

〈논 문〉

憲法規範과 憲法現實*

—國家學과 憲法學의 研究對象으로서의—

權 寧 星**

Ferdinand Lassalle가 1862年 4月 16日 伯林에서 “憲法의 本質에 관하여”(Über Verfassungswesen)라는 그 유명한 講演을 한 이래, 憲法規範과 憲法現實의 關係여하가 자주 論議의 對象이 되었다. Helmut Ridder도 20年前 國法學의 中心테마는 憲法規範과 憲法現實의 對極性(polarität) 속에서 찾아야 한다는 意見을 말하면서, 「그러한 테마는 장차 그 努力에 상응하는 충분한 補償을 약속하여 줄 것이다」라고 하였다.⁽¹⁾ 하지만 憲法規範과 憲法現實의 對立關係 내지 衝突에 관한 문제는 理論的으로 여러가지 觀點에서 考察되고, 있고 또 그 結論은 언제나 相異한 것이 되고 있다.⁽²⁾

일반적으로 當爲와 存在, 規範과 現實(事實), 規範性和 存在性은 서로 對立한다고 한다.⁽³⁾ 現實과 規範의 完全한 一致란 극단적인 假定일 뿐이다. 왜냐하면 原理的으로 靜態的이고 合理的인 規範과 流動的이고 非合理的인 現實간에는 止揚될 수 없는 本質的인 對立이 존재하기 때문이다.⁽⁴⁾ 國家學과 憲法學의 研究對象으로서의 이들 兩概念의 특수한 問題性은 혹은 憲法의 政治關係性에서, 혹은 「憲法規範의 構造的 特質」(eine strukturelle Eigentümlichkeit des Verfassungsrechts)에서⁽⁵⁾ 그리고 「憲法의 實質的 價値內容과 政治的 現實과의 聯關」

* 이 글은 筆者가 1974年 9月 24日 西獨의 Göttingen大學校 法科大學에서 받은 法學博士(Dr. jura)의 學位論文 “Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit”(憲法規範과 憲法現實) 중 序論(Einleitung)의 第1面에서 7面까지의 原文을 그대로 韓譯한 것이다.

** 서울大學校 法科大學 副教授

- (1) H. Ridder, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, in: *Politische Literatur* II (1953), S. 353 f.; W. Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, in: *Recht und Staat*, Heft 373/374, Tübingen 1968, S. 14 und 37는 이러한 意見에 反對하여 憲法規範과 憲法現實의 對立은 獨逸에서의 특수 문제라 한다.
- (2) E.-H. Ritter, Die Verfassungswirklichkeit, in: *Der Staat*, 3/1968, S. 353f. 참조.
- (3) 예컨대 K. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, in: *Recht und Staat*, Heft 222, Tübingen 1959, S. 4 f. und 7; E.-H. Ritter, aaO., S. 354; G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3. Aufl., Berlin 1966, S. 271; ders., *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3. Aufl., Karlsruhe 1967, S. 280; W. Hennis, aaO., S. 5; K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, 2. Aufl., Tübingen 1969, S. 152 ff. 및 W. Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich 1945, S. 127ff. 참조.
- (4) K. Hesse, aaO., S.4 f.
- (5) E.-H. Ritter, aaO., S.352.

(die Einbeziehung der politischen Wirklichkeit in den materialen Wertgehalt der Verfassung)⁽⁶⁾에서 연유한다. 「憲法은 흔히 政治的인 法으로 特徵지워진다. 이같은 觀念은 그러한 領域에서는 司法的인 認識方法으로서의 法的 判斷이나 法的 規範化가 거의 不可能하다거나, 아니면 서로 충돌할 경우에 힘(Macht)이 法에 優先한다고 하는 觀念과 결부되고 있다」.⁽⁷⁾ 또한 憲法規範에 관해서는 한편으로는 永續性和 連續性이, 그리고 또 한편으로는 高度의 抽象性 — 또는 柔軟性和 彈力性 — 이 기대된다.⁽⁸⁾ 그 위에 근본적으로 變化한 政治的, 社會的 現實이 憲法の 內在的 價値內容의 變動을 초래할 수 있고, 또 憲法上的 諸概念과 諸條項의 意味變遷을 초래할 수 있다.⁽⁹⁾

상술한 복잡다양한 諸要因의 相關性으로부터 憲法規範과 憲法現實의 對立關係 혹은 그 不一致性 내지 衝突이 연유한다. 그렇다면 國家學과 憲法學은 이 問題에 대하여 어떠한 態度를 취해야 할 것인가? 두가지 즉 소극적인 接近法과 적극적인 接近法을 생각할 수 있다. 實證主義的 法學者는, 憲法規範이 그 속에서 전개되는 憲法現實에 관하여 원칙적으로 關心을 갖지 않는다. 法實證主義者⁽¹⁰⁾는 解釋하고 分析할 價値가 있는 現存의 規範素材만을 關心의 對象으로 한다.⁽¹¹⁾ 이 實證主義는 憲法學에 있어서 規範과 現實의 分離를 그 특색으로 한다.⁽¹²⁾

K. Polak는 다음과 같이 말하고 있다. 「憲法解釋의 세련된 方法에 불과한 形式的 國家學은 民主主義에 관한 理論과 결코 融和될 수 없음은 물론이다. 形式的 國家學은 社會, 國家 및 法의 참된 發展法則의 認識에 몰두한 일이 전혀 없었기 때문이다. 또 그렇게 함으로써 形式的 國家學은 그 같은 發展法則에 形成的(gestaltend) 作用을 할 수도 없었기 때문이다. 形式的 國家學은 언제나 이미 創成된 것을 事後에 確認하는 것이 고작이었다」.⁽¹³⁾ H. Peters

(6) G. Leibholz, *Repräsentation*, S.251.

(7) D. Rauschnig, *Die Sicherung der Beachtung von Verfassungsrecht*, Bad-Homburg v.d.H. usw. 1969, S.11 f. 이 點에 관한 G. Jellinek; H. Triepel; C. Schmitt; R. Smend 및 E. Kaufmann의 見解에 관해서는 W. Kägi, *aaO.*, S. 127ff. 참조.

(8) 이것에 관해서는 E.-H. Ritter, *aaO.*, S. 352; W. Geiger, *Grundrechte: Theorie und Wirklichkeit*, in: *Die neue Ordnung in Kirche, Staat, Gesellschaft, Kultur*, Jg. 19(1965), S. 1; H. Krüger, *Verfassungsnorm und Verfassungswirklichkeit*, in: *HDSW*, Bd. 11(1961), S. 75. 참조.

(9) 이에 대해서는 G. Leibholz, *Repräsentation*, S.250f. 참조.

(10) 예컨대 P. Laband (*Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 5. Aufl., Tübingen 1911, I. S.IXf.) 와 G. Jellinek(*Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin 1921, S. 20 und 50f.)는 法學的 實證主義의 代表者들이고, C. Schmitt (*Verfassungslehre*, 5. Aufl., Berlin 1928-Nachdr. 1970, S.22f.)는 社會學的 法實證主義의 代表者다.

(11) 이 點에 관해서는 G. Leibholz, *Repräsentation*, S. 249와 *Strukturprobleme*, S. 277 참조.

(12) 이에 관해서는 K. Hesse, *aaO.*, S. 7 참조. F. Renner, *Der Verfassungsbegriff im staatlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert*, Diss. Zürich 1968, S.46f.는 지적하기를 實證主義的·形式論的 憲法學은 애당초 특정의 內容을 가진 憲法概念을 — 처음에는 看過된 것이기는 하나 종래의 數學的·自然科學的 方法論의 影響을 받았고, 중국적으로는 諸概念의 論理的 “普遍妥當性”이라는 新 Kant學派의 觀念에 충실하기 위해서 — 形式的·有機的인 中心概念(Rumpbegriff)으로 變形시키며 동시에 그 자체의 幻影으로 돌렸다고 한다.

는 다음과 같이 경고하고 있다. 「實證主義은 國法 중에서 특히 위험한 作用조차 하고 있다. 그 때문에 그러한 國家에서는 온갖 全體主義的 努力에 門戶가 開放될 것이기 때문이다.」⁽¹⁴⁾

이렇게 볼 때 바람직한 것은 우리가 憲法規範의 「現實關係性」(Wirklichkeitsbezogenheit)⁽¹⁵⁾을 認識하는 것이다. 이럴 때 實定的 憲法規範은 憲法現象에 대하여 어떤 態度를 취하는가? 憲法理論이 政治的 現實을 어떤 方法으로 그리고 어느 範圍로 憲法學的 考察의 對象으로 삼아야 할 것인가 라는 問題가 제기된다. 政治的 現實을 憲法の 實質的 價値內容과 관련시키는 데는 일정한 限界가 있어야 한다.

「政治的 現實의 힘이 언제나 法規範의 그것 보다 강력했었다는 것, 다시 말하면 規範性은 언제나 事實性에 굴복해야 했던 것을 各國의 憲法史는 실제로 말해 준다.」⁽¹⁶⁾ 이를테면 1919年에서 1939年間의 여러 既存國家에서 볼 수 있었던 非常事態의 宣布, 緊急命令의 發布, 憲法の 停止 그리고 第2次大戰 이후에 여러 新生國家에서 볼 수 있었던 「쿠데타」를 상기하면 될 것이다. 이러한 事情 때문에 도대체 종래의 國家基本秩序가 그 進통적인 內容을 가지고 急變한 現實에 대처할 수 있는가, 또 그 基本秩序가 경우에 따라서는 그러한 現實에 적용할 수 있는가 하는 극단적인 問題가 제기된다⁽¹⁷⁾. 이와 관련하여 이따금 憲法の 危機⁽¹⁸⁾나 自由主義的・法治國家的 憲法の 尊嚴性喪失 또는 評價切下라는 말들을 한다.⁽¹⁹⁾

바로 이러한 理由에서 憲法規範과 憲法現實간의 現今의 對決이 어떻게 하면 調和的으로 해결될 수 있는가 하는 問題가 國家學과 憲法學에 있어서 중대한 의미를 갖는다. 이러한 問題解決을 위해서는 우선 自由라든가 法治國家라든가 民主主義와 같은 相互依存的인 諸根本價値의 對立領域에서 사실상 安住해 온 憲法の 理念과 概念이 갖는 本來的 意味內容을 되살펴 보지 않으면 안된다⁽²⁰⁾. 近代法治國家的 憲法の 특수한 構造的 要因은 議會主義, 權

(13) K. Polak, *Die Weimarer Verfassung*, Berlin 1950, S.10.

(14) H. Peters, *Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung* (bearb. von J. Salzwedel und G. Erbel), Berlin usw. 1969, S.14 und 56 참조.

(15) E.-H. Ritter, *aaO.*, S.357은 부분적으로는 상이한 水準에 속하는 네가지의 憲法現實概念要因이 나타난다고 지적한다. 즉 첫째, 憲法現實은 對象의 면에서 社會構造的 強力性(Mächtigkeit) 이하에 의해서 규정된다. 둘째, 憲法現實은 構造的 면에서 볼 때 憲法現實 속에서 살아 움직이는 組織이 政治的 憲法の 本質的 諸原則과 더불어 同質性(Homogenität)의 要請에 지배 됨으로써 규정되게 된다. 셋째, 目的論的 見地에서 볼 때 憲法現實의 像은 公共福祉의 要請에 方向을 맞춘다. 넷째, 機能의 면에서 볼 때 憲法現實은 國家創成的의 場이다.

(16) K. Hesse, *aaO.*, S.4.

(17) F. Renner, *aaO.*, S.12참조. 이와 관련하여 E. Forsthoff, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik*, in: *Merkur* Nr. 241(Mai 1968), S. 402는 憲法の 適應이 아니라 社會立法에 의한 矯正을 지향하게 되었다고 지적한다.

(18) W. Kägi, *aaO.*, S.13ff.

(19) 이 점에 관해서는 그 一例로 F. Renner, *aaO.*, S. 17 und 39 참조.

(20) F. Renner, *aaO.*, S.21 및 H. Schambeck, *Der Verfassungsbegriff und sein Entwicklung*, in: *Festschrift für H. Kelsen zum 90. GT.*, Wien 1971, S.220f. 참조.

力分立, 法院의 獨立, 行政의 合法律性 등이있음이 확실하다」.⁽²¹⁾ 憲法の 이 같은 理念과 概念 때문에 — 成文憲法の 目的論的 中核 때문에⁽²²⁾ — 오늘날 憲法の 問題性이라는 觀點에서 問題되어야 할 것은 法的인 의미에서의 憲法과 더불어 價値概念이라는 의미에서의 憲法, 다시말하면 規範的인 自由主義的·法治國家的·民主主義的 憲法이다⁽²³⁾. 만일에 憲法の 規範性의 問題를 다룸에 있어, 우리가 憲法の 이 같은 概念에서 출발한다면, 憲法規範이 전적으로 憲法現實을 규제하는 作用을 한다는 見解는 拒否될 수 밖에 없다. 「現實的 憲法이 전적으로 規定的인 作用을 한다는 思想은 바로 法的 憲法の 否定이라는 結論이 되고 말 뿐이다」.⁽²⁴⁾ 「憲法規範의 이 같은 否定과 그러한 否定 중에 포함된 法律學으로서의 國法學의 價値의 否定은, 만일에 法的인 憲法이 실제로 그때 그때의 事實的인 權力狀況을 말하여 주는 것에 지나지 않는다고 할 때에만 正當한 것이 된다」.⁽²⁵⁾ 이것은 憲法이 政治的 現實에 향복한다는 것을 의미하고⁽²⁶⁾, 憲法學은 하나의 「具體的 狀況法學」(eine konkrete Situationsjurisprudenz)⁽²⁷⁾ 내지 「純粹한 事實學」(eine reine Seinswissenschaft)⁽²⁸⁾으로 格下되고 만다는 것을 뜻한다⁽²⁹⁾. 그러나 憲法은 그 法的 妥當性이 要請되기 때문에 政治的·社會的 現實을 憲法制定者가 決斷한 目的設定에 따라 오히려 規制하고 形成하려고 한다는 것을 유의하지 않으면 안된다.⁽³⁰⁾ 따라서 最善의 解決策은 憲法の 現實條件성과 그 規範性을 동시에 유의하는 것이라야 한다.⁽³¹⁾ 이와 관련하여 W. Schaumann은 憲法の 事實上의 發展과 法的인 發展은 따로 따로 認識될 수 있는 것이고, 또 그것들은 基礎的 및 恒久的 諸

(21) E. Forsthoff, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart 1961, S.15. 이 點에 관해서는 그의 *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, S. 401도 또한 참조.

(22) 이 點에 관해서는 K. Loewenstein, *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin 1961, S. 10. 참조.

(23) 이와 반대로 E. Forsthoff, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit*, S.402에 있어서는 法的인 憲法이 그 基礎로 하고 있는 諸概念의 退物性(Antiquiertheit)이 뚜렷해 진다. E. Forsthoff, *aaO.*, S.413에 의할 때 이 退物性이란 法的인 憲法은 그 중요한 土臺를 이미 상실하였고, 그 歷史的 役割이 중식되었다는 것을 의미하는 것 같다.

(24) K. Hesse, *aaO.*, S.5.

(25) K. Hesse, *aaO.*, S.5f.

(26) 이에 관해서는 G. Leibholz, *Strukturprobleme*, S.280 참조.

(27) ebenda

(28) K. Hesse, *aaO.*, S.5.

(29) W. Kägi, *Die Verfassung*, S.23는 지적하기를 事實的인 것이 일체의 規範性에 우월한다는 것은 점점 더 Dogma가 되어가고 있다고 한다.

(30) K. Hesse, *aaO.*, S.8 참조. K. Hesse, *aaO.*, S.19는 한 길을 더 나아가서 憲法の 最善의 實現이, 國法學이 그 課題로 삼아야할 目標라 하고 있다. 憲法問題는 원래 實力의 問題라는 것을 立證하려고 노력할 것이 아니라, 實力의 問題가 될 수 없다는 것을 立證하려고 노력할 때 國法學은 그 任務를 보다 훌륭하게 다하는 것이 된다고 한다.

(31) 이에 대하여 J.H. Knoll, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit in der BRD*, in: *Universitas*, Heft 6(1965), S.618은 豫見하려고 하는 誠實성과 단호한 勇氣를 갖는다면 憲法典과 憲法現實이 반드시도 相衡할 필요는 없을 것이라고 낙관적으로 評價하고 있다.

價値의 觀點에서 觀察되어야 한다고 하고 있다⁽³²⁾.

그러나 政治的 現實이 規範的인 性格을 유지하는 憲法の 實質的 意味內容을 變容시키려고 하는 데서, 政治的 現實과 憲法の 實質的 價値內容과의 聯關은 그 限界點을 발견한다⁽³³⁾. 이 限界를 벗어 나려고 하는 試圖는 憲法에서 사용되고 있는 諸概念 또는 根本原理들을 變造하고 마는 것을 뜻한다⁽³⁴⁾.

國家學과 憲法學의 研究對象으로서의 憲法規範과 憲法現實과의 對立關係에 관해서는 다음과 같이 要約할 수 있다. 國家學과 憲法學의 課題는, 憲法規範과 憲法現實과의 對立關係 내지 衝突이, 憲法の 合理的이고 適切한(sachgemäß) 解釋을 통해서 止揚되게끔 規範體系와 憲法現實을 憲法の 領域에서 서로 結合(zuordnen)시키는 것이어야 한다.

(32) W. Schaumann, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit in der staatlichen Willensbildung, in: *Zeitschrift für schw. Recht*, N.F. Bd. 74, Heft 1(1955), S.271 참조.

(33) G. Leibholz, *Repräsentation*, S.251 참조.

(34) G. Leibholz, *aaO.*, S.271 참조.

Résumé

Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit

—als Untersuchungsgegenstand der Staats- und Verfassungslehre—

Kwon Young Sung*

Seit dem berühmten Vortrag F. LASSALLEs "Über Verfassungswesen" am 16. April 1862 in Berlin ist das Verhältnis von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit nicht selten Gegenstand von Diskussionen gewesen. Schon vor Jahren war H. RIDDER der Auffassung, daß in der Polarität von Verfassung und Verfassungswirklichkeit das zentrale Thema der Staatsrechtswissenschaft gesehen werden muß, "daß ihr für die nächste Zeit den reichsten Lohn ihrer Bemühungen verheißt". Die Fragen nach dem Spannungsverhältnis oder der Diskrepanz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit sind jedoch immer wieder unter den verschiedensten Gesichtspunkten und mit den unterschiedlichsten Ergebnissen Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung gewesen.

Allgemein kann gesagt werden, daß Sollen und Sein, Norm und Wirklichkeit (Faktum), Normativität und Existentialität, sich gegenüberstehen. "Die völlige Übereinstimmung von Wirklichkeit und Norm ist ein lediglich hypothetischer Grenzfall. Denn zwischen der dem Prinzip nach statischen, rationalen Norm und der fließenden, irrationalen Wirklichkeit besteht wesensnotwendig eine Spannung, die sich nicht aufheben läßt." Die besondere Problematik dieses Begriffspaares leitet sich — als Untersuchungsgegenstand der Staats- und Verfassungslehre — von dem politischen Bezug der Verfassung, von "einer strukturellen Eigentümlichkeit des Verfassungsrechts" und von der "Einbeziehung der politischen Wirklichkeit in den materialen Wertgehalt der Verfassung" ab. "Die Verfassung wurde verbreitet als politisches Recht charakterisiert. Damit wird oft die Vorstellung verbunden, es handele sich um einen Bereich, der entweder der rechtlichen Normierung oder Beurteilung, etwa in Form richterlicher Erkenntnisse, schwer oder kaum zugänglich ist oder aber in dem für den Konfliktfall die Macht dem Recht doch vorgehen werde." Von Verfassungsnormen werden einerseits Festigkeit und Unverbrüchlichkeit und andererseits eine hochgradige Abstraktheit — oder Biegsamkeit und Elastizität — erwartet. Darüber hinaus kann die grundsätzlich veränderte politisch-soziale Wirklichkeit einen Wandel des

* Associate Professor of Law, Law School, Seoul National University

immanenten Wertgehalts einer Verfassung und damit einen Bedeutungswandel verfassungsrechtlicher Begriffe und Bestimmungen herbeiführen.

Aus der Wechselbeziehung der obengenannten komplizierten Faktoren ergibt sich das Spannungsverhältnis — oder die Diskrepanz oder auch das Auseinanderklaffen — zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. Wie soll die Staats- und Verfassungslehre sich zu diesem Problem verhalten? Zwei Ansatzpunkte sind vorstellbar: ein negativer und ein positiver. Die Verfassungswirklichkeit, in der sich die Verfassungsnormen entfalten, interessiert einen positivistisch geschulten Juristen grundsätzlich nicht. Die Rechtspositivisten interessiert nur das vorhandene Normenmaterial, das es zu interpretieren und zu analysieren gilt. Dieser Positivismus ist in der Verfassungslehre durch die Isolierung von Norm und Wirklichkeit geprägt. K. POLAK sagt: "Die formale Staatslehre, die nichts anderes als eine geschliffene Methode der Verfassungsinterpretation ist, hat natürlich mit der Lehre von der Demokratie nichts gemein, denn sie drang gar nicht zur Erkenntnis der realen Entwicklungsgesetze der Gesellschaft, des Staates und Rechtes durch — und so hat sie auch nicht gestaltend auf diese einwirken können. Sie hat immer nur nachträglich feststellen können, was geschehen war." H. PETERS mahnt: "Der Positivismus wirkt sich im Staatsrecht sogar besonders gefährlich aus. Denn im Staat wäre damit allen totalitären Bestrebungen Tür und Tor geöffnet."

So geschehen ist es wünschenswert, daß wir die "Wirklichkeitsbezogenheit" des Verfassungsrechts erkennen. Dabei wirft sich die Frage auf: Wie verhält sich das positive Verfassungsrecht zu der Verfassungswirklichkeit? In welcher Weise und in welchem Umfang soll die Verfassungstheorie die politische Wirklichkeit in den Kreis der verfassungsrechtlichen Betrachtung einbeziehen? Einer Einbeziehung der politischen Wirklichkeit in den materialen Wertgehalt der Verfassung müssen Grenzen gezogen sein.

"Die Verfassungsgeschichte scheint in der Tat zu lehren, daß... die Macht der politischen Realitäten stets größer gewesen ist als die Macht der Rechtsnormen, daß die Normativität immer wieder der Faktizität hat weichen müssen." Man denke etwa an eine Reihe von Ausnahmezuständen, Notrechten und Suspendierungen der Verfassungen in vielen alten Staaten während der Zwischenkriegszeit 1919—1939 und an Staatsstriche in vielen neuen Staaten nach dem Zweiten Weltkrieg. Unter diesen Umständen stellt sich die extreme Frage, ob überhaupt die überkommene staatliche Grundordnung mit ihren traditionellen Inhalten der stark gewandelten Wirklichkeit noch gewachsen sein kann und ob sie ihr

unter Umständen angepaßt werden kann. In diesem Zusammenhang wird gelegentlich von der Krise der rechtlichen Verfassung oder von dem Prestigeverlust und der Abwertung der freiheitlich-rechtsstaatlichen Verfassung gesprochen.

Gerade aus diesem Grunde ist in der Staats- und Verfassungslehre die Frage von entscheidender Bedeutung, wie die heutige Konfrontation zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit harmonisierend gelöst werden kann. Dazu muß hier einmal auf den ursprünglichen Sinngehalt der Idee und des Begriffs der Verfassung zurückgegriffen werden, der im wesentlichen im Spannungsfeld der interdependenten Grundwerte der Freiheit, des Rechtsstaates und der Demokratie angesiedelt ist. "Sicherlich waren die spezifischen Strukturelemente der modernen rechtsstaatlichen Verfassung: Parlamentarismus, Gewaltenteilung, Unabhängigkeit der Gerichte, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung...Angesichts dieser Idee und des Begriffes der Verfassung — des teleologischen Wesenskerns der geschriebenen Verfassung — soll es im Hinblick auf die heutige Verfassungsproblematik um die Verfassung sowohl im rechtlichen Sinne als auch im Sinne eines Wertbegriffes gehen: um die normative freiheitlich-rechtsstaatlich demokratische Verfassung. Geht man von diesem Begriff der Verfassung bei der Frage ihrer Normativität aus, so ist die Auffassung abzulehnen, daß ausschließlich die Verfassungsnormen für die Verfassungswirklichkeit bestimmend wirken. "Der Gedanke von der ausschließlich bestimmenden Wirkung der wirklichen Verfassung läuft damit auf nichts anderes hinaus als auf eine Leugnung der rechtlichen Verfassung." "Diese Leugnung des Verfassungsrechts und die darin beschlossene Leugnung des Wertes der Staatsrechtswissenschaft als juristischer Wissenschaft ist dann berechtigt, wenn die rechtliche Verfassung wirklich nichts anderes ist als der Ausdruck der jeweiligen tatsächlichen Machtkonstellation. Dies bedeutet, daß die Verfassung vor der politischen Wirklichkeit kapituliert, daß die Verfassungslehre zu einer "konkreten Situationsjurisprudenz" oder "einer reinen Seinswissenschaft" degradiert wird. Vielmehr muß aber in Betracht gezogen werden, daß die Verfassung vermöge ihres rechtlichen Geltungsanspruches die politische und soziale Wirklichkeit nach den von dem Verfassungsgeber entschiedenen Zielsetzungen ordnen und gestalten will. Die optimale Lösung ist jedoch die gleichmäßige Beachtung der Wirklichkeitsbedingtheit und der Normativität der Verfassung. In diesem Zusammenhang weist W. SCHAUMANN darauf hin, daß die tatsächliche und rechtliche Fortbildung der Verfassung zu erkennen und im Hinblick auf die grundlegenden und dauernden Werte der Verfassung zu überwachen ist.

Die Einbeziehung der politischen Wirklichkeit in den materialen Wertgehalt der Verfassung findet ihre Grenze aber dort, wo diese politische Wirklichkeit dahin tendiert, den materialen Sinngehalt der Verfassung, der ein normativer bleibt, zu verändern. Versuche, diese Grenzen zu überschreiten, stellen eine Verfälschung der von der Verfassung verwandten Begriffe oder grundlegenden Prinzipien dar. Zusammenfassend ergibt sich daher: Die Aufgabe der Staats- und Verfassungslehre muß es sein, das Normensystem und die Verfassungswirklichkeit im Bereiche der Verfassung einander so zuzuordnen, daß das Spannungsverhältnis oder die Diskrepanz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit durch eine vernünftige, sachgemäße Auslegung der Verfassung aufgehoben wird.