

(사)한국공법학회 · 헌법재판연구원 공동학술대회
(사)한국공법학회 2023년 정기총회

헌법과 행정법의 대화

일시: 2023년 12월 8일 (금) 13:00~18:30

장소: 헌법재판소 대강당

주최: 사단법인 한국공법학회, 헌법재판연구원



사단
법인 韓國公法學會
Korean Public Law Association



헌법재판소
헌법재판연구원

프로그램

- 13:00~13:30 등록
- 13:30~13:45 개회식 ▶ 사회: 이권일 총무이사
▶ 개회사: 조소영 한국공법학회 회장
▶ 환영사: 김하열 헌법재판연구원 원장
- 13:45~14:15 기조연설
▶ 발표: 허 영 석좌교수(경희대학교, 한국공법학회 고문)
- 14:15~14:25 휴식 및 장내 정리
- 14:25~15:35 [제1주제] 한국 헌법학의 초기 형성에 관한 서론적 논의
- 키요미야 시로(清宮四郎) 헌법학의 영향을 중심으로 -
▶ 사회: 박진영 교수(경희대학교)
▶ 발표: 이병규 교수(동의과학대학교)
▶ 토론: 윤성현 교수(한양대학교)
계인국 교수(고려대학교)
남정아 교수(목포대학교)
- 15:35~15:50 coffee break
- 15:50~17:00 [제2주제] 실정헌법과 일반행정법 체계
- 규범과 법리의 상호 형성·적용을 중심으로 -
▶ 사회: 박종수 교수(고려대학교)
▶ 발표: 김태호 책임연구원(헌법재판연구원)
▶ 토론: 김혜진 교수(성균관대학교)
허진성 교수(부산대학교)
선지원 교수(한양대학교)
- 17:00~18:30 정기총회

개회사

존경하는 한국공법학회 회원 여러분,

겨울의 향기가 짙어지면서 차가운 기운이 머무는 요즈음입니다.

겨울은 위로의 계절이라고들 합니다. 맛있는 음식과 따뜻함, 다정한 눈길, 난로 옆에서 같이 이야기를 나누는 시간입니다. 이 자리는 그런 온기를 같이 하고자, 제42대 한국공법학회 집행부가 12월 정기학술대회 및 정기총회를 성심껏 준비한 학술의 장입니다.

전통적으로 한국공법학회의 마지막 정기학술대회를 개최해 왔던 장소인 헌법재판소 대강당에서, 이번 행사도 차질 없이 준비되어 그 익숙함과 새로움으로 제254회 정기학술대회의 개최를 선언하게 되어 무척 기쁩니다. 우선 오늘의 학술행사를 위해 많은 도움을 주신, 김하열 헌법재판연구원장님을 비롯한 헌법재판연구원 관계자분들, 학회 집행부 임원님들께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

올해 마지막 정기학술행사에 같이 해주신 회원 여러분, 오늘의 학술대회는 "헌법과 행정법의 대화"를 주제로 합니다. 이 주제는 공법학의 모학회로서의 지위와 의미를 항상 고민해 온 한국공법학회의 계속 되어온 기본적 논점을 반영한 것입니다. 공법으로 하나이지만 헌법과 행정법의 닮음과 다름, 그 교차에 대해 이야기해 보고자 하는 것입니다.

오늘 정기학술대회는 헌법학 원로이신 허영 고문님의 기조연설을 시작으로, ‘한국 헌법학의 초기 형성에 관한 서론적 논의’(제1주제)와 ‘실정헌법과 일반행정법 체계’(제2주제)의 주제 발표와 토론이 이어집니다. 이 자리는 헌법과 행정법의 현재 좌표를 확인하고 당면한 시대적 소명에 함께 발맞추어 나아가며 학문공동체의 화합과 도약을 다짐하는 귀한 자리가 될 것입니다. 귀한 걸음을 해주신 허영 고문님, 그리고 발제와 토론을 맡아 주신 분들께 감사의 마음을 전합니다.

그리고 정기학술대회에 이어 2023년을 정리해서 보고드리고 새로운 한해를 준비하기 위한 우리 학회의 전통적인 행사를 같이 하실 수 있는 한국공법학회 정기총회를 아울러 개최합니다. 끝까지 회원 여러분께서 즐겁게 같이 해주시길 청합니다.

한해의 마지막 달에, 올 한 해의 시작을 돌이켜 봅니다. 회원님들의 도움과 성원에 힘입어 한국 공법학회의 2023년은 보람 가득한 발전적인 성과를 거두었다고 자부합니

다. 진심으로 감사드립니다.

오늘은 회원님들의 연구성과를 함께 나누고, 한 해를 마무리하며 새로운 희망으로 전진하는 소중한 자리입니다. 회원 여러분께서 오셨기에 이 자리는 더 빛나게 되었습니다. 오늘의 2023년 한국공법학회의 마무리모임이 한해의 위로와 새해의 준비의 자리가 될 수 있길 바랍니다.

회원 여러분의 댁내 두루 건강하시고 평안하시길 바랍니다.

2023년 12월 8일

제42대 한국공법학회 회장 조 소 영

환영사

안녕하십니까,

한국공법학회와 헌법재판연구원이 <헌법과 행정법의 대화>라는 대주제 하에 공동 학술대회를 개최하게 됨을 매우 뜻깊게 생각합니다.

한 해를 마무리하느라 여러모로 바쁘신 가운데 오늘 학술대회에 참석해 주신 회원 여러분 및 내빈 여러분께 감사의 말씀을 드립니다. 특히 기조연설을 통하여 한국 공법학이 나아갈 방향을 제시해 주실 허 영 한국공법학회 고문님께 깊이 감사드립니다.

헌법과 행정법, 그리고 헌법학과 행정법학의 관계는 공법학의 고전적이고도 영원한 테마가 아닐까 생각합니다. 양자 간의 관계를 살펴보는 일은 법이론이나 법제도뿐만 아니라 공법소송 실무의 형성·전개에 이르기까지 여러 방향과 국면에서 의미 있는 일이 아닐 수 없습니다. 양자의 관련성을 더 강조하는 입장도, 독자성을 더 강조하는 입장도 있겠지만, 관심과 정보를 공유하고 발전적인 자극을 주고받는다든 의미에서의 교류는 다른 어떤 법 분야 사이에서보다 더 필요하다는 점은 부인하기 어려울 것입니다.

오늘은 두 주제에 대한 발표와 토론이 예정되어 있습니다. 이 주제들을 통하여 헌법과 행정법의 관계를 어떤 관점에서 분석하는지, 양자 간의 긴장관계 혹은 포용관계가 어떻게 드러날 것인지, 자못 기대됩니다.

아무쪼록 오늘 학술대회에서 활발한 토론과 심도 깊은 논의가 이루어져서 헌법학과 행정법학이 서로를 더 잘 이해하게 되고, 더 활발하게 학문적 교류를 전개하는 좋은 계기가 되기를 희망합니다.

오늘 학술대회의 공동 주최를 헌법재판연구원에 제안해 주신 한국공법학회 조소영 회장님께 감사의 말씀을 드립니다. 값진 발표와 토론, 그리고 사회를 맡아주신 여러 선생님들께도 감사드리고, 학술행사의 준비를 위하여 노고를 아끼지 않으신 한국공법학회와 헌법재판연구원의 관계자 여러분께도 감사의 마음을 전합니다.

귀한 시간을 내어 이 자리를 빛내주신 모든 분들께 다시 한 번 감사드리며, 한 해를 잘 마무리 하시고, 늘 건강과 행운 가득하길 기원합니다.

2023년 12월 8일

헌법재판연구원장 김 하 열

목 차

[제1주제] 한국 헌법학의 초기 형성에 관한 서론적 논의	
— 키요미야 시로(淸宮四郎) 헌법학의 영향을 중심으로 — …… 이 병 규	1
▶ 토론 ……	윤 성 현 51
▶ 토론 ……	계 인 국 57
▶ 토론 ……	남 정 아 61
[제2주제] 실정헌법과 일반행정법 체계	
— 규범과 법리의 상호 형성·적용을 중심으로 — ……	김 태 호 65
▶ 토론 ……	김 혜 진 87
▶ 토론 ……	허 진 성 91
▶ 토론 ……	선 지 원 93

【제1주제】

한국 헌법학의 초기 형성에 관한 서론적 논의

— 키요미야 시로(清宮四郎) 헌법학의 영향을 중심으로 —

이 병 규*

- I. 서론
- II. 키요미야의 생애와 그의 헌법학 주변
- III. 키요미야와 그의 헌법학에 관한 기억
- IV. 결론: 키요미야와 그의 헌법학이 우리 헌법학의 초기 형성에 미친 영향

I. 서론

이 글은 일제강점기 경성제국대학(京城帝國大學)¹⁾에서 공법학을 담당한 일본인 교수 키요미야 시로(清宮四郎)를 통해 그가 우리 헌법학의 초기 형성에 어떤 영향을 미쳤는지 알아보는 데 그 목적이 있다. 본고는 우리 헌법학의 초기 모습이 어떻게 형성되었고, 또 그 모습이 형성되는데 어떤 환경적 영향이 있었는지 고찰하는 연구의片

* 동의과학대학교 부교수, 법학박사

1) 1924년 식민지 조선에 설립된 제국대학으로 제2차 조선교육령에 의거 학교제도 정비의 하나로 1924년 대학 예과, 1926년 법문·의학부가 개설되고, 1941년에 이공학부가 증설되었다. 문부대신의 직무를 조선 총독이 대행하고, 內鮮共學制를 취하면서도 교직원 다수와 학생 과반수를 일본인이 차지하였으며, 조선의 역사·문화·사회 연구와 교육을 특색으로 했으나 그 다수는 조선 민족에 대한 동화와 차별을 원리로 한 것 등 그 창설과 확충은 일제의 식민지 지배·침략정책과 결부되어 있었다. 이에 관하여는 이충우, 경성제국대학, 다락원, 1980; 정준영, 경성제국대학 법문학부와 조선 연구: 지향으로서의 조선, 지향으로서의 동양, 사회평론아카데미, 2022; 酒井哲哉·松田利彦 編, 帝國日本と植民地大學, ゆまに書房, 2014; 松田利彦 編, 植民地帝國日本における知と權力, 思文閣出版, 2019 등 참조.

鱗에 불과하지만, 그러한 연구 방향을 지향한다는 점을 우선 밝힌다. 한편 우리 헌법학의 초기 모습이나 형성을 논의하는 데 있어서 일본인 연구자와 일본 공법학의 관계성은 여전히 연구되고 밝혀야 할 대상이 아닌가 생각한다. 이러한 생각에 기초하여 이 글은 경성제대에서 헌법·행정법을 강의한 키요미야를 매개로 우리 헌법학의 초기 형성에 그가 미친 영향을 우리나라의 초창기 헌법학자를 중심으로 논의하고자 한다.

여기서 말하는 ‘초기’(early)를 언제로 할지, 또 미친 ‘영향’의 대상을 어떤 것으로 볼지에 따라 이 글의 논의 방향이나 내용이 전혀 달라지겠지만, 본고는 시간적·공간적·인적 범위를 경성제대를 중심으로 거기서 공부한 조선인 학생, 그리고 이후 헌법 제정 전후 우리 헌법학의 해석·학설을 주도한 연구자로 한정한다.²⁾ 앞서 언급한 본고의 목적, 즉 좁게는 경성제대 일본인 공법학 교수가 우리 헌법학의 초기 형성에 미친 영향이 없거나 미약할 수도 있고, 아니면 생각 이상으로 상당할지도 모른다.

키요미야 선생을 보냈을 때도 상량한 가을이었다. 京城의 하늘은 끝내 맑게 개어 쌀쌀함이 느껴졌지만, 햇살 밝은 날이었다. 동숭동 본부 앞에 모인 우리에게 키요미야 선생 부부는 작별 인사 후 손을 흔들면서 떠났다.³⁾

이 회상은 키요미야가 14년간 식민지 조선에서의 교수 생활을 마치고 본국 일본으로 돌아가면서 동료들과 작별하는 장면을 떠올린 것이다. 암울한 식민지 현실과 대조적으로 맑게 갠 경성의 가을 하늘 아래, 마치 임무를 마치고 복귀하는 동료를 떠나보내는 듯한 이 감상적 표현은 같은 공간의 두 가지 삶을 표현한 어색한 영화의 한 장면만큼이나 극적이다.

키요미야는 미야자와 토시요시(宮沢俊義)와 함께 1930년대에 당시 일본 헌법 수준을 선두에서 개척하는 일을 담당하고, 戰後에는 학계를 주도하는 존재가 되었으나⁴⁾, 우리에게는 식민지 조선의 유일한 고등교육기관 경성제대의 공법학 교수였다는 것이

2) 김철수 편, 한국의 헌법학 연구, 산지니, 2019; 전광석, 한국 헌법의 개척자들, 집현재, 2015; 김효전 편, 한국의 공법학자들: 생애와 사상, 한국공법학회, 2003; 역사와 헌법시리즈, 헌법학연구 제8권 제1호, 한국헌법학회, 2002.4 등에 소개된 공법학자로는 ‘유진오’, ‘한태연’, ‘문홍주’, ‘박일경’, ‘김기범’, ‘윤세창’, ‘김도창’, ‘서원우’, ‘김철수’ 등이다.

3) 横越英一, 清宮先生を偲ぶ, 『紺碧』第104號, 1990, 2頁 以下.

4) 樋口陽一, 清宮憲法と宮沢憲法: 日本憲法学における私の二師, 日本學士院紀要 75 (2), 日本學士院2021, 103頁.

좀 더 익숙하다. 그는 만년에 기회 있을 때마다 경성제대 시절을 추억할 만큼 그에게 ‘경성’이라는 공간(Raum)은 특별한 기억으로 남은 곳이었다.⁵⁾ 20대 후반의 젊은 나이에 도착한 外地⁶⁾ 경성은 그에게는 도전과 기회의 땅이었다. 이 시절 그는 식민지 신생대학에서 피지배국의 조선인 학생들에게 공법학을 가르치는 한편, 자신도 학자로서 성장해야 했다. 재외연구원 신분으로 구미로 유학을 떠나고, 또 빈대학의 켈젠에게 사사하면서 그의 연구는 한층 더 활기를 띠었다. 그런 뒤 돌아온 경성제대는 독일 공법학 이론으로 무장한 ‘키요미야 헌법학’의 토대를 쌓은 곳이었다.

한편, 이 시절 경성제대의 조선인 학생은 키요미야에게서 헌법을 배우고, 또 그를 통해 외국 헌법을 접했다. 그리고 해방 후 우리나라에 헌법이 제정되고, 정부가 수립되면서 경성제대 출신 공법학자는 우리나라의 초기 헌법학 형성에 기여한다.⁷⁾ 이에 의할 때 경성제대의 키요미야와 그의 헌법학이 우리나라 초기 헌법학에 어떤 영향을 미쳤는지 고찰해보는 것은 무의미한 일은 아닐 것이다. 훗날 공법학자가 된 경성제대 출신 중에는 그를 언급조차 하지 않거나 그로부터 학문적 영향을 전혀 받지 않은 것으로 얘기하기도 하지만, 실제 그랬는지는 알 수 없다.

이런 몇 가지 생각에 기초하여, 이하에서는 키요미야와 그의 헌법학이 우리나라의 초기 헌법학 형성에 미친 영향이 있는지, 있다면 어떤 부분에 어떻게 미쳤는지 알아보도록 한다. 이를 위해 키요미야의 생애와 함께 그를 기억하는 경성제대 출신자의 몇몇 회고를 들어본다. 또 그가 경성제대 시절 발표한 논문을 통해 그의 헌법 이론의 요체가 무엇이고, 그것이 이후 우리나라 헌법학에 영향을 미쳤는지 알아본다.

헌법을 비롯한 법학 영역에서 마주하는 일제시대와 일본의 영향은 우리의 의지와

- 5) “그 뒤 나도 선생과 같은 시기에 경성에 있었던 것 등을 얘기하면 선생은 ‘저런, 저런’하고 그리운 듯이 경성시대의 얘기를 해주었다. 경성제대 시대에 독일을 중심으로 구미에 2년간 유학, 특히 H. 켈젠에 사사한 것, 귀국 후 오다카 토모(尾高朝雄), 우카이 노부시게(鵜飼信成), 아베 요시시게(安倍能成) 등 文經을 포함하는 新進氣銳의 학자들과 낮부터 밤까지 談論風発, 실로 자주 공부했으며 오늘의 자신은 그 덕분이라고 진지하게 얘기했다”(作間忠雄, 清宮四郎先生を偲ぶ, 會報 第17號, 東北大学法学部同窓會, 1990. 6. 25. 2-3頁).
- 6) 혼슈, 시코쿠, 규슈, 홋카이도 이외의 패전 전 일본이 지배하던 지역으로, 조선·대만·만주 등이 이에 해당한다. 이와 반대로 식민지 본국을 ‘内地’라고 한다(清宮四郎, 外地法序說, 東京: 有斐閣, 1944. 5頁 以下).
- 7) 김철수 편, 한국의 헌법학 연구, 산지니, 2019, 17-63면; 전광석, 한국헌법의 개척자들, 김현재, 2015; 김효전 편, 한국의 공법학자들: 생애와 사상, 한국공법학회, 2003 등이 이에 관한 본격적인 연구라 할 수 있다.

관계없이 학습되고 수용된 것이며, 이는 해방 후 초기 헌법학 형성에 영향을 미쳤다고 하지 않을 수 없을 것이다. 그 영향의 실체가 무엇이고, 어떻게 작용했는지 규명하는 것은 언젠가는 완료해야 할 작업 중의 하나이며, 키요미야와 그의 헌법학이 우리나라 초기 헌법학에 미친 영향을 알아보는 것도 그러한 맥락에서 이해할 필요가 있다. 이 글의 주인공인 키요미야도, 그로부터 헌법학을 배운 조선인 학생도 대부분 故人이 되어 그 시절의 기억도 희미한 상황에서 왜 그런 철 지난 얘기를 할까 의문을 가질지도 모르지만, 우리 헌법학에서 일제시대는 지나칠 수 없는 시기이고, 또 이 시기의 헌법학이라는 것은 경성제대를 중심으로 한 일본인 교수와 그의 헌법학 연구, 그리고 그들로부터 공부한 조선인 학생에 의한 우리 헌법의 초기 형성으로 이어지는 또 하나의 길을 내었다고 할 수 있다. 이러한 방식의 접근은 일본 측에서도 시도되고 있으며, 일정한 연구 성과로 나타나고 있다.⁸⁾ 본고는 이러한 생각에서 비롯한다.

II. 키요미야의 생애와 그의 헌법학 주변

앞서 언급한 바와 같이, 본고는 경성제대 법학부에서 헌법과 행정법을 강의한 키요미야 시로라는 한 인물을 통해 우리 헌법학의 초기 형성 과정의 단면을 보는 것이 목적이다. 그런 의미에서 키요미야 헌법학과 그 주변에 대한 이해는 필수적이며, 또한 그것은 그의 생애를 조망하는 데서 출발하지 않을 수 없다.

마침 그의 ‘생애와 헌법학’에 관한 비교적 긴 좌담록이 있다. 그가 헌법학에 입문한 지 50년이 되던 해인 1979년에 제자들과 좌담회를 가졌고⁹⁾, 나중에 그것을 기록한 좌

8) 石川健治, 코스모스: 京城学派公法学の光芒, 『帝国編成の系譜』(酒井哲哉責任編集), 岩波書店, 2006, 171-230頁; 石川健治, 「京城」の清宮四郎—『外地法序説』への道, 『帝国日本と植民地大学』(酒井哲哉, 松田利彦編), ゆまに書房, 2014, 305-404頁; 石川健治, 統治のヒストリーク, 『危機の憲法学』(奥平康弘・樋口陽一 編), 弘文堂, 2013, 15-58頁; 鶴飼信成, 戦前期における法学者・鶴飼信成の法学研究についての一試論—資本主義発達期の社会をめぐる政治と法の問題を中心に—, 『植民地帝国日本における知と権力』(松田利彦編), 思文閣出版, 2019, 587-636頁.

9) 좌담회 참석자는 칸노 키하치로(菅野喜八郎), 히구치 요이치(樋口陽一), 호시노 야스사부로(星野安三郎), 마루야마 켄(丸山健) 네 사람으로, 모두 토호쿠대학(東北大学)에서 헌법을 전공한 키요미야의 제자이다.

담록이 다섯 차례에 걸쳐 법학지에 실렸다.¹⁰⁾ 이 좌담회에서 그는 도쿄제대 법학부 입학에서부터 연구실 시절, 구미 유학, 경성제대 및 토호쿠대 시절 등 헌법학자로서의 삶 전반에 관한 꽤 자세한 얘기를 들려주었다. 여기서는 이 좌담회에서 나온 내용을 토대로 그의 생애와 헌법학에 얽힌 얘기를 소개한다.

1. 학생시대 및 초급 관료시대

키요미야 시로(清宮四郎, 1898-1989)¹¹⁾는 1898년 일본 사이타마현(埼玉県) 우라와시(浦和市) 출신으로, 1920년 7월 구제 제1고등학교¹²⁾ 1부 丙(獨法)을 졸업했다.¹³⁾ 같은 해 도쿄제국대학 법학부에 입학하여 재학 중인 1922년 11월 고등문관시험 행정과에 합격하고 이듬해 졸업했다. 그는 학부 시절 배운 법학 과목을 정리한다는 생각으로

10) 清宮四郎, 憲法学周辺50年-1~5-, 法学セミナー (290, 292~295), 日本評論社, 1979. 5~9.

11) 사이타마 출신의 헌법학자로, 1923년 도쿄제대 법학부 졸업 후 1925년 구미유학에서 돌아와 1927년 경성제대 교수로 부임하여 1941년까지 근무했다. 1941년 일본 토호쿠제대 교수로 부임하여 1962년 정년퇴직하였다. 이후 니혼대학·툿쿄대학 교수 및 일본학사원 회원을 역임했다. 주저로 『外地法序説』, 『権力分立制の研究』, 『憲法要論』, 『憲法1』 등이 있다. 키요미야의 자세한 이력 및 저작 목록은 김효진, 경성제대 공법학자들의 빛과 그림자, 공법연구 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013.6. 533-541면 참조.

12) 1886년 설립된 구제 고등학교로, 현 도쿄대학 교양학부 및 치바대학 의학부·약학부 전신이다. 구제 고등학교 중 가장 이른 시기에 창설된 넘버스쿨(number school)의 선구이며, 1886년 일본 근대국가건설을 위해 필요한 인재 육성을 목적으로 제1고등중학교로 창설되었다. 교명이 제1고등학교로 개칭된 1894년 이래 수학 기간 3년으로 되고, 제국대학 예과로 위치했다. 1부는 법학, 정치학·문학, 2부는 공학·의학·농학·약학, 3부는 의학이었다. 1921년 이래 문과 갑류·을류·병류, 이과 갑류·을류로 분류되었다.

13) “일본 고등학교는 제일 유명한 것이 제일고등학교인데, 일본 출세 코스는 제일고등학교에 들어가서 동경대학 나오는 거예요. 우리나라의 KS마크라고 그러는데, 제일고등학교 들어서 동경대학 나오면 그건 출세해. 출세해서 그 사람 고등고시 붙어 가지고서 무슨 관료 국장이나 됐다가, 나중에 입후보해서 대의원 되거든. 그래가지고 국회의원 되고 장관되고, 그 코스거든. 일본 장관이라는게 전부 동대(東大) 출신이거든. ... 근데 한국 사람은 동대 다닌 사람은 많지만은 제일고등학교 다닌 사람은 몇 없어요. 아주 없는 건 아닌데, 주요한(朱耀翰) 씨가 그거 다녔다고 그랬지. 주요한 씨가 거기 입학했대. 입학했는데 다 안 다니고 상해로 왔다고 그러는데 그 뒤에는 한국 사람으로서 제일고등학교 다니던 사람이 별로 없어요. 거긴 일본사람도 들어가기가 어려운 학교니까. 여간해서는 들어가기가 어려운 학교거든. 그 대신 동경대학은 들어가는 사람이 많아요. 시골에 고등학교 많으니까. 고등학교 졸업하고”(한국정신문화연구원 편, 「제3부 이항녕」, 『내가 겪은 민주와 독재』, 선인, 2001, 234면).

고문시험을 준비했으며, 한편 당시에는 고문시험 ‘사법과’보다 ‘행정과’가 학생들에게 인기가 더 있었다고 한다.¹⁴⁾ 이를 볼 때 그가 관료로 출세를 위해 고문시험을 본 것 같지는 않고, 당시 관료주의 일본 사회에서 명문 도쿄제대 법학부 출신에게 고문시험은 일종의 통과시험에 같은 것이 아니었나 생각된다.

제1차 세계대전 후 세계적으로 민주주의 시대가 도래하면서 일본의 대학도 그런 영향에 있었다. 이 시절 그는 ‘다이쇼데모크라시(大正デモクラシー)’¹⁵⁾를 대표하는 사상이 요시노 사쿠조(吉野作造)를 동경했다. 그가 쓴 「憲政の本義を説いて其有終の美を濟すの途を論ず」¹⁶⁾ 등에서 주장한 ‘민본주의’를 통해 민주주의의 영향을 상당 부분 받았다. 요시노는 키요미야가 대학에서 개인적으로 접촉한 최초의 교수로, 학부 시절 그의 ‘정치학’과 ‘정치사’ 강의를 들었으며, 졸업 후 유학 시절부터 교수로 재직하는 동안에도 그와의 만남을 이어갔다.

키요미야의 도쿄제대 시절 법학부에는 미노베 다츠키치(美濃部達吉, 1873-1948)¹⁷⁾와 우에스기 신키치(上杉慎吉)¹⁸⁾가 헌법 교수로 있었다. 동시 개강한 두 사람의 헌법

14) 1894년부터 1948년까지 시행된 고문시험 합격자는 총 10,240명이며, 이 중 행정과 시험 합격자는 9,565명에 달했다(蔡慧玉, 植民地行政と人事政策-比較研究とその試論-台湾における文官試験の統計分析を例として, 日本の朝鮮・台湾支配と植民地官僚, 国際シンポジウム第30集, 2008.1. 51頁).

15) 메이지 이래로 번벌·관료정치에 대한 민주적 개혁을 요구하면서 주로 대정기에 일어난 사상·운동을 말한다. 이때 호헌운동을 시작으로 보통선거운동, 노동운동 등 사회주의운동이 활발해지고, 문화면에서는 자유주의적 풍조가 확대되었으며, 사상적으로는 요시노 사쿠조의 민本主義에 의해 이론화되었다.

16) 吉野作造, 憲政の本義を説いて其有終の美を濟すの途を論ず, 中央公論 31(1)(326): 新年號, 1916.1. 17-114頁.

17) 엘리네크의 영향과 민주화를 불가피한 역사적 동향으로 이해하는 역사관에 따라 호즈미 야스카(穂積八東)와 대치점에 있는 헌법이론을 수립한다. 그에 의하면 ① 법은 사회심리의 표현으로 사회심리가 변하면 법조문이 변하고 이에 헌법도 변하고(헌법변천론), ② 국가는 주권을 가진 법인격이고, 군주는 그 최고기관이고(국가법인설, 천황기관설), ③ 천황은 정치에 관여해서는 안 되고, 의회나 내각에 국정을 맡기는 것이 헌법 정신이며(天皇超政論), ④ 천황이 중의원 다수당 당수를 총리대신으로 임명하는 것이 입헌제(영국입헌주의)라는 것이다. 1912년 호즈미의 후계자 우에스기 신키치(上杉慎吉)가 미노베의 주장을 천황은 일본의 주권자가 아니라고 주장하는 국체에 대한 이설이라고 비판하면서 논쟁이 벌어졌으나, 대정 시기에는 미노베 학설이 지배적이었다. 1935년 의회에서 그의 천황기관설이 공격받으면서 불경죄로 고소되고, 저서 일부가 발금 처분을 받았다.

18) 애초 국가법인설 및 천황기관설을 취했으나, 독일 유학 후 전향하여 천황주권설 학파의 대표적 인물이 된다. 그는 국가의 통치권은 무한이고, 국법은 천황을 구속하지 않으며, 천황

강의는 헌법 논쟁을 벌일 정도로 학설이 판이했고, 강의 성격도 전혀 달랐다. 미노베는 책 없이 강의하는 스타일로 학생들에게 자신의 강의 내용을 필기하도록 했는데, 그렇게 필기한 것이 노트 3권 분량이었다. 미노베가 그때 수업한 강의 내용이 훗날 출간되는 『憲法撮要』¹⁹⁾의 토대가 되었을 것이라고 한다.²⁰⁾ 키요미야는 우에스기의 헌법 강의는 듣지 못했고 대신 법학부에 개설된 그의 사회학 수업을 들었다. 우에스기는 사회학 전공자가 아니었으나, 매 수업시간 사회학 학설사와 문헌을 풍부히 소개 해주었으며, 특히 콩트(Auguste Comte)의 사회학 동기가 ‘經國濟民’에 있다고 강조하였다. 한편 그 시절에는 사회주의 사상이 지식인들 사이에 널리 퍼져 있었으며, 자신도 그런 영향 아래 있었다고 한다. 그래서 카와카미 하지메(河上肇)의 『貧乏物語』²¹⁾, 『社會問題管見』²²⁾ 등을 고교 시절에 이미 접했고, 마르크스 책에도 관심을 가져 독일어판 『자본론』을 구입하기도 했다.

그는 대학을 졸업할 무렵 좀 더 공부해보고 싶다는 생각을 가졌는데, 그것은 대학 시절의 태만을 좀 만회해보자는 생각에서였다. 그래서 그는 졸업을 앞두고 요시노의 조수(助手)²³⁾에 지원하고자 사무실에서 절차를 밟던 중 한 선배가 “미노베, 하토야마(鳩山秀夫), 호즈미 야스카(穂積八束)를 능가하는 업적을 낼 수 있겠는가”라는 얘기를 듣고 놀라 서류를 철회하고 내무성에 들어갔다고 한다.

그리고는 내무성 소속 도야마현청(富山県)에 배속되어 1년간 관리 생활을 한다. 거기서 그는 현의 수력전기사업계획서 작성, 중의원의원선거 관계 업무, 행정소송 지사 대리인 업무를 담당했다. 또 선거철에는 법령 해석이나 판례 및 사례 등을 정리해서

의 명령에 신민은 절대 무한으로 복종해야 한다고 하며, 또한 의회도 국가에 있어서 불가결의 기관은 아니라는 사고방식이다.

19) 1923년 간행된 미노베의 저서로 호즈미의 『헌법제요』(憲法提要, 1910), 사사키 소이치(佐々木惣一)의 『일본헌법요론』(日本憲法要論, 1930)과 함께 메이지 헌법 하의 대표적 헌법 교과서로 천황기관설, 헌법의 자유주의적 해석, 목적론적 방법 등을 특색으로 한다. 1935년 제국의회 등에서 천황기관설이 공격받으면서 그해 4월 미노베의 『축조헌법정의』(逐条憲法精義), 『일본헌법의 기본주의』(日本憲法の基本主義)와 함께 발간 처분을 받았다.

20) 키요미야가 재학할 때는 미노베의 『憲法講話』(有斐閣, 1912)가 출간된 상태였다.

21) 河上肇, 貧乏物語, 弘文堂書房, 1917; 전수미 역, 가난 이야기, 지식을 만드는 지식, 2016.

22) 河上肇, 社會問題管見, 弘文堂書房, 1920.

23) 대학에서 교수·준교수(准教授)·조교(助教)의 직무를 돕는 직이나 사람으로, 일본 「학교교육법」에는 “그 소속하는 조직에서 교육·연구의 원활한 실시에 필요한 업무에 종사한다”고 규정되어 있다.

사후 문제에 대비했다. 이 시절에 그는 교토제대 헌법 교수 사사키 소이치(佐佐木惣一)²⁴⁾를 만난다. 현에 방어망 정치어업에 대해 시정촌(市町村)이 과세하는 것에 관한 행정소송이 있었는데, 그 전제로 땅이 놓인 지선 해면이 시정촌 영역에 속하는가라는 난제가 있었다. 이 문제로 키요미야는 미노베와 사사키 두 사람에게 자문을 구했다. 미노베는 의률(擬律)이라는 하나의 감정서를 써주었다. 한편 사사키에게는 교토 자택에 가서 직접 의견을 들었는데, 그가 사사키를 만난 것은 이때가 처음이었다.²⁵⁾ 두 사람의 의견은 미노베가 소극설, 사사키가 적극설로 그는 당시에는 어느 쪽이 옳은지 알 수 없었다. 현청을 그만둔 뒤 판결이 나왔으나, 법원은 이 문제를 본격적으로 다루지 않았다. 그는 이 소송에서 피고로 서면서 행정재판의 실재를 경험할 수 있었으며, 특히 행정소송은 당시 제도상 행정청 측에 유리한 면이 있었다.

2. 연구실 시대

키요미야는 내무성 소속 관료 생활을 그만두고 1924년부터 1925년까지 1년간 도쿄제대 법학부 조수로 연구실 시절을 보낸다. 도야마현 행정관료로 보낸 1년은 “일에서도 인간관계에서도 많은 혜택을 받았지만” 초심을 잃을 수 없었기 때문에 “그만두고 공부하는 편이 낫다”고 생각하고, 이때부터 미노베의 지도를 받았다. 그리고 미노베와 야마다 사부로(山田三良)²⁶⁾와 상담하는 과정에서 경성제대를 추천받았다. 그는 경성제대 囑託 신분으로 도쿄제대 연구실에서 공부한 것이다. 미노베와 사제의 연은 그렇게 시작되었다. 그의 인생과 학문에 결정적 영향을 준 사람이 미노베였기 때문에 관료 생활을 정리하고 학문 세계로 진입한 것에 후회는 없었다.

24) 교토제대의 공법학 교수로 지내다가 1933년 다키가와사건(滝川事件)을 계기로 정부에 항의하면서 동료와 함께 사직했다. 제2차 세계대전 후 제국헌법 개정에 참여하는데, 그가 만든 개정 초안, 이른바 ‘사사키 사안’이 유명하다. 그 골자는 국민통합 체제로 천황제 국체의 불변을 전제로 정치를 민주화한다는 것이었다. 일본 공법학계에서는 미노베와 함께 “동쪽의 미노베, 서쪽의 사사키”라고 했을 정도로 오랜 기간 학계의 지도적 위치를 차지했다. 철저한 객관적 논리주의에 기초한 해석론을 전개했으며, 주저로 『立憲非立憲』(1918), 『日本憲法要論』(1930), 『日本國憲法論』(1949) 등이 있다.

25) 이 일이 계기가 되어 키요미야는 경성제대 시절부터 교토를 통할 때마다 사사키를 만나 오랜 시간 얘기를 나누었다고 한다. 사사키는 주로 다른 사람의 얘기를 듣는 것을 즐겼는데, 심지어 자신이 알고 있는 것도 묻는 경향이 있었다고 한다.

26) 국제사법학자로 도쿄제대 법과대학 교수, 교토제대 총장, 일본학사원 원장을 역임했다.

이 시절 미노베는 제자에게 일일이 지도하지 않고, 자유롭게 연구하고 책을 읽도록 하는 방침이었으며, 훗날 자신도 미노베와 같이 제자가 자유롭게 사고하고 연구하도록 했다. 연구실에 들어갔을 때 미노베는 율리우스 하첵(Julius Hatschek)의 『Deutsches und Preußisches Staatsrecht』와 『Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts』를 읽도록 했는데,²⁷⁾ 마침 구제 고등학교 시절 배운 독일어가 원서를 보는 데 도움이 되었다.²⁸⁾ 노무라 준지(野村淳治)로부터는 국법학 강의를 들었는데, 그는 비교헌법에도 정통했다. 또 카케이 카츠히코(筧克彦)는 공법학 교수였지만 동·서양철학, 불교, 신도 등에도 정통할 정도로 넓은 학문을 추구했다.²⁹⁾

이 시절 키요미야는 노무라의 조수로 1년 먼저 연구실에 와 있던 ‘終生の 벗’ 미야자와 토시요시(宮沢俊義, 1899-1976)³⁰⁾를 만난다. 키요미야는 미야자와로부터 연구실 생활의 도움을 받고 또 함께 공부하면서 절친한 관계가 된다. 그래서 그는 미야자와와 함께 일하고 연구하면서 인간적으로도 학문적으로도 많은 것을 배우는 좋은 벗을 얻었다고 생각했다.³¹⁾

27) 한편 우에스기는 랑케(Leopold von Ranke)의 『Weltgeschichte』와 기이르케(Otto Gierke)의 『Deutsches Privatrecht』를 읽도록 했는데, 키요미야는 우에스기다운 발상이며, 헌법 전공자에게 꼭 필요한 책이라고 생각했다.

28) 키요미야는 구제 고등학교 시절 제1 외국어로 독일어를 주당 20시간 학습했다. 또한 그때 법학통론을 강의한 호즈미 시게토(穂積重遠)가 슈텐베르그(Theodor Sternberg)의 『Einführung in die Rechtswissenschaft』를 교재로 사용한 것이 독일어 공부에 많은 도움이 되었으며, 내용적으로도 매우 좋은 강의였다고 기억한다.

29) “당시 가케이 가쓰히코라는 헌법학자가 있었다. 그는 전에 도쿄제대의 헌법학 교수였는데 일본의 고유종교인 神道에 심취하여 강의도 신사참배의 의식을 치르고 나서 시작했다고 하며 양복을 잘 입지 않고 일본의 和服을 즐겨 입는 철저한 국수주의자였다. 그의 학설은 미노베 교수의 전성시대에는 별로 들여다보는 사람이 없었는데 국체명징의 붐을 타서 제법 행세를 하기 시작하였고 또 그가 고등문관 시험의 헌법 시험위원이 되면서 다시 그 존재가 뚜렷해졌다”(이항녕, 『작은 언덕 큰 바람(小阜長風) - 소고 이항녕 선생 유고집』, 나남, 2012. 57면).

30) 나가노 출신의 헌법학자로 도쿄제대 법학부 졸업 후 1925년 동 대학 조교수, 1930년 프랑스 유학, 귀국 후 1934년 교수가 되며, 미노베 후임으로 헌법 강좌를 담당했다. 메이지헌법 하에서 비판적 합리주의 입장의 독재제나 파시즘을 비판하는 논문이 많았으나, 제2차 세계대전 후에는 일본국헌법의 해석자이자 옹호자로 활약했다. 특히 포츠담선언 수락은 주권자를 천황에서 국민으로 변경한 법적 혁명이라는 그의 「8월 혁명설」은 이후 격한 논쟁을 불러왔다. 주저로는 『憲法大意』, 『國民主權と天皇制』, 『憲法 II』, 『天皇機関説事件』 등이 있다.

31) 그래서 키요미야가 ‘二師一友’라고 표현하는 ‘二師’는 미노베와 한스 쾰젠이고, ‘一友’는

한편 그는 구미 유학을 떠나기 전에 미노베로부터 뭐라도 써두는 것이 좋다는 얘기를 듣고 급히 논문을 작성하는데, 그것이 바로 「獨逸行政裁判制度發達史」로 미간행 논문이다. 당시 그는 헌법을 전공하는 이상 독일어, 영어 외에 프랑스어도 해두어야 한다고 생각하고는 도쿄제대 민법 교수 스에히로 이즈타로(末弘巖太郎)가 소규모로 진행한 프랑스어 강의에 참여하기도 했다. 그때 사용한 교재가 가스통 메이(Gaston May)의 『Introduction à la science du droit』였다.

3. 유학시대

키요미야는 1925년부터 1927년까지 2년간 재외연구원 신분으로 독일·오스트리아·프랑스·영국·미국에 유학했다. 그는 1925년 5월 일본 고베를 출발해서 34일간의 항해 끝에 프랑스 마르세유에 도착했다. 그는 곧바로 마르세유를 출발해서 독일 베를린을 거쳐 하이델베르크로 들어갔다. 그가 하이델베르크로 간 것은 거기서 체재한 경험이 있던 스승 미노베의 조언이 있었다. 당시 하이델베르크대 법학부의 공법은 게하르트 안쉬츠(Gerhard Anschütz, 1867-1948)³²⁾와 리하르트 토마(Richard Thoma, 1874-1957)가 맡고 있었다. 안쉬츠는 『Lehrbuch des deutschen Staatsrechts』를 저술했으며, 나중에 바이마르 헌법 주석서³³⁾를 쓰기도 했다. 또 안쉬츠와 토마는 『Handbuch des Deutschen Staatsrechts』³⁴⁾를 상·하권을 편저하는데, 이 책 저술에는 당대 유명한 공법학자가 총동원되었다. 키요미야는 풍부하고 충실한 내용을 담은 이런 책이 일본에도 필요하다고 생각했다.

키요미야는 거기서 안쉬츠의 ‘행정법연습’과 ‘법제사’ 강의를 들었다. 안쉬츠가 법제사를 강의한다는 것이 의외라고 생각했지만, 이때 그는 독일에서는 좁은 전문 분야에 구애받지 않고 폭넓은 연구와 강의를 한다는 것을 알게 되었으며, 이는 당시 일본의 학문 풍토와 다른 점이라고 생각했다. 안쉬츠는 법제사 강의 때 교재로 사용한 한

다름 아닌 미야자와였다.

32) 김효전 편, 독일의 공법학자들(1), 동아법학 제12호, 동아대학교 법학연구소, 1991, 474-475면 참고.

33) Anschütz, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis. Stilke, 14. Auflage, Berlin 1933.

34) Anschütz, Gerhard, Thoma, Richard (Hg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, 2 Bände, Tübingen 1930/1932.

스 페어(Hans Fehr)의 『Deutsches Rechtsgeschichte』를 수업시간 분량만큼 찢어서 들고 와서는 읽고 설명했으며, 수업 끄트머리에 다음 수업 내용을 약간 들어갔기 때문에 학생들의 주목을 받았다. 귀국해서 그는 안쉬츠 그런 수업 방식을 따랐다고 한다. 안쉬츠의 강의는 독창적이지는 않았지만, 강의 내용이 분명하고 요강이 훌륭했으며, 그것은 간명한 판서 내용에 잘 나타났다. 한편 토마는 신사다운 품모로 국법학을 강의했으나, 평범한 강의였다고 한다.

그는 당시 일본에 꽤 알려진 신칸트학과 철학의 한쪽을 맡은 하인리히 리케르트(Heinrich Rickert)가 마차를 타고 하이델베르크대에 와서 강의한 것이나, 그때는 막스 베버(Max Weber) 사후였으나 여전히 수업시간에 베버가 언급되었던 것을 기억한다. 안쉬츠와 토마는 하이델베르크대에서 옐리네크(Georg Jellinek)의 뒤를 이었는데, 옐리네크는 당시 일본에도 널리 알려진 공법학자로 미노베도 많은 영향을 받았다. 그래서 미노베는 역사가 있고 또 저명한 학자가 많았던 하이델베르크대로 키요미야가 가길 희망한 것이다.

당시는 신칸트학과와 헤겔 철학의 영향이 강할 때였다. 키요미야는 마침 하이델베르크대에 유학 와 있던 토호쿠제대(東北帝国大学) 철학 교수 타카하시 사토미(高橋里美)와 헤겔연구 모임을 했으며, 이후 타카하시가 프라이브루크대로 옮기고 나서는 그의 소개로 에드문트 후설(Edmund Husserl)의 강의를 청강했다. 이런 학문적 풍토 속에서 키요미야는 한때 공법학을 제쳐두고 독일 철학에 심취했다. 미노베가 훌륭한 학자였으나 철학 분야에는 연구하지 않았기 때문에, 혹시 자신이 미노베를 보충한다면 철학 분야를 깊이 하는 것이라고 생각했으나 뜻대로 되지는 않았다.

키요미야가 하이델베르크에 체재할 때 한스 켈젠(Hans Kelsen)의 『일반국가학』(Allgemeine Staatslehre)이 출간되었다. 그는 그것을 읽고 매력을 느껴 오스트리아 빈으로 가기로 했다.³⁵⁾ 키요미야가 간 여름 학기에는 켈젠의 일반국가학 강의는 없었고, 「현대 정치의 주요 흐름」(Politisch Hauptströmungen der Neuzeit)이라는 강의를 있었다. 이 수업에서 켈젠은 무정부주의·자유주의·보수주의·사회주의로 나누어 매시간 대표적인 학자의 저서를 들고 와서 해설하고는 나중에 자신의 견해를 밝히는 형식으로 수업을 진행했는데, 인상 깊은 강의로 기억한다.

35) 마침 그때 리츠메이칸대학(立命館大学)에서 와 있던 이스자키 타츠고로(磯崎辰五郎)와 동행했다.

키요미야는 켈젠의 세미나에서의 모습을 인상 깊게 기억한다. 그는 학생의 발표를 메모하면서 잘 듣고는 자상하게 질의응답을 이어갔다. 당시 켈젠은 46세의 나이로 학계에서 확고한 위치를 차지하여 다른 학자의 주장에는 가차 없이 비판할 때였지만, 강의실에서만큼은 겸손하고 자상한 모습으로 학생을 대했다.³⁶⁾

학기 말 빈을 떠나기 전 키요미야는 켈젠 자택을 방문했다. 켈젠 부부는 키요미야 일행을 환대하였고, 극동에 있는 일본에 관해 관심을 가지고 여러 가지 궁금한 것을 묻고 흥미 깊게 들었다. 그때도 켈젠이 보여준 모습은 예리한 켈젠이 아니라 교실에서 보여준 온화한 켈젠이었다. 켈젠은 헤어질 때 자신의 최근 모습을 담은 사진 한 장과 『일반국가학』을 요약하여 외국어로 출판하기 위한 독일어 저본 『Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates』라는 얇은 책을 키요미야에게 주었다. 귀국 후 이 책은 대학에서 원서강독 교재로 사용한 귀중한 문헌이 되었다. 빈대학에서는 켈젠 외에 그의 제자 격인 아돌프 메르클(Adolf Merkel), 알프레드 페어드로스(Alfred Verdross), 펠릭스 카우프만(Felix Kaufmann), 발터 헨리히(Walter Henrich) 등의 강의를 들었다. 행정법 전공자로 빈학과의 유력한 구성원인 메르클은 켈젠과 키요미야, 오다카 토모(尾高朝雄) 등 이른바 京城學派 핵심 구성원과의 소통 창구가 되었다.³⁷⁾

키요미야는 헌법을 전공하기 위해서는 독일계통에만 정통해서는 안 된다고 생각하고 프랑스·영국·미국을 차례로 방문했다. 프랑스에는 5개월 정도 체재했는데, 프랑스어를 잘하지 못해서 하숙집에 머물면서 아데마르 에스맹(Adhémar Esmein), 레옹 뒤기(Léon Duguit), 모리스 오류(Maurice Hauriou) 등 당시 많이 읽히던 프랑스 공법학자의 교과서를 읽었다. 영국에서도 5개월 정도 머물렀는데, 특정 대학에 적을 두지 않고 런던정경대, 옥스퍼드대, 케임브리지대 등 영국의 명문대학을 구경하는 정도였다. 런던에서는 당시 켈젠 정도로 유명했던 해롤드 라스키(Harold Joseph Laski)의 강연을 들었고, 옥스퍼드대에서는 허만 파이너(Herman Finer)의 강의를 듣기도 했다. 또한, 그가 들른 ‘British Museum Library’에는 일반서는 물론이고 전문서가 비치되어 있어서 자유롭게 열람할 수 있었으며, 독일에서 구할 수 없었던 책도 거기서 찾아 읽을 수 있

36) 清宮四郎, 「ケルゼン: 鋭利な学説と温和な人柄」, 鶴飼信成・長尾龍一編, 『ハンス・ケルゼン』(東京大学出版会, 1974), 157頁 以下.

37) 키요미야와 함께 경성학과를 형성한 동료 오다카 토모는 키요미야보다 뒤에 빈에 왔지만, 그는 켈젠 가족과 교제할 정도로 매우 가까운 사이가 되어 오랜 기간 켈젠과 깊은 관계를 유지했다고 한다.

었다. 헤겔 관련서로 아돌프 라손(Adolf Lasson)의 『System der Rechtsphilosophie』를 거기서 복사할 수 있었다.

미국에서는 1개월 정도 머물렀으나, 당시에는 미국 헌법에 큰 관심을 두지 않았다. 그러나 전후 일본에서 신헌법이 제정되고, 미국 로스쿨을 시찰할 기회가 있었으나 미국 헌법을 제대로 공부하지 않았기 때문에 관련 부분에 대해 깊이 있는 얘기를 할 수 없었다.

4. 경성제대시대

키요미야는 구미유학을 끝내고 1927년 귀국해서 경성제대에서 강의하게 된다. 당시 경성제대에는 헌법·행정법에 두 명의 교관이 예정되어 있었는데, 학교 방침은 교관 한 사람이 헌법·행정법을 전담하며, 헌법 전공자가 행정법도 강의한다는 것이다. 키요미야 외의 또 한 명의 헌법 전공자는 마츠오카 슈타로(松岡修太郎)³⁸⁾로 키요미야보다 1년 먼저 부임했다. 그러나 헌법과 행정법을 두 사람이 전담하는 방침은 당장에 실행하기 어려웠다. 그래서 얼마간은 마츠오카가 헌법, 키요미야가 행정법을 맡기로 했다. 강의를 처음 시작하는 그로서는 헌법 같은 큰 문제와 씨름하기보다는 비교적 세세한 문제를 다루는 행정법을 맡은 것이 나았다고 한다. 나중에는 키요미야가 헌법을 담당하는 일이 많았다. 당시 그는 미노베 교수의 교과서로 강의를 했으나 학생들은 교과서 내용을 장황하게 설명하는 것을 좋아하지 않았고, 오히려 개인적으로 조사한 깊이 있는 내용을 강의하는 것을 더 좋아했다.

키요미야는 경성제대를 매우 좋은 대학으로 기억한다. 학생 수가 적고, 우수한 학생이 많은 호사스러운 대학이었다는 것이다.³⁹⁾ 법문학부 학생이 전체 80명 정도밖에 되지 않아 금세 학생 이름과 얼굴을 기억할 정도였다. 전후 제1회 동창회가 서울에서 열렸을 때 명찰을 단 학생들의 얼굴과 이름이 금방 떠오를 정도였다. 당시 일본인 학

38) 홋카이도 출생의 공법학자, 도쿄제대 졸업, 경성제대, 가나자와대, 홋카이도대 교수를 거쳐 이후 홋카이도가쿠인대 교수. 마츠오카에 대한 자세한 것은 김효진, 경성제대 공법학자들의 빛과 그림자, 공법연구 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013.6. 273-275면 참고.

39) 이와 달리 유진오는 “경성제국대학이라는 것은 이름은 컸지만 시설은 형편 없었다”고 기억한다(나의 대학 생활 - 일제하 초기 법문학부 시절, 『다시 창랑정에서 - 유진오 수필집』, 창미사, 1985, 83면).

생과 조선인 학생은 절반 내지는 조선인 학생이 약간 많은 정도였다. 조선인 학생은 전국 13도에서 선발되어 왔기 때문에 학생 수준이 높았으며, 일본인 학생이 밀리는 경우가 있었다고 한다.

키요미야는 식민지 상황에도 불구하고 당시 대학 안은 본토보다도 자유로운 느낌이었다고 기억한다. 조선의 대학은 문부성 관할이 아닌 조선총독부 관할로 문부성 대신 보다 조선총독이 지위가 높았기 때문에 대학으로서는 이점이 더 많았다는 것이다.

경성제대 법학과 교수진은 국제법을 담당한 이즈미 아키라(泉哲)를 제외하고는 대부분이 삼사십 대의 젊은 층으로 구성되어 의욕이 왕성했다. 그들은 도쿄제대나 교토제대만을 경쟁상대로 생각하지 않고, 멀리 세계의 대학을 표방하면서 서로를 격려하고 의욕을 북돋아 주었다. 법철학의 오다카 토모(尾高朝雄)⁴⁰⁾, 로마법의 후나다 교지(船田享二), 형법의 후와 타케오(不破武夫), 상법의 니시하라 칸이치(西原寬一)⁴¹⁾, 행정법의 우카이 노부시게(鵜飼信成)⁴²⁾, 경제학의 시카타 히로시(四方博)·스즈키 타케오(鈴木武雄) 등의 교수는 가족처럼 지내면서 학문 공동체를 이루었다.⁴³⁾ 당시 경성제대에는 헤겔 저작을 읽고 토론하는 헤겔연구회가 있었으며, 구성원에는 키요미야를 비롯해, 오다카 토모, 아베 요시시게(安倍能成), 타나베 주조(田辺重三), 마쓰자카 사이치(松坂佐一) 등이 있었다. 이들은 오다카 집에 모여 헤겔 『법철학』(Rechtsphilosophie)⁴⁴⁾

40) 김창록, 오다카 토모오(尾高朝雄)의 법사상 : 오다카 토모오와 식민지 조선, 법사학연구 제 46호, 민속원, 2012.10. 참조

41) 니시하라에 관해서는 『교수의 일생: 해암 문흥주 박사고회기념문집』, 1987, 11-17면 참조.

42) 류애림, 경성제국대학 시기의 공법학자 우카이 노부시게, 아세아연구 제65권 제1호, 고려대학교 아세아문제연구소, 2022.3.31.; 長沢一恵, 戦前期における法学者・鵜飼信成の法学研究についての一試論—資本主義発達期の社会をめぐる政治と法の問題を中心に—, 植民地帝国日本における知と権力(松田利彦 編, 思文閣出版, 2019), 587-636頁.

43) 경성제대 시절 키요미야의 한스 켈젠의 『일반국가학』 번역에 대해 도쿄제대 요코타 키사부로(横田喜三郎)는 다음과 같이 평가했다. “경성제대 법문학부 교수들이 번역을 통해 정 말 말 그대로 학문적 협력을 보여주었다. 더구나 이러한 학문적 협력을 가능하게 하는 공기가 동 법문학부를 지배하고 있다. 법학 관계의 반 이상의 교수가 많은 시간을 할애하여 심대한 서적 번역에 실질적인 협력을 한다는 것은 실제로 학부 전체의 상호 이해와 일치적 협력의 공기가 있을 때 비로소 가능하다. 그것이 학문 연구를 위해 필요한 것은 말할 필요가 없다. 그럼에도 불구하고 실제로 그러한 예가 별로 많지 않은 것을 생각하면 어찌 면 당파적 싸움마저 교수 간에 행해지는 바가 있는 것을 생각하면 그러한 공기는 실로 경성제대 법문학부의 행복이기도 하고 명예이기도 하다. … 이 의미에서 우리는 동 학부에 대해 큰 경의를 표해야 한다”(石川健治, 「京城」の清宮四郎—『外地法序説』への道, 『帝国日本と植民地大学』(酒井哲哉, 松田利彦編), ゆまに書房, 2014. 353頁 再引用).

전체와 『대논리학』(Wissenschaft der Logik)⁴⁵⁾ 일부를 읽었는데, 모임은 각자 분담한 부분을 읽고 나중에 문제점을 이야기하는 방식으로 진행되었다. 매회 자정까지 이어진 토론에서 그는 오다카의 실력이 상당했다는 것과 법철학을 전공하는 것은 법학과 철학 양쪽을 모두 접근해야 하는 매우 어려운 일이라는 것을 알게 되었다.

키요미야에게 이 시절은 켈젠의 『일반국가학』 번역이 나오고, 또한 그의 ‘理論憲法學’을 대표하는 몇 개의 큰 논문이 차례대로 나오는 키요미야 자신의 학문 활동에서 매우 생산력이 왕성한 시기였다. 켈젠의 일반국가학 번역은 ‘京城帝國大學法學會’에서 논문집과 번역총서를 내는 과정에서 키요미야가 일반국가학 번역을 맡으면서 시작되었다. 난해한 일반국가학 번역은 경성제대 동료 교수의 도움을 받고, 또한 켈젠의 일을 맡아 보던 메탈(Aladar Métal)에게 물어가면서 수정했다.⁴⁶⁾ 일반국가학 번역은 강의에 쫓기는 고된 작업의 연속으로 완성하는데 7년이나 걸려 1936년에야 비로소 출간되었다. 일반국가학 번역을 통해 그는 번역이라는 것은 어학 능력 위에서 원저의 내용을 제대로 파악하는 힘이 있어야 하는 매우 힘든 작업이라는 것을 알게 되었다.⁴⁷⁾

경성제대 시절 키요미야의 학문적 관심은 ‘헌법’과 ‘국가작용’ 이론에 향했으며, 그런 방향은 이후에도 지속 되었다. 1931년에 쓴 「법의 정립·적용·집행」⁴⁸⁾은 빈 학파의 법단계설을 고려한 것으로, 법의 정립·적용·집행이라는 것은 모두 법의 실현 과정에서의 단계라는 것이다. 이 세 개의 구별은 상대적인 것에 불과하고, 입법·사법·행정의 구별은 제도상의 것으로, 모두가 원칙으로서 법의 정립·적용·집행의 면을 보인다는

44) G.W.F. 헤겔 / 임석진 역, 『법철학』, 한길사, 2008.

45) G.W.F. 헤겔 / 임석진 역, 『대논리학 I~III』, 자유아카데미, 2022.

46) “이 번역 출판에 대하여는 京城帝國大學法學會 사업의 하나로, 위 학회 관계 다수의 제 형으로부터 각별한 지도와 원조를 받았다. 특히 오다카 토모 형에게는 번역권 취득부터 출판에 이르는 일체에 걸쳐 오랜 기간 도움을 구하고, 번역 내용에 대하여도 전편을 통하여 다대한 교시를 받았다”(ハンス・ケルゼン 著 / 清宮四郎 譯, 『一般国家学』, 岩波書店, 1936. vii).

47) 초판은 표현이 어색하다는 비평도 있고 해서 지난해에 개판을 내었습니다. 이때에는 슈미트의 『Verfassungslehre』(헌법이론)를 번역한 지바대학(千葉大学)의 오부키(尾吹善人) 군에게 매우 귀중한 협력을 받았습니다. 케르젠/清宮四郎 訳, 『一般国家学』, 京城帝國大學法學會翻譯叢書, 岩波書店, 1936; 케르젠/清宮四郎 訳, 『一般国家学』, 岩波書店, 1971. (改版); 한스 켈젠 지음/민준기 옮김, 『일반국가학』, 민음사, 1990.

48) 清宮四郎, 法の定立、適用、執行, 法政論纂(第1部論集 第4冊), 京城帝国大学法文学会 編, 刀江書院, 1931.

것을 설명하였다.

1934년에 쓴 「違法の後法」⁴⁹⁾은 당시 중의원의원선거법 별표에서 각 선거구에서 선거하는 의원 수를 정하고 마지막에 “본법은 10년간 이를 更正하지 않는다”라고 규정하고 있지만, 10년이 안 되어 별표를 개정하였는데, 그 법률의 효력에 대해서 「위법의 후법」이라는 제목으로 검토한 것이다. “10년간 개정하지 않는다”는 규정은 입법 방침을 규정한 것에 불과한 것으로 법적 효력을 가지지 않는다고 보는 것이 미노베와 미야자와 두 사람의 학설이었으나, 키요미야는 이 규정도 위법의 후법이라고 보았다. 그리고 내린 결론이 ‘사실의 규범력’을 인정해야 한다는 것이다. 키요미야 스스로도 이것은 매우 궁색하고 여러 가지 문제가 있었지만, 일단 그러한 형태로 결론지었다는 것이다.

1938년에는 「헌법개정작용」⁵⁰⁾이라는 논문을 썼다. 이 논문은 헌법개정에 관한 규범은 근본규범과 보통의 헌법규범의 중간에 있는 특별한 규범이라는 것과 그 규범에 근거하여 헌법개정작용에는 한계가 있다는 것을 설명한 것이다. 이 논문은 1949년에 쓴 「헌법개정행위의 한계」⁵¹⁾와도 관련된다.

戰前 키요미야의 이러한 연구에 대해 탁상공론이라는 비판도 있었으나, 헌법개정과 관련하여 어느 정도 현실성을 띠었다는 점에서 가치를 인정할 수 있으며, 여하튼 이 세 논문은 키요미야 스스로는 켈젠의 순수법학을 뛰어넘겠다는 야심에 찬 논문이었다.

1931년 만주사변이 일어나고 사회가 불황에 빠지면서 학생들 취직이 대단히 어려운 시기가 있었다. 그 무렵인 1935년에 미노베의 ‘천황기관설사건’⁵²⁾이 발생했다. 미노베의 제자였던 키요미야는 경성제대에서 발매금지된 미노베의 『憲法撮要』를 교재로 사

49) 清宮四郎, 違法の後法, 公法学の諸問題: 美濃部教授還曆記念 第二卷(宮沢俊義 編), 有斐閣, 1934.

50) 清宮四郎, 憲法改正作用, 野村教授還曆祝賀公法政治論集(刑部莊 編), 有斐閣, 1938.

51) 清宮四郎, 憲法改正行為の限界, 法律タイムズ 3(4), 法律タイムズ社, 1949.

52) 도쿄제대 법학부의 미노베 타츠키치의 헌법 학설인 ‘天皇機關說’에 대해 1935년 2월 18일 귀족원에서 귀족원의원 키쿠치 타케오(菊池武夫)가 “국체에 대한 완만한 謀叛”이라고 비난하고 정부에 단호한 조치를 요구한 것에서 천황기관설사건이 시작된다. 국가주의단체나 재향군인회, 입헌정우회 등이 천황기관설 공격을 전개하는 속에서 정부는 8월과 10월에 성명을 발표하고 천황기관설을 ‘국체에 어긋나는 것’으로 배격하고, 미노베는 귀족원의원을 사직하게 되었다.

용하고 있었다. 이때 그는 고뇌에 차서 “玉碎할지 瓦全에 만족할지”⁵³⁾ 고민했다. 그는 도쿄제대 미야자와와 연락하고, 또 오다카를 비롯한 경성제대 동료와 상의한 후 인내하면서 상황을 예의주시하기로 했다. 그는 당시 이런 결정을 두고 만년에까지 무언가 속 시원하지 않은 것이 마음 깊은 곳에 남아 있는 것을 느낀다고 회고한 바 있다. 1936년 봄 미노베를 찾았을 때 미노베는 자신의 파문이 제자에게 영향을 미칠까 봐 노심초사했다고 한다. 당국에서 천황기관설사건을 조사해 봐도 별로 나오는 것은 없었지만 이 사건 이후 강의 환경은 매우 좋지 않았다. 이 사건에 관하여 학생들에게 비밀리에 설명한 한 적은 있었지만, 공공연히 할 수는 없는 상황이었다. 그는 당시에 비할 때 학문의 자유와 사상의 자유를 헌법에서 보장하고, 또 학문에 대한 억압으로부터 해방되어 격세지감이라고 하면서, 자유의 고마움은 직접 침해당했을 때 비로소 그 고마움을 알게 된다고 회고한다. 그는 천황기관설사건이 있고부터 10여 년간 일본에서 학문의 자유는 거의 없었지만, 공법학자 대부분이 시류에 편승하지 않고 권력의 시녀가 되지 않은 것은 메이지 시대의 자유민권운동과 다이쇼데모크라시 그리고 미노베가 수난 속에서도 절개를 지킨 것이라고 보았다.

그런 상황에서 키요미야가 중심이 되어 독일에서 박해를 받던 켈젠을 경성제대에 초빙하기 위한 움직임이 있었다. 켈젠이 경성제대에 오면 대학은 물론이고 일본 학계를 위해서도 대단히 좋은 일이라고 생각했다. 그러나 일본의 정세가 나빠지면서 실행되지는 못했다. 만약 켈젠이 경성제대에 초빙되었다면 일본의 학문 발전을 위해서 매우 좋았을 것이라고 한다. 켈젠이 1933년 대학에서 파면되었고, 또한 그때 경성제대의 오다카가 켈젠과 매우 가까운 사이였기 때문에 본격적으로 추진했으면 켈젠이 왔을 것으로 생각했다.⁵⁴⁾

키요미야는 1941년 경성제대 시대를 끝내고 일본의 토호쿠제대로 옮기게 된다. 이 무렵 토호쿠제대의 타카하시 사토미(高橋里美), 키무라 카메지(木村亀二), 그리고 강사로 와있던 미야자와가 사토 우시지로(佐藤丑次郎)의 후임으로 키요미야를 추천했다. 그는 경성제대에 남고 싶었으나, 새로운 환경에서 공부하고 싶은 마음이 컸기 때문에

53) 石川健治, 統治のヒストリーク, 『危機の憲法学』(奥平康弘·樋口陽一 編), 弘文堂, 2013. 19頁.

54) 키요미야는 “당시 일본의 정황은 유대계의 민주·자유주의자인 켈젠을 맞이하는 데 적합하지 않은 것으로 되었기 때문에 결국 아무런 진전도 보지 못하고 몇 사람 간의 사전 협의로 끝나버렸습니다”고 회고한 바 있다(清宮四郎, 『私の憲法学の二師・一友』, 『公法研究』 第44號(日本公法学会 編), 1982. 10. 16頁).

전임을 결정했다.

5. 헌법문제조사위원회

키요미야는 1945년 10월 25일 시데하라(幣原喜重郎) 내각 하에 설치된 헌법문제조사위원회(憲法問題調査委員會)⁵⁵⁾에 위원으로 들어갔다. 위원장은 국무대신 마츠모토 조지(松本烝治)였고, 고문에는 미노베, 노무라 준치(野村淳治), 시미즈 토오루(清水澄)였다. 교토대의 사사키 소이치도 예정되어 있었으나 참여하지 않았다. 학자 위원에는 도쿄대 미야자와 토시요시, 큐슈대 카와무라 마타스케(河村又介), 토호쿠대의 키요미야 세 사람이었다. 정부 측 위원으로는 법제국장관 나라하시 와타루(檜橋渡), 법제국 제2부장 사토 타츠오(佐藤達夫), 법제국 제1부장 이리에 토시오(入江俊郎), 귀족원 서기관장 고바야시 지로(小林次郎), 중의원서기관장 오오이케 마코토(大池眞), 추밀원 서기관장 이시구로 타케시게(石黒武重)였으며, 이후에는 사법성과 대장성(大蔵省) 국장도 참가했다. 그는 위원 전체가 관료나 제국대학 교수로 색채가 뚜렷했으며, 이런 구성으로는 그런 큰일을 할 수 없으리라 생각했다.

1945년 10월부터 1946년 2월 사이에 고문까지 참석하는 총회는 7회 개최되었고, 소위원회는 그때그때 개최되었다. 위원회는 애초에 학문적으로 접근하기로 하고, 세 가지 방침, 즉 “헌법개정이 필요한지”, “필요하다면 어떤 점이 문제인지”, “필요한 점을 어떻게 개정할 것인지”라는 관점에서 논의하기로 했다. 위원회 심의는 메이지 헌법을 제1조부터 축조적으로 심의했으며, 그때 주로 발언한 사람은 마츠모토 위원장과 미노베 고문이었다. 위원회에서 헌법을 개정하자는 강한 의견이 나오지 않았는데, 위원 면면을 보면 충분히 예상할 수 있다. 마츠모토가 위원회에서 4대 원칙, 즉 천황통치권 총람, 의회의결사항 확대, 대권 사항 축소, 국민의 자유와 권리 강화를 얘기했으나, 위

55) 시데하라 내각에 설치된 헌법개정 조사연구를 목적으로 한 위원회로 위원장에 마츠모토 조지(松本烝治)가 취임하고부터 ‘마츠모토위원회’라고 부른다. 1945년 10월 27일부터 1946년 2월 2일 사이에 총회가 7회, 조사회·소위원회가 15회 개최되었다. 당초 학문적 조사·연구를 주안으로 하고 헌법개정을 목적으로 하지 않았지만, 점차 GHQ나 의회·여론에 응하는 형태로 헌법개정안의 책정 방향으로 나가고, 마츠모토 사안인 「헌법개정사안」(憲法改正私案)과 위원회의 두 가지 안「헌법개정요강」(甲안), 「헌법개정안」(乙안)이 작성되었다. 이 중 甲안이 GHQ에 제출되고 거부된 후에는 토의 중심이 GHQ초안으로 옮겨갔기 때문에 사실상 위원회는 그 임무가 끝이 났다.

원회에서 특별히 심의하지는 않았으며, 포츠담선언도 별도로 검토하지 않았다.

당시 연구자뿐만 아니라 일본 여론은 포츠담선언 수락이 천황의 통치 대권을 부정하는 것이 아니라는 대전제가 있었다. 포츠담선언에 어떤 내용이 쓰여 있어도 일본의 國體가 바뀌지 않는다는 것은 공통의 대전제로 되어 있었다. 그래서 메이지 헌법을 어느 정도 손보면 살릴 수 있을 것으로 생각했다.

애초 심의는 천천히 진행되었으나 연말이 가까워지면서 국제관계 등 외부 환경으로 인해 급히 안을 만들어야 했기 때문에, 1월 초에 위원장 안을 甲안, 위원이 만든 안을 乙안으로 해서 정부에 제출했다. 甲안을 정부안으로 했으나, 그것은 연합군최고사령부(GHQ: General Headquarters)의 승인을 얻지 못하고 ‘맥아더 안’으로 변경되었다. 그것이 3월 6일 정부안으로 발표되었는데, 미노베와 키요미야는 이 사실을 신문을 보고 알고는 대단히 분개했다고 한다. 키요미야는 그간에 있었던 사정을 위원장과 법제국 관계자 정도는 알고 있었을 것으로 생각했다.

맥아더 안이 정부 안이 되고 마츠모토 안이 거부된 것은 위원회 구성을 포함한 위원회 자체의 책임도 있었다. 이런 것을 왜 사전에 심의하지 못했는가라고 한다면 키요미야 자신도 그 책임에서 자유로울 수 없다는 것이다. 이와 관련해서 정리하면, 첫째, 마츠모토·미노베 두 사람의 의견이 지배적이었고, 천황 문제 등에 대하여 처음부터 거의 다루지 못했다. 인권 문제에 관해서도 얘기하지 못했고, 사회권 문제도 별로 반영되지 못했다. 또한, 평화 문제도 거의 다루지 못했는데, 이와 관련해서 군사국장이 와서 위원회 위원인 나라하시 와타루 법제국장관과 면담하고는 군사에 관한 것은 일절 안에서 제외하라는 관여가 있었다고 한다.

위원회 안이 메이지헌법과 별로 차이가 없었기 때문에 그렇게 된 것이 아닌가 생각한다. 메이지 헌법에 손을 댔으면 좋지 않았나 생각하지만, 키요미야와 미야자와는 전체 위원회 말석에서 그런 얘기를 할 수 없었다고 한다. 마츠모토 안이 사회권 등 인권 조항에 손을 좀 대었다면 결말이 달라졌을 수도 있었다. 정부안이 나왔을 때 비교 헌법적으로 바이마르헌법과 유사하다는 인상을 받았으나, 위원회에서는 이 정도 가까이 하지 못했다는 것을 나중에 깨닫게 되었다.

1946년 11월 3일 신헌법이 공포되고 신헌법 계명보급회 운동이 있었다.⁵⁶⁾ 키요미야

⁵⁶⁾ 1946년 12월 1일 “신헌법 정신을 보급·철저히 하고, 이를 국민 생활의 실제에 침투하도록 계발운동을 하는 것”을 목적으로 憲法普及회가 설립되어, 헌법공포 후 1년간에 걸쳐 이용

는 당시 토호쿠대학에 있었던 관계로 보급회 활동에 참여하는데, 토호쿠지역 여섯 개 현과 시골까지 신헌법을 설명하러 다녔다. 당시 낮에는 오전·오후 강의를 하고 밤에는 신헌법 질문을 받는 일을 12월 말까지 계속했으나, 메이지 헌법 때보다 신헌법 보급 운동 때가 수월했다고 한다.

6. 헌법문제연구회

정부 주도의 계몽시대가 저물고 다른 의미에서의 개헌론이 나오면서 1956년 ‘憲法調査會’⁵⁷⁾가 만들어졌다. 내각법제국과 위원장 타카야나기 켄조(高柳賢三)의 권유가 있었으나,⁵⁸⁾ 단순한 조사회가 아니라 개헌에 향해있었고, 또한 국회의원이 위원으로 참가하고 있어서 키요미야는 참여하기 어렵다고 생각하고 응하지 않았다.

이후 그는 1958년 ‘憲法問題研究會’에는 발기인⁵⁹⁾으로 참여하고, 이 연구회만은 계속해서 참여했다. 도쿄와 교토 두 곳으로 나뉘어 운영된 연구회는 유력한 구성원 오오우치 효우에(大内兵衛)와 와가즈마 사카에(我妻榮) 두 사람이 나오지 않으면서 해산했다. 이 연구회에는 다양한 학문 영역의 인사들이 모여 연구회를 조직하여 일본 헌법 문제의 가장 중요한 시기에, 메이지 이래 일본 지식인 역사 속에서도 역사에 남을 많은 역할을 담당했다. 이러한 모임이 20년간 이어졌다는 것은 회원 각각의 전문성이나 사고방식과 입장을 떠난 공통의 사명감이 컸기 때문에 가능했다는 것이다. 이는 헌법문제연구회 설립 취지에 나타난다.⁶⁰⁾

가능한 미디어 전체를 동원한 활동이 전개되었다. 설립 배경에는 일본 정부가 스스로 보급 활동을 하는 것이 대외적으로 중요하다고 한 GHQ의 강력한 지도가 있었다고 한다. 동회 설립 후 곧바로 보급 활동에 착수하여 우선 활동의 중핵을 담당하는 공무원 양성을 목적으로 이듬해 2월 15일부터 4일간 도쿄대학 야스다강당(安田講堂)에서 특별 강습회를 개최했는데, 그때 강연록이 『신헌법강화』(新憲法講話)이다. 『신헌법강화』가 보급 활동을 하는 사람을 양성하는 교과서라는 성격이 강했던 것에 대해서, 『새로운 헌법 밝은 생활』(新しい憲法明るい生活)은 직접 국민 보급을 도모하기 위해 간행되어 전국 각 가정에 배포되었다. 『사업개요보고서』(事業概要報告書) 『신헌법강화』는 5만부, 『새로운 헌법 밝은 생활』은 2,000만부 발행되었다.

57) 1956년 6월 11일 「憲法調査會法」에 따라, 일본국헌법을 검토하여 관계 제 문제를 조사·심의하는 것을 목적으로 내각에 설치된 기관이다.

58) 조사회 참여에 관해 미야자와와 뜻을 같이 하지 않고 각자가 자유롭게 판단하여 결정하기로 했다.

59) 大内兵衛, 清宮四郎, 宮沢俊義, 湯川秀樹, 茅 誠司, 恒藤恭, 矢内原忠雄, 我妻榮

7. 일본공법학회

키요미야는 1962년부터 1969년까지 초대 회장 미야자와에 이어 일본공법학회의 두 번째 회장을 역임한다.⁶¹⁾ 일본 공법학회는 현재 회원 수 1,200명을 넘는 헌법·행정법 등 공법 분야의 일본 최대 규모의 학회 조직이다. 이 학회는 1948년 3월에 창립하였으며, 미야자와·타나카 지로(田中二郎)·키요미야가 설립을 주도했다.

전전 독일국법학자협회(Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer)을 보고 일본에도 이런 학회가 있으면 좋겠다고 생각했지만⁶²⁾, 당시 학계를 주도하던 미노베와 사사키 등 선배 학자가 어떤 생각을 하는지 알 수 없었기 때문에 구체적 실천은 하지 못했다. 공법학회 창립 후 원로 교수가 만년에까지 나왔던 것을 보면 전전에 설립하고자 했다면 가능했을 것으로 생각한다. 공법학회 창립 당시 20명 정도가 학회에 나왔지만, 회원 수가 급속히 늘어나 200명이던 것이 1978년 800명을 넘고 현재는 1,200명을 넘는다. 공법학회 창립으로 그간 개인 연구 중심에서 학자 상호 간 협력과 특히 젊은 유능한 학자와 중진 교수와의 교류가 활성화되어 연구 성과가 본격적으로 나오게 되었다. 전전 이런 학회가 있었다면 과거 천황기관설사건에서도 학자들이 한목소리를 내어 저항하는 것도 가능했을 것이라고 한다.

60) “지금 만약 이 헌법의 제 조장의 해석이 일부의 견해에 의해 왜곡되고, 머지않아 그것이 공정해석으로 여론을 지배하게 되면 일본의 재상에 진력한 국민의 10년간에 이르는 노력은 헛되게 좌절하고, 우리가 희구하는 평화와 자유의 원리는 마침내 발전이 저지되는 데 이를 것이다. 다수의 국민이 헌법개정 문제의 전도에 깊은 관심을 가지는 것도 이러한 이유에 기초한다고 생각한다. 우리는 이러한 사태의 초래를 미연에 방지하겠다는 의도로 헌법의 기본원리와 그 조장의 의미를 가능한 한 정확하게 연구하고 이 문제에 관심을 가지는 국민 각층의 참고에 제공하겠다고 생각했다. 그 때문에 헌법학 및 그 외의 법학, 정치학 및 인접 과학의 양식 있는 연구자를 모시고 헌법 문제를 제 종의 각도에서 연구하고자 한다”(憲法問題研究会設立の勧誘狀, 1958. 5. 28).

61) 역대회장: 宮沢俊義(1948~1962), 清宮四郎(1962~1969), 鵜飼信成(1969~1973), 田中二郎(1973~1980), 佐藤功(1980~1986), 芦部信喜(1986~1992), 塩野宏(1992~1998), 樋口陽一(1998~2004), 佐藤幸治(2004~2007), 高橋和之(2007~2010), 小早川光郎(2010~2016), 長谷部恭男(2016~現在)

62) 高田 篤, ドイツ国法学者協会と日本公法学会, 文明と哲学: 日独文化研究所年報(11), 日独文化研究所, 2019.

8. 전후 저서와 사망

학자 중에는 다작하는 경우와 저서를 거의 내지 않는 경우가 있는데, 전자가 미노베와 미야자이고 후자가 경성제대 철학의 타나베 주조(田辺重三)나 국제법의 소가와 타케오(祖川武夫)이다. 키요미야는 명성에 비교하면 저작이 적은 편으로 후자에 속한다.

키요미야는 전후 세 권의 대표적인 저서가 있다. 첫 번째가 『권력분립제 연구』⁶³⁾이다. 이 책을 쓰게 된 배경은 자신의 헌법학 연구의 일부이고, 또한 외국에는 권력분립제에 관한 책이 많이 나와 있었으나 일본에서는 없었기 때문에 집필했다는 것이다. 이 책은 권력분립에 관한 초보적이고 일반적 내용을 다룬 것으로, 로크와 몽테스키외의 학설과 제도로서 미국과 프랑스를 소개한 정도이다. 이후 권력분립제의 학설 원칙과 영국의 문제와 같이 애초에 다루지 못한 학설과 이러한 것들이 일본 헌법과 어떤 관계가 있는지 등을 보완하고자 했으나 결국에는 하지 못했다.

두 번째는 교과서 『憲法要論』⁶⁴⁾이다. 키요미야는 교과서를 비교적 늦게 낸 편이다. 그는 교과서를 집필하기 위해서는 헌법학상의 문제를 논문으로 먼저 쓰고 난 뒤에 해야 한다고 생각했으나, 그 작업은 너무 많은 시간이 소요되어 일생 동안 할 수 없다고 생각하게 되어 1952년에 『헌법요론』을 내게 되었다. 나중에 다시 고쳐 쓰겠다고 생각했으나, 책은 한번 쓰고 나면 근본부터 다시 고친다는 것은 불가능하다는 것을 알았다. 다만 이 책은 이후에 나오는 『憲法 I』⁶⁵⁾을 쓸 때 도움이 되었다.

『헌법요론』·『헌법 I』과 같은 교과서를 집필할 때는 우선 체계 전체 구성을 궁리하고, 국내외 문헌을 가능한 한 널리 아우른 다음 자기 생각을 정리하는 것이다. 이 작업은 실제로는 매우 힘들고 고된 일이다. 『헌법 I』은 출판사 ‘有斐閣’의 ‘法律學全集’에서 헌법을 두 부분으로 나누어 ‘I’은 통치기구, ‘II’는 인권으로 해서 미야자와와 각각 담당하기로 했다. 그런데 당시 미야자와가 병중에 있는 관계로 자신이 『헌법 I』을 먼저 쓰고 미야자와가 나중에 『헌법 II』를 쓰게 되었다. 책 내용의 통일성을 기하기 위해 미야자와와 상의하지 않고 각자 분담한 부분을 독자적으로 집필했다. 전집으

63) 清宮四郎, 權力分立制の研究, 東京: 有斐閣, 1950.

64) 清宮四郎, 憲法要論, 東京: 法文社, 1952.

65) 清宮四郎, 憲法 I, 東京: 有斐閣, 1957.

로는 보기 드물게 책이 많이 판매되어 집필자로서 책임감을 느꼈다고 한다.

이후 그는 사법시험위원, 외교관시험위원, 공무원상급직시험위원 등으로 활동했으며, 또 일본학술회의회원, 일본학사원회원을 지냈다. 토호쿠대학 정년 후에는 니혼대학(日本大学), 툏쿄대학(獨協大学)에서 헌법 강의와 연습 과목을 담당했다.

키요미야는 제자들과의 좌담회가 있는 10년 뒤인 1989년 10월 22일 91세를 일기로 생을 마감했다.

Ⅲ. 키요미야와 그의 헌법학에 관한 기억

키요미야는 구미 유학을 마치고 돌아온 1927년부터 1941년까지 경성제대 교수로 근무하는 동안 소장 공법학자로 의욕적인 연구자의 삶을 살았고, 또한 식민지 조선의 유일한 고등교육기관이었던 경성제대 전체상을 목도한 사람이기도 하다. 이에 식민지 조선의 선택받은 엘리트 조선인 학생이 키요미야와 그의 헌법학을 어떻게 기억하는지 알아보는 것은 키요미야와 그의 헌법학을 이해하는 중요한 소재가 될 것으로 생각된다.⁶⁶⁾

1. 유진오

문학가이면서 사실상 우리 헌법의 기초자라고 할 수 있는 유진오(俞鎭午, 1906-1987)⁶⁷⁾가 키요미야를 어떻게 기억하는지 살펴볼 필요가 있다. 한국 법학에서 ‘최초’라는 타이틀이 붙는 유진오에게 헌법학 영역도 예외일 수 없는 만큼 경성제대 시절 헌법학과 그 주변에 대한 기억은 키요미야 헌법학을 살펴보는 중요한 요소일 것이다.

키요미야가 경성제대에 헌법·행정법 제2강좌 담당 조교수로 부임한 것은 유진오가 2학년 때인 1927년이었다. 그러나 장차 헌법학자가 되는 유진오가 여러 회고에서 키

66) 이에 관하여는 김효전, “淸宮四郎의 경성제국대학 시절”, 헌법학연구 제19권 제2호, 한국헌법학회, 2013. 6. 507-556면에 의존하였으며, 필자가 추가로 파악한 내용을 더하였다.

67) 김효전, 유진오 『헌법해의』(명세당, 1949, 230쪽), <서평 특집: 한국의 법학 명저>, 법학 제48호, 서울대학교 법학연구소, 2007, 197면. 한편 유진오의 연보 및 저작목록은 유진오 헌법사상의 형성과 전개, 한국학술정보(주), 2006, 353-386면 상세.

요미야를 언급한 곳은 보이지 않는다. 유진오가 키요미야나 그의 헌법학을 언급하지 않은 것은 그로부터 특별한 인상을 받지 못했는지, 헌법 수업을 직접 듣지 않았는지, 아니면 애써 외면했는지 알 수 없다.⁶⁸⁾ 이와 달리 키요미야는 수십 년 후까지도 유진오를 아주 우수했던 학생으로 기억했으며⁶⁹⁾, 1966년에 경성제대 졸업생과 한국을 방문했을 때 “유진오 씨 등 제자를 만날 것이 기쁘다”⁷⁰⁾고 말했을 정도로 유진오를 또렷이 기억하고 있었다. 또한, 유진오가 2학년 때 수강한 행정법총론과 행정법각론 중에서 적어도 한 과목은 키요미야에게서 들었을 가능성이 많다는 점에서, 그 둘 사이에 학문적 접촉이 전혀 없었던 것은 아닐 것이다. 이와 관련한 그의 회고를 들어보자.

내가 법이론에 진정한 흥미를 느끼기 시작한 것은 역시 2학년때 행정법 강의에서 「켈젠」의 「법적 단계설」을 소개받았을 때였던 것으로 생각된다. 「켈젠」의 이론은 치밀하고 논리적 철학적이어서 구미에 당겼다. 그리고 보면 3학년때 내가 법리학, 법철학 강의에 한층 더 재미를 붙인 것은 당연한 일이었으나 거기에는 교수가 박식한데다가 口辯까지 좋았던 것이 또한 작용하였다. 동경제대 법학부를 졸업한 후 다시 경도제대로 가서 철학을 전공하였다는 「오다까」(尾高朝雄) 교수는 학생복을 입은 채로 교단에 섰다. 일본의 재벌 시부사와(渋沢栄一)의 외손자라했다. 그에게 걸리면 난해한 「칸트」의 비판철학도 「리케르트」의 가치철학도 「후셀」의 현상학도 세모꼴이나 일차방정식을 보는 것 같이 간단하게 설명되었다.⁷¹⁾

68) 학창시절 유진오가 헌법에 그다지 흥미를 느끼지 않은 것은 그가 들었던 마츠오카 슈타로의 헌법 강의가 지적 호기심을 불러일으키지 못했던 것이 아니었나 생각된다. 이에 대해 그는 다음과 같이 회고한다. “헌법은 다른 과목과 달라서 정치학이나 국법학과 법학의 중간쯤 되는 성질을 띠고 있어서 나오서는 흥미를 가지고 공부할 수 있는 과목이었는데 담당교수가 헌법시험에는 교과서(「미노베」(美濃部達吉) 「憲法概要」)를 가지고 와도 좋다 해서 공부를 별로 안 하게 된 것이었다(유진오, 박식한 오다까 교수, 片片夜話 24, 동아일보, 1974.3.28).

69) 京城帝國大學創立50周年記念誌編纂委員會, 『紺碧遙かに』, 東京: 京城帝國大學同窓會, 1974. 722頁.

70) “지난 30일 하오 29명의 「경성제대」 일본인 졸업생들이 관광단의 이름으로 내한, 29일에 온 82명의 경성중학 졸업생들과 함께 일본인들로 공항은 붐비고 있다. 「경성제대」 창설 때부터 교편을 잡았었다는 「기요미야·시로」(67)씨를 단장으로 내한한 이들의 대부분은 법문학부 출신들이다. 『유진오씨 등 제자를 만날 것이 기쁘다』는 「기요미야」씨는 일본에서도 손꼽는 헌법학자라고. 제일교포의 법적 지위 향상을 위한 당면과제의 질문을 받고 『관광객이 무슨 논평이 있겠느냐』고 회피, 한국서 12년간 있었다는 이 노 교수는 「경성제대」를 창설하여 1회 학생들과 학교를 키우기 위해 함께 힘썼던 시절이 가장 인상에 남는다고 했다.” 중앙일보, 1966. 5. 2.

그가 2학년 때 수강한 행정법 강의를 언급하면서 켈젠의 법단계설에 매료되었다는 회고에 의할 때 그 강의 담당자가 키요미야였을 것으로 생각된다. 특히 담당 교수가 켈젠의 법단계설을 행정법 시간에 설명했다는 것은 헌법 및 행정법 제2강좌 담당 키요미야였을 가능성이 높다.⁷²⁾ 이와 함께 그는 경성제대 조선인 학생들이 학문적으로 하나 같이 추앙했던 오다카 교수에 대해서 언급하고 있다. 여기서 알 수 있듯이 유진오는 자신의 지적 호기심을 불러일으키는 학문적으로 뛰어난 교수에게 흥미를 보였던 것 같다. 그도 그럴 것이 관비유학생 출신의 법학자 유치형(兪致衡, 1877-1933)⁷³⁾을 아버지로 둔 그에게 법학을 보는 눈이 다른 조선인 학생들과 다르지 않았을까 생각된다.⁷⁴⁾

키요미야가 경성제대로 온 것은 도쿄제대 시절 스승 미노베의 추천에 의한 것이었다. 또한, 키요미야는 구미유학 중 켈젠에게서 직접 사사하여 켈젠의 『일반국가학』을 번역하고, 자신의 헌법학에 켈젠이론을 적용하기도 하는 등 일본 내 대표적인 켈젠주의자 중의 하나로 평가되었다. 키요미야도 자신의 헌법학에서 두 스승으로 켈젠과 함께 미노베를 이야기할 정도로 그 두 사람에 대한 존경과 그들의 키요미야에 대한 영향은 다대했던 것으로 알려진다. 그렇다면 유진오에 대한 미노베나 켈젠의 영향에는 키요미야도 한몫 담당했던 것이 아닌가 생각된다. 물론 헌법개정의 한계라든가 입법의 한계 등을 언급한 부분에서 키요미야의 직접적인 영향도 군데군데 눈에 띈다. 그러나 어디까지나 단편적인 이야기일 뿐이고, 그의 사상의 핵심에 다다를 정도로 심각하게 받아들이고 있는 것은 아니다.⁷⁵⁾

71) 유진오, 박식한 오다카 교수, 片片夜話 24, 동아일보, 1974.3.28

72) 이는 키요미야의 회고와 일치한다(본고 9면 참조). 키요미야가 구미유학 후 귀국해서 맡은 강의가 헌법이 아닌 행정법이었으므로 유진오는 그의 행정법강의를 수강한 것이다. 그리고 그는 키요미야라고 밝히지는 않았지만 행정법 강의 시간에 소개된 켈젠의 법단계설이 인상 깊었다고 한다. 가정이지만 마츠오카가 아니라 키요미야가 헌법을 강의하고, 또 그 강의를 유진오가 수강했다면 키요미야에 대한 유진오의 영향이나 평가는 사뭇 달랐을 지도 모른다.

73) 이에 관하여는 유치형, 헌법, 아세아문화사, 1981; 國分典子, 兪致衡과 穂積八束: 한일 초기 헌법론의 비교, 法史學研究 제23호, 민속원, 2001. 4; 법학연구소 간행부, 유치형 일기, 법학 제56호, 서울대학교 법학연구소, 1983.12 참조.

74) 이에 관하여는 이영록, 유진오 헌법사상의 형성과 전개, 한국학술정보(주), 2006, 27-35면 참조.

75) 이영록, 유진오 헌법사상의 형성과 전개, 한국학술정보(주), 2006, 40-41면.

켈젠은 해방 전후를 불문하고 유진오의 저작 중에서 가장 빈번히 인용되고 있는 인물이다. 그가 켈젠에 대하여 그토록 집요하게 관심을 표하게 된 것은 경성제대 조수 시절을 전후로 일어난 일본의 켈젠 붐에서 그 원인을 찾을 수 있다. 1920년대 켈젠 저작물의 번역에서 비롯된 일본의 켈젠 수용은 1931년부터 1936년까지 요코다 키사부로(横田喜三郎)를 위시하여, 키요미야, 구로다 사토루(黒田覺), 오다카, 나카노 토미오(中野登美雄), 미야자와 등 쟁쟁한 소장학자들의 켈젠 연구로 이어짐으로써 그 절정에 이르렀다.⁷⁶⁾ 특히 직접적으로는 앞에서 언급했듯이 유진오의 법문학부 시절 교수였던 오다카와 키요미야의 영향이 컸다. 유진오가 오다카와 키요미야의 그러한 입장을 그대로 받아들였던 것은 아니다. 그러나 그들이 유진오가 켈젠을 이해하고 받아들이는 방식에 영향을 미쳤음은 분명하다.⁷⁷⁾ 이에 의할 때 유진오는 키요미야와 오다카를 매개로 당시 독일이나 유럽 공법학이나 법철학 분야의 최신 이론을 접하는 계기를 마련한 것이 아니었을까 생각된다. 그들로부터 법학을 배우고 서구 법학이론을 접하면서 지적 호기심도 가지게 되었고, 고문 합격에 관심이 없었던 그가 장차 자신도 이름난 법학자로 성장하겠다는 포부를 가지는데 영향을 미쳤을 것으로 생각된다.

2. 이항녕

우리나라 법사상사의 큰 산으로 평가받는⁷⁸⁾ 이항녕(李恒寧, 1915-2008)⁷⁹⁾은 키요미

76) 山下威士, ハンス・ケルゼンと日本の憲法学 (公法学における人と学説), 公法研究 通号44, 日本公法学会, 1982.10. 96-111頁.

77) 이영록, 유진오 헌법사상의 형성과 전개, 한국학술정보(주), 2006, 96-97면.

78) 김창록, 「이항녕의 법사상 I: 식민지 조선의 법학도」, 법사학연구 제49호, 민속원, 2014. 4. 150면.

79) 1915년 충남 아산 출생으로 경성 제2 공립 고등보통학교를 졸업하고, 경성제국대학 예과 문과 을류에 입학해 법문학부 법학과를 졸업했으며, 일본 고등문관 행정과 시험에 합격한 뒤 조선총독부 학무국 속(屬), 하동군수, 창녕군수를 거쳤다. 해방 후 부산 청룡국민학교 교장, 경남 양산중학교 교장, 양산농업고등학교 교장을 거쳐, 부산 동아대학교, 부산대학교, 성균관대학교, 고려대학교에서 법학 교수 및 법대 학장 생활을 했으며, 홍익대학교 총장을 역임했다. 국회 문교분과위원회 전문위원, 유네스코 한국 위원, 경향신문 논설위원, 대한민국 학술원 회원, 도서잡지윤리위원회 위원, 방송윤리위원회 위원장, 국제펜클럽 한국본부 고문 등으로 문화·예술 분야에서 활약했고, 제9대 문교부 차관을 지냈다. 『법철학적인 인간학』, 『법철학개론』 등 법학 관련 책을 저술했으며, 수필집 『깨어진 그릇』, 창작집 『사적이유서』, 소설 『교육가족』, 『청산곡』 등을 출간했다.

야와 그의 헌법학 강의를 놀랄 만치 또렷이 기억한다. 그가 남긴 기록을 정리한 유고집 『작은 언덕 큰 바람(小阜長風)』⁸⁰⁾에는 경성제대 시절 법학 교수진과 수업에 관한 상세한 증언이 나온다.⁸¹⁾ 그 중 ‘조국(肇國)의 정신과 법률’이라는 제목의 글에서 키요미야를 언급하고, 또 당시 일본 헌법학계의 사정도 자세히 적고 있다. 글 첫머리에 당시 경성제대에서 헌법을 담당한 교수가 키요미야였고, 그는 켈젠학파에 속했으며 켈젠의 『일반국가학』을 번역했다고 소개한다. 이항녕이 경성제대를 다닐 때 키요미야는 켈젠에 사사 후 경성제대에 부임하여 일반국가학 번역의 막바지 작업을 할 때였다. 재외연구원으로 유럽, 특히 오스트리아 빈대학에서 켈젠 문하에서 공법학을 공부하고 돌아와서 연구에 몰두할 때였기 때문에 수업시간에 켈젠과 그의 헌법학에 관한 얘기를 자주 했을 것이다.

그리고는 당시 일본 헌법학계 상황을 상세히 알려준다. 도쿄제대의 미노베는 헌법학의 태두이고, 그의 『헌법철요』는 헌법학 고전에 속했다는 것이다. 철저한 자유주의자인 미노베가 국가법인설을 주장하면서 천황도 국가의 기관에 불과하다고 하여 대학에서 물러나고 그의 『헌법철요』가 발금된 이른바 천황기관설사건을 소개한다. 또한 교토제대 형법 교수 다키가와 유키토키(瀧川幸辰)의 필화 사건을 소개하면서 군국주의가 한창이던 일본에서 학자 탄압이 있었다는 점을 상기한다. 이런 당시 학계 분위기에서 키요미야의 처신을 단적으로 보여주는 이항녕의 다음과 같은 기억이 있다.

80) 이항녕, 『작은 언덕 큰 바람(小阜長風) - 소고 이항녕 선생 유고집』, 나남, 2012.

81) 이항녕의 경성제대 시절 기억을 도쿄대 이시카와 켄지 교수는 다음과 같이 다음과 같이 밝히고 있다. “소고 이항녕은 2008년 93세로 서거했으며, 그 후 서제에서 학생시대의 노트가 대량으로 발견되었다. 청량리 「예과」 강의노트 세트(오다카 토모(尾高朝雄) 「法制」를 포함하는 거의 완전한 라인업)와 동승동 법문학부에서 받은 강의 중 특히 「오다카 모임(kreis)」이라고 할 수 있는 제 교수의 강의 노트(오다카 「법철학」, 키요미야 「헌법」 후나다(船田享二) 「羅馬法」, 소가와(祖川武夫) 「국제공법」, 후와(不破武夫) 「형법」)로 되어 있다. 달필인 이항녕으로서는 빠르게 쓴 것으로, 모두 상당히 빠른 말속도의 강의였다고 상상된다. 특히 열심히 청강한 오다카 강의에 대하여는 모두 훌륭한 노트가 남아있으며, 청량리 시대의 「법제」 노트에서는 경탄할 만한 서술의 상밀함과 객관성이 두드러지는데 대하여, 동승동 시대의 「법철학」 노트는 주관적이고 비판적인 내용으로 바뀌었고, 자신의 입장 확립을 이야기하고 있다. 조선전쟁의 동안에서 헤어나서 93세를 넘은 마지막 순간까지 지켜낸 노트군의 보존 상태는 대단히 양호하다. 자녀 이재후(李載厚) 변호사 및 관리를 맡은 최중고(崔鍾庫) 서울대학교 법과대학 명예교수의 호의로 현물을 참조할 수 있었다. 충심으로 감사의 말씀을 드립니다(石川健治, 「京城」의 清宮四郎——『外地法序說』への道, 『帝國日本と植民地大学』(酒井哲哉·松田利彦 編集), ゆまに書房, 2014, 379頁, 注190).

기요미야 교수는 미노베 사건에 떨어져 그랬던지 몰라도 개강 시에 40여 권의 참고문헌을 소개하는 가운데도 미노베 교수의 《헌법촬요》는 넣지 않았다. 그 대신 그의 옛날 저서는 소개했다. 그러나 많은 학생들이 헌책방을 뒤져서 《헌법촬요》를 입수하였다.⁸²⁾

1935년 천황기관설사건의 여파가 가시지 않은 때 키요미야의 수업을 들었던 이항녕은 개강 시 소개한 40여 권의 참고문헌 속에 미노베의 『헌법촬요』가 빠져 있는 점을 눈여겨보았다. 그래서 그는 “기요미야 교수는 미노베 사건에 떨어져 그랬던지”라고 적고 있다.

천황기관설사건 이래 일본에서는 ‘國體明徵運動’⁸³⁾이 일어나서 법학계뿐만 아니라 교육계 전반에 걸쳐 천황에 대한 충성심을 강화하는 조치가 취해졌는데, 당시 키요미야의 헌법 강의도 이러한 영향에서 벗어나지 못한 것 같다고 다음과 같이 평가절하했다.

그는 헌법의 규정에는 이른바 선언적(宣言的) 규정과 창설적(創設的) 규정의 두 가지가 있다 하고, 통치권이 일본의 천황에게 있다는 헌법 제1조의 규정은 기존의 사실을 선명한 것이라고 역설하였다. 이러한 그의 주장은 법은 사실이 아니라 규범이라고 하는 그가 속한 켈젠학파의 주장과는 상반되는 것으로, 말하자면 소신을 버리고 시류에 영합한 것이라고 생각되나, 그래도 그는 학자적 양심을 살리기 위해서 일본국의 주권이 천황에게 있다는 것은 역사적 사실임이 확실하지만 그러나 일본헌법 제1조는 단순히 이러한 역사적 사실만을 기술한 것이 아니라 장래에 대한 규범적 의미도 내포하는 ‘근본규범’이라고 하여 켈젠의 ‘법단계설’을 유지하려고 하였다. … 그때 일본헌법(즉, 메이지헌법)의 본문 앞에 ‘고문’(告文)과 ‘칙어’(勅語)와 ‘상유’(上諭)라는 것이 붙어 있었다. ‘고문’이라는 것은 이 헌법을 발표할 때 천황이 황실의 신령에 고하는 제문(祭文)인데, 그때까지는 법학적으로 무의미한 것이라고 하여 묵살되었었다. 그러나 국체명징운동이 일어나면서 이것이 중요시되어 헌법학의 강의대상이 되었다. 기요미야 교수는 이러한 헌법의 전문들을 해설하기는 했으나 길게 하지는 않았다.

82) 이항녕, 『소고 이항녕 선생 유고집 - 작은 언덕 큰 바람』, 나남, 2011, 56면.

83) 천황 중심의 국체 관념을 분명히 하기 위해 1935년 헌법학자 미노베가 주창한 천황기관설을 배격한 군부, 재향군인회, 우익단체 등을 중심하는 한 운동이다. 오카다(岡田啓介)내각 타도를 위해 야당 政友會도 이에 편승했다. 국회는 국체명징결의안을 가결하고, 정부는 미노베의 『헌법촬요』 등 세 개의 저서를 발금하고, 국체명징성명을 발표했다으며, 이는 군부의 정치 지배의 전기가 되었다.

이항녕은 키요미야의 메이지헌법 제1조 해석을 두고 켈젠학과와 상반된 주장으로 시류에 영합했지만, 켈젠의 법단계설에 근거한 해석을 시도한 점에서 학자적 양심을 완전히 버린 것은 아니라고 평가한다.⁸⁴⁾ 또한 천황이나 국체에 관하여 규정한 헌법 前文을 해설하기는 했으나 “길게 하지 않았다”라는 이항녕의 표현에서 식민지 제국대학 교수와 학자적 양심의 경계 지점에서 고뇌한 흔적이 느껴지기도 한다.

이항녕의 키요미야에 대한 회고는 그의 두 스승인 미노베와 켈젠과의 관계 속에서 떠올리는 듯하다. 천황기관설사건에 즈음하여 키요미야의 헌법 수업을 들은 이항녕은 과연 그가 미노베의 제자로서 헌법을 어떻게 해석하는지, 켈젠주의자 키요미야가 켈젠의 헌법이론에 부합하는 해석을 하는지 등에 주목한 것 같다. 이항녕의 회고에서 느껴지는 것은 키요미야가 대범한 사람이 아닌 매사에 조심스러운 언행을 하는 것으로 생각되고, 학문적으로 그를 존경하거나 훌륭하게 생각한 것으로는 보이지 않는다. 그것은 이항녕이 헌법학보다는 그가 흠모한 오다카 토모와 법철학에 많은 관심을 가지던 시기였고⁸⁵⁾, 또 키요미야는 당시 30대 중반의 소장학자였기 때문에 고문을 준비하던 이항녕에게는 그보다는 그의 스승 세대인 도쿄제대의 미노베나 우에스기 신키치, 교토제대의 사사키 소이치, 구로다 사토루, 도호쿠제대의 사토 우시지로(佐藤丑次郎) 등의 헌법 이론과 교과서에 관심을 더 가졌던 것으로 보인다.

미노베의 천황기관설사건과 다키가와사건 후 관련 교수가 물러나고 관련 서적이 발금 처분되는 상황에서 미노베의 제자 키요미야에 대한 조회가 있었다. 이에 관한 이시카와 켄지의 논문을 인용한다.

조선반도에 재직하는 헌법학자에 대하여도 拓務省 조선부장을 통하여 1개월 늦게 조회가 있고, 키요미야는 사직을 결의하는데 이르렀다. 그러나 우가키 카즈시게(宇

84) 이항녕, 위의 책, 57면. 키요미야의 이런 입장을 김효전 교수는 신랄하게 비판한 바 있다. “더구나 켈젠의 제자를 자처하는 그가 켈젠 법이론의 핵심인 ‘근본규범’(Grundnorm)을 ‘기본적 통치법인 헌법’과 이것에 근거한 ‘통치의 구체적인 일을 정하는 규범’으로 나뉘다고 설명한 것이라든가, 근본규범에는 일본의 신화가 포함된다든가 하여 곡예를 부린 것은 일본인 관료학자의 한계를 보여주는 것이다. 근본규범은 선형적·논리적으로 전제된 하나의 가설이며 내용이 아니라 효력이 나올 뿐이며 그 내용을 문제 삼을 때 근본규범의 이론은 여지없이 깨어지는 것이다”(김효전, 「경성제대 공법학자들의 빛과 그림자」, 『공법연구』 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013. 3. 290면).

85) 金昌祿, 尾高朝雄と植民地朝鮮, 『帝国と高等教育 : 東アジアの文脈から』(酒井哲哉·松田利彦編集), 国際日本文化研究センター, 2013. 3. 64頁.

垣一成) 총독의 뜻을 명심한 조선총독부가 신속하게 움직여 난을 피할 수 있게 되었다. 우카키 총독 퇴임까지 1년여 간 제국 전체에서 여기 城大에만 「학문의 자유」가 존속한 것이다. 불안 중에 키요미야의 학문 활동은 계속 되어, 요코타 키사부로(横田喜三郎)가 찬양(贊仰)한 「경성학과」의 기적이 현출되었다.⁸⁶⁾

여기서 알 수 있듯이 키요미야는 천황기관설사건 이후 일본 정부의 학문 탄압에서 비켜났다. 이는 경성제대가 본국 일본에서 떨어져 학문의 자유까지는 아니라도 일본 정부의 주목을 덜 받은 것이 이유가 될 수 있다. 이처럼 군국주의가 한창일 때 30대 중반의 소장학자 그것도 천황기관설사건의 주인공인 미노베의 제자가 수업시간에 메이지헌법을 달리 해석한다는 것은 결코 쉬운 일이 아닐 것이다. 이항녕의 말대로 시류에 영합한 교수였으나, 한편으로는 식민지 일본인 교수로서 학자적 양심과 제국에 길을 충실히 따른 관료 학자로서 고뇌한 흔적을 전혀 볼 수 없는 바는 아니다.

3. 박일경

키요미야의 헌법 책을 자신의 교과서에 직접 인용한 사람으로는 경성제대 출신의 박일경(朴一慶, 1920-1994) 교수를 들 수 있다.⁸⁷⁾ 그는 1937년 경성제대 예과에 입학하여 3년간 공부한 후 1940년 법문학부 법학과에 진학하여 재학 중인 1942년 고문시험 행정과에 합격한 뒤 동년 9월에 졸업한다. 키요미야가 1941년 9월에 토호쿠제대로 옮기기 때문에 박일경은 키요미야의 경성제대에서의 마지막 강의를 들은 셈이 된다.

박일경은 자신이 법학을 공부하게 된 동기와 경성제대 시절 스승에 대한 추억을 『紺碧』지에 다음과 같이 적었다.

나는 소학·중학 시대부터 산술·수학과 역사를 좋아해서 중학 3년이나 4년 때에는 장래 위대한 수학자나 사학자가 되는 것이 꿈이었다. ... 법학에 관해서는 예과시대에 오다가 토모오(尾高朝雄) 교수의 명강의에 참으로 감명을 받았는데, 법학이 논리를 존중하는 것이 수학과 유사했기 때문이었는지 법학이 곧 좋아졌다. ... 내가

86) 石川健治, 「京城」の清宮四郎—『外地法序説』への道, 『帝国日本と植民地大学』(酒井哲哉·松田利彦 編集), ゆまに書房, 2014, 358頁.

87) 박일경이 1959년 출간한 『憲法要論』(進明文化社) 「참고문헌」에 키요미야 시로의 『憲法要論』을 기재하고 있는데, 공교롭게도 두 책의 제목이 같다.

지금까지 밥을 먹고 있는 헌법은 키요미야 시로(清宮四郎) 교수 담당이었다. 선생을 통하여 ‘켈젠’의 순수법학·법단계설 등 지금도 도움이 되는 지식을 얻었지만 제국헌법 당시에는 민주헌법의 진상을 파악할 수는 없었다. 이제 나는 헌법전공이라는 것이 되었지만 당시 대학교수가 될 전도를 예측하였더라면 더욱 이론적으로 헌법을 공부하고 외국어도 영어·독어 외에 불어도 마스터해 두었더라면 좋았을 것이라고 후회해도 소용이 없다.⁸⁸⁾

박일경은 키요미야에게서 켈젠의 ‘순수법학’, ‘법단계설’ 등의 헌법이론을 배운 것이 도움이 되었다고 하면서도, 그가 배운 당시 헌법이 메이지헌법이었기 때문에 “민주헌법의 진상을 파악할 수 없었다”는 한다. 이 얘기가 경성제대에서 키요미야의 강의를 들으면서 생각한 것인지, 아니면 경성제대를 졸업하고 한참 뒤 그 시절을 회상하면서 키요미야의 헌법 강의를 재평가하면서 생각한 것인지 알 수 없으나, 여하튼 이 짚막한 얘기 속에서 그 시절 헌법학의 상황과 키요미야 강의의 한계를 엿볼 수 있다.

박일경이 키요미야로부터 헌법학 수업을 들었을 때는 스승 미노베의 천황기관설 사건 이후 연구와 강의에 매우 조심스러운 상황이었기 때문에 미노베의 헌법 책이나 그의 헌법이론을 대놓고 강의할 수 없었다. 그래서 메이지헌법을 충실히 강의했을 가능성이 컸다. 또 이때는 키요미야가 재외연구원으로 빈대학에서 켈젠에 사사한 후 그의 일반국가학을 번역하는 등 켈젠의 헌법이론을 집중적으로 공부하던 시절이기도 했다. 당시 미노베 주변에 대한 감시가 심해졌기 때문에 그는 오히려 순수한 헌법이론을 연구하는데 진력했을 가능성이 컸으며, 그래서 그 시절 순수법학이나 법단계설 등 켈젠의 헌법이론에 대한 키요미야의 강의가 도움이 되었다는 박일경의 이 짚막한 회고는 신빙성이 매우 높은 증언이라고 할 수 있다.⁸⁹⁾ 이렇게 볼 때 박일경이 해방 후 일생의 전공으로 헌법학을 택하는 데 있어서 경성제대 시절 키요미야와의 만남은 결코 우연한 일이 아니다.

88) 朴一慶, 「法學とわたくし- 諸先生方の思い出など」, 京城帝國大學·京城帝國大學豫科同窓會, 『紺碧』 第106號, 1990, 2頁.

89) 키요미야 헌법학의 특징으로 헌법정치 현실에 대한 관여보다 순수한 헌법이론에 충실한 점을 들 수 있고, 이에 그가 일본 헌법학의 표준적 학설을 정립한 것으로 평가받는 것은 스승 미노베의 천황기관설 사건과 켈젠의 순수법학의 영향, 그리고 식민지 조선(제국대학)이라는 공간적 상황과 조우하면서 형성된 연구 습관의 결과물이 아닌가 생각된다.

박일경 교수가 헌법학을 전공하게 된 이유도 평소 헌법에 관한 관심이나 재능과 같은 것보다는 당시 대학의 사정이나 국내 상황과 관련 있었던 것 같다. 그는 다음과 같이 헌법학 전공 배경을 술회하였다.

사실은 대학 다닐 때에는 민법을 제일 좋아했지요. 그런데 8·15 해방 후 대학교수가 되어서 후진들을 양성해 보겠다는 생각을 하였는데 그때 마침 대구대학이 새로 생겨서 민법을 할려고 하니 아무래도 자신이 없었습니다. 그래서 그때까지 우리가 깊이 공부해 보지 못한 헌법을 물론 유진오 박사님은 예외였지만, 그 헌법을 새롭게 해 보겠다. 일정시대에 우리가 배운 소위 황국헌법은 학문적인 것이 아니었기 때문에 신분야를 개척한다. 또 우리가 광복이 되었으니 성문헌법을 가져야 할 것이니까 그에 대한 기초공사의 일부를 담당한다는 등의 마음으로 헌법을 택하였지요.⁹⁰⁾

박일경은 일제시대에 배운 헌법이 학문적인 것이 아니었기 때문에 새로운 분야를 개척한다는 것과 해방 후 헌법제정 등 우리나라 헌법의 초기 형성에 기여하겠다는 생각으로 헌법을 택했다고 한다. 경성제대 시절 민주헌법의 진상을 알 수 없었다는 것과 같은 맥락으로 일제시대에 배운 皇國憲法の 학문적 가치를 인정하지 않았다. 키요미야의 헌법 수업과 박일경이 고문을 준비하면서 공부한 당시 헌법 교과서가 제국헌법을 기초로 한 것이었으므로 그러한 평가가 틀리지는 않는다. 여하튼 경성제대 시절 공부한 헌법학이 긍정적이든 부정적이든 그가 헌법학을 전공하는 동기가 되었을 뿐만 아니라 연구와 강의의 토대가 된 것은 분명하다.

박일경과 키요미야의 관계를 추측해 볼 수 있는 또 하나의 관점은 그가 철저한 법실증주의자였다는 것이다.⁹¹⁾ 박일경은 자칭 ‘법실증주의자’라고 할 정도로 시종일관 법실증주의에 기반하여 헌법 이론을 전개하였다. 이에 관한 그의 얘기를 들어보자.

사실 나를 19세기 독일식 개념법학법실증주의자라고 하는 사람도 있습니다. 나는 법학의 연구방법을 소위 법리적인 법학적 연구방법이 주가 되어야 하지 않겠느냐 하는 입장에서의 실증법주의자이지요. 19세기 독일의 Anschütz, Thoma, Jellinek 등이 법실증주의자이지요. Weimar 공화국이 무너지고 Nazis 독재 후 독일연방공화

90) 박일경·홍정선, 「헌법, 무엇이 문제인가」, 『고시계』 제323호, 1984. 1. 72면.

91) 이에 관하여는 전광석, 앞의 책, 259-267면 참조.

국이 서니 소위 신자연법론이 대두하고 국민의 기본권에 있어서는 자연권설이 대두하고, 헌법개정의 한계도 인정하게 되지요. 일본도 그러하고 우리나라도 자연법론이 압도적이고 헌법개정의 한계를 인정하는 것이 다수설이니 나는 말하자면 외로이 법실증주의를 지키는 사람입니다(웃음).

왜냐하면 가령 국민의 기본권을 자연권이라 한다면 전제군주주의국가나 독재주의 국가의 국민도 그리고 조선시대의 상인 특히 노비들도 사람들인데 자연권론에 의한 천부인권의 자유권이 있어야 할 것이 아닙니까? 어떤 분은 그것은 권리는 있지만 실제로 행사하지 못한다고 합니다만 법상으로 그러한 사람들에게는 권리가 인정되지 않았으니 기본권이 없었던 것이지요. 국민주권의 개념이 민주정치 of 이념의 하나라는 것은 인정하지만 나의 생각으로 국민주권이란 말은 전체 국민이 주권의 보유자이다라는 이야기인데 나는 그 국민주권 개념이 과연 엄격한 법적 개념이나 또는 그것이 정치적 이념적 개념이나 할 때 전체국민이 하나의 법인격으로서 구성될 수 없는 이상 엄격한 의미에서 권리의 보유자가 될 수 없으니까 국민주권이라 하는 개념은 정치적 개념 내지 이념적 개념이라고 봅니다. 이런 의미에서 나는 법실증주의자이지요. 그렇다고 해서 헌법을 해석하는데 있어서 민주주의적인 이념을 절대 배격하는 것은 아닙니다(웃음).⁹²⁾

박일경은 법실증주의자임을 자인하면서, 기본권 실효적 측면에서 자연권론을 비판하고, 또한 전체 국민이 하나의 법인격으로 구성될 수 없는 이상 전체 국민이 주권의 보유자라는 주장을 부정한다. 이러한 법실증주의 헌법 이론에 대하여 김철수 교수는 “해방 전에 일본의 국수주의적 관학교육을 받은 사람들이 법실증주의적 국가우월적인 세계관을 가지는데 대하여, 해방 후 대학졸업생들은 기본권 존중을 기본가치로 인정하고 국가는 국민의 기본권 보장을 위하여서만 존재한다는 자연법론에 입각하고 있는 것 같다”고 평가하고 있다.⁹³⁾ 김철수 교수의 평가에 대하여 박일경 교수는 “구세대에 속하는 필자로서는 자괴하여 마지않으면서도 김 교수의 이러한 입론은 소위 구세대에 속하는 몇몇 분에 대하여는 「옥석구분」의 혹평이 아닌가 두려워지기도 한다”는 심정을 표현한 바 있다.

박일경 교수로 대표되는 법실증주의 헌법학에 대한 김철수 교수의 비판은 틀리지 않는다. 그의 표현대로 경성제대 키요미야의 헌법 수업은 국수주의적 관학교육이며, 이는 법실증주의 헌법학의 범위를 벗어나지 않은 것이다. 굳이 따지자면 박일경 교수

92) 박일경·홍정선, 위의 글, 74-75면.

93) 김철수 편, 한국의 헌법학 연구, 산지니, 2019. 41-42면.

의 헌법학은 켈젠의 규범주의 헌법학보다는 엘리네크의 신칸트파헌법학에 가깝다고 할 수 있으며, 이는 미노베의 헌법학 범주에 있는 것이다. 즉 엘리네크의 국가양면성설, 학제적 국가학론, 사실의 규범력 등을 수용하여 헌법론을 전개하고 있다. 이와 관련한 한태연 교수의 얘기를 인용한다.

저와 같이 전문위원으로 들어간 박일경 교수는 그 당시 법제처 제1국장이었고, 서울대 문리대에서 강의를 하고 있었어요. 아주 수재이고 우수한 사람이었어요. 그렇지만 그 당시 공무원이다보니 헌법이론에 대한 깊이는 없었어요. 학문적으로는 시종일관 엘리네크 이론이었어요.⁹⁴⁾

이 글의 주제로 돌아와서 키요미야가 박일경 교수에게 미친 영향은 분명하다. 그가 직접 밝혔듯이 키요미야가 수업시간에 소개한 켈젠의 헌법이론에 도움을 받았고, 또한 키요미야가 가르친 메이지헌법과 헌법해석 그리고 당시 일본학계의 주류였던 미노베의 헌법학과 엘리네크의 헌법학이 박일경 교수에게 영향을 미쳤다. 결국 박일경 교수는 경성제대 시절 키요미야의 헌법 수업을 통해 켈젠, 엘리네크, 미노베 등 당대의 주류 헌법학을 섭렵하고, 그때 형성된 헌법관은 동시대의 다른 헌법학자들과 달리 마지막까지 유지되었다고 할 수 있다. 이와 관련한 문홍주 교수의 얘기와 박일경 교수 사망 소식이 실린 신문기사 일부를 인용한다.

건국 초 우리나라 헌법이 제정되고 난 후 헌법학 교과서를 집필할 때부터 독일의 법실증주의학파의 영향을 많이 받은 분으로서 30여 년이 지난 오늘날까지 그분의 헌법학 태도는 변함이 없다. 그리하여 어떤 곳에는 우리나라 헌법학자 중에서도 유일하게 자기 학설을 고집하고 있기도 한다. 절개를 존중하는 학자의 고집이라고도 할까.⁹⁵⁾

6일 별세한 박일경 전 문교부장관은 제헌때부터 6공화국에 이르기까지 헌법 교과서를 매번 거르지 않고 저술한 실증주의 헌법학자였다. 50년대 일본 학계의 영향을 받은 실증주의 헌법학에서 국내 최고의 권위를 인정받아 왔으나 최근에는 자연법론이 우세해지면서 소수 이론가의 위치에 머물렀다.⁹⁶⁾

94) 이병규, 이병규, 제2공화국 헌법의 성립과 좌절, 동아대학교 대학원 석사학위논문, 2003. 144면.

95) 문홍주, 「頌壽의 詞」, 『윤강 박일경 박사 화갑기념 공법논총』, 크리스찬 신문사, 1980.

4. 한태연

와세다대 법학과를 졸업한 한태연(韓泰淵, 1916-2010)⁹⁷⁾ 교수가 키요미야의 수업을 들었을 리는 만무하고, 또한 그로부터 직접적인 영향을 받지도 않았을 것이다. 그러나 그는 일제시대 본국 일본에서 대학을 다니면서 일본인 교수의 수업을 듣고, 또 고문 시험을 준비하면서 조선에서 경험할 수 없었던 일본 공법학계를 좀 더 자세히 볼 기회가 있었다. 한태연 교수는 2002년 노구를 이끌고 한국헌법학회에 와서는 파란만장했던 자신의 헌법학과 그 주변에 관하여 술회한 바 있다.⁹⁸⁾ 유학시절 일본 공법학계의 사정에 대한 그의 얘기를 들어보자.

그 당시 우리 학생시대의 일본의 지배적인 이론은 게오르그 엘리네크 이론입니다. 그 당시만 해도 우리 학생 때만 해도 지배적인 이론이었어요. 게오르그 엘리네크 이론에서는 국가라고 하는 것은 주권의 주체고 한 개의 법인체다. 천황이고 뭐고 다 국가의 기관이다. 그게 엘리네크의 유명한 이론입니다. 국가의 기능도 이 문제에서 나옵니다. 우리가 흔히 알기는 국가라고 하는 것은 권력, 인민, 영토의 3요소가 합친 것이 국가다. 소위 이것을 요소설이라고 하는데, 게오르그 엘리네크의 소위 사회학적 국가이론의 핵심입니다. 이 국가이론은 보편적인 이론이 아니고 입헌군주제에서 공화제로 넘어가는 중간 단계의 과도적인 단계의 이론입니다. ... 그 당시의 일본은 미노베 박사의 이론인데 그 이론은 일본서는 제일 진보적인 이론이었습니다. 그러자 군부가 들고 일어났습니다. 이 사람 큰일 났다. 천황이 왜 기관이냐. 천황이 주권자가 아니냐 해서 미노베 박사는 쫓겨났어요. 감옥까지 갔습니다.⁹⁹⁾ 일본 학계에서는 일본 교과서에서는 천황의 지위에 관한 얘기는 빠져버렸어

96) “법체계 확립 힘쓴 헌법학자, 별세한 박일경 전 문교장관”, 동아일보, 1994. 9. 7.

97) 함경북도 영흥 출생, 도쿄동아상업학교 졸업(1938), 고등문관시험 행정과 합격(1943), 와세다대 졸업(1943), 함경북도 지방과 속(1944), 성균관대 조교수(1947), 서울대 법과대학 조교수(1949), 서울대 법과대학 부교수(1960), 내무부장관 고문(1961), 제6대 국회의원(1963), 한국헌법학회 회장(1969), 제9대·10대 국회의원(통일주체국민회의), 서울신문 주필(1973), 유신국민문고보급회 회장(1974), 동아대 대학원 교수(1981), 주요 저서로 헌법학(양문사, 1955), 헌법(위성문화사, 1958), 의원내각제(법문사, 1959), 신헌법(법문사, 1961), 국가재건 비상조치법(법문사, 1961), 헌법학(법문사, 1973), 헌법학-근대헌법의 일반이론(법문사, 1983), 헌법과 정치체제(법문사, 1987), 헌법과 국민(고시연구사, 1995), 루돌프 슈타플러 저, 법과 법학의 본질(조선공업문화사출판부, 1950), 한스 켈젠 저, 민주주의의 본질과 가치(윤우사, 1958)

98) 한태연, 「한국헌법과 헌법학의 회고」, 『헌법학연구』 제8권 1호, 2003, 2-52면.

요 건드릴 수가 없다. 우리 학생시대 미노베 다음의 교수들이 동경제대의 미야자와(宮沢俊義) 교수, 경도제대의 구로다 사토루(黒田覚) 교수, 경성제대의 키요미야 시로 교수가 헌법 교수로 활동하고 있었는데, 이 사람들 당대에 와서는 독일의 공법이론이 홍수처럼 쏟아질 때입니다. 그 가운데에서도 경도대학의 구로다 교수 교과서에서는 그 당시 독일의 칼 슈미트 이론이라던가 스펜트 이론이라던가 헬러의 이론을 자세하게 소개했어요. 학생시대 때 가장 도움 된 교과서가 바로 그 교과서입니다. 솔직히 말씀드리어서 내가 법대서 강의할 때도 구로다 교수의 교과서를 가장 많이 인용했다고 해도 과언이 아닙니다. 구로다 교수만 교과서를 세 권을 냈지만 교수들은 교과서를 내지 못했어요.¹⁰⁰⁾ 천황의 지위를 설명해 낼 도리가 없어서 낼 수가 없었어요. 그게 우리 시대의 현실이었습니다. 또 나카무라(中村宗雄) 교수¹⁰¹⁾라고 있었는데 키요미야 시로와 같이 빈 대학의 켈젠의 제자들이었습니다. 키요미야 시로라던가 나카무라라던가 동경제대의 국제법의 요코타 키사부로(横田喜三郎)¹⁰²⁾라던가 이 사람들이 일본에서 켈젠학파의 교수들이었습니다. 학생시대에 일본에서 헌법에 관심을 가진 이유는 나카무라 교수의 순수법학에서부터 관심을 가졌고, 그 다음에 경도대학¹⁰³⁾의 구로다 교수의 헌법이론 거기에 제가 매력을 느꼈습니다. 학생의 입장인니까 그 정도인데요. 헌법보다는 졸업할 때는 법철학에 관심을 가졌습니다. 법철학 교수 와다 고지로(和田小次郎)¹⁰⁴⁾라는 분이 있는데 일본의 소장 법철학자로 대표적인 학자였습니다. 이 사람 밑에서 지도를 많이 받았는데 그게 대학에서 강의할 때 큰 도움이 됐어요.

일본 공법학계에 관한 한태연 교수의 회고에는 많은 얘기가 축약되어 있다. 그 시절 일본 공법학은 엘리네크의 헌법이론이 지배하고 있었고, 이를 수용한 미노베의 헌

99) 사실 미노베는 이른바 천황기관설을 주장하여 不敬罪로 피소되어 기소유예처분을 받았으며, 『헌법철학』 등 그의 저서 일부가 발금처분되었다.

100) 黒田覚, 日本憲法論(上·中), 東京: 弘文堂書房, 1937; 黒田覚講述, 帝國憲法講義案, 京都: 八坂淺次郎, 1936; 黒田覚, ウィン学派の法律学と其の諸問題, 東京: 大鐙閣, 1927.

101) 나카무라 무네오(中村宗雄, 1894-1975), 1917년 와세다대 졸업, 1918년 변호사 등록, 1919년 빈대학 유학, 1923년 와세다대 교수, 1949년 일본학사원 회원, 주저로 『判例民事訴訟研究 第1卷』, 『訴訟法学の体系と訴訟改革理論』, 『経国法制通論』, 『法学通論』 등이 있다.

102) 녹취록은 ‘오쿠다 키세’라고 되어 있으나, 당시 도쿄제국대학 교수진에 의하면 ‘요코타 키사부로’인 것으로 판단된다.

103) 녹취록은 ‘경성대학’으로 되어 있으나, 전후 문맥에 의할 때 경도대학의 구로다 사토루 교수를 지칭하는 것으로 판단된다.

104) 와다 고지로(和田小次郎, 1902-1954), 1927년 와세다대 법학부 졸업, 1937년 와세다대 교수에 취임하여 법리학을 강의했다. 일본학술회의 학문·사상의 자유 위원회 위원, 주저로 『法哲学』, 『法と人間』 등이 있으며, 번역서로 델 베키오(Del Vecchio)의 『法哲学原理』가 있다.

법이론이 가장 진보적이었다는 것이다. 그리고 미노베를 잇는 소장 학자로 미야자와 토시요시, 구로다 사토루, 키요미야 시로 등이 있다고 한다. 그리고 이들 대부분은 켈젠에 사사한 켈젠주의자들이었다고 하며, 자신도 와세다대 민사법 교수였던 켈젠주의자 나카무라의 영향을 받았다고 얘기한다. 이어서 그는 “천황의 지위를 설명해 낼 도리가 없었다”는 의미심장한 얘기를 한다. 이런 그의 평가는 당시 제국주의 일본이 가진 근본적 한계가 헌법학 상황에 그대로 투영되어 있다는 것을 적나라하게 보여준다. 특히 이는 법실증주의로 대표되는 학자들의 모순점을 드러내는 것이기도 하다.¹⁰⁵⁾ 이러한 주장은 경성제대 출신의 헌법 교수에게서는 듣기 어려운 얘기이다. 한태연 교수는 일제시대 도쿄에서 대학생활을 하면서 유럽에서 공부하고 돌아온 일본인 헌법 교수의 헌법이론을 경성제대 학생들보다 더 많이 경험했을 가능성이 컸다. 그가 2002년 90이 넘는 나이에 학회에 나와 그 시절 공부하고 경험한 세세한 기억을 술회한 것은 놀라울 정도였다. 한태연 교수가 해방 후 법실증주의 헌법학을 뒤로하고 자연법론에 입각한 헌법학을 본격적으로 소개한 배경에는 이런 와세다대 시절 일본 공법학계의 사정과 그것이 가진 한계를 몸소 느낀 것이 아닌가 생각되며, 그의 수많은 기억 속에 떠올린 또 한 사람의 이름 ‘키요미야’도 그가 엘리네크나 켈젠의 법실증주의 헌법학의 한계를 극복하고 자연법론으로 가는 이론적 배경이 되지 않았나 생각된다.

한태연 교수가 키요미야 헌법학에 대해 짚막하게 언급한 내용을 몇 개 더 소개한다. 필자가 2002년 한태연 교수를 만났을 때 나눴던 대화 일부이다.¹⁰⁶⁾

105) 이와 관련한 경성제대 졸업생 부완혁의 에피소드를 소개한다. 부완혁이 키요미야의 헌법 시간에 일본헌법의 제정권력이 어디서 나온 것이며 그 헌법이 조선에도 통용되느냐고 질문하자, 키요미야는 질문의 뜻을 미리 알고 皇道 정신은 초헌법적인 규범이며 지역·시간·인적 적용상 조선에도 해당된다고 대답했다. 이에 부완혁이 켈젠의 순수법학이론을 인용해서 조선땅에 권력구조는 통용되고 민권주장은 통용 안 되고 있다고 하자 키요미야는 교실에서는 이런 말 해도 좋지만, 밖에 나가서는 안 된다고 했다(김효전, 淸宮四郎의 경성제국대학 시절, 헌법학연구 제19권 제2호, 한국헌법학회, 2013.6. 519면 재인용). 부완혁(夫琬赫, 1919-1984)은 서울 출생으로 1936년 경성제1고보를 졸업하고, 1939년 경성제대 예과를 거쳐, 1941년 경성제대 법문학부 법학과를 졸업했다. 재학 중인 1941년 10월 고등문관시험 행정과에 합격하고, 1942년 경상북도 내무부 지방과 屬을 시작으로, 1944년 경상북도 선산군수로 임명되어 해방될 때까지 재직했다.

106) 이병규, 제2공화국 헌법의 성립과 좌절, 동아대학교 대학원 석사학위논문, 2003. 148-149면.

- (이병규) 문흥주 교수님은 경성제국대학 출신으로 재학 중에 키요미야 시로 교수로부터 헌법을 배웠다고 알고 있습니다. 키요미야 교수는 미야자와 토시요시 교수와 함께 戰後 일본을 대표하는 헌법학자였지요.
- (한태연) 맞아요. 그 사람 밑에서 공부했지요. 키요미야는 오스트리아 빈대학(Universität Wien) 대학에서 켈젠 밑에서 공부한 켈젠 제자였어요.
- (이병규) 키요미야 시로 교수가 1950년에 출간한 『권력분립제 연구』(權力分立制の研究)라는 책을 읽은 적이 있습니다. 권력분립제도 전반을 체계적으로 잘 소개하고 있는 것 같습니다. 그리고 키요미야 교수는 도쿄제국대학의 미노베 다츠키치의 제자라고 알고 있습니다.
- (한태연) 키요미야가 쓴 『권력분립제 연구』는 좋은 책이에요. 국내뿐만 아니라 일본에서도 일반적으로 읽히는 권력분립에 관한 대표적인 텍스트라고 할 수 있지요. 그런데 그 책도 독일 원서를 그대로 베낀 책이에요. 미노베 교수 얘기가 나왔는데, 그분은 아주 훌륭한 학자였어요. 그 당시 국가법인설을 주장했어요. 말하자면 주권이 국가에 있다는 의미로서, 국가 그 자체가 하나의 법인체라는 것입니다. 천황도 국가 밑에 있는 기관에 불과하다는 얘기가 되는 거지요. 미노베 교수는 그 일 때문에 감옥까지 갔어요.

한태연 교수는 키요미야가 오스트리아 빈대학에서 공부한 켈젠의 제자라고 얘기하고 있다. 또한 그의 저작 『권력분립제 연구』를 긍정적으로 평가하면서도 독일 책을 참고하였다는 점을 밝힌다. 특히 그는 키요미야의 스승인 미노베를 학문적으로 높이 평가하고, 또 그의 국가법인설과 그에 얽힌 천황기관설사건을 언급하고 있다. 필자가 키요미야를 직접 거론하면서 그의 헌법학을 물었지만, 한태연 교수는 켈젠의 제자인 점과 그 범주의 헌법학자라는 정도로 평가하고, 그의 대표적 저작물의 가치에 대해서도 크게 인정하지 않는 듯한 느낌을 받았다.

한태연 교수는 경성제대 출신과 달리 일본에서 미노베의 제자로 갓 유학을 다녀온 소장학자 키요미야의 헌법학은 몰랐거나 알았더라도 매력을 느끼지 못했을 것이다. 이미 그는 당대 일본 공법학을 주도하던 미노베나 사사키 소이치, 나카무라, 구로다 등과 같은 헌법학자의 교과서를 섭렵하고 있었고, 그들로부터 수업을 직접 들었다. 특히 구로다는 초기 켈젠의 헌법론과 이별하고 칼 슈미트(Carl Schmitt) 헌법론을 본격적으로 소개하는데, 한태연 교수는 여기에 매력을 느꼈다. 그러니 당시로서는 키요미야 정도의 학자에게 관심을 가질 수 없었을지도 모른다.

5. 문홍주

우리 헌법학의 초기 형성에 기여하고, 특히 미국헌법 전문가로서 미국헌법 연구 분야를 개척한 문홍주(文鴻柱, 1918-2008) 교수¹⁰⁷⁾도 그의 회고에서 키요미야와 그의 헌법학에 대해 언급한 부분은 찾을 수 없다. 문홍주 교수는 1934년 경성제일고보를 졸업하고 경성제대 예외 문과 을류에 입학한다. 그리고 1937년 예과를 수료하고 1940년에 법학과에 입학한다. 본과에 입학하면서 법학을 전공한 이유를 그는 다음과 같이 술회하였다.

예과 2년을 마치고 학부로 올라갈 때 문학·철학·경제·법학 중에서 나는 법학을 택했다. 그 이유는 예과 2년에 법학통론 강의가 있었는데 오다카 토모(尾高朝雄) 학부 교수가 강의하였다. 그 강의를 워낙 명강의였기 때문에 나는 오다카 교수에 매료되어 법학을 택하게 되었다.¹⁰⁸⁾

그는 예과에서 본과 진학 시 법철학 교수였던 오다카 토모의 법학통론에 매료되어 법학을 택했다고 얘기한다. 이 글에서도 여러 번 나오지만, 당시 조선인 학생들의 오다카 강의에 대한 칭송은 대단했다는 것을 알 수 있다. 생각건대, 대학에서 법학과 철학을 전공한 뒤 켈젠에 사사하였고, 또한 뛰어난 말솜씨로 당대 독일 법이론을 명쾌하게 정리하고 소개하였으니 조선인 학생들을 충분히 매료시킬 만했다고 생각한다. 문홍주는 오다카의 영향도 있었지만, 그보다는 상법을 담당했던 니시하라 칸이치(西原寬一)의 영향을 더 많이 받았다. 그는 니시하라의 연구자로서의 자세뿐만 아니라 인간적인 면모까지도 본보기로 삼은 듯하다.

장래에 대학교수가 되겠다고 생각하고 있던 나로서는 니시하라 교수는 나의 이상이었다. 우리가 존경하는 교수가 몇 분 있었는데 거기에는 우리 나름대로의 기준이 있었다. 첫째는 일본인 교수밖에 없었던 당시에 있어서 교수가 절대로 민족 차별을 하지 않아야 했다. 그 다음에 대학교수가 되고 싶어 했던 그 당시이니만큼

107) 이병규, 해암 문홍주 교수의 생애와 헌법사상, 동당 성낙인총장 퇴임기념논문집 『국가와 헌법 I 헌법총론/정치제도론』, 법문사, 2018 참조.

108) 해암문홍주박사 고회기념논문집간행위원회 편, 敎授의 一生 : 海巖文鴻柱博士 古稀記念文集, 서울 : 大韓敎科書株式會社, 1987. 5면.

교수가 학문에만 전념하는 분이라야 했다. 그런 점에서 니시하라 교수는 내가 존경하는 교수로서 충분한 조건을 갖추고 있었다.

니시하라와의 사제관계는 다른 일화에서도 확인된다. 니시하라는 문흥주가 만주중앙은행에 취직한 것을 뒤늦게 알고는 대노하면서 조수를 시키지 못한 것을 아쉬워했다는 것이다. 한편 그는 경성제대의 공법학을 담당했던 키요미야나 우가이 노부시게의 강의는 들었지만, 그들에 대한 언급은 찾을 수 없다.

해방 후 그가 일생의 전공으로 헌법을 하게 된 것도 흥미롭다. 동아대 교수 내정자들이 모여 담당 과목을 정하는 자리에서 그의 전공이 정해진 것이다. 당시 교수로 내정된 대부분은 현직 변호사나 판검사였다. 그래서 민법, 형법, 소송법 등을 희망하여 한 명씩 담당 과목이 정해져 갔는데 마지막까지 정해지지 않고 있던 과목이 헌법이었어서 어쩔 수 없이 자신이 헌법을 맡게 되었다는 것이다. 또 하나, 당시로써는 헌법 과목을 선택할 수 없는 사정이 있었다는 생각이 든다. 메이지헌법은 일제의 패망과 함께 사라질 운명에 놓였고, 그렇다고 조선은 아직 정부 수립 전으로 헌법이 제정되지 않은 상황에서 헌법을 강의한다는 것 자체가 여의치 않았을 것으로 생각된다. 그가 헌법을 선택하고, 황무지와 다름없는 당시 우리나라에서 미국헌법을 국내에 소개하고 학문적 기초를 놓은 것은 놀라운 일이다.

내 헌법 강의는 우리나라 헌법이 제정되기 이전이므로 강의 내용은 주로 민주헌법의 기초이론을 중심으로 했다. 세계에서 가장 강한 군주주권의 헌법인 일본헌법에 관한 서적은 거의 참고가 되지 않았다. 그리하여 나는 부산 시내의 헌책 서점을 돌아다니면서 미국헌법에 관한 서적을 몇 권 입수했다. 이 책들은 미군이 보다가 내 판 것이었다. 우리나라가 앞으로 새 헌법을 가지려면 미국헌법의 영향이 클 것으로 생각되었으며 미국헌법을 공부해 두는 것이 꼭 필요할 것이라고 믿었다. 또 부산에는 대학이 하나도 없었고, 동아대학도 신설대학이기 때문에 도서관에도 참고 문헌이 있을 리 없었다.¹⁰⁹⁾

대학에서의 헌법 강의가 자국 헌법이 제정되지 않은 상황에서 민주주의 헌법의 기본적 이론을 중심으로 이루어졌다는 것을 알 수 있다. 또한 당시 부산 중구 보수동을

109) 해암문흥주박사 고희기념문집간행위원회 편, 教授의 一生 : 海巖文鴻柱博士 古稀記念文集, 서울 : 大韓教科書株式會社, 1987. 38-39면.

중심으로 형성된 헌책방에서 미군에서 흘러나온 미국 헌법 관련 책(그가 기억하기로 는 「American Government」라는 책)을 접하고는 권력분립, 기본권 등의 헌법 내용이 나오는 것을 보고 천황제 국가에서는 상상할 수 없는 미국 헌법의 정신을 보면서 재미를 느끼게 되었다고 한다.¹¹⁰⁾ 그의 미국헌법과의 운명적 만남은 여기서 시작된 것이다. 제헌헌법 이래로 현재까지 우리 헌법이 미국의 대통령제를 정부형태로 채택하여 운용하고 있는 점에서 당시로서 미국헌법의 향후 영향에 대한 그의 예측은 주목할 만하다.

이러한 논의에 의할 때 문홍주 교수는 초기 우리나라 헌법학의 자연법론의 확산에 기여하였다고 할 수 있다. 그의 헌법학은 방법론적·법적 기초는 법실증주의에서 출발하지만, 거기에 그치지 않고 자연법론으로 옮겨가 그 확산에 기여하였다. 당시는 독일 공법학의 절대적인 지배하에 있던 일제시대에 교육을 받아 헌법을 기초하고 이를 해석하는 상황이었기 때문에 한국 헌법학의 초기 법실증주의 헌법학은 당연한 현상일지도 모른다. 예컨대 유진오 박사, 박일경 교수에 의해 그러한 이론들이 그대로 이어졌다. 그러나 문홍주 교수는 해방 직후 미국헌법의 권력분립원리, 연방주의, 그리고 기본권 보호 중심의 헌법 체계를 접하면서, 법실증주의 헌법학의 틀을 벗어날 수 있었다. 그러한 의미에서 문홍주 교수는 종래 법실증주의 헌법학에 비판적인 새로운 조류의 영미의 헌법이론을 소개하고, 이와 함께 자연법론적 헌법학을 확산하는데 기여하였다고 할 수 있다.¹¹¹⁾

이와 함께 그는 초기 헌법학 교과서와 논문을 통하여 입헌주의 경험이 일천한 우리나라에서 생소하기 그지없는 제헌헌법의 기본원리와 기본권 그리고 권력구조에 관한 조문 하나하나를 체계적으로 해석함으로써 우리 헌법학의 초기 형성에 기여하였다. 예컨대 초창기 헌법 문헌에 등장하는 주권, 통치권, 국가권력, 국가의 권리능력, 국권 등의 용어들의 개념이 제대로 정립되어 있지 않아 혼재되어 사용되는 상황에서 이를 정리하고 바로잡았다. 다만 이러한 초기 그의 헌법학 교과서와 논문에 등장하는 헌법

110) 문홍주, 나와 대한민국 헌법, 역사와 헌법 시리즈 제2차, 헌법학연구 제8권 제1호, 한국헌법학회, 2002. 4. 57면.

111) 여기에는 당시 한태연 교수, 강병두 교수, 김기범 교수, 한동섭 교수도 해당할 것이다. 문홍주 교수가 영미헌법상의 기본권을 국내에 소개함으로써 자연법론의 확산에 기여한 면은 있으나, 그렇다고 그를 자연법론자로 보기는 어려울 것이다. 그의 헌법학자로서의 삶이나 공적 생애를 통해서 볼 때 오히려 법실증주의자에 가깝지 않나 생각된다.

이론과 개념들은 그의 미국헌법의 초기 연구와 별개로 법실증주의적 영향을 크게 벗어나지 않는 점을 부정할 수 없다.

이상의 초기 헌법학자들의 키요미야에 대한 기억과 달리 그의 영향을 적극적으로 인정하는 경우도 있다. 법조 실무가 중에서 키요미야를 기억하는 사람으로는 법무부장관과 대법원장을 지낸 민복기(閔復基, 1913-2007)로서 그는 자신의 법관으로서의 방향을 결정지은 사람으로 다음과 같이 회상한다.

내 생애의 방향을 결정짓는 법관예의 길이 그 윤곽을 뚜렷이 드러내기 시작한 것은 예과 1학년 때였다. 기요미야(清宮)라는 일인 교수의 헌법강의 시간에 사법권의 독립, 즉 법관의 독립성에 관한 말을 듣고 비로소 나의 눈은 트이기 시작했다. 행정부는 사법부는 공무원하면 의례 윗사람의 지시 명령에 따라 시키는 대로만 하는 것이려니 생각했던 나의 상식을 뒤엎고 만 것이다. 법관은 독자적으로 양심에 의해 판단한다는 일찍이 상상조차 할 수 없었던 새로운 분야를 비로소 발견한 나는 커다란 감명과 함께 스스로 택한 길에 뿌듯한 희열을 느끼기까지 했다. 나의 인생에 결정적인 영향을 끼쳤던 기요미야 교수는 해방 후에도 일본 東北大(仙臺)에서 강의를 맡고 있었다.¹¹²⁾

또한 한상범(韓相範, 1936-2017)도 키요미야의 헌법책이나 미노베의 민주헌법해설서를 보고 헌법을 공부한 얘기를 하고 있으나, 해방 후 우리나라에서 헌법이 제정되고 새로운 정부 정치 체제에서도 강단에서는 일본 법학의 영향이 여전히 미치고 있었음을 지적하고 있다.

헌법은 경성제대 교수를 한 기요미야(清宮四郎)나 동경대학의 미노베(美濃部達吉)의 민주헌법해설서를 보았다. 민법은 와가즈마 사카에(我妻榮)의 책 재산법의 일부를 보았다. 형법은 동북대 교수인 기무라 카메지(木村龜二)의 민주주의 바람으로 세뇌된 책이 이해하기 쉬워서 우리 법을 이해하는데 도움이 되었다. 1950년대는 일본의 법률이 그대로 시행되고 있기 때문에 헌법을 제외한 6법은 일본 교과서가 그대로 쓰여 졌다. 일본의 육법전서가 그대로 번역 활용되는 형편이었다. 그런데 강의하는 교강사는 패전 이전의 제국주의 시절의 일본 교과서를 가지고 강의하니 답답했다.¹¹³⁾

112) 민복기, 「나의 법관시절(2)」, 『법률신문』, 1981. 8. 24.

113) 한상범 교수 문집 간행위원회, 한상범 교수의 소중한 인연, 행복한 동행, 보명Books,

IV. 결론: 키요미야와 그의 헌법학이 우리 헌법학의 초기 형성에 미친 영향

지금까지 경성제대 공법학 교수를 지낸 키요미야 시로라는 한 인물을 통해 그의 헌법학과 그 주변이 우리 헌법학의 초기 형성에 어떤 영향을 미쳤는지를 초기 헌법학 연구자의 한정된 기억에 의존하여 고찰해보았다. 그러나 필자의 능력 부족으로 서두에서 밝힌 이 글의 목적은 물론이고 그 근처에도 가지 못한 것 같다.

서두에서 밝힌 바와 같이, 이 글의 목적은 식민지 경성제대, 그리고 일본인 교수를 매개로 우리나라의 초기 헌법학 형성에 그러한 식민지 하에서의 공법학 교육의 경험이 어떤 영향을 미쳤는지 고찰하는 것이었다. 이는 일제강점기라는 한정된 시기와 경성 그리고 경성제대라는 공간을 중심으로 그 시절의 일본을 통한 수입 법학이 우리 헌법학에 어떤 영향을 미쳤고, 오늘날 그것이 어떻게 극복되고 있는지를 논의하는 과정의 일환이다. 이는 길게는 구한말 근대입헌주의의 萌芽와 함께 우리나라에 서구 헌법이론이 도입되고, 3.1운동 후 임시정부에 의한 임시정부 헌법의 제정과 운용 그리고 해방 후 미군정기를 거쳐 헌법이 제정되고 입헌주의가 본격화되는 우리 헌정사를 잇고 매우는 작업이기도 하다. 그런 의미에서 그 작업의 작은 소재로 경성제대의 일본인 교수를 연구 대상으로 삼은 것이다.

이를 위해서는 기본적으로 키요미야 헌법학의 전체상을 밝히고, 또한 초기 우리나라 헌법학 연구의 상황을 자세히 검토해야만 그 영향을 비롯한 관계가 규명될 것이나, 그러한 작업이 제대로 이루어지지 못한 채 초보적 작업 수준으로 그들의 기억(그것도 주관적 입장에서)을 소재로 그 영향을 아주 미약하게 검토하였다. 그 결과를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 키요미야와 그의 헌법학은 초기 우리나라 헌법학의 방법론적 기초로 법실증주의의 출발에 영향을 미쳤다. 독일 공법학의 절대적 지배 아래 있던 일본 식민지 통치하에서 법학교육을 받은 인사들이 헌법을 기초하고 해설하였기 때문에 초기 우리 헌법학은 법실증주의에서 출발하였다고 할 수 있다. 독일의 경우 법실증주의의 방법론적 방향은 국가이론, 철학, 역사 그리고 사회학에 대한 객관적 고립화와 국법에 대한 형식논리적인 취급을 그 특징으로 한다. 이러한 엘리네크, 켈젠 등의 법실증주의

및 순수법학이론은 미노베, 키요미야 등을 매개로 유진오, 박일경에 의해 우리 헌법에 그대로 수용되었다.

둘째, 1926년 경성제국대학 법문학부의 설치에 식민지 조선에서 학문으로서 법학을 교육할 기반을 마련하였다. 그 이전 법관양성소나 보성전문학교, 그리고 경성법학전문학교 등과는 교수진이나 교육과정, 및 연구 성과에 있어서 현격한 차이를 보였다고 할 수 있다.¹¹⁴⁾ 키요미야의 회고에서도 나타나듯이 당시 경성제대 법문학부 교수진¹¹⁵⁾의 학풍이나 연구 분위기는 상당했으며, 그것은 번역총서나 논문 등으로 나타났다. 키요미야, 오다카 등을 비롯한 도쿄제대 출신의 교수들은 당시 구미유학 경험이 있는 의욕이 왕성한 신진 학자들로 조선인 학생들에게 학문적 자극을 주기에 충분했다. 식민지 조선에서 나서 당시 유일한 고등교육기관인 경성제대에 입학한 조선인 학생에게 일본에서 나고 자라 구미유학을 하고 돌아온 일본인 교수의 수업은 신세계나 다름없었을 것이다. 특히 그들이 설파한 엘리네크나 켈젠의 공법학 이론은 이전에 경험하지 못한 수용해야 할 것들이었다. 초기 헌법학자의 연구 자산이라면 이것이 대부분이 아니었을까 생각된다.

셋째, 키요미야를 비롯한 경성제대 공법학 교수의 한계는 초기 헌법학 연구자의 한계이기도 하다. 근년 키요미야 헌법학을 재조명하면서 경성제대 시절 키요미야가 내놓은 헌법학 연구가 당시 일본과 조선의 관계를 단순한 식민지 지배와 피지배국의 관계가 아닌 다민족 국가를 염두에 둔 ‘異法域結合’이나 ‘一國二制度’, ‘헌법 속의 외국’ 등으로 규정짓거나¹¹⁶⁾, “천황기관설사건 속에서도 경성제대만은 학문의 자유가 유지되었다”는 등의 회고는 수용하기 어려운 주장이다.

키요미야가 경성에서 몽상한 ‘一國二制度’ ‘一國多制度’의 헌법이론은 역사적으로 과거에 속하는 것이 아니라 오히려 2010년대 오늘날, 재판과정에 있는 동아시아질

114) 우리나라의 근대 법학교육에 대해서는 김효진, 법관양성소와 근대 한국, 2014. 17면 이하; 최종고, 한국법학사, 박영사, 1990, 429면 이하 참조.

115) 경성제대 법문학부 교수진과 교육과정에 대해서는 通堂 あゆみ, 京城帝国大学法文学部の再検討: 法科系学科の組織・人事・学生動向を中心に, 史学雑誌 117 (2), 公益財団法人 史学会, 2008, 65-69頁 참조.

116) 石川健治, 憲法のなかの「外国」, 早稲田大学比較法研究所プロジェクト講演会「日本法の中の外国法」での研究報告, 2011. 11. 36-37頁; 山室信一, 国民帝国日本における異法域の統合と格差, 人文學報 101, 京都大學人文科學研究所, 2011, 64頁 以下.

서나 국내질서의 해명에 뜻을 둘 때 새삼스럽게 현실에 대한 촉발력이나 규율력을 회복할지도 모른다. 오늘날도 여전히 국립 서울대학교 중앙도서관 고문헌자료실에는 ‘법의 법’ ‘통치법의 통치법’ ‘헌법의 헌법’을 추구한 키요미야의 격투 흔적이 생생히 남아 있는 문헌군이 잠들어 있다.¹¹⁷⁾

생각건대, 그 역시도 대동아공영권의 기치아래 제국주의 일본의 식민지 정책을 충실히 이행한 관학 교수였으며, 설사 경성제대의 조선인 학생들에게는 신문물과 같은 외국 헌법이론을 소개하면서 학문의 자유를 논했는지 몰라도 이는 창밖의 냉혹한 식민지 현실을 도외시한 일일지도 모른다. 또 그가 일제 패망 직전 내놓은 연구 보고서 『外地法序說』¹¹⁸⁾은 제국주의 일본이 식민지 통치를 위한 법논리, 즉 식민지에도 메이지 헌법이 적용되는지 등을 본격적으로 연구한 植民地學 연구의 일환이었다. 키요미야를 전전 일본 헌법학의 표준적 학설을 정립한 것으로 평가하고 있으나¹¹⁹⁾, 달리 보면 이는 식민지 조선의 헌법정치 상황에 대한 고뇌나 비판적 사고 없이 자신이 배우고 익힌 법실증주의에 따라 메이지 헌법을 있는 그대로 해석하고 적용한 것에 불과한 연구자라고 볼 수도 있을 것이다. 그러한 의미에서 볼 때 (조심스럽지만) 초기 우리 헌법학의 개척자이자 형성자들 역시도 그 범주를 크게 벗어나지 않는 것이 아닌가 생각된다. 그것이 그들의 성과이자 한계일 것이다. 이에 관한 김철수 교수의 다음과 같은 지적이 있다.

사실 저희는 선생님들께 많은 기대를 하지 않았습니다. 서울법대에는 가장 유명한 선생님들이 계셨지만, 그분들은 일제시대 교과서를 번역해서 강의하셨기에 일본어 교과서를 먼저 읽고 간 우리들에게는 별다른 감흥을 주지 못했습니다. 유진오, 박일경, 한태연 선생님이 강의를 하셨지요. 당시 서울대학교 문리과 대학에서 박일경 교수님의 강의는 헌법해석학적인 법실증주의의 경향으로 인하여 이해는 쉬웠습니다. 서울법대에서는 한태연 교수님의 강의는 상당히 현학적이고 화려한 미사여구를 쓰셨습니다. 대신에 강의는 불성실하셨습니다. 수업 30분 후에 들어오시고 30분 전에 나가시고, 세 개 학교를 다니시느라 격주로 수업을 하기도 하셨습니다. 한태연 교수님은 늘 「내 강의는 너희가 졸업한 후에나 이해할 것이고 내 강의는 대학원생

117) 石川健治, 上掲論文, 37頁.

118) 清宮四郎, 外地法序說, 東京: 有斐閣, 1944.

119) 樋口陽一, 清宮憲法と宮沢憲法-日本憲法学における私の二師-, 日本學士院紀要 75卷 2号, 日本學士院, 2021, 103-104頁.

을 위한 강의라는 말씀도 하였습니다. 하지만 일본 헌법학자의 헌법학 책에 나온 내용이 한태연 선생님이 말씀하신 것과 비슷했습니다. 한태연 교수님이 1955년에 『헌법학』 교과서를 쓰셨는데 1930년대 독일이론을 총 집대성한 것으로 자랑스러워 하셨지요. 그러나 읽기 어려워서 고시 공부하는 학생들이 읽지 않았고, 1960년대 들어와서 쉽게 바뀌었습니다. 저의 대학 스승은 이런 분들이었습니다.¹²⁰⁾

이에 이후 세대의 헌법학자들은 학문적 孤島 한국을 벗어나 경유지 일본을 통하지 않고 서구 헌법학을 본격적으로 접하고 주체적으로 수용하고자 했다. 특히 권력구조 일변도의 헌법학 풍조 속에서 전후 독일 헌법학의 인간 존엄성을 중심으로 한 자연권 사상의 도입, 기본권 중심의 헌법체제 구축 등은 이러한 초기 헌법학 연구자의 한계를 극복하고자 한 시도일 것이다.¹²¹⁾

생각건대, 유진오 교수를 비롯한 초기 헌법학자들은 일제에 의한 한반도의 황폐화와 한국전쟁의 폐허 위에서 헌법의 개척자로서 無에서 有를 창조하는 불굴의 투지를 보여주었고, 그들을 통해 한국 헌법학의 토대가 형성된 것은 부인할 수 없다. 식민지와 해방 그리고 6.25전쟁 등 제대로 된 법학교육 조차 불가능한 시절에 그 정도의 헌법학 연구가 이루어졌다는 것만으로도 기적에 가깝다고 해야 할 것이다.¹²²⁾ 그럼에도

120) 김철수, “한국헌법학의 회고와 과제”, 『헌법학연구』 제9권 제2호, 한국헌법학회, 2003. 8. 13면.

121) 이병규, 내가 보고 들은 「금량 김철수 교수와 그의 「헌법학」, 『헌법을 말한다-금량 김철수 선생 90세 기념 및 추모논문집』, 산지니, 2023. 118면.

122) 「김효전-이병규 통화 내용 일부」(2023.1.31) 이병규: 김철수 교수님의 회고를 읽어보면 해방 직후 서울대 법대에 다닐 때 한태연 선생의 강의를 일본 책을 참고했기 때문에 별 감흥이 없다는 그런 얘기도 있고, 선생도 일본책 보고 학생도 일본책 보던 시절에 선생에 대한 기대가 별로 없었다는 내용이 나오던데요? 김효전: 그것도 맞는 얘기인데, 꼭 그렇게만 볼 수는 없을 거야. 한태연 선생이 와세다대를 졸업한 게 1943년인가 그럴 거야. 졸업하면서 고문시험 합격하고 함경도에서 관리 생활을 조금 했는데, 그것도 나이가 젊어서 군수를 못하고 屬인가 했다고. 그러다가 해방을 맞았거든. 월남해서 성균관대에서 민법 가르치다 서울대에서 헌법을 가르친다고. 그러다가 또 전쟁 나고. 그 시대를 헌법 생각해보면 제대로 공부할 시간이 있었냐는 말이지. 한태연 선생이 아주 똑똑한 사람이라고. 내가 한 선생한테 남포동에서 직접 들었는데, 서울이 수복되고 서울대 도서관에 갔더니 북한군이 도서관 책을 이북으로 가져가려고 다 싸놓았더라. ‘鹵獲’이라고 하지. 한 선생 특유의 말투가 있다고. 그래 놓고 가져가지 못하고 북으로 도망갔다는 거야. 그때 서울대 도서관에는 칼 슈미트 책이 있었다고. 서울대에만 있었어. 경성제대 시절 구해 놓은 책이야. ... 그러니 한 선생이 서울대 도서관 책을 연구실처럼 썼다는 거야. 그 짧은 기간에 그만큼의 업적을 남겼다고, 그러니 아주 수재라고 할 수 있지. 1955년에 양문사에서 나온 헌법 책 알지? 그

불구하고 여전히 초기 한국 헌법학을 회고할 때마다 마주치는 일본인과 일본법학은 우리가 넘어야할 과제이다. 1세대 헌법학자들의 입에 오르내리는 일본인 법학자들 중에는 그들의 학문적 영향을 떠나서 그들도 식민지 조선인 학생들에게 일본제국주의의 찬양과 협력을 강요한 제국주의 지식인이 아니었는지 물어야 할 것이다. 대부분의 초기 헌법학자들은 일제시대, 해방공간, 건국 초기, 산업화시대를 거치면서 연구자로서, 교수로서, 행정관료로서 지낸 지식인이었다. 우리는 그들의 그러한 사적·공적 삶 속에서 일제시대 조선인 지식인으로서의 민족적 양심이나 군사정부 시절 권위주의·독재정부에 저항한 양심적 지식인으로서의 모습이 있었는지도 들여다 볼 필요가 있다.

참고문헌

- 김창록, “일본제국주의의 헌법사상과 식민지 조선”, 법사학연구 제14호, 뿌리, 1993.12.
- _____, “일본에서의 서양 헌법사상의 수용에 관한 연구 — 「대일본제국헌법」의 제정에서 「일본국헌법」의 ‘출현’까지 —”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 1994.
- 김철수, 『한국의 헌법학 연구』, 산지니, 2019.
- 김효전, “淸宮四郎의 경성제국대학 시절”, 헌법학연구 제19권 제2호, 한국헌법학회, 2013.6.
- _____, “경성제대 공법학자들의 빛과 그림자”, 공법연구 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013.6.
- _____, 『법관양성소와 근대한국』, 소명출판, 2014.
- 해암문홍주박사 고희기념문집간행위원회 편, 『教授의 一生: 海巖文鴻柱博士 古稀記念文集』, 서울 : 大韓敎科書株式會社, 1987.
- 류애림, “경성제국대학 시기의 공법학자 우카이 노부시게”, 아세아연구 제65권 제1호, 고려대학교 아세아문제연구소, 2022.3.31.
- 미하엘 슈톨라이스 지음 / 이종수 옮김, 『독일 공법의 역사』, 푸른역사, 2022.
- 박지향, 『제국주의: 신화와 현실』, 서울대학교출판부, 2000.
- _____, 『일그러진 근대: 100년 전 영국이 평가한 한국과 일본의 근대성』, 서울: 푸른역사, 2003.
- 鈴木敬夫, 『法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 研究』, 高大民族文化研究所, 1989.
- 윤해동, 『식민국가와 대청국가: 식민지와 한국 근대의 국가』, 소명출판, 2022.
- 야마무로 신이치 지음/정재정 옮김, 『러일전쟁의 세기 — 연쇄시점으로 보는 일본과 세계 —』, 한림대학교 일본학연구소, 도서출판 소화, 2017.
- 이병규, 『제2공화국 헌법의 성립과 좌절』, 동아대학교 대학원 석사학위논문, 2002.
- 이항녕, 『법철학개론』, 박영사, 2004. (제3정판)
- _____, 『작은 언덕 큰 바람(小阜長風): 소고(小阜) 이항녕(李恒寧) 선생 유고집』, 나남, 2011.
- 이항녕 / 최은영 엮음, 『이항녕 수필선집』, 지식을 만드는 지식, 2017.
- 전광석, 『한국헌법학의 개척자들』, 집현재, 2015.
- 한상범 교수 문집 간행위원회, 『한상범 교수의 소중한 인연』, 행복한 동행, 보명BOOKS, 2013.
- 京城帝国大学創立五十周年記念誌編集委員会編集, 『紺碧遙かに: 京城帝国大学創立五十周年記念誌』, 東京 : 京城帝国大学同窓会, 1974.
- 伊藤博文, 『憲法義解』, 岩波書店, 2019.
- 大石 眞, 『日本憲法史』, 講談社, 2020.

- 石川健治, “憲法のなかの「外国」”, 『日本法の中の外国法 —基本法の比較法的考察—』(叢書41), 早稲田大学比較法研究所 編, 2014.
- _____, “「京城」の清宮四郎—『外地法序説』への道”, 『帝国日本と植民地大学』(酒井哲哉・松田利彦【編】), ゆまに書房, 2014.
- 清宮四郎, 『外地法序説』, 東京: 有斐閣, 1944.
- _____, 憲法学周辺50年-1~5-, 法学セミナー (290, 292~295), 日本評論社, 1979. 5~9.
- _____, 「私の憲法学の二師・一友」, 『公法研究』第44號(日本公法学会 編), 1982. 10.
- _____, 『権力分立制の研究』, 東京: 有斐閣, 1950.
- _____, 『憲法要論』, 東京: 法文社, 1952.
- _____, 『憲法 I』, 東京: 有斐閣, 1957.
- 坂野潤治, 『明治憲法史』, 東京: 筑摩書房, 2020.
- _____, 『近代日本とアジア: 明治・思想の実像』, 東京: 筑摩書房, 2013.
- _____, 『近代日本の国家構想: 1871-1936』, 東京: 岩波書店, 2009.
- _____, 『日本憲政史』, 東京: 東京大学出版会, 2008.
- 坂野潤治・田原総一郎, 『大日本帝国の民主主義』, 東京: 小学館, 2006.
- 浅野豊美, 『帝国日本の植民地法制: 法域統合と帝国秩序』, 名古屋: 名古屋大学出版会, 2008.
- 長谷部恭男, 『法とは何か』, 河出書房新社, 2015. (増補新)
- 樋口陽一, 『時代と学問と人間と—追想のなかの恩師・知友たち』, 青林書院, 2017.
- _____, 清宮憲法と宮沢憲法-日本憲法学における私の二師-, 日本學士院紀要 75巻 2号, 日本學士院, 2021.
- 奥平康弘・樋口陽一 編集, 『危機の憲法学』, 弘文堂, 2013.
- 中村哲, 『植民地統治法の基本問題』, 東京: 日本評論社, 1943.
- 美濃部達吉, 『憲法講話』, 東京: 岩波書店, 2018.
- 松田利彦 編, 『植民地帝国日本における知と権力』, 思文閣出版, 2019.

【토론】

“한국 헌법학의 초기 형성에 관한 서론적 논의”에 대한 토론문

윤 성 현*

I. 들어가며

2023년 한국공법학회의 한 해를 마무리하는 뜻깊은 공동학술대회에서 토론의 기회를 주신 조소영 회장님과 임현 연구이사님 등 관계자분들께 우선 감사의 말씀을 드립니다. 제가 한국헌정사 분야에 과문함에도 불구하고 토론에 응한 것은, 이 분야에 대한 애정과 관심을 계속 가지고 있던 차에 이 기회를 빌어 조금이나마 새로 공부해 보겠다는 마음 때문이었는데, 특히 한국헌정사와 비교헌정사 분야에서 많은 연구를 해 오신 이병규 교수님의 훌륭한 발표문을 통해 제가 기왕에 인식조차 못했던 경성제국 대학의 일본인 공법학자 키요미야 시로(清宮四郎, 1898-1989)와 그의 한국 헌법학에의 영향 문제를 고민해볼 시간을 가지게 되어 의미가 컸다고 생각합니다(이하 본문에서 경어는 생략).

II. 한국 헌법학의 태두 유진오와 일본 헌법학자 키요미야 시로의 관계

유진오(俞鎭午, 1906-1987)는 자타공인 한국 공법학, 헌법학계의 태두이다. 식민지 조선의 현실에서 “헌법학 자체를 전공하게 되리라고는 몽상도 해 본 일이 없었”던 유진오는 1932년 보성전문학교 「공법학교수」로 임용되면서 “그 때 한국에 있어서의 유일한 「공법학자」”가 되었다고 회고한다.¹⁾ 실력의 유무와 상관없이 한국의 유일한 공

* 한양대학교 정책학과 교수, 헌법학

1) 유진오, “나와 헌법학”, 헌법기초회고록, 일조각, 1980, 5, 7면.

법학교수이자 공법학자로 해방에 이르기까지 18년간 행세했다고 하면서, “헌법학을 정말로 열을 내 공부하기는 해방 후 수삼년 동안의 일”이라고 자평한다.²⁾

국권을 강탈당한 식민지 조선의 현실에서, 권력(power)의 학문 혹은 자유(liberty)의 학문 어느 쪽의 의미에서든 헌법학은 조선인에게 허용된 학문이 아니었을 것이다.³⁾ 따라서 경성제대에는 아예 조선인 공법학 교수가 임용될 수 없었고, 또한 임용이 이루어졌던 보성전문학교에서도 유진오는 국가건설이나 인권 보장 등 헌법학의 본연의 이론을 펼칠 공간이 주어지지 않았다. 그러므로 일제 강점기 18년간 이어진 교수 생활 중 헌법학에 매진할 동기는 크지 않았을 것이고, 현실과는 거리를 둔 일반이론 등으로 도피 내지 침잠할 수밖에 없었을 것임을 짐작해볼 수 있다.

그러나 아무리 유진오가 한국 헌법학의 태두라고 하더라도 우리 헌법학이 서구의 계수 법학이고, 조선의 엘리트들도 일본 유학이나 조선에서의 식민지 교육을 통해 일본을 거쳐 법학을 배울 수 밖에 없던 한계가 있었기 때문에, 일본법학과 서구법학의 영향을 전혀 무시할 수는 없는 것이 사실이다. 발표문이 키요미야의 영향 문제를 제기하는 데에는 이런 상황이 십분 전제되어 있다.

그러나 미노베와 켈젠의 제자이며 일본으로 돌아가서 일본 공법학회장을 지내는 등 영향력을 가졌던 키요미야 시로가 소장학자 시절 경성제대에 임용되어 유진오에게도 공법학을 가르쳤다고는 하지만,⁴⁾ 유진오에게 미친 영향은 크지 않았던 것으로 평가되고 있다.⁵⁾ 우선 유진오 본인이 키요미야에 대한 언급을 하지 않고 있는데다,⁶⁾ 유진오와 키요미야의 관계를 논한 기존의 연구에서도 양자의 관계는 그다지 긴밀하지 않았다는 것이 중론으로 보이기 때문이다.⁷⁾

2) 유진오, “나와 헌법학”, 헌법기초회고록, 일조각, 1980, 8면.

3) 심지어 군국주의의 길을 가던 당대 일본인에게도 ‘자유 의 헌법학’은 허용되지 않았음은 미노베의 천황기관설 사건을 통한 자유주의 헌법학에 대한 탄압과 배제에서도 살필 수 있다.

4) 아마도 유진오는 키요미야의 헌법과목이 아니라 행정법을 수강했으리라고 짐작된다고 한다.

5) 다만 법실증주의자 박일경 교수는 직접 키요미야의 저서를 인용하는 등 영향관계가 있다고 볼 수 있다. 그러나 아무래도 초기 한국 헌법학계에서 유진오의 압도적 위상을 무시할 수 없을 것이다.

6) 다만 엘리네크와 켈젠의 영향을 언급하고 있는 데서 켈젠에게서 사사했던 키요미야의 영향을 다소간 짐작할 뿐이다. 유진오는 박일경과 함께 법실증주의의 이론으로 분류되고 있다(김철수 편, 한국의 헌법학 연구, 산지니, 2019, 66-71면 참조).

7) 김효진, “경성제대 공법학자들의 빛과 그림자”, 공법연구 제41집 제4호, 2013.6; 김효진 편역, “清宮四郎의 경성제국대학 시절”, 헌법학연구 제19권 제2호, 2013.6; 이영록, 유진오

Ⅲ. 발표문에 대한 검토와 한국 초기 헌법학에 미친 일본 헌법학의 영향에 대한 새로운 접근법의 제언

1. 발표문에 대한 검토

그렇다면 오늘의 발표문은 ‘왜 지금 다시 키요미야를 말하는 것인가?’라는 근본 문제에 봉착한다. 또한 이미 김효전 교수의 선구적 업적을 통해서 키요미야가 한국 법학계에 미친 영향은 잘 정리된 바가 있고 본 발표문에서도 이를 큰 축으로 하여 서술하고 일부 보강하는 가운데 마지막 4장 결론 부분에서 갑자기 다소 본론과는 상관성이 크지 않은 성급한 결론으로 빠지고 만 것은 아닌가 하는 아쉬운 생각이 든다. 가령 ① “엘리네크, 켈젠 등의 법실증주의 및 순수법학이론은 미노베, 키요미야 등을 매개로 유진오, 박일경에 의해 우리 헌법에 그대로 수용되었다.”(발표문, 28면)는 결론이 타당한가? 이것은 키요미야의 영향이 미미했다고 보는 앞의 본문의 서술과도 배치되는 결론은 아닌가 하는 점이다. 한편 ② “(조심스럽지만) 초기 우리 헌법학의 개척자이자 형성자들 역시도 그 범주를 크게 벗어나지 않는 것”(발표문, 29면)이라고 하면서 역시 키요미야의 한계를 우리 초기 헌법학의 한계와 동일시하고 있는데, 키요미야의 영향이 크지 않다고 보는 상황에서 이 또한 자연스러운 결론으로 보이지는 않았다. 이 결론들에 이르게 된 발표자의 견해를 좀 더 들어보고 싶다.

2. 새로운 접근법의 제언

토론자는, 한국 헌정사의 내용과 방법에 대해 과문함을 전제로, 또 큰 방패로 삼으면서, 다음과 같은 몇 가지 가설적 방향으로 새로운 접근법을 시도해볼 수 있지 않을까 조심스럽게 제언해본다.

(1) 일본 헌법학이 한국 초기 헌법학에 미친 영향은 미미했거나 매우 제한적이었음을 좀 더 확실하게 밝히는 것이다. 이는 당시 일본 헌법학 자체가 가진 천황 중심의 군국주의적 한계에 기인하는 부분도 크다고 보이고,⁸⁾ 또한 유진오가 술화하듯이 국권

헌법사상의 형성과 전개, 한국학술정보(주), 2006, 40면 등 참조. 발표문도 같은 입장을 견지하고 있다.

8) 또한 전후로도 미군정의 영향을 강하게 받은 평화헌법이 제정되면서 자주성이나 확장성에

이 없는 조선에서 헌법학 연구는 명분도 없고 현실성도 없었기에 영향 관계를 논할 저변 자체가 극히 부족했던 부분을 지적할 수도 있을 것 같다. 한국 법학의 초기 형성과 발전에 있어서 일본 법학의 영향력은 압도적이었음을 인정할 수밖에 없지만, 헌법학만은 상황이 달랐음을 보여주는 것이다.⁹⁾

(2) 아니면 일본 헌법학의 초기 한국 헌법학에의 영향이 과소평가되었을 가능성을 다시 한번 따져보는 것도 방법이 될 수 있다. 이때 키요미야와 더불어, 발표문에서도 중간에 언급되고 있는 키요미야의 스승인 미노베와 경성제대의 법철학 교수로 학생들에게 가장 인기가 높았던 오다카 토모까지를 포함하여 영향 관계를 살펴보는 것은 어떤가 하는 생각도 든다.¹⁰⁾

아무래도 한국 학자들은 친일 등 논란을 의식하여 일본 헌법학의 영향을 축소하고 싶어할 것이고, 일본 학자들은 자신의 영향력을 과장하려 할 우려가 있으므로 이를 모두 고려하여 신중하고 객관적으로 살필 필요가 있다고 생각된다.

유진오는 자신의 말처럼 경성제대 법학부 시절과 해방 이전 법학 교수 시절에 열심히 공부하지 않았을 수 있다. 그러나 그렇다고 해서 과연 유진오가 일본법학과 헌법

서 한계가 있었던 부분도 염두에 둘 수 있을 것이다.

- 9) “1945년의 광복 당시 조선인으로 대학의 민법교수로 있던 사람이 하나도 없었고, 그때부터 1950년대 중반까지 우리의 대학에서 민법교수의 자리는 대체로 일본의 대학(경성제국 대학을 포함하여)에서, 그것도 많은 경우에 1930년대에 ‘법학’을 전공한 사람으로 채워졌습니다. 그리고 거기서의 법 공부는 교수 또는 연구요원으로서가 아니라 법학생으로서의 그것이었습니다. 광복 이후 우리나라에서 발간된 법학교과서가 번역서에서 출발하여 점차로 우리의 헌법·법률 기타 실정법 및 재판례 등을 반영하여 편집한 번안서로 전개되어 간 것은 거의 필연적인 과정이라고 해도 좋을 것입니다.”(양창수, “민법 시행 60년 : 회고와 전망”, 민사법학 93, 2020.12, 496면) 양창수 교수는 같은 논문의 각주에서 “민법에서의 我妻榮 교과서를 굳이 들 필요조차 없을 것입니다. 다른 법분야에서도 兼子—(민사소송법), 牧野英一(형법), 小野清一郎(형사소송법), 横田喜三郎(국제법) 등이 譯刊되었습니다. 여기서 주목되는 것은 그 저자들이 한결같이 東京帝國大學의 교수라는 점, 그리고 일본의 교과서라도 다른 저자의 것은 일절 번역되지 않았다는 점입니다.”라고 하는데, “헌법에서의 교과서 수요와 관련해서는 물론 그 起草에 큰 역할을 한 俞鎮午의 憲法解義(1949)가 있습니다.”라고 언급한 점은 특기할 만하다(양창수, 같은 논문, 496면 각주7 참조).
- 10) 이영록 교수도 “전공과 관련하여 유진오에게 특히 중요한 영향을 끼쳤던 교수는 법철학의 오다카 교수였다”라고 하고(이영록, 앞의 책, 38-39면), 또한 “일본의 헌법학자로서 유진오에게 가장 큰 영향을 미친 인물로는 미노베 타쓰키찌를 들 수 있다.”라고 하는 점을 참조할 수 있다(이영록, 같은 책, 91-96면).

학으로부터 완전히 자유로울 수 있었을까는 다소 회의적이다. 유진오는 학부 시절 항상 수석이었고, 키요미야는 수십 년이 지난 후에도 그를 매우 우수한 학생으로 기억한다고 했다.¹¹⁾ 유진오는 스스로를 엘리네크와 켈젠주의자라고 했는데, 이는 미노베와 키요미야, 오다카의 영향을 받은 것일 확률이 커보인다.¹²⁾ 한편 유진오의 헌법해의(憲法解義)는 이토 히로부미(伊藤博文)의 저서인 「헌법의해(憲法義解, 1889)」를 본뜬 것으로 보여진다는 지적도 은연 중 묻어나는 영향 관계를 엿볼 수 있게 한다.¹³⁾

IV. 나오며

최근 정종휴 교수에 의해 번역되어 학계에 잔잔한 반응을 가져왔던 ‘법학의 탄생’의 말미에서 우치다 다카시 교수는 법학 수용의 어려움을 다음과 같이 말한다.¹⁴⁾

서양식의 법전은 물론 법학의 산물이지만, 법전의 계수 자체는 그다지 어려운 일이 아니다. … 그러나 그 법전을 운용하려면 법전의 배후에 있는 법적 사고 양식을 익힌 법률가를 양성해야 한다. 그러기 위해서는 자국어로 표현된 법학이 필요하며, 자국의 법학자가 필요하다. 자국어로 법학의 연구와 교육에 종사하는 법학자가 탄생했을 때, 비로소 법학의 수용이 이루어졌다고 할 수 있다.

동 교수는 같은 책 후기에서, 이제 일본에서 서양 법학의 수용 자체는 더 이상 현안이 아니지만, “앞으로 일본에서 법학은 어떤 역할을 맡는 것일까? 법학 교육을 위해, 확립된 지식을 정리하는 역할을 넘어, 학문으로서의 법학은 앞으로 일본에 정말 필요한 것일까?”라고 하면서 이 문제에 답하기 위해 서양 법학 수용의 첫 단계로 되돌아가 검증하는, 멀리 돌아가는 방법을 택했노라 밝혔다.¹⁵⁾

발표자 또한 ‘한국 헌법학의 초기 형성’이라는 무겁고도 중요한 주제를 제시함으로

11) 이영록, 위의 책, 40-41면.

12) 이영록 교수는 유진오와 미노베의 견해는 강한 친화성이 존재하는 것이 많지만 서로 달랐다면, 미노베가 유진오에게 헌법적 제 기초개념 및 기본시각을 형성해 주었다고 본다 (이영록, “유진오의 제헌사상에 있어 미노베의 영향과 극복”, 법학논총 2004 참조).

13) 김효전, “俞鎭午, 「憲法解義」(명세당, 1949, 230쪽)”, 서울대 법학, 2007.9, 205면.

14) 우치다 다카시, 정종휴 옮김, 법학의 탄생 - 근대 일본에서 ‘법’은 무엇인가?, 박영사, 2022, 408면.

15) 우치다 다카시, 앞의 책, 422-423면.

써 우리 법학의 정체성이 흔들리는 지금의 공법학계에 미래로 가는 길목의 화두를 던진 것이 아닌가 생각해본다. 대한민국 헌법학자로 헌법학을 자유롭게 연구할 수 있는 현재의 환경에 감사하면서도, 미래의 헌법학을 위한 작은 등불이 될 수 있을지에 대한 고민이 필요한 시점이다.

【토론】

“한국 헌법학의 초기 형성에 관한 서론적 논의”에 대한 토론문

계 인 국*

I. 들어가면서

한국공법학회와 헌법재판연구원이 공동으로 주최하는 학술대회 “헌법과 행정법의 대화”에서 지정토론을 담당하게 된 것을 매우 기쁘고 또한 감사하게 생각합니다. 또한 의미있는 발제를 해주신 이병규 교수님께도 감사인사를 드립니다. 일제강점기 한국 헌법학에 영향을 미친 일본 학자와 일본 학계의 동향은 앞으로도 지속적으로 연구되어야 할 것이라는 데에 공감하며 오늘의 학술대회가 중요한 계기가 될 수 있기를 바라며 토론에 임하고자 합니다.

II. 법사학 방법론에서의 조망

법사학은 기존의 역사학과 접점을 가지고 있으면서도 또한 법학의 발전과정에서 고유한 방법론을 획득하기 위한 노력을 경주하여 왔습니다. 특히 법학의 고유한 학문성을 추구하였던 실증주의적 법학자들에 의해 극복되고자 했던 학파는 바로 역사학파였음은 주지의 사실입니다. “민족의 영혼”이나 “피”라는 표현을 통해 법과 법제도의 특수성을 주장하는 것은 도리어 역사주의에 의해 비판받아왔습니다. 역사주의는 신화와 전통을 탈역사화(Enthistorisierung)하였으며 이를 통해 근대 산업사회의 발전을 가능하게 만들었습니다. 동시에 탈역사화는 사회적 현상을 유지하는 기능 역시 수행하였습니다. 그러나 이후의 방향은 다시 객관주의와 주관주의의 두 가지의 상반된 - 그러

* 고려대학교 행정전문대학원 교수

나 또한 상호 영향을 계속하는 - 방향으로 이어져왔고, 오늘의 토론에서는 발제문에서 주로 적용되었다고 생각되는 객관적 법사학 방법론을 통해 내용을 조망하였습니다.

객관적 법사학은 실증주의의 산물이라고 할 수 있습니다. 법을 객관화된 자유의지로 보고 이 객관화된 자유의지를 실현하는 것이 법사학의 대상이라고 보았던 헤겔주의적 사학에 맞서 Wicacker를 통해 정리된 실증주의적 법사학은 사전적으로 판단 또는 철학적인 결정을 배제할 것을 주장합니다. 이전의 법사학이 절대정신의 개념을 통해 일반사상과 법사상의 구별으로써 역사학과 법사학을 구별하였다면 Wicacker는 일반사학과 법사학의 차이를 이러한 방법론에서 시도하였습니다. 즉 객관적 법사학의 방법론은 이를 이용하는 연구자로 하여금 그의 법에 대한 이해와 체험을 바탕으로 하며 다른 철학적 선이해나 주관적 역사정신을 배제합니다. 이후 객관적 법사학은 필연적으로 해석학과 접점을 유지하게 됩니다. 그러나 이 지점부터 객관적 법사학은 해석학적 관점에서 법적 역사를 포착하는 것을 지지하면서도 이를 법적 적용 부분에서는 거부합니다. 이는 실증주의적 사관의 필연적 결과일 수도 있습니다. 특히 객관적 법사학이 주관주의 실존주의에 기반한 가다머의 해석학을 방법론적으로는 수용하면서도 가다머의 역사해석학의 본질인 “효과의 역사”를 거부한 것은 법사학 방법론 연구에서는 매우 주목할 만한 부분입니다. 가다머의 “효과의 역사”는 역사적 과정이 중단없이 적용되는 순서의 차원이며 법사학자는 법문과 법적 체험이 어떠한 (새로운) 효과를 가져왔는지를 통해 이해된다는 것입니다. 이와 유사하게 하버마스는 역사적 증거에 대한 모든 해석이 필연적으로 개인의 행동 및 행동의 결과와 연결됨을 지적하고 있습니다. 이러한 포인트는 객관적 법사학이 수용하기 어려운 부분이 되었습니다.

Ⅲ. 객관적 법사학에서 본 키요미야 시로 연구

발제문의 전반부는 키요미야 시로의 연대기에 대한 것이며 법사학적 차원에서 분석할 부분은 4. 경성제대시절 이하가 될 것입니다. 여기에서는 특히 키요미야 시로가 출간한 서적과 논문의 내용이 인용되고 있습니다. 실증주의적 분석방식으로 발제자께서는 키요미야 시로 재직 당시 개인과 사회의 객관적 지위와 상황을 접목시켜 키요미야 시로의 실증주의적 헌법관 연구에 대해 개설하였습니다. 이어 천황기관설사건이나 헌법문제조사위원회, 헌법문제연구회에서 키요미야 시로의 입장 역시 같은 방법론에 의

해 전개되었습니다. III. 목차에서는 키요미야의 영향을 받은 한국 학자들의 회고 등으로 키요미야의 입장이 해석되고 있습니다. 이 부분에서는 실증주의적 방법과 함께 정신과학적 방법 및 해석학적 접근이 함께 나타나고 있다고 판단됩니다.

이러한 일련의 연구과정이 한국 헌법학의 초기형성에 미친 영향이라는 본래의 연구 취지는 초기 한국 공법학계에서의 실증주의적 방법론의 구축으로 결론지어지고 있습니다. 그런데 질문드리고 싶은 것은, 물론 이는 지면상의 한계로 인해 본 연구에서 담지 못하셨을 것으로 판단되지만, 이후 한국 공법학계의 법실증주의 논의에 키요야마의 영향력이 무엇이며, 어떻게 이를 포착할 수 있는가입니다. 제시된 객관적 역사자료는 키요야마와 당대 일본 법실증주의자들이 법실증주의에서 특히 문언주의와 근본규범으로 대표되는 법단계론에 매료된 것으로 보입니다. 이러한 영향이 초기 한국공법학계에 영향을 미친 것으로 보이지만, 실상 제헌헌법에서는 실증주의적 헌법학이 자연법적 사고방식과 대비되는 것 이상으로, 다시 말해 법학일반론에서 설명가능성과 근거지움의 용이성으로 현대 법실증주의가 자연법주의를 능가하는 것 이상의 의미를 찾을 수 있는지입니다. 게다가 근본규범의 경우 켈젠의 국가법학에서 가장 법기술적인 논의인데, 이를 통해 초기 한국헌법학의 영향을 가늠할 수 있을지 궁금합니다.

더 나아가, 초기 한국 헌법학을 어디까지로 보고 계신지에 대한 질문을 드리고 싶습니다. 제헌헌법 이후 불과 십수년 사이에 한국 헌법학의 방향은 매우 신속하게 칼 슈미트의 결단주의라는 늪으로 빠져들고 말았습니다. 이러한 상황이 마치 독일의 바이마르 공화국에서 제3제국으로 이행기에서 법실증주의가 오히려 정반대의 이념체계인 결단주의로의 이행에 조력을 하고 말았던 것과 같은 논리적 문제인지, 아니면 초기 헌법학과 다른 시기의 문제로 이를 판단할 것인지의 문제입니다. 다만, 오늘 제시된 한국 헌법학자들 중에서도 법실증주의와 결단주의를 오갔던 학자들이 다수 발견된다는 점에서 이 시기를 어떻게 나눌 수 있을지는 저 역시 매우 고민스러운 부분입니다. 끝으로, 키요야마가 천황기관사건에서 보여준 모습이 초기 한국의 헌법학자들에게도 마찬가지로의 모습을 학습시킨 결과가 아닌 것인지에 대해서도 조심스러운 질문을 드리며 토론을 마칩니다. 감사합니다.

【토론】

“한국 헌법학의 초기 형성에 관한 서론적 논의”에 대한 토론문

남 정 아*

무엇보다도 한국공법학회 학술대회에서 토론의 기회를 주신 조소영 회장님을 비롯한 집행부 임원님께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

아울러 키요미야 시로의 한국 헌법학 초기 형성의 영향에 대한 소중한 연구를 통하여 많은 배움을 얻게 해주신 이병규 교수님께도 감사드립니다.

일본 헌법학자 혹은 공법학자인 키요미야 시로의 학문적인 관심사와 연구 활동 그리고 식민지 시대의 한국 땅에서의 교육 등 일대기를 잘 묘사한 이병규 교수님의 방대한 연구 내용에 대하여 감탄을 금치 못하면서 여러모로 많은 공부를 하게 되었음을 강조드리고 싶습니다.

특히 한국 헌법학의 초기 형성 과정에 지대한 영향을 미친 것이 법실증주의이고 이것은 Hans Kelsen의 이론을 연구한 키요미야 시로의 영향과 그의 스승이기도 한 동경 제국대학 미노베 다츠키치의 영향으로부터 비롯됨을 알게 되었고, 우리 헌법학의 형성기의 학자들이 왜 법실증주의에 천착하였는지 궁금증이 풀린 것 같습니다.

저는 이병규 교수님의 소중한 연구결과물을 접하면서 생긴 공감과 의문점 등을 그저 간략하게 말씀드리고자 합니다.

먼저 중복된 부분인가 싶은 부분이 있어 말씀드립니다.

즉, 먼저 각주 94)번의 내용은 박일경 교수님의 것으로 표시된 것이고, 각주 97)번의 내용은 한태연 교수님의 것으로 표시되었는데 두 개의 각주 내용의 상당 부분이 동일하여 어떤 것이 누구의 것인지 그리고 박일경 또는 한태연 교수님의 설명 부분이 추가되어야 하는지 여쭙고자 합니다.

* 목포대학교 법학과

다음으로 키요미야 시로는 독일, 프랑스, 영국뿐만 아니라 미국에서도 1개월 가량 머물렀다고 하였는데 당시에는 미국 헌법에 큰 관심을 두지 않았을지라도, 제2차 세계대전 후 일본국 헌법은 미국 헌법의 지대한 영향을 받은 것으로 생각되는데 이때에는 일본 토호쿠 제국대학의 교수로서 봉직할 때이기 때문에¹⁾ 미국 헌법에 대한 학습을 하지 않았을까 싶은 생각이 들었습니다. 그런데 전후 일본의 신헌법이 제정된 이후에도 키요시마 시로는 미국 헌법을 제대로 공부하지 않았다고 발제문 8쪽 “4. 경성제대시대”의 위의 단락에 서술되어 있어서²⁾ 특별히 미국 헌법에 대한 관심을 보이지 않은 이유가 궁금하여 여쭙어 봅니다.

또 한 가지 흥미로운 것은 키요미야 시로가 왕성하게 학문적 활동을 하여 Hans Kelsen의 『일반국가학』의 개정판까지 내었는데³⁾ 이러한 번역서에 대한 평가가 그다지 높은 것이 아닌 것 같은 느낌이 듭니다. 각주 47)번을 보면 “清宮四郎 訳, 『一般国家学』, 京城帝國大學法學會翻譯叢書, 岩波書店, 1936; ケルゼン/清宮四郎 訳, 『一般国家学』, 岩波書店, 1971. (改版); 한스 켈젠 지음/민준기 옮김, 『일반국가학』, 민음사, 1990.”라고 되어 있는 번역서로 보이는데, 1990년대에는 제2세대 헌법학자들이 독일로 상당히 많이 유학을 가서 직접 원서를 보고 공부하였기 때문에 Kelsen의 독일어 원본의 일본어 번역서를 다시 우리말로 번역한 것을 보지는 않을 것 같습니다.

키요미야 시로는 1927년부터 1941년까지 14년 동안 경성제국대학에 봉직하다가 일본의 토호쿠제국대학으로 자리를 옮기면서,⁴⁾ 발제문 11쪽에서는 “그는 경성제대에 남고 싶었으나, 새로운 환경에서 공부하고 싶은 마음이 컸기 때문에 전임을 결정했다.”고 되어 있는데, 현실주의적인 학자로서, 또한 관학을 가르치는 학자로서 일본의 패전

-
- 1) 발제문 11쪽, “키요미야는 1941년 경성제대 시대를 끝내고 일본의 토호쿠제대로 옮기게 된다.”
 - 2) 발제문 8쪽, “미국에서는 1개월 정도 머물렀으나, 당시에는 미국 헌법에 큰 관심을 두지 않았다. 그러나 전후 일본에서 신헌법이 제정되고, 미국 로스쿨을 시찰할 기회가 있었으나 미국 헌법을 제대로 공부하지 않았기 때문에 관련 부분에 대해 깊이 있는 얘기를 할 수 없었다.”
 - 3) 발제문 10쪽, “일반국가학 번역은 강의에 쫓기는 고된 작업의 연속으로 완성하는데 7년이 나 걸려 1936년에야 비로소 출간되었다.”
 - 4) 발제문 3쪽, 각주 11번) “사이타마 출신의 헌법학자로, 1923년 도쿄제대 법학부 졸업 후 1925년 구미유학에서 돌아와 1927년 경성제대 교수로 부임하여 1941년까지 근무했다. 1941년 일본 토호쿠제대 교수로 부임하여 1962년 정년퇴직하였다.”

이 임박했음을 느끼고 도피하려고 했던 것은 아닌지 궁금합니다.

그리고 키요미야 시로와 우리 헌법학자들과의 접점에 관한 부분에서도 상당 부분은 현실적인 영향을 받을 수밖에 없는 상황으로 보이는데요, 특히 발제문 15쪽 이후 “유진오”와의 관계에서 유진오 선생이 키요미야 시로를 언급하지 않은 반면에, 키요미야 시로는 수십 년 후까지도 유진오 선생을 아주 우수했던 학생으로 기억했던 대목에서 궁금증이 생겼습니다. 교수가 제자였던 학생을 기억하는데 그 제자가 훗날 그 교수를 언급조차 안했다는 것은 둘 사이에 무슨 특별한 일이 있었지 않나 하는 궁금증이 들었습니다. 이에 관해 발제문은 많은 추측을 하고 있는데⁵⁾ 발제문에서 다 하지 못한 이야기가 있을 법하여 여쭙어 봅니다.

또한 흥미로운 부분은 이항녕의 시각입니다. 발제문 19쪽에서는 “이항녕의 키요미야에 대한 회고는 그의 두 스승인 미노베와 켈젠과의 관계 속에서 떠올리는 듯하다. 천황기관설사건에 즈음하여 키요미야의 헌법 수업을 들은 이항녕은 과연 그가 미노베의 제자로서 헌법을 어떻게 해석하는지, 켈젠주의자 키요미야가 켈젠의 헌법이론에 부합하는 해석을 하는지 등에 주목한 것 같다. 이항녕의 회고에서 느껴지는 것은 키요미야가 대범한 사람이 아닌 매사에 조심스러운 언행을 하는 것으로 생각하고, 학문적으로 그를 존경하거나 훌륭하게 생각한 것으로는 보이지 않는다.”라고 하면서 이항녕 선생은 경성제국대학 재학 시절 키요미야 시로로부터 헌법학 강의를 직접 듣고 그것을 또렷이 기억하기 까지 하는데도 키요미야 시로를 특별히 높이 평가하지 않고 있다고 서술하고 있습니다. 여기서 이항녕 선생이 키요미야 시로를 높이 사지 않은 이유가 이항녕 선생의 관심사가 오다카 토모와 법철학에 있었을 것이라는 것 외에도 혹시 다른 이유가 있는지 궁금합니다.

이에 반하여 박일경 선생은 키요미야 시로의 마지막 제자로서 그에 대한 평가가 남달리 소중한 부분이 있어⁶⁾ 우리 헌법학 형성기의 초기 학자들 사이에서도 키요미야

5) 발제문 15쪽, “유진오가 키요미야나 그의 헌법학을 언급하지 않은 것은 그로부터 특별한 인상을 받지 못했는지, 헌법 수업을 직접 듣지 않았는지, 아니면 애써 외면했는지 알 수 없다.”

6) 발제문 20쪽, “나는 소학·중학 시대부터 산술·수학과 역사를 좋아해서 중학 3년이나 4년 때에는 장래 위대한 수학자나 사학자가 되는 것이 꿈이었다. … 법학에 관해서는 예과시대에 오다카 토모오(尾高朝雄) 교수의 명강의에 참으로 감명을 받았는데, 법학이 논리를 존중하는 것이 수학과 유사했기 때문이었는지 법학이 곧 좋아졌다. … 내가 지금까지 밥을 먹고 있는 헌법은 키요미야 시로(清宮四郎) 교수 담당이었다. 선생을 통하여 ‘켈젠’의 순수

시로에 대한 기억과 평가가 서로 다른 부분이 매우 흥미롭습니다.

끝으로 문흥주 선생님도 키요미야 시로와의 인연이 있음을 발제문에 언급하고 있는데, 한태연 선생님과 키요미야 시로가 직접적인 인연이 닿지는 않았는지 궁금합니다. 발제문 25면에서는 “한태연 교수는 경성제대 출신과 달리 일본에서 미노베의 제자로 갖 유학을 다녀온 소장학자 키요미야의 헌법학은 몰랐거나 알았더라도 매력을 느끼지 못했을 것이다. 이미 그는 당대 일본 공법학을 주도하던 미노베나 사사키 소이치, 나카무라, 구로다 등과 같은 헌법학자의 교과서를 섭렵하고 있었고, 그들로부터 수업을 직접 들었다. 특히 구로다는 초기 켈젠의 헌법론과 이별하고 칼 슈미트(Carl Schmitt) 헌법론을 본격적으로 소개하는데, 한태연 교수는 여기에 매력을 느꼈다.”고 되어 있어서요, 두 분 사이에 어떠한 직접적인 접점이 있을 수도 있었겠다는 생각이 들어 여쭙습니다.

이상 우리 헌법학의 형성기에 경성제국대학에서 공법학을 가르친 키요미야 시로의 영향점에 대해 깊이 연구한 발제문에 대하여 공부를 겸하여 궁금한 점을 두서없이 피력하는데 불과하였다는 점에서 발제자님의 너른 이해를 부탁드립니다, 거듭 많은 공부 되었다는 점을 말씀드리면서 두서없는 토론을 마치도록 하겠습니다.

대단히 감사합니다.

법학·법단계설 등 지금도 도움이 되는 지식을 얻었지만 제국헌법 당시에는 민주헌법의 진상을 파악할 수는 없었다.”

【제2주제】

실정헌법과 일반행정법 체계

— 규범과 법리의 상호 형성·적용을 중심으로 —*

김 태 호**

- I. 입헌민주주의의 전개와 일반행정법 체계
- II. 실정헌법의 구상에 따른 일반행정법 체계
- III. 기본권의 구속 아래 헌법·행정법의 상호 영향
- IV. 「행정기본법」의 위상과 기능
- V. 소결

I. 입헌민주주의의 전개와 일반행정법 체계

1. 헌법과 행정법의 관계 설정의 변화

가. 입헌민주주의 헌법의 정착

헌정·헌법(체계)·헌법재판과 행정·행정법(체계)·행정재판의 상호관계를 고찰¹⁾할 때

* 학술대회 보고를 위한 미완성 발표문으로서 개인의 학문적 소견임을 밝혀 둡니다.

** 헌법재판연구원 책임연구원

1) 현행 헌법 이후 헌법과 행정법의 관계에 관한 국내 행정법학자의 주요 문헌으로, 김도창, 새 행정쟁송제도 10년과 헌법재판제도 7년의 회고, 행정판례연구 제3집, 1996; 김유환, 헌법재판과 행정법의 발전, 공법연구 제27집 제1호, 1998; 이계수, 헌법재판과 행정법이론, 공법연구 제37집 제2호, 2008; 김성수, 헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다, 공법연구 제41집 제4호, 2013; 김중권, 헌법재판소의 판례가 행정법에 미친 영향에 관한 소고, 헌법논총 제24호, 2013. 11; 하명호, 헌법재판과 행정법이론, 공법연구 제45집 제2호, 2016; 김남진, 헌법과 행정법의 관계, 학술원통신 제309호, 2019. 4; 박정훈, 행정법과 헌법, 행정법학 제19호, 2020. 9; 김민호, 헌(憲), 헌법, 그리고 행정법, 행정법학 제19호, 2020. 9을 참조.

클리셰처럼 거론되는 오토 마이어의 “헌법이 사라져도 행정법은 남는다”는 법언을 먼저 상기하지 않을 수 없는 것은 그것이 그가 정립한 행정법체계의 형식성과 관념성이 가진 의의와 한계를 동시에 드러내었기 때문일 것이다.²⁾ 그 한계는 제2차 대전 이후 독일에서 극복의 대상이 되었는데, 서독 기본법이 제정되어 기본법의 규범력을 강화하고 연방헌법재판소의 역할을 확립하려는 노력이 지속되면서 기본법 아래 행정법의 헌법화(Konstitutionalisierung)가 계속되었던 것이다. ‘구체화된 헌법으로서의 행정법’이라는 언명은 1960-1970년대 당시 헌법의 영향 하에 편입되는 행정법현상을 잘 드러내었다고 할 수 있다.³⁾

우리에게 이러한 변화가 참고가 되고, 또 한편으로 익숙한 것은 우리 헌정사의 경험 또한 그와 같은 경로를 거쳐왔기 때문이다. 1987년 헌법이 제정되어 입헌민주주의가 작동하기 시작하고 헌법재판소의 활동이 본격화되면서 명목상 헌법 하에서의 그것과 다른 헌법적 가치의 작동 기반 위에서 행정법 체계가 전개되지 않을 수 없었던 것이다. 특히 헌법재판소의 결정을 통해 기본권이 헌법의 구성적 요소로서 최고규범성을 획득하고, 기본권 보호를 매개로 헌법소원 제도 등을 통해 헌법재판소가 행정재판기능의 일부를 담당하면서 법원의 행정에 대한 사법적 통제를 헌법재판소가 일부 나누어 맡게 되는 현상이 나타났다.⁴⁾

2) 노년의 오토 마이어(1846~1924)가 새로 들어선 바이마르 공화국헌법(1919. 8.)을 의식하며 남겼을 「독일행정법」 제3판의 머리말(1923. 8. 29.)에 담긴 이 법언은 한편으로 그가 ‘법치국가’의 이념과 ‘법학적 방법론’을 사용하여 쌓아올린 일반행정법 체계가 가진 형식과 체계에 대한 자부심과 반동적 맥락을 드러낸다. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., 1923. 다만, 그렇다고 하여 오토 마이어가 헌법국가가 행정법의 전제조건임을 부정하는 것은 아니다. 그럼에도 행정법이 과목으로서 성립하기 시작한 독일 제2제국 시기에 제1판(1886)과 제2판(1914/1917)은 집필되었다. 이 시기에 대한 간략한 과정과 평가는 Stolleis(이종수 譯), *독일 공법의 역사*, 2022, 122-126면; Meyer-Hesemann, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981을 참조.

3) 이른바 본(Bonn) 기본법 당시의 변화에 대해서는, Schönberger, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassung*, in: Stolleis (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neues Verfassung in der ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949 – 1969)*, 2006 참조.

4) 특히 헌법소송과 행정소송의 관계에 관해서는, 박정훈, *헌법과 행정법 – 행정소송과 헌법소송의 관계*, 서울대학교 법학 제39권 제4호, 1999; 정호경, *행정소송과 헌법재판의 관계에 관한 고찰: 항고소송, 헌법소원, 권한쟁의심판을 중심으로*, 행정법연구 제22호, 2008. 12; 박현정, *법원과 헌법재판소의 관할 비교 – 권한쟁의심판과 항고소송을 중심으로*, 공법연구 제42집 제1호, 2013; 이상덕, *항고소송과 헌법소원의 관계 재정립 – 실무의 상황과 나아갈*

이러한 사회적 수용은 법체계의 단계적 서열구조나 헌법재판의 규범력 강화라는 제도적 기반을 전제로 한 것이지만, 그 토대에는 특히 불법적 국가의 경험을 거치면서 헌법을 공동체의 보편적이고 일반적인 가치가 민주적 방식으로 구현된 문서로 자리매김하고자 하는 구성원의 지지가 있다. 개방적·추상적 성격⁵⁾을 가진 실정법의 형태의 헌법규범에서 실정법 상위의 ‘정의’에 대한 열망을 투영하는 것, 자연법론에서 추구되던 가치의 관념을 개방적·추상적 성격의 헌법 문언에 포함하여 ‘헌법실증주의’로 제도화하는 것이 헌법에 대한 지지의 근간이라고 할 수 있을 것이다.⁶⁾ 독일기본법은 명문으로 제1조 제3항에서 “기본권은 직접 효력을 갖는 법으로서 입법과 집행, 사법을 구속하고”, 제20조 제3항에서 “입법은 헌법적 질서에 구속되고, 집행권과 사법권은 법률과 법에 구속된다”고 선언하고 있다. 입헌민주주의 하의 행정법이 헌법적 가치에 구속되고 그 가치를 구현해야 한다는 것은 그러한 선언의 의미라 할 것이다.

나. 입헌민주주의에서 행정법의 고유성

헌법과 헌법적 가치에 행정법이 구속된다는 의미가 행정과 행정법의 고유 영역과 독자성을 부정하는 의미는 아니다. 이를테면 행정이 따라야 할 헌법적 가치는 헌법재판에 의해서 제시된 가치 판단(만)을 의미하는 것일까?⁷⁾ 헌법적 가치는 민주적 입법자가 자율성을 부여받은 상태에서 가치적 판단을 실정법률의 형태로 전환함으로써 구현되는 것이고 한다면, 행정활동에서의 법 구속에는 헌법이 개입하는 것에 대해서는 일정한 한계가 있다. 헌법이 입법자와 갖는 긴장관계와 다른 맥락에서 행정법은 입법자의 의사를 구현하고 그에 구속되며, 현실에서의 다양한 공익·사익의 요구를 조정하여 제도를 형성하는 임무를 가진다.

구체적인 법적용에 있어서도 구체적 행정결정이 고려하는 규범적 판단이 모두 궁극

방향-, 공법연구 제44권 제1호, 2015. 10; 정남철, 항고소송과 헌법소원의 대상 -공법소송 대상의 재구성을 위한 시론을 중심으로, 법조 제68권 제2호, 2019. 4을 참조.

- 5) 헌법의 개방성은 다양한 방식으로 헌법문언 중심의 해석을 넘어서게 된다. 가령 이황희, 헌법문언에 반하는 헌법해석, 법조 제68권 제5호, 2019. 10.
- 6) 헌법에 담긴 정의의 가치에 주목하려는 법철학적 접근으로 김도균, 한국 사회에서 정의란 무엇인가. 우리 헌법에 담긴 정의와 공정의 문법, 아카넷 2020; 김현철, “정의에서 헌법으로”, 이화여자대학교 법학논집, 제25집 제4호, 2021. 6.
- 7) 사회적 현실을 구체적으로 해결하는 것이 행정법의 과제라고 한다면 오히려 가치에 대한 적극적 해석은 개별 행정법규의 해석에서 더 요구되는 것인지도 모른다.

적으로 헌법규범으로 환원될 수 있는 것은 아니다. 행정은 단순한 법령의 ‘집행’을 담당하는 것이 아니고, 법령에 터잡아 법령의 구체적인 내용을 형성하는 기능을 수행한다. 행정법의 체계는 분산되어 있는 개별 법령을 통일적이고 정합적으로 규율하는, 주로 판례와 법원칙에 의해서 형성된, 일반화된 체계를 갖고 있다는 점이 특징이다. 이러한 체계의 사고는 정합관계 및 모순관계를 기준으로 내부적 동질성과 외부적 차별성을 확보하여 고유의 질서를 구축하는 기능을 수행한다. 일반행정법의 체계는 일반 원칙과 행정작용의 형식을 분류하고 법적 구제의 방법과 연결짓는 고유한 법리의 집합체로서 그 근거가 헌법에서 직접 도출되는 것이 아닌 행정법 체계의 산물이라고 할 수 있다.⁸⁾ 즉 헌법과는 별개로 ‘행정법총론’이라 불리는 행정법의 일반이론 ‘체계’를 통해 부분 질서의 합리성을 추구해 온 행정법은 대의민주주의의 정치적 과정을 변환하는 민주적 입법자의 입법작용을 받아 이를 행정을 통해 형성하는, 독자적 공적 체계로서의 자율성을 가지고, 행정을 통한 입법의 적극적 형성은 헌법의 실질적 내용을 구성하는 것이다.⁹⁾

2. 상호영향을 중심으로 한 서술의 주안점

오늘날의 시점에서 헌법과 행정법의 관계는 단순히 일방향적인 관계로 설명하기 어려운 것이 틀림없다. 행정을 중심으로 한 국가작용을 규율대상으로 하는 공통분모를 가지는 헌법·헌법재판과 행정법·행정재판은 각 기능적 고유성을 전제하고 양자의 상호작용을 통해서 헌법적 가치를 고양하는 법질서 형성으로 나아가야 하는 과제를 가진다.¹⁰⁾ ‘헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다’¹¹⁾거나 ‘헌법은 추상화된 행정법’¹²⁾이

8) 김태호, 행정법에서 학설과 판례 - 법리 발전을 위한 이론과 실무의 상호 작용, 공법연구 제40권 제1호, 2011. 10; 김철용, Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 1998.

9) 관련 독일의 논의로, Gerhardt, Verfassungs- gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Parameter der Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008; Ludwigs, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht - Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation? NVwZ 2015, 1327; Michael/Wollenschläger, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht - Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, VVDStRL 75, 2016.

10) 행정법의 구체적 전개는 헌법이론의 발전에서 일정한 시사점을 제공한다. Kersten, Was

라고 표현하는 것 또한 헌법의 지침제시적 기능과 행정법의 구체적 문제해결 기능을 결합하는 관계설정의 시도라고 할 수 있겠다.

이러한 차원에서 우선 헌법에 의한 입법·행정·사법의 틀을 정하는 기능, 즉 ‘실정’ 헌법이 구상하는 권력분립의 설계가 일반행정법 체계와 법리에 어떤 영향을 미치는지가 중요할 것이다(Ⅱ). ‘실정’헌법에서의 기본권 보장체계는 일반행정법 체계와 유기적으로 관련을 맺게 되는데, 여기서 헌법·헌법재판과 행정법·행정재판 각각의 법리가 각각 어떤 접점을 갖고 상호 영향을 받는지가 기본권 보장기능 차원에서 헌법과 행정법의 관계에서 중요하다(Ⅲ). 최근 우리나라에서는 헌법 및 일반행정법과의 관계에서 「행정기본법」의 제정이라는 변화가 있었는데, 이는 헌법과 행정법의 관계에서 어떤 의미가 있는지에 대해서도 생각해 볼 점이 있을 것이다(Ⅳ). 이하에서는 개괄적인 현황의 보고를 통해서 헌법과 행정법 상호 간 활발한 관점의 교류를 매개하는 데 목표를 두고 대략의 쟁점을 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 실정헌법의 구상에 따른 일반행정법 체계

1. 규범 서열과 해석의 관계

가. 법령의 적용우위와 헌법의 효력우위

헌법의 우위에 대해서는 다차원적인 접근이 필요하다.¹³⁾ 헌법은 법률과의 관계에서

kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht lernen? DVBl 2011, 585; Waldhoff, Kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht lernen? in: FS für Michael Kloepfer, 2013; Eifert, Lernende Beobachtung des Verwaltungsrechts durch das Verfassungsrecht, in: Demokratie-Perspektive: FS für Brun-Otto Bryde, 2013. Ⅲ.에서 상술하기로 한다.

11) 김성수(각주 1), 63면 이하.

12) Möllers, Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2.Aufl. 2012; §3, Rn. 13.

13) Wahl, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 1981, 485 (김효전 譯, 헌법의 우위, 동아법학 제77호, 2017. 11.) Wahl은 규범통제에서는 법질서의 단계구조라는 것이 전제되어야 하고, 이러한 단계구조는 헌법의 우위와 헌법재판의 성립을 낳았지만, 이러한 헌법의 우위는 신중하게 적용되어야 한다고 보았다. 그는 헌법이 우위에 있다고 하기 보다 법률이 열위에 있다고 표현한다면 그것이 갖는 문제가 더 선명히 드러난다고 하였는데, 헌법을 구속

효력의 우위를 갖지만, 법단계 구조 하에서 법률은 (행정입법은 다시 상위법과의 관계에서) 우선적으로 적용된다.¹⁴⁾ 이른바 법령의 적용우위는 행정공무원과 법원이 결정을 함에 있어서 헌법에서 해결책을 찾을 것이 아니라 우선 개별 행정법을 적용하여야 하고, 개별 행정법에서 적용의 공백이 있을 때 상위법, 최후에는 헌법에 의지할 수 있다는 의미이다. 기본권이 입법자를 구속한다고 하지만, 다른 의미에서 기본권은 입법자에 의지하지 않을 수 없기 때문에 입법자의 임무는 기본권을 해석하는 것이 아니라 구체화하고 형성하는 것이다.¹⁵⁾ 법률의 적용이 행정작용의 일차적 기준이라고 할 때 법률을 형성하고 그에 근거하여 행정에 대해 일정한 독자성과 자율성을 보장하는 것은 행정이 공익을 달성하도록 하는 헌법의 권력분립이 지향하는 바이다. 그렇다면 헌법과 행정법의 관계에서 헌법의 우위는 헌법을 구현하는 행정법이 헌법을 기준으로 다시 심사되게 될 때 그 심사의 척도와 대상이 명확히 구분되고, 우위에 있어야 할 헌법의 내용이 명확히 확정될 수 있을 것을 전제로 요구한다.¹⁶⁾

항고소송에서 원고적격의 인정 여부를 판단하면서 기본권을 직접 원용할 수 있는가에 대한 판단 또한 소송 차원에서 이러한 구분의 예가 될 수 있다.¹⁷⁾ 독일의 통설은 건축법 관련 처분에 대한 이웃 주민의 취소소송에서 헌법의 재산권 침해로 이유로 원고적격을 직접 인정할 수 없는가에 대한 논쟁에서 재산권 침해 여부를 직접 원용하는 것에 데 여전히 소극적이다. 원고적격의 인정여부를 결정하는 보호규범에 대한 판단에서는 토지이용에 관한 실정 법령의 해석이 우선되고 처분의 직접 상대방이 아닌 이웃 주민의 재산권 침해 주장을 직접 원용하는 것은 인근주민에게 중대하고 참을 수 없는 피해를 야기하는 때에 한해 보충적으로 인정되는 것으로 본다. 이는 기본법이 행정과 사법이 법률에 위배되어서는 안 된다는 조항(제20조 제3항)을 근간으로 하는

적으로 해석하는 기관에 대한 입법자의 열위를 의미하는 것처럼 보일 수 있기 때문이라고 한다. 따라서 이러한 관계에서 헌법의 최대한의 구현, 그리고 최고의 권위를 최대한 확보하는 것이 목표가 될 수는 없고 그것이 반드시 바람직한 것도 아니라고 보았다. 이러한 현상을 밀고 나가다 보면 헌법이 헌법일 수 있게 하는 프로그램적 기능 또는 정치적 호소적 기능을 정작 훼손하게 될 우려가 있다는 점이 지적된다. Wahl, 위의 논문, 488면.

14) Maurer, Der Anwendungsvorrang im Normensystem, in: Der Grundrechtsgeprägte Verfassungs- staat: FS für Klaus Stern, 2012.

15) Maurer, 위의 글, 111면.

16) Wahl, 위의 논문, 502면.

17) Ibler, Wie konkretisiert Verwaltungsrecht Verfassungsrecht? in: FS für Hartmut Maurer, 2012, 11면 이하.

것으로서 기본권의 직접적 적용을 인정하지 않는다고 하여 기본권이 직접적 구속력을 가진다는 기본법 조항(제1조 제3)이 공동화되는 것이 아니라고 한다.

물론 이상에서 언급한 법률의 적용상 우위는 개별법이 헌법에 합치하는 경우에만 허용된다. 개별법의 적용의 우위는 헌법이 갖는 효력의 우위를 전제로 성립되는 것이다. 만약 개별법이 없다면, 적용의 우위는 그 자체 의미가 없게 되는데, 이 때에도 우선 법의 일반원칙에 따라 공백을 해소할 수 있는 해석 방법론을 찾고 기본권의 직접 적용은 보충적으로 적용해야 한다는 것이 헌법과 행정법 규정의 적용방법이다.¹⁸⁾

이러한 원칙은 헌법적 원리를 적용함에 있어서도 동일하다. 우리 헌법재판소는 개인의 기본권을 제한하는 행정작용에 대해서도 헌법상 적법절차의 원리가 적용된다고 보고 있는데¹⁹⁾ 이는 공권력작용에 있어서 (절차적) 적법절차원리를 기본적 헌법원리로 받아들였기 때문이다.²⁰⁾

그럼에도 행정절차에 대한 헌법원리는 「행정절차법」 및 행정절차에 관한 특별한 규정이 있다면 해당 규정이 먼저 적용되어야²¹⁾ 하고, 헌법상 적법한 행정절차의 원리는 실정절차법규가 존재하지 않는 경우에 보충적으로 직접 적용되거나 규범의 입법부작위에 대한 심사기준이 될 수 있으며,²²⁾ 절차와 관련한 개별법 규정의 해석에서 적법절차를 보장하는 헌법 해석을 하면서, 해당 하위 규범에 어느 정도 적법절차원리가 관철될 것인지는 “규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량”²³⁾하여 평가하여야 한다. 이러한 헌법원리와 하위 법령과의 관계는 는 국가기관

18) Maurer, 위의 글, 112-113면.

19) 가령 헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 17-20.

20) 가령 김문현, 한국헌법상 적법절차에 관한 일 고찰-헌법재판소 결정을 중심으로-, 김철용 편, 행정절차와 행정소송, 박영사 2017, 66면 이하. 헌법상 적법절차의 원리는 법치국가원리로부터 도출되는 불문헌법적 원리로 이해할 수 있을 것이다. 김성수(각주 1), 86-87면; 김태호, 법해석을 통한 적법한 행정절차원리의 근거 지움과 규범력, 행정판례연구 제 20권 제1호, 2015. 6, 176면. 다만 행정절차는 그것이 수행하는 민주적 기능이 있음 또한 간과되어서는 안 될 것이다.

21) 미국에서는 행정절차법상 자의적 반복 금지조항이 수정헌법 제5조와의 관계에서 어떤 의미를 가지는가에 대한 논의가 있다. 129 S. Ct. 1800, 1812 (2009). 관련 논의로, 김민호(각주1) 참조.

22) 同旨, 김준규, 적정절차, 우리 행정법에서도 유효한가? 한양법학 34집, 2011. 5, 28면

23) 헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 17-20; 헌재 2006. 5. 25. 2004헌바12, 판례집 18-1하, 58, 66-67.

의 의사결정 및 권한행사에 있어 헌법의 내재적 원리로서 투명성 원리²⁴⁾가 실정법으로서 「정보공개법」과 맺는 관계에서도 동일하게 적용될 수 있다.

나. 합헌적 법률(법령)해석과 법원·헌법재판소의 규범통제

규범심사는 하위 법규의 해석에 따른 의미 확정을 전제로 그것이 상위법에 형식적·내용적으로 합치하는지 여부를 살피는 것이다. 이에 심사의 대상이 법규는, 가능한 모든 해석 규칙에 따라 헌법을 비롯한 상위규범에 위반된다고 판단되는 경우가 아니라면 이를 무효로 할 수 없고, 법규의 해석이 상위규범에 합치할 가능성과 위반될 가능성을 모두 가지고 있는 경우에는 상위규범에 반하는 해석의 가능성을 배제하고 헌법에 합치되는 해석을 선택하여야 한다. 이것이 합헌적 법률(법령) 해석 방법이다.

이 과정에서 법원은 ‘법률해석’을 하게 되고 헌법재판소는 이를 전제로 헌법해석을 통한 규범통제를 할 수 있다.²⁵⁾ 위임입법의 경우라면 법원이 위임입법의 합헌·합법성에 대한 규범통제의 계기를 가질 수 있다.²⁶⁾ 여기서 법원의 합헌적 법률해석은 사실상 규범심사의 효과를 발생시킬 수 있는데, 법원이 합헌적 ‘법률해석’을 하여 규범을 적용하는 경우에 이 때 헌법재판소의 ‘헌법해석’을 토대로 한 ‘법률해석’과 법원의 합헌적 ‘법률해석’이 상충될 수 있다는 것이 합헌적 법률해석을 둘러싼 헌법적 쟁점이다.²⁷⁾ 만약 법원이 법형성적 해석을 통해 합헌적 법률해석을 시도한다면 더욱 그러하다.²⁸⁾

2. 실정헌법의 권력분립과 일반행정법 체계

실정헌법이 설정한 권력 분립과 헌법상 제도의 내용은 행정법 형성의 전제 조건이다. 입법권은 국회에 있고, 행정권은 대통령을 수반으로 하는 (행)정부에 있으며, 헌법

24) 김일환·백수원, 헌법상 투명성원칙에 관한 이론적 고찰, 공법연구 제39집 제2호, 2010. 12.

25) 김하열, 헌법소송법, 48면.

26) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결; 대법원 2021. 9. 9. 선고 2019두53464 전원합의체 판결

27) 상충에 대한 해결의 방식은 김하열, 위의 책, 52-53면 참조.

28) 전상현, 법관의 법형성에 대한 헌법재판소의 통제, 헌법학연구 제27권 제4호, 2021. 12; 허완중, 법형성이 아닌 법발견(법해석)인 합헌적 법률해석, 사법 제41호, 2017. 1. 또한 참조.

은 행정의 헌법적 권한과 한계를 규율하고 있다. 실정헌법의 권력분립 구조는 행정법 체계에 대한 근본적인 결단으로서 행정과 입법, 행정과 사법의 관계에 대한 기본 틀을 형성한다. 헌법조항이 행정에 관한 규율을 포함하는 경우 이는 헌법상 행정법(Verfassungsverwaltungsrecht)에 해당하는 내용으로서 행정법의 내용을 구성한다. 현대에 와서 헌법의 권력분립구조는 행정국가의 강화와 함께 실질적인 차원에서 입법, 집행 및 사법 기능이 혼합된 방식으로 작용이 이루어지기도 하는바,²⁹⁾ 헌법의 권력분립 조항만을 기준으로 헌법위반을 판단하는 것은 용이하지 않다. 이하에서는 행정입법을 중심으로 행정과 입법, 행정과 사법 간의 관계에 관한 권력분립상의 쟁점을 일별하기로 한다.

가. 행정의 (위임)입법과 입법의 관계

행정의 활동에 대해서는 법률적 근거를 요한다는 법률유보의 요청과 의회가 배타적 권한을 행사하는 입법에서 (중요성설에 따를 때) 중요사항에 대해서는 행정에 위임하는 것 또한 금지한다는 의회유보의 요청은 입법과 행정의 권한배분 원리이다. 위임입법에 대해서는 입법위임의 명확성원칙, 포괄적 입법위임금지원칙 또한 요구된다. 우리 헌법 제37조 제2항, 40조, 제75조, 제95조에서 그 근거를 찾을 수 있는 이상의 원칙과 원리는 헌법상 입법자의 의무로서 입법자를 구속하는 위헌심사의 척도이다.³⁰⁾

행정의 법률구속에 대한 헌법적 요청은 국가별로 제도 형성의 과정에서 각기 상이한 발전 경로를 택해 왔다. 때문에 이 영역에서는 현재의 실정제도를 절대시하는 경향을 상대화하여 이해하기 위해 비교법적 접근이 좀 더 필요하다. 현행 헌법의 관련 규정과 법리는 독일에서의 그것과 대단히 유사하다고 할 수 있는데, 대통령제 하에서 대통령이 갖는 민주적 정당성과 행정활동의 공익 목적 달성을 위한 적극적 형성 기능 또한 행정과 입법의 관계 형성에서 충분히 담보될 필요가 있다.

실질적 권한이 부여되는 대통령제를 운영하는 미국과 프랑스, 오스트리아에서 행정의 입법권한은 우리의 경우와 다른 제도적 형태로 취하고 있다. 미국에서 위임입법과

29) 김광수, 권력분립과 행정소송, 행정법학 제3호, 2012. 9, 19면; 강재규, 헌법상 기능적 권력분립론의 행정법적 수용에 관한 연구, 공법연구 제41권 제1호, 2012. 10.

30) 김환학, 법률유보와 의회유보, 헌법재판연구원 연구보고서 2015, 6면 이하; 이혜진, 입법권 위임금지법리로서의 법률유보, 공법학연구 제20권 제4호, 2019. 11.

별개로 활용되는 대통령의 행정명령(executive order)은 대통령이 행정부 공무원을 대상으로 하여 특정한 사업을 집행하기 위해 행정부에 지시하는 내부적 행정목적의 명령으로 시작되었지만, 점차 의회입법과 동등한 지위를 가지는 사실상의 입법 장치이다.³¹⁾ 프랑스의 경우 법률과 행정입법의 중간적 지위를 갖는 행정부의 법률명령(Ordonnance)이 있어 이는 법률을 개폐할 수 있는 법률대위적 규범에 해당하는데, 프랑스 헌법의 경우 처음부터 헌법이 법률로 규정하도록 정한 사항 이외의 것은 명령으로 정하도록 하고 있기 때문에 대통령과 수상이 발하는 명령으로서의 데크레(Décret)의 영역은 법률유보로부터 독자적으로 존재하는 영역이다. 오스트리아의 경우에도 위임입법에 해당하는 법률보충명령 외에 연방경찰 창설에 관한 법률대위명령(제78c조 제2항)이 있다.³²⁾

이러한 비교법적 예를 볼 때 실정헌법의 구조를 변경할 수는 없겠으나, 대통령이 갖는 직접적 민주적 정당성을 반영하여 명시적인 국회의 의사에 반하지 않는 한 이를 국회의 입법권과 조화할 수 있도록 하는 모색도 헌법정책적으로는 필요해 보인다.³³⁾ 이에 “의회절차에 준하는 개방성과 투명성을 확보할 수 있는 행정입법절차가 마련된다면 행정입법의 민주적 정당성도 획득될 수 있다.”³⁴⁾고 언급되기도 한다. 물론 이러한 언급은 ‘법규명령’을 이용한 집행권의 남용 가능성을 방지하는 것이 될 수 있으므로 확대할 성질의 것은 아니겠으나, 사실상 상당수의 주요 정책이 대통령령에 의해서 형성되는 현실³⁵⁾에서 입법자의 의사가 명확히 드러난 경우와 아닌 경우를 달리 취급하고, 보완장치로서 국회의 시행령에 대한 사후적 개입권한을 인정하는 입법을 하는

31) 전은주, 미국 대통령 행정명령과 사법심사, 헌법재판연구원 연구보고서, 2020, 32면.

32) 장영철, 오스트리아 법령심사제도, 서강법학 제12권 제1호, 2010. 6. 84면.

33) 일본의 경우에는 대통령은 존재하지 않지만 강력한 관료제의 영향으로 비슷한 경향이 나타나고 있다. 長谷部恭男, 유진식 譯, 일본에서의 법치국개념의 계수-행정법학에서의 축소와 헌법학에서의 확장-, 공법연구 제36권 제1호, 2007. 10. 현행 헌법상 아무런 차이가 없음에도 불구하고 위임입법에 있어 제재적 처분기준을 정한 대통령령과 부령의 효력을 달리 보는 법원의 태도(대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결)는 헌법적인 차원에서도 비판의 대상이기는 하다. 이러한 법원의 태도에 대한 비판으로는 가령 홍강훈, 법규명령과 행정규칙의 경계설정을 위한 새로운 기준, 공법연구 제43집 제1호, 359면 이하; 김현준, 행정입법의 법규성과 규범통제-행정입법 변종 대응의 도그마틱-, 공법연구 제47권 제2호, 2018. 12. 3면 이하.

34) 박정훈, 행정법과 ‘민주’의 자각, 8면.

35) 정남철, 행정입법에 대한 민주적 통제-특히 의회입법의 실패와 소위 ‘시행령 정치’의 문제를 중심으로-, 공법연구 제49집 제2호, 2020. 12.

전제에서³⁶⁾ 행정입법에 대한 자율성을 허용하는 것은 실정헌법에서도 생각해 볼 수 있는 문제이다. 실정헌법 체계 내에서도 행정법규에 대한 1차적 해석이 행정에 의해서 이루어진다는 점에서 위임입법에 대한 행정의 법령해석과 행정입법 제정권한에 독자성을 확보하려는 것 역시 생각해 볼직하다.³⁷⁾

나. 행정(입법)과 사법(헌법재판)의 관계

현행 헌법에서 행정작용에 대한 사법적 통제는 법원이 주로 담당하지만, 보충적으로 헌법재판소가 통제의 기능을 수행한다. 이하에서 보는 바와 같이 실질적으로 행정입법과 행정작용 일부의 통제에 대해서는 대법원과 헌법재판소가 권리구제 기능을 양분하고 있다. 이에 대해서는 행정입법이 행정이 행하는 ‘작용’으로서의 성격과 ‘입법’으로서의 성격을 병렬적으로 갖는다는 점을 인식하는 것이 중요하다. ‘입법’적 성격에 주목한다는 것은 행정입법의 규범정립의 성질에 주목한다는 의미이다. 다만 행정입법에 대한 통제를 제한하는, 의회가 제정하는 법률과 같은 민주주의적 요청의 직접성은 인정되지 않는다.³⁸⁾

행정입법과 사실행위의 통제에 있어서는 행정의 행위형식론과 그에 따른 빠짐없는 권리구제의 체계를 정비하고자 한 독일의 행정재판·헌법재판 모델이 주된 모델로서 참고되어 왔으나, 앞서 본 것처럼 규범통제의 설계가 국가마다 각기 상이한 전통과 논리를 갖고 있음도 참고할 필요가 있다. 가령 오스트리아 헌법재판소의 경우 집중형 규범통제모델을 채택하여 법률의 위헌 여부 뿐만 아니라 행정명령의 위헌·위법 여부에 대해서도 헌법재판소에서 규범통제심판을 한다. 행정입법에 대한 규범통제의 방법에 대해서는 헌법정책적인 논의가 계속되어야 할 것이다.

36) 방승주, 국회의 시행령수정·변경요구(청)권의 위헌여부, 공법연구 제44집 제2호, 2015. 12; 김현준, 위의 글, 23면 이하를 참조.

37) 이성엽, 글로벌 경쟁시대 적극행정 실현을 위한 행정부 법해석권의 재조명, 2012; 우미형, 행정각부의 법해석권과 정부입법-저작권법 제1조의 입법목적의 중심으로-, 행정법연구 제49호, 2017.

38) 김하열, 헌법소송법, 53면.

Ⅲ. 기본권의 구속 아래 헌법·행정법의 상호 영향

1. 행정재판과의 관계에서 헌법·헌법재판의 기능과 확장

가. 헌법재판을 통한 행정작용 심판대상의 확장 등

(1) 개관

헌법재판이 활성화되면서 행정에 대한 통제에 대한 논의가 보다 풍성하게 된 것은 해당 결정을 둘러싼 헌법재판이 ‘제도 자체에 대한 법적 판단’³⁹⁾을 하고자 하였기 때문이다. 헌법재판에 의한 규범통제의 계기에 행정법의 여러 제도는 헌법적 정당성을 점점받았다.

헌법재판소에 의한 헌법재판이 수행한 행정통제에 대한 기여로는 행정작용에 대한 심판의 범위를 확장하였다는 것을 빼놓을 수 없다. 원칙적으로 행정작용 중 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 헌법소원의 보충성과 재판소원 금지에 의거 헌법소원이 허용되지 않는다. 헌법소원의 예외적이고 비상적인 성격을 감안한다면 행정작용을 헌법소원으로 다루는 것에 대한 제한은 필요한 것이기도 하다. 그런데 행정소송 하에서 행정입법과 사실행위에 대한 행정소송이 오랫동안 제한되었기 때문에 헌법소원의 보충성 원칙이 무의미하게 된 결과, 오히려 해당 행정작용을 헌법소원을 통해 심사하는 것이 원칙적이고 통상적인 형태가 되었다.⁴⁰⁾ 이는 행정법이론에 대해 헌법재판소가 개방적 태도를 취한 결과⁴¹⁾라고 하는데, “법령 보충적 행정규칙 혹은 규범구체화 행정규칙에 관한 학계의 논의를 수용하면서도 자체의 헌법적 근거와 기준을 제시”한 결과라는 것이다. 위임입법의 형식을 예시적인 것으로 보아 행정운영의 실재를 인정하여 위임입법의 형식을 폭넓게 수용한 것도 개방적 접근의 예라고 할 수 있다.⁴²⁾

그동안 헌법소원이 행정작용을 ‘공권력’의 행사로서 심판대상에 포함시킨 주요 논리를 요약하면 다음과 같다. 법적 구속력이 인정되는 행정입법⁴³⁾은 모두 공권력의 행

39) 김유환, (각주1), 118면.

40) 자세히는, 최계영, 헌법소원에 의한 행정작용의 통제-기능과 한계-, 공법연구 제37집 제2호, 2008. 12. 203면 이하.

41) 이계수, (각주 1), 179면 이하.

42) 헌재 2004. 10. 28. 선고 99헌바91 결정.

43) 행정규칙에 대해서는, 정호경, 행정규칙과 헌법소원심판, 법학논총 제24권 제3호, 2007. 8;

사로 인정된다. 다만 이 경우에도 헌법소원을 위해서는 기본권 침해의 ‘직접성’ 및 헌법소원의 ‘보충성’ 요건이 문제되는데, 헌법재판소는 집행행위가 존재하지 않는 경우 뿐만 아니라 제재수단이 있는 경우에도 이를 집행행위로 보지 않음으로써 직접성 요건에 대한 예외를 인정하고, 행정입법이 직접성 요건을 통과하면 그것이 ‘행정처분’에 포섭될 수 있는 경우라도 별도로 ‘보충성’ 요건을 들어 헌법소원을 각하하지 않고 기본권 침해 여부의 판단으로 나아갔다.

또한 사실행위에 대해서도 ‘공권력’의 행사에 해당하는 권력적 사실행위에 대해서는 헌법소원의 대상으로 받아들이고 있는데, 대법원이 이에 대해서 명확한 범주적 판단을 한 바 없으므로 헌법재판소는 보충성 요건을 문제삼지 않고, 종료된 사실행위에 대해서 ‘헌법적 해명’의 필요성이 있다고 보아 권리보호이익을 인정하였다.

이러한 헌법재판소의 판단 방식은 법원이 권리구제의 가능성을 봉쇄하고 있는 동안 보완적 권리구제수단으로서 유효한 기능을 수행한 것으로 평가할 수 있는데, 어느 시점 이후부터 한편으로는 항고소송과 헌법소송에서 모두 본안 판단을 할 가능성이 열려 당사자가 두 기관에 동시에 권리구제를 구하거나, 반대로 법원이 여전히 권리구제 가능성을 배제하고 있음에도 헌법재판소가 법률적 분쟁에 불과하다는 이유로 권리보호의 이익을 부정하여 두 기관에서 모두 권리구제가 어려워지는 문제가 발생하였음이 지적된다.⁴⁴⁾ 전자의 경우에는 법원의 권리구제 확대의 과정⁴⁵⁾에서 나타나는 중첩 현상으로서 장기적으로는 법원에서 구제하도록 조정해 나가면 될 것⁴⁶⁾으로 볼 수 있겠으나, 후자의 경우 권리구제를 해소할 방법이 없으므로 행정작용에 대한 재판청구권 행사에 공백을 방치하는 상태가 지속되고 있는 셈이다.

(2) 행정입법 부작위와 가이드라인 행정에 대한 쟁점

행정입법의 경우 특히 최근에는 대법원이 행정입법 부작위의 문제를 직접 해소하려

최진수, 행정규칙에 대한 헌법소원, 공법연구 제41권 제3호, 2013. 2.

44) 이상덕, 항고소송과 헌법소원의 관계 재정립-실무의 상황과 나아갈 방향-, 공법연구 제44권 제1호, 2015. 10, 227면 이하.

45) 관련하여 행정입법에 대해서는 부수적 규범통제를 활용하는 경향이 뚜렷하다. 다만 그 경우에도 행정입법 제정에 대한 행정부의 재량을 인정하여 행정입법의 위법사유 인정은 한정적으로 운영하고 있다. 자세한, 이상덕, 위의 글, 256면 이하.

46) 같은 취지로, 최진수, 부령에 대한 헌법소원에서 기본권 침해의 직접성 요건과 위헌심사기준에 관한 고찰, 동국대학교 비교법연구 제23권 제1호, 2023. 4.

는 경향이 나타나고 있다. 행정입법 부작위는 헌법소원을 통해 해소할 수 밖에 없다고 보던 인식에 변화가 생긴 것이다. 대법원은 행정입법 부작위의 문제상황에서 법원의 해석권한을 활용하여 행정입법의 흠결을 직접 보충⁴⁷⁾하거나 부수적 규범통제를 하는 방식⁴⁸⁾을 통한 해결책을 모색하고 있다.⁴⁹⁾ 그리고 이와 같이 법원을 통한 행정입법의 부작위를 다루는 헌법소원이 확대되면서 종래 행정입법의 부작위를 다루는 데 이용되던 헌법소원 제기의 경우 보충성 원칙을 적용해야 하는가의 문제가 불거지게 되었다.⁵⁰⁾

다른 한편 행정이 법적 구속력을 가지 않는 방식으로 가이드라인에 의한 규제를 빈발하면서 이른바 연성법적 규제 내지는 가이드라인을 통한 규제에 대해 종래 행정지도 및 행정규칙에 대한 헌법소원의 문제로서 등장했던 적법요건 판단의 문제가 다시 헌법소원에서 쟁점화되게 되었다.⁵¹⁾ 대표적으로 가상통화공개(ICO)에 관해 금융위원회가 제시한 가이드라인 행정에 대해 법령상 근거가 없이 가상화폐 거래를 실질적으로 금지한 ‘권력적 사실행위’의 측면이 있었음에도 가상통화 거래를 금지한 가이드라인이 당국의 우월적인 지위에 따라 일방적으로 강제된 성격으로 볼 수 없다고 하여 각하한 헌법재판소의 결정이 있다.⁵²⁾ 반면 기획재정부 주택시장 안정화 방안에 대해 금융위원회위원장이 초고가 아파트에 대한 주택담보대출을 금지하는 행정지도를 한 데 대해서는 그 규제적 성격을 인정하여 공권력 행사성을 인정하기도 하였다.⁵³⁾

47) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2016두50907 판결; 대법원 2023. 2. 2. 선고 2019두51451 판결

48) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2019두53464 판결

49) 종합적인 정리로, 임성훈, 행정입법부작위에 관한 행정소송 심사방식의 재정립, 법조 제71권 제4호, 2022. 8. 273면 이하. 종래 행정입법부작위는 항고소송을 도입하자는 입법론적 제안(박군성, 박정훈), 당사자소송의 활용(김현준, 이승훈, 정남철), 진정 행정입법부작위는 헌법소원으로 하고 부진정 행정입법부작위는 부수적 규범통제(서보국) 등의 제안이 있었으나, 최근의 대법원 판결로 두 갈래의 선택지가 남게 되었다고 하면서, 두 갈래의 선택지보다 오히려 거부사유 위법판단 방식을 취하는 것이 우월한 선택이라고 하고 있다. 임성훈, 위의 글, 290면.

50) 송시강, 이른바 부진정 행정입법부작위에 대한 사법심사, 행정법연구 제71호, 2023. 8. 148면 이하.

51) 이를 행정소송의 차원에서 해소한 프랑스의 비교법적 사례에 대해서는, 이승민, 독립규제위원회의 연성법 활용과 항고소송의 대상격적-프랑스 독립행정청에 관한 최근 판례 동향 및 시사점, 공법연구 제51집 제3호, 2022. 3.

52) 현재 2021. 11. 25. 2017헌마1384 등.

53) 현재 2023. 3. 23. 2019헌마1399, 판례집 35-1상, 800. 그러나 이에 대해 헌법재판소는 해

나. 헌법 고유의 기능 강화를 위한 헌법재판의 기능

앞서 본 바와 같이 헌법재판이 권리구제의 가능성을 확장한 것은 큰 의의가 있으나 헌법재판이 수행하는 기능의 핵심은 국가활동에서 헌법적 테두리를 설정하는 기능이다. 따라서 헌법재판은 행정재판의 기능을 수행하더라도 행정활동에 대한 일반적 헌법지침을 데 역할의 핵심이 있다고 하여야 할 것이다. 이 점에서 헌법재판소의 규범통제의 심판대상을 축소⁵⁴⁾하거나 개별 사건의 구체적 해결에 가까운 규범통제를 하지 않도록 하는 데 주의할 필요가 있다.⁵⁵⁾ 오히려 결정의 이유제시에서 방론을 활용하여 입법 및 정책의 방향성을 제안하는 것도 헌법재판의 기능에 포함된다고 할 수 있다. 코로나19 대응에서 독일 연방·주 헌법재판소와 법원은 입법 및 행정조치의 효력을 존치시키면서도 방론에서 대응 조치의 위헌·위법성에 대한 진지한 의문을 제기한 것⁵⁶⁾이 정치적 결정과 공적 여론에 영향력을 행사하여 정책 변경을 유도하였다고 평가되는 것이 한 예이다.

특히 새로운 시대적 요청에 대응하는 기후변화, 디지털 전환 등 급변하는 헌법현실에 대해 헌법재판소가 일정한 가이드라인을 제시하고 입법자로 하여금 그 구체적인 내용을 형성할 수 있도록 연결점을 모색할 필요가 있다.

2. 헌법·헌법재판과의 관계에서 행정법·행정재판의 기능과 확장

가. 행정·행정재판을 통한 구체적 기본권 보장

(1) 행정법의 헌법에 대한 구체적 내용 형성

행정재판은 일반추상적 규범을 대상으로 하는 헌법재판에 대해 문제상황을 보다 축적하는 기능을 수행한다. 가령 개인정보보호의 헌법적 보장은 헌법상 기본권 자체에

당 행정지도의 경우 금융위원회가 적법하게 가진 규제권한을 벗어나지 않았으므로 법률유보원칙이나 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 보았다.

54) 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바148등; 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바180등.

55) 과잉금지원칙에서 침해의 최소성 심사와 관련하여 해당 사건을 비롯한 구체적 예에 적용될 만한 예외를 두지 않아 헌법에 위반된다는 논증은 개별구체적 사건의 해소로 그치지 않도록 일정한 예외 인정의 기준을 제시해 주는 것이 필요할지 모른다. 헌재 2020. 9. 24. 2016헌마889; 2023. 9. 26. 2019헌마1417의 경우.

56) 가령 BVerfG 2021. 11. 19 (비상중단조치 I) - 1 BvR 781/21, Rn. 178, 190 f, 201, 222.

서 연역적으로 도출되기보다 개인정보자기결정권의 문제상황이 축적되어 가면서 형성될 수 있다. 이는 특히 법률에 의한 헌법의 형성이 요구되는 영역에서 그러하다.⁵⁷⁾

(2) 비례원칙의 적용 방식

한편, 헌법재판을 통한 규범통제와 헌법소원의 인용이 늘어나게 된 데에는 과잉금지원칙의 적극적 적용이 주요한 심사척도로 기능하였다. 그런데 비례원칙의 다른 이름이라 할 과잉금지원칙의 범리야말로 행정재판이 헌법재판에 대해 한 대표적 기여로 거론된다. 경찰행정법에서 발전한 비례원칙이 헌법재판에서 수용된 과정을 거쳤기 때문이다.⁵⁸⁾

다만 전통적으로 독일에서 경찰행정에 대한 통제 기준으로서 발전한 비례원칙은 적합성, 필요성, 균형성에 대한 개별 비례원칙심사의 방법론을 헌법재판이 기본적으로 동일하게 수용하였지만, 그 구체적인 내용에는 일정한 차이가 있다. 특히 헌법재판의 규범통제에서는 입법자가 어떤 목적을 추구하고 어떤 수단을 선택할 것인지에 대해서 행정에 비해 넓은 자유가 인정되고, 그에 따라 비례원칙을 적용하는 심사강도가 차별적으로 적용되었다. 또한 비례원칙이 기본권의 제3자적 효력이나 기본권의 객관적 내용과 관련성을 맺는 경우에는 다시 상당한 변형이 필요하였는데 자신의 자유를 행사함에 있어서 사인이 자신의 행위에 대해 적합성이나 필요성에 대한 부담을 질 것은 아니기 때문에 이 때 비례원칙의 심사는 실질적으로는 법익의 균형성심사에 한정되게 되었다.⁵⁹⁾

우리 실정헌법 제37조 제2항은 비례원칙과 동일한 의미로 과잉금지원칙을 규정하고 있는바, 이는 특히 자유권의 영역에서 비례원칙의 적용을 헌법에서 명문화한 것으로 볼 수 있다. 이에 반해 국가행위가 실현하고자 하는 이익과 국가행위가 초래하는 손해 사이에 비례관계가 성립되어야 한다는 요청을 가리키는 비례원칙은 좀더 넓은 의미로 사용되고 있기는 하지만, 실제 행정결정에 대한 사법심사의 기준으로서 비례원

57) 그러한 구상의 예로, 전광석, 사회보장법과 헌법의 규범력, 사회보장법학 제7권 제1호, 2018. 6.

58) 가령 Kersten, DVBl. 2011, 588. 널리 알려진 약국관결의 직업의 자유 행사에 관한 법리 또한 경제행정법에서 발전한 법리를 연방행정법원이 수용한 데에서 출발한 것이다. Schönberger, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassung, 2006, 70면.

59) Kersten, DVBl. 2011, 588.

칙과 헌법재판에서 규범통제의 기준으로서 과잉금지원칙의 기준이 적용 유형에서 각각 어떤 심사의 방식과 심사강도의 차이가 있는지에 대해서는 지속적인 논의가 필요할 것이다.⁶⁰⁾

나. 행정재판을 통한 기본권(인권) 보장의 확장 가능성

헌법재판에서 인정한 기본권 보장의 수준은 기본권 보장에서의 양보할 수 없는 가드레일과 같은 성격을 가지므로, 행정은 헌법재판에서 전개된 법리를 넘는 기본권 보장을 할 수 있다. 따라서 행정의 법적용에서 적극적 기본권친화적 해석이 폭넓게 허용될 필요가 있다. 이는 기본적으로 보편적인 인간의 권리를 의미하는 인권친화적 해석에서도 마찬가지인바, 헌법상 기본권 주체성이 인정되지 않는 외국인에 대한 결정이나 헌법재판의 기본권 보장 수준이 국제인권법의 인권 보장 수준을 하회하는 상황에서 행정은 우리나라가 가입한 국제인권법이 국내에서 직접적 재판규범으로서의 효력을 인정되는 때 국제인권법에 터잡은 ‘법률적 차원’의 적극적 권리 보장의 의무가 있다고 할 필요가 한다.⁶¹⁾ 즉 행정의 법적용 과정에서 인권합치적 해석은 헌법합치적 해석원칙 뿐만 아니라 헌법 제6조 제1항의 국제법준중의무로부터 도출할 수 있는 해석방법으로서 인권에 대한 기속 하에 행정을 두고 있고 행정작용을 사법심사하는 법원 또한 인권에 구속한다고 해야 한다.⁶²⁾ 이러한 해석은 특히 행정의 재량이 폭넓게 인정되는 법영역에 관한 재량통제에서 ‘인권’합치적 해석·적용의 선택이 요구된다는 의미로서,⁶³⁾ 헌법 차원의 기본권(인권) 보장 수준이 헌법재판의 장 밖에서도 행정과 행정재판에 의해 구현될 가능성을 보여준다.

60) 정은영, 행정법상 비례원칙에 관한 연구, 행정법연구 제63호, 2020. 11; 이재홍, 과잉금지원칙의 이론과 실무, 경인문화사 2021; 이민열, 기본권 제한 심사의 법익 형량에 대한 연구, 2016을 참조.

61) 이에 대해서는, 헌법 제6조 제2항을 국제인권조약상 외국인에게 인정되는 각종 ‘인권’을 헌법재판소법 제68조 제1항의 기본권으로 파악하자는 견해도 있다. 정광현, 국제인권규약과 헌법상 기본권, 헌법재판연구 제6권 제1호, 2019. 6.

62) 같은 취지로, 조동은, 법원의 인권합치적 법해석에 관하여, 헌법학연구 제28권 제4호, 2022. 12.

63) 행정법의 인권법적 접근에 대해서는, 김성수, 인간존엄과 행정법 인간존엄 실현구조로서의 행정법질서 형성을 위한 시론, 공법연구 제43집 제1호, 2014. 10; 이기춘, 인권법으로서 행정법-공존과 관용 및 사랑행정법에서 시민의 협력의무, 행정법학 제19호, 2020. 9.

이는 「행정기본법」에서 천명하고 있는 ‘적극행정’의 의미에서도 시사하는 바가 있다. 「행정기본법」 제4조 제1항은 행정이 ‘공공의 이익을 위하여 적극적으로 추진되어야 한다’고 규정하고 있어 그 의미에 대해서 여러 비판적 평가가 있다. 이 규정은 원래 법규의 형식적 준수로 행정의 공익 증진활동에 소극적인 행태를 극복하고자 하는 취지인데, 이를 독려하는 적극행정의 방식이 법치행정에 부합하지 않는 형태로 이루어져서는 안 된다는 것이 주된 비판의 지점이다. 적극행정의 명목으로 공익실현을 독점하여 권력을 남용하거나 위법한 행정작용을 하였음에도 불구하고 국가배상책임을 면제하는 등 수단으로 적극행정이 사용되는 상황⁶⁴⁾을 용인하여서는 안 될 것임이 분명하다.

그런데 ‘적극행정’이 지향하는 ‘공공의 이익’과 그 증진활동의 실체가 무엇인지에 대해서는 좀 더 근본적으로 생각해 볼 점도 있어 보인다. 시민의 입장에서 적극행정의 의미는 행정이 적극행정을 통해 법적용의 형식성을 극복하고 개별구체인 적용에서 타당한 결정을 위해 노력해야 한다는 시민의 기대도 포함되어 있다고 해야 할 것이다. 그리고 그렇다면 적극적인 범형성적 행정활동을 통해 기본권(인권)을 포함한 시민의 권리를 보호하는 활동을 하는 것 또한 적극행정으로 부를 만하고 법치행정의 범위에서 권장되는 것이라 말해도 좋지 않을까. 물론 이러한 주장이 다시 부딪히는 문제는 개인의 인권 내지 권리의 주장이 전체 공익과의 관계에서 갖는 긴장관계를 어떻게 해소할 것인가의 의문에 부딪힌다는 것이다. 다만, 이러한 문제는 법령과 같은 규범의 통제단계에서보다 개별 결정의 구체적 타당성을 도모하는 경우에는 잘 고려될 수 있을 것이다.

64) 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구 제22권 제3호, 2021. 박원규, 적극행정과 좋은 행정의 관계와 발전방향-행정법학의 새로운 지평을 위한 모색, 행정법학 제25호, 2023. 9.

IV. 「행정기본법」의 위상과 기능

1. 일반행정법의 단일 법률화 시도로서 「행정기본법」의 의의와 한계

「행정기본법」은 학설과 판례에 의한 행정법원칙을 명문화하고 개별법에 산재한 공통 제도를 체계화하기 위한 시도로서⁶⁵⁾ 행정법이론과 법리를 성문화하려 한 노력의 결과⁶⁶⁾라거나 ‘체계적인 합리성을 수립하려고 한 합리성의 선언’으로 평가된다.⁶⁷⁾ 「행정기본법」은 헌법원칙을 행정의 법 원칙(제2장)으로 명문화하는 등 헌법과 행정법의 연결고리를 마련하였으며, ‘행동하는 헌법’으로서 헌법을 구체화하는 기능을 수행하게 될 것이라고도 한다.⁶⁸⁾

행정법상 법리의 산물로서 발전되어 온 일반행정법을 성문법화하려는 노력은 여러 국가에서 있었는데, 독일과 대만 등에서는 행정절차법의 형태로 이를 수용하는 형태를 취한 바 있다. 이들 국가에서의 논의에 따르면, 「행정기본법」의 제정을 통해 일반행정법의 이론체계 자체를 위한 성문법을 마련하는 것에는 반드시 순기능만 있는 것은 아니다. 일반행정법 법리를 성문법화하는 순기능은 행정에 대한 행위규범으로서의 행정에 대한 일반법으로서의 의미를 가질 수 있고, 이론체계의 축적된 성과를 법제화된 형태로 확인할 수 있도록 하여 법률전문가가 아닌 일반 국민 또한 일반행정법의 기본적인 법리에 용이하게 접근할 수 있게 하는 의의가 있겠다. 만약 일반행정법 법리에서 논쟁이 되던 사항을 입법자의 결단으로 입법화하거나, 개별법에서의 규율이 상이하거나 공백이 있는 경우 이를 해소하는 규율로서의 의미 또한 적지 않게 될 것이다. 만약 법리에 대한 이론적 대립 내지 불명확성을 해소하는 입법적 결단이 이뤄진다면 입법을 통한 법적 예측가능성 제고에도 기여할 수 있을 것이다. 나아가 한번 성문법 체계가 정비가 되면 이를 기반으로 법체계의 체계적 합리성을 법 개정의 방식

65) 김유환, 행정기본법 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론-행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제-, 행정법연구 제68호, 2022. 8.

66) 이은상, 통합적 일반행정법전의 실현을 위한 법제 정비 방향, 행정법연구 제67호, 2022. 2.

67) 박재윤, 행정기본법은 미래의 입법자를 구속할 수 있는가?, 윤진수 외, 법의 미래, 법문사 2022, 421면.

68) 김중권, ‘행동하는 헌법’으로서의 「행정기본법」의 개정은 언제나 현재진행형이 되어야 한다, 공법연구 제51권 제4호, 2023. 6.

으로 제고해 나갈 수 있는 장점도 있다. 연방국가의 경우 주 간 법령의 통일성 확보 내지 모델법의 제시가 법전화의 주요한 실익으로 평가되기도 한다.

그러나 일반행정법 법리의 성문화가 가져오는 실익이 크지 않다는 관점도 가능하다. 우선 일반행정법의 법리를 성문화할 때에는 학설·판례의 광범위한 지지를 받는 통설적 견해를 입법화하게 될 것이므로 입법화된 주요 조문이 기존 법리의 확인적 성격을 갖게 되고, 그러한 법리의 입법화는 법조문 형태로 법리를 고착화함으로써 일반행정법 법리에 대한 토론과 수정, 구체적 사안에서의 탄력적 적용 가능성을 축소하는 결과를 초래할 수도 있다. 이것이 변화해 가는 국가와 사회 간의 책임구조나 개별적 발전에 대한 관찰과 분석들을 제기하는 일반행정법의 법전화에 대해 신중한 접근이 필요⁶⁹⁾한 이유이기도 하다.

「행정기본법」의 제정에 대해 헌법 차원에서의 관심도 적지 않았던 것⁷⁰⁾은 「행정기본법」을 기준으로 행정법체계가 정비되리라는 기대가 반영된 것으로 생각된다. 적어도 행정기본법이 입법에 성공한 것은 일반행정법 체계의 구체적 법리에 대한 공시기능과 주의환기기능에 이바지하였다고 볼 수 있을 것이다. 「행정기본법」이 향후 입법에 대한 지침으로서 논의의 시작점이 되리라는 것 또한 분명하다(행정기본법 제5조 제2항).

그러나 일반행정법 고유의 체계와의 정합성 관점에서 비판 내지 개선이 필요한 부분도 제기되는데,⁷¹⁾ 무엇보다 일반행정법의 법리를 명문화한 조항의 경우 그것이 어떤 입법과 사법에 대한 새로운 구속력을 창출한다고 보기는 어려워 보인다. 우선 동일 서열의 법률로서 장래의 법률에 대한 구속력을 담보하기 어렵고,⁷²⁾ 더구나 ‘다른 법률의 모범이나 지침으로서 역할을 하는 법’을 의미하는 ‘기본법’이 그러한 지위를 가지기는 어렵다. 이 점에서 향후 입법에 대한 구속적 효과를 발생시킬 수 있으므로

69) 김철용, 특별행정법, 서론, 5면.

70) 홍종현, 행정기본법 제정의 헌법적 의미와 발전방안: 헌법 원칙의 행정법을 통한 구체화의 체계, 공법학연구 제22권 제2호, 2021. 5; 신정규, 「행정기본법」의 규율내용에 대한 헌법적 평가-법치국가원리와 적법절차원리를 중심으로, 국가법연구 제18권 제3호, 2022. 8.

71) 세부적 개선점의 제시에 대해서는, 김용섭, 행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제, 경희법학 제56권 제1호, 2021. 3; 김현준, 행정기본법의 혼돈·분열·위헌문제, 저스티스 제188호, 2022. 2; 김유환, 행정기본법 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론-행정법이론체계에 대한 합의와 입법적 과제-, 행정법연구 제68호, 2022. 8.

72) 박재윤, 위의 글, 422-423면.

위헌적인 법률이라는 주장⁷³⁾은 오히려 「행정기본법」에 대한 과대평가라고 할 수 있다. 「행정기본법」이 재판규범으로서 어떤 기능을 할 것인가에 대해서도 또한 유보적인 측면이 있는 것이 사실이다. 특히 재심사제도 등 쟁송법적 쟁점이 있는 규정에 대해서는 개별 법률의 정비와 판례의 적용을 지켜보아야 할 것이다.⁷⁴⁾

2. 「행정기본법」의 발전 방향

법령 간 법리적 통일성의 확보는 개별 법제에 대한 전수조사와 같은 귀납적 분석을 거친 후 일반법과 특별법의 관계를 설정하지 않으면 실질적으로 법령의 통일성이 담보되기 어려운바, 개별법에 대한 분석이 「행정기본법」 제정 이전에 선행되었다라면 바람직했겠으나, 차제에 「행정기본법」을 개정한다면 이러한 개별법의 개정과 병행하여 정합성을 기하는 것이 필요할 것이다.

또한 다수의 문헌은 「행정기본법」이 행정의 근간을 통칙적 법이 되기 위해서는 행정절차법과의 통합을 통해 행정통칙법으로서의 전환⁷⁵⁾이 요구된다고 지적되는데, 이는 행정기본법이 행정작용법에 대한 일반법을 지향한다면 선행되어야 할 과제일 것으로 생각된다. 이를 통해 행정작용형식의 유형이 ‘행정절차’ 제도를 통해서 분류되고 그것이 ‘행정소송’ 제도로 연결될 수 있도록 하는 매개적 기능을 수행할 수 있을 것으로 생각된다. 이러한 골간으로서의 행정기본법에 초점을 맞출 때, 일반행정법 법리와의 관계를 고려하면서 어떤 규정이 입법화되어야 하는지에 대한 선별적 판단이 이루어질 수 있으리라고 생각된다.

73) 김현준, 위의 글, 252면.

74) 이정민, 행정기본법에 대한 몇 가지 실무상 쟁점, 사법 제58호, 2021 참조. 이미 확립된 법리를 적용하는 경우 판례가 선례에 의거하기보다 대신 「행정기본법」을 적극적으로 해석하고 원용할 것인지는 판례의 축적을 기다려보아야 할 것이다.

75) 김대인, 행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰, 법제연구 제59호, 2020. 12; 김용섭, 위의 글, 75면 이하.

V. 소결

이상의 논의는 실정헌법을 전제로 공법 하의 헌법과 행정법이 어떤 기능적 상호연관성을 유지할 것인지에 대한 문제를 일별해 본 것이다. 비교법적 검토의 경우 우리의 상황과 직접적 관련을 갖는 경우도 있으나, 우리 헌정질서에서 이미 확립된 제도로서 헌정질서에도 경로의존성이 있다는 점을 감안할 때 무익한 논의를 언급한 것일 수도 있겠다. 그러나 대표적으로 헌법과 행정소송법을 비롯해 여러 공법 제도의 형성이 교착상태에 빠져 있다는 점은 법질서 내부에서 변화의 폭발력이 응축되고 있다는 것을 의미할 수도 있을 것이다. 헌법과 행정법의 협업을 통해 좋은 입법과 이를 충실히 구현하는 좋은 행정이 가능하도록 규범적 기반이 마련되어 나가기를 기대하며, 공통의 관심사에 대한 몇 가지 목록을 보고하는 것으로 발제의 임무에 갈음하고자 한다.

【토론】

“실정헌법과 일반행정법 체계”에 대한 토론문

김 혜 진*

헌법과 행정법의 이론과 실무에 관한 통찰이 돋보이는 발표문을 통해 개인적으로 마음속에 품고 있던 의문들에 대해 뒤늦은 깨달음을 얻을 수 있었습니다. 발제문의 제언에 깊이 공감하며, 다수의 토론자가 있음을 감안하여 일부 쟁점에 한하여 구체적인 사례를 중심으로 토론자의 생각을 보태어 보려 합니다. 여기에는 발표문에서 강조한, 비교법적 관점도 포함됩니다.

오늘날 헌법의 지배에 대한 광범위한 지지에도 불구하고, 그 하위법인 행정법의 독자성은 법질서 전체의 발전적 존속의 차원에서 여전히 중요하고 필요불가결한 요소라고 할 수 있습니다. 이 점은 고도로 헌법화된 법질서를 구축하고 있는 독일에서도 강조되고 있는데, 행정법이 ‘헌법의 구체화’에 그치는 것이 아니라 많은 경우 그 반대로 헌법이 ‘행정법의 추상화’이기도 하며, 행정의 정치적 기능, 특히 법형성 기능에 대한 존중과 통제는 필연적으로 헌법이 교차하지 않는 행정법 고유의 영역을 낳기 때문입니다.¹⁾

헌법의 ‘지배’가 하위법질서를 ‘질식’시키게 되면, 헌법 스스로가 개방성과 역동성을 포기하고 ‘고정’될 위험마저 존재합니다. 실정 헌법의 해석이 주로 헌법재판소에 의해 구체화되는 상황에서 특히 헌법재판소의 결정례가 헌법 그 자체와 동일시되어 법질서 전체를 지배하는 경우 그러한 가능성이 높아지는데, 이는 한편으로 기본권의 차원, 다른 한편으로 문제해결방식의 차원으로 나누어 살펴볼 필요가 있습니다.

* 성균관대학교 법학전문대학원

1) Ch. Möllers, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3.Aufl., 2022, §2 Methoden, Rn.13-14; Bruno Latour, La fabrique du droit: Une ethnographie du Conseil d'État, La Découverte, 2004.

우선 기본권의 차원에서 헌법(재판소)의 지배는 기본권의 종류, 내용, 보장 수준 등에 관한 법질서 내의 혁신을 가로막는 요인이 될 수 있습니다. 변화하는 행정현실에 대응하는 새로운 기본권을 행정법과 행정재판의 차원에서 적극적으로 인식하여 이를 헌법재판의 풍부한 소재로 제공하지 못한 채, 오로지 헌법재판소의 ‘명명’이라는 결단을 기다리는 소극적인 지체현상을 보이는 것입니다. 이를 가장 단적으로 드러내는 사례가 바로 ‘미래세대의 기본권’을 주장하는 기후헌법소원이라고 할 수 있겠습니다. 본질적으로 국내법인 헌법의 특성상 국제인권규범의 효력이나 외국인의 기본권 주체성에 관하여 적극적인 태도를 보이기 어렵지만, 행정법의 차원에서는 적극적인 입장을 취하는데 법논리적으로 큰 지장이 없습니다. 또한 헌법재판소가 어떤 기본권에 대하여 과잉금지원칙 심사를 통해 최소한의 보장수준을 확정하였다고 하여 행정법상 그 이상의 기본권 향유가 금지되는 것도 아닙니다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 입장이 일종의 ‘상한선’처럼 작용하고 있다는 점도 헌법의 지배가 가지는 역설이라고 하겠습니다. 헌법(재판소)의 지배가 그 범위나 강도의 측면에서 독일에 비해 약한 것으로 평가되는 프랑스의 경우, 행정재판의 ‘법의 일반원칙’을 통해 유럽인권협약 기타 국제인권규범, 행정현실의 필요를 적극적으로 수용하여 새로운 기본권 또는 법적 이익을 발견해내고, 그 중 일부가 헌법재판소에 의해 사후적으로 기본권으로 선언되고 있습니다.²⁾ 개별행정법의 고유한 내용이 일반행정법, 특히 행정법의 일반원칙이라는 탄력적인 법원(法源)을 통해 추상화되고, 이것이 헌법으로 ‘결정화’되는 과정을 통해 법질서의 발전적인 존속이 가능하다는 점을 잘 보여주는 사례라고 하겠습니다.

다음으로, 헌법(재판소)의 지배는 공법 영역의 문제해결방식을 ‘형량’으로 환원할 우려를 낳습니다. 헌법의 지배는 당연히 헌법의 ‘효력 우위’를 전제한 것이지만, 문제 상황에 대응하는 법질서는 반대로 하위법의 ‘적용 우위’를 전제로 구조화되어 있습니다. 이 하위 법규범은 이익형량의 산물인 법규칙인 경우가 많고, 그 이익형량 자체가 잘못된 것이 아니라면 구체적인 문제상황을 효율적으로 해결하기에 가장 적합한 수단이 됩니다. 다시 말해, 많은 행정현실에서 헌법은 ‘정당화의 최종근거’로서만 작용할 뿐이고, 실제 문제해결방식은 행정법 안에 존재합니다. 그런데 헌법재판은 이러한 행

²⁾ Xenou Lamprini, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruylant, 2017.

정법적 문제해결 규칙이 아니라, 비례원칙, 신뢰보호원칙, 평등원칙 등 ‘형량’에 의존하는 법원리에 전적으로 친숙합니다. 개인적인 경험에 비추어보면 헌법재판실무는 형량에 의하지 않는 헌법원칙들 - 법률유보원칙이 가장 대표적 - 의 적용에 상당한 부담을 느끼고 있고, 그 결과 형량은 법률에서부터 권력적 사실행위에 이르기까지 헌법재판의 사실상 유일한 척도(Maßstab)로써 기능한다고 평가할 수 있습니다. 특히 보충성의 예외를 통해 곧바로 헌법소원의 대상이 된 권력적 사실행위의 경우, 헌법재판소는 구체적인 문제해결규칙이 있는 경우조차도 행정법적 문제해결방법이 아니라 형량에 의존하는 헌법재판의 방식을 선호하고 있는데, 그러면서도 동시에 해당 이익형량을 개별 사안에 국한하여 수행한다는 점에서 헌법적 의미를 효과적으로 형성하지 못하고 일회적 사안 해결에 그치는 경우가 많습니다. 더 일반적으로 본다면 ‘형량’은 문제해결방식으로서 상당히 예측가능성이 떨어지는 것인 까닭에 되도록 규칙화될 필요가 있는데, 헌법재판의 단계에서는 그것이 사실상 불가능한 것으로 보인다든 문제도 있습니다.

이상 두 가지 차원의 문제점은 현재 행정재판 실무에 흠결이 있고, 지난 30여 년간 헌법재판소가 이를 직접적으로 보충할 수밖에 없었던 사법통제의 현실을 통해 한층 강화됩니다. 발제문에서 적절히 지적한 바와 같이, 교착상태에 빠진 행정소송법 개정 논의를 다시 활성화하여 헌법과 행정법이 규범과 법리를 발전적으로 상호 형성, 적용할 수 있는 제도적 기반을 마련하는데 힘써야 할 것입니다. 원론적으로 말하자면 다양한 행정현실에 대응하여야만 하는 행정법이 헌법에 대하여 더 많은 소재를 제공할 기회를 마련해주고, 헌법은 최고규범으로서 그 소재의 한계를 정해주는 것, 그것이 입헌민주주의 하에서의 헌법과 행정법의 적정한 역할 분담이 아닐까 생각합니다. 행정소송법 개정 방향에 관한 발표자의 구체적인 의견을 구하면서, 토론을 마무리하겠습니다. 감사합니다.

【토론】

“실정헌법과 일반행정법 체계”에 대한 토론문

허진성*

20세기를 거치면서 사회복지국가의 이념과 실체는 문명국가의 구성과 운영을 규정하는 보편적 기준이자 현상으로서 자리잡았다고 할 수 있다.

이는 근대입헌주의 시대의 개막을 전후한 국가권력에 대한 불신과 억지의 추구 및 자율적으로 지속되고 발전해 나가는 사적 자치에 의거한 공동체의 이상적 구현 가능성에 대한 기대라는 이미지와 대비되는 국가의 등장을 의미하는 역사적 현상이라고 할 것이다.

이러한 변화는 국가의 역할이 국민 생활에 실제로 의미 있게 관여하는 상황이 일상적으로 경험되는 시대를 만들어내게 되는데, 이는 달리 표현하자면 행정 영역의 강화 내지 확대라고 일컬을 수 있을 것이다.

이른바 행정국가화 현상이라고 지칭되는 현상도 이러한 맥락에서 그 분석의 적실성을 이해하게 된다.

이러한 확대된 국가의 작용은 어디까지나 법에 의거할 것이 요구되는 것이 헌법의 기본 원리인 법치주의 원리에 입각한 당연한 요청이라고 할 것이고, 이는 단지 형식적 차원에 머무는 것이 아닌 실질적 내용을 갖춘 것이어야 할 것이며, 그 내용을 구성하는 실체는 결국 헌법이 규정하는 기본권적 가치라고 할 것이다.

이는 국가 권력과 그 행사를 위한 기관의 정당성과 목적이 기본권적 가치의 실현을 위한 것이어야 한다는 오늘날의 헌법에 입각한 국가관에 부합하는 관점이라고 할 수 있다.

행정의 비중이 역사상 유례없이 심대해지고, 이에 따라 국가 작용의 근간을 이루는 법규범의 정립에 있어서도 행정 분야의 역량과 그것이 영위되는 범주가 강화·확대되

* 부산대학교 법학전문대학원

는 상황 속에서, 국법질서 전반에 있어 이러한 기본권적 가치가 반영되고 관철될 수 있기를 기대하는 관점에 입각한 법의 해석이 중대한 역할을 수행하게 된다고 할 것이다.

행정 영역의 비중과 범위가 심화되고 확대됨에 따라 관계 기관이 주어진 권한의 범위 내에서 규범을 해석하는 과정에서도 고유한 사정이나 관련된 논리를 고려해야 할 필요성이 증대된다고 할 것이다.

이러한 과정에서 헌법상 규정된 기본권적 가치의 실현을 위해서 사법기관 또는 행정 영역에서 행정과 관련된 규범의 해석 및 집행과 관련된 작용을 하는 과정에서 적절한 역할을 할 수 있도록 하기 위한 지침의 구상이나 제도의 도입을 고려하는 노력은 충분히 의미가 있다고 할 것이다.

여기에 발표문에서도 언급된 바와 같은, 민주주의의 관점에서 행정에 대한 ‘시민’으로서의 국민 참여 강화 필요성과 같은 논의도 함께 충분히 이루어질 수 있도록 할 필요가 크다고 본다.

【토론】

“실정헌법과 일반행정법 체계”에 대한 토론문

선 지원*

1. *e-mancipatio*

라틴어 단어 *mancipatio*는 고대 로마에서 사람과 물건을 비롯한 가치 있는 것들이 가부장(*pater familias*)의 지배 아래에 놓인 상황을 의미합니다. 여기에 “밖으로”라는 의미의 접두어 *e-*를 붙이면, 장성한 자식이 그러한 지배로부터 벗어나는 것을 의미합니다. 어떤 학문이든 그 뿌리와 갈래가 있겠지만, 행정법학 역시 무언가 본질적인 문제로부터 독립해서 나온 분야라고 생각해 볼 수 있을 것입니다. 민주주의의 발전과 헌법의 규범력, 특히 기본권의 보편적 가치성을 고려하여 일반행정법 체계의 독자성과 확장성을 동시에 고찰하고 있는 이번 발표를 통해 다시 한번 행정법학의 체계와 근본을 생각해 볼 수 있었습니다.

발표자께서는 일반행정법 체계가 정립된 20세기 초의 상황과 달라진 헌법의 행정법에 대한 영향으로부터 논의를 시작하고 계십니다. 이러한 논의를 보다 확장해 보기 위해 20세기 초의 독일 행정법으로 다시 한번 돌아가 보고자 합니다. 20세기 초 Fritz Fleiner는 「학문으로서의 행정법(*Verwaltungsrecht als Wissenschaft*)」이라는 책을 통해 행정법학의 독자성을 밝히며, 행정법학이 정치적인 프로그래밍이 아닌 사회과학의 한 분야로 자리매김하기 위해서는 우선 “민법으로부터의 독립”(Emanzipation vom Zivilrecht)이 필요하다고 역설하였습니다. 법률행위를 비롯한 민법의 체계로부터 시작하였지만, 행정법이 사회경제와 정치적인 고려 속에서 새로운 규율로서의 역할을 해야 할 것이며, 공적인 역할을 고려한 독자적인 판단의 준거를 정립하여 제시하는 것이 민법의 법해석학과 다른 공법으로서의 행정법을 만드는 행정법학의 임무일 것입니다.

* 한양대학교 법학전문대학원 조교수

그런가 하면 지난 2015년 Speyer에서 “질서개념으로서의 헌법(Verfassung als Ordnungskonzept)”이라는 주제로 열린 독일국법학자대회에서는 일반행정법에서의 헌법의 역할에 대한 논의가 본격적으로 이루어졌습니다. 특히, *Ferdinand Wollenschläger*는 유럽화와 더불어 일반행정법의 헌법종속성으로부터의 독립(Emanzipation)을 행정법학 변화의 주된 현상으로 진단하고 있습니다. 즉, 헌법에 의해 부여된 입법자의 재량에 의해서 행정법이 독자적 영역을 구축할 뿐만 아니라, 행정법의 기저에 깔린 내부적인 관점을 문제 해결의 잣대로 쓴다는 점에서도 행정법의 독자성을 인정할 수 있다고 얘기하고 있습니다.¹⁾

2. 헌법과 행정법의 관계

그렇다고 해서 행정법 안에서 헌법의 역할과 기능을 부정할 수는 없습니다.²⁾ 발표자께서도 말씀하신 것처럼 기본권 법리를 행정재판의 하나의 판단 기준으로서, 특히, 보호가치의 인정을 위한 근거로서 원용할 수 있을 뿐만 아니라, 행정의 수행 과정에서도 헌법의 가치를 지킨다는 목표를 주요 과업으로 설정할 수 있을 것입니다. 행정을 큰 방향에서는 헌법과 기본권의 수호에 도움이 되는 방향으로(발표자께서 “인권에 대한 ‘적극행정’”이라고 표현하는 바와 같이) 수행하는 일 역시 헌법이 행정에 영향을 미친 결과일 것입니다. 헌법재판 제도가 본격적으로 도입되고, 헌법재판이 국가 작용 전반을 통제하면서부터 행정 역시 헌법의 영향을 받고 헌법상 가치의 눈치를 보지 않을 수 없게 되었습니다.

그 내용 자체와 필요성에 대해서는 완전히 공감하는 바이지만, 선후관계에 대해서는 의문을 제기해 보고자 합니다. 발표자가 말씀하신 “행정법은 헌법을 구체화·하는’ 법이고, 헌법은 행정법의 ‘일반화한’ 법”이라는 명제는 통상적으로 널리 통용되는 것으로 보입니다. 또한 현 시점에서 양자의 상호 작용을 고려할 때 지극히 당연한 표현이라고 할 수 있습니다. 그러나 태생적으로는 행정법은 독자적인 차원의 질서와 가치

¹⁾ Wollenschläger, *Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?*, VVDStRL 75, 2016, 187 (244).

²⁾ Wollenschläger 역시 유럽화와 행정법의 독립이 헌법의 붕괴를 의미하는 것은 결코 아니라고 강조합니다. 특히 변화하는 행정법 속 균형을 유지하기 위한 가치로서 헌법의 역할은 여전히 이어진다고 말하고 있습니다. Wollenschläger, VVDStRL 75, 2016, 187 (256 ff.).

를 갖고 있었으며, 그것이 추후에 헌법을 통해 완성되고 보완된 것이 아닌가 하는 생각을 해 보게 됩니다. 헌법 역시 실은 국가가 성립했을 때부터 (추상적으로라도) 존재했을 것이며, 여러 방법을 통해 사회에 관철되었을 것이지만, 지금에 이르러 행정법 역시 국가가 헌법을 추구하는 한 수단이 된 것이라고 말할 수 있을 것입니다. 양자의 관계 정립 차원에서 보자면 무엇이 다른 하나를 산출한 것이라기보다는 독자적으로 발전해 오며 서로 영향을 주고받은 것이라고 설명하는 것이 바람직하지 않을까 하는 생각입니다. 위에서 언급한 *Wollenschläger*의 표현을 빌자면 행정법이 헌법이라는 가부장에 속해 있다가 독립한 것이 아니라, 태초부터 독자적인 영역을 갖고 있었으며, 시대에 따라 다른 가치들의 지배를 받아오다가, 근대에 이르러 비로소 헌법이라는 제대로 된 가치를 만나 새로운 발전의 전기를 맞이한 것이라고 볼 수 있겠습니다.

3. 새로운 행정법의 경향에서 새로이 나타나는 헌법 정신

도리어 헌법의 가치들은 최근의 새로운 행정과 행정법학의 경향에서 재발견할 수 있을 것으로 보입니다. 전통적인 행정법학은 행정행위를 중심으로 행정작용의 법치주의 관점의 적법성과 행정의 일반원칙에의 합치성을 평가하는 것을 주된 과업으로 삼았습니다. 이에 더하여, 행정법의 기능을 “좋은 행정”을 위해 행정 수행을 조종하고 새로운 척도들을 내놓는 한편, 과업 중심(문제 해결 중심)의 방법론을 지향하는 행정법학의 새로운 사조가 나타나고 있습니다. 과업의 효과성을 위해 국가에게 보장책임을 지우고 효율적으로 과업을 수행할 수 있는 사인을 찾는다면, Otto Mayer를 비롯한 초창기의 독일 행정법 학자들은 대체로 부정해 왔던³⁾ 계약 형식의 행정작용을 적극 활용한다거나, 규제 방식의 측면에서도 자율규제나 연성규범을 적극 도입하고 있으며, 데이터와 인공지능을 활용한 자동화된 처분 역시 현실화가 되어 가고 있는 상황입니다.

행정 문제 해결을 위한 행정 방법의 개발이라는 관점에서 전에는 (적어도 법도그마틱의 측면에서는) 전면적인 가치로 언급되지 않았던 유연성, 다양성, 효과성과 효율성,

3) 그들은 “국가는 계약을 맺을 수 없다(Der Staat paktiert nicht)!”라는 명제를 신봉했다. Bauer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II, 3. Auflage, 2022, § 35, Rn. 1.

행정부담의 경감 및 수용가능성과 같은 가치들을 중요시하게 되었습니다.⁴⁾ 결국 이는 어떠한 행정 목적 – 아마도 헌법 정신과 합치해야 하는 목적 –을 지향하며, 합목적성을 추구하는 방식으로 행정작용을 수행하게 되는 경향을 이끌어낼 수 있을 것으로 보입니다. 그리고 이러한 합목적성을 통일적으로 묶을 수 있는 것이 바로 헌법의 가치일 것으로 보입니다.

이 관점에서 발표자께서 제시하고 있는 내용 외에 행정기본법의 과제를 한가지 더 해보고자 합니다. 기본적으로 행정기본법은 행정작용을 수행함에 있어 준수해야 할 질서를 규율하고 있습니다. 여기에는 지금까지 형성되어 온 (헌법에 기반하거나 기반하지 않은) 행정법의 일반 원칙들이 반영되어 있습니다. 위에서 언급한 바와 같이 행정과 행정법의 양상이 다양해지고 새로운 작용 방식들이 도입된다면, 행정기본법 역시 더 다양한 관점과 방법론을 포괄할 수 있어야 할 것입니다. 그리고 새로운 행정작용 방식들이 헌법의 가치를 벗어나지 않도록 통제하고 관리할 수 있는 거버넌스를 제시하는 것이 행정기본법이 앞으로 취해야 할 추가의 과업이라고 말씀드리고 싶습니다.

⁴⁾ Bauer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts Band II, 3. Auflage, 2022, § 35, Rn. 13.