

민주주의의 질적 심화와 개헌의 방향: 경성헌법주의를 넘어서*

이재욱 | 한국의국어대학교

| 국문요약 |

1987년 민주화와 함께 도입된 이래 30년째 지속하고 있는 9차 개정헌법에 대한 개헌 담론이 한창 진행 중이다. 문재인 대통령은 대선 공약으로 2018년 지방선거와 동시 개헌을 내걸었으며, 20대 국회에는 30년 만에 헌법개정특별위원회가 구성되어 활동 중에 있다. 현 시점에서 제도적 현실적 제약으로 6월 지방선거와 동시 개헌은 불가능할 것으로 보이지만, 많은 조사 결과들에 따르면 정치 엘리트들 사이에서 뿐만 아니라 일반 시민들 사이에서도 개헌에 대한 관심이 여전히 높은 것으로 나타나고 있다. 2017년의 평화적 촛불혁명 그리고 헌정 사상 초유의 민주적 절차에 따른 현직 대통령 탄핵은 동시대를 살아가고 있는 우리 시민들의 정치적 의식수준이 상당 수준에 이르렀음을 보여주고 있다. 본 논문은 민주주의의 질적 심화의 관점에서 개헌의 필요성을 진단하고, 민주주의와 입헌주의의 조화라는 관점에서 개헌의 절차와 방향을 제시해보고자 한다. 특히, 우리 사회의 민주주의가 질적으로 심화에 감에 따라 정치의 사법화 현상 등 입헌주의와 민주주의 간 긴장과 갈등이 빈번하게 관측되게 되었는데, 본 논문은 이러한 갈등 문제를 풀기 위한 한 방안으로 헌법 개정 이슈를 살펴본다. 헌법 개정 방향에 관련하여 본 논문은 비교적 시각에서 경성헌법주의의 완화 필요성을 제기하고, 개헌 이후 민주주의의 질적 제고를 위한 개정 방법을 제안하며, 나아가 개헌이 초래할 정치사회적 비용을 최소화하기 위한 방안을 논의한다.

주제어 | 개헌, 입헌주의, 민주주의, 정치의 사법화, 헌법 개정

* 본 논문은 『개헌과 국민소통』이라는 주제로 2018년 2월 8일 국회에서 한국언론학회, 한국헌법학회, 한국정치커뮤니케이션학회와 공동 주최한 학술대회에서 저자가 발표한 발제문을 수정/보완한 것임을 밝힘. 본 논문에 대해 유익한 심사평을 제공해 주신 세 분의 익명 심사자분들께 감사드립니다. 이 논문은 2016년도 정부재원(교육부 인문사회연구역량강화사업비)으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음(NRF-2016S1A3A2925033).

1. 들어가는 말

개헌이 시대적 화두이다. 지난 대선에서 개헌을 공약으로 내세웠던 문재인 대통령은 작년 11월 국회 시정연설에 이어서 올 해 신년사를 통해서도 개헌 추진 의지를 재확인 하였다. 입법부의 수장이라 할 수 있는 정세균 국회의장도 2018년 신년 기자회견에서 “개헌은 20대 국회의 최대 과제”라고 표현하며 헌법 개정의 필요성을 분명히 한 바 있다. 물론 헌법 개정과 관련된 다양한 정치 쟁점과 현안들을 둘러싸고 현재 우리 정치권이 표출하고 있는 이견과 간극을 떠올려 볼 때, 그리고 2018년 6월 지방선거까지 주어진 시간 등의 제약 요소들을 고려해 본다면 현실적으로 지방선거와 동시 개헌은 어려운 과업이라 할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 여야 정치권은 지난해 구성되어 활동하였던 국회 개헌특위 시한을 6개월 연장하는데 합의를 도출해 내는 등 2018년 현재 우리 정치권이 87년 체제의 개편에 대해 그 어느 때보다 높은 의지를 연출하고 있음은 주지의 사실일 것이다.

정치권과 정치 엘리트들의 개헌에 대한 강한 의지는 일반 시민들의 개헌에 대한 최근의 높은 열망과 그대로 연결된다. 작년부터 행해진 몇 차례의 여론조사 결과를 보면 개헌의 필요성에 대한 일반 시민들의 폭넓은 공감대를 어느 정도 확인해 볼 수 있다. 예를 들어, 한국 갤럽이 올 해 1월 초에 발표한 여론조사 결과를 보면, 오는 6월 지방선거와 동시 개헌 투표에 찬성하는 여론이 65%로 조사된 반면 그것에 반대하는 응답자 비율은 24%에 그쳤다. 같은 조사에서 55%의 응답자들은 현행 대통령제에 문제가 있어 권력구조 개편이 필요하다고 대답하였고, 정부형태와 관련해서는 46%의 조사 대상자들이 4년 중임제에 대한 선호를 드러냈다. 갤럽 조사 결과에 따르면 현재 우리 국민들이 느끼는 개헌에 대한 필요성은 연령, 지역, 성별, 지지 정당 등과 무관하게 비교적 일관되게 나타나는 것으로 조사되었다.¹⁾ 한편, 지난 2017년 8월 국회의장실이 주도하여 실시한 관련 분야

1) 한국 갤럽이 2018년 1월 첫째 주에 발표한 신년 여론조사는 1월 2일부터 4일까지 3일에

전문가 조사(“국회 휴먼네트워크” 개혁 설문조사)에서 전문가들 또한 89%의 높은 수치로 개혁에 대한 찬성 의견을 피력하였고, 비슷한 시기에 의장실에서 실시한 일반 국민 대상 여론조사 결과에서도 개혁 찬성 의견은 8.4%의 높은 수치를 기록하였다.

개혁에 대한 사회적 요구가 이처럼 높게 나타나는 것은 어쩌면 1987년에 채택된 제9차 개정 헌법의 연식이 어느덧 30년에 이르게 되었고, 당시 민주화 운동의 결과물이라 할 수 있었던 소위 직선제 개헌안이 그 동안 많은 사회 변화를 경험해 온 현재 우리 사회의 복잡하고 다양한 이해관계를 모두 담아내기에는 일정한 한계를 노정하고 있다는 사실과 무관하진 않을 것이다. 실제로 오늘날 한국 사회에서 정치 패러다임의 전환을 요구하는 수요가 사회 각 부분에서 분출하고 있다고 해도 과언은 아니다. 단순히 제왕적 대통령제 문제의 정치적 해결을 넘어서서 이주민과 다문화 주의, 저출산과 고령화, 사회 양극화와 경제 민주화, LGBT(성소수자)와 성평등 담론의 확산, 인터넷과 SNS의 보편화 등 지난 30년 동안 우리가 경험한 급격한 사회 변동이 때때로 실질적 개혁의 필요성을 절감하게 하는 것도 사실일 것이다.

그러나 여전히 개혁이 필요한지, 개혁이 필요하다면 무엇을 개정하고, 어떤 개혁을 해야 하는지, 그리고 언제가 개혁의 최적기인가에 대한 다수의 엇갈린 평가들이 존재하는 것이 현실이며 개혁의 실질적 내용과 관련된 정치사회적 합의가 요원해 보이는 것도 부인할 수 없는 사실이다. 그럼에도 9차 개정 헌법이 채택된 이래 지난 30년 동안의 그 어느 때와 견주어도 현재 우리 사회의 개혁 요구가 높게 그리고 보편적으로 관측된다는 점에서 헌법 개정에 대한 심도 있는 학문적 고찰과 사회적 공론화 과정이 필요하다 할 수 있을 것이다. 본 논문에서는 개혁의 정치학적 의미를 이론적이고 보편적인 관점에서 되짚어 보고, 나아가 현재

걸쳐 휴대전화와 유선전화(15%)를 통해 실시되었으며, 전국에서 만 19세 이상 남녀 1,007명이 조사에 참여하였다. 조사 응답률은 18%였으며, 조사의 신뢰도는 95%에 표본오차 $\pm 3.1\%$ 였다. 조사 과정 및 결과에 대한 보다 자세한 내용은 한국 갤럽 홈페이지에서 확인 가능하다.

개헌과 관련해 활발하게 논의가 전개되고 있는 주요 쟁점 사항의 정치학적 의미를 평가해 보고자 한다.

2. 민주주의의 심화와 개헌

개헌(改憲)은 말 그대로 헌법을 개정한다는 것을 의미한다. 헌법은 사회 구성원들의 합의와 계약에 근거하며 정치공동체라 할 수 있는 한 국가의 최상위법이다. 그러므로 헌법을 개정한다는 것은 한 국가 또는 사회의 법질서와 규범체계에 근본적 변화를 시도하는 행위라고 할 수 있다. 헌법 개정은 기존 법체계의 연속선 상에서 수정과 교체작업을 실시한다는 점에서 기존 헌법의 연속성을 단절시키고 근본적으로 새로운 헌법체계를 정초하는 헌법 제정과는 구분된다. 또한, 개헌 작업은 시대가 변천함에 따라 헌법 규범을 둘러싸고 있는 사회적 환경과 토대라 할 수 있는 헌법 현실의 변화로 인해 헌법 자체(文言)의 변화 없이 그 의미만 변화하는 헌법 변천과도 구별되는 행위라 할 수 있다(김해원 2017, 21-50; 정만희 2010, 8-11).

87년 6월 민주화 항쟁의 결과로 직선제의 열망을 담아 마련되었던 현행 헌법은 지난 30년 동안 한국 사회에서 제도적 민주주의 발전과 기본권의 신장, 그리고 사회 정의의 실현 차원에서 큰 역할을 해 온 것이 사실이다. 그러나 동시에 87년 헌법은 급격한 민주화와 사회변동의 전개에 따라 비교적 짧은 기간 동안에 만들어진 임시 헌법의 성격도 갖고 있는 것이 사실이다(성낙인 2011, 345). 주지하다시피 87년 개헌은 노태우의 6.29 선언 이후 새 헌법이 국민투표로 통과되기 불과 넉 달이 소요되었다. 한 사회의 법률 체계의 근간을 수정하는 과정이라는 관점에서 개헌을 본다면 결코 네 달은 충분히 긴 기간이라고 할 수 없을 것이다. 이 같이 단 기간에 헌법 개정 작업이 가능했던 것은 어찌 보면 당시 시대적 열망이었던 대통령 직선제 채택이라는 제한된 목표에 온 사회의 관심이 쏠려있었기

때문에 가능했을 수도 있다(강원택 2017; 박명림 2005a; 2005b; 성낙인 2011, 344).

이런 이유로 그 간 두 번의 평화적 정권 교체를 통해 민주주의의 공고화를 어느 정도 달성한 현 시점에서 87년 체제를 한 번쯤 재정비해 볼 필요성이 제기될 수도 있다. 물론 1948년 제헌헌법 이래 모두 아홉 차례의 개헌을 거치면서 불과 40년(1948~1987) 동안 10년도 채 못 버틴 10개의 헌법이 우리를 스쳐 지나쳐갔다는 점에서 큰 문제없이 30년 간 우리 곁에 지속하고 있는 현행 헌법을 굳이 바꿀 필요가 있는가라는 반론이 제기될 수도 있다. 다시 말해서, 정치개혁의 관점에서 개헌을 바라 볼 때, 한국정치의 고질적 비효율성을 극복해야 한다는 대의와 동시에 현행 헌법체제가 유지해 온 제도적 안정성이 동전의 양면처럼 대립적 형국을 형성하고 있다고도 할 수 있다(김종철 2016, 84; 김종철 2017, 174). 더욱이 후자의 관점에서 본다면, 우리가 현재 목도하고 있듯이, 분명 개헌 작업은 우리 사회로 하여금 큰 정치사회적 갈등의 비용을 지불하게끔 요구할 수도 있기 때문에 더더욱 개헌을 마다할 수도 있을 것이다.

그러나 보다 근본적 관점에서 개헌의 필요성은 인민주권주의의 강화와 보다 심화된 민주주의의 실현이라는 시대적 소명의 관점에서 제기될 수 있다. 잘 알려져 있다시피 민주주의적 관점에서 87년 헌법 제정과정은 결코 높은 점수를 받기는 어렵다. 물론, 당시 시민들은 87년 10월 27일 실시된 국민투표를 통해 개헌안에 대한 의사를 표현할 기회가 주어졌다고도 할 수 있지만, 새로운 헌법안을 구성하고 정치적 협의를 이끌어간 주체는 어디까지나 권위주의 시절의 집권당과 야당의 정치인들에 국한되었으며, 개정 작업은 이들 정치 엘리트들을 중심으로 해서 배타적으로 전개되었다고 해도 결코 과언은 아니다. 다시 말해서 1987년 당시 구헌법 체제를 해체하고 새로운 제도를 쟁취해 낸 주체와 신헌법 체제를 건설하는 제도 형성의 주체는 명확히 분리되었던 것이다(박명림 2005b, 37). 당시 개헌 과정에서 어떤 제도적 심의(deliberation)나 공론화 과정을 통해 시민사회가 영향을 미치거나 아니면 직접적으로 개정 작업에 참여할 수 있는 기회는 지극

히 제한적이었다. 1987년 6.29 선언 이후 불과 1달 보름 남짓 만(8월 14일)에 국회 내에 채문식 의원을 위원장으로 하는 국회 개헌특위가 재구성되었고, 개헌에 대한 실무를 담당할 헌법개정안기초소위원회(현경대 위원장)가 곧이어 8월 31일에 구성되어 이들이 만든 개정안을 중심으로 9월 17일 개헌특위안이 채택되었고, 이 안이 10월 12일에 국회 본회의를 통과하여 10월 27일에 국민투표를 통해 최종 확정되었던 초단기의 개헌 과정을 생각해 본다면, 여기에서 현실적으로 시민들이 주체가 되어 개헌 과정에 참여할 기회를 찾는다는 것은 애초에 불가능했다. 시민이 개헌 과정의 주체에서 배제되고 협상 과정이 여야 정치 엘리트들의 정치적 이해관계를 중심으로 흘러가게 되면서 개헌의 목표는 대통령 직선제라는 제한된 대상으로 집중되게 되었고, 자연스레 기본권 신장과 강화 등 다른 중요한 민주적 헌법 체제의 장기적 비전과 원칙들은 ‘사소한’ 문제로 치부되기도 하였다(강원택 2017, 17). 이런 관점에서 87년 개정 헌법을 유신이전 헌법 체제로의 회기로 보는 시각도 존재하게 되는 것이다(강원택 2017, 23). 즉, 대통령 선거제도 이외의 여타 사안들을 크게 중요하게 다루지 않은 채, 신속하게 직선제를 중심으로 개헌을 추진하다 보니 87년 개헌 과정에서 참여자들이 때때로 직선제가 유지되었던 1962년의 제3공화국 헌법을 모범자료처럼 활용하였다는 것이다. 이렇게 본다면, 현행 9차 개헌 헌법의 연식은 1987년 보다 더 이전으로 거슬러 올라간다고 할 수 있을 것이다.

우리는 2017년에 헌정 사상 초유의 현직 대통령 탄핵을 경험했다. 대통령 탄핵은 선출된 행정부 권력이 법적 허용의 범위를 넘어서 국기를 문란하게 하였을 때, 대통령제 하에서 선출권력의 또 다른 축인 입법부가 그것을 견제할 수 있으며, 또한 입헌민주주의와 법치주의의 근간이라 할 수 있는 헌법재판소(사법부)가 우리 사법 체계의 최고에 위치한 헌법에 근거하여 행정부의 권력 남용을 제한할 수 있음을 보여준 역사적 사건이라 할 수 있다. 이는 권력 분립(separation of powers)에 입각한 대통령제의 한국 민주주의 시스템이 건강하게 작동하고 있음을 보여준 중요한 이정표였다. 그러나 다른 한 편에서 이번 대통령 탄핵이 갖는

보다 중요한 정치적 의미는 민주화 30년의 역사를 경험한 우리 시민들의 정치적 소양과 시민 의식이 상당 수준에 이르렀음을 보여주었다는 것이다. 촛불혁명을 경험한 선출 정치인들은 이번 사건을 계기로 민심이 무섭다는 것을 배울 수 있었을 것이며, 유권자 시민들 또한 선거와 정치가 얼마나 중요한지 깨닫는 계기가 되었을 것이다. 또한 민주 시민 의식의 고양은 헌법 개정 과정에서 일반 시민들이 결코 소외되어서는 안 되는 이유를 제시해 주었으며, 동시에 87년 개헌 과정과 다르게 이번 개헌은 보다 개방적이고 참여적인 방식을 적극적으로 도입하여 절차적 민주성을 담보해야 한다고 요구하고 있다.

3. 입헌주의와 민주주의

민주주의와 입헌주의(또는 법치)는 정당성 있는 통치체계의 핵심 작동원리라 할 수 있다. 입헌민주주의(constitutional democracy)는 이 두 가지 원리를 결합하여 구성된 정치체제라 할 것이다. 대한민국은 민주공화국이며 모든 주권은 국민으로부터 나온다고 명시하고 있는 우리 헌법 제1조는 우리나라 또한 이런 입헌민주주의를 표방하고 있음을 보여주고 있다. 따라서 헌법 개정 논의에 있어서 개헌 자체의 필요성에 대한 주권자 국민의 생각과 의견, 그리고 새로운 헌법안에 대한 시민들의 견해와 입장은 결코 가볍게 다루어져서는 안 될 것이다. 즉, 개헌 논의와 진행 과정은 반드시 민주적 절차에 따라야 할 것이며, 그래야 새 헌법의 민주적 정당성도 제고될 수 있을 것이다.

그렇다면, 민주주의와 입헌주의(constitutionalism)는 과연 상호보완적이라 할 수 있을까²²⁾ 민주주의가 유린되고, 인권이 빈번히 탄압되며, 법치주의(the rule

2) Constitutionalism 의 국어 번역이 다소 논쟁을 수반하는 만큼 용어 사용과 관련해 헌정주의(예를 들어, 광준혁 2005; 박성우 2006), 헌법주의(예를 들어, 박명림 2005a; 2005b) 등 다양한 번역어가 사용되었는데, 여기에서 필자는 전통적이고 일반적 용례를 따라 입헌주의라는 용어를 사용하였다. 비교적 최근 연구 중에서 입헌주의의 번역어를 사용한 연구

of law)가 손상되기 일췌였던 과거 권위주의 시절 민주화 운동의 주된 목표는 민주주의를 회복하고 법치주의를 확립하는 것이었다. 이런 관점에서 본다면, 민주주의와 법치주의는 한국 정치발전사에 있어서 상호보완적이며 밀접한 관계를 갖는다고 볼 수도 있다.³⁾

이와 관련해 온 엘스터(Jon Elster)는 입헌주의의 두 가지 주요한 기능을 꼽았는데, 그 하나는 개인의 권리를 (어떤 위협이나 침해요인으로부터) 보호하는 것이고, 다른 하나는 다수의 결정에 대한 일종의 제약(constraints)을 부과하는 것이다(Elster 1988,2-3). 이런 관점에서 본다면 입헌주의는 (자유)민주주의와 양립가능하고 상호보완적일 수 있다. 잘 알려졌듯이, 전통적 좌파(left-wing)의 시각에서, 한 사회의 수적 다수를 차지하고 있는 무산계급으로부터의 재산 몰수(confiscation) 위협에 놓인 소수의 부자들을 법이 보호해 주지 못한다면, 유산 계급은 민주주의를 결코 용인하지 않았을 것이다(Elster 1988,14). 또한, 우파의 입장에서 그들이 방해받지 않고 자유롭게 그들의 재산권을 행사할 수 있는 것은 법이 한 개인마다 차등한 권력과 능력을 사용하는 권리를 보장할 때 가능한 것이다.

그러나 역사적으로나 이론적으로나 법치주의와 민주주의는 항상 보완적 관계에 놓인다고 만든 볼 수 없을 것이다(박성우 2006, 56). 문자 그대로 인민의 지배(the rule of law)를 뜻하는 민주주의는 주권자인 시민 다수가 동의하는 경우 필요에 따라 법과 제도는 바뀔 수 있다는 시각을 견지한다. 또한 민주주의 원리가 우세한 사회에서는 헌법을 포함한 그 어떤 정치제도에 의해서도 시민의 권리는

로는 정준표(2013)가 있다.

3) 법치주의는 국가의 통치 원리가 개인이나 폭력이 아닌 법의 지배에 근거하는 것을 말하는데, 여기서 법이란 결코 최상위법인 헌법에 국한된다고 할 수 없을 것이다. 이런 이유로 법치주의 보다 광의의 의미로 해석될 수 있을 것이다. 최선은 법치주의를 “구속의 원칙”에 입각해 설명하며, 그것은 영어에서 말하는 법의 지배, 독일어의 법치국가(Rechtsstaat) 개념, 그리고 입헌주의까지 포함하는 개념으로 설명하였다. 입헌주의와 법치주의의 관계에서 대한 보다 자세한 논의로는 강정인 2013(p.51), 그리고 최선(2015, 171-172) 참조.

제한되어서는 안 될 것이다. 다시 말해서, 입헌주의가 권력의 “분립과 제한”을 의미한다면, 민주주의는 그 권력이 민주적이기만 하다면 “권력의 집중과 무제한성”을 지향한다(Wolin 1989, 8; 박성우 2006, 56에서 재인용). 이런 관점에서 본다면 입헌민주주의(constitutional democracy)는 상당한 모순을 의미할 수 있다.

현대 사회에서 민주주의와 법치주의 간의 갈등 관계는 비켈(Alexander Bickel)이 말한 “반다수결주의적 난제(counter-majoritarian difficulty)” 개념에 잘 드러나는데, 이는 선출되지 않은 사법 권력이 행사하는 위헌심사 결과가 인민의 대표기관인 입법부의 의사결정과 충돌하게 될 때 극적으로 나타나게 된다. 물론, 민주적 정치체제 하에서 어떤 경우에도 인민의 의사가 정치 제도(헌법 등)에 의해 제한되어서는 안 된다는 민주주의 중시 입장과 법치주의가 민주주의 과잉으로부터 개인의 자유와 권리를 보해해준다는 자유주의적 입장이 경쟁적으로 존재할 수도 있다(최선 2015, 173-4).

세예르스테드(F. Sejersted) 또한 법치와 민주주의가 서로 다른 차원의 자유 개념과 연관되어 있음을 주장하였다(Sejersted 1988, 131). 즉, 전자가 지배나 외부의 간섭 요인을 제약하면서 얻어지는 소극적 자유와 연관된다면, 후자는 자기 지배로서의 적극적 자유에 보다 가깝다는 것이다. 이사야 벌린(Isaiah Berlin)에 따르면 이 두 유형의 자유는 삶의 목표를 추구하는 엇갈리고 화해 불가능한 태도라 할 수 있는데(Berlin 1958, 51-2; Sejersted 1988, 131에서 재인용), 이런 관점에서 본다면 법치와 민주주의의 양립은 결코 낙관적이지만은 않다.

로버트 달(Robert Dahl)은 민주주의의 시각에서 미국 헌법을 분석하여 입헌주의와 민주주의 간의 갈등 요소를 부각시킨 바 있다.⁴⁾ 달은 “미국 헌법은 민주적인가?(How Democratic is the American Constitution)”이란 도발적 타이틀의 저서를 통해 미국의 헌법이 결코 민주적이지만은 않으며, 몇 번의 수정을 경험하였음

4) 미국과 한국은 대통령제 권력구조를 채택하고 있다는 유사성을 제외하고는, 민주주의 운용의 당면 과제, 국내정치 및 국제정치적 맥락의 차이, 개혁의 필요성과 목적 등의 측면에서 많은 차이점을 노정하고 있다. 따라서 본 절에서 미국의 경험을 소개하는 것은 지극히 일반적인 민주주의와 입헌주의의 관계 문제로 한정하여 바라 볼 필요가 있다.

에도 불구하고 여전히 비민주적인 결합 요소들을 갖고 있다고 진단하였다.⁵⁾ 그의 분석에 따르면, 미국의 헌법은 민주주의의 안정성, 기본권의 보호, 정치적 평등과 공정성, 민주적 합의의 장려, 문제 해결 능력 등 달이 생각하는 민주주의의 주요 요건들을 제대로 충족시켜주지 못하고 있다. 한 마디로, 미국 헌법이 민주주의를 유지하고 지탱해 준다고보다는 저해요인으로 작용하고 있음을 지적한 것이다.

미국 건국의 아버지들(Founding Fathers) 중에서 민주주의와 입헌주의의 갈등과 긴장 문제를 가장 염려했던 사람이 토마스 제퍼슨(Thomas Jefferson)일 것이다(Sunstein 1988, 327). 실제로 제퍼슨은 잘 작동하는 민주주의의 요건으로 정기적인 헌법 개정을 주장하였는데, 그에 따르면 개별 세대는 그들 자신의 행복을 추구하기 위한 최적의 통치체제를 선택할 권리를 갖고 있고, 후속 세대가 선택한 제도가 반드시 이전 세대의 그것과 일치하리란 보장은 없는 것이다. 나아가 제퍼슨은 기존의 정치 체제를 디자인한 이전 세대(이미 세상에서 사라지거나 죽은 자들)는 후속 세대가 이어갈 정부 형태의 결정에 있어 권한이 없음을 분명히 하였다. 이와는 대조적으로 미국 헌법의 아버지로 불리는 제임스 매디슨(James Madison)은 헌법은 일반적인 정치과정으로부터 격리되어야 한다고 주장하였다(Sunstein 1988, 327). 매디슨에 따르면, 제퍼슨의 제안을 따를 경우 기존의 제도를 유지하고자 하는 세력과 그것을 개혁하고자 하는 그룹 간의 치열한 투쟁이 지속하게 될 것이기 때문에, 이러한 (사회적으로 큰 비용을 요구할 수 있는) 파당적 갈등 상황의 최소화를 위해 헌법은 민주적 정치과정으로부터 격리될 필요가 있는 것이다.

민주주의와 입헌주의가 최고조의 갈등을 연출했던 비교적 최근의 역사적 경험은 2000년 미국 대선 당시 대통령 선거제도(미국 헌법)와 유권자의 직접 선거 결과(popular vote)의 불일치에서 비롯된 정치사회적 갈등을 꼽을 수 있다. 대중의

5) 로버트 달의 책은 한국에 『미국 헌법과 민주주의』으로 번역되어 있다. 로버트 달 지음, 박상훈·박수형 옮김(2016), 『미국 헌법과 민주주의』 (서울: 후마니타스).

직접 투표에서 다수표를 획득한 민주당의 앨 고어(A. Gore) 후보가 선거인단 제도라는 미국 특유의 대통령 선거방식으로 인해 공화당의 부시(G. Bush) 후보에게 패배하게 된 것이다. 이렇게 불거진 민주주의와 헌정주의 간 갈등의 조짐은 앨 고어 후보의 선거 패배 승복으로 일단락되었으나, 역설적이게도 갈등의 제도적 봉합은 입헌주의의 정점에 서 있다고 볼 수 있는 미국 대법원의 최종 판결에 의해 결정되었다. 2000년 대선을 포함해 미국 대선 역사에서 단순다수든 절대다수든 유권자 직접 투표에서 다수표를 획득하고도 후보가 선거인단 투표에서 패배하여 최종적으로 대통령에 당선되지 못한 경우는 네 차례에 이른다. 가까운 2016년 대선에서도 민주당 힐러리 클린턴(H. Clinton) 후보는 당선자인 트럼프 후보보다 더 많은 유권자들로부터 지지를 받았으며, 그 외에도 1824년 대선(A. Jackson vs. J. Q. Adams), 1876년 선거(S. Tilden vs. R. B. Hayes), 그리고 1888년 선거(G. Cleveland vs. B. Harrison) 등이 존재했다.

한국의 경우 민주주의와 입헌주의 간의 긴장과 갈등 문제가 본격적으로 제기된 계기로 노무현 대통령 탄핵 심판을 들 수 있을 것이다(예를 들어, 강정인 2008; 김성호 2004; 박명립 2005a; 2005b; 박성우 2006; 정준표 2013; 최장집 2016). 2004년에 헌법재판소가 노무현 대통령 탄핵 소추 심판, 그리고 “신행정수도 건설을 위한 특별조치법” 위헌 판결 등 정치적으로 민감하며 아주 중요한 두 사건에 대한 판결을 내리게 되었고, 이 사건을 계기로 그 동안 한국 정치의 변방에 위치해 있던 헌법재판소가 정치 무대의 주요 행위자로 급부상하게 된 것이다(최장집 2016). 최장집(2016)은 이 문제와 관련해 로버트 달이 미국 헌법에 대해 제기했던 물음과 유사하게 과연 한국 헌법은 얼마나 민주적인가라는 의문을 제기하며, “헌법을 동원해 민주주의를 공격하려는 경향이 점차 노골화되는 오늘의 시점에서 헌법과 사법부의 역할 나아가 헌정주의와 민주주의의 관계를 어떻게 이해할 것이냐의 문제는 더 이상 회피될 수 없는 한국 민주주의의 중심 문제가 아닐 수 없다(최장집 2016, 224).”라고 비판을 제기하였다. 물론, 이러한 최장집의 판단은 2004년의 대통령 탄핵 소추 통과가 당시 국민 다수의 의사에 반하는

행위였다는 인식을 전제로 하고 있다. 이러한 인식을 밑바탕에 두고 박명림(2005a) 또한 2004년 3월의 국회의 대통령 탄핵 소추안 통과를 인민주권과 의회 주권의 충돌로 표현하였다.⁶⁾ 박명림(2005b)은 2004년 국회 노무현 탄핵 사태를 계기로 “선출되지 않은 권력”인 헌법재판관들이 국민의 직접 선거로 선출된 대통령 탄핵을 결정할 수 있는가라는 물음을 던지며, 이러한 정치의 사법화(judicialization of politics) 현상을 통해 민주주의와 법치주의가 충돌하고 있음을 지적한 것이다(p.40). 이러한 논리적 전개는 대의제 민주주의 사회에서 지난 번 선거를 통해 유권자의 권한 위임을 받은 행정부 또는 입법부가 민주적 정당성을 결여한 사법부보다 국민 다수의 의사를 더 잘 반영할 수 있다는 생각으로부터 출발한다. 여기서 하나 어려운 문제는 과연 정치적 대표들이 선출된 시점과 중요한 국가적 사안이 결정된 시점 간에 시간차가 존재할 수 있으며, 현 시점에서 이 안건에 대한 선출된 대표의 선호가 반드시 유권자 다수의 의견과 일치하지 않을 수 있다는데 있다. 더욱이 현실적으로 대의민주주의가 불가피할 때, 어떤 정치체제도 모든 정치적 사안에 대해 지속적으로 주권자의 찬반 의사와 다수 의견을 확인해 볼 수는 없다. 다만, 이러한 문제에 대한 해결책이 부재할 때, 결국은 가장 최근의 민주적 선거에서 선출된 대표자들이 다수의 의견을 그나마 존중할 유인을 갖고 있을 것이라 생각해 볼 수는 있다. 선출된 권력을 다음 선거에서의 책임에 대한 고려를 하지 않을 수 없기 때문이다. 실제로 노무현 대통령에 대한 국회의 탄핵 역풍으로 당시 민의를 제대로 파악하는데 실패하고 탄핵을 주도하였던 국회 구성원들이 17대 총선에서 대거 낙선하였다는 평가도 존재한다.

그렇다면 제도화된 민주적 사회에서 민주주의와 입헌주의는 항상 갈등관계에 놓이는가? 이 물음에 대한 대답은 민주주의를 어떻게 바라볼 것인지, 어떤 민주주의를 말하는가의 문제와 연관될 수 있다(Sunstein 1988). 이와 관련해 정준표

6) 이렇게 본다면, 2004년 노무현 대통령에 대한 국회의 탄핵은 민주주의와 법치주의의 대결이라기보다는 민주주의(의회 다수) 대 민주주의(대통령)의 충돌이라고 보는 편이 더 합당할 것이다(강정인 2008, 53).

(2013)는 헌법제도가 권력자의 권한 남용과 자의적 행사를 제한하여, 민주주의가 권위주의 또는 독재로 전락해 버리는 것을 방지하는 보루 역할을 잘 수행한다면, 그것은 상호보완적일 수 있다. 즉, 법치와 사법 심사(judicial review) 제도가 다수의 전제(tyranny of majority)에 대항하여 소수자의 근본적 권리를 보호하는데 필수적이라면, 자유민주주의와 입헌주의는 결코 모순되지 않고, 오히려 민주주의를 유지/강화하는데 기여할 수 있다.

강정인(2008)은 민주주의를 일원론(monistic view)과 이원론(dualist view)으로 구분한 뒤, 일원적 민주주의관에 따라 형식적으로 2004년의 탄핵 사건을 본다면 민주주의와 법치주의의 충돌로 바라볼 수도 있지만, 이원론적 시각에서 본다면 현재의 탄핵 기각은 대의적 다수(국회)와 직접적 다수(다수 국민)가 충돌하였을 때, 헌법재판소가 직접적 다수의 손을 들어 주었다고 해석할 수 있기 때문에 결코 민주적 다수결주의와 법치주의의 충돌이라고만은 생각하기 어렵다고 주장하였다.⁷⁾ 특히, 현재가 국회의 대통령 탄핵 소추통과와 현재의 판결 사이에 치러진 2004년 총선 결과를 계기로 유권자 다수의 탄핵에 대한 의사를 확인할 기회가 주어졌다는 점에서, 강정인은 현재의 탄핵 기각 결정은 법리적 판단과 더불어 국민 다수의 의사를 수용하였다는 해석도 가능하다고 주장한다(2008,60-1). 즉, 인민 다수의 의사로부터 괴리된 정치엘리트들의 자의적 권한 사용과 민주주의 침해에 대항해 현재(사법부)가 헌법적 판단을 근거로 인민의 의사를 보호하고 민주주의 발전에 기여했다는 평가가 가능하다는 것이다(Ackerman 1991, 6-16).

7) 애커만(Bruce Ackerman)의 민주주의 유형 개념을 원용하여 적용한 강정인(2008)에 따르면, 일원적 민주주의관은 선거에서 다수의 지지를 얻어 승리한 대표자들은 다음 선거 때까지 위임받은 주권을 바탕으로 국가의 주요 정책과 의사결정을 자신들의 의사에 따라 판단하고 채택할 수 있으며, 선거에서의 승자에 대한 위임받지 못한 권력이나 제도에 의한 견제는 반민주적일 수 있다는 입장을 견지한다. 반면에, 이원적 민주주의관에서는 선거에서 승리한 정치적 대표자의 의사나 정책결정이 반드시 국민 다수의 의사와 동일시되지 않으며, 국정의 중요한 현안에 대해서는 국회나 정부의 일원적 다수를 넘어 사법부의 심사나 검토를 포함해 중첩적 다수(overlapping majorities)의 동의를 필요할 수도 있다(강정인 2008, 57-8).

이원론의 입장에서 박명림(2005a)은 더 나아가 주권을 위임받은 입법부와 더불어 시민이 주체가 되어 헌법제정과정에서 보다 적극적으로 참여하는 헌법민주주의 또는 헌법시민주의 시각을 제시한다. 즉, 민주주의와 입헌주의를 이상적으로 결합하기 위해서는 헌법제정과정에서 일반 시민과 민중의 참여가 제도적으로 보장받아야 헌법의 정당성은 제고될 수 있다는 것이다. 이와 관련해 박명림은 “헌법과 민주주의를 통합적으로 사고할 때, 가장 중요한 문제는 헌법적 정당성은 형식적·법적 준거에 의해서보다는 정치사회적 현실에 의해 타당성을 갖게 되는 경우가 더 많다는 점이다”라고 주장한다(박명림 2005b,42). 그러나 이러한 박명림의 주장에서 문제가 될 수 있는 소지는 첫째, 헌법에 정당성을 부여해주는 시민은 과연 어느 시기의 누구인가라는 문제이며, 둘째, 헌법의 전통적 불변성과 지속성을 고려해 볼 때, 그것을 어떻게 정치사회적 현실의 가변성과 조화시킬 수 있는가에 달려 있다. 분명히 헌법이 불변하고 지속하면 할수록, 헌법제정 당시 주권자인 당사자들은 이미 역사 속 인물이 되었을 가능성이 다분하다. 결국, 현재 주권자가 아닌 과거 헌법이 만들어졌던 또는 가장 마지막으로 개정되었던 시기의 주권자 인민의 선택이나 또는 그 과거 세대가 선택했던 대표자들의 타협에 의해 구성된 헌법이 현 세대를 구속하고 있는 셈이 된다. 나아가 정치사회적 현실이 급속도로 변화하여 헌법이 과거 세대의 가치 지향만을 대변한 나머지 현실과 괴리되어 버린다면 헌법과 민주주의의 충돌 문제는 더 빈번히 발생할 여지가 있다. 이런 이유로 박명림(2005b)은 헌법은 제정 당시의 정신과 원칙이 불변적 규범이나 정전의 성격을 갖는 것이 결코 아니며, 끊임없이 해석, 재해석되면서 시대상황에 맞게 적응되어 가는 것이라고 주장하며, 헌법정전(正典)주의를 신화로 규정한다(p.41).

그러나 문제는 현실적 관점에서 우리 현행 헌법은 헌법 개정 절차가 국회 재적의원 3분의 2의 찬성을 요구하고 나아가 국민투표로 개정안을 확정하도록 하는 등 까다로운 수정 절차를 수반하는 소위 경성헌법(硬性憲法)주의를 채택하고 있다는 데 있다. 따라서 정치사회적 현실의 변화를 반영하고 동시대 민주적 공동체

의 가치 지향에 조응하는 현실적 수단이 헌법개정보다는 헌법해석(constitutional interpretation)을 통해서인 경우가 다반사일 수밖에 없다는 한계가 남게 된다. 물론 헌법해석은 사법심사 등의 제도를 통해 사법부가 주도하게 된다. 한편, 헌법 개정 절차의 복잡성과 어려움을 완화하여 헌법의 현실 적응성과 가변성을 인정할 필요가 있다는 반론에 대해 과연 어느 정도 까지 헌법 개정의 용이성을 허용할 것인가는 또 다른 문제로 남게 된다.

4. 율리시스의 밋줄: 경성헌법주의를 넘어서?

전통적 헌법이론에 따르면 좋은 헌법이란 세대를 초월하여 상당한 수준의 안정성과 항구성을 가져야 한다. 물론 한 국가에 존재하는 모든 법이 그러해야 한다는 것은 아니다. 그러나 적어도 한 국가의 근본적 통치 구조와 작용원리를 명문화한 최고법인 헌법은 권력자의 의지나 필요에 따라 수정이 용이해서는 곤란할 것이다. 반면에 헌법 이외에 하위 법률이나 정치 제도는 정치사회적 현실의 변화에 능동적으로 대처할 수 있는 일정 수준의 유연성은 필요할 수 있다. 따라서 개정의 어려움, 즉 경직성에 따라 국가의 최상위법인 헌법은 보다 유연한 여타 하위 법률과도 구분될 수 있을 것이다. 그리고 입헌주의의 탄생 이래 근대의 대부분의 헌법은 경성헌법주의를 택하여 아주 까다롭고 어려운 헌법개정절차를 갖고 있는 경우가 다반사였다. 헌법을 현재의 권력자가 용이하게 바꿀 수 있다면, 그들의 권력 남용을 견제할 수단이 무용지물이 되어버리게 되는 것이기 헌법의 안정성(entrenchment)은 중요성을 갖는다. 어떤 주권의 대표자들도 권력의 유혹에 빠져들기 쉽고, 미래에 권력자가 그러지 않으리라는 것을 장담할 수 없기 때문에 엄격한 헌법개정절차를 헌법에 명시함으로써 또 다른 헌법 침해의 가능성을 사전에 차단하는 것이다. 이처럼 까다로운 헌법개정조항을 채택하는 것을 마치 우리가 미래에 혹 마주치게 될지 모르는 위험한 유혹에 대비에 우리 스스로를

묶어두기 위해 선택했다는 논리가 가능하고, 이런 관점에서 그것은 항해 중 매혹적인 사이렌의 유혹을 이겨내기 위해 스스로를 밧줄로 동여뒀던 율리시스에 종종 비유되기도 한다(Elster 1979; Versteeg and Zackin 2016, 657).

헌법 개정 절차가 까다롭고 복잡하면 시대를 넘어 항구성과 안정성을 갖게 되지만, 그러기 위해서 그 헌법은 구체성 보다는 추상성이나 일반성을 띄게 마련이다. 그런데 이렇게 고착화된 헌법(entrenched constitution)은 권력자의 정치적 권한 남용과 잠재적 헌법 침해를 방지해 줄 수는 있겠지만 동시에 그에 상응하는 다른 정치사회적 비용을 요구할 수도 있다(Versteeg and Zackin 2016, 659-60). 우선, 헌법에 명시된 내용들이 구체성을 결여하고 일반적이라면, 정책적 판단을 내리거나 중요한 선택을 할 때, 입법부, 행정부, 그리고 사법부의 헌법 해석이 많은 권위를 갖기 마련이다. 여기서 특히, 선출되지 않았으나 헌법 해석의 최고 권위를 갖는 사법부의 민주적 정당성 결여 문제가 심각하게 제기될 수 있다. 두 번째 비용은 정치 엘리트들이 만약 고착화된 헌법을 구상할 때부터 민주적 다수나 정치적 반대 세력으로부터 그들의 특권을 보호하고 고착화시키려 시도했을 수 있다는 가정에서 비롯된다. 이와 관련해 베어드(Charles Beard)는 미국 헌법이 부의 재분배를 시도할 수 있는 민주적 다수로부터 유산 계급이 그들의 물질적 우위를 고착화시키고자 하는 수단으로 고안되었다고 주장한 바 있다(Beard 1913). 세 번째 비용은 소위 “죽은자의 계약(dead-hand problem)” 문제라 할 수 있는 미국 헌법에 대한 토마스 제퍼슨의 비판과 연관된다. 즉, 헌법 개정을 어렵게 만든 이유가 인민으로 하여금 그들의 정부를 통제하기 위해서였는데, 현재를 살고 있는 시민들이 과거에 만들어져 좀처럼 변하지 않고 지속하는 헌법에 대해 과연 지분이 있는지, 그리고 그 과거세대로부터 물려받은 오래된 헌법을 통해 집권 정부를 효과적으로 통제할 수 있는가의 문제이다. 즉, 헌법이 불변하고 오래 지속하면 할수록, 현재를 살아가는 주권자가 아닌 과거세대가 현재의 정부나 대표자를 통제하는 불편한 모양새가 초래될 수도 있는 것이다. 그리고 마지막으로 발생할 수 있는 헌법 안정성의 비용은 아주 경험적인 사실에 근거하는데, 만

약 헌법을 바꾸기 어렵다면 결국 권력자들은 어렵게 그것을 수정하기를 시도하기 보다는 다른 우회적 수단--예를 들어, 새로운 입법이나 사법부 조직의 재편이나 재구성 등--를 동원해 충분히 그들의 의사를 실현할 수도 있다. 이렇게 된다면 현실적으로 헌법개정금지 조항이 본래 의도했던 기능에 있어 그 실효성에 문제가 있을 수 있다는 비판이 제기 될 수 있다.

물론 그렇다고 해서 보다 구체적이고 유연한 헌법 체계가 보다 우수하고 흠결이 없다는 것은 아니다. 연성헌법은 개정이 상대적으로 용이해 권력자의 권력 남용에 쉬이 노출될 수 있으며, 또한 다수결주의 논리에 함몰되어 자칫 소수자의 권익이 쉽게 침해 될 여지가 존재한다. 또한 헌법 조항의 내용이 구체적이면 구체적일수록 정치사회적 현실의 변화에 부합하게 아주 빈번한 개정 작업이 필요할 수도 있다. 그리고 시대 변화에 따라 빈번하게 헌법 수정을 추진해야 하는 경우 이에 따른 정치사회적 비용의 규모가 결코 작지 않을 것이다.

그렇다면 정부나 통치자에 대한 주권자 인민의 상이한 법적 통제 방식으로서 연성헌법과 경성헌법 체제에 대한 전 세계적 선호의 최근 트렌드는 어떠할까? 연성헌법에 의한 정부의 통제를 미시적 관리(micro-management) 그리고 경성헌법에 의한 전통적 통제 방식을 고착화(entrenchment)라고 할 때, 버스티그와 잭킨(Versteeg and Zackin)의 최근 연구에 따르면 역사적으로 본다면 세계 많은 국가들이 전통적인 경성헌법 시스템에서 미시적 관리의 유연한 헌법체계로 옮겨가고 있음을 확인할 수 있다(Versteeg and Zackin 2016). 버스티그와 잭킨에 따르면 이러한 트렌드는 민주주의의 심화를 요구하는 사회적 목소리 그리고 사법부 우위(judicial supremacy)에 대한 시민사회의 늘어난 저항과 연관된다.

물론, 헌법이 구체화되면 조항이나 문서의 양이 증가하게 되고, 그렇게 되면 결국 보다 빈번한 개정을 경험하게 된다(Lutz 1994).⁸⁾ 버스티그와 잭킨에 따르면, 연구에 포함된 전 세계 민주주의 국가들의 헌법 평균 지속 연령(entrenchment

8) 버스티그와 잭킨은 헌법의 구체성을 측정하기 위해 한 정치체제의 헌법이 포함하고 있는 고유한 단어 수(unique words)로 사용하였다.

score)은 약 5.3년이며, 가장 빈번한 헌법 수정을 경험한 국가들로는 인도, 조지아, 오스트리아, 뉴질랜드, 독일, 말라위, 멕시코 등이 있는데 이들 국가들은 평균 매 2년마다 헌법을 수정한 것으로 조사되었다. 반면에 미국은 226년의 시간 동안 오직 16번의 개헌을 경험해 약 13.3년의 헌법 평균 지속 연령을 보여주었다. 참고로 미국은 그들의 연구에서 일본, 덴마크, 파라과이 등과 함께 가장 안정적인 헌법체계를 운용하고 있는 국가이다.

그렇다면 이제 남은 문제는 어떤 방식이나 방향으로의 헌법 체계 발전이 과연 민주주의의 발전과 경험적으로 연관되는가라고 할 수 있다. 물론 그 해답은 의당 헌법 개정안을 마련하고 개헌을 전반적으로 추진해 나가는 과정에서 일반 시민들이 결코 소외되지 않고, 되도록 광범위한 계층의 사람들의 대표성을 담보할 수 있도록 참여가 보장된 방식일 때 구현 가능할 것이다. 이와 관련해 1974년부터 2011년 까지 개헌을 경험한 전 세계 118개국의 사례를 분석한 아이젠스타드와 동료들(Eisenstadt et. al. 2015)의 연구에 따르면, 개정 헌법 공포 후 약 62 개국에서 민주주의 수준(the Polity IV 그리고 Unified Democracy Score)이 개선된 반면, 70개 국가에서는 민주주의 수준이 감퇴하거나 그대로 머무른 것으로 조사되었다.⁹⁾ 연구자들은 헌법 개정 과정을 초안 작성(drafting), 토론 과정(debating), 그리고 인준 과정(ratification)으로 나누었는데, 아이젠스타드 등에 따르면 개헌 후 민주주의 수준의 변화와 차이를 초래하는 주된 요인은 개헌의 첫 단추라고 할 수 있는 초안 작성 과정에서의 시민의 활발한 참여라 할 수 있다. 이는 결국 개헌 과정의 정당성과 그 효과성 또한 심의민주주의(deliberative democracy)의 관점에서 접근할 필요성이 있음을 다시금 상기시켜 준다고 할 수 있다.

아이젠스타드 등의 연구가 헌법 개정 과정에 있어 시민의 참여를 강조하였던 기존 연구들(예를 들어, Elster 2012)과 구분되는 것은 기존연구들이 시민의 역할

9) 아이젠스타드 등의 연구는 연구 기간 동안 118개 국가에서 약 138 건의 새 헌법이 등장한 만큼 ‘개헌’의 측정을 명확한 공포(promulgation)의 여부로 판단하였다(Eisenstadt et. al. 2015).

과 참여를 주로 개혁 작업 후반기(토의과정 또는 비준과정)에서 모색하였다면, 이 경험적 연구는 개혁 초기 작업이라 할 수 있는 초안 작성 과정에서 시민의 관여 정도가 개혁 이후 민주주의 발전에 보다 결정적 영향을 미칠 수 있다는 주장을 펼친데 존재할 것이다.¹⁰⁾ 실제로 그들의 경험적 연구결과에 따르면, 개혁 과정 전반에 대한 시민 참여의 개방성이 높을수록 개혁 후 헌정체제의 평균적 민주성이 높은 것으로 나타났으며, 특히 개혁 과정 가운데서도 토의나 인준과정에서 보다 개혁초안 작업 과정에서의 높은 개방성과 시민 참여도가 개혁 후 민주성 제고에 더 효과적인 것으로 조사되었다(Eisenstadt et. al. 2015).¹¹⁾ 아이젠스타드와 동료 연구자들은 헌법 개정 작업에 대한 시민 참여 개방도를 높여 개혁 후 민주주의 수준의 제고를 가져온 최근의 사례들로 콜롬비아(1991년), 포르투갈(1976년), 우간다(1995년) 그리고 튀니지(2015년)를 예시로 들고 있다.

그들은 새 헌법 작성 과정에서 시민 참여 정도를 세 가지 유형으로 포고령(decreed), 혼합형(mixed modalities), 그리고 다두제식(polyarchic) 방식으로 분류한다. 포고령 방식은 개혁 과정이 엘리트 주도의 하향식으로 전개되고 외부와의 의미 있는 소통 과정 없이 행정부 주도로 투명하지 않게 진행된다. 반면에 다두제 유형의 경우 새 헌법을 조각하는 과정에서 사회 각 부문의 일반 시민들에게 광범위하고 의미 있는 참여의 기회가 보장되는 방식이라 할 수 있다. 당연히 헌법 개정 과정의 투명성과 개방성은 상향식의 다두제 방식이 하향식의 포고령 유형보다 더 높다. 그리고 혼합형은 엘리트 주도의 하향식 방식과 시민 참여의 상향식 방식이 혼재된 유형이라 할 수 있다. 헌법의 비준 과정을 예를 들어 설명하면, 포고령 유형은 국민투표 없이 행정부의 포고령에 의해 새 헌법이 비준되는

10) 아이젠스타드 등의 연구 이외에, 새 헌법 개정 과정, 특히 초안 작성 단계에서 시민의 포괄적(inclusive) 참여와 투명성이 개혁 이후 민주주의 발전에 주요한 영향을 미칠 수 있다는 주장으로는 Carey(2009), Ginsberg(2012), 그리고 Holmes(1988) 등이 있다.

11) 아이젠스타드 등의 경험적 분석에서 새 헌법 구성 과정을 조각화한 process 변수를 drafting(초안작성), debate(토의), 그리고 ratification(인준)의 3단계로 세분화하여 회귀분석을 실시하였을 때, 오직 drafting 변수만 통계적으로 유의미하게 나타났다.

것이라면, 다두제 방식의 비준은 “자유롭고 공정한 국민투표(free and fair referendum)”를 거치게 된다. 초안 작성 과정(drafting)의 경우 포고령 방식에서는 강력한 행정부나 행정부가 임명한 위원회 등 소수의 엘리트 주도로 진행된다면, 다두제 방식에서는 자유롭고 공정하게 선출된 헌법초안위원회나 체계적인 시민 사회의 주도로 전개된다 할 수 있다.

정리하자면, 근래에 많은 수의 국가들이 종래의 경성헌법 지향에서 탈피하여 내용과 조항의 구체성과 빈번한 개정을 수반하는 연성헌법 지향으로 변모해 가고 있다(Versteeg and Zackin 2016). 또한 1974년부터 2011년 까지 약 40년에 가까운 시간 동안 몇 차례의 헌법 개정을 수행한 바 있는 세계 국가들의 경험에 따르면, 개헌이 민주주의 발전에 기여하는가의 여부는 개헌 초기의 초안 작성 과정이 얼마나 시민 참여에 개방적이고 투명한가의 여부에 따라 결정되는 경향을 갖는다(Eisenstadt et. al. 2015). 이러한 경험적 결과는 결국 민주주의가 심화되어 감에 따라 또는 공고화된 민주주의에 대한 사회적 열망의 결과로 헌법에 대한 민주적 통제가 보다 일반화되어 가고 있으며, 개헌 절차의 포괄성, 개방성, 투명성이 높을 때 새 헌법의 민주주의 제고 효과는 극대화될 수 있음을 증언해 주고 있다. 이러한 관점은 최근 많은 곳에서 불거지고 있는 대의제의 위기와 문제점들을 정치과정에 대한 보다 적극적인 시민들의 참여를 통해 해결하고자 하는 참여 민주주의의 시각에 부합한다(Pateman 1970; 2012). 이는 또한 선거를 통해 주권을 위임받은 대표자들의 의사와 민의가 불일치 할 때, 시민들이 투표가 아닌 적극적 의제형성과 제안, 그리고 소통과 심의 등 대안적 방법을 동원해 선거민주주의의 한계를 극복하고자 한다는 점에서 앞에 소개된 민주주의의 이원론적 시각에도 부합할 수 있다(박명림 2005a).

이는 최근에 시민의 정치과정에 대한 적극적 참여를 기반으로 한 촛불 혁명을 통해 정치적으로 무능력하고 부패한 대표자를 탄핵하고 새로운 민주적 정권을 평화적으로 선출해 낸 우리 사회에 시사하는 바가 크다. 이번 촛불 혁명에서 잘 드러났듯이, 우리 시민들의 정치에 대한 관심도나 민주주의에 대한 믿음은 그

어느 민주주의 국가의 시민들 못지않다. 세 번의 평화적 정권 교체를 이룩한 한국의 제도적 민주주의 수준은 이미 상당 수준에 이르렀다 평가할 수 있으나, 여전히 시민들이 한국 대의제 시스템에 대해 갖는 불만은 높다. 많은 조사 결과들이 국회나 정치인들에 대한 우리 시민들의 낮은 신뢰 수준을 보여주었다. 문제는 현재 그 어느 때보다 개혁에 대한 국민적 관심이 높다는 데 있다. 특히, 현재 우리 국민들은 권력구조 개편이나 경제민주화 그리고 기본권이나 인권의 강화 못지않게 사법제도 개혁에 대한 열망도 높다. 이런 배경 하에서 개혁이 충분한 사회적 숙의나 공론화 과정 없이 예전처럼 몇 몇 정치엘리트나 전문가들에 의해 졸속으로 추진된다면, 설사 그 개혁안이 통과된다 할지라도 새 헌법의 안정성이나 민주적 정당성은 결코 보장 받기 어려울 수 있다. 이런 점에서 헌법 개정 작업은 보다 투명하고, 시민참여에 개방적이며, 충분한 사회적 합의 과정을 통해 진행되어야 할 필요가 있는 것이다.

5. 개혁의 원칙과 과제: 어떤 개혁을 할 것인가?

87년 6월 민주화 항쟁의 결과로 마련된 소위 87년 헌법이 어느덧 30년을 맞이하였다. 그간 한국 사회는 눈부신 경제성장과 동시에 비교적 안정적인 민주정치 체제를 발전시켜 왔다. 그런 가운데 2017년에는 소위 촛불혁명으로 일컬어지는 또 한 번의 시민혁명을 통해 부패한 정치권력을 몰아내고 평화적이고 민주적인 절차를 통해 새로운 정부를 맞이하게 되었다. 그리고 정권 말이나 새 정부가 출범할 때면 어김없이 흘러나오던 권력구조 개편론 등 개혁론은 이번에도 제기되고 있다. 아주 오랜만에 국회 내에 개헌특위도 구성되었다. 물론, 87년 9차 헌법 개정 이래 정치권을 중심으로 주기적으로 개헌 논의가 불거져 나왔다. 그런데 이번에는 개헌 자체가 대통령 탄핵을 통해 보궐선거로 당선된 새 대통령의 주요 공약 중 하나였다. 부패한 권력의 국정농단과 헌정 사상 유례없는 현직 대통령

탄핵을 경험하며 개헌에 대한 관심과 기대는 그 어느 때보다 활발히 확산되기도 하였던 것이다.

우리는 지난 30년 동안 현직의 문재인 대통령을 포함해 총 7명의 대통령을 경험해오고 있다. 그런데 몇 번의 정권교체에도 불구하고, 소위 “제왕적 대통령”의 문제, 친인척 포함 대통령 측근이 연루된 권력형 부패 스캔들, 그리고 대통령의 조기 레임덕이나 권력 누수 문제는 여전히 우리 정치 시스템을 설명하는 단골 메뉴처럼 등장하고 있다. 이 문제들이 결국 한국 민주주의의 발전과 도약에 심각한 저해 요인으로 작용하고 있다고 해도 과언은 아니다. 이런 이유로 권력구조 개편과 관련해 다양한 정략적 이해관계를 바탕으로 동상이몽을 품고 있는 우리 정치권뿐만 아니라, 많은 국민들 또한 현행 대통령제 개혁 등을 포함한 개헌안에 많은 관심을 보이고 있는 것이 사실이다. 특히, 박근혜-최순실 게이트와 대통령 탄핵은 그간 대통령 중심제가 과연 우리 헌정 체제에 적실한가의 문제를 둘러싸고 수면 아래서 꾸준히 존재해 오던 개헌 논의를 수면 위로 부상시킨 직접적 계기 되었다.

한편, 권력구조 개편론과 더불어 87년 이래 지난 30년 동안 우리 사회가 겪어 온 다양한 정치 사회적 현실의 변화들--예를 들어, 이주민의 증가와 다문화 사회로의 이행, 심화되는 사회경제적 불평등과 양극화 문제, 정보통신 기술의 눈부신 발달과 4차 산업혁명의 가속화, 고령화와 청년실업 문제, 분단체제의 지속 그리고 자살, 빈곤, 공교육 붕괴 등의 여타 사회 문제들은 87년 체제의 적실성과 효용성에 대한 재평가를 요구하고 있다. 특히, 앞에서 언급했듯이, 대통령 직선제 회복이라는 제한된 목표에 함몰된 나머지 여타 중요한 안건이나 쟁점들을 남겨 둔 채, 유신 이전의 헌법 체계를 기준으로 삼아 불과 넉 달 만에 완료된 87년 개헌의 역사와 그 연원을 돌이켜 본다면(강원택 2017), 과연 현행 헌법이 다방면에서 급격한 사회변동을 경험해 온 현재 우리 사회의 현실에 잘 부합하는가라는 보다 근본적인 문제도 제기될 수 있다.

물론, 정치개혁의 필요성에 대한 국민적 공감대와 빠른 사회 변동에 맞추어

우리 헌법체제를 재정비해야 한다는 요구에 대응하여 우리 헌정사에서 유례없이 30년 동안 안정적으로 헌정질서를 유지시켜 온 현행 헌법을 과연 바꿀 필요가 있는가라는 반론이 제기될 수도 있다. 분명 정치제도나 헌법체제의 개혁을 통해 개선될 수 있는 문제들도 있으나, 다른 한편으로는 우리가 지금까지 유지해 온 헌정체제의 안정성을 자칫 잃어버릴 위험성도 존재하는 것은 사실이기 때문이다. 또한 한 가지 분명한 사실은 국가의 최상위법이라고 할 수 있는 헌법 개정을 둘러싸고 그 추진 과정에서 지금까지 경험해 보지 못한 막대한 정치사회적 갈등과 비용이 초래될 위험성이 존재하는 것도 부인할 수 없는 사실이다.

따라서 정치개혁의 필요성에 대한 공감에서 만약 개혁을 해야 한다면, 그것은 제도 개혁의 비용을 최소화하고 정당성과 효율성을 극대화하는 방식으로 전개되어야 할 것이다. 그러기 위해서 우선 향후 개혁은 제도 변화가 초래할 수 있는 다양한 비용에 대한 고려와 조율이 선행되어야 한다. 이와 관련해 개혁을 일종의 새로운 헌법체제의 선택을 위한 집합적 의사결정(collective decision-making) 과정으로 본다면, 뷰케넌과 킬록(Buchanan and Tullock)의 이론을 적용하여 헌법 제도 변화로 인해 발생하는 외부비용(external costs)을 크게 거래비용(transaction costs)과 순응비용(conformity costs)로 나누어 생각해 볼 필요도 있다(Buchanan and Tullock 1962; Lutz 1994, 356; 문우진 2007). 여기서 거래비용이 의사결정 도출 과정에 수반되는 효율성과 관련된다면, 순응비용은 최종적으로 도출된 의사결정을 선호하지 않는 개인이나 집단(주로 소수자들)이 감수해야 하는 대표성과 관련된 비용이라 할 수 있을 것이다. 예를 들어, 최소한의 토론이나 심의과정 없이 무조건적으로 다수결주의를 강요하는 의사결정 방식은 거래비용을 감소시킬 수 있으나 사회에 막대한 순응비용을 초래할 수 있다. 반면에, 만장일치제는 순응비용을 최소화하여 높은 수준의 고른 대표성을 확보하게 하지만, 효율성과 관련된 거래비용은 그만큼 증가하게 되는 것이다. 즉, 집합적 의사결정 과정으로서 개혁에 수반되는 거래비용과 순응비용 사이에는 역(-)의 관계가 존재하며, 따라서 이상적인 헌법 설계는 효율성과 대표성으로 각각 대변되는 이 두 비용의 적절한

조화 속에서 추진될 수 있을 것이다.

이 같은 개혁의 사회적 비용을 최소화하기 위한 가장 쉬운 방법은 물론 논쟁적인 쟁점보다는 쉽게 많은 국민들의 동의를 구할 수 있는 합의 사안들을 중심으로 한 부분 개혁일 것이다. 다시 말해, 다양한 사회 그룹 간에 복잡하게 이해관계로 얽혀있어 대립과 반목을 초래할 수 있는 논쟁적인 이슈보다는 이미 많은 국민들이 변화나 개혁에 공감하고 있는 시급한 안건들을 중심으로 한 단계적 접근이 개혁의 효과적 전략일 수도 있다. 그러나 이러한 부분 개혁은 현재 우리 사회에서 개혁론이 부상하게 된 근본적 이유를 자칫 피해가게 하고 개혁의 효과성을 감소시키게 할 수 있다. 그러므로 만약 개혁을 해야 한다면, 특정 그룹이나 개인이 제도 개혁 과정에서 배제되거나 소외되지 않게 되도록 투명하고 개방적으로 진행되어야 할 것이다. 다시 말해, 체계적인 대표 시스템의 구축을 통해 사회 각 부문의 이해관계자들이 헌법 개정의 주요 과정에 광범위하게 참여할 수 있는 기회가 마련되어야 한다. 이를 위해서는 주요 안건 및 의제에 대한 충분한 심의와 공론화 과정이 필수적 요건이라 할 수 있을 것이다. 물론, 다수의 이해관계자가 개혁 과정에 관여하고 참여하게 되면 그 만큼 거래비용은 증가하게 될 것이다. 그러나 이전의 경우에서처럼 오직 소수의 엘리트나 이해관계자들에게만 개혁 과정에 대한 참여가 제한적으로 허용된다면, 우리 공동체는 개혁 이후에 막대한 순응비용을 지불해야 할 것이다.

이 문제는 결국 개혁 과정의 개방성, 투명성, 그리고 보다 중요하게는 민주적 정당성의 문제와 직결될 수 있다. 대의민주주의가 잘 작동하고, 대표 체제에 대한 유권자들의 불만이 높지 않다면 개혁은 선거를 통해 주권을 위임 받은 대표자들을 중심으로 진행될 수 있을 것이다. 그러나 우리는 민주화 이후 지난 30년 동안 많은 부문에서 한국의 대의제가 갖고 있는 문제, 그리고 국회나 정치인들에 대해 우리 국민들이 갖고 있는 아주 낮은 신뢰와 불만을 쉽게 확인할 수 있었다(예를 들어, 김용철 2016). 2004년 노무현 대통령에 대한 국회의 무리한 탄핵 소추 추진과 그에 대한 역풍으로 17대 총선에서 많은 현직 의원들이 유권자들의

심판을 받았던 사실은 우리의 대의민주주의의 시스템이 갖고 있는 위기의 단면을 보여주었다. 그리고 최근에는 민주적 선거를 통해 선출된 행정부 수반의 무능과 부패, 그리고 권력 오남용에 맞서 아주 많은 시민들이 투표소가 아닌 광장에 모여 촛불을 들고 헌정 사상 초유의 현직 대통령 탄핵을 이루어내기도 하였다. 이번 대통령 탄핵 사건을 통해 우리는 한국 대의민주주의의 위기와 그 보완책으로서 참여민주주의의 역할에 대해서도 보다 깊이 있게 고민해 보게 되었다. 그러므로 향후 개혁 과정은 결코 정치권을 중심으로 제한된 소수 엘리트에게만 국한된 다기보다는 이러한 참여민주주의적 열망을 잘 반영할 수 있는 방식으로 진행되어야 할 것이다. 만약, 개혁이 소수 엘리트나 전문가 중심으로 전개되어 민의로부터 괴리된다면 그 역풍은 불 보듯 뻔하기 때문이다.

한편, 우리 정치권이 주요한 정치적 의제들을 대화와 타협을 통해 해결하지 못하고 사법적 판단에 기대어 문제를 해결하려는 경향을 보이는 등 최근 우리 사회의 정치사회적 갈등이 고조되면서 정치의 사법화 현상이 가속화됨에 따라 선출되지 않은 권력이라 할 수 있는 사법부에 대한 민주적 통제나 감시 방안에 대한 논의도 꾸준히 불거져 나오고 있다(김용철 2009; 박은정 2010; 윤정인·김선택 2015; 최선 2015). 즉, 사회의 주요한 정치적 쟁점과 현안에 대한 사법적 판단과 해결의 빈도가 증가하면 할수록, 사법부에 대한 민주적 통제에 대한 논의가 보다 심각하게 불거져 나올 것이며, 이 문제는 결국 입헌주의와 민주주의 간의 긴장과 갈등 문제로 집약되어 나타날 것이다. 사법 권력의 부상에 따라 헌법 해석의 권위와 중요성이 증가하면 할수록, 결국 선거를 통해 주기적으로 선출되는 대상이 아닌 사법부를 어떻게 민주적으로 통제할 수 있는 것인가의 문제가 제기 될 것이고, 이는 또한 최고법이라 할 수 있는 헌법 개정 담론과 결부되어 나타날 수 있다. 헌법에 되도록 추상적이고 일반적인 내용들을 줄이고, 구체적이고 세부적인 조항들을 추가한다면 헌법 해석의 애매함이나 모호성으로부터 불거질 수 있는 여러 문제들의 해결을 기대할 수 있기 때문이다. 그러나 문제는 헌법 조항이 구체적이면 구체적일수록 미래에 보다 빈번한 헌법 개정을 필요하기 마련이

고 이는 사회적으로도 막대한 비용을 수반할 뿐만 아니라 현실적으로 개헌 자체가 결코 쉬운 과정은 아니기 때문에 헌법 조항의 구체성과 일반성 사이에서 최적화된 균형에 대한 심도 있는 고민이 필요하다. 이와 관련해 지나치게 일반적인 헌법 조항은 사법부에게 많은 재량을 허용하는 사법적극주의(judicial activism) 논의와 결부되어 이 문제를 둘러싼 격한 논쟁을 불러일으킬 것이다. 다만, 오늘 날 민주주의의 실질적 양태라 할 수 있는 다수결주의 논리를 사법에 적극 도입할 경우 소수자의 권익이나 정치적 권리가 지나치게 침해될 여지가 있는 만큼 이에 대한 신중한 접근도 동시에 필요할 것이다.

결국, 한 국가의 근본적 법질서 체제 개편이라는 관점에서 개헌을 바라본다면, 그것이 초래할 정치사회적 비용은 결코 만만치 않을 것이다. 그러나 현행 제도가 유지해 온 헌정체제의 안정성 보다 민주주의의 질적 심화에 따른 헌법 재정비의 필요성이 더 크게 다가온다면, 그 개헌은 민주주의와 입헌주의의 조화적 관점에서 접근해야 할 것이다. 또한, 헌법 개정의 필요성에 대한 광범위한 사회적 공감대가 존재한다면, 되도록 개헌에 수반되는 외부비용을 최소화하는 방향에서 고려되어야 할 것이다. 물론, 여기서 제도변화의 외부비용은 거래비용과 순응비용을 동시에 포함하게 된다. 따라서 개헌 절차의 효율성만 고려한 나머지 일부 엘리트 세력이나 최소한의 시민들에게만 개헌 논의 과정이 제한되어서는 안 될 것이다. 오히려 새 헌법안을 구성하고 심의하는 과정에 되도록 다양하고 폭넓은 시민들의 참여와 발언권이 허용된다면, 개헌 이후 우리 사회 구성원들이 감당해야 하는 순응비용을 감소시킬 수 있을 것이다. 이와 관련해 아이젠슈타트 등의 연구는 개헌 과정에서 개정의 중후반부 작업이라 할 수 있는 토의(debating)나 전국민적 인준(ratification) 과정에 대한 시민들의 관여보다도 오히려 초반 작업이라 할 수 있는 헌법안 초안 작성과정(drafting)에 대한 광범위한 시민참여가 개헌 후 민주주의 수준에 보다 긍정적 효과가 있음을 국가 간 비교연구를 통해 경험적으로 입증해 주었다. 이는 결국, 민주주의의 질적 심화에 따른 헌법의 재정비라는 당면한 목적에 보다 충실하기 위해서는 비단 제시된 새 헌법안에 대한 투표나

승인 과정에 일반시민들의 역할이 제한된 다기 보다는 새 헌법의 초안 작성 및 심의 과정에 대한 시민들의 광범위한 참여가 보장될 필요가 있음을 의미하는 것이다.

개헌 초기 작업에서 특정 사회 세력의 의견이 지나치게 과도하게 반영되고, 그 과정에서 배제된 사람들의 견해는 원천적으로 무시되거나 과소대표 된다면, 새 헌법에 대한 다수 시민들의 폭넓은 공감대를 기대하기는 어렵다. 이런 점에서 최근 정치사회적으로 많은 관심을 받고 있는 숙의민주주의 모형 또는 공론화 위원회 등의 제도적 보완책을 통해 개헌에 관심이 있는 많은 시민들의 참여가 공평하게 보장될 수 있다면, 개헌 과정에 대한 사회적 불만을 최소화하고, 그 결과에 대한 시민들의 폭넓은 지지를 이끌어내어 궁극적으로 민주주의의 질적 제고에 더 기여할 수 있을 것이다.

참고문헌

- 강원택. 2017. “87년 헌법의 개헌 과정과 시대적 함의.” 『역사비평』 119, 12-37.
- 강정인. 2008. “민주화 이후 한국정치에서 자유민주주의와 법치주의의 충돌.” 『서울대학교 법학』 49(3), 40-75.
- 곽준혁. 2005. “민주주의와 공화주의: 헌정체제의 두 가지 원칙.” 『한국정치학회보』 39(3), 33-57.
- 김성호. 2004. “권력구조와 민주주의.” 진영재 편. 『한국 권력구조의 이해』 서울: 나남.
- 김용철. 2009. “의사규칙의 제도화와 정치적 현저성, 그리고 한국 국회의 의사진행: 헌법재판소 청구사건들에 대한 분석.” 『의정연구』 15(2), 5-34.
- 김용철. 2016. “한국 민주주의의 품질: 민주화가 정제된 결합 있는 민주주의.” 『현대정치연구』 9(2), 31-62.
- 김용철. 2017. “민주주의 질적 심화의 관점에서 본 권력구조 개편: 의원내각제의 도입과 비례대표제의 확대.” 『21세기정치학회보』 27(3), 1-25.
- 김 욱. 2009. 『의원내각제 개헌의 가능성과 성공조건』 서울: 미래한국재단.
- 김종철. 2016. “개헌, 어떻게 볼 것인가?” 『내일을 여는 역사』 64, 84-97.
- 김종철. 2017. “헌법개정의 정치학: 87년 체제의 평가와 헌법개정의 조건 및 방향.” 『법과 사회』 55, 171-206.
- 김해원. 2017. 『개헌의 이론과 현실 헌법개정』 대구: 한티재.
- 달, 로버트. 2016. 박상훈·박수형 옮김. 『미국 헌법과 민주주의』 서울: 후마니타스.
- 문우진. 2007. “대의민주주의의 최적화 문제와 헌법 설계: 정치거래 이론과 적용.” 『한국정치학회보』 41(3), 5-31.
- 박명림. 2005a. “헌법, 헌법주의, 그리고 한국 민주주의: 2004년 노무현 대통령 탄핵사태를 중심으로.” 『한국정치학회보』 39(1), 253-276.
- 박명림. 2005b. “87년 헌정체제 개혁과 한국 민주주의: 무엇을, 왜, 어떻게 바꿀 것인가.” 『창작과비평』 33(4), 34-51.
- 박성우. 2006. “민주주의와 헌정주의의 갈등과 조화: 미국헌법 해석에 있어서 원본주의(Originalism) 논쟁의 의미와 역할.” 『한국정치학회보』 40(3), 55-78.
- 박은정. 2010. “‘정치의 사법화(司法化)’와 민주주의.” 『서울대학교 법학』 51(1), 1-26.

- 성낙인. 2011. 『대한민국헌법사』 파주: 법문사.
- 안순철. 2004. “내각제와 다정당체제: 제도적 조화와 모색.” 진영재 편. 『한국 권력구조의 이해』 서울: 나남, 111-146.
- 윤정인·김선택. 2015. “헌법재판소는 민주주의의 수호자인가.” 『공법학연구』 16(1), 135-162.
- 정만희. 2010. “헌법개정 논의: 헌법개정의 필요성과 개혁절차·방법에 관한 검토.” 『동아 법학』 47, 1-53.
- 정준표. 2013. “사법심사, 입헌주의와 민주주의.” 『대한정치학회보』 20(3), 97-128.
- 최 선. 2015. “사법권력의 증대와 통제: 민주주의와 법치주의의 관계를 중심으로.” 『헌법학연구』 21(1), 165-197.
- 최장집. 2016. “민주주의와 헌정주의: 미국과 한국.” 로버트 달 지음. 박상훈·박수형 옮김. 『미국 헌법과 민주주의』 서울: 후마니타스.
- Ackerman, Bruce. 1991. *We the People: Foundations*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Beard, Charles A. 1913. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. New York: Macmillan Co.
- Buchanan, James M. and Gordon Tullock. 1962. *The Calculus of Consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Carey, John M. 2009. “Does It Matter How a Constitution is Created?” in Z. Barany and R. Moser, ed. *Is Democracy Exportable?* Cambridge: Cambridge University Press.
- Eisenstadt, Todd A., A. Carl LeVan, and Tofiqh Maboudi. 2015. “When Tak Trumps Texts: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974-2011.” *American Political Science Review* 109(3), 592-612.
- Elster, Jon. 1979. *Ulysses and the Sirens*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Elster, Jon. 1988. “Introduction.” in Jon Elster and Rune Slagstad, ed. *Constitutionalism and Democracy*. New York: Cambridge University Press.
- Elster, Jon. 2012. “The Optimal Design of a Constituent Assembly.” In H. Landemore

- and J. Elster, ed. *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ginsburg, Tom. 2012. "Introduction." in Tom Ginsburg. *Comparative Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Holems, Stephen. 1988. "Precommitment and the Paradox of Democracy." In R. Slagstad and J. Elster, ed. *Constitutionalism and Democracy*. New York: Cambridge University Press.
- Lutz, Donald S. 1994. "Toward a Theory of Constitutional Amendment." *American Political Science Review* 88(2), 355-370.
- Pateman, Carole. 1970. *Participation and Democratic Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pateman, Carole. 2012. "Participatory Democracy Revisited." *Perspective on Politics* 10(1), 7-19.
- Sejersted, Francis. 1988. "Democracy and the Rule of Law: Some Historical Experiences in the Striving for Good Government." in Jon Elster and Rune Slagstad, eds. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sunstein, Cass R. 1988. "Constitutionalism and Democracies: an Epilogue." Jon Elster and Rune Slagstad, eds. *Constitutionalism and Democracy*. New York: Cambridge University Press.
- Versteeg, Mila and Emily Zackin. 2016. "Constitutions Unentrenched: Toward an Alternative Theory of Constitutional Design." *American Political Science Review* 110(4), 657-674.
- Woolin, Sheldon. 1989. "Collective Identity and Constitutional Power." *The Presence of the Past: Essays on the State and the Constitution*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.

투고일: 2018. 02. 17. 심사일: 2018. 03. 15. 게재확정일: 2018. 04. 12.

“The Deepening of Democracy and the Direction of the Constitutional Amendment in South Korea: Beyond the Constitutional Entrenchment”

Lee, Jae Mook | Hankuk University of Foreign Studies

Discussions is in full swing in Korea regarding the revision of the Constitution of the 9th Amendment, which has been ongoing for 30 years since its introduction in 1987 with democratization. There is a greater interest than ever before in constitutional amendments in Korea among the general public as well as political elites. If the goal of democratization was to establish the rule of law, as democracy develops, we often see conflict and tension between democracy and rule of law especially through the judicialization of politics. This paper evaluates the necessity of amendment from the perspective of deepening of democracy in Korea and suggests the procedure and direction of amendment in terms of harmony of democracy and constitutionalism. In particular, we suggests amendment method to improve the quality of democracy after the amendment including the relaxing the rigidity of the constitution, and discusses ways to minimize the political and social costs caused by the amendment.

Key Words | Constitution, Amendment, Rule of Law, Democracy, Judicialization of Politics, Constitutionalism