

특집 : 東아시아에서의 法, 植民主義, 近代性(2)

긴급권국가로서의 「메이지(明治)국가」의 법구조 - 동아시아의 관점에서 -

이마이 히로미찌(今井弘道)* · 김창록** 역

[국문요약]

이 글은, 일본의 「메이지국가」를 「긴급권국가」로서 이해하고, 일본의 식민지주의의 법구조를 이 「긴급권국가」체제의 일환으로서 파악하여, 그 구조적 특질을 밝혀냄으로써, 「긴급권국가」적 법구조를 극복하여 갈 실천적 방도로서의 「시민적 정치문화」구축의 중요성을 드러내고자 한 것이다.

[주제어] 긴급권국가, 국가긴급권, 근대일본, 메이지국가, 식민주의, 식민지, 법구조, 법체계, 칼 슈미트, 시민적 정치문화, 국민주권, 규범주의, 결단주의

I .

1) 「긴급권국가로서의 ‘메이지국가’의 법구조」라고 제목을 붙인 이 발표에서, 나는, 「메이지국가」를 「긴급권국가」로서 이해하고, 일본의 식민지주의의 법구조를 이 「긴급권국가」체제의 일환으로서 파악하고자 한다.

* 日本 北海道(홋카이도)大學校 교수.

** 釜山大學校 法科大學 부교수.

우선, ‘메이지국가’란, 메이지유신에 의해 성립되어, 메이지헌법 체제를 확립하고, 1945년에 그 체제가 붕괴될 때까지 이어진 일본국을 가리킨다. 또한, ‘긴급권국가’라는 용어를, 이 글에서 보다 구체적으로 어떠한 의미로 사용하는가는 바로 뒤(2.3., 2.4.)에서 제시한다.

어쨌든, ‘메이지국가’를 ‘긴급권국가’로서 이해하려고 하는 것은 다음과 같은 점들이 기대되기 때문이다. 즉, 그것에 의해

- ① 일본의 식민지 지배의, 극히 반 ‘입헌주의’적인 법구조를 가장 원리적인 차원에서 파악할 수 있다. 그와 동시에, 그것을 토대로,
- ② 현대 동아시아의 역사인식 문제를 생각할 때 전제가 되어야 할 기초적 문제를 법철학적 관점에서 제시할 수 있다. 뿐만 아니라, 거기에서 한걸음 더 나아가,
- ③ 현재의 동아시아에서의 ‘입헌주의’적 법체제의 실현을 향한 실천적/이론적 문제의 소재를 지시할 수 있다.

2) 이와같이 ‘긴급권국가’론이라는 관점에서 ‘메이지국가’와 그 식민지주의적 법구조를 파악하려고 할 때, 내가 염두에 두고 있는 것은, 김창록의 논문 ‘한국에서의 일제강점기 법체계의 성격’(『北大法學論集』 第52卷 第2號)이다.

김창록의 논문에 따르면, 1910년부터 1945년까지의 ‘일제강점기 35년간’에 한국을 지배한 ‘법’은 ‘물리력만을 배경으로 한 강제적인 명령’에 지나지 않으며, 본래의 의미에서의 법으로서의 성격을 가질 수 없는 ‘법’이었다.

이와같은 이해를 전제로 하면서, 김창록의 논문은, ‘일제자체의 구조적 특성에 주목하고’, ‘입헌주의’라는 ‘평가기준’을 사용하면서 ‘일제강점기 법체계의 성격을 ‘통일적으로 파악’하려고 한다(위의 논문, 214면). 그 분석이 도달한 결론은 다음과 같은 것이었다.

3) ① 의견적 입헌주의 : ‘일제’의 ‘법체계의 기본원리’는, 극히 ‘왜소화’된 ‘의견적 입헌주의’라고 할 수 있는 것이었다. 그것은, ‘강대한 군주권’과 ‘상대적으로 제약된 의회권 및 기본권’을 내용으로 하는 독일의 ‘군주주의적인 헌법’을 모델로

하면서, 그 ‘입헌주의’의 취약함을 다시 약화시켜 계승한 결과였다(같은 논문, 214-215면).

② 자의성 : ‘일제강점기 법체계의 기본원리, 그 지배기구의 특성, 입법의 특성 및 법령의 구조’는, 완전한 ‘자의성’에 입각하는 것이었다. 아니, 애당초 그 이전에, ‘神的인 권위’에 의해 지지된 ‘일제 그 자체’가, 따라서 ‘그 연장으로서의 한국지배기구’가, ‘자의’를 원리로 하는 것이었다. 그 ‘입법의 방식’도, 그 소산으로서의 ‘법령의 구조’도 자의적이었다(같은 논문, 234~235면).

③ 도구성 : 이러한 ‘자의성’으로 가득찬 존재로서, ‘법’은 오로지 ‘억압의 도구’, ‘착취의 도구’, ‘민족말살의 도구’로서 기능했다(같은 논문, 235면).

④ 법허무주의 / 법만능주의적 법관념의 양성 : 이렇게 해서, 그것은, ‘한국 인민들의 마음속’에 ‘법허무주의’와 ‘법만능주의’—권력의 ‘도구’로서의 만능성—라는 관념을 심었다. 일제의 지배는, 이것에 의해, ‘한민족’의 ‘입헌주의=근대’에의 길을 ‘차단’하고 그로부터 멀어지게 하였으며, 그 영향을 현대에까지 미쳤다(같은 면).

⑤ 한국법의 과제 : 이렇게 해서, 한민족은, 근대입헌주의를 실현하기 위해서는, 일제지배가 초래한 ‘반입헌주의’의 ‘청산’이라는 ‘과제’를 떠안게 되었다(같은 면).

4) 이상의 내용은, ‘입헌주의’를 가치기준으로 하여 일본제국주의의 한국지배를 법적 측면에서 평가하려고 시도할 때, 필연적으로 등장하는 결론일 것이다. 나는, 이러한 김창록의 논문의 결론을 기본적으로 지지한다. 그러나, ‘일제’의 이와같은 한국지배의 배후에 있었던 법구조란 어떤 것이었는가라는 문제는, 오히려 거기에서 시작된다. 이것이, 김창록의 논문을 읽은 후의 나의 솔직한 감상이다.

5) 김창록의 논문은, 법철학적 차원에서 보면, ‘일제’의 법구조를, 실정법 / 실정헌법을 초월한 있어야 할 ‘입헌주의’라는 관념을 평가기준으로 동원하는 자연법적 입장에서 서 있다. 즉, 거기에서는, ‘이상화된 입헌주의로부터의 감점법적(減點法的) 평가방법’이 사용되고 있는 것이다.

그러나, 이 ‘감점법’에 의해 ‘일제’의 법구조를 ‘입헌주의’로부터 멀어지게 했다고 해서, 식민지 지배의 법을 포함한 그것의 ‘고유의 법구조’가 반드시 명확한 상을 맺게 하는 것은 아니지 않을까? 이것이, 문제는 거기에서 시작된다라고 한 이유이다.

6) 「‘일제’에 고유한 법구조」가 김창록이 말하는 ‘입헌주의’의 여러가지 계기를 완전히 결여하고 있었다는 것은, 지적인 그대로일 것이다. 거기에 이론은 없다. 하지만, ‘일제’가 체현한 ‘법구조’도 역시 하나의 명확한 법구조— 자연법적인 ‘입헌주의’와는 대립적인 유형을 체현하는 법구조— 였다는 것은 부정할 수 없을 터이다.

‘긴급권국가’ 체제로서의 ‘일제’=‘메이지국가’는, 다른 한편으로는, 식산흥업을 지향하는 ‘개발국가’이기도 했다. 이 ‘개발국가’의 측면은, ‘부국강병’ 중 ‘부국’의 부분을 담당하여, ‘긴급권국가’를 보완하는 것이었다. ‘메이지국가’는 ‘개발국가’라는 측면을 포함한 넓은 의미의 ‘긴급권국가’라고 이해할 수 있는 것이다.

7) 이와 같이 말할 때, 나는, 대체로 제2차대전 후의 동아시아에서는, ‘개발국가’의 측면을 포함한 ‘긴급권국가’가 범람했다고 해도 과언이 아니며, 그 원형이 일본의 ‘메이지국가’ 였다라는 사실을 염두에 두고 있다.

‘개발국가’적 ‘긴급권국가’의 범람이라는 사태는, 동아시아에서 이와 같은 현상을 대량으로 만들어내는 세계사적 의미의 구조적 요인이 있었다는 것을 추측하지 않을 수 없게 한다. 이것을 전제로 하여, 그 위에서 그러한 동아시아에서 그와 같은 국가의 모습을 극복하여 가기 위해서는, ‘메이지국가’에 의해 최초로 체현된 법유형과 그것의 근거에 대한 인식을 명확하게 하는 것이 불가결하지 않을까?

물론, 이 글에서 내가 언급할 수 있는 것은, 1)의 ①에 대한, 게다가 극히 압박(雜駁)한 중간적 결론에 지나지 않는다. 그러나, 나는, 이 작업이 1)의 ②③에서 서술한 동아시아 전체를 관통하는 과제에 대해 열린 의미를 가질 수 있기를 바란다.

II .

1) ‘메이지국가’는, 외국선의 도래－토쿠가와(徳川) 막부의 붕괴－메이지유신이라고 하는 과정 속에서 성립되었다. 군사력의 압도적인 우위를 배경으로 한 구미열강의 개국 강요는, 일본민족의 존망에 관한 위기였다. 이 위기에 대한 의식이, 말하자면 Volk를 주체화시켜 Nation으로 만든 것인데, 그 과정에서 성립된 ‘메이지국가’는, 그 ‘위기상태’의 극복을 가장 중요한 ‘국가목적’으로 삼았다. 그것은, 창설의 유래부터 ‘긴급권국가’였던 것이다.

그리고, 1868년의 ‘메이지국가’의 성립으로부터 1945년 8월 15일까지, 일본은 「지속적으로 ‘긴급권국가’였다」(小林直樹, 『緊急權國家』(學陽書房, 1979), 140면, 143면).

2) ‘긴급권국가’란 무엇인가? 그것을 개념적으로 정확하게 제시하기 위해서는, 우선 ‘국가긴급권(Saatsnotrecht, emergency of power)’의 개념을 명확하게 해 두지 않으면 안된다.

‘카르네아데스의 판자’의 비유에 의해 상징되는 것처럼, 원래 사람에게 합법적인 행위를 기대할 수 없는 긴급사태시의 행위에 대해서는, 적어도 법률상의 책임은 물을 수 없다고 하는 것이 통례이다. ‘긴급권국가’란, 이 문제를 국가적 행동에 비추어 파악했을 때 성립하는 ‘국가의 권리’, 즉 국가적 위기상태에서, 국가가 자기를 구제한다고 하는 목적을 위해 필요한 일체를 할 수 있는, 평시법제를 넘어선 권리이다. 이 ‘권리’가 발동될 때, 통상의 법질서는 정지된다(Necessity knows no law).

이렇게 해서, ‘긴급권국가’는, 개인의 ‘긴급피난’과 마찬가지로, 법적 한계상황에서 발동된다. 단, ‘카르네아데스의 판자’ 문제는 법과 도덕의 접점에 관련되며, 갈등은 개인의 내심에서 처리되지만, ‘긴급권국가’는, 법과 정치의 접점에 관한 문제이며, 갈등은 국가의 존립과 권력의 소재를 둘러싸고 전개된다.

3) 코바야시 나오키는 ‘긴급권국가’를 다음과 같이 규정하고 있다. 여기에는, 전항에서 제시한 사정이 적확하게 반영되어 있다.

① ‘국가 및 기본법질서(나아가서는 국민생활 전체)의 유지·존속을 위협하는 중대한 비상사태에 대처한다’라는 목적을 위해,

② ‘일시적으로 평시법제를 넘어선 권한을 정부(및 / 혹은 군사부(軍事部))에 위임하고 (전형적으로는, 「계엄령」- 이마이),

③ ‘그것으로 하여금 특별조치를 할 수 있게 하는 경우의 예외권력’(위의 책, 25면).

4) 발동된 ‘긴급권국가’, ‘비상사태’의 소멸과 함께 해제된다. 그러나, ‘비상사태’가 장기에 걸치는- 걸친다고 판단되는- 경우, 그 발동은 상태화(常態化)되며, 국가는 ‘긴급권국가’화되어 간다. 즉, ‘긴급권국가’란,

① 국가가 대외적 / 대내적으로 ‘지속적인 위기상태’에 있을- 있다고 판단될 때,

② 그것에 대처할 목적으로,

③ ‘국가긴급권’의 발동을 상태화하고, 그것을 법체제에 침투·내재화시킨 국가를 의미한다. ‘메이지국가’는 이러한 국가였던 것이다.

5) ‘국가긴급권’의 발동은 법적 의미를 가지지 않는다는 논의가 끊이지 않는다. 그것은 ‘국가긴급권’이 법률내재적인 것이 아니며, 게다가 그 발동이 전항에서 제시한 ‘판단’이라는 주관적 요소에 크게 의존하며, 게다가 ‘법을 초월한 법의 전체’인 ‘법적 안정성’의, 힘에 의한 확보라는 ‘법과 정치의 접점’=‘법의 아르키메데스건’으로부터 ‘입헌주의’라는 법내재적인 가치를 상대화시켜 버리는 성격을 가지고 있기 때문이다.

6) ‘국가긴급권’의 발동시에 필요한 ‘판단’에는,

① ‘국가 및 기본법질서...의 유지·존속을 위협하는 중대한 비상사태’의 유무,

② 질서회복을 위해 평시법제를 초월한 권한에 호소하여 취해야 할 필요가 있는 조치는 무엇인가,

③ 발동된 ‘국가긴급권’을 해제하기에 족한 형태로 위기가 사라졌는가, 등이 있다.

이들 판단에는, 그것을 ‘누가, 어떻게 행하는 것이 정당인가’라는 문제가 항상 붙어 다닌다. 판단의 주체와 판단내용의 정당성의 문제라고 해도 좋다. 거기에는, 법을 초월한 명백한 정치문제=권력문제가 연관되어 있다. 따라서 권력에 반대하는 측으로부터도, ‘긴급권국가’ 발동의 판단을 ‘정치적’이라고 나무라며, 스스로의 입장을 ‘비정치적’이라고 하는 ‘정치’적 화법이 동원되게 된다. 그러나, 중요한 것은, 문제의 구조가 ‘법과 정치의 접점’=‘법의 아르키메데스건’에 관련된 것이라는 점이다.

7) 전항에서 제시한 여러 ‘판단’은, 구체적인 상황에 의해 제약된 구체적인 판단에 다름아니다. 이 판단을 미리 법에 규정하여 두는 것은 현실적으로 불가능하다. 직접 사태에 당면하여 권력담당자가 임기응변적으로 판단할 수밖에 없다.

칼 슈미트는, 이 판단을 ‘결단’이라고 파악했다. 그것은, 법의 존재를 전제로 하는 포섭판단과는 이질적인 것이며, 법의 영역을 확보하고 ‘법적 안정성’을 창출하기 위한 정치적 권력작용인 ‘결단’이다라고 한 것이다.

8) 여기에는 법철학의 본질적인 문제가 있다. 국가적 법질서의 근원에 있는 것은, 상위의 규범적 질서=자연법적 규범질서인가/ 그렇지 않으면 법질서를 초월한 주권자의 정치적 결단인가라는 문제, 요컨대 ‘규범주의와 결단주의의 대립’의 문제이다.

① ‘규범주의’는, 국가적 법질서를 법규범에 환원시키고, 법규범을 상위의 이성적 규범/자연법적 규범에 환원시킨다.

② 이에 대해 ‘결단주의’는, 국가적 법질서를 질서창설자의 결단/의지에 소급시킨다. 그리고 그 의지가 주권의 지고성(至高性)의 근거라고 한다.

이 결단/ 의지는, 규범주의에서는, 비합리적인 ‘자의’일 뿐이다. — 이 관점은, 결국, 주권개념의 부정으로 귀결된다— 역으로 ‘결단주의’의 입장에서 보면, ‘규범주의’는, 영원한 평시를 전제로 할 뿐, 규범이 실효성을 가지지 않게 되는 예외상태를 알지 못한다. 또 스스로가 품은 숭고한 이념도, 권력과 결단 없이는 실현불가능하다는 점을 알아채지 못하고 있다.

9) ‘국민주권’론을 포함한 주권론은, 결국 ‘누구의 판단이 정당한가’의 문제에 귀결된다. 주권론은, 정합성을 관철시키는 한, ‘결단’의 계기를 무시할 수 없다. 그리고 이 ‘누구’라는 질문에, 군주/ 귀족/ 인민이라고 답함으로써, 군주제/ 귀족제/ 민주제가 결론으로 도출된다. 이 논의를 거부하고 규범주의의 입장에 설 때, 주권론은 현실적인 의미를 잃어버린다.

법은 결국 권력에 귀착되며, 권력 없는 법을 원망(願望)하는 것은 무정부주의적 몽상이라고 할 수밖에 없다. 그것을 명확하게 하는 점에서 결단주의는 뛰어나며, 현실의 법상태에 적합적이다. 물론, 그렇다고 해서 슈미트를 전면 긍정하지 않으면 안되는 것은 아니다.

10) 이하에서, 슈미트의 논의의 문제성에 대해 간단해 확인해 두고자 한다. ‘긴급권국가’로서의 ‘메이지국가’에 대한 이해를 위한 중요한 실마리도 될 것이며, 나아가 ‘식민지란 국제법상은 국내이고 국내법상은 외국이다’라는 슈미트의 말에 표현된 사정을 감안한다면, ‘일제’의 한국지배가 압도적으로 반 ‘입헌주의’적인 것이었다고 하는 사태에 대한 기본적 이해는 가능하게 된다고 생각되기 때문이다.

III .

1) 칼 슈미트는, 1921년에 『독재(Die Diktatur)』를 공간했다. 이것은, 바이마르공화국헌법 48조가 규정한, 비상상태를 선포하고 기본권의 정지 기타의 조치를 취할

대통령의 권한과 관련해서 이루어진 독재연구의 성과였다.

그 모두에서, 슈미트는, 로마의 국제사(國制史)를 통괄하고서, 독재—정확하게는 ‘위임독재’—가 ‘공화국’의 ‘현명한 발명’이었다고 하고 있다. ‘위임독재’란, 공화제 로마에 설치되어 있던, 말하자면 ‘제도로서의 독재’를 의미한다(『Die Diktatur』, 16면).

2) 로마공화제하의 원로원은, 위기상태가 발생한 때에, 그 제도에 따라 독재관(평시의 직권담당자와는 달리 필요한 시점에 임기응변적으로 임명되는 ‘특명의 코밋사(Kommissar)’)을 임명하고, 그 위기상태의 제거라고 하는 한정적인 목적을 위해, 일정기간 동안 독재의 권한을 부여하고, 그 동안 통상의 법질서를 정지시켰다. ‘전쟁의 수행’이나 ‘내란의 진압’ 등에 임하게 하기 위해서이다.

이 ‘독재관’은, ‘법률에 속박되지 않고, 무제약의 생활여탈권을 가지는 왕과 같은’ 존재였다. 하지만, ‘적어도 공화제 초기의 미습(美習)에 따르면’, 독재관은, 6개월의 임기가 만료되기를 기다리지 않고 ‘임무의 완료와 함께 사임했다’(『Die Diktatur』, 16~17면). ‘독재관’의 권력은, 어디까지나 원로원으로부터 부여받은 ‘파생’적인 것에 머물렀던 것이다.

3) 원로원이 임기중·임기만료 후에 독재관을 실효적으로 해임할 수 있었던 한에서, 이 ‘독재’는 로마공화제의 정당한 체제유지장치로서 기능했다.

그러나, ‘독재관’이 직접 민중의 지지를 얻어내고, 그것을 배경으로 원로원에 대항하기 시작하면서—‘카에자(Caesar)주의’—, 사태는 변질된다. ‘시한적 위임’이 유지되지 않게 되고, 공화제가 이완·해체의 과정에 들어가게 된 것이다.

4) 슈미트가 보는 한, 바이마르공화국의 의회에 대해, ‘위임독재’가 정상적으로 기능하고 있었던 시기의 원로원의 기능을 기대하는 것은, ‘현대의회주의의 정신사적 지위’에서 보아, 비현실적이었다. 그렇다고 해서, ‘주권자인 국민’이 원로원의 역할을 담당하는 것도 불가능했다. 즉, ‘위임독재’를 가능하게 하는 기반은, 현대

에는 존재하지 않았던 것이다.

여기에서, 현대국가에서는 누가 긴급사태의 존부와 국가긴급권의 발동에 대한 판단과 행사를 담당해야 하는가, 또 그 판단이나 그것의 실행의 정당성은 어떻게 해서 담보되는 것인가라는 것이, 슈미트의 법철학/국가학의 핵심을 이루는 문제가 된다.

5) 이에 대한 슈미트 자신의 결론은, ‘극한개념’으로 말하면 ‘주권을 가지는 것은, 비상사태를 결단하는 자이다’라고 하는 『정치신학(Die Politische Theologie)』의 모두의 한 귀절에 명시되어 있다(カル・シュミット著/長尾龍一外譯, 『危機の政治理論』(ダイヤモンド社, 1973), 5면.

평시에 주권자라고 간주되고 있는 명목적인 주권자가, 반드시 항상 현실적인 주권자로서 행세할 수 있는 것은 아니다. 그러나, 평시에는 주권이 누구에게 귀속되는가는 심각한 문제가 되지 않는다. 문제가 되는 것은 긴급시이다. 그리고, 그 때는, 위기상황에 대한 대처에 있어서 실효적으로 결단할 수 있는 자야말로 사실상의 주권자인 것이다, 슈미트는 이렇게 생각한 것이다. “예외가 일체를 증명한다”(위의 책, 11면)라는 것이다.

이 말은, 곧바로 국민주권의 부정을 의미하지는 않지만, 국민주권에 숨어있는 문제점을 대담하게 공격하는 것이라고 평가할 수 있다. 그러면, 국민주권에 숨어있는 문제점이란 무엇인가.

6) ① 주권자인 국민 그 자체는, 긴급사태에 대해 즉각적인 판단을 내리기에, 의회 이상으로 부적절한 기관이다. ② 애당초 ‘주권자로서의 국민의 판단’ 따위라는 것이 참칭이나 허위가 아니라 현실적으로 성립하는지 여부도 문제이다. 그리고, 긴급사태시에는, ‘주권자인 국민의 판단이야말로 정당하다’라는 것만으로는, 실제로는 어떤 문제도 해결할 수 없다. 여기에 국민주권을 둘러싼 본질적인 문제가 있었다. 슈미트는, 이것을 공격하고 있는 것이다.

7) 이 문제에 대한 슈미트의 대응은 어떤 의미에서는 교활했다. 슈미트는, 국민주권론에 구조적으로 내재하는 이 난점을 문제시하지 않고, 국민주권을 카에자주의로 치환함으로써, 난점을 이점으로 전화시킨 것이다. 즉, 이렇다.

① ‘비상사태에 대해 실효적으로 결단하는 자가 사실상의 주권자이다’라는 관점에서, 비상시에 대처하는 독재자가 실질적 주권자로 간주되고, ‘국민주권’론은 명목적으로만 유지된다.

② 그 위에서, ‘실질적 주권자’와 ‘명목적인 주권자인 국민’의 동일화의 메카니즘이 동원된다. ‘국민’의 정치적 지도자에 대한 ‘환호·갈채’는, ‘명목적 주권자’인 국민과 ‘실질적 주권자’인 정치적 지도자의 동일화를 실현하는 메카니즘이다.

비상사태에 있어서의 국민주권을, 슈미트는, 이 메카니즘을 통해 발현되는 것으로 이해한다. 이 때, ‘독재관’이 민중의 지지를 얻어내어 그것을 배경으로 원로원에 대항했다고 하는 역사적 과거가, ‘원로원으로부터의 위임에 의한 정통성’으로부터 ‘민중과의 동일화에 의한 정통성’에의 전환의 의미를 가지는 것으로서 대체되고 있는 것이다.

이 대체는 이 ‘동일화’ 메카니즘을 ‘일반의지의 발현’의 메카니즘으로 보는 슈미트의 루소 이해의 모티브를 기본적으로 규정하고 있다. 그 점은 뒤에서 언급할 것이다.

8) 이렇게 해서, 슈미트는, ‘국민의 환호·갈채’를 통해 국민을 자신에게 동일화시키는 데 성공한 정치적 지도자의 ‘결단’은, 사실상 ‘주권자인 국민의 판단’이라고 할 수 있다, 그 한에서 그 판단은 그 내용 여하에 관계없이 정당하다, 이렇게 주장할 수 있는 논거를 손에 넣었다. 슈미트는, 이것을 대담하게 “국민주권이란 모순 없이 국민과 동일화할 수 있는 자의 주권을 의미한다”라고 표현하고 있다.

슈미트의 이 말은, ‘인민의 의지’는 자기의 의지를 인민에게(그들의—번역자) 의지라고 생각하게 하는 데 성공한 사람의 의지에 지나지 않는다고 하는 J. S. 밀의 『자유론』에서의 데모크라시에 대한 우려를, 그리고 루소주의적 주권자에 대한 우려를, 새삼 논증하고 있다.

9) 국민주권론의 카에자주의에의 치환이라고 하는 비난은, 그러나, 슈미트에게만 가해져야 하는 것은 아니다. 이 문제는, 국민주권/국민적 민주주의를 둘러싼, 아직 해결되지 않은 근본문제에 관련되어 있는 것이다.

진정한 문제는, 애당초 ‘주권자로서의 국민의 판단’ 따위라는 것이, 참칭이나 허위가 아니라 현실적으로 성립되는가이다. 이 문제는, ‘국민의 의지’의 도그마적 가치를 높이는 것만으로는 해결되지 않는다. 게다가, 어떤 형태로든 일정한 치환은, 정부와 국민 사이에 지금도 늘 행해지고 있다. 그것이 평시에는 심각한 문제가 되지 않을 뿐인 것이다.

10) 이것은, 슈미트의 주권론의 부정합성만이 아니라, 주권론 그 자체의—나아가서는 국민주권/국민적 민주주의론의—한계도 드러내고 있다. 사회민주주의자이고 유대인이기도 했던 헤르만 헬러는, 국가학적으로는 슈미트의 카운터파트라고 간주될 수 있는 사람이었지만, 국민국가 이외에 사람들의 통일성이 조직될 수 있는 현대적인 정치형식은 있을 수 없으며, 그 기초는 국민과 국민문화 이외에 있을 수 없다고 보았다. 그 한에서, 헬러도 국민주권/국민적 민주주의를 둘러싼 이 난문과 무관하다고는 할 수 없었다(헬러의 국가학을 둘러싼 논의는 지금은 이 이상 파고들 수 없다. 그러나, 여기에는 중요한 문제가 산적해 있으며, 언젠가 파고들어 논의를 할 기회를 갖고자 한다).

우리들에게 중요한 것은 이 점이다. 주권론의 문제성이란 실은 근대의 주권적 국민국가 그 자체의 문제성에 다름아닌 것이다.

11) 슈미트가 이와같은 입장을 명확하게 한 것은, ‘의회주의와 현대 대중민주주의의 대립’(1926년)에서였다. 여기에서 슈미트는, ‘위임독재’제도의 붕괴원인이었던 카에자주의를, 선거제도 이상으로 적절한 국민의지의 표현방법으로서 적극적으로 용인하고 있다. 그 용인은, 총력전의 시대라는 총체적 위기의 시대의 도래에 대한 국가학적 대응이라는 의미를 가진 것이지만, 어쨌든 여기에서부터 나찌스에 이르는 길은 이제 한걸음이 남아 있을 뿐이다.

12) 우리들의 문맥에서 중요한 것은, 이와같은 슈미트의 논리가 ‘긴급권국가’로서의 ‘메이지국가’에서는, 천황제가 가지는 카리스마적 성격 때문에 근사적인 형태로 실현되었다는 것이다. 다만, ‘메이지국가’에서는, 천황에 대한 ‘환호·갈채’— 및 그 배경이 된, ‘교육칙어(教育勅語)’에 의해 상징되는 신학적 이데올로기시스템—가, 민중을 국민으로서 각성·자각시키고, 그것이 국민국가의 주체적 기반을 형성했다는 사실에서 발견되는 것처럼, 그 논리가 보다 근원적인 국민형성적·국가형성적 차원에서 전개되었다는 점에는 주의해 둘 필요가 있다.

IV.

1) 이하에서, 부가적으로, 주권론의 문제성이란 근대 주권국가 그 자체의 문제성에 다름아니다라고 한 앞서의 서술이 가지는 법철학적 함의를 밝혀 두자. 이 문제가 중요한 것은, ‘메이지국가’야말로 그 문제성을 가장 단적으로 체현했다고 볼 수 있기 때문이다.

국가에 대해서는, ① 그것을 액터로 볼 수도 있지만, ② 여러가지 액터가 정치적으로 서로 관련을 맺는 ‘장(場)’으로 볼 수도 있다(다원주의 국가론이나 현대의 다원주의적 데모크라시론 등을 상기하라).

‘주권’ 개념은, 대내적으로는 최고성, 대외적으로는 독립성을 가지는 것으로 규정된다. 거기에는, 국가가 통일적 주체성을 가지는 액터다라고 하는 전제가 있다. 그것은, 실제로는, ‘베스트팔렌체제’를 전제로 한 국가 이해이다— 이 이해가 대중사회 속에서 밝게 되는 하나의 길을, 슈미트는 더할 나위 없이 명석하게 제시했다—.

그런데, ‘베스트팔렌체제’는 유럽중심주의적 성격을 농후하게 가지며, 그 내부에서는 상호성이 원칙이었지만, 그 이외의 지역은 각국의 주권확장의 대상에 지나지 않는 것으로 이해되고 있었다. 이렇게 해서, ‘메이지국가’에 있어서, 이 ‘베스트팔렌체제’는, ① 한편으로는, 자신의 위기의 원천에 다름아니며, ② 다른 한편으

로는, 저 주권의 규정은, 국가학적 정의라기보다는 위기극복의 주체라는 의미에서, 실현되어야 할 목표가 되고 이상이 되었다.

2) 카에지주의에 귀결되는 슈미트의 논의에는 고도의 정치적 리얼리티가 있다. 그것에 대항하기 위해서는, 그것 이상의 리얼리티를 가진 대항력을 형성할 필요가 있다.

구체적으로는, ① 우선, ‘국민의지’가 ‘카에지주의’를 귀결하는 ‘환호·갈채’—하일 히틀러!, 천황폐하 만세!—로서 표명되는 그러한 정치적 풍토를 극복하고, 그것에 대한 시민적 불복종이나 저항권의 발동을 부단히 가능하게 하는, 또 애당초 ‘독재나 카에지주의’를 허용하지 않는 반권위주의적인 시민적 정치문화를 구축해 가는 것이다. ‘입헌주의’나 Rule of Law는, 이와같은 리얼한 대항관계가 성립되는 자장(磁場)—다원적 데모크라시에의 길로 통하는 그러한—속에서만, 가능하게 되는 것이다.

‘진정한 입헌주의’를 운운하는 규범주의자는, 그러나 대개의 경우, 이와같은 정치문화·법문화가 있고서 비로소 그 ‘진정한 입헌주의’라는 것이 가능하게 된다는 사실을 간과하고 있다. 그리고, 반권위주의적 대항력을 규범내재적인 힘으로 오해하고, 실체화하고 있다.

3) ② 반권위주의적인 시민적 정치문화를 구축해 가는 길은, 다원적 데모크라시에의 길로 통하고 있다. 이렇게 생각할 때 주의해야 할 것은, 이 길은, 동시에, ‘주권론’의 애로(隘路)를 돌파하여, 주권국가 그 자체의 비판적 극복을 향해, 나아가서는 ‘베스트팔렌체제’라는 역사적 틀 그 자체를 넘어서 나아가는 길일 수도 있다는 점이다.

여러가지 의미에서 글로벌화가 문제되고 있는 지금, 이와같은 문제를 문제로서 설정하는 것, 그리고 그 문제해결을 위해 노력하는 것이야말로, 현대법철학의 중심문제이다. 나는 이렇게 생각하고 있다.

V.

1) 법 / 법체제에는 두 가지 중요한 유형이 있다고 자주 지적된다. 그리고 그 두 유형이 ① Rule of Law나 ‘입헌주의’의 관념에 체현되는 ‘률지향형법’과, ② ‘긴급권국가’ 체제에 의해 단적으로 표현되는 ‘목적지향형법’의 대립으로 구성된다. 이와같은 유형구성은, 최근에는, 하이에크에게서 명확하게 인정할 수 있다.

2) ②의 목적·성과의 실현에 정위(定位)하는 ‘목적지향형법’의 관점—예를 들면 ‘부국강병’의 실현이라는 관점—에 설 때, 입법자·정치지도자는, 개개의 법공동체 성원을 톱니바퀴—국가목적의 실현으로 수렴하는 과정을 담당하는 톱니바퀴—로 본다.

여기에서 사람들의 행위를 인도하는 것은, ‘률에 적합한 올바른 행위’라는 관념이 아니다. ‘목적’을 초래하는, 기술적으로 보아 목적합리적인 행정적 조치이다. 그리고, ‘인권’이나 ‘권리’는, 이 목적론적 관점에서는, 자주 반기능적인 것으로 비친다.

3) 역으로, ①의 ‘률지향형법’에서는,률에 적합한 행위는 그것만으로 옳으며, 따라서 개개인이 그것을 통해 어떤 목적을 추구하더라도 허용된다. 그리고, 그것과 관련을 가지는 것으로서 인권·권리가 존중된다. 이와같은 사태를 가능하게 하는 것이 예를 들면 Rule of Law의 공간이다. 여기에서는, 국가가률의 유지관리 이상의 목적을 가지는 것은 부정된다. 그리고 이것이야말로 본래의 법이라고 주장되며, ‘목적지향형법’의 법으로서의 성격이 부정된다.

4) 그러나, Rule of Law를 체현한 국가가 ‘긴급사태’에 조우하는 경우, ‘긴급권국가’ 체제에로 전회(轉回)하는 일은, 결코 드물지 않다. 그것은, 오히려 꽤 일반적으로 성립되는 현상인 것이다.

예를 들면, 현재 ‘테러’와 싸우고 있는 미국에서는, ‘싸움’의 합목적적인 수행을

위해, 부분적인 탈 Rule of Law 현상이 생기고 있다. ‘테러’와의 전쟁이라는 긴급사태에 대해 가장 적절한 조치를 취하기 위해서는, Rule of Law의 존중은 커다란 부담이 되기 때문이다. 긴급사태에서는, 어떤 국가에서도 어떤 형태로든 ‘긴급권국가’적 법체제가 불가피하게 된다는 것이, ‘인권의 나라’ 미국의 현재의 법현상 속에, 단적으로 상징되어 있는 것이다.

5) ‘긴급권국가’ 체제의 확립이 인권침해를 수반한다는 사태는, 자주 법문화—예를 들면 동아시아의 법문화—의 양태나, 근대법의 실현에 있어서의 후진성과 관련하여 논해져왔다. 그러나, 이 미국의 예에서 명확한 것처럼, ‘긴급권국가’ 체제와 관련하여 문제가 되는 인권문제는, 전통적인 법문화의 양태와는 독립된, 법에 고유한 논리성과 관련되어 있다, 일단은 이렇게 볼 수 있을 것이다.

6) 이렇게 생각해 보면, ‘목적지향형법’과 ‘룰지향형법’의 두 가지 법유형이 있다고 하는 이해는 정확하지 않다. 원리적으로는, 모든 근대헌법 속에 이 두 가지 요소가 있다. 두 유형론은, 그 일방이 지배적이 된 상태를 실체화하고 있는데 지나지 않는다.

두 개의 요소 중 어느 쪽이 지배적이 되는가라는 것은, 그 법체제가 처한 환경적 조건—특히, 긴급사태의 존부를 축으로 하는 국제적·국내적인 환경적 조건—에 의해 규정된다. 지금까지는, ‘베스트팔렌체제’의 틀 속에서의 제국주의적 식민지 쟁탈전의 시대, 나아가서는 제2차대전 후의 냉전의 시대에, 그 전면에서 서서, 그 속에서 급속하게 근대화를 지향하지 않을 수 없었던 나라가, 그 환경조건에 직접적으로 직면해왔다.

그 환경적 조건이 소멸되면 ‘룰지향형법’이 가능하게 된다. 우리들에게 중요한 것은, 환경적 조건과의 관계 속에서 작동하는 이 다이내미즘이다. 거기에, ‘긴급권국가’ 극복의 조건이, 그리고 ‘룰지향형법’ 실현의 가능성이 숨어있는 것이다.

VI.

1) 근대국가의 정통성은, 통상, ‘국민의지’에 그 근거를 가지고 있다. 예를 들면, 바이마르헌법 제1조는, “모든 권력은 인민에게서 나온다”라고 하고 있다. 일본국 헌법은, 제1조에서 국민주권을 주창하는 동시에, 전문에서 ‘국정’의 ‘권위’는 ‘국민에게서 유래’한다고 하여, 이것을 명문으로 확인하고 있다.

이렇게 해서, 모든 국가권력을 이 ‘국민의지’에 근거지우는 것, 따라서 필요하면 이 ‘국민의지’를 현재화시키는 것이, 헌법에 있어서 가장 중요한 것이 된다. 이와같은 헌법적 요소는 ‘주권적 요소’—혹은 ‘정치적 요소’—라고 불러도 좋다. 이 ‘주권적 요소’가 ‘목적지향형법’과 강한 친화성을 가진다는—형식적인 법의목적지향적 운용을 포함하여—것은, 이미 명확하다.

2) 근대헌법은, 다른 한편으로, 국가권력의 폭주에 대한 억제를 중대한 관심사로 하고 있고, 따라서 ‘주권억제적 요소’—혹은, ‘법치국가적 요소’—가 또 하나의 중요한 헌법적 요소가 된다. 3권분립에 의한 제권력의 상호억제 메카니즘이나 기본권에 의한 권력 발동 한계의 확정 등이, 이에 해당한다. 이것은 ‘률지향형법’과 친화성을 가진다.

3) 모든 헌법은 이 ‘주권적 요소’와 ‘주권억제적 요소’에 의해 성립되어 있다. 그리고, 헌법질서는, 본원적으로는, 혁명권력으로서 등장하는 ‘주권적 요소’=‘정치적 요소’에 의해 생겨난다. 이 요소를, 슈미트는, 스피노자철학의 용어를 빌어, 능산적(能産的) 자연(*natura naturans*)이라고도 부르며, 헌법학적으로는 ‘헌법제정권력’이라는 용어를 붙이고 있다.

헌법질서의 안정기가 되면, 이 ‘주권적 요소’는 뒤로 물러나고, ‘주권억제적 요소’=‘법치국가적 요소’가 전면에 등장한다. 소산적(所産的) 자연(*natura naturata*), ‘피제정권력’이다. 그러나, 헌법적 질서가 위기상태에 빠질 경우에는, 일찍이 질서창조적으로 작동한 ‘주권적 요소’가 다시 전면에 등장해 질서회복적으로 작동한다.

거기에 헌법질서의 다이내미즘의 원천이 있다. 물론, 그 다이내미즘은 ‘국민’의 정치적 생명력을 그 존재의 기반으로 하고 있는 것이지만.

4) 이렇게 생각해보면, 국가긴급권의 발동에 관한 ‘결단’이란, 요컨대 이 ‘주권적 요소’=‘정치적 요소’와 ‘주권억제적 요소’=‘법치국가적 요소’ 사이의 긴장관계로서 성립되는 다이내미즘 속에서의 전자의 표출과 관련되어 있다는 것을 알 수 있다. 그 의미에서는, 국가긴급권은, 단순한 자의에 의해 발동되는 것은 아니며, 헌법적 요소인 것이다.

5) ‘긴급권국가’적 법체제는, 질서창설적=질서회복적인 ‘헌법제정권력’의 표현에 다름아니다. 그것은, ‘주권억제적 요소’를 동반하지 않으며, ‘주권적 요소’만으로 단독으로 작동한다.

루소는, 구래(舊來)의 다원적인 제권한의 개별적인 제이해는, ‘신적 존엄’을 가지는 ‘일반의지’에 의해 부정·흡수되고, 오히려 이 ‘일반의지’의 실현과정을 담당하는 자에로 일원화되어야 한다고 했다. 그것은, 다원적 중간권력을 섬멸/흡수하는 ‘헌법제정적인’ 혁명독재권력의 정통성 근거가 되었다— 그 위에서, ‘헌법제정권력’은 ‘일반의지’의 실현과정을 담당하는 제기구를 창설하고 헌법을 분절화시켜 간다. 이렇게 해서 성립된 ‘피제정권력’의 지평에서 입헌주의가 작동하기 시작하는 것이다—.

슈미트는, 이 루소의 논의 속에서 ‘주권독재’의 철학적 정식화를 발견하고, 그 연장선상에 자신의 국민주권과 카에자주의의 결합태를 자리매김한 것이다.

VII.

1) 메이지유신 이후의 일본의 국법체제의 양태는, ‘긴급권국가’ 체제로서 이해할 수 있다. 그것은 ‘주권적 요소’가 표면에 튀어나와, 독재적 권력을 행사하고, 위

기에 대처하면서, 동시에 ‘근대’적 질서를 창출해야 할 사명을 담당한 체제였다.

이 문맥 속에서, ‘메이지국가’의 헌법체제의 모델이 된 것이, 독일의 그것이었다. 김창록의 논문은, 정당하게도, 이 독일의 ‘군권주의적인 헌법’은 ‘강대한 군주권’과 ‘상대적으로 제약된 의회권 및 기본권’을 내용으로 하고 있었다는 사실을 지적하고 있다. 그런데, 이 ‘강대한 군주권’과 ‘상대적으로 제약된 의회권 및 기본권’의 대비관, ‘주권적 요소’의 ‘주권억제적 요소’에 대한 압도적 우월성에 다름 아니다.

2) 이와같은 독일헌법체제의 양태는, ‘군주주의적 관료신분’이 국민에 대해 ‘초연주의’적인 행정권력을 행사하면서, 본래의 의미에서의 정치지도에 종사하고, 국가형성을 영도하고 있었다는 사실에 대응하고 있었다. 이와같은 국가체제를 철학적·개념적으로 표현한 것이 헤겔의 법철학이다. 슈미트는, 이 의미에서, 이 헤겔 법철학을 높이 평가했다.

3) ‘메이지국가’는, ‘강대한 군주권’과 ‘상대적으로 제약된 의회권 및 기본권’의 불균형을, 더욱 확대시키면서 계승했다. 이 ‘메이지국가’의 ‘긴급권국가’ 체제가, ‘총동원체제’에로 전개되어 가는 과정은, 총력전체제의 구축이라는 점에서, 세계적으로 선구적인 의미를 가지는 것이며, 슈미트의 구상을 현실의 법실천 속에서 선취(先取)하는 의미를 가지는 것이었다고 조차 할 수 있다.

4) ‘메이지국가’에 있어서의 천황주권의 권력은, 역사적으로는 슈미트에 의해 실현된 ‘주권독재’와 유사한 측면을 가지고 있었다. 흔히 이야기되는 것처럼, ‘메이지국가’가 달성해야 할 기본적인 과제는,

- ① ‘국민국가’의 담당자인 근대적 ‘국민’ 그 자체를 형성하는 것과,
- ② 군사/외교/내정을 관장할 수 있는 근대적인 ‘국가적 권력기구’를 형성하는 것이었다.

실로, ‘메이지국가’는, 국가질서 자체를 만들어내는 ‘능산적 자연’으로서 전능한

‘헌법제정권력’일 것을 요구받고 있었던 것이다.

5) ‘국민’이 존재하지 않는 ‘메이지국가’에서 ‘독재’권력의 정통화기능을 수행한 것은, ‘만세일계(萬世一系)의 천황’의 의지였다. ‘메이지국가’는, 헌법론적으로는, 말하자면 왕권신수권설적인 ‘천황주의적 독재’ 체제로서 성립된 것이다.

‘만세일계의 천황’은, 이렇게 해서 루소의 ‘일반의지’에 필적하는 신성(神性)을, 고유의 신화를 통해 확보했다. 그리고, 기존의 제권한이 가지는 개별의지/개별이 해는, 그 천황의 신성 앞에서는 무(無)이며, 오히려 천황의 ‘의지’의 실현과정을 담당하는 자어로 귀일되고, 일원화되어야 하는 것으로 간주되었다. 이렇게 해서 ‘메이지국가’는, ‘천황의 의지’ 실현/관철에 의해, 기존의 다원적 중간권력의 섭멸/흡수를 추진해왔다.

6) ‘메이지국가’가 ‘국가긴급권’을 실효적으로 발동하기 위해서는, 동시에 ‘개발독재’라는 측면도 가지지 않으면 안되었다. ‘긴급권국가’는, ‘강병’만이 아니라, 그 ‘강병’을 가능하게 하는 경제적 기반(=‘부국’)도 필요로 했던 것이다.

이렇게 해서, ‘메이지국가’는, 군제를 확립하여 국민에게 군사교육을 실시하고, 교육제도를 창출하여 국민교육을 통해 국민을 육성할 뿐만아니라, 산업을 개발하지 않으면 안되었고, 은행을 만들고 공장을 건설하고 시장을 형성하지 않으면 안되었다. 또한, 그 이전에/또 그것과 동시에/나아가 그것에 뒤이어, 자신의 권력체계 그 자체를 형성하고, 게다가 그 전체가 국가와 민족의 존립의 유지라고 하는 궁극목적에 수렴되도록, 부단히 그것을 재조정하지 않으면 안되었다.

그와같은 필요성은, 제국주의의 시대였다는 점을 감안한다면, 국가긴급권의 발동을 장기화·구조화시키지 않을 수 없었다. ‘개발독재’를 내포한 ‘주권독재’는, 내외의 ‘적’의 ‘격파’를 통해 ‘위기’를 극복할 뿐만 아니라, 구래의 사회관계/생산관계를 지속적으로 타파하고, 그것을 계속해서 혁신해 가지 않으면 안되었기 때문이다.

이 ‘개발독재’를 내포한 ‘주권독재’로서의 ‘메이지국가’에 있어서, 말하자면 ‘행

동 코딯사'로서 기능한 것이, 문무의 천황제관료였다.

7) 여기에서 다시 한번 루소를 돌아보자. 루소의 '일반의지'는 헌법질서를 창출하는 '헌법제정권력'이었다. 그 담당자는 '주권자'인 '국민'이었다. 그러나, 그 '국민'은 또 하나의 면을 가지고 있었다. 일반의지에 복종하는 '신민'이라는 면이다.

'주권자'='헌법제정권력'으로서 '국민'은 '헌법을 초월한 존재'이지만, '신민'으로서의 '헌법'질서 속의 존재였다. 루소의 '국민'은, '헌법제정권력'의 담당자로서는 '능산적 자연'이지만, '신민'으로서의 헌법질서 속에 자리매김된 하나의 '소산적 자연'이었던 것이다.

8) 이 틀을 유지하면서 내용에 다소 변용을 가하면 '메이지국가'의 헌법구조를 설명할 수 있다. 메이지헌법 1조의 천황(=신권천황제의 천황)과 그 4조의 천황(=기관으로서 헌법에 복종하는 천황)은, 능산적 자연과 소산적 자연의 관계에 서있다고 하는 것이다.

참고로 그 조문을 들어두자.

“第1條 大日本帝國은 萬世一系の 天皇이 統治한다”. “第4條 天皇은 國家의 元首로서 統治權을 總攬하고 이 憲法の 條規에 따라 이를 행한다”.

9) 법률적으로 보면, 이와 같은 국제론적인 '헌법'에 커다란 모순이 있었다는 것은 말할 것도 없다. ① 헌법의 '밖'에서 그것을 최종적으로 근거지우는 절대적인 존재로서의 천황이, 동시에 ② 헌법체계의 '내부'에 편입되어 헌법의 제약을 받는 입헌군주이어야 한다면 모순이다. 이와 같은 모순은, ② 에로 천황을 일의화(一義化)시켜 해소함으로써 '입헌주의'를 지향하려고 하는 동향(미노베(美濃部)헌법학)과, ① 에로 일의화시키려고 하는 운동(國體明徵運動) 사이의 상극으로 나타난다.

10) '긴급권국가'는 이윽고 '총동원체제국가'로 질적으로 비약해갔다. 그보다도,

‘긴급권국가’로서의 ‘메이지국가’는, 선취된 ‘총동원체제국가’로서의 성격을 가지고 있으며, 후자는 전자의 하나의 구체화의 양태라고 보는 편이 적절할 것이다. 이렇게 해서, 제1차대전 후의 일본은, 1918년의 군수공업동원법을 비롯하여, 세계적으로 가장 빨리 「총력전」 체제에 대응할 수 있었던 나라였다(구체적으로는, 전개 小林, 160면 이하 참조).

그 속에서, 「식민지란, 국제법상으로는 국내이며, 국내법상으로는 외국이다」라는 사정이, 반 「입헌주의」적인 식민지 지배를 가혹하게 만들어갔다는 것은, 새삼 되풀이할 필요도 없다.

11) 그와 같은 범구조 전체에 천황제의 성격이 각인되어 있었다는 것은 부정할 수도 없고 부정해서도 안된다. 그러나, 그 현상의 깊은 곳에는, 긴급사태 속에서 주권국가를 지배하고 있는 보편적인 사태가 자리잡고 있었다. 역사적인 범문화의 양태와는 독립된, 법에 고유한 논리성이 자리잡고 있었다.

게다가, 그 논리성은 현대에도 계속 작동하고 있다. 그리고, 일본만이 아니라, 동아시아의 많은 나라들도 또한, 지금 그 논리성과 싸우고 있고, 그로부터의 전환을 모색하고 있다.

나는, 그 논리성과 싸우고, 그 전환의 가능성을 이론적으로 개척하는 것이, 법철학적 관점에서 일본의 전쟁책임에 대처하는 하나의 방책이라고 생각하고 있다.

緊急權國家としての「明治國家」の法構造

—東アジアの觀點から—

今井弘道*

この論文において、私は、「明治國家」を「緊急權國家」と理解し、日本の植民地主義の法構造をこの「緊急權國家」體制の一環として捉えようとしている。

「緊急權國家」とは、

- ①國家が對外的／對內的に「持續的な危機狀態」にある——と判斷される——時、
- ②それに対處する目的のために、
- ③「國家緊急權 (Staatsnotrecht, emergency of power)」の發動を常態化し、それを法體制に浸透・内在させた國家のことである。

日本帝國主義の法構造は、「立憲主義」の諸契機を全く缺落させていたとは、よく行われる議論である。私は、その議論自體に異論をもたない。だが、「日帝」が體現した「法構造」とて、ひとつの明確な法構造——自然法的な「立憲主義」とは對立的な類型を體現する法構造——であった。私は、この論文において、その法構造を、緊急權國家として捉え、その基本的特質を、カール・シュミットの決斷主義法哲學と批判的に對質する中で、解明しようとした。

* 北海道大學 大學院 法學研究科 教授

ところで、上述の①②③の特質をもつ「緊急権國家」體制としての「日帝」=「明治國家」は、他面では、殖産興業を目指す「開發國家」でもあった。この「開發國家」の側面は、「富國強兵」の「富國」の部分の擔い、「緊急権國家」を補完するものであった。「明治國家」は、「開發國家」という側面を含んだ廣い意味での「緊急権國家」と理解しておくことができる。

このようにいう時、私は、總じて第二次大戦後の東アジアにおいては、「開發國家」の側面を含んだ「緊急権國家」が氾濫していたとって過言ではない、そしてその原型が日本の「明治國家」であった、という事實を念頭に置いている。

「開發國家」的「緊急権國家」の氾濫という事態は、東アジアにこのような現象を大量に生み出す世界史的意味での構造的要因があったことを推測させる。このことを踏まえた上で、しかもその東アジアでそのような國家のあり方を克服していくことを目指すためには、「明治國家」によって最初に體現された法類型とその根拠との認識を明確なものにしておくことが不可欠であろう。

緊急権國家論は、今ひとつの現代的意味をもつ。法／法體制には二つの重要な類型があることが、しばしば指摘される。①Rule of Lawや〈立憲主義〉の觀念に體現される〈ルール志向型法〉と、②「緊急権國家」體制に端的な表現を見出す〈目的志向型法〉である。しかし、これは、法の二類型というよりは、すべての憲法體制を構成する二要素（シュミットのいえば、憲法における政治的要素と法治國家的要素）というべきであろう。そして、平時には、法治國家的要素が主要な要素となり、①が支配的になるが、緊急時には政治的要素が前面にでて、②が支配的になる。例えば、現在「テロ」と戦っているアメリカでは、「戦い」の合目的な遂行のために、部分的な脱Rule of Law現象が生じている。「テロ」との戦争という緊急事態に最も適切な措置を取るためには、Rule of Lawの尊重は大きな負擔に

なるからである。緊急事態においては、いかなる國においても何らかの形で「緊急權國家」的の法體制が不可避となることが、「人權の國」アメリカの現在の法現象に、端的に象徴されている。現代日本の「有事法體制」もそこに含めていいかも知れない。その意味では、「緊急權國家」論の射程は、すぐれて現代的な問題に對しても開かれている。

このような構造的要因を踏まえて「緊急權國家」の分析が行われれば、そこから、「緊急權國家」的の法構造を克服していく實踐的道筋も明らかになるはずである。結論だけ言えば、私は、そこに「市民的政治文化」の構築の重要性を見たい、と考えている。