

국민통합과 헌법개정 공동학술대회

일시

2021년 6월 1일(화) 13시 30분 ~ 18시

장소

국회접견실 (본관 316-1호)

* 발표자·토론자 현장참석 및 유튜브 라이브 비대면 병행

국회 공식 유튜브 계정(<https://www.youtube.com/c/assemblykorea/featured>)으로 중계

공동주최



사단
법인 한국헌법학회
Korean Constitutional Law Association



국회입법조사처
NATIONAL ASSEMBLY RESEARCH SERVICE

후원



The JoongAng
중앙일보



프로그램



국민통합과 헌법개정 공동학술대회

일정표

구 분	일 정	
13:00~13:30	▶ 등 록	
제1부(13:30~14:00) 개회식		
개회식	개회사 임지봉 한국헌법학회장 축 사 박병석 국회의장 환영사 김만흠 국회입법조사처장	사회: 최정인 입법조사관 (국회입법조사처)
제2부(14:00~15:40)		
제1주제 (14:00~14:50)	민주적 개헌논의의 헌법적 조건 - 발제 김선택 교수(고려대학교) - 토론 전학선 교수(한국외국어대학교)	사회: 정재황 교수 (성균관대학교)
제2주제 (14:50~15:40)	헌법기능과 기본권질서, 헌법개정의 방향 - 발제 전광석 교수(연세대학교) - 토론 신옥주 교수(전북대학교)	
휴식(15:40~15:50)		
제3부(15:50~18:00)		
제3주제 (15:50~16:40)	헌법개정과 정치개혁 - 발제 송석윤 교수(서울대학교) - 토론 김선화 팀장(국회입법조사처)	사회: 김대환 교수 (서울시립대학교)
종합토론 (16:40~18:00)	한국헌법학회 회원 헌법개정 인식 조사 결과 개헌추진 관련 말씀[정병국 前의원, 우윤근 前의원]	
	강찬호 논설위원(중앙일보) 명재진 교수(충남대학교) 민병로 교수(전남대학교) 박종훈 변호사(대한변협 수석부협회장) 성한용 선임기자(한겨레신문) 임찬중 기자(SBS)	
폐회식(18:00)		

CONTENTS

국민통합과 헌법개정 공동학술대회

[개회식]

개회사 임지봉 한국헌법학회장	1
축사 박병석 국회의장	5
환영사 김만흠 국회입법조사처장	9

[제1주제] 민주적 개헌논의의 헌법적 조건

발제 김선택 교수 (고려대학교)	13
토론 전학선 교수 (한국외국어대학교)	51

[제2주제] 헌법기능과 기본권질서, 헌법개정의 방향

발제 전광석 교수 (연세대학교)	57
토론 신옥주 교수 (전북대학교)	91

[제3주제] 헌법개정과 정치개혁

발제 송석윤 교수 (서울대학교)	95
토론 김선화 팀장 (국회입법조사처)	123



국민통합과 헌법개정 공동학술대회

[한국헌법학회 회원 헌법개정 인식 조사 결과]

129

[개헌추진 관련 말씀]

정병국 (前의원) 151
우윤근 (前의원) 153

[종합토론]

토론1 강찬호 논설위원 (중앙일보) 157
토론2 명재진 교수 (충남대학교) 159
토론3 민병로 교수 (전남대학교) 163
토론4 박종훈 변호사 (대한변협 수석부협회장) 165
토론5 성한용 선임기자 (한겨레신문) 169
토론6 임찬중 기자 (SBS) 175

개회사



개회사



한국헌법학회 회장 임지봉

존경하는 박병석 국회의장님, 김만흠 국회입법조사처장님을 비롯한 국회 관계자 여러분,
그리고 한국헌법학회 회원여러분!

안녕하십니까? 한국헌법학회 회장 임지봉입니다.

1987년 현행헌법으로 개정된 이래로 지난 34년 동안 우리나라는 험난하면서도 전 세계에 모범적인 민주화의 과정을 거쳐왔습니다. 그동안 헌법에 대한 관심과 헌법의 중요성에 대한 인식이 증대되고, 새 헌법을 통해 국민 기본권 보장이 확대되면서 헌정사적으로는 보수와 진보 사이에서 세 차례 평화적인 정권교체도 이루어졌습니다. 헌법재판소는 세계가 주목하는 성공사례를 보여주고 있기도 합니다. 그러나 다른 한편으로 이른바 ‘제왕적 대통령제’로 인한 폐해와 민주주의의 퇴보를 걱정하는 목소리도 적지 않습니다. 또한 그에 이르지 않는더라도 권력의 집중과 사회적 양극화에 따라 국민주권, 인간의 존엄과 가치, 정의와 평등, 공화주의, 견제를 통한 균형과 같은 헌법적 가치가 훼손될 것을 우려하는 의견들도 제기되고 있습니다.

우리 사회의 갈등을 해결하고 조화와 공존 속에서의 국민통합을 이루고자 하는 시도는 헌법학계에서도 연구를 통해 지속되어 왔습니다. 저는 그러한 노력들 가운데 중요한 화두 중의 하나가 바로 ‘헌법개정’ 연구라고 생각합니다. 현행헌법의 한계를 탄력적인 헌법해석과 헌법운용을 통해 해소할 것인가, 아니면 시대변화와 사회변화에 발맞춘 헌법개정이 불가피한 것인가 하는 문제는 학계를 넘어서 국회와 시민사회에서도 오랜기간 중요한 과제로 다루어 왔습니다. 이런 흐름 속에서 종래의 개헌논의를 평가하고 좀 더 성숙하게 발전시키기 위해 한국

헌법학회와 국회입법조사처에서는 공동으로 지난 헌법개정 논의의 적실성을 평가하고 헌법개정의 미래를 전망하는 공론의 장을 마련하게 되었습니다.

지금까지의 헌법개정 논의가 정당했는지, 개헌 논의가 헌법적 정당성을 갖추기 위한 조건은 무엇인지, 기본권 측면에서 국민통합을 실현할 수 있는 헌법개정의 방향은 무엇인지, 헌법개정이 진정한 의미의 정치개혁으로 이어져 보다 성숙된 민주화를 달성할 수 있기 위해서 취해야 할 방향은 무엇인지 등에 대해 헌법학회와 국회에서 함께 사회에 답을 드릴 수 있기를 바라는 마음으로 학술대회를 준비했습니다. 이를 위해 “민주적 개헌논의의 헌법적 조건” “헌법기능과 기본권질서, 헌법개정의 방향” 그리고 “헌법개정과 정치개혁”이라는 세부 주제들로 학술대회를 구성했습니다.

이미 한국헌법학회에서는 회원님들께서 개헌에 관해 많은 논문을 발표하셨고, 공론의 장에 직·간접적으로 참여하셔서 헌법개정 논의를 이끌기도 하셨습니다. 또한 수차례 학회 회원들을 상대로 한 설문조사를 실시하기도 하였으며, 학회 차원에서 공식적인 헌법개정의 내용 연구를 수행하기도 하였습니다. 이제 오늘의 이 학술대회가 그간의 관심과 연구를 바탕으로 기존의 헌법개정 논의를 평가하면서, 앞으로 있을지 모를 개헌논의의 바람직한 방향을 새롭게 제시하는 자리가 될 수 있기를 기대합니다.

이러한 풍성한 학술대회가 개최될 수 있도록 물심양면으로 지원해 주신 국회와 국회입법조사처, 그리고 후원해 주신 SBS, 중앙일보, 한겨레에 감사드립니다. 무엇보다 바쁘신 가운데 좌장을 맡아주시고 귀한 발제문과 토론문을 준비해 주신 교수님들과 참여자 분들께 깊이 감사드립니다. 이번 학술대회 진행을 위해 수고해 주신 국회입법조사처 관계자분들과 우리 학회 임원님들께도 감사의 마음을 전합니다. 한국헌법학회와 국회입법조사처가 함께 마련한 이 뜻깊은 자리에 참석해 주신 여러분들의 많은 참여로써 풍성하고 알찬 담론이 형성되기를 바라며, 오늘의 학술대회를 통해 우리 한국헌법학회도 우리나라의 입헌주의 실현에 보다 큰 기여를 할 수 있게 되기를 간절히 바랍니다.

대단히 감사합니다.

한국헌법학회장 임지봉

축사



축 사



국회의장 박병석

국회의장 박병석입니다.

제73주년 제헌절을 앞두고 열리는 공동학술대회 개최를 축하드립니다. 한국헌법학회 임지봉 회장님과 국회입법조사처 김만흠 처장님, 그리고 행사를 준비해주신 모든 분들, 수고 많으셨습니다.

사회를 맡아주신 정재황 교수님, 김대환 교수님! 발제를 맡으신 김선택 교수님과 전광석·송석운 교수님! 그리고 토론을 맡아주신 한분 한분께도 인사를 드립니다. 행사를 후원해주신 SBS와 중앙일보, 한겨레신문에도 감사의 인사를 전합니다.

코로나 위기로 우리 국민과 세계가 고통 받고 있습니다. 경제·사회적 격차도 날로 확대되고 있습니다. 미국과 중국의 세계 패권경쟁이 고조되면서 국제질서의 큰 변화가 예고되고 있기도 합니다.

대전환의 시기입니다. 국민의 마음을 하나로 모아내는 일이 시급하고 중대합니다. 국민통합이 시대적 과제로 떠오르고 있습니다.

21대 국회가 2년차에 접어들었습니다. 국회가 국민의 마음을 하나로 모아내는 국민통합의 용광로 역할을 해야 하겠습니다. 국민들은 정치권의 비상한 각오를 요구하고 있습니다.

헌법학계를 비롯한 각계 전문가들이 국민통합이라는 관점에서 헌법의 역할을 논의하기 위해 지혜를 모으는 자리입니다.

국민통합과 격차해소, 기후위기와 탄소중립 등 새로운 시대적 과제가 많습니다. 이런 과제를 해결하고 국민의 삶의 질을 높이기 위한 국가의 역할은 무엇인지 여러분의 소중한 제언을 기대합니다.

공동학술대회 개최를 다시 한번 축하드립니다.

감사합니다.

국회의장 박병석

환영사





국회입법조사처장 김만흠

안녕하십니까? 국회입법조사처장 김만흠입니다.

국회입법조사처와 한국헌법학회가 공동으로 국민통합과 헌법개정을 주제로 개최하는 매우 뜻깊은 학술회의 자리를 갖게 됐습니다. 참석하신 분들과 더불어 환영합니다.

우리 대한민국은 1948년 헌정체제가 출범한 이래 고난도 있었지만, 정치, 경제적, 사회문화적으로 국제사회가 주목하는 대단한 성취를 이뤄왔습니다. 동시에 이런 성취 수준에 부합하는 국민통합의 과제도 안고 있습니다.

우리 사회의 갈등과 대립은 점점 첨예해지고 있습니다. 극도로 양극화된 정치적 입장이 대립하면서 토론의 장이 흔들리고 있고, 경제적 격차는 점점 심화되면서 성장의 동력까지 약화되고 있습니다. 그러나 갈등을 수렴하여 새로운 해법을 모색해야 할 정치의 공간은 협소해지고 있습니다. 승자독식의 권력투쟁이 만들고 있는 진영정치는 사회적으로도 확산돼있는 느낌입니다. 국민통합의 리 사회의 근본적 통합을 위해서는 정치의 공간을 새로이 설계하고 구성해야 합니다. 지금 헌법개정이 진지하게 논의되어야 할 이유입니다. 국민통합의 제도적 완성엔 결국 개헌이라는 박병석 의장님의 단언도 이런 점을 강조한 것이라 생각합니다.

그동안 국회는 헌법개정에 대하여 지속적인 관심을 기울여왔습니다. 제18대 국회에서는 헌법연구자문위원회를 두고 헌법개정의 필요성과 방향을 폭넓게 모색하였고, 제19대 국회에 설치된 헌법개정자문위원회에서는 헌법개정시안을 제출하였습니다. 그리고 제20대 국회에서는 헌법개정특별위원회가 구성되어 치열한 논의를 진행하였습니다. 제21대 국회에서는 헌법개

정에 대한 그간의 국회의 경험을 기초로 한 발 더 나아간 성과를 얻을 수 있을 것입니다.

어제는 73년 전 제헌국회가 첫발을 디딘 날이었습니다. 1948년 5월 31일 제헌국회가 구성되었습니다. 국민은 제헌국회에 헌법제정 권한을 위임하였고, 제헌국회는 치열한 논의를 거쳐 대한민국의 기틀이 될 헌법을 완성하였습니다. 이제 다시 국회에서 헌법을 논의할 시간입니다. 향후 국회에서 진행될 헌법 개정 논의에 국회입법조사처도 적극적으로 지원하겠습니다.

바쁘신 중에도 축사로 행사를 빛내주신 박병석 국회의장님, 공동학술대회를 개최해주신 임지봉 한국헌법학회 회장님께 감사드립니다. 그리고 발표를 맡아주신 김선택 교수님, 전광석 교수님, 송석윤 교수님, 여러 토론자 선생님들께도 감사를 드립니다. 아무쪼록 오늘 학술대회가 심도 깊은 논의를 통해 헌법 개정 에 대한 해법, 즉 바람직한 방향과 더불어 추진동력을 만드는 좋은 계기가 되기를 기원합니다.

감사합니다.

국회입법조사처장 김만흠



국민통합과 헌법개정 공동학술대회



제1주제

[발제]

민주적 개헌논의의 헌법적 조건

김선택 교수 (고려대학교)

민주적 개헌논의의 헌법적 조건

김선택 (고려대학교 법학전문대학원)

I | 1987년 민주화 이후 현재까지 개헌논의의 흐름과 중심의 이동

1987년 국민의 희생(6·10민주항쟁)으로 마련된 개헌논의의 장에 일정한 지분을 가지고 참여한 주체는, 개헌 이후 집권게임의 당사자가 될 사람들과 그 대리인들이었음은 주지하는 바와 같다. 당시의 집권자 역시 개헌논의에 상당한 발언권을 가지고 있었음도 이미 다 밝혀졌다. 그나마 과거에는 ‘실력자’(제도적으로 권력을 이미 획득하여 가지고 있었던 자 또는 권력을 획득할 실력을 이미 확보하고 있었던 자)가 자신의 단독 의사에 따라 좌지우지하던 개헌논의에서 일보 전진한 것이기는 했다. 어쨌든 그들만의 폐쇄된 논의구조 안에서 일종의 정치적 협약(political pact)으로서 현행 헌법이 탄생하였다. 이 헌법은 국민투표에서 국민의 압도적 지지를 받아 민주적 정당성을 확보하기는 하였으나, 국민이 헌법의 성안과정에서 철저히 배제된 것은 참으로 아쉬운 일이 아닐 수 없다.

현행 헌법의 개헌이 추진된 것은 3년도 채 안되었던 1990년, 이른바 보수대연합의 명분하에 여야3당이 합당하면서 3당 대표들이 의원내각제 개헌 합의각서를 작성한 것이 첫 번째 사례이다. 이 각서에서 약속했던 개헌은 대통령선거 후 흐지부지되었다. 1997년 또다시 야 2당이 대통령선거 후보자를 단일화하면서 내각제 개헌을 합의문에 담았다. 이 합의도 대통령선거 후 흐지부지되었다. 1987년 헌법이 정치지도자간 합의만으로 성립되어서인지, 자신들만 합의하면 얼마든지 개헌이 가능하다는 의식이 있었음을 알 수 있다. 또한 개헌추진(약속)의 동기가 자신들이 추후 권력을 획득하고자 하는 야심에 있었음은 누구나 알 수 있었다.

2007년 현직 대통령이 대통령임기와 국회의원임기의 주기를 일치시키면서 대통령 4년 연임제를 도입하는 이른바 ‘월 포인트’ 개헌이 필요하다고 역설하면서, 그 개정헌법 시안을 발표하는 일이 발생하였다. 당시의 정치적 구도에 비추어 개헌안 통과를 확신할

수 없어서인지, 제 정당 대표와 대선후보 희망자들이 차기 정부에서 같은 내용의 개헌을 추진하겠다고 약속한다면, 동 개헌안 발의를 차기 정부와 국회에 넘길 용의가 있음을 함께 밝혔었다. 그러자 야당이 그와 같은 개헌안을 논의하겠다고 하자, 대통령 스스로 개헌시안을 철회하였다. 이로써 결국 차기 국회, 즉 제18대 국회가 개헌논의를 할 채무를 지게 되었다. 대통령이 정식으로 개헌안을 발의하지 않았으면서도 국회로 하여금 개헌논의를 할 수밖에 없는 계기를 마련한 것으로 평가할 수 있는 일이었다. 실제로 이후, 국회가 개헌논의의 주체가 되었다.

2008년 9월 제18대 국회는 국회의장 자문기구로 ‘헌법연구자문위원회’를 구성하여 운영하였고, 동 위원회는 그 활동경과를 2009년 8월 ‘결과보고서’로 발간하였다. 제18대 국회는 무려 186명의 국회의원들이 초당적으로 국회연구단체인 ‘국회 미래한국헌법연구회’를 만들어 2008년 7월부터 2년여 활동하였음도 특기할 만하다(결과물로서 ‘국민과 함께 하는 개헌이야기’가 발간되었다). 다시 2014년 1월 제19대 국회도 국회의장 자문기구로 ‘헌법개정자문위원회’를 구성하여 운영하였는데, 동 위원회는 2014년 5월 23일 헌법개정안(총 11개장 161개조)을 제시하였고, 동년 6월 ‘활동결과보고서’를 발간하였다. 두 보고서 또는 후자의 개헌안 모두 자문적 성격을 갖는데 불과했고, 아마도 향후 개헌논의에 참고자료가 될 수는 있겠지만, 실제 국회개헌논의로 이어지지 못하였다. 어쨌든 국회의장의 자문기구 형식이라고는 해도 개헌논의가 국회에서 진지하게 논의된 것은 의미있는 일이라고 할 수 있다. 그러나 그 후 개헌논의가 국정을 블랙홀에 빠뜨리는 것으로 바람직하지 않다고 본 현직 대통령의 소극적인 태도로 개헌논의는 소강상태에 빠지게 되었다.

개헌논의가 다시 부상한 것은, 개헌논의 자체를 경계해온 같은 대통령이 2016년 10월 24일, 정치적인 궁지에서 벗어날 계책으로 개헌논의를 하겠다고 나서면서부터이다. 당일 저녁 한 TV의 보도로 대통령과 정부는 개헌추진동력을 곧바로 상실했지만, 대통령의 처지와 상관없이 국회는 개헌논의를 본격화하였다. 2016년 12월 29일부터 2017년 6월 30일까지를 활동기한으로 여·야의원 36인으로 ‘헌법개정특별위원회’를 구성하여 2017년 1월부터 활동을 개시하여 12월까지 계속하였다. 또 그 산하에 2017년 2월 자문위원회(성격상 ‘국회자문특위’라고 부를 수 있다)를 구성하여 운영하였는데, 이 자문위원회도 2017년 12월까지 활동하였고, 분과별 보고서를 묶어 2018년 1월 ‘국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서’로 발간하였다. 헌법개정특별위원회는 2018년 1월 정치개혁특별위원회를 통합하여 ‘국회 헌법개정 및 정치개혁 특별위원회(이하 ‘헌정특위’라 약한다)로 이름을 바꾸어 2018년 6월 30일까지 연장 운영하기로 하였다.

주지하다시피 2017년 3월, 대통령이 헌법재판소의 탄핵결정으로 파면되고, 5월 치러진 조기선거를 통하여 새로운 대통령이 당선되어 5월 10일자로 새 정부가 출범하였다. 조기 대선 당시 대선후보들은 2018년 6월 13일 지방선거시 개헌안을 함께 국민투표에 부치겠다는 공약을 제시한 바 있었다. 당선된 대통령도 자신의 공약을 이행한다는 취지로, 국회의 개헌합의가 지지부진하므로 더 이상 기다릴 수 없다고 하여, 2018년 2월 대통령자문기구였던 정책기획위원회에 대통령 개헌 자문안을 마련하라고 주문하였다. 그에 따라 2018년 2월 13일 ‘국민헌법자문특별위원회’(성격상 ‘정부자문특위’라고 부를 수 있다)가 구성되어 활동을 개시하였고, 동 위원회는 단 한 달 만에 자문안을 완성하여 2018년 3월 13일 대통령에게 보고하였다. 대통령은 2018년 3월 26일, 1987년 헌법이 성립된 후 31년 만에 최초의 공식 개헌안으로서, 대통령발의 개헌안을 국회에 제출하고 당일 공고하였다. 대통령은 지방선거시 개헌국민투표를 하겠다고 국민과 약속한 대선공약을 지키기 위해 더 이상 미룰 수 없는 시점에서 부득이 개헌안을 발의하는 것이기 때문에, 적절한 시점까지 국회에서 개헌안을 합의하여 내놓으면 자신의 개헌안을 철회할 용의가 있다고 밝혔다. 주로 야당의 반대로 국회 개헌안의 주요 쟁점에 대한 합의가 이루어지지 못하고 시간이 많이 소모된 점은 부인할 수 없지만, 개헌논의의 주축이 되어온 국회에 앞서 대통령이 직접 개헌안을 발의한 점은 아쉽다고 할 수밖에 없다.

이어서 위 헌정특위는 2018년 3월 26일 회의(제12차)를 열고 대통령발의 개헌안을 평가하고 독자적인 국회개헌안을 추진하는데 대체적인 공감대가 있음을 확인하였고, 그 후 몇 차례 회의를 더 했으나, 합의개헌안을 마련하는 데까지 이르지 못하고 말았다. 대통령 발의 개헌안의 철회는 없었다.

헌법 제130조 제1항에 따라 개헌안은 공고 후 60일 이내에 국회의결을 거쳐야 하므로, 그 마지막 시한이었던 2018년 5월 24일 국회 본회의에 대통령개헌안이 상정되었다. 그러나 투표에 참여한 의원이 총 114명에 불과하여 개헌안의결정족수, 즉 국회 재적의원 3분의 2에 해당하는 192명에 미치지 못하여, 개헌안에 대한 투표 자체가 성립되지 않았다(투표불성립 선포). 동 개헌안은 20대 국회 임기만료일인 2020년 5월 29일 자동으로 폐기되었다.¹⁾ 이로써, 대통령발의 개헌안은 국회 재적의원 3분의 2의 동의가 없이는 무의미하다는 것, 다시 말해서 여당을 통해 국회 재적의원 과반수를 얻어 국회

1) 개헌안 발의에 앞서 해결해야 할 입법적 과제가 있었는데도 개선입법을 우선 해결하지 않고 있었다는 점(2014년 7월 27일 국민투표법 일부 조항이 헌법재판소에서 헌법불합치결정을 받았기 때문에, 2018년 6월 13일 지방선거시 개헌 국민투표를 실시하려면 늦어도 2018년 4월 23일까지는 국민투표법 개정이 필수적이었다), 개헌안 통과를 위하여 야당의 원들을 설득하는 노력이 보였어야 하는데 그러한 노력이 별로 부각되지 않았던 점에 비추어, 개헌안의 실제 통과에 얼마나 관심을 가졌었는지 의문이 제기되고 있다.

명의로 개헌안을 발의하도록 촉구할 수 있는 대통령이 굳이 자신의 명의로 개헌안을 발의하는 것이 의미를 가질 수 없다는 것이 확인되었다. 무엇보다 아쉬운 점은 대통령이 국회와 개헌논의의 주도권을 놓고 경쟁하는 모양새가 된 것인데, 그동안 개헌논의는 국회에서 이루어져야 한다는 믿음이 일반화되어온 점에 비추어 바람직하지 않았던 것으로 보인다.

그런데 더 아쉬운 점은 정부자문특위에서까지 대통령개헌안에 담도록 제안했던 ‘헌법개정 국민발안제’가 청와대 검토과정에서 채택되지 않았다는 사실이다.²⁾ 1952년 제1차 개헌 이후 헌법에 계속 규정되어 있다가 1972년 국민으로부터 주권을 박탈해간 유신헌법에서 삭제된 ‘헌법개정 국민발안제’를 회복하고자 염원했던 시민단체들이 가만있을 리가 없었기 때문이다. 결국 그러한 시민단체들의 강력한 요구에 부응하여 국회 재적의원 과반수를 상회하는 여·야의원 148명이 헌법 제128조 제1항의 개헌안제안권자 “국회 재적의원 과반수 또는 대통령”에다가 “국회의원 선거권자 100만인 이상”을 추가하는 ‘원 포인트’ 개헌안을 2020년 3월 6일 발의하기에 이르렀다. 이 개헌안은 발의 5일 뒤인 3월 11일 공고되었고, 2020년 5월 8일 국회 본회의에 상정되었다. 이번에도 투표에 참가한 국회의원이 발의의원 수에도 못 미치는 118명에 불과하여, 개헌안 의결정족수(투표 당일 기준 국회 재적의원 290명의 3분의 2인 194명)를 충족하지 못해 투표 자체가 성립되지 않았다(투표불성립 선포). 이 개헌안도 계류되어 있다가 제20대 국회 임기만료일인 2020년 5월 29일 자동으로 폐기되었다.

1987년 이후 정식으로 제안된 두 건의 개헌안(한 건은 대통령발의, 다른 한 건은 국회발의)이 모두 국회에서 투표조차 성립하지 못한 채 사장되는 것을 지켜보는 국민들 입장에서는, 명색이 국민을 대표한다는 두 기관이 과연 개헌에 얼마나 진정성을 갖고 진지하게 임하고 있는지 의심하지 않을 수 없게 되었다. 어쨌든 우여곡절이 많았던 제20대 국회는, 2020년 4월 16일의 총선거에서 압도적 승리를 거둔 여당에 의해 지배되는 제21대 국회로 5월 30일 교체되었다. 새로운 의석구도(5분의 3에 해당하는 의석을 가진 초거대 여당, 두 개의 교섭단체밖에 없는 극단적인 양당체제)를 가진 제21대 국회에서 개헌문제를 어떻게 다룰 것인지 관심이 모여지게 되었다.

새 국회의 국회의장은 2020년 7월 17일의 제72주년 제헌절 기념식 경축사를 비롯하여, 2021년 1월 6일의 신년기자회견, 2021년 2월 1일의 제384회 임시 국회 개회사, 2021년 4월 10일 임시의정원 개원 102주년을 맞아 발표한 기념사에 이르기까지 제21

2) 김종철, 권력구조 및 사법개혁과 관련된 헌법개정안 검토 - ‘대통령 4년 1차 연임제 개헌안’의 내용과 특징을 중심으로 - , 공법연구 제46집 제4호, 한국공법학회, 2018, 53면.

대 국회에서 개헌논의를 매듭지어야 한다고 강조하여 왔다. 국회의장은 “국민통합의 제도적 완성은 결국 개헌”이라는 신념에 따라 개헌논의를 국회에서 다시 추동하고자 하는 의지를 갖고 있는 것으로 이해된다.

이러한 국회의장의 의지는 존중받아 마땅하지만, 조금 보완이 있어야 할 것으로 보인다. 민주화 이후 개헌논의의 흐름은, 위에서도 살펴본 바와 같이, 실력자의 단독 개헌이라는 어두운 과거에서 벗어나 권력자간 합의로, 다시 국회에서의 논의로 중심이 이동해 왔다. 그러나 여기에 멈추어 있지 않다는 점을 강조하지 않을 수 없다. 2000년대에 들어와 학계³⁾와 시민사회를 중심으로 광범하면서도 심층적인 개헌논의가 꾸준히 이어져 왔다. 특히 2016~17년 이루어진 촛불시민혁명 가운데, 우리 국민들은 나라의 주인이 자신들임을 체험하게 되었고, 헌법도 자신들의 문서이며, 결국 개헌논의의 주체도 자신들이어야 함을 자각하게 되었다. 국회에서 개헌논의가 진행되는 도중에도 수많은 시민단체들이 자신들의 입장을 공개적으로 표명하였고, 개헌안까지 만들어 출간⁴⁾하거나 국회에 제출⁵⁾하기까지 하였다. 헌법을 제정하고 개정하는 권력은 주권의 중요한 부분이므로, 주권자인 국민이 개헌과정에서 자신의 의견을 개진하는 것은 더할 수 없이 정당한 일이다. 2017년 이후 대한민국에서의 개헌논의에서 국민을 배제한다는 것은 상상할 수 없는 일이 되었다. 결국 권력자 단독으로부터 권력자간 합의로, 다시 국회로, 이제 다시 국민으로 개헌논의의 중심이 이동했다는 점을 명심하고, 개헌논의방식을 설계하지 않으면 안될 것이다.

II¹ 역사적 이성의 요청 - 국민주권과 민주공화국의 회복과 완성

위에서 말한 ‘권력에서 국회로, 다시 국민으로’의 흐름은 대한민국 헌정사 속에 살아 숨 쉬고 있는 ‘역사적 이성’의 요청에 부합한다.

한국에서 헌법의 역사는 1919년 3·1대혁명⁶⁾을 기원으로 한다. 3·1대혁명이 진행되

3) 대표적으로 한국헌법학회가 2005년 11월 18일 소속 헌법학자들로 ‘헌법개정연구위원회’를 구성하여 약 1년간 활동한 결과를 최종보고서로 발간한 것(‘헌법개정연구’, 2006.11)을 들 수 있다.

4) 대표적으로 대화문화아카데미는 2006년 4월부터 대화모임을 시작하여 2008년 ‘새로운 헌법 필요한가’, 2011년 ‘새로운 헌법 무엇을 담아야 하나’를 출간하였고, 이어진 속의 내용을 바탕으로 조문화작업을 거쳐 2016년 ‘대화문화아카데미 2016 새헌법안’을 출간하였다.

5) 대표적으로 참여연대는 2016년 8월부터 1년 6개월여 연구·토론 끝에 ‘참여민주주의와 인권 실현을 위한 대한민국 헌법 개정안’을 정리하여 2018년 2월 27일 국회에 입법청원을 제출하였다.

6) 3·1운동보다 3·1혁명 내지 3·1대혁명이라고 부르는 것이 역사적으로 더 옳은 표현인 이유에 대해서는 김선택, 3·1대혁명정신과 대한민국임시정부헌법의 탄생 - 그 헌법적 의의를 논함, 김선택/정태호/방승주/김광재, 3·1대혁명과 대한민국

는 가운데 헌법제정권력으로 형성된 ‘우리 국민들(We, the People)’의 위임에 기초하여, 1919년 4월 10일 개원한 임시의정원에서 동년 4월 11일 ‘국민주권과 민주공화국’을 근간으로 하는 헌법을 제정하였다. 그 후 지금에 이르기까지 한국인들은 국민주권과 민주공화국이라는 이 일종의 근본규범(Grundnorm)을 한시도 잊은 적이 없다. 역성혁명을 통해 교체되는 왕조국가와 달리, 전체 국민이 주인인 민주공화국은 그 어떤 다른 주체에 의해 교체될 일이 있을 수 없으니 대한민국은 영원할 것이고, 우리가 믿는 국민주권주의와 민주공화국도 영원할 것이다.

한국의 헌정사는 바로 이 국민주권과 민주공화국을 지켜내기 위한 우리 국민들의 처절한 노력으로 점철되어 있다. 3·1혁명부터가 일본제국주의의 주권박탈에 맞서 일어난 민족적 거사였다. 1960년 4·19혁명은 관권부정선거로 인한 주권훼손에 맞선 것이었다. (1979년 부마민주항쟁과 1980년 5·18민주화운동에서 시작되어) 1987년 최고조에 이른 6·10 민주시민항쟁도 군사독재 하에서의, 특히 유신 이래로 계속된 선거권박탈, 결국 주권박탈에 대한 항거였다. 2016~17년 촛불시민혁명도 당시 대통령에 의한 국민주권주의 훼손이 결정적인 원인이었다. 3·1혁명, 4·19혁명, (부마민주항쟁·5·18민주화운동에 이어진) 6·10민주시민항쟁, 촛불시민혁명은 한국 헌법사에 우뚝한 4개의 봉우리라 할 수 있다.

한국의 헌정사는 크게 4시기로 구분할 수 있다: 제1기는 1919년 임시정부에서 대한민국헌법이 처음 제정된 때로부터 1948년 광복헌법 제정 때까지이다. (1945년부터 1948년에 이르는 미군정시대에는 일종의 과도기적 성격을 부여할 수 있다.) 제2기는 1948년 정식정부를 수립하고 광복헌법을 제정한 때로부터 1961년 군사쿠데타까지이다. (1960년 4·19혁명으로부터 1961년 민주정부가 군인들에 의하여 붕괴될 때까지는 일종의 과도기로 규정지을 수 있다.) 제3기는 1961년 군사쿠데타로부터 1993년 문민정부 수립 시까지의 군사정부시기이다. (1987년 6·10민주항쟁으로부터 1993년 문민정부로의 정부이양까지의 기간은 일종의 과도기적 성격을 가진다.) 제4기는 1993년부터 현재까지인데, ‘문민민주헌정의 시대’라고 부를 수 있다.

이렇게 헌정사의 시대구분을 하고 보면, 일정한 패턴이 드러난다. 주권을 명시적으로든 암묵적으로든 침해당하는 시기가 있고, 그 침해 권력에 저항하여 국민들이 주권을 회복하기 위하여 혁명적인 운동을 일으키고, 그럼에도 불구하고 주권이 온전히 회복되지 못한 상태의 과도기를 거치면서, 다시 주권이 침해당하는 시기가 오고, 국민들이 또 다시 침해 권력에 끊임없이 저항하는 순환을 볼 수 있다. (1987년 민주화이후 현행 헌

국헌법, 2019, 20~28면(3·1운동의 혁명으로서의 성격지움) 참조.

법 하에서) 1993년부터 시작된 문민민주헌정시대의 개막은 이러한 순환을 끊는 계기가 되리라고 믿어졌었다.

그런데, 2016~17년 사이에 일어난 전국적인 촛불집회의 도화선이 된 것은 당시 정권이 국민주권과 민주공화국을 훼손하는 - 상식적으로 납득할 수 없는 - 행동이었다. 2017년 봄 결국 정권을 교체하는데 성공한 것에 대하여 ‘촛불시민혁명’이라는 명예를 부여할 수 있고 2018년에 개헌이 이루어졌다면, 아마도 1993년부터 2016년 10월까지의 시기를 제4기로 보고, 2016년부터 2018년 개헌 시까지를 일종의 과도기로 의미를 부여할 수도 있었다. 그렇다면 2018년 이후 한국헌정사의 제5기가 시작되는 것으로 규정할 수 있었을지도 모른다. 많은 사람들이 2017년 이후 개헌문제를 ‘해야 할 것을 마치지 못하여 어색하고 불안정한 찌찌한 상태’로 인식하는 것도 어쩌면 지난 한국헌정사의 반복적 궤적에서 비롯된 것일지도 모른다.

이와 같은 한국의 헌정사, 즉, 국민들이 외세로부터, 민간독재로부터, 군사독재로부터 반복되었던 주권침해·민주공화국침해에 저항해온 역사에 비추어, 2016~17년의 촛불시민혁명 역시 주권과 민주공화국을 다시는 위협에 빠뜨리지 않을 헌법을 찾는 노력으로 이어졌어야 마땅할 것이다. ‘역사의 이성’은 이제 ‘국민의 희생’으로 마련된 개헌의 장에서 ‘국민이 배제된 헌법’을 만들어내곤 했던 반복적 연쇄에서 벗어날 것을 요청하고 있다.⁷⁾ ‘문민민주헌정시대’에도 국민주권과 민주공화국이 훼손될 수 있었던 것은 주권의 주체·민주공화국의 주체인 국민을 배제한 채 이루어진 개헌과정과 그 결과물인 (현행) 헌법 탓으로 볼 수밖에 없지 않은가 생각된다. 개헌은 한국의 헌정사 속에 살아 숨 쉬고 있는 역사적 이성의 요청이다.

혹자는, 그래도 그 헌법 하에서 헌법과 법률에 따른 절차를 통하여 정권을 평화적으로 교체하는데 성공하였으니, 헌법 탓을 하는 것은 비약이 아닌가 말할지도 모른다. 그러나, 헌법은 다른 (개별)법률과 달리 스스로를 보호하는 장치를 내장해야 하는 - 이른바 자기보장성을 특징으로 하는 - 법이다. 헌법의 핵심원리인 국민주권과 민주공화국의 훼손을 예방하지 못했다면, 설사 사후적으로 그러한 훼손을 제거할 수 있었다 하더라도, 헌법 자체에 결함이 있는 것이고 이것을 가능한 한 수선하는 것이 마땅할 것이다. 2016년 말 2017년 초, 주권자인 국민 거의 전부가 그토록 강력하게 적극적으로 요구하지 않았더라면 과연 법적 절차가 순조롭게 진행되어 혁명적 결과로 이어졌을지 의심하는 사람이 적지 않다는 점도, 개헌의 요청을 가벼이 보아서 안 된다는 점을 일깨워준다.

7) 국민이 혁명상황에서 전면에서 나서 많은 희생을 감수하고서도, 정작 혁명의 결실인 헌법의 제·개정과정에서 배제되는 일이 반복되어온 한국헌정사에 관하여는 김선태, 헌법과 혁명 - 시민입헌주의(Civic Constitutionalism), 동아법학 제58호, 동아대학교 법학연구소, 2013, 5~8면 참조.

결국 앞으로 있어야 할 개헌은 권력자간 합의만으로도, 국회만의 폐쇄된 합의로도 이루어져서는 안 되고, 반드시 ‘국민합의개헌’으로 되어야 할 것이다. 물론 국회도 정부도 일정한 역할을 할 수 있고 또 하여야 하겠지만, 의연히 개헌의 중심에 국민이 있는 그런 개헌이어야, 한국헌법사의 발전에 부합할 것이다.

III | 2017년 이후 개헌의 우선적 과제: 국민주권과 민주공화국의 온전한 회복

“대한민국은 민주공화국”이고 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”는 대명제는 1919년 임시정부헌법으로부터 1987년 현행 헌법에 이르기까지 대한민국이라는 구조물의 주춧돌이 되어왔다. 이 명제는 이미 한국인의 의식 속에 공리처럼 되어서, 헌법에 명시되고 있는지 여부를 떠나서, 국가의 근본규범으로 인식되어 온 지 오래이다.

그런데, 이 근본규범적인 명제가 헌법에 - 그것도 제1조에 - 명시적으로 변함없이 유지되어왔음에도 불구하고, 다른 헌법규정들을 통하여 이 명제를 배신하는 개헌이 감행되었고, 국민주권과 민주공화국을 형해화하는 일이 자행된 바 있다.

특히 1961년 5·16 군사쿠데타 이후 집권세력에 의해 1962년 제정되고 1963년 시행된 이른바 제3공화국헌법은 1919년 이후 지탱되어온 한국의 입헌주의를 구조적으로 왜곡한 헌법이었다. 같은 집권자에 의한 친위쿠데타(학자들은 보통 자기쿠데타 Self-Coup라고 부른다)를 통하여 성립된 1972년 유신헌법은 아예 입헌주의의 궤도를 이탈한 것이었으니 더 말할 것도 없다.⁸⁾ 그런데도 1962년 헌법에 대하여 종래 마치 모범적인 대통령제 헌법인양 그릇되게 알려져 왔는 데다, 1987년 권력자간 합의과정에서 그 헌법을 모범으로 간주하고 참고했다고 하는 증언이 나오고 있다.⁹⁾ 그렇다면 현행 헌법은 1962년 헌법에서 왜곡된 입헌주의제도가 - 사항에 따라서는 1972년 헌법에서 반입헌주의적으로 극단화된 내용까지 일부 포함한 채로 - 존속하고 있다는 이야기가 되는 데, 이러한 헌법적 상태를 그대로 둔 채로 국민주권과 민주공화국이 온전히 회복되었다고 말할 수는 없다.

5.16 군사쿠데타 이후 왜곡된 헌법구조의 특징은 국민과 국가권력의 관계가 제헌 시에 ‘국민<권력’으로 되어 있었던 것이 그 헌법 이후 ‘국민<권력’으로 반대로 꺾여버린

8) 김선택, 유신헌법의 불법성 논증, 고려법학 제49호, 고려대학교 법학연구원, 2007, 175~ 207면.

9) 강원택, 87년 헌법의 개헌 과정과 시대적 함의, 역사비평, 2017.5, 23~25면 참조.

것이다. 이러한 왜곡된 헌법구조를 반영한 헌법조항을 개혁하는 것이, 국민주권과 민주공화국을 회복한 개헌논의의 장에서 우선적인 과제가 되어야 한다. 새로운 시대정신이니 새로운 사회적 가치를 말하기 전에 헌법제정 당시에 우리 국민이 원했던 헌법으로 돌아가는 일이 선결과제가 아닐까 한다. 그렇다면 최근의 개헌논의에서는 이 문제를 제대로 성찰하고 있는가 살펴볼 일이다. 민주화 이후 공식적으로 제안된, 즉 국회에 제출된, 헌법개정안은 두 개뿐이고, 국회재적의원 과반수가 발의했던 개헌안은 개헌안 제안권자를 추가하는 원 포인트 개헌이어서 실질적인 내용이 없는 것이었으므로, 여기서는 대통령이 발의한 개헌안을 중심으로 1962년 헌법 내지 1972년 헌법과 비교하여 과연 종래의 ‘구조적인’ 헌법왜곡을 바로잡는다는 인식과 의지가 있었는지 살펴보기로 한다.

1. 전문

1948년 제헌헌법은 “기미 삼일운동으로 대한민국을 건립하여 세계에 선포한 위대한 독립정신을 계승하여 이제 민주독립국가를 재건함에 있어서... 민주주의 제 제도를 수립하여 ...”라고 규정하였었다. 반면에 1962년 헌법은 “3·1운동의 숭고한 독립정신을 계승하고 4·19의거와 5·16혁명의 이념에 입각하여 새로운 민주공화국을 건설함에 있어서... 민주주의 제 제도를 확립하여...”라고 규정함으로써 4·19혁명의 의의를 고의로 깎아내리고 5·16군사쿠데타에 학술적으로 부여될 수 없는 명예로운 명칭을 붙이면서, 노골적으로 새로운 (성격의) 국가를 건설하겠다고 선언하였다.

나아가 1972년 유신헌법은 제헌헌법의 “민주주의 제 제도를 수립”한다는 문구를 삭제하고 그 대신에 “... 자유민주적 기본질서를 더욱 공고히 하는 새로운 민주공화국을 건설함에 있어서...”라는 문구로 대체하였다. 이 문구는 1980년 헌법(“... 제5민주공화국의 출발에 즈음하여... 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여...”)과 현행 1987년 헌법(“..3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고,, 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여...”)에도 유지되었다. 2018년 대통령발의 개헌안도 “3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19혁명, 부마민주항쟁과 5·18민주화운동, 6·10항쟁의 민주이념을 계승하고, ... 자치와 분권을 강화하고, 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여...”라고 하여, 헌법사적으로 의미 있는 사건들을 추가한 외에는, ‘자유민주적 기본질서’ 문구를 그대로 유지하고 있다.

문구만으로 보면 “민주주의 제 제도를 수립”한다는 말이나 “자유민주적 기본질서를 공고히” 한다는 말이나 별반 다를 것이 없다고 생각하기 쉽다. 특히 전자의 문구를 민주

주의를 가리키는 것으로 후자는 자유민주주의를 가리키는 것으로 만연히 이해하는 사람 들에게는 둘의 차이를 설명하기도 쉽지 않은 것이 사실이다. 그러나 한국의 현대사를 조금만 아는 사람이라면, 1972년 유신체제가 어떠한 체제였는지, 유신헌법에서 ‘자유민주적 기본질서’라는 문구를 헌법전문에 끌어들이 의도가 무엇이었는지 아는 것은 어려운 일이 아닐 것이다. 그럼에도 불구하고, **명목상으로 ‘자유민주적 기본질서를 공고히 한다’고 하면서 실제로는 ‘자유민주적 기본질서 자체를 파괴한’** 저 ‘불법적인 헌법’을 정당화해주는 해괴한 논리를 제공한 법률가들이 있었다는 사실에 망연자실하지 않을 수 없다. 주지하다시피 자유민주적 기본질서는 개인의 존엄과 자유를 말살했던 전체주의 체제였던 나치스국가를 철저히 반성하는 토대 위에서 독일인들이 자신들이 새로이 수립하는 헌법질서를 인간의 존엄을 제1의 명제로 하고 기본권보장을 국가의 의무로 하도록 설계하면서 붙인 이름이다. 반면에 아이러니하게도 기본권보장을 포기하는 독재체제(유신체제)를 구축하면서 그 간판으로 도용한 것이 바로 유신헌법의 ‘자유민주적 기본질서’라는 문구였다는 것이 역사적 사실이다.

혹자는 입법동기야 어떻게 해석을 통하여 본래의 의미를 찾아서 적용하면 되는 것 아니냐고 강변할지 모른다. 그러나 법의 텍스트를 통하여 전달된 의사를 확인하는 데는 입법사적 연혁이 적지 않게 작용한다. 외국에서 전혀 다른 맥락에서 사용된 문구를, 국내의 도입 맥락을 제쳐놓은 채, 외국의 해석례를 펼쳐놓고 그대로 따라하는 것이, 과연 법률가로서 취할 만한 태도라고 할 수 있는가. 자국에서 헌법을 제정할 당시에 민주공화국을 선언하고 민주주의를 발전시킬 제도들을 확립해나가겠다고 선언한 좋은 문구로 돌아가는 것이 정상적인 것이 아니겠는가. 이 문구에 얽혀있는 전후 맥락을 모른 채, 인민민주주의를 배격하는 용어로 쓸 수 있다는 점만 믿고(그러나 ‘인민민주주의’ 체제 자체가 이미 우리 헌법이 의미하는바 ‘민주주의’라고 할 수 없는 것이므로 그 대립개념으로 제헌 헌법의 ‘민주주의 제 제도’를 쓰는 것이 더 선명할 수 있을 것이라는 점도 채언을 요하지 않는다), 독일 헌법에 특유한 개념인 ‘자유민주적 기본질서’라는 문구 자체를 마치 절대불가침의 신성한 것인양 묵수하자고 주장하는 것은 이해하기 어렵다.

2. 국가권력의 주체인 국민 vs. 국가권력의 행사자인 국가기관 (행한다 vs. 속한다)

1948년 제헌헌법은 제31조에 “입법권은 국회가 **행한다**”, 제76조 제1항에 “사법권은 법관으로써 조직된 법원이 **행한다**”, 제51조에 “대통령은 행정권의 수반이며 **외국에 대하여** 국가를 대표한다.”고 규정하고 있었다. 주권이 국민에게 있고 모든 국가권력은 국민으로부터 나오므로, 국가권력인 입법권, 행정권, 사법권 공히 ‘국민에게 속하는 것’이

당연하다. 따라서 국회, 정부, 법원은 국민으로부터 위임받은 국가권력, 즉 입법권, 행정권, 사법권을 오로지 - 한시적으로 정당성이 부여된 임기에 해당하는 - 정해진 기간 동안에만 '행사'할 뿐이지, 한 순간도 '자기 자신의' 권력이라고 참칭할 수는 없다. 제헌헌법은 '행한다'는 말로 이 법리를 명확히 하였던 것이다.

그런데 1962년 헌법은 제35조에 "입법권은 국회에 **속한다**", 제63조 제1항에 "행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 **속한다**", 제96조 제1항에 "사법권은 법관으로 조직된 법원에 **속한다**"고 선언하였다. 이로써 1962년 헌법은 국가권력을 보유하는 주체가 국민이라는 원칙을 교묘하게 희석시키고 있다. 놀랍게도 그 후 여러 차례 개헌이 있었음에도 이 문제를 주목하거나 개선하지 않았다는 사실은 개헌논의가 너무 형식적으로 미시적으로 흘렀음을 반증하는 것이다. 2018년 대통령발의 개헌안도 다르지 않았다.

3. 국민—공무원 관계 조항

1948년 제헌헌법은 제27조 제1항에 "공무원은 주권을 가진 국민의 수임자이며 언제든지 국민에 대하여 책임을 진다. 국민은 불법행위를 한 공무원의 파면을 청원할 권리가 있다. 제2항 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 자는 국가 또는 공공단체에 대하여 배상을 청구할 수 있다. 단, 공무원 자신의 민사상 형사상의 책임이 면제되는 것은 아니다."라고 규정하였다. 1960년 4.19혁명 후의 헌법에서는 "제27조 제1항 공무원은 주권을 가진 국민의 수임자이며 언제든지 국민에 대하여 책임을 진다. 국민은 불법행위를 한 공무원의 파면을 청원할 권리가 있다. 제2항 공무원의 정치적 중립성과 신분은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다. 제3항 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 자는 국가 또는 공공단체에 대하여 배상을 청구할 수 있다. 단, 공무원 자신의 민사상이나 형사상의 책임이 면제되는 것은 아니다."로 개정하였다.

그런데, 1962년 헌법은 종래 기본권편에 있던 조항을 총강편으로 이동시켰다. 그리고 문구도 헌법 제6조에 "제1항 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다. 제2항 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다."고 바꿔 규정하였다. 그리고 배상청구권규정만 기본권편에 존치시켰으니, 제26조에 "공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 국민은 국가 또는 공공단체에 대하여 배상을 청구할 수 있다. 단, 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다."고 규정하였다.

1948년 제헌헌법 이래 공무원을 주권을 가진 국민의 수임자로 규정하여, 국민과 공무원의 관계를 일종의 본인-대리인 내지 위임자-수임자로 이해하였던 것을 '봉사자'로 모호하게 표현하여 그 관계의 법률적 성격을 파악하기 어렵게 만들었다. 또한 후단의

“(공무원은) 언제든지 국민에 대하여 책임을 진다”고 한 조항으로부터 ‘언제든지’를 삭제함으로써 공무원이 국민과의 관계에서 항상 반응할 의무, 즉 반응성(Responsiveness) 요청을 희석시켰다. 제헌헌법 해당 조항 제2문에 규정하고 있었던 불법행위 공무원에 대한 국민의 파면청원권은 아예 삭제하여 버렸다. 이로써 공무원의 책무성(Accountability)에 관한 헌법상의 일반조항이 사라졌다. 오늘날 국회의원을 비롯한 선거직 공무원에 대한 국민소환제도가 활발히 논의되는 것을 보면, 1962년 개헌이 한국의 공무원관계에 미친 해악의 일단을 엿볼 수 있다.

1960년 헌법에서 도입된 공무원의 “정치적 중립성과 신분” 보장 규정은 4·19혁명의 도화선이 되었던 3·15 부정선거의 영향이었다. 당시 집권세력의 무리한 재선 욕심으로 공무원들을 선거에 동원하였고, 이런 일이 재발하지 않도록 ‘정치적 중립성과 신분’을 보장하였던 것인데, 5.16 군사쿠데타 후 집권세력은 놀랍게도 동일한 조항을 법률차원에서 공무원의 정치적 권리를 박탈하는 헌법적 근거로 오남용하였다.¹⁰⁾

헌법상의 공무원조항에 관련된 연혁적 배경을 돌아보면, 국민주권이 회복된 후의 개헌에서는 왜곡된 공무원관계를 정상화하게 될 것이라는 기대를 가지는 것이 당연하였다. 그러나, 2018년 대통령발의 개헌안은 공무원조항을 여전히 총강편에 그대로 둔 채로, 제7조에 “제1항 공무원은 국민전체에게 봉사하며, 국민에 대하여 책임을 진다. 제2항 공무원의 신분은 법률로 정하는 바에 따라 보장된다. 제3항 공무원은 직무를 수행할 때 정치적 중립을 지켜야 한다. 제4항 공무원은 재직 중은 물론 퇴직 후에도 직무상 공정성과 청렴성을 훼손해서는 안된다.”고 규정하고, 배상청구권 규정만 기본권편에 둔 종래의 규정양식을 그대로 따르고 있다. 개선된 점은 그동안 논란이 분분했던 ‘정치적 중립성’ 조항을 수정하여 “직무를 수행할 때”로 제한함으로써 정치적 중립을 지켜야 할 활동범위를 분명히 한 것이다. 그러나 사실은 현재의 조문을 가지고도 능히 ‘직무수행에 당하여 정치적 중립성을 지키면 되는 것으로’ 해석할 수 있었고 그랬어야 마땅한 것인데도, 입법부가 헌법정신을 왜곡하는 법률규정을 만들고 이에 대하여 사법부가 소극적인 태도로 일관하였다는 것이 문제였다. 이렇게 보면, 문구 하나 수정한 것을 제외하면, 공무원조항이 1962년 헌법 이래 가지고 있는 구조적인 문제를 제대로 인식하지 못하지 않았나 하는 의심이 든다.

10) 1963년 국가공무원법을 대대적으로 개편하여, 특히 제65조에 정치운동금지규정을, 제66조에 집단행동금지규정을 두면서, 위반 시의 형사처벌 규정을 제84조에 신설하였다. 이러한 입법은 ‘법률을 통한 헌법의 변경’이라고 평가될 만한 것이었다.

4. 대통령의 - 유신헌법상의 - 이른바 ‘영도자적’ 지위 규정

주지하다시피 1972년 유신헌법은, 헌법이 (입헌주의적 의미에서의) 헌법임을 말해주는 2대 표지, 즉 기본권보장과 권력분립, 모두를 방기한 텍스트였기 때문에, 그 자체만으로도 그것에 헌법의 성격, 헌법의 자격을 부여하는 것이 타당한지 심히 의심스러운 것이었다. 특히 대통령 한 사람에게 모든 국가권력을 집중해준 것에서 더 나아가, 주권자인 국민의 거의 유일한 주권행사방식인 선거권을 사실상 박탈하였다(대통령을 선거하는 통일주체국민회의대의원을 선출할 수 있었을 뿐인데, 통일주체국민회의에서의 대통령선거는 전형적인 간접선거로서 헌법상 선거원칙을 정면으로 위배하는 것이었고, 1인이 출마하여 100% 찬성하는 방식으로 진행되어 선거라기보다는 블레비시트에 가까웠다. 또한 국회의원의 3분의 1을 실질적으로 대통령이 지명하고, 나머지 3분의 2는 중선거구제도를 이용하여 그중 반을 여당이 실질적으로 확보하는 식으로 국회의원선거도 형해화시키기는 마찬가지였다). 유신헌법에서 놀랍게 생각되는 것은, 뢰벤슈타인이 분류한바 오로지 사실상의 권력자에게 유용하도록 당시의 정치적 권력관계를 공식화한 장식적 헌법(semantische Verfassung)¹¹⁾일지라도 ‘벌거벗은 권력을 가리는 얇은 커튼’은 되어야 하는데, 유신헌법은 자신의 정체를 드러내는데 거리낌이 없이 노골적이었다는 점이다. 이는 당시 권력자가 자신의 지위를 민주적 법치국가의 선출직 공무원이라고 전혀 인식하지 않았음을 암시해준다.

그래서인지, 유신헌법은 제43조 제1항에서 “대통령은 국가의 원수이며, 외국에 대하여 국가를 대표한다.”고 규정하여 1962년 헌법에서 대통령제로 정부형태를 전환하면서 사라졌던 국가원수라는 지위를 대통령의 제1차적인 지위로 정면에 내세웠다. 동조 제2항과 제3항에서는 제1항의 지위에 조응하여 “제2항 대통령은 국가의 독립·영토의 보전·국가의 계속성과 헌법을 수호할 책무를 진다. 제3항 대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다.”고 규정하여 입법·행정·사법으로 국가권력이 분립되기 이전의 ‘국가’라는 통일체 자체에 대한 대통령의 유니크한 책무를 규정하였다. 그리고나서 비로소 제4항에서야 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다”고 규정함으로써 제1항~제3항의 대통령은 입법권·행정권·사법권에 앞선, 또한 그들보다 단계상 우월한 지위에 있음을 체계적으로 명백하게 과시하고 있었다. 유신헌법을 정당화해주고 또 홍보전도사 역을 자처했던 어떤 학자는 이른바 ‘국가적 권력’과 ‘민주적 권력’을 나누어, 대통령의 ‘국가적’ 권력은 그 아래의 국회·행정부의 민주적 권력과 구별되는 우월적인

11) Karl Loewenstein, Verfassungslehre(1957), 3. Aufl., 1975, S. 153.

것이라고,¹²⁾ 건강부회를 서슴지 않았다.

1948년 제헌헌법은 제51조에서 “대통령은 행정권의 수반이며 외국에 대하여 국가를 대표한다.”고 규정하여 3권으로 분립된 국가권력구조 내에서 그 중 하나의 권력, 즉 행정권의 수장으로서만 대통령을 인정하였고, 다만 ‘외국에 대하여 국가를 대표하는’ 기능을 추가하였을 뿐이었다. 그러던 것이 1960년 4.19혁명 후 헌법에서 의원내각제로 정부형태가 변경되면서 행정권을 내각에 부여하게 되면서, 대통령에게 주로 의전적 지위를 부여하게 되었다. 동 헌법 제51조는 “대통령은 국가의 원수이며 국가를 대표한다.”고 규정하고, 제68조에 “행정권은 국무원에 속한다. 국무원은 국무총리와 국무위원으로 조직한다. 국무원은 민의원에 대하여 연대책임을 진다.”고 규정했던 것이다. 여기에서 ‘국가의 원수’라는 용어와 ‘국가를 대표한다’는 말은 공히, 실권자임을 가리키는 것이 아니라, 국가의전 사열 1위의 공무원으로서 대통령에게 부여되는 상징적·의전적 지위를 의미하는 것이었다.

그러나, 1961년 5.16 군사쿠데타를 계기로 성립한 1962년 헌법은 다시 정부형태를 대통령제로 환원하면서 1948년 헌법과 마찬가지로 “제53조 제1항 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다. 제2항 대통령은 외국에 대하여 국가를 대표한다.”라는 원래의 문구로 돌아갔었다. 그것이 유신쿠데타 이후 자신의 의사에 더 이상 아무런 제약도 느끼지 못하게 되어 오만해진 집권자가, 위에서 본 것처럼 유신헌법에 자신을 ‘국가의 원수’로서 입법권·집행권·사법권은 물론이고 국민의 주권조차도 초월하는 이른바 ‘국가적’ 권력을 종신적으로 보유하는 - 당시의 용어인데 - ‘영도자적 지위’로 선언했던 것이다.

1987년 헌법이 유신헌법의 이러한 대통령지위조항을 그대로 존치시킨 것은 아마도 당시 개헌논의가 그들 중 한 사람의 집권이 예상되었던 3인의 정치인들의 대리인에 의해서 진행되었기 때문이 아닌가 짐작된다. 아쉬운 점은 당시에 유신헌법 이전으로 돌아가야 한다는 생각을 가지고 있었던 것으로 아는데, 어쩌서 대통령지위조항을 유신헌법 이전, 최소한도 1962년 헌법까지 조차로도 되돌리려고 시도하지 않았는지 하는 것이다. 유신헌법이 1인 독재체제였음은 모르는 사람이 없었고, 그 체제를 사실상 이어받은 군인 출신 대통령 역시 유사한 독재체제를 운영하였음도 공지의 사실이었는데도, 대통령지위조항을 그대로 둔 것은 헌정사에 대한 성찰이 부족했던 탓이 아닌가 생각되고, 심지어는 민주회복의식마저도 부족했던 것이 아닌가 의심된다.

12) 갈봉근, 유신헌법의 당위성과 필연성, 헌법연구 제3권, 한국헌법학회, 1975, 5면.

국민의 제1의 공복으로서의 대통령이라는 지위에 걸맞지 않는 독재체제의 잔재인 대통령지위조항이 촛불시민혁명 이후 반드시 변경되어야 한다는 것은 상식에 속한 일이었다. 그동안 제시된 수많은 시민단체의 개헌안도 그러했을 뿐만 아니라, 정부자문특위의 개헌안도 대통령지위조항을 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 행정부에 속한다. 대통령은 국가를 대표한다.”로 개정하자는 제안을 한 것으로 알려져 있다. (대통령은 ‘국가를 대표한다.’는 문구는 ‘외국에 대하여 국가를 대표한다.’로 되었어야 하는데, 심의가 미진했던 것 같다.)

그럼에도 불구하고 2018년 대통령발의 개헌안은 제70조에 대통령지위조항으로서 “제1항 대통령은 국가를 대표한다. 제2항 대통령은 국가의 독립과 계속성을 유지하고, 영토를 보전하며, 헌법을 수호할 책임과 의무를 진다. 제3항 대통령은 조국의 평화 통일을 위하여 성실히 노력할 의무를 진다. 제4항 행정권은 대통령을 수반으로 하는 행정부에 있다.”라고 규정하는데 - 사실상 유신헌법과 제5공화국헌법상의 대통령지위조항과 대동소이하게 규정하는데 - 그치고 있다. 제안을 하는 측에서 ‘국가의 원수’라는 문구를 삭제했다고 자랑했지만, 여전히 제1항에 ‘국가를 대표한다’고 규정하고, 제2항~제3항에 - 유신헌법상 대통령의 지위를 표시했던 - 유니크한 책무조항을 그대로 두면서, 제4항에 행정권 조항을 유치시켜, 3권을 초월하는 대통령 지위를 암시하는 왜곡된 헌법구조를 그대로 방치하였다. 현행헌법에 제40조에 “입법권은 국회에 속한다.”는 단행의 문구로, 제101조에 제1항으로 “사법권은 .. 법원에 속한다.”는 문구를 두면서도, 유독 행정권에 관한 제66조에서만 제1항~제3항까지를 대통령에 특별한 규정들로 채우고 비로소 제4항에서 “행정권은 ... 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.”고 규정하여, 3권분립의 헌법정신과 부조화를 일으키면서 대통령이 마치 3권을 초월하는 왕의 지위에 있는 듯한 인상을 주고 있는 것이 문제로 보이지 않았단 말인가. 국민주권과 민주공화국을 회복하는데 이 조항이 얼마나 걸림돌이 되고 있는지 인식조차 못했단 말인가.

5. 대통령선서 조항

대통령의 지위에 관한 문제는 대통령의 취임선서에 관한 조항에서도 반복되어 나타나고 있다.

1948년 제헌헌법은 제54조에 “대통령은 취임에 제하여 국회에서 좌의 선서를 행한다. ‘나는 국헌을 준수하며 국민의 복리를 증진하며 국가를 보위하여 대통령의 직무를 성실히 수행할 것을 국민에게 엄숙히 선서한다.’”고 규정하였었다.

1962년 헌법은 제68조 제1항에 “대통령은 취임에 즈음하여 다음의 선서를 한다. ‘나는 헌법을 준수하고 국가를 보위하며 국민의 자유와 복리의 증진에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 **국민앞에** 엄숙히 선서합니다.’ 제2항 전항의 선서에는 국회의원과 대법원의 법관이 참석한다.”라고 문구를 일부 변경하였었다. “국민에게”라는 문구를 “국민앞에”로 변경한 것에 대하여 특별히 의식하지 못하는 사람도 있겠지만, 주권자인 국민과 그로부터 수임받은 공복으로서의 대통령의 관계를 진지하게 생각해 보면, ‘국민’을 인식하는데 있어서 두 문구 사이에 상당한 뉘앙스의 차이가 있음을 감지할 수 있을 것이다. 그것은 독백과 같은 약속의 행위를 쳐다보는 ‘다중으로서의 국민’과, 약속을 수령하는 ‘당사자로서 마주보고 선 국민’의 차이같은 것이다.

1972년 유신헌법은 제46조 제1항에 “대통령은 취임에 즈음하여 다음의 선서를 한다. ‘... **조국의 평화적 통일을 위하여** ...국민앞에 엄숙히 선서합니다.’”라고 규정하여 동 헌법에서 규정한 대통령지위에 소위 부합한다는 유니크한 책무를 선서문에 삽입하고, 종래의 제2항을 삭제하였다. 1948년 제헌헌법의 ‘국회에서’라는 장소적 요건(국민대표로서 국회의원들이 참석하여 약속을 수령한다는 의미가 내재된 것임)도 1962년 헌법의 ‘국회의원과 대법원의 법관의 참석하에서’라는 재석요건(역시 국회의원이 국민대표로서 약속을 수령하고 그에 더하여 법치주의의 상징이라 할 대법원 구성원 앞에서 준법의지를 다짐받는다)는 의미가 내재된 것임)도 불필요하게 만들었다. 유신헌법의 대통령은 국회도 법원도 심지어 국민도 초월하는 유니크한 ‘국가원수’로 설계되었으므로, 사실 그가 자신의 책무를 약속할 대상이 달리 있을 수 없다고 생각했을 수도 있다.

따라서 국민주권과 민주공화국을 온전히 회복하려면 대통령지위조항도, 그것과 연결되는 대통령선서조항도 변경되는 것이 지극히 자연스러운 일이었다. 그럼에도 불구하고 2018년 대통령발의 개헌안은 제68조 제1항에서 “대통령은 취임에 즈음하여 다음의 선서를 한다. ‘나는 헌법을 준수하고 국가를 지키며 **조국의 평화통일**과 국민의 자유와 복리의 증진 및 문화의 창달에 노력하여 대통령으로서 맡은 **직책**을 성실히 수행할 것을 **국민앞에** 엄숙히 선서합니다.’”라고 규정하였을 뿐이다. 대통령선서조항의 문구를 매끄럽게 다듬는 것에만 신경을 썼지 이 조항이 함축하고 있었던, 그리고 함축하여야 할 의미에 대하여 성찰하지 못하고 있었음이 드러난다.

IV | 대통령발의 개헌안(‘총강편’) 관련 논의의 불충분성

2018년 3월 6일 대통령이 발의한 개헌안은 비록 국회에서 투표불성립으로 폐기되어 무산되었지만, 민주화 이후 31년 만에 정식 절차를 밟아 국회에 제출된 첫 개헌안으로서, 앞으로의 개헌논의에서도 가변이 할 수 없는 주요한 자료의 역할을 할 것으로 예상된다. 제안자 측에서도 동 개헌안이 개헌논의의 장에서 활발하게 토론되기를 기대하였고 앞으로도 그러하기를 기대했을 것으로 믿는다.

따라서 여기에서 동 개헌안에서 충분히 살피지 못한 점이 없는지를 간략하게나마 검토하는 것은 향후의 개헌논의를 위하여 의미있는 일이 될 것이다. 다만, 다음 발제자인 전광석 교수께서 기본권조항들을, 송석운 교수께서 국가조직(통치구조)규정들을 검토 해주실 예정이므로, 이 글에서는 총강부분(제1조~제9조)에 국한해서 주로 구조적인 문제와 관련한 것만 간단히 살펴보기로 한다.

1. 헌법의 기본원리 내지 국가구조원리 규정

한국 헌법은 제1조에서 민주공화국(제1항), 국민주권(제2항)을 규정한 외에는 국가라는 구조물을 건립함에 있어서 기둥이라고 할 수 있는 ‘헌법의 기본원리’를 규정하는 조항을 두지 않고 있다. 비전형적인 방식으로 문화(국가)에 관한 규정(헌법 제9조)을 두고 있는 외에는, 민주주의 내지 민주국가, 법치주의 내지 법치국가, 사회국가, 연방국가 또는 지방분권국가 등 국가조직원리에 해당하는 규정들이 명시적으로 분명하게 규정되어 있지 않다. 물론 이들 원리들 대부분은 이미 헌법에 산재해 있는 개별규정들에 그 원리들의 구성요소들이 규정되어 있어 우리 헌법에 내재하는 것으로 이해되고 있기는 하다. 그러나 국가의 기본성격을 규정하는 헌법의 기본원리들을 명시적으로 규정하는 것이 바람직하다고 볼 수 있는데도, 대통령발의 개헌안에는 단지 지방분권국가를 지향한다는 규정만을 신설하고 있을 뿐 더 기본적인 법치국가원리 등을 별도로 규정한다는 구상은 하지 않은 것으로 보인다.¹³⁾

13) 독일의 헌법학자 한스 페터 입센이 1949년 11월 17일 함부르크대학교에서 행한 연설에서 독일기본법이 “사회적 법치국가”와 같은 국가목표규정(Staatszielbestimmung)을 명문화하고 있는 것은 바이마르헌법과 구별되는 점이라고 강조한 것은 시사하는 바가 적지 않다. Hans Peter Ipsen, Über das Grundgesetz. Gesammelte Beiträge seit 1949, 1988, S. 8.

2. 헌법 제4조의 자유민주적 기본질서, 제8조 제4항의 민주적 기본질서 규정

위에서 본 대로 ‘자유민주적 기본질서’라는 문구는 유신헌법 전문에 처음 도입될 때 독일 헌법에서 그 개념에 부여했던 원래의 의의에 부합하지 않는 의도로 사용되었다. 그러다 보니 1987년 현행헌법에 신설된 이른바 통일조항(제4조)에서 통일정책의 내용 형성적 기준으로 사용된 ‘자유민주적 기본질서’라는 개념과 관련하여서도 개헌 때 수정해야 한다는 주장이 제기되어 왔다.

그런데 헌법 제8조 제4항에서 헌법재판소의 결정에 의하여 강제로 해산될 정당의 목적·활동의 표지로서 ‘자유민주적 기본질서’가 아니고 ‘민주적 기본질서’가 사용되고 있는 점이 눈길을 끈다. 독일 기본법 제21조 제2항에서 해산대상이 될 정당을 ‘자유민주적 기본질서’를 침해·배제하려고 시도하는 정당이라고 규정하고 있는 것과 비교해서 보면, - 독일 기본법의 위헌정당해산제도를 모델로 해서 1960년 헌법에 도입된 위헌정당 해산의 근거조항인 - 현행 헌법 제8조 제4항의 ‘민주적 기본질서’는 ‘자유민주적 기본질서’로 규정되었어야 하는 것 아닌가 생각되기도 한다.

대통령발의 개헌안은 전문의 ‘자유민주적 기본질서’도, 제4조의 ‘자유민주적 기본질서’도, 제8조 제4항의 ‘민주적 기본질서’도 종전대로 그대로 두고 있다. 아마도 국내의 좌우 진영간 대립을 일으켜 개헌과정에 걸림돌이 되지 않을까 우려한 까닭이 아닌가 짐작된다. 하지만, 문제를 만연히 덮고 넘어가는 것으로는 당장의 갈등은 피할 수 있을지 몰라도 결국은 통합에 도움이 되지 못할 것이다. 그보다는 헌법사적·헌법이론적 검토를 통하여 불필요한 갈등의 소지가 없도록 헌법개념을 정리하는 것이 오히려 향후의 통합에 더 기여하지 않을까 생각한다. 과거 반입헌주의적 의도에 의한 개헌을 통하여 유발된 갈등을 회피하면서 갈등을 계속 방치하는 것보다는 불필요한 갈등이 재연되지 않게끔 문제의 소지를 해결하는 방향으로 헌법을 고치는 것이 나올 것이기 때문이다.

3. 헌법 제5조 제2항의 군에 대한 문민통제(Civilian Control of the Military)규정

1948년 제헌헌법(제6조)에서는 “대한민국은 모든 침략적인 전쟁을 부인한다.”고 규정하여 평화주의를 천명한 후, 그렇다고 해서 “국가를 방위하는 권리와 의무를 포기한 것은 아니므로 ... 후단에서 국토방위의 신성한 의무를 수행하기 위하여 국군을 설치할 것을 규정”¹⁴⁾하였다(“국군은 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 한다”).

14) 유진오, 헌법해의(1949), 증보판, 1952, 명세당, 26면.

5·16 군사쿠데타 후 1962년 헌법(제4조)은 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.”고 하여 종전 조항에서 전단만 남기고 후단 규정(국군이 국토방위를 위하여 존재한다는 규정)을 삭제하였다. 삭제한 이유야 누구나 짐작할 수 있을 것이다. 같은 군부독재체제였지만, 악명높았던 1972년 유신헌법으로부터 조금이나마 벗어나고자 노력했던, 1980년 제5공화국헌법(제4조)에서는 “제1항 대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다. 제2항 국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 한다.”고 규정하여 국군의 국토방위의무 규정을 되돌려놓았다.

1987년 6·10 민주항쟁 이후 성립한 현행 헌법(제5조)은 “제1항 대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다. 제2항 국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며, 그 정치적 중립성은 준수된다.”고 규정함으로써, 드디어 군사독재의 암흑기를 벗어날 수 있다는 희망을 품었던 국민들에게 군의 정치개입이 헌법상 금지된다는 시그널(signal, 신호)을 주었던 것으로 보인다. 그러나 법률규정의 표현으로서는 좀 모호한 흠이 보인다. 헌법 제7조 제2항의 “공무원의 ... 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”는 규정, 제31조 제4항의 “교육의.. 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”는 규정과 비교해보면, “그 정치적 중립성은 준수된다.”는 규정은 당위명제라기 보다는 서술적 표현으로 읽힌다. 당시 군사독재세력이 집권 중이었고 그들과 타협하였기 때문에 이 정도라도 규정에 성공한 것을 평가해주어야 할지도 모른다. 그러나 보다 분명하게 “군의 정치 개입은 금지된다.”고 명시하거나, 적어도 “군은 정치적 중립을 지켜야 한다.” 정도로 규정하는 것이 옳았을 것이다. 또한 이 조항의 규정 위치도 대통령의 국군통수권과 국군의 조직에 관한 규정(제74조)과 함께 규정하는 방향을 검토해볼 필요도 있었다. 32년에 걸친 군사정권을 청산하고 문민정부로 이행한지 4반세기가 지난 2018년 발의된 대통령개헌안은 이 조항에 전혀 손을 대지 않았다.¹⁵⁾

4. 헌법 제6조의 국제법규의 효력(제1항), 외국인지위 규정(제2항)

대통령발의 개헌안은 종래의 헌법에서 기본권 주체를 모두 ‘국민’으로 규정하여 온 것

15) 오늘날에도 여전히 세계 각지에서 군사쿠데타가 발생하고 있고(2013년 이집트, 2014년 태국, 2021년 미얀마 등), 한국에서도 2017년 대통령탄핵 시기에 군을 동원하려고 한 계획이 있었던 것으로 밝혀져 국민들이 큰 충격을 받았다. 그렇다면 장기간의 군부통치 하에서 고통 받은 한국에서 개헌을 하면서 군의 정치개입을 절대적으로 금지하고 군에 대한 문민통제를 확실하게 하는 명문규정을 두어 민군관계를 민주적 법치국가에 부합하게 재설정하는 적극적인 검토가 있었어야 하지 않을까 생각한다.

을, 국적을 불문하고 보편적으로 보장되어야 할 인권에 해당하는 경우에는 ‘사람’으로, 대한민국 국민에게만 보장할 기본권의 주체는 여전히 ‘국민’으로 하여 이원화하였다. 그동안 개헌이 논의될 때마다 단골 메뉴였던 기본권주체 규정 논의를 적극적으로 수용한 것으로 환영할만한 태도이다.

그러나, 1948년 제헌헌법에서 기본권주체를 ‘국민’으로 규정하다보니, 한국 헌법이 ‘외국인’의 지위 내지 권리 보장을 소홀히 하는 것으로 보이는 문제를 해결하기 위해 둔 조항이 헌법 제6조 제2항(“외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”)이었다는 점을 성찰하지 못한 흠결이 발견된다. 즉, 기본권조항들의 주체규정을 국민과 사람으로 이원화함으로써 외국인의 인권도 기본권으로 포착할 수 있도록 변경하면서도, 그로 인하여 헌법 제6조 제2항의 외국인지위보장조항이 어떠한 영향을 받게 될지를 검토없이 간과한 것 같아 아쉽다.

나아가, 그동안 국제인권법 내지 국제법상의 강행규정(jus cogens)에 대하여 헌법과의 사이에 효력의 서열 문제를 두고 많은 논의가 있어 왔고, 한국 정부가 국제인권조약 이행보고서를 제출할 때마다 헌법 제6조 제1항에 규정된 ‘국제법규의 국내법적 효력’에 관한 지적이 반복되어왔다. 국제조약에 의한 것이든 국제관습법에 의한 것이든 일정한 국제인권법규에 대하여 헌법과 동위의 효력 또는 헌법과 법률 사이의 효력을 인정하는 문제가 얼마나 진지하게 논의되었는지 알 길은 없으나 대통령발의 개헌안에 그 흔적이 전혀 남아있지 않아 아쉽다.

5. 헌법 제7조 공무원 규정

원래 공무원 규정은 1948년 제헌헌법에서는 공무원선거권(제25조), 공무담임권(제26조)과 더불어 (제27조로) 기본권편에 규정되어 있었다. 그것이 총강편으로 옮겨 규정된 것은 5·16 군사쿠데타 이후 성립된 1962년 헌법에서(제6조)이다. 국가의 형태·성격·조직원리 등을 규정하는 총강편으로 공무원지위규정을 옮긴 이유는 무엇일까. 1962년 헌법이 전문에서 선언하였던 이른바 “새로운 민주공화국을 건설”한다는 것과 관련이 있었던 것은 아닐까 하는 의심이 든다. 즉 군사정부 하에서 공무원은 새로운 국가건설을 위하여 동원될 수 있는 지위로 설정된 것이 아닐까. 그후의 역사가 이것이 사실이었음을 증명하고 있음은 주지하는 바와 같다. 그럼에도 불구하고 2018년 대통령발의 개헌안은 공무원지위 조항의 위치 문제를 전혀 인식하지 못한 것으로 보인다.

규정 위치만이 문제가 아니라 내용도 극적으로 변경되었는데, 1948년 제헌헌법에서 “주권자인 국민의 수입자”로서 국민으로부터 “언제든지 파면청원”의 대상이 될 수 있었

던 지위로부터, 단지 국민전체에 대한 봉사자로, 그리고 막연히 국민에 대하여 책임을 지는 지위로 문구가 수정된 바 있다. 국민과 공무원의 관계에 대한 이런 구조적인 변경 내용에 대하여도 대통령발의 개헌안은 인식하지 못했던 것으로 보인다.

공무원조항과 관련해서 개선의 노력을 보여주고 있는 것은 그동안 많이 논의되어 누구나 쉽게 알 수 있었던 공무원의 정치적 중립성 조항의 문제인데, ‘직무를 수행할 때 정치적 중립성을 지켜야 한다’는 문언으로써 ‘직무수행 중’을 도입한 것이 눈에 띈다. 그러나 과거 관권 동원에 시달리던 공무원을 ‘정치권력의 영향력으로부터’ 지켜주고자 도입되었던 정치적 중립성 조항의 취지를 정확히 이해하지 못한 채, ‘공무원은 ... 정치적 중립성을 지켜야 한다’고 규정함으로써 여전히 공무원을 ‘정치영역으로부터’ 분리시키는 헌법적 근거로서 기능하도록 놓아둔 셈이다. 또한 직업공무원제도를 구성하는 핵심적 요소인 신분보장에 관하여도 과거와 같이 어떠한 구체적인 표지를 규정함 없이 여전히 법률로 정하도록 맡겨놓고 있는 점(대통령발의 개헌안 제7조 제2항)도 ‘영혼이 있는 공무원’은 헌법적 차원의 직업공무원제도의 신분보장을 전제해야 가능하다는 점을 간과하고 있어 아쉽다.

6. 헌법 제8조 정당규정

대통령발의 개헌안 총강편에서 가장 논의가 부족했던 것으로 보이는 조항이 제8조 정당조항이 아닌가 한다. 동조 제1항에서 원래 “정당의 설립은 자유이며”라고 되어 있는 문구를 “정당은 자유롭게 설립할 수 있으며”라고 바꾼 것은 왜 그랬는지 의아하다는 느낌까지 준다. 아마도 제8조 제1항만 - 다른 헌법조항 전체와 관계없이 - 따로 떼어놓고, 그 자체로서 국문법상 잘 조응되고 읽기 쉬운 문체로 쓰려고 한 것으로 짐작된다. 그러나 이는 원래 정당조항이 1960년 헌법에 처음 도입될 때 기본권편의 제13조 언론, 출판의 자유와 집회, 결사의 자유 아래 규정되었다는 것, 따라서 정당도 정치적인 성격만 가졌지 당연히 결사의 한 종류로 이해되어서 ‘정당을 설립할 자유’라는 별도의 문구 자체도 두지 않았다는 것, ‘정당의 설립은 자유이며’라는 문구는 5·16 군사쿠데타 후 1962년 헌법에서 정당조항을 총강편으로 옮기면서 기본권편의 언론·출판, 집회·결사의 자유 조항과 분리되자 새로이 추가한 것이라는 것 등 헌법사적 규정연혁에 대한 이해가 부족했다는 것을 보여준다. “정당의 설립은 자유이며”라는 규정스타일은 ‘신체의 자유’, ‘주거의 자유’, ‘양심의 자유’, ‘종교의 자유’, ‘학문과 예술의 자유’처럼 자유권의 보편적인 규정양식을 따른 것인데, 이것을 해체하여 “정당은 자유롭게 설립할 수 있으며”라고 문구를 임의로 수정한 것은 정당설립의 자유가 기본적으로 개인의 자유권임을 이해하고

있었다면 감행하지 않았을 일이다. 법전도 국문법을 따라야 하는 것은 맞지만, 법전의 전 체계를 관통하는 규정양식은 통일되어야 하는 것이 바람직하다는 점에서 실수가 아닌가 한다.

제2항에 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.”는 문구는 - 전단의 ‘목적’이 1987년 현행 헌법에서 추가된 것을 제외하면 - 1962년 헌법부터 계속되어 온 것인데, 특히 후단의 ‘국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 갖추어야 한다’는 문구가 정당의 설립과 존속을 어렵게 하는 법률을 만들 수 있게 하는 헌법적 근거로 오남용되어 왔다. 따라서 동 문구를 삭제한 것은 외관상 진일보한 것으로 보인다. 그러나 사실은 그 동안에도 이 규정이 그 자체로서 문제된 것이라기보다는, 이 규정을 근거로 내세우면서 제정된 과잉입법(가혹한 정당설립요건, 정당설립의 자유권 침해)이 문제였던 것이고, 그러한 과잉입법을 헌법상 허용하는 근거인 것으로 동 규정을 해석해 온 것이 문제였다고 보아야 한다. 오히려 1987년 현행 헌법에서 전단에 ‘목적’을 추가한 것은 제4항의 정당해산조항과 맞추려고 한 것으로 보이는데, 반대로 제4항의 ‘목적’을 제한하는 개헌을 추구했어야 한다는 점에서 문제가 있다.

제3항에 “정당은 법률로 정하는 바에 따라 국가의 보호를 받으며, 국가는 정당한 목적과 공정한 기준으로 법률로 정하는 바에 따라 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.”고 대통령발의 개헌안에 규정한 것은, 전단은 종래대로 그대로 두고 국고보조금에 대한 실질적인 기준을 설정하는 데에만 관심을 두었음을 알게 한다. 그러나 1960년 헌법에 정당조항이 도입된 배경을 살펴보면, 1960년 4·19혁명을 계기로 개헌하기 직전이었던 1958년에 정부의 일방적 조치로 야당이 강제로 소멸된 것을 경험한 국회의원들이, 정당은 정부의 탄압대상이 아니라 국가의 보호대상을 강조하기 위하여 “정당은 법률의 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”라고 특별히 명문화했던 것이다. 따라서 정당에 대한 국가보호조항으로 인하여 정당에 대하여 아무런 조치도 할 수 없게 되면 나치스정당과 같은 반민주주의적 정당이 활개 치지 않을까 염려가 된 나머지 동 조항의 단서에 - 그 집행이 실제로 극단적으로 어려운, 그러나 어쨌든 경고적 효과는 거둘 수 있는 - 정당해산제도조항을 두었던 것이다. 이러한 ‘정당에 대한 국가보호규정과 정당해산제도규정의 결합’이 해체되고, 정당에 대한 국가보호조항이 국고보조와 결합하여 규정된 것은 1980년 헌법에서였는데, 종래의 그 결합이 가지던 중요성을 해체하는 우를 저지른 셈이다. 국고보조는 정당에 대한 국가보호의 일환일 뿐인데, 국가보호조항과 국고보조조항이 전단과 후단으로 하나로 묶여 규정됨으로써, 정당에 대한 국가보호

조항이 가지는 역사적으로 중요한 의의가 희석되어 버린 것이다. 대통령발의 개헌안은 이 문제를 전혀 인식하지 못한 것으로 보인다.

제4항의 정당해산조항도 ‘(민주적 기본질서에) 위배’라는 한자어가 어렵다고 생각해 서인지 “위반”이라는 문구로 대체하였을 뿐 사실상 거의 손을 대지 않고 그대로 방치하고 있다. ‘(정당의) 목적이나 활동’, ‘정부는 제소할 수 있고’, ‘(제소된 정당은) 헌법재판소의 심판에 따라 해산된다’ 등 거의 그대로이다. 지난번 현재의 정당해산결정 후 논란이 있었던 ‘해산된 정당에 소속된 국회의원의 의원직 상실여부’라든가, 가혹한 해산을 대신할 국고보조중단 등 완충적 수단(독일 기본법에서 최근 도입됨)의 가능성이라든가 검토한 것으로 보이지 않는다. 위 문구들은 1960년 헌법에서 정당조항을 도입하면서 정당에 대한 국가보호규정에도 불구하고 불가피하게 해산조치를 하지 않을 수 없는 정당이 있을 경우를 대비하기 위하여 단서로 붙여 규정한 것이다. 당시의 헌법은 의원내각제 헌법이었으므로 - 제소권자가 정부라고 되어 있기는 하지만 - 사실상 (정부를 그 속에서 구성하는) 국회에서 제소하는 것(그것도 중립적인 대통령의 승인까지 얻어야 비로소 제소 가능하도록 규정함)과 마찬가지로였다. 그런데도 대통령제로 정부형태가 변경되었음에도 불구하고, 원래의 도입 취지에 맞게 수정하지 않고 만연하게 방치되어 온 것이다.

무엇보다도 심각한 문제는 1962년 헌법이 정당조항을 기본권편에서 총강편으로 옮겨 규정한 것을 그대로 둔 것에서 발견할 수 있다. 정당은 법적 성질로 보면 사법상의 결사일 뿐이고 법인격 없는 사단으로서 민법의 적용을 받고 민사소송의 당사자가 된다. 그렇기 때문에 기본적으로 정당의 설립과 활동은 국민 개개인의 자유이고 따라서 기본권편에 규정하는 것이 체계상 맞는 것이다. 그런데도 5.16 쿠데타 집권세력이 정당을 국가기관화한 정당국가를 도모하여, 언론·출판, 집회·결사의 자유 아래에 있던 조항을 의도적으로 - 국가의 형태·성격·조직 원리를 규정하는 - 총강편으로 끌어올렸던 것이다. 실제로도 5·16 쿠데타 세력이 비밀정보조직으로 창설한 중앙정보부에서 비밀리에 정당을 조직하였고, 그 정당을 - 준-국가기관으로 운영하면서 - 중심으로 정치영역을 장악하여 오히려 정당제민주주의를 질식케 하였던 것은 주지하는 바와 같다. 이러한 역사적 배경을 알고 있었다면 정당조항을 총강편에 그대로 두지 않았어야 하는데, 논의가 충분히 않았던 것으로 보여 아쉽다.

7. 소결

이상으로 대통령발의 개헌안의 총강편에 규정된 몇몇 조항을 살펴본 데 불과한데도, 헌법사적 배경이라든가 헌법이론적인 문제에 대한 검토가 불충분한 개헌안이라는 사실을 분명하게 알 수 있을 정도이다. 총강편의 다른 규정들,¹⁶⁾ 기본권편, 국가조직(통치구조)편까지 구석구석 살펴볼 경우 아마도 그 문제목록이 한없이 길어질까 걱정이 된다. 대통령발의 개헌안은 일종의 ‘초안’으로서 우리 앞에 놓여있는 것으로 이해하고, 보다 심도있는 논의를 더 충분히 하는 것이 국민주권과 민주공화국을 회복·완성하는 개헌을 위해 불가결하다는 점을 강조하고 싶다.

V¹ 국민이 중심이 되는 개헌논의의 헌법규범적 기준

헌법의 개정절차는 헌법 제10장에 규정되어 있다: 국회 재적의원 과반수 또는 대통령의 제안(제128조 제1항)—20일 이상의 대통령의 공고(제129조)—공고후 60일 이내 국회의결(제130조 제1항)—국회의결후 30일 이내 국민투표(제130조 제2항)—국회의원선거권자 과반수 투표, 투표자 과반수 찬성이 있으면 확정(제130조 제3항 전단)—즉시 대통령 공포(제130조 제3항 후단).

이처럼 헌법의 헌법개정절차는 제안 단계부터 규정되어 있다. 헌법개정을 제안하기 위해서는 먼저 그 개헌안을 만들어야 한다는 점에서, 당연히 전제되어야 할 개헌안 작성의 방법이나 절차에 관한 규정이 없다. 그렇다고 해서 국회는 재적의원 과반수만 모을 수 있으면, 대통령은 혼자서 마음만 먹으면, 어떠한 내용으로든 개헌안을 만들어, 국회에 제출할 수 있다는 것일까.

헌법은 원칙적으로 항구적인 국가기본질서이다. 특별한 사정이 없으면 변경 없이 국

16) 헌법 제2조 국민에 관한 규정도 국민의 자격을 법률로 정하도록 위임하고 있는바 국적법에서 혈통주의를 취하고 있어, 혈통을 거슬러 올라갈 때 최초의 국민은 누구여야 하는지에 관해 헌법에서 규정했어야 한다는 지적이 있다. 헌법 제3조 영토조항에 대하여도 남북분단의 현실을 외면한 조항으로서 남북 간의 관계를 법리적으로 파악하는데 큰 어려움을 주고 있어 검토가 필요하다는 주장이 있다. 사실 헌법 제1조조차도 제헌헌법에 제1조(민주공화국)와 제2조(주권)로 나뉘어 있던 것을 1962년 헌법에서 하나의 조문으로 묶은 것인데, 게오르그 옐리네크의 국가3요소(주권, 국민, 영토)설에 따라 규정하는 것이 헌법제정자의 의도였다면, 제1조에 국가형태(민주공화국)를 규정한 후, 국가구성요소를 차례로 주권(제2조), 국민(제3조), 영토(제4조)로 규정했던 제헌헌법이 더 체계적이지 않았나 생각된다. 헌법 제9조(“국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”)도 소위 ‘문화국가’를 규정한 것이라고 이해되고 있지만, 1980년 헌법에 뜬금없이 신설된 조항인데다가 규정내용도 ‘전통문화’, ‘민족문화’에 국한하여 한국이 문화국가를 지향한다는 국가목표를 규정한 것으로 해석하는 것이 옳은 지 의심스럽다(이 제9조는 대통령발의 개헌안에서 “국가는 문화의 자율성과 다양성을 증진하고, 전통문화를 발전적으로 계승하기 위하여 노력해야 한다.”로 조금 나아지기는 했다).

가적 생활의 기초로 유지되어야 한다. 그래서 개헌에 특별히 가중된 절차와 특별히 가중된 정족수를 요구하는 것이다(경성헌법성). 그렇다면 과거의 국민-현재의 국민-미래의 국민으로 항구적으로 이어지는 ‘우리 대한국민’의 삶의 기본양식인 대한민국헌법을 결정할 권한이 누구에게 있는 것이 옳은가. 과연 (半)영구적으로 존재하게 될 ‘국민의 삶의 양식’을 결정할 권한이 임기 4년의 국회, 임기 5년의 대통령에게 있다고 할 수 있는가. 국회와 대통령에게는 다만 국민이 헌법개정권력을 행사하는데 필요한 자원을 공급하고, 절차를 대행하는 이상의 권한이 있다고 하기 어려울 것이다.

헌법에 규정된 개헌절차를 외관상으로만 보면, 국민은 이미 성안되어 제출된 개헌안의 공고의 대상이면서 국회의결에서 통과된 개헌안에 대하여 찬반의견을 표시할 수 있는 투표권자로만 예정되어 있는 것으로 보인다. 개헌의 실질적 내용을 결정하는 과정을 중심으로 보면 대통령 또는 국회가 주체로 설정되어 있고 국민은 개헌안의 수신자이자 찬반표시만 가능한 지위를 갖는 것으로 오해하기 쉽게 규정되어 있다.

그러나 이는 헌법 전문에 헌법개정권력을 국민이 행사하는 것으로 규정한 것(“... 우리 대한국민은... 헌법을... 개정한다.”), 제1조에서 주권(헌법의 제정권력과 개정권력도 여기에 포함됨)이 국민에게 있다고 천명한 것, 제130조 제2항에서 헌법개정은 국민이 투표로 확정하는 것으로 규정한 것과 모순된다. 즉 헌법은 국민이 제정하고 개정한다고 명시해놓은 헌법에서, 그 내용을 결정하는 과정에서는 전면적으로 배제된 채 자신의 대리인인 대통령이나 국회가 만들어 제시하는 개헌안에 고작 고무도장(rubber stamp) 찍는 역할을 하는데 그치는 것을 헌법이 의도했다고 해석하는 것은 도저히 받아들이기 어렵다.

1948년 제헌헌법의 기초 과정에서 핵심적 역할을 했던 유진오 박사는 “적어도 일국의 기본조직을 변경하려는 헌법개정안인 이상에는 국회에 정식으로 제안되기 전에 벌써 이론적으로나 정치적으로나 충분한 용의를 갖추어야 사리상 마땅한 것이다. 환언하면 헌법개정의 제안이라는 것은 말이 제안이지 제안될 때에 벌써 통과된 것이나 마찬가지로의 준비를 완료한 것이어야 한다는 의미인 것이다. 공고와 국회의 의결은 국민의 여론을 들은 후 최후적으로 정식으로 결정하는 절차에 지나지 않는 것이 되어야 한다는 것이다.”라고 설파한 바 있다.¹⁷⁾ 유진오 박사가 이 말을 쓴 당시 헌법상으로는 국회의결로 헌법개정이 확정되도록 되어 있었다(1952년 제1차 개헌 헌법 제98조). 유진오 박사의 말이 옳다면, 개헌안에 대한 국민투표가 규정되어 있는 현행 헌법에서의 개헌에도 같은 논지가 적용되어야 할 것이다. 즉 개헌안이 제안되기 전에, 성안된 그대로 국회의

17) 굵은 글씨와 밑줄은 발제자가 함, 유진오, 신고 헌법해의, 일조각, 1953, 287면.

결 뿐만 아니라 국민투표가 충분히 가능할 정도로, ‘국민의사로서 숙성한 개헌안’이 준비되어 있어야 한다고 보아야 한다.

사실, 현행 헌법의 개정절차에 포함되어 있는 ‘20일 이상의 기간을 공고한다’는 것이 무슨 의미를 가지는 것인지 묻지 않을 수 없다. 개헌안은 제안될 때 이미 문언상 확정되어 더 이상의 수정·변경이 불가능한데, 국민에게 공고하여 여론을 살핀다는게 무슨 의미가 있을까. 국회의원들로 하여금 국민 여론을 보아서 찬성할지 반대할지 정하라는 뜻인가. 또한 국회의결 후 30일 내에 국민투표에 붙여지는데, 공고된 문언만 참고하여 국민들로 하여금 찬성할지 부결시킬지 정하라는 뜻인가. 즉 자신들이 전혀 참여하지 못한 채 결정된 개헌안을 통째로 놓고 받아들일지 말지를 결정하라는 것인가. 과거 독재시대의 권력자들이 국민도 모르게 비밀리에 헌법 전부를 자기 마음대로 뜯어고친 개헌안을 국민들에게 던져주고 찬성을 강요한 적이 한 두 번이 아니었던 것을 기억한다.

그렇다면 공고절차가 가지는 의미를 - 유진오 박사의 말을 참작해서 - 적극적으로 해석하는 것이 바람직할 것이다. 누가 개헌안을 발의하든, 실질적으로는 국민 발안이 되도록 개헌안이 작성되는 것을 전제로 하는 절차로 이해하는 것이다. 공고제도의 취지와 국민주권 즉 국민의 개헌권을 명시하고 있는 헌법의 정신을 살려서, 국민의사를 최대한 수렴하여 개헌안을 작성한 후 국민을 대행하여 국민대표기관이 제안하고(대통령이든 국회든) 또 공고하는(대통령) 것으로 해석하는 것이다. 공고제도란 혹시 개헌안 작성절차에 스스로 참가하지 않았거나 부분적으로만 참여한 국민들에게 개헌안 전체를 볼 기회를 제공하는 것으로 이해하면 될 것이다.

그렇게 보면 개헌안 작성절차는 개헌 어젠다를 셋팅하는 단계 - 쟁점별로 국민의사를 수렴하는 단계 - 국민의 제안을 전문가가 검증하는 단계 - 다시 검증안을 가지고 국민의 여론을 확인하는 단계 - 국민여론에 대한 전문가의 피드백을 거쳐 다시 국회에서 전문가와 국회의원으로 구성된 기초위원회에서 (검증된 국민제안을 기초로 이를 최대한 존중하여) 개헌안을 최종 성안하는 단계를 거쳐, 개헌안이 만들어지는 것이 바람직할 것이다. 그렇게 된다면 그 후의 국회발의에 의한 개헌안의 제안 - 대통령의 공고 - 국회의결 - 국민투표 과정이 말 그대로 국민통합을 진작시키는 국민축제처럼 갈등없이 매끄럽게 진행될 것으로 기대된다.

이러한 관점에서 2017년 이후 진행된 개헌논의를 돌아보면, 아쉬운 점이 한둘이 아니다. 국회에서의 개헌논의는 전문가들을 일부 포함시켜 여러 쟁점들을 검토하는데 1년 여의 시간을 소모하면서도 국민의사를 적극적으로 수렴하려고도 국회 내에서 합의를 이루려고도 별로 노력하지 않았던 것으로 보인다. 국회합의가 지연되자 나선 대통령은 거

우 한 달의 시간을 정부자문특위에 주고 개헌안을 작성하도록 하였고, 그것도 그 한 달 가운데 일부의 시간에 전국 각지에서의 집회 및 인터넷 플랫폼을 통하여 국민의사를 수렴하는 형식을 밟기는 하였다. 그러나 이런 방식은 여건상 명목적·형식적으로 진행될 수밖에 없어서 일종의 캠페인에 가까웠던 것이지 진정한 의미에서의 국민적 숙의과정이 가능한 기간도 적정한 방식도 아니었다고 평가할 수밖에 없다. 다만, 개헌안 작성과정에서 국민의사를 수렴하는 숙의형 공론화과정을 형식적으로나마 선보인 것은 한국에서도 개헌논의의 중심이 국회에서 국민으로 이동하였다는 것을 인식하고 있었음을 보여주는 증표로 볼 수 있어 다행이라고 할 수 있겠다. 앞으로 개헌절차가 재가동된다면, 국회에서든 정부에서든, 그와 같은 국민공론화과정을 보다 진지하게, 심화된 형태로, 그것도 충분한 기간을 갖고 진행할 것을 기대할 수 있는 출발점이 되었으면 한다.

VI¹ 개헌논의의 정치현실적 한계

2021년 6월 현재, 한국이 처한 현실은 ‘무엇인가 큰 일’을 이뤄내기에 녹록지 않은 상황인 것으로 보인다. 개헌 프로세스 전체, 아니 개헌을 논의하는 자체도 성공적으로 진행시키기에 버거운 상황이 아닌지 걱정이 앞선다.

1. 시간적 한계: 일정표(timetable) 짜기의 어려움

첫째, 무엇보다도 내년 3월로 예정된 대선으로부터 역산한 정치일정표를 고려할 때 동시에 진행되는 개헌일정표를 짜기가 매우 어려울 것으로 보인다. 이제부터 정치권이 대선에 집중하는 계절이어서 개헌논의에 필요한 집중력을 기대하기 어렵기 때문이다.

차기 대권의 향방이 불명확하여 오히려 개헌이 성사될 가능성이 높다는 말도 있는데, 이러한 인식에 바탕한 개헌논의는 ‘권력 나눠먹기 게임’의 일환으로 개헌논의를 끌고 가게 될 우려가 있다. 또한 개헌논의를 대선구도의 변동에 종속케 하는 것은 ‘권력통제를 핵심으로 하는 헌법의 정신’에 반한다. 잘못하면 헌법이란 무엇인가에 관한 국민적 의식을 호도할 수 있기 때문에 주의하여야 한다.

2. 상황적 한계: 코로나위기와 소통의 어려움

둘째, 현재는 한국 뿐만 아니라 전 세계가 전대미문의 전염병을 극복하느라 정신없는

상태이다. 거의 전시에 가까운 비상시국에 처해 있다고 해도 과언이 아니다. 국가의 에너지를 전염병 극복에 집중하지 않을 수 없는 상황이다.

가장 문제되는 것은 코로나 위기로 인하여 국민 내부의 커뮤니케이션이 대폭 위축된 상태가 지속되고 있는 점이다. 개헌논의가 성질상 요구하는 수준의 활발한 토론의 장을 열기 어려운 상황이다. 국가적 차원에서 집합 인원의 숫자를 제한한다든가 사회적 거리두기 등 방역을 위한 각종 조치가 시행 중인 가운데 과연 개헌이 가능한 수준으로 국민 의사를 성숙시키기 위한 헌법적 대화가 원활하게 진행되기를 기대하기는 어려울 것이다. 국민들의 논의 참가가 적정한 수준에서 보장되지 못하여 개정헌법이 실질적인 국민적 정당성을 획득하는 것이 난망하다고 아니할 수 없다. 결국 과거 반복되어 온, ‘국민이 배제된 개헌’ 내지 ‘국민이 최종적 고무도장 역할에 그치는 상황’이 다시 연출될 가능성도 배제하기 어렵다.

이와 같이 민주적 개헌논의가 어려운 현실적 여건에서는 개헌 자체를 유예하는 헌법례가 적지 않다.¹⁸⁾ 특히 국가긴급권(state emergency)이 발동된 시기에 헌법개정을 금지하는 헌법례가 다수 있다. 또한 긴급권이 발동되지는 않았더라도 그에 준하는 긴급 상황에서는 마찬가지로 논리가 적용될 수 있다고 보아야 할 것이다. 현재의 코로나 위기는 전대미문의 실존적 위협이다. 이 위기가 상당 기간 지속되면서 국민도 정부도 예민해져 있고 지칠 대로 지쳐 있다. 차분하게 국가의 백년대계를 논의하기에 적절한 시기가 아니다.

그리고 긴급 상황에 처한 기간을 보통 이른바 ‘집행부의 시간(time of Executive)’이라고 부르는데, 이 기간 동안 집행부의 집행권력이 평상시와 다르게 확대되고 그러한 집행권력에 대한 의회의 견제가 미약해지는 경향이 나타난다. 평시라면 위헌에 해당했을 긴급한 조치가 집행부에 의해 취해지는 경우도 상당히 있는데, 이에 대해서 법원(헌법재판소 포함)도 개입하기를 주저하고 당장의 위기가 지속되는 동안에는 판단을 유예하는 경향도 나타난다. 다시 말해서 긴급상황에서는 집행권이 비정상적으로, 정확히 말하자면 법치주의에 부조화되게, 확장되는 경향이 있기 때문에, 이 시기에 개헌을 하게 되면 매우 예외적인 집행권력 행사를 헌법적으로 제도화해주게 될 우려가 있다. 이렇게 제도화된 집행권력을 긴급상황이 종료된 후 다시 원래처럼 되돌려놓기 위한 개헌이 또 다시 이루어지기는 쉽지 않을 것이고, 결국 평상시에서까지 집행권이 비대화되는 결과를 초래하게 될 수 있다. 이러한 이유로 긴급한 상황이 계속되는 동안에는 개헌에 신중

18) 이와 관련하여 최근의 흥미로운 연구로 Richard Albert / Yaniv Roznei, Emergency Unamendability: Limitations on Constitutional Amendment in Extreme Conditions, 81 Maryland Law Review (forthcoming 2021) 참조할 것.

해야 한다.

3. 국회 의석구도상 한계: 정부형태 변경의 양면성과 실행상의 어려움

제21대 국회의 특징 중 하나로 특정 정당(현재의 여당)이 국회의사를 지배할 수 있을 만큼의 과도한 의석을 가지고 있다는 점을 들 수 있다. 헌법의 본질을 보지 않고 오로지 개헌을 성사시키고픈 생각에 몰두하는 사람들은 이러한 국회 의석구도가 오히려 개헌에 유리한 조건이지 어째서 불리한 조건인지, 개헌논의의 한계라고 하는지 이해하기 어려울 수 있다. 심지어 단독으로, 즉 자신의 의지만으로도, 개헌을 관철할 수 있으리라는 자신감으로 개헌을 강행하고픈 유혹을 받기 쉽다. 경우에 따라서는 단독처리에 조금 부족한 숫자의 의원수를 채우기 위하여 다른 정당·정파 소속 의원들의 포섭에 무리할 수 있다.

그러나 국민 전체, 국가 전체의 조직구조와 생활양식의 기본을 정하는 헌법이 일부 정치세력의 의사만으로 결정되어서는 안 된다고 보는 것이, 법 논리를 떠나서 일반상식에 부합할 것이다. 특히 소수파를 배제하고 소외시키는 개헌 기도는, 지난 세월 슬하게 보아왔듯이, 개정헌법의 국민적 수용가능성, 결국 지속가능성을 현저히 떨어뜨릴 것이다. 무엇보다도 개헌논의에서 자기 정파의 의사를 관철할 목적으로 다른 정파의 일부를 빼오는 것이 얼마나 무리인지는 우리 헌정사에서 이미 경험한 바 있다. 개헌논의는 오히려 특정 정당이 독주하기 어려운 구조에서 합의를 추구하는 가운데 효과적으로 진행될 수 있다. 1987년 개헌안이 국회의 모든 정파간에 완전히 합의에 이르렀을 때의 의석구도가 그것을 증명한다.

또한 현재의 국회 의석구도로 볼 때, 정치권에서 많이 논의되고 있는 정부형태 변경 개헌은 사실상 달성하기 어렵다고 할 수 있다. 의원내각제로 변경하길 원할 경우(이는 대선이 없어지고 국회의석 과반을 점한 정당이 정부구성권을 갖는 정부형태임), 현재의 국회 의석구도에서는 현재의 여당이 단독으로 정부를 구성하는 것이 가능한데, 내년 대선에서 정권탈환 가능성을 엿보는 야권에서 - 현직 국회의원이 총사퇴하고 총선거를 다시 한다면 모를까 - 수용할 가능성은 제로일 것이다. 이원정부제(半대통령제)도 - 현재의 국회의원의 임기를 보장하는 한 - 현재의 여당에서 책임총리가 배출될 것인데, 내년 대선의 결과에 따라서 대통령을 배출하는 정당이 현재의 여당일 경우에는 대통령과 총리 간 관계가 어떻게든 조정되겠지만, 야권에서 나올 경우 심각한 권한갈등이 발생할 것이고 국정운영에 상당한 장애가 초래될 것으로 예상된다. 무엇보다도 대선을 앞두고 야권에서, 현재의 여당의 기득권, 즉 정부권력의 상당 부분을 계속 이어가도록 수인할 가

능성도 별로 없을 것이다. 결국, 의원내각제나 이원정부제로의 변경은, 내년 대선의 결과와 무관하게, 현재의 여당이 가지고 있는 정부권력을 연장하려는 시도로 의심받을 우려가 있다.

사실, 의원내각제 정부형태의 운영이 성공하기 위한 기본조건은 정당제도가 성숙하지는 못했더라도 어느 정도 잘 기능하여야 하는 것인데, 한국의 정당정치 현실은 긍정적인 대답을 하기 어려운 수준이라는 점에 이견이 없을 것 같다. 이원정부제는 구조상 의원내각제를 품고 있는 제도인데, 의원내각제의 정상적인 운영을 기대할 수 없다면 이원정부제도 성공적으로 운영되기보다는 의원내각제와 대통령제 양자의 단점이 다 나타날 가능성이 더 크다고 보는 것이 합리적이다. 그리고 비교헌법적으로 보아도 대통령제로부터 의원내각제로 정부형태를 변경한 사례가 거의 없다시피 할 만큼, 의원내각제의 운영에는 많은 사전 준비가 필요하다는 점도 잊어서는 안 된다.

결국 현재의 국회의원의 임기를 보장하면서 가능한 정부형태 개헌은 대통령제를 유지하면서 그것을 일부 수정하는 정도일 것으로 보인다. 예컨대 임기조항의 개정 같은 것은 가능할 수도 있지만, 시행시점을 언제로 하느냐는 어려운 문제가 있다. 대통령에게 지나치게 권력이 집중되는 현상을 개선하는 수정도 가능할 것으로 보인다. 그러나 대통령권력과 관련해서 현재까지의 제도와 실제관행 그리고 문화를 종합적으로 고려해보면, 대통령권력을 범위에 있어서나 행사방식에 있어서나 상당한 정도로 억제하는 과감한 개혁이 이루어지지 않는 한, 그 효과를 크게 기대하기 어려울 것으로 보인다. 무엇보다 현재 국회 의석구도가 매우 불리한 야권에서 대선을 앞두고 그런 식의 대폭 양보를 수용하려고 할지 의심스럽다. 내년 대선에서 승리한다 하더라도 대통령권력을 대폭 수축시킬 경우 절대다수의 의석을 가진 현재의 여당의 견제가 지금보다 더 유효하게 작동할 것이기 때문이다. 물론 여·야를 불문하고 국회의원들의 입장에서는 수용하는 것이 나쁘지 않을 수 있지만, 시간이 가면 갈수록(대선이 가까워질수록) 정치권에 음으로 양으로 더 큰 영향력을 행사하게 될 대권 주자들이 어떤 입장을 보일지, 또 그러한 입장에 좌지우지될 가능성이 큰 국회의원들이 결국 그런 개헌을 실행하기는 어려울 것으로 보인다. 이러한 정치현실적 조건에서, 정부형태 변경에만 관심이 있는 정치인들이 개헌을 일관성있게 추진할 것이라는 믿음이 잘 생기지 않는다.

VII¹ 국민의사의 헌법화, 헌법의 국민화 과정으로서 개헌논의의 틀 짜기

그렇다면, 현재의 정치현실적 한계를 고려하는 가운데, 개헌논의의 헌법규범적 기준을 충족하면서, 국민주권과 민주공화국을 온전히 복원하는 개헌 ‘논의’는 어떻게 가능할까.

1. 개헌논의를 왜곡시키는 강박적인 레토릭에서 벗어나자

1987년 민주화 이후 주기적으로, 길게는 대통령 5년 임기 또는 국회 4년 임기를 주기로, 짧게는 국회의장 2년 임기를 주기로, 개헌논의를 하자는 제안이 반복되어 왔다. 그때마다 국민들이 식상할 정도로 들어야 했던 언급들이 있는데, 이러한 - 이론적으로나 실제적으로나 조화롭지 못한 - 강박적인 레토릭을 이제는 거두자고 제안하고 싶다.

첫째, 1987년 헌법은 30년 넘게 지속되어 낡았으니, 헌 옷을 새 옷으로 갈아입듯이 헌법을 바꿀 때가 되었다는 주장이다. 그러나 막연히 헌법제정 이후 몇 년이 지났으니 개정해야 한다는 주장은 1789년 이래 242년이나 된 미국헌법(그 긴 세월동안 27번 수정헌법조항이 추가되었으나 기본적인 구조상의 변경은 없었음)이나 1946년 이래 75년 동안 단 한 개의 문구도 개정하지 못한 일본헌법 아래에서 두 나라가 정치적으로나 경제적으로 번영해온 이유를 설명해야 할 것이다.

둘째, 이미 충분히 개헌논의가 이루어졌다든가, 특히 정부형태에 관하여 검토할 만큼 검토하였고 이제는 최종적으로 결단만이 남았다고 하는 주장이 있다. 헌법개정권력의 주체인 주권자 국민의 입장에서 개헌논의가 충분히 이루어졌다는 주장에 동의할 사람은 아무도 없을 것이다. 그뿐만 아니라 - 위에서도 간략하게 살펴본 바와 같이 - 지금까지 개헌논의가 우후죽순격으로 이뤄진 것은 사실이지만 한국헌법의 구조적인 문제에 대한 심층연구가 여전히 부족한 수준이라는 것은 - 전문가라 하더라도, 아니 전문가라면 더욱이나 - 부인하기 어려울 것이다. 특히 정부형태 변경과 관련하여 어떠한 정부형태를 취하든 새로운 형태로 갈 경우 정당제도나 선거제도, 공무원제도 등등 충분한 준비가 되어있지 않아 어떤 심각한 문제가 발생할지 어떤 부작용에 봉착할지 예상조차 어렵다. 가장 쉬운 변경으로 자주 논의되곤 하는 대통령 4년 중임제(연임제)와 관련해서도, 프랑스헌법이 대통령 임기 7년제(연임가능)를 5년제(연임가능)로 변경한 사례¹⁹⁾와 유사하게

19) 프랑스에서는 2000년 국민투표에 의해 대통령 임기가 7년에서 5년으로 단축되었고(2002년 선거부터 적용), 2008년 7월 23일 연임에 한하여 두 번까지로 제한하는 규정이 도입되었다(헌법 제6조). 제3공화국(1875~1940)에서는 연임제 한이 없었는데, 제4공화국(1946~1958)에서 두 번으로 제한되었고, 1958년 제5공화국에서 이 제한이 폐지되었다가, 2008년에 재도입된 것이다. Robert Elgie, Presidential Term Limits in Europe, in: Alexander Baruto / Robert Elgie (ed.), The Politics of Presidential Term Limits, 2019, p. 435 및 p. 430의 Table 21.1.도 참조. 프랑스에서

한국헌법에서도 대통령 단임 7년제(1980년 헌법 제45조)에서 대통령 5년 단임제(1987년 헌법 제70조)로 변경되었다는 사실, 대통령 4년 단임제를 채택하고 있는 나라(중미의 과테말라²⁰), 남미의 콜롬비아²¹)도 있다는 사실, 대통령 5년 단임제가 지난 34년간 7번에 걸쳐 정권교체를 성공시켜 한국 민주주의에 말할 수 없이 큰 기여를 해왔다는 사실, 4년 연임을 허용할 경우 ‘제왕적 대통령’의 폐해가 극단으로 치달을 수도 있다는 사실(미국 트럼프 대통령이 재선을 위해 추종자들로 하여금 미국의사당을 공격하도록 교사·방조한 것을 떠올려보라)을 먼저 심사숙고하는 것이 순서에 맞을 것이다. 또한 단임 대통령이 장기적 국정과제에 소홀해진다는가 임기말 ‘레임덕(lame duck)’이 될 수밖에 없다고 소리높여 외치기만 할 것이 아니라, 1977년~2000년 52개국의 사례를 분석한 경험적 연구에 따르더라도, 연임가능성 여부에 따라 집행권자의 국정운영 태도(동 연구는 주로 재정지출관련 태도를 분석함)에 의미 있는 차이를 발견하지 못했다는 사실도 고려해볼 일이다.²² 어쨌든 제도의 현상(status quo)을 변경할 때 자국의 ‘정치구조’와 ‘정치문화’를 외면할 경우 그 댓가가 감당할 수 없는 수준이 될지도 모르기 때문에, 신중 또 신중하지 않으면 안 된다는 것이 역사의 교훈임을 잊어서는 안 될 것이다.

셋째, ‘이번이 아니면 못 한다’든가 ‘언제까지가 적기이다’ 또는 심지어 ‘언제까지 못 하면 앞으로도 못하게 된다’면서 무리하게 단기간으로 시한을 설정하여 개헌을 밀어붙이려고 하는 현상이 반복되고 있다. 그동안의 개헌논의를 돌아보면 그때그때 이른바 개헌의 시한이라는 것을 설정하고 주장한 것들이 모두 다 허망한 일에 불과했음을, 따라서 시한을 설정하는 자체가 무모한 일임을 경험칙으로 알게 되었다고 해도 과언이 아닐

대통령임기를 7년에서 5년으로 단축한 것은 동일인이 무려 14년간 집권할 가능성을 없애서 프랑스 정치가 시대의 변화를 제대로 따라갈 수 있게 하자는 것과 더불어 드골 이래로 프랑스 대통령직이 누리왔던 특별한 아우라를 끝내고자 하는 것이었다. 또한 대통령임기를 국회의원임기(5년)에 맞춤으로써, 종래 동거정부(cohabitation) 하에서의 정치적 교착상태를 개선하고자 하는 점도 있었다.

20) Juan Muñoz-Portillo/Ilka Treminio, *The Politics of Presidential Term Limits in Central America Costa Rica, El Salvador, Guatemala, and Honduras*, in: Alexander Baruto / Robert Elgie (ed.), *The Politics of Presidential Term Limits*, 2019, pp. 495~516 참조.

21) 콜롬비아 헌법(1991년) 제197조는 대통령의 재선출마를 절대적으로 금지하고 있었었는데, 2004년 1회 재선출마가 가능하도록 개정되었다(이때 동원가능한 자원이라든가 방송노출기회 등 현직 어드밴티지를 고려하여 정치적 활동공간을 조정하는 조항도 함께 도입하였다). 이 개정조항에 대한 제소에 대하여 콜롬비아 헌법재판소는 현직 대통령이 추가로 연임하기 위하여 재선출마하는 것을 허용하는 것은 헌법체제를 바꿔버리는 정도가 아니어서 합헌이고 의회에서 채택가능한 것이라고 판결하였다(제1차 판결). 그 후 두 번째 임기를 재임 중이었던 다른 현직 대통령이 3선 개헌을 하려고 하였을 때 이에 대한 제소에 대하여는 동 재판소는 대통령 3선 제도는 헌정체제를 교체하는 것이어서 위헌이라고 판결하였다(제2차 판결). 2015년, 콜롬비아 헌법 제197조는 다시 개정되어 대통령의 재출마를 절대 금지하는 원래의 제도, 즉 4년 단임제로 되돌아갔다. 거기에 더하여 이러한 개정을 또다시 개정 또는 폐지하려면 국민발안에 의한 국민투표(레퍼런덤) 또는 헌법제정의회(constituent assembly)에 의하면만 가능하다는 조항을 추가하였다.

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on Term-Limits Part 1- Presidents*, CDL-AD (2018) 010, pp. 7~8.

22) Chiara Dalle Nogare/Roberto Ricciuti, *Term Limits: Do they really affect fiscal policy choices?* CESIFO Working Paper No. 2199, 2008 참조.

것이다. 뿐만 아니라 대통령이든 국회의원이든 자신의 한정된 임기를 기준으로 (오랫동안 효력을 발휘하게 될) ‘국가공동체의 기본틀’을 급하게 단기간에 변경하자고 주장하는 것은 국민이 그들에게 부여한 한시적 정당성에 비추어 지나친 것이라고 아니할 수 없다.

2. 민주적 개헌논의, ‘어떻게(How)’ 할 것인가²³⁾

개헌논의는 ‘국민의사를 헌법화’하는 과정으로, 반대 방향으로 보면 ‘헌법을 국민화’하는 과정으로, 그 틀을 짜야 한다. 정략(의심조차)을 배제하는 시간표를 짜야 하고, 국민의사를 단계적으로 수렴하기 위한 논의에 참여할 인력풀의 구성방법을 구체화하고, 그러한 국민적 숙의를 가능하게 할 지원 전문가단을 편성하고, 이들을 운영하는 데 소요될 시간과 인력, 재정을 확보해야 하는바, 이 모든 것을 안정적·지속적으로 수행할 수 있게 구체적인 국회입법을 하는 것이 바람직하다.

당장의 과제인 국민투표법을 개정하는 것은 말할 것도 없고, 국민을 주체로 하는 개헌 절차법을 제정하여야 할 것인데, 특히 고려할 점은 다음과 같다:

첫째, 개헌 관련한 국민의사의 수렴과정이 동시에 국민의 헌법교육의 장이 되도록 편성하여야 한다. 2000년대에 들어와 세계 각지에서 국민이 직접 참여하는 개헌이 여기 저기서 시도되고 있고, 일부 성공하기도 하였다.²⁴⁾ 아이슬란드²⁵⁾, 아일랜드, 멕시코시티, 몽골, 칠레 등지에서 이루어졌거나 진행 중인 현대적인 개헌논의 방식을 참고로 해서 국민이 주체가 되는 현대적 개헌논의의 장을 여는 것을 우리도 시도해볼 만하다고 본다. IT강국인 한국에서 기술적인 문제는 충분히 해결할 수 있을 것이고, 특히 2018년 대통령발의 개헌안 작성과정에서 국민의사를 듣기 위하여 개설했던 인터넷 플랫폼에 국민들이 자발적·열정적으로 참여한 것을 보면, 우리도 그러한 시도가 성공할 가능성이 높을 것으로 보인다.

둘째, 개헌의 일정표(timetable)는 충분한 시간을 확보하고, 정략적 간섭효과가 없도록 현실정치로부터 떨어진 시기를 목표로 설정하되, 가능하면(반드시는 아니라고 하더라도) 국회임기와 정부임기를 일치시키는 데 무리가 없는 시기를 목표로 설정하는 것(국회의원만 선출하는 의원내각제로 가더라도 현직 대통령의 임기 보장은 역시 문제될 것

23) 이 부분에 관한 상세한 논의는 김선택/윤정인, 국민참여개헌, 어떻게 할 것인가, 공법연구 제46집 제1호, 한국공법학회, 2017, 1~26면 참조; 국민참여개헌의 법적 근거와 이론적 근거에 대해서는 김선택, 헌법개정과 국민참여 - 국민의 영혼으로 통하는 창, 어떻게 열 것인가 -, 공법연구 제41집 제2호, 한국공법학회, 2012, 125~154면 참조.

24) 윤정인, 헌법개정에 있어서 민주적 정당성, 헌법연구 제5권 제1호, 헌법이론실무학회, 2018, 44~48면 참조.

25) 세계 최초로 국민숙의과정을 통해 개헌안을 성안한 아이슬란드 사례에 관하여 상세히 소개하고 있는 윤정인, 크라우드소싱(Crowdsourcing)에 의한 헌법개정 - 아이슬란드의 헌법적 실험을 중심으로 -, 세계헌법연구 제23권 제1호, 세계헌법학회 한국학회 2017, 1~24면 참조.

입)26)이 바람직하다.

셋째, 개헌의 내용을 미리 의도하지 말아야 한다. 물론, 위에서 살펴본 바와 같은, 국민주권과 민주공화국을 구조적으로 왜곡해놓은 - 1962년(1972년)체제로부터 물려받은 - 헌법조항들은 독소조항이기 때문에 반드시 제거하여야 할 것이다. 그리고 헌법적 속의과정이 가능하도록 어젠다를 셋팅하는 것은 불가피하다고 할 수 있다. 그러나 그밖에는 어떠한 내용도 관철하겠다는 미리 특정해 놓아서 안될 것이다. 현재 한국은 국민의 인구학적 구성이 변형되고 있는 역사적 전환의 시기에 처해 있을 뿐만 아니라 국민의 의식구조도 세대를 넘어 혁명적으로 변화하고 있다. 따라서 개헌의 내용을 이미 올드(old)하다고 평가받는 정치인들의 안목으로 규정지으려고 하기보다는 정치적 참여의 풀을 확장하여 제대로 국민대표를 구성하는 쪽으로 방향을 잡아야 한다. 따라서 국민의사를 예비적으로 형성할 헌법상 임무를 지고 있는 정당의 조직과 활동을 활성화하기 위해서 정당의 설립요건을 폐지하거나 폐지 수준으로 완화하는 것이 필요하고, 공무원과 교사 등 부당하게 정치활동을 억압받아온 국민들의 정치적 지위를 회복시키는 것이 개헌보다 훨씬 더 중요하고 시급한 과제라 할 것이다. 또한 원활한 의사소통을 위하여 국민들이 언론·출판의 자유, 집회·결사의 자유 등 표현의 자유를 활발히 행사할 수 있도록 불필요한 법적 규제를 풀어야 할 것이다. 이런 과제들이 성공적으로 수행되면, 국민들 스스로 개헌을 주도하는데 결정적으로 도움이 될 것이다. 국가를 국민에게 돌려주어야 한다. 3·1혁명으로, 4·19혁명으로, (부마민주항쟁과 5·18민주화운동에 이어진) 6·10민주항쟁으로, 2016~17년 촛불시민혁명으로 국민들은 자신들이 국가의 주인임을 증명하였고 개헌의 물꼬를 텃다. 이제 그들의 운명을 스스로 결정하게 하자. 운명을 쥐을 자, 스스로 결정하고 책임지게 하자.

VIII | 결론

1987년 개헌은 대통령 국민직선제와 대통령 5년 단임제를 핵심으로 한 것이었다. 그 밖의 쟁점 부분에서는 주로 1962년 제3공화국헌법체제를 따라 결정되었다. 일부의 1972년 유신헌법 내용도 그대로 유지되었다. 1987년 체제는 그것이 추구했던 좁은 목

26) 예컨대 대통령임기와 국회의원임기가 일치하는 2032년에 개정헌법을 시행하는 것을 목표로, 시기적으로 충분히 떨어져 있기 때문에 개헌에 따른 정략적 이해관계를 계산할 수 없는 순수한 상태에서, 국회(제21대 국회로부터 제23대 국회까지) '국가의 백년대계를 위한 큰 그림'으로 개헌안을 - 국민을 중심으로 하는 지속적인 대화를 거쳐 - 차근차근 준비해나간다면, 참으로 애국적인 일이 될 것이다.

표, 즉 대통령 국민직선과 5년 단임제를 통해 권력의 인격화와 장기집권이라는 과거 한국헌정의 적폐를 청산하는데 성공하였다. 그러나 거기까지였다. 선거를 통한 정권교체 정도가 가능하다는 의미에서 형식적·절차적 민주주의 내지 최소민주주의에 불과했던 것이다. 체제의 실질은 소위 제왕적 대통령제, 즉 권위주의 통치에서 벗어나지 못해왔다. 이러한 고질적인 병폐로 말미암아 민주화 이후 역대 대통령들은 초법적이고 일방적인 통치의 후유증에 대한 책임을 지게 되어 임기말이 좋지 않았다. 물론 이러한 결과가 초래된 것은 그들과 그들을 둘러싼 집권세력이 자초한 것이다. 역대 대통령은 단지 불행했던 것이 아니라, 모든 국민이 그러하듯이, 법을 위반한 책임을 져야 했던 것이다(그 누구도 법 위에 있지 않다! No man is above the law!).

그런데 이러한 권위주의적 통치가 더 이상 참을 수 없는 지경에 이르렀을 때마다 국민들은 촛불을 들었다. 그리고 헌법 제1조 “대한민국은 민주공화국이다. 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”를 노래했다. 2016~17년 촛불 시민혁명은 그 결정판이었다. 촛불시민이 요구한 것은 국민주권과 민주공화국의 온전한 회복과 완성이었다. 5·16 군사쿠데타로 시작하여 10·17 유신쿠데타, 12·12 군사반란과 5·17 내란으로 이어지면서 한국 헌정을 파괴해온 체제왜곡을 이제 끝내고 싶다는 절절한 요구였다. 민주화라는 라벨이 붙은 87년 체제의 속 안에 여전히 웅크리고 있는 저 62년 체제, 72년 체제, 80년 체제의 권위주의적 통치의 잔재를 제발 청산하자는 외침이었다. 실로 청산의 대상은 87년 체제가 아니라 62년 체제였던 것이다.

1987년 이후 현재까지의 개헌논의를 돌아보면 아직까지도 정치인들은 헌법을 ‘권력을 얻기 위한 게임의 툴’로 인식하는 사고에서 별로 벗어나지 않았음을 알 수 있다. 여전히 권력구조를 어떻게 하고, 권력의 임기를 어떻게 연장하고, 권력을 어떻게 배분하고... 등등 권력이 아니면 관심을 보이려고 하지 않는다. 심지어 권력구조변경이 없는 개헌은 무의미하다고 공공연히 말하는 정치인도 적지 않다. 권력자를 어떻게 정하느냐, 즉 권력을 누구에게 주느냐가 아니고 권력을 국민의 지배 아래 놓아달라는, 즉 원래의 주인에게 돌려달라는 국민의 호소에 귀를 기울이지 않고 있다.

헌법은 국민의 것이다. 개헌은 국민의 몫이다. 제헌도 개헌도 성질상 대표될 수 없다.²⁷⁾ 국민은 국가라는 존재를 구성하는 유일한 살아있는 의사주체이다. 그들이 공동체를 어떻게 만들고 그 속에서 어떻게 살아갈 것인지를 결정하는 것이 바로 헌법(을 만들고 고쳐가는 과정)이다. 따라서 그들의 의사를 모으는 국민합의개헌만이 정당한 개헌방

27) 개헌이, ‘대표될 수 없는 국민직접적 사무’라는 점에 대해서는 김선택/윤정인, 국민참여개헌, 어떻게 할 것인가(위의 주 23), 10면(‘헌법만들기’에는 ‘대표’가 없다) 참조.

식이다. 국민의사를 헌법화하는 - 동시에 헌법을 국민화하는 - 과정으로 개헌을 진행하여야 한다. 현행헌법의 개정절차에 따르되, 그 실질적 의의에 맞게 개헌안 작성과정에서부터 국민의사를 최대한 수렴하지 않으면 안 된다. 결국 국회와 정부는 자신의 임기와 상관없이 충분한 시간을 두고 국민의사가 헌법으로 성숙될 수 있도록 국민합의기구와 국민합의절차를 입법하고 이를 지원하는데서 자신의 역할을 찾아야 할 것이다. 새로운 대한민국헌법은 진정한 의미에서 '우리 대한국민'의 헌법이 되어야 한다.

*오딧세우스의 배가 협곡을 벗어나면,
그의 결박을 유지할 명분이 사라진다.
오딧세우스의 결박을 풀어주어,
자신의 운명을 스스로 결정하도록 하여야 한다.*



국민통합과 헌법개정 공동학술대회



제1주제

[토론]

민주적 개헌논의의 헌법적 조건

전학선 교수 (한국외국어대학교)

「민주적 개헌논의의 헌법적 조건」 토론문

전학선 (한국외국어대학교 법학전문대학원 교수)

- 오늘 ‘국민통합과 헌법개정’이라는 주제로 한국헌법학회와 국회입법조사처가 공동 주최하는 학술대회는 큰 의미가 있다고 봅니다. 다양한 개헌논의가 있었지만 그 동안 진정한 국민의 의사가 담긴 개헌이 있었는가 하는 점을 다시 한번 생각하게 하는 학술대회라고 생각합니다.
- 김선택 교수님께서 헌법 총강 부분(전문부터 제9조까지) 전반에 걸쳐서 상세하게 조문 하나 하나, 그리고 표현 하나 하나를 검토하여 헌법 조문이 입안될 때부터 지금까지 그 의미라든가 내용 등을 전반적으로 검토하여 주셨습니다.
- 발표자께서는 우리나라 헌정사를 4기로 구분하여 제1기(1919년~1948년), 제2기(1948년~1961년), 제3기(1961년~1993년), 제4기(1993년 이후)로 구분하였는데, 이는 그 의미가 있다고 봅니다. 우리나라 헌정사에서 임시정부 기간을 포함시켰다는 점에서 큰 의미가 있고, 정치적 변혁을 기준으로 나눈 점에서도 의미가 있다고 봅니다.
- 헌법개정논의는 대통령선거가 있을 때마다 대통령선거 후보자들에게서 나오거나 정당에서 나오지만 본격적으로 헌법개정이 시작된 적은 드물다고 봅니다. 우리나라 헌정사를 살펴볼 때, 평상시에 국민을 위하여 헌법이 개정된 경우가 없고, 정치적 격변기에 헌법이 개정되어 왔습니다.
- 2018년 3월 26일에는 대통령이 헌법개정안을 발의하고, 같은 날 대통령이 헌법개정안을 공고하였으나, 국회가 60일 안에 의결하지 못하여 헌법개정안이 폐기되었습니다. 2018년 대통령의 헌법개정안 발의가 과연 진정한 개헌 의도로 발의하였

는지 의심스럽습니다. 대통령 선거 공약에서 2018년 6월 13일 지방선거에서 헌법 개정 국민투표도 함께 실시하겠다고 하여, 공약을 이행하는 차원 이상이 아닌 수준에서 헌법개정안을 발의한 것이라고 봅니다.

- 또한 2020년 3월 6일 148인의 국회의원이 헌법개정안 발의하였는데, 대통령이 2020년 3월 11일 헌법개정안을 공고하였으나, 국회가 60일 안에 의결하지 못하였습니다.
- 우리나라는 헌법개정에 있어서 국민투표를 반드시 거쳐야 합니다. 그러나 국민투표법 일부 조항이 헌법재판소에 의하여 헌법불합치 결정을 받았기 때문에 국민투표법 개정이 필수적이라 할 수 있습니다. 이와 더불어 2020년에 공직선거법에서 선거권 연령제한을 19세에서 18세로 개정하였기 때문에 국민투표법도 투표권의 연령제한을 19세에서 18세로 개정하는 것이 필요하다고 봅니다.
- 헌법 전문의 ‘자유민주적 기본질서’가 1972년 개정 헌법에서 규정되기 시작하여 지금까지 오고 있습니다. 과거 ‘민주주의 제 제도’라 규정되었던 것을 자유민주적 기본질서로 구분한 것의 문제점을 지적하였습니다. 헌법이나 법령을 해석할 때에는 문헌적 의미와 역사적 의미 그리고 입법의도를 적절히 파악하여 해석하여야 할 것으로 보입니다.
- 1948년 헌법은 ‘입법권은 국회가 행한다’라고 하였다가 1962년 개정헌법부터 ‘입법권은 국회에 속한다’로 변경되어 지금까지 오고 있습니다. 발제자께서 지적하신 대로 입법권을 비롯한 모든 권력은 국민으로부터 나오는 것이므로 국민에게 속하고 입법부가 이를 위임받아 행사하는 것이라 할 수 있습니다. 참고로 프랑스 헌법은 제3조 제1항에서 “국민주권은 인민에게 있고, 인민은 대표자와 국민투표를 통하여 주권을 행사한다”라고 규정하고 있습니다.
- 대통령 선서에 있어서도 1948년 헌법은 ‘국민에게’ 선서한다고 하였다가 1962년 개정헌법부터 ‘국민앞에’로 변경한 것이 문제점을 지적하였습니다. 프랑스에서 1965년에 상원의장에 의하여 헌법재판소 재판관에 임명된 François Luchaire 교수의 일화가 있습니다. 프랑스 헌법재판소의 임명직 재판관은 임명되면 대통령

‘앞에서’ 선서를 하여야 합니다. 1965년에 상원의장에 의하여 임명된 François Luchaire 교수는 대통령‘에게’ 와서 선서를 하라는 편지를 받자 이를 다시 돌려보내면서 대통령에게(au Président de la République) 선서를 하는 것이 아니라 대통령 앞에서(devant Président de la République) 선서를 하는 것이니 편지를 받을 수 없다고 하여 다시 돌려보낸 적이 있습니다.

- 우리나라 헌법은 과거에는 너무 자주 개정되어 문제라는 점이 지적되었는데, 이제는 헌법을 개정하지 너무 오래되었다는 지적이 나오고 있습니다. 헌법을 자주 개정한다고 하여 문제가 될 것도 없고, 헌법개정을 하지 않는다고 하여 문제가 될 것은 없다고 봅니다. 헌법개정이 필요하면 자주 개정할 수도 있고, 헌법개정이 필요하지 않으면 굳이 할 필요가 없을 것입니다.
- 헌법개정을 하는데 있어서 가장 중요한 것이 국민의 의사라고 할 것입니다. 국민의 의사가 제대로 반영된 헌법개정안이 발의되어야 진정한 헌법개정이라고 할 수 있을 것입니다. 그러나 지금까지의 헌법개정논의는 주로 정치권에서만 논의되는데 그치고 말았습니다. 물론 헌법개정안이 대통령과 국회 재적 과반수의 국회의원에 게 있기 때문에 정치권에서 논의된 것이 사실이지만 국민의 의사가 반영된 헌법개정이 필요하다고 봅니다.
- 정치권에서 헌법개정논의가 있게 되면 주요 정치인, 주로 (차기) 대권주자로 불리는 사람들에 의하여 헌법개정논의가 이루어지기 때문에 권력구조 측면에서 주로 개헌논의가 이루어졌다고 봅니다. 그러다 보니 유력 대권주자나 정치인들이 자신에게 유리한 방향으로 권력구조 개편 등을 주장하였다고 봅니다. 따라서 헌법 전문이나 총강 부분에 대한 논의는 상대적으로 미흡하였다고 볼 수 있습니다.
- 개헌 시기도 대통령 임기 초반에 이루어져야 한다고 봅니다. 최소한 대통령 임기 시작 후 2년 안에 국민투표까지 시행되어야 한다고 봅니다. 대통령 임기가 2년 이상 지나면 주요 차기 대권주자들이 나타나기 시작하기 때문에 개헌논의가 제대로 이루어지지 않을 가능성이 높습니다. 대권주자들은 자신들에게 유리한 방향으로 개헌을 주도하게 되기 때문에 대권주자가 나타나기 전인 대통령 임기 초반에 헌법개정이 이루어져야 한다고 봅니다.



국민통합과 헌법개정 공동학술대회



제2주제

[발제]

헌법기능과 기본권질서, 헌법개정의 방향

전광석 교수 (연세대학교)

헌법기능과 기본권 질서, 헌법개정의 방향

전광석 (연세대학교 법학전문대학원 교수)

I | 문제의 제기와 서술의 내용

1. 헌법의 기능과 기능 유지

(1) 1987년 헌법 개정 당시

1987년 개정된 현행 헌법은 우리 헌법의 역사에서 유례없이 40년 이상의 오랜 기간 효력을 유지하고 있다. 1987년 이전 시기에 40년간 8차례 헌법이 개정되어 헌법의 평균 수명이 5년에 미치지 못했다는 점과 비교된다. 1987년 헌법에 대해서도 이미 초기에 특히 권력구조, 그리고 사회경제질서에 있어서 시대적 과제와의 정합성에 의문이 제기되었다. 실제 이후 시기에 정치권 및 학계에서 여러 차례 전면 개정의 필요성과 개정 방향이 제시되어 존속 여부는 불안정했다¹⁾. 이는 헌법 개정 당시의 정치적 상황과도 관련이 있다. 개정은 권력구조의 단편(斷片)에 국한되었으며, 집권의 유불리에 따른 정치적 선택이 주로 작용하였다. 절차적으로 보면 1987년 헌법은 폐쇄된 정치공간(이른바 ‘8인 정치회담’ 혹은 ‘4인 정치회담’)에서 타협의 결과였고, 국민에 개방된 공론의 과정을 거친 것은 아니었다²⁾.

이와 같이 1987년 헌법은 권위주의의 과거 극복과 권력구조의 단편적 전환 이외에 헌법의 기능을 전면적으로, 그리고 미래를 지향하여 숙고하는 과정을 거친 것은 아니었다. 헌법의 편제, 기본권 질서, 국가기관의 조직과 구성에 관한 이전의 규정이 대부분

1) 1987년 이래 헌법개정의 정치 및 공론에 대해서는 예컨대 서현진, “민주화 이후 헌법 개정 논의와 기본권 개정 이슈”, 현대정치연구 제3권 제1호(2010), 139면 이하 참조.

2) 1987년 헌법 개정의 정치적 타협의 성격과 폐쇄성에 대해서는 예컨대 이국운, “1987년 헌법의 형성과정 연구”, 헌법학연구 제23권 제3호(2017), 93면 이하; 전광석, “헌법과 한국민주주의: 1987년 헌정체제를 중심으로”, 헌법학연구 제12권 제2호(2006), 221면 이하; 정상우, “1987년 헌법개정안 형성과정 연구”, 세계헌법연구 제22권 제1호(2016), 21면 이하; 조지형, “87년 헌법의 역사화와 시대적 소명”, 법과 사회 제38호(2010), 169면 이하 등 참조. 이밖에 헌장의 정치에 대한 회고로는 예컨대 현경대, “87년 헌법의 성립과정”, 헌법학연구 제24권 제3호(2017), 267면 이하 참조.

그대로 이어졌다. 부분적으로는 헌법기관이 제도적으로 변화하였지만 이와 정합성이 없는 구성 방법이 그대로 유지되었다. 헌법재판소를 설치하고 헌법재판소장을 대통령이 임명하도록 하였지만 기존 헌법의 헌법위원회에서 위원장을 위원 중에서 임명하는 규정이 그대로 유지된 것이 대표적인 예이다(1980년 헌법 제112조 제4항, 1987년 헌법 제111조 제4항). 그 결과 헌법재판소장의 임기는 공백으로 남았고 이에 관한 규범은 계속 불안정한 상태에 있다. 또 기존 1980년 헌법의 헌법위원회에서 가중적인 결정정족수에 관한 규정은 새로이 도입된 헌법소원심판에도 그대로 이어져 기본권에 우호적인 제도가 되지 못했다. 이 글의 주제인 기본권 질서에 있어서 처음부터 사회경제적 및 실질적 불평등, 그리고 곧 이어 정보사회, 외국인의 지위, 지속가능성의 의제 등과 관련하여 기본권의 사각지대가 지적되었다.

(2) 헌법 운영, 헌법 개정의 현실

이와 같이 태생적 흠결에 더하여 30년 이상의 시간이 경과하면서 새로운 사회적 변화와 의제를 포섭하는 시대적 한계로 인하여 기본질서로서 헌법의 기능에 의문은 계속되었다. 그럼에도 불구하고 현행 헌법이 장수(長壽)할 수 있는 데에는 - 단순화해서 말하면 - 다음과 같은 원인이 작용하였다.

회고적으로 보면 현행 헌법은 민주화 운동의 산물로서 민주주의를 불가역적(不可逆的)으로 복원하였으며, 이 점에 있어서는 강한 국민적 합의가 있었다³⁾. 우리 역사에서 1960년 이래 거의 30년만의 경험이었다. 이는 이전 헌법이 정치적 혹은 군사적 정변을 계기로 집권 혹은 집권의 연장을 위하여 개정되었다는 점과 차이가 있다. 이로써 헌법이 ‘우리 국민’의 기본질서, 그리고 ‘우리 사회’의 진행 방향으로 인식되었다.

좀더 본질적인 원인은 헌법 운영의 현실과 관련되어 있다. 즉 그동안 사회적 상황 및 국민 의식의 변화 속에서, 그리고 변화에도 불구하고 기본질서 및 미래 지향의 기준으로 헌법이 기능할 수 있었던 것은 다음과 같은 요소들이 헌법을 발전적으로 구성할 수 있었기 때문이다. 첫째, 국민의 헌법 의식과 헌법에 대한 신뢰가 높아졌으며, 이에 우리 사회의 객관적 혹은 주관적 쟁점과 문제를 헌법적 기준에 따라 바라보게 되었다. 그만큼 헌법, 그리고 헌법적 규준이 국민 생활과 구체적으로 접촉하는 면이 넓어졌고, 그 밀도가 깊어졌다. 이는 헌법이 기능하기 위한 기본적인 조건이었다. 이로써 헌법생활과 멀

3) 물론 1987년 헌법과 마찬가지로 1960년 헌법도 사회의 다원적 이념과 시민사회가 헌법개정에 참여하여 국민적 합의를 형성하는 과정을 거쳐 개정되었는데 대해서는 얼마든지 이의가 있을 수 있다. 1960년 헌법이 새로운 국회가 아니라 이전 시기 정치적 퇴행에 대한 부채를 가졌던 정치권에서 개정되었던 것이 상징적인 예이다.

리 떨어져 있었던 헌법규범에 대한 허무주의는 극복되었다. 둘째, 헌법에 관한 국민의식을 수용하는 (넓은 의미에서의) 정치과정이 민감해졌고, 또 실제 활성화되었다. 입법에 의하여 헌법의 기능을 보충하고, 또 헌법은 필수적인 입법평가 및 심사의 기준으로 작용하게 되었다⁴⁾. 예컨대 헌법에 명시적인 근거 없이 도입된 고위직 공직자에 대한 인사청문제도, 그리고 인사청문의 대상인 공직자의 범위 확대가 대통령의 인사권을 침해하는가의 문제는 쉽게 극복되었다. 무엇보다도 국민의 헌법적 권리를 최종적으로 확인·구제하고, 사회의 쟁점을 헌법관계에 흡수하여 조정하면서 헌법의 규범력을 강화하는 헌법재판이 기여하는 바가 컸다⁵⁾. 기본권 질서에 있어서 헌법재판은 법과 윤리, 전통과 헌법 가치, 개인의 양심과 국가의 존속, 여성의 자기결정권과 태아의 생명권이 갈등하는 국면을 점진적으로, 그리고 안정적으로 조정하는 통로가 되었다⁶⁾. 생명권이 독자적인 기본권으로 인정되어 헌법의 가치를 확인하였으며, 알권리 및 개인정보자기결정권 등은 시대의 변화에 맞추어 개인생활의 조건을 기본권에 의하여 보완하여 헌법을 발전적으로 구성하였다⁷⁾. 적법절차가 헌법에 명시된 신체의 자유를 넘어서 기본권 제한의 일반적인 조건으로 확대되는 가능성을 열어 기본권 보장을 공고히 하였다⁸⁾. 셋째, 헌법학이 규범과 현실을 매개하여 헌법 규범을 활발하게 구체화 혹은 해석하여 적용 범위를 확대하고, 또 심사기준을 정비하였다. 이는 엄격한 규범 기준 혹은 유연한 정치적 기준으로 작용되면서 헌법의 기능에 기여하였다. 예컨대 평등권의 실현 방법을 다원화하여 사회적 불평등의 문제를 극복하는 가능성과 한계의 구조를 제시하였다. 개인생활이 공법관계에 편입되는 상황의 변화에 맞추어 재산권의 보호범위를 확대하였고, 재산권 제한에 따르는 보상의 가능성을 보완하였다. 이때 확대 적용 및 보상의 요건을 명확히 하여 기본권을 안정화하였다. 사회적 기본권이 행위규범 및 통제규범으로 분류되어 규범적 및 정치적 성격에 따라 민주주의에 편입되었다⁹⁾.

4) 입법에 의하여 헌법이 보충되고, 그만큼 헌법개정의 부담이 덜어지는 미국의 경험에 대해서는 예컨대 Mark Tushnet, *Why the Constitution matters*(Yale University Press, 2010), 15면 이하 참조.

5) 이 점에 대해서는 헌법재판소, *헌법재판소결정과 대한민국의 변화(1988-2017)* 참조.

6) 예컨대 헌재 2015.2.26., 2009헌바17등, 27-1(상), 20면 이하(간통죄); 2005.2.3., 2001헌가9등, 17-1, 1면 이하(호주제); 2018.6.28., 2011헌바379등, 30-1(하), 411면 이하(양심상 병역거부); 2019.4.11., 2017헌바127, 31-1, 404면 이하(낙태죄) 등 참조.

7) 헌재 1989.9.4., 88헌마22, 1, 188면 이하; 1996.11.28., 95헌바1, 8-2, 545면 이하; 2005.5.26., 99헌마513등, 17-1, 683면 이하 등 참조. 이밖에 교육의 권리를 구체화하는 헌법재판소의 결정으로는 아래 각주 28 참조.

8) 헌재 1990.11.19., 90헌가48, 2, 393면 이하; 1994.7.29., 93헌가3, 6-2, 11면 이하; 2003.2.27., 2000헌바26, 15-1, 190면 이하 등 참조.

9) 각각의 주제에 대해서는 예컨대 김종철, “평화적 공존의 전제로서의 평등”, *헌법학연구* 제19권 제3호(2013), 19면 이하; 정태호, “사회보험수급권의 침해 여부의 심사기준에 관한 헌법재판소 판례 평가와 보완”, *헌법재판의 새로운 지평(이강국헌법재판소장 퇴임기념논문집, 2013)*, 365면 이하; 강태수, “개발제한구역 지정에 대한 헌법불합치결정 - 헌재결 1998.12.24., 90헌바16, 87헌바78(병합)”, *헌법판례연구* 2(2000), 315면 이하; 한수웅, “헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계 - 법적 권리설로부터 결별”, *인권과 정의*(1997.1), 79면 이하 등 참조.

이에 비해서 헌법 개정의 필요성과 방향에 관한 논의가 활발했지만 주로 권력구조의 개편에 집중하면서 이에 대한 합의는 어려웠다. 오랫동안 제안되어 왔던 대통령 임기 및 중임제한 등이 대표적인 예이며, 또 분권형 대통령, 책임총리 등은 헌법을 개정하지 않고는 운영될 수 없었다. 우리 사회에서 헌법개정에 관한 국민적 합의를 더 이상 하향식으로 견인할 수는 없었다. 여기에는 이전 시기의 경험에 비추어 헌법개정이 정치적 이해를 관철하기 위한 도구였다는 선입견도 작용하였다. 이에 객관적으로 시급하게 개정되어야 할 부분을 최소화하여 헌법개정의 정치적 부담을 덜으려는 시도가 있었지만 이마저도 여의치 않았다¹⁰⁾.

2. 서술의 내용과 방법

1987년 헌법의 태생적 한계, 그리고 그동안 진행된 상황의 변화에 따라 기본권 질서를 정비·개편하고 개별 규정을 보충 및 개정하는 필요성과 가능성을 검토하는 것이 이 글의 목적이다(IV). 이때 기본권 질서의 개편에 관한 정치권 및 학계에서의 선행작업은 이 글의 중요한 자료이다(III). 이 글에서는 헌법개정을 검토하기 위하여 필요한 기본인식을 먼저 서술한다(II). 일반적인 헌법의 규범적 특성과 우리 헌법의 유형적 특징, 그리고 기본권의 기능에 대한 이해가 헌법개정 논의에 영향을 미치기 때문이다. 구체적으로 보면 기본권이 개인의 법적 지위에 관한 규범이면서, 동시에 국민통합의 중요한 매체라는 점, 헌법개정은 헌법의 기능을 유지하거나 높이기 위한 구체화 및 해석이 한계에 이르렀을 때 최후의 수단이라는 점, 기본권은 여러 규범 단계에서 실현되고, 따라서 기본권이 하위 규범을 견인하며, 또 하위 규범에 의하여 보충되는 구조가 고려되어야 한다. 이때 국민통합의 관점에서 문제 상황을 구체적으로 포섭하여 헌법의 상징적 및 정치적 기능을 보충할 것인가, 헌법의 기능을 기본적으로 정치과정에 유보하고 규범적 성격을 중심으로 헌법개정을 구상할 것인가는 선택의 문제이다¹¹⁾.

기본권 질서와 규정의 개정 필요성과 개정의 방향은 이중적인 기준에 따라 서술된다. 헌법개정에 관한 기존의 구상(III)은 2006년부터 2018년에 걸쳐 있었고, 이때 기본권의

10) 예컨대 김종철, “대통령 4년 연임제 ‘원 포인트’ 개헌론에 대한 비판적 검토”, 헌법학연구 제13권 제1호(2007), 61면 이하; 임지봉, “개헌의 바람직한 방향 - 정부의 개헌시안에 대한 비판적 분석과 기본권 규정 개정을 중심으로”, 헌법학연구 제13권 제4호(2007), 328면 이하 등 참조.

11) 이 점에 대한 우리 헌법의 유형적 특징에 대해서는 예컨대 한태연, “제헌헌법의 신화 - 이상과 타협과 착각의 심포니”, 동아법학 제6호(1988), 36면 이하 참조. 규범적 기본질서로서 헌법과 정치적 선언의 성격이 강한 유형 및 각각의 유형에 따르는 헌법구조적 특징에 대해서는 예컨대 Josef Isensee, Vom Stil der Verfassung. Eine typologische Studie zu Sprache, Thematik und Sinn des Verfassungsgesetzes(Westdeutscher Verlag, 1999), 18면 이하; Andreas Vosskuhle, “Verfassungsstil und Verfassungsfunktion: Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk”, Archiv des öffentlichen Rechts(1994), 43면 이하 등 참조.

장(章)을 개편하는 방향과 내용이 광범위하게 제안되었다. 이는 이 글의 주제를 논의하는 데 유용한 소재(素材)이기 때문에 간략하게 정리하였다. 이를 개별적으로 평가하지는 않았다. 이와 같은 소재를 이 글에서 제시하는 기본인식(II)에 비추어 비판적으로 분석하고 필요한 경우 대안을 제시하는 방식으로 서술하였다.

II | 기본인식

1. 국민통합

헌법은 주권자인 국민의 합의에 의한 정치적 결정이다. 이때 다음과 같은 이해가 필요하다. 첫째, 이와 같은 결정이 귀속되는 전체 국민(의 의사)은 현실적으로 존재하는 것은 아니며 이념적 통일체로서 의제된다. 둘째, 국민주권의 이념 자체가 근대 헌법의 시대정신에서 기원하며, 헌법은 이를 규범화하여 문서에 담은 것이라는 점에서 보면 국민은 시원적(始原的) 존재가 아니라 근대 헌법의 고유한 가치에 기속된다(헌법제정권력의 한계). 이와 같은 헌법의 역사적 성격 및 제약에 관한 논리는 오늘날 우리의 헌법국가에서 더 이상 현실적인 문제가 아니다. 늦어도 1987년 이후 시기에 ‘우리 국민의 헌법’이 고유한 가치를 벗어나는 - 우리 역사에서 그동안 반복되었던 - 퇴행은 더 이상 우려할 필요가 없게 되었다. 헌법의 가치와 규범의 부정합, 헌법의 규범적 지향점을 벗어나는 현실은 헌법의 기본질서의 성격과 기능 자체에 제기되는 문제는 아니다¹²⁾. 이에 비해서 첫 번째 관점은 헌법개정에 있어서 여전히 중요한 준거이다. 헌법은 이념적 통일체로서 국민을 의제하고 또 전제로 하며, 동시에 전체 국민의 동일성과 정체성을 전인하는 과제를 갖는다. 좀더 헌법적으로 말하면 국민의 ‘자기결정권을 갖는 인간’으로 국민의 실존은 헌법이 기능하기 위한 조건이면서 동시에 헌법이 보장하여야 하는 가치이다¹³⁾. 이 점에서 헌법은 이념적 통일체로서 국민을 통합하고, 개별 국민의 존엄을 보장하면서 정치적·사회경제적 및 문화적 공동체를 형성하는 과제를 갖는다. 이는 일반 법률과 헌법의 근본적인 차이이다. 법률이 일반적으로 국민통합을 과제로 하지는 않기 때문이다¹⁴⁾. 이때 헌법은 의제된 국민 전체의 의사와 현실적인 국민의 개별의사를 매개하는 과정에

12) 특히 민주주의와 관련된 헌법현실의 문제의식에 대해서는 예컨대 최장집, 민주화 이후의 민주주의(후마니타스, 2003), 181면 이하 참조.

13) 헌재 1998.5.28., 96헌가5, 10-1, 555면 참조.

14) 사회보장법과 같이 국민 혹은 사회통합을 기본적인 과제로 하는 법률이 있는 것은 물론이다. 예컨대 사회보장기본법 제2조, 장애인복지법 제1조 등 참조.

서 고유한 가치에 따른 동일성을 유지하기 위하여 엄격한 기준을, 그리고 장기적인 기본질서로 기능하기 위하여 유연한 기준을 구성한다.

국민통합의 관점에서 보면 기본권은 개인의 권리와 다른 개인의 권리, 개인의 권리와 공적 과제 및 공익이 경합하는 관계를 헌법에 구조화하여 헌법의 기능을 공고히 하는 매개 요소이다. 기본권이 태생적인 사각지대로 인하여 혹은 상황의 변화에도 불구하고 해석 혹은 구체화를 통하여 기본권 질서를 발전적으로 구성할 수 없는 경우에는 그만큼 헌법의 보편성은 감소하고, 그 결과 헌법 규범과 헌법현실이 접촉하는 면은 좁아지게 된다. 국민통합을 저해하는 요소가 널리 퍼져서 국민이 구조적으로 여러 층위에서 분열되는 상황에서는 헌법 및 기본권 질서를 되돌아 보는 필요성은 커진다. 1987년 헌법의 기준점에서 보면 1990년대 이후 세계화의 진행과 신자유주의의 강화, 1997년 말 우리의 특유한 외환위기의 경험, 2007-8년 미국에서 발원(發源)하였지만 거의 전세계에 영향을 미친 재정위기, 그리고 이미 1980년대 중반 맹아(萌芽)를 보인 저출산 고령사회 등이 헌법을 되돌아보고, 또 다가오는 시대를 전망하여야 할 시대적 배경이었다¹⁵⁾. 이와 같은 상황에서 자본과 노동, 자본과 자본(대자본과 중소자본 및 영세자본), 그리고 노동과 노동(숙련근로와 비숙련근로, 정규직과 비정규직) 간의 불평등이 깊어졌다. 노동의 이중구조에서, 그리고 서비스산업이 확대되면서 고용유형은 비정규직, 임시직, 단시간 혹은 초단시간 노동의 형태로 빠르게 개편되었다. 이와 같은 시대 배경에서 노동은 일반적으로, 특히 자본과의 관계에서 열세에 처하게 되었고, 노동빈곤은 보편화되었다¹⁶⁾. 저출산 고령사회에서 노인 및 아동복지, 노인부양 및 아동양육에 대한 지원, 그리고 세대 간 정의 및 형평이 사회적 의제가 되었다¹⁷⁾. 이와 같이 양극 및 다극으로 분열된 국민 및 사회의 현실과 헌법 및 기본권의 국민통합의 과제가 크게 차이가 벌어지면서 헌법의 위기로 다가왔다¹⁸⁾. 이는 1차적으로는 헌법해석과 구체화를 매개로 하는 정

15) 사회과학에서 우리 사회의 전환기적 문제는 이와 같은 불평등 구조에 있으며, 이를 '87 체제'의 현주소로 보았다. 이에 대해서는 예컨대 김종엽, "분단체제와 87년 체제", 김종엽(역음), 87년 체제론(창비, 2009), 33면 이하 참조. 그러나 이 점이 헌법적 논리 또는 헌법개정의 필요성으로 이어지지는 않았다.

16) 새로운 노동 및 고용 유형의 보편적 확대, 그리고 주요 국가의 문제 인식 및 대응 방안에 대해서는 예컨대 이호근, "일의 미래와 '사회국가' 재구축방안에 대한 연구", 사회복지연구회(역음), 복지국가 쟁점 1(한울, 2019), 1면 이하 참조. 이밖에 Eberhard Eichenhofer, "Prekäre Arbeit - neue Folgen für die soziale Sicherheit", Vierteljahresschrift für Sozialrecht(2016), 17면 이하; Ulrich Becker/Olga Chesalina(편), Social Law 4.0(Nomos, 2020), 15면 이하 등 참조.

17) 이에 대해서는 예컨대 전광석, "지속가능성과 세대 간 정의", 헌법학연구 제17권 제2호(2011), 273면 이하 참조.

18) 두 가지 의제를 동시에, 그리고 단일한 제도로 극복하는 방안으로 기본소득(basic income)이 논의되고 있다. 위와 같은 우리 사회의 변화를 기본소득의 논의와 연계시키는 문헌으로는 예컨대 백승호·서정희, "제4차 산업혁명 시대의 사회보장 개혁: 플랫폼 노동에서의 사용종속관계와 기본소득", 법과 사회 제56호(2017), 40면 이하 참조. 그러나 기본소득은 일시에 문제를 해결하는 기대주로 주목을 받고 있지만 복잡한 상황을 지나치게 단순화하는 시도이며, 또 여러 층위에서 다원적 접근을 모색해 왔던 그동안의 정책 방향에 역행(逆行)한다. 기본소득이 사회적 과제와는 다른 지점(地點)에서 정당성이 모색될 수 있겠지만(예컨대 경제정책적 정당성), 이는 전혀 다른 차원에서 진행되어야

치과정의 과제이지만, 이를 극복하는 최후의 수단은 헌법개정이며, 그만큼 진지한 헌법 개정의 논의가 필요하게 되었다.

2. 헌법개정

현행 헌법의 기능에 우호적인 정치적·정치과정론적 및 학문적 상황, 그리고 권력구조에 개정논의가 집중되면서 합의의 형성의 어려웠다는 점을 살펴보았다. 기본권에 있어서는 다른 관점이 필요하며, 개정논의는 주로 여기에 집중되어야 한다. 기본권은 일정한 역사의 시점에서 특별히 보호가 필요한 문제를 선택하여 실정법으로 제정된 규범이지만 보호의 범위는 개방되어 있다. 이는 기본권 규정 자체가 추상적으로 표현되어 구체화와 해석의 공간이 넓고, 또 인간의 존엄을 발전적으로 구상하는 기초 위에서 형성된다. 이로써 기본권은 현재적 의미뿐 아니라 미래를 지향하여 장기적인 기본질서로서 기능할 수 있으며, 그만큼 - 권력구조에 대한 문제인식과 이에 따르는 개정의 필요성과 비교하면 - 개정의 필요성은 크지 않다¹⁹⁾. 그럼에도 불구하고 다음과 같은 요소는 헌법의 변화를 고려하는 계기가 되어야 한다²⁰⁾.

우선, 1987년 당시 시점의 주요 의제가 헌법개정의 중심에 있었고, 헌법은 이에 대한 응답이었다. 그런데 우리 사회는 이후 시기에 - 위에서 지적한 바와 같이 - 외환위기와 재정위기를 겪고, 저출산 고령사회가 깊어지면서 당시의 의제와 응답의 범주를 벗어나는 상황에 있다. 이에 헌법이 오히려 새로운 문제를 생산하는 발원지(發源地)가 되는 것은 아닌가 하는 문제이다. 이에 1987년 이후 새로운 문제, 진행 중인, 그리고 앞으로 예상되는 상황의 변화를 유연한 해석과 구체화를 통하여 헌법을 구성하는 가능성과 그 한계가 검토되어야 한다²¹⁾. 외국인의 기본권, 성평등, 보다 일반적으로는 차별금지 기준 및 적용영역, 임신 및 출산과 양육지원, 고용지원, 노인 빈곤 및 노동 빈곤 등이 대표적인 예이다. 다음, 이와 별개로 1987년 헌법에서 기본권 관계를 확대해 왔던 헌법

할 답변이다

- 19) 헌법 개정 일반에 있어서 개정의 계기와 효용성에 대한 엄밀한 진단의 필요성에 대해서는 예컨대 김종철, “헌법개정의 정치학: 87년 체제의 평가와 헌법개정의 조건 및 방향”, 법과 사회 제55호(2017), 179면 이하 참조. 이 점에 대한 기본권 개정과 관련된 논의에 대해서는 예컨대 정재황, “헌법개정과 기본권”, 저스티스(2013.2), 155면 이하 참조.
- 20) 헌법개정의 필요성에 대한 유형적 설명으로는 예컨대 이재희, “헌법개정사에 대한 반성적 고찰 및 헌법개정 시 고려 사항에 대한 검토”, 저스티스(2019.2), 16면 이하; 전광석, “헌법개정의 역사와 이론”, 헌법재판연구 제5권 제1호(2018), 205면 이하 등 참조. 이밖에 위 각주 9 참조.
- 21) 이와 같은 기준에 따라 헌법 및 기본권 개정의 효용성을 분석하는 문헌으로는 예컨대 김종철, “헌법개정론의 원인지단과 개정방안의 실효성에 대한 소고 - 헌법연구자문위원회 보고서를 중심으로”, 법과 사회 제38호(2010), 125면 이하, 131면 이하 등 참조. 이 점과 관련하여 보다 원론적인 문제의 제기, 그리고 헌법개정의 헌법현실과의 상관성에 대한 이해 방법에 대해서는 예컨대 이병규, “헌법의 의미와 헌법개정 그리고 헌법의 변화”, 공법학연구 제20권 제1호(2019), 252면 이하, 257면 이하 등 참조.

재판소의 결정 및 학문적 성과를 국민적 합의로 정리하여 기본권의 보호범위와 보호의 방향을 명백히 하여야 한다. 이는 헌법현실에 있어서 새로운 변화는 아니다²²⁾. 그러나 이로써 헌법에 명시된 규정의 기반 위에서 헌법의 기능을 안정적으로 보충하며, 또 미래의 지향점으로서 개방적으로 구성될 수 있다는 장점이 있다.

우리 사회의 새로운 의제를 헌법에 보충하는 개정은 - 이에 관한 규범적 판단은 별개의 문제이지만 - 적어도 정치적으로는 필요하다. 이에 비해서 그동안 헌법의 구체화와 해석에 의하여 형성된 기본권을 확인하는 개정은 이들이 이미 헌법을 구성하게 되었던 점에서 보면 필수적이지는 않다. 다만 위에서 언급했듯이 뚜렷한 장점이 있다. 그런데 역설적으로 보면 전자에 해당하는 사안은 - 개정이 규범적 의미를 갖는 내용으로 형성되는 경우에는 - 다양한 이념과 이해 방법이 경합하여 선택의 여지가 있고, 그 결과 합의에 어려움이 있을 수도 있다. 아래에서 설명하는 외국인의 기본권, 차별금지의 기준 등이 대표적인 예이다. 특히 성적 지향에 따른 차별금지는 이미 차별금지법 제정에 있어서 결정적인 장애가 되었던 경험을 한 바 있다. 이에 비해서 기존에 공적 과정, 특히 헌법재판에서 기본권으로 확인된 사안을 헌법에 보충하는 작업은 현실적으로 실현 가능성이 높을 것이다. 이는 정치적 성격이 약하고, 또 이미 일반적으로 기본권적 성격과 효력에 대한 학문적 및 국민적 공감각이 형성되어 있기 때문이다. 다만 경험적으로 보면 전자의 계기에서 헌법이 개정되는 상황도 얼마든지 예상할 수 있다. 1962년 헌법에서 인간의 존엄, 인간다운 생활을 할 권리, 직업선택의 자유, 1980년 헌법에서 행복추구권, 사생활의 비밀과 자유, 환경권, 1987년 헌법에서 범죄피해자구조청구권은 모두 개정 논의가 권력구조에 집중되어 주목을 받지 못한 상황에서 도입되었다. 이 점에서 보면 헌법개정의 정치과정에서 기본권 질서의 보충 및 수정에 대한 연구는 항상적 주목을 받을 필요가 있다.

3. 기본권 질서와 구조

(1) 기본권 질서; 헌법과 기본권 질서, 기본권 내부질서

1) 헌법과 기본권 질서

기본권은 헌법의 다른 부분과 함께 기본질서를 구성한다. 인간의 존엄은 헌법 및 기본권 질서의 존재목적으로서 절대적으로 보장되어야 하며, 이 점은 헌법 편제에 반영되어

²²⁾ 기본권 개정의 제한적 효용성, 이와 같은 관점에서 신중한 숙고가 필요하다는 점에 대해서는 예컨대 조재현, “헌법개정과 자유권적 기본권”, 법학연구(총남대) 제29권 제3호(2018), 315면 이하; 이병규, 위 각주 19의 논문, 258면 참조.

야 한다. 이에 대해서는 아래에서 설명한다.

민주주의는 국가권력의 조직과 구성 및 기능을 규율하며, 민주주의의 의사결정에서 국민 개인이 제도적으로 혹은 개별적인 의사를 투입하여 참여하는 기회는 기본권으로 보장된다. 선거권과 공무담임권, 그리고 표현의 자유가 이와 같은 범주에 속한다. 특히 표현의 자유가 민주주의와 기능하기 위해서는 개인이 정치적 의사형성에 필요한 정보에 자유롭게 접근하고, 또 국정에 관한 정보의 공개를 청구할 수 있어야 한다. 이에 비해서 국민이 직접 법률안을 제안 및 결정하거나, 선거에 의하여 공직에 위임된 권한을 철회하는 구상은 대의제의 기본질서와 긴장관계에 있다. 법치국가원리는 기본권의 보장을 이념으로 하며, 이는 헌법현실에서 보호의 필요성을 기준으로 기본권을 확대하고, 이로써 헌법관계를 안정화하여 실현된다. 이때 앞서 언급한 바와 같이 헌법재판에서 확인된 권리를 기본권으로 보장하는 소극적 작업에 그칠 것인가, 국민의 합의를 유도하여 기본권을 적극적으로 확대할 것인가는 정치적 선택의 문제이다²³⁾. 다만 전자의 경우에도 기본권의 단계적 확대가 일반적인 의미를 갖는 경우에는 전체 헌법질서와의 관련성이 검토되어야 한다. 적법절차를 기본권 제한의 일반적인 요건으로 구상하는 것이 좋은 예이다²⁴⁾.

복지국가원리는 모든 국민을 사회적 위험으로부터 보호하여 인간다운 생활, 혹은 적어도 인간다운 최저생활을 보장하여야 하며, 이로써 개인이 자신의 능력과 의지로 자유를 실질적으로 행사할 수 있도록 하여야 한다. 우리 헌법은 이를 사회적 기본권으로 보장한다. 1948년 헌법의 사회경제적 민주주의의 이념에 비해서 소극적인 내용의 제19조를 1962년 헌법이 인간다운 생활을 할 권리, 사회보장 및 최저생활보장의 과제로 대체하였던 사회적 기본권을 강화하는 좋은 예이다. 이로써 (적어도 헌법적으로는) ‘근로능력의 상실’이 아니라 ‘생활유지의 능력’이 없는 상황 자체를 기준으로 보호의 대상이 확대되었고, ‘사회보장’의 기능영역이 명확해졌다. 사회적 기본권은 경제질서와 상호 기능하면서 실현된다. 이때 시장에 부과되는 사회적 책임, 노동에 대한 자본의 책임과 지원, 자본과 노동의 관계에 대한 국가적 중립성 등의 주요 의제에 포함된다. 1948년 헌법의 사기업에서 근로자의 이익분배균점권이 자본주의 시장경제의 헌법질서에서 기능할 수 없었기 때문에 1962년 헌법에서 삭제되었던 경험이 이에 따른 헌법개정의 예이다. 다만 우리 헌법은 개방된 혼합경제질서를 예정하고 있기 때문에 사회적 기본권과 경제질서의 정합성에 관한 판단이 헌법개정에 미치는 영향은 전체적으로 보면 제한적이다. 이

23) 또 하나의 선택의 문제에 대해서는 위 각주 11 참조.

24) 아래 IV.1.(1) 참조.

에 헌법개정은 사회적 기본권 자체를 체계적으로 구성하는데 주력하여야 한다. 위에서 언급한 1990년대 이후의 상황변화, 즉 노동과 자본의 관계, 노인빈곤 및 노동빈곤, 그리고 저출산 고령사회의 문제는 평등의 문제이며, 동시에 사회적 기본권이 집중적으로 주목을 받는 계기가 되었다.

2) 기본권 내부질서

헌법개정에서는 기본권 질서의 실제법적 측면과 편제가 모두 고려되어야 한다. 기본권의 실제법적 검토는 아래 IV.에서 자세히 살펴본다. 편제에 있어서는 다음과 같은 사항에 대한 숙고가 필요하다.

인간의 존엄은 헌법의 존재 의미이며, 헌법을 구성하는 원리로서 절대적으로 보장되어야 한다²⁵⁾. 이는 다음과 같은 문제를 제기한다. 첫째, 인간의 존엄의 헌법적 위상에 맞추어 이를 전문에 이어지는 본문의 처음에 둘 것인가, 아니면 현행 헌법과 같이 총강에 이어지는 ‘국민의 권리와 의무’에 관한 장의 처음에 둘 것인가 하는 문제이다. 둘째, 현행 헌법과 같은 편제를 유지하는 경우에도 헌법원리에 해당하며 절대적으로 보장되는 인간의 존엄, 그리고 (보호범위가 일반적이지만 방어권적 기본권의 성격을 갖는) 행복추구권을 함께 규정하는 방식에 변화가 필요하다는 문제이다. 셋째, 인간의 존엄 조항은 헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리와 문언상 중첩된다는 점이다. 이들 문제가 헌법 개정에서 정비되어야 한다.

헌법 제37조 제2항 기본권 제한의 요건에 관한 규정은 기본권 일반에 적용되는 유일한 규정이다. 그밖에 일반적인 규정을 묶어서 정리하는 방법은 기본권 질서의 이해에 유용하다. 이는 ‘국민의 권리와 의무’의 장 처음에 위치하여야 할 것이다. 기본권 제한의 요건 외에 헌법 제10조 제2문 국가의 기본권 보장 의무, 법인 및 외국인의 기본권 등이 이와 같은 범주에 속한다. 적법절차조항에 대해서는 그 일반적인 효력 자체가 먼저 검토되어야 한다²⁶⁾.

평등권은 법적 평등과 기회의 평등, 결과의 평등 등 다양한 목표를 추구하고, 또 다원적인 방법에 의하여 실현된다²⁷⁾. 이와 같은 평등의 기반 위에서 개인은 자유를 상향적으로 실현하고, 또 자율적인 결정에 의하여 정치적·사회적 및 경제적 생활을 형성한다.

25) 인간존엄의 절대성과 상대성에 대해서는 예컨대 이계일, “인간의 존엄은 형량가능한가?”, 원광법학 제26집 제1호(2010), 157면 이하; 최규환, 인간존엄의 형량 가능성(헌법재판소 헌법재판연구원, 2017) 등 참조.

26) 아래 IV.1.(1) 참조.

27) 이에 대해서는 예컨대 김종철, 위 각주 9의 논문, 19면 이하; 김해원, “‘평등권’인가 ‘평등원칙’인가?”, 헌법학연구 제19권 제1호(2013), 233면 등 참조. 이밖에 결과의 평등을 실현하는 다양한 방법론에 대해서는 예컨대 이재희, 적극적 평등실현조치에 대한 위험심사(헌법재판소 헌법재판연구원, 2018), 39면 이하 참조.

사회적 취약계층에 대해서는 특별한 지원과 보호가 필요하며, 이는 사회적 기본권의 관계이면서, 동시에 사회적 평등의 문제이기도 하다. 전자에 편입하여 복지 그 자체를 절대적으로 보장하는 안과 후자의 방법으로 포괄적인 생활관계에서 상대적으로 평등을 실현하는 안에 대한 선택이 필요하다.

기본권 질서는 생활영역에 따라서 동질적인 기본권을 묶어 구성되어야 한다. 현행 헌법은 이에 관한 질서가 결여되어 있다. 생활영역이 같은 규정이 연계되어 있지 못하거나, 혹은 동질성이 없는 규정이 함께 위치해 있는 경우도 있다. 경제적 기본권이 전자의 예에, 그리고 행복추구권, 연좌제 금지 등의 규정이 후자의 예에 해당한다. 인간의 존엄 및 평등권은 특별한 헌법적 위상을 갖기 때문에 ‘국민의 권리와 의무’의 장 처음에 위치시키는 현재의 편제가 올바르다. 평등권은 독자적인 보호범위를 갖지 않는 원칙규범이기 때문에 이념적 지향에 관계 없이 도입부에 위치하며, 이 점이 평등권을 자유권적 기본권에 우선하였다는 의미를 갖는 것은 아니다.

(2) 기본권의 실현구조

기본권 질서의 개편에는 기본권의 성격과 실현구조가 영향을 미친다. 개인의 주관적 지위, 그리고 헌법 기능에 규범적 및 정치적으로 유의미한 변화를 가져올 수 없는 기본권 문언의 개정은 소모적이다. 평등권은 차별금지의 기준을 제시하여 입법권을 기속하는 범위를 넓히거나 혹은 입법 방향을 제시하며, 적극적 평등실현의 헌법적 근거를 두어 정치적 효력을 강화할 수 있다. 이때 평등권이 독자적인 보호범위를 갖지 않지만 보편성을 갖기 때문에 평등권의 개정이 국민의 헌법생활에 미치는 영향을 크다. 자유권적 기본권은 헌법 규정의 해석을 통하여 그 내용이 확정되고, 규범의 의미가 명확하기 때문에 입법권을 포함하여 국가작용에 직접 효력을 갖는다. 그만큼 자유권적 기본권의 보충은 보호범위를 확대하여 국가작용을 제한하는 규범적 의미를, 또 기본권을 실질적으로 보장하기 위하여 필요한 조건을 보장하는 정치적 의미를 가질 수 있다.

사회적 기본권은 기본적으로 객관적 국가목표의 성격을 가지며 정치과정에서 구체화되었을 때 재판규범으로 기능한다. 사회적 기본권의 개정은 직접 개인의 법적 지위에 영향을 미치는 것은 아니다. 이 점에서 1987년 이후 변화하는 사회적 상황, 특히 사회적 불평등과 분열, 그리고 이에 관한 국민의식에 따라 모든 국민에게 사회적 위험을 평등하게 보호하기 위한 개정은 규범적 부담은 비교적 낮으며, 이에 비해서 정치적 효과는 크다. 그만큼 헌법개정의 방향에 대한 합의는 어렵지 않게 형성될 수 있다. 다만 사회적 기본권의 법적 성격을 명확히 하여 규범과 현실의 괴리로 인하여 헌법에 대한 신

퇴가 악화되어서는 안된다. 사회적 기본권은 기본권 질서에서 그 위상이 명확하여야 한다. 주택개발정책에 관한 규정이 환경권에, 보건권이 혼인의 가족의 보호에 위치하여 그 의미를 축소시키는 것이 대표적인 예이다. 또 사회적 기본권과 평등권의 기능의 분담과 중첩관계를 정비하여야 한다. 사회적 기본권은 미래를 지향하는 지속가능성의 과제를 일반적으로 혹은 특히 환경권과 혼인과 가족의 보호에 있어서 검토하여야 한다.

국가기능에 참여하는 기본권으로 청원권과 선거권 및 공무담임권, 그리고 권리구제를 위한 기본권인 재판받을 권리, 형사보상청구권, 국가배상청구권 등은 기본적으로 제도 및 법률을 매개로 보장되기 때문에 이들 문제는 입법의 과제이며, 헌법의 개정의 필요성은 제한적이다.

III¹ 기존의 구상

1. 개정연구 혹은 개정안

1987년 헌법의 초기에 이미 권력구조 및 실질적 민주주의의 관점에서 문제가 제기되면서 연구단체와 국회, 그리고 정부에서 헌법개정안이 작성되었다. 이 글에서 개정방향을 서술하는 데 참고가 되는 몇 가지 안을 소개·정리한다.

한국헌법학회는 2006년 헌법개정연구위원회를 구성하여 헌법개정을 포괄적으로 연구하였다(이하 ‘2006년 헌법개정연구’로 줄임). 헌법개정안을 조문화하지는 않았다. 그로부터 12년이 지난 2018년 한국헌법학회는 다시 한번 대규모로 헌법개정에 관한 연구를 수행하였다. 2006년과는 달리 이때에는 헌법개정안을 조문화하였다(이하 ‘2018년 헌법학회개정안’으로 줄임). 국회에서 헌법개정의 필요성이 인식되어 2009년과 2014년 국회의장 자문기구로 ‘헌법연구자문위원회’ 및 ‘헌법개정자문위원회’를 구성하여 개헌안을 작성하였다(이하 ‘2009년 국회자문위안’, ‘2014년 국회자문위안’으로 줄임)²⁸⁾. 2017년 대통령선거에서 헌법개정은 당선자의 공약이었다. 이에 정부는 헌법개정안을 발의하였지만 20대 국회의 임기가 만료되면서 폐기되었다(이하 ‘2018년 정부개정안’으로 줄임)²⁹⁾. 2017년 국가인권위원회는 특히 기본권 보장을 강화하기 위한 헌법

28) ‘2014년 국회자문위안’을 전체적으로 소개하는 문헌으로는 정재황, “2014년 국회 헌법개정자문위원회 개헌안에 대한 검토”, 세계헌법연구 제23권 제3호(2017), 1면 이하 참조. 이에 대한 전체적인 분석과 평가에 대해서는 김종철, 위각주 21의 논문, 125면 이하 참조.

29) ‘2018년 정부개정안’에 대한 전체적 분석과 평가에 대해서는 김학성/박용숙, “문재인 대통령이 발의한 헌법개정안에 대한 비판적 고찰”, 강원법학 제54권(2018), 255면 이하; 장영수, “2018년 3월 26일 발의된 대통령 개헌안의 문제점”,

개정안을 작성하였다(이하 ‘국가인권위안’으로 줄임). 대화문화아카데미는 전문가들의 논의를 거쳐 헌법개정안을 작성하였으며, 이를 2011년 출간하였다(이하 ‘대화아카데미 개정안’으로 줄임). 이밖에 헌법학자들이 각자의 관심에 따라 헌법개정의 방향과 내용을 제시하였다.

2. 정리

(1) 기본권 편제 및 일반 규정

‘2006년 헌법개정연구’는 인간의 존엄으로 시작되는 기본권의 장을 전문 바로 뒤에 위치시키고, 이어 총강과 통치구조에 관한 장을 두는 특징이 있었다. ‘2014년 국회자문위안’은 이례적으로 기본권의 편제에 큰 변화를 주었다. 기본권의 장을 절로 세부 분류하였다. 인간의 존엄과 가치, 평등, 자유권, 인간다운 생활을 할 권리, 참정권, 사법절차에 관한 권리를 독자적인 절로 편성하였다. 예컨대 인간의 존엄과 가치의 절에 인간의 존엄과 가치, 생명권, 신체 및 정신적인 온전성에 관한 권리, 안전의 권리 등을 보장하였다. 대부분의 개정안은 재판받을 권리로 시작되는 권리구제를 위한 기본권에 앞서 사회적 기본권을 먼저 배치하였다.

기본권의 주체를 외국인으로 확대하기 위하여 제2장의 표제를 ‘국민의 권리와 의무’에서 ‘인간과 국민의 권리’, ‘기본적 권리와 의무’ 등으로, 그리고 개별 규정에서 기본권의 주체를 기존에 ‘국민’에서 ‘사람’, ‘누구나, 혹은 ’누구든지‘ 등으로 바꾸었다. 대부분의 개정안은 선거권, 공무담임권 등 정치적 기본권과 사회적 기본권이 주체는 ‘국민’으로 유지하였다. 이밖에 직업의 자유, 거주·이전의 자유, 재산권, 국가배상청구권 등의 주체를 국민으로 하였다. 인간다운 생활을 할 권리, 교육의 권리, 보건권 등을 외국인에게 인정하는 전향적인 개정안도 있었다(‘2014년 국회자문위안’). 이례적으로 ‘2009년 국회자문위안’은 제2장의 표제를 ‘국민의 권리와 의무’로 유지하였다. 외국인의 기본권은 해석에 의하여 보장될 수 있다고 보았다. 법인의 기본권 주체성을 명시하는 개정안도 있었다(‘2006년 헌법개정연구’, ‘2009년 국회자문위안’)

기본권 일반에 관한 개정 제안은 다음과 같다. 첫째, 신체의 자유에 규정된 적법절차 조항을 제37조 제2항으로 옮겨 적법절차가 기본권 제한의 일반적인 요건이 되도록 하였다(‘2006년 헌법개정연구’, ‘2009년 국회자문위안’). 소급입법에 의하여 재산권과 참정권을 제한할 수 없다는 규정은 재산권 및 선거권에 관한 규정으로 옮겨졌다(‘2018년

공법연구 제46집 제4호(2018), 1면 이하 등 참조. ‘2018년 정부개정안’의 사회적 기본권에 대한 분석과 평가로는 예컨대 유수정, “헌법개정과 사회적 기본권”, 법학연구(충남대) 제29권 제3호(2018), 135면 이하 참조.

헌법학회개정안, ‘국가인권위안’). 이를 기본권 제한의 일반적인 요건에 관한 규정으로 옮기는 안도 있었다(‘2014년 국회자문위안’). 둘째, 독일 헌법 제1조 제3항의 예에 따라 기본권이 직접 효력을 갖는다는 규정을 삽입하였다(‘2006년 헌법개정연구’, ‘2009년 국회자문위안’)30). 셋째, 기본권을 제한하는 실질적 요건으로 공공복리를 그대로 두고 국가안전보장과 질서유지를 삭제하는 제안도 있었다(‘2006년 헌법개정연구’).

(2) 개별 기본권

‘2006년 헌법개정연구’에서는 행복추구권은 존재 의미가 없기 때문에 삭제하는 안이 검토된 바 있다. 또 ‘2014년 국회자문위안’은 행복추구권을 그대로 두면서 일반적인 행동의 권리를 도입하였다. 평등권의 개정 방향은 크게 두 가지였다. 첫째, 차별금지기준을 추가하는 제안이다. 연령, 장애를 추가하는 것이 일반적이었고, 이밖에 정치적 신조, 인종, 언어, 지역, 출신, 성적 지향, 학력 등이 보충되었다. 둘째, 적극적 평등실현의 헌법적 근거를 두었고, 이때 주로 성평등과 장애인평등이 주목을 받았다. 특히 ‘2014년 국회자문위안’은 노동의 권리, 인간다운 생활을 권리, 혼인과 가족의 보호에 위치해 있는 성평등 및 차별금지에 관한 조항을 평등권에 함께 규정하였다.

압수·수색에 있어서 영장신청권을 검사에 한정하는 규정을 삭제하였다. 헌법 제27조 제4항 무죄추정에 관한 조항을 제12조 제1항으로 옮기고, 이를 피고인뿐 아니라 피의자에게도 적용되도록 하였다(‘2006년 헌법개정연구’, ‘대화아카데미 개정안’). ‘대화아카데미 개정안’은 반인륜적 범죄에 대한 공소시효를 배제하는 규정을 추가하였다. 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 자유를 사생활에 관한 기본권으로 통합하여 규율하거나(‘2006년 헌법개정연구’, ‘2018년 정부개정안’), 주거의 자유, 그리고 사생활의 비밀과 자유 및 통신의 자유를 분리하여 보장하는 안도 있었다(‘2014년 국회자문위안’, ‘2018년 헌법학회개정안’). 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유의 조문을 분리하였다. 통신·방송의 시설 기준 및 신문의 기능에 관한 법정주의는 남용의 우려 때문에, 그리고 타인의 명예 및 권리, 공중도덕과 사회윤리에 관한 한계 조항은 제37조 제2항과 중복된다는 이유로 일반적으로 삭제하였다. 기존의 ‘직업선택의 자유’는 직업행사의 자유를 포함하기 때문에 ‘직업의 자유’로 바꾸는 것에는 일치하였다.

재판을 받을 권리에 있어서 일반 국민이 전시 혹은 비상계엄이 선포된 경우 이외에는 군사재판을 받지 않도록 하였고, 또 비상계엄이 선포된 경우 단심에 의한 재판을 삭제하였다(‘2009년 국회자문위안’, ‘2018년 정부개정안’). 청원권을 문서로써 행사하여야

30) 아래 각주 50 참조.

한다는 제한, 그리고 제29조 제2항의 이른바 이중배상금지의 원칙을 삭제하는 방안은 공통적이었다. 국가는 청원을 수리·심사할 뿐 아니라 결과를 통지하도록 하였다(‘2014년 국회자문위안’, ‘국가인권위안’, ‘2018년 정부개정안’).

범죄피해자구조의 사유로 생명·신체 외에 정신적 피해를 추가하였다(‘2014년 국회자문위안’, ‘국가인권위안’, ‘2018년 헌법학회개정안’). 교육의 권리를 보충하였다. 일반적으로 자녀의 인격발현권과 학습권, 중등교육을 받을 권리, 학부모의 교육권, 교사의 수업권, 사립학교 운영의 자유 등을 명시하였다³¹⁾. 대부분의 개정안은 평생교육, 시민교육 및 직업교육을 진흥하도록 하였다. 대학의 자율성을 대학의 자치로 하고, 헌법 제22조 학문의 자유로 옮겨 보장하는 제안은 공통적이었다. 노동의 권리 역시 보강되었다. ‘2018년 정부개정안’은 기존의 ‘근로’의 권리를 ‘노동’의 권리로 바꾸었다³²⁾. 헌법 제32조 제1항 제2문을 분리하여 제2항과 제3항에 통합하고, 이때 고용보장, 부당해고금지, 직업알선 및 직업교육 등을 예시하여 규정하였다(‘2006년 헌법개정연구’). ‘2018년 정부개정안’은 최저임금제 외에 동일노동 동일임금의 원칙을 규정하였다. 노동조건은 노동자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 결정되도록 하였다. 임신·출산 및 양육으로 인한 부당한 차별을 금지하였다. 헌법 제32조 제6항 국가유공자에 관한 규정을 제34조에 옮겨 규정하였다(‘2006년 헌법개정연구’). 대부분의 개정안은 의사자(義死者)를 추가하였다. ‘2018년 정부개정안’은 노동3권의 목적으로 노동조건의 개선 이외에 권익의 보호를 추가하였다. 현역 군인 등을 제외하고는 공무원이 원칙적으로 노동3권을 갖도록 하였다.

제34조에서 노인, 청소년, 장애인 등에 관한 규정을 통합하여 제2항에서 규율하거나(‘2006년 헌법개정연구’), 혹은 어린이와 청소년에 대한 보호와 배려, 노인의 생활보장과 사회참여, 그리고 장애인의 생활보장과 사회참여 및 차별금지 등으로 구체화하고 통합하여 규정하였다(‘2018년 헌법학회개정안’, ‘2018년 정부개정안’, ‘국가인권위안’). ‘2018년 정부개정안’은 인간다운 생활을 할 권리에 관한 규정을 유지하면서 사회보장을 받을 권리를 새로이 두고, 또 이를 구체화하였다. 임신·출산 및 양육의 지원을 받을 권리를 명시하였다. 주거에 관한 권리와 보전에 관한 권리를 제35조 및 제36조에서 분

31) 이는 중등교육을 받을 권리를 제외하고는 헌법재판에서 확인된 권리였다. 예컨대 헌재 2000.4.27., 98헌가16등, 12-1, 449면 이하; 1991.2.11., 90헌가27, 3, 22면 이하; 1992.11.12., 89헌마88, 4, 756면 이하; 1999.3.25., 97헌마130, 11-1, 242면 이하; 2001.1.18., 99헌바63, 13-1, 68면 이하 등 참조.

32) 1948년 헌법에서 이미 ‘근로’의 권리로 표현되었지만 우리 사회에서 ‘노동’이 일반적인 용어였다. 1961년 5.16 군사정변 이후 노동자는 근로자로 표현되었으며, 상징적으로 ‘노동절’을 폐지하고 ‘근로자의 날 제정에 관한 법률’에 의하여 ‘근로자의 날’로 명칭을 바꾸었다. ‘근로자’는 독자적인 주체라기보다는 생산공동체에 종속된 구성원이라는 의미가 강했다. 1960년대 이와 같은 변화에 대해서는 예컨대 김동춘, 한국사회 노동자연구(역사비평사, 1996), 170면 이하 참조.

리하여 독자적인 기본권으로 보장하거나, 제34조 인간다운 생활에 편입시켰다. ‘국가인권위안’은 이례적으로 기본소득에 관한 시책을 강구하도록 하였다. 제35조 환경권 중 제2문 환경보전의무에 관한 규정을 제1항에서 분리하여 제2항에 두고, 여기에 지속가능한 발전의 과제를 명시하였다(‘2006년 헌법개정연구’, ‘2014년 국회자문위안’). 동물 보호를 위한 정책의무를 규정하였다(‘2018년 정부개정안’, ‘국가인권위안’). 혼인과 가족의 보호를 권리의 형식으로 표현하고, 이어서 원칙규정과 모성보호에 관한 규정을 두었다. 직장생활과 조화, 그리고 가족생활 보호에 관한 규정을 추가하였다(‘2006년 헌법개정연구’). 임신 및 출산과 양육으로 인한 차별을 금지하였다(‘2009년 국회자문위안’, ‘2018년 헌법학회개정안’). 부모의 아동교육권 및 의무를 명시하였다. 부모의 권리는 아동의 복리를 위하여 제한될 수 있다(‘2018년 헌법학회개정안’, ‘국가인권위안’).

(3) 새로운 기본권

대부분의 개정안은 생명권, 알권리, 개인정보자기결정권, 안전권 등을 새로이 도입하였다. ‘대화아카데미 개정안’과 ‘국가인권위안’은 생명권과 관련하여 사형폐지를 규정하였다. 일반적인 행동의 권리를 기본권으로 명시하고, 신체완전성의 권리를 보장하는 안이 있었다(‘2014년 국회자문위안’, ‘2018년 정부개정안’, ‘국가인권위안’). 거주·이전의 자유에 난민보호 조항을 두거나(‘2014년 국회자문위안’, ‘2018년 헌법학회개정안’) 혹은 정치적 망명권을 도입하였다(‘2009년 국회자문위안’). ‘국가인권위안’은 망명권과 난민보호를 함께 규정하였다. ‘대화아카데미 개정안’은 국민의 추방금지에 관한 규정을 두었다. 양심의 자유와 함께 ‘사상의 자유’를 명시하는 것은 일반적이었다. 개인정보자기결정권을 도입하여 개인정보보호의 원칙, 개인정보의 요청에 당사자의 동의 및 법률적 근거 필요, 정보의 열람·정정·삭제, 독립기관을 통한 정보보호 등을 규정한다(‘2006년 헌법개정연구’). 대부분의 개정안은 독자적으로 정보기본권을 두어, 여기에 알권리와 정보접근권, 개인정보자기결정권을 보장하고, 또 소외계층의 정보기본권의 보호를 위한 국가의 의무를 규정하였다. 알권리 및 정보공개청구권을 표현의 자유에 포함하는 안도 있었다(‘2006년 헌법개정연구’, ‘대화아카데미 개정안’). ‘2018년 정부개정안’은 선거권 연령을 18세로 헌법에서 직접 정하였다. ‘국가인권위안’은 직접민주정적 요소를 도입하는데 가장 적극적이었다. 즉 국민투표, 국민발안, 국민소환에 관한 기본권을 보장하였다. ‘2014년 국회자문위안’은 국민투표권을 보장하였다. ‘2006년 헌법개정연구’에서는 지방자치에 있어서 주민투표와 주민소환의 헌법적 근거를 명시하였다. 일부 개정안은 국민발안과 국민소환을 국회의 장에서 규정하고, 이에 관한 구체적인 사항을 법률로 정

하도록 하였다(‘2018년 정부개정안’). 대부분의 개정안이 소비자의 권리를 도입하였고, 이는 소비자 피해의 예방과 구제를 내용으로 하였다.

IV¹ 기본권 질서와 구조 및 규정의 개정 방향

1. 헌법 전체 편제와 기본권, 기본권 질서의 재편

(1) 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 적법절차

전문 다음에 인간의 존엄으로 시작되는 기본권을 배치하는 제안에는 다음과 같은 논리가 작용하였다. 첫째, 적극적인 논리로서 인간의 존엄, 그리고 기본권이 헌법의 존재 의미이며, 따라서 헌법의 처음에 위치시켜 이 점을 강조하여야 한다. 둘째, 소극적으로 보면 1948년 헌법에서부터 총강에 배치되어 있는 규정들이 헌법의 일반원리, 즉 총칙의 성격을 갖지는 않으며, 또 이 규정들이 총강의 장에 함께 규율될 만큼 동질성이 있지 않다. 이와 같은 개편이 바람직하지는 않다. ‘이념적’으로 보면 이 경우 국민주권이 우선적 위상을 상실하거나 약화될 수 있다. ‘이론적’으로 보면 국민주권은 민주주의, 법치국가원리 등 헌법원리와 기본권에 의하여 실현되고, 또 준거가 되어야 하는 데 이 점이 주목되지 못할 수 있다. ‘체계적’으로 보면 헌법 총강 부분을 해체하여 재배치하는 부담이 따른다³³⁾. 그런데 이와 같은 우려와 부담을 떠안고 헌법편제를 개편하는 유용성이 있지는 않다.

행복추구권은 인간의 존엄과 법적 성격 및 적용범위가 다르다. 인간의 존엄이 객관적인 헌법원리로서 헌법 전체에 효력을 갖는 반면 행복추구권은 방어권적 성격을 갖고 이에 상응하여 적용범위가 제한되어 있기 때문이다³⁴⁾. 따라서 우선 인간의 존엄 규정과는 분리되어야 한다. 행복추구권은 일반적 행동의 자유로 이해되고 있고, 또 헌법재판에서 계약자유 원칙, 성적 자기결정권, 자기책임의 원칙 등이 도출되는 근거로서 헌법심사의 기준으로 기능하고 있다³⁵⁾. 따라서 대안이 없이 행복추구권을 삭제할 수는 없다. 다만 일반적 행동의 자유가 규범적 용어이며, 규범의 내용이 명확하기 때문에 행복추구권을 대체할 수는 있다.

33) 총강의 장을 그대로 두면서 개편하는 경우 그 구체적인 방안에 대해서는 예컨대 전광석, “헌법편제에 관한 연구” 헌법학연구 제12권 제5호(2006), 31면 이하 참조.

34) 예컨대 헌재1995.7.21., 93헌가14, 7-2, 32면; 2002.12.18., 2001헌바546, 14-2, 902면 등 참조.

35) 예컨대 헌재 1991.6.3., 89헌마204, 3, 276면; 1990.9.10., 89헌마82, 2, 310면 등 참조.

제12조 적법절차조항을 제37조 제2항으로 옮겨 일반적인 기본권 제한의 요건으로 하는 방안은 검토의 필요가 있다³⁶⁾. 헌법재판소는 직업의 자유에 대한 불이익이 가해지는 사안에서 적법절차의 위반을 이유로 헌법에 합치하지 않는다는 결정을 한 바 있다³⁷⁾. 그러나 헌법개정에 있어서는 선행작업이 필요하다. 헌법재판소는 적법절차의 원칙에 실제적 적법절차와 형식적 적법절차가 포함된다고 이해하였다³⁸⁾. 위와 같은 헌법개정의 제안은 형식적 적법절차에 한정된다. 실제적 적법절차는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙과 중첩되기 때문이다. 그런데 형식적 적법절차 역시 일반적인 기본권 제한의 요건으로 하기에는 그 내용이 아직 성숙되어 있지 않다. 적법절차가 적용되는 국가작용의 종류 및 적용 단계, 그리고 적용되는 기본권의 범주가 아직 명확하지 않기 때문이다. 또 무엇보다도 이 경우 입법에 부과되는 부담이 예측하기 어렵다³⁹⁾. 다음과 같은 우려도 있다. 적법절차조항은 기원에 있어서 신체의 자유와 밀접하게 관련되어 오랜 경험을 쌓으면서 신체의 자유를 집중적으로 강화하는 핵심적인 기준이 되었다⁴⁰⁾. 이러한 기능은 여전히 기대된다. 그런데 기본권 제한의 일반 조항에 위치하게 되면서 적법절차조항의 특유한 가치와 기능이 약화될 수 있다. 우선 적법절차가 기본권을 최적으로 실현하기 위한 요소라는 이해에 기초하여 관련 내용을 입법적으로, 또 사법적 판단을 통하여 축적하여 가는 것이 올바른 방법이다.

(2) 기본권 편제와 배치

현행 헌법의 기본권 규정은 질서가 결여되어 있다. 사생활의 비밀과 자유(제17조)에 이어서 사생활의 공간인 주거(제16조), 그리고 의사소통의 수단으로 통신의 비밀(제18조)이 보장되어야 한다. 이들 기본권이 보호범위를 달리한다는 점을 고려하면 이를 하나의 조문에 통합하기보다는 분리하여 규정하는 것이 타당하다. 인격적 관련성이 강한 기본권과 사회적 관련성이 있는 기본권의 순서로 배치하는 구상을 할 수도 있다. 이 경우

36) 위에서 소개한 개정연구 외에 같은 제안을 하는 문헌으로는 조재현, 위 각주 22의 논문, 87면 이하 참조. 이에 비해서 같은 의도를 갖지만 인간의 존엄에 관한 규정에 두는 방안도 있었다. 예컨대 임지봉, 위 각주 10의 논문, 347면 이하 참조.

37) 위 각주 8 참조.

38) 헌법재판소의 이에 대한 이해방법으로는 예컨대 헌재 1992.12.24., 92헌가8, 4, 876면 이하 참조. 실제적 적법절차는 과잉금지의 원칙과 중첩되기 때문에 이와 같은 구분이 타당하지 않다는 이유에서 비판적인 견해로는 예컨대 김종철, “적법절차원리의 헌법화에 대한 소견 - 미국연방헌법상 적법절차원리의 기능을 중심으로 -”, 인권법평론(전남대) 제20호(2018), 30면 이하 참조.

39) 적법절차가 적용되는 국가작용의 범위에 대해서는 예컨대 윤영미, “적법절차의 적용대상”, 법학논총(한양대) 제24집 제2호(2007), 144면 이하 참조.

40) 적법절차조항의 기원에 대해서는 김종철, 위 각주 38의 논문, 7면 이하; 임지봉, “적법절차조항의 우리 헌법에서의 도입과 그 운용”, 헌법학연구 제11권 제3호(2005), 265면 이하 등 참조.

양심과 자유(제19조)와 종교의 자유(제20조)에 이어 학문과 예술의 자유(제22조)가 보장되어야 한다. 거주·이전의 자유(제14조)는 기원에 있어서는 경제적 기본권에 해당하였으나 오늘날 보호 범위는 개방되었다. 그렇더라도 거주·이전의 자유를 사생활의 기본권에 앞서 보장되는 것은 체계적이지 않다. 표현의 자유(제21조) 다음에 거주·이전의 자유 및 직업의 자유를 두고 이어 재산권이 보장되어야 한다. 사회적 기본권과 권리구제를 위한 기본권의 배치는 바뀌어야 하며, 이는 기존의 헌법개정연구에서 공통적으로 지적되었다. 혼인과 가족의 보호는 기본적으로 사회적 기본권에 해당하며, 이에 비해서 환경권은 (사회적 기본권의 성격이 없는 것은 아니지만) 국가목표규정의 성격이 강하다. 따라서 환경권은 총강으로 옹기거나 혹은 적어도 혼인과 가족의 보호 다음에 위치하여야 한다. 사법절차의 절에 재판청구권, 형사보상청구권, 국가배상청구권을 함께 배치하는 것은 옳지 않다. 재판청구권은 사법절차에 한정되지 않고 실체법적 내용을 포함하며, 형사보상청구권 및 국가배상청구권은 실체법적 기본권으로서 보호범위를 완전히 달리하고 있기 때문이다.

헌법 제13조 제1항 소급입법금지의 원칙과 이중처벌금지의 원칙은 신체의 자유와 형사처벌에 관한 전형적인 기준이기 때문에 헌법 제12조 신체의 자유에서 실체법적 원칙과 절차법적 원칙으로 나누어 규율될 수 있다. 특히 형법에서 소급입법금지의 원칙은 죄형법정주의를 구성하며, 또 절대적인 효력을 갖기 때문에 제12조에 위치하는 경우 그 독자적 의미가 뚜렷해 질 수 있다. 헌법 제13조 제2항 및 제3항은 정리가 필요하다. 제13조 제2항은 1961년 군사쿠데타 이후 1962년 개정된 헌법에서 이전 시기 구정치인에 대하여 소급하여 정치활동을 금지하고, 재산을 환수하였던 경험을 되풀이 하지 않겠다는 의지를 표현한 것이다. 그런데 이는 이미 헌법 제37조에 제2항에 내포되어 있는 내용을 확인하는 의미 이상을 갖지 않는다. 이는 다음과 같은 오해를 일으킬 수도 있다. 이 규정이 참정권 및 재산권을 소급입법에 의하여 제한하는 것을 절대적으로 금지하거나 혹은 적어도 다른 기본권에 비해서 소급입법에 의한 제한이 엄격하다는 암시를 하고, 또 그러한 해석의 근거가 될 수 있다. 그러나 이는 모두 타당하지 않다⁴¹⁾. ‘2018년 헌법학회개정안’은 제13조 제2항을 재산권 규정과 선거권 규정에 나누어 배치하였는데, 이 경우에도 같은 문제가 지적되어야 한다. 친족의 행위로 인한 불이익을 받지 않는다는 헌법 제13조 제3항 역시 존재 의미가 있지 않거나 오해를 줄 수 있다. 이 규정은 적극적으로는 자기책임의 원칙, 소극적으로는 자신에게 귀책사유가 없는 불이익을 받지

41) 헌법재판소는 제13조 제2항이 진정소급효를 갖는 법률에 적용되는 원칙이지만 그렇다고 이를 절대적으로 금지된다고 이해하지는 않는다. 헌재 2011.3.31., 2008헌바141등, 23-1(상), 304면 이하; 2021.1.28., 2018헌바88, 헌재공보(2021), 211면 이하 등 참조.

않는다는 의미를 갖는다. 그런데 이러한 내용은 이미 인간의 존엄 혹은 행복추구권에 내포되어 있다⁴²⁾. 나아가서 이 규정으로 인하여 자기책임 혹은 귀책사유가 없는 행위로 인한 불이익 금지의 원칙이 적용되는 범위가 오히려 협소해지는 문제가 있기 때문이다.

헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리는 기본권 편제와 실체법적 내용에 있어서 모두 다음과 같은 이유에서 기본권 질서에 혼란을 주고 있다⁴³⁾. 첫째, 인간다운 생활을 할 권리는 외형에 있어서 보호범위가 특정되지 않다. 그동안 이는 사회적 기본권의 일반 규정 혹은 총칙적 규정으로 이해되어 왔다⁴⁴⁾. 그러나 인간의 존엄 조항이 헌법의 구조적 원리로서 자유권뿐 아니라 사회적 기본권을 전체 헌법질서에 효력을 갖는다는 점에서 보면 이와 같은 이해방법은 소모적이고, 적어도 기능이 중첩적이다. 이로써 제34조가 제32조 이하의 개별적 사회적 기본권의 이해 및 해석에 어떠한 영향을 주는가의 문제도 모호하게 되었다. 둘째, 사회적 기본권의 총칙적 규정이 사회적 기본권의 처음, 즉 제31조 교육의 권리 앞이 아니라 노동의 권리 및 노동자의 권리 등에 이어 중간에 배치하는 점도 무질서를 보여준다. 셋째, 이와 같은 이해방법에서는 헌법 제34조 제1항은 사회보장·사회복지를 명시하고 있는 제2항과 기능적으로 연계되지 못한다. 적극적으로 보면 다음과 같은 사고가 필요하다. 헌법은 개인의 생활이 고용과 소득, 그리고 복지(사회보장)의 선순환관계에서 형성되는 것을 예정하고 있다⁴⁵⁾. 그런데 현행 헌법에서 사회보장에 관한 기본권이 명시되지 못하면서 헌법규범이 현실과 접촉하는 면에 큰 공백이 있게 되고, 그만큼 헌법에 대한 국민적 신뢰가 유지될 수 없다. 헌법 제34조 제1항은 굳이 존재할 필요는 없으며, 사회보장의 권리가 새로이 구성되어야 한다. 조문의 구체적인 배치와 내용에 대해서는 아래에서 다시 살펴본다⁴⁶⁾.

2. 기본권과 헌법질서

(1) 저항권, 직접민주주의의 요소

1987년 헌법 개정에서 5.18 민주화운동의 이념을 저항권으로 도입하여야 한다는 점이 의제였다⁴⁷⁾. 저항권은 전문에서 “... 불의에 항거한 4.19 민주이념을 계승하고, 조국

42) 예컨대 헌재 2010.9.2., 2009헌가11, 22-2(상), 491면 이하 참조.

43) 이 점에 대해서는 전광석, 사회보장법과 헌법재판(집현재, 2021), 423면 이하 참조.

44) 1962년 헌법에서 도입된 이 규정에 대한 위와 같은 이해방법에 대해서는 한태연, 헌법(법문사, 1970), 294면 참조. 이후 같은 이해방법에 대해서는 예컨대 권영성, 헌법학원론(상)(법문사, 1979), 580면; 허영, 헌법이론과 헌법(중)(박영사, 1985), 341면 등 참조.

45) 이 점에 대해서 자세히는 전광석, “사회보장법과 국민통합: 문제상황과 규범구조”, 저스티스(2021.6), 372면 이하 참조.

46) 아래 IV.2.(2) 참조.

47) 개헌과정에서 이 점에 대한 논의에 대해서는 민병로, “헌법 전문과 5.18 정신”, 헌법학연구 제14권 제3호(2008),

의 민주개혁과 ...”로 표현되어 간접적으로 암시되는데 그쳤다⁴⁸⁾. 이후에도 이에 관한 논의가 간헐적으로 있었다. 저항권을 새로이 도입하는 필요성은 약하고, 또 바람직하지도 않다. 저항권은 헌법이 기능할 수 없는 위기상황에서 최종적으로 국민의 의지에 의하여 헌법을 보호하는 방법이다. 즉 기본권이 침해되거나 헌법질서가 위기에 처한 상황에서 이를 구제 혹은 회복하기 위하여 헌법이 예정하는 수단이 기능할 수 없는 경우에 저항권이 행사된다. 그러나 저항권이 최종적인 권리구제 혹은 질서회복의 수단으로 기능할 수 있는지는 의문이다⁴⁹⁾. 헌법재판소와 법원의 기능, 그리고 표현의 자유 및 집회의 자유 등에 관한 1987년 이후의 경험에서 저항권이 행사될 수 있는 공간은 없다고 보인다. 오히려 저항권은 권리구제 및 질서회복에 관한 헌법보호의 수단과 경합하여 헌법에 대한 기대를 낮추고, 조기에 저항권에 의지하는 경향을 유인할 수도 있다. 특히 저항권의 행사요건은 불명확하고, 이는 기본적으로 정치적 판단의 성격이 강하기 때문에 헌법질서와 정합성을 갖기 어렵다.

국민투표, 국민발안, 국민소환 등 직접민주주의의 요소를 도입하는 개정안 역시 헌법질서, 특히 민주주의와 이론적 및 현실적 정합성에 대한 검토가 필요하다. 국민발안은 국회가 선도적으로 입법을 할 수 없는 경우 국회의 기능을 보충하는 의미를 갖는다. 국민발안에 있어서 여전히 법안에 대한 의결은 국회의 권한이기 때문에 이를 직접민주주의의 요소라고 볼 수 있는지 의문이다. 국민의 참여에 의하여 민주주의를 보완하기 위해서는 오히려 국민이 정치과정에 참여하는 가능성을 확대하는 방법이 정도(正道)이며, 이를 국회법, 표현의 자유에 관한 법률 등에서 적극적으로 구상하여야 한다. 국민소환은 이론적으로 보면 국회의원이 전체 국민의 대표라는 점과 정합성이 있어야 한다. 국민소환의 주체는 지역구 국회의원의 경우에는 지역구 주민 혹은 전체 국민, 그리고 비례대표 국회의원의 경우에는 전체 국민이 된다. 지역구 국회의원에 대한 소환의 주체가 지역구 주민인 경우 국회의원의 전체 국민의 대표로서의 지위와 충돌하며, 전체 국민이 되는 경우 지역구 주민의 의사가 전체 국민에 종속되는 이론적 근거가 불분명하다. 현실적으로 다음과 같은 문제도 발생한다. 먼저, 이 경우 국회의원의 활동이 위축될 수 있다. 보다 구체적으로 보면 예컨대 국회의원이 임기 전체를 기준으로 장기적인 안목에서 의정활동을 하기보다는 시행착오를 회피하고 단기적으로 유권자를 지향하는 심성을 갖

281면 이하 참조. 이밖에 저항권을 기준으로 5.18민주화운동을 평가하는 문헌으로는 예컨대 정태호, “5.18 광주민주화운동과 저항권”, 공법연 제28집 제2호(2000), 217면 이하 참조.

48) 한국헌법학회(편), 헌법 주석 I(박영사, 2013), 45면 참조.

49) 저항권의 이념적 타당성과 실정화 가능성, 그리고 실용성에 대한 의문에 대해서는 예컨대 한수웅, 헌법학(법문사, 2017), 75면 이하; 허영, 헌법이론과 헌법(박영사, 2013), 131면 이하 등 참조.

게 될 수 있다. 다음, 국민소환의 요건을 법률에 구체적으로 규율하는 것은 어려울 것이다. 입법자 스스로가 소환의 대상이라는 점도 작용하여 국회 다수 정당과 소수 정당 간에 협의가 신속하게 진행될 수 없을 것이다. 마지막으로, 국민소환이 실질적으로 선거결과에 불복하는 수단으로, 또 아직 뚜렷하게 남아 있는 지역 구도에서 악의적(특정 지역에서 다른 지역의 의원을 소환하는 방법으로) 소환에 의하여 지역 간 분열의 매체로 남용될 수도 있다. 국회에서 이에 관한 입법이 남용의 가능성을 주목하고 이를 방지하기 위하여 제도를 구성할 것이라는 점을 고려해도 남용의 위험은 남아 있을 것이다. 국민투표권에 대해서도 긍정적인 평가를 할 수는 없다. 우선 모든 국민은 국민투표권을 갖는다는 규정에서 적용범위를 알 수 없다. 같은 개정안에서 대통령이 중요 정책을 국민투표에 부칠 수 있는 권한을 부여하여 임의적인 국민투표를 규정하면서 국민투표권의 내용은 더욱 불명확해지고, 그 의미는 상실된다.

(2) 사회적 기본권

국민의 계층 간 분열이 깊어지는 상황에서 사회적 취약계층에 대한 지원, 그리고 국민통합을 위하여 헌법개정이 필요하다는 점에 대해서는 일반적으로 공감되고 있다. 또 사회적 기본권은 기본적으로 국가의 객관적 과제의 성격을 갖기 때문에 이에 관한 개정이 개인의 법적 지위에 규범적 변화를 직접 가져오지는 않는다. 이 점에서 보면 일부 개정안에서 기본권이 입법과 행정, 그리고 사법을 구속한다는 규정은 적어도 사회적 기본권에 적용될 수 있는 조항은 아니다. 이 규정은 독일 헌법 제1조 제3항에 영향을 받은 것으로 보인다⁵⁰⁾. 독일 헌법과 같이 기본권이 자유권에 한정되어 경우에는 이러한 규정이 타당하며, 또 실현될 수 있다. 자유권적 기본권은 헌법 자체에서, 혹은 해석에 의하여 보호범위가 확정되고, 기본적으로 국가와 국민 개인의 단선적 헌법관계에서 실현되기 때문이다. 이에 비해서 사회적 기본권은 일반적으로 입법에 의하여 구체화되는 과정을 거쳐 실현된다. 이때 헌법관계 당사자의 법적 지위와 조정되어야 하며, 사회적 기본권을 실현하는데 소요되는 재정 부담, 그리고 재정의 우선순위에 대한 결정이 기본권의 실현에 영향을 미친다. 이 점을 고려하여 인간다운 생활을 보장하는 예산 및 재정적 조치에 우선적 효력을 부여하는 시도가 있었다. 그러나 헌법이 직접 이와 같은 우선순위의 결정을 하는 것이 타당한지 의문이다. 또 이와 같은 규정을 도입하더라도 해석과 적용에 있어서 무수한 문제를 발생하기 때문에 실효성이 있지도 않을 것이다⁵¹⁾.

50) 독일 헌법 제1조 제3항; “이하의 기본권은 직접 효력을 갖는 법으로서 입법과 집행 및 사법을 구속한다”.

51) 이와 관련하여 최저생활보장에 특유한 논리에 대해서는 아래 각주 72 참조.

헌법 제32조 노동의 권리 제1항 중 제1문과 제2문을 분리하는 개정안이 있었다. 이는 노동의 권리의 주관적 공권의 성격을 강화하는 취지라고 보인다. 그러나 노동의 권리는 기본적으로 객관적 목표규범이며 직접 주관적 공권으로 기능할 수는 없다⁵²⁾. 따라서 이와 같은 개정은 노동의 권리에 대한 과잉기대를 낳을 수 있다. 1962년 헌법에서 삽입된 제32조 제1항 제2문은 구조적으로 실현에 한계가 있는 노동의 권리에 객관적 성격의 국가과제를 보충한 것이었다. 이와 같은 관점은 환경권에서 제1항과 제2항을 분리하는 제안에도 적용되어야 한다. 이 점에서 보면 오히려 헌법 제34조에서 제1항은 제2항의 사회보장 및 사회복지의 국가의무와 통합되는 것이 옳바르다. 이때 위에서 언급한 바와 같이 제34조 제1항의 규율대상이 명확해지고, 동시에 국가목표규범의 성격이 강화되기 때문이다. 노동조건을 노동자와 사용자가 자유롭게 결정한다는 개정안 역시 오해의 여지가 있다. 노동3권은 노동이 자본과 대등한 협상력을 갖는 기반 위에서 노동조건을 자유롭게 결정하도록 보장하며, 헌법에 이에 관한 추가적인 논리가 필요하지는 않다. 이에 비해서 이 규정이 노동조건을 ‘노사가 공동으로 합의에 의하여 결정’한다는 의미를 갖는다면 입법적 구체화에 따라서는 경제질서와의 관계에서 새로운 쟁점이 될 수 있다. 이 점에서 개정안의 의도와 내용이 명확하여야 한다. ‘2018년 정부개정안’은 노동3권의 목적으로 근로조건의 향상 외에 권익보호를 추구하였다. 이 개정안의 내용과 의도가 명확하지 않으며 이해방법에 따라서는 헌법질서와 충돌할 수 있다. 근로조건에 관한 노동자의 특유한 권익의 보호를 의미한다면 이는 기존의 제도 및 제도 내용을 강화하는 입법위임에 해당하며, 기본적으로 헌법질서에 변화를 주는 것은 아니다. 이에 비해서 노사관계를 벗어나서 일반적으로 권익을 보호하는 의미는 갖는 경우에는 노동3권은 일반정치의 구조에 편입되어 노사관계에 근본적인 변화를 가져오는 잠재력을 갖게 된다. 이로써 예컨대 정치적 목적의 단체행동에 대한 헌법적 평가는 새로운 국면을 맞게 될 수 있다⁵³⁾.

3. 기본권과 기본권 질서

(1) 외국인 및 법인의 기본권

대부분의 개정안은 외국인에게 기본권 주체성을 인정하기 위하여 기본권의 주체를

52) 예컨대 헌재 2002.11.28., 2001헌바50, 14-2, 678면 이하 참조.

53) 우리 헌법질서에서는 정치적 목적의 단체행동, 혹은 정치적 파업은 허용되지 않는다고 이해되어 왔다. 단체행동 혹은 파업의 상대방은 사용자이지만 사용자가 정치적 결정의 권한을 갖지 않기 때문이다. 이에 대해서는 헌재 2004.7.15., 2003헌마878, 헌재공보(2004), 775면 이하 참조.

‘국민’ 대신 ‘인간’, ‘사람’, ‘누구나’ 혹은 ‘누구든지’로 표현하였다. 세계화가 진행되면서 상품과 자본뿐 아니라 노동력이 국경을 넘어 자유롭게 이동하게 되었다. 우리나라의 경우에도 외국인의 국내 유입의 규모가 커지면서 외국인이 경제사회 및 문화생활에서 사회의 구성원으로 참여하고, 인간의 존엄이 보장되어야 한다. 이에 관한 국민의식은 그동안 뚜렷하게 변화하였다. 헌법재판소는 헌법의 문언상의 제약에도 불구하고 다음과 같은 기본권에 있어서 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다; 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 신체의 자유, 변호인의 조력을 받을 권리, 주거의 자유, 직업선택의 자유 중 직장변경의 자유, 재판받을 권리, 부모의 자녀에 대한 교육권, 노동의 권리 중 노동환경에 관한 권리 등⁵⁴⁾. 다만 외국인에 유보되어야 할 기본권의 유형이 있었으며, 이는 기존의 개정연구에 영향을 미쳤다.

외국인이 선거권과 공무담임권의 주체가 될 수 없으며, 개정안은 이 점에 있어서는 모두 일치하였다.

사회적 기본권에 있어서도 일반적으로 외국인의 기본권 주체성이 부인되었다. 사회적 기본권이 인권의 성격을 갖지만 국가의 적극적인 급부에 의하여 실현되며, 따라서 국가 재정이 허용하는 범위에서 실현된다는 한계가 주목을 받았다. 그런데 외국인은 우리 재정에 기여하지 않는다는 논리가 작용하였다. 이 점에 있어서 ‘2014년 국회자문위안’은 전향적이었다. 즉 인간다운 생활을 할 권리, 교육의 권리, 환경권, 보건권의 주체를 국민에 한정하지 않았다.

교육의 권리에 있어서 특히 학교 교육은 아동 및 청소년의 인격과 지식을 양성하고, 사회 및 노동시장에 참여하기 위한 기회를 제공한다. 또 교육의 기회는 아동 및 청소년에게 회복할 수 없는 영향을 미친다⁵⁵⁾. 이 점에서 보면 교육의 권리는 외국인에게도 인정되어야 한다. 노동의 권리는 노동의 기회 및 노동조건을 규율대상으로 한다. 그런데 이미 고용되어 우리 사회에 편입되어 있는, 헌법재판소의 표현에 따르면 ‘국민과 유사한 지위’에 있는 외국인은 노동조건에 관한 기본권이 인정되어야 한다⁵⁶⁾. 고용의 기회에 있어서도 우리 사회에 편입되어 있는 외국인 노동자는 기본권의 주체가 되어야 한다.

54) 헌재 2000.4.27., 98헌가16등, 12-1, 446면; 2001.11.29., 99헌마494, 13-2, 723면 이하; 2007.8.30., 2004헌마670, 19-2, 297면 이하; 2011.9.29., 2007헌마1083등, 23-2(상), 64면; 2011.9.29., 2009헌마351, 23-2(상), 669면 이하; 2012.8.23., 2008헌마430, 24-2(상), 574면 등 참조.

55) 이 점을 고려하여 외국인의 자녀에 대한 교육지원의 필요성을 인정하는 미국 연방대법원의 판결로는 예컨대 Plyler v. Doe, 457 US 202(1982) 참조.

56) 헌재 2007.8.30., 2004헌마670, 19-2, 303면 이하 참조. 이 결정에서 헌법재판소는 노동환경의 권리가 자유권적 성격을 갖는다고 이해하여 외국인이 사회적 기본권의 주체가 될 수 없다는 기존의 논리를 유지하면서 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다. 그러나 노동환경의 권리가 자유권적 기본권인가는 의문이며, 오히려 사회적 기본권에 대한 외국인의 기본권 주체성을 인정하는 논리를 적극적으로 제시하여야 했다.

다만 우리 국민을 우선 지원하는 정책이 정당성을 가질 수 있다⁵⁷⁾. 이 점에서 보면 노동의 권리를 국민에 한정하여 보장할 필요는 없다. 이러한 논리는 노동 3권에 있어서는 더욱 타당하다. 노동3권은 기본적으로 고용관계에 편입되어 있는 노동자의 권리이기 때문이다⁵⁸⁾.

인간다운 생활을 할 권리의 주체를 국민으로 한정하는 정당성은 취약하다. 개인의 소득을 매개로 사회적 위험을 보호하는 사회보험에서 준거법을 결정하는 연결점은 국적이 아니라 고용지 혹은 소득활동지이다. 특히 산재보험은 사용자의 보상책임을 실현하는 수단이기 때문에 국적은 더욱 중요한 기준이 아니다. 다만 고용 유형 및 체류 기간 등을 기준으로 외국인의 기본권이 제한될 수는 있다. 아동, 노인, 장애인 등 사회적 취약계층에 대한 지원은 우리 사회에 편입되어 있는 외국인의 생활 및 사회참여의 기회를 보장한다. 예컨대 단기 체류하는 외국인을 제외할 수 있지만 기본권 자체를 배제하는 헌법적 필연성이 있지는 않다. 특히 최저생활의 권리는 인권의 성격이 강하기 때문에 외국인의 기본권 주체성이 인정되어야 한다⁵⁹⁾. 이와 같은 기준에서 보면 외국인에게 상호주의를 적용하도록 하고 있는 사회보장기본법 제8조는 개정되어야 한다. 혼인과 가족의 보호 역시 외국인에게 개방되어야 한다. 특히 가정에서 물질적, 그리고 정신적 및 심리적 지원은 자녀가 사회에 진입하여 참여하기 위한 필수적인 조건이라는 점이 고려되어야 한다. 보건권도 외국인에게 보장되어야 한다. 질병의 예방과 치료는 개인이 자유를 실현하기 위한 가장 기본적인 조건이며, 이를 보장하지 않는 경우 회복할 수 없는 피해가 발생하기 때문이다. 환경권은 이와 같은 논리 외에 환경보전의 권리와 의무는 국경을 초월하고, 또 국적에 관계없이 인정되어야 한다는 점에서 외국인이 적극적으로 헌법관계에 포함되어야 한다.

외국인은 일반적으로 직업선택의 자유와 재산권 등 경제적 기본권의 주체로 인정되지 않았다. 기존의 개정안은 이에 따랐다. 헌법재판소는 직업선택의 자유 중 직장선택 및 변경의 자유에 있어서는 외국인의 기본권 주체성을 인정한 바 있다⁶⁰⁾. 이는 외국인이 특정한 직업에 접근하는 기회는 보장되지 않는다는 의미를 갖는다. 국가안전보장과 질서유지, 그리고 공공복리에 밀접한 관련성을 갖고, 또 경제질서에 중대한 영향을 미치는

57) 외국인에게 기본권 주체성을 인정하는 문제와 (외국인의 특수한 상황을 이유로) 기본권을 제한하는 문제를 구별하는 태도에 대해서는 헌재 2011.9.29., 2007헌마1083등, 23-2(상), 640면 참조.

58) 이 점에 대해서는 예컨대 김진곤, “외국인의 기본권 주체성과 노동3권”, 유럽헌법연구 제30호(2019), 165면 이하 참조. 외국인 근로자의 노동조합 설립 및 가입을 인정하는 판례로는 대판 2015.6.25., 2007두4995 참조.

59) 이 점에 대해서는 예컨대 김진곤, “인간다운 최저생활을 보장받을 권리와 외국인”, 헌법학연구 제26권 제1호(2020), 293면 이하 참조. 독일의 연방헌법재판소는 독일 국적을 갖지 않은 망명 신청자에게 최저생활 보장의 기본권을 인정할 바 있다. BVerfGE 132, 134(159)면 참조.

60) 헌재 2011.9.29., 2007헌마1083등, 23-2(상), 640면 참조.

직업에 외국인의 접근을 제한하는 필요성은 인정된다⁶¹⁾. 이는 외국인에게 입국의 자유가 인정되지 않기 때문에 거주·이전의 자유의 주체를 국민으로 하는 것과 유사한 논리이다. 이에 비해서 재산권에는 이와 같은 논리가 적용될 수 없다. 재산을 취득하는 기회에 관하여 외국인의 기본권을 부인할 수 있지만 이미 취득한 재산에 대한 권리를 부인하는 정당성이 있지는 않기 때문이다. 자유권적 기본권은 인권의 성격을 가지며, 대부분의 개정안은 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다. 다만 알권리 및 정보접근권, 집회 및 결사의 자유를 국민의 권리로 하는 개정안도 있다(‘2018년 정부개정안’). 알권리가 적극적인 성격의 정보공개청구권을 포함하기 때문에 외국인에게 인정될 수 없다는 취지인 듯하다. 그러나 이와 같은 논리는 너무 추상적이며, 이에 관한 구체적인 논리가 찾아져야 한다. 개인의 구체적인 권리를 실현하기 위하여 필요한 정보에 대한 청구권은 외국인에게도 인정되어야 한다. 이는 권리구제를 위한 기본권이 외국인에게 인정되는 상황과 같기 때문이다. 이에 비해서 외국인이 일반적으로 표현의 자유를 행사하기 위하여 필요한 정보를 청구하는 기본권이 있다고 할 수는 없다⁶²⁾. 집회의 자유는 정치적 집회를 통하여 외국인이 실질적으로 정치적 참여의 기회를 가질 수 있기 때문에 일부 개정안이 이를 국민의 권리로 한 것으로 보인다(‘2014년 국회자문위안’). 그러나 외국인이 우리 사회에 편입되어 사회 및 경제생활을 형성하기 위하여 자신의 의사와 이익을 정치 과정에 투입하는 기회는 오히려 적극적으로 보장되어야 한다. 이에 비해서 외국인에게 선거권을 행사하는 정도와 내용에 이르는 의미를 갖는 정치적 집회를 법률에 의하여 제한할 수는 있다⁶³⁾.

재판을 받을 권리, 형사보상청구권 등 권리구제를 위한 기본권은 일반적으로 외국인에게 인정된다. 이례적으로 기존의 개정연구는 대부분 국가배상청구권을 국민의 권리로 하였다. 그 이유가 설명되어 있지는 않다. 국가배상법이 제7조에서 외국인에게 상호주의를 적용하도록 한 것이 영향을 미쳤을 가능성도 있다. 그러나 국가배상청구권은 불법 행위책임에 해당하기 때문에 다른 기본권에 비해서 오히려 국적에 관계없이 보편적으로 적용되어야 하며, 외국인에게 인정되어야 한다.

법인, 특히 사법상의 법인은 헌법생활에 확고하게 편입되어 있는 주체로서 기본권이

61) 직업의 자유의 사회적 관련성과 제한 가능성의 상관성에 대해서는 예컨대 전광석, *한국헌법론*(집현재, 2021), 407면 참조.

62) 정보공개청구권의 이와 같은 분류와 기능에 대해서는 아래 각주 79 참조.

63) 이와 관련하여 참고가 되는 입법례는 독일 헌법과 ‘집회 및 행진에 관한 법률(Gesetz über Versammlungen und Aufzüge)’, 그리고 외국인법(Ausländergesetz)이다. 독일 헌법에서 집회의 자유의 주체는 독일 국민이다. 이에 비해서 ‘집회 및 행진에 관한 법률’은 외국인의 집회를 제한하지 않고 있다. 다만 외국인법에서 외국인에게 정치적 목적의 집회를 제한하고 있다.

보장되어야 한다. 그러나 이와 같은 헌법규정이 반드시 필요한 것은 아니다. 법인의 기본권은 일반적으로 이미 인정되어 있다⁶⁴⁾. 또 법인의 기본권 주체성을 명시하는 경우에도 법인의 종류 및 기본권의 성격에 따라 기본권의 인정 여부를 해석하는 문제는 여전히 남는다⁶⁵⁾. 즉 법인의 기본권에 관한 규정이 새로운 의미를 갖지 않으며, 또 기존의 문제를 명확히 하는 효용성이 있지도 않다.

(2) 개별 기본권의 개편

평등권은 개정 논의가 가장 활발한 기본권이다. 평등권의 실현구조에 비추어 개정의 방안은 다음과 같이 분류된다.

첫째, 현행 헌법의 차별금지 기준, 즉 성별, 종교, 사회적 신분 외에 차별금지의 기준을 추가하는 방법이다. 이는 평등권이 실현되는 지평을 명시적으로 확대하고, 그 효력을 강화하는 계기가 된다. 다만 기존의 차별금지 기준을 예시적이라고 이해하는 경우에는 특별히 차별을 금지하는 이에 관한 규정을 독자적으로 두지 않는 한 이러한 개정의 규범적 의미는 제한적이다⁶⁶⁾. 헌법재판소는 이를 예시규정으로 이해하고 있다⁶⁷⁾. 해당 규정을 열거적이라고 보는 경우에 비로소 헌법 개정은 규범적 의미가 있다⁶⁸⁾. 이 경우에는 다음과 같은 점이 고려되어야 한다. 먼저, 기존에 성별, 종교, 사회적 신분의 차별금지기준은 평등을 실현하기 위한 혹은 차별을 금지하는 입법에 있어서 입법형성의 정도를 축소한다. 이는 헌법재판에서 엄격한 비례의 원칙이 적용되는 논리로 작용하게 된다⁶⁹⁾. 차별금지기준을 확대하는 경우에는 입법형성의 정도 및 헌법심사의 기준에 변화가 따른다는 점에 대한 이해가 필요하다. 다음, 차별금지의 기준을 추가하는 제안은 일반적으로 인종, 지역, 출신, 언어, 장애, 정치적 신조, 성적 지향 등에 따른 차별을 금지하여 이들을 지원하는 목적을 갖는다. 그런데 이들이 차별금지의 기준에 있어서 같은 헌법적 의미를 갖는가, 그리고 이에 대한 사회적 합의가 있을지는 의문이다. 성적 지향에 따른 차별금지가 대표적인 예이며, 이 점에 대해서는 위에서 언급한 바 있다. 이 경

64) 예컨대 헌재 1991.6.3., 90헌마56, 3, 295면 참조.

65) 각각의 예에 대해서는 헌재 2000.6.1., 99헌마553, 12-1, 709면; 1991.4.1., 89헌마160, 3, 154면 등 참조.

66) 예컨대 헌재 2004.10.28., 2002헌마328, 16-2(하), 210면 이하 참조.

67) 예컨대 헌재 2010.11.25., 2006헌마328, 22-2(하), 453면 이하 참조.

68) 차별금지 기준을 열거적인 규정으로 이해하는 입장으로는 예컨대 이재희, "일반적 평등권 보장과 개별적 평등권 보장", 헌법학연구 제21권 제2호(2015), 140면 이하; 이상경, "사회적 신분에 의한 차별사유에 관한 소고", 헌법학연구 제20권 제4호(2014), 173면 이하; 이종수, "사회적 신분에 의한 차별금지의 헌법적 의미", 공법연구 제31권 제1호(2002), 357면 이하; 전광석, 한국헌법론(집현재, 2021), 309면 이하; 한수웅, "평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점", 헌법논총 제26집(2015), 251면 이하 등 참조.

69) 헌재 1999.12.23., 98헌마363, 11-2, 770면 이하 참조.

우 현실적으로 헌법개정에 장애 요소가 될 것이다. 또 이들에 대한 지원은 법적 평등과 사실적 평등, 기회의 평등과 결과의 평등, 그리고 적극적 평등 실현 등 다양한 방법으로 실현되기 때문에 차별금지의 기준이 입법권에 갖는 효력은 여전히 확정적이지 않다⁷⁰⁾. 그리고 그만큼 개정의 의미를 찾기 어렵게 된다.

둘째, 여성 혹은 장애인에 대한 평등 실현 혹은 차별금지조항을 독자적으로 두는 방법이다. 여성의 가정 및 사회에서의 역할, 이에 관한 국민 의식의 변화, 그리고 장애에 따른 차별금지의 사회적 합의를 고려하면 성평등과 장애인 차별금지에 관한 적극적 평등 실현의 헌법적 근거를 명시하는 것은 시대정신에 적합하다. 다만 이때에도 개정의 규범적 의미는 제한적이다. 적극적 평등실현을 위한 정책의 채택 여부, 정책의 종류와 내용은 여전히 입법적 결정에 위임되어 있기 때문이다.

오늘날 고용의 안정과 소득보장은 국민의 사회참여와 통합의 과제에 있어서 핵심적인 요소이다. 이는 노동의 권리와 노동자의 권리를 강화하는 계기가 되어야 한다. 취업 교육 및 취업 지원을 명시하여 국가의 고용정책의 범위를 확대하고, 또 사회적으로 취약한 집단을 유형화하여 지원하고, 부당한 차별을 금지하는 개정은 필요하다. 예컨대 위에서 언급한 바 있는 임신·출산 및 양육으로 인한 차별금지가 대표적인 예이다. 대부분의 개정연구는 이 점을 충실히 담고 있다. 최저생활 보장의 권리는 인간의 존엄을 실현하는 가장 기본적인 조건에 해당한다. 비유적으로 말하면 이는 생명권과 같은 위상을 가지며, 또 그렇게 이해되어야 한다⁷¹⁾. 헌법 제34조 제5항은 최저생활의 권리에 대한 근거로는 적합하지 않다. 질병, 노령 등 사회적 위험의 요건과 연계시키지 않고 최저생활의 권리 자체를 독자적으로 보장하여야 한다. 이는 최저생활 보장의 절대적 목표를 기준으로 재정 및 재정의 우선순위에 대한 정치적 결정을 견인하고 해석을 이끌어내는 헌법적 근거로 기능할 수 있을 것이다⁷²⁾. 또 ‘신체적 장애자’의 표현은 ‘장애인’으로 바뀌어야 하며, 보다 근본적으로는 장애인은 최저생활의 보장이 아니라 일반적 사회보장 및 차별금지의 구조에 편입되어야 한다.

저출산 고령사회는 인간다운 생활을 할 권리, 혼인과 가족의 보호에 관한 규정을 개편하고, 또 사회적 기본권을 보완하는 중요한 계기이다. 다음과 같은 두 가지 방법을 함께 적용하여야 한다. 먼저, 임신·출산 및 양육지원을 혼인과 가족의 보호에 관한 규정, 혹

70) 위 각주 27 참조.

71) 인간의 존엄에 전제조건적 권리로서 생명권에 대한 이해에 대해서는 헌재 1996.11.28., 95헌바1, 8-2, 545면; 2012.8.23., 2010헌바402, 29-2(상), 480면 등 참조.

72) 최저생활보장정책이 전적으로 재정에 종속되어 있던 과거의 관례에 대해서는 예컨대 이덕연, “헌법으로 본 빈곤(사회양극화) 문제와 예산과정”, 공법연구 제39집 제3호(2011), 233면; 이혜경, “한국의 소득보장제도: 압축성장의 한계와 탈도구화의 과제”, 연세사회복지연구 제1권(1993), 31면, 78면 이하 등 참조.

은 보다 일반적인 의미를 갖는 제34조에서 규정할 수 있다. 다음, 특히 노동의 영역에서 임신·출산 및 양육에 따르는 고용 및 노동조건에 미치는 영향이 크다. 예컨대 ‘경력 단절’이 상징적인 표현이다. 따라서 여기에 이에 관한 지원 및 차별금지의 규정을 두는 방법이다. 임신·출산 및 양육지원을 평등권으로 옮기는 방법은 옳지 않다. 이는 임신·출산 및 양육으로 인한 부담을 지원하는, 혹은 이로써 혼인과 가족을 지원하는 절대적 목적을 가져야 하기 때문이다. 어떠한 경우에도 현행 헌법의 모성보호에 관한 규정은 성중립적인 표현으로 바뀌어야 한다.

이밖에 개별적인 몇 가지 문제를 언급하면 다음과 같다; 직업선택의 자유는 직업의 자유로 새로이 구성되어야 한다. 재산권 규정 자체의 문제는 아니지만 토지공개념을 연상시키는 규정을 도입하는 것은 타당하지 않다(‘2018년 정부개정안’). 이는 이미 현행 재산권(헌법 제23조 제1,2항) 및 경제질서의 규정(제122조)에 대한 이해에 포함되어 있으며, 이러한 개정안으로 인하여 불필요하게 이념적 요소가 작용하여 헌법개정이 정치화 될 가능성이 있기 때문이다. 헌법 제29조 제2항 이른바 이중배상금지에 관한 규정은 삭제되어야 하며, 이 점에 있어서 모든 개정안이 일치하고 있다. 이밖에 헌법 제29조 제1항 제2문 ‘이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 않는다’는 규정 역시 삭제되어야 한다. 국가배상청구권은 일반적으로 공법상의 청구권으로서 공무원의 불법행위로 인한 책임을 국가가 자기책임으로 부담하며, 따라서 배상책임은 공무원이 아니라 국가에 귀속된다⁷³⁾. 이와 같은 책임구조에서 헌법관계의 당사자는 국민과 국가이며, 공무원은 내부적인 구상관계에 있을 뿐이다. 이와 같은 내부적 구상관계가 헌법의 규율대상은 아니다. 그런데 헌법 제29조 제1항 제2문이 존재함으로써 이와 같은 국가배상청구권의 법적 성격 및 책임관계에 혼란이 발생하기 때문이다⁷⁴⁾.

(3) 새로운 기본권의 도입

그동안 헌법에 명시되지 않았지만 헌법재판소의 결정에서 독자적인 기본권으로 인정된 기본권이 도입되어야 한다. 생명권, 개인정보자기결정권, 정보공개청구권이 여기에 해당한다⁷⁵⁾. 생명권과 함께 사형폐지를 규정하는 것이 바람직하다. 사형제도는 헌법재판에서 이미 여러 차례 합헌으로 결정되었다⁷⁶⁾. 그러나 결정의 논리가 설득력이 있지

73) 다만 법원의 이해방법이 아직 확립해 있는 것은 아니다. 대판 1996.2.15., 95다38677 참조.

74) 1948년 헌법에서는 공무원의 책임을 ‘민사상이나 형사상의 책임’으로 명시하여 불법행위로 인한 책임이 공무원에 있다는 점을 전제하였다. 1962년 헌법에서 ‘민사상이나 형사상의 책임’을 삭제하여 배상책임을 국가의 자기책임으로 이해하는 데 있어서 헌법해석 상의 장애는 제거되었다.

75) 위 각주 6, 7 참조.

76) 헌재 1996.11.28., 95헌바1, 8-2, 537면 이하; 2010.2.25., 2008헌가23, 22-1(상), 36면 이하 등 참조.

않았고, 또 위헌 결정의 가능성이 예측되고 있다. 우리나라는 이미 20년 이상 사형집행을 행하지 않는 ‘사실상 사형폐지국가’이다. 국민적 합의에 의한 헌법개정에 의하여 사형제도를 폐지하는 것은 사법 및 정치과정의 부담을 덜어주는 의미도 있다.

알권리와 정보접근권, 그리고 정보관련 기본권을 보충하는 필요성에는 이견이 없다. 다만 이들 기본권의 개념과 기능에 대한 이해가 선행되어야 한다. 알권리는 개념적으로는 정보접근권과 정보공개청구권의 이중적 의미를 갖고 있지만 일반적으로는 정보공개청구권의 의미를 이해되고 있다⁷⁷⁾. 정보접근권은 일반적인 정보원(情報源)에 접근을 방해받지 않을 권리로서 표현의 자유를 행사하기 위한 전제조건인 성격을 갖는다⁷⁸⁾. 이에 비해서 정보공개청구권은 일반적인 혹은 자신의 법적 지위에 관한 정보를 청구하는 적극적인 권리이다. 이와 같이 알권리는 이중적으로 이해되며, 이 중 도입 여부가 진지하게 고려된 것은 정보공개청구권이며, 이 점을 명확히 하여야 한다. 정보접근권은 이미 표현의 자유에서 도출될 수 있더라도 이를 명시하여 기본권의 성격을 명확히 하는 것이 타당하다. 이에 비해서 정보공개청구권을 표현의 자유의 조항에 추가하는 것은 올바른 배치가 아니다. 정보공개청구권이 표현의 자유와 기능적 관련성이 제한적이고, 또 그 기능이 복합적이기 때문이다. 헌법질서에서 보면 일반적인 정보공개청구권은 민주주의와, 그리고 자신의 구체적인 법적 지위에 관한 정보는 해당 사안과 관련된 개별 기본권과 기능한다. 그런데 전자의 기능에서 정보공개에 관한 기본권이 인정할 수 있는지는 의문이다. 또 후자의 기능에서 권리의 존재 혹은 침해 여부에 관한 정보는 사안에 따라 개별적인 기본권의 실현 조건에 관한 문제이다⁷⁹⁾. 따라서 이를 보호범위와 효력에 있어서 동질적인 기본권으로 보장하는 데 어려움이 있다. 개인정보자기결정권은 개인의 정보를 대상으로 소극적인 정보보호와 적극적인 정보형성의 자유를 포함하기 때문에 사생활의 자유에 관한 기본권의 범주에서 편제되어야 한다.

안전권 및 소비자의 권리 등은 헌법에 도입되기에 적합하다고 보이지는 않는다. 위험사회에서 재난 및 재해, 폭력의 위험을 사전·사후에 방지하고 보호하는 국가의 과제가 강조되어야 하는 것은 분명하다. 그러나 이는 기본권으로 보장될 수 있는 성격을 갖지는 않는다. ‘위험으로부터 안전할 권리’, 혹은 ‘안전하게 살 권리’는 국민의 법적 지위를

77) 위 각주 7 참조. 이밖에 헌재 2015.6.25., 2011헌마769등, 27-1(하), 520면 이하 참조.

78) 이와 같은 내용의 알권리에 대해서는 예컨대 헌재 2010.10.28., 2008헌마638, 22-2(하), 227면 이하 참조. 이 점에 착안하여 독일 헌법 제5조 제1항은 표현의 자유의 조항에 일반적인 정보원에 접근을 방해받지 않을 권리를 함께 규정하였다.

79) 이에 헌법재판소가 알권리를 인정하고 있지만 그 헌법적 근거는 제21조 표현의 자유, 제10조 국가의 기본권 보장 의무 등을 들고 있으며, 후자의 논리에서 보면 알권리는 기본권 실현의 일반적인 조건의 성격을 갖는다고 볼 수 있다. 전자의 예로는 헌재 1989.9.4., 88헌마22, 1, 188면 이하; 2015.6.25., 2011헌마769등, 27-1(하), 520면 이하 참조. 후자의 예로는 헌재 1997.11.27., 94헌마60, 9-2, 694면 이하 참조.

특별히 보호하기에는 지나치게 추상적이고 막연하다. 자연재해, 타인의 가해행위 등은 국가의 책임관계에 귀속될 수 있는 사안이 아니기 때문이다. 또 안전의 권리는 인과론적 책임뿐 목적론적 상황을 헌법관계에 포함한다⁸⁰⁾. 따라서 입법형성에 의하여 비로소 실현되는 구조가 나타난다. 이 점에서 범죄피해자구조청구권과 유사한 구조를 띠고, 기본권으로 기능하는 데에는 한계가 있다⁸¹⁾. 따라서 이는 개별적인 사안에 대한 구체적인 입법을 통하여 접근하는 것이 올바른 방법이다. 소비자의 기본권 역시 그 적용 범위 및 규율대상이 명확하지 않기 때문에 개별적인 사안에 따라 구체적인 입법에 의하여 보호하는 것이 올바른 접근방법이다. 난민은 인권의 관점에서 보호되어야 하며, 또 이는 우리나라가 국제사회에 대한 책임을 더 이상 소홀히 하지 않는다는 의미에서 적극적으로 검토되어야 한다. 다만 이 문제는 외국인 혹은 무국적자를 대상으로 하며, 아직 국민 의식에 익숙한 의제가 아니다. 또 난민의 규모가 커지면서 국민적 합의에 쉽게 이를 수 없었던 외국의 경험도 고려되어야 한다. 이 점에서 보면 국제인권법을 존중하여 이에 관한 입법적 기준을 정비하는 것이 우선적인 과제이다.

V | 맺는 말 - 헌법과 헌법개정의 정치

헌법개정은 규범적 접근과 정치적 접근이 함께 필요한 의제이다. 이때 두 가지 점이 특히 숙고되어야 한다. 첫째, 특히 규범적 기본질서이며 동시에 현재 및 미래질서를 지향하는 우리 헌법의 유형적 특징에서 보면 두 관점이 모두 고려되어야 한다. 기존의 국민적 합의 혹은 헌법재판 등 공적 과정에서 이미 확인된 기본권을 헌법의 기본질서에 보충하는 개정은 정치적 안정성의 기반을 공고히 하는 장점이 있다. 그동안 진행되었던 혹은 앞으로 예상되는 상황의 변화에서 시대에 적합하게, 그리고 효율적으로 기본권을 보장하고, 이로써 국민이 헌법과 동질성을 유지하여 국민통합을 실현하기 위한 전망을 제시하는 작업은 소홀히 될 수 없는 헌법개정의 정치적 과제이다. 그러나 이때에도 헌법학의 과제는 명확하다. 즉 특히 정치적 성격이 강한 헌법개정의 경우 헌법질서, 헌법체계와 원리 및 원칙과의 정합성에 기초하여 올바른 방향으로 실험이 진행되도록 지원하고 견제하여야 한다. 둘째, 헌법개정은 헌법의 기능을 유지하기 위하여 예정된 정치적

80) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “국민의 안전권과 국가의 보호의무”, 법과 인권교육연구 제8권 제3호(2015), 150면 이하 참조.

81) 이와 같은 이유에서 안전권의 기본권적 성격에 소극적인 견해로는 예컨대 전광석, 위 각주 80의 논문, 147면 이하; 정문식, “안전에 관한 기본권의 헌법상 근거와 심사기준”, 법과 정책 제7권 제1호(2007), 222면 이하 등 참조.

행위로서 국민적 합의에 기반하여야 한다. 국회의 가증적 의결정족수와 국민투표의 절차는 다수결의 형식적 조건이라기보다는 국민적 합의에 의하여 비로소 개정될 수 있다는 의미를 가져야 한다. 헌법개정이 국민통합의 계기가 되어야 하며, 새로운 분열의 원인이 되어서는 안된다는 것이다. 이 점에서 헌법은 개정에 의하여 발전적으로 진화하고, 이를 통하여 헌법의 기능이 유지되어야 하지만 동시에 이미 헌법개정의 의제를 설정하는 단계에서 국민적 합의를 유도할 수 있는 신중한 관점을 필요로 한다.



국민통합과 헌법개정 공동학술대회



제2주제

[토론]

헌법기능과 기본권질서, 헌법개정의 방향

신옥주 교수 (전북대학교)

『헌법기능과 기본권 질서, 헌법개정의 방향』 토론문

신옥주 (전북대학교 법학전문대학원 교수)

안녕하세요.

매우 뜻깊은 학술대회에 토론자로 초대하여 주셔서 매우 영광스럽게 생각합니다.

전광석 교수님의 발제문에는 개헌을 함에 있어서 고려하여야 할 헌법이념과 헌법질서, 그리고 헌법체계상 정합한 기본권 구성, 새로운 기본권에 대한 검토 등이 기존의 개헌안들을 중심으로 일목요연하게 정리 되어 있어 개헌과 관련된 중요한 내용을 전반적인 이해를 하는데 큰 도움이 되었습니다.

전체적으로 발제자이신 전광석교수님의 의견에 동조하면서 몇 가지 궁금한 점에 대하여 의견을 듣고자 합니다.

1. '87년 헌법이 개정될 헌법에 대한 국민적 공론화와 의견의 수렴이 없이 정치적 타협으로 이루어진 것으로서 태생적인 한계가 있다고 설명하고 있다. 이는 위에서부터의 헌법개정이라는 개정방식의 한계로 보인다. 2006년부터 본격적으로 나타나는 현재의 개헌논의도 역시 국민적 공론화나 공감대를 얻어 밑에서부터의 개헌요청이라기 보다는 정치권, 학자들에서부터 일어난 것이고, 개헌에 대한 국민적 공감대는 크게 얻지 못하고 있는 것으로 생각된다. 그러한 경우 개헌이 되더라도 한계가 클 것이고 개헌을 통해 국민적 통합이 이루어지기 보다는 갈등과 분열이 발생할 가능성도 있다. 국민의 공감대를 얻고 개헌에 대한 공론화가 이루어져 아래로부터의 개헌이 실현될 수 있는 구체적 방안에 대한 견해를 듣고 싶다.
2. 발표문은 기본권에 대한 개헌을 논의가 중심으로 서술되어 있다. 그러나 현재까지의 개헌논의에는 책임총리제, 이원집정부제 등 정부형태의 변화부분이 중요한 비중을 차지하고 있다. 정부형태의 변화에 대한 언급이 없는 것은 현행 대통령제를 유지한다는 전제하에서 인지 알고 있다. 대통령제를 유지하는 경우 “제왕적”이라고 표현되는 대통령권한의 약화 혹은 삭제에 대한 의견을 듣고 싶다.

3. 저출산 고령사회에 대한 반영으로 개헌을 통해 국가에 의한 혼인과 가족보호강화를 강조하고 있다. 이를 위한 헌법 제36조의 개정과 관련하여 다음과 같은 질문을 드리고자 한다.

첫째, 사회권으로 혼인과 가족에 대한 권리를 이해하는 것보다는 모든 사람이 갖는 혼인과 가족구성에 대한 자유권으로 보는 것이 헌법에서 다양한 가족을 보호하고 차별하지 않는 단초가 된다고 보는 입장도 있는데, 이에 대한 견해를 듣고 싶다.

둘째, 국가에 의한 혼인과 가족정책에의 과도한 개입은 국가주의적 관점에서 임신, 출산 등에 대한 관여와 후견적 역할이 커지기 때문에 개인의 자유로서의 재생산권 보장에 걸림돌이 된다는 견해에 대한 의견을 듣고 싶다.

셋째, 현행 헌법의 모성보호 규정을 성중립적 표현으로 바꾸어야 한다는 의견을 좀 더 부연하여 설명해 주시면 좋겠다. 제가 생각하기에 헌법 제36조 제2항의 모성보호는 모성성의 보호, 즉 여성의 임신과 출산에 대한 사회적 기능보호로 이해하는 것이 아니라 임신, 출산, 수유 중인 모(Mutter)에 대한 특별한 보호를 위한 것으로서 이를 근거로 하여 다양한 영역에서 차별금지, 모와 자녀에 대한 사회적, 경제적 측면에서의 특별한 돌봄과 배려를 위한 것이다. 따라서 성중립적인 모성보호가 가능한지 의문이 든다.

고맙습니다.



국민통합과 헌법개정 공동학술대회



제3주제

[발제]

헌법개정과 정치개혁

송석윤 교수 (서울대학교)

헌법개정과 정치개혁 : 정상화, 구심력, 미래

- 이 글은 학회발표용 미완성원고이므로 인용의 대상이 아닙니다.

송석윤 (서울대학교 법학전문대학원)

I | 머리말

1948년부터 현행헌법이 제정되기 전까지 모두 9번의 헌법제정 및 개정이 있었다. 이승만정권과 박정희정권은 각각 세 개의 헌법을 경험하였다. 두 정권에서 헌법의 개정은 모두 집권자의 임기를 연장하기 위한 것이었다. 1979년 부산과 마산, 1980년 광주에서 표출된 민주주의에의 염원에 터 잡아 우리국민은 1987년 6월에 헌법제정권력을 발동하였다. 이후 제정된 현행헌법은 헌법이 국가권력의 장식물에서 국가권력을 창출하는 중심으로 작용하는 기적을 이루어왔다. 1948년부터 1987년까지 약 40년 동안 9개의 헌법이 있었지만 현행 헌법은 1987년부터 현재까지 약 34년 동안 유지되면서 모두 일곱 명의 대통령을 배출하고 있다. 현행헌법은 여러 가지 문제점이 지적되고 있음에도 불구하고 성공적으로 작용해 왔다고 할 수 있다. 하지만 헌법은 최고규범이지만 종교적 경전이 아닌 세속의 문서이므로 필요하다면 얼마든지 개정할 수 있고 적지 않은 개정논의가 축적되어 왔다.

1987년 6월의 역사적 시점에서 발동한 헌법제정권력에 기초하여 제정된 6월헌법의 제1차 개정에는 신중에 신중을 기해야 한다. 2018년에는 국회와 대통령이 전향적인 헌법개정안을 조문화된 형태로 제시한 바 있다. 이 글에서는 정치질서에 대한 헌법개정의 논점들을 포괄적으로 언급하는 대신 중요하다고 보이는 부분에 초점을 맞추었다. 우선 현재에도 여전히 극복대상으로 남아있는 군주제적 대통령제의 잔영을 대통령의 국가원수로서의 지위(제2장)와 이른바 공무원의 정치적 중립성(제3장)을 중심으로 살피고, 정부형태에 대한 개선안으로 연립형 대통령제를 구상해 보았다.(제4장) 나아가 헌법개정에 대한 미래지향적 논의의 필요성과 그 내용에 대한 생각을 피력해 보았다.(제5장)

학기 중에 급히 작성하여 여러 가지로 부족한 부분이 있는데 대해 양해를 구한다.

II | 입헌군주제적 전통과 권위주의적 대통령제

1. 1972년헌법과 대통령의 국가원수로서의 지위

우리나라 현행헌법은 대통령의 헌법상의 지위와 관련하여 행정권의 수반(제66조 제4항)일 뿐 아니라 국가의 원수라고 선언하고 있다.(제66조 제1항) 이와 달리 1948년헌법은 “대통령은 행정권의 수반이며 외국에 대하여 국가를 대표한다”(제51조)고 하였고, 1962년헌법은 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다”(제63조 제1항)라고 규정하였다. 대통령에 대한 국가원수라는 칭호는 내각책임제를 채택했던 1960년헌법 제51조에서 사용했을 뿐이다. 현행헌법처럼 대통령을 행정부의 수반일 뿐 아니라 국가의 원수라고 하는 것은 1972년헌법에서 유래한다. 유신헌법 제43조의 대통령 지위에 관한 조항은 1980년헌법 제38조를 현행헌법 제66조로 변화 없이 그대로 이어지고 있다.

- 헌법 제66조 ①대통령은 국가의 원수이며, 외국에 대하여 국가를 대표한다.
- ②대통령은 국가의 독립·영토의 보전·국가의 계속성과 헌법을 수호할 책무를 진다.
- ③대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다.
- ④행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.

대통령을 국가원수라고 칭하는 것은 대통령제 정부형태의 원형인 미국헌법에서 유래하지 않는다. 미국 연방헌법은 1787년부터 “행정권은 미국 대통령에게 속한다”라고 하여 행정부의 수반으로서의 대통령의 지위를 언급하고 있을 뿐이다. 한편 1972년 유신헌법이 1958년 제정된 프랑스 드골헌법의 영향을 받았다고 주장되어 왔는데 대통령의 지위와 관련하여 프랑스헌법 제5조는 다음과 같이 규정하고 있다: “공화국대통령은 헌법의 준수에 유념한다. 그는 중재에 의하여 공권력의 정상적 작용과 국가의 연속성을 보장한다”(제1항); “공화국대통령은 국가의 독립, 영토의 보전과 조약의 준수를 보장한다.(제2항). 이러한 프랑스헌법의 내용은 우리헌법 제66조 제2항에 반영되고 있으며, 드골헌법은 대통령을 국가원수라고 칭하지 않는다.

입헌주의헌법에서 국가원수라는 표현은 유럽대륙의 입헌군주제헌법에서 근원을 찾을 수 있다. 18세기말부터 19세기말까지 성립된 다양한 입헌군주제헌법들은 국민주권형 입헌군주제헌법과 군주주권형 입헌군주제헌법으로 분류할 수 있다 국민주권형 입헌군

주제헌법에는 프랑스 1791년헌법, 프랑스 1830년헌장, 벨기에 1831년헌법 등이 속하고 군주주권형 입헌군주제헌법에는 프랑스 1814년헌장, 바이에른 1818년헌법 그리고 일본 메이지헌법 등이 속한다.¹⁾

2. 국민주권형 입헌군주제헌법

프랑스혁명 이후에 제정된 1791년헌법은 엄격한 3권분립의 구조 하에서 입법권과 군주를 주권자인 국민의 대표라고 하면서 군주에게 행정권만을 부여하고 있다. 군주는 국민주권에 기초한 국민의 대표체일 뿐이어서 입헌주의 이전에 존재하던 군주제적 정통성이 인정되지 않는다. 이제 군주는 국가가 아닌 국민의 왕, 즉 “프랑스인의 왕”(roi des Français)일 뿐이다.

1830년 7월 혁명의 산물인 벨기에 1831년헌법 역시 국민주권의 원칙을 선언하면서 군주를 포함한 모든 국가권력이 헌법에 근거하여 행사됨을 확인하고 있다. 국민의회에서 선출된 군주는 벨기에인의 왕으로서 행정권의 수반이다. 프랑스 1791년헌법과는 달리 군주가 양원과 함께 입법권을 행사했지만, 세입과 세출, 그리고 군대의 징집과 관련된 법안은 하원의 의결을 통해서만 제출하도록 하였다.²⁾ 벨기에 1831년헌법은 국민주권형 입헌군주제헌법의 가장 전형적인 경우로 평가되고 있다.

3. 군주주권형 입헌군주제헌법

군주주권형 입헌군주제헌법은 적지 않은 차이점을 보인다. 나폴레옹 프랑스의 패전으로 복귀한 부르봉왕가는 오스트리아의 비인에 집결하여 보수반동정책을 추구했던 승전국의 군주들이 감시하는 속에서 흙정의 형식으로 1814년헌장(Charte constitutionnelle de 1814)을 제정하였다. 1814년헌장의 전문은 한편으로는 신의 은총(la grâce de Dieu)에 기초하는 군주제적 연속성과 정당성을 강조하면서 군주를 프랑스인의 왕이 아니라 프랑스의 왕(roi de France)으로 칭하고 있다. 이 헌장의 전문은 프랑스의 모든 국가권력이 군주에게 소재(résidence)하지만 그 행사(exercice)에서는 제한해왔음을 지적하면서 계몽주의적 진보의 과정 속에서 획득된 신민의 자유를 보장할 것을 약속하고 있다. 1814년헌장은 군주에게 행정권을 귀속시키고 있다.(제14조) 나아가 군주는 국

1) 이하 입헌군주제헌법에 대한 보다 상세한 내용은 송석윤, 군민공치와 입헌군주제헌법 - 비교헌정사적 연구, 서울대법학 제53권 제1호(2012.3.), 497-527쪽, 500쪽 이하 참조.

2) 입헌군주제헌법에서 군주가 행정권 뿐 아니라 입법권도 지니는 잔영은 오늘날에도 남아있다. 덴마크헌법 제3조 “입법권은 국왕과 군주에 공동으로 귀속한다. 행정권은 국왕에게 귀속한다. 사법권은 사법재판소에 귀속한다.”

가원수(le chef suprême de l'État)로서 군통수권, 전쟁선포권, 평화, 동맹 및 통상에 관한 조약체결권, 공직임명권, 법률의 시행을 위한 명령제정권과 국가안보를 위한 긴급 명령권 등 포괄적인 권한을 지니며, 입법권도 군주와 상하양원이 함께 행사하도록 하였다.(제15조) 1814년헌장은 국가권력의 보유와 그 행사를 구별함으로써 군주주권을 유지하는 전제에서 입헌주의적 요구를 수용할 수 있었다. 즉, 군주는 선대로부터 물려받은 국가권력을 포괄적으로 보유하지만 국가권력의 행사에서는 헌법이 제시하는 조건에 기속된다는 것이다. 이러한 지위를 지니는 군주를 국가원수라고 표현하였다.

한편 나폴레옹 프랑스의 군사적 팽창으로 그 영향범위에 들어가게 된 독일의 남서부 지역에서 1806년 라인동맹(Rheinbund)이 형성되었다. 라인동맹의 구성국가들에서 프랑스의 영향으로 입헌주의헌법들이 제정되었지만 나폴레옹 프랑스의 쇠퇴와 함께 사라지게 된다. 하지만 1818/19년에 바이에른, 바덴, 뷔르템베르크 등 남부독일의 국가들에서 새롭게 헌법이 제정되었는데 나폴레옹의 영향 하에서 이룩한 개혁정책들이 헌법적으로 확인되어야 한다는 요구를 외면할 수 없었기 때문이었다.

그 중 바이에른헌법은 후술하는 일본 메이지헌법의 제정과 연결된다. 신의 은총에 기초한 군주가 흡정의 형식으로 제정한 바이에른 1818년헌법은 “바이에른 왕국은 이 헌법전의 규정에 따라 그 신구영역의 전체에서 주권적 군주국(souveräner monarchischer Staat)”(제1편 제1조)이라고 함으로써 군주주권을 선언하였다. 군주주권은 “군주는 국가의 원수이며, 국가권력의 모든 권리를 자신에게 통합”하는 것으로, 입헌군주제는 군주가 “자신이 제정한 이 헌법전에서 정해진 규정에 의해 국가권력을 행사”하는 것으로 구체화된다.(제2편 제1조) 한편 바이에른 1818년헌법은 행정권이 군주에게 속한다는 식의 규정이나 장관에 대한 군주의 임면권, 장관의 군주에 대한 책임 등에 대해 규정하지 않고 있다. 이는 물론 군주가 이러한 권한을 지니지 않기 때문이 아니라 이른바 군주제 원리에 입각한 군주주권적 입헌군주제헌법의 특성 때문이라고 이해할 수 있다. 즉 바이에른 1818년헌법은 절대군주의 통치권을 국민주권에 기초하여 새롭게 근거지우는 것이 아니라 기존의 통치권을 헌법이 규정하는 바에 따라 제한하는 의미를 지녔던 것이다. 이러한 특성은 의회에게 포괄적인 입법권을 부여하지 않고 그 권한을 열거적으로 규정하고 있는 점에서도 발견된다.(제7편 제2조-제19조)

한편 1848년 3월혁명의 소용돌이 속에서 군주가 흡정헌법의 형식으로 1848년 제정하고 1850년에 개정된 프로이센헌법은 군주제적 정당성에 근거하고 있지만 군주를 국가원수라고 하지 않고 행정부의 수반으로서의 지위만을 언급하고 있다.(제45조) 프로이센헌법은 그 체제나 내용으로 볼 때 적어도 조문상으로 군주제원리에 입각한 프랑스

1814년헌장이나 바이에른 1818년헌법 보다는 벨기에 1831년헌법에 가깝다. 하지만 이후 보수적인 헌법학자들은 이를 군주주권적 헌법으로 해석하려 하였다.

메이지유신 이래 교육, 군사, 관료, 조세 및 경제제도 등 다방면에서 근대국가적 개혁을 추진하던 일본에서는 1889년에 메이지헌법을 제정하면서 제한된 형태로나마 입헌주의를 받아들인다. 메이지헌법은 군주의 지위를 통치권을 총람하는 국가의 원수(제3조)라고 규정하고 군주의 신성불가침성을 인정함으로써 군주제원리를 명문화하는 것을 넘어 “대일본제국은 만세일계의 천황이 통치”(제1조)한다고 선언하고 있다.³⁾ 군주의 권한은 헌법의 규정에 따라 행사하도록 하고 있는데 행정권의 수반으로서의 지위는 언급하고 있지 않다. 입법권은 군주가 지니며 이는 제국의회의 협찬으로 행해진다.(제5조) 메이지헌법의 체계는 천황, 신민의 권리의무, 제국의회, 국무대신 및 추밀고문, 사법 및 회계의 순으로 이루어져 있다. 일본 메이지헌법은 프로이센헌법의 제정 이후 독일의 성공적인 부국강병 정책에 영향을 받아서 제정되었다. 메이지헌법의 개별조문은 프로이센 1850년헌법에서 가져온 것이 적지 않지만 군주제원리를 명문화하여 헌법을 단지 통치권을 제한하는 것으로 이해했다는 점에서 그 기본적인 틀은 바이에른 1818년헌법에 가깝다고 평가하는 것이 적절하다. 모든 통치권을 통할하는 군주의 지위를 확인함으로써 메이지헌법이 군주의 권한을 근거지우는 것이 아니라 단지 이를 제한하는 역할에 그치고 있기 때문이다.

지금까지 살핀 것처럼 군주주권형 입헌군주제헌법은 국민주권형 입헌군주제헌법과 달리 군주를 국가원수라고 선언하면서 군주가 행정권을 지닐 뿐 아니라 입법권을 의회와 공유하는 등 모든 국가권력을 관할하는 특징을 지닌다. 1818년 바이에른헌법 제2편 제1조는 “군주는 국가의 원수이며, 국가권력의 모든 권리를 자신에게 통합”한다고 천명하였고, 이는 일본 메이지헌법 제3조가 군주의 지위를 통치권을 총람하는 국가의 원수라고 규정한 것으로 이어졌다. 이로써 1972년헌법의 국가원수라는 표현이 어디서 유래했는지 짐작할 수 있다.

이처럼 국가원수인 군주가 모든 국가권력을 통합하여 보유하고 단지 국가권력을 행사함에 있어 헌법에 따를 뿐이라는 것을 군주제원리라고 부른다. 20세기 초까지 군주제원리가 유지되었던 독일의 경우 헌정의 의회주의화가 지체됨으로써 군주제적 관료국가 사회의 개별이익으로부터 독립되어 그 위에 군림하는 중립적 존재로 인식되고 공공복리의 실체적 내용을 독점적으로 규정하려는 경향이 나타났다. 다른 한편 시민사회는 정치

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

적 자유주의와 결별하고 경제적 자유주의에 만족하게 되어 시민사회의 공적 기능이 약화됨으로써 자체적인 갈등조정 능력이 미약한 채로 남게 된다. 이는 1918년 11월혁명으로 독일카이저제국이 붕괴된 후 성립한 새로운 입헌민주주의의 성공에 커다란 부담을 지우는 헌법문화였다. 제2차 세계대전 이후 관료적 지배가 제공하는 단기적 효율성의 유혹을 넘어 정당민주주의를 실현하려는 노력을 통해 역동성과 안정성의 조화를 꾀하고 있는 독일의 상황을 면밀히 검토할 필요가 있다.

4. 군주제적 대통령제의 잔재 극복

오늘날 대통령의 헌법상 지위가 군주제적이라고 평가되는 프랑스헌법에서도 대통령을 국가원수라고 칭하지 않음은 전술한 바와 같다. 의회제군주제 국가의 헌법에서도 군주를 국가원수라고 칭하지 않는 경우가 많다. 오늘날 일본헌법이 그 예이다. 의원내각제 공화국인 독일헌법 역시 연방대통령을 국가원수라고 칭하지 않는다. 현대헌법에서는 국가원수라는 용어 자체가 드물게 사용되고 있으며 특히 대통령을 국가원수라고 칭하는 것은 반다원주의적 전통과 연결되어 있다.

군주주권형 입헌군주제 헌법은 국가조직을 창설하는 역할을 획득하지 못하고 단지 군주가 조상대대로 행사하던 통치권력의 일부를 제한하는 데 머물렀다. 군주가 지닌 군과 행정관료에 대한 지휘권은 여전히 헌법적 통제의 밖에 머물렀다. 우리의 경우 유신정권이 붕괴된 후에 12·12 쿠데타와 5·17 쿠데타가 연이어 일어났던 것은 권위주의체제에서 군대가 헌법적 통제 밖에 있었던 헌법현실의 결과였다. 내무부와 경찰 및 법무부와 검찰, 그리고 국가정보조직으로 대표되는 관료조직도 크게 다르지 않았다.

1987년 6월 민주화운동의 힘으로 현행헌법이 제정되고 점진적인 민주화가 진행되면서 우선 1993년 김영삼 정부의 출범과 함께 하나회를 중심으로 한 정치군인들에 대한 대규모 숙청이 이루어졌다. 또한 1995년부터는 자치단체장을 주민이 직선으로 선출하게 되어 내무행정의 상당부분에 대한 주민자치가 실현되었고 이는 교육 분야로까지 확산되어 왔다.

실질적으로 3권을 통할하던 권위주의적 대통령은 사라졌지만 이를 보좌하던 강고한 관료조직은 특히 사정 권력을 중심으로 잔존하여 여전히 강력하고 포괄적인 영향력을 행사하여 왔다. 국가정보기관과 검찰의 개혁이 여전히 문제되고 있는 것은 우리사회의 관헌국가적 전통과 무관하지 않다. 특히 검찰조직은 강한 결속력을 지닐 뿐 아니라 매우 포괄적인 권한을 보유함으로써 삼권을 통할하는 군주적, 권위주의적 대통령의 요소가 약화되는 과정 속에서도 국가 안의 국가와 같은 속성을 유지하여 입헌민주주의의 정

착과 발전의 걸림돌이 되고 있다. 형사사법의 측면에서는 적지 않은 개선안이 마련되고 있지만 검찰개혁의 또 다른 축인 법무부의 탈검찰화가 지지부진하다는 지적이 있다.⁴⁾ 그 원인을 세밀하게 분석하여 법무행정의 독자성을 확보할 수 있어야 한다. 나아가 검사 출신 국회의원의 일부가 입법부 구성원으로서의 정체성을 지니고 있는지에 대한 의구심이 제기되고 있다. 이는 국회와 정당이 헌법이 상정하고 있는 지위를 확보하는 노력 속에서 해결되어야 할 것이다.

대통령의 국가원수로서의 지위와 관련하여 2018년의 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서와 대통령 헌법개정안은 입장을 밝히고 있다. 대통령 4년중임제안인 대통령 헌법개정안은 “대통령의 국가원수로서의 지위는 대통령이 다른 헌법기관을 초월한 우월적 지위에 있는 것으로 인식되어 제왕적 대통령의 근거로 작용될 우려가 있으므로 대통령의 국가원수 지위를 삭제하는 한편, 외국에 대하여 국가를 대표하도록 하던 것을 국내외에 관계없이 국가를 대표하도록 변경”한다고 하고 있으며,⁵⁾ 국회헌법개정특별위원회 자문위원회는 분권형 정부제를 채택하는 경우에는 국가원수직을 유지하고 대통령 4년중임제를 채택하면 국가원수 조항을 삭제할 것을 제안하면서 그 이유를 “유신헌법 이후 대통령의 제왕적 지위의 헌법해석 및 정치문화적 근거로 기능하였던 국가원수 조항을 삭제하고 제헌헌법의 기본정신을 부활하여 대통령을 행정부의 수반으로서의 지위를 중심으로 이해하고, ...,”라고 밝히고 있다.⁶⁾ 두 가지 근거가 모두 타당하다고 생각된다. 다만, 분권형 정부제를 택하는 경우에도 대통령을 국가원수라고 칭할 필요가 있는지 의문이다. 민주공화국의 헌법에서 권위주의형 입헌군주제헌법에 뿌리를 두고 있는 국가원수라는 용어는 피하는 것이 바람직하다는 생각이다.

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

4) 자세한 내용은 참여연대 검찰보고서 문재인정부 4년 검찰보고서 ③ 청와대·법무부·외부기관 검사 파견 현황 검찰청에 없는 그 검사 79명 법무부 탈검찰화, 외부기관 파견 축소 담보상대 (2021. 5. 4.), <https://docs.google.com/document/d/1ffHWg8AEUVW7tdZIO7vVKpEyDHWiqcVnYaMp2xQjUJ8/edit?form=MY01SV&OCID=MY01SV#>

5) 대통령 문재인, 대한민국헌법 개정안, 13쪽 이하.

6) 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서, 2018.1, 315쪽.

III | 공무원의 정치적 중립

헌법 제7조와 같이 직업공무원에 대한 독자적인 헌법조항을 두는 경우는 우리나라를 제외하고는 흔치 않다. 일본헌법 제15조 제2항은 “모든 공무원은 국민전체를 위한 봉사자이며 일부를 위한 봉사자가 아니다”라는 규정을 두고 있는데 일본헌법 제15조는 국민의 공무원 선정·파면권(제1항)과 공무권 선거권(제3항 및 제4항)을 규정하는 조항이다. 우리헌법처럼 헌법총강에 공무원제도에 대한 독자적인 조항을 두는 것은 현대 입헌주의 헌법에서 유사한 예를 발견하기 어렵다.

1. 헌법 제7조의 연혁⁷⁾

(1) 공무원의 정치적 중립성

먼저 헌법 제7조가 형성된 연혁과 그 배경을 살필 필요가 있다. 제헌헌법 제27조 제1항은 “공무원은 주권을 가진 국민의 수임자이며 언제든지 국민에 대하여 책임을 진다.”고 규정했을 뿐이다. 1960년의 제2공화국헌법은 동조에 제2항을 추가했는데 그 내용은 “공무원의 정치적 중립성과 신분은 법률의 정하는 바에 의하여 보장된다”는 것이었다. 나아가 이 헌법은 제75조에서 정부조직법에 “경찰의 중립을 보장하기에 필요한 기구에 관하여 규정을 두어야 한다”(동조 제2항)는 내용을 추가하였다. 이에 따라 1960년 7월 1일 전면개정된 정부조직법은 경찰의 중립성을 보장하기 위해 공안위원회를 도입하였다.⁸⁾ 공무원의 정치적 중립성과 신분의 보장을 헌법에 도입하게 된 배경은 이승만정부에서 관권에 의한 공무원의 동원과 이로 인한 3·15 부정선거를 경험한 후 정치권력에 의해 공무원이 이용되는 것을 방지하고 직업공무원제도를 확고히 하는 헌법적 근거를 확보하려는 노력이었다. 제2공화국헌법 제75조 제2항에서 선언하는 “경찰의 중립”은 이러한 배경을 보다 극명하게 보여주고 있다. 공무원의 중립성 조항의 수범자는 국가권력, 특히 인사권을 지닌 집권자인 것이다.

7) 이하 자세한 내용은 송석윤, 정당민주주의와 정당법 - 정당개혁의 관점에서 -, 공법연구 제42집 제3호(2014.2.), 1-30쪽, 10쪽 이하.

8) 정부조직법 (1960. 7. 1. 전면개정)
제13조 (경찰기구)

① 경찰의 중립성을 보장하기 위하여 공안위원회를 둔다.
② 공안위원회의 조직과 경찰행정에 관하여 필요한 사항은 법률로써 정한다.

(2) 국민전체의 봉사자

한편 제헌헌법은 제27조 제1항에서 “공무원은 주권을 가진 국민의 수입자”라고 규정하였고 이는 제2공화국헌법까지 유지되었다. 공무원을 “국민전체에 대한 봉사자”라고 칭하게 된 것은 1962년헌법부터였다. 또한 1946년에 제정된 일본헌법 제15조 제2항은 “모든 공무원은 전체에 대한 봉사자이며, 일부에 대한 봉사자가 아니다.”라고 규정하였다.

위의 1962년헌법이나 일본헌법의 조항은 “공무원은 전체의 봉사자이며, 한 정당의 봉사자가 아니다.”라는 독일 바이마르헌법 제130조 제1항에서 온 것이다. 하지만 바이마르헌법 동조의 제2항과 제3항은 각각 “모든 공무원에게 정치적 신조의 자유와 결사의 자유가 보장된다”, “공무원은 보다 구체적인 라이히법률 규정에 따라 독자적인 공무원 대표기관을 구성한다.”라고 규정하여 공무원의 정치적 기본권을 전면적으로 인정했으며 이를 실질적으로 보장할 조직에 대한 헌법적 근거를 마련하였다. 따라서 바이마르헌법이 “공무원은 전체의 봉사자”라고 한 것에 대해 선언적 의미 이상을 부여하기는 어려웠다. 그럼에도 불구하고 이러한 조항이 일본에서는 공무원의 정치적 기본권을 포괄적으로 제한하는 근거로 작용하고, 한국에서는 특별권력관계를 실질적으로 인정하는 논거를 이루고 있음은 주목할 부분이다.

2. 외국의 예

오스트리아 연방헌법 제7조 제4항은 “연방군인을 포함하여 공무원에게 제한 없는 정치적 권리의 행사가 보장된다.”라고 규정하고 있다. 이러한 정치적 권리에는 공직선거의 출마와 의원직의 수행까지 포함된다. 의원으로 당선될 경우에 사직이나 휴직을 할 의무도 없으며 그 직을 유지하면서 의원직을 수행할 수 있도록 편의를 제공하고 있다.

오스트리아 연방헌법 제59a조

- (1) 공무원이 국민회의에 입후보하는 경우에 이를 위해 필요한 자유시간이 허용되어야 한다.
- (2) 국민회의나 연방참사원의 구성원인 공무원은 의원직 수행을 위해 필요한 범위에서 휴가 또는 휴직을 신청할 수 있다. ...
- (3) 공무원이 의원직 수행으로 인해 기존의 업무에 투입될 수 없다면, 당해 공무원이 상정하는 동등한 가치가 있는 - 당사자가 동의하면 그렇지 않은 - 업무를 부여해 줄 것을 청구할 수 있다.

독일에서도 공무원이 원칙적으로 자유롭게 정당활동을 할 수 있으며 공직선거에 출마할 수도 있다. 단지 독일에서는 오스트리아와 달리 공무원이 연방의회의 의원으로 당선되면 휴직하도록 하면서(연방공무원법 제40조 제1항, 연방의회의원법 제5조 제1항) 의원의 임기가 종료되면 공무원직으로 복귀할 수 있게 하고 있다.(연방의회의원법 제6조 제1항) 이러한 공무원의 권리는 일반 행정공무원 뿐 아니라 법관, 직업군인, 기간제직업군인(연방의회의원법 제8조 제1항) 및 대학교수(연방의회의원법 제8조 제1항)에게도 적용된다. 나아가 대학교수는 의원직 수행을 위한 휴직 중에도 연구와 교육 및 박사학위논문·하빌리타치온논문 지도와 같은 업무를 병행할 수 있다.(연방의회의원법 제8조 제1항)

독일이나 오스트리아에서 공무원이 의원직을 수행하는 것은 현대 민주주의에만 국한되는 것은 아니다. 이미 입헌군주제 시절에 시민계급 출신의 공무원들이 다수 의원을 겸직했던 전통이 있다. 독일의 입헌군주제 헌법 중 의회가 소집되면 군주가 공무원에게 휴가를 주어야 한다는 규정이 있었던 것은 이러한 배경 때문이었다. 단지 독일에서는 제2차 세계대전 이후에 공무원직과 의원직의 양립불가능성(Inkompatibilität)을 받아들여서 공무원이 의원직을 수행하는 동안에는 휴직하도록 하였다. 이러한 양립불가능성은 공무원이 공직선거 출마 이전에 사직을 해야 한다는 피선거권배제(Ineligibilität)와 구별된다. 공무원의 피선거권배제가 금지되는 것은 아니겠지만 권력분립의 원칙 등을 위해 도입되는 경우 비례의 원칙을 준수해야 한다.⁹⁾ 공무원의 피선거권을 인정하는 것은 헌법상 최고의 국민대표기관에 누구든지 국민의 대표로 참여할 수 있는 길을 열어 놓아야 하며 공무원 역시 예외가 아니라는 국민주권의 원리의 귀결이다. 독일과 오스트리아의 차이는 이익충돌에 대한 상이한 평가로 이해할 수 있다.

3. 헌법 제7조의 의미 : 직업공무원제도의 보장

헌법 제7조의 내용은 명문상으로나 위에서 살핀 입법연혁으로 볼 때 우리 헌법이 직업공무원제도를 채택하고 있음을 명시적으로 선언하고 있다. 헌법재판소는 직업공무원제도를 “공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하고 일관성있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 의하여 공무원의 신분이 보장되는 공직구조에 관한 제도”라고 하면서 헌법 제7조의 명문규정은 “직업공무원제도가 국민주권원리에 바탕을 둔 민주적이고 법치주의적인 공직제도임을 천명하고 정권담당자에 따라 영향 받지 않는 것은 물론 같

9) Brosius-Gersdorf, Frauke, Art.137, in: Dreier(Hg.), Grundgesetz Kommentar Bd.3, 3.Auf., Tübingen 2018, Rn.

은 정권하에서도 정당한 이유 없이 해임당하지 않는 것을 불가결의 요건으로 하는 직업 공무원제도의 확립을 내용으로 하는 입법의 원리를 지시하고 있는 것으로서 법률로서 관계규정을 마련함에 있어서도 헌법의 위와 같은 기속적 방향 제시에 따라 공무원의 신분보장이라는 본질적 내용이 침해되지 않는 범위 내라는 입법의 한계가 확정되어진 것”이라고 밝히고 있다.¹⁰⁾

하지만 이러한 직업공무원제도가 공무원이 국가의 영역에 속해서 기본권의 주체가 되지 않는다는 특별권력관계를 정당화하는 것은 아니다. 또한 공무원의 정치적 중립성은 기본적으로 국가권력이 공무원을 정치적으로 동원하지 않음으로써 보장해야 하는 의무를 뜻하는 것이지 공무원이 인격적으로 중립적이어야 한다는 의미가 아니다. 이러한 의미의 중립성은 시민사회의 다원성 위에 실체로서 균림하는 중립적 지배권을 상정하던 군주주권의 관헌국가 체제에서나 존재할 수 있었다. 공무원의 정치적 자유는 단지 업무의 성격에 따라 제한될 수 있을 뿐이다.¹¹⁾

국민의 참정권은 공직선거에서 선거권을 행사하는 것에 국한되지 않는다. 정당원의 자격을 지니면 공직선거 후보자를 정하거나 정당의 간부를 선출하는 데에서도 권리를 행사할 수 있다. 특히 공직선거의 후보를 정하는데 참여하는 것은 현대 정당민주주의에서 실질적으로 선거권의 일부로 되고 있다. 공무원의 정당활동 자체를 금지하는 것은 시민권의 과도한 제한이다. 공무원의 정치적 기본권을 제한하는 각종 법률에 대해 그동안 많은 문제제기가 있었고 헌법재판소도 최근에 전향적인 입장을 보여서 교육공무원의 정치단체 결성과 가입에 대해서는 위헌결정을 내렸다. 하지만 정당활동에 대해서는 헌법에 위반되지 않는다는 입장을 유지하고 있다.¹²⁾ 이제는 입법적으로 해결해야 할 때이다. 그런데 국회는 최근에 법원조직법과 헌법재판소법을 개정하여 법관과 헌법재판소재판관의 임용 결격사유에 정당의 당원 또는 당원의 신분을 상실한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람, 공직선거에 후보자로 등록한 날부터 5년이 경과하지 아니한 사람, 대통령선거에서 후보자의 당선을 위하여 자문이나 고문의 역할을 한 날부터 3년이 경과되지 아니한 사람을 추가하였다.(법원조직법 제43조, 헌법재판소법 제5조) 특히 이러한 법개정은 경과규정을 두지 않았고 우리나라의 당원수를 감안할 때 공무담임권의 참을 수 없는 제한을 의미한다. 특히 법관임용의 결격사유와 관련해서는 광범위한 위축효과를 가져와서 청년법조인들이 정치활동을 기피하는 결과를 가져올까 우려된다.

10) 헌재 1989.12.28. 89헌마32등

11) 이에 대한 전반적인 논의로는 이종수, 공무원의 정치적 기본권 보장 및 그 이후의 쟁점들에 대한 소고, 국가법연구 제15집 1호(2019), 1-28쪽 참조

12) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551

공무원의 피선거권과 관련하여 실용적 관점에서 보면 퇴직한 공무원이 국회의원이 되는 것보다 한참 일하고 있는 공무원이 의원으로 활동하는 것이 더 생산적일 수 있다. 2020년에 실시된 제21대 국회의원선거에서 30대의 젊은 소방공무원이 국회의원에 당선되었다. 오영환의원은 소방공무원직을 그만두어야 했다. 이로써 중하위직의 공무원이 나 젊고 유능한 공무원이 국회에서 활동할 가능성이 크게 제한된다.

우리나라는 세계 어느 나라와 비교해도 뒤지지 않는 능력과 자질을 지닌 공무원들을 보유하고 있다. 우리가 여기까지 올 때까지 공무원들의 헌신적 노력이 있었음은 물론이다. 하지만 공무원들의 역량을 위계적이고 상대적으로 폐쇄적일 수밖에 없는 행정조직에 가두어 국가가 독점하기에는 우리사회의 구조가 매우 다원화되었다. 공무원의 정당 활동을 금지하면 사실상 정부와 집권당이 공무원을 독점하는 결과가 되기 쉽다. 야당이 견제의 역할을 제대로 하려면 정책개발의 역량이 있어야 한다. 만시지탄이 있지만 이제라도 국가가 공무원을 시민사회의 공적 영역과 공유하는 결단을 내렸으면 한다.

IV¹ 협치형 내지 연립형 대통령제의 구상

1. 순수 의원내각제와 대통령4년중임 정부통령제

현재의 우리나라 헌법개정 논의에서 순수한 의원내각제에 대한 일반국민의 지지가 크지도 않은 현실이다. 또한 전문가들 사이에서도 지금의 시점에서 의원내각제를 전격적으로 도입하자는 견해가 많지 않은 듯하다. 1987년의 민주화가 대통령직선제의 쟁취를 구호로 이루어진 상황에서 직선제를 포기할 수 없는데 강력한 민주적 정당성을 지니는 대통령에게 상징적으로 국가를 대표하는 지위만 부여한다는 것은 법적으로나 정치적으로 쉽지 않은 일이다. 또한 의회가 정부를 구성하여 헌정운영의 핵심을 이루는 의원내각제에 대해 아직은 의회주의의 전통이 성숙하지 않은 상황이라는 지적도 있다. 논란의 여지가 없지 않다고 생각되지만 4·19혁명 후 제2공화국에서의 상황을 부정적으로 평가하는 견해도 의원내각제 도입의 걸림돌이 되고 있다.

대통령4년중임 정부통령제와 관련하여 일단 국무총리제 대신 부통령제를 도입하자는 견해보다는 대통령제를 하더라도 지금처럼 국무총리를 두자는 견해가 많은 듯하다.¹³⁾ 대통령제를 유지하면서 4년중임제로 변경하자는 안은 비교적 많은 지지를 얻고 있다.

13) 부통령제에 대한 자세한 내용은 정재황/송석윤, 헌법개정과 정부형태, 공법연구 제34집 4권 2호(2006.6.) 155-182쪽, 170쪽 이하.

2018년 대통령 헌법개정안이 대통령4년중임제를 취하고 있으며, 국회헌법개정특별위원회 자문위원회는 분권형 정부제와 대통령4년중임제를 복수의 안으로 제시하고 있다. 일반적으로 대통령4년중임제를 주장하는 경우 우리 헌정에서 민주주의가 정착되어 권위주의가 다시 대두할 가능성이 사라졌다는 것을 전제로 권력의 분권화를 고려하면서도 국정운영의 책임성과 효율성을 지향하고 있다. 대통령4년중임제가 권력의 분권화를 가능하게 한다는 것은 입법부와 행정부의 엄격한 권력분립을 전제로 한다. 하지만 이는 현대 정당민주주의에서 대통령과 같은 소속정당의 의원들이 정부로부터 독자적으로 판단하고 행동할 때에 가능하다. 대통령제와 권력의 분권화를 연결시키는 입장은 적어도 우리의 현실에서는 설득력이 크지 않고 국회 및 정당제도와 정치문화의 폭넓은 변화를 전제로 한다고 보인다. 대통령4년중임제 개헌론의 핵심은 역시 이 제도가 헌정의 안정성과 효율성을 강화할 것이라는 데에 있다고 보인다. 하지만 이는 대통령이 특별한 사유가 없으면 재선에 성공할 수 있는 정치문화를 바탕으로 하는 주장이다. 오히려 가장 우려되는 상황은 한편으로 대통령과 정부여당이 재선을 위해 단기적이고 인기영합적인 정책을 쏟아내고 선거에 관권을 동원하며, 다른 한편으로 야당이 이를 총력으로 이를 저지하는 상황이다. 민주화 이후의 정권들을 볼 때 인기영합적 정책과 관권선거에도 불구하고 재선에 실패하는 상황이 반복되지 말라는 보장도 없다.¹⁴⁾

2. 연동형 비례대표제와 연립정부의 일상화

우리나라의 정치문화는 강한 정당기속을 특징으로 한다. 이는 정당민주주의에 기초하는 현대 민주주의에서 일반적인 경우이다. 이러한 상황에서 행정부의 수반인 대통령이 속하는 정당이 과반수에 이르지 못하면 국정을 운영하는데 커다란 어려움이 생긴다. 사안에 따라 정당의 경계를 넘어 다수를 형성하는 미국의 경우가 오히려 예외에 속한다. 따라서 우리나라에서 헌정제도를 설계하는데 있어 기속이 강한 정당체계는 대다수의 민주헌정국가에서와 마찬가지로 상수이다. 우리나라에서 정당의 이합집산이 드물지 않았음에도 불구하고 정당의 강한 기속력이라는 정치문화는 변함없이 유지되고 있다. 행정부가 반드시 의회 다수파의 지지를 배경으로 하지 않는 대통령제에서 정당 기속력을 정국을 운영하는데 있어 어려운 상황을 야기할 수 있다.

권위주의체제 하에서는 항상 대통령 소속 정당이 국회에서 과반수 의석을 장악하였다. 하지만 현행헌법이 제정된 후 처음으로 실시된 1988년의 국회의원 선거에서 노태

14) 송석윤, 4월 혁명의 헌정사적 영향과 의회민주주의 실현의 과제 - 헌법개정 및 정치개혁과 관련하여 -, 헌법학연구 제16권 제2호 (2010. 6), 147-192쪽, 172쪽.

우대통령이 속한 민주정의당은 재적의석 299석 중 125석을 얻는데 그침으로써 3김이 이끄는 3개의 정당이 국회의 다수의석을 장악하였다. 이러한 여소야대 상황에서 노태우 정부는 정국을 주도할 수 없었고 결국에는 3당 통합을 통해 상황을 타개하였다. 이후에도 여소야대의 상황은 종종 발생하였다. 때로는 대통령 소속 정당이 비정상적인 방식을 동원하여 원내 과반수 의석을 확보하였고 때로는 대통령이 통제하는 사정기관들의 힘을 빌리기도 하였다. 여소야대 상황에서 우리가 경험한 극적인 사건은 2004년의 노무현대통령에 대한 탄핵이었을 것이다.

헌정이 민주화된 상황에서 대통령 소속 정당이 국회 과반수 의석을 얻지 못하는 경우는 언제든지 있을 수 있다. 특히 대통령이 속하지 않는 하나의 정당이 단독으로 과반수를 획득하면 헌정의 위기에 봉착할 수 있다. 대통령이 국무총리를 임명하기 위해서는 국회의 동의를 필요하다. 지금까지는 과반의 의석을 차지한 정당들의 요구를 감안한 총리후보를 제청하여 국회의 동의를 얻어왔지만 하나의 야당이 원내과반수 의석을 차지하여 자신이 추천하는 사람을 총리로 임명할 것을 요구한다면 대통령과 국회가 정면으로 충돌하는 상황이 발생한다. 반대로 대통령 소속 정당이 국회에서 안정적인 과반수 의석을 얻은 최근의 상황에서는 정부 여당의 독주에 대한 우려가 제기되기도 한다.

여소야대의 상황을 극복할 수 있는 방안으로 분권형 정부제가 논의되기도 한다. 분권형 정부제는 대통령과 총리 및 내각의 권한을 헌법적으로 분할하여 외교와 국방에 관한 권한은 대통령에게, 그리고 내정에 관한 권한은 총리와 내각에 부여하는 것으로 이해하는 것이 일반적이다. 그런데 현대국가에서 권한의 분배를 명확하게 하는 것이 쉽지 않다. 이원정부제라고 설명되는 프랑스의 헌법은 국방에 관한 권한과 관련하여 한편으로 대통령이 군의 통수권자임을 선언하면서 대통령이 고등국방참사원 및 고등국방위원회를 주재한다고 규정하고 있다.(동헌법 제15조) 프랑스헌법은 다른 한편으로 국방에 대한 책임은 총리가 진다고 하면서 총리에게 일반공무원 뿐 아니라 군공무원을 임명하는 권한을 부여하고 있다.(제21조) 이원정부제에서 권한배분의 문제점은 외교는 대통령이, 내정은 총리가 담당한다는 기존의 논의와 관련해서도 드러난다. 국제화, 세계화하고 있는 현대사회에서 어떠한 사안이 외교의 문제인지 내정의 문제인지를 구별하기는 쉽지 않다. 예를 들어 외국과 FTA를 체결하는 것이 외교만의 문제는 아니다. 프랑스에서 대통령의 정당이 원내다수 의석을 차지할 때에는 대통령이 외교와 국방에 관한 권한을 지닌다. 하지만 동거정부에서는 대통령과 수상이 함께 국제무대에 나타나게 된다. 2002년 봄 파리에서 열린 프랑스와 독일의 정상회담 때 독일의 수상을 프랑스의 대통령과 총리가 함께 상대한 일화가 있다. 이는 외교와 내정의 구별이 쉽지 않음과 동거정부에

서는 내각을 장악하는 총리의 권한이 강함으로 보여주는 예이다.¹⁵⁾ 프랑스는 여대야소 일 때에는 강력한 군주적 대통령제이고 여소야대일 때에는 내각제 정부형태에 가깝다. 프랑스가 헌법을 개정하여 대통령의 임기를 단축함으로써 대통령과 하원의원을 연이어 선출하도록 한 것은 가능한 동거정부의 불편함을 피하기 위함이었다.

오히려 헌정의 분권적·협치적 운영을 위해서는 대통령과 총리가 좌우로 나뉘어 대립하는 프랑스의 이원적 정부제보다 대통령 소속 정당을 중심으로 내각을 구성하되 내각에 복수의 정당이 참여하여 연립형 내각을 구성하는 방식이 실질적으로 작동하는 분권형 정부제일 수 있다. 연동형 비례대표제가 도입되어 30-40% 정도의 지지를 얻는 두 개의 정당과 5-10% 정도의 지지를 얻는 두세 개의 소수정당이 국회에 진출한다면 대통령 소속정당이 다른 정당들과의 협상을 통하여 국회과반수의 지원을 받은 연립내각을 구성할 수 있다. 연립정부에 참여하는 정당들 사이에 체결되는 연정협약에 기초하여 권력의 분점과 정책의 공조를 이룰 수 있다.¹⁶⁾ 국무회의든 내각회의든 어떠한 경우에도 대통령이 의장으로서 총리와 함께 연립내각을 이끌도록 한다.

오늘날 대통령선거에서 정당내부의 경선이 이루어지므로 대통령후보를 배출하는 정당의 파벌이나 당선자의 선거팀이 집권하게 됨으로써 대통령의 집권기반이 협소하게 되는 경향이 있다. 또한 대통령후보 당내경선에서 각 정당의 강경지지층의 목소리가 더 크게 반영되기도 한다. 이는 정치의 양극화로 이어져서 헌정질서의 원심력으로 작용할 수 있다. 국회의원선거에 연동형 비례대표제를 도입하면 제도정치가 포섭할 수 있는 스펙트럼이 넓어지고, 연립을 통해서 의회의 다수의 지원을 받지만 대통령이 독주할 수 없는 정부를 구성하게 된다. 제도를 법적으로 그리고 정치적으로 잘 정비하고 이를 뒷받침하는 정치문화를 형성할 수 있다면 헌정의 다원주의적 통합, 즉 정치저변의 확대 속에서도 구심력이 강한 시스템을 확보할 수 있을 것이다.

이러한 연립정부형 대통령제에 대해서는 남미형제도여서 헌정의 혼란을 야기할 수 있다는 비판이 제기된다. 하지만 연립정부형 대통령제의 적실성과 별개로 환경이 크게 다른 남미국가와의 비교는 조심해야 할 듯하다. 2018년 브라질에서 임기 8년이고 정원 81명인 상원의원의 3분의 2와 임기 4년이고 정원 513명인 하원의원에 대한 선거가 실시되었다.¹⁷⁾ 54개의 의석에 대해서 실시된 상원의원 선거에서 당선자를 배출한 정당은

15) 송석윤, 4월 혁명의 헌정사적 영향과 의회민주주의 실현의 과제 - 헌법개정 및 정치개혁과 관련하여 -, 헌법학연구 제16권 제2호 (2010. 6), 147-192쪽, 166쪽.

16) 이종수, 협치를 위한 규범적 조건에 관한 비교법적 연구 - 독일의 사례를 중심으로 -, 헌법학연구 제23권 제4호 (2017.12.), 31-77쪽.

17) 김영철, 2018년 브라질 대선·총선 결과와 의미, 포르투갈-브라질 연구 제16권 제1호(2019), 9-46쪽 17쪽 이하.

모두 23개였고 가장 많은 의석수를 확보한 정당이 7개의 의석을 차지했을 뿐이다. 하원 의원 선거에서는 31개의 정당이 당선자를 배출하였는데 최다의석을 획득한 정당의 의석수는 56석이었다. 주지사선거에서는 27개주에서 13개 정당의 후보가 당선되었다. 이러한 파편화된 정당체계에 더하여 의원의 잦은 당적교체는 브라질 헌정의 안정적 전개에 어려운 과제를 던지고 있다. 이러한 문제점은 단지 헌법상의 정부형태나 비례대표제 같은 선거제도에서 기인하는 것이 아니다. 브라질에서는 여전히 거대지주가 국가의 역할을 대신하고 대도시의 일부지역에서 국가권력이 관철되지 못하는 현상이 나타나고 있다. 국민국가 형성(nation-building)의 강도가 미약하여 폭력독점체로서의 국가가 완성되지 못하고 공동체가 폭력과점체(Gewaltoligopol)에 머무르고 있는 상황에서 어떠한 제도를 도입하더라도 어려움이 있을 수밖에 없다.¹⁸⁾ 우리나라에서 연립정부형 대통령제의 도입을 환경이 크게 다른 남미를 예를 들어서 비판하는 것은 적절하지 않다.

헌법을 개정하지 않더라도 선거법에서 비례성을 강화한다면 대통령제 하에서 연립정부를 구성하는 것이 가능할 수 있다. 헌법을 개정한다면 국회의원 선거제도에서 비례성을 강화하는 핵심적인 내용을 헌법에 직접 조문화할 수도 있다. 관련하여 국회헌법개정특별위원회 자문위원회는 선거의 비례성을 향상시킨다는 원칙을 헌법에 규정하고 자세한 사항은 법률에 위임하자는 안과 이에 더 나아가 아예 독일식 연동형 비례대표제를 헌법에 규정하자는 안을 제시하고 있다.¹⁹⁾ 대통령의 헌법개정안은 전자의 입장을 취하고 있다.²⁰⁾ 기존의 패권적 정당구조가 유지된다면 분권형 정부형태의 도입취지와 맞지 않으므로 선거의 비례성을 강화할 것이 요구된다. 국회의원선거를 비례대표제를 중심으로 운영하는 국가들 중 비교적 구체적인 내용을 헌법에 직접 규정한 경우도 적지 않다.

3. 청와대 조직의 축소

우리나라에서 강력한 대통령권한은 상당부분 청와대조직을 기반으로 한다. 헌법은 행정권이 대통령과 총리 및 각부장관 등으로 구성된 국무회의와 행정각부를 통해 행사되도록 하고 있는데 헌법적 근거가 없는 청와대의 비서실조직이 비대하여 옥상옥의 구조를 형성하고 있다. 대통령비서실 직제에 따르면 대통령비서실 소속 공무원은 총 443명인데 그중 대통령비서실장과 정책실장이 장관급이고 10인의 보좌관 또는 수석비서관이

18) Hoffmann, Aletta, Politische Führung im Koalitionspräsidentalismus: Brasilien, in: Martin Sebaldt/Henrik Gast(Hg.), Politische Führung in westlichen Regierungssystemen: Theorie und Praxis im internationalen Vergleich, Wiesbaden 2010, 196-211쪽. 208쪽 이하.

19) 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서, 2018.1, 357쪽.

20) 대통령 문재인, 대한민국헌법 개정안, 2018.3, 11쪽.

차관급이며 공위공무원단에 속하는 일반직 또는 별정직 공무원이 79명이다.

연동형비례대표제가 도입되고 행정권이 의회의 다수의 지지에 기반하는 연립내각을 중심으로 행사된다면 청와대의 조직은 자연스럽게 축소될 것으로 기대할 수 있다.

4. 연동형 비례대표제와 대통령 결선투표제의 제도적 정합성

대통령의 헌법개정안은 대통령선거에서 결선투표제의 도입을 제안하고 있으며 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 안에서는 견해가 엇갈리고 있다. 결선투표제를 도입하는 취지는 당선자가 절대과반수를 획득하도록 함으로써 민주적 정당성을 제고하자는 데 있다.²¹⁾ 한편 결선투표제의 도입에 대한 신중론은 결선투표제가 지니는 제도적 문제점을 지적하고, 결선투표제가 없어도 유권자의 합리적 선택과 합종연횡 등에 의해 2002년 이후 대통령선거에서 당선자가 46%이상 52%까지 득표하고 있는 우리나라의 상황을 제시하고 있다.

대통령선거에서 결선투표제를 도입하면 소수정당의 후보자들도 적극적으로 출마하여 제1차 투표에서 과반수득표자가 나오지 않을 가능성이 크므로 결선투표가 실시되는 경우가 일반적일 것이다. 이러한 경우에 1, 2위 후보자와 나머지 후보자들 사이에, 또는 이들이 소속된 정파들 사이에 합종연횡이 이루어져서 결선투표에 임하게 될 것이다. 그런데 문제는 결선투표에서의 절대다수 형성을 위한 합종연횡과는 별도로 연동형 비례대표에 의해 형성된 의석관계가 국회에 존재하고 있다는 점이다. 대통령 결선투표에서 다수를 구성하는 연합과 국회에서 다수파를 구성하는 연합이 일치한다는 보장이 없다. 결선투표제를 도입하면 소수당의 후보들이 중도사퇴의 부담 없이 대통령선거에서 완주할 수 있는 가능성이 열리는 장점이 있지만 과연 국회의원선거에서 연동형 비례대표제를 도입하여 연립정부형 대통령제를 운영하는 것과 제도적 정합성이 있는지 검토할 필요가 있다.

5. 국회와 정당의 체계적 강화를 통한 지속가능성 확보

부자 삼대 못 간다는 말이 있듯이 우리나라 경제의 성장에너지나 정치의 역동성이 정체기로 들어선다는 우려가 있다. 이에 대비하기 위해서는 역동성의 체계화, 제도화를 통해 지속가능한 시스템을 만들 필요가 있다. 현대국가에서 의회는 행정부에 비해 현격하게 왜소한 조직이다. 의회가 헌법이 부여하는 지위를 획득하려면 국민을 배경으로 해야

21) 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서, 2018.1, 321쪽; 대통령 문재인, 대한민국헌법 개정안, 2018.3, 14쪽.

한다. 헌법이 상정하는 국민의 조직이 바로 정당이다. 정당들이 정치를 독점할 필요는 없지만 주권자로부터 직접 민주적 정당성을 부여받은 의회가 다른 국가기관들을 민주적으로 통제할 수 있도록 뒷받침할 수 있는 역량을 지녀야 한다.

정당의 힘은 구성원에서 나온다. 정당의 구성원으로 소수의 직업정치인과 다수의 동원된 당원들만 존재한다면 시민사회와 국가를 연결하는 매개 역할을 제대로 수행할 수 없다. 공직선거에 출마하기 위해 비로소 정당에 가입한다든지 선거 때마다 외부의 수혈을 받아야 하는 만성 빈혈에 시달린다면 헌법이 규정하고 있는 정당이라고 하기 어렵다. 정당은 공적 조직이다. 어떠한 조직이 공적이려면 다음 세대를 양성하는 기능을 수행해야 한다. 차세대의 정치지도자들이 젊어서부터 평당원으로서 서로 협력하며 경쟁하고 정치적으로 성장하면서 검증받을 수 있다면 정치의 영역에서 지속가능한 역동성을 확보할 수 있다. 정치권이 작은 기득권에 안주하지 말고 자기성찰과 혁신에 힘쓰기 바란다.

V | 미래지향적 헌법개정

헌법을 새로 만들 때 과거의 불행한 사건을 기억하면서 이러한 경험을 되풀이하지 않기 위한 의지를 천명하고 또한 재발방지를 예방하기 위한 제도를 고안하는 것은 인지상정이다. 우리나라에서 1980년헌법 제129조 제2항이 “대통령의 임기연장 또는 중임변경을 위한 헌법개정은 그 헌법개정제안 당시의 대통령에 대하여는 효력이 없다”는 조항이 도입된 것은 집권자의 임기연장을 목적으로 헌법을 자주 개정했던 우리 헌정사의 문제점과 무관하지 않았다. 1980년헌법의 연좌제금지 조항은 분단 상황에서 공권력에 의해 자행된 다수 국민의 피해에 대한 성찰의 결과이다. 또한 현행헌법 제5조 제2항이 국군의 정치적 중립성을 선언한 것은 군사쿠데타와 군의 정치개입의 경험에 기인한 것이다. 나아가 모두 7개항에 달하는 장문의 신체의 자유 조항은 한국현대사에서 기본적인 권의 핵심인 신체의 자유가 유린되었던 사실을 역설적으로 보여주고 있다.

헌법의 이러한 과거연관성은 우리나라에만 국한되는 것이 아니다. 제2차 세계대전 이후 새롭게 제정된 서독기본법이 방어적 민주주의와 관련한 일련의 조항을 도입하고 헌법개정은 명문으로 하도록 하며 헌법개정의 한계를 명시한 것은 히틀러 나치의 집권과 그 후의 비극적 재앙의 경험과 무관하지 않다. 또한 바이마르공화국 시절에 내각이 단명하여 정국의 불안과 민주적 헌정질서에 대한 불신을 야기했던 경험을 되풀이 하지 않

기 위해 기존의 내각을 불신임하려면 새로운 수상을 선출하여 내각을 새롭게 구성함으로써 하는 구성적 내지 건설적 불신임제도(konstruktives Mißtrauensvotum)을 도입하였다.

우리나라에서의 대통령 임기관련 헌법개정의 소급효제한이나 독일의 구성적 불신임 제도는 결과적으로 성공적이었다고 평가할 수 있다. 전자는 집권자에게 모든 정치적 권력이 집중되는 권력의 인격화경향을 완화하고 평화적 정권교체의 전통을 뿌리내리게 하였고 후자는 정파간의 원리주의적 대립보다는 실용주의적 타협과 대안있는 비판의 성숙한 정치문화의 전개를 촉진하였다.

헌법개정 논의에서 과거의 불행한 경험을 되풀이하지 않으려는 방안을 찾는 것은 의미있는 일이다. 하지만 헌법을 자주 개정하는 것이 쉽지 않음을 감안하여 미래지향적인 논의를 덧붙일 수 있다면 보다 풍성한 헌법개정 논의가 될 수 있을 것이다. 우리헌법은 전문에서 “우리들” 뿐 아니라 “우리들 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐”하고 있다. 이에 더 나아가 급격한 현실의 변화 속에서 공동체가 미래세대를 위해 책임지는 구체적인 방안을 제도적 차원에서 모색하는 것이 시급히 요구된다.

1. 인구구조의 변화와 선거권

저출산·고령화사회가 급격하게 진행됨에 따라 전체인구에서 생산가능 인구의 비율이 감소하고 있다. 이러한 상황의 변화 속에서도 입헌민주주의가 역동성을 유지하면서 안정적으로 작동할 수 있도록 하는 방안의 모색이 필요하다.

연동형 비례대표제를 도입하면 청년세대의 정치적 대표성이 강화될 수 있다. 현재 독일 연방하원 의원 중 1981년 이후 출생자, 즉 20대와 30대는 전체 정원 709명 중 86명으로 12%를 상회한다.²²⁾ 우리나라 제21대 국회의원 중 1980년대생과 1990년대생을 합하여 약 4.3%이니²³⁾ 거의 세배의 차이가 난다. 비례대표제를 본격적으로 도입하면 연령과 세대별로 대표의 보다 균등한 배분이 가능해진다. 또한 비례대표 의석수의 일정 비율을 청년에게 할당하는 것도 생각할 수 있다.

최근에 선거권을 18세로 인하했지만 인구구조의 고령화를 감안할 때 16세로 인하는 것도 중장기적으로 검토할 필요가 있다. 오스트리아의 선거권연령이 16세²⁴⁾이며 독

22) https://www.bundestag.de/abgeordnete/biografien/mdb_zahlen_19?url=L2FiZ2VvcnRuZXRIL2Jpb2dyYWZpZW4vbWRiX3phaGxlb8xOS9hbHRlcnNnbGllZGVydW5nLTUyOTUwNA==&mod=mod529494

23) http://isplus.live.joins.com/news/article/article.asp?total_id=23784526

24) 오스트리아 연방헌법 제26조 제1항은 “국민회의는 연방국민에 의해 선거일에 만 16세인 남녀의 평등, 직접, 비밀, 개별, 자유 및 비밀선거권에 의거하여 비밀선거의 원칙에 따라 선출된다.”고 규정하고 있다.

일은 주 단위로 선거권연령을 16세로 인하한 경우가 있다. 그밖에도 지방자치단체 단위에서 16세 선거권연령제도를 시범적으로 실시하는 경우가 적지 않다.²⁵⁾ 교육자치 영역에서 먼저 도입하고 지방자치단체 선거와 전국단위 선거로 점차 확대하는 방안도 생각할 수 있다.

저출산과 고령화에 따른 인구구조의 변화 속에서 세대간의 형평을 유지하기 위해 아동선거권을 도입하자는 논의가 이루어지고 있다.²⁶⁾ 아동에게도 투표권을 부여하되 부모와 같이 법정후견권이 있는 자가 대신 행사하도록 하자는 것이다. 이와 관련하여 자녀의 숫자대로 추가되는 선거권을 부모가 독자적으로 행사하는 부모선거권 모델과 부모가 추가되는 선거권을 독자적이 아니라 자녀의 이익에 따라 대신 행사하는 가족선거권 모델이 논의되고 있다. 나아가 청년층의 투표율이 저조한 것을 감안하여 유권자를 연령별 집단으로 분류한 후 선거구를 연령별로 배정하자는 견해, 투표권을 남은 수명에 비례하여 차등 배분하자는 견해 등도 제시되고 있다.²⁷⁾

이러한 제안들은 직접선거의 원칙과 평등선거의 원칙 등에 정면으로 위배될 수 있어서 당장 실현될 가능성은 희박하다. 하지만 경제활동에서 은퇴한 세대의 숫자가 경제활동을 하는 사람의 숫자에 버금가거나 이에 상당하는 정치적 영향력을 행사하게 된다면 이는 기존의 입헌민주주의가 작동하던 방식이 새로운 환경에 직면하는 것을 의미한다. 우리는 농촌사회로부터 산업사회로의 변화를 한 세대에 이루었고, 이 세대가 산업사회의 특징인 정년 또는 은퇴를 처음으로 경험하는 동시에 최초의 장수세대로 등장하고 있다. 서구의 국가에서 수 세대에 걸쳐 일어난 변화를 우리는 한꺼번에 겪고 있는 비동시적인 것의 동시성이다. 헌법적 상상력이 요구되고 있다.

2. 인적·물적 인프라의 중요성

1948년헌법 제16조는 초등의무교육과 교육제도법정주의에 대해 규정하였다. 이후 우리사회는 교육혁명이라고 불리도 과언이 아닐 정도의 성공적 변화를 겪었다. 1950년대의 문맹퇴치는 세계 최고수준의 대학진학률로 이어졌다.

국가구성원 개개인이 지니는 역량은 경제적 측면 뿐 아니라 입헌민주주의의 모든 면에서 처음이자 끝이라고 할 만큼 결정적이다. 잠재적인 능력이 있는 아동이 성장배경의

25) 신옥주, *고령화·다문화 사회에서의 인구구성 변화에 관한 헌법적 쟁점 - 정치적 기본권을 중심으로 -*, 정책개발연구 제10권, 헌법재판소, 2018, 94쪽 이하

26) 신옥주, *고령화·다문화 사회에서의 인구구성 변화에 관한 헌법적 쟁점 - 정치적 기본권을 중심으로 -*, 정책개발연구 제10권, 헌법재판소, 2018, 117쪽 이하; 149쪽 이하.

27) 신옥주, *고령화·다문화 사회에서의 인구구성 변화에 관한 헌법적 쟁점 - 정치적 기본권을 중심으로 -*, 정책개발연구 제10권, 헌법재판소, 2018, 117쪽 이하; 146쪽 이하.

차이로 인해 자신의 역량을 강화할 수 있는 기회를 갖지 못한다면 개인 뿐 아니라 사회적으로도 커다란 손실이다. 청소년들에게 충분한 교육기회를 보장하기 위해 이탈리아헌법 제34조는 “최소 8년간 제공되는 초등교육은 의무적 무상교육”이라고 하고 “가정형편이 어려운 학생을 포함하여 유능하고 자질 있는 학생은 최고교육까지 도달할 권리”가 있음을 천명하면서 “국가는 이 권리를 장학금, 가족수당, 기타 혜택을 통해 제공하며 이는 경쟁시험을 통해 할당한다”라고 구체화하고 있다. 또한 핀란드헌법 제16조는 “무상으로 기본교육을 받을 권리”를 넘어 “본인의 능력과 특별요구에 따라 다른 교육 서비스를 받을 평등한 기회 뿐 아니라 경제적 곤란에 구애받지 않고 자기를 개발할 기회를 보장”하고 있다. 고등교육에 대한 지원은 미래에 대한 예측가능성과 계획가능성을 보장할 정도로 안정적이어야 한다.

시장경제는 인간과 물자의 자유로운 이동을 필요로 하므로 산업화의 역사는 철도와 도로의 건설을 동반하였다. 고속도로의 건설, 도시지하철과 고속철도의 개통, 국제 항공 교통의 활성화 등 우리는 상전벽해의 변화를 겪고 있다. 또한 정보화혁명으로 가상공간에서는 순간적인 이동을 경험하고 있다. 이처럼 훌륭하게 구축된 인프라는 그 자체로도 중요하지만 사용이 용이해야 한다. 미래를 준비하고 있는 젊은이들에게는 이러한 사회적 인프라에 쉽게 접근하는 것이 중요하다.

새로운 것을 두려움보다는 호기심으로 대하는 개방적이고 자신감이 있는 시민을 양성하려면 청소년과 청년들이 - 이제는 가상공간을 포함하여 - 자유롭게 이동할 수 있어야 한다. 교통 및 통신 인프라의 공적 성격을 유지·강화하는 것은 기개가 넘치는 차세대를 육성하는데 필수요건이다.

3. 노동의 의미 변화

초기산업화단계에서 실업은 경기변화에 따른 일시적인 현상이었다. 구조적 실업은 생산과정의 자동화가 도입된 20세기초에 처음으로 문제되었다. 정보화에 이어 인공지능 등을 통한 제4차 산업혁명이 논의되는 시점에서 인간의 노동에 대한 헌법적 의미를 숙고할 때이다. 노동은 경제적으로 소득을 확보한다는 측면과 함께 인간의 인격적 자기실현이라는 의미를 지닌다. 청년들에게 노동의 기회 자체가 구조적으로 제한되는 현실 속에서 후자의 의미가 보다 강조될 필요가 있다. 변화하는 상황 속에서 노동의 문제를 인간의 존엄과 가치의 관점에서 재조명할 필요가 있다.

4. 지방자치와 지역사회의 인적 인프라

국가의 모든 역량이 수도권으로 집중되는 상황에서 국토의 균형발전은 절실한 과제이다. 여기서 지방자치의 강화와 국토의 균형발전은 구별해야 하는 부분이 있다. 서울과 경기도 및 인천 역시 지방자치단체이므로 국토의 균형발전에 보다 더 초점을 맞출 수 있는 방안을 생각할 필요가 있다.

재정을 포함한 지방자치단체의 권한을 강화하는 것도 중요하지만 국가의 모든 정책을 국토의 균형발전이라는 관점에서 보아야 문제가 해결될 것이라고 생각된다. 특히 지역에서 배출되는 인재를 지역에서 소화하여 지역사회에 건강하고 성숙한 시민사회를 형성하는 지속적이고 과감한 노력이 필요하다. 지방대학의 문제, 법원의 분권화 등 직접 관련되지 않는 듯한 사안들도 국토의 균형발전의 관점에서 바라보면서 포괄적으로 접근해야 한다.

5. 나라의 나침반인 학문의 진흥

추격형 근대화의 시대에는 관료제적 효율성이 받아들여졌다. 갈 길에 대한 토론보다는 모범케이스를 정하여 돌진적으로 쫓는 것이 중시되었다. 하지만 이제는 어느덧 스스로의 길을 찾아야 하는 상황이 되었다. 선진국은 문자 그대로 앞서나가는 나라, 즉 더 이상 모방하여 쫓아갈 국가가 없는 나라를 의미한다. 물론 다른 나라의 경우도 잘 살펴보고 여전히 배울 것은 배워야 하지만 이제는 자신의 문제를 스스로 파악하여 나아갈 길을 찾아내야 한다. 이것이 선진국에서 창조적 연구가 존중받고 우대되는 이유이다. 또한 대학이 발전하여 외국으로부터 유학생이 찾는 이유이기도 하다.

우리사회에서 대학은 교육의 장으로 인식되고 있으며 대학입시가 우리를 지배하는 능력주의(meritocracy)의 검투장이 되어왔다. 교육정책은 대학입시에서 종결된다고 해도 과언이 아니다. 하지만 대학은 연구하는 곳이라는 것을 잊으면 안 된다. 좋은 연구가 있어야 창의적인 교육이 제대로 이루어진다. 학문을 진흥하여 나라의 나침반 역할을 하도록 하는 취지의 내용이 새로운 헌법에 도입되었으면 한다.

VI | 결론에 대신하여

이상의 논의를 정리해보자.

헌법에서 국가원수라는 단어를 삭제하는 것은 군주제적 권위주의적 대통령제의 잔재를 극복하는 상징적 조치로서 적지 않은 의미를 지닌다. 또한 공무원을 그 직무를 넘어서 인격적 차원에서 국가가 독점하는 것은 다원적인 입헌민주주의와 모순된다. 공무원 역시 시민사회의 일원으로서 정치적 기본권을 지닌다. 당사자가 원한다면 적극적 시민으로 활동할 수 있어야 한다. 이는 오히려 민주시민으로서 장려할 일이다. 원칙적으로 국가의 모든 구성원이 정당과 의회에 적극적으로 참여할 수 있도록 하는 것이 헌법의 가장 핵심적인 기관인 국회가 자신의 지위를 확고히 하는 길이다.

정치질서와 관련된 제도개혁의 성패는 제도의 내용 뿐 아니라 그 운영에 크게 좌우되기 때문에 정치권과 일반국민들 사이에서 그 취지에 대한 폭넓은 합의가 전제되어야 한다. 정부형태의 변화에서는 민주성과 통치가능성이 함께 고려되어야 한다. 비례대표제를 국회의원 선거제도의 기초로 삼으면 소수정당도 지지기반에 비례하여 의석을 얻게 되므로 국민의 의사가 보다 폭넓게 반영될 수 있다. 또한 하나의 정당이 국회의 과반수를 획득하는 상황이 실질적으로 배제됨으로써 타협과 협력에 기초한 정치의 가능성이 열린다. 특히 대통령이 소속되지 않은 정당이 단독으로 원내 과반수를 점하여 행정부와 입법부가 상호 봉쇄하는 사태를 방지할 수 있다. 대통령 소속 정당이 다른 정당들과 협력하여 원내 과반수의 지지에 기초한 연립정부를 구성하는 것이 정치의 일상이 된다면 우리의 입헌민주주의는 한 걸음 앞으로 나아갈 수 있을 것이다.

그동안 우리의 헌법개정논의는 외국의 제도를 비교하여 차원에 머물렀다. 이제는 우리의 상황도 깊게 천착하여 어떤 제도가 어울리는지 그 제도가 작동하기 위한 전제는 무엇인지 살필 여유와 역량이 있다. 나아가 우리 공동체가 직면하고 있는 문제점 뿐 아니라 조만간 다가올 과제를 잘 파악하여 미래지향적인 방향을 자랑스럽게 제시할 수 있도록 애쓸 필요가 있다.

요약하자면 입헌민주주의를 정상화하고 보다 다원적이지만 구심력 있는 정치제도를 지향하면서 미래세대와 함께 하는 지속가능한 제도를 만들어가자는 제안이다.

참고문헌

- 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서, 2018.1.
- 김영철, 2018년 브라질 대선·총선 결과와 의미, 포르투갈-브라질 연구 제16권 제1호 (2019), 9-46쪽.
- 김정현, 라틴아메리카 대통령제에 대한 재평가 -브라질 대통령제를 중심으로-, 법학논총 37권1호(2013.3), 29-70쪽.
- 김정현, 분권형 대통령제 개헌논의와 핀란드의 정부형태, 헌법학연구 제24권 제1호 (2018.3.), 97-136쪽.
- 대통령 문재인, 대한민국헌법 개정안, 2018.3.
- 송석윤, 4월 혁명의 헌정사적 영향과 의회민주주의 실현의 과제 - 헌법개정 및 정치개혁과 관련하여 -, 헌법학연구 제16권 제2호 (2010. 6), 147-192쪽.
- 송석윤, 군민공치와 입헌군주제헌법 - 비교헌정사적 연구, 서울대법학 제53권 제1호 (2012.3.), 497-527쪽.
- 송석윤, 정당민주주의와 정당법 - 정당개혁의 관점에서 -, 공법연구 제42집 제3호 (2014.2.), 1-30쪽.
- 성낙인, 정부형태와 협치: 한국의 경험과 가능성, 공법연구 제47권 제2호(2018. 12), 67-85쪽.
- 신옥주, 고령화·다문화 사회에서의 인구구성의 변화에 관한 헌법적 쟁점 - 정치적 기본권을 중심으로 -, 정책개발연구 제10권, 헌법재판소, 2018.
- 이종수, 협치를 위한 규범적 조건에 관한 비교법적 연구 - 독일의 사례를 중심으로 -, 헌법학연구 제23권 제4호(2017.12.), 31-77쪽.
- 이종수, 공무원의 정치적 기본권 보장 및 그 이후의 쟁점들에 대한 소고, 국가법연구 제15집 1호(2019), 1-28쪽.
- 정재황/송석윤, 헌법개정과 정부형태, 공법연구 제34집 4권 2호(2006.6.) 155-182쪽.
- 참여연대 검찰보고서 문재인정부 4년 검찰보고서 ③ 청와대·법무부·외부기관 검사 파견 현황. 검찰청에 없는 그 검사 79명 법무부 탈검찰화,외부기관 파견 축소 담보 상태 (2021. 5. 4.).
- <https://docs.google.com/document/d/1ffHWg8AEUVW7tdZIO7vVKpEyDHWiqcVnYaMp2xQjUJ8/edit?form=MY01SV&OCID=MY01SV#>

Brosius-Gersdorf, Frauke, Art.137, in: Dreier(Hg.), Grundgesetz Kommentar Bd.3, 3.Aufl., Tübingen 2018.

Hoffmann, Aletta, Politische Führung im Koalitionspräsidentialismus: Brasilien, in: Martin Sebaldt/Henrik Gast(Hg.), Politische Führung in westlichen Regierungssystemen: Theorie und Praxis im internationalen Vergleich, Wiesbaden 2010, 196-211쪽.



국민통합과 헌법개정 공동학술대회



제3주제

[토론]

헌법개정과 정치개혁

김선화 팀장 (국회입법조사처)

「헌법개정과 정치개혁: 정상화, 구심력, 미래」에 대한 토론문

김선화 (법학박사, 국회입법조사처 정치의회팀장)

존경하는 송석윤 교수님의 말씀에 대부분 공감하는 바입니다.

발제말씀에 대한 몇가지 첨언과 질문으로 토론에 갈음하고자 합니다.

1.

권위주의 체제를 경험한 우리로서는 권력구조와 정부형태 관련 용어에서도 권위적인 색채를 빼는 작업이 필요하다는 말씀에 대해서 전적으로 공감이다. 국가원수라는 말은 물론, ‘대통령’이라는 용어도 그 자체로 권위적이라고 볼 수 있다. 어원에서도 그닥 민주적인 의미가 담겨 있지 않다.¹⁾ 대통령은 이미 오래 정착된 용어이므로 용어를 개정하는 일은 신중하게 검토해볼 일이지만, 다른 용어를 쓰는 것이 좋지 않을까 하는 견해에 대해서는 어떻게 생각하시는지 궁금하다.

2.

4년 중임 대통령제에 대해서는 책임성을 제고한다는 취지에도 불구하고 현실적인 우려가 많다. 발제자께서도 지적하신 바와 같이 단기적 인기영합정책과 관권선거의 우려, 오히려 대통령제의 근본적인 결함이 악화될 것이라는 예측도 있다. 의원내각제의 경우에도 군소정당에 의한 정국의 불안은 수식어처럼 따라붙는 우려사항이다. 이원정부제(분권형 대통령제)가 대안으로 거론되자만 실제 해외사례를 보면 동거정부시 대통령과 총리간의 권력과 권한배분의 갈등도 상당하다. 사실 어떤 형태의 정부시스템을 만들더라도 부작용은 있기 마련이다. 지적하신 바대로, 우리가 헌정사의 대부분을 권위적이기도 했고 민주적이기도 했던 대통령제를 운영해 온 만큼 현재 문제가 되는 권력집중의 문제, 책임성의 문제를 해소할 수 있는 정부형태를 고려해서 우리의 현실에 기반한 제

1) 대통령이라는 말은 일본의 President의 번역어로 1853년 필모어 대통령의 친서 번역시에 처음 쓰였다고 알려져 있다. 일본에서는 통령이라는 말이 사무라이의 우두머리라는 의미로 쓰였고, 중국에서는 한나라에서 황노 등 소수민족군대의 장군을 부르는 경우 등이 있었다고도 한다. 우리도 조선시대에 조운선 10척을 거느리는 벼슬을 통령이라 한 일이 있다.

도설계가 필요하다고 생각한다. 해외사례도 유심히 살펴봐야겠지만 우리 헌정사를 더욱 깊이 살피는 작업도 선행되어야 할 것이다.

어떤 민주적인 정부형태라 할지라도 민주적 정당제도가 활성화되는 것이 기본이며 근본적인 개선의 방책으로서 정치적 자유권에 대한 개선을 제시하신 것에 대해서 100% 공감이다. 민주적 정당제도와 국민의 정치적 권리를 최대한 보장하는 것은 현재 헌법개정을 하지 않고도 법률만으로도 달성할 수 있는 사항이지만, 아직도 국민의 정치적 기본권에 대해서는 많은 규제가 있다. 정치적 중립성이라는 원칙은 직무와 관련한 것이어야 함에도 공무원 교사 등에 대해서는 전생활에서 정치활동을 제한하고 금지하고 있으며, 헌법재판소는 교원의 정당 및 정치단체 가입과 관련한 2018년 결정에서도 정당이 입과 활동에 대해서는 여전히 그 금지를 합헌으로 보고 있다.²⁾ 정치나 정당이 특별한 무엇이 아니라, 나의 생활여건과 환경을 개선하고 조성하는 생활밀착형 활동으로 이해되어야 할 필요가 있다. 그런 면에서 현행헌법이나 여러 헌법개정안에서 헌법재판관의 정당가입을 금지하는 규정을 두고 있는데, 이에 대해서도 면밀히 검토해볼 필요가 있다. 불필요한 비난을 받을 수 있다는 점 때문이기는 할테지만 스스로 정당활동을 하지 않는다면 선택을 하는 문제이므로 기본권에 대한 제한이 문제가 되지 않을 것이나 헌법에서 미리 이런 규정을 두는 것이 적절한지에 대해서 어떻게 생각하시는지 여쭙겠다.

선거제도의 경우도 정당 또는 정치세력에 대한 국민지지율이 그대로 의석에 반영되도록 하고 대표되지 못하는 국민이 없도록 국회가 구성되어야 한다는 연동형 비례제에 대한 말씀에도 공감이다. 물론 독일과 같은 의원내각제 국가임에도 영국같은 나라는 양당제도의 안정적 정착이 더 중요하다고 보기도 하지만, 다양한 국민의 대표될 수 있는 정치제도, 의회구성은 민주주의를 실현하는 중요한 표상이 될 수 있다.

그러나 아시다시피, 연동형 비례대표제를 도입하려고 했던 선거제도 개혁은 지난 총선전 국회에서 상당한 진통까지 겪었음에도 취지와는 다른 결과가 나왔다. 지역구를 줄이지 않아 정당명부 비례대표의원수가 전체 의석 30석 중에서 47석에 그쳤다. 그러므로 지지율에 의석을 연동할 여지가 줄었다. 그마저도 다시 반으로 나누어, 반은 그 전처럼 정당득표율로 나누고, 나머지 반만 연동형에 따라 배분하는 소위 ‘준연동형’으로 설계하였기 때문이다. 뿐만아니라 소위 위성정당이 선거에 임박하여 급조되었고 위성정당들이 정당명부 비례대표의석 47석 중에서 39석이나 배분을 받았다.³⁾ 군소정당의 경우, 10%를 넘게 획득하여 30석 정도는 배분되어야 하는 정당이 6석, 18석 정도는 배분되

2) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489 [전원재판부] 정당법 제22조 제1항 단서 제1호 등 위헌확인 (교원의 정당 및 정치단체 결성·가입 사건)

3) 미래한국당 19석, 더불어민주당 17석, 정의당 5석, 국민의 당3석, 열린민주당 3석.

어야 하는 정당도 3석에 불과하여, 국민의 지지율이 의석에 반영된다는 원래의 취지는 구현되지 못하였다.

그러므로 입법자나 권력담당자의 이해관계와 관련된 입법에 대해서는 일반적인 입법 절차에 의하여 정하도록 하는 것보다는 다른 절차를 통하도록 하는 방안이 있어야 한다는 주장도 있다. 교수님께서서는 선거에 관한 비례성 원칙을 헌법에 명시하는 방안에 대해서 말씀하셨다. 국회구성에 비례성을 명시하도록 하는 방안은 2017년 개헌특위에서도 상당히 공감을 받은 바가 있다. 그 외에도 특히 선거구획정이나 선거제도 등 일정한 법률사항에 대해서 국민발안제(물론 심의과정이 반드시 전제되어야 할 것이지만)를 헌법에 도입하는 방안에 대해서는 어떻게 생각하시는지 의견을 여쭙고 싶다.

3.

헌법개정이 국가구성원들의 통합을 위한 것이라면 모든 국가구성원의 인간의 존엄과 가치가 실현되는 방식과 원칙을 헌법에 좀 더 실효성있게 규정할 필요가 있다.

더구나 이제는 국가구성원에 국민만 있는 건 아니고, 외국인도 상당히 있으며 국가의 범위는 민족을 넘어서 좀 더 포용적인 개념이 될 필요가 있다. 코로나 팬데믹이 불편하기도 했지만 한편 전세계가 이렇게 한동네일 수 있다는 경험이기도 했다. 이미 사회 여러 방면에서 외국인들이 공동체 일원으로서 함께 하고 있으며 우리 국민들도 세계 각국에서 여러 분야에서 활약중이다. 그렇다면 헌법도 이러한 환경을 반영할 필요가 있지 않은가 생각된다.

또한 지금 우리 사회에서 인권침해가 많은 층은 어린이, 청소년, 성소수자, 노인, 분야로는 노동분야에서 근로형태의 문제가 대표적이라고 볼 수 있다. 누군가를 소외시키고 차별하고 확대하며 계속 동일하거나 비슷한 사고에 노출시키고 있다면 그것은 개개인이 라기 보다는 시스템의 문제이다. 이런 문제를 해결하겠다는 국가적인 결단이 헌법에 담길 필요가 있다. 물론 헌법은 세세히 정할 수 없지만, 인간의 존엄과 가치를 구현하는

[표 1] 21대 총선 결과

	정당득표(%)	지역구	연동배분	병립배분	총의석(%)
미래통합당(미래한국당)	9,441,520(37.9)	84	12	7	103(34.3)
더불어민주당(더불어시민당)	9,307,112(37.4)	163	11	6	180(60.0)
정의당	2,697,956(10.8)	1	3	2	6(2.0)
국민의당	1,896,719(7.6)	0	2	1	3(1.0)
열린우리당	1,512,763(6.0)	0	2	1	3(1.0)
무소속		5			5
계	24,856,070	248	30	17	300

입법 및 국가작용의 가이드라인과 생활원칙으로서의 문서가 될 수 있도록 하는 것은 가능할 것이다. 국가권력의 정당성은 이런 문제를 해결하는 시스템을 갖추고 작동한다는 점에 있기 때문이기도 하다.

4.

관련해서, 국민이 직접 국가의사결정에 참여하는 직접 민주주의와 관련된 문제를 여쭙려고 한다. 국민발안, 국민소환, 국민투표와 같은 제도들의 장점이 있으나, 목소리 큰 다수의 폭력을 우려하는 입장도 상당히 있다. 사회내 소수의 보호, 다수가 반대할지라도 소수를 보호하는 것은 민주주의의 한 의미이고 전제이기도 한데, 직접 민주주의제도를 확대하려고 한다면 어떤 방식으로 조화가 가능할지 의견을 듣고 싶다.



국민통합과 헌법개정 공동학술대회



헌법개정에 관한 한국헌법학회 회원 인식 조사 결과

한국헌법학회 총무팀

헌법개정에 관한 한국헌법학회 회원 인식 조사 결과

조사 및 정리: 한국헌법학회 총무팀

I. 조사 개요

1. 설문조사 측정도구의 개발

설문조사는 한국헌법학회 회원을 대상으로 개발하였다. 설문조사를 위한 측정도구는 2021년 4~5월 사이에 개발되었으며, 1차로 개발된 설문 문항을 학회 총무팀과 외부 전문가에 의한 자문 검토를 통해 안면타당도를 확보하는 과정을 거쳐 최종 설문지 내용을 구성하였다. 설문조사지 내용은 크게 4가지로 헌법개정 과정인식(1~3번 문항), 헌법개정 찬반인식(4~6번 문항), 헌법개정 방안인식(7~9번 문항), 응답자 개인 배경(10~14번 문항)으로 이루어져있다.

2. 설문조사지의 구성

설문조사지는 4가지 주제와 세부 문항으로 구분되어져 있다(〈표 1〉 참고).

첫째, 그동안의 헌법개정 과정에서 입헌주의 발전과 국민통합에 기여하였는지, 또 헌법학계에서 충분한 연구와 논의가 있었는지에 대해 인식을 물었다. 답변은 모두 ‘전혀 그렇지 않다~매우 그렇다’의 5점 리커트 척도로 구성되었다.

둘째, 헌법개정에 대한 찬성과 반대 의견을 묻고, 응답에 따라 찬성하는 이유 혹은 반대하는 이유에 대해 2가지의 답변을 받았다. 따라서 4번 문항은 응답자 전원이 대답하였으며, 5번과 6번 문항은 4번의 대답에 따라 대답하였다. 찬성 혹은 반대의 이유를 묻는 문항에서는 ‘기타’란의 개방형 질문을 두어 자유롭게 응답자의 의견을 직접 기입할 수 있게 하였다.

셋째, 헌법개정의 방안을 수립하기 위하여 지난 헌법개정의 과정과 앞으로 이루어질 헌법개정에서의 과정에 대한 생각을 질문하였다. 이 문항들 역시 나열된 이유 외에 ‘기타’란을 두어 응답자가 자유롭게 다른 의견을 기입할 수 있게 하였다.

넷째, 인구사회학적 질문으로 응답자 개인 배경을 확인하였다. 문항으로는 성별, 연령, 전공, 소속, 활동지역이다.

〈표 1〉 설문조사지 문항

주제	문항
헌법개정 과정인식 (3개 문항)	1. 최근의 헌법개정 논의가 입헌주의 발전에 기여했다고 생각하십니까?
	2. 최근의 헌법개정 논의가 국민통합에 기여했다고 생각하십니까?
	3. 헌법학계에서 헌법개정에 관한 연구와 논의가 충분했다고 생각하십니까?
헌법개정 찬반인식 (3개 문항)	4. 현행 헌법의 개정에 얼마나 찬성하십니까?
	5. 헌법개정에 찬성하시는 주된 이유는 무엇입니까? 2개를 선택해 주십시오.
	6. 헌법개정에 찬성하지 않으시는 주된 이유는 무엇입니까? 2개를 선택해 주십시오.
헌법개정 방안인식 (3개 문항)	7. 2017년 추진된 헌법개정이 완료되지 못한 이유는 무엇이라고 생각하십니까? 2개를 선택해 주십시오.
	8. 헌법개정이 다시 논의된다면 논의과정에서 가장 필요한 것은 무엇이라고 생각하십니까? 2개를 선택해 주십시오.
	9. 헌법개정안의 발의 방식으로 가장 바람직한 방안은 다음 중 무엇이라고 생각하십니까?
응답자 개인 배경 (5개 문항)	10. 성별
	11. 연령
	12. 전공
	13. 소속
	14. 활동지역

II. 조사 방법

1. 설문의 대상 표집 및 조사 방식

설문조사는 한국헌법학회 회원을 대상으로 이루어졌다. 학회에는 헌법을 전공한 헌법학자 이외에도 행정법이나 기타 법학, 혹은 사회과학을 전공한 연구자들이 회원으로 활동하고 있는 것을 고려하였다.

설문조사는 2021년 5월 14~22일, 총 9일간 구글 플랫폼을 사용하여 온라인으로 진행되었다. 학회원 중 이메일을 수신하는 540여명에게 2회의 설문조사 링크를 보내 응답을 받았다. 다만, 자발적으로 참여한 회원들의 응답을 대상으로 분석하였기에 절대적인 표본의 크기가 작아 표본의 대표성을 확보하지 못한 한계를 가진다.

2. 설문조사 결과 분석 방법

총 98명의 응답자 중에서 95명의 응답에 대해 분석을 진행하였다. 2개를 고르는 중복응답 질문에서 3개 이상 답변한 응답자 3명을 제외하고 최종적으로 95명의 응답을 분석대상으로 하였다. 다만, 충분한 응답 수의 확보를 위하여 1개만 응답한 답변은 분석에 포함하였다.

수집된 설문조사 자료는 SPSS20.0 통계프로그램을 이용하여 분석하였으며, 세부적인 통계처리 절차는 다음과 같다. 첫째, 구체적인 분석에 앞서 수집된 자료에 대해 문항별 결측값 등을 확인 및 분류하는 과정을 거쳐 유효한 최종 분석 자료를 선정하였다. 둘째, 응답 자료에 대해 빈도분석을 실시하여 각 응답에 대한 특성을 알아보았다.

Ⅲ. 조사 결과

1. 응답자 개인 배경

응답자의 성별은 남자가 71.6%, 여자가 28.4%로 남자의 비율이 높게 나타났다. 연령은 40대가 53.6%로 가장 높은 비율을 나타냈고, 50대가 28.4%, 20~30대가 12.7%, 60대 이상이 5.3%를 나타냈다. 응답자의 전공은 헌법이 90.5%로 대부분을 차지하였고, 기타 법학과 기타 사회과학(정치학, 행정학, 교육학 등)이 각각 4.2%, 행정법이 1.1%를 보였다. 소속은 대학이 71.6%, 연구기관이 13.7%, 국가기관이 10.5%, 그리고 법률가와 기타가 각각 2.1%로 나타났다. 활동지역은 수도권(서울, 경기, 인천)이 71.6%, 경상권이 10.5%, 충청권이 8.4%, 강원권이 6.3%, 전라권 및 제주도가 3.2% 순으로 나타났다.

〈표 2〉 응답자 개인 배경

구분		빈도(명)	비율(%)
성별	1. 남자	68	71.6
	2. 여자	27	28.4
연령	1. 20~30대	12	12.7
	2. 40대	51	53.6
	3. 50대	27	28.4
	4. 60대 이상	5	5.3
전공	1. 헌법	86	90.5
	2. 행정법	1	1.1
	3. 기타 법학	4	4.2
	4. 기타 사회과학(정치학, 행정학, 교육학 등)	4	4.2
소속	1. 대학	68	71.6
	2. 국가기관	10	10.5
	3. 연구기관	13	13.7
	4. 법률가	2	2.1
	5. 기타	2	2.1
활동지역	1. 수도권(서울, 경기, 인천)	68	71.6
	2. 강원권	6	6.3
	3. 충청권	8	8.4
	4. 전라권 및 제주도	3	3.2
	5. 경상권	10	10.5
전체		95	100.0

2. 헌법개정 과정인식

1) 입헌주의 발전 기여

문 1 **최근의 헌법개정 논의가 입헌주의 발전에 기여했다고 생각하십니까?**

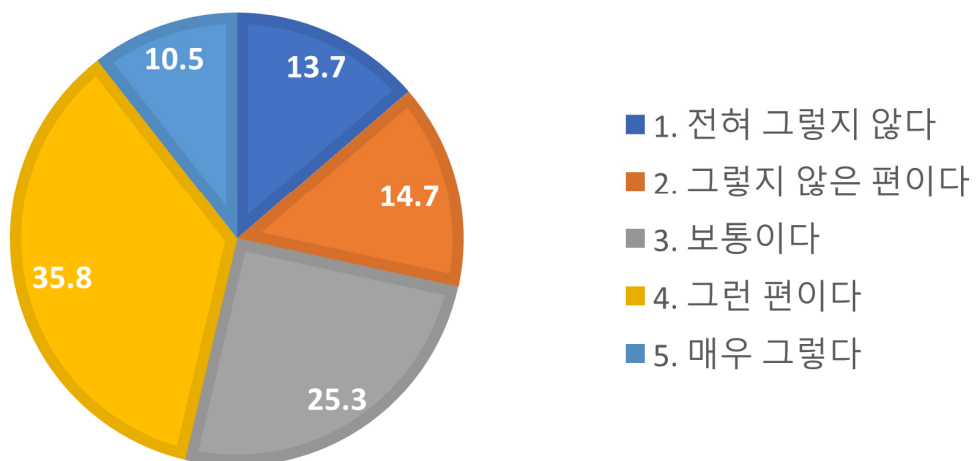
최근의 헌법개정 논의가 입헌주의 발전에 기여하였는지에 대한 응답자의 인식은 전체 5점 만점에 3.15점으로 나타났다(표준편차=1.211).

응답자 중 입헌주의 발전에 기여했다(매우 그렇다+그런 편이다)라고 응답한 비율은 46.3%로 나타났다. 반면에 기여하지 않았다(전혀 그렇지 않다+그렇지 않은 편이다)라고 응답한 비율은 28.4%였다. 그리고 ‘보통이다’라고 응답한 비율은 25.3%로 나타났다.

〈표 3〉 입헌주의 발전 기여

구분	빈도(명)	비율(%)	평균
1. 전혀 그렇지 않다	13	13.7	3.15/5점 만점 (표준편차=1.211)
2. 그렇지 않은 편이다	14	14.7	
3. 보통이다	24	25.3	
4. 그런 편이다	34	35.8	
5. 매우 그렇다	10	10.5	
전체	95	100.0	

입헌주의 발전 기여



2) 국민통합 기여

문 2 최근의 헌법개정 논의가 국민통합에 기여했다고 생각하십니까?

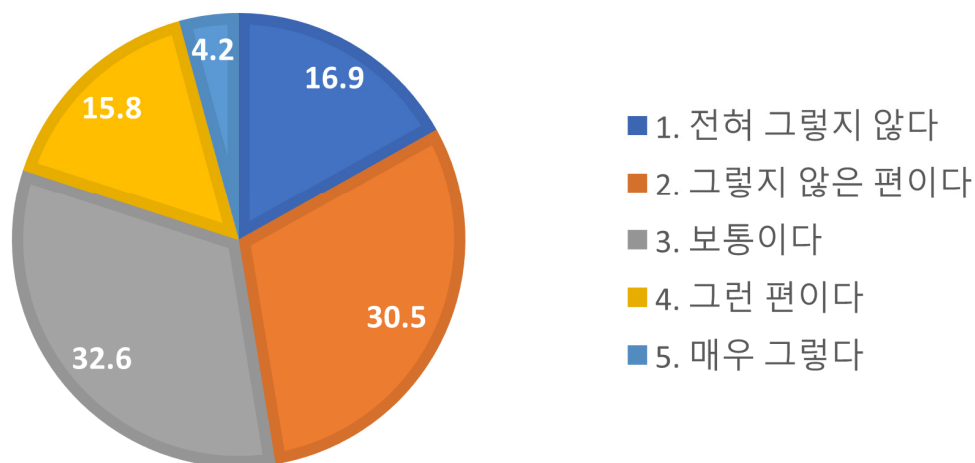
최근의 헌법개정 논의가 국민통합에 기여하였는지에 대한 응답자의 인식은 전체 5점 만점에 2.6점으로 나타났다(표준편차=1.076).

응답자 중 국민통합에 기여하지 않았다(전혀 그렇지 않다+그렇지 않은 편이다)라고 응답한 비율은 47.4%였다. '보통이다'라고 응답한 비율은 32.6%이고, 기여했다(매우 그렇다+그런 편이다)라고 응답한 비율은 20%로 나타났다.

〈표 4〉 국민통합 기여

구분	빈도(명)	비율(%)	평균
1. 전혀 그렇지 않다	16	16.9	2.6/5점 만점 (표준편차=1.076)
2. 그렇지 않은 편이다	29	30.5	
3. 보통이다	31	32.6	
4. 그런 편이다	15	15.8	
5. 매우 그렇다	4	4.2	
전체	95	100.0	

국민통합 기여



3) 헌법학계에서의 연구와 논의

문 3 헌법학계에서 헌법개정에 관한 연구와 논의가 충분했다고 생각하십니까?

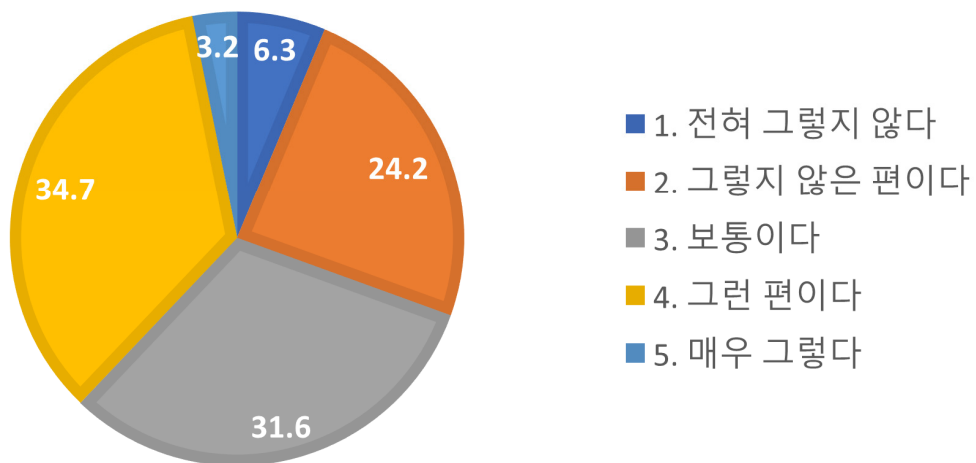
헌법학계에서 헌법개정에 관한 연구와 논의가 충분했는지의 응답 평균은 전체 5점 만점에 3.04점으로 나타났다(표준편차=0.988).

응답자 중 연구와 논의가 충분했다(매우 그렇다+그런 편이다)라고 응답한 비율은 37.9%로 나타났다. 이어서 ‘보통이다’라고 응답한 비율은 31.6%이고, 연구와 논의가 충분하지 않았다(전혀 그렇지 않다+그렇지 않은 편이다)라고 응답한 비율은 30.5%였다.

〈표 5〉 헌법학계에서의 연구와 논의

구분	빈도(명)	비율(%)	평균
1. 전혀 그렇지 않다	6	6.3	3.04/5점 만점 (표준편차=0.988)
2. 그렇지 않은 편이다	23	24.2	
3. 보통이다	30	31.6	
4. 그런 편이다	33	34.7	
5. 매우 그렇다	3	3.2	
전체	95	100.0	

헌법학계에서의 연구와 논의



3. 헌법개정 찬반인식

1) 헌법개정에 관한 인식

문 4

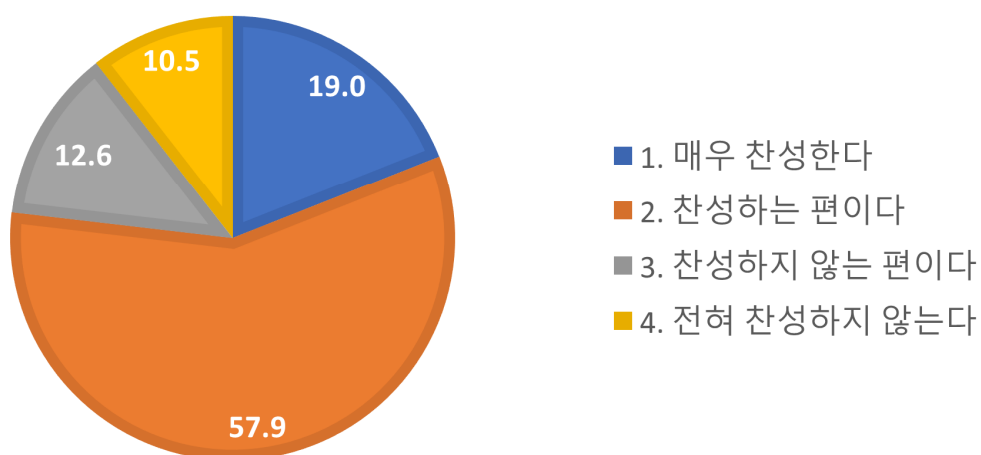
현행 헌법의 개정에 얼마나 찬성하십니까?

현행 헌법의 개정에 얼마나 찬성하는지 묻는 질문에서 헌법개정에 찬성한다(매우 찬성한다+찬성하는 편이다)라고 응답한 비율이 76.9%로 더 높게 나타났다. 헌법개정에 찬성하지 않는다(전혀 찬성하지 않는다+찬성하지 않는 편이다)라고 응답한 비율은 23.1%로 나타났다.

〈표 6〉 헌법개정에 관한 인식

구분	빈도(명)	비율(%)
1. 매우 찬성한다	18	19.0
2. 찬성하는 편이다	55	57.9
3. 찬성하지 않는 편이다	12	12.6
4. 전혀 찬성하지 않는다	10	10.5
전체	95	100.0

헌법개정에 관한 인식



2) 헌법개정 찬성 이유

문 5 헌법개정에 찬성하시는 주된 이유는 무엇입니까? 2개를 선택해 주십시오.

이 문항은 4번 문항인 헌법개정에 관한 인식의 질문에서 ‘매우 찬성한다’와 ‘찬성하는 편이다’를 선택한 응답자만이 답할 수 있었고, 이에 따라 총 73명이 응답하였다.

헌법개정에 찬성하는 이유에 대한 응답 144표 중에서 ‘4. 새로운 기본권 등 인권보장을 강화하기 위해’라고 응답한 비율이 54.8%로 가장 높았다. 그다음으로는 ‘6. 대통령 또는 국회의 권한이나 임기를 조정하기 위해’가 49.3%로 높게 나타났다. 이어 ‘2. 공정 등 사회갈등 해소를 위한 가치를 제시하기 위해’가 27.4%, ‘1. 국민의 직접민주주의적 참여 확대를 위해’가 20.5%, ‘7. 지방분권을 강화하기 위해’가 16.4%로 나타났으며, ‘3. 국제관계 및 남북관계의 변화에 대비하기 위해’와 ‘5. 정부형태의 변경을 위해’가 각각 12.4%로 나타났다. ‘8. 기타’ 의견도 4.1%였다(〈표 8〉 참고).

〈표 7〉 헌법개정 찬성 이유

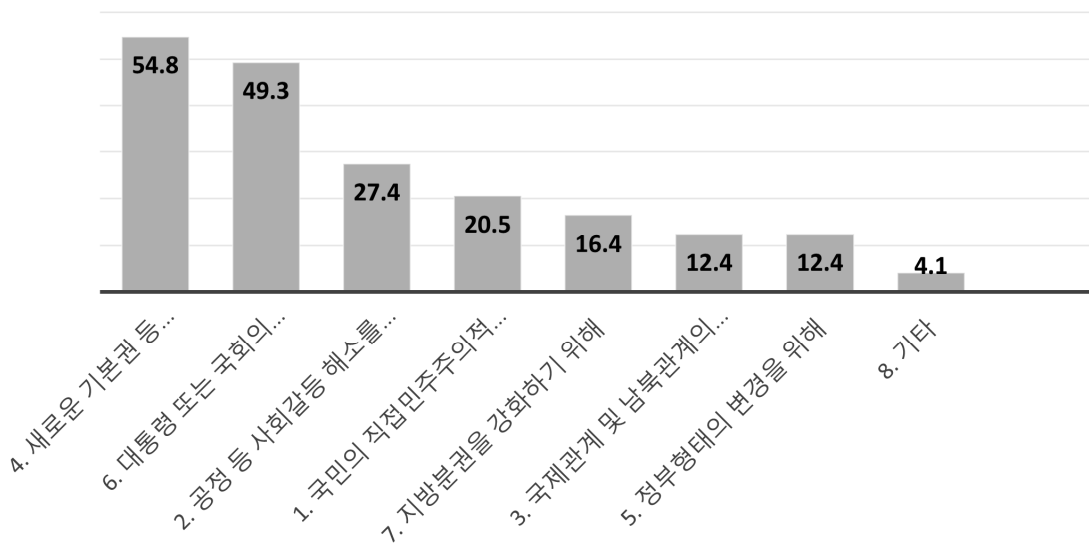
구분	빈도(표)	비율(%)
1. 국민의 직접민주주의적 참여 확대를 위해	15	20.5
2. 공정 등 사회갈등 해소를 위한 가치를 제시하기 위해	20	27.4
3. 국제관계 및 남북관계의 변화에 대비하기 위해	9	12.4
4. 새로운 기본권 등 인권보장을 강화하기 위해	40	54.8
5. 정부형태의 변경을 위해	9	12.4
6. 대통령 또는 국회의 권한이나 임기를 조정하기 위해	36	49.3
7. 지방분권을 강화하기 위해	12	16.4
8. 기타	3	4.1
전체	144	197.3

* 문항4의 선택에 따라 문항5의 응답자는 73명이었으나, 중복응답(2개)을 허용하였으므로 전체 응답빈도는 144로 나타나며, 각 항목에 대한 응답비율은 197.3%로 나타났다.

〈표 8〉 기타 의견: 헌법개정 찬성 이유

8. 기타(직접 입력)
사법개혁
경제적 자유를 보호하는 헌법 개정
헌법재판소와 대법원의 재판에서의 독립확보와 대통령의 사법구성권한 축소해야 할 필요성

헌법개정 찬성 이유



3) 헌법개정 찬성하지 않는 이유

문 6 **헌법개정에 찬성하지 않으시는 주된 이유는 무엇입니까?
2개를 선택해 주십시오.**

이 문항은 문항4의 헌법개정에 관한 인식의 질문에서 ‘매우 찬성하지 않는다’와 ‘찬성하지 않는 편이다’를 선택한 응답자만이 답할 수 있었고, 총 22명이 응답하였다.

헌법개정에 찬성하지 않는 이유에 대해 응답한 37표 중에서 ‘4. 현재의 정치적·사회적 갈등은 헌법 해석과 제도 운영으로 해결 가능하기 때문에’라고 응답한 비율이 50.0%로 가장 많았다. 이어서 ‘2. 개헌의 동기가 정치인들의 이해관계에 집중되었기 때문에’가 40.9%로 높았으며, ‘3. 개헌논의가 정치적·사회적 갈등을 증폭시킬 것이기 때문에’가 31.8%, ‘6. 개헌논의의 절차에 국민 참여 과정이 부족하여 사회적 요구가 잘 반영될 수 없기 때문에’가 18.2%로 나타났다. 그리고 ‘1. 현행 헌법의 규정이 충분히 잘 갖춰져 있기 때문에’와 ‘5. 현재의 정치적·사회적 갈등은 정치적으로 해결 가능하기 때문에’, ‘8. 기타’가 각각 9.1%를 보였다(〈표 10〉 참고). ‘7. 언젠가 개헌을 해야 하나 가까운 시기에는 바람직하지 않기 때문에’는 응답자가 없는 것으로 나타났다.

〈표 9〉 헌법개정 찬성하지 않는 이유

구분	빈도(표)	비율(%)
1. 현행 헌법의 규정이 충분히 잘 갖춰져 있기 때문에	2	9.1
2. 개헌의 동기가 정치인들의 이해관계에 집중되었기 때문에	9	40.9
3. 개헌논의가 정치적·사회적 갈등을 증폭시킬 것이기 때문에	7	31.8
4. 현재의 정치적·사회적 갈등은 헌법 해석과 제도 운영으로 해결 가능하기 때문에	11	50.0
5. 현재의 정치적·사회적 갈등은 정치적으로 해결 가능하기 때문에	2	9.1
6. 개헌논의의 절차에 국민 참여 과정이 부족하여 사회적 요구가 잘 반영될 수 없기 때문에	4	18.2
7. 언젠가 개헌을 해야 하나 가까운 시기에는 바람직하지 않기 때문에	0	0.0
8. 기타	2	9.1
전체	37	168.2

* 문항4의 선택에 따라 문항5의 응답자는 22명이었으나, 중복응답(2개)을 허용하였으므로 전체 응답빈도는 37로 나타나며, 각 항목에 대한 응답비율은 168.2%로 나타났다.

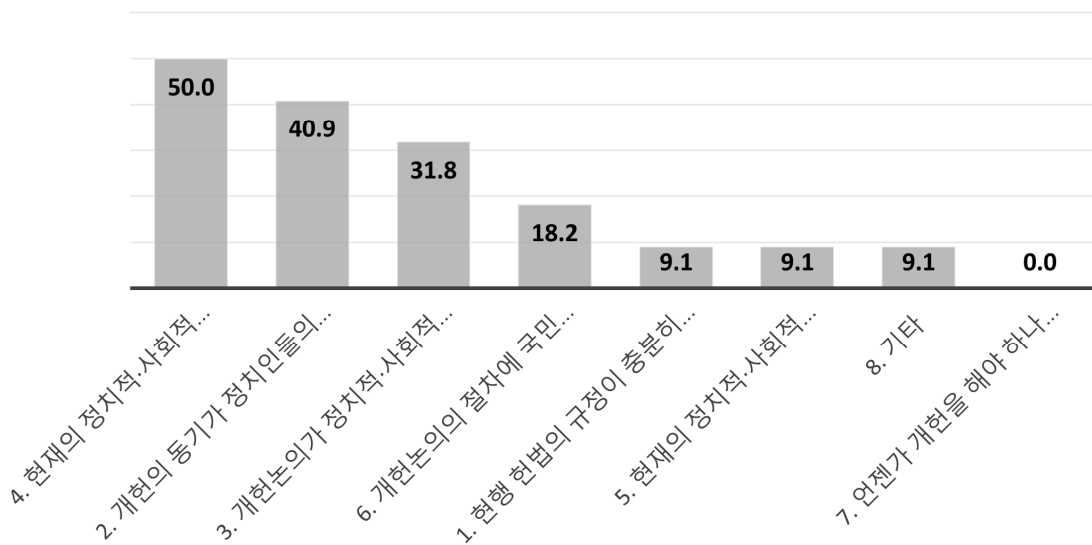
〈표 10〉 기타 의견: 헌법개정 찬성하지 않는 이유

8. 기타(직접 입력)

헌법 개정이 필요한 사항들을 분류하여, 총 두 세 번에 나눠서 헌법개정을 하는 게 바람직. 우선순위의 어젠다가 무엇인지부터 합의 필요

전문적인 논의 미성숙으로 인해 각 이해집단의 적나라한 이익표출에 불과한 개정안이 나오고 있음

헌법개정 찬성하지 않는 이유



4. 헌법개정 방안인식

1) 헌법개정 미완료 이유

문 7	2017년 추진된 헌법개정이 완료되지 못한 이유는 무엇이라고 생각하십니까? 2개를 선택해 주십시오.
-----	--

2017년 추진된 헌법개정이 완료되지 못한 이유에 대한 응답 중에서 ‘3. 정당의 당리당략적 접근’라고 응답한 비율이 50.5%, 그리고 ‘1. 국민 공감대 형성 부족’라고 응답한 48.4%로 비슷하게 나타났다. 그리고 ‘2. 주요 정당 간 합의 부재’가 32.7%, ‘4. 청와대 측의 일방적 추진’이 26.3%, ‘6. 개헌 필요성 자체에 대한 회의’가 12.7%, ‘5. 언론 및 여론 주도층의 관심 부족’이 10.5%로 나타났다. ‘7. 기타’ 의견도 2.1%를 보였다(〈표 12〉 참고).

〈표 11〉 헌법개정 미완료 이유

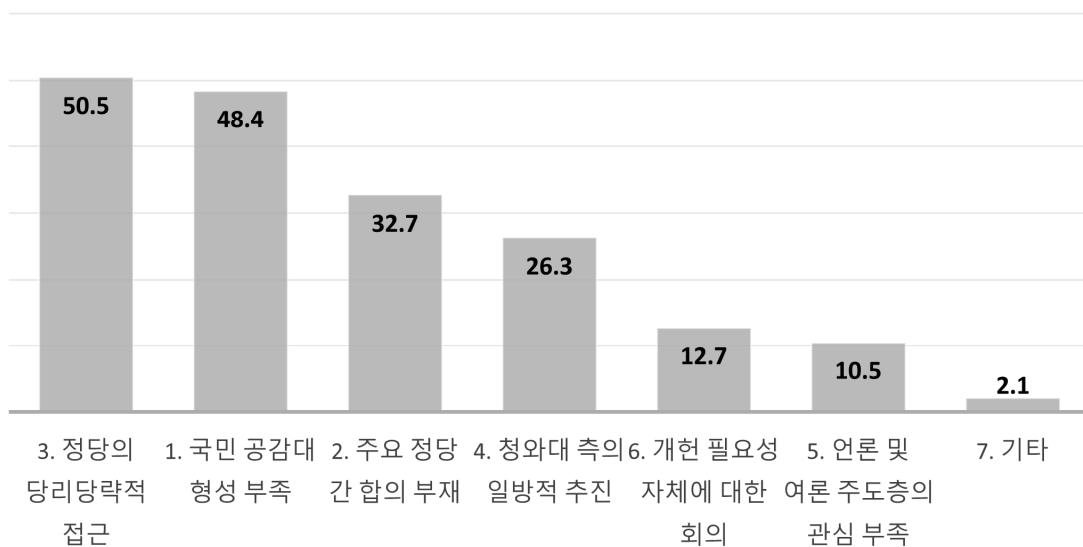
구분	빈도(표)	비율(%)
1. 국민 공감대 형성 부족	46	48.4
2. 주요 정당 간 합의 부재	31	32.7
3. 정당의 당리당략적 접근	48	50.5
4. 청와대 측의 일방적 추진	25	26.3
5. 언론 및 여론 주도층의 관심 부족	10	10.5
6. 개헌 필요성 자체에 대한 회의	12	12.7
7. 기타	2	2.1
전체	174	183.2

* 응답자는 95명이었으나, 중복응답(2개)을 허용하였으므로 전체 응답빈도는 174로 나타나며, 각 항목에 대한 응답 비율은 183.2%로 나타났다.

〈표 12〉 기타 의견: 헌법개정 미완료 이유

7. 기타(직접 입력)
너무 많은 논점으로 인한 관심 분산
개헌을 위한 절차(법개정) 미비

헌법개정 미완료 이유



2) 헌법개정 논의과정

문 8 **헌법개정이 다시 논의된다면 논의과정에서 가장 필요한 것은 무엇이라고 생각하십니까? 2개를 선택해 주십시오.**

헌법개정이 다시 논의된다면 논의과정에서 필요한 것을 묻는 질문에는 ‘1. 국민 여론 수렴’이 37.9%, ‘2. 주요 정당 등 정치세력 간 조정과 합의’가 31.6%, ‘5. 개헌안의 완성도’가 30.5%, ‘3. 국회 차원의 적극적 논의’가 27.4%, ‘8. 국민의사를 대표할 수 있는 헌법개정위원회 구성’이 26.3% 순으로 나타났다. 이어서 ‘7. 사회변화 및 국제정세 반영’이 16.8%, ‘6. 학자들의 연구 결과 반영’이 14.8%, ‘9. 기타’가 6.3%(〈표 14〉 참고), ‘4. 언론 홍보’가 2.1%로 나타났다.

〈표 13〉 헌법개정 논의과정

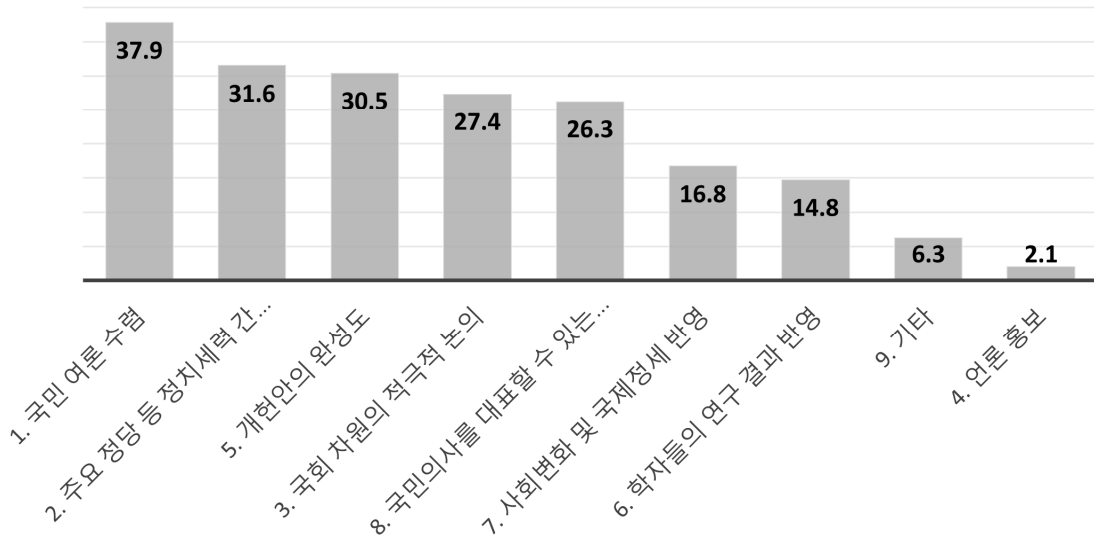
구분	빈도(표)	비율(%)
1. 국민 여론 수렴	36	37.9
2. 주요 정당 등 정치세력 간 조정과 합의	30	31.6
3. 국회 차원의 적극적 논의	26	27.4
4. 언론 홍보	2	2.1
5. 개헌안의 완성도	29	30.5
6. 학자들의 연구 결과 반영	14	14.8
7. 사회변화 및 국제정세 반영	16	16.8
8. 국민의사를 대표할 수 있는 헌법개정위원회 구성	25	26.3
9. 기타	6	6.3
전체	184	193.7

* 응답자는 95명이었으나, 중복응답(2개)을 허용하였으므로 전체 응답빈도는 184로 나타나며, 각 항목에 대한 응답 비율은 193.7%로 나타났다.

〈표 14〉 기타 의견: 헌법개정 논의과정

9. 기타(직접 입력)
국회, 정당, 정부에 대한 국민적 신뢰도 확보와 사회적 갈등 조정할 수 있는 장치
개헌의 원인과 대안의 인과관계에 대한 합리적 공론
헌법개정 이전에 헌법개정의 필요성 여부에 대한 논의의 장 형성
헌법개정에 관한 헌법규정의 개정
우선순위 어젠다에 집중
헌법개정이 필요 없다는 입장입니다

헌법개정 논의과정



3) 헌법개정안 발의 방식

문 9	헌법개정안의 발의 방식으로 가장 바람직한 방안은 다음 중 무엇이라고 생각하십니까?
-----	--

헌법개정안의 발의 방식으로 응답자가 생각하는 가장 바람직한 방안을 묻는 질문에는 ‘2. 국회 헌법개정특별위원회 구성을 통한 논의와 발의’가 38.8%로 가장 높게 나타났다. 그다음으로는 ‘6. 정당 및 시민사회 각각의 헌법안 작성과 협상을 거친 국회 발의’가 21.1%, ‘5. ‘시민의회’ 방식을 통한 국민의 직접 참여와 논의 결과대로 국회 발의’가 18.9%, ‘4. 국민들의 헌법개정위원회 선출 후 논의 결과대로 국회 발의’가 11.6%, ‘3. 국회 외 기구에서 정당간 협상 논의 후 국회 발의’가 5.3%, ‘1. 대통령의 여론 수렴을 통한 발의’가 3.2%로 나타났다. ‘7. 기타’는 1.1%로 나타났다(〈표 16〉 참고).

〈표 15〉 헌법개정안 발의 방식

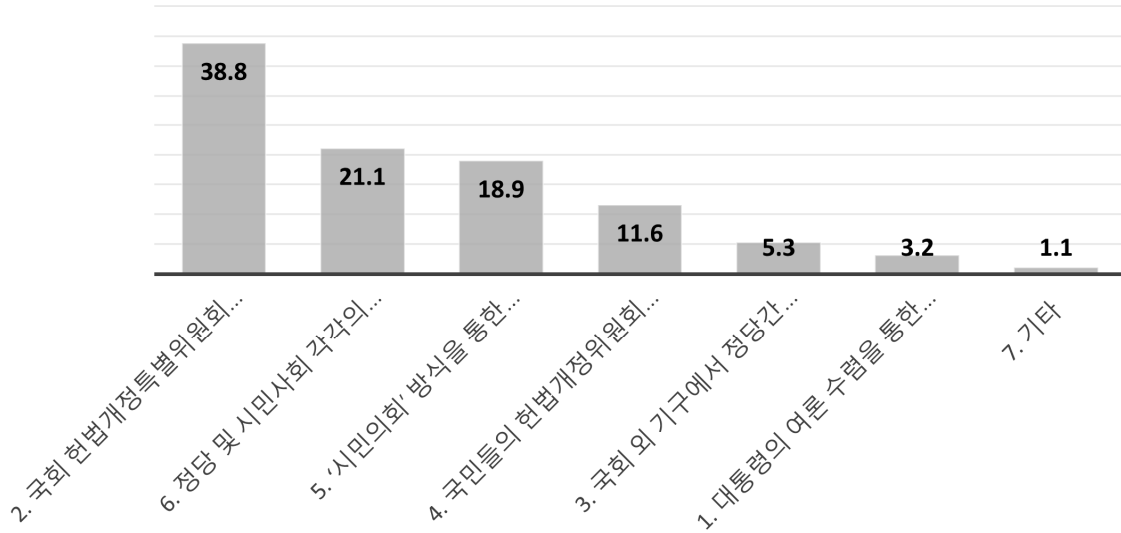
구분	빈도(명)	비율(%)
1. 대통령의 여론 수렴을 통한 발의	3	3.2
2. 국회 헌법개정특별위원회 구성을 통한 논의와 발의	37	38.8
3. 국회 외 기구에서 정당간 협상 논의 후 국회 발의	5	5.3
4. 국민들의 헌법개정위원회 선출 후 논의 결과대로 국회 발의	11	11.6
5. ‘시민의회’ 방식을 통한 국민의 직접 참여와 논의 결과대로 국회 발의	18	18.9
6. 정당 및 시민사회 각각의 헌법안 작성과 협상을 거친 국회 발의	20	21.1
7. 기타	1	1.1
전체	95	100.0

〈표 16〉 기타 의견: 헌법개정안 발의 방식

7. 기타(직접 입력)

국회 외부기구로 전문가 위원회 및 그 하부 연구조직 구성하여 안정적으로 장기간 헌법개정안 마련

헌법개정안 발의 방식





국민통합과 헌법개정 공동학술대회



개헌추진 관련 말씀

정병국 (前의원) 우윤근 (前의원)



국민통합과 헌법개정 공동학술대회



종합토론

강찬호 논설위원 (중앙일보)

명재진 교수 (충남대학교)

민병로 교수 (전남대학교)

박종훈 변호사 (대한변협 수석부협회장)

성한용 선임기자 (한겨레신문)

임찬종 기자 (SBS)

종합토론1

강찬호 논설위원 (중앙일보)

여러 선생님들 귀중한 발표 잘 들었습니다. 개헌의 필요성과 방안 등에서 유익한 가르침 주셨습니다. 저는 현장 기자의 입장에서 정치권의 개헌 움직임을 취재해온 경험에 바탕해 나름 생각해본 바를 말씀드리고, 함께 생각해봤으면 합니다.

1. 개헌은 현재 대한민국에선 혁명이나 통일이 아닌한 현실적으로 불가능함.
2. 개헌을 제기하는 주체들과 개헌을 제기하는 의도가 개헌을 불가능하게 만들
3. 개헌해서 제도를 바꾼다고 우리 정치의 문제들이 해결된다는 것도 어불성설
4. 선거법 등 정치관계법 개선과 정당들의 당내 민주주의 확대가 현실적 대안

Multiple horizontal dotted lines for writing content.



종합토론2

명재진 교수(충남대 법학전문대학원)

오늘 헌법개정의 논의를 한 층 더 심화시키고 싶어 다음과 같은 주장을 제안해 봅니다.

1. 김선택 교수님의 신중한 개헌론 발표에 공감합니다. 지난날의 대부분의 논의들이 대부분 국민의 참여가 부족한 논의였고, 진지한 토론보다는 단체들의 주장들을 반복하고 타협점을 찾지 못한 협의가 대부분이었습니다. 다행인 것은 정리된 학자들의 헌법개정안, 민주당 국회개헌특위 개정안, 문재인 대통령 개정한 등이 개진되어 있어서, 현재의 시점에서는 본격적으로 국민의 대표들이 모인 국회에서 여야합의의 헌법개정안이 도출되어야 한다고 생각합니다. 충분한 개정안들이 제안되어 있기 때문에 국회에서 마지막 마무리하는 공청회 등을 통해 적법절차를 거쳐 국민이 납득할 수 있는 개정안이 제시되는 ‘헌법개정을 위한 여야 국회공동회의’가 열려야 한다.
2. 송석운 교수님의 국가원수의 권위주의 체제를 극복하자는 주장에 공감합니다. 우리 현실정치의 여건상 총리에게 권한을 주는 분권화가 어려운 상황이라는 진단에도 같은 견해입니다. 대통령제하에서 총리의 운신의 폭은 매우 적다고 봅니다. 이러한 여건을 타개하기 위한 정부형태에 대한 논의도 ‘헌법개정을 위한 여야 국회공동회의’에서 결정되어야 한다.
3. 헌법 개정의 방향도 분명해야 합니다. 다음과 같은 몇 가지 사항을 국회공동회의에 제시해 봅니다.
 - (1) ‘87년 헌법개정이후 34년이라는 한 세대가 지다가는 세월이 흘렀습니다. 헌법개정의 당위성은 충분합니다. 헌법개정은 역사적 교훈 속에서 나와야 합니다. 제헌

헌법시대의 헌법제정위원회안은 원래 ‘의원내각제’ 정부였습니다. 1공화국 붕괴 후에 제안된 제2공화국의 정부형태가 ‘의원내각제’의 실험이었습니다. 이명박, 박근혜 대통령의 형사처벌로 인한 대통령제의 실패에서 역사는 다시 우리에게 ‘의원내각제’를 고민하라고 요구하고 있습니다. 반복되는 대통령제의 수난의 역사는 정부형태의 변화가 헌법개정의 핵심이 되어야 한다고 제안해 봅니다. 협치를 위한 정부형태인 의원내각제의 장점은 대통령제의 안정성을 넘어선다. 한국에서 의회주의의 미발전은 대통령제의 결과이자 단점이라고 평가된다.

- (2) 수도이전을 위한 헌법 개정이 되어야 한다. 지난 21대 국회의원선거에서 국민이 집권당에게 부여한 민주적 정당성은 수도이전의 헌법개정을 요구하는 열망으로 해석된다. 민주화가 성숙된 현시점에서 한국의 도약의 기회로 수도이전의 사명을 다하는 국회가 되어야 한다. 민주당에 대한 지역적 지지는 의회주의와 분권화를 통해서 새로운 국가체제를 만들어 달라는 유권자의 열망이다. 이미 여야 합의된 국회의사당의 조속한 세종이전을 위해서, 이와 관련된 위헌논쟁을 종식시키는 헌법개정이 이루어져야 한다.
- (3) 지방자치의 완성을 위한 강소국 연방제를 실시해야 합니다. 문재인 대통령도 여러 차례 연방제 수준의 지방자치를 강조한 바 있습니다. 서울·경기, 충남·북과 대전, 전남·북과 광주, 강원과 경상남·북과 부산을 강한 소국으로 나누고 경쟁하는 연방제의 탄생을 중심으로 하는 초광역형태로 지방자치를 확대하여야 한다. 한국은 4개 주로 구성된 연방국가를 이루고, 모델로서 스위스와 같은 경제대국으로 성장하여야 한다. 지방자치에 의한 분권화는 세계적 흐름이며, 헌법개정을 통해 지방자치를 통한 직접민주주의도입과 국민의 직접 법안 발안과 주민투표를 도입하여, 국민들이 한층 더 발전된 민주주의 과정에 참여할 기회를 확보해 국민주권을 보장받는 계기가 되어야 한다.
- (4) 의회주의 성장을 통해 민주주의 모델로 거듭나야 한다. 국회 중심의 국정운영을 통해 정당주의 발전을 기틀을 마련하고, 여야가 연정시행 등을 통해 협치하고 함께 국정을 운영하는 선진국들의 발전된 정치모습을 한국에 정착시켜야 한다. 진보와 보수로 나누어서 극한 정쟁으로 국력을 낭비하는 국회를 벗어나 다양한 현대적 시대관이 반영된 신생정당이 탄생하도록 선거제도의 변혁과 지원제도를 강화

하여야 한다.

- (5) 통일을 준비하는 헌법개정이 되어야 한다. 자유민주적 기본질서를 기초로 하는 통일방안을 고수하며, 연방제를 통해 북한과 대화하고 협력하는 정치체제를 제도화해야 한다. 통일을 위한 동반자적 지위에 있는 북한을 대화의 장으로 나올 수 있는 헌법적 근거를 확대해 나가야 한다. 이를 위해 남북통일합의서 제정을 위한 헌법적 규정이 마련되는 것이 바람직하다.

종합토론3 국민통합과 헌법개정

민병로 교수 (전남대학교 법학전문대학원)

1. 헌법개정의 당위성

- 대통령 직선제와 5년 단임제를 중심으로 한 제9차 헌법개정에 의해 탄생된 이른바 ‘87년 체제’는 대통령의 장기집권과 독재를 막는 방파제 역할과 군의 정치적 중립을 확립하는데 충실히 그 역할을 수행했다고 평가할 수 있음.

- 하지만, 그동안의 시행과정 속에서 책임정치의 실현을 어렵게 만들었거나, 일관성 있는 정책추진이 힘들었다는 점 등 때문에 국정운영의 안정성, 효율성, 책임성이라는 측면에서 헌법개정의 필요성이 정계뿐만 아니라 학계에서도 끊임없이 제기되어 옴. 김선택 교수님의 발제에서도 알 수 있듯이, 87년 이후 개헌논의는 지속적으로 이루어져 왔음.

- 한국공법학회 헌법개정안 (2006.12.1)
→ 국민소환, 국민발안, 대통령 4년 1회 연임제
- 노무현 대통령 원포인트 개헌안 (2007. 1. 7)
→ 대통령 4년 1회 연임제
- 제18대 (2008-2009) : 국회의장 직속의 헌법연구자문위원회 구성
→이원정부제(제1안), 대통령 4년 중임제(제2안)
- 대화문화아카데미 헌법개정안 (2010.10)
→ 분권형 대통령제
- 제19대 (2014) 국회의장 직속의 헌법개정자문위원회 구성
→분권형 대통령제, 양원제 등
- 제20대 (2016.12.5) 국회 헌법개정특별위원회 출범
(여야 4당 교섭단체 소속 위원 36인으로 구성)
→국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서 (2018.1)
: 지역대표형 상원신설, 분권형 대통령제 (다수)
- 국민헌법자문특별위원회 (2018.2.13)
→정부개헌안 국회 제출 (2018.3.26.) : 대통령 4년 1회 연임제

- 이른바 ‘박근혜·최순실 국정농단 사건’을 계기로 ‘87년 체제’의 보다 더 근본적인 문제가 대통령에게 집중된 권력구조 즉 ‘제왕적 대통령제’에 있다는 것이 명백하게 드러남¹⁾. 이는 ‘87년 체제’ 하에서 국민에 의해 선출된 노태우, 김영삼, 김대중, 노무현, 이명박, 박근혜 대통령 본인이나 친인척, 측근들의 권력형 부정부패가 단 한차례의 예외도 없이 끊이지 않고 일어났다는 점이 입증해줌²⁾.
- 나아가 ‘87년 체제’ 하에서 수차례에 걸쳐 형성된 ‘여소야대’ 정국에서 야당의 협력을 얻어 대통령이 국정을 안정적이고 효율적으로 운영해가는 것이 매우 어렵다는 점도 문제로 드러남.
- 또한, 1987년 개헌에 의해 지방자치가 부활되어 1995년 지방자치단체장 선거를 기점으로 지방자치시대가 본격적으로 열렸다고는 하지만, 중앙정부로의 권한이 집중되어 있으며, 자치입법권의 범위도 ‘법령’의 틀 속에 제한되어 있으므로 지방자치단체가 그 권한과 책임 하에 지역의 문제를 지역주민의 의사에 근거해서 자주적으로 처리할 수 있는 실질적인 지방자치가 제대로 실현되고 있다고 평가받고 있지 못함.
- ‘87체제’의 한계 극복과 촛불항쟁의 정신(김선택 교수님은 ‘국민주권과 민주주의의 온전한 회복’이라 함)이 온전히 담보되려면 ‘제도’ 개선 즉 헌법개정이 이루어져야 할 것임.
- 그런데 왜 이렇게 헌법개정이 어려운가? 2018년 대통령이 발의한 헌법개정안이 국회에서 투표불성립으로 부결된 바 있음. 김선택 교수님의 지적처럼, 개헌안이 만들어지는데 주권자인 국민들의 숙의과정을 거쳐 충분히 국민의사가 반영된 개헌

1) 한국형 대통령제 즉 제왕적 대통령제는 ‘87년 체제’의 산물이 아니라, 이승만 독재 정권과 박정희 유신정권의 적폐라 할 수 있다. 87년 헌법개정에 의해 대통령 직선제와 국회해산권 폐지, 비상조치권 폐지 등으로 그 적폐가 일부 청산되었다고 하지만, 근본적인 문제들은 그대로 남아 있다. 이승만 독재의 적폐는 4·19혁명에 의해 제2공화국의 탄생으로 일시적으로 청산되었지만, 박정희의 5·16군사쿠데타와 유신에 의해 더 강력한 대통령제로 재탄생하였다. 즉 국회의 국정감사권과 국무위원 불신임제 폐지, 국무회의를 의결기관에서 심의기관(1962년 제5차개헌)으로의 전환시키고, 대통령의 긴급조치권, 국회해산권, 법관임명권 등 대통령의 권한을 대폭 강화시키고 의회의 권한을 축소시켰다. 그 뒤 6월 항쟁의 결과물이라 할 수 있는 87년 개헌에서 대통령의 비상조치권과 국회해산권 폐지, 국정감사권 부활 등으로 의회의 권한이 강화되었다지만, 여전히 의회가 여대야소의 정국 하에서 대통령의 강력한 권한을 통제하기에는 역부족이다 할 수 있다.

2) 절대 권력은 반드시 부패한다(Lord Acton). 통제 받지 않는 권력은 권력을 남용하기 마련이고, 권력이 남용되면 부정부패 뿐만 아니라 국민들의 자유와 권리가 국가 공권력에 의해 침해당하기 쉽게 된다. 민주화 이후 민주주의가 공고화 되지 못하고, 이명박·박근혜 정권 하에서 민주주의가 역행한 것도 그 근본적인 요인은 ‘제도’에 있다 할 것이다.

안이 만들어져야 한다는 점에는 누구도 부정할 수 없겠지만, 그렇게 만들어진 개헌안이 국회에서 쉽게 통과될 수 있을까 궁금합니다?

헌법 제130조 제1항에 의하면, 대통령이나 국회가 발의한 개헌안은 국회의 재적의원 2/3이상의 의결을 얻도록 되어 있음. 따라서 헌법개정 ‘국민발안제’가 도입되더라도 헌법 제130조 제1항에 따르도록 한다면 결국 국회의 관문에서 막힐 가능성이 크다고 봅니다.

1954년 제2차 개헌 때 민의원 선거권자 50만명 이상의 찬성으로 헌법개정안을 발의할 수 있도록 한 ‘국민발안제’가 도입된 바 있음(헌법제98조제1항). 국민발안에 의해 헌법개정안이 제안되더라도 민·참의원 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 거치도록 했다. 경성헌법의 특성을 감안하더라도 국민발안제가 실효성 있게 기능하기 위한 다른 대안은 없는지 궁금합니다?

● 국회 헌법개정특위 자문위원

헌법개정을 선거권자가 발의한 경우에는 별도의 국회의결절차 없이 국민투표로 확정함 (안 제130조제1항)

- 국민들이 헌법개정안을 발안하는 것은 국회의원이 헌법개정안을 발의하지 않는 경우이므로 국회의결을 거쳐 국민투표를 실시하게 되면 국회에서 통과될 가능성이 거의 없어 헌법개정에 관한 국민발안은 실효성이 없게 됨.
- 국민발안제도는 국회가 헌법개정안을 발의해야 함에도 하지 않는 경우에 국회에 대한 국민의 비상통제장치인데 국회 재적 2/3가 찬성하는 의결을 거쳐야 한다면 통제장치로서 의미가 상실됨

○ 개헌의 시기와 관련하여 김선택 교수님의 말씀처럼, 충분한 시간을 가지고 정략적 간섭효과가 없도록 현실정치로부터 떨어진 시기를 목표로 설정하자는 데에는 일응 수긍할 수 있지만, 87년 체제가 이미 한계에 봉착해있고 그 문제점이 극명하게 드러난 시점에서 언제까지 기다려야 하는지 궁금합니다.

우리 헌정사에서 독재 권력이 자신의 임기를 연장하려고 개헌을 한 대부분의 사례를 제외하면, 4·19혁명과 6월 항쟁이라는 역사적 대사건이 있었기에 그나마 당시 여야 합의에 의해 개헌이 성사될 수 있었다고 봅니다. 그런데 87년 개헌이후의 논의과정에서 알 수 있듯이 일상적인 정치상황 하에서는 개헌이 쉽지 않다는 것이다.

그렇다면 촛불시민혁명의 정신이 온전히 헌법개정으로 이루어지지 못하고 있는 현재 상황은 미완의 진행형의 상태이므로 촛불시민혁명의 정신을 담보할 ‘대국민 개헌운동’이 필요한 시점은 아닌지 궁금합니다.

2. 선거제도와 권력구조

○ 송석윤 교수님은 발제에서 정당기속을 특징으로 한 우리의 정치문화에서 대통령이 소속한 정당이 과반수를 이상을 차지하면 정부 여당의 독주가 우려되고, 반대로 대통령이 속하지 않는 야당이 단독으로 과반수를 획득하면 헌정의 위기에 봉착할 수 있다고 지적함(이 점에 대해서는 대부분 사람들이 공감할 것임). 그러면서 이러한 문제를 해결하기 위한 방안으로 프랑스형 이원적 정부제보다 “대통령 소속 정당을 중심으로 내각을 구성하되 내각에 복수의 정당이 참여하여 연립형 내각을 구성하는” 분권형 정부제를 제안함.

○ 나아가 국회의원선거에 21대 국회의원선거에서 시도한 연동형 비례대표제를 도입하면 제도정치가 포섭할 수 있는 스펙트럼이 넓어지고, 연립을 통해서 의회의 다수의 지원을 받지만 대통령이 독주할 수 없는 정부를 구성하게 되어 협치가 가능하다는 것임.

○ 그러나 87년 이후 몇 차례의 여소야대 하에서 야당의 협력을 얻어 대통령이 국정을 안정적이고 효율적으로 운영해가기 매우 어렵다는 점이 명백하게 드러났으며, 이를 해결하기 위해 3당 통합이나 인위적인 정계 개편 등을 통해 정국의 안정을 기하고자 하였음.

그런데 이념적 갈등과 대립이 극도로 심한 한국 정치 풍토 하에서 대통령 소속 정당을 중심으로 내각을 구성하여 협치를 통한 정국의 안정과 책임정치를 실현할 수 있을지 의문입니다. 나아가 소수정당들이 다음 선거에서 온전히 정권을 장악하기 위해 연정에 참여하지 않을 가능성은 없는지 궁금합니다.

○ 더욱이 현행 대통령제 권력구조 하에서는 연방제이며 의원내각제인 독일과 같이 다당제가 과연 성공할 수 있을지 의문입니다? 또한 21대 국회의원선거에서 위성정당의 출현으로 그 본래의 성과도 이루지 못한 준연동형비례대표제는 위성정당의 방이나 봉쇄조항의 설치, 비례대표선정의 방식 등 근본적인 보완이 이루어져야 하는 것은 아닌지 궁금합니다.

- 제1차 여소야대 : 1988년 13대 국회의원 선거
 민정당 125석, 평화민주당 70석, 통일민주당 59석, 신민주공화당 35석, 기타 10석
 →민정당, 통일민주당, 신민주공화당 3당 통합 : 216석
- 제2차 여소야대 : 1992년 제14대 국회의원 선거
 총299석 중 : 민주자유당 149석, 민주당 97석, 통일국민당 31석, 무소속 21석
- 제3차 여소야대 : 1996년 제15대 국회의원 선거
 총299석 중 : 신한국당 139석, 새정치국민회의 79석, 자유민주연합 50석, 무소속 16석, 통합민주당 15석
- 제4차 여소야대: 2016년 제20대 국회의원 선거
 총300석 중: 새누리당 122명, 더불어민주당 123명, 국민의당 38명, 무소속 11명

○ 마지막으로 송석운 교수님의 다당제 하의 대통령 소속 정당 중심의 연립내각의 구상은 의원내각제 정부형태로 경사되어 강력한 리더십을 발휘하기 어려운 약한 정부형태가 상시적으로 지속될 것임. 프랑스에서도 동거정부를 해소하기 위해 2000년 헌법개정을 통해 대통령의 임기를 7년에서 5년으로 단축한 바 있음. 오히려 대통령과 수상의 권한을 명확히 할 수 있다면, 프랑스의 분권형 정부가 교수님의 연립내각 구상보다 정국안정에 더 현실적이며 실현가능성이 높지 않을까 생각합니다만...?

종합토론4

헌법 개정 관련 종합 토론문

박종훈 변호사 (서울대·중앙대 겸임교수, 대한변협 수석부협회장)

I. 들어가며

김선택 교수님을 비롯한 발제자들, 토론자들의 발제 및 토론을 잘 들었습니다. 헌법 개정 이슈는 대선 및 총선 때마다 들려오는 정치권의 단골 이슈입니다. 1987년 이후로도 개헌논의가 있었습니다. 가장 최근의 개헌안도 통과되지 않아 종래의 지적된 헌법의 문제점을 바로잡지 못했습니다. 또한 개헌에 있어서 국민이 중심에 있었다고 평가할 수가 없다는 점이 아쉽습니다.

II. 헌법개정 절차에 관하여

헌법의 개정은 신중하게 철저히 준비하면서 진행되어야 합니다. 국민의 열화와 같은 민주화의 요구에 의해 만들어진 현행 헌법에 대하여 국민들 큰 신뢰를 갖고 있습니다. 현행 헌법은 1987년 이후 2021년까지 약 34년 동안 단 한 차례 개정도 없었지만, 우리 사회의 최상위 규범으로서 그 역할을 다하고 있다는 사실은 부인할 수 없습니다.

국민이 중심이 된 개헌논의여야만 개헌까지 이루어질 수 있습니다. 2016~2017년 촛불시민혁명으로 탄생한 현 정부 헌법 개정안은 소통 없이 권력자로부터 완성된 하향식 개정안이었기 때문에 실패하였다고 생각합니다. 결국 국민의 공감대를 형성하여 국민이 주도하는 개헌 논의여야 정당의 정치적 대립 구도와 엄격한 헌법 개정 절차의 한계를 극복할 수 있습니다. 이를 위해서는 다양한 목소리를 모을 수 있는 상시적 회의체를 구성하여 논의하는 것이 바람직하고, 상향식 개헌논의의 시작점이라고 판단됩니다.

III. 기본권에 대하여

기본권 규정은 전광석 교수님의 말씀처럼 추상적이지만 인간의 존엄성 존중이라는 객관적 헌법 원리에 기초하고 있어 해석의 여지가 넓어 개정의 필요성이 크지 않습니다.

그렇지만 국제인권법의 국내 적용, 소수자 및 사회적 약자의 인권을 강화하는 방향으로 개정할 필요성이 있습니다.

IV. 통치구조에 관하여

1. 정부형태

우리나라에 적합한 정부형태가 어떤 것인지 정하기는 쉽지 않습니다. 현행 대통령 단임제의 장점도 있지만, 34년이 지나 지금 상황에서는 개정 필요성이 있습니다.

대한변협 설문조사에 의하면 응답 회원의 38%가 현행 대통령제를 유지하되 대통령의 임기를 4년 중임제로 하는 안을, 36%가 부통령제를 포함한 미국식 대통령제를 도입하는 안을 지지하였습니다. 우리 국민들의 다수가 원하는 정부형태를 채택해야 합니다. 현재 제왕적 대통령제의 폐단을 극복하고 국정운영의 문제점을 효율적으로 개선할 수 있는 정부형태가 어떤 것인지 국민, 국회, 정부가 함께 논의해야 합니다.

2. 국회의원 연임제한

정당 내 권력 구도에서 초선의원 또는 정치신인들과 비교해 상대적으로 다선의 국회의원들이 우위를 점하는 구도가 많아 정당의 공천과정에서 공정성이 확보되기 힘듭니다. 또한 정치신인들은 현 국회의원들보다 상대적으로 인지도가 낮을 수밖에 없고, 정당은 의석확보를 위하여 당선 가능성이 낮은 정치신인들보다 현 국회의원들을 공천할 가능성이 큽니다.

해외 사례로는 멕시코가 하원의원(임기 3년) 4연임, 상원의원(임기 6년) 연임(2 연임)까지 각 가능하고, 필리핀은 하원의원(임기 3년) 3연임, 상원의원(임기 6년) 연임까지 각 할 수 있도록 제한하고 있습니다. 미국에서는 연방 상-하원의원 임기와 관련하여서는 어떠한 제한도 없지만, 36개 주지사상-하원의원의 연임을 제한하고 있습니다.

이에 대한 대한변협 설문조사 결과, 참여회원 중 57%가 중임 회수 제한(3~4선)에 찬성하였고, 현행유지(무제한)에는 35%(383명)가 찬성하였습니다. 우리나라 국민의 총선 후보자 투표성향과 정당메커니즘의 한계를 극복하기 위해서는 국회의원 임기 제한이 헌법 개정안에 포함될 필요가 있습니다. 적정 제한 횟수에 대하여는 추후 논의에 따른 합의가 필요합니다.

3. 감사원의 독립

감사원은 다른 국가기관보다 독립성과 정치적 중립성이 더욱 중시되어야 하는 기관입니다. 행정부를 대상으로 한 감사 결과에 대해 국민들이 신뢰가 낮은 것이 사실입니다. 이와 같은 현상은 ‘현행 헌법 제97조’에서 감사원을 대통령 소속으로 규정한 것에서 비롯된 것이라고 생각됩니다. 대통령을 직속상관으로 두고 있는 한 대통령의 영향력이 미치지 않는다고 할 수 없고 설령 대통령이 어떠한 영향력을 행사하고 있지 않다고 하더라도 이와 같은 의심을 충분히 살 수 있습니다.

대한변협 설문조사에 응하여준 참여자 67%(733명)가 감사원을 독립기관화하여야 한다는 것에 찬성하였습니다. 현행유지(35%, 210명) 또는 국회 소속기관화(7%, 85명)보다 압도적으로 그 수가 많습니다.

공정성 및 신뢰는 감사원의 본질적 요소입니다. 이를 위해서는 독립성과 정치적 중립성 보장이 필수적이므로 개정 사항에 반드시 포함되어야 합니다.

4. 헌법재판소 관련 개정

헌법재판소는 대한민국 국가기관 중 국민들로부터 가장 신뢰를 받는 기관 중 하나입니다. 헌법재판소의 결정들에 대하여 대다수 국민들은 이를 지지하고 있는데 이는 헌법의 해석에 관하여 헌법재판소의 판단을 신뢰하기 때문에 자연스럽게 나타나는 사회적 현상이라고 판단됩니다.

민주적 정당성을 부여하는 대선 및 총선과 관련된 소송은 헌법재판소의 관할로 바꾸는 것을 고려할 필요가 있습니다.

또한 헌법재판소의 구성과 관련하여, 헌법재판소의 독립성을 보장하기 위하여 대법원장의 지명권은 폐지하는 것이 바람직하다고 생각합니다.

V. 마치며

그 밖에 헌법 개정안에 대한 국민발의, 법률안에 대한 국민투표, 국민소환제도 도입 등 논의해야 할 것들이 많이 있습니다.

개헌 행위는 그 성질상 대표자에 의하여 대리될 수 없으며 개헌으로 국민이 분열되어서는 안 됩니다. 국민을 통합하는 개헌이 되어야 합니다. 이를 위해서는 확실한 역할분담이 있어야 합니다. 개헌의 필요성과 당위성에 대한 국민적 합의와 현행 헌법의 가중적 의사정족수를 끌어내는 일은 정치권이 담당하고, 이와 동시에 개별 개정 사항에 대

한 국민의 의사를 반영하여 구체적 내용과 체계를 정비하는 일은 실무자 및 학자들이 상시 논의하고 준비하여야 합니다. 국민이 중심이 되지 않는 개헌논의는 결코 성공할 수 없습니다. 기본적 인권 보장을 보다 강화하고 국민주권을 실질화 할 수 있는 우리 형편에 맞는 권력구조 내지 정부형태가 반영된 개헌안이 마련되어 국민을 통합하는 헌법 개정이 이루어지길 기대합니다. 한국 헌법학회가 앞장서 주고 계셔서 대단히 감사합니다.

종합토론5 -개헌, 어떻게 할 것인가

성한용 선임기자 (한겨레신문)

2017년 더불어민주당 대선 공약집에 개헌은 적폐청산 항목 마지막 부분에 나온다.

적폐청산 8. “기능을 다한 1987년 헌법 개정”으로, 새 시대의 헌법을 열겠습니다.

- * 시대정신에 부합하는 대한민국의 새로운 미래를 설계하기 위한 개헌 추진
 - 국민주권의 확고한 원칙을 기본으로 국민의 참여와 토론을 통해 진행되는 국민중심의 개헌 추진
 - 대통령과 국회, 중앙과 지방의 균형을 맞추고 소통과 협치를 통해 안정과 통합을 도모하는 분권과 협치의 개헌 추진
 - 국가 대개조의 관점에서 선거제도와 정부형태를 개선하는 정치혁신의 개헌 추진
- * 국민주권시대를 지향하는 개헌의 주요 방향
 - 새 헌법 전문에 부마항쟁, 5·18 광주민주화운동, 6월 민주항쟁, 촛불항쟁의 정신을 반영
 - 사회의 변화를 반영해 국민기본권을 강화
 - 지방자치권을 실질적으로 보장하고 지방분권, 균형발전을 정착
 - 제왕적 대통령의 절대적 권한을 조정하고 삼권분립 속에 협치를 도모
- * 개헌 추진 방안
 - 대선 후 정부에 개헌특별위원회를 구성하고, 산하에 국민 의견을 수렴하기 위한 ‘국민참여 개헌 논의기구’ 설치
 - 개헌 관련 공약 내용을 고집하지 않고 국민의 의견에 따른 개헌 추진
 - 국회가 2018년 초까지 개헌안을 통과시키고 6월 지방선거에서 국민투표 실시 추진

정치·선거 제도 개혁 공약에는 “개헌을 통해 대통령 선거 결선투표제를 도입하겠다”는 내용도 들어 있었다. 문재인 대통령은 2018년 3월 26일 헌법개정안을 발의했다. 입장문을 이렇게 발표했다.

국민개헌안을 준비했습니다.

오늘 저는 헌법개정안을 발의합니다. 저는 이번 지방선거 때 동시투표로 개헌을 하겠다고 국민들과 약속했습니다. 이 약속을 지키기 위해 헌법이 대통령에게 부여한 개헌발의권을 행사합니다.

저는 그동안 국민헌법자문특별위원회를 구성하여 국민들의 의견을 수렴한 개헌자문안을 마련했습니다. 이 자문안을 수차례 숙고하였고 국민눈높이에 맞게 수정하여 대통령 개헌안으로 확정했습니다.

국민들께서 생각하시기에, 왜 대통령이 야당의 강한 반대를 무릅쓰고 헌법개정안을 발의하는지 의아해하실 수 있습니다. 그 이유는 네 가지입니다.

첫째, 개헌은 헌법파괴와 국정농단에 맞서 나라다운 나라를 외쳤던 촛불광장의 민심을 헌법적으로 구현하는 일입니다. 지난 대선 때 모든 정당, 모든 후보들이 지방선거 동시투표 개헌을 약속한 이유입니다. 그러나 1년이 넘도록 국회의 개헌 발의는 아무런 진척이 없었습니다. 따라서 지금 대통령이 개헌을 발의하지 않으면 국민과의 약속을 지키기 어렵게 되었기 때문입니다.

둘째, 6월 지방선거 동시투표 개헌은 많은 국민이 국민투표에 참여할 수 있는 다시 찾아오기 힘든 기회이며, 국민 세금을 아끼는 길입니다. 민생과 외교, 안보 등 풀어야 할 국정현안이 산적해 있는데, 계속 개헌을 붙들고 있을 수는 없습니다. 모든 것을 합의할 수 없다면, 합의할 수 있는 것만이라도 헌법을 개정하여 국민과의 약속을 지켜야 합니다.

셋째, 이번 지방선거 때 개헌하면, 다음부터는 대선과 지방선거의 시기를 일치시킬 수 있습니다. 따라서 전국 선거의 횟수도 줄여 국력과 비용의 낭비를 막을 수 있는 두 번 다시 없을 절호의 기회입니다.

넷째, 대통령을 위한 개헌이 아니라 국민을 위한 개헌이기 때문입니다. 개헌에 의해 저에게 돌아오는 이익은 아무 것도 없으며, 오히려 대통령의 권한을 국민과 지방과 국회에 내어놓을 뿐입니다. 제게는 부담만 생길 뿐이지만 더 나은 헌법, 더 나은 민주주의, 더 나은 정치를 위해 개헌을 추진하는 것입니다. 제가 당당하게 개헌을 발의할 수 있는 이유입니다.

헌법은 한 나라의 얼굴입니다. 그 나라 국민의 삶과 생각이 담긴 그릇입니다. 우리 국민의 정치의식과 시민의식은 다른 나라의 모범이 되는 수준에 이르렀습니다. 국가의 책임과 역할, 국민의 권리에 대한 생각도 30년 전과는 비교가 되지 않습니다. 기본권, 국민주권, 지방분권의 강화는 국민들의 강력한 요구이며 변화된 국민들의 삶과 생각입니다.

헌법의 주인은 국민이며 개헌을 최종적으로 완성하는 권리도 국민에게 있습니다. 제가 오늘 발의한 헌법개정안도 개헌이 완성되는 과정에 불과합니다. 국민 한 사람 한 사람의 삶과 국가의 미래를 위해 개헌 과정에 끊임없는 관심을 가져주시리라 믿습니다.

국회도 국민들께서 투표를 통해 새로운 헌법을 품에 안으실 수 있게 마지막 노력을 기울여주시길 바랍니다.

감사합니다.

2018년 3월 26일

문재인 대통령이 발의한 헌법개정안은 정세균 국회의장이 2018년 5월 24일 국회 본회의에서 표결에 부쳤지만 투표에 참여한 의원이 의결정족수인 3분의 2(192명)에 미치지 못해 투표 불성립 처리됐다. 그리고 20대 국회 임기 만료로 폐기됐다.

문재인 대통령과 더불어민주당이 제안한 개헌 공약과 개헌 추진 과정은 몇 가지 큰 결함을 안고 있었다.

첫째, 과거를 부정하는 적폐청산의 관점에서 개헌을 다루고 있다.

둘째, 국민 개헌을 추진한다는 명분을 내세워 국민의 대표기관으로 개헌 권한을 갖고 있는 국회를 배제시켰다.

셋째, 야당과의 정치적 합의를 거치지 않고 일방적으로 밀어붙였다.

2016년부터 2017년까지 이어진 촛불집회는 혁명이 아니다. 개헌은 헌법 개정 절차에 의해 추진해야 한다. 개헌에는 국회의원 재적 3분의 2 이상의 동의가 있어야 한다. 여야의 정치적 합의가 이뤄지지 않으면 개헌이 사실상 불가능하게 되어 있는 것이다.

문재인 대통령은 야당이 개헌에 반대하고 나서자 실제로 개헌을 하는 데 목표를 두지 않고 자신의 이름으로 ‘좋은 헌법안’을 하나 만들어 두는 것을 목표로 삼은 것 같다. ‘좋은 헌법안’을 만들어 두는 것은 헌법학자들이 해야 할 일이지, 현실 정치인인 대한민국 대통령이 할 일이 아니다.

1987년 대통령직선제 개헌 3년 뒤 1990년 노태우 대통령과 김영삼 통일민주당 총재, 김종필 신민주공화당 총재는 내각제 개헌 추진 각서를 썼다. 세 사람의 개헌 합의는

3당 합당의 명분용 합의에 불과했다. 처음부터 실현 가능성이 없었다.

1997년 새정치국민회의 김대중 총재와 자유민주연합 김종필 총재는 디제이피 합의문에 내각제 개헌 약속을 담았다. 디제이피 연합 명분용이었다. 국민은 내각제에 반대했고 개헌 합의는 물거품이 됐다.

2007년 노무현 대통령은 자신의 임기를 줄이겠다며 대통령 4년 연임제 원 포인트 개헌을 제의했지만 한나라당의 반대로 불발됐다.

2010년 이명박 대통령은 “선거제도와 행정구역 개편 등 정치 선진화를 위해 필요하다면 개헌도 국회에서 논의할 수 있을 것”이라고 했지만 개헌은 이뤄지지 않았다. ‘차기 대통령’ 자리에 가장 가까웠던 박근혜 의원과 그 세력이 반대했기 때문이다.

그랬던 박근혜 대통령도 2016년 국정농단 사건을 덮기 위해 개헌을 제안한 일이 있다. 이처럼 1987년 개헌 이후 모든 대통령이 개헌을 추진했지만 개헌은 이뤄지지 않았다. 왜 안 된 것일까?

첫째, 지금까지 대부분의 대통령들이 정치적 위기 돌파나 정국 주도권 장악을 위해 개헌을 제안했기 때문이다. 야당은 이런 개헌에 반대할 수밖에 없다. 야당이 반대하면 개헌은 불가능하다.

둘째, 차기 대선 주자들의 반대 때문이다. 다음 대통령 선거 당선 가능성이 높은 대선 주자들은 개헌이 이뤄지면 자신이 대통령에 당선되지 않을 것을 우려한다. 따라서 개헌을 해도 자신이 대통령에 당선된 뒤에 자신이 추진해야 한다고 생각한다.

셋째, 반정치주의 때문이다. 개헌을 하면 대통령 권력을 국회로 넘기는 방향이 될 수밖에 없다. 그런데 반정치주의에 감염된 유권자들은 국회와 국회의원, 정당을 신뢰하지 않는다. 따라서 대통령 권력을 분산시키는 개헌에 반대한다.

정치공학적으로는 첫 번째와 두 번째 이유가 눈에 띄지만, 실제로는 세 번째 이유가 가장 중요하다고 본다.

어쨌든 개헌의 필요성에 대해서는 거의 모든 정치인과 학자들이 동의한다. 여론조사도 개헌 찬성 의견이 꽤 높게 나오기 시작했다.

하지만 개헌은 ‘무엇을’보다 ‘어떻게’가 훨씬 더 어렵다. 좋은 헌법안을 만들기는 상대적으로 쉽지만, 개헌을 하기가 더 어려운 것이 현실이다.

어떻게 해야 할까?

첫째, 압박해야 한다.

2022년 3월 9일 대통령 선거가 예정되어 있다. 여야 대선주자들이 모두 개헌을 공약으로 내걸도록 압박해야 한다. 헌법학자들이 개헌을 공약하지 않으면 정치개혁 의지가

없는 대선 후보이므로 낙선운동을 하겠다고 압력이라도 넣어야 한다.

둘째, 압박해야 한다.

대통령 선거가 끝난 뒤 새 대통령과 여당과 야당이 함께 개헌을 추진하도록 몰아붙여야 한다. 문재인 대통령의 경우를 반면교사로 삼아야 한다. 대통령이 개헌안을 발의하도록 할 것이 아니라, 국회에서 여야가 함께 개헌안을 만들도록 압력을 가해야 한다.

셋째, 압박해야 한다.

정작 개헌 논의가 시작되면 대기업 사주, 보수 언론, 고위 관료들이 개헌에 반대할 가능성이 크다. 이들은 자본 기득권 세력이기 때문이다. 헌법학자들과 시민사회가 이들 개헌 방해세력에 압력을 가해서 주저 앉혀야 한다.

권력구조를 고치는 개헌보다 국민의 먹고사는 문제가 더 중요하다는 주장이 있다. 옳지 않다. 지금까지 개헌이 안 된 이유가 바로 이렇게 권력구조와 민생을 전혀 다른 차원으로 파악했기 때문이다.

“대통령제의 가장 큰 해악은 승자독식이다. 제도적으로 국정에 참여할 길이 없는 야당은 대통령 임기 내내 맹목적 반대에 몰두할 수밖에 없다. 야당의 맹목적 반대는 정부 정책에 대한 국민의 신뢰를 흔든다. 신뢰가 흔들리면 정책의 효과가 뚝 떨어지고, 정책 목표를 달성하기는 점점 더 어려워진다. 결국 정쟁만 난무하고 민생은 갈수록 피폐해진다.

국정의 성과를 보장하는 것은 대통령 개인의 인기나 리더십이 아니라 정부 정책에 대한 국민의 신뢰다. 야당을 국정의 파트너로 끌어들여 정책을 세우고 집행해야 그 정책은 비로소 대한민국 정부의 정책이 된다. 연합정치가 가능한 구조를 어떻게 만드느냐가 누구를 대통령으로 뽑느냐보다 훨씬 중요한 문제다. (“연합정치 해야 민생을 살릴 수 있다’ 한겨레 칼럼에서)

종합토론6

임찬중 기자 (SBS)

헌법개정 문제는 통치구조나 정치개혁과 관련되어 논의되는 경우가 많습니다. 그러나 상당수의 사법개혁 과제 역시 헌법 개정 없이는 달성이 불가능합니다. 법조를 취재하는 기자로서 최근 논란이 되어왔던 몇 가지 사법개혁 과제와 관련된 헌법개정 문제를 논의해보고자 합니다.

■ 대통령의 사면권

대통령의 사면권은 헌법 제29조에 규정돼 있습니다. 헌법 조문을 놓고 보면 대통령의 사면권이 법률이나 국회의 통제에 의해 제한되는 것처럼 해석될 수 있습니다. 그러나 대한민국 대통령들은 1948년 정부 수립 후 지금까지 사실상 통제를 받지 않고 사면권을 행사해왔습니다.

1948년 '사면법'이 제정됐지만 간략한 절차만 규정하고 있으며, 2007년에 사면심사위원회를 거쳐 사면 후보자를 상신하도록 법률이 개정됐지만, 이 또한 법무부 장관의 특별사면 후보자 상신에 대한 규정일 뿐 대통령의 권한을 실질적으로 통제하는 조항으로 해석되지는 않습니다.

대통령의 사면권은 중세 시대 군주의 은사권에 연원을 둔 것으로서 대통령제 국가에서 대통령의 '영도자적 지위'를 강화하는 대표적 헌법적 권한 가운데 하나로 볼 수 있습니다. 이는 재판권을 사법부에 부여한 권력분립 원칙의 예외로 해석될 여지가 있으며, 대통령의 재량에 의해 형벌 집행이 취소될 수 있다는 점에서 헌법상 평등 원칙에 위배된다고 볼 여지도 있습니다. 측근을 사면한다거나, 정치적 위기 국면을 전환하기 위해 대통령들이 사면권을 활용한 적이 적지 않았다는 점을 돌이켜 보면, 사면권의 폐지 또는 적극적 통제는 헌법개정 과제로 논의될 필요가 있습니다.

문재인 대통령이 2018년에 제안한 개헌안에도 대통령이 특별사면을 행사할 때 사면위원회 심사를 거치도록 하는 규정이 포함돼 있습니다. 그러나 특별사면 후보자 상신을 위해서는 사면심사위원회를 거쳐야 한다는 규정이 2007년 사면법에 도입된 이후에도 대통령의 사면권 행사가 실질적으로 제약을 받지 않아왔다는 점에 비춰볼 때, 사면심사위원회 규정을 헌법 조문에 포함시킨다고 해서 사면권에 대한 실질적인 통제가 이뤄질 수 있을지는 의문입니다.

제헌의회 당시 김용무 대법원장이 주장했던 것처럼 대통령이 특별사면권을 행사할 때 대법원장의 동의를 구하도록 하거나, 사면권 행사에 대한 헌법재판소의 사후적 사법심사 권한을 헌법에 명시하는 것이 대통령 사면권을 제한할 수 있는 더욱 적극적인 방법이 아닌가 합니다.

■ 대법관과 헌법재판관의 임기

우리 헌법은 행정부의 수반인 대통령의 권력이 사법부를 압도할 수 있도록 설계되어 있다는 비판을 받습니다. 사법개혁의 대표적 과제로 꼽히는 '사법부 독립'이 주로 대통령의 권력으로부터 사법부의 독립을 이뤄야 한다는 뜻으로 해석되는 것 자체가 대통령의 영향력으로부터 사법부가 자유롭지 않다는 반증일 것입니다.

사법부가 대통령의 권력에 압도될 수밖에 없는 이유 중 하나는 대법원장과 대법관, 그리고 헌법재판소장과 헌법재판관들의 짧은 임기입니다. 대법관의 임기가 6년 밖에 되지 않기 때문에 대부분의 대통령은 복수의 대법관과 헌법재판관을 지명할 수 있게 되며, 대법원과 헌법재판소의 구성과 판결 역시 행정부 권력의 변화에 따라 급속하게 달라지는 경향이 있습니다. 대법관이나 헌법재판관의 임기와 대통령 임기의 균형이 고려되지 않고 있기 때문에 특정 대통령이 대법원이나 헌법재판소 구성원 대부분을 지명하는 결과로 이어질 수도 있습니다.

미국 헌법 제정에 참여했던 알렉산더 해밀턴은 "법관직의 종신제도는 정의와 시민 안전의 피난처이다. 법관의 일시적 임명은 사법부 독립에 치명적이다."라고 말했습니다. 실제로 미국은 연방법관들에 대해 독립성 보장을 위해 여전히 종신임기제를 실시하고 있습니다. 미국과 같이 법관의 종신 임기를 보장할 수는 없다고 하더라도, 대법관이나 헌법재판관 같은 최고법관들의 독립성을 보장하기 위해서는 70세 정년을 보장하는 등

보다 안정적인 임기제를 도입할 필요가 있습니다. 2018년 개헌안에서는 개헌 추진 과정에서 논의되었던 대법관 정년제 등이 결국 포함되지 않았는데 다시 적극적으로 논의될 필요가 있다고 봅니다.

■ 대법관과 헌법재판관 임명 및 제청 방식

사법부 외부 권력으로부터 독립 못지않게 '제왕적 대법원장'의 권한으로부터 법관들의 독립이 중요하다는 사실을 몇 년 전 크게 논란이 되었던 사법행정권 남용 사태가 잘 보여줬습니다. 제왕적 대법원장의 권력의 대표 사례로 꼽히는 것이 대법원장의 대법관 제청권입니다. 대법원장이 동료 대법관을 제청하는 권한을 행사하는 이상 대법관의 대법원장으로부터의 독립성을 약화될 수밖에 없고, 대법관으로의 '승진'을 희망하는 고위 법관들이 대법원장을 중심으로 하는 관료적 체제를 형성할 수 있습니다. 특정 학교를 졸업한 판사 출신 남성으로 대법원 구성이 획일화되는 것도 대법원장의 대법관 제청권의 영향이라는 분석도 있습니다. (헌법재판관의 경우에는 9명 중 대법원장이 지명하는 몫이 3명입니다.)

2018년에 제출된 개헌안에서는 대법원장이 대법관추천위원회(위원 9명은 대통령 지명 3명, 대법원장 지명 3명, 법관회의에서 선출하는 3명으로 구성)의 추천을 거쳐 제청권을 행사하는 방향으로 대법원장의 제청권을 제한하고 있습니다. 헌법재판관의 경우에는 대법원장이 3명을 지명하던 것을 대법관회의가 3명을 지명하도록 개정하는 방안을 제시하고 있습니다. 이 같은 개정안 역시 대법원장의 제청권을 분산하고 약화하는 방안으로 평가할 수 있지만, 대법원장의 대법관 제청권을 폐지하는 것이 제왕적 대법원장으로부터의 법관의 독립을 보장하는 보다 적극적인 방안으로 볼 수 있을 것입니다.

'대법원장으로부터의 법관의 독립'을 위해서는 대법관 제청 방식 이외에도 법관의 임명과 인사 방식 역시 변화가 필요합니다. 이에 대해서는 2018년 개헌안 등에서 언급된 법관인사위원회 제청과 대법관 회의 동의 방식 등이 합리적이라고 여겨집니다.

■ 법관에게 재판을 받을 권리

헌법 27조 1항은 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."라고 규정하고 있습니다. 그러나 이 조항은 법원이 재판에 대한 주권자인 국민의 참여를 확대하기 위해 배심제를 도입할 때 걸림돌이 되고 있습니다. 2008년 1월 1일부터 국민참여재판이 시행되고 있지만, 헌법에 규정된 '법관에게 재판 받을 권리' 조항 때문에 배심원 평결에 기속력을 부여할 수는 없습니다.

이러한 문제를 해결하기 위해 2018년 제시된 개헌안에서는 '법관에 의한 재판을 받을 권리'를 '법원에 의한 재판을 받을 권리'로 개정하는 방안을 제시하고 있는데 합리적인 방안으로 생각됩니다. 주권자인 국민의 재판 참여를 늘리는 것이 바람직하다는 원칙을 확인하는 것일 뿐만 아니라, 재판과 법관에 대한 정파적 공격이 이어지는 상황에서 국민의 재판 참여를 늘리는 것은 재판에 대한 신뢰를 높이는 실효적 방법이 될 수 있기 때문입니다.

국민통합과 헌법개정 공동학술대회

공동주최 |



상단
법민 | 한국헌법학회
Korean Constitutional Law Association



국회입법조사처
NATIONAL ASSEMBLY RESEARCH SERVICE