

兪致衡과 穗積八束*

- 한일 초기헌법론의 비교 -

國分典子**

목 차

- I. 머리말
- II. 유치형과 穗積八束의 경력
- III. 유치형 『헌법』의 목적과 穗積八束의 강의록
- IV. 유치형 『헌법』 구성의 독자성
 - 1. 국체의 위치 부여
 - 2. 공사법의 구분과 국가의 관념
 - (1) 국가인격설과의 관계
 - (2) 통치의 본연의 모습과 신민의 지위
 - (3) 小結
- V. 맺음말

(국문요약)

한국의 헌법 교과서인 유치형의 헌법과 일본의 穗積八束의 헌법 교과서 및 강의안을 비교하여 穗積八束의 헌법사상이 유치형에게 반영된 제상을 분석하고, 유치형 헌법사상의 특징을 규명하였다.

〈주제어〉 헌법, 유치형, 穗積八束, 국체, 주권, 국가, 공법, 사법

* 이 논문은 일본에서 발표한 「兪致衡と 穗積八束 -朝鮮開化期における憲法の教科書-, 『法學研究』第72卷 第7號(慶應義塾大學, 1999)를 補充・改編한 것이다. 번역해 주신 李朱利愛와 교열을 본 권재문 씨에게 진심으로 감사를 드린다. 또한 여기서는 언급할 수 없었지만 兪致衡과 穗積八束의 관계에 관한 연구로는 李昌徽, 「兪致衡과 穗積八束의 憲法理論」(東亞大學校 2000年 法學碩士學位論文)이 있다는 점을 덧붙인다.

** 日本國 愛知縣立大學 副教授

I. 머리말

20세기 초반, 한국에서는 처음으로 헌법 교과서가 잇달아 출판되었다. 김효전의 조사에 따르면, 1907년에 조성구의 『헌법』이, 1908년에, 兪致衡, 金祥演, 朴勝彬 세 명에 의한 각각 『헌법』이라는 제목의 교과서가 나왔다.¹⁾ 이들 교과서는 저자들이 배운 일본의 헌법개론의 내용을 거의 번역한 형태로 쓰여져 있다. 이러한 상황에 대해서는, 당시 마찬가지로 잇달아 한국에서 출판된 다른 분야의 교과서와 큰 차이가 없다. 그러나, 근대법 및 법학의 수용과정에서 헌법학의 특유의 문제점은, 이것이 당시의 그 나라의 국가상황과 밀접한 연관을 가지고 있었다고 하는 점이다. 한국의 경우, 개국과 함께 외압과 대치하지 않을 수 없었던 국가가 ‘자주독립’의 길을 모색하는 과정에서, 국가개념을 어떻게 정립시킬지는 금후의 국가의 방향성에 있어서 커다란 정치적 중요성을 가지고 있었다. 나아가 이 점과 관련해서, 헌법학을 여러 학교에서 강의하기 시작한 시점에서 한국에는 아직 그 대상이 되는 근대적인 의미에서의 헌법이 성립되지 않았었다는 문제점이 있었다. 즉, 이 시점의 한국에서는 근대적인 국가의 기반이 형태조차도 완성되기 이전에, 즉 종래의 국가상황이 계속되는 상황에서, 국가개념을 제시해야 한다는 임무가 헌법학에 부과된 과제라는 측면이 있었던 것이다.

이러한 중에 『헌법』 교과서는, 주로 일본에 유학한 자 내지 그 영향을 받은 자의 손에 의해 만들어졌다. 이것은 당시 이미 일본이 한국에 대해 관여가 심해지고 있던 것과 함께, 한국의 근대화를 지도한 개화파의 대부분이 일본을 모델로 한 근대화를 지향하고 있었던 이유에서였다고 여겨진다. 앞서 네 개의 헌법교과서가 있었다고 했는데, 이 중 일본에 유학한 유치형과 김상연의 것은 각각 穂積八束과 副島義一の 저서와 지극히 유사한 내용을 보이고 있다. 일본에서 유치형이 중앙대학교(穂積는 동경대학교 교수였으나 중앙대학에도 출강하고 있었다)에, 김상연이 와세다대학교에 적을 두고 있었던 것을 고려한다면, 그들이 그곳에서 들은 강의를 참고로 하여 스스로의 교과서를 만들어냈음은 쉽게 추측할 수 있다. 그러나, 그렇다면 그들의 교

1) 김효전, 『서양헌법이론의 초기수용』(철학과 현실사, 1996), 458면 이하 ; 同, 『근대한국의 국가사상』(철학과 현실사, 2000), 745면 이하.

과서는 우연히 유학하던 곳에서 우연히 가르치던 교수의 강의의 단순한 번역이라고만 보아야 할 것인가. 가령 어느 정도의 우연이 작용한 것이라고 해도, 일본의 특정 학자의 이론을 배우고, 그것을 수용했을 때, 그들은 본국에 무엇을 전달하려고 했는지를 아는 것은, 당시의 한국의 국가관을 생각하는 단서가 되리라 생각된다.

여기서는 이 점에 착안하여, 특히 유치형의 『헌법』이 어떠한 성격을 가지고 있었는지를 고찰하고자 한다. 즉, 언뜻 번역에 가까운 유치형의 교과서와 그 원본이 된 穗積의 원전을 비교함으로써 당시의 한국인이 穗積八束의 헌법이론에서 과연 어떠한 기능을 찾아내고, 어떠한 국가개념을 선택하려고 했는지를 고찰한다. 유치형의 것을 대상으로 하는 이유는 우선, 그가 의거한 것이 穗積八束의 이론이었다는 점에서, 특히 한국과 일본의 역사적 관계로 보아서는 흥미로운 요소를 가지고 있기 때문이며, 둘째로는 그의 교과서가 穗積의 교과서 내지 강의록과 유사하기는 하지만 미묘하게 다른 구성을 취하고 있기 때문이고, 셋째로는 그가 일본에서 穗積 헌법학을 접했던 당시가 穗積 자신도 그 이론을 정비하고 있던 시기였기 때문이라는 세 가지 이유에 기인한다. 덧붙이자면, 유치형은 전쟁 후 대한민국 제일 공화국 헌법의 초안을 기초하고, 한국헌법의 아버지로 불리는 유진오의 아버지이다. 이 점에서도 그의 교과서는 한국헌법사상의 형성에 있어서 흥미 깊은 의의를 가지고 있다고 해도 과언이 아닐 것이다.

II. 유치형과 穗積八束의 경력

유치형과 穗積八束에 대해 간단하게 소개해 둔다.

유치형(1877~1933)²⁾은 유길준과 같은 가문 출신이며, 1895년 3월에 官費유학생으로서 일본에 유학했다. 게이오기주쿠(慶應義塾) 보통과에서 1년반 공부한 후, 동경법학원(현재 중앙대학)에 입학하고, 법률학을 3년간 공부하여 1899년 7월 12일에 졸업했다. 또한 그 후, 사법성이나 재판소 등에서 수습을 했다고 되어 있다. 그의 일본에서의 생활은, 그 일부가 일기로서 남아 있으며, 서울대학 법학연구소에서 「유

2) 이하의 경력은 최종고, 『한국의 법률가상』(길안사, 1995), 165면 이하에 의함.

치형일기」로 발표되었다.³⁾ 그러나 남아 있는 것은 한국을 출발하는 시점부터 10월 29일까지의 내용으로, 중앙대학교에 입학한 후의 생활은 적혀 있지 않다.

1899년 11월 30일에 한국에 귀국하여, 철도학교교사, 駐英공사관 3등참사관, 宮內府 회계과장, 제도국 참사관, 帝室貯政會議記事長 등을 역임하고, 1907년에는 修學院 교관으로 임명되었다. 또한 대동전문학교, 보성전문학교에도 출강하였다. 그는 그 후에도 1913년까지 관료로서의 길을 걸었으나, 1913년 4월부터 한성은행으로 옮겨, 이사역까지 맡았었고, 1933년 56세로 그 생애를 마쳤다.

한편, 穗積八東(1862~1912)는 국학자 아버지 밑에서 태어났다. 동경대학에서 공부한 후, 1884년부터 1889년에 걸쳐 독일에 유학하고, Hermann Schulze(1824~1888), Rudolf Sohm(1841~1917), Paul Laband(1838~1918)로부터 배웠다. 귀국 후, 그는 동경대학교 법학부 헌법학 강좌를 담당하고, 당시의 일본을 대표하는 헌법학자가 되었다. 그 이론은 천황중심적인 가족국가관에 기인한 독자적인 국체론을 독일의 헌법론과 융합시켜 전쟁전의 일본의 국체사상을 이론화한 것으로서 유명하며, 당시의 학계의 또 하나의 戰力이었던 美濃部達吉 등의 ‘立憲主義憲法學’에서 주장한 天皇機關說과 대립하는 天皇主權說을 대표하는 것으로 되어 있다.

유치형은 당시의 다른 많은 저자들과 마찬가지로, 헌법만을 전문으로 하고 있었던 것은 아니며, 그밖에도 물권법이나 해상법, 경제학 등 많은 분야에서 강의 내지 교과서 집필(내지 강술) 등을 하였다.⁴⁾ 헌법에 대한 서술로서 현존하는 것은, 여기서 다루는 교과서뿐인 듯하며, 헌법이론에 대한 깊은 통찰을 기대할 수 있는 것도 아니다. 그러나 여기서는 그보다도 한 한국인이 穗積의 이론을 어떻게 수용하고, 무엇을 전달하려고 했는지를 중시하여 前記의 비교를 생각해 나가도록 한다.

3) 서울대학교 법학연구소 최종고, 「유치형 일기」, 『서울대학교 법학』 제24권 4호(서울대 법학연구소, 1985), 148면 이하.

4) 前掲의 유치형 『헌법』의 復刊판 중의 최종고, 「개화기의 법학서 해제」, 『近代韓國法制史料叢書』(亞細亞文化社, 1981)에는 유치형 『법학통론』(1908년)에 대한 설명이 있으나, 同書는 최종고 교수도 소장하고 있지 않아 소개불명이다.

Ⅲ. 유치형 『헌법』의 목적과 穗積八束의 강의록

1907년, 1908년에 한국에서 출판된 교과서 중에서도, 유치형의 것은 스스로가 출판을 명시하고 있다는 점에서 다른 교과서와는 다르다.

『헌법』의 「서언의 부분에서 유치형은 우선 헌법에 관하여 “我國과 如한 專制君主國에 存하야는” 특히 세인이 잘못된 이해를 하고 있다고 하며, 이 오해를 타파한 후, 강의를 시작하기로 한다고 적고 있다. 그리고 그는, 헌법의 명문이 없는 현실에서는 “專制君主國觀念에 最適한 德逸及日本國憲法을 講究하는外에”라고 하며, 독일헌법에 대해서는 「국가학」의 강술에서, 일본 헌법에 대해서는 이 『헌법』에서 서술한다고 되어 있는데, 여기서 전주제의 방침에 대해 『헌법』에서는 穗積八束의 강의를 “준거채용”한다고 명언하고 있다.⁵⁾

대한제국이 전제군주제를 취하고 있다는 것은, 1899년 대한국국제 제2조에 명기된 바였다.⁶⁾ 유치형의 「국가학」이 어떠한 내용이었는지는 밝혀져 있지 않기 때문에, 그가 독일헌법에 대해 누구의 견해를 참고로 하여 이것을 전제군주국에 최적인 것으로 보았는지는 애석하지만 알 수가 없다. 그러나 여기서 확인하고자 하는 것은, 유치형이 그의 이 저서를 ‘전제군주국’인 대한제국을 위하여 만들었으며, 또한 穗積의 의론을 전제군주제를 위한 강론으로 보고 채용했다는 것이다.

그러면, 그는 穗積의 어떠한 강의를 참고로 하였는가. 이 점에 대해, 金孝全是 그가 참고로 한 것은, 明治 29년에 출판된 『國民教育憲法大意』⁷⁾ 김효전은 『憲法大意』라고만 기록해 두었으나, 출판년 및 면수로 보아 같은 저서로 보여진다. 이하 『大意』라 부르기로 한다)라고 말한다. 그 저서와 穗積의 교과서의 목차를 보면 분명히 거의 같은 내용이 적혀 있다는 것을 알 수 있다. 이 책이 출판된 明治 29年(1896년)이라고 하는 해가 유치형이 중앙대학교에서 법률을 공부하기 시작한 해였다는 것, 나아가 이 穗積의 저서가 십수만 부를 기록한 베스트셀러였다는 것⁸⁾을 생

5) 유치형, 『헌법』 1면 이하.

6) 대한국국제 제2조는 “대한제국의 정치는 … 만세불변의 전제정치이다”라고 했다.

7) 穗積八束, 『國民教育憲法大意』(八尾書店, 1896).

8) 長尾龍一, 『日本法思想史研究』(創文社, 1981), 121면.

각한다면, 유치형이 이 책을 참고로 했을 가능성은 지극히 높다고 할 수 있겠다. 그러나 보다 주의를 기울여야 하는 것은, 당시의 중앙대학교(동경법학원)의 강의록이다. 穂積八束은 1890년부터 그곳에서 강의를 하였으며, 당시의 강의록의 대부분은 중앙대학교에 보존되어 있기는 하나, 대부분 연대가 불분명하다. 이 중 몇 개는 국회도서관에도 연대를 표시하여 보존되어 있으나 그 중에 “東京法學院二九年度第二年度講義錄”이라고 적힌 穂積八束 강술, 熊川元重 편집의 『帝國憲法』(이하 『29年度版』이라 부른다)과 “三二年度講義”(1899년)라고 적힌 등사판의 穂積八束 著, 『帝國憲法』 전167면(이하 『32年度版 A』라 부른다), 마찬가지로 등사판인 “三二年度講義”라 적혀져 있으나 약간 내용이 다른 穂積八束 述, 『帝國憲法』, 전 275면(이하 『32年度版 B』라 부른다)라는 것이 있다. 유치형이 중앙대학교(동경법학원)에서 배운 것이 1896년 7월부터 1899년 7월까지였다고 되어 있는 것을 볼 때, 이들 내용에 가까운 강의를 그가 청강했을 가능성이 높다. 실제로 이들 강의록을 보면, 유치형의 저서에 『大意』보다도 가까운 내용을 보이고 있다. 여기서는 이상의 강의록, 나아가 연대가 분명한 것으로서 穂積八束 述, 田中文藏 編, 『帝國憲法』(東京法學院28年度 第2年度講義錄), “中央大學發行”으로 되어 있는 “穂積八束博士講述”의 明治40年度 法律科 第1學年 講義錄 『憲法』, 同明治 41年度版⁹⁾ 등도 참조하면서, 穂積와 유치형의 서술을 비교해 나가기로 한다.

IV. 유치형 『헌법』 구성의 독자성

유치형의 국가개념에 대해, 우선, 그의 『헌법』의 구성과 관련하여 유치형의 穂積의 이론에 대한 이해와 양자의 이론의 異同을 생각해 보고자 한다.

유치형의 『헌법』과 穂積의 저서 내지 강의록을 비교해 보면, 모두 제1편부터 제5편까지 나뉘어진 목차 중, 제2편부터 제5편까지의 제목은 동일한데 비해, 제1편의 제목만이 각각 다르다는 것을 우선 알 수 있다. 유치형의 교과서에서는 제1편의 제

9) 이 책에는 발행연도가 적혀 있지 않으나, 국회도서관의 카탈로그에 따르면, 면수로 보아 明治 41年度の 중앙대학 법률과의 강의록으로서 나온 것으로 추측된다.

목은 “국가”이며, 그 중 “국가”, “헌법”의 두 章이 있다. 이에 대해, 穗積의 『大意』 및 강의록에는 각각 이하와 같다.

『大意』	『29年度版』
第1編 國體	第1編 公法ノ概念
第1章 國家	第1章 法及法ノ性質
第2章 君主國體	第2章 公法及私法
第3章 憲法	第3章 國家
	第4章 國體
『32年度版 A』	『32年度版 B』
第1編 公法論	第1編 公法
第1章 法及法ノ作用	第1章 法及法ノ性質
第2章 公法	第2章 公法ノ概念
第3章 國家	第3章 國家
第4章 國體及政體	第4章 國體及政體
第5章 憲法	第5章 憲法

이들 상이점 중에 눈에 띄는 항목은 우선, 穗積의 이론의 핵심이라고 할 수 있는 국체에 관한 장이, 유치형의 교과서에서는 보이지 않는다는 점, 둘째로 穗積의 강의록이 다루고 있는 공법개념에 대해 유치형이 언급하고 있지 않다는 점이다.¹⁰⁾ 이하, 이 두 가지 관점을 기점으로 하여 국가관념을 고찰한다.

1. 국체의 위치 부여

前記의 첫째 점, 즉 국체에 관하여 말하자면, 이것은 그러나 즉, 유치형이 국체

10) 다른 강의록의 목차는 다음과 같다.

『二八年度版』: 第1編 緒論, 第1章 公法ノ概念, 第2章 國家, 第3章 國體, 第4章 憲法

『40年度版』: 第1編 國家, 第1章 法ノ概念, 第2章 公法及私法, 第3章 人格及權利ノ概念, 第4章 國家, 第5章 國體, 第6章 政體, 第7章 憲法

『41年度版』: 第1編 國家, 第1章 法ノ概念, 第2章 公法及私法, 第3章 人格及權利, 第4章 國家, 第5章 國體, 第6章 政體, 第7章 憲法

를 언급하지 않았다는 것을 의미하는 것은 아니다. 유치형도 「헌법」의 장에서 국체의 개념을 사용하여 정체와의 차이점을 설명하고 있다. 「헌법」의 장에서 유치형은 실질적 의의의 헌법과 형식적의의 헌법을 서술하는 것부터 시작하고 있다. 실질적 의의의 헌법이란, “國의 政體를 規定하는 法則”,¹¹⁾ 혹은 “國體, 政體의 大原則을 規定함”¹²⁾으로 설명되며, 형식적 의의의 헌법이란, “普通法律로써 變更, 廢止하기 不得하는 最高效力이 有한 國法”이다. 여기서 국체와 정체에 대한 유치형의 서술은, 형식적 의의의 헌법에 한정하여 설명을 전개하는 穗積의 『大意』에 비해, 보다 자세하게 되어 있다. 국체는 주권이 어디에 존재하는가에 따른 구별이며, 정체는 주권이 어떻게 행사되고, 인민은 어떻게 통괄되는지, 즉, 정치의 형식수속여하에 따른 구별이라고 하는 유치형의 구별¹³⁾은 국체를 “主權가何者ノ手ニ存在スルカニ依リテ區別セラル主權이 누구의 손에 있는가에 따라 구별된다”라고 하고, 정체를 “主權가如何ニ行使セラル(주권이 어떻게 행사되는지)”에 따른 구별이라고 하는 穗積의 『29年度版』¹⁴⁾에 있는 서술과 유사하다.

穗積의 강의록에는 『大意』와 다르며, 29年度版, 32年度版 모두 前記의 목차 내용에 나타나 있듯이, 법의 관념부터 설명하기 시작하여, 공법의 개념을 설명하고, 국가의 설명으로 들어가는 수법으로 되어 있으며, 국가 설명의 연장선에서 국체와 정체의 개념이 논의되어 있다. 유치형의 서술은 여기서도, 일본 헌법의 평이한 해설로 초점을 좁힌 『大意』보다도, 강의록 안의 법에 대한 일반적 설명을 제외한 국가에 관한 부분으로부터 계승된 듯이 여겨진다. 穗積의 일련의 강의록에서는 『29年

11) 유치형, 『헌법』, 10면.

12) 同 11면. 전술한 바와 같이 헌법을 “政體를 規定하는 法則”으로 말하거나, “國體, 政體의 大原則을 規定하는 法則”이라고 된 서술은 불명확하나, 모두 穗積의 서술에 근거하고 있다 (『32年度版 A』, 23면 이하 참조).

13) 同 11면 이하.

14) 『29年度版』, 23면, 『32年度版 A』, 18면에서는 “國體ノ區別ハ主權ノ存在ノ區別”이며, “政體トハ統治權ヲ如何ニ行使スルヤノ形式問題(정체란 통치권을 어떻게 행사하는가의 문제)”이다. 혹은 “國體ハ主權所在ノ問題ナリ政體ハ主權ノ作用ノ形式ノ問題ナリ(국체는 주권의 소재의 문제이다. 정체는 주권의 작용의 형식의 문제이다.)”라고 설명되고, 『41年度版』에서 “統治權ノ所在”에 따른 구별과 “統治權ノ行使スル形式”에 따른 구별(51면)까지 계승되고 있다.

度版』에서 「헌법」의 장이 없으며, 『32年度版』에서는 1편의 말미에 “헌법”의 장이 부가되어, 『40年度版』에서는 제1편의 타이틀 자체가 “국가”로 되어, 나아가 그 안에 “국가”, “국체”, “정체”, “헌법” 등의 각 장이 붙는 구성으로 변화하고 있다. 유치형은 이 『40年度版』과 유사한 구성(“국가”편의 안에 “국가”와 “헌법”의 두 장을 넣었음)을 취하면서도, 굳이 “국체”, “정체”의 장을 두지 않고, “헌법”의 장에서 국체, 정체를 논하고 있다. 국체, 정체의 개념을 언급하는 것이, “국가”에 관한 장이 아니고, “헌법”의 장이라고 하는 구성에 대한 문제점을 제외하면, 兩者의 서술은 유사하다. 유치형의 교과서의 제1편 “국가”에서는 일반적인 국가개념, 헌법개념에 대한 고찰이 전개되어 있는데, 이 중에서 헌법과 국체의 관계에 대하여, 유치형은 헌법 제정, 개정, 변경은 국체와는 관계없이 정체의 변경에 그치고 있다고 하며, 헌법을 연구하는데 있어서 가장 주의해야 할 것은 국체와 정체가 전혀 다른 관념이라는 점이라고 하고 있다. 이러한 설명, 나아가 덧붙이자면, 입헌정체가 반드시 공화국체라고 하는 특정의 국체와 연결되어서는 안 된다¹⁵⁾는 생각에 관해서는 穗積의 『32年度版 A』에서 상당히 상세한 설명을 볼 수 있으며, 『41年度版』에서도 국체에 관한 설명¹⁶⁾에서 거의 같은 내용이 나타나 있다.

그러면, 왜 장의 구성을 하는데 있어서 상이점이 생겨난 것일까. 장의 구성에 대해, 穗積가 주권의 관념과 국가의 관념이 동일하게 귀속된다는 것이 일본 국체의 특질¹⁷⁾이라는 것을 생각한다면, 국체와 정체의 문제를 헌법의 설명이 아닌 국가 관념의 연장선에서 논하고 있는 것은 수궁이 간다. 한편, 유치형은 「헌법」의 장의 국체와 헌법에 관한 부분에서 일본 헌법을 언급하고 있다.¹⁸⁾ 유치형에 따르면 일본 헌법은 군주의 흥정헌법이며, 이에 대해 헌법은 군주의 명령이 아니라고 하는 설명은 잘못되어 있다는 것이다. 법은 “社會의 公權力即國家主權이 制定”하는 것으로, 법이 국가를 성립시키는 것은 아니다. “故로 主權이 有후 然後에 憲法이 有후는니 主權은 本이오 憲法은 末이라”. 일본의 헌법은 최고의 힘을 갖는 국법이며

15) 유치형, 『헌법』, 12면 이하.

16) 『32年度版 A』, 18면 이하 및 『41年度版』, 51면 이하.

17) 『29年度版』, 24면.

18) 유치형 『헌법』, 13면.

법률, 명령 등 헌법 이하의 힘에 의해 변화하는 것은 아니다. 그러나 헌법은 정체의 규칙이기 때문에 ‘萬世不易’이 아니다. 헌법의 변경은 정체의 변경에 지나지 않으며, 국체에 영향은 없다. 이에 일본의 국체의 헌법에 대한 ‘특종관계’¹⁹⁾가 있다고 말하고 있다.

이상 유치형의 설명의 전반, 즉 헌법이 주권자의 명령이며, 법은 국가주권이 제정하는 것이라고 하는 것은, 穗積의 설명과 동일하나, 후반에서는 穗積의 서술보다도 명확하게, 국체는 헌법에 명기되어 있어도, 헌법 자체가 해당국가의 국체의 무언가를 결정하는 것이 아니고, 헌법의 규정은 정체의 무엇인가를 규정하는 데에 그 중점이 있다는 점을 확인할 수 있다. 단, 유치형의 서술은 일본 헌법에 한정된 것이다. 일본의 국체와 헌법의 ‘특종관계’를 나타내는 것이라고 한다면, 그는 일본의 국체의 특수성을 지적한 후에, 한국이 그것을 받아들여야 하는지 여부는 아직까지도 풀리지 않는 문제라고 하는 것이 시사되고 있다고도 할 수 있다.²⁰⁾

일본의 헌법을 벗어난 일반론 부분에서는, 유치형은 “何人主權者며 又其主權은 如何한 方法形式으로 行使호고함”라고 하는 “問題는 國되는 性質에 直接關係가 無호바 - 며 此問題를 決호는 者는 各國이 特別히 制定호는 憲法이니라”라고 하는 독자적인 서술을 덧붙이고 있다.²¹⁾ 이 설명은 전술한 헌법이 국체를 결정하는 것은 아니라고 하는 생각과 모순되는 듯하나, 여기서는 아마도 국가의 일반적 정의로부터 국체, 정체가 결정되는 것이 아니고, 정체나 국체의 문제를 명백하게 하는 것은 헌법이라고 하는 것을 의미하고 있다고 생각된다.²²⁾ 일본과는 달리,

19) 同, 14면.

20) 여기서는 일본의 군주제가 군주제의 보편적인 형태로 여겨지고 있는 것은 아니다. 穗積 자신도 말했듯이, “國體ハ 歷史上ノ 結果”임을 생각한다(『29年度版』, 24면) 또한 여기서 穗積은 국체의 종류에는 “主權カ 無形ノ 國體自體ニ 存シ 特定ノ 人ヲ 以テ 主權者ト 爲スコト 能ハサル 場合(주권이 무형의 국체 자체이며, 사람을 주권자로 할 수 없는 경우), 즉 공과국체와 “特定人ヲ 以テ 主權者ト 爲ス(특정인을 주권자로 하는)” 군주국의 경우의 두 가지만이 있다고 했다. 한국에서도 역사적으로 형성된 국체의 존재가 고려되어야 한다. 그러나, 여기서는 그 내용은 언급하고 있지 않다.

21) 유치형, 『헌법』, 11면.

22) 후술하는 바와 같이, 「통치의 주체」에 관한 부분에서, 그는 “憲法에 明言호는 因호야 主權이 君主의 存在호는 아니오 君主는 自己固有의 權力을 由호야 憲法을 制定호야

헌법전이 아직 없는 한국에서는, 법전의 내용에 따른 헌법의 설명을 전개할 수는 없으며, 또한 헌법이란 당초에 무엇을 의미하는 것인가라고 하는 이해도 정착되어 있지 않다. 기존의 헌법전이 있는 상황에서 국체, 정체의 문제를 거론한 穗積와는 달리, 헌법이 없는 곳에서의 그의 서술은 헌법의 내용을 명확히 하는 것이어야 했다. 그러한 상황에서 국체와 정체의 논의를 「국가」의 장이 아니고, 또한 독립된 장을 마련하는 것도 아니고 「헌법」의 장에서 논한 것은, 이들 문제가 헌법으로 명확히 밝혀져야 할 문제라고 하는 인식이 있었음을 보여주고 있는 것이라 할 수 있다. 이것은 서언에서도 특히 환기를 촉구하고 있으며, 헌법도 또한 “一法律에 不過함이라”는 것이며, “人民은 勿論遵守服從의 義務가 有하고 君主는 他法律과 又 迷惑廢止變更함을 得함이나”라고 한 후에, 단, 그러나 헌법은 다른 법보다도 ‘首位’에 있는 것이며, 또한 “法律을 制定廢止惑變更하는 君主라도 萬機總攬에 當하여야 君主固有無限의 權力으로만 이 함이 無하고 君主의 意思를 發表하여 臣民의 게 宣示한 此憲法條規를 遵守施行함”이라고 되어 있는 점에 나타나 있다.²³⁾

이상을 생각한다면, “專制君主國觀念에 最適한”이라고 하면서도, 이 본문에서는 한국의 국체가 과연 무엇인지에 관해서는 언급하고 있지 않으며, 이것을 굳이 국가가 아닌 헌법의 문제라고 한 점에, 유치형의 교과서의 穗積을 계승하면서도 穗積의 특수일본적인 국체론과는 명확히 구분하고 있다는 의미에서 근대적이라고까지는 할 수 없지만 입헌주의적인 지향을 엿볼 수 있다.

2. 공사법의 구분과 국가의 관념

여기서 구성의 두 번째 문제, 공법개념에 대하여 언급하지 않았다는 점으로 가보자.

전술한 바와 같이, 『大意』에는 공법에 대한 일반적인 기술은 없다. 그러나 내용

主權이 自己에게 存在함을 宣明할뿐이다”(15면)라고 하며, 헌법은 군주의 명시된 의사를 의미한다는 취지라고 생각된다. 또한 穗積의 『憲法提要』에도 같은 의미로, 국가가 헌법으로 스스로의 국체나 정체를 선명한다는 기술이 있다[穗積八東, 『憲法提要 上』(第3版: 有斐閣, 1911), 136면].

23) 유치형, 『헌법』, 1면.

적으로 보아 시종일관 대일본제국헌법의 해설로 되어 있으며, 헌법의 일반론부터 설명하기 시작하는 강의록 구성으로 되어 있다. 그럼에도 불구하고 穂積가 어떤 강의록에서도 언급하고 있는 공법 개념을 언급하려고 하지 않은 이유는 무엇일까. 이 점에 대해서는 헌법이 아닌 일반론의 문제로서 배제했음에 지나지 않는다고 하는 추측도 성립할 것이다. 그러나 여기서는 이 문제에 대해 더 나아가 국가개념에 부수된 문제점부터 一考해 두고자 한다.

(1) 국가인격설과의 관계

국가개념에 대해서 말하자면, 유치형에는 국가를 “個人과 相離하여 獨立한 目的과 生命이 有한”²⁴⁾ 것으로 이해하고 있는 점에, 그 외에 한국 同時期の 헌법 교과서에서는 볼 수 없는 특징이 있으며, 穂積의 강의를 참고로 한 그의 교과서의 특수성을 엿볼 수 있다.

穂積의 서술을 보면, 『大意』에서는 거의 이와 같은 표현을 하고 있으며, “團體 公同ノ 生命ト目的”이 있다고 설명하고 있다.²⁵⁾ 穂積이 제시한 국가개념은 일반적으로 국가인격설 내지 국가법인설로 이해하고 있는데, 同著에서는 ‘법인’이라고 하는 말을 사용하고 있지 않으며, 그 후의 설명에서도 보이는 국가법인설 내지 인격설은 전개되고 있지 않다. 단 “自存目的ノ 國家ノ 人格ナリ”라고 하는 개소에서²⁶⁾ ‘인격’이라고 하는 말이 나타나 있는데 그치고 있다. 한편, 穂積의 강의록을 보면, 법인설에 대한 서술이 점차 변화해 가는 것을 알 수 있다. 『29年度版』에서는 법인설에 전면적으로 반대하는 것은 아니나, 이것은 계약에 따라 국가가 성립하는 것이라는 오해를 낳기 쉽다고 하여 비판적인 견해가 나타나 있다. 여기는 이미 石田雄이 지적했듯이 유기체설에도 법인설에도 비판적인 ‘인격설’로서의 그의 입장을 엿볼 수 있으나²⁷⁾ 『32年度版 A』에서는 이 점이 보다 명백히 되어 있다. 즉, “國家ハ 社會團體”이며, “分子ガ分化シテ一ツノ 生存體ヲナシ 分子各個ノ 生命ト目的ト

24) 同, 6면 이하.

25) 『大意』, 2면.

26) 같은 면.

27) 石田雄, 『日本近代思想史における法と政治』(岩波書店, 1976), 176면 이하.

ノ外團體トシテノ生命ト目的”²⁸⁾이 있다고 말한 후, 법인설을 게르바나 라반트 등의 설로서 소개함과 동시에, 여기서 ‘법인’이란 ‘권리의 주체’를 의미하는데 지나지 않고 ‘법인’이라고 하기보다 ‘인격’으로 부르는 것이 정확하다²⁹⁾고 하고 있는 것이다. 더 나아가 『40年度版』에서는 “公法上國家トカ家トカ云フ觀念ヲ説クトキニハ妄ニ之ヲ法人デアルトノミ言ヒ放チテハ其真相ヲ誤ルノ虞ガアリマス(공법상 국가나 집과 같은 관념을 설명할 때에는 단순히 이것을 법인이라고 하는 것만으로는 그 진상을 오인할 우려가 있습니다)”³⁰⁾라고 하여, 로마법상의 법인의 관념과 다르며, 현재뿐 아니라 “過去, 現在, 將來ニ亘ッテ”³¹⁾사람의 단결을 말하는 것이라고 하고, 사법과 다른 공법의 법인이라고 하는 개념들에 대한 주의를 환기시키고 있다. 이 논조는 『41年度版』이 되면, 인간이든 사회단체이든 “人格トカ權利トカ義務トカ云ヘシ皆法ノ作ッタモノデアル, 唯法人ノ人格ノミヲ法ノ擬制デアルト云フハ甚ダ不當ナル解釋デアル”³²⁾라고 하며 법인도 자연인도 인격이라고 하는 개념을 사용하는 데에 같은 법적 의의가 있다는 식의 설명으로 변화하고 있는데, 이것은 후의 穂積의 주요저서인 『憲法提要』의 “予ハ特ニ之ヲ法人ト謂フス單ニ人格ト云フ。 理ニ於テ同シカランモ精神ニ於テ或ハ異ナル所アルナリ。 若國家ニ人格アルハ人ニ人格アルト其ノ理同シトセハ即チ可ナリ, 然ラスシテ人ハ自然人格ヲ有シ國家ハ法人格ヲ有スルノ別アルノ意ナランニハ, 是レ予ノ謂フ所ト正ニ相反スルナリ(나는 특히 이것을 법인이라고 하지 않고 단순히 인격이라고 한다. (양자는) 理는 같다고 해도 정신은 다른 면이 있다. 만일 국가에 인격이 있다는 것을 사람에게 인격이 있다는 것과 그 理는 같다고 생각한다면 무방하겠으나, 그렇지 않고 사람은 자연히 인격을 가지고 있고 국가는 법인격을 가지고 있다는 차이를 갖는다는 의미라면, 그것은 내가 말하고자 하는 점과 실로 상반되는 것이다)”³³⁾라는 식의 설명과 같다고 할 수 있겠다. 이처럼 「법인」이라고 하는 개념을

28) 『32年度版』, 14면.

29) 同 18면; 『32年度版 B』, 27면 이하도 同旨.

30) 『40年度版』, 19면 이하.

31) 同, 19면.

32) 『41年度版』, 21면.

33) 穂積八束, 『憲法提要 上』, 44면 이하.

사용하는 것을 주저하면서, 점차 ‘인격’으로서의 국가개념을 정비해 나간 穗積의 서술에 대해, 유치형은 ‘법인’이나 ‘인격’ 혹은 ‘유기체’ 등의 표현을 사용하고 있지 않다. 穗積가 『29年度版』부터 『大意』 이외에 여기서 예로 든 어떤 저서에서도 역점을 두고 언급한 법인설을 유치형은 왜 언급하지 않은 것일까, 또 『大意』에서조차 사용되고 있는 ‘인격’이라는 단어를 사용하지 않은 이유는 무엇일까.

이 점을 생각하려면, 일본과 한국의 국가법인설과 국가유기체설에 대해 고려해 둘 필요가 있다. 前記의 石田은 兩說에 관해서, 사회진화론, 국가유기체설 사이에 일본에서는 기묘한 연결이 있다는 것³⁴⁾ “현저히 윤곽이 불선명할 뿐 아니라”, “과도적인 것에 지나지 않음”³⁵⁾며, 학자들 사이에서도 국가유기체설과 국가법인설 사이에 명료한 분류기준이 세워져 있지 않았다는 것을 지적하고 있다.³⁶⁾ 穗積의 경우를 보아도, 법인설을 받아들이고 있는 듯하면서, 국가독자의 인격이 애초에 존재한다고 하고, 국가의 생명운운이라고 하는 기술을 하는 대목에서는, 유기체설에 친근성을 가진 사고방식이 나타나 있다.³⁷⁾ 이러한 논의의 불명확성은 이들 사상의 수용과정에서 기인되는 점이 많다고 여겨진다.

독일에서는, 분명히 국가유기체설과 국가법인설의 경계선이 반드시 명확하지 않은 측면이 있다고는 해도,³⁸⁾ 자연법론으로부터 유기체설 그리고 법인설로 향하는 형

34) 石田, 前掲論文, 167면은 이 연결을 “본래 근대 자연법적 사유의 세례를 받은 법적 국가상이 미성숙하다는 점에, 약간이라도 성립시키려고 한 근대 자연법적 사유를 부정하기 위해 진화주의가 가능하고, 나아가 진화주의가 갖는 兩刀性—현재의 우월자의 지위를 합리화할 수 있음과 동시에, 이에 대신할 새로운 세력의 대두를 승인하지 않을 수 없다—를 제거하고, 유기체의 이름하에 현존질서를 합리화하려고 하는 것”이라고 했다.

35) 同, 185면.

36) 同, 175면 이하.

37) 앞서 예로 든 부분 외에 『32年度版 A』, 1면 등에도 이러한 기술을 볼 수 있다. 단, 石田, 前掲論文, 175면 이하에서 설명하듯이, 穗積 자신은 『憲法提要』 등에서도 유기체설에 비판적인 견해를 보이고 있다.

38) 栗城壽夫, 「一九世紀ドイツ國家有機體論における國民(Volk)思想の機能」, [磯村先生還曆記念論文集『市民法學の形成と展開上』(有斐閣, 1978) 所收]은 이 점에 대해 “국가에 법인격을 인정하거나 혹은 국가를 유기체로 보는가는 국가유기체론과 국가법인론으로 나누는 지표가 되지는 않는다”(163면)이라고 하고, 양자를 나누는 지표를 국민의 인격을 인정하느냐 않느냐 점에서 찾고 있다.

태로 헌법론이 발전한다고 하는 경위가 있으나, 일본이나 한국에서 특징적인 것은, 유기체설이 자연법론적 국가관과 함께 국가에 대한 두 가지 대표적 이론으로서 소개되며, 또 한편으로는 진화론적 세계관과 법인설도 거의 동시에 유입되는 구조이다.

예를 들면, 明治期の 일본의 대표적인 사상이 중 한사람, 加藤弘之는 이른바 사상적 ‘전향’ 후, 즉 사회진화론을 수용하고 천부인권설을 비판하게 된 후부터 유기체설을 외치게 되었는데, 그 이론은 한국에서도 번역되었다.³⁹⁾ 또한 한국에서 종종 참조로 하던 중국의 梁啓超⁴⁰⁾는 민권론을 설명하는 과정에서 국가유기체설을 제창하였다.⁴¹⁾ 그 자신도 사상형성에는 일본체제중에 얻은 지식이 대부분을 차지하고 있으며, 유기체설의 수용도 일본의 번역으로 알게 된 불륜출리에 의한 것이라고⁴²⁾ 하는데, 한편 그는 그 스승인 康有爲로부터 배운 생물진화론, 嚴復을 통한 스펜서의 영향으로 사회진화론의 논객으로서도 유명하다.⁴³⁾ 그의 국가사상에서 유기체설과 진화론은 국가의 유기적 발전의 이론으로서 진화되었다고 여겨진다. 나아가, 그의 이론에 대해서는 기본적으로 유기체설과 국가법인설을 동일시했었다는 지적도 있다.⁴⁴⁾ 이렇게 보았을 때, 유기체설이나 법인설과 관련해서 일본과 중국의 이론에 나타나는 특수성은 그대로 한국으로 유입되었다고 할 수 있다. 이것은 이른바 ‘사상연쇄’의 일면으로서 이해되는 문제이다.⁴⁵⁾ 이 연쇄 속에서 한국에서는 문제수용을 통하여 더욱 더 특수성이 가해졌다고 할 수 있지 않을까.

당시의 한국의 정치사상을 연구하는 金度亨은, 당시의 한국의 계몽사상의 국가관으로서는 크게 두 가지 계통, 자연법적 국가론과 유기체적 국가론이 소개되고, 전

39) 김효진, 앞의 책, 469면 이하에 따르면, 1908년에 加藤弘之의 『强者の權利の競争』의 번역인 역사미상의 『權利의 競争論』義進社가 출판돼 있다.

40) 양계초의 한국에 대한 영향에 대해, 手代木有兒, 「梁啓超」, 佐藤慎一編, 『近代中國の思索者たち』(大修館書店, 1998年), 87면 등 참조.

41) 양계초의 국가유기체설에 대해 橫山英, 「清末ナショナリズムと國家有機體說」, 『廣島大學文學部紀要』第四五卷, 157면 이하 참조.

42) 土尾英雄編, 『中國の人權と法』(明石書店, 1998), 63면 참조.

43) 佐藤慎一, 『梁啓超と社會進化論』 『東北大學 法學』 第59卷 第6號, 163면 이하 참조.

44) 橫山, 前掲 166면 이하.

45) 山室信一, 「知の回廊—近代世界における思想連鎖の—前提—」, 溝部英章 他, 『近代日本の意味を問う』(木鐸社, 1992), 113면 이하.

자는 보댕, 홉스, 록, 몬테스큐 등의 국가론이며, 후자는 예리네크와 블룬츨리의 이론이었다고 한다.⁴⁶⁾ 여기서, 예리네크는 법인설, 블룬츨리는 유기체설이라고 하는 차이가 있음에도 불구하고, “이것은 엄밀한 구분없이 소개되었다”고 전해지듯,⁴⁷⁾ 법인설과 유기체설의 차이는 일본과 같거나 혹은 그 이상으로 한국에서는 그다지 중요한 의미를 두고 있지 않은 듯이 여겨진다.

실제로, 유기체설에 대해 살펴보면, 블룬츨리를 비롯하여 동의론을 수용한 梁啓超와 加藤弘之의 국가론은 당시 한국에서 많은 참조가 이루어졌으며, 그러한 의미에서 유기체설의 영향은 받았으나, 명백하게 유기체설의 입장에 선 설명은 의외로 적다. 김도형은 유치형과 비슷한 국가관을 나타내는 것으로서 같은 1907년에 출판된 兪星濬의 『법학통론』 중의 헌법에 대한 서술을 들고 있는데, ‘헌법’에 관한 서술 안에 명확하게 “국가는 일유기체이다”라고 한 것은, 입수한 당시의 잡지, 교과서를 조사한 바로는 이것뿐이다.⁴⁸⁾ 유치형 이외의 동시기의 ‘헌법’ 교과서를 보면, 趙聲九는 공동단체로서 인격을 인정하기는 하여도 법률상 인격이란 즉 권리의 주체라고 하며 자연히 존재하는 ‘자연인격’은 아니라고 하며,⁴⁹⁾ 유기체설을 비판하고 있고,⁵⁰⁾ 金祥演은 領地團體로서의 국가는 인격을 가지고 있으나, 인격이란 본래 권리능력을 가리키며, “法規에 基因해서 生함”⁵¹⁾이라고 설명하는데 그치고 있고, 유기체설은 언급하고 있지 않다. 나아가 또한 이들 서술은 내용적으로는 법인설이라고 여겨지는데 그들은 모두 ‘법인’이라고 하는 말도 사용하고 있지 않다. 이것은 그

46) 김도형 『大韓帝國期の 政治思想研究』(지식산업사, 1994), 100면; 당시 자연법론 내지 계약론과 유기체론을 대비하여 거론하며 소개한 것으로, 예를 들면, 薛泰熙, 「憲法緒言」, 『大韓協會會報』 第一卷 第三號 30면 이하, 同 第五號, 28면 이하는 두 說과 그에 대한 일반적인 비판을 소개하고, 국가를 “一定한 土地에 定着하고 固有한 權력에 依하여 結合된 人民의 團體”라 하고 있다. 또한 일본에서도 穗積의 강의를 마찬가지로 양자를 대비한 설명방법을 취하고 있다.

47) 김도형, 전제서, 100면.

48) 유성준, 『법학통론』, 復刊版(『韓國近代法制史料叢書四 韓國開化期 法學教科書一』(亞細亞文化社, 1981), 75면.

49) 조성구 강술, 『헌법』, 1907년의 影印(1987년 도서출판 민족문화), 8면.

50) 同, 22면 이하.

51) 김상연 강술, 『헌법』, 7면. 또한 同著는 김효진, 前掲, 463면에 따르면, 1908년에 쓰여진 듯 하나, 정확한 출판년도 및 출판사는 同著 자체에는 기록되어 있지 않다.

들이 유기체설의 문제점을 배웠으며, 그 극복을 의도하면서도 실정법체계가 정비되어 있지 않은 당시의 한국에서 ‘법인’이라는 단어를 사용하는데 주저함을 보이는 한국특유의 문제를 내포하고 있는 듯이도 여겨진다.

나아가 또 한 가지 추측되는 것은, 불분출리 이론의 수용과정에 대한 문제이다. 불분출리는 일본에서도 한국에서도 독일적인 국가론으로서 초기에 소개되어 커다란 영향을 주었다. 그러나 그의 저서 중, 한국에 아마도 최초로 소개된 것으로서 유명한 것은, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen 1867을 1880년에 漢譯한 『公法會通』⁵²⁾인 데 대해, 일본에서 불분출리의 최초 번역서는 *Allgemeines Staatsrecht*의 번역인 1872년의 加藤弘之의 『國家汎論』이었다. 전자는 불분출리가 국제법상의 인격으로서 국가를 *Rechtsperson*⁵³⁾이라고 설명하고 있는 데 비해, 후자는 *organisches Wesen*으로서의 국가의 성격부여가 강하게 나타나고 있다. 불분출리의 이론은 한국개화기의 여러 논문에서 언급되고 있으며, 1907년에는 *Allgemeines Staatsrecht*의 일부를 安鐘和가 번역한 것도 출판되었고⁵⁴⁾ 『公法會通』이 당시 미친 영향의 지대함을 생각하면,⁵⁵⁾ 이것도 법인설과 유기체설을 명확하게 구별하지 않은 하나의 단서를 제공하고 있는 듯이 여겨진다.

이상을 고려해 본다면, 당시의 한국의 국가관에는 유치형이 유기체라고도 인격 내지 법인이라고도 하지 않은 것은, 이러한 한국의 경향이 반영되어 있다는 것이 이유의 하나로서 생각될 수 있을 것이다.

그러나 여기서 더욱 고려해 두고자 하는 것은, 이러한 유기체 내지 법인의 개념은 독일에서는 국가를 군주의 私物로서 간주하는 사적인 국가관이 도태되고, 근대적인 공적국가관이 정립되어가는 과정에서 생겨난 개념이라고 하는 것이다. 당시 한국에서 개념이 불명확하였다고는 하지만, 자연법적국가관이나 유기체적국가관(법인설, 인격설도 포함하여)이 거론된 것도, 실로 그러한 이유에서였다고 보여진다.

52) 『公法會通』의 복간판은 아세아문화사에서 『韓國近代法制史料叢書三』으로 하여 1981년에 나와 있다.

53) *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen 1867, S. 67.

54) 伯倫知里 著 안중화 역 『國家學綱領』(廣學書舖, 1907); 김효진, 前掲 438면 참조.

55) 『公法會通』은 대한국국제의 起草시에도 참고로 쓰였다. 이 점에 대해 田鳳德, 『한국근대 법사상사』(박영사, 1980), 112면; 최종고, 『한국의 서양법 수용사』(박영사, 1982), 380면 참조.

그러면, 이들 개념을 굳이 사용하고 있지 않다고 한다면, 그 국가관은 어떠한 역사적 위치에 있다고 보아야 하는 것일까.

유치형의 서술로 돌아가면, 그는 ‘법인’, ‘유기체’라고는 명확하게 말하고 있지 않지만, 穗積과 마찬가지로 국가는 현재의 인민의 집합체라고 하는 생각을 비판하고, 더욱 깊이 들어간 穗積에게는 보이지 않는 그만의 독자적인 설명을 전개하고 있다는 점에서 특징을 볼 수 있다. 그는 “現在の國民은 現在國家의 分子됨은 勿論이나 然이나 吾人の 祖先과 吾人の 子孫이 皆是國家의 分子이니”라고 하고, 국가는 현재의 사람의 개인적이익을 위해 만들어진 것은 아니므로, “現在の 人民은 國家將來의 幸福을 爲하야 現在の 利益을 犧牲에 供함도 有하며 又 國家는 國家團體目體의 獨立生命을 保全하기 爲함에는 現在國民一部分의 生命을 犧牲에 供함도 不無하느니라”⁵⁶⁾라고 하는 것이다. 그리고 이에 부수하여, 더 나아가 현재의 국민의 이익을 대상으로 한 다수결주의에 대한 비판에도 이르고 있다. 이렇게 보면, 유치형의 서술에는 穗積의 서술을 기본적으로 채용하면서도, ‘생명’체로서의 국가의 지속성과 국가적 이익을 중시하고 있다고 하는 점에 특징이 있다. 이것이 과연 어떠한 위치를 점해야 하는지에 대해서는 더욱 구체적인 통치에 대한 생각, 국가와 국민의 관계에 대한 그의 이해를 탐구할 필요가 있다.

(2) 통치의 본연의 모습과 신민의 지위

구체적인 통치의 본연의 모습에 관해서, 우선 군주의 지위에 대해서는, 유치형은 제2편의 ‘통치의 주체’에서 논하고 있다.

‘통치의 주체’란 ‘주권의 본체’를 말하는 것이라고 하는 그는, 일본과 같은 순수한 군주국체의 국가에서는 군주는 ‘주권의 대표’가 아니고 “自己固有의 權力으로 主權者”라고 하고, 군주는 그 무한한 권력에 의해 헌법을 만드는 것이라고 한다.⁵⁷⁾ 즉, 헌법이란 군주의 명시된 의사를 나타내는 것이다. 여기서 통치권과 군주의 대권은 구별되며, 전자가 국토와 신민에 대한 절대적 권력임에 대해, 후자는 헌법상의 것을 가리킨다고 되어 있는데,⁵⁸⁾ 절대무한의 주권 즉 통치권이 없고 헌법상의 대권

56) 유치형, 『헌법』, 7면.

57) 同, 14면.

밖에 없다고 한다면, 그것은 군주가 주권자가 아니라고 하는 것을 의미하게 되는 것이다. 또한 통치권은 소유권, 즉 평등한 사람 사이에 있으며 자기의 물건에 관한 이익을 완전하게 할 권리가 아니고, 평등관계에서 행사되는 것이 아니고, 권력으로 임하는 것이며, 또한 일정한 사물에 대하여서만 행사할 수 있는 권리가 아니라고 되어 있으며,⁵⁹⁾ 황위계승은 家督相續과는 다르다고도 설명된다.⁶⁰⁾ 이러한 설명은 穗積의 강의록의 내용에 따른 것이며,⁶¹⁾ 유치형이 「서언」에서 말한 ‘전제군주국관념’의 내용을 나타내는 것으로 되어 있다.

이러한 통치의 주체에 대응하는 ‘통치의 객체’인 신민에 대해서는 穗積과 마찬가지로, 유치형은 이것을 토지와 함께 ‘통치의 객체’라고 하고, 이 두 가지가 “統治權의 働作用 受呑이라”는 것을 의미하는 것이라고 하였다.⁶²⁾ 통치권의 객체로서 이 두 가지를 추출할 때는 「통론」에서 역사적인 관점에 대한 언급을 볼 수 있다.

“往古歴史에는 國家의 觀念은 一定한 土地를 制限하는 意味가 아니오 某種族의 人民이 部落을 成하고 又民族을 成하고 此를 統轄하는 權이 卽主權이오 國家라 云함은 唯其人類의 集合이라 云하는 觀念에 不過한 一家라 하는 觀念이 一定한 土地又是 有形家宅이라 하는 觀念에 不拘하고 血屬者가 團體를 成하고 家長이 統御하리라 함과 相同한 觀念이다”⁶³⁾

국가는 그 작은 형태인 경우 부락에 지나지 않고, 일정한 토지는 국가성립의 요소가 되지 않으며, 또한 커다란 형태인 경우, 支那의 天子나 로마의 주권과 마찬가지로 국가라고 하는 관념은 없으며 오히려 ‘천하’라고 하는 관념으로부터 “主權은 天下世界全體에 對하는 絶對的最上의 力”으로 이해했기 때문에, 영토적 한계를 생각하지 않았었다.⁶⁴⁾ 이렇게 하여 초기의 국가관념에는 국토라고 하는 요소가 결여되어 있었는데, 그것이 봉건시대에는 반대로, 군주는 ‘대토지’로서 일정한 토지를

58) 同, 18면.

59) 같은 면.

60) 同, 17 및 21면.

61) 『32年度版A』, 37면 이하 등.

62) 유치형, 『헌법』, 28면.

63) 同, 28면 이하.

64) 同, 29면.

‘자기의 영분’으로 하여 점유하게 되며, “人民은 土地의 附屬物로 其土地를 耕하는 器械가 되며 又土地所有權에 附隨하는 者가 되어” 한다고 여겨졌던 것이다.⁶⁵⁾ 이러한 과거의 국가관념의 양극단을 ‘稍稍調和’⁶⁶⁾한 것이 일정한 토지와 일정한 인민을 통치의 객체로써 국가의 성립요건으로 하는 근세의 국가사상이라고 하는 것이 유치형의 설명이다. 같은 서술을 穗積의 『32年度版 B』에서도 볼 수 있는데,⁶⁷⁾ 현재의 국가관을 이들과는 ‘다른’ 것으로 보는 穗積에 대해, ‘양극단’의 ‘조화’라고 이해하는 유치형의 독자적인 서술은 穗積의 국가관념에 내재하면서도 명확하게는 표명되지 않았던 요소, 즉 가부장적인 국가와 家産국가가 융합한 형태에서의 전제국가관념이라는 것을 명시한 것으로 볼 수가 있다.

그런데, 이러한 관점에서 이해되는 신민의 지위란 무엇인가.

유치형은, 이것을 “絶對且無限으로 主權에 服從하는” 입장으로 보아, 穗積의 서술과 일치하고 있다.⁶⁸⁾ 양자는 모두, 이 신민의 지위는 국권이 절대적이면서 무한하다는 것과 대응해서 당연히 이끌어낼 수 있는 것으로 보고 있다. 가령 헌법이나 법률에 의해 국권에 한계가 설정되어 있다고 하여도, 그것은 헌법의 개폐에 따라 언제든지 변경할 수 있는 것이다. 이 때, 유치형이 강조하는 것은 신민은 국권에 대해 직접적인 관계를 가지고 있다는 것이다.⁶⁹⁾ 봉건시대에 볼 수 있는 토지를 매개로 한 토지의 부속물 혹은 소와 말, 노예로서의 인민과 국가의 관계가 아니다. 한편, 穗積도 고대 전제정치 시대에 신민이 ‘奴隸若クハ物件’과 동일시되어, ‘인격’이 인정받지 않았다는 것에 비해 국법이 신민에게 ‘인격’과 ‘권능’을 인정하고 있는 점에, ‘近世ノ國家’의 특징을 찾아내고 있다.⁷⁰⁾ 양자가 강조하는 것은 과거의 국가 관으로부터의 탈피인데, 여기에는 직접적인 국가와 개인의 연계성, 개인의 개념이

65) 同, 30면.

66) 같은 면.

67) 『32年度版B』, 20면 이하에서는 穗積은 총론 부분에서는 토지만, 인민만을 객체로 하는 관념이 역사적으로 존재했다고 하는 지적에 머무르고 있어, 자세한 언급은 「국토」 및 「신민」의 각 장의 서술로 돌리고 있다.

68) 『大意』, 31면; 『29年度版』, 40면 등.

69) 유치형, 『헌법』, 37면.

70) 『29年度版』, 47면 이하 등.

대두하는데 대한 시점이 나타나 있다.

신민의 「인격」과 「권능」에 대해서는 유치형도 우선, 「권능」에 대해, 국권이 국민을 보호한다고 하는 관점에서 論及하고 있다. 여기서 유치형은 두 가지 보호 방법을 나타내고 있다. 첫째는 “國家自體의 意思及力으로만 國民을 保護하는 方法”이다.⁷¹⁾ 이것은 옛날의 많은 ‘전제국체’에서 볼 수 있는 형태로, 소유권자가 자기의 소와 말을 보호하는 것과 마찬가지로 “所有者가 自家의 利益을 爲하여 自己의 力으로써 自己의 所有物을 保護하는 者”라는 것이다. 이에 대해, 둘째는 “國權이 各個人의 自主獨立의 目的이 有함을 認識하여 服從者로 保護하기 爲하여 國權自體가 動作하는 外에 公共의 秩序를 不害할 以限은 服從者自身이 自己의 存在와 自由를 保護하기 得함을 尙認함이니”, 어느 정도 각 개인에 따라 자기의 의사 및 자기의 힘으로 배제시키는 방법이다.⁷²⁾ 근세국가에 있어서는 두 번째 방법이 主가 되고 있다는 유치형은, 이 때문에 사람에게 일정한 권리가 주어지고, 그 범위내에서 자기의 방어가 허용된다, 이것이 ‘사람의 권능’이라고 할 수 있다고 한다. 즉, “복종자를 보호하기 위해 국권 자체가 작용하는 외에, 공공의 질서를 해치지 않는 한, 복종자 자신이 자기의 존재와 자유를 보호할 수 있다는 것을 인정한다”는 것이 신민의 권능의 의미이다.⁷³⁾

또한, 신민에 대한 설명의 말미에서는 ‘인격’의 문제를 언급하며, “國權이 一個人에 對하여 自主自在의 目的을 認容할時는 此를 人의 人格이라 稱하는니”⁷⁴⁾라 하고, “人에는 人格이 有하고 他動物에는 無호므로 國法이 人生以外의 動物에는 法律上 自主自在의 目的을 認容하여 保護를 不給함에 困함이라”이며, “國法이 人格을 認容하여 其人格이 有호는 者로 하여금 自己의 意思로써 人格을 主張함을 許할 時는 茲에 權利가 生하는니라”라고 서술되어 있다.

이들 서술은 穗積의 『32年度版 A』와 지극히 유사하다. 『32年度版 A』를 보면, 「신민의 권능」의 章의 冒頭에서 국가권력과 신민의 복종 관계로부터 국가주권에

71) 유치형, 『헌법』, 41면.

72) 同, 42면.

73) 같은 면. 穗積의 『32年度版 A』, 71면에는 거의 같은 기술이 있다.

74) 유치형, 『헌법』, 44면. 이것도 穗積, 『32年度版 A』, 71면의 기술과 거의 같다.

다른 신민의 보호라고 하는 관점이 생긴다고 하고, 보호의 두 가지 방법을 유치형과 같은 식으로 말하고, 이 중 개인의 자주 독립의 목적을 인정하고 보호한다고 하는 제2의 방법으로 국법에 따라 부여되는 인격의 관념이 생긴다고 설명하고 있다. 그리고 거기서 천부인격설⁷⁵⁾과 인격을 意思의 주체로 하여 권리와 의사를 동일시하는 意思主義⁷⁶⁾를 비판하고, 국법에 따라 인격 나아가서는 권리가 주어진다고 한 후, 권리 중 공권과 사권의 구별문제를 언급하는 것이다. 공권과 사권의 구별을 穂積는 『32年度版 A』에서는 ‘편의상’⁷⁷⁾의 구별, 공법관계로부터 생기는 것이 공권이며, 사법관계로부터 생기는 것이 사권임에 지나지 않는다고 했다. ‘편의’적인 구별이라고는 하지만, 신민의 권리를 설명함에 있어서 穂積의 공권, 사권의 구별은 이 시기에 서서히 변화되어 간 것이며, 어느 저서에서도 일관적으로 사권과 공권의 차이를 설명하고 있다.⁷⁸⁾ 『大意』에서는 “臣民ノ國家ノ目的ニ背カサル限ニ於テ 自存獨立ノ目的ヲ有ス、國法ハ之ヲ保護シ其ノ完全ナル發達ヲ望ムカ爲メニ、權カヲ以テ社會ノ安寧ト幸福トヲ維持スルト同時ニ個人各其ノ權能ヲ利益ノ爲ニ主張スルノ自由アラシム、是レ臣民ノ私權ナリ、私權ノ專ラ身體ノ自由ト財産ノ享有トヲ全フスル者ナリ(臣民은 國家의 目的에 반하지 않는 한, 자주독립의 목적을 가지고 있다. 국법은 이것을 보호하고 그 완전한 발달을 원하기 때문에 권력에 의해 사회의 안녕과 행복을 유지함과 동시에 개인 각각이 그 기능을 스스로의 이익을 위하여 주장하는 자유를 준다. 이것이 신민의 사권이다. 사권은 오로지 신체의 자유와 재산의 향유를 모두 포함하기 위한 것이다.)”⁷⁹⁾라고 되어 있다. 즉, 사적영역에서는 신민은 국법에 기인하여, 권리, 자유를 갖는 것으로 된다. 여기서는 穂積는 자유를 사권의 범위내의 것이라고 하고, ‘권력관계’⁸⁰⁾로 볼 수 있는 국가와의 사이의 관계에서는 복종밖에 인정하지 않고 있다. 또한 『29年度版』은 사

75) 『32年度版A』, 72면.

76) 同, 73면 이하.

77) 同, 77면. 『32年度版B』, 133면도 同旨.

78) 『29年度版』, 45면, 『32年度版A』, 76면 이하, 『三九年度版B』, 133면 이하, 『大意』, 38면 이하 등.

79) 『大意』, 38면.

80) 同, 39면.

권에 대한 설명을 변화시키고, 신민의 권능에는 사권과 공권이 있다고 하고, “私權ト外物ヲ自己ノ需要ニ供スル爲メニ有スル能力”, “公權ト人ノ身體ノ自由ヲ主張スル能力”이기 때문에 “公權ノ實體ハ自由ニシテ私權ノ實體ノ財産(공권의 실체는 자유이며, 사권의 실체는 재산)”이라고 하고 있다.⁸¹⁾ 그리고, 이들 권리는 국법이 전술한 바와 같이 인민에 인격 내지 권능을 부여함으로써 인정받는 것으로 하는 것이다. 『32年版』이 공권과 사권은 ‘편의상’의 구별을 하는 것은, 이 문맥에서 모두 국법에 따른 것이며, 그 국법이 어떠한 성질을 가지는가의 구별에 지나지 않는다는 의미이다. 이러한 공권과 사권의 구별에 대한 언급은 유치형의 논술에는 없는 것이다.

공권과 사권에 관한 언급의 유무라고 하는 차이점과 더불어, 신민의 지위에 관한 기술에서도 양자 사이에는 또 하나의 미묘한 차이점을 볼 수 있다. 그것은 유치형의 서술 중에, 개인이 자기의 완력으로 자기의 신체재산을 지키기보다도 최고권력에 따르는 편이 자기의 보호를 오히려 완전하게 할 수 있다는 것에서, “人民은 國家를 依히야 自己의 安寧幸福을 保護”받는 관계에 있다는 것을 생각한다면, 국가의 절대적인 권력이란 결국에는 국민을 보호하는데 다름 아니며, 이러한 점에서 “絶對의 權力及服從이 有후 然後에 國家的團體가 始成하고 國民의 權利가 維持됨을 可得호느니라”는 것이라는 기술이 있다는 것이다.⁸²⁾ 이 설명은 계약적인 국가관에 기인한 천부의 권리를 부정하는 문맥에서의 서술이다. 천부의 권리의 부정, 및 국가가 국민의 보호를 하고 그 국가의 보호에 기인하여 사람의 권리가 생기게 된다는 서술은, 穗積의 강의록에서도 볼 수 있는 대목이다.⁸³⁾ 그러나 여기서의 뉘앙스에는 미묘한 차이를 볼 수 있다. 穗積에게는 애초에 인격과 그에 따른 권리는 국법에 기인하여서만 생길 수 있는 관념이라고 하는 문맥의 연속으로 그 뒤집음으로 前記와 같은 국민의 보호의 힘으로서의 통치권에 대한 언급과 천부인권론의 부정이 나타나는데 지나지 않으며, 마치 인민의 이익의 관점에서 국가를 발생시키는 계약론에 가까운 듯한 경향을 보이는 유치형과 같은 서술은 없다.⁸⁴⁾

81) 『29年度版』, 45면 이하.

82) 유치형, 『헌법』, 41면.

83) 예를 들면 “統治權ハ國ヲ保護スルノカナリ”(『29年度版』, 43면), “國ノ主權ハ臣民ヲ保護スル方法ノ一ツナリ”(『32年度版』, 72면) 등.

(3) 小結

이상, 공법과 사법의 구분 문제와 관련하여, 국가관념에서 통치의 본연의 모습, 국가와 신민의 관계까지의 서술에 대하여 살펴보았다.

국가와 신민의 관계의 개소에 나타난 점을 보면, 절대적인 국가권력의 필요성의 관점에서 언급하는 유치형과 穂積은 개인의 보호에 절대적인 국가권력이 필요하며, 그 권력에 대응하여 절대적인 복종이 필요하다고 보았다. 이러한 이해에 기인한 국가라고 하는 단체는 절대적 복종에 상반되는 권리의 관념은 인정될 수 없으며, 국가권력에 대한 복종의 정도를 한정하거나, 그 무조건성을 부정하는 계약의 개념도 알맞지 않다. 이것이 그들의 계약국가관, 천부인권에 대한 비판의 직접적 근거로 되어 있다.

국민의 복지를 국가목적으로 한다고 하는 것은 유기체설에 보여지는 특징이며,⁸⁵⁾ 전술한 바와 같이 독립의 생명으로서의 연속성을 중시한 후의 유치형의 서술은 유기체설적인 경향을 띠고 있다고 할 수 있다. 그러나 다른 한편, 유치형은 별도의 개소에서, 통치의 객체는 토지와 인민에 의해 성립하는 사회단체라고 하는 설을 비판하고, 국가자체 외에 국민전체로부터 성립되는 특수한 단체를 인정할 수는 없다고 하고 있다.⁸⁶⁾ 이것을 穂積의 서술과 조합하면, 『32年度版 B』에서 穂積은, 통치의 객체는 국가 자체라고 하는 자이델의 설을 비판하고 있으며, 유치형의 서술은 약간 이에 가깝다. 그러나 穂積가 “군주가 통치의 주격이고 국가가 객체라고 하는데 지나지 않는다. 즉, 국토 및 인민이 객체라고 하는 것과 같은 설명이다.”⁸⁷⁾라고 하는데 대해 유치형의 비판은 추상적인 국민개념의 부정으로도 연결되는 측면을 가지고 있다. 또한 穂積의 『32年度版 A』에서는 이와 유사한 부분은, 국가를 사회법인으로 보는 설에 대한 법인설비판으로 되어 있으며,⁸⁸⁾ 유치형과 취지가 다른 내

84) “國家ノ沿革上目的トシテ存在スル所以ハ國民ノ保護ニアリト云フ事ヲ得ベシ(국가의沿革上, 국가의 존재목적은 국민의 보호에 있다고 할 수 있겠다.)”라고 하는 설명(『32年度版B』, 128면)은, 유치형의 설명과 비슷하나, 거기서도 여기까지 깊이 들어간 설명은 하지 않았다.

85) 栗城, 前掲, 152면.

86) 유치형, 『헌법』, 31면.

87) 『32年度版B』, 103면.

용으로 되어 있다. 유기체설이 전체로서의 국민의 의사, 국민전체의 행복을 국가목적으로서 이해한데 대해, 추상적 국민개념의 부정은, 오히려 국가법인설의 특징이다. 그러나 여기서 개인의 보호라고 하는 국가목적에 관한 계약론에 접근한 설명이나 국민 내지 신민의 개념이 애초에 단체가 아닌 개인으로서밖에 보지 않았다고 하는 점에 유치형의 서술의 특징을 찾는다면, 유치형이 제시하는 국가관념은 오히려 흠스가 제시한 절대주의적 국가관념에 보다 가까운 성격을 가지고 있다고 볼 수 있는 것이다.

계약적 국가관에 대한 생각을 보면, 유치형은 “自己的權利를 多少 放棄(하는)” 한편, 또다시 복종에 의해 권리가 발생한다고 하는 것은 모순⁸⁹⁾이라고 비판할 뿐으로 그 논점은 계약에 따라 국가가 성립하는지 여부의 본질적인 비판으로 되어 있지는 않다. 즉, 자연권과 법적권리 사이의 정합성의 문제이기는 해도, 흠스적인 전체 국가관의 전면적인 부정이라고는 할 수 없다. 이러한 국가관의 애매성은 穗積의 이론 자체에 내재하는 애매함 혹은 일본의 국가인격설에 부수된 애매성을 증폭한 형태로도 여겨지는데, 여기서는 그 때문에 오히려 그의 의도가 직접적으로 나타나 있다고 할 수 있다.

국가관념에 관한 문제로서 또 하나, 유치형의 서술이 유기체나 법인의 개념을 사용하고 있지 않다는 점이, 독일 국법학에 있어서 이른바 근대적인 공적 국가관념과 분명히 구별되는 요소로 되어 있지 않은가 하는 점을 들었으나, 이 문제는 처음에 제기한, 유치형은 穗積가 교과서의 첫 부분에서 논하는 공법 개념에 대한 언급을 하지 않았다고 하는 논점으로 연결되는 것으로서, 유치형의 저서의 쏠림을 통해서 관철되고 있는 특징과 관련되어 있다. 穗積가 신민의 권능 내지 권리와 관련해서 어느 저서에서나 언급하고 있는 공권과 사권의 차이가 유치형에게는 보이지 않는다. 또한 통치의 주체의 개소에서 통치권이 권력관계에 있는 것으로, 평등관계에 있어서 소유권과는 다르다는 서술이 있으나, 이 권력관계와 평등관계라고 하는 구분은 穗積에게는 실로 공법과 사법의 구분기준으로 되고 있음에도 불구하고, 여기서도 그에 대한 언급은 이루어지지 않고 있다.

88) 『32年度版A』, 57면.

89) 유치형, 『헌법』, 40면.

여기에는 당시의 한국의 법률체계가 정비되어 있지 않다고 하는 배경도 생각할 수 있을지 모르나, 같은 해에 간행된 유성준 『법학통론』이 공법과 사법의 분류를 언급하고 있다는 점 등을 고려한다면, 유치형이 이 테마를 언급하지 않은 이유는 다른 이유가 있다고 여겨진다.

공법과 사법의 분류는, 穂積에게 일반적인 것과는 다른 의미를 가지고 있었다. 권력관계와 평등관계라고 하는 類別에 따라 공법과 사법을 구별하는 穂積은, 가족 관계를 권력관계로 봄으로써 가족국가관을 근대일본의 국가관 안에 존속시키는 것을 가능하게 했다.⁹⁰⁾ 국가의 권력성에 대해, 穂積은 일면에서 이것을 공법과 사법을 나누는 지표로서 강조함과 함께, 다른 한편으로는 ‘권력단체’의 시작을 ‘원사사회’의 ‘조상승배의 습관’에서 찾고, 혈연단체에서 부친이나 조상의 권력을 설명함으로써⁹¹⁾ 가부장제사회를 공적인 권력관계의 틀로 보려고 했다.

유치형의 경우, 일면에서는 「통치의 주체」의 章에서 穂積과 마찬가지로 통치권과 소유권의 상이점이나 황위계승과 가독상속과의 차이에 대하여 언급하고는 있지만, 신민과 국가의 관계를 되돌아보면, 전술한 바와 같이 가족국가적 요소와 가산국가적 요소의 조화로써 전제국가를 생각하고, 이 점에서도 이들과의 단절 상에서 성립하는 근대적 국가를 염두에 두고 있지는 않다고 하는 특징이 있었다. 이 연장선 상에서 생각한다면, 그가 생각하는 것은 전근대적인 개념과 동떨어진 새로운 국가관의 정립보다도, 가산이나 가족적 개념과의 결별이 아니고 그러한 것들을 더욱 발전시켰다고 하는 의미에서 새로운 개념의 제시이다. 여기서는 사법적인 국가관으로 부터의 단절은 명백하게 고려되고 있지 않다. 또한 前述한 홉스와의 친근성도 함께 생각한다면, 여기서도 계약적=사법적 요소와 공법적 요소의 구별에는 애매한 문제가 부수되고 있었다고도 보여진다.

90) 中山道子, 「政治の領域—または“憲法學の領域”についての—考察—(五·完)」, 『國家學會雜誌』 第一——卷第三·四號, 특히 88면 이하 참조.

91) 『32年度版A』, 14면 이하.

V. 맺음말

본고에서는 유치형의 짧은 교과서에 나타난 서술을 단서로 하여, 그 책에 제시된 국가관의 위치부여를 시도하였다. 국체의 논의를 각 국가의 역사적 배경에 따라 규정되는 문제로 하면서, 헌법 안에서 그것을 명백하게 하려고 하는 그의 자세는, 한국의 국가관이 일본적 전제군주제를 반드시 그대로 계승할 수 없다는 것을 보여주고 있다. 그리고 그와 함께 헌법 자체에 국체를 명백하게 한다고 하는 중대한 과제를 던져주고 있는 것이다. 이렇게 하여 한국의 국체의 해명에 대한 문제를 뒷전에 둔 상태에서, 공법사법의 구분을 언급하지 않은 채 논의된 전제군주적인 국가관념은, 전근대적 국가관의 연장선상에서, 신민과 국가의 연결에 근대절대주의 국가의 정신을 받아들여려고 했다고 볼 수 있다. 그는, 穗積과 같이 근대적인 공적국가관을 표명한 후에⁹²⁾ 가부장제의 전통을 그 안에 도입하려고 한 것은 아니다. 이 점에서 유치형에게는 穗積 이상으로 과거로부터의 역사적 계속 안에서 국가를 보고 있으며, 전제군주제에 대해 생각할 수 있는 모든 이론을 그 애매성 안에 받아들이고 있다고 하는 특징이 나타나고 있는 것이다.

이 부분에서 흥미로운 것은, 이러한 유치형의 이론과 특징은, 穗積의 헌법론의 기조로 되어 있는 중요한 두 가지 요소, 즉 특수한 국체론과 특수한 공법사법의 분류를 捨象함으로써 형성되었다고 하는 점이다. 유치형이 穗積의 강의를 ‘준거채용’함으로써 계승한 전제군주국가의 본질은, 결국, 신민의 이익을 보호하기 위해 필요한 ‘권력단체’, 즉 유일한 권력에 따라 통괄하는 국가와 그에 절대적으로 복종하는 인민의 관계로 이루어지는 국가라고 하는 부분에 지나지 않았다. 穗積가 정립한 일본적 군주제의 핵심부분을 언급하지 않았으므로 유치형은 전제국가에 대한 다양한 다른 사상과 절연하지 않고 『헌법』강술을 마칠 수가 있었던 것이다. 또한 한국의 국체가 무엇인지에 대해서는 설명하지 않았으므로 이것을 장래 헌법에서 명백히

92) 穗積의 이론을 ‘근대적’이라고 이해할 수 있는지에 대해서는 물론 커다란 의문의 여지가 있다. 그러나, ‘편의’적이라고는 해도, 공법과 사법의 구분을 사용한 그의 이론은, 사법과는 다른 권력관계로서 공법영역을 설명한다는 점에서, 사법적인 국가관으로부터의 訣別로서의 독일의 공적국가설을 수용한 것이며, 이렇게 볼 때, ‘근대적’인 측면이 있다고 볼 수가 있다. 또한, 穗積의 공법개념에 대해 塩野宏, 『公法と私法』(有斐閣, 1989), 13면 이하 참조.

해야할 문제로 입헌주의적인 방향성에도 길을 남겨두고 있다.

과연, 이것이 유치형의 의도적인 구성이었는지는 불분명하다. 그러나, 이에 근거하지 않고서라도 당시 한국의 상황, 즉 개화에 따라 근대적인 국가의 형성을 지향하면서도, 종래의 봉건적인 정치 현실을 안고, 그 안에서 강한 국가권력의 확립을 불가결한 것으로 하는 상황이 갈피를 못 잡고 있는 국가의 모습이 여실하게 반영되고 있다고 할 수 있겠다.

YU CHI-HYUNG AND HOZUMI YATSUKA

Comparison of Early Constitutional Theory in Japan and Korea

Noriko Kokubun*

Yu Chi-Hyung, father of Yu Jin-Oh, is one of writers of first textbooks about constitutional law which were written in early 20th century of Korea.

He studied in Japan and published a textbook entitled "Constitutional Law", after the model of theory by Hozumi Yatsuka, one of the most famous scholars on constitutional law in Japan at that time, whom Yu Chi-Hyung studied of. Hozumi's theory is characteristic, showing the patriarchal state based on ideology of the emperor system and laying emphasis on particularity of national polity(國體) of Japan. By comparison of Hozumi's works and Yu Chi-Hyung's "Constitutional Law", this article aims examination how Yu Chi-Hyung understands Hozumi's theory and what he tries to introduce at that time when Korea did not have the modern Constitution yet.

First: the chapter of national polity which is core of Hozumi's books is not included in Yu Chi-Hyung's textbook. Yu Chi-Hyung does not disregard this subject, but, regarding argument about national polity, he explains his own this is provided according to each country's historical background, and this should be made clear in each Constitution. His attitude says that view of Korean State cannot accept Japanese style of absolute monarchy. And he gives a crucial subject that the forthcoming Constitution itself has to clarify the national polity of Korea.

* Associate Professor Aichi Prefectural University, in Japan.

Second: Yu Chi-Hyung's textbook does not touch concept of public law. This is a distinctive point. His absolute monarchical conception without distinction between public and private laws is considered as to adopt mind of modern absolute monarchy in ties of people and State, on the extended line of pre-modern state. In grasp of the State in historical continuity, its characteristic appears to put all possible theories about absolute monarchy in ambiguity.

Fundamentals of Hozumi's constitutional theory is : 1) characteristic theory of national polity and 2) unique distinction between public and private laws. Yu Chi-Hyung's theory and characteristics are put shape in abandon of these two important elements. This is an interesting point.

Yu Chi-Hyung's succession from Hozumi is limited in a part of the State on relationship of the State which controls by sole power and people who obeys. He does not touch core of Hozumi's theory, Japanese style of patriarchal monarchy. This allows him a room of way for constitutional monarchy as for subject to be clarified by the Korean Constitution in future.

At the same time, this vividly discloses struggle of the wavering State under situations for indispensable establishment of strong state power, having reality of feudalistic politics, in spite of aim for building modern State by enlightenment in Korea.