

촛불시위 사이에서: 민주주의에 대한 두 유형의 실험실을 돌아보며*

기 영**

국문초록】

급변하는 세계정세와 국가간 경쟁시대에 있어 국가의 효율성과 이미지의 문제는 중요하다 아니할 수 없다. 이념과 철학의 혼란시대가 잦아들면서, 문명간 충돌이 새로운 국제사회의 화두가 되고 있고, 과학기술의 발전과 사회경제 환경은 우리의 공적·사적 생활 모드를 변화시키고 있다. 이러한 제반환경과 관련하여 일어나는 다양화·경향화(傾向化) 현상은 헌법전통에 대한 도전이자 위기라 아니할 수 없다. 자유국가로부터 급부국가로, 그리고 뉴 밀레니움 시대에 이르게 된 현재 우리는 헌법전통과 민주주의 문제를 생각해 보려 한다. 법 내지 권리와 정치적 가치로서의 민주주의는 불가분의 관계에 있다 아니할 수 없다. 중세 신의 시대나 근세 왕권신수론 시절에는 민주주의 또는 법에 의하여 보호받는 시민의 권리란 상상할 수 없거나 극히 제한적인 것이었다. 부르조와 민주주의 혁명은 새로운 세상을 가져 왔고, 그 가치를 구현하기 위하여 성문헌법을 제정 시행하고 있거나, 왕을 형식적 군주로 전락시키고 헌법관행과 민주주의 가치에 입각한 헌정을 시행하고 있다. 이번 대통령 탄핵과 촛불시위는 우리의 헌법관행이나 정치문화에 미치는 영향이 크다고 본다. 이에 도프와 사벨의 이론체계에 입각하여 헌법전통과 민주주의의 문제를 경험론적 실험적 관점에서 규명하고, 그 의의를 살펴보려 한다. 그리고 촛불시위와 대통령 탄핵 등의 시간에서 우리가 경험한 바를 선진국 헌법이론인 민주헌법관에 비추어 그 차이점과 한계를 생각해 보고, 헌법전통을 유지하고 국가발전의 계기를 이룰 수 있는 조화로운 헌법시스템으로서 민주헌법관을 상정해 보려 한다.

* 이 논문은 2016년 조선대학교 학술연구비의 지원을 받아 연구되었음.

** 조선대학교 법과대학 교수, 법학박사

 목 차]

- | | |
|---------------------|----------------------|
| I. 序說 | V. 現代 行政國家와 民主憲法觀 |
| II. 民主憲法觀의 性格 | VI. 民主憲法觀에 對한 批判的 異和 |
| III. 民主的 經驗論의 主要 內容 | VII. 兪錫熙에 關한 小考 |
| IV. 憲法傳統과 民主的 經驗論 | VIII. 結語 |
-

I. 序 說

兪錫熙는 어느새 우리 정치문화의 한 부분이 되어 버렸다. 그 위력은 대단하여 현직 대통령을 파면시키는 것에 그치지 않고, 그녀를 형사피고인의 지위로 전락케 하였다. 이로써 재임 중 유일하게 탄핵으로 인하여 현직 대통령이 권좌에서 물러나게 함으로써 대한민국의 민주주의 역사에 한 획을 긋게 만들었다. 차제에 우리 법학도들은 평이하면서도 어찌면 풀기 어려운 인간과 사회의 문제인 정치와 법의 문제를 돌아보게 된다. 주지하듯이 지금과 같은 시민 사회, 즉 시민이 주인이고, 자유를 구가하며, 차별받지 않고, 정부에 자신의 권리를 주장할 수 있는 사회는 근대 민주주의 혁명에서 기원한다. 조지 3세의 절대 권력이 미 식민지에서 독립전쟁으로 인하여 몰락하고, 프랑스의 대혁명으로 인권의 절대적 가치가 만 천하에 선포되면서, 새로운 정치적 사회적 패러다임이 들어선 것이다. 한편 크롬웰의 독재로 의회주권이 확립되고, 의회 민주주의가 뿌리를 내리게 됨으로써 군주의 절대권력을 부인하고 양식 있는 다수에 의한 지배가 사회의 보편적 가치가 된 것은 역시 민주주의로의 중요한 한 전환점을 이룬다 할 것이다. 말위에서 전쟁에 승리하고, 혁명을 완수할 수는 있어도, 정부나 국가를 수립할 수는 없다. 따라서 미합중국 정부가 독립전쟁 후 최초로 헌법을 제정한 것이나, 프랑스 인권선언이 아직도 프랑스 헌법으로서 규범력을 발휘하고 있는 것은 당연한 것이라 할 수 있다. 우리 이웃들이 兪錫熙를 주말 운동회나 문화축제처럼 좋아하고, 비정하기도 한 권력자의 몰락을 바라보면서, 우리 국격의 관점에서 이것을 어떻게 보아야 할지 걱정이 앞서는 것도 사실이다. 정치학자나 정치적 헌법관을 가진 법학자들은 민주주의가 확인되고, 헌법우위에 있는 루소식의 일반의사 또는 제헌권 또는 개헌권으로서의 시민세력을 확인할 수 있는 모범적 사례로 이를 볼 것이다. 또 누누이 이

를 혁명적 성격의 이벤트로 고양하여야 한다는 정치권의 주장이 있는 것도 사실이다. 필자는 전직 대통령 변호인의 주장과 같이 수감중인 대통령이 법적인 사유로 탄핵된 것이 아니라 의원내각제 수상과 같이 정치적 책임을 지고 물러난 것으로, 헌법재판소 재판관의 법리 오해에 기인한 것이라는 등의 주장을 하는 것이 아니다.¹⁾ 다만 차제에 법과 정치 또는 민주주의의 관계에 관하여 생각해 볼 시간을 가졌으면 한다.

헌법국가의 기원을 연 미국의 경우 대법원은 판례를 통하여 국가 경영의 규범적 기준을 제시하여 왔다. 대법원의 판례는 역사적 큰 흐름에서 중요한 가치를 확인하고 위헌법령심사제를 통하여 정치기관을 견제하여 왔다. 법은 굳이 Droit라는 프랑스어, Recht라는 독일어를 상기할 것도 없이 권리 문제를 다룬다. 즉 사회생활관계 중 법률관계를 문제 삼는 학문이고, 법률관계는 법적 주체간의 권리 의무 관계라 할 수 있는 것이다. 그것이 중세 의무 우선적 칭호에서 시민사회로 이양하면서 권리 우선으로 이행한 것은 다행한 사실이다.²⁾ 이에 우리 호모 사피엔스는 정치를 좋아할까 권리를 좋아할까 테스트해 보고 싶은 마음이 드는 것은 자연스럽다 할 수 있다.³⁾ 아리스토텔레스는 인간을 정치적 동물이라 하였는데, 우리 민법에서 건공에게 재산권을 가질 수 있도록 법을 개정한다면 시민들이 어떻게 생각할지 궁금해진다. 또한 국제사법재판소에 국가 아닌 개인도 제소할 수 있는 권리를 부여한다면 어울릴지 궁금한 일이다. 언젠가 한참 선배되는 대법관이 영미법 역사

- 1) 대통령의 부패 문제는 우리만의 문제가 아니다. 미국의 경우 트럼프 대통령의 러시아 스캔들과 관련하여 탄핵 문제가 신문지상의 주요 기사거리가 되고 있다. 우리와 달리 대부분의 법학자들은 바보스럽고 수준 낮은 대통령이라 하여 바로 탄핵사유가 되는 것은 아니라고 보고 있다. 우리의 경우 헌법수호의지라는 잣대를 통하여 대통령에게 너무 높은 수준의 자질이나 의지를 요구한 것은 아닌지, 의원내각제 수상처럼 법적 또는 헌법적 책임이 아닌 정치적 책임을 물은 것은 아닌지 생각해 볼 것이다. 하나의 선거로 의회권력과 행정권력이 창조되고 집권당의 당수가 내부적 절차를 거쳐 직에 오르는 의원내각제하 수상과 달리 대통령은 독립된 선거에 의하여 정치적 대표성을 부여 받았다는 점도 고려할 필요가 있었다고 본다. 의원내각제 개헌을 선호하는 국민이 점점 다수가 되고 있는 것이나, 촛불시위와 같은 문화가 환영받고 있는 것은 우리 국민이나 정치인이 정치와 친해지면서, 정치화·의식화 되었다는 반증으로 환영할 일이나, 다른 한편 사회에서 법의 역할이나 사법전통을 새삼 반추하게 한다.
- 2) 따라서 중세에는 채권법을 채무법 (Law of Obligation)이라 칭한 것이 자연스러운 것이라 할 수 있다.
- 3) Tushnet, M. (2003). New forms of judicial review and the persistence of rights-and democracy-based worries. Wake Forest L. Rev., 38, 813.

를 좋아하고 탐독하시는 것을 보고, 우리 법체계는 성문법 체계인데, 어찌하여 보통법 판례법 국가의 역사를 좋아하시는지 궁금해졌다. 그 후 곰곰이 생각해 보니 판례법 국가 재판관들이 역사적으로 받은 핍박과 사법부 독립을 위한 투쟁사가 그분의 취향에 맞지 않았나 한다. 판례법국가는 선례존중의 전통에 따라 수백년전 판례가 지금도 인용되고 있으며, 사안과 어떻게 다른지 분석되고, 그러한 것들이 법원 의견 (court opinion)을 이루게 된다. 판례법국가의 선례존중의 전통은 법적 안정성이라는 측면에서 매력적이라는 점도 한 몫 거들지 않았나 한다. 우리는 성문법 제정법 국가지만 시민 다수의 의사라는 이유로 조변석개식으로 법령을 개정하는 국회나, 정치적 다수에 맹목적으로 순종하고 소수자 보호라는 사법부 존립의 근거를 경시하는 법관들이 많아진다면 판례법국가보다 못한 법전통을 가진 것은 아닌지 반성케 된다. 그리고 판례법 국가의 역사를 좋아하는 선배대법관이 한탄을 하시지 않을까 한다.

정치와 법에 관한 여러 편린들은 다음과 같은 의문을 갖게 만든다.

첫째, 헌법과 민주주의는 어떠한 관계에 있는가? 보다 구체적으로 헌법은 대법관이나 헌법재판관에 의하여 확인될 뿐이며, 시민사회나 민주주의와는 아무런 관계가 없는가?

둘째, 헌법과 민주주의간의 관계에 관한 가장 대표적 이론인 민주주의 경험론의 내용은 무엇이고, 어떻게 권리 중심의 헌법전통과 관련을 갖는가?

셋째, 우리의 정치환경이나 헌법전통에 비추어 민주주의 경험론의 역할이나 의의는 무엇인가?

이러한 질문들은 수학적 논증과 같이 정밀한 답이 있을 수 없지만, 이하에서는 민주헌법관의 주요내용을 검토하면서, 사학적, 비판철학적 입장에서 헌법과 권리, 민주주의의 문제를 생각해 보려 한다. 나아가 최근의 촛불시위를 대상으로 그 헌법적 · 정치적 의의를 반추해 보고, 발전적 검토를 시도해 보려 한다.

II. 民主憲法觀의 性格

민주주의 경험론에 바탕한 헌법관을 주장하는 학자로 도프 (Dorf)와 사벨 (Sabel)이 있다. 그들이 주장하는 민주경험론적 헌법관 (이하 “민주헌법관”이라 한다)은 다음과 같은 특징을 갖는다.⁴⁾

4) Dorf, M. C., & Sabel, C. F. (1998). A constitution of democratic experimentalism. Columbia

첫째, 듀윌 (Dewey)식의 실용주의적 철학에 영향받아 헌법은 그 자체로는 의미가 없으며, 시민 공화국의 전통 및 가치에 유용한 도구가 되어야 한다.⁵⁾ 헌법국가인 미국의 헌법은 매우 이례적인 계기에 따른 것이고, 시민혁명을 뒷받침하기 위하여 많은 역할을 하여 왔다. 이는 식민지 본국인 영국의 의회제정법률 (Act of Parliament)이 더 이상 독립국인 미국에 적용되지 않게 하였으나, 식민지 시대 주의회의 전통이나 영국의 의회주권의 전통은 현재까지도 여전히 헌법문화적 관점에서 배울 점이 존재한다. 경성헌법으로서의 연방헌법은 개정이 어려울 뿐만 아니라, 연방국가를 구성하고 유지하는데 필요한 최소한의 원칙과 규범내용을 가지고 있을 뿐이다. 이는 중앙집권적 통치기관에 의하여 헌법만이 만능이라는 도그마적 사고를 가질 수 있게 하고, 사회의 진보나 시민사회가 요구하는 가치를 대변할 수 있도록 새로운 헌법관 또는 헌법이론이 필요한 것이다. 의회, 대통령, 사법부로 대표되는 중앙집권적 통치기관들은 헌법을 근거로 top-down식 통치를 할 수 있는 계기를 마련할 수 있으나, 그것은 보수적이거나 개인의 권리를 보장하는 것만을 사명으로 하는 국가 혹은 사회를 만드는데 기여할 뿐이다. 개인의 권리를 보장하는 것만을 사명으로 하는 국가 혹은 사회를 만드는데 기여할 뿐이다. 물론 민주헌법관에서 바라보는 권리 개념은 절대적 성격의 것이 아닌, 사회의 진보와 함께 발전 변화해가는 상대적 성격의 것이 된다.⁶⁾ 따라서 민주주의 헌법관은 영미 지성계의 접근방식인 귀납법적 사고방식과 관련이 있다고 보며, 규범적 헌법문언에 천착하는 전통적 헌법관은 대륙국가들의 연역적 사고방식과 관련이 되는 것이다. 헌법의 정치적 성격과 관련하여서도, 민주주의 헌법관은 풀뿌리 민주주의 혹은 대중민주주의 전통을 갖는 영미식 정치관과 관련을 갖는다면, 전통적 헌법관은 중앙집권적 관료주의적 정치 내지 행정과 관련을 갖는다 할 수 있다.⁷⁾

둘째, 아담 스미스에 영향받아 시민사회의 경쟁력 내지 사기업의 의사결정 모델을 정부와 국가의 공적영역이 배워야 한다고 하면서 엄격한 개념론적 사고방식을

law review, 267-473; Sabel, C. (2001). A quiet revolution of democratic governance: towards democratic experimentalism. *Governance in the 21st Century*, 121-148.

5) Dewey, J. (2007). *Experience and education*. Simon and Schuster; Dewey, J. (2004). *Democracy and education*. Courier Corporation.

6) 예컨대 소유권의 상대성이나 계약 자유의 수정 등이 그러한 예가 될 수 있다. 또한 컴퓨터 프로그램 등 새로운 지적 재산권이 법적 권리로서 보호받는 것, 그리고 인공지능과 권리 혹은 법 문제도 권리의 상대적 이해와 관련이 있을 것이다.

7) Kim, Kiyong, *On the Fundamentals of Law and Public Policy* (April 13, 2015a). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2593758> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2593758>.

거부하고 있다. 즉 전통적 공사법 구별론 내지 헌법은 국가의 공적 영역을 규율할 뿐이라는 사고는 서양 정치전통으로서의 시민적 공화정을 이루는데 별 도움이 안 된다고 보는 것이다. 이러한 유연한 사고는 민주주의 경험론을 헌법에 적용하고, 새로운 헌법관을 이론화 함에 있어 일관되게 강조되고 있다. 즉 유연성(flexibility)과 불활성(rigidity)의 대비는 법학박사인 도프와 정치학 박사인 사벨에 있어 일관된 주제가 된다. 따라서 그들에게 기존의 헌법체계와 삼권분립의 원칙은 사법부가 보다 우월한 영향력을 갖는 중앙집권적 권력체계를 공고히 할 뿐 사회의 진보랄지 주권자인 시민들이 주체가 되는 의사결정방식과는 거리가 먼 것이라 아니할 수 없다. 즉 형식적인 대표제 민주주의 또는 직접, 보통, 평등선거에 기초한 가정적 대표성의 원리만으로는 시민 공화정의 정신을 구현할 수 없고, 시민들이 주체가 되어 직접적으로 숙려하는 과정을 거친 분권화된 의사결정모드를 조장하는 것이 헌법과 중앙정부의 가장 중요한 사명이자 기능이 되는 것이다.⁸⁾

셋째, 민주주의 헌법관은 상대적이고 동태적 성격의 것으로 기존의 헌법체계나 법원이 헌법을 해석하고 확인하는 것을 대체하는 것은 아니다. 그러나 민주주의 헌법관은 메디슨의 헌법관이나 존 마이살 대법원장의 헌법관을 유연하게 이해하면서, 헌법의 보수적 규범성만을 강조한다면 헌정은 시민사회의 가치와 유리되어 정체될 것이라고 한다. 즉 성문헌법을 제정함으로써 최초의 헌법국가인 미국이지만, 영국식 헌법관행 내지 불문헌법 전통, 시민적 공화정의 가치와 같은 유연하고 민주적인 차원의 문제를 무시해서는 안된다는 것이다. 문언의 의미와 혁명당시의 주권자의 의사 내지 상황에 절대적 가치를 부여한다면 도프와 사벨에게 있어 미국 헌법은 어쩌면 과거 사회주의 국가에게 있어 맑스의 자본론과 같은 의미를 가질지도 모른다. 따라서 현재 법학계의 주된 흐름인 원본주의자(originalist)나 사법과정론자와는 구별된다 할 수 있다. 원본주의자들은 혁명 즈음, 즉 제헌시점에 있어 헌법의 기초자들의 의사를 헌법을 해석하고 적용함에 있어 가장 중요한 기준으로 삼는다는 점에서 민주주의 헌법관과는 거리가 멀다. 한편 사법과정론자(judicial process)들은 국가와 사회의 정책과제들을 가장 효율적으로 적용하기 위하여 국가 권력이 어떻게 배분되고 조직되어야 하는가 하는 점을 주제로 하고 있으므로 역시 top-down식 사고방식으로서의 본질을 갖는 것이다, 또한 헌법진화론자들의 경우 원본주의자들과 달리 사회상황의 변화에 따른 새로운 해석, 헌법조문의 진화론적 이해를 주장하지만, 그것이 의회, 행정부, 사법부를 겨냥하고 있다는 점에서

8) 박준혁, “민주주의와 공화주의: 헌정체제의 두 가지 원칙”. 한국정치학회보, 39.3 (2005): 33-57; 국순옥, “일반/민주주의와 헌법실천”, 『민주법학』 16 (1999): 120-143.

top-down식이라 할 수 있고, 민주주의 헌법관과 구별된다 할 수 있겠다.

넷째, 민주주의 헌법관은 스멘트 (Smend)식의 통합주의적 헌법관과 상용되는 이론체계라 할 수 있다.⁹⁾ 또한 브루스 액커만 (Bruce Ackerman)의 헌법적 계기 (constitutional moment) 개념을 받아 들여 암묵적 헌법개정이나 구체적 문언 변경 없는 헌법개정조항 (Article V) 자체의 개정 등을 인식론적으로 받아들이고 있다. 즉 헌법일상을 헌정의 가장 중요한 요소로 보면서, 시민사회의 방식이 공법영역을 정치화 시켜야 한다고 주장한다. 민주주의 헌법관은 이러한 통합과정론적 헌법관 또는 헌법적 계기론에 영향 받으면서도, 보다 구체적으로 행정영역의 문제에 이론을 접목시키게 된다. 분권화된 의사결정구조, 국회나 법원의 새로운 역할 등의 문제와 함께, 현대 급부국가 행정국가의 문제가 그들에게 있어 가장 현실적인 문제가 된다.¹⁰⁾ 따라서 그들의 이론은 미 헌정사와 깊은 연관을 갖게 되는데, 제헌시점, 1860년대 남북전쟁과 수정헌법, 1930년대 뉴딜은 세가지 중요한 역사적 전환점을 제공하게 된다. 특히 1930년대 뉴딜은 미국이 보수 자유국가에서 행정국가로 나아가는 중요한 모멘텀이 되며, 이는 헌법과 행정법 내지 행정문제에 대한 새로운 패러다임을 요구하게 된다.¹¹⁾ 생산방식의 급속한 발전과 자본주의 경제의 도약은 사기업의 의사결정방식에 기초하여 정부가 변화하여야 한다는 새로운 정치적 과정을 요구하게 되는 것이다. 따라서 그들은 사회의 가변성과 다양성은 헌법적 위기를 가져올 수 있으며, 그러한 위기속에서 기능할 수 있는 정부를 위하여 민주주의 경험론이 필요한 것이다. 그리고 민주주의 경험론을 뒷받침하는 것은 실용적 기준에 근거한 지방정부, 즉 직접적으로 숙려가 가능한 분권화된 의사결정단위가 그 중핵을 이루게 된다.¹²⁾ 그리고 그것이 실현된 행정성공사례로 가정보조서비스, 시카고 마을 경찰, 동시성 원칙에 따른 군납체계 등을 들면서, 연방교통안전위원회, 산림청, 원자력안전위원회, 혁신적 환경규제 등의 선례에서 교훈을 찾아야 한다고 한다.

9) Smend, R. (1985). *Constitución y derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales.
 10) Kim, Kiyong, *Public Policy and Governance: Some Thoughts on Its Elements* (April 3, 2015b). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2589526> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2589526>.
 11) White, G. E. (2000). *The constitution and the new deal*. Harvard University Press.
 12) 김상준. “헌법과 ‘시민의회’”. *동향과 전망* (2006): 239-273; 이종수, “헌법적 의미에서의 지방자치와 민주주의”, (2010): 3-17; 문우진, “대의민주주의의 최적화 문제와 헌법 설계”. *한국정치학회보* 41.3 (2007): 5-31.

III. 民主憲法觀의 主要 內容

민주경험론에 있어 국회, 행정관청, 법원의 역할은 분권화된 민주적 의사결정구조를 유지하고, 감독하며, 이를 확대해 나갈 수 있도록 역할한다. 그들은 그러한 과정을 통하여 시민들과 함께 배우고, 경험과 실행을 통하여 습득한 바를 자신의 권한과 책임을 행사함에 있어 적용한다. 예컨대 국회는 지방정부의 자치를 보호·조장하는 역할을 하여, 자치단체간의 경쟁 양태를 시간을 두고 모니터링 하면서 (learning by monitoring), 이를 조정하고 중앙정부적 차원에서 통할하는 역할을 하게 된다. 법원은 국회나 행정관청과 같은 top-down 식의 정치기관과 달리 민주적 경험론이 가장 적나라하게 적용될 수 있는 정부기관이다. 국가적 공동체내에서 공권력에 의하여 자신의 권리가 침해되었다고 주장하는 시민을 통하여 직접적·심의적·분권적 (directly deliberative polyarchy) 의사결정방식이 현실화 하게 되는 것이다.¹³⁾ 그러나 오랜 헌법관행인 사법심사제도는 정치기관의 결정을 소수 법관의 형량감각에 따라 반복하게 되는 비다수의 난관 문제 (countermajoritarian difficulty)를 야기해 왔다. 즉 입법목적과 수단의 적절성 (means and ends), 침해되는 법익과 보호하려는 법익간의 균형 (balancing test) 등의 사법심사기준이 그러한 것이다. 이때에 법관이 입법 목적을 절대적으로 보는 사안의 경우에는 동 법률은 대부분 합헌결정이 나오게 되는데, 그것이 엄격심사의 원칙 또는 완화된 엄격심사의 원칙이다 (enhanced scrutiny). 즉 법관은 법률의 성격에 따라 입법부의 판단에 예양 (deference)할 것인가, 아니면 정밀한 심사 (intrusion)를 할 것인가를 미리 마음에 두게 된다. 이러한 의사결정구조 속에서 의회 역시 법률의 제정 시 사법부의 사법심사에 미리 대비하게 되는 바, 입법 목적을 조항에서 정밀하게 문언화하여 법원의 자의적 해석을 방지하기도 한다. 그러나 이러한 상호작용은 결국 몇가지 변형적인 심사기준을 법원이 적용하는 결과를 가져 왔을 뿐, 여전히 예양이나 사법적 침입을 통한 법률의 무효화인가의 의사결정 내지 사고양식을 근본적으로 바꾸지 못하였다. 이러한 불활성 (rigidity)구조가 憲法傳統, 또는 보수적 原本主義者 또는 司法過程論者들에 묵인되어 왔다면, 민주적 경험론은 보다 동태적이고 생태적 과정을 접목시킴으로써 새로운 관점의 헌법관을 제시하고 있다.¹⁴⁾ 이

13) 물론 법원의 심급구조를 통하여 조정과 통할이 가능하고, 국가적 체계 (national framework) 내지 독일 법학자들이 얘기하는 체계 정당성이 확보될 것이다.

14) 박명림, “헌법, 헌법주의, 그리고 한국 민주주의”, 한국정치학회보 39.1 (2005): 253-276; 박성우, “민주주의와 헌정주의의 갈등과 조화: 미국헌법 해석에 있어서 원본주의 논쟁의

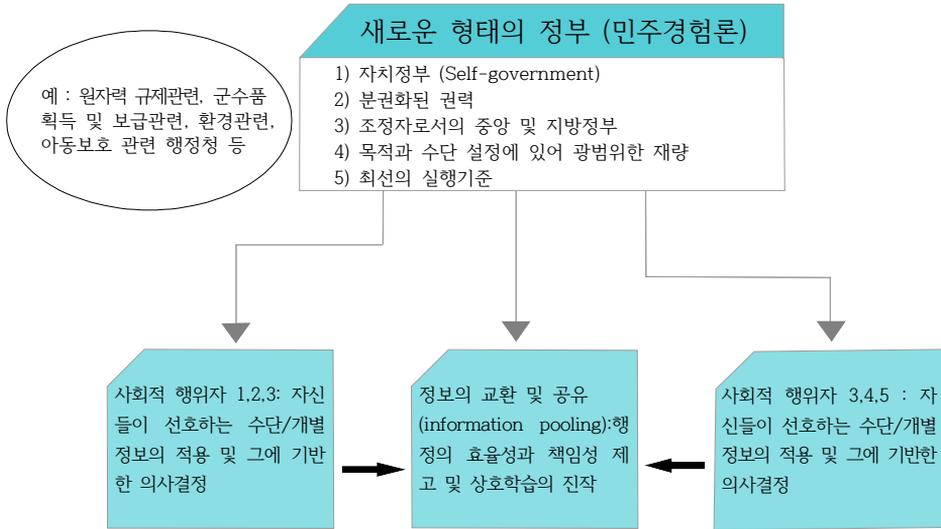
는 19세기 이래 확대되고 있는 대중 민주주의 (mass democracy) 혹은 참정권의 확대를 통한 참여민주주의와 궤를 같이 하면서도 준별될 수 있는 것이다.¹⁵⁾ 즉 단순한 혹은 잠자는 시민세력이 아닌, 소위 지적·참여적 시민그룹을 통한 합리적이고 분권적 의사결정체계를 통하여 몇 페이지에 그치는 성문헌법을 보완하여야 한다고 주장한다. 따라서 예컨대 민주적 경험론이 바라보는 유럽통합은 유럽의회가 얼마나 권한을 확대하는가, 유럽차원의 시민참여가 확대·제도화 되는가 혹은 하나의 참정권으로 보장되고 있는가를 넘어, EU와 구성국의 통치권 행사 혹은 정부서비스에 대하여 유럽시민이 소비자로서 피드백하고 비판할 기회를 가질 수 있는가의 문제로까지 확대된다. 즉 통합헌법이나 EU정부의 확대 강화를 넘어 시민적 차원에서 보다 구체적인 지적 반추와 분권화된 직접적 심의가 가능한가를 문제삼는 것이다.

민주적 경험론에 바탕한 헌법관과 아주 가까이 비견될 수 있는 현상이 우리 주위에서 일어나고 있는데, 전자백과사전인 위키피디어가 그것이다. 첫째, 그것은 top-down식이 아니고, 전자백과사전에 관심이 있고 이를 좋아하는 자들에 의하여 풀뿌리식으로 백과사전이 만들어 진다. 둘째, 연방헌법과 같이 article이라는 아이템별로 주제를 정하여 이를 창출한 founding fathers가 있고, 매일 매일 변경되거나 토론되어 그 내용이 구체적으로 확대되고 확정된다. 물론 어떤 article은 삭제되기도 한다. 셋째, 민주적 경험론의 본질상 가장 중요한 것으로, 이러한 매일 매일의 백과사전 과정에 참여하는 시민들은 백과사전에 관심을 가지고, 위키피디어 공동체에 자신의 지적인 역량을 발휘하여 무엇이 바람직한 백과사전인가를 생각하면서, 백과사전 제조에 참여하는 깨어 있는 시민일 것이다. 이로써, 우리가 당면하는 성문헌법의 공백과 같던 article 상태는 꾸준히 발전하고 정치화 되며, 이와 같은 현상이 헌법을 정점으로 한 우리의 공동체규범에서도 발생하는 것이다. 이때에 위키피디어와 달리 우리의 경우 성문화된 헌법 혹은 법령을 초월한 Ackerman식의 헌법적 계기가 발생할 수 있고, Smend식의 헌법에 기초한 공동체 통합과정이 일상화될 수 있는 것이다. 한편 위키피디어에도 일정한 위임을 받은 관리자 그룹이 있는 바, 이들은 실체에 관여하지 않고, 기본적 기준에 바탕하여 네티즌들의 행위를 조정하고, 일정한 권한을 행사하는 바, 바로 그러한 역할이 민주헌법관에서 상상하는 정부기관 공직자들의 역할이라 할 것이다.¹⁶⁾

의미와 역할”, *대한국정치학회보*, 3 (2006): 55-77.

15) 오현철, “일반 논문: 정치적 대표체계의 민주적 재구성 방안 모색 - 토의민주주의 (Deliberative democracy) 관점에서”, 『시민사회와 NGO』 4.1 (2006): 145-176; 이계수, “참여민주주의의 이상과 현실-헌법 이론적 진단”, 『공법연구』 35 (2006): 185-214.

[그림 1] 민주헌법관과 새로운 정부 개념



이러한 민주적 경험론은 성문헌법과 사법심사, 법치주의의 등 미시적 차원의 헌법관으로부터, 공직자와 양식있는 참여형 시민을 전제한다는 점에서 거시적 헌법관으로 이행함에 있어 철학적으로 설득력 있는 이론 모형을 제공할 수 있다고 본다. 이는 경직적 성문헌법주의를 넘어 불분헌법국가의 헌정 방식과도 상용되는 바 있으며, 우리 헌법재판소의 헌법을 통한 시민 교육, 공동체 통합을 지향하는 헌법관과 맥락을 같이 하는 측면이 있다. 이에 19세기 대중 민주주의의 확대와 보수적 헌법체계는 역사적 필요악으로 이해될 수 있고, 새로운 민주헌법관이 필요한 것이고, 나날이 발생하는 헌법적 위기를 극복하는 매우 효과적인 대안이 되는 것이다. 민주

16) 물론 민주헌법관은 민주적·분권적 의사결정구조를 대안화 또는 제도화 하여야 한다고 주장함으로 중요한 의사결정이나 역사적 사건에 관한 왜곡을 문제 삼는 ‘공모이론’ 혹은 ‘의혹이론’(conspiracy theory)과 대비되어 이해되어야 한다. 즉 어떤 그룹과 공모하여 정부가 부정한 결정을 내렸다거나, 부정한 로비, 압력 및 범죄 등을 역사 또는 정부의 의사결정과정에 대입하여 설명하려는 공모이론은 헌법현상을 설명하는데 접목될 수 있지 만 (예컨대 촛불시위의 배경과 정치적 동기가 여하하다라고 주장한다든지), 그것은 민주적 경험론과는 구별되며, 헌법학자인 캐스 선스타인(Cass Sunstein)과 아드리안 버물(Adrian Vermeule)은 음모에 대한 정부의 대책으로 5가지 제안(금지/과세/정부 스스로의 논리적·체계적 반박/사단체의 고용을 통한 논리적·체계적 반박/비공식적 접촉을 통하여 그만두도록 협조를 구함)을 하였는 바, 공모이론을 통하여 음모에 대한 대책의 필요성을 정부의 중요한 책무로 주장하고 있다.

적 경험론은 우리가 쉽게 추측할 수 있다시피, 점진 개혁론(incrementalism)의 철학적 가치를 지니고 있다. 즉 1회성·절대성 (once for all)의 본질을 갖는 형식적 정밀성 (우리가 헌법이나 제정법 조항에서 느끼듯이)을 행정국가·헌법국가체계의 결정적 문제로 인식하면서, 제정법해석의 자의성을 최소화하면서, 주권자 내지 제헌권자가 요구하는 의미를 명확히 하기 위해서 민주헌법관이 기능하여야 한다는 것이다.

민주적 경험론에 의할 때에 법원에 회부되는 위헌심판사건들은 상당수 줄어들 것이며, 위헌심판을 행하는 경우에도 법원은 새로운 관점의 헌법적 역할에 따라 보다 합리적이고 일관된 기준에 따라 사법권을 행사할 수 있을 것이다. 민주적 경험론에 따르면, 국회나 행정관청은 행정 주제에 관하여 경직적 제정법 조항을 만들지 않으려 할 것이고, 중국적 기준은 유연할 것이다(rolling best-practice standards).¹⁷⁾ 이를 통하여 분권화된 민주적 의사결정이 가능하게 된다. 사법심사의 기준은 절차적 정당성에 집중될 것이지만,¹⁸⁾ 민주적 경험론을 통하여 목적과 수단의 형량을 직접적·심리적·실질적으로 공고하게 연결됨으로써, 절차적 정당성의 심사가 공허한 형식주의가 될 가능성은 거의 없다.

민주적 경험론의 가정은 우리가 사기업의 행태에서 보듯이 인간 행동의 첨단에는 효율성을 얻기 위하여 협력을 필요로 한다는 것이다. 그러한 협력은 이해관계자나 그룹들이 자신들에게 영향을 미쳤던 공권력의 행위에 대하여 과거에는 어떠한 영향력있는 발언을 할 수 없었으나, 상황이 달라지면서 가능하게 된다. 즉 민주적 경험론은 이러한 성공을 확인하는 장치가 되는 것이며, 그들의 성공이 다른 분권화된 의사결정 단위로 확대될 수 있는 수단을 제공하는 것이다. 민주적 경험론의 가정은 자유주의 철학에 기반하고 있다. Dorf와 Sabel이 갈파하듯이 자유주의

17) 그런데 유연한 기준의 입법은 민주적 경험론자들이 보기에 새로운 입법형식이고, 입법자들에게 영향을 미치는 새로운 접근방식이 아니다. 이미 EPA 등 미 행정관청은 연방의회나 관련기관들에 유연한 입법기준을 요구하는 한편, 그러한 기준을 일반적으로 잘 존중하는 기업들을 위하여 잠정적 면제 등을 부여하도록 제안하기도 한다. 그리고 의회는 그러한 회사들에게 중국적 면제를 부여하기 위하여 충분한 개선 등이 있었는가를 심사하고, 중국적으로 결정을 내리게 된다.

18) 민주적 경험론의 사법심사에 있어서 법원은 실제적 문제에 관하여 관망적 혹은 주먹구구식 형량(speculative)을 하기보다는 행정관청의 절차적 정당성을 문제삼게 된다. 즉 법령이나 기준이 실제적으로 정당한가의 문제 보다는, 국회 특히 행정관청이 입법(물론 유연하고 가변적으로 적용될 수 있는 기준)을 함에 있어 실제로 정보를 조직적으로 이용하고 조정하려는 노력을 다하였는가를 묻게 된다. 이때에 법령이나 기준의 정당성의 문제는 입증책임의 문제로 바뀌는데, 지방정부는 모니터링을 통하여 학습하는 사기업과 같이 자신들의 결정을 정당화하기 위하여 탐색·비교 노력을 하였다는 것을 증명하여야 한다.

철학은 수제품의 단순한 것이지만, 노예의식이나 제도를 치명적 적으로 보며, 자기 결정권은 협력의 전제가 되는 것이고, 협력은 공동진보의 전제를 이루는 것이다. 국가와 공무원, 또는 상급·하급 공무원들의 관계는 생산적인 주인과 노예관계의 많은 예 중 하나의 것이고, 역사를 성찰한 기반위에서 해방의 가능성만이 자유주의 법칙이나 철학의 예외가 될 수 있다는 자유주의 신념체계로 무장한 자들로 구성되는 것이다. 그리고 그들에 의하면 민주적 경험론은 자기결정 능력을 갖춘 자들의 참여를 조장·진작하기 위하여 무자비하게, 그리고 일관되고 진지하게, 자유와 그 예외에 관한 법칙을 적용한다는 성격을 갖는다. 따라서 이러한 헌법관은 19세기 경제 제국주의(national economic and military self assertion)를 위한 조건으로서의 대중 민주주의와 구별되며, 노예제는 가장 고상한 고용제도라는 아담 스미스의 역설과는 다른 성격의 것이 된다.

IV. 憲法傳統과 民主的 經驗論

민주적 경험론은 정치경제적 차원에서 중립적 가치에 바탕하고 있으며, 전술한 바와 같이 존 스튜어트 밀이나 듀우이와 같이 자유와 해방의 가능성을 신봉한다. 즉 그것은 종속과 속박을 혐오하고, 자유를 전제로 인간과 사회의 진보를 확신한다. 19세기 중엽 보수주의의 앤티 테제로 힘을 얻기 시작한 자유주의와 사회주의는 왕이나 자본가 계급의 속박으로부터 인간의 해방을 지향하였다. 민주적 경험론은 시카고 아동프로그램, 환경보호프로그램 등등에서 알 수 있듯이 직접적·민주적·분권적 의사결정방식을 행정에 반영하여야 한다고 주장하면서, 행정국가 내지 급부국가체계 속에서 헌법과 조화를 이루는 한편, 주권자인 시민의 의사를 가장 중요하게 생각하는 시민공화정의 전통에 기반하고 있다.¹⁹⁾ 즉 노동자혁명과 같은 극단적 방식의 해방철학을 받아들이지 않으면서도, 시민의 의사를 최대한 정책결정에 반영함으로써 인간사회의 점진적 해방가능성을 확신하는 이론인 것이다. 물론 이때의 시민그룹은 대부분 기업일 것이고, 헌법, 중앙정부, 지방정부, 대기업, 중소기업 등이 그물망 또는 혈관과 같이 얽혀 여러 분권적 단위에서 이를 직접 심의하

19) 이는 시민 공화정의 철학적 기반으로서 공무원임권의 문제와도 관련이 있다. 예컨대 지방자치의 확대로 지방의회가 설치되면 공직이 느는 한편, 공적 결정에 있어 주권자인 시민의 의사가 보다 효율적으로 반영될 수 있다. 이호선. “헌법상 공무원임권의 철학적 함의.” 『유럽헌법연구』 제22호 (2016): 423-455.

고, 다양한 결정을 장기간 모니터 하고 이를 학습함으로써, 중요 헌법기관 그리고 핵심부서는 다양한 결정을 조정하고 통할하게 된다. 그럼으로써 민주적 의사결정이 가능한 한편 국민의 권리를 보호할 수 있고, 헌법체계 또는 법적 안정성이라는 국가사회의 이상을 달성할 수 있는 것이다. 따라서 이는 선례구속성의 원칙이랄지, 국가적 차원의 기록문화, 공무원과 시민의 교육제도, 관용과 통합 등 우리가 흔히 들어 온 사회제도 내지 원칙과 관련성을 갖게 된다.²⁰⁾ 민주적 경험론과 그 헌법관은 복지국가 내지 사회국가의 발전과 그 한계를 성찰하고 만들어진 헌법이론이고, 기업의 의사결정방식을 헌법적 차원의 의사결정방식에 접목시키자는 것이므로, 이는 과도한 이상주의적 복지국가 내지 사회국가관을 극복하고, 경쟁력있는 정부, 시장과 현장을 중요시 하는 정부, 시민과 정부가 헌법적 책임을 공유함으로써, 실용적 의사결정을 가능케 하고, 시민공화정의 이상을 구현할 수 있다는 속성을 갖는다. 비록 국가는 기업 즉 생산자편을 들 수밖에 없다는 맑스의 통찰을 극복하지 못하지만, 기업이 살아야 노동자도 산다는 일본식의 기업문화 내지 청년실업 및 국가 전반적 실업난 속에서 취업과 창업이 가장 중요한 사회문제인 우리의 현실과 부합하는 측면이 있다. 아직도 사회주의를 부인하지 않고 수정자본주의 방식을 사회주의에 접목시키고 있는 중국이 있지만, 구 소련체제의 붕괴로 맑스 레닌식의 노동자혁명을 이상으로 하는 정치체제는 그 회생 가능성이 소멸한 상태라 할 수 있다. 뉴딜 무렵 고펜(Gomper)식의 미국 사회주의가 진보를 가져오기도 하고, 복지국가·행정국가의 과비용을 야기하는 주범이 되기도 하였다면, 민주적 헌법관은 이와 달리 헌법적 책임을 국가 외에 기업과 시민에게 분담시키는 한편 민주주의적 가치를 실현할 수 있게 하므로 일거양득이라 할 수 있다. 동 이론은 자유의 가치와 부르조와 시민혁명에 바탕한 헌법전통을 부인하지 않는고로, 민주주의를 실험적으로 바라보지만 소비에트를 민주주의 실험실로 바라 본 레닌식 사회주의와 구별된다. 또한 유럽과 대한민국의 노사정위원회와 같이 노동자의 소유지분 관념이랄지 의사결정에의 참여 같은 관념을 쉽게 용인하지 않을 것이다.²¹⁾ 그러나 법원

20) 장영수, “헌법의 기본원리로서의 민주주의(民主主義)”, 『안암법학』 1. 단일호 (1993): 67-147; 최장집, “민주주의와 헌정주의: 미국과 한국”, 미국헌법과 민주주의 한국어판서문, 서울: 후마니타스 (2004): 7-69.

21) 특히 미국의 노동계약은 보통의 계약과 같이 철저한 의사주의에 바탕하고 있다고 평가되고 있으며, 사용자는 언제든지 고용자를 해고할 수 있는 것을 법원칙으로 하고 있으므로, 문제되는 행정영역에 따라 가변적이겠지만, 민주헌법관은 원칙적으로 국가와 기업의 양분법에 따른 것이고, 근로자는 기업에 종속되는 것으로 체계화되어 독자적으로 공법적 의사결정에 참여하는 것이 생경하게 받아들여 질것으로 본다. 그리고 무엇보다도 노사정

의 경우, 민주적 경험론은 법관의 역할을 전통적인 수동적 심판관 상으로부터 능동적인 문제해결사상으로 변화시켰다. 물론 이는 소송대리인, 그리고 법적 문제와 깊이 관련된 사회적 문제나 서비스체계와의 협력을 통하여 가능한 것이다. 예컨대 미국에서는 의약품 분쟁에 있어 1987년부터 1997년 10년 동안 150건의 의약품사건 관할 법원이 새로이 창출되었고, 그 이후 동일 수의 법원 창설이 계획되고 있다고 한다. 그리고 의약품 법원은 다양하게 취합된 정보에 따라 결정하고, 그 결정을 집행하며, 그 집행을 감독한다. 즉 자신들이 직접적으로 책임을 부담하는 사회적 영역이 아닌 경우, 민주헌법관에 투철한 법관은 그 사회관계의 주된 행위자, 즉 경영학적 용어로 주된 이해관계자들에게 해결방안을 도출하도록 지시한다. 그리고 이때에 권리와 의무관계를 확정할 책임이 있는 법관은 소위 예방법칙(prophylactic rules)에 따라 법적 권리를 유연하게 혹은 가변적으로 인식 또는 확정한다.²²⁾

전술한 바와 같이 민주헌법관과 그에 따른 정책의 결정은 전자백과사전인 위키피디아와 유사하다고 하였다. 위키피디아는 인터넷 시대의 한 부산물이지만, 사실 인터넷의 발명과 그 이용은 인류문화적 관점에서 지대한 전환점이 되고 있다. 인터넷으로 대변되는 정보화의 진전은 사생활의 침해랄지 비밀정보의 보호 등 부작용을 낳고 있지만, 위키피디아와 같이 집단지성이 쉽게 가능한 시대가 되었고, 여러 방면에서 우리의 생산과 소비 패턴에 영향을 미치고 있다. 정치나 행정의 관점에서 전자투표제의 도입이랄지, e-government 등 새로운 방식의 민주주의 시대가 열리고 있는 것이다. 이러한 환경은 민주헌법관의 관점에서는 긍정적인 조건을 형성한다고 본다.

이러한 소규모 이해관계자 그룹을 전제로 실질적이고 효율적인 결정을 해야 한다는 기업식·경영학식 헌법관으로서 민주적 헌법관은 물론 장점만 있는 것이 아니다. 민주헌법관은 도프에 의할 때에 2가지 관점에서 비판받는다고 한다. 첫째, 분권화로 인하여 원래는 경직된 문제로서 1회적으로 중대하게 결정될 문제를 기업과 같은 세밀한 단위의 민주적 의사결정의 대상이 되는 문제로 치환함으로써, 사회적 약자를 직접적으로 사회적 강자에게 예측시키는 부작용이 있다고 한다. 그 비판에 따르면 분권화된 의사결정을 선호하는 가장 대표적인 그룹은 지방토호세력²³⁾이라는 가정을 바탕으로, 이들의 회유나 암묵적 겁박으로 지방의 약자들은 이

위원회는 중앙정부적 차원의 것으로 top-down식이라는 차이점이 있다 할 것이다.

22) 도프는 그 예로 ECJ 판결인 Union Royale des Socites de Football Association (ASBL) v. Bosman.

23) 물론 이때의 지방은 수도 서울이나 경기지역에 대비되는 지방을 말하는 것이 아니고, 중

들에게 충성할 수밖에 없는 구조가 된다. 두 번째 비판은 사회적 강자 또는 약자의 문제를 넘어, 민주적 경험론에 있어 우회와 복합장애의 문제는 정책결정의 효율성을 크게 떨어뜨릴 수 있다고 한다. 점진주의에 따라 바위언덕을 넘어 도달한 현실은 또 다른 높은 산과 계곡일 뿐으로, 민주적 경험론은 주권자에게 소심과 무감각을 사려깊음 또는 숙련된 결정으로 선전하는 오류를 범한다는 것이다. 또한 직접적·분권적·심의적 의사결정을 위하여 필요한 과정을 필히 거쳐야 한다고 하면, 이는 민주적 경험론이 지향하는 숙련된 결정이라는 이상을 절차적 복잡성의 난관으로 달성할 수 없는 숙제로 만들지 모른다고 비판한다.

V. 現代 行政國家와 民主憲法觀

우리는 민주주의·헌법국가에서 행정의 중요성을 잘 알고 있다. 권력의 본질이 필연적으로 민주주의와 연관되는가는 의문이지만, 프랑스 대혁명으로 새로운 사조로 등장한 자유주의나 공상적 사회주의를 거쳐 19세기 중엽 만들어진 과학적 사회주의는 head count, 즉 다수주의 내지 민주주의 가치에 기반하고 있다.²⁴⁾ 그런데 민주헌법관은 역사적 사조로부터 단서를 찾으면서도, 자유주의 철학에 기초하며, 인간과 사회의 해방을 추구하면서도, 실용주의적 가치 또는 현대행정국가의 올바른 헌법체계를 제시하려 하고 있다. 즉 시장과 기업이라는 거대한 변수를 정부 또는 헌법전통에 연결시키면서 정치와 행정에 가장 적합한 현실을 구하려는 이론이라 할 수 있다.²⁵⁾ 버크(Burke) 경과 프랑스 대혁명을 대비시켜 보면, 근현대 민주국가는 봉건 절대군주 내지 불문율에 바탕한 입헌군주제를 인권선언 또는 연방헌법이라는 성문헌법으로 치환해 버린 성격을 가지고 있다. 다시 말하면 국가와 동

양정부와 지방정부라고 할 때의 지방을 의미하는 것이다.

24) 프랑스 대혁명을 보고 ‘인간의 이성’은 불완전하며 혁명을 통하여 사회를 진보시킨다는 것은 거짓말이라는 버크(Burke)경의 평가는 자유주의와 보수주의 사조의 기원이 된다. 프랑스 대혁명의 자유주의는 초기 생시몽 등 공상적 사회주의가 20세기 중엽 맑스에 의하여 과학적 사회주의로 발전하듯이, 역시 20세기 중엽 존 스튜어트 밀에 의하여 보완됨으로써 가칭 과학적 혹은 철학적 자유주의로 발전하는 것은 주지의 사실이다. 그래서 문화비평가들이 낙타 이야기로 국민성을 꼬집은 것이 일리가 있는 것 아닌가 생각된다 (Burke경은 낙타를 구하러 백을 메고 프랑스를 찾아 나섰으며, 프랑스인들은 사회주의를 만화를 그리듯이 상상하고, 독일인인 맑스는 낙타를 논한 수백페이지의 리포트를 쓴 것은 아닐까?)

25) Hayek, F. A. (2013). The constitution of liberty: The definitive edition (Vol. 17). Routledge.

일시되던 군주가 헌법이라는 새로운 형태의 법에 의하여 대체된 것이다.²⁶⁾ 그리고 자유라는 혁명의 가치는 권립분립의 원리를 신성시하는 헌법에 의하여 담보되게 된다. 자유혁명과 미국의 독립이라는 역사적 대형사건의 여파는 210년(1789-2000) 동안 두 번의 전환점을 맞게 된다. 즉 보편적 민주주의와 자유의 가치를 지키기 위한 1860년대 노예해방과 시민전쟁, 그리고 1930년대 대공황과 행정국가체계의 수립이 그것이다. 이 두 사건은 70년을 주기로 발생하였고, 소위 헌법논쟁에 있어 소극적 자유(negative liberty)와 적극적 자유(positive liberty)라는 이분법과 연관이 된다. ‘국가는 시민영역을 침탈해서는 안된다’는 것이 프랑스 대혁명과 미국 독립의 가치라면, 자유주의 헌법은 제정되었지만 아직은 혁명이 완수되지 않은 상태가 70년간 잠재되어 있으면서, 그것이 끓아 터진 것이 남북전쟁이었고, 이를 기화로 수정헌법 제 14조 등 인권보장에 있어 지대한 역할을 하고 있는 헌법조항이 증보된 것은 민주주의와 헌법국가의 발달에 있어 혁명적 의의를 갖는다 할 수 있다. 이후 인간의 자유와 해방은 국가가 간섭하지 않는다고 하여 보장되기 어려운 처지가 전개된다. 즉 국가가 최소한의 부조를 하지 않으면 억압과 장애로 인하여 자유를 누리고 자기실현을 하기 어려운 이웃들이 존재하게 된 것이다. 그것은 새로운 헌법관·국가관을 요구하게 되고, 주지하듯이 적극국가, 급부국가, 행정국가, 복지국가라는 새로운 패러다임이 헌법의 실행에 있어서 지렛대 역할을 하여 왔다. 이제 1990년대 중반 진보적 법학자 및 정치학자들에 의하여 민주헌정사에 있어 3번째 계기가 될 수 있는 민주헌법관이 제시됨으로써, 아이러니컬하게도 뉴딜 전환점이 있던 후 약 70년 뒤 우리는 역사적 성찰과 새로운 헌법관을 맞이할 수 있게 되었다고 본다. 새로운 민주헌법관은 적극국가·소극국가라는 이분법을 초월하여 시민과 정부가 모두 책임을 분담하여 보다 효율적인 정부와 행정, 즉 “파산하지 않는 헌법”을 유지하기 위한 헌법관이라 할 수 있다.²⁷⁾

26) 물론 불문헌법의 전통에 따라 입헌군주제를 시행하는 국가 그룹, 구 소련과 같은 공산주의 정치철학에 기초한 전형적 사회주의의 국가 그룹 등 비교적 소수이지만 국가체제가 다른 국가들이 존재하는 것도 사실이다.

27) 우리는 인공지능이 세상을 혁신적으로 바꾸어 나가는 세상, 즉 4차 산업혁명이 일어나고 있는 세상에 살고 있다. 코어스(Coase) 정리라는 ‘사회적 비용의 문제(problem of social cost)’에 관한 철학주제가 오랫동안 자유와 해방이라는 가치를 극대화시키면서도 현실과의 접목을 피한 시스템 고안자들의 공부거리였다. 이에 관한 논문이 법학논문 중 가장 인용빈도수 많은 논문이 된 것은 어쩌면 당연한 것인지 모른다. 즉 법과 사회비용의 문제는 시스템 철학자라 할 수 있는 법학자에게는 항상 연구주제와 관련될 것이기 때문이다. 인공지능시대의 도래는 이러한 사회비용 문제를 더욱 복잡하게 하고 있다. 4차 산업

그렇다면 우리는 이하에서 자유를 최대화하기 위하여 가장 중요한 헌법원리인 권력분립주의와 민주헌법관을 살펴본다. 나아가 행정국가화는 국회에 의한 위임입법을 확대하고 있는데, 민주헌법관에 따라 그 의미를 음미해 본다. 또한 우리나라도 개헌논의를 통하여 분권화와 국가경쟁력, 연방제 개헌 등 여러 대안들이 논의되고 있는데, 연방제와 민주헌법관의 관계도 간략히 살펴보아야 한다.

현대 복지국가의 행정청은 순수한 행정작용만을 하는 것이 아니고 행정목적 달성을 위하여 입법, 행정 내지 사법적 성격의 권력을 모두 행사하고 있으며, 이는 전통적인 3권분립의 원칙을 심각하게 위협하고 있다고 볼 수 있다. 즉 매디슨식 고전적 3권분립자들에게 이러한 권력의 융합은 독재라고 보일 것이다. 다시 말하여 민주헌법관과 같이 시민이 참여하여 직접적으로 의사결정을 공유하지 않는다면, 최근의 행정청 남설은 불명확한 민주적 정당성으로 인하여 헌법전통에 대한 심각한 도전이 될 수 있다. 그러나 민주 헌법관에서는 행정절차법상 공지와 이의기간 제도 등을 통하여 행정청은 태생적으로 민주적 성격을 가지고 태어난다고 보게 된다. 즉 정치적 대표성이 없는 행정청에게 입법권을 위임하는 것이 헌법상 문제를 가질 수 있지만, 이는 헌법문언과 직접적으로 충돌하지 않는다면 헌법적으로 가능한 것이다. 권력분립원칙의 중요기준으로 ‘권력의 위대화(aggrandizement)기준’이 있는 바, 미국헌법상 제 4부라고 불리우는 행정기관은 헌법과 행정절차법이 잘 정비되어 있어 그러한 우려가 없으며, 오히려 행정절차법의 체계는 직접적·분권적·심의적 의사결정체계와 상용가능하다고 본다. 위임입법과 그 한계에 관한 선례로 차다(Chadha) 사건은 삼권분립의 원칙의 의미가 문제된 것이었는 바, 법원은 입법권을 위임하고, 그에 근거한 행정청의 결정을 의회가 다시 심사하는 것은 헌법이 규정하고 있는 입법절차를 무시한 것으로, ‘의회에 의한 자신의 권력의 위대

혁명을 연구하는 자들에 의하면, 인공지능시대에는 사회비용의 절감을 시장에서 현실화하는 수조원 가치의 기업들이 하루에도 수십 개 탄생한다고 한다. 우버 같은 대표적 벤처기업은 차량의 공유제를 big data를 통하여 인공지능화함으로써 수백 조 가치의 기업을 만들었고, Tribago라는 호텔예약관련 포털 역시 이러한 성격의 벤처기업이라 할 수 있다(그런데 우버는 직원의 성추행 문제로 기업의 이미지가 문제시 되고 있고, 또한 새로운 진보정권의 등장과 함께 공직자의 성추행 빈도수가 많아지는 것은 진보와 보수라는 철학적 인간관이 인간의 bio에 영향을 미치는 것은 아닌지 모르겠다?). 한편 4차 산업혁명이나 인간의 해방과 관련하여 그 정치·경제·사회적 본질을 어떻게 볼 것인가가 문제될 수 있다. 우리는 인공지능에 의한 사회비용의 절감, 인간노동의 대체와 인간의 노동으로부터의 해방을 희망할지 모르지만, 후기 맑스주의 철학자 또는 하버마스와 같은 프랑크푸르트 비판학자들은 이를 과학기술에 의한 부의 축적으로 보고, ‘부루조아 그룹의 새로운 자본형태’로 보고 있는 것은 재미있는 관점이다.

화'로서 위헌이라고 판시한 바 있다. 한편 트라이브(Tribe) 같은 헌법학자는 차다 사건은 준 의회주의적 정부형태(quasi-parliamentary government)를 거부한 대표적 선례라고 하면서, 다수 의견에 동조하고 있다.²⁸⁾

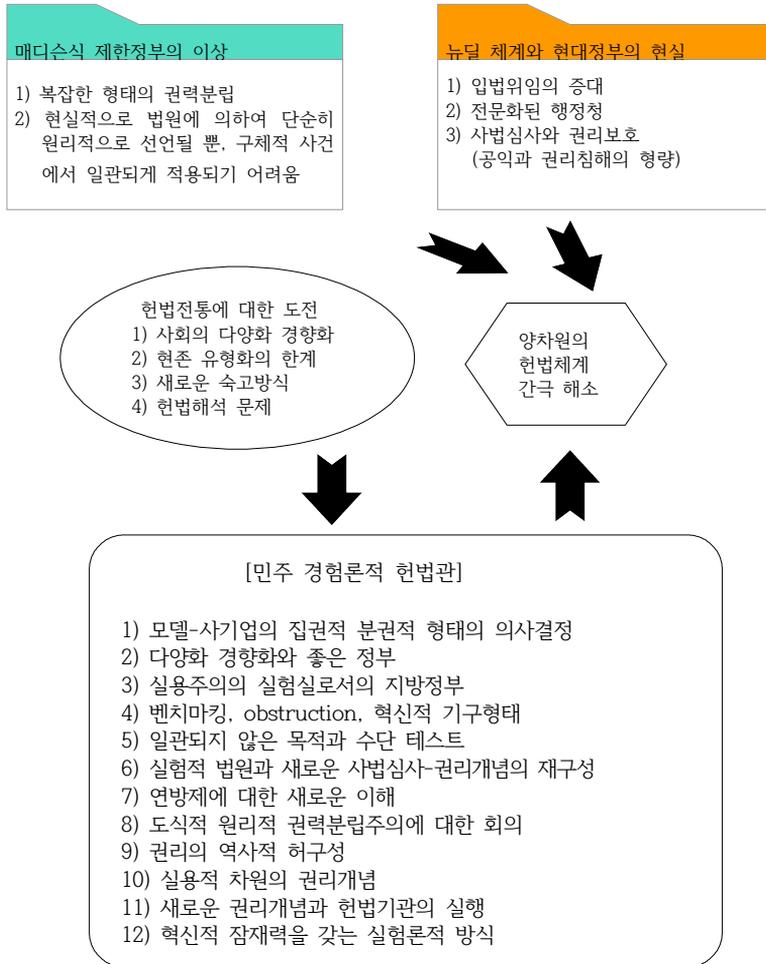
전술한 바와 같이 민주경험론은 분권적·직접적·심의적 의사결정방식으로서 헌법과 정치, 그리고 정부서비스의 삼각 편대를 연결시키는 매개고리가 된다. 이때에 민주주의는 새롭게 떠오르는 일본국 헌법 제 9조 자위대와 같은 위상으로서 실행사조직에 비금가며 그 파급효과가 중앙정부를 압도하고, 정권교체를 실현하는데 결정적 역할을 한 촛불시위 군중과는 성격이 다를 것이다.²⁹⁾ 즉 실력과 주의 주장, 거대한 주제의 현실화와 같은 top down식이 아니고, 합리적 기업적 의사결정방식을 헌법의 실현과 행정작용에 구현하자는 것이다. 시민, 시장, 경제는 가장 기본적이고 원초적인 것으로 민주주의의 중핵이자 핵심이라고 할 때에, 각급 중앙정부 및 각급 지방정부가 공권력을 행사함에 있어 시민의 직접적 참여기제를 통하여 다층적·분권적 의사결정구조를 이루게 할 수 있다. 그리고 연방제 등의 기제는 전통적으로 연방정부나 주정부 등 국가의 권리를 체계화하는데 중점을 두어 왔지만, 다른 한편 우리가 다루고 있는 민주경험론, 즉 분권화를 실현하는데 있어 순기능으로 기능할 수 있다. 연방제와 권력분립제는 민주헌법관이 대상으로 삼고 있는 성문 미국헌법의 핵심적 원리라 할 수 있는데, 이들은 민주경험론을 헌법에 접목시킴에 있어 큰 장애를 주고 있지 않다. 나아가 시장과 경제를 통한 창안적 분권화(novel forms of economic decentralization)의 확대는 새로운 형태의 민주적 연방제를 가져 올 수 있게 된다. 전술한 바와 같이 헌법전통이란 개인의 권리를 보호하는 체계이며, 이는

28) Dorf, M. C., & Sabel, C. F. (1998). A constitution of democratic experimentalism. *Columbia law review*, 267-473.

29) 앞서도 본 바와 같이 헌법은 혁명 또는 전쟁의 산물이었다. 나아가 혁명을 일종의 전쟁 또는 내전으로 보는 것이 현실적으로 간명하다는 주장도 있다. 일본은 제2차 세계대전을 일으킨 추축국의 하나로, 전쟁에 패한 이후, 평화헌법이 암묵적으로 강요되면서 자위대의 재무장을 목매어 외쳐왔다. 자위대를 헌법에서 실행사조직으로 규정하자는 제안은 재미있기도 하지만, 5권분립론 헌법을 만든 대만과 같이 헌법이나 개헌문제에 접근함에 있어 유연한 사고가 필요하다는 점에서 시사하는 바가 있다. 필자는 국가와 국가 간의 권리의무관계를 생각하는 국제법 전공 학자이지만, 세계대전의 당사국으로서 전쟁을 주체적으로 경험한 일본의 국제적 스케일은 헌법문제를 다룸에 있어서도 창의적인 면이 있으며, 주변 경쟁국으로서 경계할 필요도 있지만 배울 점도 있다고 본다. 우리도 이번 개헌 논의에서 시각과 유연성을 최대한 발휘하여 단순히 대통령제에서 의원내각제로의 개헌 또는 중임제 대통령제로의 개헌 등의 기존 틀을 넓혀 강소연방제랄지 통치구조 등의 문제를 광범위하게 검토할 필요가 있지 않나 한다.

다수주의로부터 소수자의 기본권을 보호하는 방어체제라 할 수 있다.

[그림 2] 미국 헌법체계하에서의 민주헌법관



다시 말하여 지방, 주, 연방정부의 다수가 내린 결정으로부터 헌법이 보호하려는 개인의 기본권을 보호하는 역할을 헌법과 재판소가 하여 왔다.³⁰⁾ 그리고 수평적

30) 민주적 헌법관에서 바라보는 권리관은 역사적 성찰에 기초한 것으로, 이를 특정사회의 역사적 필연성에서 찾는 것을 부인하고 있다. 즉 우연한 계기에서 인정된 것이 개인의 권리이고, 이는 유연하게 이해할 필요가 있다고 한다. 이는 본고의 주제인 민주주의와 권리의

성격의 분권화인 권력분립의 원리나 수직적 분권화인 연방제로 인하여 다수주의로부터 개인의 기본권이 보호될 수 있는 계기가 마련된 것은 물론이다. 한편 수세기 동안 권리와 관련한 논쟁거리의 최첨단에 있던 문제가 권리를 규정한 실체법상의 논쟁³¹⁾이라기보다는 위헌법령심사제의 정당성 및 사법자제론, 청구적격, 정치적 문제의 원칙 등 연방법원 스스로의 권한의 한계 문제였다는 것은 민주적 경험론과 관련하여 되새겨 볼 일이다. 따라서 연방제나 삼권분립원칙이 민주적 경험론과 조화될 수 있으면서도, 의회, 행정청, 법원의 역할이 다스리기 보다는 조정과 통합이라는 역할에 중점이 두어진다는 점에서 중국적으로 사법심사나 개인의 권리보호의 문제도 발전적으로 이해될 수 있다. 재미있는 것은 분권적·심의적·민주적 다층 의사결정구조를 주장하는 도프나 사벨도 민주주의 핵심으로서 분권화가 진전되어 갈수록 기존의 권리체계 (즉 참여민주주의를 현실화하는 절차적 기본권이랄지 아직 정당단계에 이르지 못한 군중의 연합과 시위 등에의 권리)와 민주적 경험론에서 말하는 의사결정 참여시스템이 구별하기 어렵게 동질화되는 경향이 있다고 한다. 물론 전자는 권리라는 타이틀이 붙었고, 후자의 경우에는 rolling based 정책 등 권리로써 보장되지는 않지만, 시스템에 의하여 보장됨으로써 약 90 % 정도 권리 또는 보호받을 수 있는 이익이 될 것이다.

민주적 경험론에서 바라보는 현대 행정국가를 규정하는 두 개의 주제는 “권리의 사법적 결정”에 대한 “민주화” (Democraticizing the judicial determination of rights) 와 “일상적 민주주의”에 대한 “헌법화” (Constitutionalizing the everyday experience of democracy)라고 할 수 있다. 즉 권리는 민주주의에 의해, 민주주의는 헌법에 의하여 견제되어야 한다는 것이다. 여기에서 민주적 경험론은 “실용주의적 사회화 (pragmatist sociability)”에 근거하여 권리의 상대성과 역사적 우연성을 조명하고, 일부 법원 판결에서 적용되고 있는 예방이론에 바탕한 권리관을 광

문제에 있어 타협을 찾을 수 있게 한다. 이때에 권리의 창설과 보장 (rights or privileges)은 공공재적 성격의 자원을 축소시킴으로써 공동체의 실망 (common disappointment)을 가져오게 되지만, 공동체 또는 민주주의도 권리의 인정을 불가피한 것으로 보면서 권리를 필요악으로 보게 된다. 나아가 부르조와 시민혁명, 즉 프랑스 대혁명과 미국헌법의 제정으로 인하여 권리는 헌법에 의하여 보장되는 신성한 것으로 승화된다. 본고 서두에서 필자는 인간의 본성이 권리인가 아니면 공동체인가 또는 민주주의적 가치인가가 궁금하다고 하였다. 민주적 경험론은 민주주의 방식을 인정하면서도, 소수자 혹은 개인의 기본권을 보호하는 헌법전통을 부인하지 않는 것으로 절충적으로 대안을 찾고 있다.

31) 대표적으로 경제적 자유, 인종에 따른 격리제도, 시민권의 헌법적 권리로서의 승격, 표현의 자유, 형사피고인의 권리, 자기결정권 등이 그것이다.

범위하게 적용하여야 한다고 주장한다. 그리고 실험론자들의 권리관을 현실화할 수 있는 사법심사절차를 새롭게 하여야 하며, 우리가 기본권의 향유자로서 인식하여 온 기존관념을 실험론을 통하여 새롭게 이해하여야 한다고 한다.³²⁾

민주적 경험론의 권리에 대한 정의는 우리가 이해하는 것과 대동소이한데, 이는 국가나 사인들의 간섭으로부터의 면제이자 민주주의 체제내 시민들에게 보장되는 공공재를 이용할 수 있는 자격이라 한다. 그리고 이러한 권리 관념은 “권리는 중요한 것”이라는 편견으로 발전하여 명확하고 철저하게 검증되지 않은 채 관행적으로 인정되어 왔다고 본다. 즉 그들에게 권리는 어쩔 수 없는 것이며, 일반시민들의 실망과 함께 인정되어 왔고, 진정으로 합의에 기반하여 인정되고 보장된 것인지는 역사적으로 의문이라 할 수 있다.³³⁾ 권리는 그 외관상 어떤 특정 사회의 역사적 유물과 같은 내음을 풍기지만, 존 롤즈의 사회적 민주주의자들이 주장하듯이 도덕적 이성을 근간으로 하여야 한다.³⁴⁾ 따라서 만약 한국정치가 문제라면, 정당정치 또는 민주주의적 과정을 통하여 자유나 권리로 대변되는 보수적 정의에 대하여 비판이 가능하고, 특정사회의 역사적 유물로서의 권리는 도덕적 이성의 관점에서 재평가될 수 있을 것이다. 요컨대 롤즈의 권리관은 효과적인 평등사회의 구현이라는 관점에서 재평가되어야 한다고 가르침으로써, 민주적 경험론과 궤를 같이한다.

VI. 民主憲法觀에 대한 批判的 昇和

한편 비판주의 인문철학자들은 민주적·경험론적 헌법체계를 기존의 국가에 의한 감시체계의 다른 하나에 불과하다고 폄하할 수도 있다. 이는 불평등과 착취에

32) 김문현, “평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계 위헌심사기준에 대한 평가”, 『미국헌법연구』 17.2 (2006): 97-134; 김종서, “진단: 헌법재판과 민주법학”, 『민주법학』 46.단일호 (2011): 333-373.

33) 이러한 민주적 경험론의 시각은 예컨대 국제법상 영역취득 이론인 선점과 비슷한 면이 있다. 즉 선점이론은 지리상의 발견과 유럽세력의 범세계적 진출과 관련하여 국제법상 합법적인 영역취득 방법으로 인정되어 왔지만, 어떠한 합의를 기반으로 하고 있지 않다. 권리에 대한 이러한 시각은 권리의 상대성 개념과 연결될 것이며, 예컨대 소유권의 대상 이라기 보다는 인류공동의 유산으로서의 환경이라는 인식을 통하여 보다 적극적인 성격의 환경권을 주장하는 논거를 제공할 수 있다.

34) Rawls, J. (2009). A theory of justice. Harvard university press; Rawls, J. (2005). Political liberalism. Columbia University Press.

협오를 느끼고 사회주의를 통하여 평등한 사회를 구현하려는 맑스식 사상가들의 사상과 같이 급진적이라고 할 수도 있다. 앞선 생각이 인문철학자들에 의한 것이라면, 후자는 종합사회과학이며, 현실적 행동강령에 이르러 정치화 되었다는 차이점이 있을 것이다. 전자의 경우 푸코와 디디에 비버의 파놉티콘·배놉티콘 논쟁이 대표적인 것이라 할 수 있는 바, 이는 유럽대륙 철학자들의 보편적·인문학적 철학방식을 대변하고, 영국식 왕권국가 사상에 대비되는 측면이 있다.³⁵⁾ 필자는 민주헌법관을 위키피디아와 비슷한 메커니즘이라고 하면서, 긍정적으로 묘사하였지

35) 영국의 경우 헨리 8세에 의하여 카톨릭과 단절하면서 성공회라는 국교를 인정하게 되는데, 이러한 전통은 국가에 대한 종교의 우위를 부인하는 한편, 국가 중심적 사회 내지 인식을 가능케 하는 계기가 되었다. 종교라는 것이 우리의 지적 영역의 중요한 부분의 하나라고 한다면, 이는 어쩌면 근 현대 철학 사조의 흐름과 관련하여 중요한 계기라 평가할 수 있다. 예컨대 지금은 탄탄한 행정국가의 하나로서 프랑스를 꼽을 수 있지만, 미국 헌법의 제정을 포함하여 영국과 미국의 역사속에서 우리는 국가 시스템 설계와 관련한 지난한 투쟁과 해안을 공부할 수 있다. 이는 굳이 연방주의자의 보고서랄지, 보통법 법원 법관들의 정치적 판례법 원리를 말하지 않더라도 우리가 느끼는 바이다. 한편 헤겔의 국가이성이나, 절대정신 등은 국가를 신이나 왕으로 동일시 한다는 점에서 영국과 유사하지만, 철학적 영역에 머물렀다 할 수 있다. 이러한 대비는 같은 범실증주의자라도 범 효력의 궁극적 근거로서 주권적 존재에 귀속하는 영국의 홉스와 사회관습에 중궁적으로 귀속하는 켈젠을 통하여서도 간취할 수 있다. 요컨대 유럽대륙의 top down식 근본주의 사고방식은 먼 후대에 이르러 점진주의적 귀납법적 정치과정이나 시스템 구축보다는 전체주의적 사고방식으로 연결되어 범실증주의와 독재의 가능성을 잉태하게 된다. 한편 프랑스 혁명을 보더라도, 혁명 성공후 단순히 시민의 보편적 인권만을 선언한 바 있다. 국가 시스템 설계에 까지 미치지 못한 프랑스는 나폴레옹 몰락 후인 1820년대에 이르러 왕정의 복고와 추종세력으로 인하여 피의 숙청이 이루어지고 여러 차례 국가체제 변동의 혼란을 겪는 것은 주지의 사실이다. 역사적 경험과 교육으로 인한 것인지 모르지만 미국인들은 대체로 철학보다는 현실을 중시하고, 유용성을 선호하는 경향이 있다고 한다. 요컨대 섬나라로서 역사적으로 영예로운 고립이 가능했던 영국은 모범적 왕권국가 내지 의회 주권국가를 운영하는데 유리하였을 것이다. 그리고 그 절정에 이르던 19세기 벤담의 파놉티콘 이야기는 국가사회의 현실을 이해함에 있어 단적인 비유를 제공하는데, 이에 푸코와 디디에의 이에 대한 재해석과 비판은 묘하게 대비되는 측면이 있다. 즉 공리주의자로서 가치의 중립성을 강조하고, 최대 다수의 최대행복이라는 정부가 추구하려는 공리주의적 이상은 그림 3에서 보듯이 민주헌법관 정부와 맥락을 같이 한다. 한편 파놉티콘에 대한 비판과 인간적 가치의 회복이라는 가치적·인문사회적 철학 사조는 그림 3의 왼쪽 영역과 관련성을 갖는다고 볼 수 있다. 마치 다윈의 진화론(evolutionary world view) 대 유럽대륙의 창조론 (Creationist)과 같은 대비라고 할 수 있지만, 이는 국가 시스템 설계 문제는 우리와 멀리 떨어진 다른 자들의 문제가 아니라, 우리의 인식과 지적 공유 내지 헌법교육에 연결되는 가깝고도 현실적인 문제라는 것을 반증한다.

만, 비판적 철학자들은 아마도 이를 파놉티콘·배놉티콘의 한 현현으로 느낄지 모른다. 즉 인본주의적 가치를 중시하고, 관리자적·중립적 헌법체계의 문제점을 말하려 할 것이다. 푸코가 ‘지식의 고고학’에서 말하다시피, 민주적 헌법관 역시 중국적으로는 사회 지배세력을 지탱하기 위한 지식체계에 기반하는 것이고, 자신들이 중국적 귀향점이라고 외쳐대는 인간에게는 아무런 진실이 아닌 ‘가짜의 지식’이라고 볼 것이다. 불행하게도 더 나아가 시민은 죄수와 같이 어떤 강력한 감시자로부터 항상 감시당하는 느낌을 가질지도 모른다고 할 것이다. 이러한 문제의식은 최근의 정보화사회에 이르러 개인 정보의 유출이랄지 싸이버 공간에서의 프라이버시 등 디디에(Didier)에 의하여 ‘감시의 연성화’라는 개념으로 확대 발전하게 된다.³⁶⁾ 민주헌법관은 궁극적으로 ‘자유와 인간해방’이라는 철학적 가치에 기초하면서도, 행정국가시대의 모델로서의 헌법체계와 시민사회간의 관계를 점진주의·실용주의적으로 풀어 나가려 한다는 점에서 국가 시스템을 설계하면서도 인본주의·비관주의 철학자들의 관점과 궤를 같이하는 절충적 측면이 있다고 할 수 있다.³⁷⁾ 한편 인본주의 철학자들도 푸코와 같이 통치가능성(governmentality)을 말하거나 하버마스와 같이 대화에 바탕한 민주정치과정(communicative theory) 등을 말함으로써, 인간을 넘어 사회와 국가, 민주주의에 관하여 강론하게 된다. 민주헌법관은 이러한 발전되고 복합적인 철학적 사조들에 관련되어 발전된 것이라 할 수 있다. 예

36) 정보화사회로 인한 감시의 연성화와 함께 현대사회의 또 하나의 문제는 시민들의 안주와 안전지상주의라고 할 수 있는 바, 이는 감시로부터 배제로 나아가는 계기가 된다. 즉 월저(Walzer)의 공동체주의에서도 다루지만, 점차로 감옥속 시민들은 자신을 중산층으로 받아들이면서, 안정하려 하는 경향으로 나아가는데, 이는 테러범이나 불법이민자를 배제하려는 의식으로 발전하게 된다고 한다. 이러한 문제들은 도덕적 기초로서의 진정한 동의 내지 자유와 인간해방이라는 우리가 부인하지 않는 근원적 테제들을 다시 돌아보게 한다. 민주경험론은 점진주의에 기반한 진보적 헌법관이며, 유연성에 바탕한 시스템 제안이라 할 수 있지만, 도덕적 기초로서의 헌법, 진정한 동의 (consent)와 같은 하아드한 개념으로서 헌법전통을 부인하는 것이 아니다. 즉 분권화 (polyarchy) 란지, 장기간 학습 모니터링 등의 개념은 국제법체계에서 말하는 국가관행의 장기간 지속 내지 도덕적 기초로서의 유연한 동의 (consensus) 개념 등과 유사하지만, 통치권자 또는 규제자로서의 정부 내지 헌법전통을 부인하는 것이 아니라, 다만 그 역할이 실체적 결정권자로서의 정부보다는 조정과 통할 등 절차적 관리자로서의 정부를 상징하고 있다는 차이가 있다. 다시 말하여 집단안보체제라고 할 수 있는 UN외에 특별히 정부가 존재하지 않고 완전히 수평적 분권적 구조를 이루고 있는 국제사회 내지 국제법적 체계와 민주헌법관이 구별되는 것은 물론이다.

37) Quinn, J. B. (1978). Strategic Change: “Logical Incrementalism”, Sloan management review, 20(1), 7-19; Hayes, M. T. (1992). Incrementalism and public policy. New York: Longman.

컨대 미국과 미국사회의 연방시스템은 미국을 이해함에 있어 공동체주의를 낳게 되었다. 월쩌(Walzer)에 의하여 대표되고, 원형 자유주의자들과 충돌할 수 있는 공동체주의는 보수적이고 근본주의화 할 수 있는 자유주의자들에게 미국의 현실에 맞는 이상사회가 무엇인지를 말하러 한다.³⁸⁾ 공동체주의자들은 미국은 필그림 파더스(Pilgrim fathers)로 시작하여 신대륙에 자유의 이상을 구현하려 한 자유주의 원조국가이지만 불법이민자, 다양한 인종, 다른 역사적 배경, 이질적 가치 등 복잡·다양한 사회인 미국사회에 고전적 자유주의는 더 이상 만능 해결책이 아니라고 주장한다. 따라서 미국식 가치에 입각한 포용과 배제 등 새로운 사회시스템이 새로운 미국에 필요하게 되는 것이다. 이러한 시대의 변화는 그림 2에서와 같이 사회의 다양화·경향화 현상으로 이어져, 헌법전통, 헌법과정 내지 민주주의 정치과정에 대한 위기와 도전을 야기할 것이고, 이에 대한 헌법적 대처로서 민주헌법관이 탄생하는 계기를 마련하게 된다고 할 수 있다.³⁹⁾

감옥의 예를 들지 않더라도 국가시스템 문제와 관련하여 벤담의 공리주의는 어찌면 사고의 출발점이 될 것이다. 전술한 바와 같이 듀우익의 실용주의는 민주헌법관의 중요한 배경이 되는 바, 민주헌법관에 의할 때에 ‘최대다수의 최대행복’이라는 공리주의적 이상이 달성될 수 있는 개연성이 가장 높아진다고 할 수 있다. 즉 그림 1과 같이 의사결정에의 참여와 정보의 공유를 통하여 이해관계자 그룹은 보다 더 나은 만족을 얻을 수 있고, 관리자는 계속되는 감시체계의 작동과 학습을 통하여 최대다수의 최대행복이라는 어찌면 국가가 지향하는 궁극적 이상이라고 할 수 있는 것을 달성할 수 있게 한다. 이때에 극한 상황에서 다수자들이 생존하기 위하여 소수를 희생시킨 식인사건과 공리주의에 관한 샌델 (Sandel)의 비유는 정의의 문제 혹은 국가사회의 철학적 기초가 되는 헌법, 권리, 헌법전통의 문제에 이

38) Walzer, M. (2008). Spheres of justice: A defense of pluralism and equality. Basic books.

39) 한편 월쩌의 공동체주의나, 민주헌법관에서 말하는 사회의 다양화 경향화 현상은 헌법전통에 대한 위기이자, 새로운 헌법관을 요구하게 된다고 보는데, 이는 굳이 헌법전통이나, 법원의 역할 문제를 언급하지 않더라도, 관례의 경향을 통하여도 간접적으로 알 수 있다. 고전적 자유주의 시대 내지 매디슨식 헌법관에서는 법원의 위헌법률심사권을 시작으로, 권력분립주의, 주와 연방정부간의 관계랄지, 주제간 통상조항, 계약조항 등 시민의 자유와 통치구조 내지 법치주의 등이 주요 주제가 된다면, 근자에 이르러, 불법이민자, LBGT 등 성 소수자의 권리, 인종간 격리, 노소간 차별, 외국인, 빈민 등의 문제가 관례에 많이 등장하고 있다. 물론 이러한 문제들은 차다 (Chadha)사건에서 보듯이 법기술적으로 통치구조 관련 헌법조항을 어떻게 해석하는가의 문제가 되지만, 실질적으로 미국사회의 다양화·경향화를 주제로 한 분쟁이라 할 수 있다.

르게 한다. 그림 2에서 보듯이 메디슨식 이상정부, 자유의 보장과 권력분립주의 (즉 국회나 대통령과 같이 정치적 다수주의에 기반하는 정치기관과 소수자의 보호를 위한 사법부의 역할), 그리고 헌법전통의 문제와 민주헌법관은 무관한 것이 아니다.⁴⁰⁾ 앞서 필자는 ‘민주헌법관은 민주주의적 가치를 구현하기 위한 실험론적 제안을 담고 있지만, 그것은 헌법해석이나 헌법전통을 대체하는 것이 아니고 보완하려는 것’이라 하였다. 다만, 권리를 바라봄에 있어 극단적·보수적 관념체계는 역사적 현실에 부합하지 않으므로, 민주헌법관에 기초하여 권리를 유연한 개념으로 이해할 필요가 있다. 예방법칙에 따른 과정론적·연성적 접근방식이 이미 상당한 정도로 법원에 의하여 실행되고 있는 현실인 것이다.

VII. 촛불시위에 관한 小考

촛불시위는 어언 20여년의 역사를 가지고 국가적 분기점을 이루는 역사적 사건이 있을 때면 국민적 축제처럼 관행적으로 반복되어 왔다. 과거 노무현 탄핵사건, 광우병 파동시 우리 시민들은 대의를 위하여 사를 희생하고 광화문 광장에 모여 자신들의 주말을 희생해 온 것이다. 이번 박근혜 탄핵사건은 촛불시위 문화의 정점을 이루는 것으로 평가된다. 촛불시위에의 참가인원은 연 1,000만 명에 이르고, 3개월에 걸쳐 매주 주말보다 대규모 집회를 통하여 시민들은 대통령 하야라는 자신들의 의제를 목매어 주장하였다. 그렇다면 촛불시위는 헌법적 관점에서 어떻게 평가되어야 하는가? 촛불시위를 시민혁명으로 규정하자는 입장이 있을 수 있을 것이다. 그러나 주지하듯이 혁명은 헌법의 새로운 제정에 버금가는 사회체제의 광범위하고 근본적인 변혁이 수반되어야 한다. 촛불시위가 대통령 하야라는 시위 목적은 충족하였지만, 새로운 헌법이 제정된 것이 아니라, 기존의 헌법틀 안에서 대통령 선거를 치르고, 새로운 정부가 출범하였을 뿐이다. 물론 광주 5.18 민주화운동의 정신을 받은 체계적인 시민적 감시체제의 하나로서 촛불시위의 정신을 헌법전문

40) Kim, Kiyong, The Constitution and Tripartite System of Government: From the Mutiny for the Limited Government Through the Interbranch Subtlety. (September 1, 2014a). International Journal of Advanced Research (2014), Volume 2, Issue 9, 392-401. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2574711>; Kim, Kiyong, The Separation of Powers Principle: Is it a Lynchpin or Pushpin for the Voyage of American Public? (August 1, 2014c). International Journal of Advanced Research (2014), Volume 2, Issue 8, 887-895. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2573560>.

개정을 통하여 확인한다면, 이는 사회체제나 경제적 생산관계의 근본적 변혁을 가져오는 본래의 의미의 혁명은 아니지만, 민주화의 회복이라는 한국정치적 차원에서 혁명이라 불리워질 수 있다. 물론 그것도 민주적 경험론의 한 요소인 “장기간 학습과정을 통한 습득 (learning by monitoring)”이라는 프리즘으로 광주 민주화 운동, 6.10 민주화 투쟁, 반복되고 있는 수차례의 촛불시위를 역사적 연장선상에서 동질적으로 이해하고 융합시킬 때 가능할 것이다.

촛불시위는 어느 나라에서도 유래를 찾아 볼 수 없는 가공할 한국정치의 괴물이 되어 버렸다. 그 의제는 그때 그때 시민들의 관심을 끄는 국가의 중대한 사안이 되고 있다. 그 규모와 위력에 따라 한국정치와 공동체의 헌법적 실행은 다양하게 영향을 받겠지만, 이를 어떻게 제도화해야 하는가는 여전히 답을 주는 자가 없다. 특별한 쟁점이 없어진 지금 촛불시위 분위기가 소멸된 듯하지만, 언제든지 다시 촛불시위는 정부와 헌법을 초월하는 가장 강력한 그 무엇으로 재현될 수 있을 것이다. 그것은 제도화되지 않고, 즉흥적이며, 놀이 문화적이라는 점에서 정부기관을 지배하고 통제하는 과거 사회주의 국가의 노동당이나 각급 인민위원회도 아니고, 어떠한 정당을 지지하고, 정치적 주장을 하는 하나의 정파세력도 아니다. 그리고 헌법적 계기 또는 암묵적 헌법개정을 인정하기 어렵다면 한국 헌법체계 내에서 실제로 개헌주장이 받아들여 개헌이 이루어지지 않는 한 수백만의 시민이라 하여 바로 제한 또는 개헌권 세력이라 명명하기도 불합리하다. 앞으로 이러한 관행이 얼마나 반복될지 알 수 없으므로, 그것을 어떠한 헌법적 요소를 일관되게 갖는 것을 전제로 한 헌법변천 현상이라 부르기도 모호하다. 그러나 이는 우리 70년의 헌법 전통 하에서 매우 중요한 민주적 경험이라 아니할 수 없다. 민주주의는 본질적으로 교육과 경험일 수밖에 없으며, 정부는 이를 학습하되, 헌법을 통하여 국민에게 법적 안정성과 예측가능성이라는 법치주의적 가치를 보장하여야 한다.

그렇다면 정부의 부패와 시민의 항거를 내용으로 하는 일련의 촛불시위 과정을 민주적 경험론 또는 새로운 헌법관에 비추어 어떻게 이해할 수 있을까? 민주헌법관은 분권적·시민적 의사결정방식을 확대하고 이를 헌법과정에 접목시키는 것을 내용으로 하는 것으로 헌법전통이나, 시민적 권리, 우월한 지위에 있는 통치권자로서의 정부를 부인하는 것이 아니다. 다만 정부는 기업에서 많은 것을 배울 수 있고, 정부의 역할이 직접적 의사결정권한의 행사로부터 조장, 협력, 감독, 조정 등의 성격을 갖는 것으로 바뀌게 되는 것이다. 따라서 케인즈식 복지국가의 한계를 경험하면서도, 행정국가적 성격은 계속 확대되면서 발생하는 과도한 정부중심적 헌법체계를 완화한다는 점에서 정부와 시민이 책임을 공유하는 결과를 낳는다. 그러

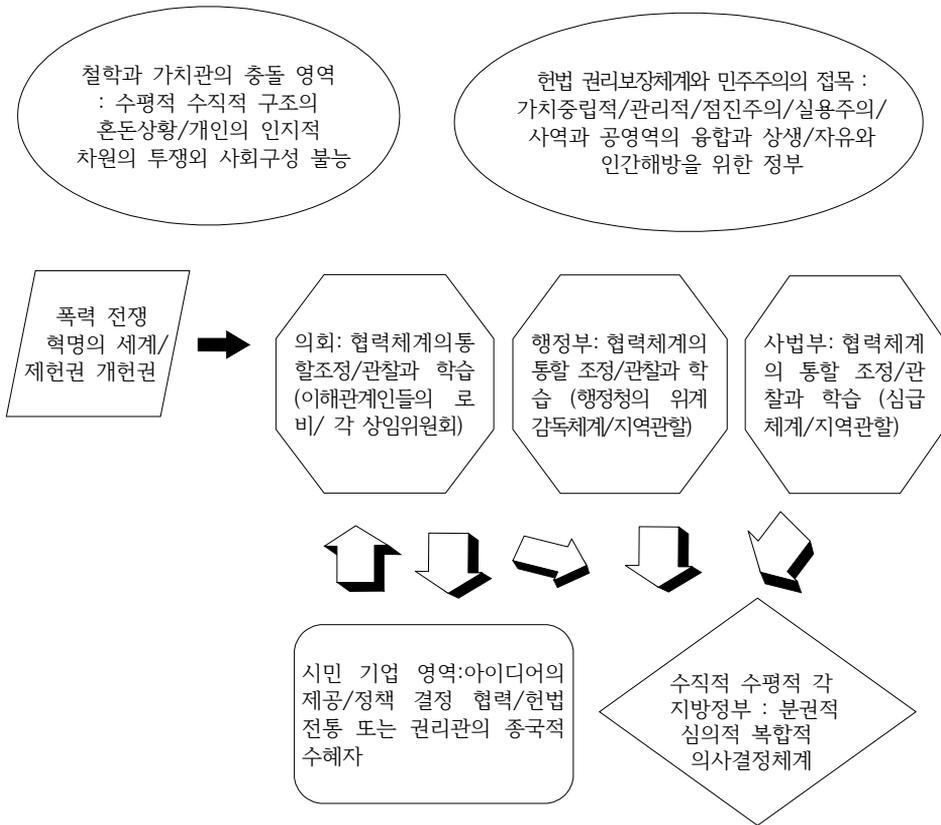
한 필요가 있는 쟁점이나 분야에서 민주헌법관은 더욱 필요할 수 있다.

예컨대 주요 연금재원이 고갈과 재원유지의 문제를 계속하여 정부만이 책임질 수 있을까? 이는 사적 영역과 공적 영역이 교차하는 문제영역이므로 우리의 주체와 매우 가깝다 할 수 있고, 정부와 시민사회가 같이 고민하고 책임질 영역이 될 것이다. 한편 그러한 비관적 전망이 언론에 흐르는 것이, 촛불시위의 배후가 누구라더라 하는 것과 같은 의혹과 같이 정부의 선전정책일 수도 있으므로, 우리는 민주적 경험론에 바탕한 새로운 헌법체계의 제도화의 필요와 함께, 공모이론에서 얘기하는 의혹과 유언비어에 대한 정부의 책임을 생각해 보아야 한다. 이는 단순한 윤리적 차원의 문제가 아니라, 헌정을 책임지고 있는 정부의 헌법적 책임이라 할 수 있다. 요컨대 이번 촛불시위 과정은 헌법체계 혹은 헌법을 생각하는 입장에서 매우 비정상적인 것이라 아니할 수 없다. 헌법과 주권자 또는 제한권자로부터 정당하게 통치권 행사를 수탁받은 정부가 공갈 또는 협박의 상태에 빠지거나 책임있는 정부로서 제대로 기능할 수 없다면, 이는 민주헌법관에서 얘기하는 민주와는 거리가 먼 것이다. 또한 ‘헌법재판관이 살해 될 수 있다’ 또는 ‘누구 누구가 현직 대통령의 사생아’라는 등 온갖 의혹에 특검 수사 외에 공모이론에서 제시하는 적절한 수단을 동원하여 대응하지 못하였다면, 정부의 헌법적 유기가 문제될 수 있다. 대규모 군중 시위가 매주 반복되고, 전국적으로 확대되면서, 매주 법원은 집회·시위의 신청을 심사하고 허가를 해주었다. 이는 민주적 경험론에서 말하는 직접적·심의적·분권적 의사결정방식(directly deliberative polyarchy)이 적용된 사례라 할 수 있을 것이다. 물론 법원은 법령을 문언에 따라 성실하게 해석·적용하였겠지만, 각 지역의 법원은 시민들의 열의를 직접적으로 느끼면서, 중대한 숙고에 바탕하여 이를 허용한 것일 것이다. 이때에 대법원이 각 지방 촛불시위의 상황을 통합·조정하여 관리하였다면 이 또한 민주헌법관의 이론체계에 수용될 수 있다.

그러나 이러한 수용은 여전히 그것이 제도화되지 않은 현실에 불과하다는 점에서 헌법을 규범적으로 바라보는 그룹의 불만을 해소하지 못하고 있다. 더욱이 헌법재판소가 지구를 수십바퀴 도는 거리의 비행기를 타면서 정상외교를 하고, 기회가 있을 때마다 군을 시찰하고, 국회에서 시정연설을 한 자를 헌법수호의지가 없다는 이유로 탄핵한 것은 혹자들의 비난을 살 수 있다. 대통령직을 수행하려는 의사가 있는 자를 헌법수호의지가 없다고 한다면, 우리는 헌법과학적 (Juridical science on cnstitutionalism)으로 너무 높은 수준의 대통령을 바란 것은 아닌가 반문해 볼 것이다. 행정각부를 제대로 통할하지 못하고, 불통대통령이라면, 그 책임은 법적 책임이 아니고, 정치적 책임의 성격을 갖는다고 보아야 한다. 방만하고,

무능한 대통령일망정, 불법영득의사나 사적 이익 추구관계가 뚜렷하지 않는 상황에서 대통령직의 수행이라는 특수한 사정을 고려할 때 뇌물죄로 의율한 것이 무리한 법적용은 아니었다, 전체적으로 탄핵을 정당화할 수 있는 중대성을 갖춘 사안이었다 의구심을 갖는 자들도 많다. 이러한 입장에서 촛불시위는 군사 쿠데타와 동일선상에서 이해되는 정권탈취행위에 불과하고, 혁명이나 민주적 경험론과는 관계가 없다고 주장하는 자들도 있을 것이다. 이들은 서울지역 및 지방의 여러 법원, 그리고 헌법재판소가 헌법기관으로서 합법적 집회나 시위라는 기회를 이용하여, 직접적·민주적·분권적 성격의 결정을 한 것이 아니고, 시위세력에 떠밀려 날조식으로 통치권을 행사하였다고 주장할 수도 있다.

[그림 3] 보편적 헌법체계와 민주헌법관



그들은 촛불시위 일련의 과정을 헌법과정의 붕괴이자, 헌법체계의 몰락이라 불

것이다.⁴¹⁾

역사상 대통령의 탄핵심판은 이번을 포함하여 딱 두 번 있었다. 즉 2016년 이전 탄핵 사건의 선례는 단 하나 있었을 뿐이고, 그것도 기각결정이 난 선례이다. 민주적 경험론은 전술한 바와 같이 헌법전통, 헌법재판소 또는 법원에서 권리로 확인되는 것을 대체하는 것이 아니다. 선례가 빈약한 상황에서 1인의 소수의견도 없이 헌법상 독립된 선거에 의하여 정치적 대표성을 갖고, 1년 임기도 남지 않은 대통령을 마치 의원내각제 수상처럼 정치적 책임을 문듯이 굳이 탄핵결정한 것이 정당한 통치권의 행사였는지 아니면 촛불시위세력과의 야합이나 타협은 아니었는지 반추해볼 일이다. 논지를 전개하다 보니 수구 보수세력의 입장을 대변한 것 같은 송구함이 들지만, “민주주의와 시민사회의 근간이 무엇이었던가” 자문하면서 진지하게 “법과 권리의 문제”도 생각해 볼 일이다. 물론 당명에서 풍기는 어감이 선거결과를 좌우하여 더민주당이 압도적으로 집권당이 된 것은 아니겠지만, 필자를 포함한 보통사람은 보수보다는 민주 또는 진보라는 단어를 선호할 것이다. 그러나 필자는, 자유와 평등, 재산권을 보호받지 못했던 역사를 생각해 보면, 더민주당만이 국가와 민주주의를 대변한다고 강변할 수는 없다고 생각한다(물론 더 민주당이 黨名대로 민주주의를 가장 충실하게 실행한다는 것을 가정한 것이다). 대표적으로 한국동란시 북한이 사용한 ‘인민 민주주의’라는 말이 뇌리에 스치지만, 우리는 민주주의라는 말에 얼마나 현혹되고, 대립으로 인한 많은 희생을 역사에서 확인하였는가 반성하게 된다. 주지하듯이 개혁과 혁신적 분발을 전제한다면, ‘자유한국당’ 또는 ‘자유권리당’ (‘보수’라는 말 보다는 ‘한국’ 또는 ‘권리’라는 말이 혐오감을 적게 일으킬 것이다)도 이미지 개선을 실현하고, 작은 세금, 작은 정부, 효율적인 시장 경제, 강한 군대와 경찰서비스의 제공으로 ‘안전과 시민의 권리보호’를 주제로 한 훌륭한 정당이 될 수 있다. 현 정부는 혹시 촛불시위가 더민주당의 집권과 연관이 있는 것은 아닌지 명백하게 밝히는 것을 진지하게 고려할 필요가 있고, 이는 전술한 바와 같이 단순한 정치적·윤리적 문제가 아니라 현 정부의 헌법적 책무라 할 수 있다.

헌법전통과 통치권, 시민의 권리의 문제는 단순하면서도 지난한 역사적 배경을 가지고 있고, 지금도 우리 공적 생활의 뿌리를 지탱하고 있다. 이제 ‘철저한 역사적·철학적 성찰을 통하여 민주헌법관을 새로운 헌법관으로 받아 들이자’는 주장이 미 법학계 및 정치학계에서 화두로 등장한지 20여년 가까이 되고 있다. 이는 시민사회의 장점을 국가가 흡수하여 새로운 헌법적 네트워크를 구축하는 이론체계로

41) Giddens, A., & Audet, M. (1987). La constitution de la société: éléments de la théorie de la structuration (p.474). Paris: Presses universitaires de France.

발전하고 있다. 즉 점진주의, 상향식 민주주의, 분권화를 중시하는바, 이론상 장단점이 존재하는 것은 물론이다. 예컨대 대규모 효과를 갖는 1회성의 중대한 정책결정 (once for all) 문제 또는 대변혁의 기회를 점진주의 혹은 분권화된 소규모 정책 결정단위의 제도화를 위하여 희생한다는 것이다. 촛불시위는 부정한 대통령을 몰아내고, 새로운 희망을 주는 진보정권을 탄생시킨 바 있다. 대변혁이 이루어진 것이다. 그러나 그것이 하나의 헌법문화로서 어떻게 정착하는가에 따라 대한민국의 헌정과 국격, 그리고 국제적 이미지가 결정되는 현실이 되었다는 것을 무겁게 받아 들일 필요가 있다. 그것이 ‘인민재판과 같은 정치적 이미지’를 범세계에 퍼트렸던 것은 아니었던가? 그 나라에는 ‘헌법전통이 있고 권리가 보호될 수 있는가’라는 의구심을 들게 한 것은 아닌가? 촛불시위세력의 주장이 인민위원회 결정과 같이 국가기관에 우월적 영향력을 행사하였던 것은 아닌가? 등등 끊임없이 의문을 제기해 보아야 한다. “자기결정권을 가진 시민,” “노예가 아닌 시민,” “자유만이 해방을 가져 온다”는 철학에 바탕하고 자유에 대한 확신이 있는 정부 (즉 민주헌법관이 꿈꾸는 궁극적 이상정부)와 “헌법적 책임을 공유한다”는 인식하에 촛불시위를 어떻게 헌법적으로 제도화 할 것인가를 생각해 볼 일이다. 그렇지 않는 한 헌법규범적으로 수용하기 어려운 대한민국에만 독특한 정치문화로 전락하지 않을까 우려된다. 그리고 그러한 정치문화는 깨어있는 시민을 무시하는 또 하나의 포퓰리즘은 아닌가 반문해 보아야 한다.

그 외관은 단순한 시위라고 보기 어려운 혁명시의 장면을 연상시키면서도, 사회체제나 헌법을 바꾸는 것이 아니다. 비클(A. Bickel)의 암묵적 헌법개정론을 유추 적용하여 이해하기도 힘들다. 즉 그것은 대통령 선거를 대체하거나, 탄핵절차를 대체하는 새로운 대통령선거라고 할 수도 없는 바, 현실적으로 헌법재판소가 대통령에 대한 탄핵결정을 한 것이고, 새로운 대통령 선거는 헌법과 법률에 따라 행하여졌기 때문이다. 집시법 조항에 대한 헌법불합치 결정이 있었음에도 의회가 이를 개정하지 않아 그 조항이 여전히 성문제정 법률에 잔존해 있으면서 그 조항이 효력을 발휘하지 못하는 것과는 차이가 있다고 보겠지만, 그러한 부적합한 현실이 촛불시위와 우리의 성문헌법 또는 헌법전통과의 관계 아닌가 하는 느낌을 갖는다. 고종과 대한제국 황실을 겁박하기 위하여 일본군을 궁궐에 풀어 압력을 행사하는 이토 오 히로부미가 연출한 역사적 드라마가 헌법재판소 앞에서 탄핵결정을 압박하는 시위군중과 무엇이 다른가 하는 느낌이 든다. 살해의 협박이 유연비어처럼 전달되는 상황에서 재판관이 법과 양심에 따라 제대로 된 재판을 하였을지 의구심이 든다.

촛불시위를 일본의 자위대와 같이 헌법에 실효행사조직으로 명시하자는 우스개

소리를 하였지만, 그 정신을 헌법이 수용하고, 시민사회와 정부의 관계가 정상화되는 것이 바람직하지 않는가 한다. 그 제도화는 당연히 정당정치의 부활, 정당 되살리기이어야 한다. 단순한 쟁점과 이슈 형태의 시위가 아니라, 포괄적으로 국정 전반에 관하여 일정한 의견과 관점이 있으며, 그 규모가 수백 수천이 아니고, 백만에 육박하는 대규모라면, 이는 헌법상 정당제도에 의하여 포섭되어야 한다. 의혹이론을 언급하였지만, 그것이 정당정치에 포섭되지 않는다면, 그것은 블랙아웃 정치라고 할 수 밖에 없다. 헌법을 수호하는 정부라면, 국회 학술대회에서 헌법교육의 중요성만을 강조할 것이 아니라 촛불시위의 정체를 밝히고, 둘러싼 의혹을 밝히는 것이 헌법적 의무이고, 헌법을 수호하는 길이 될 것이다. 촛불시위가 정부에 대한 겁박세력, 새도우 캐비닛(Shadow cabinet)가 되어서는 안된다. 전과로 인하여 국제사회에 의한 무언의 압력속에서 헌법상 주권의 상징인 국가를 대표하는 군으로 취급받지 못하고, 실력행사조직 운운하면서 요상한 정체를 가질 수밖에 없는 자위대와 촛불시위가 무엇이 다른가 한다. 자위대가 국제사회의 승인 하에 다른 나라와 같은 명예로운 군으로서의 위상을 가질 수 있는 것과 같이, 촛불시위의 정신은 헌법이 보장하고 있는 정당제도에 의하여 흡수되는 것이 바람직할 것이다. 따라서 이제 근·현대 민주국가의 헌법은 민주적 헌법관에 의할 때에 민주적 행정체계, 실험적이지만 점진적이고, bottom-up 과정을 통하여 헌법적 공백을 메워나가는 것을 상정하고 있다. 민주헌법관은 촛불시위가 연상시키는 민주혁명체계 (즉 권력적이지만 절대적이고, 주권행사의 현실화 같은 드라마, top-down식 과정을 통하여 헌법적 공백을 메워나가는 것)와 상용 가능하지만, 필연적이고 바람직한 것이라 할 수는 없다. 이에 두 나라 지식인의 한마디는 의미심장하다.

촛불집회가 보여 준 형태의 ‘직접 민주주의’가 마치 민주주의의 모범답안인 것처럼 비치는 것을 경계해야 한다 ...시민들은 헌법 1조를 가사로 노래를 부르며 우리가 주권자라고 선언했다. 촛불시민혁명은 분명 위대한 일이지만 대의민주주의와 정치적 책임성 강화의 계기로 삼아야지 직접 민주주의만 ‘진정한 민주주의’라고 생각해선 안 된다... 제도권의 무책임한 행동을 반성하고 민주주의와 공화정 복원의 계기로 삼아야 한다.⁴²⁾

프랑스 대혁명 장면과 같은 촛불시위는 뉴 밀레니움 시대에 있어, 아니러니컬하게도 자크 아탈리의 제언에 귀 기울일 필요가 있게 한다.⁴³⁾

42) 중앙일보 2017년 10월 27일 ‘촛불이 곧 정의다. 그런 생각은 지나치다’에서 윤평중 교수의 코멘트를 옮김.

43) Attali, J. (2008). Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française.

21세기의 본질적인 민주주의국가의 정당이라면 기계적인 후보자 공천기능에 만족해선 안된다. 다음은 아탈리가 제시한 각 정당이 환수해야 할 7대 책무다.⁴⁴⁾

1. 우리가 앞으로 살아갈 세상을 바라보며 시민들에게 지정학적 쟁점, 새롭게 등장한 가치, 사회변동, 기술발전, 노동과 문화의 이해에 대한 통찰을 제공한다.
2. 세계적 관점에서 국가를 생각하고 국가의 역량과 약점을 유념한다.
3. 수호해야 할 가치들을 명시한다.
4. 상기 가치에 합치하는 공동체 안건을 기획한다.
5. 상기 기획의 실행을 위한 확고한 정치 공약을 이끌어낸다.
6. 상기 공약 수행을 의회에서만큼 현장에서도 입법권력으로 감독한다.
7. 정당은 스스로 내건 공약의 핵심 주제에 대한 실제적 행동을 개시함으로써 사회 변화의 주체가 돼야 한다.

VIII. 結 語

민주헌법관은 헌법을 중심으로 국가생태계의 재건을 지향한다는 점에서 단순히 정치적 주의·주장과는 다르다 할 수 있다. 우리는 민주주의의 정점을 느끼게 한 촛불시위를 경험하였다. 그것은 세월을 거치면서 대한민국 정치문화의 중요한 부분으로 자리잡아 가고 있는 듯하다. 그러나 촛불시위가 혁명이나 내전으로서 공식적으로 합의되지 않는다면, 별로 유쾌하지 않으면서 정부에 두려움만을 주는 실행 행사조직의 하나가 될 뿐인 것은 아닌가? 우리가 경험한 촛불시위의 외관은 하나의 내전이나 혁명과 비슷한 외관과 스케일을 갖추고 있다. 그렇다면 단순한 정권 교체를 넘어 촛불시위가 지향하는 이념과 사회전반에 대한 근본적 변혁을 그릴 수 있는 청사진이 보여야 한다. 단순히 주말 시민들의 야유회 같은 회합이나, 연예인들과의 한바탕 잔치 속에서 정권퇴진을 외치는 회합이 정식으로 선거에 의하여 대표성을 획득한 의회나 행정부를 압박하는 지경에 이르는 것이 제대로 된 나라인지 생각해 볼 일이다. 필자도 써프라이즈나 어메이징 스토리를 좋아하고 ‘이상한 나라의 엘리스’ 같은 이야기를 즐기는 속물이어서, 주말마다 유선방송 정치평론가들의 평론을 들으면서, 촛불시위 과정을 지켜보아 왔다. 어떻게 생각하면 참 시원하고

XO Éditions, La Documentation française, 16, 47-52.

44) 2017년 7월 7일 중앙일보 아탈리 칼럼 “정당 되살리기”에서 발췌함.

재미있기도 하지만, 좀 단순한 것도 같고, 큰 목소리 한방에 작은 이성의 소리들이 매몰되는 것 같은 일방통행 도로에 있는 느낌이 들기도 한다. 이어지는 의회의 침울한 분위기와 탄핵소추 가결은 촛불시위세력의 주장이 국민투표 결과로 대체된 것 같은 느낌이고, 헌법재판소가 대통령 탄핵기준으로 삼은 ‘헌법수호의지’는 6.25 같은 전쟁상황도 아닌 21세기 대한민국에서 - 세계대전 등 반복되는 전쟁 속에서 느낄 수밖에 없는 한계상황 또는 초인을 갈망하는 - 니체식의 철학자 같은 기준은 아닌지 회의가 들기도 한다. 의원내각제와 달리 독립한 대통령선거에 의하여 정치적 대표성을 부여받았다면, 탄핵기준은 철학자와 같은 고양된 기준보다는 최소기준이어야 하는 것 아닌가 의구심이 들기도 하는 것이다.

민주헌법관은 혁신적 헌법이론이지만, 점진주의, 실용주의, 분권주의, 공적 영역과 사적 영역의 협력과 귀납법적 사고, 정치중립적·관리적 헌법관이어서 사실 배워야 할 점이 많지만 설명하지 못하는 영역이 있는 것이 사실이고 또한 다른 철학을 가지고 있다거나 관점을 달리하는 자들에게는 단점이 있는 것도 사실이다. 진술한 바와 같이 헌정에 있어 대규모적이고, 중대한 의사결정이 필요한 부분에서는 이러한 점진주의가 오히려 방해가 될 수도 있다. 촛불시위가 그 한 예가 될 수도 있을 것이다. 그러나 촛불시위를 우리의 정치문화의 하나로 사랑한다면, 나아가 영국식 불문헌법관행과 유사하게 準 憲政慣行으로서 정착된다면 그 정체성을 확실히 할 필요가 있다. 현대 행정국가에 있어 정부의 헌법적 책임의 하나로 사회에 횡행하는 의혹을 정부 스스로 해명하거나, 다른 그룹을 통하여 해명토록 하는 것이 단순한 정치적 책임이 아니라 정부의 헌법적 또는 규범적 책임이라는 의혹이론이 조심스럽게 주장되고 있다. 촛불시위의 정치적 정체성을 밝히는 문제가 거기에 해당하지 않나 한다.

우리나라는 급속한 산업발전기를 지나, 선진국 초입에 진입해 있으며, 점진적으로 오랜 시일에 걸쳐 산업화를 이룬 선발선진국에 비하여 항생력 지수가 약한 선진국일 수도 있다. 일단 경제성장률 지수부터 심리적으로 국민을 실망케 할 수 있다. 고도성장의 시절이 그림지만, 체질을 탄탄히 해야 할 때인 시점에, 경제, 즉 사적 영역에서 국가가 배우자는 민주적 경험론은 국가와 헌법을 생각하는 법학자들이라면 흥미로운 주제가 될 것이다. 우리는 정치적 보수주의자들이 주장하는 가치이기도 하지만, 성실성이나 충성의 덕목이라 하면 개미의 세계를 상상하게 된다. 자연계 ‘협력 끝판왕’으로서의 개미의 세계는 낭만주의적 기질이 강한 본인과 같은 자에게는 불행한 일일 수도 있지만, 시장에서 생존을 둘러싼 경쟁을 하는 기업이나 선진국 초입에 있는 대한민국 헌정의 현실과 유사한 면이 있다. 유연한 정부와 서로 배우고 상생하는 시민, 기업, 정부⁴⁵⁾는 우리의 처지에 적합한 이론체계를라

할 수 있다. 그러나 이는 위키피디아 식의 진보적이고 체계적인 시스템으로 구축될 수 있지만, 개미와 같은 성실함과 충성심이 요구되는 것이라 할 수 있다. 우리 때는 듣도 보지도 못한 대학의 經濟追擊論 과목을 예로 들지 않더라도 중국의 경제적 도약은 비약적이라 할 수 있는데, 사회주의를 대표하는 중국의 자본주의식 생산방식이나, 시장을 규제하여 사회정의를 구현하고 있는 선진 자본주의 국가들의 수정자본주의 노선은 어떠한 집점으로의 회귀경향을 보이는 것이라 할 수 있다. 중국이 비약적 발전을 할 수 있었던 원동력을 다니엘 벨은 현능주의에서 찾고 있는데, 현능주의란 유능한 인재를 뽑아 정치를 위임하는 국가체계를 말한다. 이는 민주헌법관과 많은 점을 공유하고 있는 바, 예컨대 헌법에서 위임받은 사법권을 형식적으로 행사하는 사법관을 넘어 시민사회와 시장을 이해하고, 그들의 의견을 존중하며, 법과 권리의 문제를 유연하게 이해하고 적용하며, 협력체계를 조정·관리·통합·발전시키는 사법관을 이상적으로 보는 것이 그것이다. 국회 역시 엄격한 위임입법금지의 원칙으로부터 자원과 역량이 우월한 행정청을 보다 효과적으로 이용할 수 있는 원칙에 근거한 입법위임의 활성화가 가능하게 된다. 그리고 방대한 입법권과 행정권, 사법권을 행사할 수 있는 행정청의 헌법실현모드도 배우고 상생하며, 기업의 우수한 의사결정방식을 도입하고, 조정, 관리, 통합시키는 행정청으로서의 성격을 가지게 된다. 현능주의는 결국 분권화, 시민과 국가의 협력과 조정, 학습체계를 요소로 갖는 헌법 또는 국가체계를 이루게 한다.⁴⁵⁾ 이러한 관점에서 우리도 현재 고려되고 있는 연방제 개헌의 문제를 분권화의 관점에서 진지하게 고려해 볼 필요가 있다. 물론 지역이기주의나, 토호세력의 부패 문제 등 분권화, 또는 민주적 헌법관의 주장에 대하여 우려하는 반대론이 있는 것도 사실이다. 과거 김대중의 대중경제론 철학을 예로 들지 않더라도, 경제와 시장에 대한 경외랄지

45) 전술한 바와 같이 민주적 경험론은 분업이랄지, 기업의 의사결정 모형을 헌법과정에 접목하여 체질개선을 하자는 것이므로, 이때의 시민은 기업이라고 표현되는 생산할 수 있는 시민, 그러한 자들이 주축을 이루는 시민그룹을 의미하는 것이고, 억압받는 혁명세력으로서의 노동자 그룹을 의미하는 것은 아니다. 다만 전기한 바와 같이 자유주의나 사회주의는 모두 에드먼드 버크로부터 비롯된 보수주의에 대한 반동으로서 나타난 진보적 이념이어서, 억압과 속박으로부터의 인간의 해방이라는 지향점을 공유하고 있는 것이 사실이다.

46) 현능주의에 있어 중국 정치는 세 층위로 나뉘는데, 바닥은 촌민위원회와 같은 사회적 소통능력이 강조되는 민주주의이고, 중간은 지방정부와 중앙정부의 실험공간이며, 중앙정부는 정책을 일부 지역에서 먼저 시행한 뒤 이의 전국적 확산여부를 결정한다. 꼭대기는 현능주의로서 복잡한 상황을 풀어야 할 정확한 판단이 요구되는 자리라 지적 능력과 사회적 소통기술, 도덕적 품성을 모두 갖춘 인재를 선발하며, 이것이 중국의 부상을 이끄는 차이나 모델이라고 한다.

참고문헌]

- 곽준혁, “민주주의와 공화주의: 헌정체제의 두 가지 원칙”, 한국정치학회보 39.3 (2005)
- 국순옥, “일반/민주주의와 헌법실천”, 「민주법학」 16 (1999)
- 金文顯, “평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계 위헌심사기준에 대한 평가”, 「미국헌법연구」 17.2 (2006)
- 김상준, “헌법과 ‘시민의회’”, 동향과 전망 (2006)
- 김중서, “진단: 헌법재판과 민주법학”, 「민주법학」 46. 단일호 (2011)
- 문우진, “대의민주주의의 최적화 문제와 헌법 설계”, 한국정치학회보 41.3 (2007)
- 박명립, “헌법, 헌법주의, 그리고 한국 민주주의”, 한국정치학회보 39.1 (2005)
- 박성우, “민주주의와 헌정주의의 갈등과조화: 미국헌법 해석에 있어서 원본주의 논쟁의의미와 역할”, 占한국정치학회보, 계 3 (2006)
- 오현철, “일반 논문: 정치적 대표체계의 민주적 재구성 방안 모색 - 토의민주주의 (Deliberative democracy) 관점에서”, 시민사회와 NGO 4.1 (2006)
- 이계수, “참여민주주의의 이상과 현실-헌법 이론적 진단”, 「공법연구」 35 (2006)
- 이종수, “헌법적 의미에서의 지방자치와 민주주의”, (2010)
- 이호선, “헌법상 공무담임권의 철학적 함의.” 「유럽헌법연구」 제22호 (2016)
- 장영수, “헌법의 기본원리로서의 민주주의 (民主主義)” 「안암법학」 1.단일호 (1993)
- 최장집, “민주주의와 헌정주의: 미국과 한국” 「미국헌법과 민주주의 한국어판서문」, 서울: 후마니타스 (2004)
- Attali, J. (2008). Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française. XO Éditions, La Documentation française, 16, 47-52.
- Dewey, J. (2007). Experience and education. Simon and Schuster.
- Dewey, J. (2004). Democracy and education. Courier Corporation.
- Dorf, M. C., & Sabel, C. F. (1998). A constitution of democratic experimentalism. Columbia law review, 267-473.
- Giddens, A., & Audet, M. (1987). La constitution de la société: éléments de la théorie de la structuration (p.474). Paris: Presses universitaires de France.
- Hayek, F. A. (2013). The constitution of liberty: The definitive edition (Vol. 17). Routledge.

- Hayes, M. T. (1992). *Incrementalism and public policy*. New York: Longman.
- Kim, Kiyoung, *On the Fundamentals of Law and Public Policy* (April 13, 2015a). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2593758> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2593758>.
- Kim, Kiyoung, *Public Policy and Governance: Some Thoughts on Its Elements* (April 3, 2015b). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2589526> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2589526>.
- Kim, Kiyoung, *The Constitution and Tripartite System of Government: From the Mutiny for the Limited Government Through the Interbranch Subtlety*. (September 1, 2014a). *International Journal of Advanced Research* (2014), Volume 2, Issue 9, 392-401. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2574711>.
- Kim, Kiyoung, *The Separation of Powers Principle: Is it a Lynchpin or Pushpin for the Voyage of American Public?* (August 1, 2014c). *International Journal of Advanced Research* (2014), Volume 2, Issue 8, 887-895. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2573560>.
- Quinn, J. B. (1978). *Strategic Change: "Logical Incrementalism"*. *Sloan management review*, 20(1), 7-19.
- Rawls, J. (2009). *A theory of justice*. Harvard university press.
- Rawls, J. (2005). *Political liberalism*. Columbia University Press.
- Sabel, C. (2001). *A quiet revolution of democratic governance: towards democratic experimentalism*. *Governance in the 21st Century*, 121-148.
- Smend, R. (1985). *Constitución y derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Tushnet, M. (2003). *New forms of judicial review and the persistence of rights-and democracy-based worries*. *Wake Forest L. Rev.*, 38, 813.
- Walzer, M. (2008). *Spheres of justice: A defense of pluralism and equality*. Basic books.
- White, G. E. (2000). *The constitution and the new deal*. Harvard University Press.

Abstract]

Rethinking the Relationship between the Constitutional
Tradition and Democracy: Democratic Experimentalism and
Candlelight Vigil in South Korea

Kim, Ki-Young*

In the midst of rapid transformation and interstate competition within the global village, the effectiveness and prestige of national government should be any priority to measure a good order of constitutional democracy, especially for the nations to be called on service provision and public welfare. The times of ideology and philosophy had waned while the diverse civilizations clash, in which the technological advance and socio-economic environment inflict a tremendous change for the private and public mode of our contemporary livings. In fact, the increasing diversity and volatility of community has brought the crisis and challenge against the constitutional tradition. In this backdrop, the paper examines the relationship of those two values embedded on the states of modern constitutionalism - limited toward the modern administrative state through this new millenium. The law or right and democracy as a political ideals is not futile merely with tweaks, but foundational or inseparably entwined into the value system of modern minds. We can be clear if to imagine of the times for the divinity of monarchy or feudal piety. The civil revolution for modern constitutionalism created a new order of society and nations began or manage to practice their national politics and administration on its basis. The recent tumultus in South Korea, stretching from the candlelight vigil through the impeachment and incrimination of lady president, actually imprinted a deep wake

* Professor, College of Law, Chosun University.

for the politics of Koreans. In this line of thought alignment, the concept of democratic experimentalism engrafted with the rule of constitution was revisited that could give a lesson as a sedative meliorism for the radicalism or mob politics. Additionally, I presented some of brief evaluation about the Korean ways by gathering my thoughts on the candlelight vigil. Despite both of strengths and weaknesses on the theory of democratic experimentalism, I cordially suggest that it could work as a model to meet the increasing need of national competitiveness, participation, information sharing and learning as well as the protection of civil rights embedded on the constitutional tradition.