

〈논문〉

군민공치와 입헌군주제헌법* - 비교헌정사적 연구 -

宋石允**

요약

개화기에 서구 헌정질서 중 입헌군주제가 군민공치의 제도로서 가장 바람직한 모습이라고 소개되고 있다. 하지만 입헌군주제헌법은 매우 다양한 형태를 지니므로 이 연구에서는 프랑스, 벨기에, 독일, 일본의 입헌군주제헌법을 분석하면서 유형화를 시도하여 입헌군주제헌법을 국민주권형과 군주주권형으로 구별하였다. 군주주권형 입헌군주제는 군주제원리에 기초하는 것으로 프랑스 1814년헌장, 바이에른 1818년헌법, 독일헌법 및 헌법학의 영향을 크게 받은 일본 메이지헌법이 여기에 속한다. 또한 프로이센 1850년헌법은 해석론에 의해 군주주권형으로 이해되었다.

하지만 입헌군주제헌법은 어떠한 유형이든 군주와 의회가 경쟁하는 이원적 구조를 지니므로 군주제원리의 유무가 결정적인 요소인지의 여부는 논란의 대상이 된다. 군주주권형 입헌군주제의 전통에서는 강한 행정관료제도에 비해 시민사회와 의회가 상대적으로 취약하므로 이로 인한 문제점을 극복하기 위해 노력할 필요가 있다.

주제어: 헌법, 입헌군주제, 군민공치, 군주제원리, 프랑스 1791년헌법, 프랑스 1814년헌장, 프랑스 1830년헌장, 벨기에 1831년 헌법, 바이에른 1818년헌법, 프로이센 1850년헌법, 메이지헌법

I. 서론

19세기 후반에 이르러 서양의 문물과 함께 헌정질서가 조선에 소개되기 시작하

* 본 논문은 2010년 선정 한국연구재단 한국사회기반연구사업(과제번호 : NRF-2010-330-B00244)의 지원을 받았으며, 2011년 6월 27일 헌정사연구회/SSK법대 사업단이 ‘입헌주의의 헌정사적 의미’를 주제로 개최한 학술대회에서의 발표문을 수정·보완한 것이다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

였다. 최한기의 지구전요(1857)에서 영국의 의회정치와 미국의 공화정치가 언급된 바 있으며, 1880년대에 들어서면 서구의 헌정제도가 보다 본격적으로 알려지게 된다.¹⁾ 신사유람단(1881)의 견문보고, 한성순보의 기사(1883~1884), 서유견문을 비롯한 유길준의 저술 등은 서구의 헌정질서를 보다 구체적으로 소개하고 있다. 여기서 유길준은 서유견문에서 세계의 헌정질서를, 1. 군주가 자의로 통치하는 정체, 2. 군주가 명령하는 정체(압제정체), 3. 귀족이 주장하는 정체, 4. 군민이 공치하는 정체(입헌정체), 5. 國人(국민)이 공화하는 정체(합중정체)로 구별하고 군주정과 군민공치 및 공화정체에 속하는 세계각국을 분류하고 있다.²⁾ 유길준은 군민공치의 정체를 가장 바람직한 것으로 보면서 이를 한편으로는 “군주가 위에 있어 만민을 통할하나 천하를 사유하지 못하고 반드시 공명정대한 헌법을 확정하여 국민으로 하여금 국정에 참여하게 하는 입헌정치”,³⁾ 또는 국민이 천거한 대신들이 의정에 참여하여 작성한 것을 군주의 명령으로 시행하고 삼권이 나뉘어져 군주가 원수로서 삼권을 통할하는 제도로 이해하였고 영국의 헌정을 가장 모범적인 군민공치라고 하였다.⁴⁾

우리학계의 논의에서 갑신정변 정강, 흥범 14조, 대한국국제 등 개화기의 헌법적 문서나 당시의 논설에 대한 평가가 엇갈리고 있는데 이는 입헌주의헌법, 특히 입헌군주제에 대한 정확한 이해가 전제되고 있지 않은 점과도 무관하지 않은 듯하다. 따라서 제2장에서는 프랑스, 벨기에, 독일, 일본 등에서 성문헌법의 형식으로 존재했던 입헌군주제 헌법전을 분석하고 이를 유형화하려 한다.

1880년대의 조선 개화기에 서양 군민공치의 체제 중 영국의 경우가 가장 성공적인 것으로 인식되는 것이 일반적이었다. 하지만 19세기 후반 영국의 입헌군주제에서는 이미 군주는 군림하되 통치하지 않는다는 원칙을 넘어 사실상 정당내각제로 전환되어 군주와 국민대표인 의회가 공동으로 통치한다고 볼 수 없는 상황이었다. 나아가 일본에서는 정당내각제에 기초한 헌법을 제정하려던 자유민권파의 시도가 좌절되고 독일 헌법이론의 강력한 영향 속에서 이른바 군주제원리에 기초

1) 이에 대해서는 왕현중, “19세기말 개혁관료의 서구 정체인식과 입헌문제”, **한국사상사학** 제17집(2001), 475-512면; 정용화, “조선에서의 입헌민주주의 관념의 수용 : 1880년대를 중심으로”, **한국정치학회보** 제32집 2호(1998), 105-124면 등 참조.

2) 유길준, “서유견문”, 유길준전서편찬위원회편, **유길준전서 I**, 일조각, 1971, 162면 이하.

3) 유길준, “세계대세론”, 유길준전서편찬위원회편, **유길준전서 III**, 일조각, 1971, 5-121면, 19면.

4) 유길준, “서유견문”, 앞의 책, 164면 이하, 171면.

한 헌법이 제정된다. 일본식 입헌군주제는 1905년 이후 적극적으로 소개되었고 이는 식민지조선인들에게 적지 않은 영향을 미쳤다. 일제강점기 동안 형성된 넓은 의미에서의 헌법문화는 1945년 이후에도 쉽게 극복되지 않았고 그 영향은 오늘날 까지도 이어지고 있다고 보인다. 따라서 제3장에서는 독일식 입헌군주제가 형성되고 전개되어온 모습을 살피고 이것과 일본의 메이지헌법이 지니는 연관성을 살피려 한다.

헌법연구자가 헌정사를 연구할 경우 규범주의적 가치판단을 하기 쉽다. 헌정사 연구의 방법론에 대해 깊게 생각할 수 있는 자리는 아니지만 역사가 과거와 현재의 대화라는 것이 역사의 연구가 현재의 관점에서 과거를 재단하는 관관의 역할 일 수는 없다는 점에 유의하려 한다. 또한 비교헌법이나 비교헌정사의 연구가 단지 조문의 비교에 그쳐서는 안 됨을 여러 가지 어려움에도 불구하고 잊지 않으려 한다.

이 연구의 한계는 하나의 논문에서 일곱 개의 헌법적 문서들을 비교·분석하려는 시도로부터 비롯될 것이다. 하지만 이는 입헌군주제헌법의 연원을 추적하는 과정에서 불가피한 최소한이므로 부족한 부분은 추후의 연구를 통해 보완하려 한다. 또한 이러한 유형의 연구의 필요성에 공감하는 동료연구자들이 있어 후속연구를 통해 부족함을 비판하고 보완·극복할 수 있다면 무모한 시도의 보람이 될 것이다.⁵⁾

5) 이 논문에 대해 3인의 심사의견이 있었는데 그 중 1인의 평가는 이 연구의 한계와 문제점을 지적하고 있다. 먼저 가능한 범위에서 반영하려 노력했지만 이 논문이 추구하는 목적과 그에 따른 체계상 한계가 있음에 대해 심사자의 양해를 구한다. (1) 주제의 참신성이 주제의 실질적 의미가 적기 때문이라는 지적을 인정하면서 참신성이 적은 대신 의미가 인정될 수 있도록 문제의식이 공유되고 연구가 활성화되기를 기대해본다. (2) 군주권형 입헌군주제와 국민주권형 입헌군주제라는 분류와 관련하여 주권은 군주 또는 국민에 있는 것인데 군민공치를 얘기하면서 굳이 주권이라는 표현을 사용하는 것은 엄밀한 학문적 개념이 아니라는 지적이 있었다. 이에 따라 표현을 실질적으로 동일한 의미인 군주중심형과 의회중심형으로 변경할 것을 고려했으나 영국에서의 군민공치가 'King in Parliament'와 의회주권으로 나타난 것에 비해 유럽대륙에서는 - 독일의 국가주권론의 예에서 보듯이 - 19세기 동안 군주주권과 국민주권 사이의 문제가 해결되지 않았던 점을 드러낸다는 의미에서 주권이라는 용어를 유지하였다. (3) 프로이센 입헌군주제가 입헌주의의 본질에 부합하지 않는 측면이 있음에도 이를 입헌주의의 전형으로 전제하는 것에 대한 지적에 대해서는 의아한 면이 없지 않다. 필자는 프로이센 입헌군주제가 입헌주의의 전형이라고 생각하지 않기 때문이다. 단지 입헌주의의 전형 또는 이념형에 가까운 헌법 뿐 아니라 다양한 유형의 현상형태에 대해서도 학문적 관심을 기울여야 한다는 문제의식에서 출발하고 있을 뿐이다. 중심부와 주변부를 나누어 중심부의 전형을 단지 도입하고 적용하는 것으로 해결될 만큼 문제가 간단하다고 믿지 않기 때문이다. 규범학으로서의 헌법학의 산뜻함을 떠나 굳이 많은 품을 팔아서가

II. 입헌군주제헌법의 유형

여기서는 프랑스의 1791년헌법, 1814년헌장, 1830년헌장, 벨기에의 1831년헌법, 바이에른의 1818년헌법, 프로이센의 1850년헌법 및 일본 메이지헌법(1889)의 주요 내용을 군주권의 의회의 권한을 중심으로 분석한 후 이를 정리하려 한다. 프랑스와 벨기에의 헌법이 독일과 일본으로 영향을 미친 부분이 크기 때문에 이러한 순서로 살피고 그 후에 이를 유형화하는 방식을 택했다.

1. 프랑스 1791년헌법

1789년 프랑스혁명의 결과인 1791년 9월 3일의 프랑스헌법은 봉건적 제도들을 철폐하고 천부인권과 시민의 권리를 보장하기 위해 프랑스 국민의회가 제정한 민정헌법이었다.⁶⁾

이 헌법은 유일불가분이며 불가양·불가침인 주권이 국민(Nation)에게 속함을 선언하고 있다(동헌법 제3편 제1조). 하지만 동시에 이 헌법은 국민으로부터 나오는 모든 권력이 위임에 의해서만 행사되는 대표제를 천명하면서 입법부와 군주가 이러한 대표제라고 선언하고 있다(제3편 제2조). 이어서 이 헌법은 입법권은 인민에 의해 선출된 국민의회에, 행정권은 군주와 군주의 대신들에게, 사법권은 인민

지 헌정사연구를 하는 이유는 헌법규범의 해석만으로는 해결하기 어려운 헌법현실 내지 헌법문화의 문제를 찾기 위함이라고 생각한다. (4) 심사자가 원하는 바처럼 고찰의 대상을 독일식 입헌군주제와 그것의 일본에의 영향에 국한하지 않은 것은 국민국가의 전성기인 19세기 후반 민족주의적 열정에 사로잡힌 독일헌법학의 일부에서 주장한 것과는 달리 독일 입헌군주제헌법 역시 독자적인 것이 아니라 다른 나라의 영향을 받은 것임을 보이기 위함이다. (5) 지적인 바처럼 분석의 대상을 영국으로 넓히지 않은 것은 이 연구의 궁극적인 목적이 개화기 헌법적 문서들을 평가하는 기준을 제시하는 데 있는데 19세기 영국의 헌정현실은 당시의 동북아시아는 물론 유럽대륙의 국가들에 비해 현격히 의회 중심으로 전환되어 같은 선상에서 비교하는 것이 커다란 의미가 없다는 점 때문이다. 또한 영국이 성문헌법을 지니고 있지 않았다는 어려움도 있다. 이 연구의 말미에 영국 입헌군주제 헌정질서의 기본틀이 성문화되어 유럽대륙으로 전파되는 모습을 간략히 소개하는 것에 그쳤음을 양해 바란다. 심사자의 지적에 감사하며 이후의 연구에 적지 않은 도움이 되리라고 생각한다.

6) 프랑스 1791년헌법의 프랑스어본은 <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1791.htm>, 영어번역본은 Frank Maloy Anderson, The constitutions and other select documents illustrative of the history of France 1789-1901, Minneapolis, The H.W. Wilson company, 1904, 58면 이하; 프랑스어와 독일어번역본은 D. Willoweit/U. Sief(Hg.), Europäische Verfassungsgeschichte, München 2003, 292면 이하.

에 의해 선출된 법관에게 부여하고 있다(제3편 제3조-제5조). 국민주권에 기초한 입헌군주제 헌법에서 군주는 국민주권에 기초한 국민의 대표체일 뿐이고 전입헌주의적인 군주제적 정통성은 인정되지 않았다. 이러한 특징은 이 헌법이 양원제를 채택하지 않고 민선의 단원제를 채택했으며 또한 군주에 의한 의회해산권을 인정하지 않았다는 점에서 두드러진다(제3편 제1장 제1조 및 제5조).

이 헌법은 군주와 관련해서 군주의 신성불가침성은 인정하지만 군주가 법의 권위를 넘어설 수 없고 “프랑스인의 왕”(roi des Français)이라는 칭호만을 지닐 뿐임을 강조하고 있다(제3편 제2장 제1절 제2조 및 제3조). 또한 왕위계승에서 장자상속의 원칙을 명확히 할 뿐 아니라 국민과 법에 대한 충성선서를 할 의무를 부과하고 있다(제3편 제2장 제1절 제1조 및 제4조). 그밖에도 이 헌법은 군주와 왕가의 반혁명적 행위를 예방하기 위한 다양한 장치를 마련하고 있다.

군주와 행정부의 권한이 매우 제한적인데 반하여 입법부인 국민의회는 입법권뿐 아니라 재정에 관한 권한을 지녔다. 나아가 국민의회에는 장관 및 주요공직자에 대한 탄핵소추권, 영전수여권뿐 아니라 외교 및 국방에 관해서도 최종적인 결정권이 부여되었다(제3편 제3장 제1절). 국민의회의 입법권과 관련하여 군주에게 거부권이 인정되었지만 이는 단지 정지적 효력만을 지니는 것이었다(제3편 제3장 제3절).

시민혁명의 산물로 제정된 프랑스의 1791년헌법은 국민주권을 선언함과 동시에 입법부와 군주를 국민대표체로 선언하고 각각 입법권과 행정권을 부여하였다. 신의 은총에 기초한 군주제적 정당성은 인정되지 않았고 군주에게는 국민의 대표로서의 지위만이 허용되었으므로 군주는 헌법과 의회의 입법에 기속되는 좁은 의미의 행정권만을 지녔다. 이에 반하여 의회는 입법권과 재정에 관한 권한 뿐 아니라 주요한 통치권과 대권을 지니게 되었다. 전체적으로 볼 때 이 헌법은 의회의 권한이 매우 강력하여 19세기 입헌군주제헌법의 전형이라고 보기는 어렵다.

2. 프랑스 1814년헌장

프랑스혁명이 애초에 표방했던 입헌주의헌법의 기본정신은 공안위원회의 독재, 나폴레옹의 집권과 제1제정의 성립 등을 통해 퇴색되었다. 프랑스의 패전과 부르봉왕가의 복귀는 입헌군주제헌법의 또 다른 유형인 1814년헌장(Charte constitutionnelle de 1814)을 제정하는 계기가 되었다.⁷⁾

오스트리아의 비인에 집결하여 보수반동정책을 추구했던 승전국의 군주들이 감

시하는 속에서 흠정의 형식으로 제정된⁸⁾ 1814년헌장의 전문은 한편으로는 신의 은총(*la grâce de Dieu*)에 기초하는 군주제적 연속성과 정당성을 강조하면서 군주를 프랑스인의 왕이 아니라 프랑스의 왕(*roi de France*)으로 칭하고 있다. 단지 1814년헌장이 군주에 속하는 주권이라는 단어를 사용하지 않은 것은 1789년 이후 25년간의 경험에서 프랑스에서는 주권이라는 단어 자체가 공화국의 국민주권을 연상시키는 함의로 변했기 때문이다.⁹⁾ 민주적 국민주권에 대한 두려움이 주권이라는 단어의 사용을 회피하게 했을 뿐 실질적인 차이는 없었다. 헌법이 아닌 헌장이라는 명칭을 부여한 것만으로도 군주제적 연속성을 강조하고 있음을 보여준다.

하지만 동시에 이 헌장전문은 프랑스의 모든 국가권력이 군주에게 소재(*résidence*) 하지만 그 행사(*exercice*)에서는 선왕이래로 제한해왔음을 지적하면서 계몽주의적 진보의 과정 속에서 획득된 신민의 자유를 보장할 것을 약속하고 있다. 이러한 헌장전문은 왕정의 복고가 프랑스혁명 이전의 봉건적 또는 절대주의적 상태로의 완전한 회귀가 아님을 보이며, 이는 이 헌장의 본문이 프랑스인의 시민적 평등과 자유를 보장하는 기본권으로 시작하는 것으로 증명되고 있다. 나아가 헌장의 전문에서 군주와 국민의 균형을 이루는 이 헌장을 군주가 준수할 것임을 서약하고 있다.

하지만 통치권의 분배는 군주 중심으로 이루어지고 있다. 1814년헌장은 군주의 신성불가침성을 선언하면서 군주에게 행정권을 귀속시키고 있다(제14조). 나아가 군주는 국가원수(*le chef suprême de l'État*)로서 군통수권, 전쟁선포권, 평화, 동맹 및 통상에 관한 조약체결권, 공직임명권, 법률의 시행을 위한 명령제정권과 국가안보를 위한 긴급명령권 등 포괄적인 권한을 지니고 있다(제15조). 입법권은 군주와 상하양원이 함께 행사하는데(제15조) 법률안제출권은 군주가 지니며(제16조) 양원은 군주의 법률안 제출을 청원할 수 있을 뿐이다(제19조). 상하양원은 군주가 제출한 법률안을 의결하는데 조세와 관련된 법안은 하원에 우선적으로 제출해야 한다(제17조).

7) 프랑스 1814년헌장의 프랑스어본은 <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1814.htm>, 영어번역본은 Frank Maloy Anderson, *The constitutions and other select documents illustrative of the history of France, 1789-1901*, 457면 이하; 프랑스어와 독일어번역본은 D. Willoweit/U. Sief(Hg.), *Europäische Verfassungsgeschichte*, München 2003, 481면 이하.

8) S. Koriath, „Monarchisches Prinzip“ und Gewaltenteilung – unvereinbar? Zur Wirkungsgeschichte der Gewaltenteilungslehre Montesquieus im deutschen Frühkonstitutionalismus, *Der Staat* 37 (1998), S. 27-55면, 37면.

9) M. Stolleis, *Souveränität um 1814*, in: U. Müssig(Hg.), *Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt*, Tübingen 2006, 101-115면, 107면.

상원은 군주가 임명하는 의원들로 구성되고(제27조) 하원은 선거인단에 의해 간선된다(제35조). 의회를 소집하고 정회하는 권한이 군주에게 주어질 뿐 아니라 군주는 3개월 이내에 다시 소집한다는 조건하에 하원을 해산할 권한을 지닌다(제50조). 이에 대해 의회는 장관을 탄핵할 수 있는데 하원은 탄핵소추권을, 상원은 이에 대한 심판권을 행사한다. 하지만 장관에 대한 탄핵사유는 반역과 공금횡령에 국한되어 있다(제56조).

나폴레옹의 실권에 따른 부르봉왕가의 복귀가 프랑스혁명 이전상황으로의 복귀를 의미할 수는 없었다. 부르봉왕가는 토지의 배분, 민법전(code civil)의 제정 등 프랑스혁명을 통해 형성된 시민적 사회질서를 부정할 수 없었다. 따라서 나폴레옹 전쟁 이후의 보수반동의 분위기 속에서 복귀했지만 군주주권과 의회의 참여를 조화시키는 방안을 찾아야 했다. 군주주권을 유지하는 전제에서 입헌주의적 요구를 수용하는 것은 국가권력의 보유와 그 행사를 구별함으로써 가능했다. 즉, 국가권력은 기본적으로 주권자인 군주에 속하지만 그 행사는 헌법이 제시하는 조건에 기속된다는 것이다. 이러한 생각은 이후 독일에서 군주제원리(monarchisches Prinzip)라고 불리는 독일식 입헌군주제의 핵심원리의 단초가 된 것으로 파악되고 있다.¹⁰⁾

3. 프랑스 1830년헌장

1814년헌장의 전문에서 약속한 바와는 달리 샤를르 10세에 의한 부르봉왕가의 반동정책이 강화되자 이에 반발하여 1830년 7월혁명이 발생하였고 그 결과로 1830년헌장(Charte constitutionnelle de 1830)이 형성되었다. 이 헌장은 7월혁명의 과정에서 하원이 군주의 공위(空位)를 선언하고 루이 필립(Louis Philippe)을 군주로 옹립하면서 1814년헌장을 개정하는 형식으로 탄생하였다.¹¹⁾

1830년헌장은 신의 은총에 기초하는 군주제적 연속성과 정당성을 인정한 헌법 전문을 폐기하고 새로운 전문에서 루이 필립이 자신을 ‘프랑스인의 왕’이라고 부르므로써 국민주권에 기초한 입헌군주임을 천명하였다. 이 헌장은 양원에서 개정

¹⁰⁾ D. Grimm, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, Frankfurt a. M. 1988, 113면 이하; S. Koriath, „Monarchisches Prinzip“ und Gewaltenteilung - unvereinbar? Zur Wirkungsgeschichte der Gewaltenteilungslehre Montesquieus im deutschen Frühkonstitutionalismus, 38면.

¹¹⁾ 프랑스 1830년헌장의 프랑스어본은 <http://mjp.univ-perp.fr/france/co1830.htm>, 영어번역본은 Frank Maloy Anderson, The constitutions and other select documents illustrative of the history of France, 1789-1901, 507면 이하.

한 것을 군주가 선포했으므로 협약헌법의 일종이라고 볼 수 있다. 1830년헌장이 1814년헌장과 다른 점은 기본권보장을 강화(국교제도의 폐지 및 검열제의 영구적 폐지)하면서 군주의 권한이 감소하고 이에 반해 의회, 특히 하원의 권한이 증가했다는 데 있다.

군주의 행정부수반과 국가원수로서의 지위를 유지하면서도(제12, 13조) 군주의 대권적 권한과 관련하여 긴급명령권을 삭제하고 외국군의 주둔을 위해서는 명시적인 법률을 요구하고 있다(제13조). 또한 입법권에서 군주만 지니던 법률안제출권을 군주와 양원이 모두 행사할 수 있게 하였고, 특히 조세관련 법안은 하원의 의결을 통해서만 제출하도록 하였다(제15조). 1830년헌장은 나아가 귀족원인 상원의 의사를 비공개에서 하원처럼 공개를 원칙으로 했으며(제27조) 군주가 임명하도록 되어있던 하원의장을 하원이 직접 선출하도록 하였다(제37조). 특히 반역과 공금횡령에 국한되어 있던 장관의 탄핵사유의 제한을 철폐하였고(제47조) 헌장에 대한 군주의 충성서약을 반드시 양원에서 하도록 하였다(제65조).

헌정질서의 혁명적 변화를 감안한다면 1814년헌장과 1830년헌장의 내용은 커다란 차이를 보이지 않는다고도 할 수 있다. 하지만 헌법체계를 전체적으로 개편하지 않고 개별조문만을 필요한 한도에서 개정했기 때문에 두 개의 헌법문서를 비교하면 군주중심의 권위주의적 입헌군주제헌법의 기본구조와 고전적 부르주아적 입헌군주제헌법의 기본요소 사이의 차이를 파악할 수 있다.

4. 벨기에 1831년헌법

비인체제 하에서 벨기에 지역은 네덜란드에 병합되는데 네덜란드 국왕 윌리엄 1세의 권위주의적 통치가 강화되면서 점차 불만이 증가하였다. 프랑스에서 7월혁명이 발발한 2개월 후에 브뤼셀에서 소요가 발생하였고 벨기에 시민군이 네덜란드 정부군에 승리하면서 임시정부는 10월 4일 독립을 선포하였다. 벨기에에서는 의회가 몇몇 조항을 개정하는데 그쳤던 프랑스 7월헌장의 경우와 달리 헌법제정 국민의회를 소집하는 선거가 실시되었다. 11월부터 개최된 헌법제정국민회의는 1830/31년의 겨울동안 집중적인 논의를 거쳐 독립국가의 새로운 민정헌법을 제정하였다.¹²⁾

¹²⁾ A. de Dijin, “a pragmatic conservatism. Montesquieu and the framing of the Belgian constitution (1830-1831)”, *History of European Ideas*, Vol. 28 (2002), 227-245면, 227면 이하; U. Müssig, *Die europäische Verfassungsdiskussion des 18. Jahrhunderts*, Tübingen

벨기에 1831년헌법은 영토와 그 구분에 관한 조항(제1편) 뒤로 국민의 자격 및 권리(제2편)를 규정하고 있다. 국가권력을 규율하는 제3편에서 이 헌법은 “모든 권력은 국민으로부터 나온다. 모든 권력은 헌법에 규정된 방식으로 행사된다”(제25조)라고 하여 국민주권의 원칙을 선언하고 있다.¹³⁾

독립혁명을 통해 새로운 국가를 건설하던 당시의 상황을 감안할 때 이 헌법이 공화제가 아닌 군주제의 국가형태를 채택했다는 점은 주목을 요한다. 하지만 이 헌법은 프랑스의 1814년헌장이나 1830년헌장과는 달리 군주에 대해 국가원수로서의 지위를 부여하지는 않으며 군주의 신성불가침성 대신 불가침성이라는 표현(제63조)을 사용하고 있다. 군주는 단지 헌법이 규율하는 행정권만을 지니도록 하여 행정부의 수반으로서의 지위만을 인정하고 있다(제29조). 이러한 국왕의 권한은 다시 한 번 헌법과 헌법에 의해 제정된 법률이 명문으로 부여한 것에 국한됨이 강조되고 있다(제79조). 이처럼 권한이 제한되었음에도 불구하고 굳이 군주제를 취한 데에는 유럽의 중심에 위치한 약소국인 벨기에가 공화제를 채택할 경우 주변의 열강들로부터 이해를 얻을 수 있을까, 원리주의적 이상을 추구할 때 프랑스의 경우처럼 혁명과 반혁명, 공화정, 군주정 및 제정이 되풀이되는 혼란이 오지는 않을까 등의 실용주의적 고려가 있었다.¹⁴⁾

“벨기에인의 왕”으로서 국민의회에서 선출된¹⁵⁾ 군주는 행정부의 수반으로서 군 통수권, 전쟁선포권, 강화조약, 동맹조약, 통상조약체결권을 갖지만 양원에 대한 설명의무를 지녔으며, 통상조약과 국가에 재정적 부담을 지우거나 국민을 구속하는 조약의 체결에는 의회의 동의를 얻어야 했다(제68조). 군주가 상하양원 중 하나 또는 양자를 동시에 해산하는 경우에는 40일 이내에 새로운 선거를 실시하고 2개월 이내에 양원을 소집해야 했다(제71조).

의회의 구성에 대해서도 단원제와 양원제 사이에서 논쟁을 거듭한 후에 양원제로 결론을 내렸다. 당시 벨기에의 상황에서 임명제인 귀족원은 상상하기 어려웠으므로 양원 모두 국민대표체로서 민선으로 구성되었다. 상하양원의 선거권과 관련

2008, 109면 이하.

13) 벨기에 1830년헌법 프랑스어본은 <http://mjp.univ-perp.fr/constit/be1831.htm>; 프랑스어 및 독일어번역본은 D. Willoweit/U. Sief(Hg.), *Europäische Verfassungsgeschichte*, 509면 이하.

14) A. de Dijin, “a pragmatic conservatism. Montesquieu and the framing of the Belgian constitution (1830-1831)”, *History of European Ideas*, Vol. 28 (2002), 227-245면, 235면.

15) U. Müssig, *Die europäische Verfassungsdiskussion des 18. Jahrhunderts*, Tübingen 2008, 111면.

해서 요구되는 세금액수에는 차이가 없었다(제47조, 제53조). 양원의 차이는 피선거권, 임기 등에서 나타났다. 양원제를 채택한 것은 상원을 봉건적이고 신분제적인 전통 하에서 귀족의 대표체로 이해했기 때문이 아니라 단원제에서 의회와 행정부의 충돌이나 의회의 행정부에 대한 중속의 우려가 크다고 보았기 때문이다.¹⁶⁾ 이 헌법에서 의회의 지위는 프랑스 1791년헌법에서처럼 의회를 군주보다 먼저 규정한 것으로 상징된다. 또한 프랑스 1814년 및 1830년헌장과는 달리 하원을 상원보다 먼저 위치시키고 있다.

입법권은 군주와 양원이 공동으로 행사했는데 세입과 세출, 그리고 군대의 징집과 관련된 법안은 하원의 의결을 통해서만 제출하도록 하였다(제27조). 또한 하원은 장관을 파기원에 탄핵소추할 권한을 지녔다(제90조).

벨기에 1831년헌법은 전반적인 체계의 면에서 볼 때 프랑스 1791년헌법과 유사하고, 개별 국가권력의 권한은, 특히 입법권과 관련하여, 프랑스 1830년과 유사한 점이 적지 않다. 프랑스의 1791년헌법은 혁명의 진행과정에서 제정되어 본격적으로 시행될 기회를 지니지 못했으며, 1814년헌장은 부르봉왕가의 복귀와 함께 군주주권에 기초하여 생성되었다. 따라서 전형적인 입헌군주제헌법으로는 프랑스 1830년헌장과 벨기에 1831년헌법을 들 수 있는데 프랑스 1830년헌장은 1814년헌장의 체계를 유지하면서 필요한 범위에서 개정한 것에 그친데 반하여 벨기에 1831년헌법은 헌법제정국민의회에서의 심층적인 논의를 거쳐 제정되었으므로 체계적으로나 내용적으로 입헌군주제헌법의 모범을 형성하였다.

5. 바이에른 1818년헌법

나폴레옹 프랑스의 군사적 팽창으로 그 영향범위에 들어가게 된 독일의 남서부 지역에서 1806년 라인동맹(Rheinbund)이 형성되었다. 라인동맹의 구성국가들 중 1807년 베스트팔렌 왕국에서 제일 먼저 헌법이 제정되었고 이 헌법은 다른 구성국가들의 모델이 되었다. 라인동맹의 가장 큰 구성국가였던 바이에른 역시 1808년에 헌법을 제정하였다. 하지만 라인동맹 구성국가들의 헌법은 나폴레옹 프랑스의 쇠퇴와 함께 사라지게 된다.

1818/19년에 바이에른, 바덴, 뷔르템베르크 등 남부독일의 국가들은 새롭게 헌법을 만들었다. 비인체제의 보수반동정책이 정점으로 치닫던 당시의 상황에서 이

¹⁶⁾ A. de Dijin, “a pragmatic conservatism. Montesquieu and the framing of the Belgian constitution (1830-1831)”, 239면 이하.

들 국가들이 굳이 입헌주의적 질서를 추구했던 배경에는 나폴레옹의 영향 하에서 이룩한 정부와 행정의 합리화 및 신분제적 봉건질서의 시민사회로의 전환 등을 헌법적으로 기정사실화 하려는 개혁적 관료들의 노력, 나폴레옹전쟁 중 확대된 새로운 영역을 헌법을 통해 통합할 필요성, 전쟁을 통해 발생한 재정위기의 극복을 위해 신민의 참여를 확대해야 할 상황 등이 있었다. 하지만 이러한 필요성에도 불구하고 각국의 군주들은 헌법으로 인해 자신의 권한이 축소될 것을 우려했지만 독일연합 내부 상황의 전개에 따라 구성국가의 주권을 상실할 위험이 나타나면서 헌법의 제정을 서두르게 된다.¹⁷⁾

이하에서는 이들 국가의 헌법을 바이에른헌법을 중심으로 알아보려 한다. 바이에른은 남부독일 국가 중 규모가 가장 컸으며 또한 후술하는 바처럼 일본 메이지 헌법의 제정에서 바이에른헌법을 참조했기 때문이다.¹⁸⁾

신의 은총에 기초한 군주가 흠정의 형식으로 제정한 바이에른 1818년헌법은 “바이에른 왕국은 이 헌법전의 규정에 따라 그 신구영역의 전체에서 주권적 군주국(souveräner monarchischer Staat)”(제1편 제1조)이라고 함으로써 군주주권을 선언함과 동시에 당시 독일연합의 상황 속에서 바이에른 왕국의 독립성을 강조하고 있다. 군주주권은 “군주는 국가의 원수이며, 국가권력의 모든 권리를 자신에게 통합”하는 것으로, 입헌군주제는 군주가 “자신이 제정한 이 헌법전에서 정해진 규정에 의해 국가권력을 행사”하는 것으로 구체화된다(제2편 제1조).

바이에른 1818년헌법은 양원으로 구분된 공동(allgemein)의 신분의회(Stände-Versammlung)를 규정하는데 이는 의회를 기본적으로 하나의 통일체로 이해하면서 그것이 두 부분으로 나뉘어 있음을 의미한다. 모든 신분의회의 의원은 “개별적인 신분이나 계급을 고려하지 않고 국가 전체의 공공복리와 공공선을 위한 내면적 확신”에 따를 것을 선서하도록 하고 있는데(제7편 제25조) 이는 신분의회가 귀족원인 상원(제6편 제2조)과 토지소유자, 대학의 대표, 성직자, 도시와 시장의 대표 등 신분을 기준으로 선출된 하원(제6편 제7조 이하)으로 구성됨에도 불구하고 국민대표로서 기능함을 보여준다. 의회의 신분제적 구성에도 불구하고 신분대표가 아닌 국민대표로서의 성격을 지니는 것은 대표권의 위임을 금지하는 조항에 의해서도 확인된다(제6편 제17조).

¹⁷⁾ D. Grimm, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, 72면 이하.

¹⁸⁾ 바이에른 1818년헌법은 E. R. Huber, Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte Bd.1, 3.Aufl., Stuttgart 1978, 155면 이하.

바이에른 1818년헌법은 한편 행정권이 군주에게 속한다는 식의 규정이나 장관에 대한 군주의 임면권, 장관의 군주에 대한 책임 등에 대해 규정하지 않고 있다. 이는 물론 군주가 이러한 권한을 지니지 않기 때문이 아니라 이른바 군주제원리에 입각한 군주주권적 입헌군주제헌법의 특성 때문이라고 이해할 수 있다. 즉 바이에른 1818년헌법은 절대군주의 통치권을 국민주권에 기초하여 새롭게 근거지우는 것이 아니라 기존의 통치권을 헌법이 규정하는 바에 따라 제한하는 의미를 지녔던 것이다.

이러한 특성은 의회에게 포괄적인 입법권을 부여하지 않고 그 권한을 열거적으로 규정하고 있는 점에서도 발견된다(제7편 제2조-제19조). 그 대표적인 예로 신분회의, 즉 의회의 자문과 동의 없이 인간의 자유 및 국민의 재산과 관련된 일반 법률을 제정하거나 유권적으로 해석하거나 개폐할 수 없다는 자유와 재산의 제한에 대한 법률유보조항(제7편 제2조)과 조세에 대한 의회의 동의권(제7편 제3조)을 들 수 있다. 의회의 탄핵소추권은 헌법보장과 관련하여 규정되었는데 장관과 공무원이 헌법을 위반할 경우 군주에게 소추하여 상원 또는 법원의 판단을 구하도록 하고 있다(제10장 제5조).

또한 바이에른 1818년헌법은 인간과 시민의 기본적 권리를 보장하는(제4편) 한편 봉건적 신분특권을 부분적으로 인정(제5편)하고 있다. 이러한 연속성의 측면은 신의 은총이라는 전통적인 군주주권에 기초한 입헌군주제라는 점과 함께 비교헌정사 연구에서 이 헌법이 근대 입헌주의헌법의 최소한의 요건을 제시하고 있음을 보여준다.

6. 프로이센 1850년헌법

1848년 프랑스 2월혁명의 여파로 독일 역시 혁명적 분위기에 휩싸인다. 3월혁명의 소용돌이 속에서 오스트리아와 함께 독일연합의 가장 강력한 구성국가였던 프로이센의 국왕 프리드리히 빌헬름 4세는 1848년 12월에 프로이센 국민의회를 해산함과 동시에 일방적으로 흠정헌법을 제정· 공포한다. 자유주의 헌법학자인 발덱(Waldeck)의 초안에 기초한 이 헌법은 당시의 상황을 감안할 때 매우 진보적인 내용을 지니고 있었다. 이 헌법은 3월혁명의 분위기가 가라앉은 후에 구성된 의회에서 논의된 후 수정되어 1850년 1월에 새롭게 제정된다. 이 헌법은 이후 약간의 개정은 거치지만 기본적으로 바이마르공화국이 탄생할 때까지 효력을 유지하게 된다. 흠정의 형식으로 제정된 프로이센 1850년헌법은 기본권조항에 이어

군주와 행정부, 의회, 사법부의 순으로 규정하는 체계를 지니고 있다.¹⁹⁾

이 헌법의 전문은 1848년 12월의 프로이센헌법의 전문에서 삭제했던 신의 은총에 근거한 군주제적 정당성을 재도입하고 있다. 하지만 동시에 벨기에 1831년헌법의 예에 따라 군주의 신성불가침성 대신 불가침성이라는 용어를 사용하고(제43조) 또한 이른바 군주의 국가원수로서의 지위 대신 행정부의 수반으로서의 지위만을 언급하고 있다(제45조). 군주는 장관의 임면권, 법률공포권, 명령제정권, 군통수권을 지녔으며(제45조, 제46조) 전쟁선포권, 강화체결권 및 조약체결권 등 외교에 관한 권한을 지녔는데 통상에 관한 조약이나 국가에 부담을 지우거나 개별국민에게 의무를 지우는 조약에 대해서는 의회의 동의를 얻어야 했다(제48조).

의회는 양원제를 채택했으며 상원은 세습귀족과 군주에 의한 임명직과 간선으로 선출되는 의원으로 구성되었는데 선출되는 수가 과반수가 되어야 했다(제65조). 하지만 1853년의 헌법개정을 통해 선출되는 상원의원을 폐지함으로써 상원은 귀족과 임명직만으로 구성되게 된다. 한편 하원의 선거권에 대해서는 25세 이상의 남성에게 보통선거권이 도입되었다. 하지만 보통선거권의 효과는 간접선거와 이른바 3등급의 불평등선거로 인해 제한된다(제70, 71조). 하원의 피선거권도 원칙적으로 30세 이상의 모든 남성에게 개방되었다(제74조).

입법권은 군주와 양원이 공동으로 행사하는데 모든 입법은 3자 모두의 동의를 요하며 재정관련법안 및 예산안은 하원에 우선적으로 제출되어야 했다(제62조). 법률안제출권도 군주와 양원이 모두 지녔는데 세 기관 중 하나라도 법률안에 반대하면 동일 회기 중 다시 제출할 수 없었다(제64조). 공공안전의 유지나 긴급상황에 대처하기 위해 헌법에 반하지 않는 범위에서 법률의 효력을 지니는 긴급명령 선포권이 인정되었는데 이에 대해서는 전체의 내각이 책임을 지고 의회의 사후동의를 얻어야 했다(제63조). 양원의 의사는 모두 공개되는 것이 원칙이었으며(제79조) 양원의 의원은 전국민의 대표자(Vertreter)로서 위임에 기속되지 않는다고 하여(제83조) 양원이 모두 신분대표가 아닌 국민대표제임을 선언하고 있다. 상하양원은 각각 헌법위반, 뇌물수수, 반역의 경우 장관에 대한 탄핵소추를 의결하여 법원이 결정하도록 하였다(제61조).

국가재정에 대해서는 해마다 세입과 세출을 추계하여 예산안을 제출하고 이를 법률로써 확정하도록 하였다(제99조). 하지만 이러한 예산안은 앞에서 본 바처럼

19) 프로이센 1850년헌법은 E. R. Huber, Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte Bd.1, 3.Aufl., Stuttgart 1978, 500면 이하.

하원에 우선적으로 제출해야 했는데 이를 통과하지 못한 경우에 대한 규정을 프로이센헌법은 두고 있지 않았다. 이는 군주와 직업관료를 중심으로 하는 행정권과 의회의 권한 사이에 헌법적 결정이 이루어지지 않은 결과였으며 이러한 문제점은 1860년대의 프로이센헌법갈등에서 전면적으로 드러나게 된다.²⁰⁾

프로이센의 군국주의적 전통과 관련하여 주목할 점은 모든 의원과 국가공무원이 군주와 헌법에 대해 서약하도록 하면서도 헌법에 대한 서약에서는 군(軍)을 제외한 것이다(제108조). 이는 군대가 군주에 대해서만 충성서약을 하는 것을 의미했다.

프로이센헌법은 그 체계나 내용으로 볼 때 적어도 조문상으로 군주제원리에 입각한 프랑스 1814년헌장이나 바이에른 1818년헌법 보다는 프랑스 1830년헌법과 벨기에 1831년헌법에 가깝다. 그 대표적인 근거는 국가의 통치권을 통할하는 국가원수로서의 군주의 지위를 인정하지 않은 점 및 법률안제출권을 포함하는 입법권을 군주와 양원이 공동으로 행사한다는 점이라고 할 수 있다.

7. 일본 메이지헌법

메이지유신 이래 교육, 군사, 관료, 조세 및 경제제도 등 다방면에서 근대국가적 개혁을 추진하던 일본에서는 1889년에 메이지헌법을 제정하면서 제한된 형태로나마 입헌주의를 받아들인다.

메이지헌법은 군주의 지위를 통치권을 총괄하는 국가의 원수(제3조)라고 규정하고 군주의 신성불가침성을 인정함으로써 군주제원리를 명문화하는 것을 넘어 “대일본제국은 만세일계의 천황이 통치”(제1조)한다고 선언하고 있다.²¹⁾ 군주의 권한은 헌법의 규정에 따라 행사하도록 하고 있는데 행정권의 수반으로서의 지위는 언급하고 있지 않다. 이 헌법의 체계는 천황, 신민의 권리의무, 제국의회, 국무대신 및 추밀고문, 사법 및 회계의 순으로 이루어져 있다.

메이지헌법은 제2장에서 신민의 기본권을 규정하고 있는데 거의 모든 규정을 법률에 유보하고 있으며 전시 및 국가사변시의 기본권으로 인해 천황대권이 방해받지 않음을 명시하고 있다(제31조). 또한 군에 대해서는 법령과 기율을 우선 적

20) 프로이센헌법갈등과 관련한 자세한 내용은 송석윤, **헌법과 사회변동**, 경인문화사 2007, 133면 이하 참조.

21) 메이지헌법의 한글번역본은 김창록, “일본에서의 서양 헌법사상의 수용에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1994, 292면 이하 참조.

용한다(제32조).

군주는 입법권을 지니는데 이는 제국의회와 협찬으로 행해진다(제5조). 또한 군주는 의회소집권과 하원인 중의원해산권을 지니는데(제7조) 중의원해산의 경우에는 선거를 실시하여 5개월 이내에 새로이 소집해야 한다(제45조). 법률의 효력을 지니는 군주의 긴급명령권은 제국의회와 사후동의를 요한다(제8조). 그밖의 군주의 권한으로는 문무관의 임면권(제10조), 군통수권(제11조), 전쟁선포권 및 강화권, 조약체결권 등 외교에 관한 권한(제13조) 및 계엄선포권(제14조) 등이 있다. 조약체결에 대한 의회의 동의권을 규정하고 있지는 않으며 계엄의 요건과 효력은 법률에 의하도록 하고 있다.

제국의회는 상원인 귀족원과 민선인 중의원의 양원으로 구성된다(제33조 이하). 양원은 입법에 협찬하는 권한을 지니는데 정부가 제출하는 법률안을 의결할 뿐 아니라 스스로 법률안을 제출할 수 있다(제38조). 양원의 의사는 공개를 원칙으로 한다(제48조). 장관에 대한 의회의 탄핵소추권은 발견되지 않는다.

국가재정과 관련해서 메이지헌법은 조세법률주의를 원칙으로 하고 있다(제62조). 국가의 세입과 세출은 예산으로 매년 제국의회와 협찬을 거쳐야 하는데(제64조) 제국의회에서 예산안을 의결하지 않거나 예산성립에 이르지 못한 때에는 전년도 예산을 시행할 수 있게 하였다(제71조). 이는 이에 대한 규정을 두지 않았던 프로이센의 상황을 감안한 조항이다.

전체적으로 볼 때 일본 메이지헌법의 개별조문은 프로이센 1850년헌법에서 가져온 것이 적지 않지만 기본적인 틀은 바이에른 1818년헌법에 준한다고 평가하는 것이 적절하다. 모든 통치권을 통할하는 군주의 지위를 확인함으로써 메이지헌법이 군주의 권한을 근거지우는 것이 아니라 단지 이를 제한하는 역할에 그치고 있기 때문이다.

8. 정리와 평가

지금까지 프랑스의 1791년헌법, 1814년헌장, 1830년헌장, 벨기에의 1831년헌법, 바이에른의 1818년헌법, 프로이센의 1850년헌법 및 일본 메이지헌법(1889)의 기본 구조를 군주 및 의회의 권한을 중심으로 살펴보았다. 유럽의 입헌군주제헌법은 크게 보아 국민주권형 헌법과 군주주권형 헌법으로 구별할 수 있다. 정치적으로 국민주권형 입헌군주제헌법은 프랑스혁명과 7월혁명을 배경으로 하며 군주주권형 입헌군주제헌법은 비인체제를 배경으로 한다. 전자에는 프랑스 1791년헌법, 프랑

스 1830년헌장, 벨기에 1831년헌법이 속하고, 후자에는 프랑스 1814년헌장과 바이에른 1818년헌법이 속한다. 또한 전자의 경우 헌법은 통치권을 근거지우는 (herrschaftsbegründend) 성격을 지니는 데 반해 후자는 단지 통치권을 제한하는 (herrschaftsmodifizierend) 기능을 할 뿐이다.

프로이센 1850년헌법은 헌법규정 상으로는 프랑스 1830년헌장과 벨기에 1831년헌법에 가깝지만 기본적으로 군주주권과 국민주권사이에서 근본적인 결정이 이루어지지 않았다. 따라서 이 헌법은 국민주권형 입헌군주제헌법과 군주주권형 입헌군주제헌법의 중간영역에 속한다고 할 수 있다.²²⁾

일본의 메이지헌법은 프로이센헌법의 제정 이후 성공적인 부국강병 정책에 영향을 받아서 제정되었고 특히 의회의 권한과 관련하여 프로이센헌법과 유사점이 발견되지만 군주제원리를 명문화하여 헌법을 단지 통치권을 제한하는 것으로 이해했다는 점에서 바이에른 1818년헌법에 가깝다고 평가할 수 있다.

그러나 이러한 헌법조문의 내용과 체계상의 분류와 평가가 이들 헌법의 기능과 역할에 대한 최종적인 판단이 될 수는 없다. 헌법이 제정된 정치적 배경, 헌법이 작용했던 사회적 배경 등 각 헌법이 기능했던 현실에 차이가 있었기 때문이다. 이어서는 독일식 입헌군주제의 형성과 일본에의 영향을 중심으로 이러한 헌법이 기능했던 현실적 측면을 다소간 살펴보고자 한다.

III. 독일식 입헌군주제와 메이지헌법

바이에른 1818년헌법에 규정된 “군주는 국가의 원수이며, 국가권력의 모든 권리를 자신에게 통합”한다는 군주제원리는 1830년과 1848년의 혁명기와 1860년대의 헌법갈등기를 넘어 지속되었다. 군주제원리의 모태였던 프랑스의 1814년헌장은 1830년 7월혁명으로 군주제원리와 함께 종언을 고했지만 독일에서는 제1차 세계대전에서의 패배가 명확해지던 1918년 10월까지 한 세기동안 존속되었다. 여기서는 독일헌정사에서 군주제원리가 형성·전개되는 모습과 그것이 일본의 메이지헌법으로 수용되는 양상을 살펴보려 한다.

22) 이러한 면에서 프로이센헌법과 벨기에헌법을 비교한 스멘트의 박사학위논문(R. Smend, Die Preussische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen, Göttingen 1904)은 흥미롭다.

1. 독일식 입헌군주제의 형성과 전개

나폴레옹 이후 독일의 새로운 질서를 형성하기 위해 독일의 구성국가들은 1815년 독일연합의정서를 제정하고 이를 기초로 독일의 주권적 제후들과 자유도시들의 결합체인 독일연합을 구성하였다. 독일연합의정서 제13조는 “연합에 속한 모든 국가들에서는 란트신분제헌법이 시행될 것이다”(In allen Bundesstaaten wird eine landständische Verfassung stattfinden)라고 규정하였다. 1818년에 제정된 바이에른 헌법 제2장 제1절이 “군주는 국가의 원수이며 국가권력의 모든 권리를 자신에게 통합하고 그가 부여한 이 헌법에 정해진 규정에 따라 권리를 행사한다”면서 한편으로는 군주제원리를 규정하고, 다른 한편으로는 군주의 권한이 국민대표체로서 기능하는 의회에 의해 제한된다고 규정한 것은 논란이 없지는 않았지만 독일연합의정서가 상정했던 한계를 벗어나지 않았다.²³⁾

하지만 메테르니히가 주도하던 보수반동의 분위기가 강화되는 속에서 독일연합의정서를 보다 구체화한 비인 최종의정서가 제정되었다. 이 의정서 제57조는 “독일연합은 자유도시들을 제외하고는 주권적 제후들로 구성되어 있으므로 이에 의해 주어지는 기본개념에 따라 모든 국가권력이 국가원수에게 통일되어 있어야 하며, 주권자는 란트신분제헌법에 의해 단지 특정한 권리들의 행사에 있어서만 신분대표의 협력에 기속될 수 있을 뿐이다”(강조 : 필자)라고 규정하였다. 이는 이른바 군주제원리를 정의한 것으로서 이에 따르면 국가권력은 군주에게만 귀속되고 헌법은 군주권의 근거가 아니라 기속력있는 자기제한일 뿐이어서 군주는 기본적으로 모든 국가권력을 보유하지만 그 행사에서 헌법의 규정에 기속되는 것에 그친다.

하지만 군주는 그 권한의 행사와 관련하여 헌법이 규정하는 기관, 즉 의회의 협조를 얻을 수밖에 없는 상황이었다. 특히 의회가 지니는 재정에 관한 권한은 군주의 행정권을 제한할 수 있는 강력한 무기였다. 이는 입헌군주제 헌법이 군주제원리에 기초하는 경우에도 헌정의 현실은 군주와 의회를 양측으로 하는 이원적 구조로 진행될 수밖에 없음을 보여준다.

더욱이 프로이센 1850년헌법은 비록 전문에서 군주제적 정당성을 선언하고 있지만 프랑스 1814년헌장이나 바이에른 1818년헌법과는 달리 군주제원리를 명시적으로 규정하지 않았다. 또한 앞에서 살핀 바처럼 군주와 의회의 갈등으로 예산이 성립하지 못한 경우 해결방안도 마련하지 않았다. 따라서 이 헌법이 현실 속에서

23) 송석윤, 앞의 책, 114면 이하.

가능하는 모습은 군주세력과 의회세력의 정치적 길항의 양상과 헌법해석론에 좌우될 수밖에 없었다. 프로이센 1850년헌법은 1848년의 혁명적 상황에서 군주가 시민계급의 요구를 받아들이는 모습으로 흡정된 것을 혁명이 종식된 후에 부분개정한 것이어서 조문 상으로는 프랑스 1830년헌장이나 벨기에 1831년헌법과 유사한 측면이 적지 않다. 하지만 헌정의 현실은 프로이센 1850년헌법의 자유주의적 요소들을 실현하는 것과는 반대방향으로 진행되었다. 1850년대에는 정치적 보수 반동에도 불구하고 산업혁명에 따른 급격한 경제성장이 이루어졌다. 1860년대에는 비스마르크의 군사개혁에 의회의 자유주의세력이 제동을 거는 헌법갈등이 발생했지만 이러한 갈등은 비스마르크가 성공적인 전쟁외교를 통해 위로부터의 국민국가적 통일을 달성함으로써 봉합되었다.

이러한 헌정의 전개는 프로이센 헌법학에도 적지 않은 영향을 미쳤다. 3월혁명이전의 시대(Vormärz)와 3월혁명 기간 중에 국민주권에 기초하는 입헌주의를 실현하고자 했던 자유주의자들은 프로이센 관헌주의가 주도한 부국강병의 성공적 실현을 경험하면서 경제적 자유주의에 만족하게 된다. 이는 19세기 독일헌법학의 두 흐름인 계몽주의적 입헌주의를 추종하는 입장과 역사적-유기체적 입헌주의를 추종하는 입장 중 후자의 입장이 강화되는 것으로 나타난다. 이토오 히로부미 등을 통해 일본의 메이지헌법 제정에 영향을 미친 블룬츨리(Bluntschli), 그나이스트(Gneist), 로렌츠 폰 슈타인(Stein), 헤르만 술체(Schulze) 등은 적어도 3월혁명의 실패 이후에는 모두 후자의 입장을 추구하는 보수적 자유주의 내지 보수주의적 입장을 지녔다.

일본 메이지헌법의 군주주권론에 적지 않은 영향을 미친 것으로 알려지고 있는 헤르만 술체는 1872년에 출판된 “프로이센 국법론”(Das Preussische Staatsrecht)에서 유기체적 국가관에 입각하여 군주제원리를 설파하고 있다. 술체는 영국이나 벨기에와 같은 나라에서는 인민이 이미 존재하는 국가를 위해 군주를 임명했지만 프로이센 국가는 문자 그대로 통치자의 창조물이므로 군주가 모든 국가권력을 통합한다고 본다.²⁴⁾ 술체는 그 법적 근거로 전입헌주의적 헌법문서인 프로이센 일반란트법 제2편 제13장 제1조의 “시민과 거류민(Schutzverwandten)에 대한 국가의 모든 권리와 의무는 국가원수에게 통합된다”라는 조항을 들고 있다. 일반란트법의 이 조항은 프로이센헌법에 의해 폐지된 바 없으며 따라서 “군주가 프로이센의 국

²⁴⁾ H. Schulze, Das Preussische Staatsrecht. Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts Bd.1, Leipzig 1872, 141면.

가원수이며 모든 국가권력을 통합”하는 것은 프로이센 국가법의 기초라는 것이다. 나아가 그는 권력분립이론은 군주제국가와는 병립되지 않고 국가 및 국가권력의 본질과도 합치하지 않는다고 본다.²⁵⁾ 군주만이 행정권을 지닌다는 프로이센헌법 제45조와 입법권은 군주와 양원에 의해서 공동으로 행사된다는 동 헌법 제62조를 비교하면서 입법권 역시 군주가 보유(Innehabung)하면서 단지 그 행사(Ausübung)를 의회와 함께 한다고 주장하고 있다.²⁶⁾ 정리하자면 절대국가의 군주가 도덕적이고 자연법적인 제한만을 받는데 비해 입헌군주제의 군주는 자신이 보유하는 국가권력을 단지 행사함에 있어 실정헌법에 따른다는 것이다.²⁷⁾ 술체는 프로이센 1850년헌법이 명문으로 규정하지 않는 군주제원리를 해석론으로 도출하여 군주와 의회의 이원적 헌법구조의 무게중심을 군주와 행정부로 기울게 하였다. 그는 이러한 헌법원리를 외국에 대한 노예적 추종, 외견적 입헌주의의 거짓, 유토피아적 이론의 지배를 극복하고 독일 국민생활의 현실에 적합한 독일적 사상에 기초하여 가장 커다란 헌법적 현안인 강력한 군주와 강한 국민대표의 결합 및 국가질서와 개인적 자유의 화해의 문제를 가능한 완벽한 방식으로 해결한 것이라고 주장하고 있다.²⁸⁾

2. 독일식 입헌군주제의 특징과 평가

독일의 헌법학자인 뵘켄퍼르데는 독일식 입헌군주제헌법의 특징을 다음과 같이 정리하고 있다.

첫째로, 독일의 입헌군주제헌법은 국가권력을 주권자인 국민이 보유하지도 않고 군주와 국민이 공유하는 것도 아니며 군주가 독점적으로 지닌다는 군주제원리에 기초하는데 이는 헌법은 군주의 통치권의 규범적 근거가 아니며 이를 제한하는 준칙일 뿐이다.²⁹⁾ 따라서 헌법에 의해 제한되지 않은 전입헌주의적인 군주권

25) 하지만 19세기말에 이르면 독일헌법학에서 군주제원리와 권력분립원리가 양립할 수 있다는 의견이 주된 흐름을 이루게 된다. 이에 대해서는 S. Koriath, „Monarchisches Prinzip“ und Gewaltenteilung - unvereinbar? Zur Wirkungsgeschichte der Gewaltenteilungslehre Montesquieus im deutschen Frühkonstitutionalismus, 53면 이하.

26) H. Schulze, 앞의 책, 142면 각주.

27) H. Schulze, 앞의 책, 143면 이하.

28) H. Schulze, 앞의 책, 145면 이하.

29) 이하의 내용은 E.-W. Böckenförde, Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, in: Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M. 1991, 273-305면, 277면 이하.

은 헌법의 영역밖에 머무르게 된다. 뵘켄포르데는 이러한 군주제원리가 독일에서 강고했던 배경으로 독일에서 근대국가의 형성과 발전이 신분귀족이나 민주적 대중이 아니라 절대군주의 주도하에서 그리고 절대군주의 계몽군주로의 자기개혁으로 이루어졌음을 들고 있다.

둘째로, 이처럼 군주제원리에 기초한 입헌군주제가 정착된 것은 독일에서 입헌주의헌법이 민정헌법이 아니라 주로 흡정이나 협약의 형식으로 제정된 것에 기인한다. 독일의 개별국가에서 헌법이 제정된 과정은 군주가 자발적으로 흡정한 경우, 사전에 국민대표체와의 정치적 협의를 거치고 법적으로만 흡정한 경우, 또는 정치적으로나 법적으로 모두 협약한 경우 등 다양하지만 국민주권에 기초한 입헌주의헌법을 발견하기는 어렵다.³⁰⁾ 하지만 일단 헌법이 제정되고 나면 어떤 경우에도 일방적으로 개정되거나 철회될 수는 없었다. 군주는 최초의 헌법제정에서는 헌법제정권력자였지만 일단 헌법이 제정되면 더 이상 그 지위를 주장할 수 없게 된 것이다.

셋째로, 군주와 의회가 입법권을 공동으로 행사하였다. 군주는 행정부의 수반일 뿐 아니라 입법권에도 참여할 수 있었다. 입법권은 시민사회의 대표인 의회의 소관이 아니라 군주와 시민사회가 만나는 장소였다. 하지만 군주의 권한이 헌법에 의해 제한만 되는 헌법구조 하에서 법률제정권의 범위는 시민사회가 군주의 권한을 제한할 수 있는 범위를 의미하였다.³¹⁾ 초기의 입헌군주제헌법은 바이에른 1818년헌법이 보여주듯이 “자유와 재산의 제한”(Eingriff in Freiheit und Eigentum)이라는 정식을 고안하여 시민계급의 이익을 침해하는 입법에 대해서는 의회의 동의를 요구하였다. 19세기를 경과하면서 이러한 실질적 의미의 법률개념은 점진적으로 확대된다.

넷째로, 독일은 입헌군주제에서 내각이 의회의 신임에 종속되는 의회제군주제로 발전하지 못하였다. 책임을 지는 장관의 부서를 받아야 했다는 점에서 독일의 군주는 다른 유럽국가의 입헌군주들과 다르지 않았다. 하지만 의회의 권한이 증가함에도 불구하고 정부는 제도적으로나 인적으로 의회의 통제와 신임으로부터 독립된 채로 남았다. 내각이 의회의 신임에 기초하는 의회제군주제로의 전환이 지체됨으로써 정당정부가 형성될 수 없었다. 그 결과 내각이 정치인이 아닌 관료에 의해 구성됨으로써 국민대표체와 정부를 인적으로 분리하는 구조가 심화되었다.³²⁾

30) E.-W. Böckenförde, 앞의 글, 280면 이하.

31) E.-W. Böckenförde, 앞의 글, 282면 이하.

이로써 프로이센 특유의 행정관료에 의한 지배의 모델이 강고하게 형성된다. 지방 자치행정을 개혁하여 시민계급을 참여시킴으로써 이러한 관료제국가의 문제점을 우회적으로나마 완화하려던 시도 역시 문제를 근본적으로 해결할 수 없었다.

다섯째로, 독일 입헌군주제에서 군에 대한 통수권이 군주에게 있었으므로 군대에 대한 의회의 통제는 예산에 대한 권한을 통해 간접적으로만 가능했다.³³⁾ 또한 내각의 일부인 전쟁성 외에도 입헌주의적 국가조직 밖에 있는 군사조직이 점차 확대되었다. 이로써 군주는 행정권내부의 권한, 외교권 및 군통수권에서 초헌법적인 권한을 유지하였다.

뵘켄피르데의 이러한 분석의 배경에는 서유럽의 국가들과는 달리 독일에서 1918년까지 헌정의 의회주의화가 실현되지 못한 것이 바이마르공화국의 민주주의가 실패하고 나치의 독재로 전환되는 원인이었다는 문제의식이 있다. 이는 또한 시민혁명의 실패 이후 독일이 통일국가를 형성하는 등 부국강병 정책에서 성공하자 슈타알, 블룬츨리 등 보수주의적 헌법학자들이 독일식 입헌군주제를 서유럽의 의회주의(Parlametarismus)에 대응하는 독일 고유의 입헌주의(Konstitutionalismus)라고 주장하였고 이러한 흐름이 제2차 세계대전 이후에도 후버(E. R. Huber) 등 일부 보수적인 헌정사가들에 의해 이어지는 것에 대해 입헌민주주의의 관점에서 헌정사를 정상화하려는 노력이었다. 하지만 뵘켄피르데의 이러한 분석은 독일의 입헌군주제를 군주권력과 의회권력이라는 이원적 정당성에 기초하여 구조적으로 갈등할 수밖에 없다고 본다는 점에서 비판의 여지가 없지 않다.

유럽대륙에서의 입헌군주제헌법은 국민주권에 기초하는 헌법제정의 요구에 대한 군주권력의 대응으로 형성되었다. 이는 군주제원리에 기초하지만 군주권의 행사는 국민의 대표체인 의회의 동의나 협력에 의존하지 않을 수 없는 기본구조, 즉 구조적 이원주의에 기초하고 있었다. 물론 이러한 이원주의가 군주와 의회의 동등한 지위를 의미하는 것은 아니었고 양자의 비중은 개별헌법의 조문이나 정치상황에 따라 가변적인 것이었다.³⁴⁾ 권위주의적 통치의 잔재를 극복하고 새로운 입헌민주주의를 실현해야 한다는 관점에서 독일의 입헌군주제를 일종의 특수한 길(Sonderweg)로 정형화하고 이를 정상화시켜야 한다는 노력은 의미가 있다. 하지만 헌정사의 연구가 정적인 구조를 고착하는 것에 머무르고 헌정현실에서의 역동성

32) E.-W. Böckenförde, 앞의 글, 285면 이하.

33) E.-W. Böckenförde, 앞의 글, 287면 이하.

34) D. Grimm, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, 138면.

을 간과한다면 역사의 현실을 제대로 파악할 수 없게 되는데³⁵⁾ 이는 법률가들이 헌정사를 연구할 때에 흔히 발생할 수 있는 문제이다. 또한 영국, 미국, 프랑스 등 고전적인 시민혁명을 통해 입헌주의가 실현된 국가들만을 비교의 대상으로 삼을 것이 아니라 점진적인 개혁을 통해 입헌주의를 실현한 유럽대륙의 헌정사적 경험을 함께 고려해야 한다는 점도 지적되고 있다. 최근의 연구에 따르면 영국의 경우를 제외한다면 19세기 유럽에서는 군주와 의회가 공동으로 통치하는 이원주의가 일반적이었으며, 따라서 양자 간의 협력과 갈등 속에 입헌주의가 형성·전개된 것이 독일만의 예가 아님을 알 수 있다.³⁶⁾ 이러한 연구성과는 국민국가의 차원을 넘어 유럽적 차원에서의 헌정사연구를 시도하면서 비교헌정사 연구의 대상이 되는 국가의 범위를 확대함으로써 가능한 것이다. 이러한 접근은 관점을 고전적 시민혁명(Revolution)에 국한하지 않고 점진적인 진화(Evolution)의 길을 통해 입헌주의가 실현된 - 사실상 대부분의 - 경우를 분석해야 한다는 문제의식으로부터 출발하고 있다.³⁷⁾

3. 일본 메이지헌법과 헌법학

메이지유신 이후 일본은 영국, 프랑스, 미국을 근대화의 모델로 삼았고 주로 이들 국가로부터 정부고문을 초빙하였다. 일본이 독일에 관심을 기울이기 시작한 것은 1870년대 이후인데 프로이센이 프랑스와의 전쟁에서 승리한 것이 계기였다. 1873년 일본의 사절단이 독일을 방문했을 때 비스마르크는 후발주자로서 급격하게 부국강병을 실현한 프로이센이 일본의 모델이 될 수 있을 것임을 강조하면서 양국간의 친밀한 교류를 제안하였다.³⁸⁾

³⁵⁾ R. Wahl, Der Konstitutionalismus als Bewegungsgeschichte, in: U. Müssig(Hg.), Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt, Tübingen 2006, 197-225면, 220면 이하.

³⁶⁾ 이러한 문제의식으로 이루어진 연구의 대표적인 예로 M. Kirsch, Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert, Göttingen 1999; U. Müssig, Die europäische Verfassungsdiskussion des 18. Jahrhunderts, Tübingen 2008 등을 들 수 있다. 전자는 19세기 서구의 거의 모든 헌법을 비교헌정사 연구의 대상으로 삼은 역사학적 연구이고 후자는 법학 쪽에서 이루어진 비교헌정사 연구이다.

³⁷⁾ U. Müssig, Konflikt und Verfassung, in: U. Müssig(Hg.), Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt, 6면 이하.

³⁸⁾ P.-Ch. Schenk, Der deutsche Anteil an der Gestaltung des modernen japanischen Rechts- und Verfassungswesens (1878-1895), in: M. Kirsch u.a.(Hg.), Der Verfassungsstaat vor der Herausforderung der Massengesellschaft. Konstitutionalismus um 1900 im europäischen Vergleich, Berlin 2002, 443-459면, 447면 이하.

1870년대에 일본에서는 자유민권운동이 일어나 1880/81년에는 절정에 이르렀다. 이 시기에는 자유당과 입헌개진당과 같은 정당이 결성되기도 하였다. 입헌개진당의 지도자였던 오쿠마 시게노부(大隈重信)는 영국을 모델로 하는 정당내각제를 추구하였다. 오쿠마의 구상은 “군주친제”(君主親裁)의 입헌정체를 추구하던 궁중그룹의 강력한 저항에 부딪친다. 이러한 상황에서 점진주의적 입헌을 생각하던 이토 오 히로부미 등은 이노우에 고와시(井上毅)가 추구하던 프로이센형 모델로 궁중그룹을 포섭하면서 오쿠마의 입헌론을 배척할 수 있었다. 이러한 배경 속에서 1881년 10월 1890년까지 헌법을 흠정할 것을 약속하는 천황의 조칙이 발표되었다.

이토오는 1882/83년에 13개월 동안 유럽에 체류했는데 주로 베를린과 비인에 머무르면서 그나이스트(Gneist)와 슈타인(Stein)과 담화하고 그나이스트의 제자인 모쎈(Mosse)의 강의를 들으면서 독일식 입헌군주제에 대한 지식을 넓혔다. 유럽의 입헌제도를 조사하고 귀국한 후 이토오 히로부미를 수행했던 이토 미요지(伊東巳代治)가 작성하여 제출한 1883년 9일자 보고서는, 프로이센헌법과 그 헌법주석, 바이에른헌법과 그 헌법주석 및 프로이센 관리규율이 영역되었는데 이를 슈타인 강의 필기와 함께 일본어로 번역해서 제출할 계획이라고 적고 있다.³⁹⁾

이노우에 고와시는 이토오 히로부미 일행이 유럽에 머무르는 동안 국내에 남아 일본의 전통적인 국체개념을 연구하면서 독일의 국법학자인 헤르만 슐체(Hermann Schulze)의 『국권론』(Das Preussische Staatsrecht, Bd1, 1872의 일본어 번역본)을 읽으면서 그의 유기체적 국가관을 습득하였다. 이노우에는 또한 군주는 국가의 원수이며 주권을 총괄하지만 이를 행사함에는 헌법에 따라야 함을 인식하게 되었다. 또한 이노우에는 법률고문으로 와 있던 독일법학자인 뢰슬러(Hermann Roesler)에게 군주의 대권을 열거하는 프로이센형 헌법과 군주가 국권을 총괄하는 바이에른형 헌법의 장단점을 문의하고, 그로부터 국민주권설이 대두하는 것을 방지하려면 군주의 주권총람의 규정을 두고 거기에 군주의 대권을 열거하는 방식이 바람직하다는 답을 얻었다.⁴⁰⁾

1889년에 제정된 메이지헌법은 모두 76개의 조항 중 46개가 프로이센 1850년헌법과 유사하며 바이에른헌법 등 다른 독일국가헌법들로부터도 채용한 조문을 가

39) 방광석, **근대일본의 국가체제 확립과정-이토 히로부미와 ‘제국헌법체제’**, 해안, 2008, 155면 이하.

40) 김효전, **근대 한국의 국가사상**, 철학과 현실사, 2000, 48면; 平野 武, **明治憲法制定とその周辺**, 京都: 晃洋書房, 2004, 65면 이하; 稻田正次, **明治憲法成立史の研究**, 東京: 有斐閣, 1979, 231면 이하.

지고 있다. 전체적으로 보면 프로이센헌법과 유사하지만 그 핵심이 되는 군주제원리는 바이에른 등 남부독일 국가의 헌법을 참조한 것이다. 하지만 “만세일계”의 신적 존재이면서 동시에 통치권을 총람하는 군주의 역할을 현실정치에서 수행하기 위해서는 별도의 기관이 필요했다. 메이지헌법은 군주의 자문기관으로서 입헌주의적 통제범위의 밖에 존재하는 추밀원(메이지헌법 제56조)을 두었고 그밖에 이른바 겐로(元老)라는 비공식적인 집단이 초헌법적인 영향력을 행사하였다.⁴¹⁾

메이지헌법과 그 헌정현실은 군주와 의회간의 관계에서 그 중심이 프로이센에 서보다 훨씬 더 군주 쪽에 있었던 것은 분명하다. 메이지헌법은 군주제원리를 명문화하고 군주의 직접통치를 강조함으로써 헌법외적 집단의 영향력이 강해졌다. 또한 의회가 예산안에 동의하지 않을 경우 전년도에 예산을 시행하도록 한 조항은 의회의 통제로부터 정부의 독립성을 강화시켰다. 하지만 이러한 시도는 정부의 재정지출이 급격하게 증가하면서 그 효용성이 제한된 것으로 드러나게 된다.⁴²⁾ 강력한 군주제원리에 기초하는 메이지헌법 하에서도 불완전하고 유동적인 형태였지만 1918년부터 1932년 사이에 정당내각이 들어설 수 있었다는 사실⁴³⁾은 입헌군주제헌법의 이원주의가 지니는 개방성을 보여주는 한 예라고 할 수 있다.

메이지시대의 계관 헌법학자였던 호즈미 야츠카(棟積八束)는 철저한 군주국체론에 따라서 헌법을 해석하였다. 그는 독일법실증주의 국법학이론인 국가주권설이나 군주기관설 조차 배제하고 군주를 국가와 동일시하는 이론을 전개하였다. 정체와 관련하여 그는 주권자와 국가권력의 행사를 담당하는 기관의 관계를 사람과 그 손발의 관계에 비유하고 있다.⁴⁴⁾

1900년대에 등장하는 헌법교과서들 중 이러한 호즈미류의 헌법이론을 직접 소개하는 예가 눈에 띈다. 유치형은 호즈미의 강의를 준거채용하고 있다고 밝히고 있는 헌법 교과서에서 의회의 지위와 관련하여 서구의 논의를 세 가지로 나누어 소개하고 있다.⁴⁵⁾ 첫째는 국민주권에 기초한 민주주의국가에서 국회가 통치의 주체

41) P.-Ch. Schenk, *Der deutsche Anteil an der Gestaltung des modernen japanischen Rechts- und Verfassungswesens (1878-1895)*, 455면 이하; 신동준, *근대일본론*, 지식산업사, 2004, 311면 이하.

42) 앤드루 고든, *현대일본의 역사*, 이산, 2005, 184면.

43) 앤드루 고든, *앞의 책*, 300면 이하.

44) 호즈미의 헌법사상에 대한 보다 자세한 소개로는 김창록, *일본에서의 서양 헌법사상의 수용에 관한 연구*, 서울대학교 박사학위논문, 1994, 33면 이하.

45) 유치형 강술, *헌법*, 한국학문헌연구소편, 한국근대법제사료총서7. 한국개화기법학교과서 IV, 아세아문화사, 1981 (원본출판 1908), 54면 이하.

라고 보는 입장이고, 둘째는 국회와 군주가 함께 통치하는 주체인 영국의 군민통치이며, 셋째는 국회는 군주의 주권을 제한하는 기관이라고 보는 독일국법학자의 학설이다. 유치형은 이러한 입장들을 모두 비판하면서 군주국에서 의회의 헌법상의 지위는 군주의 통치권을 행사하기 위해 설비한 기관일 뿐이라고 설명하고 있다.⁴⁶⁾ 메이지헌법의 군주제적 해석론이 우리나라로 유입되는 모습이다.

IV. 결론에 대신하여

제2장에서 살핀 일곱 개의 헌법은 혁명의 와중에서 제정되어 군주의 권한을 강력히 제한했던 프랑스 1791년헌법을 제외하면 영국의 명예혁명과 1689년의 권리장전에서 확인된 군주와 양원의 공동입법권(King in Parliament)을 출발점으로 한다고 볼 수 있다. 영국의 헌정현실에서 군주가 의회를 자신의 의지로 해산한 것은 1701년이 마지막이었으며 군주의 법률안거부권은 1707년까지만 행사되고 그 이후에는 행사되지 않았다.⁴⁷⁾ 하지만 이러한 변화는 법적으로 인정되지 않아서 1760년대에 출판된 블랙스톤의 영국법주해는 군주의 행정권과 공동입법권을 법적 구속을 받지 않는 대권이라고 설명하고 있다.⁴⁸⁾ 이러한 전통은 오늘날까지 살아있어서 영국의 법률은 다음과 같은 전문으로 시작된다고 한다 : Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in Parliament assembled, and by the Authority of the same, as follows.⁴⁹⁾ 영국의 헌정은 1832년 등의 선거법개정을 통해 하원의 권한이 강화되고 정당내각이 실현되는 방향으로 전개되지만 유럽대륙에 영향을 미친 부분은 법적인 내용이었다.

군주가 행정권을 독점하고 입법권을 공동행사하는 영국의 헌법의 기본구조는 19세기 초에 유럽대륙에서 성문화되어 네덜란드 1806년헌법, 스페인 1812년헌법, 프랑스 1814년헌장, 1830년헌장, 1818/19년의 남부독일헌법, 벨기에 1831년헌법

46) 유치형 강술, 앞의 책, 59면.

47) U. Müssig, Die europäische Verfassungsdiskussion des 18. Jahrhunderts, 16면.

48) U. Müssig, 앞의 책, 19면.

49) U. Müssig, Die Englischen Verfassungskämpfe des 17. Jahrhunderts, in: U. Müssig(Hg.), Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt, Tübingen 2006, 37-60면, 60면.

등에 반영되었다는 것이다.⁵⁰⁾ 이들 헌법은 군주와 의회 사이의 권한배분의 구체적인 모습은 다르지만 기본적으로 이원적인 구조를 지닌다는 공통점을 갖는다.

논쟁의 대상이 되는 것은 제2장에서 분석했던 헌법들 중 군주제원리를 명시했던 프랑스 1814년헌장, 1818년 바이에른헌법 및 일본 메이지헌법과 군주제원리에 기초하는 것으로 해석된 프로이센 1850년헌법이 다른 헌법들과 질적으로, 즉 헌법원리적으로 구별되는가이다. 특히 프로이센헌법과 메이지헌법은 당시의 보수주의 헌법학에 의해 군주주권에 기초하는 고유의 일원적 구조를 지닌다고 주장되었기 때문이다. 이는 유길준이 이해했던 군민공치와 유치형이 파악했던 군민공치가 달라진 배경이기도 하다. 하지만 이러한 헌법들 역시 무게중심이 군주 쪽에 가 있었고 이를 일원적으로 해석하려는 다양한 헌법이론적 시도가 있었지만 그 본질은 이원적 구조를 지니는 것으로 이해해야 할 것이다.

나아가 이러한 입헌군주제헌법의 이원주의가 구조적으로 양립하기 어려운 원리에 기초하고 있어서 필연적으로 헌법갈등을 유발할 수밖에 없다는 관점에 대해서도 생각해 볼 여지가 있다. 입헌주의의 역사에서 한 번의 성공한 시민혁명으로 국민주권적 민주주의가 실현된 경우는 오히려 예외적인 경우에 속한다. 또한 프랑스의 경우가 보여주듯이 성공한 혁명이 보나파르트적인 독재로 돌아간 예도 적지 않다. 오히려 전진과 후퇴를 거듭하면서 점진적으로 실현된 것이 일반적인 경우에 해당한다.

하지만 동시에 군주제원리가 강고했던 국가들이 지니는 문제 역시 간과할 수 없다. 독일의 경우 헌정의 의회주의화가 지체됨으로써 군주제적 관료국가가 사회의 개별이익으로부터 독립된 중립적 존재로 인식되고 공공복리의 실제적 내용을 독점적으로 규정하려는 경향이 나타났다. 다른 한편 시민사회는 정치적 자유주의와 결별하고 경제적 자유주의에 만족하게 되어 시민사회의 공적 기능이 약화됨으로써 자체적인 갈등조정 능력이 미약한 채로 남게 된다.⁵¹⁾ 이는 바이마르민주주의의 성공에 커다란 부담을 지우는 헌법문화였다. 제2차 세계대전 이후 관료적 지배가 제공하는 단기적 효율성의 유혹을 넘어 정당민주주의를 실현하려는 노력을 통해 역동성과 안정성의 조화를 꾀하고 있는 독일의 상황을 면밀히 검토할 필요

⁵⁰⁾ M. Kirsch, Die Entwicklung des Konstitutionalismus im Vergleich, in: Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, Berlin 1999, 147-173면, 166면 이하.

⁵¹⁾ D. Grimm, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, 208면 이하.

가 있다.

우리나라 현행헌법은 대통령의 헌법상의 지위와 관련하여 행정권의 수반일 뿐 아니라 국가의 원수라고 하고 있다(제66조 제1항). 제헌헌법은 “대통령은 행정권의 수반이며 외국에 대하여 국가를 대표한다”(제51조), 1962년헌법은 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다”(제63조 제1항)고 규정했으며, 대통령에 대한 국가원수라는 칭호는 내각책임제를 채택했던 1960년헌법 제51조에서 사용했을 뿐이다. 현행헌법처럼 대통령을 행정부의 수반일 뿐 아니라 국가의 원수라고 하는 것은 1972년헌법에서 유래한다. 유사한 경우는 군주주권형 입헌군주제헌법인 프랑스 1814년헌장에서 발견된다. 헌법을 개정할 경우에 고려해야 할 부분이다.

하지만 더욱 중요한 문제는 권위주의적 또는 군주제적 대통령제의 전통이 남긴 제도, 헌법문화 및 헌정현실을 찾아내어 하나씩 개선해 나가는 일일 것이다.

투고일 2012. 2. 14.

심사완료일 2012. 3. 8.

게재확정일 2012. 3. 9.

참고문헌

- 김효전, **근대 한국의 국가사상**, 철학과 현실사, 2000.
- 방광석, **근대일본의 국가체제 확립과정-이토 히로부미와 '제국헌법체제'**, 혜안, 2008.
- 송석윤, **헌법과 사회변동**, 경인문화사, 2007.
- 신동준, **근대일본론**, 지식산업사, 2004.
- 신우철, **비교헌법사**, 법문사, 2008.
- 앤드루 고든, **현대일본의 역사**, 이산, 2005.
- 유치형 강술, **헌법**, 한국학문헌연구소편, 한국근대법제사료총서7. 한국개화기법학교과서 IV, 아세아문화사, 1981 (원본출판 1908).
- 김창록, “일본에서의 서양 헌법사상의 수용에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1994.
- 방광석, “‘제국헌법’과 명치천황”, **일본역사연구** 제26집(2007.12), 105-133면.
- 왕현중, “19세기말 개혁관료의 서구 정체인식과 입헌문제”, **한국사상사학** 제17집 (2001), 475-512면.
- 유길준, “서유견문”, 유길준전서편찬위원회편, **유길준전서 I**, 일조각, 1971.
- 유길준, “세계대세론”, 유길준전서편찬위원회편, **유길준전서 III**, 일조각, 1971, 5-121면.
- 정용화, “조선에서의 입헌민주주의 관념의 수용 : 1880년대를 중심으로”, **한국정치학회보** 제32집 2호(1998), 105-124면.
- 정용화, “입헌민주주의 수용과 정치체제의 변동”, **한국정치연구** 제14집 제1호 (2005), 33-59면.
- 清宮四郎 譯, **ベルギ-國憲法**, 東京: 有斐閣, 1955.
- 稻田正次, **明治憲法成立史の研究**, 東京: 有斐閣, 1979.
- 平野 武, **明治憲法制定とその周辺**, 京都: 晃洋書房, 2004.
- Böckenförde, E.-W., Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, in: Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M. 1991, 273-305면.
- Dijin, A. de, “A pragmatic conservatism. Montesquieu and the framing of the Belgian constitution (1830-1831)”, *History of European Ideas*, Vol. 28 (2002),

227-245면.

- Friedrich, M., Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin 1997.
- Grimm, D., Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, Frankfurt a. M. 1988.
- Huber, E. R., Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte Bd.1, 3.Aufl., Stuttgart 1978.
- Kirsch, M., Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert, Göttingen 1999.
- Kirsch, M., Die Entwicklung des Konstitutionalismus im Vergleich, in: Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, Berlin 1999, 147-173면.
- Korioth, S., „Monarchisches Prinzip“ und Gewaltenteilung – unvereinbar? Zur Wirkungsgeschichte der Gewaltenteilungslehre Montesquieus im deutschen Frühkonstitutionalismus, Der Staat 37 (1998), 27-55면.
- Müssig, U., Die europäische Verfassungsdiskussion des 18. Jahrhunderts, Tübingen 2008.
- Müssig, U.(Hg.), Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt, Tübingen 2006.
- Müssig, U., Konflikt und Verfassung, in: U. Müssig(Hg.), Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt, Tübingen 2006, 1-27면.
- Müssig, U., Die Englischen Verfassungskämpfe des 17. Jahrhunderts, in: U. Müssig (Hg.), Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt, Tübingen 2006, 37-60면.
- Schenk, P.-Ch., Der deutsche Anteil an der Gestaltung des modernen japanischen Rechts- und Verfassungswesens(1878-1895), in: M. Kirsch u.a.(Hg.), Der Verfassungsstaat vor der Herausforderung der Massengesellschaft. Konstitutionalismus um 1900 im europäischen Vergleich, Berlin 2002, 443-459면.
- Schulze, H., Das Preussische Staatsrecht. Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts Bd.1, Leipzig 1872.
- Smend, R., Die Preussische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der Belgischen, Göttingen 1904.
- Stolleis, M., Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Band 2: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1880-1914, München 1992.
- Stolleis, M., Souveränität um 1814, in: U. Müssig(Hg.), Konstitutionalismus und

Verfassungskonflikt, Tübingen 2006, 101-115면.

Wahl, R., Der Konstitutionalismus als Bewegungsgeschichte, in: U. Müssig(Hg.),
Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt, Tübingen 2006, 197-225면.

Willoweit, D./Sief, U.(Hg.), Europäische Verfassungsgeschichte, München 2003.

Anderson, Frank Maloy, The constitutions and other select documents illustrative of
the history of France 1789-1901, Minneapolis, The H.W. Wilson company,
1904(www.archive.org/stream/constitutionsan02andegoog#page/n20/mode/2up).

프랑스헌법(<http://mjp.univ-perp.fr/france/france.htm>)

벨기에 1831년 헌법(<http://mjp.univ-perp.fr/constit/be1831.htm>)

<Abstract>

Constitutions of the Monarchial Constitutionalism: - A Comparative Constitutional History -

Song, Seog-Yun*

Monarchial constitutionalism was known as the most desirable political form among competing western constitutional orders during the enlightenment period of Korea. Since the constitutions of the monarchial constitutionalism take various forms, this paper, after analyzing a series of constitutions from constitutional monarchies – France, Belgium, German states and Japan –, classifies them into two types: the popular sovereignty type and the monarchial sovereignty type. The monarchial sovereignty type is based on the monarchial principle. The French Charter of 1814, the Bavarian Constitution of 1818 and the Meiji Constitution of Japan (1889) which was strongly influenced by German constitutions and their conservative constitutional theories, belong to this type. According to the conservative interpretation, the Prussian Constitution of 1850 was categorized to this group.

In any case, since all constitutions of the monarchial constitutionalism have a structure of competition between the monarch and the parliament, it remains controversial whether the monarchial principle can be a decisive factor. On the other hand, the tradition of the monarchial sovereignty type has come to be closely correlated with the development of a strong executive bureaucracy. As a result, it is associated with a comparatively weak civil society and parliament. Efforts need to be expended to overcome the potential problems arising from this traditional structure.

Keywords: Constitution, Monarchial Constitutionalism, Monarchial Principle, French Constitution of 1791, French Charter of 1814, French Charter of 1830, Belgian Constitution of 1831, Bavarian Constitution of 1818, Prussian Constitution of 1850, Meiji Constitution

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.