

서 평

▮ 강상규, 『동아시아 역사학 선언:
근대 동아시아에 나타난 역사적 전환들』
(에피스테메, 2021년 10월)을 읽다

정 혜 선

▮ 헌법에서 논증은 무엇이며 어떻게 해야 하는가?
- 『헌법논증이론』을 읽고 -

최 규 환

강상규, 『동아시아 역사학 선언: 근대 동아시아에 나타난 역사적 전환들』 (에피스테메, 2021년 10월)을 읽다

정혜선

협성대학교 초빙교수
성균관대 동아시아역사연구소 수석연구원

동아시아 근대의 역사적 성찰-다중거울과 추체험

현재 동아시아는 정치 경제적 크고 작은 충돌, 동북공정, 교과서 왜곡이라는 기억을 둘러싼 역사 전쟁 등등으로 침예하게 대립하고 있다. 왜 이렇게 된 것일까? 미래 우리 동아시아는 과연 희망을 그려낼 수 있기는 한 것일까? 우리는 지금 어떤 기로에 서 있다.

막막한 위기 앞에서, 이 책은 해결책을 절실하게 추적했고, 그 답으로 ‘동아시아 역사학’을 제창하고 있다. ‘동아시아 역사학 선언’은 그대로 책 제목이 되었다. 한·중·일의 근대를 일국사, 자국사 중심의 파편화된 순간적 사건들로 접근하지 말고 동아시아 속에서 유기적으로 연관되어 일어난 사건, 동아시아 근대의 큰 틀 속에서 파악해야 한다는 것이다. 그런데 현재는 단기적이고 자국 중심으로 보는 사고가 팽배하기에 이 책은 ‘선언’이라 표현했다.

저자는 한·중·일의 근대를 파편화된 조각이 아니라 동아시아 역사학이라는 큰 그림으로 포착하기 위해 두 가지 방식, 즉 ‘다중거울과 추체험’이라는 방법론을 제기한다. 다중거울은 하나의 사건을 역사적 전후와 연관 지어 계기적이며 연속성을 갖고 다중적으로 바라보는 것을 말한다. 다중거울의 시선은 고정적이지 않다. 다중거울은 끊임없이 변화하는 것을 고려하여 그 최적의 지점을 맞추면서도, 머물지 않고 움직여 가는 변화를 다시금 포착하여 새로운 그림을 그려간다. 마치 운전자가 다중의 거울을 참고하여 운전하듯이.

그렇게 동아시아 근대를 다중거울로 맞추어 입체적으로 바라보면서, 마치 지금 자신이 체험하듯 다른 시공간의 사건들 속으로 들어가라고 주문한다. 동아시아 근대 속 사건은 나와 거리가 먼 거룩한 지점이 아니다. 바로 나의 삶과 연결된 ‘지금 여기’이다. 다중거울과 추체험은 동아시아 근대를 유연하고 큰 그림을 담은 역사적 성찰로 진입하는 주요한 통로이다.

이 책은 19세기 후반에서 21세기 초반까지의 근대적 전환기를 다음과 같이 4개 시기로 나누어 역사학적 성찰을 하고 있다.

- 제1기 19세기 후반, 서양의 팽창과 ‘동아시아 문명기준의 역전’
- 제2기 20세기 전반, 제1, 2차 세계대전과 ‘제국 일본의 동아시아 50년 전쟁’
- 제3기 20세기 후반, 전 지구적 냉전과 ‘동아시아 전후체제’
- 제4기 21세기 초반, 근대 문명의 복합위기와 ‘지금, 여기’ 동아시아의 선택

제1기 19세기 후반은 서양이 팽창하면서, 한·중·일은 서양의 우월한 힘 앞에서 적응해 가야만 했고, 기존의 고유한 문명 기준을 서양이라는 외래가 제시하는 문명기준으로 바꿀 것을

강요당했다. 그야말로 동아시아 차원에서 보면 ‘문명기준이 역전’된 시기라는 것이다.

제2기 20세기 전반은 제국 일본이 먼저 체제를 정비하고 제국주의로 나서며, 청일전쟁·러일전쟁·제1차 세계대전·1931년 만주사변·1937년 중일전쟁·태평양전쟁에 이르기까지 거의 50년에 걸쳐 기나긴 전쟁으로 돌진해 간 시기이다. 이 책은 그 시기를 ‘제국 일본의 동아시아 50년 전쟁’이라 호명했다. 제국 일본의 동아시아 50년 전쟁의 관점에서 조망해 보면, 기존의 제1, 2차 세계대전이라는 프레임과 일국사적인 시점에서는 보이지 않던 사각지대의 부분들이 선명하게 모습을 드러낸다는 것이다.

제3기 20세기 후반의 ‘동아시아 전후체제’는 제2차 세계대전이 끝나고 냉전이 전개되면서 형성된 한·중·일의 상황을 다루고 있다. 냉전 후 전개된 한·중·일의 ‘동아시아 전후체제’는 크게 3개의 축으로 이루어지는데, 첫째가 한반도의 적대적 분단체제, 둘째가 일본의 평화헌법과 미일안보체제를 기반으로 하는 경제 우선주의, 셋째가 공산권 중국과 자유주의권 대만이라는 두 개의 중국체제가 바로 그것이다, 이 세 가지가 3기 동아시아 전후체제를 이루는 주축이 된다. 이들은 서로 상관없는 것처럼 보이지만, 만들어지는 과정부터 긴밀하게 연결되어 있었다.

작은 부분이지만 책에 나오는 예를 뽑아보면, 일본은 한국전쟁에 힘입어 패전의 후유증을 극복하였으며, 일본을 되살아나게 한 한국전쟁은 중국 공산화와 연동되어 일어났다. 일본은 고도경제성장으로 자신감을 회복했으며 중국은 한국전쟁을 통해 새로운 국가만들기의 모멘텀을 확보해갔다고 지적한다. 3기

에 일어나는 한·중·일의 상황은 동아시아와 연동되어 나타난 것이지, 기존의 관점처럼 한·중·일의 역사를 별개로 분리한 파편화된 퍼즐만으로는 도저히 역사의 전후 맥락이 해석되기 어렵다고 저자는 강조한다.

임계점에 도달한 ‘동아시아 전후체제’

제4기, 글로벌 냉전이 끝나고 나서 근대문명의 복합위기가 심각해지는, 현재 21세기를 ‘지금, 여기 동아시아의 선택’이라는 절박한 용어를 사용하며 분석한다. 4번째 시기는 3번째 시기와 그대로 연결되어 있다. 소련의 붕괴, 베를린 장벽의 붕괴로 냉전이 끝난 지 30년 세월이 흘렀음에도 불구하고, 지금으로부터 무려 70여 년 전 냉전의 시작과 더불어 성립한 ‘동아시아 전후체제’가 여전히 지속된 채 유지되고 있다는 점에 주목한다.

저자는 ‘근대문명의 복합위기’와 함께 ‘동아시아 전후체제’가 한계상황에 이르렀다고 하면서, 이를 ‘임계점에 도달한 동아시아 전후체제’라고 명명한다. 동아시아 전후체제가 일국사적 자국 중심적 사고, 반공과 제국주의라는 70년 전의 낡은 패러다임에 갇혀 현재 패러다임이 바뀌는 시대의 폭발적 변화를 담아내지 못하고 있다는 것이다. 동아시아의 미래는 매우 불투명하다. 아니 일촉즉발의 위기마저 감지된다.

제4기 패러다임의 대전환 앞에서 격하게 요동치는 동아시아 전후체제를 직시하면서, 저자는 19세기 동아시아를 줄곧 천착해 온 학자로서, 현재와 비슷한 패러다임의 대전환에 처해있던

19세기로부터 현재 위기에 대한 해법을 찾는 실마리를 찾으려 하는 것처럼 보인다. 저자는 완고한 내셔널리즘, 국익 중심의 발상, 서로에 대한 불신과 혐오가 동아시아인의 인식의 지평을 심각하게 제한하고 있으며 협력과 소통, 번영과 공생으로 가는 길을 가로막고 있다고 이야기한다.

저자는 동아시아가 유럽의 20세기와 유사한 기로 위에 놓여 있다고 진단하면서, “동아시아의 미래가 20세기 제1, 2차 세계 대전으로 충돌했던 불행한 유럽의 방향으로 흘러갈지, 아니면 20세기 후반 유럽이 공동체를 만든 것처럼 협력의 동반자로 나아갈지, 혹은 동아시아 고유의 제3의 길로 나아갈 지는” 전적으로 우리들, 즉 동아시아 시민들의 선택에 달려 있다고 선언하고 있다.

모색하는 동아시아의 번영과 미래-지금, 여기 우리들의 선택

이 책을 읽는 독자들이 다중거울로 근대 동아시아를 유연하고 큰 그림을 담은 역사적 연관 속의 역동적인 세계로 바라보면서, 근대 동아시아 사건들을 자신과 거리가 먼 아득하고 피상적인 어느 시대가 아니라, 바로 지금 여기 나의 삶과 연결되어 추체험되는 절실한 지점이기를 저자는 바라고 있는 듯하다. 이 책을 읽는 동안 30년 이상 동아시아 근대를 연구하면서 대중과 손잡고 이 시대를 헤쳐 나가고픈 소망을 지닌 한 명의 연구자와 해후할 수 있었던 것은 의외로 큰 기쁨이다.

이 책에는 상당한 분량의 노트와 동아시아 전체풍경 퍼즐 맞추기를 위한 토론 주제가 각 시기마다 들어가 있다. 노트는 이

책의 논리적 흐름에 얽매이지 않고 내용을 자유롭고 풍부하게 살리면서 마치 다중거울로 시대를 이해하는 길잡이가 되어준다. 또한 4개의 시기마다, 동아시아 전체풍경의 퍼즐 맞추기를 위한 토론 주제와 거기에 대한 팁까지 주어짐으로써 독자 스스로 그 사건을 사유하고 동아시아의 지금을 살아가는 나의 문제로 추체험하도록 독려한다. 노트와 질문 토론이 뒤섞여 있지만 생각하며 읽다 보면 어느새 큰 그림이 그려지는 걸 문득 깨닫게 된다.

비자 없이 노동이 자유스럽게 국경을 넘어 한국인이 일본 도쿄은행에서 근무하고, 중국에 가서 베이징은행에 다닐 수는 없는 것일까? 동아시아인이 한·중·일 문명의 독특함으로 경쟁하면서도 어우러져 조화를 이루는 멋스러운 동아시아 문명의 브랜드를 갖고 세계로 당당히 나아갈 수는 없을까? 그런 생각을 하도록 이 책은 손짓하며 내 사유의 창을 두드린다.

헌법에서 논증은 무엇이며 어떻게 해야 하는가?

- 『헌법논증이론』¹⁾을 읽고 -

최규환

헌법재판연구원 책임연구원

헌법은 국가권력의 조직과 행사, 국가의 과제 및 기본권에 관한 근본규범을 포괄하는 국가의 기본법이다. 헌법은 최고규범으로서 국가의 법적 기본질서의 틀만을 확정하는 데 그치기 때문에, 다른 법규범에 비해 불명확하고 간결하며 추상적인 규정으로 구성될 뿐만 아니라 미래의 정치적 발전에 따라 헌법규범의 내용이 형성될 수 있도록 개방된 소수의 조문만을 둔다. 따라서 헌법은 반드시 해석이 필요한데, 그 헌법해석의 합리성과 타당성은 규범적 논증을 통해 담보된다. 『헌법논증이론』은 바로 이 규범적 논증, 즉 헌법에서 논증이란 무엇이며 통일적이고 정합적인 체계 내에서 유관한 논거를 가지고 어떻게 논증해야 하는가를 차근차근 개념의 단계를 밟아가며 자세한 예시와 함께 제시해 주고 있다.

『헌법논증이론』은 2021년 출간 당시부터 학계와 실무계의 비상한 관심을 받았다. 헌법논증의 요건과 격위, 구조, 방법, 제약을 본격적으로 다룬 국내 학술서가 매우 드물었기 때문이라는 점이 그 하나의 이유라면, 이 책의 저자들이 학계에서 받고 있는 높은 주목도 역시 한몫을 했다. 이 책의 저자인 이민열 교

1) 이민열/김도균, 『헌법논증이론』, 한국방송통신대학교출판문화원, 2021.

수와 김도균 교수는 실질적으로 사제지간이면서 오랜 기간 학문적 관심을 나누며 학술적 교류를 해 온 사이이다. 한국방송통신대학교에 재직하고 있는 이민열 교수는 이미 여러 권의 번역서와 저서로 널리 알려져 있고, 특히 헌법과 법철학을 넘나드는 독특한 가교 역할로 법학 학술 발전에 기여하고 있다. 서울대학교 법학전문대학원에 재직하고 있는 김도균 교수는 선도적인 학술서와 뛰어난 논문들로 익히 정평이 자자한 한국의 대표적인 법철학자이다. 이러한 두 저자가 그동안 서로 나누었던 고민과 연구의 결과물을 한 권의 저서로 내놓았기에, 비록 『헌법논증이론』이 그 학술적 성과의 일부만을 담고 있을 뿐이고 헌법논증의 개념과 방법을 교육하는 데 주안점을 둔 것이었음에도 동료 학자 및 실무가 모두의 이목을 집중시키기에 충분했다.

『헌법논증이론』이 특별한 것은 여타의 법학서적과 차별화되는 내용에 있다. 법학자, 법조 실무가 그리고 입헌민주사회의 헌법적 대화에 참여하는 능동적 시민들이 쉽사리 혼동하거나 오류에 빠지는 지점을 면밀하게 짚은 후 상세한 설명을 곁들여 이를 교정해 주고 있다. 대표적인 몇 가지를 이 지면을 빌어 살펴본다.

먼저 『헌법논증이론』은 ‘논증’과 ‘설득’의 구별을 바탕으로 법학의 목적이 과연 무엇인가를 명확히 분별해 내야 함을 지적한다. ‘논증’이란 명제의 참·거짓을 논거들의 결합을 통해 보여주려는 언어적 활동이다(이민열/김도균, 2021, 2쪽, 62쪽). 이유와 근거를 합당한 순서와 체계에 맞춰 제시함으로써 옳고 그름을 밝히고 진리를 발견하여 확립하는 활동이 논증인 것이다.

반면에 ‘설득’이란 나의 믿음을 상대방이 참인 것으로 받아들
 이도록 만드는 언어적 활동이다(이민열/김도균, 2021, 2쪽, 62
 쪽). 설득은 단지 어떤 명제에 대해 가지고 있는 자신의 심리적
 태도를 상대방도 가지게 하려는 행위인 것이므로, 자신이 이미
 정해놓은 결론을 그 참·거짓에 유관한 ‘인식적 이유’이든 그
 와는 무관한 ‘비인식적 이유’이든(이민열/김도균, 2021, 70-74
 쪽) 가리지 않고 그럴듯한 전문용어와 법문장으로 꾸며 오로지
 상대방에게 관철시키는 것이 관건이다(이민열/김도균, 2021, 86
 쪽). 그러나 ‘법논증’은 법명제(이민열/김도균, 2021, 47쪽), 즉
 법적인 명령·금지·허용·수권에 관한 진술을 대상으로 그의
 법적인 참·거짓을 판별하고 진리를 발견하는 자기성찰적 과
 정을 수반한다. 이러한 측면에서 보면, 사회에서 이루어지는 무
 수히 많은 헌법적 대화, 넘쳐나는 법학 학술과 실무에도 불구
 하고 학자와 법실무가들이 회의에 빠지고 시민들은 오히려 입
 헌민주정체를 불신하게 되는 주요 원인 중 하나가 바로 법적
 진리를 성찰하는 올바른 ‘헌법적 논증대화’가 전개되지 못한
 채 오직 ‘설득’만이 난무하기 때문이라는 것을 알 수 있다. 『헌
 법논증이론』은 입헌민주사회에서의 헌법적 대화가 ‘헌법적 논
 증대화’여야 하고, 법학의 목적은 법명제의 참·거짓을 가려내
 는 논증대화적 해명을 정교화 함으로써 어떤 유형의 논거가 어
 느 자리에 어떠한 구조로 결합되고 제시되어야만 지금 주장되
 고 있는 법적 결론이 타당한 결론으로서 승인될 수 있는가를
 가려낼 수 있도록 만드는 데 있음을 충실히 논증하고 있다(이
 민열/김도균, 2021, 62-87쪽).

흔히 헌법은 국민이 지향하는 특유의 가치질서와 기본정신

을 담고 있어서 가치구속적·가치지향적 성격을 가지고 있다는 점을 강조하면서 헌법적 논증대화에 ‘가치’를 주된 논거로 삼는 경향이 있다. 그러나 『헌법논증이론』은 가치와 규범의 격위를 짚으며 기본권문제 해결에서 규범 논거가 가치 논거에 우선함을 타당하게 설명하고 있다(이민열/김도균, 2021, 220-245쪽). ‘가치’ 논의의 출발점은 1인칭 주체인 반면 ‘규범’은 시종 일관 복수의 존재를 전제로 그 사이의 관계를 규율할 때 고려되는 이유이다(이민열/김도균, 2021, 222-223쪽). 따라서 ‘가치’는 추구하거나 보유할 만한 것으로 인정되거나 선호되는 선이 상호주관적으로 공유되는 경우에만 행위이유로서의 힘을 갖는 반면 ‘규범’은 수범의무의 근원인 구성원들의 근본적 관계에 토대를 두고 있는 한 그 규범질서 내의 모두에게 행위이유로서의 힘을 갖는다(이민열/김도균, 2021, 220-221쪽). 결국 가치 논거는 기본권규범의 보편적 구속력에 상응하는 이유로서의 보편성을 갖지 못하며, 특히 현대 가치다원주의 사회에서는 더욱 상호주관적으로 공유하는 선호를 형성하기 어렵기 때문에 구성원들의 행위조정의 이유로서의 역할이 제한적일 수밖에 없다. 또한 가치의 관점은 1인칭 관점이므로 복수의 기본권주체들 사이의 관계를 확립하는 헌법질서의 관점과 어울리지도 않는다. 사람들 사이에는 언제나 ‘합당한 의결불일치’가 늘 있기 때문에 가치 논거에만 의지하여 기본권문제를 해결하려는 경우 결국에는 어느 구성원을 정당한 이유 없이 편드는 선택에 빠지게 되는데, 이것은 입헌민주사회의 법해석·적용기관에 부과되는 불편부당성의 의무에 반한다(이민열/김도균, 2021, 231-241쪽). 따라서 논증을 통해 ‘보통 그 사람의 합리적 인생

계획이 무엇이든 간에 소용되는 것들'임을 보일 수 있는 '일반적 가치'와 '사회적 기본가치'가 규범을 구체화할 수 있는 경우(이민열/김도균, 2021, 242-244쪽)를 제외하면, 기본권문제 해결에서 규범 논거는 가치 논거에 우선하고 가치 논증은 규범 논증을 통해 도출된 규범을 위반하지 않는 한도에서 그리고 규범이 그에 대한 고려를 허용하는 한도에서만 기본권사안의 결론을 좌우할 수 있다고 보아야 한다(이민열/김도균, 2021, 231쪽).

『헌법논증이론』은 헌법규범주장이 목적론적인 것이어서는 안 되고 의무론적인 것이어야 함을 주장하는데, 이것은 이 책 전체를 관통하는 일관된 강조점이다. 목적론은 행위의 궁극적 이유가 사태에 담긴 어떤 가치를 최대화하거나 충돌하는 가치들 사이의 균형과 조화를 달성하는 데 있을 뿐이라는 이론이다(이민열/김도균, 2021, 340쪽). 반면에 의무론은 존엄을 가진 평등하고 자유로운 독립적 개인들 사이의 지위관계를 훼손하는 행위를 허용하지 않는 이론이다(341쪽). 이 책에서도 들고 있는 예처럼, 목적론은 유무죄를 가려낼 수 없고 무고할 수도 있는 한 명의 국민을 사형시킴으로써 다섯 명의 무고한 국민이 살해당하는 것을 억지할 수 있다면 그러한 형사정책의 시행을 허용하지만, 의무론은 설사 한 명을 죽여 미래에 다섯 명의 생명을 구할 수 있을지라도 그러한 형사정책의 시행을 불허한다. 왜냐하면 그러한 형사정책은 죽임을 당하는 그 한 명이 다른 나머지 구성원들에 비해 부자유하고 불평등한 예측적 관계에 있다는 규범을 도입해야 정당화될 수 있는데, 그것은 존엄한 주체들 사이의 자유롭고 평등한 지위관계를 훼손하기 때문이다(이민열/김도균, 2021, 341-343쪽). 헌법규범이 존엄한 주체인 수범

자들의 자유롭고 평등한 근본적 지위관계를 훼손하지 않는 법적 관계만을 허용하도록 해석되지 않는다면, 헌법은 그 수범자에게 준수 의무를 지우는 법규범으로서의 지위를 가질 수 없다. 그것은 한낱 사실적인 힘의 관철에 불과하게 될 것이다(이민열/김도균, 2021, 332-339쪽). 특히 기본권제한의 정당성에 대한 과잉금지심사에서 법학자와 법조 실무자들이 봉착하게 되는 ‘블랙박스’의 문제는 의무론에 입각한 헌법추론 없이는 해결의 실마리를 찾기 어렵다. 충돌하는 기본권과 공익, 가치들에 모종의 ‘무게’ 관념을 주입한 후 재판관의 심상에서 이루어지는 저울질에 따라 헌법적 정당성 여부를 평가름하는 형태의 헌법재판은 결과적으로 재판관이 가졌던 심리적 지향을 재판기관의 권력을 통해 관철시키는 구실일 뿐 치밀한 헌법논증을 토대로 헌법의 근본규범성을 재고하고 회복하는 계기가 될 수 없다. 따라서 『헌법논증이론』이 역설하고 있는 의무론은 충분히 숙고되어야 한다.

헌법은 고매하고 추상적인 개념들을 이리저리 나열하고 그럴듯하게 꿰맞추어 자신이 원래 가지고 있던 의지와 믿음을 수사적으로 관철시키는데 동원될 낱말장이 아니다. 우리 모두는 은연중에 그러한 함정에 빠지기 쉽지만, 이민열 교수와 김도균 교수가 내놓은 『헌법논증이론』은 분명 훌륭한 방비책이 될 것이다.