

【書評】

Karl Loewenstein, Verfassungslehre, 1959.

比較憲法學에 있어서의 最高權威者로서 自他가 共認하고 있는 Karl Loewenstein 教授의 主著가 바로 本書이다. 다만 本書은 이미 一九五七年에 美國에 있어서 Political Power and the Government Process 라는 著書名으로서 出刊된 美國版을 Rüdiger BERNER 가 獨文으로 번역하고 이 번역을 著者가 날날히 校閱한 다음, 필요한 部分에는 修正을 加하고, 또한 여기에 새로운 增補를 하여 Verfassungslehre 라고 하는 새로운 著書名으로서 一九五九年에 獨逸에서 出刊되었다.

本書의 紹介에 있어서 우선 著者인 Loewenstein 教授의 憲法學界에 있어서의 位置를 살펴보는 것이 本稿에 있어서의 필요한 順序가 아닌가 생각된다. 처음부터 比較憲法學의 專攻에서부터 出發한 教授의 憲法理論의 特色은 무엇인바 『憲法의 存在論』(Ontologie der Verfassung)의 立場이다. 그의 이른바 存在論的憲法理論의 立場이란 社會的, 經濟的構造(sozio-ökonomische Struktur)와 그 憲法秩序와의 相關關係를 理解하려고 드는 이른바 國家社會學(Saatssoziologie)의 立場이다. 그의 이러한 立場은 Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age, in Constitutions and Constitutional Trends

since World War II, 1951 及 Verfassungsrecht und Verfassungsrealität. Beiträge zur Ontologie der Verfassung, in Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 77, Heft 4, 1951에 의한 代表的으로 展開되고 있다. 이 論文에 있어서 教授는 憲法秩序가 一定한 社會的, 經濟的構造에 立脚하고 있음을 주의하고 그 憲法이 立脚하고 있는 이러한 社會的, 經濟的構造가 變化될 때에는, 그 憲法秩序와 그 憲法現實이 遊離되게 된다는 점을 指摘하고 있다. 따라서 近代憲法에 있어서의 그 憲法秩序와 그 現實이 遊離되게 될 때에는, 그 憲法秩序로부터 利益을 받게 되는 者의 範圍가 문제되게 되며, 따라서 그 憲法秩序로부터 利益을 받게 되는 者의 範圍가 縮小되어 갈 때에는, 그 憲法은 그 社會的底礎의 空虛로 因하여 이른바 名目上的 憲法秩序로 轉落하게 되어, 憲法의 危機를 결과하게 된다는 점을 強調하고 있다. 그 實例로서 教授는 第一次大戰以前의 憲法은 原則으로 市民階級の 利益을 恒久的으로 保障하기 위한 自由權의 基本權을 그 憲法秩序의 基本으로 設된 까닭에 그것은 第一次大戰以後의 變化된 社會的, 經濟的構造에 對應할 수 없게 되어, 여기에 비로소 바이마르 憲法에 있어서의 社會的 基本權이 그 필요한 對策으로 등장하지 않을 수 없다는 점을 주의하고 있다.

어떻게든 教授는 이러한 立場에서 그의 理論過程의 總決算이라고 볼 수 있는 그의 『憲法學』의 全體系를 構成하고 있다. 그가 獨逸版의 序文에서 주의하고 있는 바와 같

이 그의 『憲法學』은 國家社會學 또는 憲法的 存在論의 立場에서 憲法的 本質과 政治的 權力的 動的過程에 있어서의 憲法的 本質的位置을 體系的으로 統一的인 秩序의 觀點에서 理解하려고 드는 것을 그 目的으로 하고 있다. 따라서 그는 이러한 方法에 의해서만 二十世紀에 있어서의 이른바 大衆의 民主主義國家의 그 憲法現象을 올바르게 파악할 수 있음을 確信하고 있다. 확실히 그가指摘하고 있는 바와 같이 모든 時代의 憲法學은 必然的으로 『그 時代의 프로파일』(das Profil inner Zeit)에 의지한다. 『오늘날의 國家에 있어서의 政黨, 利益團體와 같은 多元的인 集團과 또한 國家에 있어서의 그리고 國家와 그 支配에 대한 個人的인 役割을 올바르게 파악하는 데에는, 이미 前世紀에 있어서의 憲法學인 代表한 Georg Jellinek의 그 實證主義的憲法理論』으로써는 도저히 불가능할 것은 말할 필요가 없다. 여기에 教授의 『憲法學』이 새로운 時代의 憲法學을 代表하게 되는 充分한 理由가 있다.

물론 그의 『憲法學』의 體系도 在來의 그것에 比할 때에는 驚嘆할 정도의 革新性을 보여 주고 있다. 그의 『憲法學』은 三篇十二章으로 구별되고 있다. 第一篇에 있어서는 『政治的過程과 政府形態』를 취급하고 있다. 그 內譯은 第一章 『政治에 있어서의 權力過程의 解剖에 대하여』, 第二章 『政府過程의 解剖에 대하여』, 第三章 『專制政에 있어서의 政府形態』, 第四章 『立憲主義的인 民主政에 있어서의 政府形態』 등으로 구별된다. 第一篇에 있어서는

『政治的 權力的 統制』中에서 『憲法과 그 水平的 統制』를 취급하고 있다. 그 內譯은 第五章 『憲法』, 第六章 『機關間的 統制』, 第七章 『議會와 政府와의 機關間的 統制』, 第八章 『政府와 議會에 대한 法院의 機關間的 統制』, 第九章 『政府와 議會에 대한 選舉人의 機關間的 統制』 등으로 구별된다. 第三編에 있어서는 『政治的 權力的 統制』中에서 그 『垂直的 統制』를 취급하고 있다. 그 內譯은 第十章 『聯邦制』, 第十一章 『個人的인 自由權의 保障』, 第十二章 『多元主義』 등으로 구별된다.

二

同書는 第一章에 있어서 『政治에 있어서의 權力過程의 解剖에 대하여』(Über die Anatomie des Machprozesses)를 취급하고 있다. 여기에 있어서 우선 著者는 『政治란 權力을 위한 鬭爭에 불과하다』라고 하는 概念規定에서부터 출발하여, 人類的인 모든 政治學과 政治哲學이 이러한 權力的인 現象을 그 對象으로 하여 왔다는 점을 強調하고 있다. 따라서 著者에 의하면 全體로서 볼 때 社會도 또한 政治的, 社會的, 經濟的, 宗敎的, 道德的, 文化的인 그것의 權力的關係의 體系에 불과하다. 물론 權力 그 자체는 沒價值的인지만, 限界를 모르는 權力, 統制되지 않은 權力은 그 本質에 있어서 惡을 의미하고 있다. 여기에 權力的인 惡魔性이 있으며, 따라서 이 權力的인 惡魔性을 克服하고 그 權力에 어떠한 限界를 設定하기 위한 努力이 바로

憲法學的의 課題가 아닐 수 없다. 여기에서 政治的 權力의 統制나 그 制限은 바로 그 權力의 擔當者(Mechinhaber)에 대한 制限을 의미한다. 따라서 權力의 擔當者에 대한 統制야 말로 모든 國家的 社會의 支配를 가능하게 한 社會的, 政治的 價値表象과 이데올로기의 根本問題(Kernfrage)가 아닐 수 없다. 사실 政治的 權力에 대한 統制에는 다음과 같은 二律背反이 成立되고 있다. 즉 그 하나는 權力의 擔當者는 언제나 國家的 社會的 課題의 實踐을 위하여 權威를 要求한다는 事實이며, 다른 하나는 이러한 權威로부터의 權力의 客體의 自由를 保障해야 한다는 要請이다. 따라서 이 두 개의 基本的 價値의 調和의 均衡이야말로 社會에 있어서의 人間의 永遠한 問題가 아닐 수 없다. 그러한 의미에서 政治的 過程의 理解의 鍵은 權力의 管理와 權力의 統制의 機構를 分析하는 데에만 그 것이 있을 수 있다.

어떻는 權力의 現象은 『政治制度』의 概念으로 表現될 수 있다. 가장 넓은 의미에 있어서는 모든 國家 그 자체도 權力의 主體와 權力의 客體間的 關係를 의미하는 一定한 恒久的인 統治機構로서의 政治制度를 의미하고 있다. 따라서 政治制度에 있어서 그 本質的인 것은 社會의 指導와 그 支配를 가능하게 하는 裝置 또는 機構(Apparat oder Mechanismus)를 의미한다. 가지 가지의 政治制度의 구별에 있어서 그 구별의 基準은 이데올로기와 또한 그 因하여 類型化된 그 制度의 相異이다. 모든 政治的 制

度는 必然的으로 制度와 이데올로기에 의하여 連帶되고 있다. 여기에서 制度(Institution)란 國家로서 組織된 社會에 있어서 그 權力을 行使하기 위한 裝置를 말한다. 그러한 의미에서 制度란 國家的 機構의 모든 要素 또는 그 構成部分을 의미하고 있다. 오늘에 있어서의 政府, 議會, 法院, 行政, 警察, 政黨 등이 바로 그 예이다. 이에 대하여 이데올로기란 이러한 制度에 그 意味와 價値를 附與하는 價値와 價値體系를 의미한다. 따라서 그것은 社會의 標準的部分이나 또는 경우에 따라서는 그 全體의 信仰이 되고 있는 最高價値의 體現을 의미한다. 여기에서 이데올로기와 制度와의 相關關係가 문제되고 있다. 물론 制度가 이데올로기의 產物을 의미하기는 하지만, 그러나 이데올로기와 制度와의 關係가 반드시 必然的인 比重으로서 서로 相關된다고는 斷定할 수 없다. 그것은 制度가 반드시 순수한 目的規定에 의하여 創設되지 않는 경우가 있는 同時에, 또한 이데올로기도 具體的인 政治的共同體에 대하여 無關心하거나 中立의 일 수 있기 때문이다. 그러나 대체로 모든 制度는 一定한 이데올로기에 의하여 基礎되고 있음은否認할 수 없다. 여기에 政治的 制度(politische Institution)의 歷史에 대한 存在論的方法(ontologische Auffassung)의 妥當性이 있다. 따라서 어떠한 世界觀의 狀況에서 發展한 制度는 그것이 一但 이데올로기의 所以로 相異한 政治制度(politisches System)에 移植되었을 때에는 그 機能的인 自同性을 喪失하게 된다. 選舉, 議會, 政黨

과 같은 제도도 그것이 자유—平等的인 立憲主義國家 (liberal-egalitärer Verfassungsstaat)에서 專制主義의인 政治制度에 移植될 때에는 그 本來의 의미를 變質하게 되는 것이 바로 그 一例이다.

그러나 政治制度는 政府形態 (Regierungs-Form) 또는 政府類型 (Regierungs-Typ)과 반드시 同一하지 않다. 概念 (Gartungs-Begriff)으로서의 政治制度는 대체로 그 이데올로기의 自同性和 類似性 및 그에 對應하는 體制 (Einrichtung)의 接近性에 의하여 가지 가지의 政府形態로 구별될 수 있다. 따라서 民主主義의인 立憲主義의 政治制度에 있어서도 國家意思形成에 있어서의 多數의 權力擔當者間의 協調의 方法如何에 따라서, 大統領制, 議院內閣制, 會議의 政體 (Versammlungs-Regierung), 執政官政體 (Direktorialregierung), 直接民主政 또는 半直接民主政 (bahnmittelbare Demokratie)으로 구별될 수 있다. 이에 대하여 專制主義의 政治制度에 있어서는 그 支配의인 이데올로기의 相異如何에 따라서, 絕對君主制, 오늘날의 共產主義國家에 있어서와 같은 會議의 政體, 파시즘과 나치즘과 같은 人格化된 獨裁主義 및 그 밖의 新大統領制 (Neopresidentialismus)를 志向하는 가지 가지의 專制的 政府形態로 구별될 수 있다. 어쨌든 政治制度의 概念은 이데올로기의 構造에 立脚한 概念인데 대하여, 政府形態의 概念은 一定한 國家社會에 있어서의 政治制度의 具體的인 制度의 形成을 의미하고 있다.

政治制度에 있어서의 그 구별의 標準은 統治過程의 가지 가지의 段階에 있어서 그 權力의 行使가 서로 獨立된 多數의 權力擔當者의 協調에 의하여 行使되는가, 또는 國家의 모든 權力이 單一人의 權力擔當者에 集中되어 그 單一人에 의하여 行使되는나 하는 데 있다. 前者를 代表하는 것이 바로 立憲主義 또는 立憲主義的인 民主主義國家이며, 後者를 代表하는 것이 바로 專制政 (autokratische Regierung)의 國家이다.

近代社會에 있어서의 權力의 擔當者 (Machtträger)가 누구이냐 하는 문제는 모든 政治制度의 理解에 있어서의 核心的問題가 아닐 수 없다. 우선 (i) 政府. 政府는 가장 最古의 그리고 가장 重要不可缺의 權力의 擔當者다. (ii) 議會. 議會는 權力의 客體의 代表로서 立法機能과 政府 統治의 機能을 그 爲主로 한다. (iii) 權力의 客體로서의 國民. 이러한 의미의 權力의 客體는 政黨의 方法에 의하여 選舉人으로서 組織된 경우에는 獨自的인 權力의 擔當者로 등장될 수 있다. (iv) 法院. 法院은 그 裁判에 있어서의 法令審査權에 의하여 正當性을 가진 權力의 擔當者로 간주될 수 있다.

### 三

第二章에 있어서는 『統治過程의 解剖에 대해서』(Uher die Anatomie des Regierungsprozesses)가 취급되고 있다. 統治過程의 解剖는 必然的으로 國家類型과 政府類型의 문

제물의 미하고 있다. 그것은 國家類型과 政府類型的 如何에 따라서 各各 그 統治過程이 달라지기 때문이다. 여기서 著者는 政府類型的 分類의 문제에 있어서 지금까지 政府類型的 傳統의 分類方法을 考察한 다음, 그 자신의 특수한 이론과 『國家의 社會學的分類』(Die soziologische Klassifizierung der Staaten)의 見解를 開陳하고 있다. 그리고 Aristotle, Machiavelli, Montesquieu, Gunglielmo Ferrero 등의 國家分類論의 形式性에 不滿하고, 國家와 그 社會的, 經濟的構造와의 相關關係를 重視하는 이론과 國家의 社會學的分類方法의 必要性을 主張하고 있다. 즉 그에 의하면 모든 國家의 社會는 그 社會的, 經濟的構造의 分析如何에 따라서 그것을 구별할 수 있지 않음이 생각된다. 사실 모든 國家의 社會는 歷史的, 時間的으로 各各 그 固有한 프로필을 보여 주고 있으며, 또한 人類學的, 地政學的, 歷史的, 社會的, 經濟的 또는 그 밖의 構成要素로써 構成되는 그 특수한 形成을 가지고 있다. 물론 이러한 現象은 國家의 社會的, 社會的, 經濟的構造와 그 統治機構와의 因果的相關關係의 存在를 의미하고 있다. 그 일례로서 古代希臘의 都市國家에 있어서의 直接民主政은 前資本主義的인 奴隸經濟의 基礎에 의해서만 그것이 가능했고, 共和政에 있어서의 後期の 約二百年間의 로마의 元老院은 統治의 새로운 武士階級的 經濟的, 政治的利益의 結合을 의미하는 것이었고, 封建制의 社會에 있어서의 國家的權威의 崩壞는 地域的인 經濟的統一의 自給自

足에 原因하는 것이었고, 一七八〇年에서부터 一八八〇年사이의 中上流階級에 의하여 運營된 古典的인 英國의 議會主義는 早期資本主義에 있어서의 經濟的競爭의 制度에 對應하는 政治制度였고, 亞聯의 國家資本主義的인 企劃經濟는 一黨에 의한 權力의 獨占的인 隸屬化의 技術과는 全히 分離할 수 없다. 따라서 물론 반드시 正確한 것은 아니지만 支配的階級과 같은 것은 확실히 社會學的分類의 範疇로서 사용될 수 있다. 그 결과 社會秩序에 있어서의 軍閥的, 官僚的, 資本家的의 工業家的, 金權的, 商業的, 프로레타리아의, 領主的, 市民的, 農業的, 封建的, 教權的要素 같은 것은 확실히 權力過程의 社會的決定을 구별케 하는 要因으로 간주될 수 있다. 따라서 이러한 모든 社會的成分은 좋은 나쁜은 國家機構의 制度的構造와 그 政府形態에 一定한 영향을 미치게 하고 있다. 그러나 近代의 데크노로기의 國家的 社會에 있어서는 國家形態와 그 社會的, 經濟的構造의 相關關係를 一律的으로 說明할 수 있는 寸수한, 또는 理念的인 類型은 발전되지 않는다. 그것은 오늘날의 國家的 社會는 어떠한 社會的分野를 막론하고 점차로 水平化의 傾向을 띠우고 있기 때문이다. 그러나 오늘에 있어서도 이러한 國家的 社會의 水平化의 傾向에도 불구하고 그 社會的, 經濟的構造가 그 社會的 權力構造의 性格을 規定하게 하는 傾向이 있다. 즉 近代 아메리카의 國家的 社會를 金權政的(Gonokratiech), 빌레를 統治時代의 帝政獨逸을 工業家, 官僚와 軍閥과의

聯合의 利益의 表象으로 보는 경우, 혹은 소비에트의 政治制度를 프로레타리아의 이라고 보는 경우가 바로 그 일이라고 할 수 있다.

어떻든 國家形態의 分類에 있어서는 그 事實的인 統治構造의 比較的區別에 의해서만 그 目的을 달성할 수 있다. 따라서 國家의 形態는 具體的인 國家의 社會에 있어서 그 政治的權力의 行使와 그 統治方法的의 如何에 의해서만 그것을 分類할 수 있다. 여기에서 비로소 唯一한 國家의 分類로서 立憲主義(Konstitutionalismus)와 專制政(Autokratie)의 對立된다. 따라서 過去나 現在의 모든 政府類型을 막론하고 그것은 이 두 範疇에 包攝될 수 있다. 여기에서 立憲主義的國家란 權力의 分立의 原理에 立脚한 國家로서, 政治的權力의 行使에 있어서 또한 國家意思의 形成에 있어서 複數의 獨立된 權力擔當者 또는 國家機關에게 그것이 分割되는 國家를 말하고, 專制政이란 政治的制度에 있어서 國家의 權力이 唯一한 權力擔當者에게 歸屬하게 되는 國家를 말한다. 여기에서 唯一한 權力의 擔當者란 個人으로서의 獨裁者, 會議, 委員會, 國民團體 또는 政黨을 의미한다. 따라서 이러한 경우에는 이에 對立된 獨立的인 權力의 擔當者가 存在하지 않고, 權力의 行使는 그 手中에 集中되는 同時에 그 權力의 行使에는 아무런 統制도 없는 것을 그 특색으로 한다. 다만 이러한 立憲主義와 專制政과의 中間的形態(Vischelform)에 해당하는 兩者의 混合形態의 國家가 存在하고 있

다. 이 中間的形態의 國家類型은 그 政治制度의 過渡的段階에 있어서 혹은 專制政에서 立憲主義를 施行하는 過程에서, 혹은 立憲主義國家가 그 權力의 行使에 있어서 專制政方法을 採用하는 경우에 出現된다. 어떻게든 立憲主義이든 專制政이든지를 막론하고 모든 政治制度에는 여기에 필요한 특수한 技術을 가지고 있다. 따라서 立憲主義的 政治制度에 있어서는 가지 가지의 政黨과 그 立候補의 競争에 의한 自由로운 選舉가 그 第一의 技術로 간주되고 있는데 내하여, 專制政에 있어서는 命令과 服從(Befehl und Gehorsam)이 그 唯一한 技術로 간주되고 있다.

著者は 또한 立憲主義와의 關聯性말에서 權力分立의 原理에 言及하고, 그 자신의 獨自的인 새로운 國家權力의 三分을 主張하고 있다. 著者에 의하면 佛蘭西의 『人間과 市民의 權利宣言』第十六條의 規定에 있어서와 같이 近代國家의 立憲主義는 權力分立의 原理와 同一視되고 있다. 確實히 權力分立의 原理의 발전은 十七世紀로부터 十八世紀에 이르기까지의 專制君主制에 대한 政治的 自由主義의 이데올로기의 抗辯을 의미하고 있다. 따라서 自由야말로 權力分立의 原理의 이데올로기의 精華가 아닐 수 없다. 어떻게든 이러한 權力分立의 原理는 必然的으로 代議制의 理論과 實際 및 그 政治的 技術과 直結되고 있다. 따라서 近代國家에만 固有한 그 代議制의 原理는 이러한 權力分立의 原理에 의해서만 비로소 가능할 수 있

다. 그러나 오늘에 있어서 그 이른바 權力分立의 原理은 이미 近代國家의 機能을 分配하는 原理로서는 사용될 수 없게 되었다. 그것은 立法과 法律의 執行은 이미 分離되고 또한 分離될 수 있는 機能을 의미하는 것이 아니라, 政治的指導의 가지 가지의 技術에 불과하기 때문이다. 따라서 權力分立의 全知全能한 도그마, 그리고 立法, 行政, 司法 등의 支配의 秩序의 三分의 古典的인 偶像은 그 根底로부터 파괴되기 시작했다. 여기에 우리의 世紀의 多元的인 大衆的社會의 所與를 計算할 수 있는 權力의 動態에 對應할 수 있는 새로운 三分法이 필요하게 되는 理由가 있다. 그 새로운 三分法이란 바로 政治的形成 또는 基本的決斷, 基本的決斷의 實踐, 政治的統制이다. 政治的 基本決斷 (Politische Grundentscheidung)이란 가지 가지의 基本的인 政治的選擇에 있어서의 그 選擇을 의미한다. 國民에 있어서의 가장 重要な 政治的決斷은 그 政治制度 특히 그 특수한 政府形態의 選擇이다. 물론 모든 憲法은 國民의 基本的인 政治的決斷을 의미하고 있다. 立憲君主制나 議院內閣制나, 大統領制나 하는 문제도 이 憲法의 制定에 의하여 決定된다. 政治的 基本決斷의 實踐은 國家作用的인 모든 分野에 關係된다. 우선 立法은 政治的 基本決斷의 實踐을 위한 필요한 道具이다. 그러나 그날 그날의 政治的決斷을 執行하는 것은 行政이다. 이 行政은 傳統的인 範疇에 있어서는 執行에 對應한다. 여기에서 行政이란 政治的決斷의 適用 및 共同體의 生活의 需要를 위

한 有用한 規定의 適用을 의미한다. 職業的官僚가 그任에 當한다. 立法과 行政과 아울러 基本的決斷의 執行을 擔當하는 것은 司法이다. 司法은 對等한 當事者의 對立에 대하여 國家가 第三者의 立場에서 決定하는 機能임을 그 특색으로 한다. 그러나 司法에 있어서의 議會와 政府에 대한 獨立은 政治的要請이지 決코 機能的要請은 아니다. 最後로 새로운 權力의 三分에 있어서의 核心은 第三의 機能, 즉 政治的統制이다. 그 자신의 理性만을 信賴하는 人間에게 있어서는 無制限한 權力은 언제나 그不信의 對象이 되고 있다. 어떻게 統制機能이 어떻게 行使되는가는 國家, 특히 政府의 類型에 따라서 各各 다르다. 立憲主義가 形成될 무렵에 있어서는 이러한 統制機能은 政府—國王—議會間에 實施되고 있다. 그러나 權力過程이 民主主義에 基礎한 다음에는 選舉權의 擴大와 政黨의 自由로운 競爭과 함께 選舉人의 獨立된 權力의 擔當者로서 등장하고 있다. 따라서 이러한 경우에는 그 統制의 機能도 政府, 議會, 選舉人과 같은 세계의 權力擔當者에 分割되게 된다. 다만 政治的 權力의 統制에 있어서 分割된 政治的 權力 (geteilte politische Macht)과 統制된 政治的 權力 (kontrollierte politische Macht)과는 決코 同一하지 않다. 分割된 權力은 權力의 交互的인 統制를 의미한다. 機能의 行使에 있어서 立法에 있어서와 같이 두개의 權力擔當者가 協調하는 경우에도, 그 一方이 그 意思를 他方에 強制할 수 없다. 立憲國家에 있어서는

統制的機能은 二重의이다. 그 하나는 여러 權力의 擔當者가 그 協調에 의해서만 하나의 國家行爲를 形成하는 경우이다. 이러한 경우에는 分割된 權力에 의한 統制가 存在한다. 다른 하나는 國家行爲의 決定에 있어서 어느 權力擔當者가 다른 權力擔當者를 妨害하는 경우, 또는 內閣에 대한 議會의 不信任議決이나 政府에 의한 議會의 解散과 같은 경우이다. 그러나 어쨌든 政治的統制機能의 核心은 政治的責任의 認定과 그 強制이다. 政府가 議會에, 議會가 政府에, 그리고 國民에 가치는 이 兩者가 選舉人에 대하여 責任을 지는 것과 같이, 어느 權力擔當者가 다른 權力擔當者에 대하여 그 機能의 實踐에 있어서 責任을 질 때에만 政治的統制는 그 目的을 달성할 수 있다. 물론 政治的責任도 近代의 立憲主義의 새로운 발전이다. 政治的責任은 立憲主義國家에 있어서는 政府에 대한 議會의 不信任議決, 政府에 의한 議會의 解散, 그리고 國民에 의한 總選舉에 의하여 形成된다. 어쨌든 이러한 의미의 政治的責任은 어느 權力擔當者가 다른 權力擔當者에 대한 가장 效果的인 統制의 技術을 의미하고 있다.

四

第三章에 있어서 『專制政의 類型』(Rechtsformen in der Autokratie)을 취급하고 있다. 여기에 있어서는 專制政의 本質과 그 類型의 細部가 解明되고 있다. 우선 專制政의 本質로서 著者에 의하면 政治制

度로서의 專制政이란 그 權限에 있어서 政治的基本決斷과 그 實踐을 그 한 손에 集中한 唯一한 權力擔當者의 存在와, 그 權力에 대한 統制가 없는 것을 그 특색으로 한다. 다만 이러한 의미의 專制政과 全體主義의 政體는 구별해야 한다고 著者는 주의하고 있다. 著者에 의하면 專制政이라고 하는 概念은 다만 個人 또는 獨裁者, 議會, 委員會, 國民의 集團(Junta), 政黨 등과 같은 唯一한 權力擔當者에게 그 모든 政治的權力을 集中케 하는 政治的組織을 의미한다. 따라서 專制政이라는 말은 社會秩序에 관계되는 말이라기 보다는 오히려 政府構造에 관계되는 말을 의미하고 있다. 대체로 專制政은 共同體의 全體의 社會的, 經濟的 生活를 支配하거나 또는 그 精神의 內容을 거기에 形成하려고 하는 것 보다는, 오히려 國家의 政治統制에 爲主하고 있다. 따라서 專制政에 있어서는 그 政治的 支配는 成文憲法에 의하여 可測의 程度로 恒久化하고, 또한 그 政治的 權力의 目的과 行使와 兩立되는 범위 안에서서는 生命, 自由, 財產과 같은 國民의 權利를 認定하는 경우도 있다. 물론 專制政에 있어서도 반드시 그 이데올로기가 있다. 그러나 대체로 그 이데올로기는 傳記的條件으로서의 既成의 權力形成에 局限되든가, 또는 國家共同體의 福利의 守護와 발전에 局限되고 있다. 오늘에 있어서의 專制政의 가장 一般의인 이데올로기는 民族主義이다. 이에 대하여 全體主義의 政體(Totalitares Regime)는 國家的動態의 全體的인 政治的, 社會的, 道德的 秩序에 관

계되고 있다. 따라서 그것은 하나의 生活形成이지, 다만 政府的裝置만을 의미하는 것은 아니다. 全體主義의 政體의 統治技術은 반드시 專制的이기는 하지만, 그러나 그 統治는 國民의 私生活, 心靈, 精神, 道德등을 그 支配의 人 이 데올로기에 의하여 形成하는 것을 그 特色으로 한다. 말하자면 그 支配의 人 이 데올로기는 國家의 社會의 구성 요소에까지 浸透한다. 물론 그 權力的要求는 『全體』이다. 또한 그 必然的인 결과로서 全體主義國家는 命令과 服從의 手段에 의해서만 作用할 수 있다. 따라서 그 이 데올로기를 強制하기 위한 가장 重要한 武器는 그 政體의 安全을 保障하고 모든 潛在的인 抵抗을 粉粹할 수 있는 強力한 警察機構이다. 그러한 의미에서 全體主義國家는 必然的으로 警察國家를 의미하고 있다. 支配的權力的 行使에 있어서의 不可缺의 또 하나의 道具는 唯一한 政黨이다. 이 單一政黨에 있어서 近代의 全體主義國家는 專制政의 歷史의 形態와 구별된다. 어쨌든 專制政의 分類에 있어서 著者は 專制政의 세계의 典型(Drei Modelle der Autokratie)을 提示하고 있다. 絕對君主制(absolue Monarchie), 나폴레옹의 國民投票의 專制主義(Napoleons plebiscitärer Caesarismus) 및 新大統領制(Neopresidentialismus)가 바로 그것이다. 歐羅巴의 國民國家의 體制의 絕對君主制는 非全體主義的인 專制政의 古典的인 典型이다. 그 正當性은 權力的 客體와는 관계가 없는 一定한 王朝의 王位의 世襲에 求하고 있다. 뿐만 아니라 絕對君主

制에 있어서의 그 權力的 正當性은 『神의 思籠』(Gottes Gaden)에 根據하고 있다. 그 결과 여기에 있어서는 政治的基本決斷과 그 決斷의 實踐은 唯一한 權力的 擔當者로서의 君主에 獨占되고, 또한 그 權力的 行使에 있어서는 아무런 統制도 받지 않는 것을 그 特色으로 한다. 나폴레옹의 國民投票의 專制主義에 있어서는 世襲이 아니므로 (Stowe)의 公理에 있어서와 같이 아래로부터의 信任과 위로 부터의 權력을 그 特色으로 한다. 몰스카의 創造的天才는 그 國家形成에 있어서 政治的指導는 統治的裝置의 單純한 機構以上の 것, 그리고 一般意思는 그것에게 統一의 傾向을 附與할 때에만 그것은 自己實現이 가능하다는 觀念에 立脚했다. 그는 그의 支配를 民主的인 正當性에 求하고, 그 세계의 憲法(1800, 1802, 1804)을 國民投票에 부쳤다. 그의 政體를 國民投票의 專制主義라고 하는 理由는 바로 여기에 있다. 그러나 그는 權力的 正當性만을 國民에게 求했은 뿐, 그 行使에 있어서는 議會의 機能을 停止케 하고 立法, 行政에 있어서의 附統的秩序를 결국에 가서는 그 자신의 手中에 集中하게 했다. 나폴레옹의 보나파르티즘(Bonapartismus)의 近代의 適用이 바로 新大統領制이다. 新大統領制에 있어서는 그 用語 자체는 美國의 大統領制와 비슷하지만, 그 內容에 있어서는 전혀 다르다. 新大統領制에 있어서는 一定한 憲法的인 制度에 의하여 政府의 元首, 즉 大統領이 그 政治的權력에 있어서 다른 모든 國家機關에 優越하게 되는 政體인 것을 그 특

색으로 한다. 따라서 여기에 있어서는 어떠한 다른 機關도 眞正한 權力的 擔當者의 地位를 차지할 수 없고, 다만 大統領만이 眞正한 權力的 擔當者로서 다른 모든 機關을 統制하게 된다. 물론 新大統領制에 있어서도 議會, 內閣, 名目上의 獨立性을 가지는 法院이 있기는 하지만, 그러나 이 모든 機關은 權力形成의 階梯에 있어서 國家元首인 大統領에 從屬된다. 다만 新大統領制과 全體主義와의 구별은, 前者에 있어서는 支配的인 國家的인 데올로기가存在하지 않거나, 또는 重要視되지 않는 데에 이 兩者의 相異가 있다. 그러나 國家意思의 構成에 있어서는 이미 規定된 憲法節次에 의하게 되는 것이 新大統領制의 特色이다.

五

第四章에 있어서는 『立憲主義的民主政에 있어서의 政府類型』(Die Regierungstypen in der konstitutionellen Demokratie)을 취급하고 있다. 著者は 여기에서 立憲主義(Konstitutionalismus)라는 말은 專制政이라는 말과 같이 類概念을 의미하는 하지만, 그러나 그것은 專制政에 있어서 보다도 그 범위가 넓은 用語임을 주의하고 있다. 따라서 政治制度로서의 立憲主義는 말은 政府形態를 包攝하고 있다. 여기에서 立憲主義란 여러 獨立된 權力 擔當者가 憲法에 의하여 그 政治的 權力的 行使를 分擔하고, 憲法에 의하여 規定된 節次에 따라서 國家意思의 形

成에 協調하게 되는 政治制度를 말한다. 歷史적으로 볼 때 立憲主義의 概念은 다음과 같은 두 가지 의미를 가지고 있다. 그것은 立憲의 인 것과 관계되는 同時에, 또한 立憲主義의 ——民主主義의 政治秩序에도 관계되고 있다. 그러나 이 兩者는 決코 同一하지 않다. 『立憲의』(Konstitutionell)이기 위해서는 國家는 반드시 憲法을 가지지 않으면 안된다. 다만 이 憲法은 形式的인 法典이든 또는 不文的인 것이라도 그것이 그 國民의 慣習과 確信에 立脚한 것이면 그 成文 不文을 不問한다. 어쨌든 이러한 의미의 憲法은 權力擔當者와 그 客體와의 관계 및 國家意思의 形成에 있어서의 權力擔當者間의 交互的인 영향의 規定을 그 內容으로 한다. 그러나 이러한 의미의 憲法을 가지고 있는 國家가 그 政治的 風土에 있어서는 반드시 民主的이라고는 斷言할 수 없다. 그것은 이러한 立憲主義 國家에 있어서도 그 政治的 過程에 있어서 權力客體의 多數가 아무런 決定的 役割을 하지 못할 때에는, 그 政治秩序는 民主的이라고 할 수 없기 때문이다. 歷史적으로 볼 때 立憲主義는 君主의 傳統的인 絕對主義 및 이와 結付된 階級과 立憲主義的 民主政과의 近代的 領域과의 中間的인 停留場(Station auf halbem Wege)을 의미하고 있다.

立憲主義的 民主政에 있어서도 그 發展形態에 있어서는 가지 가지의 政府類型이 分類된다. 그러나 그 이데올로기의 底礎에 있어서는 그 어느 것을 막론하고 同一하다. 모든 權力은 國民으로부터 發한다는 것, 政府와 議會는

恒久的으로 國民의 意思에 對應해야 한다는 것, 自由롭고 公正한 選舉에 의하여 國家權力을 構成해야 한다는 것, 이데올로기와 또한 그것을 運載하는 社會的勢力은 서로 自由로운 競爭에 의하여 國家權力에 參加해야 한다는 것이 바로 그 共通한 이데올로기이다. 뿐만 아니라 그 權力의 形成은 三角의이다. 議會, 政府 및 國民이 바로 그 三角의 頂點이다. 政治的 權力은 여러 權力擔當者間에 分割되고, 그 交互的인 統制에 따르게 되는 것이 바로 그 특색이다.

近代의 데크노로기의인 大衆의 社會에 있어서는 모든 政府는 비록 그 政治制度에 있어서는 그것이 專制政이든 立憲主義的인 民主政이든지를 막론하고 政黨政府이다. 政治的 現象으로서의 政黨의 歷史는 約三百年에 불과하다. 그러나 權力過程에 있어서는 約半世紀에 불과하다. 어떨든 여기에서 政黨이란 共通한 이데올로기의 觀念에 의한 個人의 結社로서, 政治的 權力에의 參加와 그 獲得을 目的으로 하고, 이 目的을 實現하기 위하여 恒久的인 組織을 가진 것을 말한다. 歷史의으로 볼 때 權力過程에 있어서는 이러한 政黨과 選舉人 大衆의 統合과의 根本的인 結合은 選舉權의 擴大에 의하여 비로소 結과된다. 그것은 選舉權의 擴大는 必然的으로 政黨과 같은 選舉人과 議會 및 政府의 構成員과의 結合의 紐帶를 필요로 하기 때문이다. 어떨든 立憲主義的인 民主政은 다음과 같은 가지 가지의

政府類型으로 分類된다. (i) 直接民主政(unmittelbare Demokratie). 全體國民으로서 組織된 選舉人團이 그 政治的 權力의 가장 優越的인 擔當者로 등장하는 경우의 政府形態가 바로 直接民主政이다. 直接民主政에 있어서는 全體國民으로서 組織된 選舉人團이 그 政治的인 決斷, 그 實踐 및 그 政治的인 統制를 擔當한다. 따라서 執行, 立法 및 司法的 機能의 明白한 구별은, 直接民主政의 理論과 實際에 있어서는 認定되지 않는다. 따라서 이러한 直接民主政은 倏少한 國家的인 領域의 比較的으로 單純한 社會秩序에 있어지만 그것이 가능하다. 과거에 있어서는 希臘의 都市 國家가 그 一例였지만 오늘에 있어서는 瑞西의 一州州와 美國의 一地方에서만 이 形態의 殘滓가 남아 있는데 불과하다. 그러나 오늘에 있어서도 直接民主政의 약간의 特徵은 政治的인 基本決斷의 경우에 있어서는, 政治的인 統制의 경우에 있어서는 그 國民投票의 技術에 의하여 再生되는 傾向에 있다. (ii) 會議의 政體(Versammlungsgewalt). 다음과 같은 權力構造가 會議의 政體의 특색이다. 國民에 의하여 選出된 議會가 다른 모든 國家機關에 대하여 明白한 優越性을 가지고, 主權的인 選舉人에 대해서만 責任을 지며, 執行은 다만 議會에 대하여 無條件으로 從屬되어 政府에 의한 議會의 解散權이 없으며, 어떠한 다른 機關도 議會의 自主權과 權力獨占에 대하여 영향을 줄 수 없으며 兩院制는 會議의 政體와는 根本的으로 兩立되지 않으며, 國家의 元首가 있는 경우라고 할지라도 그것은 다

만하나의裝飾에 지나지 않는다는 것이 바로 그內容이다. 이러한會議의政體의理論의 모델은 루소(Rousseau)이며, 그現實의 모델은 로베스피에르(Robespierre)의獨裁政府, 英國의『長期國會』(1640—1649) 및 오비에르政體이다. (iii) 議院內閣制(parliamentarische Regierung)。오늘의立憲主義의民主政에 있어서는議會主義(Parliamentarismus)는가지가지의現象形態를 보여주고 있다. 이議會主義는會議의政體와大統領制에 대하여理論적으로서는이兩者의長點을具備하고 있다.類概念으로서의議會主義의理解에 있어서는 다음과 같은 세가지 점을 주의할필요가 있다. 그 첫째는 어떠한國家에 있어서의代議制나會議의制度的存在가 바로議院內閣制를 의미하지 않는다는 것, 그 둘째는 議院內閣制는 決코 內閣責任制(Kabinetverantwortung)와同一하지 않다는 것, 그 셋째는 議院內閣制일 수 있기 위해서는 그政府構造에 있어서 다른政府類型에 있어서는 발견할 수 없는 어떠한 특색을 가져야 한다는 것이 바로 그것이다. 어쨌든 議院內閣制는 서로獨立되고分離된 두개의權力擔當者, 즉議會와政府가 서로 그權力에 있어서均衡을 유지하게 構造된政體를 말한다. 이러한二元主義에 있어서의 두權力的擔當者는政治的基本決斷의形成의機能에 있어서나立法의方法에 의한 그決斷의實踐에 있어서나 서로 그것을分有하는 것을 그 특색으로 한다. 따라서 모든 議院內閣制는 다음과 같은構造에 立脚하고 있다. 그 첫째는 政府의

構成員은 대체로會議의議員이라는 것, 둘째로 政府는多數黨 또는多數를構성한 그聯合的政黨에 의하여構成된다는 것, 그 셋째는 政府 또는內閣은 그頂點 또는指導者로서首相과같은 피라미트의形式的構造를 가진다는 것, 그 넷째는 政府는會議의多數者에 의하여支持되는 경우에만存續할 수 있다는 것, 그 다섯째는政治的基本決斷의形成의機能은 政府와會議에分屬된다는 것, 그 여섯째는 會議는 政府를不信任할 수 있고 政府는 會議를解散할 수 있는 것과 같은 그 서로의統制機能과統制可能性을 가지고 있다는 것이 바로 그것이다. 이 중에서會議의解散과 政府에 대한不信任議決는機械에 있어서의『클레』와『시린다』와 같은 것으로서 이兩者의機能如何에 따라서 그 議院內閣制는變質의運命을免할 수 없게 된다. 따라서 政府의 議會解散權이 制限되는 경우에는 議會에 대한 政府의 弱화가 결과되게 되고, 會議의不信任議決에 의하여 政府의 進退가 영향을 받지 않을 경우에는 政府에 대한 會議의 弱화가 결과된다. 強力한 議會와 弱한 內閣의 경우는 바로古典的인 議會主義에 있어서의佛蘭西이며, 強한 政府와 弱한 議會의 경우는 바로『몬』政府 밑에서의西獨이며, 內閣과 議會의多數者의完全한合一은 바로英國이다. 佛蘭西에 있어서의古典的인 議院內閣制는 그執行權의形式的인二元主義와 그內閣의安定性的의缺如로因하여 그것은 強한 議會와 弱한 政府의典型으로 간주되고 있다. 이에 대하여執行權의

兩分—大統領과 首相—에 의한 西獨憲法과 佛蘭西第五共和國憲法에 있어서의 議院內閣制는 強力한 政府와 弱한 議會의 典型을 의미하는 하지만, 그것은 『眞正하지 않은 議會主義』(unechter Parlamentarismus)를 의미하고 있다. 다만 前者의 경우에 있어서는 그 強力한 首相의 權限으로 因하여 그것은 『統制된 議會主義』(kontrollierter Parlamentarismus)를 의미하는데 대하여, 後者の 경우에 있어서는 內閣과 議會에 대한 異例의 大統領의 權限의 強化로 因하여, 그것은 『頭飾的 議會主義』(gehäudigter Parlamentarismus)를 의미하고 있다. (21) 內閣責任制(Kabinetts-Regierung)佛蘭西의 古典的 議會主義와는 反對로 英國에 있어서의 그것은 政府—首相과 內閣—의 議會, 특히 下院에 대한 그 確固한 優越性에 立脚하고 있다. 議院內閣制에 대하여 英國의 그것을 內閣責任制라고 하는 理由는 바로 여기에 있다. 어찌든 英國의 內閣責任制는 다음과 같은 특색에 立脚하고 있다. 그 첫째는 그 年輪에 있어서 오래인 뿌리를 가지고 있는 兩黨의 存在이며, 그 둘째는 그 內閣은 多數政黨의 指導者로서 組織된 比較的으로 적은 委員會이며, 그 셋째는 總選舉에 있어서 勝利를 얻은 多數黨의 黨首는 首相豫定者이며, 그 넷째는 首相과 그 內閣에 있어서의 決斷權의 集中에 대해서는 下院은 다만立法에 의하여 그 決斷의 遂行에 參加하는 정도이며, 그 다섯째는 政治的 統制는 議會의 兩院과 選舉人에 所屬되며, 그 여섯째는 英國의 議會에 있어서의 議員의 資質은 다

른 國家의 議員에 있어서의 그것보다는 그 水準이 높다는 것이 바로 그것이다. 政治的 權力過程의 立場에서 볼 때 이러한 內閣責任制에 있어서의 內閣과 議會와 같은 두개의 獨立된 權力擔當者의 融合은 두 機關을 事實上으로 統合하게 하는 唯一한 權力機構로 形成하게 한다. 그 결과 그것은 그 本質에 있어서 統合에 의한 두 權力擔當者의 相互的인 從屬과 結合을 의미하는 것이다. 따라서 여기에 있어서의 그 對立的 壓力는 輿論에 의한 不斷의 統制와 反對에 의한 그 具體化와 恒例에 따르는 總選舉다. (22) 大統領制(Presidentialismus). 美國의 大統領制는 權力分立立(Seperation of power)에 立脚한 政體로 表現되고 있다. 여기에 있어서의 특색은 權力의 分立과 共和의 政體라는 데에 있다. 우선 美國大統領制의 특색은 立法, 行政, 司法이 서로 分立되어 다른 權力擔當者에 의한 侵害를 받음이 없이 各各 그 自主性과 그 行動의 範圍을 獨占하고 있는 것을 그 특색으로 한다. 그러나 이러한 各權力은 各各 그 自主性을 固有한 程度로 憲法秩序의 規定에 따라서 서로 共和하고 있다. 물론 그 共和는 議院內閣制에 있어서 議會와 政府가 不可分離의 것으로서 結合되고 融和되고 있을 경우의 그것과 달라서, 大統領制에 있어서의 그것은 서로 獨立된 權力擔當者가 그에게 속하고 있는 行動範圍안에서 各各 그 自主性을 유지한 채로서 서로 共和하고 있는 것을 그 특색으로 한다.立法에 있어서의 大統領의 拒否權, 條約과 公務員의 任命에 있

어서의 上院의 認准權이 바로 그것을 의미하고 있다. 이러한 경우가 바로 大統領制에 있어서의 『共和에 의한 交互의 依存』(gegenseitige Abhängigkeit durch Koordinations)의 경우이다. 그러나 大統領制에 있어서는 또한 『權力擔當者의 相互間的의 獨立性』(wechselseitige Unabhängigkeit der Machtträger)은 그 本質로 한다. 政府에는 議會의 解散權, 議會議員의 兼任, 議會出席權과 같은 權限이 없고, 議會에는 政府에 대한 不信任權이 없다. (1) 瑞西에 있어서의 執政官政體(Die Direktorialregierung in der Schweiz). 여기에 있어서는 最高權力의 擔當者로서 聯邦議會(Bundversammlung)가 있고, 이 議會는 上下兩院으로 構成된다. 政府(Bundesrat)은 議會에서 四年의 任期로서 下院議員中에서 七名의 人員을 選出한다. 이 政府는 合議制로서 그것은 다만 議會에 從屬하는 最高의 執行的機關이지 그 자체가 議會에 對立되는 獨自의 權力擔當者가 아니다. 이 점에 있어서 이 政體와 會議의 政體와의 近似性이 발견된다. 어떻게 여기에 있어서의 政府는 憲法에 의한 統治의 委員會로서, 그것은 그 行爲에 있어서 議會와 國民에 대하여 連帶的責任을 지는 것을 그 특색으로 한다.

六

第五章에 있어서는 『憲法』이 취급되고 있다. 이 憲法은 著者의 새로운 權力分立論에 있어서의 第三의 部分에

대당하는 政治的統制에 있어서의 그 『水平的統制』(horizontale Kontrolle)에 해당하고 있다. 著者는 憲法의 概念에 있어서도 이른바 存在論的憲法의 概念을 提示하고 있다. 여기에서 存在論的憲法의 概念이란 國家的社會의 赤裸裸한 權力의 制限에 있어서 政治的權力의 行使를 여러 權力擔當者에게 分割하고 交互의 作用하게 함으로써 必要한 制限과 統制를 加하는 基本原則과 基本規定의 總體를 말한다. 그 결과 憲法에 있어서도 成文化된 形式的意味의 憲法의 概念대신에, 實質的意味의 憲法의 概念이 그 重要な 의미를 가지게 된다. 著者는 實質的意味의 憲法의 內容으로서 다음의 事項을 列擧하고 있다. 그 첫째는 가지 가지의 國家的課題의 分類과 權力의 集中을 防止하기 위한 가지 가지의 國家機關 또는 權力擔當者에 대한 그 歸屬, 둘째는 여러 權力擔當者의 協調을 위한 計劃的인 機構, 셋째는 여러 自主的인 權力擔當者 相互間的의 孤立을 피하기 위한 計劃的인 機構, 그 넷째는 變移되는 社會的, 政治的狀況에 대한 基本秩序의 不和의 適應을 위한 合理的인 憲法改正의 方法, 다섯째는 基本的權利와 基本的自由와 같은 個人的인 自己規定의 領域의 認認 등이 바로 그것이다.

著者는 다시 立憲主義發展의 史的考察을 거쳐서 成文憲法의 普遍化의 過程과 憲法의 制定 및 그 改正節次를 論한 다음, 가장 興味있는 憲法의 分類에 言及하고 있다. 憲法의 分類에 있어서 著者는 우선 通俗的인 分類方法에

言及하고 成文憲法과 不文憲法, 硬性憲法과 軟性憲法, 君主制의 憲法과 共和制의 憲法, 聯邦國家憲法과 單一國家憲法들의 구별의 形式性을 비판하고, 새로운 憲法의 分類로서 다음과 같은 分類方法을 사용하고 있다. (i) 獨創의 憲法과 傳來的 憲法. 獨創의 憲法(Originäre Verfassung)이란 政治的 權力の 過程에 대하여, 그리고 國家意思의 形成에 대하여 새롭게도 根源的인 機能原則을 內包한 統治道具의 創設을 말하며, 傳來的 憲法(abgeleitete Verfassung)이란 이미 널리 流行되거나 또는 外國의 憲法原型에 따르는 憲法을 말한다. 英國의 議院內閣制와 같은 것이 獨創의 憲法이 一例이다. (ii) 이데올로기의 — 프로그람의 憲法과 實用的 憲法. 이데올로기의 — 프로그람의 憲法(ideologisch-programmatische Verfassung)이란 그 憲法의 內容이 이데올로기에 着色된 경우의 憲法을 말하고, 實用的 憲法(utilitäre Verfassung)이란 그 內容이 이데올로기와는 관계가 없는 순수한 實用性을 가진 憲法을 말한다. 近代의 立憲主義的 憲法은 自由主義의 이데올로기의 產物을 의미하고 있지만, 一八七一年의 비스마르크憲法은 순수한 實用性을 가진 憲法이라고 할 수 있다. 著者가 이와 아울러 『憲法의 存在論的 分類』(Die ontologische Klassifizierung der Verfassung)를 試圖하고 있다.

이 憲法의 存在論的 分類에 있어서는 憲法의 規範과 그 現實과의 相關關係를 그 표준으로 하여, 『規範的 憲法』(normative Verfassung), 『名目的 憲法』(nominalistische Verfassung), 『語義的 憲法』(semantische Verfassung)을 구별하고 있다. 여기에서 規範的 憲法이란 規範의 內容이 그 現實과 대체로 一致되는 경우의 憲法을 말하며, 名目的의 憲法이란 憲法의 規範의 性格에 있어서 그 대로는 妥當하지 않고 個別的인 경우에 있어서 어떠한 具體的인 實踐이 필요하게 되는 경우에, 그 필요한 節次를 밝히 않을 때에는 그 憲法規範과 現實과의 關係가 錯誤되게 되는 憲法을 말한다. 憲法은 形式的인 憲法의 改正에 의하여 改正되는 것은 아니다. 그것은 政治的 慣行이나 慣習에 의한 定立된 規範의 默示的인 變形에 의해서만 變改된다. 語義的 憲法이란 다만 그때 그때의 政治的 權力秩序의 形成에 있어서 國家的 強制機構의 支配가 事實上的 權力的 擔當者의 全利益을 위하는 경우의 憲法을 말한다.

最後로 著者는 오늘의 立憲主義的 民主政에 있어서의 成文憲法의 價値低下에 대하여 言及하고 있다. 著者에 의하면 二十世紀中葉에 있어서의 立憲主義的 民主政은 확실히 어떠한 危機에 直面하고 있다. 그 危機의 原因이란 바로 그 成文憲法의 價値低落이다. 成文憲法의 價値低落은 다음과 같은 두가지 事實에 起因하고 있다. 그 하나는 憲法適用에 있어서의 意識的인 無視(Bewusste Nicht-Beachtung)이며, 다른 하나는 國民에 있어서의 憲法意識의 萎縮이다. 따라서 이러한 成文憲法의 危機는 바로 그 데로 오늘에 있어서의 立憲主義的 民主國家의 危機를 의미하고 있다. 政治的 權力的 統制를 위한 第一의 道具로

서의 憲法은 이미 權力の 分離와 그 制限에 대한 絕對的인 保障일 수 없게 되었고, 立憲主義的民主國家에 있어서까지 若干의 例外를 除外하고는 國民의 多大數는 그들의 憲法으로부터 分明히 그 關心을 돌리고 있다. 그 결과 多元的集團의 非憲法的動態가 合意的인 節次에 대신되고 있다. 따라서 여기에 대한 對策으로는 國民에 있어서의 憲法意識의 喚起가 무엇보다도 重要하다. 그러하기 위해서는 教育的인 措置에 의하여 國民을 憲法에 親近케 하든지, 그렇지 않으면 憲法 그 자체를 改革하거나 現代化하여 國民에게 接近케 하든지 하는 수 밖에 없다고 著者는 結論하고 있다.

七

以上은 著者의 憲法學에 있어서 在來의 憲法學의 표준에 의한다면 그 總論에 해당하는 部分을 의미하고 있다. 著者는 政治的權力の 水平的統制에 있어서 憲法에 의한 統制以外에도 機關間的 統制, 즉 議會와 政府間的 機關間的 統制, 議會와 政府에 대한 法院의 機關間的 統制, 政府와 議會에 대한 選舉人的 機關間的 統制를 취급하고, 또한 政治的權力の 垂直的統制(vertikale Kontrolle)로서 聯邦主義(Föderalismus), 個人的自由權의 保障(Garantien individualer Freiheitsrechte), 多元主義(Pluralismus)를 취급하고 있다.

어떻게 著者의 憲法學은 同名의 著書로서는 一九二八

年에 出刊된 Carl Schmitt의 『憲法學』以後의 最大의 著書로서 간주될 수 있다. Carl Schmitt의 憲法學이 그의 精神史的立場의 結果로 因하여 在來의 法律實證主義的憲法學에 대한 革命을 의미하고 있는 바와 같이, 著者의 憲法學도 그의 徹頭徹尾한 國家社會學의 立場에 의하여 在來의 憲法學에 대한 一大革新을 가져오게 하고 있다. 따라서 著者는 그의 國家社會學의 立場에 의하여 憲法學과 英·美에 있어서의 이른바 Political Science와의 綜合을 試圖하고 있다. 憲法規範과 그 憲法現實의 相關關係가 문제될 때에는 좋은 나쁘든 著者의 立場에 있어서와 같이 國家社會學的方法에 의해서만 그것을 解明할 수 있다. 따라서 憲法規範과 憲法現實과의 相關關係의 파악이야말로 憲法秩序의 具體的理解를 目的으로 하는 오늘날에 있어서의 憲法學의 課題가 아닐 수 없다. 그러한 의미에서 著者의 憲法學은 오늘에 있어서의 憲法學의 課題를 그 銳利한 分析을 통하여 解決하여 놓은 時代的名著가 아닐 수 없다. 著者의 指摘에 있어서와 같이 모든 憲法學은 『그 時代의 프로필』(Profil ihrer Zeit)을 의미한다면, 그의 憲法學도 또한 오늘날의 大衆의 民主主義時代에 있어서의 『時代의 프로필』을 의미하지 않을 수 없다.

韓 泰 淵  
〈筆者——本大學 副教授〉