

민주시민교육 연구보고서 2021



Korea Democracy Foundation

헌법에 기초한 민주시민교육의 사회적 합의 촉진 방안 연구

민주시민교육 연구보고서 2021

헌법에 기초한 민주시민교육의 사회적 합의 촉진방안 연구

연구책임자 김종철 | 연세대학교

공동연구원 장철준 | 단국대학교

강일신 | 경북대학교

연구수행기관 (사)한국공법학회

본 연구보고서는 민주화운동기념사업회 민주시민교육센터의 연구용역 과제로 제출되었으며
연구보고서의 내용은 민주화운동기념사업회의 공식 입장과 다를 수 있습니다.

※ 본 보고서는 연구 목적으로 활용 가능하며 무단복제를 금합니다.



목차

제1장 서론	1
1. 연구의 필요성과 목적	3
2. 연구의 내용과 방법	7
가. 연구의 내용	7
나. 연구의 방법	14
제2장 민주시민교육과 헌법	15
1. 민주시민교육의 의의와 핵심내용	17
가. 민주시민교육의 의의	17
나. 민주시민교육의 핵심내용: 헌법적 시민성의 함양	18
다. 헌법에 기초한 민주시민교육의 기대효과: 헌법적 시민성과 시민역량	23
2. 헌법의 의의와 특성 및 민주시민교육	33
가. 헌법의 의의	33
나. 헌법의 본질과 특성	35
다. 헌법의 본질 및 특성과 민주시민교육에서의 시사점	37



CONTENTS

3. 사회적 합의의 준거인 헌법	43
가. 헌법에 기초한 민주시민교육을 위한 이중적 사회적 합의의 필요성	43
나. 사회적 합의의 준거인 헌법	44
다. 민주시민교육의 헌법적 소재의 사례: 민주적 시민성의 시민역량을 중심으로 ...	46
제3장 민주시민교육의 대상으로서 대한민국 헌법	69
1. 대한민국헌법의 역사와 민주시민교육에서의 함의	71
가. 대한민국 헌정사 인식의 기본틀	71
나. 민주공화제 헌법의 태동기: 일제강점기 임시정부 헌법의 의의와 관련논쟁 ..	72
다. 민주공화제 헌법의 형성기: 광복 후 재헌헌법의 제정과 두 차례의 개헌과 그 의의와 한계 ..	74
라. 민주공화제 헌법의 구축기: 4.19혁명과 5.16쿠데타에 의한 개헌과 그 의의와 한계 ..	75
마. 민주공화제 헌법의 퇴행기: 유신헌법과 5.17쿠데타에 의한 개헌과 그 의의와 한계 ..	77
바. 민주공화제 헌법의 회복기: 6월항쟁에 의한 민주화 개헌과 그 의의와 한계 ..	79
사. 민주시민교육에서 헌법사의 함의	81
2. 대한민국헌법의 기본 이념, 원리, 그리고 제도	85
가. 민주시민교육의 내용으로서의 헌법	85
나. 민주공화국 헌법의 기본가치: 민주공화국의 이념	86



다. 민주공화국 헌법의 기본원리: 민주공화국의 실현원리 87

라. 민주공화국 헌법의 정치제도 94

제4장 헌법의 해석갈등과 민주시민교육 103

1. 헌법해석과 이념지형 105

 가. 헌법해석의 헌정사적 의미 105

 나. 이념 대립의 헌정적 재정립 108

2. 대한민국의 보수와 진보: 이념적 접점의 탐구 110

 가. 보수 110

 나. 진보 114

 다. 접점의 가능성 115

3. 헌법해석투쟁: 사법판단 영역에서의 논증 118

 가. “자유민주적 기본질서”에 대한 헌법해석논쟁과 사례 118

 나. 헌법의 영토조항과 평화통일조항의 관계와 관련 사례 134

 다. 경제질서에 대한 헌법해석논쟁과 이념대립 144

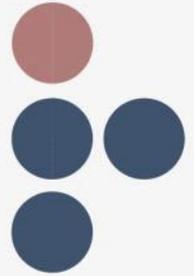
 라. 교육의 이념과 민주주의 160

4. 소결론: 이념적 접점으로서의 민주공화국 및 입헌민주주의와 민주시민교육 ··· 168



CONTENTS

제5장 결론	169
1. 연구요약	171
2. 민주시민교육에 관한 사회적 합의 토대 구축 방안 제언	173
가. 헌법에 기초한 사회적 합의 필요성	173
나. 사회적 합의의 주체	176
다. 사회적 합의의 대상과 방법	177
[참고문헌]	181



민주시민교육 연구보고서 2021

Korea Democracy Foundation

헌법에 기초한 민주시민교육의
사회적 합의 촉진 방안 연구

제1장 서론



제1장 서론

1. 연구의 필요성과 목적

대한민국은 20세기초반 두 차례의 세계대전 이후 새로이 국가창설 혹은 국가재건의 길을 걷게 된 국가 가운데 시장경제와 민주공화체제라는 인류사회의 선진적 정치경제질서에서 높은 수준의 발전을 이룬 보기 드문 성공사례에 속한다. 경제면에서 볼 때 무역교역량을 기준으로 10대 국가의 반열에 올랐고 지구촌 국가 중 7번째로 30-50클럽(일인당 실질소득[GNI]이 3만 달러를 넘는 인구 5천만 이상의 국가)에 진입함으로써 유엔국제무역개발회의(UNCTAD)가 선진국 그룹으로 승격시키고 경제협력개발기구(OECD)나 G20 등 지구촌 대표국가대열에 참여하는 위상을 획득하였다.

입헌적 민주공화체제의 발전이라는 차원에서도 괄목할 성과를 얻었다. 6월항쟁의 결과 새로이 제9차개정헌법이 채택된 1987년 이후 7차례의 평화적 정부교체가 이루어졌고 기본적 인권의 보장 수준이 획기적으로 개선되었으며 지방자치제도의 확산, 헌법재판제도의 안정적 구축 등으로 민주공화주의의 다양한 제도와 문화가 획기적으로 발전되었다.

무엇보다 대한민국의 민주공화체제는 시민들의 권위주의체제에 대한 저항과 적극적 참여를 통해 발전해 왔다는 점에서 특기할만하다. 전문에서 “3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념”의 계승을 표방한 현행 헌법은 1987년 6월 시민항쟁의 산물이며, 이후에도 민주공화체제가 위기에 봉착할 때마다 광장에 모인 시민들은 민주공화국의 이념과 가치를 수호하고 헌법에 입각한 정치사회공동체의 구축을 몸소 실천해 왔다.

헌법에 입각한 민주공화체제의 수립을 목표로 하는 입헌민주주의(constitutional democracy)는 정치적 자아의식에 충만한 비판정신을 내재한

주체적 시민들의 정치참여를 통해서만 실현되므로 근현대 대한민국의 헌정사는 입헌민주주의의 발전과정으로서의 진면목을 보여주기에 부족함이 없다. 그러나 우리나라의 입헌민주주의 발전은 아직도 완성된 단계라고 자족하기에는 여전히 갈 길이 멀다. 사실 최근에도 헌정사상 초유의 대통령 탄핵을 낳은 국정농단사태는 민주화 이후의 한국 민주주의의 위기 요인이 완전히 극복되지 않았음을 여실히 보여주었고 다시 한 번 주권자 국민의 직접행동을 촉발하기도 하였던 것이다. 다행스럽게도 이 위기는 국회의 탄핵소추와 헌법재판소의 탄핵결정이라는 헌법수호제도가 안정적으로 작동하여 헌법질서 속에서 해결됨으로써 입헌적 민주공화체제가 더욱 굳건한 토대를 다지는 계기가 되었다.

이러한 최근의 경험에서 거듭 확인된 것은 입헌민주공화제의 최후의 보루이자 근간은 주권자 국민의 집단지성적 헌법 수호에 대한 의지라는 점이다. 따라서 국민의 헌법수호 의지를 함양하는 교육, 즉 헌법적 가치를 내면화하고 실천 의지를 겸비한 능동적인 시민의 양성을 목표로 하는 민주시민교육은 입헌민주주의의 성패를 좌우하는 필수요소라고 할 수 있다.

입헌민주주의는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장하기 위한 수단으로서 헌법에 따라 국가권력을 창설하고 국가권력은 헌법을 정점으로 한 법질서에 따라 공동체의 질서유지와 공공복리를 달성하는 민주공화체제를 의미하고, 국가공동체 형성의 기본목적인 기본적 인권의 토대는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에 있다(헌법 제10조 및 제37조 제2항). 따라서 입헌민주주의는 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 공동체 구성원인 시민의 자유로운 자아의 발현에 기초하는 다원주의를 전제로 하므로, 민주시민교육 또한 헌법의 테두리 안에서 다양한 입장들이 공존할 수 있음을 전제로 그러한 입장들 사이에 발생하는 견해의 차이를 인정하고 대화와 토론을 통해 갈등을 해소하면서 헌법에 입각하여 사회 구성원 모두가 공존·공생·공영하는 국가공동체(=민주공화국)에 필수적인 시민들의 역량을 제고하는 것이어야 한다.



결국, 민주시민교육은 민주공화적 공존에 필수적인 자유롭고 민주적인 정치 질서를 수용하는 근본적 가치지향의 전제 속에서 구체적인 정치적 이념에 관해서는 일단 ‘가치중립적’이고 상대적 관점을 유지하면서 시민들에게 공존·공생·공영의 민주공화정신에 입각한 헌법 규범과 그 가치에 관한 지식을 전달하고, 그들이 주체적이고 비판적으로 사고하고 정치에 참여하면서 사회·경제·문화생활을 적극적으로 향유할 수 있는 역량을 확보해주는데 그 주안점이 있다.

민주시민교육이 그 자체로 ‘공유된’ 헌법적 가치를 습득케 하고 비판적이고 참여적인 시민의 양성을 목표로 하고 있음에도 불구하고, ‘민주’라는 수식어는 종종 특정한 진영의 이념을 대변하는 것으로 인식되기도 하고, 민주시민교육을 특정한 정치사회 진영의 전유물로 바라보는 편향된 시각들 또한 우리 사회에 존재하고 있다.¹⁾

이러한 인식과 관점은 민주시민교육이 민주공화국을 지향하는 입헌민주주의 체제에서 수행하는 온당한 역할에 대한 이해를 가로막거나, 민주시민교육을 무력화하고자 하는 입장의 논거로 활용되면서 민주시민교육의 기본내용 및 원칙과 방법에 관한 사회적 합의를 가로막는 장애요인이 되고 있다.²⁾ 그런데 민주시민교육에 대한 이러한 이해방식은 헌법의 본질과 기능에 대한 이해부족과 입헌민주주의체제에서 민주시민교육의 목표와 기능에 대한 편협한 시각에 기초한 것이라고 할 수 있다.

민주공화정신에 입각한 다원주의를 기초로 하는 입헌민주주의에서 민주시민교육은 헌법적 주체인 시민들로 하여금 헌법이 표방하는 가치와 헌법이 규정하는 정치적 투쟁의 절차를 습득하도록 하고 민주적 정치과정에 능동적으로 참여할 수 있는 역량을 키워주는 것으로서, 입헌민주주의 유지·발전을 위한 불가결한 요소이지 어느 한 진영의 이념을 표방하는 것이라고 볼 수 없다. 더더구나 민주

1) 강영혜 외, 민주시민교육 활성화 방안 연구, 한국교육개발원, 2011 참조.

2) 장은주 외, 왜 그리고 어떤 민주시민교육인가?: 한국형 학교 민주시민교육의 이론적 기초에 대한 연구, 경기도교육연구원, 2014, 4-5쪽 참조.

공화국을 표방하는 국가에서 다원주의를 부정하는 전체주의를 추구하는 것이 아니라면 국가통합과 사회통합의 공통적 토대는 반드시 필요하다. 만일 그러한 공통의 토대가 없다면 국가는 통일체로 존재할 수도 없고 오로지 모두의 모두에 대한 투쟁과 같은 약육강식의 반문명적 조건만이 우리에게 주어질 것이다. 결국 입헌민주주의에서 그러한 공동의 가치규범이자 행위규범이 필요하고 그에 대한 사회적 합의가 국가와 사회의 기본규범인 헌법일 수밖에 없다.

그럼에도 불구하고, 민주시민교육이 ‘보편적’ 시민교육으로서 위상을 공고히 하기 위해서는 ‘공유된’ 헌법적 가치에 대한 지식을 전달하고 ‘비판적’ 시민의식을 함양하기 위한 민주시민교육의 필요성 그 자체에 대한 사회적 합의와 더불어, 민주시민교육을 담당하는 주체들과 민주시민교육의 수혜자들 주도하에 그 교육내용이 논의되고 결정되어야 한다는 ‘이중의’ 사회적 합의가 필요하다.

이 연구는 민주시민교육을 지도하는 지침이자 민주시민교육과 관련한 사회적 합의의 지침인 헌법에 기초하여, ‘보편적’ 민주시민교육이 포함해야할 교육내용으로서 ‘공유된’ 헌법적 가치가 무엇인지를 검토하고, 민주시민교육에 대한 헌법정신에 기초한 사회적 합의의 도출 원칙과 방향을 제언함으로써, 민주시민교육을 둘러싼 소모적인 사회적 논란의 해소에 일조하는데 그 목적이 있다.

이와 같은 목적에 따라 이 연구에서는 대한민국 헌법의 이념과 역사 그리고 기본가치를 확인하고, 헌법의 해석 내지 헌법적 실천에 있어서 다양한 관점들이 공존할 수 있음을 인정하는 전제위에서 민주시민교육의 공통과제 사례를 발굴한 후, 민주시민교육 내용에 대한 사회적 합의 도출 원칙과 방향을 제언하는 방식으로, 헌법정신에 입각한 민주시민교육의 바람직한 발전방향을 제시하게 될 것이다.



2. 연구의 내용과 방법

가. 연구의 내용

헌법에 기초한 민주시민교육이라는 사회적 합의를 촉진하는 민주시민교육의 내용을 모색하는 이 연구는 세 가지 주제를 내용으로 한다. 우선 사회적 합의의 준거로서의 대한민국 헌법의 위상과 의의를 확인하는 것이 필요하다. 다음으로 헌법에 기초한 민주시민교육이 정치사회적 가치관에 따라 해석적 갈등을 초래할 수 있는 논쟁적 쟁점을 발굴하고 이 갈등적 쟁점들이 공존·공생·공영의 민주공화국 이념과 원리에 입각하여 종합적으로 조화롭게 해소되고 해결책을 모색할 수 있는 가능성을 탐색할 필요가 있다. 마지막으로 헌법에 대한 정확한 이해와 헌법논쟁들의 조화로운 해석의 가능성에 기초하여 헌법에 기초한 민주시민교육이라는 사회적 합의를 도출하기 위한 조건들을 검토한다. 각각의 주제별 주요 내용을 간략히 정리하면 다음과 같다.

(1) 사회적 합의의 준거로서의 대한민국 헌법의 이해

(가) 사회적 합의의 산물이자 준거인 헌법

헌법은 헌법계약이라는 사회적 합의의 결과물로 민주공화국이라는 국가형태를 통일적이고 체계적이며 안정적인 공동체로 결속시키는 국가와 사회의 근본규범으로서 모든 정치활동의 지침이자 사회적 합의의 준거이다. 민주화과정에서 헌법적 주체로서 대한국민의 위상이 실질적으로 구현되는 정도가 심화되어 왔지만 민주화이후에도 민주주의의 위기 혹은 결핍이 반복될 정도로 헌법에 입각한 민주공화체제의 공고화는 지속적인 과제가 되고 있는데 그 주요한 원인 중 하나는

민주적 의사결정 또한 헌법적 가치와 절차의 구속을 받을 수밖에 없다는 입헌문화와 민주공화정신이 여전히 미성숙한 상황에 있는 것으로 볼 수 있다.

우리 헌법은 ‘민주공화국’ 이념을 표방하면서 국민들의 기본적 인권을 보장하고 민주주의, 법치주의, 복지주의라는 헌법원리와 그 실현에 기여하는 다양한 헌법제도들의 일관체제이다. 입헌민주주의의 실현주체를 양성하는 것을 목적으로 하는 민주시민교육은 이러한 헌법적 이념들의 테두리 안에서 헌법원리 및 헌법제도와 조화를 이루면서 수행되어야 하며, 바람직한 민주시민교육은 헌법의 이념·원리·제도들의 내용과 그 실현 절차에 대한 ‘보편적’ 지식을 습득케 하고 그러한 공유된 지식에 기초하여 비판적이고 성찰적으로 정치과정에 참여하여 사회·경제·문화생활을 영위하는 시민들의 민주적 역량(democratic capacity) 함양을 목표로 하는 것이어야 한다.

(나) 대한민국의 역사와 올바른 헌법이해의 방식

민주공화체제에 입각한 헌법은 역사 속에 실재하는 헌법으로서 역사적 생성과정 속에 정립된 결과물이다. 대한민국의 헌법은 우리 국민을 불쌍히 여긴 조물주가 어느 날 문득 내려 준 신탁(神託)이 아니라 우리들의 선조들과 선배, 더 멀리는 인류 전체의 피나는 노력의 산물이며, 헌법은 우리들 전체의 의지가 모여 만들어진 것이지 누군가가 만들어 준 것이 아니라는 것은 아무리 강조해도 모자람이 없을 것이며 민주시민들이 갖추어야 할 교양 또한 이러한 역사의식에 입각한 헌법이해라고 할 것이다.

헌법의 내용을 우리에게 보여주는 헌법전의 조문들은 단순한 문자의 나열이 아니라 그 문자로 표현하게 된 역사적인 상황이나 의미의 분석을 통해 그 내용이 구체화되어야 한다. 문자만으로서의 헌법은 그 자구에 구속되지만 역사적 실재로서의 헌법은 그 문자로 형성되기까지의 역사적 계기들이 살아 꿈틀대면서



그 문자들의 의미를 늘리기도 하고 줄이기도 한다.

역사적 실재로서의 헌법의 의미 분석은 두 가지 작업을 필요로 한다. 헌법전에서 명시적 혹은 묵시적으로 표현된 헌법원칙들의 기원 및 이들을 이론적으로 뒷받침하는 정치이념이나 사상들을 추적하는 작업과 헌법의 규제를 받는 동시에 헌법의 내용을 역사 속에서 구체화하는 사명을 부여받는 이중적 지위를 가지는 국민들의 의식 속에 이 법원칙들이 어떻게 투영되고 있는가를 추적하는 작업이 그것이다.

첫 번째 작업은 인류공통의 보편적인 역사로서의 인류사와 한민족의 특수한 역사로서의 한국사에서 우리 공동체생활의 근본규범이 된 헌법이 어떻게 형성되어 왔는가를 따지는 헌법사적, 헌법이론적 탐구를 요청하며 두 번째 작업은 우리 사회의 헌법의식을 추적하는 헌법사회학적 탐구를 요청한다. 이들 작업은 헌법조문과 구조에 대한 엄격한 의미의 문리적, 체계적 접근을 통해 헌법의 규범적 의미를 밝혀내는 헌법해석학적 탐구와 결합하여 역사적 실재로서의 헌법의 실체를 확인하고 적용하는 과정이 된다.

첫 번째의 헌법사적, 헌법이론적 작업가운데 헌법의 기본원리들의 정치사상적 배경을 밝히는 작업은 헌법이 어떤 과정을 거쳐 어떤 의미를 지니고 형성되어 왔으며 어떤 방향으로 형성되어 가는가를 보여줌으로써 헌법이 지향하는 근본가치 혹은 이념을 제시하고 헌법이해의 기초를 제공해 준다. 우리가 헌법을 역사적 실재로서의 그것으로 이해하는 것은 인류의 역사에서 일찍이 존재하였던 수많은 공동체의 헌법과는 다른 가치적, 역사적 의미를 부여한 특별한 의미의 헌법을 가리키는 것이다. 즉, 인류의 역사에서 인간으로서의 존엄과 가치를 가지는 개인의 자유와 권리를 민주공화적 자치의 과정 속에서 실현하는 것을 목적으로 구성된 공동체가 형성되기 시작한 것은 불과 수백 년 전의 일이므로 우리의 헌법에 대한 정의와 이해는 이런 특수한 시간적 한계를 가지는 것임을 유의하여야 한다. 또한 우리나라에서 이런 헌법적 이상이 알려지기 시작한 것은 불과 백년을 채 넘긴 것에 불과하며 더구나 그 이상이 구현되기 시작한 것은 극히 최근

의 일이므로 역사적 실재로서의 헌법을 우리의 관심대상으로 할 때의 헌법은 한국사의 특수한 전개를 충분히 고려하는 태도가 필요하다.

현행 헌법은 그 전문에서 밝히고 있는 대로 1948년에 제정된 이후 8차례의 개정을 거친 헌법을 1987년 국민투표에 의해 다시 한 번 개정하여 새로이 탄생한 헌법이다. 1948년의 제헌헌법은 1919년 대한민국임시정부의 정통성을 계승하여 입헌민주공화제를 한반도를 거점으로 하는 한민족공동체의 기본적인 정치이념으로 채택한 최초의 헌법이었다. 그러나 제헌헌법은 명목적 헌법으로 전락하여 우리 공동체를 규율하는 근본규범으로서의 권위를 제대로 확보하지 못하고 정치권력의 오용과 남용을 통제하는데 실패하였다. 이후 4.19 민주혁명, 5.16 군사쿠데타, 유신독재 등을 거쳐 6월항쟁으로 민주공화헌법을 복원하고 이후 일곱 차례의 평화적 정부교체를 달성함으로써 전후 후발 민주국가들 가운데 가장 모범적인 입헌민주국으로 자리하게 되었다.

(다) ‘한국형 민주공화국 모델’에 입각한 민주시민교육

이 연구에서는 이처럼 산업화와 민주화를 순차적으로 달성한 후발민주공화제의 발전모델로 ‘한국형 민주공화국 모델’을 상정하면서 헌법의 변천을 입헌민주주의 혹은 민주공화체제의 위기와 진화라는 모델에 입각하여 분석함으로써 ‘보편적’ 민주시민교육이 담아야 할 교육내용으로서 헌법적 가치들을 도출하고자 한다.

(2) 헌법에 입각한 민주시민교육의 공통과제

민주시민교육은 다원민주주의하에서 발생하는 사회적 갈등 상황을 시민들이 민주적 역량을 발휘하여 소통, 포용, 합의를 통해 해소하는데 있어서 필수불가결한 전제이며, 일각에서 우려하는 바와 같이 특정한 이념을 교육함으로써 사회적 갈등을 조장하는 것과는 거리가 있다.



다원주의를 전제로 하는 현대 입헌민주주의체제에서 다양한 견해들의 공존과 그러한 견해들 사이의 긴장과 대립은 자연스러운 현상이며, 헌정(constitutional politics)은 이러한 견해들 사이의 관점 교류와 포용, 그리고 타협을 통해 실현된다고 할 수 있다.

헌법은, 각자가 지향하는 정치적 이념과 무관하게, 다양한 정치적 이념을 정치과정을 통해 실천함에 있어서 존중하고 준수해야할 기본적인 가치와 절차를 담고 있으며, 따라서 헌법은 민주시민교육에 일정한 지침과 한계를 제시하는 동시에 기본적인 헌법적 가치와 규범은 그 자체로 ‘보편적’ 민주시민교육의 대상이 되기도 한다.

이 연구에서는 정파적 이해관계를 떠나 ‘보편적’ 민주시민교육이 그 내용으로 삼아야 하는 기본적인 헌법적 가치가 무엇인지를 확인함으로써 민주시민교육의 공통과제를 도출한다.

(3) 헌법의 기본가치나 쟁점에 대한 해석적 갈등과 사회적 합의의 토대 구축

헌법의 기본가치에 대한 공유 필요성과 ‘보편적’ 민주시민교육의 가능성을 인정한다고 하더라도, 헌법은 적지 않은 경우 그 의미내용을 해석에 개방시켜 두고 있다는 점에서, 그러한 개방적인 헌법적 개념들이 과연 ‘보편적’ 민주시민교육의 대상이 될 수 있는지, 대상이 될 수 있다면 그 교육범위는 어디까지인지를 두고 논란이 있을 수 있다.

우리 사회에서 그 의미내용을 둘러싼 해석적 긴장의 대표적인 예들을 다음과 같이 예시해볼 수 있다.

첫째, 헌법 전문과 헌법 제4조의 영토조항에서 민주공화국인 대한민국, 특히 통일국가의 기본질서로 천명된 자유민주적 기본질서의 의미에 대하여 매우 치열

한 해석논쟁이 전개되어 왔다. 헌법 체계적으로는 헌법수호를 위한 특별한 헌법 제도로 채택된 정당해산제도와 관련하여 정당해산의 법적 기준으로 헌법 제8조 제4항에 명시된 ‘민주적 기본질서’와의 관계가 해명될 필요가 있다. 나아가 자유민주적 기본질서의 내포와 외연이 어떻게 공감될 수 있을지에 대한 논의가 민주공화국 헌법이념과 원리의 차원에서 체계적으로 정리될 필요가 있다. 특히 사회(민주)주의와 자유민주적 기본질서와의 접점에 대한 검토가 필요하다. 이러한 해석적 갈등에 대한 고찰은 현실적으로 구체적 이해관계나 정책적 효과를 두고 전개되어야 할 다양한 정치적, 사회적 현안들에 대한 공론이 근본주의적 이념대립 혹은 진영대결적 양상을 띠게 되고 그 결과 이 현안들을 민주시민교육의 소재로 삼지 못하게 하는 현실을 타개하는데 상당한 시사점을 줄 수 있을 것으로 생각된다. 예컨대, 분단체제 속에서 터부시되어왔던 우리 사회의 사회(민주)주의 사상이나 운동이 어떠한 조건과 상황에서 어떤 수준으로 헌법체제 내에서 수용될 수 있는지에 대한 준거를 제시해 줄 수 있을 것이다.

둘째, 헌법 제3조 영토조항과 제4조 평화통일조항 사이의 관계에 대해서도 치열한 논의가 필요하다. 영토조항에 중점을 두게 될 때 휴전선 이북에 이미 유엔에도 동시가입되어 있는 조선민주주의인민공화국의 실체를 어떻게 위치시킬 수 있을 지에 대한 논쟁이 필연적으로 제기된다. 한편 제4조의 평화통일조항은 전문에서 천명된 민족단결 원칙의 연장선에서 분단의 현실을 헌법적으로 전제하고 있으므로 한반도 전체를 영토로 선언한 제3조의 영토조항과 체계적 긴장관계에 있음을 부정할 수 없다. 정치적 관점에 강한 영향을 받게 될 이 조항들의 관계에 대한 해명은 민주시민교육의 토대이자 핵심내용으로 헌법이 기능하기 위해 필수적으로 이루어져야 할 과제이다. 구체적으로는 분단체제를 전제로 반국가단체와 관련한 사상의 자유와 표현의 자유를 더 강하게 제약하는 국가보안법에 대한 위헌논쟁을 검토하는 헌법적 준거를 민주시민교육의 차원에서 검토할 수 있는 계기가 될 수 있을 것이다.



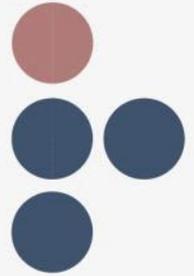
셋째, 1948년 제헌헌법 이래 대한민국 헌법의 주요한 특색을 이루는 것이 경제헌법의 부분이다. 특히 대한민국 경제질서의 기본을 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중에 두면서도 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있는 포괄적 지위를 국가에 확인하는 헌법의 태도에 대하여 치열한 해석적 갈등이 제기되어 왔다. 사유재산권과 경제의 자유에 기초한 시장경제의 기본질서를 강조하는 입장에서는 다른 시민적 자유와 마찬가지로 과잉금지 혹은 비례의 원칙에 입각하여 재산권이나 경제의 자유에 대한 국가의 제한을 엄격한 기준에 따라서만 허용하도록 국가의 경제개입을 통제하는 접근법을 취한다. 이러한 입장은 경제질서에 관한 국가의 조정권을 복지 국가의 원리와 연계시켜 접근하는 태도에 대해 극히 부정적인 태도를 취하는 경향이 있다. 반면 야경국가적 시장경제체제의 역사적 극복과정을 강조하며 사회정의의 구현과 복지국가의 실현을 위한 국가의 역할을 강조하는 견해에 따르면 재산권이나 경제적 자유는 시민적 자유와는 달리 국가의 공공복리를 위한 규제와 조정의 대상이 되는 것이 예정되어 있다는 관점에서 과잉금지 혹은 비례의 원칙을 엄격히 적용하기보다 국가의 경제질서에 대한 균형적 조정개입을 폭넓게 인정하는 태도를 취한다. 따라서 헌법에 입각한 민주시민교육을 사회적 합의의 토대 위에 실현하기 위해 경제헌법의 기본질서와 원리에 대한 공감대를 확보하기 위한 노력이 필요하다.

넷째, 위와 같이 헌법의 기본가치에 대한 헌법해석적 갈등의 사례는 입법과정이나 행정과정은 물론 사법과정에서도 지속적으로 돌출되고 있다. 공무원과 교원의 정치적 중립성의 의미와 범위에 대한 논쟁에서부터 노동3권이나 교육을 받을 권리, 환경권, 양성평등 등 다양한 영역에서 헌법해석적 갈등이 제기되고 있고 민주시민교육의 사회적 합의를 도출하기 위해 조화로운 헌법해석의 공통분모를 확인할 필요가 있다.

나. 연구의 방법

헌법에 기초한 민주시민교육이라는 사회적 합의를 촉진하는 취지와 방안을 모색하는 이 연구의 목적상 연구의 방법은 전통적인 문헌조사방법에 기본적으로 의존하게 된다. 필요가 있을 경우 다른 나라의 경험을 일부 비교연구할 필요성도 있으나³⁾ 이번 연구의 규모나 성격을 고려할 때 연구주제에 대한 종합적이고 전면적인 연구보다는 그동안 소홀히 되어온 헌법기반 민주시민교육의 필요성과 가능성에 대한 문제의식을 제기하고 공유하기 위한 기초적 연구로서 우리나라 헌정의 특성을 확인하고 이에 입각한 헌법해석 갈등적 상황을 중심으로 연구를 진행하는 것을 기본과제로 하고 있기 때문이다.

3) 사실 민주시민교육의 필요성이라는 관점에서 다른 나라의 사례에 대한 비교 선행연구는 부족하나마 이미 진행되어 왔다. 대표적으로는 홍윤기 외, 민주청서21: 2008년도 민주시민교육 종합보고서 연구용역 사업, 민주화운동기념사업회, 2008 참조.



민주시민교육 연구보고서 2021

Korea Democracy Foundation

헌법에 기초한 민주시민교육의
사회적 합의 촉진 방안 연구

제2장 민주시민교육과 헌법



제2장 민주시민교육과 헌법

1. 민주시민교육의 의의와 핵심내용

가. 민주시민교육의 의의

민주시민교육은 공동체 구성원의 민주적 시민성을 함양하기 위한 교육(education for democratic citizenship)⁴⁾으로 정의되며 전통적으로 시민교육(civic education)으로 불려왔던 교육개념을 현대적으로 발전시킨 것으로 이해된다. 공동체의 구성원을 일컫는 시민⁵⁾이라는 개념의 이념적 내포가 형식적 자연적 소속원의 자격만으로는 충분하지 않고 공동체의 민주적 운용에 참여할 실질적 역량과 권리와 의무 및 덕목인 시민성(citizenship)을 갖추어야 한다고 보는 관점⁶⁾에서는 모든 시민은 민주시민이어야 하므로 시민교육과 민주시민교육은 치환가능한 것으로 이해될 여지가 충분하다. 민주주의를 근대사회의 기초로 구축한 서구에서 봉건시대의 신민(subject)과 구별되는 능동적 주체로서 근대적 시민개념을 창출했다는 역사적 맥락에서 보더라도 시민의 기본적 요소가 그 민주적 덕성에 있음을 확인할 수도 있다.⁷⁾ 다른 한편으로 민주시민교육이 격동의 한국 근

4) 심정보, “한국 민주시민교육의 현황과 과제”, (계명대)한국학논집 제67호, 2017, 98쪽.

5) 우리 헌법에는 시민이라는 개념대신에 국민이라는 용어를 사용하고 있다. 시민과 국민의 개념적 구별에 대해 다양한 해석론이 있을 수 있지만 헌법에 기초한 민주시민교육의 차원에서는 양자를 특별히 구별할 실익이 크지 않아 보인다. 일반적으로 시민이란 정치공동체의 구성원을 일컬어 왔고 최고규범인 헌법에서 그와 같은 뜻으로 국민이라는 용어를 사용하고 있기 때문이다. 따라서 이 연구에서는 두 용어를 맥락에 따라 혼용하도록 한다. 예컨대 헌법의 규정이나 헌법원리적 설명을 위해 필요한 경우 헌법이 사용하는 국민이라는 용어를 원칙적으로 사용하고 공동체의 구성원으로서의 자격이나 의무, 그 실질적 덕목을 결합하는 용어나 이를 위한 교육의 유형을 지칭하는 경우 등에는 시민이라는 용어를 원칙적으로 사용하면서 관련 논의에서 불필요한 오해와 혼동의 여지가 적은 경우 두 용어를 혼용하도록 한다.

6) 심정보, 앞의 글, 94-95쪽 참조.

7) 장은주, “한국의 민주주의와 민주시민교육”, 장은주 외, 우리는 시민입니다, 피어나, 2020, 48-49쪽 참조.

현대사의 질곡을 반영하여 특정 정치세력의 ‘의식화’ 교육으로 치부되기도 했던 비정상적 정치문화를 고려하면 민주시민교육이 불필요한 이념적 갈등의 소재가 되기보다 더욱 활성화되기 위해서 ‘시민교육’으로 용어를 통일하는 방안이 조심스럽게 제안되기도 한다.⁸⁾

그러나 시민교육의 목적과 필요성, 내용과 방법에 대한 준거를 설정하는 차원에서 시민교육이 아닌 민주시민교육이라는 개념이 선호될 수 있는 배경이 전혀 없는 것도 아니다. 우선 시민의 개념에 실질적 조건을 부여하는 개념의 유용성에도 불구하고 이를 일반화하기에 어려운 점이 있다. 사실 국가공동체의 구성원을 시민이라고 할 때 당위적·규범적 차원에서 시민의 민주적 역량을 요구한다고 하더라도 현실 속에서 이를 담보해 낼 수 있는 장치를 확보하는 것은 쉽지 않다. 나아가 시민의 민주적 역량의 부족을 빌미로 시민적 지위를 박탈하는 억압의 도구로 시민성을 ‘과잉도덕화’할 위험도 고려해야 한다.⁹⁾ 따라서 형식적 자연적 소속원의 자격을 시민으로 정의하여 실질적 시민개념이 특정 구성원을 자의적으로 시민의 자격에서 배제할 수 있는 가능성이 가진 위험을 극복하면서 그 시민이 헌법공동체의 일원으로서 감당해야 할 권리와 의무의 성격을 규정하는 수식어로 ‘민주’를 덧붙이는 대안의 현실적 유용성이 적지 않다. 따라서 모든 시민은 시민성을 제대로 확보하기 위해 민주시민교육을 받을 의무와 권리를 동시에 부과 받고 향유하게 되는 개념과 체계가 보다 현실적이라고 볼 수 있다.

나. 민주시민교육의 핵심내용: 헌법적 시민성의 함양

민주시민교육의 개념에서 핵심적인 요소는 무엇이 시민으로 하여금 민주시민

8) 장은주, “한국의 민주시민교육: 사회적 합의의 방향과 제도화의 과제”, 시민과 세계 통권 제 34호, 참여연대 참여사회연구소, 2019, 102쪽 각주 5 참조.

9) 장은주, “한국의 민주주의와 민주시민교육”, 장은주 외, 우리는 시민입니다, 피어나, 2020, 51쪽 참조.



이 되게 하는 핵심덕성인가에 달려있다. 민주시민교육이나 전통적 시민교육에 대한 다양한 연구들에서 정치철학이나 교육학적이 관점에서 민주시민의 핵심덕성을 도출해 낼 수 있으나 헌법에 기초한 민주시민교육을 전제로 하는 이 연구에서는 헌법적 차원에서 민주시민의 핵심덕성을 도출해 보는 것이 필요하다.

(1) 헌법상 인간상으로서의 민주시민과 시민적 자기결정권 및 평등권

헌법의 최고해석권자인 헌재는 대한민국 헌법의 인간상을 “자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체안에서 각자의 생활을 자신의 책임하에서 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민”¹⁰⁾으로 전제한 바 있다. 이 명제를 분석적으로 재구성하면 민주시민은 인생관·세계관을 스스로 선택하여 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임에 따라 스스로 결정하고 형성할 것, 즉 자기결정권에 입각하여 자율적 삶을 영위하는 것이 민주시민성의 핵심요소이다.

그런데 여기서의 자율성 혹은 자기결정권은 사회공동체를 염두에 둔 것으로 비정치적 생활세계, 즉, 경제·사회·문화 영역을 염두에 두고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 이 자율성은, 현대적 시민권 개념의 형성에 공헌한 영국 사회학자 마샬(T. H. Marshall)의 이론¹¹⁾에 따르면, 시민적 자유권(civil rights)¹²⁾-인신의

10) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 555.

11) T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class, and Other Essays*, Cambridge University Press, 1950 참조. 마샬의 시민권론에 대한 현대적 재해석의 필요성에 대해서는 박순우, “T. H. Marshall 시민권론의 재해석”, *사회복지정책* 제20권, 2004, 87-107쪽 참조.

12) 마샬의 시민권론의 첫 번째 구성요소인 civil rights를 어떻게 번역할 것인지는 단순한 언어번역을 넘어서는 의역이 불가피해 보인다. 무엇보다 citizenship을 그 citizen의 법적 지위의 차원에서 이해하게 될 때 시민권으로 번역하게 되는데 그 요소인 civil rights 또한 시민의 법적 지위에서 외부의 간섭을 배제하는 소극적 자유권을 의미하게 되는데 이를 직역하여 시민의 권리, 시민권으로 부르면 citizenship과 혼동을 초래하기 때문이다. 일각에서는 이런 취지에서 ‘공민권’으로 번역하기도 하는데(박순우, 앞의 논문, 참조) 공민이라는 용어 자체가 사실 citizen에 대응하는 말임을 고려할 때 같은 것을 달리 불러서 또 다른 혼동을 초래하기에

자유, 표현의 자유, 사상과 신념의 자유, 재산권 등의 토대를 이루는 자율성이라고 할 수 있다. 근대 자유주의 정치철학에서 강조하는 시민성의 본질은 이러한 공동체 구성원의 자격에서 모두가 평등하게 누리는 비정치적 생활세계에서의 자기결정권과 그에 입각한 행동의 자유를 본질로 한다.

한편 시민적 자기결정권의 전제는 모든 개인을 동등하게 대우하는 평등, 즉 불합리한 차별의 금지에 있다. 합리적 이유도 없이 공동체 구성원을 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 차별을 한다면 온전히 자기결정권을 행사할 수 없게 되는 것이기 때문이다. 따라서 시민적 자기결정권과 동전의 양면을 이루는 것은 ‘법 앞의 평등’이라고 할 수 있다.

(2) 민주시민성의 정치적 요소: 주권과 시민성의 관계

헌법적 시민성의 요체가 개인의 자율권에 있다고 하더라도 그 자율권의 본체를 비정치적 생활세계를 중심으로 이해하는 것은 국가라는 헌법적 공동체형성의 목적을 과소화하고 탈정치·반정치적 문화를 과잉정당화하며 특정 사회집단이나 세력의 정치적 독과점을 심화시키는 반민주공화적 현상의 원인이 될 수 있다. 자율권 혹은 자기결정권의 발현은 비정치적 사회공동체에서만 아니라 국가를 중심으로 한 정치영역에서도 온전히 발휘될 필요가 있는 것이다. 마샬이 시민권 혹은 시민성의 두 번째 요소로 정치권력의 행사에 참여할 권리, 즉 정치권(political rights)을 제시한 까닭이 여기에 있다. 민주시민성의 정치적 요소는 헌법상 주권과 시민권의 관계를 통해 좀 더 선명하게 이해할 수 있다.

헌법은 국가의 구성과 관련하여 그 구성원의 지위를 국민으로 개념화하고 있

적합한 선택이라고 보기 어렵다. 더욱이 civil rights는 시민의 지위에서 사적 영역에서 누리는 자유권을 본질로 하는데 공민권이라는 개념은 공적 영역의 권리라는 뉘앙스로 또 다른 혼동을 초래할 수도 있기 때문에 그러하다. 따라서 여기서는 그 내용적 요소를 중심으로 시민의 지위에서 공통으로 누리는 법적 자유라는 의미에서 ‘시민적 자유권’이라고 번역하기로 한다.



다. 헌법 제2조에서 국민의 자격은 법률로 정하도록 하고 있으며 그 법률이 국적법이다. 이때 국적을 가지는 국민은 개인으로서 헌법공동체인 대한민국을 구성하는 구성원이다.

한편 헌법 제1조 제1항은 대한민국의 국가형태가 민주공화국임을 선언하면서 그 제2항에서 대한민국의 주권은 국민에게 있음을 밝히고 있다. 이때 민주공화국인 대한민국의 주권을 보유하는 국민은 ‘이념적 통일체’로서의 국민으로 개인으로서의 국민과는 구별된다. 왜냐하면 대한민국의 최고권력인 주권의 의사를 정하고 실행하는 것은 단일의사가 필요하고 단일의사의 주체는 통일체일 수밖에 없기 때문이다. 그러나 군주국의 국왕과는 달리 민주공화국의 주권자인 국민은 통일체로 실재할 수 없고 국민으로서의 자격을 가진 국민들의 의사의 총합을 통일체의 의사로 헌법적 의제(fiction)를 할 수 밖에 없다. 따라서 주권자 국민을 실재하는 통일체가 아닌 ‘이념적’ 통일체라고 보는 것이고, 이 이념적 통일체의 실체가 정치적 자유와 참정권과 같은 기본적 인권을 행사하는 개인으로서의 국민들이 선거와 같은 정치과정에서 적극적으로 의사를 표시한 결과 민주주의원칙에 따라 확정되는 의사인 것이다. 결론적으로 실질적 국민의사는 현존하는 개개인의 국민들에 의해 현실화되어야 하므로 개인들의 정치적 자유와 참정권은 민주공화국의 실체를 형성하는 시원적(始原的) 권리가 된다. 일반적으로 우리가 시민권 혹은 시민성(citizenship)으로 부르는 시민의 법적 지위, 즉 시민의 권리와 의무의 핵심이 이러한 정치적 자유와 참정권인 이유가 여기에 있다.

(3) 민주시민성의 사회경제적 요소: 사회권

시민생활에서의 자율성과 정치생활에서의 자율성만으로 민주시민성은 충분하지 않다. 시민으로서 정치영역과 비정치영역에서 자율성을 발휘하기 위한 전제는 생존에 대한 위협으로부터의 안전이다. 나아가 문명의 조건 속에서 인간다운 삶

을 살아갈 수 있는 최소한의 사회경제적 조건과 환경이 마련되어야 한다. 안전과 문명적 삶에 대한 공동체적 기반을 공유할 이익을 대한민국 헌법은 ‘공공복리’라고 명명하고 있다. 시민생활에서의 자율성이 유산계급의 사유재산권과 밀접한 관련성을 가지지만 재산권 행사의 남용은 공공복리를 훼손한 위험이 클 수 있다. 독과점을 통해 시장의 지배와 경제력을 남용하게 될 때 부익부 빈익빈의 사회경제적 양극화가 심화되고 개인책임으로 전가할 수만은 없는 생존박탈의 위험이 초래될 수 있다. 근대화와 더불어 자연재난은 물론 인공적 위험의 빈도와 영향력이 커지는 환경 속에서 쾌적한 환경의 중요성도 갈수록 심화되고 있다. 따라서 공공복리에 입각하여 안전과 위험으로부터의 자유를 향유할 권리(사회권)와 이러한 공공복리를 위해 사유재산을 비롯하여 개인의 권리 행사를 절제할 의무(공공복리 적합의무 혹은 사회적 기속성¹³⁾)는 민주공화국에서 민주시민이 누려야 할 공동의 권리이자 의무인 것이다.

사회권이 민주시민성의 요소가 될 수 있는지에 대해서는 논쟁의 여지가 있다. 실제로 민주시민교육의 정체성에 대한 편향적 시각은 기본적으로 이러한 사회권의 보장이 필연적으로 초래하는 계약의 자유 및 사유재산권의 제한이나 축소에 대한 우려가 배경에 깔려있기도 하다. 그러나 이러한 근본적 긴장관계에도 불구하고 최소한 대한민국 헌법의 틀 속에서는 민주시민성의 세 번째 요소인 사회권의 존재를 부인하기가 쉽지 않다. 무엇보다 헌법에서 명문으로 균등한 교육을 받을 권리, 근로의 권리, 노동3권, 인간다운 생활을 할 권리, 환경권 등 사회권을 국민에게 보장하도록 명문화하고 있기 때문이다. 더더구나 제헌헌법 이래 비정치영역에서도 경제영역을 따로 떼어 내어 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 보장을 경제질서의 요체라고 확인하면서도 경제주체간의 조화를 통한 경

13) 헌법 제23조 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다”고 규정하여 재산권 행사의 사회적 기속성을 명확히 선언하고 있다(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927, 944-955 참조). 그 극단적 예는 재산권을 공공필요에 따라 수용·사용 또는 제한하는 것인데 헌법 제23조 제3항은 이러한 공공수용도 헌법에 명문으로 규정함으로써 재산권의 사회적 기속성에 따른 재산권자의 사회적 의무를 최대한 수용하는 태도를 보이고 있다.



제민주화를 위하여 국가의 경제에 대한 규제와 조정을 포괄적으로 승인하는 경제헌법을 채택하고 있는 것이 대한민국 헌법사의 중요한 특징이기 때문이다. 단지 경제에 대한 국가 규제와 조정이 허용되는 대상과 범위 및 정도의 차이를 헌법의 틀 속에서 어떻게 정립할 것인지의 과제가 일상 정치과정에 맡겨져 있을 뿐이다. 즉, 헌법은 특히 헌법 제119조에서 개인과 기업의 자율과 창의를 경제질서의 기본으로 하면서도 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화 또한 헌법적 목표임을 천명함으로써 사회경제영역에서 재산권과 공공복리는 사유재산제의 철폐에 기초한 계획통제경제뿐만 아니라 각자도생과 약육강식의 반문명적 약탈경제로 전락할 수 있는 자유방임적 시장경제를 용납하지 않는 선에서 “국민 모두가 호혜공영(互惠共榮)하는 실질적인 사회정의가 보장되는 국가, 환연하면 자본주의적 생산양식이라든가 시장메카니즘의 자동조절기능이라는 골격은 유지하면서 근로대중의 최소한의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 소득의 재분배, 투자의 유도·조정, 실업자 구제 내지 완전고용, 광범한 사회보장을 책임있게 시행하는 국가 즉 민주복지국가”의 이상을 추구하고 있음을 분명히 하고 있다.¹⁴⁾

다. 헌법에 기초한 민주시민교육의 기대효과: 헌법적 시민성과 시민역량

헌법에 기초한 민주시민교육을 통해 헌법적 시민성을 함양한 결과 민주시민에게 기대되는 시민역량은 헌법의 핵심가치인 기본적 인권이 추구하는 바에 따라 구성될 수 있다.

(1) 시민적 자기결정권 및 평등권과 시민역량: 권리주체성 및 자기책임성과 상호존중

14) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 377-378.

민주시민성의 핵심요체인 시민적 자기결정권은 헌법 제10조에서 명확히 선언되고 있다. 헌법 전문에서 헌법제정을 통해 대한국민의 헌법공동체를 만드는 궁극적인 목적을 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보”하는데 있음을 선언하고 있고, 제10조는 모든 국민에게 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리가 있으며, 이에 기초하여 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무가 국가에 있음을 밝히고 있다.

헌법상 기본적 인권의 기본이념이자 원형인 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권으로부터 도출되는 시민적 자기결정권은 자기운명결정권¹⁵⁾, 일반적 인격권¹⁶⁾, 일반적 행동자유권¹⁷⁾이라는 세부적 권리로 구체화된다. 이 세부적 권리의 주체로서 시민들은 자신이 인간의 존엄과 가치에 입각하여 다른 목적의 수단으로 전락하거나 국가권력이나 경제사회적 영향력에 예속되지 않는 자기목적적 존재로서의 위상을 국가를 비롯한 타자에게 승인받을 지위에 있음을 자각할 필요가 있다. 즉 스스로가 불가침의 기본적 인권의 향유자로서 이에 입각하여 모든 생활영역에서 스스로 가치관을 형성하고 그에 따라 스스로의 이익을 위해 행동하는 권리주체임을 자부할 수 있어야 한다. 이러한 권리주체성은 시민적 자기결정권이라는 헌법적 시민성의 기초를 이루는 시민역량이다.

또한 권리주체성은 자기책임성을 수반한다. 자신의 권리를 행사한 결과에 대해서 자기 스스로 책임을 감당하여야 한다는 것이다. 이는 헌법 전문에서 “정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하”면서도 “자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게” 하는 것을 헌법공동체 형성의 목표로 설정하고 있음에서도 확인된다. 결국 권리주체성과 자기책임성은 동전의 양면을 이루는 시민역량이자 덕성이라고 할 수 있다.

한편, 시민적 자기결정권이 법 앞의 평등한 보장을 요구하는 평등권과 불가

15) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310.

16) 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등, 판례집 9-1, 193, 204.

17) 헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268, 276.



분의 관계에 있듯이 권리주체성 및 자기책임성은 누구든지 불합리하게 차별하지 않을 상호존중의 역량을 민주시민에게 요구한다. 누구든지 모든 생활영역에서 성별·종교·사회적 신분 등에 따라 불합리한 차별을 받지 않아야 권리주체성과 자기책임성이 균등하게 실현될 수 있다. 동료시민을 동등한 자울권을 가진 동료로 인정하지 않고 혐오하고 배제하거나 불합리하게 차별하는 구조 속에서 권리주체성이나 자기책임성은 제대로 실현될 수 없다. 헌법은 제11조 제1항에서 법 앞의 평등 원칙을 선언하는 한편 그 제2항과 제3항에서 사회적 특수계급의 제도의 불인정 및 특권금지의 원칙을 확인하고 있다. 이러한 불합리한 차별금지라는 만인평등의 이념은 국가뿐만 아니라 모든 시민이 동료시민에게 준수하여야 할 기본적인 역량이자 덕성인 상호존중의 헌법적 연원을 이룬다.

(2) 민주시민성의 정치적 요소와 시민역량: 공사구별능력 및 정치적 능동성

민주적 시민성이 비정치적 영역의 자기결정권만으로 충족되지 않으며 주권 실현의 관계에서 정치적 참여가 실현되는 것을 필요로 한다. 결국 시민의 법적 지위는 정치적 자유와 참정권을 통해 구현된다. 헌법은 전문에서 정치공동체로서의 대한민국의 형성 주체가 “유구한 역사와 전통에 빛나는 대한국민”임과 “3.1 운동으로 건립된 대한민국 임시정부의 법통과 4.19민주이념을 계승”하여 헌법공동체가 형성됨을 확인하고 “자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히” 하는 헌법제정의 세부목표를 제시함으로써 민주시민성의 요체는 주권자로서의 정치참여에 있음을 원론적으로 선언하고 있다. 이러한 민주시민성의 정치적 요소를 시민적 권리로 구체화 한 것은 정치적 자유와 관련하여서는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권(제10조)외에도 양심의 자유, 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유와 같은 시민적 자유권임은 의문의 여지가 없다. 또한 선거권(제24조)과 공무담임권(제25조)을 통해 정치과정에 능동적으로 참여할 권

리를 보장함으로써 정치적 자결권이 민주시민의 기본적 권리임을 분명히 하고 있다.

그런데 이러한 민주시민성의 정치적 요소를 민주시민교육의 내용으로 삼을 때 민주시민들에게 함양이 기대되는 역량은 비정치적 생활영역과 정치적 생활영역을 구분할 필요성에 대한 이해력, 즉 공사구분능력이라고 할 수 있다. 한마디로 개인이 일상생활에서 개성을 발현하고 행복을 추구하는 것은 개인의 사적 욕망과 불가분의 관계에 있게 될 것이다. 그런 공동체가 다원적인 관계 속에서 공동선을 추구하는 통합의 과제를 수행하기 위해서는 다원적 관계의 공존·공생·공영을 가능하게 할 최소한 조건인 공동체의 질서유지와 공공복리를 달성하기 위한 민주공화적 정치질서가 필수적이다. 또한 민주공화적 정치질서에서는 사적 욕망을 절대적으로 실현하는 것은 불가능하고 오히려 공익을 위해 사적 욕망을 절제하고 사적 욕망의 최대한의 실현은 결국 공적 질서와 공공복리의 전제 속에서 사적 욕망이 조정되는 것임을 시민들 스스로가 자각하는 것이 요청된다. 따라서 공과 사를 구별하면서 정치과정에서 공익과 사익을 헌법질서 속에서 조화롭게 구현할 수 있는 기본적 역량은 공사구분능력이라고 할 수 있다.

이러한 공사구분능력은 모든 시민의 필수역량이자 덕목이지만 특히 공무를 담당하는 시민의 경우 특별히 그 중요성이 강조되고 있는 것이 우리 헌법의 특색이다. 헌법 제7조 제1항은 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자임을 천명하고 있다. 그러나, 공사구분능력이 특별히 요청됨을 헌법에서 명문으로 선언하고 있는 특정 부류의 공무원이 있는데, 국회의원과 법관이다.

주권자 국민을 대표하여 국정과제를 법률의 형식으로 정립하여 국민생활의 규범적 기초를 형성하는 국민대표기관인 국회를 구성하는 국회의원에게는 “국가 이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행”하도록 하는 공사구분의 헌법적 능력과 책무를 규정하고 있다(헌법 제46조 제2항). 이는 대의활동의 객관적 기준이 국가 이익이지 사익을 비롯한 부분이익이 아님을 분명히 함과 동시에 양심에 따라 직



무를 행하도록 명령함으로써 공사구분능력이 국민대표의 기본덕성이나 역량임을 확인하고 있다. 이때의 양심은 헌법 제19조에서 모든 국민들에게 보장되는 양심의 자유와는 구별된다는 것이 헌법학계의 일반적 견해이다.¹⁸⁾ 모든 국민들은 인간으로서의 존엄과 가치에 기반하여 옳고 그름에 대한 가치판단을 스스로 정할 수 있는 불가침의 자유를 가진다. 개인으로서의 모든 시민이 가지는 이 때의 자유에 의해 보호되는 양심이란 “개인의 모든 내적 확신이나 신념을 말하는 것이 아니며, 구체적인 상황에서 개인이 무조건 따라야 하는 것으로 진지하게 받아들이기 때문에 양심상의 심각한 갈등이 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 것”¹⁹⁾을 말한다. 이러한 양심은 “시대적·문화적 맥락에 따라 달리 취급되기도 하며 개인에 있어서도 고정불변한 것이 아니라 변할 수 있는 것이므로, 지극히 개인적·주관적일 뿐만 아니라 가변적”이라고 할 수 있으며, “그 대상이나 내용 또는 동기에 의하여 판단될 수 없고, 양심상의 결정이 이성적·합리적인지 또는 법질서나 도덕률과 일치하는지 여부는 양심의 존재를 판단하는 기준”이 될 수 없다.²⁰⁾

반면 국회의원에게 요청되는 양심은 이러한 절대적 내면 형성의 자유에 더하여 국민대표라는 공적 지위에 기반한 직업적 소명을 일컫는 것으로 스스로의 인간적 양심에만 기대어 공직 지위에서 요청되는 객관성과 중립성 및 헌법적 공동선에 대한 책무성을 소홀히 하지 않도록 요청하는 것이다. 대의민주제에 따라 국민대표의 공사구별능력과 덕성이 특별히 헌법적으로 강조되고 있으나 민주공

18) 근래 이러한 일반적 견해에 대한 새로운 도전적 해석론이 제기되고 있는 것은 흥미롭다. 예컨대, 주관/객관의 구별에 의존하는 전통적 견해에 대하여 기본적으로 개인적 양심과 직업과 연계하여 요청되는 양심을 동일한 본질을 가지는 것으로 이해하려는 견해(강석정, “법관은 두 개의 양심을 가져야 하는가? - 헌법 제103조 법관의 ‘양심’에 관하여”, 사법 제43호, 2017 참조)를 주목할 만하다. 그러나 이 글에서와 같이 공사구별능력을 중심으로 양자를 구별하는 정도의 주관과 객관의 구별이나 개인적 양심과 직업적 양심을 구별하는 다원적 양심론은 제 19조와 제103조의 양심을 내적으로 연계될 수 있는 것을 근본적으로 부인하는 것은 아니라는 점에서 새로운 경향론에 의하더라도 충분히 전개될 수 있는 보편성을 확보하고 있다고 할 수 있다.

19) 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379 등, 판례집 30-1하, 370, 436.

20) 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379 등, 판례집 30-1하, 370, 436-437.

화국에서 주권의 보유자인 이념적 통일체로서의 국민을 구성하는 개별시민들 또한 공공영역에서 사적 욕망을 적절히 절제하고 공동체의 공동선을 위해 공적 결정에 임하는 자세를 가질 것이 기대된다.

한편 헌법 제103조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”고 규정하여 법관이 공무수행에 있어 사적 욕망이나 개인의 주관적 가치판단에 따라 심판권을 오남용하지 않도록 헌법적 책무를 명시적으로 부과하고 있다. 국가권력 가운데 유일하게 특별한 신분적 자격을 가지는 시민에게만 공무담임권을 인정하고 있는 사법권 구성상의 특성²¹⁾ 또한 이러한 공사구별능력에 입각한 직무의 중립성과 객관성에 따른 요청인데, 재판상의 독립에 대한 명문규정을 두어 법관에게 특별히 공과 사를 엄밀히 구별할 것을 요청하고 있다. 앞서 국회의원의 헌법적 책무와 마찬가지로 법관에게 심판의 객관적 기준은 헌법과 법률이 되고 이 헌법과 법률의 해석과 적용을 통한 심판권의 행사에서 필연적으로 발생하는 재량적 판단은 사적 이해관계나 부분이익, 그리고 개인의 양심에만 의존해서는 아니되고 민주공화적 헌정체계에서 사법적 분쟁해결과 법해석권에 요청되는 객관성과 중립성 및 헌법적 공동선에 대한 책무성에 기초해야 함을 분명히 하는 것이다.

한편 공사구별능력과 덕성은 그 자체로서 충분히 시민성을 발현할 수 없으며 시민들이 능동적으로 정치과정에 참여할 것이 전제된다. 시민의 참여가 없는 공론장과 공적 의사결정과정은 공사구별능력이 발휘될 환경과 기회의 부재를 의미하기 때문이다. 민주공화국 시민은 주권실현의 실질적 주체로서 정치적 능동성을 가지고 일상 속에서도 끊임없이 공동선에 대해 숙고하며 다양한 공간 속에서 정치적 자유를 실현하고 참정권을 행사하여야 하며 민주시민교육은 헌법을 토대로 한 정치교육을 통해 헌법적 민주시민성의 요체인 공사구별능력과 정치적 능동성을 함양할 수 있도록 구성되고 집행되어야 한다.

21) 헌법 제101조 제1항은 “사법권은 법관으로 구성되는 법원에 속한다”고 규정하여 법관이라는 공무원이 사법권 행사의 원칙적·기본적 주체임을 명확히 하고 있다.



(3) 민주시민성의 사회경제적 요소와 시민역량: 사회적 배려와 연대성

생존에 대한 위협으로부터의 안전과 문명의 조건 속에서 인간다운 삶을 살아갈 수 있는 최소한의 사회경제적 조건과 환경을 전제로 민주시민성의 사회경제적 요소를 사회권이라는 적극적 권리로 구체화한다는 것은 국가 및 사회와 개인 사이의 관계에 대한 중요한 연계점을 확인하는 것이다. 즉, 인간의 조건이 공동체와 결합된 사회적 존재임을 전제하는 것이다. 공동체와 절대적으로 분리된 고립적 개인은 자연적 인간의 선택일 수는 있으나 헌법적 공동체로 국가를 창설하고 그 구성원인 헌법적 시민이 자연스럽게 추구하는 일반적 선택이라고 할 수는 없다. 나아가 헌법공동체의 구성원에게 기대되는 민주시민성은 각자의 자율적 삶을 다른 시민의 자율적 삶과의 조화 속에서 발현하는 것이므로 다른 시민의 자율적 삶이 구현되지 않는 조건에선 그 누구도 진정한 차원의 자율적 삶을 영위할 수 없다. 모든 시민에게 자율적 삶의 실현을 스스로 확보할 수 없는 상황이 발생한 개연성이 있다는 점도 고려되어야 한다. 더구나 공동체에서의 자율적 삶이란 정치·경제·사회·문화 모든 영역의 공공 인프라가 높은 수준에서 구비될 때 최대한 실현되는 것이므로 헌법 전문에서 밝히고 있듯이 국가와 사회가 공공복리를 공동체 형성의 기본적인 실천과제로 설정하여 “국민생활의 균등한 향상을 기”함으로써 “우리들과 우리들의 자손이 안전과 자유와 행복을 영원히 확보”하는 것은 민주공화국의 필수적인 목표이다. 이러한 민주시민성의 사회경제적 요소는 필수적으로 모든 시민들에게 동료 시민에 대한 연대성에 기반한 사회적 배려성을 갖추도록 요청한다.

민주시민에게 사회적 배려와 연대성이라는 역량 혹은 덕성이 요청된다는 점은 헌법공동체인 대한민국을 창설하는 기본 목적을 밝히는 헌법 전문에서 원칙적으로 확인된다. 헌법 전문은 앞서 언급한 “국민생활의 균등한 향상”이라는 실천목표 외에도 시민생활과 정치생활의 자율성에 입각한 자유민주적 기본질서 또

한 “자율과 조화를 바탕으로” 굳건히 되어야 함을 밝히고 있을 뿐만 아니라 “모든 사회적 폐습과 불의를 타파”하는 것, “인류공영에 이바지”할 것을 헌법 제정의 목적으로 제시하고 있는 점 등이 공존·공생·공영을 지향하는 민주공화국의 기본 실체를 제시하고 있다.

사회적 배려와 연대성이라는 민주시민의 역량은 시민적 자율성에 입각한 권리주체성 및 자기책임성과 균형 및 조화를 이루어야 하는 과제를 가진다. 사회적 배려와 연대성이 무조건적인 이타주의나 희생, 무조건적인 부조를 의미하는 것으로 오해되어서는 곤란하다. 민주시민성의 사회권이 교육과 노동의 권리를 기본으로 하는 것도 시민적 자기결정권 또는 자율성의 핵심요소인 자활(自活)을 전제로 한 것이다. 헌법 제31조가 “능력에 따른 균등하게 교육을 받을 권리”를 보장하고 그 실현수단으로 의무교육과 평생교육을 보장하는 것은 교육을 통해 민주시민으로서의 자율성을 함양하는 것을 지원하여 자활을 추구하는 것이다. 헌법 제32조가 “근로의 권리”를 보장하고 그 실현수단으로 최저임금제의 시행과 적정 임금의 보장을 위한 국가의 노력의무, 근로조건에 대한 인간의 존엄성 보장 의무, 근로관계에 있어 여자와 연소자의 특별보호와 부당한 차별금지의무를 부과하는 것은 노동을 통한 자활의 기회를 보장함으로써 시민적 자율성의 토대를 확보하는 것이다. 특히 헌법 제33조를 통하여 근로자의 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 헌법이 직접 근로자의 권리로 보장하는 것은 근로관계에 있어 교섭력의 확보를 보장함으로써 공생과 공영의 사회적 연대성을 위한 사회적 조건을 조성하고 궁극적으로 자활의 환경을 구축하는 것이다. 이러한 자활의 일상적인 방법을 통해서도 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 효과적으로 실현할 수 없는 상황에 처한 시민에게 사회복지등 사회보장이 국가를 매개로 제공된다. 특히 사회적으로 열악한 상황에 처해 온 약자들인 여자, 노인과 청소년, 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 특별한 보호를 받는 것이 헌법적 권리로 보장되는 것은 사회적 연대성에 기반한 민주시민의 공감대를 전제로 한다. 특히 이처럼 국민생활의 실질적 평등과 사회정의를 위한 사회



적 배려와 연대는 시민적 자율성의 전제를 이루는 상호존중의 시민역량과 결합하여 법 앞의 평등이라는 형식적 평등원칙이 사회경제적 지위의 차이에 의해 사실상 무력화될 수 있는 시장경제질서의 구조적 문제점을 극복하고 시민이 사회경제적으로도 실질적 평등을 향유하는 민주복지국가로 민주공화국이 기능²²⁾할 수 있게 하는 중요한 시민역량이자 덕성이라는 점을 주목할 필요가 있다.

민주시민성이 요구하는 사회적 배려와 연대성의 역량 혹은 덕성을 확인하는 또 다른 헌법적 장치가 기본의무이다. 헌법은 국민의 기본적 인권을 확인하고 보장하는 의무를 국가에게 부여하는 한편 국민에게도 공동체의 기본적인 수요에 대응하기 위한 기본의무를 부과하고 있다. 헌법 제38조에서는 국가의 재정적 소요에 대응하기 위한 조세의 조달을 위한 납세의 의무를, 제39조에서는 국가의 안전보장에 필요한 병력의 조달을 비롯한 국방의 의무를 국민에게 부과하고 있다. 이 두 가지 기본의무는 국민이 헌법공동체의 형성과 유지를 위해 필수적인 요소를 공동의 의무로 충당함을 의미한다. 특히 납세의 의무를 통해 국가의 조직과 운영에 필요한 기본적 재정을 충당함은 물론 교육, 노동, 보건 등의 영역에서 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 실질적으로 보장하고 국민생활의 균등한 향상을 달성하기 위한 재정적 소요를 공통으로 부담하게 된다.

국민의 2대 기본의무 외에도 국민에게 헌법적으로 부과되는 특별한 의무로 보호하고 있는 자녀에게 의무교육을 시킬 의무(헌법 제31조 제2항)와 그 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정하게 되는 근로의 의무가 있다. 교육과 노동을 통해 민주적 정치과정의 성숙한 운용을 기대함은 물론 경제사회적 시민생활의 기초가 되는 국민생활의 기본적 형성을 확보하기 위한 것이다. 이처럼 교육과 노동 영역에서의 부가적인 의무는 사회적 배려와 연대성이라는 민주시민의 역량을 헌법적 의무로 확인한 것이라고 볼 수 있다. 나아가 국가뿐만 아니라

22) 형식적 평등과 실질적 평등의 이원구조를 통해 공화적 공존을 추구하는 우리나라 헌법체계의 구조에 대해서는 김종철, “한국 헌법과 사회적 평등 - 현황과 법적 쟁점”, 헌법재판연구 제4권 제1호, 2017 참조.

국민은 환경보전을 위하여 노력할 의무를 공동으로 부과받고 있다(헌법 제35조 제1항). 자연환경을 비롯한 인간공동생활의 기반이 되는 환경이 무분별한 개발과 사적 오남용에 의해 훼손되는 것은 공동생활의 기반을 잠식함과 동시에 미래세대의 터전을 훼손한다는 점에서 공동체의 영속을 위협하는 사회적 위험이므로 사회적 배려와 연대성에 기반하여 보전의무를 국가뿐만 아니라 구성원인 시민들 또한 부담하게 되는 것이다. 그런 차원에서 환경권은 사회권으로서 민주시민의 사회경제적 요소를 뒷받침하는 권리인 동시에 환경보전의 의무와 결합하여 민주시민성의 사회경제적 요소인 사회권이 민주시민의 사회적 배려 및 연대성이라는 시민역량과 불가분의 관계에 있음을 헌법적으로 확인한 것이다.

(4) 헌법에 기초한 민주시민교육의 필요성

이상에서 다음 세 가지 점을 확인하였다. 첫째, 민주시민성은 그 이론적, 실천적 연원을 민주공화국을 기본형태로 하는 공동체의 최고기본규범인 헌법에 의해서 확인하여야 하고, 그 결과 민주시민성은 헌법적 시민성으로 이해된다. 둘째, 헌법적 시민성으로서의 민주시민성은 민주공화국의 기본이념인 개인이 가지는 기본적 인권은 침해할 수 없다는 명제와 이를 보장하고 실현하기 위한 체계에서 그 근본요소를 찾을 수 있으며, 시민적 자기결정권과 평등권, 정치적 자유와 참정권, 사회권의 보장체계를 통해 헌법적 시민성으로 확인되는 민주시민성의 실체적 요소, 정치적 요소와 사회경제적 요소를 확인할 수 있다. 셋째, 헌법적 시민성으로서의 민주시민성의 세 요소로부터 민주시민이 갖추어야 할 시민역량과 덕성을 확인할 수 있다. 시민적 자기결정권과 평등권으로부터 권리주체성 및 자기책임성과 상호존중을, 정치적 요소인 참정권으로부터 공사구별능력과 정치적 능동성을, 사회경제적 요소로부터 사회적 배려와 연대성이 민주시민의 역량과 덕성으로 도출되었다.

이와 같은 민주시민성의 요소와 그로부터 확인되는 시민역량은 무엇보다 국



가와 사회의 최고규범인 헌법에서 헌법계약의 방식으로 이미 사회적 합의를 이룬 것이며, 헌법이 상정하는 민주시민의 인간상에 입각하여 민주시민의 역량과 덕성을 함양하는 민주시민교육은 무엇보다 이러한 사회적 합의를 충실히 이해하고 실천할 수 있는 환경을 조성하는 데 기여해야한다. 즉, 헌법에 기초한 민주시민교육은 다양한 가치와 이념에 따른 우리 사회의 다원성에도 불구하고 모두가 차이를 넘어 헌법적 시민성을 기반으로 각자의 시민역량을 발휘하여 공존·공생·공영하는 토대를 구축하는 국가와 사회의 일차적 과제인 것이다.

2. 헌법의 의의와 특성 및 민주시민교육

가. 헌법의 의의

규범에 의해 질서를 유지하는 인간의 공동체에는 반드시 헌법이 있다. 공동체가 추구하는 목적은 제각기 다르지만 모든 공동체가 공통적으로 요구하는 것이 규범이며 이 규범들 가운데 최고의 효력을 가지는 것을 헌법이라고 부른다. 이 규범은 대개 공동체가 추구하는 목적이나 이념, 그리고 그 목적을 추구하고 공동체를 유지하기 위하여 필요한 제도, 그 제도들을 운영할 구성요소들과 그 운영의 지침이 될 원리들로 구성된다.

이 기본적 규범의 구체적 명칭이 모든 공동체에서 꼭 헌법일 필요는 없다. 실제로 우리가 헌법이라고 부르는 것은 우리 고유의 말이 아니다. 외국에서 발전된 개념, 영어와 프랑스어로 constitution이라고 불리는 것을 그렇게 번역한 것이다. 이전에는 헌장(憲章), 국헌(國憲), 국제(國制) 등의 용어가 사용된 때가 있었다. 그러나 1948년 제헌헌법이 제정된 이후 우리나라에서는 헌법이라는 용어가 일반화되었다.

공동체의 헌법이 반드시 문자로 표시되어 있어야만 하는 것, 즉 성문헌법이

어야만 하는 것은 아니다. 그러나 공동체의 규모가 클수록 성문화될 필요성은 크다. 조그만 공동체에서는 공동체의 구성원들이 일상생활에서 자주 부딪힐 것이므로 굳이 성문화하지 않는다고 하더라도 수시로 확인될 수 있다. 그러나 큰 공동체에서는 구성원들이 일상생활에서 마주하지 아니하는 것이 오히려 일반적인 상황일 것이므로 이들 모두를 통일적으로 엮어내는 장치가 필요할 것이고 공동 규범의 문자화는 가장 실효적인 방식일 것이다.

그렇다고 헌법이 꼭 한 가지 형태로 존재할 이유는 없다. 문자로 표시된 부분과 그렇지 아니한 부분, 효력에 있어서나 실현의 방법에 있어 차이가 나는 여러 가지 규범들이 헌법의 테두리에 묶여 질 수도 있다. 헌법(constitution)은 ‘법적 형식의 헌법’(constitutional law)과 함께 국가권력의 구성과 작용 및 기본적인 권의 구체적 내용과 한계를 정하는 헌법하위의 실질적 헌법인 각종 입법이나 제도 및 문화의 형식에 반영되어 있는 헌법적 도덕과 관행(constitutional morality and conventions)의 종합적 유기체이다.²³⁾ 헌법은 성문헌법인 헌법전의 제정만으로 완결되지 아니하며 시대적 조건 속에서 이를 구체화하는 각종 권력의 구성법(국회법, 정부조직법, 법원조직법 등)과 이들 권력의 구성 및 작용과 관련한 하위제도(선거제도, 정당제도, 공무원제도 등)의 결합체를 끊임없이 발전시키는 또 다른 헌법 만들기의 과정에 의해 재창조되고 실천되는 것이다. 성문화된 헌법을 문리적 해석에서 출발하여 역사적 해석과 체계적 해석, 그리고 최후의 경우에는 목적론적 해석까지 포함하여 ‘살아있는 헌법’(living constitution)²⁴⁾으로서 끊임없이 현실적 규범력을 발휘하도록 만드는 것이 헌법

23) 김종철, “헌법개정과 공법학자의 역할”, 공법연구 제45집 제1호, 2016, 8-9쪽 참조.

24) ‘살아있는 헌법(living constitution)’은 미합중국에서 유력한 헌법해석론으로 헌법은 역동적 의미를 가지거나 변화한다는 의미에서 살아 움직이는 존재로서의 속성을 가지므로 헌법의 문언을 해석할 때 현대적 사회상황에 대한 고려가 반영되어야 한다는 이론이다(Bruce Ackerman, “The Living Constitution”, 120 Harvard Law Review 1738[2007]). 유럽인권법원(European Court of Human Rights)에서도 같은 취지로 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)을 ‘살아있는 문서’(living document)로 이해하는 협약해석론을 정립해오고 있는데 인권협약의 해석이 계약국들의 정치현실과 조응하여 이루어져야 한다고 본다(<https://www.coe.int/en/web/help/article-echr-case-law>).



만들기의 또 다른 방식이자 현실속의 헌법 실천의 중요한 방식이다.

여하튼 모든 인간공동체에는 공동체의 성립, 유지, 운영에 관한 기본적인 규범으로 헌법이 있다. 헌법은 공동체가 왜 존재하는지를 표현한다. 그리고 공동체의 어떤 방식으로 운영되어야 하는지, 즉 공동체의 구성원들이 어떻게 자신들의 삶을 공동체에서 꾸려나갈 수 있는지를 밝힌다.

나. 헌법의 본질과 특징

(1) 헌법의 역사적 실재(實在)로서의 본질²⁵⁾

공동체의 최고규범인 헌법도 시간과 공간의 제약에 따라 그 규범의 효력이 미치는 정도에 따라 그 위상이 달라진다. 시간과 공간을 초월하여 다양한 국가의 헌법을 연구의 대상으로 삼기에 현실적 규범력은 간접적으로만 미치게 되는 비역사적 추상적 헌법²⁶⁾이 있을 수 있다. 반면 역사사회적 현실조건 속에서 존재하는 특정 국가에서 최고규범으로서 현실적 규범력을 직접적으로 발휘하는 역사적 실재로서의 헌법이 있다. 대한민국의 헌법은 역사적으로 실재하는 헌법, 즉 대한민국의 영역 내에서 현실적 규범력을 발휘하는 역사적 실재로서의 헌법이다.

역사적 실재로서의 본질을 가지는 헌법은 헌법이 역사적 생성과정 속에 정립된 결과물임을 이해할 것을 요구한다(헌법의 역사성). 헌법은 우리들 전체의 의지가 모여 만들어진 것이지 누군가가 만들어 준 것이 아니다. 이 의미를 다른 식으로 표현하자면, 헌법의 내용을 우리에게 보여주는 헌법전의 조문들은 단순한 문자의 나열이 아니라 그 문자로 표현하게 된 역사적인 상황이나 의미의 분석을 통해 그 내용이 구체화되어야 한다. 문자만으로서의 헌법은 그 자구에 구속되지

25) 이연갑·김종철 외, 법학입문, 박영사, 2020, 101-103쪽 참조.

26) Konrad Hesse, 계획열 역, 통일 독일헌법원론 (제20판), 박영사, 2001, 3쪽 이하 참조.

만 역사적 실재로서의 헌법은 그 문자로 형성되기까지의 역사적 계기들이 살아 꿈틀대면서 그 문자들의 의미를 늘리기도 하고 줄이기도 한다.

헌법은 역사적으로 실재하는 규범이기 때문에 정치·경제·사회·문화의 모든 생활영역에서 행위준칙이 된다. 국가권력은 이 헌법에 따라 국가정책을 결정하고 집행하며, 이 권력작용은 헌법이 지향하는 목표와 가치에 부합되게 이루어져야 하고 이를 어기는 방향으로 시행될 수 없다(헌법의 최고성).

(2) 역사적 실재로서의 헌법과 그 특징

역사적 실재로서의 본질을 가지는 헌법으로부터 헌법의 핵심적 특징이 발현된다. 헌법은 그 자체로 완전한 상태일 수 없고 역사적 조건 속에서 정치과정을 통해 지속적으로 구체화되어야 한다. 이는 헌법의 규정방식이 국가공동체의 기본이념과 질서, 국가의 존립목적과 구체적 구성, 국가와 국민간의 관계 등 헌법사항에 대하여 일반원칙이나 포괄적 원칙 및 제도를 담은 일반조항이나 추상적 원리 위주의 개방구조(open-ended)를 띠고 있는 것에 따른 것이다(헌법의 개방적 형식). 특히 민주공화국을 지향하는 자유민주국가의 헌법은 그 내용을 이루는 기본적인 인권의 보장이나 민주공화적 정치제도와 관련한 국가질서의 구성 및 운영에 대한 기본토대를 정립하는 데 집중하기 때문에 개방적 형식을 가질 수밖에 없다.²⁷⁾

(가) 헌법의 정치성

한편 당장 현실적으로 기획되고 집행되어야 하는 구체적 국가현안은 주권자인 국민과 헌법에 의하여 창설된 국가권력 사이의 정치적 소통과정을 통해 시간

27) 물론 모든 헌법이 개방적인 것은 아니고 국가권력 구성의 기본사항이나 절차 등 구체적으로 확정된 내용들도 당연히 포함하고 있다.



과 공간적 제약 속에서 그때그때 필요에 따라 결정되어야 한다. 결국 역사적 실재로서의 헌법은 기본적으로 정치적 결단과 합의의 산물인 헌법이 일단 형성된 이후에도 정치과정에서 법률의 형식으로 정책을 결정(입법)하고 이를 구체화하여 집행(행정)하며 그 과정에서 발생하는 분쟁에 법을 해석·적용하여 분쟁을 해소(사법)하는 연속적인 구체화의 과정이 일상화되어야 한다. 즉, 공동체의 구성원이 국가권력의 담당자의 지위와 그 권력행사의 영향을 받는 수범자의 지위로 구분된 가운데 끊임없이 소통하면서 정치적 대화과정이 역사적 실재로서의 헌법의 현실적 양상이다(헌법의 정치성).

(나) 헌법의 가치지향성

사회계약으로서의 헌법이 모두 같은 목적을 가지고 같은 내용으로 구성되는 것은 아니다. 국가라는 공동체를 누가, 어떻게, 무엇을 위하여 형성할 것인지에 대한 구성원 전체의 공통된 합의, 즉 기본가치가 국가마다 다를 수 있고 실제로 다르기 때문이다. 따라서 헌법의 기본가치의 차이에 따라 헌법의 본질 혹은 정체성을 달리하게 된다(헌법의 가치지향성).

다. 헌법의 본질 및 특징과 민주시민교육에서의 시사점

(1) 역사적 실재로서의 헌법의 본질과 민주시민교육

역사적 실재로서의 헌법의 본질은 민주시민교육의 실천적·방법적 성격을 규정한다. 민주공화국이 민주적 자치의 이상을 구현하기 위해서는 구성원의 능동적 시민성이 뒷받침되어야 한다. 시민의 능동적 참여가 없이는 실질적으로 민주주의

가 구현될 수 없는 것은 자명한 이치이고 헌법의 역사성은 공동체의 공동선이 주어지는 것이 아니라 능동적 시민성의 발현에 의해 달성되는 것임을 일깨워준다. 민주시민교육은 오로지 능동적 시민성을 발현하는 시민의식의 함양에 목적이 있는 것이며 헌법의 기본원리와 제도에 대한 이해는 민주시민교육의 필수요소인 것이다. 이 점에서 민주시민교육의 방법 또한 역사적 실재인 헌법의 진화적 형성을 위해 국민 개개인의 실천이 필요하다는 점을 인식하게 하는 중요한 근거이자 자료가 된다. 또한 민주시민교육이 단순히 주입식 교육이 아니라 장차 역사를 구성하게 될 현실의 살아있는 구체적 현안자료를 바탕으로 체험하는 교육이 되어야 한다는 그 방법론적 본질을 제시하는 것이기도 하다.

(2) 헌법의 정치성과 민주시민교육

역사적 실재로서의 헌법의 본질로부터 파생되는 헌법의 정치성 또한 민주시민교육의 내용과 방법에 대한 주요한 지침을 제공해 준다. 헌법이 민주공화적 헌법원리에 입각하여 작동하는 정치적 대화과정에서 끊임없이 현실적인 정책으로 구체화되어야 한다는 점은 그 궁극적 결정주체인 국민이 민주시민적 소양을 함양하는 것을 전제로 한다. 민주시민교육은 정치적 대화과정에 실체에 대한 이해, 즉 헌법에 의하여 창설되고 운용되는 입법·행정·사법의 국가작용을 실현하는 국가권력의 구성과 운용에 관계되는 개념과 원리 및 제도를 충실히 이해하지 않는다면 정치적 대화과정에 능동적으로 참여할 수 없고 참여하더라도 불완전하거나 제한적 역할밖에 담당할 수 없게 된다. 결국 불완전하고 불충실한 정치과정의 산물인 정치적 결정은 민의를 왜곡하거나 국가권력이 오남용되는 원인이 된다. 민주시민교육은 헌법의 정치성을 반영하여 그 기초가 되는 헌법에 대한 충실한 이해를 필수적인 내용으로 삼아야 한다. 사실 초중등교육과정에서 사회관련 교과과정의 이념적·원리적·지식적 기초는 헌법교육이 되어야 하는 것이다. 갈수



록 헌법에 입각한 법교육을 선택사항으로 내모는 학교교육의 실상은 민주시민교육이 제대로 활성화되지 못하는 대표적이고도 근본적인 사례가 된다.

헌법의 정치성 또한 그 가치지향성과 더불어 민주시민교육의 방법론적 지침을 제공해 준다. 헌법은 끊임없는 정치적 대화과정에 의해 시간과 공간의 변화에 대응하여 동태적으로 변천하는 것이므로 민주시민교육은 그러한 헌법적 진화를 반영할 수 있도록 정치사회현실에서 제기되는 구체적 현안들을 소재로 삼아 대화적 방법으로 운용되는 것이 필요하다.

나아가 헌법의 정치성은 민주시민교육의 방법론적 차원에서 그 교육주체에 대한 지침을 제공하기도 한다. 헌법의 구체화를 위한 정치적 대화과정은 국가권력을 한 축으로 하고 그 대척점에 주권자인 국민을 또 다른 축으로 삼게 된다. 그런데 주권자 국민은 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 자연적 권리로 향유하는 개인들의 생활세계, 즉 시민사회에 기반하고 있다. 즉, 주권자 국민은 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 “각자의 생활을 자신의 책임하에서 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민”²⁸⁾들로 구성되므로 하나의 획일적으로 통일된 가치관을 가진 단일주체로 환원될 수 없다. 가치상대주의와 가치다원주의에 입각하여 다양한 인생관·사회관·정치관·헌법관이 헌법의 규범틀 속에서 상호 경쟁하고 소통하여 시간과 공간의 제약 속에서 선택되고 유지되고 폐기되는 순환과정에 있는 것이 시민생활의 실체이고 본질이다. 그러므로 민주시민교육은 다양한 차원에서 다양한 내용과 방법으로 이루어지는 것이 헌법의 역사적 실재로서의 본질과 그 정치적 특성에 부합하는 것이다. 학교교육과 같은 공교육 체제에서 공통의 기본사항에 대한 교육을 받는 것과 별개로 평생교육이나 다원적 정치교육의 장에서 국민의 자발적인 선택에 따라 다양한 교육기회를 가지는 것이 보장되어야 한다.

또한 민주시민교육을 제공하는 기회는 다양한 시민적 요구를 충족할 수 있도록

28) 헌법 최고해석기관인 헌재는 헌법적 인간상을 이와 같이 상정하고 있다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 555).

록 다양한 시민사회의 공간 속에서 국가의 과도한 통제없이 보장되어야 한다. 따라서 민주시민교육의 주체는 궁극적으로 시민 개개인이 되며, 그 교육의 장은 학교뿐만 아니라 시민단체, 정당 등 정치과정의 주체들에 의해서도 제공될 수 있고 또 되어야 한다.

종합하면, 헌법의 정치성으로부터 민주시민교육에의 시사점은 다음과 같이 정리될 수 있다. 첫째, 민주시민교육은 국가에 의해 독점되어서는 안된다. 둘째, 민주시민교육의 내용과 방법이 비현실적인 정치초월적 차원에서 규정되어서는 안되며 오히려 철저히 국민 개개인의 자율적 선택권이 존중되는 전제 위에서 다양한 정치과정의 주체들이 담당하는 방식으로 보장되어야 한다. 셋째, 민주시민교육은 학교교육 등 국가영역의 기초를 형성하여야 하지만 국가에 의해서만 독점되어서는 안되며 시민사회에서의 민주시민교육에 대해서는 국가가 조성적 지원을 제공하는 외에 그 내용과 방법에 대한 자율성을 최대한 보장하여야 한다.

(3) 헌법의 가치지향성과 민주시민교육

헌법의 가치지향성이 형성하는 헌법의 정체성에 의해 국가의 기본성격이 결정되게 된다. 우리나라와 같이 국가의 최고권력인 주권이 국민에게 있고 모든 국가권력이 국민에 의해 위임되고 정당화되며 국가의 존립 목적이 주권체를 구성하는 국민 개개인의 기본적 인권을 확인하고 보장하기 위하여 존재하는 체제를 헌법의 기본가치로 삼는 국가를 민주공화국이라고 부른다. 한편 주권재민을 원론적으로 표방하면서도 공동체의 존립을 절대적인 가치로 전제하고 개인을 공동체존립을 위해 존재하는 부속물로 이해하는 이념에 바탕한 헌법에 따라 구성되고 운영되는 국가를 전체주의국가라 한다.

민주공화국은 공동체 구성원의 자유와 권리의 최대한의 보장을 목적으로 성립되어 민주적 자치의 방식을 기초로 공동체가 운영되는 것을 지향한다는 차원



에서 자유민주국가라 부르기도 한다. 자유민주국가는 대개 그 이념을 최고규범인 헌법을 통해 확인하는 ‘헌법에 의한 통치 혹은 지배’를 필수적으로 요구하므로 자유민주국가는 곧 입헌국가이다.

반면에 자유롭고 독립된 개인으로부터 공동체의 성립을 이해하는데 소홀한 전체주의국가로는 나치 지배하의 독일, 군국주의에 기반한 일본천황지배하의 일본, 구 소련을 위시한 공산권국가, 북한 등이 그 예가 될 수 있다. 전체주의국가에도 법체계상 최고규범으로 헌법은 있다. 그러나 헌법의 존재여부가 관건이 아니라 헌법에 의하여 공동체가 형성된다는 전제와 그 헌법의 내용이 그 정체성을 결정하고 그에 따라 지배되는 국가의 성격을 결정짓는다. 전체주의국가에서 헌법은 공동체형성과 유지의 실질을 이루기보다는 장식에 불과하고 헌법이 지배하는 외양을 가지지만 실제로 실질적 지배력을 행사하는 또 다른 실력적 장치가 존재한다는 의미이다. 예컨대, 중국공산당이나 조선노동당은 중화인민공화국이나 조선민주주의인민공화국에서 이와 같이 헌법초월적 지배의 실체를 구성하므로 엄밀한 의미에서 입헌국가로 볼 수 없고 민주공화국 내지 자유민주국가에 해당한다고 볼 수 없다.

이처럼 최고규범인 헌법의 주요특성이 가치지향성이라는 점은 민주시민교육과 관련하여 중요한 함의를 가진다. 무엇보다 헌법의 가치지향성은 민주시민교육의 내용과 한계를 설정한다. 우선 소극적으로 헌법의 기본가치는 민주시민교육의 한계를 설정한다. 헌법에 입각한 민주시민교육의 내용과 방법이 민주공화국이 지향하는 가치상대주의 및 다원주의를 반영한다고 하더라도 본질적으로 조화불가능한 가치체계를 수용한다는 것을 의미하지는 않는다는 것이다. 다시 말해서, 헌법의 기본가치가 지향하는 개인의 기본적 인권의 보장과 민주공화적 정치제도의 실현이라고 전제할 때 인간의 존엄과 가치에 바탕한 자기목적적 존재로서의 개인의 자율성을 부인하거나 주권재민, 법치주의, 권력분립과 같은 민주공화제의 기본원리와 조화를 이루지 못하는 전체주의와 같은 가치지향만은 민주시민교육의 내용으로 포용될 수 없다는 점이다.

한편, 헌법의 가치지향성은 적극적으로 민주시민교육의 필수적 내용을 설정한다. 민주공화적 가치지향의 외적 한계를 설정하는 반헌법적 가치와의 구별은 역설적으로 민주공화적 기본가치의 필수요소에 대한 최대한의 실현을 반대급부로 요청한다. 민주시민교육의 필요성이 강조되는 이유도 바로 이러한 헌법의 가치지향성의 적극적 의의가 효과적으로 발현되어야만 민주공화체제가 구성원의 자발적 의지와 행동에 따라 수호될 수 있게 된다는데 있다. 나아가 민주공화국이 전체국가와 구별되는 핵심가치, 즉 개인의 기본적 인권의 보장이나 반독재적(혹은 권력분립적) 법치주의의 실현은 전체주의를 제외한 다양한 정치이념과 가치의 공존을 엄격히 보장하는 데서 확보될 수 있기 때문에 민주시민교육의 필수요소는 이처럼 다양한 정치이념과 가치가 민주시민교육의 내용으로 동등한 지위를 보장받아야 한다는 점을 시사한다. 이와 같이 극단적 전체주의와 구별되는 조건속에서는 최대한 개방적이고 다원화된 가치지향이 상호경쟁하고 이러한 경쟁속에서 정치사회질서가 자유롭고 민주공화적으로 형성되는 민주공화국을 구현하기 위한 필수적 수단이 민주시민교육이 되는 것이다.

종합하면, 헌법의 가치지향성은 민주시민교육의 내용과 그 한계에 대하여 양면적 지침을 제공한다. 우선 헌법의 가치지향성은 민주시민교육의 외적 한계를 구획하며, 이는 헌법의 정치성에 기초한 민주시민교육의 자율성과 다양성에 대한 한계를 설정하는 것이기도 하다. 그러나 다른 한편으로 헌법의 가치지향성은 그 외적 한계 설정의 반대급부로 그 범위 내에서의 내용과 방법론의 자율성에 대한 최대한의 보장을 요구하기도 한다. 이 차원에서 헌법의 가치지향성과 정치성은 상호조화적으로 민주시민교육의 내용과 방법상의 자율성과 다양성을 보장하게 된다.



3. 사회적 합의의 준거인 헌법

가. 헌법에 기초한 민주시민교육을 위한 이중적 사회적 합의의 필요성

헌법의 국가 최고규범성과 개방적 형식구조에 바탕하고 역사적 실재로서의 본질에 입각하여 강한 정치성과 가치지향성을 가진다는 점으로부터 민주시민교육의 필요성과 그 기본적 내용과 한계가 확인되고 설정됨을 확인하였다. 그러나 이러한 원론적 차원에도 불구하고 민주시민교육이 이념과 정파를 초월한 ‘보편적’ 시민교육으로서 위상을 더욱 확고하게 다지기 위해서는 원칙적으로 ‘공유된’ 헌법적 가치에 대한 이해가 국민들 사이에 폭넓은 공감대, 즉 사회적 합의를 확보해야만 한다. 민주시민교육의 활성화를 위해 필수적인 사회적 합의는 두 가지 차원에서 동시에 이루어져야 한다.

우선 민주시민교육이 국가의 기본규범인 헌법에 입각하여 모두가 공존·공생·공영하는 것을 목적으로 하는 민주공화국이라는 공동체적 기반을 다지기 위해 필수적이라는 자명한 이치를 모든 국민들이 각성하는 것이 필요하다. 헌법에 기반하여 민주시민으로의 자질과 덕성을 함양하고 민주시민이 갖추어야 할 권리와 의무를 비롯한 법적 지위에 대한 지식을 공유하고 자유롭고 민주적인 의사소통을 통해 민주공화국의 구체적인 현안들을 해소할 수 ‘성찰적’ 시민의식을 함양하기 위한 민주시민교육의 필요성에 대한 사회적 공감대와 합의가 필요한 것이다.

그러나 첫 번째의 원론적 사회적 합의만으로 헌법에 기초한 민주시민교육이 활성화되기를 기대하기는 어렵다. 두 번째 단계로 민주시민교육을 담당하는 주체들과 민주시민교육의 수혜자들 주도하에 공유된 헌법적 가치와 원리들을 구체적 정치사회현안에 발현되도록 하는 데에는 다양한 대안들이 경쟁을 할 수 밖에 없고 이 대안들을 어떻게 교육내용에 반영할 것인지의 방법에 대한 2차적인 사회적 합의가 필요하다. 그런데 이 2차적인 사회적 합의 또한 민주공화국 헌법이 구현하는 이념과 원리 및 제도에 따라 이루어질 수밖에 없다.

나. 사회적 합의의 준거인 헌법

(1) 민주시민교육의 필요성에 대한 사회적 합의의 증표로서의 헌법

헌재는 최고규범인 헌법의 종합적 성격을 다음과 같이 정리하고 있다.

“헌법은 국민적 합의에 의해 제정된 국민생활의 최고 도덕규범이며 정치 생활의 가치규범으로서 정치와 사회질서의 지침을 제공하고 있기 때문에 민주사회에서는 헌법의 규범을 준수하고 그 권위를 보존하는 것을 기본으로 한다. 우리 국민은 이러한 헌법적 약속을 알고 있으며 이 상식으로 정치와 사회를 보고 비판하는 높은 의식수준을 가지고 있다는 현실을 직시한다면 사회적 혼란과 가치관의 혼동이 어디에서 비롯되는 것인지 알 수 있다.”²⁹⁾

헌재가 확인한 헌법의 사회계약적 본질로부터 대한민국이라는 국가공동체의 본질은 헌법공동체임을 확인할 수 있다. 헌법계약이라는 사회적 합의의 결과물인 헌법은 단순히 헌법에 의해 창설된 국가권력의 조직과 운용에만 규범력을 발휘하는 것이 아니라 국민생활의 최고 도덕규범이다. 이 헌법공동체의 구성원인 국민은 헌법적 약속으로 확인된 가치와 원리를 행위규범으로 삼아 자신의 생활세계를 형성해야 하는 것이다. 따라서 민주사회의 가장 기본적인 척도는 헌법의 규범력을 확보하는 것에 대한 구성원의 이해도와 공감력이 되어야 하므로 민주시민교육의 직접적 준거는 그 어떤 정치철학이나 교육학적 가치나 원리보다도 사회계약인 헌법이어야 한다. 우리 사회가 민주시민교육 자체는 물론 다양한 정치사회적 현안들에 대하여 사회적 혼란과 가치관의 갈등이 초래되고 어렵사리 쟁취한 민주공화체자 민주화이후에도 퇴행적 위기를 반복하게 되는 근본이유는 헌법적 약속에 대한 무지나 무관심일 수 있는 것이다.

29) 헌재 1989.9.8, 88헌가6, 판례집 제1권, 199, 205.



또 다른 차원에서 헌법에 기초한 민주시민교육의 준거로서의 사회적 합의의 필요성은 일반 국민 못지않게 공무를 담당하는 공무원에 대한 민주시민교육의 필요성에서도 확인된다. 공무원은 국가권력의 실질적 담당자로서 헌법에 입각하여 국가권력을 행사해야 한다. 그런데 헌법에 대한 이해가 부족하다면 헌법에 합치되는 국가권력의 행사가 가능할 수 없다는 것은 자명한 이치다. 입법권은 주권자 국민의 여론을 반영하여 국가정책을 법률의 형식으로 확정하는 국가권력이다. 이때 입법권의 지침은 당연히 헌법원리가 되고 입법권 행사의 제도와 절차 또한 헌법에 따라 구체화되어야 한다. 행정권은 입법으로 결정된 국가정책을 국민에게 집행하는 권력으로 그 구체적 방식은 법률을 더욱 구체화하여 명령과 규칙과 같은 행정입법으로 다시 더 구체화되고 이에 입각하여 구체적인 행정행위가 이루어지는데 그 준거는 당연히 상위규범인 법률과 그 법률의 근거와 한계를 설정하는 헌법이 된다. 법을 해석하여 구체적 분쟁에 적용함으로써 법의 규범력을 확인하는 사법작용 또한 헌법과 법률에 따라 이루어지는 것이 민주공화제의 기본이다. 따라서 입법·행정·사법의 모든 국가작용에 관여하는 공무원은 애당초 헌법에 기초한 민주시민교육을 통해 헌법적 시민성을 충실히 겸비한 시민이어야 한다. 다만 일반 시민보다는 주어진 직무가 직접적으로 헌법에 기속되므로 더 강화된 헌법의 이해와 민주시민적 덕성과 자질을 가질 것이 요청되는 것이다.

(2) 민주시민교육의 방법을 결정하는 준거로서의 헌법

모두가 공유하는 헌법에 기초한 ‘보편적’ 민주시민교육으로서 헌법교육은 정치적 불편부당성(political impartiality) 원칙에 따라 이루어져야 한다. 그런데 정치적 불편부당성이 정치적 소재의 회피나 정치적 평가의 절대적 배제를 의미하는 정치적 진공상태, 즉 ‘탈정치화’를 추구하는 것이 아님을 분명히 이해할 필요가 있다. 그동안 우리나라의 민주시민교육이 편향성 시비에 휘둘리게 된 것도

정치적 불편부당성을 탈정치화로 오해하는 것에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 정치적 불편부당성은 정치적 다양성을 부정하고 정치적 무정견을 표준으로 삼거나 특정 이념이나 원리를 획일적으로 강요하는 것이 아니라 오히려 정치적 다양성을 존중하고 보장하는 방식으로만 달성할 수 있다. 왜냐하면 다원적 정치현실에서 실제적 내용이나 가치를 중심으로 완전무결한 중립이나 공정론은 논리모순이며 비현실적이기 때문이다. 가치지향적인 민주공화국 헌법에서 절대적으로 배제되는 것은 전체주의를 신봉하여 실현함으로써 민주공화국의 가치상대주의와 다원주의 자체를 부정하는 활동일 뿐이다. 따라서 민주시민교육의 내용이 되는 헌법교육이 정치의 주체로서 능동적 시민을 길러내는 과정임을 고려한다면, 헌법교육의 소재로는 정치적 쟁점을 활용할 수 있어야 하고, 또 활발한 관점의 교류와 토론을 위해서 정치적 쟁점의 활용은 요구되는 바이기도 하다.

결국 민주시민교육을 정치적 불편부당성을 실현하는 방법으로 이행하기 위한 준거는 다원적 공존체제를 추구하는 정치성과 가치지향성을 내포한 헌법 그 자체이다. 다만 민주시민교육의 주체는 교육의 수혜자들에게 일방적으로 헌법적 지식을 주입하거나 교육자 스스로의 정치적 이념을 강요해서는 아니되고, 다원적 공존·공생·공영의 민주공화국이라는 제1차적 사회적 합의에 의해 ‘공유된’ 헌법적 가치에 바탕하여 모든 현실적 현안에 대해 비판적이고 성찰적으로 행동하는 능동적 시민을 지향하여야 한다.

다. 민주시민교육의 헌법적 소재의 사례: 민주적 시민성의 시민역량을 중심으로

헌법에 기초한 민주시민교육의 공통과제로는 민주시민교육을 통해 기대되는 시민역량을 강화할 수 있어야 한다. 민주공화국 이념과 그 실현원리 및 도구적 제도를 반영하면서 헌정의 작동원리를 다양한 관점에서 이해하는 데 도움이 되면서 동시에 다원적 사회현실 속에서 해석갈등이 생길 수 있는 쟁점들을 다루는 것이 사회적 합의의 준거인 헌법의 역할을 체감하는데 기여할 수 있을 것이다.



(1) 권리주체성 및 자기책임성과 상호존중과 관련한 헌법적 소재

(가) 여성의 임신중지 결정권은 태아의 생명권을 침해하는가?

1) 쟁점의 소재와 유사한 쟁점

자기결정권은 헌법상 보장되는 기본권의 이념이나 원형이 되는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 기초를 이루는 민주시민성의 핵심적 요소이다. 자기결정권은 민주시민으로 하여금 권리주체성과 자기책임성이라는 시민역량을 덕목으로 삼도록 한다. 임신·출산·양육 등에 대한 여성의 자기결정권 또한 이러한 민주시민성의 중요한 내용을 이루는 것인데 특히 이에 대하여 태아의 생명권을 이유로 형사처벌이라는 국가의 제한을 부과하는 것에 대해 사회적 갈등이 있다.

임신한 여성이 임신중지를 결정하는 것을 태아의 생명권을 침해하는 범죄로 규정하고 형사처벌하는 것은 여성이 자신의 운명과 신체에 대하여 스스로 판단하고 결정할 자기결정권을 침해하는지, 아니면 생명이야말로 자기결정권의 기초가 되는 인간의 존엄과 가치의 원천이며 태아도 생명을 가진 인간으로서의 지위를 인정받아야 하므로 낙태한 여성을 처벌해서라도 태아를 지켜야 하는지가 우리사회에서도 사회갈등의 중요한 현안이 되고 있다. 여성이 임신·출산 등과 관련하여 자기결정권을 가지는 것은 오로지 여성을 사회재생산의 도구로 이해하는 왜곡된 관점이나 임신·출산 등이 여성의 신체나 삶뿐만 아니라 태아의 신체나 삶에도 비슷한 효과를 낳는 복합적인 상황이라는 점에서 여성의 권리주체성과 자기책임성이 시험대에 오를 수 있는 중요한 사안이라고 할 수 있다.

자신의 삶에 근본적이고 결정적인 영향을 미치는 배우자나 성적 상대방을 선택하는 문제에 대해서 역시 형사처벌의 대상으로 삼는 간통의 경우도 같은 유형의 사회적 쟁점을 낳기도 하였다.

2) 상반된 견해

임신·출산·육아는 여성의 삶에 근본적이고 결정적인 영향을 미칠 수 있는 중요한 문제라는 점에는 의문이 없다. 그러나 임신한 여성이 임신을 유지 또는 종결할 것인지 여부를 결정하는 것에 대해선 태아의 생명권과 관련하여 상반된 입장이 충돌한다. 우선 여성이 낙태를 결정하는 것은 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 신체적·심리적·사회적·경제적 상황에 대한 깊은 고민을 한 결과를 반영하는 전인적(全人的) 결정임을 강조하는 입장이 있다.³⁰⁾ 이 경우에도 태아의 독자적인 생존능력이나 임신 유지 및 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사할지에 대한 충분한 숙고의 시간을 보장하여 이 기간을 중심으로 단계별로 국가의 형벌권 발동을 제약할 필요가 있다는 입장³¹⁾과 임신의 초기 제1삼분기(first trimester, 대략 마지막 생리기간의 첫날부터 14주 무렵까지) 기간에는 이런 결정권이 특별한 제약없이 존중되어야 한다는 견해³²⁾가 크게 대별되고 있다.

반면 아예 낙태에 대한 형사처벌이 필요하다고 보는 입장이 있다. 이 입장은 태아와 출생한 사람은 생명의 연속적인 발달과정 아래 놓여 있기 때문에 인간의 존엄성의 정도나 생명 보호의 필요성과 관련하여 태아와 출생한 사람 사이에 근본적인 차이가 있다고 보기 어렵다는 견해에 기초하고 있다. 특히 인간 생명의 근원이라고 할 태아는 스스로 결정할 수 있는 기회를 가지지 못하는 특수성이 있음을 강조하여 이러한 생명권적 이익이 그 성장 상태에 따라 달라진다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 여성의 생명이나 신체의 위험 등을 사유로 하는 것이 아니라 ‘사회적·경제적 사유’를 이유로 낙태를 허용할 경우 일반적인 생명경시 풍조를 유발할 우려가 크다는 점을 이유로 한다.³³⁾

30) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 404.

31) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 404-405.

32) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 406-407.

33) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 407-409.



3) 관련사례

자기결정권이 문제되어 권리주체성 및 자기책임성이라는 민주시민의 역량이 사회적 갈등의 현안이 된 사례로는 성적 자기결정권과 관련한 간통죄의 폐지를 둘러싼 논쟁이 있다. 간통죄의 보호법익인 혼인과 가정의 유지는 당사자의 자유로운 의지와 애정에 맡겨야지, 형벌을 통하여 타율적으로 강제될 수 없는 것이라는 입장³⁴⁾과 간통은 일부일처제에 기초한 혼인이라는 사회적 제도를 훼손하고 가족공동체의 유지·보호에 파괴적인 영향을 미치는 행위라는 점에서 개인의 성적 자기결정권의 보호영역에 포함되어 있다고 보기 어렵다는 견해³⁵⁾가 대립하고 있다.

4) 민주시민교육에서 가지는 시사점

임신중지를 형벌로 전면적으로 통제하는 형벌규정은 헌재에 의하여 헌법불합치 결정을 받았다.³⁶⁾ 이 결정의 결과 2020년 12월 31일까지 관련 형벌은 잠정 적용이 가능한 상태였고 위헌상태를 해소하기 위한 입법이 그때까지 이루어지도록 되어 있었다. 그러나 국회에서는 개정입법을 마련하지 못하여 현재 임신중지, 즉 낙태에 대한 처벌규정은 무효화된 상태이다. 향후 임신중지 일부 범죄화를 위한 입법이 진행될 것으로 예상되나 그 시기는 오리무중인 상태이다.

임신중지의 범죄화는 여성의 자기결정권의 인정을 통해 그 인권의 질적 향상을 추구하는 여성운동과 태아의 생명권 존중에 인간의 존엄성의 핵심이 존재한다는 종교적 신앙이나 도덕적 신념에 입각한 생명보호운동이 대립되고 있는 사회적 갈등의 영역이다. 민주시민성의 핵심인 자기결정권과 그로부터 파생되는 권리주체성 및 자기책임성이라는 민주시민의 역량이 사회적 공익과 긴장되는 한계지점을 드러내고 헌법상의 기본권 사이의 형량과 조정과정을 통해 대립되는 가치관이 상호 공존될 수 있는 지점에 대한 사회적 합의의 도출과정을 확인할 수 있다. 원래 태아의 생명권을 우선하여 임신중지를 범죄로 처벌하던 법의 태도를 합헌으로

34) 헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17 등, 판례집 27-1상, 20, 20.

35) 헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17 등, 판례집 27-1상, 20, 23.

36) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 404.

결정하던 현재의 태도가 헌법에 합치되지 않는다는 결론으로 변화해 간 것이 그러한 헌법에 기초한 사회적 합의의 도출과정이 가지는 상대성을 보여준다.

사회환경과 민주공화국을 구성하는 다중의 인식과 가치관이 변할 때 그러한 결정은 또 다른 입법과 그에 따른 사회적 공론을 거치게 될 것이다. 민주시민교육에서 임신중지에 관한 여성의 자기결정권과 태아의 생명권을 둘러싼 논쟁을 소재로 기대할 수 있는 효과는 이처럼 사회적 공론의 과정에서 각자의 권리주체성 및 자기책임성이 공동체에서의 공존·공생·공영의 기본이 됨을 확인하고 공유하여 이러한 시민적 역량을 기초로 갈등하는 두 가지 가치를 합리적인 방법으로 해소시켜 가기 위한 지혜를 함양하는 것이라고 할 수 있다.

(나) 제대군인가산점제도는 성차별인가?

1) 쟁점의 소재와 유사한 쟁점

병역의무의 이행을 둘러싼 사회적 갈등은 자기결정권과 동전의 양면을 이루는 평등권에서 파생되는 상호존중이라는 시민역량의 중요성을 확인할 수 있는 중요한 소재이다. 특히 병역의무가 성별을 기준으로 의무화되다보니 의무이행으로 사회진출에 불이익을 받는다는 인식이 성별대결로 왜곡되어 비화되는 경우가 사회적 현안이 되고 있다. 대표적으로 병역의무를 이행한 제대군인에게 공무원채용시험이나 주요취업기관 입사시험에 군복무경력에 따른 가산점을 부여하는 제도가 성별대결의 양상을 띠고 있다.

제대군인가산점제도는 군복무로 인하여 제한된 개인의 권익을 보전해 주는 한편, 현역장병들의 사기가 저하되지 않도록 함으로써 안정된 국방력을 확보하기 위하여 시행되는 제도로서 헌법상 기본의무인 국방의 의무를 이행하기 위한 병역의무의 이행에 의한 불이익을 금지한 헌법정신에 부합하지 않고 충분한 합리성을 가진 우대조치라는 주장과 이 제도의 시행으로 경쟁률이 매우 높은 공무원



채용시험등에서 당락을 결정하는 결정적 기준이 됨으로써 실질적으로 여성이나 장애인들의 공무담임권이나 직업선택의 자유가 불합리하게 차별로 침해된다는 주장이 대립하고 있다.

이런 성별이나 장애를 이유로 한 차별을 강화하는 효과를 수반하는 가산점제도와는 반대로 역사적으로 누적된 성별이나 장애를 이유로 한 구조적 차별의 문제를 해결하기 위하여 이 차별대상이 되어온 집단의 구성원에게 임시적으로 불평등을 해소하기 위하여 적극적인 지원정책을 제공한 소위 잠정적 우대조치 혹은 적극적 차별해소 정책(affirmative action or positive discrimination)의 헌법적 정당성 또한 사회적 논란이 될 수 있는 여지를 내포하고 있다. 왜냐하면 이러한 우대조치는 성별이나 장애 등을 기준으로 하는 것으로 선의의 목적이기는 하지만 성별이나 장애 등을 기준으로 한 차별금지라는 헌법의 평등원칙과 일차적으로 충돌되는 역차별(reverse discrimination)의 문제를 가지고 있기 때문이다.

2) 상반된 견해

제대군인가산점제도와 관련하여 성별에 의한 차별이 아니며, 설령 성별에 의한 차별이라고 하더라도 입법목적에 합리적 이유가 있어 헌법상 허용된다는 주장과 성별등에 의한 차별로 헌법상 용인될 수 없는 차별이라는 주장이 대립한다. 제대군인가산점제도의 필요성과 정당성을 주장하는 입장은 제대군인가산점제도를 도입한 입법취지를 감안하여, 군복무 중에는 학업 또는 생업을 포기하여야 하고 취업할 기회와 취업을 준비하는 기회도 상실하게 되는 개인적 희생을 감수하여야 하므로 이러한 손실을 최소한도나마 보전해 줌으로써 전역후 빠른 기간 내에 일반사회로 복귀할 수 있도록 해 주는 것이 군복무를 하지 않고 일반 사회생활을 한 사람들과의 형평에 부합할 뿐만 아니라 군복무자와 비복무자를 기계적으로 동등하게 취급하여 경쟁하도록 하는 것은 대부분의 군복무자들의 공무담임권과 직업선택의 자유를 원천적으로 제한하는 결과가 되고, 실질적 평등의 원칙에도 어긋난다는 것이 주요 논거이다.³⁷⁾

이러한 주장에 대하여는 다음과 같은 반대 입장이 제기된다. 전체여성 중의 극히 일부분만이 제대군인에 해당될 수 있는 반면, 남자의 대부분은 제대군인에 해당하므로 가산점제도는 실질적으로 성별에 의한 차별이자, 병역면제자와 보충역복무를 하게 되는 자를 차별하는 제도로서 제대군인에 대하여 여러 가지 사회정책적 지원을 강구하는 것이 필요하다 할지라도, 그것이 사회공동체의 다른 집단에게 동등하게 보장되어야 할 균등한 기회 자체를 박탈하는 것이어서는 아니 되는데, 가산점제도는 아무런 재정적 뒷받침없이 제대군인을 지원하려 한 나머지 결과적으로 여성과 장애인 등 이른바 사회적 약자들의 희생을 초래하고 있어 정책수단으로서의 적합성과 합리성을 상실하여 제대군인에 비하여, 여성 및 제대군인이 아닌 남성을 부당한 방법으로 지나치게 차별하는 것으로서 헌법 제11조에 위배된다고 본다.³⁷⁾

3) 민주시민교육에서 가지는 시사점

현재 제대군인가산점제도는 성별과 장애에 따른 평등권 위반을 이유로 위헌이 된 상태이며 보완입법 논의가 있으나 실현가능성은 미지수이다.

분단상황에서 국방의 의무에 따른 병역의무의 이행은 국가안보를 위한 매우 중요한 요소이다. 따라서 병역 의무 이행으로 사실상 발생하는 불이익에 대한 국가와 사회의 인정과 이를 시정하기 위한 지원방안을 모색하는 것은 공동체유지와 발전을 위해 필요한 국가정책적 사항이다. 그런데 현대전이 전면전의 성격을 띠고 있는 점을 고려할 때 병역의무 외에 민방위 등 다양한 국방의 의무 실현방법이 존재하고 경제사회 활동 자체가 전쟁의 후방환경을 제공하기도 하는 등 국방의 의무의 이행방식은 매우 다양해지고 있는 점을 감안한다면 제대군인에 대한 지원정책이 동료 시민의 기본권적 이익을 침해하는 방식보다는 상호 조

37) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 779-780.

38) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 770-773.



화가 될 수 있는 방식을 모색하는 것이 합리적인 정책적 접근법이라고 할 수 있다. 국방의 의무와 공무담임권이나 직업선택의 자유와 같은 기본권이 갈등을 초래하기 보다는 조화를 이루어야 하는 것이 민주공화제를 추구하는 헌법의 정신에 부합하기 때문이다.

시민적 자기결정권은 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 바탕하여 시민으로서의 자아를 형성하는 근본을 이루는 것인데 이러한 시민성은 공동체적 기반을 토대로 하는 것이고 각자의 시민적 자기결정권에 따른 권리주체성과 자기책임성이 충분히 발현될 수 있도록 서로 사이에 인격을 존중하는 상호 존중의 역량이 필요하다는 점에서도 제대군인가산점을 둘러싼 사회적 갈등의 본질을 헌법적 기준과 절차에 따라 공론화하고 합리적 해결방안을 모색하는 것이 필요하다. 민주시민교육에서 제대군인가산점제도를 둘러싼 논쟁을 소재로 기대할 수 있는 효과는 제대군인 지원의 문제가 성별갈등의 관점에서 왜곡되지 않고 기본적 의무와 기본적 권리가 상호 독자적인 헌법적 의의와 기능을 실현할 수 있도록 민주공화적 원리와 제도의 틀 속에서 권리주체성 및 자기책임성과 상호 존중의 시민역량을 발휘하여 사회적 합의를 도출하려는 지혜를 함양하는 것이라고 할 수 있다.

(2) 공사구별능력 및 정치적 능동성

(가) 법관에 의한 위헌법률심판은 반민주적인 제도인가?

1) 쟁점의 소재와 유사한 쟁점

민주시민성의 정치적 요소인 정치적 자유와 참정권이 선결요소로 전제하는 시민의 공사구별능력과 정치적 능동성은 민주공화적 제도에 대한 종합적 이해에 기반하여 형성될 수 있다. 예컨대, 비정치적 생활영역과 정치적 생활영역을 구분할 필요성에 대한 이해력, 즉 공사구분능력이 일반시민보다 더 강하게 요청된

공직의 기능과 역할에 대한 이해를 필요로 한다. 그에 유용한 쟁점이 바로 양심에 따라 독립하여 심판할 헌법적 의무를 지는 법관에 의해 민주적 정치과정에서 결정된 국가정책에 대한 유무효 여부에 대한 최종 판단이 내려지는 제도인 위헌법률심판을 비롯한 헌법재판의 민주적 정당성에 대한 문제이다.

법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성된 헌법재판소가 국민대표기관인 국회가 제정한 법률이 헌법에 위반된다는 이유로 그 효력을 상실시키는 결정을 하는 것은 사법공무원으로 하여금 민주적 정치과정을 통해 결정된 입법의사보다 우월적 결정을 하게 하는 것으로 민주주의 원칙에 위배되는 것은 아닌지가 문제된다. 혹은 정치과정에서 결정되는 것이 바람직한 국가현안을 재판과정을 통해 해결하는 것은 정치를 과도하게 사법화시킴으로써 민주공화국이 아니라 법관공화국 내지 사법통치(juristocracy)를 초래할 수 있다는 주장도 유사한 문제의식이 산물이라고 할 수 있다.

2) 상반된 견해

이 쟁점과 관련하여 크게 두 가지 입장이 있다.

첫째, 헌법재판은 반민주적이지만 헌법적 정당성이 있다는 견해이다. 헌법이 국민대표기관인 국회의 입법권을 통제하기 위해 명시적 근거를 두고 적극적으로 도입한 제도이므로 민주주의 원칙을 헌법적 견제와 균형의 원리에 입각하여 완화한 것이어서 민주주의 원칙과 긴장관계에 있지만 헌법적으로는 정당하다는 입장이다.

둘째, 헌법재판은 반민주적이지 않다는 견해이다. 이 견해를 뒷받침하는 여러 논거가 있지만 기본적으로 민주주의의 정의에 대한 다양한 견해의 차이를 반영한 것이다. 민주주의가 단순히 다수결 원칙에 입각한 정치과정에서의 결정에 따른 통치를 의미하는 것이 아니라 소수자의 견해를 존중하고 기본적 인권의 본질적 내용을 침해하지 않을 한계 속에서의 다수결에 의한 지배를 의미한다고 보



게 되면 헌법재판은 다수결의 전제조건이 충족되었는지를 심판하는 국가작용으로 오히려 민주주의를 강화하는 민주적 제도일 수 있다는 견해이다. 예컨대 소수자의 정치적 권리를 침해하는 다수결에 따른 정치관계입법에 대한 위헌심사는 선별되고 소외되는 시민의 정치권을 보장하여 민주적 의사결정과정의 왜곡을 방지한다는 점에서 민주주의를 실현하는 것이지 저해하는 것으로만 볼 수 없다는 논지이다.

3) 관련사례

헌법재판과 관련하여 일반적 관심을 끌었던 쟁점으로는 현재가 대통령을 파면하는 탄핵결정을 내리기 위해서는 현재 재판관 정원인 9인 모두가 총원될 경우에만 가능한가의 문제가 있다. 박근혜 대통령 탄핵사건에서 박대통령의 변호인 중에 8인 재판부에 의한 탄핵결정은 피청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하여 위헌이라고 주장³⁹⁾한 경우가 있었으나 현재는 헌법에 위배되지 않는다고 판단하였다.⁴⁰⁾

4) 민주시민교육에서 가지는 시사점

위헌법률심판을 비롯한 헌법재판이 다수결주의와 정치과정 우선론에 입각한 민주공화적 대의민주주의와 어떻게 조화를 이룰 수 있을 것인지의 문제는 법관의 양심에 따른 판단의 공적 권위의 인정 여부와 직결된다. 만일 법관의 공사구별능력에 대한 의심이 있게 된다면 이처럼 재판절차에 의하여 정치적 결정의 운

39) 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 19.

40) “헌법재판은 9인의 재판관으로 구성된 재판부에 의하여 이루어지는 것이 원칙이다. 그러나 현실적으로는 일부 재판관이 재판에 참여할 수 없는 경우가 발생할 수밖에 없다. 이에 헌법과 헌법재판소법은 재판관 중 결원이 발생한 경우에도 헌법재판소의 헌법 수호 기능이 중단되지 않도록 7명 이상의 재판관이 출석하면 사건을 심리하고 결정할 수 있음을 분명히 하고 있다. 그렇다면 헌법재판관 1인이 결원이 되어 8인의 재판관으로 재판부가 구성되더라도 탄핵심판을 심리하고 결정하는 데 헌법과 법률상 아무런 문제가 없다.”(현재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 2).

명이 좌우되는 것은 애당초 가능하지 않게 된다. 헌법재판의 반민주성에 대한 상반된 견해도 모두 법관의 공사구별능력을 전제하고 있다는 점에서 근본적으로 일치한다. 결국 민주시민교육에서 헌법재판의 민주적 정당성에 대한 논쟁을 소재로 할 때 민주시민의 공적 활동에 필수적인 공사구별능력의 중요성을 법관등 공무원을 비롯한 일반시민들에게 체득하게 함과 동시에 헌정제도에 대한 체계적 이해가 이러한 공사구별능력을 함양하는 기초교육의 과정임을 확인시켜 주는 기대효과를 가진다.

(나) 정당의 이익은 국가전체의 이익과 충돌하는가?

1) 쟁점의 소재와 관련 쟁점

민주시민성의 정치적 요소인 정치권에 필수적인 비정치적 생활영역과 정치적 생활영역을 구분할 필요성에 대한 이해력, 즉 공사구분능력이 민주공화적 헌정체제에서 복합적으로 발휘되어야 함을 보여주는 또 다른 소재를 정치적 결사인 정당에게 ‘공공의 지위’를 부여하는 현대 민주공화제의 발전에서 찾아볼 수 있다. 현행 헌법 제8조와 같이 복수정당제를 헌법이 보장하고 정당의 자유로운 설립을 보장하는 한편 정당에 대한 국가의 보조를 가능하게 허용하는 한편 정부의 제소와 현재에 의한 해산결정에 의해서만 정당을 해산할 수 있도록 특별히 보호하는 것은 정당중심적 민주주의를 채택한 것이라고 할 수 있다. 그러나 정당의 자율성을 인정하면서 정당을 헌법질서의 활동주체로 인정하는 헌법의 태도는 국민대표를 통해 국민주권주의를 실현하는 대의민주주의와 충돌할 수 있는 가능성을 안고 있다. 예컨대, 정당의 추천을 받아 국민대표인 국회의원이 된 국민이 정당의 당론과 달리 국회의원으로서는 발언하고 표결하는 경우가 대표적이다.



2) 상반된 견해

정당민주주의의 관점에서 보면 당론을 중심으로 정당의 정체성과 통일성을 확보해야 하므로 당론에 어긋나는 의정활동을 하는 경우 해당행위로 징계하거나 당사자의 의사에 반하여 국회 상임위원회 배정을 변경하는 것이 가능하다는 결론에 도달할 수 있다.

반면 대의민주주의의 관점에서 보면 헌법 제46조 제2항에서 명문화하였듯이 국회의원은 정당의 대표라는 지위에 앞서 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행할 헌법적 의무가 있으므로 당론에도 불구하고 의정활동을 한 경우 징계를 하거나 강제적으로 상임위 배정의 사보임을 변경하는 것은 대의민주주의의 원칙에 어긋나는 것이 될 수 있다.

3) 관련사례

정당의 헌법화의 핵심요소는 정당은 일반 정치적 결사와는 달리 헌법이 정하는 엄격한 절차에 의해서만 그 존속에 영향을 줄 수 있다는 원칙이다. 바로 정당해산절차이다. 현행 헌법 제8조 제4항은 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때 정부의 제소와 현재의 심판으로 정당은 해산될 수 있다. 정당이 정당의 자유에 따라 스스로 해산하는 경우를 제외하고 그 의사에 반하여 강제로 해산되는 경우를 엄격히 제한하고 있는 것이다. 이러한 정당해산제도가 우리 헌법에 도입된 것은 4.19혁명이후 제정된 1960년 제3차 개정 헌법이 처음으로 1958년 소위 진보당 사건으로 등록취소제도라는 행정조치에 의해 정당이 해산된 사례를 반복하지 않기 위한 것이다. 2014년 현재는 통합진보당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배된다는 이유로 해산을 결정하였는데 1인 소수의 견은 그 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는 수준에는 이르지 않았다고 판단하여 주목을 받았다.⁴¹⁾ 현대 민주주의 핵심제도인 복수정당제에 중대한

41) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 1-11 참조.

의미를 가질 수 있는 정당의 목적이나 활동에 대한 정치적 대립과 갈등은 민주적 기본질서라는 헌법적 해산요건의 해석과 적용을 기준으로 합리적으로 해소될 수 있고 민주적 기본질서는 다원적 정치현실에서 모든 시민과 정당들이 공존하기 위한 최소한의 정치질서를 의미하므로 이러한 정치적 질서의 정의와 내용에 대한 정확한 이해와 공론에 필요한 시민역량인 공사구별역량과 정치적 능동성의 헌법적 가치를 확인할 수 있을 것이다.

4) 민주시민교육에서 가지는 시사점

정당의 헌법화는 정당에 소속된 시민의 공사구별능력이 효과적으로 발휘되지 않을 때 정치의 파당화를 초래하여 민주공화제에 위협이 될 수 있다는 것은 제임스 매디슨으로 대표되는 미국 공화주의 정치철학의 대표적인 문제의식이었다. “소수이든 다수이든 일정 수의 시민들이 정념(passion), 혹은 이해(interest)의 공통된 충동으로 단결하여, 다른 시민들의 권리나 공동체의 영속적이고 총체적인 이득에 반하는 활동”을 하는 것을 파당(faction)으로 정의한 매디슨은 파당의 원인을 근원부터 제거하는 것은 개인의 자유를 인정하는 한 불가능할 뿐만 아니라 전체주의를 추구하게 되는 것이므로 용납할 수 없기 때문에 파당의 폐해가 극단적으로 나타날 수 있는 순수한 다수제 직접 민주주의가 아니라 그 부작용을 최대한 완화할 수 있는 합리적 대안으로 공화적 정부형태(republican form of government)인 대의민주주의(representative democracy)를 주창하게 된다.⁴²⁾ 이런 논지로부터 정당중심의 민주주의는 어디까지나 대의민주주의의 틀과 조화되는 한계 속에서 민주공화적 제도로서의 의미를 확보할 수 있게 되고, 공사구별능력은 시민의 정당을 통한 정치활동에서 핵심적인 역량으로 민주시민이 갖추어야 할 필수적인 덕성임을 알 수 있다. 민주시민교육은 정당의 헌법상의 지위와 대의민주주의와의 관계를 소재로 다양한 사회적 갈등이 정치적 갈등으로 전

42) 자세한 박성우, “매디슨 공화주의의 정의(定義)와 현대적 의미: <연방주의자 논고> 10번의 해석과 자유주의·공화주의 논쟁을 중심으로”, 21세기정치학회보 제18집 제3호, 2008 참조.



화되는 민주적 정치과정에서 공사구별능력에 입각한 공화적 견제와 균형 및 절제의 자세와 기술을 학습하고 연마하는 기회를 제공하게 된다.

(다) 선거관련 공직배분의 약속은 처벌받아야 하는가?

1) 쟁점의 소재와 관련 쟁점

민주시민성의 정치적 요소인 정치권에 필수적인 공사구별능력이 요구하는 비정치적 생활영역과 정치적 생활영역의 구별을 오해하여 아예 민주공화체제가 전제하는 정치적 능동성과 자율성을 훼손하는 정치활동 규제가 만연한 것이 공직선거법이나 정당법 등 한국 정치관계법의 실상이다. 민주시민교육을 통해 민주공화국의 시민들이 가진 기본적인 정치적 자유와 권리, 그리고 그에 필수적으로 결부된 공사구별능력과 정치적 능동성의 의미를 제대로 이해하지 못한 탓이다. 예컨대, 민주화 이후 대통령 선거와 국회의원 총선거에는 유력거대정당을 중심에 두고 다른 정당들이 선거승리를 위한 이합집산을 하는 소위 후보단일화가 중요 변수가 되어 왔음에도 선거법이나 정당법은 정당 등 정치세력 사이의 연합정치에 대해 원론적으로 부정적 입장에서 매우 강한 규제를 가능하게 하고 있다. 이는 민주공화국 헌정질서에서 핵심적 의미를 가지는 정당민주주의와 민주시민성의 요체인 정치적 능동성을 요구하는 기본적 권리인 정치활동의 자유를 과도하게 제한하는 것은 아닌가라는 논쟁이 제기되고 있다.

예를 들어, 공직선거법 제232조는 후보자에 대한 매수 및 이해유도죄를 규정하고 있는데 이 규정에 의해 형사처벌의 대상이 되는 행위유형은 다음과 같이 규정되어 있다.

공직선거법 제232조(후보자에 대한 매수 및 이해유도죄) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 후보자가 되지 아니하게 하거나 후보자가 된 것을 사퇴하게 할 목적으로 후보자가 되고자 하는 자나 후보자에게 제230조(매수 및 이해유도죄)제1항제1호에 규정된 행위를 한 자 또는 그 이익이나 직의 제공을 받거나 제공의 의사표시를 승낙한 자

2. 후보자가 되고자 하는 것을 중지하거나 후보자를 사퇴한데 대한 대가를 목적으로 후보자가 되고자 하였던 자나 후보자이었던 자에게 제230조제1항제1호에 규정된 행위를 한 자 또는 그 이익이나 직의 제공을 받거나 제공의 의사표시를 승낙한 자

이 조항에서 이익이나 직의 제공 자체를 불법행위로 단정하고 있는데 이러한 포괄적 규제는 선거연합이나 정책연합을 통해 정치적 목적을 달성하는 행위를 너무 폭넓게 규제할 수 있는 위험성을 가진다는 문제제기가 지속되어 왔다.

2) 상반된 견해

선거연합을 위한 후보사퇴와 그에 대한 대가의 제공이 후보자 사퇴 또는 선거일 후에 행하여짐에 따라 설령 그 사퇴행위 또는 당해 선거 결과에는 직접적인 영향을 미치지 아니하였다고 하더라도, 선거제도라는 관점에서 보면 위 행위는 엄연히 선거의 공정과 피선거권 행사의 불가매수성을 훼손하는 선거부정에 해당하므로, 이를 처벌하는 것은 위 규정의 입법 목적을 달성하는 데 적합하고 효과적인 수단이 된다는 견해가 현재까지 법원의 유권해석이다.⁴³⁾

이에 대하여 다음과 같은 논지의 비판론이 있다. 정당이나 선거에 영향을 미치고자 하는 유권자는 다원적 민주주의의 구조 속에서 특정의 정책을 걸고 경쟁자들과 경쟁한 끝에 국민의 선택을 받는 것을 자유로이 할 수 있어야 한다. 이 과정에서 ‘대동소이(大同小異)’한 이념이나 정강을 가진 정당이나 후보자 및 유

43) 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도4637 판결.



권자가 ‘대이소동(大異小同)’한 다른 정파와의 경쟁에서 승리하기 위하여 연합하는 것은 지극히 본질적인 내용이다. 또한 선거에서의 승리는 결국 이념이나 정강의 실현을 위한 것이므로 선거의 결과 당선자나 그 소속정당이 권한을 가지는 정치적 공직을 배분하는 것은 선거의 목적에서 본질적으로 요청되는 것이다. 따라서 “직의 제공”을 전제로 한 정치연합을 형사처벌할 수 있는 현행 공직선거법 제232조 제1항 제1호 및 제2호는 헌법상의 복수정당제나 선거제도의 본질적 요소를 형사처벌하는 것으로 그 위헌여부는 매우 엄격한 법치주의적 기준에 따라 판단되어야 한다. 특히 정치과정에서 다수를 점하고 있는 정치세력은 정치신인이 등장하는 것 내지 정치적 경쟁자들이 연합하여 정치적 기득권을 위협하는 것을 막기 위하여 정치연합을 통한 후보단일화가 성사되기 힘들도록 선거과정을 규제하여 민주주의를 구조적으로 왜곡할 수 있다는 점을 명심하여야 한다.

3) 민주시민교육에서 가지는 시사점

민주공화정치는 다양한 정치적 견해를 가진 시민들과 정당들이 민주적 기본 질서의 틀 속에서 자유롭게 경쟁하고 연합하여 주기적으로 치러지는 선거에서 승리함으로써 국가권력을 일정기간 번갈아 담당하는 것을 기본으로 한다. 따라서 정치과정에 대한 국가의 개입은 아주 엄격한 조건에 따라서 예외적으로 공익에 대한 침해가 매우 중대한 경우로 제한하는 것이 필요하다. 국가가 공권력을 발동하여 정치활동을 과도하게 규제하는 것은 결국 국가권력을 일시적으로 장악한 정당이나 정치세력이 공익을 빌미로 민주공화적 정치질서를 왜곡하고 훼손할 수 있는 위험성이 크기 때문이다. 따라서 민주시민성의 정치적 요소인 정치적 자유나 참정권을 최대한 보장하여야 시민들의 정치적 능동성이라는 역량 또한 최대한 자유롭게 함양되고 실현될 수 있다. 정치연합에 대한 과도한 규제사례를 소재로 한 민주시민교육은 기성정치권력이 다양한 정치적 방식으로 새로운 정치권력을 형성하려는 신진정치세력을 억압하는 등 공사구별능력이 결여되어 국가권력을 자의적

으로 행사할 수 있고 그 결과 일반 시민의 정치적 능동성 또한 위축되는 사례와 그 명분에 대한 인식을 제고할 수 있는 중요한 소재라고 할 수 있다.

(3) 사회적 배려와 연대성

(가) 동성혼은 사회보장의 대상에서 제외되어야 하는가?

1) 쟁점의 소재와 구조

동성과 혼인을 통해 가족을 형성할 것인가의 문제는 시민적 자기결정권의 문제를 내포하고 있다. 동성혼과 관련한 자기결정권의 문제는 앞서 여성의 임신중지와 관련한 경우와는 달리 다른 권리주체의 권리와 직접적으로 충돌하는 문제가 아니지만 기본적으로 공동체의 종교적이거나 윤리적 가치판단이 혼인이라는 사회적 제도와 결합하여 특별한 집단의를 형성하고 있는 것이라는 점에서 유사하다. 따라서 여성의 임신중지와 관련한 자기결정권의 문제와 마찬가지로 다양한 법익의 교량과정을 통해 사회적 합의를 도출하는 것이 필요하다.

그런데 동성혼의 인정문제는 자기결정권과 그에 수반되는 부당한 차별금지의 문제일 뿐만 아니라 사회보장이라는 또 다른 영역에서 실질적 문제를 제기한다. 여기에서는 민주시민성의 사회경제적 요소인 사회권의 보장과 이에 수반되는 시민역량인 사회적 배려와 연대성에 연계되는 민주시민교육의 소재로 동성혼을 한 시민들이 사회보장의 대상에서 제외되어 사회적 배려와 연대의 대상이 되지 못하게 되는데 대한 사회적 대립을 검토한다.

2) 상반된 견해

동성과 혼인을 통해 가족을 형성할 것인가의 문제는 시민적 자기결정권의 문



제이지만 혼인을 조건으로 형성된 사회경제적 제도를 어떻게 확대하여 적용할 수 있을 것인가에 대한 별개의 문제를 제기한다. 예컨대, 건강보험 피부양자 자격을 동성혼 사실혼 관계에 있는 시민들에게는 인정할 것인가의 문제가 있다.

동성혼인자들은 사실혼 관계에 있는 동성배우자도 사실혼 관계에 있는 이성 배우자와 마찬가지로 건강보험 피부양자 자격을 인정해야 한다고 주장한다. 민법상 사실혼이 가족관계라는 사회적 관계에 대한 법적 개념인 반면 사회보장에서의 사실혼은 경제공동체적 관계에서 인간다운 생활을 할 권리라는 기본권을 보장하는 법적 요소라는 점에서 본질적으로 구별되고 사회보장은 시민적 생활의 경제적 기초와 직결되는 영역이어서 경제공동체적 결합관계에 기초하여 인정될 필요가 있다고 본다.

반면 동성 배우자에 대하여 사회보장의 영역에서 결합관계를 인정하는 것은 혼인과 가족생활을 양성관계를 기초로 형성하고 보장할 의무를 국가에 부과하는 헌법의 취지에 반하여 동성혼을 법적으로 인정하고 조장하는 것이라는 이유로 동성 배우자를 건강보험에서 피부양자로 인정할 수 없다는 견해가 대립하고 있다.

3) 관련 사례

동성혼과 관련하여 혼인관계에 준하는 권리가 문제되는 경우는 사회보장 수급의 문제에 국한되지 아니한다. 동성혼은 “법령에서 규정하고 있는 부부 혹은 가족으로서의 각종 권리” 가운데 상대방에 대하여 동거나 부양을 요청할 권리, 일상가사대리권, 생활비용 공동부담요구권, 상속권이나 유류분을 청구할 권리, 각종 세법상의 가족공제청구권 등⁴⁴⁾을 누릴 수 없게 된다. 이 권리는 법적 혼인의 개념을 확대해야만 인정될 수 있는 권리의 성격을 가지므로 혼인상대방을 결정한 자기결정권과 직결되는 권리라고 할 수 있다. 그러나 이런 경우에도 사회보장 수급의 경우와 마찬가지로 혼인에 준하는 유대관계자의 특수성을 인정하는 법리의 발전 가능성을 민주시민교육의 차원에서 소재로 논의할 여지가 충분하다.

44) 서울서부지법 2016. 5. 25. 자 2014호파1842 참조.

4) 민주시민교육에서 가지는 시사점

현재 동성과 혼인을 통해 가족을 형성할 수 있는 동성혼에 대한 법적 승인은 허용되지 않고 있다. 현재는 혼인을 “1남 1녀의 정신적·육체적 결합”⁴⁵⁾ 혹은 “근본적으로 애정과 신뢰를 기초로 하여 남녀가 결합하는 것”⁴⁶⁾이라고 전제하여 동성혼은 승인하지 않고 있는 인식을 보여주고 있다.⁴⁷⁾ 대법원도 혼인을 “남녀의 애정을 바탕으로 하여 일생의 공동생활을 목적으로 하는 도덕적, 풍속적으로 정당시되는 결합”으로 정의하여 재판의 기준으로 삼고 있으며⁴⁸⁾, ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다’라고 규정한 헌법 제36조 제1항에 근거하여 “혼인이란 남녀 간의 육체적, 정신적 결합으로 성립하는 것으로서, 우리 민법은 이성(이성) 간의 혼인만을 허용하고 동성(동성) 간의 혼인은 허용하지 않고 있다.”⁴⁹⁾하여 ‘남녀 간의 결합’만을 혼인으로 인정하여 왔다.

이처럼 기본적으로 혼인관계를 남녀 간의 결합으로 이해하는 사법적 견해는 동성 간 혼인신고 반려처분을 대상으로 하는 사건에서도 이어져서 동성혼 합의를 혼인의 합의라고 할 수 없고 그에 따른 신고를 적법한 혼인신고라고 할 수 없어 혼인신고 불수리 처분은 적법하다는 입장이 이어지고 있는 추세이다.⁵⁰⁾ 나

45) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6 등, 판례집 9-2, 1, 14 참조.

46) 헌재 2011. 11. 24. 2009헌바146, 판례집 23-2하, 222, 224 참조.

47) 그러나 이러한 현재의 판단은 동성혼 자체를 정면으로 다룬 것이 아니라 동성동본금혼조항이나 세법관련 조항에 대한 위헌심사의 과정에서 방론으로 전제된 것이므로 향후 동성혼 자체를 심판대상으로 하는 결정을 통해 직접적인 헌법해석이 이루어질 것으로 예상된다.

48) 대법원 1982. 7. 13. 선고 82므4 판결, 대법원 1999. 2. 12. 선고 97므612 판결, **대법원 2000. 4. 21. 선고 99므2261 판결**, 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003므248 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014므4734, 4741 판결 등 참조.

49) 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정.

50) 예컨대, 서울서부지법 2016.12.25. 2016브6; 서울서부지법 2016. 5. 25. 자 2014호파1842; 인천지법 2004. 7. 23. 2003드합292. 이와 같은 하급심 결정들의 전제는 “법적 의미에서의 혼인은 ‘남녀 간의 결합’을 가리키는 것이므로, 동성애적 성적 지향을 기초로 동성 간의 결합을 하고자 하는 사람의 성적자기결정권 속에는 동성 간의 결합을 할 자유와 동성 간의 결합에 있어서 상대방을 결정할 수 있는 자유가 있을 뿐이지, 이를 넘어서서 적극적으로 동성 간의 결합을 법적 의미의 ‘혼인’으로 인정받을 권리까지 헌법 제10조의 인격권이나 행복추구권으로



아가 이런 결정들은 민법상의 혼인관계에 기초하여 동성 간의 사실혼이 경제공동체적 유대관계를 가지는 안타까운 사정만으로 이해하고 이에 대한 법적 조치는 법적 혼인관계가 아니라는 이유만으로 부인하는 태도를 보이고 있다.

이와 같은 사법적 태도에 따라 동성혼 상태에 있는 경우 이혼 시의 재산분할청구권, 의료관계에서 입원 수술 등에 적법한 동의를 하고 사망 시 장례를 주관할 권리, 국민건강보험에 있어 가족으로 혜택을 받을 권리, 근로기준법이나 국민연금법상 유족보상 혹은 유족연금을 받을 권리 등은 반드시 법적 의미에서의 혼인관계를 전제로 해야 할 필요가 없고 개별적인 정서적 유대나 경제적 기여여부에 따라 결정될 수 있는 사항이다. 동성혼에 이러한 권리를 확대해석하는 것에 부정적인 일련의 사법적 결정들은 구체적인 입법의 불비와 법해석권에 따른 사법권의 한계를 제시하고 있으나 헌법 제10조에서 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 국가에 부여하고 있을 뿐만 아니라 헌법 제10조에서 보장하는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과 그 구체화로서 헌법 제34조 제1항에서 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 있는 취지를 체계적으로 종합하면 시민적 자기결정권을 행사하여 법적 의미의 혼인이든 사실혼이든 정서적 유대관계를 긴밀히 형성하고 경제생활을 공동으로 영위해 온 결합관계에 대하여 오로지 형식적 법률관계만을 근거로 법적 권리를 차별적으로 인정할 수 있는 여지를 두는 것은 민주시민성의 사회적 요소인 사회권 보장의 기본 취지를 소홀히 하고 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 최소한의 보장 의무를 국가가 방기하는 결과를 초래할 수 있다는 점을 고려할 수 있다.

민주시민교육에서 동성혼에 따라 사회보장의 대상에서 제외되는 사안을 소재로 삼게 되면 헌법이 보장하는 민주시민성의 다양한 헌법적 권리를 실현하는데 긴요한 시민역량인 사회적 배려와 연대성에 대해 고민하고 사회적 합의를 이루기 위한 공론장을 형성할 수 있는 기반을 조성할 수 있을 것이다.

부터 곧바로 도출된다고 보기는 어렵다.”는 헌법적 판단에 기초하고 있다(서울서부지법 2016. 5. 25. 자 2014호파1842).

(나) 무상급식은 무상의무교육의 내용이 아닌가?

1) 쟁점의 소재와 구조

민주시민이 시민적 자기결정권과 정치적 권리를 효과적으로 행사하기 위해서는 스스로의 인격에 기초하여 가치관을 형성하고 그에 따라 삶을 영위하기 위한 물질적인 기반이 필요하다. 이러한 생활의 기반은 스스로의 책임에 따라 자유롭게 형성하는 것이 원칙이지만 자활이 어려울 수 있는 경우 이를 돕기 위한 다양한 사회적 배려와 연대가 필요하다. 특히 경제사회생활을 비롯하여 정치생활에 긴요한 시민적 덕성과 능력을 함양하기 위해서는 교육이 필수적이므로 민주시민의 양성을 위해 국가는 능력에 따라 균등한 교육을 받을 수 있도록 환경을 조성할 의무가 있고 시민은 국가에 이를 요구할 권리가 있다.

그런데 이러한 교육을 받을 권리의 필수적 내용은 의무교육의 제공이며, 이 의무교육은 민주공화국의 필수적 기반을 구축하기 위한 것이므로 무상으로 제공하는 것이 필요하며 우리 헌법은 이를 명문으로 인정하고 있다(헌법 제31조 제1항부터 제3항까지). 그런데 이 무상의무교육의 내용에 학교에서의 급식도 포함하는 지가 사회적 현안이 되었다. 입법에 의하여 기본적으로 해소되었지만 구체적 입법이 없는 경우에도 헌법이 명문으로 인정한 민주시민성의 세 번째 요소인 사회권의 내용에 근거하여 무상의무급식을 인정할 수 있느냐의 문제가 있다. 이러한 헌법적 논쟁은 사회권을 통해 민주시민성이 필요로 하는 시민역량인 사회적 배려와 연대성의 문제를 이해하고 실천할 수 있는 대표적 소재가 될 수 있다.

2) 상반된 견해

의무교육 대상자나 그 부모들은 의무교육과정인 학교에서의 급식은 교육과정의 중요부분이므로 급식비를 학부모에게 부담하도록 하는 법률이 무상으로 의무교육을 받을 권리를 침해한다는 견해를 가질 수 있다.



한편 헌법 제31조 제3항에 규정된 의무교육 무상의 범위는 “원칙적으로 헌법상 교육의 기회균등을 실현하기 위해 필수불가결한 비용, 즉 모든 학생이 의무교육을 받음에 있어서 경제적인 차별 없이 수학하는 데 반드시 필요한 비용에 한한다.”고 전제하고 이러한 범위에 “수업료나 입학금의 면제, 학교와 교사 등 인적·물적 시설 및 그 시설을 유지하기 위한 인건비와 시설유지비 등의 부담제외”와 “의무교육을 받는 과정에 수반하는 비용으로서 의무교육의 실질적인 균등보장을 위해 필수불가결한 비용”을 무상의 범위로 설정하면서 “학교급식은 학생들에게 한 끼 식사를 제공하는 영양공급 차원을 넘어 교육적인 성격을 가지고 있지만, 이러한 교육적 측면은 기본적으로 필수적인 학교 교육 이외에 부가적으로 이루어지는 식생활 및 인성교육으로서의 보충적 성격을 가지므로 의무교육의 실질적인 균등보장을 위한 본질적이고 핵심적인 부분이라고까지는 할 수 없다”고 보고 있다.⁵¹⁾

3) 관련 사례

무상급식외에 기본적으로 학부모의 자율적 협찬금의 외양을 갖고 있음에도 그 조성이나 징수의 자율성이 완전히 보장되지 않은 학교운영지원비를 학부모에게 부담시키는 경우 이 사용처가 “교원연구비와 같은 교사의 인건비 일부와 학교회계직원의 인건비 일부 등 의무교육과정의 인적기반을 유지하기 위한 비용을 충당하는데 사용되고 있다”는 점 등을 들어 학교운영지원비는 기본적으로 필수적인 학교 교육에 필요한 비용에 가깝게 운영되고 있다는 이유 등으로 의무교육의 무상범위에 포함된다는 현재의 판례가 있다.⁵²⁾ 이 판례에는 1인의 재판관이 반대의견으로 학교운영지원비가 ‘의무교육의 실질적인 균등보장을 위해 필수불가결한 비용’으로 보기는 어렵다는 견해도 있었다.

51) 헌재 2012. 4. 24. 2010헌바164, 판례집 24-1하, 49, 49-50 참조.

52) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바220, 판례집 24-2상, 455, 455-456 참조.

4) 민주시민교육에서 가지는 시사점

무상급식과 관련한 사회적 갈등은 입법이나 지방조례 등을 통하여 사실상 일 단락되었다. 그러나 사회적 배려와 연대성이라는 시민역량과 관련한 민주시민교육의 사례로 향후 유사한 사회적 관련 사회적 갈등을 해소하는데 필요한 문제의 식과 논리체계를 이해하는데 도움이 될 수 있다. 재난지원 등에서 지속적으로 야기되는 보편복지와 선별복지의 논의나 기본소득을 둘러싼 복지재정의 재구성 문제등도 사회적 배려와 연대라는 민주시민성의 사회적 요소에 필요한 시민역량의 발현을 위해 민주시민교육에서 지속적으로 헌법의 정신을 활용하여 소재로 삼아야 할 사례를 제공한다고 할 수 있다



민주시민교육 연구보고서 2021

Korea Democracy Foundation

헌법에 기초한 민주시민교육의
사회적 합의 촉진 방안 연구

제3장 주시민교육의 대상으로서
대한민국 헌법



제3장 민주시민교육의 대상으로서 대한민국 헌법

1. 대한민국헌법의 역사와 민주시민교육에서의 합의

가. 대한민국 헌정사 인식의 기본틀

가치지향성과 정치성을 기본 속성으로 하는 헌법은 또한 역사적 실재로서 역사사회적 생성과 변천을 특징으로 한다. 민주시민교육의 기준이자 내용이 되는 헌법을 문자로 구성된 법문서로서만 이해하지 않고 역사과정속에서 생명체로 진화해온 역사적 산물로 이해하는 것은 헌법이 민주시민교육이 해결해야 할 다양한 사회적 갈등과 대립의 질곡을 고스란히 반영하고 있을 뿐만 아니라 헌법 그 자체가 국가와 사회의 기본법으로서 그 해석과 적용의 과정에서 다양한 인식들에 의해 재구성되면서 정치적 투쟁의 대상이자 해결기준이 되기도 하는 복합적 역할을 담당하고 있음을 의미한다. 따라서 사회적 합의의 준거로서 헌법을 인식하려는 우리의 접근은 헌법 그 자체가 다양한 사회적 갈등과 대립을 해소하는 과정에서 형성되고 해석되며 변천해 왔음을 전제하게 된다. 결국 헌법의 역사는 다양한 논쟁의 소재가 되는 헌법 규정이나 그 형성의 배경을 제시하고 사회적 갈등의 원인과 동시에 해결책을 제시하는 이중적 성격을 가진다. 헌법에 기초한 민주시민교육을 통해 사회적 갈등을 헌법상의 민주공화적 기준과 절차로 해소하는 공존의 공동체를 지향하는 우리 연구의 지향점을 고려할 때 헌법사 또한 정치는 물론 사회나 경제의 영역에서 이념, 세대, 젠더, 경제주체 등 다양한 기준으로 갈등 상황을 잉태한 배경이나 해결방안을 제시해 줄 수 있는 인식틀로 재구성되는 것이 필요하다.

이런 취지에서 두 가지 점을 고려할 필요가 있다. 첫째, 헌정사를 정치질서에 국한시켜 사고하는 인식의 한계이다. 특히 권력구조를 중심으로 한 정치투쟁

의 역사가 워낙 강렬하다보니 정치에 의해 민주공화제의 경제·사회·문화의 질서가 규정되는 의미를 감안하더라도 헌정생활의 전체적인 구조와 기능 및 영향이 너무 정치일방적으로 이해되는 경향이 있다. 대통령제나 내각제나 이원정부제나와 같은 실질에 제대로 부합하지 않는 정치논쟁이 헌정사의 핵심인 듯 오해되는 것도 그 부산물이다. 어느 정부형태건 법치주의에 따라 의회주의의 기초 속에서 작동하는 것이라는 점, 정부형태는 경제·사회·문화의 질서가 작동하는데 간접적 영향을 줄 수는 있어도 실제적 정책이나 내용의 형성에 미치는 직접적 영향은 제한적이라는 점을 고려하여 헌법 자체에서 경제사회질서에 대하여 어떤 가치정향을 제시하고 있는지에 대해 좀 더 유의하여 고찰할 필요가 있다. 둘째, 헌법은 말 그대로 ‘법적 형식의 헌법’ 그 자체만으로 작동하지 않는다. 앞서 헌법의 의의에서 살폈듯이 법적 형식의 헌법에도 성문헌법만으로 헌법이 추구하는 질서가 형성되는 것이 아니라 정치과정에 의한 입법들에 의해 구체화됨으로써 비로소 현실적 완결태가 된다. 또한 법적 형식이 아니더라도 정치도덕이나 관행에 의해 헌법은 법적 형식의 규범이 채우지 못하는 현실적 간극을 메워야만 한다. 따라서 헌법을 지탱하는 경제사회적 현실적 배경을 종합적으로 조감해야만 헌법의 역사가 비로소 전체적 실체를 드러내게 된다.

나. 민주공화제 헌법의 태동기: 일제강점기 임시정부 헌법의 의의와 관련논쟁

현행 헌법 전문은 “유구한 역사와 전통에 빛나는 대한국민”을 헌법제정권력으로 확인하고 있고 “3.1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통”의 계승을 헌법제정의 전제이자 토대로 제시하고 있다. 따라서 1919년 4월 11일 상해의 임시정부가 대한민국이라는 국호를 처음으로 채택하고 헌정의 기본규범으로 선언한 대한민국임시헌장에서 국가형태를 민주공화체로 정하였기 때문에 우리나라 민주공화국 헌법사의 시초를 이 헌장에서 찾는 것이 합리적이다. 이후 이 헌장은 5차례의 개헌을 거쳐 1948년 제헌헌법에 이르렀다.

또한 1910년 대한제국이 일제에 강점당하였던 역사를 3.1.운동이라는 시민



혁명적 계기를 바탕으로 바로잡고자 대한민국임시정부가 탄생하였으므로 임시정부의 헌정사를 법통의 근거로 삼아 친일잔재를 극복하는 것이 국가의 정통성을 확보하는 핵심적인 공익적 가치임을 확인할 수 있게 된다.

한편으로는 이 시기의 헌정은 말 그대로 ‘임시’정부의 본질을 가지는 것이고 실질적인 국가권력의 수립과 집행이 현실적으로 이루어지지 못하는 한계를 가지고 있다. 또한 일제가 패망한 이후에도 국제정세에 따라 바로 국권을 회복하지 못하고 남북의 분단되어 북위 38선 이남에는 미군정이 3년간 실시되고 임시정부의 정통성이 부인되었던 역사적 단절이 있었다. 따라서 미군정이 종식되고 최초로 총선에 의해 구성된 국회에서 새로이 헌법을 제정하고 그 헌법에 따라 정부를 구성한 1948년의 역사적 계기들을 명실상부한 새로운 국가의 창설, 즉 건국으로 강조하려는 시각이 대두되었다. 이에 대해 임시정부의 법통을 강조하고 일제와 미군정을 국권의 일시적 상실로 이해하는 입장에서 1948년 헌법을 건국헌법으로 규정하는 것에 반대하는 견해가 대립되어 이념논쟁의 양상이 전개되는 빌미가 되었다. 사실 인류사를 되돌아보아도 건국의 개념에 대해서는 다양한 해석이 가능한 만큼 명칭을 두고 극한적인 이념대립으로까지 나아가기 보다는 역사적 진화과정에서 보편적 가치와 결합하여 현재의 민주공화적 전통을 수립해온 단절과 연속의 헌법사로 이해하는 지혜가 필요하다. 무엇보다 민주공화제라는 핵심적 이념과 국가형태에 대한 공통적 지향을 토대로 역사적 연속성을 존중하면서 분단상황 속에서 민주공화제의 핵심적 가치를 구현하는 현행 대한민국을 실질적으로 발전시키는 토대가 된 1948년 헌법 제정과 실질적 정부 수립의 의미를 확인하는 것이 공존의 정신에 기초한 민주공화체제의 정신에 부합한다.

다. 민주공화제 헌법의 형성기: 광복 후 제헌헌법의 제정과 두 차례의 개헌과 그 의의와 한계

1948년 7월 12일에 제정되고 7월 17일에 공포·시행되어 8월 15일 실질적인 국가요소를 기본적으로 완비한 정부가 수립되었다. 제헌헌법은 한민족의 역사에서 처음으로 총선을 통해 제헌국회를 구성하여 국가기본법을 제정하였다는 역사적 의의를 가진다. 아울러 정치적으로는 내각제와 대통령제가 결합된 한국형 대통령제가 채택되어 향후 민주화 과정에서 지속적인 정치적 갈등과 대립의 원인이자 해결책이 되기도 하는 역설적 조건을 제공하였다.

경제질서에서는 특별히 제6장에 경제에 관한 특별 규정을 두어 비정치영역 중에서도 경제와 국가의 관계를 다른 사회문화관계와 달리 설정하는, 한국 헌법의 주요한 특징을 이루는 경제헌법의 역사가 시작되었다. 내용적으로도 “대한민국의 경제질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로 삼는다. 각인의 경제상 자유는 이 한계내에서 보장된다”(제84조)에서 선언함으로써 사유재산제를 인정하면서도 사회정의의 추구가 경제질서의 최고목표가 되는 국가주도의 통제형 경제질서를 채택한 특징이 있다. 이후 이 질서는 질적 전환기를 맞게 되지만 현행 헌법에서와 같이 자유방임주의와 계획경제체제 모두를 지양하는 민주복지국가형 경제질서를 추구하는 헌법사적 기원이 되었다.

제헌헌법의 정치적 조건은 분단체제에 의한 단독정부 수립을 특징으로 한다. 제헌국회는 38선 이북의 대표를 위한 100석의 의석이 총선이 불발됨에 따라 공석인 채로 구성되었다는 정치적 한계를 가졌고 향후 한국 사회에서 분단의 책임을 둘러싼 사회적 갈등의 주요한 원인을 제공하였다. 그러나 이러한 제헌헌법의 한계 또한 헌정의 진화적 발전과정에서 다원사회적 공존을 지향하는 민주공화이념에 의해 합리적으로 재구성되고 재규정될 필요가 있다. 헌법은 특정시대에 고



착된 죽어있는 규범이 아니라 전시대에 걸쳐 시대정신의 변화에 따라 재해석되고 재구성되는 살아있는 규범이고 역사논쟁과 실제적인 규범의 실효성을 따지는 문제는 구별되어야 하기 때문이다.

제헌헌법의 정치부문은 두 차례의 개헌을 포함한 정치파동을 겪게 되는 비운의 대상이 되었다. 헌법제도적으로 대통령을 국회에서 간선으로 선출하고 내각제에서와 같이 회의체인 국무원을 의결기관으로 설정한 권력구조는 초대 이승만 대통령이 미국식 대통령제와 같이 실질적으로 운영함으로써 헌법규범과 헌법현실의 간극이 매우 큰 ‘명목적 헌법’(nominal constitution)으로 전락하였고 끊임 없는 정쟁의 원인이 되었다. 제1차 개헌은 소위 ‘발췌개헌’으로 불리는 절차적 편법으로 대통령 직선제를 채택하여 내각제적 요소를 완화하였고 국회의 권력을 분산하는 국회양원제를 채택하였지만 그나마 양원제는 시행조차 되지 못하였다. 제2차 개헌은 초대 대통령에게 중임제한을 폐지하는 특권적 내용을 담은 헌법개정이었다고 그나마 사사오입이라는 불법적 절차를 통해 개정되는 한계를 가졌다. 그러나 초대대통령 독재의 현실을 가리기 위한 국민투표제와 국민발안제를 도입하는 제도적 변화가 있었다.

한편 경제사회질서와 관련하여서는 자연자원 이용, 사기업의 국공유화 등에서 국가통제를 완화하는 변화가 있었음을 주목할 수 있다. 이후 경제질서의 근본적 전환을 위한 시발점이라고 할 수 있기 때문이다.

라. 민주공화제 헌법의 구축기: 4.19혁명과 5.16쿠데타에 의한 개헌과 그 의의와 한계

‘명목적 헌법’의 한계를 가졌던 제헌헌법과 그 이후의 개정헌법은 3.15 제4대 대통령선거가 엄청난 부정선거로 치러지면서 마침내 4.19시민혁명의 계기를 제공하면서 종언을 고하였다. 4.19민주정신은 현행 헌법이 대한민국임시정부의

법통과 더불어 계승한 헌법의 이념적 지주가 되며 그 역사적 계기인 4.19혁명 또한 시민혁명적 계기를 통해 민주화의 이정표가 되었다. 이 혁명을 통해 출범한 민주정부에서 제정한 제3차개헌은 명목적 헌법을 실질적으로 기능하는 규범적 헌법으로 전환하기 위하여 정부형태를 의원내각제로 바꾸고 헌법재판소를 설치하며 대법관 선거제를 도입하고 중앙선거관리위원회를 헌법기관으로 격상하는 등 정치개혁을 반영하는 한편 표현의 자유는 기본권의 보장을 강화하는 성과를 담고 있었다. 그리고 반민주행위자를 소급 처벌하기 위한 일부개헌(제4차 개헌)을 단행하기도 하였다. 그러나 4.19체제의 헌정은 정부의 불안정성이 심화되어 5.16. 군사쿠데타에 의해 단명하고 마는 불행을 겪었다. 이러한 불행은 향후 권력구조와 관련하여 내각제에 대한 불신을 심화하는 중요한 원인이 되었으며 군사정변이 되풀이되는 계기가 되었다.

근현대사에 있어 최초의 성공한 군사쿠데타였던 5.16정변은 제5차 개헌을 통해 정상화되었다. 이 개헌은 명목적 헌법의 한계를 벗어나는 헌정의 변화를 가져온 면이 있다. 정치부문에서는 대통령제가 강화되고 정당에 특권을 부여하는 정당국가를 표방하는 특징이 있으며 기본권 분야에서는 표현의 자유와 사회질서를 균형있게 접근하였다. 전반적으로 명목적 헌법의 한계를 제도적으로 벗어나려는 시도가 있었지만 헌정의 실재는 군정을 토대로 했던 정치적 배경 탓에 권위주의적 경향이 짙었다. 그 결과 1969년 사사오입개헌을 연상시키는 소위 3선개헌(현직 박정희 대통령에 한하여 중임제한을 폐지하는 것을 핵심으로 하는 헌법)이 시도되어 관철됨으로써 향후 유신헌법체제와 같은 독재체제로 가는 전조가 되었다.

5.16헌법기의 주요한 특징은 경제헌법의 근본적인 전환이라고 할 수 있다. 제5차 개정헌법은 경제헌법의 첫 조항인 제111조에 제1항에서 “대한민국의 경제질서는 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”고 선언함으로써 사회정의의 최고가치로 삼는 국가통제형 경제체제에서 시장경제질서를 근간



으로 하는 체제로의 전환을 선언하였다. 다만 그 제2항에서 “국가는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 위하여 필요한 범위안에서 경제에 관한 규제와 조정을 한다”고 규정하여 자유방임적 경제질서는 여전히 지양되어야함을 분명히 함으로써 현행 헌법까지 우리나라 헌정의 경제질서가 민주복지국가형을 유지하는 기초가 되었다. 이와 같은 경제헌법의 변화는 우리 사회의 갈등원인이 되고 있는 부동산투기나 다양한 경제규제에 대해 헌법을 기준으로 사회적 합의를 도출해갈 수 있는 배경을 제공한다.

마. 민주공화제 헌법의 퇴행기: 유신헌법과 5.17쿠데타에 의한 개헌과 그 의의와 한계

‘명목적 헌법’에서 ‘규범적 헌법’(normative constitution)으로의 민주적 전환을 위한 기대와는 달리 1972년 ‘10월 유신’이라는 친위쿠데타를 통해 박정희 대통령은 입헌적 민주공화체제를 근본적으로 독재체제로 전환하는 정변을 주도하였다. 형식적 국민투표를 거치기는 하였으나 비상국무회의를 통해 공고된 소위 유신헌법은 헌법 전문과 대통령의 지위와 관련한 조항에서 평화통일에 관한 원칙을 천명하고 헌법 전문에서 헌법의 목표로 자유민주적 기본질서를 공고히 함을 처음으로 제시하였다. 그러나 유신헌법 본문의 구체적 질서와 제도는 자유민주적 기본질서와는 근본적으로 배치되는 권력구조와 기본권보장체계의 변화를 추구하였다. 예컨대, 권력분립의 원칙을 무력화하는 국민의 주권행사기관인 통일주체국민회의를 매개로 대통령이 입법·행정·사법의 삼권을 실질적으로 통제하는 한편 긴급조치라는 명령으로 국민의 헌법상 자유와 권리를 무력화할 수 있는 헌법적 근거를 마련하는 등 독재헌법의 실질을 가졌다.

이러한 독재체제 수립은 당시 냉전체제가 닉슨독트린과 같은 강대국의 외교정책의 변화로 전환되는 과정에서 발생하는 국가안보에 대한 위기의식을 배경으로 하는 한편 민주공화체제의 조건을 구성하는 경제발전의 동력확보에 대한 사회적 갈등이 헌정체제의 성격까지 규정하는 단계로 비화된 측면이 있다. 예컨대, 개발국가형 경제발전을 추구하면서 성과달성이나 성과배분에 방해가 되거나 저항하는 노동운동이나 빈민운동을 비롯한 사회운동을 억압해야하는 사회통제기제가 필요하다는 명분이 권위주의적 헌법을 제정하는 명분으로 작용하였다.

한편, 유신헌법의 경제헌법은 5.16쿠데타 이후 개정된 제5차 개정헌법에서의 기본골격을 유지하고 있다. 사실 국가주도형 시장경제체제를 토대로 경제성장을 통한 민주주의의 기반 조성을 내걸고 ‘한국적 민주주의’로의 체제변동을 정당화한 사정을 고려한다면 경제헌법의 현상유지는 정치체제의 변동에 집중된 당시의 관점을 반영한 것이라고 할 수 있다.

안보와 경제발전을 명문으로 한 강력한 권위주의 체제로의 전환은 헌법개정 운동 자체가 반체제운동으로 규정되는 것을 불가피하게 하였으며 실제로 법률적 효력을 가지는 대통령의 긴급조치권은 주로 개헌관련 정치활동에 대한 억압을 위해 발동되었다. 그러나 역설적으로 자유민주적 기본질서를 헌법의 목표로 제시하면서도 ‘민주주의의 토착화’를 표방하여 정치적 자유를 과도하게 제한하는 유신헌법 체제는 지속적인 개헌운동의 명분을 제공하고 결국에는 권력내부의 정변에 의해 체제를 마감하게 되었다.

유신체제의 상징이었던 박정희 대통령이 비운의 운명을 맞게 된 후 사회각계 각층의 붓물같은 민주화 운동이 전개되었다. 그러나 유신체제를 부분적으로 계승하는 신군부세력에 의해 12.12 군사반란이 발발하고 이들이 정권을 장악한 이후 5.17 전국비상계엄 확대를 통한 사실상의 군정시도에 항의하는 5.18 광주민주화 운동이 수많은 사상자를 내고 군에 의하여 진압되면서 스스로를 제5공화국이라 명명하는 체제가 제8차 개헌을 통해 수립되었다. 이 체제는 유신의 극단적인 독



재적 요소를 제거하였지만 대통령 선거인단을 통해 간접선거로 삼권에 상대적으로 우월적 지위를 누리는 대통령을 중심으로 하는 권위주의적 권력구조를 일정 부분 승계하는 신대통령제 체제였다. 그나마 정치부문의 최대의 명분은 대통령 임기를 7년 단임으로 명문화하여 장기집권을 차단하고 있다는 것이었다. 이러한 단임을 통한 독재화의 예방 효과는 민주화 이후에도 지속되어 오히려 국민의 선택권을 제한하고 단기적 국정 운영에만 집중하는 부작용을 낳는다는 비판의 대상이 되기도 한다.

기본권과 관련하여 행복추구권이나 사생활의 비밀과 자유, 무죄추정의 원칙이나 환경권, 혼인과 가족생활 보호 등을 새로이 규정하여 인권보장을 강화하는 명분을 택하고 있다. 또한 경제헌법에서도 독과점 규제, 중소기업보호, 소비자 보호 등을 새로이 규정하여 사회정의 구현을 표방하는 새로운 집권세력의 정치적 정당성 확보를 위한 헌법개정을 진전시켰다.

바. 민주공화제 헌법의 회복기: 6월항쟁에 의한 민주화 개헌과 그 의의와 한계

유신이후의 권위주의 체제는 국내외의 급변하는 정세와 더불어 유신이후 지속되어온 민주헌법회복을 표방하는 민주화운동의 대상이 되었다. 특히 유신체제 이후 정부수반인 대통령을 간접선거로 선출하는 것에 대한 국민들의 불만이 직 선행취가 곧 민주화인 것으로 등치되는 결과가 되었고 박종철군 고문치사사건이 도화선이 된 6월항쟁과 이러한 민주화요구를 수용한 6.29선언에 의해 새로운 민주헌법이 탄생하게 되었다.

민주화운동의 실질적인 성과가 된 제9차 개헌은 대통령에게 삼권보다 우월한 지위를 부여하던 권위주의적 권력구조를 개혁하는 한편 국민직선제를 택하고 헌법재판제도를 도입하는 등 민주공화제를 실질적으로 회복하여 ‘규범적 헌법’의 시대를 열었다.

현행 헌법은 여전히 대통령에게 광범위한 권한을 부여함으로써 권위주의적으로 운용될 수 있는 여지가 완전히 없어진 것은 아니지만 대통령의 비상조치권과 국회해산권 등 삼권에 우월하는 지위로 볼 수 있는 제도적 요소는 제거함으로써 절차적 민주주의의 기초는 충분히 다진 것으로 평가된다. 군의 정치적 중립성 보장이 명시되어 군사정변의 질곡을 극복하려는 의지를 표방하고 적법절차 원칙의 도입 등 시민적 자유를 강화하는 한편 특히 최저임금제 도입과 노인 및 청소년의 복지 향상 등 사회권을 강화하는 특징을 가졌다.

경제질서와 관련하여 개인과 기업의 자율과 창의라는 자유시장경제체제의 원리를 근간으로 하면서 적정한 소득의 분배, 지역경제의 균형발전, 중소기업과 농·어민 보호 등을 통하여 모든 국민의 복리를 증진시키고, 국민생활의 기본적인 수요를 충족시키는 사회정의를 실현하도록 하였다. 무엇보다 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 국가가 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 포괄적으로 수권함으로써 자유방임시장경제체제를 지양하고 민주복지국가를 지향하는 경제헌법의 기본질서를 더욱 구체화한 특색이 있다.

현행 헌법의 제정이후 시민혁명적 계기에 의해 개헌이 되었지만 실질적인 개헌과정에 국민참여가 제한적이었고 시간적으로 서둘러 개헌이 마무리되면서 충분한 숙의가 부족하였다는 비판을 받기도 한다. 그러나 7차례의 평화적 정부교체가 달성되었으며 이 체제에 바탕하여 세계무역 10위권 국가로 성장하여 소득 3만달러 시대를 여는 등 2차대전 이후 민주공화체제가 본격적으로 형성되기 시작한 국가들 가운데 가장 성공적으로 시장경제와 민주공화제의 병행발전을 이룬 나라로 평가받는 성과를 얻었다.



사. 민주시민교육에서 헌법사의 함의

(1) 헌법사에 대한 통합적 사고와 민주시민교육에서의 함의

현행 민주공화헌법체제의 탄생까지 많은 헌법이 생성되고 소멸되는 과정을 겪었다. 이처럼 역사적 변동의 산물로서의 헌법을 이해하는 것은 민주시민이 시민역량을 향상시키고 현재의 삶에서 실천해낼 명분과 동기를 확인하는 과정이기도 하다. 특히 헌법사를 통해 긍정과 부정의 효과가 결합된 헌법개정의 복합적 성격을 확인함으로써 민주시민의 삶의 자세를 균형적 시각에서 정립하는 계기가 되기도 한다.

특히 민주공화제 헌법의 태동기-형성기-구축기-퇴행기-회복기는 매 시기마다의 역사적 소임을 다지는 공과를 다 함축하고 있다는 통합적 인식이 중요하다. 예컨대, 태동기는 국권이 상실되었던 시기에 다른 나라에 임시정부를 수립하면서도 민주공화제를 궁극적으로 지향해야 할 목표로 설정하고 그 달성을 위해 실천함으로써 향후 광복기를 맞아 민주공화제를 현실화할 수 있는 헌법사적 계기를 마련하였다. 구축기는 명목적 헌법의 한계에도 불구하고 공화체제수립의 기초를 형성하는 과정이었다. 이 시기 동족상잔의 전쟁을 치루면서도 민주공화체제 자체의 명맥을 유지한 것은 정치적 민주화가 지연되는 한계 속에서도 민주공화체제의 진화를 위한 밑돌을 놓은 것으로 평가할 수 있다. 구축기는 시민혁명적 계기와 군사정변이라는 극명하게 대비되는 정치적 계기를 동력으로 삼기는 하였지만 정치체제와 경제사회체제에서 향후 퇴행기 이후 회복기를 이끌어낼 수 있는 헌법적 기준을 형성하였다는 점에서 시대적 의의가 있다. 혁명의 경험과 현실적 퇴행의 경험은 또다시 극단적인 민주공화체제의 퇴행에 의해 더욱 더 큰 질곡을 낳는 방향으로 전개되었지만 경제적 산업화에 의한 국민경제의 토대가 마련되는 일정한 성과를 낳아 향후 산업화세대의 명분이 되었다. 그러나 산업화

가 비대칭의 양극화된 사회발전의 양태를 낳고 민주주의의 희생을 발판으로 삼았다는 점에서 민주화운동의 대상이 되는 역사적 사회갈등의 배경이 되었다. 오늘날 ‘비동시성의 동시성’으로 상징화할 수 있는 압축성장과 사후적 민주화는 현대 시대 세대갈등과 이념갈등의 주요한 축으로 작용하고 있다. 그러나 퇴행기의 헌법에서도 중요한 사회발전의 계기를 내포하고 있다는 균형적 접근을 통해 헌법이 공존과 통합의 토대로 기능할 수 있는 기회를 마련하여야 한다. 그 대표적 예가 가장 권위주의적 정치체제를 구축했던 유신헌법의 사례라고 할 수 있다.

(2) 유신헌법의 아이러니와 민주시민교육에서의 함의

유신헌법은 소위 ‘한국적 민주주의’ 혹은 ‘민주주의의 한국적 토착화’로 정당화되었다. 그러나 한국적 민주주의는 민주공화제의 원론적 기준에 한참을 미달하는 수준을 ‘한국적’이라는 수식어로 정당화하는 오류를 범하고 있고, 바로 이런 주객전도적 이론과 행동이 향후 높은 수준의 민주공화제를 한국적 특수성 속에서 구현할 수 있는 잠재적 가능성을 애당초 제거해 버리는 결과를 낳았다. 대한민국의 민주공화제는 양차대전 이후 독립한 국가들 가운데 가장 성공적으로 시장경제와 민주주의의 동시발전을 꾀할 정도로 달성하는 성취를 이루었다. 특히 아시아를 대표하는 민주공화제를 구현하고 있는 것으로 평가받고 있다. 민주화 이후에도 민주주의의 위기가 완전히 가시지는 않고 있지만 그런 가운데 다양한 영역에서 서구의 민주공화주의제와는 구별될 수 있는 사회경제적 조건이나 정치제도의 진화 경로를 보여주고 있다. 이러한 진화에 대한 엄정한 평가가 필요하겠지만, 독자적 민주공화제 모델로서의 잠재력을 보여줄 수 있는 수준에 다다르고 있다는 평가가 유력하다. 그러나 이러한 모델을 한국적 민주주의 혹은 한국적 민주공화제로 명명하는데 헌정사적 장애사유가 되는 것이 바로 먼저 민주주의의 한국적 토착화를 표방한 유신헌법체제라는 점을 주목할 필요가 있다. 예컨



대, 대한민국의 헌법사 연구가 현재적 의미를 획득하려면 ‘한국적’ 민주공화제에 대한 검토가 필요하고 그 필수적 소재는 역시 유신헌법인 것이다. 왜냐하면 유신헌법이 한국적 민주공화주의(제)에 대한 아이러니의 계기를 제공해 줄 수 있다고 보기 때문이다.

유신헌법이 한국적 민주주의를 표방하면서 처음으로 자유민주적 기본질서를 헌정의 핵심가치질서로 헌법에 명문화한 것이 대표적인 사례라고 할 수 있다. 유신헌법 그 자체가 독재적 권력구조와 인치(人治)적 혹은 행정국가적 기본권억압기제를 내재화하였지만 지향가치로는 자유민주적 기본질서를 제시한 이율배반적 정당화가 자유민주주의에 대한 정치문화적 고착효과를 확산시킴으로써 반유신운동의 이념원리적 정당성 확보를 위한 정치사회적 진지를 확보하고 유신이후 민주공화제의 발전적 진화의 토양을 구축하였기 때문이다. 자유민주주의는 비록 자기모순적인 헌법에 의해 장식으로 기능하였지만 그 가치 자체는 불가역적인 근본가치로 승격되었고, 유신헌법개헌운동을 본질로 하는 반유신운동의 헌법사적 의의는 유신헌법의 장식적인 자유민주적 기본질서를 실질적 자유민주주의 내지 민주공화제로 진전시키는 “민주적 전환”의 동력이 되었다는데 있다.

그리고 바로 이러한 반유신운동의 헌정사적 의의에서 소홀히 되지 않아야 할 것이 헌법제개정권력자, 즉 헌법의 저자(author)로서의 주권자 국민의 역할인식과 동시대인의 정치적 선택이다. 유신헌법의 저자로 박정희 혹은 그의 지시에 따라 관련된 정치환경이나 조문화에 관여한 정치인, 관료, 학자들만을 지목하는 것은 충분하지 않다. 미시사적 관점에서 그 역사적 사실을 규명하여 역사적 책임을 부과하고 또 성찰하는 일이 반드시 필요하지만 민주공화제의 관점에서 헌정사적 의의를 고찰하는 또 다른 거시적 시각은 그러한 유신헌법을 어떤 이유건 지지하고 응원하거나 최소한 수동적이거나 수용한, 당대에 역사적으로 실재했던 국민들까지 포용하여 민주공화주제의 토대 위에 유신과 반유신이 다양한 차원에서 공존하고 화합할 수 있는 통합적 공유지대를 구축할 수 있다는 기대 때문이

다. 따라서 유신과 반유신의 이항대립보다 더욱 중요한 것은 그 헌법의 형성과 명멸과정을 통해 민주공화제의 진화적 계기를 포착하고 이를 향후 민주공화제 발전의 토대로 삼는 것이다.

이러한 취지에 따를 때 유신과 반유신은 주권자인 국민을 매개로 변증법적 진화의 관점에서 재구성될 수 있는 여지가 있다. 조국근대화와 민주회복이 각각 다른 차원에서 역사적 조화의 조건을 확보하고 이에 기반하여 모두가 공존·공생·공영하는 민주공화국을 모두가 추구하는 역사사회적 통합의 기반을 마련할 수 있다. 신생독립국으로서 국가건설의 경제사회적 조건이 취약한 한계 속에서 전근대적 문화와 근대 및 후기근대의 사회적 과제가 동시에 출현하는 “비동시성의 동시성”⁵³⁾을 민주공화제의 틀 속에서 해결할 수 있는 인식과 전망이 민주화 이후 민주주의의 위기와 사회경제적 양극화가 지속되는 한국 사회가 공존·공생·공영의 민주공화적 전망을 가질 수 있는 가능성이다. 현행 헌법에서 유신의 잔재로 단죄되어 비판의 대상이 되기도 하는 “자유민주적 기본질서”가 이념논쟁과 정쟁의 소재로 전락하지 않고 모두가 공감할 수 있는 민주공화주제의 핵심질서가 되고 이에 기반하여 민주시민교육이 효과적으로 전개되어 더 높은 수준으로 민주공화제가 발전할 수 있는 문화적·제도적 기반을 구축할 과제가 우리에게 주어져 있다. 유신과 반유신이 모두 자유민주주의를 내걸었던 동시대적 상황을 제대로 소환한다면, 유신헌법 반대의 헌정사적 의의는 국력신장 대 민주회복의 이항대립구조를 넘어 양자 모두를 포괄할 수 있는 인식의 지평을 보여준, 즉, 한국형 민주공화제가 주권자 국민을 소외시키지 않고 능동적 자결의 주체인 지위를 보장하면서 민주공화적 정치제도와 기본권보장체계가 국민 모두의 사회경제적 복지를 도모하는 역사적 토대를 마련한 성과에서 찾을 수 있을 것이다.

53) (임혁백, 비동시성의 동시성: 한국 근대정치 of 다중적 시간, 고려대학교 출판부, 2014 참조.)



2. 대한민국헌법의 기본 이념, 원리, 그리고 제도

가. 민주시민교육의 내용으로서의 헌법

가치지향성을 가지는 대한민국 헌법은 주권자 국민의 합의에 의해 ‘민주공화국’을 기본이념으로 표방하고 있다. 이러한 결의는 헌법제정의 목적과 과정을 밝힌 헌법 전문에서 좀 더 구체적으로 시사되고 있다. 헌법 전문은 헌법제정의 궁극목적인 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보”하는 것임을 밝히고 있다. 한마디로 국민들의 기본적 인권을 보장하는 것이 헌법공동체를 민주공화국으로 형성하는 기본 목적임을 밝힌 것인데 이 정신은 헌법 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라고 선언하여 명시적인 시민권의 근본이념을 밝히고 국가와 국민간의 목적-수단관계를 확인하는 규정에 의해 재확인된다.

이처럼 개인의 기본적 인권의 보장을 민주공화국이라는 헌법공동체의 자기목적적 이념으로 삼는다는 것은 필연적으로 다양한 세계관의 공존을 전제로 할 수밖에 없고 민주공화국은 모든 정치적 자아와 단체가 서로의 차이를 인정하면서도 공존·공생·공영할 수 있는 정치·사회공동체이며, 이 다원적 공동체를 유지시키는 공통의 규범은 다원적 가치를 평등하게 보장하는 최고규범인 헌법에 의한 지배일 수밖에 없다.

그런데 기본적 인권의 보장이라는 시민권 보장의 목적은 권리의 선언과 확인만으로는 구현될 수 없다. 공동체가 문명적 조건 속에서 평화롭고 합리적인 질서를 유지할 때라야 실현될 수 있는 것이다. 따라서 헌법의 제1차적 역할은 질서 유지를 위해 필요한 생활세계의 규제와 조정을 위해 강제력을 행사할 수 있는 권력을 창출하고 이 권력이 헌법의 기본목적에 충실한 한계 속에서 작용하도

록 정치적 질서를 구축하는 것이다. 민주공화국은 이러한 정치적 질서를 가능하게 하는 기본원리로 민주주의, 법치주의, 복지주의를 채택하고 그 실현에 기여하는 다양한 헌법제도들을 필요로 한다. 입헌민주주의의 실현주체인 민주시민을 양성하는 것을 목적으로 하는 것이 민주시민교육이 된다.

정치·경제·사회·문화의 모든 생활세계에서 자율적으로 양심을 형성하고 그에 입각하여 자유로운 행동을 통해 개성을 실현하는데 필수적인 헌법의 이념·원리·제도들의 내용과 그 실현 절차에 대한 ‘보편적’ 지식을 습득하고 그러한 공유된 지식에 기초하여 비판적이고 성찰적으로 정치과정에 참여하여 사회·경제·문화생활을 영위하는 시민들의 민주적 역량(democratic capacity)을 함양하는 것이 헌법에 기초한 민주시민교육의 목표이다.

나. 민주공화국 헌법의 기본가치: 민주공화국의 이념

민주공화국은 단순한 정치공동체의 구성형태로만 이해되는 경향이 있다. 예컨대 군주국과 구별되어 주권이 국민에게 있는 국가형태로 이해되기도 한다. 그러나 민주공화국은 헌법공동체 형성의 목적인 개인의 기본적 인권의 보장과 그 최소전제로서의 국민경제의 균형발전과 경제·사회의 민주화까지 포섭하는 광의의 개념이다. 제헌헌법 이래 우리 헌법은 민주공화국의 내포로서 개인의 불가침의 인권을 확인·보장할 국가의 의무와 함께 경제헌법을 명문화하여 민주복지국가를 지향하는 헌법적 구성을 지속하여 왔으며 현행 헌법 또한 예외가 아니다. 헌법 전문은 헌법제정을 통한 헌법공동체 창설의 궁극적 목적이 국민의 안전과 자유와 행복의 영원한 보장임을 분명히 하면서 그 실현방안으로 “자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게” 하는 것을 제시하고 있다. 나아가 이러한 궁극적 목표와 실현방안의 중간지점에 국내외에서 달성하고자 하는 실천적 목표



를 “안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지”함을 제시하고 있는 점도 민주공화국의 내포와 외연을 폭넓게 새기는 근거가 될 수 있다. 특히 실현방안에서 대칭적으로 제시되는 자율과 조화, 각인의 기회균등과 능력의 최고도 발휘, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무는 민주시민성의 개인적 요소인 자율성 내지 자기결정권으로 확인되는 시민의 자유와 정치적 권리 외에 공공복리와 결합한 사회권이라는 사회연대적 요소가 종합된 민주공화국의 지향점을 확인하는 것이다.⁵⁴⁾

다. 민주공화국 헌법의 기본원리: 민주공화국의 실현원리

헌법에 입각한 민주시민교육은 위에서 보듯 폭넓게 정의된 현대적 민주공화국 이념을 구현하는 입헌민주주의의 핵심적 원리에 대한 이해를 함양하도록 설계되어야 한다.

현재는 헌법의 기본원리의 의의와 기능을 다음과 같이 정리하고 있다.

“헌법의 기본원리는 헌법의 이념적 기초인 동시에 헌법을 지배하는 지도원리로서 입법이나 정책결정의 방향을 제시하며 공무원을 비롯한 모든 국민·국가기관이 헌법을 존중하고 수호하도록 하는 지침이 되며, 구체적 기본권을 도출하는 근거로 될 수는 없으나 기본권의 해석 및 기본권제한입법의 합헌성 심사에 있어 해석기준의 하나로서 작용한다.”⁵⁵⁾

54) 장은주 교수가 한국의 시민과 시민성이라는 주제하에 시민성의 보편적 측면을 한국이라는 특수한 역사사회를 배경으로 재구성하려 시도하면서 “한국 시민은 자신이 누리거나 마땅히 누리야 할 권리를 소홀히 하지 않으면서도, 일상적으로나 사회적 위기 상황에서 ‘공동선’을 위한 기본적인 시민적 책임과 의무를 다하겠다는 의지를 가진 존재”로 규정하고 한국의 시민성을 “좁은 자유주의와 전통적 공화주의의 지평을 모두 넘어 권리와 책무를 통합적이고 총체적으로 바라볼 수 있어야 한다”고 제안한 것은 사실 민주공화국을 표방한 대한민국 헌법의 전문에서 이미 확인되고 있다(장은주, 앞의 글(한국의 민주주의와 민주시민교육), 51-56쪽 참조).

55) 헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 380.

입헌민주주의는 민주적 법치체제를 근간으로 하여 자유와 권리를 보장하는 한편 그에 따른 책임과 의무를 민주적 정당성을 갖춘 법률에 근거하여 부과하는 체제이며 모든 정치적 이념은 이 기본원리를 수용하는 범위 내에서 그 가치를 존중받게 된다.

민주공화국을 목적을 기준으로 재구성하면 자유민주주의로 이해할 수 있고, 실현방법을 중심으로 재구성하면 민주적 법치국가로 이해된다. 헌법공동체 창설의 궁극적 목적인 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보장하기 위해 창설되는 국가권력의 조직과 운영은 수단인 국가권력이 주어진 강제력을 남용하여 오히려 기본적 인권을 침해하고 억압하는 주객전도의 상황을 통제하기 위하여 견제와 균형의 원리에 입각한 다양한 규제장치를 마련하게 되는데 그것이 바로 국가권력의 구성원리라고 부르는 것이며, 민주적 법치국가의 헌법에 의해 조직되는 헌법공동체인 대한민국의 국가권력의 구성원리는 민주주의의 원리, 권력분립의 원칙, 법치주의의 원리를 들 수 있다.

(1) 민주주의 원리

헌법은 민주적 지배를 추구한다. 헌법의 제정이나 개정 자체가 국가공동체 구성원들에 의해 결정된다. 헌법에 의한 지배는 구성원들의 다수의 의지가 헌법이 정한 절차와 방법을 통해 실현되는 것을 의미한다.

현행 헌법은 대한민국이 민주공화국이며 그 주권이 국민에게 있고 모든 권력이 국민으로부터 나온다는 주권재민의 근본원리를 명문으로 규정하고 있다(헌법 제1조). 다만 국민주권의 행사방식과 관련하여 국민이 대표자를 선출하여 그 대표자로 하여금 국민의 대신하여 국정을 결정하게 하면서 헌법개정이나 국가의 안위에 대한 중요정책에 대하여 대통령이 제안하는 국민투표의 방식으로 국민이 직접 국가의사를 결정하는 방안을 보완적으로 마련하고 있다. 달리 말해서, 국정



헌안에 대한 주권자의 직접적인 의사표시는 예외적으로 특별한 조건하에서만 이루어지며 대개의 경우 주권자의 대표자가 국민의 의사를 결정하게 된다. 이러한 국민주권의 실현방식을 대의민주주의, 간접민주주의, 국민대표제 등으로 부른다. 우리 헌법은 국가권력을 국민 스스로가 아닌 국민대표기관들에 분할하여 부여함으로써 원칙적으로 대의민주제를 채택하고 있다. 입법권은 국회에, 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에, 사법권은 법관으로 구성되는 법원에, 헌법재판권은 헌법재판소에 배분하고 있다. 다만 헌법개정의 경우나 국가안위에 대한 중요 정책을 결정하기 위하여 대통령이 국민투표를 부의하는 경우 국민이 직접 국정을 결정할 수 있게 된다.

국민이 대표를 통해 주권을 실현하는 방식은 다음과 같은 본질적 요소를 가진다. 첫째, 국민대표기관의 행위는 곧 국민의 행위가 되며 원칙적으로 국민 스스로도 반복하지 못한다. 둘째, 국민은 국민대표기관을 구성하는 권한은 직접 행사하는 것이 원칙이며 이 권한행사의 과정이 선거이다. 따라서 선거에 의하여 선출된 국민대표기관이 가장 강력한 민주적 정당성을 확보하며 우리나라와 같은 대통령제 정부형태 하에서는 의회와 대통령이 모두 동등한 민주적 대표성을 확보하는 이원적 대표성을 특징으로 한다. 셋째, 국민대표는 일단 대표로 선출된 이상 법적으로 국민의 의사결정권한을 위임받았으므로 자신을 선출한 구체적 국민이나 정치세력의 의사에 종속되지 아니하고 독립하여 자유로이 의사결정에 참여할 수 있다. 국회를 구성하는 국회의원에게 국가이익을 우선하여 국정에 임할 것을 요구하는 현행 헌법 제46조 제2항이 의미하는 바가 그러하다. 이처럼 국민대표에게 국민의사결정권을 위임하는 것을 자유위임 혹은 무기속위임의 원칙이라 한다. 넷째, 국민대표기관은 자신의 행위에 대하여 국민에 대하여 민형사상의 법적인 책임을 부담하지 않고 정치적 책임을 부담한다. 정치적 책임이란 개별사안에 대한 국민의 여론에 기속되지는 않지만 여론을 존중함으로써 향후 선거를 통하여 국민의 심판을 받는다는 것이다. 이를 책임정치의 원칙이라 한다.

(2) 권력분립의 원칙

민주공화국 수립이전의 한민족공동체의 지배형태인 조선의 전제왕정체제에도 의정부제도, 상소제도, 사간제도 등 왕의 전제를 통제하기 위한 제도적 장치가 없었던 것은 아니지만 기본적으로 왕에게 국가권력이 모두 귀속되던 체제이다. 그러나 이러한 체제에서는 권력자의 기본대로 권력이 행사될 위험성이 높다. 따라서 일찍이 서구에서는 국가권력을 그 기능에 따라 분할하여 동등한 지위를 가지는 권력기관에게 배분하는 것이 국민의 자유와 권리의 보장에 기여할 것이라는 생각이 발전하였다. 몽테스키외(Charles De Montesquieu)와 로크(John Locke)가 그런 구상을 발전시킨 대표적 사상가이다. 이들의 생각이 기초가 되어 대부분의 근대국가들의 국가권력은 국가정책을 법률의 형식으로 결정하는 입법권, 법률을 국민에게 직접 적용하는 행정권, 법의 적용과 관련하여 분쟁이 발생한 경우 법이 무엇인가를 확인하고 분쟁에 적용하여 분쟁을 해소하는 사법권으로 구성되는 것이 일반적인 현상이 되었다.

국가권력의 분립은 국민주권을 실현하는 방식의 측면에서 볼 때 대의민주주의를 전제로 한다. 만일 주권자인 국민이 대부분의 국정현안에 대하여 주권을 직접 실현하는 경우에는 왕권국가와 마찬가지로 권력의 분립은 유명무실하게 된다. 국민의 대표기관으로 하여금 주권에 바탕하여 국가권력을 행사하게 하는 경우에 권력분립은 그 본래의 의미를 살릴 수 있다. 다른 측면에서 말하면, 권력분립주의는 국민주권주의의 절대성을 완화하여 민주주의가 소수자의 인권을 무시하는 다수자의 횡포를 정당화하는 또 다른 형태의 독재체제로 전화되는 것을 방지하는 원리이다.

입헌민주국가공동체와 전체주의국가공동체가 구별되는 점이 바로 권력분립과 대의민주주의제도이다. 대표적인 전체국가인 공산주의 정치체제는 공산당의 일당 독재와 이를 뒷받침하는 민주적 집중제를 기본으로 한다. 주권체인 인민의 자기



지배의 원리보다 우위에 있거나 동등한 지위를 가지는 국가권력은 없고 민주적 집중제에서 선도적 우월성을 가지는 것이 인민의 전위대인 공산당이다. 이런 체제에서 국가권력이 기능별로 입법, 행정, 사법으로 구분될 수는 있어도 주권자인 인민의 대표성을 부여받은 공산당은 이들 국가권력보다 상위에 존재하며 법 위에 군림할 수밖에 없다. 한마디로 민주적 집중제는 특정세력의 독재를 정당화하는 이론이다. 우리 헌법재판소가 자유민주적 기본질서를 일당독재와 배치되는 것으로 이해하고 복수정당제나 권력분립제도를 그 본질적 요소로 이해하고 있는 것도 바로 이 때문이다.⁵⁶⁾

국가권력은 독점되어서는 안되고 분립되어야 한다는 권력분립의 원칙이 개별 국가권력의 고립을 의미하지는 않는다. 입법권의 행사가 입법자에게만 부여되는 것이 원칙이지만 입법자의 권한이 남용될 경우에 대한 대비책도 필요하고 입법자가 미처 생각하지 못하는 국가정책의 입법화를 위하여 다른 국가권력이 입법안을 제출하는 것이 반드시 권력분립의 원칙에 반하는 것이 아니다. 우리나라의 경우에도 행정권의 수반인 대통령은 국회의 법률안을 거부할 수 있는 권한이 있으며 정부가 법률안을 제출할 수도 있다. 한편 정부는 입법권자인 국회의 활동을 견제하기 위하여 국회의 예산안을 편성할 수 있으며, 또 다른 국가권력기관인 헌법재판소는 예외적으로 국회의 법률을 무효로 선언할 수도 있다. 이렇듯 본질적으로 국가권력 사이에는 서로 개입하지 않는 것이 원칙이지만 헌법이 명문으로 허용하는 경우 국가권력의 남용을 예방하거나 통일적 수행을 위해 서로의 권한행사에 관여하거나 개입하기도 한다.

56) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49 참조.

(3) 법치주의의 원리

기본적 인권의 보장을 위한 핵심적인 헌법의 기본원리가 자의적인 지배를 극복하기 위한 법치주의(法治主義)라고 할 수 있다. 이 원리는 법이 정치권력자의 변덕에 의해 시시각각 변할 수 있고, 정치권력자 자신은 제대로 규율하지 못하는 지배의 수단이 아니라 정치권력자마저도 구속하면서 객관적으로 확정된 기준인 법에 의하여 우리의 생활이 규제되어야 한다는 것이다. 이때 법을 통한 개인들의 생활통제의 목적은 단순히 개인들이 가지는 자유로운 상태를 억압하기 위한 것이 아니라 자유를 질서롭게 행사하게 함으로써 공동체의 모든 사람들이 조화롭게 자유를 향유할 수 있도록 조정하는 것이다. 그리고 법들 간에도 위계질서가 있어서 가장 기본적인 가치를 담고 공동체의 구성과 운영이 어떻게 이루어져야 하는지를 정하는 근본법이 있고, 그 근본법이 정한 권한과 절차에 따라 구체적인 하위 법들이 제정되어 직접적으로 우리의 생활을 규제하게 된다. 이 때 최상위의 근본법이 헌법인 것이며, 하위 법들은 헌법에 의해 제정되는 것이므로 헌법에 어긋나게 되면 법으로서의 효력을 상실하게 된다. 이처럼 법의 헌법적합성을 확보하기 위한 대표적인 제도적 장치가 위헌법령심사제도나 헌법소원제도이다.

입헌주의를 전제하는 법치주의는 국민의 자유와 권리의 보장을 그 목적으로 하며, 법률의 우위(법률유보), 법에 따른 집행(법치행정), 법에 의한 재판(법치사법)을 그 내용으로 하고 명확성의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 과잉금지의 원칙을 그 파생원칙으로 한다.

헌법이 보장하는 국민의 자유와 권리는 공동체의 긴급한 필요가 있을 때에 한하여 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한계 내에서 법률에 의하여만 제한이 가능하다(합헌적 법률의 우위). 헌법 제37조 제2항은 공동체의 긴급한 필요를 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리로 제시하고 있고 이를 위해 필요한 범위 내



에서 국민의 기본적 인권을 제한할 수 있도록 허용하고 있다. 그리고 그 집행도 법이 정한 절차와 한계내에서 이루어져야 하며 그 한계를 벗어난 집행작용에 대하여는 사법절차를 통해 권리구제의 기회가 부여되어야 한다(법치행정과 법치사법).

한편 이러한 개별 국가권력간의 법치주의 실현이 제대로 효과적으로 이루어지기 위해서 입법을 비롯해서 국가권력의 발동이 준수해야 할 파생원칙이 발전되었다. 우선 국민의 자유와 권리를 제한하는 법률은 지나치게 애매모호한 표현을 사용하거나 지나치게 광범위한 대상을 규제함으로써 일반국민의 행동을 불필요하게 제약할 수 있도록 규정되어서는 안된다(명확성의 원칙). 이러한 법률의 명확성 원칙이 가장 엄격히 준수되어야 할 영역은 모든 기본적 인권 실현의 전제가 되는 신체의 자유를 제약하는 형벌을 부과하는 경우여서 범죄가 되는 행위의 유형과 그에 대한 처벌의 종류와 정도는 누구라도 쉽게 이해할 수 있을 정도로 명확해야 한다(죄형법정주의).

또한 법치주의란 행위가 이루어지는 시점을 기준으로 하여야지 이미 사실관계가 완결된 사실을 두고 소급적으로 적용될 때 그 존재의의를 잃어버리게 되며 기존의 법률을 신뢰한 자에 대하여 불이익을 주어서는 안된다(신뢰보호의 원칙과 소급입법금지의 원칙) 헌법은 제13조 제1항에서 형벌불소급의 원칙을, 그 제2항에서 참정권의 제한과 재산권의 박탈과 관련한 소급입법금지의 원칙을 채택하고 있다. 한편, 소급입법금지원칙이 적용되는 입법은 “과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 진정소급효의 입법”에 한정되고 “이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율의 대상”으로 하는 입법은 부진정소급효의 입법이라 하여 “구법질서에 대하여 기대했던 당사자의 신뢰보호보다는 광범위한 입법권자의 입법형성권을 경시해서는 안될 일이므로 특단의 사정이 없는 한 새 입법을 하면서 구법관계 내지 구법상의 기대이익을 존중하여야 할 의무가 발생하지는 않는다.”⁵⁷⁾

나아가 법률에 의하여 권리제한이 정당화되는 경우에도 그 정도는 입법목적에 적절히 부합하는 것이어야 하고 그 입법 목적을 달성하는데 적절하면서도 권리를 제한당하는 당사자에게 최소한의 피해가 초래되는 수단을 사용하여야 하며 입법 목적을 통하여 달성되는 공공의 이익과 권리가 제한당함으로써 받게 되는 불이익간에 상당한 균형관계가 적용되어야 한다(과잉금지의 원칙 혹은 비례원칙). 특히 과잉금지 원칙은 헌법 제37조 제2항을 근거로 기본권 제한 법률의 한계원칙으로 기능하기 때문에 대부분의 기본권 관련 헌법분쟁에서 활용되는 약방의 감초와 같은 심사기준이 된다.

이처럼 입헌주의와 민주공화주의에 기초한 법치주의는 헌법적 정당성을 가지지 못하는 의회 및 행정부의 공권력작용으로부터 국민의 자유와 권리를 수호하고 헌정질서를 수호하는 주요한 지침이 된다.

라. 민주공화국 헌법의 정치제도

(가) 민주주의 원리의 실현에 필수적인 제도

민주주의 원리가 민주공화국의 헌정질서 속에서 효과적으로 구현되게 하는데 필수적인 헌법제도들이 있다. 선거제도, 정당제도, 지방자치제도가 대표적이며 민주시민교육에서는 이러한 제도의 기본구조와 지배원리를 충실히 이해하는 것이 필요하다.

57) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 17-18.



1) 선거제도

국민주권주의를 실현하는 기본적 방식으로 간접민주주의 혹은 대의민주주의를 채택하게 될 때 핵심적인 제도는 선거제도이다. 국민대표기관을 선출하는 국민의 기본권이 인정되고 국가권력을 행사하는 국민대표기관을 주기적으로 선출하는 과정이 제도화되지 아니한다면 국민주권주의는 공허한 미사여구에 불과하다.

또한 선거는 국민주권주의를 실질화하기 위하여 보통·평등·직접·비밀·자유선거의 원칙에 의해 시행되어야 한다. 일정한 연령에 도달한 모든 사람은 특별한 사유가 없는 한 국민대표기관의 선출에 참여할 수 있어야 한다(보통선거의 원칙). 일정한 계층이나 계급에게만 선거권을 인정하는 제한선거는 특정계급의 독재를 가능하게 하는 것으로서 자유민주주의체제의 기본질서에 부합하지 아니한다. 또한 선거에 있어 투표권과 투표가치, 대표가 될 수 있는 자격에 있어서 불합리한 차별이 없어야 한다(평등선거의 원칙). 선거는 선거권자와 피선거권자의 자유로운 의사의 교환에 의해 이루어져야 하며 선거민이 투표결과에 대하여 직접적인 의사표시가 가능하도록 하는 것이 원칙이다(자유선거와 직접선거의 원칙). 또한 선거민의 의사가 공개될 때 정치적 탄압의 계기가 되거나 진정하게 자유로운 의사표시가 방해될 수 있기 때문에 투표내용은 비공개가 원칙이다(비밀선거의 원칙).

2) 정당제도

민주화가 진행되면서, 특히 보통선거제도의 정착을 통해 국민주권주의가 실질화하면서 개인으로서의 국민과 국가권력을 연결하는 정치 결사체가 발전한다. 개인의 정치적 의견을 세력화하여 이를 국정에 반영하는 단체가 정당이다. 현대 민주주의는 정당제 민주주의로 이해된다. 대의민주제의 핵심요소인 참정권과 정치적 자유는 개인차원에서 효과적으로 실현되지 못하는 것이 현대국가의 현실이

므로 정치적 결사인 정당들의 단체적 교섭 작용을 통해 민주공화적 국정운영을 실현하는 것이 원칙이 된 것이다.

헌법 제8조는 이런 현대 민주주의의 발전을 수용하여 정당설립의 자유와 복수정당제의 보장을 선언하여 정당을 단순히 합법화하거나 헌법에 편입하는 수준을 넘어 정당의 특권을 헌법적으로 보장하는 동시에 법률의 형식으로 정당을 적극적으로 보호할 의무를 국가에 부과하고 있다(헌법 제8조 제1항 및 제2항). 정당의 헌법적 보장은 그 반대급부로 정당에게 그 목적, 조직, 활동의 계속성과 민주성의 원칙을 준수할 헌법적 의무를 부과하고 있다(헌법 제8조 제2항 및 제4항). 이로써 한국 헌법상 정당은 일반결사와는 구별되는 특별한 헌법적 지위를 가지게 되었다.

정치과정에서 정당이 필수적 요소가 됨으로써 정치적 의사형성 및 집행을 핵심으로 하는 국가권력 즉 입법권과 행정권 사이의 관계에 변화가 발생한다. 입법부의 일부와 행정부가 정당을 매개로 결합하는 것이 불가피해진 것이다. 특히 의원내각제의 권력구조를 가진 경우 입법부와 행정부의 연계는 필연적이다. 의원내각제의 경우 국민은 입법권을 가지는 의회를 구성하고 의회의 다수파가 행정권을 구성하는 체제이기 때문이다. 의원내각제가 권력분립이 완전하지 못한, 연속적 혹은 약화된 권력분립의 체제로 부르는 이유가 여기에 있다. 그런데 초기의 의원내각제는 확립된 정당제도를 기초로 하지 아니하고 형성되었기 때문에 정당제도의 발전은 의원내각제 체제에 있어서도 의회와 행정부의 관계를 더욱 결속시키는 역할을 수행한 것을 부정할 수 없다.



(나) 권력분립 원칙의 실현에 필수적인 제도

권력분립의 원칙의 실현에 필수적인 제도로 공무원제도, 지방자치제도가 있다.

1) 지방분권과 지방자치제도

대의민주주의를 개혁하는 분권화의 요구를 수용하기 위해 발전한 대표적인 제도가 지방자치제도이다. 지방자치제도는 국가권력이 일반국민의 구체적인 의사와 욕망을 제대로 반영하지 못하는 문제점을 시정하는 것으로 이러한 자치권력을 인정하게 될 때 국가권력이 국민의 자유와 권리를 침해하는 방향으로 행동할 가능성은 그만큼 줄어들 게 된다.

그러나 지방자치는 반대로 또 다른 문제를 발생시킬 수도 있다. 지역이기주의 때문에 전국적 현안마저도 제대로 집행되지 못하는 경우가 있을 수 있기 때문이다. 최근 우리사회에서도 문제가 되었던 방사능폐기물처리장 설치문제와 같은 예를 들 수 있다. 국가생활의 원활한 유지를 위하여 절대적으로 필요한 방폐장은 특정 지역만의 결정으로 맡기기에 적절하지 않지만 이러한 시설의 설치에 의해 직접적인 영향을 받게 되는 지역주민의 의사 또한 존중하지 않을 수 없기 때문이다.

그런데 현행 헌법은 안타깝게도 단 두 조문만을 두고 있을 뿐이고 그 구체적인 실현에 대하여도 광범위한 입법형성권을 인정하고 있는데 실행법률인 「지방자치법」이 지속적으로 개혁되어 왔음에도 여전히 지방분권의 요구에 미흡하여 지방분권개헌운동이 거세게 전개되고 있다. 최근 급격하게 진행된 수도권 집중현상을 배경으로 국토의 균형발전이 위협받고 지방의 공동화현상이 심화되는 한편 수도권의 과밀화로 인한 부작용 역시 심해지면서 지방분권의 확대와 강화에 대한 사회적 요구가 강해지고 있는 것이다. 또한 중앙집권적 권력구조는 국민의 정치참여와 자치적 결정의 범위를 제한하고 다양한 사회적 요구가 정치과정에

반영되는데 한계를 드러내고 있어 정치개혁의 중요과제의 하나로 지방분권이 논의되고 있다.

2) 직업공무원제

지방자치 외에 대의민주주의의 부정적 측면을 제어하기 위한 또 다른 요소는 직업공무원제도이다. 직업공무원제는 민주주의의 원리에 따라 결정된 정책을 결정하고 집행함에 있어서 관련된 분야의 전문성을 반영하고 국정실현의 공정성을 확보하기 위하여 국정의 구체적 집행은 직업공무원에게 맡기는 제도이다.

지방자치제도가 정책결정권 자체를 지역단위로 배분하는 것이라면 직업공무원제는 결정된 정책의 집행권을 특정한 자격을 가진 집단에게 배분하는 것이다. 이 제도는 민주주의의 원칙에 따라 국민대표기관이 정한 정책은 집행되어야 하지만 그 정책이 헌법과 법률에 위반하거나 그 정책을 정략적으로 집행하는 것을 막기 위한 것이다. 따라서 기관의 조직체계상 국민에 의해 선출된 권력이 상위에 위치하고 이 권력의 지휘를 받는 지위에 있는 것이 직업공무원이지만 직업공무원도 스스로의 전문성을 기초로 선출된 권력을 통제할 수 있다. 특히 직업공무원은 즉흥적이고 정략적인 정책결정에 제동을 걸어 국가공동체가 예견가능하고 안정된 방향성을 가진 정책에 의해 지배될 수 있도록 민주적 의사결정구조에 일정한 제어작용을 한다. 직업공무원이 이러한 기능을 잘 수행하기 위해서는 부당하게 인사상의 불이익을 받지 않도록 신분을 강하게 보장하는 것이 필수적이다. 또한 직업공무원제는 국가권력의 민주적 결정을 전문성과 법치주의에 입각하여 제어하는 기능을 감당하게 되는데 현실적으로는 공무원을 정치적으로 이용하여 헌법과 법률에 따른 국가작용을 왜곡시킬 수 있는 위험성도 있기 때문에 공무원의 정치적 중립성을 강하게 보장해 줄 필요도 있다. 헌법은 제7조 제2항에서 공무원의 신분과 정치적 중립성을 법률의 형식으로 강하게 보장하도록 규정하고 있다.



그러나 직업공무원제도도 문제가 없다고 할 수 없다. 강한 신분보장은 철밥통으로 불릴 정도로 무사안일, 복지부동, 부처이기주의의 문제를 발생시키는 원인이 되기도 한다. 자신의 신분이 보장되는 만큼 창의적인 업무수행의 동인이 부족하게 되거나 원래의 견제적 기능을 외면하고 정치권력에 편승하거나 자기 부처의 이익만을 챙기는 일이 없을 수 없기 때문이다. 결국 정치권력과 직업공무원제가 상호간에 적절한 견제와 균형의 원리를 통해 운영될 때 대의민주주의는 한 단계 더 높은 성숙성을 발휘할 수 있게 될 것이다.

3) 권력분립의 구체적 실현장치로서의 개별 국가권력의 자율성

권력분립은 개별 국가권력의 자율성에 기초하고 있다. 이 자율성은 개별 국가권력의 행사를 위한 절차나 내부규율의 자율성에 기초하고 있다. 헌법 제64조는 국회가 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있고, 의원의 자격심사와 징계에 대해서는 법원에 제소할 수 없도록 규정하여 의회의 자율성을 위한 기본적 장치를 제도화하였다. 헌법 제75조는 대통령에게 법률의 위임받은 사항 외에도 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 대하여 독자적으로 대통령령을 발할 수 있는 권한을 부여하고 있으며, 제95조는 국무총리 및 행정각부의 장에게 소관사무에 대하여 법률이나 대통령령의 위임을 받은 사항 외에도 직권으로 총리령과 부령을 발동하여 소관사무와 내부규율에 관한 행정입법권을 부여하고 있다. 헌법 제108조와 제113조 제2항에서 법원과 헌법재판소의 자율권에 입각한 규칙제정권이 부여되고 있다. 다만 유의할 것은 이 모든 자율권은 법률에 저촉되지 않는 범위 안에서 가능하다는 점이다. 이는 민주주의와 법치주의원리에 따른 당연한 귀결로써 권력분립의 원칙이 민주주의와 법치주의를 전제로 한 권력의 분립임을 보여주는 것이다.

이러한 개별 국가권력의 자율권 외에도 권력분립의 실질을 보장하기 위한 헌법적 장치들이 발전해 왔다. 가장 전형적인 것이 국민대의기관인 의회의 독립성

을 확보하기 위하여 국회의원에게 불체포특권이나 면책특권을 보장하는 것이다. 한편 권력분립이라는 국가권력구조 형성의 일반원리를 넘어 입헌국가공동체에서 민주공화주의를 실현하기 위한 국가권력 자체의 본질적 속성에 따라 특별한 권력분립이 요청되는 권력도 있다. 바로 사법권이다. 사법권은 중립적이고 독립된 지위에서 오로지 헌법과 법률에 의하여 법해석 및 적용에 필요한 직업적·기관적 양심에 입각하여 분쟁을 해소하는 국가권력으로서 일반적 국가권력 분립과는 차원을 달리하는 그 본연의 독립성에 대한 헌법적 요청이 있다.

(다) 법치주의 원리의 실현에 필수적인 제도

1) 사법권 독립

입법권과 행정권이 국민의 선거에 의하여 책임을 지는 권력일 뿐만 아니라 양자 사이의 관계는 정부형태를 불문하고 긴밀하게 협조할 것이 요청된다는 점에서 권력분립의 원칙의 백미는 사법권의 독립이다. 정치권력에 대한 통제권력으로서 입헌주의가 지향하는 개인의 자유와 권리의 최후의 보루로서의 역할을 담당하여야 하기 때문이다. 헌법재판소가 자유민주적 기본질서의 한 요소로 사법권의 독립을 예시한 것은 그 중요성을 인정한 때문이다.⁵⁸⁾

헌법상 사법권 독립은 조직의 독립, 법관신분의 독립, 재판의 독립이라는 세 가지 차원에서 보장된다. 이 중 핵심은 사법권이 행사되는 재판의 독립이며 조직의 독립과 법관신분의 독립은 재판의 독립을 달성하기 위한 제도적 장치이다.

그러나 사법부가 개인의 자유와 권리의 보루로서의 기능을 내세워 정치과정의 민주적 결정에 제동을 거는 것이 반드시 입헌주의가 추구하는 자유주의와 민주주의의 균형적 발전에 긍정적으로 작용하게 되는 것만은 아니다. 사법권이 인권을 과도하게 보호함으로써 결국 공동체의 공공복리가 후퇴되고 다수의 인권과 행복이 영향을 받을 수도 있기 때문이다.

58) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 50 참조.



대표적인 경우가 부동산투기나 독과점기업의 횡포와 같은 재산권 행사의 남용의 경우이다. 재산권이나 경제적 자유를 지나치게 엄격하게 보호하다보면 자유롭고 창의적인 시장경제질서는 경제력의 남용이 초래하는 경제적 양극화에 따라 국민생활의 기본을 이루는 의식주마저도 인간의 존엄과 가치를 실현할 수 없는 수준으로 떨어지는 부정의를 초래하게 될 수 있다. 주택임대차보호법이나 공정거래법, 도시계획법 등 공사혼합법을 통해 공공복리를 추구하는 것이 현대 입헌주의의 발전에 따른 경향이다. 그러나 이러한 공사혼합법 등 경제적 자유와 재산권을 제한하는 입법에 대하여는 위헌법률심사제도나 헌법소원제도를 통해 사회경제입법이 헌법위반으로 처리될 수 있는 여지가 있다.⁵⁹⁾ 따라서 사법권의 독립을 무조건 절대적인 것으로 찬양하기 보다는 그 것이 민주공화국의 자유민주주의체제 속에서 올바르게 정립될 수 있도록 그 전제조건에 대하여도 정확한 이해를 갖출 필요가 있다.

2) 헌법재판제도

현대사회에서는 고전적인 입법·행정·사법의 권력분립만으로는 국가권력의 남용을 통제할 수 없어 이들 국가권력들이 헌법이 정한 한계 내에서 제대로 활동하고 있는지를 특별히 감독하는 비교적 새로운 국가기능을 필요로 하게 된다. 그 대표적 기능이 바로 헌법재판이다. 따라서 헌법재판은 입법권, 행정권, 사법권의 작용을 통제하기 위하여 헌법이 특별히 창설한 국가권력에 의한 국가작용이다.

현행 헌법상 현재는 국민이 뽑은 대통령도 파면시킬 수 있고, 국민의 대표라는 국회의원들이 어럽사리 만든 법률의 효력마저 상실시킬 수 있으며, 힘없는 백성의 인권을 침해하더라도 그저 따르기만 해야 했던 힘 센 기관의 처분에 대하여도 영향력을 미칠 수 있다. 나아가 국가기관들 사이에 헌법이나 법률이 부

59) 예컨대, 택지소유상한제에 대한 위헌결정[헌재 1999. 4. 29. 94헌바37]이나 도시계획법상 개발제한구역제의 일부조항에 대한 위헌결정[헌재 1998. 12. 24. 89헌마214] 등 참조.

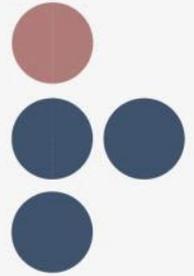
여하는 권한을 둘러싸고 분쟁이 생기는 경우 누가 정당한 권한자인지, 그리고 그 권한의 범위는 어디까지인지 정하는 권한도 있다. 마지막으로 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배된다고 판단되는 경우 정부의 제소에 의한 심판의 결과 그 정당을 해산시킬 수 있는 권한도 수행한다.

3) 감사제도

감사란 회계검사와 직무감찰을 통하여 공공부문 재무회계의 적정성을 도모하고 부정부패를 척결하며 공직기강을 바로 세워 신뢰받고 효율적인 국가운영의 초석이 되는 핵심적인 국가작용이다.⁶⁰⁾ 특히 헌법은 재정민주주의 혹은 재정국회중심주의의 원칙을 천명하고 있음에도 불구하고 극도의 정치혐오증이 만연할 정도로 의회민주주의의 발전이 지지부진하고 국정조사와 국정감사제도가 효율적으로 작동하지 못함에 따라 국회의 전문성이 효과적으로 축적되지 못하여 국가재정분야에 대한 회계검사는 전적으로 감사원의 역할에 의존하고 있는게 현실이다. 경제사회규모의 급격한 성장에 따라 국가예산규모도 엄청나게 팽창하였지만 효율적인 예산안수립과 적정하고 효과적인 예산집행을 담보하기 위해 독립적이고 전문성을 갖춘 회계검사기관의 위상을 확립하고 이를 뒷받침할 법적 제도를 구축하는 것은 예산과정을 통해 한국이 현대민주주의의 발전에 발맞추어 입헌민주주의를 더욱 공고히 하는데 매우 긴요한 과제가 되고 있다.

현행 헌법상 감사권은 헌법 제97조에 근거하여 대통령 직속으로 설치된 최고감사기관인 감사원이 담당하고 있다. 제헌헌법은 예산의 결산을 위한 최고회계검사기관으로 심계원을 두었다. 심계원은 1962년 제5차개정헌법에 의해 당시 법률상의 직무감찰기관이던 감찰위원회와 통합하여 헌법상 회계검사와 직무감찰을 담당하는 감사원으로 재구성되었다. 이후 감사원은 오랜 헌정사의 질곡에도 불구하고 특별한 체제변화 없이 오늘에 이르렀다.

60) 현행 헌법에서 감사원의 헌법상의 지위에 관한 개괄적 소묘로는 김종철, “감사조직의 개편방향 - 감사원의 소속과 기능의 재편론을 중심으로 -”, 공법연구 제31권 제2호, 2002, 196-202쪽 참조.



민주시민교육 연구보고서 2021

Korea Democracy Foundation

헌법에 기초한 민주시민교육의
사회적 합의 촉진 방안 연구

제4장 헌법의 해석갈등과 민주시민교육



제4장 헌법의 해석갈등과 민주시민교육

1. 헌법해석과 이념지형

가. 헌법해석의 헌정사적 의미

민주시민교육의 현실적 필요성을 우리 사회 갈등에 대한 원만한 해결의 방법론에서 찾는다면, 헌법해석의 장이야말로 가장 전형적이고 권위 있는 플랫폼이 될 수 있을 것이다. 특히 헌법재판을 통한 해소 과정은 “정치의 사법화” 등 지적되는 몇몇 문제에도 불구하고, 기본적으로 결과에 대한 질서 있는 승복을 전제로 한다는 점에서 구성원 모두에게 안정적이다. 헌법재판의 장(場)으로서 헌법재판소는 해방공간 이후 헌정사의 격동을 거치며 민주화의 성취와 함께 확립한 입헌 민주주의 전통의 유산이다. 공권력의 진압에 대치한 채 거리의 논제에 머물러 있던 헌법과 기본권은 이제 헌법재판소라는 공론장에서 해석을 통한 법리다툼의 구도로 탈바꿈하였다.

여기에는 우리가 달성한 민주화와 이를 통한 사법권 독립이 그 실천적 전제를 이루고 있다는 점 또한 고려되어야 할 것이다. 권위주의 시절 법치의 개념이 헌법이념 속에 존재는 하였으나 무소불위 권력의 힘 앞에 제대로 구현될 수 없었음을 상기하면, 사법부에게 “권력의 시녀”라는 오명이 뒤따를 수밖에 없었던 것도 어느 정도 이해되는 측면이 있다.⁶¹⁾ 그 와중에서도 일명 ‘사법파동’ 사건

61) 해밀턴(Alexander Hamilton)이 연방주의자 논집(the Federalist Papers) 제78번 글에서 몽테스키외를 인용하며 사법부를 “가장 덜 위험한 권력(the least dangerous branch)”라 평가한 것도, 결국 사법 권력이 입법권, 행정권에 비하여 상대에 영향력을 미칠 수 있는 힘이 본질적으로 부족하다는 점을 인식하였기 때문이다. 해밀턴은 사법부가 “칼(sword)과 지갑(purse)에 미칠 수 있는 영향력이 없으며”, “힘(power)과 의지(will)를 갖지 않고 오직 판단(judgment)만을 할 뿐”이라 지적하였다. 알렉산더 해밀턴 외, 김동영 옮김, 페더럴리스트 페이퍼, 한울아카데미, 1995, 458.

등 법치 수호를 위한 결기를 발휘한 적도 있었으나, 권력에 부역하는 수많은 판결로 국민의 신뢰를 잃었던 역사 또한 분명히 존재한다. 민주화 이후 사법부가 스스로 과거사 정리에 나선 것은 떨어진 국민적 신뢰를 반성을 통해 회복하지 않고서는 독립된 권력의 위상을 제대로 정립할 수 없을 것이라는 판단 때문이었을 것이다. 법원은 진실·화해를위한과거사정리위원회가 인혁당사건 등 인권침해 사례로 제시한 사건 대부분을 재심재판에 회부하여 무죄 등 판결을 내렸다.⁶²⁾

87년 헌법을 통해 헌법재판소를 복원하고 본격적 민주헌정주의 체제를 가동하면서, 헌법재판소는 대표적 갈등 해결의 공간으로 애초 기대하였던 수준 이상의 역할을 해내고 있다. 행정수도이전, 통합진보당 해산, 박근혜 대통령 탄핵 등, 헌법재판소 결정을 통해 대한민국 현대사의 굵직한 방향이 그려지고 있다. 과거 권위적 힘과 이에 대항하는 이념 등이 민주화를 과제로 대결을 펼쳤다면, 헌정 체제의 안정과 함께 헌법에 대한 해석투쟁이 그 방법론적 대체 수단으로 활용되고 있는 것이다. 달리 말하면 이는 막대한 권력에 편승하여 자연스레 이념적 우위를 점하였던 세력과 그에 대항하여 강력한 반정부투쟁을 감행하여야 했던 세력 모두, 민주화 이후 투쟁의 공간을 헌법해석의 장으로 전환할 수밖에 없었다는 뜻이다.

또한 민주화 이후의 현재를 현상적·공시적 차원에서 볼 때, 당연한 정치적·경제적 양극화의 혼란이 사회 영역에서 합리적 대화 가능성을 낮추었다는 점에도 주의를 둘 필요가 있다. 양극화는 ‘민주주의의 위기’로도 진단할 수 있으며, 정치적 스펙트럼의 극단에 자리한 이념의 탄생을 도왔다. 극단이 득세하면서 이념 간 공유 가능 영역이 점차 축소되고, 결국 헌법이라는 최소한의 합의된 플랫폼 위에서 그 돌파구를 찾을 수밖에 없다. 국가의 법적 근원이자 국민 합의의 민주

62) 진실화해위원회, 진실화해위원회 현황 소개자료, 2008, 11-12쪽 표 참조.<https://www.jinsil.go.kr/fnt/nac/selectNoticeDetail.do?bbsId=BBSMSTR_000000000721#> (2021.10.1. 방문); 법률신문, “사법부 과거사 정리... 재심 18건 모두 무죄판결”, 2009.10.5. <<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=49182>> (2021.10.1. 방문).



적 결과물인 헌법은 그 자체로 사회통합을 위한 도구로서의 본질을 지닐 수밖에 없기 때문이다.⁶³⁾

첨예한 갈등의 주제를 두고 곳곳에서 벌어지는 헌법투쟁은 그 자체로 매우 민주적이고 건강한 것이다. 동시에 정치적 합의문서라는 헌법의 사실적 전제로부터 다양한 이념과 관점, 이익과 역할의 해석투쟁이 어느 방향에서든 그 접점을 확보할 수 있다는 희망을 도출할 수 있기 때문이다. 그것이 어떠한 이념 스펙트럼에서 형성될 것인지는 당대의 민주주의 지형 및 법치를 향한 의지에 크게 의존하겠지만, 그것이 헌법해석을 통해 이루어졌다는 형식적 환경이 가져다 줄 공통분모의 역할은 분명히 존재할 것이다. 그 분모의 실체가 어떤 모습으로 판명되든 적어도 최루탄과 화염병의 공방으로 되돌아가지는 않을 것이라는 믿음이 구축되어 있다.⁶⁴⁾ 그 믿음은 민주화에 근거하고 있으며, 헌법해석투쟁은 바로 그 지점에서부터 의미 있는 진행을 시작한다.

이는 비교적 최근의 헌정사적 대사건에 의하여 실증되었다. 소위 “국정농단”이라는 희대의 사태에 직면하자 대통령 탄핵 여부를 놓고 우리 사회의 진영대립은 극명하였다. 그러나 여전히 동의하지 않는 일부 세력이 있었지만 이념적, 정치적 관점이나 견해의 차이에도 불구하고 민주공화제 헌정의 절차적 요소와 근본가치에 대한 절대 다수의 공감대가 모아져서 그 해법으로 헌법이 상정하고 있는 대통령 탄핵의 절차가 가동됨으로써 국회에서 탄핵 소추가 이루어지고 헌법재판소에게 심판 기회를 부여하였다. 이는 민주공화제의 최소 요건마저도 위협을 받는 상황에서 민주주의의 시작 지점 이전으로의 퇴행을 막으려는 노력이 민주

63) 헌법의 사회통합적 기능을 설명한 글로 양건, 헌법강의. 법문사, 2021, 3-5쪽.

64) 이런 의미에서 지난 2021년 1월에 미국 워싱턴 D.C.에서 발생하였던 시위대의 연방의회 폭력 점거 사태는 전 세계에 큰 충격을 가져다주었다. 최고의 경제대국이자 선진 민주주의 제도와 정치를 갖추었다는 미국조차도 극단주의에 인도될 경우 민주주의 이전의 상태로 되돌아갈 수 있다는 가능성을 직접 목격할 수 있었기 때문이다. 미국 민주주의에 미치는 악영향을 중심으로 의사당 점령 사태를 분석한 글로, Timothy W. Luke, Democracy under threat after 2020 national elections in the USA: 'stop the steal' or 'give more to the grifter-in-chief?', *Educational Philosophy and Theory* (2021). pp.1-8 참조.

정치의 장에서 이념 대립을 극복하며 이루어진 것으로 해석할 수 있다. 특히 국정농단에 대한 촛불시민의 요구가 헌정 중단에 이르지 아니하고 헌정내의 탄핵 절차를 가동시켰다는 것은 국정농단사건을 헌법이 정한 절차를 통해 진지하게 숙고된 해석투쟁의 장으로 인도하였다는 점에 큰 의미가 있다. 헌법의 틀 안에서 민주주의와 법치주의가 공존의 역할을 해낼 수 있었다는 민주공화적 헌정 모델이 제대로 가동된 것이다.

나. 이념 대립의 헌정적 재정립

이념의 대립은 사회를 규정하는 시간적, 공간적 지형의 변화에 따라 다양한 모습으로 등장한다. 헌법재판에서도 수많은 사람들이 각기 처한 시대적, 환경적 요인에서 다양한 이념을 취하고, 그에 따라 서로 역동적으로 부딪히며 해석 법리를 만들어 낸다. 그러나 그 어떤 복잡한 갈등의 층위에서든 대립되는 이념의 양상은 우리 사회의 일상적인 정치담론의 용례에서 확인되듯 크게 진보와 보수의 갈등으로 환원할 수 있을 것이다. 개인 차원에서의 인식 및 윤리적 관점의 차이와 공동체 차원에서의 권력 및 사회구조의 차이는 서로 복합적으로 상호작용하며, 질서의 유지와 변화라는 대립적 틀, 즉 다양한 형태의 보수와 진보의 대결을 낳는다.⁶⁵⁾

다양한 이념지형에서 모두 동의하는 양극화의 심각성 또한 큰 범주에서 타협되지 않는 보수와 진보의 대결구도로 설명이 가능하다. 민주화 이후 이들은 구체적 헌법해석을 놓고 갈등하고 있다. 거시적 관점에서 헌법의 보수적, 진보적 이념은 헌법해석의 장에서 최종 유권해석을 선점하고, 때로는 그에 대한 비판적 자세를 취하며 서로 경쟁하는 것이다. 그리고 민주화가 이루어진 정치체제에서

65) 폴 슈메이커, 조효제 역, 진보와 보수의 12가지 이념: 다원적 공공정치를 위한 철학, 후마니타스, 2010, 44-52쪽.



보수와 진보의 경쟁은 치열한 과정을 거치면서도 결국 자연스러운 합의로 귀결되어야 정상이다. 그러나 경쟁 상대를 인정하지 않거나 그 규칙과 과정의 공정성에 대한 불신이 팽배할 때, 경쟁의 결론을 받아들이지 않은 채 다음 투쟁에서의 승리를 위한 작업에 몰두하게 된다. 이것이 양극화를 더욱 공고히 하며 헌법의 목표인 통합과 멀어지게 한다.

이러한 현상의 원인을 단순히 우리의 민주주의에 대한 역량 부족만의 탓으로 돌리기에는 지금까지 우리가 달성해 온 민주화의 성과도 결코 적지 않다는 점에서 충분하지 않다. 오히려 급속도로 압축 성장과 민주화를 이루다보니 이념적 진영갈등이나 세대갈등이 심해서 정치사회적 경쟁의 상대에 대하여 관심을 두지 않고 그 정체성을 정확히 이해하지 못한 것은 아닌지 고민해 보아야 한다. 나와 다른 생각과의 소통을 충분히 경험하지 못한 채, 정치적인 것(political thing)을 오로지 적과 동지의 싸움으로만 인식하는 분위기가 곳곳에 만연해 있다.⁶⁶⁾ 당연히 이는 민주시민교육이 제대로 구성되고 이루어지지 않은 결과이다.

구체적으로는 우리 헌정에서 진보와 보수가 상대에 대하여 정확한 정체성과 본질을 충분히 이해하여야 한다. 헌법해석투쟁의 장에서 실제 존재하는 진보와 보수의 실체를 정확히 알지 못하면 헌법해석 과정의 법리적 차이 또한 제대로 이해할 수 없다. 단순히 “보수적 헌법해석”, “진보적 헌법해석”이라는 범주만으로 일반화 할 수 없는, 대한민국 보수와 진보의 지형을 폭넓게 이해하여야 한다.

이제 헌법적 해석갈등 속에서 대립하는 견해의 접점을 모색하여야 한다. 헌법의 통합 목표에 충실하기 위해서이기도 하지만, 당면한 현실의 양극화 갈등이 심각한 수준에 이르렀기 때문이기도 하다. 이를 위해 우리 헌정에서 보수, 진보의 이념지형을 이해하고 헌정사적으로 재정립하여야 한다. 특별히 한편으로는 경쟁적이면서 또 다른 한편으로는 서로 보완관계에 있는 다양한 정치이념들, 예컨

66) 칼 슈미트의 “정치적인 것” 개념을 통한 자유주의 비판에 관하여 설명한 글로 조현진, “자유민주주의는 없다... ‘적’과 ‘동지’가 있을 뿐!”, [철학자의 서재]<정치적인 것의 개념>, 프레시안, 2014.2.17.(<https://www.pressian.com/pages/articles/101212#0DKU>, [2021.10.1. 방문]).

대, 자유주의와 민주주의, 혹은 공화주의 사이의 동학(dynamics)을 기초로 우리의 보수와 진보가 이들을 어느 정도까지 그리고 어떠한 내용으로 수용하였는지를 파악할 필요가 있다. 특별히 보수의 본질에 주목할 필요가 있는데, 그 접근 방식에 따라 다른 내용으로 파악이 가능하다는 비정형적 개념 요인 뿐 아니라 우리 헌정사에서 진보에 비하여 보수가 상대적으로 급격한 내용의 변화를 겪었기 때문이다.⁶⁷⁾

이 장에서는 다양한 정치이념과 그에 입각한 헌법원리와 제도의 어느 지점에서 보수와 진보가 조우하는 영역이 존재하며, 헌법해석논쟁이 활발히 발생하는 영역에서 이를 구체적으로 확인할 수 있음을 논증할 것이다. 구체적으로 ‘자유민주적 기본질서’, ‘영토조항과 평화통일조항의 관계’, ‘경제원칙’, ‘교육의 이념과 민주주의’ 등을 중심으로 이념 대립의 가능한 접점을 발견할 수 있다. 우리의 헌법해석은 어느 한 편의 완벽한 승리를 지지하고 있지 않으며, 그렇다고 어중간한 정치적 타협의 방법을 선택한 것도 아니다. 다양한 이념들의 배타적 대립으로만 보이던 쟁점들과 헌법해석론이 민국공화국을 표방하는 헌법이념과 원리의 틀 속에서 경쟁과 보완의 관계로 공존할 수 있는 가능성을 확인함으로써 통합을 향한 헌법적 견인을 수행한다. 민주시민교육이 지향하여야 할 지점은 여기에서 일반화 할 수 있을 것이다.

2. 대한민국의 보수와 진보: 이념적 접점의 탐구

가. 보수

지금 우리가 겪고 있는 양극화의 갈등은 단순한 보수·진보의 대결구도만으로

67) 김일영, “한국정치의 새로운 이념적 좌표를 찾아서: ‘뉴라이트’와 ‘뉴레프트’ 그리고 공통된 지평으로서의 자유주의”, 한국정치외교사논총 제27권 제2호, 2006 참조.



는 완전하게 설명할 수 없다. 비교적 짧은 헌정의 역사 속에서 식민지와 분단, 권위주의와 경제발전, 민주화를 모두 집약적으로 경험하였던 까닭에, 자유주의, 보수주의, 민주주의와 같은 서양의 전형적 정치이념들이 무척 다른 형태로 무대에 등장하였기 때문이다. 우리만의 특별한 정치 경로를 거치면서 해석갈등의 양상 또한 다르게 정의되어야 한다.

특히 굴곡의 현대사를 거치면서 비교적 그 이념적 일관성을 유지하였던 진보에 비하여 대한민국의 보수를 정확히 정의하기는 무척 힘들다. 더구나 헌법해석의 장에서 보수적 헌법해석의 경향은 일반적 정치이념으로서의 보수주의와 또 다른 층위의 성격을 가진다.⁶⁸⁾ 그러나 여러 ‘보수적’ 태도 속에 정치적 정향으로서의 공통적 특성을 이끌어 낼 수는 있다. 현재의 국내외적 정치체제와 경제지형의 유지를 원하면서 이에 대한 급격한 변화를 추구하지 않는다는 점이다. 그럼에도 여전히 그러한 태도를 견인하는 이념적 지향은 매우 다양하다.

본래 보수주의는 프랑스혁명의 급진적 자유주의에 대한 반발로 발흥되었다. 이후 자유주의나 사회주의와 같은 보수주의의 반대편 이념이 공격하고자 하는 대상을 수호하고자 하는 이념적 실체로 발전하였다. 그러나 ‘공격에 대한 방어’라는 개념 자체의 특성으로부터, 또 다른 이중적 성격의 정의가 가능하다. 바로 내용 중립적 위치에서, 그 내용이 무엇이든 기존 질서를 수호하려는 태도를 의미하는 “위상적(positional) 접근법”에 의한 정의이다.⁶⁹⁾

강정인 등은 우리의 보수주의가 그 위상성에 치우쳐 출발하였다는 점을 지적

68) 헌법상 헌법재판소나 대법원 구성원 선출에는 다양한 수준에서 국회가 관여하는 형태를 더한 대통령의 권한이 행사된다. 때문에 임명한 정권의 정치적 성향에 대체로 부합하는 사법 판단 경향이 나타날 수 있다. 그러나 본질적으로 사법은 사건이 주어져야 비로소 권한이 발동되는 수동적 구조의 합의체 기관이라는 점에서 진보의 성향을 일관되게 발휘하기는 어렵다. 또한 민주주의 이념보다 법치주의가 지배하는 권력 영역이 사법이다. 법치의 핵심 가치에는 법적 안정성이 자리 잡고 있는데, 사법 영역에서는 이것이 선례에 의존하는 경향으로 실현된다. 본질적으로 보수의 경향이 유리하게 작용할 수밖에 없는 구조이다.

69) 강정인·김수자·문지영·정승현·하상복, 한국정치의 이념과 사상: 보수주의·자유주의·민족주의·급진주의, 후마니타스, 2009, 38-39쪽.

한다.⁷⁰⁾ 봉건제도의 타파가 자유주의 혁명에 의하여 이루어지지 않았고 식민지 경험 이후 서구에 의해 이식된 측면이 있기 때문에, 그에 대한 반발 차원의 보수주의는 성립할 수 없었다. 오히려 해방 이후 우리에게 자유주의와 자본주의는 장차 실현하여야 할 과제로 제시되었고, 이에 따라 보수주의 역시 성립될 자유주의를 위한 질서 유지 입장이 강하였다. 소위 “예방적 보수주의”라 불릴만한 이러한 입장은 체제 안전의 최대 화두였던 ‘반공’과 결합하게 된다.⁷¹⁾ 권위주의 시대를 거치면서 이러한 보수주의는 가장 강력한 정치이념으로 위세를 떨쳤으며, 반공의 내용은 지금까지도 이어지고 있다. 보수가 ‘자유민주주의’라는 문언의 수호를 공개적 목표로 지지하는 데는 ‘자유’를 제외한 민주주의가 포용할수도 있다는 위기의식이 반영된 강력한 반공의식에 그 이유가 있다.⁷²⁾

전통적으로 한국사회에서 보수는 자유민주주의의 ‘민주’보다 ‘자유’에 큰 의미를 부여하고 있다. 반공주의에서 출발하여 기존의 위상적 지위를 이어 온 이들이 확립한 질서를 그들의 자유로 상정하는 것이다. 바로 이 지점에서 우리 맥락의 보수주의가 자유주의와 양립하게 된다. 자유주의의 일부가 보수주의로 흡수되었기 때문에 발생한 현상인 것이다. 자유를 뺀 민주주의 교육을 좌경·종북적 그것이라 비판하는 것도 이러한 맥락이다.

우리 맥락에서 자유주의의 시작은 미국의 영향을 받아 자유민주주의 형태의 대한민국 정부가 수립되던 때로 볼 수 있다. 그러나 개화기부터 우리 스스로 자유주의를 찾았던 기록이 있고 해방공간에서도 민족주의로부터 분화하였다. 제헌헌법에서 개혁적 내용을 담은 자유민주주의가 제도화 되었으나, 정치권력의 영향으로 반공주의와 결합하면서 극도로 보수화되었다. 이후 권위주의 정치체제에 대항하여 민주화운동이 전개되면서 자유주의의 저항적 모습이 짝트게 된다. 이후

70) 강정인 외, 위의 책, 42-49쪽.

71) 강정인 외, 위의 책, 45-46쪽.

72) 김만권, “자유민주주의를 넘어 헌정민주주의로”, 한국자유총연맹-한국정치학회 공동 주최 국민복 가치확산 학술회의 자료집, 2020, 69-70쪽.



적어도 헌정의 형식 측면에서 민주화를 이루기까지 저항적 자유주의는 우리의 민주화를 견인하는 주요 이념으로 기능하였다. 민주적 저항운동은 권위주의체제의 종식과 함께 개인의 자유와 권리를 목표로 추구하는 자유주의를 지향하였다. 다만, 민주화 이후 자유주의 또한 그 모습을 분화하면서 시장자유주의와 복지자유주의 등의 모습으로 각각 발전하였다.⁷³⁾ 이들의 경쟁은 87년 민주주의 헌법해석을 두고 다양한 이념적 지형을 이루며 오늘에 이르고 있다.

민주화 이후에는 보수가 정권 교체를 통한 권력 박탈을 경험하면서 자유주의와 급격하게 결합하게 된다. 신자유주의가 세계화의 광풍을 타고 우리에게 정착하였고, 권위주의로부터 민주정부로 이양되는 과정의 문민정부가 이를 적극 수용하였다. 이후 신자유주의의 전 세계적 광풍과 궤를 같이하며 소위 ‘뉴라이트’ 운동을 자임하는 세력이 자유주의의 혁신을 기치로 출범한 이후 보수 내에서 “시장 주도형 경제”를 강조하고 세계화의 연장선상에서 “한미동맹 강화”를 강화하는 보수혁신운동이 여전히 철저한 반공으로 무장한 전통보수와의 차별성을 강조하면서 “북한 민주화”를 강조하고 “기회균등 보장, 빈곤 해소, 법치주의와 사회적 공동선 실현” 등 진보 영역과 충분히 중첩될 만한 사항을 강조하는 경향을 보였다.⁷⁴⁾ 뉴라이트 파동과 박근혜 대통령 탄핵 등 정치적 변동을 겪으면서 한

73) 강정인 외, 앞의 책, 23-24쪽.

74) 이는 김호기가 분석한 뉴라이트의 중점 이념 내용이다. 김호기, “2000년 이후의 보수 세력: 수구적 보수와 뉴라이트 사이에서”, 기억과 전망 제12호, 2005, 75-76쪽. 다른 학자들의 분석도 대동소이하다. 뉴라이트를 이끌었던 대표 세력인 자유주의연대에서 명시적으로 위와 같은 이념지향을 천명하였기(자유주의연대 홈페이지 www.486.or.kr. 지금은 존재하지 않음) 때문이다. 1. 과거 청산보다 미래 건설에 초점을 맞춘 개혁을 추구한다. 2. 국가주도형 방식에서 시장주도형 방식(작은 정부-큰 시장)으로의 경제시스템 전환을 통해 2만 달러 시대를 개척한다. 3. 자유무역협정(FTA)의 능동적 추진을 통해 ‘열린 통상 대국’을 건설한다. 4. 모든 특권을 철폐하고 만민에게 기회의 균등을 보장하되 결과에 대해서는 승복하는 합리적 사회문화를 창출한다. 청부(淸富)를 권장하며 빈부격차의 해소가 아니라 빈곤의 해소를 추구한다. 5. 법치주의의 확고한 기초 위에서 다원주의에 기초한 관용의 정치문화를 실현하고 사회구성원의 정신적 성숙에 기초해 사회적 공동선을 찾아나가는 성찰적 민주주의를 개화시킨다. 6. 학생에게 학교 선택권을, 학교에게 학생선발권을 부여하는 교육 혁신을 추구한다. 7. 대북정책의 최우선 과제로 북한 대량 살상무기 문제의 근원적 해결을 통한 전쟁 가능성 제거 및 공고한 평화체제 구축을 추구한다. 8. 한반도 전역의 민주주의 실현을 위해 북한 인권 개선 및 민주화를 추구한

국의 보수는 내부적으로 자유주의의 수용정도에 따른 차이와 북한문제, 양극화문제 등 구체적 현안에 대한 대응에서 차별성을 보이는 분화를 경험하고 있다.

나. 진보

보수주의만큼의 큰 진폭은 없었지만 진보주의 또한 민주화를 기점으로 변화를 모색하였다. 그러나 헌정사를 통해 비교적 오랫동안 큰 줄기는 유지되었는데, 일제강점기부터 독립운동의 이념을 지도하고 해방공간을 거치며 대중화 된 공산주의 및 사회주의의 급진적 이념이 그 원류라고 할 수 있다. 비록 단절된 정부로 출발하였지만 이 이념은 제헌헌법에도 상당한 영향을 미쳤다. 특히 경제에 관한 조항들은 상당 수준 사회주의적 국가통제경제질서의 요소가 가미되었다.⁷⁵⁾

한국전쟁은 진보를 우리 사회의 주류 세력으로 한 번도 편입시키지 못한 직접적 계기가 되었다. 전쟁의 상처를 경험한 국민은 반공을 사상적 기반으로 삼고 경제적 풍요와 개인의 자유를 미래의 청사진으로 약속한 보수주의를 지속적으로 지지하였다.⁷⁶⁾ 심지어 개발독재의 권위주의까지도 수용하는 인내력을 발휘하였다. 결국 진보는 이에 저항하여 민주화운동과 통일운동의 지속적 주체로 자리 잡았고, 이념적으로 사회주의와 민족주의를 계승하였다. 진보의 흐름 중에는 사회주의와 남북통일을 통한 혁명까지 지향한 세력도 있었기 때문에, 반공 보수

다. 9. 기존의 한미동맹을 21세기 상황에 걸맞게 발전시키며 주변국과의 우호 관계를 강화한다. 10. 문화, 학술 등 연성권력(soft power)을 신장시키며 세계 민주화에 기여한다.

75) 대표적으로 제헌헌법 제18조 영리를 목적으로 하는 사기업에 있어서는 근로자는 법률의 정하는 바에 의하여 이익의 분배에 균점할 권리가 있다; 제84조 대한민국의 경제질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로 삼는다. 각인의 경제상 자유는 이 한계 내에서 보장된다; 제86조 농지는 농민에게 분배하며 그 분배의 방법, 소유의 한도, 소유권의 내용과 한계는 법률로써 정한다.

76) 박태균은 보수를 성장 이데올로기, 반공 이데올로기, 국가주의가 주도하는 이념으로 보았으며, 이는 “한국적 자유민주주의”로 상징된다고 정의하였다. 박태균, “한국 보수 이데올로기의 특징과 딜레마”, 황해문화 제47호, 2005, 207-225쪽.



세력으로부터 친북·반국가단체라는 비판을 받기도 하였다. 이는 ‘자유민주주의’를 놓고 진보와 보수가 여전히 강한 대립의 역사를 이어오는 요인이 되었다.

민주화 이후 진보세력은 대다수가 자유주의를 대안으로 선택하였다. 당면한 목표인 민주화를 달성하였기 때문에 이제 법제도 안에서의 개혁을 추구한다는 목표로 전환하였다. 민주화운동을 주도하던 단체는 시민의 참여를 확대하는 참여 민주주의를 지향하고 시민운동 형태의 운동 방식을 취하였다. 다만 끝까지 통일 및 혁명 노선을 고수하였던 급진세력들은 이러한 진보세력의 개혁적 자유주의와 결별하고 분화하였다. 이는 향후 통합진보당 해산사건에서 자유민주주의에 대한 해석갈등을 야기하게 된다.

다. 접점의 가능성

보수와 진보는 지금까지 여러 모습으로 진화하였지만 보수와 진보가 각각 전제하거나 흡수하고 있는 여러 이념은 이미 앞서 헌법의 가치지향성이라는 특질에 대한 설명에서 서술한 바와 같이 민주공화국이라는 국가형태와 그 실현이념인 입헌민주주의를 통해 공통의 접점을 구축할 수 있다.

대한민국이 민주공화국임은 보수와 진보 모두 부정할 수 없는 기본전제이다. 민주공화국은 주권이 국민에게 있고 모든 국가권력이 국민으로부터 나오며, 국가권력은 오로지 국민 개개인이 가지는 기본적 인권을 확인하고 보장할 헌법적 의무를 지는 ‘국민의, 국민에 의한, 국민을 위한 정치체’이다. 헌법 제정의 궁극적 목적인 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보”하는 민주공화국의 과제는 자유로 대변되는 기본적 인권과 민주로 대변되는 주권재민이 서로 배타적인 이념이나 가치가 아니라 상호 보완적 가치이다. 자유의 미명하에 공동체의 공공복리를 훼손하는 자유지상주의나 민주주의 명분하에 개인이 가지는 기본적 인권의 본질적 내용을 침해하는 민주지상주의는 모두 민주공화국과 조화

될 수 없다. 민주공화국은 자유를 최대한 보장하는 것을 최고의 가치로 삼되 자유의 실현은 공공복리와 조화를 이룰 것을 요청하며 이러한 공화적인 질서의 구축이 민주적인 정치질서에 의해 실현되도록 요구한다는 점에서 자유와 민주주의 가치를 모두 동등한 위상으로 추구한다. 또한 이러한 가치와 질서를 최고법인 헌법의 핵심요소로 삼고 있다는 점에서 민주공화국은 입헌민주주의로 실현된다.

이러한 민주공화국 내지 입헌민주주의는 민주화 이전 위상적 개념의 보수주의가 취하였던 권위주의나 반공주의에 함몰된 자유주의 경향과는 거리가 멀다. 오히려 “종교적 순응, 귀족주의적 특권, 정치적 절대주의”를 타파하며 개인의 권리와 자유를 주창한 근대 초 영국의 자유주의에 더 가까운 개념이다.⁷⁷⁾ 한국 보수의 혁신을 추구하는 “시장 자유주의”와 “개혁적 자유주의”라 명명될 수 있는 사회적 자유주의 등 진보의 공동체지향성이 모두 인정할 수밖에 없는 공통 지점은 결국 민주공화국이라는 국가형태와 입헌민주주의라는 그 실현원리일 수밖에 없다.⁷⁸⁾ 입헌민주주의가 추구하는 ‘근대적’ 기본 과제인 권력의 절대성(독재) 극복과 특권의 철폐는 21세기의 우리가 민주화 이후에도 여전히 가장 실현해야 할 사회적 목표이다. 바로 이와 같이 헌법의 핵심을 이루는 사회적 목표야 말로 한국의 진보와 보수가 모두 합의할 수밖에 없는 공감의 영역이다.

입헌민주주의가 추구하는 권력의 절대성 즉 독재의 극복은 민주적 다원성의 보장을 추구한다. 적어도 국가의 권력적 횡포가 자행되지 않도록 권력이 분립되고 권력 사이 혹은 권력내부에서 견제와 균형의 원리에 입각하여 권력체제와 법체계를 정비할 필요가 있다. 이 체제에서 궁극적으로 권력을 민주적으로 통제할 수 있는 주권자 집단의 법적 수단이 현실적이고 실질적으로 확보되어야 한다. 즉, 입헌민주주의는 시민의 능동적 주권 행사와 권력 제한 방식의 요구로 확장되어야 한다.

77) 영국의 자유주의에 관하여는 강정인·오향미·이화용·홍태영, 유럽 민주화의 이념과 역사: 영국·프랑스·독일, 후마니타스, 2010, 13-14쪽.

78) 개혁적 자유주의에 대한 설명은 조희연, 비정상성에 대한 저항에서 정상성에 대한 저항으로, 아르케, 2004, 제7장 참조.



특권의 폐지는 자유와 권리 실현의 공정성을 확보한다는 뜻이다. 계급이 부인되고 특정 계층이 부당한 권한을 행사할 수 없도록 제도화하는 작업은 이에 반드시 수반되는 과정이다. 어쩌면 ‘평등한 자유’의 실현은 역사에서 아직까지 완성된 적이 없는 목표인지도 모른다. 혁명의 시대에 보통선거원칙이 특권 폐지의 궁극적 목표였다면, 지금의 우리는 그 정도에 만족할 수 없다. 좀 더 심화된 차원의 공정을 원한다. 시민의 자기통치를 이상으로 하는 민주공화국은 자기통치를 위한 자유의 실현이 시민 모두의 공익을 위한 것, 즉 공공성을 상실하는 것까지 추구하지 않는다.⁷⁹⁾ 오히려 공화국이기 위해서는 민주성(시민의 지배)만으로는 부족하고 공화성(시민을 위한 지배-공동선)까지 갖추어야만 하는 것이다.⁸⁰⁾

민주주의가 성숙하게 확립되지 못한다면 자유를 추구하는 민주공화국 내지 입헌민주주의의 목표실현은 불가능하다. 우리는 굴곡의 헌정사를 통해 이 사실을 깊이 체득하였다. 자유는 그냥 주어지는 것이 아니며 자유를 막는 세력과의 투쟁을 통해 쟁취할 대상임이 밝혀졌다. 민주주의가 무너졌을 때, 권력은 절대적 힘으로 시민을 억누르고 온갖 특권을 양산해 내었다. 자유의 실현을 위한 민주주의의 완성이야말로 이념을 초월한 공통의 목표일 수밖에 없다. 헌정의 수많은 역사적 사건을 통해 다듬어진 우리 헌법 또한 이를 지향하고 있음은 물론이다.

민주화 이후 진전된 정치개혁과 신자유주의의 등장과 퇴조 등 국내외 상황의 변화와 함께 보수와 진보의 양 진영에서 다양한 상호평가와 자기성찰, 그리고 그에 근거한 혁신이 진행되고 있다. 이러한 성찰과 혁신이 여전히 이항대립적 갈등의 국면을 완전히 극복하지 못하고 있지만 상호공존과 사회적 합의를 통한 안정적 민주공화국을 위한 모색의 여지가 전혀 없다고 할 수 없다.⁸¹⁾

아래에서는 민주화 이후 헌법해석의 장에서 펼쳐진 여러 논쟁 속에서 보수와

79) 김동훈, *한국 헌법과 공화주의*, 경인문화사, 2011, 188-210쪽 참조.

80) 강일신·김종철, “환경민주주의와 심의적 시민참여”, *강원법학* 제45권, 2015, 252쪽 참조.

81) 예컨대, 보수의 혁신과 진보의 성찰을 주장하며 자유주의로의 합일이 필요하다는 주장을 참고할 수 있다(김일영, “한국정치의 새로운 이념적 좌표를 찾아서: ‘뉴라이트’와 ‘뉴레프트’ 그리고 공통된 지평으로서의 자유주의”, *한국정치외교사논총* 제27권 제2호, 2006).

진보의 접점을 구체적으로 확인해 나가는 작업을 진행할 것이다. 특별히 민주공화국 내지 입헌민주주의를 중심으로 서로의 주장 속에 존재하는 연결고리를 발견하려 한다. 그 결과는 양극화 해소를 위한 헌법적 방법론의 구체화 작업을 인도할 것이며, 동시에 민주시민교육의 중심 방향이 될 수 있을 것이다.

3. 헌법해석투쟁: 사법판단 영역에서의 논쟁

가. “자유민주적 기본질서”에 대한 헌법해석논쟁과 사례

(1) 헌법해석론

헌법은 전문과 제4조에서 “자유민주적 기본질서”를 규정하고, 그리고 제8조에서는 “민주적 기본질서”를 언급하고 있다.⁸²⁾ 헌법학계에서는 이들 규정을 우리 헌법의 핵심 가치를 표현한 것으로 보고 방어적 민주주의를 통해 수호하여야 할 대상으로 인정한다.⁸³⁾ 이와 관련하여 보수와 진보에서 대립하는 예민한 충돌 지점이 바로 ‘자유민주주의’ 논쟁이다. 특히 보수 세력에서 헌법해석을 통해 우리 민주주의 형태를 자유민주주의라는 이름으로 확정하려는 강력한 시도에서 촉발되었다. 이른바 “건국절” 논쟁⁸⁴⁾에서부터 시작하여 ‘교학사 역사교과서’ 사

82) 대한민국 헌법 전문 “...자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고...”; 제4조 대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다; 제8조 ② 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다. ④ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.

83) 한수웅, 헌법학, 박영사, 2020, 61-62쪽; 양건, 헌법강의, 법문사, 2021, 118-119쪽.

84) 대한민국 정부 수립일인 1948년 8월 15일을 기념하여 8월 15일을 국경일인 광복절을 건국절로 바꾸자는 의견을 둘러싼 논쟁으로 2007년 ‘국경일에 관한 법률 일부개정법률안’(정갑윤 의원 대표발의 제17대국회 의안번호 177486)을 제출하였다가 철회하기도 하였다. 이런 흐름



태⁸⁵⁾에 이르기까지 다양한 방식으로 이루어졌다.

규정 자체를 문자적 의미만으로 분석할 때, 헌법의 “자유민주적 기본질서”는 대한민국이 어떠한 헌법질서를 기본으로 삼고 있는가에 대한 답변의 형식으로 읽을 수 있다. 즉, “자유민주”적 질서라는 것이다. ‘자유민주’라는 말은 ‘자유’와 ‘민주’를 결합한 합성어로서 그것이 독립된 고유명사로 사용되는 예는 거의 없고, 대신 ‘자유민주주의’라는 용례는 존재한다. 따라서 ‘자유민주적 기본질서’는 ‘자유민주주의에 바탕을 둔 기본질서’라고 해석하는 것이 문법적으로 자연스럽기는 하다. 헌법재판소는 실제로 이런 인식하에 자유민주적 기본질서를 사용한 용례가 있다. 헌법재판소는 제주4.3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법 의결행위 등 취소 결정에서 다음과 같이 판시한 바 있다.

우리 헌법은 전문에 “자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여……”라고 선언하고, 제4조에 “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.”라고 규정함으로써 자유민주주의 실현을 헌법의 지향이념으로 삼고 있다. 즉 국가권력의 간섭을 배제하고, 개인의 자유와 창의를 존중하며 다양성을 포용하는 자유주의와 국가권력이 국민에게 귀속되고, 국민에 의한 지배가 이루어지는 것을 내용적 특징으로 하는 민주주의가 결합된 개념인 자유민주주의를 헌법질서의

은 1948년 수립된 대한민국 단독정부의 정통성을 강조하려는 취지에 입각한 것으로 단독정부 수립에 비판적인 의견을 적대시하는 위험성을 내포하고 있다. 이 같은 움직임에 대응하여 오히려 대한민국의 정통성을 오히려 확립하고 선열들의 항일독립운동정신을 계승 발전시켜 나가기 위해 대한민국임시정부의 건립일인 1919년 4월 13일을 건국절로 지정하여 기념하자는 주장이 제기되고 있으며 이런 취지의 법안(이개호의원 대표발의 ‘건국절에 관한 법률안’(제20대 국회 의안번호 2003125)이 제출되었다가 임기만으로 자동폐기한 경우도 있다.

85) 2013년 교육당국의 검정을 받은 교학사의 고교 역사교과서가 이념편향적이고 오류가 많다는 역사학계의 지적으로 결국 채택율이 0%가 된 사태로 이후 2015년 박근혜 정부에서 역사교과서 국정화 정책을 추진하는 배경이 되었다. 이념편향성 논란의 중심에는 건국절 논쟁과 마찬가지로 단독정부 수립이 자유민주주의 체제 수립에 매우 중요한 역사적 사건으로 강조되며 단독정부 수립에 비판적인 의견을 자유민주주의를 부정하는 왜곡된 역사인식과 이념적 편향성을 가지는 것으로 일방적인 규정을 할 수 있는 위험성을 안고 있다.

최고 기본가치로 파악하고, 이러한 헌법질서의 근간을 이루는 기본적 가치를 ‘기본질서’로 선언한 것이다.⁸⁶⁾

그런데 헌재가 정의한 자유민주주의의 요소인 자유주의는 “국가권력의 간섭을 배제하고, 개인의 자유와 창의를 존중하며 다양성을 포용”하는 정치이념으로 매우 포괄적으로 정의되고 있어서 실제로 일상적인 정치담론에서 한국의 보수진영에서 주장되는 배타적 의미의 “자유민주주의”와는 사뭇 구별된다. 예컨대, 2013년에 시작하여 2017년 사이에 벌어진 역사교과서 국정화 시도 사건에서 국정화 찬성론자들은 자유민주주의의 본질에 대해서는 명확한 정의를 내리지 않은 채, 자유민주주의의 기초를 이루는 근대사적 요소로 식민지 근대화론, 자유시장경제론, 반공주의 등을 예시함으로써⁸⁷⁾ 이들의 자유민주주의는 신자유주의에 기초한 시장 자유적 경제체제를 기반으로 한 반공주의 체제라는 추론을 낳는다.⁸⁸⁾

이러한 자유민주주의에서 ‘자유’는 시장 역할이 극대화 된 작은 정부로서의 신자유주의였고, 이들이 직접적으로 설명한 자유민주주의는 노무현 대통령의 ‘참여 민주주의’에 대한 비판으로서의 개념이었다. 그러나 그들이 추구하는 바람직

86) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마238 등, 판례집 13-2, 383, 440 참조.

87) 김정인, “역사 교과서 논쟁과 뉴라이트의 역사인식”, 역사교육 제133권, 2015, 263-273쪽. 김정인은 이 논문에서 뉴라이트 교과서의 내용 속에서 자유민주주의의 실체를 추론할 수 있는 대목을 인용하였다. “대한민국은 자유와 독립을 위한 오랜 노력과 투쟁 끝에 성립되었다. 제2차 세계대전이 연합국의 승리로 끝나면서 자주 독립국으로 새 출발을 하게 되었다. 그러나 자유 민주 세력과 공산주의 세력이 대립하였다. 결국 남북이 각각 다른 체제의 정부를 구성하였다. 대한민국은 건국한 지 2년도 안 되어 공산 세력의 침략을 받는 국가적 위기에 처하기도 하였다. 그러나 모든 난관을 극복하고 산업화, 민주화, 선진화를 달성하는 기적을 이루었다. 반면 공산주의 체제의 북한은 세계 최빈국이 되었다.” 권희영 외, 고등학교 한국사, 교학사, 2014, 298쪽; “북한식의 점령 정치는 남한 사람들에게 공포의 대상이었다. 수많은 인명이 희생당하였고 무자비한 약탈 폭력적 강제 동원 등이 자행되었다. 남한 사회는 이로써 공산주의가 환상이라는 것을 충분히 경험하였고 자유민주주의가 얼마나 중요한 가치인지도 알게 되었다.” 같은 책, 315쪽.

88) 이 중에서 반공주의는 뉴라이트가 올드라이트를 비판하면서 내세운 극복의 주요 대상이었음에도 여전히 교과서를 통해 계승되고 있다. 이들이 서로 다르지 않다는 비판에 필연적으로 직면할 수밖에 없는 대목이다. 예를 들어 하종문, “반일민족주의와 뉴라이트”, 역사비평 제78호, 2007; 주진오, “뉴라이트의 식민사관 부활 프로젝트”, 역사비평 제83호, 2008.



한 자유민주주의가 무엇인지는 논리적으로 설득력있게 제시되지 않았다는데 문제가 있다.⁸⁹⁾

서로 다름에 대한 인정을 기초로 관용과 상생의 정신을 발휘하는 성숙한 자유민주주의가 아닌 선악의 이분법에 기초하여 끊임없이 분란을 일으키는 ‘비(非)자유주의적 민주주의(illiberal democracy)’는 결코 오래 지속될 수 없다는 것이 역사의 교훈이다. ‘나만이 옳다’는 ‘정의의 사도’ 의식이야말로 자유민주주의의 최대 걸림돌이다. 독선, 편협성, 옹졸함은 ‘비자유주의적 민주주의’의 최대 특징이다.⁹⁰⁾

노무현 정권이 내건 참여민주주의는 대의민주주의에 대립되는 개념으로 한국의 자유민주주의를 훼손시키는 도구로 사용되었다. 그 절정은 수도 이전에 대한 헌법재판소의 위헌판결 직후 나타났다. 1987년 민주화투쟁의 산물이자 입헌주의의 보루인 헌법재판소를 ‘수구 헌재’로, 그 결정을 ‘선출되지 않은 권력의 쿠데타’로 매도한 집권 민주화세력은 자신들이 반자유주의세력임을 스스로 폭로했다. 이후에도 그들은 신문법, 사학법 등 자유주의에 반하는 위헌적 법률을 만들어냈다.⁹¹⁾

기독교 우파 또한 보수의 큰 세력을 구성하고 있다. 이들도 노무현 정부를 친북 좌파로 규정하고 자유민주주의의 위기론을 설파하였다.⁹²⁾ 그러나 여전히 그들의 자유민주주의는 친북 좌파와 반대되는 개념일 뿐 그 실체는 분명하지 않다.

89) 전재호, “2000년대 한국 보수주의의 이념적 특성에 관한 연구: 뉴라이트를 중심으로”, 현대정치연구 제7권 제1호, 2014, 175-177쪽. 전재호는 신지호가 노무현 정부의 참여민주주의를 ‘비자유주의적 민주주의’로 정의한 것을, 상대에 대해 ‘반자유주의’ 세력으로 낙인찍는 레토릭으로 설명하였다.

90) 신지호, 뉴라이트의 세상 읽기, 기파랑, 2006, 187쪽(전재호, 위의 글, 176쪽에서 재인용).

91) 신지호, “뉴라이트 운동의 전개와 사상적 특질”, 시대정신 2006 가을호, 2006, 5쪽(전재호, 위의 글, 176쪽에서 재인용).

92) 류대영은 이들의 위기론을 다음과 같이 정리하였다. 경제성장의 추락, 이념·세대·지역 갈등의 조장, 입헌주의와 법치주의의 위기, 대한민국의 역사적 정통성에 대한 공격 등이다. 류대영, “한국 기독교 뉴라이트의 이념과 세계관”, 종교문화비평 제15호, 2009, 52쪽.

저는 지난 날 자유민주주의를 위해 독재와 싸웠습니다. 해군중위의 신분임에도 불구하고 민청학련사건으로 징역 20년 형을 받았습니다. 그만큼 자유민주주의는 소중합니다. 그런데 제가 노무현 정부 시절에 맥아더 동상 철거시도 사건을 겪고 충격을 받았습니다. 도대체 맥아더 동상을 철거하겠다는 사람들은 어떤 사람들입니까? 인천상륙작전이 잘못되었고 이러한 미군의 진입으로 한반도가 분단되었다고 생각하는 사람들입니다. 김정일의 치하에서 사는 것이 옳았다고 생각하는 사람들입니다. 그런데 동상을 철거하겠다는 사람들이 수천명이 되는 것을 보고 충격을 느꼈습니다. 이들이 바로 전교조, 민노총, 민노당, 한총련, 범민련, 통일연대, 민중연대, 전농 그런 사람들입니다. 이 사람들의 숫자가 수십만에 달합니다. 이들이 대한민국을 흔들고 자유민주주의 체제를 위협하는 것을 보면서 저는 지난 날 나의 온 젊음을 다 바쳐 쟁취한 자유민주주의를 지키기 위해 이들 친북좌파세력과 싸우지 않으면 안 된다고 생각했습니다. 왜 지난날 자유민주주의를 위해 싸웠던 민주화운동 인사들이 자유민주주의를 유린하려는 친북좌파들의 움직임에 대해 맞서지 않는 것입니까? 그리고 왜 저보고 변절자라고 합니까? 자유민주주의를 위협하는 세력은 백색독재만이 아닙니다. 좌파독재도 마찬가지입니다. 그것이 어느 것이든 자유민주주의가 위협받을 때 목숨을 바쳐 싸워야 하는 것이 아닙니까?⁹³⁾

관용과 상생을 내세우면서도 선악구별에 의한 사회비판이나 국민의 직접행동을 강조하는 참여민주주의를 비자유민주적인 것으로, 반독재를 내세우면서도 광복이후 미국의 한반도분할정책에 대한 비판적 입장을 가지는 경우를 모두 비자유민주적인 것으로 단정하는 방식으로 자유민주주의를 이해하는 입장은 결국 현재가 자유주의의 핵심요소로 제시한 ‘다양성의 포용’을 스스로가 포기한 것이며 민주공화국의 민주시민이 가져야할 정치적 자율성과 능동성 및 상호배려라는 시민역량을 제대로 고려하지 않은 매우 자의적인 주장에 불과해 보인다.

93) 동북아신문, [서경석 목사 대화마당] 내가 왜 변절자인가?, 2008.6.16.

<<http://www.dbanews.com/news/articleView.html?idxno=8006>> (2021.10.1. 방문)



그렇다면 헌법 전문과 헌법 제4조의 자유민주적 기본질서는 어떻게 이해되어야 하는가? 헌재가 “자유민주적”이라는 문구를 중심으로 문리적으로 접근한 것과는 달리 이 기본질서는 ‘자유’와 ‘민주적 기본질서’의 관계를 중심으로 해석될 필요가 있다. 우선 헌법이 자유민주적 기본질서와 별도로 헌법 제8조 제4항에서 민주적 기본질서를 유일한 헌법해산사유로 규정하고 있는 점에 주목할 필요가 있다. 헌재는 통합진보당 해산결정에서 이 기본질서를 “우리가 오늘날의 입헌적 민주주의 체제를 구성하고 운영하는 데에 필요한 가장 핵심적인 내용이나 요소를 의미하는 것으로서, 민주적이고 자율적인 정치적 절차를 통해 국민적 의사를 형성·실현하기 위한 요소, 즉 민주주의 원리에 입각한 요소들과, 이러한 정치적 절차를 운영하고 보호하는 데에 필요한 기본적인 요소, 즉 법치주의 원리에 입각한 요소들 중에서 필요불가결한 부분이 중심이 되어야 한다. 이는 이것이 보장되지 않으면 우리의 입헌적 민주주의 체제가 유지될 수 없다고 평가되는 최소한의 내용”이라고 전제한 다음 “개인의 자율적 이성을 신뢰하고 모든 정치적 견해들이 각각 상대적 진리성과 합리성을 지닌다고 전제하는 다원적 세계관에 입각한 것으로서, 모든 폭력적·자의적 지배를 배제하고, 다수를 존중하면서도 소수를 배려하는 민주적 의사결정과 자유·평등을 기본원리로 하여 구성되고 운영되는 정치적 질서”로 정의하고, 이 질서의 구체적인 주요요소를 “국민주권의 원리, 기본적 인권의 존중, 권력분립제도, 복수정당제도” 등으로 예시하고 있다.⁹⁴⁾

이러한 헌재의 해석론에 따르면 민주적 기본질서에는 “법치주의 원리에 입각한 요소들”도 포함되고 있으며, 구체적으로 이에 해당하는 구체적 요소로는 “기본적 인권의 존중, 권력분립제도, 복수정당제도”가 있다. 즉 자유주의에서 추구하는 자유가 민주적 기본질서의 핵심에 이미 내포되어 있음을 의미한다. 따라서 헌법상 자유민주적 기본질서는 제8조 제4항의 민주적 기본질서와 달리 보아야 할 특별한 규범적 근거나 이유를 찾아보기 어렵다.⁹⁵⁾

94) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 22-23 참조.

이런 결론은 그 비교법적 기원이 되는 독일기본법 제21조 제2항의 ‘자유롭고 민주적인 기본질서’(die freiheitliche demokratische Grundordnung[free and democratic basic order])라는 조항에 의해서도 확인된다. 이 조항은 한정적 의미가 아닌 포괄적인 포섭을 가능하게 하는 요건으로서 단순한 헌법질서와 구별되는 기본질서임에 비추어 볼 때⁹⁶⁾ 자유민주주의와 같은 특정한 정치철학에 직접적으로 결부된 것으로 보는 해석론은 규범의 의의, 적용요건, 범위 및 성격을 둘러싼 혼란을 초래할 위험이 크다. 나아가 국가의 적극적인 시장경제의 조정과 사회보장을 통해 균등사회발전을 추구하는 ‘민주복지국가’헌법⁹⁷⁾을 표방하고 있는 우리 헌법의 체계적 해석에 따르면, 자유롭고 민주적으로 헌법질서를 형성하여 인간의 존엄과 가치를 최고도로 발휘하도록 하는 최선의 방법은 최대한의 ‘정치적 자유’와 자치의 폭넓은 보장이라고 할 수 있으므로, 자유민주적 기본질서의 ‘자유’는 ‘정치적’ 자유를 근간으로 하는 ‘정치적 자유주의’로 새겨야 하며⁹⁸⁾ 혹여나 고전적 자유민주주의가 재산권과 경제적 자유를 절대적으로 우월한 가치로 인정하는 ‘경제적 자유주의’를 근간으로 하는 것으로 오해해서는 안된다.⁹⁹⁾

95) 현재의 통합진보당 해산결정이 있기 전, 정당해산제도에 대한 논문에서 김종철은 정당해산의 사유가 되는 민주적 기본질서는 입헌민주체제의 기본질서라는 의미에서 법치국가적 질서까지도 모두 포함하는 자유민주적 기본질서와 동의어로 보지 않을 수 없음을 논증한 바 있다(김종철, “민주공화국과 정당해산제도”, 공법학연구 제15권 제1호, 2014, 44-47쪽 참조). 같은 논지에서 헌법의 통일적 해석의 관점에서 민주, 민주적, 자유민주적, 민주화를 동일한 정치이념을 맥락에 따라 다양하게 표현한 것이므로 그 본질은 모두 동일하게 해석하여야 한다는 견해로 홍성방, “자유 민주적 기본 질서”, 한림법학FORUM 제2권, 1993, 12-13쪽; 김백유, “민주적 기본질서”, 헌법학연구 제9권 제3호, 2003, 96-97쪽 참조.

96) 한국 헌법과 달리 정당뿐만 아니라 기본권 실효 제도를 두고 있는 독일기본법의 경우 자유롭고 민주적인 기본질서라는 요건은 서신, 우편 및 전신의 비밀에 관한 제10조 제2항, 거주 및 이전의 자유에 관한 제11조 제2항, 기본권 실효제에 관한 제18조, 군대병력과 연방국경수비대의 투입요건에 관한 제87a조 제4항, 제91조 제2항에도 같이 등장한다. 모두 민주적 법치국가의 기본질서를 위협하는데 대한 요건이라는 공통점이 있다.

97) 현재는 우리 헌법이 민주복지국가의 이상을 추구하고 있음을 확고히 확인해오고 있다(헌재 1989. 12. 22. 선고, 88헌가13 결정, 판례집 1, 357, 377-378).

98) 한국 헌정사와 현대민주주의론의 발전에 터잡아 같은 견해를 취하고 있는 견해로는 송석윤, “정당해산심판의 실체적 요건 - 정당해산심판제도의 좌표와 관련하여”, 서울대학교 법학 제51권 제1호, 2010, 50-54쪽 참조.

99) 경제적 자유주의를 근간으로 해서는 안 된다는 의미를 사유재산제를 부정하는 것으로 오해



정치과정이야말로 헌법합치적 법률을 형성하는 국민대표기관인 의회를 중심으로 한 의회민주주의적 체제를 매개로 하여 인간의 존엄이 최고도로 발휘되도록 비지배적 자유와 평등이 실질적으로 보장되는 민주적, 사회복지적 법치국가를 형성하는 기반이 되므로 그 자유로움과 민주적 정당성은 최대한 확보되어야 한다. 이러한 최고의 지향가치를 위협할 수 있는 국가적 사회적 위협은 일단 반헌법적인 것으로 간주되어야 하고 용납될 수 없는 것이다.¹⁰⁰⁾ 결론적으로 정치적 자유와 자치의 최대한의 보장이 자유민주적 기본질서의 핵심적 내용이 되어야 하며 단순하게 자유주의와 민주주의라는 선별된 정치철학의 결합으로 박제화되어서는 입헌민주공화국을 근간으로 하는 헌법정신을 제대로 살리지 못하는 것이다.¹⁰¹⁾

결국 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 조항은 보수주의에서 주장하는 바와 같이 민주주의 이론에서 정의하는 자유민주주의의 개념을 떠나 시장 자유주의와 반공주의만을 그 내용으로 담고 있는 해석은 수용하기 어렵다. 물론 기본적 인권의 보장이라는 차원에서 경제역역의 자유인 시장의 자유와 그 결과로서의 사유재산제는 충분히 보장되어야 한다. 또한 북한 인권에 관심을 기울이는 보수주의의 태도 또한 자유민주적 기본질서의 차원에서 충분히 수용할 수 있는 여지가 있다. 앞서 언급하였듯이 입헌민주주의의 근대적 요소인 권력의 절대성 즉 독재 극복과 기회의 평등이 보장되는 자유 또한 당연히 수호되어야 하기 때문이다.

해서는 안 되며, 오히려 재산권과 경제적 자유의 철저한 보장을 내세워 자유방임형 자유시장주의가 우리 헌법의 기본질서임을 강변하는 도구로 전략해서는 안 된다는 의미로 이해되어야 한다. 이러한 해석은 사회복지국가의 원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법의 체제와 역사적 의미를 반영하자면 자유민주주의가 사회민주주의를 배제하는 것으로 해석하는 것은 모순일 수밖에 없기 때문이다. 유사한 취지에서 민주적 기본질서와 경제적 기본질서의 관계를 바라보는 취지로는 이성환 등, 정당해산심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 제15집, 2004, 147-153쪽; 송석윤, 앞의 글, 57-59쪽.

100) 같은 취지로는 김명재, “정당의 자유와 민주적 기본질서”, 헌법학연구 제13권 제1호, 2007, 특히 314-316쪽 참조.

101) 이상의 논지는 김종철, “민주공화국과 정당해산제도”, 공법학연구 제15권 제1호, 2014, 44-47쪽에서 발췌한 것이다.

그러나 반독재를 요소로 하는 공화국의 기본원리에 따르면 대한민국이 정치적 평등이 보장되지 않는 ‘기울어진 운동장’과 같은 정치환경에서 국가권력이 특정 세력에 의해 그들의 이익과 결탁하여 구성되고 운영되거나 국민의 대표관계가 실질적이지 아니한 정치과정에 의해 운용되는 것을 용납하지 아니한다는 것을 의미한다.¹⁰²⁾

(2) 민주적 기본질서와 통합진보당 해산 결정

2014년에 헌법재판소에 의해 결정된 통합진보당 해산은 우리 헌정사 최초로 헌법재판소 결정에 의한 정당해산이었다.¹⁰³⁾ 1958년의 진보당 해산은 이승만 정부의 선거관리위원회가 정당 등록을 취소하면서 실행되었다는 점에 차이가 있지만, 공교롭게 모두 ‘진보’를 표방하는 정당에 대한 국가의 조치였다. 통합진보당 해산 결정 또한 박근혜 행정부에 의해 해산심판이 청구되었으므로, 결국 이념적으로 진보에 대한 보수의 공격이 관철된 것으로 볼 수 있다. 특별히 이 사건에서는 반공보수주의와 진보진영에서 자유주의로의 전환을 거부하고 독자노선을 걸었던 급진주의의 헌법해석투쟁이라는 점에서, 그 결론에 어떠한 접점의 가능성이 존재하는지 발견하기에 적합한 조건이라 할 수 있다. 이 결정에 대해서는 결정 시기와 판단의 합리성을 두고 학계의 강한 비판이 있었지만,¹⁰⁴⁾ 여기서는 자유민주주의를 대상으로 벌어지는 헌법해석투쟁에 중점을 두어 분석한다.

이 사건 정부측 청구인 대표였던 황교안 법무부장관은 최후변론에서 통합진

102) 김종철, “헌법전문과 6월항쟁의 헌법적 의미 - 민주공화국 원리를 중심으로 -”, 헌법학연구 제24권 제2호, 2018, 223쪽.

103) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1.

104) 대표적으로 들어 김종철, “헌법재판소는 주권적 수임기관인가?: 대한민국의 헌법적 정체성과 통합진보당 해산결정”, 저스티스 통권 제151호, 2015; 송기춘, “피음사둔(諛淫邪遁)의 통합진보당 해산결정문”, 민주법학 제57호, 2015; 임지봉, “헌법재판소의 통합진보당 해산결정에 대한 분석과 평가”, 법학논총 제33권, 2015; 한상희, “위헌정당해산심판제도, 그 의미와 문제점: 통합진보당 사건과 관련하여”, 민주법학 제54호, 2014 등.



보당이 “자유민주적 기본질서를 파괴하고 대한민국을 내부에서 붕괴시키려는 암적 존재”라며, “국가안보에 허점이 없도록 북한을 추종하는 위헌정당을 해산하여 대한민국의 자유주의를 지켜내야 한다.”는 매우 거센 주장을 펼쳤다.¹⁰⁵⁾ 반면 통합진보당 이정희 대표는 최후변론에서 헌법정신을 강조하면서 본격적으로 헌법 해석에 집중하였다.¹⁰⁶⁾

105) 뉴스토마토, “(전문)황교안 장관 최후변론 “진보당은 반헌법적 정당””, 2014.11.25. <<https://www.newstomato.com/ReadNews.aspx?no=515680>><<https://www.newstomato.com/ReadNews.aspx?no=515680>> (2021.10.1. 방문). 그는 이 외에도 자유민주주의를 수 회 언급하며 다음과 같이 말하였다. “잘 아시다시피, 우리 헌법은 ‘자유민주적 기본질서의 보호’를 최고의 가치로 삼고 있습니다. 자유민주주의는 국민 다수의 의사에 따라 국정이 운영되고, 국민의 자유와 평등이 보장되는 법치주의적 헌법이념입니다.” “우리 선조들은 대한민국 임시정부 시절부터 자유민주적 기본질서가 보장되는 나라를 꿈꾸어 왔고, 그것은 대한민국 건국으로 실현되었습니다. 분단과 전쟁의 모진 시련 속에서도, 우리 국민들은 북한 공산세력에 굴하지 않고 자유민주주의 체제를 굳건히 지켜 냈습니다. 자유민주주의는 대한민국이 태어날 때부터 가지고 있는 생래적 DNA이며, 우리 헌정사는 헌법가치를 위협하는 수많은 도전들을 피와 땀으로 극복한 숭고한 희생과 헌신의 역사였습니다. 헌법은 전문에서 ‘대한민국 임시정부의 법통을 계승하고, 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 할 것을 다짐한다’고 규정함으로써 이 점을 분명히 하고 있습니다. 그럼에도 불구하고, ‘진보적 민주주의’, ‘민중주권주의’라는 미명하에 대한민국의 정통성을 부정하는 세력이 정당의 탈을 쓰고 활동하고 있습니다.” “통합진보당은 목적과 조직, 활동 가운데 그 어느 것도 민주적인 모습과는 거리가 멍니다. 우선, 목적에 있어, 자유민주주의를 부정하고 반민주적, 반인권적인 북한식 사회주의를 지향하고 있습니다.”

106) 민중의 소리, “[전문] 이정희 최후변론 “민주주의 진전은 멈추지 않는다”는 것을 보여달라””, 2014.11.24. <<http://www.vop.co.kr/A00000818757.html>> (2021.10.1. 방문). “저는 헌법을 우리 사회 다양한 의견의 공통의 출발점이자 구성원 상호간에 토론과 합리적 해결을 가능하게 하는 기준자로 봅니다. 헌법은 민주주의의 확장, 사회적 다원성과 정치적 다양성의 보장, 표현의 자유와 정치적 결사의 자유의 확대라는 방향을 제시합니다. 이 방향으로 해석 적용됨으로써 헌법은 더욱 발전하며 권위를 높여갑니다.” “진보당은 한국정치에서 소외되었던 사람들에게 있어 꿈을 실현할 통로이고 소망의 집결체입니다. 그렇기 때문에 정부의 진보당해산청구는 진보당의 존립이나 의원들의 지위를 좌우하는데 그치는 것이 아닙니다. 진보당해산청구는 진보당에 투표하면서 자신들도 대한민국의 주인이 되기를 바랐던 노동자 농민 서민들의 정치적 의사표현의 권리와 투표의 권리를 완전히 빼앗겠다는 것입니다. 진보당해산결정은 진보당을 통해 실현되어온 국민 각자의 정치적 기본권을 본질적으로 침해하게 된다는 점을 재판관님들께서 더욱 신중히 고려하여주시기 바랍니다.” “정부는 민주노동당 강령에 도입된 ‘진보적 민주주의’의 연원이 김일성에게 있다고 주장하나, 누가 그 말을 먼저 썼는지 거슬러 올라가면 대한민국임시정부 김구 주석과 의정원이었음이 확인된다는 사료와 현대사연구자의 증언이 이 법정에 증거로 제출되었습니다. 헌법은 “대한민국임시정부의 법통을 계승”한다고 명시하고 있는데, 정부는 대한민국임시정부마저 김일성의 사주를 받은 집단으로 매도하려는 것입니까.”

헌법재판소는 통합진보당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위반한다고 결정하였는데, 헌법상의 심판 기준인 민주적 기본질서를 앞서 살핀 자와 같이 민주주의적 요소와 법치주의적 요소를 모두 포함하는 것으로 해석하였다. 한편 현재는 민주적 기본질서를 판단하는 태도에서 민주주의의 유연성을 받아들여 다양한 이념과의 결합 가능성을 인정하며, 헌법이 특정 이념과 결부한 민주주의만을 고집할 수 없다는 점까지 밝혔다.

민주적 기본질서를 현행 헌법이 채택한 민주주의의 구체적 모습과 동일하게 보아서는 안 된다. 정당이 위에서 본 바와 같은 민주적 기본질서, 즉 민주적 의사결정을 위해서 필요한 불가결한 요소들과 이를 운영하고 보호하는 데 필요한 최소한의 요소들을 수용한다면, 현행 헌법이 규정한 민주주의 제도의 세부적 내용에 관해서는 얼마든지 그와 상이한 주장을 개진할 수 있는 것이다. 마찬가지로, 민주적 기본질서를 부정하지 않는 한 정당은 각자가 옳다고 믿는 다양한 스펙트럼의 이념적인 지향을 자유롭게 추구할 수 있다. 오늘날 정당은 자유민주주의 이념을 추구하는 정당에서부터 공산주의 이념을 추구하는 정당에 이르기까지 그 이념적 지향점이 매우 다양하므로, 어떤 정당이 특정 이념을 표방한다 하더라도 그 정당의 목적이나 활동이 앞서 본 민주적 기본질서의 내용들을 침해하는 것이 아닌 한 그 특정 이념의 표방 그 자체만으로 곧바로 위헌적인 정당으로 볼 수는 없다. 정당해산 여부를 결정하는 문제는 결국 그 정당이 표방하는 정치적 이념이 무엇인지가 아니라 그 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지 여부에 달려있기 때문이다.¹⁰⁷⁾

헌법재판소는 통합진보당이 추구하는 민주주의를 “진보적 민주주의”로 특정하고 강령과 활동을 통해 그 실제적 의미를 파악하였다. 그 본질은 자유민주주의 체제에서 사회주의로 이동하기 위한 중간 단계의 민주주의 유형이라 하였다.

107) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 23.



피청구인 주도세력은 사회주의가 종국적 지향점이기는 하지만, 현 단계에서 사회주의적 변혁을 내세운다면 대중들의 적극적 참여를 이끌어 낼 수 없을 뿐만 아니라 기득권세력과의 치열한 투쟁에서 열세를 면치 못할 것이며, 그럴 경우 새로운 사회를 건설할 수 없게 되므로 탈자본주의적 변혁은 아직 시기상조라고 보면서, 자유민주주의 체제에서 사회주의로 안정적으로 이행하기 위한 준비를 위한 과도기 정부로서 진보적 민주주의 체제를 설정한 것으로 판단된다. (중략) 피청구인 주도세력은 진보적 민주주의 실현방안으로 선거에 의한 집권과 저항권에 의한 집권을 설정하면서, 선거에 의한 집권을 하는 경우에도 필요한 때에는 비합법적·반합법적인 방법으로 폭력을 수단으로 활용할 수 있고, 우리 사회가 대중투쟁과 전민항쟁에 의하여 저항권적 상황이 전개될 경우에는 무력행사 등 폭력을 행사하여 기존의 우리 자유민주주의 체제를 전복하고 헌법제정에 의한 새로운 진보적 민주주의 체제를 구축하여 집권할 수 있다고 한다. 이상을 종합하면, 피청구인 주도세력의 강령상 목표는 1차적으로 폭력에 의하여 진보적 민주주의를 실현하고, 이를 기초로 통일을 통하여 최종적으로는 사회주의를 실현하는 것이라 할 것이다.¹⁰⁸⁾

결국 이 결정을 자유민주주의 관점에서 재해석하면, 우선 헌법재판소가 통합진보당의 해산을 주장한 보수주의의 논거에 전적으로 동조하여 받아들인 것은 아니라는 점을 발견할 수 있다. 물론 반공주의 입장에서 볼 때는 보수주의 입장과 결론이 같지만, 그 결정적 이유는 통합진보당이 사회주의적 민주주의를 향해 나아가면서 북한식 혁명 방법을 따르려 했다는 것이다. 달리 보면 이는 폭력과 위협으로부터 국민과 국가를 보호한다는 방어적 민주주의 논리의 일면이다. 헌법재판소가 그 동안 정의해 온 자유민주적 기본질서의 요소인 ‘사유재산과 시장경제’ 원칙을 추구하지 않았기 때문에 해산하여야 한다는 논거는 존재하지 않는다.

108) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 75.

민주주의의 개방성을 인정하면서, 사회주의적 민주주의도 그 실현 방식을 합법적으로 채택한다면 수용될 수도 있다는 해석을 가능케 한다.

통합진보당은 이 사건에서 스스로를 변론하면서 북한식 폭력 혁명을 추구하지 않았다고 주장하였다. 그것이 대법원 판결에서는 일부 사실로 받아들여지기도 하였고¹⁰⁹⁾ 현재의 1인 소수의견도 그렇게 단정하기에는 증거가 충분하지 않다고 보았다.¹¹⁰⁾ 결국 사실상의 진위 논란의 중심을 이루는 북한 관련 이슈를 제외한다면, 최소한 헌법의 민주적 기본질서를 놓고 헌법재판소의 다수의견과 소수의견이 모두 동의한 원리적 의견과 통합진보당의 주장에는 큰 차이가 없다는 점을 확인할 수 있다. 다만 헌법재판소의 다수의견은 분단상황을 빌미로 정당해산에 필요한 “급박한 사회적 필요성”(pressing social needs)를 단순한 “사회적 필요성”으로 축소하는¹¹¹⁾ 한편 민사소송상의 완화된 증거법칙을 활용¹¹²⁾하여 통합진보당이 민주적 기본질서에 위반하는 목적과 활동을 한 점을 인정한 반면 소수의견은 정당해산제도에서 요청되는 비례원칙 등을 엄격히 적용하여 민주적 기본질서 위반을 확인할 수 없다고 보았을 뿐이다.

헌법에 기초한 사회적 합의를 통해 민주시민교육을 활성화하려는 관점에서 볼 때 이 결정에서 아쉬운 점은 헌법재판소의 다수의견이 자유민주적 기본질서에 입각한 민주공화국이 전체주의성향의 인민공화국과의 차별성을 보여줄 수 있는 기회를 제대로 살리지 못했다는 점이다. 다수의견은 정당해산제도가 민주적 기본질서를 수호하기 위한 “최후수단적 성격이나 보충적 성격”을 가지므로 함부로 오남용되지 않도록 경계해야 함을 인정하면서도 분단체제의 특수성을 내세워 그 심사기준을 완화하거나 증거법칙을 느슨하게 적용함으로써 일당독재에 기초한 전체주의 사회에서 정당의 자유를 억압하는 것에 비견될 수 있는 저항의 빌

109) 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 참조.

110) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 114 이하에 소재한 재판관 김이수의 반대의견 참조.

111) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 111 참조.

112) 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 15 참조.



미를 제공하였다. 재판관 김이수의 반대의견이 주장하듯이 정당해산은 자유민주적 기본질서의 근간을 이루는 정당의 자유라는 정치적 자유를 박탈하는 것이므로 “자율적이고 민주적인 정치적 과정 속에서 해당 정당의 위험성이 해소되지 않을 뿐만 아니라, 그 정당으로 인한 위험성이 우리 사회의 민주주의에 급박하고 중대한 위협으로 부상할 때에만” 예외적으로 관철되어야 한다는 것이 민주공화국의 입헌민주주의의 핵심요소인 정치적 자유의 평등한 보장원칙에 부합하는 해석이다. 다수의견은 이 원칙을 최대한 실현할 의무를 소홀히 함으로써 자유민주주의를 수호한다는 영동한 명분으로 자유민주적 기본질서의 근간을 흔들 수 있는 헌법원리의 적용사례를 넣음으로써 역설적으로 또 하나의 전체주의 국가를 용납할 수 있는 길을 허용하였다.

자유민주적 기본질서와 동일한 내용을 가지는 민주적 기본질서에 입각한 민주공화국과 일당독재에 기초한 인민공화국의 차이는 오로지 정치적 자유의 보장 정도에 의해 좌우된다. 정치적 사상의 자유와 표현의 자유를 허용하지 않으며 복수정당제에 기초한 정당의 자유와 평등을 부인하면서 정치적 이유로 정치수용소라는 억압체제를 유지하는 북한체제와 민주공화국으로서 입헌민주주의를 지향하는 정체성을 가진 대한민국이 구별되는 것은 최소한 정치적 이념이나 그에 따른 표현만으로는 정치적 배제와 차별의 대상이 될 수 없다는 관용의 존재와 적법절차에 따라 국가권력의 오남용을 엄격하게 통제하는 체제라는 점이다. 자유민주적 기본질서는 오로지 인류사회가 보편적으로 인정하는 민주주의적 필수요소와 법치주의적 필수요소에 충실한 엄격하고도 철저한 방법으로 수호될 수 있으며 분단체제와 같은 특수한 사실적 환경의 어수선했음을 빌미로 모호한 기준과 과다하게 폭넓은 정치적 자유를 억압할 수 있는 재판기준과 절차를 활용하여 헌법과 국가의 연결한 정체성을 훼손할 수 있는 방법으로는 오히려 자유민주주의에 입각한 민주공화국을 위협하는 극단세력들에게 체제공격의 빌미를 제공해 줄 뿐이다.¹¹³⁾

(3) 자유민주적 기본질서와 국가보안법 제7조 한정합헌 결정

헌법재판소는 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항(찬양·고무죄)¹¹⁴⁾은 “각 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 적용된다”고 하면서 이와 같은 해석하에서는 헌법에 위반되지 않는다는 한정합헌 결정을 내렸다.¹¹⁵⁾ 이 결정에서 자유민주적 기본질서에 관한 중요한 정의를 제시한다.

자유민주적 기본질서에 위해를 준다는 것은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본 원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것이고, 이를 보다 구체적으로 말하면 기본적인 권리의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장 경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부 체제를 파괴·변형시키려는 것으로 풀이할 수 있을 것이다.

이 정의에 의하면 자유민주적 기본질서는 정치적 자유주의의 요건을 모두 갖

113) 김종철, “헌법재판소는 주권적 수임기관인가?: 대한민국의 헌법적 정체성과 통합진보당 해산결정”, 저스티스 통권 제151호, 2015, 66쪽 참조.

114) 구 국가보안법 제7조(찬양·고무 등)① 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7년 이하의 징역에 처한다. ② 국외공산계열의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자도 제1항의 형과 같다. ③ 제1항 및 제2항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다. ④ 제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조·유포 또는 사실을 왜곡하여 전파한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다. ⑤ 제1항 내지 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도서 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각 항에 정한 형에 처한다.

115) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49.



추고 있다. 국가권력 제한과 기본권 보장, 그리고 이를 실천하기 위한 민주주의에 이르기까지 자유주의의 전형을 담고 있다. 다만 여기에 “사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서”라는 기준을 추가하고 있다는 점은 상당히 특이하다. 고전적 자유주의가 자본주의 시장경제로 발전하기는 하였지만 그것이 논리 필연적인 것은 아니었기 때문이다. 그렇다면 이 요소는 당시의 보수주의, 구체적으로 신자유주의의 영향을 받은 것이 아닌가 추측된다. 이 결정이 있고 약 15년 이후에 등장한 뉴라이트의 경제관과도 유사한 점이 있다. 이 점은 제주 4·3특별법 의결행위 취소를 구하는 헌법소원의 각하결정에서 좀 더 자세하게 보완되고 있다.¹¹⁶⁾

우리 헌법은 자유민주적 기본질서의 일부인 시장경제 및 사유재산권의 보장에 대하여도 제23조 제1항 전문에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”, 제119조 제1항에서 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”고 각 규정하고 있다. 우리 재판소도 이를 구체화하여 “우리 헌법은 사유재산제도와 경제활동에 관한 사적 자치의 원칙을 기초로 하는 자본주의 시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있다. 국민 개개인에게 자유스러운 경제활동을 통하여 생활의 기본적 수요를 스스로 충족시킬 수 있도록 하고 사유재산의 자유로운 이용·수익과 그 처분 및 상속을 보장해 주는 것이 인간의 자유와 창의를 보장하는 지름길이고 궁극적으로는 인간의 존엄과 가치를 증대시키는 최선의 방법이라는 이상을 배경으로 하고 있다”고 밝힌 것이다.

그러나 이와 같이 자유민주적 기본질서를 정치적 자유주의가 아닌 경제적 자유주의와 결합하여 이해하는 것은 앞서 논증한 바대로 우리 헌법에서 제헌헌법 이래 수정자본주의에 입각하여 경제질서에 있어 사회민주적 요소를 수용하는 민주복지국가를 지향하고 있는 것과 조화되기 어렵다. 이 부분은 이후 경제질서와

116) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마238 등, 판례집 13-2, 383.

관련한 부분에서 상세히 검토하겠지만 경제질서와 별개로 자유민주적 기본질서에 경제적 자유주의를 결합시키는 것은 정당해산사유인 민주적 기본질서와 결합되어 과도하게 정당의 자유를 억압할 수 있는 헌법적 도구가 될 수 있다는 점에서 수용하기 힘들며 오히려 국가통합을 해치는 정치적 갈등을 지속적으로 촉발시킬 수 있는 위험성을 유념할 필요가 있다.

한편 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 수 있다는 극단적 경우의 수를 빌미로 정치적 자유를 과도하게 억압할 수 있는 국가보안법상의 이적표현물 처벌규정을 한정합헌이라는 특별한 결정형식을 채용하여 유지시킨 것은 바로 자유민주적 기본질서의 핵심적 요소인 정치적 표현의 자유를 충실히 보호하지 못하고 있다는 점에서 비판의 여지가 있다. "반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7년 이하의 징역에 처한다"는 법문에서 "구성원", "찬양", "고무", "동조", "기타의 방법", "이롭게" 등은 그 다의성과 그 적용범위의 광범성 때문에 자의적인 법집행에 의해 정치적 자유나 시민적 자유가 광범위하게 침해될 수 있음에도 이를 엄격하게 "해석하는 한" 위헌이 아니라는 형식적 논리로 그 위헌성을 방치한 것은 분단상황을 빌미로 자유민주적 기본질서의 본질적 내용을 스스로 훼손한 것이라는 비판을 피하기 힘들다.¹¹⁷⁾

나. 헌법의 영토조항과 평화통일조항의 관계와 관련 사례

(1) 헌법해석론

117) 변정수 재판관의 소수반대의견이 이점을 신랄하게 지적하고 있다: "너무 막연하고 불명확하여 죄형법정주의에 위반되고 또한 표현행위가 대한민국에 명백한 현실적인 위험이 있거나 없거나를 가리지 아니하고 다만 반국가단체에 이रो울 수 있다는 이유만으로 무조건 표현행위를 제한하고 처벌대상으로 삼고 있다는 점에서 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 명백한 위헌법률이다." (헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 50).



자유민주적 기본질서에 관한 문제뿐 아니라 헌법상 영토조항과 통일조항의 관계 또한 보수와 진보가 부딪히는 전형적인 지점이다. 헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”고 규정하여 북한이 관할하고 있는 지역도 헌법상 대한민국의 영토임을 선언하고 있다. 한편 헌법 제4조는 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다.”고 규정하여 대한민국이 현재 분단상황임을 전제하고 국가공동체의 미래적 과제로 분단의 해소, 즉 통일을 제시하되 그 실체적 조건을 자유민주적 기본질서와 평화통일로 확인하고 있다.

영토조항은 현실관계에 부합하지 않는 근본적 문제를 가진다. 사실상 국가의 구성요건을 갖추고 국제연합등 국제사회에서 국가로 인정받고 있는 북한을 국가로 인정하지 않음으로써 여러 본질적 헌법문제를 초래한다. 특히 영토조항에 따라 북한은 국가가 아니라 대한민국의 영토를 사실상 점거하고 있는 상태가 되는 반면 통일조항에 따라 북한은 평화통일을 위해 협상을 해야 하는 대상이 되므로 이 조문해석상의 긴장관계를 어떻게 모순없이 해결할 것인지가 헌법해석상의 논쟁, 그리고 관련 헌법조항의 개정 논쟁을 초래하고 있다.

그동안 제기된 영토조항과 평화통일조항의 관계에 대한 대표적 해석론을 요약하면 크게 두 가지 입장으로 정리된다. 첫 번째로 영토조항의 실효성을 강조하여 대한민국 헌법이 북한지역을 포함하여 한반도 전역에 실제로 미친다는 입장이 있다.¹¹⁸⁾ 대법원과 헌법재판소의 영토조항 해석론이 주로 여기에 해당되는데 이 입장에 따르면 북한은 “현단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한”¹¹⁹⁾, 소위 ‘이중적 지위’를 가지게 된다.¹²⁰⁾ 이런 견해는 대한민국이 구

118) 대법원 1961.9.28.선고 4292형상48 판결; 대법원 1990. 9. 25.선고 90도1451 판결; 대법원 2016. 1. 28. 선고 2011두24675 판결 참조.

119) 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6 등, 판례집 9-1, 1, 23-24.

한말 대한제국의 영토를 승계하였고 한반도의 유일한 합법정부는 대한민국이어서 북한은 불법단체에 의하여 점령된 미수복지역으로 이해하는 입장이며 확실적으로 단정하기는 어렵지만 대체적으로 보수진영에서 선호하는 해석론이다. 대한제국의 영토를 계승하였다고 일방적으로 주장하더라도 국제법상 효력을 인정받을 수 없고, 태평양전쟁에서 일제가 패망한 이후 한반도에서 남한과 북한이 각각 미군과 소련군에 의하여 분할되어 관할되었던 역사에 따르면 북한지역이 실제로 대한민국의 주권이 미쳤던 적이 없으며, 남북이 동시에 국제연합에 가입함으로써 대한민국의 유일합법정부로서의 위상을 주장할 근거가 약하게 된 것이 이 해석론의 약점이다.¹²¹⁾

두 번째는 첫 번째 해석론의 현실적 문제점을 감안하여 영토조항보다 평화통일조항을 중심으로 양자간의 모순을 해결하려는 접근이다. 영토조항은 일반조항이고 평화통일조항은 특별조항이어서 일반조항보다 특별조항이 우선하는 원칙에 따라 평화통일조항이 우선한다는 설¹²²⁾이나 영토조항의 의미가 국내외환경의 변화로 변천되어 실효적 의미가 상실 혹은 약화되었다는 설¹²³⁾ 등이 있다. 이 역시 확실적으로 단정할 수 없지만 통일문제에 많은 관심을 가지고 북한과의 관계 개선을 통한 한반도평화의 의미를 강조하는 진보진영에서 선호되는 해석론이다. 법원과 헌법재판소 등 헌법의 유권해석기관에서 헌법변천을 부인하는 것이 또 다른 현실이라는 점에서 국제법과 남북관계에 관한 정치적 현실론으로 헌법의

120) 판례와는 달리 통치권이 북한에 미치는 헌법적 근거로 영토조항을 해석하지는 않지만 남북 관계를 국가간의 관계가 아닌 국가내부의 관계이고 대한민국이 정통합법국가임을 헌법제정권력자가 확인한 규범적 의미를 가지고 평화통일조항은 북한을 무력에 의한 타도가 아니라 대화와 협력을 통해 통일을 지향하도록 하는 규범적 의미를 가진다는 차원에서 북한의 이중적 지위를 인정하는 해석론도 있다. 예컨대, 심경수, “영토조항의 통일지향적 의미와 가치”, 헌법학연구 제7권 제2호, 2001, 161-162쪽 참조.

121) 도회근, “헌법의 영토와 통일조항 개정론에 대한 비판적 검토”, 헌법학연구 제12권 제4호, 2006, 40-41쪽.

122) 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 174쪽.

123) 장명봉, “남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응”, 유엔가입과 통일의 공법문제, 한국공법학회, 1991, 133-134쪽(도회근, 앞의 글, 44쪽에서 재인용).



규범력을 일방적으로 부인할 수는 없다는 점이 이 해석론의 약점이다.¹²⁴⁾

현행 헌법이 전향적으로 통일조항을 신설하면서 문제가 부각된 것처럼 인식될 수도 있지만 굳이 영토조항이나 통일조항이 아니더라도 대북문제를 비롯하여 대한민국의 유일합법정부론을 둘러싼 이념논쟁은 분단체제의 역사적 조건에서 현실적으로 불가피한 면이 있다. 따라서 이 이념논쟁을 헌법의 틀 속에서 어떻게 조화롭게 해결함으로써 적대적이고 소모적인 이념논쟁의 부작용을 줄이면서 규범과 현실간의 균형을 맞출 것인지가 민주시민교육의 주요한 과제이며 헌법적 조화와 공존의 가능성을 모색할 필요성이 제기된다. 결국 영토조항의 비현실적 요소를 최대한 완화하는 동시에 통일조항의 규범력을 효과적으로 보강하는 균형적 접근이 헌법에 기초한 민주시민교육의 사회적 합의점을 도출할 수 있는 지점이 될 수 있을 것이다.

구체적으로는 영토조항을 분단체제에서 경쟁관계에 있는 북한을 반국가단체로 인정하고 현실정치의 관계에서 배제하는 헌법적 근거로 삼기보다는 통일을 지향하고 남북한관계의 특수성을 국내법은 물론 국제법에서 확인받는 근거로 재규정하는 접근이 필요하다. 대한민국의 통치권이 실제로 미치지 않으며 특히 국제법관계에서 실질적으로 효력을 발휘하지 못하는 북한의 국가성 부인론과 반국가단체론을 헌법적으로 정당화하는 취지가 영토조항의 주요한 의의로 보는 태도를 고집할 필요성은 줄어들고 있다. 예컨대, 국가의 기본적 책무는 국민의 안전과 자유와 행복을 보장하는 것인데 영토조항의 연장선에서 원칙적으로 대다수의 북한주민을 자동적으로 대한민국 국민으로 인정하는 것¹²⁵⁾은 국내 법집행에서도 현실적으로 관철되기 어려운 한계를 가지지만 국제적으로 심각한 현실적 한계에 봉착하게 된다. 북한이탈주민이 대한민국의 영사적 보호를 요청할 때 실질적으로 그 요청을 수용하지 못한다면 이는 심대한 국가책무의 방기가 될 수 있기 때문이다. 영토조항은 분단체제에서 과거 유구한 역사와 전통을 자랑하는 대한국민이

124) 도회근, 앞의 글, 43-44쪽.

125) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2011두24675 판결.

한반도내의 합법정부로서의 정통성을 가지는 대한민국의 정체성을 확인하고 미래적 과제인 통일을 지향하는 민주공화국의 기본과제이자 그 구성원인 국민의 통합을 추구하는 정치적·선언적 규정으로 규범적 의의를 한정하고 통일조항은 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 추진하는 국가과제를 설정하는 법적·구체적·현재적 규정으로 이해한다면 양자는 모순관계가 아니라 조화롭게 헌법생활을 지도하는 위상을 확보하게 된다.

이런 전향적 해석을 현실론에 입각한 진보적 해석론을 계승하고 보수적 해석론을 배척하는 것으로 오해하지 않도록 유의해야 한다. 통일조항에는 자유민주적 기본질서와 평화통일이라는 두가지 실체적 한계가 있고 이 실체적 한계가 영토적 해석론이 영토조항에 기대하는 헌법적 기능을 일부 수용할 여지가 있기 때문이다. 영토조항의 평화로운 방법에 의한 통일정책의 추진의무는 북한을 적대적 관계로만 인식하여 반국가단체로 당연히 규정하는 것이 허용되지 않아야 한다는 규범적 의미를 설정한다. 반면 자유민주적 기본질서에 입각한 통일정책을 수립하고 추진하도록 하는 한계는 자유민주적 기본질서, 즉 민주주의와 법치주의의 필수적인 요건인 기본권의 존중과 권력분립 등 다원적 민주주의를 부인하는 시도는 체제수호의 차원에서 용납하지 못하도록 하는 헌법적 근거를 설정한다. 결국 현행 헌법에서 대한민국이라는 민주공화체제가 이와 같은 실체적 한계를 가지는 통일정책 추진과제를 설정하고 있다는 점을 제대로 고려하지 않고 이런 조항이 없던 헌법체제에서의 영토조항 해석론을 계속 유지한 것이 문제이다. 뒤에서 살펴듯이 제4조와의 조화적 해석을 검토하는 사법적 판단들이 늘어나고 있어 고무적이다.

현실적으로 영토조항과 통일조항의 관계에 대한 해석론이 보수와 진보의 스펙트럼에서 대립하는 지점이 바로 국가보안법의 존폐논의이다. 이하에서 이 논쟁을 매개로 여기서 제시한 균형적 조화적 영토조항 해석론의 민주시민교육적 의의를 확인하도록 한다.



(2) 영토조항과 국가보안법상 이적행위에 대한 판단

우리의 영토를 한반도와 그 부속도서로 정한 헌법 제3조는 제헌헌법 당시부터 규정되었다. 남한 단독정부로 시작하기는 하였지만, 정부에 함께 하지 못하였다고 하여 식민 통치를 같이 겪어 낸 한 민족으로서의 북한지역을 헌법이 포기할 수 없었을 것이다. 또한 언젠가는 함께 하여야 할 통일의 당위성을 천명하는 차원에서도 한반도 영토조항이 필요하다. 영토조항의 존재로 우리 헌법은 북한에 인적·공간적으로 동일하게 적용되고¹²⁶⁾ 이를 보수적으로 해석한다면 현실에서 법이 적용·집행될 수 없는 이유를 “반국가단체” 북한 정권의 존재에서 찾게 되는 구조는 최소한 사법적 판단 속에서 엄연한 현실이 된다.¹²⁷⁾

헌법 제3조는 ‘대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다’고 규정하고 있어 법리상 이 지역에서는 대한민국의 주권과 부딪히는 어떠한 국가단체도 인정할 수가 없는 것이므로(당원 1961.9.28.선고 4292형상48 판결 참조), 비록 북한이 국제사회에서 하나의 주권국가로 존속하고 있고, 우리 정부가 북한 당국자의 명칭을 쓰면서 정상회담 등을 제의하였다 하여 북한이 대한민국의 영토고권을 침해하는 반국가단체가 아니라고 단정할 수 없다.

앞서 경쟁하는 헌법해석론 차원에서 언급하였듯이 헌법 제3조 영토조항을 새로이 편입된 제4조 통일조항과 함께 조화적·균형적으로 접근한다면 영토조항을 북한을 반국가단체로 동일시하는 헌법적 근거로 삼는 과거의 헌법해석론을 고집할 필요가 없다. 분단이라는 모순적 상황을 외면하고 간단히 해결할 문제가

126) 영토조항의 존재로 구한말 이후의 혈연관계가 이어지는 북한 주민 또한 대한민국 국적을 가지는 것이 원칙이라고 대법원은 확인하고 있다. 예를 들어 대판 1996.11.12. 선고 96누1221; 대법원 2016. 1. 28. 선고 2011두24675 판결.

127) 대판 1990.9.25. 선고 90도1451 판결.

아니며 국민의 기본적 인권 보장의무와 같은 민주공화국의 입헌민주주의 체제의 근본과제에 관련한 현실적 사안을 제대로 해결할 수 없기 때문이다. 사법부의 전토적 영토조항 해석론이 계승하고 있는 대법원 선례가 1961년에 선고된 것이라는 점에 주목할 필요가 있다. 반면 제4조의 평화통일조항은 현행 헌법인 제9차 개정헌법, 즉 1987년 헌법에서 헌법에 편입되었다. 제4조는 한국전쟁 이후 사회 전반에서 냉전적 대결주의에 입각한 보수주의가 정치지형을 압도하는 상황에서 국제적으로 냉전체제가 종식되는 와중에 도입된 것이며 이후 이에 기반하여 남북한의 국제연합에 동시가입하는 한편 김대중 정부의 햇볕정책 추진 이후 남북기본합의서를 비롯하여 10·4선언 등 굵직한 교류 협력 노력이 이어지는 등 변화한 정치적 현실에 부응하는 결과가 초래되는 계기가 되었다. 그러나 북한과 관련한 문제를 유연하게 받아들이기에 현실적 상황은 아직도 충분히 무르익지 않았고 그러한 상황은 사법과정의 유권적 헌법해석과 결정들이나 일상적 정치담론상 보수의 입장에서 지속되고 있다.

그러나 현실적 변화와 조문의 새로운 편입을 반영하여 분단의 모순적 상황을 고려한 사법 판단도 지속적으로 등장하고 있다. 예컨대 동일한 국가보안법을 두고 부분적으로 헌법 제4조와의 균형적 해석을 본격적으로 시도하기 시작하는 사례가 늘어나고 있다.¹²⁸⁾

128) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49. 그렇다고 국가보안법이 합헌이라는 헌법재판소의 태도가 변한 것은 아니다. “이적단체가입 조항은 단체활동을 통한 국가전복의 위험, 민심의 교란, 국론의 분열 등을 방지하고 이를 통해 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보하고자 하는 것으로 입법목적의 정당성이 인정되고, 이적단체에 가입하는 행위 자체를 단순한 이적활동에 비하여 가중하여 처벌하는 것은 위와 같은 입법 목적을 달성함에 있어 적절한 수단이다. 이적단체가입 조항은 엄격한 요건 하에서만 적용되므로, 위 조항이 정부가 특정한 정치적 의사를 표현하는 단체의 활동을 억압하는 수단으로 남용될 위험성은 거의 없다. 조직력을 갖추고 있는 단체는 그 활동이 체계적이고 활동의 파장이나 영향력이 커 언제라도 사회 혼란을 야기하는 기폭제가 될 수 있으므로, 단체에 가입한 행위 자체를 처벌하는 것은 결코 표현의 자유나 결사의 자유에 대한 지나친 제한이 아니다. 위 조항으로 인하여 이적단체에 가입하고 이를 통해 의사를 표현하고자 하는 자유가 다소 제한된다고 할지라도, 그 제한의 정도가 국가의 존립과 안전, 국민의 생명과 자유를 수호하고자 하는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다. 따라서 이적단체가입 조항은 표현의 자유 및 결사의 자유를 침해하지 아니한다.”(헌재 2015. 4. 30. 2012헌바95 등, 판례집 27-1상, 453).



제7조 제1항의 찬양·고무죄를 문언 그대로 해석한다면 헌법전문이 "평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고"의 부분과 헌법 제4조의 평화적 통일지향의 규정에 양립하기 어려운 문제점이 생길 수도 있다. 물론 여기의 통일은 대한민국의 존립과 안전을 부정하는 것은 아니고 또 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 것도 아니며 오히려 그에 바탕을 둔 통일인 것이다. 그러나 제6공화국 헌법이 지향하는 통일은 평화적 통일이기 때문에 마치 냉전시대처럼 빙탄불상용의 적대관계에서 접촉·대화를 무조건 피하는 것으로 일관할 수는 없는 것이고 자유민주적 기본질서에 입각한 통일을 위하여 때로는 북한을 정치적 실체로 인정함도 불가피하게 된다. 북한집단과 접촉·대화 및 타협하는 과정에서 자유민주적 기본질서에 위해를 주지 않는 범위내에서 때로는 그들의 주장을 일부 수용하여야 할 경우도 나타날 수 있다. 순수한 동포애의 발휘로서 서로 도와주는 일, 체제문제와 관계없이 협력하는 일은 단일민족으로서의 공감대형성이며, 이는 헌법 전문의 평화적 통일의 사명에 입각하여 민족의 단결을 공고히 하는 소위인 것으로서 헌법정신에 합치되는 것일 수도 있다.

그러나 앞서 살핀 바와 같이 이러한 전향적 시도가 전통적 영통조항 해석론을 완전히 탈피하는데까지 진전된 것은 아니다. 그 결과가 자유민주적 기본질서의 핵심적 가치인 정치적 자유의 보장에 역행하는 조항들을 유지한 국가보안법을 행위자의 내심과 행위목적에 대한 법률적 구성요건을 강화한다는 명분으로 위헌으로 결정하지 않는 헌법재판소의 지속적인 태도에서 확인된다.¹²⁹⁾

129) 1996년의 헌법재판소는 국가보안법의 필요성을 논증하면서 남북기본합의서의 법적 의의를 보수적 시각에서 해석한 적이 있다. “남북합의서는 남북관계를 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하다. 따라서 남북합의서의 채택·발효 후에도 북한이 여전히 적화통일의 목표를 버리지 않고 각종 도발을 자행하고 있으며 남·북한의 정치, 군사적 대결이나 긴장관계가 조금도

결국 헌법의 핵심질서인 자유민주적 기본질서를 매개로 영토조항과 통일조항을 균형적이고 조화적으로 해석하여 보수와 진보가 공존할 수 있는 정치적 공간을 확보하기 위한 지속적 노력은 여전히 필요하다. 구체적으로는 영토조항에 근거하여 체제수호법의 명분과는 달리 자유민주적 기본질서와 조화되기 힘든 국가권력의 오남용을 제도적으로 용인하는 도구가 되고 있는 국가보안법 또한 대한민국의 헌법적 정체성을 구성하는 민주공화국 및 입헌민주주의의 기본이념 및 가치와 조화될 수 있도록 전향적 개혁이 필요하다. 국가보안법의 개정이나 폐지와 같은 전향적 태도가 곧 국가안보위협을 용인하는 것으로 오해되어서는 안된다. 헌법은 국가안전보장과 질서유지를 위하여 국민의 자유와 권리를 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있는 가능성을 열어 두고 있다(헌법 제37조 제2항). 영토조항이 민주공화국 헌법의 기본원칙까지 후퇴하면서 반드시 국가안전보장을 위한 특별형법의 헌법적 근거로 기능해야 할 논리필연적 이유는 없다. 반면에 국민통합과 국가적 정체성을 공유할 의의가 충분한데도 정치현실에 부합하지 않는다는 이유로 반드시 폐지되어야 할 것으로 단정할 이유도 없다. 헌법상 영토조항과 통일조항은 각각 국가정체성확립과 국민통합적 헌법질서를 확인하기 위한 정치적·선언적 규정과 남북관계가 국가성과 비국가성을 현실적 필요에 따라 상호조화적으로 실현할 수 있는 법적·구체적·현실적 규정으로 인식되어 남북관계에 관련한 정책적 논쟁에서 보수와 진보 모두가 공존할 수 있는 사회적 합의의 보루로서의 역할을 담당할 수 있어야 한다.

(2) 북한인권 문제

남북관계에 관한한 대한민국 보수의 한 극단은 평화통일정책과 양립하기 힘

해소되지 않고 있음이 엄연한 현실인 이상, 북한의 반국가단체성이나 국가보안법의 필요성에 관하여는 아무런 상황변화가 있었다고 할 수 없다.”(헌재 1997. 1. 16. 92헌바6 등, 판례집 9-1, 1).



든 북한 정권의 인위적 붕괴를 추구하는 것이다. 이런 극단은 평화통일조항과 조화를 이룰 수 없다. 대신 자유민주적 기본질서와 조화될 수 없는 정치적 자유의 억압과 같은 북한인권 문제를 현실적 과제로 추구하는 접근을 헌법적 차원에서 근본적으로 문제시할 수는 없다.

반면 자유민주적 기본질서와 조화될 수 없는 현재의 북한 체제를 통일국가에 반영하자는 진보 축의 또 다른 극단적인 주장은 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일을 추구하는 헌법조항과 충돌할 수 있다. 한편 기본적으로 소위 ‘햇볕정책’을 기초로 남북교류협력을 통한 점진적 통일을 추구하는 것을 반국가론을 이롭게 하는 것으로 단정하는 것은 영토조항이 의도하는 바를 넘어서는 것으로 새길 필요가 있다. 북한 정권을 통일 추진의 파트너로 인정하고 교류협력을 지속하는 동안 입헌민주적 민주공화국, 즉 자유민주적 기본질서에 입각한 정치체제로의 전환을 이루는 통일을 추구하는 것은 헌법적으로 존중받고 보호받아야 할 헌법적 공존의 범위에 속한다. 일부에서 진보가 북한인권의 실태에 대해 지나치게 소극적이라는 비판이 있는 것이 사실이다. 그러나 교류와 협력의 대상을 오로지 반국가단체로서의 성격에 입각하여 적대적 관계를 형성하는 것이 평화통일을 달성하는 유일한 방안이 아닐 것이므로 경우에 따라서는 전략적 자제 또한 대결국면을 해소하는 데 효과적일 수 있다는 가능성 또한 무시되거나 국가적 통제의 대상으로 삼아서는 안된다. 공존의 전제와 기초를 허물어트리지 않는 한 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일정책의 추진은 적극적 접근과 소극적 접근이 상황에 따라 유연하게 채택될 것을 요청하고 있기 때문이다.

같은 취지에서 인권이 북한 정권이 민감하게 반응하는 문제라는 이유로 북한 인권 문제에 대해서 소극적 태도를 취하는 것만이 능사가 아니라는 것도 자명하다. 특히 대한민국의 민주화가 입헌민주적 정치체제를 높은 수준에서 달성하기 위한 노력이었음을 감안할 때 북한 인권의 문제 또한 같은 선상에서 비판과 극복의 대상이 되어야 함을 부정하기는 어렵다. 예컨대, 진보진영이 주도한 것은

아니었지만 2016년 제정된 북한인권법은 그 대표적 가능성으로 엿볼 수 있는 입법과제이다. 국가보안법에 대한 전향적 태도가 필요한 만큼 북한인권법에 대한 전향적 태도 또한 보수와 진보를 막론하고 자유민주적 기본질서의 관점에서 그 가치를 인정할 필요가 있다. 결국 북한 인권에 대한 관심과 그 실행 방법에 대한 합의의 가능성만 확보된다면 진보와 보수의 공존 영역은 헌법의 틀 속에서 대폭 확대될 수 있을 것이다.

다. 경제질서에 대한 헌법해석논쟁과 이념대립

(1) 경제질서와 관련한 이념대립의 양상과 배경

경제질서 또한 진보와 보수가 매우 첨예하게 대립하는 영역이다. 현재 우리가 가장 우려하는 대상인 양극화는 정치적 이념에서 기인하기도 하지만, 현실적으로 경제적 불평등으로부터 이념의 극단 지향성이 파급되는 효과를 발휘하는 경우가 대부분이다. 국가의 경제정책을 두고 진보는 보통 시장의 불평등과 불평등의 심화를 막기 위해 국가의 규제 권한을 발휘하여야 한다고 주장한다. 반면 보수는 소위 ‘작은 정부’를 지향하여 경제활동의 자유를 최우선 순위로 놓고 시장과 노동의 유연성을 실현하고자 한다. 기업활동의 자유를 보장하여 전체 시장의 규모를 확대하고 그 파생효과로서 모든 참여자의 소득을 높인다는 일명 ‘낙수효과(trickle-down effect)’은 자유를 강조하는 시각이 정부정책으로 구체화되었던 예라고 할 수 있다.¹³⁰⁾

그러나 기업 경제활동 자유를 크게 지원하였던 이명박, 박근혜 정권으로부터

130) 기업 측이나 학계에서도 그 입증 노력을 계속 기울여왔다. 예를 들어 이병기, “대기업 성장의 협력기업 낙수효과 분석”, 한국경제연구원 정책연구 2012년 제3호, 2012; 이종욱·오승현, “대기업 성과가 중소기업에 미치는 영향: 네트워크론 자료를 이용한 낙수효과 실증분석”, 금융지식연구 제12권 제2호, 2014 등.



이념적 대척점에 있는 문재인 정권을 거치는 동안에도 경제 양극화 현상은 쉽게 사라지지 않고 있다.¹³¹⁾ 주목할 점은 보수 진영 안에서도 이에 대한 성찰의 목소리가 등장하기도 하였다는 것이다.¹³²⁾ 그런데 경제 자유에 대하여 보수는 민주화를 기점으로 극적으로 입장을 전환하였다는 점은 특별히 지적되어야 한다. 권위주의 정부 시절 양적 경제 성장을 충실히 누리면서 전통적 보수는 국가 주도의 계획경제에 대해 반대하지 않았다. 그러나 세계화가 급속도로 진전되고 기업 등 민간의 자본축적이 일정정도 달성된 이후에는 자유경제질서론이 보수의 중심축으로 이동하였다. 새로운 보수는 경제 영역의 평등을 고려하면서도 이를 결과의 평등이 아닌 기회의 평등으로 해석하는 경향이 강하다.¹³³⁾

법경제학자이자 합리적 보수를 표방한 정치인이었던 박세일은 2004년 한나라당 국회의원 연찬회에서 보수 정당의 진로를 놓고 진보세력을 좌편향·반시장주의로 비판하며 국가 개입을 최소화 한 시장주의를 “선진화”의 조건으로 제시한 바 있다.

131) 진보 학계와 시민단체 등에서는 보수 정권의 낙수효과론의 허구성을 지적하며 조세 형평성을 강화하는 국가의 적극적 역할을 요구해 왔다. 뉴스1, “시민단체 “낙수효과 못봤다”...법인세 인상 촉구”, 2015.2.11. <<https://www.news1.kr/articles/?2090351>> (2021.10.1. 방문).

132) 프레시안, “MB식 ‘낙수효과’ 허구”...여야 ‘재벌개혁’ 닷 올렸다: 정운찬 “대기업 중소기업 이익 나누지 않으면 공멸””, 2011.7.22. <<https://www.pressian.com/pages/articles/18901#ODKU>> (2021.10.1. 방문).

133) ‘정권교체를 위한 청년연대’라는 시민단체가 주장하는 바를 살펴보면 이러한 해석 경향을 읽을 수 있다. “소득주도성장과 공공분야 일자리 창출이라는 허울 아래 청년의 미래를 짓밟아 버린 좌파정부를 혐오하지 않을 수 없다”며 “청년은 좌파 정권이 정의와 민주라는 용어를 독점한 채 부를 악한 것으로 규정지으면서 정작 뒤로는 자신들의 몫은 단단히 챙기는 뽀뽀함을 더는 방관할 수 없다.” 또한 “우리는 개인의 존엄성이 인정받고 개인이 자유로울 수 있는 국가를 원한다. 정부가 모든 것을 통제하고 제어하는 국가가 아니라, 개인이 선택의 자유를 누리고 그에 맞는 책임을 질 수 있는 국가를 원한다”며 “우리 청년들은 기회의 평등을 도약해 주고 결과의 평등을 한결같이 외쳐준 홍준표 후보가 유일하다고 생각한다”고 밝혔다. 아주경제, “청년 시민단체, 홍준표 지지 선언… “청년 미래 짓밟은 좌파정부 혐오””, 2021.10.21. <<https://www.ajunews.com/view/20211021163432856>> (2021.10.25. 방문). 문재인 정부에서 시도한 비정규직의 정규직 전환 노력 일환인 소위 ‘인천국제공항 사태’에 대해서도 이러한 맥락의 비판이 주류를 이루었다.

80년 이후, 특히 80년대 중반 이후 민주화운동에는 분명 자유민주주의와 시장경제를 부정하는 [反自由 反市場 세력]이 중심에 등장하기 시작하였다. 단순한 민주화운동이 아니라 기본적으로 親北 反體制운동이었다. 물론 당시도 대부분의 운동가들은 자유민주주의를 신봉하는 순수한 민주인사들이었지만 지도부 일각에는 점점 親北的 反體制的 요소(소위 ‘주사파’)가 조직적으로 확산되고 강화되어 갔다.

80년대 중반이후의 운동은 [민주화운동]이라기 보다는 [반독재투쟁]이라고 보는 것이 정확한 표현이다. 右派의 독재를 반대하여 투쟁을 하지만 그 투쟁목표가 左派의 독재를 세우려는 운동이라면 엄밀하게 이야기하면 민주화운동은 아니다. 즉 반독재투쟁은 자유민주주의를 위한 투쟁의 경우에만 민주화운동이라고 해야 할 것이다.(중략)

그래서 반시장주의자들은 불필요하고 과도한 국가개입과 간섭을 일상화시킨다. 물론 우리는 시장에 대한 국가개입이 전혀 불필요하다는 [시장근본주의]도 옳다고 보지 않는다. 시장경제가 잘 작동하려면 당연히 자유공정시장질서와 적절한 사회안전망이 필요하다. 그런데 사실 더 중요한 것은 시장경제가 잘 작동하려면 [자유민주주의]와 [법의 지배]가 확실히 서야 한다는 사실이다. 포퓰리즘으로 자유민주주의와 법의 지배를 위협하면서 시장경제가 잘 작동될 것을 기대하는 것은 연목구어이다. 이 점에 대한 이해가 특히 반시장주의자들 사이에 크게 부족하다.¹³⁴⁾

대표적 자유시장이론 주장자인 자유기업원 또한 시장경제 원리를 국가 간섭을 최소화 한 자유주의로 이해한다. 시장경제를 능률만을 추구하는 도덕 중립적 개념으로 이해하여서는 안 되고, 분업과 교환을 원활하게 이룰 수 있도록 구성원들이 시장경제체제 유지를 위해 도덕적·문화적 태도나 자질을 갖추도록 요구하고 있다.¹³⁵⁾

134) 박세일, “나라의 선진화와 당의 진로” <<https://blog.naver.com/clean506/100005835479>>에서 발췌(2021.10.1. 방문).



첫째, 교환자유와 원리 시장경제원리의 첫 번째 구성요소는 개개인이 자발적인 의사에 따라 행하는 교환을 어떤 명분으로도 막아서는 안 된다는 것이다. 국민의 이익, 국민여론, 혹은 물가안정 등 다양한 명분을 내세우면서 정치가나 관료 혹은 지식인들이 자발적인 교환을 억제해야 한다고 주장한다면 이는 시장경제원리에 반하는 것이라 보면 된다.

둘째, 사적 재산권의 원리 사적 재산권이 보장되지 않는다면 자발적인 분업과 교환이 이루어질 수 없고 이에 따라 한 사회는 부의 감소와 성장의 정지라는 비용을 지불할 수밖에 없다. 그래서 시장경제를 뒷받침하는 여러 가지 제도 가운데 사적 재산권 보호와 관련된 제도들은 단연 가장 중요한 것이라고 할 수 있다. 그러나 현실 세계에서는 재산권의 보호가 그렇게 쉬운 일이 아니다. 왜냐하면 재산권의 보호는 이익이 첨예하게 충돌하는 경우가 대부분이기 때문이다.

셋째, 자유기업의 원리 시장경제원리는 기업하기 원하는 사람들이 마음껏 사업할 수 있는 것을 방해하는 것들을 허용하지 않는다. 그리고 시장경제원리는 현존하는 기업들과 아직 구체화되지 않았지만 잠재적인 기업들의 활동을 방해하는 모든 것을 인정하지 않는다. 우선 시장경제원리는 기업을 계약체로 인정하며 계약체 사이에 계약자유와 원칙이 평등하게 주어지도록 인정한다. 기업을 위해 계약에 참가하는 이해당사자들 가운데 어느 누구에게도 특권적인 지위를 부여해서는 안 된다.

그런데 이러한 보수의 시장경제론, 특히 반자유-반시장주의론에 대한 이념적 비판에 대하여 진보에서는 오히려 경제정책이나 노사관계에 있어서의 기업친화적 현실을 비판하면서 헌법상의 경제민주화를 배경으로 국가의 경제질서에 대한 규제와 조정의 역할을 강조하는 견해가 강하게 대립하고 있다. 물론 진보진영에서도 개발국가시대의 관치경제의 폐해를 고려하여 국가의 시장개입을 무조건 옹

135) 공병호, 시장경제원리 이야기, 자유기업원. <https://www.cfe.org/p_321> (2021.10.1. 방문).

호하는 것만은 아니다. 과연 헌법은 이러한 경제영역에서의 보수-진보 대립 구도에서 어떤 사회적 합의의 지점을 제공해 줄 수 있을까? 이하에서 경제질서에 대한 헌법해석논쟁을 통해 그 실마리를 찾아본다.

(2) 경제헌법에 대한 헌법해석논쟁¹³⁶⁾

현행 헌법은 경제에 관한 특별한 장(제9장)을 두면서 그 첫 조항인 제119조 제1항에서 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”고 선언하고 있다. 개인 외에 경제주체의 하나인 기업을 명시하여 그 자유의 보장을 강조하고 있는 특색이 있다. 한편 모든 국민은 재산권(제23조), 직업선택의 자유(제15조), 계약의 자유¹³⁷⁾ 등 다양한 경제상의 자유와 권리를 보장받고 있기 때문에 대한민국의 경제질서가 시장경제질서(market economy)를 근간으로 한다는 점에는 누구도 의문을 제기할 수 없다.

그러나 시장경제에 기초한 경제질서가 개인과 기업에게 자유방임형 무제한의 절대적 자유를 허용하는 경제적 자유지상주의를 지향하는 것 또한 아니라는 점을 유의할 필요가 있다. 제헌 헌법 이래 헌법은 경제활동이 공공복리를 실현하기 위하여 국가의 규제와 조정을 받아야 함을 아울러 선언하고 있다. 헌법 제23조 제1항은 사유재산권의 구체적 내용과 한계는 법률이 정하도록 하고, 같은 조 제2항은 사유재산권이라도 그 행사는 공공복리에 적합하도록 할 의무를 재산권자에게 부과하고 있다. 더구나 정당한 보상과 법률적 근거를 조건으로 공공의 필요에 따른 사유재산의 수용이나 제한이 가능하며(헌법 제23조 제3항), 국방상

136) 이 부분은 김종철, “헌법과 경제민주화 - 한국 헌법의 경제조항을 중심으로 -”, 박영렬 외, 대변환의 패러다임을 찾아서, 한국학술정보, 2013의 일부 내용을 발췌·요약한 것이다.

137) 계약의 자유 혹은 경제상의 일반적 행동자유권은 명문으로 보장되는 기본적 인권은 아니나 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거하여 인정된다(헌재 2001.02.22, 99헌마365, 판례집 제13권 1집, 301, 313-315).



또는 국민경제상 긴절한 필요가 있는 경우 법률에 근거하여 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 있다(헌법 제126조). 이와 관련 구체적 제한외에도 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로써 재산권이나 경제관련 자유를 제한할 수 있다.

가장 구체적으로는 경제헌법의 첫 번째 조항인 제119조에 제2항을 두어 경제영역에서 국가와 경제주체간의 관계를 명문으로 설정하고 있다. 이 조항은 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다”고 선언하고 그 이하 제120조부터 제127조까지의 세부조항에서 다양한 경제영역에서 국가의 규제와 조정권을 상세히 규정하고 있다.¹³⁸⁾

결국 한국 헌법상 경제질서는 ‘자유방임형 시장경제’(laissez-faire economy)가 아니라, 경제주체간의 균형있는 발전을 지향하는 ‘국가조정형 시장경제’¹³⁹⁾라고 할 수 있다. 물론 이때 헌법상 허용되는 국가조정 정도는 개인과 기업의 자유와 창익이 본질적으로 침해될 수 있는 ‘자유방임형 시장경제’의 반대극단에

138) 광물 기타 중요 자원에 관한 특허주의, 국토와 자원에 대한 보호와 그 균형개발 및 이용에 관한 국가의 헌법적 의무, 농지소작제도의 금지와 농지의 임대차 및 위탁경영에 대한 법률주의, 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위한 국가의 규제권, 국가의 농어업 보호 육성 의무, 지역간의 균형발전을 위한 국가의 지역경제육성 의무, 국가의 중소기업보호 의무, 국가의 농어민과 중소기업의 자조조직 육성 의무, 국가의 소비자보호운동 보장 의무, 국가의 대외무역육성 의무 및 규제권, 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제발전을 위한 노력할 국가의 의무, 국가표준제도 확립 의무 등 주요한 경제질서의 요소에 대한 국가의 규제권한과 보호 또는 육성 의무가 구체적으로 명문화되어 있다.

139) 이 용어는 일반화된 것이 아니지만 자유방임형 시장경제와 구별하여 국가의 조정권을 인정하는 시장경제질서를 구분하기 위해 편의적으로 사용한다. 헌법재판소는 이런 국가조정형 시장경제를 독일헌법학계와 실무계의 영향을 받아 ‘사회적 시장경제’(social market economy)라고 부르기도 한다(헌재 1996.4.25. 92헌바47 등). 굳이 ‘사회적 시장경제’의 표현을 사용하지 않는 이유는 ‘사회적’이라는 표현에 의해 경제질서와 관련한 논의가 이념논쟁으로 변질되는 현실을 감안한 것이기도 하고 독일식의 ‘사회적 시장경제’와 우리 헌법의 시장경제질서가 반드시 동일한 것이어야 할 이유가 없다는 인식 때문이기도 하다.

있는 ‘국가주도적 계획통제경제’(state-centered planned economy) 또한 용납하지 않음을 분명히 해야 한다.

결국 헌법상 경제질서에서 제기되는 문제는 일상적 정치담론에서 진영대립의 형태로 나타나듯이 자유방임형 경제질서와 국가주도적 계획경제 사이의 선택의 문제가 아니라 오히려 이 양극단을 반헌법적 경제질서로 규정하고 그렇게 변질되지 않는 시장에 대한 국가조정 of 헌법적 범위와 한계를 구체적으로 설정하는 과제가 우리에게 주어져 있다. 경제에 관한 국가조정의 헌법적 범위와 한계는 경제에 관한 헌법규정, 특히 헌법상 경제질서에 관한 기본을 정하는 헌법 제119조 제1항과 제2항간의 우열관계 내지 상호관계를 어떻게 해석하느냐에 따라 달라진다. 이에 관하여 크게 두 가지 해석론이 대립하고 있다.

첫 번째 해석론은 헌법 제119조 제1항과 제2항의 관계를 원칙규정과 예외규정으로 이해하여 자유로운 시장경제를 원칙으로 하고 국가의 규제와 조정을 예외적 혹은 보충적인 것으로 이해하는 입장이다.¹⁴⁰⁾ 이 해석론을 경제적 자유와 재산권에 대한 국가의 제한에도 한계가 있다는 기본권보장의 문제로 바꾸어 보면, 헌법 제119조 제2항은 국민의 경제적 자유와 권리를 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한하는 헌법 제37조 제2항과 중첩되는 규정에 불과하다는 견해로 전환되기도 한다. 이런 해석론의 연장선에서 헌법 제119조 등 경제헌법은 개발독재시절의 유산이므로 삭제하는 개헌이 필요하다는 결론에 이르기도 한다.¹⁴¹⁾ 앞서 박세일과 자유경제원의 시장경제론이 이러한 해석론을 취하게 되는 것은 자연스럽다.

두 번째 해석론은 순수자본주의에 의한 시장의 실패를 감안하면 현대 수정자본주의 경제체제에서 국가의 경제에 대한 규제와 조정은 오히려 개인과 기업이 공정한 질서 속에서 자유와 창의를 발현하는 시장경제질서의 전제조건이자 기반이 된다는 입장이다. 즉 헌법 제119조 제2항은 예외가 아니라 오히려 필수적인

140) 이덕연, “한국헌법의 경제적 좌표 - 시장(기업)규제의 범위와 한계”, 공법연구 제33집 제2호, 2005 참조.

141) 예를 들어, 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2009, 220쪽 참조.



경제질서의 전제규정이라는 입장이다.¹⁴²⁾ 이 해석론에 따르면 경제적 자유와 재산권의 보장범위와 한계가 상대적으로 축소되는 것은 피할 수 없다. 이 해석론을 경제 관련 기본권의 제한문제로 바꾸게 될 때, 최소한 경제적 자유와 권리는 표현의 자유나 양심의 자유와 같은 시민적 자유와는 달리 국가의 시장 개입을 예외적 조건에서만 가능한 것으로 보는 것이 아니라 다양한 공익을 실현하기 위해 합리적 목적을 가진다면 비교적 자유롭게 허용되어야 한다는 헌법적 결단을 의미하게 된다. 대체로 진보의 한 축에서 토지공개념은 물론 경제영역 또한 일정부분 공공성을 가지면 공정에 입각한 시장경제의 필요성을 주장하면서 취하는 입장이라고 할 수 있다.

두 해석론은 나름의 설득력을 가지고 있어 민주공화국을 표방하는 헌법이라면 모두 포용하는 것이다. 앞서 보수의 시장경제론이 진보의 국가조정형 시장개입을 반시장으로 극단화하여 배척한 것은 이런 헌법의 균형적 접근을 이분법적 진영논리로 전략시킨 것이다. 경제질서의 기본이 시장경제를 지향하고 사유재산제도를 전제하고 있음을 부정할 수 없지만 헌법에서 다양한 경제영역에 대한 국가의 조정권한을 인정하는 명문규정을 두고 있는 의미를 축소하려는 것, 특히 다른 자유와 권리와는 달리 국가권력에 의해 내용과 한계에 대한 설정권을 유보시키고 재산권자에게 공공복리에 적합한 방향으로 재산권을 행사할 특별한 헌법적 의무를 부여하고 있는 현행 헌법의 전체적인 체계를 무시해서는 안되기 때문이다. 무엇보다 현행 헌법은 헌법적 시민성의 상호배려와 사회적 연대성 요소를 명확히 확인하여 경제질서에 대한 국가의 긍정적 조정권을 전제로 하는 사회적 기본권(인간다운 생활을 할 권리, 노동3권, 교육을 받을 권리 등)을 국가가 책임지고 실현해야 할 기본적 인권으로 보장하고 있다는 점을 고려할 때 더욱 그러하다.

이런 취지에서 헌법재판소도 우리 헌법의 경제질서가 “이미 많은 문제점과 모순을 노정한 자유방임적 시장경제를 지향하지 않고 아울러 전체주의국가의 계획

142) 이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010, 32-33쪽 참조.

통제경제도 지양하면서 국민 모두가 호혜공영(互惠共榮)하는 실질적인 사회정의가 보장되는 국가, 환언하면 자본주의적 생산양식이라든가 시장메커니즘의 자동 조절기능이라는 골격은 유지하면서 근로대중의 최소한의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 소득의 재분배, 투자의 유도·조정, 실업자 구제 내지 완전고용, 광범한 사회보장을 책임있게 시행하는 국가 즉 민주복지국가의 이상을 추구하고 있음을 의미”¹⁴³⁾한다는 점을 확인하고 있다.

결국 헌법상 경제질서는 자유시장주의에 입각한 시장경제론도 지양하고 국가 통제형 계획경제도 동시에 극복하면서 국가를 통한 공정한 시장경제체제를 추구하고 있으며 바로 이러한 기본원칙에 어긋나지 아니하는 한 경제규제와 조정에 대한 다양한 국가정책적 선택의 여지가 있음을 허용하고 있다. 그 지향 방향이 서로 다른 두 원칙이 하나의 조문에 규정되고 있는 것은, 양자 모두 수용하고 승화시키려는 헌법의 의지로 새겨야 한다. 더구나 제헌헌법에서는 위 기본원칙과 보충 역할의 위치가 서로 뒤바뀌어 있었다.¹⁴⁴⁾ 이는 경제를 바라보는 이념에 따라 우선순위는 변경될 수 있다는 가능성을 보여주는 역사적 근거라 할 수 있다. 더구나 국가의 복지에 대한 역할이 더욱 강조되는 신자유주의 이후의 경향을 고려하면, 보수나 진보 모두에게 극단의 경제정책을 지양할 현실적 필요성은 충분히 설득 가능하다.

(3) 토지공개념 관련 입법의 경우 사회적 합의의 범위

헌법재판소는 경제적 자유를 중시하는 결정을 하기도 하였고, 경제민주화에 기초한 국가의 개입을 넓게 허용하는 입장을 취하기도 하였다. 특히 부동산투기

143) 헌재 1989.12.22. 88헌가13.

144) 제헌헌법 제84조 대한민국의 경제질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로 삼는다. 각인의 경제상 자유는 이 한계 내에서 보장된다.



가 심각한 사회양극화의 원인이 되고 있는 현실에서 토지공개념과 관련한 입법 정책에 대하여 매우 균형적 접근을 채택하고 있다. 예컨대, 특별시·광역시에서 택지의 소유 상한을 200평으로 규정한 법률이 헌법에 위반된다는 결정은 국가의 경제활동 개입에 대한 방법론적 조절을 요구하는 태도로 이해할 수 있다.¹⁴⁵⁾

택지는 인간의 존엄과 가치를 가진 개인의 주거로서, 그의 행복을 추구할 권리와 쾌적한 주거생활을 할 권리를 실현하는 장소로 사용되는 것이 라는 점을 고려할 때, 소유상한을 지나치게 낮게 책정하는 것은 개인의 자유실현의 범위를 지나치게 제한하는 것이라고 할 것인데, 소유목적이나 택지의 기능에 따른 예외를 전혀 인정하지 아니한 채 일률적으로 200평으로 소유상한을 제한함으로써, 어떠한 경우에도, 어느 누구라도, 200평을 초과하는 택지를 취득할 수 없게 한 것은, 적정한 택지공급이라고 하는 입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 정도를 넘는 과도한 제한으로서, 헌법상의 재산권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이다.

다만 위 결정에서 헌법재판소가 밝힌 내용 중 택지소유의 상한을 정한 것 자체가 헌법에 바로 위반된다는 것이 아니라 그 정도가 지나치게 낮으며 예외 가능성을 인정하지 않은 것이 위헌의 요인이라고 지적한 점은 유의할 필요가 있다. 같은 결정에서 헌법재판소는 국가의 토지재산권에 대한 제한은 상대적으로 강하게 인정될 수 있다는 선례를 여전히 계승하고 있다.¹⁴⁶⁾

재산권 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 더 광범위한 제한이 허용된다고 할

145) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37 등, 판례집 11-1, 289.

146) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 372; 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 945-946 참조.

것이다. 즉, 특정 재산권의 이용이나 처분이 그 소유자 개인의 생활영역에 머무르지 아니하고 일반 국민 다수의 일상생활에 큰 영향을 미치는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 규제하는 권한을 더욱 폭넓게 가진다. 그런데 토지는 원칙적으로 생산이나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있고, 우리나라의 가용 토지 면적은 인구에 비하여 절대적으로 부족한 반면에, 모든 국민이 생산 및 생활의 기반으로 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있으므로, 그 사회적 기능에 있어서나 국민경제의 측면에서 다른 재산권과 같게 다룰 수 있는 성질의 것이 아니므로 공동체의 이익이 보다 더 강하게 관철될 것이 요구된다고 할 것이다.

같은 날 선고된 헌법소원심판 결정에서 헌법재판소는 토지초과이득세법 규정에 대해 헌법적으로 정당하다고 판단하였다.¹⁴⁷⁾ ‘토지공개념’에 기초한 전형적 결정이었다. 토지재산권에 대한 상당히 진보적 결정이었다는 평가를 받지만, 여전히 헌법재판소는 자유에 대한 신중함을 잃지 않았다.

미실현이득을 과세대상으로 삼고 있는 토초세는 조세의 기본원리에 어긋나는 것은 아니나 과세대상이득 그 자체는 아직 자본과 분리된 것이 아니므로 이를 지배·관리·처분할 수 없는 상태에 대한 과세라는 데 그 특성이 있다. 이 미실현이득을 소득세의 형태로 환수함에 있어서는 다른 소득세와 비교하여 과세대상이득에 대한 보다 공평·정확한 계측, 응능부담(應能負擔) 원칙과 모순되지 않는 담세력의 배려, 지가변동순환기(循環期)를 고

147) 헌재 1999. 4. 29. 96헌바10 등, 판례집 11-1, 399. “토지초과이득세의 과세대상이 되는 유희토지 등의 가액을 산정하는 토지초과이득세법 제8조 제4항 제1호 및 토지초과이득을 계산하는 같은 법 제11조 제1항은 헌법재판소 1994. 7. 29. 92헌바49등 위헌결정에 따라 위헌으로 지적된 부분을 시정하여 법에서 명문화한 것이고 그밖에 기본공제 제도를 만들고(법 제11조의2) 세율도 완화하였으며(법 제12조), 또한 토지의 지가상승액인 과세표준의 산정방법에 관해서는 표준지 공시지가 및 개별공시지가의 적정성이 지가공시및토지등의평가에관한법률의 개정(1995. 12. 29. 법률 제5108호)을 통하여 객관적·실질적으로 현저하게 보완되었다.”



려한 적정한 과세기간의 획정, 지가하락에 따른 적절한 보충규정의 설정 등이 선결(先決)문제로서 해결되어야 할 과제다. 토초세는 토지재산에서 파생된 이득에 대한 조세이므로 가공이득에 세액을 부과하는 경우가 생긴다면, 이는 원본인 토지 자체를 무상으로 몰수하는 셈이 되어 소득세의 본질에 반하고 헌법상의 재산권 보장원칙에 배치되며 조세원리상의 실질과세, 공평과세의 이념에도 어긋나게 된다. 따라서 토초세는 과세대상이득의 공평·정확한 계측 여부가 가장 중요한 문제이고, 그밖에도 앞에서 본 여러 문제점에 대한 적절한 해결책이 마련되어 세제 자체가 체계적으로 모순 없이 조화를 이루고 있는가 하는 점을 염두에 두어야 한다.

토지공개념이나 부동산 투기 문제와 관련한 국가의 개입 문제에 대한 헌법재판소의 태도가 바로 보수와 진보가 헌법의 틀 속에서 서로 구체적 경제정책을 두고 주권자인 국민의 지지를 얻기 위해 서로 경쟁하면서 공존할 수 있는 가능성을 보여준다. 헌법재판소는 부동산정책에 대해 구체적으로 무엇이 최적인지를 판단하지 않는다. 오로지 민주공화국에서 입헌민주주의를 추구하는 헌법이 허용하지 않는 극단적 국가의 시장개입이나 개인과 기업의 경제적 자유와 권리의 오남용의 사례를 확인할 뿐이다. 국회와 정부가 정치과정에서 무엇이 최적의 경제정책인지를 두고 경쟁한다. 헌법은 이러한 경쟁의 조건과 한계를 제시하며 헌법재판소와 같은 사법기관이 그 위반을 법적으로 통제함으로써 민주공화국의 자유민주적 기본질서를 유지하는 것이다. 헌법이 경제질서에 관하여 채택하고 있는 개방적이며 균형적인 태도를 아전인수격으로 이해하여 초헌법적 편향적 이념담론을 전개하여 헌법을 혹사하거나 무시하는 태도야말로 헌법적 시민성에 기초한 시민역량을 함양하는 민주시민교육을 통해 극복되어야 한다.

(4) 경제민주화 관련 사회적 합의의 범위: 공동결정의 사례¹⁴⁸⁾

경제영역에서 보수와 진보가 대립적 경향을 보이는 또 다른 사례가 경제민주화조항의 해석이다. 헌법 제119조 제2항에서 국가의 경제규제와 조정의 목적으로 제시하고 있는 “경제주체간의 조화를 통한 경제민주화”를 어떻게 이해할 것인가의 문제이다. 구체적으로는 경제민주화가 경제주체들 사이의 공동결정, 예컨대 노동을 대표하여 경영에 관여하는 노동이사제 같은 제도를 도입하는 것이 경제민주화에 의해 정당화될 수 있는가의 문제를 들 수 있다. 이 쟁점에 대해 크게 세 가지 해석론이 대립하고 있다.

첫 번째 해석론은 경제민주화 규정을 단순한 선언적 의미밖에 가지지 아니하는 것으로 이해한다. 민주주의의 원리는 정치영역에 한정되는 원리이므로 경제, 사회, 문화 영역에는 적용될 수 없는 가치원리라는 게 핵심 논지이다.¹⁴⁹⁾ 예컨대, 경제영역에서 각 경제주체의 자유와 권리에는 본질적 내용이 있고 특히 기업의 자유는 기업소유주가 경영상의 자율권을 가지는 것이 그 본질적 내용에 해당되므로 근로자에게 경영참여권을 인정하는 것은 헌법에 위반된다는 것이다.¹⁵⁰⁾

두 번째 해석론은 민주주의의 원리에 대한 견해에는 첫 번째 해석론에 대체로 동조하면서도 경제민주화 규정이 단순한 선언적 의미를 넘어 입법자의 ‘사회정책적’ 결정권을 확인하는 국가목표를 설정하는 헌법적 의의를 가질 수 있음을 인정하는 견해이다.¹⁵¹⁾ 이 견해는 첫 번째 견해와 달리 근로자의 경영참여권을 보장하는 문제는 민주주의의 원리를 경제영역에 확장하여 적용하는 것이 아니라

148) 이 부분은 김종철, “헌법과 경제민주화 - 한국 헌법의 경제조항을 중심으로 -”, 박영렬 외, *대변환의 패러다임을 찾아서*, 한국학술정보, 2013의 일부내용을 발췌·요약한 것이다.

149) 전광석, *한국헌법론*, 법문사, 2010, 758-759쪽.

150) 전광석, 앞의 책 참조. 이런 태도는 대개 재산권을 중심으로 한 “경제적 법치주의”를 명분으로 국가의 경제개입의 가능성을 상당부분 부인하는 헌법체계를 지향하는 견해로 귀결되는 경향이 있다. 이런 취지를 강조하고 있는 입장은 정순훈, “경제규제완화와 헌법에 대한 연구”, 이진순·정순훈, *시장경제질서와 헌법*, 자유기업센터, 1997, 79-80쪽.

151) 한수웅, *헌법학*, 법문사, 2011, 139-140쪽, 309-310쪽 참조.



경제영역에서 발생하는 피해와 부작용을 해결하기 위하여 사회정책적 사안으로 일정한 조건하에서 허용될 수도 있다는 입장이다.¹⁵²⁾ 다만 과잉금지원칙 혹은 비례원칙을 엄격히 적용하여 사회정책적 경제주체간의 조정을 인정하는 폭이 매우 제한적이라는 점에서 현실적으로 첫 번째 입장에서 크게 벗어나지 않는다.

세 번째 해석론은 민주주의 원리가 그 적용의 조건, 범위, 절차나 방법 및 정도에서 차이가 있지만 경제영역에도 적용되며 특히 경제민주화조항도 헌법상 매우 적극적인 의의를 가진다고 보는 견해이다.¹⁵³⁾ 경제관계가 재화(혹은 자본)의 크기에 의해서만 지배되거나 사회관계가 기성 권위의 크기에 의해서만 설정될 때 헌법의 기본가치인 개인의 인간으로서 존엄과 가치가 본질적으로 훼손될 수 있는 가능성이 있다는 것이 경제영역에도 민주주의 원리가 제한적이거나 관철되어야 한다고 보는 배경이다. 경제적 교섭력의 우위를 무기로 부당한 근로계약을 강요하고 부당해고를 일삼거나 기업의 지속적 발전을 저해하고 시장경제질서를 왜곡하는 방향으로 경영권을 행사하는 것은 경제적 자유의 허용범위를 넘어서는 것이다. 필요하다면 경제적 교섭력이 약한 계층이 단결하여 단체를 결성하고 그 단체의 힘을 통해 경제적 교섭을 함으로써 재화의 크기 외에 사회적 연대를 경제관계를 설정하는 주요한 요소로 삼는 것이 필요하다.

헌법에서 독립된 특별한 장에서 경제영역에서의 국가의 역할을 규정하고 있고 그 기준으로 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 제시하였는데 이 조항을 명목적이고 정치적 선언에 불과한 것으로 치부하는 것은 설득력이 약하다. 오히려 경제주체간의 조화를 통한 경제민주화는 경제과정에 대한 근로자 등 경제적 약자의 참여를 보장하는 것을 의미한다고 보아야 한다. 다만 그러한 경제민주화의 정도와 방법, 절차를 국가가 정치적 정책결정과정을 통해 입법적으로

152) 제119조 제2항 자체는 경제질서에 관한 것으로 복지주의와 같은 사회정책을 위한 근거규정으로 삼는 것에 신중한 견해로는, 김성수, “경제질서와 재산권보장에 관한 헌재결정의 평가와 전망”, 공법연구 제33집 제4호, 2005, 144쪽 참조

153) 김종철, “헌법과 양극화에 대한 법적 대응”, 법과 사회 제31호, 2006, 24-28쪽 참조.

선택할 수 있을 뿐 반드시 도입하여야 하는 의무사항은 아닌 것일 뿐이다. 우리 헌법은 경제영역에 관한 한 경제적 다원주의에 입각한 민주화의 제도화를 다양한 방식에 따라 명문으로 인정하고 있기 때문이다. 근로자는 헌법 제33조에 의하여 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이라는 근로3권을 기본권으로 보장받고 있을 뿐만 아니라, 국가는 또 다른 경제주체인 농·어민과 중소기업이 자조조직을 육성하고 그 자율적 활동과 발전을 보장할 헌법적 의무를 부여받는 한편, 소비자보호운동을 보장할 헌법적 의무로 부여받고 있다. 노사관계나 생산-소비자관계 등 경제과정이나 최저임금제 등 근로조건에 대한 경제정책 결정과정에 대한 경제주체들의 참여를 위한 필요조건인 자율적 경제조직의 헌법적 보장을 명문화하고 있는 것 이상으로 경제민주화 규정을 헌법적으로 뒷받침할 수 있는 수단은 상상할 수 없다. 이러한 명백한 헌법의 체계적 요청에도 불구하고 경제민주화의 의미에서 공동결정의 요소를 배제하려는 것은 헌법제정자의 의사를 무시하는 무리한 해석이다. 오히려 강조되어야 할 것은 헌법의 체계적 해석에도 불구하고 무리하게 명문화된 경제민주화의 의미를 무력화시킬 것이 아니라 그 원래의 의미를 유지하면서도 그 폐해를 극복하기 위한 헌법합치적 해석이라고 할 것이다. 제119조 제2항은 국가가 경제민주화를 위해 규제와 조정을 할 수 있다고 하였을 뿐 “하여야 한다”고 강제하지 않고 있다. 따라서 반드시 근로자 등의 경제정책 참여권이나 경영참여권을 보장할 헌법적 의무가 있는 것은 아니다. ‘사회정책’이 아니라 ‘경제정책적’ 차원에서 참여권을 보장하는 입법이 헌법 제119조 제2항의 경제민주화 조항에 의해 정당화될 수 있다는 의미이다.

이런 해석은 재산권이나 기업의 경제활동에 대한 경제정책의 차원에서 근로자나 농어민, 중소기업인, 소비자로서의 국민 등의 경제주체들을 참여시키는 사회적 협의과정을 입법화하고 그 협의과정에 법적 기속력을 부여하는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있다는 의미이다. 경제민주화 조항이 그동안 운용되어온 노·사·정위원회의 헌법적 근거¹⁵⁴⁾가 될 수도 있고 노사관계정상화를 위한 경제입법에 대한 헌법적 준거가 될 수도 있다.

결국 헌법의 경제민주화 조항의 규범적 의의와 실익에 대한 세 가지 주요한 해석론의 내용을 정리하면 다음 표와 같다.

[표] 경제민주화 조항에 대한 주요 해석론

구분	경제민주화 조항과 민주주의의 원리의 관계	기업에 대한 근로자의 경영참가의 합헌성	경제정책에 대한 공동결정의 효력	기업의 자유에 대한 위헌심사의 척도와의 관계
제1설	민주주의원리와는 무관한 선언적 규정(기업운영의 투명성과 공개성을 요구하는 정도의 수사적 의미)	위헌(법치주의와의 충돌)	권고적 효력	무관 혹은 이익형량상의 간접적 고려사항
제2설	민주주의원리와는 무관하나 제한적으로 사회국가적 원리에 기초한 사회정책적 의의를 가지는 국가적 과제 규정	조건부 합헌(사회국가원리에 의한 부분적 정당화)	조건부 기속적 효력	무관 혹은 이익형량상의 간접적 고려사항
제3설	민주주의원리가 경제영역에도 적용되어 정치적 민주주의를 보완하는 규정으로서, 원칙적으로 경제정책적 의의를 가지는 규정	원칙적 합헌(경제민주화 조항에 의한 원칙적 정당화)	원칙적 기속적 효력	'이중기준'의 원칙의 헌법적 근거

이러한 다양한 해석은 경제민주화와 관련한 이념대립의 의의와 한계를 보여 준다. 민주시민교육에서는 노동이사제나 경제정책에 대한 공동결정제와 같이 경제민주화를 실현하는 제도의 채택여부에 대하여 경제민주화 조항을 비롯한 경제헌법의 해석론에 입각하여 헌법이 허용하는 조건과 범위를 우선 판단하고 그 헌법의 허용범위 안에서 구체적인 정책의 장점과 단점을 이해하면서 스스로의 양심에 따라 의견을 형성하고 행동할 수 있는 시민역량을 배양할 수 있다.

154) 이를테면 사회적 타협모델에 의한 조합주의(corporatism) 경제사회질서의 구축가능성을 정당화하는 것이다.

라. 교육의 이념과 민주주의

(1) 교육영역에서의 이념대립의 양상과 구도

교육 영역에서는 대표적으로 능력주의와 평등교육의 이념이 충돌한다. 다른 이념적 대립과 마찬가지로 민주공화국을 표방하는 입헌민주주의 헌법은 이 두가지 이념을 모두 포용하고 있다.¹⁵⁵⁾ 헌법이 교육을 받을 권리에 관하여 “능력에 따라 균등하게” 보장된다고 밝히고 있기 때문에, 이것을 두고 보수에서 강조하는 능력에 따른 다양한 교육이 더 중요한지 진보에서 강조하는 평등한 교육이 더 우선하는 지에 대한 갈등이 발생할 수 있다. 그러나 다른 한편으로 이러한 갈등은 그 자체가 문제라고 볼 수 없다. 다원적 민주주의에 바탕한 자유민주적 기본질서에서 교육과 민주주의에 대한 다양한 세계관이 존재할 수밖에 없기 때문이다. 이 갈등은 헌법이 만든 것이 아니라 오히려 존재하는 갈등을 공존의 틀 속에서 해결할 수 있는 기본질서와 제도를 헌법이 설정하고 있는 것이다. 교육영역에서는 교육의 자유와 권리를 가지는 개인, 전문성에 기반한 교육을 할 지위를 가지는 교육주체, 민주공화국에서 민주시민을 양성해야 할 국가 사이의 관계를 헌법이 설정함으로써 헌법이 허용할 수 없는 극단적 교육의 자유나 교육에 대한 국가독점을 지양하는 대상으로 설정하고 교육영역의 모든 이해관계자들이 공정한 조건속에서 자유와 권리를 최대화 할 수 있는 헌법적 질서를 개방적이고 균형적으로 설정하고 있는 것이다. 헌법재판소는 이 문제를 일반적인 수학적권(修學權) 차원에서 다음과 같이 정의한 바 있다.

155) 헌법 제31조 ①모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다. ②모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다. ③의무교육은 무상으로 한다. ④교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다. ⑤국가는 평생교육을 진흥하여야 한다. ⑥학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.

헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리{이하 “수학권”(修學權)이라 한다}를 보장하고 있다. 이 권리는 통상 국가에 의한 교육조건 개선·정비와 교육기회의 균등한 보장을 적극적으로 요구할 수 있는 권리로 이해되고 있다. 수학권의 보장은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구하고(헌법 제10조 전문) 인간다운 생활을 영위하는 데(헌법 제34조 제1항) 필수적인 조건이자 대전제다. 헌법 제31조 제2항 내지 제6항 소정의 교육을 받게 할 의무, 의무교육의 무상, 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성, 평생교육진흥, 교육제도와 그 운영·교육재정 및 교원지위 법률주의 등은 수학권의 효율적인 보장을 위한 규정이다.¹⁵⁶⁾

(2) 의무교육과 평준화 교육 정책과 관련한 사례

교육을 받을 권리에 대한 이념의 차이는 대체로 중등교육 영역에서 크게 드러난다. 고등교육기관인 대학은 일반적으로 수월성 교육을 위한 기관이라는 점에 인식을 공유하는 편이다. 그러나 교육법상 중학교가 의무교육기관으로 지정되어 있고 고등학교까지 국가가 관리하는 공교육 체계에 편입되어 있다. 최근 고등학교에 대한 무상교육이 실시됨으로써 이러한 체계가 더욱 강화되었다.

문제는 고등학교 교육의 수월성을 주장하는 보수 시각에서 고교평준화 체계를 헌법상 교육을 받을 권리 조항에 기초하여 반대한다는 점이다.¹⁵⁷⁾ 반면 진보

156) 헌재 1999. 3. 25. 97헌마130, 판례집 11-1, 233.

157) 대표적으로 정영화, “헌법상 교육기본권과 학부모의 학교선택권: 학교평준화 제도의 위헌성”, 홍익법학 제11권 제2호, 2010; 한수웅, “교육을 받을 권리와 국가교육권한의 한계: 교육평준화 및 학교선택권 제한의 헌법적 한계를 중심으로”, 법조 제57권 제4호, 2008; 동아일보, “[헌법의 눈]김철수/고교평준화는 위헌이다”, 2002.2.17.

<<https://www.donga.com/news/article/all/20020217/7788789/1>> (2021.10.1. 방문) “교육정책에 있어서 가장 기본적인 헌법에 따른 논쟁은 없어 안타깝다. 현재의 고교평준화 정책은 헌법이나 법률에 근거하기보다는 시행령이나 교육감의 지시에 근거하는 점이 강하다. 고교평준화는 일부 지역에서 새로 도입되기도 하고 또 다른 지역에서는 폐지되고 있는 것을 보더

는 공교육 체계의 유지를 위하여 평준화 제도가 필요하며 교육자치의 실현을 통해 구체화 될 수 있다고 본다. 기회의 평등이 헌법상 평등원칙의 핵심이라면 교육이야말로 개인의 기회를 향상시킬 최소한의 수단이라고 본다. 중등교육까지는 평등원칙의 실현을 중시하여야 한다는 입장이다. 헌법재판소는 현 공교육 체제의 유지를 지지하면서 학교교육에서는 공적 측면을 강조하고, 그 이외 영역에서는 자율적 측면을 인정하고 있다.¹⁵⁸⁾

‘부모의 자녀에 대한 교육권’은 비록 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 아니하지만, 이는 모든 인간이 국적과 관계없이 누리는 양도할 수 없는 불가침의 인권으로서 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 제1항, 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조 및 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정하는 헌법 제37조 제1항에서 나오는 중요한 기본권이다. 헌법재판소는 부모의 중등학교선택권을 제한한 것과 관련하여 “부모는 아직 성숙하지 못하고 인격을 닦고 있는 초·중·고등학생인 자녀를 교육시킬 교육권을 가지고 있으며, 그 교육권의 내용 중 하나로서 자녀를 교육시킬 학교선택권이 인정된다”고 판시한 바 있고(헌재 1995. 2. 23. 91헌마204, 판례집 7-1, 267, 274), 국정교과서제도와 관련된 사건에서도 학교교육에서 교사의 가르치는 권리는 “자연법적으로는 학부모에게 속하는 자녀에 대한 교육권을 신탁받은 것이고, 실정법상으로는 공교육의 책임이 있는 국가의 위임에 의한 것이다”고 밝힘으로써(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 756) 이미 몇 개의 결정을 통하

라도 법률에 근거한 것이 아님을 알 수 있다. 국가의 백년대계라고 하는 교육정책이 조령모개(朝令暮改)하는 것은 교육헌법주의나 교육법정주의에 위배되기 때문이다. 표를 의식한 정치가들의 인기영합주의에 따라 결정되고 있기 때문에 교육정책이 우왕좌왕하고 있는 것이다. 이제 부더라도 교육은 입헌주의와 법치주의에 따라 해야 한다. 우리 헌법의 교육이념이 교육의 수월성을 중시하느냐, 아니면 평등을 중시하느냐가 논란이 되고 있다. 헌법의 교육이념은 절대적 평등이 아니라 교육의 수월성 추구에 있다.”

158) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등, 판례집 12-1, 427; 헌재 2012. 11. 29. 2011헌마827, 판례집 24-2하, 250.



여 부모의 자녀교육권을 인정하였다. (중략) 자녀의 양육과 교육에 있어서 부모의 교육권은 교육의 모든 영역에서 존중되어야 하며, 다만, 학교교육의 범주내에서는 국가의 교육권한이 헌법적으로 독자적인 지위를 부여받음으로써 부모의 교육권과 함께 자녀의 교육을 담당하지만, 학교 밖의 교육 영역에서는 원칙적으로 부모의 교육권이 우위를 차지한다.

고교평준화제도는 앞서 본 바와 같이 그동안 30년이 넘게 우리나라 교육제도의 근간을 이루어 왔으며, 평준화의 틀 내에서 학생과 학부모의 학교선택권을 보장하기 위한 여러 보완조치들이 함께 마련되어 시행되어 왔다. (중략) 이와 같이, 추천 배정을 받기 전에 학교를 선택 지원할 수 있는 기회가 대폭 확대되고, 고교평준화정책 시행 지역을 결정함에 있어서 객관적 타당성 및 민주적 정당성이 제고된 상황 등을 고려하면, 중학교 교육의 정상화 및 학교·지역 간 격차 해소 등 입법목적에 달성하는데 적합한 다른 대체수단이 존재한다고 보기도 어렵고 또한 고교평준화제도를 통하여 달성하고자 하는 위와 같은 공익이 침해되는 청구인들의 학교선택권보다 크다고 할 것이다.

(3) 교육의 정치적 중립성과 관련한 사례

교육의 정치적 중립성 또한 중요한 이념대립의 장이다. 보수는 대체로 교육의 정치적 중립성을 정치교육의 최소화로 이해하려는 경향이 있으며 전국교직원노동조합(“전교조”)에 대하여 교육의 정치화를 주도한다고 보는 일관된 비판적 태도는 물론 전교조 출신 교육감의 민주시민교육이나 인권교육 강화를 위한 범교과교육을 학교의 정치화로 간주하고 비난하는 태도에서도 확인된다.¹⁵⁹⁾

159)“《조선일보》 "초·중·고 정치화하는 '범교과 교육', 무엇이 문제인가?""
(<https://post.naver.com/viewer/postView.naver?volumeNo=32152483&memberNo=278786>)

정치 교육감들이 그동안 한국 교육에 던진 화두는 무엇인가. 무상급식, 무상교육, 무상교복, 무상 입학 준비금 등 무상 시리즈가 난무했다. 외교와 자사과의 일반고 전환, 국제중 폐지 요청 등이다. 무상 아니면 평등이다. 그럴싸하지만 공짜라는 걸 포장 안에 진짜 있어야 할 교육의 핵심이 빠져 있다. 무상이라는 허울도 국민의 혈세이고 보면 가히 ‘생색내기 정책’이라 아니할 수 없다. 심하게 말하면 선심성·선거용 정책뿐이다.¹⁶⁰⁾

한편 헌법재판소는 정치적 중립성을 강하게 옹호하려는 일관된 입장을 유지하고 있다. 학문의 자유가 보장된 대학에서보다는 특히 초·중등교육 현장에서 정치적 중립성을 더욱 강조하고 있다.

교원의 행위는 교육을 통해 건전한 인격체로 성장해 가는 과정에 있는 미성숙한 학생들의 인격형성에 지대한 영향을 미칠 수 있는 점, 교원의 정치적 표현행위가 교원노조와 같은 단체의 이름으로 교원의 지위를 전면에서 드러낸 채 대규모로 행해지는 경우 다양한 가치관을 조화롭게 소화하여 건전한 세계관·인생관을 형성할 능력이 미숙한 학생들에게 편향된 가치관을 갖게 할 우려가 있는 점, 교원노조에게 일반적인 정치활동을 허용할 경우 교육을 통해 책임감 있고 건전한 인격체로 성장해가야 할 학생들의 교육을 받을 권리는 중대한 침해 받을 수 있는 점 등에 비추어 보면, 교원노조라는 집단성을 이용하여 행하는 정치활동을 금지하는 것이 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

교원노조는 교육의 정치적 중립성 요청으로 인해 그 업무와 활동에 있어서 강하게 정치적 중립을 요구받을 수밖에 없다는 점, 교원노조법은 공무원노조법과 달리 ‘일체의’ 정치활동을 금지하는 것으로 되어 있지만, 교

[38&vType=VERTICAL](#)) (2021.10.15. 방문).

160) 중앙일보, “조영달/‘정치 교육감들’의 교실 정치화가 교육의 미래 망친다” (2020. 11. 25.) (<https://www.joongang.co.kr/article/23929405>) (2021.10.15. 방문).



원노조에게도 교원의 근로조건 향상을 위한 활동 등은 허용된다는 점, 정치활동이 자유로운 대학교원단체의 경우 그 교육대상이 교원의 정치적 경향성에 별다른 영향을 받지 아니하는 대학생이라는 점에서 교원노조를 일반노조나 공무원노조, 대학교원단체와 달리 취급하는 것이 평등원칙 위반이라고 볼 수 없다.¹⁶¹⁾

그러나 교육의 정치적 중립성을 내세워 교원의 정치활동을 금지하는 국가공무원법 제66조 제1항이나 교원노조법 제3조에 대한 헌법재판소의 합헌판단은 민주공화국의 근간을 이루는 시민의 정치참여권이 가지는 무게를 제대로 형량하고 있지 못한 면이 있다.

민주공화국의 핵심질서인 자유민주적 기본질서는 다원적 민주주의를 전제로 하는 것이다. 즉, 교육주체인 교원이나 그 보조자인 교육행정주체는 물론 스스로 교육의 자유를 향유하는 학부모와 그 보호 아래 있는 피교육자까지 정치·경제·사회·문화의 다양한 생활공간에서 스스로 정치적 자아를 형성하고 발현해야 하는 주권자로서의 국민이라는 점에서 차이가 없다. 민주시민으로서의 자아를 가진 교육영역에 관여하는 국민의 시원적인 정치적 자유가 국민주권을 실질적으로 구현하는 기초이다. 특히 교육주체인 교원의 경우 민주시민을 양성하는 중대한 공익적 기능을 수행하기 위해 교육내용이나 교육방법에 대한 자주성과 전문성을 최고도로 보장받는 민주시민으로서의 교양이 상대적으로 풍부한 국민들인데 이들의 정치활동이 전면적으로 금지되는 것은 국민여론형성이나 공직후보자 선출 및 공무담당의 차원에서 중대한 결함을 초래하게 된다. 예컨대 교과서 국정화 논란에서 확인되었듯이 의무교육을 비롯한 학교교육에서 민주시민을 양성하기 위한 교과내용이나 교육방법은 종국적으로는 민주적 정치과정과 법치적 행정과정을 통해 확정되고 집행되는 것이다. 물론 교육관련 정치와 행정의 과정에 헌법이

161) 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242, 243-244.

보장하는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 요청이 반영되어야 하지만 그러한 중립성 등의 요청은 민주공화적 정치과정에서 정치적 정당성을 확보해야만 인정될 수 있다. 그렇다면 교원은 전문가로서 자주성과 정치적 중립성을 최고도로 발현하여야 하지만 동시에 교육영역에 종사하는 국민으로서 기본적인 정치적 자유를 행사하여 교육의 민주적 정당성이 확보되는데에도 참여할 수 있어야 한다. 따라서 교육에서 정치적 중립성은 교육기본법 제6조 제1항이 규정하고 있는 바와 같이 교육 그 자체가 “정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다”는 의미이거나 혹은 교육기본법 제14조 제4항이 규정하고 있는 바와 같이 “교원은 특정한 정당이나 정파를 지지하거나 반대하기 위하여 학생을 지도하거나 선동하여서는 아니 된다”는 수준의 제한을 의미할 뿐이며 일반시민의 지위에서 교육과 직접적으로 연계되지 아니한 시간, 장소에서 민주공화국 시민으로서의 정치적 자유를 누릴 수 있어야 한다.¹⁶²⁾

그러나 최근 현재의 정치적 중립성에 대한 해석 태도가 현실정치에 대한 참여권을 놓고 변화의 조짐을 보이고 있어 주목할 만하다. 즉, 교원의 정당 가입 여부에 대하여 그들의 참정권보다 교육의 정치적 중립성이 더 우선한다고 판단하면서도, 국가공무원법상 “공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.”는 조항에 대하여 ‘그 밖의 정치단체’가 너무 포괄적으로 규정되어 교육공무원의 기본권을 심각하게 제한한다고 해석함으로써, 향후 정당 가입에 대한 태도 전환의 실마리를 제공하였다.¹⁶³⁾

162) 김종철·이지문, “공화적 공존을 위한 정치개혁의 필요성과 조건”, 세계헌법연구 제20권 제1호, 2014, 81-83쪽 참조.

163) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489. “국가공무원법조항 중 ‘그 밖의 정치단체’에 관한 부분은, ‘그 밖의 정치단체’가 무엇인가에 대하여 규범 내용을 확정할 수 없는 불명확한 개념을 사용하고 있어, 표현의 자유를 규제하는 법률조항, 형벌의 구성요건을 규정하는 법률에 대하여 헌법이 요구하는 명확성원칙의 엄격한 기준을 충족하지 못하였다.”

그러나 이 결정에서도 교원의 정당가입 금지에 관한 선례는 변경하지 않았다. “정당의 발기인이 되거나 정당의 결성에 관여하는 행위는 정당에 가입하는 행위보다 적극적인 정치활동에 속한다. 발기인은 발기인대회를 개최하여 발기의 취지, 정당의 명칭 등을 정하고 대표자를 선임한 후 창당준비위원회를 결성하고, 창당준비위원회의 구성원으로서 창당집회 개최, 강령과



이 사건 법률조항(정당법 제6조 제1호 등)이 청구인들과 같은 초·중등학교 교원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 금지함으로써 정치적 기본권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이나, 공무원의 정치적 중립성 등을 규정한 헌법 제7조 제1항·제2항, 교육의 정치적 중립성을 규정한 헌법 제31조 제4항의 규정취지에 비추어 보면, 감수성과 모방성 그리고 수용성이 왕성한 초·중등학교 학생들에게 교원이 미치는 영향은 매우 크고, 교원의 활동은 근무시간 내외를 불문하고 학생들의 인격 및 기본생활습관 형성 등에 중요한 영향을 끼치는 잠재적 교육과정의 일부분인 점을 고려하고, 교원의 정치활동은 교육수혜자인 학생의 입장에서는 수업권의 침해로 받아들여질 수 있다는 점에서 현 시점에서는 국민의 교육기본권을 더욱 보장함으로써 얻을 수 있는 공익을 우선시해야 할 것이라는 점 등을 종합적으로 감안할 때, 초·중등학교 교육공무원의 정당가입 및 선거운동의 자유를 제한하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 있다.¹⁶⁴⁾

교육은 현재 세대뿐만 아니라 다음 세대의 미래를 결정할 중대한 사항이고 부모의 자녀교육에 대한 권리와도 연관된 것이다. 민주공화국의 교육법제는 헌법이 능력에 따른 균등한 교육을 받을 권리를 기본적 인권의 목록에 명시하고 있는 특징을 효과적으로 반영하여 기본적으로 의무교육에 기초한 공교육 체계를 수립하고 교육 기회의 다양성을 확보하기 위한 보완 조치를 구비하고 있다. 또한 교육에 관한 중요한 결정을 지역 자치에 맡겨둠으로써 민주주의 원칙을 실현하고 있다. 보수와 진보는 각자의 교육에 대한 철학의 제도적 관철에 앞서 이러

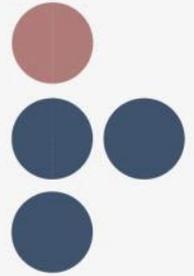
당헌 제정, 대표자·간부 선임, 당원모집 등 정당등록을 위한 창당활동을 하게 된다(정당법 제5조 내지 제13조, 제28조, 정당사무관리규칙 제2조 내지 제5조 참조). 따라서 2011헌바42 결정의 정당가입 행위에 관한 판단은 그보다 적극적인 정치활동에 속하는 정당의 발기인이 되거나 정당의 결성에 관여하는 행위에도 그대로 적용될 수 있다. 정당의 발기인이 되는 행위가 심판대상에 포함된 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정도 2011헌바42 결정과 같은 논거로 심판청구를 기각하였다. 그 밖에 위 선례의 판단을 변경할 만한 사정 변경이나 필요성이 인정되지 않고 위 선례의 취지는 이 사건에서도 그대로 타당하므로, 위 선례의 견해를 그대로 유지하기로 한다.”

164) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422.

한 자치적, 민주적 체계를 통해 합의하는 과정에 주력하여야 한다. 교육의 정치적 중립성은 정치적 논제를 교육영역에서 추방하는 방식이 아니라 투명하고 공정한 질서 속에서 보수와 진보가 교육정책을 비롯한 사회정책을 나름의 세계관에 입각하여 경쟁적으로 제시하는 정치교육을 체험함으로써 민주시민으로서의 시민적 역량을 함양하는 방식으로 관철되어야 한다. 교육을 통해 민주시민을 양성하는 과업은 보수와 진보의 구별이 있을 수 없고 오히려 두 이념이 투명하고 공정한 질서 속에서 경쟁하면서 상호발전을 도모할 수 있는 필수적인 공적 과제이다. 헌법은 교육제도를 특정 권리의 보장 논리보다 민주적 의사결정에 중요한 사항이 맡겨지도록 설계하였다. 이러한 헌법적 설계에 기초하여 다른 어떤 영역에서보다 보수, 진보가 교육의 영역이 정치적 능동성과 공사구별능력 등 민주시민의 정치적 역량을 연마하는 과정이라는 사회적 합의를 이루어야 할 이유이다.

4. 소결론: 이념적 접점으로서의 민주공화국 및 입헌민주주의와 민주시민교육

이상으로 헌법상 자유민주적 기본질서, 영토조항(헌법 제3조)와 통일조항(제4조)의 관계, 경제질서, 교육과 민주주의 등 영역에서 보수와 진보가 실제 어떠한 모습으로 헌법해석논쟁을 전개하고 있는가를 살펴보았다. 아울러 그 과정에서 헌법재판소의 헌법해석과정이 양 진영에 시사하는 바를 분석하였다. 모든 영역에서 보수와 진보가 이념적으로 공존할 영역이 국가의 기본법인 헌법의 틀 속에서 존재한다는 사실이 확인되었으며 상호 존중의 태도를 가질 필요성과 가능성을 확인하였다. 특별히 각 진영의 논리는 민주공화국이 지향하는 입헌민주주의에 충실하다면 서로 공존할 수 있음을 확인할 수 있었다. 국가권력의 과잉과 남용을 자제하고 평등한 자유를 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 실현한다는 지극히 간결하고도 결코 쉽지만은 않은 목표이다. 민주시민교육은 바로 이 점을 주된 내용으로 삼아야 한다.



민주시민교육 연구보고서 2021

Korea Democracy Foundation

헌법에 기초한 민주시민교육의
사회적 합의 촉진 방안 연구

제5장 결론



제5장 결론

1. 연구요약

본 연구는 ‘보편적’ 민주시민교육에 포함되어야 할 교육내용으로서 ‘공유된’ 헌법적 가치가 무엇인지를 검토하고, 민주시민교육에 대한 헌법정신에 기초한 사회적 합의 도출 원칙과 방향을 제언함으로써, 우리사회의 민주시민교육을 둘러싼 소모적 논란 해소에 일조하는 것을 목표로 수행되었다. 이러한 목표를 달성하기 위해, 본 연구를 크게 세 부분으로 구성하였다. 우선, 민주시민교육과 헌법의 관계를 고찰하여 헌법적 시민성 함양을 위한 민주시민교육을 제언하였다. (제2장) 다음으로, 민주시민교육 대상으로서 헌법 원리, 제도를 소개하였다. (제3장) 마지막으로, 정치사회적 가치관에 따라 헌법을 둘러싼 해석적 갈등이 초래될 수 있는 논쟁적 쟁점들을 발굴하고 그러한 갈등적 쟁점들이 공존·공생·공영이라는 민주공화국 이념과 원리에 입각하여 조화롭게 해소될 수 있는 가능성을 탐색하였다. (제4장)

민주시민교육을 통해 헌법적 시민성을 함양한 결과 민주시민에게 기대되는 시민역량은 헌법의 핵심가치인 기본적 인권이 추구하는 바와 다르지 않다. 이에 따라, 제2장에서는 우선 자유, 평등, 참여, 연대라는 기본적 인권의 이상을 반영하여, 헌법적 시민성이 추구하는 시민역량으로 권리주체성 및 자기책임성과 상호 존중, 공사구별능력 및 정치적 능동성, 사회적 배려와 연대성을 제시하고, 그 교육내용을 확인하였다. 다음으로 제2장에서는 헌법의 특성들로 역사성, 정치성, 가치지향성을 제시하고, 그러한 특성들로부터 도출되는 민주시민교육 내용과 방법 결정상 유의점들을 제언하였다. 마지막으로 제2장에서는 민주시민교육을 둘러싼 소모적인 사회적 논란을 불식하기 위해서는 민주시민교육의 내용과 방법에 관한 ‘이중의’ 사회적 합의가 필요하다는 점을 지적하고, 그러한 사회적 합의의

대상이자 준거로서 헌법이 수행하는 역할이 무엇인지를 분석하였다. 나아가 제2장에서는 보론 형식으로 민주시민교육 과정에서 활용할 수 있는 헌법적 소재 사례들을 제시하고 그러한 소재들에 관한 교육 내용과 방법을 예시하였다.

제3장에서는 민주시민교육의 내용을 이루는 ‘기본적인’ 헌법의 원리, 제도가 무엇인지를 검토하였다. 제3장에서는 구체적인 헌법의 원리, 제도들을 소개하기에 앞서, 헌법의 역사성을 고려하여 민주시민교육에서 헌법사가 좋은 소재가 될 수 있음을 지적하고, 그 교육 필요성을 제안하였다. 다음으로 제3장에서는 민주시민교육을 둘러싼 사회적 합의 과정에서 그 합의 대상으로서 헌법의 ‘공유된’ 내용이 무엇인지 다투어질 수 있다는 전제하에서, 필수적으로 교육내용에 포함되어야 할 헌법의 ‘기본적인’ 원리, 제도들을 소개하였다. 구체적으로 민주공화국의 이념과 민주주의원리, 권력분립원칙, 법치주의원리의 핵심적인 내용이 무엇인지 검토하고, 그러한 원리들을 실현하는 제도들의 내용과 기능을 소개하였다.

제4장에서는 헌법적 개념을 둘러싼 해석갈등이 발생하는 지점들을 예시하고, 그러한 해석갈등의 원인을 분석한 후, 경쟁하는 관점들간 접점을 모색하는 작업을 진행하였다. 이러한 작업은 민주시민교육을 둘러싸고 대립과 갈등을 드러내고 있는 이념적 진영간 교육의 내용과 방법에 관한 합의 가능성과 합의 범위를 탐색하는 작업의 일환으로 수행되었다. 제4장에서는 구체적인 우리사회내 대표적인 해석갈등 쟁점으로 자유민주적 기본질서, 북한을 반국가단체로 규정하는 근거조항인 영토조항, 경제민주화 개념을 포함한 경제질서, 교육의 평등성과 수월성 및 교원의 정치적 중립성과 관련되는 교육이념조항 등을 분석대상으로 삼고, 대립하는 진영의 논리를 분석한후, 양진영간 공존을 가능케 하는 방안으로 입헌적 민주공화체제에 대한 상호 존중을 제안하였다.



2. 민주시민교육에 관한 사회적 합의 토대 구축 방안 제언

가. 헌법에 기초한 사회적 합의 필요성

오늘날 우리사회의 계층·세대·성별·이념간 갈등은 심각한 수준에 이르고 있다. 사회내 갈등은 사실 사회내 다원성을 반영하는 것으로 자연스럽고도 바람직한 현상이고, 다원적 사회세력간 합리적 대화와 토론을 통한 의사결정을 이상으로 삼는 민주주의체제에서 그 전제조건이라고도 할 수 있다. 하지만, 타협을 거부하는 극단적 대립과 갈등은 그 자체로 민주주의 실현의 걸림돌이 될 수밖에 없다. 최소한 공통의 가치기반을 전제하지 않고서는 어떠한 대화와 토론도 불가능한 지경에 이르고 말기 때문이다. 우리사회에서 다양한 견해들이 공존하면서 경쟁할 수 있는 최소한 공통분모에 관한 정치세력간 상호승인이야말로 민주주의 실현의 필수조건이라고 할 수 있다.

흔히 민주시민교육을 “비판적 사고력을 가진 주체적인 시민이 민주주의의 가치를 존중하고 서로 상생할 수 있도록 민주시민으로서의 역량을 향상시키는 교육”으로 규정한다.¹⁶⁵⁾ 우리 ‘교육기본법’ 또한 “민주시민으로서 필요한 자질”을 함양하여 “민주국가의 발전”에 이바지함을 교육이념으로 내세우고 있다.¹⁶⁶⁾ 다른 한편, 민주시민의 역량으로는 다음과 같은 것들이 제시되고 있다.¹⁶⁷⁾ ① 민주주의의 기본원리와 핵심가치에 대한 지식과 이해, ② 타인의 권리와 존엄성을 존중하고 다원성을 인정하는 시민적 관용, ③ 공공생활에 적극적으로 참여하고 실천하는 시민적 효능감, ④ 사회·정치적 문제를 객관적으로 파악하는 비판적 사고

165) 교육부, 민주시민교육 활성화를 위한 종합계획, 2018. 11., 8면.

166) 제2조(교육이념) 교육은 홍익인간(弘益人間)의 이념 아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야(陶冶)하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 함으로써 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영(人類共榮)의 이상을 실현하는 데에 이바지하게 함을 목적으로 한다.

167) 교육부, 민주시민교육 활성화를 위한 종합계획, 2018. 11., 8면.

력, ⑤ 대화와 토론으로 문제를 해결할 수 있는 능력과 기술, ⑥ 약자를 보호하고 정의와 상생의 원칙에 따른 협력과 연대 등. 이처럼 민주시민교육을 통해 함양되는 시민성은 앞서 검토한 바와 같이 ‘헌법적’ 시민성에 다름 아니다. 본 연구에서는 헌법적 시민성을 권리주체성 및 자기책임성과 상호존중, 공사구별능력 및 정치적 능동성, 사회적 배려와 연대성으로 나누어 제시한 바 있다(제2장).

이처럼, 입헌민주주의(constitutional democracy) 체제하에서 민주시민교육은 헌법적 가치를 습득하고 그에 기초하여 행동하도록 하는 것과 연관성이 있다. 헌법은 민주주의의 실현을 위한 기본가치를 담고 있을 뿐만 아니라 그 실현 절차를 규정하고 있기 때문이다. 따라서, 민주시민교육은 ‘보편적’ 헌법교육, 즉 헌법적 지식의 습득과 헌법적 가치의 체득, 그리고 헌법이 규정하는 절차를 통한 대화와 토론, 공존·공영을 위한 관용의 태도 함양을 내용으로 하여야 한다.

앞서 검토한 바와 같이, 헌법은 민주주의 실현을 위해 다양한 정치세력들이 상호승인해야할 추상적 기본원칙들과 그러한 기본원칙들을 실현하기 위한 구체적인 제도들을 규정하고 있지만, 헌법적 개념들은 해석의 개방성을 그 본질적 속성으로 하기 때문에, 민주주의의 공통토대와 관련하여 정치세력들이 이견없이 동의할 수 있는 지점이 무엇인지에 관해서는 헌법 스스로 대단히 적은 부분만을 밝히고 있을 뿐이다. 결국 헌법적 개념에 관한 해석공간을 장악하기 위한 담론투쟁이 벌어질 수밖에 없고, 그러한 담론투쟁은 또 다른 정치적 분열의 단초를 제공하기도 한다.

그럼에도 불구하고, 헌법은 사회내 정치세력간 공통가치에 관한 기본적인 합의문서이다. 헌법적 가치의 구체적 실현방식을 둘러싼 정치세력간 대립이 불가피하다고 하더라도 헌법이 그러한 갈등을 평화적으로 해소하는 정치적 투쟁의 절차와 그 투쟁속에서 상호 존중해야할 공통원칙을 담고 있다는 점은 부인할 수 없다. 민주시민교육이 민주주의 실현의 공통토대로서 헌법적 가치와 태도의 습득을 일차적 목표로 하여야 하는 이유도 여기에 있다. 하지만, 헌법 해석을 둘러싼



정치적 논쟁 또한 불가피하고 자연스러운 현상임을 승인할 수밖에 없다면, 민주 시민교육을 둘러싸고 발생하는 정파적 이해관계에 근거한 불필요한 소모적 논란을 차단하기 위해서는 ‘보편적’ 민주시민교육으로서 헌법교육의 방법론에 대한 사회적 합의도 중요한 의미를 갖게 된다.

‘보편적’ 민주시민교육의 위상을 공고히 하기 위해서는, 무엇보다 ‘공유된’ 헌법적 가치가 무엇인지에 대한 사회적 합의가 필요하다. 이는 민주시민교육으로서 헌법교육의 내용에 관한 합의이다. 다른 한편, 헌법의 이해방식과 그 현실속에서 실현을 둘러싸고는 다양한 견해들이 경쟁할 수밖에 없고, 이러한 경쟁적 대안들을 어떻게 교육할 것인가에 대한 합의도 필요하다. 이는 민주시민교육으로서 헌법교육의 방법에 관한 합의라고 할 수 있다. 본 연구에서는 이를 ‘이중의 사회적 합의’라고 칭하였다. 이와 같은 교육 내용에 관한 합의와 교육 방법에 관한 합의는 모두 헌법에 기초하여 이루어져야 할 것이다.

앞서 검토한 바와 같이, 민주시민교육 주체들은 다원적 공존체제를 가능케 하는 헌법의 근본정신 그 자체에 대한 존중을 표현하여야 할 것이다. 헌법의 기본적인 원리와 제도, 그리고 헌법적 시민성의 징표인 기본적 인권에 대한 교육이 민주시민교육으로서 헌법교육에 당연히 포함되어야 하는 이유이다. 다음으로 민주시민교육의 주체들은 교육의 수혜자들에게 일방적으로 헌법적 지식을 주입하거나 헌법이해를 둘러싼 경쟁적 대안들 중 특정한 것을 올바른 것으로 강요해서는 아니된다. 이러한 주입과 강요의 태도는 자율적이고 능동적인 헌법적 시민성 함양이라는 민주시민 교육의 목표에도 어긋날 뿐만 아니라, 헌법이 지향하고 있는 인간상으로서 인간존엄에 기초한 책임있는 자율적 주체라는 이상에도 어긋나기 때문이다. 요컨대, 민주시민교육과 관련한 사회적 합의와 관련하여 헌법은 이중의 기준으로 작동한다. 그 하나는 공통된 교육내용에 대한 합의의 준거를 제시하는 것이고, 다른 하나는 바람직한 교육방법에 관한 합의에 있어서 지침을 제공하는 것이다.

나. 사회적 합의의 주체

우리나라에서 민주시민교육으로서 헌법교육은 공공영역, 민간영역, 정치영역에서 다양하게 이루어지고 있다. 공공영역에서 이루어지는 민주시민교육으로는 학교에서 이루어지는 헌법교육과 선거연수원과 헌법재판연구원 중심으로 기관에서 이루어지는 헌법교육을 예로 들 수 있다. 민간영역에서 이루어지는 민주시민교육으로는 시민단체와 노동조합을 중심으로 이루어지는 헌법교육 등이, 정치영역에서 이루어지는 민주시민교육으로는 정당연구소 등에서 이루어지는 헌법교육 등이 있다.¹⁶⁸⁾ 우리나라의 경우 공공영역에서 민주시민교육의 비중이 크다고 할 수 있고, 민주시민교육으로서 헌법교육의 대부분은 학교교육 영역에서 이루어지고 있다. 민간영역 또한 민주시민교육을 담당하고 있지만, 공공영역에 비해 상대적으로 미흡한 수준으로 파악되고, 정당연구소 등을 중심으로 하는 정당의 민주시민교육 또한 활성화되어 있지 않은 실정이다.

이러한 현실에 비추어볼 때, 우리사회에서 민주시민교육을 둘러싼 대립구도는 독일과 같이 정당을 중심으로 정파간의 대립에 기초하고 있다기보다는 사회세력간 이념적 대립에 기초하고 있으며, 주로 학교교육 안에서 교사의 정치적 중립성과 관련하여 논의되고 있다. 정당내 연구소 또는 정당이 설립한 재단이 민주시민교육 내지 헌법교육을 주도하고 있는 독일과 달리, 우리나라의 경우에는 정당이 학교교육 밖에서 민주시민교육의 핵심적인 역할을 수행하지 못하고, 일정한 이념적 지향점 표방하는 민간영역내 단체들이 민주시민교육에 참여하고 있다.

보편적 민주시민교육으로서 헌법교육은 비단 학교교육에 한정되는 것은 아니다. 능동적인 정치적 주체를 길러낸다는 점을 고려하면 시민사회에서 주도적으로 민주시민교육을 수행할 필요성이 인정된다. 그럼에도 불구하고, 민간영역내 각 민주시민교육기관들이 이념적 지향성을 민주시민교육에 투영하여 이른바 ‘의식

168) 독일을 예로 들면서 민주시민교육의 3주체를 언급하는 문헌으로는, 이종희, 독일의 정치교육 모델: 연방정치교육원을 중심으로, 선거연수원, 2016 참조.



화' 교육을 수행하고 있다는 의구심이 우리사회에 팽배하다 보니 민간영역에서의 민주시민교육의 활성화가 지체되고 있는 실정이다.

사실 민간영역의 민주시민교육단체들간 민주시민교육에 있어서 '선명성' 경쟁은 억제해야 할 것이 아니고 장려해야 할 것이다. 다만 그러한 민주시민교육이 일정한 합의에 기초하여 공통토대를 존중하는 전제위에서 이루어지도록 할 필요성이 있고, 그러한 민주시민교육에 관한 합의는 다양한 민주시민교육단체들간의 대화와 합의를 통해 도달해야 할 과제라고 할 수 있다. 따라서 민간영역내 민주시민교육기관들이 다양한 헌법교육 프로그램을 개발·운영하도록 지원하고, 그러한 경험을 공유하면서 '최소한' 민주시민교육의 공통분모에 합의할 수 있도록 하는 거버넌스 체계를 마련할 필요성이 있다.¹⁶⁹⁾ 이러한 합의체계에서 국가로 대표되는 공공영역은 민주시민교육과 관련하여 특정한 방향성을 제시하거나 직접적인 교육을 수행하기보다는 공통의 교육과제를 제시하는 표준적인 교재의 보급과 다양한 민주시민교육단체들이 수행하는 헌법교육의 내용을 수집하고 그러한 성과를 공유할 수 있는 플랫폼 역할을 수행해야 할 것이다.¹⁷⁰⁾

다. 사회적 합의의 대상과 방법

우선 민간영역의 민주시민교육단체들간에 공통의 교육내용으로 삼을 수 있는 헌법적 가치와 제도에 대한 합의가 필요할 것이다. 본 연구에서는 그러한 헌법적 가치와 제도, 그리고 헌법적 시민성의 징표인 기본적 인권의 목록들을 민주시민교육의 대상으로서 제안하였다. (제2장 및 제3장) 다음으로, 헌법적 해석이

169) 장은주, “한국의 민주시민교육: 사회적 합의의 방향과 제도화의 과제”, 시민과 세계 통권 34호, 2019, 118-119쪽.

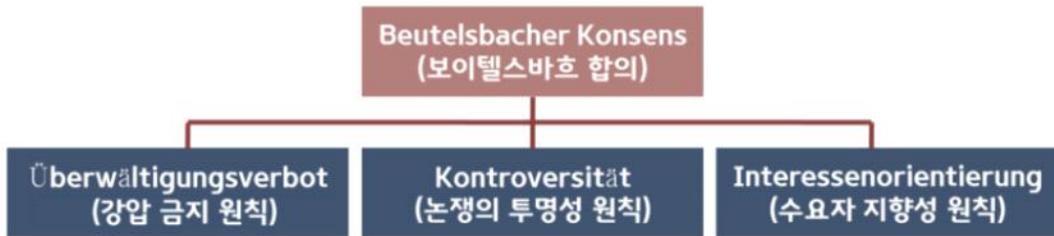
170) 현재 국회에 제출된 법안들은 공공영역에서 민주시민교육을 지원하고 민간영역의 민주시민교육단체들간 허브 역할을 하는 '민주시민교육원'의 설치를 규정하고 있다. 독일의 연방정치교육원을 모델로 하는 것인데, 국가가 주도하는 '민주시민교육원'과 같은 기관보다는 민주시민교육단체들간 연합체 형식으로 이러한 플랫폼을 만들고, 국가가 이를 지원하는 방식이 민간영역의 자율성을 더 존중하는 수단이 될 수 있을 것이다.

갈릴 수 있고 그러한 해석들이 모두 헌법적 가치의 테두리내에 있는 논쟁적 쟁점들을 둘러싼 교육방식에 관한 합의가 필요할 것이다. 후자와 관련해서는 ‘독일의 보이텔스바흐 합의’(Beutelsbacher Konsens)가 참조될 수 있다.¹⁷¹⁾

보이텔스바흐 합의 내용의 첫 번째는 강압금지(Überwältigungsverbot) 원칙이다. 바람직한 견해라는 이유로 학생들에게 생각할 여유를 주지 않음으로써 독자적인 판단을 방해하는 것은 용인되지 않는다는 원칙이다. 이 원칙은 주입식교육금지 원칙이라고도 해석되고 있다. 두 번째는 논쟁성(Kontroversität) 원칙으로 학문과 정치에서 논쟁적인 것은 수업에서도 논쟁적인 사안으로 다루어져야 한다(Was in Wissenschaft und Politik kontrovers ist, muss auch im Unterricht kontrovers erscheinen)는 것이다. 논쟁성 원칙을 강조하는 이유는 상이한 입장들이 균형적으로 고려되지 않거나, 선택의 여지를 주지 않거나, 대안들에 대한 논의가 충분히 이루어지지 않으면 세뇌나 교화로 빠져들 수 있기 때문이다. 세 번째는 수요자 지향성(Interessenorientierung) 원칙이다. 학생은 정치적 상황과 자신의 개인적 관심에 대해 분석하는 능력을 갖추어야 한다(Der Schüler muss in die Lage versetzt werden, eine politische Situation und seine eigene Interessenlage zu analysieren)는 원칙으로서, 자신의 현재 상황에 영향을 미칠 수 있는 수단과 방법을 찾을 수 있는 능력을 갖추어야 한다는 것이다. 즉, 학생의 분석능력과 개인의 관심 존중을 강조한 원칙이다.

보이텔스바흐 협약에서 도출된 이러한 제반원칙들은 ‘불편부당성’이라는 이상을 표현하고 있다. 이는 수혜자들의 자율적 판단 능력을 함양을 목표로 하는 민주시민교육인 특정한 이념의 일방적 전달로 흘러서는 안된다는 것을 그 내용으로 하고 있고, 민주시민교육주체들의 자율성을 인정하면서도, 그러한 민주시민교육이 역설적으로 민주시민교육수혜자들의 자율성을 훼손하는 방향으로 이루어져서는 안된다는 점을 밝히고 있는 것이다.

171) 이하 보이텔스바 합의 내용은 이종희, 독일의 정치교육 모델: 연방정치교육원을 중심으로, 선거연수원, 2016 참조.



〈그림 1〉 보이텔스바흐 합의(Beutelsbacher Konsens)의 세 가지 원칙

사실 보이텔스바흐 합의가 민주시민교육으로서 헌법교육의 내용을 직접 규정하는 것은 아니다. 이 합의는 인간존엄에 기초한 주체의 자율성이라는 핵심적 헌법가치를 전제로 하여 사회내 존재하는 다양한 견해를 존중하는 토대위에서 민주시민교육 수혜자에게 특정한 관점을 주입하는 것을 금지하는 것을 그 방법론적 기초로 삼고 있고, 이는 헌법이 지향하는 이상을 담고 있다는 점에서 주목해 볼 만하다. 민주시민교육기관들의 자율성은 이러한 교육방법을 준수하는 전제하에서 교육내용 편성과 교수법 선택 등에 있어서 자율성을 인정받을 수 있게 된다.

앞서 언급한 바와 같이, 민주시민교육에 관한 사회적 합의는 민주시민교육으로서 헌법교육의 내용에 관한 최소한의 합의와, 다양한 민간영역 민주시민교육기관들간 교육방법에 관한 원칙의 합의를 내용으로 한다.¹⁷²⁾ 이와 같은 ‘최소한의’ 헌법교육 내용을 넘어 특정한 헌법 해석론 혹은 관점의 당부에 관하여 합의하는 것은 그 자체로 민주주의 전제조건인 다원성을 부인하는 것이며, 민주시민교육이 표방하는 자율적이고 능동적인 시민의 양성이라는 이상에서도 벗어나는 것이다.

172) ‘민주시민교육지원법안’(한병도의원 대표발의)은 다음과 같은 원칙과 내용을 제시하고 있다.

제3조(민주시민교육의 기본원칙) ① 민주시민교육은 대한민국 헌법의 가치에 기반하여 민주시민이 지녀야 할 권리와 책임의식을 함양하는데 기여하여야 한다.

② 민주시민교육은 국민의 자발적인 참여를 기초로 이루어져야 한다.

③ 민주시민교육은 공정성과 중립성을 담보하여야 하며, 특정 정파의 의견 관철을 위한 방법으로 사용되어서는 아니 된다.

④ 민주시민교육은 사회 각 영역에서 모든 사람에게 평생 동안 장려되어야 한다.

⑤ 민주시민교육기관의 조직 및 활동의 독립성과 자율성은 보장되어야 한다.



민주시민교육단체들이 모일 수 있고 자신들의 교육경험을 공유할 수 있는 플랫폼을 만들고, 그 속에서 최소한의 공통의 교육과제와 교육방법에 대한 ‘원칙적’ 합의를 이끌어낼 수 있어야 할 것이다. 어쩌면 민간영역의 민주시민교육단체들간 교육 프로그램과 교육경험에 관한 공유를 통해서 사회 내 존재하는 다양한 견해들이 상호 교류되고 평가될 수 있도록 하는 것만이 유일한 대안이라고도 할 수 있다. 본 연구에서 제시한 민주시민교육의 교육내용으로서 헌법과 그러한 헌법을 둘러싼 해석갈등에서 발견할 수 있는 점점 모색 노력은 이러한 합의 과정에서 다루어져야 할 문제들을 미리 제시한 것이라는 점에서 그 의미를 찾을 수 있겠다.



[참고문헌]

- 강석정, “법관은 두 개의 양심을 가져야 하는가? - 헌법 제103조 법관의 ‘양심’에 관하여”, 사법 제43호, 2017
- 강영혜 외, 민주시민교육 활성화 방안 연구, 한국교육개발원, 2011
- 강정인·김수자·문지영·정승현·하상복, 한국정치의 이념과 사상: 보수주의·자유주의·민족주의·급진주의, 후마니타스, 2009
- 강정인·오향미·이화용·홍태영, 유럽 민주화의 이념과 역사: 영국·프랑스·독일, 후마니타스, 2010
- 교육부, 민주시민교육 활성화를 위한 종합계획, 2018. 11
- 권희영 외, 고등학교 한국사, 교학사, 2014
- 강일신·김종철, “환경민주주의와 심의적 시민참여”, 강원법학 제45권, 2015
- 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005
- 김동훈, 한국 헌법과 공화주의, 경인문화사, 2011
- 김만권, “자유민주주의를 넘어 헌정민주주의로”, 한국자유총연맹-한국정치학회 공동 주최 국리민복 가치확산 학술회의 자료집, 2020
- 김명재, “정당의 자유와 민주적 기본질서”, 헌법학연구 제13권 제1호, 2007
- 김백유, “민주적 기본질서”, 헌법학연구 제9권 제3호, 2003
- 김일영, “한국정치의 새로운 이념적 좌표를 찾아서: ‘뉴라이트’와 ‘뉴레프트’ 그리고 공통된 지평으로서의 자유주의”, 한국정치외교사논총 제27권 제2호, 2006
- 김정인, “역사 교과서 논쟁과 뉴라이트의 역사인식”, 역사교육 제133권, 2015
- 김종철, “감사조직의 개편방향 -감사원의 소속과 기능의 재편론을 중심으로-”,

- 공법연구 제31권 제2호, 2002
- 김종철, “헌법과 양극화에 대한 법적 대응”, 법과 사회 제31호, 2006
- 김종철, “헌법과 경제민주화 - 한국 헌법의 경제조항을 중심으로 -”, 박영렬 외, 대변환의 패러다임을 찾아서, 한국학술정보, 2013
- 김종철, “민주공화국과 정당해산제도”, 공법학연구 제15권제1호, 2014
- 김종철, “헌법재판소는 주권적 수임기관인가?: 대한민국의 헌법적 정체성과 통합 진보당 해산결정”, 저스티스 통권 제151호, 2015
- 김종철, “헌법개정과 공법학자의 역할”, 공법연구 제45집 제1호, 2016
- 김종철, “한국 헌법과 사회적 평등 - 현황과 법적 쟁점”, 헌법재판연구 제4권 제1호, 2017
- 김종철, “헌법전문과 6월항쟁의 헌법적 의미 - 민주공화국 원리를 중심으로 -”, 헌법학연구 제24권 제2호, 2018
- 김종철·이지문, “공화적 공존을 위한 정치개혁의 필요성과 조건”, 세계헌법연구 제20권 제1호, 2014
- 김호기, “2000년 이후의 보수 세력: 수구적 보수와 뉴라이트 사이에서”, 기억과 전망 제12호, 2005
- 도회근, “헌법의 영토와 통일조항 개정론에 대한 비판적 검토”, 헌법학연구 제12권 제4호, 2006
- 데이비드 헬드(박찬표 역), 민주주의의 모델들, 후마니타스, 2010
- 류대영, 한국 기독교 뉴라이트의 이념과 세계관, 종교문화비평 제15호, 2009
- 박성우, “매디슨 공화주의의 정의(定義)와 현대적 의의: <연방주의자 논고> 10번의 해석과 자유주의·공화주의 논쟁을 중심으로”, 21세기정치학회보 제18집 제3호, 2008
- 박순우, “T. H. Marshall 시민권론의 재해석”, 사회복지정책 제20권, 2004



- 박태균, “한국 보수 이데올로기의 특징과 딜레마”, 황해문화 제47권, 2005
- 송기춘, “피음사둔(諛淫邪遁)의 통합진보당 해산결정문”, 민주법학 제57호, 2015
- 송석윤, “정당해산심판의 실체적 요건 -정당해산심판제도의 좌표와 관련하여”, 서울대학교 법학 제51권 제1호, 2010
- 신지호, 뉴라이트의 세상 읽기, 기파랑, 2006
- 심경수, “영토조항의 통일지향적 의미와 가치”, 헌법학연구 제7권 제2호, 2001
- 심성보, “한국 민주시민교육의 현황과 과제”, (계명대)한국학논집 제67호, 2017
- 알렉산더 해밀턴 외(김동영 옮김), 페더럴리스트 페이퍼, 한올아카데미, 1995
- 양건, 헌법강의, 법문사, 2021
- 이덕연, “한국헌법의 경제적 좌표 -시장(기업)규제의 범위와 한계”, 공법연구 제33집 제2호, 2005
- 이병기, “대기업 성장의 협력기업 낙수효과 분석”, 한국경제연구원 정책연구 2012년 제3호, 2012
- 이성환 등, 정당해산심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 제15집, 2004
- 이연갑·김종철 외, 법학입문, 박영사, 2020
- 이원우, 경제규제법론, 홍문사, 2010
- 이종욱·오승현, “대기업 성과가 중소기업에 미치는 영향: 네트워크론 자료를 이용한 낙수효과 실증분석”, 금융지식연구 제12권 제2호, 2014
- 이종희, 독일의 정치교육 모델: 연방정치교육원을 중심으로, 선거연수원, 2016
- 임지봉, “헌법재판소의 통합진보당 해산결정에 대한 분석과 평가”, 법학논총 제33권, 2015
- 임혁백, 비동시성의 동시성: 한국 근대정치의 다중적 시간, 고려대학교 출판부, 2014

- 장은주 외, 왜 그리고 어떤 민주시민교육인가?: 한국형 학교 민주시민교육의 이론적 기초에 대한 연구, 경기도교육연구원, 2014
- 장은주, “한국의 민주시민교육: 사회적 합의의 방향과 제도화의 과제”, 시민과 세계 제34호, 2019
- 장은주, “한국의 민주주의와 민주시민교육”, 장은주 외, 우리는 시민입니다, 피어나, 2020
- 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2010
- 전재호, “2000년대 한국 보수주의의 이념적 특성에 관한 연구: 뉴라이트를 중심으로”, 현대정치연구 제7권 제1호, 2014
- 정순훈, “경제규제완화와 헌법에 대한 연구”, 이진순·정순훈, 시장경제질서와 헌법, 자유기업센터, 1997
- 정영화, “헌법상 교육기본권과 학부모의 학교선택권: 학교평준화 제도의 위헌성”, 홍익법학 제11권 제2호, 2010
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2009
- 조희연, 비정상성에 대한 저항에서 정상성에 대한 저항으로, 아르케, 2004
- 주진오, 뉴라이트의 식민사관 부활 프로젝트, 역사비평 제83호, 2008
- 폴 슈메이커(조효제 역), 진보와 보수의 12가지 이념: 다원적 공공정치를 위한 철학, 후마니타스, 2010
- 콘라트 헛세, 계획열 역, 통일 독일헌법원론 (제20판), 박영사, 2001
- 하종문, “반일민족주의와 뉴라이트”, 역사비평 제78호, 2007
- 한상희, “위헌정당해산심판제도, 그 의미와 문제점: 통합진보당 사건과 관련하여”, 「민주법학」 제54호, 2014
- 한수웅, “교육을 받을 권리와 국가교육권한의 한계: 교육평준화 및 학교선택권 제한의 헌법적 한계를 중심으로”, 법조 제57권 제4호, 2008



한수웅, 헌법학, 박영사, 2020

홍성방, “자유 민주적 기본 질서”, 한림법학FORUM 제2권, 1993

홍윤기 외, 민주청서21: 2008년도 민주시민교육 종합보고서 연구용역 사업, 민주화운동기념사업회, 2008

Bruce Ackerman, “The Living Constitution”, 120 Harvard Law Review 1738[2007]

T.H. Marshall, Citizenship and social class, and other essays, Cambridge University Press, 1950

Timothy W. Luke, Democracy under threat after 2020 national elections in the USA: 'stop the steal' or 'give more to the grifter-in-chief?', Educational Philosophy and Theory, (2021)

민주시민교육 연구보고서 2021

헌법에 기초한 민주시민교육의 사회적 합의 촉진방안 연구

발행처 민주화운동기념사업회 <https://www.kdemo.or.kr>
연락처 031-361-9500 / 경기도 의왕시 내손순환로 132
발행인 지선
발행일 2021년 12월 20일
기획 민주화운동기념사업회 민주시민교육센터
제작 (주)플인사이트
ISBN 979-11-87593-79-9 [03370]

연구책임자 김종철 | 연세대학교
공동연구원 장철준 | 단국대학교
강일신 | 경북대학교

연구수행기관 (사)한국공법학회