

【논문】

법정에 선 헤르만 헬러* **

: ‘사회적 법치국가’로 귀결되는 헬러의 헌법이론과 헌법해석에 관한
의의의 검토

김학진

서울대학교 박사과정 수료, 헌법

hakjin@snu.ac.kr

<국문초록>

헤르만 헬러는 바이마르헌법의 특징점을 살리면서 오늘날의 ‘사회국가’의 범주에 포괄될 수 있는 내용들을 이론적으로 추동하고자 했고, 특히 ‘사회적 법치국가’가 헌법(학)에서 통용되는 개념으로 발전하는 데 결정적인 역할을 한 인물이라 평가되고 있다. 다른 한편으로 이 사회적 법치국가는 헬러의 헌법이론체계를 이해하기 위한 ‘핵심적인 주제(Leitmotiv)’로 일컬어지고 있기도 하다. 사회국가원리의 해명 및 법치국가원리와의 관계를 논하는 데 있어서 이에 관한 헬러의 입장이 현재에는 하나의 지도적인 위상에 있는 것처럼 여겨지고 있는 것이다.

독일 및 그 영향을 받은 우리나라에서의 지배적인 학설은 사회국가원리를 시장 경제 질서의 안정과 함께 묶어 경제적 측면에 한정하여 다루고 있고, 또한 법치국가와의 ‘배타적 연계관계’를 부각하는 방향으로 양자의 관계에 관하여 취급하고 있다. 그 과정에서 민주주의원리에 관한 언급이 제대로 이루어지지 않는 것은 물론이다. 기실 사회적 법치국가가 이야기되는 지금의 맥락은 에른스트 포르스트프가 첨예화하였다고 하는 이른바 ‘생존배려(Daseinsvorsorge)’의 언저리나 이를테면 ‘사회적 자본주의’ 위에 머물러 있는 것인데, 이 글은 이와 같이 특히 경제 영역에 한정되어 있는 오늘날의 사회적 법치국가에 관한 시각이 헬러의 ‘사회적 법치국가’의 의의로부터 멀어져 있는 것이라는 점을 문제로 삼았다.

* 심사위원: 이재승, 서경석, 이계수

투고일자: 2023. 6. 4. 심사개시: 2023. 6. 8. 게재확정: 2023. 6. 22.

** 이 논문은 2020년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2020S1A5B5A17089522).

이에 따라 이 글은 사회적 법치국가로 귀결되는 헬러의 헌법이론체계를 조감하고, 무엇보다 ‘현실과 유리되어 있지 않은’ 것으로 평가되는 그의 이론이 공식화되었던 무대인 1932년 10월의 국사재판소를 하나의 중요한 사례로서 참고하였다. 세칭 프로이센 대 라이히 사건으로 불리고 있는 이 1932년의 헌법쟁송에서 헬러는 대리인의 자격으로 법정에 서서 자신의 헌법이론이 현실에서는 구체적으로 어떻게 표명될 수 있는지를 보여준 바가 있다. 헬러의 헌법이론 및 그의 헌법학자로서의 ‘실천’과 직결되어 있는 프로이센 대 라이히 사건을 함께 검토하면서 이 글은 그의 이론체계의 압축적인 표현이라고 말할 수 있을 ‘사회적 법치국가’의 본의가 ‘사회민주주의’를 실현하는 법치국가, ‘민주적 법치국가’의 요청임을 분명히 하였다.

주제어: 헤르만 헬러, 사회민주주의, 사회적 법치국가, 민주적 법치국가, 프로이센 대 라이히 사건

< 차 례 >

- I. 문제의 설정
- II. ‘사회적 법치국가’로 귀결되는 헬러의 헌법이론
- III. 프로이센 대 라이히 사건을 통해 표명되는 헬러의 헌법해석의 의의
- IV. 결론을 대신하여

I. 문제의 설정

전후 독일(1953)에서 “법치국가에 대한 최초의 공개 점검”¹⁾은 ‘사회적 법치국가의 개념과 본질(Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates)’이라는 표제 아래 이루어졌다. 본 기본법 하에서의 법치국가의 의의에 관하여 처음 논의되었던 공식적인 자리가 ‘사회적 법치국가’를 그대로 표출하고 있었던 것은 유의미한 부분이라고 생각된다. 마치 이를 반영이라도 하듯이 축사의 한 꼭지를 맡았던 리하르트 토마(1874~1957)는 다음과 같

1) 국순옥, “법치국가의 신화와 현실: 본 기본법체제 아래의 법치국가이데올로기”, 민주주의 헌법론(아카넷, 2015), 265쪽.

은 기대감을 내비치기도 하였다. 곧, 독일의 공법학이 법치국가의 이념에 봉사하여야 한다는 점만을 강조하던 시대를 지나, “자유주의적 법치국가와 사회민주주의 사이의 긴장을 아우르는 통합의 아치가 어떻게 그려질 수 있을지”²⁾를 점검하려는 단계로 진입하게 된 것 같다고 말이다.

그렇지만 이를 통해 독일 공법학은 비교적 넓은 관점의 차이만을 ‘새삼’ 확인하게 되었다. 그중에서도 발표자로 나섰던 에른스트 포르스토프(1902~74)는 이른바 급부행정론이라 정리할 수 있는 입장을 이후에도 계속 발전시키면서 “사회국가를 행정법상의 범주로 평가절하하고 법치국가를 본 기본법의 핵심 구조원리로 자리매김”³⁾하려는 흐름에 영향력을 더 했음은 잘 알려진 사실이다.⁴⁾ 이와 크게 대립하였던 대표적인 학자는 볼프강 아베트로트(1906~85)였다. 그를 두고서 하버마스는 “초창기 연방공화국의 헤르만 헬러”⁵⁾라고 회고한 바 있는데 이 점이 바로 이 글에서 제기하려는 문제와 관련하여 의미심장한 부분이다.

헤르만 헬러(1891~1933)는 바이마르헌법의 특장점을 살리면서 오늘날의 ‘사회국가’의 범주에 포괄될 수 있는 내용들을 이론적으로 추동하고자 했고, 특히 ‘사회적 법치국가’가 헌법(학)에서 통용되는 개념으로 발전하는 데 결정적인 역할을 한 인물이라 평가되고 있다.⁶⁾ 다른 한편으로 이 사회적 법치국가는 헬러의 헌법이론체계를 이해하기 위한 “핵심적인 주제(Leitmotiv)”⁷⁾로 일컬어지고 있기도 하다. 사회국가원리의 해명 및 법

2) *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* Heft 12(Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1954), 4쪽.

3) 국순옥, “법치국가의 신화와 현실”, 265쪽.

4) ‘보수 우파 진영의 사회국가 비판’이라는 항목 아래 묶어 이에 대하여 조감하고 있는 것은 국순옥, “본 기본법과 사회국가: 전후 서독 공법학계의 사회국가 논쟁”, 민주주의 헌법론, 302-317쪽; 포르스토프의 영향을 반영한 언급으로는 또한 Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*(Tübingen: J. C. B. Mohr, 1986), 특히 28-29쪽.

5) Jürgen Habermas, 윤흥식 옮김, “초창기 연방공화국의 헤르만 헬러: 볼프강 아베트로트의 탄생 100주년을 기념하며” 아, 유럽(나남, 2011), 21쪽.

6) Fabian Wittreck(Bearb.), “Art. 20 (Sozialstaat)”, Horst Dreier 엮음, *Grundgesetz Kommentar*(제3판) Band 2(Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), 123쪽; Helmuth Schulze-Fielitz(Bearb.), “Art. 20 (Rechtsstaat)”, 같은 책, 197쪽.

치국가원리와의 관계를 논하는 데 있어서 이에 관한 헬러의 입장이 현재에는 하나의 지도적인 위상에 있는 것처럼 여겨지고 있는 것이다.

그런데 의문은 오히려 이로부터 시작된다. 그렇다면 - 헬러의 이름이 여전히 낯선 것처럼 여겨지고 있다는 점은 차치하더라도⁸⁾ - “법치국가인가 아니면 독재인가(Rechtsstaat oder Diktatur)?”라는 표제의 글에서 헬러가 중국에 강조하였던 ‘사회적 법치국가’⁹⁾의 의의를 현재의 헌법학에서의 지배적인 관점은 제대로 반영 내지 인식하고 있기는 한 것인가? 결

7) Christoph Müller, “Hermann Heller (1891~1933): Vom liberalen zum sozialistischen Rechtsstaat”, Kritische Justiz 역음, *Streitbare Juristen. Eine andere Tradition*(Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988), 276쪽, 유사한 취지에서의 언급으로 Uwe Volkmann, “Hermann Heller (1891~1933)”, Peter Häberle/Michael Kilian/Heinrich Wolff 역음, *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Deutschland - Österreich - Schweiz*(제2판)(Berlin: Walter de Gruyter, 2018), 482-483쪽.

8) 우리 법학뿐만 아니라 독일 법학 역시 비슷한 사정 아래에 있다. 헬러의 사상적인 성취가 독일의 국가학 내지 헌법학의 진정한 일부를 이루고 있다는 점에 대해서는 거의 이의가 없을지라도, 그의 이론체계 자체는 지금도 정치학에서의 처우와 비교한다면 다소 이질적인 것처럼 취급되고 있기 때문이다. 독일 법학 내에서의 현황에 관한 지적으로 Uwe Volkmann, 위의 글, 471-472쪽, 한편으로 헬러의 국가학을 사회학적인 기반 위에 있는 것이자 권력의 속성을 ‘현실적’으로 분석한 것으로서 특징지었던 슬루흐터는 헬러의 이론의 수용과 관련하여 다음과 같이 지적한 바 있다. 곧, 압도적으로 철학적이거나 역사적인, 혹은 순전히 기술적인 사고가 양분하여 지배하고 있던 그간의 학풍에서 그의 주장은 상당히 이질적인 것이었고, 더구나 주장 자체에도 사변적인 성격이 다분했기 때문에 더더욱 조명되기가 어려운 측면이 있었다는 것이다. Wolfgang Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*(제2판)(Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983), 13쪽: 김효전, “헤르만 헬러의 헌법과 국가론”, Hermann Heller, 김효전 옮김, 바이마르 헌법과 정치사상(산지니, 2016), 819쪽에서 재인용. 이처럼 헬러의 이론은 독일 법학 내에서도 관심을 충분히 받게는 못하여 왔던 것이었으므로, 우리 법학에서 그의 이름이 낯설기만 한 것은 어찌 보면 당연한 현상이라고 생각된다.

9) 직접적 언급은 Hermann Heller, “Rechtsstaat oder Diktatur?”, Christoph Müller 역음, *Gesammelte Schriften*(제2판) Band 2(Tübingen: J. C. B. Mohr, 1992), 462쪽[우리말 번역은 김효전 옮김, 바이마르 헌법과 정치사상, 237쪽. 이하 우리말 번역의 쪽수를 대괄호 안에 병기하며, 『국가론』 이외에 이 글에서 인용한 헬러의 저작의 우리말 번역은 모두 같은 책에 수록되어 있음을 미리 밝혀둔다].

론에 포함될 내용을 먼저 이야기하자면, 상황은 그렇지 아니하여 보인다. 현재의 관점에서 사회국가는 시장 경제 질서의 안정과 함께 묶여 다루어지고 있고, 거기에서 사회적 법치국가의 맥락은 주로 법치국가원리의 테두리 안에서 이에 ‘의하여’ 사회국가원리의 실현에 일정한 제한이 가해지는 것과 같이 해석되고 있기 때문이다.¹⁰⁾ 기실 사회적 법치국가가 취급되는 지금의 맥락은 포르스트토프가 첨예화하였다고 하는 이른바 ‘생존배려(Daseinsvorsorge)’¹¹⁾의 언저리나 이를테면 “사회적 자본주의”¹²⁾ 위에 머물러 있는 것이다.

헬러의 ‘사회적 법치국가’의 의의로부터 이와 같이 특히 경제 영역에 한정되어 있는 오늘날의 사회적 법치국가에 관한 시각은 얼마나 떨어져 있는 것인가? 이를 문제의 출발점으로 삼고자 하는 이 글은 사회적 법치국가로 귀결되는 헬러의 헌법이론체계를 조감하고(Ⅱ.), 무엇보다 ‘현실과 유리되어 있지 않은’¹³⁾ 것으로 평가되는 그의 이론이 공식화되었던 무대

10) 앞의 주석서의 서술 방향 및 국순옥, “법치국가의 신화와 현실”, 특히 266쪽, 그리고 같은 저자의 “헌법재판의 본질과 기능”, 같은 책, 특히 368-370쪽 등에 의하면 독일은 사회국가원리를 법치국가원리와 일단 나란하게 두면서도, 전자를 해석하는 과정에서 후자가 ‘조정적 역할’을 위하여 충분히 ‘개입’될 수 있도록 하는 하나의 해석 모델을 정립하고서는 이를 ‘실질적 법치국가’와 등치시켜 왔다고 평가할 수 있다. 이와 같은 맥락에서 우리 법학에서도 그에 대한 지배적인 입장이 형성되어 있는 것으로 보인다. 예컨대 계희열, 헌법학(상) 제2보정판(박영사, 2002), 특히 365-367쪽; 권영성, 개정판 헌법학원론(법문사, 2010), 특히 139-142쪽; 김철수, 제21전정신판 헌법학신론(박영사, 2013), 특히 238-239쪽; 성낙인, 헌법학(제22판)(법문사, 2022), 특히 283, 285-286쪽; 양건, 헌법강의(제10판)(법문사, 2021), 특히 215-217쪽; 장영수, 제14판 헌법학(홍문사, 2022), 특히 215-222쪽; 정종섭, 제12판 헌법학원론(박영사, 2018), 특히 240-242쪽; 한수웅, 헌법학(제12판)(법문사, 2022), 특히 311-318쪽; 허영, 전정19판 한국헌법론(박영사, 2023), 특히 190-195쪽 등. 이러한 경향에 따라 우리 법학에서 사회국가원리와 법치국가원리의 관계에 대한 논의는 주로 전자의 기본권적인 성격에 대한 규명에 한정되어 전개되어 오고 있다. 논의 현황에 대한 언급 및 마찬가지의 경향을 보여주고 있는 서술은 이덕연, “헌법 제34조”, 사단법인 한국헌법학회 엮음, 헌법주석 I I(박영사, 2013), 특히 1119-1130쪽 등.

11) Fabian Witteck(Bearb.), “Art. 20 (Sozialstaat)”, 121쪽.

12) Christoph Müller, “Hermann Heller (1891~1933)”, 276쪽.

13) 이와 같은 지적은 Martin J. Sattler, “Hermann Heller”, *Staat und Recht. Die deutsche Staatslehre im 19. und 20. Jahrhundert*(München: Paul List Verlag,

인 1932년 10월의 국사재판소를 하나의 중요한 사례로서 참고하고자 한다(Ⅲ.) 세칭 프로이센 대 라이히 사건으로 불리고 있는 이 1932년의 헌법쟁송에서 헬러는 당시 원고 측이었던 프로이센 란트의회의 사회민주당과의 대리인 자격으로 법정에 서서 자신의 헌법이론이 현실에서는 구체적으로 어떻게 표명될 수 있는지를 보여준 바 있다. 헬러의 헌법이론 및 그의 헌법학자로서의 ‘실천’과 직결되어 있는 프로이센 대 라이히 사건을 함께 검토하면서 이 글은 그의 이론체계의 압축적인 표현이라고 말할 수 있는 ‘사회적 법치국가’의 본의를 재조명하도록 할 것이다.

Ⅱ. ‘사회적 법치국가’로 귀결되는 헬러의 헌법이론

1. 개요

1891년에 출생하였던 헬러는 제1차 세계대전 당시 전선에 배치되었던 이른바 “참호의 세대”¹⁴⁾에 속한다. 참전을 환영하였던 독일의 보수주의가 패전의 경험과 이에 따른 불가피한 혁명의 흐름에도 불구하고 그 기세를 유지하는 와중에,¹⁵⁾ 바이마르공화국의 성립 과정에서 주도적인 위치에 있었던 사회민주주의 세력은 급진적인 노선과의 분열을 피하지 못하고 한편으로는 기득권과 타협해 나가면서 새로운 체제를 구성하게 되었다.¹⁶⁾ 그로부터 도출되었던 바이마르헌법은 각 진영에서 불만족스러운 부분이 존재하는 타협의 결과물로서 받아들여졌고, 공히 비판의 대상이 되었다.¹⁷⁾ ‘반(反)바이마르’적인 분위기의 확대는 이러한 맥락 위에 있는 것이

1972), 154쪽.

14) 山崎充彦, “ヴァイマル期の一知識人: ヘルマン・ヘラーの政治思想”, 国際文化論集 제16호(桃山学院大学, 1997), 44쪽.

15) 전쟁에 호응하였던 독일의 보수주의 분파들이 바이마르공화국의 성립 이후에도 현실적으로 계속하여 영향력을 유지하였던 부분에 대한 개관으로 전진성, 보수 혁명: 독일 지식인들의 허무주의적 이상(책세상, 2001), 37쪽 이하.

16) 이에 대한 언급은 Ian Kershaw, 이희재 옮김, 히틀러: 의지 1889~1936(교양인, 2009), 185-187쪽.

17) 이에 대한 언급은 山崎充彦, “ヴァイマル期の一知識人”, 44쪽; 송석윤, 위기시대

었다.

“바이마르헌법이 구가하는 열린 정치적 형식만이 유일하게 [변화하는 현실에] 적합한 것”이라 믿었던 헬러가 무엇보다 이 헌법의 폄훼와 직결되어 있었던 ‘반바이마르’의 확산에 저항했던 것은 필연적인 일이었다.¹⁸⁾ 이와 더불어 당시의 지배적인 풍토와 뚜렷하게 구별되는 헬러의 사상적인 성취들은 ① 게오르그 엘리네크(1851~1911)와 빈 학파로 대표되는 법실증주의에 대한 비판, ② 사회학의 비판적인 수용,¹⁹⁾ ③ 헤겔 비판, ④ 막스 아德勒(1873~1937)를 중심으로 하는 마르크스주의 비판, ⑤ 무솔리니와 칼 슈미트(1888~1985)를 중심으로 하는 파시즘 비판으로 구분될 수 있다.²⁰⁾ 『주권론』(1927)이나 『국가론』(1934)과 같은 저서와 논문 및 팸플릿 등을 모은 헬러의 전집은 ‘입장과 결단’이라는 표제로 엮인 제1권에서 정치이념, 사회적 결단, 민주주의의 구성과 관련된 저작들을; 제2권 ‘법, 국가, 권력’에서 『주권론』을 포함하여 국가와 법, 바이마르헌법, 그리고 의회제와 독제에 관한 저작들을; 제3권 ‘정치적인 학문으로서의 국가학’에서 헬러 사후 게르하르트 니마이어(1907~97)의 서문을 달아 출간된 『국가론』을 포함하여 국가학과 관련된 저작들을 수록하고 있다.

이와 같은 헬러의 성취와 관련하여 또한 특기해야 할 부분은 그가 방법론 및 방향성(정치적 입장)에서 공히 ‘독자적’인 면모를 보여주었다는

의 헌법학: 바이마르 헌법학이 본 정당과 단체(정우사, 2002), 92쪽 등.

18) 이를 온전히 주제로 삼고 있는 것으로 Hermann Heller, “Freiheit und Form in der Reichsverfassung”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 2*, 373-377쪽[93-97쪽], 직접 인용은 같은 글, 377쪽[97쪽]; 특히 헬러는 “바이마르 헌법의 가장 충실한 해석자”로서, 그의 이론은 이 헌법의 존립을 전제로 하고 그 이념의 실현을 목표로 하였던 것이라는 평가는 본문의 서술을 방증하고 있다. Kathrin Groh, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik. Von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats*(Tübingen: Mohr Siebeck, 2010), 특히 142-144쪽.

19) 특히 헬러의 이론에 영향을 미친 것은 테오도어 리트(1880~1962)와 한스 프라이어(1887~1969)의 사회학이었다. 초기 리트의 영향을 받았던 헬러의 국가학이 1930년 이후에는 프라이어의 영향을 받아 구성되어 가는 과정에 대해서는 山崎 充彦, “ヴァイマル期の一知識人”, 62-65쪽.

20) Martin J. Sattler, “Hermann Heller”, 154쪽; 김효전, “헤르만 헬러의 헌법과 국가론”, 820쪽에서 재인용.

점이다. 그는 당시의 주류였던 법실증주의와 ‘다른’ 방법론에서 법치국가의 현실을 점검하고 있었다. 그와 유사하게 방법론적으로 재구성을 추구하려 했던 다른 입장들도 물론 존재하고 있었다. 그렇지만 이들이 대부분 보수주의로 기울어져 있었던 것에 비한다면, 헬러는 그야말로 고유의 방법론을 가지고서 유일하게 사회민주주의를 지향하고 있었던 것이다.²¹⁾ 그를 두고 “단지 한 사람의 학자 이상의 의미를 부여할 필요가 있다”²²⁾라고 평가하는 것은 이러한 맥락에서 과언이 아닌 것이었다.

2. 법치국가와 사회민주주의를 소재로 한 독자적 변증법으로서의 헬러의 헌법이론

2.1. 헬러의 이론의 전제와 문제 제기의 지점

1931년에 발표한 “독일 헌법개혁의 목표와 한계”²³⁾라는 짧은 글을 통하여 헬러는 마치 하나의 ‘강령’과 같이 “우리 독일 사회주의자들에게 헌법 수정의 목표는 이론의 여지없는 다음 세 표점을 향하고 있다”라고 표명하면서 1) 경제에 대한 국가의 권위의 우위(Überordnung), 2) 민주주의에 기초하는 정치적 권위, 3) 국가의 권위에 대한 명확한 한계를 언급하고 있었다.²⁴⁾ 여기에서 헬러는 국가의 권위는 필요한 것이라고 인정하면서도 다음의 단서를 달고 있었다. 곧, 우리가 기꺼이 인정할 수 있는 권위 있는 국가란 이를테면 하나의 독립된 ‘실체’로서의 국가가 아니라 “조직된 생활양식(Lebensform)”으로서의 국가라는 것이다.²⁵⁾

21) 이와 같은 지적은 송석윤, 위기시대의 헌법학, 278쪽; 마찬가지로 방법론 및 정치적인 입장 양 측면에서 헬러가 독자성을 보이고 있었음을 지적하고 있는 것으로는 Uwe Volkmann, “Hermann Heller (1891~1933)”, 475쪽 등.

22) 송석윤, 위의 책, 278쪽의 각주 252.

23) Hermann Heller, “Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 2*, 413-417쪽[118-121쪽].

24) Hermann Heller, 위의 글, 413쪽[118쪽].

25) Hermann Heller, 위의 글, 414쪽[119쪽]; 체계적인 서술 내에서는 Hermann Heller, *Staatslehre*, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 3*, 특히 341쪽[홍성방 옮김, 국가론(민음사, 1997) 326-327쪽].

이와 같은 표명은 그간에 헬러가 전개하여 온 ‘독자적’인 이론의 전체 및 자신이 문제제하는 부분이 어디에 있는지를 압축하고 있는 것이라 생각된다. 다시 말해 그의 전제는 사실적 권력이 집중된 국가의 위상을 인정하면서도 그것이 상황 및 구성원의 의지에 따라서 형성이 가능한 ‘양식’이라는 점에 놓여 있었던 것이다. 그렇기에 헬러에게는 국가개념 자체를 공동화하려는 것처럼 보였던 “법률자동주의(Gesetzesautomatismus)”,²⁶⁾ “국가 없는 국가학”,²⁷⁾ “객관성에 접근한 듯한 환상”²⁸⁾ 등에 지나지 않은 것이라 할 만한 당시의 지배적인 실증주의는 물론이고,²⁹⁾ 국가를 “비

26) Hermann Heller, “Genie und Funktionär in der Politik”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 2*, 특히 615쪽[356쪽].

27) Hermann Heller, “Die Krisis der Staatslehre”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 2*, 23쪽[141쪽].

28) Hermann Heller, 위의 글, 13쪽[132쪽].

29) 헬러는 이 사고 유형을 비판하면서 한스 켈젠(1881~1973)을 그 전형으로 언급하고 있다. 그러나 이와 같은 처우는 특히 켈젠의 ‘이데올로기 비판’에 중점을 두어서 순화된 방법론에 관한 당대의 반감이 반영되어 있는 것으로 감안해 보아야 할 것 같다. 더욱이 켈젠의 방법론은 그 성격상 헬러의 방법론을 이데올로기로서 비판할 측면이 다분하였기 때문에, 양자가 방향성을 함께 하였음에도 불구하고 실제 둘 사이의 교류가 기대되기 어려웠던 이유도 여기에 있었다. 이 점에 착안하고 있는 설명으로는 Christoph Müller, “Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung Hermann Hellers mit Hans Kelsen”, Christoph Müller/Ilse Staff 엮음, *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*(Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1984), 693-722쪽; 켈젠식의 방법론이 파시즘 앞에 무력하였다거나 예컨대 파레토(1848~1923)의 그것처럼 파시즘의 견인과 연결되어 있기까지 하다는 등의 과도된 ‘신화’는 이제 극복되고 있다. 이에 대한 언급은 송석운, “독일 바이마르헌법에서의 연방대통령: 바이마르헌법 제정 백주년에 즈음하여”, *세계헌법연구* 제28권 제1호(세계헌법학회한국학회, 2022), 특히 7쪽; “Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 2*, 특히 255쪽 이하[187쪽 이하]에서 드러나고 있듯이 헬러가 실증주의에 관하여서는 그 내실성의 결여에 무엇보다 문제의식을 느끼고 있었다고 한다면, 이제 이 전형에는 그 자신도 비판하였던 파레토의 이데올로기화된 실증주의 및 당시의 국법학과 관련하여서는 타타린-타른하이든(1882~1966)과 같은 반바이마르적인 입장의 법실증주의만이 포함되는 것으로서 독해되어야지 켈젠이나 바이마르의 법실증주의자들이 그 범주 안으로 부당하게 같이 묶여 평가 절하되어서는 안 될 것이라고 판단된다.

합리적으로 신격화”³⁰⁾하면서 이를 또한 재현(Darstellung)할 수 있는 하나의 대표체를 회구하려 하였던 입장 공히 비판의 대상으로서 특정될 수밖에 없었던 것이다.

양자는 특히 헬러에 따르면 “정치적인 사고방식으로서는 성립하지 않는다”³¹⁾ 것으로서 모두 ‘탈정치화(Entpolitisierung)’된 사고의 전형과도 같은 것이었다. 전자는 정부의 통치 작용의 의의를 인정하지 않고 그 기능적 해소와 규범의 지배(Nomokratie)에만 관심을 두는 것 같은,³²⁾ 말하자면 ‘(부르주아적) 안정성(Sekurität)’³³⁾이 논의의 목적처럼 되어 버린 듯한 면모에서 헬러에게 정치적인 사고로부터 떨어져 있는 사고유형처럼 보였다.³⁴⁾ 한편 칼 슈미트로 대표될 후자는 전자의 저 탈정치화된 측면을 강력히 비판하고 나섰다는 점에서 ‘표면적으로는’ 헬러의 입장과 유사하게 보이기도 한다. 그렇지만 실상은 이 후자야말로 “단 하나의 통일 세력이 존재한다는 숙명적 전설”³⁵⁾이 나타나게 되는 연유로서, 무엇보다 “아래로부터 위를 향하는”³⁶⁾ 정치의 ‘형성적’인 성격을 등한시하거나 부정하고 있기까지 하다는 점에서 헬러에게 가장 문제시될 수밖에 없는 것이었다.

“[슈미트식의 사고로서의] 정치적 천재 신앙의 최대의 기적은 무에서 (aus dem Nichts) 정치적 가치공동체를 만들어 낸다는 것이다. (...) 독재가 못사람들을 향해 정치적 가치 및 의지공동체의 현존에 대한 날조는 하지 않았다는 치더라도, 아마 저 공동체는 다른 사람들을 정치적으로 철저하게 개조시키기(korumpieren) 위해 그에 대한 피상적인 인정

30) 니마이어의 서문에서의 표현임. Hermann Heller, *Staatslehre*, 91쪽[xxii쪽].

31) Hermann Heller, “Genie und Funktionär in der Politik”, 622쪽[361쪽].

32) Hermann Heller, 위의 글, 특히 615-616쪽[356-357쪽].

33) Hermann Heller, “Bürger und Bourgeois”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 2*, 특히 630쪽[366쪽].

34) 이에 대한 비판의 전형은 Hermann Heller, 위와 같은 곳의 앞의 문단들을 볼 것.

35) 니마이어의 서문에서의 표현임. Hermann Heller, *Staatslehre*, 84쪽[xiv쪽].

36) Hermann Heller, “Politische Demokratie und soziale Homogenität”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 2*, 426쪽[212쪽]. 이 점에 주목하면서 슈미트와 헬러의 민주주의론 사이의 결정적 차이를 짚고 있는 것으로는 송석윤, 위기시대의 헌법학, 289-295쪽; 헬러의 국가론의 성격과 관련지어서는 Kathrin Groh, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik*, 특히 164-165쪽.

을 강요하려고 하는 독재자의 의지와 크게 다르지 않은 것일 뿐이라.”³⁷⁾

이로부터 우리가 헬러의 이론과 관련하여 충분히 추론할 수 있는 부분은 다음과 같을 것이다. 즉, 헬러는 국가가 현실적으로 지닌 ‘주권적’ 작용을 의식하면서도,³⁸⁾ 이를 ‘이데올로기(화)’로부터 해방시키려는 데 주안점을 두면서 자신의 이론을 전개하였다는 것이다.³⁹⁾ 따라서 그의 이론이

37) Hermann Heller, “Genie und Funktionär in der Politik”, 622쪽[361쪽].

38) 이 점에서 국가에 관한 형식적 이해와 헬러의 국가관 사이의 차이가 나타난다. 송석윤, 위기시대의 헌법학, 283쪽; 다른 한편으로 헬러가 국가의 ‘주권성’, 더 정확하게는 국가의 주권적인 의지에 관하여 언급하지 않는 것처럼 보였던 당시 주류적 흐름을 특히 『주권론』 등을 통해 비판하였다고 하더라도 그 맥락이 슈미트의 주권자로서의 국가의 부각과 같은 것은 아니라는 점 또한 유의해야 할 것이다. 말하자면 헬러는 법실증주의와 슈미트의 ‘중간’에 서서, 국가의 ‘자기 보존’이라는 한정을 설정하여 국가의 주권이 본질적이면서도 이는 결코 무제한이 아니라는 것을 강조하였기 때문이다. 이에 대하여서는 오항미, “주권 주체와 주권의 한계: 바이마르 공화국 주권 논쟁의 한 단면”, 법철학연구 제14권 제2호(한국법철학회, 2011), 109-113쪽; 더불어서 국가의 주권성에 대한 헬러의 이러한 입장은 개개인의 자율성을 좀 더 중요시하게 되는 『국가론』에서도 크게 변동되지는 아니하였다고 평가된다. Wolfgang Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, 특히 186쪽 이하.

39) 이는 헬러가 이데올로기적으로 경직되지 않는 방향에서 사회민주당의 일원으로 서 활약하였고, 사회주의 또한 “정치적 민주주의[의] 옹호”, 무엇보다도 전 국민이 “국민적 문화공동체” 안으로 상호 관계를 맺을 수 있게끔 추동한다는 한 정에서 받아들였다는 점을 함께 고려한 추론이기도 하다. 표현의 차용 및 이에 대하여서는 Wolfgang Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat*, 특히 121쪽 이하; 직접 인용은 차례대로 Hermann Heller, “Die politischen Ideenkreise der Gegenwart”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band I*, 396쪽[714쪽] 및 “Staat, Nation und Sozialdemokratie”, 같은 책, 537쪽[809쪽]; 사회주의의 수용에 관하여 헬러가 마르크스보다는 라살레(1825-64)에 더 가까운 인물이라는 평가도 이와 같은 맥락에서 가능한 것이라 생각된다. 南原一博, 国家の終焉(東京: 中央大学出版部, 2001), 특히 79쪽. 법률가로서의 라살레의 활동은 무엇보다 마르크스나 엥겔스와는 다르게 봉건적인 제도의 해체보다는 국가의 필요성을 의식하고서, 그 기초를 인민주권에 두려는 방향으로 더 적극성을 띠고 있었던 것이라 한다. Shlomo Na’aman, “Ferdinand Lassalle (1825-1864): Anwalt des Rechts und Rechtsanwalt”, Kritische Justiz 엮음, *Streitbare Juristen*, 특히 75-77쪽. 이러한 점에서 헬러와 라살레의 경향이 상당

‘법치국가’의 의의를 재차 조명하고자 하고, 이 (법치)국가가 어떠한 본성(Natur)으로부터가 아니라 구성원의 행위에 의해 형성되고 또 이러한 차원으로부터 이해되어야 하는 하나의 ‘문화(Kultur)’적인 산물임을 강조하며,⁴⁰⁾ 그 형성 과정과 결부하여서는 민주주의원리에 집중하게 되는 방향으로 나아가게 된 것은 당연한 귀결이라 할 수 있는 것이었다. 거기에서 헬러의 비판의 표점은 슈미트로 집중되게 된다. 이는 그 또한 독일 사상의 결정적 인자(Faktor)로서 헤겔을 의식하면서도,⁴¹⁾ 고차적인 존재로서의 헤겔식 권력국가를 동기로 ‘전체국가(totaler Staat)’를 도출하였던 슈미트와는 다른 방향으로 헬러는 국가에 대한 자신의 변증법을 구성하고서,⁴²⁾ 오히려 그 안에서 슈미트식의 국가개념을 체계적으로 극복될 수 있어야 할 대상으로 위치 지었기 때문이었다. 헬러의 ‘사회적 법치국가’가 다른 아닌 “법치국가인가 아니면 독재인가”라는 표제 아래 제시된 것은 분명한 의도에 따른 것이었다.

부분 중첩되어 있음을 발견할 수 있다.

40) 이에 대한 전형으로는 Hermann Heller, *Staatslehre*, 특히 125-130쪽[43-50쪽]; ‘문화’를 헬러의 국가론의 주제어라고 보아도 무방할 정도로, 이는 인간의 행위의 측면과 이를 위한 교양(Bildung)을 강조하려는 그의 이론체계에 있어서 핵심적인 위치에 있는 개념이라고 한다. Ingo Richter, “Kultur als Ziel der Arbeiterbildung und als gesellschaftliche Voraussetzung des Staates”, Christoph Müller/Ilse Staff 엮음, *Der soziale Rechtsstaat*, 특히 428-429쪽. ‘문화’에 대한 헬러의 이와 같은 태도는 라트부르흐(1878~1949)의 영향을 받은 것으로 알려져 있다. 같은 글, 434쪽 및 Hans-Peter Schneider, “Positivismus, Nation und Souveränität. Über die Beziehungen zwischen Heller und Radbruch”, 같은 책, 특히 597쪽; 南原一博, 国家の終焉, 특히 84쪽 등.

41) 특히 헬러는 그 자신의 문제의식과 방법론을 정립하는 데 있어 헤겔을 비판적으로 수용하였다고 평가된다. 그의 교수 자격 논문이 헤겔식 권력국가 사상을 소재로 하고 있었던 것은 이유가 있는 것이었다. 이에 대한 조감으로 南原一博, 国家の終焉, 특히 68쪽 이하; 헤겔에 대한 이해와 관련된 헬러의 태도가 전형적으로 반영되어 있는 예로는 Hermann Heller, “Hegel und die deutsche Politik”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 1*, 243-255쪽[592-602쪽] 등.

42) 방법론으로서의 ‘변증법’과 관련하여서도 헬러의 독자성이 나타난다고 한다. 곧, 대립의 지양을 바로 향하는[gegensatzaufhebend] 보통의 흐름과는 다르게 헬러는 오히려 이질적인 개념을 체계적으로 반영하면서, 바로 이 대립물을 전제로 통일성을 인식하고자 하는 변증법을 수행했다는 것이다. 언급은 Kathrin Groh, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik*, 147-148쪽.

2.2. 헬러의 법치국가에 대한 ‘고전적인 의의’의 재조명

“민주적 정당성과 마찬가지로 우리는 또한 어떠한 상황에서도 법치국가의 합법성을 독일의 헌법에서 빼놓지 않으려 한다.”⁴³⁾ 그래서 헌법개혁의 목표는 “노동질서와 재산질서를 실질적인 법치국가 조직에 복속시키고, 부르주아적 법치국가를 사회주의에 근거한 법치국가로 재편하려는 데 있는 것이지 법치국가 그 자체를 폐지하려는 것은 결코 아니다.”⁴⁴⁾ 이와 같은 표명에서 요약되어 있는 것처럼 헬러의 관심은 국가를 향해 있었고, 또 그의 논의의 전제가 되는 국가는 기본적으로 권력분립과 기본권의 보장을 유지하는 법치국가여야 했다. 그렇지만 헬러가 보기에 ‘법치국가’에 대한 당시의 지배적 관점은 “오늘날에는 더 이상 나타나지 아니할 권력의 정세(Machtlage)에서 유래”⁴⁵⁾한 것이었기에 “이론적으로 전혀 탄탄하지 않고 실천적으로도 쓸모가 없는”⁴⁶⁾ 퇴조(Degeneration)한 상태에 있는 것이었다. 이를테면 법률의 개념과 더불어 법치국가를 형식적/실질적으로 구별하여 대치시키려는 그동안의 시대착오적인 조류로 인해 법치국가의 본래의 취지마저 간과되어 왔다는 것이다.⁴⁷⁾

초기의 헬러의 기술에서 민주적-사회적 복지국가(demokratisch-sozialer Wohlfahrtsstaat) 등에 대비되어 ‘순수한 법치국가(reiner Rechtsstaat)’ 등으로 표기되었던 것은 1926년경에 이르면 특히 파울 라반트(1838~1918)를 위시하는 국법학의 도그마와 결부되어 ‘부르주아적 법치국가(liberaler Rechtsstaat)’라는 분명한 표현으로 대체되었다.⁴⁸⁾ 이와 같은 기술상의 변화의 의도는 1927년 3월 뮌헨에서 열린 독일국법학자대회에서의 발표를

43) Hermann Heller, “Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform”, 415-416쪽[120-121쪽].

44) Hermann Heller, 위의 글, 416쪽[121쪽].

45) Hermann Heller, “Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 2*, 242쪽[179쪽].

46) Hermann Heller, 위와 같은 곳.

47) Hermann Heller, 위의 글, 223쪽[164쪽].

48) 이와 같은 지적은 松本尚子, “ヴァイマル末期の法治国家論: ヘルマン・ヘラーの社会的法治国家論を中心に”, 一橋研究 제22권 제3호(一橋研究編集委員会, 1997), 56-57쪽.

통해 명시되었던 것으로 파악된다. 나중에 전집에 실린 후기(Schlusswort)에서 헬러는 “오늘날의 국법학이 매우 의문시되고 있는 그 궁극적인 토대를 살펴보지 않고서는 한 발자국도 전진할 수 없을 것이라는 데”⁴⁹⁾ 문제의식을 가지고서 통설에 관한 역사적이고도 체계적인 고찰을 수행하였고, 그에 따라 그동안 폄하되어 왔었던 법치국가사상의 ‘실질적’인 측면을 발표에서 부각하지 아니할 수 없었다고 밝힌 바 있다. 여기에 토론까지 거치면서 자신의 작업의 타당성을 확인하게 되었다는 것이다.⁵⁰⁾

대회의 표제는 ‘법률의 개념’을 내걸고 있었지만, 당시 발표에서 무엇보다 헬러가 역점을 두고자 했던 부분은 이에 관한 통설이 근거하고 있는 ‘법치국가’에 대한 관점을 비판하려는 데 있었다. 라반트를 위시한, 그리고 근래에는 새삼 “특히 켈젠과 슈미트에 의해 다시 환기된”⁵¹⁾ 저 통설로서의 형식적/실질적 이분설은 법치국가의 고전적인 의의를 도외시키고 있다는 것이다.⁵²⁾ 헬러는 통설이 강조하게 되는 법률개념 및 법치국가의 ‘형식성’을 다분히 의식하면서 자신이 부각시키려고 하는 법치국가의 고전적인 의의를 법치국가이념의 ‘실질적(materiell)’인 측면과 등치시키고,⁵³⁾ 나중에는 이와 동일한 의미를 띠는 ‘사회적 법치국가’라는 독자적인 표현을 견인하기에 이르렀다고 평가된다.⁵⁴⁾

헬러가 법치국가의 고전적인 의의 내지는 그 사상의 실질적인 측면이라는 위당을 통하여 재조명하고자 했던 부분은 ‘법치국가’의 발전의 기저에 있는 것이라 보았던 ‘자율(Autonomie)’의 이상이었다. “자유로운 상태에서 자유로운 영혼을 가지고 있다고 여겨지는 모든 인간은 자기 자신에 의해 통치되어야 한다”⁵⁵⁾라고 하는 몽테스키외의 말을 중요하게 인용하며 헬러는 그 앞뒤 문단에서 특히 시민혁명의 소산으로서의 이른바 “입

49) Hermann Heller, “Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung”, 244쪽 [181쪽].

50) Hermann Heller, 위의 글, 244-247쪽[181-183쪽].

51) Hermann Heller, 위의 글, 215쪽[156쪽].

52) Hermann Heller, 위의 글, 210쪽[152쪽].

53) Hermann Heller, 위의 글, 특히 210-211쪽[153쪽].

54) 이와 같은 지적은 松本尚子, “ヴァイマル末期の法治国家論”, 56-57쪽.

55) “comme, dans un État libre, tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui même.”

헌주의적 법률개념(konstitutioneller Gesetzesbegriff)⁵⁶⁾ 및 이와 긴밀하게 결부되어 있다고 하는 혁명 이래의 법치국가의 발전 과정에 대하여 기술하고 있다. 그에 따르면 영국에서 발달했던 법(률)의 우위(supremacy of law)가 혁명 이후에 전개된 근대 입헌주의 이론의 기초 중 하나를 이루고 있고, 이는 또한 인민주권론의 기반 위에서 성숙되었다는 점이 법률개념 및 법치국가의 의의를 파악하는 데 있어 망각되어서는 안 된다고 한다.⁵⁷⁾ 이를 감안한다면 근대의 법(률)의 지배는 인민의 지배 혹은 적어도 지배에 있어서의 인민의 참여(Herrschaft oder mindestens Mitherrschaft des Volkes)의 요청과 결부되어 있고, 권력분립은 이러한 지배를 원만히 실현하고 또 그 안정성을 보장하기 위한 기술적 수단으로 자리하고 있는 것이다. 다시 말해 계몽기의 법치국가 및 법률개념의 발전은 “실질적 법이념” 곧 “자유와 평등이라는 윤리적, 정치적 이상”을 지향하였던 것으로서 이해되어야 한다는 것이다.⁵⁸⁾

이렇게 시민혁명의 성과로서의 입헌주의적 법률개념 및 이와 긴밀하게 결부되어 있다고 하는 법치국가사상의 발전을 헬러가 돌아보았던 이유는 그에 관한 “사정이 전혀 다른”⁵⁹⁾ 독일에서, 더군다나 일종의 분기점처럼 작용하고 있는 ‘라반트와 그의 학파’에 의한 이분설의 확립의 “정치적인 배경(politische Wurzel)”⁶⁰⁾을 다른 한편으로 명확하게 지적하기 위해서였다. 즉, “프로이센의 왕권을 위해 비스마르크가 투쟁하여 승리를 거둔 예산 갈등의 산물”⁶¹⁾로서의 통설의 확립 배경을 두드러지게 함으로써, 오히려 이 특정의 조건이 아닌 경우에서라면 여전히 환기되고 있는 저 19세기의 통설은 “국법학자들을 쓸데없는 논쟁 속에 휘말리도록”⁶²⁾ 만들어

56) Hermann Heller, “Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung”, 209쪽 [152쪽], 위의 몽테스키외를 인용하는 부분은 210쪽[153쪽].

57) Hermann Heller, 위의 글, 특히 209-210쪽[152쪽].

58) Hermann Heller, 위의 글, 특히 210-211쪽[152-153쪽]. 직접 인용은 211쪽[153쪽]; ‘사회적 법치국가’로 귀결되는 논의 과정과 관련하여서는 같은 저자, “Rechtsstaat oder Diktatur?”, 특히 446-448쪽[225-226쪽].

59) Hermann Heller, “Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung”, 212쪽 [154쪽].

60) Hermann Heller, 위의 글, 214쪽[156쪽].

61) Hermann Heller, 위와 같은 곳.

버리는 것으로서 오늘날에는 법률개념 및 법치국가에 대한 명확한 인식에 방해가 될 뿐이라는 점을 헬러는 분명히 하고자 했던 것이다. 하나같이 ‘형식성’의 강조로 귀결되고 있었던 이 19세기의 통설은 그 “무내용성(Inhaltslosigkeit)”으로 인하여 도리어 특정한 정치적 권력이나 목적에 완전히 예측될 수 있었다; 내용에 무관심하기에 어떠한 정치적 대립으로부터도 초연할 수 있는 것이라고 믿는다면 이는 “착각(sich täuschen)”에 지나지 않는 것이다.⁶³⁾ 헬러가 법치국가에 대한 ‘고전적인 의의’를 재조명하면서 도출하였던 결론은 ‘비정치적’ 내지는 ‘탈정치적’임을 내세우는 학설이 가진 특정의 정치적 스탠스를 폭로하고 있는 것이기도 한 셈이다.

정리하면 헬러의 통설 비판은 이것이 무시하고 있는 ‘정치적인 것’,⁶⁴⁾ 무엇보다 인민의 ‘자율’ (“법률을 통한 인민의 자기결정”⁶⁵⁾)의 이상을 지향하였던 법률개념 및 법치국가의 발전의 ‘실질적’인 측면을 복권하려는 시도라고 말할 수 있을 것이다. 한편 발표와 후기의 몇몇 부분에서 헬러는 당시 방법론과 관련하여 대립할 수밖에 없었고 또 토론 과정에서 맞부딪쳤던 켈젠의 이름을 직접 거론하며 비평하고 있기는 하지만, 기실 결론에 이르러 ‘무내용성’이 바로 언급될 때 헬러의 머릿속을 가득 채웠던 것은 이른바 내용에는 무관심함[inhaltliche Indifferenz]을 강조하며 형식에 독립적인 가치를 부여하려고 했던⁶⁶⁾ 슈미트의 이론체계이지 않았을까

62) Hermann Heller, 위의 글, 219쪽[160쪽]. 이는 토마의 언급을 헬러가 원용하고 있는 것이다.

63) Hermann Heller, 위의 글, 242쪽[179쪽].

64) Hermann Heller, 위의 글, 특히 223-224쪽[164쪽].

65) Hermann Heller, 위의 글, 224쪽[164쪽].

66) 슈미트가 형성하는 규범개념과 관련되어 있는 ‘inhaltliche Indifferenz’는 처음에는 『법률과 판결』에서 법관이 법을 적용하는 데 있어서의 확정성을 확보하기 위한 법의 형식적 측면의 문제와 관련하여 중요하게 취급되었다. 그러다 『국가의 가치와 개인의 의미』에 와서는 법을 실현하려는 국가가 고려해야 하는 것으로서 ‘합목적성’의 측면만이 고려되어 이 소재가 다루어지고, 『정치신학』에 이르르면 “내용의 올바름 문제와는 별도로 결정 권한이 어디에 있느냐를 물을 필요가 있다”라는 문제의식 곧 내용으로부터 독자적인 의미를 갖는 것으로서의 ‘결단’의 위상을 정립하려는 시도와 결부되어 이 소재가 환기되게 된다. 슈미트의 ‘inhaltliche Indifferenz’의 의미에 대하여서는 Hasso Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*(제5판)(Berlin: Duncker & Humblot, 2010), 특히 72-77쪽 등; 직접 인용은 Carl

생각된다. ‘사회적 법치국가’로 귀결되는 헬러의 논의를 이해하는 과정에서 이와 같은 추론은 중요한 계기가 된다. 그의 사회적 법치국가에는 말하자면 법치국가의 ‘실질적’인 측면의 고려와 더불어 정치적 단일체로서의 국가를 전제로 하는 이론체계가 불가피하게 해결하여야 할 (최소한의) ‘동질성(Homogenität)’을 어떻게 이해하고 있는지가 결부되어 있다. 한편으로는 슈미트의 이론도 헬러와 마찬가지로 단일한 국가를 전제로 한 것이었기 때문에, 저 불가결한 ‘동질성’의 의식은 양자의 이론체계의 공통분모처럼 될 수도 있었다. 그렇지만 다음 아닌 바로 이 부분에서 두 사람의 입장은 극명하게 나뉘고 있는 것이다. ‘동질성’과 관련하여서는 그 형성의 원리로서의 ‘민주주의’에 대한 이해가 특히 문제된다.

2.3. “법치국가인가 아니면 독재인가”라는 문제 설정의 진정한 취지로서의 ‘사회민주주의’ 실현의 요청

앞서 몇 차례 언급하였던 대로 헬러의 이론체계는 국가를 전제로 하고 있는 것이었다. 특히 그에게 정치적인 단일체 내지는 통일체로서의 국가는 “인간의 신체적·형이상학적인 자기유지를 위한 필요조건”⁶⁷⁾이자 “다양성과 사회성이라는 인간의 두 가지 본질적인 속성 안에서 필연적”⁶⁸⁾으로 나타나게 되는 것으로서, 역사적으로도 인간의 사회적인 작용의 범위와 복잡도가 확대·상승됨에 따라 “문명화 및 분업화”와 결부되어 그 의의가 비례적으로 함께 증대되어 온 것이었다.⁶⁹⁾ 정치는 그 본질이 저 국가를 형성하고 유지하는 데 놓여 있는 ‘동적’ 작용이다.⁷⁰⁾ 현대의 조건에서는 “어떠한 사정에서든 민중이 결정 및 활동의 통일체(Entscheidungs- und Wirkungseinheit)를 형성해야 한다.”⁷¹⁾ 이 경우 통일체의 형성이 가능하려면 “일정한 정도의 사회적 동질성이 존재하지 않으면 안 된다.”⁷²⁾

Schmitt, 김항 옮김, 정치신학: 주권론에 관한 네 개의 장(그린비출판사, 2010), 52쪽.

67) Hermann Heller, “Politische Demokratie und soziale Homogenität”, 424쪽[210쪽].

68) Hermann Heller, 위와 같은 곳.

69) Hermann Heller, 위와 같은 곳.

70) Hermann Heller, 위의 글, 424, 425쪽[210, 211쪽].

71) Hermann Heller, 위의 글, 426쪽[211쪽].

이와 같은 이론의 전개상 정치적 민주주의에 대하여 사회적 동질성이 어떠한 의미를 가지는지를 해명하는 것이 헬러에게는 불가피한 수순이 된다.

이쯤에서 헬러는 효과적인 문제 제기 및 자신의 주장과의 비교를 위하여, 이른바 ‘적과 동지의 구별’을 정치에 특유한 것으로서 부각시키려 했던 슈미트의 논의를 환기한다. 특히 비상사태 하에서 자신에 대한 안팎의 공격자를 섬멸할 각오가 없는 국가는 스스로를 포기하는 것이라고 하는 슈미트의 주장을 헬러는 한편으로 일리가 있다고 보면서도, 근본적으로는 그 취지에 관하여 의심을 거둘 수가 없는 것으로 평가한다. 그가 보기에 이러한 주장은 정치적 통일체의 형성에 관하여서는 기여할 수 있는 바가 없고, “슈미트는 단지 완성된 정치적 상태만을 볼 뿐”⁷³⁾이라는 것이다. 모든 정치적인 행위와 동기를 적과 동지의 구별로 환원시키려는 이 슈미트의 입장에서의 ‘동질성’은 결국 적의 배제 및 동지들 사이의 이를테면 ‘동일화’의 문제로 환원될 것이 자명했다.⁷⁴⁾ 슈미트의 논의를 놓고 헬러가 “정치적 통일체의 발생과 그 존재가 매우 비정치적인 것”⁷⁵⁾이라고 지적한 것은 적확했다. 슈미트는 저 동일화를 향하는 동질성의 유지에 장애가 될 요인을 위기의 수사를 들어 문제시하기에 이르렀는데, 의회(제)에 대한 강한 비판이 바로 그 전형에 해당되는 것이었다. 특히 그가 표적으로 삼았던 의회(제)는 ‘자의식에 눈을 뜬 프롤레타리아트’가 참여한 이후의 그것으로서,⁷⁶⁾ 슈미트는 이를 국가의 통일성을 상대화하는 “다원주의 체계의 쇼 무대”⁷⁷⁾처럼 묘사하고서는 거듭하여 도마 위에 올렸던 것이다.

72) Hermann Heller, 위의 글, 427쪽[212-213쪽].

73) Hermann Heller, 위의 글, 425쪽[211쪽].

74) 이른바 ‘동일성(Identität)’ 의제와 함께 루소의 일반의지를 의도적으로 변용하면서 이를테면 동일성을 달성하기 위한 ‘동일화’에 강조점을 두는 테제를 자신의 민주주의이론에 적극적으로 도입시켰던 슈미트의 작업에 대한 상세로는 松本彩花, 카를슈미ットにおける民主主義論の成立過程: 第二帝政期からヴァイマル共和政中期まで(北海道大学, 2017), 76쪽 이하.

75) Hermann Heller, “Politische Demokratie und soziale Homogenität”, 425쪽[211쪽].

76) 표현의 차용과 함께 필자가 본문에서와 같이 서술하면서 염두에 둔 상황에 대한 언급으로는 Hermann Heller, “Rechtsstaat oder Diktatur?”, 448-449쪽[226-227쪽].

77) Carl Schmitt, 김도균 옮김, 합법성과 정당성(도서출판 길, 2015), 153쪽.

동적인 작용으로서의 정치와 직결될 이와 같은 요소들을 “민주주의 개념 밖으로 내놓[고서]”,⁷⁸⁾ 슈미트가 밀어 붙이려는 것은 이를테면 ‘실질적’인 동질성으로 포장한⁷⁹⁾ “민중주의적 동원민주주의”에 지나지 않을 “동일성 민주주의”이다.⁸⁰⁾ 동일성민주주의론 하에서는 특정의 구성원 일부를 배제한다고 해서 “그 국가가 민주주의이기를 그치는 것은 아니”고,⁸¹⁾ 인민의 의지가 [독재를] 향해 있다면 “독재는 민주정적 기반 위에서만 가능”⁸²⁾하다고 주장할 수도 있는 것이었다.

헬러가 주장하려는 ‘사회적 동질성’은 위와 같은 슈미트 식의 동질성에 고스란히 대비된다. 이미 이 글의 주 42에서 언급하였던 것처럼 대립물을 전제로 통일성을 인식하고자 하는 헬러의 독자적인 변증법과 마찬가지로 그의 사회적 동질성 역시 “적대적 관계가 불가피한 사회 구조의 폐지(Aufhebung)를 의미하는 것이 결코 아니”⁸³⁾라 오히려 “항상 존재하는 대립성과 이해의 충돌”을 전제로 “공동체적 의지(Gemeinschaftswillen)를 통해” 도출될 수 있는 것으로서 제시되고 있는 것이다.⁸⁴⁾ 따라서 이에 반하는 슈미트식의 동질성은 헬러의 논의에서는 이를테면 “특정한 신성 공동체의 지상화(Verdiesseitigung einer Gemeinschaft der Heiligen)를 정치적 목표로 추구”⁸⁵⁾하는 것과 다르지 않은, 다시 말해 “종교 [등]을 정치의 도구로서 이용하는” 행위에 지나지 않은 것으로 특징지어지게 된다.⁸⁶⁾

부연하자면 헬러는 사회적 동질성을 의식적인 활동으로부터 도출할 수 있는 하나의 “사회·심리학적인 상태”⁸⁷⁾와 등치시키고 오늘날에는 ‘인민’이 이를 ‘자각하여(bewusst)’ 그에 부합하는 공동체적 존재 양식을 결정

78) 국순옥, “위르겐 하버마스와 좌파 슈미트주의”, 민주주의 헌법론, 138쪽.

79) 전형적으로 Carl Schmitt, 나종석 옮김, 현대 의회주의의 정신사적 상황(도서출판 길, 2012), 특히 23쪽 이하.

80) 국순옥, “위르겐 하버마스와 좌파 슈미트주의”, 139쪽.

81) Carl Schmitt, 나종석 옮김, 현대 의회주의의 정신사적 상황, 25쪽.

82) Carl Schmitt, 김기범 옮김, 헌법이론(교문사, 1976), 259쪽.

83) Hermann Heller, “Politische Demokratie und soziale Homogenität”, 428쪽[213쪽].

84) Hermann Heller, 위와 같은 곳.

85) Hermann Heller, 위와 같은 곳.

86) Hermann Heller, 위의 글, 433쪽[218쪽].

87) Hermann Heller, 위의 글, 428쪽[213쪽].

한다는 의미에서 민주주의와 연관을 지으려 하였던 것이다.⁸⁸⁾ 따라서 헬러에 의한다면 사회적 동질성은 각각의 시대 의식(Bewusstsein)의 영향을 받는 것이므로,⁸⁹⁾ 그 자체가 이미 어떠한 실체를 가지고 있다거나 하나의 목적처럼 취급될 수는 없다. 헬러는 특히 후자를 크게 문제시하고 있는데, (특정의) 동질성을 정당화하기 위한 수단으로 종교, 경제, 인종 등의 여건을 “이용하기를 권장하는”,⁹⁰⁾ “터무니없이 정치적으로 어리석은 것”⁹¹⁾을 시도하려는 집단이 존재한다는 사실이 그에게는 묵과될 수 없는 것이었기 때문이다.

그렇기에 전집 제2권에 ‘의회제인가 아니면 독재인가(Parlamentarismus oder Diktatur)’라는 표제 아래 묶여 있는 ‘1928년부터 1933년까지’ 발표된 헬러의 일곱 편의 글이 그 비판의 표점을 한 방향으로 하고 있는 것은 결코 단순하게 볼 만한 사안이 아니다. 이는 현재의 상황이 “‘권위(주의)국가’를 향한 경향들”을 배태하였음을 부각시키려는 입장을⁹²⁾ 명확히 겨냥하고 있었던 것이다. “신을 단지 사회의 진정제(Beruhigungsmittel)로서 찬미할 뿐인” 자;⁹³⁾ 이탈리아에서의 파시즘의 확대를 놓고서 “독재가 기적을 가져온다는 신앙”을 발전시키고 이를 설파하려는 자;⁹⁴⁾ 독재를 특수한 근대 국가양식으로 합리화하면서 이에 비해 범치국가원리를 진부한 헌법적 표현[veraltetes Verfassungsklischee]으로 여겨 이를 헌법에 부수되어 있는 정도로만 규정하려는 자;⁹⁵⁾ “의회주의는 정신사적으로 사망

88) Hermann Heller, 위의 글, 특히 427-428쪽[212-213쪽].

89) Hermann Heller, 위의 글, 428쪽[214쪽].

90) Hermann Heller, 위의 글, 433쪽[217쪽].

91) Hermann Heller, 위와 같은 곳[218쪽].

92) Carl Schmitt, 김도균 옮김, *합법성과 정당성*, 158쪽; 슈미트가 당시 권위(주의) 국가를 향한 경향이 확실하게 존재한다고 단언하고 있었던 것은 단순한 과장이 아니었다. 실제로 제1차 세계대전의 종결과 함께 새롭게 탄생하였던 중·동부 유럽의 입헌민주주의 국가들은 1920/30년대에 들어서면 대부분 권위주의 내지 극우적인 전체주의로 회귀하는 모습을 보여주었기 때문이다. 이에 대하여서는 송석윤, “독일 바이마르헌법에서의 연방대통령”, 8쪽.

93) Hermann Heller, “Politische Demokratie und soziale Homogenität”, 433쪽[218쪽].

94) Hermann Heller, “Was bringt und eine Diktatur?. Fascismus und Wirklichkeit”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 2*, 437쪽[219쪽].

95) Hermann Heller, “Rechtsstaat oder Diktatur?”, 445쪽[224쪽].

하고, 파시스트 독재가 민주주의라고 선언”하는 자;⁹⁶⁾ “빈정거리면서 바 이마르헌법의 형식적 타협을 지적”하며 국가에 대한 낭만주의적인 신앙을 고백하고 있는 자;⁹⁷⁾ “기꺼이 탈정치화”하면서 “부르주아적 안전성을 보장하는 독재의 이상”을 환기하려는 자;⁹⁸⁾ ‘권위적’ 국가를 표어로 채택한 파펜네각의 ‘7월’을 옹호하는 자.⁹⁹⁾ 이 일련의 글에서 공히 포함되어 있는 비판의 수사는 ‘터무니없이 정치적으로 어리석은 시도’의 중심에 있던 ‘칼 슈미트’를 그대로 가리키는 것이었다.

헬러의 문제의식의 배경은 앞서 훑아보았던 법치국가의 본래의 취지에 관한 도외시뿐만 아니라, 적어도 그동안에는 자명한 것으로서 이의가 제기되지는 않아 왔던 법치국가의 위상 자체를 저하시키면서 이에 반비례하게 독재를 변화하는 시대에 적합한 ‘새 부대’인 것 마냥 부각시키려 하는 (슈미트를 위시한) 제1차 세계대전 이후의 새로운 경향에도 있는 것이었다.¹⁰⁰⁾ 따라서 헬러의 역점은 “(이익)사회의 무정부 상태의 정치적 현상 양식”¹⁰¹⁾에 불과할 독재를 멀리서는 그럴듯하게 보이게끔 포장하려는 부분을 벗겨내려는 데 놓이게 되었고,¹⁰²⁾ 그와 함께 간과되고 있었던 법치국가의 의의를 재조명하면서 이를 재삼 오늘날의 상황에 따른 요청에 부합하도록 인식하게 하는 데 놓이게 되었던 것이다.

오늘날의 상황에 대한 헬러의 관점이 바로 ‘사회적 동질성’을 해명하는 과정에 온전히 녹아 들어가 있었다고 생각된다. 앞서 언급하였듯이 헬러가 말하는 동질성은 어떠한 선형적인 실체가 아니라 경험적으로 인식되어야 하는 것이고, 혁명 이후 변화된 사정에 따라 이제 ‘인민’의 결정이 이 인식에 부합되는 방향으로 공동체적인 존재 양식으로서의 국가의

96) Hermann Heller, “Europa und der Fascismus”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 2*, 489쪽[258쪽].

97) Hermann Heller, “Genie und Funktionär in der Politik”, 621쪽[361쪽].

98) Hermann Heller, “Bürger und Bourgeois”, 632쪽[368쪽].

99) Hermann Heller, “Autoritärer Liberalismus?”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 2*, 645, 651-653쪽[377, 382-384쪽].

100) Hermann Heller, “Rechtsstaat oder Diktatur?”, 445쪽[224쪽].

101) “(…) Diktatur nur die politische Erscheinungsform der gesellschaftlichen Anarchie ist.” Hermann Heller, 위의 글, 456쪽[233쪽]. 강조는 헬러에 의한 것임.

102) 이에 관한 언급은 Hermann Heller, 위의 글, 특히 453-454쪽[230-231쪽].

형성을 좌우한다. 헌법에 관한 헬러의 설명도 이러한 맥락 위에서 전개된다. 그는 헌법 또한 하나의 양식으로서 특징짓는데, 위와 같은 “구체적인 인간의 활동 형식에 의하여 국가[를] 정서된(geordnet) 활동의 통일체”¹⁰³⁾로 도출하는 과정에서 헌법은 ‘규범성(Normativität)’의 정립을 의식한 결과로 산출된다는 것이다. 즉, 헌법은 인간의 행위에 내포된 일정의 ‘규정성(Normalität)’을 항시화·일반화한 것으로, 끊임없이 운동 중에 있는 사실적 권력 관계를 포착하려는 동태적 측면과 함께 그 포착의 순간에 부합하도록 결정된 존재 양식의 존속에 관한 잠재적인 제 규범들의 ‘전제’가 된다고 하는 정태적 측면(Statik)을 모두 포함하고 있다는 것이다.¹⁰⁴⁾ 헬러가 보기에 ‘법’의 의의를 사회적 현실로부터 고립시켜서 그 상대적인 자율성만을 고려하려는 도그마틱은 전자를, 그리고 이를테면 ‘상황법(Situationsrecht)’을 내세우면서 (일회적) 결단을 규범에 바로 대립시키는 슈미트식의 주장은 “이어지는 모든 규범화에 대한 기본적인 전제”로서의 헌법의 성격을 다루지 않는다는 점에서 후자를 간과하는 것이다.¹⁰⁵⁾

요컨대 ‘헬러의 헌법학’은 현실성을 인식한 산물이자 제 규범의 전제로서의 성격을 갖는 헌법을 통하여, 다시 시대 의식 및 그 순간의 권력 관계에 대한 (승인된) 요청을 파악하는 작업을 표현하는 것이라고 이해된다. 따라서 인식된 현실에 대해서는 이야기하지 않는 “규범 논리주의”¹⁰⁶⁾와 더불어 “비규범적 결단이나 단순히 사실로 존재하는 결단 또는 다수의 그러한 결단”¹⁰⁷⁾만을 놓고서 헌법을 상대화하려는 슈미트의 헌법학은 헬러에게 의문시될 수밖에 없는 것이었다. 특히 후자가 그에게는 더욱더 문제적으로 보였던 것이라 생각된다. 슈미트는 “이해하기가 어려울(nicht einzusehen)”¹⁰⁸⁾ 정도로 바이마르헌법의 기본 명제가 1871년의 ‘구질서’에 근거한 연방국가적 구조에 있다고 주장하면서¹⁰⁹⁾ 바이마르헌법에 반

103) Hermann Heller, *Staatslehre*, 361-362쪽[353쪽].

104) 이에 대하여서 상세는 Hermann Heller, 위의 책, 361쪽 이하[353쪽 이하].

105) 이에 관한 비판적 서술은 Hermann Heller, 위의 책, 373-384쪽[368-382쪽], 직접 인용은 같은 책, 379쪽[376쪽].

106) Hermann Heller, 위의 책, 379쪽[375쪽].

107) Hermann Heller, 위의 책, 392쪽[391쪽].

108) Hermann Heller, 위와 같은 곳.

109) Hermann Heller, 위와 같은 곳; 이를 직접 소재로 하는 것은 또한 같은 저자,

영되어 있는 다원주의, 정당국가, 법치국가사상의 실질적 측면, 그리고 의회(제)민주주의를 향한 요청을 인정하지 않고 그 대신 구질서와의 ‘연속성(Kontinuität)’을 강조하고 있었던 것이다.¹¹⁰⁾ 이러한 주장은 “[헌법의] 성립 시의 ‘정치적, 역사적 상황’”¹¹¹⁾을 고려하지 않는 것일뿐더러, 이하에 바로 언급되는 것과 같이¹¹²⁾ “독일의 민주주의 전체를 위협하는 귀결”¹¹³⁾을 내포하고 있다는 점에서 헬러는 이를 문제시하지 않을 수 없었을 것이었다.

“오늘날 민주적 정당성 이외의 지배의 정당성은 결코 존재하지 아니한다”¹¹⁴⁾라고 전제하는 헬러에게 시비에 불을 만한 것은 민주주의에 관한 기술(Technik)적인 부분뿐이었으며, 그의 시대에는 의회(제)의 위기가 문제가 되었다.¹¹⁵⁾ 곧, “민주주의의 합리적 수단”¹¹⁶⁾으로서의 의회(제)의 유효성을 따져보려는 시도가 나타났던 것이다. 이와 관련하여 “합리주의의 시대정신을 회피”¹¹⁷⁾하는 슈미트를 위시한 흐름은 의회(제)를 공격하면서 “협상하는(verhandelnd) 의회(제)를 행동하는(handelnd) 독재로 대체”¹¹⁸⁾하고자 하고, ‘자유주의적 민주주의’의 수정을 위한 ‘사회민주주의’의 요청과는 다른 방향에서 민주주의를 수정하려고 한다. 이와 같이 현대 정치사상사에 관해 검토하면서(1926) 헬러가 중점을 두어 비판하였던 부분은 ‘사회적 동질성’을 시작으로 ‘권위적 자유주의’를 지적하는 데까지 이르

“Die Neuordnung des Reiches im Verhältnis zu seinen Ländern”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 2*, 395-403쪽[107-113쪽].

110) 이에 대한 슈미트의 언급의 전형으로는 Carl Schmitt, 김기범 옮김, *헌법이론*, 특히 118-120쪽.

111) 이는 슈미트의 표현을 원용하면서 이에 배치되는 슈미트의 주장을 비판하고 있는 것이다. Hermann Heller, *Staatslehre*, 392쪽[391쪽].

112) III.의 2.에서 ‘현상의 연방주의적 혼란상태’에 관한 헬러의 비판을 정리한 부분을 참고.

113) Hermann Heller, “Die Neuordnung des Reiches im Verhältnis zu seinen Ländern”, 397쪽[109쪽].

114) Hermann Heller, “Die politischen Ideenkreise der Gegenwart”, 329쪽[659쪽].

115) Hermann Heller, 위의 글, 330쪽[659쪽].

116) Hermann Heller, 위의 글, 331쪽[661쪽].

117) Hermann Heller, 위의 글, 332쪽[661쪽].

118) Hermann Heller, 위의 글, 330쪽[660쪽].

는 저 ‘의회제인가 아니면 독재인가’ 아래에서의 일곱 편의 저작을 통해 다시 구체적으로 표현되었던 셈이기도 하였다. 이와 더불어 정치사상사의 검토 과정에서 헬러가 받아들이는 ‘사회주의’는 ‘사회민주주의’와 동일하다는 점이 표명되었다.¹¹⁹⁾ 그것은 “민주주의를 부르주아 계급에만 한정하려는”¹²⁰⁾ 자유주의적 민주주의의 수정을 위한 것이었고, 특히 노동질서와 재산질서 등을 민주적인 질서의 보장을 위한 수단으로서의 법치국가 안으로 ‘법제화(Vergesetzlichung)’하려는 것이었다(“생활수단을 생활목적에 복속”).¹²¹⁾ 또한 그것은 “법치국가, 민주주의, 그리고 의회주의를 관습적 허구(konventionelle Lüge)라고 명명”¹²²⁾하면서 “부르주아적 안전성을 보장하는 독재의 이상”¹²³⁾을 좇으려 하는 ‘정치적으로 죽은 시민 계층’¹²⁴⁾의 욕구에 대한 저항이기도 하였다.

이로써 ‘사회적 법치국가’가 경제 질서가 아닌, ‘독재’와 대치되는 문제 설정에 대한 답으로서 제시된 이유를 이해할 수 있게 된다. 이는 ‘사회민주주의’의 실현이라는 (생활)목적의 다른 표현인 것이다. 거기에서 경제는 어디까지나 이 민주적인 질서의 보장을 위한 (생활)수단으로서의 ‘법치국가’에 당연히 포괄되어야 하는 문제에 지나지 아니한다.¹²⁵⁾ ‘사회

119) Hermann Heller, 위의 글, 375쪽[696쪽]; 앞의 주 39의 내용을 함께 참고.

120) Hermann Heller, 위의 글, 333쪽[662쪽].

121) Hermann Heller, “Rechtsstaat oder Diktatur?”, 461쪽[237쪽]. 다른 표현으로는 “실질적 법치국가사상의 노동질서와 재산질서로의 확장” 같은 글, 451쪽[229쪽].

122) Hermann Heller, 위의 글, 460쪽[236쪽].

123) Hermann Heller, “Bürger und Bourgeois”, 632쪽[368쪽].

124) 이는 헬러의 서술에서 ‘부르주아’의 다른 표현이다. Hermann Heller, 위의 글, 627, 631쪽[363, 367쪽] 등.

125) 이에 대한 적절한 해설로는 이은정, “현대 대중민주주의 산업사회에 있어서 사회적 법치국가(Sozialer Rechtsstaat)의 의미: 한국에서의 수용문제를 중심으로”, 한국국국제정치 제9권 제2호(경남대학교 극동문제연구소, 1993), 특히 175-177쪽; 같은 취지에서 헬러의 ‘사회적 법치국가’의 의미와 주안점에 관하여 요약하고 있는 것으로는 또한 Ilse Staff, “Der soziale Rechtsstaat. Zur Aktualität der Staatstheorie Hermann Hellers”, Christoph Müller/Ilse Staff 엮음, *Der soziale Rechtsstaat*, 특히 25-27, 32, 40-41쪽 등; 무엇보다 이 부분에 대한 이해와 관련하여 헬러는 단순히 사회주의를 향한 수동적인 수용을 시사하였던 것이 아니라, 오히려 정치적 방향성을 분명히 제시함으로써 사회주의의 급진적이고 이데올로기화된 부분을 지양하려고 하였다는 점에 유념해야 한다는 지적 또한 참고

적 법치국가'가 “법치국가인가 아니면 독재인가”에서 마찬가지로 그 의미상 독재와 대조되는 ‘민주적 법치국가(demokratischer Rechtsstaat)’와 병행하여 쓰이고 있다는 점 또한 간과되어서는 안 될 부분이었다.¹²⁶⁾ 오늘날의 그 의미의 범위가 축소된 이해와는 다르게, 사회적 법치국가에 관한 헬러의 선구적인 입장은 경제의 측면에서보다는 ‘현대의 확고한 정당성의 원천’인 민주주의원리의 보장의 차원에서 그 의의가 우선 파악되어야 하는 것이다. 이는 헬러 이론의 공식적 표명인 ‘변론’을 통해서도 분명하게 뒷받침된다. 이하 변론의 내용을 살펴본다.

Ⅲ. 프로이센 대 라이히 사건을 통해 표명되는 헬러의 헌법해석의 의의

헬러가 ‘지상(紙上)’에서 “법치국가인가 아니면 독재인가”라는 질문을 던지면서 ‘사회적 법치국가’를 그에 대한 자신의 답안으로 제시하였던 과정은 1932년 10월의 국사재판소라는 ‘현실’에서 그대로 재현되었다. 동년 7월 당시 중앙정부였던 파펜내각의 주도로 발표된 라이히대통령령이 발단이 되어 10월에 “제국이 수립된 이래의 독일에서 가장 중요한 의미를 지니고 있는 헌법분쟁”¹²⁷⁾이 진행되었는데, 세칭 프로이센 대 라이히 사건이라고 불리게 되는 이 헌법쟁송에서 위의 ‘법치국가’와 ‘독재’의 대표로서 묘사될 헬러와 슈미트가 각각 상대하는 대리인의 자격으로 법정에 서서 직접 설전을 벌이게 되었기 때문이다. 뿐만 아니라 이 사건에서는 위와 같은 평가에 걸맞게 당대 국법학의 흐름을 주도하였던 학자들이 대리인으로 참여하면서¹²⁸⁾ 그간 자신들이 전개하여 왔던 이론에 기초한 헌

할 만하다. 南原一博, 國家の終焉, 특히 104-106쪽.

¹²⁶⁾ Hermann Heller, “Rechtsstaat oder Diktatur?”, 특히 454, 457쪽[231, 234쪽].

¹²⁷⁾ Paul Noack, *Carl Schmitt. Eine Biographie*(Frankfurt am Main; Berlin: Ullstein, 1996), 138쪽.

¹²⁸⁾ 아래 개요에서 다루고 있는 것과 같이 사건의 당사자였던 프로이센 란트와 함께 마찬가지로의 입장에 처해질 가능성이 높았던 바덴과 바이에른 란트가 국사재판소에 모두 제소하였기 때문에, 이 사건에서 원고 측의 대리인으로 나선 이들

법해석의 실체가 어떻게 표명될 수 있는지를 분명하게 보여주었다. 헬러는 여기에서 자신에게 할당되었을 쟁점뿐만 아니라 재판의 거의 전반에 걸쳐 변론에 관여하면서, 피고 측의 전략의 핵심이었던 슈미트의 “상황 구속적(situationsgemäß)”¹²⁹⁾ 헌법해석의 진정한 의도일 정치적 목적, 즉 권위주의적인 체제로의 이행을 위한 헌법합치적인 수단의 확보를 폭로하는 데 주력하였다고 평가된다.¹³⁰⁾ 이러한 측면에서 헬러를 포함하여 바이마르의 국법학자들의 이론과 그 현실을 다루고자 하는 연구들이 프로이센 대 라이히 사건을 한 번쯤은 일별해 보아야 할 이유도 발견된다. 이하 위에서 조감하였던 ‘사회적 법치국가’를 향한 헬러의 헌법이론이 구체적 사건과 결부되어서는 어떻게 표명되었는지를 한번 살펴보기로 한다.

1. 사건의 배경과 개요

구 제국헌법이 인정하고 있었던 프로이센의 패권적인 지위는¹³¹⁾ 공화국의 성립으로 인하여 헌법 자체 및 헌법현실로부터 배제될 필요가 생겼다. 그러나 바이마르헌법의 기초자였던 프로이센마저도 “실현이 불가능한

은 프로이센을 대표하는 란트정부 및 란트의회 of 중앙당파와 사회민주당파, 그리고 바덴과 바이에른 란트정부를 각각 대리하여 법정에서 쟁다. 헬러는 원고 측 프로이센 란트의회 of 사회민주당파의 대리인의 자격으로 법정에서 나섰다. 그 반면 슈미트는 피고 측 라이히정부의 대리인으로 참여하면서 헬러를 비롯한 게르하르트 안쉬츠(1867~1948, 프로이센 란트정부), 프리드리히 기제(1882~1958, 프로이센 란트정부), 한스 페터스(1896~1966, 프로이센 란트의회 of 중앙당파), 한스 나비아스키(1880~1961, 바이에른 란트정부), 테오도어 마운츠(1901~93, 바이에른 란트정부) 등 학자들과 설전을 벌였다. Henning Grund, »Preußenschlag« und Staatsgerichtshof im Jahre 1932(Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1976), 83쪽.

129) 권영설, “바이마르헌법상의 국가긴급권논쟁”, 헌법이론과 헌법담론(법문사, 2006), 1081쪽.

130) 현존하는 소송 속기록 전문을 분석하였던 山下威士, “一九三二年国事裁判所におけるヘルマン・ヘラー”, 時岡 弘 先生古稀記念論文集刊行会 엮음, 人權と憲法裁判(東京: 成文堂, 1992), 특히 349-350, 353-354쪽의 지적.

131) 이에 관한 언급으로는 Hans Bolt 엮음, *Reich und Länder. Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*(München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1987), 452쪽.

일”¹³²⁾이라고 언급한 바 있었듯이, 프로이센의 강력한 지위의 해체는 바이마르공화국이 ‘중앙집권적(unitarich)’인 방향을 견지하고 있었음에도 불구하고¹³³⁾ 결과적으로는 달성되지 못할 난점으로 남게 되었다. 그나마 라이히와 프로이센 란트 간의 이른바 ‘이원성(Dualismus)’¹³⁴⁾의 문제가 10년여에 걸쳐 크게 부각되지 않았던 것은 양쪽에서 성격이 비슷한 연립정부가 정권을 잡아왔기 때문이었다.¹³⁵⁾

1932년 6월이 되어 상황은 변하였다. 의회주의로부터 완전하게 등을 돌리며 중도 우익의 가장 바깥쪽을 향해 가고 있었던 프란츠 폰 파펜(1879~1969)¹³⁶⁾의 대통령내각이 중앙정부로 들어섰기 때문이다. 이에 반해 프로이센은 아직 사회민주주의 세력의 교두보처럼 남아 있었다.¹³⁷⁾ 비록 나치당의 약진과 공산주의 정당의 선전으로 인하여 4월부터 중앙당과 사회민주당의 연정이 유지될 수 없었던 상황에도 불구하고 말이다. 다만 어느 정파도 새 란트정부를 구성하기 위한 다수를 확보하지는 못하였기 때문에 이때까지 프로이센에서는 사임한 구 내각이 임시로 정부의 기능을 담당하고 있었다. 란트의회는 협조를 기대할 수 없는 분위기에서 임시내각이 제 역할을 하는 것은 어려운 일이었다.¹³⁸⁾

¹³²⁾ Hugo Preuß, “Reich und Länder. Bruchstücke eines Kommentars zur Verfassung des Deutschen Reiches (1928)”, Detlef Lehnert/Christoph Müller/Dian Schefold 엮음, *Hugo Preuß Gesammelte Schriften Band 3. Das Verfassungswerk von Weimar*(Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), 398쪽.

¹³³⁾ 이에 관한 언급으로는 Christian-Friedrich Menger, 김효전/김태홍 옮김, *근대 독일헌법사*(교육과학사, 1992), 367쪽.

¹³⁴⁾ 곧, 베를린에 라이히의회와 프로이센 란트의회, 그리고 라이히정부와 프로이센 란트정부가 상호의 영향력을 양립하고 있는 것을 가리킨다. Hugo Preuß, “„Republik und Monarchie“ — „Reich und Preußen“ (1921)”, Detlef Lehnert 엮음, *Hugo Preuß Gesammelte Schriften Band 4. Politik und Verfassung in der Weimarer Republik*(Tübingen: Mohr Siebeck, 2008), 188쪽.

¹³⁵⁾ 이에 관한 언급으로는 Christian-Friedrich Menger, 김효전/김태홍 옮김, *근대 독일헌법사*, 372쪽.

¹³⁶⁾ 파펜에 관한 이와 같은 평가로는 Karl-Heinz Minuth, *Das Kabinett von Papen. 1. Juni bis 3. Dezember 1932 Band 1. Juni bis September 1932 Dokumente Nr. 1 bis 129*(Boppard am Rhein: Harald Boldt Verlag, 1989), XXI-XXII쪽.

¹³⁷⁾ 송석운, “독일 바이마르헌법에서의 연방대통령”, 19쪽.

라이히대통령 힌덴부르크(1847~1934)로부터 ‘국가집중내각’을 구성하도록 위임받은 파펜에게 저 프로이센 임시내각은 확실하게 처리되어야 할 장애물과 같았다. 더불어 바덴과 바이에른 란트의 내부 상황도 문제시하고 있었던 파펜내각은 이를 해결할 방법을 모색하기 시작하였다. 란트정부의 고권 행사에 직접 개입하는 것은 불가능하다고 판단한 파펜내각이 찾은 방법은 헌법 제48조, 곧 라이히대통령의 비상조치권한을 활용하여 파펜을 란트정부의 권한을 대신할 라이히전권위원(Reichskommissar)으로 임명하는 것이었다.¹³⁹⁾

비밀리에 구체화되었던 계획이 드러난 것은 라이히의회 선거를 얼마 남겨두지 않고 있었던 1932년 7월 20일이었다. 프로이센 란트의 사회민주당의 임시내각이 그 내부의 정치적인 불안에 대처할 자제도 능력도 없다는 것을 구실로 ‘프로이센 란트 영역에서의 공적 안전과 질서를 회복하기 위한 라이히대통령령’¹⁴⁰⁾이 발표되면서 임시내각의 총리 오토 브라운(1872~1955) 이하 일곱 명의 관료가 차례로 파면되기에 이른 것이다.

프로이센 란트정부는 무력을 행사하는 대신에 법적인 절차를 통하여 이에 저항하고자 하였다. 장래에 프로이센 란트와 유사한 처지에 놓이게 될 가능성이 높았던 바덴, 바이에른과 함께 프로이센 란트는 국사재판소에서 위의 라이히대통령령과 그에 따른 조치의 위헌성을 다투고자 하였다. 라이히정부를 상대로 한 이들 란트의 제소에 의하여 1932년 10월 10일부터 14일, 그리고 17일에 국사재판소에서 구두심리가 이루어졌다.

2. 심리 과정에서의 헬러의 입장과 헌법해석의 의의

재판장 에르빈 뭉케(1874~1945)가 심리 진행에 대한 어려움을 내비쳤던 것과 같이, 10월의 국사재판소에서는 쟁송 자체와 학문적·이념적인

138) 이에 대하여 상세로는 Henning Grund, »Preußenschlag« und Staatsgerichtshof im Jahre 1932, 37쪽 이하.

139) 내각 회의에서의 언급으로는 “Nr. 31 Ministerbesprechung vom 18. Juni 1932, 11.30 Uhr”, Karl-Heinz Minuth, *Das Kabinett von Papen*, 103쪽; Henning Grund, »Preußenschlag« und Staatsgerichtshof im Jahre 1932, 60-61쪽.

140) *RGBl* Teil. 1 (1932), Nr. 48, 377쪽.

논쟁 사이를 오가면서 속기록 상으로 많은 분량의 공방이 진행되었다.¹⁴¹⁾ 그렇지만 기본적으로 심리에서 천착될 수밖에 없었던 부분은 앞의 라이히대통령령과 직결되는 헌법 제48조였으므로 대리인들의 방대한 변론들은 이 한 점을 향하고 있었다고 할 수 있다.

그 안에서도 가장 문제시되었던 부분은 같은 조의 제1항(라이히집행)과 제2항(대통령의 독재적인 개입) 사이의 관계였다.¹⁴²⁾ 제1항은 란트의 라이히에 대한 이른바 ‘충성의무’라고 하는 연방국가적인 요소를 전제로 하는 것이었고¹⁴³⁾ 제2항은 라이히대통령의 재량권에 관한 문제였으므로 요건 상 양자는 충분히 구분될 수 있는 것이지만, 현실에서는 이들 규정에 따른 조치가 상호 밀접하게 연관되어 수행될 가능성이 높았기 때문에 ‘누적적으로’ 적용되어 온 측면이 컸다.¹⁴⁴⁾ 이에 피고 측은 양 조항의 구별은 실익이 없고 이는 동시에 발동이 가능한 라이히대통령의 권한에 속한다는 취지를 밀어붙이려 하였다. 반면에 헬러를 포함한 원고 측의 대리인들은 그 구별의 필요성을 관철하고자 하였던 것이다.¹⁴⁵⁾

¹⁴¹⁾ 봄케의 언급의 예로는 Arnold Brecht 엮음, *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammbereich der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*(Berlin: Verlag J. H. W. Dietz Nachf., 1933), 60쪽; 마찬가지로 山下威士, “一九三二年国事裁判所におけるヘルマン・ヘラー”, 342쪽; 권영철, “바이마르헌법상의 국가긴급권 논쟁”, 1078쪽 등.

¹⁴²⁾ 바이마르헌법 제48조 제1항: 어떤 란트가 라이히헌법과 라이히법률에 의하여 부여된 의무를 이행하지 아니할 때에는 라이히대통령은 병력을 사용하여 이를 행하게 할 수 있다; 제2항: 라이히대통령은 독일라이히의 공적 안전과 질서에 중대한 장애가 발생하였거나 발생할 위험이 있을 때에는 공적 안전과 질서의 회복을 위한 조치를 취할 수 있고, 필요한 경우에는 병력을 사용할 수 있다. 이를 위하여 라이히대통령은 일시적으로 제114조, 제115조, 제117조, 제118조, 제123조, 제124조 및 제153조에 정한 기본권을 전부 또는 일부 정지시킬 수 있다. 그 외 제1항과 2항에 따른 조치에 대한 라이히의회의 통제(제3항), 란트정부의 제한적 임시조치권한(제4항), 법률유보(제5항)까지 규정되어 있는 제48조 전문의 우리말 번역은 송석윤, *위기시대의 헌법학*, 362-363쪽.

¹⁴³⁾ 란트의 라이히에 대한 충성의무에 대하여서는 Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Band 6*(Stuttgart; Berlin; Köln; Mainz: Kohlhammer, 1981), 733-735쪽.

¹⁴⁴⁾ Ernst Rudolf Huber, 위의 책, 738-739쪽.

¹⁴⁵⁾ 이 부분이 특히 첨예하게 다투어졌던 부분은 Arnold Brecht 엮음, *Preussen*

여기서 양 조항의 구분의 관철은 앞서 훑아보았던 헬러의 이론체계를 놓고 보았을 때 일관된 귀결이라고 말할 수가 있는 것이었다. 특히 변론은 앞에서 언급한 ‘구질서’와의 ‘연속성’을 강조하는 (슈미트의) 헌법이론에 대한 저항을 공식적으로 표명한 것이다. 헬러는 구질서에 적합했던 패권적인 질서를 전제로 한 연방과 란트 사이의 관계가 바이마르헌법의 성립과 함께 그 근거를 상실했기 때문에, 변화된 현실에 맞게끔 이를 재조정할 필요가 있다고 지적해 왔다.¹⁴⁶⁾ 공화국에 여전히 남아 있었던 것처럼 보이는 “현상의 연방주의적 혼란상태”로부터 ‘통일국가’로서의 독일을 견인하여야 한다는 것이 주장의 핵심이었던 바,¹⁴⁷⁾ 이때 그는 주로 비판의 대상으로 삼았던 ‘(구질서에 근거하는) 연방주의’의 옹호자를 이룰테면 라이히-프로이센의 이원성을 잔존하게 만드는 ‘왕당제와 얹힌 연방(dynastisch-föderativ)’¹⁴⁸⁾의 지지자들로서 특정하고, 이들이 “독일 민주주의 전체를 위협”할 가능성까지 경고하고 있었던 것이다.¹⁴⁹⁾ 그에 해당될 대표적인 인물은 더 상론할 필요 없이 “독재는 민주정적 기반 위에서만 가능”¹⁵⁰⁾하다는 언명으로까지 이어지는 ‘실체적’인 국가 및 헌법이론, 동일화의 방향에서의 동질성이 전제된 민주주의이론을 구성하고 있었던 슈미트였다. 헬러는 이와 같은 주장이 ‘19세기 부르주아적 문화헤게모니’의 복구를 의도하는 것이라 분명하게 파악하고 있었다.¹⁵¹⁾ 결국 슈미트의 이

contra Reich vor dem Staatsgerichtshof, 124쪽 이하. 이에 관한 헬러의 입장이 표명되고 있는 부분은 같은 책, 136-139, 167-170쪽 등; 아래 본문에서도 언급되고 있듯이 슈미트의 의도였던 라이히대통령의 비상조치권한의 확장적인 운용을 저지하고 재판소의 부담을 최소화하는 선에서 이에 대한 통제가 가능할 수 있게 하는 것을 목표로 헬러를 포함한 원고 측은 양 조항의 요건이 구별될 필요성을 강조하였던 것이다. 특히 제48조 제1항의 요건을 심리에서 관철하는 것이 후자의 목표를 달성하는 데 유리한 측면이 있었다. 슈미트의 의도와 관련하여 표현의 인용은 岩間昭道, 憲法破毀の概念(東京: 尚学社, 2002), 62쪽.

146) 이를 직접적으로 다루는 글에서의 언급은 Hermann Heller, “Die Neuordnung des Reiches im Verhältnis zu seinen Ländern”, 395쪽[107쪽].

147) Hermann Heller, 위의 글, 403쪽[113쪽].

148) 언급은 Hermann Heller, 위의 글, 396-397쪽[108-109쪽].

149) Hermann Heller, 위의 글, 397쪽[109쪽].

150) Carl Schmitt, 김기범 옮김, 헌법이론, 259쪽.

151) 송석운, 위기시대의 헌법학, 320쪽.

사건에서의 최후 변론은¹⁵²⁾ 헬러의 경고의 맥락이 부당한 것은 아니었음을 방증하고 있다. 이 언술에서, 적어도 그때까지는 “진정한 프로이센인”이라 여겼을 ‘힌덴부르크’¹⁵³⁾를 매개로 하여 슈미트는 바이마르헌법이 제거한 것 같았던 19세기적인 “프로이센 헤게모니”¹⁵⁴⁾의 부흥에 대한 기대를 공식적으로 천명하였기 때문이다.

한편 제1항의 요건을 제2항으로부터 준별하여야 한다는 헬러의 해석은 자신의 비판적인 이론과의 정합성에 따른 것이기도 했겠지만, 양자의 구별로부터 제1항의 요건을 심리 과정에서 부각시키는 편이 전략적으로 원고에게 유리한 측면이 컸기 때문도 있었을 것이다. 1932년 8월 10일에 이미 헬러는 이 부분을 염두에 둔 듯한 논설을 지상에 게재한 바 있었다. 그가 보기에 제2항과 관련하여서는 그 요건에 제1항보다 더욱 분명한 ‘법적 한정’이 전제되어 있다는 사실이 인식될 필요가 있었다. 그렇지만 이를 대상으로 실제 심리를 진행하게 된다면, 당해 조항의 고도로 ‘정치적’인 성격으로 인해서 사법적으로는 “형식의 남용(Formenmißbrauch)”으로 문제 삼는 정도가 최선일 수밖에 없을 것이었다.¹⁵⁵⁾ 특히 앞의 사건의 전개를 놓고 보았을 때, 라이히대통령령에 의한 전권위원 임명의 적법성을 따지는 데에는 제2항보다는 제1항을 그 준거로서 삼는 편이 더욱 용이하게 설득력을 확보할 수 있는 것이었다. 다시 말해 제2항에 비하면, 제1항의 표지인 란트의 의무 위반 여부에 대한 판단은 재량의 문제를 이유로 거부될 수 없는 성격의 것이자 이에 관한 국가재판소의 심사 가능성 또한 다른 다툼 없이 수용될 수 있는 것으로서 해석될 여지가 충분하였던 것이다. 그러므로 재판소의 판단은 이러한 범위에서 수행될 수 있어

¹⁵²⁾ Arnold Brecht 엮음, *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*, 특히 469쪽. 여기에서 지시하고 있는 내용은 Carl Schmitt, 김효전 옮김, 입장과 개념들: 바이마르-제네바-베르사유와의 투쟁에 있어서 1923-1939(세종출판사, 2001), 특히 263-264쪽에도 실려 있다.

¹⁵³⁾ “Montag, 30. 1. 33”, Wolfgang Schuller 엮음, *Carl Schmitt Tagebücher 1930-1934*(Berlin: Akademie Verlag, 2010), 257쪽.

¹⁵⁴⁾ 나중에 슈미트가 프로이센 헤게모니를 직접 언급하고 있는 부분으로 Carl Schmitt, 김효전 옮김, 입장과 개념들, 279쪽.

¹⁵⁵⁾ Hermann Heller, “Ist das Reich verfassungsmässig vorgegangen?”, Christoph Müller 엮음, *Gesammelte Schriften Band 2*, 특히 410쪽[116-117쪽].

야 한다는 것이 원고 측의 주장의 줄기가 되었다. 또한 란트의 의무 위반을 주장하는 것은 주관적 구성요건에 대한 것이므로 이를 사유로 발동되는 조치가 적법하기 위해서는 란트에 대한 사전 통지나 청문의 절차가 갖추어져야 한다는 것이 원고 측, 특히 헬러가 강조하려 했던 부분이었다.¹⁵⁶⁾ 이는 법치국가의 의의를 재조명하고자 하였던 헬러에게 당연한 귀결이었을 것이다. 일방적이었던 사건의 전개 과정까지 감안한다면, 이와 같은 접근은 - 국사재판소의 사후 심사에 대한 부담의 측면까지 고려하여 - 전략적으로 매우 합당한 것이라 할 수 있었다.

제2항의 경우도 ‘법적 한정’이 분명하게 인식되는 한에서, 즉 란트의 객관적인 위법의 사실과 같은 명백한 위험만을 가지고서 그에 대한 조치가 제한적으로 수행되어야 한다는 것이 심리에서 강조되었던 헬러의 해석이었다.¹⁵⁷⁾ 이는 엄격하게 제한된 조건 아래 헌법보장의 수단으로서만 라이히대통령의 독재적인 개입이 이루어져야 한다는 취지에서 관련 조항의 의의를 밝히고 있었던 프로이스의 입장과도 그대로 호응하는 것이었다.¹⁵⁸⁾ 아울러 논리적으로도 예측 가능성을 보장하게 할 저 최소한의 기준을 전제하여야 이를 넘어서는 통치 행위에 대한 국사재판소의 심사 가

¹⁵⁶⁾ Arnold Brecht 엮음, *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*, 특히 127면 이하, 헬러의 강조와 관련하여서는 특히 167, 186면 등; 이에 대한 슈미트의 직접적인 반박은 같은 책, 특히 175-176면.

¹⁵⁷⁾ Hermann Heller, “Ist das Reich verfassungsmässig vorgegangen?”, 특히 410쪽 [116-117쪽]; 심리에서의 표명은 Arnold Brecht 엮음, 위의 책, 167쪽. 당해 사건에 관한 헬러의 강조점과 대조되고 있는 슈미트의 변론은 같은 책, 특히 288-291, 311쪽 이하(독재적 개입의 ‘예외성’에 관한 논변). 이러한 두 사람의 입장차는 무엇보다 슈미트가 발터 그넬의 1912년의 학위논문으로부터 ‘의도적’으로 취사선택하여 인용하였던 내용을 헬러가 지적하는 데에서 뚜렷하게 드러난다. 곧, (간통을 상대로 하는) 스위스연방의 독재적인 개입권(eidgenössisches Interventionsrecht)은 이것이 요구되는 상황에 한하여 어떠한 제약 없이 전 범위에 걸쳐 행사될 수 있다는 그넬의 서술을 슈미트가 인용한 것을 바로 문제 삼으면서 헬러는 그 다음에 부연되어 있는 법적 한정과 이를테면 보충성의 원리에 가까운 단서들을 슈미트가 의도적으로 빼놓았다고 지적하였던 것이다. 같은 책, 355-356쪽.

¹⁵⁸⁾ 프로이스의 입장은 Hugo Preuß, “Die Bedeutung des Artikel 48 der Reichsverfassung (1925)”, Detlef Lehnert 엮음, *Hugo Preuß Gesammelte Schriften Band 4*, 571-575쪽.

능성을 긍정할 수 있었을 것이다.¹⁵⁹⁾ 다시 말해 헬러는 제2항의 의의가 재량권의 남용 내지 일탈을 인식하고 또 이에 관한 판단이 가능함을 포함하고 있는 것으로 해석하면서, 라이히대통령의 비상조치권한의 확장적인 운용을 정식화하려 했던 슈미트식의 그때그때 구체적인 상황에 따르는(situationsgemäß)¹⁶⁰⁾ 해석이 온당치 못한 것임을 분명히 하고자 한 것이다. 더욱이 최후 변론에 가까운 헬러의 진술에서는 “**헌법에 의하여 수용되지 않은** 정치적 동기”,¹⁶¹⁾ 곧 정부가 “내적인 독자성”¹⁶²⁾을 의도하려는 것의 문제를 빼놓지 않고 강조하고 있다. 제2항과 직결된 ‘정치적’인 재량과 관련하여서도 헬러는 국사재판소가 어디에 주의를 기울여서 심사해야 하는지를 명확하게 하고 있었던 것이다.¹⁶³⁾

생각건대 이와 같은 심리 과정에서의 헬러의 태도 및 헌법해석의 요지에 관하여서는 앞서 살펴본 ‘법치국가’에 대한 그의 관점, 무엇보다 그가 입헌주의적 법률개념을 조명하며 회구하였을 법치국가의 ‘실질적’ 측면을 직접적으로 표현한 하나의 실례로서 평가할 수 있을 것 같다. 법정에서 반바이마르적인 법실증주의자들과 보수적인 반실증주의자들에게 대항하였듯이 이론상으로도 헬러의 비판의 시선은 늘 다음의 두 곳을 향해 있었음은 언급된 바 있다. 하나는 법치국가와 결부되고 있는 정치적인 의의를 등한시하거나 인정하려고 하지 않는 것처럼 보였던 법률자동주

¹⁵⁹⁾ Arnold Brecht 엮음, *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*, 379-380쪽.

¹⁶⁰⁾ 다음의 슈미트의 발언은 특히 이와 같은 내용을 결정적으로 함축하고 있는 것 같다: “(…) 권한 남용의 가능성이 구체적인 사례에서의 권한 남용의 실재를 바로 증명하는 것은 아닙니다. 정치적 재량에 그러한 권한이 더 크게, 강하게, 많이 종속될수록, 이는 남용되기 쉽다는 오도된 주장을 더 먼저 떠올리게 할 것입니다. 이것은 그 권한의 한계에 대하여 아무것도 증명해 주지 못합니다. 권한이 특히 남용되기 쉽기 때문에 더 제한적이어야 한다고 말하는 것은 잘못된 판단일 것입니다.” Arnold Brecht 엮음, 위의 책, 291쪽.

¹⁶¹⁾ Arnold Brecht 엮음, 위의 책, 406쪽. “(…) die durch die Verfassung nicht gebilligt werden” 부분의 강조는 필자에 의한 것임.

¹⁶²⁾ Arnold Brecht 엮음, 위의 책, 407쪽.

¹⁶³⁾ 제1항을 놓고서 논쟁하였을 때에도 사건 자체에 내포되어 있었을 정치적 동기에 관하여서는 빠지지 않고 지적되고 있었음은 물론이다. 예컨대 Arnold Brecht 엮음, 위의 책, 252쪽.

의'라고 부를 수 있을 만한 입장들로서, 이는 헬러에게는 권력분립과 같은 기술적인 수단들은 인민의 '자율'의 이상을 확실히 보장하는 데 쓰여야 한다는 법치국가사상의 역사적 성취를 망각하고 있는 것이었다. 그리고 다른 하나는 법치국가 자체를 폄하하려는 특정의 입장들이었다. 헬러가 줄곧 도마 위에 올리고 있었던 이 입장들은 법정에서도 다툼의 상대로서 그대로 대치하였으므로, 이들을 상대로 하였던 그의 실제 변론 내용은 결국 그동안 전개되어 왔던 이론 특히 자신의 '법치국가'에 관한 입장에 대한 요약 내지는 현실적인 표현 양식이라 보아도 결코 무리가 아닌 것이다.

헬러의 입장에서 법치국가 그 자체가 목적이 되는 것도, 그리고 법치국가를 폄하하는 것도 공히 온당치 못한 일이었다. 인민의 '자율'의 보장의 수단을 강조하는 맥락에서 법치국가의 의의를 조명하였던 것, 그리고 제1차 세계대전 이후 새로이 조성된 분위기로서의 독재의 합리화를 주된 표적으로 삼았던 것은 그의 이론의 전개상 자명한 수순이었으며 그 귀결은 '사회적 법치국가'라는 표현의 견인으로 이어졌음은 살펴본 바와 같다. 바이마르헌법 제48조의 해석으로부터 비약하여 대통령의 독재적 개입 권한의 확장을 쟁송을 통하여 공식화하려 했던 슈미트의 시도에 실천적으로 대항하면서 헬러는 이 구체적 사안에서 법치국가를 표방하는 규범의 '수범자'로서의 정부가 준수하여야 할 부분을 강조하고 재판 전반에 걸쳐 관여하며 그 시비를 따지고자 하였다. 헬러는 최후 변론에 해당될 발언을 진행하면서, 일부러 피고 측의 대리인으로 나섰던 에르빈 야코비(1884~1965)가 1920년에 발표하였던 글의 한 부분을 원용한다. 즉, "(...) 법질서를 세우려는 [국가]가 먼저 성실하게 그 법에 구속되지 않는 것은 용납할 수 없는 일이다."¹⁶⁴⁾ 이는 마치 지금의 쟁송을 염두에 두고 서술된 것 같다고 하면서 헬러는 그 취지가 법정에서 환기될 것을 주문한다. '바이마르헌법'의 질서를 보장하는 법치국가를, 법치국가의 폐기마저 불사하는 것 같은 이데올로기의 배경을 함께 요청하고, 이러한 이데올로기가 은폐하고 있는 정치적 의도의 문제를 경고하였던 헬러의 변론은 상대방의 과거의 언명을 의도적으로 원용하여 마무리하면서 시종일관하게 그

¹⁶⁴⁾ Arnold Brecht 엮음, 위의 책, 409쪽.

취지가 독재와 대치시켰던 자신의 ‘사회적 법치국가’로의 이론 발전의 맥락과 동일선상에 있는 것임을 분명히 하고 있다. 더욱이 당해 사건에서는 재판소를 향했고, 제 국가기관에도 미쳐야 하는 것임을 당연히 염두에 두었을 이룰테면 ‘수범자로서의 국가’를 강조하려는 저 마지막 발언은 “법치국가원리가 정치적 개념으로 악용될 경우 지배체제에 대한 절대적 귀의를 강요하는 일종의 준법논리로 변질될 가능성”¹⁶⁵⁾을 목도한 바 있었던 근래 우리의 경험마저 상기하게 만든다.¹⁶⁶⁾ 시·공간과 관계없이 헬러의 이론 및 변론이 던지는 울림은 크다.

한편으로 이후 10월 25일에 국사재판소는 원고 측의 주장에 따라 제1항과 제2항의 요건을 각각 심리하면서도 그 내용은 피고 측의 입장을 우세하게 반영하면서 ‘라이히대통령령은 헌법에 위배되지 아니한다’고 결정하였다.¹⁶⁷⁾ 라이히대통령령 및 그에 따른 조치의 위헌성을 온전하게 확인하지 못하였다는 점에서, 반면으로 라이히대통령의 비상조치권한의 확장적인 운용의 의도 또한 그 목표했던 정도를 충분히 달성하지는 못하였다는 점에서 국사재판소의 판단은 란트정부와 라이히정부 양측에게 모두 만족스럽지 못한 것이었다. 그렇지만 라이히정부의 입장으로 상당히 기울어진 결정 내용은 “대부분이 지배 계층 출신인 재판관”¹⁶⁸⁾들로 구성되어 있었던 당시 바이마르공화국에서의 “사법[부]의 정치화”의 정도를 보여주는 구체적인 사례와 같이 남았다.¹⁶⁹⁾ 결과적으로 보면 국사재판소의 결정은 “히틀러의 권력 장악 과정에서 적절하게 활용된 합법성의 틀”¹⁷⁰⁾ 중 하나와 같이 작용하였다고 평가된다. 최후의 진술에서까지 강조되었던 국

165) 국순옥, “법치국가의 신화와 현실”, 260쪽.

166) 전형적으로 “제6회 한국법률가대회 축사(2008. 8. 25.)”, 이명박 대통령 연설문집 I (2008. 2. 25. ~ 2009. 1. 31.)(대통령실, 2009), 381-384쪽.

167) 결정문은 Entscheidung des StGH in der Hauptsache vom 25. Oktober 1932, in: RGZ 138, Anhang 1*-43*쪽 및 Arnold Brecht 엮음, *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*, 492-517쪽.

168) Hermann Heller, “Rechtsstaat oder Diktatur?”, 450쪽[228쪽]: 山口利男, “国家学の危機とヘルマン・ヘラー: 「七月二〇日事件」の裁判過程を中心に”, 年報政治学 24卷(日本政治学会, 1973), 178쪽에서 재인용.

169) 山口利男, 위의 논문, 180쪽.

170) 김도균, “해제: 민주주의와 법치주의의 변증법”, 합법성과 정당성, 201쪽.

사재판소를 향한 헬러의 요청 및 경고가 제대로 반영되지 아니한 결과는 전에 없던 ‘새로운 표지를 새긴 (자칭) 법치국가’¹⁷¹⁾의 등장으로 이어졌음은 주지하는 바와 같다.

IV. 결론을 대신하여

지금까지 선구적인 개념으로서의 헬러의 ‘사회적 법치국가’는 ‘사회민주주의’를 실현하는 법치국가를 요청하는 것으로서 이해되어야 함을 밝혔다. 이는 국순옥의 지적처럼 전후 독일의 공법학계에서 지배적인 학설로 굳어진 사회적 법치국가에 대한 입장과는 거리가 먼 것이다.¹⁷²⁾ 서두에서 언급하였듯이 우리 학계에서도 전후 독일의 지배적 학설을 원용하고 있다. 그에 따라 사회국가원리는 시장 경제 질서의 안정과 함께 묶여서 이를테면 ‘사회주의국가’와는 구별되어야 한다는 식으로 경제적 측면에 한정되어 다루어지고, 또 “법치국가[와]의 ‘배타적 연계관계’”¹⁷³⁾가 부각되면서 이에 관하여 민주주의원리에 대해서는 언급이 제대로 이루어지지 않고 있다. 이 역시 헬러의 ‘사회적 법치국가’와 멀리 떨어져 있는 것임은 더 부연할 필요가 없다. 결국 이 주제에서 헬러의 이름은 거론조차 제대로 되지 않은 채 그의 문제의식이 – 인지(認知) 여부는 차치하고 – 환기되면서도, 다시 슈미트의 사유에 의거한 포르스트토프 식의 주장,¹⁷⁴⁾ 또

171) 이미 1931년 10월에 할레에서 열렸던 독일국법학자대회에서 오토 쾰로이터(1883~1972)는 “(…) 법치국가사상의 정치적 및 헌법적 형태는 항상 가능한 한 하나의 민족이 처해 있는 구체적인 정치적 상황에 따라서 결정되어야만 합니다. (…) 오늘날 독일 민족이 처한 상황에서 나는 법치국가사상의 자유주의적·개인주의적인 강조점이 사회적인, 그 중에서도 민족적인 부분을 위해 자신의 자리를 내어 줄 수 있어야 한다고 생각합니다.”라고 표명한 바 있는데, 이와 같은 언술은 히틀러의 정권 장악 이후의 ‘법치국가’가 어떻게 변모할 것인지를 미리 시사하고 있었던 것이라고 생각된다. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* Heft 7(Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1932), 199쪽; 松本尚子, “ヴァイマル末期の法治国家論”, 59쪽에서 재인용.

172) 국순옥, “본 기본법과 사회국가”, 291쪽.

173) 국순옥, 위의 글, 293쪽.

174) 이에 대하여서는 이계수, 의회주의와 행정법: 칼 슈미트 학설과 그에 대한 비

는 경제를 목적처럼 삼는 해석, 혹은 “바이마르헌법체제 아래의 민주주의적 법치국가에 대한 반대명제의 의미를 갖[는] 본 기본법체제 아래”¹⁷⁵⁾에서의 ‘실질적 법치국가’¹⁷⁶⁾가 사회적 법치국가의 맥락과 등치되고 있는 형편이다. 이것이 의도에 따른 결과든지 헬러의 이론에 대한 충분한 이해의 부족에서 기인한 것이든지 간에, 이제 헬러의 ‘사회적 법치국가’의 취지가 분명해진 이상 성찰의 논의가 시도될 필요가 있다.

한편으로 ‘새로운 세기’에 부합할 시사성(Aktualität)과 관련지어 한 세기 전의 바이마르공화국의 상황이나 이 시대에 깊게 뿌리를 내리고 있었던 헬러의 이론을 ‘굳이’ 되새기기엔 이는 너무 낡은 사례가 아닌가 하는 취지에서의 반문이 제기될 수도 있겠다. 그렇지만 시각을 바꾸어 보면, 헬러의 이론이라는 ‘새 술’을 담기에는 당시의 조건이 여의치 않은 면이 컸거나 아니면 바이마르헌법과 특히 그것의 기반이 되었던 민주주의원리에 방점을 찍은 바이마르의 국법학 또한 충분히 ‘새 부대’였음에도 불구하고 그간 이에 대해서는 의도적인 평가 절하가 시도되어 왔었다는 반론도 충분히 가능한 일이다. 필자가 보기에는 지금이 저 ‘새 술’을 바로 담아낼 수 있는, 그리고 제대로 담아내야 하는 시점이라고 생각한다. 더구나 현재의 수준을 놓고서 한 세기 전의 상황에 비하여 ‘새 부대’라고 자신할 수 있을지에 대해서도 여전히 의문이 든다. 독일에서 ‘법치국가’라는 용어가 통용되던 초기에, 무엇보다 서남독일의 자유주의적인 분위기를 잘 반영하고 있었던¹⁷⁷⁾ 칼 로텍(1775~1840)과 테오도르 벨커(1790~1869)의 『국가에 관한 백과사전(Das Staats-Lexikon)』에서는 ‘전제(despotisch)’와 ‘공화제(republikanisch)’를 대비한 칸트의 용례를 거의 그대로 받아들여서 ‘전제 내지는 독재(Despotie)’와 ‘법치국가’를 특징짓고 있었다고 한

판을 중심으로(서울대학교, 1997), 188쪽 이하; 마찬가지로 広沢民生, 김민규 옮김, “民主的인 「社會的 法治國家」의 길: 헤르만 헬러의 「社會的 法治國家」에 대하여”, 동아법학 제15호(동아대학교 법학연구소, 1993), 230-231쪽.

175) 국순옥, “법치국가의 신화와 현실”, 282쪽.

176) 이른바 ‘형식적 법치국가’에 대한 오해와 불신을 바탕으로 이에 대한 ‘항의’ 개념으로서 정착 및 발전한 본 기본법체제에서의 실질적 법치국가에 관한 비판적 조감으로는 국순옥, 위의 글, 특히 267쪽 이하.

177) 로텍과 벨커에 대한 헬러의 유사한 평가는 Hermann Heller, “Die politischen Ideenkreise der Gegenwart”, 특히 317쪽[649쪽].

다.¹⁷⁸⁾ 이는 법치국가가 언급되던 초기에서부터 민주주의의 요소가 의식되고 있었음을 방증하는 것이라고 생각된다. 주지하는 바와 같이 독일에서는 양자의 ‘긴장(Spannung)’을 더 크게 인지하면서 통치권을 제한하는 방향으로 법치국가의 양상이 구체화되었다.¹⁷⁹⁾ 여기에 변화를 불어 넣었던 것은 다름 아닌 바이마르헌법과 그에 따른 공화국의 성립이었다.¹⁸⁰⁾ 이 새로워진 상황에 따라 법치국가원리와 민주주의원리는 단순히 길항하는 것만은 아니라는 이해가 확산되어 나갈 필요가 있었을 것이었고, 또 소극적인 방향에서만이 아니라 적극적인 측면에서도, 특히 ‘형성적’인 것으로서의 정치의 의의와 관련하여 법치국가원리 자체의 의미가 조명될 필요가 있었을 것이었다. 필자는 이러한 바이마르의 수준이 현재에 비하여 낙후되어 있다고 보지 않고, 그와 같은 경험으로부터 오늘날 대단하게 ‘진보’를 이루어 내었다고 생각하지도 않는다. 법치국가의 의미 및 이와 민주주의와의 관계에 대해서는 바이마르 시대에도, 그리고 지금에도 고민되어야 하는 주제로서 남아 있다. 양자가 단순히 긴장, 대립, 길항하는 것이 아니라 상호 긴밀하게 호흡하는 것이라는 관점으로부터 현재 및 향후의 상황에 적절한 해답이 도출될 수가 있다고 한다면, 헬러의 주장은 이에 계속 호응하는 하나의 단초로서 타당하게 평가되어야 한다.

¹⁷⁸⁾ Wolfgang Mager, “Republik”, Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck 엮음, *Geschichtliche Grundbegriffe Band 5*(Stuttgart: Klett-Cotta, 1994), 624쪽.

¹⁷⁹⁾ Wolfgang Mager, 위와 같은 곳; Alfred Albrecht, “RECHTSSTAAT”, Die Görres-Gesellschaft 엮음, *Staatslexikon. Recht·Wirtschaft·Gesellschaft*(제7판) Band 4(Freiburg; Basel; Wien: Herder, 1995), 745쪽.

¹⁸⁰⁾ Alfred Albrecht, 위와 같은 곳.

<참고문헌>

- 이명박 대통령 연설문집 I (2008. 2. 25. ~ 2009. 1. 31.), 대통령실, 2009.
- 계희열, 헌법학(상) 제2보정판, 박영사, 2002.
- 국순옥, 민주주의 헌법론, 아카넷, 2015.
- 권영설, 헌법이론과 헌법담론, 법문사, 2006.
- 권영성, 개정판 헌법학원론, 법문사, 2010.
- 김철수, 제21전정신판 헌법학신론, 박영사, 2013.
- 사단법인 한국헌법학회 엮음, 헌법주석[I], 박영사, 2013.
- 성낙인, 헌법학(제22판), 법문사, 2022.
- 송석윤, 위기시대의 헌법학: 바이마르 헌법학이 본 정당과 단체, 정우사, 2002.
- , “독일 바이마르헌법에서의 연방대통령: 바이마르헌법 제정 백주년에 즈음하여”, 세계헌법연구 제28권 제1호, 세계헌법학회한국학회, 2022, 1-39쪽.
- 양 건, 헌법강의(제10판), 법문사, 2021.
- 오창미, “주권 주체와 주권의 한계: 바이마르 공화국 주권 논쟁의 한 단면”, 법철학연구 제14권 제2호, 한국법철학회, 2011, 105-128쪽.
- 이계수, 의회주의와 행정법: 칼 슈미트 학설과 그에 대한 비판을 중심으로, 서울대학교, 1997.
- 이은정, “현대 대중민주주의 산업사회에 있어서 사회적 법치국가(Sozialer Rechtsstaat)의 의미: 한국에서의 수용문제를 중심으로”, 한국과국제정치 제9권 제2호, 경남대학교 극동문제연구소, 1993, 169-189쪽.
- 장영수, 제14판 헌법학, 홍문사, 2022.
- 전진성, 보수 혁명: 독일 지식인들의 허무주의적 이상, 책세상, 2001.
- 정종섭, 제12판 헌법학원론, 박영사, 2018.
- 한수웅, 헌법학(제12판), 법문사, 2022.
- 허 영, 전정19판 한국헌법론, 박영사, 2023.

- Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* Heft 12, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1954.
- Bolt, Hans 엮음, *Reich und Länder. Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1987.
- Brecht, Arnold 엮음, *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10. bis 14. und vom 17. Oktober 1932*, Berlin: Verlag J. H. W. Dietz Nachf., 1933.
- Brunner, Otto/Conze, Werner/Koselleck, Reinhart 엮음, *Geschichtliche Grundbegriffe Band 5*, Stuttgart: Klett-Cotta, 1994.
- Die Görres-Gesellschaft 엮음, *Staatslexikon. Recht·Wirtschaft·Gesellschaft*(제7판) Band 4, Freiburg; Basel; Wien: Herder, 1995.

- Dreier, Horst 엮음, *Grundgesetz Kommentar*(제3판) Band 2, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- Groh, Kathrin, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik. Von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- Grund, Henning, *»Preußenschlag« und Staatsgerichtshof im Jahre 1932*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1976.
- Häberle, Peter/Kilian, Michael/Wolff, Heinrich 엮음, *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Deutschland - Österreich - Schweiz*(제2판), Berlin: Walter de Gruyter, 2018.
- Heller, Hermann, Müller, Christoph 엮음, *Gesammelte Schriften*(제2판) Band 1-3, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1992.
- Hofmann, Hasso, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*(제5판), Berlin: Duncker & Humblot, 2010.
- Huber, Ernst Rudolf, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Band 6*, Stuttgart; Berlin; Köln; Mainz: Kohlhammer, 1981.
- Kritische Justiz 엮음, *Streitbare Juristen. Eine andere Tradition*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.
- Kunig, Philip, *Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1986.
- Minuth, Karl-Heinz, *Das Kabinett von Papen. 1. Juni bis 3. Dezember 1932 Band 1. Juni bis September 1932 Dokumente Nr. 1 bis 129*, Boppard am Rhein: Harald Boldt Verlag, 1989.
- Müller, Christoph/Staff, Ilse 엮음, *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1984.
- Noack, Paul, *Carl Schmitt. Eine Biographie*, Frankfurt am Main; Berlin: Ullstein, 1996.
- Preuß, Hugo, Lehnert, Detlef 엮음, *Hugo Preuß Gesammelte Schriften Band 4. Politik und Verfassung in der Weimarer Republik*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- Preuß, Hugo, Lehnert, Detlef/Müller, Christoph/Schefold, Dian 엮음, *Hugo Preuß Gesammelte Schriften Band 3. Das Verfassungswerk von Weimar*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- Sattler, Martin J., *Staat und Recht. Die deutsche Staatslehre im 19. und 20. Jahrhundert*, München: Paul List Verlag, 1972.
- Schluchter, Wolfgang, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatstheoretische Diskussion in der Weimarer Republik*(제2판), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983.

Schuller, Wolfgang 엮음, *Carl Schmitt Tagebücher 1930-1934*, Berlin: Akademie Verlag, 2010.

Habermas, Jürgen, 윤형식 옮김, 아, 유럽, 나남, 2011.

Heller, Hermann, 김효전 옮김, 바이마르 헌법과 정치사상, 산지니, 2016.

_____, 홍성방 옮김, 국가론, 민음사, 1997.

Kershaw, Ian, 이희재 옮김, 히틀러: 의지 1889~1936, 교양인, 2009.

Menger, Christian-Friedrich, 김효전/김태홍 옮김, 근대 독일헌법사, 교육과학사, 1992.

Schmitt, Carl, 김기범 옮김, 헌법이론, 교문사, 1976.

_____, 김도균 옮김, 합법성과 정당성, 도서출판 길, 2015.

_____, 김항 옮김, 정치신학: 주권론에 관한 네 개의 장, 그린비출판사, 2010.

_____, 김효전 옮김, 입장과 개념들: 바이마르 - 제네바 - 베르사유와의 투쟁에 있어서 1923-1939, 세종출판사, 2001.

_____, 나종석 옮김, 현대 의회주의의 정신사적 상황, 도서출판 길, 2012.

広沢民生, 김민규 옮김, “民主적인「社會的 法治國家」의 길: 헤르만 헬러의 「社會的 法治國家」에 대하여”, 동아법학 제15호, 동아대학교 법학연구소, 1993, 229-258쪽.

岩間昭道, 憲法破毀の概念, 東京: 尚学社, 2002.

松本彩花, カールシュミットにおける民主主義論の成立過程: 第二帝政期からヴァイマル共和政中期まで, 北海道大学, 2017.

松本尚子, “ヴァイマル末期の法治國家論: ヘルマン・ヘラーの社會的法治國家論を中心に”, 一橋研究 제22권 제3호, 一橋研究編集委員会, 1997, 47-67쪽.

山口利男, “國家學の危機とヘルマン・ヘラー: 「七月二〇日事件」の裁判過程を中心に”, 年報政治学 24卷, 日本政治学会, 1973, 159-197쪽.

山崎充彦, “ヴァイマル期の一知識人: ヘルマン・ヘラーの政治思想”, 國際文化論集 제16호, 桃山学院大学, 1997, 43-75쪽.

山下威士, “一九三二年國事裁判所におけるヘルマン・ヘラー”, 時岡 弘 先生古稀記念 論文集刊行會 엮음, 人權と憲法裁判, 東京: 成文堂, 1992, 321-369쪽.

<Abstract>

Hermann Heller at the Bar

: A Review on Heller's Constitutional Theories and Interpretations
which are resulted in '*sozialer Rechtsstaat*'

Kim Hak-jin

Ph.D. candidate, Seoul National Univ.

Hermann Heller tried to theoretically develop the conceptions that could be included in the category of 'social state' today, while taking advantage of the characteristics of the Weimar Constitution. In particular, he is evaluated as a person who played a decisive role in developing '*sozialer Rechtsstaat* (the rule of law and a social state)' into a concept commonly used in constitutional studies. On the other hand, this concept is also referred to as a leitmotif to understand Heller's constitutional theory structure. In discussing the relationship between the principle of the social state and the principle of the rule of law, Heller's stance is now considered to be in a leading position.

The predominant view of both principles in Germany and Korea, however, considers only the economic aspect especially by tying the principle of the social state together with the stability of the capitalistic order, and also deals with the relationship of both principles in the direction of highlighting "a prominent position of the rule of law." This view, of course, hardly ever takes the democratic principles into consideration. In fact, the current point of view about the rule of law and a social state is on a level of the so-called '*Daseinsvorsorge*', which Ernst Forsthoff proposed, or of such as 'social capitalism.' This article intended to make an issue of the fact that current perspective, which is confined to the economic aspect, is far from the Heller's stance.

Accordingly, this article outlines Heller's constitutional theory structure, which results to '*sozialer Rechtsstaat*', and refers to

Prussia v. Reich case (1932) in which Heller's theories were officially confirmed. In this constitutional dispute, Heller attended in court as an attorney of applicant and demonstrated how his constitutional theories could be concretely expressed in actualities. While reviewing the Prussia v. Reich case, which is directly related to Heller's constitutional theories and his practice as a constitutional scholar, this article concluded that his concept '*sozialer Rechtsstaat*' is a request for the rule of law state fulfilling 'social democracy', i.e. '*demokratischer Rechtsstaat* (the democratic rule of law).'

Key phrases: Hermann Heller, Social Democracy, *sozialer Rechtsstaat* (The Rule of Law and a Social State), *demokratischer Rechtsstaat* (The Democratic Rule of Law), Prussia v. Reich