

헌법의 정치적인 의미

이 경 민

<국문 요약>

근대의 무대에서 헌정주의는 ‘제한정부’, ‘사법심사’, ‘법의 지배’의 원리들을 바탕으로 국가 운영의 훌륭한 기예로 작용하고 있다. 그러나 근대 헌정주의는 헌법을 통치체의 제도적인 일부로 보면서, ‘왜 정치공동체에서 헌법이 복종되어야 하는가?’의 질문은 적극적으로 다루고 있지 않다. 공법 전통에 선 일군의 학자들은 이를 다룬다. 이들은 헌법을 통치자의 도구가 아니라, 시민들이 헌법을 통해 자신들의 법적 정치적 지위를 확인하고 또한 재전유할 수 있는 규범적인 힘을 제공받을 수 있는 장소라고 주장한다. 이를 위해, 칼 슈미트의 ‘헌법’에 대한 개념에 주목하고, 그리고 장 보댕의 ‘주권’ 개념과 토마스 홉스의 ‘국가’ 이론에서 그 개념적 연원을 찾는다. 본 논문은 이러한 헌법의 가치는 정치적인 의미를 탐문하는 공법학자들의 주권, 국가, 헌법 사이의 개념적 연관성을 펼쳐 보이는 논의를 소개하면서, 우리 공동체에서의 헌법의 의미를 심화시키고자 한다.

* 주제어: 헌법, 헌정주의, 공법, 장 보댕, 토마스 홉스, 칼 슈미트, 마틴 러프린, 리차드 텍, 켄틴 스키너

I. 서론

미국 혁명과 프랑스 혁명의 열렬한 옹호자였던 토마스 페인(Thomas Paine)은 『인간의 권리들(Rights of Man)』(1791)에서 두 나라의 헌법을 실제로 존재하는 것으로 규정하고 ‘성문헌법’을 옹호하며 이렇게 말했다. “헌법은 명목상 존재하는 것이 아니다. 그것은 하나의 사실이다. 그것은 이상이 아니라 실재의 존재이다. 그렇기에 가시적인 형태로 나오지 않는다면 그것[헌법]은 아무것도 아니다.”(Paine 2000, 89) 아울러 그는 정부를 통치자와 피통치자 사이의 계약의 산물로 보는 관념을 거부하며 이렇게 말했다. “인간은 이미 정부가 존재하기 이전에 존재하고 있었다. 그렇기 때문에 정부가 존재하지 않았을 때 주권적 권리를 가지고 있는 개개인이 함께 정부를 만들기 위해서, 계약을 맺을 그 단계로 진입해야 한다는 사실이 중요하다. 이 단계를 거쳐 정부가 형성된다. 그리고 그 정부가 존재할 수 있는 권리를 가지게 된다.”(Paine 2000, 89-90) 아울러 그는 이러한 논증을 바탕으로 헌법이 통치체(government)에 우선하고 통치체는 오직 헌법의 산물일 뿐이라는, 다시 말해 한 나라의 헌법은 통치체의 행위가 아니라 그 통치체를 구성하는 ‘인민(the people)’의 행위라는 결론에 도달한다.

페인의 논의에 대한 반대 입장은 같은 휘그였던 에드먼드 버크(Edmund Burke)에게서 나왔다. 버크는 팸플릿 『프랑스 혁명에 대한 성찰(Reflection on the French Revolution)』(1790)에서 “정부는 자연권에 기반하여 형성된 것이 아닌, 인간의 욕구를 충족하기 위해서, 인간의 지혜로 고안해낸 것”이라고 주장하면서 페인의 자연권 이론을 부정했다(Burke 2017, 80-81). 이어서 그는 『구휘그파에 대한 신휘그파의 호소(An Appeal from the New to Old Whigs)』(1791)에서 다음과 같이 말했다. “현명한 영국의 헌정사가 이를 증명한다. 영국의 어떠한 기존 헌장들도 인민의 힘으로 새로운 정부를 세울 권리에 대해서 이야기하지 않았다. 영국의 자랑스러운 헌정 관련 문서로 찰스 1세 3년차에 작성된 ‘권리청원(Petition of Right)’에서 ‘폐하의 신민들은 이 자유를 ‘상속’받았다고 적혀 있을 뿐이다’라고 주장한다.”(Bourke 2015, 774-775) 버크는 페인처럼 프랑스의 영향을 많이 받은 신휘그파의 주장이 ‘인민’의 주권성이 지닌 최고의 권력을 ‘다중’의 그것과 혼동하고 있다며 비판의 날을 세웠다. 아울러 그는 이러한 혼동이 인민의 ‘자기통치’라는 이상에 근거한 개념적인 건설물에 불과하다고 주장하면서, 현실세계에서는 온갖 종류의 당파가 국가권력을 장악하기 위해 경쟁하는 무정부 상태라고 개탄했다(Bourke 2015, 774-775).

이후 민족국가의 형성 과정에서 성문헌법이 대부분 수용되면서 헌법을 둘러싼 통치의 행위에 대한 원리들을 근대적인 의미의 헌정주의라고 칭하게 된다. 찰스 맥일웨인(Charles H. McIlwain)은 페인의 정치적 사고를 토대로 ‘권력을 제한하는 것(limited government)’의 원리를 도출한다. 그에 따르면, “헌법이라는 상위법(higher law)이 정부에 앞서 존재하기 때문에, [이러한 원리로] 헌법에 기반을 둔 정부는 제한정부가 될 수밖에 없고, 또 그래야만 한다.”(McIlwain 2007, 3; Maddox 1989, 50-67). 근대 자유주의적 헌정주의는 권력의 견제와 균형의 원리에 입각한 ‘제한정부’의 기본 원리를 바탕으로, 모든 시민은 법 앞에 평등하며 민주적으로 선출된 공직자는 스스로 법의 권위에 복종해야 한다는 의미에서의 ‘법의 지배’, 입법 및 행정과 관련된 통치 행위의 합헌성이 사법부에 의해 심사받을 수 있다는 ‘사법심사’ 원리와 함께 근대 민족국가의 통치 기제로 그 이념적인 우수성을 보여주고 있다.

그렇지만 이러한 성취에도 불구하고 자유주의적 헌정주의 논의는 정작 정치공동체가 형성되고 유지

되는 과정에서 제기되는 ‘정당성’의 문제를 적극적으로 논의하는데 한계를 보인다는 견해가 있다. 유럽의 공법학 전통을 현대적으로 재해석한 마틴 러프린(Martin Loughlin), 리차드 톡(Richard Tuck), 켄틴 스킨너(Quentin Skinner), 닐 워커(Neil Walker)와 같은 공법학자들이 대표적인 논자들이다. 이들은 ‘정당성’을 정치공동체에서 통치자와 피통치자의 관계가 끊임없이 갱신되는 과정에서 형성되는 ‘정치적인 힘’과 관련된 것으로 이해하면서, 헌법을 이러한 ‘정치적 힘’이 생성되는 장소(locus)라고 본다. 왜냐하면 헌법은 통치자에게는 통치의 형식과 내용을 부여하고, 피통치자에게는 자신의 법적, 정치적인 지위를 확인하거나 이를 새롭게 전유(reclaim)할 수 있는 ‘규범적 근거’를 제공해 주기 때문이다. 이것이 헌법의 정치적인 의미이다.

러프린은 헌법의 이같은 위상과 기능을 치밀하게 분석한 공법학자다. 『공법의 이념(The Idea of Public Law)』 (2004), 『공법의 토대들(Foundations of Public Law)』 (2012)과 『정치적 법리학(Political Jurisprudence)』 (2017)에서 그는 선술한 헌법의 정치적인 의미를 탐구하는데 ‘정치공동체에서 헌법은 왜 복종을 받아야 하는가?’라는 질문으로 변경한다. 그는 헌법이 지닌 권위의 원천 즉 헌법의 정당성에 대한 학계의 관심이 부족했다고 보면서, 이 이유를 헌법을 헌법의 개별 조항들의 집합체로서 이미 성립된 ‘통치체(government)’의 일부로 보거나 통치의 도구로 보는 시각에서 찾았다. 러프린에 따르면 이러한 접근은 헌법에 관한 ‘정당성’의 물음을 통치체가 형성되는 과정에서의 절차적 내지는 산술적인 ‘합법성(legality)’의 차원으로 축소시켜 버린다(Loughlin 2017, 1-10).

이 글은 선술한 공법학자들이 이러한 문제의식을 바탕으로 헌법의 정치적인 의미를 다시 구하기 위해 각각 장 보댕(Jean Bodin), 토마스 홉스(Thomas Hobbes), 칼 슈미트(Carl Schmitt)를 재해석하는 논의들을 살펴본다. 이 중에서도 헌법의 이러한 측면에 대해 첨예한 정치적 사유를 전개한 슈미트의 헌법 개념을 보댕의 주권론과 홉스의 국가론과의 연관 속에서 이해하고자 했던 러프린의 논의가 중심이 될 것이다. 러프린은 톡의 보댕의 주권에 대한 재해석과 스킨너의 홉스의 국가이론은 슈미트의 헌법 개념의 연원을 형성할 수 있다고 보고 있다. 이 논문은 보댕, 홉스, 그리고 슈미트의 개념들을 개별적인 역사적인 맥락속에서 이해함으로써 개념의 정의를 구축하는 작업에 거리를 두면서, 각각의 개념들이 어떻게 같은 의미를 지니고 있는가를 보여주는 것이 목적이다.

논문의 내용은 이렇다. 리차드 톡은 보댕에 대한 지배적인 견해인 주권을 절대적 입법권으로 해석하는 견해(Franklin 1973)를 반대하면서 ‘주권’과 ‘주권의 행사’를 구분한다. 톡은 입법권은 주권의 행사의 하나의 양식이고 이로부터 야기되는 주권자의 권위의 특징으로 보댕의 ‘주권’을 개념을 대체하는 것은 오류라고 본다. 그는 ‘주권’ 그 자체와 그 주권적인 힘이 행사되는 방식과 장소를 통칭하는 ‘통치체’를 구별하면서 보댕은 주권을 오로지 ‘정의로움에 스스로 구속되는’의 개념으로 추상화시켰다고 주장한다. 러프린은 보댕의 주권론에 대한 톡의 이해를 바탕으로, 스킨너에 의해 정초된 통치자와 피통치자에도 해당되지 않는 ‘가상적인 인공물’으로 제시된 홉스의 국가 개념으로 연결시킨다. 추상적으로 개념화된 ‘주권’은 이제 정치공동체에서 그 소재지가 없는 것이 되었기 때문에, 그 힘이 행사되는 일종의 ‘그릇’이 필요한데, 홉스가 정초한 ‘국가’ 개념이 바로 그것이다. 왜냐하면 스킨너의 분석에 따라, 홉스의 국가개념은 통치자와 피통치자 양쪽에도 속하지 않는 단지 이 두 행위자가 계약을 맺음으로서 발생하는 비인격적인 가상의 그 무엇을 지칭하기 때문이다. 이제 국가가 달성하는 단일성은 인민이 정치공동체를 만들겠다는 통일적인 의지로 달성된 ‘단일성(unity)’의 상태를 지칭하는 슈미트의 헌법 개

념으로 계승된다. 러프린은 개념적인 연원을 이렇게 살피고 난 뒤, 헌법을 인민의 주권적 힘을 계속 ‘인지 가능하게’ 장소라는 슈미트의 논증으로 헌법의 정치적인 의미를 제안한다.

II. ‘주권’과 ‘주권의 행사’의 구분: 장 보댕

1. ‘주권’과 ‘통치체’의 구분

보댕이 “권능, 기능, 그리고 권력 행사의 시간의 길이에서 제한이 없는 상태”(Bodin 2010, 3)로 ‘주권자(sov^{er}ign)’의 힘의 성격을 규정하게 된 계기는 아리스토텔레스의 혼합정 이론에서 대한 비판에서 시작된다. 그는 1566년 저작 『역사를 쉽게 이해하는 방법(*Methodus ad Facilem Historiarum Cognitionem*)』(이하 『방법』)에서 “아리스토텔레스에게는 공화국의 [통치] 활동에서는 세 가지의 부분이 있다. 그것은 공동체의 문제를 숙고-심의하는 일, 치안판사(magistrate)를 임명을 결정하는 일, 그리고 통치와 행정의 관할권을 정하는 일이다”(Tuck 2016a, 17 재인용)라고 일별하며 혼합정에 대한 논의를 이어간다. 공동체의 이러한 정치적 활동들을 다른 주체들이 분담해서 맡으면서 정체를 혼합된 양식으로 운영하는 것이 이상적이라고 바라보는 아리스토텔레스의 혼합정 이론에 보댕은 이에 매우 불만족했다. 왜냐하면 보댕이 살던 시기의 프랑스에서는 아리스토텔레스가 공동체의 중요한 행위라고 꼽았던 심의와 관할권을 정하는 일은 시민들에 의해서 공공연히 행해지면서, 정작 그가 주권자라고 믿었던 프랑스의 왕이 이러한 주권적 행위로부터 소외되고 있었기 때문이다. 공동체의 운영과 관련된 중요한 판단들을 심의하는 일들은 지방법원의 판사들이 하고 있었고, 전쟁을 일으키거나 평화조약을 맺는 외교 업무, 그리고 법 제정과 같은 중요한 일도 왕이 부재한 의회에서 수행되고 있었다.

보댕은 ‘주권적인 힘’의 행사는 오직 ‘왕’이라는 ‘주권자’에 의해서만 이루어져야 한다고 믿었다. 『방법』에서 그는 주권자의 힘의 영역과 정부의 영역을 구별하면서 다음과 같이 적고 있다. “[정체를 조사하기 위해서는] 모든 국가에서, 누가 치안판사에게 권한을 주거나 혹은 빼앗는지, 혹은 누가 법을 만들거나 혹은 철폐하는지를 조사해야 한다. 이것이 확실해 질 때만이 그 정부의 유형이 쉽게 이해될 수 있다.”(Tuck 2016a, 18 재인용) 이러한 입장은 1576년 저서 『공화국에 관한 여섯 개의 책(The Six Books of the Commonwealth)』(이하 『공화국』) 7장에 반복된다. “정부의 유형을 결정하는 것은 누가 행정권을 가지느냐 혹은 누가 정부를 장악하는가를 묻는 것이 아니다. 그것은 사무관을 임명하고 해직하거나 혹은 법을 만드는 것이다.”(Tuck 2016a, 19 재인용) 『공화국』에서 다음과 같이 설명한다. “지금까지 그 누구도 발견하지 못했지만 ‘정부(government)’와 ‘국가(state)’의 개념에는 커다란 차이가 있다. 정부의 유형이 다양할 수 있다고 해서 공화국이 혼합정이 될 수 있다고 생각한다면 이는 ‘국가’가 ‘정부’와는 다른 것임을 이해하지 못한 것이다.”(Tuck 2016a, 20 재인용)

보댕의 의도는 주권을 보호하는 것이었다. 이를 위해 그는 치안판사를 임명-면직하고 법령을 만들고 무효화하는 두 가지 권한으로 ‘주권자’의 힘의 범위를 제한한다. 그는 앞서 말한 두 가지 권한 외의 통치 업무들을 단순히 통치체(정부)의 행정으로 보면서 ‘주권’의 영역과 구분한다. 그러면서 보댕은 주권자의 힘의 ‘분리불가능성(indivisibility)’의 원리를 도출한다.

보댕에게 주권자의 힘이 나누어질 수 없는 이유는 주권이 위임받지 않은 권력이기 때문이다. 그는 『공화국』 8장에서 역사의 무대에서 다양하게 등장하는 통치자들의 법적 성격을 ‘주권자’와 ‘비주권자’로 구별하면서 주권자의 통치성은 위임되지 않은 것이기에 시간적인 제약을 받지 않는 영원한 권력이며 분리되거나 나누어질 수 없는 권력이라고 설명한다. 그러면서 그는 정반대의 모습으로 로마 독재자의 예를 들고 있다. “주권에 대한 이러한 원리들이 놓여 저서 제한된 시간 안에 공동체의 일을 처분할 수 있는 힘을 가진 로마 독재자들도, 스파르타의 군사총독(harmoste)도, 그리고 다른 어떠한 대리인(commissioner)도 주권성을 가지고 있지 않다. 로마의 초대 독재자가 강력한 권한을 가질 수 있었던 이유는, 모든 관리들은 호민관이 임명될 때까지 직무정지의 상태에 있었기 때문이다. 독재자는 군주가 될 수 없고 또한 주권자도 아니다.”(Bodin 2010, 2) 강력한 힘을 보유했던 로마의 초기 독재자들일 주권자가 아닌 이유는 그의 힘이 시간적인 제한성을 전제로 한 것이기 때문이다.

또한 위임받은 권력을 가진 자는 비주권자이다. 보댕은 이와 대비되는 사례로 ‘참주(tyrant)’에 대해서도 언급한다. 그는 임기가 한시적인 최고 통치자의 경우를 예로 들면서 이 통치자가 자신에게 부여된 힘을 연장하는 두 가지 방법으로 ‘강제’와 ‘암묵적 동의’를 언급하며 다음과 같이 설명한다. “강제적인 힘을 사용한 경우 참주제라고 부를 수 있다. 그렇지만 이때 참주는 주권자이다. 이것은 마치 약탈자의 폭력적인 소유가 설령 법에 반한다 하더라도 그의 소유임이 사실이고 자연적인 것과 마찬가지다. 그러나 만일 어떠한 통치자가 암묵적 동의에 의해 자신의 최고 권력을 연장시킨다면, 그는 주권적인 군주가 아니다. 왜냐하면 마지못한 용인이 아니고서 그는 아무것도 아니기 때문이다. 그리고 이 통치자는 일견 역설적이게도 만일 임기 제한이 없는 경우에는 더욱 주권적인 군주가 아니다. 왜냐하면 그럴 경우 이 법관은 오직 불안정한 상태에서 자신의 직책을 수행하는 것이기 때문이다.”(Bodin 2010, 6 필자 의역). 어떤 방식으로든지 권력을 위임받은 것이 아니라, 새롭게 창조하는 것이라면 그의 힘은 주권적인 힘인 것이다.

보댕은 주권자의 힘에 대해서 나뉘지 않고, 위임받지 않으며, 영속적인 것이라고 주장하면서 ‘주권’ 개념을 다음과 같이 정의한다. “주권은 국가(commonwealth) 안에서 절대적이고 영속적인 권력이다.”(Bodin 2010, 1)

2. ‘주권’의 추상화와 공화국의 수호

보댕의 정치적 사유에서 행정 권한의 행사와 관련된 ‘정부’와 구별되는 ‘국가’라는 정체가 지닌 권력을 표현하는 개념이 ‘주권’이다. 보댕은 정치공동체 내에서 주권이 절대적인 최고 권력일 수 있는 까닭은 그것이 어떠한 실정법에도 구속되지 않기 때문이라고 말한다. 국가 안에 존재하는 최상위의 권력이기 때문에 주권자는 실정법을 지켜야 할 의무에 구속되지 않고 심지어 어길 수도 있다. “민법은 선하고 정의롭고 합리적일 수 있다. 그래도 군주는 민법에 복종할 의무가 전혀 없다. 가령 군주가 살인과 소요를 근절시키기 위해 무기 소지를 목숨을 걸고 반대한다 해도, 군주는 자기 법률에 복종할 의무가 없다.”(Bodin 2010, 34) 주권에 관한 보댕의 논의는 여기서 끝이 아니라 한걸음 더 나아간다. 주권의 절대성에 대한 보댕의 주장은 역설적이게도 그것이 신의 법과 자연법에 구속된다는 전제 위에서 있었다.

“군주(princes)는 자연의 질서 속에 내재되어 있는 정의와 관련되지 않는 한 그러한 칙령과 법령에 결코 구속되지 않는다. 군주는 칙령이나 법령에 구속받지 않는다. 반면에 신민은 군주가 변경하지 않는 한 해당 칙령과 법령에 계속해서 구속된다. 이는 우리가 신께서 우리 위에 두신 군주가 만든 칙령과 법령에 복종해야 함은 신과 자연의 법이기 때문이다. 군주의 칙령이, 모든 군주들 위에 계신 신의 법에 직접적으로 반대되는 것이 아닌 한 우리는 그의 칙령에 복종해야 한다. 봉건적 주종관계에서 신하가 그 누구도 아닌 영주에 충성을 맹세하면서도 그 영주의 주권자인 군주를 상기하듯이, 신민은 다른 누구도 아닌 주권자인 자신의 군주에게 복종하면서도 지상의 모든 군주들의 절대적인 주인인 신의 존엄을 다시 섬긴다(reserving).”(Bodin 2010, 34)

보댕은 군주와 신민의 관계에서 군주가 주권자로서 갖는 절대적인 권력을 인정하면서도 그것이 신의 법과 자연법을 뛰어넘을 수 없음을 분명히 하고 있다. 그것이 그가 신민이 군주에 절대 복종하면서도 군주 위에 있는 신의 존엄을 상기한다는 묘사에서 잘 드러난다. 이 지점에서 주권자로서의 군주의 위상과 관련한 미묘한 긴장성이 읽힌다. 아울러 군주는 명령자의 모습만 갖지 않고 계약과 약속의 주체이기도 하다. 이와 관련해 보댕은 다음과 같이 설명한다.

“우리는 ... 국가 통치의 또 다른 측면을 다음과 같이 이야기할 수 있다. 주권자 군주는 그가 스스로 맺은 계약에 구속된다. 그것이 자신의 신민과의 계약이든 다른 국가와의 계약이든 상관없이 말이다. 그것은 군주가 신민들이 서로 간에 체결한 합의나 상호책무에 대한 보증인이라는 점에서 자신의 결정을 정의롭게 실천해야 할 이유가 더 크기 때문이다.”(Bodin 2010, 35)

국가의 통치는 통치자가 단순히 피통치자와 맺는 민법적인 의미의 계약을 넘어서서, 통치자가 스스로 구속되면서, 정의로움을 실현해야 한다. 주권은 신과 자연의 법에 구속되는 주권이고, 그런 점에서 주권은 스스로 정의로움에 구속되어서 정의로움을 실현해야 하는 공동체의 최고의 권력이다. 보댕의 이러한 개념화로 ‘주권’은 현세에 존재하는 정치권력에 정당성을 제공하지만, 그 어떠한 소재지도 가지고 있지 않은 추상적인 그 무엇이 된다.

이와 같은 보댕의 이론적 논증에는 어떠한 정치적 판단이 있었던 것일까? 보댕은 아리스토텔레스의 혼합정 논의는 ‘국가의 형태’와 ‘정부의 운영원리’를 구분하지 못하고 있고 따라서 민주정의 정체가 귀족주의적으로 운영되거나 혹은 그 반대가 될 수 있는 정체의 다양한 가능성을 놓치고 있다고 보았다(Tuck 2016a, 20). 정체로서의 국가(state, commonwealth) 혹은 공화국(republic)에 정당성을 제공하는 오직 신과 자연의 법에 귀속되는 절대적인 힘으로서의 추상화된 ‘주권’을 전제하고, 정부와 행정의 수준에서 다양한 방식을 채택하면서 통치의 ‘양식’을 그 공동체가 처해 있는 상황에 맞게 변화시킨다면, 이것은 정체의 차원에서 다양한 가능성을 확장시키면서 국가에게 매우 유익한 것이 된다고 생각했다(Tuck 2016b, 121). 이 지점에서 우리는 보댕이 주권 개념에 대한 새로운 발상을

토대로 왕정 체제에 다양한 통치 방식을 적용하면서 궁극적으로는 프랑스의 ‘왕정-공화국’을 수호하려 했던 모습을 엿볼 수 있다. 이러한 그의 정치적 문제의식은 다음 언명에서 확인된다.

“군주정인 국가는, 만약 그 군주가 의회, 행정관, 그리고 관료들의 채용을 시민에게 개방하고 그들의 고귀성, 부의 수준, 덕성들을 고려하지 않고 모든 시민들을 평등하게 취급한다면 이 군주정인 국가는 민주적으로 운영되는 것이다. 반대로 시민 대부분이 주권을 가지고 있다는 믿음이 팽배함에도 불구하고 그 국가가 오직 소수의 귀족들에게만 관직들을 허용한다면 그 국가는 민주정이라는 외관을 가질 수 있으나 그것은 귀족정의 방식으로 운영되는 것이다.”(Tuck 2016a, 21 재인용).

‘주권적인 힘’의 소재지로 왕, 상원, 혹은 평민원을 선택할 것인가에 따라 군주정, 귀족정, 그리고 민주정이라는 다른 형태의 정부를 가질 수는 있지만, 이것은 모두 공화국의 다양한 통치의 모습에 불과하다. 보댕은 법의 요소들로부터 연원하는 정통성을 의미하는 ‘주권’은 추상적인 수준에서 존재하는 것이고, 이러한 개념을 전제함으로써 주권적인 힘의 소재를 다양화할 수 있고 보았다. 한마디로 ‘국가’와 ‘정부 혹은 통치체’는 구분되어야 한다는 것이다(Tuck 2016a, 19). 아리스토텔레스가 논한 혼합정처럼 다양한 사회세력들의 이익을 배분하고 이들 간의 조화를 찾아가는 방식은 보댕에게는 정치적으로 매우 제한적인 선택이라고 간주되었다. 신교도들과 종교전쟁을 치루며 약체화된 프랑스의 왕정을 수호하기 위해서는, 보댕은 왕에 대해 간언을 하면서도, 왕권을 궁극적으로 강화시킬 수 있는 기관으로 파리고등법원(*Parlement de Paris*)이 역할을 할 수 있을 것이라고 판단했다(Tuck 2016a, 41).

러프린은 턱이 보댕의 주권의 개념을 해석하면서 ‘주권’과 ‘통치체’의 구분한 것은 ‘주권’을 ‘주권의 행사’를 분리시키는 것이며, 이는 보댕이 살았던 16세기 프랑스가 신교도와의 갈등으로 종교전쟁을 겪으며 절대왕정이 내적인 한계에 처하면서, 신민에게서 복종을 얻어 내기 위해서는 주권적인 힘이 더 이상 지배자의 개인에게 내재하는 것이 아니라 오로지 ‘통치의 육체(governing body)’를 통해서만 행사되어야 했던 시대적 변화를 개념화하는 것이라고 본다. 통치자가 사인의 얼굴을 하고 인민들에게 직접 나서서 통치를 하는 중세에서 그의 권력이 내각, 협의회, 법원, 의회, 군대와 같은 다른 제도로 나누어져서 실현되어야 함을 의미한다. 보댕이 ‘주권의 표식’이라고 칭했던 ‘의회 안의 왕(the King-in-Parliament)’, ‘협의회 안의 왕(the King-in-Council)’, ‘왕의 내각(the king’s ministers)’, ‘왕의 법원(the king’s courts)’의 모습들은, 그가 ‘주권’이라는 개념을 통해서, 지배하는 힘의 절대적인 법적 권위는 오로지 그 권위를 담는 제도적인 틀이 있어야만 행사되어 함을 역설하고 있음을 보여준다(Loughlin 2010, 184-186). 이러한 역사적인 과정을 개념화 했던 보댕의 주권의 개념은 더 이상 정치공동체에서 구체적인 소재지가 없게 되었다. 러프린은 추상적으로만 존재하는 이 보댕의 주권은, 존재하지 않는 인민의 결사체가 통치자와 맺는 가상의 계약의 상태를 지칭하는 토마스 홉스의 ‘국가(the state)’의 개념으로 계승된다고 주장한다.

III. 국가, 보당의 ‘주권’을 담는 그릇: 토마스 홉스

1. ‘인격(person)’과 ‘본인(author)’

공법학자들은 보당이 정초한 ‘주권’의 개념으로 근대 정치학의 태동하였다고 본다. 통치자의 사적인 능력, 의지, 감정의 영역이었던 ‘통치 행위’는 마치 용기(容器)처럼 ‘주권’이라는 고도로 추상적인 개념을 담을 수 있는 육화된 영역으로 이전되었다. 아울러 ‘통치 행위’는 사적인 영역이 아닌, 지배자와 신민, 내지는 지배자가 속한 기관(의회, 평의회, 법원)과 신민 혹은 인민, 신민과 인민의 관계, 그리고 더 나아가 인민들 그 자체의 관계성의 영역, 즉, ‘공공의 영역’을 창출한다. 17세기 영국의 내전은 ‘통치체가 지닌 정통성의 근원’에 관한 뜨거운 논쟁을 낳았다. 로버트 필머(Robert Filmer)가 왕의 권위를 아버지의 권위와의 유비 속에서 찾았다면, 존 로크(John Locke)는 ‘개인’의 영역을 발굴하며 개인이 천부적으로 타고난 자신의 생명, 자유, 그리고 노동에 의한 자신의 확장인 소유에 대한 권리를, 동의를 통해, 어느 정도 양도하는 것이 타당할 수 있다는 의견을 피력했다(Dunn 1969). 수평파(Leveller)는 의회조차도 인민의 이익을 대변하지 않는다면 의회의 전면적인 개혁을 주창했다(Galligan and Versteeg, ed. 2015, 134-156).

그러나 이러한 논의들이 이른바 ‘인민주권’, 즉 ‘주권적 힘은 신으로부터 부여 받은 것이 아니라 인민에 내재한다’는 관념을 전제로 하고 있다면, 토마스 홉스의 국가에 대한 이론은 매우 중요하다. ‘인민주권’의 기치를 내건 이론가들에게 가장 커다란 고민은 인민은 구체적인 형태가 확인되지 않는 ‘자연적인 존재’라는 점에 있었다. 인민의 개념이 지닌 이러한 ‘존재적 무(nothingness)’와 같은 성격은 주권 논의에서 매우 치명적인 결함을 가지게 된다. 왜냐하면 인민은 보당의 이론적 혁신에 의해서 제시된, 추상화된 ‘주권’을 담을 수 있는 육화된 존재로 간주되기 어렵기 때문이다. 바로 이 지점에서 헨리 파커(Henry Parker)는 자신의 저작인 『왕권에 대한 몇 가지 고찰(Observations Upon Some of His Majesties Late Answers and Expresses)』(1642)에서 ‘자연적인 존재’로 존재하는 ‘인민’에게 ‘주권’을 부여하기 위해서 인민은 하나의 단일한 법인(corporate)이고, 이 인민은 자유롭게 결사체를 형성하며, 이 인민체를 국가로 부를 수 있다고 주장한다(Skinner 2010, 26-46).

그렇지만 홉스는 이러한 파커의 입장에 동의하지 않았다. 홉스가 자연상태에서 인간의 삶이 ‘짧고’, ‘끔찍하고’, ‘짐승스럽다’고 묘사한 이유는 헨리 파커를 위시한 이른바 ‘민중주의’ 이론가들을 공박하기 위해서였다. 파커는 인민을 단일성을 유지하는 실체로 보고 국가를 그러한 인민의 자발적인 계약을 통해서 형성되는 ‘인민의 결사체’로 묘사했다. 그러나 홉스는 정반대로 자연상태에서 ‘짧고’, ‘끔찍하고’, ‘짐승스러운’ 인간 삶의 특성을 부각시키면서, 자연상태에서 인간은 서로 절연되어 있는 고독한 다중에 불과하고, 이러한 다중은 ‘단일성’을 확보할 수 없기에 인민결사체를 형성할 수 없다는 입장을 견지한다(Skinner 2010, 26-46).

그렇지만 홉스는 지배자에 대한 인민의 종속성을 전제로 한 왕권신수설에도 동의하지 않았다. 이 지점에서 그는 ‘협약(covenant)’ 개념을 새롭게 정립했다. 홉스는 헨리 파커가 주창한 ‘계약(contract)’의 전제인, 인민결사체와 주권자 사이의 ‘동의’가 성립하려면 먼저 동의의 주체가 단일성을 보유해야 한다고 보았다. 그는 바로 이러한 단일성을 바탕으로, 그들의 이름으로 행동하도록,

개인이나 집단을 ‘본인이 되게 하는(authorising)’ 형식을 취할 때 비로소 동의의 기반이 마련될 수 있다고 주장했다.

홉스는 이제 주권의 제도적인 조건으로서의 ‘권위’의 궁극적인 원천을 찾기 위해서 자신의 1651년 저작인 『리바이어던』에서 가상적인 협약으로서의 ‘국가’ 개념을 창시하게 된다. 이때 홉스가 특별히 주목했던 개념은 ‘인격’과 ‘본인’이었다. 『리바이어던』 16장에 소개된 ‘인격’이라는 어휘는 그 어원인 페르소나(*persona*)의 용례가 보여주듯이, 극장에서 배우가 가면을 쓰는 행위나 법정에서 어떠한 말과 행위를 다시 시현하는 것을 의미한다. ‘본인’은 개인 각자가 신으로부터 부여받은 단독자로서의 결코 침범될 수 없고, 섞일 수 없는 고유한 영역을 일컫는다. 홉스는 이러한 개념적 이해를 바탕으로 인격이 자신만의 것으로 인정되는 ‘자연적 인격’과 다른 사람의 말과 행동을 다시 시현하는 것으로 인정되는 ‘인위적 인격’을 구분한다(Hobbes 2008, 112).

이 가운데 홉스의 논증 과정에서 보다 핵심적인 것은 ‘인위적 인격’이다. 만약 누군가가 햄릿의 연극을 하고 있는데, 햄릿의 가면을 쓰고 극에 임한다면, 그 누군가가 쓴 가면은, 햄릿의 말과 행위를 ‘다시-시현함(re-presenting)’으로써 햄릿의 말과 행위를 소유하게 되는, 햄릿의 ‘인위인 인격’이 된다. 홉스는 바로 이러한 논증을 통해 ‘인위적 인격’을 ‘다시-시현하는 자’, 즉 ‘대표자(representer)’라고 말한다. 다시 말해 햄릿의 말과 행위를 소유함으로써 ‘햄릿-본인이 되게 하는’ 과정으로 이 ‘인위적 인격’이라는 대표자가 되는 것이다(Skinner 2010, 26-46). 홉스에 따르면,

‘인위적 인격’은 그들이 ‘다시 시현하는(대표하는)’ 사람에 의해 행해지는 말과 행동을 소유하는 자들이다. 이제 그 행위자(대표자)는 그의 ‘본인성(authority)’을 그 권리의 소유자로부터 위임 또는 인가를 받아서 행동하게 된다(Hobbes 2008, 112).

홉스는 ‘인위적 인격’을 이렇게 정의한 뒤 ‘대표자’의 권능을 일별한다. 어린이나 백치 혹은 광인처럼 ‘본인성’을 가질 수 없는 자들은 자신의 후견인에게 자신의 말, 행위, 이익을 대표시킬 수 있다. 그렇지만 이때 후견인의 권한은 제한적이다. 우상이나 허구 또한 본인성을 가지고 있지 않기 때문에 후견인은 오직 시민정부의 보증 하에서만 권한을 가질 수 있다. 아울러 홉스는 ‘본인성’을 지닌 주체가 대표되는 경우, 특히 기독교의 신에 대해서 이야기한다. 그에 따르면 신의 본인성은 절대적이며, 이러한 신은 역사의 무대에서 모세, 예수, 그리고 성령에 의해 대표되었다(Hobbes 2008, 113-114).

2. 국가, ‘주권자’로 대표되는 그 이름

홉스는 이제 시민정부의 성립을 설명하기 위해서 ‘다중’에 대해서 이야기한다. 그가 일찍이 지적했듯이, 자연상태의 인간들은 상호 불신만이 팽배한 상태에서 다중에 불과하고, 이 다중은 본인성을 가지지 않는다. 그들이 본인성을 얻기 위해서는 오직 단 하나의 인격에 의해 대표되어야만 한다. 홉스는 다음과 같이 말한다.

“다중은 하나의 인격에 의해 대표될 때, 만약 그것이 그 군중 개개인 전부의 동의에 의해 그렇게 된 경우 하나의 인격이 된다. 왜냐하면 ‘하나의’ 인격을 이루는 것은 대표자의 ‘단일성’이지 대표되는 자의 단일성은 아니기 때문이다. 그렇지 않으면 다중의 ‘단일성’은 이해될 수 없다.”(Hobbes 2008, 114)

이렇게 다중은 ‘인위적 인격’에게 ‘본인’을 부여하는 행위를 통해서 이제 그의 말과 행동이 마치 우리 자신의 것이라고 말해지고, 마치 우리 자신이 말하고 행동한 것처럼 책임을 지는 ‘단일성’을 획득한다. 여기서 홉스는 자연상태에서는 존재하지 않았던 두 가지 인격을 말한다. 첫 번째 인격은 우리의 말과 행위를 ‘인위적으로 다시-시현하는’ 자이고, 두 번째 인격은 첫 번째 인격의 탄생과 동시에 존재하게 되는 인격으로서, 우리가 우리의 말과 행동을 다시-시현시킬 것이라고 결단하는 하나의 단일한 의지를 가지게 될 때 만들어 지는 ‘가상의’ 인격이다. 다시 말해 우리가 우리를 ‘다시-시현시킬(대표할)’ 한 사람이나 혹은 하나의 그룹을 우리의 대표자로서 봉헌하면서 하나의 의지와 목소리를 가질 때 그 단일성 우리가 탄생케 하는 인격이다(Skinner 2010, 26-46). 홉스는 전자를 ‘주권자(sovverign)’로, 후자를 ‘키비타스’, ‘리바이어던’ 혹은 ‘국가’로 부른다(Hobbes 2008, 120).

이제 상술한 협약으로 탄생한 ‘리바이어던’ 혹은 ‘국가’는 영속적이다. 홉스는 다시 묻는다: “만약 주권자들이 ‘다시 시현하는 자(대표자)’라면, 그리고 그 행위가 ‘다시-시현되는 자들’의 이름으로 행해졌다면, 그 이름은 무엇인가?” 이제 홉스는 스스로 던진 질문에 답을 할 수 있게 되었다. 인민들을 다시 시현하는 주권자들이 정통성을 가지고 있다고 말한다면, 그들은 그 국가라는 이름을 대표하고 있는 것이다. 왜냐하면, 오직 국가를 통해서만 인민은 하나의 이름을 얻게 되고, 그 이름으로서만 우리는 ‘다시-시현될 대표자’를 가지게 되기 때문이다. 그리고 그 관계는 가상 협약의 결과이며, 그 협약은 근대의 무대에서 ‘국가’를 정치적 주체로 등장시킨다(Kelly 2004, 113-134).

스키너에게 논증된 홉스의 국가는 통치자와 피통치자, 그 누구에도 속하지 않는 비인격적인 존재이다. 이제 홉스의 국가 개념에 의해서, 국가를 단순히 ‘통치체’로만 보고 이 통치체를 운영하는 자의 사적인 특질(능력, 의지, 감정)로만 국가의 통치 성격을 규정하는 통치의 사적인 성격을 완전히 탈각하게 되었다고 평가한다. 더 중요한 것은, 홉스의 국가는 가상의 상태를 지칭하는데, 이것은 피통치자가 자신의 모든 권리를 주권자에게 양도하겠다는 단호한 결단으로 형성되는 피통치자의 통일된 의지를 표현하는 ‘단일성’의 그 자체를 말한다. 이러한 이론은 약 3세기 후 슈미트에게 다시 전유된다.

IV. 헌법, 홉스의 ‘국가’ 그 상태: 칼 슈미트

1. ‘국가’의 헌법과 ‘통치체’의 헌법

슈미트는 1928년 저서 『헌법이론(The Constitutional Theory)』에서 그는 원자화된 개인들이 이 ‘헌법-만들기’의 행위를 발생시키겠다는 의지를 모으면서 형성되는 단일성으로부터 인민의 ‘수행적(performative)’ 행위로 형성되는 것이 헌법으로 정의했다. 헌법은 국가라는 정치공동체를 발생시키는 시원적인 행위인 ‘헌법-만들기’의 인민의 행위의 결과물인 것이다. 따라서 슈미트에게

헌법은 국가의 상태 그 자체를 지칭한다.

“국가가 헌법을 가지고 있는 것이 아니다. 국가는 바로 헌법, 다시 말해 [하나의 정치공동체의] 단일성과 질서의 바로 그 상태 자체를 일컫는다. 만약 이 헌법이 보다 구체적으로 이 단일성과 질서가 존재하기를 멈춘다면 이 국가는 존재하기를 멈추는 것이다.”(Schmitt 2008, 60)

헌법의 진정한 기원은 그 헌법이 속한 국가를 성립시키려는 인민들의 단일한 의지가 헌법-만들기의 과정으로 표현되는 그 ‘행위’ 그 자체 있다는 것이다. 따라서 헌법은 정치공동체의 성립 이전에 발생하는 역사적인 사실을 전제하고 있는 헌법은 그 정치공동체의 상태가 존재하는 방식을 드러내는 그 무엇이다.

슈미트의 이 헌법 개념은 홉스의 국가 이론을 떠올리게 충분하다. 홉스에게 국가는 인민들이 정치 공동체를 만들겠다는 단일한 의지를 형성을 주권자와 계약을 맺는 그 행위의 발생을 전제하고 그 과정에서 수반되는 가상의 계약이고 따라서 정치적 단일성이 형성될 때에만 협약이 발생해서 정치공동체가 탄생할 수 있듯이, 슈미트는 이 정치적 단일성이 형성되는 인민의 공통의 집합적인 행위가 전제 될 때 비로소 정치공동체가 형성될 수 있으며 이 국가의 구성의 지칭하는 개념을 통하여 (절대) 헌법이라는 개념이 형성된다는 것이다.¹⁾ 슈미트는 다음과 같이 적고 있다. “헌법-만들기’ 행위에서 기원하는 헌법에서 헌법을 만드는 행위는, 따라서 [그 헌법-만들기로 형성된 정치공동체가 내재하고 있는] 규범의 체계에서 분리되지 않는다. 이러한 단 하나의 결정이라는 하나의 행위로부터 공동체의 특별한 존재의 양식이 결정되기 때문에, 이것은 온전하게 그 공동체의 단일성을 결정짓는다.”(Schmitt 2008, 74) 따라서 슈미트는 바이마르 헌법의 정통성은 그 헌법의 조문들에 있는 것이 아니라, 헌법을 만들어 내는 독일 국민들의 존재의 결단과 의지로부터 형성되는 정치적 단일성에서 유래한다고 주장한다(Loughlin 2010, 209-216).

슈미트는 이러한 주장을 이끌어 내기 위해, 두 가지 반대 논의들을 제시한다. 첫 번째는, “헌법을 규범들의 체계 보면서 구체적으로 존재하는 단일성의 총체로 보고 있지 않은”(Schmitt 2008, 493) 켈젠의 이론이다. 켈젠은 칸트의 ‘귀속(ascription 혹은 imputation)’의 개념을 통해 모든 개별 법률들의 정당성은 상위법으로 귀속되고, 이러한 위계적인 법체계를 완성하는 ‘근본 규범(*Grundnorm*)’을 법이 가지고 있는 모든 규범적인 힘의 원천이라고 주장한다.²⁾

켈젠의 규범주의는 1910년도 유럽의 정치적 상황과 무관하지 않다. 파시즘과 공산주의

1) 그러나 슈미트는 홉스가 국가 개념을 형성할 때 적용하고 있는 방법론적 개인주의에는 불만을 표현하고 있다. “홉스가 주권적, 대표적 인격을 법적으로 설명하는데 도움을 주었던 계약론도 국가의 전체성이라는 귀결로 나아가는 것은 아니다. 평소에는 그렇게 확실한 홉스의 사고과정 속에 법적으로 결정적인 지점, 즉 개인들에 의해서 체계되는 계약으로부터 나오는 국가에 대한 법적인 해명에서는 결정을 내리지 못한 머뭇거림이 끼어들어 있다는 것은 오래전부터 주목되어 왔다. 계약은 완전히 개인주의적으로 파악되고 있다. 모든 구속과 공동체는 해체되어 있다. 원자화된 개인들은 이성의 빛이 번뜩여서 합의가 성립될 때까지는 불안 속에서 함께 모여 있다.”(Schmitt 2020, 493).

2) 이 ‘귀속’의 개념은 슈미트에게도 차용되었다. 1922년의 저서 『정치신학』에서 켈젠의 ‘존재(sein)’과 ‘당위(sollen)’를 하나로 보는 일원론을 비판하며 ‘당위’에 영역에 속하는 규범 보다, ‘존재’에 속하는 의지와 결단의 우선성을 채택했지만, 슈미트는 1914년의 『국가의 가치』에서 켈젠의 ‘귀속’의 개념을 차용하고 있다(Paulson 2017, 510-546).

불세비즘, 그리고 우익 가톨릭 정치의 발흥을 매우 불편하게 생각했던 켈젠은 ‘인민’이라는 존재를 매우 회의적으로 바라보면서 다음과 같이 기술한다.

“‘인민은 무엇인가?’ 이것은 그 안에 하나의 단일성을 지닌 인간들의 다중의 무리로서 민주주의라는 정치이념에 하나의 기본적인 전제 조건인 것처럼 보인다. 민주주의에게 이러한 인민의 단일성은 매우 중요한데, 왜냐하면 그 이념의 이상에 따르면 지배하는 자가 주인이면서 동시에 대상이 되어야하기 때문이다. 그러나 현실을 그렇지 않다. 인민이라는 집단은 국적, 종교, 경제적 갈등으로 찢어지고 분열되어 있고 그리고 이 단일성이라는 것이 있다면 그것은 기껏해야 오직 동질적인 집단들의 모음집일 뿐이다.”(Kelsen 2002, 89)

형식을 가지고 있지 않은 무정형의 인민의 개념은 켈젠에게는 그 자체로는 어떠한 법적 유효성도 지닐 수 없었다. 그는 “오직 규범적인 의미에서만 [인민의] 단일성은 유효하기 때문에, 인민의 단일성은 법적인 개념이고 그리고 궁극적으로 인간의 행위의 도덕적인 규범은 오직 이 법적인 질서에서 찾을 수 있다” (Kelsen 2002, 90)고 주장하면서, 이러한 법체계의 원리를 제도적으로 완성시키는 오스트리아의 헌법재판소의 모델을 창시한다. ‘국가’의 개념도 유사하다. 사회의 부분들이 합쳐져서 국가를 형성한다는 관념을 반대하는데, “국가는 사회학적인 물체를 형성하는 행위 혹은 그 모든 것들을 합친 것과 동일시 될 수 없다. 국가는 어떠한 하나 혹은 몇 개의 행위가 아니다. 또한, 우리가 그 질서를 통해서 인간의 행위가 형성되며 또한 그 이념을 통해서 개개인이 자신의 행동을 적응하는 법적인 질서도 또한 아니다. 국가는 사회학적인 개념이 아니다. 오직 법적인 개념일 뿐이다”라고 다루고 있다(Kelsen 1945).

슈미트는 켈젠의 이론을 기능주의에 불과하다고 비판한다: “켈젠은 국가를 단일한 법적인 규범들의 시스템으로 묘사한다. 그러나 이 단일성과 시스템의 실체와 논리적인 원리에 대한 어떤 설명도 없다. 국가의 단일성의 ‘정치적인 존재’ 혹은 ‘존재되기’는 이제 단순히 기능으로 전환된다. 존재의 반대말과 그리고 그것의 규범적인 측면은 이제 완전히 그것의 물질적인 실체 그리고 법적인 기능과 혼합된다.”(Schmitt 2008, 63-64) 그는 이렇게 규범적으로만 접근할 수 밖에 없다면 역사, 정치, 도덕과 같은 인간 세계의 법철학의 권위의 원천은 봉쇄되기 때문에, 이러한 체계는 다시 자연법의 권위 체계에 다시 항복하게 된다고 비판한다. 슈미트의 이러한 일성은 그의 1922년 저서 『정치적인 것의 의미(The Concept of the Political)』 다시 확인된다.

“켈젠이 오로지 순수한 의미에서 법철학을 고양시키기 위해서 찾는 규범 과학이라는 것은 절대로 규범적일 수 없다. 왜냐하면 법학자는 오직 그의 자유 의지에 따라서 가치를 평가하며, 그는 오직 그 실증적으로 판단된 가치에만 의존할 수 있기 때문이다. 객관성은 가능해 보인다. 그러나 그 객관성은 실증적으로 등장하는 개념과 연결 고리를 찾을 수 없다. 따라서 아무리 법학자가 그에게 주어진 대로 충실하게 그 가치를 평가 한다고 하더라도 그가 마주하는 것은 오직 상대적인 우월성일 따름이다.”(Schmitt 2005, 20).

슈미트의 두 번째 반대이론은 바이마르 헌법의 해석에 대한 지배적인 견해였던 법실증주의이다. 1932년 저서 『합법성과 정당성』에서 그는 법의 안전성을 그 법을 만드는 입법 과정을 절차적인 합법성에서 찾는 법실증주의는 그 유효성이 의심되는데, 왜냐하면 가치 다원주의가 팽배한 사회에서 법이 지니는 규범의 옳음은 궁극적으로 판단할 수 없다고 판단하기 때문이라고 분석한다(양천수 2007, 101-102). 그는 또한 법실증주의가 지탱하는 법치국가에 대해서도 비판적인 자세를 취했는데, 여기에는 의회에 대한 현실적인 판단이 있었다. 법률을 만드는 의회는 시민들의 진정한 정치적 의사 형성과 매우 무관한 공간인데, 이 이유는 군소정당의 난립으로 의회를 이 정파들의 파벌 투쟁의 전쟁터가 되었고 토론과 타협으로는 정치공동체의 중요하고 긴급한 사안에 대해서 시의적절한 결정을 내릴 수 없기 때문이라는 것이다(Schmitt 2015, 149-166). 법치국가는 의회주의를 바탕으로 한 입법부 우위의 국가의 국가이지만, 슈미트에게 법치국가의 이념은 오로지 켈젠의 ‘법체계’의 신화로만 완성될 수 있는 현실에서는 존재하지 않는 것이었다. 오히려 이미 존재하는 헌법적인 질서 안에서 법치 국가의 개념은 정치적인 개념의 법, 즉 흡수적인 의미의 국가의 존재적 형식으로부터 유래해야 하는 의미의 법과 공존해야 한다고 보았다(Loughlin 2017, 124-140).

2. ‘헌법이 존재한다는 것’의 의미와 정치적인 힘

헌법을 통치의 제도의 일부가 아닌, 반대하면서 형성한 슈미트의 헌법에 대한 개념은 국가에서 헌법이 존재한다는 것의 의미를 규명하는 것으로 귀결된다. 그는 세 가지의 의미를 제시한다. 첫째, 헌법은 그 국가에 속한 인민들이 스스로 형성한 정치공동체의 성격, 제도적인 배열 그리고 작동의 원리들을 끊임없이 ‘알아차리도록(intelligibility)’ 하면서, 그 공동체의 애초의 단일성과 질서를 재현하고 재생산하도록 하는 역할을 한다(Loughlin 2010, 212-214). 슈미트는 이러한 헌법의 기능을 합창단이 노래를 할 때의 예를 들어 설명한다.

“만약 노래를 하는 합창단이 장소와 시간을 바꾸어서 혹은 설령 그 합창단의 단원들이 바뀌어서 노래를 한다고 하더라도, 그 노래 혹은 그 음악은 같은 것이다. 왜냐하면 그 노래 혹은 음악의 단일성이 그 노래와 음표에 내재하고 있는 한, 그 노래와 음악의 단일성은 유지되고 있기 때문이다.”(Schmitt 2008, 60)

합창단이 노래하는 장소와 시간이 바뀌고 심지어 단원이 바뀌어도 합창단으로부터 만들어지는 노래의 소리가 가지고 있는 ‘단일성’은 그대로 유지되는 이유는 악보라는 헌법을 매개로, 단원들이 악보가 표현하는 곡의 원리를 그대로 ‘알아차리도록’ 했기 때문이다(Loughlin 2010, 212). 이러한 비유를 통해 슈미트는 헌법을 통해 정치공동체의 구성원들이 그 공동체의 원리와 이념을 ‘알아차림’으로써 정치공동체가 성립했던 시기의 단일성을 재생산시키고 통치자와 피통치자의 관계의 변화를 겪게 하면서 정치공동체의 단일성을 갱신시킨다는 의미까지 확장된다. 둘째, 헌법이 공동체의

구체적인 정치형태를 의미한다고 할 때, 이것은 헌법이 법적인 형식으로 일컬어지는 것이 아니라 실제로 작동하는 양상 그 자체를 말한다(Loughlin 2010, 213). 이는 마치 인류학자가 에스노그라피 방법론으로 하나의 공동체를 탐구하는 것과 같이 사회의 어떠한 부분이 우월하고 그래서 나머지 부분을 지배하고 종속시키는가를 구체적으로 나타내는 것이다(Loughlin 2010, 214).

마지막으로, 헌법이 존재하는 것은 의미는 그 정치공동체의 단일성이 끊임없이 재편되고 갱신되는 것을 말한다. 이러한 헌법에서는 통치자와 피통치자와의 관계로부터 형성되는 단일성을 전제로 하고 있기 때문에, 헌법을 통해서 통치자와 피통치자의 관계가 유지, 변화 그리고 재편되게 된다는 것이 전제되어 있다. 여기에는 ‘헌법-만들기’ 행위로 정치공동체를 성립시켰던 인민들은 또 다른 새로운 ‘행동’을 할 수 있는 것도 포함한다(Loughlin 2010, 214). 헌법이 국가에서 존재하는 것의 의미를 이렇게 규명하면서 슈미트는 헌법을 공동체의 단일성을 유지, 재생산 하려는 정치적인 힘을 생성하는 장소로 볼 것을 제안하고 있다.

IV. 결론

헌법학자 마크 투쉬넷(Mark Tushnet)은 공법의 전통은 성문헌법이 존재하지 않은 영국이라는 정치공동체의 특수한 맥락의 산물이라고 말한다(Tushnet 2018, 209-215). 그는 헌법을 정치적인 힘이 생성되는 장소로 보면서 궁극적으로 인민의 정치적 의사의 결정체인 헌법을 통해 정치공동체의 정당성을 근원을 끊임없이 찾아야 하는 이러한 법적인 실행들은, 법정에서 공적인 이성의 추론(public reasoning)으로 법을 끊임없이 생성하는 보통법의 그것과 다르지 않다는 것이다. 이러한 공법의 관점은 미국의 헌정 경험에 익숙한 학자들에게는 다소 낯설게 보이는데, 이는 무엇보다도 미국에서 헌법이 이미 정치공동체의 훌륭한 ‘통치의 도구’로 작용해 왔기 때문이다. 견고하게 쓰여진 미국 헌법을 법정의 판사와 그리고 공동체의 시민들의 이성적인 추론을 통해 해석하면서, 공동체는 정치적인 힘을 만들어 왔다는 것이다. 이른바 ‘얇은 헌정주의(thin constitutionalism)’를 표방하며 그는 『독립선언서』(1776)와 『미국 헌법 서문』(1789)과 같은 미국의 훌륭한 헌정 문서들이 시민들이 민주주의 원리를 스스로 학습하고 체득하며 민주적인 삶을 영위하는데 있어 충분한 규범적 토대를 제공하고 있다고 말한다. 아울러 이러한 선순환은 사회에서 발생하는 다양한 이익들이 조정되면서 갈등이 관리, 해소되는데 헌법이 충분한 역할을 하게 한다는 것이다.

따라서 그는 미국 헌정체제 하에서는 ‘왜 헌법에 복종해야 하는가?’라는 정당성에 관한 공법학자들의 물음 대신, ‘어떻게 헌법을 수호할 것인가?’라는 보다 실용주의적인 지향을 함축한 질문이 부각되고, 이러한 관점은 정치권력을 제한하는 다양한 방식들의 고안과 적용에 대한 강조로 귀결되고 있다고 지적한다. 그러나 투쉬넷은 공법학자들의 헌법에 대한 근본적인 문제의식은 매우 유효하다고 지적한다. 많은 민주주의 국가들 사이에서 포퓰리즘이 부상하면서 시민들의 합리적인 정치적 의사가 형성되거나 발현되고 있지 못하고 있는 상황에서 헌법을 해석의 대상으로만 바라보는 것은 공동체의 ‘정당성’의 문제에 관한 적극적인 사고와 토의로 이어지는데 한계를

노정한다고 본다. 이런 의미에서 그는 공법이 가지는 시의성과 중요성은 매우 가치가 있다고 바라보고 있다.

시선을 한국사회로 돌려 보면, 헌법은 시민들이 그들의 정치적 의사를 형성하는데 길라잡이가 되어 왔다. 그러나 민주주의의 공고화와 퇴행을 동시에 경험하고 있는 지금의 시점에서 헌법이 공적 이슈에 관한 합리적인 시민적 토의와 정치적 논쟁을 이끄는 길라잡이가 되기보다는, 법정으로 옮겨진 쟁점에 대한 사법 엘리트의 판단의 준거점이 되어 버리는 이른바 ‘정치의 사법화’ 현상이 점점 강화되고 있는 것을 보고 있다. 이 경우 극심한 갈등과 분열을 제도적으로 해소할 수 있는 방편으로서 사법심사의 순기능을 인정한다고 하더라도, 보다 근본적인 문제가 남는다. 정치공동체에서 헌법을 해석할 수 있는 권한이 사실상 소수의 법조 엘리트에게만 부여되는 상황에서 헌법에 대한 이해는 ‘통치의 도구’를 넘어 정당성에 대한 보다 근본적인 물음으로 적극적으로 연계되기에 어려운 것이다. 이러한 문제의식에 비춰볼 때 이 글에서 소개한 공법학자들이 이해하는 헌법에 대한 개념, 시민이 정치적 의사를 형성해가는 주요한 장을 제공해준다는 관점은 한국사회의 민주적 헌정에 기여할 수 있는 ‘인지적 자원(cognitive resources)’이 될 수 있을 것이다.

[참고문헌]

- 양천수. 2007. “합법성과 정당성.” 『영남법학』 25호(10월), 91-115.
- 이수석. 2001. “마키아벨리와 홉스의 권력에 관한 연구”. 『정치사상연구』 5집, 81-103.
- 슈미트, 카를. 김도균 역. 2015. 『합법성과 정당성』. 서울: 길.
- 슈미트, 카를. 김효전 역. 2019. 『헌법과 정치』. 서울: 산지니.
- 홍철기. 2018. “비밀투표는 민주적인가?: 존 스튜어트 밀과 카를 슈미트의 비밀 투표 비판”. 『정치사상연구』 24집 1호(봄), 101-129.
- Bodin, Jean. 2010. *On Sovereignty: The Four Chapters from the Six Books of Commonwealth*. Trans. Julian Franklin. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bourke, Richard. 2015. *Empire and Revolution: The Political Life of Edmund Burke*. Princeton: Princeton University Press.
- Dunn, John. 1969. *The Political Thought of John Locke : An Historical Account of the Argument of the Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Franklin, Julian. 1973. *Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Galligan, Denis. 2014. “The Leveller, the People, and the Constitution”. Denis Galligan ed. *Constitutions and the Classics: Patterns of Constitutional Thought from Fortescues to Bentham*. Oxford: Oxford University Press.

- Hobbes, Thomas. 2008. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelly, Duncan. 2003. "Carl Schmitt's Political Theory of Representation," *Journal of the History of Ideas* 65, 113–134.
- Kelsen, Hans. 1924. "The Conception of the State and Social Psychology". *The International Journal of Psycho-Analysis* 5, 1–27.
- _____. 1945. *General Theory of Law and State*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- _____. 2002. "On the Essence and Value of Democracy". Arthur Jacobson and Bernhard Schlink eds. *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, California: University of California Press.
- Locke, John. 1988. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Loughlin, Martin. 2000. *Sword and Scales: An Examination of the Relationship between Law and Politics*. Oxford: Hart.
- _____. 2004. *The Idea of Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- _____. 2010. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- _____. 2016. "Active, Passive, or Dead?". *London Review of Books* 38(12), 43–44.
- _____. 2017. *Political Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.
- McCormick, John. 1997. "Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers". *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 10, 163–87.
- McIlwain, Charles. 1969. *Constitutionalism & the Changing World: Collected Papers*. Cambridge: Cambridge University Press.
- _____. 2007. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis, Ind.: Amagi/Liberty Fund.
- McLean, Janet. 2012. *Searching for the State in British Legal Thought: Competing Conceptions of the Public Sphere*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Paine, Thomas. 2000. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Paulson, Stanley L. 2017. "Hans Kelsen and Carl Schmitt," Jens Meierhenrich ed. *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford: Oxford University Press.
- Schmitt, Carl. 1996. *The Concept of the Political*. Trans. George Schwab. Chicago: Chicago University Press.
- _____. 2004. *Legality and Legitimacy*. Trans. Jeffrey Seitzer. Durham and London: Duke University Press.
- _____. 2008. *Constitutional Theory*. Trans. Jeffrey Seitzer. London: Duke University Press.
- _____. 2014. *Dictatorship: From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle*. Trans. Michael Hoelzl and Graham Ward. Cambridge:

Polity.

- _____. 2015. *The Guardian of the Constitution Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Trans. Lars Vinx. Cambridge: Cambridge University Press.
- Skinner, Quentin. 2010. "The Sovereign State: A Genealogy". Hent Kalmo and Quentin Skinner eds. *Sovereignty in Fragments: The Past, Present and Future of a Contested Concept*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Stanton, Timothy. 2016. "Popular Sovereignty in an Age of Mass Democracy: Politics, Parliament, and Parties in Weber, Kelsen, Schmitt and Beyond". Richard Bourke and Quentin Skinner eds. *Popular Sovereignty in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Thornhill, Chris. 2011. *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical–Sociological Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tuck, Richard. 2016a. *The Sleeping Sovereign: The Invention of Modern Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- _____. 2016b. "Democratic sovereignty and democratic government". Richard Bourke and Quentin Skinner ed. *Popular Sovereignty in Historical Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tushnet, Mark. 2018. "Foundations of Public Law: A View from the United States". Michael Wilkinson ed. *Questioning the Foundations of Public Law*. Oxford: Hart.

<Abstract>

Constitution as Political Orientation

YI Kyung Min

Constitutionalism is a thriving concept on the modern political scene. Equipped with the tripartite doctrines of limited government, judicial review and rule of law, it gains increasing potency as a useful governing technique in crafting the nation-state. Yet, this liberal viewpoint serves to bring out the narrow character of constitutionalism. The inquiry about the source of legitimacy of political community has remained remarkably untouched. A corpus of constitutional scholarship addresses this question, whose inspiration has emanated largely from the public law jurists of the early modern era: Jean Bodin and Thomas Hobbes. Hobbes' trailblazing concept of the state, formulated in his 1651 work, *Leviathan*, in particular, constitutes its core, which eventually laid the theoretical foundations of Carl Schmitt's anti-positivistic concept of the constitution, specified in his 1928 work, *Constitutional Theory*. Armed with these sources, this research intends to broaden the conceptual horizons of constitutionalism, which may help us to be further alarmed by the sovereign deficiency of the political authority to which we are committed.

Key Words: Public Law, Constitutionalism, Jean Bodin, Thomas Hobbes, Carl Schmitt, Martin Loughlin, Richard Tuck, Quentin Skinner