된다는 것이다. 설득 당하는 데 기꺼이 응할 각오, 당파적 구속으로부터의 독립, 이기적인 이해에 구애되지 않는 것 등의 공통의 확신이 전제조건으로서 토론에 속하고 있는 것이다. 이에 반해 거래는 합리적인 정의를 찾아내는 것을 문제로 하고 있는 것이 아니고, 이익과 이득의 기회를 교량으로 해서 성취하고, 자기의 이익을 가능한 한 주장하는 것이며, 물론 이 거래는 여러 가지 연설이나 논의에 의해서도 이루어지지만 정확한 의미로서의 토론은 아니다”(Schmitt 1987, 17-18).

의회주의의 지위는 20세기의 정치상황에 있어 대단히 위기적이다. 그것은 대중 민주주의의 발전이 논의를 거듭하는 공개적 토론을 하나의 공허한 형식으로 만들어 버렸기 때문이다. 오늘날 정당은 이미 토론하는 의견집단으로서가 아니라 사회적 또는 경제적인 권력집단으로서 서로 대립하고 쌍방간의 이익과 권력획득의 가능성을 교량하고, 이 사실에 따라서 타협과 제휴를 하고 있다. 대중은 선전기관에 지배되고 있는데, 그것은 눈앞의 이익과 걱정애 호소해서 최량의 영향력을 떨치는 것이다. 진실한 토론을 특색 있게 하는 고유의미의 논거는 소멸해 버린 것이다. 그 대신에 나타난 것이 정당간의 교섭에 있어 이익과 권력획득의 기회를 잡기 위한 목적의식적인 타산이며 대중취급에 있어서는 선전에 적합한 눈길을 끄는 암시, 곧

상징(symbol)이다(Schmitt 1987, 20).

현대 의회주의의 정신사적 기초인 토론과 공개성 상실에 관련된 비판과 아울러 이로부터 정치적 공론장으로서의 의회가 비밀주의적인 위원회 내지 이해담합적 권력정치구조로 변질해 가는 과정에 대한 칼 슈미트의 분석은 경청할 만한 가치가 있다.⁴⁾ 나아가, 결론은 상반되지만 이후 하버마스가 서구 공론장의 구조변동과 관련하여 제기한 의사소통이론과 일정한 연속성을 지니고 있다. 하지만 슈미트가 여기서 행한 현대 의회주의의 정신에 대한 비판은 물론 정치신학의 문제설정 역시 당시 유럽에서 대표적인 반혁명 보수주의 철학자로 널리 알려진 카톨릭 사제 도노소 코르테스에게서 강하게 영향 받은 것이었다. 따라서 자유주의를 비판하면서도 토론과 공개성이라는 현대 대의주의의 핵심을 내적으로 보존하면서 민주주의를 통해 사회주의를 형성하려 했던 맑스주의 법학자 헤르만 헬러(Heller 1997; 2000)와는 달리, 칼 슈미트는 자유주의 혹은 의회주의의 그 자체를 폐기하려 했음을 알 수 있다.

“도노소 코르테스에 의하면 부르주아 자유주의의 본질은 정치사회적 의미를 지니는 이념 투쟁에서 결판내는 것이 아니라 그 대신에 토론을 전개하려고 노력하는 데에 있다. 그는 부르주아지를 ‘토론하는 계급’이라고 정의한다. 이리하여 부르주아지는 규탄을 받는다. 왜냐하면 그들은 결단을 회피하려 하기 때문이다. 모든 정치활동을 신문이나 의회와 같은 언론으로 옮기려는 계급은 사회투쟁의 시대에 적응하지 못한다. 7월 왕국시대의 자유주의적 부르주아지의 내적인 불안정성과 불철저성은 주지하는 바이다. 그들의 자유주의적 입헌주의는 국왕을 의회에 의해서 약화시키면서, 또한 왕위에 머무르게 하였는데, 이것은 신을 세계에서 추방하면서 더욱이 그 존재를 보장하는 이신론이 범한 것과 동일한 논리적 모순이다. 또한 자유주의적 부르주아지는 신을 원하지만 그 신의 활동은 부정되어야 하며, 군주를 원하지만 그 군주는 무력해야 한다. 부르주아지는 자유와 평등을 요구하면서 선거권을 유산계급에 한정 한다. 이것은 교양과 재산의 입법에 대한 영향력을 확보하기 위한 것이다. 마치 교양과 재산이 빈곤하고 무교양한 사람들을 억압할 권리가 부여되어 있는 것 인양 말이다. 부르주아지는 혈통과 가계에 의한 귀족정치를 폐기하면서, 더구나 금권귀족의 파렴치한 지배, 즉 귀족정치 중에서도 가장 우매하고 저열한 형태를 인정한다. 부르주아지는 군주주권이나 인민주권도 원하지 아니한다. 그렇다면 도대체 무엇을 바라는가?” (Schmitt 1988b, 60).

4) 칼 슈미트의 자유주의 비판에 대한 의의와 한계에 대해서는 샬탈 무프(2001) 참조.

슈미트는 사실상 코르테스의 입을 빌려 자기가 하고 싶은 얘기를 하고 있는 것이다. '토론하는 계급'이라는 부르주아지의 정의나 언론·출판의 자유가 부르주아지의 종교라는 코르테스의 인식이 자유주의 전체를 이해하는 데 있어 결정적인 단언이라고 까지는 생각하지 않으나 대륙의 자유주의에 대해서는 탁월한 착상임을 인정한다고 하면서 계속해서 다음과 같이 말한다.

“예를 들면 콩도르세의 체계, 즉 단지 입법부뿐만 아니라 인민 전체가 토론하며, 인간 사회가 하나의 거대한 클럽으로 변하고, 이리하여 진리는 토론을 표결한 결과 저절로 생겨나온다는 것이 정치생활의 이상이라는 것을 실제로 믿지 않으면 안된다. 코르테스는 이것이야말로 책임을 회피하기 위한 사상이며, 언론·출판의 자유의 중요성을 지나치게 과장하며 결국에는 결단을 필요 없게 만들려는 하나의 방법으로 생각할 뿐이다. 자유주의는 개별적인 정치문제 모두를 토론하며 교섭 재료로 삼듯이, 형이상학적인 진리도 토론 속에 해소시켜버리려고 한다. 자유주의의 본질은 교섭이며, 결정적인 대결과 피비린내 나는 결전은 의회의 토론으로 변하고, 결정은 영원한 토론에 의해서 영원히 정지될 수 있다는 희망을 가지고 천천히 기다리는 불완전한 것이다”(Schmitt 1988b, 63).

그렇다면 대안은 무엇인가? “토론의 반대는 독재다. 항상 극단적인 경우를 상정하며 최후의 심판을 기다린다는 것이 코르테스와 같은 정신의 결정주의에 내포되어 있다”(Schmitt 1988a, 65). 하지만 코르테스의 독재론은 슈미트가 보기에 중대한 결함을 지니고 있다. 그것은 바로 정치적 정당성이라는 헌법정치이론의 근원적 문제들을 폐기해버렸기 때문이다.

“코르테스를 포함하여 저 반혁명 국가철학자들은 결정이라는 계기를 강조한 나머지 이 계기가 결국은 그들의 출발점이었던 정당성 사상을 폐기하기에 이르렀다. 도노소 코르테스는 이미 군주는 존재하지 않으며, 어떠한 군주도 국민의 의사로써 군주가 되는 이상의 용기를 가지지 못하며, 군주제의 시대는 종말을 고하였다는 인식에 도달하자마자 그 결정주의에 종지부를 찍고 정치적 독재를 요청하였다. 이미 앞에서 인용한 드 메스트르의 표현 속에서 국가를 결단의 계기로 환원하려는 사상이 나타나 있으며, 이 결단이란 추론이나 토론, 자기변명 등을 하지 않는 순수한 결단, 무에서 창조된 절대적 결단인 것이다. 그러나 이것은 본질적으로 독재이며 정당성은 아니다. 도노소는 최후의 결전이 임박했음을 확신하고 있었다. 과

격한 악에 직면하여 해결하는 길은 독재 밖에 없으며, 세습이라는 정당성의 사상은 이러한 경우 공허한 자기 정당화가 될 뿐이다”(Schmitt 1988b, 65).

이로부터 칼 슈미트는 현대 의회주의 정치를 지양하는 두 가지 계기가 입헌주의적 정당성과 독재사상으로부터 연유할 수밖에 없음을 간파했다고 할 수 있다. 즉, 정당성의 근원이라고 할 수 있는 인민의 헌법제정권력에 의거한 항구적인 독재기관의 창설로서의 주권 독재, 이를 통한 보수혁명의 영속화가 칼 슈미트의 헌법정치의 야심 찬 목표가 된 것이다.⁵⁾

III. 주권독재론의 방법론적 기초: 헌법제정권력과 정치신학

현대 의회제의 정치적 징표는 합법성에 있지 결코 정치적 정당성에 있는 것은 아니라는 게 칼 슈미트의 핵심주장이다. 앞서 말한 대로 이는 민주주의와 자유주의 혹은 의회제의 정신적 기반의 차이로부터 도출된다. 민주주의적 정당성의 정치적 제도화가 반드시 입헌적 의회제일 필요는 없으며, 입헌적 독재의 형식을 띠는 것도 가능하다. 슈미트는 정치적 정당성은 복종과 명령의 근거로 작용해야 하기 때문에 간접권력이 아닌 오직 권력의 직접적 속성, 따라서 인격적 권력으로부터만 유출되어 나오며, 이러한 인격을 담지 하는 권력만이 예외 혹은 위기 상황에서 정치적 결정을 실제로 내릴 수 있다고 본다. 이는 홉스적 의미의 ‘명령으로서의 법률’을 실

5) 오늘날 지배적인 부류의 정당성이 실제적으로 민주주의인 것은 중요하다. 1815년부터 1918년으로의 발전은 정당성 개념의 발전으로서 즉 왕조적 정당성에서 민주주의적 정당성의 발전으로 표현할 수 있다. 오늘날 민주주의 원리가 요구해야 할 것은 왕년의 군주제 원리가 갖고 있던 것과 유사한 의미이다. 정당성이라는 개념은 그 구조와 내용을 바꾸지 않으면 그 주체를 변경할 수 없는 것으로 상세하게 말하는 것은 여기에서는 중요하지 않지만 적어도 그것은 지적되지 않으면 안되는 것이다. 정당성에는 두 개의 다른 종류가 있으며 설혹 법률가가 거의 의식하지 않더라도 이 개념이 불가결의 것이 아니 된다든지 혹은 그 본질적인 제 기능이 인식되지 않게 된다든지 하는 것은 아닐까. 국내법상 오늘날 일반적으로 모든 정부는 민주주의적인 원칙에 근거해서 성립된 입헌의회가 인가 할 때까지는 단순히 임시정부에 지나지 않는 것이라고 생각되며 이 기초에 의하지 않는 권력은 모두 찬탈된 권력이라고 간주되는 것이다”(Schmitt 1987, 65).

행에 옮기는 국가권력의 창설 요구를 불가피 하게 하는 것이다.

홉스의 과학적 체계의 기초에는 매우 명백하게 국가 이외에는 어떠한 법도 존재하지 않으면, 국가의 가치는 바로 그것이 법에 관한 다툼에 결정을 내림으로써 법을 창조한다는 점에 주된 명제가 있다. 홉스에게 “법률은 충고가 아니고 명령”이며 법률은 본질적으로 권위이며 합리주의적 = 법칙국가적인 법률개념과는 달리 진리나 공정성이 아니라는 것은 자명한 것으로 이해된다. 국가는 어떠한 불법도 할 수 없다. 왜냐하면 어떠한 규정도 그것이 결코 정의의 이념에 합치되기 때문이 아니라 국가가 그것을 국가의 명령의 내용으로 함으로써만 법이 될 수 있기 때문이다. 슈미트 헌법이론 전체를 통해 반복적으로 등장하는 홉스의 권위결정의 테제, 곧 진리가 아니라 권위가 법을 만든다는 것이다. 그러므로 그에게 법은 정의의 규범이 아니라 최고 권력을 가지며, 그것에 의해서 국가구성원의 장래의 행동을 규정하려고 하는 자의 명령을 의미한다(Schmitt 1996, 47).

그렇다면 정치적 국가의 명령인 법률을 실효성 있게, 다시 말해서 정치권력을 권위 있게 만드는 것은 무엇인가? 그것은 바로 주권이다. 여기에서 홉스의 권위결정설은 보댕의 주권이론과 결합된다. 하지만 슈미트는 ‘주권은 최고권력이다’는 식의 주권에 대한 통상적 정의를 동어반복적이고 완전히 공허한 상투어라고 말한다. 왜냐하면, 주권자란 비상사태를 결정하는 자이어야 하기 때문이다. 비상사태에 관한 결정이야말로 진정한 의미에서의 결정이다. 문제는 주권의 구체적인 적용을 둘러싼 다툼이다. 그것은 분쟁이 일어났을 때에 무엇이 공익 또는 국가이익이며, 공공의 안전과 질서, 공공의 복지 등이 어디에 있는가에 관하여 누가 결정을 내리는가 하는 데에 있다. 모든 질서와 마찬가지로 법질서 역시 결정에 근거를 두며, 주권의 문제는 비상사태에 관한 결정의 문제이다. 따라서 주권 문제의 핵심은 항상 헌법에 근거하여 규정되지 아니한 권능에 관하여 누가 결정을 내리는가, 즉 결정권의 문제에 관하여 법규에서 아무런 해답도 제시하지 못하는 경우에 누가 결정권을 가지는가 하는 것이다(Schmitt 1988b, 21).

다른 한편, 법이 특정한 정치사회적 의미를 갖기 위해서는 질서가 만들어져야 한다.⁶⁾ 즉 정상적 상태가 창조되어야 하는데, 이러한 정상적인 상태가 실제로 존재하

6) 카톨릭의 정치사상으로부터 유래하는 칼 슈미트의 질서사고와 실정법의 관계를 논하는 글로는 카이저(2001) 참조.

는 가의 여부를 명확하게 결정하는 자가 바로 주권자이다. 슈미트에게 모든 법은 '상황의 법'이다. 주권자는 전체로서의 상황을 그의 전체성 속에서 보장하는 바, 이러한 주권자야말로 궁극적 결정의 전담자인 것이다. 이 점에 바로 국가주권의 본질이 있다. 그것은 정확하게는 강제의 독점이나 지배의 독점이 아니라 결정의 독점으로서 법학적으로 정의되어야 한다. 비상사태는 국가권위의 본질을 가장 명확하게 나타낸다. 여기서 결정은 범규범에서 분리되며, 또한 역설적으로 법을 창조하기 위하여 법을 소유할 필요는 없다는 것이 권위를 입증하고 있는 셈이다(Schmitt 1988b, 23).

칼 슈미트가 이해하는 보댕 주권론의 핵심은 위기상황에서 결단하는 최고 권력으로서의 주권개념에 있다고 할 수 있다. 이는 정당성을 안출하는 권위의 원천으로서의 군주 혹은 인민의 헌법제정 행위를 통한 법제도적 형식을 지닌 국가 창설로 연결된다. 이처럼 최고 권력과 법적 권력의 결합이야말로 주권개념의 근본문제이다. 바로 이러한 이론적 전제가 칼 슈미트로 하여금 입헌적 독재로서의 주권독재론을 고안하게 하는 상황을 연출케 하는 것이다.

“법을 창조하기 위해 법을 소유할 필요는 없는” 그러한 조건을 충족시키기 위해서는, 슈미트의 비유에 따르면, 시민적 법치국가적 헌법이론의 표현방법으로 하면 하나의 유일한 지위에 모든 국가권능을 집중시키는 일이 필요한데 바로 이와 같은 정치상태를 독재라고 부를 수 있다.

“지금까지 있던 헌법률을 혁명을 통해서 제거한 후에 개최되는 헌법제정의회의의 독특한 상황을 주권적 독재라고 부르는 것이 가장 좋을 것이다. 그것은 민주정적 헌법의 기본 상황으로부터만 이해될 수 있다. 새로운 헌법률적 문서가 효력을 발생하기 전에는 그 의회가 정치적 통일체의 합헌법적인 위정자이고 국가의 유일한 대표자로서 행동한다. 그것이 하는 모든 것은 그에게 직접 위임되었고, 하등의 권력분립과 헌법률적 통제의 제약을 받지 않는 정치적 권력의 직접적인 결과이다. 그러므로 헌법제정의회는 자기 스스로가 부과하는 제약 이외에는 어떠한 제약도 받음이 없이 당해 상황에 비추어서 필요하다고 생각되는 조치를 취할 수 있는데, 그것은 독재의 본질적 내용에 속한다고 볼 수 있다”(Schmitt 1976, 79).

주권적 독재는 기존질서 전체를 그 행동에 따라서 제거해야 할 사태로 간주한다. 주권적 독재는 현행 헌법에 근거하여, 즉 헌법상의 하나의 법에 의해서 현행법

을 정지하는 것이 아니라 헌법이 진정한 헌법으로서의 모습으로 있을 수 있는 상태를 만들려고 노력하는 것이다. 그것은 현행 헌법이 아니라 초래되어야 할 헌법, 곧 독재에 대항하는 어떠한 헌법에 의해서도 제거될 수 없는 헌법제정권력에 근거한다(Schmitt 1996, 174).

이러한 헌법제정권력에 대해 프랑스 혁명의 이론가 시에예스는 이른바 '조직화할 수 없는 그 무언가를 조직하는 것'의 발견으로 정의한다. 모든 국가본질의 근원력인 인민, 국민은 끊임없이 새로운 기관들을 제정한다. 그 권력의 끊임없이 불가해한 심연으로부터 항상 새로운 형태들이 생겨나는데, 국민은 언제나 그것을 타파할 수 있으며, 그 형태들 속에서 국민의 권력이 결코 명확하게 한정되지는 않는다. 국민은 강권법의 무제한적이며 제한할 수 없는 보유자가 되며, 더구나 이것은 긴급사태에만 한정할 필요조차 없다. 국민은 결코 자기 자신을 제정하는 것이 아니라 항상 단지 타자만을 제정한다. 따라서 국민과 제정기관들과의 관계는 상호적인 법적 관계는 아니다(Schmitt 1996, 179).

그런데 여기서 문제는 일방적으로 권리만을 지니는 헌법제정권력의 주체인 인민의 실체가 대단히 무정형적이고 비결정적이라는 사실이다. 다시 말해서, 조직할 수 없는 그 무언가를 조직하는 것의 아포리! 그렇다면 헌법제정을 유일하게 관장할 수 있는 주권자적 지위를 지닌 인민의 정치적 정당성은 어디로부터 온 것이란 말인가? 슈미트는 이러한 형이상학적 문제는 정치신학의 고유영역이라고 말하면서, 실제의 역사에서는 이러한 인민의 헌법제정권력을 위탁받은 제도 창설의 불가피성을 시에예스의 말을 빌려 인정한다. 그것이 바로 헌법을 제정하는 국민대표기관으로서 인민에게 권한을 수탁받은 헌법제정국민회의의 역할이다.⁷⁾

시에예스는 헌법제정권력에 의해 제정된 권력과의 관계에 대해 논하면서 이것과 이른바 대표의 허용성을 결부시킨다. 그는 1789년의 헌법제정의회의의 대의원도 강제위임의 보유자와 대립되는 대표자라고 해석했다. 그들은 사자(使者)로서 이미 확정된 의지를 전달하는 것이 아니라 그 의지를 이제부터 '형성하는' 임무를 가지게 된다. 따라서 인민의 의지는 오직 대표자라는 인물과 대표가 존속해야 하는지의 여부에 대한 결정에만 관계한다. 실제로 의지는 명확할 필요는 없다. 왜냐하면 의지가 어떻게든 형성되고 나면 그것은 제정적으로 되지 않고 그것 자체가 제정된

7) 시에예스와 칼 슈미트의 헌법제정의 정치이론의 관계에 대해서는 파스키노(2001) 참조.

것이기 때문이다(Schmitt 1996, 179).

헌법제정권력과 관련된 주권독재에 대한 슈미트의 논의를 정리하면, 주권적 독재를 통해 헌법을 실제로 제정하는 주체는 사실상 인민대표기관 내지 그러한 권력을 위임받은 인격적 개인일 수밖에 없다는 것이다. 다만, 그러한 권한은 헌법제정 권력을 지닌 인민의 의사에 의해 보장받고 위탁된 것으로 상정될 뿐이다. 이것이 가능한 이유는 바로 칼 슈미트의 민주주의에 대한 정의, 곧 치자(治者)와 피치자(被治者)의 동일성으로까지 고양된 동일성에 의해 정의된 그러한 민주주의 때문이다.

“민주주의에 있어서는 명령하는 자와 복종하는 자는 동일하며, 주권자 즉 모든 시민으로 이루어지는 의회는 임의로 법률이나 헌법을 개정할 수 있다는 것이다. 현대 대중민주주의는 민주주의로서 치자와 피치자와의 동일성을 실현하려고 시도하고 그 과정에서 벌써 이해할 수 없는 구시대의 제도로서 의회를 만난 것이다. 이 민주주의적 동일성이 진지하게 받아들여진다면 특히 위급한 경우에 있어서는, 어떤 방법으로든지 표명된 저항할 수 없는 국민의 의지라는 유일한 표준 앞에서는 어떠한 다른 헌법상의 제도도 문제가 될 수 없다”(Schmitt 1987, 35-38).

여기서 인민은 다만 자신이 권력을 위탁한 헌법제정기관에 의해 창설된 헌법이 자신의 의사와 일치하는가의 여부만 확인해주면 될 뿐이다. 결과적으로 그리고 실질적으로 헌법제정권력으로서의 인민은 헌법의 승인 가부를 정할 때 출현하며, 이를 통해 주권은 인민으로부터 나온다는 민주공화제의 원칙이 확정되었다고 일회적으로 '상정' 될 뿐이다.

“인민의 직접적인 의사표시의 자연적인 형식은 집합된 군중의 찬성 또는 반대하는 외침, 즉 갈채다. 현대 광역국가에서는 모든 인민의 자연적이고 필요불가결한 생활표시인 갈채는 그 자태를 변화시켰다. 여기서는 갈채는 공론으로서 표시된다.(……)인민의 헌법제정권력은 항상 기본적인 예 또는 아니오를 통해서만 표시될 수 있고, 또 그렇게 함으로써 헌법의 내용을 형성하는 정치적 결단을 내릴 수 있는 것이다”(Schmitt 1976, 104-105).

헌법제정권력의 담지자로서의 인민은 무언가를 산출하는 존재로서 능산적 자연에 비유되며, 의무는 없고 오직 권리만을 지닌다는 시에에스의 언급을 통해 정치신

학의 핵심이 헌법을 산출하는 정치적 정당성의 기제, 곧 인민주권의 해석에 놓여 있음을 알 수 있다. 주권적 독재를 정당화하는 헌법제정권력과 이러한 권력을 산출하는 주권자로서의 인민이라는 이론적 연쇄구조는 민주주의에 대한 슈미트의 인식과 근본적, 형이상학적 정치사유라는 측면에서의 정치신학을 통해 도출되는 것이다. 한마디로, 정치신학은 칼 슈미트의 주권독재사상의 배면에 깔린 인식론에 해당하는 소위 '정상과학'의 역할을 하고 있는 셈이다.

“모든 권력은 국민에서 유래한다는 신념은 모든 정부의 권력은 신에 유래한다는 신념과 같은 의의를 갖고 있는 것이다. 이들 제명제의 각각은 정치현실에 있어서 여러 가지 통치형태나 법률적 귀결을 수렴할 여지가 있다. 민주주의의 과학적 고찰은 내가 정치신학이라고 부른 특수한 영역을 갖지 않으면 안될 것이다. 19세기에는 의회주의와 민주주의가 같은 뜻을 갖고 있다고 받아들여질 정도로 서로 결합되어 있었으므로 민주주의에 대한 이와 같은 관찰이 우선 먼저 행해지지 않으면 안됐다. 민주주의는 현대 의회주의라는 것이 없어도 존재할 수 있고 의회주의도 민주주의가 없어도 존재할 수 있다. 그리고 독재는 민주주의에 결정적으로 대립하는 것이 아니고 민주주의도 독재에 결정적으로 대립하는 것이 아니다” (Schmitt 1987, 68-69).

슈미트에 따르면, 근대국가론의 모든 주요한 개념은 세속화된 신학적 개념이다. 이는 전지전능한 신이 전능한 입법자가 되면서 신학에서 국가론으로 전이된 근대국가론의 주요 개념의 역사적 발전 때문만이 아니라, 또한 그것의 인식이 이 주요 개념들의 사회학적 고찰에 필수적인 바로 체계적 구조라는 점에서 그렇다. 슈미트는 '신학에서의 기적이 법학에서의 비상사태와 유사한 의미'를 가지고 있다고 한다. 바로 이 체계적 구조를 찾아내는 작업이 유추 또는 개념사회학이다. 개념사회학에는 최종적, 발본적인 체계적 구조가 발견되고 이 개념 구조를 한 특정 시대의 사회구조의 개념적 가공과 비교되는 일이 포함된다. 예를 들어 17세기의 왕정을 데카르트적 신(神) 개념이 반영된 현실적인 것이라고 묘사한다면 그것은 주권의 개념사회학이 아니다. 그렇지만 왕정의 역사적, 정치적 존속이 당대 서유럽 인간의 모든 의식상태에 조응하고 그리고 역사적, 정치적 현실의 법학적 형상화를 통해 그 개념구조가 형이상학적 개념의 구조와 일치하는 하나의 개념을 발견할 수 있음을 보인다면 그것은 주권의 개념사회학에 속하는 것이다” (Schmitt 1988b, 49).

다시 말해서, 17세기 왕정에서 신은 왕이라는 형이상학이 바로 당대의 사회구조와 조응하는 것처럼, 20세기 민주정에서 신은 주권자라는 형이상학은 여기에 조응하는 사회구조를 갖는다는 말이 된다. 사회 내지 정치구조와 형이상학적 상의 정신적이지만 실제적인 동일성을 증명하는 일이 바로 개념사회학이며 슈미트가 말하는 식의 '정치신학'이 되는 것이다.

“루소에 있어서 일반의사는 주권자의 의사와 동일시된다. 그러나 동시에 일반의 개념은 그 주체라는 점에서 양적인 한계를 지니고 있다. 즉 민중이 주권자가 된다. 이리하여 종래의 주권개념의 결정주의 및 인격주의적 요소는 상실되었다. 민중의 의사는 항상 선하며, 인민은 항상 유덕하다. 국민이 어떻게 의사를 만들더라도 의사를 만들면 충분하다. 그 형식은 모두 선이며 그 의사는 항상 최고의 법이다(시에예스). 그러나 인민은 항상 정당한 것을 하려고 한다는 필연성은 인격적 주권자의 명령을 특징짓는 정당성과는 별개의 것이다. 절대군주는 이해항쟁에 결단을 내리며, 그럼으로써 국가적 통일의 기반을 닦았다. 인민으로서 표시되는 통일체는 이러한 결정주의적 성격을 가지지 못한다. 이것은 유기적 통일체이며, 국민의식과 함께 유기적 총체로서의 국가라는 관념이 생긴다. 이와 같은 사상사적인 고찰에서 본다면, 19세기 국가이론의 발전은 일체의 유신론적, 초월적 관념의 제거와 새로운 정당성 개념의 형성이라는 두 개의 특징적인 요소를 나타낸다. 전통적인 정당성의 개념은 명백히 모든 명증성을 상실한다. … 1848년 이후 국법학은 실정화 되고 일반적으로 이 말의 배후에는 자신의 난처함을 은폐하거나 또는 다양한 표현을 취하면서 모든 권력을 국민의 헌법제정권력으로 돌린다. 즉 군주적 정당성 관념 대신에 민주적 정당성 관념이 등장한다. 따라서 결정주의 사상의 가장 위대한 대표자의 한사람이며, 모든 정치적 형이상학의 핵심을 근거에서 자각한 카톨릭 국가철학자 도노소 코르테스가 1848년 혁명을 보고, 왕권주의 시대의 종말을 인식한 것은 예측할 수 없을 정도로 중대한 사건이다. 국왕은 이미 존재하지 않기 때문에 왕권주의도 존재하지 아니한다. 따라서 전통적인 의미에서의 정당성도 존재하지 아니한다. 이리하여 코르테스에게 남은 길은 단 하나, 독재뿐이다”(Schmitt 1988b, 51-53).

슈미트에게 현대 민주주의의 조직 형식은 따라서 반드시 입헌주의적 대의제일 필요는 없다. 입헌적 독재의 하나의 정치형태인 주권적 독재 역시 유력한 정치적 대안이 될 수 있다. 오히려 비상사태 내지 예외적 상황에서 정치적 결정을 보게 하는 것은 토론과 공개성에 의거한 대의제가 아니라 정치적 독재다.⁸⁾

그러나 이러한 결정이 정당성을 갖기 위해서는 민주주의적 동일성, 곧 치자와 피치자의 동질성의 수준으로까지 고양된 동일성에 의거한 인민의 헌법제정권력에 그 기반을 두어야 한다. 다름 혹은 차이에 의해서는 민주주의가 실행될 수 없다. 왜냐하면 그것은 다원주의라는 미명하에 국가를 분열시키며, 따라서 실효성 있는 정치적 결정을 담보해내지 못하기 때문이다. 이로부터 인민의 헌법제정권력, 곧 입헌주의에 입각한 민주주의와 정치적 독재가 하나로 결합하여 유통될 수 있는 단초가 마련되며, 그것이 바로 주권독재론의 핵심 내용이다. 주권적 독재는 이 둘을 결합하기 때문에 정당할 뿐만 아니라 헌법에 기초하기 때문에 합법성을 띤다. 이러한 주권독재는 구체적으로 예외 또는 위기 상황에서 직접적으로 헌법에 의거 또는 헌법을 대치하여 법, 즉 명령을 발동할 수 있는 헌법제정권력의 대표자로서 인격적 권력의 형태를 취하는데, 슈미트는 바이마르 헌법 제48조에 의거한 대통령의 비상명령권을 그러한 주권 독재의 근거로서 발견한다.

결과적으로 칼 슈미트의 주권독재론은 히틀러가 합법적으로 권력을 잡을 수 있는 정치적 연결고리의 역할을 했다 해도 과언이 아니다. 그는 바이마르 공화국의 정치적 위기와 헌법 붕괴 과정에서 민주주의, 곧 헌법제정권력에 입각한 입헌 독재로서의 주권독재개념을 포기함으로써 사실상 나찌의 정치 쿠데타와 히틀러 개인의 무단독재를 합리화하는 제3제국의 어용헌법학자로 전락하는 결과를 자초했다.⁹⁾ 물론 슈미트가 독일 보수주의의 연장시각에서 바이마르 헌법체제를 대단히

8) “구체적 삶에 대한 철학이 예외로부터 혹은 극단적인 경우로부터 후퇴해서는 안된다. 오히려 최고의 정도로 여기에 관심을 가져야 한다. 이 철학에 대해 예외는 규칙보다 훨씬 중요하다. … 예외는 정상적인 경우보다 흥미롭다. 정상적인 것은 아무것도 증명할 수 없지만 예외는 모든 것을 증명한다. 예외야말로 규칙을 확인해줄 뿐만 아니라 규칙은 오직 예외를 통해서만 생존한다(Schmitt 1988b, 24-25).

9) 다음과 같은 슈미트의 언급을 참조하라. “국가사회주의 국가의 국법은 정치적 지도의 무조건적 우위가 오늘날의 국가제도에서 확고하게 인정된 근본원칙이라는 자각에 도달하지 않으면 아니된다. 이러한 근본원칙의 정확한 적용은 입법부와 집행부를 분리시키는 자유주의적, 헌정국가적 원칙의 철폐이며, 정부가 진정한 형식적 입법권을 가진다는 것이다. 나아가 모든 법률의 발의는 원칙적으로 정부의 사항이라는 것도 위의 근본원칙에 적용된다. 그 결과 경우에 따라서는 또한 총통이 의회를 소집하고 그렇게 함으로써 입법을 할 수도 있다. 이에 반해 의회가, 예컨대 바이마르 헌법 제24조의 이른바 의원의 3분의 1의 권리에 근거하여 총통의 의사에 반하여 소집되고 거기에서 이른바 의원입법

불만족스럽게 여긴 것은 사실이지만, 그의 주권독재론이 과연 히틀러 1인 독재체제하의 정치질서를 의식적으로 기도한 것인가의 여부는 확인하기 대단히 힘든 문제다. 하지만 적어도 1933년 3월 24일 연방의회에서 국가사회주의 정당으로의 권력 위양을 다룬 수권법으로서의 소위 ‘잠정헌법’이 통과되기 이전까지만 하더라도, 칼 슈미트는 바이마르 헌법 질서를 격렬히 비판하긴 했어도, 현대헌법체제가 그 정치적 구성과 법치국가적 구성을 동시에 지니며 두 가지 특성이 모두 불가피함을 인정했다고 할 수 있다. 슈미트에 따르면 헌법의 법치국가적 구성은 자유권으로서의 기본권과 3권 분립의 보장을 통해 형성된다. 이러한 법치국가적 구성에 대한 민주주의의 조직원리와 같은 정치적 구성의 우위를 인정하면서도 법치국가적 구성이 계속 그리고 동시에 유지될 수밖에 없음을 인식했다. 하지만 1933년 이후의 히틀러 집권 과정에 대한 칼 슈미트의 정치적 해석은 헌법상의 법치국가 규정을 사실상 소멸시켰다.

무엇보다 헌법이론적으로 가장 문제가 되는 것은 히틀러의 집권 당시 칼 슈미트가 주권독재론의 가장 핵심적인 민주적 정당성의 정치기제로 강조한 인민의 헌법제정권력이 전혀 작동된 바 없다는 사실이다. 그러나 칼 슈미트 정치이론의 이러한 불철저함과 비밀관성, 그리고 현상추수적 경향성은 인민의 헌법제정권력의 문제를 정치신학의 문제로 돌릴 때부터 이미 예견된 것이나 다름없었다고 할 수 있다. 헌법에 정당성을 부여하는 일반의사로서의 헌법제정권력이란 무엇인가? 그것의 제도적 실체는 과연 실제로 조직될 수 있는가? 아니면 인민은 대표될 수 없기에 인민의 총의를 통해 헌법이 형성된다는 식의 이상정치적 조건만을 단지 선언적 규정으로 상징할 수 있을 뿐인가? 정치적 정당성의 항구적 근원으로서 헌법을 창설할 수 있는 인민의 영구적 대표기관을 창설하는 방법을 통해 보수혁명을 입헌적으로 보장할 방도는 없는 것인가? 요컨대, 슈미트 헌법이론의 아킬레스 건은 과연 의회와는 다른, 그러나 동시에 별도의 헌법제정권력의 영속적 제도화가 가능한가 여부였다고 할 수 있다. 이러한 정치적 난제에 대한 해결을 시도한 아마도 최초의 사례는 흥미롭게도 1970년대 현대한국정치를 통해 출현했다. 유신헌법의 통일주체국민회의에 대한 정치적 컨셉이 바로 그것이다.

이 제출될 모든 가능성을 사실상 부정될 뿐만 아니라 국법상으로도 부정된다”(Schmitt 1988d, 165-166).

IV. 칼 슈미트 주권독재적 헌법론의 적용사례로서의 한국의 유신헌법

1972년 11월 21일, 국민투표를 통해 확정된 이른바 '유신헌법'은 한국 현대정치사에서 저주받은 그 무엇이었다. 본디 유신(維新)이란 말은 혁신과 유사어로서 낡은 제도나 체제를 아주 새롭게 고친다는 대단히 좋은 의미를 지니고 있다. 그럼에도 불구하고 유신헌법은 박정희 대통령의 종신집권을 통한 1인 독재정치의 대명사처럼 여겨져 왔다. 그러다보니 유신헌법이 폐지된 1980년 이래로 헌법정치론적 관점에서 유신헌법을 다룬 학술논문이 거의 없는 게 현실이었다. 한국 사회과학계의 이러한 태도는 흡사 일제 식민지 통치가 문제가 있다고 하여 그 시대를 학문적 연구주제에서 제외하는 것과 비슷한 소치로 여겨진다. 하지만 바꾸어 생각해보면 외세 지배가 다시는 도래하지 않기 위해 오히려 일제시대를 더욱 더 연구해야 하는 것과 마찬가지로 이 땅에 민주주의적 헌정질서가 다시금 붕괴되는 사태를 막기 위해서조차라도 유신헌법에 대한 연구를 통해 그것의 반면교사로 삼을 만한 충분한 이 유가 된다 하겠다.

거의 한 세대 만에 유신헌법을 지상으로 끌어올린 가장 큰 이유는 헌법 정치이론적 측면에서 보수혁명을 제도화한 대단히 흥미 있는 사례로서 슈미테리안적 헌법정치론의 관점에서도 상당한 이론적 혁신의 내용을 담고 있다고 생각하기 때문이다. 정치학계나 헌법학계의 해석은 유신헌법이 박정희 개인의 종신집권을 위한 헌법적 장치였다는 게 대체적 중론이다. 다시 말해서, 유신헌법은 극단적인 권위주의적 헌정체제로서 실제에 있어서 삼권분립 등 법치국가적 규정을 파괴한 입헌민주주의에 반하는 헌법으로서(김철수 1999, 880-881), 박정희 대통령이 자신의 집권을 장기화하기 위해 궁정 쿠데타를 통해 군부권위주의 체제를 제도화 했다는 가장 주요한 특징이 있다는 것이다(김태일 2001). 이러한 견해에 대해서 대체로 동의하긴 하지만, 헌법정치이론의 관점에서 살펴보는 것도 의미 있다고 생각한다.

유신헌법 텍스트를 하나하나 뜯어보면 칼 슈미트의 주권독재론이 상당히 영향을 미쳤음을 알 수 있다. 슈미테리안적 헌법정치이론의 영향이 가장 먼저 눈에 띄는 대목이 헌법 전문의 “조국의 평화적 통일의 역사적 사명”이라는 문구이다. 이 문장이 중요한 것은 정치적 통일체, 곧 국가의 국민적 목표를 설정함으로써 우적관

계를 형상화하고 유신헌법이 예외상황에서의 정치적 결단임을 강조하고 있기 때문이다(갈봉근 1975, 4-5). 따라서 정권이 설정한 조국의 평화적 통일에 방해가 되는 세력은 곧바로 적으로 규정되는 셈이다. 이와 같이 자의적인 예외 상황 규정을 통해 발동된 이른바 '권위가 법을 만든다'는 권위결정의 문제들은 유신헌법상의 대통령의 지위와 권한을 사실상 주권자의 지위로 격상시키는 유례없는 권력집중 현상을 초래하게 했다. 무엇보다 대통령은 헌법적 규정에 의해 입법, 사법, 행정 3권을 실질적으로 행사할 수 있다.

사실상 총통제에 버금가는 강력한 대통령 권한은, 유신헌법의 핵심 기초자 가운데 하나인 갈봉근 교수에 따르면, 대통령의 영도적 권력에서 나온다. 이것 역시 슈미트가 히틀러의 총통 권한을 정치적 지도에 두고 있는 것과 사실상 대동소이 하다.

“유신헌법에서의 대통령은 단순한 중립적 권력을 의미하는 것이 아니라, 나아가서는 국가의 존립과 국민의 생존에 관한 문제를 결단하는 좀더 적극적인 영도적 권력을 의미하고 있다. 즉, 처음부터 국가적 존립과 같은 위기의식, 국가의 통일과 같은 목적의식에서 대통령에게로 권력을 집중하고, 또한 그 필연적인 결과로서 권력의 인격화를 결과하게 함으로써, 제도적으로 대통령에 있어서의 영도적 권력을 확립케 하고 있다. 국회의원 정수의 3분의 1의 추천(제40조2항), 대통령의 국민투표 부의권 및 그 국회해산권 등과 같은 것은 대통령의 이러한 영도적 권력의 확립을 위한 그 필요한 제도적 장치를 의미한다. 특히, '국가的重要한 정책'을 국민투표에 붙일 수 있는 그 국민투표에 관한 권한이야말로, 권력의 인격화에 있어서의 영도자와 국민을 직결케 하는 그 권력의 정당성의 계기를 의미하지 않을 수 없다”(갈봉근 1975, 29).

유신헌법 상의 대통령 권력의 압권은 무엇보다 모든 사법적 심사대상에서 제외될 뿐만 아니라 국회의 사후 추진조차 필요 없는 긴급조치권의 보유다. 유신헌법 제 53조는 대통령의 긴급조치권을 규정하고 있다. 이러한 긴급조치권은 대통령 주권독재의 핵심적 정치기제다. 갈봉근 교수(1975, 41) 또한 긴급조치권이 명시적으로 칼 슈미트가 말하는 '비상명령'을 원용한 것임을 분명히 한다. 그러면서도 이 조항이 프랑스 제5공화국 헌법 제16조에 규정된 대통령의 비상대권과 그 유형을 같이 한다고 말한다. 하지만 이는 중대한 사실 왜곡에 지나지 않는다. 서구 민주주의 국가의 그 어느 나라 헌법치고 유신헌법의 긴급조치권처럼 사법적 심사에서 일괄적

으로 제외되는 권한은 존재하지 않기 때문이다(Rossiter 2004). 비상명령 내지 긴급조치의 원조라고 할 수 있는 바이마르 헌법 제48조의 대통령의 비상명령권 조항 역시 그것이 사법심판과 의회심의 대상임을 분명히 하고 있다. 또한 비상조치의 구성요건에 대해 “국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받는 경우” 뿐만 아니라 “받을 우려가 있을 경우”로 규정하고 있다. 사실상 ‘정치적 억압과 탄압’을 헌법적으로 제도화한 이 문구의 치명적 결함에 대해서는 잘 알려져 있기에 여기는 별도의 언급이 필요 없을 것으로 여겨진다.

긴급조치권은 입법 사항일뿐 아니라 헌법적 효력을 지니는 것이지만, 헌법 그 자체의 개정의 효력에는 미치지 않는다고 한다. 하지만, 이 역시 대통령이 개헌발의권을 지니고 있다는 면에서 대통령은 마음만 먹으면 언제라도 헌법개정을 합법적으로 추진할 수 있는 것이라 하겠다.

“긴급조치의 효력에 관해 규정하고 있는 제53조 2항에서 기본권의 정지란 헌법의 규정여하에도 불구하고 대통령은 그 긴급조치에 의해 그것을 제한할 수 있다는 의미이며, 여기에서 정부나 법원의 권한에 관한 긴급조치란 헌법에 있어서의 권력분립의 규정여하에 불구하고 그것을 군정 또는 군사재판과 같은 예외적 운용도 할 수 있다는 의미이다. 여기에 긴급조치가 헌법적 효력을 갖고 있음을 알 수 있다. 어떠한 대통령은 긴급조치를 했을 때는 이를 지체없이 국회에 통고해야 한다(동조 3항). 그리고 긴급조치의 원인 소멸한 때에는 대통령은 지체없이 이를 해제해야 한다(동조 5항). 뿐만 아니라 국회는 그 재적의원 과반수의 찬성으로 긴급조치의 해제를 대통령에게 건의할 수 있으며, 그 건의가 있을 때에는 대통령을 특별한 이유가 없는 한 이를 해제해야 한다(동조 6항). 이러한 의미에서 국회의 건의는 대통령의 긴급조치권에 대한 유일한 사후통제를 뜻한다. 다만 여기서 문제되는 것은 제53조에 의한 긴급조치권이 발동되고 있는 기간 중에 국회는 어떠한 기능과 권한을 갖느냐 하는 점이다. 그것은 이 기간 동안에는 대통령은 긴급권의 목적을 위한 입법권을 행사하기 때문이다. 따라서, 동조에 의한 긴급조치권이 행사될 동안에는 대통령의 긴급조치권의 대상에 대해서는 국회가 그 입법권은 물론 이에 대한 실질적 통제권을 행사할 수 없다고 보아야 한다”(갈봉근 1975, 42-43).

한마디로 유신헌법상의 대통령 권력은 법률 제정, 헌법적 효력, 이에 대해 헌법개정의 권한 등 사실상 무한정, 무제한의 것이라 할 수 있다. 유신헌법은 헌법적 구성요건에 의거해 발동되는 계엄령 선포 등 위임독재를 넘어 헌법 그 자체를 개변

할 수 있는 주권독재를 제도화하고 있는 것이다. 가령, 대통령은 헌법개정안을 발의할 수 있는 권한을 지니며, 이는 국민투표에 회부된다. 칼 슈미트는 바이마르 헌법 48조가 대통령의 주권적 독재를 인정하고 있다고 했다. 구체적으로, 이는 그 조항의 적극적 내지 포괄적 해석을 통해 연방 대통령의 주권적 독재의 가능성 헌법 개정의 시도가 가능함을, 즉 바이마르 헌법은 비상시기에 대통령에게 정치적 권한을 한정하지 않고 부여한 것이라고 주장했다. 그런데 칼 슈미트는 대통령의 주권독재를 산출하는 정치적 정당성의 최종심급으로서의 인민의 헌법제정권력에 대해서는 결정을 보지 못했다. 왜냐하면, 대통령은 국민의 대표이지 헌법을 산출하는 헌법제정권력 그 자체는 아니기 때문이다. 바로 이러한 딜레마가 히틀러의 개인독재로 귀결되는 원인이 되었음을 알 수 있다. 유신헌법은 바로 이러한 정치적 난제를 통일주체국민회의의 창설을 통해 해결하려 했다.

유신헌법의 주권독재적 특성은 긴급조치를 통한 대통령독재와 주권적 수임기관인 통일주체국민회의를 통해 완성되었다. 특별히, 유신헌법의 기초자들이 대통령과의 회라는 주권을 대표하는 기관이 있음에도 불구하고, 통일주체국민회의를 창설하려 한 것은 앞서 언급한 헌법제정권력의 항구적 제도화를 염두에 둔 것이라 하겠다. 물론, 통일주체국민회의에 대통령 선출권이 주어짐으로써 박정희 개인의 1인 종신집권을 제도화한 측면도 있지만, 단지 특정인을 대통령으로 선출하는 안정적 기제만이 목표였다면 제5공화국 헌법처럼 대통령 선거인단을 통한 간선제를 제도화하는 방식도 충분히 가능했을 일이다. 또한 집권세력의 안정성과 통일성의 측면에서는 히틀러 체제하의 총통평의회와 유사한 대통령평의회 내지 남미 군부쿠데타 세력에게 친숙한 군사평의회와 같은 조직이 훨씬 효율적이었음지도 모른다. 그럼에도 불구하고, 국민이 직접 선출하며 약 2000-5000명의 정원을 지닌 국민대의체로서의 통일주체국민회의라는 헌법상에 최고주권기관¹⁰⁾을 창설한 것은 앞서 말한 슈미테리안적 입헌독재, 곧 주권독재론의 최대 아킬레스건이라 할 수 있는 인민의 헌법제정권력의 문제를 정치신학의 문제가 아니라 정치정당성 창출의 제도화를 통해 결정을 보려 한 것이라 하겠다.

10) 유신헌법은 전문과 제1장 총칙, 제2장 국민의 권리와 의무, 제3장 통일주체국민회의를 다루고 대통령의 지위와 권한에 관한 규정은 제4장에서 다룬다. 적어도 헌법상의 구성만 놓고 본다면 통일주체국민회의는 주권적 최고수임기관의 지위를 부여받고 있는 것만은 분명하다. 유신헌법의 내용에 대해서는 정종섭(2002, 339-359) 참조.

통일주체국민회의는 그 용어와 내용에 있어 모두 칼 슈미트가 말하는 인민의 헌법제정권력으로서의 주권기관의 형식을 체현하고 있다. '통일주체'는 슈미트의 민주주의 정의, 즉 치자와 피치자의 동일성에 기반하여 "조국의 평화적 통일"이라는 정치적 통일체로서의 국가의 가장 긴급한 목표를 기준으로 우적결단을 강제하는 주권자적 지위의 의미를 담고 있다.

"통일주체국민회의에 대한 주권의 이러한 개별적 위임은 필연적으로 통일주체국민회의에 있어서의 그 이중적 성격을 결과케 하고 있는 바, 그 하나가 직접민주정적 요소이고 다른 하나는 대의정적 요소이다. 통일주체국민회의에 있어서의 그 직접민주정적 요소는, 이 기구가 대통령이나 국회에 있어서와 같이 포괄적 권한을 가진 국가기구가 아닌, 개별적 구체적 권한을 위임받은 그리고 국민에 의하여 직접 선출된 국가기구라는 뜻에서도 찾아 볼 수 있을 뿐만 아니라, 통일주체국민회의의 존재이유를 규정하고 있는 제35조의 '조국의 평화적 통일을 추진하기 위한 온 국민의 총의에 의한 국민적 조직체로서 조국통일의 신성한 사명을 가진 국민의 주권적 수임기관이다'라는 규정에서도 발견할 수 있다. 따라서 이러한 규정에서 의한 통일주체국민회의의 이념적 기속성(羈束性)은 확실히 직접 민주정에서의 접근을 의미하지 않을 수 없다. 그러나 타면에 있어서, 통일주체국민회의는 헌법에서 규정된 개별사항에 관하여 국민의 주권을 대신 행사한다는 의미에서 대의정적 요소도 내포하고 있다. 즉, 헌법은 통일주체국민회의의 대의원의 자유를 적어도 그 주권의 행사에 있어서는 아무런 제한을 두고 있지 않은 바, 이러한 무기속(無羈束) 위임의 원칙이야말로 통일주체국민회의의 대의정적 요소라 하겠다. 뿐만 아니라 헌법은 통일주체국민회의의 대의원의 정당가입을 금지함으로써(제37조 3항) 대의제에 있어서의 이념적 기초가 되는 전체로서의 국민을 강조하고 있다. 따라서 통일주체국민회의에 의한 전체국민의 대표는 국민주권원리에 있어서의 그 전체국민의 인격화를 의미하고 있다"(갈봉근 1975, 22-23)

그러나 무엇보다 주권독재의 문제의식에서 중요한 점은 통일주체국민회의가 적어도 헌법상으로는 대통령, 의회, 법원 등 전통적인 3권 기관들보다 우위에 놓인 최고주권기구라는 사실이다.

"현행헌법은 대통령, 국회, 법원과 같은 전통적인 3개의 국가기관 이외에 이들 기관의 정상에 '조국의 평화적 통일을 추진하기 위한 온 국민의 총의에 의한 국민적 조직체로서 조국통일의 신성한 사명을 가진 국민의 주권적 수임기관'(제35

조)인 통일주체국민회의를 설치하고 있다. 민주국가의 권력분립의 원리에 있어서는 그 국가의 주권을 입법, 행정, 사법을 담당하는 국가기관으로 하여금 행사하게 하는 것을 원칙으로 한다. 따라서 이와 같은 주권의 특별한 위임을 그 권한으로 하는 통일주체국민회의를 이들 기관의 상위기관으로 설치한 것은 '조국의 평화적 통일의 역사적 사명'을 강조한 헌법 전문, 대통령에게 새로이 '조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 지운 것'(제43조 3항)과 함께 현행헌법에 평화통일을 바라는 범국민적 열망을 강력히 반영하는 것인 동시에 민주주의의 한국화를 위한 하나의 제도적 징표인 것이다. 따라서 현행헌법에 있어서 통일주체국민회의는 다른 국가기관에 있어서와 같이 포괄적 권한을 가지는 국가기관이 아니라 그것은 대통령이 부의한 '통일에 관한 중요정책'의 심의, 대통령의 선출 및 국회의원 정수 3분의 1의 선출, 국회가 부의한 개헌안의 확정 등과 같은 개별사항에 관한 권한만을 가지는 국가기관이다. 따라서 이러한 사항에 관한 한 통일주체국민회의는 국민의 주권을 대신 행사하는 국민의 위임적 대표라고 할 수 있다. 현행헌법이 통일주체국민회의를 국민의 주권적 수임기관으로 규정한 것은 바로 그 까닭이다"(갈봉근 1975, 20-21).

사실상, 정치현실에 있어서는 통일주체국민회의가 대통령 권력의지에 복속된 기관이었음에도 불구하고 대통령을 선출하고, 국회의원 3분의 1을 선출하며, 무엇보다 항구적인 헌법제정의 권한을 지녔다는 것은 이른바 '능산적 자연'으로서 헌법제정권력을 실제로 창설하려 했다는 면에서, 슈미트의 헌법정치이론인 주권독재의 정치문법 내에서 슈미트의 발상을 뛰어넘은 헌법적 제도혁신을 시도한 것으로 평가할 수 있다.

V. 결론

유신헌법은 역설적이게도 헌법제정권력 기관 그 자체인 국민들에게서 사실상 탄핵되었다. 1978년 제10대 국회의원 선거 결과가 그것을 말해준다. 통일 민주당이 총득표율에서 야당이 그 무슨 수를 쓰던 간에 결코 패배할 수 없었던 여당인 민주공화당에게 1.1% 앞서는 한국정치사에서 전무후무한 진정한 '선거혁명'이 발생했기 때문이다. 적어도 최종심급의 주권자인 국민들에게서는 입헌 민주주의적 요소가 입헌 독재의 요소를 압도했다고 할 수 있다. 어쩌면 근본적으로는 유신헌법이

지닌 박정희 개인을 위한 위헌법적 성격으로부터 그러한 절대 권력자의 소멸과 함께 종식될 운명이었는지 모른다. 설령 그렇다손 치더라도 유신헌법을 그저 박정희 개인의 종신집권을 위한 헌정사의 해프닝 정도로만 평가할 것인가? 유신헌법의 변화가능성, 그 정치적 다이내미즘은 일고의 여지조차 없는가? 유신 헌법체제하에서 정치적 힘이 가장 강한 대통령과 가장 약한 대통령을 함께 배출했다는 것은 무엇을 의미하는가? 우리는 한국 헌정사를 관통해 온 대통령 중심의 정치제도를 얼마나 잘 이해하며 잘 실천하고 있는가?

우리는 앞서의 논의를 통해 유신헌법에 칼 슈미트 헌법정치이론의 핵심이라 할 수 있는 주권 독재론의 그림자가 깊게 드리워져 있음을 확인할 수 있었다. 이 가운데, 특별히 통일주체국민회의라는 주권적 수임기관의 창설은 사실상 슈미트의 문제들을 일정정도 넘어서는 헌법이론적 혁신에 해당한다고 평가했다. 이즈음에서 우리는 노무현 대통령에 대한 탄핵심판 및 행정수도이전 문제 위헌심판 등 헌법재판소의 정치적 영향력이 급격히 증대하고 있는 상황을 목도하면서, 우리사회에서 헌법의 수호자는 과연 누구인가라는 물음을 던지지 않을 수 없다. 한국 민주주의의 운명과 헌법수호라는 중대한 정치적 책무를 9인의 법전문가의 손에만 맡겨 놓는 게 타당한 일이며, 무엇보다 정치적으로 정당한 일인가? 정치적 국민배심원 제도로서 통일주체국민회의와 같은 초당적 국민회의체에 대한 상상은 불가능한가? 요컨대, 정당정치에 기반한 현대 의회제도 및 입헌민주주의 체제의 기능부전 현상과 그 부작용을 보완할 수 있는 새로운 민주주의 제도의 창설이라는 목적을 위해서 보다 풍부한 정치적 상상력이 필요하다고 여겨진다.

여기서 다시 한 번 현대 민주주의와 입헌독재의 문제에 대해서 생각해 본다. 어떤 측면에서 칼 슈미트의 주권독재론과 한국의 유신헌법은 경제적 약육강식을 못 견뎌하는 사람들이 정치적 약육강식 체제를 제도한 것이라 할 수도 있을 것이다. 칼 슈미트의 이론적 공헌은 민주주의와 독재가 입헌주의의 이름아래 현대 정치세계에서 공존하면서 서로를 들여다보는 거울과 같은 역할을 하고 있음을 드러낸 것이다.

세기의 전환기에 미국의 신보수주의, 곧 네오콘의 등장과 그들의 일방주의적 정치행태를 보면서 세계적 차원의 민주주의의 미래에 대한 일말의 불안감을 지울 수 없다. 네오콘들이 한때 무력을 써서라도 민주주의를 확산시켜야 한다고 강변함에 따라, 미국이 공화국에서 제국으로 변질되어 가는 것은 아닌지 등의 문제와 관련한

비판적 논의가 전개되고 있다.¹¹⁾ 심지어 미국 정치체제를 기독교 신정국가로 규정하는 정치분석서도 등장할 정도다. 그렇다면 민주주의는 제국질서 내지 신정국가와 양립할 수 있는가? 9·11 사건 이후 애국법 제정 등은 사실상 헌법상에 보장된 기본권을 심대히 침해하는 입헌독재적 정치행태로 규정해야 하지 않을까? 무슬림 사회 전체를 적으로 규정하는 미국과 이스라엘의 우적결단의 정치학에서 칼 슈미트가 말한 주권독재의 제국화와 그것의 국제정치적 전이과정 등 이론적 친화성을 발견하는 것은 그리 어려운 일은 아닐 것이다.¹²⁾

참고문헌

갈봉근. 1975. 『유신헌법해설』. 광명출판사.

김철수. 1979. 『현대 헌법론』. 박영사.

_____. 1999. 『헌법학 개론』. 박영사.

김태일. 2001. “제4공화국과 제5공화국 헌법 비교.” 『한국정치와 헌정사』. 한울아카데미.

11) “As I write this, America is at war. Our troops occupy Iraq and serve in Afghanistan … Who are our friends? Who is the enemy? In this war, the enemy is unknown, uncertain … We were once a republic. Have we become an empire? What is our work in the world? The ancient imperative ‘Know thyself’ carved in Delphi and carried in the heart, came with philosophy from the old world to the new. The question of that ancient philosophy challenge our present politics” (Norton 2004, 2-3).

12) “미국 보수진영의 논리는 부시행정부로 하여금 자유와 정의를 내세우며 미국의 국익에 저항하는 세력을 ‘악의 축’으로 규정하고 폭력을 정당화하는 이른바 ‘무정부적 제국(The Anarchy of Empire)’으로 변해버리고 있다. 부시 행정부는 9·11 사태로 인한 미국인들의 ‘슬픔과 공포’를 악용해 테러와의 전쟁을 선포했으며, 상호복합적이고 다양한 미국과 세계와의 관계를 선과 악이라는 이분법적 구도로 단순화했다. 국민 정서를 조작한 부시 행정부는 미국의 편에 서있지 않는 미국인과 국제사회를 ‘잠재적 테러범’으로 간주했다. 국내적으로는 ‘애국법(Patriot Act)’이라는 악법을 만들어 이주민과 유학생들을 감시 조사하는 인권유린을 자행하고 있다. 국제적으로는 역사상 전례없는 ‘국토(Homeland) 방위군’을 편성해 전세계 미군기지에 배치시킴으로써 사실상 지구 전체를 미국의 국토로 간주하려는 신제국주의적 전략을 수립했다”(에이미 케플란, <‘무정부적 제국’ 미국의 위기>, 한겨레신문 2004/05/31).

- 김효전 편역. 2001. 『칼 슈미트 연구: 헌법이론과 정치이론』. 세종출판사.
- 에이미 케플란. “'무정부적 제국' 미국의 위기.” 『한겨레신문』 2004년 5월 31일.
- 유홍림·홍철기. 2007. “조르지오 아감벤의 포스트모던 정치철학: 주권, 혈벳은 삶 그리고 잠재성의 정치.” 『정치사상연구』 제13집 2호(가을).
- 이해영. 2004. “칼 슈미트의 정치사상: '정치적인 것'의 개념을 중심으로.” 『21세기 정치학회보』 제14집 2호.
- 정종섭 편. 2002. 『한국 헌법사 문류』. 박영사.
- 한종호. 2004. 『빅 브라더 아메리카』. 나남.
- 홍성방. 1997. “옮긴이 해제: 헬러의 학문세계.” H. Heller. 『국가론』. 민음사.
- 홍철기. 2005. “칼 슈미트와 스피노자: 헌법제정권력과 정치신학.” 『진보평론』 25호(가을).
- Agamben, G. 1999. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Trans. Daniel Heller-Roazen. Stanford: Stanford University Press.
- Caldwell, P. 1997. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press.
- Heller, H. 1993. 『독일정치사상사(1926)』. 교육과학사.
- _____. 1996. “법치국가나 독재냐?(1930).” 김효전 편역. 『법치국가의 원리』. 법원사.
- _____. 1997. 『국가론(1934)』. 민음사.
- Kaiser, J. H. (2001). “구체적 질서사고.” 김효전 편역. 『칼 슈미트 연구: 헌법이론과 정치이론』. 세종출판사.
- Kelsen, H. 1990. 『일반 국가학(1925)』. 민음사.
- _____. 1991. “누가 헌법의 수호자이어야 하는가?(1931).” 『헌법의 수호자 논쟁』. 교육과학사.
- Löwith, K. 1993a. “칼 슈미트의 기회원론적 결정주의(1960).” 『합법성과 정당성』. 교육과학사.
- _____. 1993b. “막스 베버와 칼 슈미트(1964).” 『합법성과 정당성』. 교육과학사.
- Manemann, J. 2002. *Carl Schmitt und die Politische Theologie*. M nster.
- McCormick, John P. 1997. *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mouffe, Chantal. 2001. “칼 슈미트에 찬동, 또는 반대하며 현대민주주의를 생각한다.” 김효전 편역. 『칼 슈미트 연구: 헌법이론과 정치이론』. 세종출판사.
- Norton, A. 2004. *Leo Strauss and the Politics of American Empire*. New Heaven and London: Yale

University Press.

- Pasquino, P. 2001. "엠마누엘 시에에스와 칼슈미트에서의 <헌법제정권력>론: 현대민주주의이론의 기초연구를 위한 하나의 기여." 김효진 편역. 『칼 슈미트 연구: 헌법이론과 정치이론』. 세종출판사.
- Rossiter, C. 1960. *The American Presidency(Second edition)*, New York: Harcourt, Brace and Company.
- _____. 2004. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies(1948)*. New Brunswick and London: Transaction Publisher
- Schmitt, C. 1976. 『헌법이론(1927)』. 교문사.
- _____. 1987. 『현대의회주의의 정신(1926)』. 탐구당.
- _____. 1988a. "신화의 정치이론(1923)], 『정치신학 외』. 법문사.
- _____. 1988b. "정치신학: 주권론에 관한 네 개의 장(1922)]. 『정치신학 외』. 법문사
- _____. 1988c. "후고 프로이스(1930)]. 『정치신학 외』, 법문사.
- _____. 1988d. "국가 · 운동 · 민족: 정치적 통일체의 세 요소(1933)]. 『정치신학 외』. 법문사.
- _____. 1990. 『파르티잔 이론: 정치적인 것의 개념에 관한 중간소견(1963)』. 인간사랑.
- _____. 1991. "헌법의 수호자(1929)." 『헌법의 수호자 논쟁』. 교육과학사.
- _____. 1992a. "현대국가의 권력상황(1933)." 『로마 카톨릭주의의 정치형태 · 홉스 국가론에서의 리바이아턴』. 교육과학사.
- _____. 1992b. "홉스와 데카르트에 있어서 메카니즘으로서의 국가(1937)." 『로마 카톨릭주의의 정치형태 · 홉스 국가론에서의 리바이아턴』. 교육과학사.
- _____. 1992c. "로마 카톨릭주의의 정치형태(1925)." 『로마 카톨릭주의의 정치형태 · 홉스 국가론에서의 리바이아턴』. 교육과학사.
- _____. 1992d. "국가의 국내정치적 중립성의 문제(1930)." 『로마 카톨릭주의의 정치형태 · 홉스 국가론에서의 리바이아턴』. 교육과학사.
- _____. 1993a. "합법성과 정당성(1932)." 『합법성과 정당성』. 교육과학사.
- _____. 1993b. "법치국가에 관한 논쟁의 의의(1935)." 『합법성과 정당성』. 교육과학사.
- _____. 1993c. "라이히 대통령의 독재: 바이마르 헌법 제 48조에 따른(1924)." 『로마 카톨릭주의의 정치형태 · 홉스 국가론에서의 리바이아턴』. 교육과학사.
- _____. 1993d. "홉스 국가론에서의 리바이아턴(1938)." 『로마 카톨릭주의의 정치형태 · 홉스 국가론에서의 리바이아턴』. 교육과학사.
- _____. 1993e. "바이마르 헌법에 있어서의 자유권과 제도적 보장(1931)." 『합법성과 정당성』. 교육과학사.

_____. 1995a. 『대지의 노모스(1954)』. 민음사.

_____. 1995b. 『정치적인 것의 개념(1932)』. 법문사.

_____. 1996. 『독재론: 근대 주권사상의 기원에서 프롤레타리아 계급투쟁까지(1928)』. 법원사.

Schwab, G. 1989. *The Challenge of The Exception : An Introduction of The Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*. Westport: Greenwood Press.

Smend, R. 1994. 『국가와 헌법(1928)』. 교육과학사.

ABSTRACT

On the Constitutional Dictatorship Theory: Carl Schmitt's Sovereign Dictatorship and the Korean 'Yushin' Constitution

Hyung-ik Choi | Hanshin University

So far, most studies of constitutionalism were done in ways such that constitutionalism is so far the same as liberal democracy. In western political history, it is a fact that the latter has developed with the former as a selective affinity but the two political concepts are not necessarily the same. Because not only constitutional liberal democracy but constitutional dictatorship can also have relevancy in the aspect of either the political theories or the real political systems as well. As the survival of each national state faced catastrophic situations of political crisis, all democratic states revealed authoritarian figures through several dictatorial decision making styles, even though such a political behavior has been maintained over the duration of such crisis. In a nutshell, both the modern democracy and the political dictatorship may be analogized as twins that were born from the same womb. On the basis of that hypothesis, this article examines another aspect of constitutionalism by focusing on the reasoning of Carl Schmitt's sovereign dictatorship. Furthermore, it has another aim which is to critically reinterpret the political principle of the 'Yushin' Constitution during Korea's fourth republic that seems to have been influenced greatly by Carl Schmitt's political theory of sovereign dictatorship.

Keywords: Constitutional dictatorship, the Crisis of liberal democracy, Sovereign dictatorship, Political theology, Authority determinism, Constitutional people's power, 'Yushin' Constitution, People Congress of Unification Identity.