

합법성과 정당성*

- 칼 슈미트의 이론을 중심으로 하여 -

양 천 수

영남대 교수, 기초법

< 目 次 >

- I. 서 론
- II. 합법성과 정당성 개관
- III. 칼 슈미트의 합법성과 정당성론
- IV. 칼 슈미트의 합법성·정당성론 비판
- V. 합법성과 정당성의 순환관계 - 결론을 대신하여

I. 서 론

독일의 정치학자이자 공법학자였던 칼 슈미트(Carl Schmitt: 1888-1985)만큼 동시대뿐만 아니라 후대에 많은 영향을 미친 법학자도 드물다. 독일계 법학자 중에서 - 그 전 세계적인 영향력의 측면에서 볼 때 - 칼 슈미트에 상응할 만한 학자로서는 오직 한스 켈젠(H. Kelsen)을 꼽을 수 있을 정도이다.¹⁾ 한편으로는 탁월한 공법학자이자 “결단주의”를 정립한 정치사상가로, 그리고 다른 한편으로는 나치 독일에 적극적으로 협력한 어용학자로서 그의 이름은 아직도 사람들 사이에서 회자되고 있다.²⁾ 그러나 비록 나치 독일에 적극 협력한 어용학자이긴

* 심사위원 : 김해정, 은승표, 서경석

1) 잘 알려진 것처럼, 한스 켈젠은 『뉴욕타임즈』지에 의해 지난 천 년간을 대표하는 법학자로 꼽히기도 했다. *New York Times Magazine* (4/18/1999), p.100.

2) 칼 슈미트의 생애와 사상에 관한 기본적인 문헌으로는, 김효전, “칼 슈미트의 생애와 업적”, 『대학원논문집』(동아대학교 대학원)(1978. 11), 101-137쪽.

해도, 그가 공법학 영역뿐만 아니라, 정치철학 영역에서 쌓은 학문적 성과는 여전히 그 빛을 잃지 않고 있다. 그 때문에 심지어 독일에서는 좌파 계열의 학자들이 우파 이론가인 칼 슈미트의 이론을 수용하기도 했고³⁾, 그의 기본권 이론 등은 포르스토프(E. Forsthoff)나 뵉켄뢰르데(E.-W. Böckenförde) 등을 통해 여전히 독일 공법학에서 생명력을 유지하고 있다. 슈미트의 저작 대부분은 오늘날에도 독일 서점에서 쉽게 구할 수 있다. 더군다나 그의 저작들은 전 세계 언어로 번역되어, 한국에서도 그의 저작 대부분은 김효전 교수를 통해 번역되기도 하였다.⁴⁾ 그런 칼 슈미트이기에 그의 이론을 다루고 논하는 것은, 오늘날에도 여전히 의미가 없지 않다고 생각한다.

칼 슈미트가 내놓은 수많은 업적 중에는 법철학적으로 음미해야 할 부분도 없지 않다. 특히 ‘합법성과 정당성’에 관한 칼 슈미트의 견해는, 지금 시점에서 - 그 타당성 여부와는 무관하게 - 여전히 중요성을 갖고 있다. 더군다나 ‘합법성과 정당성’ 문제에 대해서는 그 동안 법철학계에서 많이 다루지 않은 주제라는 점에서, 한 번은 짚고 넘어가야 할 필요가 있다. 이 글은 칼 슈미트의 논의를 중심으로 하여, 합법성과 정당성 문제를 다루고자 한다.⁵⁾

II. 합법성과 정당성 개관

1. 의 의

먼저 논의의 전제로서 합법성과 정당성의 개념과 의의에 대해 간단하게 살펴 보도록 한다.⁶⁾ 독일어인 ‘Legalität’ (합법성)와 ‘Legitimität’ (정당성)에서 비

3) 이에 관한 연구는 국순옥, “위르겐 하버마스와 좌파 슈미트주의”, 『민주법학』 22(2002. 8), 13-51쪽.

4) 번역문화가 일천한 우리나라에서 이러한 일을 수행한 김효전 교수께 경의를 표한다.

5) 이 주제에 대해서는 이미 문종욱 교수가 연구를 수행하였다. 문종욱, “칼 슈미트 법철학상의 ‘합법성과 정당성’”, 『법학연구』 (충남대 법학연구소)(1996. 12), 141-175쪽; 이 연구는 문종욱 교수가 수행한 연구를 보완하는 작업이라 할 수 있다.

6) 이에 대한 논의는 알렉시, 이준일 옮김, 『법의 개념과 효력』, 지산, 2000 참고; 그 밖에 합법성과 정당성을 다룬 국내 문헌으로 김태천, “국제법의 합법성과 정당성 - T. M. Franck 교수의 국제법이론을 중심으로 -”, 『동아시아연구논총』 10(1999. 12), 255-296쪽.

못한 이 두 개념은 주로 법철학 및 국가철학과 관련을 맺는 개념이다. 일반적으로 합법성은 ‘현존하는 실정법 체계에 합치하는 상태’를 뜻한다. 예를 들어, 어느 한 법률이 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 제정되었다면, 이 법률은 ‘합법성’을 갖고 있다고 말할 수 있다. 또한 어느 한 단체가 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 결성되고 조직되었다면, 이 단체는 ‘합법적인’ 단체라고 말할 수 있다. 이처럼 ‘합법성’ 개념은 현재 주어진 실정법 체계에 합치하는가 하는 형식적인 문제를 다룬다. 해당 법규범이 어떤 내용을 갖고 있는지, 해당 단체가 개별 구성원들로부터 어떤 평가를 받는지 하는 것은 크게 문제 삼지 않는다. 이에 반해, ‘정당성’ 개념은 어느 한 법규범이나 단체가 과연 올바른 내용을 추구하는지를 문제 삼는다. 주어진 실정법 체계에 합치하는 것만으로는 - 견해 차이가 있기는 하지만 - 정당성이 부여되지 않는다. 이를 넘어서 가령 ‘도덕적인 올바름’ 혹은 ‘모든 구성원의 동의나 승인’을 담고 있어야만 한 법규범이나 단체는 정당성을 획득할 수 있다. 이 점에서 ‘정당성’ 개념은 내용적인 문제를 다룬다.

이러한 합법성과 정당성은 법철학과 국가철학에서 어떤 의미를 갖는가? 만약 합법성과 정당성이 일치한다면, 합법성과 정당성을 별도로 논의하는 것은, 그리 큰 실익을 갖지 않을 것이다. 그러나 만약 합법성과 정당성이 일치하지 않는 경우가 발생한다면, 그것도 현저하게 일치하지 않는 경우가 발생한다면, 이 두 개념을 별도로 논의하는 것은, 큰 의미가 있다. “법률적 불법”이라는 라드브루흐의 언명이 보여주는 것처럼, 형식적으로는 합법성을 갖고 있는 법률이라 할지라도, 정당성의 측면에서 문제가 있어, 법률의 지위를 잃어버리는 경우를 생각할 수 있다.⁷⁾ 또한 비록 합법적인 절차를 통해 제정된 법규범이라 할지라도, 내용적인 측면에서 볼 때 헌법이 보장하는 각종 기본권을 침해해서, 헌법재판을 통해 위헌결정을 받는 경우를 생각할 수 있다.

2. 두 가지 기본적인 시각

이처럼 합법성과 정당성 개념은 두 개념이 서로 불일치할 때 그 의미가 확연하게 드러난다. 그러나 이렇게 합법성과 정당성이 서로 불일치할 때, 우리는 이

7) 이 문제에 대해서는 프랑크 잘리거, 윤재왕 옮김, 『라드브루흐의 공식과 법치국가』, 길안사, 2000 참고.

문제를 어떻게 풀어야 하는가 라는 쉽지 않은 문제와 마주해야 한다. 언뜻 생각하면, 두 개념이 충돌할 때 언제나 정당성을 우선하면 될 듯 싶기도 하다. 그러나 여기에는 다시 다음과 같은 문제가 등장한다. 과연 우리는 어떤 기준에 따라 내용적인 정당성을 판단할 수 있다는 말인가? 더군다나 도덕의 보편성이 힘을 잃고, 그 대신 가치다원주의가 팽배하고 있는 현대 다원주의 사회에서, 어떻게 우리는 통일되고 단일화된 정당성 기준을 확보할 수 있는지 문제될 수 있다. 이 문제를 명확하게 해결하지 않으면, 자칫 일방적인 가치관념이 정당성을 지배하는 ‘가치의 독재’가 나타날 수도 있다.⁸⁾

이러한 문제 때문에, 합법성과 정당성을 개념적으로 분리하는 것에 반대하여, 합법성을 획득하면 곧바로 정당성을 인정하는 일원론이 등장하기도 하였다. 법실증주의 그리고 켈젠으로 대표되는 순수법학이 이러한 견해를 표방하였다. 이러한 견해를 철저하게 밀고나간 켈젠은⁹⁾, 존재와 당위를 엄격하게 구분하고, 더 나아가 규범적인 영역에서 비규범적인 영역을 철저하게 제거하여, 법학의 순수성을 확보하고자 하였다. 이런 맥락에서 켈젠은 주어진 실정법 체계를 통해 제정된 실정법만을 법학의 대상으로 삼으려 했고, 합법성 이외에 별도로 정당성을 인정하려 하지 않았다. 이러한 켈젠의 전략은 법학의 순수성 및 학문성을 유지하려는 동시에, 그 무엇보다도 법적 안정성을 우선시하려는 실천적인 목표와 맞닿아 있다.

그러나 이렇게 합법성과 정당성을 분리하지 않는 견해는, 현행 법질서에서 정당성 개념이 행하는 고유한 기능을 무시하고 있다는 점에서 문제가 있다. 예를 들어, 법률과 명령을 통해 국가와 군부를 장악했던 나치와 같은 전체주의 국가의 불법성을 적절하게 해명하는 데 문제가 있다. 이러한 이유에서 다시 합법성과 정당성을 분리하려는 견해가 등장하였다. 그러한 선봉에 바로 칼 슈미트가 서 있었다.

III. 칼 슈미트의 합법성과 정당성론

8) 이를 지적하는 위르겐 하버마스, 한상진·박영도 공역, 『사실성과 타당성』, 나남출판, 2000, 311쪽 아래.

9) 켈젠에 관한 최근의 연구로는 St. L. Paulson/M. Stolleis (Hrsg.), *Hans Kelsen. Staatslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen 2005.

그렇다면 칼 슈미트는 어떻게 합법성과 정당성을 구별하는가? 아래에서는 칼 슈미트가 전개한 ‘합법성과 정당성 구별 논증’을 살펴보도록 한다. 그 전에 이 논의를 명확하게 하기 위해, 칼 슈미트의 헌법이론과 국가철학의 주요 내용을 개관하도록 한다.¹⁰⁾

1. 칼 슈미트의 헌법이론과 국가철학 개관

1) 정치적 공동체의 결단으로서 헌법

먼저 칼 슈미트의 헌법이론과 국가이론을 간단하게 살펴본다. 칼 슈미트에 따르면 헌법이란, 실존하는 정치적 공동체가 자신의 고유한 정치적 양식과 형태에 관해 내린 근본 결단이다.¹¹⁾ 즉 칼 슈미트에 따르면, 정치적으로 현존하는 힘과 권위를 바탕으로 하여 내리는 결단이 곧 헌법을 형성한다. 이런 헌법 개념은, 헌법을 국가의 조직과 작용에 관한 최고 규범으로 파악한 법실증주의적 헌법 개념과 차이가 있다.¹²⁾ 법실증주의가 헌법의 ‘규범성’을 강조한 반면, 칼 슈미트는 헌법의 ‘결단성’, 다시 말해 ‘사실성’을 강조하였다. 여기에서 칼 슈미트가 주장한 헌법이론의 핵심 내용을 간취할 수 있다. 그가 주장한 헌법이론의 핵심은 바로 ‘결단주의’ 사상이다. 요컨대, 칼 슈미트에 의할 때, 헌법이란 정치적 통일체가 내린 결단이라고 말할 수 있다.

이렇게 헌법을 정의할 때, ‘정치적 통일체가 내린 결단’이 구체적으로 무엇을 지칭하는지 살펴볼 필요가 있다. 먼저 ‘정치적’이라는 말이 내포하는 의미가 무엇인지 문제된다. 정치학에서는 이스튼(D. Easton)의 개념정의를 빌어, 한 사회의 희소가치를 누가 언제 어떻게 무엇을 차지할 것인가를 결정할 수 있는 힘을 권위적으로 배분하는 과정이 곧 정치라고 정의하기도 한다.¹³⁾ 이에 반해

10) 이에 관해서는 기본적으로 유스투스 하스하겐, 김효전 편역, 『칼 슈미트 연구 - 헌법이론과 정치이론 -』, 세종출판사, 2001 참고.

11) 계희열, 『헌법학(상)』, 박영사, 1996, 24쪽; C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1954, S. 23.

12) 이에 관해서는 계희열, “실증주의적 헌법학방법론 소고”, 『안암법학』 1(1993. 9), 21-54쪽.

13) 진덕규, 『현대 정치학』, 학문과 사상사, 1997, 19쪽.

칼 슈미트는 ‘정치적’이란 것을 독특하게 정의한다. 칼 슈미트는 1917년에 쓴 논문『정치적인 것의 개념』(*Der Begriff des Politischen*)에서 정치적인 것을 ‘적과 동지의 구별’이라는 유명한 정식으로 표현한다.¹⁴⁾ 여기서 칼 슈미트는 이러한 정치 개념을 “특수 정치적인 범주”라고 밝힌다. 칼 슈미트에 의하면, “특수 정치적인 범주”는 - 주권 개념처럼 - 일종의 한계 개념이다. 왜냐하면, 정치적인 것의 핵심표지인 ‘적과 동지’라는 구별은, 한계상황에서 의미 있는 구별기준이기 때문이다. 여기에서 적(*Feind*)이란 경쟁상대 또는 상대방 일반을 말하는 것은 아니다. 또한 적이란 선천적인 혐오감 때문에 증오하는 사적인 상대방도 아니다. 칼 슈미트에 의할 때, 적이란 현실적 가능성으로서 투쟁하는 인간 전체이다. 바로 전체로서 대립하는 존재다. 결국 적이란 공적(公敵)인 적만을 말한다.¹⁵⁾ 이렇게 볼 때, 칼 슈미트가 말하는 정치적이란 개념은, 공적인 적과, 이에 대항하는 전체로서 의미 있는 동지로 구별될 수 있는 것을 말한다.

다음으로 ‘정치적 통일체’란 무엇을 지칭하는지 문제된다. 초기에 칼 슈미트는 정치적 통일체를 국가라고 표현하였다. 즉 칼 슈미트에 따를 때, 국가란 한 통일체이며, 그 정치적 성격 때문에 결정적인 통일체이다.¹⁶⁾ 그런데 나치 정권이 등장한 1933년 이후, 칼 슈미트는 정치적 통일체 개념을 더욱 세분화한다. 이에 따르면, 정치적 통일체란 국가, 운동, 민족이라는 세 가지 요소가 결합한 것이다.¹⁷⁾ 국가, 운동, 민족은 개념상 서로 구별되는 것이지만, 그 실질은 같다고 한다. 즉 칼 슈미트에 따를 때, 국가란 운동을 말하는 것이며, 운동은 다시 민족을 말하는 개념이다. 여기에서 운동 개념이 불명확한데, 칼 슈미트가 말하는 예로 표현하면, 정치단체인 당을 운동의 예로 지칭할 수 있다.¹⁸⁾ 특히 “수권법”(Ermächtigungsgesetz)(1933년 3월 24일)을 통해 전체주의 정권을 수립한 나치당이, 이 운동의 핵심을 이룬다고 말할 수 있다. 여기에서 우리는 칼 슈미

14) C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 5. Nachdr. der Ausg. von 1963, Berlin 2002(칼 슈미트, 김효전 역, 『정치적인 것의 개념』, 법문사, 1992, 31쪽); 이하 번역서로 인용한다.

15) 칼 슈미트, 김효전 역, 위의 책(주14), 36쪽.

16) 칼 슈미트, 김효전 역, 위의 책(주14), 52쪽.

17) 칼 슈미트, 김효전 역, “국가 · 운동 · 민족 - 정치적 통일체의 세 요소 -”, 『정치신학』, 법문사, 1988, 168쪽.

18) 칼 슈미트, 김효전 역, 위의 논문(주17), 169쪽.

트의 친나치적 성향을 파악할 수 있다.

지금까지 전개한 논의에 비추어 볼 때, 칼 슈미트가 말한 헌법 개념은 다음과 같이 요약해서 정리할 수 있다. 헌법이란 정치적 통일체의 결단이다. 이 정치적 통일체의 결단은, 적과 동지의 대결이라는 한계상황, 즉 전쟁상황에서 유일한 주체가 될 수 있는 국가(또는 민족, 운동)가 내리는 주권적인 의지의 표현이다. 결국 헌법이란 국가의 주권적 의지가 표현된 것이라 할 수 있다. 나아가 칼 슈미트는 헌법과 국가는 궁극적으로 같은 것이라고 본다.¹⁹⁾ 왜냐하면, 칼 슈미트는 켈젠과 같은 법실증주의자와는 달리, 국가를 법적 통일체와 같은 정적인 존재로 파악하지 않기 때문이다. 오히려 그는 국가를 끊임없이 결단해 가는 동적인 과정으로 파악한다.²⁰⁾ 이런 점에서 국가는 바로 헌법과 같은 것이 된다.

2) 헌법과 헌법률 구별

한편 칼 슈미트는 절대적 의미의 “헌법”(Verfassung)과 실정화된 “헌법률”(Verfassungsgesetz)을 구별한다.²¹⁾ 절대적 의미의 헌법이란 - 위에서 말한 - 국가의 성격을 지닌 정치적 통일체가 내린 결단을 말한다. 이에 대해 헌법률이란 절대적 의미의 헌법이 헌법제정권력을 통해 실정법으로 구체화된 헌법의 존재형태를 말한다. 요컨대 헌법률은, 정치적 통일체가 내린 결단인 헌법이 헌법제정권력을 통해 실정화된 것이라고 할 수 있다. 그렇다면 헌법제정권력은 무엇을 뜻하는가? 일반적으로 헌법제정권력은 헌법을 제정할 수 있는 힘을 뜻한다. 칼 슈미트에 따르면, 헌법제정권력이란 정치적 통일체가 법적으로 구체화된 것을 말한다. 말을 바꾸면, 헌법제정권력이란 비상사태를 결단할 수 있는 주권자 그 자체를 의미한다. 이렇게 헌법제정권력을 정의하면, 국민주권원칙에 따라 원칙적으로 국민이 헌법제정권력의 주체가 된다. 그러나 국가가 위기에 처한 국가 위기 상태에서는, 칼 슈미트에 따르면, 이러한 위기를 극복할 수 있는 힘을 지

19) 심재우, “결정주의적 헌법개념과 규범주의적 헌법개념 - 존재론적 헌법개념의 확립을 위한 비판적 고찰 -”, 『헌법과 현대법학의 제문제』, 1975, 114쪽.

20) 칼 슈미트와 동시에 활동했던 스멘트(R. Smend) 역시 국가를 동적인 존재로 파악했다. 다만 칼 슈미트가 국가를 정치적 통일체가 결단하는 과정으로 본 데 반해, 스멘트는 국가를 일정한 가치질서를 향해 통합해 가는 과정으로 보았다. 스멘트의 헌법론과 국가철학에 관해서는 계희열, “통합론적 헌법개념과 그 문제점 소고”, 『법학논집』 29(1993. 12), 69-86쪽.

21) C. Schmitt, 앞의 책(주11), § 2.

닌 자가 헌법제정권자가 될 수 있다.

이렇게 헌법은 헌법제정권자인 주권자가 내린 결단이고, 이러한 헌법이 실정법을 통해 구체화된 것이 헌법률이다. 따라서 헌법률은 헌법에 대해 하위에 선다. 동시에 헌법률은 헌법의 범위를 벗어날 수 없다. 즉 헌법률은 헌법의 범위, 다시 말해 헌법제정권력의 결단이라는 범위를 넘어 개정될 수 없다.

2. 결단주의

결단주의 사상은 칼 슈미트의 헌법이론과 국가철학 전체를 관통하는 중요한 사상적 기초이다. 칼 슈미트가 주장하는 국가철학의 핵심은 바로 이 결단주의 사상이라 할 수 있다. 칼 슈미트가 전개하는 ‘합법성과 정당성’ 논증도 이 결단주의와 무관할 수 없다. 그러므로 칼 슈미트가 전개한 ‘합법성과 정당성론’을 정확하게 파악하려면, 먼저 결단주의 사상을 제대로 이해해야 한다.

결단주의를 검토하기 전에, 칼 슈미트가 제시한 법학적 사고방식의 세 가지 유형에 관해 살펴본다.²²⁾ 칼 슈미트에 따르면, 법학적 사고방식에는 세 가지 유형이 있다. “규범주의적 사고방식”, “구체적 질서 사고방식”, 그리고 “결단주의적 사고방식”이 그것이다. 규범주의적 사고방식은 바로 법실증주의적 사고 형태를 말한다. 구체적 질서 사고방식이란 “제도적 사고유형”이라 할 수 있다. 이런 사고유형을 칼 슈미트는, 모리스 오류(Maurice Hauriou)의 제도이론과 슈미트 자신이 구체화한 제도적 보장이론에서 발견한다.²³⁾ 결단주의적 사고방식은 바로 칼 슈미트가 강조하는 그것이다.

칼 슈미트가 강조하는 결단주의는, 이를 법실증주의가 강조하는 규범주의와 비교해서 볼 때, 그 의미내용이 더욱 선명해진다. 여기에서는 규범주의와 결단주의를 비교해서 설명하면 다음과 같다.²⁴⁾ 먼저 법을 인식할 때, 규범주의는 법을 객관적 요소로 파악하지만, 결단주의는 법을 주관적 요소로 파악한다. 즉 규

22) 칼 슈미트, 김효전 역, “법학적 사고방식의 세 유형”, 『정치신학』, 법문사, 1988, 219쪽 아래.

23) 칼 슈미트의 제도적 보장이론에 관한 자세한 내용은, 칼 슈미트, 김효전 역, “바이마르 헌법에 있어서의 자유권과 제도적 보장”, 『합법성과 정당성』, 교육과학사, 1993, 151쪽 아래.

24) 아래의 비교내용은 심재우, “결정주의적 헌법개념과 규범주의적 헌법개념 - 존재론적 헌법개념의 확립을 위한 비판적 고찰 -”, 『헌법과 현대법학의 제문제』, 1975, 108쪽 아래.

법주의에서 볼 때, 법은 객관적 진실과 합리성의 요소이다. 이에 반해 결단주의는 법을 주관적 자의나 권위의 요구로 바라본다. 나아가 법의 객관성과 주관성에 대한 양자의 대립은, 법의 규범성과 사실성의 대립에서도 나타난다. 규범주의는 법은 타당한 것이지, 명령하는 것은 아니라고 본다. 또한 법은 규율하는 것이지, 지배하는 것은 아니라고 본다. 그러나 결단주의는 법을 명령하는 것, 지배하는 것으로 파악한다. 또한 양자의 차이는 법의 당위성과 존재성의 대립에서도 드러난다. 규범주의에서 법은 의미의 세계에 속하며, 그 의미내용의 본질적 속성은 당위(Sollen)이다. 이에 반해 결단주의에서 법은 의지의 세계에 속한다. 다시 말해, 법은 존재(Sein)의 세계에 머문다. 마지막으로 법의 효력 근거라는 점에서도 양자는 대립한다. 규범주의는 법의 합법성을 강조한다. 법이 일정한 형식과 절차를 갖춰 합법성을 인정받고 있는 한, 동시에 이 법은 정당성을 인정받을 수 있다. 하지만 결단주의는 합법성보다는 법의 내용이 정당한지를 더욱 강조한다. 그리고 이 정당성은 정치적 통일체의 결단에 바탕을 둔다. 결론적으로 요약해서 말하면, 규범주의는 존재와 당위를 구별하는 방법이원주의를 엄격하게 고수하는 반면, 결단주의는 이런 태도를 비판하고, 주권자의 의지라는 존재적 요소를 법에 받아들여야 한다고 말할 수 있다.

위에서 분석한 것처럼, 결단주의 사상은 의지주의적인 성격을 갖는다. ‘진리가 아니라, 권위가 법을 만든다’ 25), ‘정당하기 때문에 법이 되는 것이 아니라, 법이기 때문에 정당하다’는 것을 핵심 명제로 삼는 의지주의(Voluntarismus)는, 서양 철학사에서 이미 오랜 역사를 갖고 있다. 이미 플라톤에게서 의지주의의 전통을 발견할 수 있다. 26) 그 후 중세말의 둔스 스코투스(J. Duns Scotus)나 오캄(Wilhelm von Ockam)을 거쳐 의지주의는 더욱 발전한다. 27) 그런데 칼 슈미트에 따르면, 이러한 의지주의 전통, 특히 결단주의 사상은 홉스(T. Hobbes)에게서 직접 발견할 수 있다. 28) 칼 슈미트가 보기에, 홉스는 결단주의 사상의 고전적인 대표자이다.

이러한 결단주의는 칼 슈미트의 주권론에서 극명하게 드러난다. 주권론은

25) 칼 슈미트, 김효전 역, 『정치신학』, 법문사, 1988, 39쪽.

26) Arth. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München 1997, S. 23.

27) 한스 벨첼, 박은정 옮김, 『자연법과 실질적 정의』, 삼영사, 2001, 102쪽 아래.

28) 칼 슈미트, 김효전 역, 앞의 책(주25), 39쪽; 칼 슈미트, 김효전 역, “홉스의 국가철학에 있어서 리바이어던 - 정치적 상징의 의미와 좌절 -”, 『로마 가톨릭주의와 정치형태 · 홉스 국가철학에서의 리바이어던』, 교육과학사, 1992, 263쪽 아래.

1922년에 초판이 나온 『정치신학』에서 본격적으로 전개되는데, 이 책 맨 첫 머리에서 슈미트는 주권에 관해 다음과 같은 유명한 명제를 제시한다. “주권자란 비상사태를 결단하는 자이다.” 물론 칼 슈미트는 이런 정의가 한계 개념으로서 의미 있는 주권 개념에 대해서만 타당할 수 있다고 한다.²⁹⁾ 여기에서 한계 개념이란 극한적인 영역의 개념을 말한다. 이에 대응하여, 한계 개념인 주권은 한계 상황과 관련을 맺게 된다. 이 때 한계상황이란 비상사태라고 바꿔 말할 수 있는데, 칼 슈미트는 비상사태를 국가학의 일반 개념으로 이해해야 하며, 긴급명령 상태나 계엄 상태로 한정해서 이해해서는 안 된다고 한다.³⁰⁾ 결국 칼 슈미트에 의할 때, 주권은 일반적인 법규범이 제대로 작동할 수 없는 비상사태에서 본래 의미를 찾을 수 있는 것으로서, 그것은 비상사태를 결단할 수 있는 힘이라 할 수 있다. 그리고 이러한 힘을 보유하고 있는 자, 즉 비상사태를 결단할 수 있는 자가 주권자인 것이다.

이와 같은 주권 이해는 전통적인 주권 이해에서 보면, 다소 생소한 것이라 할 수 있다. 그렇다면 왜 칼 슈미트는 이렇게 주권을 파악한 것일까? 그 이유는 규범주의에 대항하여 새롭게 결단주의에 바탕을 둔 주권 개념을 제시함으로써, 당시 혼란스럽던 바이마르 공화국의 정치상황을 극복하기 위해서였다.³¹⁾ 법규범에서 존재적 요소를 엄격하게 배제하려 했던 규범주의, 즉 법실증주의는 주권개념 역시 형식적·기능적으로 파악하였다. 특히 켈젠의 경우, 법은 그 자체로 완결된 체계였기 때문에 주권이나 주권자라는 개념이 불필요하였다. 또한 이런 규범주의에 바탕을 둔 법치국가 이론은, 법이 제대로 작동할 수 있는 정상상태만을 상정하고 있기 때문에, 비상사태에는 무관심했다. 그래서 위기상황이 닥쳐 온 때에는 법이, 나아가 국가가 무기력해지는 결과를 안겨 주었다. 그 때문에 칼 슈미트에게는 힘과 권위를 지닌, 비상사태를 결단할 수 있는, 인격적인 특징을 지니는 주권자가 필요했다. 칼 슈미트가 자신의 정치이론을 정치신학이라고 명명한 이유도, 존재적 요소는 모두 형이상학적·신학적인 것이라고 비판했던 법실증주의에 대항하기 위해서였다.

29) 칼 슈미트, 김효전 역, 앞의 책(주25), 17쪽.

30) 칼 슈미트, 김효전 역, 앞의 책(주25), 17쪽.

31) 그 당시의 상황에 대해서는 송석운, 『위기시대의 헌법학 - 바이마르 헌법학이 본 정당과 과제 -』, 정자사, 2002 참고.

3. 합법성과 정당성

규범주의를 배격하고, 결단주의에 바탕으로 두어 헌법과 국가를 이해하려 했던 칼 슈미트의 기본시각은, 합법성과 정당성을 바라볼 때도 그대로 재현된다. 앞에서 본 것처럼, 칼 슈미트가 활발하게 활동하던 바이마르 공화국 당시에는 법실증주의가 독일 공법학계의 지배적인 흐름으로 자리 잡고 있었다. 법실증주의는 경험적으로 확인할 수 있는 실정법규만을 법으로 인정하고자 하였다. 나아가 법실증주의는 법규범이 담고 있는 내용보다는, 과연 그 법규범이 현재 주어진 방법과 절차에 따라 성립하였는가를 문제 삼는다. 법규범의 내용이 과연 올바른가 하는 문제는 - 특히 가치다원주의 때문에 - 법 영역에서 ‘객관적’으로 판단할 수 있는 문제가 아니기 때문이다. 그 때문에 법실증주의는 정당성보다는 합법성을 더욱 본질적인 것으로 파악한다. 아니 법규범의 합법성을 인정할 수 있으면, 이 합법성을 통해 곧바로 정당성을 인정할 수 있다고 한다(일원론).

이런 법실증주의와는 달리, 칼 슈미트는 합법성과 정당성을 구별한다. 칼 슈미트가 합법성과 정당성을 구별하려 한 이유는 다음과 같다. 합법성만을 강조하는 법실증주의에 따르면, 일정한 법규범이 법률이 요구하는 형식과 절차를 준수하여 정립되는 한, 비록 그 법규범의 내용이 비이성적인 내용을 담고 있다 하더라도 합법성, 나아가 정당성마저 인정할 수 있게 된다. 이런 생각을 극단적으로 표현한 경우로서 우리는 19세기 독일의 법실증주의자 베르그봄(K. Bergbom)을 떠올릴 수 있다. 베르그봄은 심지어 가장 ‘비열한 내용’을 담은 법률이라 할 지라도 그 법률이 형식과 절차를 정확하게 준수하는 한 유효하다고 본다.³²⁾ 칼 슈미트는 바로 이러한 법실증주의의 폐단을 겨냥하고 있는 것이다. 칼 슈미트는 말한다.

“만약 법률개념이 이성, 정의와의 어떠한 내용적 관련도 상실하고 동시에 입법국가가 국가의 존엄, 품위 전체를 집약하는 그 특수한 합법성 개념과 함께 유지된다면, 임의적인 어떤 지시, 어떠한 명령, 어떠한 조치도, 어떠한 장교나 병사에 대한 어떠한 지령, 재판관에 대한 어떠한 개별적인 지시도 ‘법률의 지배’에 근거하여, 의회의 의결 또는 입법절차에 관여하는 다른 기관들에 의해서 합법적으로 행해질 수 있다.”³³⁾

32) Arth. Kaufmann, 앞의 책(주26), S. 30.

이런 칼 슈미트의 비판은 다음 두 가지 근거에서 비롯되었다. 우선 법실증주의처럼 합법성만을 강조하면, 오히려 법실증주의가 본래 추구하고자 했던 법적 안정성을 달성하지 못할 우려가 있다는 것이다. 둘째는 - 더욱 근본적인 것으로서 - 법실증주의에 기반을 둔 근대 시민사회적 입법국가가 과연 제대로 작동할 수 있는지 의문이라는 것이다. 그 이유는 - 칼 슈미트가 볼 때 - 시민적 입법국가를 가능하게 하는 근대 의회주의가 위기에 봉착했기 때문이다. 이 때문에 슈미트는 근대 시민적 입법국가에 강한 불신을 품고 있었고, 이의 연장선상에서 합법성을 강조하는 합법국가 역시 비판의 눈초리로 보고 있었던 것이다. 칼 슈미트는 1932년에 쓴 『합법성과 정당성』(*Legalität und Legitimität*)에서 이런 입법국가에 대한 불신과, 그에 대한 대안으로 정치적 통일체의 의지에 바탕을 둔 정당성 개념 그리고 당시 바이마르 헌법이 규정하고 있던 세 가지 종류의 특별입법자를 이러한 정당성 개념이 구체화된 예로서 다루고 있다.

칼 슈미트는 먼저 입법국가의 합법성 체계를 다른 종류의 국가, 예를 들어 사법국가, 통치국가 그리고 행정국가와 비교하며 언급한다. 칼 슈미트에 따르면, 입법국가란 비인격적인, 따라서 일반적으로 예정되고 그 때문에 영속적인 것으로 생각되는 국가조직으로서, 측정과 규정이 가능한 내용을 지닌 규범화를 통해서 지배되는 국가조직을 말한다. 입법국가에서는 법률과 법률 적용, 입법자와 법 적용기관이 서로 분리된다.³⁴⁾ 이에 대해 사법국가란 정치적 의사의 최종결정권이 규범을 정립하는 입법자에게 있는 것이 아니라, 일정한 소송에 대해 판결을 내리는 법관에게 있는 국가조직을 말한다. 한편 입법국가에 대해 한쪽 극단에서 있는 것으로 통치국가가 있는데, 통치국가에서는 통치하는 국가원수가 지닌 최고의 인격적 의지와 권위적 명령을 통해 국가가 운영된다. 통치국가에서 국가는 통치하는 국가원수의 인격적 의지가 표현된 것이다. 마지막으로 행정국가란 그 국가나 내리는 명령이나 의지가 어디까지나 사물적인 명령이길 바라는 국가형태이다.³⁵⁾

칼 슈미트에 의하면, 이런 국가형태 중에서 대의제를 기본으로 삼는 근대 국

33) C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 6. Aufl., Berlin 1998(칼 슈미트, 김효전 역, 『합법성과 정당성』, 교육과학사, 1993, 36쪽); 이하 번역서로 인용한다.

34) 칼 슈미트, 김효전 역, 위의 책(주33), 14쪽.

35) 칼 슈미트, 김효전 역, 위의 책(주33), 16쪽.

가는 바로 입법국가의 형태를 띤다. 입법국가는 법률에 의한 지배, 바꿔 말해 법치국가 원칙을 내용으로 한다. 칼 슈미트는 오토 마이어(O. Mayer)를 인용하면서, 법치국가 원칙을 다음과 같이 형식적으로 파악한다. 즉 그것은 “법률우위 원칙”, “법률유보 원칙”, “법률의 법규 창조력”이다.³⁶⁾ 의회제 입법국가에서 법률이란 형식적 의미의 법률을 말한다. 즉 국민대표의 협력 아래 성립한 의결만이 법률로 인정된다. 그리고 일단 법률이 형식과 절차에 따라 제정되기만 하면 합법성이 인정되고, 그와 동시에 정당성이 인정된다. 여기에서 우리는 다음과 같은 정치적 의미를 발견한다. 즉 법이 본질적으로 법률의 형태로 발현하고, 실정법은 본질적으로 제정법을 말하며, 더욱이 법률에 개념 필연적으로 국민대표의 의결이 포함되어 있다는 것은, 바로 국민대표의 결정적인 승리를 의미한다.³⁷⁾ 여기에는 의회제도에 대한 신뢰가 깔려 있다. 이러한 의회제도에 대한 신뢰는, 의회제 입법국가가 자유로운 정권교체를 예정함으로써 더욱 강화된다.

그러나 칼 슈미트는 이런 입법국가가 법실증주의를 통해 형식적·기능적인 법 개념을 불러 일으켰다고 비판한다. 더구나 칼 슈미트가 보기에, 입법국가의 바탕이 되는 대의제도나 자유로운 정권교체 역시 지금 와서는 의심을 받고 있다.³⁸⁾ 대화와 토론을 중심으로 하는 의회제도는 심각하게 위협받고 있다. 군소정당이 난립하고, 정치적인 것이 한계 상황으로 나아가 적과 동지의 구별로 나타나게 되어, 이제 더 이상 의회의 국민 대표성이 유지될 수 없게 되었다고 비판한다. 슈미트에 따르면, 자유로운 정권 교체 역시 허구라는 것이 드러났다. 왜냐하면, 다수파가 정권을 획득하면, 그 다수파에게는 일정한 정치적 프리미엄이 생기기 때문이다. 여기서 정치적 프리미엄이란 합법적 권력을 합법적으로 소유할 수 있도록 하는 정치적 잉여가치를 말한다.³⁹⁾ 칼 슈미트는 말한다.

“지배적 당파는 합법적인 수단을 다만 소유하고 있다는 것에서 이러한 종류의 합법성에 의해서 지배되는 국가제도에서 필연적으로 생기는 완전한 우위를 독점하는 것이다. 다수는 이제 갑자기 더 이상의 당파는 아니며, 그것은 국가

36) 칼 슈미트, 김효전 역, 위의 책(주33), 33쪽.

37) 칼 슈미트, 김효전 역, 위의 책(주33), 31쪽.

38) 이에 대한 연구로서 최봉철, “칼 슈미트의 의회주의 비판”, 『헌법학연구』 (1999. 10), 390-406쪽.

39) 칼 슈미트, 김효전 역, 앞의 책(주33), 51쪽.

그 자체가 된다.”⁴⁰⁾

이렇게 칼 슈미트는 입법국가의 합법성 체계를 비판하면서, 그 대안으로서 합법성과 정당성을 분리한다. 칼 슈미트에 따르면, 합법성이 법규범의 형식성을 문제 삼는 반면, 정당성은 법규범의 내용을 문제 삼는다. 그러면 정당성은 어떻게 획득할 수 있는가? 칼 슈미트에 따르면, 정당성은 의회의 형식적 입법성에 의해 주어지는 것이 아니다. 오히려 정당성은 정치적 통일체의 결단을 통해서만 얻어낼 수 있다.⁴¹⁾ 여기에서 정치적 통일체의 결단이란 직접 민주주의 요소를 담고 있는 민주적 정당성이라고 바꿔 말할 수 있다.⁴²⁾ 칼 슈미트는 당시의 바이마르 헌법을 분석하면서, 이런 민주적 정당성이 다음 세 가지의 특별 입법자로 구체화되었다고 본다. “실질에 의거하는 특별 입법자”, “주권에 의거하는 특별 입법자”, “시기와 상황에 의거하는 특별 입법자”가 바로 그것이다.

먼저 실질에 의거하는 특별입법자란 제2헌법이라 할 수 있는 바이마르 헌법 제2편, 환언하면 기본권 체계를 말한다. 칼 슈미트가 보기에, 기본권 체계는 국가의 조직과 작용을 담은 헌법이 아니다. 그것은 일정한 실질적인 내용을 담은 독립된 제2헌법이다. 그러면 이러한 기본권 체계가 어떻게 정당성을 구체화하는 특별 입법자가 되는가? 그 이유는 기본권 체계가 정치적 통일체의 결단을 표현한 것이기 때문이다. 물론 칼 슈미트의 기본권론에 따르면, 기본권은 국가 이전에 선재하는 자연권이다.⁴³⁾ 그러나 이런 자연권은 정치적 통일체의 결단을 통해서만 구체화될 수 있다. 따라서 기본권 체계는 민주적 정당성이 구체화된 특별 입법자가 된다. 그러면 이렇게 특별 입법자의 지위를 갖는 기본권 체계는 어떤 역할을 수행할 수 있는가? 두 가지를 생각할 수 있다. 우선 기본권 체계는 의회가 수행하는 입법작용의 한계를 그어주는 기준이 될 수 있다. 만약 입법이 기본권을 무시하거나 침해한다면, 그것은 합헌성을 획득할 수 없는 것이다. 나아가 특별 입법자로서 기본권 체계는 헌법개정 한계로서 작용한다. 만약 헌법률이 민주적 정당성을 가진 기본권을 침해하면서까지 개정된다면, 그것은 헌법개정 한계를 넘어서는 것으로서 타당할 수 없다는 것이다. 이런 측면에서 칼 슈미트

40) 칼 슈미트, 김효전 역, 앞의 책(주33), 51쪽.

41) 허영, 『헌법이론과 헌법(상)』, 박영사, 1989, 11쪽.

42) 이에 관해서는 정종섭, 『헌법의 정당성에 관한 연구 - C. Schmitt이론에 대한 비판을 중심으로 -』, 경희대 법학석사 학위논문, 1986.

43) C. Schmitt, 앞의 책(주11), S. 163.

는 법실증주의의 헌법개정 무한계론을 비판한다.⁴⁴⁾

주권에 의거하는 특별 입법자는 국민투표에 근거를 둔 특별 입법자이다. 말 그대로 정치적 통일체의 결단이라 할 수 있다. 주권에 의거하는 특별 입법자는, 칼 슈미트가 강조하는 직접 민주주의를 직접적으로 표현한 것이다. 그래서 칼 슈미트는 이 특별 입법자가 의회보다 우위에 선다고 한다.⁴⁵⁾

마지막으로 시기와 상황에 의거하는 특별 입법자는 의회제 입법국가의 법률을 배제하는 행정국가의 조치를 말한다. 그리고 그 주체는 당시 독일 대통령이 된다고 한다. 칼 슈미트는 이런 행정조치가 형식적인 측면에서는 의회가 제정한 법률보다는 아래에 있다고 본다.⁴⁶⁾ 그러나 실질적으로는 법률보다 강력하다고 한다. 왜냐하면, 행정조치는 기본권도 정지시킬 수 있기 때문이다. 다만 기본권을 잠정적으로만 정지시킬 수 있다는 데 주의해야 한다. 그리고 이런 행정조치는 한계상황을 정상상황을 되돌리기 위해서만 사용할 수 있다고 한다.

이와 같은 특별입법자를 통해, 칼 슈미트는 허물어져 가는 입법국가의 합법성 체계를 대신하기 위한 정당성 개념을 수립한다. 위에서 말한 것처럼, 정당성은 정치적 통일체의 결단을 통해서만 획득할 수 있다. 물론 칼 슈미트는 자신이 이런 정당성을 강조하는 이유는, 합법성을 가장하여 의회제 입법국가를 위협하려는 정치세력에 대항하기 위해서라고 주장한다.⁴⁷⁾ 그리고 특히 독일 대통령이 발하는 행정조치에 관해 그토록 많은 권한을 부여하는 근거는, 한계상황을 정상상황으로 회복시키기 위해서라고 한다. 그러나 칼 슈미트의 정당성 개념에는 문제가 없지 않다. 이 문제는 아래 IV에서 자세하게 다루도록 한다.

4. 법치주의와 민주주의의 대립

위에서 우리는 합법성과 정당성을 대립하는 것으로 이해하는 칼 슈미트의 견해를 살펴보았다. 앞에서 언급한 것처럼, 이러한 대립관계는 기본적으로 결단주의 사상 그리고 이에 토대를 둔 헌법이론 및 국가철학과 밀접하게 연결된다. 이 뿐만 아니라, 합법성과 정당성의 대립은 법치주의와 민주주의를 대립하는 것으

44) 칼 슈미트, 김효전 역, 앞의 책(주33), 71쪽 아래.

45) 칼 슈미트, 김효전 역, 앞의 책(주33), 88쪽.

46) 칼 슈미트, 김효전 역, 앞의 책(주33), 100쪽.

47) 칼 슈미트, 김효전 역, 앞의 책(주33), 135쪽.

로 파악하는 칼 슈미트의 견해와도 관련을 맺는다. 즉 칼 슈미트가 합법성과 정당성을 서로 대립하는 것으로 파악한 것의 배후에는, 합법성을 대변하는 법치주의와, 정당성을 대변하는 민주주의를 서로 대립적인 것으로 보는 칼 슈미트의 이해가 자리 잡고 있다. 그렇다면 양자는 어떻게 대립하는가?

칼 슈미트에 따르면, 법치주의는 비정치적인 영역을 규율하는 법원리이다. 법치주의는 개인의 기본권을 보장하는 데 기여한다. 즉 칼 슈미트에 따르면, 각 개인이 갖는 자연법적인 자유 영역을 국가권력으로부터 보호하기 위해서는, 헌법 안에 법치주의를 제도화하는 것이 불가피하다. 그러면서 칼 슈미트는 ‘배분 원리’와 ‘조직 원리’를 법치주의의 내용으로 강조한다.⁴⁸⁾ 여기에서 배분 원리란, 원칙적으로 무제한적인 인간의 ‘先國家的 自由’에 대해, 국가권력은 법률유보 원칙에 따라 단지 제한적으로만 행사될 수 있다는 것을 말한다. 우리 헌법(제37조)에서도 보장하고 있는 본질내용 침해금지 원칙이 이러한 배분원리를 구체화한 것이라고 말할 수 있다. 그리고 조직 원리란 이런 무제한적인 인간의 자유를 헌법상의 기본권으로 보호하기 위해, 제한적인 국가권력을 일정한 권능 체계에 따라 분리해야 함을 말한다.⁴⁹⁾ 이런 배분 원리는 권력분립 원칙과 같은 맥락에 놓인다. 그런데 칼 슈미트에 의하면, 법치주의는 자유의 보장수단 또는 국가권력의 통제수단으로서 단순히 국가작용의 형식만을 정해 주는 ‘형식적이고 비정치적인 원리’에 지나지 않는다. 그런데 이렇게 법치주의를 이해하면, 법치국가 원칙은 국가의 정치적 형성원리 또는 국가의 구조적 원리로서 기능을 수행할 수 없게 된다. 때문에 국가는 법치주의에 의해 비로소 형성되는 이념적 구성체가 되는 것이 아니라, 이미 실체로서 존재하고 있다는 것을 전제하게 된다.⁵⁰⁾

이렇게 비정치적이면서 형식적인 법치주의와는 달리, 칼 슈미트는 민주주의를

48) C. Schmitt, 앞의 책(주11), S. 126.

49) C. Schmitt, 앞의 책(주11), S. 126.

50) C. Schmitt, 앞의 책(주11), S. 200: “기본권(배분 원리)과 권력분립(조직 원리)이라는 두 가지 원칙을 내용으로 하는 법치국가의 구성요소는, 그 자체만으로는 국가형태와 관련을 맺지 않는다. 오히려 단지 국가에 대한 일련의 제한과 통제, 즉 시민의 자유를 보장하고, 국가권력을 상대화하는 체계에만 관련을 맺을 뿐이다. 통제되어야만 하는 국가 그 자신은, 이런 체계 안에서 전제되어 있다. 시민의 자유원칙은, 국가를 올바르게(wohl) 제한하고, 조정할 수 있다. 그러나 시민의 자유원칙을 통해서만 정치형태를 근거 지을 수 없다.”

적과 동지로 구별되는 정치 영역을 규율하는 원리로 이해한다. 이 때 칼 슈미트가 강조하는 민주주의는 “동일성 민주주의” 라고도 할 수 있는 직접 민주주의이다. 그러면 왜 칼 슈미트는 현대 사회와 같이 복잡하고 산업화된 사회에서조차, 고대 아테네에서나 가능했을 법한 직접 민주주의를 강조하는가? 여기에는 바로 대의제도에 대한 불신이 바탕으로 깔려 있다. 서구 역사가 보여주는 것처럼, 민주주의는 직접 민주주의를 근원으로 해서 발생했다. 그러나 국가가 고대 도시국가의 모습을 벗어나 점점 거대해짐으로써, 직접 민주주의는 더 이상 실현될 수 없는 이념이 되고 말았다. 이에 대한 보완책으로 간접 민주주의가 등장하였는데, 이런 간접 민주주의를 제도화한 형태 중에 한 가지가 바로 대의제도였다. 대의제도는 기관구성권과 정책결정권을 분리하고, 정책결정권을 자유위임하는 것을 그 이념적 기초로 삼는다.⁵¹⁾ 즉 대의제도는 국민대표에 대한 국민의 자유위임을 바탕으로 하여, 책임정치를 구현하려 하였다. 동시에 대의제도는 입법국가를 가능하게 하는 기초가 된다. 하지만 칼 슈미트가 보기에, 이런 대의제도는 현대 정당국가가 도래함으로써 더 이상 유지될 수 없게 되었다. 칼 슈미트는 다음과 같은 논증으로써 현대의 대의제를 비판한다. 칼 슈미트에 따르면, 대의제도는 토론과 타협, 공개성의 원리, 권력의 균형을 기본전제로 삼는다. 이런 세 가지 원리를 전제로 해야만 대의제도는 제 기능을 발휘할 수 있다. 하지만 대중 민주주의적 요소가 발전하게 되고, 군소 정당이 난립하게 되자, 의회에 정당국가적 요소가 스며들게 되었다. 동시에 대의제도의 기본원리는 무너져 버렸다. 의회는 당파성에 구속되어, 토론과 타협 대신 당의 정책을 우선하게 되었다. 공개성의 원리는 은밀하게 진행되는 당의 심의를 통해 무너졌다. 결국 대의제가 목표로 삼았던 자유위임과 책임정치는 더 이상 달성할 수 없는 그 무엇이 되고 말았다. 바로 이런 대의제의 현실모습 때문에, 칼 슈미트는 직접 민주주의를 강조한다.

한편 칼 슈미트는 앞서 본 것처럼, 민주주의를 동일성 원리로 파악한다. 동일성 원리란 치자와 피치자를 동일한 존재로 파악하는 것을 말한다.⁵²⁾ 이런 동일

51) 허영, 『헌법이론과 헌법(하)』, 박영사, 1992, 62쪽; 대의제의 성립과정과 그 내용에 관한 자세한 것은, 정종섭, 『헌법연구(1)』, 철학과 현실사, 1994, 89쪽 아래.

52) 이에 관해서는 이병훈, 『대표원리와 의회주의의 기능』, 고려대 법학박사 학위논문, 1988, 83쪽 아래.

성 원리를 통해 칼 슈미트가 강조하는 바는 민주적 정당성이다. 그리고 민주적 정당성은 정치적 통일체의 주권적 의지, 다시 말해 주권자의 의지에 근거를 둔다. 그런데 비상사태에서 주권자는 비상상태를 결단할 수 있는 힘과 권위를 가진 자가 된다. 칼 슈미트는 이런 주권자를 바로 당시 바이마르 헌법 제48조를 근거로 해서 독일 대통령에게서 발견한다. 즉 한계상황이라는 비상사태에서는 독일 대통령이 바로 민주적 정당성을 지닌 주권자가 된다. 동시에 동일성 원리에 따라 독일 대통령의 의사는 바로 독일 국민의 의사가 된다. 바로 이런 점에서 칼 슈미트는 독재를 긍정적으로 평가한다. 대의제도가 빚어낸 혼란한 정치상황을 감수하느니, 차라리 독재가 낫다는 것이다. 이 때 이러한 독재를 근거 짓는 것이 동일성 원리에 바탕을 둔 민주적 정당성인 것이다.

이상에서 본 것처럼 칼 슈미트에 따르면, 법치주의는 비정치적인 영역을 규율하는 형식적인 원리인 반면, 민주주의는 정치적인 영역을 규율하는 실질적인 원리이다. 그러므로 양자는 서로 유기적인 관련을 맺지 않는다. 더 나아가 슈미트에 따르면, 민주주의는 법치주의보다 우위에 선다고 할 수 있다. 왜냐하면, 민주주의는 정치적 통일체의 의지를 반영하는 원리로서, 민주적 정당성을 근거 짓기 때문이다. 이와 같은 맥락에서 합법성과 정당성은 서로 대립하고, 더 나아가 정당성이 합법성보다 더욱 우위에 서게 된다.

IV. 칼 슈미트의 합법성 · 정당성론 비판

칼 슈미트가 제시한 합법성 · 정당성 이론은, 정당성이 수행하는 고유한 역할을 밝히고, 지나친 합법국가에 어떤 위험을 초래할 수 있는지를 보여준다는 점에서, 그 의미가 있다. 더군다나 현대 의회주의가 실제로 어떤 문제점을 안고 있는지 비판한 점은, 오늘날에도 여전히 유효하다고 말할 수 있다. 그렇지만 슈미트의 이론전개에 문제가 없는 것은 아니다.

1. 결단주의에 대한 비판

먼저 칼 슈미트가 사상적 기초로 삼았던 결단주의에 문제를 제기할 수 있다. 결단주의는 당시 위기상황에 처해 있던 바이마르 공화국의 정치상황을 극복하려 했다는 점에서, 그 나름대로 의의가 있다. 그렇지만 결단주의는 너무 힘과 권위에 의존하여 가치를 소홀히 하였다. 물론 한계상황에서는 힘과 결단력이 필요할지도 모른다. 그러나 이런 힘이나 결단력 역시 그 자체가 목적이 되어서는 안 된다. 홉스가 개인의 객관적 실존조건을 보장하기 위한 안전국가 사상에 역점을 둔 것처럼, 결단주의 사상 역시 인간의 존엄과 가치 실현이라는 주관적 실존조건과, 생명·신체·재산과 같은 객관적 실존조건을 보장하기 위한 수단이 되어야 한다.⁵³⁾ 그러므로 결단주의는 힘이나 결단 같은 존재적인 측면뿐만 아니라, 규범적인 측면도 고려해야 할 필요가 있었다. 그렇지만 칼 슈미트는 이 점을 소홀히 하였다. 그 때문에 슈미트의 결단주의 사상은, 나치와 같은 권위주의적 독재정권이 출현하는 데 사상적 기초가 되기도 하였던 것이다.

그러나 법 영역에서는 사실적인 측면 외에도, 규범적인 측면, 즉 당위적인 측면을 수용할 수 있어야 한다. 법규범이 정당하고 효력 있는 것으로서 현실 세계를 적절하게 규율하려면, 누군가를 강제할 수 있는 사실성과, 강제 받는 그 누군가가 그 법규범을 정당한 것으로 수용할 수 있도록 하는 타당성을 갖추고 있어야 한다. 규범 영역에서는 항상 이런 사실성과 타당성의 긴장관계를 유지하면서, 양자를 모두 인정할 수 있어야 한다. 이렇게 볼 때, 사실성만을 강조하는 결단주의 사상은 이제 더 이상 받아들일 수 없는 그 무엇이다. 칼 슈미트가 본 것처럼, 규범주의와 결단주의는 서로 대립하는 것이 아니라, 오히려 상호 보완관계에 있다고 할 수 있다.

2. 정당성론에 대한 비판

다음으로 슈미트가 전개한 정당성론에 대해서는 다음과 같은 비판을 할 수 있다. 먼저 그가 정당성을 정치적 통일체의 결단, 다시 말해 직접 민주주의의 요소에서 이끌어 오는 것에 문제가 있다. 그는 민주적 정당성, 바꿔 말해 국민

53) “주관적 실존조건”과 “객관적 실존조건”은, 베르너 마이호퍼, 심재우 역, 『법치국가와 인간의 존엄』, 삼영사, 1994.

투표적 정당성에 너무 많은 가치를 부여하였다. 정당성은 직접 민주주의 요소를 통해서만 부여되는 것은 아니다. 오히려 정당성은 법규범의 내용이 얼마나 실질적인 가치, 우리 헌법의 표현으로 말한다면, 인간의 존엄성 실현(제10조)에 이바지하는가로 평가할 수 있다. 루소 역시 직접 민주주의를 말하고 일반의지 개념을 정립했지만, 그가 말하는 일반의지는 단순히 전체 국민의 양적 의지를 말하는 것은 아니었다. 요컨대, 민주적 정당성은 반드시 국민투표적인 직접 민주주의를 통해서만 확보할 수 있는 것은 아니라는 점에서, 슈미트의 정당성론에는 문제가 없지 않다. 민주적 정당성은 직접 민주주의가 아닌 다른 방식, 가령 ‘참여 민주주의’를 통해서도 확보할 수 있다.

다음으로 칼 슈미트가 그 당시 독일 대통령에게 너무 많은 권한을 부여한 것도 문제가 없지 않다. 이것은 한편으로 칼 슈미트가 당시 바이마르 헌법을 해석하여 내놓은 주장이기도 하지만, 다른 한편으로 이런 해석은 독재를 인정할 수 있는 여지를 넓힌다. 물론 칼 슈미트는 한계상황이라는 예외상황에서만 이것이 정당화될 수 있다고는 한다. 하지만 한계상황이라는 개념 자체가 불확정 개념이고, 이 개념이 독재자에 의해 자의적으로 해석될 여지가 있다는 것을 감안하면, 칼 슈미트의 주장은 설득력이 부족하다고 생각한다.

3. 법치주의 이해에 대한 비판

마지막으로 민주주의와 법치주의를 대립적인 것으로 이해하는 칼 슈미트의 주장에 문제를 제기할 수 있다. 현대 공법학의 관점에서 본다면, 민주주의와 법치주의는 서로 대립되는 별개의 원리가 될 수 없다. 콘라드 헤세(K. Hesse)가 언급한 것처럼, 민주주의와 법치주의는 서로 보완관계에 있다.⁵⁴⁾ 또한 법치주의는 단순히 기술적 원리가 아니라, 국가의 구성 원리로 작용한다. 다시 말해, 법치주의는 형식적 의미가 아니라, 실질적 의미로서 인간의 존엄성을 실현하기 위한 국가의 구성 원리라고 할 수 있다. 이런 관점에서 칼 슈미트의 민주주의·법치주의 이해에는 문제가 있고, 이에 바탕을 둔 합법성과 정당성의 대립관계에도 문제가 없지 않다.

54) 콘라드 헤세, 계희열 역, “기본법의 헌법체계에 있어서의 법치국가”, 『헌법의 기초이론』, 삼영사, 1985, 169쪽 아래.

V. 합법성과 정당성의 순환관계 - 결론을 대신하여

칼 슈미트가 제시한 합법성·정당성론은 당시 위기에 처해 있던 바이마르 공화국의 혼란 상태를 극복하기 위해 내놓은 일종의 자구책으로 볼 수 있다. 이런 점에서 칼 슈미트의 논증은 분명 시대적합적인 설득력을 갖고 있다. 뿐만 아니라, 의회주의에 대해 칼 슈미트가 행한 비판은, 지금의 관점에서 보더라도 여전히 유효한 점을 갖고 있다.

그러나 법철학적으로 볼 때, 합법성과 정당성을 서로 대립하는 것으로만 이해한 것은 문제가 있다. 오늘날 법치주의와 민주주의가 깊은 내적 연관을 형성하는 것처럼, 합법성과 정당성은 긴밀한 내적 연관관계를 갖고 있다. 심지어 독일의 사회철학자인 하버마스(J. Habermas)는 합법성과 정당성이 일종의 ‘순환관계’를 맺고 있다고 주장한다. 즉 하버마스에 따르면, 오늘날 서구 민주적 법치 국가가 마련한 합법적인 법체계는 이미 도덕적인 정당성을 내재화하고 있으며, 이러한 합법성 체계로부터 다시 정당성이 산출될 수 있다는 주장을 펼친다. 요컨대, 합법성과 정당성은 대립적인 것이 아니라, 오히려 합법성을 통해 정당성이 산출될 수 있다는 것이다.⁵⁵⁾ 이런 점에서 볼 때, 슈미트의 합법성·정당성론은 법철학적으로 보나, 시대적인 측면에서 보나, 문제점이 없지 않다.

이러한 맥락에서 의회주의가 안고 있는 문제점을 결단주의적인 민주적 정당성으로 극복하려는 것도, 그리 타당하지 않다. 이런 식으로 문제를 해결하다 보면, 다시 법치주의는 파괴되고, 독재로 호를 위협이 생기기 때문이다. 그러므로 의회주의의 문제는 결단주의적 정당성이 아닌, 참여 민주주의적 정당성을 통해 해결하는 것이 더욱 바람직하다고 할 수 있다. 즉 기본적으로 의회의 기능을 존중하면서, 이를 보완하기 위해 여론형성 과정에 가능한 한 국민들의 자유롭고 평등한 참여를 보장함으로써, 의회주의의 문제점을 교정하는 것이다. 이렇게 하면, 합법성의 테두리에서 민주적 정당성이 생산될 수 있고, 이렇게 생산된 정당성이 다시 합법성의 문제를 교정할 수 있기 때문이다. 칼 슈미트가 정확하게 본

55) J. Habermas, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, in: *KJ* (1987), S. 3 ff.

것처럼, 정당성은 독자적인 의미를 갖지만, 그것은 합법성과 대립하는 것이 아니라, 양자는 서로 순환관계를 맺고 있음을 간과해서는 안 된다고 생각한다.

주제어 : 합법성, 정당성, 칼 슈미트, 결단주의, 민주주의, 법치국가

참 고 문 헌

- 계희열, 『헌법학(상)』, 박영사, 1996.
- 계희열, “실증주의적 헌법학방법론 소고”, 『안암법학』 1(1993. 9).
- 계희열, “통합론적 헌법개념과 그 문제점 소고”, 『법학논집』 29(1993. 12).
- 국순옥, “위르겐 하버마스와 좌파 슈미트주의”, 『민주법학』 22(2002. 8).
- 김태천, “국제법의 합법성과 정당성 - T. M. Franck 교수의 국제법이론을 중심으로 -”, 『동아시아연구논총』 10(1999. 12).
- 김효전, “칼 슈미트의 생애와 업적”, 『대학원논문집』 (동아대학교 대학원)(1978. 11).
- 문종욱, “칼 슈미트 법철학상의 ‘합법성과 정당성’”, 『법학연구』 (충남대 법학연구소)(1996. 12).
- 송석윤, 『위기시대의 헌법학 - 바이마르 헌법학이 본 정당과 과제 -』, 정자사, 2002.
- 심재우, “결정주의적 헌법개념과 규범주의적 헌법개념 - 존재론적 헌법개념의 확립을 위한 비판적 고찰 -”, 『헌법과 현대법학의 제문제』, 1975.
- 이병훈, 『대표원리와 의회주의의 기능』, 고려대 법학박사 학위논문, 1988.
- 정종섭, 『헌법연구(1)』, 철학과 현실사, 1994.
- 정종섭, 『헌법의 정당성에 관한 연구 - C. Schmitt이론에 대한 비판을 중심으로 -』, 경희대 법학석사 학위논문, 1986.
- 진덕규, 『현대 정치학』, 학문과 사상사, 1997.
- 최봉철, “칼 슈미트의 의회주의 비판”, 『헌법학연구』 (1999. 10).
- 허영, 『헌법이론과 헌법(상)』, 박영사, 1989.
- 베르너 마이호퍼, 심재우 역, 『법치국가와 인간의 존엄』, 삼영사, 1994.
- 한스 벨첼, 박은정 옮김, 『자연법과 실질적 정의』, 삼영사, 2001.
- 칼 슈미트, 김효전 역, “국가·운동·민족 - 정치적 통일체의 세 요소 -”, 『정치신학』, 법문사, 1988.
- 칼 슈미트, 김효전 역, “바이마르 헌법에 있어서의 자유권과 제도적 보장”,

『합법성과 정당성』, 교육과학사, 1993.

칼 슈미트, 김효전 역, “법학적 사고방식의 세 유형”, 『정치신학』, 법문사, 1988.

칼 슈미트, 김효전 역, 『정치신학』, 법문사, 1988.

칼 슈미트, 김효전 역, 『로마 카톨릭주의와 정치형태 · 홉스 국가철학에서의 리바이어턴』, 교육과학사, 1992.

칼 슈미트, 김효전 역, 『정치적인 것의 개념』, 법문사, 1992.

로버트 알렉시, 이준일 옮김, 『법의 개념과 효력』, 지산, 2000.

프랑크 잘리거, 윤재왕 옮김, 『라드브루흐의 공식과 법치국가』, 길안사, 2000.

위르겐 하버마스, 한상진·박영도 공역, 『사실성과 타당성』, 나남출판, 2000.

유스투스 하스하겐, 김효전 편역, 『칼 슈미트 연구 - 헌법이론과 정치이론 -』, 세종출판사, 2001.

콘라드 헤세, 계획열 역, “기본법의 헌법체계에 있어서의 법치국가”, 『헌법의 기초이론』, 삼영사, 1985.

Habermas, Jürgen, Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?, in: KJ (1987).

Kaufmann, Arthur, Rechtsphilosophie, München 1997.

Paulson, St. L. Stolleis, M. (Hrsg.), Hans Kelsen, Staatslehrer und echtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005.

Schmitt, Carl, Verfassungslehre, Berlin 1954.

Schmitt, Carl, Der Begriff des Politischen, 5. Nachdr, der Ausg, von 1963, erlin 2002.

Schmitt, Carl, Legalität und Legitimität, 6. Aufl, Berlin 1998.

[Zusammenfassung]

Legalität und Legitimität

- Am Beispiel der Theorie von Carl Schmitt -

Yang, Chun-Soo
Professor, Yeungnam Univ.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich am Beispiel der Theorie von Carl Schmitt mit der Problematik von Legalität und Legitimität. Zunächst versucht die Arbeit, den Begriff der Legalität und der Legitimität zu definieren, und zwei grundlegende Hinsichten auf die Legalität und die Legitimität vorzustellen (II). Danach behandelt die vorliegende Arbeit die Theorie der Legalität und der Legitimität von Carl Schmitt (III). Dazu skizziert die Arbeit zunächst seine Verfassungs- und Staatslehre, und geht danach auf den Dezisionismus ein, der der gesamten Theorie von Schmitt zugrunde liegt. Auf dieser Basis versucht die vorliegende Arbeit, die Theorie der Legalität und der Legitimität von Schmitt dadurch zu analysieren, dass sie den Text "Legalität und Legitimität" aus dem Jahr 1932 behandelt. Zum Schluss widmet sich die vorliegende Arbeit der Kritik der Theorie von Schmitt (IV).

Schlüsselwörter : Legalität, Legitimität, Carl Schmitt, Dezisionismus, Demokratie, Rechtsstaat