

시민권의 정치와 헌법: 기본권의 주체를 중심으로*

정인경(경희대)

본 논문은 시민권의 정치의 관점에서 헌법 상 기본권의 의의를 규명하고 현행 헌법의 기본권과 관련된 쟁점을 그 주체 문제에 초점을 맞춰 살펴보고자 한다. 현행 헌법에서는 보편적 인권의 실효적 보장을 위한 기본권의 주체가 국민으로 명시되어 있다. 이는 애초에 기본권이 토대로 삼고 있는 원리로서 인권의 보편주의에 충실하지 못할뿐더러 점점 더 증가하고 있는, 우리 옆에 살면서 노동을 비롯한 다양한 인간적 활동을 통해 사회에 기여하는 이웃을 비국민이라는 이유로 차별하고 배제함으로써 최소한의 인간성조차 부정하는 상황을 방지할 가능성이 있다. 본 논문은 이러한 문제를 현대 민족 국가의 수립과 더불어 나타난 인권과 시민권의 역설로 소급하여 검토해볼 것이다. 결론적으로 민족적 시민권의 모순이 심화되는 오늘날 변화하는 상황에 걸맞은 철학적·윤리적 혁신의 가능성을 기본권의 주체 문제를 중심으로 사고해보고자 한다.

핵심어: 헌법, 기본권, 인권, 시민권, 국민/민족

1. 들어가며

현행 헌법은 해방 이후 격동의 3년을 거쳐 1948년에 제정되었고, 이후 총 아홉 차례의 개정을 거쳐 마련된 것이다. 전면 개정이 이루어진

* 이 논문은 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2018S1A5B8068919)

1962년(5차), 1972년(7차), 1980년(8차), 1987년(9차)을 제외한 나머지는 부분 개정이었으며 그 내용도 주로 대통령의 선출 방식, 연임 여부 등과 관련된 것이었다. 5.16 군사쿠데타, 유신, 12.12 군사쿠데타, 민주화 운동에 뒤이은 전면 개정에서도 주요 관심은 권력구조에 쏠려있었고 그마저도 권력 장악을 위한 특정 정파의 이익에 의해 좌지우지 되어왔다.

이러한 과거의 부정적 경험 때문에 헌법은 권력 강화의 수단일 뿐이며 개헌은 권력 게임에 몰두하는 정치 엘리트들이 정략적인 의도에서 추진하는 것이라는 인식이 강하다. 그러다보니 국민들은 시시때때로 불거지는 개헌 논의에 큰 관심을 보이지 않는다. 2018년 3월 “헌법이 바뀌면 내 삶이 바뀐다”는 구호를 내걸고 청와대가 개헌안을 발표했지만 그 취지가 무색할 정도로 대다수 국민들이 이렇다할 반응을 보이지 않았다.

상황이 이러하다면 당위적인 개헌 주장보다는 개헌 논의가 과연 필요한 것인지, 그 의미는 무엇인지부터 자문해봐야 할 것이다. 우선 최고규범으로서 헌법이 가져야 할 권위와 그 구속력을 생각하면 정치 상황에 따른 잦은 개헌이나 정파적 이익을 고려한 돌출적인 개헌 주장을 긍정적으로 평가하기는 어렵다. 또한 개헌을 일종의 만병통치약처럼 사고하는 경향을 경계하는 시각도 설득력이 있다. 정치과정에서 다뤄져야 할 쟁점들을 헌법에 기대어 한 번에 해결하려는 일종의 ‘권리의 헌법화’ 시도는 정치의 공간을 제한할 수 있는 발상이라는 지적이 대표적이다(박찬표 2007).

그러나 현행 헌법의 주요 쟁점에 관한 논의를 통해 사회 내 갈등을 드러내고 관련 쟁점에 관해 공론을 만들어갈 수 있다면 개헌을 현실 정치와 분리된 논의로만 취급할 일은 아니다. 헌법의 쟁점을 의제로 한 토론 자체가 민주적 정치 과정의 일부라고 할 수 있으며 이를 통해 이뤄질 수 있는 헌법 상의 변화는 향후 입법과 정책에 지대한 영향을

미칠 수 있기 때문이다. 따라서 개헌에 관해 냉소로 일관하기 보다는 현실의 갈등과 결부된 헌법의 쟁점을 정치과정 속에서 다루고 적극적으로 변화를 모색하는 작업이 필요해 보인다.

이러한 시각에서 보면 개헌은 단지 특정한 문구를 새겨 넣느냐 마느냐하는 조문의 문제로 축소될 수 없다. 오히려 그것은 현실의 갈등과 논쟁 속에서 공통의 지향을 마련해가는 정치과정의 일부로서만 의미를 가질 수 있을 것이다. 이는 단지 헌법이 재판 규범으로 작동하고, 헌법재판소와 같은 전문적 사법기구가 법률의 위헌여부를 심의하는 과정만을 지칭하는 것이 아니다. 시민들 간의 상호 관계와 권력의 배분 및 작동에 대한 인식에서 헌법의 조항들이 일상적으로 참조되고 해석될 때 헌법은 죽은 문서가 아닌 산 정신이 될 수 있다.

그러한 점에서 지난 2016년 말 대통령 탄핵국면에서 광화문 광장 곳곳에서 보인 헌법의 주요 원리를 인용하고 해석하는 시민들의 집합적 행동은 오랜 동안 권위를 갖지 못했던 우리 헌법에 생명력을 불어넣었다고 평가할 만하다. 또한 당시 국회에서 대통령 탄핵안이 발의되어 가결된 데에서 드러나듯이, 권력기관의 부정과 부패에서 비롯된 정치 위기에 대응하는 주요 정당들의 실천이 사실상의 권력구조의 변화까지 추동해내는 이른바 '정치적 개헌'의 가능성도 보여주었다고 할 것이다(박상훈 2017, 270-273).

요컨대 시민들의 욕구와 요구가 분출되는 갈등의 한 복판에서 주요 가치들이 발견되고 실천될 때 헌법의 조항들이 비로소 규범적 영향력을 갖게 되는 것이며, 나아가 그러한 민주적 압박이 의회의 실천도 이끌어낼 때 헌법에 명문화된 권력구조의 구체적인 상이 실제로 구현된다고 할 수 있다. 그렇다면 더욱 개헌은 단지 기존의 조항을 폐기하고 새로운 조항을 삽입하는 차원의 문제만은 아니며 오히려 현실의 갈등에 직면하여 새로운 민주적 상상력을 개방하고 자극하는 이론적·

정치적 실천의 부산물이 되어야만 할 것이다.

본 논문은 이러한 방식의 개헌에 기여할 목적으로 현행 헌법의 기본권의 주체 문제를 검토해보고자 한다. 권력구조 규정이 헌법의 중요한 일부라는 점은 틀림없지만 애초에 헌법이 '우리 인민'의 의지에 따른 정치공동체의 구성을 선포하는 역사적 문서라는 점을 상기해 보면, 정부를 조직하는 목적, 즉 인민의 자유와 권리의 보장이 논리적으로든 현실적으로든 정부형태 및 공직의 배분에 우선한다고 볼 수 있다. 대개 헌법의 기본권 조항으로 분류되는 것이 그것으로, 현행 헌법 제2장 '국민의 권리와 의무'가 여기에 해당한다.

지난 2018년 3월에 발표된 문재인 대통령 개헌안의 주요 내용 중 하나도 이 기본권 강화에 관한 것이었다. 당시 개헌안은 자유, 안전, 인간다운 삶의 보장, 직접 민주주의의 확대를 대한민국의 지향으로 천명했고 이에 따라 생명권, 안전권, 정보기본권의 신설과 국민소환, 국민발안의 도입 등을 제안했다. 정작 이 개헌안은 국회에서 논의조차 되지 못한 채 폐기되었지만 여기에는 우리 사회가 지향해야 하는 가치와 그 실현을 위한 제도적 모색과 관련하여 주요한 논점들이 담겨있다.

본 논문은 그 중에서도 기본권의 주체를 변경하는 문제에 초점을 맞춰보고자 한다. 이를 위해서 우선 권리를 발견하고 옹호하고 지속적으로 요구하는 민주적인 과정을 시민권의 정치로 개념화 하고 이와 관련하여 헌법의 기본권의 성격과 의의를 규명해 본다. 또한 이를 토대로 대한민국 헌정사를 간략히 개관해본다. 이후에는 기본권의 주체 문제를 인권과 시민권의 관계를 중심으로 살펴볼 것이다. 민족성과 결합한 시민권의 내재적 한계는 다양한 형태의 이주가 증가하고 난민이 유입되는 오늘의 현실에서 더욱 분명하게 드러나고 있다. 이에 본 논문은 원칙적으로 개방된 공동체를 전망하는 차원에서 기본권의 주체와 관련한 대안을 제시해볼 것이다.

2. 시민권의 정치와 헌법: 기본권의 성격과 의의

최초의 근대 성문헌법을 탄생시킨 출발점으로서 미국 <독립선언문>(1776)은 “모든 인간의 평등과 하늘이 부여한 권리로서 생명, 자유, 행복추구를 자명한 진리”로 선포하고 “정부는 오직 이 권리들의 보장이 라는 목적을 위해 조직된다”고 명시한다. 또한 1789년 프랑스대혁명의 <인간과 시민의 권리선언>(1789)(이하 <권리선언>)은 “모든 정치적 결사의 목적이 인간의 자연적이고 시효 없는 권리의 보전”이며 그 권리로 “자유, 소유, 안전, 그리고 압제에 대한 저항”을 들었다(페인 2009, 202).

위의 두 사례에서 명시적으로 드러나듯이 근대의 국가는 인간의 자연적 권리의 수호와 복리의 증진이라는 필요에 의해서 정당화되었고 그러한 필요에 부합하지 못하는 정부는 언제든지 저항에 직면할 수 있다는 원리를 내포하게 되었다. 이러한 원리를 천명한 문서가 바로 헌법으로 페인은 이를 “헌법은 국가를 구성하는 인민의 소산”이라는 말로 명료하게 표현했다(페인 2009, 269). 그에 따르면 헌법은 “국가를 구성하는 인민의 법”이며 “우리가 각 조문을 참조할 수 있고 인용할 수 있는 여러 요소들을 집합”으로 그 안에는 국가를 수립하는 원리, 국가를 조직하는 방식, 권력 등의 원칙이 포함되어 있다(페인, 2009, 143).

이처럼 근대 시민혁명의 산물이자 인민의 의지를 담은 헌법은 <권리선언> 16조, “권리의 보장이 확보되지 않고 권력의 분립이 규정되지 않은 사회는 헌법을 가졌다고 할 수 없다”는 규정처럼 크게 ‘권리의 보장’과 ‘권력의 분립’이라는 두 요체로 이루어진다. 그 중에서도 정부를 조직하는 목적에 해당하는 권리의 보장이야말로 권력 배분의 근거이자 지도 원리가 되는 핵심이라고 할 수 있다. 물론 헌법에 권리

항목을 별도로 규정하지 않은 헌법도 있지만 이러한 차이는 헌법이 탄생하게 된 역사적 배경과 정치적 동학을 반영한 것일 뿐, 권리의 보장이라는 원칙 자체가 부정되는 것은 아니다.¹⁾

이처럼 헌법에 보장된 권리를 통상 기본권²⁾이라고 하며 그 토대는 앞서 언급한 미국 독립혁명과 프랑스대혁명의 과정에서 천명된 ‘태어날 때부터 자유롭고 권리 면에서 평등한’ 인간의 ‘자연적이고 시효 없는 권리’, 즉 인간의 권리이다. 그런데 인권, 단지 인간이라는 이유만으로 누려 마땅한 자유와 권리는 그 보편주의적 호소에도 불구하고 항상 경계를 통해 작동해왔다. 예컨대 19세기 서구에서 재산의 소유 여부, 피부색, 성(性) 등이 ‘인간’을 형상화했고 그에 따라 권리를 부여되거나 유보되었다. 백인 남성 소유자 계급은 권리의 주체로 인정된 반면 무산자·여성·유색인의 ‘인권’은 부정되었던 것이다.

이는 특히 프랑스혁명 이후 전체 인민의 의지를 구현하는 방식으로 제안된 대의제가 제한선거권과 결합한 데에서 명확히 드러난다. 일례로 “대의만이 인민의 통합”이며 “공통의 법과 공통의 대표야말로 하나의 인민을 만들어낸다”고 역설했던 시에에스의 대의론은 논리적으로

1) 예컨대, 1787년 제정된 미국 연방헌법에는 권리의 보장에 관한 내용이 포함되지 않았으나 연방헌법 발효 직후인 1791년에 권리장전이 수정 조항의 형태로 부가되었다. 현행 프랑스 헌법에는 아예 권리 조항이 없다. 하지만 전문(前文)에서 <권리선언> 등의 역사적 헌법을 계승하여 인권을 준수한다고 명시하고 있으며, 헌법재판을 통해서도 <권리선언>의 구속력이 인정되고 있다(정극원 2010). 성문헌법이 없는 영국에서는 의회가 국민의 자유와 권리를 결정하는 의회주권이 관철되지만 보통법의 전통에서 자의적인 권력 행사가 제한된다. 또 1998년에 인권법(Human Rights Act)이 제정되어 권리장전의 역할을 담당하고 있다(정종섭 2003).

2) 정작 우리 헌법에는 기본권이라는 표현이 등장하지 않는다. 1849년 독일제국헌법(또는 프랑크푸르트 헌법)에서 ‘독일 국민의 기본권’이라는 표현이 사용된 이래, 실정헌법의 권리조항이 기본권으로 불리고 있지만 이것이 우리 헌법 10조에 명기된 “기본적 인권”과 같은 것인지, 그렇다면 인권과 기본권의 관계는 무엇인지 등 개념적으로 혼란이 없는 것은 아니다(정종섭 2003). 본 논문에서는 통상적인 용법대로 우리 헌법 2장 ‘국민의 권리와 의무’의 조항들을 기본권으로 명명하고 실정헌법에 명기된 인권이라는 의미로 사용하도록 한다.

는 <권리선언> 3조에서 주권의 원천으로 천명된 민족(nation)의 일체성을 보장하려 했지만, 실천적으로는 제한선거를 통해 재산과 교양을 보유한 중간계층 남성의 정치 권력을 옹호했다(다쿠지 2014, 39-40). 또한 이를 정당화하기 위해 '능동적 시민'과 '수동적 시민'의 구별이 도입되었는데 이는 주권자로서 인민 또는 평등을 함축한 민족이 스스로 대표할 수 있는 자와 '대표될 역량'이 있는 자로 위계화됨을 의미했다(Balibar 2016).

이처럼 '인간'의 모형에 기초하여 정치공동체 내 권리와 의무를 배분하는 제도가 바로 시민권(citizenship)이다.³⁾ 시민권은 성원들 간 권리와 의무의 호혜성에 기초하여 평등을 보장하지만 항상 경계를 통해 작동하며 불완전한 인간, 비정상 등으로 표현되는 인간학적 차이가 배제의 정당한 근거로 활용된다. 즉 시민권으로 대표되는 정치적인 것의 핵심에는 인간학적 차이에 기초한 차별과 배제의 메커니즘이 존재한다고 말할 수 있다.

오늘 시민권은 특정 국가의 성원이라면 공통으로 보유하는 지위로서 원리상 평등을 상징한다. 이처럼 민족국가 내에서 제도화된 시민적 평등은 지난 2세기에 걸친 역사적인 과정 속에서 나타난 극적인 변화의 일부라고 할 수 있다. 시민혁명 이래 공동체의 정당한 성원자격에 누가 포함되고, 누가 배제될 것인가, 그리고 그 성원의 권리와 책임은 무엇인가의 문제는 지속적으로 정치의 쟁점으로 부상했으며 시민에서 배제된, 그럼으로써 인간의 권리조차 부정당한 집단들이 시민권의 제한에 맞서 평등한 자유를 요구하는 투쟁을 전개함으로써 시민권의 외

³⁾ 시민권은 대개 특정 공동체로의 소속(belonging) 또는 성원자격(membership)과 이러한 법적 지위에 따르는 일련의 권리와 의무의 체계, 그리고 시민들의 상호 관계를 규정하는 덕성 및 유대의 요소를 포함한다. 이러한 시민권은 역사적으로 그 형태가 매우 다양하며 그 자체가 고정불변의 체계가 아니라 항상 정치의 쟁점이 되면서 변동해왔다고 할 수 있다(포크 2005; Bellamy 2008).

연과 내포가 확장, 심화되어 온 것이다.

본 논문은 불평등과 압제에 대하여 평등한 자유를 요구하는 실천을 통해 인간성의 통념 또는 시민의 형상을 변형하고 또 이를 위해 권리를 발명·재발명하는 끊임없는 과정을 근대 정치의 특징으로 이해하고 이를 시민권의 정치로 명명하고자 한다.⁴⁾ 시민권의 정치의 관점에서 보면 헌법상에 명문화된 기본권의 토대인 인권은 '자연적'으로 주어진 것 또는 고정불변의 것이 아니라 오직 그것을 요구함으로써 쟁취해 온 해방 운동의 산물이라고 할 수 있으며 이처럼 권리를 요구하는 과정에서 그 정당한 주체로서 인간과 시민의 형상 또한 지속적으로 변화해 왔다.

단적인 예로 평등한 자유의 이념에 호소하여 권리를 요구하고 차별과 배제에 저항했던 유색인, 노동자, 여성들의 투쟁은 '우리도 인간이다', '우리의 권리를 인정하라'는 구호로 시작되었다. 이들의 목소리와 행동이 없었다면 시민의 자격을 부여받은 '인간'의 외연은 지극히 협소한 채로 남았을 것이며, 인권의 보편성 또한 위선과 기만이라는 비판을 면치 못했을 것이다. 요컨대, 오늘 당연한 것으로 간주되는 '인권'과 그것을 보장하는 제도적 형태로서 시민권은 역사적으로 쟁취해 온 투쟁의 산물이자 민주적인 발명인 것이다.

마찬가지로, 인권이 실정헌법에 명시되어 기본권으로서 규범적 지위를 부여받는다 하더라도 그것의 실현은 늘 미완이라고 할 수 있다. 만일 누군가의 자유가 제한되고 권리가 위협받는다면 인권의 실질적인 보편화를 요구하는 목소리가 지속적으로 분출될 것이다. 이 과정에

4) 공적 영역의 평등이 그저 주어진 것이 아니라는 점을 지적하면서 아렌트는 "우리는 평등하게 태어나지 않았다. 상호 간에 동등한 권리를 보장하겠다는 우리의 결정에 따라 한 집단의 구성원으로서 평등하게 되는 것"이라고 말했다(아렌트 2006, 540). 달리 말해 오늘 시민권이 표상하는 평등은 공동의 요구와 행동이라는 집합적 역량의 산물로서 이해될 수 있을 뿐이다.

서 인권은 도덕적인 소망이나 법적 조항이 아니라 정치에 대한 보편적 권리를 요구하는 정치의 언어가 된다(Balibar 2004). 이러한 정치가 없다면 화려한 '기본권의 목록'도 억압적인 현실을 가리는 장식에 지나지 않을 것이며 헌법 자체도 생명력을 잃은 죽은 문서에 불과하게 될 것이다.

실정헌법의 기본권들은 역사적으로 정당화된 것들이라고 한다. 사회 성원들의 경험에 기초한 실존적인 결단, 사상적 혁신의 수용, 그리고 기본권을 명문화한 다른 나라의 헌법의 모방 등의 방식으로 '기본권의 목록'이 현존하게 되었다는 인식이다(정종섭 2003, 68). 하지만 이 모든 요인들의 바탕에는 결국 갈등, 배제와 차별에 저항하며 포함을 요구하는 목소리, 민주주의를 발명하고 재발명하는 집합적인 정치의 역량이 있었음을 간과해서는 안 된다. 또 이 과정이 지속되는 한 어떠한 기본권의 목록도 결코 완결본일 수는 없다.

요컨대, 인간이라면 마땅히 누려야 할 권리로서 '인권'이 근대의 발명이듯, 차별과 배제를 넘어서 새로운 가치를 옹호하고 권리를 요구하는 실천을 통해 인권은 지속적으로 재발명될 수 있다. 또한 근대 시민혁명의 보편적인 자유와 평등의 원리를 담은 헌법은 이러한 정치가 호소하는 준거이자 동시에 그 정치를 통해 부단히 재해석되고, 그럼으로써 실천적으로 재작성될 수 있다. 나아가 이 과정에서 호혜적 평등을 제도화한 시민권의 외연과 내포도 확장되고 심화될 수 있다.

3. 헌정사를 통해 본 기본권 조항의 변천과 의미

인권이 자명한 진리이거나 당위적 규범이기 때문에 저절로 수용된 것이 아니라 사회 세력들 간의 투쟁 속에서 쟁취된 것이라는 점은 세

계 여러 나라의 헌정사를 통해서 확인된다. 특히 서구의 역사적 경험과 비교해 볼 때 대한민국 정부 수립 당시 만들어진 헌법과 그에 뒤이은 개정 과정은 얼핏 그러한 투쟁의 과정과 무관한 위로부터의 제도화의 산물인것처럼 보인다. 그리고 이 때문에 대한민국의 헌정사는 현실과 괴리된 선언적 의미만을 지닌 역사로 평가되기도 한다(정극원 2010). 이하에서는 기본권 규정을 중심으로 대한민국 헌정사를 개관해보고 그 의미를 논해보도록 한다.

가장 먼저 지적해야 할 것은 1948년 헌법이 제정될 당시 기본권 장이 마련된 이래, 수차례의 개정 과정에서 기본권이 제한되거나 축소된 경우도 있고 반대로 새로운 권리가 추가되거나 확장된 경우도 있지만, 이 장 자체가 삭제된 적은 없다는 점이다. 양심의 자유, 언론출판의 자유, 집회결사의 자유, 학문 예술의 자유, 노동3권 등의 기본권은 제헌헌법에서부터 조문화되었고 헌정사의 암흑기로 간주되는 유신헌법에서도, 비록 개별적 법률 유보를 두었지만, 조항 자체는 유지되었다.

물론 헌법 상 권리의 명문화 자체가 그것의 보장을 자동적으로 뒷받침하는 것은 아니므로 기본권 장의 유무를 가지고 그 의의를 따지는 것은 의미가 없을 것이다. 더욱이 5공화국 헌법에서는 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유, 환경권 등이 신설되고 연좌제금지, 구속적부심사제도, 무죄추정의 원칙 등의 권리가 신설되는 등 기본권의 진전이 나타났지만 그것이 정치권력에 대한 구속력을 발휘했다고 보기 어려운 정도로 헌법의 조문과 실제 현실의 괴리가 매우 컸다.

현행 헌법이 마련된 제9차 개헌 이전까지는 헌법이 재판규범으로서 작동하지 못했기 때문에 헌법 상 기본권 장의 현존이 그것의 실효적 보장을 뒷받침하지 못한 것은 사실이며 그렇기 때문에 헌법 상 기본권 규정이 오히려 엄혹한 현실을 가리는 장식으로 기능했을 뿐이라는 자조적인 평가도 타당하다. 그러나 제헌헌법부터 평등한 자유의 원리

가 명확히 규정된 점을 단지 선진 타국의 헌법을 모방한 결과일 뿐이라고 보거나 헌법이 규범으로서 구속력을 전혀 갖지 못했다고 해석하는 것은 헌법을 매개로 한 정치 과정의 역동성을 지나치게 과소평가하는 시각일 수 있다. 이하에서는 기본권을 정치 주체의 사고와 행위의 산물이자 그것에 일정한 영향을 미친 요인으로 해석해 보도록 한다.

우선, 1919년 3.1운동 이래로 독립을 쟁취하여 새롭게 건설할 국가의 정체는 일관되게 민주공화제로 제시되었고 일체 평등과 자유가 임시헌장에서부터 명문화되었다(한인섭 2009; 한상권 2017). 이것이 제헌헌법으로 이어졌다는 점에서 소위 '세계사적 보편성'에 동참하려는 당대인들의 의지와 역량을 낮게 평가할 수만은 없다고 본다. 또한 해방 공간에서 전개된 치열한 좌우 대립의 상황도 다수 인민의 지지와 동의를 끌어낼 수 있는 요소로서 평등과 자유를 명문화하는 데 영향을 미쳤다고 할 것이다.

구체적으로, 제헌헌법은 기본권에 관한 명문규정(제8조-제30조)을 두었다. 여기에는 평등권과 신체의 자유, 종교의 자유, 언론·출판의 자유 등을 비롯한 자유권, 노동3권을 비롯한 사회적 기본권, 청원권과 재판청구권을 비롯한 절차적 기본권 그리고 기본 의무 등이 포함된다. 그러나 신앙·양심의 자유와 학문·예술의 자유와 같은 정신적 자유를 제외하고는 기본권 조항마다 법률유보 조항을 두었다. 예컨대 제13조 “모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론·출판·집회·결사의 자유를 제한받지 아니한다”는 규정처럼 법률을 통한 기본권의 제한 가능성을 명문화한 것이다.

또한 제헌헌법은 재산권에 대해서는 공공복리 적합의무를 두어 한계를 설정했고 근로자의 이익균점권, 생활무능력자의 보호, 가족의 건강보호와 같은 사회적 기본권도 명문화했다. 사회적 기본권 외에도 농

지개혁, 공공 기업의 국영또는 공영 운영의 원칙 등이 명문화되어 있다.⁵⁾ 이처럼 제헌헌법이 사유재산권이나 시장의 절대성보다 분배 정의나 균점을 강조한 것은 한국 특유의 역사적 맥락과 그 속에서 활동했던 정치 세력들의 이념적 지향과 밀접한 관련이 있다(강정인 외 2010, 138-139).

잘 알려져 있듯이, 사회적 기본권은 19세기 서구의 산업화 과정에서 나타난 노동자계급의 비참한 생활과 계급갈등을 배경으로 대두한 것이다(다쿠지 2014). 우리의 경우 비록 한 세기에 걸친 계급투쟁은 아니더라도 독립운동 시기부터 해방 공간에 이르기까지 사회주의 이념의 영향을 받은 좌익의 활동이 왕성했으며 좌우합작 운동이 시도되는 과정에서 사회민주주의 이념에 기반한 주장들도 적극적으로 제기되었다. 비록 좌익들은 정부 수립에 이르는 과정에서 폭력적으로 배제되었지만 이러한 이념은 제헌헌법의 토지개혁 조항이나 사회적 기본권, 경제 조항에 그 흔적을 남겼다고 할 것이다.

1960년 4.19 혁명 이후에 이루어진 개헌에서는 기본권을 강화하기 위해 조항별 법률유보조항을 삭제하고 기본권의 본질적 내용에 대한 침해금지조항을 신설했다. 또한 언론·출판·집회·결사에 대한 허가나 검열을 금지하는 등 정치적 자유의 신장을 도모했다. 4.19 직후에 이루어진 개헌의 초점이 정치권력 장악을 위한 권력구조 개편에 있었다는 점을 인정하더라도 그와 동시에 이루어진 기본권 강화는 당시 정세에서 분출된 시민들의 저항에 담긴 개혁과 변화의 열망을 무시할 수 없

5) 제헌헌법 18조는 “근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유는 법률의 범위내에서 보장된다. 영리를 목적으로 하는 사기업에 있어서 근로자는 법률의 정하는 바에 의하여 이익의 분배에 균점할 권리가 있다”고 하여 이익 균점을 규정하고 있고, 86조는 “농지는 농민에게 분배하며 그 분배의 방법, 소유의 한도, 소유권의 내용과 한계는 법률로써 정한다”고 하여 농지개혁을 명문화했다. 또한 87조는 “중요한 운수, 통신, 금융, 보험, 전기, 수리, 수도, 가스 및 공공성을 가진 기업은 국영 또는 공영으로 한다”고 규정하고 있다.

었던 것으로 해석되기에 충분하다.

1961년 5.16 군사쿠데타 직후인 1962년에 제정된 헌법에서는 모든 헌법의 최고 가치이며 기본권 보장의 이념적 기초라고 할 수 있는 '인간의 존엄과 가치'가 처음으로 명시되었다. 이 밖에 신체의 자유와 관련하여 고문의 금지와 자백의 증거능력 제한규정이 추가되었고 직업선택의 자유와 인간다운 생활을 할 권리 및 교육의 자주성과 정치적 중립성이 새로이 신설되었다. 다른 한편 근로자의 이익균점권이나 불법행위를 한 공무원의 파면청구권 등의 조항은 삭제되었다.

1962년의 전면 개정에서 나타난 기본권의 강화는 1980년의 전면 개정에서 이뤄진 기본권 강화와 더불어 기만적인 정치 행위로 치부되는 것이 일반적이다. 이는 그저 좋은 문구들로 헌법의 기본권을 장식하여 개혁 세력인 양 자신을 포장하면서 실제적인 권력 장악의 의도를 은폐하려는 정치 엘리트들의 기만일 뿐이라는 인식을 반영한다. 실제 이루어진 강압적 통치를 고려하면 이러한 해석을 부정하기는 어렵지만 권력구조에만 초점을 맞추다보면 자칫 헌정과 민주적 요구의 상호작용을 간과할 수 있다.

그 의도가 무엇이든 헌법에 명문화된 기본권의 진전은 민주적 요구와 열망에 대한 대응이라고 해석하는 것이 타당할 것이다. 또한 그렇게 만들어진 기본권 조항은 종종 무도한 정치권력에 제동을 거는 저항의 좌표 역할을 수행했다. 헌법에 보장된 권리를 현실화하려는 욕구가 저항세력의 동인으로 작동해왔다는 점은 민주노조운동의 시발점이 된 전태일 열사의 분신 당시 구호가 '근로기준법을 준수하라'였다는 데에서 잘 드러난다.⁶⁾

6) 청계천 평화시장 피복공장의 재단사였던 전태일은 1970년 11월 13일 "근로기준법을 준수하라", "우리는 기계가 아니다! 일요일은 쉬게 하라!", "노동자를 혹사하지 말라" 라고 외치며 분신했다(조영래 2010). 참고로, 근로기준법은 제헌헌법(17조)에서 근로조건의 기준을 법률로 정하도록 한 데 따라 1953년에 제정된 법률이다. 1962년에 전

1972년 제정된 이른바 유신헌법은 기본권에 대한 조항별 법률유보 조항을 되살렸고 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없도록 하는 규정을 삭제했으며 표현의 자유, 재산권, 노동3권에 대한 제한가능성을 극대화 하는 등 기본권 보장의 측면에서 크게 후퇴했다. 반면, 1979년 12.12 군사쿠데타 세력의 주도로 제정된 1980년 헌법에서는 다시 기본권이 강화되었다. 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없도록 하는 규정이 되살아났고, 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유, 환경권 등 새로운 기본권이 추가되었으며, 연좌제금지, 구속적부심사제도, 무죄추정의 원칙 등 인신권이 강화되었고, 재산권과 노동권의 내용도 개선되었다.

유신의 사례가 권력의 집중과 정치적 자유의 제한을 위해 기본권의 내용을 퇴보시키는 개헌이라면 5공화국 헌법은 집권 과정에서부터 정당성을 결여한 정부가 대외적 위신과 선전을 위해 명목상 기본권 규정을 강화한 사례라고 할 수 있을 것이다. 특히 후자의 경우는 헌법과 현실의 괴리가 매우 컸기 때문에 헌법은 기본권 보장체계로서의 권위를 전혀 갖지 못했다. 두 사례 모두에서 기성 헌법은 저항세력이 호소할 만한 무기가 되지 못했으며 오히려 그에 맞선 광범위한 권리의 주장이 저항의 이념적 원천으로서 활용되는 경향이 강했다(정중섭 2003, 13). 1987년의 민주화 운동이 헌정 수호에 맞선 제한의 요구로 터져나온 것도 이러한 맥락에서 이해해 볼 수 있을 것이다.

1987년 민주화 운동의 귀결로서 제정된 현행헌법은 인권의 헌법적 수용의 측면에서 가장 진보적이고 자유주의적인 내용을 담고 있다고 평가된다. 그 구체적 내용으로는 형사피의자의 형사보상청구권(제28조),

면 개정된 헌법에서는 제한헌법의 내용을 더욱 체계화하여 28조에서 근로의 권리와 근로조건의 기준 마련을 명시하고 있으며 29조에서 단결권·단체교섭권·단체행동권의 노동3권을 규정하고 있다.

범죄피해자의 구조청구권(제30조), 여자·노인·청소년의 복리 증진(제34조 제3항, 제4항), 쾌적한 주거생활권(제35조 제3항) 등의 신설이 있고, 적법절차조항(제12조 제1항), 변호인의 조력을 받을 권리의 고지(제12조 제5항), 체포·구속 시 가족에게 그 일시·장소를 통지할 의무(제12조 제5항 제2문) 등도 새로이 규정되었다. 또한 언론·출판에 대한 허가·검열금지, 집회·결사에 대한 허가금지(제21조 제2항) 규정도 추가되었다.

그러나 기본권 외에 권력구조에 초점을 맞춰서 보면 1987년 헌법은 3공화국 헌법을 이상형으로 하고 있을 뿐만 아니라 협상에 나선 정치세력들이 집권 후 통치의 용이성에 집중한 나머지 민주주의적 요구는 무시되거나 왜곡된 채 반영되었다는 지적이 있다. 이에 따르면 1987년에 개정된 헌법은 '80년 서울의 봄'의 요구에 조차 미치지 못하는 내용을 담았을 뿐이며 그저 대통령 직선제를 관철시켰을 뿐, 그 밖에 권력의 민주화 요구는 충분히 고민되거나 논의되지 못했다(조지형 2010).

〈표-1〉 헌정사 속 기본권의 변천⁷⁾

헌법 제정(1948)	제2장 8조-30조: 국민의 권리의무
제2차 개정(1954)	주권제약이나 영토변경 등에 대한 국민투표권 신설 헌법개정제안권 신설
제3차 개정(1960)	개별적 법률 유보의 삭제 정당보호조항 추가/ 선거연령 명시 자유와 권리의 본질적 내용 훼손금지 및 언론 출판에 대한 허가 금지
제5차 개정(1962)	인간으로서의 존엄과 가치, 직업선택의 자유, 주거의 자유, 인간다운 생활을 할 권리 헌법개정안에 대한 국민투표제 신설
제7차 개정(1972)	기본권 조항에 개별적 법률 유보(기본권 제한 사유로 '국가안전보장' 추가) 본질적 내용의 침해금지 조항 삭제 신체의 자유와 관련한 긴급구속 범위 확대

7) 서현진, 2010: 254-255 참조.

	<p>구속적부심사제 폐지 자백의 증거능력 제한규정 삭제 재산권의 공용수용 등에 있어서 정당 보상기준 삭제 표현의 자유에 대한 허가 검열금지 삭제 군인 경찰공무원 등에 대한 국가배상청구의 금지 근로자의 단체행동권에 대한 제한 또는 금지 긴급조치에 의한 기본권의 잠정적 정지조항 신설 중요정책에 대한 국민투표부의권 신설 국민의 헌법개정안제안권 삭제 및 대통령의 헌법개정안제안권 부활 헌법개정안에 대한 국민투표권의 축소</p>
제8차 개정(1980)	<p>개별적 법률 유보 삭제 본질적 내용의 침해금지 조항 부활 신체의 자유와 관련한 긴급구속 요건 강화 구속적부심사제와 자백의 증거능력 제한규정 부활 재산권의 공용수용 등에 있어서 정당 보상근거 마련 행복추구권과 기본적 인권의 불가침성 확인 연좌제 금지 사생활의 비밀과 자유의 보호 형사피고인의 무죄추정원칙 교육의 전문성과 교원의 지위보호를 법률로 정하게 함, 평생교육의 진흥 적정임금의 보장, 근로조건의 기준설정에 있어서 인간의 존엄성 보장, 국가유공자에 대한 우선적 근로기회의 보장 환경권, 병역의무 이행자에 대한 불이익처우의 금지 등 신설</p>
제9차 개정(1987)	<p>적법절차조항 및 체포 구속의 이유 고지 및 가족 등への 통지의무 조항 형사피해자의 재판절차진술권과 범죄피해자의 국가구조청구권 대학의 자율성 보장 최저임금제 시행 여자의 근로의 부당한 차별금지 여자, 노인, 청소년의 복지향상을 위한 정책실시 의무, 재해예방 의무 주택개발정책 등의 실시 노력의무, 모성보호 노력의무 등 신설</p>

이상에서는 기본권을 중심으로 대한민국 헌정사를 간략하게 살펴본 것이다. 1948년에 제정된 이래 총 아홉차례의 개정을 거쳐 마련된 현행 헌법이 과연 '우리 인민'의 의지의 소산이라고 부를 수 있을지 자문해 보면 긍정적으로 답하기 어려운 것이 사실이다. '조속한 민주주의'라는 지적에서처럼 민주적 역량이 충분히 성숙하지 못한 상태에서 확립된

헌정이 실제 최고규범으로서 작동하지 못한 채 권력자의 의지에 따라 휘둘러 온 것이 사실이며 결과적으로 '헌법 경시 풍조'도 강했기 때문이다(최장집 2006).

그러나 다른 한편 1919년 3.1운동의 분출로 수립된 임시정부에서 제정된 임시헌장, 해방 정국에서 분출된 계급투쟁의 영향을 받은 제헌헌법, 1960년의 4.19 혁명의 열기 속에 탄생한 제2·제3공화국 헌법, 1980년 광주 민주화운동의 피 위에 세워진 제5공화국 헌법, 그리고 1987년 민주화 운동이 엘리트 간의 타협으로 귀결되면서 탄생한 현행 헌법의 기본권 장은 일련의 민주주의적 요구와 개혁의 열망을 외면할 수 없었던 통치세력의 조정안이었다고 볼 수 있을 것이다.

이러한 관점에서 보면 작금의 개헌 논의의 정당성도 발견할 수 있다. 급격히 변화하고 있는 현실 곳곳에서 분출하고 있는 시민들의 다양한 이익과 욕망 그리고 이들 사이의 갈등에 주목하면서 헌법 상 기본권의 쟁점을 논의해볼 수 있기 때문이다. 그러한 점에서 민주주의를 요구하는 시민들의 집합적 역량이 두드러졌던 지난 2016년 말의 광화문 광장의 열기는 개헌의 현실적 동력으로 보였지만 2018년 초 청와대가 발의한 개헌안에 대한 관심과 논의로 이어지지는 못했다. 이하에서는 민주적 계기를 예비하면서 기본권의 주체 문제와 관련된 이론적 논의를 전개해보고자 한다.

4. 기본권의 주체: 보편적 인권과 민족성으로서 시민권의 모순

인권이란 인간이라는 이유만으로 마땅히 누려야 할 권리로 이해된다. 이러한 점에서 인권은 보편적이라고 할 수 있지만 동시에 그 의미가 구체적으로 확정되지 않아 추상적이다(정극원 2010). 이러한 추상

성은 18세기 말 <권리선언>으로 소급된다. 선언이래 법의 근원은 더 이상 신의 명령이나 역사적 관습이 아니라 인간이 되었지만, 인권의 원천이자 그 궁극적 목표인 '추상적인' 인간은 어디에도 존재하지 않는다는 것이 문제였다(아렌트 2006). 역사적으로 권리를 요구하는 목소리가 항상 '우리도 인간'이라는 구호로 시작되었듯이, 자명해 보이는 '인간'의 규정과 경계는 늘 법과 제도의 쟁점이었다.⁸⁾

인권을 유효하게 보장하기 위해서 실정헌법에 명기한 것이 기본권이며, 이를 성원들 간 상호적 인정에 기초한 권리와 의무의 호혜적 관계의 측면에서 파악한 개념이 시민권이다. 양자가 지시하는 바는 사실상 동일하다고 할 수 있지만 기본권이 실정헌법에 초점을 맞춘 법적 개념이라면 시민권은 정치공동체 내 권리의 주체로서 시민에 초점을 맞춘 정치적 개념이라고 할 수 있다. 이하에서는 기본권의 주체 문제를 보편적 인권과 민족적 시민권의 모순을 통해 검토해보고자 한다.

우리 헌법에서 기본권의 주체는 인간 또는 사람이 아니라 국민으로 되어있다. 1948년 헌법 제정 당시 유진오 초안에는 전문(前文)에 헌법 제정의 주체로서 인민이라는 표현이 쓰였고 2장의 표제도 "인민의 기본적 권리의무"로 표기되었다. 하지만 인민이라는 용어에 대한 반발로 인해 인민 대신 국민이라는 표현이 채택되었고 2장의 표제도 "국민의 권리와 의무"로 확정되었다(정종섭 2003).⁹⁾ 이후 헌법은 여러 차례 개정을 거쳤지만 현행 헌법은 전문과 2장 표제에서 이러한 표기를 그대

8) <세계인권선언>이 만들어질 때에도 "인간이란 무엇인가"라는 도발적 질문이 제기되어 격론이 벌어졌고 인간의 존엄, 평등, 자유 등의 근거로 제시된 이성과 양심을 둘러싸고 긴 토론이 있었지만 결국 인권은 명확히 정의되지 않았다(조효제 2011, 70-75).

9) 1948년 헌법 제정 당시 유진오 초안에 등장한 인민이라는 용어에 대해 일부 의원들이 '공산당의 용어'라는 이유로 반발하면서 인민은 국민이라는 표현으로 대체된다. 이후에 유진오는 『헌법기초회고록』에서 "국가라 할지라도 함부로 침범할 수 없는 자유와 권리의 주체로서 사람을 표현"하는 좋은 말을 잃게 되었다고 회고한다(박명규 2009에서 재인용).

로 계승하고 있으며 기본권의 주체 역시 국민으로 명기되어 있다.

우선, 헌법이 단지 법적 문서가 아니라 국가 이전에 국가를 구성하는 역사적 과정의 산물이라는 점을 감안하면 국적 보유자의 의미가 강한 국민이라는 표현이 헌법에 사용된 것은 논리적으로 어색해 보인다. 근대 헌법에 관해 논하면서 페인이 명료하게 지적했듯이 “헌법은 국가의 소산이 아니라 국가를 구성하는 인민의 소산”이기 때문이다(페인, 2009: 269). 여기에서 인민은 국가 이전의 제한권력을 상징하는 집합적 실체를 지칭한다.¹⁰⁾

이 주권적 주체로서 ‘people’이 1860년대 일본의 후쿠자와 유키치에 의해 국민으로 번역되어 소개되었던 사정이나 근대 국가 수립을 지향한 갑오개혁과의 용례에서 과거의 ‘인민’과 근대의 ‘국민’이 대비되었던 점 등 인민과 국민의 다양한 용례(박찬승, 2011)를 감안하면 헌법에 등장하는 정치적 주체의 표기로서 인민이 적합한지, 국민이 적합한지는 핵심 쟁점이 아닐 수도 있다. 그러나 일반적으로 사람을 지칭하는 인민이 아닌 국민의 규정은 민족국가에의 소속과 결부된 정체성이라는 점을 중요하게 고려해야만 한다.

근대 국가의 성원에 대한 집합적 규정인 국민/민족은 1789년 프랑스 대혁명의 <권리선언> 3조에서 주권의 원천으로 명기된 nation의 번역어이다.¹¹⁾ 본래 nation은 혈통이나 출생에 기초한 종족 집단을 의미하는 라틴어 natio에서 유래한 말로 정치공동체로 조직되지 못한 집단을 의미했다(Smith, 2002). 그런데 혁명의 과정에서 nation이 주권의

10) 프랑스혁명기 정치적 질서의 정당성의 기초를 인민(people)의 의사에서 찾는 이념이 널리 유포되었다. 이 때 인민은 전체성, 단일성, 통일성 등의 단어와 연결되면서 통치권력의 정당성의 원천으로 참조되었다(다쿠지 2014).

11) <권리선언> 3조는 국민/민족이 본질적으로 “모든 주권의 원천이며,” “어떤 개인이나 단체도 명백히 여기에서 유래하지 않은 권위를 행사할 수 없다”고 선언한다. 이후로 민족과 인민은 동일한 실체를 지칭하게 된다.

원천으로 지목되면서 그것은 곧 모든 특권을 폐지하고 평등을 사그하는 유용한 통념으로 제시된다. 외국인이라도 혁명의 지지자에게 명예 시민권을 부여한 데에서 명시적으로 드러나듯이 국민/민족에 배타적인 함의는 없었고 원리상 자유 평등을 지지하는 이들의 우애로운 결속을 상징했다(Heater, 1999).¹²⁾

그러나 이러한 경향은 곧 역전되어 문화적 동질성을 가정한 민족성이 정치공동체의 성원자격인 시민권의 토대가 된다. 아렌트는 이를 “민족이 국가를 정복”했다는 말로 압축적으로 표현하는데 그녀는 애초에 <권리선언>이 민족 주권을 천명함으로서 국경 내에서 실제로 거주하고 있는 비민족의 인권을 박탈하여 권리 없는 사람들을 양산할 수 있는 역설을 내재하고 있었다고 지적한다(아렌트 2006). 이처럼 근대 민족국가에서 제도화된 민족성으로서 시민권(citizenship as nationality)은 국민/민족이 권리와 의무를 배분하는 배타적인 경계로 작동하면서 보편적 인권을 무효화할 위험이 있었다.

이후의 역사적 과정에서 드러나듯이, 민족은 정당한 국가를 구성하는 실체로 이해되고 이에 따라 민족의 경계가 유효한 정치적 단위로써 국가의 경계와 일치하게 되면서 특정 민족에의 소속 여부가 인권의 주장 및 보장의 핵심적인 요소로 등장하게 된다. 민족국가의 확립을 토대로 한 이러한 질서는 민족성으로서 시민권이 인권을 보장하는 유효한 매개라는 믿음을 반영하는 동시에 이 믿음이 작동하는 한에서 시민권과 구별되는 인권은 별도의 쟁점으로 부각되지 않는다.

그러나 원리적으로 인류에 속한다는 이유만으로 부여되는 인권과 민족국가에의 소속 여부에 따라 보장받는 권리로서 시민권은 구별될 뿐만 아니라 혈통, 언어, 역사 등 기원적인 동질성과 문화적 순수성의

¹²⁾ 이와 관련하여 히터(Heater, 1999)는 프랑스 혁명이 문화적 개념으로서 민족성(nationality)을 '정치화'했다고 지적한다.

발명에 따른 민족성의 규정이 시민권의 토대가 된다면 시민권은 보편적 인권의 유효한 매개가 아니라 차별과 배제를 정당화하는 배타적인 특권으로 확립될 수 있다. 벤하비브의 지적처럼 “근대 민족의 사회계약을 정당화하는 원리들의 보편주의적 차원과 이 민족이 자신을 폐쇄된 공동체로 정의하는 주장 사이에 긴장이 존재”하는 것이다(Benhbabib 2002).

“국가와 민족을 통한 권리의 추구가 인권의 보편주의와 충돌”(Moyn 2010, 14)하는 상황은 1차 세계전쟁 이후 유럽 대륙에서 가시화되는데 아렌트는 『전체주의의 기원』 2부, 9장 ‘민족국가의 쇠퇴와 인권의 종말’장에서 ‘국가 없는’ 인구들로서 난민에 관해 논하며 근대 민족국가에서 제도화된 민족성으로서 시민권의 모순에 관해 신랄하게 비판한다.

아렌트에 따르면, 전쟁으로 인해 고향을 떠나고 국가를 떠난 이들이 무국적자가 되고 이들이 아무런 권리가 없는 지구의 쓰레기가 되었다. 무국적자로서 난민은 인간성을 제외한 모든 것을 박탈당한 인간이다. 이들은 행위의 권리와 의사를 밝힐 권리를 갖지 못하는데 이는 곧 공적인 장소의 박탈, 즉 정치적 지위의 상실을 의미한다.

‘양도할 수 없는’ ‘자연적인’ 인권의 주장에 따르면 인간이 이렇게 정치적 지위를 상실하면 보편적인 권리 선언이 마련한 그러한 상황이 있어야 하지만, 정반대로 그저 인간에 불과한 사람은 다른 사람들이 그를 동료로 취급하게 만드는 바로 그런 특성을 상실한 것으로 드러난다. 그리고 이렇게 개인이 단순한 인간성, 생물학적 또는 동물적 실존의 사실로 환원될 때 그 또는 그녀는 더 이상 인간이 아니며 절멸의 위협에 처한다(아렌트 2006).

여기에서 난민은 근대 인권 기획의 실패를 명징하게 보여주는 사례라고 할 수 있다. 대개 인권은 인류에 속한다는 사실로부터 확립되는 자연적이고 보편적인 권리로 간주되고, 민족국가를 토대로 제도화된

시민권은 이 소속에 따라 부가적으로 보장되는 권리로 이해된다. 인권이 도덕적 원칙이라면 시민권은 제도적으로 창설된 권리이므로 논리적으로 전자가 후자에 선행할 뿐만 아니라 후자보다 더 근본적이고 우월하다고 보는 것이다. 그러나 공적인 장소를 박탈당한 난민의 지위에서 드러나듯이, 민족국가의 성원자격을 상실하는 순간 인간은 인간으로서 생존 자체가 위협받는 상황에 처한다.

이처럼 민족국가들 간의 체계에서 시민권으로 제도화되지 않은 추상적 인권, 오직 인간이라는 사실을 토대로 한 권리 주장이 무효가 되고 마는 현실은 자연적이고 보편적인 권리로서 인권이 시민권의 기초가 되는 것이 아니라, 반대로 시민권이 인권을 인정하고 보장하는 실질적인 토대라는 것을 의미한다. 요컨대 추상적·보편적·자연적 인권을 시민권으로 제도화되지 않는다면 소망적 사고를 담은 종잇조각에 불과하다(Balibar, 2004).

그런 점에서 아렌트가 말하는 ‘권리를 가질 권리’ 또는 정치에 대한 보편적 권리의 요청이야말로 인권과 시민권 또는 인간과 시민의 경계를 허무는 발본적 통찰이라고 할 수 있다. ‘국가없는 인구들’을 통해 드러난 냉엄한 현실, 즉 인간이어서 시민인 것이 아니라 시민이기 때문에 인간일 수 있다는 사실은 2차 세계전쟁 이후 만들어진 <세계인권선언> 14조 “모든 사람은 박해를 피해 다른 나라에 가서 피난처를 구할 권리와 그것을 누릴 권리가 있다”(Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution), 15조 “모든 사람은 국적을 가질 권리가 있다”(Everyone has the right to a nationality)는 선언을 낳았다. 이것은 민족성에 기초한 국경의 통제보다 인권을 우위에 두는 규범적 원리를 표명한 것으로 현대 민족국가들의 세계에서 인권을 보편화하려는 이상은 지속적으로 추구하고 있다(조효제 2011).¹³⁾

그러나 망명자의 인정이나 난민의 수용을 결정하는 일, 더 일반적으로

로 어떤 사람을 자국의 성원으로 받아들일지 여부를 판단하는 일은 여전히 국가의 권한에 속한다. 이 권한 행사의 기준은 일반화하기 어려울 정도로 복잡하고 다양하며 아예 그 자체가 불분명한 경우도 많다. <세계인권선언>의 실효성을 보장하기 위해 수 개의 국가 간 협약(convention)이 체결되었지만 국경을 통제하는 주권 국가의 문 앞에서 현실적 효력을 발휘하지 못하는 실정이다. 이것은 대개 국가 주권과 인권이 충돌하는 사례로 이해되지만 정확히 표현하자면, 민족성으로서 시민권 제도가 야기하는 인권의 역설이라고 할 수 있을 것이다.

프랑스혁명을 통해 주권의 원천으로 천명된 민족이 구래의 신분제를 타파하고 평등을 옹호하는 상징으로 작동한 덕분에 오늘 민족국가 내에서 제도화된 시민권은 신분이나 특권이 아니라 정치공동체 성원들의 보편적인 지위로 자리 잡았다. 유사하게 일본, 중국을 거쳐 우리에게 수용된 ‘민족’도 사회적 차별을 철폐하고 평등한 ‘우리’를 만들어 가는 도정에서 중요한 기표로 활용되었다.

그러나 세계화로 인해 다양한 형태의 이주가 증대하고 있는 상황에서 민족성으로서 시민권의 모순은 날로 첨예해지고 있다. 경제적 불평등이 심화되는 과정에서 상당수의 인구가 생존과 생활의 기회를 찾아 자국을 떠나 상대적 부국으로 이동하고 있지만 이들은 언제나 ‘불법 인간’으로 전락할 수 있다. 기원적 동질성과 문화적 순수성이 민족국가의 경계로 작동하면서 더불어 사는 한 사람의 인간이 시민으로 인정받지 못하며, 그렇기 때문에 그 또는 그녀의 인간적 존엄과 가치마저 부정되는 역설이 발생하는 것이다.¹⁴⁾

13) 포크(Falk 2000)는 1970년대 이래 억압, 차별, 배제 등의 불의에 저항하는 운동이 자신의 투쟁을 정당화하기 위해 점점 더 인권을 언급하는 경향이 나타나고 있음을 지적한다. “인권이라는 프레임이 저항의 정치, 반항의 정치, 투쟁의 정치를 위한 근거를 제공”하고 있는 것이다.

14) 왈저(Walzer 1983)는 민족성으로서 시민권이 상당수 인구를 주변화하고 취약하게 만

형식적으로 어떤 사람이 한 나라의 국적/민족성(nationality)을 취득하면 그 나라의 정식 '국민'이 되고 그 순간부터 그 나라의 시민에게 주어지는 모든 자격이 발생한다. 그런데 대한민국의 성원을 지칭하는 국민/민족은 혈통, 언어, 역사 등의 공통성에 기반한 정체성으로 인식될 뿐만 아니라 다양한 제도들에 의해 이 같은 정체성이 유지·강화된다. 이러한 지리·혈통·언어·문자·풍속 등의 공통성을 지닌 '단일민족'으로서 국민은 애초에 개방될 수 없는 성격의 것이 되고 만다.¹⁵⁾

이처럼 민족성으로서 시민권의 모순은 민족국가들로 이루어진 근대 국가 간 체계 자체의 특징이지만, 동시에 혈통이나 문화적 특성을 중심으로 민족을 이해하는 경향이 강한 국가들의 경우 그 배타성이 더 두드러진다. 더욱이 우리 헌법은 주권의 주체와 기본권의 주체를 모두 국민으로 규정하고 있기 때문에 상황이 더 복잡해진다.¹⁶⁾

앞에서도 지적한 것처럼 민족국가의 경계를 넘나드는 다양한 형태의 이주가 명백한 현실로 다가온 오늘, 이러한 민족성으로서 시민권의 중대한 시험대에 올라있다. 특히 보편적 인권의 실효적 보장을 위한 우리 헌법상의 기본권이 그 주체를 국민으로 명시하고 있기 때문에 그 모순이 더욱 첨예해지게 될 것이다. 우리 옆에 살고, 노동을 비롯한

드는 사례로 이주 노동자의 문제를 지목한다. 또, 이주 여성들의 상황은 더 심각한데 가장 보호받지 못하는 노동력이기 때문이다. 나라얀(Narayan 1997)에 따르면 이주 여성들과 그 자녀들은 복지, 의료 등의 혜택을 누리지 못하고 있다.

15) 일본에서 만들어낸 '민족'이라는 용어를 수입하여 중국에서 본격적으로 사용한 이는 양계초였다. 1903년에 그가 정리한 학설에 따르면 민족이란 "동일한 언어, 풍속을 가지고, 동일한 정신과 성질을 가지며, 그 공동심이 점차 발달하여 건국의 계체를 이루는 것"으로 보았다. 양계초가 규정한 지리·혈통·언어·문자·종교·풍속 등의 공통성을 지닌 집단으로서 '민족' 용어법은 1910년대에 지식인 사이에서 널리 확산되고 1919년 3·1운동을 거쳐 대중적으로 정착되었다(박찬승 2011).

16) 외국어로 표기된 the people, Das Volk, el Pueblo 등을 어떻게 해석하느냐의 문제가 있지만 세계 헌법은 주권의 주체를 '인민'으로 규정하고 있으며 권리의 주체도 사람, 시민 등의 다양한 표기가 등장한다. 오로지 국민으로 규정하고 있는 사례는 일본 헌법과 우리 헌법이 눈에 띈다(김영수 2018, 38-46).

다양한 인간적 활동을 통해 사회에 기여하는 이웃을 비국민이라는 이유로 차별하고 배제함으로써 최소한의 인간성조차 부정하는 상황이 초래될 수 있기 때문이다.

이러한 변화된 현실을 감안하여 기본권의 주체를 변경하는 제안이 이미 제시되었다. 외국인의 기본권 보장 문제가 쟁점으로 계속 대두되면서 이미 지난 2014년 헌법개정 자문위원회 활동을 통해 마련된 안에는 기본권의 주체를 '국민'에서 '사람'으로 변경하는 방안이 제시되었다(국회사무처 2017).¹⁷⁾ '국경의 민주화'(Balibar 2009)¹⁸⁾나 '거주의 권리' 등이 시민권의 중요한 쟁점으로 제기되고 있는 세계적 변화의 추세를 감안하여 우리도 개헌 논의를 매개로 하여 정치공동체를 상상하는 방식에서의 혁신을 도모해볼 수 있을 것이다.

주권적 주체로서 '인민'은 본질적으로 미완성이며 자유, 소유, 안전으로부터의 배제를 부정하는 원리를 함축한다. 그럼에도 불구하고 우리 헌법은 기본권의 주체를 국민으로 표기함으로써 민족성으로서 시민권의 모순을 적나라하게 드러내고 있다. 이에 애초에 기본권이 토대로 삼고 있는 인권의 보편주의에 충실하게 권리의 주체를 사람으로 바꾸는 것을 제안한다. 다만 사회적 연대의 원리를 강하게 내포한 권리 항목과 의무 조항에서는 유보적으로 '국민'을 유지할 수 있을 것인데, 이를 선형적으로 규정하기 보다는 공론화하는 과정 속에서 조정되는 것이 필요할 것이다.

17) 이 안은 개별 기본권의 성질을 고려하여 일부 권리만 '국민'으로 한정하고 나머지 규정들에서는 사람을 주체로 할 것을 제안했는데, 국민의 권리로 한정된 것들은 거주 이전의 자유(안 제24조), 집회·결사의 자유(안 제31조), 직업의 자유(안 제32조), 재산권(안 제33조), 근로의 권리(안 제38조), 선거권(안 제42조), 공무담임권(안 제43조), 국민투표권(안 제44조), 국가배상청구권(안 제51조), 범죄피해자구조청구권(안 제52조), 국방의 의무(안 제57조), 근로의 의무(안 제59조)이다(국회사무처 2017).

18) 발리바르(Balibar 2009)는 소속의 감정, 즉 배타적 관계로서 집단적 동일성의 전변 없이는 어떤 연대도 생각할 수 없다고 언급하면서 국가의 재량적 권력을 표현하는 제도로서 국경을 민주화하자고 주장한다.

5. 소 결

2017년 1월에 출범한 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회는 개헌의 필요성을 논하면서 “현행 헌법의 많은 부분들이 더 이상 헌법현실과 합치되지 못하거나 사문화된 내용들에 머물러 있음을 직시해야”만 한다고 쓰고 있다. “1948년 대한민국 헌법이 제정된 이래 총 아홉 차례의 헌법 개정이 있었으나 대부분 정치적 격변 상황에서 정부형태나 대통령의 임기 등을 개편하는 내용 위주”였고, 제헌헌법 이후 지난 70년 간 우리 사회가 모든 면에서 혁명적 변화를 이루어 왔음을 감안할 때 개헌이 필요하다는 주장이다(헌법개정특별위원회 자문보고서 2017).

이상에서처럼, 급격한 사회 변화에 조응하는 개헌을 논할 때 특히 주목할 만한 부분이 기본권 부분이라고 할 수 있다. 헌법개정특별위원회 역시 “광범위한 시대적 변화를 반영하고 개혁을 요구하는 촛불시민혁명의 진정한 의의를 살려” 국민적 요구가 반영된 기본권의 강화를 실현하고 기존의 기본권 조항을 수정 보완하는 개헌이 이루어져야 한다고 지적하고 있다. 또한 “자유와 평등의 헌법가치를 현실에서 구현하기 위해서는 기본권 조항의 틀과 내용의 현실화가 절실”하다는 진단도 제시하고 있다(헌법개정특별위원회 자문보고서 2017).

물론 개헌의 필요성을 주장하는 논의와 달리, 입헌주의가 확고히 자리 잡은 사회에서 기본권의 보장 수준은 입법적으로 조정되는 것이지만 헌법의 명문화가 기본권의 실질화에 별다른 영향을 미치는 것은 아니라는 견해도 있다. 헌법에 아무리 그럴듯한 기본권 규정을 마련해 둔다하더라도 법률의 제한 강도가 높다면 그 보장 수준은 낮을 수밖에

없기 때문에 개헌 담론이 입법 담론보다 실효적이라고 볼 수 없다는 것이다(김종철 2010). 이러한 시각에서 보면 기본권을 강화한다는 취지에도 불구하고 개헌이 반드시 필요한 것인지 회의의 품을 수밖에 없다. 헌법 조문의 개정보다는 기본권의 실효적 보장을 뒷받침하는 입법 과정, 즉 정치가 기본권의 강화에 훨씬 더 중요하기 때문이다.

그러나 헌법의 기본권 규정과 그것의 현실적 보장을 별개로 사고하지 않고 개헌 논의를 정치 과정의 일부라고 생각한다면 사정은 달라질 수 있다. 기본권에 관한 논의를 추동함으로써 사회 내 갈등적 쟁점을 드러내고 장기적 전망에 관한 사회적 논쟁을 통해 얼마간의 합의를 도출할 수 있다면 그 자체가 민주적 정치 과정의 일부로서 향후 입법 과정에 지대한 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 따라서 본 논의는 기본권 개정의 문제를 단지 헌법상 조문의 변화로 국한시키기 보다는 오히려 기본권에 관한 정치적·학문적 이해를 심화하는 공론화 과정의 일환으로 제시해보고자 했다.

고무적인 변화는 최근 헌법에 대한 관심이 급증했다는 사실이다. 몇 년 사이 헌법에 관한 책도 여러 권 출간되었다. 2016년 탄핵 정국의 여파라고 볼 수 있다. 그 해 말, 광화문 광장을 메운 시민들의 집회 곳곳에서 “대한민국은 민주공화국이다. 대한민국의 권력은 국민으로부터 나온다”는 헌법 1조가 널리 인용되었다. 당시 이 구절은 헌법 수호의 책임을 저버린 권력자를 심판하려는 시민의 의지를 대변했다. 대통령이 법 위에 군림하며 자의적으로 권력을 행사했기 때문에 헌법이 권위를 갖지 못했던 과거를 떠올려볼 때 시민들이 헌법을 참조하는 이러한 행위는 실로 엄청난 변화였다.

시민의 역량이 발휘된 대통령 탄핵 사건은 또 다른 개헌 논의를 자극했다. 이전에도 개헌 논의가 없었던 것은 아니지만 대체로 현실의 동력이 부족했거나 ‘정계개편 시나리오’ 수준에 머물렀다. 그러나 최근

부상한 개헌 논의는 좀 더 고무적인 측면을 반영하고 있다. 정당과 의회를 강화하는 등, 책임 정치의 기반을 다지는 일이 개헌에 우선한다는 시각에서도 '헌법의 정치적 해석'의 가능성을 보여준 탄핵 정국에서의 국회의 대응 덕에 정략적인 개헌 논의가 아니라 '정치적 개헌'을 준비할 수 있게 되었다고 평가했다(박상훈 2017).

본 연구는 권리는 정치적 과정을 통해 발명하고 쟁취하는 것이라는 관점에서 논의를 전개했다. 그런 점에서 개헌은 과정과 내용 모두의 측면에서 정치적 상상력을 개방함으로써 민주주의를 발명하는 방향으로 이루어질 필요가 있다. 이러한 미래의 발명을 위한 공론화에서 주목해야 할 것은 권리를 요구하는 현실의 목소리들일 것이다. 우리 헌법의 기본권 보장 규정이 '피로 쟁취된' 것은 아닐지라도 현재의 수준에 도달한 것은 차별과 배제에 저항하는 지난하고 지속적인 운동이 헌법이 천명한 인간의 존엄과 가치 그리고 권리들을 현실의 삶 속에서 실현시키는 데 기여했기 때문일 것이며 이러한 보편적 인권의 보편화의 과정은 여전히 미완의 도정에 있을 뿐이다.

세계화로 인해 다양한 형태의 이주가 증대하고 있는 상황에서 민족적 시민권의 모순은 날로 첨예해지고 있다. 단적으로 경제적 불평등이 심화되는 과정에서 상당수의 인구가 생존과 생활의 기회를 찾아 자국을 떠나 상대적 부국으로 이동하고 있지만 이들은 언제나 '불법 인간'으로 전락할 수 있다. 더불어 사는 한 사람의 인간이 시민으로 인정받지 못하며, 그렇기 때문에 그 또는 그녀의 인간적 존엄과 가치마저 부정되는 역설이 발생하는 것이다.

이러한 상황이 야기할 수 있는 극단적인 폭력과 배제의 위험을 감축하는 일은 궁극적으로 정치공동체의 경계를 새롭게 상상하는 작업을 수반할 것이다. 그 과정에서 앞에서 논의한 '권리를 가질 권리' 또는 정치에 대한 보편적 권리는 중요한 이론적 좌표가 될 수 있을 것이

다. 본 논문에서 다룬 기본권의 주체 문제는 민족적 시민권의 모순과 그로 인한 갈등의 분출을 다룰 수 있는 철학적·윤리적 전환의 예비 작업이라고 할 수 있을 것이다.

최근에는 헌법이 재판규범으로 인용되면서 최고 규범으로서의 지위를 확보해가고 있고 주요 입법과 정책 형성의 원리로서 권위를 갖춰가고 있다. 이러한 상황에서 제기되는 개헌은 자칫 헌법의 지위를 약화시킬 수도 있지만, 다른 한편 현실 개혁의 이정표 역할을 하는 최고 규범으로서 헌법의 규정들을 체계화하고 변화된 현실에 맞게 다듬는 것은 시대적 요청이라고 할 수 있다. 이러한 취지에 맞춰 기본권의 주체에 관한 논의가 활성화되기를 기대해 본다.

<접수 2019. 4. 10. 심사완료 2019. 5. 1. 게재확정 2019. 5. 25>

참고문헌

- 강정인 외. 2010. 『한국 정치의 이념과 사상』. 서울: 후마니타스.
- 국회사무처. 2017. 『헌법개정 조문별 참고자료(I): 기본권 및 기본의무』. 국회사무처 헌법개정 연구자료집.
- 국회헌법개정특별위원회 자문위원회. 2017. 『국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서』. 국회헌법개정특별위원회 자문위원회.
- 김영수. 2018. 『헌법전쟁』. 고양: 알렘.
- 김중철. 2010. “헌법개정론의 원인진단과 실효성의 인과관계”, 강원택 편. 『헌법 개정의 정치: 무엇을 어떻게 바꿀 것인가』. 서울: 인간사랑. 117-164.
- 다쿠지, 다나카. 박해남 역. 2014. 『빈곤과 공화국: 사회적 연대의 탄생』. 파주: 문학동네.
- 박상훈. 2017. “촛불과 정치 변화: 무엇이 바뀌었으며, 무엇을 바꿔야 하는가.” 최장집·서복경·박찬표·박상훈. 『양손잡이 민주주의』. 서울: 후마니타스. 255-288.
- 박찬승. 2011. 『민족 민족주의』. 서울: 소화.
- 박찬표. 2007. “법치 민주주의의 대 정치적 민주주의.” 최장집·박찬표·박상훈, 『어떤 민주주의인가 : 한국 민주주의를 보는 하나의 시각』. 서울: 후마니타스. 143-178.
- 서현진. 2010. “기본권 조항 개정의 정치적 쟁점.” 강원택 편. 『헌법 개정의 정치: 무엇을 어떻게 바꿀 것인가』. 서울: 인간사랑. 249-280.
- 아렌트, 한나. 2006. 이진우·박미애 역, 『전체주의의 기원1』, 한길사.
- 정극원. 2010. “인권의 헌법적 보장과 기본권규범화의 태양.” 『유럽헌법연구』. 8. 237-263.
- 정종섭. 2003. “기본권의 개념에 관한 연구.” 『서울대학교 法學』. 44(2). 1-80.
- 조영래. 2010. 『전태일 평전』. 서울: 전태일기념사업회.
- 조지형. 2010. “87년 헌법의 역사와 시대적 소명.” 강원택 편. 『헌법 개정의 정치: 무엇을 어떻게 바꿀 것인가』. 서울: 인간사랑. 13-50.

조효제. 2011. 『인권을 찾아서』. 파주: 한울 아카데미.
최장집. 2006. 『민주화 이후의 민주주의』. 서울: 후마니타스.
포크, 키이스. 2005. 이병천, 이종두, 이세형 옮김. 『시티즌십』. 아르케.
한상권. 2017. “제헌헌법의 평등이념.” 『인문과학연구』. 24. 87-111
한인섭. 2009. “대한민국은 민주공화제로 함.” 『서울대학교 法學』. 50(3).
167-201.

Balibar, Etienne. 2004. “Is a Philosophy of Human Civic Rights Possible? New Reflections on Equaliberty” *The South Atlantic Quarterly*. 103(2/3). 311-322.

Balibar, Etienne. 2009. “Antinomies of Citizenship.” Cassal Lecture in French Culture, 12 May.

Balibar, Etienne. 2016. *Citizenship, Polity*.

Bellamy, Richard. 2008. *Citizenship: A very short introduction*. Oxford.

Benhabib, Seyla. 2002. *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton Univ. Press.

Falk, Richard. 2000. *Human Rights Horizons : The Pursuit of Justice in a Globalizing world*, Routledge.

Heater, Derek. 1999. *What is Citizenship?*, Polity.

Moyn, Samuel. 2010. *The Last Utopia: Human Rights in History*. The Belknap Press of Harvard Univ. Press.

Narayan, Uma. 1997. “Towards a Feminist Vision of Citizenship: Rethinking the Implications of Dignity, Political Participation, and Nationality.” in Shanley, Mary Lyndon and Uma Narayan (eds.). *Reconstructing Political Theory*, Pennsylvania State Univ. Press.

Smith, Rosers M. 2002. “Modern Citizenship”. in Engin F. Isin and Bryan S. Turner (eds.). *Handbook of Citizenship Studies*, Sage.

Walzer Michael. 1983. *Spheres of Justice: a defense of pluralism and equality*, Basic Books.

The Subject of Fundamental Rights in the Constitution

Chung In Kyoung

This paper seeks to clarify the significance of fundamental rights in the Constitution and examine the subject of the fundamental rights from the perspective of the politics of citizenship. In our Constitution, the subject of the fundamental human rights is for the the people as a nation. This is likely to deny the humanity our neighbors who live next to us and contribute to society through various human activities on the grounds that they are not our nation. This paper will review these issues as the paradoxes of human rights and citizenship as nationality which have emerged in conjunction with modern nation-states. In conclusion, this paper suggests to revise the subject of fundamental rights from the people as a nation to every person.

Key words: constitution, fundamental right, citizenship, nation.